

Entscheidungsanmerkung

Bereicherungsabsicht hinsichtlich der Zahlung von Wechselgeld aus einem Betäubungsmittelgeschäft

1. Zur Rechtswidrigkeit der erstrebten Bereicherung in Fällen, in denen der Käufer von Betäubungsmitteln gegen den Verkäufer die Zahlung von Wechselgeld mit Nötigungsmitteln durchzusetzen versucht.

2. Übergibt bei einem Betäubungsmittelgeschäft der Käufer dem Verkäufer einen Geldschein, dessen Wertzeichen den für die Betäubungsmittel vereinbarten Kaufpreis übersteigt, hat er gegen den Verkäufer – zumindest für den Fall, dass dieser ihn vorher nicht vorsätzlich getäuscht hat – keinen Anspruch auf Zahlung von Wechselgeld.

3. Die Übergabe eines Geldscheines lässt sich nicht in einen gesetzlich verbotenen Teil, der auf den Betäubungsmittelerwerb gerichtet ist, und einen erlaubten Teil aufspalten, der einen Anspruch auf Zahlung von Wechselgeld begründet.

(Leitsatz 1 amtlich, Leitsätze 2 und 3 der Verf.)

StGB §§ 253, 255

BGH, Urt. v. 15.4.2021 – 5 StR 371/20 (LG Berlin)¹

I. Einführung

Die Rechtsprechung hat sich in der Vergangenheit wiederholt mit Eigentums- und Vermögensdelikten im Drogenmilieu beschäftigt. Der Entscheidung des *Senats* liegt erstmals ein Sachverhalt zugrunde, in dem der Käufer von Betäubungsmitteln seinen ihm vermeintlich zustehenden Anspruch auf Zahlung von Wechselgeld gegen den Verkäufer mit Nötigungsmitteln durchzusetzen versucht. Neben weiteren Aspekten befasst sich der *Senat* dabei mit der Bereicherungsabsicht bei der Erpressung, wobei es schwerpunktmäßig um die Fragen geht, ob der Angeklagte Vorsatz bezüglich der Rechtswidrigkeit der angestrebten Bereicherung hatte (III. 1.) und – insoweit sind die Ausführungen des *Senats* nicht tragend – ob er in objektiver Hinsicht zu Recht die Rückzahlung des noch ausstehenden Wechselgeldes verlangte (III. 2.). Am Rande thematisiert der *Senat* außerdem die Voraussetzungen für einen strafbefreienden Rücktritt vom Versuch (III. 3.). In der Entscheidung kommen damit auch zivilrechtliche Vorschriften zum Tragen, deren Auslegung und Anwendung Konsequenzen für die Strafbarkeit über den konkreten Fall hinaus haben.

II. Der Sachverhalt (vereinfacht)

Der Angeklagte wollte gemeinsam mit seinem Bekannten B spätabends in einem Park vom Geschädigten G Marihuana kaufen. Dieser bot ihnen 1 g zum Preis von 10 € an, womit sie einverstanden waren und ihm einen 20 €-Schein übergaben.

G händigte B daraufhin in der geschlossenen Hand ein Tütchen mit Drogen sowie einen Geldschein aus. Weil B beides ungeprüft in seine Hosentasche steckte und die Beteiligten ihrer Wege gingen, bemerkten der Angeklagte und B erst später, dass G dem B lediglich einen 5 €-Schein anstatt eines 10 €-Scheines zurückgegeben hatte.²

Einige Zeit später trafen der inzwischen alkoholisierte Angeklagte und B in dem Park erneut auf G und forderten ihn lautstark zur Herausgabe von 5 € auf. Weil G jegliche Zahlungsansprüche zurückwies, packte der Angeklagte den G im Einvernehmen mit B am Kragen, schubste ihn und schlug ihn mit der Faust mehrfach ins Gesicht. G umklammerte daraufhin den Angeklagten und beide gingen zu Boden. Nachdem sich der Angeklagte mit Hilfe des B aus der Umklammerung befreit hatte, baute er sich vor G auf und forderte wiederum in aggressivem Tonfall die Zahlung von 5 €. G, der sich inzwischen mit dem abgebrochenen Hals einer Bierflasche bewaffnet hatte, ging auf den Angeklagten zu und fügte ihm eine Schnittwunde am linken Arm zu. Anschließend zogen die Begleiter des G diesen vom Geschehen weg und gingen mit ihm in Richtung einer S-Bahn-Unterführung (erster Tatkomplex).³

Der Angeklagte und B folgten ihnen und holten sie an der Unterführung ein. Der Angeklagte, der seinen Plan, G mit Gewalt 5 € abzunötigen, nunmehr für gescheitert hielt, warf G vor, ihn mit dem abgebrochenen Flaschenhals verletzt zu haben. Unvermittelt schlug er G daraufhin erneut mit der Faust kraftvoll ins Gesicht. Diesen Schlag sahen mehrere Polizeibeamte, die durch Passanten alarmiert worden waren, und nahmen den Angeklagten vorläufig fest (zweiter Tatkomplex).⁴

Die Strafkammer hatte den Angeklagten wegen versuchter Nötigung und weiterer Delikte zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und fünf Monaten verurteilt und deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt. Eine Strafbarkeit wegen versuchter räuberischer Erpressung nahm sie hingegen nicht an. Da der Angeklagte und B nur die Herausgabe des noch fehlenden Wechselgeldes angestrebt hätten, sei die zur Durchsetzung einer Forderung aus einem Betäubungsmittelgeschäft ergangene Rechtsprechung nicht einschlägig; da der Anspruch zivilrechtlich bestanden habe, fehle es an der Absicht rechtswidriger Bereicherung.⁵

III. Die Entscheidung des *Senats*

Gegen die Entscheidung hatte die Staatsanwaltschaft Revision eingelegt, die auf die Sachrüge hin zur Aufhebung des Urteils und zur Zurückweisung an eine andere Strafkammer des LG Berlin führte.⁶ Hinsichtlich der Verurteilung wegen versuchter Nötigung stellte der *Senat* Rechtsfehler sowohl zugunsten als auch zulasten des Angeklagten fest. Diese lagen vornehmlich – soweit es die Ausführungen der Strafkammer zur inneren Tatseite und zur Frage des Rücktritts anbetrifft – in einer unzureichenden Sachverhaltsdarstellung begründet. Darüber

¹ Veröffentlicht in NJW 2021, 1966 m. Anm. *Brand*; ferner abrufbar unter <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=e3a2630207efbc930a49288e35edc806&nr=118243&pos=0&anz=1> (24.8.2021).

² BGH, Urt. v. 15.4.2021 – 5 StR 371/20, Rn. 3.

³ BGH, Urt. v. 15.4.2021 – 5 StR 371/20, Rn. 3 f.

⁴ BGH, Urt. v. 15.4.2021 – 5 StR 371/20, Rn. 5.

⁵ BGH, Urt. v. 15.4.2021 – 5 StR 371/20, Rn. 8.

⁶ BGH, Urt. v. 15.4.2021 – 5 StR 371/20, Rn. 1.

hinaus widersprach der *Senat* der Strafkammer zudem in der Anwendung des materiellen (Zivil-)Rechts.

1. Vorsatz bezüglich der Rechtswidrigkeit der angestrebten Bereicherung

Im Gegensatz zur Nötigung i.S.d. § 240 StGB, bei der der Täter das Opfer mit Gewalt oder durch Drohung zu irgendeiner Handlung, Duldung oder Unterlassung veranlasst, ist das Verhalten des Täters im Falle einer Erpressung gem. § 253 StGB auf die Erlangung eines Vermögensvorteils gerichtet: Der Täter fügt seinem Opfer durch den Einsatz von Nötigungsmitteln einen Vermögensnachteil zu, „um sich oder einen Dritten zu Unrecht zu bereichern“. Beim vollendeten Delikt setzt diese Bereicherungsabsicht neben dem Willen (*dolus directus* 1. Grades), einen Vermögensvorteil, hier die Zahlung von 5 €, zu erlangen, und der vom Vorsatz getragenen Stoffgleichheit zwischen erstrebtem Vermögensvorteil und dem dem Opfer zugefügten Schaden ferner voraus, dass die erstrebte Bereicherung rechtswidrig ist und der Täter diesbezüglich zumindest mit bedingtem Vorsatz handelt.⁷ Für den Prüfungsaufbau ergibt sich daraus die Besonderheit, dass die Rechtswidrigkeit der erstrebten Bereicherung trotz Verortung des Merkmals im subjektiven Tatbestand zunächst in objektiver Hinsicht festzustellen ist („zu Unrecht“), ehe man in einem zweiten Schritt auf das Vorstellungsbild des Täters eingeht. Kommt wie im vorliegenden Fall indes mangels Eintritts des Nötigungserfolges – G hatte jegliche Zahlung verweigert – lediglich eine versuchte (räuberische) Erpressung in Betracht, muss dem Täter allein der *Vorsatz*, d.h. der *Tatentschluss* bezüglich der Rechtswidrigkeit der Bereicherung nachgewiesen werden (§ 22 StGB). Darauf, ob die angestrebte Bereicherung *objektiv* rechtswidrig ist, der Täter auf sie also einen fälligen und einredefreien Anspruch hat⁸, kommt es hingegen nicht an. In der Konsequenz kann sich wegen versuchter (räuberischer) Erpressung auch derjenige strafbar machen, dem die Bereicherung nach zivilrechtlichen Vorschriften tatsächlich zusteht. Er muss es dazu nur irrtümlich für möglich halten und billigend in Kauf nehmen, dass die von ihm geltend gemachte Forderung nicht besteht oder von der Rechtsordnung nicht gedeckt ist.⁹

An dieser Stelle setzt die erste Kritik des *Senats* an. Denn die Strafkammer hatte schlicht nicht festgestellt, was sich der

Angeklagte vorstellte, als er G im ersten Tatkomplex mehrfach mit der Faust ins Gesicht schlug. Vielmehr hatte sie sich auf die Erörterung der – für den Tatentschluss nicht relevanten – Frage beschränkt, ob der Angeklagte von G in objektiver Hinsicht die Zahlung von 5 € verlangen konnte, diese bejaht und davon ausgehend nonchalant auf das Fehlen der Bereicherungsabsicht geschlossen. Nun wird man angesichts der Sachverhaltsschilderung, der Angeklagte habe von G lautstark die Herausgabe von 5 € gefordert,¹⁰ bei lebensnaher Betrachtung wohl auch kaum in Abrede stellen können, dass er sich als berechtigter Inhaber des von der Strafkammer zuerkannten Anspruchs auf Zahlung von Wechselgeld fühlte¹¹. Nach der Rechtsprechung des BGH reicht dies zur Verneinung des Tatentschlusses jedoch nicht aus. Zusätzlich muss der Täter nämlich annehmen, diesen Anspruch mit gerichtlicher Hilfe in einem Zivilprozess durchsetzen zu können.¹²

Ausführungen, die eine solche Vorstellung des Angeklagten belegten, enthält das landgerichtliche Urteil in der Tat nicht. Der *Senat* hielt es insoweit nicht für ausgeschlossen, dass die Strafkammer den Angeklagten richtigerweise wegen versuchter (räuberischer) Erpressung und nicht lediglich wegen versuchter Nötigung hätte verurteilen müssen.¹³ Das Urteil unterlag bereits deshalb der Aufhebung. In der nun anstehenden neuen Hauptverhandlung wird sich ein gut beratener Angeklagter natürlich dahingehend einlassen, er sei von einem gerichtlich durchsetzbaren Anspruch ausgegangen. Realistisch gesehen wird man ihm dies auch schwerlich widerlegen können.¹⁴ Denn wie *Brand* treffend formuliert, stellt das Wechselgeld eben „kein Äquivalent für die gekauften Betäubungsmittel“¹⁵ dar. Es erscheint daher durchaus plausibel, dass ein Laie zwischen dem bekanntermaßen verbotenen Austausch von Betäubungsmitteln gegen den vereinbarten Kaufpreis einerseits und dem überschießenden Betrag, der einen Anspruch auf Zahlung von Wechselgeld auslöst, andererseits differenziert und Letzteren insofern als für sich gesehen von der Rechtsordnung gedeckt betrachtet – zumal etwaige Hemmnisse wie die Notwendigkeit, in einem hypothetischen Gerichtsverfahren eigenes strafbares Verhalten, hier den nach § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG strafbewehrten Betäubungsmittelerwerb, offenbaren zu müssen, bei den Überlegungen außer Betracht zu bleiben haben.¹⁶ Letztlich könnte der Angeklagte sogar auf die juristisch ausgebildeten Mitglieder der Strafkammer verweisen, die der gleichen Ansicht waren. Auch in einem neuen Verfahren wird der Angeklagte somit voraus-

⁷ Zu den Bestandteilen der Bereicherungsabsicht i.S.d. §§ 253, 263 StGB ausf. z.B. *Hefendehl*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 5, 3. Aufl. 2019, § 263 Rn. 880 ff.; *Hegmanns*, Strafrecht für alle Semester, Besonderer Teil, 2009, Rn. 1271 ff.; *Perron*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 166 ff.; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 23. Aufl. 2021, § 13 Rn. 237 ff.

⁸ Vgl. *Hefendehl* (Fn. 7), § 263 Rn. 922; *Hegmanns* (Fn. 7), Rn. 1274; *Rengier* (Fn. 7), § 11 Rn. 61.

⁹ Vgl. BGH, Urt. v. 15.4.2021 – 5 StR 371/20, Rn. 14; BGH NStZ 2017, 465 (466 f.); BGHSt 48, 322 (328); begrifflich handelt es sich nach BGHSt 42, 268 (272 f.) dann um einen untauglichen Versuch, differenzierend *Hefendehl* (Fn. 7), § 263 Rn. 936; *Hegmanns* (Fn. 7), Rn. 1276.

¹⁰ BGH, Urt. v. 15.4.2021 – 5 StR 371/20, Rn. 14.

¹¹ Vgl. BGH, Urt. v. 15.4.2021 – 5 StR 371/20, Rn. 14; BGH NStZ 2017, 465 (467); BGHSt 48, 322 (329).

¹² BGH, Urt. v. 15.4.2021 – 5 StR 371/20, Rn. 15; BGH NStZ 2017, 465, 467; BGHSt 48, 322 (329).

¹³ BGH, Urt. v. 15.4.2021 – 5 StR 371/20, Rn. 15.

¹⁴ In die gleiche Richtung *Lichtenthäler*, FD-StrafR 2021, 439567.

¹⁵ *Brand*, NJW 2021, 1968 (1969); ähnlich *Lichtenthäler*, FD-StrafR 2021, 439567, der von einem „völlig neutralen Inha[t]“ der Wechselgeldabrede spricht.

¹⁶ So BGHSt 48, 322 (329); ähnlich *Hefendehl* (Fn. 7), § 263 Rn. 925.

sichtlich nicht wegen (räuberischer) Erpressung verurteilt werden.

2. Objektive Rechtswidrigkeit der Bereicherung

Im Stile eines obiter dictum nimmt der *Senat* das Urteil als nächstes zum Anlass, die zivilrechtliche Lage rund um das Betäubungsmittelgeschäft in objektiver Hinsicht einer eingehenden Prüfung zu unterziehen. Ausgangspunkt ist § 3 Abs. 1 Nr. 1 BtMG. Nach dieser Vorschrift bedarf einer Erlaubnis des Bundesinstituts für Arzneimittel und Medizinprodukte u.a., wer Betäubungsmittel veräußern oder erwerben will. Als Betäubungsmittel im Sinne der Norm zählt nach Anlage I zum BtMG auch Marihuana, das aus den getrockneten Blüten und Blättern der Cannabispflanze gewonnen wird¹⁷. Der Angeklagte, B und G verfügten über keine derartige Erlaubnis, sodass der von ihnen geschlossene Kaufvertrag mitsamt der auf dessen Verwirklichung gerichteten Verfügungsgeschäfte wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot gem. § 134 BGB unwirksam war.¹⁸ Folglich hatte weder der Angeklagte einen Anspruch auf Übergabe und Übereignung der Drogen, noch konnte G die Zahlung des vereinbarten Kaufpreises i.H.v. 10 € verlangen. Der *Senat* geht noch einen Schritt weiter und neigt anders als die Strafkammer ferner der Auffassung zu, der Käufer könne vom Verkäufer ebenso wenig die Zahlung eines nach Austausch der Leistungen etwaig noch fehlenden Wechselgeldes, hier i.H.v. 5 €, fordern.¹⁹ Dabei konzentrieren sich die Ausführungen des *Senats* primär auf vertragliche und bereicherungsrechtliche Anspruchsgrundlagen. Ansprüche aus § 985 BGB oder aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB scheiden dagegen von vornherein aus. Der Angeklagte war nie i.S.v. § 985 BGB Eigentümer eines möglicherweise noch im Besitz des G befindlichen weiteren Geldscheins im Wert von 5 €, den dieser als Wechselgeld hätte herausgeben können, und G hatte den Angeklagten auch nicht über den Wert des übergebenen Geldscheines oder überhaupt seine Rückzahlungsbereitschaft – wie für § 263 StGB aber erforderlich – getäuscht.²⁰ In letzterem Aspekt unterscheidet sich der Sachverhalt von einer Konstellation, die dem Urteil des BGH vom 12.3.2002 zugrunde lag. Ein Käufer von Betäubungsmitteln hatte dort an den Verkäufer den Kaufpreis gezahlt, im Gegenzug jedoch nicht – wie vom Verkäufer von Anfang an geplant – die entsprechenden Drogen erhalten. Der Käufer hatte sich „sein“ Geld deshalb am Ende mit Gewalt zurückgeholt. Der BGH bejahte einen gerichtlich durchsetzbaren Kaufpreisrückzahlungsanspruch des betrogenen Käufers

¹⁷ Weber, Betäubungsmittelgesetz, Kommentar, 5. Aufl. 2017, § 1 Rn. 244.

¹⁸ BGH, Urt. v. 15.4.2021 – 5 StR 371/20, Rn. 17; vgl. allgemein zur zivilrechtlichen Bewertung von Betäubungsmittelgeschäften *Armbrüster*, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, 8. Aufl. 2018, § 134 Rn. 10; *Ellenberger*, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 80. Aufl. 2021, § 134 Rn. 13; *Sack/Seibl*, in: Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Neubearbeitung 2017, § 134 Rn. 222.

¹⁹ BGH, Urt. v. 15.4.2021 – 5 StR 371/20, Rn. 16 ff.

²⁰ BGH, Urt. v. 15.4.2021 – 5 StR 371/20, Rn. 19, 21.

aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB, den dieser sich auch als solchen vorgestellt hatte, und lehnte eine Strafbarkeit wegen räuberischer Erpressung mangels Bereicherungsabsicht ab.²¹ Hätte die Strafkammer im vorliegenden Fall eine entsprechende auf das Wechselgeld bezogene Täuschung durch G festgestellt, hätte der *Senat* wohl ebenfalls einen Anspruch des Angeklagten nach dem Deliktsrecht angenommen. Von einer Widersprüchlichkeit in der höchstrichterlichen Entscheidungspraxis ist insofern nicht auszugehen.²²

Auf vertraglicher Ebene erwägt der *Senat* sodann einen Anspruch aus einem zum Kauf hinzutretenden Tauschvertrag oder einer gesonderten Wechselgeldabrede – je nachdem, worauf man den Anspruch auf Zahlung von Wechselgeld dogmatisch stützt²³. Im Ergebnis scheidet ein vertraglicher Anspruch, so der *Senat*, allerdings aus. Denn da etwaige Vereinbarungen über die Zahlung von Wechselgeld mit dem verbotenen Betäubungsmittelgeschäft untrennbar verbunden seien, schlage dessen Nichtigkeit nach Sinn und Zweck des § 3 Abs. 1 Nr. 1 BtMG auf den Wechselgeldanspruch durch.²⁴

Betrachtet man den Zweck des § 3 BtMG, der nach Ansicht des *Senats* darin liegt, die Erfüllung des verbotenen Betäubungsmittelgeschäfts zu unterbinden,²⁵ ist diese Schlussfolgerung indes nicht zwingend. Die Zahlung von Wechselgeld als solche dient nämlich nicht der Erfüllung des Betäubungsmittelgeschäfts im eigentlichen Sinne. In dem Zeitpunkt, in dem das Wechselgeld normalerweise ausgezahlt wird, hat der auf die Erfüllung der kaufvertraglichen Verpflichtungen gerichtete Leistungsaustausch schließlich bereits stattgefunden. Zahlt der Verkäufer an den Käufer nachträglich etwas zurück, wird dem Käufer dadurch lediglich das ausgekehrt, was dem Verkäufer selbst nach der nichtigen Kaufpreisvereinbarung nicht zusteht. Zum gegenteiligen Ergebnis gelangte man nur, wenn man sich im Sinne des *Senats* auf den Standpunkt stellte, der Käufer, der den Kaufpreis nicht passend bei sich hat, würde an den Verkäufer ohne Aussicht auf Rückerhalt des Wechselgeldes *gar nichts* zahlen. Denn unter diesem Umstand gäbe ebenso wenig der Verkäufer an den Käufer die Drogen heraus und die Erfüllung des Betäubungsmittelgeschäfts schei-

²¹ BGH NJW 2002, 2117; kritisch hierzu *Kindhäuser/Wallau*, NStZ 2003, 152 ff.; *Mitsch*, JuS 2003, 122 ff.; zustimmend *Engländer*, JR 2003, 164 f.

²² So aber *Brand*, NJW 2021, 1968 (1969); ob die Entscheidungen des BGH im Ergebnis überzeugen, steht auf einem anderen Blatt.

²³ Vgl. BGH, Urt. v. 15.4.2021 – 5 StR 371/20, Rn. 18; die i.Ü. noch vertretene Auffassung, die Übereignung der Geldscheine stehe bei einer nicht unerheblichen Zuvielzahlung unter der aufschiebenden Bedingung der Rückzahlung der Differenz (so z.B. OLG Saarbrücken NJW 1976, 65 [66]; *Ellenberger* [Fn. 18], § 158 Rn. 4), führt hingegen nicht weiter: Mit ihr lässt sich lediglich ein Anspruch aus § 985 BGB auf Rückgabe der als Kaufpreis übergebenen Geldscheine insgesamt, nicht aber ein solcher auf Herausgabe des vor der Übergabe noch im Eigentum des Verkäufers stehenden Wechselgeldes begründen.

²⁴ BGH, Urt. v. 15.4.2021 – 5 StR 371/20, Rn. 18.

²⁵ BGH, Urt. v. 15.4.2021 – 5 StR 371/20, Rn. 18; vgl. zu Sinn und Zweck des BtMG allgemein BT-Drs. 8/3551, S. 23 f.

terte insgesamt. Auch nach dieser Überlegung bliebe der Einfluss auf das Betäubungsmittelgeschäft aber lediglich *mittelbarer* Natur und es ist zweifelhaft, ob dies ausreichte, um die Nichtigkeitsfolge des § 134 BGB auf die Vereinbarung über das Wechselgeld zu erstrecken.²⁶ In der Praxis könnte die Sichtweise des *Senats* einem Betäubungsmittelkäufer sogar den – kriminalpolitisch verfehlten – Anreiz geben, sich zur Vermeidung von Ärger gleich den vollständigen Wert des übergebenen Geldscheines in Betäubungsmitteln aushändigen zu lassen, anstatt eine geringere Menge für einen entsprechend reduzierten Kaufpreis zu erwerben. Sollte der Angeklagte einem Betäubungsmittelverkäufer also noch einmal einen 20 €-Geldschein überreichen, wird er dafür in Zukunft vermutlich gleich 2 g Marihuana fordern. Dieses Ergebnis läuft dem weiteren Zweck des BtMG zuwider, den Missbrauch von Betäubungsmitteln sowie das Entstehen und Erhalten einer Betäubungsmittelabhängigkeit zu verhindern.²⁷

Aus der Perspektive des *Senats* kommt als letztes ein Anspruch aus Bereicherungsrecht in Betracht. Hätte der Angeklagte von G die Rückzahlung des Kaufpreises i.H.v. 10 € begehrt, wäre das Ergebnis klar: Ein denkbarer Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Fall BGB oder § 817 S. 1 BGB wäre jedenfalls nach § 817 S. 2 BGB (analog) ausgeschlossen, weil der Angeklagte mit der Kaufpreiszahlung – genau wie G mit der Entgegennahme des Geldes – gegen das gesetzliche Verbot aus § 3 Abs. 1 Nr. 1 BtMG verstieß. Entsprechendes gilt nach Auffassung des *Senats* für das Wechselgeld, denn die Übergabe des 20 €-Scheines lasse sich nicht in einen bemakelten Teil, der auf den Betäubungsmittelerwerb gerichtet gewesen sei, und einen unbemakelten, lediglich zum Geldwechsel führenden Teil aufspalten.²⁸

Diese Ausführungen überzeugen nicht. Für einen Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Fall BGB, den der *Senat* grundsätzlich für einschlägig hält,²⁹ müsste der Angeklagte nämlich eine Leistung vorgenommen haben. Darunter ist jede bewusste, zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens zu verstehen, und zwar im Rechtssinn, nicht im Sinne tatsächlicher Abläufe.³⁰ Rechtlich gesehen mehrt der Angeklagte mit der Aushändigung des 20 €-Scheines, soweit dieser wertmäßig den vereinbarten Kaufpreis i.H.v. 10 € abdeckt, zweifelsohne bewusst und zweckgerichtet das Vermögen des G; es geht ihm ja darum, seine vermeintliche Kaufpreiszahlungspflicht aus § 433 Abs. 2 BGB zum Erlöschen zu bringen. Soweit der Wert des Geldscheines jedoch den vereinbarten Kaufpreis in Höhe der restlichen 10 € übersteigt, will er damit – zumindest unmittelbar, s.o. – gerade keine irgendwie geartete Zahlungsverbindlichkeit tilgen. Man könnte insofern vertreten, dass der Angeklagte in Höhe des hier nur relevanten Übertrages

schon keine Leistung erbracht hat. Der Anspruch auf Zahlung des noch fehlenden Wechselgeldes ließe sich dann richtigerweise auf § 812 Abs. 1 S. 1, 2. Fall BGB stützen. Der Ausschlussgrund aus § 817 S. 2 BGB griffe nicht ein, weil die Vorschrift auf die Nichtleistungskondition keine Anwendung findet³¹.

Selbst wenn man jedoch in der Übergabe des 20 €-Scheines insgesamt eine Leistung i.S.d. § 812 BGB erblickt, steht dem Angeklagten ein Anspruch auf Zahlung des Wechselgeldes aus § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Fall BGB zu. Problematisch ist dabei allein, ob der Anspruch ausgeschlossen ist. Konkret kommt zunächst ein Ausschluss gem. § 814, 1. Fall BGB in Betracht. Danach kann das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete nicht zurückgefordert werden, wenn der Leistende gewusst hat, zur Leistung nicht verpflichtet gewesen zu sein. Der Angeklagte wusste, dass er nach dem Inhalt des Kaufvertrages zur Zahlung des Übertrages an G nicht verpflichtet war. Die Zuvielzahlung stand allerdings unter dem für G erkennbaren Vorbehalt der Rückforderung, was § 814, 1. Fall BGB unanwendbar macht.³²

Darüber hinaus könnte sich der Ausschluss – wie der *Senat* es annimmt – aus § 817 S. 2 BGB analog ergeben. Spätestens an dieser Stelle ist nun zwischen dem Kaufpreis und dem Überbetrag zu unterscheiden: Leistung i.S.d. § 817 BGB ist nämlich nur, was *unmittelbar* der Erfüllung einer Forderung aus einem sitten- oder gesetzeswidrigen Geschäft dient³³ und überdies nach dem Willen der Parteien *endgültig* im Vermögen des Leistungsempfängers verbleiben soll³⁴. Dass Ersteres auf den Überbetrag nicht zutrifft, wurde oben bereits dargelegt. Nach dem Willen des Angeklagten und G sollten die überschießenden 10 € wirtschaftlich zudem nicht endgültig im Vermögen des G verbleiben; die Parteien hatten sich ja auf den Erwerb von 1 g Marihuana für lediglich 10 € geeinigt. Die Übergabe des 20 €-Scheines war insofern allein dem Umstand geschuldet, dass der Angeklagte und B die erforderlichen 10 € nicht passend dabei hatten. Welchen Weg man also auch einschlägt – die vom Angeklagten erstrebte Bereicherung war objektiv *nicht* rechtswidrig.

3. Voraussetzungen eines strafbefreienden Rücktritts vom Versuch

Die dritte Kritik des *Senats* betrifft schließlich die Möglichkeit eines strafbefreienden Rücktritts vom Versuch gem. § 24 StGB. Da die Strafkammer den Angeklagten und B für Mit-

²⁶ Ähnlich auch *Brand*, NJW 2021, 1968 (1969); *Lichtenthäler*, FD-StrafR 2021, 439567.

²⁷ Vgl. BT-Drs. 8/3551, S. 24.

²⁸ BGH, Urt. v. 15.4.2021 – 5 StR 371/20, Rn. 20.

²⁹ BGH, Urt. v. 15.4.2021 – 5 StR 371/20, Rn. 20; für den Wechselgeldanspruch allgemein auch *Löhnig/Fischinger*, JuS 2007, 512.

³⁰ BGH NJW 2019, 2608 (2609); BGH NJW 2018, 1079; *Sprau*, in: Palandt (Fn. 18), § 812 Rn. 14.

³¹ Vgl. *Lorenz*, in: Staudinger (Fn. 18), § 817 Rn. 10; *Schwab*, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limperg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, § 817 Rn. 11; *Sprau* (Fn. 3030), § 817 Rn. 12.

³² So auch *Löhnig/Fischinger*, JuS 2007, 512 (dort Fn. 1); allgemein zur (Nicht-)Anwendbarkeit des § 814, 1. Fall BGB bei vorbehaltener Rückforderung *Lorenz* (Fn. 31), § 814 Rn. 7; *Schwab* (Fn. 31), § 814 Rn. 9; *Sprau* (Fn. 30), § 814 Rn. 5.

³³ *Schwab* (Fn. 31), § 817 Rn. 44; kritisch hierzu *Lorenz* (Fn. 31), § 817 Rn. 13.

³⁴ BGHZ 222, 283 (319); BGH NJW 1995, 1152 (1153); *Sprau* (Fn. 30), § 817 Rn. 15; kritisch hierzu *Lorenz* (Fn. 3131), § 817 Rn. 13.

täter gehalten hatte, ist Grundlage dazu § 24 Abs. 2 S. 1 StGB.³⁵ Gemäß dieser Vorschrift wird wegen Versuches nicht bestraft, wer freiwillig die Vollendung der Tat verhindert. Dabei kann eine Vollendungsverhinderung schon in einem bloßen Unterlassen durch Nichtweiterhandeln liegen.³⁶ Der Angeklagte und B hatten es gegen Ende des ersten Tatkomplexes unterlassen, auf G weiter einzuschlagen, und er und seine Begleiter konnten sich so auf den Weg zur S-Bahn-Unterführung machen. Auf dem Boden der landgerichtlichen Feststellungen hätte es daher nahegelegen, die Voraussetzungen für einen strafbefreienden Rücktritt zu prüfen. Die Strafkammer hatte den Gedanken hieran dagegen wohl in Annahme eines den Rücktritt ausschließenden Fehlschlags sogleich verworfen: Zu Beginn der Darstellung des zweiten Tatkomplexes heißt es, der Angeklagte habe seinen Plan, G mit Gewalt 5 € abzunötigen, nunmehr für gescheitert gehalten.³⁷ Darin erblickt der *Senat* einen weiteren Erörterungsmangel, der die Revision dieses Mal zugunsten des Angeklagten begründet. Dass der Angeklagte eine solche Vorstellung nämlich zu *Beginn des zweiten Tatkomplexes* hatte, ist für die Frage eines möglichen Fehlschlags der im ersten Tatkomplex bereits verwirklichten versuchten Nötigung nicht relevant. Maßgeblich hierfür ist vielmehr der Zeitpunkt *nach der letzten Ausführungshandlung*, die nach Ansicht des *Senats* in dem erneuten Einfordern des Geldes, nachdem sich der Angeklagte aus der Umklammerung des G gelöst hatte, liegt.³⁸ Angaben zur Vorstellung des Angeklagten in diesem Zeitpunkt fehlen im Urteil. Die für das neue Verfahren zuständige Strafkammer wird auch hier nachzubessern haben.

IV. Bewertung und Ergebnis

Die Entscheidung des *Senats*, die Verurteilung wegen versuchter Nötigung aufzuheben, ist angesichts der unzureichenden Sachverhaltsdarstellung seitens der Strafkammer richtig. Soweit der *Senat* überdies zu erkennen gibt, dem Käufer von Betäubungsmitteln – zumindest für den Fall, dass der Verkäufer ihn nicht vorsätzlich getäuscht hat – in objektiver Hinsicht keinen Anspruch auf Zahlung von Wechselgeld zubilligen zu wollen, verfangen seine Ausführungen hingegen nicht. Dies gilt zumindest bezogen auf das Bereicherungsrecht, das dem Angeklagten richtigerweise einen solchen Anspruch – je nach Auslegung des Begriffs der Leistung i.S.v. § 812 BGB – gem. § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Fall BGB bzw. § 812 Abs. 1 S. 1, 2. Fall BGB verleiht. Es bleibt abzuwarten, ob auch die Zivilgerichte

einmal die Gelegenheit haben werden, sich zu den rechtlichen Grundlagen des Wechselgeldanspruchs zu positionieren. An veröffentlichter Rechtsprechung dazu mangelt es – soweit ersichtlich – bisher.

Assessorin Dr. Theresa Regina Disselkamp, Münster

³⁵ BGH, Urt. v. 15.4.2021 – 5 StR 371/20, Rn. 23.

³⁶ BGH NStZ 1989, 317 (318); *Eser/Bosch*, in: Schönke/Schröder (Fn. 7), § 24 Rn. 89; *Hoffmann-Holland*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 24 Rn. 166; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2020, § 38 Rn. 18.

³⁷ BGH, Urt. v. 15.4.2021 – 5 StR 371/20, Rn. 5; zum Begriff des Fehlschlags ausf. *Eser/Bosch* (Fn. 36), § 24 Rn. 8 ff.; *Hoffmann-Holland* (Fn. 36), § 24 Rn. 52 ff.; *Rengier* (Fn. 36), § 37 Rn. 15 ff.

³⁸ BGH, Urt. v. 15.4.2021 – 5 StR 371/20, Rn. 23; allgemein zum sog. Rücktrittshorizont z.B. BGH StV 2021, 307 (308); BGH NStZ 2018, 468; BGH NStZ 2011, 209.