

# Schwerpunktbereichsklausur: Die falsche Birne

Von Prof. Dr. **Diethelm Kleszczewski**, Wiss. Mitarbeiter **Sascha Knaupe**, Wiss. Mitarbeiterin **Laura Wittkugel**, Leipzig\*

*Die Klausur wurde im Schwerpunktbereich Kriminalwissenschaften an der Universität Leipzig im Wintersemester 2016/2017 gestellt. Sie stellt eine Revisionsklausur dar, wobei es sich um eine Arbeit von mittlerem Schweregrad handelt. Schwerpunkte bildeten u.a. im Rahmen der Zulässigkeit des Wechsels vom Bußgeldverfahren in ein Strafverfahren, die Falschbezeichnung des Rechtsmittels sowie die Annahmeverweigerung und im Zuge der Begründetheit der Öffentlichkeitsgrundsatz, das Verbot der Beweisantizipation, der Betrug und die Einziehung sowie die Subsidiarität der Ordnungswidrigkeit.*

## Sachverhalt

Gegen den B erging ein Bußgeldbescheid wegen einer Ordnungswidrigkeit gem. §§ 1 Abs. 1 S. 1, 10 Abs. 1 Nr. 1 PAngV, § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 WiStG. In dem Bußgeldbescheid sind folgende Feststellungen getroffen worden:

Der B betreibt ein Geschäft namens „Computerwelt“ für PCs, Notebooks und verschiedene Softwares in der Leipziger Georg-Schumann-Straße. Um Kunden ins Geschäft zu locken und viele Produkte verkaufen zu können, versucht B stets, seine Produkte möglichst günstig und leistungsstark im Schaufenster anzupreisen. So auch am Samstagvormittag, den 13.8.2016, an dem er ein Sonderangebot machte. B stellte einen PC der Marke „Birne“ im Schaufenster aus und führte auf dem beigefügten Schild schriftlich an: „Unschlagbar günstiges Angebot in Höhe von 1.399,00 € (Nettopreis + MWSt.)“. Zudem stand unten auf dem Schild kleingedruckt folgende Aussage: „Das Betriebssystem stellt einen Mehrprogrammbetrieb zur Verfügung, wodurch der Computer bis hin zu einem Fünf-Platz-System ausgebaut werden kann.“ Am besagten Samstagvormittag, nur fünf Minuten nachdem B das Sonderangebot im Schaufenster ausstellte, lief A mit seinem Mitbewohner M am Geschäft „Computerwelt“ vorbei und las die Reklame im Schaufenster. A war von der Offerte in zweierlei Hinsicht begeistert. Zum einen ging er aufgrund der Angabe eines unschlagbar günstigen Angebots davon aus, im Vergleich zum üblichen Marktwert ein Schnäppchen machen zu können. Zum anderen suchte er für den privaten Gebrauch eine Computeranlage, die auf ein Mehrplatzsystem ausgebaut werden kann. Denn über das Hobby Photoshop, Druckvorlagen und Fotos zu retuschieren, entwickelte sich bei A und seinen drei Mitbewohnern das Vergnügen – in welches sie viel Zeit investierten – für sich und ihre Freunde Webseiten, größere Kalender und Poster sowie Autofolien und bedruckte T-Shirts gemeinsam zu entwerfen und zu überarbeiten. Daraufhin betrat A mit seinem Mitbewohner M das Geschäft und sprach B auf den im Schaufenster ausgestellten

PC an. Dabei erklärte er B, dass er angesichts seiner privaten Leidenschaft nur ein Mehrprogrammbetrieb gebrauchen könne. B nickte. Sodann kaufte A einen PC der im Schaufenster ausgestellten Marke inklusive der dazugehörigen Software für einen Kaufpreis in Höhe von 1.664,81 € und nahm den PC mit. Dieser Kaufpreis, den A auf das Geschäftskonto des B überwies, entsprach dem Marktwert des PCs. Ein Rückgaberecht wurde nicht vereinbart. Nachdem der PC in der Wohngemeinschaft des A von seinem Mitbewohner konfiguriert worden war, stellte sich heraus, dass er nicht auf ein Fünf-Platz-System ausgebaut werden kann. In Wirklichkeit handelt es sich bei diesem PC nur um ein Einplatzsystem, welches nur einem Benutzer erlaubt, an dem Computer gleichzeitig zu arbeiten. B war sich dessen bewusst. Er erhoffte sich aber durch die falsche Angabe bessere Verkaufschancen, da er in einer Statistik eines Fachmagazins für Computer las, dass in letzter Zeit vor allem Unternehmen aber auch Privatpersonen immer mehr Computeranlagen suchen und kaufen würden, die auf ein Mehrplatzsystem ausgebaut werden können. Nachdem A festgestellt hatte, dass es sich nur um ein Einplatzsystem handelt, war er erbost. Denn der PC war somit für ihn nutzlos. Er konnte angesichts seiner privaten Leidenschaft und der gemeinsamen Gestaltung von Layouts, Grafik- und Webdesigns nur ein Mehrplatzsystem gebrauchen, an dem mehrere Terminals<sup>1</sup> angeschlossen werden und somit er und seine drei Mitbewohner gleichzeitig arbeiten können. Privat besaß A, der weder eine Partnerin noch Kinder hat, genauso wie seine drei Mitbewohner bereits einen leistungsstärkeren PC. Auch eine Weiterveräußerung des PCs kam nicht in Betracht, da für den privaten Gebrauch leistungsstärkere Betriebssysteme und in Unternehmen Mehrprogrammbetriebe bevorzugt werden. A zeigte daraufhin den B bei der zuständigen Behörde in Leipzig an. Außerdem erklärte er gegenüber B wirksam die Anfechtung des Kaufvertrages und forderte den Wert des Kaufpreises heraus. Dieser Aufforderung kam der B bisher nicht nach.

Gegen diesen Bußgeldbescheid legte der B form- und fristgerecht Einspruch ein. Nachdem die Behörde dem Einspruch nicht abgeholfen und die Staatsanwaltschaft (StA) die Sache dem AG vorgelegt hatte, eröffnete die zuständige Abteilung des AG Leipzig die Hauptverhandlung in dieser Bußgeldsache. Während der Verhandlung erteilte der Richter, wie nach §§ 81 Abs. 1 S. 2, 46 OWiG vorgeschrieben, den Hinweis, dass auch eine Verurteilung wegen Betruges in Betracht komme und dass der Prozess in ein Strafverfahren übergeleitet werde. Letztendlich wurde B am Dienstag, den 11.10.2016, nur wegen der Ordnungswidrigkeit verurteilt, und zwar zu einer Geldbuße in Höhe von 300 €. Eine Täuschung durch die Angabe auf dem Schild im Schaufenster und durch das Kopfnicken des B sah das Gericht hingegen nicht als erwiesen an. Dem Urteil konnte entnommen werden, dass die Höhe der

\* Prof. Dr. **Diethelm Kleszczewski** ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Europäisches Strafrecht und Rechtsphilosophie, Universität Leipzig. **Sascha Knaupe** ist Wiss. Mitarbeiter, **Laura Wittkugel** war Wiss. Mitarbeiterin an diesem Lehrstuhl.

<sup>1</sup> Vgl. <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/terminal-49989> (8.9.2018).

Geldbuße ohne Einberechnung eines Gewinnabschöpfungsanteils bestimmt worden ist.

Die Staatsanwaltschaft wollte dieses Urteil nicht akzeptieren und legte daher gegen die Entscheidung mit einem Schreiben vom 17.10.2016, das am nächsten Tag, den 18.10.2016, in den Briefkasten des AG eingeworfen wurde, eine „Sprungrechtsbeschwerde“ ein. Am 7.11.2016 begründete die Staatsanwaltschaft ihr Rechtsmittel schriftlich. Sie beantragte, das Urteil des AG Leipzig vom 11.10.2016 mit den Feststellungen aufzuheben und die Sache an das AG zurückzuweisen. Der von der Staatsanwaltschaft verfasste Schriftsatz äußerte neben dem Satz „Ich rüge die Verletzung materiellen Rechts.“ die Rechtsauffassung, dass der von B erlangte Vermögensvorteil zu Unrecht nicht abgeschöpft worden sei. Des Weiteren wurden folgende Verfahrensrügen erhoben:

1. Die Staatsanwaltschaft rügt die Verletzung des Öffentlichkeitsgrundsatzes gemäß § 169 S. 1 GVG. Am Tag der Verhandlung spielte sich folgendes Geschehen ab: Drei Schulklassen der 10. Klasse aus der Leipziger Lene-Voigt-Schule hatten sich entschieden, die Verhandlungen des AG an diesem Tag zu besuchen. Aufgrund dieses Anliegens kontaktierten die Lehrer zuvor den Richter, der daraufhin die Verhandlung in einen anderen Sitzungssaal verlegte. Auf diese Verlegung wurde im Eingang des Gerichtsgebäudes sichtbar hingewiesen. Die Verlegung der Sitzung war erforderlich, da der Sitzungssaal, in dem sonst die Verhandlungen stattfinden, lediglich eine Kapazität von acht Plätzen aufweist, von denen wiederum zwei Plätze für Medienvertreter reserviert sind. Die verhältnismäßig sehr geringe Raumkapazität ist grundsätzlich ausreichend, da nur gelegentlich Publikum anwesend ist. Wie geplant, machten sich die drei Schulklassen am Tag der Verhandlung auf den Weg zum Gericht. Da in den Linienbus nicht alle drei Schulklassen mit einmal hineinpassten, nahm eine Schulklasse einen später kommenden Linienbus. Als diese Klasse im AG ankam, wies sie der Richter aus Kapazitätsgründen ab. In der Tat waren aufgrund eines nicht vorhersehbaren größeren Publikums nur noch zwei Sitzplätze frei, die für zwei Journalisten der LVZ reserviert waren.

2. Des Weiteren rügt die Staatsanwaltschaft die Ablehnung eines Beweisantrags. Dazu trägt sie vor, dass sie die Ladung und Vernehmung des Mitbewohners M zum Beweis der Tatsache beantragt hatte, auf dem Schild im Schaufenster habe gestanden, dass das Betriebssystem einen Mehrprogrammbetrieb zur Verfügung stelle, wodurch der Computer bis zu einem Fünf-Platz-System ausgebaut werden könne, und dass B dies im Geschäft per Kopfnicken bestätigt habe. Der Mitbewohner M könne dazu Angaben machen, da er am besagten Tag mit A unterwegs gewesen und mit ihm ins Geschäft des B gegangen sei. Nach kurzer Überlegungszeit habe der Richter den Antrag mittels eines Beschlusses allerdings mit der Begründung abgewiesen, dass er bereits vom Gegenteil hinreichend überzeugt sei.

### Aufgabe

Prüfen Sie, inwieweit das Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft Aussicht auf Erfolg hat.

### Bearbeitervermerk

Hinsichtlich des materiellen Rechts sind die tatsächlichen Feststellungen, die im Bußgeldbescheid getroffen worden sind, zugrunde zu legen.

### Lösungsvorschlag

*Anmerkung 1:* Die Lösungsskizze stellt keine Musterlösung dar, schließt andere Lösungen nicht aus und ist für die Leser und Korrekturassistenten nur eine Leitlinie.

Die Revision der Staatsanwaltschaft hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

### A. Zulässigkeit

Die Revision müsste zulässig sein.

### I. Statthaftigkeit

Fraglich ist, welches Rechtsmittel statthaft ist. Die Staatsanwaltschaft hat ihr Begehren „Sprungrechtsbeschwerde“ genannt. Ein Rechtsmittel mit diesem Namen kennt weder das Straf- noch das Bußgeldverfahrensrecht. Die Staatsanwaltschaft könnte eine Sprungrevision gemeint haben.

#### 1. Wechsel zum Strafverfahren

Einer Sprungrevision könnte entgegenstehen, dass es sich zunächst um ein Bußgeldverfahren handelte. Schließlich erging gegen B ein Bußgeldbescheid nach § 65 OWiG, wogegen B form- und fristgerecht Einspruch gem. § 67 OWiG einlegte. Nachdem die Behörde dem Einspruch nicht abgeholfen hatte, eröffnete das AG Leipzig die Hauptverhandlung im Sinne des § 71 OWiG. Allerdings könnte ein Wechsel vom Bußgeld- zum Strafverfahren gem. § 81 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 S. 1 OWiG gegeben sein. Der Richter nahm erst in der Hauptverhandlung auch den Verdacht eines Betruges an. Daher muss gem. § 81 Abs. 1 S. 2 OWiG der Richter den Betroffenen auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes hinweisen.<sup>2</sup> Dieser Pflicht ist der Richter nachgekommen. Dadurch erhält B nach § 81 Abs. 2 S. 2 OWiG die Rechtsstellung des Angeklagten. Damit ist ein Wechsel vom Bußgeld- zum Strafverfahren gegeben. Nach dem Übergang in das Strafverfahren sind die Rechtsmittel der StPO gegen die Entscheidung gegeben.<sup>3</sup> Folglich steht einer Sprungrevision nicht entgegen, dass es sich zunächst um ein Bußgeldverfahren handelte.

#### 2. Verneinung einer Straftat

Letztendlich wurde B gleichwohl nur wegen einer Ordnungswidrigkeit gem. §§ 1 Abs. 1 S. 1, 10 Abs. 1 Nr. 1 PAngV, § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 WiStG verurteilt. Fraglich ist daher, ob das Strafverfahren wieder in ein Bußgeldverfahren gewechselt ist. Gem. § 82 Abs. 1 OWiG beurteilt das Gericht im Straf-

<sup>2</sup> Bohnert/Bülte, Ordnungswidrigkeitenrecht, 5. Aufl. 2016, § 4 Rn. 28

<sup>3</sup> Seitz/Bauer, in: Göhler, Kommentar zum OWiG, 17. Aufl. 2017, § 81 Rn. 24.

verfahren die in der Anklage bezeichnete Tat auch unter dem rechtlichen Gesichtspunkt einer Ordnungswidrigkeit. Das spricht folglich gegen einen Wechsel des Strafverfahrens in ein Bußgeldverfahren. Des Weiteren fehlt es für einen entsprechenden Wechsel bzw. Übergang an einer gesetzlichen Vorschrift. Anders als für den Fall des sachlichen Zusammentreffens von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten – vgl. dazu § 83 OWiG – sieht das Gesetz hier auch keinen von den Vorschriften der StPO abweichenden Rechtsmittelzug vor.<sup>4</sup> Damit handelt es sich weiterhin um ein Strafverfahren, sodass die Rechtsmittel der StPO statthaft sind.

### 3. Falschbezeichnung als „Sprungrechtsbeschwerde“

Fraglich ist, ob es schädlich ist, dass die Staatsanwaltschaft ihr Rechtsmittel fehlerhaft als „Sprungrechtsbeschwerde“ gekennzeichnet hat. Ein solches Rechtsmittel sieht die StPO nicht vor.

Gem. § 300 StPO ist die falsche Bezeichnung des zulässigen Rechtsmittels als Ausfluss von Art. 19 Abs. 4 GG ausdrücklich unschädlich. Das gilt auch für die Staatsanwaltschaft.<sup>5</sup> Allerdings wäre sowohl eine Berufung nach § 312 StPO als auch eine Sprungrevision nach § 335 StPO zulässig. Folglich muss die Erklärung der Staatsanwaltschaft ausgelegt werden.<sup>6</sup> Das Rechtsmittel ist stets so zu deuten, dass der erstrebte Erfolg möglichst erreichbar ist.<sup>7</sup> Die Staatsanwaltschaft bringt hier zum Ausdruck, dass sie das Urteil nicht akzeptieren will. Dabei spricht sie von einer „Sprungrechtsbeschwerde“. Das deutet bereits nach der grammatikalischen Auslegung auf eine Sprungrevision hin. Des Weiteren erhebt die Staatsanwaltschaft Verfahrensrügen, was nur im Rahmen der Revision möglich ist. Damit ist das Rechtsmittel als Sprungrevision zu behandeln.

### 4. Annahmeverufung

Gem. § 335 StPO muss gegen ein Urteil, das mit einer Sprungrevision angefochten wird, die Berufung zulässig sein. B wurde zu einer Geldbuße verurteilt, sodass nach § 313 Abs. 1 S. 1 StPO ein Fall der Annahmeverufung gegeben ist. Fraglich ist, ob und ggf. in welcher Weise die Voraussetzungen der Annahmeverufung i.R.d. Sprungrevision zu beachten sind. Das ist umstritten.<sup>8</sup> Einer Ansicht nach ist der Begriff „Zulässig“ im Sinne des § 335 StPO als Statthaftigkeit zu verstehen.<sup>9</sup> Dagegen wird angeführt, dass das Merkmal in § 313 Abs. 1 StPO keine andere Bedeutung haben könne als in § 335 Abs. 1 StPO<sup>10</sup>. Doch kann dies dahinstehen, wenn die Berufung im vorliegenden Fall zulässig wäre. Gem. § 313

Abs. 3 S. 1 StPO ist die Berufung gegen ein auf Geldbuße wegen einer Ordnungswidrigkeit lautendes Urteil stets zulässig, wenn die Rechtsbeschwerde nach § 79 Abs. 1 OWiG zulässig oder nach § 80 Abs. 1, Abs. 2 OWiG zuzulassen wäre. Da B wegen einer Ordnungswidrigkeit zu einer Geldbuße i.H.v. 300 € verurteilt wurde, wäre eine Rechtsbeschwerde nach § 79 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 OWiG zulässig.

Die (Sprung-)Revision ist damit statthaft.

## II. Einlegungsberechtigung und Beschwer, § 296 StPO

Die Staatsanwaltschaft ist gem. § 296 StPO berechtigt, Rechtsmittel einzulegen. Es kann offenbleiben, ob die Staatsanwaltschaft auch beschwert sein muss. Denn selbst wenn dies verlangt wird, ist die Staatsanwaltschaft als unparteiische, zur Wahrung des Rechts verpflichtete Behörde immer dann beschwert, wenn – sei es zugunsten oder zuungunsten des Angeklagten – eine unrichtige Sachbehandlung gerügt wird.<sup>11</sup> So liegt der Fall hier.

## III. Adressat, § 341 Abs. 1 StPO

Gem. § 341 Abs. 1 StPO ist die Revision beim „iudex a quo“ einzulegen. Das ist hier mit dem AG Leipzig der Fall.

## IV. Form und Frist der Einlegung, § 341 Abs. 1 StPO

Die Staatsanwaltschaft hätte die Schriftform des § 341 Abs. 1 StPO wahren müssen. Die Revisionseinlegung erfolgte mit Schreiben vom 17.10.2016. Des Weiteren müsste die Staatsanwaltschaft die Frist des § 341 Abs. 1 StPO beachtet haben. B wurde am 11.10.2016 verurteilt, sodass die Frist mit Ablauf des 18.10.2016 endete. Der Einwurf am 18.10.2016 war damit fristwährend.

## V. Adressat, Form, Inhalt und Frist der Revisionsbegründung, § 345 Abs. 1, Abs. 2, § 344 Abs. 1, Abs. 2 StPO

### 1. Adressat, § 345 Abs. 1 S. 1 StPO

Gem. § 345 Abs. 1 S. 1 StPO müsste die Revisionsbegründung beim „iudex a quo“ eingelegt worden sein. Hier begründete die Staatsanwaltschaft die Revision beim AG Leipzig, damit beim „iudex a quo“.

### 2. Form, § 345 Abs. 2 StPO

Die Revisionsbegründung müsste der vorgeschriebenen Form entsprechen. § 345 Abs. 2 StPO enthält nur eine Formvorgabe für Angeklagte, sodass für die Revisionsbegründung durch die Staatsanwaltschaft die einfache Schriftform ausreichend ist.<sup>12</sup> Diese Form wurde eingehalten.

### 3. Frist, § 345 Abs. 1 S. 1 StPO

Nach § 345 Abs. 1 StPO muss die Revisionsbegründung innerhalb eines Monats nach Ablauf der Frist zur Einlegung des Rechtsmittels angebracht werden. Die Frist zur Einlegung des Rechtsmittels endete am 18.10.2016 (siehe oben A. IV.), sodass die Frist zur Begründung am 18.11.2016 endet. Mit der

<sup>4</sup> BayObLG NJW 1969, 1313 (1314).

<sup>5</sup> BGHSt 50, 180 (186).

<sup>6</sup> Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Kommentar zur StPO, 61. Aufl. 2018, § 300 Rn. 3.

<sup>7</sup> BGH NJW 1956, 756.

<sup>8</sup> Vgl. Paul, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 7. Aufl. 2013, § 313 Rn. 4.

<sup>9</sup> OLG Koblenz, Beschl. v. 18.4.2011 – 1 Ss 54/11, 1 Ws 214/11, Rn. 8.

<sup>10</sup> Paul (Fn. 8), § 313 Rn. 4.

<sup>11</sup> Hannich, in: Hannich (Fn. 8), Vor § 296 Rn. 6.

<sup>12</sup> Schmitt (Fn. 6), § 345 Rn. 23.

Begründung am 7.11.2016 wurde die Monatsfrist also gewahrt.

#### 4. Inhalt, § 344 StPO

Die Begründungsschrift müsste auch die inhaltlichen Anforderungen des § 344 StPO erfüllen. Gem. § 344 Abs. 1 StPO muss der Revisionsführer einen bestimmten Antrag stellen. Laut Sachverhalt hat die Staatsanwaltschaft beantragt, das Urteil des AG Leipzig vom 11.10.2016 mit den Feststellungen aufzuheben und die Sache an das AG zurückzuweisen. Ein bestimmter Antrag liegt vor. Des Weiteren müsste nach § 344 Abs. 2 S. 1 StPO aus der Begründung hervorgehen, ob das Urteil wegen der Verletzung formellen oder materiellen Rechts angegriffen wird. Im Falle der Rüge formellen Rechts müssen nach § 344 Abs. 2 S. 2 StPO die den Mangel enthaltenen Tatsachen angegeben werden. Die Staatsanwaltschaft hat die allgemeine Sachrüge erhoben. Hierzu genügt der von ihr verwendete Satz. Darüber hinaus hat sie die Verletzung zweier Rechtsnormen über das Verfahren angegriffen, nämlich § 169 S. 1 GVG und §§ 244, 245 StPO. Die den Mangel enthaltenen Tatsachen werden von der Staatsanwaltschaft angegeben. Die Begründungsschrift entspricht damit den Anforderungen des § 344 StPO.

### VI. Ergebnis

Die Revision ist zulässig.

#### B. Begründetheit

Die Revision ist begründet, wenn das angefochtene Urteil gemäß § 337 Abs. 1 StPO auf der Verletzung des Gesetzes beruht. Gem. § 337 Abs. 2 StPO ist das Gesetz verletzt, wenn eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet worden ist. Fraglich ist, ob das Urteil des AG Leipzig gegen B auf einer solchen Gesetzesverletzung beruht.

#### I. Verfahrensvoraussetzungen

Die Verfahrensvoraussetzungen müssten gegeben sein.

Das AG Leipzig war auf Einspruch ursprünglich zuständig gem. § 68 Abs. 1 OWiG, § 24 Abs. 1 GVG. Daran hat sich auch durch die Überleitung in ein Strafverfahren nichts geändert. Die Zuständigkeit der Wirtschaftsstrafkammer gem. § 74c Abs. 1 S. 1 GVG setzt die Zuständigkeit des LG voraus. Dieses ist gem. § 74 Abs. 1 S. 2 GVG bei Vergehen nur zuständig, wenn im Einzelfall i.R.e. prognostischen Bewertung<sup>13</sup> eine Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mehr als vier Jahren zu erwarten ist. Daran fehlt es hier. § 263 Abs. 1 StGB sieht zwar eine Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren vor. Doch im Vergleich zu allen möglichen Fällen ist die Schwere eines möglichen Verstoßes des B als nicht überdurchschnittlich zu bewerten. Zudem ist B nicht vorbestraft ist. Demnach wäre die Verhängung einer Freiheitsstrafe am oberen Rand des zulässigen Regelstrafrahmens unverhältnismäßig und damit nicht zu erwarten.

Da gem. § 81 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 S. 1 OWiG ein Wechsel vom Bußgeld- zum Strafverfahren gegeben ist (siehe oben A.

<sup>13</sup> Vgl. OLG Karlsruhe StV 1998, 252 (253 f.).

I. 1.), sind eine Anklage gem. §§ 151, 170 Abs. 1 StPO und ein Eröffnungsbeschluss nach § 203 StPO entbehrlich.

Die Verfahrensvoraussetzungen lagen damit vor.

#### II. Verfahrensrügen

Das Gericht könnte bei Erlass des Urteils Verfahrensrecht verletzt haben. Dann müsste das Urteil auf dieser Verletzung beruhen.

##### 1. Formale Zulässigkeit

Die beiden Verfahrensrügen müssten den formalen Anforderungen des § 344 Abs. 2 S. 2 StPO entsprechen. Das war hier der Fall (siehe oben A. V. 4.).

##### 2. Begründetheit

Die beiden Rügen müssten auch begründet sein.

##### a) Öffentlichkeitsgrundsatz, § 169 S. 1 GVG (Rüge Nr. 1)

Indem der Richter einer Schulklasse den Zutritt zum Sitzungssaal untersagte, könnte er die Öffentlichkeit unzulässig beschränkt und damit gegen den Öffentlichkeitsgrundsatz nach § 169 S. 1 GVG verstoßen haben. Das würde einen absoluten Revisionsgrund nach § 338 Nr. 6 StPO darstellen.

##### aa) Kapazitätsgrenze

Der Öffentlichkeitsgrundsatz gewährleistet, dass zum einen der Ort der Hauptverhandlung für jedermann jederzeit ohne besondere Schwierigkeiten feststellbar und zum anderen der Zutritt im Rahmen der tatsächlichen Gegebenheiten möglich ist.<sup>14</sup> Allerdings wird das Recht auf Öffentlichkeit nicht schrankenlos gewährt. Begrenzungen sind dort zulässig, wo der Ablauf einer geordneten Verhandlung nicht mehr gewährleistet werden kann. Ein diesbezügliches Beispiel ist die zur Verfügung stehende Raumkapazität.<sup>15</sup> Erforderlich ist lediglich, dass es nicht zu einem faktischen Ausschluss der Öffentlichkeit kommt. Der Sitzungssaal muss daher so beschaffen sein, dass in ihm Zuhörer in einer Anzahl Platz finden können, in der sie noch als Repräsentanten einer keiner besonderen Auswahl unterliegenden Öffentlichkeit angesehen werden können.<sup>16</sup>

##### bb) Prioritätsprinzip

Des Weiteren ist das Prioritätsprinzip zu beachten, wonach den Zuhörern in der Reihenfolge ihrer Ankunft Zutritt zu gewähren ist. Dieses Prioritätsprinzip darf nicht mittels einer Platzreservierung umgangen werden.<sup>17</sup> Wegen Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 1 GG ist von diesem Verbot bei einer bestimmten Anzahl von Medienvertretern eine Ausnahme zu machen.<sup>18</sup>

<sup>14</sup> BGHSt 28, 341 (343); OLG Hamburg VRS 24, 437 (438 f.); OLG Köln VRS 50, 370.

<sup>15</sup> BGHSt 5, 75 (83); 24, 72 (73 f.); BayObLG NJW 1982, 395 f.

<sup>16</sup> BGHSt 5, 75 (83).

<sup>17</sup> Schmitt (Fn. 6), § 169 GVG Rn. 4.

<sup>18</sup> Foth, DRiZ 1980, 103.

Die Reservierung der Presseplätze für die Journalisten der LVZ war damit zulässig.

Der Richter hatte die Verhandlung aufgrund der zwei angekündigten Schulklassen bereits in einen größeren Sitzungssaal verlegt. Auf diese Verlegung wurde am Eingang des Gerichtsgebäudes hingewiesen, sodass der Ort der Hauptverhandlung für jedermann jederzeit ohne Schwierigkeiten feststellbar war. Der Zutritt war auch möglich.

Lediglich wegen Raummangels wies der Richter unter Beachtung des Prioritätsprinzips eine Schulklasse ab. Ein größeres Aufkommen an Publikum war für den Richter unvorhersehbar, sodass ihm insbesondere mit Blick auf seine vorherige Verlegung nicht vorgeworfen werden kann, dass ein zu kleiner Sitzungssaal gewählt wurde. Ein faktischer Ausschluss der Öffentlichkeit ist zu verneinen.

#### cc) Ergebnis

Die Öffentlichkeit wurde somit nicht unzulässig eingeschränkt. Ein Verstoß gegen den Öffentlichkeitsgrundsatz nach § 169 S. 1 GVG ist nicht gegeben. Diese Rüge ist damit unbegründet.

#### b) Ablehnung des Beweisantrages (Rüge Nr. 2)

##### aa) Verstoß gegen § 244 Abs. 3 bis 5 StPO

Indem der Richter den Beweisantrag der Staatsanwaltschaft ablehnte, könnte er gegen die Vorschrift des § 244 Abs. 3 bis 5 StPO verstoßen haben. An die dort enthaltenen strengen Ablehnungsvoraussetzungen ist der Richter aber nur gebunden, wenn die Staatsanwaltschaft einen echten Beweisantrag gestellt hat.

##### (1) Abgrenzung des echten Beweisantrages vom sog. Beweisermittlungsantrag

Bei einem echten Beweisantrag handelt es sich um das ernsthafte, unbedingte oder an eine Bedingung geknüpfte Begehren eines Prozessbeteiligten, über eine die Schuld- oder Rechtsfolgenfrage betreffende Behauptung durch bestimmte, nach der StPO zulässige Beweismittel Beweis zu erheben.<sup>19</sup> Der Antrag muss eine bestimmte Beweistatsache sowie ein bestimmtes Beweismittel bezeichnen.<sup>20</sup> Nach der Rspr. des BGH ist zudem erforderlich, dass ein verbindender Zusammenhang, eine sog. Konnexität, zwischen der behaupteten Beweistatsache und dem angegebenen Beweismittel besteht.<sup>21</sup>

Die Staatsanwaltschaft trug vor, auf dem Schild im Schaufenster habe gestanden, dass das Betriebssystem einen Mehrprogrammbetrieb zur Verfügung stelle, und dass B dies im Geschäft per Kopfnicken bestätigt habe. Damit bezeichnete die Staatsanwaltschaft eine bestimmte Beweistatsache. Daneben beantragte sie die Ladung und Vernehmung des Mitbewohners M als Zeugen, mithin benannte sie ein bestimmtes Beweismittel. Da der M mit A am besagten Sams-

tagvormittag im Geschäft des B war, kann er zur bezeichneten Beweistatsache Angaben machen. Demnach ist eine sog. Konnexität gegeben. Ein echter Beweisantrag liegt vor.

##### (2) Voraussetzungen eines Beweisantrages

Die Voraussetzungen eines Beweisantrages müssten vorliegen. Dazu müsste die Staatsanwaltschaft zunächst antragsberechtigt sein. Die Staatsanwaltschaft kann einen derartigen Antrag zur Be- und Entlastung des Angeklagten<sup>22</sup> sowie zur objektiven Sachverhaltsaufklärung<sup>23</sup> stellen.

Darüber hinaus müsste der Antrag formgerecht und rechtzeitig gestellt worden sein. Beweisanträge sind in der Hauptverhandlung mündlich zu stellen.<sup>24</sup> Sie sind bis zum Beginn der Urteilsverkündung zulässig.<sup>25</sup> So geschah es hier.

##### (3) Nichtvorliegen der Ablehnungsvoraussetzungen

Ein Verstoß gegen § 244 Abs. 3 bis 5 StPO ist nur dann zu bejahen, wenn der Richter den Beweisantrag in unzulässiger Weise ablehnte. Vorliegend lehnte der Richter den Beweisantrag mit der Begründung ab, er sei bereits vom Gegenteil überzeugt. Demzufolge könnte sich der Richter nur auf § 244 Abs. 3 S. 2 Var. 3 StPO stützen, wonach ein echter Beweisantrag abgelehnt werden darf, wenn die Tatsache, die bewiesen werden soll, bereits erwiesen ist.

##### (4) Verbot der sog. Beweisantizipation

Dieser Ablehnungsgrund gilt allerdings nur für die unter Beweis gestellten Tatsachen, die bereits positiv erwiesen sind.<sup>26</sup> Ein Beweisantrag darf dagegen nicht mit der Begründung abgelehnt werden, dass das Gegenteil der Beweistatsache bereits erwiesen sei.<sup>27</sup> Anderenfalls wäre dies ein Fall der im Grundsatz verbotenen Beweisantizipation.<sup>28</sup> Das Verbot der Beweisantizipation, eine Vorwegnahme der Beweiswürdigung, bezieht sich gleichermaßen auf Beweismittel und -tatsachen<sup>29</sup> und darf nur ausnahmsweise bei einer als überflüssig erachteten Beweisaufnahme durchbrochen werden, wenn neben der Verfahrensverzögerung ein weiterer besonderer Grund vorhanden ist<sup>30</sup>.

Es ist somit zu untersuchen, welche Beweistatsache genau Grundlage des Antrages war. Laut der Staatsanwaltschaft sollte gerade bewiesen werden, dass auf dem Schild im Schaufenster gestanden habe, dass das Betriebssystem einen Mehrprogrammbetrieb zur Verfügung stelle, und dass B dies im Geschäft per Kopfnicken bestätigt habe. Die Argumenta-

<sup>22</sup> Schmitt (Fn. 6), § 244 Rn. 30.

<sup>23</sup> BGH NJW 1952, 273 (274).

<sup>24</sup> Schmitt (Fn. 6), § 244 Rn. 32.

<sup>25</sup> BGHSt 16, 389 (391); 21, 118 (123 f.); BGH NStZ 1982, 41; BGH NStZ 1992, 346.

<sup>26</sup> Beulke (Fn. 20), Rn. 443.

<sup>27</sup> BGH StV 1986, 418 (419); StV 1994, 62 (63); StV 1997, 567 (568).

<sup>28</sup> Siehe dazu Schmitt (Fn. 6), § 244 Rn. 46.

<sup>29</sup> Schulenburg, Das Verbot der vorweggenommenen Beweiswürdigung im Strafprozeß, 2002, S. 165 ff.

<sup>30</sup> Vgl. Kleczewski, Strafprozessrecht, 2. Aufl. 2013, Rn. 478.

<sup>19</sup> BGHSt 6, 128 (129); vgl. auch BGH StV 1982, 55 (56).

<sup>20</sup> Vgl. dazu Beulke, Strafprozessrecht, 13. Aufl. 2016, Rn. 436 f. m.w.N.

<sup>21</sup> BGHSt 39, 251 (253 f.); 43, 321 (330); BGH NStZ 2006, 585, (586); BGH NStZ 2014, 282 (283).

tion des Richters fällt hier gerade unter das Verbot der sog. Beweisantizipation. Eine Ausnahme zur Durchbrechung dieses Grundsatzes ist nicht ersichtlich. Die Ablehnung war unzulässig. Der Richter hat somit gegen die Vorschrift des § 244 Abs. 3 StPO verstoßen.

#### *bb) Beruhen des Urteils auf der Gesetzesverletzung*

Das Urteil müsste nach § 337 Abs. 1 StPO auf der Gesetzesverletzung beruhen. Das ist der Fall, wenn nicht auszuschließen ist, dass der Richter sein Urteil ohne den Verfahrensverstoß anders gefällt hätte.<sup>31</sup> Würde M, so wie im Beweisantrag vorgetragen, aussagen, stünde eine Verurteilung wegen Betruges im Raum. Es ist nicht auszuschließen, dass die Aussage des M die Überzeugung des Gerichts hätte beeinflussen und damit zu einem anderen Urteil hätte führen können. Folglich beruht das Urteil auf der Gesetzesverletzung.

#### *cc) Ergebnis*

Die Verfahrensrüge Nr. 2 ist begründet.

### III. Sachrügen

Des Weiteren ist zu fragen, ob das Gericht beim Erlass des Urteils materielles Recht verletzt hat.

#### *1. Betrug*

Indem der B den im Schaufenster ausgestellten PC fälschlicherweise als einen solchen mit einem Mehrprogrammbetrieb beschrieb und dies kurze Zeit später im Geschäft per Kopfnicken gegenüber A bestätigte, könnte er sich gem. § 263 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

#### *a) Tatbestand*

##### *aa) Täuschung*

B müsste getäuscht haben. Eine Täuschung ist jede (bewusste) Einwirkung auf das Vorstellungsbild eines anderen zur Irreführung über Tatsachen.<sup>32</sup> Eine Täuschung kann auch konkludent erfolgen.<sup>33</sup> Tatsachen sind beweis zugängliche Vorgänge und Zustände der Gegenwart und Vergangenheit.<sup>34</sup> Legt man die im Bußgeldbescheid getroffenen Feststellungen zugrunde, ergibt sich: B spiegelte hier durch die Leistungsbeschreibung im Schaufenster vor, dass es sich bei dem dort ausgestellten PC um einen Computer mit Mehrprogrammbetrieb handeln würde. Kurze Zeit später bestätigte B diese Eigenschaft des PCs per Kopfnicken gegenüber A und brachte damit konkludent zum Ausdruck, dass der benannte PC – auf den sich ausschließlich das Interesse des A bezog – diese Eigenschaft aufweise. Eine Täuschung liegt demnach vor.

#### *bb) Irrtum*

A müsste sich aufgrund der Täuschung geirrt haben. Ein Irrtum ist jede Fehlvorstellung über Tatsachen.<sup>35</sup> Indem A davon ausging, dass der PC ein Mehrprogrammbetrieb sei, irrte er sich.

#### *cc) Vermögensverfügung*

A müsste wegen des Irrtums über sein Vermögen verfügt haben. Eine Vermögensverfügung ist jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt.<sup>36</sup> Durch die Zahlung des Kaufpreises minderte A sein Vermögen und verfügte folglich.

#### *dd) Vermögensschaden*

Die Verfügung müsste zu einem Vermögensschaden geführt haben. Dazu bedarf es einer Wertminderung des Vermögens. Bei der Schadensberechnung ist die Vermögenslage des Opfers vor und nach der Verfügung ohne Beachtung einzelner Vermögenspositionen zu vergleichen. Ergibt sich beim Vergleich eine Differenz zuungunsten des Verfügenden, ist grundsätzlich ein Schaden zu bejahen.<sup>37</sup> A erlangte im Gegenzug für den Kaufpreis i.H.v. 1.664,81 € den ihm übereigneten PC. Dieser Kaufpreis entsprach dem Marktwert des PCs. Demnach hätte A nach objektiver Betrachtungsweise ein vollwertiges Äquivalent erhalten und damit keinen Schaden erlitten.

#### *(1) Vermeintlich besonders günstiger Preis*

Fraglich ist, wie es sich im Rahmen der Schadensberechnung auswirkt, dass A von einem besonders günstigen Preis ausging und dachte, ein Schnäppchen machen zu können. Sinn und Zweck des § 263 Abs. 1 StGB liegen in der Verhinderung von Vermögenseinbußen. Potentielle Gewinnerwartungen werden nicht geschützt. Folglich ist es ohne Belang, wenn sich das Opfer nur geschädigt fühlt oder sogar bei Kenntnis der tatsächlichen Umstände von einer Verfügung abgesehen hätte. Somit hat der Gedanke des A, ein Schnäppchen machen zu können, keine Auswirkungen auf die Schadensberechnung.

#### *(2) Individueller Schadenseinschlag*

Nach der Rspr. und der h.M. müssen auch die individuellen wirtschaftlichen Verhältnisse, also ein sog. individueller Schadenseinschlag, berücksichtigt werden.<sup>38</sup> Der Schaden lässt sich nämlich nicht stets vollständig ohne Berücksichtigung der Bedarfssituation des Geschädigten bestimmen.<sup>39</sup> Es könnte die Fallgruppe gegeben sein, wonach ein Schaden zu bejahen ist, wenn der Erwerber die angebotene Leistung nicht oder nicht in vollem Umfang zu dem vertraglich vorausgesetzten Zweck oder in anderer zumutbarer Weise verwenden

<sup>31</sup> BGHSt 1, 346 (350); 22, 278 (280).

<sup>32</sup> Vgl. Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 263 Rn. 6.

<sup>33</sup> Vgl. Kleszczewski, Strafrecht, Besonderer Teil, 2016, § 9 Rn. 35.

<sup>34</sup> Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 20. Aufl. 2018, § 13 Rn. 4.

<sup>35</sup> Wessels/Hillenkamp, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 40. Aufl. 2017, Rn. 510.

<sup>36</sup> Perron (Fn. 32), § 263 Rn. 55.

<sup>37</sup> Vgl. BGHSt 16, 220 (221).

<sup>38</sup> Vgl. BGHSt 16, 321 (325 ff.); Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 65. Aufl. 2018, § 263 Rn. 147.

<sup>39</sup> BGHSt 16, 321 (325 ff.).

kann. Der vertragliche Zweck ist beim Kauf zu thematisieren. Anderenfalls verbleibt er in der Sphäre des Käufers und ist somit betrugsirrelevant.<sup>40</sup> A kaufte den PC wegen seines Fünf-Platz-Systems, da er angesichts seiner privaten Leidenschaft nur ein Mehrprogrammbetrieb gebrauchen kann. Dies äußerte er auch gegenüber B. Da es sich bei dem PC aber nur um ein Einplatzsystem handelt, kann A ihn nicht zu dem vertraglich vorausgesetzten Zweck verwenden. Des Weiteren besitzt A privat einen leistungsstärkeren PC und hat weder eine Partnerin noch Kinder, sodass sich auch sonst privat in keiner Weise für den PC eine Verwendung finden lässt. Darüber hinaus kommt mangels einer Exspektanz im Wert des Kaufpreises eine Weiterveräußerung des PCs nicht in Betracht. Damit kann A den PC auch nicht in anderer zumutbarer Weise verwenden. Da auch kein Widerrufs- oder Rückgaberecht einen Vermögensschaden ausschließen kann,<sup>41</sup> ist nach dieser Fallgruppe ein individueller Schadenseinschlag zu bejahen. Der A erlitt einen Vermögensschaden.

#### ee) Subjektiver Tatbestand

##### (1) Vorsatz

B handelte hinsichtlich der Täuschung, des dadurch entstandenen Irrtums und der dadurch veranlassten vermögensschädigenden Verfügung des A mit Vorsatz.

##### (2) Absicht rechtswidriger Bereicherung

Darüber hinaus müsste B einen rechtswidrigen Vermögensvorteil erstrebt haben. Ein Vermögensvorteil ist dann objektiv rechtswidrig, wenn auf ihn kein rechtlich begründeter Anspruch besteht.<sup>42</sup> Da B keinen Anspruch auf den Abschluss des Kaufvertrages hatte, ist dies hier der Fall. Indem es B auf den Vermögensvorteil ankam, handelte er in Bereicherungsabsicht.

##### (3) Stoffgleichheit

B müsste zudem den Vermögensvorteil in der Weise erstreben, dass er ihn unmittelbar aus dem geschädigten Vermögen erlangt, sog. Stoffgleichheit.<sup>43</sup> Der Vorteil muss die Kehrseite des Schadens sein. Die damit vorausgesetzte Unmittelbarkeit ist gegeben, wenn Schaden und Vorteil auf ein und derselben Vermögensverfügung beruhen, wenn also der Vorteil ohne Umweg über eine andere Vermögensmasse direkt aus dem Vermögen des Geschädigten dem Bereicherten zukommt.<sup>44</sup> Der Vermögensvorteil des B i.H.v. 1.664,81 € stammt unmittelbar aus dem Vermögen des Geschädigten A. Folglich ist

die Stoffgleichheit zu bejahen. B handelte diesbezüglich auch vorsätzlich.

##### b) Rechtswidrigkeit und Schuld

B handelte rechtswidrig und schuldhaft.

##### c) Ergebnis

B hat sich des Betruges gem. § 263 Abs. 1 strafbar gemacht.

#### 2. Strafbare Werbung, § 16 Abs. 1 UWG

B könnte sich zudem der strafbaren Werbung nach § 16 Abs. 1 UWG strafbar gemacht haben, indem er im Schaufenster den PC der Marke „Birne“ als Mehrprogrammbetrieb anpries.

##### a) Tatbestand

###### aa) Unwahre Angabe

Bei dem im Schaufenster angepriesenen PC handelte es sich um ein Einplatzsystem. Demnach stimmte die Angabe, dass das Betriebssystem des PCs einen Mehrprogrammbetrieb zur Verfügung stelle, mit der objektiven Wirklichkeit nicht überein und war damit unwahr.<sup>45</sup>

###### bb) Publikumswerbung

Indem B den PC samt der unwahren Angabe eines Mehrprogrammbetriebes im Schaufenster seines Geschäfts ausstellte, warb er mit der unwahren Angabe gegenüber einem größeren Kreis von Personen.

###### cc) Irreführend

Des Weiteren ist die unwahre Angabe geeignet, bei einem Teil des Adressatenkreises eine Fehlvorstellung hervorzurufen und dadurch den Kaufentschluss zu beeinflussen, womit sie irreführend ist.<sup>46</sup>

###### dd) Vorsatz

B handelte bezüglich der objektiven Tatbestandsmerkmale vorsätzlich. Darüber hinaus kam es ihm darauf an, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen. Folglich handelte B diesbezüglich mit der erforderlichen Absicht.

##### b) Rechtswidrigkeit und Schuld

B handelte rechtswidrig und schuldhaft.

##### c) Ergebnis

B hat sich gem. § 16 Abs. 1 UWG strafbar gemacht.

§ 16 Abs. 1 UWG steht nach § 52 StGB in Tateinheit mit § 263 Abs. 1 StGB.<sup>47</sup>

<sup>40</sup> Mitsch, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, S. 325.

<sup>41</sup> Vgl. dazu Hefendehl, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 2. Aufl. 2014, § 263 Rn. 693.

<sup>42</sup> BGHSt 3, 160 (162); 19, 206 (215 f.); 20, 136 (137); BayObLG StV 1990, 165.

<sup>43</sup> Diesem Begriff kritisch gegenüberstehend Wessels/Hillenkamp (Fn. 35), Rn. 588 m.w.N.

<sup>44</sup> Wessels/Hillenkamp (Fn. 35), Rn. 588 m.w.N.

<sup>45</sup> Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. 2017, Rn. 852 m.w.N.

<sup>46</sup> Vgl. Hellmann/Beckemper, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2013, Rn. 455.

<sup>47</sup> Vgl. Fischer (Fn. 38), § 263 Rn. 238 m.w.N.; a.A. Hellmann/Beckemper (Fn. 46), Rn. 445: § 16 UWG tritt zurück.

### 3. Einziehung, § 73 Abs. 1 StGB

Fraglich ist, ob der Richter eine Einziehung nach § 73 Abs. 1 StGB hätte anordnen müssen.

#### a) Vorliegen einer rechtswidrigen Tat

Gem. § 73 Abs. 1 StGB müsste B eine rechtswidrige Tat im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB begangen haben. Das ist aufgrund des Betruges gem. § 263 Abs. 1 StGB zu bejahen.

*Anmerkung 2:* Die rechtswidrige Tat muss von der Anklage erfasst und vom Tatrichter festgestellt worden sein.<sup>48</sup> Maßgeblich ist die prozessuale Tat, also der geschichtliche Vorgang. Bei der Überleitung vom Bußgeldverfahren in ein Strafverfahren tritt an die Stelle der Anklage die Sachverhaltsschilderung des Bußgeldbescheides. In ihr sind alle Merkmale des Betruges verwirklicht. Zwar hat der Richter sich nicht davon überzeugen können, dass das Merkmal der Täuschung gegeben ist. Doch waren hier laut Bearbeitervermerk die Feststellungen im Bußgeldbescheid zugrunde zu legen.

#### b) Etwas durch oder für die Tat erlangt

B müsste gem. § 73 Abs. 1 StGB durch oder für die Tat etwas erlangt haben. Unter „etwas“ ist die Gesamtheit des materiell tatsächlich Erlangten zu verstehen.<sup>49</sup> Mögliche erlangte Gegenstände können Sachen, Rechte, Nutzungen oder auch ersparte Aufwendungen sein.<sup>50</sup> Beim Erlangen im Sinne von § 73 Abs. 1 StGB handelt es sich um einen tatsächlichen Vorgang.<sup>51</sup> Erlangt ist ein Gegenstand von einer Person, wenn diese selbst die faktische Verfügungsgewalt erworben hat.<sup>52</sup> „Durch die Tat“ erlangt sind alle Vermögenswerte, die dem Täter unmittelbar aus der Verwirklichung des Tatbestands selbst in irgendeiner Phase des Tatablaufs zufließen.<sup>53</sup> Hier erhielt B durch den Betrug eine Kontogutschrift i.H.v. 1.664,81 € als Kaufpreis, sodass er etwas durch die Tat erlangt hat. Die Kontogutschrift kann allerdings nicht gegenständlich eingezogen werden, sodass die Wertersatzeinziehung nach § 73c S. 1 StGB anzuordnen ist.

#### cc) Wertbestimmung

Fraglich ist, ob die Gegenleistung des B, und zwar die Überreignung des PCs an A, bei der Wertbestimmung des Erlangten zu berücksichtigen ist. Gem. § 73d Abs. 1 S. 1 StGB sind bei der Bestimmung des Wertes des Erlangten die Aufwendungen des Täters abzuziehen. Die Überreignung des PCs im Wert von 1.664,81 € als Gegenleistung des B ist Voraussetzung für den Vermögenszufluss durch die Überweisung des

Kaufpreises i.H.v. 1.664,81 € gewesen. Der innere Zusammenhang mit dem Erwerbsgeschehen liegt damit vor, sodass die Gegenleistung des B eine Aufwendung im Sinne des § 73d Abs. 1 S. 1 StGB darstellt und damit bei der Wertbestimmung des Erlangten abzuziehen wäre. Doch nach § 73d Abs. 1 S. 2 StGB bleibt im Zuge der Wertbestimmung das außer Betracht, was für die Begehung der Tat eingesetzt worden ist. B hat O den PC für die Begehung des Betruges eingesetzt, womit die Gegenleistung des B dem Abzugsverbot des § 73d Abs. 1 S. 2 StGB unterliegt. Dieses Abzugsverbot gilt nach § 73d Abs. 1 S. 2 letzter Halbsatz StGB dann wiederum nicht, wenn es sich um Leistungen zur Erfüllung einer Verbindlichkeit gegenüber dem Verletzten der Tat handelt. Hier hat A den Kaufvertrag wirksam angefochten, sodass die vertragliche Grundlage für die Gegenleistung gem. § 142 Abs. 1 BGB rückwirkend entfallen ist. Damit hat B den PC nicht zur Erfüllung einer Verbindlichkeit übereignet. Die Rückausnahmenvorschrift des § 73d Abs. 1 S. 2 letzter Halbsatz StGB greift also nicht, womit im Ergebnis die Überreignung des B als Gegenleistung bei der Wertbestimmung des Erlangten nicht zu berücksichtigen ist.

#### d) Adressat

Als Täter ist B gemäß § 73 Abs. 1 StGB tauglicher Adressat der Einziehung.

#### e) Kein Ausschluss

Die Anordnung der Einziehung dürfte nicht ausgeschlossen sein. Das ist nach § 73e Abs. 1 StGB der Fall, wenn dem Geschädigten aus der Tat ein Anspruch auf Rückgewähr oder auf Wertersatz des Erlangten entstanden ist und wenn dieser Anspruch zum Zeitpunkt der Entscheidung erloschen ist. Ein Erlöschen kommt etwa durch Erfüllung in Betracht.<sup>54</sup> A hat gegen B einen Bereicherungsanspruch gem. §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 BGB. Laut Sachverhalt hat A diesen Anspruch auch geltend gemacht. Allerdings hat B diesen Anspruch noch nicht erfüllt. Demnach ist die Anordnung der Einziehung nicht ausgeschlossen.<sup>55</sup>

#### f) Ergebnis

Die Voraussetzungen der Anordnung nach § 73 Abs. 1 StGB sind gegeben. Die Einziehung eines Geldbetrages i.H.v. 1.664,81 € als Wertersatz ist folglich anzuordnen.<sup>56</sup>

### 4. Ordnungswidrigkeit

Da B im Schaufenster auf dem beigefügten Schild nicht den Gesamtpreis des ausgestellten PCs angab, könnte er darüber

<sup>48</sup> BGHSt 28, 369 f.

<sup>49</sup> Vgl. Fischer (Fn. 38), § 73 Rn. 12 m.w.N.

<sup>50</sup> Vgl. dazu Fischer (Fn. 38), § 73 Rn. 20 ff. m.w.N.

<sup>51</sup> Zu § 73 Abs. 1 S. 1 StGB a.F. vgl. BGH NSTz 2004, 440.

<sup>52</sup> Zu § 73 Abs. 1 S. 1 StGB a.F. vgl. BGH NSTz-RR 1997, 262.

<sup>53</sup> Zu § 73 Abs. 1 S. 1 StGB a.F. vgl. BGHSt 47, 260 (268); 50, 299 (309); BGH NSTz 2001, 155 (156); BGH NSTz-RR 2009, 94; BGH NSTz-RR 2011, 283.

<sup>54</sup> Fischer (Fn. 38), § 73e Rn. 4.

<sup>55</sup> Zum Zeitpunkt des Wintersemesters 2016/17, als die vorliegende universitäre Schwerpunktbereichsklausur gestellt worden ist, war die Anordnung des Verfalls nach § 73 Abs. 1 S. 2 StGB a.F. ausgeschlossen, da für die Vorgängervorschrift der Einziehung das bloße Bestehen eines Anspruchs genügte.

<sup>56</sup> Hinsichtlich des PCs hat sich B an A zu halten. Ein entsprechender Herausgabeanspruch ist aber im Zivilrechtsweg geltend zu machen.

hinaus eine Ordnungswidrigkeit gem. §§ 1 Abs. 1 S. 1, 10 Abs. 1 Nr. 1 PAngV, § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 WiStG begangen haben.

*a) Subsidiarität*

Zunächst müsste dazu das OWiG anwendbar sein. Es könnte der gegebene Betrug (siehe oben B. III. 1.) als Straftat eine möglicherweise vorliegende Ordnungswidrigkeit verdrängen. Das ist gem. § 21 Abs. 1 S. 1 OWiG der Fall, wenn eine Handlung gleichzeitig Straftat und Ordnungswidrigkeit ist. Eine gleichzeitige Handlung im Sinne des § 21 Abs. 1 S. 1 OWiG ist gegeben, wenn die in Betracht kommenden Straftaten und Ordnungswidrigkeiten in Tateinheit zueinanderstehen.<sup>57</sup> Hier könnte zwischen der Nichtangabe des Gesamtpreises auf der einen Seite sowie die nicht stimmende Anpreisung des PCs als ein Mehrprogrammbetrieb und das nur kurze Zeit später bestätigende Kopfnicken auf der anderen Seite eine natürliche Handlungseinheit gegeben sein. Eine entsprechende Handlungseinheit ist dadurch gekennzeichnet, dass ein derartiger unmittelbarer Zusammenhang gegeben ist, dass das gesamte Geschehen auch objektiv für einen Dritten bei natürlicher Betrachtungsweise einem einheitlich zusammengefassten Tun entspricht und dieses Tun von einer einheitlichen Willensrichtung getragen wird.<sup>58</sup> Die Nichtangabe des Gesamtpreises sowie die Anpreisung des PCs als ein Mehrprogrammbetrieb wurden zusammen von B auf das Schild gedruckt und im Schaufenster ausgestellt. Das die Eigenschaft des Mehrprogrammbetriebs bestätigende Kopfnicken fand lediglich fünf Minuten später statt. Demzufolge ist zwischen den Handlungen ein derart enger unmittelbarer Zusammenhang gegeben, dass auch ein Dritter diese Handlungen als ein einheitliches Geschehen ansehen würde. Darüber hinaus verfolgte B während der Handlungen generell das Ziel, Kunden ins Geschäft zu locken und seine Verkaufschancen zu erhöhen. Daher wird das zusammengefasste Tun auch von einem einheitlichen Willen getragen. Somit sind hier eine natürliche Handlungseinheit und folglich eine Handlung im Sinne des § 21 Abs. 1 S. 1 OWiG gegeben. Aus diesem Grund ist hier nur das Strafgesetz anzuwenden.

*b) Ergebnis*

B ist damit nicht wegen einer Ordnungswidrigkeit gem. §§ 1 Abs. 1 S. 1, 10 Abs. 1 Nr. 1 PAngV, § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 WiStG zu ahnden.

*5. Ergebnis*

Die Sachrüge ist begründet. B hätte wegen des Betruges gem. § 263 Abs. 1 StGB in Tateinheit mit strafbarer Werbung gem. § 16 Abs. 1 UWG verurteilt werden müssen. Darüber hinaus hätte eine Einziehung gem. § 73 Abs. 1 StGB angeordnet werden müssen.

<sup>57</sup> Bohnert/Krenberger/Krumm, Kommentar zum OWiG, 4. Aufl. 2016, § 21 Rn. 2; vertiefend: Kleczewski, Ordnungswidrigkeitenrecht, 2. Aufl. 2016, Rn. 1030.

<sup>58</sup> BGH NJW 1984, 1568; siehe auch RGSt 76, 140 (144).

**IV. Ergebnis**

Die Revision ist somit teilweise begründet.

**C. Endergebnis**

Die Revision ist zulässig erhoben. Sie ist hinsichtlich der Verfahrensrüge Nr. 2 erfolgreich. Ferner ist die Sachrüge in vollem Umfang begründet. Das Urteil ist aufzuheben und an das AG zurückzuverweisen.