

## Entscheidungsbesprechung

BayObLG, Urt. v. 28.9.2022 – 206 StRR 157/22<sup>1</sup>

### Nichtablieferung eingekommener Verwarnungsgelder durch einen Polizeivollzugsbeamten

1. Ist ein Polizeivollzugsbeamter damit betraut, Verkehrsverstöße mittels Erteilung gebührenpflichtiger Verwarnungen zu ahnden, kann die Nichtablieferung und Verwendung eingekommener Verwarnungsgelder zu eigenen Zwecken den Tatbestand der Untreue nach § 266 Abs. 1 StGB erfüllen.
2. Die Pflicht, über eingekommene Verwarnungsgelder abzurechnen und diese abzuliefern, begründet eine besonders qualifizierte Pflichtenstellung gegenüber dem Dienstherrn. Diese gehört zum Kernbereich der dem Beamten obliegenden Dienstpflichten.
3. Die Verwirklichung des Treubruch[tatbestandes des § 266 Abs. 1 Alt. 2 StGB erfordert darüber hinaus, dass dem Täter Raum für eigenverantwortliche Entscheidungen und eine gewisse Selbständigkeit verbleibt. Das ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn die Einhaltung bestehender dienstlicher Weisungen betreffend Aufbewahrung und Abführung der eingekommenen Verwarnungsgelder nicht kontrolliert wird, denn dies verschafft dem Polizeibeamten die faktische Möglichkeit, auf die ihm anvertrauten Fremdgelder zuzugreifen.

(Amtliche Leitsätze)

StGB §§ 266, 246, 263

Prof. Dr. Markus Wagner, Bonn\*

### I. Zur Prüfungsrelevanz der Entscheidung

Die zu besprechende Entscheidung befasst sich im Kern mit Fragen des Untreuetatbestandes (§ 266 StGB). Dieser gehört in allen Bundesländern zum Pflichtfachstoff im staatlichen Teil der Ersten Juristischen Prüfung (und freilich auch der Zweiten Juristischen Staatsprüfung). Gleichwohl spielt der Tatbestand erfahrungsgemäß in der Pflichtfachausbildung meist eine lediglich untergeordnete Rolle und wird typischerweise eher dem Besonderen Teil des Wirtschaftsstrafrechts und somit strafrechtlich geprägten Schwerpunktbereichen zugeordnet. Dies ist dem Umstand geschuldet, dass Untreueverfahren oftmals rechtlich und tatsächlich sehr komplexe Sachverhalte zugrunde liegen, die bspw. umfangreiche Kenntnisse des Gesellschafts-, Bank- und/oder Kapitalmarktrechts voraussetzen.

Der Sachverhalt, der der zu besprechenden Entscheidung zugrunde lag, ist jedoch weitaus weniger komplex. Die Entscheidung eignet sich daher hervorragend, um auch im staatlichen Pflichtfach-

\* Der Verf. ist Inhaber der Professur für Strafrecht und Strafprozessrecht am Fachbereich Rechtswissenschaft der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn. Für wertvolle Hinweise dankt er Jeannine Ann Boatright, Maximilian Hartwig, Ellen Hofmann, Dennis Klein, Irina Isabel Pommerenke, Sophia Schulte, Jannika Thomas und Lissy zum Winkel.

<sup>1</sup> Die Entscheidung ist abrufbar unter <https://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/Y-300-Z-BECKRS-B-2022-N-26627?hl=true> sowie veröffentlicht in BeckRS 2022, 26627 und NJW 2022, 3522 m. Anm. Brand.

teil die Grundzüge des § 266 StGB abzuprüfen. Außerdem bietet der Anlass dazu, sich vertieft mit anderen – in der Ausbildung deutlich relevanteren – Eigentums- und Vermögensdelikten sowie den Konkurrenzen zu beschäftigen.

## II. Entscheidungserheblicher Sachverhalt

*Hintergrund:* Der vermutlich weitaus größere Teil der Verstöße gegen straßenverkehrsrechtliche Vorschriften erreicht nicht den Schweregrad der (kriminal-)strafrechtlichen Straßenverkehrsdelikte gem. §§ 315b ff., 316 StGB. Zahlreiche dieser leichteren Verstöße sind aber durch Ordnungswidrigkeitentatbestände mit einem Bußgeld bewehrt (beachte insb. § 49 StVO i.V.m. § 24 StVG). Bei solchen Verstößen ergeht jedoch nicht immer direkt ein förmlicher Bußgeldbescheid (§§ 65 f. OWiG). Vielmehr sieht das Gesetz in § 56 Abs. 1 OWiG vor, dass bei „geringfügigen Ordnungswidrigkeiten“ anstelle eines Bußgeldbescheids auch eine Verwarnung ausgesprochen werden und mit einem „Verwarnungsgeld“ von fünf bis 55 Euro verknüpft werden kann (vgl. dazu auch §§ 1 Abs. 1 S. 2, 2 BKatV<sup>2</sup>). Ist der<sup>3</sup> Betroffene mit der Verwarnung und der Erhebung des Verwarnungsgeldes einverstanden und bezahlt dieses sofort oder zumindest fristgerecht (§ 56 Abs. 2 OWiG), erwächst daraus ein beschränktes Verfolgungshindernis. Die Tat kann gem. § 56 Abs. 4 OWiG nicht mehr – als Ordnungswidrigkeit – verfolgt werden und ein dennoch erlassener Bußgeldbescheid wäre aufzuheben.<sup>4</sup>

Nach den vom BayObLG mitgeteilten<sup>5</sup> Feststellungen des LG München I<sup>6</sup> war der Angeklagte als Verkehrspolizist tätig, wobei seine Aufgabe u.a. in der Ahndung von Verkehrsverstößen bestand. Aufgrund einer Ermächtigung gem. §§ 57 Abs. 2, 58 OWiG war er insoweit auch zur Verwarnung und zur Erhebung von Verwarnungsgeldern berechtigt. Zu diesem Zwecke wurden ihm sogenannte „Barverwarnungsblöcke“ zur Verfügung gestellt. Bezahlt ein Betroffener ein entsprechendes Verwarnungsgeld an einen Verkehrspolizisten, stellt dieser ihm dafür eine Quittung („Bescheinigung“ gem. § 56 Abs. 3 S. 1 OWiG) aus. Zu diesem Zweck enthielten die genannten Blöcke jeweils 25 Quittungen. Ein Abschnitt der jeweiligen Quittung sollte dem Betroffenen ausgehändigt werden, der andere hatte im Block zu verbleiben. Darüber hinaus sollte in eine Übersichtsliste eingetragen werden, welche Verwarnungsgelder empfangen worden waren. Sobald eine Gesamtsumme von 250 € erreicht wurde, spätestens aber am Ende des Monats oder bei Ausgabe eines neuen Blocks, sollte der Angeklagte den Block sowie das vereinnahmte Bargeld an den dafür zuständigen Kassenwart der Verkehrspolizeiinspektion herausgeben.

Diese intern vorgeschriebenen Abrechnungsverpflichtungen wurden nach den Feststellungen der Berufungskammer behördenintern scheinbar nicht kontrolliert. Diesen Umstand machte der Angeklagte sich zunutze. Zwischen dem 18.5.2015 und dem 11.1.2018 vereinnahmte er unter Verwendung 26 verschiedener Barverwarnungsblöcke in 587 Einzelfällen Verwarnungsgelder in Höhe von insgesamt 13.065 Euro. Diese Gelder lieferte er nicht ab, sondern behielt sie für sich selbst.

<sup>2</sup> Verordnung über die Erteilung einer Verwarnung, Regelsätze für Geldbußen und die Anordnung eines Fahrverbotes wegen Ordnungswidrigkeiten im Straßenverkehr (Bußgeldkatalog-Verordnung – BKatV) v. 14.3.2013 (BGBl. I 2013, S. 498), die zuletzt durch Art. 1 der Verordnung v. 13.10.2021 (BGBl. I 2021, S. 4688) geändert worden ist ([https://www.gesetze-im-internet.de/bkatv\\_2013](https://www.gesetze-im-internet.de/bkatv_2013)).

<sup>3</sup> Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird im Folgenden das generische Maskulinum verwendet; gemeint sind selbstverständlich alle Geschlechter.

<sup>4</sup> Dazu etwa Lutz, in: KK-OWiG, 5. Aufl. 2018, § 56 Rn. 36 ff.

<sup>5</sup> BayObLG, Urt. v. 28.9.2022 – 206 StRR 157/22, Rn. 9 f.

<sup>6</sup> LG München I, Urt. v. 14.2.2022 – 18 Ns 124 Js 113673/18.

Ob, in welcher Höhe und wofür der Angeklagte das Geld verbraucht hat, hat das Gericht offenbar nicht festgestellt.

### III. Gerichtliche Entscheidungen

Das AG München verurteilte den Angeklagten wegen Untreue (§ 266 StGB) in 26 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und zehn Monaten, die es zur Bewährung aussetzte. Zudem ordnete es Wertersatz einziehung (§ 73a StGB) in Höhe von 13.175,00 Euro an. Dagegen legten der Angeklagte – unbeschränkt – sowie die Staatsanwaltschaft – beschränkt auf den Rechtsfolgenausspruch – Berufung (§ 312 StPO) ein. Das LG München I als Berufungsgericht hob die Verurteilung auf und verurteilte den Angeklagten wegen veruntreuender Unterschlagung (§ 246 Abs. 1, Abs. 2 StGB) in 26 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von elf Monaten, deren Vollstreckung es zur Bewährung aussetzte, und zog Wertersatz in Höhe von 13.065,00 € ein. Gegen diese Verurteilung legte wiederum die Staatsanwaltschaft Revision zum Bayerischen Obersten Landesgericht ein.

*Inkurs:* Das Bayerische Oberste Landesgericht (BayObLG) wird als Oberlandesgericht in seiner Funktion als Revisionsgericht tätig. Anders als das Kammergericht in Berlin, bei dem es sich um ein „reguläres“ Oberlandesgericht handelt, das lediglich aus historischen Gründen den Namen „Kammergericht“ trägt (vgl. § 1 Justizgesetz Berlin<sup>7</sup>), besteht das BayObLG *zusätzlich* zu den drei bayerischen Oberlandesgerichten München, Bamberg und Nürnberg (vgl. Art. 1 und 2 GerOrgG<sup>8</sup>). Diese Möglichkeit eröffnen die §§ 8 ff. EGGVG. Von der Möglichkeit der Zuständigkeitskonzentration in Strafsachen gem. § 9 EGGVG hat der bayerische Gesetzgeber mit Art. 12 AGGVG<sup>9</sup> Gebrauch gemacht. Danach ist das BayObLG für alle strafprozessualen Revisionen i.S.d. § 121 Abs. 1 Nr. 1 GVG zuständig.

Das BayObLG hob das Urteil des Landgerichts samt Feststellungen auf und verwies die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an eine andere Kammer des LG München I zurück (§§ 349 Abs. 5, 353, 354 Abs. 2 S. 1 StPO). Entgegen der Auffassung der Berufungskammer habe dem Angeklagten eine Vermögensbetreuungspflicht i.S.d. § 266 Abs. 1 StGB obliegen, weshalb er wegen Untreue zu bestrafen sei. Die ebenfalls verwirklichte (veruntreuende) Unterschlagung gem. § 246 Abs. 1, Abs. 2 StGB, auf die das Landgericht abgestellt hatte, trete dahinter zurück. Aus den Tatsachenfeststellungen ergebe sich außerdem die Anzahl der Taten nicht eindeutig, weshalb dem BayObLG die Möglichkeit einer bloßen Schuldspruchberichtigung (§ 354 Abs. 1 StPO) versperrt sei.

<sup>7</sup> Gesetz über die Justiz im Land Berlin (Justizgesetz Berlin – JustG Bln) v. 22.1.2021 = GVBl. 2021, S. 75 (BRV 300-5), zuletzt geändert durch Art. 3 des Gesetzes v. 9.2.2023 (GVBl. S. 38) – abrufbar unter <https://gesetze.berlin.de/bsbe/document/jlr-JustizGBEV2IVZ>.

<sup>8</sup> Gesetz über die Organisation der ordentlichen Gerichte im Freistaat Bayern (Gerichtsorganisationsgesetz – GerOrgG) v. 25.4.1973 in der in der Bayerischen Rechtssammlung (BayRS 300-2-2-J) veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch § 1 des Gesetzes v. 12.7.2018 (GVBl. S. 545) geändert worden ist (<https://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/BayGerOrgG>).

<sup>9</sup> Gesetz zur Ausführung des Gerichtsverfassungsgesetzes und von Verfahrensgesetzen des Bundes (Gerichtsverfassungsausführungsgesetz – AGGVG) v. 23.6.1981 in der in der Bayerischen Rechtssammlung (BayRS 300-1-1-J) veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch § 1 des Gesetzes v. 23.12.2022 (GVBl. 2022, S. 714) geändert worden ist (<https://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/BayAGGVG>).

#### IV. Kritische Würdigung

Der Entscheidung ist im Ergebnis und in der Begründung zu widersprechen.<sup>10</sup> Will man sich der rechtlichen Beurteilung des festgestellten Sachverhalts nähern, so ist es sinnvoll, einzelne Geschehensabschnitte gedanklich zu unterscheiden:

##### 1. Vereinnahmung der Verwarnungsgelder

Die Urteilsgründe teilen nicht mit, zu welchem Zeitpunkt der Angeklagte jeweils den Tatplan fasste. Es wäre jedoch lebensfremd davon auszugehen, dass er jeweils erst nach der Vereinnahmung auf die Idee kam, die Gelder zu behalten und für sich zu verwenden. Vielmehr kann unterstellt werden, dass er das System für eine gewisse Zeit beobachtete und feststellte, dass es nicht auffallen würde, wenn er die Verwarnungsgelder nicht abliefere. Auf dieser Grundlage dürfte er dann bereits bei der Vereinnahmung der Gelder die Absicht gehabt haben, die Gelder nicht beim Kassenwart einzuzahlen.

Vor diesem Hintergrund lohnt die Überlegung, ob der Angeklagte sich bereits durch die Vereinnahmung der Gelder strafbar gemacht haben könnte. Zu denken wäre insoweit an einen Betrug gegenüber dem jeweiligen Betroffenen, wenn – aufgrund der anderweitigen Pläne des Angeklagten – die Übergabe des Bargelds an den Angeklagten nicht als Zahlung an die Behörde i.S.d. §§ 56, 57 OWiG anzusehen wäre (mit der Folge, dass die Sperrwirkung des § 56 Abs. 4 OWiG nicht eintritt und die Behörde nach wie vor einen Bußgeldbescheid erlassen dürfte). In diesem Fall könnte umgekehrt im Ausstellen der Quittung eine Untreue gegenüber der Landeskasse zu sehen sein, weil dem Betroffenen damit ein Beweismittel an die Hand gegeben wird, mit dem er sich gegen einen eventuellen Bußgeldbescheid wehren könnte.

Entscheidend ist folglich, in wessen Eigentum das Geld bei der Übergabe überging. Insoweit gelten die sachenrechtlichen Vorschriften, hier maßgeblich § 929 S. 1 BGB. Die dort vorgesehene Einigung ist ein dingliches Rechtsgeschäft, auf das die allgemeinen Regeln zur Stellvertretung (§§ 164 ff. BGB) Anwendung finden. Legt man diese zugrunde, so wird deutlich, dass die Übereignung in der Tat nicht an den Angeklagten als Privatperson, sondern an die Landeskasse erfolgte: Der Angeklagte war zur stellvertretenden Vereinnahmung der Gelder gerade ermächtigt und trat nach außen – bereits durch die Dienstbekleidung (vgl. insoweit auch § 57 Abs. 2 OWiG) – auch als Funktionsträger der Landespolizei auf. Dass er die Gelder später für sich selbst behalten wollte, stellt lediglich einen geheimen Vorbehalt (§ 116 BGB) dar, der für die Wirkung der Stellvertretung unwirksam ist.<sup>11</sup> Auch der erforderliche Übergang des Besitzes am Bargeld wurde vollzogen. Insoweit war der Angeklagte Besitzdiener (§ 855 BGB) für die Landeskasse.<sup>12</sup> Ungeachtet der umstrittenen Frage, ob ein Besitzdienerwille erforderlich ist, hindert jedenfalls der innere Vorbehalt die Eigenschaft als Besitzdiener und damit den Besitzübergang, der die Eigentumsübertragung abschließt, nicht.<sup>13</sup>

Eine Strafbarkeit durch die Entgegennahme der Verwarnungsgelder scheidet in jedem Fall bereits deswegen aus, weil damit – ungeachtet des anderweitigen Plans des Angeklagten – die von den übrigen Beteiligten beabsichtigten Rechtswirkungen eintreten und für niemanden ein Vermögensschaden entsteht.

---

<sup>10</sup> Zutreffend kritisch bereits *Brand*, NJW 2022, 3524 f.

<sup>11</sup> Klarstellend *Armbrüster*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 116 Rn. 4 m.w.N.

<sup>12</sup> Dazu allgemein bspw. *Berger*, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 18. Aufl. 2021, § 855 Rn. 1.

<sup>13</sup> Zum Ganzen näher *Schäfer*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 855 Rn. 12 f. m.w.N.

## 2. Nicht-Abliefern der Verwargelder

In Betracht kommt aber eine Strafbarkeit des Angeklagten aufgrund des Nicht-Abliefers der Gelder bei der Landeskasse zum jeweils maßgeblichen Zeitpunkt.

### a) Untreue, § 266 Abs. 1 StGB

Die Verletzung der insoweit gegenüber der Landeskasse bestehenden Pflicht des Angeklagten könnte eine Untreue gem. § 266 Abs. 1 StGB darstellen.

Der Untreuetatbestand ist sperrig formuliert. Danach macht sich strafbar, „[w]er die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, mißbraucht oder die ihm kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eines Treueverhältnisses obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat, Nachteil zufügt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“

Umstritten ist bereits, ob es sich hierbei um einen einheitlichen Tatbestand handelt (sog. monistischer Ansatz) oder ob es zwei völlig unabhängige Untreuetatbestände gibt (sog. dualistischer Ansatz); der letztere sieht zwei verschiedene Tatbestände, nämlich:

„[w]er die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, mißbraucht“ (Var. 1)  
und

„[wer] die ihm kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eines Treueverhältnisses obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt“ (Var. 2)

Nach dieser Lesart ist nur in der zweiten Variante eine „Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen“ (sog. Vermögensbetreuungspflicht) erforderlich. Für die erste Variante reiche das Bestehen einer Verpflichtungs- und Verfügungsbefugnis aus.<sup>14</sup>

Allerdings sind sich auch die Vertreter dieser Auffassung darüber einig, dass das Erfolgserfordernis („und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat, Nachteil zufügt“) sich auf beide Tatbestände bezieht.<sup>15</sup> Dieser Passus legt jedoch nahe, dass eine Vermögensbetreuungspflicht in allen Tatbestandsvarianten vorausgesetzt wird.<sup>16</sup> Die ganz überwiegende Auffassung (darunter auch die Rechtsprechung<sup>17</sup>) geht daher inzwischen zutreffenderweise davon aus, dass jede Form der Untreue die Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht voraussetzt.<sup>18</sup>

**Prüfungsaufbau:** Untreue ist ein Erfolgsdelikt, weil in jedem Fall die Schädigung fremden Vermögens vorausgesetzt wird. Fehlt es an einer solchen, kommt eine Strafbarkeit wegen Untreue nicht in Betracht (was bei § 266 StGB besonders wichtig ist, weil es sich dabei um ein Vergehen i.S.d. § 12

<sup>14</sup> Bspw. Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 266 Rn. 2; Schünemann, in: LK-StGB, Bd. 9/1, 12. Aufl. 2012, § 266 Rn. 13 ff.

<sup>15</sup> Etwa Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 266 Rn. 2.

<sup>16</sup> So etwa Dierlamm/Becker, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 266 Rn. 31.

<sup>17</sup> Grundlegend BGH, Urt. v. 26.7.1972 – 2 StR 62/72 = BGHSt 24, 386 (387 f.).

<sup>18</sup> Wie hier bspw. Dierlamm/Becker, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 266 Rn. 31; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 266 Rn. 4; Kindhäuser/Hoven, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 266 Rn. 26; Saliger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, Strafgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl. 2021, § 266 Rn. 6; jeweils m.w.N.

Abs. 2 StGB handelt und der Versuch nicht i.S.d. § 23 Abs. 1 Var. 2 StGB mit Strafe bedroht ist). Aus darstellungsökonomischen Gründen wäre es daher – wie bei anderen (Erfolgs-)Delikten<sup>19</sup> – angezeigt, den Eintritt eines Vermögensnachteils als erstes zu prüfen. Allerdings lässt sich – wie auch der Vermögensschaden beim Betrug<sup>20</sup> – der Vermögensnachteil bei der Untreue nicht losgelöst von der Feststellung einer Pflichtverletzung subsumieren. Daher ist auch der Untreuetatbestand ausnahmsweise „chronologisch“ zu prüfen:

#### 1. Tatbestandsmäßigkeit

##### a) Objektiver Tatbestand

aa) Vermögensbetreuungspflicht (h.A., s.o.)

bb) Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht<sup>21</sup>

Var. 1: Missbrauchstatbestand, § 266 Abs. 1 Var. 1 StGB

(1) Im Außenverhältnis wirksame Verpflichtung oder Verfügung

(2) Überschreiten des rechtlichen Dürfens im Innenverhältnis

Var. 2: Treubruchtatbestand, § 266 Abs. 1 Var. 2 StGB:

Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht auf beliebige Art und Weise

cc) Eintritt eines (Vermögens-)Nachteils

dd) Kausalität und objektive Zurechnung

##### b) Subjektiver Tatbestand

#### 2. Rechtswidrigkeit

#### 3. Schuld

4. Ggfs. besonders schwerer Fall, § 266 Abs. 2 StGB i.V.m. § 263 Abs. 3 StGB

5. Ggfs. Strafantragserfordernis, § 266 Abs. 2 StGB i.V.m. §§ 247, 248a StGB

Ist damit die (Verletzung der) Vermögensbetreuungspflicht das eigentliche Wesen der Untreue, so ist die zentrale Frage, wann eine solche Vermögensbetreuungspflicht vorliegt. Die Kriterien dafür sind

<sup>19</sup> Vgl. bspw. *Rotsch*, Strafrechtliche Klausurenlehre, 4. Aufl. 2022, 1. Teil Kap. 2 Rn. 6, 27 ff. Dagegen etwa *Bünzel/Freund*, Die Elemente der Straftat und ihre Konkretisierung in der Fallbearbeitung, 2022, § 2 Rn. 5. Daran ist zwar zutreffend, dass ein strafrechtlicher Vorwurf immer nur an ein menschliches Verhalten geknüpft werden kann (so auch *Rotsch*, a.a.O., 1. Teil Kap. 2 Rn. 14). Nur in Ausnahmefällen erfüllt aber der Lebenssachverhalt, der als Anknüpfungspunkt für die Prüfung der Strafbarkeit im Obersatz genannt wird, nicht die Anforderungen an ein willensgetragenes menschliches Verhalten (z.B. unbewusste Bewegungen im Schlaf), weshalb dieses Erfordernis nur dann thematisiert werden sollte, wenn es wirklich problematisch ist – anderenfalls wird man sich regelmäßig dem (berechtigten) Vorwurf des Korrektors aussetzen, dass man das Gespür für die eigentlichen Probleme des Falles vermissen lässt. *Bünzel/Freund* (a.a.O.) raten umgekehrt dazu „gar nicht erst in die Prüfung einer Vollendungstat ‚ein[zu]steigen“, wenn kein Erfolg eingetreten ist, sondern ggfs. direkt eine Versuchsstrafbarkeit zu prüfen. Dem ist zwar insoweit zuzustimmen, als völlig fernliegende Prüfungen vermieden werden sollten (plastisch: Wenn keine der im Sachverhalt aufgeführten Personen gestorben ist, ist keine Prüfung eines vollendeten Tötungsdelikts angezeigt). Allerdings ist die Feststellung des Eintritts oder Nichteintritts eines tatbestandsmäßigen Erfolges regelmäßig nicht so einfach, sondern bedarf einer gründlichen Subsumtion (z.B. die Frage, ob bestimmte im Sachverhalt genannte Tatfolgen als Gesundheitsschädigung i.S.d. § 223 Abs. 1 Var. 2 StGB einzuordnen sind). Außerdem scheidet eine Strafbarkeit wegen eines vollendeten Delikts auch dann aus, wenn der Erfolg zwar eingetreten, aber nicht zurechenbar ist (vgl. etwa *Rotsch*, a.a.O., 1. Teil Kap. 2 Rn. 77). All diese Fragen inzident im Rahmen der häufig sog. „Vorprüfung“ (dazu krit. *Rotsch*, a.a.O., 2. Teil Fall 1 Rn. 11) beim Versuch zu prüfen, wäre extrem sperrig und darstellerisch wenig elegant, weshalb es in solchen Fällen am praktikabelsten ist, das vollendete Delikt zu prüfen, abzulehnen und erst dann in die Versuchsprüfung einzusteigen.

<sup>20</sup> *Rotsch*, Strafrechtliche Klausurenlehre, 4. Aufl. 2022, 1. Teil Kap. 2 Rn. 27 ff.

<sup>21</sup> Umstritten ist, ob bzw. inwiefern die Pflichtverletzung „gravierend“ sein muss, vgl. dazu *M. Wagner*, ZStW 131 (2019), 319 ff.

in Rechtsprechung und Wissenschaft inzwischen weitestgehend konsentiert. Erforderlich ist:<sup>22</sup>

- eine rechtliche Pflicht,
- die sich auf fremdes Vermögen bezieht und dessen Schutz dient,
- die einen Hauptbestandteil des gesamten zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses ausmacht
- und der betreffenden Person insoweit eine gewisse Selbständigkeit zugesteht.

Die Pflicht zur Einziehung, Dokumentation und Ablieferung der Verwarnungsgelder ergibt sich aus dem Gesetz (s.o.) bzw. aus dienstlichen Weisungen und dient eindeutig dem Landeshaushalt. Unabhängig von der umstrittenen Frage, welcher Gehalt dem „Hauptpflicht“-Kriterium zukommt,<sup>23</sup> macht das Einkassieren von Verwarnungsgeldern jedenfalls einen sehr wesentlichen Teil der Aufgaben eines Verkehrspolizisten aus, sodass diese Kriterien erfüllt sind.

Entscheidend ist daher, ob der Angeklagte *selbständig* über diese Teilmenge des Landeshaushalts verfügen konnte. Die Frage, wie (weit) dieses Kriterium zu verstehen ist, ist generell ein zentraler Aspekt des Untreuetatbestandes<sup>24</sup> und auch der Grund, weshalb die verschiedenen Instanzen im Ergebnis unterschiedlich geurteilt haben. Zu beachten ist insoweit die grundlegende Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsmäßigkeit des § 266 StGB.<sup>25</sup> Der Untreuetatbestand kann nur bei einer restriktiven und präzisierenden Auslegung als verfassungskonform angesehen werden. Eine derartige Konkretisierung des Tatbestandes durch die Rechtsprechung sei das Selbständigkeitserfordernis.<sup>26</sup>

Zwar verhält das Bundesverfassungsgericht sich nicht näher dazu, wie das Selbständigkeitskriterium zu verstehen ist. Das ist freilich seiner Aufgabe geschuldet, (nur) spezifische Verfassungsverstöße festzustellen und gerade nicht als „Superrevisionsinstanz“ zu fungieren<sup>27</sup>. Dass es dieses Kriterium dennoch erwähnt, macht deutlich, dass es sich dabei um einen bedeutsamen Faktor handeln muss, dessen Zweck es ist, (gem. § 266 Abs. 1 StGB) strafbares Verhalten von straflosem oder anderweitig strafbarem Verhalten zu unterscheiden. Diese Funktion kann das Selbständigkeitserfordernis bei einer ausufernden Auslegung nicht erfüllen.

Leider ist eine eben solche „Aushöhlung“ des Selbständigkeitskriteriums durch die Rechtsprechung seit langem zu beobachten.<sup>28</sup> In der Vergangenheit hatten andere Oberlandesgerichte entschieden, dass auch Verkehrspolizisten vermögensbetreuungspflichtig seien.<sup>29</sup> Die Selbständigkeit des Umgangs mit fremden Geldern soll sich danach daraus ergeben, dass die Polizisten eigenständig Wechselgeld herausgeben, Quittungen ausstellen und die Verwarnungsgelder in der Liste dokumentieren müssen. So weit will das BayObLG – erstaunlicherweise – offenbar nicht gehen und lässt offen, ob

<sup>22</sup> Vgl. etwa den Überblick bei *Saliger*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, Strafgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl. 2021, § 266 Rn. 10 m.w.N.

<sup>23</sup> Insoweit krit. *Perron*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 266 Rn. 24; *Schünemann*, in: LK-StGB, Bd. 9/1, 12. Aufl. 2012, § 266 Rn. 90.

<sup>24</sup> Klarstellend bspw. *Dierlamm/Becker*, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 266 Rn. 54 ff. m.w.N.

<sup>25</sup> BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08 u.a. = BVerfGE 126, 170.

<sup>26</sup> BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08 u.a., Rn. 108 = NJW 2010, 3209 (3214 f.) = BVerfGE 126, 170 (209 f.).

<sup>27</sup> Vgl. nur etwa BVerfG, Urt. v. 15.1.1958 – 1 BvR 400/51 = BVerfGE 7, 198 (207); näher dazu *Schlaich/Koriath*, Das Bundesverfassungsgericht, 12. Aufl. 2021, Rn. 283 ff. m.w.N.

<sup>28</sup> Vgl. nur etwa *Dierlamm/Becker*, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 266 Rn. 58: „Die Rechtsprechung hat das Merkmal der Selbständigkeit [...] praktisch aufgegeben.“

<sup>29</sup> OLG Köln, Urt. v. 12.2.1963 – Ss 335/62 = NJW 1963, 1992; OLG Koblenz, Urt. v. 3.10.1974 – 1 Ss 206/74 = GA 1975, 122.

bereits diese Umstände zur Annahme einer Vermögensbetreuungspflicht führen.<sup>30</sup> Im entscheidungserheblichen Sachverhalt ergebe die Selbständigkeit des Angeklagten und damit die Vermögensbetreuungspflicht sich vielmehr aus dem Umstand, dass die Verwaltungsgelder offenbar so gut wie gar nicht kontrolliert wurden; es ließ sich noch nicht einmal feststellen, ob der „alte“ Abrechnungsblock bei Herausgabe eines neuen eingezogen, kontrolliert und das zugehörige Bargeld eingefordert wurde.<sup>31</sup> In den Worten des *Senats*: „Es fehlte in einem solchen Maße an dienstlichen Kontrollen bezüglich der Höhe und des Verbleibs der Verwarnungsgelder, dass er im Ergebnis das ihm anvertraute Fremdvermögen faktisch selbständig verwaltete und darauf nach seinem Belieben zuzugreifen konnte.“<sup>32</sup>

Diese Art der Argumentation findet sich vereinzelt auch in der Literatur,<sup>33</sup> prominent etwa bei *Schünemann*: „Die Abgrenzung ha[be] [...] nicht danach zu erfolgen, was der Täter *d[ürfe]*, sondern danach, was er *k[önne]*. Eine qualifizierte Herrschaft in diesem Sinne h[ieße]: Abwesenheit von Kontrolle, wobei unter Kontrolle nicht die Frage einer nachträglichen Nachprüfung, sondern die gleichzeitige Steuerung und Überwachung zu verstehen [sei]. Tauglicher Täter des Treubruchtatbestandes [sei] dementsprechend, wer sich bei seiner fremdnützigen Tätigkeit gewissermaßen selbst zu kontrollieren ha[be] [...].“<sup>34</sup>

Diese Argumentation vermag nicht zu überzeugen: Bei der Untreue geht es darum, dass der Treugeber dem Treunehmer Handlungsspielräume im Vertrauen darauf überlässt, dass der Treunehmer diese im Interesse des Treugebers nutzen wird.<sup>35</sup> Dass die Abrechnung der Verwarnungsgelder nicht kontrolliert wurde, ist aber nicht als Zeichen des Vertrauens anzusehen, dass die Beamten „schon alles richtig machen werden“, und erst recht nicht als Einräumung eines Ermessens, so viel des vereinnahmten Bargelds bei der Kasse abzuliefern, wie es die Beamten gerade für richtig erachten. Vielmehr kommen hier lediglich eigene (Überwachungs-)Fehler der jeweiligen Vorgesetzten zum Ausdruck.<sup>36</sup> Im bloßen (seinerseits vorwerfbaren) Schaffen/Nichtbeseitigen von Missbrauchsgelegenheiten liegt keine konkludente „Beförderung“ in eine Position, die von höherer Eigenverantwortung geprägt ist.

Ließe man das Bestehen faktischer Missbrauchsgelegenheiten für das Vorliegen einer Vermögensbetreuungspflicht ausreichen, würde der Untreuetatbestand völlig entgrenzt. So besteht beispielsweise dahingehend Einigkeit, dass es insoweit nicht ausreicht, wenn Arbeitnehmer mit dem Eigentum des Arbeitgebers umgehen.<sup>37</sup> Daran ändert sich freilich auch nichts, wenn Arbeitnehmer die Gelegenheit haben, unauffällig Druckerpapier zu stehlen, weil keine blattgenaue Inventur stattfindet. Für den Verkehrspolizisten kann nichts anderes gelten: Er verfügt über keinen (rechtlichen) Spielraum bei der Vereinnahmung der Verwarnungsgelder, sondern hat exakt die übergebene Summe zu dokumentieren und im vorgegebenen Turnus abzuliefern. Eine Vermögensbetreuungs-

<sup>30</sup> BayObLG, Urt. v. 28.9.2022 – 206 StRR 157/22, Rn. 18.

<sup>31</sup> BayObLG, Urt. v. 28.9.2022 – 206 StRR 157/22, Rn. 19.

<sup>32</sup> BayObLG, Urt. v. 28.9.2022 – 206 StRR 157/22, Rn. 19.

<sup>33</sup> Vgl. auch etwa *Saliger*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, Strafgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl. 2021, § 266 Rn. 10 f. m.w.N.

<sup>34</sup> *Schünemann*, in: LK-StGB, Bd. 9/1, 12. Aufl. 2012, § 266 Rn. 86 (Hervorhebungen und Fußnoten aus der Originalquelle entfernt; vorhandene *Hervorhebungen* nur hier).

<sup>35</sup> Vgl. *M. Wagner*, ZStW 131 (2019), 319 (355 f.); vgl. auch *Saliger*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, Strafgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl. 2021, § 266 Rn. 3.

<sup>36</sup> So auch *Brand*, NJW 2022, 3524 (3525).

<sup>37</sup> Explizit etwa BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08 u.a., Rn. 110 = NJW 2010, 3209 (3215) = BVerfGE 126, 170 (209 f.).

pflicht diesbezüglich ist daher richtigerweise abzulehnen.<sup>38</sup>

### b) Betrug, § 263 Abs. 1 StGB

Denkbar ist weiterhin eine Strafbarkeit wegen Betruges gegenüber der Dienststelle und zulasten der Landeskasse.<sup>39</sup> Eine Strafbarkeit gem. § 263 Abs. 1 StGB setzt zunächst eine Täuschung über Tatsachen voraus.

*Hinweis:* Beachte zum Merkmal der sog. „Täuschung“ beim Betrug die Ausführungen bei *Böhringer/M. Wagner*, ZJS 2014, 557 (558 f.). Zur Prüfungsreihenfolge s.o. den Hinweis zum Prüfungsaufbau.

Die Vereinnahmung der Verwarnungsgelder ist ein in der Vergangenheit liegender Vorgang, der abstrakt dem Beweis zugänglich und damit eine Tatsache<sup>40</sup> ist. Hierüber kann der Angeklagte getäuscht haben, als er nicht offengelegt hat, welche Summe er tatsächlich vereinnahmt hat.

Ob auf eine konkludente Täuschung oder auf eine Täuschung durch Unterlassen abzustellen ist, hängt vom – insoweit nicht im Einzelnen festgestellten – Verfahren bei der Aushändigung des Abrechnungsblocks ab:<sup>41</sup>

Sollte es so gewesen sein, dass der Angeklagte Abrechnungsböcke und auch einen Teil der vereinnahmten Gelder abgeliefert hat, um den Schein zu wahren, so wird diesem Akt konkludent der Aussagegehalt zu entnehmen sein, dass seit dem letzten Blockwechsel nicht mehr Verwarnungsgelder vereinnahmt worden sind. Folglich liegt in der (unvollständigen) Ablieferung bereits eine aktive Täuschung, weshalb es auf Elemente eines Unterlassungsdelikts gem. § 13 StGB insoweit nicht ankommt.

Aber auch, falls/soweit der Angeklagte im Einzelfall seiner turnusmäßigen Ablieferungspflicht gänzlich nicht nachgekommen sein sollte, wird eine Täuschung (dann durch Unterlassen) anzunehmen sein: Da die Ablieferungspflicht unmittelbar zu seinem Aufgabenbereich als Amtsträger gehörte, stellt sie sich als Garantspflicht i.S.d. § 13 Abs. 1 StGB dar,<sup>42</sup> deren Verletzung als Täuschung durch Unterlassen (in der Formulierung des § 263 Abs. 1 Var. 3 StGB: „Unterdrückung wahrer Tatsachen“) zu werten ist.

*Vertiefung:* Zusätzlich zur Garantienpflichtverletzung ist für eine Unterlassungsstrafbarkeit gem. § 13 Abs. 1 StGB erforderlich, dass „das Unterlassen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun entspricht“. Der Inhalt dieser Klausel ist bislang völlig ungeklärt.<sup>43</sup> Nach vorherrschender Auffassung soll sie nur bei den sog. verhaltensgebundenen (Erfolgs-)Delikten Anwendung finden, zu denen auch der Betrugstatbestand gehört.<sup>44</sup> Für die Beantwortung der Frage, wann eine Täuschung durch Unterlassen einem aktiv begangenen Betrug entspricht, fehlen aber konsenterte Leit-

<sup>38</sup> So im Ergebnis auch etwa *Brand*, NJW 2022, 3524 (3525); *Saliger*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, Strafgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl. 2021, § 266 Rn. 14; *Dierlamm/Becker*, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 266 Rn. 65; *Kindhäuser/Hoven*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 266 Rn. 52.

<sup>39</sup> Zutreffend *Brand*, NJW 2022, 3524 (3525); krit. *Schünemann*, in: LK-StGB, Bd. 9/1, 12. Aufl. 2012, § 266 Rn. 86.

<sup>40</sup> Zur Definition vgl. bspw. *Kindhäuser/Böse*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 12. Aufl. 2023, § 27 Rn. 4 m.w.N.

<sup>41</sup> Dazu *Kindhäuser/Böse*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 12. Aufl. 2023, § 27 Rn. 14 ff. m.w.N.

<sup>42</sup> So etwa *Gaede*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 13 Rn. 62 m.w.N.

<sup>43</sup> Dazu eingehend *M. Wagner*, Die Entsprechungsklausel in § 13 Abs. 1 StGB (erscheint demnächst).

<sup>44</sup> Statt (fast) aller bspw. *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 13 Rn. 4.

linien.<sup>45</sup> Es ist jedoch davon auszugehen, dass selbst sehr enge Auffassungen in Konstellationen wie dem Entscheidungssachverhalt zur Annahme der Entsprechung kommen würden.<sup>46</sup> Von Studierenden kann nicht erwartet werden, dass sie sich einer Klausur oder Hausarbeit Gedanken zu einem solchen gänzlich ungeklärten Problem machen. Daher empfiehlt es sich, floskelhaft klarzustellen, dass die Voraussetzungen der Entsprechungsklausel vorliegen, ohne näher darauf einzugehen. Damit zeigt man zumindest, dass man weiß, dass § 13 Abs. 1 StGB dieses Tatbestandsmerkmal voraussetzt und es nach h.A. beim Betrug relevant wird.

Aus der Täuschung folgt beim zuständigen Kassenbeamten eine Fehlvorstellung in Form des sog. „sachgedanklichen Mitbewusstseins“, es werde „schon alles in Ordnung sein“.<sup>47</sup> Im Nicht-Herausfordern der fehlenden Gelder liegt eine auf dem Irrtum beruhende Verfügung<sup>48</sup> über das Vermögen des Landes durch die dazu befugten<sup>49</sup> Beamten. Daher weist der Landeshaushalt letztlich einen niedrigeren Saldo auf, als er sollte; ein Vermögensschaden<sup>50</sup> liegt vor.

*Hinweis:* Zur umgekehrten Situation, dass der Angeklagte das Geld ausgibt, bevor er darüber Rechenschaft ablegen müsste, siehe noch unten 4. a).

Der Angeklagte handelte insoweit auch vorsätzlich und in der Absicht, sich rechtswidrig zu bereichern. Da der Schaden gerade im Fehlen derjenigen Gelder besteht, die der Angeklagte für sich behalten wollte, ist die beabsichtigte Bereicherung auch stoffgleich<sup>51</sup>. Daher ist eine Strafbarkeit wegen Betruges gem. § 263 Abs. 1 StGB anzunehmen. Weil der Angeklagte seine Stellung als Amtsträger missbraucht hat, liegt ein besonders schwerer Fall gem. § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 StGB vor. Überdies wird wohl Gewerbsmäßigkeit i.S.d. § 263 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 Var. 1 StGB gegeben sein. Zu beachten ist allerdings § 263 Abs. 4 StGB i.V.m. § 243 Abs. 2 StGB, wenn – im Einzelfall – der Schaden nur geringwertig ist, was überwiegend unterhalb von 50 €<sup>52</sup> angenommen wird.

### c) Veruntreuende Unterschlagung [ggfs. durch Unterlassen], §[§] 246 Abs. 1, Abs. 2[, 13] StGB

In Betracht kommt außerdem die Verwirklichung einer veruntreuenden Unterschlagung gem. § 246 Abs. 1, Abs. 2 StGB. Eine solche wäre gegenüber dem Betrug (s.o. b)) formell subsidiär („wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist“), weshalb sie im Ergebnis jedenfalls keine Rolle im Rahmen der Verurteilung spielt. In der Klausurbearbeitung ist es zwar verführerisch,

<sup>45</sup> Überblick zur Diskussion bei M. Wagner, Die Entsprechungsklausel in § 13 Abs. 1 StGB (erscheint demnächst).

<sup>46</sup> Vgl. bspw. Klawitter (Die Grenzen des Betruges durch Unterlassen, 1993, S. 84, 89), der – anschließend an Herzberg (Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972, S. 70 ff., 81) – als eine von zwei denkbaren Konstellationen anerkennt, dass der Untätigkeit des Garanten unabhängig von dessen körperlichem Auftreten normativ ein bestimmter Erklärungsgehalt beigemessen wird, was hier angesichts des Konzepts, das einen regelmäßigen Ablieferungsturnus vorsieht, der Fall sein dürfte.

<sup>47</sup> Dazu bspw. Hefendehl, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 338 ff. m.w.N.

<sup>48</sup> Auch durch Unterlassen kann über das Vermögen verfügt werden; klarstellend bspw. Kindhäuser/Böse, Strafrecht, Besonderer Teil II, 12. Aufl. 2023, § 27 Rn. 43 m.w.N.

<sup>49</sup> Zur Darstellung des Dreiecksbetrugs in der Fallbearbeitung beachte Rotsch, Strafrechtliche Klausurenlehre, 4. Aufl. 2022, 2. Teil Fall 16 Rn. 68.

<sup>50</sup> Zum Schadensbegriff bspw. Wessels/Hillenkamp/Schuh, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 45. Aufl. 2022, Rn. 566 ff.

<sup>51</sup> Dazu bspw. Kindhäuser/Böse, Strafrecht, Besonderer Teil II, 12. Aufl. 2023, § 27 Rn. 82 ff. m.w.N.

<sup>52</sup> Vgl. etwa OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 28.10.2016 – 1 Ss 80/16 = NStZ-RR 2017, 12; Nachweise zum Diskussionsstand etwa bei Wittig, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2023, § 243 Rn. 28.

aber auch „gefährlich“, insoweit direkt zu den Konkurrenzen zu „springen“<sup>53</sup>, denn subsidiär kann nur ein Tatbestand sein, der auch tatsächlich verwirklicht wurde.

*Hinweis:* Vgl. dazu noch unten 4. a) zu den Konkurrenzen.

Durch die Übergabe an den Angeklagten ist das Bargeld – Sachen i.S.d. § 90 BGB – in das Eigentum des Landes übergegangen (s.o. 1.), weshalb es für den Angeklagten fremd<sup>54</sup> ist. Entscheidend ist jedoch, ob er es sich durch die Nicht-Herausgabe i.S.d. § 246 Abs. 1 StGB „zu[ge]eignet“ hat. Die wohl überwiegende Auffassung in Rechtsprechung<sup>55</sup> und Literatur<sup>56</sup> nimmt eine Zueignung dann an, wenn der Täter seinen Zueignungswillen nach außen manifestiert.<sup>57</sup> Es kann unterstellt werden, dass bereits im Zeitpunkt des Abholens eines neuen bzw. der Abgabe des alten, unvollständigen Abrechnungsblocks der Zueignungswille vorhanden war (s.o.). Zweifelhaft ist aber, ob im bloßen Nicht-Herausgeben dieser Wille nach außen manifestiert wird. Ganz im Gegenteil: Der Angeklagte wollte mit seinem Verhalten gerade nicht zum Ausdruck bringen, dass er die Gelder für sich behalten wollte, sondern wollte gerade den Eindruck erwecken, dass es überhaupt keine weiteren Gelder gab, die er herausgeben müsste. Selbst für den objektiven Beobachter, der (nur) um die Existenz der Gelder, nicht aber um die Gedankenwelt des Angeklagten weiß, ist die bloße unterlassene Ablieferung kein zwingender Ausdruck des Zueignungswillens, sondern könnte z.B. auch lediglich Nachlässigkeit widerspiegeln.<sup>58</sup>

*Hinweis:* In der konkreten Fallgestaltung mag diese Deutung des Verhaltens des Angeklagten geradezu naiv anmuten. Allerdings kommt es darauf an, welches Wissen man dem fiktiven Beobachter unterstellt: Geht man von einer Person aus, die nur das einzelne konkrete Nicht-Abliefern beobachtet, so muss sie nicht zwingend den Eindruck erhalten, dass der Angeklagte sich die Gelder zueignet; weiß hingegen der gedachte Beobachter um die wiederholte „Masche“, so stellt sich ihm hingegen dasselbe Verhalten sicherlich als Zueignung dar. Das grundlegende Problem, wie fiktive Maßstabfiguren zu konturieren sind, kann allerdings in diesem Rahmen nicht näher erörtert werden.

Eine Zueignung und damit eine Unterschlagung durch das Nicht-Abliefern scheidet daher bereits auf Tatbestandsebene aus, weshalb es auf die formelle Subsidiarität nicht mehr ankommt.

Aus denselben Gründen scheitert auch eine Unterschlagung durch Unterlassen, sofern man eine solche grundsätzlich überhaupt für möglich hält<sup>59</sup>.

<sup>53</sup> Vgl. zum „Springen“ im Gutachten *Hardtung*, JuS 1996, 610 ff., 706 ff. und 807 ff.; *Rotsch*, Strafrechtliche Klausurenlehre, 4. Aufl. 2022, Fall 1 Rn. 93, Fall 6 Rn. 63, Fall 8 Rn. 30, Fall 13 Rn. 110, Fall 15 Rn. 83.

<sup>54</sup> Zur Definition vgl. *Heghmanns*, Strafrecht, Besonderer Teil, 2009, Rn. 870 ff.

<sup>55</sup> Bspw. BGH, Beschl. v. 7.12.1959 – GSSt 1/59 = BGHSt 14, 38; BGH, Urt. v. 17.3.1987 – 1 StR 693/86 = NJW 1987, 2242 (2243); BGH, Urt. v. 6.9.2006 – 5 StR 156/06 = NStZ-RR 2006, 377.

<sup>56</sup> Bspw. *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 246 Rn. 10; *Kindhäuser/Hoven*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 246 Rn. 5 ff.; *Wittig*, in: BeckOK StGB, 56. Ed., Stand: 1.2.2023, § 246 Rn. 3 ff.; jeweils m.w.N.

<sup>57</sup> Weiter hingegen *Hoyer*, in: SK-StGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 246 Rn. 17 ff.; *Maiwald*, Der Zueignungsbegriff im System der Eigentumsdelikte, 1970, S. 191 ff.; *Samson*, Strafrecht II, 5. Aufl. 1985, S. 91 f., die zu einer tatbestandsmäßigen Zueignung kommen dürften.

<sup>58</sup> Insoweit zutreffend *J. Kretschmer*, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller, AnwaltKommentar StGB, 3. Aufl. 2020, § 246 Rn. 9.

<sup>59</sup> Dazu etwa OLG Koblenz, Beschl. v. 23.12.1983 – 2 Ss 490/83 = StV 1984, 287; LG Potsdam, Beschl. v. 1.10.2007 – 24 Qs 28/07 = NStZ-RR 2008, 143; *Schmid*, MDR 1981, 806 (Replik *Schürmann*, MDR 1982, 374; Duplik *Schmid*,

### 3. Verausgabung der Verwarngelder

Des Weiteren kann eine Strafbarkeit aus dem Ausgeben der vereinnahmten Gelder resultieren. Auch insoweit scheidet Untreue in Ermangelung einer Vermögensbetreuungspflicht aus (s.o.).

Denkbar wäre etwa ein Betrug gegenüber dem jeweiligen Vertragspartner, weil der Angeklagte nicht mit eigenem Geld bezahlt hat. Dennoch erleidet der Vertragspartner keinen Vermögensschaden, wenn er gleichwohl das Eigentum an dem Bargeld erwirbt. Dies wird typischerweise nach den Grundsätzen des gutgläubigen Erwerbs gem. §§ 929 S. 1, 932 Abs. 1 S. 1 BGB der Fall sein. Ungeachtet der Anforderungen an das Abhandenkommen steht § 935 BGB einem solchen schon allein deswegen nicht entgegen, weil die Vorschrift gem. Abs. 2 auf Geld keine Anwendung findet. Auch dürfte den Vertragspartner insoweit keinerlei Prozessrisiko<sup>60</sup> treffen, weshalb eine Strafbarkeit wegen Betruges ausscheidet.

Möglich ist aber eine Unterschlagung gem. § 246 Abs. 1 StGB, weil der Angeklagte durch das Bezahlen mit den Verwarnungsgeldern nach außen den Anschein erweckt, diese stünden in seinem Eigentum, und damit seinen Willen zum Ausdruck bringt, sich das betreffende Bargeld zuzueignen. Da ihm das Bargeld in seiner dienstlichen Eigenschaft anvertraut<sup>61</sup> war, ist auch der Qualifikationstatbestand des § 246 Abs. 2 StGB einschlägig. Da weder der Vereinnahmung noch der Nicht-Ablieferung Zueignungscharakter zukommt, stellt sich die Frage, ob „wiederholte“ Zueignungen tatbestandsmäßig sind oder nicht,<sup>62</sup> hier nicht.

### 4. Konkurrenzen

#### a) Materiell-rechtliche Aspekte

Problematisch sind auch die Konkurrenzen, mit denen das BayObLG sich ausführlich beschäftigt.<sup>63</sup> Da es davon ausgeht, dass ein Untreuevorwurf sich nicht auf das Nicht-Herausgeben, sondern auf die Verausgabung der Gelder stützt, liegt es nahe, dass es sich nicht um die vom Landgericht angenommenen 26 Fälle (dort: der veruntreuenden Unterschlagung) handelt, sondern um eine unbestimmte Zahl an Taten. Plastisch: Möglicherweise hat der Angeklagte die Tatbeute eines einzelnen Abrechnungsblocks in mehreren Einzelzahlungen ausgegeben (mit dem Ergebnis, dass eine Vielzahl von Fällen vorliegt); vielleicht hat er die Gelder auch gespart und auf einmal verausgabt (dann insoweit nur eine Tat). Insoweit fehlt es an Feststellungen durch die Tatsacheninstanzen.

Diese Erwägungen gelten ebenso für die hier angenommene veruntreuende Unterschlagung: Sieht man eine solche erst im Ausgeben des Geldes, so liegt in jeder einzelnen Ausgabe ein neuer Willensentschluss und damit eine neue Tat, weshalb so viele Taten wie Ausgaben vorliegen, die zueinander im Verhältnis der Handlungsmehrheit stehen.

Für den Betrug hingegen ist entscheidend, wie viele Situationen es gab, in denen die konkludente Täuschung erklärt wurde. Das dürfte bei jedem Abliefern eines Abrechnungsblocks bzw. bei jedem

---

MDR 1982, 374).

<sup>60</sup> Vgl. dazu BGH, Urt. v. 8.5.1990 – 1 StR 52/90 = JR 1990, 517; dazu eingehend *Hefendehl*, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 939 ff. m.w.N.

<sup>61</sup> „Anvertraut sind Sachen, deren Besitz oder Gewahrsam dem Täter in dem Vertrauen eingeräumt worden ist, er werde die Gewalt über sie nur im Sinne des Einräumenden ausüben. Hierfür genügt es, daß er Besitz oder Gewahrsam kraft eines Rechtsgeschäfts mit der Verpflichtung erlangt hat, sie zurückzugeben oder zu einem bestimmten Zweck zu verwenden [...]“ (BGH, Urt. v. 17.10.1961 – 1 StR 382/61 = BGHSt 16, 280 [282] m.w.N.).

<sup>62</sup> Dazu bspw. *Kindhäuser/Böse*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 12. Aufl. 2023, § 6 Rn. 39 f. m.w.N.

<sup>63</sup> BayObLG, Urt. v. 28.9.2022 – 206 StRR 157/22, Rn. 20 ff.

Abholen eines neuen Blocks, bei dem der alte Block hätte abgeliefert werden müssen, der Fall sein. Insoweit müssten nach den bisherigen Feststellungen also 26 Betrugstaten vorliegen.

Die zentrale Frage ist, wie sich die Betrugs- und die Unterschlagungstaten zueinander verhalten:

Zunächst ist die Subsidiaritätsklausel in § 246 Abs. 1 StGB a.E. zu betrachten. Auch wenn sie sich (nur) in Abs. 1 findet, gilt sie gleichermaßen für Fälle der veruntreuenden Unterschlagung gem. § 246 Abs. 2 StGB.<sup>64</sup> Allerdings muss sich insoweit schon die Frage stellen lassen, ob die Klausel überhaupt dem Grunde nach anwendbar ist. Denn die Subsidiarität tritt nur dann ein, „wenn die Tat [...] in anderen Vorschriften mit *schwererer* Strafe bedroht ist“. Der Qualifikationstatbestand gem. § 246 Abs. 2 StGB weist aber *denselben* Strafraumen auf wie der Betrug gem. § 263 Abs. 1 StGB (Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahre oder Geldstrafe). Daher kommt Subsidiarität allenfalls insoweit in Betracht, als dass beim Betrug ein besonders schwerer Fall vorliegt (der nicht gem. §§ 263 Abs. 3, 243 Abs. 2 StGB ausgeschlossen ist, s.o.).<sup>65</sup> Viel entscheidender ist aber: Die Subsidiaritätsklausel greift nur ein, wenn es sich bei den beiden strafbaren Verhaltensweisen um dieselbe „Tat“ handelt. Ob darunter das tatbestandsmäßige Verhalten<sup>66</sup> (vgl. auch § 8 S. 1 StGB) oder die (auch normative) Handlungseinheit i.S.d. § 52 StGB zu verstehen ist,<sup>67</sup> kann im hiesigen Sachverhalt dahinstehen, weil es sich bei beiden Taten (Nicht-Abliefern gegenüber der Landeskasse einerseits, Verausgabung andererseits) um völlig unterschiedliche Sachverhalte handelt. Die (veruntreuende) Unterschlagung ist damit jedenfalls nicht gem. § 246 Abs. 1 StGB a.E. formell subsidiär. Das bedeutet aber nicht automatisch, dass aufgrund der Handlungsmehrheit auch Tatmehrheit gem. § 53 StGB zwischen Betrugs- und Unterlassungstaten besteht. Möglich ist auch eine Gesetzeskonkurrenz in Form der mitbestraften Vor- oder Nachtat.<sup>68</sup>

In Fällen, in denen – wie hier – der Täuschungshandlung selbst keine Zueignung innewohnt, hat das Reichsgericht Tatmehrheit in Betracht gezogen.<sup>69</sup> Dagegen stellt der BGH darauf ab, ob bereits im Zeitpunkt der Täuschungshandlung Zueignungswille besteht.<sup>70</sup> Richtigerweise wird man – objektiv – darauf abstellen müssen, ob die Unterschlagung eine Verwertungshandlung darstellt.<sup>71</sup> Durch die nachfolgende Verausgabung der Gelder wird der (Gefährdungs-)Schaden des Betrugers lediglich vollständig realisiert, da das Bargeld nunmehr völlig der Zugriffsmöglichkeit der Landeskasse entzogen ist. Die Annahme von Tatmehrheit würde folglich dazu führen, dass dem Angeklagten der in der Sache selbe Umstand mehrfach angelastet würde, was den Grundprinzipien des Konkurrenzrechts widerspricht.<sup>72</sup> Folglich sind die veruntreuenden Unterschlagungen als mitbestrafte Nachtaten des Betrugers anzusehen und treten daher im Wege der Gesetzeskonkurrenz hinter diesem zurück.

Praktisch denkbar ist aber auch die Fallkonstellation, dass der Angeklagte Gelder verausgabt hat, noch bevor der Zeitpunkt gekommen war, zu dem er den Umfang der vereinnahmten Verwarnungsgelder hätte offenlegen müssen. In einem solchen Fall ist bereits fraglich, ob überhaupt ein (sog.

<sup>64</sup> BGH, Beschl. v. 26.6.2012 – 2 StR 137/12 = NStZ 2012, 628; *Hohmann*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 246 Rn. 64 m.w.N.

<sup>65</sup> *Vogel*, in: LK-StGB, Bd. 8, 12. Aufl. 2010, § 246 Rn. 74.

<sup>66</sup> *Kindhäuser/Hoven*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 246 Rn. 45.

<sup>67</sup> So *Vogel*, in: LK-StGB, Bd. 8, 12. Aufl. 2010, § 246 Rn. 72.

<sup>68</sup> Einführend bspw. *Wessels/Beulke/Satzger*, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 51. Aufl. 2021, Rn. 1274 ff.

<sup>69</sup> RG, Urt. v. 22.11.1926 – II 937/26 = RGSt 61, 37 (39); *Perron*, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 246 Rn. 33.

<sup>70</sup> BGH, Urt. v. 17.10.1961 – 1 StR 382/61 = BGHSt 16, 280 (281); *Perron*, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 246 Rn. 33.

<sup>71</sup> So zutreffend *Vogel*, in: LK-StGB, Bd. 8, 12. Aufl. 2020, § 246 Rn. 76.

<sup>72</sup> Dazu etwa v. *Heintschel-Heinegg*, in: MüKo-StGB, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, Vorbem. zu § 52 Rn. 15 ff. m.w.N.

Sicherungs-)Betrug vorliegt, weil der Schaden bereits vor der Täuschungshandlung eingetreten ist und als deren Folge nicht mehr vertieft werden kann. Jedenfalls aber stellt der Betrug eine mitbestrafte Nachtat dar, die im Wege der Gesetzeskonkurrenz hinter der vorherigen veruntreuenden Unterschlagung zurücktritt.<sup>73</sup>

Auch wenn es zunächst einleuchten mag, dass in beiden Fallkonstellationen schlichtweg nur die erste Tat bestraft wird, die sich auf die Gelder bezieht, so darf doch nicht übersehen werden, dass der – sicherlich oftmals sehr zufällige – Umstand, ob das Geld vor oder nach dem Stichtag zur Ablieferung verausgabt wird, im Ergebnis eine erhebliche Rolle spielt. Zum einen ist die Zahl der Taten unterschiedlich zu bemessen, je nachdem, ob auf den Betrug oder auf die veruntreuende Unterschlagung abgestellt wird (s.o.); zum anderen kann nur beim Betrug der besonders schwere Fall vorliegen, der einen deutlich schärferen Strafraum aufweist.

Es wird sich zeigen, inwiefern das neue Tatgericht noch aufklären kann, auf welche Art und Weise der Angeklagte die Gelder verausgabt hat. Soweit dies nicht der Fall ist, hat es in dubio pro reo zu unterstellen, dass der Angeklagte immer dann, wenn eigentlich die Summe oder der Zeitpunkt erreicht war, dass er den Abrechnungsblock und das Geld hätte abliefern müssen, die bis dahin vereinnahmten Gelder auf einmal ausgegeben und sich anschließend kommentarlos einen neuen Block abgeholt hat. Auf diese Art und Weise wird zu seinen Gunsten die geringste Anzahl an Taten mit dem niedrigsten in Betracht kommenden Strafraum zugrunde gelegt. Diese Zahl wird aber dennoch größer sein als 26: Denn der Angeklagte hätte auch schon vor Ablauf der Monatsfrist die Gelder abliefern müssen, sobald die Summe von 250 € erreicht war. Der tatsächliche Gesamtschaden war aber deutlich größer als 26 mal 250 €.

## b) Prozessuale Aspekte

Das BayObLG thematisiert die Frage, ob die (andere) Strafkammer des Landgerichts nach erneuter Verhandlung prozessual überhaupt zum Ergebnis kommen darf, dass mehr Taten vorliegen als dies die Berufungskammer angenommen hatte.<sup>74</sup> Das scheint zunächst verwunderlich, denn gegen das Urteil des Berufungsgerichts hatte nur die Staatsanwaltschaft Revision eingelegt (und zwar nicht – ausschließlich [§ 301 StPO] – zugunsten des Angeklagten [beachte § 296 Abs. 2 StPO]), weshalb das Verschlechterungsverbot des § 358 Abs. 2 S. 1 StPO nicht eingreift. Zu beachten ist aber, dass gegen das Urteil des Amtsgerichts nur der Angeklagte unbeschränkt Berufung eingelegt hatte, die Staatsanwaltschaft hingegen nur beschränkt auf den Strafausspruch. Das bedeutet, ohne die Berufung des Angeklagten hätte in der Berufungsinstanz der eigentliche Tatvorwurf überhaupt nicht überprüft werden können. Daher gilt – (nur) insoweit – das Verbot der *reformatio in peius* gem. § 331 Abs. 1 StPO, das auch in der Revisionsinstanz und für die neue Tatsacheninstanz nach Zurückverweisung fortwirkt, weil der Angeklagte anderenfalls benachteiligt würde, was das Verschlechterungsverbot gerade vermeiden will.<sup>75</sup> Allerdings gilt es ausweislich des Wortlauts des § 331 StPO gerade nur für den Rechtsfolgenausspruch („Art und Höhe der Rechtsfolgen der Tat“) und nicht für den Schuldanspruch, wozu auch die Zahl der Taten gehört. Daher kommt das BayObLG zum zutreffenden Ergebnis, dass es dem erkennenden Gericht nicht verwehrt ist, das Vorliegen einer größeren Anzahl von Taten festzustellen und abzuurteilen.

<sup>73</sup> Hierzu bspw. *Saliger*, in: *Matt/Renzikowski*, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 2. Aufl. 2020, § 263 Rn. 338 ff. m.w.N.

<sup>74</sup> BayObLG, Urt. v. 28.9.2022 – 206 StRR 157/22, Rn. 32 f.

<sup>75</sup> BayObLG, Urt. v. 10.5.1961 – RevReg. 1 St 133/61 = BayObLGSt 1961, 124 (127 f.); *Paul*, in: *KK-StPO*, 9. Aufl. 2023, § 331 Rn. 9; *Gössel*, in: *Löwe/Rosenberg*, *Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar*, Bd. 7/2, 12. Aufl. 2013, § 331 Rn. 16 f.; *Frisch*, in: *SK-StPO*, Bd. 6, 6. Aufl. 2022, § 331 Rn. 30 m.w.N.

## V. Strafzumessung und Rechtsfolgen

Aber auch dann, wenn das Gericht zum Ergebnis kommt, dass der Angeklagte mehr als 26 Taten begangen hat, ist das Verbot der *reformatio in peius* zu beachten: Hätte nur die Staatsanwaltschaft Berufung eingelegt und wäre daher der Schuldspruch in Teilrechtskraft erwachsen, so wäre eine Verschlechterung des Urteils für den Angeklagten in Bezug auf die verhängte Strafe nur innerhalb des sich aus dem Schuldspruch ergebenden gesetzlichen Strafrahmens möglich gewesen. Nach § 331 StPO soll der Angeklagte dadurch, dass er unbeschränkt Berufung eingelegt hat, nicht schlechter gestellt werden, als wenn nur die Staatsanwaltschaft (beschränkt auf den Rechtsfolgenausspruch) Berufung eingelegt hätte. Daher führt das BayObLG zutreffend aus, dass die Annahme einer höheren Zahl von Taten (und die damit normalerweise verbundene Asperation gem. § 54 StGB) sich jedenfalls „für sich gesehen“ nicht straf erhöhend auswirken dürfe.<sup>76</sup> Das ändert aber nichts daran, dass das neue Tatgericht im Rahmen seiner Beweiswürdigung und Strafzumessung den Strafrahmen ausschöpfen darf, der aufgrund des amtsgerichtlichen Schuldspruchs möglich gewesen wäre.<sup>77</sup>

Nicht zu unterschätzen sind auch die beamtenrechtlichen Folgen einer Verurteilung für Amtsträger: Nach § 24 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BeamStG<sup>78</sup> endet das Beamtenverhältnis kraft Gesetzes, wenn der Beamte im ordentlichen Strafverfahren durch das Urteil eines deutschen Gerichts wegen einer vorsätzlichen Tat zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr verurteilt wird. „Tat“ meint dabei nicht die Einzeltat; vielmehr reicht auch eine den Schwellenwert überschreitende Gesamtstrafe aus, soweit sie aus Einzelstrafen gebildet wird, die für vorsätzliche Delikte festgesetzt wurden.<sup>79</sup> Diese weitreichenden (Sekundär-)Auswirkungen der Strafe auf das Leben des Angeklagten sind im Rahmen der Strafzumessung zu berücksichtigen (vgl. § 46 Abs. 1 S. 2 StGB), was sich in der Urteilsbegründung widerspiegeln muss (vgl. § 267 Abs. 3 S. 1 StPO).<sup>80</sup>

*Ergänzender Hinweis:* Wenn eine strafgerichtliche Verurteilung *nicht* gem. § 24 Abs. 1 S. 1 BeamStG zum Verlust der Beamtenrechte führt, bedeutet das freilich nicht zwingend, dass der Beamte im Dienst bleibt. So ist beispielsweise auch eine disziplinarrechtliche Entfernung aus dem Beamtenverhältnis (§ 21 Nr. 3 BeamStG) möglich.<sup>81</sup>

<sup>76</sup> BayObLG, Urt. v. 28.9.2022 – 206 StRR 157/22, Rn. 37.

<sup>77</sup> Klarstellend BayObLG, Beschl. v. 29.6.2000 – 4 StRR 76/2000 = NStZ-RR 2000, 379.

<sup>78</sup> Beamtenstatusgesetz v. 17.6.2008 (BGBl. I 2008, S. 1010), das zuletzt durch Art. 2 des Gesetzes v. 28.6.2021 (BGBl. I 2021, S. 2250) geändert worden ist (<https://www.gesetze-im-internet.de/beamstg/>).

<sup>79</sup> Dazu bspw. BVerwG, Urt. v. 15.5.1997 – 2 C 39/96 = BeckRS 1997, 22562; OVG Koblenz, Beschl. v. 22.2.2021 – 2 B 11489/20 = NVwZ-RR 2021, 723 (726 Rn. 33) m.w.N.

<sup>80</sup> Exemplarisch BGH, Beschl. v. 14.12.2017 – 3 StR 544/17 = BeckRS 2017, 140836; BGH, Beschl. v. 2.2.2022 – 5 StR 348/21 = BeckRS 2022, 3096.

<sup>81</sup> Speziell für Fälle wie den hiesigen vgl. etwa VGH München, Urt. v. 28.9.2016 – 16a D 13.2112 = BeckRS 2016, 53467; OVG Bautzen, Urt. v. 17.8.2009 – 6 A 655/08 = BeckRS 2009, 39579.