

## Entscheidungsbesprechung

OLG Karlsruhe, Beschl. v. 1.3.2023 – 1 ORs 36 Ss 47/23<sup>1</sup>

### Zur gescheiterten Abholung eines „Beutepäckchens“ und dem Fahren ohne Fahrerlaubnis zum/vom geplanten Abholort

Die vom Täter ohne Fahrerlaubnis durchgeführten Autofahrten zum Zwecke der (erhofften) Abholung eines vor der Haustür des Tatopfers von diesem zu deponierenden „Beutepäckchens“ als sogenannte „Abholer“ im Rahmen eines „Falscher Polizeibeamten Tricks“ und die spätere Rückfahrt nach Scheitern des Tatplans und einem Aufenthalt über mehr als 1,5 Stunden bilden mit dem mittäter-schaftlich begangenen versuchten (banden- und gewerbsmäßigen) Betrug keine prozessuale Einheit, auch wenn bei Anklageerhebung aktenkundig war, dass Hin- und Rückfahrt zum/vom geplanten Abholort ohne Fahrerlaubnis erfolgten. Die zwischenzeitlich erfolgte rechtskräftige Verurteilung wegen Fahrens ohne Fahrerlaubnis steht einer entsprechenden Ahndung des Verbrechens nach §§ 263 Abs. 5, 22, 23 StGB somit nicht entgegen.

(Amtlicher Leitsatz)

StGB §§ 263, 53, 52, 25 Abs. 2, 22

StPO § 264

StVG § 21

GG Art. 103 Abs. 3

RiOLG Prof. Dr. Janique Brüning, Wiss. Mitarbeiter David Rapp, Kiel\*

### I. Sachverhalt

A ist Mitglied einer professionell organisierten Gruppierung, die vornehmlich ältere Menschen mit dem modus operandi „Falscher Polizeibeamter“ zur Übergabe von Geld und Wertgegenständen bewegt. Aus dem Ausland führen sog. „Keiler“ Telefonate mit den Opfern. Darin geben sie sich als Polizeibeamte aus, warnen vor einem unmittelbar bevorstehenden Einbruch in die Wohnung der angerufenen Person und bieten in bedrängender Weise an, Bargeld und Wertgegenstände durch die Polizei sichern zu lassen. Die Opfer sollen die Vermögenswerte an einem bestimmten Ort außerhalb der Wohnung deponieren, wo vermeintlich die Polizei sie dann abholt. Parallel dazu koordinieren sog. „Logistiker“ die Abholung der Tatbeute, indem sie sog. „Abholer“ rekrutieren und anweisen, die

\* Janique Brüning ist Inhaberin der Professur für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Sanktionenrecht an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel und Richterin am Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht. David Rapp ist Wiss. Mitarbeiter am Zentrum für Digitalisierung und Recht in Forschung und Lehre an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel.

<sup>1</sup> Die Entscheidung ist abrufbar unter <https://www.landesrecht-bw.de/bsbw/document/JURE230043603> sowie veröffentlicht in BeckRS 2023, 4059.

Wertgegenstände aus den deponierten Verstecken abzuholen und nach näherer Weisung an weitere Tatbeteiligte weiterzugeben.

A kommt innerhalb der Gruppierung die Funktion eines solchen „Abholers“ zu. Von einem „Logistiker“ angewiesen fährt A, der keinen Führerschein besitzt, mit einem Pkw zur Adresse des Opfers. Dort in der Nähe hält er sich, auf das „Beutepäckchen“ wartend, mehr als 1,5 Stunden auf. Das Opfer ist jedoch misstrauisch geworden und hat keine Vermögenswerte vor die Wohnungstür gelegt. A telefoniert am Abholort noch mindestens zweimal mit seinem Hintermann und erkennt, dass es nicht mehr zur Bereitstellung eines „Beutepäckchen“ kommen wird. Er fährt unverrichteter Dinge wieder nach Hause.

Das LG Karlsruhe hatte A wegen versuchten banden- und gewerbsmäßigen Betruges verurteilt. Hiergegen richtet sich die Revision des A. In einem gesonderten Verfahren ist A zwischenzeitlich wegen des Fahrens ohne Fahrerlaubnis zum geplanten Abholort (Hinfahrt) rechtskräftig verurteilt worden. Hinsichtlich des Wegfahrens vom Tatort (Rückfahrt) erfolgte eine Einstellung des Verfahrens nach § 154 Abs. 2 StPO.

## II. Einführung in die Problematik

Falscher Polizeibeamter, Schockanruf und Enkeltrick: Eine facettenreiche Täuschungsmasche hat die Welt erobert. Aus Call-Centern im Ausland agierende Tätergruppierungen erbeuten durch ihr perfides Vorgehen immer wieder hohe Geldsummen von zumeist älteren Menschen.<sup>2</sup> Die Tätergruppen sind professionell organisiert und die Hintermänner im Ausland für die hiesigen Strafverfolgungsbehörden nur schwer ausfindig zu machen. Mit einer Festnahme und womöglich späteren Verurteilung wegen (versuchten) Betruges<sup>3</sup> – wie in der vorliegenden Konstellation – hat zunächst nur der am Wohnort des Opfers agierende „Abholer“ zu rechnen. Der BGH befasste sich bereits viermal mit der falschen Polizeibeamten-Masche. Während die Urteile des 2.<sup>4</sup> und 5.<sup>5</sup> Strafsenats hauptsächlich Fragen zur Einziehung gem. §§ 73 ff. StGB zum Gegenstand hatten, betrifft das Urteil des 1. Strafsenats<sup>6</sup> die Frage, ob der „Abholer“ der gestohlenen Beute ein Mittäter oder lediglich ein Gehilfe der abgeurteilten Delikte ist. Zuletzt setzte sich der 3. Strafsenat<sup>7</sup> mit der Strafbarkeit des „Entlohnens“ und den dafür maßgeblichen Zeitpunkt der Tatbeendigung auseinander.<sup>8</sup>

Ausgangspunkt des hier vorliegenden Beschlusses des OLG Karlsruhe ist zunächst eine strafprozessuale Problematik. Der angeklagte „Abholer“ hatte die Fahrt zum geplanten Abholort ohne eine Fahrerlaubnis absolviert. Diesbezüglich erging gegen ihn ein rechtskräftiger Strafbefehl wegen Fahrens ohne Fahrerlaubnis, der allerdings die Straftaten hinsichtlich auf die abzuholenden Wertgegenstände nicht mit einbezog. Nunmehr stellt sich die Frage, ob aufgrund dieses rechtskräftigen Strafbefehls ein dauerhaftes Verfahrenshindernis bezüglich der Straftaten vorliegt, die wegen der falschen Polizeibeamten-Masche in Betracht kommen. Das hängt wiederum von der Frage ab, welche Reichweite der sog. strafprozessuale Tatbegriff hat, der den Umfang der Rechtskraft und damit

---

<sup>2</sup> <https://www.tagesschau.de/inland/regional/schleswigholstein/ndr-schockanrufe-in-luebeck-betrueger-erbeuten-140-000-euro-100.html> (19.7.2023).

<sup>3</sup> Eine Strafbarkeit wegen mittäterschaftlich begangener Amtsanmaßung oder Beihilfe hierzu liegt regelmäßig auch vor, vgl. dazu Mitsch, NStZ 2021, 38.

<sup>4</sup> BGH NStZ 2021, 37.

<sup>5</sup> BGH BeckRS 2021, 13188.

<sup>6</sup> BGH NStZ 2022, 95.

<sup>7</sup> BGH NStZ-RR 2023, 49.

<sup>8</sup> Vgl. dazu Zeyher, NZWiSt 2023, 101.

die Reichweite des Verfahrenshindernisses bestimmt. Die Frage, ob eine prozessuale Tat vorliegt, wird aber grundsätzlich nicht losgelöst vom materiellen Tatbegriff i.S.d. §§ 52, 53 StGB erörtert, so dass diesbezüglich festzustellen ist, welche Straftaten im Raum stehen und durch welche Tathandlungen diese begangen wurden. Damit gilt es in den Blick zu nehmen, ob sich der „Abholer“ überhaupt wegen versuchten Betruges strafbar macht. Hierbei bietet die Entscheidung eine gute Gelegenheit, um die Abgrenzung von Betrug und Diebstahl zu wiederholen. Daneben wirft der Sachverhalt auch im Rahmen der Beteiligung mehrere klausurrelevante Probleme auf. Zu klären ist, ob der „Abholer“ sich – ggf. sukzessiv – als Mittäter oder lediglich als Gehilfe an der Tat beteiligt. Zudem geht es um die Frage, durch welches Verhalten der Angeklagte oder ggf. ein Haupttäter überhaupt zur einschlägigen Straftat i.S.d. § 22 StGB unmittelbar angesetzt hat.

Die Lektüre der vorliegenden Entscheidungsbesprechung verlangt aufgrund ihrer schiereren Länge etwas Zeit und Geduld. Ganz so einfach, wie sich das OLG die Entscheidung gemacht hat, ist es für Studierende in Prüfungssituationen nämlich leider nicht.

Die Lösung eines vergleichbaren Falles verlangt solides dogmatisches Wissen im Bereich der Diebstahls-, Betrugs-, Täterschafts- und Versuchsdogmatik. Da die falsche Polizeibeamten-Masche Studierenden in zahlreichen Fallvariationen sowohl in schriftlichen als auch in mündlichen Prüfungen begegnen kann, wird dieser Beschluss zum Anlass genommen, die dogmatischen Probleme zu wiederholen und die konkrete prozessuale Einkleidung zu bewerten.

Die Voraussetzung einer banden- und gewerbsmäßigen Begehungsweise sind in diesen Fallkonstellationen regelmäßig erfüllt, so dass hier auf die Thematisierung des in § 263 Abs. 5 StGB normierten Qualifikationstatbestandes verzichtet wird.

## 1. Diebstahl gem. § 242 StGB oder Betrug gem. § 263 StGB

### a) Grundsätzliches

Die Frage, die sich in jeder Strafrechtsklausur mit Blick auf die vorliegende Fallkonstellation stellt, ist, welche Straftat die Beteiligten eigentlich begangen haben: einen Betrug (§ 263 StGB) oder möglicherweise eher einen Diebstahl (§ 242 StGB)? Eine gewisse Parallele zu den sog. Kriminalbeamten-Fällen drängt sich – zumindest auf den ersten Blick – auf,<sup>9</sup> bei denen es vor allem im Rahmen der Wegnahme um die Anforderungen des tatbestandsausschließenden Einverständnisses in die Gewahrsamsverschiebung geht.

*Zur Wiederholung:* T spiegelt Oma O vor, er sei Kriminalbeamter und müsse ihren gesamten Schmuck beschlagnahmen. Völlig verängstigt übergibt O dem T den Schmuck, der damit verschwindet. Da ein tatbestandsausschließendes Einverständnis in den Kriminalbeamten-Fällen überwiegend verneint wird (zur Begründung sogleich), liegt in diesen Konstellationen grundsätzlich ein Diebstahl und kein Betrug vor.

Die Abgrenzung zwischen Betrug und Diebstahl erfolgt allerdings nicht im dogmatisch luftleeren Raum. Vielmehr sind die einzelnen Tatbestandsmerkmale der Delikte zu prüfen.

Nach § 242 Abs. 1 StGB begeht einen Diebstahl, wer eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegnimmt, die Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen.

<sup>9</sup> So Zivanic, NStZ 2021, 264.

Ein Betrug liegt hingegen vor, wenn das Opfer infolge eines durch Täuschung hervorgerufenen Irrtums eine Vermögensverfügung trifft und dadurch ein Vermögensschaden verursacht wird.

Der Diebstahl ist ein sog. Fremdschädigungsdelikt.<sup>10</sup> Kennzeichnendes Merkmal der Fremdschädigung ist die Wegnahme. Im Gegensatz dazu ist der Betrug ein sog. Selbstschädigungsdelikt.<sup>11</sup> Charakteristisch hierfür ist die Vermögensverfügung.

Der Frage, ob die Gewahrsamsverschiebung des Gegenstands mit oder ohne Einverständnis erfolgte, also ob eine Verfügung oder eine Wegnahme vorliegt, geht allerdings die Frage voraus, ob bzw. zu welchem Zeitpunkt überhaupt eine Gewahrsamsverschiebung stattgefunden hat. Die Antwort auf diese Frage ist nicht nur von Relevanz, um zu klären, wann eine Wegnahme vorliegt, sie ist auch maßgeblich für die Frage, zu welchem Zeitpunkt eine Vermögensminderung und damit eine Vermögensverfügung eingetreten ist.

Die Frage des Vollendungszeitpunkts, die bei jeder der verschiedenen „Falscher-Polizeibeamten-Konstellationen“ sorgsam zu prüfen ist (und ggf. zu unterschiedlichen Ergebnissen führen kann), hat wiederum Auswirkungen auf die Frage der Mittäterschaft, denn abhängig vom Vollendungszeitpunkt stellt sich die Frage, ob das „Abholen“ in der Vollendungs- oder Beendigungsphase stattfindet.

#### b) Wegnahme i.S.d. § 242 Abs. 1 StGB

Beginnen wir mit dem Diebstahl und dem – für die Abgrenzung zum Betrug – relevanten Tatbestandsmerkmal der Wegnahme.

Wegnahme bedeutet Bruch fremden und Begründung neuen Gewahrsams.<sup>12</sup> Danach beinhaltet die Wegnahme drei Schritte:<sup>13</sup>

1. die Aufhebung des fremden – alten – Gewahrsams,
2. die Begründung neuen Gewahrsams und
3. schließlich muss diese Gewahrsamsverschiebung durch Bruch, d.h. ohne oder gegen den Willen des alten Gewahrsamsinhabers erfolgen.<sup>14</sup>

Für das „Schicksal“ der Wegnahme ist also der Gewahrsamsbegriff von zentraler Bedeutung, was an anderer Stelle bereits ausführlich behandelt wurde.<sup>15</sup> Daher hier in aller Kürze:

Gewahrsam ist nach dem heute herrschenden sog. faktisch-sozialen Gewahrsamsbegriff das tatsächliche, von einem Herrschaftswillen getragene Herrschaftsverhältnis einer Person über eine Sache, was nach der Verkehrsauffassung, d.h. der sozialen Anschauung des täglichen Lebens zu

<sup>10</sup> Vogel/Brodowski, in: LK-StGB, Bd. 13, 13. Aufl. 2022, § 242 Rn. 119; Poisel/Ruppert, JA 2019, 353.

<sup>11</sup> Hefendehl, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 10.

<sup>12</sup> Schmitz, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 242 Rn. 49; Schramm, JuS 2008, 678 (680); Wittig, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2023, § 242 Rn. 10.

<sup>13</sup> Vgl. dazu Zopfs, ZJS 2009, 506 (507); Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 2 Rn. 22.

<sup>14</sup> Zu beachten ist, dass die ganz überwiegende Ansicht das Merkmal „Bruch“ lediglich auf die Aufhebung des Gewahrsams bezieht, nicht aber auf die Neubegründung, vgl. dazu etwa Schmitz, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 242 Rn. 49; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 2 Rn. 64. Gleichwohl wird die hier vorgestellte Prüfungsreihenfolge auch nach ganz überwiegender Ansicht in dieser Form angewendet, vgl. dazu Rotsch, Strafrechtliche Klausurenlehre, 4. Aufl. 2022, Fall 10 Rn. 191 ff. Im Ergebnis wirkt sich der Unterschied aber nur in den äußerst seltenen Fällen aus, in denen die Gewahrsamsaufhebung und die Neubegründung des Gewahrsams zeitlich auseinanderfallen, vgl. zu diesem eher akademischen Problem Rotsch, GA 2008, 65 (71 ff.).

<sup>15</sup> Brüning, ZJS 2015, 310 (311).

beurteilen ist.<sup>16</sup> Der Gewahrsam verlangt danach mit der Herrschaftsmöglichkeit eine objektive Komponente und mit dem Herrschaftswillen ein subjektives Element.<sup>17</sup> Beide Elemente werden nach einem sozial-normativen Maßstab ausgelegt.

Mit Blick auf die vorliegende Entscheidung stellt sich also die Frage, ob die angerufene Person bereits den Gewahrsam verloren hat, als sie die Wertgegenstände in dem angegebenen Versteck deponiert hat.

Eine Wegnahme kommt nur in Betracht, wenn der Täter den Gewahrsam „bricht“, d.h. gegen oder ohne den Willen des Gewahrsamsinhabers den Gewahrsam aufhebt.<sup>18</sup> Dieser Gewahrsamsbruch qualifiziert den Diebstahl zum Fremdschädigungsdelikt und grenzt den Diebstahl vom Betrug ab, bei dem der Täter nicht von außen in einen geschützten Bereich einbricht, sondern das Opfer so manipuliert, dass es sich selbst schädigt,<sup>19</sup> indem es über den Wertgegenstand verfügt und mit dem Gewahrsamswechsel einverstanden ist. Bei einem Einverständnis in die Gewahrsamsübertragung liegt also keine Fremdschädigung, mithin eine Selbstschädigung und damit eine Verfügung vor. Das bedeutet, das Merkmal „durch Bruch“ i.S.d. § 242 Abs. 1 StGB und die Vermögensverfügung i.S.d. § 263 StGB setzen definitorisch dieselben Kriterien voraus, so dass wir uns damit der Vermögensverfügung i.S.d. § 263 Abs. 1 StGB zuwenden können.

### c) Vermögensverfügung i.S.d. § 263 Abs. 1 StGB

Eine Vermögensverfügung ist jedes Tun, Dulden oder Unterlassen, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt.<sup>20</sup>

Zur Abgrenzung des Sachbetrugs vom Diebstahl ist es erforderlich, dass das Verfügungsverhalten beim Sachbetrug eine unmittelbare Vermögensminderung bewirkt, der Verfügende mit Verfügungsbewusstsein und freiwillig handelte. Die Vermögensminderung setzt voraus, dass ein Vermögensgegenstand aus dem Vermögen des Opfers entzogen und damit das Vermögen in seinem Wert gemindert wird. Ob die Vermögensminderung durch einen gleichzeitigen Vermögenszufluss mit der Folge ausgeglichen wurde, dass kein Vermögensschaden eingetreten ist, ist später beim Tatbestandsmerkmal des Vermögensschadens zu prüfen.<sup>21</sup>

Eine Vermögensminderung ist jedenfalls immer dann anzunehmen, wenn der Getäuschte bzw. die irrende Person einen Gewahrsamsverlust erlitten hat, wie ihn die Wegnahme nach § 242 StGB voraussetzt. Insofern ist in einer Klausur bei der Abgrenzung zwischen Betrug und Diebstahl auf einen „Gleichlauf“ zu achten: Liegt eine Gewahrsamsverschiebung vor, ist eine Vermögensminderung zu bejahen. Liegt nur eine Gewahrsamslockerung, mithin noch keine Gewahrsamsverschiebung vor, ist auch eine unmittelbare Vermögensminderung zu verneinen. Führt also eine Täuschung zu einer Gewahrsamslockerung, ist eine Vermögensverfügung zu verneinen, ein Betrug nach § 263 StGB

<sup>16</sup> Vgl. dazu *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 45. Aufl. 2022, Rn. 88; *Küper/Zopfs*, Strafrecht, Besonderer Teil, 11. Aufl. 2022, Rn. 770; ausführlich dazu *Bosch*, Jura 2014, 1237.

<sup>17</sup> „Kurz gefasst verlangt Gewahrsam daher Herrschaftswillen und Herrschaftsmöglichkeit.“, *Jäger*, JA 2015, 390 (391).

<sup>18</sup> *Schmitz*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 242 Rn. 86.

<sup>19</sup> *Schmitz*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 242 Rn. 86.

<sup>20</sup> *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 13 Rn. 70.

<sup>21</sup> Vgl. zum Verhältnis von Vermögensverfügung und Vermögensschaden *Hoyer*, in: SK-StGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 263 Rn. 152; siehe auch BGHSt 31, 178 (179): „Für die Frage, ob unmittelbar eine Vermögensminderung eintritt, ist es ohne Belang, ob die Leistung durch ein ausreichendes Äquivalent kompensiert wird. Der Vergleich zwischen Leistung und Gegenleistung entscheidet lediglich darüber, ob im Ergebnis ein Vermögensschaden eingetreten ist.“

scheidet damit aus. Denkbar ist aber, dass der Täter in einem weiteren Schritt den Gewahrsam verschiebt und dann in der Regel die Sache wegnimmt.<sup>22</sup>

Da die Vermögensverfügung i.S.d. § 263 StGB stets auf einem täuschungsbedingten Irrtum, also auf einem Willensmangel beruht, um tatbestandsmäßig zu sein, wird insbesondere zur Abgrenzung von Betrug und Diebstahl verlangt, dass die Vermögensverfügung im Übrigen freiwillig erfolgt.<sup>23</sup> Es besteht Einigkeit darüber, dass Freiwilligkeit dann vorliegt, wenn der Verfügende glaubt, eine Wahlmöglichkeit zu haben. Er muss sich also in einer Situation befinden, in der er glaubt, frei entscheiden zu können, ob er den Gewahrsam an der Sache behalten will oder nicht. Insofern ist die Freiwilligkeit des Verfügungsverhaltens ausgeschlossen, wenn der Betroffene glaubt, den Gewahrsam an der Sache unabhängig davon zu verlieren, wie er sich verhält. Ein wirksames Einverständnis im Sinne einer Wegnahme setzt auch voraus, dass der Gewahrsamsinhaber die Vorstellung hat, Einfluss auf den Gewahrsamsübergang zu haben.<sup>24</sup> Dieses Merkmal korrespondiert damit vollständig mit dem Merkmal der „Freiwilligkeit“ im Rahmen der Vermögensverfügung.

Wichtig ist dabei, dass die Freiwilligkeit im Zeitpunkt der Gewahrsamsverschiebung vorliegt.

Betrachtet man den oben bereits erwähnten Fall des Kriminalbeamten, so ist mit der Übergabe des Schmucks, spätestens mit dem Verlassen der Wohnung, wohl eine Gewahrsamsübertragung sowie eine Vermögensminderung eingetreten. Fraglich ist jedoch, ob diese auf ein freiwilliges und damit selbstschädigendes oder auf ein unfreiwilliges und damit fremdschädigendes Verhalten zurückzuführen ist. O wird sich vorstellen, dass sie den Gewahrsam an dem Schmuck ohnehin verliert: entweder durch ihr Verfügungsverhalten oder durch behördliche Zwangsmittel. Es bestand also keine Wahlfreiheit und damit keine Freiwilligkeit. Damit liegt keine Vermögensverfügung, sondern eine Wegnahme vor.

In einer Klausur ist jedoch darauf zu achten, dass Wegnahme und Verfügung nicht wie hier „vermischt“ werden. Vielmehr ist in einem ersten Schritt z.B. der Betrug zu prüfen und nach dessen Verneinung mangels Vermögensverfügung in einem zweiten Schritt die Strafbarkeit wegen Diebstahls.

## 2. Beteiligungsprobleme

### a) Abgrenzung zwischen Mittäterschaft (§ 25 Abs. 2 StGB) und Beihilfe (§ 27 StGB)

„Ebenso wie nicht jeder Beteiligte an einer von einer Bande ausgeführten Tat hierdurch zum Bandenmitglied wird, ist auch nicht jeder Beteiligte an einer Bandentat schon deshalb als deren Mittäter anzusehen.“<sup>25</sup> Vielmehr hat im Einzelfall – hier für den „Abholer“ – eine sorgfältige Abgrenzung zwischen Mittäterschaft (§ 25 Abs. 2 StGB) und Beihilfe (§ 27 StGB) zu erfolgen, insbesondere dann, wenn ein Tatbeteiligter am tatbestandlichen Kerngeschehen nicht mitwirkt. In der Rechtsprechung und im Schrifttum ist seit jeher streitig, welche Kriterien dafür heranzuziehen sind.

Die „normative Kombinationstheorie“<sup>26</sup> der heutigen Rechtsprechung grenzt anhand subjektiver und objektiver Merkmale zwischen den Beteiligungsformen ab. Im Ausgangspunkt ist für die Täterschaft grundsätzlich ein Täterwillen erforderlich, den die Rechtsprechung mittels Wertungskriterien

<sup>22</sup> Dazu Hefendehl, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 431.

<sup>23</sup> Hefendehl, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 401.

<sup>24</sup> Schmitz, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 242 Rn. 96.

<sup>25</sup> BGH BeckRS 2021, 25602.

<sup>26</sup> Vgl. dazu Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 25 Rn. 63.

zuschreibt.<sup>27</sup> Mittäterschaft liegt danach vor, wenn ein Tatbeteiligter auf der Grundlage des gemeinsamen Willens einen Tatbeitrag leistet, der die Handlung eines anderen Beteiligten als Ergänzung seines eigenen Tatanteils erscheinen lässt.<sup>28</sup> In einer wertenden Betrachtung aller Umstände sind dafür wesentliche Anhaltspunkte, das eigene Interesse am Taterfolg, das enge Verhältnis zur Tat, die – objektive – Tatherrschaft und der Wille zur Tatherrschaft. Den dargelegten Merkmalen misst die Rechtsprechung allerdings nur eine indizielle Bedeutung zu.<sup>29</sup>

Demgegenüber vertritt das Schrifttum die von *Roxin* begründete Tatherrschaftslehre, wonach im Grundsatz zur Bestimmung der Täterschaft allein die Tatherrschaft maßgeblich ist.<sup>30</sup> Ein Mittäter beherrscht demnach die Tat, indem er eine wesentliche Funktion bei der Ausführung innehat. Die Mittäterschaft als funktionelle Tatherrschaft liegt also vor, wenn mehrere Täter aufgrund eines gemeinsamen Tatentschlusses arbeitsteilig zusammenwirken.<sup>31</sup> Voraussetzung ist somit ein gemeinsamer Tatplan sowie der wesentliche Tatbeitrag eines jeden Mittäters.

Der Entschluss zur gemeinschaftlichen Tatbegehung erfordert das gegenseitige, auf gemeinsamen Willen beruhende Einverständnis, eine bestimmte Tat als gleichberechtigte Partner durch gemeinsames, arbeitsteiliges Handeln zu begehen.<sup>32</sup> Der gemeinsame Tatplan ist dabei unabhängig von einer bestehenden Bandenabrede für jede Einzeltat festzustellen.<sup>33</sup> Eine Mitwirkung aller Mittäter bei der Planentstehung ist allerdings nicht erforderlich. Es genügt ein zumindest konkludentes Einigsein vor oder während der Tatbegehung.<sup>34</sup> Für die Abgrenzung zwischen Mittäterschaft und Beihilfe leisten die recht vage bleibenden Anforderungen an einen gemeinsamen Tatplan in der Regel keinen Beitrag.<sup>35</sup>

Im Zentrum der Abgrenzungsproblematik steht im vorliegenden Fall vielmehr die Frage, ob der Tatbeteiligte auch einen die Mittäterschaft begründenden Tatbeitrag erbracht hat. Der „Abholer“ ist in der vorliegenden Entscheidung mit der Aufgabe betraut gewesen, das vor der Wohnungstür abgelegte „Beutepäckchen“ einzusammeln. Nach der Tatherrschaftslehre erfüllt der Mittäter eine wesentliche Funktion, wenn aus der ex-ante-Sicht beurteilt das Gelingen der Gesamttat von seinem Tatbeitrag abhängt.<sup>36</sup> Darüber hinaus richtet sich die Wesentlichkeit seines Tatbeitrages auch nach dem Maß der konkret vorherrschenden Arbeitsteilung.<sup>37</sup> Die Rechtsprechung verlangt in einer wertenden Betrachtung neben einem gemeinsamen Tatplan ebenfalls einen objektiven Tatbeitrag des Mittäters. Offen bleibt gleichwohl, wie die Wertungskriterien zu gewichten sind und in welchem Verhältnis sie zueinanderstehen.<sup>38</sup> Die maßgeblichen Indizien für die Beurteilung der Mittäterschaft führen nicht selten zu verschiedenen Ergebnissen und tragen folglich durch ihre Unkalkulierbarkeit zu einer Rechtsunsicherheit bei.<sup>39</sup>

---

<sup>27</sup> Vgl. *Hoyer*, in: SK-StGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2017, § 25 Rn. 6.

<sup>28</sup> BGH NSTZ 2021, 354.

<sup>29</sup> Vgl. dazu *Rönnau*, JuS 2007, 514.

<sup>30</sup> *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 25 Rn. 28.

<sup>31</sup> *Roxin*, JA 1979, 519 (522).

<sup>32</sup> *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 25 Rn. 10.

<sup>33</sup> BGH NSTZ 2011, 637.

<sup>34</sup> *Haas*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 25 Rn. 68.

<sup>35</sup> Vgl. dazu *Rönnau*, JuS 2007, 514 (515).

<sup>36</sup> *Haas*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 25 Rn. 79.

<sup>37</sup> *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 25 Rn. 64.

<sup>38</sup> *Geppert*, Jura 2011, 30 (31).

<sup>39</sup> *Rönnau*, JuS 2007, 514 (515).

## b) Sukzessive Beteiligung

Weiterhin gibt der Beschluss Anlass, auf die Möglichkeit einer sukzessiven Beteiligung einzugehen. In der vorliegenden Konstellation soll der Angeklagte erst nach Bereitstellung des „Beutepäckchens“ in das Tatgeschehen eingreifen. Läge zu diesem Zeitpunkt bereits eine Wegnahme oder aber eine Vermögensverfügung und mithin ein Vermögensschaden vor, wäre das Delikt zum Zeitpunkt der Tat handlung des „Abholers“ bereits vollendet. Fraglich ist demnach, ob der „Abholer“ im Zeitpunkt seiner Mitwirkungshandlung überhaupt noch Mittäter oder Gehilfe des Betrugers sein kann. Einigkeit herrscht jedenfalls darüber, dass bis zur Deliktvollendung eine Beteiligung möglich ist und nach Beendigung der Tat eine Beteiligung an dieser ausscheidet.<sup>40</sup> Offen bleibt somit nur, wie eine Mitwirkung im Beendigungsstadium der Tat zu beurteilen ist. Während die Beteiligung zwischen formeller Vollendung und materieller Beendigung der Tat bei sog. Dauerdelikten ebenfalls unbestritten ist,<sup>41</sup> herrscht bei sog. Zustandsdelikten Streit, ob eine sukzessive Beteiligung möglich ist. Bei der Täuschungsmasche „Falscher Polizeibeamter“ entscheiden mitunter Nuancen im Sachverhalt darüber, ob eine Beteiligung des „Abholers“ noch vor oder erst nach der Deliktvollendung erfolgt.<sup>42</sup>

Die ständige Rechtsprechung des BGH lässt im Beendigungsstadium der Tat eine sukzessive Beteiligung zu.<sup>43</sup> Über den Zeitpunkt der Tatvollendung hinaus sei demnach der Eintritt in das Tatgeschehen als Mittäter oder Gehilfe möglich, da die „Gesamtat“<sup>44</sup> erst mit ihrer Beendigung einen vollständigen Abschluss findet. Das deliktstypische Unrecht realisiere sich nämlich erst mit der Tatbeendigung endgültig<sup>45</sup> und folglich sei auch im Beendigungsstadium der Tat die Beteiligung an einem noch andauernden Rechtsgutsangriff zuzulassen. Für die Beteiligung an einem vollendeten Betrug wäre dies vor allem anzunehmen, wenn der Mittäter oder Gehilfe durch seine Mitwirkung einen tatsächlichen Vermögensabfluss herbeiführt und sich die konkrete Vermögensgefährdung in einem endgültigen Schaden realisiert.<sup>46</sup> Allerdings geht mit dieser Lösung einher, dass die sukzessive Beihilfe in Konflikt mit § 257 StGB gerät, der in bestimmten Fällen die Hilfeleistung nach Tatvollendung unter Strafe stellt. Die Rechtsprechung versucht daher nach rein subjektiven Kriterien zwischen der Beihilfe und Begünstigung abzugrenzen, indem sie die Strafbarkeit des Hilfeleistenden im Beendigungsstadium der Tat von dessen Willensrichtung abhängig macht.<sup>47</sup> Beihilfe soll demnach gegeben sein, wenn der Hilfeleistende zur Beendigung der Vortat beitragen will. Andererseits läge Begünstigung vor, wenn er die Vorteile der Tat sichern will.

Die Literatur lehnt vor dem Hintergrund der Tatherrschaftslehre eine sukzessive Beteiligung im Beendigungsstadium ab.<sup>48</sup> Eine funktionale Tatbeherrschung des Hinzutretenden sei demnach ausgeschlossen, wenn der tatbestandliche Erfolg bereits zuvor herbeigeführt worden ist.<sup>49</sup> Jede Mitwirkung nach vollendeter Tat sei daher dem spezialgesetzlich geregelten Bereich der Anschlussdelikte

<sup>40</sup> Zuletzt etwa BGH NStZ-RR 2023, 49.

<sup>41</sup> Grabow/Pohl, Jura 2009, 656 (657).

<sup>42</sup> Der Betrug ist regelmäßig schon vollendet, wenn die Geschädigte das „Beutepäckchen“ an einem öffentlichen Ort deponiert oder per Post versendet.

<sup>43</sup> Vgl. etwa BGHSt 14, 280 (281); BGH NStZ 1996, 563 (564); BGH NStZ-RR 1997, 319; BGH NStZ 2010, 146; BGH NStZ 2019, 513 (514); BGH BeckRS 2021, 5371.

<sup>44</sup> BGH NStZ-RR 2017, 221 (222).

<sup>45</sup> Grabow/Pohl, Jura 2009, 656 (657).

<sup>46</sup> Vgl. Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 27 Rn. 20 bezogen auf die sukzessive Beihilfe.

<sup>47</sup> BGHSt 4, 132 (133); ebenso Cramer, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 257 Rn. 24.

<sup>48</sup> Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 7 Rn. 47; Hoyer, in: SK-StGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2017, § 25 Rn. 125; Murmann, ZJS 2008, 456 (458); Roxin, JA 1979, 519 (525); Küper, JZ 1981, 568 (570 ff.).

<sup>49</sup> Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 25 Rn. 227.

(§§ 257 ff. StGB) zuzuordnen.<sup>50</sup> Für eine solche formale Abgrenzung spräche auch der in den Beteiligungsvorschriften (§§ 25 ff. StGB) verwendete Tatbegriff, der nach § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB nur eine solche Tat meint, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht.<sup>51</sup> Der Wortlaut stoße zumindest an seine Grenzen, wenn es für die Möglichkeit einer sukzessiven Tatbeteiligung auf den gesetzlich nicht definierten Beendigungszeitpunkt einer „Gesamtat“ ankommen soll.<sup>52</sup> Hinzu kommt, dass es bisher nicht gelungen ist, klare Kriterien herauszuarbeiten, die eine Definition der Beendigungsphase ermöglichen.<sup>53</sup> Die mangelnde Bestimmtheit der – strafbegründend wirkenden – Beendigungsphase verstieße somit auch gegen das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot aus Art. 103 Abs. 2 GG.<sup>54</sup> Selbst wenn die Rechtsgutsverletzung sich erst im Beendigungsstadium vollständig realisiert, so sei mithin zu berücksichtigen, dass „nicht jede Form der Rechtsgutsverletzung strafbar [ist], sondern nur eine solche, die durch die tatbestandsmäßige Handlung bzw. den tatbestandsmäßigen Erfolg verursacht wird“<sup>55</sup>.

### c) Versuchsbeginn bei Mittäterschaft

Im vorliegenden Fall ist der Angeklagte wegen banden- und gewerbsmäßigen Betruges gem. §§ 263 Abs. 1, Abs. 5, 22, 23 StGB verurteilt worden. Bezugspunkt für die Beurteilung des Versuchsbeginns ist wiederum der Zeitpunkt der Tatvollendung, der von den konkreten Umständen des Einzelfalls abhängt.

Das Versuchsstadium gem. § 22 StGB hat der Angeklagte erreicht, wenn er nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes auch unmittelbar angesetzt hat. Das Merkmal „unmittelbares Ansetzen“ hat dabei die Funktion, die straflose Vorbereitungshandlung von dem strafbaren Versuch abzugrenzen.

Einigkeit herrscht darüber, dass das unmittelbare Ansetzen eine objektive Komponente enthält, weil der Täter begonnen haben muss, die Tatbestandsverwirklichung umzusetzen. Gleichzeitig enthält § 22 StGB eine subjektive Komponente, denn der Täter muss „nach seiner Vorstellung von der Tat“ unmittelbar angesetzt haben. Die Grundlage, auf der beurteilt wird, ob ein unmittelbares Ansetzen vorliegt, ist damit die Tätervorstellung.<sup>56</sup> Uneinigkeit herrscht wiederum darüber, welche objektiven und subjektiven Kriterien nun zur Bestimmung des unmittelbaren Ansetzens heranzuziehen sind. Ein klares Abgrenzungskriterium ist bislang nicht gefunden worden. Vielmehr haben sich in der Rechtsprechung und Literatur unterschiedliche Ansätze bzw. Formeln entwickelt.<sup>57</sup> Ein Katalog an Abgrenzungskriterien, der verschiedene Ansätze kombiniert, hat sich letztendlich durchgesetzt.<sup>58</sup> Demnach liegt ein unmittelbares Ansetzen des Täters vor, wenn er subjektiv die Schwelle zum „Jetzt geht es los“ überschreitet und objektiv nach seiner Vorstellung eine Handlung vornimmt, die im ungestörten Fortgang ohne wesentliche Zwischenakte oder jedenfalls in unmittelbar räumlichen und engem zeitlichen Zusammenhang in die Tatbestandsverwirklichung einmündet.<sup>59</sup> Für das Über-

<sup>50</sup> Geppert, Jura 2011, 30 (35).

<sup>51</sup> Sinner, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 11 Rn. 44.

<sup>52</sup> Brodowski, ZStW 133 (2021), 913 (922).

<sup>53</sup> Murmann, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, Vor §§ 22 ff. Rn. 21; Brüning, NStZ 2006, 253 (254 f.).

<sup>54</sup> Joecks/Scheinfeld, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 27 Rn. 23; Grabow/Pohl, Jura 2009, 656 (657); a.A. Brodowski, ZStW 133 (2021), 913 (923).

<sup>55</sup> Brüning, NStZ 2006, 253 (255).

<sup>56</sup> Murmann, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 22 Rn. 115.

<sup>57</sup> Darstellungen der Meinungen bei Hoyer, in: SK-StGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2017, § 22 Rn. 13 ff.

<sup>58</sup> Krack, JA 2015, 905 (908).

<sup>59</sup> Wessel/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 52. Aufl. 2022, Rn. 947 m.w.N.

schreiten der Versuchsschwelle genügt es in den meisten Fällen, dass der Täter ein Merkmal des gesetzlichen Tatbestandes verwirklicht.<sup>60</sup> Die sog. Teilverwirklichungslehre behauptet sogar, dass jede Verwirklichung eines Tatbestandsmerkmals immer schon einen Versuch begründet.<sup>61</sup> Allerdings ist diese These in ihrer Pauschalität nicht mit § 22 StGB in Einklang zu bringen und bedarf somit einer Präzisierung.<sup>62</sup> Zum einen blendet sie die in § 22 StGB enthaltene subjektive Komponente aus, wenn das Versuchsstadium nur durch eine objektive Teilverwirklichung zu erreichen wäre. Zum anderen verlangt § 22 StGB ein unmittelbares Ansetzen zur Verwirklichung des (gesamten) Tatbestandes und nicht das Ansetzen zur bloßen Verwirklichung eines einzelnen Tatbestandsmerkmals.<sup>63</sup> Mithin ist der Teilverwirklichungslehre nur zuzustimmen, „wenn der Täter mit der Verwirklichung eines Tatbestandsmerkmals zugleich auch zur Verwirklichung aller anderen Tatbestandsmerkmale unmittelbar ansetzt“<sup>64</sup>. Insbesondere bei mehraktigen Geschehensverläufen, wie dem Betrug, ist mit der Verwirklichung eines Tatbestandsmerkmals nicht zwingend das Versuchsstadium erreicht.<sup>65</sup> In problematischen Konstellationen sind deshalb die zuvor genannten Abgrenzungskriterien heranzuziehen und „unter Beachtung der Umstände des Einzelfalls“<sup>66</sup> abzuwägen.

Gerade für den *modus operandi* „Falscher Polizeibeamter“ ist charakteristisch, dass mehrere Tatbeteiligte in zeitlichem Abstand verschiedenartige Tatbeiträge erbringen. Wann der einzelne Mittäter nun in das Versuchsstadium eintritt, ist umstritten.<sup>67</sup> Nach der herrschenden sog. Gesamtlösung beginnt der Versuch für alle Mittäter, sobald ein Mittäter in Vollzug des gemeinsamen Tatplans unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung ansetzt.<sup>68</sup> Das Schrifttum vertritt teilweise eine sog. Einzellösung. Danach beginnt der Versuch für jeden Mittäter getrennt, und zwar dann, wenn er zur Verwirklichung seines die Mittäterschaft begründenden Tatbeitrags unmittelbar ansetzt.<sup>69</sup> Relevant wird der Streit also nur, wenn der „Abholer“ nicht bereits selbst unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt hat.

### 3. Die Rechtskraft des Strafbefehls – Umfang und Reichweite des prozessualen Tatbegriffs<sup>70</sup>

„Aufhänger“ der Entscheidung ist ihre prozessuale Einkleidung. Fraglich ist, ob aufgrund des rechtskräftigen Strafbefehls ein dauerhaftes Verfahrenshindernis bezüglich der Straftaten vorliegt, die wegen der falschen Polizeibeamten-Masche in Betracht kommen.

Art. 103 Abs. 3 GG enthält „das Verbot einer mehrmaligen Bestrafung wegen derselben Tat aufgrund der allgemeinen Strafgesetze“. Die Vorschrift enthält über ihren Wortlaut hinaus nicht nur das Verbot der Doppelbestrafung, sondern verbietet auch jede weitere Verfolgung eines Normverstoßes, soweit über diesen bereits rechtskräftig entschieden worden ist. Art. 103 Abs. 3 GG entfaltet damit

<sup>60</sup> BGH NStZ 2011, 400 (401).

<sup>61</sup> Kühl, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 8. Aufl. 2017, § 15 Rn. 48; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2023, § 22 Rn. 3; Fischer, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar*, 70. Aufl. 2023, § 22 Rn. 9; OLG Bamberg NStZ 1982, 247.

<sup>62</sup> Murmann, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 22 Rn. 120.

<sup>63</sup> Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 2, 2003, § 29 Rn. 120.

<sup>64</sup> Hoyer, in: SK-StGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2017, § 22 Rn. 12.

<sup>65</sup> BGH NJW 1983, 1130; BGH NStZ 1991, 385.

<sup>66</sup> BGH NStZ 2019, 79.

<sup>67</sup> Vgl. dazu Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2019, § 22 Rn. 55.

<sup>68</sup> Engländer, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 22 Rn. 91 m.w.N.

<sup>69</sup> Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 2, 2003, § 29 Rn. 297 m.w.N.

<sup>70</sup> Dazu Brüning, *Das Verhältnis des Strafrechts zum Disziplinarrecht*, 2017, S. 295 ff.

eine umfassende Sperrwirkung der Entscheidung in derselben Sache. Das Vorliegen einer rechtskräftigen Entscheidung stellt damit ein verfassungsrechtlich verbürgtes Verfahrenshindernis dar.<sup>71</sup>

Bei der Bestimmung des Regelungsumfangs ist zu beachten, dass es sich bei Art. 103 Abs. 3 GG um ein sog. normgeprägtes Grundrecht handelt. Das heißt, was unter den Begriffen „dieselbe Tat“, „allgemeine Strafgesetze“ oder „mehrmals bestraft“ zu verstehen ist, hängt wesentlich von der Ausgestaltung der einfachgesetzlichen Regelungen ab.<sup>72</sup> Im vorliegenden Fall stellt sich die Frage, ob das Fahren ohne Fahrerlaubnis und die Straftaten im Zusammenhang mit der falschen Polizeibeamten-Masche zu einer Tat zusammengefasst werden, mit der Folge, dass ein Verfahrenshindernis vorliegt, oder ob es sich um zwei (prozessuale) Taten handelt, mit der Folge, dass die Rechtskraft des Strafbefehls hinsichtlich der in Rede stehenden Straftaten nicht eintritt und damit kein Verfahrenshindernis vorliegt.

Das deutsche Straf- und Strafprozessrecht kennt im Wesentlichen zwei Tatbegriffe, einen prozessualen und einen materiell-rechtlichen. Während der materielle Tatbegriff regelt, wie zu bestrafen ist, wenn der Täter durch eine oder mehrere Handlungen denselben oder verschiedene Tatbestände verwirklicht hat, bestimmt der prozessuale Tatbegriff i.S.d. §§ 155, 264 StPO ein konkretes Geschehen bzw. einen historischen Vorgang. Der materielle Tatbegriff schafft damit die Voraussetzung für eine gerechte Strafzumessung bei Zusammentreffen mehrerer Straftatbestände, während der prozessuale Tatbegriff den Verfahrensgegenstand bestimmt. Er legt fest, worüber das Strafgericht im Hauptverfahren urteilt und bestimmt den Umfang der Rechtskraft.

Inhalt und Reichweite des prozessualen Tatbegriffs sind umstritten. Dies liegt vor allem daran, dass der prozessuale Tatbegriff verschiedene Funktionen erfüllt, und zwar die Begrenzung des Prozessstoffes, die Begrenzung des Entscheidungsgegenstandes und die Begrenzung des Umfangs der Rechtskraft.<sup>73</sup> Dabei gilt: Wird der prozessuale Tatbegriff weit ausgelegt, erschwert dies die Verteidigung des Angeklagten im Hauptverfahren, weil der Prozessgegenstand auf alle Vorgänge ausgedehnt werden kann, die die prozessuale Tat umfassen. Gleichzeitig erweitert ein weit ausgelegter prozessualer Tatbegriff die Rechtskraftwirkung und damit den Schutz vor erneuter Strafverfolgung.<sup>74</sup>

In Rechtsprechung und Lehre wird die prozessuale Tat ganz überwiegend als einheitlicher geschichtlicher Vorgang definiert, der das gesamte Verhalten des Täters widerspiegelt, soweit es bei natürlicher Betrachtungsweise einen einheitlichen Lebensvorgang darstellt,<sup>75</sup> wobei zwischen den einzelnen Verhaltensweisen des Täters eine innere Verknüpfung dergestalt bestehen müsse, dass die „getrennte Aburteilung in verschiedenen erstinstanzlichen Verfahren als unnatürliche Aufspaltung eines einheitlichen Lebensvorgangs empfunden würde“. <sup>76</sup> Kriterien für die Einheitlichkeit bzw. die innere Verknüpfung sind etwa die zeitliche oder örtliche Nähe der Geschehnisse, deren kausale, finale oder logische Abfolge bzw. die einheitliche Motivation des Täters. Der BGH führt aus:

---

<sup>71</sup> Radtke, in: BeckOK GG, Stand: 15.8.2022, Art. 103 Rn. 45.

<sup>72</sup> Nolte/Aust, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 3, 7. Aufl. 2018, Art. 103 Rn. 184; Remmert, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 6, 100. Lfg., Stand: Januar 2023, Art. 103 Abs. 3 Rn. 50; Schulze-Fielitz, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 3, 3. Aufl. 2018, Art. 103 Abs. 3 Rn. 15.

<sup>73</sup> Beulke, in: FG 50 Jahre BGH, 2000, S. 781 f.; Norouzi, in: MüKo-StPO, Bd. 2, 2016, § 264 Rn. 3.

<sup>74</sup> Vgl. dazu ausführlich, Kühne, in: Löwe/Rosenberg, StPO, Bd. 1, 27. Aufl. 2016, Einleitung, Abschnitt K Rn. 52.

<sup>75</sup> BVerfG NStZ 2004, 687 (688); BGHSt 13, 320 (322); 29, 288 (292); 32, 215 (216); 35, 60 (61); Volk/Engländer, Grundkurs StPO, 10. Aufl. 2021, § 13 Rn. 2.

<sup>76</sup> BGHSt 41, 385 (388); BGH NStZ 2014, 102 (103).

„Die prozessuale Tat wird in der Regel durch Tatort, Tatzeit und das Tatbild umgrenzt und insbesondere durch das Täterverhalten sowie die ihm innewohnende Angriffsrichtung und durch das Tatopfer bestimmt.“<sup>77</sup>

Der auf den ersten Blick naturalistisch wirkende Tatbegriff wird also letztlich durch eine Vielzahl normativer Erwägungen ergänzt oder ersetzt.<sup>78</sup>

Auch wenn zwischen dem materiellen und dem prozessualen Tatbegriff zu unterscheiden ist, gilt doch der Grundsatz, dass eine materielle Tat i.S.d. § 52 StGB auch eine prozessuale Tat darstellt. Umgekehrt liegen bei Tatmehrheit i.S.d. § 53 StGB grundsätzlich auch mehrere prozessuale Taten vor.<sup>79</sup> Diese Grundsätze gelten jedoch nicht ausnahmslos.

Besonderheiten der materiellen Konkurrenzlehre, die sich damit auch auf den prozessualen Tatbestand auswirken können (aber nicht zwingend müssen), ergeben sich bei Delikten mit zeitlicher Kontinuität. Dazu zählen Dauer- und Organisationsdelikte. Kennzeichnend für die hier relevanten Dauerdelikte ist die ununterbrochene Aufrechterhaltung eines rechtswidrigen Zustands, wie dies etwa beim Hausfriedensbruch oder der Freiheitsberaubung der Fall ist, oder die ununterbrochene Vornahme einer deliktischen Handlung, wie etwa beim Fahren ohne Fahrerlaubnis nach § 21 StVG. Man spricht hier von einer tatbestandlichen Handlungseinheit, die erst durch Zäsurwirkungen, wie etwa einen neuen Willensentschluss unterbrochen werden könne.

Verwirklicht die Tathandlung des Dauerdelikts gleichzeitig den Tatbestand eines Zustandsdelikts, so stehen die Delikte aufgrund der Teilidentität der Ausführungshandlung im Verhältnis der Tateinheit nach § 52 StGB zueinander. Dies gilt z.B., wenn die Wegnahme eines größeren Gegenstandes i.S.d. § 242 StGB erst vollendet ist, wenn der Täter mit dem Fahrzeug losfährt und den Gegenstand abtransportiert. Das Fahren ohne Fahrerlaubnis ist dann mit der Wegnahme teilidentisch. Ist die Wegnahme dagegen bereits vor der Transportfahrt vollendet, dann fehlt es an einer die Tateinheit begründenden Teilidentität. Etwas anderes kann gelten, wenn die Diebstahlshandlungen ihrerseits zu einer natürlichen Handlungseinheit verbunden sind.<sup>80</sup> Eine natürliche Handlungseinheit setzt voraus, dass zwischen mehreren strafrechtlich erheblichen Verhaltensweisen, die von einem einheitlichen Willen getragen werden, ein unmittelbarer räumlicher und zeitlicher Zusammenhang besteht und das gesamte Tätigwerden bei natürlicher Betrachtungsweise auch für einen „objektiven“ Dritten als ein einheitliches Tun erscheint.<sup>81</sup> Darunter fällt eine wiederholte Tatbegehung, z.B. wenn A dem B wiederholt auf Nase und Kinn schlägt. Hierunter fällt aber auch eine sukzessive Tatbegehung, etwa wenn C in ein Museum einbricht und zunächst ein Gemälde und dann ein weiteres Gemälde heraus trägt. In den Fällen der natürlichen Handlungseinheit soll nicht nur eine Handlung, sondern auch nur eine Tat vorliegen, also eine Körperverletzung und ein Diebstahl.

Eine rechtliche Handlungseinheit wird von der Rechtsprechung ferner zwischen mehreren Tathandlungen angenommen, die zwar weder bewegungs- noch zeitgleich begangen werden, sich aber jeweils mit demselben dritten Delikt überschneiden, wodurch eine sog. Verklammerung eintritt.<sup>82</sup> Wenn T sein Opfer O während einer Freiheitsberaubung schlägt und später beleidigt, dann stehen nicht nur die Körperverletzung und die Beleidigung aufgrund der Teilidentität der Ausführungshand-

<sup>77</sup> BGH NJW 2022, 2349 (2350 Rn. 9) m.w.N.; BGH NStZ 2023, 252.

<sup>78</sup> Zur Kritik siehe *Rostalski*, *Der Tatbegriff im Strafrecht*, 2019, S. 148 ff.

<sup>79</sup> *Tiemann*, in: *KK-StPO*, 9. Aufl. 2023, § 264 Rn. 14.

<sup>80</sup> Im Ergebnis BGH NStZ-RR 2021, 222, ohne allerdings auf die natürliche Handlungseinheit abzustellen.

<sup>81</sup> BGH NStZ-RR 2020, 306.

<sup>82</sup> *Rönnau/Wegner*, *JuS* 2021, 17 (21).

lung zur Freiheitsberaubung im Verhältnis der Tateinheit nach § 52 StGB, sondern darüber hinaus werden die Körperverletzung und die Beleidigung durch die Freiheitsberaubung zur Tateinheit gem. § 52 StGB verklammert. Etwas anderes soll gelten, wenn das verklammernde Dauerdelikt leichter wiegt als die verklammerten Delikte.

Die Aufzählung der konkurrenzrechtlichen Spielarten bei Dauerdelikten ist hier bei weitem nicht erschöpfend dargestellt. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass sich in neueren Entscheidungen des BGH Tendenzen ausmachen lassen, vom „Konstrukt“ der Verklammerung abzurücken und stattdessen Dauerdelikte und Organisationsstraftaten in Einzeltaten aufzuspalten, wenn während der Begehung des Dauerdelikts oder der Organisationsstraftat zugleich andere Straftatbestände verwirklicht werden, die einen höheren Unrechts- und Schuldgehalt aufweisen.<sup>83</sup> Welche Auswirkungen diese materiell-rechtlichen Neuerungen der Konkurrenzen auf den prozessualen Tatbegriff haben, ist bislang nicht geklärt.

### III. Die Entscheidung

Das OLG Karlsruhe verwirft die Revision des Angeklagten gegen das Urteil des LG Karlsruhe als offensichtlich unbegründet. Die Vorinstanz hatte den Angeklagten wegen versuchten banden- und gewerbsmäßigen Betruges verurteilt. Aufgrund der bereits rechtskräftigen Verurteilung in einem anderen Verfahren wegen des Fahrens ohne Fahrerlaubnis hält das OLG in ihren Beschlussgründen nur die Frage des Strafanklageverbrauchs für erörterungsbedürftig.

Das Gericht geht davon aus, dass der versuchte Betrug und das Fahren ohne Fahrerlaubnis in Tatmehrheit i.S.d. § 53 StGB zueinander stehen und zwei verschiedene prozessuale Taten i.S.d. § 264 StPO bilden, so dass die Strafklage im vorliegenden Verfahren nicht verbraucht sei.<sup>84</sup> Tateinheit i.S.d. § 52 StGB komme zwischen den Delikten „schon aufgrund der langen Unterbrechung – der Angeklagte hatte das Fahrzeug von 20.16 Uhr bis 22.20 Uhr in einer Nebenstraße in der Nähe der Wohnung der Geschädigten abgestellt –“ nicht in Betracht.<sup>85</sup>

Des Weiteren merkt das OLG an, dass „in Ausnahmefällen [...] trotz materieller Tatmehrheit nur eine prozessuale Tat gegeben sein [kann]. Dies ist aber nur dann der Fall, wenn die einzelnen Handlungen unter Berücksichtigung ihrer strafrechtlichen Bedeutung derart miteinander verknüpft sind, dass der Unrechts- und Schuldgehalt der einen nicht ohne die Umstände der anderen Handlung richtig gewürdigt werden kann und ihre getrennte Würdigung und Aburteilung als unnatürliche Aufspaltung eines einheitlichen Lebensvorgangs erscheinen würde.“<sup>86</sup> In der vorliegenden Entscheidung verneint das Gericht eine derartige Verknüpfung. Der enge örtliche und räumliche Zusammenhang zwischen den Taten reiche hierfür allein nicht aus.

„Der Umstand, dass der Angeklagte bei Beginn seiner Fahrt [...] Vorsatz sowohl in Bezug auf das Fahren ohne Fahrerlaubnis als auch bereits in Bezug auf den Betrug hatte (und er nur deshalb überhaupt die Fahrt unternahm), genügt zur Herstellung des inneren Zusammenhanges gleichfalls nicht.“<sup>87</sup>

<sup>83</sup> BGH NJW 2016, 657; BGH NJW 2018, 2905.

<sup>84</sup> OLG Karlsruhe BeckRS 2023, 4059 Rn. 12.

<sup>85</sup> OLG Karlsruhe BeckRS 2023, 4059 Rn. 16.

<sup>86</sup> OLG Karlsruhe BeckRS 2023, 4059 Rn. 15.

<sup>87</sup> OLG Karlsruhe BeckRS 2023, 4059 Rn. 16.

Explizit rekurriert das OLG auf zwei Entscheidungen des BGH<sup>88</sup>, in denen das Wegfahren mit dem Auto vom Tatort für eine rasche Flucht bzw. der Abtransport der Beute durch ein Fahrzeug erforderlich gewesen war und der BGH zwischen dem Vermögensdelikt und dem Fahren ohne Fahrerlaubnis Tateinheit angenommen hatte. Beides sei im vorliegenden Fall nicht notwendig gewesen, was gegen die Annahme einer einheitlichen prozessualen Tat spräche. Schließlich weist das Gericht darauf hin:

„Der Täter hätte die Tat auch bei Anreise mit öffentlichen Verkehrsmitteln durchführen können, wengleich sich hierdurch die Anfahrt und insbesondere die in den Nachtstunden liegenden Rückfahrt beschwerlicher gestaltet hätten.“<sup>89</sup>

Die geforderte innere Verknüpfung bestehe folglich nicht, wenn die Verwendung des Leihfahrzeuges „nur praktischer für die Tatausführung, nicht jedoch deren zwingende Voraussetzung“ ist.<sup>90</sup>

Abschließend bemängelt das Gericht, „dass die Staatsanwaltschaft die beiden Sachverhalte – ohne ersichtlichen Grund – einer getrennten Bearbeitung zugeführt hat [...]“.<sup>91</sup> Eine prozessuale Identität zwischen dem Fahren ohne Fahrerlaubnis und dem versuchten Betrug vermag auch dieser Umstand vorliegend nicht zu begründen.

#### IV. Bewertung der Entscheidung

Für das Ergebnis, also eine Verurteilung wegen versuchten bandenmäßigen und gewerbsmäßigen Betrugs spricht viel. Die dazu gegebene Begründung ist allerdings nicht vollständig. Zum einen fehlt eine täterschaftliche Einordnung. Zum anderen ist völlig unklar, aus welchem Grund das Gericht das unmittelbare Ansetzen bejaht. Die Annahme, dass nur die Frage des Straflageverbrauchs erörterungsbedürftig sei, vermag daher nicht zu überzeugen.

##### 1. Diebstahl gem. § 242 StGB oder Betrug gem. § 263 StGB

Zu Recht ordnet der *Senat* das Tatgeschehen als versuchten Betrug ein.

Dass die Tat nicht vollendet ist, sondern allenfalls das Versuchsstadium erreicht hat, ergibt sich bereits daraus, dass das Opfer die Vermögensgegenstände nicht zur Abholung vor der Wohnungstür deponiert hat. Mit Blick auf den oben beschriebenen „Gleichlauf“ der Delikte liegt demnach mangels Gewahrsamsverlust also weder eine Wegnahme noch eine Vermögensverfügung vor.

Für die Frage, ob aber ein versuchter Diebstahl oder ein versuchter Betrug vorliegt, ist maßgeblich, ob die intendierte Gewahrsamsverschiebung freiwillig erfolgte oder nicht. Ist ersteres der Fall, kann aufgrund des Einverständnisses keine Wegnahme vorliegen, so dass allenfalls eine Betrugsstrafbarkeit in Betracht käme. Da die Freiwilligkeit aber im Zeitpunkt der Gewahrsamsverschiebung gegeben sein muss, kann die Frage, ob das Ablegen der Vermögensgegenstände vor der Wohnungstür bereits einen Gewahrsamsverlust begründet hätte, nicht offenbleiben. Hinzukommt, dass der mögliche Vollendungszeitpunkt auch den Bezugspunkt für das unmittelbare Ansetzen und Fragen der Täterschaft und Teilnahme bildet.

<sup>88</sup> BGH NStZ 1996, 41; BGH NStZ-RR 2021, 222.

<sup>89</sup> OLG Karlsruhe BeckRS 2023, 4059 Rn. 18.

<sup>90</sup> OLG Karlsruhe BeckRS 2023, 4059 Rn. 18.

<sup>91</sup> OLG Karlsruhe BeckRS 2023, 4059 Rn. 19.

Geht man davon aus, dass Gegenstände, die vor einer Wohnungstür abgestellt werden, sich nicht im öffentlichen Raum, sondern im Treppenhaus oder auf dem eigenen Grundstück befinden, lagern die Gegenstände trotz einer faktischen Zugriffsmöglichkeit der Täter noch im räumlichen Machtbereich der Opfer. Die Opfer können – solange die Gegenstände nicht abgeholt wurden – weiterhin jederzeit auf die Gegenstände zugreifen, sodass für die Täter keine optimale Beherrschungsmöglichkeit bestanden hätte. Das Deponieren vor der Haustür begründet folglich lediglich eine Gewahrsamslockerung und noch keine Gewahrsamsverschiebung.

Eine Gewahrsamsverschiebung träte erst in dem Moment ein, indem die Täter die Vermögensgegenstände abgeholt und damit in ihren Machtbereich überführt hätten.

Zu beachten ist dabei, dass es auch Fallvarianten des „falschen Polizeibeamten“ gibt, in denen die Opfer aufgefordert werden, die Vermögensgegenstände in Verstecken außerhalb ihrer Wohnung zu deponieren. In diesen Varianten ist es nicht ausgeschlossen, dass bereits im Zeitpunkt des Ablegens im Versteck eine Gewahrsamsverschiebung anzunehmen wäre.

Dann stellt sich die Frage, ob die intendierte Gewahrsamsverschiebung freiwillig erfolgte. Oben haben wir festgestellt, dass in den Fallkonstellationen des „falschen Kriminalbeamten“ aufgrund der in Aussicht gestellten Zwangsmittel (Beschlagnahme) aus Sicht des Opfers keine Wahlmöglichkeit und damit kein Einverständnis vorlag. Aber genau in diesem Punkt unterscheiden sich die hier relevanten Fälle des „falschen Polizeibeamten“. Den Opfern wird zwar auch vorgespielt, dass es sich bei den handelnden Protagonisten um Polizisten handelt. Aber im vorliegenden Fall wird nicht mit der Anwendung von Zwangsmitteln gedroht, sondern lediglich ein Ausweg für eine vorgespielte bedrohliche Situation „angeboten“. Die Opfer gehen folglich nicht davon aus, den Gewahrsam an den Wertgegenständen unabhängig davon zu verlieren, wie sie sich verhalten. Damit wäre die intendierte Gewahrsamsverschiebung freiwillig erfolgt, mit der Folge, dass eine Wegnahme mangels Einverständnisses ausscheidet und ein für die Vermögensverfügung erforderliches freiwilliges Handeln vorliegt.

Da auch die weiteren Tatbestandsmerkmale des Betruges gem. § 263 Abs. 1 StGB anzunehmen sind, geht das das Gericht zu Recht von einer Betrugsstrafbarkeit aus.

## 2. Beteiligungsprobleme

Das OLG wertet das Verhalten des Angeklagten als täterschaftliche Beteiligung am versuchten Betrug, wobei der *Senat* nicht ausdrücklich erwähnt, dass es sich um eine mittäterschaftliche Beteiligung gem. § 25 Abs. 2 StGB handelt. Dies erstaunt, da die tatbestandsmäßige Täuschung des Opfers nicht durch den Angeklagten, sondern durch die in Call-Centern agierenden „Keiler“ zuvor erfolgte. Der Angeklagte kann also allenfalls gem. § 25 Abs. 2 StGB Mittäter sein, wenn ihm die Täuschungshandlung insoweit zugerechnet werden können.<sup>92</sup> Im vorliegenden Fall ist dabei die Besonderheit zu beachten, dass der Angeklagte nur wegen versuchten Betruges verurteilt wurde und daher auch die Voraussetzungen der Mittäterschaft nicht objektiv vorliegen müssen, sondern sich lediglich der Tatentschluss auf eine mittäterschaftliche Begehung richten muss und der Angeklagte insoweit unmittelbar zur Tat angesetzt haben muss.

Dass ein gemeinsamer Tatplan vorliegt, kann wohl als gegeben vorausgesetzt werden. Darüber hinaus muss er der Angeklagte auch mit Tatentschluss in Bezug auf einen wesentlichen Tatbeitrag i.S.d. § 25 Abs. 2 StGB gehandelt haben. Dementsprechend stellt sich die Frage, ob der Tatbeitrag

---

<sup>92</sup> Demgegenüber ist der an der Tür klingelnde „Abholer“ in der Regel Alleintäter (§ 25 Abs. 1 Var. 1 StGB), wenn das Opfer von ihm getäuscht das „Beutepäckchen“ aushändigen und damit irrtumsbedingt über sein Vermögen verfügen soll.

noch im Ausführungsstadium geleistet wurde und ob er mit Blick auf die Abgrenzung zur Beihilfe gem. § 27 StGB auch wesentlich war.

In der vorliegenden Konstellation führte erst die Abholung des „Beutepäckchens“ zur Deliktvollendung, und zwar – wie bereits ausgeführt – wenn das Opfer irrtumsbedingt die endgültige Preisgabe des (gelockerten) Gewahrsams, also die Gewahrsamsverschiebung, duldet und durch den Besitzverlust ein Vermögensschaden entsteht. Insoweit handelte der Angeklagte auch mit Tatentschluss, einen Tatbeitrag im Ausführungsstadium leisten zu wollen. Dieser Tatbeitrag ist auch ein wesentlicher, weil von seinem Tatbeitrag das Gelingen der Tat abhängt. Für eine bloße Beteiligung als Gehilfe (§ 27 StGB) ließe sich lediglich anführen, dass der „Abholer“ sich an der Organisation der Tat nicht beteiligt und keinen persönlichen Kontakt zum Opfer hat.<sup>93</sup> Allerdings bewirkt gleichwohl sein Tatbeitrag im Ausführungsstadium ein Opferverhalten, da die Geschädigte infolge der Abholung des „Beutepäckchens“ die unmittelbare Vermögensminderung duldet. Darüber hinaus nimmt der „Abholer“ als einziger Tatbeteiligter vor Ort und unter Berücksichtigung der vorherrschenden Arbeitsteilung eine wesentliche Rolle innerhalb der Tätergruppierung ein. Mithin ist auch in wertender Betrachtung der vorliegenden Umstände von der mittäterschaftlichen Tatbeteiligung des Angeklagten auszugehen.

Zu beachten ist, dass in den Fallvarianten, in denen die Opfer aufgefordert werden, die Vermögensgegenstände in Verstecken außerhalb ihrer Wohnung zu deponieren, bereits eine Gewahrsamsverschiebung erfolgt sein könnte und damit ein vollendetes Delikt vorliegt. In diesen Fallkonstellationen würde der mittäterschaftliche Tatbeitrag nicht mehr im Ausführungsstadium, sondern erst im Beendigungsstadium erfolgen, mit der Folge, dass sich die Frage stellt, ob eine sukzessive Mittäterschaft überhaupt möglich ist.

Das OLG nimmt weiterhin ohne nähere Begründung an, dass der „Abholer“, nachdem er die Fahrt zum geplanten Abholort ohne Fahrerlaubnis absolviert hat, in das Versuchsstadium des Betruges eingetreten ist,<sup>94</sup> also unmittelbar zur Tat angesetzt hat. Ein Überschreiten der Versuchsschwelle läge jedenfalls nach der Einzellösung vor, wenn der „Abholer“ in Erwartung eines bereits vor der Tür deponierten „Beutepäckchens“, das Grundstück des Opfers betritt und die Wohnungstür in Augenschein nimmt. Demgegenüber stellt das bloße Aufsuchen des Tatorts typischerweise noch eine straflose Vorbereitungshandlung dar.<sup>95</sup> Nach den Feststellungen des LG „fuhr der Angeklagte [zu der Adresse des Opfers] und lief dort zwischen 20.16 Uhr und 21.55 Uhr in der Nähe der Wohnung [...] umher, um ein eventuelles Beutepäckchen der Geschädigten abzuholen. [...] Nachdem der Angeklagte, der während des Umherlaufens mindestens zweimal mit seinem Hintermann telefoniert und erkannt hatte, dass es an diesem Abend nicht mehr zur Bereitstellung eines Beutepäckchens kommen werde, fuhr er gegen 22.00 Uhr unverrichteter Dinge wieder nach Hause.“<sup>96</sup> Ob der ca. 1,5 Stunden umherlaufende „Abholer“ nach seiner Vorstellung unmittelbar zum Betrug angesetzt hat, ist nach den Feststellungen der Vorinstanz nicht belegt und letztendlich eine Tatfrage. Insbesondere bleibt nach dem Abstellen des Fahrzeuges „in einer Nebenstraße in der Nähe der Wohnung der Geschädigten“<sup>97</sup> offen, wie nach Vorstellung des Angeklagten die Abholung des „Beutepäckchens“ konkret ablaufen sollte und inwieweit dann während des Umherlaufens schon die erforderliche Handlungsunmittelbarkeit bzw. konkrete Gefährdung des geschützten Rechtsguts bestand. Lehnt

<sup>93</sup> Vgl. BGH NStZ 2022, 95 (96).

<sup>94</sup> OLG Karlsruhe BeckRS 2023, 4059 Rn. 14.

<sup>95</sup> Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 22 Rn. 6.

<sup>96</sup> OLG Karlsruhe BeckRS 2023, 4059 Rn. 3.

<sup>97</sup> OLG Karlsruhe BeckRS 2023, 4059 Rn. 16.

man die versuchte Betrugsstrafbarkeit ab, bliebe noch eine Strafbarkeit wegen der Verabredung zum banden- und gewerbsmäßigen Betruges gem. §§ 263 Abs. 1, Abs. 5, 30 Abs. 2 StGB übrig.

Nichtdestotrotz wäre der Angeklagte nach der sog. Gesamtlösung bereits in das Versuchsstadium eingetreten, wenn nur einer seiner Mittäter in Vollzug des gemeinsamen Tatplans unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt hat. In der vorliegenden Konstellation ist ein Überschreiten der Versuchsschwelle durch die „Keiler“ in Betracht zu ziehen, da diese zumindest die tatbestandsmäßige Täuschungshandlung i.S.d. § 263 StGB vornehmen. Allerdings zielen hier die Telefonanrufe der „Keiler“ nur darauf ab, das Opfer dazu zu bewegen, Geld und Wertgegenstände vor die eigene Wohnungstür zu legen. Die Täuschung bewirkt somit lediglich eine Gewahrsamslockerung und noch keine unmittelbare Vermögensminderung. Die irrtumsbedingte Vermögensverfügung tritt erst – nach zeitlicher Zäsur – ein, wenn das Opfer infolge der Abholung die endgültige Preisgabe des Gewahrsams am „Beutepäckchen“ duldet, also eine Gewahrsamsverschiebung vorliegt. Demnach hängt die Tatbestandserfüllung aus der Sicht der „Keiler“ noch von der Entschlussfassung des „Abholers“ ab, der von einem „Logistiker“ informiert die Adresse des Opfers aufsucht und das vor der Tür deponierte „Beutepäckchen“ einsammelt. Das Tätigwerden des „Abholers“ stellt mithin noch einen wesentlichen Zwischenakt dar, ohne den das Vermögen der Geschädigten keiner unmittelbaren Gefährdung ausgesetzt war. Der „Keiler“ erbringt folglich seinen Tatbeitrag noch im Vorbereitungsstadium und setzt i.S.d. § 22 StGB nicht unmittelbar zur Verwirklichung aller Tatbestandsmerkmale des Betruges an. Mithin ist auch nach der sog. „Gesamtlösung“ eine Versuchsstrafbarkeit des Angeklagten nicht zu begründen.

### 3. Die Rechtskraft des Strafbefehls – Umfang und Reichweite des prozessualen Tatbegriffs

Die in dem Beschluss angeführten Gesichtspunkte zum prozessualen Tatbegriff und zur Rechtskraft vermögen dagegen zu überzeugen.

Zunächst ist es im vorliegenden Fall zu Recht fernliegend, zwischen dem Betrug und dem Fahren ohne Fahrerlaubnis Tateinheit gem. § 52 StGB anzunehmen. Eine tatbestandliche Handlungseinheit liegt nicht vor, da das Fahren ohne Fahrerlaubnis mit keinem Tatbestandsmerkmal des Betrugs gem. § 263 Abs. 1 StGB teilentwischen ist. Ferner liegt keine rechtliche Handlungseinheit durch eine sog. Verklammerung vor. Und schließlich stellt das Geschehen auch keine natürliche Handlungseinheit dar. Die Taten stehen im konkurrenzrechtlichen Sinne im Verhältnis der Tatmehrheit gem. § 53 StGB. In diesen Fällen liegen grundsätzlich auch zwei prozessuale Taten vor. Anhaltspunkte dafür, dass dies im vorliegenden Fall ausnahmsweise anders sein sollte, sind nicht erkennbar. Beide Taten haben eine erkennbare andere Angriffsrichtung und verletzen verschiedene Rechtsgüter. Sie sind nicht von einer einheitlichen Motivation getragen und basieren nicht auf einem Gesamtplan. Insoweit ist auch der Hinweis des OLG zu verstehen, dass der Täter alternativ auch den öffentlichen Nahverkehr hätte in Anspruch nehmen können. Daher liegen zwei prozessuale Taten vor, so dass der Strafbefehl wegen des Fahrens ohne Fahrerlaubnis gem. § 21 StVG keinen Strafklageverbrauch in Bezug auf die versuchte Betrugsstraftat bewirken konnte.

### V. Fazit und Ausblick

Die Bedeutung der Entscheidung liegt aus studentischer Sicht vor allem darin, dass sie sich hervorragend als Grundlage für eine (Examens-)Klausur eignet. Wie der Beschluss zeigt, können die zahlreich vorhandenen materiell-rechtlichen Probleme des „falschen Polizeibeamten“ auch mit prozessualen Fragen kombiniert werden.

In einer Klausur ist es außerordentlich wichtig, darauf zu achten, dass der *modus operandi* „Falscher Polizeibeamter“ eine Vielzahl von ähnlich gelagerten Fällen umfasst. Je nach den Umständen des Einzelfalls kann z.B. eine Mitwirkung des „Abholers“ noch vor oder schon nach Vollendung des Betruges vorgesehen sein. Der Zeitpunkt der Tatbeteiligung spielt insbesondere bei der Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme eine entscheidende Rolle, so dass sich für ähnliche Fälle unterschiedliche Probleme und Ergebnisse ergeben können. Kein Fall ist wie der andere. Dringend zu warnen ist davor, das Prüfungsschema und die Streitstände auswendig zu lernen. Wichtig ist vielmehr, sich mit den dogmatischen Grundlagen eingehend auseinanderzusetzen und die Struktur sowie die Anforderungen der einzelnen Prüfungspunkte zu verstehen.