

## **A. Materiell-rechtliches Gutachten**

### **I. Antrag nach dem BAföG gegenüber dem Studentenwerk Leipzig**

Die Beschuldigte könnte sich durch ihren Antrag vom 26. Juni 2011 gemäß § 263 StGB eines Betruges hinreichend verdächtig gemacht haben.

#### 1. Verdrängung des Betrugstatbestandes

Das Verhältnis der Ordnungswidrigkeit gemäß § 58 Abs. 1 Nr. 1 BAföG zum Betrug ist bei vorsätzlichen Falschangaben im Zusammenhang mit der Beantragung von Leistungen nach dem Bundesausbildungsförderungsgesetz umstritten.

Nach der allgemeinen Regelung des § 21 Abs. 1 S. 1 OWiG gilt, dass eine Straftat eine tateinheitlich begangene Ordnungswidrigkeit verdrängt. Eine Umkehrung dieses Grundsatzes kommt nur in Betracht, wenn der Bußgeldtatbestand ausnahmsweise eine Spezialnorm gegenüber dem Straftatbestand darstellt. Die Rechtsprechung hat sich der vereinzelt vertretenen Auffassung, wonach es sich bei § 58 Abs. 1 Nr. 1 BAföG um eine Spezialnorm handele, der ausnahmsweise Vorrang gegenüber dem Straftatbestand des Betrugs zukomme, nicht angeschlossen. Gegen eine Verdrängung des Betrugstatbestands spricht insbesondere, dass die Ordnungswidrigkeit gemäß § 58 Abs. 1 Nr. 1 BAföG mit der wahrheitswidrigen Antragstellung und der Nichtmitteilung von Änderungen an schlichte Tätigkeiten anknüpft und damit als Tätigkeits- und Gefährdungsdelikt lediglich falschen Angaben vorbeugen soll. Demgegenüber ist der Betrug ein Erfolgsdelikt, das den Eintritt eines Vermögensschadens verlangt.

#### **OLG Hamm 4. Strafsenat, 28.06.2005 – 4 Ss 85/05**

##### Leitsatz

1. Eine Verurteilung gem. § 263 StGB wegen betrügerisch erlangter staatlicher Ausbildungsförderung setzt voraus, dass der Antragsteller selbst nach den Grundsätzen des Bundesausbildungsförderungsgesetzes geprüft hat, ob und inwieweit tatsächlich kein Anspruch auf die beantragte Förderung bestand.
2. Zu den abzugsfähigen Schulden nach § 28 III BAföG zählen auch Erstattungsansprüche der Bewilligungsbehörde, die ihr gem. § 50 I SGB X auf Grund einer vorangegangenen rechtswidrigen Ausbildungsförderung gegen den Antragsteller zustehen.

##### Aus den Gründen:

Die Kammer hat lediglich festgestellt, dass das Vermögen der Angeklagten zur Zeit der ersten Antragstellung mehr als 70.000,00 DM, bei der zweiten Antragstellung annähernd 65.000,00 DM und zum Zeitpunkt der letzten Antragstellung noch über 16.000,00 DM betrug.

Allein diese Tatsachen sind jedoch nicht geeignet, einen jeweiligen Anspruch der Angeklagten auf Ausbildungsförderung auszuschließen, denn gemäß § 28 Absatz 3 BAföG sind bei der Ermittlung des anzurechnenden Vermögens von diesen Beträgen die im Zeitpunkt der einzel-

nen Antragstellung bestehenden Schulden und Lasten abzuziehen. Zu diesen abzugsfähigen Schulden zählen auch etwaige Erstattungsansprüche des Studentenwerks Q, die diesem gemäß § 50 Abs. 1 SGB X aufgrund einer den jeweils abgeurteilten Taten vorangegangenen rechtswidrigen Ausbildungsförderung der Angeklagten möglicherweise zustanden.

Dabei ist es unerheblich, ob diese öffentlich-rechtlichen Erstattungsansprüche zum jeweiligen Tatzeitpunkt bereits rechtlich entstanden waren oder ob es dazu gemäß § 50 Abs. 1 SGB X noch des Erlasses eines die jeweiligen Bewilligungsbescheide zurücknehmenden Verwaltungsakts bedurft hätte. Denn der Begriff "im Zeitpunkt der Antragstellung bestehende Schulden" in § 28 Abs. 3 BAföG ist übereinstimmend mit dem OVG Münster dahingehend auszulegen, dass von ihm alle Forderungen unabhängig von ihrem rechtlichen Bestand, ihrer Fälligkeit und dem Zeitpunkt ihrer Einziehung erfasst sind, mit deren Geltendmachung der Antragsteller ernsthaft rechnen muss.

Für ein solch wirtschaftliches Verständnis spricht der im Wege teleologischer Auslegung ermittelte Sinn und Zweck des § 28 Abs. 3 BAföG, bei der Feststellung des bei Antragstellung vorhandenen Vermögenswertes eine gewiss bevorstehende Verringerung des Vermögens zu berücksichtigen, um sicherzustellen, dass der Antragsteller im bevorstehenden Bewilligungszeitraum über die erforderlichen finanziellen Mittel für seine Ausbildung und seinen Lebensunterhalt verfügt. Damit fordert § 28 Abs. 3 BAföG von der Bewilligungsbehörde eine Prognose über die zukünftige Vermögenssituation des Antragstellers. Diese ist jedoch nicht davon abhängig, ob die gegen den Antragsteller gerichteten Forderungen nach juristischer Betrachtung bereits entstanden sind, sondern entscheidend ist allein die faktische wirtschaftliche Belastung. Das wirtschaftliche Risiko für den Antragsteller, auf Zahlung in Anspruch genommen zu werden, ist aber bei einer noch nicht entstandenen öffentlich-rechtlichen Forderung nach § 50 Absatz 1 SGB X dann von den gleichen Faktoren abhängig wie bei einer entstandenen zivilrechtlichen Forderung, wenn die einzige zur Zeit der Antragstellung noch fehlende Entstehungsvoraussetzung für den Rückforderungsanspruch der Erlass eines die ausgekehrte Förderungssumme zurückfordernden Verwaltungsakts ist. Dieser ist gemäß § 50 Abs. 1 SGB X ohne Ermessensspielraum als zwingende Rechtsfolge zu erlassen, sobald die Behörde die Rechtswidrigkeit des zuvor ergangenen Bewilligungsbescheides feststellt und diesen darauf zurücknimmt. Ob ein zurücknehmender Verwaltungsakt gemäß § 45 SGB X erlassen wird, steht im Ermessen der Behörde. Noch fehlende Entstehungsvoraussetzung für die Rückzahlungsschuld wäre im Zeitpunkt der Antragstellung damit lediglich, dass die Behörde die Unrechtmäßigkeit der vorangegangenen Förderung bemerkt und sich innerhalb ihres Ermessens für die Geltendmachung des daraus resultierenden Rückforderungsanspruchs entscheidet. Auch der Schuldner einer zivilrechtlichen Forderung muss aber tatsächlich erst zahlen, wenn der Gläubiger von seinem Anspruch Kenntnis erlangt und sich entschließt, ihn geltend zu machen.

Für die Einbeziehung des Rückzahlungsanspruchs der Bewilligungsbehörde in den nach § 28 Abs. 3 BAföG vorzunehmenden Abzug vom Vermögen spricht ferner der soziale Zweck des BAföG insgesamt, die Chancengleichheit beim Zugang zur (Hoch-)Schulbildung durch finanzielle Förderung bedürftiger Auszubildender herzustellen. Würde einem einkommensschwachen Auszubildenden die Förderung von der Bewilligungsbehörde im Hinblick auf das einzig vorhandene Vermögen versagt, und dieses daraufhin sogleich von derselben Behörde durch einen das Vermögen übersteigenden Rückforderungsbescheid eingefordert, würde dem Auszubildenden die finanzielle Grundlage seiner Ausbildung genommen und seine Mittellosigkeit herbeigeführt. Das BAföG würde diesem Auszubildenden eine weitere Ausbildung faktisch versagen und seinen sozialen Zweck verfehlen.

Entgegen der Auffassung von Rau/Zschieschack handelt es sich bei der Umsetzung der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte im Rahmen der Schadensberechnung nicht um die Berücksichtigung rechtmäßigen Alternativverhaltens. Sie ist vielmehr zwingende Voraussetzung zur Beurteilung der Frage, ob der Bewilligungsbehörde durch die Gewährung der Förderung ein Schaden entstanden ist.

## 2. Verjährung

Während die Ordnungswidrigkeiten tatsächlich bereits verjährt sind, weil die einjährige Verjährungsfrist des § 31 Abs. 2 Nr. 3 OWiG gilt, kann die Tat als Betrug weiter verfolgt werden; Verjährung ist insoweit nicht eingetreten.

Die Verjährungsfrist richtet sich nach dem abstrakt angedrohten Höchstmaß des jeweiligen Straftatbestandes, § 78 Abs. 3 und 4 StGB. Die Strafandrohung für Betrug beträgt bis zu fünf Jahre Freiheitsstrafe, die Verjährungsfrist beträgt somit gemäß § 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB fünf Jahre; Strafschärfungen bleiben für die Fristbestimmung außer Betracht, § 78 Abs. 4 StGB.

Die Frist beginnt, sobald die Tat beendet ist, § 78a Satz 1 StGB, wobei auf den Eintritt des Taterfolgs abzustellen ist, § 78a S. 2 StGB. Entscheidend ist damit nicht der Tag der Antragstellung, sondern die Gutschrift des Förderbetrags. Bei auf wiederholte Leistungen gerichtetem Betrug ist auf die Erlangung der letzten Leistung abzustellen.

### **BGH 2. Strafsenat, 02.05.2001 – 2 StR 149/01**

#### Orientierungssatz

Bei einem Betrug, der auf das Erlangen von laufenden Leistungen (hier: Bafög-Leistungen) gerichtet ist, beginnt die Verjährung erst mit dem Erlangen des letzten Vermögensvorteils.

#### Aus den Gründen:

Bei einem Betrug der vorliegenden Art, der auf das Erlangen von laufenden Bafög-Leistungen gerichtet war, beginnt die Verjährung erst mit dem Erlangen des letzten Vermögensvorteils. Der Angeklagte erhielt in diesem Fall Leistungen bis zum September 1994. Die fünfjährige Verjährungsfrist (§§ 263, 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB) endete daher spätestens mit dem 30. September 1999. Die Verfolgungsverjährung wurde jedoch erstmals durch die Durchsuchungsanordnung des Amtsgerichts Marburg vom 25. Oktober 1999 unterbrochen (§ 78c Abs. 1 Nr. 4 StGB).

Das ist vorliegend die auf den Antrag vom 26. Juni 2011 hin im Bewilligungszeitraum 2011/2012 zuletzt für September 2012 am letzten Werktag des Monats August 2012 ausgezahlte Ausbildungsförderung; damit wäre die Tat Ende August 2017 verjährt gewesen.

Durch die staatsanwaltschaftliche Anordnung der Mitteilung über die Einleitung des Ermittlungsverfahrens am 18. August 2017 wurde die Verjährung jedoch rechtzeitig unterbrochen, § 78c Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StGB. Im Unterschied zum Ruhen beginnt die Frist bei einer Unterbrechung, und zwar mit dem Beginn des Tages der Unterbrechung (d.h. hier am 16. August 2017), von neuem zu laufen, § 78c Abs. 3 S. 1 StGB. Das absolute Verfolgungshindernis der Verjährung greift daher nicht ein.

### 3. Tatbestandsmäßigkeit

#### a) Objektiver Tatbestand

##### aa) Täuschungshandlung

Die Beschuldigte könnte in ihrem Antrag falsche Tatsachen vorgespiegelt haben, indem sie darin nicht ihr gesamtes nach §§ 26ff. BAföG bei der Anspruchsfeststellung zu berücksichtigendes Vermögen im Zeitpunkt der Antragstellung (vgl. § 28 Abs. 2 BAföG) mitteilte.

Die Beschuldigte hat in ihrem Förderungsantrag angegeben, über Vermögen nur in der Form eines geringen Barbetrages und Girokontoguthabens zu verfügen. Tatsächlich verfügte die Beschuldigte darüber hinaus über ein Tagesgeldkonto, ein Sparguthaben und ein Wertpapierdepot. Hinter dem darin möglicherweise liegenden Vortäuschen eines den Freibetrag gemäß § 29 Abs. 1 Nr. 1 BAföG in Höhe von 5.200,- € unterschreitenden Vermögens dürfte das Element des Verschweigens relevanter Vermögenswerte zurücktreten, so dass eine Täuschung durch Handeln und kein Unterlassen vorläge.

Das Verschweigen dieser Vermögenswerte stellt indes nur dann eine konkludente Täuschung über den Umfang anzurechnenden Vermögens dar, wenn sie überhaupt der Mitteilungspflicht aus § 46 Abs. 3 BAföG i.V.m. § 60 Abs. 1 Nr. 1 SGB I unterlagen. Dies könnte zweifelhaft sein, soweit sie im Hinblick auf § 27 Abs. 1 S. 2 BAföG möglicherweise nicht als Vermögen im Sinne des BAföG gelten. Es stellt sich dann nämlich die Frage, ob es sich auch dann um im Sinne des § 46 Abs. 3 BAföG zur „Feststellung des Anspruchs erforderliche Tatsachen“ bzw. im Sinne von § 60 Abs. 1 Nr. 1 SGB I „für die Leistung erhebliche“ Tatsachen handelt. Indes schreibt § 46 Abs. 3 BAföG vor, dass die offiziellen Formblätter zu benutzen sind. Soweit diese wie vorliegend keine Einschränkungen enthalten, dürften darin auch solche Vermögenswerte anzugeben sein, deren Verwertung ein rechtliches Hindernis im Sinne von § 27 Abs. 1 S. 2 BAföG entgegensteht.

Die Täuschung ist nachweisbar, weil der von der Beschuldigten gestellte Förderantrag ebenso wie die der Staatsanwaltschaft erteilten Bankauskünfte im Wege des Urkundsbeweises gemäß § 249 Abs. 1 StPO über eine Verlesung in den Strafprozess eingeführt werden können.

##### bb) Irrtum

Die Täuschung müsste zu einem Irrtum des Opfers, also einer von der Wirklichkeit abweichenden Fehlvorstellung des Opfers geführt haben. Der Sachbearbeiter vertraute auf die Richtigkeit der in den jeweiligen Anträgen von der Beschuldigten gemachten Angaben über den Umfang des anzurechnenden Vermögens.

##### cc) Vermögensverfügung

Dieser Irrtum müsste zu einer Vermögensverfügung geführt haben. Vermögensverfügung ist jedes

Handeln, Dulden, Unterlassen des Getäuschten, das bei diesem selbst oder einem Dritten unmittelbar zu einer Vermögensminderung führt. Der Sachbearbeiter hat auf der Grundlage der fehlerhaften Angaben in dem Antrag vom 26. Juni 2011 durch Bescheid vom 14. August 2011 die Förderleistungen bewilligt. Bereits die Bewilligung und nicht erst die Auszahlung der Gelder stellt eine Vermögensverfügung dar.

Fraglich ist indes, ob diese Vermögensverfügung auch auf der Fehlvorstellung des Sachbearbeiters über den Umfang anzurechnenden Vermögens beruhte; die Fehlvorstellung muss für die Vermögensverfügung kausal sein. Dies ist vorliegend dann nicht der Fall, wenn die Bewilligung der Förderleistungen auch bei wahrheitsgemäßer Angabe der Vermögenswerte in gleicher Höhe hätte erfolgen müssen.

#### (1) Vorliegen von Vermögen im Sinne von § 27 BAföG

Fraglich ist, ob die verschwiegenen Vermögenswerte überhaupt als Vermögen im Sinne des BAföG gelten. Da sämtliche Konten und insbesondere das Wertpapierdepot auf den Namen der Beschuldigten geführt wurden und ihr damit gegenüber den Banken die Forderungsinhaberschaft zustand, handelt es sich zwar jeweils um Forderungen der Beschuldigten im Sinne von § 27 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 Alt. 1 BAföG. In Betracht kommt jedoch, dass eine Berücksichtigung dieser Forderungen als Vermögen gemäß § 27 Abs. 1 S. 2 BAföG ausgeschlossen ist. Denn bei der Zweckbestimmung durch die Mutter der Beschuldigten (im Falle des Sparguthabens) und bei der Treuhandabrede mit dem Vater (im Falle des Wertpapierdepots) könnte es sich um „rechtliche Gründe“ im Sinne von § 27 Abs. 1 S. 2 BAföG handeln, die einer Verwertung entgegenstehen.

Nach bislang herrschender Auffassung sind als rechtliche Gründe im Sinne von § 27 Abs. 1 S. 2 BAföG allerdings nur gesetzliche Verbote berücksichtigungsfähig; rechtsgeschäftlich begründete Verwertungshindernisse könnten einer Anrechnung nicht entgegenstehen, da sonst der Antragsteller seine Vermögenswerte durch den Abschluss verwertungshindernder Vereinbarungen beliebig der Anrechnung entziehen könnte. Es komme somit allein darauf an, ob der Antragsteller im Außenverhältnis ungehinderten Zugriff auf den Vermögensgegenstand hat. Nach anderer Auffassung sind auch rechtsgeschäftlich begründete Verwertungshindernisse beachtlich; dies gebiete der Zweck des § 27 Abs. 1 S. 2 BAföG, der darin liege, den Auszubildenden davor zu schützen, dass ihm infolge einer Vermögensanrechnung Ausbildungsförderung versagt wird, obwohl er das angerechnete Vermögen nicht für die Bestreitung seines Lebensunterhaltes während des Studiums verwerten kann; einem möglichen Missbrauch könne anderweitig Rechnung getragen werden, etwa dadurch, dass an den Nachweis einer Treuhandvereinbarung hohe Anforderungen gestellt werden. Vorzugswürdig erscheint auch angesichts des Wortlauts des § 27 Abs. 1 S. 2 BAföG die zuletzt genannte Auffassung. Grundsätzlich können somit auch allein im Innenverhältnis wirkende rechtsgeschäftliche Vereinbarungen ein Verwertungshindernis im Sinne dieser Vorschrift darstellen.

Fraglich ist nun, ob die Beschuldigte hinsichtlich des Sparkontos durch die Zweckbestimmung und

hinsichtlich des Wertpapierdepots durch die Treuhandabrede an der Verwertung dieser Vermögensbestandteile gehindert wurde. Bezüglich des Sparguthabens wäre dies der Fall, wenn es sich um eine Schenkung unter Auflage im Sinne von § 525 BGB handeln würde, da die Erfüllung der Auflage von dem Zuwendenden dann auch erzwungen werden könnte; da der Schenkung besondere Abreden nicht vorausgingen und die Zweckerreichung eher dem Interesse der Beschuldigten als dem ihrer Mutter diene, dürfte es sich jedoch um eine sog. „Wunschschenkungen“ handeln, durch die ein rechtlich durchsetzbarer Anspruch des Zuwendenden auf zweckentsprechende Verwendung des zugewandten Betrages nicht begründet wird. Bezüglich des Wertpapierdepots wird die Beschuldigte indes durch die Treuhandabrede daran gehindert, diesen Vermögenswert für eigene Zwecke zu verwenden. Das Wertpapierdepot stellt somit für die Beschuldigte kein Vermögen im Sinne von § 27 Abs. 1 BAföG dar.

## (2) Wertbestimmung des Vermögens gemäß § 28 BAföG

Zu berücksichtigen ist ferner, dass gemäß § 28 BAföG bei der Wertbestimmung von dem nach § 27 BAföG zu berücksichtigenden Vermögen die im Zeitpunkt der Antragstellung bestehenden Schulden und Lasten abzuziehen sind (vgl. § 28 Abs. 3 S. 1 BAföG). Sofern nach einem solchen Abzug auch bei wahrheitsgemäßer Vermögensangabe der Freibetrag in Höhe von 5.200,- € nicht überschritten worden wäre (vgl. § 29 Abs. 1 Nr. 1 BAföG), würde es ebenfalls an der Kausalität der Fehlvorstellung des Sachbearbeiters für die Vermögensverfügung fehlen. Soweit das treuhänderisch verwaltete Wertpapierdepot als Vermögen der Beschuldigten in Ansatz gebracht wird, wäre davon der Rückforderungsanspruch des Treugebers aus § 667 BGB bzw. bei Nichtigkeit der Treuhandabrede der Kondiktionsanspruch aus § 812 Abs. 1 BGB als Last im Sinne von § 28 Abs. 3 S. 1 BAföG sogleich wieder abzuziehen, so dass insoweit kein Vermögenswert verbleibt. Es verblieben danach folgende Vermögenswerte:

Bargeld	75,00 €
Girokonto	498,87 €
Tagesgeldkonto	9.167,80 €
Sparkonto	15.504,13 €
<b>Nominalvermögen</b>	<b>25.245,80 €</b>

Bereits aus dieser Aufstellung ist ersichtlich, dass der weitere von der Beschuldigten geltend gemachte Abzug in Höhe von 10.000,- € wegen einer Darlehensschuld gegenüber ihrem Vater nicht dazu führen würde, dass ein Förderungsanspruch besteht; dieser Einwand ist für den hier zu prüfenden hinreichenden Tatverdacht wegen Betruges unbeachtlich. Unterstellt man die Abzugsfähigkeit dieses Betrages, verbliebe nämlich immer noch ein Vermögen, das den Freibetrag weit überschreitet:

Nominalvermögen	25.245,80 €
hypothetischer Abzug	10.000,00 €
Vermögenswert	15.245,80 €

Zieht man hiervon den Freibetrag ab, ergibt sich ein anzurechnendes Vermögen in anspruchsvernichtender Höhe. Denn der monatliche Anrechnungsbetrag (1/12 des anzurechnenden Vermögens) übersteigt den der Beschuldigten bewilligten monatlichen Förderungsbetrag, vgl. § 30 BAföG, der aus dem monatlichen Bedarf im Sinne von §§ 11 Abs. 1, 13 BAföG abzüglich des anzurechnenden Einkommens bzw. Vermögens ermittelt wird (vgl. § 11 Abs. 2 BAföG). Würde das anzurechnende Vermögen berücksichtigt werden, ergäbe sich kein Bedarf.

Vermögenswert	15.245,80 €
abzgl. Freibetrag	5.200,00 €
anzurechnendes Vermögen	10.045,80 €
monatlicher Anrechnungsbetrag	853,81 €
bewilligter monatlicher Förderungsbetrag	279,00 €

Die durch die Täuschung hervorgerufene Fehlvorstellung des Sachbearbeiters ist damit auch bei Berücksichtigung eines weiteren Abzuges in Höhe von 10.000,- € im Falle für die Bewilligung der Fördermittel in vollem Umfang kausal gewesen.

#### dd) Schaden

Durch die Vermögensverfügung müsste ein Vermögensschaden entstanden sein, dabei müssen Verfügender und Geschädigter nicht identisch sein, sofern nur zwischen dem Verfügenden (hier: dem bewilligenden Sachbearbeiter) und dem Geschädigten (hier: dem Fiskus) eine besondere Nähebeziehung besteht (sog. Dreiecksbetrug). Vorliegend dürfte der Sachbearbeiter sowohl rechtlich befugt sein, über die staatlichen Fördermittel zu verfügen („Befugnistheorie“ der Literatur) als auch faktisch im Lager („Lagertheorie“ der Rechtsprechung) des Staates stehen, so dass die erforderliche Nähebeziehung vorliegt.

Bei der Erschleichung von öffentlichen Leistungen auf die – wie hier – nur unter bestimmten Voraussetzungen ein Anspruch besteht, liegt ein Schaden vor, wenn die Leistung erbracht wird, ohne dass die Anspruchsvoraussetzungen gegeben sind. Da dies vorliegend der Fall ist, liegt ein Vermögensschaden in Höhe des Zahlungsbetrages von 3.348,- € vor. Der Berücksichtigung des gesamten Zahlungsbetrages als Schaden dürfte nicht entgegenstehen, dass der Förderungsbetrag gemäß § 17 Abs. 2 BAföG zur Hälfte als zinsloses Darlehen vergeben wird, weil auch insoweit die zweckgebundenen Mittel verringert worden sind, ohne dass hierdurch der erstrebte Zweck erreicht worden ist.

*Anmerkung: Staatliche Sozialleistungen zeichnen sich dadurch aus, dass ganz unabhängig davon, ob ein Hilfsanspruch tatsächlich besteht, eine gleichwertige Gegenleistung des Hilfeempfängers nicht erwartet wird; bei der Auszahlung von Sozialleistungen dürfte es sich somit dem Grunde nach um eine bewusste Selbstschädigung handeln. Eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass solche bewussten Selbstschädigungen keinen Vermögensschaden verursachen können, besteht dann, wenn das Opfer mit der Vermögensverfügung einen bestimmten Zweck verfolgt, es aber infolge der Täuschung verkennt, dass es diesen nicht erreichen kann (sog. Zweckverfehlungslehre). Diese Ausnahme ergibt sich aus dem Umstand, dass das Opfer in die Vermögensverfügung nicht eingewilligt hätte, wenn es sich der Sinnlosigkeit seiner Aufwendung von vornherein bewusst gewesen wäre. Im Sinne der Zweckverfehlungslehre stellt auch die Rechtsprechung darauf ab, dass die zweckgebundenen Haushaltsmittel verringert worden sind, ohne dass hierdurch der vom Gesetzgeber verfolgte Zweck erreicht worden ist. Der vom Gesetzgeber verfolgte Zweck wird danach nur dann erreicht, wenn die Voraussetzungen für die Vergabe der Leistungen vorliegen, denn die Verwendung staatlicher Mittel unterliegt der Gesetzesbindung.*

**BGH 1. Strafsenat, 30.06.1982 – 1 StR 757/81**

Leitsatz

Durch erfolgreiche Täuschung über die Einhaltung der im Investitionszulagengesetz (idF des Gesetzes vom 1974-12-23, BGBl I S 3676) als Voraussetzung für die staatliche Leistung vorgesehenen Bestellfrist kann die Staatskasse einen Vermögensschaden im Sinne von StGB § 263 Abs. 1 erleiden.

Aus den Gründen:

Die Beschwerdeführer sind der Auffassung, die Staatskasse sei nicht geschädigt worden, weil in den der Verurteilung zugrunde liegenden Fällen der Subventionszweck nicht verfehlt worden sei. Auch in der Zeit vom 1. bis zum 15. Juli 1975, in dem die rückdatierten Bestellungen nach den Feststellungen des Landgerichts getätigt wurden, sei es in gleicher Weise wie in dem vom Gesetz genannten Zeitraum („nach dem 30. November 1974 und vor dem 15. Juli 1975“) darauf angekommen, durch Gewährung eines finanziellen Anreizes zum Kauf von Investitionsgütern der Investitionsgüterindustrie dringend benötigte Aufträge zu verschaffen und so die Konjunktur zu beleben. Dass dies der Zweck des Investitionszulagengesetzes war, ist auch die - zutreffende - Meinung des Landgerichts.

Der erkennende Senat hat in einer früheren Entscheidung ausgesprochen, dass, wer Beträge aus haushaltsrechtlich gebundenen Mitteln erschleicht, ohne zu der im Gesetz vorgesehenen begünstigten Bevölkerungsgruppe zu gehören, dem Staat Schaden zufügt, weil dadurch die zweckgebundenen Mittel verringert werden, ohne dass der erstrebte sozialpolitische Zweck erreicht wird. Es wäre ein unzulässiger Umkehrschluss, hieraus zu folgern, derjenige, der zu einer solchen begünstigten Gruppe gehört oder der Gelder, die zu einem bestimmten wirtschaftlichen Zweck vom Staat ausgeworfen werden, in einer den gesetzgeberischen Motiven entsprechenden Weise verwendet, könne hierdurch dem Staat selbst dann keinen Schaden zufügen, wenn er über Sachverhalte - etwa über die Einhaltung bestimmter Fristen - täuscht, die im Gesetz als Voraussetzung der staatlichen Leistung ausdrücklich genannt sind. Vielmehr kann der Staat auch durch Täuschung über die Wahrung einer gesetzlich vorgesehenen



Frist im Sinne von § 263 StGB Schaden erleiden.

Ob aus der Sicht des § 263 StGB privates und öffentliches Vermögen sich grundsätzlich unterscheiden, mag dahinstehen. Fest steht jedenfalls, dass die Verwendung staatlicher Mittel streng in gesetzliche Regeln eingebunden ist. Staatliche Stellen dürfen Geld nur ausgeben, soweit das durch Gesetz vorgeschrieben oder zugelassen ist. Das Motiv des Gesetzgebers ist dabei nur insoweit von Bedeutung, als es im Gesetz seinen Ausdruck gefunden hat; eigenständige Bedeutung kommt dem Motiv nicht zu. Die Berufung auf den gesetzgeberischen Zweck kann insbesondere nicht dazu führen, Ansprüche anzuerkennen, die nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes ausgeschlossen sein sollen. Das gilt nicht nur für Regelungen, die sich mit dem Kreis der Begünstigten oder mit der Verwendung der ausgeschütteten Mittel befassen, sondern auch für zeitliche Begrenzungen. Wer die zeitlichen Voraussetzungen für die Leistung einer Subvention nicht erfüllt, hat auf sie keinen Anspruch; wie nahe sein Handeln dem gesetzgeberischen Motiv sonst kommt, ist ohne Bedeutung. Wird die zuständige staatliche Stelle durch Täuschung veranlasst, den in Wahrheit nicht bestehenden Anspruch zu erfüllen, so wird dadurch die Staatskasse in Höhe der unberechtigten Leistung geschädigt.

Ob das anders sein kann, wenn gewisse Voraussetzungen nur die Verwaltungstätigkeit erleichtern oder der Beweissicherung dienen sollen, kann offen bleiben; denn die Befristung des Zeitraumes im Investitionszulagengesetz fällt hierunter nicht. Rasche Wirkung versprach das Gesetz nur, wenn es zeitliche Begrenzungen enthielt. Nur unter dieser Voraussetzung war - andererseits - die Größenordnung der aufzubringenden Mittel einigermaßen zu bestimmen. Die zeitliche Begrenzung war eine wesentliche sachliche Voraussetzung. Für den Investitionswilligen, der die Frist nur knapp versäumte, mochte der damit verbundene Verlust der Investitionszulage eine gewisse Härte bedeuten; indes ist das eine Erscheinung, die bei Ausschlussfristen regelmäßig auftritt und nicht nur dem Investitionszulagengesetz eigen ist.

Die von der Verteidigung vorgetragene nachträgliche Wiedergutmachung (Rückzahlung des gesamten Förderbetrages) ist für das Vorliegen eines Schadens ohne Bedeutung.

#### b) Subjektiver Tatbestand

Der Vorsatz ist problematisch, weil zum Täuschungsvorsatz auch die Kenntnis davon gehört, dass die verschwiegenen Vermögenswerte einer Mitteilungspflicht gemäß § 46 Abs. 3 BAFöG i.V.m. § 60 Abs. 1 SGB I unterliegen. Im Hinblick auf § 27 Abs. 1 S. 2 BAFöG ist es gut vertretbar, einen Täuschungsvorsatz der Beschuldigten zu verneinen, soweit sie vorträgt, der Auffassung gewesen zu sein, das Wertpapierdepot wegen der verwertungshindernden Treuhandabrede und das Sparkonto wegen einer (vermeintlich) verwertungshindernden Zweckbestimmung nicht angeben zu müssen. Hinsichtlich des Wertpapierdepots dürfte die Auffassung der Beschuldigten sogar zutreffend gewesen sein. Jedenfalls bezüglich des Tagesgeldkontos ist der Täuschungsvorsatz indes unproblematisch, da insoweit von der Beschuldigten keine verwertungshindernden Abreden geltend gemacht werden.

Ebenfalls problematisch ist der Vorsatz bezüglich der Kausalität zwischen Täuschung/Irrtum und Vermögensverfügung. Denn die Beschuldigte trägt vor, sie habe gemeint, auch unter Berücksichtigung der nunmehr aufgedeckten Vermögenswerte einen Anspruch auf die Förderleistung gehabt und kein „schlechtes Gewissen“ zu haben; mit ihren Falschangaben habe sie lediglich komplizierte Nachfragen vermeiden wollen. Wie bereits dargestellt, ist die Vorstellung der Beschuldigten, dass ein An-

spruch auch bei wahrheitsgemäßer Vermögensangabe bestanden hätte, objektiv unzutreffend. Im subjektiven Tatbestand ist aber allein die Vorstellung der Beschuldigten maßgeblich; hinreichender Tatverdacht besteht mithin nur, wenn der Beschuldigten nachgewiesen werden kann, diese Vorstellung tatsächlich nicht gehabt zu haben.

Insoweit kann nur mit Indizien argumentiert werden. Gegen das Vorbringen der Beschuldigten spricht insbesondere, dass sie überhaupt Vermögenswerte verschwiegen; wäre sie tatsächlich der Auffassung gewesen, dass sie auch unter Berücksichtigung dieser Vermögenswerte einen Förderungsanspruch gehabt hätte, hätte sie diese ohne weiteres angeben können. Die Erklärung, dass sie komplizierte Nachfragen habe verhindern wollen, erscheint nicht plausibel. Gegen das Vorbringen der Beschuldigten spricht auch, dass die verschwiegenen Vermögenswerte ganz erheblich über dem anrechnungsfreien Betrag liegen.

Bejaht man den Vorsatz bezüglich der Täuschungshandlung und der Kausalität zwischen Täuschung/Irrtum und Vermögensverfügung, ggf. beschränkt auf einzelne Falschangaben, liegt auch bezüglich des Schadens Vorsatz vor, wobei allenfalls der Vorsatz bezüglich der Schadenshöhe zweifelhaft sein kann, wenn zuvor bezüglich einzelner Falschangaben bereits der Täuschungsvorsatz oder der sich auf die Kausalität beziehende Vorsatz verneint wurde. Auch die Absicht, sich rechtswidrig zu bereichern, läge insoweit vor. Nach der hier vertretenen Auffassung dürfte der subjektive Tatbestand erfüllt sein.

#### 4. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtswidrigkeit und Schuld liegen unproblematisch vor.

#### 5. Gewerbsmäßigkeit, § 263 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 StGB

Ein gewerbsmäßiger Betrug dürfte im Ergebnis nicht vorliegen. Gewerbsmäßig im Sinne des § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 StGB handelt, wer sich aus wiederholter Tatbegehung eine nicht nur vorübergehende Einnahmequelle von einigem Umfang verschaffen will. Da die Gewerbsmäßigkeit allein an das subjektive Merkmal der Absicht anknüpft, kann das Regelbeispiel zwar schon bei der ersten Tat mit Wiederholungsabsicht erfüllt sein.

#### **BGH 4. Strafsenat, 11.09.2003 – 4 StR 193/03**

##### Orientierungssatz

Für die Verwirklichung eines gewerbsmäßigen Betrugs ist weder erforderlich, dass der Täter beabsichtigt, seinen Lebensunterhalt "allein" oder auch nur überwiegend durch die Begehung von Straftaten zu bestreiten, noch steht der Annahme der Gewerbsmäßigkeit entgegen, dass er in dem Bestreben handelt, mit dem erlangten Geld alte Verbindlichkeiten abzutragen.

### Aus den Gründen:

3. Diese Ausführungen [des Landgerichts] begegnen durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

a) Sie lassen bereits besorgen, dass das Landgericht bei der Beurteilung der Frage, ob die Betrugstaten des Angeklagten als besonders schwere Fälle im Sinne des § 263 Abs. 3 Satz 2 StGB zu qualifizieren sind, von einem fehlerhaften rechtlichen Ansatz ausgegangen ist. Nach § 263 Abs. 3 StGB in der Fassung des 6. Strafrechtsreformgesetzes wird ein besonders schwerer Fall durch die Verwirklichung eines der in Satz 2 Nrn. 1 bis 5 bezeichneten Regelbeispiele indiziert. Sind die Voraussetzungen eines Regelbeispiels gegeben, so bestimmt sich der „Regelstrafrahmen“ nach dem erhöhten Strafrahmen; einer zusätzlichen Prüfung, ob dessen Anwendung im Vergleich zu den im Durchschnitt der erfahrungsgemäß vorkommenden Fälle geboten erscheint, bedarf es hier nicht. Die vom Landgericht in diesem Zusammenhang zitierte Rechtsprechung betraf - soweit überhaupt einschlägig - die Regelung des § 263 Abs. 3 StGB a.F., die keine Regelbeispiele, sondern einen unbenannten besonders schweren Fall zum Gegenstand hatte und die zudem gegenüber § 263 Abs. 3 StGB in der geltenden Fassung ein höheres Mindeststrafmaß (ein Jahr statt nunmehr sechs Monate Freiheitsstrafe) vorsah.

b) Zwar kann die Indizwirkung des Regelbeispiels durch besondere strafmildernde Umstände entkräftet werden, die für sich allein oder in ihrer Gesamtheit so schwer wiegen, dass die Anwendung des Strafrahmens für besonders schwere Fälle unangemessen erscheint. Das Landgericht hat - was rechtlich nicht zu beanstanden ist - im Fall 1 ersichtlich das Regelbeispiel des § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 1. Alt StGB (Herbeiführung eines Vermögensverlustes großen Ausmaßes) als erfüllt angesehen. Die von ihm vorgenommene Gesamtwürdigung ist jedoch - ungeachtet des aufgezeigten verfehlten Ansatzes - ebenfalls nicht frei von rechtlichen Mängeln.

Sie ist einerseits in einem wesentlichen Punkt lückenhaft. Das Landgericht hat nämlich - wie die Revision zu Recht rügt - bei der Abwägung, ob ein besonders schwerer Fall vorliegt, nicht erkennbar berücksichtigt, dass der Angeklagte schon 1997 und 1998 wegen einschlägiger Straftaten zu Bewährungsstrafen verurteilt worden war und damit die hier abgeurteilten Taten jeweils unter laufender Bewährung, die Tat zu Fall 1 sogar unter laufender Bewährung aus beiden Vorverurteilungen, begangen hat. Diese Umstände hätten hier schon deshalb besonderer Erörterung bedurft, da der Angeklagte seinen eigenen Angaben zufolge bereits die den genannten Vorverurteilungen zugrundeliegenden Betrugstaten „in dem Bemühen (beging), Altschulden zu stopfen“.

Dass bereits die erste Tat wie vorliegend eine nicht nur vorübergehende Einnahmequelle aufschließt, genügt allerdings nicht, wenn die Wiederholungsabsicht fehlt. Da es nur zu einer Antragstellung gekommen ist, kann der Beschuldigten nicht bereits aus dem äußeren Tatbild die Wiederholungsabsicht nachgewiesen werden. Andere Nachweismöglichkeiten stehen nicht zur Verfügung, da die Beschuldigte selbst zu ihren Absichten im Zeitpunkt der ersten Antragstellung schweigt.

### 6. Ergebnis

Gegen die Beschuldigte besteht nach der hier vertretenen Auffassung hinreichender Tatverdacht wegen Betruges.

## **II. Mitnahme der Lehrbücher aus der Universitätsbibliothek Leipzig**

### 1. Besonders schwerer Fall schwerer Fall des Diebstahls, §§ 242, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 und 5 StGB

#### a) Objektiver Tatbestand

Der Umstand, dass die Bücher im Bestand der Universitätsbibliothek waren und von dort offenbar entwendet wurden, ergibt sich bereits aus der Aussage der Zeugin Fechner. Fraglich ist aber, ob der Beschuldigten nachgewiesen werden kann, dass sie es war, die die Bücher einsteckte, wodurch sie den Gewahrsam der Universität Leipzig an den der Universität gehörenden Büchern gebrochen und eigenen Gewahrsam an ihnen begründet hätte.

Da sie selbst zum Tatvorwurf schweigt und Zeugen die Tat nicht beobachtet haben, kommen als Beweismittel nur die Videoaufzeichnung, die Aussagen der Zeugen Listig und Pilsner sowie das Durchsuchungsergebnis, nämlich der Umstand, dass die Bücher in der Wohnung der Beschuldigten aufgefunden wurden, in Betracht. Fraglich ist jedoch, ob diese Beweismittel einem Verwertungsverbot unterliegen. Denn die Videoüberwachung bzw. die Aufzeichnung der hieraus gewonnenen Daten ist möglicherweise unzulässig gewesen. Sofern die Videoaufzeichnung nicht als Beweismittel verwertbar ist, stellt sich die Frage, ob auch daraufhin gewonnene Beweismittel einem Beweisverwertungsverbot unterliegen (sog. Fernwirkung).

#### aa) Beweisverwertungsverbot bezüglich der Videoaufzeichnung

Zu prüfen ist zunächst, ob die Videoüberwachung oder die Aufzeichnung der daraus gewonnenen Daten unter Verstoß gegen das SächsDSG und damit rechtswidrig erfolgten. Bei der Universitätsbibliothek handelt es sich um einen öffentlich zugänglichen Raum, so dass § 33 SächsDSG anwendbar ist (vgl. § 33 Abs. 1 SächsDSG). Die Videoüberwachung selbst dürfte zulässig gewesen sein. Insbesondere ergibt sich aus der Zeugenaussage der Bibliotheksleiterin Fechner, dass die Videoüberwachung zur Abschreckung von Dieben und damit zur Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung erforderlich ist (§ 33 Abs. 1 SächsDSG) sowie ferner, dass die Videoüberwachung durch Aushänge der Bibliotheksleitung an den Eingangstüren erkennbar gemacht wurde (§ 33 Abs. 3 SächsDSG). Die Speicherung der Daten aus einer Videoüberwachung (sog. Videoaufzeichnung) ist nach Maßgabe des § 33 Abs. 2 SächsDSG zulässig; auch dessen Voraussetzungen dürften erfüllt sein, da nur im Falle einer Aufzeichnung auch noch nachträglich ein objektives Beweismittel, etwa für Zwecke der Strafverfolgung oder der Verfolgung zivilrechtlicher Ansprüche, zur Verfügung steht. Allerdings sind die Aufzeichnungen gemäß § 33 Abs. 4 SächsDSG spätestens nach zwei Monaten zu löschen, was nicht geschehen ist. Nur aufgrund dieses Verstoßes konnte die Zeugin Listig während ihrer Durchsicht der Aufzeichnungen am 29./30. September 2017 auch die Aufzeichnung vom 17. Juni 2017 noch sichten, auf der der Diebstahl aufgezeichnet war. Da es vor dem vorgeschriebenen Lösungsdatum, dem 17. August 2017, noch keinen Anhaltspunkt für den Diebstahl gab, insbesondere erfolgte die Inventur erst im September 2017, durfte auch nicht deshalb von der Vernichtung der Daten abgesehen werden, weil sie zur Behebung einer bestehenden Beweisnot (konkret

erforderlich waren.

Die Universitätsbibliothek war somit rechtswidrig noch im Besitz der Aufzeichnung, als die Zeugin Listig sie sichtete. Fraglich ist, ob aus der Rechtswidrigkeit der Beweiserhebung, bzw. in diesem Falle der „Beweis Aufbewahrung“, auch ein Beweisverwertungsverbot folgt. Ein solches Beweisverwertungsverbot ist nicht gesondert normiert, kann sich jedoch aus einer Abwägung zwischen dem staatlichen Strafverfolgungsinteresse und dem durch die unbefugte Datenspeicherung verletzten Rechtsgut ergeben (sog. „Abwägungslehre“ der Rechtsprechung).

Betroffen durch die Datenspeicherung ist das Recht der Beschuldigten auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG). Eingriffe in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung sind nur auf gesetzlicher Grundlage zulässig. Der Grundrechtseingriff ist nicht gerechtfertigt, da die tatbestandlichen Voraussetzungen der in Betracht kommenden Ermächtigungsgrundlage, nämlich die des § 33 SächsDSG, nicht erfüllt sind; auf die Frage, ob das SächsDSG seinerseits verfassungsgemäß ist, kommt es daher vorliegend nicht an. Im Rahmen der „Abwägungslehre“ ist nunmehr das Gewicht der Grundrechtsverletzung gegen das staatliche Strafverfolgungsinteresse abzuwägen. Im Ergebnis dürfte vorliegend das Strafverfolgungsinteresse nachrangig sein. Denn das Beweismittel wird lediglich zur Aufklärung eines geringfügigen Diebstahls benötigt; demgegenüber dürfte die Grundrechtsverletzung schwerer wiegen. Hierbei dürfte auch zu beachten sein, dass gerade bei Eingriffen in das informationelle Selbstbestimmungsrecht den Verfahrensgarantien ein hoher Stellenwert eingeräumt wird. Der Schutz des Grundrechts soll insbesondere durch Aufklärungs-, Auskunfts- und die hier betroffenen Löschungspflichten gewährleistet werden; um diese Verfahrensrechte nicht fruchtlos bleiben zu lassen, gebietet das Grundgesetz in bestimmten Fällen ein Verwertungsverbot. Vorliegend dürfte der Grundrechtsverstoß auch deshalb besonders schwerwiegend sein, weil die Bibliotheksleiterin sich bewusst und planmäßig über die gesetzlichen Lösungsfristen hinwegsetzte, um auf der Grundlage des Inventurergebnisses gezielte Sichtungen der Aufzeichnungen veranlassen zu können.

#### bb) Beweisverwertungsverbot bezüglich der weiteren Beweismittel

Da die weiteren Beweismittel (Aussagen der Zeugen Listig und Pilsner, Durchsuchung) nur deshalb gewonnen werden konnten, weil die Beschuldigte aufgrund der rechtswidrigen Videoaufzeichnung als mögliche Täterin identifiziert wurde, stellt sich die Frage, ob sich das angenommene Beweisverwertungsverbot auch auf diese Beweismittel erstreckt. Eine solche Fernwirkung dürfte im Hinblick auf das „unabweisbare Bedürfnis einer wirksamen Strafverfolgung und Verbrechensbekämpfung“ mit der herrschenden Meinung grundsätzlich abzulehnen sein. Allenfalls soweit die Vernehmung der Zeugin Listig über den Inhalt der Videoaufzeichnung in Betracht kommt, dürfte sich die Unzulässigkeit eines solchen Beweises daraus ergeben, dass die Gründe, aus denen sich die Unzulässigkeit der Verwertung der Videoaufzeichnung ergibt, in gleicher Weise gegen die Verwertbarkeit einer Aussage über deren Inhalt sprechen.

Leitsatz

1. Zur Zulässigkeit strafprozessualer Verwertung einer Tonbandaufnahme, die eine Privatperson über ein zwischen dem Beschuldigten und einem Dritten geführtes Gespräch ohne Wissen des letzteren hergestellt hat.
2. Darf die Tonbandaufnahme nicht im Wege des Augenscheins durch Abspielen als Beweismittel verwertet werden, dann darf über ihren Inhalt auch nicht durch Vernehmung eines Dritten, der Kenntnis von ihm erlangt hat, Beweis erhoben werden.

Orientierungssatz

Die Verwertung einer Tonbandaufnahme, die ohne Wissen des Gesprächspartners aufgenommen wurde ist nur dann zulässig, wenn sie sich durch ein überwiegendes Interesse der Allgemeinheit rechtfertigen lässt. Entscheidend ist, ob die Verwertung bei Abwägung aller Umstände des Einzelfalles strikt dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht. Abzuwägen sind dabei einerseits die Intensität des mit der Verwertung des Tonbandes verbundenen Eingriffes in das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, andererseits die berechtigten Erfordernisse der Strafrechtspflege, wobei es auf Art und Schwere der in Rede stehenden Straftat ankommt, ferner darauf, ob sich die Tonbandaufnahme nach Ausschöpfung aller anderen rechtlich zulässigen Möglichkeiten als das einzige Mittel zur Überführung des Täters oder zur Entlastung eines Beschuldigten erweist; schließlich kann auch die Bedeutung des Beweismittels für die Schuld- oder Straffrage nicht unberücksichtigt bleiben.

Aus den Gründen:

1. Das Landgericht hat den Antrag des Angeklagten, die Zeugin So zu laden mit der Auflage, die in ihrem Besitz befindliche Tonbandaufnahme eines Gesprächs zwischen dem Angeklagten und dem Nebenkläger vor Gericht abzuspielen, zu Recht abgelehnt. Die damit erstrebte Beweisaufnahme war unzulässig.

a) Das fragliche Gespräch war heimlich, ohne Wissen und Willen des Gesprächspartners (des Nebenklägers) - und damit unter Verstoß gegen ein Strafgesetz (§ 201 Abs.1 Nr.1 StGB) und gegen grundrechtlich geschützte Belange des Gesprächspartners (Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, Art. 1 Abs.1 und Art. 2 Abs.1 GG) - aufgenommen worden. Seine Verwertung als Beweismittel wäre im konkreten Fall unzulässig.

Es ist nicht ersichtlich und wird vom Revisionsführer auch nicht behauptet, dass er bei der Aufnahme des Gesprächs in Notwehr oder einer notwehrrähnlichen Lage gehandelt hätte oder dass übergeordnete Interessen die heimliche Aufnahme des Gespräches gerechtfertigt hätten. Der Nebenkläger hat der Verwertung widersprochen. Ebenso wie die Aufnahme würde auch die Verwertung des Tonbandes gegen das Strafgesetz (§ 201 Abs.1 Nr.2 StGB) sowie das oben genannte Grundrecht verstoßen. Die Verwertung des Tonbandes im Wege eines Augenscheins (Abspielen des Bandes) käme deshalb nur unter strengen Voraussetzungen in Betracht, die hier nicht erfüllt sind.

Vorauszuschicken ist zunächst: Der Grundrechtsschutz gilt für jedermann, nicht nur für den Beschuldigten; er greift deshalb insbesondere grundsätzlich auch zugunsten eines Zeugen ein, um dessen heimlich aufgenommenes Wort es geht. Es liegen zwar keine Anhaltspunkte dafür vor, dass das heimlich aufgenommene Gespräch den „Kernbereich der privaten Lebensgestaltung, die Intimsphäre“ des Nebenklägers berührte, was zur absoluten Unverwertbarkeit des Tonbandes führen würde. Ebenso wenig ist aber zu erkennen, dass die Tonbandaufnahme von vornherein aus dem Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art.1 Abs.1 GG herausfiele, weil - etwa wie bei fernmündlichen Durchsagen und Bestellungen im geschäftlichen Verkehr - der objektive Gehalt des Gesagten so sehr im Vordergrund steht, dass die

Persönlichkeit des Sprechenden nahezu vollends dahinter zurücktritt und das gesprochene Wort damit seinen privaten Charakter einbüßte. Der Revisionsführer behauptet entsprechende Tatsachen nicht. Auch dem Urteil und dem Hauptverhandlungsprotokoll lassen sich dahingehende Fakten nicht entnehmen. Der Nebenkläger musste davon ausgehen, das Gespräch finde unter vier Augen statt; er brauchte nicht damit zu rechnen, dass seine Worte heimlich auf Tonband aufgenommen werden würden. Er beruft sich deshalb zu Recht auf den Schutz des Rechtes am eigenen Wort.

b) Die Verwertung des Tonbandes wäre demzufolge nur dann zulässig, wenn sie sich durch ein überwiegendes Interesse der Allgemeinheit rechtfertigen ließe. Dies ist nicht der Fall:

Entscheidend ist, ob die Verwertung bei Abwägung aller Umstände des Einzelfalles strikt dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht. Abzuwägen sind dabei einerseits die Intensität des mit der Verwertung des Tonbandes verbundenen Eingriffes in das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, andererseits die berechtigten Erfordernisse der Strafrechtspflege, wobei es auf Art und Schwere der in Rede stehenden Straftat ankommt - in Fällen schwerer Kriminalität, nämlich bei Taten gegen Leib und Leben anderer oder gegen die existentiellen Grundlagen der freiheitlich-demokratischen Grundordnung oder gegen sonstige Rechtsgüter vergleichbaren Ranges, wird es im allgemeinen keinen verfassungsrechtlichen Bedenken unterliegen, wenn zur Feststellung der Identität von Straftätern oder zur Entlastung zu Unrecht Beschuldigter notfalls auf heimlich hergestellte Tonbandaufnahmen Dritter zurückgegriffen wird -, ferner darauf, ob sich die Tonbandaufnahme nach Ausschöpfung aller anderen rechtlich zulässigen Möglichkeiten als das einzige Mittel zur Überführung des Täters oder zur Entlastung eines Beschuldigten erweist; schließlich kann auch die Bedeutung des Beweismittels für die Schuld- oder Straffrage nicht unberücksichtigt bleiben.

Wie gravierend eine Verwertung der Tonbandaufnahme in das Geheimhaltungsinteresse des Nebenklägers eingreift, kann hier nicht beurteilt werden, weil der Inhalt des aufgenommenen Gespräches dem Senat nicht bekannt ist, der Angeklagte darüber keine Angaben macht und weil weder aus dem Urteil noch aus dem Hauptverhandlungsprotokoll noch aus den Akten ein zuverlässiges Bild zu gewinnen ist. Es kann demzufolge nicht von einem nur unwesentlichen Eingriff ausgegangen werden.

Andererseits ist zu berücksichtigen: Die dem Angeklagten vorgeworfenen Taten (Verleumdung und falsche Verdächtigung) zählen abstrakt betrachtet nicht zu den Fällen schwerer Kriminalität im oben genannten Sinne; auch die konkrete Straferwartung (Geldstrafe von 160 Tagessätzen) bewegt sich knapp unterhalb des mittleren Bereichs des für Geldstrafen eröffneten Strafrahmens (§ 40 Abs.1 Satz 1 StGB). Das Tonband ist nicht das einzige dem Angeklagten zur Verfügung stehende Beweismittel; es hätte ihm freigestanden, (zunächst) den Nebenkläger als Zeugen zum Inhalt des Gesprächs vernehmen zu lassen. Von entscheidender Bedeutung aber ist, dass die vom Angeklagten erstrebte Entlastung durch die Verwertung des Tonbandes nicht zu erreichen wäre: Der Angeklagte wollte mit Hilfe der Tonbandaufnahme erklärtermaßen die Glaubwürdigkeit des als Zeugen vernommenen Nebenklägers erschüttern. Allerdings lässt schon die Revisionsbegründung nicht erkennen, inwieweit das Tonband hierzu geeignet sein könnte. Der Angeklagte möchte beweisen, dass der Nebenkläger bei jenem Gespräch "Druck" auf ihn ausgeübt habe. Tatsachen, die eine solche Wertung zuließen, teilt er jedoch nicht mit. Auch dem Urteil lassen sich derartige Tatsachen nicht entnehmen. Aus ihm ergibt sich vielmehr (nur), dass der Angeklagte behauptet hat, die Polizeiinspektion K bzw. der Nebenkläger habe ihm im September 1984 mit Berufsverbot, Schließung des Geschäfts und regelmäßigen Kontrollen gedroht. Das heimlich aufgenommene Gespräch muss aber später, nämlich Ende Oktober 1984 stattgefunden haben, wie sich daraus ergibt, dass der Angeklagte erst im Oktober 1984 Kontakt mit der R Redaktion aufgenommen und diese das Gespräch mit seinem Wissen aufgezeichnet hat. Dass das heimlich aufgenommene Gespräch denselben Inhalt gehabt hätte wie das vom September 1984, kann nicht ohne weiteres unterstellt werden. Es steht im Gegenteil in Widerspruch zum Akteninhalt: Aus dem Protokoll des Mitschnittes der ... Sendung ergeben sich insoweit keine Hinweise auf Drohungen. Der Angeklagte selbst hat bei seiner Vernehmung durch den ermittelnden Staatsanwalt eine Schilderung des Gesprächs gegeben, der nicht die geringsten Anhaltspunkte für Drohungen oder Ausübung irgendeines Druckes entnommen werden können; er hat zudem ausdrücklich

erklärt, die Stellungnahme des Nebenklägers zu jenem Gespräch sei korrekt. Danach ging es allein darum, dass der Nebenkläger auf die Erklärung des Angeklagten, er sei mit einer Person in Kontakt getreten, die ihm Rauschgift verkaufen wolle, gesagt hat, er - der Angeklagte - solle "am Ball bleiben". Hiermit kann nicht - was möglicherweise auch das Ziel des Angeklagten ist - bewiesen werden, dass der Nebenkläger zum Ankauf von Rauschgift "Anweisung gegeben" habe.

Von Bedeutung ist auch: Wie das Urteil zeigt, hat der Nebenkläger über den Inhalt des heimlich aufgenommenen Gespräches in der Hauptverhandlung nicht ausgesagt, so daß das Abspielen des Tonbandes insoweit auch keine - gegebenenfalls Rückschlüsse auf die Glaubwürdigkeit insgesamt zulassenden - Widersprüche oder Unwahrheiten aufdecken könnte.

Ein überwiegendes Interesse des Angeklagten bzw. der Strafrechtspflege an der Verwertung der Tonbandaufnahme lässt sich demnach nicht feststellen.

In einer solchen Vernehmung läge allerdings kein Verstoß gegen den Unmittelbarkeitsgrundsatz (§ 250 StPO), da dieser nur für Wahrnehmungen von Zeugen und Sachverständigen gilt; ein weiterreichender Grundsatz, wonach stets das sachnächste Beweismittel benutzt werden muss, besteht nicht.

#### cc) Beweiswürdigung

Der Beschuldigten dürfte aufgrund des Umstandes, dass die Bücher in ihrer Wohnung aufgefunden wurden, und der Zeuge Pilsner ein ihm gegenüber gemachtes Geständnis der Beschuldigten bestätigen kann, mit hinreichender Wahrscheinlichkeit nachgewiesen werden können, dass sie die Bücher entwendet hat. Hinzu kommen die Beobachtungen der Zeugin Listig, wonach die Beschuldigte von einem (vermeintlichen) Defekt der Überwachungsanlage wusste.

#### b) Subjektiver Tatbestand

Auch der subjektive Tatbestand dürfte bereits angesichts des feststehenden äußeren Sachverhalts unproblematisch vorliegen. Darüber hinaus kann der Zeuge Pilsner zum ihm gegenüber erfolgten Geständnis der Beschuldigten vernommen werden.

#### c) Vorliegen eines besonders schweren Falles gemäß § 243 Abs. 1 5. 2 Nr. 2 und 5 StGB

In Betracht kommt das Vorliegen eines besonders schweren Falls des Diebstahls, weil es sich um eine Sache, die durch eine „besondere Schutzvorrichtung gesichert“ ist (Nr. 2), oder um eine Sache von Bedeutung für die Wissenschaft (Nr. 5) gehandelt haben könnte. Eine besondere Schutzvorrichtung gegen die Wegnahme könnte hier das Sicherungsetikett darstellen. Allerdings ist dieses nicht primär dazu geeignet und bestimmt die Wegnahme der Bücher zu erschweren. Vielmehr dient das Sicherungsetikett der Wiedererlangung und dem Eigentumsnachweis.

Auch dürfte es sich bei dem Lehrwerk nicht um eine Sache mit besonderer Bedeutung für die Wis-



senschaft handeln. Denn es handelt sich nicht um ein Unikat oder ein seltenes Werk; vielmehr ist die Ausgabe mehrfach vorhanden und leicht ersetzbar.

#### d) Ergebnis

Es besteht hinreichender Tatverdacht wegen Diebstahls.

### 2. Unterschlagung, § 246 Abs. 1 StGB

§ 246 StGB ist durch das Einstecken der Bücher ebenfalls verwirklicht, allerdings tritt er aufgrund der formellen Subsidiaritätsklausel zurück; eine davon nicht erfasste „wiederholte Zueignung“ ergibt sich aus dem Sachverhalt nicht und ist im Übrigen mit der herrschenden Meinung auch nicht anzuerkennen.

### 3. Sachbeschädigung, § 303 Abs. 1 StGB

Durch das Entfernen der Sicherungsetiketten hat die Beschuldigte die Bücher auch beschädigt; schriftlicher Strafantrag gemäß §§ 303c, 77 StGB, 158 Abs. 2 StPO liegt vor.

### 4. Urkundenunterdrückung, § 274 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2, 3 StGB

Eine Urkundenunterdrückung durch Beschädigung (§ 274 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 StGB) dürfte ausscheiden, da Sicherungsetikett und Buch mangels Beweisfunktion des Sicherungsetiketts keine zusammengesetzte Urkunde darstellen. Allerdings dürften die Bücher und die Signatur bzw. der Eigentumsstempel der Bibliothek jeweils eine zusammengesetzte Urkunde darstellen, so dass in der Mitnahme der Bücher möglicherweise eine Urkundenunterdrückung (§ 274 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 3 StGB) liegt.

#### a) Objektiver Tatbestand

Fraglich ist, ob die Bücher bereits wegen der Signatur eine zusammengesetzte Urkunde darstellen. Die Signatur müsste ein mit einem Augenscheinsobjekt verbundenes Beweiszeichen sein, das geeignet und bestimmt ist, eine Gedankenerklärung des Urhebers zu vermitteln und für bestimmte rechtliche Beziehungen Beweis zu erbringen. Die Abgrenzung zwischen Beweiszeichen und bloßen Kennzeichen ist im Einzelfall wohl von der Funktion des Zeichens her zu bestimmen. Die Signatur dient hier nicht nur zur bloßen Standortkontrolle, sondern beweist auch die Eigentümerstellung der Universität, da sie nicht nur den Standort innerhalb der Bibliothek, sondern auch den Zusatz „Unibib. Leipzig“ enthält; damit ist sie zum Nachweis der Eigentümerstellung jedenfalls geeignet und dürfte dazu auch bestimmt sein. Es erscheint daher vertretbar, bereits insoweit von einer zusammengesetz-

ten Urkunde auszugehen. Jedenfalls wegen des Eigentumsstempels dürfte es sich bei den Büchern um zusammengesetzte Urkunden handeln, da dieser Stempel unproblematisch zum Eigentumsnachweis bestimmt ist. Durch die Mitnahme der Bücher hat die Beschuldigte sie der Benutzung des Berechtigten, der Universität Leipzig, zu Beweis Zwecken entzogen.

#### b) Subjektiver Tatbestand

Die Beschuldigte hat hinsichtlich des objektiven Tatbestandes vorsätzlich gehandelt. Allerdings dürfte es an der Nachteilszufügungsabsicht fehlen. Die urkundenspezifische Nachteilszufügungsabsicht liegt nur dann vor, wenn der Täter beabsichtigt, die Benutzung gerade des gedanklichen Inhalts der Urkunde in einer aktuellen Beweissituation zu vereiteln. Erschöpft sich der beabsichtigte Nachteil in der bloßen Einwirkung auf das Objekt des § 274 StGB, wie wohl vorliegend in der Mitnahme der Bücher zum Zwecke der Aneignung, kann darin keine urkundenspezifische Nachteilszufügungsabsicht im Sinne von § 274 StGB gesehen werden.

#### c) Ergebnis

Es besteht kein hinreichender Tatverdacht wegen Urkundenunterdrückung.

#### 5. Verwahrungsbruch, § 133 Abs. 1 StGB

Zwar besitzt die Universität Leipzig als Körperschaft des öffentlichen Rechts grundsätzlich die hoheitlichen Kompetenzen zur dienstlichen Verwahrung. Fraglich ist jedoch, ob in Bezug auf die Bücher eine solche dienstliche Verwahrung vorliegt. Die dienstliche Verwahrung ist abzugrenzen vom bloßen Amtsbesitz, der an Sachen besteht, die sich nicht zum Zwecke dauernder oder vorübergehender Aufbewahrung in amtlichem Gewahrsam befinden, sondern zum Gebrauch bzw. Verbrauch durch die Behörde. Vorliegend sind die Bücher zum Bibliotheksgebrauch bestimmt, so dass schlichter Amtsbesitz vorliegen dürfte. Soweit nach anderer Auffassung Verwahrungsbruch an Bibliotheksbeständen möglich sein, wenn und soweit die Bestände als Kulturgut für spätere Generationen erhalten bleiben sollen, dürften diese Voraussetzungen bei Neubeständen, die auf dem Markt unproblematisch erhältlich sind, nicht vorliegen. Es besteht kein hinreichender Tatverdacht wegen Verwahrungsbruch.

### **III. Gesamtergebnis**

Gegen die Beschuldigte besteht nach der hier vertretenen Auffassung hinreichender Tatverdacht wegen Betruges in Tatmehrheit mit Diebstahl und hierzu tateinheitlicher Sachbeschädigung. Tateinheit zwischen der Sachbeschädigung und dem Diebstahl besteht deshalb, weil die Sachbeschädigung (Entfernung der Sicherungsetiketten) die Wegnahme ermöglichen sollte; es liegt somit ein einheitlicher Tatentschluss vor.

## **B. Prozessuales Gutachten**

### **I. Teileinstellungen/Bestimmung des zuständigen Gerichts**

Teileinstellungen gemäß § 170 Abs. 2 StPO kommen nicht in Betracht, da die Beschuldigte hinsichtlich aller prozessualen Taten hinreichend tatverdächtig ist.

Die Anklage ist gemäß §§ 24, 25 Nr. 2 GVG zum Amtsgericht Leipzig – Strafrichter – zu erheben, da die Straferwartung hinsichtlich der anzuklagenden Taten offensichtlich unter zwei Jahren Freiheitsstrafe liegt.

Die Beschuldigte ist im zweiten Tatkomplex wegen Diebstahls in Tateinheit mit Sachbeschädigung hinreichend verdächtig; im Falle des Schuldspruchs wäre die Einzelstrafe hierfür gemäß § 52 Abs. 2 StGB zu bilden und dem Diebstahlstatbestand zu entnehmen, da dieser gegenüber dem Tatbestand der Sachbeschädigung die höhere Strafandrohung aufweist. Es dürfte insoweit eine geringfügige Geldstrafe tat- und schuldangemessen sein, da die Beschuldigte nicht vorbestraft und die Schadenshöhe gering ist; die entwendeten Bücher können zudem wieder in den Bibliotheksbestand zurückgeführt werden.

Im ersten Tatkomplex hat sich die Beschuldigte wegen Betruges hinreichend verdächtig gemacht. Im Falle des Schuldspruchs wäre auch insoweit nur eine Geldstrafe im unteren Bereich zu erwarten, da der Schaden wieder gut gemacht worden ist und die Tat durch offenbar mangelnde Kontrolle der Angaben begünstigt wurde. Die Gesamtstrafe bezüglich beider Taten wäre durch Erhöhung der höchsten Einzelstrafe zu bilden (§ 54 Abs. 1 S. 2 StGB) und darf die Summe der Einzelstrafen nicht erreichen (§ 54 Abs. 2 S. 1 StGB); im Ergebnis dürfte also eine Geldstrafe zu erwarten sein.

### **II. Haft**

Der dringende Tatverdacht ergibt sich aus dem materiell-rechtlichen Gutachten. Ein Antrag auf Erlass eines Haftbefehls ist gleichwohl nicht zu stellen, da kein Haftgrund gemäß § 112 Abs. 2 StPO ersichtlich ist. Insbesondere ist die erwartete Verhängung einer Geldstrafe schon für sich genommen nicht fluchtanreizbietend, besondere Umstände im vorliegenden Fall – insbesondere solche des § 113 StPO – sind nicht ersichtlich.

### **III. Pflichtverteidigung**

Ein Fall der notwendigen Verteidigung gemäß § 140 StPO liegt offensichtlich nicht vor. Da die Beschuldigte bereits einen Wahlverteidiger hat, wäre aber ohnehin nichts weiter zu veranlassen.

### **IV. Rückgabe der Bücher an die Universität Leipzig**

Die entwendeten Bücher, die bei der Beschuldigten sichergestellt wurden, dürften gemäß § 111n

Abs. 2 StPO an die Universität Leipzig herauszugeben sein, da sie zu Beweis Zwecken nicht mehr benötigt werden: Die Sachbeschädigung an den Büchern kann durch Zeugenaussagen nachgewiesen werden.

**305 Js 36675/17**

An das  
Amtsgericht Leipzig  
- Strafrichter -

## **A n k l a g e s c h r i f t**

Susi Söllner

- Registerauszug ist beigelegt -

Verteidiger: Rechtsanwalt Dr. Werner Eisler, Karl-Liebknecht-  
Straße 24, 04107 Leipzig

wird **a n g e k l a g t**,

in Leipzig

am 26. Juni 2011 und am 17. Juni 2017

durch zwei selbständige Handlungen

1. in der Absicht, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, das Vermögen eines anderen dadurch geschädigt zu haben, dass sie durch Vorspiegelung falscher Tatsachen einen Irrtum erregte,

2. eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht weggenommen zu haben, die Sache sich rechtswidrig zuzueignen

und zugleich

eine fremde Sache zerstört zu haben,

Der Angeschuldigten wird Folgendes zur Last gelegt:

1. Am 26. Juni 2011 erklärte die Angeschuldigte in einem Antrag auf Ausbildungsförderung nach dem Bundesausbildungsförderungsgesetz (BAFöG) gegenüber dem Studentenwerk Leipzig bewusst wahrheitswidrig, nicht im Besitz von Wertpapieren zu sein, obwohl sie – wie er bewusst war – Inhaberin eines Wertpapierdepots mit einem Kurswert von etwa 25.000,- Euro war, wodurch sie im Zeitraum Oktober 2011 bis September 2012 insgesamt Leistungen von monatlich 279,- Euro bezog, insgesamt 3.348,- Euro, auf die sie – wie sie wusste – keinen Anspruch hatte.

2. Am 17. Juni 2017 um 10.22 Uhr steckte die Angeschuldigte in den Räumen der Universitätsbibliothek Leipzig, Zentralbibliothek Medizin, Liebigstraße 13, 04103 Leipzig beide Bände des Buches „Atlas der Anatomie des Menschen“ unter ihren Pullover, nachdem sie zuvor das unter dem hinteren Buchdeckel mit dem Buch fest verbundene Sicherheitsetikett unter Zuhilfenahme eines Werkzeugs entfernt hatte, um die Bücher für sich zu verwenden.

**Vergehen**, strafbar gemäß §§ 242, 263 Abs. 1, 303, 303c, 52, 53, 77, 77b StGB.

Der erforderliche Strafantrag wurde form- und fristgerecht gestellt.

**Beweismittel**

- erlassen -

Es wird beantragt,

das Hauptverfahren zu eröffnen und die Anklage vor dem Amtsgericht Leipzig – Strafrichter – zur Hauptverhandlung zuzulassen.

Schnell  
Staatsanwalt