

# Lösungsvorschlag Fall 9

## I.

1. Der Strafgefangene S will unbedingt ein Konzert seiner Lieblingsrockgruppe AC/DC besuchen. Deshalb stellt er beim Anstaltsleiter L einen Antrag auf Ausgang gem § 99a StVG. Dabei ist ihm aufgrund seiner langjährigen „Erfahrung“ bewusst, dass die Voraussetzungen für einen solchen überhaupt nicht vorliegen. L ist zunächst unsicher, ob er diesen Ausgang gewähren soll; da ihm S aber bewusst wahrheitswidrig zusichert, dass der Ausgang gesetzeskonform sei, gewährt L dem S den – objektiv gesetzwidrigen – Ausgang. L ist bis zum Schluss die Rechtslage nicht klar, weil er in seinem neuen Tätigkeitsfeld noch nicht recht eingearbeitet ist; er findet sich aber gleichwohl mit einer allfälligen Rechtswidrigkeit seiner Bewilligung ab.

Prüfen Sie die Strafbarkeit von L und S.

### *Das gesetzwidrige Gewähren von Ausgang*

#### **Strafbarkeit des L**

#### **Missbrauch der Amtsgewalt in unmittelbarer Täterschaft (§§ 12, 1. Fall, 302 Abs 1 StGB)**

##### **I. TB**

##### **1. OTB:**

L ist **Beamter** iS des § 74 Abs 1 Z 4 StGB, weil er als Leiter einer Strafvollzugsanstalt dazu berufen ist, als Organ des Bundes Rechtshandlungen vorzunehmen. Die Bewilligung des Ausganges ist ein **Amtsgeschäft**; denn es handelt sich dabei um eine Rechtshandlung (§ 99a StVG), die zum Gegenstand der von L geleiteten Strafvollzugsanstalt gehört. L hat die **Befugnis**, dieses Amtsgeschäft vorzunehmen. Es handelt sich zudem unproblematisch um **Hoheitsverwaltung** (Strafvollzug). L **missbraucht objektiv diese Befugnis**, weil er Ausgang gewährt, obwohl die Voraussetzungen nach § 99a StVG dafür nicht vorliegen.

##### **2. STB: Tatvorsatz und erweiterter Vorsatz**

Gem § 302 Abs 1 StGB ist **Wissentlichkeit** in Bezug auf den Befugnismissbrauch erforderlich. L ist allerdings die Rechtslage in Bezug auf den Ausgang nicht klar, weil er in seinem neuen Tätigkeitsbereich noch nicht recht eingearbeitet ist. Es fehlt ihm daher die **Wissentlichkeit** im Hinblick auf den Befugnismissbrauch. Er handelt lediglich mit bedingtem Vorsatz, da er sich mit der Rechtswidrigkeit der Bewilligung abfindet. Das reicht jedoch nicht für § 302 Abs 1 StGB.

L ist **mangels Wissentlichkeit nicht nach § 302 Abs 1 StGB strafbar**.

**Kein § 300 StGB**, weil L den Gefangenen ja nicht zur Gänze befreit, sondern ihm nur einen rechtswidrigen Ausgang verschafft (von dem der Gefangene ja wieder zurück in das Gefängnis kommen muss).

Aus dem gleichen Grund **scheitert** auch **§ 299 StGB**.

Zudem ist auch **§ 311 StGB** für L nicht einschlägig, weil die Gewährung des Ausgangs zwar gesetzwidrig ist, gleichwohl aber keine fälschliche Beurkundung vorliegt; denn L beurkundet genau das, was er auch bewilligt hat (wenn auch gesetzwidrig).

## **Strafbarkeit des S**

### **Missbrauch der Amtsgewalt als Bestimmungstäter (§§ 12, 2. Fall, 14 Abs 1, 302 Abs 1 StGB)**

#### **I. TB**

##### **1. OTB:**

– **Tatsubjekt:** Voraussetzungen des § 14 Abs 1 Satz 1 und Satz 2, 2. Fall (§ 302 als Sonderpflichtdelikt): dazu gibt es drei unterschiedliche Ansätze in Rsp und Schrifttum:

a) S kann nach *hM* als **Nichtbeamter** Täter des § 302 sein, weil der Beamte L (= Qualifizierte iS des § 14 Abs 1) in **vorsätzlicher Weise Amtsmissbrauch begeht** (siehe oben). Dass L selbst nicht wissentlich handelt und deshalb auch nicht wegen § 302 bestraft werden kann, schadet insoweit nicht (Einheitstätersystem!).

b) Nach *Schmoller* und *Triffterer* reicht sogar **objektiv sorgfaltswidriges** Mitwirken des Beamten, um sich als Nichtbeamter an § 303 beteiligen zu können; dies ist hier ebenfalls gegeben, weil L jedenfalls objektiv pflichtwidrig den Ausgang bewilligt hat (siehe oben). Dass L selbst nicht wissentlich handelt und deshalb auch nicht wegen § 302 bestraft werden kann, schadet insoweit nicht (Einheitstätersystem!).

c) Nach *Fuchs* dagegen setzt eine Strafbarkeit eines Nichtbeamten wegen Amtsmissbrauchs voraus, dass der Beamte **wissentlich** handelt. Teilt man diese Position, könnte sich S infolge § 14 Abs 1 StGB nicht wegen § 302 StGB strafbar machen, da L nicht wissentlich seine Befugnis missbraucht (siehe oben).

– **Bestimmungshandlung:** S setzt eine Bestimmungshandlung, weil er einen Antrag auf gesetzwidrigen Ausgang stellt und L zudem ausdrücklich zusichert, dass es sich um einen gesetzeskonformen Ausgang handelt; auf diese Weise weckt S in L den **Tatentschluss**, einen gesetzwidrigen Ausgang zu genehmigen.

– **Tatvollendung durch unmittelbare Täter:** L **vollendet** § 302 Abs 1 StGB, weil er den objektiven Tatbestand des Amtsmissbrauchs verwirklicht (siehe oben). Dass L wegen mangelnder Wissentlichkeit den subjektiven Tatbestand des § 302 nicht verwirklicht, ändert nichts an der Vollendung des § 302 durch L, weil dafür bereits die Erfüllung des objektiven Tatbestands genügt.

## 2. STB:

– **Bestimmungsvorsatz:** S kam es sogar darauf an, den Beamten L dazu zu bringen, einen gesetzwidrigen Ausgang zu genehmigen (**Absicht**); denn nur auf diese Weise war es ihm möglich, das Konzert von AC/DC zu besuchen.

– **Tatvorsatz:** S **weiß** in laienhafter Beurteilung, dass es sich bei L um einen Beamten handelt, der im Rahmen der Hoheitsverwaltung agiert. Ferner weiß S aus seiner langjährigen Erfahrung, dass L grundsätzlich dazu befugt ist, Ausgang zu gewähren. Schließlich **weiß** S – im Gegensatz zu L (siehe oben) – auch, dass die Genehmigung des Ausgangs durch L gesetzwidrig ist und er somit dadurch seine Befugnis missbraucht. Denn laut SV ist ihm bewusst, dass die Voraussetzungen für einen Ausgang gar nicht vorliegen.

– **Erweiterter Vorsatz: Schädigungsvorsatz:** S hält es zumindest ernstlich für möglich und findet sich damit ab, dass durch die gesetzwidrige Gewährung des Ausgangs der Staat in seinem Recht auf ordnungsgemäße Vollziehung des StVG geschädigt wird.

**Ergebnis:** S verwirklicht §§ 12, 2. Fall, 14 Abs 1, 302 Abs 1 StGB

2. Der 40-jährige O lernt im Urlaub die hübsche 15-jährige J kennen. In Kenntnis ihres Alters bietet er ihr nach wenigen Tagen Geld, Zigaretten und Süßigkeiten dafür an, dass sie mit ihm den Geschlechtsverkehr vollzieht. J nimmt die Geschenke an, lässt sich auf den Wunsch des O ein und vollzieht mit ihm den Geschlechtsverkehr.

Als J beim nächsten Treffen in der Wohnung des O erklärt, die Affäre nicht fortsetzen zu wollen, droht O ihr an, sie mehrere Stunden in das Schlafzimmer einzusperren, um doch noch einen weiteren Intimverkehr zu erreichen. Als daraufhin J in Tränen ausbricht und den O inständig bittet, sie doch in Ruhe zu lassen, bekommt O Mitleid mit J und lässt sie gehen.

Prüfen Sie die Strafbarkeit von O.

### *Vollzug des Geschlechtsverkehrs mit J*

#### **Sexueller Missbrauch von Jugendlichen (§ 207b Abs 3 StGB)**

##### **I. TB**

##### **1. OTB**

J ist 15jährig, sie hat somit das **18. Lebensjahr noch nicht vollendet**. Bei den von O angebotenen Geld, den Zigaretten sowie den Süßigkeiten handelt es sich um ein **Entgelt**. Denn gem § 74 Abs 1 Z 6 StGB ist Entgelt „jede einer Bewertung in Geld zugängliche Gegenleistung“, was sowohl bei Geld als auch bei Süßigkeiten bzw Zigaretten zu bejahen ist. Durch dieses Entgelt **verleitet** O die J unmittelbar zu einer **geschlechtlichen Handlung**, nämlich zur Vornahme eines Geschlechtsverkehrs an ihr. Das Delikt ist mit Vornahme des Geschlechtsverkehrs vollendet.

##### **2. STB: Vorsatz**

O **weiß**, wie alt J ist; somit ist ihm bekannt, dass sie das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat. Das Anbieten des Geldes und der Geschenke für den Geschlechtsverkehr indiziert, dass es O darauf ankam, die Jugendliche durch Zahlung eines Entgelts dazu zu verleiten, mit ihm den Geschlechtsverkehr zu vollziehen.

**O verwirklicht § 207 Abs 3 StGB**

### *Androhung des Einsperrens*

#### **Versuchte geschlechtliche Nötigung (§§ 15 Abs 1, 202 Abs 1 StGB)**

##### **I. TB**

##### **1. OTB:**

– **Nichterfüllung des oTB:** Da es zu keinem Intimverkehr zwischen O und J kommt, nötigt er sie nicht zur Vornahme bzw Duldung einer geschlechtlichen Handlung; mangels Taterfolg ist § 202 somit nicht vollendet.

– **Ausführungshandlung:** Da es sich bei § 202 um ein **mehraktiges Delikt** handelt, führt die Verwirklichung des ersten Teilaktes bereits zu einer Ausführungshandlung. Dies ist im vorliegenden Fall gegeben, weil O der J androht, sie in das Schlafzimmer einzusperren. Damit droht er ihr mit einer Verletzung der Freiheit; zudem war diese Drohung ohne Zweifel geeignet, der J begründete Besorgnis einzuflößen. O setzt damit eine **gefährliche Drohung** iS des § 74 Abs 1 Z 5.

– **Fehlende absolute Untauglichkeit:** aus der Sicht eines objektiven Dritten in der Situation des O war es keinesfalls ausgeschlossen, dass die gefährliche Drohung des O zur Nötigung der J zum Geschlechtsverkehr geführt hätte. Es liegt kein absolut untauglicher Versuch vor.

## 2. STB: Vorsatz

Im Zeitpunkt der Drohung kam es O darauf an, J zur Duldung bzw Vornahme des Beischlafs, also zu einer geschlechtlichen Handlung, zu nötigen. Somit kam es ihm auch auf die gefährliche Drohung selbst an (notwendiges Zwischenstadium zur Zielerreichung). Es liegt also insgesamt Vorsatz in Form der **Absicht** vor.

**II RW und III Schuld:** unproblematisch

## IV. Strafaufhebung: Rücktritt vom Versuch gem § 16 Abs 1

Es liegt ein **unbeendeter Versuch** vor; denn O ist sich im Klaren, noch nicht alles getan zu haben, um das Tatbild der geschlechtlichen Nötigung zu verwirklichen; O hätte J ja auch noch zur Duldung oder Vornahme des Intimverkehrs nötigen müssen. Dadurch, dass O die J gehen lässt, hat er die **Ausführung** der geschlechtlichen Nötigung **aufgegeben**. Da dies aus Mitleid und damit aus einem situationsunabhängigen Motiv erfolgt ist, handelt O zudem **freiwillig**.

O ist infolge Rücktritts vom Versuch nicht wegen §§ 15 Abs 1, 202 Abs 1 StGB zu bestrafen.

Es ist **kein Versuch der Vergewaltigung** (§§ 15 Abs 1, 201 StGB) gegeben, weil O nicht mit einer Verletzung von Leib oder Leben droht, sondern mit einer Beeinträchtigung der Freiheit. Ferner ist die bloße Androhung einer Freiheitsentziehung noch keine ausführungsnah Handlung in Bezug auf eine solche. Spätestens aber fehlt dem O der Vorsatz auf die Freiheitsentziehung, weil er diese ja nur androht; es darf nicht unterstellt werden darf, dass er O auch wirklich einsperren will.

**3.** E gelangt durch Zufall in den Besitz von Kundendaten eines großen Handelsunternehmens. Diese Kundendaten umfassen auch die Kreditkartennummern der Kunden des

Handelsunternehmens. Dem technisch bestens ausgerüsteten E gelingt es, die Kreditkartendaten eines Großkunden auf einen Kreditkartenrohling zu kopieren. Mit der solcherart präparierten Karte will er diverse Einkäufe erledigen.

Prüfen Sie die Strafbarkeit des E.

### „Skimmen“

## 1) Fälschung unbarer Zahlungsmittel (§ 241a Abs 1)

### I. TB

#### 1. OTB

Die Kreditkarte ist ein **unbares Zahlungsmittel iS des § 74 Abs 1 Z 10**. Sie ist ein körperliches Zahlungsmittel, das den Aussteller erkennen lässt (wenn auch nicht den echten). Zudem ist die Kreditkarte durch Codierung und Unterschrift gegen Fälschung geschützt. Ferner weist sie im Rechtsverkehr bargeldvertretende Funktion auf.

E **stellt** eine **falsche** Kreditkarte **her**, weil er durch das Übertragen der Datensätze auf einen Kreditkartenrohling den Eindruck erweckt, als stamme die so entstandene Kreditkarte von dem auf der Karte als Aussteller angegebenen Kreditinstitut, was jedoch nicht der Fall ist. Er **täuscht** also **über den wahren Aussteller**.

#### 2. STB: Vorsatz

E weiß laienhaft darüber Bescheid, welche Zwecke eine Kreditkarte hat; er kennt somit den sozialen Bedeutungsgehalt dieses Zahlungsmittel (**Parallelwertung** in der Laiensphäre).

E kommt es darauf an, eine falsche Kreditkarte herzustellen.

Ferner kommt es ihm darauf an, diese im Rechtsverkehr wie eine echte zu verwenden, weil er damit Einkäufe tätigen will (**erweiterter Verwendungsvorsatz**).

E verwirklicht § 241a Abs 1 StGB.

## 2) Besitz falscher unbarer Zahlungsmittel (§ 241b StGB)

### I. TB

#### 1. OTB

E **besitzt** nach Abschluss des Skimmens die falsche Kreditkarte, und damit ein falsches unbares Zahlungsmittel.

**2. STB**

E weiß, dass es sich bei der Kreditkarte um ein Falsifikat handelt. Zudem kommt es ihm sogar darauf an, die falsche Kreditkarte zu besitzen, weil er mit dieser Einkäufe erledigen will. Zudem hat E die Absicht, die falsche Kreditkarte wie eine echte im Rechtsverkehr zu verwenden, weil er mit der Karte diverse Einkäufe machen will.

E verwirklicht § 241b StGB.

**Konkurrenzen:** § 241b wird von § 241a Abs 1 verdrängt (Konsumtion).

## II.

1. G wird vom zuständigen Gericht wegen gewerbsmäßigen Betrugs (§ 148 1. Fall StGB) zu einer Freiheitsstrafe verurteilt. In der Strafbemessung wird der Umstand, dass G in der Absicht handelte, sich eine wiederkehrende Einnahme zu verschaffen, als erschwerend gewertet.

Bestehen gegen dieses Urteil Anfechtungsmöglichkeiten?

Zuständigkeit: **Einzelrichter** am Landesgericht gem § 31 Abs 4 Z 1 StPO.

Die Absicht, sich eine wiederkehrende Einnahme zu verschaffen, bildet hier bereits den **Strafgrund der Qualifikation**. Denn gerade diese Absicht macht eine Gewerbsmäßigkeit gem § 70 StGB aus. Dieser Umstand bestimmt daher die Strafdrohung des § 148, 1. Fall StGB. Es verstößt demzufolge gegen das **Doppelverwertungsverbot** (§ 32 Abs 2 Satz 1 StGB), wenn diese Absicht auch als **Erschwerungsgrund** in der Strafzumessung gewertet wird.

Das Urteil ist daher mit **Nichtigkeitsberufung** gem §§ **489 Abs 1 iVm 281 Abs 1 Z 11 StPO** bekämpfbar, weil in unvertretbarer Weise gegen § 32 StGB verstoßen und damit zwingendes Sanktionsrecht verletzt wurde.

Kein Fall für eine Strafberufung (§§ 489 Abs 1 iVm 464 Z 2 StPO), weil hier nicht bloß ein Ermessensfehler im Rahmen der Strafzumessung bekämpft wird, sondern ein Gesetzesverstoß gegeben ist.

2. In einem Verhandlungsprotokoll zu einer schöffengerichtlichen Hauptverhandlung sind wesentliche Punkte der einzelnen Zeugenaussagen nicht protokolliert. Ohne Rücksicht auf das unvollständige Protokoll bezieht sich der Richter in der Begründung seiner schriftlichen Urteilsausfertigung dennoch auf den Inhalt der einzelnen Aussagen, soweit ihm diese noch in Erinnerung sind.

Ist dies zulässig? Welches Rechtsmittel kommt in Betracht?

Das Gericht darf sich in seiner Urteilsbegründung nur auf das stützen, was in der HV vorgekommen ist und aus den Akten entsprechend ersichtlich ist (§ **258 StPO**). Ferner sieht § **271 Abs 3 StPO** vor, dass die Aussagen von Zeugen ihrem wesentlichen Inhalt nach zusammengefasst in das Protokoll aufzunehmen sind.

Wenn Feststellungen mit Beweismitteln begründet werden, deren Inhalt sich aus den Akten in ganz anderer Weise ergibt, liegt eine **Aktenwidrigkeit** iS des § 281 Abs 1 Z 5 StPO vor. Da vorliegend die Aussagen des Zeugen nur unvollständig protokolliert wurden, führt die Begründung des Richters aus seiner bloßen Erinnerung heraus zwangsläufig zu einer



Aktenwidrigkeit. Das Urteil ist also mit **Nichtigkeitsbeschwerde gem § 281 Abs 1 Z 5 StPO** (formeller Begründungsmangel) bekämpfbar.

Eine Nichtigkeitsbeschwerde nach § 281 Abs 1 Z 3 StPO ist nicht möglich, weil diese nur bei einem **gänzlichen Fehlen eines Protokolls** (§ 271 Abs 1: Protokollaufnahme über die HV bei sonstiger Nichtigkeit) in Betracht kommt, nicht aber bei einem bloßen Verstoß gegen § 271 Abs 3 StPO.

Ergänzend könnte man auch an einen **Protokollberichtigungsantrag** iS des § 271 Abs 7 StPO denken (ist bis zur Ausführung eines angemeldeten RM zulässig).