

Modus Operandi „Falscher Polizeibeamter“ – Diebstahl oder Betrug?

Von Ref. iur. Dr. Lukas Zeyher, Ref. iur. Dr. Aleksandar Zivanic, Konstanz/München*

Der modus operandi „falscher Polizeibeamter“ hat es nicht nur (mehrfach) zum BGH¹, sondern auch in die Presse geschafft. Am 8.7.2021 berichtete etwa Karin Truscheit in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung (F.A.Z.) über die Vorgehensweise von „falschen Polizeibeamten“.² Aus wissenschaftlicher Sicht stellt sich die – dogmatisch keineswegs leicht zu beantwortende – Frage, ob es sich beim Modus Operandi „falscher Polizeibeamter“ um einen Betrug (§ 263 Abs. 1 StGB) – wie der 1., 2. und 5. Strafsenat meinen – oder nicht möglicherweise eher um einen Diebstahl (§ 242 Abs. 1 StGB) handelt.³ Dieser Frage geht der vorliegende Beitrag auf den Grund.

I. Einleitung

Der Sachverhalt, der dem modus operandi „falscher Polizeibeamter“ zugrunde liegt, ist relativ überschaubar:⁴

Die Täter kontaktieren telefonisch mehrere ältere Menschen und gaukeln ihnen vor, sie seien Beamte der Polizei. Nach dem aktuellen Stand der Ermittlungen, so die Täter im Rahmen dieser Telefonate wahrheitswidrig, stünden die – jeweils kontaktierten – Personen im Visier einer Verbrecherbande, die es auf die Konten älterer Menschen abgesehen habe. Vor diesem Hintergrund wird ihnen dringend geraten⁵ bzw. befohlen⁶, sämtliches Buchgeld abzuheben und dieses –

* Der Verf. Dr. Zeyher ist Rechtsreferendar am Landgericht Konstanz und absolviert gegenwärtig die Anwaltsstation I bei einer Sozietät in München; der Verf. Dr. Zivanic ist ebenfalls Rechtsreferendar am Landgericht Konstanz und Wiss. Mitarbeiter bei einer Sozietät in München.

¹ Vgl. bereits BGH NStZ 2021, 37 f. (2. Strafsenat) sowie neuerdings BGH BeckRS 2021, 13188 (5. Strafsenat) und BGH, Urt. v. 29.7.2021 – 1 StR 83/21 (1. Strafsenat).

² Abrufbar unter

<https://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/kriminalitaet/falsche-polizisten-einblick-in-das-vorgehen-der-betrueger-17426358.html> (11.1.2022).

³ Dass sich die Täter jedenfalls gem. § 132 StGB strafbar gemacht haben, ist demgegenüber (eher) unstrittig.

⁴ Siehe – freilich beschränkt auf Einziehungsfragen – schon Zivanic, NStZ 2021, 264. Der Sachverhalt wurde (in leicht abgewandelter Form) zudem in der Großen Übung für Fortgeschrittene im Strafrecht im Sommersemester 2021 an der Universität Konstanz als Klausur bei Herrn Ministerialrat a.D. Dr. Matthias Fahrner, M.A. und Verf. Dr. Zivanic gestellt.

Die Fallkonstellation des „falschen Polizeibeamten“ taucht auch in der „klassischen“ Pseudo-Beschlagnahme-Konstellation (vgl. zu dieser II.) auf, vgl. insofern z.B. BGH BeckRS 2021, 13188: „Die Angeklagte war in den drei Fällen jeweils als Abholerin tätig und nahm die Beute in unmittelbarem Kontakt zu den Geschädigten in Empfang.“

⁵ So in BGH NStZ 2021, 37: „Den älteren Menschen wird daher dringend geraten [...]“; ebenso in BGH, Urt. v. 29.7.2021 – 1 StR 83/21.

⁶ So in BGH BeckRS 2021, 13188: „Die Geschädigten wurden

nach Weisung durch die „Polizei“ zum Zwecke der Sicherung – an einem bestimmten Ort zu deponieren. Die älteren Personen kommen diesem Ratschlag bzw. der Aufforderung nach, zumal sie den Informationen der „Polizei“ Glauben schenken. Das Geld wird schließlich von einem der Beteiligten eingesammelt und an die Zieladressen verbracht. Dort erfolgt dann auch die Beuteteilung.

Sowohl der 1., 2. als auch der 5. Strafsenat stehen auf dem Standpunkt, die Täter haben sich wegen Betrugs gem. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber und zu Lasten der kontaktierten älteren Menschen strafbar gemacht.⁷ Obschon der Fall eine gewissen Parallele zu den sog. Kriminalbeamten-Fällen⁸ aufweist,⁹ werfen die Senate die Frage nach der diffizilen Abgrenzung von Diebstahl und Betrug nicht auf. Anders gewendet: Eine (denkbare) Strafbarkeit der Täter wegen Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB wird schlicht nicht thematisiert. Dies überrascht zum einen vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des 4. Strafsenats. Dieser entschied schon in der frühen Nachkriegszeit: „Wer eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht, sie sich rechtswidrig anzueignen, wegnimmt, indem er diesen durch Vortäuschung einer behördlichen Beschlagnahme zur Duldung der Wegnahme bestimmt, [...] macht sich eines Diebstahls, nicht des Betruges schuldig.“¹⁰ Zum anderen geht auch die herrschende Literatur in dieser Konstellation von einer Strafbarkeit gem. § 242 Abs. 1 StGB aus.¹¹

Ist es gleichwohl überzeugend, dass der 1., 2. und 5. Strafsenat für die Fälle „falscher Polizeibeamter“ die Betrugslösung favorisieren?

II. Der sog. Kriminalbeamten-Fall und der Unterschied zum Fall „falscher Polizeibeamter“

Um eine Antwort auf diese Frage zu liefern, müssen zunächst die Sachverhaltsunterschiede zwischen dem Kriminalbeamten-Fall und dem Fall „falscher Polizeibeamter“ herauskristallisiert werden. Der Kriminalbeamten-Fall – oft auch als

jeweils aufgefordert.“

⁷ Vgl. BGH NStZ 2021, 37 f.; BGH BeckRS 2021, 13188; BGH, Urt. v. 29.7.2021 – 1 StR 83/21 – jeweils ohne nähere Ausführungen.

⁸ Vgl. zu diesen etwa Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 23. Aufl. 2021, § 13 Rn. 77.

⁹ Vgl. Zivanic, NStZ 2021, 264.

¹⁰ So der Leitsatz von BGH NJW 1952, 796.

¹¹ So etwa Hefendehl, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchner Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 3. Aufl. 2019, § 263 Rn. 304; Kühl, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 263 Rn. 26; Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 63; Satzger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, Strafgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl. 2021, § 263 Rn. 188; vgl. auch Rengier (Fn. 8), § 13 Rn. 77 ff., der die Bejahung des § 263 StGB aber als „keineswegs unvertretbar“ bezeichnet.

Pseudo-Beschlagnahme¹² oder Beschlagnahmefall¹³ betitelt – kennzeichnet sich dadurch, dass der Täter beim Opfer präsent, spricht verkleidet als Polizeibeamter, auftaucht und eine Sache für beschlagnahmt erklärt, die das Opfer schließlich dem Kriminalbeamten überreicht oder deren Entwendung durch den „Polizisten“ duldet.¹⁴ Ein erster Unterschied zwischen den Fallkonstellationen liegt darin, dass das Opfer im Fall „falscher Polizeibeamter“ den Täter nicht *visuell* als Polizeibeamten wahrnimmt. Vielmehr steht im Fall „falscher Polizeibeamter“ vor allem der kommunikative Akt der Täter bzw. deren kommunikative Fähigkeiten im Vordergrund, während im Kriminalbeamten-Fall das Opfer auch ohne wesentliche Kommunikation von einer Beamteneigenschaft des Täters ausgeht. Indes ist dieser Sachverhaltsunterschied nicht gravierend: Das Strafrecht schützt auch leichtgläubige Personen vor „leicht durchschaubaren Täuschungsmanövern und plumpen Tricks“.¹⁵ Ein weiterer – freilich ebenfalls geringer – Unterschied zwischen den beiden Fallkonstellationen besteht darin, dass im Fall „falscher Polizeibeamter“ keine (repressive) Beschlagnahme, sondern (allenfalls) eine (präventive) Sicherstellung ausgesprochen wird.

Es bietet sich deshalb an, die Begründungslinien im Kriminalbeamten-Fall darzustellen und diese auf die vorliegende Untersuchungskonstellation zu übertragen.

III. Die Begründung der Diebstahlslösung im Kriminalbeamten-Fall

Die gegenwärtig herrschende Meinung präferiert im Kriminalbeamten-Fall eine Strafbarkeit wegen Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB.¹⁶

1. Kriterium der Freiwilligkeit

Begründet wird diese Sichtweise mit einem – in Abgrenzung zu einem Diebstahl – zusätzlichem (ungeschriebenen) Kriterium innerhalb der Vermögensverfügung bei § 263 Abs. 1 StGB: Der Freiwilligkeit der Vermögensverfügung.¹⁷ Über das, zumindest für den Regelfall des Sachbetrugs, immer erforderliche Verfügungsbewusstsein des Opfers¹⁸ hinausgehend, wird zudem die Freiwilligkeit der Vermögensverfügung gefordert.¹⁹ Ist danach das Opfer mit dem Gewahrsamswech-

sel einverstanden, so liege darin ein freiwilliges Handeln in Form einer, die Betrugsstrafbarkeit begründenden, Vermögensverfügung.²⁰ Ein Diebstahl scheidet demgegenüber mangels Wegnahme aus; das Einverständnis des Opfers wirke insoweit tatbestandsausschließend.²¹ Sieht das Opfer demgegenüber keine Handlungsalternative, weil es etwa nur aufgrund einer unausweichlichen Zwangssituation verfügt, könne nicht mehr von einer Freiwilligkeit gesprochen werden. Eine Vermögensverfügung und damit eine Strafbarkeit nach § 263 Abs. 1 StGB schieden deshalb aus. Aufgrund des dann aber auch fehlenden tatbestandsausschließenden Einverständnisses im Rahmen von § 242 Abs. 1 StGB, sei der Täter wegen Diebstahls zu bestrafen.²² Angewandt auf den Kriminalbeamten-Fall gelangt man nach alledem zu einer Strafbarkeit wegen Diebstahls (§ 242 Abs. 1 StGB), weil derjenige, der sich in dem Bewusstsein beuge, jede andere Handlung sei zwecklos, da ansonsten eine zwangsweise Durchführung der Maßnahme, also die Beschlagnahme der Sache, erfolge, zwar bewusst, aber nicht freiwillig verfüge.²³

2. Fehlender Willensentschluss des Geschädigten

Ungeachtet des (zusätzlichen) Abgrenzungskriteriums der „Freiwilligkeit“, fehlt es nach *Rengier* in diesem Fall bereits an einer Willensbildung des Geschädigten. Wer sich nämlich einer – wenn auch vorgetäuschten – Beschlagnahmeanordnung unterwirft und sich damit der (vermeintlichen) Staatsgewalt beugt, handle nicht aufgrund eigenen Willensentschlusses, sondern allein aufgrund staatlichen Befehls. Mit anderen Worten: Die fehlende Willensbildung des Geschädigten stehe – als „Vorstufe“ des Verfügungsbewusstseins – einer Strafbarkeit wegen Betrugs im Wege; es komme deshalb nur eine Strafbarkeit wegen Diebstahls in Betracht.²⁴

3. Privatrechtsorientierte Sichtweise

Aus ergebnisorientierter Sicht wird zudem angeführt, die Geschädigten seien vielfach lediglich gegen etwaige Diebstahlrisiken versichert und somit blieben mit der Annahme eines Diebstahls in dieser Konstellation Ersatzansprüche gegen die Versicherungen erhalten bleiben.²⁵

¹² Siehe *Rengier* (Fn. 8), § 13 Rn. 77.

¹³ So *Hefendehl* (Fn. 11), § 263 Rn. 304.

¹⁴ Siehe insofern bereits Fn. 8.

¹⁵ *Rengier* (Fn. 8), § 13 Rn. 51.

¹⁶ Vgl. Fn. 11.

¹⁷ Vgl. allgemein zu den ungeschriebenen Abgrenzungsmerkmalen – scil. dem Verfügungsbewusstsein, der Freiwilligkeit und der Unmittelbarkeit – *Högel*, Die Abgrenzung zwischen Trickdiebstahl und Betrug, 2015, S. 173 ff.

¹⁸ BGHSt 41, 198 (201 f.); *Brocker*, JuS 1994, 919 (920 f.); *Rengier* (Fn. 8), § 13 Rn. 64; *Satzger* (Fn. 11), § 263 Rn. 180; krit. insoweit etwa *Tiedemann*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 9, 12. Aufl. 2012, § 263 Rn. 118.

¹⁹ So etwa *Hoyer*, in: *Wolter* (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 263

Rn. 165; *Satzger* (Fn. 11), § 263 Rn. 186.

²⁰ Verzichtet das Opfer dabei lediglich auf Widerstandshandlungen dagegen, dass ihm der Täter die Sache von außen betrachtet „wegnimmt“, liegt darin eine Vermögensverfügung durch Dulden. Es könne deshalb keinen Unterschied machen, ob das Opfer in einer solchen Situation den Vermögensgegenstand übergibt oder aber sich der Täter diesen nimmt, vgl. *Hoyer* (Fn. 19), § 263 Rn. 166 f.; *Hefendehl* (Fn. 11), § 263 Rn. 304.

²¹ *Hefendehl* (Fn. 11), § 263 Rn. 303; *Satzger* (Fn. 11), § 263 Rn. 186.

²² *Satzger* (Fn. 11), § 263 Rn. 187.

²³ *Hefendehl* (Fn. 11), § 263 Rn. 304.

²⁴ *Rengier* (Fn. 8), § 13 Rn. 80; ebenso *Hefendehl* (Fn. 11), § 263 Rn. 304; *Hecker*, JuS 2011, 850 (850); wohl auch BGH NJW 2011, 1979 (1979 f.).

²⁵ Darauf weist *Rengier* (Fn. 8), § 13 Rn. 81 unter Bezug-

IV. Die Begründung der Betrugslösung im Kriminalbeamten-Fall

Vereinzelte Stimmen in der Literatur befürworten jedoch auch im Kriminalbeamten-Fall eine Strafbarkeit wegen Betrugs.

1. Verzicht auf das Kriterium der Freiwilligkeit

Begründet wird diese Sichtweise von einigen Vertretern damit, dass eine Vermögensverfügung gerade nicht „freiwillig“, sondern lediglich willentlich erfolgen müsse.²⁶ Dies belegten schon klassische Erpressungskonstellationen, in denen das Opfer – aufgrund der eingesetzten Nötigungsmittel – nie „freiwillig“ verfüge.²⁷ Forderte man eine freiwillige Vermögensverfügung, so würden unterschiedliche – einerseits für § 263 Abs. 1 StGB und andererseits für § 253 Abs. 1 StGB – Vermögensverfügungsbegriffe existieren, obschon das Merkmal der Vermögensverfügung in beiden Fällen der Abgrenzung von Angriffen auf das Eigentum zu Angriffen auf das Vermögen dient.²⁸ Verzichtet man darüber hinaus auf einen erheblichen Begründungsaufwand, gelangt man – dieser Auffassung zufolge – im Kriminalbeamten-Fall zu einer Strafbarkeit gem. § 263 StGB.²⁹

2. Einheit der Rechtsordnung: § 935 Abs. 1 S. 1 BGB

Ein anderer Ansatz, den namentlich Högel präsentiert, zieht zur Begründung der Betrugslösung im Kriminalbeamten-Fall – der Einheit der Rechtsordnung willen – die Vorschrift des § 935 Abs. 1 S. 1 BGB heran.³⁰ Selbst, wenn man eine frei-

nahme auf BGHZ 5, 365 hin.

²⁶ Vgl. hierzu Rengier (Fn. 8), § 13 Rn. 77: „Richtigerweise ist das spezielle Freiwilligkeitskriterium überflüssig [...]“

²⁷ So Rengier (Fn. 8), § 13 Rn. 78.

²⁸ In diese Richtung wohl Rengier (Fn. 8), § 13 Rn. 79, § 11 Rn. 34.

²⁹ Vgl. insofern die Falllösung von Tetzlaff, JuS 2013, 153 f.

³⁰ Vgl. Högel (Fn. 17), S. 253, die aber letztlich im Kriminalbeamten-Fall – mangels Ursächlichkeit der Täuschung für die Vermögensverfügung – zu der Abgrenzung von Raub und (räuberischer) Erpressung gelangt. Högel zufolge steht im Kriminalbeamten-Fall, die Drohung des „Polizeibeamten“, die Sache sei beschlagnahmt und die Beschlagnahme werde ggfs. zwanghaft durchgesetzt, im Vordergrund (vgl. S. 261 ff.). Gegen diese Sichtweise spricht aber, dass ohne die Täuschung (Ausgabe als Polizeibeamter) die Drohung nicht funktioniere (dies bedenkt auch Högel [Fn. 17], S. 262) und darüber hinaus allenfalls mit einem – aus Opfersicht (vgl. Sinn, in: Erb/Schäfer [Hrsg.], Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 240 Rn. 77 zum maßgeblichen Opferhorizont bei der Empfindlichkeit des Übels) – rechtmäßigem Übel, sprich der Beschlagnahme, gedroht werde. Ob die Drohung mit einem erlaubten Übel tatbestandsmäßig ist, ist jedenfalls umstritten, soll hier jedoch nicht weiter vertieft werden (vgl. umfassend zur Diskussion Toepel, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen [Hrsg.], Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 240 Rn. 113 ff.; siehe auch Horn, NStZ 1983, 497 [499]: „Die Ankündigung eines rechtlich erlaubten

willige Vermögensverfügung forderte, so zeige die – zu § 935 Abs. 1 S. 1 BGB ergangene – Rechtsprechung des BGH (III. Zivilsenat), dass ein unfreiwilliger (Besitz-)Verlust nur durch „unwiderstehliche physische Gewalt oder einen gleichen seelischen Zwang“ begründet werden kann.³¹ Da im Kriminalbeamten-Fall weder physische Gewalt noch ein gleicher seelischer Zwang erzeugt werde, sei eine freiwillige Vermögensverfügung anzunehmen, mithin der Tatbestand des § 263 StGB verwirklicht.

3. Differenzierung zwischen Duldung und Übergabe bzw. nach dem äußeren Erscheinungsbild

Schließlich findet sich eine differenzierte Auffassung, die zwischen Duldung und Übergabe bzw. nach dem äußeren Erscheinungsbild differenziert:³² Übergibt das Opfer den „Polizisten“ die beschlagnahmte Sache, sei von Betrug auszugehen. Duldet das Opfer hingegen nur die Ansichnahme der beschlagnahmten Sache durch den „Polizisten“, sei der Tatbestand des § 242 Abs. 1 StGB einschlägig.

V. Diebstahls- oder Betrugslösung im Fall „falscher Polizeibeamter“?

Der 1., 2. und der 5. Strafsenat des BGH gehen – wie oben ausgeführt – im Fall „falscher Polizeibeamter“ von einer Strafbarkeit wegen Betrugs aus; und das unabhängig davon, ob den jeweiligen Opfern (nur) dringend geraten³³ oder befohlen³⁴ wird, sämtliches Buchgeld abzuheben und dieses – nach Weisung durch die „Polizei“ zum Zwecke der Sicherung – an einem bestimmten Ort zu deponieren. Diese Einschätzung soll im Folgenden durch eine Übertragung der Begründungsansätze zum Kriminalbeamten-Fall überprüft werden.

1. Übertragung der Begründungsansätze zur Diebstahlslösung

a) Kriterium der Freiwilligkeit

Stellt man auf das Kriterium der freiwilligen Vermögensverfügung i.S.d. § 263 Abs. 1 StGB ab, ergibt sich für den Fall „falscher Polizeibeamter“ kein eindeutiges Ergebnis. Vielmehr ist zwischen den Sachverhalten, die den Entscheidungen des 1., 2. und 5. Strafsenats zugrunde lagen, zu differenzieren.

Übels ist keine tatbestandsmäßige Nötigung, sondern allenfalls Wucher.“)

³¹ Vgl. BGHZ 4, 10 (39).

³² Vgl. insofern Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 30), § 242 Rn. 54, der zwischen Übergabe und Duldung unterscheidet; ähnlich auch Vogel, in: Laufhütte/Rissingvan Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 8, 12. Aufl. 2010, § 242 Rn. 126; siehe zudem Schmitt, in: Seebode (Hrsg.), Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992, 1992, S. 575 (579 ff.), der auf das äußere Erscheinungsbild (Geben und Nehmen) abstellt.

³³ So in BGH NStZ 2021, 37: „Den älteren Menschen wird daher dringend geraten [...]“; ebenso in BGH, Urt. v. 29.7.2021 – 1 StR 83/21.

³⁴ So in BGH BeckRS 2021, 13188: „Die Geschädigten wurden jeweils aufgefordert.“

aa) Ausdrücklicher Befehl

Wird dem Geschädigten ausdrücklich befohlen, sein Buchgeld abzuheben und dieses zum Zwecke der Sicherung an einem bestimmten Ort zu deponieren, handelt es sich aus rechtlicher Sicht um einen (vermeintlichen) Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG, der dem Betroffenen gegenüber die Rechtsfolgen der präventiven Sicherstellung nach polizeirechtlichen Ermächtigungsgrundlagen³⁵ regelt. Da dieser Verwaltungsakt vollstreckt werden kann,³⁶ sieht das Opfer nach den oben genannten Kriterien keine Handlungsalternative und verfügt nur aufgrund einer unausweichlichen Zwangssituation. Es wäre nach diesem Maßstab von einem Diebstahl nach § 242 Abs. 1 StGB auszugehen.

bb) Dringender Ratschlag

Wird dem Geschädigten dagegen dringend geraten, sein Buchgeld abzuheben und dieses zum Zwecke der Sicherung an einem bestimmten Ort zu deponieren, ist diese Äußerung von vornherein nicht auf die Bewirkung einer Rechtsfolge gerichtet, sodass ihr der – für die Annahme eines Verwaltungsakts i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG – erforderliche Regelungscharakter fehlt. Mangels vollstreckbarer Grundverfügung droht in dieser Konstellation deshalb regelmäßig keine Maßnahme der Verwaltungsvollstreckung. Das Opfer kann vielmehr frei darüber entscheiden, ob es den Ratschlag der „Polizei“ beherzigt oder nicht. Kommt es dem Ratschlag nach, liegt in der Deponierung des abgehobenen Buchgeldes an einem bestimmten Ort eine Vermögensverfügung,³⁷ so dass nach diesem Maßstab ein Betrug nach § 263 Abs. 1 StGB anzunehmen wäre.

b) Fehlender Willensentschluss

Auch mit der Argumentationslinie *Rengiers* zum Kriminalbeamten-Fall hat man zwischen den Entscheidungen des 1., 2. und 5. *Strafsenats* zwingend zu differenzieren.

aa) Ausdrücklicher Befehl

Nur wenn dem Geschädigten ausdrücklich befohlen wird, sein Buchgeld abzuheben und an einem bestimmten Ort zu deponieren, beugt er sich aufgrund des vorliegenden Verwaltungsakts (§ 35 S. 1 VwVfG) und der drohenden Verwaltungsvollstreckung der (vermeintlichen) Staatsgewalt. Dieser fremde, vorgegebene Befehl lässt für eine eigene Willensbetätigung keinen Raum. Damit wäre auch hier gem. § 242 Abs. 1 StGB zu bestrafen.

bb) Dringender Ratschlag

Handelt der Geschädigte hingegen nur aufgrund des dringenden Ratschlags, sein Buchgeld abzuheben und zum Zwecke der Sicherung an einem bestimmten Ort zu deponieren, ist er mangels Verwaltungsakts (§ 35 S. 1 VwVfG) und mangels drohender Verwaltungsvollstreckung in der Lage, einen eigenen Willen zu bilden und auch danach zu agieren. Er überträgt den Gewahrsam an dem Geld damit aufgrund eines eigenen Willensentschlusses, sodass i.R.v. § 242 Abs. 1 StGB ein tatbestandsausschließendes Einverständnis vorliegt. Es wäre danach wegen Betrugs (§ 263 Abs. 1 StGB) zu bestrafen.³⁸

c) Privatrechtsorientierte Sichtweise

Hält man sich allein versicherungsrechtliche Aspekte vor Augen, lassen sich diese – rein ergebnisorientierten Erwägungen – auch auf den Fall „falscher Polizeibeamter“ übertragen. Insoweit ergeben sich zwischen den Fällen des 1., 2. und 5. *Strafsenats* keine Unterschiede. Zur Wahrung des Versicherungsschutzes käme man stets zu einer Strafbarkeit wegen Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB.

d) Zwischenergebnis

Es hat sich gezeigt, dass man bei einer Übertragung der Begründungsansätze zur Diebstahlslösung im Kriminalbeamtenfall in der Parallelkonstellation „falscher Polizeibeamter“ nur bedingt zu einer Strafbarkeit gem. § 263 Abs. 1 StGB gelangt. Dies nämlich dann, wenn dem Geschädigten lediglich dringend geraten wird, sein Buchgeld abzuheben und dieses zum Zwecke der Sicherung an einem bestimmten Ort zu deponieren. Agiert der Geschädigte hingegen aufgrund eines ausdrücklichen Befehls der „Polizei“, wie dies im Sachverhalt der Entscheidung des 5. *Strafsenats* der Fall war, beugt er sich der (vermeintlichen) Staatsgewalt und man gelangt zu einer Strafbarkeit wegen Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB.

*2. Übertragung der Begründungsansätze zur Betrugslösung**a) Einheitlicher Vermögensverfügungsbegriff*

Verzichtet man auf das Kriterium der Freiwilligkeit bei einer Vermögensverfügung und einen erheblichen Begründungsaufwand, so verfügt das Opfer im Fall „falscher Polizeibeamter“ über das Bargeld. Indes ist fraglich, ob sich diese Vermögensverfügung auch unmittelbar vermögensmindernd auswirkt.³⁹ Einer der Tatbeteiligten sammelt das Bargeld nämlich erst von demjenigen Ort, an dem es zuvor deponiert wurde, ein. Tatsächlich hat man gleichwohl eine unmittelbare Vermögensverfügung mit der Begründung anzunehmen, im Zeitpunkt des Deponierens war das Bargeld dem Zugriff der Tatbeteiligten bereits preisgegeben, mithin das Vermögen *konkret gefährdet*.⁴⁰ Eine *konkrete Vermögensgefährdung* genügt, um den objektiven Tatbestand des § 263 Abs. 1 StGB zu

³⁵ In Baden-Württemberg ist die Sicherstellung in § 37 PolG BW geregelt; in Bayern z.B. in Art. 25 PAG.

³⁶ Ohne Vorliegen eines Verwaltungsakts, fehlt es an einer vollstreckbaren Grundverfügung und die Vollstreckung ist grundsätzlich nicht möglich; vgl. dazu und zu den davon bestehenden Ausnahmen etwa *Vofßkuhle/Wischmeyer*, JuS 2016, 698 (698 ff.).

³⁷ Vgl. sogleich V., 2., a) und c) zur Problematik der *unmittelbaren Vermögensverfügung*.

³⁸ Vgl. sogleich V., 2., a) und c) zur Problematik der *unmittelbaren Vermögensverfügung*.

³⁹ Vgl. zu diesem Erfordernis etwa *Hefendehl* (Fn. 11), § 263 Rn. 330 ff.; *Tiedemann* (Fn. 18), § 263 Rn. 98, 105 f.

⁴⁰ Vgl. *Zivanic*, ZWH 2021, 379 f.

verwirklichen.⁴¹ Folgt man dem, gelangt man im Fall „falscher Polizeibeamter“ zu einem Betrug.

b) Exkurs: Abgrenzung zwischen Trickdiebstahl und Betrug

Die Fallgestaltung des falschen Polizeibeamten wirft darüber hinaus Fragen zu den Gewahrsamsverhältnissen am deponierten Bargeld auf. Konkret geht es um die Abgrenzung zwischen Trickdiebstahl und Betrug.⁴² Die getäuschten Personen könnten nämlich – im Zeitpunkt des Deponierens – weiterhin Gewahrsam am Bargeld haben. Bejahendenfalls würde sich das Einsammeln des Bargelds durch einen der Tatbeteiligten als Gewahrsamsbruch – und gerade nicht als unmittelbare Vermögensverfügung – erweisen, weil das Deponieren dann lediglich zu einer *Gewahrsamslockerung* führte. Grundsätzlich gilt: Dem Berechtigten bleibt an solchen Sachen, deren Aufenthalt ihm bekannt ist, der Gewahrsam – auch an Orten, die jedermann zugänglich sind – erhalten, solange keine äußeren Umstände einer Wiedererlangung entgegenstehen.⁴³ Ein Verlust des Sichtkontakts bzw. der Sichtkontrolle führt insoweit nicht zu einem Gewahrsamsverlust.⁴⁴ Indes sind es die äußeren Umstände, die – (wohl) nach der Auffassung der BGH-*Strafsenate* – einer Wiedererlangung in der Konstellation des falschen Polizeibeamten entgegenstehen.⁴⁵ Nach den Umständen des Einzelfalls und den Anschauungen des täglichen Lebens besteht die Zugriffsmöglichkeit des Gewahrsamsinhabers – sprich der getäuschten Person – deshalb nicht mehr fort, weil er – im Zeitpunkt des Deponierens – Kenntnis von der Verbringung des Geldes an einen anderen – (wohl) ihm unbekanntem – Ort hat. Damit findet sich die getäuschte Person schon im Zeitpunkt des Deponierens mit ihrer nunmehr fehlenden Zugriffsmöglichkeit ab. Die Tatbeteiligten haben demgegenüber im Zeitpunkt des Deponierens noch keinen eigenen Gewahrsam am Bargeld begründet. Eine (erstmalige) Gewahrsamsbegründung erfordert nämlich eine gewisse körperliche Nähe zur Sache.⁴⁶ Damit ist das Bargeld bis zum Zeitpunkt des Einsammelns durch einen der Tatbeteiligten gewahrsamslos. Die Figur der konkreten Vermögensgefährdung ermöglicht allerdings gleichwohl eine Bestrafung der falschen Polizeibeamten gem. § 263 Abs. 1 StGB statt nur – wie bei der „Wegnahme“ gewahrsamsloser Sachen üblicherweise – gem. § 246 Abs. 1 StGB.⁴⁷

Eine gegenteilige Auffassung ließe sich indes mit sehr guten Gründen vertreten, wenn man die *rechtliche Beziehung* der am Gewahrsamswechsel beteiligten Personen in den Vorder-

grund rückt.⁴⁸ Die getäuschten Personen gehen von einer polizeirechtlichen Sicherstellung des Bargeldes aus. Mit der Sicherstellung wird ein öffentlich-rechtliches Verwahrungsverhältnis an der Sache begründet.⁴⁹ Im Zivilrecht wird die Verwahrung als gesetzliches Besitzmittlungsverhältnis betrachtet (vgl. § 868 BGB). Der Verwahrer wird dort unmittelbarer Besitzer der Sache i.S.v. § 854 Abs. 1 BGB, wohingegen dem Hinterleger der mittelbare Besitz an der Sache i.S.v. § 868 BGB erhalten bleibt. Leugnet man eine gewisse Parallele zwischen zivilrechtlichem Besitz und strafrechtlichem Gewahrsam nicht,⁵⁰ erscheint die Annahme, die getäuschten Personen haben weiterhin (Mit- bzw. mittelbaren) Gewahrsam am Bargeld, weil sie von einer Verwahrung des Geldes ausgehen, mithin weiterhin den notwendigen Sachherrschaftswillen haben, durchaus vertretbar.⁵¹ Damit käme in der hiesigen Konstellation – ungeachtet der Diskussion rund um die „freiwillige“ Vermögensverfügung – nur ein Diebstahl in Betracht.

c) Einheit der Rechtsordnung: § 935 Abs. 1 S. 1 BGB

Blendet man die Abgrenzung zwischen Trickdiebstahl und Betrug aus, gelangt man zum selben Ergebnis wie jene Auffassung, die einen einheitlichen Vermögensverfügungsbegriff befürwortet, wenn man die Grundsätze zu § 935 Abs. 1 S. 1 BGB sinngemäß auf das Strafrecht überträgt: Mangels physischer Gewalt und vergleichbarem seelischen Zwang ist die (unmittelbare) Vermögensverfügung als „freiwillig“ zu werten.

d) Differenzierung zwischen Duldung und Übergabe bzw. nach dem äußeren Erscheinungsbild

Unklar ist jedoch das Ergebnis nach der differenzierenden Sichtweise. Einerseits ließe sich vertreten, das Opfer „übergibt“ das Bargeld, indem es die Banknoten eigenständig – am besagten Ort – deponiert; damit käme man zu einer Strafbarkeit gem. § 263 Abs. 1 StGB. Andererseits ließe sich vertreten, das Einsammeln des Bargeldes durch den Tatbeteiligten stelle eine „Duldung“ bzw. eine äußerliche Wegnahme dar, so dass von einem Diebstahl auszugehen ist. Hält man allerdings auch hier am Kriterium der Unmittelbarkeit fest, so dürften auch die Vertreter der differenzierenden Sichtweise zu einer Betrugsstrafbarkeit gelangen, weil das Deponieren des Bargeldes – scil. die „Übergabe“ – bereits zu einer konkreten Vermögensgefährdung führt und damit den objektiven

⁴¹ Vgl. dazu umfassend *Hefendehl* (Fn. 11), § 263 Rn. 692 ff.

⁴² Vgl. hierzu allgemein *Vogel* (Fn. 32), § 242 Rn. 119 ff.

⁴³ Vgl. zu vergessenen Sachen etwa *Kulhanek*, NStZ 2016, 727 (728) m.w.N.

⁴⁴ Vgl. *Kulhanek*, NStZ 2016, 727 (728).

⁴⁵ Bei der Beurteilung der Gewahrsamsverhältnisse spielen die Umstände des Einzelfalls sowie die Anschauungen des täglichen Lebens nach der jeweiligen Verkehrsauffassung eine gewichtige Rolle, vgl. statt vieler *Rengier* (Fn. 8), § 2 Rn. 27.

⁴⁶ In diese Richtung wohl *Vogel* (Fn. 32), § 242 Rn. 64.

⁴⁷ Vgl. *Vogel* (Fn. 32), § 242 Rn. 61 zur „Wegnahme“ gewahrsamsloser Sachen: „Gewahrsamslose Sachen können nicht gestohlen [...], sondern nur unterschlagen werden.“

⁴⁸ Vgl. zu diesem Vorschlag *Zivanic*, NZWiSt 2022, 7 (11).

⁴⁹ *Reinhardt*, in: Möstl/Turnit (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum Polizeirecht Baden-Württemberg, 23. Ed., Stand: 1.12.2021, § 37 Rn. 14.

⁵⁰ Vgl. hierzu *Zivanic*, NZWiSt 2002, 7.

⁵¹ Problematisch wird eine solche Sichtweise jedoch dann, wenn die getäuschten Personen nicht wissen, wo das Bargeld (vermeintlich) aufbewahrt werden soll, vgl. zu den Gewahrsamsverhältnissen an transportiertem Gut des Arbeitgebers *Rengier* (Fn. 8), § 2 Rn. 38, wonach man den (Mit-)Gewahrsam des Arbeitgebers auf Fernfahrten entfallen lässt, wenn der Arbeitgeber nicht genau weiß, auf welcher Route die Arbeitnehmer fahren.

Tatbestand des § 263 Abs. 1 StGB verwirklicht.

e) *Zwischenergebnis*

Überträgt man die Begründungsansätze zur Betrugslösung im Kriminalbeamten-Fall in der Parallelkonstellation „falscher Polizeibeamter“, so gelangt man auch in dieser – nach allen Auffassungen – zu einer Strafbarkeit gem. § 263 Abs. 1 StGB.

VI. Stellungnahme und Fazit

Die geringen Sachverhaltsunterschiede zwischen dem Kriminalbeamten-Fall und dem modus operandi „falscher Polizeibeamter“ rechtfertigen, sofern man – mit der Rechtsprechung – das Freiwilligkeitskriterium fordert, jedenfalls dann keine divergierenden rechtlichen Lösungen, wenn den Opfern jeweils „befohlen“ wird, die Sache herauszugeben bzw. deren Wegnahme zu dulden. Nur, wenn den Geschädigten – wie im Fall, der der Entscheidung des 1. und 2. *Strafsenats* zugrunde lag – dringend geraten wird, das Bargeld an dem besagten Ort zu deponieren, vermag unter Zugrundelegung des Freiwilligkeitskriteriums die Annahme einer Betrugsstrafbarkeit (§ 263 Abs. 1 StGB) zu überzeugen.

Freilich belegt aber gerade die Entscheidung des 5. *Strafsenats*, dass das Kriterium der Freiwilligkeit keine klaren Konturen aufweist – daran vermag auch eine entsprechende Heranziehung der Vorschrift des § 935 Abs. 1 S. 1 BGB nichts zu ändern: Auch dort wird auf die (Un-)Freiwilligkeit des unmittelbaren Besitzverlustes abgestellt. Damit wird die Problematik allerdings lediglich in das Zivilrecht verlagert, wo über die Bestimmung des (Un-)Freiwilligkeitsbegriffs ebenfalls kein Konsens herrscht.⁵²

Insofern führten die unerheblichen sprachlichen Unterschiede – unter konsequenter Anwendung des Freiwilligkeitskriteriums – zu einer unterschiedlichen Behandlung der Sachverhalte. Die Strafbarkeit der Täter hinge von der gewählten Formulierung ab, obschon Tatbeteiligte nur selten Wert auf die genaue Wortwahl legen. Mit Blick auf das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot (Art. 103 Abs. 2 GG)⁵³ können aber diese, nur unerheblichen Abweichungen keine unterschiedliche strafrechtliche Behandlung rechtfertigen.

Überzeugender ist das Argument rund um die Einheitlichkeit des Vermögensverfügungsbegriffs: Betrug (§ 263 Abs. 1 StGB) und Erpressung (§ 253 Abs. 1 StGB) setzen nach herrschender Meinung in der Literatur *beide* eine Vermögensverfügung voraus.⁵⁴ Dies folgt daraus, dass sowohl Betrug (§ 263 Abs. 1 StGB) als auch Erpressung (§ 253 Abs. 1 StGB) richtiger- und konsequenterweise als Selbstschädigungsdelikte

zu begreifen sind.⁵⁵ Gerade dadurch gelingt die Abgrenzung zu den Fremdschädigungsdelikten, nämlich Raub (§ 249 Abs. 1 StGB) und Diebstahl (§ 242 Abs. 1 StGB). Es liefe deshalb der Gesetzessystematik zuwider, wenn man bei der Vermögensverfügung i.R.v. § 263 Abs. 1 StGB eine Freiwilligkeit forderte, obwohl dies bei § 253 Abs. 1 StGB – aufgrund der Zwangssituation, in welcher sich das Erpressungsoffer befindet – erkennbar nicht in Betracht kommt.

Im Ergebnis ist den BGH-*Strafsenaten* also zuzustimmen. Richtigerweise ist der Täter im Fall „falscher Polizeibeamter“ wegen Betrugs gem. § 263 Abs. 1 StGB zu bestrafen, sofern ein Mit- bzw. mittelbarer Gewahrsam der getäuschten Personen am deponierten Bargeld abgelehnt wird – und das unabhängig davon, ob den Geschädigten lediglich dringend geraten oder ausdrücklich befohlen wird, sämtliches Buchgeld abzuheben und dieses – nach Weisung durch die „Polizei“ zum Zwecke der Sicherung – an einem bestimmten Ort zu deponieren. Die BGH-*Strafsenate* sollten diese Entscheidungen zum Anlass nehmen, um das Freiwilligkeitskriterium endgültig aufzugeben, weil es bei konsequenter Anwendung zu unterschiedlichen – scil. vor dem Hintergrund von Art. 103 Abs. 2 GG bedenklichen – Ergebnissen in nahezu identischen Konstellationen führt. Damit würde – zumindest partiell – für Entlastung bei der diffizilen Abgrenzung von Diebstahl (§ 242 Abs. 1 StGB) und Betrug (§ 263 Abs. 1 StGB) gesorgt.

⁵² Vgl. zur Diskussion etwa *Oechsler*, in: Säcker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 8, 8. Aufl. 2020, § 935 Rn. 7.

⁵³ Vgl. dazu etwa *Radtke*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz, 49. Ed., Stand: 15.11.2021, Art. 103 Rn. 18 ff.

⁵⁴ Statt aller: *Bosch*, in: Schönke/Schröder (Fn. 11), § 253 Rn. 8; *Sander*, in: Erb/Schäfer (Fn. 30), § 253 Rn. 17 ff.; *Wittig*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar StGB, 51. Ed., Stand: 1.11.2021, § 253 Rn. 7.

⁵⁵ *Sander* (Fn. 54), § 253 Rn. 17.