

§ 353 StGB

Abgabenüberhebung; Leistungskürzung

A. Einleitung

I. Der Inhalt der Norm

§ 353 umfaßt zwei Tatbestände: Die **Abgabenüberhebung** (Ab. 1) und die **Leistungsverkürzung** (Abs. 2).

Die Abgabenüberhebung erfaßt den Fall, daß ein Amtsträger übermäßige Abgaben für eine öffentliche Kasse zwar erhebt, aber dort dann nicht abliefern.

Die Leistungsverkürzung hingegen erstreckt sich auf den umgekehrten Fall, daß ein Amtsträger die dem Empfänger zustehenden staatlichen Leistungen zwar nicht vollständig erbringt, diese Leistungen aber dann doch dem Staat vollständig in Rechnung stellt.

Der Versuch ist bei beiden Tatbeständen nicht strafbar.

In das Strafgesetzbuch der DDR wurde ein dem § 353 entsprechender Tatbestand nicht eingefügt¹.

II. Die rechtspolitische Bedeutung

Die rechtspolitische Bedeutung des § 353 tendiert gegen Null. So wurden etwa im Jahr 1995 sieben Personen², im Jahr 1996 neun Personen³ aufgrund des § 353 abgeurteilt (ca. 0,001 % aller Aburteilungen der Jahre 95 bzw. 96). Zum Vergleich: Beispielsweise wegen unerlaubten Betriebes kerntechnischer Anlagen gem. § 327 Abs. 1 Nr. 1 wurden in den entsprechenden Jahren drei mal häufiger Personen abgeurteilt.

§ 353 ist ein Relikt vergangener Zeit, das durch den technischen Fortschritt nahezu gegenstandslos geworden ist. Die Bedeutungslosigkeit resultiert insbesondere aus den Veränderungen des Zahlungsverkehrs. Während im vergangenen und noch zu Anfang dieses Jahrhunderts Barzahlungen an den Ämtern Usus waren, wird heute nahezu der gesamte Zahlungsverkehr bargeldlos vollzogen. Bei den meisten Behörden ist eine Bareinzahlung gar nicht mehr möglich. Zahlungen durch Überweisung machen es dem potentiellen Täter jedoch nahezu unmög-

¹ NK / Kuhlen, § 353, Rn. 22.

² Statistisches Bundesamt, Strafverfolgung 1995, S. 58.

³ Statistisches Bundesamt, Strafverfolgung 1996, S. 58.

lich, sich das zuviel Erhobene bzw. das Verkürzte zuzueignen, da der Geldfluß zum einen grundsätzlich lückenlos nachvollziehbar ist und es den Abgabepflichtigen zum anderen ein leichtes ist, anhand der Empfänger-Kontonummer ihren Irrtum zu erkennen, daß sie eben nicht an die Landeskasse, sondern auf das Giro-Konto XY überweisen. Insofern fehlt dem potentiellen Täter beim bargeldlosen Zahlungsverkehr heute jeglicher eigennützige Tatanreiz, was die geringe Zahl der Aburteilungen erklärt.

Es verbleibt lediglich ein Anwendungsbereich bei Barzahlungen im Vollstreckungsbereich und bei Post und Bahn. Jedoch schreckt auch hier die oftmals gute Nachvollziehbarkeit der Tarife und insbesondere auch die Geringwertigkeit der Beträge Täter von der Durchführung der Abgabenüberhebung und Leistungsverkürzung ab.

Demgemäß hat der Bundesgerichtshof die Bestimmung bereits 1961 in zutreffender Weise als veraltet bezeichnet⁴. Dennoch ist § 353 StGB seit 1870 annähernd unverändert geblieben.

B. Entstehungsgeschichte

Den Schutz des Bürgers vor einer Überforderung bestehender Abgaben kannte schon das Römische Recht. Niederschlag fand es insbesondere in den Repetendengesetzen, die eine Strafe in Form einer mehrfachen Rückzahlung des empfangenen Betrages vorsahen⁵.

Hieran anknüpfend positivierte auch das preußische Allgemeine Landesrecht (ALR) diesen Rechtsgedanken in den §§ 413, 414. Nach § 413 ALR wurde die Überhebung als solche mit der Strafe bewährt, den überhobenen Betrag vierfach zurückzahlen zu müssen. Die in den Repetendengesetzen vorgesehene Bestrafung durch Rückforderung wurde also beibehalten. Darüber hinaus stellte es § 414 ALR der Unterschlagung von Kassengeldern gleich, wenn das zuviel Erhobene nicht zur Kasse abgeliefert und unterschlagen wurde. § 428 ALR konstituierte erstmals auch den Straftatbestand der Leistungsverkürzung.

Das Verbot der Abgabenüberhebung i.S.d. § 413 ALR wurde schließlich auch in das Preußische StGB 1851 übernommen. § 414 ALR hingegen wurde bei den Beratungen zum Preußischen StGB für nicht gerechtfertigt gehalten; denn eine Unterschlagung gegenüber der öffentlichen Kasse betraf eben nur das zuviel Erhobene, auf das der Staat ja keinen Anspruch hatte und dessen Unterschlagung also nicht zur Verkürzung der Kasse führte⁶. Jedoch wurde das durch die Überhebung verwirklichte Unrecht für sich genommen noch nicht als strafwürdig

⁴ BGH NJW 1961, 1171

⁵ Mommsen, Römisches Strafrecht, S. 708 u. 718f.

⁶ Goldammer, II, S. 697f; RGSt 17, 321 (325).

erachtet, so daß man dem Tatbestand des § 327 Abs. 1 das Merkmal des „Nicht-zur-Kasse-Bringen“ hinzufügte, um so nur den Täter, der zusätzliches Unrecht verwirklichte, indem er aus Eigennutz handelte, zu bestrafen.

Die Straftatbestände des § 327 Abs. 1 und Abs. 2 fanden wortlautgleich Eingang in § 353 StGB 1870 für das Deutsche Reich und erhielten so die systematische Stellung und „Hausnummer“, die sie auch im heutigen StGB noch inne haben⁷.

Ende der fünfziger Jahre wurde die Zeitgemäßheit des § 353 erstmals überdacht. So sahen die Gesetzesentwürfe E 1960 und E 1962⁸ die Abschaffung des § 353 zugunsten eines § 467 vor, der sich in Abs 1 auf die Konzeption des § 413 ALR und in Abs. 2 auf die des § 428 ALR zurück besann. Diese Entwürfe wurden jedoch nicht in geltendes Recht umgesetzt.

Eine letzte Änderung erfuhr § 353 schließlich durch das EGStGB 1974, das den Begriff des Beamten durch den des Amtsträgers ersetzte.

Vergleicht man insbesondere § 327 Abs. 1 und Abs. 2 StGB 1851 mit der heutigen Fassung des § 353 Abs. 1 und Abs. 2 StGB, so zeigt sich, daß, von redaktionellen Veränderungen abgesehen und mit einer Ausnahme bzgl. des Täterkreises - § 327 StGB 1851 nennt den „Beamten“, § 353 StGB hingegen den „Amtsträger“ - diese Normen inhaltlich übereinstimmen.

Seit nunmehr annähernd 150 Jahren hat das Verbot der Abgabenerhebung und der Leistungsverkürzung also keine einschneidende Veränderung erfahren, was wohl seine Ursache in der rechtspolitischen Bedeutungslosigkeit dieser Delikte findet.

C. Die durch § 353 geschützten Rechtsgüter

I. § 353 Abs.1

Welche Rechtsgüter § 353 Abs. 1 schützt, ist umstritten. Dieser Streit fußt auf dem zwei - aktigen Deliktsaufbau des § 353 Abs. 1: In einem ersten Einzelakt erhebt ein Amtsträger übermäßige Abgaben für eine öffentliche Kasse, die er dann in einem zweiten Einzelakt nicht bei der Kasse abgeliefert. Einigkeit besteht bzgl des ersten Einzelaktes, als daß die Vorschrift das Vermögen des zahlenden Publikum schützen will, das nicht zahlen muß, was es nicht schuldet⁹.

⁷ Rubo, Kommentar für das StGB, S. 1005f; Holtzendorff, III, S. 86ff.

⁸ Bundesdrucksache IV/650, § 476.

⁹ LK / Träger, § 353, Rn. 1; Sch /Sch / Cramer, § 353, Rn. 2; SK / Hoyer, § 353, Rn. 2.

Streitig ist hingegen, ob sich aus dem zweiten Teilakt auch ein Schutz des Staates und insbesondere dessen Vermögen ergibt. Denn der Täter wird nur bestraft, wenn er das eingenommene Geld nicht zur Kasse bringt.

Nach einer Meinung¹⁰ dient das Merkmal des Nicht-zur-Kasse-Bringens nicht dem Schutz des Staatsvermögens. Die Argumentationsstränge dieser Meinung sind leider undeutlich. Als Begründung läßt sich dieser Auffassung zunächst entnehmen, daß ein Schutzzweck bzgl. des Staatsvermögens schon deshalb ausscheide, weil durch das Nicht-zur-Kasse-Bringen gar kein neues Erfolgsunrecht zum Nachteil des Staates begangen werden könne, vor dem § 353 schützen könnte. Schließlich habe der Staat keinen Anspruch auf das zuviel Erhobene, so daß sein Vermögen auch nicht durch das Nichtabliefern dieser Beträge verkürzt werden könne und insoweit schon gar kein Schutzbedürfnis hinsichtlich des Staatsvermögens vor einer Abgabenüberhebung bestehe. Der Grund für die Aufnahme des zweiten Teilaktes in den Tatbestand des § 353 erkläre sich vielmehr aus der Geschichte der Norm. Denn bis zum EGStGB 1974 bezog sich der Täterkreis des § 353 ausschließlich auf Beamte. Für diese wurde eine Sanktionierung durch beamtenrechtliche Disziplinarmaßnahmen als ausreichend erachtet, wenn sich das begangene Unrecht ausschließlich in der vorsätzlichen Zuvielerhebung erschöpfte, die zuvielerhobenen Beträge also zur Kasse gebracht wurden¹¹. Strafrechtliche Sanktionierung erschien dem damaligen Gesetzgeber erst dann als angebracht, wenn diesem Unrecht ein weiteres zur Seite trat, wenn nämlich der Täter in pekuniärem Eigennutz handelte¹². Da sich der Eigennutz regelmäßig in dem Umstand manifestiere, daß der Täter das zuviel Erhobene nicht zur Kasse bringe, diene dieses objektive Tatbestandmerkmal also lediglich der Erfassung von subjektivem Unrecht und nicht dem Schutz des Staatsvermögens¹³.

Eine Gegenmeinung¹⁴ hingegen entnimmt dem § 353 auch einen Schutz zugunsten des Staatsvermögens. Sie widerspricht den Argumenten der ersten Meinung zwar nicht. Zur Begründung verweist sie überdies jedoch auf die Regreßpflicht, die dem Staat durch die übermäßige Abgabenerhebung gegenüber dem zahlenden Tatopfer entstehe und durch die das Staatsvermögen gemindert werde, wenn sie nicht durch Ablieferung der überhobenen Beträge kompensiert werde¹⁵.

Die Argumente der letzten Ansicht leuchten unmittelbar ein, denn auch wenn der historische Gesetzgeber an einen solchen Schutz nicht gedacht hat, wie dies die Gegenmeinung zutref-

¹⁰ RGSt 17, 321 (326); 26, 259 (260); LK / Träger, § 353, Rn. 1;

¹¹ Goldammer, II, S. 698; Holtzendorff, III, § 353, S. 88; RGSt 17, 321 (326).

¹² s.o. S. 3 (Entstehungsgeschichte des § 327 Abs. 1 des Preußischen Strafgesetzbuch).

¹³ LK / Träger, § 353, Rn. 1.

¹⁴ Sch/Sch / Cramer, § 353, Rn. 2; SK / Hoyer, § 353, Rn. 2.

fend festgestellt hat, so wird doch tatsächlich auch das Staatsvermögen durch § 353 vor Re-
greßansprüchen geschützt. Erst hierdurch macht auch die im Vergleich zu § 352 schärfere
Strafandrohung Sinn, da § 352 nur das Vermögen der Privaten schützt¹⁶ und durch eine Tat
gem. § 352 insofern geringeres Erfolgsunrecht verwirklicht wird.

§ 353 Abs. 1 hat also eine doppelte Schutzrichtung und schützt sowohl das Vermögen des Pri-
vaten als auch das des Staates.

II. § 353 Abs. 2

Bzgl. der durch § 353 Abs. 2 geschützten Rechtsgüter besteht Einigkeit. Durch den ersten Teil-
lakt, in dem der Täter Leistungen verkürzt, soll der Empfänger und dessen Vermögen ge-
schützt werden, während durch den zweiten Teilakt - die Falschabrechnung gegenüber der
Kasse - den weiterhin leistungspflichtigen Staat und dessen Vermögen geschützt wird¹⁷.

D. Die einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen des § 353 Abs. 1

I. Der objektive Tatbestand

1. Der Täterkreis

a. Amtsträger i.S.d. § 11 I Nr. 2

Aus dem Wortlaut des § 353 Abs. 1 ergibt sich, daß nur ein Amtsträger tauglicher Täter i.S.d.
§ 353 Abs. 1. sein kann. Der Eigenschaft einer Amtsträgerschaft kommt hier also strafbegrün-
dende Bedeutung zu¹⁸. Daher stellt sich die Abgabenüberhebung als *echtes Sonderdelikt* und
insbesondere als *echtes Amtsdelikt* dar¹⁹. Tatbeteiligte ohne diese besondere Täterqualität
können demnach nur als Teilnehmer bestraft werden. Hierbei ist zu beachten, daß die Amts-
trägerschaft ein besonderes persönliches Merkmal i.S.d. § 28 ist, so daß die Strafe von Teil-
nehmern gem. §§ 28 Abs. 1, 49 Abs. 1 zu mildern ist²⁰.

Der Rechtsbegriff des Amtsträgers ist als Legaldefinition in § 11 Abs. 1 Nr. 2 enthalten. Pro-
bleme wirft hier insbesondere die dritte Fallgruppe des § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) auf. Schwierig ist
insoweit vor allem, den Begriff der „Aufgaben der öffentlichen Verwaltung“ zu bestimmen.

¹⁵ SK / Hoyer, § 353, Rn.2.

¹⁶ LK / Träger, § 353, Rn. 1.

¹⁷ RGSt 66, 246 (247f); LK / Träger, § 353, Rn. 3; NK / Kuhlen, § 353, Rn. 3, Dreher/Tröndle; § 353, Rn. 5; SK / Hoyer, § 353, Rn. 3.

¹⁸ Wessels / Beulke, § 1, Rn. 38; Wessels / Hettinger, BT 1, § 25, Rn. 1098.

¹⁹ SK / Hoyer, § 353, Rn. 4; Lackner / Kühl, § 353, Rn. 1.

Dieses Problem stellt sich in ähnlichem Gewand auch bei dem Begriff der öffentlichen Kassen gem. § 353 Abs. 1, für die der Täter die Abgaben erheben muß. Insofern werden diese Probleme nun gemeinsam unter dem folgenden Punkt erörtert²¹.

b. Befugnis zur Abgabenerhebung

Der Täterkreis wird zusätzlich dadurch eingengt, daß der Täter gem. § 353 Abs. 1 die Befugnis haben muß, Abgaben für eine öffentliche Kasse zu erheben²². Man könnte die Abgabenüberhebung also auch als qualifiziertes Amtsdelikt bezeichnen, da bloße Amtsträgerschaft nicht ausreicht, um Täter iSd. § 353 Abs. 1 zu sein. Fehlt gänzlich eine solche Erhebungsbefugnis, die mißbraucht werden könnte, scheidet eine Bestrafung nach § 353 Abs. 1 aus²³. Dies ist z.B. dann der Fall, wenn ein Amtsträger Abgaben erhebt, für die er - als Beamter einer anderen Behörde - gar nicht auftreten darf²⁴.

Die Abgabenerhebung muß zu den dienstlichen Aufgaben gerade des Täters gehören²⁵. Es reicht daher nicht aus, wenn lediglich eine behördeninterne Übung besteht, daß der Täter Gebühren einzieht²⁶. Genauso wenig läßt sich eine solche Befugnis aus der Berechtigung ableiten, Rechnungen für eine Behörde ausstellen zu dürfen²⁷. Nicht erforderlich ist hingegen, daß sich seine Zuständigkeit im konkreten Fall gerade auf die tatsächlich erhobene Abgabe erstreckt, solange der Täter überhaupt eine irgendwie geartete Befugnis zur Abgabenerhebung inne hat²⁸.

In der erforderlichen Erhebungsbefugnis liegt auch der Unterschied von § 353 zu § 352, bei dem es ausreicht, daß ein Amtsträger die Abgaben für sich selbst erhebt²⁹.

aa. Der Begriff der öffentlichen Kassen gem. § 353 Abs. 1

Die Befugnis des Täters zur Abgabenerhebung muß also für eine öffentliche Kasse bestehen. Für den öffentlichen Charakter ist es unbeachtlich, ob das Rechtsverhältnis der Kasse zum Bürger öffentlich- oder privatrechtlich ausgestaltet ist, oder in welcher Rechtsform die Kasse

²⁰ Träger / LK, § 353, Rn. 20; NK / Kuhlen, § 353, Rn. 4.

²¹ Siehe bei aa. Der Begriff der öffentlichen Kassen gem. § 353 Abs. 1

²² SK / Hoyer, § 353, Rn. 5.

²³ RGSt 23, 263 (265); 41, 91 (93); BGH NJW 1961, 1171f.

²⁴ LK / Träger, § 353, Rn. 5.

²⁵ LK / Träger, § 353, Rn. 6.

²⁶ BGH NJW 1957, 638.

²⁷ RGSt 65, 52 (53).

²⁸ RGSt 41, 91 (94); SK / Hoyer, § 353, Rn. 5; NK / Kuhlen, § 353, Rn. 5.

²⁹ BGHSt 2, 35 (36); LK / Träger, § 353, Rn. 1.

organisiert ist³⁰. Wie auch bei § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) ist vielmehr ausschlaggebend, ob der Aufgabenkreis der Kasse öffentlicher Natur ist.

Öffentlich sind z.B. alle Kassen des Staates, der Kommunalbehörden oder sonstiger öffentlicher Körperschaften und Anstalten³¹, also insbesondere Kassen der Landkreise³², der Gemeinden³³, der öffentlichen Schulen³⁴ und Berufsgenossenschaften³⁵. Auch die Kassen von Bahn³⁶ und Post³⁷ werden als öffentlich angesehen, wenngleich dies nicht ganz unproblematisch hinsichtlich ihres fortschreitendem Privatisierungsprozeß ist. Die hiermit verbundenen Probleme können im Rahmen dieser Arbeit nur kurz angerissen werden, da sie sich nicht im Besonderen aus den Eigenarten des § 353 Abs. 1 ergeben. Trotzdem seien sie kurz am Beispiel der Telekom dargestellt. Fraglich ist hier, ob der öffentliche Charakter der Telekom nicht durch die rechtlichen und tatsächlichen Veränderungen der letzten Jahre entfallen ist.

Grundsätzlich ergibt sich die öffentliche Aufgabe der Telekommunikation aus ihrer Zweckdienlichkeit, da öffentliches Leben ohne Telefonnetz nicht denkbar ist (z.B. Notrufe, Regierungs- und Verwaltungstätigkeiten etc.)³⁸.

Unbeachtlich war es daher, daß durch die Postreform die öffentlich-rechtliche Rechtsbeziehung zum Bürger in ein privatrechtliches umgewandelt wurde und so Forderungen nun nicht mehr im Verwaltungsvollstreckungsverfahren, sondern nur noch im zivilrechtlichen Mahn- und Vollstreckungsverfahren geltend gemacht werden können³⁹. Dem öffentlichen Charakter schadete insoweit auch nicht der Rechtsformwechsel im Jahre 1994 mit der Postreform II von der Deutsche Bundespost Telekom gem. § 1 Abs. 2 PostUmwG in die privatrechtliche AG deutsche Telekom AG.

Vielmehr wird in Zukunft ausschlaggebend sein, inwieweit auch die privaten Mitbewerber der Telekom öffentliche Aufgaben übernehmen werden. Denn je weiter die Monopolstellung der Telekom dem Wettbewerb preisgegeben wird, desto mehr werden die privaten Konkurrenten ebenfalls der Allgemeinheit dienliche Aufgaben übernehmen und desto mehr wird der öffentliche Charakter der Telekom in den Hintergrund gedrängt werden. Insoweit bleibt also im Au-

³⁰ RGSt 22, 306 (307); NK / Kuhlen, § 353, Rn. 5.

³¹ Sch / Sch / Cramer, § 353, Rn. 3.

³² RGSt 41, 91 (93f).

³³ RGSt 66, 246 (248).

³⁴ RGSt 26, 259.

³⁵ RG GA 1912, 472.

³⁶ RGSt 22, 306; 52, 163; NK / Kuhlen, § 353, Rn. 5.

³⁷ RGSt 3, 87 (75), 75, 378; BGHSt 9, 348; 24, 15; NJW 1961, 1171.

³⁸ BGH JR, 121 (121):

³⁹ Martina, NJW 1995, 681 (684).

ge zu behalten, ob die Kassen der Telekom, aber auch der Post, der Bahn oder anderer zu privatisierender Staatsunternehmen auch zukünftig noch als öffentlich zu beurteilen sein werden. Angemerkt sei an dieser Stelle zudem, daß mit diesen aufgeworfenen Problemen auch verfassungsrechtliche Bedenken in Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG einhergehen, da sich umso schwerlicher sachliche Rechtfertigungsgründe für eine Ungleichbehandlung finden lassen zwischen solchen Tätern, die Abgaben für eine öffentliche Kasse erheben, und sonstigen Tätern, die anderweitig Abgaben erheben, je stärker die Tätigkeit der erstgenannten aus dem öffentlichen Aufgabenbereich herausrückt und sich den Tätigkeiten der anderen angleicht.

bb. Abgaben i.S.d. § 353 Abs. 1

Die Erhebungsbefugnis muß sich auf Steuern, Gebühren oder andere Abgaben erstrecken. Mit der Formulierung „[...] oder andere Abgaben [...]“ weist das Gesetz darauf hin, daß die von § 353 Abs. 1 verwendeten Begriffe „Steuern“ bzw. „Gebühren“ ebenfalls Abgaben darstellen müssen; nur wenn sie einem übergeordneten Abgabenbegriff unterfallen, werden sie also von § 353 Abs. 1 erfaßt. Entgegen einer Mindermeinung in der älteren Literatur⁴⁰ hat dies auch schon die frühe Rspr.⁴¹ erkannt und formelle Mindestanforderungen an einen solchen Oberbegriff aufgestellt. So muß die Abgabe zumindest gesetzlich oder durch Verwaltungsvorschrift so festgelegt sein, daß sie der Amtsträger anhand von Gebührenordnungen, Taxen oder sonstigen Vorschriften selbst zu berechnen hat⁴². Auch Vorschüsse und Vorauszahlungen sind daher Abgaben, da sie nicht willkürlich, sondern unter Zugrundelegung der voraussichtlichen, gesetzlich fixierten Abgabeschuld festgesetzt werden⁴³.

Nach dem inhaltlich ebenfalls vom Reichsgericht⁴⁴ entwickelten Begriff der Abgaben sind dies alle Leistungen an eine öffentliche Kasse, welche in irgendeiner Beziehung einen publizistischen [öffentlich - rechtlichen] Charakter an sich tragen, selbst dann, wenn sich nur die Höhe der Leistung - jedenfalls dem Rahmen nach - nach diesen Grundsätzen bemißt⁴⁵. Die Abgaben können sowohl aus öffentlich-rechtliche Vorschriften als auch aus privatrechtlichen Beziehungen zwischen Bürger und Staat hervorgehen, sofern hierdurch nur eine öffentliche Aufgabe erfüllt wird oder neben gewerblichen zumindest auch politische und volkswirtschaft-

⁴⁰ Holtzendorff, III, § 353, S. 87.

⁴¹ RGSt, 3, 87; 22, 306 (307); 41, 91 (92).

⁴² RGSt 3, 87 (88); 41, 91 (92).

⁴³ RGSt 41, 91 (92).

⁴⁴ RGSt 3, 87, (88); 22, 306 (307); 41, 91 (92).

⁴⁵ RGSt 22, 306; 41, 91 (92); NK / Kuhlen, § 353, Rn. 6; SK / Hoyer, § 353, Rn. 6; LK / Träger, § 353, Rn. 8ff; Sch/Sch / Cramer, § 353, Rn. 4.

liche Grundsätze für die Festsetzung maßgebend sind⁴⁶. Hieraus ergibt sich für das Strafrecht ein gegenüber dem öffentlichen Recht weitergehender Begriff der Abgaben⁴⁷.

So stellen auch die Fracht-⁴⁸ und Fahrkartentarife⁴⁹ der Bahn, deren Rechtsbeziehung zum Bürger seit jeher privatrechtlich ausgestaltet ist, sowie die der nunmehr ebenfalls privatrechtlich ausgestalteten Tarife der Post⁵⁰ ebenso Abgaben i.S.d. § 353 Abs. 1 dar wie Schulgelder für eine öffentliche Schule⁵¹ oder Vollstreckungsgebühren eines Gerichtsvollziehers⁵². Sofern der Staat jedoch wie ein Gewerbetreibender rein fiskalisch tätig ist, sind die erzielten Gewinne keine Abgaben i.S.d. § 353 Abs. 1, da ihnen insoweit der öffentliche Charakter fehlt⁵³, so z.B. bei Erhebung eines Kaufpreises oder Mietzinses⁵⁴.

Als speziellere Unterfälle der Abgabe nennt § 353 Abs. 1 die Steuern und die Abgaben.

(1) Steuern i.S.d § 353 Abs. 1

Der Begriff der Steuern kann dem Steuerrecht entnommen werden. § 3 Abs. 1 AO enthält insoweit eine Legaldefinition. Danach sind Steuern Geldleistungen, die - anders als die Gebühren - nicht eine Gegenleistung für eine besondere Leistung darstellen. Sie sind von einem Gemeinwesen zur Einnahmeerzielung allen aufzuerlegen, bei denen der Tatbestand zutrifft, an den das Steuergesetz die Leistungspflicht knüpft. Dabei kann die Einnahmeerzielung auch Nebenzweck sein.

(2) Gebühren

Gebühren hingegen sind Zahlungen, die als Gegenleistung für eine Leistung des Staates, seiner Behörden und öffentlichen Einrichtungen erbracht werden⁵⁵. Wie der Abgabenbegriff ist auch der Gebührenbegriff des Strafrechts weiter als der verwaltungsrechtliche⁵⁶.

2. Die Tathandlung

Die Tathandlung des § 353 Abs. 1 besteht aus zwei Akten⁵⁷.

⁴⁶ RGSt 3, 87 (88); 22, 306 (307); 23, 263 (265); Sch/Sch / Cramer, § 353, Rn. 4; NK / Kuhlen, § 353, Rn. 6.

⁴⁷ LK / Träger, § 353, Rn. 13.

⁴⁸ RGSt 22, 306 (307).

⁴⁹ RGSt 22, 306 (308); 52, 163, (165).

⁵⁰ RGSt 3, 87 (88); 75 (378); BGH NJW 1961, 1171.

⁵¹ RGSt 26, 259.

⁵² BGHSt 2, 35.

⁵³ RGSt 22, 306 (307f); LK / Träger, § 353, Rn. 12; NK / Kuhlen, § 353, Rn. 6.

⁵⁴ SK / Hoyer, § 353, Rn. 6.

⁵⁵ RGSt 3, 87 (88); 22, 306 (307).

a. Erster Einzelakt: das Erheben von Abgaben

In einem ersten Akt erhebt der Täter gem. § 353 Abs. 1 zunächst übermäßig Abgaben. Das entspricht auch der Tathandlung des § 352⁵⁸. Der hier verwendete Abgabenbegriff entspricht selbstverständlicherweise jenem, der auch zur Beschreibung des Täterkreises verwendet wird⁵⁹.

Diese Abgaben dürfen nach den entsprechenden Gesetzen entweder überhaupt nicht oder nur zu einem geringeren Teil geschuldet werden⁶⁰. Werden die Abgaben jedoch richtig berechnet und nur nicht zur Kasse abgeliefert, kommt nicht eine Abgabenüberhebung sondern allenfalls Unterschlagung in Betracht⁶¹.

Die Leistung muß vom Täter als rechtlich geschuldete Abgabe für eine öffentliche Kasse erhoben, d.h. gefordert und daraufhin erlangt werden⁶².

aa. Täuschung über die Abgabepflicht

Ob der Täter darüber hinaus auch eine Täuschungshandlung über die Abgabepflicht begangen haben muß und inwieweit diese Täuschung einen Irrtum beim Zahlenden erzeugt haben muß, wird in der Rspr. und Lit. kontrovers diskutiert.

(1) RG und frühe Literatur:

Die frühere Rspr.⁶³ und Lit.⁶⁴ hielten eine „Täuschung“ des Zahlenden beim Tatbestand des § 353 Abs. 1 für entbehrlich. § 353 Abs. 1 fände vielmehr auch dann Anwendung, wenn die Zahlenden davon Kenntnis hätten, daß die Abgabepflicht nicht existiere, aber zur Vermeidung von Nachteilen trotzdem zahlten. Terminologisch war dieses Urteil jedoch unscharf. Denn genau genommen hielt es nicht die *Täuschungshandlung* des Täters, sondern den *Irrtum* des Zahlenden für entbehrlich, den sie terminologisch ungenau als „Täuschung“ bezeichnete. Die Täuschungshandlung des Täters blieb in diesem Urteil hingegen unerwähnt und wurde wahrscheinlich als selbstverständlich vorausgesetzt.

(2) BGH

⁵⁶ LK / Träger, § 353, Rn. 10; sieh auch oben S. 9 (Abgaben).

⁵⁷ s.o. S. 3.

⁵⁸ BGHSt 2, 35 (36); NK / Kuhlen, § 353, Rn. 8.

⁵⁹ s.o. S. 8 (Abgaben).

⁶⁰ LK / Träger, § 353, Rn. 15.

⁶¹ RGSt 17, 321 (323).

⁶² RGSt 52, 163 (165); NK / Kuhlen, § 353 Rn. 8; LK / Träger, § 353, Rn. 16.

⁶³ RGSt 22, 306 (308); 65, 53 (55); 75, 378 (379).

⁶⁴ Holtzendorff, III, § 353, S. 87, Fn. 5.

Diese begriffliche Unschärfe des Reichsgerichts verursachte zunächst nun einen Scheinstreit. So verwarf der BGH⁶⁵ schon in seinem 2. Band diese Meinung mit der Begründung, daß eine Täuschungshandlung des Täters gleichwohl Voraussetzung des § 353 Abs. 1 sei, lediglich auf einen Irrtum beim Zahlenden verzichtet werden könne. Denn auch in dem vom RG angeführten Fall, daß der Zahlende das Nichtvorliegen seiner Abgabepflicht erkenne, gleichwohl aber zur Vermeidung von Nachteilen leiste, müsse der Täter die Täuschung über die Abgabepflicht zumindest versucht haben. Andernfalls seien die Voraussetzungen des § 353 Abs. 1 nicht erfüllt. Sowohl das Reichsgericht als auch der BGH halten also einen Irrtum beim Zahlenden für verzichtbar, setzen eine Täuschungshandlung indes voraus und stimmen daher entgegen der Auffassung des BGH inhaltlich überein.

(3) Literatur

Ob sich auch die Lit. dieser Meinung angeschlossen hat, ist mitunter nicht erkennbar. So halten bspw. Hoyer⁶⁶ und Cramer⁶⁷ einen Irrtum beim Zahlenden einerseits für erforderlich, berufen sich dabei aber andererseits gleichzeitig auf das Urteil BGHSt 2, 35f, das ja lediglich eine Täuschungshandlung für erforderlich hält, indes einen Irrtum beim Zahlenden nicht als zwingend notwendig voraussetzt⁶⁸.

Träger⁶⁹ versucht, die nicht weiter begründete Behauptung des BGH, daß eine Täuschungshandlung für § 353 Abs. 1 zwingend erforderlich sei, durch Gegenbeispiele zu widerlegen und kommt zu dem Schluß, daß § 353 Abs. 1 auch ohne Täuschungshandlung des Täters erfüllt werden könne. Wüßte der Täter bspw., daß der Zahlende Kenntnis von der Nichtschuld der Abgaben habe, und würde er gleichwohl Abgaben erheben, so sei nicht ersichtlich, warum die fehlende Täuschungshandlung des Täters dem Tatbestand des § 353 Abs. 1 entgegenstehen sollte. Denn auch hier mißbrauche der Täter seine Erhebungsbefugnis.

Diese Meinung verkennt jedoch folgendes: Wissen sowohl Täter als auch Zahlender von der Nichtschuld des letzteren, dann fordert der Täter die Leistung in Wahrheit nicht mehr *als Abgabe*, wie dies § 353 Abs. 1 erfordert, sondern *als Vorteil i.S.d. der §§ 331 ff*, wenngleich auch unter dem „Deckmantel“ einer Abgabe. Es kommt dann nur eine Bestrafung gem. §§ 331 ff in Betracht. Wie der BGH also zutreffend annimmt, ist es insofern Voraussetzung des § 353

⁶⁵ BGHSt 2, 35 (37).

⁶⁶ SK / Hoyer, § 353, Rn. 7.

⁶⁷ Sch/Sch / Cramer, § 353, Rn. 6.

⁶⁸ BGHSt 2, 35 (37).

⁶⁹ LK / Träger, § 353, Rn. 17.

Abs. 1, daß der Täter eine Täuschungshandlung begeht, indem er nichtgeschuldete Leistungen als (vermeintliche) Abgabe erhebt.

Darüber hinaus wird z.T. auch ein Irrtum des Zahlenden für erforderlich gehalten. So weicht Kuhlen⁷⁰ genau in entgegengesetzter Richtung zu Träger vom BGH ab und hält sowohl die Täuschungshandlung als auch den Irrtum des Zahlenden für zwingende Tatbestandsvoraussetzungen des § 353 Abs. 1. Der Erfolgswert der Abgabenüberhebung ergebe sich aus zwei Aspekten: zum einen müsse der Täter eine tatsächlich nicht geschuldete Abgabe erheben. Zum anderen müsse die Leistung des Opfers gerade auf die Begleichung dieser Schuld gerichtet sein. Andernfalls stelle die Leistung des Opfers schon keine Abgabe i.S.d. § 353 Abs. 1 dar. Fehle es also an einem Irrtum beim Opfer und werde eine zu Unrecht erhobene Abgabe „etwa aus Liberalität, um ein Geschenk zu machen, um zu bestechen oder aus dergleichen Motiven“ beglichen, so werde daher durch den Täter lediglich das Handlungsunrecht, nicht jedoch das vollständige Erfolgswert des § 353 Abs. 1 verwirklicht. Dann liege aber nur ein Versuch des § 353 Abs. 1 vor, der wiederum nicht strafbar sei. Insofern sei also auch der Irrtum des Zahlenden erforderlich.

(4) Stellungnahme

Letztere Meinung verdient Zustimmung. Zur Erhebung einer Abgabe gehört stets zweierlei: Sie wird als Abgabe gefordert und sie wird als Abgabe gezahlt. Zahlt das Opfer, obwohl es von der Nichtschuld weiß, wird diese bewußte Vermögensminderung nicht mehr vom Schutzzweck des § 353 Abs. 1 erfaßt, denn § 353 Abs. 1 schützt nur den Abgabepflichtigen vor Überhebung und nicht den Vorteilgewährenden vor sich selbst. Nur wenn der Zahlende sich im Irrtum befindet, wird das Erfolgswert des § 353 Abs. 1 durch Verletzung des Rechtsguts „Privatvermögen“ vollständig verwirklicht.

b. Zweiter Einzelakt: Das Nicht-zur-Kasse-Bringen der erhobenen Abgaben

Zweiter Einzelakt der Abgabenüberhebung ist darüber hinaus, daß die übermäßig erhobenen Abgaben ganz oder zum Teil nicht zur Kasse gebracht werden. Es handelt sich insoweit um ein tatbestandsmäßiges echtes Unterlassen⁷¹, so daß die diesbezüglichen allgemeinen Voraussetzungen wie z.B. Handlungsmöglichkeit und Pflichtwidrigkeit vorliegen müssen. An der Handlungsmöglichkeit fehlt es z.B., wenn der Amtsträger den überhobenen Betrag

⁷⁰ NK / Kuhlen, § 353, Rn. 9 u. § 352, Rn. 11.

⁷¹ NK / Kuhlen, § 353, Rn. 10.

Handlungsmöglichkeit fehlt es z.B., wenn der Amtsträger den überhobenen Betrag verliert, bevor er ihn zu Kasse bringen kann⁷².

Das Unterlassen und damit die Abgabenüberhebung sind regelmäßig dann vollendet, wenn der Täter das zuviel Erhobene schon *gegenständlich nicht* der öffentlichen Kasse, sondern sich oder einem Dritten zuordnet. Hierdurch wird nach der Aufnahme der Drittzueignungsabsicht in den § 246 auch immer eine Unterschlagung vollendet sein.

Ein solches Unterlassen kann aber auch erfüllt sein, wenn die Beträge *gegenständlich* der Kasse zugeführt werden. Denn bloßes „dem Kassenbestand zuführen“ allein stellt noch kein „Zurkassebringen“ i.S.d. § 353 Abs. 1 dar, vielmehr sind die Beträge erst dann zur Kasse gebracht, wenn sie ordnungsgemäß verbucht worden sind; denn erst dann sind sie als Abgabe vereinnahmt⁷³. So hat ein Postbeamter, der zuviel erhobene Paketgebühren zunächst ohne Verbuchung nur vorübergehend in die Kasse legt, um sie später unauffällig herausnehmen zu können, diese Beträge nicht zur Kasse gebracht⁷⁴.

In diesem Problemfeld verortet sich auch eine der wohl am häufigsten von Reichsgericht und Bundesgerichtshof entschiedenen Fallkonstellationen, daß Abgaben überhoben wurden, um entstandene oder drohende Kassenfehlbeträge auszugleichen, die der Täter andernfalls aus eigener Tasche hätte ersetzen müssen⁷⁵; meist gingen die Täter wie folgt vor: Um beim Zahlenden keinen Verdacht zu wecken, wurden die überhobenen Beträge zunächst in die Kasse gelegt, ohne daß sie verbucht worden wären. So wurde entweder der Fehlbetrag direkt ausgeglichen oder aber die Beträge wurden aus der Kasse herausgenommen und als „schwarze Kassen“ (Schuhkartons etc.) für zukünftige Mankos angelegt. Vollendet waren diese Fälle bereits, wenn die Beträge ohne Verbuchung in die Kasse gelegt wurden.

Es müssen jedoch gerade die überhobenen Beträge nicht zur Kasse gebracht werden. Daran fehlt es, wenn zum Ausgleich von Kassenfehlbeträgen zunächst Abgaben überhoben, aber verbucht werden (also zur Kasse gebracht werden), dafür später aber andere Abgaben, die in richtiger Höhe erhoben wurden, nicht verbucht werden, um die Kasse wieder „stimmig zu machen“⁷⁶. Wenn das OLG Köln⁷⁷ in diesem Fall trotzdem § 353 Abs. 1 bejaht, überdehnt es den Wortlaut der Norm und verstößt insoweit gegen das Analogieverbot des Art. 103 Abs. 2 GG.

⁷² NK / Kuhlen a.a.O..

⁷³ LK / Träger, § 353, Rn. 18.

⁷⁴ RGSt 26, 259 (260); 75, 378 (380).

⁷⁵ RGSt 26, 259 (260); 75, 378 (380); BGH NJW 1961, 11731f; OLG Köln NJW 1966, 1373 (1374).

⁷⁶ LK / Träger, § 353, Rn. 18; Sch/Sch / Cramer, § 353, Rn. 7; NK / Kuhlen, § 353, Rn. 11.

⁷⁷ OLG Köln, NJW 1966, 1373 (1374).

II. Der subjektive Tatbestand

1. Vorsatz

Der Vorsatz setzt zunächst voraus, daß der Handelnde seine Tütereigenschaft als Amtsträger und die Tathandlung in Kenntnis ihres Sinngehalts vollzieht. Der Täter muß auch Vorsatz bzgl. eines durch Täuschung hervorgerufenen Irrtums beim Zahlenden über dessen Abgabepflicht haben⁷⁸.

Streitig ist, welche Vorsatzform hinsichtlich des Nichtbestehens der erhobenen Abgabe bestehen muß. Der Streit resultiert auf der unterschiedlichen Auslegung des § 353 Abs. 1 hinsichtlich der Formulierung „[...] Abgaben, **von denen er weiß**, daß der Zahlende sie nicht[...] schuldet, [...]“.

Eine Meinung⁷⁹ beruft sich insoweit auf den Wortlaut der Norm, welcher klar zum Ausdruck bringe, daß der Täter Gewißheit über die Nichtschuld haben müsse, so daß ein bloßes Für-Möglich-Halten und damit Eventualvorsatz nicht ausreiche.

Eine andere Meinung⁸⁰ hält dem entgegen, daß hier auf den Sprachgebrauch des Gesetzgebers nicht abgestellt werden könne, da § 353 Abs. 1 diesbezüglich seit dem Inkrafttreten des StGB unverändert geblieben sei, der Gesetzgeber dem Wortlaut damals jedoch keine besondere Bedeutung zugemessen habe. Zudem entspreche eine weitere Auslegung dem Schutzzweck der Norm und sei insbesondere auch folgerichtig angesichts der Nähe zum Betrug, bei dem ebenfalls bedingter Vorsatz ausreiche.

Die letztere Meinung verdient Zustimmung. Ebenso wie z.T. bei der Auslegung des Begriffes „wissentlich“⁸¹ kann § 353 Abs. 1 aufgrund seines Alters nicht wie die neueren Formulierungen des Gesetzgebers ausgelegt werden. Insofern kommt der Formulierung „[...] von denen er weiß [...]“ keine besondere Bedeutung zu. Auch bedingter Vorsatz reicht also aus.

Zudem hat die Streitentscheidung jedoch kaum Bedeutung, da dessen praktische Auswirkung relativ gering ist. Denn die Amtsträger haben meist so gute Kenntnisse über das einschlägige Abgabenrecht, daß fast immer direkter Vorsatz vorliegen wird.

⁷⁸ s.o. S. 10 ff.

⁷⁹ SK / Hoyer, § 353, Rn. 9; Sch/Sch / Cramer, § 353, Rn. 12; NK / Kuhlen, § 353, Rn. 12 u. § 352, Rn. 21.

⁸⁰ RGSt 16, 363 (364); LK / Träger, § 353, Rn. 19 u. § 352, Rn. 21;

⁸¹ RGSt 66, 298 (302).

2. Bereicherungsabsicht

Eine Bereicherungsabsicht wie bei § 263 Abs. 1 ist entsprechend des Wortlautes des § 353 Abs. 1 nicht erforderlich, obgleich eine solche beim Täter regelmäßig vorliegen wird⁸².

E. Die einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen des § 353 Abs. 2

I. Der objektive Tatbestand

§ 353 Abs. 2 stellt eine gewisse Umkehrung des § 353 Abs. 1 dar. Während Abs. 1 die übermäßige Erhebung von Abgaben unter Strafe stellt, erfaßt Abs. 2 den Fall, daß Leistungen des Staates rechtswidrig verkürzt werden.

1. Täterkreis

Auch hier kann Täter nur ein Amtsträger sein, der die Befugnis besitzt, amtliche Ausgaben zu kürzen.

2. Die Tathandlung

Die Leistungsverkürzung gem. § 353 Abs. 2 ist ebenfalls zwei-aktig strukturiert.

a. Erster Einzelakt: Die Verkürzung amtlicher Leistungen

Der erste Teilakt besteht darin, daß der Handelnde bei amtlichen Ausgaben an Geld oder Naturalien dem Empfänger rechtswidrig Abzüge macht. Er muß die Abzüge amtlich, d.h. gerade in seiner Eigenschaft als Amtsträger von amtlich geschuldeten Leistungen machen⁸³, so z.B. von Renten⁸⁴ oder von Fürsorgeunterstützungen⁸⁵. Gibt der Fahrkartenverkäufer indes dem Kunden zu wenig Wechselgeld heraus, handelt er zwar als Amtsträger, erbringt jedoch keine amtliche Leistung und macht sich demzufolge auch nicht nach § 353 Abs. 2 strafbar⁸⁶.

Auch wenn amtliche Leistungen vollständig verweigert werden, ist dies als Verkürzung der Leistung i.S.d. § 353 Abs. 2 zu werten⁸⁷.

Der Täter muß die Abzüge *rechtswidrig* machen. Ob ein Abzug rechtswidrig ist, ergibt sich aus einem Vergleich mit den maßgebenden amtlichen Vorschriften⁸⁸. Der Wortlaut des § 353

⁸² LK / Träger, § 353, Rn. 19; NK / Kuhlen, § 353, Rn. 12 u. § 352, Rn. 29; Sk / Hoyer, § 353, Rn. 9.

⁸³ NK / Kuhlen, § 353, Rn. 13.

⁸⁴ RGSt 61, 37.

⁸⁵ RGSt 66, 246ff.

⁸⁶ RGSt 62, 163 (166).

⁸⁷ RGSt 66, 246 (249); Sch/Sch / Cramer, § 353, Rn. 10; Dreher/Tröndle, § 353, Rn. 5; LK / Träger, § 353, Rn. 22.

Abs.2 läßt offen, ob der Täter über die Zulässigkeit der Verkürzung täuschen muß und ob dies beim Empfänger der Leistung einen Irrtum erzeugen muß. Hierfür spricht jedoch der enge Zusammenhang mit § 353 Abs. 1, der bereits durch die Bezugnahme des § 353 Abs. 2 auf die Strafdrohung des § 353 Abs. 1 deutlich wird.

b. Zweiter Einzelakt: Das vollständige In-Rechnungstellen der verkürzten Ausgabe

Der zweite Teilakt der Leistungsverkürzung besteht darin, daß die verkürzte Ausgabe als vollständig geleistet in Rechnung gestellt wird und die Kasse daher mit der vollen Leistung belastet wird. Hierdurch mindert sich das Vermögen des Staates, der weiterhin zur Leistung entsprechend des verkürzten Betrages verpflichtet bleibt.

Zu beachten ist hier insoweit, daß die falsche Abrechnung gegenüber derjenigen Behörde zu erfolgen hat, für die die amtliche Leistung bewirkt wurde⁸⁹.

II Der subjektive Tatbestand

Zum subjektiven Tatbestand ergeben sich im Vergleich zu § 353 Abs. 1 eine Besonderheiten⁹⁰.

F. Rechtsfolgen

I. Strafdrohung des § 353

§ 353 sieht eine Freiheitsstrafe von 3 Monaten bis zu 5 Jahren vor. Kommt nur eine Freiheitsstrafe von weniger als 6 Monaten in Betracht, so ist gemäß § 47 Abs. 2 lediglich eine Geldstrafe zu verhängen, wenn nicht die Voraussetzungen von § 47 Abs. 1 erfüllt sind.

II. Nebenfolgen gemäß § 358

Daneben kann das Gericht gem. §§ 358, 45 Abs. 2 u. 1 dem Täter die Fähigkeiten für eine Dauer von 2 bis zu 5 Jahren aberkennen, öffentliche Ämter zu bekleiden und Rechte aus öffentlichen Wahlen zu erlangen.

⁸⁸ RGSt 66, 246 (248).

⁸⁹ RGSt 66, 246 (248).

⁹⁰ s.o. S. 14.

G. Konkurrenzen

I. § 353 Abs. 1

Schwierigkeiten bereitet § 353 Abs. 1 im Verhältnis zu anderen Delikten. Dies fußt auf dem Umstand, daß sich die Abgabenüberhebung aus zwei Einzelakten zusammensetzt, die beide große Ähnlichkeit mit anderen Vermögensdelikten besitzen, sich indes aber nicht als bloß speziellere Ausformung dieser Vermögensdelikte darstellen, sondern auch Fallkonstellationen außerhalb der allgemeineren erfassen.

So scheint der erste Einzelakt, die Überhebung von Abgaben, zunächst bloß speziellere Ausformung eines Betruges zu sein. Denn wie bereits oben festgestellt, bedarf es für § 353 Abs. 1, ebenso wie beim Betrug, einer Täuschungshandlung und eines Irrtums. So nimmt denn auch die h.M.⁹¹ an, daß die Abgabenüberhebung „ein beamtenrechtlicher Spezialfall des Betruges“⁹² sei und insoweit den Betrug verdränge. Tateinheit zwischen Betrug und Abgabenüberhebung könne nur vorliegen, wenn zur bewußt überhöhten Abgabeforderung eine zusätzliche Täuschungshandlung hinzutrete⁹³.

Spezialität bedeutet jedoch, daß eine Strafvorschrift begriffsnotwendig *alle* Merkmale einer anderen enthält, so daß die Verwirklichung des speziellen Deliktstatbestands zwangsläufig auch den in Betracht kommenden allgemeinen Tatbestand erfüllt⁹⁴. Wie oben bereits festgestellt setzt § 353 Abs.1 aber keine Bereicherungsabsicht i.S.d § 263 Abs.1 voraus, so daß auch Ausnahmefälle denkbar sind, in denen durch die Abgabeüberhebung nicht zugleich auch ein Betrug vollendet ist, so z.B., wenn der Täter den Zahlenden durch die Abgabenüberhebung nur schädigen will, ihm die überhobenen Beträge im übrigen aber völlig gleichgültig sind. Dann kann aber § 353 Abs. 1 kein Spezialfall des Betruges sein. Insofern nahm schon das RG⁹⁵ und neuerdings wieder eine Mindermeinung in der Lit.⁹⁶ Idealkonkurrenz gem. § 52 Abs. 1 zwischen Abgabenüberhebung und Betrug an.

Diese „Spitzfindigkeit“ der letztgenannten Meinung wirkt sich jedoch solange nicht aus, als der Betrug nur im Grundtatbestand verwirklicht wird, da die Strafandrohung der Abgabenüberhebung dann höher ist und sich daher nach beiden Meinungen der Strafraumen aus § 353 Abs. 1 ergibt.

⁹¹ BGHSt 2, 35 (37); LK / Träger, § 353, Rn. 23; Sch/Sch / Cramer, § 353, Rn. 14; SK / Hoyer, § 353, Rn. 13.

⁹² BGH NJW 1966, 1171 (1172).

⁹³ BGHSt 2, 35 (36f); BGH NJW 1961, 1171 (1172); LK / Träger, § 353, Rn. 23.

⁹⁴ Wessels, AT, Rn. 788.

⁹⁵ RGSt 22, 306 (308); 26, 259 (260); 65, 52 (55); 75, 378 (380).

⁹⁶ NK / Kuhlen, § 353, Rn. 19.

Zu erheblich unterschiedlichen Ergebnissen kommt es jedoch dann, wenn entweder Betrug und Abgabenüberhebung nur im Versuch vorliegen, oder aber wenn der Täter neben der Abgabenüberhebung eine Strafzumessungsregel gem. § 263 Abs. 3 bzw. eine Betrugsqualifikation gem. § 263 Abs. 5 verwirklicht hat. In beiden Fällen erfährt nämlich der Amtsträger, der nach § 353 Abs. 1 zu bestrafen ist, eine nicht unerhebliche Privilegierung gegenüber sonstigen Betrügern, wenn man mit der h.M. davon ausgeht, daß § 353 Abs. 1 *lex specialis* gegenüber dem Betrug ist. So nimmt die h.M. an, daß in dem Fall, daß der abgabenüberhebende Amtsträger, der das Delikt nicht vollendet hat, bspw. weil das Opfer dessen Vorhaben durchschaut hat und deshalb nicht zahlt, straflos bleibt, während bspw. der Angestellte einer Privatbank, der ebenfalls Gebühren zu überheben versucht, gemäß § 263 Abs. 2 strafbar ist. Nach herrschender Meinung werden auch die Strafzumessungsregeln des § 263 Abs. 3 und die Qualifikationen des § 263 Abs. 5 durch die Abgabenüberhebung verdrängt, so daß hier Unterschiede beim oberen Strafraumen von bis zu 5 Jahren auftreten können.

Diese Privilegierung des Amtsträgers erklärt die h.M. dadurch, daß sich der Zahlende ja jederzeit über den gesetzlichen Umfang seiner Zahlungspflicht unterrichten könne und insofern weniger schutzwürdig sei als das Opfer eines „gewöhnlichen“ Betruges⁹⁷. Indes ist nicht einzusehen, warum es einfacher sein sollte, sich über das Abgaberecht zu informieren, das oftmals umfangreich und höchst kompliziert ist, als den Umfang von vertraglich geschuldeten Beträgen nachzuvollziehen. Ein sachlich rechtfertigender Grund für die Privilegierung von Amtsträgern läßt sich daher nicht finden. Vielmehr müßte das Handlungsunrecht, das bei Amtsträgern aufgrund des öffentlichen Dienst- und Treueverhältnis zum Staat eigentlich noch höher ist als bei anderen Personen, gerade mit höherer Strafe bewährt sein. Insofern ist das von der h.M. angenommene Konkurrenzverhältnis auch verfassungsrechtlich in Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG nicht unbedenklich.

Daher überzeugt die Mindermeinung, wenn sie Idealkonkurrenz zwischen Betrug und Abgabenüberhebung annimmt und so eine sachlich nicht gerechtfertigte Privilegierung der Amtsträger dadurch vermeidet, daß sie rechtsdogmatisch „sauber“ eine Spezialität des § 353 Abs. 1 zu § 263 verneint, sei dieses Ergebnis auch nur anhand von Spitzfindigkeiten erreicht.

Eine durch das Nicht-zur-Kasse-Bringen regelmäßig mitverwirklichte Unterschlagung wird entsprechend der in § 246 Abs.1 enthaltenen Subsidiaritätsklausel durch die mit höherer Strafe bewährte Abgabenüberhebung verdrängt. Insofern ist durch das 6. StrRG die von der h.M.

⁹⁷ LK / Träger, § 353, Rn. 24.

vorgenommene Differenzierung, ob sich der Täter gerade die überhobenen Beträge aneignet (dann Spezialität)⁹⁸, oder ob der Täter die Beträge zum Ausgleich von Kassenfehlbeträge benutzt (dann Tateinheit)⁹⁹, obsolet geworden.

II. § 353 Abs. 2

Eine durch die Leistungsverkürzung regelmäßig verwirklichte Unterschlagung wird im Wege der Subsidiarität verdrängt. Zu dem Verhältnis zum Betrug gilt das zur Abgabenüberhebung Gesagte, so daß entgegen der h.M. auch hier zwischen den beiden Delikten Tateinheit gem. § 52 Abs. 1 besteht.

H. Zusammenfassung

§ 353 ist ein Anachronismus des vergangenen Jahrhunderts, der von staubigen Amtsstuben mit Schalter, Drehkasse und pflichtbewußten Beamten ausgeht, die sich wegen Beträgen in Briefmarkenhöhe strafbar machten, um Kassenfehlbeträge auszugleichen. Durch die Neuerungen des Zahlungsverkehrs ist dieses Delikt in die absolute rechtspolitische Bedeutungslosigkeit gefallen. Insbesondere aufgrund des Umstand, daß die durch § 353 erfaßten Fälle auch ohne diesen Straftatbestand gemäß §§ 263, 266, 246 strafbar wären und insoweit keine Strafbarkeitslücken entstünden, wie auch aufgrund der sachlich nicht gerechtfertigten Privilegierung gegenüber dem schweren und dem versuchten Betrug, scheint es längst überfällig, daß der Gesetzgeber die Daseinsberechtigung des § 353 neu überdenkt und diesen wünschenswerter Weise einfach entfallen läßt.

⁹⁸ BGH NJW 1961, 1171 (1172); OLG Köln NJW 1966, 1272 (1374); LK / Träger, § 353, Rn. 25.

⁹⁹ BGHSt 9, 348 (349ff); 24, 115 (117); LK / Träger, § 353, Rn. 25.

Gliederung:

A. Einleitung	1
I. Der Inhalt der Norm.....	1
II. Die rechtspolitische Bedeutung	1
B. Entstehungsgeschichte.....	2
C. Die durch § 353 geschützten Rechtsgüter	3
I. § 353 Abs.1	3
II. § 353 Abs. 2.....	5
D. Die einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen des § 353 Abs. 1.....	5
I. Der objektive Tatbestand	5
1. Der Täterkreis	5
a. Amtsträger i.S.d. § 11 I Nr. 2	5
b. Befugnis zur Abgabenerhebung	6
aa. Der Begriff der öffentlichen Kassen gem. § 353 Abs. 1	6
bb. Abgaben i.S.d. § 353 Abs. 1	8
(1) Steuern i.S.d § 353 Abs. 1.....	9
(2) Gebühren.....	9
2. Die Tathandlung	9
a. Erster Einzelakt: das Erheben von Abgaben	10
aa. Täuschung über die Abgabepflicht.....	10
(1) RG und frühe Literatur:.....	10
(2) BGH	10
(3) Literatur.....	11
(4) Stellungnahme.....	12
b. Zweiter Einzelakt: Das Nicht-zur-Kasse-Bringen der erhobenen Abgaben.....	12
II. Der subjektive Tatbestand	14
1. Vorsatz.....	14
2. Bereicherungsabsicht.....	15
E. Die einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen des § 353 Abs. 2.....	15
I. Der objektive Tatbestand	15
1. Täterkreis	15
2. Die Tathandlung	15

a. Erster Einzelakt: Die Verkürzung amtlicher Leistungen.....	15
b. Zweiter Einzelakt: Das vollständige In-Rechnungstellen der verkürzten Ausgabe ...	16
II Der subjektive Tatbestand	16
F. Rechtsfolgen	16
I. Strafandrohung des § 353	16
II. Nebenfolgen gemäß § 358	16
G. Konkurrenzen.....	17
I. § 353 Abs. 1	17
II. § 353 Abs. 2.....	19
H. Zusammenfassung.....	19