

Unterabschnitt 3: Straftaten gegen das Vermögen

§ 34: Betrug (§ 263 StGB)

I. Allgemeines

Der Betrug ist das wichtigste Vermögensdelikt. Geschützt wird nach h.M. (*Wessels/Hillenkamp* Rn. 485; *MK/Hefendehl* § 263 Rn. 1) das Vermögen als Ganzes, nicht (lediglich) das Eigentum oder die Wahrheit.

Die PKS 2017 weist 910.352 Fälle des Betrugs auf. Das entspricht einem Anteil von 15,8 % an der Gesamtkriminalität. Die Aufklärungsquote liegt bei 73,7 %. Die Betrugstaten verursachten 2017 einen Gesamtschaden von 2.994,2 Millionen Euro. Dabei ist der Schaden einer einzelnen Tat zumeist gering. Nur in 5,8 % der Fälle verursachte einen Schaden von mehr als 5.000 Euro. Mit 30,1 % liegt der Einzelschaden zumeist zwischen 50 und 500 Euro.

Die Fassung des § 263 StGB gilt als missglückt. Anerkannt ist aber folgender Prüfungsaufbau:

I. Objektiver Tatbestand

1. Täuschung
2. Irrtum
3. Vermögensverfügung
4. Vermögensschaden
5. Kausalität, objektive Zurechnung bzw. funktionaler Zusammenhang zwischen Täuschung, Irrtum und Vermögensverfügung
6. Ggf.: Qualifikation nach Abs. 5 (kann auch nach VI. geprüft werden)

II. Subjektiver Tatbestand

1. Vorsatz
2. Absicht rechtswidriger Bereicherung

III. Rechtswidrigkeit

IV. Schuld

V. Ggf. Strafzumessung: Besonders schwere Fälle nach Abs. 3

VI. Ggf. Strafantrag nach §§ 263 IV, 247, 248a StGB

II. Täuschung

Tathandlung des Betrugs ist das „Vorspiegeln falscher oder [...] [die] Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen“. Kurz und weniger verwirrend: die Täuschung über Tatsachen.

1. Tatsachenbegriff

Tatsachen sind nach h.M. (RGSt 55, 129, 131; *Rengier* BT I § 13 Rn. 4) alle vergangenen oder gegenwärtigen Sachverhalte (Geschehnisse und Zustände), die objektiv bestimmt und dem Beweis zugänglich sind.

Der Tatsachenbegriff umfasst sowohl innere als auch als äußere Tatsachen.

- Äußere Tatsachen beziehen sich auf etwas Reales, das äußerlich wahrnehmbar ist; dazu zählen insb. Eigenschaften von körperlichen Gegenständen oder Personen. Z.B. Echtheit eines Kunstwerks; Beschaffenheit oder Verkehrsfähigkeit einer Sache; Alter, Einkünfte, Gesundheitszustand, Fähigkeiten und Qualifikationen einer Person.
- Innere Tatsachen betreffen psychische Zustände wie z.B. den Willen, eine Leistung des vorleistungspflichtigen Vertragspartners zu erfüllen (vgl. BGH NSTZ 2009, 694). Zu beachten ist dabei, dass auch gegenwärtige Absichten, Motive, Vorstellungen oder Überzeugungen hinsichtlich künftiger Ereignisse umfasst sind (MK/*Hefendehl* § 263 Rn. 77). Hierüber werden künftige Ereignisse z.T. wieder in den Tatsachenbegriff (mit-)einbezogen.

Nach der Rspr. (BGHSt 8, 237, 239; LG Mannheim NJW 1993, 1488) genügt es für die Beweisbarkeit, wenn der Täter dem Opfer den Eindruck der Existenz des fraglichen Sachverhalts vermittelt (z.B. das Vorspiegeln

übersinnlicher Fähigkeiten). Nach a.A. (NK/*Kindhäuser* § 263 Rn. 77 f.) genügen nur solche Tatsachen, die dem Beweis prinzipiell zugänglich sind. Danach würde z.B. das Vorspiegeln übersinnlicher Fähigkeiten aus dem Betrugstatbestand herausfallen.

Nicht täuschungsrelevant sind reine Meinungsäußerungen oder Werturteile sowie Rechtsansichten und Aussagen über künftige Ereignisse, die sich nicht auf einen ausreichenden Tatsachenkern beziehen, d.h. keine ausreichende Aussage hinsichtlich einer beweisbaren Tatsache enthalten.

a) Meinungsäußerungen und Werturteile

Die sog. bloße Meinungsäußerung oder ein reines Werturteil stellt als Mitteilung subjektiver Wertungen den Gegenbegriff zum Tatsachenbegriff dar. Werturteile sind Äußerungen, die ihrem Wesen nach durch Elemente der subjektiven Stellungnahme geprägt sind und lediglich die persönliche Überzeugung des sich Äußernden wiedergibt (*Rengier* BT II § 29 Rn. 3). Ein Werturteil liegt z.B. in der Aussage: „Das Bild finde ich schön“, nicht hingegen in der Aussage: „Dieses Bild ist ein van Gogh“.

Meinungsäußerungen und Werturteile von Tatsachen zu unterscheiden, kann im Einzelfall schwierig sein. Denn auch Werturteile können einen sog. Tatsachenkern enthalten, auf den sich die Aussage zurückführen lässt. Umgekehrt können auch scheinbar dem Beweis zugängliche Aussagen nicht als Tatsachen zu bewerten sein. Die Übergänge sind fließend. Entscheidend ist der objektive Sinngehalt der Äußerung, wie er sich nach der Verkehrsauffassung der beteiligten Verkehrskreise darstellt (vgl. *Wessels/Hillenkamp* Rn. 495; *MK/Hefendehl* § 263 Rn. 83).

Die Abgrenzungsprobleme zeigen sich exemplarisch bei Werbeaussagen. Die Verkehrsauffassung der jeweiligen Verkehrskreise entscheidet darüber, ob in werbenden Anpreisungen noch ein greifbarer Tatsachenkern liegt:

- In der Aussage: „Besser geht es nicht“ liegt keine Behauptung eines Tatsachenkerns, da es am Charakter einer ernsthaft aufgestellten Behauptung fehlt (*Wessels/Hillenkamp* Rn. 496).
- BGHSt 34, 199 hat dagegen einen Betrug im folgenden Fall bejaht, in dem der Täter von ihm vertriebenen Produkten, wie er wusste, Eigenschaften und Wirkungen zuschrieb, die sie nicht hatten. Dabei glaubte auch der Täter zunächst selbst nicht daran, dass jemand darauf hereinfallen würde. So sollte das „Hollywood-Lifting-Bad“, angeblich aus „taufrischem Frischzellenextrakt“, im Blitztempo von nur zwölf Bädern wieder schlank, straff und jung formen, und zwar „mit 100 %iger Figurgarantie“. Verblüfft und zufrieden hätten Testpersonen festgestellt, „dass sie um herrliche zehn, fünfzehn oder mehr Jahre verjüngt“ und zur Figur eines Filmstars geliftet worden seien. Mit dem angeblich von einem Schweizer Schönheitschirurgen erfundenen Mittel „Frischzellen-Formel Zellaplust 100“ könne man schon nach der ersten Anwendung von nur zehn Minuten „mindestens fünf Jahre jünger“ werden, nach vollständiger Behandlung „so jung wie vor 25 Jahren“. Beim Einnehmen der „Schlank-Pille M-E-D 300“ müsse man sogar reichlich essen, „damit die ungeheure Fettabschmelzkraft mit genügend Nahrung ausgeglichen“ werde. Der „Haarverdicker-Doppelhaar“ verdopple das Haar binnen zehn Minuten, auch Schuppen, Flechten, fettiges oder zu trockenes Haar würde mit 100 %iger Garantie beseitigt. – BGHSt 34, 199 bejahte hier die Täuschung über den in den Äußerungen enthaltenen Tatsachenkern. Denn auch wenn die Wirkung offenbar als übertrieben dargestellt wurde, so sind die

Beworbenen dennoch davon ausgegangen, die Produkte hätten überhaupt eine Wirkung. – Teilweise (*Hilgendorf* Tatsachenaussagen und Werturteile im Strafrecht 1998 S. 194) wurde hier das Vorliegen einer betrugrelevanten Täuschung deshalb verneint, weil die Ausführungen des Täters so abenteuerlich waren, dass jedem Durchschnittsbürger hätte klar sein müssen, dass diese Reklame mit der Wirklichkeit nicht übereinstimmen könnte (krit. dazu *MK/Hefendehl* § 263 Rn. 84).

Im Gutachten ist ggf. genau zu prüfen, ob eine scheinbar wertende Aussage nicht doch einen ausreichenden Tatsachenkern enthält bzw. ob eine scheinbar beweisbare Aussage nicht durch ein wertendes Element überlagert wird.

→ Einen erweiterten Überblick des Meinungsstandes bietet auch das Problemfeld *Täuschung in Abgrenzung zum Werturteil*:

<https://strafrecht-online.org/problemfelder/bt/263/obj-tb/taeuschung/abgr-werturteil/>

b) Künftige Ereignisse

Neben der Einbeziehung bei inneren Tatsachen können künftige Ereignisse auch anderweitig als Tatsache in Bezug genommen werden. Voraussetzung dafür ist (*MK/Hefendehl* § 263 Rn. 78; *NK/Kindhäuser* § 263 Rn. 81) aber, dass

- die künftige Tatsache gegenwärtige Entscheidungsrelevanz hat und

- die täuschende Aussage auf gegenwärtigen, gesicherten Erfahrungssätzen hinsichtlich einer künftigen Entwicklung oder der gegenwärtigen Einschätzung eines Experten beruht.

Bsp. (bei MK/*Hefendehl* § 263 Rn. 78): Der Verkauf von gefärbten Sonnenbrillen zur Beobachtung einer angeblichen bevorstehenden Sonnenfinsternis; die künftige Entwicklung eines Aktienfonds aufgrund der Beurteilung durch Experten.

c) **Rechtsauffassungen**

Die Äußerung allein von Rechtsauffassungen (z.B. man habe einen Kaufpreiszahlungsanspruch) ist eine „Solens- und keine Seinsaussage“ (NK/*Kindhäuser* § 263 Rn. 89) und damit als Werturteil zu behandeln. Hier wird lediglich die rechtliche Bewertung eines (unstreitigen) Lebenssachverhalts vorgenommen.

Bsp.: Nachdem A und B sich über den Übergang des Eigentums von A auf B geeinigt haben, behauptet B, er sei Eigentümer der Sache geworden. Die Behauptung, B sei Eigentümer, bringt lediglich eine (falsche) Rechtsauffassung zum Ausdruck; denn Eigentum erwirbt B gem. § 929 S. 1 BGB erst mit der Übergabe der Sache.

Davon zu unterscheiden sind Äußerungen, bei denen Rechtsbegriffe als verkürzte Umschreibung von Lebenssachverhalten verwendet und damit (konkludent) das Vorliegen der anspruchsbegründenden Tatsachen vorgetragen werden (z.B. der Anspruchsgegner habe eine auf den Abschluss eines Kaufvertrags gerichtete Willenserklärung abgegeben; zu einem ähnlichen Fall s. BGH *wistra* 2017, 318).

Bsp.: B verlangt von A die Sache mit der Begründung heraus, er sei Eigentümer der Sache. Darin kann die konkludente Behauptung liegen, dass die rechtlichen Voraussetzungen (Einigung, Übergabe) einer Übereignung tatsächlich vorgelegen hätten, obwohl A und B nie über eine Eigentumsübertragung an der Sache gesprochen haben.

2. Täuschungshandlung

§ 263 StGB umschreibt die Tathandlung als das Vorspiegeln falscher, oder das Entstellen oder Unterdrücken wahrer Tatsachen. Die drei genannten Varianten lassen sich nicht genau abgrenzen und überschneiden sich teilweise (MK/Hefendehl § 263 Rn. 53). Letztlich geht es bei der Täuschungshandlung stets um das bewusst irreführende Einwirken auf das Vorstellungsbild eines anderen.

3. Arten der Täuschung

Es sind drei verschiedenen Arten der Täuschung zu unterscheiden: Es kann

- ausdrücklich,
- konkludent oder
- durch Unterlassen

getäuscht werden. Diese Reihenfolge ist auch bei der Falllösung beizubehalten.

a) Ausdrückliche Täuschung

Bei der ausdrücklichen Täuschung wird die fragliche Tatsache explizit geäußert und es liegt eine (in Worte gefasste) wahrheitswidrige Erklärung des Täuschenden vor (z.B.: „Dieser Wagen ist kein Unfallwagen.“).

b) Konkludente Täuschung

Eine konkludente Täuschung liegt in einem Verhalten, das nach der Verkehrsanschauung als stillschweigende Erklärung über eine Tatsache zu verstehen ist. Entscheidend ist nach h.M. (*Wessels/Hillenkamp* Rn. 496; *LK/Tiedemann* § 263 Rn. 28 ff.), welche Tatsache der Täter nach der Verkehrsanschauung durch sein Verhalten miterklärt (unabhängig davon, was er mit seinem Verhalten erklären wollte).

Wesentliche Fallgruppen der konkludenten Täuschung:

aa) Zwingende Schlussfolgerung

Bestimmte Tatsachen ergeben sich als zwingende Schlussfolgerung aus ausdrücklichen Erklärungen des Täters (zahlreiche Bsp. bei *Otto* BT § 51 Rn. 16).

Bsp.: Der Verkäufer eines Gegenstandes erklärt durch sein Verkaufsangebot schlüssig, zur Verschaffung des Eigentums am betreffenden Gegenstand in der Lage zu sein.

bb) Mitbehauptete Tatsachen

Mitbehauptet sind Tatsachen, die sich zwar nicht unmittelbar aus einer mehrdeutigen oder unvollständigen Äußerung des Täters ableiten lassen, die aber aufgrund der Gesamtumstände, unter denen die Äußerung ge-

schieht, von der Verkehrsanschauung als mitbehauptet angesehen werden. Ob die Verkehrsanschauung eine bestimmte Tatsache als schlüssig miterklärt betrachtet, hängt insb. von der Risikoverteilung zwischen den beiden Parteien ab (OLG Celle StV 1994, 188, 189; MK/*Hefendehl* § 263 Rn. 98 m.w.N.).

Da stets die Beurteilung der Umstände des Einzelfalls durch die Verkehrsanschauung maßgeblich ist, verbieten sich hier pauschalierende Antworten.

Bsp. 1: Das Fordern eines bestimmten Preises enthält grds. nicht die konkludente Erklärung, die angebotene Leistung sei diesen Preis auch wert. Denn in einer Marktwirtschaft richtet sich der Preis nach Angebot und Nachfrage (*Rengier* BT I § 13 Rn. 15 f.). Das Fordern eines bestimmten Preises ist jedoch dann eine schlüssige Täuschung über die Üblichkeit des Preises, wenn es sich ausnahmsweise um einen festen Listen- oder Taxipreis handelt, der eindeutig feststeht und bestimmt ist (BGH NJW 2009, 2900, 2901) oder der Preis mit besonderen wahrheitswidrigen Behauptungen gerechtfertigt wird (dazu BGH NStZ 2010, 88, 89).

Bsp. 2: In der bloßen Annahme einer Leistung ist nicht schlüssig die Erklärung enthalten, dass sie von dem anderen geschuldet sei, z.B. wenn an der Supermarktkasse zu viel Wechselgeld herausgegeben wird (vgl. *Rengier* BT I § 13 Rn. 19).

Bsp. 3: Schreibt eine Bank dem Girokonto eines Kunden irrtümlich einen ihm nicht zustehenden Betrag gut, gilt es zwei Fallkonstellationen zu unterscheiden:

a) Die Gutschrift erfolgt aufgrund eines bankinternen Versehens ohne Überweisungsauftrag eines Kunden (sog. Fehlbuchung).

b) Die Gutschrift erfolgt infolge einer irrtümlichen Überweisung eines Geldbetrages durch einen Dritten (sog. Fehlüberweisung).

Bis zur Entscheidung BGHSt 46, 196 nahm die h.M. an, dass der Kontoinhaber bei der *Fehlbuchung* wegen des Stornorechts der Bank keinen Auszahlungsanspruch erhält, bei der Abhebung des Betrages aber konkludent erkläre, die Auszahlung aus einem ihm zustehenden Guthaben zu verlangen. Seit BGHSt 46, 196 verneint der BGH dies aber unter Berufung auf die zivilrechtliche Rechtslage. Denn auch vor Ausübung eines evtl. Stornorechts stehe dem Kunden das entsprechende Guthaben materiell zu, womit in beiden Fällen ein Anspruch zusteht und eine konkludente Täuschung ausscheidet (vgl. hierzu MK/Hefendehl § 263 Rn. 126; ders. NStZ 2001, 281). Damit ist aber noch nicht die Frage entschieden, ob bei der *Fehlbuchung* eine Täuschung durch Unterlassen (kraft Garantenstellung aus dem Girovertrag) vorliegt (vgl. dazu unten KK 434).

→ Einen erweiterten Überblick des Meinungsstandes bieten das Problemfeld *Abhebung vom Girokonto nach Fehlbuchung*:

<https://strafrecht-online.org/problemfelder/bt/263/obj-tb/taeuschung/fehlbuchung/>

sowie das Problemfeld *Abhebung vom Girokonto nach Fehlüberweisung*:

<https://strafrecht-online.org/problemfelder/bt/263/obj-tb/taeuschung/fehlueberweisung/>

Bsp. 4: Wer einen Wettvertrag abschließt, erklärt nach h.M. (RGSt 62, 415; MK/Hefendehl § 263 Rn. 133; NK/Kindhäuser § 263 Rn. 133) konkludent, den Wett Ausgang nicht zu kennen, da die beiderseitige Unkenntnis des Ausgangs Grundlage des Geschäfts ist (a.A. für die Spätwette BGHSt 16, 120, 121). In der Entscheidung zum Fall *Hoyzer* nahm BGHSt 51, 165 an, auch im unpersönlichen Massengeschäft des täglichen Lebens erkläre der Wettende an der Wettannahmestelle konkludent, keinen manipulativen Einfluss auf den Aus-

gang des jeweiligen Spiels genommen zu haben (ebenso BGH NJW 2013, 883, 884; zust. MK/Hefendehl § 263 Rn. 133; Wessels/Hillenkamp Rn. 500; krit. Schlösser NSTZ 2005, 423, 426): „Zwar reicht die allgemeine Erwartung, der andere werde sich redlich verhalten, für die Annahme entsprechender konkludenter Erklärungen nicht aus. Abgesehen davon, dass die Vertragspartner aber ein Minimum an Redlichkeit im Rechtsverkehr, das auch verbürgt bleiben muss, voraussetzen dürfen (vgl. Sch/Sch/Perron § 263 Rn. 14/15 f.), ist die Erwartung, dass keine vorsätzliche sittenwidrige Manipulation des Vertragsgegenstandes durch einen Vertragspartner in Rede steht, unverzichtbare Grundlage jeden Geschäftsverkehrs und deshalb zugleich miterklärter Inhalt entsprechender rechtsgeschäftlicher Erklärungen. [...] Bei der Sportwette, einer Unterform des wesentlich durch Zufall bestimmten Glücksspiels [...], ist Gegenstand des Vertrages das in der Zukunft stattfindende und von den Sportwettenteilnehmern nicht beeinflussbare [...] Sportereignis. Auf diesen Vertragsgegenstand nimmt jede der Parteien bei Abgabe und Annahme des Wertscheins Bezug.“

→ Einen erweiterten Überblick des Meinungsstandes bietet auch das Problemfeld *Abschluss eines Wettvertrags als Erklärungswert*:

<https://strafrecht-online.org/problemfelder/bt/263/obj-tb/taeuschung/wettvertrag/>

Bsp. 5: BGHSt 47, 1 (zust. MK/Hefendehl § 263 Rn. 89, 109 f.; i.E. auch Wessels/Hillenkamp Rn. 499) bejahte eine Täuschung durch die unaufgeforderte Zusendung einer „Insertionsofferte“, d.h. eines Angebots zur Aufgabe einer (Todes-)Anzeige, die wie eine Rechnung für eine bereits erschienene Anzeige aufgemacht war, obwohl die Adressaten bei genauem Lesen herausfinden hätten können, dass es sich hierbei nur um ein Angebot handelte. Zu einer tatbestandlichen (konkludenten) Täuschung werde dies trotz objektiver Wahrheit

der Erklärung dann, wenn der Täter die richtige Erklärung planmäßig einsetzt, um den Adressaten zu schädigen, die Irrtumserregung also nicht bloße Folge, sondern Zweck der Handlung ist.

- ⊖ Das Vorgehen ist zwar unmoralisch, aber nicht strafbar, weil nur wahre Tatsachen behauptet worden sind (vgl. dazu *Joecks/Jäger* § 263 Rn. 50 ff.; *Pawlik* StV 2003, 297).
- ⊕ Dabei wird verkannt, dass auch der gezielte Einsatz wahrer Tatsachen in missverständlichen Formulierungen und unklaren Gestaltungen den Adressaten verwirren und ihn somit irrig eine Zahlungsverpflichtung annehmen lassen kann.

Insoweit ist der Täuschungsbegriff also auch normativ zu bestimmen. Innerhalb einer wertenden Betrachtung sind aber auch die Sorgfaltsobliegenheiten der Adressaten zu berücksichtigen (*MK/Hefendehl* § 263 Rn. 107). Ob in derartigen Fallgestaltungen eine konkludente Täuschung zu bejahen ist, kann davon abhängen, ob es sich um einen geschäftserfahrenen (käufermännischen) oder einen privaten Adressaten handelt. Allerdings sind auch Kaufleute nicht zur Durchforstung der Schreiben bis in das letzte Detail verpflichtet. Eine konkludente Täuschung ist also bei „professioneller Vorgehensweise“ auch in diesem Geschäftsfeld möglich, insb. wenn man berücksichtigt, dass häufig arbeitsteilige, aber zurechnungs begründende Strukturen in Unternehmen existieren, die nicht jedem Detail die gleiche Aufmerksamkeit schenken und Routinen anwenden (*BGH* StV 2004, 535, 537; *OLG Frankfurt* NJW 2003, 3215, 3215 f.). Dafür spricht auch der Rechtsgedanke des § 305c BGB.

→ Einen erweiterten Überblick des Meinungsstandes bietet auch das Problemfeld *Betrug durch Behauptung wahrer Tatsachen*:

<https://strafrecht-online.org/problemfelder/bt/263/obj-tb/taeuschung/wahre-tats/>

Bsp. 6: Eine Täuschung liegt auch bei sog. „Abo-Fallen“ vor. Dies betrifft insbesondere Internetseiten, bei denen der Anschein der Unentgeltlichkeit geweckt wird und bei Registrierung die Kostenpflichtigkeit bewusst an versteckter Stelle erfolgt (OLG Frankfurt NJW 2011, 398 ff.; BGH NJW 2014, 2595, 2596).

Bsp. 7: Ebenso sind sog. „Ping-Anrufe“ zu beurteilen. Dabei legt der Täter nach einmaligem Klingeln auf, um das Opfer zu einem kostenpflichtigen Rückruf zu verleiten. Teilweise wird in diesen Fällen die Täuschung schlicht in der Vorspiegelung eines tatsächlich nicht bestehenden Informationsinteresses des Anrufers gesehen (BGH NJW 2014, 2054). Jedoch besteht auf Seiten des Angerufenen keine *berechtigte* Erwartungshaltung bzgl. eines solchen Kommunikationsinteresses. Der Erklärungsgehalt der angezeigten Nummer beschränkt sich deshalb zunächst darauf, dass ein Anruf mit Rufnummernübermittlung eingegangen ist. Die für die Betrugsstrafbarkeit entscheidende Täuschung liegt vielmehr in der normativ vorstrukturierten Erklärung, der Rückruf der angezeigten Nummer sei mit keinen überhöhten Kosten verbunden. Diese normative Vorstrukturierung gründet sich auf dem Verbot gem. § 66k I 3, II 2 TKG, kostenpflichtige Rufnummern von sog. Massenverkehrsdiensten aufzusetzen und ins öffentliche Telefonnetz zu übermitteln. Durch dieses Verbot sollen gerade kostenpflichtige Lock-Anrufe unterbunden werden. Erfolgen sie dennoch, liegt darin somit eine konkludente Täuschung.

→ Einen erweiterten Überblick des Meinungsstandes bietet auch das Problemfeld *Täuschung durch konkludentes Verhalten*:

<https://strafrecht-online.org/problemfelder/bt/263/obj-tb/taeuschung/konkludent/>

c) **Täuschung durch Unterlassen**

Wenn der Täter keine ausdrückliche oder konkludente Erklärung abgibt, stellt sich die Frage, wann ihm ein Vorwurf der Täuschung durch Unterlassen gemacht werden kann. Eine Täuschung durch Unterlassen liegt immer nur dann vor, wenn der Täter i.S.d. § 13 StGB zur Aufklärung verpflichtet war (MK/Hefendehl § 263 Rn. 161). Hinsichtlich der Entstehung der Garantenstellung gelten die allgemeinen (freilich hoch umstrittenen) Regeln.

Aufklärungspflichten können kraft Gesetzes entstehen, wie z.B. aus § 60 I 1 Nr. 2 SGB I hinsichtlich Sozialhilfe, Ausbildungshilfe oder Kindergeld.

In der Rspr. (BGHSt 6, 198) wurde bei bestehenden Vertragsbeziehungen aus Treu und Glauben (§ 242 BGB) eine Aufklärungspflicht dahingehend angenommen, den Vertragspartner auf Umstände hinzuweisen, die für diesen erkennbar von besonderer Bedeutung sind, insb. dann, wenn dem Vertragspartner ohne solche Aufklärung ein erheblicher Schaden droht.

- ⊖ Das Rechtsprinzip „Treu und Glauben“ ist zu konturenlos, um ein taugliches strafbegründendes Merkmal abzugeben. Es führt zu einer rechtsstaatlich bedenklichen Rechtsunsicherheit.

Inzwischen leitet die Rspr. eine Garantenstellung aufgrund der Kritik nur noch eingeschränkt aus Treu und Glauben ab. Voraussetzung sei ein besonderes Vertrauensverhältnis oder eine dauerhafte enge Geschäftsbeziehung (BGHSt 46, 196; BGH wistra 2000, 419; krit. auch *Otto* AT § 9 Rn. 72; *Stratenwerth/Kuhlen* § 13 Rn. 23). Es muss vielmehr eine besonders begründete Einstandspflicht gerade für das Vermögen des anderen Teils bestehen. Hierzu gehören nur solche Einstandspflichten, die einen Geschäftspartner zur Aufklärung verpflichten, da nach den Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs der andere Geschäftspartner nicht alleine sein Unwissenheitsrisiko trägt und ihm deshalb (auch) ungefragt alle entscheidungserheblichen Umstände zu offenbaren sind.

Bsp. 1: BGHSt 46, 196, 202 ff. hat eine solche Einstandspflicht hinsichtlich des Verhältnisses Kunde-Bank verneint, da es beim Girovertrag an dem besonderen Vertrauensverhältnis fehle; anders jedoch beim langjährigen Kreditkartenvertrag (BGHSt 33, 244, 246 f.).

Bsp. 2: Berät hingegen ein Bankberater einen Kunden hinsichtlich einer Geldanlage und verlässt sich jener auf den Sachverstand des Beraters, besteht regelmäßig das notwendige besondere Vertrauensverhältnis (vgl. *Sch/Sch/Perron* § 263 Rn. 22).

Bsp. 3: Ein Gebrauchtwagenverkäufer hat nach der Rspr. (BayObLG VRS 1986, 343; a.A. *Ranft* JA 1984 727 f.: schlüssige Täuschung) eine Aufklärungspflicht hinsichtlich schwerer Unfallschäden, da der Rechtsverkehr dem Käufer ein solches Risiko nicht aufbürde.

III. Irrtum

Irrtum ist das Auseinanderfallen von Vorstellung und Wirklichkeit, eine falsche Vorstellung von der Realität (MK/Hefendehl § 263 Rn. 228).

Ein Irrtum kann erregt (Alt. 1) oder unterhalten (Alt. 2) werden. Nicht ausreichend ist es hingegen, einen bestehenden Irrtum auszunutzen (soweit der Täter nicht als Garant zur Aufdeckung des Irrtums verpflichtet ist).

Weil nur Menschen irren können, muss stets die Wahrnehmung des Verhaltens durch einen (anderen) Menschen gegeben sein. In diesem Zusammenhang ist für die Fallbearbeitung an eine Versuchsstrafbarkeit zu denken, wenn der Täuschende entgegen seiner Erwartung nicht wahrgenommen wird, er damit aber rechnet (z.B. beim Tanken an der Selbstbedienungstankstelle; s. zu dieser Konstellation BGH NJW 2016, 1109).

1. Intensität der Fehlvorstellung

Problematisch ist, wie intensiv die Fehlvorstellungen des Getäuschten sein müssen. Jedenfalls genügt reines Nichtwissen (*ignorantia facti*) nicht (*Wessels/Hillenkamp* Rn. 510). Insoweit wird vorausgesetzt, dass der Getäuschte grds. eine positive Fehlvorstellung hinsichtlich der der Wirklichkeit widersprechenden Tatsache hat. Allerdings wird von der h.M. (*Rengier* BT I § 13 Rn. 43) kein konkretes, aktuelles Wissen bzw. Nachdenken vorausgesetzt, sondern ein intuitives „sachgedankliches“ Mitbewusstsein für ausreichend gehalten. Die Vorstellung muss sich aber aus bestimmten Tatsachen ableiten (*Wessels/Hillenkamp* Rn. 511).

Bsp.: Nach h.M. unterliegt der Zugbegleiter einem Irrtum, wenn sich auf seine Frage: „Noch jemand zuge-
stiegen?“ niemand meldet. Denn seine unterbewusste Vorstellung, alles sei in Ordnung, reiche aus. Anders
hingegen, wenn der Schaffner, ohne zu fragen, in der Annahme vorbeigeht, alle hätten einen Fahrschein;
Klausur hierzu: *Rengier Jura* 1982, 486 ff.

→ Einen erweiterten Überblick des Meinungsstandes bietet auch das Problemfeld *Abgrenzung Irrtum und
reines Nichtwissen*: <https://strafrecht-online.org/problemfelder/bt/263/obj-tb/irrtum/nichtwissen/>

2. Irrtum trotz Zweifeln?

Problematisch ist ferner, ob es auch einen Irrtum geben kann, wenn der Getäuschte Zweifel an der Richtig-
keit der Tatsachenbehauptung des Täters hat (vgl. hierzu *Amelung GA* 1977, 1; *Schünemann* in: *Schünemann*
(Hrsg.) *Grundfragen des Strafrechtssystems* 1984 S. 80 ff.).

Nach der h.M. (BGH *NStZ* 2003, 313; *Wessels/Hillenkamp* Rn. 512; *LK/Tiedemann* § 263 Rn. 84 ff. m.w.N.)
sind Zweifel des Opfers irrelevant, wenn das Opfer trotz der Zweifel die behauptete Tatsache für möglich
hält. Denn der strafrechtliche Vermögensschutz wäre unangemessen weit zurückgenommen, wenn man für
den Irrtum die Überzeugung des Opfers von der unwahren Behauptung des Täters verlangt.

→ Einen erweiterten Überblick des Meinungsstandes bietet auch das Problemfeld *Bestehen eines Irrtum bei
Zweifeln an der Richtigkeit der Tatsachenangaben*:

<https://strafrecht-online.org/problemfelder/bt/263/obj-tb/irrtum/zweifel/>

3. Bedeutung der Risikoverteilung

Ob sich eine Person über das (Nicht-)Vorliegen bestimmter Umstände eine bestimmte Vorstellung bildet, wird auch in Abhängigkeit davon beurteilt, ob das Vorliegen oder Nichtvorliegen des betreffenden Umstands für sie (wirtschaftlich) von Bedeutung ist.

Daher liegt z.B. keine Fehlvorstellung über die Bonität des Täters vor, wenn sie für den Verkäufer deshalb völlig irrelevant ist, weil das Kreditkartenunternehmen ihm die Zahlung garantiert (vgl. hierzu auch *Eisele/Fad* Jura 2002, 308; *MK/Hefendehl* § 263 Rn. 244).

Ob im Zusammenhang mit Legitimationspapieren wie z.B. dem Sparbuch gleichermaßen zu entscheiden ist, wird nicht einheitlich beurteilt. Kennzeichen von Legitimationspapieren ist, dass der Schuldner grds. auch bei der Leistung an den Nichtberechtigten von seiner Schuld frei wird, wenn der Nichtberechtigte das Legitimationspapier vorlegt. Nach § 808 BGB wird daher die Bank von ihrer Leistungspflicht grds. auch dann frei, wenn der das Sparbuch Vorlegende nicht der wahre Inhaber des Sparguthabens ist. Die h.M. (*Sch/Sch/Perron* § 263 Rn. 48; zweifelnd, aber wohl zustimmend *Rengier* BT I § 13 Rn. 45) nimmt an, dass sich der Bankangestellte stets zumindest gewisse Vorstellungen über die Berechtigung des Inhabers macht (und damit irrt), da die befreiende Wirkung bei grober Fahrlässigkeit (und Vorsatz) nicht eintritt.

- ⊖ Weil bei Vorlage des Legitimationspapiers auch die Leistung an den Nichtberechtigten Erfüllungswirkung hat, lässt sich schließen, dass sich der Bankangestellte über die Berechtigung des Vorlegenden grds. keine Gedanken macht, da sie für ihn bzw. die Bank irrelevant ist (*RGSt* 39, 239, 424; *LK/Tiedemann* § 263 Rn. 88; *MK/Hefendehl* § 263 Rn. 244 f.).

- ⊖ Die h.M. verkennt, dass der Bankangestellte nur bei Vorliegen besonderer verdächtiger Umstände grob fahrlässig handeln würde, so dass er bei ihrem Fehlen sich auch keine weiteren Gedanken über die Berechtigung macht (MK/Hefendehl § 263 Rn. 246).

→ Einen erweiterten Überblick des Meinungsstandes bietet auch das Problemfeld *Inwieweit schließt die Legitimationswirkung des § 808 BGB beim unerlaubten Abheben vom Sparbuch einen Irrtum aus:*

<https://strafrecht-online.org/problemfelder/bt/263/obj-tb/irrtum/808-bgb/>

In ähnlicher Weise ist bei der Geltendmachung einer Forderung im Mahnverfahren zu entscheiden. Da im Mahnverfahren gem. § 692 I Nr. 2 ZPO keine Schlüssigkeitsprüfung stattfindet, irrt sich der zuständige Rechtspfleger grds. nicht über den Wahrheitsgehalt des Parteivorbringens (Rengier BDT I § 13 Rn. 48; LK/Tiedemann § 263 Rn. 90; MK/Hefendehl § 263 Rn. 248). Zum Teil wird ein Irrtum mit der Erwägung bejaht, der Rechtspfleger habe eine beschränkte Prüfungspflicht und dürfe z. B. den Mahnbescheid nicht erlassen, wenn er die Forderung als offensichtlich unbegründet erkenne (OLG Celle NStZ-RR 2012, 111, 112 f.).

IV. Vermögensverfügung

Anders als bei § 253 StGB ist bei § 263 StGB die Vermögensverfügung als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal zweifelsfrei anerkannt. Es dient dazu die notwendige Verbindung zwischen Irrtum und Vermögensschaden herzustellen und bringt v.a. den Charakter des Betrugs als Selbstschädigungsdelikt zum Ausdruck (*Wessels/Hillenkamp* Rn. 515). Somit bringt die Vermögensverfügung die Exklusivität von Betrug und Diebstahl zum Ausdruck und ermöglicht die Abgrenzung von

- Trickdiebstahl und Sachbetrug und
- Diebstahl in mittelbarer Täterschaft und Dreiecksbetrug.

Eine Vermögensverfügung ist jedes (rechtliche oder tatsächliche) Handeln, Dulden oder Unterlassen, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt (BGHSt 14, 170, 171; *Wessels/Hillenkamp* Rn. 515). Dabei bleibt eine etwaige Kompensationen – anders als auf der Schadensebene – zunächst außer Betracht. Keine Vermögensverfügung liegt vor, wenn der Täter lediglich die Möglichkeit erhält, durch weitere selbständige deliktische Schritte einen Vermögensschaden herbeizuführen (BGH NStZ 2017, 351, 352).

Als rechtsgeschäftliches Handeln kommen etwa Vertragsabschluss, Eigentumsübertragung und Kündigung, staatliche Hoheitsakte wie Prozessurteil oder Festnahme in Betracht. Ein Dulden liegt z.B. in der erschlichenen Zustimmung zur Mitnahme einer Sache. Relevante Unterlassungen liegen beispielsweise in der Nichtgeltendmachung von Forderungen oder in der erschlichenen Hinauszögerung der Geltendmachung eines Anspruchs.

1. Verfügungsbewusstsein

Die h.M. (BGHSt 14, 170, 172; *Wessels/Hillenkamp* Rn. 518; *Rengier* BT I § 13 Rn. 64; *Sch/Sch/Perron* § 263 Rn. 60) fordert ein Verfügungsbewusstsein, d.h. das Wissen um den vermögensrelevanten Charakter der Verfügung, nur beim Sachbetrug. Anderes soll für den Forderungsbetrug gelten (z.B. wenn ein Opfer eine Forderung nicht geltend macht; Verfügung durch Unterlassen), da hier nicht zum Diebstahl abgegrenzt werden müsse und andernfalls nicht hinnehmbare Strafbarkeitslücken aufträten (*Rengier* BT I § 13 Rn. 65). Diese Differenzierung überzeugt nicht (vgl. *MK/Hefendehl* § 263 Rn. 290 ff.), da das Verfügungsbewusstsein aus der Struktur des Betrugstatbestandes folgt.

→ Einen erweiterten Überblick des Meinungsstandes bietet auch das Problemfeld *Verfügungsbewusstsein beim Forderungsbetrug*:

<https://strafrecht-online.org/problemfelder/bt/263/obj-tb/schaden/forderungsbetr/>

Sofern unklar ist, auf welche Gegenstände sich das Verfügungsbewusstsein bezieht, können sich Probleme ergeben.

- Bsp. 1 (nach BGHSt 41, 198): Der Täter verbirgt eine CD im Einkaufswagen unter einem Werbeprospekt, so dass sie an das Kasse gar nicht ins Blickfeld des Kassierers kommt. Entsprechend seiner vorgefassten Absicht legte er dort nur die über dem Prospekt liegenden Gegenstände auf das Band und zahlte auch nur diese, nicht aber die CD. Anschließend verlässt er den Laden.
- Bsp. 2 (nach OLG Düsseldorf NJW 1988, 922): Der Täter T hatte sich im Baumarkt für den Kauf eines bestimmten Winkelschleifers entschieden. Der zuständige Verkäufer teilte ihm auf Nachfrage mit,

dass die zugehörigen Trennscheiben nicht als Zubehör enthalten seien. T wollte auf die Trennscheiben nicht verzichten, sie aber auch nicht zusätzlich bezahlen. Er nahm deshalb vier Trennscheiben, legte sie in den Karton, in dem der Winkelschleifer verpackt war, und verschloss ihn. Anschließend ging er zur Kasse und legte den verschlossenen Karton auf das Kassensband. Die KassiererIn berechnete nur den Kaufpreis für den Winkelschleifer. A bezahlte diesen und verließ den Baumarkt.

Fraglich ist hier, ob der Kassierer jeweils auch über die versteckten Gegenstände (CD, Trennscheiben) verfügt hat.

- Teilweise (OLG Düsseldorf NJW 1993, 1407 f.) wird davon ausgegangen, das Verfügungsbewusstsein des Kassierer erstreckt sich jeweils auch auf die verborgenen Gegenstände. Er sei sich bewusst, dass er über den Inhalt des Einkaufswagens bzw. des Kartons insgesamt eine Verfügung treffe. *Rengier BT I § 13 Rn. 88* bejaht ein Verfügungsbewusstsein im Bsp. 2, da sich das Verfügungsbewusstsein auf den Karton als ganzes beziehe und daher im Übrigen nicht aufteilbar sei.
- Weit überwiegend (BGHSt 41, 198, 203; MK/*Hefendehl* § 263 Rn. 292 ff.; Sch/Sch/*Perron* § 263 Rn. 63a) wird jedoch ein Verfügungsbewusstsein des Kassierers hinsichtlich der verborgenen Waren abgelehnt, wenn nicht besondere Umstände vorliegen (etwa die Nachfrage des Kassierers, ob der Kunde auch sämtliche Waren vorgelegt habe). Denn die Annahme eines Verfügungswillens ist hier lediglich eine Fiktion: Man kann nicht über etwas verfügen, von dem man nichts weiß.

2. Unmittelbarkeit der Vermögensverfügung

Das irrumsbedingte Verhalten des Getäuschten muss unmittelbar, d.h. ohne zusätzliche Zwischenschritte seitens des Täters zu der Vermögensverfügung führen (*Wessels/Hillenkamp* Rn. 516). An ihr fehlt es, wenn die Täuschung dem Täter lediglich ermöglicht, durch weitere, deliktisch eigenständige Handlungen den Erfolg herbeizuführen (vgl. *NK/Kindhäuser* § 263 Rn. 201). Wird die Vermögensverfügung auf Opferseite in mehreren Schritten vorgenommen (z.B. aufgrund firmeninterner Zuständigkeitsregelung), schließt das die Unmittelbarkeit nicht aus.

3. Abgrenzung von Trickdiebstahl und Sachbetrug

Nach h.M. (BGHSt 17, 205; *LK/Tiedemann* § 263 Rn. 98) stehen Diebstahl und (Sach-)Betrug in einem Exklusivitätsverhältnis, d.h. der Täter kann bzgl. einer Sache durch eine Handlung nur entweder einen Diebstahl oder einen Betrug begehen. Die Abgrenzung erfolgt nach der inneren Willensrichtung des Opfers:

- Überträgt das Opfer willentlich den Gewahrsam (durch eine Verfügung), begeht der Täter einen Betrug und im Hinblick auf den Diebstahlstatbestand liegt ein tatbestandsausschließendes Einverständnis vor.
- Erlangt der Täter die Sache gegen den Willen des Opfers, so bricht er den Gewahrsam des Opfers und begeht damit einen Diebstahl. Im Hinblick auf den Betrug fehlt es an einer Vermögensverfügung des Opfers.

Für die Fallbearbeitung empfiehlt es sich, bei der gedanklichen Vorprüfung zuerst § 242 StGB zu prüfen, sofern man vom Vorliegen eines Betrugs überzeugt ist. Bei der schriftlichen Ausarbeitung beginnt man am besten mit dem Delikt, das man verneinen will.

a) Einverständnis nur in die Gewahrsamslockerung

In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass ein den Diebstahlstatbestand ausschließendes Einverständnis nur dann gegeben ist, wenn sich das Einverständnis des bisherigen Gewahrsamsinhabers auf die Aufhebung seines Gewahrsams und nicht lediglich auf die Lockerung desselben erstreckt. Eine Wegnahme bleibt möglich, solange nur eine Gewahrsamslockerung vorliegt und der Gewahrsamsinhaber nur mit dieser Lockerung einverstanden war (vgl. dazu *Wessels/Hillenkamp* Rn. 627).

Bsp.: Einen Diebstahl begeht derjenige, der sich ein Kleidungs- oder Schmuckstück zur Anprobe übergeben lässt und mit diesem – wie von Anfang an geplant – das Weite sucht. Denn in der Überlassung zur Anprobe liegt nur eine Gewahrsamslockerung.

b) Freiwilligkeit der Verfügung

Problematisch und umstritten ist allerdings, inwieweit die Vermögensverfügung „freiwillig“ sein muss, d.h. beim Verfügenden noch ein Entscheidungsspielraum verbleiben muss (vgl. dazu auch *MK/Hefendehl* § 263 Rn. 288 ff.).

Bsp.: Der als Kriminalbeamter verkleidete X „beschlagnahmte“ B’s Auto, da er zu schnell gefahren sei. B, der sich der Staatsgewalt nicht zu widersetzen können glaubt, übergibt X sein Auto.

Nach überwiegender Ansicht (BGHSt 18, 223; *Geppert* JuS 1977, 70; *Otto* BT § 53 Rn 19 f.) muss die Vermögensverfügung freiwillig erfolgen. Daran fehlt es, wenn sich das Opfer unüberwindbaren Hindernissen ausgesetzt sieht, z.B. staatlichem Zwang etwa von Polizeibeamten oder Gerichtsvollziehern. Nach h.M. liegt im o.g. Beispiel daher kein Betrug, sondern ein Diebstahl vor.

- ⊖ Dem wird grds. entgegengehalten, dass der Verfügungsbegriff keine Freiheit von Zwang voraussetzt, da z.B. bei einer vorgetäuschten Entführung das Opfer das Geld willentlich, aber keineswegs freiwillig zahlt (vgl. zu diesem Fall *Rengier* BT I § 13 Rn. 78 f. ; ferner *Graul* JuS 1999, 568 f.; in diese Richtung auch *Wessels/Hillenkamp* Rn. 633). Für eine Vermögensverfügung sei daher nur ein willentliches Verhalten zu fordern, nicht etwa ein freiwilliges.
- ⊕ Nach der vorgenannten Auffassung handelt der Täter im Beschlagnahmefall jedoch nicht einmal willentlich. Durch den vermeintlich staatlichen Befehl bleibt für eine eigene Willensbildung kein Raum mehr, so dass eine Verfügung ausgeschlossen ist (so *Rengier* BT I § 13 Rn. 80; vgl. auch BGH NJW 2011, 1979). Verneint man die Willensbildung, liegt aber klassischerweise eine Wegnahme vor (Bruch fremden Gewahrsams gegen oder ohne den Willen des Gewahrsamsinhabers).
- ⊖ Letztere Ansicht (Beschlagnahme) begegnet aber insoweit Bedenken, als das in einem demokratischen Rechtsstaat, der als Leitbild den aufgeklärten und mündigen Bürger hat, dem Bürger auch bei staatlichen Befehlen nicht abgesprochen werden kann, einen eigenen Willen zu bilden.
- ⊕ Indes ist die Rechtsbefolgung in einem Rechtsstaat erste Bürgerpflicht. Wer sich die Wirkung staatlicher Zwangsmaßnahmen zu eigen macht, nutzt gerade die vorgetäuschte Zwangswirkung (vgl. § 244 I

Nr. 1 b) StGB) und nicht, dass der Geschädigte aufgrund einer Fehlinformation eine ihm schadende Disposition trifft.

→ Einen erweiterten Überblick des Meinungsstandes bietet auch das Problemfeld *Verhältnis des Trickdiebstahls zum Sachbetrug*: <https://strafrecht-online.org/problemfelder/bt/263/obj-tb/verf/trickdiebstahl/>

4. Abgrenzung von Diebstahl in mittelbarer Täterschaft zum Sachbetrug im Dreipersonenverhältnis (Dreiecksbetrug)

Während der Getäuschte und der Verfügende identisch sein müssen, können Verfügender und Geschädigter auseinander fallen (*Wessels/Hillenkamp* Rn. 641). Die Personenverschiedenheit von Verfügendem und Geschädigtem ist dabei keine seltene Ausnahme, denn insb. im Wirtschaftsleben verfügen Angestellte eines Unternehmens über dessen Vermögen (z.B. der Bankangestellte über das Vermögen der Bank, der Sachbearbeiter über das Vermögen der Versicherung, etc.), das sie dadurch mindern.

Bsp.: T klingelt am Eingang einer Villa und behauptet gegenüber dem öffnenden Dienstmädchen D wahrheitswidrig, er sei von dem Hausherrn H beauftragt, den Fernseher zur Reparatur abzuholen. Das Dienstmädchen händigt dem T das Gerät aus, der sich damit entfernt.

Auch in diesen Fällen kann entweder nur Diebstahl oder nur Betrug vorliegen (Exklusivitätsdogma, s.o.). Beides kommt auch in diesen Fällen in Betracht:

- Betrug deshalb, weil die Vermögensverfügung (und das damit einhergehende, den Diebstahlstatbestand ausschließende Einverständnis) der D dem H zuzurechnen sein kann.
- Diebstahl in mittelbarer Täterschaft deshalb, weil sich T der D als gutgläubiges Werkzeug zur Herbeiführung des Gewahrsamswechsels bedient haben kann.

Sind Verfügender und Geschädigter nicht identisch, wird im Gutachten regelmäßig mit der Betrugsprüfung begonnen. Wird dieser bejaht, wird eine Prüfung des § 242 StGB regelmäßig vernachlässigt (vgl. zum Aufbau des Gutachtens *Rönnau* JuS 2011, 982, 984; *Joecks/Jäger* § 263 Rn. 89; *Rengier* BT I § 13 Rn. 110 f.).

Für die Abgrenzung ist entscheidend, ob die Vermögensverfügung des Dritten (hier D) dem Vermögensinhaber (hier H) zugerechnet werden kann. Umstritten ist, welcher Art bzw. Qualität das Verhältnis zwischen Verfügendem und Geschädigtem sein muss, damit eine solche Zurechnung bejaht werden kann.

Bsp.: In der WG des O erscheint T und sagt zu V, dem Mitbewohner des O, er komme, um das Fahrrad des O abzuholen, da er es ihm zu einem späteren Treffen mitbringen solle. V gibt ihm daraufhin den Fahrradschlüssel.

- Ermächtigungstheorie: Der getäuschte Dritte nimmt eine dem Vermögensinhaber zurechenbare Vermögensverfügung dann vor, wenn er zu der betreffenden Handlung vom Vermögensinhaber – durch Vollmacht oder Auftrag – ermächtigt worden ist. – Im Fall: Ob V von O zur Herausgabe des Fahrrades zumindest stillschweigend ermächtigt war, hängt von der Art der WG ab. Bei einer reinen „Zweck“-WG dürfte eine Ermächtigung zur Herausgabe von Gegenständen anderer Bewohner ohne vorherige Absprache stets zu verneinen sein. Wäre es eine „Kommune“, würde wohl eine stillschwei-

gende Ermächtigung der Mitbewohner anzunehmen sein, v.a. wenn schon öfter Gegenstände an bisher Unbekannte herausgegeben wurden.

- Befugnistheorie (hierzu MK/*Hefendehl* § 263 Rn. 329 m.w.N.): Nach dieser als Ergänzung zur Ermächtigungstheorie zu sehenden Theorie kann die Befugnis, für den Vermögensinhaber zu handeln, sich auch kraft Gesetzes ergeben.
- Nähetheorie (h.M. vgl. BGHSt 18, 221; OLG Düsseldorf NJW 1994, 3366; *Wessels/Hillenkamp* Rn. 644; *Lenckner* JZ 1966, 320, 321): Ausreichend ist, dass der Verfügende rein tatsächlich in der Lage gewesen ist, über das fremde Vermögen zu verfügen, sofern er schon vor der Tat dem „Lager“ des Geschädigten zugerechnet werden musste („faktisches Näheverhältnis“). Solche Näheverhältnisse bestehen nicht nur bei rechtlichen Befugnissen, Besitzmittlungsverhältnissen und Mitgewahrsam, sondern auch bei bloß untergeordnetem Mitgewahrsam, Dienstbotenstellungen und ähnlichen Gewahrsamshüterfunktionen. Es müssen nur gewisse Obhutsfunktionen bestehen, nicht aber muss Mitgewahrsam an den Gegenständen gegeben sein. Andererseits genügt auch die rein faktische Zugriffsmöglichkeit nicht. – Im Fall: Lebt O in einer echten Kommune, hätte V auch Obhut über die Gegenstände des O. Bei einer reinen „Zweck“-WG (wenn dort grds. die Zimmer abgesperrt werden und der Schlüssel nur per Zufall in den Gemeinschaftsräumen herumliegt), würde es an einer Obhutsfunktion fehlen.

⊖ Der Begriff des „faktischen Näheverhältnisses“ ist sehr vage und unbestimmt.

- ⊖ Es gibt keinen Grund, dass sich der Vermögensinhaber das sein Vermögen schmälernde Verhalten einer Person zurechnen lassen muss, die zur Verfügung über das Vermögen genauso wenig berechtigt ist wie der Täter.

→ Einen erweiterten Überblick des Meinungsstandes bietet das Problemfeld *Dreiecksbetrug*:

<https://strafrecht-online.org/problemfelder/bt/263/obj-tb/verf/dreiecksbetr/>

sowie das Problemfeld *Abgrenzung Dreiecksbetrug und Diebstahl in mittelbarer Täterschaft*:

<https://strafrecht-online.org/problemfelder/bt/263/obj-tb/verf/abgr-mittelb-taeter/>

5. Dreiecksbetrug in anderen Fällen (u.a. hinsichtlich Forderungen und Rechten)

Eine Dreieckskonstellation ist selbstverständlich auch außerhalb des Sachbetrugs denkbar, wenn es etwa um Forderungen und Rechte geht.

Bsp.: Eigentümer E leiht dem T ein Buch. T veräußert das Buch entgeltlich für € 20,- an den gutgläubigen X.

a) Betrug des T gegenüber und zu Lasten des X

In Betracht kommt zunächst ein Betrug gegenüber und zu Lasten des X. T hat konkludent wahrheitswidrig behauptet, er sei Eigentümer der Buches und bei X entstand ein entsprechender Irrtum, infolgedessen X an T € 20,- zahlte. Möglicherweise könnte ein in dieser Höhe bei X entstandener Schaden durch die Erlangung des Eigentums an dem Buch kompensiert worden sein (vgl. dazu ausführlich MK/*Hefendehl* § 263 Rn. 650 ff.).

- Grds. ist T nicht zur Verfügung über das Buch berechtigt, so dass eine Übereignung nach § 929 S. 1 BGB scheitert.
- Da aber die Voraussetzungen des § 932 BGB erfüllt sind, hat X gutgläubig Eigentum an dem Buch erworben, so dass kein Vermögensschaden gegeben ist.
- RGSt 73, 61 bejahte dennoch einen Vermögensschaden, weil X das Eigentum lediglich gutgläubig erworben habe, und es daher mit einem sittlichen Makel behaftet sei.
- ⊖ Das Zivilrecht unterscheidet nicht zwischen Eigentum erster und zweiter Klasse: auch gutgläubig erworbenes Eigentum ist Eigentum, aus dem alle Rechte für den Erwerber erwachsen.
- BGHSt 15, 83 hat eine schadensgleiche konkrete Vermögensgefährdung im Hinblick darauf bejaht, dass sich einem Herausgabeprozess des E ausgesetzt sehe, durch den er die Sache wieder verlieren könnte.
- ⊖ Aufgrund der Beweislastumkehr des § 932 BGB muss nicht der Erwerber, sondern der Voreigentümer beweisen, dass die Voraussetzungen des gutgläubigen Erwerbs nicht vorgelegen haben. Das Risiko des X, den Prozess zu verlieren, ist daher zu gering, um von einer schadensgleichen konkreten Vermögensgefährdung auszugehen.

b) Betrug des T gegenüber dem X und zu Lasten des E

In Betracht kommt hier ferner ein Dreiecksbetrug, bei dem X getäuscht wurde und als Verfügender dadurch das Vermögen des E geschädigt haben könnte, dass er dessen Eigentum gutgläubig „wegerworben“ hat.

Das Bestehen eines besonderen Verhältnisses zwischen dem Verfügenden X und dem Geschädigten, das im Rahmen des Sachbetrugs für die Zurechenbarkeit der Verfügung des X einhellig gefordert wurde, soll hier nicht voraussetzen sein (so i.E. BGHSt 24, 386) bzw. soll das erforderliche besondere Verhältnis zwischen X und E aus den Vorschriften über den Gutgläubenserwerb (hier: § 932 BGB; vgl. aber auch §§ 407 BGB; 56 HGB) folgen (so OLG Celle NJW 1994, 142 f.; *Rengier* JZ 1985, 568; zu Recht ablehnend *Krack/Radtke* JuS 1995, 19; *MK/Hefendehl* § 263 Rn. 333.).

- ⊕ Bei der Frage nach dem Verhältnis zwischen Verfügendem und Erwerber geht es um die Zurechnung der Vermögensverfügung gegenüber dem Geschädigten, um den Dreiecksbetrug gegenüber dem Diebstahl in mittelbarer Täterschaft abzugrenzen. Da das deutsche Recht einen Diebstahl nur an Sachen, nicht aber an Rechten kennt, stellen sich bei Forderungen und Rechten von vornherein keine Abgrenzungsprobleme.
- ⊖ Die Vermögensverfügung charakterisiert den Betrug als Selbstschädigungsdelikt und ist daher für alle Varianten des Betrugs vorauszusetzen.
- ⊖ Gutgläubensvorschriften dienen allein dem Verkehrsschutz im Zivilrecht, sollen aber keine besondere Nähebeziehung zwischen Verfügendem und Geschädigten im strafrechtlichen Sinne begründen.

In den Fällen gesetzlich oder vertraglich ausgestalteter Verfahren (z.B. Ausschreibungen oder Gerichtsverfahren) wird von der h.M. eine hinreichende Nähebeziehung gesehen, so dass z.B. einen Prozessbetrug begeht, wer einen Dritten anstiftet, für ihn in einem Zivilprozess falsch auszusagen und so durch das Gericht eine ihm nicht zustehende Forderung zugesprochen bekommt. Gleiches gilt, wenn der Täter einen Rechts-

anwalt dazu bewegt, täuschungsbedingt die Forderung eines Mandanten verjähren zu lassen (vgl. zum Submissionsbetrug BGHSt 43, 96).

→ Einen erweiterten Überblick des Meinungsstandes bietet auch das Problemfeld *Vermögensschaden beim gutgläubigen Erwerb*: <https://strafrecht-online.org/problemfelder/bt/263/obj-tb/schaden/gutgl-erwerb/>

V. Vermögensschaden

Das Erfordernis des Vermögensschadens wird ausdrücklich im Gesetzestext von § 263 StGB angesprochen. Die für § 263 StGB geltenden Grundsätze bzgl. des Vermögensbegriffs und des Vermögensschadens können auch auf Erpressung und Untreue, bei denen jeweils von „Nachteil“ gesprochen wird, übertragen werden.

Der Betrug ist ein Verletzungsdelikt, dessen alleiniges Rechtsgut das Vermögen darstellt.

1. Vermögensbegriffe

Was alles zum strafrechtlich geschützten Vermögen einer Person zählt, ist umstritten und davon abhängig, welchen Vermögensbegriff man zugrunde legt.

a) Rein juristischer Vermögensbegriff

Nicht mehr vertreten wird der rein juristische Vermögensbegriff (RGSt 3, 332, 333). Danach ist Vermögen die Summe der von der Rechtsordnung anerkannten und mit ihr durchsetzbaren Vermögensrechte und –pflichten ohne Rücksicht auf ihren wirtschaftlichen Wert.

- ⊖ Wirtschaftliche Werte, wie z.B. Exspektanzen oder der Besitz, würden aus dem Schutzbereich – im Gegensatz zu wertlosen Vermögensrechten – hinausfallen.
- ⊖ Begrenzung auf zivil- oder öffentlich-rechtlich vorgesehene Rechtspositionen verkennt, dass der Gegenstand des wirtschaftlichen Austauschs erheblich weiter ist.
- ⊖ Saldierungen von Vermögenspositionen wären nicht möglich.

b) Rein wirtschaftlicher Vermögensbegriff

Die frühere Rspr. (RGSt 44, 230, 233; BGHSt 1, 265, 266; 16, 220, 221; 34, 199, 203) vertrat einen rein wirtschaftlich zu bestimmenden Vermögensbegriff. Vermögen umfasst danach die Gesamtheit aller wirtschaftlich wertvollen, d.h. geldwerten Güter einer Person ohne Rücksicht auf ihre rechtliche Konkretisierung oder Anerkennung.

Ein Schaden liegt somit immer dann vor, wenn tatsächlich ein negativer wirtschaftlicher Saldo vorliegt.

- ⊖ Es kann zu Normwidersprüchlichkeiten kommen, wenn mittels des Strafrechts Rechtspositionen geschützt werden, die auf Basis der übrigen Rechtsordnung nicht legitim durchsetzbar sind.
- ⊖ Der Begriff des „wirtschaftlich Wertvollen“ ist viel zu vage und unbestimmt, so dass daraus kein wesentlicher Erkenntnisgewinn gezogen werden kann.

c) Juristisch-ökonomischer Vermögensbegriff

Herrschend ist heute der juristisch-ökonomische Vermögensbegriff (BGHSt 31, 178; BGH NStZ 2001, 534; *Wessels/Hillenkamp* Rn. 532; *Rengier* BT I § 13 Rn. 119; *Mitsch* BT II S. 307; *LK/Tiedemann* § 263 Rn. 132). Den Ausgangspunkt bildet der wirtschaftliche Vermögensbegriff. Dieser wird normativ eingeschränkt, so dass unter Vermögen die Gesamtheit aller wirtschaftlichen Güter einer Person zu verstehen ist, die unter dem Schutz der Rechtsordnung stehen oder mit deren Billigung bzw. ohne deren Missbilligung realisiert werden können.

Ein Schaden liegt hiernach immer dann vor, wenn der negative Saldo auf dem Verlust einer rechtlich geschützten Position beruht und nicht kompensiert wird.

d) Personaler Vermögensbegriff

Nach dem personalen Vermögensbegriff (vgl. *Otto* BT § 38 Rn. 3 ff.) stellt das Vermögen die Basis der Persönlichkeitsentfaltung in Form wirtschaftlicher Potenz des Vermögensträgers dar, d.h. einer Herrschaft über solche Objekte, die in der Rechtsgemeinschaft als Objekte des Wirtschaftsverkehrs angesehen werden. Schutzgut ist somit nicht ein bestimmtes Objekt, sondern die Beziehung einer Person zu einem Objekt.

Folge für den Schaden ist, dass dieser nicht in einem Wertverlust bzw. rechnerischen Negativsaldo gesehen wird, sondern in der Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Potenz des Vermögensträgers. Ziel dieser Vermögenslehre ist es, der individuellen Dispositionsfreiheit einen größeren Schutz durch eine größere Individualisierung des Wertmaßstabs zuzugestehen.

⊖ Gerade diese personale Entfaltungsmacht ist aber die Dispositionsfreiheit, die kein geschütztes Rechtsgut von § 263 StGB ist.

e) Normativ-ökonomischer Vermögensbegriff

Der normativ-ökonomische Vermögensbegriff (vgl. *Hefendehl* Vermögensgefährdung und Expektanzen, S. 117 f.; *MK/Hefendehl* § 263 Rn. 374 ff.; *LK/Schünemann* § 266 Rn. 166) definiert Vermögen als die Herrschaft einer Person über rechtlich garantierte Potenziale wirtschaftlicher Betätigung, über die sie mit Hilfe rechtlich (meist zivilrechtlich) anerkannter Durchsetzungsmöglichkeiten nach Belieben verfügen und exter-

nen Störfaktoren effektiv begegnen kann. Hierfür können bilanzielle Bewertungsmethoden zur Konkretisierung herangezogen werden (vgl. im Einzelnen *Hefendehl* Vermögensgefährdung und Exspektanzen), was seit der Untreue-Entscheidung auch das BVerfG vertritt (BVerfGE 126, 170 ff.). Das BVerfG hat mittlerweile über einen derart präzisierten Begriff des Vermögensnachteils bzw. -schadens (BVerfG NJW 2012, 907, 915 f.) auch die verfehlte Rechtsprechung des BGH korrigiert, der bereits im Abschluss einer Lebensversicherung einen vollendeten Betrug annimmt (BGHSt 54, 69). Dabei stellt das BVerfG ausdrücklich in Anlehnung an die Untreueentscheidung nochmals fest, dass auch ein Gefährdungsschaden für einen vollendeten Betrug ausreichend ist. Allerdings dürften „die Verlustwahrscheinlichkeiten nicht so diffus sein oder sich in so niedrigen Bereichen bewegen, dass der Eintritt eines realen Schadens ungewiss bleibt“ (BVerfGE NJW 2012, 907, 916).

f) Funktionaler Vermögensbegriff

Der funktionale Vermögensbegriff (NK/*Kindhäuser* § 263 Rn. 35 ff.) bestimmt das Vermögen als die Verfügungsmacht einer Person über die (Gesamtheit der) ihr rechtlich zugeordneten übertragbaren (abstrakt geldwerten) Güter.

In den praktischen Ergebnissen ist dieser Vermögensbegriff dem normativ-ökonomischen Vermögensbegriff ähnlich.

→ Einen erweiterten Überblick des Meinungsstandes bietet auch das Problemfeld *Vermögensbegriffe*:
<https://strafrecht-online.org/problemfelder/bt/263/obj-tb/verf/vermoegensbegr/>

2. Einzelne Vermögensbestandteile

Unstreitig gehören bspw. Geld, Forderungen, Eigentum und ähnliche Rechte wie Pfandrechte zum Vermögen. Auch der wirtschaftlich wertvolle Besitz ist ein geschützter Vermögensbestandteil. Gleiches gilt für die Arbeitsleistung, sofern diese kommerzialisiert ist (im Rahmen eines sog. Eingehungsbetrugs, vgl. KK 470 ff.). Nicht dagegen zum Vermögen gehören immaterielle Werte.

Ob und inwieweit dagegen in den folgenden Fällen jeweils ein Vermögensbestandteil vorliegt, bedarf besonderer Betrachtung.

a) Erwerbs- und Gewinnaussichten

Im Grundsatz schützt § 263 StGB nur das vorhandene Vermögen. Erwerbs- und Gewinnchancen, deren Realisierung noch vage und ungewiss ist, gehören dagegen (noch) nicht zum Vermögen einer Person. Es liegt daher kein Vermögensschaden des O vor, wenn T ihm wahrheitswidrig vorspiegelt, das Schnäppchenangebot des Discounters sei bereits ausverkauft, um selbst das letzte Stück zu ergattern, und O daraufhin bei einem anderen Anbieter das Vergleichsstück zu einem höheren Preis erwerben muss.

Bestandteile des Vermögens einer Person sind dagegen Anwartschaftsrechte sowie tatsächliche Anwartschaften, sog. Expektanzen. Diese müssen jedoch schon soweit konkretisiert sein und mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einem Vermögenszuwachs führen, dass ihnen nach der Verkehrsauffassung ein wirtschaftlich messbarer Wert zukommt (vgl. BGHSt 16, 220, 223 f.; 17, 147 f.; *Wessels/Hillenkamp* Rn. 535).

Die bloßen Wahrscheinlichkeitserwägungen bzgl. der Realisierung der Anwartschaft sind zur Bestimmung des Vermögenswertes jedoch unzureichend. Basis muss der Vermögensbegriff sein. Eine vermögenswerte Exspektanz setzt also eine rechtlich konstituierte Herrschaft voraus, die die störungsfreie Möglichkeit zum Vollrecht beinhaltet (MK/*Hefendehl* § 263 Rn. 391 ff.). Hierzu sind folgende drei Kriterien maßgebend:

- Der Inhaber einer Exspektanz muss mit rechtlich anerkannten Möglichkeiten externe Störfaktoren bei der Entwicklung zum Vollwert unterbinden können.
- Der das Exspektanzobjekt Vermittelnde darf sich nicht mehr sanktionslos von seiner Verpflichtung lösen können.
- Der potenzielle Exspektanzinhaber muss sein Vorhaben in der Außenwelt zum Ausdruck gebracht haben.

b) Problematische Fallgruppen

Der Streit um den vorzugswürdigen Vermögensbegriff wird regelmäßig in den folgenden Fallkonstellationen relevant (vgl. dazu *Kühl* JuS 1989, 505; *Otto* Jura 1993, 424).

aa) Einsatz der Arbeitskraft zu verbotenen oder sittenwidrigen Zwecken

Problematisch ist zunächst die Konstellation, in der der Täter den Einsatz der Arbeitskraft des Opfers zu gemäß §§ 134, 138 BGB verbotenen oder sittenwidrigen – insb. strafbaren Zwecken – erschleicht.

Bsp.: T beauftragt den O, X gegen Lohn zu töten. Nachdem O den X getötet hat, verweigert T – wie von Anfang an geplant – die Zahlung. Strafbarkeit des T gem. § 263 StGB?

- Auf dem Boden der juristisch-ökonomischen Vermögenslehre schützt § 263 StGB den Arbeitseinsatz von O nicht, da er außerhalb der Rechtsordnung erfolgt und daher die Lohnforderung gem. §§ 134, 138 BGB nichtig ist (vgl. BGH NStZ 2001, 534; Hecker JuS 2001, 230).
- Bei einer (rein) wirtschaftlichen Betrachtung läge dagegen ein relevanter Vermögensschaden vor, da die Arbeitskraft des O einen wirtschaftlichen Wert hat.

In dieser Fallgruppe muss daher der Streit um den Vermögensbegriff geklärt werden.

Früher konnten auch die sog. Prostituierten-Fälle in diese Fallgruppe eingeordnet werden.

Bsp.: Freier F erschleicht sich den Geschlechtsverkehr bei der Prostituierten P unter Vorspiegelung seiner Zahlungsbereitschaft.

Nach alter Rechtslage war ein solches Geschäft sittenwidrig i.S.v. § 138 BGB. Die Prostituierte hatte folglich keinen Anspruch auf die Gegenleistung des F, so dass bei ihr kein Betrugsschaden vorlag (BGH JR 1988, 125). Durch das ProstG hat die Prostituierte nunmehr einen Anspruch auf die Gegenleistung, andererseits hat der Freier keinen Anspruch auf Vollzug des Geschlechtsverkehrs (sog. einseitig verpflichtender Vertrag). Da der P nunmehr ein rechtswirksamer Zahlungsanspruch zusteht, liegt ein Schaden in Höhe des Anspruchs vor (Ziethen NStZ 2003, 184). Der BGH sieht Verträge über sexuelle Leistungen nach wie vor als sittenwidrig an, betrachtet § 1 S. 1 ProstG aber als eine Ausnahme zu § 138 BGB, sofern die Leistung erbracht wurde. Damit kommt er zu dem Ergebnis, dass der sexuellen Leistung nicht an sich ein Vermögenswert zukommt, wohl aber, wenn sie in Erwartung eines vorher vereinbarten Entgelts erfolgt (BGH NJW 2016, 2434, 2436).

bb) Einsatz sonstiger Güter (insb. Geld) zu verbotenen oder sittenwidrigen Zwecken

Probleme bereitet auch der Fall, in dem der Täter sonstige Güter des Opfers zu gem. §§ 134, 138 BGB verbotenen oder sittenwidrigen Zwecken erschleicht.

Bsp.: O beauftragt den T, X gegen Lohn zu töten. Nachdem O den vereinbarten Lohn im Voraus an T gezahlt hat, verschwindet dieser, ohne die versprochene Gegenleistung zu erbringen.

- Eine rein wirtschaftliche Betrachtung kommt auch hier zur Bejahung eines Vermögensschadens, da das verlorene Geld einen wirtschaftlichen Wert besaß.
- Problematisch ist dagegen, ob auch auf Grundlage der juristisch-ökonomischen Lehre ein Vermögensschaden angenommen werden kann (dagegen *Sch/Sch/Perron* § 263 Rn. 150; *Hecker* JuS 2001, 228 ff.; *Mitsch* JuS 2003, 125 f.; *SK/Hoyer* § 263 Rn. 130 ff.; *Kindhäuser/Wallau* NStZ 2003, 153 f.; dafür hingegen *BGH NJW* 2002, 33; *Wessels/Hillenkamp* Rn. 564 ff.; *Rengier* BT I § 13 Rn. 143 ff.).

⊖ Der Vertrag zwischen O und T ist gem. §§ 134, 138 BGB nichtig. Gleichwohl kann ein bereicherungsrechtlicher Rückzahlungsanspruch des O wegen § 817 S. 2 BGB nicht mit Billigung der Rechtsordnung durchgesetzt werden.

⊕ Andererseits ist § 817 S. 2 BGB eine hochgradig wertungsbedürftige Vorschrift, deren Eingreifen bei Gesetzes- oder Sittenverstoß beider Vertragsparteien nach h.M. im Zivilrecht von einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls abhängt.

- ⊖ Das vorangegangene Argument lässt aber die Missbilligung des Geschäfts durch die Rechtsordnung unberührt, was nicht durch das Strafrecht unterlaufen werden sollte.
- ⊕ Versagen des Strafrechtsschutzes wäre ein Freibrief zur Opferschädigung.
- ⊖ Es handelt sich um eine *bewusste* Selbstschädigung und nicht – wie der Betrug voraussetzt – um eine unbewusste, wenn das „Opfer“ sehenden Auges zu verbotenen Zwecken sein Vermögen mindert.

→ Einen erweiterten Überblick des Meinungsstandes bietet auch das Problemfeld *Täuschungsbedingte Vorauszahlung zu verbotenen oder sittenwidrigen Zwecken*:

<https://strafrecht-online.org/problemfelder/bt/263/obj-tb/schaden/vorauszahlung-verb/>

cc) Ansprüche aus verbotenen oder sittenwidrigen Rechtsgeschäften

Auch bei Ansprüchen aus verbotenen oder sittenwidrigen Rechtsgeschäften gelangen die rein wirtschaftliche und die juristisch-ökonomische Betrachtung zu unterschiedlichen Ergebnissen.

Bsp.: K beziffert die Beute aus dem gemeinsamen Bruch mit M dem M gegenüber statt mit tatsächlichen 5.000 € nur mit 1.500 €.

- Der juristisch-ökonomische Vermögensbegriff stellt die nach §§ 134, 138 BGB nichtigen Forderungen von vornherein nicht unter den Schutz der Rechtsordnung. Auch die Rspr. (vgl. BGH JR 1988, 125) sieht in diesen nichtigen Forderungen keine schadensrelevanten Werte mehr.
- Eine rein wirtschaftlich orientierte Sichtweise hält nichtige Forderungen aber dann für werthaltig und deshalb beim Vermögen zu berücksichtigen, wenn sie nach den konkreten Umständen faktisch realisierbar erscheinen (vgl. noch BGHSt 2, 364, 366 f.; *Krey/Hellmann/Heinrich* Rn. 621 ff.).
- ⊖ Die rein wirtschaftliche Betrachtung läuft auf eine fragwürdige Besserstellung besonders skrupelloser Schuldner hinaus, die alles daran setzen, um die Begleichung ihrer Schuld zu verhindern (OLG Hamburg NJW 1965, 1525).

Mit dieser Konstellation ist eine weitere Fallgestaltung verwandt, in der sich jedoch die Beurteilung der beiden Standpunkte jeweils ändert.

Bsp.: A hat beim Ausparken den Wagen seines Freundes O beschädigt, ohne dass er dabei von jemandem bemerkt wurde. Als O beim nächsten Treffen berichtet, ein Unbekannter habe seinen Wagen beschädigt, und sich bei A erkundigt, ob er etwas zur Aufklärung beitragen könne, verneint dieser.

- Bei juristisch-ökonomischer Betrachtung ist ein Schaden zu bejahen, da O es hier unterlässt, einen ihm rechtlich zustehenden Anspruch geltend zu machen.
- Bei rein wirtschaftlicher Betrachtung ist ein Schaden dagegen zu verneinen, da O schon vor dem täuschenden Verhalten des A den Anspruchsgegner nicht kannte und er somit keine Möglichkeit hatte, den Anspruch zu liquidieren. Wirtschaftlich betrachtet, war der Schadenersatzanspruch des O daher wertlos.

dd) Schutz des rechtswidrig erlangten Besitzes

Fraglich ist auch, ob der unrechtmäßige Besitz eine durch das Strafrecht geschützte Vermögensposition darstellt.

Bsp.: Der Dieb D bekommt von Hehler X für den verkauften Gegenstand Falschgeld.

- Nach dem wirtschaftlichen Vermögensbegriff hat der faktische Besitz des D einen wirtschaftlichen Wert.
- Ob der unrechtmäßige Besitz dagegen bei juristisch-ökonomischer Betrachtung auch ein Vermögensgegenstand i.S.d. Strafrechts darstellt, ist hingegen nicht eindeutig.

- ⊖ Der unrechtmäßige Besitzer muss dem Eigentümer die Sache gem. § 985 BGB herausgeben; inso- weit ist er durch die Rechtsordnung missbilligt.
- ⊕ Andererseits kann sich auch der unrechtmäßige Besitzer auf die Besitzschutzvorschriften der §§ 858 ff. BGB berufen.
- ⊕ Für die Bejahung des § 263 StGB spricht schließlich, dass auch eine (gewaltsame) Wegnahme (§§ 242, 249 StGB) durch X strafbar und D auch vor erpresserischen Angriffen (§ 253 StGB) ge- schützt wäre.

Der Streit vollzieht sich hier also auch nur innerhalb des juristisch-ökonomischen Vermögensbegriffs.

Die Diskussion hat in jüngster Zeit durch einen Anfragebeschlusses des 2. BGH-Senats Aufwind erfahren. Der 2. Senat möchte in BGH NStZ 2016, 596 den strafbaren Besitz von Betäubungsmitteln von dem geschützten Vermögen ausnehmen und damit von der bisherigen Rechtsprechung abweichen. Es dürfe kein strafrechtlich geschütztes Vermögen im Widerspruch zur Rechtsordnung geben. Nichts anderes ergebe sich aus den §§ 858 ff. BGB, die gerade nichts über die Berechtigung zum Besitz besagten und daher nicht das Vermögen schützten. Darüber hinaus erwägt der 2. Senat in diesen Fällen auch eine teleologische Reduktion der §§ 242, 249 StGB. Die angeregte Rechtsprechungsänderung wurde indes von den anderen Senaten abge- lehnt (NStZ-RR 2017, 44; 2017, 112; 2017, 244), so dass auch der 2. Senat im betreffenden Fall in NStZ 2018, 104 nunmehr einen Vermögensschaden annahm; vgl. zu dieser Frage auch *Eisele/Bechtel* JuS 2018, 97, 99 f.

3. Schadensberechnung

Ging es zuvor um die Frage, welche Güter überhaupt zum strafrechtlich geschützten Vermögen gehören, so ist nun zu klären, inwieweit das vermögenswerte Gut beeinträchtigt sein muss, damit von einem Vermögensschaden gesprochen werden kann.

a) Schadensbegriff

Wann eine Vermögenseinbuße vorliegt, die einen Vermögensschaden i.S.d. Strafrechts begründet, kann auf unterschiedliche Weisen ermittelt werden:

- Nach dem subjektiven (auch personalen) Schadensbegriff (*Otto* BT § 51 Rn. 54; vgl. auch *Kindhäuser* BT II § 27 Rn. 64) ist das Vermögen in seinem jeweiligen konkreten Bestand geschützt, so dass die Verletzung der **Dispositionsfreiheit** des Vermögensinhabers für einen Schaden konstitutiv ist. Nicht entscheidend ist dagegen der wirtschaftliche Gesamtwert des Vermögens.
- Herrschend (vgl. etwa BGHSt 3, 99, 102; BGH NStZ-RR 2006, 206, 207; LK/*Tiedemann* § 263 Rn. 159; *Fischer* § 263 Rn. 70 f.) ist demgegenüber der individuell-objektive Schadensbegriff. Danach zieht der Verlust einer Vermögensposition dann einen Schaden nach sich, wenn dieser nicht durch den Zufluss einer wirtschaftlich mindestens gleichwertigen Position **kompensiert** wird. Jedoch werden auch nach h.M. die persönliche Situation des Opfers berücksichtigende Korrekturen vorgenommen (vgl. dazu unten KK 481 ff. zur Zweckverfehlungslehre und der Figur des individuellen Schadenseinschlags).

b) Grundsatz der Saldierung und Wertbestimmung der zu saldierenden Positionen

Grundlage der Schadensberechnung ist der Vergleich des Vermögensstandes vor und nach der Vermögensverfügung, bei dem eine nachteilige Vermögensdifferenz festgestellt werden muss (bilanzmäßige Betrachtung – BGHSt 3, 99, 102; BGHSt 53, 199, 201 f.; *Mitsch* BT II S. 315, 321). Der Wert der einzelnen Vermögenspositionen soll dabei nach herkömmlicher Ansicht objektiv nach dem jeweiligen Verkehrs- bzw. Marktwert zum Zeitpunkt der Vermögensverfügung bestimmt werden (BGHSt 38, 388, 390).

Dieser Ausgangspunkt ist über ein Urteil des 5. Strafsenats vom 20.3.2013 in Diskussion geraten, die seitdem unter dem Schlagwort einer interpersonalen (oder: intersubjektiven) Wertfestsetzung firmiert. Grundsätzlich legten in einem von Angebot und Nachfrage bestimmten marktwirtschaftlichen System die Vertragsparteien den Wert des Gegenstandes fest (BGH NJW 2013, 1460, 1461). Diese interpersonale Wertfestsetzung müsse nicht deshalb infrage gestellt werden, weil sich eine Partei bei Vertragsschluss bereits vorgenommen habe, die vertraglich übernommene Verpflichtung ganz oder teilweise nicht zu erfüllen. Deswegen müsse der von den Vertragsparteien bestimmte Wert (etwa der Kaufpreis einer Sache) auch Grundlage für die Schadensberechnung beim Betrug sein, solange der Aushandlungsprozess dieses Wertes von Willensmängeln unbeeinflusst ist.

In der nachfolgenden Rechtsprechung finden sich zahlreiche Relativierungen dieser Sichtweise. Natürlich erfolge die Bewertung des Vermögens und des Vermögensschadens weiterhin nach objektiven wirtschaftlichen Gesichtspunkten (BGH NStZ 2015, 89, 91 f.; NStZ-RR 2015, 374; StraFo 2016, 34, 35; NStZ 2016, 286). Lediglich ausnahmsweise können die Preisvorstellungen der Parteien für die Schadensfeststellung als präjudiziell angesehen werden. Dies sei zum einen dann möglich, wenn lediglich ein einziger Nachfrager auf dem

relevanten Markt vorhanden sei, zum anderen, wenn vergleichbare Produkte von einer größeren Zahl von Marktteilnehmern angeboten würden (BGH NStZ 2016, 286, 288).

Auch in der Literatur beharrt die wohl überwiegende Ansicht auf der Ablehnung einer interpersonalen Wertfestsetzung. Bei Mitwirkung eines von vornherein nicht erfüllungsbereiten Käufers könne nicht der vereinbarte Preis den Wert der Leistung definieren, da seinem Einverständnis mit dem Preis aufgrund seines Erfüllungsvorbehalts gerade keine Aussagekraft hinsichtlich des Wertes der Leistung entnommen werden könne (*Dannecker* NStZ 2016, 318, 320). Eine interpersonale Wertfestsetzung entferne sich darüber hinaus von den Vorgaben des BVerfG zur wirtschaftlichen Bezifferbarkeit des Schadens (*AnwKomm/Gaede* § 263 Rn. 107). Letztlich würden damit bloße Dispositionsinteressen vom Betrugstatbestand geschützt (*Albrecht* NStZ 2014, 17).

Diese Bedenken können nicht überzeugen. Denn die Tatsache, dass sich allein über die Festlegung eines Preises zwischen den Vertragsparteien der Wert einer Ware oder einer Dienstleistung bestimmt, entspricht schlicht der Realität einer kapitalistischen Marktwirtschaft. Eine objektive Wertbestimmung, die diesen Aushandlungsprozess in Frage stellt, würde gegen alle anerkannten marktwirtschaftlichen Grundsätze verstoßen. Daher ist die interpersonale Wertfestsetzung im Grundsatz Ausgangspunkt für die Bestimmung von Vermögenswerten.

Dieser Grundsatz kennt jedoch Ausnahmen. In den Fällen, in denen es keinen auf freiem Willen beruhenden Preisbildungsprozess zwischen Täuschendem und Getäushtem gab, verliert die interpersonale Wertfestsetzung ihre Regelwirkung.

- (1) Dies ist zum einen dann der Fall, wenn überhaupt keine Abrede über den Vermögenswert getroffen wurde. So liegt es etwa beim täuschungsbedingten Verlust des Besitzes.
- (2) Zum anderen kann die interpersonale Wertfestsetzung dann nicht ausschlaggebend sein, wenn der Täuschungsgegenstand der Wert der Leistung ist. Denn hier beruht die Vereinbarung über den Wert der Leistung gerade nicht auf einem freien Aushandlungsprozess, sondern auf der Täuschung.
- (3) Liegt eine Täuschung über die Bereitschaft zur Gegenleistung vor, so gilt der Grundsatz der interpersonalen Wertfestsetzung nicht stets. Hier bedarf es einer Überprüfung, inwiefern sich die fehlende Bereitschaft auf den Preisbildungsprozess ausgewirkt hat. Hat sich die Täuschung über die Gegenleistungsbereitschaft in relevanter Weise auf den Aushandlungsprozess ausgewirkt, so verliert die interpersonale Wertfestsetzung auch in diesem Fall ihre Regelwirkung.

In allen anderen Fällen ist bei der Bestimmung der zu saldierenden Vermögenspositionen der interpersonale festgesetzte Wert zugrunde zu legen. Sodann ist ein Vergleich des Vermögensstandes vor und nach der Vermögensverfügung anzustellen, bei dem eine nachteilige Vermögensdifferenz festgestellt werden muss.

Bei der Vermögensminderung muss es sich um die Minderung eines vorhandenen Vermögenssaldos handeln, so dass die Nichtrealisierung einer erwarteten Vermögensvermehrung grundsätzlich nicht genügt (BGH NJW 2004, 2603; BGH NStZ 1991, 488). Anderes gilt nur, wenn die Gewinnaussicht schon eine Vermögensposition darstellt, sog. Exspektanzen.

Bsp.: Der Verkäufer räumt K scheinbar einen Sonderrabatt ein. Grundsätzlich liegt kein Schaden bei K vor, da lediglich sein Gewinn vermindert wurde.

c) **Schadenskompensation**

Der festgestellte Vermögensverlust kann durch ein unmittelbar aus der Verfügung fließendes Äquivalent wirtschaftlich wieder voll ausgeglichen werden (BGH *wistra* 1999, 263, 265 f.).

Gesetzliche Ansprüche (Anfechtungs-, Gewährleistungs-, Schadensersatz- oder Bereicherungsansprüche) werden nach h.M. (BGH *wistra* 1993, 265, 266; *Wessels/Hillenkamp* Rn. 548 f.) nicht berücksichtigt, da sie lediglich zu einer nachträglichen Schadensbeseitigung führen und ihre Durchsetzung vor Gericht nicht zweifelsfrei ist. So gewährt § 823 II 1 BGB Schadensersatz, wenn gegen ein Schutzgesetz (in diesem Fall § 263 StGB) verstoßen worden ist, so dass der ursprünglich bestehende Schaden stets kompensiert würde. Bei Anfechtungsrechten könnte der Geschädigte sich zwar selbst vom Vertrag lösen, regelmäßig weiß der Getäuschte aber nichts von dieser Möglichkeit und trüge darüber hinaus das Prozessrisiko (*MK/Hefendehl* § 263 Rn. 517).

Sofern sich ein Werkunternehmer nach (täuschungsbedingt) nicht vergüteter Reparatur aus seinem Werkunternehmerpfandrecht gemäß § 647 BGB ohne Mitwirkung des Schuldners (bei Kfz bedarf es z.B. der Erlangung des Fahrzeugbriefs) befriedigen kann, wird der Schaden kompensiert (*Amelung* NJW 1975 624 ff.). Dies zeigt, dass es für die Kompensationsfähigkeit nicht entscheidend auf die Zuordnung zu vertraglichen oder gesetzlichen Ansprüchen ankommt, sondern auf deren problemlose Durchsetzbarkeit in deren Kenntnis.

Gleiches gilt für etwaige freiwillige Leistungen Dritter oder Entschädigungen der öffentlichen Hand. Denn der Täter darf sich durch die Hilfsbereitschaft Dritter nicht entlasten können.

Da auch schon eine Vermögensgefährdung ein Schaden sein kann, können auch bekannte und unproblematisch zu realisierende Gegenrechte (z.B. Rücktrittsrechte) beim sog. Eingehungsbetrug (vgl. dazu unten KK 470 ff.) zur Verneinung des Schadens führen, da das Opfer die vertragliche Verpflichtung durch einfache mündliche Erklärung zu Fall bringen kann. Im bereits oben (vgl. KK 423) geschilderten Fall von BGHSt 34, 199 wurde in der Einräumung einer Geld-zurück-Garantie dagegen keine schadenausschließende Kompensation mehr gesehen, da der Anspruch nicht wirtschaftlich vollwertig war.

Umstritten ist, ob auch die Befreiung von einer Verbindlichkeit als mögliche Kompensation anzuerkennen ist. Letztlich ist dies eine Frage des vertretenen Vermögensbegriffs.

Bsp. (nach *Joecks/Jäger* § 263 Rn. 124): T kann bei seinem zahlungsunwilligen Freund O seine Forderung aus einem zinslosen Darlehen i.H.v. 100 € nicht eintreiben. Bei einem gemeinsamen Kneipenbesuch spiegelt T dem O vor, er habe sein Geld vergessen. O bezahlt daraufhin die Zeche des T i.H.v. 25 €. Diese 25 € verrechnet er mit dem ausstehenden Geldbetrag.

- Ein Teil der Literatur (*Schröder* JZ 1965, 513) setzt das Innehaben einer Forderung wertmäßig geringer an als das Besitzen von Geld, so dass die Befreiung von der Verbindlichkeit den Verlust des Bargeldes nicht ausgleichen kann. Denn rein wirtschaftlich gesehen ist der Besitz von Geld wertvoller, als der bloße Anspruch darauf, dessen Realisierbarkeit aus verschiedenen Gründen noch scheitern kann. Folglich läge hier ein Schaden vor, jedoch fehlt es an der Rechtswidrigkeit der Bereicherung.
- Die h.M. (BGHSt 20, 136; *Sch/Sch/Perron* § 263 Rn. 117; *SK/Hoyer* § 263 Rn. 208) setzt die Verbindlichkeit zu ihrem Nennwert an, so dass eine vollständige Kompensation erfolgt und ein Vermögens-

schaden nicht vorliegt. Denn jemand, der zu einer Leistung verpflichtet ist, wird durch die Erfüllung von der Verbindlichkeit frei und nicht im Rechtssinne geschädigt.

d) Eingehungsbetrug und Vermögensgefährdung

Bei der Abwicklung von Rechtsgeschäften können zwei Phasen unterschieden werden:

- Abschluss eines (wegen der Täuschung anfechtbaren) Vertrages
- Erfüllung dieses Vertrages durch Leistungsaustausch

aa) Grundsätze

In der ersten Phase ist ein sog. Eingehungsbetrug denkbar, wenn täuschungsbedingt ein Vertrag mit Negativsaldo geschlossen wird (BGH NJW 2011, 2675 f.), der Täter sich also nur zu einer solchen Leistung verpflichtet, die hinter der Leistungsverpflichtung des Opfers zurückbleibt, und keine werthaftern Verhinderungsmöglichkeiten (Einredemöglichkeit nach § 320 BGB, nicht aber ein Anfechtungsrecht, dazu oben KK 468) bestehen.

Es liegt hier eine sog. konkrete (oder besser: schädigende) Vermögensgefährdung vor, wenn der Vergleich der Anspruchsinhalte einen negativen Saldo für das Opfer ergibt.

Hinsichtlich der Annahme einer schadensgleichen konkreten Vermögensgefährdung wird vielfach (vgl. BGHSt 21, 112, 113; 34, 394, 395; BGH NStZ 2004, 264, 265) auf nicht operationalisierbare Begriffe abgestellt. Dazu gehören die (hohe) Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts, das Naheliegen wirtschaftlicher Nachteile oder das ernstlich damit Rechnenmüssen.

Ausgehend vom normativ-ökonomischen Vermögensbegriff gelangt MK/*Hefendehl* § 263 Rn. 619 ff. zu einer präziseren und restriktiveren Annahme einer schädigenden Vermögensgefährdung. Denn beinhaltet Vermögen die Durchsetzbarkeit zur eigenen wirtschaftlichen Verwertung, liegt eine schädigende Vermögensgefährdung vor, wenn sich die Hypothese der Verfügbarkeit über einen Vermögensgegenstand qualitativ verschlechtert hat. Die Schmälerung der Durchsetzbarkeitshypothese ist dabei durch Gefahrenfaktoren bedingt,

- die erstens bestimmte Vermögenswerte konkret bedrohen und
- denen zweitens keine Vermeidemacht des Bedrohten gegenüberstehen.

In BGH NStZ 2009, 330, 331 (mit Verweis auf MK/*Hefendehl* § 263 Rn. 626) bekräftigt der BGH seine bereits in BGH NJW 2008, 2451, 2452 verfolgte Konzentration auf eine wirtschaftliche Schadensbestimmung, die auf den ersten Blick ohne die Figur der schadensgleichen konkreten Vermögensgefährdung auskommt: „Dass mit dem Eingehen eines Risikogeschäfts – mit einer nicht mehr vertragsimmanenten Verlustgefahr – ein unmittelbarer Wertverlust, eine Vermögenseinbuße einhergeht, liegt bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise auf der Hand. Dieser Schaden ist auch benennbar. Das mit der Verfügung (hier: Zahlung des Anlagebetrags) eingegangene – aufgrund einer Täuschung und eines entsprechenden Irrtums überhöhte – Risiko und der dadurch verursachte Minderwert des im Synallagma Erlangten sind zu bewerten“ (BGH NStZ 2009, 330, 331);

Auswirkungen dieser Betrachtung:

- Da man so zu einem Schaden und nicht nur einer schadensgleichen Vermögensgefährdung gelangt, sieht man sich wegen des Gesetzlichkeitsprinzips des Art. 103 II GG nicht gezwungen, einschränkende Anforderungen an das Ausreichen der Vermögensgefährdung zu stellen.

- Bei entsprechend großem Umfang ist in einem solchen Fall auch § 263 III 2 Nr. 1 Alt. 1 StGB zu bejahen.

Es ist jedoch entgegen dieser BGH-Auffassung die Kategorie der schadengleichen (besser: schädigenden) Vermögensgefährdung nicht einzuebnen, sondern aufrechtzuerhalten, weil sie phänomenologisch (nicht rechtlich) eine andere Situation als diejenige eines endgültigen Schadens beschreibt.

BVerfGE 126, 170 ff. erteilt allen vagen Wahrscheinlichkeitsüberlegungen eine Absage, indem ausdrücklich eine klare Benennung und Berechnung des Schadens gefordert wird. Es wird ferner festgestellt, dass auch ein Gefährdungsschaden ein Schaden sei und nicht etwa nur „schadensgleich“. Man müsse den Schaden dann aber auch konkret beziffern können. Daher war es konsequent vom BVerfG (BVerfG NJW 2012, 907), BGHSt 54, 69 (sog. Al Qaida-Entscheidung) aufzuheben. Dort hatte der BGH zur genauen Bezifferbarkeit des Schadens keine ausreichenden Feststellungen getroffen (der Hinweis auf die Hilfe von Sachverständigen genügte dem BVerfG nicht, NJW 2012, 907, 916 Rn. 178).

Zu beachten ist jedoch, dass ein Schaden entfällt, „wenn und soweit der getäuschte Gläubiger über werthaltige Sicherheiten verfügt, die sein Ausfallrisiko abdecken und – ohne dass dies der Schuldner vereiteln kann – mit unerheblichem zeitlichen und finanziellen Aufwand realisierbar sind“ (BGH NSTz 2009, 150, 151; vgl. auch *Fischer* § 263 Rn. 161a m.w.N.).

→ Einen erweiterten Überblick des Meinungsstandes bietet auch das Problemfeld *Eingehungsbetrug*: <https://strafrecht-online.org/problemfelder/bt/263/obj-tb/schaden/eingehungsbetr/>

bb) Sonderfall des Eingehungsbetrugs: Anstellungsbetrug

Einen Sonderfall des Eingehungsbetrugs stellt der Anstellungsbetrug dar. Dabei erschleicht der Täter die Einstellung durch den Arbeitgeber, obwohl er weiß, dass er die Einstellungs Voraussetzungen nicht erfüllt.

(1) Im nicht-öffentlich-rechtlichen Sektor

Ein Schaden liegt grds. nur dann vor, wenn der Arbeitnehmer die Arbeit in Zukunft nicht in vollem Umfang verrichten will.

Trotz einer den Erwartungen entsprechenden Leistung des Angestellten liegt ein Schaden aber auch dann vor, wenn ein Teil der Vergütung für vorausgesetzte besondere Qualifikationen (z.B. juristische Examina) oder besondere persönliche Eigenschaften (z.B. besondere Vertrauenswürdigkeit oder Zuverlässigkeit) erbracht wird (*Wessels/Hillenkamp* Rn. 577; *Kindhäuser* BT II § 27 Rn. 99).

Problematisch ist, inwieweit das Verschweigen einer Vorstrafe einen Vermögensschaden begründen kann. Während RG (RGSt 75, 8) und zunächst auch der BGH (GA 1956, 121) dies generell bejahten, nimmt die heutige Rspr. (BGHSt 17, 254; NJW 1978, 2042) eine schädigende Vermögensgefährdung an, wenn der einschlägig vorbestrafte Angestellte Verfügungsgewalt über die Vermögensgegenstände des Arbeitgebers erhalte (krit. MK/*Hefendehl* § 263 Rn. 573).

- ⊖ Es ist zu weitgehend, aus der bloß erleichterten Zugriffsmöglichkeit in Kombination mit einer Vorstrafe ein schadensrelevantes Risiko zu erblicken.

(2) Im öffentlichen Dienstrecht

Im öffentlich-rechtlichen Dienstrecht ging die Rspr. (RGSt 65, 281) zunächst davon aus, dass der Beamte nicht nur die Anforderungen im Hinblick auf Leistung und Qualifikation zu erfüllen habe, sondern er der Behörde vielmehr seine ganze Persönlichkeit hingebende. Der Bewerber muss dem Amt in körperlicher, psychischer und auch charakterlicher Hinsicht gewachsen sein, sonst sei er untauglich und damit wertlos für die Behörde („sittliche Makeltheorie“).

BGHSt 45, 1 modifizierte diese Rspr. dahingehend, dass nun der Bezug zur Qualität der Dienstleistung und damit zum Vermögen des Staates maßgeblich sei. Dieser Bezug sei dann gegeben, wenn das Fehlen einer persönlichen Eignung eine negative Auswirkung auf die Amtsführung nach außen und damit auf die Qualität der Dienstleistung nahelege.

Bsp. (BGHSt 45, 1): Bejaht wurde auf dieser Grundlage ein Schaden bei einer früherer Tätigkeit des Bewerbers als IM (informeller Mitarbeiter) für das MfS (Ministerium für Staatssicherheit, „Stasi“) der DDR.

Richtigerweise ist jedoch zu differenzieren (vgl. MK/Hefendehl § 263 Rn. 576):

- Ein Schaden liegt nur dann vor, wenn über Eigenschaften getäuscht wird, die die Leistung des Beamten betreffen.
- Handelt es sich aber um Eigenschaften, die nicht den Wert der Arbeitsleistung betreffen, sondern lediglich um Anforderungen bzgl. der Einstellung als Beamter, so ist nicht das Vermögen des Staates

betroffen, sondern der öffentliche Dienst als solcher (Dispositionsfreiheit des Staates). Hier liegt schon keine betrugsrelevante Täuschung vor.

Das Verschweigen von Vorstrafen gehört auch bei Beamten zu diesem vermögensirrelevanten Bereich (str.).

→ Einen erweiterten Überblick des Meinungsstandes bietet auch das Problemfeld *Anstellungsbetrug*:
<https://strafrecht-online.org/problemfelder/bt/263/obj-tb/schaden/anstellungsbetrug/>

cc) Der Vermögensschaden beim Wettbetrug

Ein Wettbetrug kann dann vorliegen, wenn ein Wettvertrag geschlossen wird, nachdem zuvor dessen Grundlage (etwa der Ausgang eines Fußballspiels) manipuliert wurde. Eine solche Manipulation kann beispielsweise durch eine Beeinflussung des Schiedsrichters oder der Spieler geschehen. Wird trotz manipulativer Einflussnahme auf den Spielverlauf ein Wettvertrag abgeschlossen, so liegt hierin regelmäßig eine konkludente Täuschung gegenüber dem Wettanbieter (vgl. hierzu bereits KK 429 f.).

Problematisch ist aber, ob der Abschluss der Wettverträge zu einem (bezifferbaren) Vermögensschaden bei den Wettanbietern führt.

Dies könnte fraglich sein, da der Wettanbieter auch bei Manipulation von Spielen durchaus Gewinn aus der Gesamtheit der Wetten erzielen kann. So liegt der Fall etwa, wenn der Anbieter von vorherein nur einen bestimmten Prozentsatz der Wetteinsätze als Gewinn wieder ausschüttet.

Anders liegt der Fall jedoch bei festen Quoten. Der BGH bejaht im Fall *Hoyzer* (BGHSt 51, 165, 175 = NStZ 2007, 151, 154 f.) einen Vermögensschaden in Form des Eingehungsbetrugs: „Bei Sportwetten mit festen Quoten (sog. Oddset-Wetten) stellt die aufgrund eines bestimmten Risikos ermittelte Quote gleichsam den ‚Verkaufspreis‘ der Wettchance dar; die Quote bestimmt, mit welchem Faktor der Einsatz im Gewinnfall multipliziert wird. Weil die [...] Manipulation der Fußballspiele das Wettisiko ganz erheblich zugunsten [des Wettenden] verschoben hatte, entsprachen die bei dem Vertragsschluss vom Wettanbieter vorgegebenen Quoten nicht mehr dem Risiko, das jeder Wettanbieter seiner eigenen kaufmännischen Kalkulation zugrunde

gelegt hatte. Eine derart erheblich höhere Chance auf den Wettgewinn ist aber wesentlich mehr wert, als [der Wettende] hierfür jeweils in Ausnutzung der erfolgten Täuschung gezahlt hat.“

Der BGH sieht den Schaden also in einer Quotendifferenz. Der Täuschende hat aufgrund der Spielmanipulation eine höhere Gewinnquote erhalten (z.B. 1:10), als dies seinem gezahlten Entgelt bzw. dem eingegangenen Risiko entspricht (danach z.B. nur Quote von 1:5 angemessen).

Ein auf diese Weise pauschal und ohne nähere Wertbestimmung konstruierter Quotenschaden ist allerdings Bedenken ausgesetzt. Die Manipulation von Schiedsrichtern (oder Spielern) verändert nicht einfach die ermittelte Quote um einen bestimmten Zahlenwert. Bei einem Wissen um die Manipulation wäre die Wette vielmehr schlicht vom Markt genommen worden. Im Übrigen handelt es sich bei einer Wettquote um ein komplexes Konstrukt: Der Wettanbieter greift zur Bestimmung einer solchen auf mehrere unterschiedliche Faktoren zurück, z.B. Einschätzung der Wettenden, eventuelle besondere Anreize, Wettbüro-Aufschläge, Wahrscheinlichkeit des Spielausgangs etc. Das prognostizierte Spielergebnis stellt somit nur einen Teilaspekt der Quote dar. Schließlich verlangt die neuere Rechtsprechung des BVerfG gerade auch eine Bezifferung des Schadens. Der bloße Hinweis, die Quote wäre im Falle der Kenntnis um die Manipulation schlechter ausgefallen wäre, dürfte diesbezüglich kaum ausreichen.

In einer zweiten Grundlagenentscheidung zum Wettbetrug (BGHSt 58, 102 = NJW 2013, 883) greift der vierte Senat des BGH insbesondere den Kritikpunkt der fehlenden Bezifferbarkeit des Quotenschadens auf und präzisiert die Anforderungen an die Schadensbestimmung. Danach sei der Geldwert der wechselseitigen Ansprüche (zwischen Wettendem und Wettanbieter) zu ermitteln und zu vergleichen.

Dieser jüngeren BGH-Rechtsprechung ist insofern zuzustimmen, als sich ein Schaden in den Fällen des Wettbetruges – wie auch in anderen Konstellationen – nur über eine Saldierung der wechselseitigen Leistungen ermitteln lässt. Die Frage, ob Wetteinsatz und Wettquote in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen, kann über das Hilfsmittel der Bilanz konkretisiert werden.

Erforderlich sind dafür mehrere Schritte: Zunächst sind der Anspruch des Wettenden (auf Auszahlung des Wettgewinnes) und derjenige des Wettanbieters (auf das Behaltendürfen des Wetteinsatzes) für den Fall eines nicht manipulierten Wettereignisses wertmäßig zu bestimmen und zu saldieren. Die gleiche Berechnung hat sodann unter Berücksichtigung der Manipulation des Wettereignisses zu erfolgen. Insofern ist zu beachten, dass bei einer Manipulation der Wette die Wahrscheinlichkeit des Eintritts des Weiterereignisses (also z.B. der Sieg einer bestimmten Mannschaft) verändert wurde. Aus diesen Saldi ist schließlich ein Gesamtsaldo zu bilden, der den eingetretenen Schaden darstellt. Die Bestimmung des Geldwertes der jeweiligen Forderungen wird dabei in aller Regel nur durch einen Sachverständigen zu leisten sein.

Der zweiten Entscheidung des BGH zum Schaden beim Wettbetrug ist allerdings insofern zu widersprechen, als sie in den Fällen einer tatsächlich erfolgten Gewinnauszahlung einen Schaden in dieser Höhe bejaht und dabei maßgeblich auf die Erfüllungsphase des Vertrages abstellt. Erfülle der Getäuschte nämlich seine vertragliche Pflicht restlos, sei für die Schadensbemessung allein auf die Erfüllungsphase abzustellen. Da Wettanbieter keine Wetten auf manipulierte Spiele angenommen hätten, sei der Schaden in der Auszahlung des Gewinnes zu sehen (BGH NJW 2013, 883, 884 f.). Dies überzeugt indes nicht, denn es kommt beim Wettvertrag als sog. Risikogeschäft nicht darauf an, wie sich der Gegenstand des Vertrages nach Vertragsschluss weiterentwickelt (wie also z.B. das Fußballspiel ausgeht). Die Saldierung erfolgt vielmehr im Zeitpunkt des

Vertragsschlusses. Eine Bewertung der wechselseitigen Forderungen zu diesem Zeitpunkt ist somit unabdingbar.

→ Einen erweiterten Überblick des Meinungsstandes bietet auch das Problemfeld *Schaden beim Wettbetrug (Quotenschaden)*: <https://strafrecht-online.org/problemfelder/bt/263/obj-tb/schaden/quotenschaden/>

e) **Erfüllungsbetrug**

Von einem Erfüllungsbetrug spricht man, wenn der Getäuschte im Rahmen der Erfüllung des Vertrages eine Leistung erbringt (z.B. Übereignung von fünf 100-Euro-Scheinen), um eine minderwertige Gegenleistung (z.B. Eigentumserwerb an Massenschmuck im Wert von 50 €) zu erwerben.

Täuscht der Täter erst bei Erfüllung (sog. echter Erfüllungsbetrug), so liegt ein Schaden vor, wenn der Getäuschte nicht die Leistung erhält, die seinem Erfüllungsanspruch wertmäßig entspricht, oder mehr leistet, als er leisten muss.

Wird das Opfer dagegen schon bei Abschluss des schuldrechtlichen Vertrags getäuscht und wirkt die Täuschung in der Erfüllungsphase nur fort, spricht man insoweit von einem unechten Erfüllungsbetrug (BGHSt 16, 220; BayObLG NJW 1999, 663).

→ Einen erweiterten Überblick des Meinungsstandes bietet auch das Problemfeld *Erfüllungsbetrug*: <https://strafrecht-online.org/problemfelder/bt/263/obj-tb/schaden/erfuellungs betr/>

f) Korrektur des wirtschaftlichen Vermögensbegriffs über den individuellen Schadenseinschlag

Grds. liegt kein Schaden vor, wenn sich die Leistung des Opfers und die Gegenleistung des Täters in ihrem Wert decken und die Vermögensminderung beim Opfer somit durch einen gleichwertigen Vermögenszufluss kompensiert wird.

Eine Ausnahme macht die h.M. in Fällen, in denen die Gegenleistung des Täters für das konkrete Opfer völlig wertlos ist. Nach dieser sog. Lehre vom individuellen Schadenseinschlag ist dies jedoch nur bei Vorliegen besonderer Voraussetzungen anzunehmen.

Im grundlegenden Melkmaschinen-Fall benannte BGHSt 16, 321 drei Fallgruppen, bei denen ausnahmsweise trotz objektiv ausgeglichenen Geschäfts ein Negativsaldo wegen individuellen Schadenseinschlags vorliegen soll:

- Wenn der Erwerber die angebotene Leistung nicht oder nicht in vollem Umfang zu dem vertraglich vorausgesetzten Zweck oder in anderer zumutbarer Weise verwenden kann, namentlich ohne besondere Schwierigkeiten weiter veräußern kann.
- Wenn man durch die eingegangene Verpflichtung zu vermögensschädigenden Maßnahmen genötigt wird.
- Wenn man infolge der Verpflichtung nicht mehr über die Mittel verfügen kann, die zur ordnungsgemäßen Erfüllung von Verbindlichkeiten oder sonst für eine den persönlichen Lebensverhältnissen angemessene Wirtschafts- und Lebensführung unerlässlich sind.

Insb. gegen die beiden letztgenannten Fallgruppen werden in der Lit. (vgl. dazu eingehend die Ausführungen bei MK/Hefendehl § 263 Rn. 706 f.) Bedenken geäußert.

→ Einen erweiterten Überblick des Meinungsstandes bietet auch das Problemfeld *Subjektiver Schadenseinschlag/Leistung-Gegenleistungsmaßstab*:
<https://strafrecht-online.org/problemfelder/bt/263/obj-tb/schaden/schadenseinschlag/>

g) Lehre von der unbewussten Selbstschädigung/der Zweckverfehlung

Eine rein wirtschaftliche Betrachtung einer evtl. Kompensation versagt bei wirtschaftlich sinnlosen Ausgaben schon vom Ansatz her, da der Verfügende solche Ausgaben gerade – wie er weiß – ohne Ausgleich durch ein wirtschaftliches Äquivalent erbringen soll.

Bsp. 1: A spiegelt dem B vor, er sei mittellos und benötige Geld für eine warme Mahlzeit. B erbarmt sich und gibt 50 €. Tatsächlich geht es A aber finanziell blendend.

Bsp. 2: A stellt im Eingangsbereich von Kundentoiletten einen Teller auf, um Nutzer der Toilette zu einem Trinkgeld anzuhalten. Dieses Trinkgeld zahlt A seinen Arbeitnehmern aber nicht *zusätzlich* zu ihrem Lohn aus (vgl. § 107 III 2 GewO), sondern verwendet das Trinkgeld ausschließlich zur „normalen“ Lohnzahlung (*Kudlich*, JA 2015, 632).

Auch der Spenden- und der Subventionsbetrug gehören zu diesem Problemkreis.

- Nach der älteren Rspr. (RGSt 44, 244; BayObLG NJW 1952, 798) muss dem Opfer die vermögensmindernde Wirkung seines Verhaltens nicht bewusst sein. Die Vermögensminderung wird nicht durch ein wirtschaftliches Äquivalent kompensiert, so dass auch ein Schaden vorliegt.
 - ⊖ I.E. würde die bloße Dispositionsfreiheit des Spendenden geschützt.
- Betrachtet man den Betrug als einen Fall der (vertypen) mittelbaren Täterschaft, so ist der Getäuschte ein gutgläubiges Werkzeug. Hieraus wird teilweise (SK/Hoyer § 263 Rn. 66) geschlossen, dass nur unbewusste Selbstschädigungen von § 263 StGB erfasst sind. Dem Verfügenden muss der vermögensschädigende Charakter seines Verhaltens verborgen bleiben, was hier nicht der Fall ist.
 - ⊖ Kriminalpolitisches Bedürfnis einer Strafbarkeit: Wenn das Erschleichen von Spenden sanktionslos möglich wäre, würde das altruistische Engagement vieler Bürger zurückgehen.
 - ⊕ Ob das altruistische Engagement zurückginge, ist keineswegs belegt. Im Übrigen dient § 263 StGB nicht dazu, das Spendenaufkommen der Bevölkerung zu sichern, sondern dem Schutz des individuellen Vermögens. Letzteres ist aber gerade nicht verletzt.
- Die h.M. (vgl. BGHSt 31, 93; BGH NJW 1995, 539; Sch/Sch/Perron § 263 Rn. 41, 102; SK/Hoyer § 263 Rn. 209 ff.) verlangt im Grundsatz eine unbewusste Selbstschädigung. Ausreichend ist es bei einseitigen Leistungsverhältnissen jedoch, dass der mit der Hingabe der Leistung verfolgte soziale Zweck nicht erreicht wird. Da der Verfügende von der Zweckverfehlung nichts weiß, liegt eine unbewusste Selbstschädigung vor.

- ⊖ Die Zweckerreichung wird dem Vermögen des „Geschädigten“ zugeschlagen, obwohl nicht ersichtlich ist, dass er die Verwendung des (z.B.) Geldes zu ebendiesem Zweck rechtlich durchsetzen könnte.

Beachte: Die Zweckverfehlungslehre ist auf synallagmatische Austauschverträge nicht übertragbar, da der Betrugstatbestand nicht die Dispositionsfreiheit als solche schützt. Besondere Probleme weisen in diesem Zusammenhang sog. gemischte Verträge auf, die Elemente von Kauf und Schenkung in sich vereinen (z.B. Kauf von Unicef-Weihnachtskarten). (Vgl. dazu *Wessels/Hillenkamp* Rn. 555 ff. m.w.N.; *MK/Hefendehl* § 263 Rn. 737).

VI. Subjektiver Tatbestand

1. Vorsatz

Hinsichtlich des Vorsatzes ist mindestens *dolus eventualis* erforderlich. Besondere Feststellungen verlangt der individuelle Schadenseinschlag: Die in der Person des Geschädigten liegenden schadensbegründenden Umstände müssen vom Vorsatz des Täters umfasst sein.

2. Absicht rechtswidriger Bereicherung

Der subjektive Tatbestand des § 263 StGB setzt über den Vorsatz hinaus voraus, dass der Täter in der Absicht handelt, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen.

a) Absicht

Hinsichtlich der (Dritt-)Bereicherung ist Absicht, also *dolus directus* 1. Grades, erforderlich. Es muss dem Täter somit gerade auf die Bereicherung ankommen. Der Vermögensvorteil ist das Gegenstück zum Vermögensschaden und liegt in jeder günstigeren Gestaltung der Vermögenslage (*Wessels/Hillenkamp* Rn. 583; *MK/Hefendehl* § 263 Rn. 761).

Bsp.: Prof. A bietet ein Plagiat einer wiss. Arbeit einer Fachzeitschrift zur Veröffentlichung an, um seine Reputation in einem Spezialgebiet zu steigern. Dieses Plagiat wird veröffentlicht; A erhält dafür einen Betrag von 100 €.

- *Jerouschek* GA 1999, 416, 419 f. verneint die Bereicherungsabsicht, da A nicht wegen des Entgelts täuschte. Das Honorar war auch nicht notwendiges Zwischenziel, sondern nicht beabsichtigte und lediglich als unvermeidlich erkannte Nebenfolge (dolus directus 2. Grades).
- Die h.M. (BGHSt 16, 1, 6; zust. MK/*Hefendehl* § 263 Rn. 797; LK/*Tiedemann* § 263 Rn. 253) differenziert danach, ob der als sicher vorausgesehene Bereicherungserfolg erwünscht oder unerwünscht ist. Im zweiten Fall ist er nur notwendige Nebenfolge, die nicht beabsichtigt ist; Bereicherungsabsicht danach hier (-).
- *Rengier* JZ 1990, 321, 323, 326 will die Unterscheidung von Zwischenzielen und unvermeidbaren Nebenfolgen aufgeben und sieht auch das als unvermeidbare Nebenfolge Vorausgesehene als von der Absicht umfasst an: Bereicherungsabsicht danach hier (+).

b) Stoffgleichheit

Zwischen Vermögensschaden und dem erstrebten Vermögensvorteil muss sog. „Stoffgleichheit“ bestehen (*Kindhäuser* BT II § 27 Rn. 79; MK/*Hefendehl* § 263 Rn. 776 ff.). Damit ist nicht, wie man angesichts des Begriffs „Stoffgleichheit“ meinen könnte, gemeint, dass der erstrebte Vermögensvorteil 1:1 das Gegenstück des Vermögensschadens sein muss. Vielmehr ist unter Stoffgleichheit zu verstehen, dass Vermögensschaden und der erstrebte Vermögensvorteil nicht durch verschiedene Verfügungen, sondern durch ein und dieselbe Vermögensverfügung vermittelt werden müssen (*Wessels/Hillenkamp* Rn. 588).

Bsp.: T erschleicht sich in einem Haustürgeschäft von O die Unterschrift für ein Zeitschriftenabonnement, indem er ihm eine „Bestätigung“ seines Besuches zur Unterschrift vorlegt; tatsächlich handelt es sich um den Vertrag. Hierfür bekommt er von seinem Auftraggeber A 10 % Provision, auf die es T ankommt.

- Ein Betrug des T gegenüber und zu Lasten des O zu eigenen Gunsten liegt nicht vor: es fehlt an der Stoffgleichheit, da Vermögensschaden bei O (durch Vertragsschluss) und erstrebter Vorteil (Provisionszahlung) nicht durch die gleiche Vermögensverfügung vermittelt werden. Vielmehr geht die Provisionszahlung auf eine weitere Verfügung des Auftraggebers zurück.
- Es liegt jedoch ein Betrug des T gegenüber und zu Lasten des O und zu Gunsten des Auftraggebers vor (Drittbereicherungsabsicht), da die vermögensmindernde Belastung mit einem Anspruch (bei O) und der erstrebte vermögensmehrende Anspruch (beim Auftraggeber) durch eine Vermögensverfügung (Vertragsschluss des O) vermittelt werden. Da es sich dabei um ein notwendiges Zwischenziel des T handelt, liegt insoweit auch Absicht vor.
- Schließlich kann auch ein Betrug des T gegenüber und zu Lasten des Auftraggebers vorliegen, wenn der den Auftraggeber unter Vorlage anfechtbarer Verträge zur Auszahlung der nicht zu beanspruchenden Provision veranlasst (BGHSt 21, 384; *Kindhäuser* BT II § 27 Rn. 81).

→ Einen erweiterten Überblick des Meinungsstandes bietet auch das Problemfeld *Voraussetzungen der Stoffgleichheit*: <https://strafrecht-online.org/problemfelder/bt/263/subj-tb/stoffgleichheit/stoffgleichheit/>

c) **Rechtswidrigkeit der erstrebten Bereicherung**

Die Rechtswidrigkeit der Bereicherung ist ein objektiv zu bestimmendes Tatbestandsmerkmal (*Wessels/Hillenkamp* Rn. 590), das jedoch wegen ihres ins Subjektive verlagerten Anknüpfungspunkts (nämlich der Bereicherungsabsicht) erst im subjektiven Tatbestand geprüft wird. Da es sich um ein objektives Tatbestandsmerkmal handelt, muss es vom Vorsatz des Täters umfasst sein (BGHSt 3, 160, 163; *Kindhäuser* BT II § 27 Rn. 83).

An der Rechtswidrigkeit der Zueignung fehlt es, wenn der Täter einen fälligen und einredefreien, also durchsetzbaren Anspruch auf den erstrebten Vorteil hat (*Wessels/Hillenkamp* Rn. 586; *Kindhäuser* BT II § 27 Rn. 83 – nach a.A. fehlt es bereits am Schaden vgl. oben KK 468 f.). An der Rechtswidrigkeit fehlt es ferner beim sog. Selbsthilfebetrug, bei dem der Täter durch Täuschung einen unbegründeten Anspruch abwehrt (BGHSt 42, 268, 271; *Fischer* § 263 Rn. 193).

Ein Irrtum über das Bestehen eines Anspruchs ist ein vorsatzausschließender Tatumstandsirrtum i.S.d. § 16 I 1 StGB (BGH NStZ 2003, 663; *MK/Hefendehl* § 263 Rn. 812 m.w.N.).

→ Einen erweiterten Überblick des Meinungsstandes bietet auch das Problemfeld *Rechtswidrigkeit der Bereicherung*: <https://strafrecht-online.org/problemfelder/bt/263/subj-tb/bereicherung/rw-bereich/>

sowie das Problemfeld *Vorsatz bzgl. Rechtswidrigkeit der Bereicherung*:

<https://strafrecht-online.org/problemfelder/bt/263/subj-tb/bereicherung/vorsatz-rw-bereich/>

VII. Qualifikationstatbestand (§ 263 V StGB)

§ 263 V StGB enthält einen Qualifikationstatbestand. Er greift ein, wenn der Täter den Betrug kumulativ gewerbsmäßig und als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung von Straftaten nach den §§ 263 – 264 StGB oder 267 – 269 StGB verbunden hat. Im Unterschied zu § 244 I Nr. 2 StGB wird keine bandenmäßige Begehung vorausgesetzt.

Zum Bandenbegriff und zur Mitgliedschaft in einer Bande vgl. KK 310 ff.

Zum Begriff der Gewerbsmäßigkeit vgl. KK 282 f.

VIII. Besonders schwerer Fall des Betrugs (§ 263 III, IV StGB)

§ 263 III 1 StGB regelt den besonders schweren Fall des Betrugs. S. 2 enthält Regelbeispiele, deren Vorliegen einen besonders schweren Fall und damit eine Strafschärfung indiziert. Zu beachten ist dabei, dass die Geringwertigkeitsklausel des § 243 II StGB hier gem. § 263 IV StGB entsprechende Anwendung findet.

1. § 263 III 2 Nr. 1 StGB

Anknüpfungspunkt des Regelbeispiels ist das gewerbsmäßige Betrügen (Alt. 1) und der Betrug als Mitglied einer Bande (Alt. 2). Vgl. zu diesen Begriffen KK 282 f.; 310 ff.

2. § 263 III 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB

Nach Nr. 2 Alt. 1 StGB liegt ein besonders schwerer Fall regelmäßig auch vor, wenn der Täter einen Vermögensverlust großen Ausmaßes herbeiführt. Ein großes Ausmaß ist ab einem Betrag von 50.000 € anzunehmen (BGH NStZ 2004, 155; *Wessels/Hillenkamp* Rn. 594).

Wird der Schaden auf Tatbestandsebene „nur“ durch eine schädigende Vermögensgefährdung begründet, soll dies nach h.M. (BGHSt 48, 354, 355 ff.; BGH wistra 2004, 20; *Wessels/Hillenkamp* Rn. 594) für Nr. 2 Alt. 1 angesichts des Wortlauts („Verlust“) und der Systematik (Alt. 2 lässt eine Gefährdung ausreichen) nicht genügen. A.A. MK/*Hefendehl* § 263 Rn. 850 im Hinblick auf die identische Wertigkeit der schädigenden Vermögensgefährdung gegenüber dem (endgültigen) Vermögensschaden, die beide Fälle nicht als aliud erscheinen lassen.

→ Einen erweiterten Überblick des Meinungsstandes bietet auch das Problemfeld *Vermögensverlust großen Ausmaßes bei einer schädigenden Vermögensgefährdung*:

<https://strafrecht-online.org/problemfelder/bt/263/qualif/vermoegensverlust-vermoegensgefaehrdung/>

3. § 263 III 2 Nr. 2 Alt. 2 StGB

Ferner liegt ein besonders schwerer Fall i.d.R. auch vor, wenn der Täter eine große Zahl von Menschen in die Gefahr des Vermögensverlustes bringt. Wann eine große Zahl anzunehmen ist, ist umstritten; zwischen zehn und 50 wird alles vertreten. Verbreitet werden 20 Menschen für ausreichend gehalten (*Kindhäuser* BT II § 27 Rn. 87; MK/*Hefendehl* § 263 Rn. 854).

Juristische Personen sind nach dem klaren Wortlaut („Menschen“) nicht erfasst (BGH wistra 2001, 59; *Wessels/Hillenkamp* Rn. 594).

4. § 263 III 2 Nr. 3 StGB

Das Regelbeispiel erfüllt, wer eine andere Person in wirtschaftliche Not bringt. Wirtschaftliche Not ist eine Mangellage, aufgrund derer der notwendige Lebensunterhalt für den Geschädigten oder für ihm gegenüber unterhaltsberechtigten Personen ohne Hilfe Dritter nicht mehr gewährleistet ist (BGH NStZ-RR 2007, 269; *MK/Hefendehl* § 263 Rn. 856).

5. § 263 III 2 Nr. 4 StGB

Ein besonders schwerer Fall liegt nach Nr. 4 vor, wenn der Täter zur Begehung des Betrugs seine Stellung oder seine Befugnisse als Amtsträger missbraucht. Der Begriff des Amtsträgers ist in § 11 I Nr. 2 StGB legaldefiniert.

- Missbrauch der Befugnis = täuschendes Handeln innerhalb der grds. gegebenen Zuständigkeit.
- Missbrauch der Stellung = Ausnutzung sonstiger durch das Amt gegebener Möglichkeiten.

6. § 263 III 2 Nr. 5 StGB

Schließlich indiziert auch das Vortäuschen eines Versicherungsfalls nach Nr. 5 einen besonders schweren Fall, wenn der Täter oder ein anderer zu diesem Zweck eine Sache von bedeutendem Wert in Brand gesetzt oder durch eine Brandlegung ganz oder teilweise zerstört oder ein Schiff zum Sinken oder Stranden gebracht hat.

Das Regelbeispiel kompensiert die Herabstufung des § 265 StGB zum Vergehen; der Versicherungsbetrug gem. § 265 StGB a.F. war als Verbrechen ausgestaltet.

Das Vortäuschen eines Versicherungsfalls ist die wahrheitswidrige Behauptung eines Sachverhalts, der nach bestehendem Versicherungsvertrag zu Ersatzverpflichtung der Versicherung führt (MK/Hefendehl § 263 Rn. 859).

Sofern der Versicherungsfall nicht durch den Versicherungsnehmer selbst verursacht worden ist (vgl. § 81 VVG), ist der Anspruch auf die Versicherungsleistung nur ausgeschlossen, wenn nicht die sog. Repräsentantenhaftung greift. Repräsentant ist, wer aufgrund eines tatsächlichen Vertretungsverhältnisses die Befugnis besitzt, selbstständig und in nicht ganz unbedeutendem Umfang für den Versicherten in dem Geschäftskreis zu handeln, dem das versicherte Risiko angehört. Dabei muss der Repräsentant gerade auch die Rechte des Versicherten als Versicherungsnehmer wahrnehmen. Handlungen des Repräsentanten muss der Versicherungsnehmer gegen sich wie eigene zurechnen lassen. Dies ist bei Prokuristen oder ähnlichen Funktionen in einem Unternehmen der Fall. Bloße familiäre Verbundenheit genügt nicht, auch nicht bei Ehegatten (BGH JuS 2016, 1041, 1043).

IX. Konkurrenzen

Tateinheit ist mit Delikten möglich, die nicht dem Vermögensschutz dienen.

Problematisch ist das Verhältnis zu anderen Vermögensdelikten, insb. beim sog. Sicherungsbetrug. Dabei täuscht der Täter einen anderen zur Sicherung oder Verwertung von aus einem anderen Vermögensdelikt erlangten Vorteilen, ohne weiteres Unrecht zu begehen, insb. ohne den Vermögensschaden zu vertiefen.

Bsp.: T entwendet in der Gaststätte den Mantel des O. Als O bemerkt, dass T mit einem Mantel, der wie seiner aussieht, die Gaststätte verlässt, stellt er den T zur Rede. O glaubt der Versicherung des T, dass es sich um dessen Mantel handle und O's Mantel weiter in der Gaststätte hinge.

- Teilweise (Lackner/Kühl/Kühl § 263 Rn. 69) wird angenommen, der Betrug habe hier keine selbstständige Bedeutung und tritt als mitbestrafte Nachtat zurück, sog. Sicherungsbetrug.
- Andere (Wessels/Hillenkamp Rn. 599) verneinen schon das tatbestandliche Vorliegen eines Betrugs, da keine weitere Vertiefung des Schadens vorliege, fehle es schon am Vermögensschaden.

Wiederholungs- und Vertiefungsfragen

- I. Wie kann man Tatsachen von Werturteilen abgrenzen?
- II. O ist sich nicht sicher, ob der von T angebotene „Pango“ (ein luftdruckbetriebenes Rohrreinigungsggerät) tatsächlich 400 Euro wert ist statt der „lediglich“ geforderten 200 Euro. O will sich das „einmalige Schnäppchen“ aber nicht durch die Lappen gehen lassen und schlägt zu. Der Marktwert liegt bei 40 Euro.
- III. Welche Anforderungen sind an das Verhältnis zwischen Geschädigtem und Verfügendem zu stellen, wenn beide verschiedene Personen sind?
- IV. Vor dem KG II sitzt gemeinsam mit seinem kranken Hund der Punker Campino, der fünf Becher vor sich aufgestellt hat, in die Geld gelegt werden kann. Die Becher sind jeweils mit einem Schild versehen, das den Verwendungszweck des gespendeten Geldes offenbart. A legt einen 5-Euro-Schein in den „Tierarzt“-Becher. Tatsächlich gönnt sich Campino von dem Geld aber eine Jahresmitgliedschaft bei „den Grünen“. § 263 StGB?
- V. A bietet B ein Kilogramm Haschisch zum Preis von 900 Euro an. B willigt ein und bezahlt – wie geplant – mit „Blüten“. Strafbarkeit des B nach § 263 StGB?