

§ 36: Betrug (§ 263 StGB)

I. Allgemeines

Der Betrug ist das wichtigste Vermögensdelikt. Geschützt wird nach h.M. (*Wessels/Hillenkamp* Rn. 489; *MK/Hefendehl* § 263 Rn. 1) das Vermögen als Ganzes, nicht (lediglich) das Eigentum oder die Wahrheit.

Die PKS 2007 weist 912.899 Fälle des Betrugs auf. Das entspricht einem Anteil von 14,5% an der Gesamtkriminalität. Die Aufklärungsquote liegt bei 83,3%. Die Betrugstaten verursachten 2007 einen Gesamtschaden von € 2.219, 1 Millionen. Dabei ist der Schaden einer einzelnen Tat zumeist gering. Nur in 5,6% der Fälle verursachte einen Schaden von mehr als € 5.000. Mit 31,9% liegt der Einzelschaden zumeist zwischen € 50 und € 500.

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

KK 285

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 § 263 V StGB

II. Subjektiver Tatbestand

1. Vorsatz
2. Absicht rechtswidriger Bereicherung

III. Rechtswidrigkeit

IV. Schuld

V. Ggf. Strafantrag nach §§ 236 IV, 247, 248a StGB

VI. Ggf. Strafzumessung - § 263 III, IV StGB

KK 286

II. Täuschung

Tathandlung des Betrugs ist die Täuschung über Tatsachen.

1. Tatsachenbegriff

Tatsachen sind nach h.M. (RGSt. 55, 129 (131); *Rengier* BT I § 13 Rn. 2) 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 äußerlich, wahrnehmbares Reales; 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. Zu beachten ist dabei, dass auch gegenwärtige Absichten, Motive, Vorstellungen oder Überzeugungen hinsichtlich künftiger Ereignisse umfasst (MK/*Hefendehl* § 263 Rn. 53, 63) sind. 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* Rn. 77 f.) genügen

KK 287

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: „Dies ist ein schöner van Gogh“.

Die Unterscheidung zwischen Meinungsäußerung und Werturteil auf der einen und Tatsache auf der anderen Seite kann im Einzelfall schwierig sein. Denn auch Werturteile können einen Kern enthalten, auf den sich die Aussage zurückführen lässt und die eine Aussage in tatsächlicher Hinsicht enthält (sog. Tatsachenkern). Umgekehrt können auch scheinbar als 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. 496; MK/*Hefendehl* § 263 Rn. 66).

KK 288

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

- In der Aussage: „besser geht es nicht“ liegt keine Behauptung eines Tatsachekerns, da es am Charakter einer ernsthaft aufgestellten Behauptung fehlt (*Wessesl/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 Tatsachekern. Denn auch wenn die Wirkung offenbar als übertrieben dargestellt wurde, so sind die Beworbenen dennoch davon ausgegangen, die Produkte hät-

KK 289

ten überhaupt eine Wirkung. – Teilweise (*Hilgendorf* Tatsachenaussagen und Werturteile im Strafrecht 1. Aufl. 1998 S. 194) wurde hier das Vorliegen einer betrugsrelevanten 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. 69).

Aufgrund der Schwere der Abgrenzung ist im Gutachten ggf. genau zu prüfen, ob eine scheinbar wertende Aussage nicht doch einen ausreichenden Tatsachekern enthält bzw. ob eine scheinbar beweisbare Aussage nicht durch ein wertendes Element überlagert wird.

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. 64; *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. 64): Der Verkauf von gefärbten Sonnenbrillen zur Beobachtung einer angeblichen bevorstehenden Sonnenfinsternis; die künftige Entwicklung eines Aktienfonds aufgrund der Beurteilung durch Experten.

KK 290

c) Rechtsauffassungen

Die Äußerung allein von Rechtsauffassungen (z.B. man habe einen Kaufpreiszahlungsanspruch) ist eine „Sollens- 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 (konkudent) das Vorliegen der anspruchsbegründenden Tatsachen vorgetragen werden (z.B. der Anspruchsgegner habe eine auf den Abschluss eines Kaufvertrags gerichtete Willenserklärung abgegeben).

Bsp.: B verlangt von A die Sache mit der Begründung heraus, er sei Eigentümer der Sache. Darin kann die konkudente 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

KK 291

überschneiden sich teilweise (MK/*Hefendehl* § 263 Rn. 43). 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,
- konkudent 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) Konkudente Täuschung

Eine konkudente 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. 498; *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).

KK 292

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 schlüssig, zur Verschaffung des Eigentums an diesem 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 geschieht, 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. 88 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. 6). Das Fordern eines bestimmten Preises ist jedoch dann eine schlüssige Täuschung über die Üblichkeit des Preises, wenn es sich um einen festen Listen- oder Taxpreis handelt, der eindeutig feststeht und bestimmt ist.

KK 293

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 7).

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 (vgl. hierzu MK/Hefendehl § 263 Rn. 107; *ders.* NStZ 2001, 281). Damit ist aber noch nicht die Frage entschieden, ob bei der *Fehlbuchung* aber eine Täuschung durch Unterlassen (kraft Garantenstellung aus dem Girovertrag) vorliegt (vgl. dazu unten KK 296).

Bsp. 4: Wer einen Wettvertrag abschließt, erklärt nach h.M. (RGSt. 62, 415; MK/Hefendehl § 263 Rn. 113; NK/*Kindhäuser* § 263 Rn. 133) konkludent, den Wettausgang 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 unpersönli-

KK 294

chen Massengeschäft des täglichen Lebens erkläre der Wettende an der Wettannahmestelle konkludent, auch keinen manipulativen Einfluss auf den Ausgang des jeweiligen Spiels genommen zu haben (zust. *MK/Hefendehl* § 263 Rn. 113; *Wessels/Hillenkamp* Rn. 499b; 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/Cramer/Perron* § 263 Rn. 14 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.“

Bsp. 5: BGHSt. 47, 1 (zust. *MK/Hefendehl* § 263 Rn. 83; i.E. auch *Wessels/Hillenkamp* Rn. 499a) 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. Diese Entscheidung wird vielfach kritisiert (vgl. *Joecks* § 263 Rn. 29 ff; *Pawlik* StV 2003, 297), da das Vorgehen zwar unmoralisch, aber nicht strafbar sei,

KK 295

weil nur wahre Tatsachen behauptet worden seien. Dabei wird jedoch 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. 83). Ob in derartigen Fallgestaltungen eine konkludente Täuschung zu bejahen ist, hängt daher auch davon ab, ob es sich um einen geschäftserfahrenen (käuferischen) oder einen privaten Adressaten handelt. Zwar sind auch Kaufleute nicht zur Durchforstung der Schreiben bis in das letzte Detail verpflichtet, ihnen kommt aber eine besondere Verantwortung bei deren Analyse zu, (vgl. *Wessels/Hillenkamp* Rn. 499a; *MK/Hefendehl* § 263 Rn. 84; noch restriktiver [kein Raum für eine Täuschung] zunächst BGH NStZ 1997, 186 vgl. nun aber BGHSt. 47, 1, 5 und OLG Frankfurt NJW 2003, 3215, 3215 f.). Dafür spricht auch der Rechtsgedanke des § 305c BGB.

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. 136). 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.

KK 296

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 Garantienstellung 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 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/Cramer/Perron* § 263 Rn. 22).