

Betrug (§ 263 StGB)

Lösung Fall 5 (nach BGH NStZ-RR 2010, 74)

A. Strafbarkeit des E durch Start des Tankvorgangs gem. § 242 I

I. Fremdheit des Benzins?

1. Gesetzlicher Eigentumserwerb gem. §§ 948, 947 BGB durch Vermischung? Rechtsfolge aber: Miteigentum am vermischten Benzin, sofern nicht das vorher im Tank enthaltene Benzin die Hauptsache (§ 947 II BGB) war. Angesichts dessen, dass E für über € 100 tankte (-), somit stand das Benzin somit jedenfalls nicht infolge gesetzlichen Eigentumserwerbs im Alleineigentum des E.

2. Rechtsgeschäftlicher Eigentumserwerb gem. § 929 S. 1 BGB? Fraglich ist, ob ein dazu notwendiges Angebot des Tankstellenpächters (T) vorliegt. Dazu ist das Verhalten der T gem. §§ 133, 157 BGB auszulegen.

- Teilweise (OLG Düsseldorf NStZ 1985, 270; *Herzberg* JA 1980, 385, 389 f.) wird im Aufstellen der Zapfanlage ein Angebot auf Eigentumsübertragung ad incertas personas gesehen, das E durch den Start des Tankvorgangs konkludent angenommen habe.
- Nach h.M. (OLG Koblenz NStZ-RR 1998, 364, 364; *Fischer* StGB § 242 Rn. 24) ist die Wirksamkeit des Angebots durch die Zahlung des Kaufpreises an der Kasse bedingt (Eigentumsvorbehalt). Da Bedingung nicht eingetreten, bleibt Benzin für E fremd.

- ⊕ Interessenlage zwischen Käufer und Verkäufer: Im Interesse des Käufers liegt es, dass der Kaufvertrag bereits beim Einfüllen des Benzins an der Zapfsäule zustande kommt, da sonst der das Angebot des Kunden ablehnende Tankstellenbesitzer das bereits getankte Benzin wieder herausverlangen könnte. Ein weitergehender Schutz des Kunden durch gleichzeitigen Eigentumserwerb ist dagegen nicht erforderlich und entspricht unter Berücksichtigung des Verkäuferinteresses auch nicht dem übereinstimmenden Willen der Parteien: vielmehr verfahren diese auch hier nach dem Grundsatz Ware gegen Bezahlung.

3. Fremde Sache nach h.M. somit (+)

II. Wegnahme: Gewahrsamswechsel (+), da das Benzin von der Gewahrsamssphäre der T (Tankstellentank) in die des E (Autotank) überführt wird. Fraglich aber, ob der Gewahrsamswechsel auch ohne oder gegen den Willen der T erfolgte:

- Teilweise (*Herzberg* JA 1980, 385, 389 f.) wird davon ausgegangen, dass das Einverständnis der T dahingehend modifiziert ist, dass es durch die Zahlung des Kaufpreises bedingt ist. Danach Bruch des Gewahrsams (+)
 - ⊕ Parallele zur Beurteilung der Eigentumsübertragung, wo die Eigentumsübertragung durch die Kaufpreiszahlung des Kunden bedingt ist.

- H.M. (*Fischer* StGB § 242 Rn. 24): Natürlicher Wille ist nicht im Rechtsinne bedingbar: unmodifiziertes Einverständnis des T in die Gewahrsamsverschiebung (+)

III. Ergebnis nach h.M. daher § 242 I (-)

B. Strafbarkeit des E durch Start des Tankvorgangs gem. § 263 I ggü. dem Kassierer und zu Lasten der T

I. Konkludente Täuschung über die innere Tatsache der Zahlungsbereitschaft (+)

II. Irrtum des Kassierers? (-), wenn dieser den Tankvorgang gar nicht wahrgenommen hat. Diesbezüglich bemängelt BGH NSTZ-RR 2010, 74 unzureichende Feststellungen des LG, die eine Verurteilung wegen vollendeten Betrugs nicht tragen: „Die *Urteilsfeststellungen belegen hier nicht*, dass die Tankvorgänge von dem jeweiligen Kassenpersonal *wahrgenommen* worden sind. Zwar wird dies unter den heutigen Verhältnissen (Video-Überwachung, Kontrollpulte im Kassenraum etc.) vielfach der Fall sein. Es kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass einzelne Tankvorgänge vom Kassenpersonal nicht bemerkt werden, insbesondere bei weitläufigen Tankstellen mit zahlreichen Zapfsäulen, bei großem Kundenandrang oder bei Inanspruchnahme durch Kassier- oder sonstige Verkaufstätigkeiten. Dass das Betanken im ersten Fall zur *Nachtzeit* stattfand, das heißt zu einem Zeitpunkt, zu welchem üblicherweise mit geringerem Kundenaufkommen zu rechnen ist, rechtfertigt daher für sich gesehen nicht bereits den Schluss, die Kassiererin habe das Betanken des Fahrzeugs des Angekl. auch tatsächlich wahrgenommen. Der Umstand, dass im zweiten Fall der Angekl. versuchte, den Kassierer *abzulenken*, spricht ebenfalls nicht zwingend dafür, dass dieser das Betanken des Fahrzeugs bereits bemerkt hatte. Das Ablenkungsmanöver kann auch mit dem Ziel erfolgt sein, das Tankstellengelände wieder unbemerkt zu verlassen.“ Daher:

III. Ergebnis: § 263 I (-)

C. Strafbarkeit des E durch Start des Tankvorgangs gem. §§ 263 I, II; 22 ggü. dem Kassierer und zu Lasten der T (+)

D. Strafbarkeit des E gem. § 246 I

I. Fraglich, wann objektiv Zueignung vorliegt. Denkbar: bereits im Einfüllen des Benzins in den Tank, kommt der Zueignungswille objektiv zum Ausdruck. Jedoch: Ein solches Verhalten entspricht den üblichen Gepflogenheiten und der Tankstellenpächter ist damit einverstanden. Daher Manifestation des Willens rechtswidriger Zueignung erst, wenn sich E anschickt, die Tankstelle zu verlassen, ohne bezahlt zu haben. Dann:

II. Problematik der Zweitueignung (vgl. dazu ausführlich Fall 2 zur Unterschlagung): Nach gem. § 263 I strafbarer Erstzueignung könnte nun durch Nutzung eine von § 246 I erfasste Zweitueignung vorliegen:

- Konkurrenzlösung (*Wessels/Hillenkamp* Rn. 301 ff.; *Sch/Sch/Eser/Bosch* § 246 Rn. 19): Beliebig viele Manifestationen des Zueignungswillens möglich, aber mitbestrafte Nachtaten.

- ⊕ H.M. führt zu Strafbarkeitslücken im Bereich der Teilnahme: Teilnehmer, die sich erst an der anschließenden Verwertung beteiligen, bleiben straflos.
- Tatbestandslösung (h.M., vgl. BGHSt. 14, 38, 43 ff.; *Lackner/Kühl* § 246 Rn. 7; *Rengier* BT I § 5 Rn. 23; *SSW/Kudlich* § 246 Rn. 18): Zueignung einer fremden Sache bereits durch eine andere strafbare Handlung (§§ 242, 246, 249, 253, 263, 266); keine weitere Zueignung möglich.
 - ⊕ Es ist bereits sprachlich ausgeschlossen, sich eine Sache, die man sich bereits zugeeignet hat, nochmals zuzueignen.
 - ⊕ Teilnehmerstrafbarkeit ist durch §§ 257, 259 hinreichend abgedeckt; es drohen keine gravierenden Strafbarkeitslücken.
 - ⊕ Die Verjährung bzgl. der ursprünglichen Tat wird faktisch aufgehoben, wenn in jeder weiteren Nutzung einer Sache eine erneute Tat nach § 246 läge.

III. Ergebnis: § 246 I nach h.M. (-)

E. Strafbarkeit des F durch Ablenken des Kassierers gem. §§ 263 I, II; 22; 25 II ggü. dem Kassierer und zu Lasten der T

I. Durch eigenes Verhalten in dubio pro reo (-), da genaue Art und Weise der Ablenkung nicht festgestellt ist.

II. Aber Zurechnung des Verhaltens des E gem. § 25 II (+)

III. Ergebnis: §§ 263 I, II; 22 (+)

F. Strafbarkeit des F gem. § 246 I

Ja nach oben vertretener Ansicht (+/-)

Lösung Fall 6a

A. Strafbarkeit des G gem. § 242 I durch Ansichnahme des Sparbuchs

I. Wegnahme einer fremden beweglichen Sache (+)

II. Absicht rechtswidriger Zueignung? Aneignungsabsicht (+), denn G kam es gerade darauf an, sich als Eigentümer der Sache gegenüber der Bank zu gerieren, um Geld abheben zu können. Fraglich aber: Enteignungsvorsatz: (-) hinsichtlich der Sachsubstanz, da das Sparbuch in seiner Substanz an den Berechtigten M zurückgelangen soll. (+) aber hinsichtlich des Sachwerts: die abgehobenen € 500 sind ein unmittelbar in dem Sparbuch verkörperter Wert (lucum ex re); der im Sparbuch verkörperte Wert wird M wegen der schuldbefreienden Leistung der Bank (vgl. § 808 BGB) i.H.v. € 500 dauerhaft entzogen; insoweit soll das Sparbuch nur noch als leere Hülse an den Berechtigten M zurückkehren.

III. Ergebnis: § 242 I (+)

B. Strafbarkeit des G gem. § 263 I ggü. B und zu Lasten der Bank durch Vorlage des Sparbuchs

I. Täuschung über die Tatsache, zur Abhebung des Geldes berechtigt zu sein? Ausdrücklich (-), aber konkludent (+), in der Vorlage des Sparbuchs liegt die konkludente Erklärung, der Vorlegende sei zum Abheben berechtigt.

II. Irrtum: Irrtum ist das Auseinanderfallen von Vorstellung und Wirklichkeit, eine falsche Vorstellung von der Realität (MK/Hefendehl § 263 Rn. 198). Fraglich ist, ob B sich überhaupt über das Vorliegen der Berechtigung zum Abheben Gedanken gemacht hat. Denn bei einem Sparbuch handelt es sich um ein Legitimationspapier. 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 Vorlegende nicht der wahre Inhaber des im Sparbuch verbrieften Guthabens ist.

- Eine Ansicht (RGSt. 39, 239, 424; LK/Tiedemann § 263 Rn. 88; MK/Hefendehl § 263 Rn. 213 f.): B macht sich über die Berechtigung des Vorlegenden grds. keine Gedanken, da sie für ihn bzw. die Bank irrelevant ist. Folge: Irrtum des B (-)
- H.M.: B macht sich zumindest gewisse grobe Vorstellungen über die Berechtigung des Abhebenden. Folge: Irrtum des B (+)
 - ⊕ B macht sich deshalb zumindest grobe Vorstellungen, weil bei grober Fahrlässigkeit (und Vorsatz) keine schuldbefreiende Leistung möglich ist.
 - ⊖ Dieser Gedanke verkennt, dass B nur bei Vorliegen besonderer verdächtigter Umstände grob fahrlässig handeln würde; fehlen sie – wie regelmäßig (und auch hier) –, besteht somit kein Anlass für B von sich heraus Überlegungen zur Berechtigung anzustellen.

III. Ergebnis: § 263 I nach hier vertretener Auffassung (-)

IV. Hinweis: In Fällen von Legitimationspapieren ist fraglich, wer hier letztlich den Schaden erleidet. Die Rspr. geht kommentarlos davon aus, dass dies die auszahlende Bank ist (vgl. dazu auch Fall 6b). Dahinter steht wohl die Erwägung, dass die Bank das Eigentum an den Geldscheinen verliert und gleichzeitig aber dem Rückforderungsrisiko des Sparbuchsinhabers ausgesetzt ist, der immer dann besteht, wenn der Bank grobe Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist. Andererseits ließe sich an gut vertreten, dass letztlich der Inhaber des Sparbuchs geschädigt wird, da die Bank grds. mit schuldbefreienden Wirkung an jeden Besitzer des Legitimationspapiers leistet und somit letztlich der Inhaber des Sparbuchs auf dem Schaden „sitzen bleibt“ (so ebenfalls ohne Begründung *Wessels/Hillenkamp* Rn. 161). Die insoweit erforderliche Zurechnung der Vermögensverfügung des Bankmitarbeiters zum Inhaber der Forderung, folgt eben daraus, dass der Bankmitarbeiter zur Auszahlung an jeden Vorlegenden ermächtigt wird.

Lösung Fall 6b (nach BGH NStZ-RR 2009, 279)

A. Strafbarkeit des G gem. § 242 I (+)

B. Strafbarkeit des G gem. § 267 I Var. 3 (+)

C. Strafbarkeit des G gem. § 263 I, III 2 Nr. 2 Alt. 1 ggü. dem Bankmitarbeiter und zu Lasten der Berliner Bank durch Einreichung des Inhaberschecks

I. Täuschung über Tatsachen? Ausdrücklich hat G nur mitgeteilt, dass er die Scheckeinreichung verlange, was jedoch auch der Wahrheit entsprach. Fraglich ist daher, welche Erklärungen ein Scheckeinreicher damit weiterhin noch schlüssig miterklärt.

1. BGH NStZ 2002, 144: Für die Bank ist nur von Relevanz, dass der Scheck eine wirksame Anweisung des Ausstellers enthält, die sie verpflichtet, den Scheck einzulösen. Deshalb prüft der Bankmitarbeiter nur die Umstände, die hierfür in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht von Bedeutung sind. Nur diese essentiellen inhaltlichen Erfordernisse muss der Bankmitarbeiter bei der Scheckvorlage beachten. Die Vorlage des Schecks enthält deshalb nur die konkludente Erklärung, dass die wesentlichen Scheckvoraussetzungen (Unterschrift des Ausstellers, Anweisung und Schecksumme – vgl. Art. 1-3 ScheckG) durch die sich aus der Scheckurkunde ergebende Person getätigt worden sind.

2. Im Fall von 2002 war der Scheck – anders als im aktuellen Fall – jedoch nicht i.S.v. § 21 ScheckG abhanden gekommen. Fraglich ist daher hier, ob das Abhandenkommen zu den Umständen zählt, die G hier miterklärt: BGH NStZ-RR 2009, 279, 280 bejaht dies i.E.: „Bei der Einlösung eines Inhaberschecks können allerdings Zweifel an einer für die Vermögensverfügung relevanten Täuschungshandlung bestehen, da der Einreicher eines Inhaberschecks regelmäßig schon durch dessen Besitz legitimiert wird [...]. Jedoch gehört ein etwaiges Abhandenkommen – ebenso wie die formellen Scheckvoraussetzungen (Art. 1, 2 ScheckG) – zu den Umständen, über die sich ein Bankangestellter, der den Scheck zur Einziehung hereinnimmt [...], Gedanken macht [...]. Er wird nämlich prüfen, ob Gesichtspunkte vorliegen, die zu einer Schadensersatzpflicht der Bank führen können. Solche Ansprüche können sich gemäß §§ 989, 990 BGB i.V.m. Art. 21 ScheckG ergeben (BGHZ 108, 353, 355 ff.; BGH WM 1993, 541, 542 f.; 1988, 1296, 1297; 1987, 337, 338 [...]). [...] Ein solches Verständnis des Erklärungswerts der Scheckeinreichung entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Danach enthält die Vorlage eines Schecks die Behauptung, sein Inhalt entspreche dem Willen des Ausstellers (BGH NJW 1969, 1260, 1261 [...]). Zu dem Willen des Ausstellers gehört der Umstand, dass nur mittels eines Begebungsvertrags legitimierte Personen den Scheck einreichen, nicht aber Dritte, die in strafbarer Weise den Besitz an dem Scheck erlangt haben. Da eine Nichtbeachtung des Willens des Ausstellers für die Bank mit Regressrisiken verbunden sein kann, wird sich die Vorstellung des Bankmitarbeiters zumindest darauf beziehen müssen, dass eine Situation gegeben ist, die Regressansprüche nicht befürchten lässt. Mit der

Vorspiegelung falscher Tatsachen durch den Einreicher korrespondiert eine entsprechende Fehlvorstellung auf der Seite der den Scheck annehmenden Bankmitarbeiter.“

3. Andere (vgl. Nachweise Fall 6a) würden auch hier Täuschung und Irrtum des Bankangestellten ebenfalls verneinen, da der Einreicher grundsätzlich schon durch den Besitz legitimiert wird und der Bankangestellte daher grundsätzlich keinen Anlass hat, sich über die Frage Gedanken zu machen, solange keine außergewöhnlichen Umständen vorliegen. Folgt man der Rspr.:

II. Vermögensverfügung: Dreiecksbetrug. Nach allen Theorien zur Zurechnung der Vermögensverfügung des Mitarbeiters zur Bank (+)

III. Vermögensschaden: BGH NStZ-RR 2009, 279, 280 sieht bereit in der Gutschrift auf dem Konto des G eine schadensgleiche Vermögensgefährdung (besser: schädigende Vermögensgefährdung – vgl. dazu ausführlich unten). Nicht unberechtigt erscheinen insoweit Zweifel, da der Bank insoweit noch die Herrschaft über den Vermögenswert zukommt, dass sie das bei ihr geführte Konto jederzeit sperren und damit einen endgültigen Abfluss des Geldes aus dem Vermögen verhindern kann. Hier kann man sich aber darauf zurückziehen, dass G bereits € 152.000 abgehoben hat und insoweit ein endgültiger Vermögensverlust eingetreten ist.

IV. Absicht rechtswidriger Bereicherung (+), da G gem. § 21 ScheckG Nichtberechtigter war.

V. Besonders schwerer Fall gem. § 263 III 2 Nr. 1 Alt. 1 (+), da die ausgezahlten € 152.000 ein großes Schadensausmaß ist, das ab € 50.000 angenommen wird (BGH NStZ 2004, 155; *Wessels/Hillenkamp* Rn. 591).

VI. Ergebnis: § 263 I, III 2 Nr. 1 Alt. 1 (+)

D. Strafbarkeit des G gem. § 263 I ggü. dem Bankmitarbeiter und zu Lasten der Bank durch Abheben des Geldes

(-), es liegt keine Täuschung vor: Mit dem Auszahlungsverlangen erklärt G konkludent allenfalls, Inhaber der Forderung zu sein; dies aber ist zutreffend, da noch kein Anfechtung der Bank erfolgte.

E. Strafbarkeit des A gem. §§ 263 I, III 2 Nr. 2 Alt. 1; 27 I (+)

F. Strafbarkeit des B gem. §§ 263 I, III 2 Nr. 2 Alt. 1; 27 I

I. Wenn man die Tat – wie der BGH hier – die Tat bereits mit der Gutschrift auf das Konto des G als vollendet ansieht, stellt sich die Frage, ob B diese Tat überhaupt noch in tatbestandlicher Weise fördern konnte. Es stellt sich damit die Problematik, bis zu welchem Zeitpunkt sukzessive Beihilfe möglich ist. Während die h.L. eine tatbestandliche Haupttatförderung nur bis zur Deliktvollendung zulässt, soll nach der Rspr. Beihilfe bis zur Beendigung der Haupttat möglich sein (vgl. eingehend zu Problematik und Streitstand: KK AT 595 ff.). Hier: Tatbeendigung (-): „Beendigung setzt den Abschluss des Tatgeschehens in tatsächlicher Hinsicht voraus. Nach dem Tatplan sollte der gutgeschriebene Betrag nur kurzfristig auf

dem Bankkonto verbleiben; wegen der Entdeckungsgefahr, der die Beteiligten durch die Urkundenfälschungen zu begegnen versuchten und die sich schließlich realisierte, war von vornherein vorgesehen, dass G das Guthaben in bar abheben sollte. Damit wäre die Betrugstat erst mit Abhebung des gesamten Guthabens über 590.000 € beendet gewesen“ (BGH NStZ-RR 2009, 279, 280).

II. Sieht man den Betrug erst mit Auszahlung des Geldes als vollendet an, gelangt man unproblematisch zu:

III. Ergebnis: §§ 263 I, III 2 Nr. 1 Alt. 1; 27 I

Lösung Fall 7a (nach BGHSt. 41, 198)

A. Strafbarkeit des H gem. § 263 I ggü. des Kassierers und zu Lasten des Ladeninhabers

I. Täuschung: durch Auflage der Waren liegt die konkludente Erklärung, dass nur diese Gegenstand des Kaufvertrags sein soll und mehr Sachen nicht erworben werden wollen.

II. Irrtum des Kassierers (+), da er glaubt, H mehr Gegenstände, als die vorgelegten, wolle H nicht erwerben.

III. Vermögensverfügung des Kassierers? Eine Vermögensverfügung ist jedes (rechtliche oder tatsächliche) Handeln, Dulden oder Unterlassen, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt (BGHSt. 14, 170, 171; *Wessels/Hillenkamp* Rn. 514). Die h.M. (BGHSt. 14, 170, 172; *Wessels/Hillenkamp* Rn. 517; *Rengier* BT I § 13 Rn. 63; aA *Sch/Sch/Cramer/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 64). Diese Differenzierung überzeugt nicht (vgl. *MK/Hefendehl* § 263 Rn. 240 ff.), da das Verfügungsbewusstsein aus der Struktur des Betrugstatbestandes folgt). Ob hier ein Verfügungsbewusstsein des Kassierers vorliegt:

- Teilweise (OLG Düsseldorf NJW 1993, 1407 f.) wird davon ausgegangen, das Verfügungsbewusstsein des Kassierer erstrecke sich jeweils auch auf die verborgenen Gegenstände, da er sich bewusst sei, dass er über den Inhalt des Einkaufswagens insgesamt eine Verfügung treffe.
- Weit überwiegend (BGHSt. 41, 198, 203; *Wessels/Hillenkamp* Rn. 635; *MK/Hefendehl* § 263 Rn. 249 ff.; *Sch/Sch/Cramer/Perron* § 263 Rn. 63a) wird jedoch ein Verfügungsbewusstsein des Kassierers hinsichtlich der verborgenen Ware 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.

IV. Ergebnis: § 263 I (-)

B. Strafbarkeit des H gem. § 242 I

I. Wegnahme: Gewahrsamsverschiebung noch nicht mit Einlegen der CD in den Einkaufswagen, da der Einkaufswagen sich in dem vom Geschäftsinhaber generell beherrschten Machtbereichs befindet und er auch auf Sachen aus seinem Laden, die in den Einkaufswagen verbracht wurden, zugreifen kann, ohne sich sozial rechtfertigen zu müssen. Gewahrsamswechsel daher erst hinter der Kasse. Fraglich, ob insoweit ein tatbestandsausschließendes Einverständnis des Kassierers vorliegt. Das ist hier zu verneinen: denn liegt eine Vermögensverfügung als Gegenstück zur Wegnahme (Exklusivitätsverhältnis) nicht vor, kann auch ein tatbestandsausschließendes Einverständnis nicht vorliegen. Wegnahme somit (+)

II. Vorsatz und Absicht rechtswidriger Zueignung (+)

III. Ergebnis: § 242 I (+)

Lösung Fall 7b (nach OLG Düsseldorf NJW 1988, 922)

Im Rahmen der Betrugsprüfung stellt sich auch hier die Frage, ob die Kassiererin ein Verfügungsbewusstsein hinsichtlich der Trennscheiben hatte. Der Streit, ob ein hinreichendes Verfügungsbewusstsein vorliegt, beurteilen die in Fall 7a genannten Standpunkte grundsätzlich gleich. Eine andere Bewertung ergibt sich nur, wenn man mit *Rengier* BT I § 13 Rn. 88 das Verfügungsbewusstsein der Kassiererin hier deshalb bejaht, weil sich das Verfügungsbewusstsein auf den Karton als Ganzes beziehe und daher im Übrigen nicht aufteilbar sei.

Lösung Fall 8

A. Strafbarkeit des K gem. § 242 I

I. Fremde, bewegliche Sache (+)

II. Wegnahme? Durch das feste Ergreifen des kleinen Rings erlangte K Gewahrsam an dem Ring (höchstpersönliche Körpersphäre als Gewahrsamsenklaue); a.A. (noch kein Gewahrsamswechsel am Ring im Hinblick auf den generellen Machtbereich, die unmittelbare Anwesenheit des J und einen lebensnah am Ring befindliches Preisetikett) vertretbar; dann erfolgt Gewahrsamswechsel erst mit der Flucht des K – rechtliche Würdigung dann wie in der Abwandlung; dies geschah jedoch mit dem Willen des J, der den Ring an A zur Anprobe willentlich ausgehändigt hatte. Wegnahme daher (-)

III. Ergebnis: § 242 I (-)

B. Strafbarkeit des K gem. § 263 I

I. Täuschung über Tatsachen: K hat dem J die innere Tatsache seiner Kaufbereitschaft vorgespiegelt.

II. Irrtum (+), J glaubte, K interessiere sich dafür, einen Ring zu kaufen.

III. Vermögensverfügung: Als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal ist das Erfordernis einer Vermögensverfügung 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. 514). Eine Vermögensverfügung ist jedes (rechtliche oder tatsächliche) Handeln, Dulden oder Unterlassen, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt (BGHSt. 14, 170, 171; *Wessels/Hillenkamp* Rn. 514). Hier: Infolge des Irrtums hat J den Gewahrsam am Ring auf K übertragen; in der dadurch bedingten Minderung des Zugriffs auf den Ring liegt eine Vermögensminderung.

IV. Vermögensschaden (+), durch die Gewahrsamsübertragung hat J den Besitz am Ring schließlich endgültig verloren.

V. Ergebnis: § 263 I (+)

Abwandlung

A. Strafbarkeit des K gem. § 242 I

I. Fremde, bewegliche Sache (+)

II. Wegnahme? Gewahrsamswechsel bereits durch Auslegen der Ringe auf der Ladentheke? J steht in dem von ihm generell beherrschten Raum unmittelbar vor der Theke mit den Ringen; dies vermittelt ihm Gewahrsam daran; es liegt insoweit eine bloße Gewahrsamslockerung vor. Gewahrsamswechsel aber durch das Ergreifen der Ringe durch K, womit J nicht einverstanden war. Daher Wegnahme (+)

III. Ergebnis: § 242 I (+)

B. Strafbarkeit des K gem. § 263 I

I. Täuschung über Tatsachen: K hat dem J die innere Tatsache seiner Kaufbereitschaft vorgespiegelt.

II. Irrtum (+), J glaubte, K interessiere sich dafür, einen Ring zu kaufen (+)

III. Vermögensverfügung? J hat den Gewahrsam an den Ringen nicht auf K übertragen; in der bloßen Präsentation liegt noch keine Vermögensminderung, sodass sich Js Verhalten nicht als Vermögensverfügung darstellt. Es fehlt – so die h.M. – an der Unmittelbarkeit der aus Js Verhalten letztlich folgenden Vermögensminderung. Dafür war vielmehr noch ein eigener deliktischer Zwischenschritt des K (nämlich die Wegnahme der Sache i.S.d. § 242 I) erforderlich. Daher liegt hier eine Fremdschädigung (Diebstahl) und keine Selbstschädigung (Betrug). Die Fallgestaltungen zeigen damit die Exklusivität von Diebstahl und Betrug auf. Während im Ausgangsfall ein Sachbetrug vorliegt (Einwilligung in Gewahrsamsübertragung), ist hier ein Trickdiebstahl gegeben (Einwilligung nur in Gewahrsamslockerung).

IV. Ergebnis: § 263 I (-)

Lösung Fall 9

A. Strafbarkeit des L gem. § 263 I ggü. der D und zu Lasten des H

I. Täuschung über Tatsachen (+), ausdrückliche Täuschung des L über die Tatsache, von H zur Abholung und Reparatur des Geräts beauftragt worden zu sein.

II. Irrtum (+), D glaubte, L sei mit Reparatur und Abholung des Fernsehers beauftragt; tatsächlich hat L nie einen entsprechenden Auftrag erteilt.

III. Vermögensverfügung: Eine Vermögensverfügung ist jedes (rechtliche oder tatsächliche) Handeln, Dulden oder Unterlassen, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt. Hier: D hat den Fernseher an L herausgegeben und damit eine das Vermögen des H mindernde Verfügung getroffen; dieser hat den Besitz am Gerät verloren.

1. Problematik der Abgrenzung von Dreiecksbetrug und Diebstahl in mittelbarer Täterschaft: Problematisch ist damit die Personenverschiedenheit von Verfügendem und Geschädigtem. Sie steht dem Vorliegen eines Betrugs zwar nicht entgegen, da nur der Getäuschte und der Verfügende identisch sein müssen, nicht aber der Verfügende und der Geschädigte (*Wessels/Hillenkamp* Rn. 637). Beim Auseinanderfallen von Verfügendem und Geschädigten kann das Geschehen aber rechtlich auf zwei Weisen zu würdigen sein:

- Es kann ein (Dreiecks-)Betrug vorliegen: Täuschung gegenüber D und Schädigung des H.
- Es kann aber auch ein Diebstahl in mittelbarer Täterschaft vorliegen, bei dem sich L der D als gutgläubiges Werkzeug zur Herbeiführung des Gewahrsamswechsels bedient, wobei ihm der Irrtum der D die Tatherrschaft (§ 25 I Alt. 2) verleiht.

Entscheidendes Abgrenzungskriterium: Ein (Dreiecks-)Betrug liegt vor, wenn das vermögensverfügende Verhalten der D dem Geschädigten H zurechenbar ist. Gleichzeitig liegt dann im Hinblick auf einen Diebstahl in mittelbarer Täterschaft ein dem H zurechenbares tatbestandsausschließendes Einverständnis mit dem Gewahrsamswechsel vor.

2. Zurechnungskriterien: Umstritten ist, unter welchen Voraussetzungen das Verhalten des Verfügendem dem Geschädigten zurechenbar ist.

- Ermächtigungstheorie: Zurechenbar, wenn Verfügender zum betreffenden Verhalten vom Vermögensinhaber – durch Vollmacht oder Auftrag – ermächtigt worden ist. Hier: (+); Abwicklung derartiger Geschäfte gehörte zu den Aufgaben der D
- Befugnistheorie (*MK/Hefendehl* § 263 Rn. 286 m.w.N.): Ausreichend ist darüber hinaus, dass sich die Befugnis des Verfügenden, für den Vermögensinhaber zu handeln, aus dem Gesetz ergibt. Hier: (+), Abwicklung derartiger Geschäfte gehörte zu den Aufgaben der D.
- Nähethorie (h.M., vgl. *BGHSt.* 18, 221, 223 f.; *OLG Düsseldorf NJW* 1994, 3366, 3367; *Wessels/Hillenkamp* Rn. 641; *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“). Hier (+), Dienstmädchenstellung begründet eine tatsächliche Obhutsfunktion des D über die Gegenstände im Haushalt des H; D ist daher dem Lager des H zuzurechnen.

- ⊖ 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.

IV. Vermögensschaden (+), H hat den Besitz am Fernseher dauerhaft verloren.

V. Ergebnis: § 263 I (+)

B. Strafbarkeit des L gem. §§ 242 I; 25 I Alt. 2

(-), das Einverständnis der D in den Gewahrsamswechsel ist dem Gewahrsamsinhaber H zurechenbar. Die dem H zurechenbare und von D vorgenommene Vermögensverfügung stellt sich im Hinblick auf die Wegnahme i.S.d. als tatbestandsausschließendes Einverständnis dar.

Lösung Fall 10

A. Strafbarkeit des T gem. § 263 I ggü. und zu Lasten des X

I. T hat konkludent wahrheitswidrig behauptet, er sei Eigentümer der Buches und bei X entstand ein entsprechender Irrtum, infolgedessen X an T € 20 zahlte.

II. 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. 594 ff.).

- Grds. ist T nicht zur Verfügung über das Buch berechtigt, sodass 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, sodass kein Vermögensschaden gegeben ist. § 935 I 1 BGB greift nicht ein, da kein Abhandenkommen gegeben ist, wenn der Eigentümer den Besitz willentlich auf einen anderen (hier den Entleiher T) überträgt. Auch § 935 I 2 BGB ist nicht gegeben, da das Buch dem mittelbaren Besitzer (T) nicht abhanden gekommen ist, sondern er den Besitz willentlich auf X übertragen hat.
- RGSt. 73, 61, 62 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, 86 f. hat eine schadensgleiche konkrete Vermögensgefährdung im Hinblick darauf bejaht, dass sich X 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.

III. Ergebnis: § 263 I mangels Schadens des X (-)

B. Strafbarkeit des T gem. § 263 I ggü. X und zu Lasten des E

I. In Betracht kommt hier ferner auch 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.

II. Gem. den Ausführungen in Fall 9 müsste dazu eine solche Beziehung zwischen X als Verfügendem und E als Geschädigtem vorliegen, die die Zurechnung der Vermögensverfügung des X zu E erlaubt. Das Bestehen eines besonderen Verhältnisses zwischen dem Verfügenden (X) und dem Geschädigten (E), 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, 388) 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, 143; *Rengier* JZ 1985, 568, 568; zu Recht ablehnend *Krack/Radtke* JuS 1995, 17, 19; *MK/Hefendehl* § 263 Rn. 290 ff.).

- ⊕ 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 voraussetzen.
- ⊖ Gutgläubensvorschriften dienen allein dem Verkehrsschutz im Zivilrecht, sollen aber keine besondere Nähebeziehung zwischen Verfügendem und Geschädigten im strafrechtlichen Sinne begründen.

Verlangt man daher eine die Zurechnung tragende Sonderbeziehung zwischen X und E (wie in Fall 9), so liegt dies hier nach keinem der vertretenen Standpunkte vor. Eine Betrugsstrafbarkeit muss daher auch insoweit ausscheiden.

III. Ergebnis: § 263 I (-)

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