

Betrug (§ 263 StGB) – Teil 3

Lösung Fall 11

In den nachfolgenden Fällen ranken sich die Probleme jeweils allein um das Vorliegen eines Vermögensschadens, sodass sich die Lösungshinweise insoweit auf die Schadensproblematik beschränken. Die Fälle arbeiten die examensrelevanten Fallgruppen ab, in denen der Streit um den vorzugswürdigen Vermögensbegriff relevant wird. Vergegenwärtigen muss man sich schließlich, dass der Streit über den Vermögensbegriff nicht allein bei § 263, sondern auch bei allen anderen Vermögensdelikten (wie z.B. §§ 253, 266) Bedeutung erlangen kann (vgl. beispielhaft nur Fall 1 zur Erpressung).

Variante a)

I. Vermögensschaden beim Einsatz der Arbeitskraft zu verbotenen oder sittenwidrigen Zwecken?

- Ein rein wirtschaftlicher Vermögensbegriff (RGSt. 44, 230, 233; BGHSt. 1, 265, 266; 16, 220, 221; 34, 199, 203) definiert Vermögen als 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. Hier: Bei einer rein wirtschaftlichen Betrachtung läge ein relevanter Vermögensschaden vor, da die Arbeitskraft des O einen wirtschaftlichen Wert hat (eine derartige unspezifische Sichtweise würde allerdings bei normativer Betrachtungsweise auch richtigerweise keinen Bestand haben; es bedürfte vielmehr einer Exspektanz auf eine konkrete Arbeit): Vermögensschaden (+)
- Der juristisch-ökonomische Vermögensbegriff (h.M., vgl. BGHSt. 31, 178, 179 f.; BGH NSTz 2001, 534, 534; *Wessels/Hillenkamp* Rn. 535; *Rengier* BT I § 13 Rn. 121 ff.; *Mitsch* BT I § 7 Rn. 84, 93; LK/*Tiedemann* § 263 Rn. 132) nimmt seinen Ausgangspunkt beim wirtschaftlichen Vermögensbegriff, schränkt diesen aber normativ ein, 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. Hier: Auf dem Boden der juristisch-ökonomischen Vermögenslehre schützt § 263 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, 534; *Hecker* JuS 2001, 228, 230).

II. Streitentscheid: In dieser Fallgruppe muss daher der Streit um den Vermögensbegriff geklärt werden. Gegen eine rein wirtschaftliche Bestimmung des strafrechtlich geschützten Vermögens sprechen folgende Gesichtspunkte:

- ⊖ 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, sodass daraus kein wesentlicher Erkenntnisgewinn gezogen werden kann.

III. RH: Konstellation entweder über das Dogma vom Betrug als einer unbewussten Selbstschädigung oder über das Erfordernis eines (hier unterbrochenen) Zurechnungszusammenhangs zu lösen (vgl. dazu MK/Hefendehl § 263 Rn. 440 f.).

IV. Ergebnis: § 263 I mangels Vermögensschadens (-)

Variante b)

I. Vermögensschaden beim Einsatz sonstiger Vermögenswerte (insb. Geld) zu verbotenen oder sittenwidrigen Zwecken?

- Wirtschaftlicher Vermögensbegriff: Schaden (+), da das verlorene Geld einen wirtschaftlichen Wert hatte.
- Juristisch-ökonomischer Vermögensbegriff: Ob auf Basis des juristisch-ökonomischen Vermögensbegriffs ein Schaden angenommen werden kann, ist dagegen fraglich (dafür *Hecker* JuS 2001, 228, 229; *Mitsch* JuS 2003, 122, 125; *SK/Hoyer* § 263 Rn. 130 ff.; *Kindhäuser/Wallau* NSTz 2003, 151, 153; a.A. hingegen *BGH NJW* 2002, 30, 33; *Wessels/Hillenkamp* Rn. 562 ff.; *Rengier* BT I § 13 Rn. 145). Denn einerseits ist der Vertrag nach §§ 134, 138 BGB nichtig, gleichzeitig kann das Geleistete aber gem. § 817 S. 2 BGB regelmäßig auch nicht zurückgefordert werden.

II. Streitentscheid: In dieser Fallgruppe ist die streitige Frage daher innerhalb des juristisch-ökonomischen Vermögensbegriffs verhaftet. Zu klären ist, ob die zu gesetzes- oder sittenwidrigen Zwecken eingesetzten Vermögenswerte unter dem Schutz der Rechtsordnung stehen bzw. mit ihrer Billigung durchgesetzt werden können (bejahend *MK/Hefendehl* § 263 Rn. 438 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.
- ⊕ Versagen des Strafrechtsschutzes wäre ein Freibrief zur Opferschädigung.

Nimmt man somit an, dass das Geld hier Bestandteil des juristisch-ökonomisch bestimmten Vermögens ist, so ist im Weiteren ein Streitentscheid zwischen den Vermögensbegriffen entbehrlich.

III. Ergebnis: § 263 I (+)

Variante c)

I. Vermögensschaden bei Ansprüchen aus verbotenen oder sittenwidrigen Rechtsgeschäften?

- 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, 126) 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* BT II Rn. 435).

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

Gegen eine rein wirtschaftliche Bestimmung des strafrechtlich geschützten Vermögens spricht (die Strafbarkeit des Komplizenbetrugs abl. *MK/Hefendehl* § 263 Rn. 428):

- ⊖ Die rein wirtschaftliche Betrachtung läuft auf eine fragwürdige Besserstellung besonders skrupelloser Schuldner hinaus, die alles daran setzen, um die Begleichung ihrer Schuld zu verhindern.

III. Ergebnis: § 263 I mangels Vermögensschadens (-)

Variante d)

I. Vermögensschaden beim Verlust des rechtswidrigen Besitzes?

- Nach dem wirtschaftlichen Vermögensbegriff hat der faktische Besitz des D einen wirtschaftlichen Wert: Vermögensschaden (+)
- Ob der unrechtmäßige Besitz dagegen bei jurist.-ökonomischer Betrachtung auch ein Vermögensgegenstand i.S.d. Strafrechts darstellt, ist nicht eindeutig, da der unrechtmäßige Besitzer einer Sache diese gem. § 985 BGB herausgeben muss, ihm aber auch Besitzschutzrechte zustehen.

II. Streitentscheid: In dieser Fallgruppe ist die streitige Frage daher innerhalb des juristisch-ökonomischen Vermögensbegriffs verhaftet. Zu klären ist, der unrechtmäßige Besitz vom juristisch-ökonomischen Vermögensbegriff erfasst wird (vgl. dazu auch *MK/Hefendehl* § 263 Rn. 424 f).

- ⊕ Der unrechtmäßige Besitzer muss dem Eigentümer die Sache gem. § 985 BGB herausgeben; insoweit 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 spricht schließlich, dass auch eine (gewaltsame) Wegnahme (§§ 242, 249) durch X strafbar und D insoweit vor Angriffen auf den unrechtmäßigen Besitz geschützt wäre. Nimmt man somit an, dass der unrechtmäßige Besitz hier Bestandteil des juristisch-ökonomisch bestimmten Vermögens ist, so ist im Weiteren ein Streitentscheid zwischen den Vermögensbegriffen entbehrlich.
- III. Ergebnis: § 263 I (+)**

Lösung Fall 12 (nach BGHSt. 53, 199

mit Anm. Brüning ZJS 2009, 300 und Bespr. Bosch JA 2009, 548)

Strafbarkeit des M gem. § 263 I

I. Täuschung der Anleger? M spiegelte vor, die von den Anlegern einbezahlten Gelder in einer gänzlich sicheren, aber gleichwohl enorm hochverzinslichen Anlageform anzulegen. In Wahrheit legte M die Gelder jedoch nicht an (+)

II. Irrtum: Zweifel am Vorliegen eines Irrtums könnte man hier allenfalls insoweit haben, als dass eigentlich kein Erklärungsadressat ernsthaft annehmen konnte, es gebe eine absolut sichere, zugleich aber auch hochrentierliche Geldanlage. Rein tatsächlich glaubten die Anleger jedoch an die Wahrheit von Ms Erklärung und eine derartige Normativierung des Irrtum würde bedeuten, gerade denjenigen den Strafrechtsschutz zu versagen, die am wenigsten in der Lage sind, sich selbst zu schützen und daher auf Schutz besonders angewiesen sind (ähnlich *Samson* JA 1978, 469, 471; *Brüning* ZJS 2009, 300, 302).

III. Vermögensverfügung infolge Täuschung (+), Einbezahlung der Gelder. Auch die auf Vertragsschluss gerichtete Willenserklärung kommt als taugliche Vermögensverfügung in Betracht. Der Eingehungsbetrug tritt aber als mitbestrafte Vortat zurück.

IV. Vermögensschaden: Schaden (+), wenn die Vermögensverfügung (hier die vertragsgemäße Bezahlung der Anlagesumme an M) unmittelbar zu einer nicht durch Zuwachs ausgeglichenen Minderung des wirtschaftlichen Gesamtwerts des Vermögens des Verfügenden führt (Prinzip der Gesamtsaldierung, vgl. BGHSt. 3, 99, 102; 16, 220, 221; 51, 10, 15; MK/Hefendehl § 263 Rn. 442 ff.).

Lösung des BGH hier:

1. Feststellung des maßgeblichen Berechnungszeitpunkts: Zeitpunkt der Vermögensverfügung, also der Vergleich des Vermögenswerts unmittelbar vor und unmittelbar nach der Verfügung (vgl. BGHSt. 53, 199, 201; 6, 115, 116; 23, 300, 303; kritisch zum Kriterium der Unmittelbarkeit MK/Hefendehl § 263 Rn. 454). Folge: spätere Entwicklungen, wie Schadensvertiefung oder Schadensausgleich (-wiedergutmachung), berühren den tatbestandlichen Schaden nicht. Dies hat nur noch für die Strafzumessung Bedeutung. Liegt somit unmittelbar nach der Vermögensverfügung ein Schaden vor, so ist es für die strafrechtliche Beurteilung irrelevant, ob M (wie bei einigen Anlegern geschehen) später noch Rück- und Gewinnauszahlungen vornimmt.

2. Schadensfeststellung erfolgt nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten: „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 (vgl. MK/Hefendehl § 263

Rdn. 569 ff.), wie im Falle einer Einzelwertberichtigung [...], bei der Bildung von Rückstellungen für drohende Verluste (§ 249 HGB) oder auch beim Verkauf von Forderungen“ (BGHSt. 53, 199, 203).

Für den vorliegenden Fall bedeutet dies: „Die Täuschung der Anleger über das ‚Anlagemodell‘, über dessen tatsächliche Nichtexistenz, begründet hier in allen Fällen von vorneherein einen Schaden im Umfang der gesamten Leistung. Diese Bewertung des Landgerichts ist rechtlich auch für die frühen Anlagen nicht zu beanstanden, auch nicht in den Fällen, bei denen vom Angeklagten später absprachegemäß geleistet wurde. Das hat die Strafkammer zu Recht – nur – als Schadenswiedergutmachung gewertet. Denn auch in diesen Fällen war der von den Investoren für ihre Zahlungen erlangte Gegenanspruch zum Zeitpunkt der Verfügung wirtschaftlich wertlos. Zwar bestand – wie es einem Schneeballsystem immanent ist – für die ersten Anleger eine gewisse Chance, ihr Kapital zurück und selbst die versprochenen Erträge ausbezahlt zu erhalten. Dies beruhte aber nicht auf der Umsetzung des vom Angeklagten vorgegaukelten Anlagemodells oder auch nur dem Versuch hierzu. Vielmehr hing alles vom weiteren „Erfolg“ des allein auf Täuschung aufgebauten Systems und vom Eingang weiterer betrügerisch erlangter Gelder ab. Die hierauf basierende Aussicht auf Erfüllung der vom Angeklagten eingegangenen Verpflichtung war nicht, auch nicht teilweise, die versprochene Gegenleistung, sondern ein aliud ohne wirtschaftlichen Wert (vgl. BGHSt 51, 10, 15 Rdn. 19). Eine auf die Begehung von Straftaten aufgebaute Aussicht auf Vertragserfüllung ist an sich schon wertlos. Wegen des objektiv völlig unrealistischen Anlagemodells und der damit verbundenen Ertragsversprechungen war hier zudem – entgegen dem tatsächlichen Ablauf – ein schnelles Ende zu erwarten, jedenfalls war von Anfang an nicht absehbar, wann das System zusammenbricht, sei es auf Grund strafrechtlicher Ermittlungen oder mangels Eingangs weiterer Anlagen“ (BGHSt. 53, 199, 205).

3. BGHSt. 53, 199, 202 ff. sieht im der Erlangung des nicht werthaltigen Anspruchs einen endgültigen Vermögensschaden und nicht lediglich eine schadensgleiche konkrete Vermögensgefährdung. Bereits in einer Entscheidung zur Untreue hatte der 1. Senat (BGH NStZ 2008, 457, 457) geäußert, dass sich eine schadensgleiche konkrete Vermögensgefährdung in Wahrheit als eingetretener Vermögensnachteil und damit als endgültiger Schaden darstelle. Daran hält der Senat nun fest und führt zur Begründung aus:

- ⊕ Die Rechtsfigur des Gefährdungsschadens birgt die Gefahr der Überdehnung des Betrugstatbestands hin zum Gefährdungsdelikt durch Einbeziehung tatsächlich nur abstrakter Risiken in sich.
- ⊕ Die Notwendigkeit, den mit der Vermögensverfügung unmittelbar real eingetretenen Schaden zu bewerten und zu benennen, zwingt demgegenüber zur Klarheit und vermeidet Grenzüberschreitungen.
- ⊕ Schließlich wäre die Subsumtion wirklich nur „schadensgleicher“ Gefährdungen unter den Tatbestand des § 263 I mit Art. 103 II GG kaum vereinbar. Auch deshalb ist schon die Formulierung bedenklich.

4. Bewertung: Zu Recht auf Zustimmung ist die Stoßrichtung der Entscheidung getroffen, dass das Vorliegen einer Vermögensminderung in den bisherigen Fällen der schadengleichen konkreten Vermö-

gensgefährdung klar benennbar und feststellbar sein muss (*Brüning* ZJS 2009, 300, 303; *Bosch* JA 2009, 548, 550). Begrüßenswert ist auch die Abkehr vom Begriff der schadensgleichen konkreten Vermögensgefährdung, da § 263 StGB eben kein konkretes Gefährdungsdelikt, sondern Verletzungsdelikt ist. Nicht erst seit dem Urteil ist auf die terminologische Ungenauigkeit der Wendung hingewiesen und ist vorgeschlagen worden, besser von „schädigender Vermögensgefährdung“ (*MK/Hefendehl* § 263 Rn. 566) oder „Gefährdungsschaden“ (*LK/Tiedemann* § 263 Rn. 168) zu sprechen. Die mit der Bewertung schlicht als „Schaden“ verbundene Einebnung des Unterschieds zwischen endgültigem Vermögensverlust und einem lediglich sicher prognostizierbarem endgültigem Verlust, wird dagegen aber kritisch gesehen (*Brüning* ZJS 2009, 300, 303).

Wichtiger als alle terminologischen Fragen ist jedoch, anhand welcher Kriterien in derartigen Fällen bereits eine schädigende Vermögensgefährdung bzw. ein Gefährdungsschaden festzustellen ist. Denn allein mit der Erkenntnis, der Begriff der schadensgleichen konkreten Vermögensgefährdung berge die Gefahr der Ausdehnung des § 263 in sich (indem Fälle der konkreten Gefährdung mit der Verletzung bereits gleichgestellt werden), weshalb es vorzugswürdig sei, auf diesen Begriff zu verzichten und allein von einem Schaden zu sprechen, bannt die Gefahr noch nicht – im Gegenteil wird sie noch befördert, wenn bislang als schadengleiche Vermögensgefährdung erfasste Fälle nunmehr als endgültiger Vermögensnachteil bezeichnet werden und man nun „ruhigen Gewissens weiter bestraft“ (*Beulke/Witzigmann* JR 2008, 430, 433). Insoweit trägt die Entscheidung wenig zu der eigentlich relevanten Frage bei, ab wann eine schädigende Vermögensgefährdung angenommen werden kann und wie diese festzustellen ist (krit. insoweit auch *Brüning* ZJS 2009, 300, 303; *Bosch* JA 2009, 548, 550). Vielmehr gestattet BGHSt. 53, 199, 203 sogar die Schadensfeststellung durch Schätzung: „Wenn eine genaue Feststellung zur Schadenshöhe zum Zeitpunkt der Vermögensverfügung nicht möglich ist, wird der Tatrichter im Hinblick auf die Besonderheiten des Strafrechts Mindestfeststellungen zu treffen haben (BGHSt 30, 388, 390). Dies kann durch Schätzung im Rahmen des dabei eingeräumten Beurteilungsspielraums geschehen.“

Demgegenüber hat *Hefendehl* für die Schadensfeststellung und -berechnung folgende Kriterien benannt: Ausgangspunkt ist insoweit das geschützte Rechtsgut des Vermögens. Eine Rechtsverletzung liegt also vor, sofern eine über das Zivilrecht konstituierte Herrschaft nicht existent ist, der Rechtsgutsträger über den Vermögenswert nicht mehr verfügen kann. Dann ist die Schwelle zur Tatbestandsrelevanz überschritten. Eine Konkretisierung erfährt die Unterscheidung von Schaden und Nichtschaden durch das Bilanzrecht. Die Bilanz weist nämlich einen Modellcharakter für die Schadensermittlung auf. Die bewährten betriebswirtschaftlichen Prognosemethoden können zur Beantwortung der Frage nutzbar gemacht werden, ob eine Rechtsgutsverletzung und damit ein Vermögensschaden vorliegt oder nicht. So sind bilanzrechtliche Prinzipien wie dasjenige der Einzelwertberichtigung auch auf § 263 StGB anzuwenden.

V. Vorsatz bzgl. der Schädigung: Sah man in dem minderwertigen Rückzahlungsanspruch eine schadensgleiche konkrete Vermögensgefährdung, so hätte man – wie der 2. und 5. Senat des BGH bei der Untreue, nicht aber bei § 263 (BGHSt. 51, 100, 121; 52, 182, 190) – auf die Idee verfallen können, dass

sich das voluntative Vorsatzelement nicht lediglich auf die konkrete Vermögensgefährdung erstrecken darf, sondern vielmehr auch die endgültige Realisierung des Ausfallrisikos umfassen müsse. Dagegen spricht jedoch die Deckungsgleichheit von objektivem und subjektivem Tatbestand. Insoweit macht die Bezeichnung der bisher als schadengleiche konkrete Vermögensgefährdung als Fälle eines Schadens klar, dass sich der Vorsatz des Täters auch nur darauf beziehen muss: für ein weiterreichenden Vorsatz ist kein Raum. BGHSt. 53, 199, 204: „Allein auf den unmittelbar mit der Vermögensverfügung des Getäuschten eingetretenen tatbestandlichen Schaden muss sich das voluntative Element des Vorsatzes des Täters erstrecken. Auf die Billigung eines eventuellen Endschadens kommt es nicht an. Ebenso ist die Absicht des späteren Ausgleichs der Vermögensminderung ohne Bedeutung [...].“

VI. Besonders schwerer Fall gem. § 263 III 2 Nr. 1 Alt. 1 (+)

VII. Besonders schwerer Fall gem. § 263 III 2 Nr. 2 Alt. 1: Vermögensverlust großen Ausmaßes? Nach bislang h.M. (BGHSt. 48, 354, 355 ff.; BGH wistra 2004, 20; *Wessels/Hillenkamp* Rn. 591) sollte es für dieses Regelbeispiel nicht ausreichen, wenn der Schaden auf Tatbestandsebene „nur“ durch eine schadengleiche konkrete Vermögensgefährdung begründet wurde: Arg.: Wortlaut („Verlust“) und der Systematik (Alt. 2 lässt eine Gefährdung ausreichen) nicht genügten. A.A. schon vor dem Urteil *MK/Hefendehl* § 263 Rn. 775 im Hinblick auf die identische Wertlosigkeit der schädigenden Vermögensgefährdung gegenüber dem (endgültigen) Vermögensschaden, die beide Fälle nicht als aliud erscheinen lassen. Angesichts des aktuellen Urteils dürfte auch die Rspr. dem nun folgen.

VIII. Besonders schwerer Fall gem. § 263 III 2 Nr. 2 Alt. 2 (+)

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

Lösung Fall 13 (nach BGH NStZ 2009, 150)**A. Strafbarkeit des N gem. § 267 I Var. 3 (+)****B. Strafbarkeit des N gem. § 263 I, III 2 Nr. 1 Alt. 1**

I. N hat den Bankmitarbeiter ausdrücklich über seine Vermögensverhältnisse getäuscht und dadurch einen entsprechenden Irrtum des Bankmitarbeiters verursacht.

II. Die dadurch bedingte Vermögensverfügung des Bankmitarbeiters – Auszahlung des Kreditbetrags – ist der Bank auch zurechenbar, da der Mitarbeiter „im Lager“ der Bank steht bzw. auch gegenüber der Bank zur Vornahme dieses Verhaltens befugt ist.

III. Vermögensschaden der Bank: Vermögensschaden ist ein negativer Saldo zwischen dem Wert des Vermögens vor und nach der irrtumsbedingten Vermögensverfügung des Getäuschten.

1. Kompensation des Vermögensabflusses durch Vermögensmehrung infolge eines äquivalenten Rückzahlungs- und Zinsanspruchs? (-), N ist völlig außerstande, das Darlehen zu bedienen und die vereinbarten Tilgungsleistungen zu erbringen. Die Zahlungsansprüche waren daher nicht werthaltig.

2. Kompensation durch die Bestellung der Grundschuld? An einem Schaden fehlt es auch, 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, 150 f.; *Fischer StGB* § 263 Rn. 111a m.w.N.). Daher: kein Schaden, soweit die als Sicherheit eingeräumte Buchgrundschuld werthaltig war. Fraglich ist, auf welchen Wert dabei abzustellen ist: den im Gutachten festgestellte Verkehrswert (€ 1,682 Mio.) oder den späteren Verkaufswert von nur € 1,3 Mio. Zutreffend geht der BGH davon aus, dass allein der im Zeitpunkt der Vermögensverfügung festgestellte Verkehrswert (der Wert, den man in diesem Moment auch tatsächlich realisieren kann) entscheidend sein kann. Daher: Schaden lediglich € 18.000, nicht € 520.000.

IV. Besonders schwer Fall gem. § 263 III 2 Nr. 1 Alt. 1 (-): Schaden liegt nur i.H.v. € 18.000 vor, was noch kein großes Ausmaß (€ 50.000) begründet.

V. Ergebnis: § 263 I (+)

C. Strafbarkeit des N gem. § 265b I Nr. 1 b)

(-), kein Unternehmenskredit.

Lösung Fall 14 (nach BGHSt. 16, 321)

Strafbarkeit des P gem. § 263 I

I. Täuschung (+), P hat die Betroffenen über die besondere Günstigkeit und die Dringlichkeit einer Entscheidung getäuscht.

II. Irrtum (+), die Betroffenen glaubten dem P und sahen dessen Angaben als wahr an.

III. Vermögensverfügung (+), infolge ihres Irrtums gingen sie einen Vertrag mit der Lieferfirma ein und nahmen zu dessen Erfüllung entsprechende Zahlungen vor.

IV. Vermögensschaden: Vermögensschaden ist ein negativer Saldo zwischen dem Wert des Vermögens vor und nach der irrtumsbedingten Vermögensverfügung des Getäuschten. Kompensation durch Eigentumserlangung an der jeweils bestellten Maschine?

1. Grundsätze der Kompensation: 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. Danach Kompensation (+), da die Betroffenen den marktüblichen Preis für die Melkmaschinen zahlten und sich daher der Vermögensab- und -zufluss in ihrem objektiven Wert decken. Vermögensschaden insoweit daher (-)

2. Schadensbegründung über die Lehre vom individuellen Schadenseinschlag

a) Von den Grundsätzen der Kompensation, wie sie unter 1. dargelegt wurden, können nur geringe Ausnahmen zugelassen werden: Würde man bereits deshalb einen Schaden annehmen, weil jemand infolge eines täuschungsbedingten Irrtums eine Vermögensverfügung getroffen hat, die er nicht getroffen haben würde, wenn er die Wahrheit gekannt hätte, so käme dem Merkmal des Schadens keine eigenständige Bedeutung mehr zu und der Betrug würde den ihm innewohnenden Charakter einer gegen das Vermögen gerichteten Straftat verlieren. Er würde lediglich zu einem Angriff auf die Verfügungsfreiheit werden. Diese ist aber als solche allgemein nur gegen Gewalt und Drohung (durch § 240), nicht aber gegen Täuschung strafrechtlich geschützt (*Wessels/Hillenkamp* Rn. 544; *Rengier* BT I § 13 Rn. 176).

b) Begründung einer Ausnahme vom Grundsatz: Die Frage, ob der erworbene Gegenstand wirtschaftlich betrachtet der Gegenleistung entsprach, kann nicht abstrakt-generell, also ohne Beachtung der besonderen Gegebenheiten des Einzelfalls, entschieden werden. Sie muss vielmehr auch nach den persönlichen Bedürfnissen und Verhältnissen des Erwerbers und unter Berücksichtigung der von ihm nach Maßgabe aller Umstände verfolgten Zwecke beurteilt werden. Denn ein und dieselbe Leistung kann für das Vermögen des einen ganz andere günstige oder ungünstige Wirkungen hervorbringen als für das Vermögen eines anderen, da die meisten Gegenstände nicht für alle Menschen den gleichen Vermögenswert haben, weil sie nicht für alle gleich brauchbar sind (RGSt. 16, 1, 6 ff.; BGHSt. 16, 321, 325 f.; *Rengier* BT I § 13 Rn. 177; HK-GS/*Duttge* § 263 Rn. 63).

c) Ausnahmefälle: Seit dem grundlegenden Melkmaschinen-Fall nimmt der BGH (BGHSt. 16, 321, 321 ff., vgl. dazu auch *Rengier* BT I § 13 Rn. 177 ff.; krit. dazu *Kindhäuser* BT II § 27 Rn. 86; MK/*Hefendehl* § 263

Rn. 632 ff.) an, dass in folgenden drei Fallgruppen 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. – (+) bei den Betroffenen C und D.
- Wenn man durch die eingegangene Verpflichtung zu vermögensschädigenden Maßnahmen genötigt wird. – (+) im Fall des Bauern B.
- 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. – Evtl. (+) bei den Betroffenen A und D; Tatfrage in welchem Ausmaß sie bereits zuvor durch Zahlungsverpflichtungen belastet waren.

V. Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung: Zwischen Vermögensschaden und dem erstrebten Vermögensvorteil ist sog. „Stoffgleichheit“ erforderlich, um Fälle auszuschneiden, in denen sich der erstrebte Vorteil nicht aus dem Vermögen des Geschädigten, sondern aus dem Vermögen Dritter ergeben soll (*Kindhäuser* BT II § 27; *MK/Hefendehl* § 263 Rn. 705 ff.). Stoffgleichheit bedeutet, dass Vermögensschaden und erstrebter Vermögensvorteil durch ein und dieselbe Vermögensverfügung vermittelt werden müssen (*Wessels/Hillenkamp* Rn. 585).

- Im Hinblick auf eine Selbstbereicherung: (-), die angestrebte Selbstbereicherung in Form der Provision sollte erst durch eine weitere Vermögensverfügung (Auszahlung durch L) erfolgen.
- Im Hinblick auf eine Drittzueignung: (+), der Kaufvertragsanspruch belastete das Vermögen des Betroffenen und bereicherte das der L; Stoffgleichheit somit (+) – auch lag insoweit Absicht des P vor: die Bereicherung der L war notwendiges Zwischenziel seiner Provisionszahlung.

V. Ergebnis daher § 263 I hinsichtlich der Betroffenen B, C, D (+) – hinsichtlich des A Tatfrage.

B. Strafbarkeit des Q gem. § 263 I ggü. und zu Lasten der L

(+), P hat den zuständigen Mitarbeiter der L über die Tatsache getäuscht, dass die Voraussetzungen der Provisionsauszahlung vorlagen; in Wahrheit lag kein wirksamer Vertrag als Voraussetzung der Provisionszahlung vor.

Lösung Fall 15

A. Strafbarkeit des Q gem. § 263 I

I. Täuschung, Irrtum und Vermögensverfügung (+)

II. Vermögensschaden des B? B hat € 50 weniger in seinem Vermögen, da der Abfluss nicht durch Zufluss eines entsprechenden Äquivalents kompensiert wurde. Jedoch: es sollte auch gar keine Kompensation erfolgen und B war sich dessen auch bewusst. Eine rein wirtschaftliche Betrachtung einer evtl. Kompensation versagt bei wirtschaftlich sinnlosen Ausgaben schon vom Ansatz.

Neben dem hier vorliegenden sog. Bettelbetrug gehören auch der Spenden- und der Subventionsbetrug zu diesem Problemkreis.

- Nach der älteren Rspr. (RGSt. 44, 230, 244; BayObLG NJW 1952, 798, 798) ist nicht erforderlich, dass dem Opfer die vermögensmindernde Wirkung seines Verhaltens bewusst ist; weil die Vermögensminderung nicht durch ein wirtschaftliches Äquivalent kompensiert wird, liegt auch ein Schaden vor.
 - ⊖ 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 (*Mitsch* BT I § 7 Rn. 38 f.) geschlossen, dass nur unbewusste Selbstschädigungen von § 263 erfasst sind. Dem Verfügenden müsse 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.
- Die h.M. (vgl. BGHSt. 31, 93, 95 f.; BGH NJW 1995, 539, 539; *Sch/Sch/Cramer/Perron* § 263 Rn. 41, 102; *SK/Hoyer* § 263 Rn. 209 ff.) verlangt im Grundsatz eine unbewusste Selbstschädigung. Ausreichend sei es bei einseitigen Leistungsverhältnissen jedoch, dass der mit der Hingabe der Leistung verfolgte soziale Zweck nicht erreicht werde. Da der Verfügende von der Zweckverfehlung nichts weiß, liegt eine unbewusste Selbstschädigung vor.

Hinweis: 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. 556 ff. m.w.N.; *MK/Hefendehl* § 263 Rn. 678).

III. Ergebnis: § 263 I (+)

Lösung Fall 16

(nach BGH NStZ 2009, 506 mit Bespr. Heghmanns ZJS 2009, 706 und
BGHSt. 54, 44 mit Bespr. Rotsch ZJS 2009, 712)

Strafbarkeit des R

A. Strafbarkeit gem. §§ 353 I; 25 I Alt. 2 im Hinblick auf die Abrechnungsperiode 1999/2000

(-), insoweit handelte R bei der Tat ohne Vorsatz, da der Fehler erst im Nachhinein entdeckt wurde.

B. Strafbarkeit gem. §§ 353 I; 25 I Alt. 2 im Hinblick auf die Abrechnungsperiode 2000/2001

(-), es fehlt jedenfalls daran, dass R die übererhobenen Beträge nicht in die Kasse der BSR gebracht hat.

C. Strafbarkeit gem. §§ 352 I; 25 I Alt. 2 im Hinblick auf die Abrechnungsperiode 2000/2001

I. Amtsträgereigenschaft des R. An sich (+), R ist Amtsträger i.S.d. § 11 I Nr. 2 c). Aber: § 352 I erfasst nur solche Amtsträger, die Abgaben zu ihrem Vorteil zu erheben haben. Es muss sich deshalb um ein eigenes Recht des Täters handeln, für seine Tätigkeit Vergütungen nach Vergütungsordnungen festsetzen zu können (BGH NStZ 2009, 506, 507; Voßen NStZ 2009, 697, 697; Heghmanns ZJS 2009, 706, 710).

1. Bzgl. R selbst (-), denn dieser darf für seine Tätigkeiten gegenüber Dritten keine Vergütungen berechnen. Gläubiger der Vergütungsansprüche ist vielmehr die BSR, die R organschaftlich vertritt.

2. Überwälzung der Abgabenerhebungsbefugnis der BSR auf R als deren Vorstandsmitglied gem. § 14 I Nr. 1? BGH NStZ 2009, 506, 507 (i.E. auch Heghmanns ZJS 2009, 706, 710) lehnt eine Überwälzung hier ab: Eine Zurechnung besonderer persönlicher Merkmale nach § 14 I ist nur dann möglich, soweit der organschaftlich vertretene Rechtsträger selbst dem (strafrechtlich ggü. § 263 I privilegierten) Personenkreis angehört.

- ⊕ Ausdehnung auf organschaftliche Vertreter sämtlicher Rechtsträger, die Gebühren für Amtshandlungen erheben dürfen, ist mit dem Ausnahmecharakter der rechtspolitisch fragwürdigen Vorschrift nicht zu vereinbaren.
- ⊕ Systematik: Ein Fehlverhalten von Amtsträgern, die Gebühren nicht für sich selbst, sondern für öffentliche Kassen erheben, ist durch § 353 strafrechtlich erfasst. Die unterschiedliche Beschreibung des Täterkreises der Sonderdelikte nach § 352 und § 353 spricht dafür, dass auch jeweils ein unterschiedlicher Personenkreis bezeichnet ist und § 352 nur einen besonderen Teil von Amtsträgern erfassen soll, nämlich diejenigen, die Gebühren für ihre Verrichtungen zum eigenen Vorteil erheben dürfen.

II. Ergebnis: §§ 352 I; 25 I Alt. 2 (-)

D. Strafbarkeit gem. § 263 I ggü. dem Gremium aus Vorstand und Aufsichtsrat zur Entgeltfestsetzung und zu Lasten der abgabepflichtigen Grundstückseigentümer

I. Anwendbarkeit des § 263 bei Täuschungen betreffend öffentlich-rechtliche Abgaben. Im Hinblick auf die milderen Strafrahmen könnten §§ 352 f. als Privilegierung in diesem Bereich ggü. § 263 eine Sperrwirkung entfalten. H.M. (BGH NStZ 2009, 506, 507; *Heghmanns* ZJS 2009, 706, 710; *Voßen* NStZ 2009, 697, 697): keine Sperrwirkung hier, da R selbst nicht zum privilegierten Personenkreis gehört: nur Amtsträger, die unmittelbar selbst Abgaben erheben dürfen.

II. Täuschung (+), ausdrückliche Fehlinformation des Vorstands und Aufsichtsrates über unzutreffende Gebührenbemessungsfaktoren.

III. Irrtum (+)

IV. Vermögensverfügung? BGH NStZ 2009, 506, 508 erwägt, ob nicht bereits in der internen Festsetzung der später von den Adressaten zu entrichtenden Abgaben schon eigentliche Vermögensverfügung zu sehen ist: „Da die BSR aufgrund ihrer Stellung zu einer einseitigen Leistungsbestimmung gemäß § 315 BGB berechtigt war, könnte aufgrund dieses hierin begründeten Näheverhältnisses eine vermögensschädigende Verfügung zu Lasten der Eigentümer der Anliegergrundstücke zu sehen sein (vgl. BGH NStZ 1997, 32; *wistra* 1992, 299; *MK/Hefendehl* § 263 Rdn. 286 ff.). Die einzelnen Rechnungsstellungen wären dann (mitbestrafte) Nachtaten.“ Letztlich lässt der BGH dies jedoch hier offen. Gegen eine durch die Festsetzung der Tarifkommission bedingte unmittelbare Vermögensminderung bei den Gebührenpflichtigen spricht jedoch, dass es sich dabei alleine noch um ein reines Internum handelt, das als solches noch keine Außenwirkungen gegenüber den späteren Empfängern des Gebührenbescheids hat. Eine konkrete Zahlungspflicht wird vielmehr erst durch den Bescheid begründet: die interne Gebührenfestsetzung führt daher allenfalls zu einer mittelbaren Vermögensminderung. Das reicht für eine Vermögensverfügung aber nicht hin.

V. Ergebnis: § 263 I (-)

E. Strafbarkeit gem. §§ 263 I, III 2 Nr. 2 Alt. 1, 2 Nr. 4; 25 I Alt. 2 ggü. und zu Lasten der Gebührenzahler

I. Anwendbarkeit des § 263 I (+), keine Sperrwirkung der §§ 352 f.

II. Fraglich ist, ob in den von den gutgläubigen Sachbearbeitern abgefassten Gebührenbescheiden die konkludente Behauptung liegt, dass die Tarife unter Beachtung der für die Tarifbestimmung geltenden Rechtsvorschriften ermittelt und sie somit auf einer zutreffenden Bemessungsgrundlage beruhen.

- BGH NStZ 2009, 506, 507 bejaht eine konkludente Täuschung:

⊕ Der Verkehr erwartet eine wahrheitsgemäße Darstellung im Zusammenhang mit der Geltendmachung eines zivilrechtlichen Anspruchs, soweit die Tatsache wesentlich für die Beurteilung des Anspruchs ist und der Adressat sie aus seiner Situation nicht ohne weiteres überprüfen kann. Eine solche Möglichkeit, die geltend gemachten Straßenreinigungsentgelte auf die

Richtigkeit ihrer Bemessungsgrundlage überprüfen zu können, hat der Adressat der Rechnung praktisch nicht. Die BSR nimmt deshalb zwangsläufig das Vertrauen der Adressaten in Anspruch. Dies prägt wiederum deren Empfängerhorizont. Da die Eigentümer damit rechnen dürfen, dass die Tarife nicht manipulativ gebildet werden, erklärt der Rechnungssteller dies in seinem Anspruchsschreiben konkludent.

- ⊕ Für die BSR gilt dies im besonderen Maße, weil sie als öffentlich-rechtlich verfasster Rechtsträger wegen ihrer besonderen Verpflichtung zur Gesetzmäßigkeit gegenüber ihren Kunden gehalten ist, eine rechtskonforme Tarifgestaltung vorzunehmen. Dass sie diese Pflicht eingehalten hat, versichert sie stillschweigend, wenn sie gegenüber ihren Kunden auf der Grundlage der Tarife abrechnet.
- A.A. dagegen *Heghmanns ZJS 2009, 706, 708*: keine konkludente Miterklärung der zutreffenden Gebührenfestsetzung:
 - ⊕ Besonderheit des Falls ist die Zweistufigkeit des Geschehens: Die Entgeltrechnung konkretisiert die zuvor abstrakt-generell festgesetzten und vom Senat genehmigten Abgaben für den Einzelfall. Die abstrakt-generelle Gebührenordnung wird im Berliner Amtsblatt veröffentlicht. Sind diese Werte einmal festgesetzt, wird daraus im Einzelfall nur die individuelle Abgabe berechnet, nicht selbst aber die abstrakt-generelle Rechnung aufgegriffen und in Frage gestellt. Dazu *Heghmanns ZJS 2009, 706, 708*: „Im Unterschied zu ihnen [scil. den konkludent miterklärten Tatsachen] *könnten* aber die bislang bekannten Fälle konkludenter Täuschungsinhalte wenigstens zum Erklärungsinhalt werden, weil der Erklärungsempfänger nachfragen könnte (‘Können Sie denn auch pünktlich bezahlen’) und dann eine informierte (wenn vielleicht auch erlogene) Antwort erwarten dürfte. Würde dagegen der mit einer Entgeltrechnung konfrontierte Anlieger nachfragen (‘Ist der Tarif denn korrekt?’), könnte er von seinem Gegenüber allenfalls die Entgegnung erwarten, dass es sich um den von Experten kalkulierten, genehmigten und veröffentlichten Tarif handele, den alle zahlen müssten.“

III. Folgt man der Rspr., ist es nur konsequent, auch einen Irrtum der Adressaten zu bejahen: Selbst wenn sich die meisten Adressaten keine positiven Gedanken über das Zustandekommen des Gebührentarifs gemacht haben, so dürften die Empfänger der Zahlungsaufforderungen sich jedenfalls in einer wenngleich allgemein gehaltenen Vorstellung befunden haben, dass die Tarifberechnung „in Ordnung“ sei, zumal die Höhe der Tarife ihre eigenen finanziellen Interessen unmittelbar berührte. Damit gingen sie – jedenfalls in der Form des sachgedanklichen Mitbewusstseins – davon aus, dass die Bemessungsgrundlage zutreffend bestimmt und die Tarife nicht manipulativ zu ihren Lasten erhöht wurden.

IV. Vermögensverfügung und Schaden (+)

V. Absicht rechtswidriger Bereicherung (+), Handeln in Drittbereicherungsabsicht zugunsten der BSR; auch Absicht (+), da die Motivation, die BSR durch die Tat zu bereichern zumindest gleichwertig neben der Motivation stand, die Vorjahresmanipulation nicht zu offenbaren.

VI. Besonders schwerer Fall gem. § 263 III 2 Nr. 2 Alt. 1 (+), Schäden mehrerer in natürlicher Handlungseinheit stehender Täuschungshandlungen sind zusammenzurechnen (MK/Hefendehl § 263 Rn. 777 m.w.N.; SSW/Satzger § 263 Rn. 303). Hier hat R nur ein Mal gehandelt. Das LG hatte das Regelbeispiel bejaht; BGH NStZ 2009, 506, 508 kritisiert, das LG habe damit die bei der gegebenen besonderen Sachlage von vornherein gebotene Relativierung des Schadens damit verkannt: „Durch die zu hohe Bemessungsgrundlage, die auch Straßen ohne Anlieger erfasste, hätte die BSR Einnahmen in einer Größenordnung erzielt, die eine Absenkung der Tarife in der nächsten Periode erforderlich gemacht hätte. Da die BSR den allgemeinen öffentlich-rechtlichen Gebührengrundsätzen unterlag, war sie an das Kostendeckungsprinzip (vgl. BVerfG 108, 1, 19 ff.) gebunden. Die vereinnahmten Gebühren hätten mithin nicht zu einer der BSR verbleibenden Gewinnsteigerung führen dürfen, sondern hätten – wie das Landgericht an anderer Stelle zutreffend ausgeführt hat [...] – periodenübergreifend ausgeglichen werden müssen. Dadurch wäre eine deutliche Relativierung der Schadenshöhe eingetreten.“ Krit. zur Kritik des BGH: *Heghmanns ZJS* 2009, 706, 711.

VII. Besonders schwerer Fall gem. § 263 III 2 Nr. 2 Alt. 2: Tatfrage, inwieweit die Absicht vorlag, derartige Betrügereien fortgesetzt zu begehen.

VIII. Besonders schwerer Fall gem. § 263 III 2 Nr. 4 (+), zumindest Stellung als Amtsträger ausgenutzt.

IX. Ergebnis: § 263 I, III 2 Nr. 4 (+)

F. Strafbarkeit gem. § 266 I

(-), kein Vermögensnachteil für die BSR.

Strafbarkeit des S

A. Strafbarkeit gem. §§ 263 I, III 2 Nr. 2 Alt. 1, 2 Nr. 4; 25 I Alt. 2; 13 I ggü. und zu Lasten der Gebührenzahler im Hinblick auf die Abrechnungsperiode 1999/2000

(-), insoweit handelte S bei der Tat ohne Vorsatz, da der Fehler erst im Nachhinein entdeckt wurde.

B. Strafbarkeit gem. §§ 263 I, III 2 Nr. 2 Alt. 1, 2 Nr. 4; 25 I Alt. 2; 13 I ggü. und zu Lasten der Gebührenzahler im Hinblick auf die Abrechnungsperiode 2000/2001

I. Nichtvornahme der gebotenen Handlung trotz physisch-realer Möglichkeit (+), S hat es unterlassen, die zuständigen Gremien zur Festsetzung des Gebührensatzes über den vorhandenen Berechnungsfehler zu informieren.

II. Garantenstellung des S?

1. Zunächst könnte sich eine Rechtspflicht zum Handeln hier aus Ingerenz ergeben, da S die vorherige Projektgruppe zur Festlegung des Gebührensatzes leitete, der der Berechnungsfehler erstmals unterlau-

fen war. Zur Frage der Anerkennung einer Ingerenz-Garantenstellung und ihren Voraussetzungen vgl. eingehend KK AT 424 ff. Erkennt man eine solche Garantenstellung an, ist jedoch Mindestvoraussetzung, dass das fragliche Vorverhalten, die nahe liegende Gefahr des Eintritts des tatbestandsmäßigen Erfolges erhöht hat. Das verneint BGHSt. 54, 44, 47 (zust. *Rotsch* ZJS 2009, 712, 716) hier: Der Umstand, dass die vorherige Tariffestsetzung fehlerbehaftet war, bedeutet nicht, dass sich dieser Fehler auch in die nächste Tarifperiode hinein fortsetzt. Dies gilt jedenfalls, sofern nicht eine gesteigerte Gefahr bestand, dass die zunächst unerkannt fehlerhafte Berechnungsgrundlage ohne erneute sachliche Prüfung der neuen Festsetzung ohne weiteres zugrunde gelegt würde. Vielmehr wird in der nächsten Tarifperiode der Tarif uneingeschränkt neu bestimmt. Garantenstellung aus Ingerenz daher nach allen Ansichten (-)

2. Garantenstellung infolge der dienstlichen Position des S? S war Leiter der Rechtsabteilung und der Innenrevision. Ohne größere Begründung nimmt BGHSt. 54, 44, 48 f. hier eine entsprechende Garantenstellung des S an. Zwar begründe „nicht jede Übertragung von Pflichten auch eine Garantenstellung im strafrechtlichen Sinne. Hinzutreten muss regelmäßig ein besonderes Vertrauensverhältnis, das den Übertragenden gerade dazu veranlasst, dem Verpflichteten besondere Schutzpflichten zu übertragen (vgl. BGHSt. 46, 196, 202 f.; 39, 392, 399). [...] Im vorliegenden Fall kann nicht zweifelhaft sein, dass der Angeklagte aufgrund des übernommenen Aufgabenbereichs eine Garantenstellung innehatte.“

Damit ist jedoch noch nicht geklärt, wie weit die aus der Garantenstellung erwachsene Garantenpflicht reicht und zu welchen Handlungen sie S gegenüber wem verpflichtet. Inhalt und der Umfang der Garantenpflicht bestimmen sich aus dem konkreten Pflichtenkreis, den der Verantwortliche übernommen hat.

a) BGHSt. 54, 44, 49 nimmt als entscheidend in den Blick, ob sich die Pflichtenstellung des S allein darin erschöpft, die unternehmensinternen Prozesse zu optimieren und gegen das Unternehmen gerichtete Pflichtverstöße aufzudecken und zukünftig zu verhindern, oder ob er weitergehende Pflichten hat, dass er auch vom Unternehmen ausgehende Rechtsverstöße zu beanstanden und zu unterbinden hat. Die Stellung des S mit der eines „Compliance Officers“ vergleichend, verneint BGHSt. 54, 44, 49 f. eine Garantenpflicht des S gegenüber der BSR, Straftaten, die aus dem Unternehmen begangen werden, zu verhindern: „Eine solche, neuerdings in Großunternehmen als ‚Compliance‘ bezeichnete Ausrichtung, wird im Wirtschaftsleben mittlerweile dadurch umgesetzt, dass so genannte ‚Compliance Officers‘ geschaffen werden [...]. Deren Aufgabengebiet ist die Verhinderung von Rechtsverstößen, insbesondere auch von Straftaten, die aus dem Unternehmen heraus begangen werden und diesem erhebliche Nachteile durch Haftungsrisiken oder Ansehensverlust bringen können [...]. Derartige Beauftragte wird regelmäßig strafrechtlich eine Garantenpflicht im Sinne des § 13 Abs. 1 StGB treffen, solche im Zusammenhang mit der Tätigkeit des Unternehmens stehende Straftaten von Unternehmensangehörigen zu verhindern. Dies ist die notwendige Kehrseite ihrer gegenüber der Unternehmensleitung übernommenen Pflicht, Rechtsverstöße und insbesondere Straftaten zu unterbinden [...] Eine derart weitgehende Beauftragung ist bei dem Angeklagten nicht ersichtlich. Nach den Feststellungen war der Angeklagte als Jurist Leiter der Rechtsabteilung und zugleich Leiter der Innenrevision. Er war unmittelbar dem Vor-

standsvorsitzenden unterstellt. Zwar gibt es zwischen dem Leiter der Innenrevision und dem so genannten „Compliance Officer“ regelmäßig erhebliche Überschneidungen im Aufgabengebiet [...]. Dennoch erscheint es zweifelhaft, dem Leiter der Innenrevision eines Unternehmens eine Garantenstellung auch insoweit zuzuweisen, als er im Sinne des § 13 Abs. 1 StGB verpflichtet ist, Straftaten aus dem Unternehmen zu Lasten Dritter zu unterbinden.

b) Im vorliegenden Fall macht der BGH jedoch Besonderheiten aus, aus denen sich eine relevante Garantenpflicht des S ergab: Die BSR ist eine Anstalt des öffentlichen Rechts und die von S nicht unterbundene Tätigkeit bezog sich auf die durch den Anschluss- und Benutzungszwang geprägte Straßenreinigung, die gegenüber den Anliegern nach öffentlich-rechtlichen Gebührengrundsätzen abzurechnen ist. „Als Anstalt des öffentlichen Rechts war die BSR den Anliegern gegenüber zu gesetzmäßigen Gebührenberechnungen verpflichtet. Anders als ein privates Unternehmen, das lediglich innerhalb eines rechtlichen Rahmens, den es zu beachten hat, maßgeblich zur Gewinnerzielung tätig wird, ist bei einer Anstalt des öffentlichen Rechts der Gesetzesvollzug das eigentliche Kernstück ihrer Tätigkeit. Dies bedeutet auch, dass die Erfüllung dieser Aufgaben in gesetzmäßiger Form zentraler Bestandteil ihres ‚unternehmerischen‘ Handelns ist. Damit entfällt im hoheitlichen Bereich die Trennung zwischen einerseits den Interessen des eigenen Unternehmens und andererseits den Interessen außenstehender Dritter. Dies wirkt sich auf die Auslegung der Überwachungspflicht aus, weil das, was zu überwachen ist, im privaten und im hoheitlichen Bereich unterschiedlich ausgestaltet ist. Die Überwachungspflicht konzentriert sich auf die Einhaltung dessen, was Gegenstand der Tätigkeit des Dienstherrn ist, nämlich den gesetzmäßigen Vollzug der Straßenreinigung, der auch eine gesetzmäßige Abrechnung der angefallenen Kosten einschließt. Der konkrete Dienstposten des Angeklagten umfasste die Aufgabe, die Straßenanlieger vor betrügerisch überhöhten Gebühren zu schützen, und begründete so auch eine entsprechende Garantenpflicht“ (BGHSt. 54, 44, 50 f.).

III. Folgt man dem ist anschließend die Frage der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme beim Aufeinandertreffen eines aktiv Handelnden (R) und einem Unterlassenden zu klären; vgl. dazu eingehend KK AT 490 ff. Nach h.M. richtet sich die Abgrenzung auch in diesem Bereich nach den allgemeinen Regeln. Danach Täterschaft des S (-), S hat sich dem R lediglich untergeordnet, war auf der entscheidenden Sitzung des Gesamtvorstands nicht anwesend.

IV. Ergebnis: §§ 263 I, III 2 Nr. 2 Alt. 1, 2 Nr. 4; 25 I Alt. 2; 13 I (-)

C. Strafbarkeit gem. §§ 263 I, III 2 Nr. 2 Alt. 1, 2 Nr. 4; 27 I; 13 I ggü. und zu Lasten der Gebührenzahler im Hinblick auf die Abrechnungsperiode 2000/2001 (+)

D. Strafbarkeit gem. § 266 I

(-), kein Vermögensnachteil für die BSR.

Examensrelevante Probleme dieser Lehreinheit

- I. Arten der Täuschung und ihre Behandlung.*
- II. Normative Bestimmung von Täuschung und Irrtum anhand der Interessenlage und Risikoverteilung.*
- III. Anforderungen an das Verfügungsbewusstsein.*
- IV. Abgrenzung von Dreiecksbetrug und Diebstahl in mittelbarer Täterschaft.*
- V. Zurechnung der Vermögensverfügung bei Verfügung über Rechte und Forderungen.*
- VI. Vermögensbegriff und problematische Fallgruppen.*
- VII. Grundsätze der schadensgleichen konkreten (besser: schädigenden) Vermögensgefährdung.*
- VIII. Schadensbegründung nach den Grundsätzen der Zweckverfehlungslehre*
- IX. Lehre vom individuellen Schadenseinschlag.*

Hinweise zur Nacharbeit

- I. Vgl. angegebene Fundstellen zum jew. besprochenen Urteil.*
- II. KK BT I § 32 – Raub mit Todesfolge (KK 254 – 259).*