

Bsp. 7: Ebenso sind sog. „Ping-Anrufe“ zu beurteilen. Dabei legt der Täter nach einmaligem Klingeln auf, um das Opfer zu einem kostenpflichtigen Rückruf zu verleiten. Die für die Betrugsstrafbarkeit entscheidende Täuschung liegt aber in der normativ vorstrukturierten Erklärung, ein Rückruf bei der angezeigten Nummer sei mit keinen erhöhten Kosten verbunden.

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.

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

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

Inzwischen leitet die Rspr. eine Garantenstellung aufgrund der Kritik nur noch eingeschränkt aus Treu und Glauben ab. Voraussetzung sei ein besonderes Vertrauensverhältnis oder eine dauerhaf-

te 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).

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

III. Irrtum

Irrtum ist das Auseinanderfallen von Vorstellung und Wirklichkeit, eine falsche Vorstellung von der Realität (MK/*Hefendehl* § 263 Rn. 198).

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

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

1. Intensität der Fehlvorstellung

Problematisch ist, wie intensiv die Fehlvorstellungen des Getäuschten sein müssen. Jedenfalls genügt reines Nichtwissen (*ignorantia facti*) nicht (*Wessels/Hillenkamp* Rn. 512). Insoweit wird vorausgesetzt, dass der Getäuschte grds. eine positive Fehlvorstellung hinsichtlich der der Wirklichkeit widersprechenden Tatsache hat. Allerdings wird von der h.M. (*Rengier* BT I § 13 Rn. 18) kein konkretes, aktuelles Wissen bzw. Nachdenken vorausgesetzt, sondern ein intuitives „sachgedankliches“ Mitbewusstsein für ausreichend gehalten. Die Vorstellung muss sich aber aus bestimmten Tatsachen ableiten (*Wessels/Hillenkamp* Rn. 513).

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

2. Irrtum trotz Zweifeln?

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

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

3. Bedeutung der Risikoverteilung

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

Daher liegt z.B. keine Fehlvorstellung über die Bonität des Täters vor, wenn sie für den Verkäufer deshalb völlig irrelevant ist, weil das Kreditkartenunternehmen ihm die Zahlung garantiert (vgl. hierzu auch *Eisele/Fad* Jura 2002, 308; MK/*Hefendehl* § 263 Rn. 212).

Ob im Zusammenhang mit Legitimationspapieren wie z.B. dem Sparbuch gleichermaßen zu entscheiden ist, wird nicht einheitlich beurteilt. Kennzeichen von Legitimationspapieren ist, dass der Schuldner grds. auch bei der Leistung an den Nichtberechtigten von seiner Schuld frei wird, wenn der Nichtberechtigte das Legitimationspapier vorlegt. Nach § 808 BGB wird daher die Bank von ih-

rer Leistungspflicht grds. auch dann frei, wenn der ein Sparbuch Vorlegende nicht der wahre Inhaber des Sparguthabens ist. Nicht selten (RGSt. 39, 239, 424; LK/*Tiedemann* § 263 Rn. 88; MK/*Hefendehl* § 263 Rn. 213 f.) wird daraus geschlossen, dass sich der Bankangestellte über die Berechtigung des Vorlegenden grds. keine Gedanken macht, da sie für ihn bzw. die Bank irrelevant ist. Die h.M. (*Rengier* BT I § 13 Rn. 19; Sch/Sch/*Cramer/Perron* § 263 Rn. 48) nimmt jedoch an, dass sich der Bankangestellte stets zumindest gewisse Vorstellungen über die Berechtigung des Inhabers mache (und damit irre), da die befreiende Wirkung bei grober Fahrlässigkeit (und Vorsatz) nicht eintrete. Dabei wird jedoch verkannt, dass der Bankangestellte nur bei Vorliegen besonderer verdächtiger Umstände grob fahrlässig handeln würde, so dass er bei ihrem Fehlen sich auch keine weiteren Gedanken über die Berechtigung macht (MK/*Hefendehl* § 263 Rn. 214).

In ähnlicher Weise ist bei der Geltendmachung einer Forderung im Mahnverfahren zu entscheiden. Da im Mahnverfahren gem. § 692 I Nr. 2 ZPO keine Schlüssigkeitsprüfung stattfindet, irrt sich der zuständige Rechtspfleger grds. nicht über den Wahrheitsgehalt des Parteivorbringens (*Rengier* BT I § 3 Rn. 19a; LK/*Tiedemann* § 263 Rn. 90; MK/*Hefendehl* § 263 Rn. 215).

IV. Vermögensverfügung

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

- Trickdiebstahl und Sachbetrug und

- Diebstahl in mittelbarer Täterschaft und Dreiecksbetrug.

Eine Vermögensverfügung ist jedes (rechtliche oder tatsächliche) Handeln, Dulden oder Unterlassen, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt (BGHSt. 14, 170, 171; *Wessels/Hillenkamp* Rn. 515). Dabei bleibt eine etwaige Kompensationen – anders als auf der Schadensebene – zunächst außer Betracht.

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

1. Verfügungsbewusstsein

Die h.M. (BGHSt. 14, 170, 172; *Wessels/Hillenkamp* Rn. 518; *Rengier* BT I § 13 Rn. 24; *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 24). Diese Differenzierung überzeugt nicht (vgl. *MK/Hefendehl* § 263 Rn. 240 ff.), da das Verfügungsbewusstsein aus der Struktur des Betrugsstatbestandes folgt.

Probleme können sich bei der Beurteilung des Verfügungsbewusstseins im Hinblick darauf ergeben, als dass zweifelhaft sein kann, auf welche Gegenstände sich das Verfügungsbewusstsein bezieht.

- Bsp. 1 (nach BGHSt. 41, 198): Der Täter verbirgt eine CD im Einkaufswagen unter einem Werbeprospekt, sodass sie an der Kasse gar nicht ins Blickfeld des Kassierers kommt. Entsprechend seiner vorgefassten Absicht legte er dort nur die über dem Prospekt liegenden Gegenstände auf das Band und zahlte auch nur diese, nicht aber die CD. Anschließend verlässt er den Laden.
- Bsp. 2 (nach OLG Düsseldorf NJW 1988, 922): Der Täter T hatte sich im Baumarkt für den Kauf eines bestimmten Winkelschleifers entschieden. Der zuständige Verkäufer teilte ihm auf Nachfrage mit, dass die zugehörigen Trennscheiben nicht als Zubehör enthalten seien. T wollte auf die Trennscheiben nicht verzichten, sie aber auch nicht zusätzlich bezahlen. Er nahm deshalb vier Trennscheiben, legte sie in den Karton, in dem der Winkelschleifer verpackt war, und verschloss ihn. Anschließend ging er zur Kasse und legte den verschlossenen Karton auf das Kassensband. Die KassiererIn berechnete nur den Kaufpreis für den Winkelschleifer. A bezahlte diesen und verließ den Baumarkt.

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

- Teilweise (OLG Düsseldorf NJW 1993, 1407f.) wird davon ausgegangen, das Verfügungsbewusstsein des Kassierer erstreckt sich jeweils auch auf die verborgenen Gegenstände, da er sich bewusst sei, dass er über den Inhalt des Einkaufswagens bzw. des Kartons insge-

samt eine Verfügung treffe. *Rengier* BT I § 13 Rn. 39 bejaht ein Verfügungsbewusstsein im Bsp. 2, da sich das Verfügungsbewusstsein auf den Karton als ganzes beziehe und daher im Übrigen nicht aufteilbar sei.

- Weit überwiegend (BGHSt. 41, 198, 203; MK/*Hefendehl* § 263 Rn. 249 ff.; Sch/Sch/*Cramer/Perron* § 263 Rn. 63a) wird jedoch ein Verfügungsbewusstsein des Kassierers hinsichtlich der verborgenen Waren abgelehnt, wenn nicht besondere Umstände vorliegen (etwa die Nachfrage des Kassierers, ob der Kunde auch sämtliche Waren vorgelegt habe). Denn die Annahme eines Verfügungswillens ist hier lediglich eine Fiktion: Man kann nicht über etwas verfügen, von dem man nichts weiß.

2. Unmittelbarkeit der Vermögensverfügung

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

3. Abgrenzung von Trickdiebstahl und Sachbetrug

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

- Überträgt das Opfer willentlich den Gewahrsam, begeht der Täter einen Betrug und im Hinblick auf den Diebstahlstatbestand liegt ein tatbestandsausschließendes Einverständnis vor.
- Bricht der Täter den Gewahrsam des Opfers, begeht er einen Diebstahl und im Hinblick auf den Betrug fehlt es an einer hinreichenden Vermögensverfügung des Opfers.

Für die Fallbearbeitung empfiehlt es sich, bei der gedanklichen Vorprüfung zuerst § 242 StGB zu prüfen. Bei der schriftlichen Ausarbeitung beginnt man am Besten mit dem Delikt, das man verneinen will.

a) Einverständnis nur in die Gewahrsamslockerung

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

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

b) Freiwilligkeit der Verfügung

Problematisch und umstritten ist allerdings, inwieweit die Vermögensverfügung „freiwillig“ sein muss, d.h. dem Verfügenden noch ein Entscheidungsspielraum zustehen muss (vgl. dazu auch *MK/Hefendehl* § 263 Rn. 236 ff.).

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

- Die überwiegende Ansicht (BGHSt. 18, 223; *Geppert* JuS 1977, 70; *Otto* BT 53/19 f.) geht davon aus, dass die Vermögensverfügung freiwillig erfolgen muss und es an dieser Freiwilligkeit fehle, wenn sich das Opfer unüberwindbaren Hindernissen ausgesetzt sieht, z.B. staatlichem Zwang etwa von Polizeibeamten oder Gerichtsvollziehern. Nach h.M. liegt im o.g. Beispiel daher kein Betrug, sondern ein Diebstahl vor.
- Dem wird entgegengehalten, dass der Verfügungsbegriff keine Freiheit von Zwang voraussetzt, da z.B. bei einer vorgetäuschten Entführung das Opfer das Geld willentlich, aber keineswegs freiwillig zahle (vgl. zu diesem Fall *Rengier* BT I § 13 Rn. 78; ferner *Graul* JuS 1999, 568 f.; in diese Richtung auch *Wessels/Hillenkamp* Rn. 633). Für eine Vermögensverfügung sei daher nur ein willentliches Verhalten zu fordern, nicht etwa ein freiwilliges. Beim Beschlagnahmefall handele der Täter jedoch nicht einmal willentlich. Durch den vermeintlich staatlichen Befehl bleibe für eine eigene Willensbildung kein Raum mehr, so dass eine Verfügung ausgeschlossen sei (so *Rengier* BT I § 13 Rn. 80; vgl. auch BGH NJW 2011, 1979). Verneint man die Willensbildung, liegt aber klassischerweise eine Wegnahme vor (Bruch fremden Gewahrsams gegen oder ohne den Willen des Gewahrsamsinhabers). Letztere An-

sicht (Beschlagnahme) begegnet aber insoweit Bedenken, als das in einem demokratischen Rechtsstaat, der als Leitbild den aufgeklärten und mündigen Bürger hat, dem Bürger auch bei staatlichen Befehlen nicht abgesprochen werden kann, einen eigenen Willen zu bilden.

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

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

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

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

- Betrug deshalb, weil die Vermögensverfügung (und das damit einhergehende, den Diebstahlstatbestand ausschließende Einverständnis) der D dem H zuzurechnen sein kann.

- Diebstahl in mittelbarer Täterschaft deshalb, weil sich T der D als gutgläubiges Werkzeug zur Herbeiführung des Gewahrsamswechsels bedient haben kann.

Sind Verfügender und Geschädigter nicht identisch, wird im Gutachten regelmäßig mit der Betrugsprüfung begonnen. Wird dieser bejaht, wird eine Prüfung des § 242 StGB regelmäßig vernachlässigt (vgl. zum Aufbau des Gutachtens *Joecks* § 263 Rn. 60; a.A. *Rengier* BT I § 13 Rn. 42: mit §§ 242, 25 I Alt. 2 StGB beginnen).

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

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

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

nehmen sein, v.a. wenn schon öfter Gegenstände an bisher Unbekannte herausgegeben wurden.

- Befugnistheorie (MK/*Hefendehl* § 263 Rn. 286 m.w.N.): Nach dieser als Ergänzung zur Ermächtigungstheorie zu sehenden Theorie kann die Befugnis, für den Vermögensinhaber zu handeln, sich auch kraft Gesetzes ergeben.
- Nähetheorie (h.M. vgl. BGHSt. 18, 221; OLG Düsseldorf NJW 1994, 3366; *Wessels/Hillenkamp* Rn. 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“). Solche Näheverhältnisse bestehen nicht nur bei rechtlichen Befugnissen, Besitzmittlungsverhältnissen und Mitgewahrsam, sondern auch bei bloß untergeordnetem Mitgewahrsam, Dienstbotenstellungen und ähnlichen Gewahrsamshüterfunktionen. Es müssen nur gewisse Obhutsfunktionen bestehen, nicht aber muss Mitgewahrsam an den Gegenständen gegeben sein. Andererseits genügt auch die rein faktische Zugriffsmöglichkeit nicht. – Im Fall: Lebt O in einer echten Kommune, hätte V auch Obhut über die Gegenstände des O. Bei einer reinen „Zweck“-WG (wenn dort grds. die Zimmer abgesperrt werden und der Schlüssel nur per Zufall in den Gemeinschaftsräumen herumliegt), würde es an einer Obhutsfunktion fehlen.

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

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

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

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

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

a) Betrug des T gegenüber und zu Lasten des X

In Betracht kommt zunächst ein Betrug gegenüber und zu Lasten des X. T hat konkludent wahrheitswidrig behauptet, er sei Eigentümer der Buches und bei X entstand ein entsprechender Irrtum, infolgedessen X an T € 20,- zahlte. Möglicherweise könnte ein in dieser Höhe bei X entstandener Schaden durch die Erlangung des Eigentums an dem Buch kompensiert worden sein (vgl. dazu ausführlich MK/Hefendehl § 263 Rn. 594 ff.).

- Grds. ist T nicht zur Verfügung über das Buch berechtigt, so dass eine Übereignung nach § 929 S. 1 BGB scheitert.
- Da aber die Voraussetzungen des § 932 BGB erfüllt sind, hat X gutgläubig Eigentum an dem Buch erworben, sodass kein Vermögensschaden gegeben ist.

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

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

In Betracht kommt hier ferner 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.

Das Bestehen eines besonderen Verhältnisses zwischen dem Verfügenden X und dem Geschädigten, das im Rahmen des Sachbetrugs für die Zurechenbarkeit der Verfügung des X einhellig gefordert wurde, soll hier nicht vorauszusetzen sein (so i.E. BGHSt. 24, 386) bzw. solle das erforderliche besondere Verhältnis zwischen X und E aus den Vorschriften über den Gutgläubenserwerb (hier:

§ 932 BGB; vgl. aber auch §§ 407 BGB; 56 HGB) folgen (so OLG Celle NJW 1994, 142 f.; *Rengier* JZ 1985, 568; zu Recht ablehnend *Krack/Radtke* JuS 1995, 19; *MK/Hefendehl* § 263 Rn. 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 vorauszusetzen.
- ⊖ Gutgläubensvorschriften dienen allein dem Verkehrsschutz im Zivilrecht, sollen aber keine besondere Nähebeziehung zwischen Verfügendem und Geschädigten im strafrechtlichen Sinne begründen.

In den Fällen gesetzlich oder vertraglich ausgestalteter Verfahren (z.B. Ausschreibungen oder Gerichtsverfahren) wird von der h.M. eine hinreichende Nähebeziehung gesehen, so dass z.B. einen Prozessbetrug begeht, wer einen Dritten anstiftet, für ihn in einem Zivilprozess falsch auszusagen und so durch das Gericht eine ihm nicht zustehende Forderung zugesprochen bekommt. Gleiches gilt, wenn der Täter einen Rechtsanwalt dazu bewegt, täuschungsbedingt die Forderung eines Mandanten verjähren zu lassen (vgl. zum Submissionsbetrug BGHSt. 43, 96).