

V. Vermögensschaden

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

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

1. Vermögensbegriffe

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

a) Rein juristischer Vermögensbegriff

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

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

b) Rein wirtschaftlicher Vermögensbegriff

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

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

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

c) Juristisch-ökonomischer Vermögensbegriff

Herrschend ist heute der juristisch-ökonomische Vermögensbegriff (BGHSt. 31, 178; BGH NStZ 2001, 534; *Wessels/Hillenkamp* Rn. 532; *Rengier* BT I § 13 Rn. 55; *Mitsch* BT I § 7 Rn. 84, 93 LK/*Tiedemann* § 263 Rn. 132). Ausgehend vom wirtschaftlichen Vermögensbegriff wird dieser normativ eingeschränkt, so dass unter Vermögen die Gesamtheit aller wirtschaftlichen Güter einer Person zu verstehen ist, die unter dem Schutz der Rechtsordnung stehen oder mit deren Billigung bzw. ohne deren Missbilligung realisiert werden können.

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

d) **Personalermögensbegriff**

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

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

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

e) **Normativ-ökonomischer Vermögensbegriff**

Der normativ-ökonomische Vermögensbegriff (vgl. *Hefendehl* Vermögensgefährdung und Expektanzen, S. 117 f.; *MK/Hefendehl* § 263 Rn. 333 ff.; *LK/Schünemann* § 266 Rn. 134) definiert Vermögen als die Herrschaft einer Person über rechtlich garantierte Potenziale wirtschaftlicher Betätigung, über die sie mit Hilfe rechtlich (meist zivilrechtlich) anerkannter Durchsetzungsmöglichkeiten nach Belieben verfügen und externen Störfaktoren effektiv begegnen kann. Hierfür können bilan-

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

f) Funktionaler Vermögensbegriff

Der funktionale Vermögensbegriff (NK/*Kindhäuser* § 263 Rn. 44 ff.) bestimmt das Vermögen als die Verfügungsmacht einer Person über die (Gesamtheit der) ihr rechtlich zugeordneten übertragbaren (abstrakt geldwerten) Güter.

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

2. Einzelne Vermögensbestandteile

Unstreitig gehören bspw. Geld, Forderungen, Eigentum und ähnliche Rechte wie Pfandrechte zum Vermögen. Auch der wirtschaftlich wertvolle Besitz ist ein geschützter Vermögensbestandteil. Gleiches gilt für die Arbeitsleistung, sofern diese kommerzialisiert ist (im Rahmen eines sog. Eingehungsbetrugs, vgl. KK 328 ff.). Nicht dagegen zum Vermögen gehören immaterielle Werte.

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

a) Erwerbs- und Gewinnaussichten

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

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

Die bloßen Wahrscheinlichkeitserwägungen bzgl. der Realisierung der Anwartschaft sind zur Bestimmung des Vermögenswertes jedoch unzureichend. Basis muss der Vermögensbegriff sein. Eine vermögenswerte Exspektanz setzt also eine rechtlich konstituierte Herrschaft voraus, die die störungsfreie Möglichkeit zum Vollrecht beinhaltet (MK/*Hefendehl* § 263 Rn. 348 ff.). Hierzu sind folgende drei Kriterien maßgebend:

- Der Inhaber einer Exspektanz muss mit rechtlich anerkannten Möglichkeiten externe Störfaktoren bei der Entwicklung zum Vollwert unterbinden können.

- Der das Exspektanzobjekt Vermittelnde darf sich nicht mehr sanktionslos von seiner Verpflichtung lösen können.
- Der potenzielle Exspektanzinhaber muss sein Vorhaben in der Außenwelt zum Ausdruck gebracht haben.

b) Problematische Fallgruppen

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

aa) Einsatz der Arbeitskraft zu verbotenen oder sittenwidrigen Zwecken

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

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

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

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

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

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

Nach alter Rechtslage war ein solches Geschäft sittenwidrig i.S.v. § 138 BGB. Die Prostituierte hatte folglich keinen Anspruch auf die Gegenleistung des F, so dass bei ihr kein Betrugsschaden vorlag (BGH JR 1988, 125). Durch das ProstG hat die Prostituierte nunmehr einen Anspruch auf die Gegenleistung, andererseits hat der Freier keinen Anspruch auf Vollzug des Geschlechtsverkehrs (sog. einseitig verpflichtender Vertrag). Da der P nunmehr ein rechtswirksamer Zahlungsanspruch zusteht, liegt ein Schaden in Höhe des Anspruchs vor (*Ziethen* NStZ 2003, 184).

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

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

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

- Eine rein wirtschaftliche Betrachtung kommt auch hier zur Bejahung eines Vermögensschadens, da das verlorene Geld einen wirtschaftlichen Wert besaß.
- Problematisch ist dagegen, ob auch auf Grundlage der juristisch-ökonomische Lehre ein Vermögensschaden angenommen werden kann (dafür *Hecker* JuS 2001, 228 ff.; *Mitsch* JuS 2003, 125 f; *SK/Hoyer* § 263 Rn. 130 ff.; *Kindhäuser/Wallau* NStZ 2003, 153 f.; a.A. hingegen BGH NJW 2002, 33; *Wessels/Hillenkamp* Rn. 562 ff.; *Rengier* BT I § 13 Rn. 60).

- ⊕ 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.

Der Streit, ob hier strafrechtlich geschütztes Vermögen vorliegt, vollzieht sich hier also allein innerhalb des juristisch-ökonomischen Vermögensbegriffs.

M.E. ist diese Konstellation entweder über das Dogma vom Betrug als einer unbewussten Selbstschädigung oder wegen des Erfordernisses eines (unterbrochenen) Zurechnungszusammenhangs zu lösen.

cc) Ansprüche aus verbotenen oder sittenwidrigen Rechtsgeschäften

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

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

- Der juristisch-ökonomische Vermögensbegriff stellt die nach §§ 134, 138 BGB nichtigen Forderungen von vornherein nicht unter den Schutz der Rechtsordnung. Auch die Rspr. (vgl.

BGH JR 1988, 125) sieht in diesen nichtigen Forderungen keine schadensrelevanten Werte mehr.

- Eine rein wirtschaftlich orientierte Sichtweise hält nichtige Forderungen aber dann für wert- haltig und deshalb beim Vermögen zu berücksichtigen, wenn sie nach den konkreten Um- ständen faktisch realisierbar erscheinen (vgl. noch BGHSt. 2, 364, 366 f.; *Krey/Hellmann* BT II Rn. 435).
- ⊖ Die rein wirtschaftliche Betrachtung läuft auf eine fragwürdige Besserstellung besonders skrupelloser Schuldner hinaus, die alles daran setzen, um die Begleichung ihrer Schuld zu verhindern (OLG Hamburg NJW 1965, 1525).

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

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

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

Möglichkeit hatte, den Anspruch zu liquidieren. Wirtschaftlich betrachtet, war der Schadenersatzanspruch des O daher wertlos.

dd) Schutz des rechtswidrig erlangten Besitzes

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

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

- Nach dem wirtschaftlichen Vermögensbegriff hat der faktische Besitz des D einen wirtschaftlichen Wert.
- Ob der unrechtmäßige Besitz dagegen bei juristisch-ökonomischer Betrachtung auch ein Vermögensgegenstand i.S.d. Strafrechts darstellt, ist hingegen nicht eindeutig.
 - ⊕ Der unrechtmäßige Besitzer muss dem Eigentümer die Sache gem. § 985 BGB herausgeben; 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 StGB spricht schließlich, dass auch eine (gewaltsame) Wegnahme (§§ 242, 249 StGB) durch X strafbar und D auch vor erpresserischen Angriffen (§ 253 StGB) geschützt wäre.

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

3. Schadensberechnung

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

a) Schadensbegriff

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

- Nach dem subjektiven (auch personalen) Schadensbegriff (*Otto* BT § 51 Rn. 54; vgl. auch *Kindhäuser* BT II § 27 Rn. 88) ist das Vermögen in seinem jeweiligen konkreten Bestand geschützt, so dass die Verletzung der Dispositionsfreiheit des Vermögensinhabers für einen Schaden konstitutiv ist. Nicht entscheidend ist dagegen der wirtschaftliche Gesamtwert des Vermögens.
- Herrschend (vgl. etwa BGHSt. 3, 99, 102; BGH NStZ-RR 2006, 206, 207; LK/*Tiedemann* § 263 Rn. 159; *Fischer* StGB § 263 Rn. 70 f.) ist demgegenüber der individuell-objektive Schadensbegriff. Danach zieht der Verlust einer Vermögensposition dann einen Schaden nach sich, wenn dieser nicht durch den Zufluss einer wirtschaftlich mindestens gleichwertigen Position kompensiert wird. Jedoch werden auch nach h.M. die persönliche Situation des Opfers berücksichtigende Korrekturen vorgenommen (vgl. dazu unten KK 334 f. zur Zweckverfehlungslehre und der Figur des individuellen Schadenseinschlags).

b) Grundsatz der Saldierung

Grundlage der Schadensberechnung ist der Vergleich des Vermögensstandes vor und nach der Vermögensverfügung, bei dem eine nachteilige Vermögensdifferenz festgestellt werden muss (bilanzmäßige Betrachtung – BGHSt. 3, 99, 102; BGHSt 53, 199, 201 f.; *Mitsch* BT I § 7 Rn. 95, 99). Die erbrachten Leistungen sind daher mit ihrem Marktwert anzusetzen (BGHSt. 38, 388, 390). Maßgeblicher Zeitpunkt für die Bestimmung des Marktwertes ist der Moment der Vermögensverfügung (MK/*Hefendehl* § 263 Rn. 454; Sch/Sch/*Cramer/Perron* § 263 Rn. 141).

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

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

c) Schadenskompensation

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

Gesetzliche Ansprüche (Anfechtungs-, Gewährleistungs-, Schadensersatz- oder Bereicherungsansprüche) werden nach h.M. (BGH wistra 1993, 265, 266; *Wessels/Hillenkamp* Rn. 548) nicht berücksichtigt, da sie lediglich zu einer nachträglichen Schadensbeseitigung führen und ihre Durchsetzung vor Gericht nicht zweifelsfrei ist.

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

Da auch schon eine Vermögensgefährdung ein Schaden sein kann, können auch bekannte und unproblematisch zu realisierende Gegenrechte (z.B. Rücktrittsrechte) beim sog. Eingehungsbetrug (vgl. dazu unten KK 328 ff.) zur Verneinung des Schadens führen, da das Opfer die vertragliche Verpflichtung durch einfache mündliche Erklärung zu Fall bringen kann. Im bereits oben (vgl. KK 289 f.) geschilderten Fall von BGHSt. 34, 199 wurde in der Einräumung einer Geld-zurück-Garantie dagegen keine schadenausschließende Kompensation mehr gesehen, da der Anspruch nicht wirtschaftlich vollwertig war.

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

Bsp. (nach *Joecks* § 263 Rn. 86): T kann bei seinem zahlungsunwilligen Freund O seine Forderung aus einem zinslosen Darlehen i.H.v. € 100 nicht eintreiben. Bei einem gemeinsamen Kneipenbesuch spiegelt T dem O vor, er habe sein Geld vergessen. O bezahlt daraufhin die Zeche des T i.H.v. € 25. Diese € 25 verrechnet er mit dem ausstehenden Geldbetrag.

- Ein Teil der Literatur (*Schröder* JZ 1965, 513) setzt das Innehaben einer Forderung wertmäßig geringer an als das Besitzen von Geld, so dass die Befreiung von der Verbindlichkeit den Verlust des Bargeldes nicht ausgleichen kann. Denn rein wirtschaftlich gesehen ist der Besitz von Geld wertvoller, als der bloße Anspruch darauf, dessen Realisierbarkeit aus verschiedenen Gründen noch scheitern kann. Folglich läge hier ein Schaden vor, jedoch fehlt es an der Rechtswidrigkeit der Bereicherung.

- Die h.M. (BGHSt. 20, 136; Sch/Sch/Cramer/Perron § 263 Rn. 117; SK/Hoyer § 263 Rn. 208) setzt die Verbindlichkeit zu ihrem Nennwert an, so dass eine vollständige Kompensation erfolgt und ein Vermögensschaden nicht vorliegt.

d) Eingehungsbetrug und Vermögensgefährdung

Bei der Abwicklung von Rechtsgeschäften können zwei Phasen unterschieden werden:

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

aa) Grundsätze

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

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

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

Ausgehend vom normativ-ökonomischen Vermögensbegriff gelangt MK/Hefendehl § 263 Rn. 564 ff. zu einer präziseren und restriktiveren Annahme einer schädigenden Vermögensgefährdung. Denn beinhaltet Vermögen die Durchsetzbarkeit zur eigenen wirtschaftlichen Verwertung, liegt eine schädigende Vermögensgefährdung vor, wenn sich die Hypothese der Verfügbarkeit über einen Vermögensgegenstand qualitativ verschlechtert hat. Die Schmälerung der Durchsetzbarkeitshypothese ist dabei durch Gefahrenfaktoren bedingt,

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

In BGH NStZ 2009, 330, 331 (mit Verweis auf MK/Hefendehl § 263 Rn. 569) bekräftigt der BGH seine bereits in BGH NJW 2008, 2451, 2452 verfolgte Konzentration auf eine wirtschaftliche Schadensbestimmung, die auf den ersten Blick ohne die Figur der schadensgleichen konkreten Vermögensgefährdung auskommt: „Dass mit dem Eingehen eines Risikogeschäfts – mit einer nicht mehr vertragsimmanenten Verlustgefahr – ein unmittelbarer Wertverlust, eine Vermögenseinbuße einhergeht, liegt bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise auf der Hand. Dieser Schaden ist auch benennbar. Das mit der Verfügung (hier: Zahlung des Anlagebetrags) eingegangene – aufgrund einer Täuschung und eines entsprechenden Irrtums überhöhte – Risiko und der dadurch verursachte Minderwert des im Synallagma Erlangten sind zu bewerten“ (BGH NStZ 2009, 330, 331);

Auswirkungen dieser Betrachtung:

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

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

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

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

Zu beachten ist jedoch, dass ein Schaden entfällt, „wenn und soweit der getäuschte Gläubiger über werthaltige Sicherheiten verfügt, die sein Ausfallrisiko abdecken und – ohne dass dies der Schuldner vereiteln kann – mit unerheblichem zeitlichen und finanziellen Aufwand realisierbar sind“ (BGH NStZ 2009, 150, 151; vgl. auch *Fischer StGB* § 263 Rn. 102).

bb) Sonderfall des Eingehungsbetrugs: Anstellungsbetrug

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

(1) Im nicht-öffentlichrechtlichen Sektor

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

Trotz einer den Erwartungen entsprechenden Leistung des Angestellten liegt ein Schaden aber auch dann vor, wenn ein Teil der Vergütung für vorausgesetzte besondere Qualifikationen (z.B. juristische Examina) oder besondere persönliche Eigenschaften (z.B. besondere Vertrauenswürdigkeit oder Zuverlässigkeit) erbracht wird (*Wessels/Hillenkamp* Rn. 577; *Kindhäuser* BT II § 27 Rn. 116).

Problematisch ist, inwieweit das Verschweigen einer Vorstrafe einen Vermögensschaden begründen kann. Während RG (RGSt. 75, 8) und zunächst auch der BGH (BGH GA 1956, 121) dies generell bejahten, nimmt die heutige Rspr. (BGHSt. 17, 254; BGH NJW 1978, 2042) eine schädigende Vermögensgefährdung an, wenn der einschlägig vorbestrafte Angestellte Verfügungsgewalt über die Vermögensgegenstände des Arbeitgebers erhalte (krit. *MK/Hefendehl* § 263 Rn. 518).

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

(2) Im öffentlichen Dienstrecht

Im öffentlich-rechtlichen Dienstrecht ging die Rspr. (RGSt. 65, 281) zunächst davon aus, dass der Beamte nicht nur die Anforderungen im Hinblick auf Leistung und Qualifikation zu erfüllen habe, sondern er der Behörde vielmehr seine ganze Persönlichkeit hingebende. Der Bewerber muss dem

Amt in körperlicher, psychischer und auch charakterlicher Hinsicht gewachsen sein, sonst sei er untauglich und damit wertlos für die Behörde („sittliche Makeltheorie“).

BGHSt. 45, 1 modifizierte diese Rspr. dahingehend, als dass nun der Bezug zur Qualität der Dienstleistung und damit zum Vermögen des Staates maßgeblich ist. Dieser sei dann gegeben, wenn es nahe liege, dass das Fehlen einer persönlichen Eignung sich negativ auf die Amtsführung nach außen und damit auf die Qualität der Dienstleistung auswirke.

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

Richtigerweise ist jedoch zu differenzieren (vgl. *MK/Hefendehl* § 263 Rn. 521):

- Ein Schaden liegt nur dann vor, wenn über Eigenschaften getäuscht wird, die die Leistung des Beamten betreffen.
- Handelt es sich aber um Eigenschaften, die nicht den Wert der Arbeitsleistung betreffen, sondern lediglich um Anforderungen bzgl. der Einstellung als Beamter, so ist nicht das Vermögen des Staates betroffen, sondern der öffentliche Dienst als solcher (Dispositionsfreiheit des Staates). Hier liegt schon keine betrugsrelevante Täuschung vor.

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

e) Erfüllungsbetrug

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

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

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