

### f) Korrektur des wirtschaftlichen Vermögensbegriffs über den individuellen Schadenseinschlag

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.

Eine Ausnahme macht die h.M. in Fällen, in denen die Gegenleistung des Täters für das konkrete Opfer völlig wertlos ist. Nach dieser sog. Lehre vom individuellen Schadenseinschlag ist dies jedoch nur bei Vorliegen besonderer Voraussetzungen anzunehmen.

Im grundlegenden Melkmaschinen-Fall benannte BGHSt. 16, 321 drei Fallgruppen, bei denen 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.
- Wenn man durch die eingegangene Verpflichtung zu vermögensschädigenden Maßnahmen genötigt wird.
- 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.

Insb. gegen die beiden letztgenannten Fallgruppen werden in der Lit. (vgl. dazu eingehend die Ausführungen bei MK/Hefendehl § 263 Rn. 650 f.) Bedenken geäußert.

### g) Lehre von der unbewussten Selbstschädigung/der Zweckverfehlung

Eine rein wirtschaftliche Betrachtung einer evtl. Kompensation versagt bei wirtschaftlich sinnlosen Ausgaben schon vom Ansatz, da der Verfügende solche Ausgaben gerade – wie er weiß – ohne Ausgleich durch ein wirtschaftliches Äquivalent erbringen soll.

Bsp.: A spiegelt dem B vor, er sei mittellos und benötige Geld für eine warme Mahlzeit. B erbarmt sich und gibt 50 €. Tatsächlich geht es A auch finanziell blendend.

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

- Nach der älteren Rspr. (RGSt. 44, 244; BayObLG NJW 1952, 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 StGB 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; BGH NJW 1995, 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.

Beachte: 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).

## VI. Subjektiver Tatbestand

### 1. Vorsatz

Hinsichtlich des Vorsatzes ist mindestens *dolus eventualis* erforderlich. Besondere Feststellungen sind beim individuellem Schadenseinschlag erforderlich: Die in der Person des Geschädigten liegenden schadensbegründenden Umstände müssen vom Vorsatz des Täters umfasst sein.

### 2. Absicht rechtswidriger Bereicherung

Der subjektive Tatbestand des § 263 StGB setzt über den Vorsatz hinaus voraus, dass der Täter in der Absicht handelt, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen.

### a) Absicht

Hinsichtlich der (Dritt-)Bereicherung ist Absicht, also *dolus directus* 1. Grades erforderlich. Es muss dem Täter somit gerade auf die Bereicherung ankommen. Der Vermögensvorteil ist das Gegenstück zum Vermögensschaden und liegt in jeder günstigeren Gestaltung der Vermögenslage (*Wessels/Hillenkamp* Rn. 579 f.; *MK/Hefendehl* § 263 Rn. 690).

Bsp: Prof. A bietet ein Plagiat einer wiss. Arbeit einer Fachzeitschrift zur Veröffentlichung an, um seine Reputation in einem Spezialgebiet zu steigern. Dieses Plagiat wird veröffentlicht; A erhält dafür einen Betrag von € 100,-.

- *Jerouschek* GA 1999, 416, 419 f. verneint die Bereicherungsabsicht, da H nicht wegen des Entgelts täuschte. Das Honorar war auch nicht notwendiges Zwischenziel, sondern nicht beabsichtigte und lediglich als unvermeidlich erkannte Nebenfolge (*dolus directus* 2. Grades).
- Die h.M. (BGHSt. 16, 1, 6; zust. *MK/Hefendehl* § 263 Rn. 725; *LK/Tiedemann* § 263 Rn. 253) differenziert danach, ob der als sicher vorausgesehene Bereicherungserfolg erwünscht oder unerwünscht ist. Im zweiten Fall sei er nur notwendige Nebenfolge, die nicht beabsichtigt ist; Bereicherungsabsicht danach hier (-).
- *Rengier* JZ 1990, 321, 323, 326 will schließlich die Unterscheidung von Zwischenzielen und unvermeidbaren Nebenfolgen aufgeben und sieht auch das als unvermeidbare Nebenfolge Vorausgesehene als von der Absicht umfasst an: Bereicherungsabsicht danach hier (+).

### b) Stoffgleichheit

Zwischen Vermögensschaden und dem erstrebten Vermögensvorteil ist sog. „Stoffgleichheit“ erforderlich (*Kindhäuser* BT II § 27; *MK/Hefendehl* § 263 Rn. 705 ff.). Damit ist nicht, wie man angesichts des Begriffs „Stoffgleichheit“ meinen könnte, gemeint, dass der erstrebte Vermögensvorteil 1:1 das Gegenstück des Vermögensschadens sein muss. Vielmehr ist unter Stoffgleichheit zu verstehen, dass Vermögensschaden und der erstrebte Vermögensvorteil nicht durch verschiedene Verfügungen, sondern durch ein und dieselbe Vermögensverfügung vermittelt werden müssen (*Wessels/Hillenkamp* Rn. 585).

Bsp.: T erschleicht sich in einem Haustürgeschäft von O die Unterschrift für ein Zeitschriftenabonnement, indem er ihm eine „Bestätigung“ seines Besuches zur Unterschrift vorlegt; tatsächlich handelt es sich um den Vertrag. Hierfür bekommt er von seinem Auftraggeber A 10 % Provision, auf die es T ankommt.

- Ein Betrug des T gegenüber und zu Lasten des O zu eigenen Gunsten liegt nicht vor: es fehlt an der Stoffgleichheit, da Vermögensschaden bei O (durch Vertragsschluss) und erstrebter Vorteil (Provisionszahlung) nicht durch die gleiche Vermögensverfügung vermittelt werden. Vielmehr geht die Provisionszahlung auf eine weitere Verfügung des Auftraggebers zurück.
- Es liegt jedoch ein Betrug des T gegenüber und zu Lasten des O und zu Gunsten des Auftraggebers vor (Drittbereicherungsabsicht), da die vermögensmindernde Belastung mit einem Anspruch (bei O) und der erstrebte vermögensmehrende Anspruch (beim Auftraggeber) durch eine Vermögensverfügung (Vertragsschluss des O) vermittelt werden. Da es sich dabei um ein notwendiges Zwischenziel des T handelt, liegt insoweit auch Absicht vor.

- Schließlich kann auch ein Betrug des T gegenüber und zu Lasten des Auftraggebers vorliegen, wenn der den Auftraggeber unter Vorlage anfechtbarer Verträge zur Auszahlung der nicht zu beanspruchenden Provision veranlasst (BGHSt. 21, 384; *Kindhäuser* BT II § 27 Rn. 97).

### c) Rechtswidrigkeit der erstrebten Bereicherung

Die Rechtswidrigkeit der Bereicherung ist ein objektiv zu bestimmendes Tatbestandsmerkmal (*Wessels/Hillenkamp* Rn. 581), das jedoch wegen ihres ins Subjektive verlagerten Anknüpfungspunkts (scil. der Bereicherungsabsicht) erst im subjektiven Tatbestand geprüft wird. Da es sich um ein objektives Tatbestandsmerkmal handelt, muss es vom Vorsatz des Täters umfasst sein (BGHSt. 3, 160, 163; *Kindhäuser* BT II § 27 Rn. 99).

An der Rechtswidrigkeit der Zueignung fehlt es, wenn der Täter einen fälligen und einredefreien Anspruch auf den erstrebten Vorteil hat (*Wessels/Hillenkamp* Rn. 583; *Kindhäuser* BT II § 27 Rn. 99 – nach a.A. fehlt es bereits am Schaden vgl. oben KK 324 f.). An der Rechtswidrigkeit fehlt es ferner beim sog. Selbsthilfebetrug, bei dem der Täter durch Täuschung einen unbegründeten Anspruch abwehrt (BGHSt. 42, 268, 271; *Fischer* StGB § 263 Rn. 112).

Ein Irrtum über das Bestehen eines Anspruchs ist ein vorsatzausschließender Tatumstandsirrtum i.S.d. § 16 I 1 StGB (BGH NStZ 2003, 663; *MK/Hefendehl* § 263 Rn. 740 m.w.N.).

## VII. Qualifikationstatbestand (§ 263 V StGB)

§ 263 V StGB enthält einen Qualifikationstatbestand. Er greift ein, wenn der Täter den Betrug kumulativ gewerbsmäßig und als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung von Strafta-

ten nach den §§ 263 - 264 StGB oder 267 - 269 StGB verbunden hat. Im Unterschied zu § 244 I Nr. 2 StGB wird keine bandenmäßige Begehung vorausgesetzt.

Zum Bandenbegriff und zur Mitgliedschaft in einer Bande vgl. KK 217 f.

Zum Begriff der Gewerbsmäßigkeit vgl. KK 195 f.

### **VIII. Besonders schwerer Fall des Betrugs (§ 263 III, IV StGB)**

§ 263 III 1 StGB regelt den besonders schweren Fall des Betrugs. S. 2 enthält Regelbeispiele, deren Vorliegen einen besonders schweren Fall und damit eine Strafschärfung indiziert. Zu beachten ist dabei, dass die Geringwertigkeitsklausel des § 243 II StGB hier gem. § 263 IV StGB entsprechende Anwendung findet.

#### **1. § 263 III 2 Nr. 1 StGB**

Anknüpfungspunkt des Regelbeispiels ist das gewerbsmäßige Betrügen (Alt. 1) und der Betrug als Mitglied einer Bande (Alt. 2). Vgl. zu diesen Begriffen KK 195 f.; 217 f.

#### **2. § 263 III 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB**

Nach Nr. 2 Alt. 1 StGB liegt ein besonders schwerer Fall regelmäßig auch vor, wenn der Täter einen Vermögensverlust großen Ausmaßes herbeiführt. Ein großes Ausmaß ist ab einem Betrag von € 50.000,- anzunehmen (BGH NStZ 2004, 155; *Wessels/Hillenkamp* Rn. 591).

Wird der Schaden auf Tatbestandsebene „nur“ durch eine schadensgleiche konkrete Vermögensgefährdung begründet, soll dies nach h.M. (BGHSt. 48, 354, 355 ff.; BGH *wistra* 2004, 20; *Wessels/Hillenkamp* Rn. 591) für Nr. 2 Alt. 1 angesichts des Wortlauts („Verlust“) und der Systematik

(Alt. 2 lässt eine Gefährdung ausreichen) nicht genügen. A.A. 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.

### 3. § 263 III 2 Nr. 2 Alt. 2 StGB

Ferner liegt ein besonders schwerer Fall i.d.R. auch vor, wenn der Täter eine große Zahl von Menschen in die Gefahr des Vermögensverlustes bringt. Wann eine große Zahl anzunehmen ist, ist umstritten; zwischen zehn und 50 wird alles vertreten. Verbreitet werden 20 Menschen für ausreichend gehalten (*Kindhäuser* BT II § 27 Rn. 103; MK/Hefendehl § 263 Rn. 779).

Juristische Personen sind nach dem klaren Wortlaut („Menschen“) nicht erfasst (BGH *wistra* 2001, 59; *Wessels/Hillenkamp* Rn. 591).

### 4. § 263 III 2 Nr. 3 StGB

Das Regelbeispiel erfüllt, wer eine andere Person in wirtschaftliche Not bringt. Wirtschaftliche Not ist eine Mangellage, aufgrund derer der notwendige Lebensunterhalt für den Geschädigten oder für ihm gegenüber unterhaltsberechtigten Personen ohne Hilfe Dritter nicht mehr gewährleistet ist (BGH *NStZ-RR* 2007, 269; MK/Hefendehl § 263 Rn. 781).

### 5. § 263 III 2 Nr. 4 StGB

Ein besonders schwerer Fall liegt nach Nr. 4 vor, wenn der Täter zur Begehung des Betrugs seine Stellung oder seine Befugnisse als Amtsträger missbraucht. Der Begriff des Amtsträgers ist in § 11 I Nr. 2 StGB legaldefiniert.



- Missbrauch der Befugnis = täuschendes Handeln innerhalb der grds. gegebenen Zuständigkeit.
- Missbrauch der Stellung = Ausnutzung sonstiger durch das Amt gegebener Möglichkeiten.

## 6. § 263 III 2 Nr. 5 StGB

Schließlich indiziert auch das Vortäuschen eines Versicherungsfalls nach Nr. 5 einen besonders schweren Fall, wenn der Täter oder ein anderer zu diesem Zweck eine Sache von bedeutendem Wert in Brand gesetzt oder durch eine Brandlegung ganz oder teilweise zerstört oder ein Schiff zum Sinken oder Stranden gebracht hat.

Das Regelbeispiel kompensiert die Herabstufung des § 265 StGB zum Vergehen; der Versicherungsbetrug gem. § 265 StGB a.F. war als Verbrechen ausgestaltet.

Das Vortäuschen eines Versicherungsfalls ist die wahrheitswidrige Behauptung eines Sachverhalts, der nach bestehendem Versicherungsvertrag zu Ersatzverpflichtung der Versicherung führt (MK/Hefendehl § 263 Rn. 784).

## IX. Konkurrenzen

Tateinheit ist mit Delikten möglich, die nicht dem Vermögensschutz dienen.

Problematisch ist das Verhältnis zu anderen Vermögensdelikten, insb. beim sog. Sicherungsbetrug. Dabei täuscht der Täter einen anderen zur Sicherung oder Verwertung von aus einem anderen Vermögensdelikt erlangter Vorteile ohne weiteres Unrecht zu begehen, insb. ohne den Vermögensschaden zu vertiefen.

Bsp.: T entwendet in der Gaststätte den Mantel des O. Als O bemerkt, dass T mit einem Mantel, der wie seiner aussieht, die Gaststätte verlässt, stellt er den T zur Rede. O glaubt der Versicherung des T, dass es sich um dessen Mantel handle und O's Mantel weiter in der Gaststätte hinge.

- Teilweise (*Lackner/Kühl* § 263 Rn. 69) wird angenommen, der Betrug habe hier keine selbstständige Bedeutung und tritt als mitbestrafte Nachtat zurück, sog. Sicherungsbetrug.
- Andere (*Wessels/Hillenkamp* Rn. 596) verneinen schon das tatbestandliche Vorliegen eines Betrugs, da keine weitere Vertiefung des Schadens vorliege, fehle es schon am Vermögensschaden.