

Betrug (§ 263 StGB)**Lösung Fall 1 (nach BGHSt. 34, 199)****Strafbarkeit des A gem. § 263 I**

I. Täuschung über Tatsachen? Tatsachen sind alle vergangenen oder gegenwärtigen Sachverhalte (Geschehnisse und Zustände), die objektiv bestimmt und dem Beweis zugänglich sind. Problematisch hier: Es handelt sich offenkundig um reklamehafte Äußerungen, die erkennbar übersteigert sind. Die Bewerbung könnte sich daher auch als bloßes Werturteil darstellen. Werturteile sind Äußerungen, die ihrem Wesen nach durch Elemente der subjektiven Stellungnahme geprägt sind und lediglich die persönliche Überzeugung des sich Äußernden wiedergeben. Gesichtspunkte der Abgrenzung hier:

- ⊖ Für ein Werturteil spricht die offensichtlich übertriebene Schilderung der Wirkung nach marktschreierischer Art.
- ⊖ Zudem können Besteller sich bei derart fragwürdigen Anpreisungen durch hinreichend sorgfältige Prüfung selbst schützen, sodass es der Anwendung des Strafrechts als ultima ratio nicht bedarf.
- ⊕ Jedoch: Auch wenn die Schilderung der Wunderwirkung offenbar übertrieben war, so kann in den Äußerungen zumindest der Tatsachekern erblickt werden, das Mittel habe überhaupt irgendeine positive Wirkung.
- ⊕ Zudem wird der Eindruck zumindest „normaler“ Wirkung durch die Geldzurückgarantie weiter verstärkt, weil das Geschäft sonst durch die hohe Rückgabequote gar nicht florieren kann.
- ⊕ Schließlich: das Strafrecht darf sich gerade dort nicht zurücknehmen, wo es um den Schutz derjenigen geht, die sich selbst nicht oder nur eingeschränkt selbst schützen können. Hieran ändert grundsätzlich auch das Abstellen auf ein europarechtlich geprägtes Verbraucherleitbild nichts. Zwar muss insbesondere die Beurteilung der konkludenten Täuschung die normativen Leitbilder in sich aufnehmen, die auch für den Verbraucher als maßgeblich angesehen werden. Jedoch dürfen die Anforderungen an einen aufmerksamen und verständigen Verbraucher, der willens und in der Lage ist, Informationen zur Kenntnis zu nehmen, gerade im auf schnelle Botschaften und schnelle Abschlüsse gerichteten Verkehr nicht überstrapaziert werden. In den verbleibenden Fällen einer möglichen und dem Täuschenden auch bekannten Diskrepanz zwischen dem konkreten Verbraucher und dessen Leitbild muss das durch den Betrugstatbestand geschützte Rechtsgut des Vermögens die Oberhand behalten.

Es liegt somit im Kern eine Tatsachenbehauptung vor, dahingehend, dass das angebotene Produkt überhaupt eine verschlankende Wirkung habe. Damit (ausdrückliche) Täuschung über eine Tatsache (+)

II. Irrtum (+), M glaubte die Pille sei überhaupt wirkungsvoll; diese Vorstellung entsprach nicht der Realität. Zweifel am Vorliegen eines Irrtums könnte man hier allenfalls insoweit haben, als dass eigentlich

kein Erklärungsadressat ernsthaft annehmen konnte, die Mittel könnten eine die beschriebene, derart starke Wirkung haben. Rein tatsächlich glaubte M jedoch an die Wahrheit von As Erklärung (jedenfalls an irgendeine verschlankende Wirkung) und eine derartige Normativierung des Irrtum bedeutete, gerade denjenigen den Strafrechtsschutz zu versagen, die am wenigsten in der Lage sind, sich selbst zu schützen und daher auf Schutz besonders angewiesen sind.

III. Vermögensverfügung: Als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal ist das Erfordernis einer Vermögensverfügung anerkannt. Es dient dazu, die notwendige Verbindung zwischen Irrtum und Vermögensschaden herzustellen und bringt v.a. den Charakter des Betrugs als Selbstschädigungsdelikt zum Ausdruck. Eine Vermögensverfügung ist jedes (rechtliche oder tatsächliche) Handeln, Dulden oder Unterlassen, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt. Hier: (+), infolge des Irrtums hat M einen Kaufvertrag abgeschlossen und zu dessen Erfüllung das Eigentum an € 150 auf A übertragen.

IV. Vermögensschaden

1. Die Eigentumsübertragung an € 150 wird zunächst nicht durch die Erlangung des Eigentums an den Pillen kompensiert, da diese objektiv wertlos sind. Schaden grds. (+)

2. Schadensausschluss wegen Anfechtungsmöglichkeit gem. § 123 I BGB? (-), eine rechtlich zwar grundsätzlich gegebene, in der tatsächlichen Durchsetzung jedoch nicht unzweifelhafte Anfechtungsmöglichkeit genügt nicht, um einen Schaden auszuschließen.

3. Schadensausschluss wegen Geldzurückgarantie?

- ⊕ M kann die gezahlten € 150,- durch Erklärung gegenüber A letztlich zurückerlangen.
- ⊖ Die bloße Erklärung gegenüber A genügt – im Gegensatz zum Rücktrittsrecht vor Leistungserbringung – gerade nicht aus. Hier erhält sie „lediglich“ einen Rückzahlungsanspruch auf das Geld; beim Rücktritt vor Leistungserbringung hat sie das Geld weiterhin.
- ⊖ Beim bloßen Rückzahlungsanspruch ist somit der Kundin M das Realisierungsrisiko zugewiesen: Risiko der Rechtsverfolgung – regelmäßig wird der angesprochene Kundenkreis Probleme mit der Verfolgung ihrer Ansprüche haben oder angesichts geringer Beträge darauf verzichten.
- ⊖ Vorliegend ist dieser Rückzahlungsanspruch kein vollwertig kompensierendes Äquivalent des Kaufpreises: Obwohl alle Käufer ein wirkungsloses Präparat erhielten und damit sämtlich rücktrittsberechtigt waren, war es A ersichtlich gar nicht möglich, ihnen allen – also nicht nur dem erfahrungsgemäß reklamierenden Anteil bis zu 10% – den Kaufpreis zu erstatten.

4. Vermögensschaden daher (+)

V. Vorsatz und Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung (+)

VI. Ergebnis: § 263 I (+)

Lösung Fall 2 (nach BGH NStZ 2010, 88 mit Anm. Kubiciel JZ 2010, 422)**Strafbarkeit des B gem. § 263 I, III 2 Nr. 1 Alt. 1, Nr. 2 Alt. 2**

I. Täuschung über Tatsachen: Vorliegend kommen gleich mehrere Anknüpfungspunkte für eine Täuschung durch B in Betracht:

1. Über die Wirksamkeit von Galavit? Über die generelle Wirkungslosigkeit des Medikaments bestehen keine gesicherten medizinischen Erkenntnisse: Die in Russland gefertigten Studien sind zwar nicht aussagekräftig, aber das bedeutet noch nicht, dass das Medikament auch tatsächlich völlig wirkungslos ist. In dubio pro reo liegt daher keine wahrheitswidrige Behauptung von Tatsachen vor.

2. Über die Existenz eines validen wissenschaftlichen Wirkungsnachweises? (+), da B entgegen der wahren Sachlage behauptete, die Wirksamkeit des Präparats sei wissenschaftlich bestätigt. Die in Russland gefertigten Studien stellten keinen wissenschaftlich validen Wirkungsnachweis dar.

3. Über die Angemessenheit bzw. Üblichkeit des Preises? Voraussetzung wäre, dass im Fordern eines Preises die konkludente Behauptung liege, dieser Preis entspreche dem marktüblichen Preis. Die h.M. verneint dies: Der Markt regelt sich grundsätzlich von selbst nach den Regeln von Angebot und Nachfrage; der Marktpreis wird daher wirtschaftlich frei bestimmt und unterliegt ständiger Schwankung. Die Wirtschaftsordnung baut gerade darauf auf, dass Leistung und Gegenleistung nicht vollständig gleichwertig sein müssen. Ausnahme: Waren mit Preisbindungen, Preisgestaltung nach Gebührenordnung o.ä. Hier aber (-)

4. Über das Zustandekommen des Preises, d.h. die interne Preisberechnung? BGH NStZ 2010, 88, 89 bejaht eine betrugsrelevante Täuschung insoweit: „Das betrügerische Verhalten aller Angeklagten liegt hier darin, dass sie die Patienten über die Grundlagen ihrer Preisgestaltung und den Apothekenabgabepreis von Galavit in Deutschland täuschten. [...] liegt im Fordern eines bestimmten Preises nicht ohne weiteres die Zusicherung, dass dieser auch angemessen oder üblich ist.“ Die wahrheitswidrige Behauptung, der Exportpreis des Medikaments betrage € 600 pro Ampulle, spiegele den Patienten vor, das Medikament sei in Deutschland nicht zu einem geringeren Preis erhältlich.

⊖ Hätte B zum Zustandekommen des Preises in seinen Einzelposten keine Angaben gemacht und hätte nur einen Endpreis genannt, wäre er straflos geblieben (s.o.). In der Sache kann es aber keinen Unterschied machen, ob B das Zustandekommen seines Preises rechtfertigt oder nicht, da seine Preisgestaltung infolge der freien Vereinbarkeit von Leistung und Gegenleistung nicht rechtfertigungsbedürftig ist.

⊖ Preisbegründung mit Darstellung der Kosten ist eine weit verbreitete und bekannte Verhandlungsstrategie.

Soweit die Täuschung maßgeblich auf die Offenlegung der Kalkulation gestützt wird, erscheint *Kubiciels* Kritik zutreffend. Denkbar erscheint die Annahme einer Täuschung aber insoweit, als B hier den Eindruck erweckt, es könne überhaupt keinen Wettbewerber geben, der das Medikament günstiger besorgen

könnten, weil die Ausfuhr aus Russland stets € 600 koste und deshalb generell in Deutschland unterhalb dieses Preises von niemandem Angeboten werden könne. Für diese Betrachtung spricht jedenfalls eine Parallele zu den Preisbindungsfällen, wo ebenfalls der Eindruck erweckt wird, mangels Wettbewerbs könne ein Produkt nirgendwo auf dem Markt billiger beschafft werden.

II. Irrtum der Käufer?

1. Hinsichtlich der wissenschaftlich erwiesenen Wirkung: Fraglich, ob wirklich jeder einzelne Käufer an die wissenschaftlich erwiesene Wirkung des Medikaments glaubte oder ob er insoweit zumindest Zweifel hatte. Jedoch stehen bloße Zweifel nach h.M. einem Irrtum nicht entgegen, 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. Irrtum daher (+)

2. Hinsichtlich der „faktischen Preisbindung“ ebenfalls (+)

III. Irrtumsbedingte Vermögensverfügung?

1. Hinsichtlich des wissenschaftlichen Wirkungsnachweises: BGH NSTZ 2010, 88, 89 äußert Zweifel an der Kausalität des Irrtums für die Vermögensverfügung: „Dass die Behauptungen der Angeklagten zum Grad der wissenschaftlichen Verlässlichkeit ihrer Angaben in allen Fällen kausal für die Vermögensverfügung der Getäuschten waren, versteht sich angesichts der Lage, in der sich die Interessenten befanden, nicht von selbst. Zutreffend weisen die Revisionen darauf hin, dass es sich überwiegend um austerapierte Krebspatienten handelte, die genötigt waren, nach ‚jedem Strohalm zu greifen‘. Es liegt schon deshalb nicht fern, dass sich jedenfalls ein Teil der Patienten auch dann für eine Behandlung mit Galavit [...] entschieden hätte, wenn ihnen nicht eine nachgewiesene, sondern lediglich die – nach den Feststellungen der *StrK* nicht ausschließbar gegebene – Möglichkeit einer entsprechenden Wirkung in Aussicht gestellt worden wäre.“ A.A. insoweit mit dem Argument, dass zwar nicht die Preisangemessenheit, wohl aber der von B erzeugte Glaube an die Wirksamkeit der Therapie handlungsleitend gewesen sein dürfte. Letztlich ist der These der a.A., dass sich mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ein austerapiertes Krebspatient nur dann für die Behandlung entscheiden wird, wenn er sich nach der Wirksamkeit der Therapie erkundigt hat, aber eine Behauptung. Kausale Vermögensverfügung daher (-)

2. Hinsichtlich der „faktischen Preisbindung“ (+), da die Patienten aufgrund der vorgespiegelten „faktischen Preisbindung“ unterlassen haben, nach günstigeren Wettbewerbern zu suchen und das Medikament nicht zu einem Bruchteil des Preises selbst über internationale Apotheken bezogen haben.

IV. Vermögensschaden (+), da Leistung hinter objektivem Wert zurückblieb.

VI. Vorsatz und Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung (+)

VII. Besonders schwerer Fall des Betrugs gem. § 263 III 2 Nr. 1 (Gewerbsmäßigkeit) und Nr. 2 (Gefahr des Vermögensverlust bei einer großen Zahl von Menschen) jeweils (+)

VIII. Konkurrenzverhältnis der Taten: Die Rspr. (vgl. BGH NSTZ 2010, 103, 104) nimmt an, dass einzelne Beiträge „zur Errichtung, zur Aufrechterhaltung und zum Ablauf eines auf Straftaten ausgerichteten

Geschäftsbetriebes zu einer Tat im Rechtssinne zusammengefasst werden können, indem die aus der Unternehmensstruktur heraus begangenen Straftaten in der Person des betreffenden Tatbeteiligten zu einer einheitlichen Tat oder wenigen einheitlichen Taten i.S.d. § 52 Abs. 1 StGB zusammengeführt werden [...]. Das kann namentlich auch für wiederkehrende gleichartige Einzelbetrugstaten im Rahmen einer betrieblichen Organisation gelten, die auf diese Weise zu einer einheitlichen Handlung verknüpft werden.“ Aber: „Dabei darf jedoch nicht aus dem Blick verloren werden, dass § 263 StGB nicht als Organisationsdelikt, sondern als ein gegen das Vermögen einzelner Privater oder juristischer Personen gerichteter Straftatbestand konzipiert ist. Strafbar nach § 263 StGB ist nicht das Betreiben einer auf Betrug ausgerichteten Organisation als solcher, sondern die betrügerische Schädigung individuellen Vermögens.“ Nach diesen Maßstäben BGH NStZ 2010, 88, 89: Die „organisatorische Einbindung des Täters in ein betrügerisches Geschäftskonzept ist für sich nicht ausreichend, die Einzelakte der Tatserie rechtlich zu einer Tat, auch nicht im Sinne eines sog. „uneigentlichen Organisationsdelikts“ [...] zusammenzufassen. Erbringt der Täter für alle oder einige Einzeltaten einen individuellen, nur diese fördernden Tatbeitrag, so sind ihm diese Taten grundsätzlich als tatmehrheitlich begangen zuzurechnen.“

IX. Ergebnis: § 263 I, III 2 Nr. 1 Alt. 1, Nr. 2 Alt. 2 in 132 Fällen (+)

Lösung Fall 3 (nach BGHSt. 51, 165 – Fall Hoyzer, s. auch NSTz 2013, 234)**A. Strafbarkeit des C gem. § 334 II Nr. 2**

(-), H ist kein Schiedsrichter i.S.d. Norm.

B. Strafbarkeit des C gem. § 299 II

(-), H ist kein Angestellter oder Beauftragter eines Unternehmens: DFB ist Idealverein.

C. Strafbarkeit des C gem. §§ 263 I, III 2 Nr. 2 Alt. 1 gegenüber der Annahmestelle zu Lasten von Oddset

I. Täuschung über Tatsachen: Nicht über den Spielausgang selbst, da zukünftige Ereignisse keine Tatsachen sind. Aber der Umstand, dass C keinerlei regelwidrigen Einfluss auf den Ausgang der Spiele genommen hat, ist eine Tatsache. Ausdrücklich hat er sie jedoch bei Abgabe des Tippscheins nicht behauptet. Fraglich ist daher, ob C diese Tatsache bei Scheinabgabe gegenüber der Annahmestelle konkludent miterklärt hat?

- Eine Ansicht (+): Dem Vertragsangebot zum Abschluss eines Wettvertrages könne die stillschweigende Erklärung entnommen werden, dass die Geschäftsgrundlage nicht manipuliert sei. Der Erklärungswert eines Verhaltens ergebe sich nicht nur aus dem ausdrücklichen Gegenstand der Kommunikation, sondern auch aus dem, was nach der Verkehrsauffassung durch das Verhalten miterklärt werde. Dieser Inhalt bestimme sich nach faktischen und normativen Gesichtspunkten. Entscheidende Kriterien für die Ermittlung des Erklärungsinhaltes seien neben der konkreten Situation der jeweilige Geschäftstyp und die Interessen der Parteien. „Zwar reicht die allgemeine Erwartung, der andere werde sich redlich verhalten, für die Annahme entsprechender konkludenter Erklärungen nicht aus. Abgesehen davon, dass die Vertragspartner aber ein Minimum an Redlichkeit im Rechtsverkehr, das auch verbürgt bleiben muss, voraussetzen dürfen, ist die Erwartung, dass keine vorsätzliche sittenwidrige Manipulation des Vertragsgegenstandes durch einen Vertragspartner in Rede steht, unverzichtbare Grundlage jeden Geschäftsverkehrs und deshalb zugleich miterklärter Inhalt entsprechender rechtsgeschäftlicher Erklärungen. [...] Bei der Sportwette, einer Unterform des wesentlich durch Zufall bestimmten Glücksspiels [...], ist Gegenstand des Vertrages das in der Zukunft stattfindende und von den Sportwettenteilnehmern nicht beeinflussbare [...] Sportereignis. Auf diesen Vertragsgegenstand nimmt jede der Parteien bei Abgabe und Annahme des Wertscheins Bezug“ (BGHSt. 51, 165, 171 f.).
- Andere Ansicht (-): Nach der Verkehrsanschauung sei das Verhalten des Vertragsschließenden dahingehend auszulegen, dass einem Alltagsgeschäft ohne personales Gepräge regelmäßig keine Erklärung über dessen Nichtmanipulation innewohne. Der Abschluss einer Sportwette erfolge

anonym und formalisiert, so dass der Wettanbieter aus dem Verhalten des Vertragsschließenden überhaupt keine Schlüsse ziehen könne.

- Stellungnahme: Der ersten Ansicht ist zu folgen, denn der tatsächliche Bedeutungsgehalt einer Kommunikation lässt sich nicht losgelöst vom Empfängerhorizont des Erklärungsempfängers bestimmen, der durch die prägenden Umstände des Geschäftstyps mitgeformt wird. Konkludente Täuschung also (+)

II. Irrtum der Annahmeperson? Zweifeln könnte man am Vorliegen eines Irrtums deshalb, weil sich die Annahmeperson bei einem derart alltäglichen Massengeschäft keine positive Vorstellung davon macht, dass der Wettende den Wettgegenstand nicht manipuliert habe. Nach h.M. wird aber nicht vorausgesetzt, dass der Getäuschte grds. eine positive Fehlvorstellung hinsichtlich der der Wirklichkeit widersprechenden Tatsache hat. Sie verlangt nur ein intuitives „sachgedankliches“ Mitbewusstsein. Hier (+), die Annahmeperson ging davon aus, dass das wettgegenständliche Risiko nicht durch Manipulation des Sportereignisses zu Ungunsten ihres Unternehmens ganz erheblich verändert wird. Ansonsten hätten sie die jeweiligen Wettangebote zu der angebotenen Quote zurückgewiesen.

III. Vermögensverfügung (+), Verfügung der Annahmeperson ist Oddset auch zurechenbar, da sie im Lager von Oddset steht und von ihr zur Vornahme der Verfügung befugt worden ist.

IV. Vermögensschaden

1. Hinsichtlich der gewonnenen Wetten:

- e.A.: Jedenfalls hinsichtlich des ausbezahlten Wettgewinns ist von einem endgültigen Vermögensverlust in Höhe der Differenz zwischen dem von C eingezahlten Wetteinsatz und dem Wettgewinn auszugehen. Dieser Gewinn steht C nicht zu, da bei Kenntnis von der Manipulation der Vertrag nicht geschlossen worden wäre.
- a.A.: Auch bzgl. des ausbezahlten Gewinns ist das konkrete Geschäft der Wette als Risikogeschäft zu beachten. Ginge es nur darum, dass der Vertrag bei Offenlegung der Manipulation nicht geschlossen worden wäre, würde nur die Dispositionsfreiheit geschützt werden. Für den Gewinn des Wettanbieters ist nämlich nicht lediglich der jeweilige Spielausgang ausschlaggebend, sondern die genaue Einschätzung des Wettverhaltens seiner Kunden. Verteilen sich die Wetteinsätze entsprechend seiner Erwartung, macht der Wettanbieter Gewinn. Denn die Gewinnquote entspricht nicht den kalkulierten Wahrscheinlichkeiten, sondern beinhaltet zusätzlich eine Gewinnspanne für den Wettanbieter. Das bedeutet, dass der Wettanbieter bei einer erfolgreichen Manipulation nicht notwendigerweise einen Verlust erleidet, sondern möglicherweise nur einen geringeren Gewinn erzielt. Die bloße Vereitelung einer (weiteren) Vermögensmehrung stellt aber grds. keinen Vermögensschaden i.S.d. § 263 I dar.

Hiernach kommt es auch bzgl. der Fälle, in denen Gewinne erzielt und ausbezahlt wurde, auf die Beurteilung zum Zeitpunkt des Abschlusses der Wette an.

2. BGHSt. 51, 165, 175 bejaht einen Vermögensschaden in Form des Eingehungsbetrugs. „Bei Sportwetten mit festen Quoten (sog. Oddset-Wetten) stellt die aufgrund eines bestimmten Risikos ermittelte Quote gleichsam den ‚Verkaufspreis‘ der Wettchance dar; die Quote bestimmt, mit welchem Faktor der Einsatz im Gewinnfall multipliziert wird. Weil die [...] Manipulation der Fußballspiele das Wettisiko ganz erheblich zu [Cs] Gunsten verschoben hatte, entsprachen die bei dem Vertragsschluss vom Wettanbieter vorgegebenen Quoten nicht mehr dem Risiko, das jeder Wettanbieter seiner eigenen kaufmännischen Kalkulation zugrunde gelegt hatte. Eine derart erheblich höhere Chance auf den Wettgewinn ist aber wesentlich mehr wert, als [C] hierfür jeweils in Ausnutzung der erfolgten Täuschung gezahlt hat. Für seinen jeweiligen Einsatz hätte er bei realistischer Einschätzung des Wetttrisikos unter Berücksichtigung der verabredeten Manipulation nur die Chance auf einen erheblich geringeren Gewinn erkaufen können. Diese „Quotendifferenz“ stellt bereits bei jedem Wettvertragsabschluss einen nicht unerheblichen Vermögensschaden dar. [...] Maßgeblich ist allein, dass der Wettanbieter täuschungsbedingt aus seinem Vermögen eine Gewinnchance einräumt, die (unter Berücksichtigung der Preisbildung des Wettanbieters) gemessen am Wetteinsatz zu hoch ist. Mithin verschafft sich der Täuschende eine höhere Gewinnchance, als der Wettanbieter ihm für diesen Preis bei richtiger Risikoeinschätzung ‚verkaufen‘ würde.“ Insofern muss jedoch der Schaden der Höhe nach zu beziffern sein, jedenfalls ein Mindestschaden müsse angegeben werden. Maßgeblich bleibt somit letztlich die Art und Weise sein, wie der Wettanbieter die Quote bzw. seine Gewinne berechnet. Grundsätzlich kann aber bei festgelegten Quoten davon ausgegangen werden, dass bei manipulierten Spielverläufen die zugrunde gelegten Gewinnwahrscheinlichkeiten nicht mehr zutreffen und der Manipulierende sich einen (hypothetischen) Anspruch auf einen Wettgewinn erkaufte, dem kein gleichwertiger Anspruch des Wettanbieters auf Behaltendürfen des Einsatzes entspricht. Ein Schaden kann somit grundsätzlich bejaht werden.

3. Allerdings verlangt nunmehr der BGH im Anschluss an Teile der Lehre und die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, dass der ermittelte Schaden bezifferbar sein muss. Dies führt zu einer Aufgabe der Lehre vom Quotenschaden. Diese wird vielmehr ersetzt durch die Annahme einer schädigenden Vermögensgefährdung, die sich daraus ergeben soll, dass der Wettanbieter aufgrund des Irrtums über die Unmanipuliertheit des Spiels ein Verlustrisiko eingegangen ist, das über dem Verlustrisiko liegt, das dem Wettvertrag zu Grunde lag.

4. Stellungnahme: Richtig erscheint es, nicht auf die Auszahlung der Gewinne als Schadensposition abzustellen. Problematisch bleibt die Feststellung eines bezifferbaren Schaden im Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Eine gültige Berechnung des Gefährdungsschadens scheint auch unter Hinzuziehung von Sachverständigen kaum, jedenfalls nicht mit vertretbarem Zeitaufwand und mit dem Anspruch hinreichender objektiver Absicherung, möglich zu sein. Die ergibt sich bereits aus der Vielzahl denkbarer Spielverläufe mit und ohne Manipulation, die einer Wahrscheinlichkeitsberechnung und in der Folge einer Übersetzung in finanzielle Position nicht hinreichend zugänglich sind. Angesichts dieses Befundes kann ein Schaden nicht mit der notwendigen Sicherheit festgestellt werden. (a.A. vertretbar).

V. Ergebnis: § 263 I, III 2 Nr. 2 Alt. 1 (-)

Hinweis: Ein Betrug zum Nachteil der Mitwetter kommt nicht in Betracht. Zum einen ist schon eine unmittelbare Täuschung ihnen gegenüber nicht ersichtlich. Zudem erleiden sie aber auch keinen Schaden, da beim Oddset-Tippenspiel feste Quoten existieren, die dem einzelnen Wetter einen schon vorher errechenbaren Gewinn garantieren, wenn er sämtliche Tipps richtig abgibt. Der Gewinn eines Spielers schmälert also nicht – wie etwa beim Lotto – den Gewinn eines anderen Tippers.

Lösung Fall 4 (nach BGHSt. 47, 1, vgl. auch OLG Frankfurt, NJW 2011, 398)**A. Strafbarkeit des D gem. § 263 I, III 2 Nr. 1, Nr. 2 Alt. 2 hinsichtlich der zahlenden Adressaten**

I. Täuschung? Ausdrücklich (-), da die Schreiben nicht ausdrücklich als Rechnung deklariert waren. Vielmehr waren sie als „Offerte“ bezeichnet. Dennoch bejaht BGHSt. 47, 1, 3 f. eine Täuschung durch die unaufgeforderte Zusendung der „Insertionsofferte“. Zu einer tatbestandlichen (konkludenten) Täuschung werde dies trotz objektiver Wahrheit der Erklärung dann, wenn der Täter die richtige Erklärung planmäßig einsetzt, um den Adressaten zu schädigen, die Irrtumserregung also nicht bloße Folge, sondern Zweck der Handlung ist. Diese Entscheidung wird vielfach kritisiert, da das Vorgehen zwar unmoralisch, aber nicht strafbar sei, weil nur wahre Tatsachen behauptet worden seien. Dabei wird jedoch verkannt, dass auch der gezielte Einsatz wahrer Tatsachen in missverständlichen Formulierungen und unklaren Gestaltungen den Adressaten verwirren und ihn somit irrig eine Zahlungsverpflichtung annehmen lassen kann. Insoweit ist der Täuschungsbegriff also auch normativ zu bestimmen. Innerhalb einer wertenden Betrachtung sind aber auch die Sorgfaltsobliegenheiten der Adressaten zu berücksichtigen. Ob in derartigen Fallgestaltungen eine konkludente Täuschung zu bejahen ist, hängt daher auch davon ab, ob es sich um einen geschäftserfahrenen (käufermännischen) oder einen privaten Adressaten handelt. Zwar sind auch Kaufleute nicht zur Durchforstung der Schreiben bis in das letzte Detail verpflichtet, ihnen kommt aber eine besondere Verantwortung bei deren Analyse zu. Dafür spricht auch der Rechtsgedanke des § 305c BGB.

II. Irrtumsbedingte Vermögensverfügung (+)

III. Vermögensschaden? Zweifeln könnte man am Schaden insoweit, als dass D die Anzeigen im Internet tatsächlich geschaltet hat, wodurch der Vermögensabfluss durch einen äquivalenten Vermögenszufluss kompensiert worden sein könnte? (-), die Veröffentlichung der Todesanzeigen im Internet ist nicht nur nach der persönlichen Einschätzung der Adressaten, sondern auch nach der Auffassung eines objektiven Beurteilers praktisch wertlos.

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

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

B. Strafbarkeit des D gem. §§ 263 I, II, III 2 Nr. 1, Nr. 2 Alt. 2; 22 hinsichtlich der nicht zahlenden Adressaten (+)**Lösung Fall 5 (nach BGH NStZ-RR 2010, 74)****A. Strafbarkeit des E durch Start des Tankvorgangs gem. § 242 I**

I. Fremdheit des Benzins?

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

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

- Teilweise wird im Aufstellen der Zapfanlage ein Angebot auf Eigentumsübertragung ad incertas personas gesehen, das E durch den Start des Tankvorgangs konkludent angenommen habe.
- Nach h.M. ist die Wirksamkeit des Angebots durch die Zahlung des Kaufpreises an der Kasse bedingt (Eigentumsvorbehalt). Da Bedingung nicht eingetreten, bleibt Benzin für E fremd.

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

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

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

- Teilweise wird davon ausgegangen, dass das Einverständnis der T dahingehend modifiziert ist, dass es durch die Zahlung des Kaufpreises bedingt ist. Danach Bruch des Gewahrsams (+)
 - ⊕ Parallele zur Beurteilung der Eigentumsübertragung, wo die Eigentumsübertragung durch die Kaufpreiszahlung des Kunden bedingt ist.
- H.M.: Natürlicher Wille ist nicht im Rechtsinne bedingbar: unmodifiziertes Einverständnis des T in die Gewahrsamsverschiebung (+), diese wurde auch nicht durch K widerrufen.

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

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

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

II. Irrtum des Kassierers? (-), wenn dieser den Tankvorgang gar nicht wahrgenommen hat. Diesbezüglich bemängelt BGH NStZ-RR 2010, 74 in der zugrundeliegenden in diesem Punkt auf einem andere Sachverhalt basierenden Entscheidung unzureichende Feststellungen des LG, die eine Verurteilung wegen

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

III. Ergebnis: § 263 I (-)

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

Hier kann bedingter Vorsatz des E auf den Erfolg der Täuschung bei K angenommen werden, da er es für möglich hielt und billigend in Kauf nahm, dass K einem Irrtum über die Zahlungswilligkeit unterliegt. Eine gewollte Vermögensverfügung ist dann darin zu sehen, dass K den Gewahrsamswechsel täuschungsbeding zuließ und insoweit das generelle Einverständnis nicht widerrief (a.A. vertretbar). Dies sollte zu einem Schaden bei der Tankstelle führen. E hatte insoweit Bereicherungsabsicht. §§ 263 I, II, 22 (+)

D. Strafbarkeit des E gem. § 246 I

I. Fraglich, wann objektiv Zueignung vorliegt. Denkbar: bereits im Einfüllen des Benzins in den Tank, kommt der Zueignungswille objektiv zum Ausdruck. Jedoch: Ein solches Verhalten entspricht den üblichen Gepflogenheiten und der Tankstellenpächter ist damit einverstanden. Daher Manifestation des Willens rechtswidriger Zueignung erst, wenn sich E anschickt, die Tankstelle zu verlassen, ohne bezahlt zu haben. Die Problematik der Zweitzueignung (vgl. dazu ausführlich Fall 2 zur Unterschlagung) stellt sich nur, wenn eine Erstzueignung durch den vollendeten Betrug angenommen wurde. Hier aber (-). Die Annahme eines versuchten Betruges erfasst die erfolgte Zueignung nicht hinreichend.

III. Ergebnis: § 246 I (+)

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

I. E und F waren Mittäter, das täuschende Verhalten war Teil des gemeinsamen Tatplans. Auch nahm F billigend in Kauf, dass sein Ablenkungsmanöver nicht gelang, wodurch dann ein Irrtum bei K erzeugt würde. Durch das Ablenken sollte F auch einen hinreichenden Tatbeitrag leisten. Zurechnung des Verhaltens des E gem. § 25 II (+)

II. Ergebnis: §§ 263 I, II; 22, 25 II (+)

F. Strafbarkeit des F gem. § 246 I, 25 II (+)

Lösung Fall 6a

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

I. Wegnahme einer fremden beweglichen Sache (+)

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

III. Ergebnis: § 242 I (+)

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

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

II. Irrtum: Irrtum ist das Auseinanderfallen von Vorstellung und Wirklichkeit, eine falsche Vorstellung von der Realität. Fraglich ist, ob B sich überhaupt über das Vorliegen der Berechtigung zum Abheben Gedanken gemacht hat. Denn bei einem Sparbuch handelt es sich um ein Legitimationspapier. Kennzeichen von Legitimationspapieren ist, dass der Schuldner grds. auch bei der Leistung an den Nichtberechtigten von seiner Schuld frei wird, wenn der Nichtberechtigte das Legitimationspapier vorlegt. Nach § 808 BGB wird daher die Bank von ihrer Leistungspflicht grds. auch dann frei, wenn der Vorlegende nicht der wahre Inhaber des im Sparbuch verbrieften Guthabens ist.

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

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

IV. Hinweis: In Fällen von Legitimationspapieren ist fraglich, wer hier letztlich den Schaden erleidet. Die Rspr. geht kommentarlos davon aus, dass dies die auszahlende Bank ist (vgl. dazu auch Fall 6b).

Dahinter steht wohl die Erwägung, dass die Bank das Eigentum an den Geldscheinen verliert und gleichzeitig aber dem Rückforderungsrisiko des Sparbuchsinhabers ausgesetzt ist, der immer dann besteht, wenn der Bank grobe Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist. Andererseits ließe sich an gut vertreten, dass letztlich der Inhaber des Sparbuchs geschädigt wird, da die Bank grds. mit schuldbefreienden Wirkung an jeden Besitzer des Legitimationspapiers leistet und somit letztlich der Inhaber des Sparbuchs auf dem Schaden „sitzen bleibt“ (so ebenfalls ohne Begründung *Wessels/Hillenkamp* Rn. 161). Die insoweit erforderliche Zurechnung der Vermögensverfügung des Bankmitarbeiters zum Inhaber der Forderung, folgt eben daraus, dass der Bankmitarbeiter zur Auszahlung an jeden Vorlegenden ermächtigt wird.

Lösung Fall 6b (nach BGH NStZ-RR 2009, 279)**A. Strafbarkeit des G gem. § 242 I (+)****B. Strafbarkeit des G gem. § 267 I Var. 3 (+)****C. Strafbarkeit G gem. § 263 I, ggü. dem Bankmitarbeiter und zu Lasten der Bank durch Kontoeröffnung (-), da kein bezifferbarer Schaden****D. Strafbarkeit des G gem. § 263 I, III 2 Nr. 2 Alt. 1 ggü. dem Bankmitarbeiter und zu Lasten der Berliner Bank durch Einreichung des Inhaberschecks**

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

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

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

an dem Scheck erlangt haben. Da eine Nichtbeachtung des Willens des Ausstellers für die Bank mit Regressrisiken verbunden sein kann, wird sich die Vorstellung des Bankmitarbeiters zumindest darauf beziehen müssen, dass eine Situation gegeben ist, die Regressansprüche nicht befürchten lässt. Mit der Vorspiegelung falscher Tatsachen durch den Einreicher korrespondiert eine entsprechende Fehlvorstellung auf der Seite der den Scheck annehmenden Bankmitarbeiter.“

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

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

III. Vermögensschaden: BGH NStZ-RR 2009, 279, 280 sieht bereits in der Gutschrift auf dem Konto des G eine schadensgleiche Vermögensgefährdung (besser: schädigende Vermögensgefährdung – vgl. dazu ausführlich unten). Nicht unberechtigt erscheinen insoweit Zweifel, da der Bank insoweit noch die Herrschaft über den Vermögenswert zukommt, dass sie das bei ihr geführte Konto jederzeit sperren und damit einen endgültigen Abfluss des Geldes aus dem Vermögen verhindern kann. Hier kann man sich aber darauf zurückziehen, dass G bereits € 152.000 abgehoben hat und insoweit das Geld nicht mehr im Herrschaftsbereich vorhanden ist. Fraglich bleibt auch hier letztlich, ob der Schaden bei der auszahlenden Bank oder bei dem Scheckaussteller verbleibt.

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

V. Besonders schwerer Fall gem. § 263 III 2 Nr. 1 Alt. 1 (+), da die ausgezahlten € 152.000 ein großes Schadensausmaß ist, das ab € 50.000 angenommen wird.

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

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

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

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

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

I. Wenn man die Tat – wie der BGH hier – die Tat bereits mit der Gutschrift auf das Konto des G als vollendet ansieht, stellt sich die Frage, ob B diese Tat überhaupt noch in tatbestandlicher Weise fördern konnte. Es stellt sich damit die Problematik, bis zu welchem Zeitpunkt sukzessive Beihilfe möglich ist. Während die h.L. eine tatbestandliche Haupttatförderung nur bis zur Deliktvollendung zulässt, soll nach

der Rspr. Beihilfe bis zur Beendigung der Haupttat möglich sein. Hier: Tatbeendigung (-): „Beendigung setzt den Abschluss des Tatgeschehens in tatsächlicher Hinsicht voraus. Nach dem Tatplan sollte der gutgeschriebene Betrag nur kurzfristig auf dem Bankkonto verbleiben; wegen der Entdeckungsfahr, der die Beteiligten durch die Urkundenfälschungen zu begegnen versuchten und die sich schließlich realisierte, war von vornherein vorgesehen, dass G das Guthaben in bar abheben sollte. Damit wäre die Betrugs- tat erst mit Abhebung des gesamten Guthabens über 590.000 € beendet gewesen“ (BGH NStZ-RR 2009, 279, 280).

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

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

Lösung Fall 7a (nach BGHSt. 41, 198)

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

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

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

III. Vermögensverfügung des Kassierers? Eine Vermögensverfügung ist jedes (rechtliche oder tatsächliche) Handeln, Dulden oder Unterlassen, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt. Die h.M. 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. Diese Differenzierung überzeugt nicht, da das Verfügungsbewusstsein aus der Struktur des Betrugstatbestandes folgt). Ob hier ein Verfügungsbewusstsein des Kassierers vorliegt:

- Teilweise wird davon ausgegangen, das Verfügungsbewusstsein des Kassierer erstrecke sich jeweils auch auf die verborgenen Gegenstände, da er sich bewusst sei, dass er über den Inhalt des Einkaufswagens insgesamt eine Verfügung treffe.
- Weit überwiegend wird jedoch ein Verfügungsbewusstsein des Kassierers hinsichtlich der verborgenen Ware abgelehnt, wenn nicht besondere Umstände vorliegen (etwa die Nachfrage des Kassierers, ob der Kunde auch sämtliche Waren vorgelegt habe). Denn die Annahme eines Verfügungswillens ist hier lediglich eine Fiktion: Man kann nicht über etwas verfügen, von dem man nichts weiß.

IV. Ergebnis: § 263 I (-)

B. Strafbarkeit des H gem. § 242 I

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

II. Vorsatz und Absicht rechtswidriger Zueignung (+)

III. Ergebnis: § 242 I (+)

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

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

Lösung Fall 8

A. Strafbarkeit des K gem. § 242 I

I. Fremde, bewegliche Sache (+)

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

III. Ergebnis: § 242 I (-)

B. Strafbarkeit des K gem. § 263 I

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

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

III. Vermögensverfügung: Als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal ist das Erfordernis einer Vermögensverfügung anerkannt. Es dient dazu, die notwendige Verbindung zwischen Irrtum und Vermögensschaden herzustellen und bringt v.a. den Charakter des Betrugs als Selbstschädigungsdelikt zum Ausdruck. Eine Vermögensverfügung ist jedes (rechtliche oder tatsächliche) Handeln, Dulden oder Unterlassen, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt. Hier: Infolge des Irrtums hat J den Gewahrsam am Ring auf K übertragen; in der dadurch bedingten Minderung des Zugriffs auf den Ring liegt eine Vermögensminderung.

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

V. Ergebnis: § 263 I (+)

Abwandlung

A. Strafbarkeit des K gem. § 242 I

I. Fremde, bewegliche Sache (+)

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

III. Ergebnis: § 242 I (+)

B. Strafbarkeit des K gem. § 263 I

- I.** Täuschung über Tatsachen: K hat dem J die innere Tatsache seiner Kaufbereitschaft vorgespiegelt.
- II.** Irrtum (+), J glaubte, K interessiere sich dafür, einen Ring zu kaufen (+)
- III.** Vermögensverfügung? J hat den Gewahrsam an den Ringen nicht auf K übertragen; in der bloßen Präsentation liegt noch keine Vermögensminderung, sodass sich Js Verhalten nicht als Vermögensverfügung darstellt. Es fehlt – so die h.M. – an der Unmittelbarkeit der aus Js Verhalten letztlich folgenden Vermögensminderung. Dafür war vielmehr noch ein eigener deliktischer Zwischenschritt des K (nämlich die Wegnahme der Sache i.S.d. § 242 I) erforderlich. Daher liegt hier eine Fremdschädigung (Diebstahl) und keine Selbstschädigung (Betrug). Die Fallgestaltungen zeigen damit die Exklusivität von Diebstahl und Betrug auf. Während im Ausgangsfall ein Sachbetrug vorliegt (Einwilligung in Gewahrsamsübertragung), ist hier ein Trickdiebstahl gegeben (Einwilligung nur in Gewahrsamslockerung).
- IV.** Ergebnis: § 263 I (-)

Lösung Fall 9

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

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

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

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

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

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

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

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

- Ermächtigungstheorie: Zurechenbar, wenn Verfügender zum betreffenden Verhalten vom Vermögensinhaber – durch Vollmacht oder Auftrag – ermächtigt worden ist. Hier: (+); Abwicklung derartiger Geschäfte gehörte zu den Aufgaben der D
- Befugnistheorie: Ausreichend ist darüber hinaus, dass sich die Befugnis des Verfügenden, für den Vermögensinhaber zu handeln, aus dem Gesetz ergibt. Hier: (+), Abwicklung derartiger Geschäfte gehörte zu den Aufgaben der D.
- Nähetheorie: Ausreichend ist, dass der Verfügende rein tatsächlich in der Lage gewesen ist, über das fremde Vermögen zu verfügen, sofern er schon vor der Tat dem „Lager“ des Geschädigten zugerechnet werden musste („faktisches Näheverhältnis“). Hier (+), Dienstmädchenstellung begründet

eine tatsächliche Obhutsfunktion des D über die Gegenstände im Haushalt des H; D ist daher dem Lager des H zuzurechnen.

- ⊖ Der Begriff des „faktischen Näheverhältnisses“ ist sehr vage und unbestimmt.
- ⊖ Es gibt keinen Grund, dass sich der Vermögensinhaber das sein Vermögen schmälernde Verhalten einer Person zurechnen lassen muss, die zur Verfügung über das Vermögen genauso wenig berechtigt ist wie der Täter.

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

V. Ergebnis: § 263 I (+)

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

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

Lösung Fall 10

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

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

II. Möglicherweise könnte ein in dieser Höhe bei X entstandener Schaden durch die Erlangung des Eigentums an dem Buch kompensiert worden sein.

- Grds. ist T nicht zur Verfügung über das Buch berechtigt, sodass eine Übereignung nach § 929 S. 1 BGB scheitert.
- Da aber die Voraussetzungen des § 932 BGB erfüllt sind, hat X gutgläubig Eigentum an dem Buch erworben, sodass kein Vermögensschaden gegeben ist. § 935 I 1 BGB greift nicht ein, da kein Abhandenkommen gegeben ist, wenn der Eigentümer den Besitz willentlich auf einen anderen (hier den Entleiher T) überträgt. Auch § 935 I 2 BGB ist nicht gegeben, da das Buch dem mittelbaren Besitzer (T) nicht abhanden gekommen ist, sondern er den Besitz willentlich auf X übertragen hat.
- RGSt. 73, 61, 62 bejahte dennoch einen Vermögensschaden, weil X das Eigentum lediglich gutgläubig erworben habe, und es daher mit einem sittlichen Makel behaftet sei.
 - ⊖ Das Zivilrecht unterscheidet nicht zwischen Eigentum erster und zweiter Klasse: Auch gutgläubig erworbenes Eigentum ist Eigentum, aus dem alle Rechte für den Erwerber erwachsen.
- BGHSt. 15, 83, 86 f. hat eine schadensgleiche konkrete Vermögensgefährdung im Hinblick darauf bejaht, dass sich X einem Herausgabeprozess des E ausgesetzt sehe, durch den er die Sache wieder verlieren könnte.
 - ⊖ Aufgrund der Beweislastumkehr des § 932 BGB muss nicht der Erwerber, sondern der Voreigentümer beweisen, dass die Voraussetzungen des gutgläubigen Erwerbs nicht vorgelegen haben. Das Risiko des X, den Prozess zu verlieren, ist daher zu gering, um von einer schadensgleichen konkreten Vermögensgefährdung auszugehen.
 - ⊖ Nunmehr ist klar, dass ein Gefährdungsschaden zumindest im Mindestmaß bezifferbar sein muss. Dies dürfte hier kaum möglich sein.

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

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

I. In Betracht kommt hier ferner auch ein Dreiecksbetrug, bei dem X getäuscht wurde und als Verfügender dadurch das Vermögen des E geschädigt haben könnte, dass er dessen Eigentum gutgläubig „wegerworben“ hat.

II. Gem. den Ausführungen in Fall 9 müsste dazu eine solche Beziehung zwischen X als Verfügendem und E als Geschädigtem vorliegen, die die Zurechnung der Vermögensverfügung des X zu E erlaubt. Das

Bestehen eines besonderen Verhältnisses zwischen dem Verfügenden (X) und dem Geschädigten (E), das im Rahmen des Sachbetrugs für die Zurechenbarkeit der Verfügung des X einhellig gefordert wurde, soll hier nicht vorauszusetzen sein bzw. soll das erforderliche besondere Verhältnis zwischen X und E aus den Vorschriften über den Gutgläubenserwerb (hier: § 932 BGB; vgl. aber auch §§ 407 BGB; 56 HGB) folgen.

- ⊕ 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.

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

III. Ergebnis: § 263 I (-)

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

C. Strafbarkeit T gem. § 246 II (+)

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.

Variante a)

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

- Ein rein wirtschaftlicher Vermögensbegriff 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 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. Zum Teil wird dieses Ergebnis auch erzielt, wenn man darauf abstellt, dass sich O hier durch die Erbringung der sittenwidrigen Handlung bewusst selbst schädigt, da er davon weiß, dass er keinen Anspruch auf das Geld hat.

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. 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.

⊖ 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. 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.

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 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, ob der unrechtmäßige Besitz vom juristisch-ökonomischen Vermögensbegriff erfasst wird.

- ⊖ 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 (+)