

2. Teil: Schutz eines Individualrechtsguts

§ 5: Schutz des Vermögens (Teil 1)

I. Überblick über die Straftatbestände mit dem Rechtsgut „Vermögen“

Der strafrechtliche Schutz des Vermögens erfolgt maßgeblich über:

- § 263 Betrug
- § 266 Untreue

Der daneben bestehende strafrechtliche Schutz des Vermögens ist ausgesprochen vielfältig und zersplittert (zudem streitig):

- § 263a Computerbetrug
- § 264 Subventionsbetrug (h.M.: doppelte Schutzrichtung: staatliches Vermögen und allgemeines Interesse an einer effektiven Förderung der Wirtschaft mit Staatsvermögen bzw. Planungs- und Dispositionsfreiheit des Subventionsgebers; a.A.: nur ein Rechtsgut)
- § 264a Kapitalanlagebetrug (h.M.: doppelte Schutzrichtung: Vermögen des einzelnen Kapitalanlegers sowie kollektives Rechtsgut: Vertrauen in die Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes)

- § 265 Versicherungsmissbrauch (h.M.: doppelte Schutzrichtung: soziale Leistungsfähigkeit des Versicherungswesens und Versicherungsvermögen)
- § 265a Erschleichen von Leistungen (str.; h.M.: Vermögen; a.A.: allgemeine Funktionsfähigkeit der bereitgestellten Einrichtungen)
- § 265b Kreditbetrug (h.M.: doppelte Schutzrichtung: Vermögen des Kreditgebers und Funktionsfähigkeit der Kreditwirtschaft)
- § 265c Sportwettbetrug (Integrität des Sports und Vermögen des Wettanbieters und redlicher Wettteilnehmer; str.)
- § 265d Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben (Integrität des Sports und Vermögen der an Sportwettbewerben Beteiligten; str.)
- § 266a Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt (str.; h.M.: Schutz der Solidargemeinschaft)
- § 266b Missbrauch von Scheck- und Kreditkarten (Vermögen des Ausstellers)
- §§ 283 ff. Insolvenzdelikte, s. auch die Insolvenzverschleppung nach § 15a IV InsO (Schutz des Gläubigervermögens = Gesamtheit der Gläubiger einschließlich der Arbeitnehmer des Schuldners vor einer Gefährdung oder Beeinträchtigung ihrer Befriedigung aus dem Schuldnervermögen; str., ob zudem volkswirtschaftliches Interesse an ordnungsgemäßigem Insolvenzmanagement geschützt ist)
- § 298 Wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen (Vermögen des Veranstalters ist neben dem Vertrauen in den freien Wettbewerb geschützt)

-
- § 299 Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr (der freie Wettbewerb sowie mittelbar Vermögensinteressen der Mitwettbewerber und des Geschäftsherrn; str.)
 - § 16 I UWG strafbare Werbung (Schutz des Vermögens der Verbraucher; str.)
 - § 119 WpHG sog. „Insiderstrafrecht“ (str., ob Vermögen der Anleger geschützt; h.M.: Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts und das Vertrauen der Anleger in die dortige Preisbildung)

II. Betrug

1. Grundfragen: Prüfungsschema

a) Objektiver Tatbestand

- Täuschung
- Irrtum
- Vermögensverfügung
- Vermögensschaden
- Kausaler und funktionaler Zusammenhang

b) Subjektiver Tatbestand

- Vorsatz
- Bereicherungsabsicht
- Vorsatz bzgl. Rechtswidrigkeit der erstrebten Bereicherung

c) Rechtswidrigkeit und Schuld

2. Problemschwerpunkt Täuschung

Konkludente Täuschung?

→ sog. Ping-Anrufe

Das Problem des Vorliegens einer Täuschung stellt sich bei sog. Ping-Anrufen, bei denen automatisiert Mobilfunknummern angewählt werden, die Anrufe aber sofort nach Verbindungsaufbau abgebrochen werden. Der Angerufene soll nun dazu bewegt werden, diese mit überhöhten Gebühren verbundene Nummer zurückzurufen. Insbesondere die Rechtsprechung bejaht insofern eine *Täuschung über ein* (tatsächlich nicht vorhandenes) *Kommunikationsinteresse des Anrufers* (BGH NJW 2014, 2054, 2055; OLG Oldenburg wistra 2010, 453). Dies überzeugt indes nicht, denn es fehlt diesbezüglich an einer berechtigten Erwartungshaltung des Empfängers. Zwar drückt das Wählen einer anderen Rufnummer nach der Lebenserfahrung oftmals ein Kommunikationsinteresse aus. Dies ist aber nicht zwingend, man denke etwa daran, dass sich der Anrufer bei Eingabe der Nummer vertippt haben könnte und dies nach dem ersten Klingelzeichen bemerkt. Eine Täuschung liegt jedoch in der normativ vorstrukturierten Erklärung, mit dem Rückruf der Nummer seien *keine erhöhten Kosten verbunden* (so auch BGH NJW 2014, 2054, 2055 – der BGH bejaht also die Täuschung im Ergebnis mit zwei unterschiedlichen Aspekten). Denn trotz Erkennbarkeit der erhöhten Kostenpflicht besteht ein Verbot in § 66k I 3 und II 2 TKG (vgl. auch die diesbezügliche Ordnungswidrigkeit in § 149 I Nr. 13m und o TKG), wonach diese Nummern nicht in das öffentliche Telefonnetz übermittelt werden dürfen; die Folgen eines Irrtums werden demnach den Initiatoren des Ping-Anrufs zugewiesen. *Vereinfacht ausgedrückt*: Das Vorstellungsbild der Angerufenen wird auch normativ durch die Gesetzeslage mitgeprägt. Da diese gem. § 66k TKG nicht mit der Rufnummernübermittlung von kostenpflichtigen Diensten rechnen müssen, ist eine Täuschung zu bejahen

(etwas anderes gilt freilich dann, wenn die Angerufenen den tatsächlichen Charakter der Nummer erkennen; denkbar ist dann aber eine Versuchsstrafbarkeit).

→ Sog. Lastschriftreiterei (nach BGH NStZ 2005, 634; wistra 2006, 20)

Die J-GmbH nimmt Kredite auf. Auf ihren Wunsch wird die Kreditgewährung über das Lastschriftverfahren abgewickelt. Dafür erteilen die Kreditgeber der J-GmbH eine schriftliche Einzugsermächtigung für den Kreditbetrag. Diese Einzugsermächtigung legt die J-GmbH ihrer Hausbank, der A-Bank, vor. Die A-Bank bucht das Geld vom Konto der Kreditgeber ab und schreibt es dem Konto der J-GmbH gut.

Besonderheit beim Lastschriftverfahren ist nun aber, dass eine Einzugsermächtigung innerhalb einer bestimmten Frist von dem Erteilenden, hier den Kreditgebern, widerrufen werden kann. Geschieht dies, ist die Empfängerbank, hier die A-Bank, zur Rückbuchung auf das Konto der Kreditgeber verpflichtet. Anschließend holt sich die Bank das Geld von dem Zahlungsempfänger der Lastschrift, hier der J-GmbH, zurück. Diese Möglichkeit ist aber ausgeschlossen, wenn die J-GmbH zahlungsunfähig ist. Die A-Bank trägt also das Ausfallrisiko der J-GmbH im Falle des Widerrufs der Einzugsermächtigung.

Die J-GmbH finanziert die Tilgung der Kredite, wie von Anfang an geplant, dadurch, dass sie weitere Kredite im Lastschriftverfahren aufnimmt. Mit anderen Worten: Die J-GmbH verwendet den ihr von der A-Bank gutgeschriebenen Betrag sofort zur Rückzahlung eines alten Kredits. Damit dieses System am Laufen bleibt, ist die GmbH darauf angewiesen, fortlaufend weitere Kreditgeber zu finden. Klappt dies nicht und gerät die J-

GmbH bei der Tilgung der Kredite in Zahlungsschwierigkeiten, widerrufen die Kreditgeber die Einzugsermächtigung. Daraufhin muss die A-Bank aufgrund ihrer Rückbuchungsverpflichtung den Kreditbetrag den Kreditgebern erstatten. Da die J-GmbH zahlungsunfähig ist, kann sich die Bank das Geld von ihr nicht zurückholen und erleidet ein Schaden i.H.v. mehreren Millionen Euro.

Im Girovertrag zwischen der J-GmbH und der A-Bank ist hinsichtlich des Einzugs von Forderungen im Lastschriftverfahren lediglich festgelegt, dass das Lastschriftverfahren dazu dient, fällige Forderungen im Rahmen des bargeldlosen Zahlungsverkehrs einzuziehen.

1. P: Worüber wurde getäuscht?

Gegenstand einer evtl. Täuschung kann die infolge der schneeballartigen Kreditbeschaffung erhöhte Widerrufswahrscheinlichkeit der Lastschriftaufträge sowie letztlich die Solvenz der J-GmbH als Darlehensnehmer sein, sprich die Werthaltigkeit des Rückzahlungsanspruchs der A-Bank im Fall eines Widerrufs.

2. P: Konkludente Täuschung?

BGH: Die Einreichung eines Lastschriftauftrags enthält gegenüber der Bank die konkludente Erklärung, dass nach dem gewöhnlichen Verlauf nicht mit einem Widerruf zu rechnen ist und im Falle eines dennoch erfolgreichen Widerrufs ausreichende Zahlungsfähigkeit besteht. Hier wurde das Lastschriftverfahren nicht als Mittel zur bargeldlosen Zahlung, sondern funktional atypisch zum Erlangen kurzfristiger Kredite verwendet. Diese dienten wiederum allein der Tilgung alter Kredite. Dadurch war die Widerrufswahrscheinlichkeit erheblich erhöht und entsprach nicht mehr dem allgemeinen Risiko.

A.A. (s. etwa *Soyka* NStZ 2005, 637): Nach dem Girovertrag wird bei Erteilung des Lastschriftauftrags allenfalls erklärt, dass die zugrunde liegende Forderung tatsächlich besteht und fällig ist. Dies entspricht jedoch der Realität. Möglich wäre höchstens eine Täuschung durch Unterlassen, aber für eine entsprechende Aufklärungspflicht fehlt die Garantenstellung; das bloße Vertragsverhältnis aufgrund des Girovertrages reicht nicht aus.

Im Übrigen liegt auch kein Irrtum bei der Bank vor. Sie kennt das Risiko sowohl eines Widerrufs als auch einer – stets möglichen – Zahlungsunfähigkeit des Empfängers. Um sich abzusichern, könnte sie die Verfügung über das per Lastschriftverfahren gutgeschriebene Geld erst nach Ablauf der Widerrufsfrist ermöglichen.

→ Fall Hoyzer (BGH NStZ 2007, 151; vgl. dazu auch BGH NJW 2013, 883)

Ante S. überredet den Schiedsrichter Robert H. mit Hilfe einiger Zuwendungen, diverse Fußballspiele durch falsche Schiedsrichterentscheidungen zu manipulieren. Ante S. schließt daraufhin beim staatlichen Wettanbieter ODDSET Wetten auf diese Spiele ab, bei denen er auf die von Schiedsrichter H. bevorteilte Mannschaft setzt. Bei Abschluss der Wetten hatte Ante S. die Manipulationen gegenüber ODDSET verschwiegen.

P: Liegt eine konkludente Täuschung oder nur ein Unterlassen vor?

Für eine konkludente Täuschung müsste die Erklärung zum Abschluss eines Wettvertrages die Aussage enthalten, das zugrunde liegende Sportereignis nicht manipuliert zu haben.

Maßgeblich ist die Verkehrsanschauung: Nach dem BGH ist bei der Sportwette der Gegenstand des Vertrages das in der Zukunft stattfindende und von den Sportwettenteilnehmern nicht beeinflussbare Sportereignis. Der von außen unbeeinflusste Spielausgang ist demnach die essenzielle Geschäftsgrundlage eines Sportwettvertrages und wird somit miterklärt (so erneut BGH NJW 2013, 883, 884). Dagegen wird eingewandt, dass nach der Verkehrsanschauung 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.

Täuschung durch Unterlassen? Wird eine konkludente Täuschung abgelehnt, käme nur noch eine solche durch Unterlassen in Betracht. Allerdings ist die Garantenstellung sehr fraglich. Ingerenz durch Absprache mit dem Schiedsrichter bei zivilrechtlichen Vertragsverhältnissen ist, insbesondere wenn sie wie hier mit einem Dritten erfolgt, schwierig zu konstruieren. Zudem erfolgte die konkrete Absprache teilweise erst nach Abschluss des Wettvertrages.

Hinweis: Die Problematik wird sich im Hinblick auf Sportwettverträge in Zukunft kaum noch stellen, da die Wettanbieter in den Wettverträgen mittlerweile Klauseln verwenden, in denen der Wettende bestätigt, keine Manipulationen vorgenommen zu haben.

Die Frage nach der Schadensberechnung („*Quotenschaden*“) wird systematisch passend (Problemschwerpunkt Vermögensschaden) in der nächsten Stunde thematisiert werden.

→ Finanzkrise: Täuschung durch Verantwortliche der Rating-Agenturen?

Zur Finanzkrise s. bereits die KK 19 ff.

Die im Zusammenhang mit der Finanzkrise ausgegebenen Wertpapiere waren dadurch gekennzeichnet, dass in einem Wertpapier eine Vielzahl von Kreditforderungen gebündelt worden war. Für den Käufer der Papiere war es in der Regel nicht nachvollziehbar, welche Forderungen in dem Papier zusammengefasst waren, so dass er sich selbst keinen Eindruck von der Bonität der Schuldner verschaffen konnte. Die Rating-Agenturen sollten diesem Informationsdefizit durch die Abgabe von Ratings abhelfen. Anhand dieser sollte der Käufer nämlich das Ausfallrisiko der dem Wertpapier zugrunde liegenden Forderungen abschätzen können.

Die Rating-Agenturen haben z.T. wider besseres Wissen gute Ratings abgegeben (*Horn* BKR 2008, 452, 457). Eine Rolle spielte dabei auch, dass die Rating-Agenturen gerade von den die Wertpapiere emittierenden Banken mit der Erstellung der Ratings beauftragt wurden.

Haben die Verantwortlichen der Rating-Agenturen in einem solchen Fall die Käufer der Wertpapiere getäuscht?

Problematisch ist, ob es hier um *Tatsachen* geht, denn nur diese können Gegenstand einer Täuschung i.S.v. § 263 StGB sein.

Ein Rating ist die prognostische Einschätzung der Fähigkeiten und Bereitschaft des Schuldners, seine Verbindlichkeiten zu erfüllen (*Rönnau* S. 44 [siehe Literaturhinweise am Ende]). Es basiert zwar auf Tatsachen, stellt aber letztlich eine Meinungsäußerung bzw. ein Werturteil dar. Es ist nämlich das Ergebnis eines komplexen

Würdigungs- und Meinungsbildungsprozesses, bei dem erhebliche Beurteilungs- und Meinungsspielräume bestehen (es werden beispielsweise bewusst auch Kriterien verwendet, die einer subjektiven Einschätzung unterliegen, wie etwa die Unternehmenskultur oder das Management-Know-how; *Blaurock* ZGR 2007, 603, 604).

Allerdings können auch Meinungen einen dem Beweis zugänglichen Tatsachenkern aufweisen. Als solcher kommt hier die konkludent miterklärte Tatsache in Betracht, dass die Bewertungsmethode jedenfalls lege artis angewandt wurde und alle vom Emittenten übermittelten Tatsachen zugrunde gelegt wurden, bzw. dass diese Tatsachen nicht manipuliert wurden (*Rönnau* S. 45). Eine Täuschung und somit eine Betrugsstrafbarkeit kommt also dann in Betracht, wenn jemand dem Rating gezielt falsche Tatsachen zugrunde legt oder sonst das Bewertungsverfahren gezielt manipuliert (*Rönnau* S. 46).

3. AT-Schwerpunkt 2: Organisationsherrschaft

a) Sachverhalt (frei nach BGH wistra 2014, 439):

G ist Geschäftsführer einer GmbH, die auf Computerdienstleistungen (insbes. Erstellen von Homepages) spezialisiert ist. Da die Geschäfte seit einigen Monaten schlecht laufen, hat G eine besondere Idee:

Er durchsucht das elektronische Handelsregister nach solchen Unternehmen, die erst kürzlich im Handelsregister eingetragen wurden. An diese will er Angebotsschreiben versenden, die auf eine Eintragung in ein weiteres, von G selbst erstelltes und online abrufbares „Unternehmensregister“ abzielen. Optisch sind die Offerten allerdings so gestaltet, als handele es sich bei ihnen um eine Rechnung für die kürzlich erfolgte Handelsregistereintragung.

Zur Verwirklichung seines Planes weist er die Sekretärin S an, entsprechende Schreiben zu erstellen und an die betreffenden Unternehmen zu versenden. S weiß zwar, dass dieses Vorgehen rechtswidrig ist. Die bei ihr aufkommenden Bedenken zerstreut G aber durch den Hinweis, dass die Empfänger die Schreiben ja nur sorgfältig zu lesen brauchten. Im Übrigen fände G es schade, wenn er sich von einer so verdienten Sekretärin trennen müsste. Dadurch „motiviert“ führt S den Arbeitsauftrag aus.

In dem Glauben, eine Rechnung erhalten zu haben, zahlen daraufhin tatsächlich einige Empfänger den in dem Schreiben angegebenen Betrag. Die von G vorgenommene Eintragung der Unternehmen in dem von ihm erstellten Register ist für diese wertlos.

Strafbarkeit von S und G gemäß § 263 StGB?

b) Lösung:

Strafbarkeit der S

P: → Sog. Insertionsofferten (siehe BGH NSTZ-RR 2004, 110; BGH wistra 2014, 439): Stellt das Erstellen und Versenden von rechnungsähnlich gestalteten Angebotsschreiben (Insertionsofferten) eine konkludente Täuschung der Adressaten dar?

Entscheidend ist der Erklärungswert des Verhaltens nach der Verkehrsanschauung bei objektivem Empfängerhorizont (vgl. Zivilrecht); Kriterien: soziokulturelles Milieu und situativer Kontext.

Hier: (Künftige) Unternehmer sind Adressaten der Scheinrechnungen. Ein gewisser Sachverstand ist im Umgang mit Angeboten und Rechnungen vorauszusetzen. § 263 StGB schützt nicht vor bloßer Sorglosigkeit (Täuschung verneinend daher BGH NSTZ 1997, 186).

Allerdings suchte G bewusst nach Personen, die zuvor im Handelsregister angemeldet wurden und gestaltete die Schreiben als diesbezügliche Kostenabrechnung. Der Empfängerhorizont wird daher dadurch mitgeprägt, dass die Empfänger die Schreiben mit der erfolgten Handelsregistereintragung in Verbindung setzen konnten. Vor diesem Hintergrund durfte der durchschnittliche Adressat die Offerten jedenfalls bei einem flüchtigen Lesen für eine Rechnung bzgl. der Eintragung halten. Dabei ist zu beachten, dass auch Unternehmer nicht verpflichtet sind, die Schreiben bis ins letzte Detail zu erforschen. Eine konkludente Täuschung kann somit bejaht werden.

Die Begründung des BGH zur Bejahung einer Täuschung bei Insertionsofferten, es sei die alleinige *Absicht* des Versenders, über den Rechnungscharakter zu täuschen (v.a. BGH NSTZ 2001, 430; etwas objektiver BGH

NStZ-RR 2004, 110 sowie BGH wistra 2014, 439), ist hingegen wegen der Vermengung mit subjektiven Elementen des Vorsatzes abzulehnen. Die Täuschung muss objektiv vorliegen.

Auch die weiteren Betrugsvoraussetzungen sind gegeben: Einige Empfänger gingen täuschungsbedingt davon aus, es handele sich um eine Rechnung für die erfolgte Handelsregistereintragung (**Irrtum**; bei den nicht irrenden Kunden kommt aber eine Versuchsstrafbarkeit in Betracht) und zahlten daraufhin den im Schreiben angegebenen Betrag (**Vermögensverfügung**). Da die Eintragung der zahlenden Empfänger in dem von G selbst erstellten Unternehmensregister wertlos ist, ist auch ein **Schaden** zu bejahen. Der objektive Tatbestand des § 263 StGB ist somit erfüllt.

S handelte zudem vorsätzlich und mit der **Absicht rechtswidriger Drittbereicherung**. Um Ärger mit Ihrem Chef bzw. eine etwaige Kündigung zu vermeiden, kam es ihr jedenfalls im Sinne eines *notwendigen Zwischenziels* auf die Bereicherung der GmbH an. Rechtswidrigkeit und Schuld sind gegeben. Insbesondere wirkt sich auch nicht aus, dass S als angestellte Sekretärin von ihrem Vorgesetzten zur Erstellung und Versendung der Schreiben *angewiesen* wurde (vgl. § 106 GewO zum Weisungsrecht des Arbeitgebers). Eine auf Begehung einer Straftat gerichtete Weisung ist nämlich ohnehin unwirksam (*Tiedemann* Rn. 375) und muss somit nicht befolgt werden. Es liegen zudem keine Anhaltspunkte für einen etwaigen Irrtum der S vor.

S verwirklicht somit § 263 StGB.

Hinweis: Grundsätzlich ist immer auch ein Blick auf die besonders schweren Fälle des Betrugs (§ 263 III) zu werfen. Das Merkmal der Gewerbsmäßigkeit (§ 263 III Nr. 1 Var. 1) scheidet allerdings schon deswegen aus, weil sich S *selbst* keine (dauerhafte) Einnahmequelle schaffen will (eine *Drittbereicherungsabsicht* scheidet insoweit aus, *MüKo/Hefendehl* § 263 Rn. 967). Der Sachverhalt enthält zudem keine Angaben darüber, ob ein

Vermögensverlust großen Ausmaßes (§ 263 III Nr. 2 Var. 1) herbeigeführt wurde (erforderlich ist dafür regelmäßig ein Vermögensverlust in Höhe von mindestens 50.000 Euro).

Strafbarkeit des G

Auch G könnte sich gem. § 263 StGB strafbar gemacht haben. Problematisch ist allerdings, dass er die Täuschungshandlung (Anfertigung und Versendung der Schreiben) nicht selbst vorgenommen hat. Des Weiteren liegt auch bei der von ihm beauftragten S kein erkennbares deliktisches Defizit vor, das ohne Weiteres eine mittelbare Täterschaft legitimieren könnte: Insbesondere begründet nämlich die bloße Anspielung des G auf eine etwaige – arbeitsrechtlich problematische – Kündigung keine Nötigungssituation und gestattet daher nach h.M. auch nicht die Annahme einer Willensherrschaft. Auf den ersten Blick kommt daher nur eine Anstiftung in Betracht. Dies erscheint aber der Stellung des G nicht angemessen Rechnung zu tragen, denn er ist nicht nur „geistiger Urheber“ des Plans, sondern er hätte das Geschehen auch durch eine erneute Weisung an S stoppen können.

Fraglich ist daher, ob eine mittelbare Täterschaft auch ohne deliktisches Defizit der S in Betracht kommt (sog. **Täter hinter dem Täter**).

Strafbarkeit des G gemäß §§ 263, 25 I Alt. 2 StGB?

P: G hat die Täuschungshandlung – wie gesehen – nicht selbst vorgenommen.

Das Verhalten der S könnte G aber aufgrund seiner Organisationsherrschaft über § 25 I Alt. 2 StGB zurechenbar sein.

a) Definition

Mittelbarer Täter ist, wer den Tatbestand verwirklicht, indem er sich zur Tatausführung eines anderen als Werkzeugs (sog. Tatmittler) bedient.

Der mittelbare Täter als Hintermann übt durch seinen Einfluss Tatherrschaft über den Tatmittler aus, der (regelmäßig) einen deliktischen Defekt aufweist.

b) Einzelne Fallgruppen

aa) Defekt auf der Ebene des Tatbestandes

- Werkzeug handelt objektiv tatbestandslos; z.B.: Durch Irreführung bringt sich das Werkzeug selbst um (z.B. Fall Sirius).
- Werkzeug handelt im Tatbestandsirrtum; z.B.: Durch Irreführung Fehlvorstellung über die Eigentumsverhältnisse.
- Werkzeug handelt im graduellen Tatbestandsirrtum (Irrtum über Tragweite des Unrechts); z.B.: Durch Irreführung Zerstörung einer Ming-Vase statt einer Ikea-Vase (str., siehe dazu etwa Sch/Sch/Heine/Weißer § 25 Rn. 23).

bb) Defekt auf der Ebene der Rechtswidrigkeit

- Werkzeug handelt gerechtfertigt, die Tat stellt dennoch objektiv Unrecht dar; z.B.: Polizist nimmt durch Irreführung den Falschen fest, § 127 StPO.

cc) Defekt auf der Ebene der Schuld

- Werkzeug handelt im Verbotsirrtum; z.B.: Irreführung über das Alter zum straffreien Sexualverkehr.
- Str. bei *vermeidbarem* Verbotsirrtum; BGH (+) im „Katzenkönigfall“ (BGHSt 35, 347).
- Werkzeug handelt im Nötigungsnotstand; z.B.: Rowdy M bedroht Professor H mit der Pistole, damit dieser die Fensterscheibe des Rivalen von M einschlägt.

c) Täter hinter dem Täter kraft organisierten Machtapparats

aa) Kennzeichen

Tatmittler weist gerade *keinen Defekt* auf; Hintergrund: Unrechtsaufarbeitung in totalitären Machtapparaten (NS, DDR).

bb) Voraussetzungen der Organisationsherrschaft (nach h.M.)

Hierarchische Macht- und Organisationsstruktur: Einbindung des unmittelbar Handelnden (Tatmittler) in das System. Der Hintermann verfügt über eine *Anordnungsbefugnis (Befehlsgewalt)* und kann mithilfe dieser und der vorgegebenen Rahmenbedingungen regelhafte Abläufe auslösen. Der Tatmittler ist dabei beliebig austauschbar (*Fungibilität*). Insbesondere *Roxin* verlangt darüber hinaus, dass sich der Gesamtapparat *außerhalb der Rechtsordnung* bewegen müsse, was in erster Linie bei den bereits erwähnten totalitären staatlichen Machtapparaten aber auch bei gewissen Untergrundorganisationen der Fall sein könne. Dieses Kriterium der Rechtsgelöstheit stellt indes keine unabdingbare Voraussetzung der Organisationsherrschaft dar (dazu *Hefendehl GA 2004, 575, 581 f.* sowie unten KK 116 f.).

cc) Ist eine derartige Konstruktion anzuerkennen?

Es bestehen drei Möglichkeiten, ein Geschehen zu beherrschen, ohne selbst bei der Ausführung Hand anzulegen:

- Zwang (Willensherrschaft)
- Täuschung (Wissensherrschaft)
- Organisierter Machtapparat, in dem die Befehlsgeber die Befehlsempfänger reibungslos und austauschbar (fungibel) zur Begehung von Straftaten einsetzen können (Bild des Rädchens im Getriebe einer hierarchischen Machtstruktur). Auch hier ist Tatherrschaft gegeben (str.).

dd) Frage nach den Alternativen

Konstruktion 1: mittäterschaftliche Tatbegehung

- ⊖ Stellt den Hintermann und den Ausführenden auf eine Stufe, beide sollen ja Mittäter sein. Errichtet der Organisator aber feste Strukturen mit dem Ziel, dass sich die darin eingebundenen Personen als Rad im Getriebe wiederfinden und folglich jederzeit ausgetauscht werden können, dann bildet der Organisator keinen auf Arbeitsteilung gerichteten notwendigen Tatentschluss.
- ⊖ Eine Mittäterschaft zeichnet sich strukturell durch *horizontale* Strukturen (§ 25 II StGB: „gemeinschaftlich“) aus. Eine mittelbare Täterschaft ist durch *vertikale* Strukturen (§ 25 I Alt. 2 StGB: „durch einen anderen“) gekennzeichnet.

Konstruktion 2: Anstiftung eines Mitarbeiters

- ⊖ Strukturell ist die Anstiftung ein „Versuch“, der fehlschlagen kann (dies wäre der Fall, wenn der Betreffende nicht zu einer Deliktsbegehung ermutigt werden kann; im Falle von Verbrechen kommt dann eine Strafbarkeit wegen versuchter Anstiftung gem. § 30 I StGB i.V.m. dem Verbrechenstatbestand in Betracht). Im Falle der Organisationsherrschaft ist dies allerdings anders; eine durch ein solches Konstrukt entstandene Herrschaft ist kein Produkt des Zufalls. Hier ist in aller Regel kein Fehlschlagen denkbar, weil der Einzelne beliebig austauschbar (fungibel) ist und die Tat daher im Ergebnis verwirklicht werden kann.

d) **Täter hinter dem Täter auch im Wirtschaftsstrafrecht notwendige Konstruktion?**

Ähnlich wie bei organisatorischen Machtapparaten kann auch bei Wirtschaftsunternehmen ein Bedürfnis danach bestehen, die eigentlich verantwortlichen „Hintermänner“ als Täter einzustufen. Bedenkt man, dass Anstifter gem. § 26 StGB „gleich einem Täter bestraft“ werden, geht es hier zu einem gewissen Grad auch um eine symbolhafte Täterzuschreibung.

aa) **Beherrschung eigenverantwortlich handelnder Unternehmensmitarbeiter denkbar?**

Letztlich lautet die entscheidende Fragestellung, ob die Führungsebene (bzw. Vorgesetzten) in Unternehmen *Tatherrschaft* über freiverantwortlich handelnde (also kein deliktisches Defizit aufweisende) Mitarbeiter ausüben können? Zur Beantwortung dieser Frage erscheint es sinnvoll, die *kriminologischen Erkenntnisse* zur Entstehung von Verbandskriminalität fruchtbar zu machen.

Insbesondere die von *Sykes/Matza* untersuchten Neutralisierungsmechanismen (dazu auch bereits KK 58 f.) können die Existenz einer *Tatherrschaft* in Wirtschaftsunternehmen grds. untermauern. Sie zeigen nämlich die Prozesse auf, die zu einer Befolgung auch von rechtswidrigen und strafrechtsrelevanten Weisungen in Unternehmen führen (ausführlich dazu *Hefendehl* GA 2004, 575, 582 ff.). Eine zur Begründung von Täterschaft ausreichende *Tatherrschaft* wird man aber nur dann annehmen können, wenn die Anordnung des Vorgesetzten im *Grenzbereich zur Nötigungs- oder Irrtumsherrschaft* liegt oder wenn eine *Institution des Unrechts* existiert, in der überhaupt keine Bedenken gegen eine strafrechtswidrige Anordnung zu erwarten sind.

Neutralisationstechniken (Sykes/Matza)

- Ablehnung der Verantwortung
 - Hilflos gegenüber einer Kette von Ereignissen.
- Berufung auf höhere Instanzen
 - Ehre steht über dem Gesetz.

- Verneinung des Unrechts
 - Diebstahl als „Ausleihen“
- Verdammung der Verdammenden
 - „Polizei ist (selbst) korrupt“.
- Ablehnung des Opfers
 - „Opfer hat es verdient“.

Neutralisationstechniken innerhalb eines Verbandes

Unmittelbar gruppenbedingt

- Maßgeblichkeit eines konkurrierenden Normensystems
- Anpassungszwänge
- Identifikation mit dem Kollektiv
- Verantwortungsdiffusion und -delegation
- Fungibilität

Mittelbar gruppenbedingt

- opferlose Delikte/Zukunftsdelikte
- fehlendes Unrechtsbewusstsein aufgrund fehlender sozialer Kontrolle

bb) Auffassung des BGH (BGH NJW 1998, 767, 769; NStZ 2008, 89):

Eine Organisationsherrschaft ist auch in Wirtschaftsunternehmen denkbar, wenn die Leitung des Unternehmens durch Organisationsstrukturen bestimmte Rahmenbedingungen ausnutzt, innerhalb derer der Tatbeitrag regelhafte Abläufe auslöst, die ihrerseits zu der vom Hintermann erstrebten Tatbestandsverwirklichung führen.

→ Geht man davon aus, dass die Erledigung des Arbeitsauftrages (Anfertigung und Versendung der Schreiben) einen regelhaften Ablauf darstellt, den bei Weigerung der S schlicht ein anderer Mitarbeiter erledigt hätte, wäre die Strafbarkeit des G gem. §§ 263, 25 I Alt. 2 StGB zu bejahen.

cc) Kritik: im Grundsatz zutreffend, aber ...

An die Anordnung und Befehle sind höhere Anforderungen zu stellen, als dies der BGH bislang getan hat. Die Anordnung muss entweder im Grenzbereich zwischen Nötigungsherrschaft oder Irrtumsherrschaft liegen (bereits KK 113), oder aber es existiert eine Institution des Unrechts, in der keine Bedenken gegen eine strafrechtswidrige Anordnung zu erwarten sind (infolge eingreifender Neutralisationstechniken). So würde z.B. die schlichte Aufforderung „Begehe ein Urkundendelikt!“ für sich gesehen nicht ausreichen. Einfachen rechtswidrigen Anweisungen muss der Mitarbeiter widerstehen. Voraussetzung für die Annahme eines organisierten Machtapparates ist die Schaffung von Strukturen in dem Wissen, dass Anordnungen und Befehle selbst unterhalb der Schwelle von Drohung und Täuschung autoritativ werden. Nur in einem solchen Fall funktionalisiert der Hintermann diesen Umstand und macht ihn zu einem tatherrschaftsbegründenden Moment, sofern

er eine strafrechtsrelevante Maßnahme anordnet. Unter dieser Prämisse wäre eine Werkzeugqualität des Handelnden gegeben.

→ Danach wäre eine Strafbarkeit des G gem. §§ 263, 25 I Alt. 2 ebenfalls zu bejahen (+). Es liegen zwar keine Anhaltspunkte dafür vor, dass im Unternehmen generell eine Institution des Unrechts vorherrscht. Allerdings kann man jedenfalls eine gewisse Nähe zu den Fällen der Nötigungs- und Irrtumsherrschaft ausmachen: G zerstreute nämlich einerseits die rechtlichen Bedenken der S (die Empfänger müssten die Schreiben ja nur sorgfältig lesen) und drohte ihr zudem mit einer Kündigung (auch wenn diese arbeitsrechtlich unwirksam ist, da S der rechtswidrigen Weisung nicht nachkommen muss).

dd) Ansicht *Roxins*

Keine Anwendung dieser Rechtsfigur auf das Unternehmensstrafrecht.

→ Danach käme nur eine Strafbarkeit gem. §§ 263, 26 StGB in Betracht.

Argument 1:

Nur bei Organisationen, die sich *vom Recht gelöst haben*, stehen zahlreiche, austauschbare Vollstrecker zur Verfügung.

⊖ Gerade bei der Frage des konkreten Arbeitsplatzes ist eine enorme Handlungsbereitschaft gegeben.

-
- ⊖ Wieso muss sich eine Organisation vom Recht gelöst haben? Die Behauptung erweist sich als nicht begründet. Im Übrigen zeigen gerade die Neutralisationstechniken, dass auch in Bezug auf nicht rechtsgelöste Organisationen (Wirtschaftsunternehmen) regelhafte Abläufe vorstellbar sind.

Argument 2:

Es greift die Voraussetzung der Fungibilität nicht, denn es muss erwartet werden, dass rechtswidrige Weisungen nicht befolgt werden (Rechtsordnung und Arbeitsrecht).

- ⊖ Dies verkennt, dass die Rechtswidrigkeit einer Weisung nicht immer klar ist. Gerade im Grenzbereich zur Täuschung kann einer Anordnung der eindeutige Makel der Strafrechtswidrigkeit fehlen. Zudem kann die Rechtswidrigkeit einer Anweisung wiederum *neutralisiert* werden (etwa durch Leugnung des Unrechts etc.).

4. Problemschwerpunkt Irrtum

→ Wissenszurechnung in Unternehmen

Gerade in Unternehmen sind häufig mehrere Personen involviert, mit denen der Täuschende in Kontakt tritt bzw. die von seinem Verhalten Kenntnis haben. Bei einer Betrugsbegehung *zu Lasten* des Unternehmens stellt sich also die Frage, wie sich eine etwaige *ungleiche Informationsverteilung* innerhalb des Verbandes auswirkt (etwa: Sachbearbeiter durchschaut die Täuschung nicht, anders aber der Abteilungsleiter).

Im Ausgangspunkt ist anerkannt, dass § 263 StGB eine *Identität* zwischen *Getäuschten* und *Verfügenden* verlangt (nicht aber zwischen Verfügendem und Geschädigtem → Dreiecksbetrug). In den hier problematisierten Fällen ist es daher zunächst von entscheidender Bedeutung, die *Person des Verfügenden exakt zu bestimmen und dessen Kenntnisstand zu ermitteln*.

Drei Fallgruppen sind zu unterscheiden, die aber letztlich zu identischen Ergebnissen kommen (vertiefend dazu MüKo/Hefendehl § 263 Rn. 282 ff.). Mit entsprechender Begründung ist die jeweils andere Ansicht ebenso vertretbar.

Erstens: Es irrt sich eine Person auf einer unteren Ebene, während der Vorgesetzte die Täuschung erkennt:

So liegt der Fall etwa, wenn ein Sachbearbeiter bei einer Versicherung einen Antrag auf Schadensregulierung bearbeitet und die Auszahlung der Deckungssumme verfügt. Der weisungsbefugte Vorgesetzte weiß aber darum, dass die Voraussetzungen für den Eintritt des Versicherungsfalls nicht vorliegen, unternimmt aber dennoch nichts.

Wie gesehen, gilt es nun zu ermitteln, wer letztlich die *Verfügung* trifft:

Kann der Vorgesetzte die Verfügung nur im Einzelfall untersagen (so der Beispielsfall), trifft der (*irrende*) *Sachbearbeiter* die Vermögensverfügung. Ein Irrtum ließe sich daher nur dann vermeiden, wenn man dem Sachbearbeiter das überlegene Wissen des Vorgesetzten („von oben nach unten“) *zurechnen* würde. Zur Begründung könnte man etwa eine entsprechende *Organisationsverantwortung* auf der Opferseite anführen: Danach hätte das Unternehmen eine ordnungsgemäße Weiterleitung von relevanten Informationen zu organisieren. Letztlich ist eine solche Zurechnung indes abzulehnen. Eine Zuweisung einer entsprechenden Verantwortlichkeit auf Opferseite ist erst dann möglich, wenn das Opfer die *Schwelle zur eigenverantwortlichen Selbstschädigung* überschreitet, wofür die Existenz eines Sonderwissens auf einer höheren Hierarchiestufe nicht ausreicht (MüKo/Hefendehl § 263 Rn. 286). Dafür spricht folgende Überlegung: Das Betrugsunrecht – also das täuschungsbedingte Verschleiern des vermögensschädigenden Charakters – wird durch das Wissen des Vorgesetzten nicht in Frage gestellt. Der Verfügende handelt aufgrund eines kausal durch den Täter ausgelösten Irrtums. Der Umstand, dass der Vorgesetzte die Schädigung *hätte verhindern können*, betrifft vielmehr ein *anderes, eigenständiges Unrecht*: Denn dieser verletzt die internen Pflichten gegenüber dem Unternehmen, so dass insofern an eine Untreuestrafbarkeit zu denken ist.

Zweitens: Die Person auf der unteren Ebene erkennt die Täuschung, der verfügende Vorgesetzte aber nicht:

In dieser Fallgruppe irrt diejenige Person, die auch die Vermögensverfügung trifft. Nach den allgemeinen Grundsätzen wäre daher ein Irrtum an sich zu bejahen. Man kann aber die Frage aufwerfen, ob sich der Vorgesetzte das weitergehende Wissen der Hilfsperson („von unten nach oben“) *zurechnen* lassen muss.

So läge es beispielsweise, wenn ein Bankangestellter die Täuschung über die Liquiditätsdaten eines Unternehmens bei einem Kreditantrag erkennt, dies aber nicht an die letztentscheidende Führungsebene der Bank weiterleitet.

In diesen Fälle ist eine *analoge Übertragung zivilrechtlicher (Zurechnungs-)Normen (§§ 166, 278, 831 BGB)* denkbar. Deren (zivilrechtlicher) Zweck ist darauf gerichtet, die Geschäftsherren für die Konsequenzen der mangelhaften Auswahl ihrer Hilfspersonen verantwortlich zu machen und ihnen nicht die Möglichkeit zu geben, den entstandenen Schaden auf Vertragspartner abzuwälzen. Auf das Strafrecht übertragen, würde dies aber bedeuten, dem Opfer schon aus dem Grund einen Irrtum abzusprechen, weil es *sich hätte besser schützen können* (nämlich durch bessere Auswahl bzw. Beaufsichtigung der Hilfspersonen). Ein derart weitreichender *viktimodogmatischer* Ansatz ist jedoch in Bezug auf § 263 StGB abzulehnen (MüKo/Hefendehl § 263 Rn. 287). Angesprochen ist hier letztlich die Grundsatzfrage, welche (Mit-)Verantwortung man dem Opfer für das Entstehen eines Irrtums beimisst. Erforderlich ist dabei eine *angemessene Risikozuweisung*: Es wäre zu weitgehend, dem Verfügenden den strafrechtlichen Schutz durch § 263 StGB allein deswegen abzusprechen, weil er seine Hilfspersonen nicht ordnungsgemäß ausgewählt oder überwacht hat. Denn insofern würde der strafrechtliche Schutz aufgrund eines bloßen Organisationsmangels entfallen. Umgekehrt wird das Unrecht des Täters (bewusste Verschleierung des vermögenschädigenden Charakters) durch dieses Organisationsdefizit nicht in Frage gestellt.

Davon zu trennen ist der Fall, in dem der Untergebene die falschen Informationen bewusst an den Verfügenden weiterleitet (es liegt also kein bloßes Nichtstun vor). Hier ergibt sich zumeist eine Betrugsstrafbarkeit für die Hilfsperson (wenn sich eine Drittbereicherungsabsicht bejahen lässt).

Drittens: Der Vermögensinhaber bedient sich einer sachkundigen Beratungsperson:

Ein Beispiel hierfür wäre der hinzugezogene Steuerberater, der ein Investitionsmodell überprüfen soll. Erkennt diese Hilfsperson die Täuschung, unterlässt es aber, den Vermögensinhaber zu informieren, stellt sich die Frage, ob sich der (verfügende) Vermögensinhaber das *Wissen der Beratungsperson zurechnen lassen muss*. Dann müsste sich der Vermögensinhaber so behandeln lassen, als habe er das Wissen der Hilfsperson. Folglich würde es an einem Irrtum mangeln. Dagegen spricht allerdings, dass derjenige, der im Geschäftsverkehr *besonders sorgfältig ist*, nicht deshalb den strafrechtlichen Schutz verlieren darf, weil die Sicherheitsmechanismen versagen (dazu MüKo/Hefendehl § 263 Rn. 288). Wird der den Sachverständigen Beauftragende nicht über die Täuschung informiert, besteht daher bei ihm der Irrtum fort, dass mit dem Investitionsmodell alles in Ordnung ist. Die hier befürwortete Lösung wird durch folgende „Gegenprobe“ bestätigt: Denkt man sich schlicht den Sachverständigen weg, wäre unzweifelhaft ein Irrtum des Verfügenden zu bejahen. Wieso sollte es nun den *Täter entlasten*, dass der Verfügende besonders sorgfältig agiert und sogar – in dieser Hinsicht vergeblich – einen Sachkundigen hinzuzieht? Man würde also im Ergebnis dem Verfügenden den strafrechtlichen Schutz bzgl. § 263 StGB entziehen, obwohl er besonders sorgsam war. Umgekehrt kommt eine *Strafbarkeit des Sachverständigen* gem. §§ 263, 13 StGB nicht ohne Weiteres in Betracht: Voraussetzung dafür wäre hier neben einer Aufklärungspflicht (die man noch bejahen könnte, vgl. MüKo/Hefendehl § 263 Rn. 209) insbesondere auch das Bestehen von Vorsatz und Bereicherungsabsicht. Eine Strafbarkeit würde somit jedenfalls ausscheiden, wenn der Sachkundige die Information lediglich fahrlässig unterlässt oder ohne (Dritt-)Bereicherungsabsicht handelt.

Schlagwörter zur Wiederholung:

- I. Beispiele für Delikte mit dem Rechtsgut Vermögen
- II. Kann man durch wahre Angaben täuschen?
- III. Voraussetzungen der Organisationsherrschaft
- IV. Konzept der Organisationsherrschaft auf Unternehmen anwendbar?
- V. Wissenszurechnung in Unternehmen

Literaturhinweise:

zur konkludenten Täuschung

Jäger JA 2014, 630-632 (Ping-Anrufe)

Jahn JuS 2014, 848-850 (Ping-Anrufe)

Fahl JuS 2012, 1104 (Falllösung zur Lastschrifttreiterie)

Eisele NStZ 2010, 193-199

Kasiske GA 2009, 360-370

Saliger/Rönnau NStZ 2007, 361-368

zur Betrugsstrafbarkeit durch die Abgabe von Ratings

Rönnau, in: *Schünemann* (Hrsg.) Die sogenannte Finanzkrise – Systemversagen oder global organisierte Kriminalität? (2010) S. 43-51

zur Organisationsherrschaft

Hefendehl GA 2004, 575-586

Rotsch NStZ 1998, 491-495 und NStZ 2005, 13-18

Roxin Täterschaft und Tatherrschaft 9. Aufl. 2015 S. 242 ff.

Schlösser JR 2006, 102-109

LK-Schünemann § 25 Rn. 122 ff.

zur Wissenszurechnung in Unternehmen

MüKo/Hefendehl § 263 Rn. 282 ff.

Weißer GA 2011, 333