

Hausarbeit: Lösungshinweise

TK 1: DIE KÜNDIGUNG

Strafbarkeit des V

A. § 263 I StGB durch die Kündigung

Objektiver Tatbestand

Täuschung = Bewusst irreführendes Einwirken auf das Vorstellungsbild eines anderen.¹ Getäuscht werden kann nach dem Wortlaut des § 263 I StGB nur über Tatsachen.

In Betracht kommt hier eine Täuschung über das Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen einer Eigenbedarfskündigung. Ob objektiv eine Diskrepanz zwischen Gesagtem und Wirklichkeit vorliegt, hängt demnach davon ab, ob die *tatsächlichen* Voraussetzungen einer Eigenbedarfskündigung gem. § 573 I 1, II BGB gegeben sind. V könnte die Wohnung iSd § 573 I 1, II Nr. 2 Var. 2 BGB für eine Familienangehörige benötigen. Jedenfalls handelt es sich bei seiner Tochter um eine Familienangehörige.² V müsste die Wohnung für sie „benötigen“. Hierfür müsste er vernünftige, nachvollziehbare Gründe anführen; der geltend gemachte Eigenbedarf darf dabei nicht objektiv unsinnig oder missbräuchlich sein.³ Dass seine Tochter ankündigt, in der Wohnung wegen ihres Studiums leben zu wollen, ist jedenfalls ein vernünftiger und nachvollziehbarer Grund. Allerdings könnte man an eine Missbräuchlichkeit insofern denken, als der V der Wohngemeinschaft auch deshalb kündigen möchte, weil er künftig von anderen Mieter:innen einen höheren Mietpreis verlangen möchte. Jedoch ist zu sehen, dass seine Tochter ein tatsächliches Interesse an der Wohnung hat und in dieser auch für die Dauer ihres Studiums zu

leben gedenkt. Dass V mit der Kündigung auch die derzeitige Wohngemeinschaft „los wird“, ist allenfalls ein danebenstehendes Motiv, das insoweit aber nicht allein tragend ist. Darum ist der Missbrauchseinwand hier nicht einschlägig.

Die tatsächlichen Voraussetzungen für eine Kündigung wegen Eigenbedarfs sind gegeben, weshalb V keine unwahren Tatsachen behauptet hat. Eine Täuschung liegt daher schon objektiv nicht vor.

Ergebnis: § 263 I StGB (-)

B. §§ 263 I, 13 I StGB durch Unterlassen der Aufklärung über den Wegfall des Kündigungsgrundes

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

a) Täuschung durch Unterlassen

In Betracht kommt aber eine Täuschung durch Unterlassen der Aufklärung über den Wegfall der Voraussetzungen einer Eigenbedarfskündigung. Die Tochter des V möchte die Wohnung nicht mehr, womit die Voraussetzungen des § 573 I 1, II Nr. 2 Var. 2 BGB nachträglich entfallen sind. Erforderlich wäre eine Aufklärungspflicht hierüber, mithin eine Garantenstellung iSd § 13 I StGB.

Eine solche aus pflichtwidrigem Vorverhalten (Ingerenz) scheitert dabei schon an der fehlenden Pflichtwidrigkeit des Vorverhaltens, war die Kündigung wegen Eigenbedarfs doch rechtmäßig.⁴

In Betracht kommt jedoch eine Aufklärungspflicht aufgrund eines **Vertrauensverhältnisses** iRd Mietvertrags. Teilweise wird eine solche hinsichtlich des Wegfalls des geltend gemachten Eigenbedarfs und darauf beruhender Kündigung jedenfalls vor der Räumung (§ 546 BGB) angenommen.⁵ Da der

¹ BGH NJW 2001, 2187 f.; BeckOK StGB/Beukelmann, 51. Ed. 2021, § 263 Rn. 9.

² BeckOK BGB/Hannappel, 60. Ed. 2021, § 573 Rn. 41.

³ BGH NJW 1988, 904; bestätigt von BVerfGE 79, 292 (302); MüKo BGB/Häublein, 8. Aufl. 2020, § 573 Rn. 89.

⁴ S. hierzu auch MüKo StGB/Hefendehl, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 298.

⁵ BayObLG JZ 1987, 626 (627); zivilrechtlich: OLG Karlsruhe NJW 1982, 54; ferner Esser/Rübenstahl/Saliger/Tsambikakis, Wirtschaftsstrafrecht, 1. Aufl. 2017, § 263 StGB Rn. 79.

Eigenbedarf vor der Räumung weggefallen ist, wäre hiernach eine Aufklärungspflicht zu bejahen. Diesbezüglich wird angeführt, dass ein Mietverhältnis wegen der damit einhergehenden langjährigen Geschäftsbeziehung bzw. der eng begrenzten Kündigungsmöglichkeiten und der Existenzialität des Wohnraums der Verfolgung gemeinsamer wirtschaftlicher Zwecke nahestehe.⁶

Allerdings ist zu sehen, dass ein über den bloßen Mietvertrag hinausgehendes vertragliches Verhältnis zwischen Mieter und Vermieter nicht besteht. Deren Beziehung erschöpft sich vielmehr im Vertragsschluss und den gegenseitigen Leistungspflichten, mögen diese auch immer wiederkehren. Die Parteien verfolgen dabei gerade gegensätzliche Interessen. Von daher besteht das erforderliche Vertrauensverhältnis nicht.⁷

Hinweis: aA genauso vertretbar; dann wäre weiter zu prüfen (auch wer der hier vertretenen Lösung folgt, sollte im Hilfgutachten die folgenden Fragen klären):

– *Hilfgutachten* –

b) Irrtum

Bejaht man die Täuschung durch Unterlassen, so wären M und O auch einem Irrtum erlegen, gehen sie doch vom Fortbestehen der Voraussetzungen der Eigenbedarfskündigung aus.

c) Vermögensverfügung

Vermögensverfügung = Jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen, das unmittelbar vermögensmindernd wirkt.⁸

M und O sind aus der Wohnung ausgezogen, sie gaben also ihren Besitz an der Wohnung auf. Allein

dieser unmittelbare Besitz hat schon Vermögenswert, sodass sich der Auszug unmittelbar vermögensmindernd auswirkt.⁹ Eine Vermögensverfügung liegt somit vor.

d) Vermögensschaden

Auch ein Vermögensschaden müsste vorliegen. Hierfür wäre eine Minderung des Vermögens in seinem Gesamtwert erforderlich. Es ist zu fragen, ob M und O nach der Vermögensverfügung auch eine irrtumsbedingte Vermögenseinbuße hinnehmen mussten.¹⁰

Das könnte an folgender Überlegung scheitern: Infolge der Beendigung des Mietvertrags wurden M und O auch von der Pflicht frei, den Mietzins zu bezahlen. Eine Gesamtsaldierung könnte insofern ergeben, dass M und O eben kein Schaden entstanden ist. Allerdings ist zu sehen, dass die beiden einen im Vergleich zu anderen Wohnungen sehr geringen Mietzins bezahlen, dieser also unter der ortsüblichen Vergleichsmiete liegt.

Insofern ist der Mietbesitz im Vergleich hierzu höherwertig, sodass das Freiwerden von der Pflicht zur Mietzinszahlung nicht die Minderung durch den Auszug kompensiert. Infolge der Räumung ist daher bei M und O ein negativer Saldo und damit ein Vermögensschaden entstanden.¹¹

Hinweis: Schwierigkeiten bereitet die Ermittlung der Höhe des Schadens, der aber auch nach dem BVerfG bestimmbar sein muss. Ein Schaden lediglich dem Grunde nach reicht nicht.¹² Ausführungen hierzu werden nicht erwartet, sollten aber honoriert werden.

Es ist auch möglich, hier mit den Grundsätzen über die **interpersonale Wertfestsetzung**¹³ anderweitig zu argumentieren:

⁶ LK StGB/Tiedemann, 12. Aufl. 2012, § 263 Rn. 63; Sch/Sch/Perron StGB, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 22.

⁷ MüKo StGB/Hefendehl § 263 Rn. 298.

⁸ BGHSt 14, 170; LaKü/Kühl StGB, 29. Aufl. 2018, § 263 Rn. 22; Rengier Strafrecht BT I, 23. Aufl. 2021.

⁹ Vgl. MüKo StGB/Hefendehl § 263 Rn. 603.

¹⁰ Vgl. MüKo StGB/Hefendehl § 263 Rn. 730.

¹¹ So Rengier JuS 1989, 802 f.

¹² Zu § 266 StGB BVerfG NJW 2010, 3209 Rn. 113; zur Übertragbarkeit auf § 263 StGB etwa MüKo StGB/Hefendehl § 263 Rn. 673.

¹³ Siehe hierzu MüKo StGB/Hefendehl § 263 Rn. 681.

Den Regeln unserer freien Marktwirtschaft entspricht es, dass sich der Wert einer Sache stets zwischen den Parteien konstituiert.¹⁴ Von daher könnte man argumentieren, für die Gesamtsaldierung sei nicht der objektive Wert der Wohnung – der höher ist als der Mietzins, den M und O zahlen – zugrunde zu legen. Vielmehr sei auf den zwischen den Parteien ausgemachten Mietzins abzustellen. Anders wäre dies freilich, würde die Preisgestaltung auf einem Irrtum beruhen.¹⁵ Das ist hier allerdings nicht der Fall.

Daher erscheint es möglich, den zwischen den Parteien ausgemachten Mietzins als maßgebend für den Wert des Besitzes der Wohnung anzusehen, weshalb die mit dem Besitzverlust einhergehende Vermögensminderung durch das gleichzeitige Freiwerden von der Mietzahlungspflicht kompensiert würde.

Auf der anderen Seite ist zu beachten, dass M und O den niedrigen Mietzins aus dem Grund zahlen, dass es sich bei ihrem Mietvertrag um einen Altvertrag handelt. Die Höhe des Mietzinses wurde also zu einem viel früheren Zeitpunkt ausgehandelt. Für die Frage nach saldierungsfähigen Positionen muss aber auf den Zeitpunkt der Vermögensverfügung abgestellt werden. Deshalb kann man auch bei Zugrundelegung der Grundsätze über die interpersonale Wertfestsetzung einen negativen Saldo annehmen.

2. Subjektiver Tatbestand

Sofern man den objektiven Tatbestand bejaht, handelte V diesbezüglich auch vorsätzlich. Sollte eine Aufklärungspflicht angenommen werden, so handelte es sich hierbei um ein sog. normatives Tatbestandsmerkmal. V musste daher nicht die ihm bekannten Umstände juristisch exakt dem § 13 I StGB subsumieren. Vielmehr reicht im Sinne einer **Parallelwertung in der Laiensphäre**, dass er

¹⁴ MüKo StGB/Hefendehl § 263 Rn. 698.

¹⁵ MüKo StGB/Hefendehl § 263 Rn. 700.

¹⁶ Kühl Strafrecht AT, 8. Aufl. 2017, § 5 Rn. 93.

¹⁷ BeckOK StGB/Beukelmann § 263 Rn. 76 ff.

nach Laienart erfasst hat, was mit den gesetzlichen Tatumständen gemeint ist.¹⁶ Das ist der Fall.

Er müsste dann aber auch in der **Absicht rechtswidriger stoffgleicher Bereicherung** gehandelt haben.¹⁷ Stoffgleichheit bedeutet, dass die erstrebte Bereicherung aus dem zugefügten Schaden stammt, also Vorteil und Schaden auf derselben Vermögensverfügung beruhen.¹⁸ Daran könnte man insofern zweifeln, als der Vermögensschaden in dem Verlust des berechtigten unmittelbaren Besitzes besteht, die Intention des V aber darin liegt, die Wohnung auf längere Sicht zu einem höheren Mietzins an andere potenzielle Mieter:innen vermieten zu können. Es reicht jedoch aus, dass der Täter die Bereicherung als notwendiges Zwischenziel anstrebt.¹⁹ So zielt V darauf ab, den unmittelbaren Besitz – im Gegensatz zu seinem jetzigen mittelbaren Besitz – an der Wohnung zu erlangen, um diese künftig wieder vermieten zu können. Er strebt gerade dies also als notwendiges Zwischenziel an. Absicht rechtswidriger stoffgleicher Bereicherung wäre somit gegeben.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld (+)

Wenn den objektiven Tatbestand bejaht.

– *Hilfsgutachten Ende* –

III. Ergebnis: §§ 263 I, 13 I StGB (-)

Mangels Täuschung durch Unterlassen hat sich V nicht gem. §§ 263 I, 13 I StGB strafbar gemacht – aA genauso vertretbar.

¹⁸ Rengier BT I § 13 Rn. 246, 249.

¹⁹ BeckOK StGB/Beukelmann § 263 Rn. 76; Rengier BT I § 13 Rn. 252, 254.

TK 2: DIE ABNAHME

Strafbarkeit des M

C. § 263 I StGB durch Aussage, keine Zeit zu haben, und Umstände bei Übergabe

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

a) Täuschung

Eine Täuschung kommt dadurch in Betracht, dass M während der Abnahme den Eindruck erweckt, die Wohnung befinde sich in einem anderen Zustand als dem tatsächlichen. Diesbezüglich könnte eine **konkludente Täuschung** vorliegen.

Dagegen könnte man anführen, dass es doch in die Risikosphäre des V falle, die Mängel zu sichten, gerade hierzu fand der Übergabetermin doch statt. Er hätte sich, so könnte man argumentieren, um eine ordentliche Beleuchtung kümmern müssen, immerhin hat auch er das maßgebliche Interesse an der Endrenovierung.

Allerdings ist Folgendes zu sehen: Mieter:innen haben ihre Wohnung nach Beendigung des Mietverhältnisses **im vereinbarten Zustand** zurückzugeben, vgl. § 546 I BGB.²⁰ M und O schuldeten hier tatsächlich eine Endrenovierung; dieser Pflicht sind sie nicht nachgekommen.

Nun darf man zwar nicht vorschnell aus dieser Vertragswidrigkeit auf eine Betrugsrelevanz schließen. Allerdings ist zu sehen, dass der M den V durch die Wohnung führt und nichts zu den vorhandenen Mängeln sagt. Wegen der wirksamen Endrenovierungsklausel geht V dabei zurecht davon aus, dass ebensolche Mängel nicht vorhanden sind. Diese Erwartungshaltung des V ist insofern normativ vorstrukturiert. Die Pflicht zur Endrenovierung aus § 546 I BGB iVm der vertraglichen Ver-

einbarung weist dem Handeln des M in der Wohnung iRd Übergabe somit den Erklärungswert zu, dass sich die Wohnung im vertraglich geschuldeten Zustand befinde.²¹ Das gilt umso mehr, als M den V zuvor angerufen hat und um eine Terminverschiebung gebeten hat. Hierdurch hat er auf ein besonderes Vertrauen dahingehend gesetzt, die Endrenovierung werde schon ordentlich durchgeführt worden sein.

Da das Handeln des V somit den besagten Erklärungswert aufweist, hat M auch konkludent über den Zustand der Wohnung getäuscht.

Hinweis 1: aA vertretbar, insbesondere mit der Begründung, V hätte eben besser nachsehen oder sich um eine ordentliche Beleuchtung kümmern müssen, dies falle in seinen Risikobereich.

Hinweis 2: Man hätte zuerst einmal auch eine Täuschung in der wahrheitswidrigen Aussage sehen können, **zu dem vereinbarten Termin um 15 Uhr keine Zeit zu haben**. Allerdings ist diese Täuschung für den Betrug **irrelevant**. Denn die darauf womöglich beruhende Vermögensverfügung müsste **objektiv zurechenbar** sein. V müsste also durch seine Täuschung eine rechtlich relevante Gefahr geschaffen haben, die sich im Erfolg (zunächst also der Vermögensverfügung) realisiert hat.²² Als Verfügung kommt hier allein das Unterschreiben des Abnahmeprotokolls in Betracht. Die mit der Täuschung darüber, zu dem vereinbarten Termin keine Zeit zu haben, geschaffene Gefahr, lag lediglich darin, dass der Termin eben nicht stattfinden kann. Das Unterschreiben des Übergabeprotokolls beruht auf einem neuen eigenen Entschluss des V. Hierin hat sich die durch die Terminabsage geschaffene Gefahr daher nicht realisiert.

Hinweis 3: Sofern eine konkludente Täuschung verneint wird, könnte man über eine Täuschung durch Unterlassen der Aufklärung über die

²⁰ MüKo BGB/Bieber, 8. Aufl. 2020, § 546 Rn. 10.

²¹ Vgl. zu dieser Argumentation für eine konkludente Täuschung MüKo StGB/Hefendehl § 263 Rn. 155 ff.

²² Rengier Strafrecht AT, 13. Aufl. 2021, § 13 Rn. 46.

Mängel nachdenken. Dann wäre gem. § 13 I StGB eine Garantenstellung (Aufklärungspflicht) erforderlich.

Man könnte an eine solche aus **Ingerenz** denken. Erkennt man eine solche an, könnte man überlegen, in der wahrheitswidrigen Aussage, zu dem vereinbarten Termin keine Zeit zu haben, ein pflichtwidriges Vorverhalten zu sehen, das dann während der Abnahme zu ebendieser Aufklärung verpflichtet. Allerdings bedarf es bei einer Garantenstellung kraft Ingerenz eines sog. **Pflichtwidrigkeitszusammenhangs**: Die mit dem pflichtwidrigen Vorverhalten verletzte Verhaltensnorm muss gerade dem Schutz des in Gefahr geratenen Rechtsguts dienen.²³ Das ist hier nicht der Fall, die Absage des Termins mit dem wahrheitswidrigen Hinweis, keine Zeit zu haben, ist ohne Rechtsgutsrelevanz. **Eine Garantenstellung aus Ingerenz scheidet somit aus.**

Wer o. eine Garantenstellung des V aufgrund eines **Vertrauensverhältnisses** annimmt, die diesen verpflichtet, über den Wegfall des Eigenbedarfs aufzuklären, kann über diese Grundsätze eine Garantenstellung des M bejahen. Das Vertrauensverhältnis besteht gegenseitig. Außerdem hat M, so könnte man argumentieren, mit der Absage des Termins gar auf ein besonderes Vertrauen des V gesetzt.

b) Irrtum

Auch liegt ein Irrtum bezüglich des **Zustands der Wohnung** vor. V geht wegen der Pflicht aus § 546 I BGB iVm der Vertragsvereinbarung davon aus, die Wohnung befinde sich in dem vertraglich geschuldeten Zustand.

c) Vermögensverfügung

Eine Vermögensverfügung könnte im Unterschreiben des auf keine Mängel bei der Endrenovierung hinweisenden Übergabeprotokolls liegen. Dies

müsste unmittelbar vermögensmindernd wirken. Im Zivilrecht geht die herrschende Meinung davon aus, das Übergabeprotokoll begründe ein negatives Schuldanerkenntnis iSd § 397 II BGB hinsichtlich aller Mängel, die dort nicht vermerkt sind.²⁴ Der Anspruch des V auf Schaffung des vertraglich geschuldeten Zustands ist damit ausgeschlossen und eine Vermögensverfügung gegeben.

Hinweis 1: Man kann zivilrechtlich auch davon ausgehen, das Übergabeprotokoll sei lediglich ein Beweiszeichen, wonach der Vermieter in einem potenziellen späteren Prozess das Vorliegen von Endrenovierungsmängeln entgegen dem Protokoll nach wie vor beweisen könnte.²⁵

Allerdings wäre auch in diesem Fall eine Vermögensminderung und damit eine Vermögensverfügung gegeben. Zwar ist der Vermieter auch ohne das Protokoll in der Beweislast, behauptet doch er das Vorliegen der den Anspruch begründenden Mängel. Gleichwohl handelt es sich bei dem Übergabeprotokoll in jedem Fall um eine Privaturkunde iSd § 416 ZPO.²⁶ Die Beweiskraft des Protokolls ist daher eine erhebliche, sodass die Beweiserbringung dem V jedenfalls wesentlich erschwert oder unmöglich wird. Das würde den Wert des in diesem Fall nach wie vor bestehenden Anspruchs mindern.

Hinweis 2: Vertretbar ist auch, die Frage der Anfechtbarkeit des negativen Schuldanerkenntnisses beim Vermögensschaden zu thematisieren. Dann würde man die Vermögensverfügung im Unterschreiben des Anerkenntnisses sehen und beim Vermögensschaden fragen, ob die Anfechtbarkeit geeignet ist, dies zu kompensieren.

d) Vermögensschaden (+)

Der Ausschluss des Anspruchs auf Endrenovierung wird auch nicht anderweitig kompensiert. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der potenziellen

²³ Sch/Sch/Bosch StGB § 13 Rn. 35a; Roxin AT II, 2003, § 32 Rn. 171.

²⁴ Hinz NZM 2016, 622 (624).

²⁵ Emmerich NZM 2000, 1155 (1162).

²⁶ Langenberg/Zehlein, Schönheitsreparaturen, Instandsetzung und Rückbau, 6. Aufl. 2021, Kap. 4 Rn. 99.

Anfechtbarkeit des negativen Schuldanerkenntnisses infolge der Täuschung gem. § 123 I Alt. 1 BGB. Die Möglichkeit der Anfechtung kann die Vermögensminderung allenfalls dann kompensieren, wenn deren Erfolg zweifelsfrei wäre. Hierzu gehört aber auch, dass der Anfechtende um die Existenz des Anfechtungsrechts sicher weiß, was bei § 123 I Alt. 1 BGB wegen der Täuschung naturgemäß gerade nicht der Fall ist.²⁷ Ein Vermögensschaden ist daher zu bejahen.

2. **Subjektiver Tatbestand (+)**

M handelte vorsätzlich und in der Absicht, sich die geldwerten Aufwendungen für die Endrenovierung (Kauf von Farbe etc.) zu ersparen. Gerade dies begründete auch den Wert des nun ausgeschlossenen Endrenovierungsanspruchs. M handelte somit auch in der Absicht rechtswidriger stoffgleicher Bereicherung.

II. **Rechtswidrigkeit, Schuld (+)**

III. **Ergebnis: § 263 I StGB (+)**

Strafbarkeit von O

D. **§§ 263 I, 25 II StGB**

Objektiver Tatbestand

I. **Gemeinsamer Tatplan²⁸ (+)**

M und O haben sich abgesprochen.

II. **Gemeinsame Tatausführung (-)**

O war nicht in Freiburg, sodass es an einer gemeinsamen Tatausführung fehlt. Auch ist nicht ersichtlich, dass O einen besonderen Planungsbeitrag erbracht hätte, der als „Plus“ im Vorbereitungsstadium das „Minus“ bei der Tatausführung hätte ausgleichen können.²⁹ O hat keine – auch keine

funktionale – Tatherrschaft. Die nach dem Täterwillen fragende Rechtsprechung stellt für die Ermittlung des Täterwillens zunehmend auf objektivierte Umstände, insbesondere einen Willen zur Tatherrschaft ab.³⁰ Wegen der geschilderten Bedenken dürfte hiernach ein Täterwillen zu verneinen sein.

Hinweis: aA wohl vertretbar, wenn man der Rechtsprechung folgt und dabei das Subjektive noch mehr in den Vordergrund rückt. Auf Grundlage der Tatherrschaftslehre ist die Annahme einer Mittäterschaft aber fernliegend. Breite Ausführungen waren hier allerdings nicht angezeigt, da es sich um keinen Schwerpunkt des Falles handelt.

Der Sachverhalt gibt hier nur wenige Anhaltspunkte.

Ergebnis: §§ 263 I, 25 II StGB (-)

E. **§§ 263 I, 27 I StGB**

I. **Objektiver Tatbestand**

1. **Haupttat: § 263 I StGB durch M (+)**

2. **Hilfeleisten (+)**

M und O haben sich abgesprochen. O hat daher jedenfalls den Tatentschluss des M bestärkt,³¹ so dass eine psychische Beihilfe gegeben ist.

II. **Subjektiver Tatbestand, Rechtswidrigkeit, Schuld (+)**

III. **Ergebnis: §§ 263 I, 27 I StGB (+)**

²⁷ Vgl. MüKo StGB/Hefendehl § 263 Rn. 772.

²⁸ Zu den Voraussetzungen der Mittäterschaft (gemeinsamer Tatplan und gemeinsamer Tatentschluss) etwa Baumann/Weber/Mitsch/Eisele/Eisele Strafrecht AT, 13. Aufl. 2021, § 25 Rn. 56; Rengier AT § 44 Rn. 2.

²⁹ S. hierzu Wessels/Beulke/Satzger Strafrecht AT, 51. Aufl. 2021, Rn. 821 ff.

³⁰ BGH NSTZ-RR 2010, 139; 2010, 236 1. LS.

³¹ S. hierzu etwa Rengier AT § 45 Rn. 88.

TK 3: DIE KURZZEITVERMIETUNGEN

Strafbarkeit des V

F. § 263 I StGB durch Aussage gegenüber S bezüglich der Nutzung der Wohnung

Objektiver Tatbestand

I. Täuschung

Unproblematisch (+), denn V sagt gegenüber S ausdrücklich, er würde die Wohnung weniger als airbnb nutzen, als er dies tatsächlich tut.

II. Irrtum

Allerdings müsste bei S infolgedessen auch ein Irrtum entstanden sein. S hatte erhebliche Zweifel an der Einlassung des V und möchte der Sache weiter nachgehen. Umstritten ist, inwieweit die Annahme eines Irrtums auch bei Zweifeln in Betracht kommt.³² Allerdings möchte S der Sache weiter nachgehen, er der Aussage des V also nicht. Daher liegt kein Irrtum vor.

Wollte man auf den späteren Zeitpunkt abstellen, zu dem der S die Sache infolge der Äußerung des P nicht weiterverfolgt, offenbar also den Ausführungen des P Glauben schenkt, so wäre dies dem V jedenfalls nicht objektiv zuzurechnen. Denn dieser Irrtum des S beruht letztlich auf dem vorsätzlichen Dazwischentreten³³ des P mit seiner unwahren Aussage gegenüber S, sodass sich die von V mit seiner ersten Aussage geschaffene rechtlich missbilligte Gefahr in diesem Irrtum nicht realisiert hat.

Ergebnis: § 263 I StGB (-)

Mangels dem V zurechenbaren Irrtums bei S hat sich V nicht gem. § 263 I StGB strafbar gemacht.

G. §§ 263 I, II, 12 II, 22, 23 I StGB durch Aussage gegenüber S bezüglich der Nutzung der Wohnung

I. Vorprüfung (+)

Irrtum ist nicht zuzurechnen; Strafbarkeit des Versuchs ergibt sich aus §§ 22, 23 I, 263 II, 12 II StGB.

II. Tatentschluss

Tatentschluss = Vorsatz hinsichtlich aller objektiver Tatbestandsmerkmale sowie weitere subjektive Tatbestandsmerkmale.³⁴

1. Hinsichtlich Täuschung (+)

2. Hinsichtlich Irrtum (+)

3. Hinsichtlich Vermögensverfügung

V ging davon aus, S werde es bewusst unterlassen, sowohl die Gebühr für den Zweckentfremdungsantrag als auch das Bußgeld für die unterlassene Stellung des entsprechenden Antrags geltend zu machen. Fraglich ist, ob diesen beiden Positionen Vermögenswert zukommt.

a) Gebühr

Die Gebühr ist nach allen gängigen Vermögensbegriffen vermögensrelevant. Insbesondere ist sie ein wirtschaftlich wertvolles Gut und iSd juristisch-ökonomischen Vermögensbegriffs³⁵ von der Rechtsordnung nicht missbilligt und sogar mit deren Hilfe (Verwaltungsvollstreckung) durchsetzbar.

In der bewusst unterlassenen Geltendmachung dieses Anspruchs läge also eine Vermögensverfügung des S. Zwar agiert dieser nur stellvertretend für die Behörde, weshalb ein sog. **Dreiecksbetrug** vorliegt. Das ist aber unproblematisch, da die Verfügung sowohl nach der Lagertheorie³⁶ als auch nach der Befugnis- und Ermächtigungstheorie³⁷ zuzurechnen wäre.

³² S. hierzu MüKo StGB/Hefendehl § 263 Rn. 360 ff.

³³ S. hierzu Rengier AT § 13 Rn. 88 f.

³⁴ LaKü/Kühl StGB § 22 Rn. 2; Frister Strafrecht AT, 9. Aufl. 2020, 23. Kapitel Rn. 17.

³⁵ Sch/Sch/Perron StGB § 263 Rn. 82; Rengier BT I § 13 Rn. 121 ff.

³⁶ BGH NJW 1963, 1068 (1069); der Begriff „Lagertheorie“ wurde geprägt durch Lenckner JZ 1966, 320 (321).

³⁷ MüKo StGB/Hefendehl § 263 Rn. 465 ff.

Hinweis: aA mit der Argumentation gut vertretbar, die Behörde könne die Gebühr erst erheben und vollstrecken, wenn V einen Antrag auf Genehmigung der Zweckentfremdung gestellt und sie den Antrag bearbeitet hat.

Zwingend ist das aber nicht. Eine derartige Gebühr kompensiert in ihrer Höhe nicht lediglich den Verwaltungsaufwand. Das ergibt sich im konkreten Fall aus der Gebührensatzung der Stadt Freiburg: So richtet sich die Höhe der hier konkret im Raum stehenden Gebühr gem. § 6 II der Gebührensatzung nicht allein nach dem Verwaltungsaufwand, sondern auch „nach der wirtschaftlichen oder sonstigen Bedeutung für den Gebührenschuldner“. Gem. Punkt 4.1 des Gebührenverzeichnisses beträgt die Höhe der Gebühr für den Zweckentfremdungsantrag bis zu 4.417 Euro. Man kann davon ausgehen, dass dies über den Verwaltungsaufwand hinausgeht.

Darüber hinaus war V verpflichtet, den Antrag zu stellen. Würde er dies auch nachträglich nicht tun, würde die Behörde ihn auffordern, die Wohnung wieder Wohnzwecken zuzuführen, wofür wiederum eine Gebühr in derselben Höhe fällig wird (Punkt 4.3 des Gebührenverzeichnisses).

Somit ist aus Sicht der Behörde klar, dass sie eine Gebühr erheben wird, sobald jemand eine Wohnung gewerblich verwendet. V kann deren Entstehen nicht einseitig verhindern, die Behörde könnte sie sogar mit Zwang durchsetzen. Man könnte daher auch sagen, sie hat eine vermögenswerte Aussicht (Exspektanz) auf Erhebung der Gebühr.

Eine derart vertiefte Auseinandersetzung war aber nicht angezeigt.

b) Bußgeld

Problematisch ist, ob auch der unterlassenen Geltendmachung des Bußgeldes Vermögenswert im strafrechtlichen Sinne zukäme.

Nach teilweise vertretener Auffassung ist dies der Fall.³⁸ Dafür spreche schon die Regelung des § 79 I 1 Nr. 2 OWiG,³⁹ wonach Geldbußen und „Nebenfolgen vermögensrechtlicher Art“ praktisch gleichbehandelt werden.⁴⁰

Teilweise wird dann aber angenommen, § 263 I StGB sei tatbestandlich zwar einschlägig, eine Bestrafung wegen Betrugs scheitere jedoch an § 258 StGB, der eine abschließende lex specialis zum Schutz des staatlichen Straf- und Ahndungsanspruchs sei.⁴¹ Das Selbstbegünstigungsprivileg in § 258 V StGB dürfe nicht unterlaufen werden.

Andere wiederum sehen im staatlichen Bußgeldanspruch schon keinen Vermögenswert. Geldbußen stellten keine „für den wirtschaftlichen Verkehr relevanten Gegenstände“ dar, da sie „dem wirtschaftlichen Verkehr nicht unterliegen“.⁴² Die Geldbuße werde aus in der Sanktion angelegten Zwecken verhängt und schütze daher nicht das Vermögen, sondern ein Rechtsgut eigener Art.⁴³

Dafür, eine Vermögensrelevanz anzunehmen, könnte man argumentieren, auch ein Bußgeld weise einen Geldwert und somit ein wirtschaftliches Substrat auf.⁴⁴ Dabei darf allerdings nicht verkannt werden, dass staatliche Sanktionsansprüche nicht wie sonstige Vermögenswerte im Wirtschaftsverkehr frei austauschbar sind, was erheblich gegen eine Vermögensrelevanz spricht.⁴⁵ Was den systematischen Verweis auf § 258 StGB als lex specialis angeht, so könnte zwar vorliegend argumentiert werden, dieser gehe hier schon deshalb fehl, weil nicht etwa eine Geldstrafe, sondern ein

³⁸ Fahl NStZ 2017, 65 (67 f.).

³⁹ Mitsch BT/2 S. 309.

⁴⁰ S. hierzu BeckOK OWiG/Bär, 32. Ed. 2021 § 79 Rn. 18.

⁴¹ Graul JR 1991, 435 (436).

⁴² Sch/Sch/Perron StGB § 263 Rn. 78a; BGH NJW 1993, 273 (275).

⁴³ OLG Köln NJW 2002, 527 (528); MüKo StGB/Hefendehl § 263 Rn. 621.

⁴⁴ So auch noch, eine Vermögensrelevanz aber iE verneinend MüKo StGB/Hefendehl § 263 Rn. 621.

⁴⁵ MüKo StGB/Hefendehl § 263 Rn. 622.

von § 258 StGB nicht erfasstes Bußgeld im Raum steht. Allerdings ändert dies nichts an dem oben geäußerten Umstand, dass auch eine Geldbuße weder Gegenstand des auf Umsatz ausgerichteten wirtschaftlichen Verkehrs ist noch einen geldwerten Ausgleich für wirtschaftliche Einbußen oder Aufwendungen darstellt.⁴⁶

Folglich kommt einem Bußgeld kein wirtschaftlicher Wert iSd für § 263 I StGB relevanten Vermögens zu, weshalb in der Unterlassung der Geltendmachung des staatlichen Bußgeldanspruchs auch keine Vermögensverfügung liegt.

Hinweis: aA vertretbar.

4. Hinsichtlich Vermögensschaden (+)

Die unterlassene Geltendmachung der **Gebühr** indes würde auch nicht anderweitig kompensiert und führte zu einem negativen Saldo. Somit hatte V mit seiner dahingehenden Vorstellung Tatentschluss hinsichtlich eines Vermögensschadens.

5. Bereicherungsabsicht (+)

III. Unmittelbares Ansetzen (+)

V hat mit der Täuschung bereits ein objektives Tatbestandsmerkmal erfüllt und damit jedenfalls die Schwelle zum „Jetzt-geht’s-los“ überschritten, wobei keine wesentlichen Zwischenschritte mehr zur Tatbestandsverwirklichung folgen sollten.⁴⁷

IV. Rechtswidrigkeit, Schuld (+)

V. Ergebnis: §§ 263 I, 22, 23 I StGB (+)

⁴⁶ MüKo StGB/Hefendehl § 263 Rn. 622.

⁴⁷ Zur Def. s. Fischer StGB, 69. Aufl. 2022, § 22 Rn. 9 f.

⁴⁸ BGH NJW 1962, 596; Fischer StGB § 240 Rn. 31.

⁴⁹ BGH NStZ 1982, 287; Matt/Renzikowski/Eidam § 240 Rn. 40; LaKü/Kühl § 240 Rn. 13.

⁵⁰ BGH NJW 1999, 800 (801); MüKo StGB/Sander § 253 Rn. 12; Fischer StGB § 240 Rn. 34.

TK 4: DER BRIEF UND DIE „HILFE“ DER P Strafbarkeit der P

H. Gem. § 253 I StGB durch Brief der P an V

Objektiver Tatbestand: Drohung

Drohung = Inaussichtstellen eines künftigen Übels, auf dessen Eintritt der Täter Einfluss zu haben vorgibt.⁴⁸ Das Übel muss dabei ein empfindliches sein, was dann der Fall ist, wenn es geeignet ist, einen **besonnenen Menschen** entsprechend zu motivieren.⁴⁹ P stellt der V in Aussicht, eine Aussage gegenüber der Behörde bzw S *nicht* zu tätigen. Er droht also möglicherweise *mit* einem Unterlassen. Grundsätzlich kann auch hiermit ein empfindliches Übel in Aussicht gestellt werden; für das Opfer kann der Motivationsdruck derselbe sein wie bei einer angedrohten Handlung.⁵⁰

Eine Rechtspflicht des Drohenden zum Handeln, wie sie das RG noch gefordert hatte,⁵¹ ist dabei nicht erforderlich. Denn für die Wirkung auf den Bedrohten macht dies keinen Unterschied.⁵²

Zu sehen ist hier allerdings, dass die P nicht nur keine Pflicht zum Handeln trifft, sondern damit droht, gegenüber der Behörde keine *falsche* Aussage zu tätigen. P droht also damit, etwas zu unterlassen, was sie nicht tun darf.⁵³ Man könnte zwar argumentieren, auch dies mache für den Motivationsdruck des potenziellen Opfers V keinen Unterschied. Allerdings ist die Nichtbegehung eines verbotenen Verhaltens rechtlich erwünscht, die Erlangung des damit verbundenen Vorteils soll also gerade verhindert werden. In der Androhung dessen ein Übel zu sehen, würde somit rechtliche Wertungen übersehen. Ein besonnener Mensch

⁵¹ RGSt 63, 424 (425 f.); 72, 75 (76).

⁵² Sch/Sch/Eisele StGB § 240 Rn. 10.

⁵³ Wie sich später zeigen wird, macht sie sich mit dieser Aussage sogar strafbar (§§ 258 I, 187, 164 StGB). Für die Überlegungen an dieser Stelle spielt dies allerdings keine entscheidende Rolle.

muss einem solchen Verhalten standhalten.⁵⁴ Daher ist in der Androhung des Unterlassens der falschen Aussage kein Drohen mit einem empfindlichen Übel zu sehen.⁵⁵

Hinweis: aA vertretbar, insbesondere mit dem bereits genannten Argument, für die Motivationslage des potenziellen Opfers machten die Erwägungen keinen Unterschied. Der Schutzzweck des § 253 StGB liege im Schutz der Willensfreiheit und des Vermögens.⁵⁶ Diese sind hier – so könnte man argumentieren – genauso betroffen wie im Falle der Androhung eines erlaubten oder unerlaubten Handelns.

Man könnte daher auch argumentieren, die Frage werde erst bei der *Verwerflichkeit* iSd § 253 II StGB relevant. Ein Nötigungserfolg⁵⁷ und ein Vermögensnachteil⁵⁸ lägen vor. Die Frage wäre also dann bei der Rechtswidrigkeit (Verwerflichkeit) zu klären. Allerdings wäre die Argumentation dort die gleiche.

Ergebnis: § 253 I StGB (-)

I. Gem. § 240 I StGB (-)

Mangels Drohung scheidet auch § 240 I StGB aus; die eben angestellten Erwägungen gelten auch hier.

J. Gem. § 263 I StGB durch die Aussage gegenüber S

Tatbestand

I. Objektiver Tatbestand (+)

P täuscht S über die Tatsache, wie oft der V die Wohnung über airbnb vermietet; S erliegt insoweit einem Irrtum. Eine der Behörde zuzurechnende (s.o.) Vermögensverfügung liegt in der unterlassenen Geltendmachung des Anspruchs auf eine Gebühr gegen V; in dieser Höhe ist auch ein Vermögensschaden entstanden.

II. Subjektiver Tatbestand

Vorsatz (+)

Bereicherungsabsicht? Womöglich handelte P in der Absicht, den V zu bereichern (Drittbereicherungsabsicht). P kam es indes nur darauf an, von V die 5.000 € zu erhalten – was auch bereits passiert ist –, ihr ist es nun gleichgültig, ob der V einen Vorteil erlangt.

Daher: Bereicherungsabsicht (-)

Hinweis: P wird allerdings womöglich davon ausgehen, dass V wieder an sie herantritt, wenn er am Ende zahlen muss. Mit dieser Argumentation kann man eine Drittbereicherungsabsicht auch bejahen.

Ergebnis: § 263 I StGB (-)

⁵⁴ Rengier, Strafrecht BT II, 23. Aufl. 2022, § 23 Rn. 48; Mitsch, Strafrecht BT II, 3. Aufl. 2015, 10.2.1.3.2 (S. 591 f.).

⁵⁵ Mitsch, Strafrecht BT II 10.2.1.3.2 (S. 591 f.); NK StGB/Kindhäuser § 253 Rn. 12.

⁵⁶ NK StGB/Kindhäuser § 253 Rn. 2.

⁵⁷ V hat an P 5.000 € überwiesen. Hierin liegt auch eine Vermögensverfügung, sodass es auf die Streitfrage, ob es einer solchen iRd § 253 I StGB bedarf (s. hierzu etwa MüKo StGB/Sander § 253 Rn. 13 ff.; Sch/Sch/Bosch StGB § 253 Rn. 8 ff.), nicht ankommt.

⁵⁸ Zwar ging es der P um eine Teilhabe an den rechtswidrigen (s.o.) Gewinnen des V. Diese könnten dem V also von vornherein rechtlich gar nicht zugewiesen sein, was einem Schaden womöglich entgegenstände. Allerdings ist nicht ersichtlich, dass es sich bei den an P überwiesenen 5.000 € um Geld handelt, das V aus der unberechtigten Vermietung über airbnb erlangt hat. Daher kommt es auf diese Frage und auf eine Einordnung in die verschiedenen Vermögensbegriffe nicht an.

K. Gem. § 257 I StGB durch die Aussage gegenüber S

Tatbestand

Zunächst müssten durch eine rechtswidrige Vortat erlangte Vorteile vorliegen.

Zwar hat V die Wohnung entgegen der verwaltungsrechtlichen Pflicht mehr als airbnb genutzt, als er durfte. Strafrechtliche Relevanz erlangt dies aber erst in dem Zeitpunkt, als er gegenüber der Behörde täuscht (s.o.). Diese Tat ist zwar im Versuchsstadium steckengeblieben (s.o.), doch kann auch eine versuchte Tat als Vortat in Betracht kommen.⁵⁹ Allerdings hat hier der S dem V keinen Glauben geschenkt und wollte die Sache weiterverfolgen. V hat somit in diesem Zeitpunkt noch keinen Vorteil erlangt, der über das hinausginge, was er vorher schon durch die Vermietung erlangt hatte. Diese ist aber allenfalls bußgeldbewehrt und erlangt als solche noch keine strafrechtliche Relevanz.

V hat somit schon keine Vorteile durch die versuchte Straftat erlangt.

Ergebnis: § 257 I StGB (-)

Hinweis: Man hätte auch noch eine Strafbarkeit nach **§ 261 I 1 StGB** prüfen können. Allerdings bedürfte es hierfür eines Gegenstandes, der aus einer Straftat herrührt.⁶⁰ Ein solcher ist hier aus den soeben genannten Überlegungen nicht gegeben. Das Geld hat V allenfalls infolge einer Ordnungswidrigkeit erlangt.

L. Gem. § 258 I Alt. 1 StGB durch die Aussage gegenüber S

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

Für eine Tathandlung iSd § 258 I StGB bedarf es eines Verhaltens des P, das geeignet ist, zu vereiteln, dass V einem Strafgesetz gemäß bestraft wird.⁶¹ Nicht erforderlich ist, dass Strafverfolgungsmaßnahmen bereits stattfinden.⁶²

P hat durch seine Aussage gegenüber S dafür gesorgt, dass dieser die Sache nicht weiterverfolgt und so herausfindet, in welchem Ausmaß der V die Wohnung tatsächlich über airbnb vermietet und damit gegenüber ihm – S – gelogen hat. Hiermit könnte P ganz oder zum Teil vereitelt haben, dass V wegen versuchten Betrugs (s.o.) bestraft wird.

Fraglich ist, ob es hierfür einer **endgültigen Strafvereitelung** bedarf.

Teilweise wird eine endgültige Vereitelung der Strafe durch Herbeiführung eines Strafvereitelungserfolges wie der Verjährung verlangt.⁶³ Ein solcher ist hier noch nicht eingetreten, vielmehr ist eine Strafverfolgung des V wegen des versuchten Betruges theoretisch nach wie vor möglich.

Andere hingegen lassen es für den tatbestandlichen Erfolg ausreichen, dass der staatliche Verfolgungsanspruch **für geraume Zeit** nicht verwirklicht wird.⁶⁴ Die erste Auffassung macht hiergegen den Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 II GG fruchtbar: Es sei nicht hinreichend genau zu bestimmen, was unter „geraumer Zeit“ zu verstehen ist; außerdem widerspreche, eine nur zeitweise Verhinderung der Strafverfolgung einzubeziehen, dem Wortlaut „vereitelt“.⁶⁵

⁵⁹ RGSt 53, 284 (285); MüKo StGB/Cramer § 257 Fn. 13.

⁶⁰ „Herrühren“ verlangt eine Kausalbeziehung zwischen Vortat und Vermögensgegenstand (BeckOK StGB/Ruhmannseder § 261 Rn. 15).

⁶¹ MüKo StGB/Cramer § 258 Rn. 9.

⁶² NK StGB/Altenhain, 5. Aufl. 2017, § 258 Rn. 19.

⁶³ NK StGB/Altenhain § 258 Rn. 49 ff.

⁶⁴ BGH NJW 1999, 2908 („erheblich verzögert“); BeckOK StGB/Ruhmannseder § 258 Rn. 9; Fischer StGB § 258 Rn. 8; Rengier BT I § 21 Rn. 6.

⁶⁵ NK StGB/Altenhain § 258 Rn. 49 f.

Zu beachten ist allerdings, dass auf dieser Grundlage eine Strafvereitelung nur in Ausnahmefällen in Betracht käme.⁶⁶ Namentlich in Fällen fehlender Verjährung – so insbesondere bei Morddelikten, § 78 II StGB – könnte eine solche, von der Bewirkung eines rechtskräftigen Freispruchs einmal abgesehen, nur versucht werden. Je schwerer also das Delikt, bezüglich dessen eine Strafvereitelung im Raum steht, desto weniger käme eine solche in Betracht, da die Verjährungsfristen gem. § 78 III StGB umso länger sind, je schwerer das Delikt ist.⁶⁷

Auch der Wortlaut spricht einer solchen Auffassung nicht entgegen, denn „vereitelt“ kann auch iSv „zunächst vereitelt“ verstanden werden.⁶⁸ Der Hinweis auf die vermeintlich fehlende Bestimmtheit überzeugt auch im Übrigen nicht. Auch sonst ist die Bestimmung von Zeitpunkten wie etwa derjenige des Versuchsbeginns nicht einfach. Gerade diese Bestimmung ist doch aber die Aufgabe der Strafrechtswissenschaft wie auch der Rechtsprechung. So wird die Frage des hinreichenden Zeitraums für eine Strafvereitelung zwar unterschiedlich beurteilt.⁶⁹ Die längste insoweit vorgeschlagene Zeitspanne beträgt indes in Anlehnung an die prozessuale Regelung in § 229 I StPO und unter Verweis auf damit zu lösende Bestimmtheitsprobleme drei Wochen.⁷⁰

Hier hat P mit seiner Aussage gegenüber S bewirkt, dass dieser der Sache nicht weiter nachging und V infolgedessen bereits über ein Jahr nicht bestraft oder auch nur strafrechtlich verfolgt wurde. Ein Vereitelungserfolg ist damit auch gegeben.

2. Subjektiver Tatbestand (+)

P wollte zumindest eine erhebliche zeitliche Verzögerung und handelte somit absichtlich.

II. Rechtswidrigkeit, Schuld (+)

III. Ergebnis: § 258 I Alt. 1 StGB (+)

M. Gem. § 187 StGB durch die Aussage gegenüber S

I. Tatbestand

P behauptet bei S, N habe der Behörde gegenüber gelogen, als Sie von der Vermietungspraxis des V berichtete. Hierbei handelt es sich um einen dem Beweis zugänglichen Umstand der Vergangenheit, mithin um eine Tatsache⁷¹ in Bezug auf N.

Eine solche ist dann geeignet, die andere Person verächtlich zu machen, wenn sie diese so darstellt, dass sie ihren sittlichen Pflichten nicht gerecht wird.⁷² P hat behauptet, N habe dem V Umstände unterstellt, nach denen V infolge ungenehmigter Zweckentfremdung seiner Wohnung eine Ordnungswidrigkeit nach § 5 I Nr. 1 ZWEGW BW begangen hätte. Es entspricht einer sittlichen Pflicht, andere nicht unberechtigt derartiger Ordnungswidrigkeiten zu bezichtigen. Somit ist diese Behauptung geeignet, die N verächtlich zu machen.

P handelte auch vorsätzlich und die Unwahrheit der geäußerten Tatsachen stand für ihn fest, sodass er auch wider besseres Wissen handelte.

II. Rechtswidrigkeit, Schuld (+)

III. Ergebnis: § 187 StGB (+)

N. Gem. § 186 StGB

Gegenüber § 186 StGB ist § 187 StGB spezieller.⁷³

⁶⁶ Rengier BT I § 21 Rn. 6.

⁶⁷ Sch/Sch/Hecker § 258 Rn. 14.

⁶⁸ Rengier BT I § 21 Rn. 6.

⁶⁹ S. hierzu BeckOK StGB/Ruhmannseder § 258 Rn. 9.

⁷⁰ Jahn JuS 2006, 760 (761); Fischer StGB § 258 Rn. 8; LaKü/Kühl § 258 Rn. 4; Sch/Sch/Hecker § 258 Rn. 14.

⁷¹ BGH NJW 2005, 279 (281); NK StGB/Zaczyk § 186 Rn. 2.

⁷² MüKo StGB/Regge/Pegel § 186 Rn. 14.

⁷³ MüKo StGB/Regge/Pegel § 187 Rn. 129.

O. Gem. § 164 I StGB durch die Aussage gegenüber S

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

P könnte N bei einer Behörde einer rechtswidrigen Tat verdächtig haben. Bei der für die Erteilung der Genehmigung zur Zweckentfremdung zuständigen Stelle handelt es sich um ein ständiges Organ der Staatsgewalt, das zur Erreichung staatlicher Zwecke tätig wird und dabei mit einer gewissen Selbstständigkeit und öffentlicher Autorität ausgestattet ist,⁷⁴ mithin um eine Behörde.

Darüber hinaus sagt P gegenüber dieser Behörde aus, die N habe ihr gegenüber gelogen. Hätte N dies tatsächlich getan, so hätte sie hiermit den V einer Ordnungswidrigkeit bezichtigt (s.o.) und damit in Bezug auf diesen eine Tatsache geäußert, die V verächtlich zu machen geeignet wäre. P hat somit wahrheitswidrig Umstände behauptet, nach denen sich die N gem. § 187 StGB strafbar gemacht hätte. Außerdem hätte sich N nach den von P geschilderten Umständen gem. § 164 II StGB strafbar gemacht, hätte Sie doch danach eine unwahre Tatsache behauptet, die geeignet ist, ein behördliches Verfahren (das Bußgeldverfahren wegen der Ordnungswidrigkeit nach § 5 I Nr. 1 ZwiEWG BW) herbeizuführen.

Er hat sie somit einer Straftat bezichtigt.

2. Subjektiver Tatbestand (+)

P hat auch wider besseres Wissen gehandelt.

II. Rechtswidrigkeit, Schuld (+)

III. Ergebnis: § 164 I StGB (+)

Hinweis: Eine Strafbarkeit gem. § 153 StGB kurz abzulehnen, schadet nicht. Die Behörde ist keine zur eidlichen Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen zuständige Stelle.

⁷⁴ MüKo StGB/Zopfs § 164 Rn. 11; Matt/Renzikowski/Maier StGB, 2. Aufl. 2020, § 164 Rn. 21.

TK 5: DIE GEMEINSAME BESICHTIGUNG

Strafbarkeit der A

P. Gem. § 263 I StGB durch die Aussage von A, sie sei eine Bekannte des V und dieser habe keine Zeit

Objektiver Tatbestand

1. Täuschung (+)

A hat B und C darüber getäuscht, dass sie eine Bekannte des V sei, und dass der V den Termin verschieben müsse.

2. Irrtum bei B und C (+)

3. Vermögensverfügung

Infolge ihres Irrtums sind B und C gegangen. Problematisch ist, ob hierin eine Vermögensminderung liegt. Das könnte dann der Fall sein, wenn B und C bereits eine werthaltige Anwartschaft (Expektanz) gehabt hätten. Eine solche könnte in deren Erwartung begründet sein, die Wohnung womöglich zu erhalten.

Die Rechtsprechung fragt danach, ob sich die Aussicht schon insoweit konkretisiert hat, dass ihr nach der Verkehrsauffassung bereits ein bestimmbarer Vermögenswert zukommt.⁷⁵ Andere konkretisieren dies und nehmen eine vermögenswerte Expektanz dann an, sofern eine (rechtlich konstituierte) Herrschaft vorliegt, die die störungsfreie Möglichkeit der Entwicklung eines Zustands zum Vollwert beinhaltet.⁷⁶

B und C hätten sich jeweils gegenüber V noch als die geeignetere potenzielle Mietpartei zeigen müssen. Die Entscheidung darüber, mit wem er letztlich kontrahiert, lag also allein bei V. Daher hatten B und C keine störungsfreie Aussicht auf einen Mietvertrag, egal, ob man hierin einen Vermögenswert sieht.

⁷⁵ BGH NSTZ 2012, 272 (273).

⁷⁶ MüKo StGB/Hefendehl § 263 Rn. 538.

Folglich existiert keine vermögenswerte Expektanz und damit keine Vermögensverfügung.

Ergebnis: § 263 I StGB (-)

TK 6: DIE BÜRGSCHAFT

Strafbarkeit des V

Q. Gem. § 253 I StGB gegenüber und zulasten A durch Aussage, es stünden noch weitere Interessenten auf seiner Liste

Objektiver Tatbestand

1. Nötigungshandlung

Zunächst müsste eine Nötigungshandlung in Form von Gewalt oder einer Drohung mit einem empfindlichen Übel vorliegen. V entfaltet hier keinerlei Körperkraft, die einen auf den Körper der A wirkenden Zwang ausübt,⁷⁷ womit nur die Alternative der Drohung mit einem empfindlichen Übel in Betracht kommt.

Empfindliches Übel = Die angekündigte negative Folge ist geeignet, einen besonnenen Menschen in der konkreten Situation zu dem vom Täter angestrebten Verhalten zu bestimmen.⁷⁸

Gleichzeitig mit der Forderung nach der unbeschränkten selbstschuldnerischen Bürgschaft behauptet V, noch 50 weitere Wohnungsinteressenten zu haben. Er stellt der A somit konkludent in Aussicht, wenn sie ihm nicht neben der Kautionsvereinbarung einen Bürgen als Sicherheit stelle, dann werde er eben einen anderen Interessenten nehmen, der diese Forderungen erfüllt. Er droht daher damit, die Eingehung des Mietvertrags zu unterlassen.⁷⁹ In diesem Fall bekäme A die Wohnung nicht, was

als empfindliches Übel zu bewerten ist. Der Mietvertrag enthält auch die Verpflichtung zur Hinterlegung einer Barkautionsvereinbarung. Sollte sich diese als unwirksam erweisen, könnte in der Zahlung der Kautionsvereinbarung ein Vermögensnachteil liegen.

2. Nötigungserfolg

A ist den Mietvertrag mit V eingegangen und hat die Mietkautionsvereinbarung hinterlegt. Hierin liegt jeweils eine Vermögensverfügung, sodass es auf die umstrittene Frage⁸⁰, ob eine solche für eine Erpressung iSd § 253 I StGB erforderlich ist, nicht ankommt.

3. Vermögensnachteil

Fraglich erscheint hingegen das Vorliegen eines Vermögensnachteils. Infolge der Eingehung des Mietvertrags erhält A die Wohnung des V zur Nutzung, was eine Kompensation der durch die Eingehung des Mietvertrages bedingten Vermögensverfügung darstellt.

Allerdings hat A auch eine **Barkautionsvereinbarung** in Höhe von drei Monatskaltmieten geleistet. Wäre die zugrundeliegende Kautionsvereinbarung in bestimmbarer Höhe nichtig, könnte A – wie bereits angedeutet – in Höhe der zu viel geleisteten Kautionsvereinbarung ein Vermögensnachteil entstanden sein. Fraglich ist daher, ob die Vereinbarung über die Barkautionsvereinbarung unwirksam ist.

Gem. § 551 I BGB ist die zulässige Höhe von Mietsicherheiten auf das Dreifache einer Monatskaltmiete beschränkt. Das gilt auch bei einer Kumulation verschiedener Sicherheiten.⁸¹ Die Sicherheitsleistung ist dann gem. § 551 IV BGB *insoweit* unwirksam, als die gem. § 551 I BGB zulässige Obergrenze überschritten wird.⁸² Als Sicherheit in diesem Sinne zählt auch die unbeschränkte selbstschuldnerische Bürgschaft der Mutter der A.⁸³ Die

⁷⁷ Zu diesem Erfordernis für „Gewalt“ s. MüKo StGB/Sinn § 240 Rn. 29 ff.

⁷⁸ MüKo StGB/Sander, 4. Aufl. 2021, § 253 Rn. 11.

⁷⁹ S. zur Drohung *mit* einem Unterlassen bereits oben.

⁸⁰ S. hierzu etwa MüKo StGB/Sander § 253 Rn. 13 ff.; Sch/Sch/Bosch StGB § 253 Rn. 8 ff.

⁸¹ BGH NJW 1989, 1853; Schmidt-Futterer Mietrecht/Flatow § 551 BGB Rn. 44.

⁸² BGH NJW 2004, 1240; Schmidt-Futterer Mietrecht/Flatow § 551 BGB Rn. 41.

⁸³ BGH NJW 1990, 2380, wonach dies allerdings dann nicht der Fall ist, wenn der Mieter die Bürgschaft freiwillig anbietet und daher nicht erkennbar belastet wird.

zulässige Höhe von drei Monatskaltmieten wurde hier bereits mit der Barkaution erreicht. Insgesamt wurde die zulässige Höhe daher überschritten.

Damit ist aber noch nicht gesagt, welche der Sicherheiten nun unwirksam ist. Nach dem BGH ist dies im Falle eines Zusammentreffens einer Barsicherheit und einer Bürgschaft die Bürgschaft in Höhe der Überschreitung,⁸⁴ hier also in Gänze. Die daneben gezahlte Barkaution überschreitet die zulässige Höhe allein jedoch nicht, sodass diese zulässig war.⁸⁵

Daher resultiert aus ihrer Zahlung auch kein Vermögensschaden.

Ergebnis: § 253 I StGB (-)

Hinweis: An dieser Stelle könnte auch ein Betrug des V gegenüber und zulasten der A geprüft werden. Ein solcher kann neben einer Erpressung vorliegen, falls neben die Drohung selbstständig noch eine Täuschung tritt.⁸⁶ § 263 I StGB würde jedoch ebenso am fehlenden Vermögensschaden scheitern.

R. Gem. § 240 I StGB (+)

Durch die Drohung hat er sich aber gem. § 240 I StGB strafbar gemacht.

S. Gem. § 263 I StGB gegenüber und zulasten der Mutter der A infolge der Eingehung des Bürgschaftsvertrags

Objektiver Tatbestand

I. Täuschung

Zunächst müsste eine Täuschung des V gegenüber der Mutter der A vorliegen. In Betracht kommt

eine solche über die Zulässigkeit einer unbeschränkten selbstschuldnerischen Bürgschaft für den Abschluss des Mietvertrags zwischen V und A. V hatte mit der Mutter der A keinen direkten Kontakt, vielmehr hat er allein mit A gesprochen.

Eine Täuschung kann freilich auch schriftlich erfolgen. Insofern ist die dem von V unterzeichneten Bürgschaftsvertrag innewohnende und an die Mutter der A als Vertragspartnerin gerichtete Erklärung des V auszulegen. Dabei ist aus Sicht eines objektivierten Empfängers die typische Verkehrsauffassung zu berücksichtigen. Ein Vertrag, der bereits von einem der Vertragspartner unterzeichnet ist und dem anderen Vertragspartner bestimmungsgemäß vorgelegt wird, enthält die Erklärung, der Vertrag sei in Ordnung. Zwar könnte man noch überlegen, ob dies womöglich weniger Tatsachen, als vielmehr allein Rechtsfragen betrifft. Hierfür spricht, dass V mit der Mutter der A eine unbeschränkte Bürgschaft eingehen wollte, während eine solche auch bei singulärer Betrachtung nur über eine Höhe von drei Monatskaltmieten hätte eingegangen werden dürfen. Allerdings suggeriert V hier, dass die tatsächlichen Voraussetzungen für die Eingehung überhaupt eines Bürgschaftsvertrages gegeben seien. Wäre nicht daneben eine Barkaution über drei Monatskaltmieten vereinbart, so wäre die beschränkte Bürgschaft nicht in Gänze unwirksam, vielmehr könnte die Mutter lediglich bis zu einer Höhe von drei Monatskaltmieten in Anspruch genommen werden.⁸⁷ V täuscht somit konkludent über die tatsächlichen Voraussetzungen der Zulässigkeit überhaupt eines Bürgschaftsvertrages.

Hinweis: Eine mittelbare Täterschaft (§ 25 I Alt. 1 StGB) liegt hier nicht vor. Zwar ist es die A, die ihrer Mutter den von V unterzeichneten

Ein solcher Fall liegt hier aber nicht vor, hat A der Bürgschaft doch nur infolge der Drohung des V zugestimmt.

⁸⁴ BGH NJW 1989, 1853; Schmidt-Futterer Mietrecht/Flatow § 551 BGB Rn. 44 weist darauf hin, dass dies wohl die Folge einer ergänzenden Auslegung des Mietvertrags unter Berücksichtigung der erkennbaren

Interessenlage des Vermieters sei, da die Barkaution ihm den einfachsten Zugriff gewährt.

⁸⁵ BGH NJW 2003, 2899; NJW 2004, 1240.

⁸⁶ BeckOK StGB/Beukelmann, 51. Edition 2021, § 263 Rn. 122; BGHSt 9, 245; 11, 67; 23, 294.

⁸⁷ MüKo BGB/Bieber, 8. Aufl. 2020, § 551 Rn. 11.

Bürgschaftsvertrag vorlegt. Allerdings hat A schon objektiv nicht getäuscht. Vielmehr stammt die Erklärung in dem Bürgschaftsvertrag von V und eben nicht von A. A sollte den unterzeichneten Vertrag lediglich übergeben. Die darin enthaltene Erklärung stammt von V, sodass er es war, der die Mutter der A getäuscht hat und nicht die A unter der Wissens- oder Willensherrschaft des V. Daher liegt keine mittelbare Täterschaft vor.

II. Irrtum (+)

III. Vermögensverfügung (+)

Eine Vermögensverfügung der Mutter liegt im Eingehen der Bürgschaft.

IV. Vermögensschaden

Daraus müsste allerdings auch ein Vermögensschaden entstanden sein. In Betracht kommt ein Gefährdungsschaden wegen der Belastung des Vermögens mit der Bürgenschuld.

Wie ausgeführt, übersteigt die Bürgschaft die gem. § 551 I, IV BGB zulässige Obergrenze für Mietsicherheiten. Nach dem BGH kann die Mieterin A daher von V verlangen, dass dieser ihre Mutter als Bürgin nicht in Anspruch nimmt; die Mutter selbst kann dies gem. § 768 I 1 BGB einredeweise gegen V geltend machen.⁸⁸ Das Bestehen dieser **Einrede** könnte die mit der Eingehung der Bürgschaft einhergehende Vermögensminderung kompensieren. Zu berücksichtigen ist allerdings das Wissensdefizit aufseiten der Mutter der A. Da V sie, wie ausgeführt, über die Unzulässigkeit der Bürgschaft getäuscht hat, wusste sie nicht um die Existenz der Einrede, sodass diese die Vermögensminderung jedenfalls nicht kompensiert.⁸⁹

Dessen ungeachtet ist aber Folgendes zu beachten: Zwar handelt es sich um eine selbstschuldnerische Bürgschaft, dh die Subsidiarität der Haftung des Bürgen (§ 771 BGB) ist gem. § 773 I Nr. 1

BGB ausgeschlossen. Das wiederum würde im Falle der Wirksamkeit der Bürgschaft dazu führen, dass V die Mutter jederzeit wegen der Ansprüche aus dem Mietverhältnis mit A in Anspruch nehmen kann, ohne sich zuvor an A zu wenden.

Wie V aber zutreffend ausführt, kann V trotz des Ausschlusses der Subsidiarität die Mutter ohnehin nur dann in Anspruch nehmen, wenn A sich nicht ordnungsgemäß verhält, also zB den Mietzins nicht rechtzeitig zahlt. Schon dies spricht gegen eine konkrete schädigende Gefährdung des Vermögens der Mutter. Darüber hinaus würde sie, selbst wenn sich dieses Risiko realisieren und sie dann an V leisten würde, gem. § 774 I 1 BGB kraft gesetzlichen Forderungsübergangs die vollwertige Forderung des V gegen A erhalten. Dass diese nicht durchsetzbar wäre, ist nicht ersichtlich. Somit ist das Vermögen der Mutter nicht konkret gefährdet, sodass ihr kein Vermögensschaden entstanden ist.

Ergebnis: § 263 I StGB (-)

Hinweis: Auch wenn man einen Vermögensschaden annehmen sollte, würde eine Strafbarkeit wegen Betrugs jedenfalls an der Bereicherungsabsicht des V scheitern. Es kam ihm nur auf eine weitere Sicherheit für etwaige Ansprüche aus dem Mietverhältnis an. Über diesen Kompensationszweck hinaus wollte V mit der Bürgschaft nichts erreichen, sodass der subjektive Tatbestand jedenfalls an der Bereicherungsabsicht scheitern dürfte.

⁸⁸ BGH NJW 1989, 1853.

⁸⁹ Vgl. zu diesen Anforderungen MüKo StGB/Hefendehl § 263 Rn. 746.

TK 7: DIE DACHSCHRÄGEN

Strafbarkeit des V

T. Gem. § 263 I StGB durch die Aussage, er habe mit einem Architekten gesprochen, das gehe so in Ordnung

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

a) Täuschung (+)

V behauptet wahrheitswidrig, die Einberechnung der Dachschrägen in die Mietfläche sei korrekt erfolgt.

b) Irrtum (+)

A könnte hier einem Irrtum über die tatsächliche Größe der Wohnung erlegen sein.

Problematisch ist, ob die Zweifel der A an der Aussage des V einen Irrtum ausschließen.

Teilweise wird vertreten, § 263 StGB sei bei zweifelnden Opfern wegen deren verminderter Schutzbedürftigkeit nicht anzuwenden,⁹⁰ ein Irrtum also nicht anzunehmen. Allerdings liefe dies auf eine dem Strafrecht fremde Bewertung eines Opfermitverschuldens im Sinne eines Tatbestandsausschlusses hinaus.⁹¹ Zudem findet sich für eine Einschränkung der Schutzbedürftigkeit im Wortlaut des § 263 I StGB keine Stütze.⁹² Nur weil jemand an einer für seinen Irrtum erheblichen Aussage zweifelt, sollte er nicht aus dem Schutzbereich des § 263 I StGB herausgenommen werden.⁹³

Aus diesem Grund sind Zweifel so lange nicht geeignet, die Annahme eines tatbestandsmäßigen Irrtums in Frage zu stellen, als das Opfer gleich-

wohl noch die Wahrheit der behaupteten Tatsache für möglich hält und deswegen die Vermögensverfügung trifft.⁹⁴

Etwas anderes könnte gelten, sofern A eine „bewusste Risikoentscheidung“ getroffen hat. Das könnte dazu führen, dass wegen eigenverantwortlicher Selbstgefährdung die objektive Zurechnung zu verneinen wäre.⁹⁵ Hierfür müsste die A als potenzielles Opfer die Vermögensdisposition mit dem Hintergedanken getroffen haben, das Risiko eines Verlustgeschäftes für die Chance eines Gewinns (eines „guten Geschäfts“) einzugehen. A wägt aber keinerlei Risiken ab, sondern geht ihren Zweifeln schlicht nicht weiter nach und vertraut letztlich der Aussage des V. Die objektive Zurechnung ist folglich nicht wegen einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung der A ausgeschlossen.

c) Vermögensverfügung (+)

A ist den Mietvertrag mit V eingegangen und zahlt auch den monatlichen Mietzins.

d) Vermögensschaden

Fraglich ist das Vorliegen eines Vermögensschadens. Nach § 535 I 1 BGB hat der Mieter oder die Mieterin Anspruch auf Überlassung des im Mietvertrag bezeichneten Wohnraums, was die Vermögensminderung kompensieren könnte.

Hier erhält A auch tatsächlich den Besitz an dem im Mietvertrag bezeichneten Wohnraum. Allerdings weist dieser eine im Vergleich zur Beschreibung im Vertrag zu geringe Wohnfläche auf, weshalb ein Vermögensschaden vorliegen könnte.

Nach § 536 I 2 BGB wird der Mietzins entsprechend der Minderung der Tauglichkeit des Wohnraums gemindert, wobei lediglich gem. § 563 I 3 BGB eine unerhebliche Tauglichkeitsminderung außer Betracht bleibt. Der BGH geht im Falle einer

⁹⁰ Ellmer, Betrug und Opfermitverantwortung, 1986, S. 281 ff.

⁹¹ OLG Karlsruhe wistra 2004, 276 (277); MüKo StGB/Hefendehl § 263 Rn. 362.

⁹² BGH, Urt. v. 5.12.2002 – 3 StR 161/02 (LG Düsseldorf).

⁹³ MüKo StGB/Hefendehl § 263 Rn. 362.

⁹⁴ hM: BGH NJW 2003, 1198 f.; LK StGB/Tiedemann, 12. Aufl. 2012, § 263 Rn. 84 ff; Sch/Sch/Perron, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 40.

⁹⁵ Matt/Renzikowski/Saliger, 2. Aufl. 2020, § 263 Rn. 96; MüKo StGB/Hefendehl § 263 Rn. 368; SSW/Satzger, 5. Aufl. 2021, § 263 Rn. 134.

Flächenabweichung ab 10 % von einer Erheblichkeit aus.⁹⁶ Da hier eine negative Abweichung von 20 % vorliegt, ist die Minderung der Tauglichkeit erheblich.

Folglich wird die Miete gem. § 536 I 2 BGB kraft Gesetzes gemindert, es bedarf keiner Gestaltungserklärung der Mieterin.⁹⁷ Dementsprechend zahlt A mehr Miete, als sie aufgrund der Mietminderung gem. § 536 I 2 BGB müsste und erleidet somit einen Vermögensschaden.

Dass V im Einklang mit dem Mietrecht den vereinbarten Mietzins hätte verlangen können, spielt für die Frage des Nichtvorliegens eines Vermögensschadens keine Rolle. Denn V hat diese Möglichkeit der Erhöhung des Mietzinses nicht ergriffen. Es handelt sich um eine bloße Option, die keine aktuellen Auswirkungen auf das Vermögen hat.

2. **Subjektiver Tatbestand: Vorsatz, Bereicherungsabsicht (+)**

II. **Rechtswidrigkeit, Schuld (+)**

III. **Ergebnis: § 263 I StGB (+)**

Hinweis: Für eine Strafbarkeit wegen Wuchers gem. § 291 I 1 Nr. 1 StGB enthält der Sachverhalt **keine Anhaltspunkte**. Selbst wenn man eine Zwangslage der A wegen des angespannten Wohnungsmarktes noch annehmen wollte, hat sich V jedenfalls keinen Vermögensvorteil versprechen lassen, der in einem auffälligen Missverhältnis zu seiner Leistung steht. Ein solches auffälliges Missverhältnis kommt bei einem Mietwucher etwa bei einem Überschreiten der örtlichen Vergleichsmiete um 50 % in Betracht.⁹⁸ Die Bürgschaft diene allein Kompensationszwecken für potenzielle Ansprüche gegen A im Falle nicht ordnungsgemäßen Verhaltens derer. Aber auch die geringere Mietfläche führt

nicht zu einem auffälligen Missverhältnis, immerhin handelte es sich lediglich um eine Abweichung von 20 % und hat V dennoch nur die ortsübliche Vergleichsmiete verlangt.

TK 8: DIE KAUTION

Strafbarkeit des V

U. **Gem. § 266 I StGB durch die Anlage der Barkaution in einem Aktienfonds**

I. **Objektiver Tatbestand**

1. **„Missbrauchstatbestand“ (§ 266 I Alt. 1)**

Um den „Missbrauchstatbestand“ erfüllen zu können, müsste V rechtlich befugt sein, in nach außen rechtlich wirksamer Weise über das Vermögen des A zu verfügen bzw. ihn zu verpflichten.⁹⁹ Ein solches Rechtsverhältnis besteht zwischen V und A gerade nicht. V kann zwar faktisch auf die Mietkaution des A zugreifen. Für den Missbrauchstatbestand wäre aber ein rechtliches Können des V erforderlich: Er bräuchte gem. § 266 I Alt. 1 StGB eine Befugnis, über das Vermögen der A zu verfügen oder die A zu verpflichten. Eine solche hat er nicht. Selbst wenn er auf das – wirtschaftlich weiterhin der A zugeordnete – Geld zugreift, schafft er damit keine rechtlichen Bindungen für A.

Der Missbrauchstatbestand ist nicht erfüllt.¹⁰⁰

2. **„Treubruchtatbestand“ (§ 266 I Alt. 2)**

a) **Vermögensbetreuungspflicht**

V müsste eine Vermögensbetreuungspflicht innegehabt haben.

⁹⁶ BGH NJW 2008, 142; NJW 2009, 3421; NJW 2009, 2295.

⁹⁷ BeckOGK/Bieder, Stand 2021, BGB § 536 Rn. 40, 86; BeckOK BGB/Wiederhold, 61. Ed. 2022, BGB § 536 Rn. 91 ff.; Blank/Börstinghaus/Blank/Börstinghaus, 6. Aufl. 2020, BGB § 536 Rn. 95 ff.

⁹⁸ MüKo StGB/Panaris § 291 Rn. 30 mwN.

⁹⁹ Vgl. Rengier BT I § 18 Rn. 6; die Nachweise beziehen sich jeweils auf die neuesten Auflagen (Stand: 1.12.2020).

¹⁰⁰ Vgl. Bosch JA 2008, 658.

aa) Zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen

Dazu müsste er zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen verpflichtet gewesen sein.

Dafür spricht, dass den Vermieter gem. § 551 III BGB eine Anlagepflicht trifft. Diese dürfe allerdings, so wird teilweise argumentiert, nicht isoliert betrachtet werden. Die Interessen der Parteien eines Mietvertrages liefen grundsätzlich gegenseitig. Die Mietsicherheit diene in erster Linie der Befriedigung der Sicherheitsinteressen des Vermieters und nur die Form der Anlage solle den Mieter schützen. Die Pflicht des Vermieters erschöpfe sich also darin, das Mietervermögen nicht zu gefährden oder zu schädigen, was nicht zur Bejahung einer „Betreuungspflicht“ reiche.¹⁰¹

Allerdings ist Folgendes zu beachten: Zwar ist es richtig, dass Mieter und Vermieter weitgehend gegenteilige Interessen verfolgen und die *Zahlung* einer Mietkaution allein den Sicherheitsinteressen des Vermieters dient. Wie bereits ausgeführt, hat aber der Vermieter bei Wohnraummietverträgen – und ein solcher liegt hier vor – die Kautions gem. § 551 III BGB anzulegen. Diese Anlagepflicht soll nicht rein abstrakt dafür sorgen, dass das Mietervermögen nicht gefährdet wird, sondern sie soll konkret den Rückzahlungsanspruch des Mieters gerade vor Zugriffen des Vermieters oder im Falle einer Zahlungsunfähigkeit des Vermieters vor dem Zugriff durch dessen Gläubiger schützen.¹⁰² Darüber hinaus soll die Pflicht zur Anlage bewirken, dass sich das Vermögen in dem Ausmaß mehrt oder den Wert erhält, wie dies auch dann hätte sein können, wenn der Vermieter sich um die Anlage gekümmert hätte.

Somit kann von einer fremdnützigen Vermögensfürsorge ausgegangen werden.

¹⁰¹ OLG Düsseldorf NJW 1989, 1171; LaKü/Kühl/Heger StGB § 266 Rn. 12; Sch/Sch/Perron StGB § 266 Rn. 26; MüKo StGB/Dierlamm § 266 Rn. 124.

¹⁰² BGH NJW 1996, 65 f.; ebenso LK StGB/Schünemann, § 266 Rn. 147; Rengier BT I § 18 Rn. 26.

Hinweis: aA genauso vertretbar.

bb) Erhebliche Vermögensbetreuungspflicht

Damit der Untreuetatbestand nicht ausuffert, muss die Vermögensbetreuungspflicht restriktiv gehandhabt werden. Die Pflicht muss wesentlicher Inhalt der fremdnützig ausgerichteten Geschäftsbesorgung sein und dem Pflichtigen muss eine gewisse Selbstständigkeit zukommen.¹⁰³

(1) Hauptpflicht

Gegen die Annahme einer solchen qualifizierten Pflicht lässt sich anführen, dass die Verpflichtung zur Anlage der Mietkaution mietrechtlich nur eine Nebenpflicht darstelle.¹⁰⁴ Freilich handelt es sich hierbei nur um die zivilrechtliche Einordnung, die für die strafrechtliche eine allenfalls untergeordnete Rolle spielt. Zu beachten ist dabei, dass sich die dem Schutz des Mieters dienenden Vorgaben zur Verwendung der Mietkaution aus zwingenden, dh nicht disponiblen Sonderregelungen für die Wohnraummiete ergeben. Das hat der Gesetzgeber in § 551 IV BGB explizit klargestellt. Man kann auf dieser Grundlage – mit der Rspr. – von einer gesetzlichen Verpflichtung ausgehen, die Hauptpflicht im strafrechtlichen Sinne ist.¹⁰⁵

Hinweis: aA genauso vertretbar.

(2) Selbstständigkeit (Entscheidungsspielraum)

Gegen die Annahme einer Selbstständigkeit des Vermieters spricht, dass § 551 III BGB ihm sehr detaillierte Vorgaben (zu Art der Anlage, Kündigungsfrist, Verzinsung, Trennung vom Vermögen des Vermieters) macht. Er hat im Wesentlichen nur noch die Bank auszuwählen, bei der er das Geld anlegt. Außerdem handelt es sich bei der Anlage um einen einmaligen Vorgang. Ein erheblicher

¹⁰³ BGH NJW 2010, 92 (96 f.) („Hauptpflicht“); NK StGB/Kindhäuser § 266 Rn. 33 f.; Eisele Strafrecht BT II, 4. Aufl. 2017, Rn. 890 ff.; Rengier BT I § 18 Rn. 18 ff.

¹⁰⁴ Satzger Jura 1998, 570 (573 f.).

¹⁰⁵ BGHSt 41, 224 (228 f.); BGH NJW 2008, 1827.

Umfang der Vermögensbetreuungspflicht ist zudem durch die Begrenzung des Kautionsbetrags (§ 551 I BGB) schon gesetzlich ausgeschlossen.

Dafür, das Kriterium der Eigenständigkeit hier zu bejahen, spricht allerdings, dass dieses allein dazu dient, die Vermögensbetreuung iSd Untreuetatbestandes von solchen „„Diensten der Handreichung“ abzugrenzen, wie sie etwa von Kellnern, Lieferasträgern, Chauffeuren und Boten erbracht werden“.¹⁰⁶ Dies aber schließt die Vermögensbetreuungspflicht des Vermieters nicht aus. Von daher kann von einer solchen ausgegangen werden.

Hinweis: aA genauso vertretbar. Insbesondere mit der Begründung, dass der BGH mit seiner Annahme, das Kriterium der Selbstständigkeit diene lediglich der Abgrenzung von „Diensten der Handreichung“, dieses faktisch aufgibt.¹⁰⁷

Dann sollte allerdings im Hilfsgutachten weitergeprüft werden, denn die Frage der Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht war hier mit dem Anlegen in einem Aktienfonds fraglich.

b) Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht

aa) Pflichtverletzung

Diese Vermögensbetreuungspflicht müsste V verletzt haben. Er hätte die Kautions gem. § 551 III 1 BGB bei einem Kreditinstitut zu einem für Spareinlagen mit dreimonatiger Kündigungsfrist üblichen Zinssatz anlegen müssen. Dies hat er nicht getan, sondern die Kautions in einem risikobehafteten Aktienfonds angelegt. Ob ein solches Risikogeschäft eine Pflichtverletzung begründet, richtet sich nach dem Innenverhältnis zwischen den Parteien.¹⁰⁸ Dieses ist hier durch § 551 III BGB gesetzlich vorgegeben. Denn für die zivilrechtliche Zulässigkeit

einer derartigen risikobehafteten Anlage hätte es gem. § 551 III 2 BGB einer besonderen Vereinbarung zwischen V und A bedurft; eine solche lag nicht vor. Die Vorschrift des § 551 III 1 BGB ist gem. § 551 III 2 BGB somit eine disponible, kodifiziert letztlich also nur dasjenige, was die Parteien sinnvollerweise vereinbart hätten, hätten sie sich über diesen Punkt ausdrücklich geeinigt. Eine abweichende, Risikogeschäfte erlaubende Vereinbarung liegt hier nicht vor. Um strafrechtliche Relevanz erlangen zu können, muss diese Pflicht aber zudem einen **Vermögensbezug** aufweisen.¹⁰⁹ Hier geht es gerade darum, das Geld sicher und insolvenzfest anzulegen, weshalb ein Vermögensbezug zu bejahen ist. V hat mit der Anlage in einem Aktienfonds somit seine Vermögensbetreuungspflicht verletzt.

bb) Gravierende Pflichtverletzung

Allerdings müsste dies nach überwiegend vertretener Ansicht auch eine gravierende Pflichtverletzung darstellen.¹¹⁰ Anwendungsbereich und Reichweite des Kriteriums der gravierenden Pflichtverletzung sind indes weitgehend unklar.¹¹¹ Teilweise wird auch die Formulierung verwendet, dass eine „allenfalls geringfügige“ Verletzung nicht ausreicht.¹¹² Was genau hierunter zu verstehen ist, ist nicht abschließend geklärt.¹¹³ Jedenfalls geht es vorliegend um eine mietrechtliche und damit außerstrafrechtliche Pflicht. Um nicht jede vermögensrelevante zivilrechtliche Pflichtverletzung in den Bereich des Strafbaren zu erheben, liefert das Kriterium der gravierenden Pflichtverletzung die Möglichkeit, eine strafrechtsautonome Würdigung im Einzelfall vorzunehmen.¹¹⁴

V hat die Mietkaution getrennt von seinem eigenen Vermögen angelegt und ist damit dem wesentlichen, weil gem. § 551 IV BGB nicht zur Dispo-

¹⁰⁶ So BGH NJW 1996, 65 (66); diese Rspr. wurde später bestätigt von BGH NJW 2008, 1827.

¹⁰⁷ MüKo StGB/Dierlamm/Becker § 266 Rn. 58.

¹⁰⁸ MüKo StGB/Dierlamm/Becker § 266 Rn. 261.

¹⁰⁹ Fischer StGB § 266 Rn. 60.

¹¹⁰ BGHSt 47, 148 (150); Fischer StGB § 266 Rn. 61.

¹¹¹ MüKo StGB/Dierlamm/Becker § 266 Rn. 197.

¹¹² BGH NJW 2002, 2364 (2365).

¹¹³ Siehe zur ganzen Diskussion etwa Satzger/Schluckebier/Widmaier/Saliger, 5. Aufl. 2021, § 266 Rn. 47 ff.; MüKo StGB/Dierlamm/Becker § 266 Rn. 197 ff.

¹¹⁴ Satzger/Schluckebier/Widmaier/Saliger § 266 Rn. 51.

sition stehenden, Teil seiner Pflichten sogar nachgekommen. Damit ist der Fall hier nicht vergleichbar mit dem vom BGH entschiedenen Fall, in dem die Kautions entgegen § 551 III BGB nicht auf einem separaten Konto angelegt wurde.¹¹⁵

Darüber hinaus ist nicht ersichtlich, dass der Aktienfonds mit einem extrem großen Risiko einhergegangen wäre. Außerdem hat V auch ein eigenes Vermögen, sodass in Ermangelung entgegenstehender Anhaltspunkte davon auszugehen ist, dass A ihre Barkautions auch dann in voller Höhe zurück erhalten hätte, wenn das Risikogeschäft schiefgegangen wäre. Vor diesem Hintergrund dürfte eine gravierende Pflichtverletzung nicht vorliegen.

Hinweis: aA genauso vertretbar. Insbesondere dann, wenn man mit guten Gründen eine gravierende Pflichtverletzung nicht verlangt oder dieses Merkmal für ungeeignet hält, einschränkende Kriterien aufzustellen.

Geht man davon aus, dass eine gravierende Pflichtverletzung vorliegt, wäre wie folgt weiterzuprüfen:

– *Hilfsgutachten* –

c) Vermögensnachteil

Ein Vermögensnachteil läge dann vor, wenn bei gesamtaldierender Betrachtung das Vermögen des Geschädigten nach der Pflichtverletzung geringer ist als vor der Pflichtverletzung.

Fraglich ist, ob bereits durch die Einzahlung der Mietsicherheit in den Aktienfonds ein Vermögensnachteil entstanden ist, weil die Anlage risikobehaftet war und sich damit die Rückzahlung nicht mehr als sicher darstellte. So geht der BGH im Falle richtig, dh den Anforderungen des § 551 III

BGB entsprechender Anlage von einem insolvenzfesten Anwartschaftsrecht des Mieters aus: Sollte der Vermieter zahlungsunfähig werden, so kann der Mieter die Kautions gem. § 47 I InsO aussondern, sofern der Vermieter seiner Pflicht zur getrennten Anlage gem. § 551 III 3 BGB nachgekommen ist.¹¹⁶ Dieser Pflicht zur getrennten Anlage ist V nachgekommen. Von daher hatte A ein insolvenzfestes Anwartschaftsrecht,¹¹⁷ dem bereits ein Vermögenswert zukommt.¹¹⁸

Ein strafrechtlich relevanter Vermögensnachteil könnte sich indes daraus ergeben, dass V entgegen § 551 III 1 BGB die Kautions risikobehaftet in einem Aktienfonds angelegt hat. In Betracht kommt ein Gefährdungsschaden. Ein solcher liegt dann vor, wenn das Vermögen bereits so konkret gefährdet ist, dass dies bei wirtschaftlicher Betrachtung zu einer Minderbewertung der *gegenwärtigen* Vermögenslage führt.¹¹⁹

Eine solche Schadensbegründung muss restriktiv gehandhabt werden, um nicht jede Gefahr für das Vermögen als Schaden einzustufen und die Untreue damit zu einem Gefährdungsdelikt umzugestalten und so jede zivilrechtliche Vertragswidrigkeit in den Bereich des Strafbaren zu erheben. Die bloße Möglichkeit eines realen Schadens genügt also noch nicht. Für Risikogeschäfte hat die frühere Rechtsprechung für das Vorliegen einer schädigenden konkreten Vermögensgefährdung verlangt, dass das Risikogeschäft mit einem unvermeidbaren Verlustrisiko verbunden ist. Dies wurde erst dann angenommen, wenn der potenzielle Täter „nach Art eines Spielers“ entgegen den Regeln kaufmännischer Sorgfalt zur Erlangung höchst zweifelhafter Gewinnaussichten eine aufs äußerste gesteigerte Verlustgefahr auf sich nahm.¹²⁰ Bei einem derart engen Verständnis dürfte hier kein Vermögensnachteil vorliegen.

¹¹⁵ BGH NJW 2008, 1827.

¹¹⁶ BGH NZI 2008, 235; BeckOK Insolvenzrecht/Haneke, 26. Ed. 2022, § 47 Rn. 53.

¹¹⁷ BGH NZI 2017, 444 Rn. 7; NZI 2014, 1064 Rn. 7.

¹¹⁸ BGH NJW 1996, 65 (66).

¹¹⁹ MüKo StGB/Dierlamm/Becker § 266 Rn. 241.

¹²⁰ BGH NJW 1990, 3219 (3220).

Derart restriktiv geht freilich die neue Rechtsprechung nicht mehr vor. Vielmehr sei wie stets allein nach wirtschaftlichen Maßstäben zu saldieren.¹²¹ Dass sich der Aktienfonds hier tatsächlich positiv entwickelt hat, ist hierfür irrelevant. Denn für die Feststellung eines Vermögensnachteils kommt es auf den Zeitpunkt der Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht an. Hier wurde die Kautio entgegen der gesetzlichen Regelung risikobehaftet in einem Aktienfonds angelegt. Diese Art der Anlage spiegelt den Wert der Kautio nicht sicher wider. Insofern ist deren Wert gemindert. Dies wird auch nicht anderweitig kompensiert, sodass ein Vermögensnachteil zu bejahen ist.

Hinweis: aA auch hier gut vertretbar. Insbesondere verlangt das BVerfG, wie oben bereits angesprochen, eine exakte Bezifferung eines Gefährdungsschaden.¹²² Den tatsächlichen Wert der Aussicht aus dem Aktienfonds wird man hier nur schwer ermitteln können. Eine solche Bezifferung obläge einem Sachverständigen.

II. Subjektiver Tatbestand: Vorsatz (+)

III. Rechtswidrigkeit, Schuld (+)

Hilfsgutachten Ende

IV. Ergebnis: § 266 I Alt. 2 StGB (+/-)

GESAMTERGEBNIS UND KONKURRENZEN:

Im ersten Tatkomplex hat sich niemand strafbar gemacht.

Im zweiten Tatkomplex ist M gem. § 263 I StGB und O gem. §§ 263 I, 27 I StGB strafbar.

M hat sich im dritten Tatkomplex gem. §§ 263 I, II, 22, 23 I StGB strafbar gemacht.

Im vierten Tatkomplex hat sich P gem. § 258 I Alt. 1 StGB strafbar gemacht durch die Aussage gegenüber der Behörde. Idealkonkurrierend (§ 52 I StGB) treten hierzu die Strafbarkeiten gem. §§ 187, 164 I StGB.¹²³

Im fünften Tatkomplex hat sich nach hier vertretener Auffassung niemand strafbar gemacht.

Im sechsten Tatkomplex hat sich V gem. § 240 I StGB strafbar gemacht.

Im siebten Tatkomplex ist V gem. § 263 I StGB strafbar.

Schließlich hat sich V im achten Tatkomplex ggf. gem. § 266 StGB strafbar gemacht.

¹²¹ BGH NStZ 2009, 330.

¹²² BVerfG NJW 2010, 3209 Rn. 113.

¹²³ Vgl. BeckOK StGB/Ruhmannseder § 258 Rn. 47 sowie BeckOK StGB/Valerius § 186 Rn. 24.