

## Betrug und Computerbetrug, §§ 263, 263a

### I. Systematik

Die Tatbestände der §§ 263, 263a schützen nach hM allein das Vermögen als Ganzes, nicht auch etwa die Redlichkeit im Geschäftsverkehr oder die Dispositionsfreiheit als solche; dass der Verlust einer Vermögensposition auch die Dispositionsfreiheit des Vermögensinhabers einschränkt, ist bloßer Reflex. Umgekehrt schützt das Strafrecht aber das Vermögen nicht unfänglich gegen alle denkbaren Eingriffe; aufgrund des fragmentarischen Charakters des Strafrechts ist das Vermögen nur gegen bestimmte vorsätzliche (§ 15; Ausnahme § 264 IV) Angriffe (bei § 263: Täuschung) geschützt. So ist nicht jeder vorsätzliche Vertragsbruch als solcher auch strafbar.

§ 263 ist zwar der strafrechtliche Prototyp eines Vermögensschutzes gegen unlautere Verhaltensweisen, nicht aber der Grundtatbestand für die anderen in diesem Abschnitt vereinten ziemlich heterogenen Tatbestände, die ihre Entstehung teilweise erst der Wirtschafts- und Computerstrafgesetzgebung seit Mitte der 1970er Jahre verdanken. Die in § 263 enthaltenen Regelbeispiele, Qualifikationen etc. gelten aber aufgrund von Verweisungen auch für §§ 263a, 266.

§ 263a wurde 1986 mit dem 2. WiKG eingefügt, um Lücken zu schließen, die sich bei dem zunehmenden Gebrauch elektronischer Datenverarbeitung bei Betrugskonstellationen ergeben haben. Der 1998 mit dem 6. StrRG neu geschaffene § 265 ist gegenüber dem (Versicherungs-)Betrug ein Vorfelddatbestand (Achtung: Bis 1998 gab es in § 265 aF ausdrücklich einen (Verbrechens!-)Tatbestand des „Versicherungsbetrugs“, der heute in Ansätzen im Regelbeispiel des § 263 III Nr. 5 fortlebt (daher lässt sich Rspr. und Lit. zu § 265 bis 1998 nicht auf den heutigen § 265 übertragen!). 2003 wurde dann in § 263a III ebenfalls ein neuer Vorfelddatbestand geschaffen.

Hinweis: Meine eigene Position zu § 263 StGB findet sich ausführlich in dessen Kommentierung von Heger/Petzsche, in: Leitner/Rosenau, Nomos-Kommentar zum Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2016.

### II. § 263

#### 1. Objektiver Tatbestand:

**a) Täuschung über Tatsachen:** Gegenstand einer solchen sind nur innere und äußere, gegenwärtige oder vergangene Tatsachen, nicht Werturteile; maßgeblich ist, dass Tatsachen dem Beweis zugänglich sein müssen. „Zukünftige Tatsachen“ gibt es daher nicht, doch kann sich eine innere Tatsache jetzt bereits auf ein zukünftiges Verhalten beziehen (zB mangelnde Erfüllungsbereitschaft bereits bei Vertragsabschluss). Die Täuschung kann ausdrücklich oder konkludent erfolgen sowie ausnahmsweise (bei Garantienstellung, die sich ausnahmsweise auch aus § 242 BGB herleiten lässt) auch durch Unterlassen einer gebotenen Mitteilung zur Aufklärung eines Irrtums bestehen.

**b) Erregen oder Unterhalten eines Irrtums:** Irrtum ist eine **Fehlvorstellung des Getäuschten**; das bloße Fehlen der Vorstellung einer wahren Tatsache (ignorantia facti)

ist kein Irrtum. Glaubt der zu Täuschende die Täuschung nicht, befindet er sich ebenfalls in keinem Irrtum (dann bleibt nur ein versuchter Betrug), doch genügt für die Bejahung eines Irrtums, dass der Getäuschte die vorgespiegelte Tatsache für möglich hält (BGHSt 47, 83); davon überzeugt sein, muss er hingegen nicht. **Erregen** heißt (Mit-) Verursachen des Irrtums, d. h. der **Irrtum muss durch die Täuschung zumindest kausal** iSd csqn-Formel (mit) **hervorgerufen** worden sein. Dass das Opfer aufgrund von Leichtgläubigkeit die Täuschung unschwer hätte durchschauen können, steht einer Kausalität nicht entgegen.

**Unterhalten** wird ein Irrtum durch das Verhindern oder Erschweren seiner Aufklärung sowie ein Bestärken in der Fehlvorstellung; Erregen und Unterhalten des Irrtums können **auch durch Unterlassen** (bei Garantienstellung, § 13 I) strafbar sein, sind aber abzugrenzen von der bloßen Ausnutzung eines bestehenden Irrtums ohne Garantienstellung.

**c) Vermögensverfügung:** Anders als bei § 253 ist dieses ungeschriebene Tatbestandsmerkmal als notwendiges Bindeglied zwischen Irrtum und Vermögensschaden bei § 263 allg. anerkannt (Betrug als Selbstschädigungsdelikt, bei dem der Geschädigte täuschungsbedingt Vermögen weggibt). Vermögensverfügung ist jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen (zB Nichtgeltendmachen eines Anspruchs), das sich unmittelbar, d. h. ohne zusätzlich deliktische Zwischenhandlungen des Täters, vermögensmindernd auswirkt (BGHSt 14, 170). Die Verfügung ist nicht zivilrechtlich zu verstehen, so dass es auch nicht auf ihre zivilrechtl. Wirksamkeit ankommt (so setzt eine Vermögensverfügung nicht Geschäftsfähigkeit voraus); sie setzt ein Verfügungsbewusstsein voraus (BGHSt 41, 198), woran es fehlt, wenn Waren an der Kasse beim Bezahlen vorbeigeschleust werden. Zwischen Irrtum und Vermögensverfügung muss Kausalität bestehen. Daher muss der täuschungsbedingt Irrende die Verfügung vornehmen; verfügt er über das Vermögen eines anderen, bei dem der Vermögensschaden eintritt, spricht man von einem Dreiecksbetrug.

**d) Vermögensschaden:** Durch die Vermögensverfügung muss das Vermögen des Geschädigten (nicht notwendig des Getäuschten, wenn dieser – wie etwa der Bankangestellte – über fremdes Vermögen – das der Bank – verfügen kann) wirtschaftlich gemindert sein; daran fehlt es im Regelfall, wenn etwa täuschungsbedingt ein vom Opfer eigentlich nicht gewollter Vertrag zustande kommt, bei dem sich Leistung und Gegenleistung wirtschaftlich entsprechen (zB Vorspiegeln eines besonders günstigen Kaufangebots, das in Wirklichkeit dem Marktpreis entspricht). Ausnahmen bestehen beim sog. persönlichen Schadenseinschlag sowie beim Spenden- und Bettelbetrug (Schaden durch Zweckverfehlung). Neben dem erfolgten Schadenseintritt (Erfüllungsbetrug: zB bei der Abwicklung eines Vertrages wird für einen werthaltigen Gegenstand aufgrund einer Täuschung eine wertlose Gegenleistung erbracht) kann bereits eine konkrete Vermögensgefährdung als vollendeter Vermögensschaden angesehen werden (sog. schadensgleiche Vermögensgefährdung beim Eingehungsbetrug bereits z. Z. des Vertragsschlusses, wenn sich die gegenseitigen Leistungspflichten aufgrund der Täuschung in einem Missverhältnis befinden). Umstr. ist, was zu dem Vermögen des Opfers zählt.

Man unterscheidet folgende **Vermögensbegriffe** (hat Bedeutung auch zB für §§ 253, 266):

- (rein) wirtschaftlicher Vermögensbegriff, der alle geldwerten Güter ohne Rück-

sicht auf ihre rechtliche Anerkennung erfasst

- (rein) juristischer Vermögensbegriff, der – ohne Rücksicht auf den Geldwert – nur alle Vermögensrechte einer Person erfasst (zB auch faktisch wertlos gewordene Aktien; so aber heute überholt und nicht mehr vertreten)
- Ökonomisch-juristischer Vermögensbegriff, der nur die geldwerten Güter erfasst, deren Inhaberschaft jedenfalls nicht im Widerspruch zur Rechtsordnung steht.

Mit Eintritt des Vermögensschadens beim Opfer (nicht erst mit der Bereicherung beim Täter) ist der Betrug vollendet. Versuchsbeginn iSv § 22 liegt nicht erst mit dem Beginn des ersten Tatbestandsmerkmals (Täuschung), sondern schon mit der letzten davor liegenden Handlung, die unmittelbar in die Täuschung münden soll, vor.

## 2. Subjektiver Tatbestand

Neben dem für die genannten **obj. Tatbestandsmerkmale** erforderlichen mind. **bedingten Vorsatz** (§ 15) muss der Täter mit (Sich- oder Dritt-) **Bereicherungsabsicht** handeln; zwischen dem Vermögensschaden und der (angestrebten) Bereicherung muss – wie bei § 253 – **Stoffgleichheit** bestehen, d. h. die Bereicherung muss sozusagen die Kehrseite des Vermögensverlustes darstellen (daran fehlt es zB bei einer Täuschung zum Zwecke der Erlangung einer Provision). Der angestrebte Vermögensvorteil ist **rechtswidrig**, wenn der Täter darauf nach bürgerlichem oder öffentlichem Recht keinen Anspruch hat.

## 3. Regelbeispiele (§ 263 III)

§ 263 III enthält fünf **Regelbeispiele** eines besonders schweren Falles des (ggf. versuchten) „einfachen“ Betrugs (§ 263 I, II) – zu prüfen wie bei § 243 erst nach Bejahung der Schuld unter dem Stichwort „Strafzumessungserwägungen“; § 243 II gilt gem. § 263 IV entsprechend. Von den Regelbeispielen sind in Prüfungen häufig von Interesse:

- Nr. 1, der aber vielfach hinter § 263 V zurücktritt (s. u.) und daher – jedenfalls wenn beide Alternativen eindeutig vorliegen – in der Prüfung „untergeht“, weil die Qualifikationsmerkmale als Tatbestandsmerkmale des § 263 V bereits in Tb von § 263 I iVm V geprüft werden, so dass man gar nicht mehr auf die Ebene der Regelbeispiele gelangt (wie § 244 I Nr. 3 das Regelbeispiel des § 243 I Nr. 1 entbehrlich macht).
- Nr. 2 (insbes. „Vermögensverlust großen Ausmaßes“ [ab 50.000 €; vgl. BGHSt 48, 360; überdies muss Schaden eingetreten sein, ein bloßer Gefährdungsschaden beim Eingehungsbetrag vor dessen Erfüllung genügt nicht, vgl. BGHSt 48, 354])
- Nr. 5 (hierbei ist auch eine Strafbarkeit gem. §§ 306 ff., insbes. § 306b II Nr. 2 [Brandstiftung in der Absicht, einen Betrug zu begehen] sowie § 265 zu denken) – der „Versicherungsbetrug“ als eigener (Verbrechens-)Tatbestand (§ 265 a.F.) wurde 1998 gestrichen (nicht zu verwechseln mit dem heutigen Tatbestand des § 265 „Versicherungsmisbrauch“ (ggü § 263 subsidiäres Vergehen).

#### **4. Qualifikation, § 263 V**

§ 263 V kombiniert die beiden Alternativen des Regelbeispiels in § 263 III Nr. 1 zur (Verbrechens-)Qualifikation des **gewerbsmäßigen Banden-betrugs** (als echte Qualifikation zu prüfen!); die Versuchs-strafbarkeit ergibt sich aus § 12 I (Verbrechen!), nicht aus § 263 II. Wegen des Verbrechenscharakters ist auch eine Verabredung etc. gem. § 30 strafbar.

#### **5. Konkurrenzen**

##### **a) Subsidiaritätsklauseln**

§§ 246 I, 265 enthalten gesetzliche Subsidiaritätsklauseln; dabei meint „Tat“ in § 265 I auch den zeitlich dem Versicherungsmisbrauch (zB Zerstören der Sache) nachfolgenden (versuchten) Betrug.

##### **b) Verhältnis von Betrug und Diebstahl**

Diebstahl und Betrug schließen sich gegenseitig aus (möglich ist jedoch Wahlfeststellung bei nicht aufklärbarem SV); entweder nimmt der Täter dem Opfer eine Sache weg (§ 242: Fremdschädigungsdelikt) oder er veranlasst dieses durch die Täuschung zu einer unbewusst selbstschädigenden Verfügung darüber (§ 263). Fehlt dem untätig bleibenden „Täuschungsopfer“ das Verfügungsbewusstsein, liegt nicht § 263, sondern § 242 vor; das gleiche gilt für Trickdiebstähle, wenn der Täter etwa aufgrund einer vorgepiegelten Wegnahmebefugnis (zB als vermeintlicher „Hoheitsträger“) das Opfer zur unfreiwilligen Weggabe veranlasst.

Bei Dreieckskonstellationen kommt es darauf an, ob der getäuschte Verfügungende zum Opfer in einem Näheverhältnis steht (dann Dreiecksbetrug gem. § 263) oder nicht (dann Diebstahl in mittelbarer Täterschaft gem. §§ 242, 25 I Alt. 2).

#### **III. Computerbetrug, § 263a**

Da § 263 die Täuschung und den Irrtum eines Menschen (nicht einer Maschine) fordert, entfällt eine Betrugsstrafbarkeit, wenn der Täter durch den Eingriff in Datenverarbeitungssysteme sein Vermögen unberechtigt vermehrt. Diese Lücke soll § 263a I schließen.

§ 263a enthält einerseits den strukturell an § 263 I angelehnten „Grundtatbestand“ des Computerbetruges (§ 263a I), für den aufgrund der Verweisung in § 263a II alle Regeln über den Betrug inkl. Versuchsstrafbarkeit, Regelbeispiele und Qualifikation entsprechend gelten; andererseits einen Vorfeldtatbestand in § 263a III, der begrifflich unglücklich bereits bestimmte Vorbereitungshandlungen zu § 263a I tatbestandlich zu einem vollendeten (!) Computerbetrug vertypt (vgl. Heger, ZIS 2008, 496 ff.), und für den aufgrund der Verweisung in § 263a IV die Regelungen des § 149 II, III gelten (§ 263a II bezieht sich strukturell und historisch nur auf § 263a I, nicht auch auf § 263a III, so dass etwa der Versuch nur von § 263a I [iVm §§ 263a II, 263 II], nicht auch von § 263a III strafbar ist).

## 1. Tatbestand des § 263a I

Da § 263a I nur als Auffangtatbestand zur Vermeidung von Strafbarkeitslücken konzipiert wurde, wird von der hM und Rspr. eine **betrugsnahe Auslegung aller Tatbestandselemente** gefordert (BGHSt 38, 120; 47, 160; aM Ranft NJW 1994, 2574). Allen in § 263a I genannten Tatmodalitäten (unrichtige Programmgestaltung etc.) ist gemeinsam, dass der Täter dadurch kausal das Ergebnis eines Datenverarbeitungsvorgangs beeinflusst und dadurch einen Vermögensschaden verursacht hat. Wie bei § 263a I ist die Bereicherungsabsicht nur im subj. Tb zu prüfen; eine Bereicherung muss nicht eingetreten sein.

In der Praxis spielt die unbefugte Verwendung von Daten als Tatmodalität eine besondere Rolle. Grundsätzlich anerkannt ist das Erfordernis einer restriktiven Auslegung, weil sonst der Tatbestand uferlos weit wäre; nahe liegt insofern ein Bezug zum Betrug (dazu vgl. Heger, in: Lackner/Kühl § 263a Rn. 13 mwN). Erfasst wird von § 263a I der Bankautomatenmissbrauch mittels ec-Karte durch einen Nichtberechtigten, nach der Rspr. dagegen nicht die unberechtigte Überziehung durch Bankabhebung eines Berechtigten (BGHSt 47, 160; dagegen zB Heger, in: Lackner/Kühl § 263a Rn. 14 mwN).

## 2. Tatbestand des § 263a III

Der Tatbestand ist sehr weit vorverlagert und geht auch über die Vorgaben eines zugrunde liegenden EU-Rahmenbeschlusses hinaus (dazu krit. Duttge, in: FS U. Weber, 2004, S. 285 ff. und Heger, ZIS 2008, 496 ff.). – Dieser Tatbestand ist nicht besonders prüfungsrelevant!

## IV. Versicherungsmissbrauch, § 265

### 1. Systematik

§ 265 schützt nach h. M. gleichermaßen das Vermögen und die soziale Leistungsfähigkeit des dem allgemeinen Nutzen dienenden Versicherungswesens. Die Beschädigung etc. versicherter Sachen ist seit dem 6. StrRG als verselbständigter Vorfeldtatbestand gegenüber einem nachfolgenden Versicherungsbetrug (Regelbeispiel eines besonders schweren Falles gem. § 263 III Nr. 5) ausgestaltet und diesem gegenüber ausdrücklich subsidiär (unglückliche Textfassung, weil die nachfolgende Täuschung nicht mehr Teil der Beschädigung etc. ist und deswegen schwerlich von einer „Tat“ gesprochen werden kann). Trotz der weiten Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes für Versicherungen unabhängig von deren konkreter Gefährdung ist bereits der Versuch strafbar (§ 265 II); eine Tätige-Reue-Vorschrift fehlt, so dass nach Beschädigung der Sache ein Verzicht auf die Inanspruchnahme der Versicherung an der eingetretenen Vollendungsstrafbarkeit gem. § 265 I nichts mehr ändern kann.

### 2. Tatbestand

Tathandlungen sind das Beschädigen, Zerstören, Beeinträchtigen der Brauchbarkeit, Beiseiteschaffen oder einem Dritten Überlassen einer versicherten beweglichen oder unbeweglichen, eigenen oder fremden Sache (auch durch Unterlassen in Garantenstellung, § 13 I). Ausreichend ist der faktische Bestand eines Versicherungsvertrags über

eine der in § 265 I aufgezählten Versicherungen (z. B. Diebstahlsversicherung), so dass weder die rechtliche Wirksamkeit des Versicherungsvertrags (z. B. Nichtigkeit, Anfechtbarkeit) noch dessen Verbindung mit anderen, in § 265 I nicht aufgezählten Versicherungen etwas an der Strafbarkeit ändert. Vollendet ist die Tat mit dem Erfolg der Tathandlung (z. B. dem Beschädigen etc.), nicht erst mit der Schädigung der Versicherung (anders für den Versicherungsbetrug gem. § 263 III Nr. 5). Da das bloße Zerstören etc. einer versicherten Sache noch kein unmittelbares Ansetzen (§ 22) zu einer Täuschung der Versicherung darstellt, liegt noch kein Betrugsversuch vor (§§ 263 I, II, 22), doch kann bei gewerbs- und bandenmäßiger Begehung bereits eine Verabredung gem. § 30 iVm. § 263 V anzunehmen sein.

Bzgl. der Tathandlungen und des Erfolgs genügt mind. bedingter Vorsatz (§ 15). Die Absicht des Täters muss darüber hinaus nur darauf gerichtet sein, dass die Versicherung ihm oder einem Dritten Versicherungsleistungen auszahlt, unabhängig davon, ob ein Anspruch des Dritten darauf besteht. In diesem Fall entfällt allerdings wegen berechtigter Schadensmeldung mangels Täuschung ein Betrug gem. § 263 I, III Nr. 5, so dass die Subsidiaritätsklausel nicht zum Tragen kommen kann.

## V. Fälle zu §§ 263, 263a:

**1. Lehrfall: Koffer.** A hat seinen schätzbaren Koffer bei der Bahn aufgegeben. Zum Kauf einer Fahrkarte kam er nicht mehr. Er hatte vor, auf Nachfragen des Kontrolleurs K eine solche zu erwerben. Im Zug setzte er sich in das Restaurant und bestellte sich ein Bier. Als er dieses bezahlen wollte, merkte er zu seinem Schrecken, dass er kein Geld in der Tasche hatte. Er blieb daher zunächst sitzen, bestellte ein zweites Bier und hoffte, dass der Kontrolleur ihn nicht kontrollieren werde, was auch nicht geschah. Auf die Frage „Noch jemand zugestiegen, die Fahrscheine bitte“ hatte A diskret geschwiegen. Bevor er seine Getränke bezahlen sollte, entfernte er sich unauffällig unmittelbar bevor der Zug seinen Zielort erreichte. Dort angelangt, möchte er den Koffer abholen und legt seinen Gepäckschein vor. Der Bahnangestellte A verwechselt den Koffer mit einem ähnlich aussehenden, der aber, wie A sogleich erkennt, weit wertvoller ist. A nimmt diesen wortlos entgegen und entfernt sich rasch. Zu Hause bricht er das Schloss auf, ist aber enttäuscht, als er darin nur – für die Wissenschaft unersetzliche – Forschungsdokumente findet. Als er die Adresse des Inhabers W auf einem Schild außen am Koffer liest, kommt ihm die Idee, Geld dadurch zu machen, dass er sich als „redlicher Finder“ ausgibt, der den Koffer am Bahnhof gesehen hat und ihn seinem Eigentümer bringen will. Er repariert dafür das Schloss notdürftig, ruft W an und vereinbart einen Rückgabetermin. W, der seine Unterlagen verloren geglaubt hatte, verspricht A dafür einen großzügigen Finderlohn. Als A bei W ankommt, erkennt dieser aber auf den ersten Blick, dass das Schloss aufgebrochen worden ist. Er weigert sich daraufhin, den versprochenen Finderlohn auch auszubezahlen. Als er bei der Bahn wegen einer „Gegenüberstellung“ anruft, flüchtet A ohne das erhoffte Geld. Wie hat er sich strafbar gemacht?

## 2. Rechtsprechung:

**Fall 1:** *Tankstelle* – BGH, NJW 1983, 2827: A fährt zu einer Selbstbedienungstankstelle und betankt seinen Pkw. Als er nach dem Ende des Tankvorgangs bezahlen will, stellt er zu seinem Schrecken fest, dass er kein Geld mitgenommen hat. Daraufhin fährt er ohne zu bezahlen weg. Als ihn niemand aufhält, denkt er, das ist eine gute Möglichkeit zum Geldsparen und tankt ein weiteres Mal bei der SB-Tankstelle; diesmal hat er zwar genug Geld bei sich, möchte aber die Tankstelle ohne zu bezahlen verlassen. Tankstellenpächter T ist abgelenkt und nimmt den Tankvorgang und das Wegfahren des A – entgegen dessen Erwartung – daher nicht wahr. Strafbarkeit des A? – Ggf. erforderliche Strafanträge sind gestellt.

**Fall 2:** *Sammelgarage* – BGHSt 18, 221 (= Kühl, HRR-BT, Nr. 64; Marxen, BT, Fall 30a): Zwischen A und B besteht seit einigen Wochen eine Liebesbeziehung. Die B hatte ihren Pkw in einer Sammelgarage untergestellt, die von Pförtner P bewacht wurde. P bewahrte zu jedem eingestellten Pkw einen Zweitschlüssel auf, den er auf Verlangen an den Halter herausgab. A holte einmal den Pkw nach vorheriger telefonischer Zustimmung der B ab und erhielt von P den Schlüssel; daraufhin holte er noch sechs weitere Male den Pkw für kleinere Fahrten in die Umgebung ab, wobei er annahm, B sei im Hinblick auf ihre Beziehung damit einverstanden. Nach dem Ende der Beziehung holte A erneut ohne ausdrückliche Zustimmung der B den Pkw ab, diesmal in der Absicht, ihn nicht zurückzubringen, sondern für sich zu nutzen. Strafbarkeit wegen §§ 242, 25 I Alt. oder § 263?

**Fall 3:** *Einkaufswagen-Fall* – BGHSt 41, 198 (= Kühl, HRR-BT, Nr. 46; vgl. Rengier, BT I § 13 Rn. 38; Lackner/Kühl § 263 Rn. 26; a. A. OLG Düsseldorf NJW 1993, 1407): A will in einem Supermarkt CD's mitgehen lassen, ohne diese zu bezahlen. Er legt sie zu diesem Zweck in seinen Einkaufswagen und platziert seine Tasche sowie andere Waren so geschickt darauf, dass die CD's nicht mehr gesehen werden können. An der Kasse legt er die anderen Waren auf das Band und bezahlt diese ordnungsgemäß. Die CD's lässt er unter seiner Tasche liegen. Die Kassiererin bemerkt sie nicht, wohl aber ein Kaufhausdetektiv, der A nach Passieren der Kasse vor dem Ausgang des Supermarktes stellt. Strafbarkeit nach § 242 I oder § 263 I?

**Fall 4:** *Fehlbuchung* – BGHSt 46, 196 (= Kühl, HRR-BT, Nr. 63 m. Anm. Hefendehl, NStZ 2001, 281; Joerden, JZ 2001, 614; Heger, JA 2001, 536; Ranft, JuS 2001, 854; Geppert, JK 01, StGB § 263/58 – zur sog. Fehlüberweisung vgl. BGHSt 39, 392): Infolge eines Tippfehlers eines Sachbearbeiters kommt es zu einer Gutschrift iHv ca. 6 Mio. € auf dem Konto des A, der die Fehlerhaftigkeit der Gutschrift erkennt, aber gleichwohl über das Guthaben in 25 Überweisungen verfügt (u. a. zur Tilgung von Schulden und auf ein eigenes anderes Konto). Strafbarkeit des A wegen Betrugs?

**Fall 5:** *Killerlohn* – KG, NJW 2001, 86 (m. Bspr. Hecker, JuS 2001, 228; Baier, JA 2001, 280; Gröseling, NStZ 2001, 515; Otto, JK 5: A möchte seine Frau umbringen lassen und bietet dafür dem Berufskiller B 20.000 € an. B, der innerlich nicht gewillt ist, den Auftrag auszuführen, geht zum Schein darauf ein, verlangt und erhält eine Anzahlung von 10.000 €. Den Tötungsauftrag führt er nicht aus. Strafbarkeit wegen Betrugs?

**Fall 6:** *Melkmaschinen* – BGHSt 16, 321 (= Kühl, HRR-BT, Nr. 68): A hatte als Provisionsvertreter mehreren Bauern Melkmaschinen verkauft, denen er wahrheitswidrig vorgespiegelt hatte, die Maschine sei nur derzeit besonders günstig zu haben. In Wahrheit



entsprach der Kaufpreis stets dem Listen- und Marktpreis. Dem B verkaufte A eine Maschine, obwohl er wusste, dass dieser dadurch in finanzielle Schwierigkeiten kommen würde und einen Kredit aufnehmen müsse; dem F, obwohl dieser – wie A wusste – gar keine solche Maschine brauchte und diese im übrigen nur für 2 – 3 Kühe dimensioniert war, während F über 10 Kühe verfügte. Strafbarkeit wegen §§ 263 I, III Nr. 3?

**Fall 7:** *Hotelgast* – OLG Hamburg NJW 1968, 335: A begab sich im Glauben an seine Zahlungsfähigkeit in ein nobles Hamburger Hotel und bestellte dort ein Zimmer mit Frühstück für eine Woche. Nach fünf Tagen bemerkte er, dass er seine Rechnung doch nicht bezahlen werde können. Gleichwohl logierte er noch die restliche Zeit im Hotel und nahm weiter wie gewohnt sein Frühstück zu sich. Strafbar nach §§ 263 I, 13?

**Fall 8:** *Schlankheitspillen* – BGHSt 34, 199 (= Fall 1 bei Rengier, BT 1, § 13; dazu Bespr. von Müller-Christmann, JuS 1988, 108 ff.): A vertreibt nach einer teuren Werbekampagne in Boulevard-Zeitschriften und Trivialromanen ebenso wirkungs- wie harmlose Verjüngungs- und Abmagerungsmittel sowie „Haarverdicker“, weil er nach Untersuchungen davon ausgeht, dass nur ein Bruchteil der Kunden von dem eingeräumten kostenlosen Rücktrittsrecht Gebrauch machen werden. Er verkauft die Produkte per Nachnahme jeweils für ca. 60 DM „ohne jedes Risiko“ mit „Rückgaberecht innerhalb von 14 Tagen mit voller Geldzurückgarantie“. Angeboten wird ein Badezusatz, der nach 12 Bädern wieder jung, straff und schlank machen soll, ferner ein Mittel, das bei erster Anwendung um fünf Jahre verjüngen soll, zuletzt ein Haarverdicker, der binnen 10 Minuten die Haardicke verdoppeln soll. Alle Käufer, die reklamieren (wie von A erwartet, weniger als 10 %), erhalten den vollen Kaufpreis rückerstattet. A bleibt ein Bruttogewinn von 1,5 Mio. DM. Strafbarkeit nach §§ 263 I, III Nr. 2?

**Fall 9:** *Geldautomat* – BGHSt 47, 160: A eröffnet unter Vorlage eines gefälschten Personalausweises ein Konto und hebt danach mithilfe seines Geldkarte an Automaten der kontoführenden Bank und anderer Geldinstitute unter Überziehung seines Kontos Geld ab, ohne einen Ausgleich zu beabsichtigen. Strafbarkeit wegen §§ 263a, 263, 266b?

**Fall 10:** *Münzprüfer* – OLG Celle JR 1997, 345 (mit Anm. Hilgendorf = Fall 59 u. Rn. 616 bei Wessels/Hillenkamp BT 2): T präparierte 2.500 schwedische 5-Kronen-Münzen im Wert von etwa 1 DM durch Überkleben der Schmalseiten mit Klarsichtfolie so, dass ihr Durchmesser dem eines 5-DM-Stücks entsprach. Damit bediente er in der Spielbank einen Geldspielautomaten und erzielte einen Gewinn von 182 5-DM-Münzen, weil der Münzprüfer des Automaten defekt war. T hatte mit dem Vorhandensein eines solchen Münzprüfers gerechnet, von dessen defekt aber nichts gewusst. Strafbarkeit des T wegen §§ 263a, 242?

## Lösungsskizzen

### „Koffer“-Fall

#### 1. § 263 I wegen des Nichtlösens einer Fahrkarte

Als er in den Zug stieg, fehlte ein Betrugsvorsatz, weil er davon ausging, eine Fahrkarte zu erwerben und diese auch bezahlen zu können (deswegen scheidet i. ü. § 265a I schon tatbestandlich aus). Indem er sich dann aber nicht meldete, als der Kontrolleur in den Speisewagen kam, spiegelte er (konkludent) vor, dass er eine Fahrkarte habe. Doch müsste dadurch K auch getäuscht worden sein, d. h. es müsste bei ihm ein Irrtum erregt worden sein. Dies ist nur der Fall, wenn er einer positiven Fehlvorstellung unterliegt; es genügt nicht, dass er sich überhaupt keine Vorstellung von der maßgeblichen Tatsache macht (*ignorantia facti*). Hier hat K die (falsche) Vorstellung, dass alle Fahrgäste, d. h. auch A einen gültigen Fahrschein hatten. Er unterlässt daraufhin das Verlangen des Nachlösens eines Fahrscheins (Vermögensverfügung). Der Schaden liegt im Entgehen des Entgeltes. Dieses zu sparen, war auch Absicht des A gewesen, so dass auch die erforderliche Bereicherungsabsicht auf einen stoffgleichen Vorteil zu bejahen ist (vgl. *Krey/Hellmann/Heinrich* BT 2 Rn. 552 ff.). Daher hat A sich wegen Betruges zum Nachteil der Bahn strafbar gemacht.

#### 2. § 263 I wegen Zechprellerei

Problematisch ist hier, ob A eine Täuschung begangen hat. Dafür müsste er einem andere eine falsche Tatsache vorgespiegelt haben. Hier kommt das Vorliegen der inneren Tatsache fehlender Zahlungsfähigkeit und -willigkeit in Betracht; dies allerdings erst bei Bestellung des zweiten Biers, weil A bis dahin der Ansicht war, genügend Geld in der Tasche zu haben. Das zweite Bier wollte er aber von Anfang an (wohl) nicht bezahlen. Indem er trotzdem das Bier bestellte, täuschte er konkludent den Speisewagen-Wirt, weil in der Bestellung im Restaurant immer der Inhalt liegt, die bestellten Speisen und Getränke auch bezahlen zu können und zu wollen. Irrtumserregung, Vermögensverfügung und -schaden sowie Bereicherungsabsicht sind gegeben, so dass auch hier ein Betrug zum Nachteil des Speisewagenbetreibers anzunehmen ist (vgl. *Krey/Hellmann/Heinrich* Rn. 492 ff.).

#### 3. § 242 I

A könnte den Koffer gestohlen haben. Dafür dürfte allerdings nicht die Bahn Gewahrsamsinhaberin gewesen sein, weil sie den Gewahrsam freiwillig an A herausgegeben hat, so dass ein Gewahrsamsbruch ausscheidet. Nach der Verkehrsanschauung hat die Bahn den Gewahrsam am Koffer vom Zeitpunkt der Aufgabe desselben bis zu dessen Abholung. Daher scheidet ein Diebstahl des Koffers aus. Fraglich ist, ob dies auch hinsichtlich des Kofferinhaltes gelten kann. Hier könnte argumentiert werden, da der Koffer verschlossen sei, habe W als Schlüsselhaber den Gewahrsam am Inhalt, weil nur er ordnungsgemäß an diesen gelangen könnte. Dagegen allerdings die h. M., die unterscheidet, ob es sich um ein verschlossenes Behältnis handelt, das nach Größe und Gewicht nur schwer fortzuschaffen oder fest mit einem Gebäude verbunden ist. In diesem Fall wird dem Schlüsselhaber der Gewahrsam am Inhalt zugewiesen, während in anderen Fällen (z. B. Koffer) derjenige den Gewahrsam am Inhalt hat, der ihn auch an der äußeren Hülle hat (vgl. *Wessels/Hillenkamp* BT 2 Rn. 95 f.). Danach scheidet auch am Kofferinhalt ein Diebstahl aus

#### 4. § 263 I zum Nachteil des W

Fragl. ist hier, ob eine (konkludente) Täuschung des B durch A angenommen werden kann. Die bloße Entgegennahme einer Leistung stellt allerdings noch nicht die schlüssige Erklärung dar, dass es sich dabei um die einem auch geschuldete handelt, auf die ein Anspruch bestehe. Es handelt sich daher nur um das Ausnutzen einer bereits bestehenden Fehlvorstellung des B, so dass ein Betrug durch positives Tun ausscheiden muss.

#### 5. § 263 I, 13

Nicht unstr. ist, ob Betrug durch Unterlassen überhaupt möglich ist, was allerdings – zu Recht – von h. M. und Rspr. bejaht wird.

Entscheidend ist aber dann die Garantenstellung des A iSv § 13. Aus dem Gepäcktransportvertrag zwischen Bahn und A über seinen Koffer ergeben sich keine Garantenpflichten dafür, Schäden der Bahn durch Fehler, die sie bei der Abwicklung ihrer Herausgabepflicht gegenüber anderen Kunden erleidet, abzuwenden. Insofern kommt nur noch eine Garantenstellung aus Treu und Glauben (ausnahmsweise bei § 263 bejaht) in Betracht (vgl. dazu *Krey/Hellmann/Heinrich* Rn. 516 ff.). Dafür genügt aber nicht bloße Anstößigkeit des Schweigens. Hinzukommen muss vielmehr ein besonderes Vertrauensverhältnis oder eine auf gegenseitigem Vertrauen beruhende Verbindung. Daran fehlt es hier, so dass auch Betrug durch unterlassen ausscheiden muss.

#### 6. § 246 I

Die Manifestation des Zueignungswillens liegt in der Mitnahme des Koffers, nachdem dieser A ausgehändigt worden war. Er spielt quasi den rechtmäßigen Inhaber des Koffers, weil er sich so verhält, wie es der Eigentümer üblicherweise auch getan hätte.

#### 7. § 303 I

Indem A die Schlösser beschädigte, hat er eine Sachbeschädigung begangen. Str. ist, ob dies eine mitbestrafte Nachtat der Unterschlagung ist (so *Fischer* § 303 Rn. 23) oder ob die vorherige Zueignung jeder weiteren Verfügung über die Sache vorgeht, so dass ausschließlich § 246 eingreifen kann (*LK-Wolff*, 11. Aufl. 1992, § 303 Rn. 22).

#### 8. §§ 263 I, II 22 zum Nachteil des W

Zuletzt kommt noch ein versuchter Betrug hinsichtlich des Finderlohnes in Betracht. A möchte W darüber täuschen, dass er den Koffer gefunden hat, um W dazu zu bewegen – einen – nach billigem Ermessen zu berechnenden Finderlohn nach § 971 I 3 BGB – zu bezahlen. Darauf hat A keinen Anspruch, weil er nicht „Finder“ des Koffers ist, was er zu sein vorgibt.

Fraglich ist allerdings, ob sein Vorsatz auch auf das Bewirken eines Vermögensschadens gerichtet ist. W sollte nämlich einen wertvollen Koffer zurückerhalten und dafür nur einen Bruchteil als Finderlohn bezahlen. Nach rein wirtschaftlichem Vermögensbegriff könnte vertreten werden, dass der Herausgabeanspruch (§ 985 BGB) sowieso gegenüber einem Kriminellen nicht durchsetzbar und deshalb auch wertlos ist, so dass die Rückgabe des Koffers durch den Finderlohn kompensiert wird. Doch wird diese Konsequenz regelmäßig nicht gezogen. § 985 BGB wird vielmehr mit dem Kofferwert gleichgesetzt, so dass als Schaden der Finderlohn bleibt. Das gleiche Ergebnis ergibt sich

unproblematisch für die Vertreter des juristisch-ökonomischen Vermögensbegriffes, weil danach zum Vermögen einer Person alle Wirtschaftsgüter, die ihrer rechtlichen Verfügungsmacht unterliegen, bzw. ihr ohne Missbilligung der Rechtsordnung zustehen, gezählt werden. Daher ist hier ein versuchter Betrug anzunehmen. Dieser ist auch nicht bloße Nachtat der Unterschlagung, weil der Schaden aufgrund neuen Tatplanes um den Finderlohn erweitert werden sollte.

## **B. „Tankstellen“-Fall**

### **1. Tatkomplex: Erster Tankvorgang**

#### **I. § 242 I**

A könnte sich für das Betanken ohne Bezahlung eines Diebstahls des Benzins gem. § 242 I strafbar gemacht haben.

#### **1. Tatbestand**

**Objektiv:** A müsste eine fremde bewegliche Sache – vor Einfüllung in den Tank war dies das Benzin – weggenommen haben, d. h. unter Bruch fremden Gewahrsams neuem, nicht unbedingt eigenen Gewahrsam am Benzin begründet haben. Bis zum Tankvorgang war das Benzin im Gewahrsam des T, mit dem Einfließen in den Tank des A dann in dessen Gewahrsam. Von einem Gewahrsamsbruch kann jedoch nur die Rede sein, wenn dieser Gewahrsamsübergang gegen den Willen des vorherigen Gewahrsamsinhabers (T) erfolgte. Daher lässt ein Einverständnis des T bereits den obj. Tatbestand des Diebstahls entfallen; bei Automaten ist von einem solchen Einverständnis des Aufstellers auszugehen, wenn der Automat ordnungsgemäß bedient wird. Daher liegt bei einer mechanisch einwandfreien Betätigung des Zapfhahnes nach h. M. kein Gewahrsamsbruch vor (vgl. *Rengier BT I*, § 2 Rn. 35).

#### **2. Zwischenergebnis**

A hat sich nicht wegen Diebstahls des Benzins strafbar gemacht.

#### **II. § 263 I**

Doch könnte er sich wegen eines Betrugs gem. § 263 I strafbar gemacht haben.

#### **1. Tatbestand**

**Objektiv:** Zum Zeitpunkt des Betankens beging A noch gar keine Täuschung, denn selbst wenn in der Annahme des Benzins die Erklärung liegt, dafür bezahlen zu können, war aus seiner Sicht diese (noch) unwahr. Als Täuschungshandlung kommt daher nur das Wegfahren unter dem Anschein, alles sei ordnungsgemäß bezahlt, in Betracht, doch weder geht es A um einen solchen Anschein, noch erweckt er diesen objektiv. Damit scheidet auch der obj. Betrugstatbestand aus.

#### **2. Zwischenergebnis**

A hat sich auch nicht wegen Betruges strafbar gemacht.

#### **III. § 246 I**

Doch kommt eine Strafbarkeit wegen Unterschlagung gem. § 246 I in Betracht.

#### **1. Tatbestand**

**a) Objektiv:** Zunächst war – wie gezeigt – das Benzin eine für A fremde bewegliche Sache. Mit der Ansichnahme aus dem Automaten ist zwar eine einverständliche Übergabe i. S. v. § 929 BGB erfolgt, doch ist für die Eigentumsbegründung zusätzlich eine dingliche Einigung über den Eigentumsübergang erforderlich, die hier erst konkludent bei Bezahlung der erhaltenen Ware erfolgt. Allerdings könnte gem. §§ 947 f. BGB ein Eigentumsübergang an dem Benzin auch durch Verbindung bzw. Vermischung erfolgt sein. Allerdings entsteht in beiden Fällen regelmäßig Miteigentum, weil bzgl. der Mischung des „alten“ mit dem neu getankten Benzin keine Sache als die Hauptsache anzusehen ist; eine Unterschlagung ist aber auch durch einen Miteigentümer gegenüber dem anderen Miteigentümer möglich (*OLG Koblenz*, NStZ-RR 1998, 364). Dieses Benzin müsste A sich (oder – was hier nicht in Betracht kommt – einem Dritten) zugeeignet haben; indem er mit dem Benzin von der Tankstelle wegfährt, zeigt er nach außen, es sei nunmehr seines. Darin liegt die obj. Manifestation des Zueignungswillens. Da A auch keinen Anspruch auf das Benzin ohne Bezahlung hat, ist diese auch rechtswidrig.

**b) Subjektiv:** A handelte vorsätzlich in Bezug auf alle o. g. Merkmale des obj. Tb.

**2. RW und Schuld** sind gegeben. Mithin hat sich A wegen Unterschlagung des Benzins gem. § 246 I strafbar gemacht (vgl. *Rengier* BT I § 5 Rn. 6).

## **2. Tatkomplex: Zweiter Tankvorgang**

### **I. § 263 I**

#### **1. Tatbestand**

**Objektiv:** Indem A als Kunde auftritt und sich wie ein solcher verhält, bringt er durch schlüssiges Verhalten zum Ausdruck, dass er das Benzin nach dessen Erhalt bezahlen werde. Darin liegt eine konkludente Täuschung (*BGH*, NJW 1983, 2827). Dadurch müsste kausal ein Irrtum des T hervorgerufen worden sein. Dagegen spricht, dass T den Vorgang gar nicht bemerkt hat und sich deswegen auch nicht der Fehlvorstellung, A werde das erhaltene Benzin schon noch bezahlen, hingegeben hat (vgl. *BGH* aaO). Ein darauf gerichtetes gedankliches Mitbewusstsein dürfte nur anzunehmen sein, wenn T den A bemerkt hat, sich aber keine positiven Gedanken gemacht hat, dass A bezahlen werde, sondern nur quasi nebenher davon ausgegangen ist, es sei alles in Ordnung und A werde bezahlen.

#### **2. Zwischenergebnis**

A hat sich nicht wegen vollendeten Betrugs strafbar gemacht.

### **II. §§ 263 I, II, 22**

Doch könnte er sich wegen versuchten Betrugs – strafbar gem. § 263 II – strafbar gemacht haben.

#### **1. Tatbestand**

**a) Tatentschluss:** A hatte Vorsatz, bei T durch seine konkludente Täuschung den Irrtum zu erregen, er werde bezahlen. Aufgrund dessen hätte T eine Vermögensverfügung, das Gestatten des Selbsteinfüllens des Benzins, vornehmen sollen und dadurch einen Vermögensschaden i. H. des Wertes des Benzins erleiden sollen. Schließlich handelte A auch mit der erforderlichen Bereicherungsabsicht, denn er wollte sich – rechtswidrig, da ohne fälligen und einredefreien Anspruch darauf – um den Wert des Benzins bereichern,

indem er die Kosten sparte.

**b) Unmittelbares Ansetzen:** Indem A bereits die Täuschungshandlung als ersten Teil der Tatbestandsausführungshandlung vorgenommen hat, hat er zum Betrug unmittelbar angesetzt i. S. v. § 22.

**2. RW und Schuld** sind gegeben. Mithin hat sich A wegen versuchten Betrugs strafbar gemacht. Das unmittelbar anschließende Wegfahren stellt zwar wieder eine Unterschlagung dar (§ 246 I); da es sich nicht um die Tathandlung des Betrugs handelt, greift die Subsidiaritätsklausel des § 246 I a. E. auch nicht, doch handelt es sich bei der erneuten Zueignung der betrügerisch erlangten Sache um eine mitbestrafte Nachtat, so dass neben dem versuchten Betrug keine Strafbarkeit wegen Unterschlagung gegeben ist.