

Befindet sich der Täter in einem Irrtum über die Rechtswidrigkeit der Bereicherung, so gelten die Irrtumsregeln ohne Besonderheiten:

- Glaubt der Täter an Umstände, bei deren Vorliegen er einen fälligen und einredefreien Anspruch auf den Vermögenswert gehabt hätte, so kommt ein Betrug gemäß § 16 I 1 nicht in Betracht (BGH MDR 1992, 320). Dies ergibt sich für die Vertreter des juristisch-ökonomischen Vermögensbegriffs bereits daraus, daß in derartigen Fällen der Täter keinen Schädigungsvorsatz hat. Für die Vertreter des wirtschaftlichen Vermögensbegriffs entfällt der Vorsatz bezüglich der Rechtswidrigkeit der Bereicherung.
Beispiel: Der Gläubiger läßt sich durch Täuschung für seine Forderung einen Schuldschein ausstellen, ohne zu wissen, daß seine Forderung nichtig ist.
- Glaubt der Täter jedoch, sich auch bei einredebehafteter Forderung täuschungsbedingt einen Wechsel ausstellen lassen zu dürfen (bei dessen Weitergabe die Einreden des Schuldners aus dem Grundgeschäft verlorengehen!), so befindet er sich in einem *Subsumtionsirrtum*, der grundsätzlich unbeachtlich ist. Eine Ausnahme gilt in Fällen, in denen, dem Täter das Bewußtsein fehlt, Unrecht zu tun. Dort wird der Subsumtionsirrtum wie ein Verbotsirrtum gemäß § 17 behandelt.

§ 17 Sonderfragen des Betruges

I. Vermögensschaden bei bewußter Selbstschädigung / Die Lehre von der Zweckverfehlung

Fall: In der Vorweihnachtszeit klingeln beim gutmütigen Opfer O mehrere Personen, die seine vorweihnachtliche Stimmung ausnutzen wollen. Wilhelm Brause verkauft ihm zum Preis von 20 DM Weihnachtskerzen. Obwohl O erkennt, daß diese Kerzen nur 10 DM wert sind, kauft er sie, weil Wilhelm ihm wahrheitswidrig erklärt, der Erlös käme den Kindern des örtlichen Waisenhauses zugute.

- 1) Wilhelm könnte einen Betrug zum Nachteil des O gemäß § 263 begangen haben. Wilhelm hat ihn über den karitativen Zweck des Kaufs getäuscht; da O ihm geglaubt hat, hat er sich auch geirrt.
- 2) Gerade in den Fällen des Spenden- oder Bettelbetruges müssen Sie zunächst einmal feststellen, daß der Irrtum kausal für die Vermögensverfügung war, da gerade in diesen Fällen das getäuschte Opfer oftmals kauft bzw. spendet, um die jeweilige Person loszuwerden, ohne über den konkreten Sinn der Zahlung nachzudenken ("Nehmen Sie und gehen Sie...") bzw. dem anderen ohnehin nicht geglaubt hat.

Dabei ist der Irrtum auch dann kausal für die Vermögensverfügung, wenn der Getäuschte auch ohne die Täuschung verfügt hätte.

Schulfall ist der des Heiratsschwindlers, der eine ältere Dame um ein angebliches Darlehen bittet. Die betrogene Dame sagt später aus, sie hätte ihm aufgrund seines Charmes und der gemeinsamen schönen Stunden das Geld ansonsten auch geschenkt. Dies ändert nichts daran, daß sie ihm ursprünglich geglaubt und aus diesem Grund auch verfügt hat.

- 3) Es stellt sich aber die Frage, ob O einen Vermögensschaden erlitten hat. Zwar hat er bei der Zahlung an Wilhelm sein Vermögen gemindert, doch hat er sich den Nachteil bewußt zugefügt, weil er wußte, daß die Kerzen nur 10 DM wert waren.
 - a) Nach einer Ansicht (BayObLG NJW 1952, 798; Schmoller JZ 1991, 117) liegt ein Betrug allein deshalb vor, weil sich nach dieser Ansicht der Betrug in den Tatbestandsmerkmalen Täuschung, Irrtum, Vermögensverfügung und Vermögensschaden erschöpft, die allesamt vorliegen.

- b) Nach anderer Auffassung (BGH NJW 1992, 2167; SK- Samson § 263 Rz. 163; LK- Lackner § 263 Rz. 161 m.w.N.) liegt ein Betrug nur dann vor, wenn zwischen den Tatbestandsmerkmalen des Betruges ein **funktionaler Zusammenhang** vorliegt. Dem Getäuschten müsse aufgrund der Täuschung verborgen bleiben, daß er sich durch seine Verfügung einen Vermögensnachteil zufügt. Der Betrug setzt also eine **unbewußte Selbstschädigung** des Getäuschten voraus. Da O wußte, daß er für Ware im Wert von 10 DM 20 DM bezahlen würde, scheint es wegen der bewußten Selbstschädigung an einem Betrug zu fehlen.

Die letztgenannte Auffassung verknüpft aber das Erfordernis einer unbewußten Selbstschädigung mit der **Lehre von der Zweckverfehlung**: Die Verfehlung des mit der Verfügung verfolgten, sozial anerkannten Zwecks führt zum Vermögensschaden. Der Schaden liegt also nicht im Verlust des Geldes (das ist dem Verfügenden ja bewußt!), sondern darin, daß der Mehrerlös nicht dem verfolgten karitativen Zweck zugefügt wird, so daß bei der Schadensberechnung wiederum die subjektive Zielsetzung des Opfers berücksichtigt wird.

Diese Zweckverfehlungslehre läßt sich auch mit der wirtschaftlichen Erwägung halten, daß auch die Erreichung karitativer Ziele nicht nur subjektive Affektion, sondern auch die Förderung der allgemeinen ökonomischen und gesellschaftlichen Bedingungen ist, unter denen der Spender lebt und die ihm daher auch nicht gleichgültig sein können (LK- Lackner § 263 Rz. 170). Wer durch seine Spende einen derart wohltätigen Zweck erreicht, wird von der Rechtsordnung wegen des dabei eingesetzten Geldes nicht als "geschädigt" angesehen. Der Verlust des Geldes wird also erst dadurch zu einer "Selbstschädigung", wenn das Vermögensopfer seinen Zweck verfehlt und dadurch zu einer wirtschaftlich sinnlosen Ausgabe wird (so auch BGH NJW 1995, 539; Rudolphi NStZ 1995, 289).

1. Variante: Später klingelt Bullmann und bietet angeblich von behinderten Kindern gemalte Weihnachtskarten an. O kauft sie zum Preis von 20 DM, wobei die Karten auch 20 DM wert sind. Der Erlös kommt jedoch nicht wie vorgestellt den Kindern, sondern ausschließlich Bullmann selbst zugute.

Sind Leistung und Gegenleistung bei einer wirtschaftlichen Betrachtung gleichwertig, so hat der Verfügende keinen Vermögensschaden erlitten. Auch die Verfehlung des mit dem Erwerb der Ware zusätzlich verfolgten Zwecks kann hier keinen Schaden begründen, da sich ansonsten der Betrug zu einem Delikt entwickeln würde, das nicht das *Vermögen*, sondern die *Dispositionsfreiheit* des Vermögensinhabers schützt (LK- Lackner § 263 Rz. 177; Schönke- Schröder- Cramer § 263 Rz. 105 m.w.N.). Wie wir aber bereits beim "Melkmaschinenfall" gesehen haben, ist der Verfügende nicht geschädigt, wenn er den objektiven Marktpreis der Ware zahlt und die Sache vertragsgemäß verwenden kann.

Nach der Gegenansicht (OLG Düsseldorf NJW 1990, 2397; Maurach- Schroeder- Maiwald § 41 Rz. 120) ist die Erreichung eines gemeinnützigen Zwecks Vertragsbestandteil der Vereinbarung zwischen Täter und Opfer geworden, so daß die Nichterreicherung dieses Zwecks einen Vermögensschaden darstellt.

2. Variante: Im Anschluß klingelt Gluffke und bittet um eine Spende für das Rote Kreuz. O weigert sich unter Hinweis darauf, er habe heute schon genügend gute Taten getan, als ihm Gluffke wahrheitswidrig erklärt, jeder Bewohner des Hauses habe mindestens 10 DM gespendet; O wolle doch nicht hinter den anderen zurückstehen. Weil O sich keine Blöße geben will, spendet er 10 DM, die auch dem roten Kreuz zufließen. Ist O dennoch betrogen worden?

Die Zweckverfehlungslehre kann nicht jeden Motivirrtum des Verfügenden zum Anlaß für die Annahme eines Vermögensschadens nehmen, da es sich bei den verfolgten Zwecken um solche handeln muß, die von der Rechtsordnung gebilligt werden. Verfügt der Getäuschte nur deshalb, weil er hinter anderen nicht zurückbleiben möchte oder weil er anderen durch seine Großzügigkeit imponieren möchte,

so führt die Verfehlung *dieses* Zwecks nicht zu einem Vermögensschaden. Die Zweckverfehlungslehre will nur *wirtschaftlich* relevante Zwecksetzungen erfassen, um zu verhindern, daß über den Umweg über die Zweckverfehlung der Betrug zu einem Delikt gegen die Dispositionsfreiheit des Verfügenden wird (s.o.).

Kommt daher die Spende wirklich dem Roten Kreuz zugute, so hat Gluffke den O zwar *getäuscht*, aber nicht *geschädigt* und daher auch nicht betrogen.

II. Der Eingehungsbetrug

Fall: Der Provisionsvertreter Wilhelm Brause bewegt die Hausfrau H durch eine Täuschung über den Inhalt dazu, eine Fachzeitschrift zu abonnieren, die sich ausschließlich an Fachleute wendet und daher für H selbst ohne jeglichen Nutzen ist. Ist H bereits durch den Abschluß des Vertrages betrogen oder erst dann, wenn sie den Kaufpreis gezahlt hat? Ändert sich das Ergebnis in Fällen, in denen der Getäuschte ein gesetzliches Rücktrittsrecht hat oder wenn die Gegenseite auf jede Reklamation hin den geschlossenen Vertrag sofort storniert?

Da die Abwicklung eines Vertrages vom Abschluß bis zur beiderseitigen Erfüllung durch beiderseitigen Leistungsaustausch verschiedene zeitliche Stadien durchläuft, stellt sich die Frage, wann das getäuschte Opfer einen Vermögensschaden erlitten hat und dadurch der Betrug vollendet ist. In Betracht käme zum einen, daß bereits das Eingehen einer wirtschaftlich nachteiligen Verbindlichkeit einen Vermögensschaden darstellt; denkbar wäre aber auch, einen vollendeten Betrug erst nach vollendetem Leistungsaustausch anzunehmen. Dabei müssen wir zwischen dem **Eingehungsbetrug** und dem **Erfüllungsbetrug** unterscheiden, wobei die Unterscheidung sowohl von der Berechnungsgrundlage als auch von den Stufen der Schadensverwirklichung abhängt (dazu Schönke- Schröder- Cramer § 263 Rz. 125 ff.).

1) Die Berechnungsgrundlage

Hier geht es um die Frage, welche Positionen in die Saldierung der Vermögenslagen einbezogen werden.

a) Beim **Eingehungsbetrug** erfolgt ein Vergleich der beiderseitigen *Ansprüche*, die durch den Vertragsschluß entstehen: Bleibt der Wert der vom Täter zu erbringenden Gegenleistung hinter der vom Getäuschten geschuldeten Leistung zurück, so ist das Opfer geschädigt. Der Schaden liegt also in einem rechnerischen Minussaldo von Leistung und Gegenleistung.

Beispiel: Der Käufer kauft zum Preis von 10.000 DM einen Unfallwagen, der aber aufgrund des merkantilen Minderwertes nur 9.000 DM wert ist.

b) Beim **Erfüllungsbetrug** werden nicht Leistung und Gegenleistung zur Zeit des Vertragsschlusses verglichen, sondern der Erfüllungsanspruch des Getäuschten mit dem, was er vom Täter bei der Erfüllung erhält. Beim Erfüllungsbetrug hat der Getäuschte einen Vermögensschaden erlitten, wenn der Wert des Erlangten hinter dem zurückbleibt, was er aufgrund seines Anspruchs hätte verlangen können.

Beispiel: War der gekaufte Wagen zur Zeit des Vertragsschlusses unfallfrei und daher die vom Käufer zu zahlenden 10.000 DM wert, so liegt kein Eingehungsbetrug vor.

Hatte der Wagen aber zwischen Vertragsschluß und Erfüllung einen Unfall, den der Verkäufer notdürftig repariert hat, so liegt ein Erfüllungsbetrug vor, wenn der Verkäufer bei der Übereignung den Unfall verschweigt und der Käufer den Unfallwagen daher als Erfüllung akzeptiert, obwohl er einen Anspruch auf einen unfallfreien Wagen hatte und daher den Kaufpreis mindern konnte.

Beachte: Der Käufer hat dabei auch dann einen Schaden erlitten, wenn der Wagen trotz des Unfalls noch den gezahlten Kaufpreis wert ist, aber der Käufer infolge der Minderung den Kaufpreis hätte herabsetzen können.

2) Die Stufen der Schadensverwirklichung

Hier geht es um die Frage, wann der Betrug durch den Eintritt eines Vermögensschadens vollendet ist. Geht man mit der h.M. von der Existenz eines Eingehungsbetrugs aus, so muß man den Eingehungsbetrag im Zusammenhang damit sehen, daß durch den Abschluß des Vertrages allein der Getäuschte die geschuldete Leistung noch nicht erbracht hat. Der Vermögensschaden kann daher nur in einer **schadensgleichen konkreten Vermögensgefährdung** gesehen werden (BGH StV 1995, 24). Eine Vermögensgefährdung, die dem Eintritt eines ("in Mark und Pfennig zu berechnenden") Vermögensschadens gleichgestellt werden kann, liegt aber nur vor, wenn sich für den Getäuschten die Gefahr, die eigene Leistung zu verlieren, bereits derart verdichtet hat, daß er seine Leistung nach objektivem Urteil bereits "abschreiben" muß, er also durch den Vertragsschluß bereits "ärmer" geworden ist. Dabei müssen wir nach Cramer (a.a.O.) zwischen 2 Situationen unterscheiden:

a) Der geschlossene Vertrag ist wirtschaftlich nicht ausgewogen, weil sich Leistung und Gegenleistung bei einer wirtschaftlichen Betrachtung - auch unter Berücksichtigung individueller Faktoren - nicht entsprechen.

aa) Ein vollendeter Betrug liegt auf jeden Fall dann vor, wenn die zum Vertragsschluß führende Täuschung durch einen Dritten i.S.d. § 123 II BGB erfolgte und der Vertragspartner die Täuschung weder kannte noch kennen mußte, da in derartigen Fällen der Getäuschte seine Willenserklärung nicht anfechten und sich daher von dem negativen Vertrag auch nicht mehr lösen kann.

Beispiel: Der Hauptschuldner Wilhelm Brause hat seinen Freund Gluffke durch eine arglistige Täuschung dazu gebracht, sich gegenüber dem Gläubiger für die Hauptschuld zu verbürgen. Da der Hauptschuldner "Dritter" i.S.d. § 123 II BGB ist, kann der Bürge auch nach Kenntnis der Täuschung seine Bürgschaftserklärung nicht anfechten, sondern muß erfüllen.

bb) Umstritten ist der Eintritt eines vollendeten Betruges vor Leistung des Getäuschten allerdings, wenn der Getäuschte den Vertrag durch Anfechtung zunichte machen kann und seine eigene Leistung noch nicht erbracht hat.

(1) **Der BGH (z.B. BGH St 23, 300) nimmt hier trotz der Anfechtungsmöglichkeit bereits einen Vermögensschaden an mit der Folge, daß bereits der Abschluß eines wirtschaftlich nachteiligen Vertrages zu einem vollendeten Betrug führt.**

Der BGH begründet den Eintritt des Schadens trotz noch ausstehender Leistung damit, daß bei Vertragsschluß (also zur Zeit des vermögensschädigenden Ereignisses!) noch ungewiß sei, ob sich der Getäuschte von diesem Vertrag lösen könne. Dies hänge zum einen davon ab, ob der Getäuschte seinen Irrtum noch vor seiner eigenen Leistungserbringung erkennt und ob der Vertragspartner bereit sei, die Anfechtung anzuerkennen oder ihn in einen Zivilprozeß verwickelt, in dem der Getäuschte als Beklagter die Beweislast für die Voraussetzungen der rechtshindernden Einwendung trägt und daher die Täuschung beweisen muß. Zum anderen wird es häufig so sein, daß der Getäuschte aus rechtlicher Unsicherheit auf eine mögliche Anfechtung verzichtet oder weil der damit verbundene Aufwand und das Risiko in keiner vernünftigen Relation zur Höhe des geschuldeten Preises stehen. Ferner mag es eine Rolle spielen, ob dem Getäuschten die Durchführung eines etwaigen Zivilprozesses zuzumuten ist (so Samson WuV Bd. 7, S. 260). Ein derartiger Prozeß ist unzumutbar, wenn sich der Getäuschte dadurch bloßstellt, z.B. bei der irrtümlichen Bestellung pornographischer Schriften.

Folgt man dem, so liegt auch bei einem gesetzlichen Rücktrittsrecht (z.B. nach §§ 7 VerbrKrG; 1 ff. Haustürwiderrufgesetz) eine schadensgleiche Vermögensgefährdung vor, wenn es aus den o.g. Gründen konkrete Anhaltspunkte dafür gibt, daß der Getäuschte von seinem Rücktrittsrecht keinen Gebrauch machen wird. Diese gesetzlichen Widerrufsmöglichkeiten

wollen den zivilrechtlichen Rechtsschutz verbessern, aber nicht den strafrechtlichen Schutz beschneiden. Im übrigen kann auch im Abschluß schwebend unwirksamer Verträge eine konkrete Vermögensgefährdung liegen (BayObLG NJW 1973, 66). Dies muß erst recht bei Verträgen gelten, die nach Ablauf einer bestimmten Frist auch ohne Genehmigung automatisch wirksam werden (Krey Rz. 452).

- (2) Nach Schröder (JZ 1965, 513, 516) wird durch den Begriff der konkreten Vermögensgefährdung die Grenze zwischen versuchtem und vollendetem Betrug verwischt. Danach liegt ein vollendeter Betrug solange nicht vor, wie der Getäuschte noch weitere irrtumsbedingte Handlungen vornehmen muß, um den endgültigen Verlust seines Vermögenswertes zu bewirken. Dem hält die h.M. jedoch entgegen, daß bereits die Gefährdung eines Vermögensbestandteils das Gesamtvermögen bei einer wirtschaftlichen Betrachtung mindern könne, so daß zumindest bei einer spürbaren Gefährdung ein Vermögensschaden bereits vorliege. Sowohl nach dem rein wirtschaftlichen als auch nach dem juristisch-ökonomischen Vermögensbegriff müssen in ihrer Durchsetzbarkeit gefährdete Vermögenspositionen geringer bewertet werden.
- (3) Meyer (MDR 1971, 718) und Samson-Günther (SK § 263 Rz. 167 c) wollen dem Getäuschten zumindest den Versuch zumuten, sich vom Vertrag zu lösen. Ein vollendeter Betrug scheidet zumindest dann aus, wenn der Vertragspartner jederzeit bereit sei, auf den Wunsch der Gegenseite hin den Vertrag zu stornieren. Auch das OLG Köln (NJW 1976, 1222) und das BayObLG (JZ 1986, 1122) sehen aber bei einem dem Besteller bekannten Rücktrittsrecht im Vertragsschluß selbst noch keine konkrete Vermögensgefährdung.

Stellungnahme: Ich halte diesen Standpunkt insofern für problematisch, als dann die Strafbarkeit des Täters von der - in der Praxis schwer nachweisbaren - Stornierungsbereitschaft des Vertragspartners abhängt. In vielen Fällen wird aber - gerade bei Schönheitsprodukten mit geringfügigen Wert - ganz gezielt darauf spekuliert, der Kunde werde sich auch nach Kenntnis der Unwirksamkeit aus Unsicherheit, Scham oder Bequemlichkeit nicht melden (vgl. dazu BGH St 34, 199).

b) **Leistung und Gegenleistung sind zwar ausgeglichen, doch ergibt sich die konkrete Vermögensgefährdung aus der mangelnden Erfüllungsbereitschaft oder der mangelnden Solvenz der Gegenseite.**

- aa) **Hier sind zwar die beiden Ansprüche des Vertrages nominell gleichwertig, doch ist der Anspruch auf die Gegenleistung in seiner Durchsetzbarkeit gefährdet, wenn die Gegenseite von vornherein nicht erfüllen will oder nicht erfüllen kann.** Das Vermögen des Getäuschten ist dann schadensgleich konkret gefährdet (BayObLG NJW 1999, 663). An einer schadensgleichen konkreten Vermögensgefährdung fehlt es jedoch in Fällen, in denen der Getäuschte noch auf ausreichende Sicherheiten der Gegenseite zurückgreifen kann (BGH StV 1995, 24; 1992, 465; MDR 1995, 120; z.B. Werkunternehmerpfandrecht nach § 647 BGB, bei dem der Getäuschte gleichzeitig im Besitz des haftenden Vermögenswertes ist) oder der Täter ohnehin zur Vorleistung verpflichtet ist (BGH NStZ 1998, 59).

Auch wenn der Getäuschte bei einem gegenseitigen Vertrag nach § 320 BGB auf eine Zug um Zug- Leistung bestehen kann, ist noch keine so konkrete Gefahr eingetreten, daß diese dem Eintritt eines meßbaren Schadens gleichgestellt werden könnte (BGH StV 1983, 330). Hier liegt ein vollendeter Betrug erst dann vor, wenn der Getäuschte auf sein Leistungsverweigerungsrecht verzichtet, vorleistet und damit die Sicherung für seinen eigenen wirtschaftlich gefährdeten Anspruch aufgibt.

Auch ohne eine Vorleistung ist der Getäuschte bereits durch den Vertragsschluß in Ausnahmefällen geschädigt, in denen konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß der Getäuschte aus Unerfahrenheit oder aufgrund der Täuschung auf eine Zug-um-Zug- Leistung verzichten wird.

- bb) **Ein Erfüllungsbetrug liegt vor, wenn zwar zunächst die Ansprüche auf Leistung und Gegenleistung wirtschaftlich gleichwertig sind, der Getäuschte aber bei der Erfüllung geschädigt wird.** Für eine Schädigung durch beiderseitige Erfüllung des Vertrages kommen 2 Möglichkeiten in Betracht: Entweder der Getäuschte erhält weniger, als er nach seiner eigenen Forderung beanspruchen könnte oder er selbst leistet mehr, als er eigentlich leisten mußte. Der Schaden ergibt sich also durch einen Vergleich des Erfüllungsanspruchs und des Wertes der gelieferten Ware.

AL - KLAUSURTIP: **Denken Sie bitte daran, daß der Getäuschte auch dann geschädigt ist, wenn die gelieferte Sache objektiv ihren gezahlten Preis wert ist, sie aber dennoch nicht vertragsgemäß ist:** Der Getäuschte bekommt zwar für seine eigene *Leistung* einen Gegenwert, aber nicht für seinen *Anspruch*! Der Getäuschte soll also bei einem vorteilhaften Rechtsgeschäft davor bewahrt werden, daß ihm diese Vorteile durch mangelhafte Erfüllung wieder entzogen werden. **Beispiel:** Der Käufer kauft einen VW Golf "LS" zum Preis eines "Golf C". Durch eine Täuschung (Austausch des Typenschildes) bewegt der Verkäufer den Käufer dazu, einen "Golf C" als Erfüllung anzunehmen. Der Käufer ist geschädigt, selbst wenn der gelieferte Wagen seinen Preis wert ist. Er hätte ein wertvolleres Auto verlangen können und hat daher weniger bekommen, als man ihm schuldet.

- cc) **Trotz Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung kann der Käufer auch dadurch geschädigt sein, daß er mehr leistet, als er leisten mußte.**

Beispiel: Liefert der Verkäufer eine mangelhafte Kaufsache, die trotz des Mangels den gezahlten Kaufpreis wert ist, so ist der Käufer betrogen worden, wenn er aufgrund der Täuschung auf die Möglichkeit der Minderung verzichtet. Er hätte den Kaufpreis gemäß den §§ 459, 462, 472 BGB entsprechend herabsetzen können und hat daher mehr bezahlt, als er nach erfolgter Minderung hätte bezahlen müssen.

Dies gilt nicht nur bei Gattungsschulden, bei denen der Gläubiger einen Anspruch auf Ware mittlerer Art und Güte i.S.d. § 243 I BGB hat, sondern auch bei einer Stückschuld, wo der Käufer keinen Erfüllungsanspruch auf fehlerfreie Ware hat und bei der der Verkäufer daher auch durch die Übereignung einer fehlerhaften Kaufsache seine primäre Verpflichtung aus § 433 I BGB erfüllt. Der Umstand, daß der Verkäufer erfüllt hat, ändert nichts an der Existenz von Sekundäransprüchen auf Wandelung oder Minderung bei Schlechterfüllung.

Problem: In welchem Verhältnis steht der Eingehungsbetrug zum Erfüllungsbetrug?

Da der Betrug bereits mit dem Eingehen einer wirtschaftlich nachteiligen Verbindlichkeit vollendet ist, wird der durch den Vertragsschluß bereits eingetretene Vermögensschaden durch die Erfüllung des Vertrages nur noch einmal zusätzlich vertieft, so daß der **Erfüllungsbetrug im Verhältnis zum Eingehungsbetrug eine mitbestrafte Nachtat** darstellt.

Beispiel: K kauft von V einen Unfallwagen zum Preis von 10.000 DM, obwohl das Fahrzeug infolge des merkantilen Minderwertes nur 9.000 DM wert ist. Hier ist K bereits durch den Vertragsschluß in Form einer konkreten Vermögensgefährdung geschädigt. Werden die Leistungen durch Übereignung von Geld und Ware ausgetauscht, liegt darin nur eine mitbestrafte Intensivierung des bereits eingetretenen Schadens.

Selbständige Bedeutung hat der Erfüllungsbetrug daher nur in Fällen, in denen der Vermögensschaden erst bei der Erfüllung des Vertrages eintritt, weil zunächst die beiderseitigen Leistungspflichten gleichwertig waren.

Beispiel: War der Wagen bei Vertragsschluß unfallfrei und hatte er bis zum Leistungsaustausch einen Unfall erlitten, so ist K nicht bereits durch den Vertragsschluß, sondern erst bei der Erfüllung dadurch betrogen, daß er einen Unfallwagen als Erfüllung akzeptiert und auf sein Minderungsrecht täuschungsbedingt unbewußt verzichtet.

Wirkt die bereits beim Verpflichtungsgeschäft vorgenommene Täuschung in der Erfüllungsphase fort, so kann bei der entstehenden Einheit von Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft ein sogenannter **unechter Erfüllungsbetrag** vorliegen. In einem solchen Fall kann sich der Vermögensschaden daraus ergeben, daß der vertragliche Anspruch auf die Leistung des Täuschenden hinter der Verpflichtung zur Gegenleistung des Getäuschten zurückbleibt (BayObLG NJW 1999, 663).

III. Der Anstellungsbetrag

Fall: Bullmann bewirbt sich auf eine ausgeschriebene Stelle als Lagerarbeiter. Beim Einstellungsgespräch fragt ihn der Personalchef, ob er vorbestraft sei. Obwohl Bullmann wegen fortgesetzten Diebstahls zu einer Freiheitsstrafe verurteilt wurde, verneint er die Frage, um seine Einstellung nicht zu gefährden. Vor Arbeitsbeginn erfährt der Personalchef zufällig von der Vorstrafe und erstattet Anzeige wegen Betrugs.

Bullmann könnte sich gemäß § 263 wegen eines Betruges zum Nachteil des ihn beschäftigenden Unternehmers strafbar gemacht haben.

Bullmann hatte den Personalchef getäuscht, als er sich wahrheitswidrig als nicht vorbestraft bezeichnete. Dadurch hat er im Personalchef einen Irrtum erregt, der aufgrund dieses Irrtums durch Abschluß des Arbeitsvertrages über das Vermögen des Unternehmens verfügt hat, das durch den Vertragsschluß zur Gehaltszahlung verpflichtet wurde. Auch wenn das Unternehmen vor Arbeitsbeginn noch kein Gehalt gezahlt hat, könnte es in Form einer konkreten Vermögensgefährdung bereits durch den Vertragsschluß an sich geschädigt sein (= Eingehungsbetrag; BGH St 22, 38, 39). Dies ist der Fall, wenn der Lohnforderung des eingestellten Arbeitnehmers kein gleichwertiger Anspruch des Arbeitgebers auf Arbeitsleistung gegenübersteht, weil dann bereits bei Vertragsschluß feststeht, daß die Arbeit ihren Lohn nicht wert ist. Dabei muß man zwischen 4 verschiedenen Situationen unterscheiden:

- 1) Es handelt sich um eine **einfache Tätigkeit**, bei der weder eine besondere fachliche Qualifikation noch eine besondere Vertrauenswürdigkeit des Arbeitnehmers für eine ordnungsgemäße Arbeit erforderlich sind (Ausgangsfall).
 - a) Hier erleidet der Arbeitgeber trotz Täuschung keinen Schaden, wenn der gezahlte Lohn der durch den Arbeitnehmer erbrachten Leistung entspricht. Da nicht ersichtlich ist, daß Bullmann der einfachen Tätigkeit eines Lageristen nicht gewachsen ist, scheidet eine Vermögensgefährdung unter diesem Aspekt aus.
 - b) Eine Vermögensgefährdung könnte sich jedoch daraus ergeben, daß das Unternehmen einen Vorbestraften einstellt und diesem durch die Einstellung die Möglichkeit zur Begehung weiterer Straftaten ermöglicht.
 - aa) Die h.M. (BGH St 17, 254; NJW 1978, 2042; Otto § 51 VI 3) nimmt hier eine konkrete Vermögensgefährdung zumindest in den Fällen an, in denen der wegen eines Vermögensdeliktes vorbestrafte Arbeitnehmer die Verfügungsgewalt über beträchtliche Vermögenswerte des Unternehmens erlangt.

Beispiele: BGH St 17, 254: Ein Vorbestrafter erlangt als Tiefbautechniker die Verfügungsgewalt über Arbeitsgeräte und Baustoffe; BGH NJW 1978, 2042: Ein wegen Untreue Vorbestrafter wird als Einkäufer oder Buchhalter eingestellt.

bb) Ich halte die Annahme eines Anstellungsbetrugs durch bloßes Verschweigen einer Vorstrafe bei ansonsten genügender Qualifikation nicht nur im Hinblick auf eine Resozialisierung für problematisch: Selbst wenn diese Gefahr bestehen sollte (ist die Gefahr, daß ein Vorbestrafter rückfällig wird, größer als die, daß sich ein nicht Vorbestrafter zum Diebstahl verführen läßt? Vielleicht ist der andere nur deshalb nicht vorbestraft, weil man ihn nie erwischt hat?), so liegt in der Einstellung des Bullmann insoweit noch keine das Vermögen *unmittelbar* mindernde Verfügung. Wie wir bereits beim Trickdiebstahl gesehen haben, fehlt es an der *Unmittelbarkeit* der Vermögensverfügung, wenn das getäuschte Opfer aufgrund der Täuschung dem Täter nur die Möglichkeit der Wegnahme erleichtert.

Bullmann hat daher im 1. Fall keinen Anstellungsbetrag begangen.

- 2) Es handelt sich um eine **qualifizierte Tätigkeit**, bei der die berufliche Qualifikation und/oder die persönliche Integrität in die Bemessung des Gehalts miteinfließen.

Variante 1: Wilhelm Brause hatte Betriebswirtschaft studiert, das Studium jedoch vorzeitig abgebrochen. Er bewirbt sich auf die in einer überregionalen Tageszeitung ausgeschriebene Stelle eines Betriebswirts. Obwohl Wilhelm über 2 Jahre zufriedenstellend gearbeitet hat, erstattet der Personalchef Anzeige, als er vom fehlenden Studienabschluß erfährt.

Hier wird der täuschende Bewerber für eine Qualifikation bezahlt, die er nicht aufweist, so daß seiner Lohnforderung durch seine Arbeitsleistung kein ausreichendes Äquivalent gegenübersteht. Selbst wenn der Arbeitnehmer eine im Vergleich zu entsprechend qualifizierten Kollegen gleichwertige Arbeitsleistung erbringt, liegt ein Vermögensschaden vor, da er über die entsprechenden tariflichen, besoldungsrechtlichen oder sonstigen geforderten Qualifikationen nicht verfügt (BGH NJW 1978, 2042; Krey Rz. 483).

Wilhelm hat daher in der 1. Variante einen Einstellungsbetrag begangen.

AL - KLAUSURTIP: Wird eine entsprechende Qualifikation überwiegend aus Prestige Gründen gefordert (z.B. Promotion eines Vorstandsmitglieds, eines Anwalts), so liegt ein Vermögensschaden nur in den Fällen vor, in denen die Promotion im Verhältnis zu nicht promovierten Kollegen zu einem Gehaltszuschlag führt. In diesem Zusammenhang sollten Sie in der Klausur auch stets an eine denkbare Urkundenfälschung und den Mißbrauch von Titeln nach § 132 a denken.

- 3) **Die Leistung des Arbeitnehmers ist nur bei vorhandener entsprechender Qualifikation verwendbar**, weil aufgrund der objektiven Gefährlichkeit der Tätigkeit oder aus anderen, z.B. standesrechtlichen Gründen, die Leistung nur durch eine entsprechend qualifizierte Person erbracht werden darf.

Variante 2: Wilhelm hatte Medizin studiert, war aber aufgrund von übermächtiger Prüfungsangst im 3. Staatsexamen trotz glänzender Kenntnisse gescheitert. Er bewirbt sich auf die Stelle eines Stationsarztes in einem Krankenhaus und wird unter Vorlage einer gefälschten Approbationsurkunde eingestellt.

In der Variante 2 hat Wilhelm allein deshalb einen Einstellungsbetrag begangen, weil er als Stationsarzt ohne Approbation nicht arbeiten darf und seine Tätigkeit daher für den Anstellungsträger völlig wertlos ist.

- 4) **Variante 3:** Wilhelm hatte sich durch Täuschung eine Beamtenstellung erschwindelt.

Erschleicht sich der Täter eine **Beamtenstellung**, so liegt darin nach der Rechtsprechung (RG St 65, 281; BGH St 5, 358) stets ein Anstellungsbetrag, wenn der Bewerber über seine fachliche Eignung, seine Vorbildung oder auch nur seine persönlichen Verhältnisse falsche Angaben macht. Die Rspr. begründet dies damit, daß der Beamte nicht nur für seine Tätigkeit und seine damit verbundene fachliche Qualifikation, sondern auch für die Einbringung seiner gesamten Persönlichkeit bezahlt werde.

- a) Dazu führt der BGH in BGH St 5, 358 (Volksschullehrer erschleicht sich die Stellung eines Gewerbeoberlehrers) aus: “Das Beamtenverhältnis beschränkt sich nicht auf die Leistung von Arbeit gegen Geld. Es ist eigener Art und hat seinen Schwerpunkt in der gegenseitigen Treuepflicht. Auf ihr beruht die Pflicht eines Beamten, sich und seine Arbeitskraft dem öffentlichen Dienst zu widmen, sowie die Fürsorgepflicht des Staates, auf deren Grundlage die Dienstbezüge gewährt werden. Da die Berufung in das Amt die vorgeschriebene Ausbildung voraussetzt und auch die Besoldung von weiteren Faktoren (Dienstalter, Familienstand) abhängt, bestimmt sich die Besoldung nicht allein anhand des Wertes der Dienstleistung. Maßgebend ist vielmehr der Preis, der in der Besoldungsordnung festgelegt ist. Zahlt der Staat mehr als diesen Preis, so ist er ohne Rücksicht auf den Wert der Leistung geschädigt.” Diesem Ergebnis wird man zumindest in den Fällen zustimmen können, in denen eine Qualifikation oder ein beruflicher Werdegang fehlen, die nach den Laufbahnverordnungen oder dem Beamtenrecht (§§ 4 I Nr. 3 BRRG, 7 I Nr. 3 BBG) eine unverzichtbare Voraussetzung für das jeweilige öffentliche Amt darstellen, so daß Personen ohne eine derartige Voraussetzung für die entsprechende Position nicht brauchbar sind und ihre Arbeitsleistung daher kein vollwertiges Äquivalent ist. Der Staat setzt hier durch sein Nachfragemonopol nach Beamten sowohl den jeweiligen Preis der Dienstleistung als auch die erforderlichen persönlichen und sachlichen Voraussetzungen einseitig fest. Auf der anderen Seite fehlt es also an einem Schaden, wenn der Täter bei seiner Einstellung über Umstände täuscht, die für seine Einstellungsqualifikation irrelevant sind, z.B., wenn er als Mitglied der SPD behauptet, er sei CDU-Mitglied.
- b) Fehlt lediglich eine persönliche, charakterliche Voraussetzung (z.B. bei Vorstrafe), so erscheint die Annahme eines Anstellungsbetruges fraglich.
- aa) Die Rspr. bejaht einen Betrug mit der Begründung, der Staat übernehme durch die Anstellung des Täters als Beamten die beamtenrechtliche Fürsorgepflicht für einen Nichtberechtigten, so daß auch dann ein Vermögensschaden vorliegt, wenn die Leistung unabhängig von dem persönlichen “Mangel” nicht zu beanstanden ist.
- bb) Diesem Ergebnis stehen allerdings einige in der Literatur (z.B. Maurach-Schroeder § 46 II A 4 d; LK-Lackner § 263 Rz. 239) zu Recht kritisch gegenüber: Manche sprechen von einer “Ethisierung” am falschen Ort. Lackner sieht nur das Ansehen und die Integrität der öffentlichen Verwaltung, aber nicht deren Vermögen geschädigt und plädiert für die Schaffung eines eigenen Tatbestandes der Amterschleichung, da zweifelhaft sei, ob man derartige “Täter” als Betrüger bezeichnen könne. **Stellungnahme:** Ich persönlich kann auch keinen Unterschied in der Anstellung eines Vorbestraften in der Privatwirtschaft im Verhältnis zum Staat sehen. Selbst wenn es ihn geben sollte: Ist es dann nicht verwunderlich, daß einige vorbestrafte Politiker in staatstragenden Regierungsparteien höchste Ämter bekleiden?

Exkurs: Auch das KG Berlin hat in NStZ 1998, 302 einen Anstellungsbetrug in einem Fall abgelehnt (und daher die Frage dem BGH vorgelegt), in dem sich ein ehemaliger MfS-Mitarbeiter eine Beamtenstellung erschlichen hatte, ohne seine Tätigkeit für das MfS der ehemaligen DDR offenzulegen.

Der BGH hält jedoch weiterhin an seinem Standpunkt fest (BGH NJW 1999, 1485): “Der Staat erleidet einen Vermögensschaden, wenn der Beamte über solche Umstände täuscht, die seiner Einstellung rechtlich entgegenstehen. **Darf ihn die Behörde aufgrund einer Ermessensreduzierung auf Null nicht einstellen, dann entsteht ihr stets ein wirtschaftlicher Vermögensschaden.** Bei fehlender persönlicher Eignung ist die versprochene Leistung des Beamten nicht äquivalent. Die Vermögensminderung ist nicht allein im Charakter des Bewerbers begründet. Vielmehr hat die vom Bewerber versprochene einwandfreie Amtsführung einen Vermögenswert, der sich nach wirtschaftlichen Maßstäben bestimmen läßt. Daß er während der Amtsführung fachlich nicht zu

beanstandende Leistungen erbringt, ändert an der Vermögensgefährdung – zur Zeit des Vertragschlusses! – nichts. Der Anstellungsbetrag ist aber ein Unterfall des Eingehungsbetrugs, bei dem der Schaden durch einen Wertvergleich der vertraglich begründeten Ansprüche zur Zeit des Vertragschlusses zu ermitteln ist. Wenn aber der Wert des Anspruchs auf die Leistung des Bewerbers hinter der versprochenen Gegenleistung zurückbleibt, ist der Getäuschte bereits bei Vertragsabschluß geschädigt.”

IV. Der Beweismittelbetrug

1. Fall: Der Vertreter Wilhelm Brause hat den Kunden K nicht zum Abschluß eines Vertrages überreden können. Am Ende seines Besuches bittet er den K, ihm für seine Spesenabrechnung den Besuch durch seine Unterschrift zu bestätigen. Ohne es zu merken, unterschreibt der K ein Beitrittsformular für die Mitgliedschaft in einer Buchgemeinschaft.

Es liegt eine Vermögensgefährdung vor, wenn der Täter sich durch Täuschung entweder falsche Beweismittel erschleicht (um seine Gläubigerposition zu verbessern) oder der Gegenseite wahre Beweismittel entzieht (um seine Schuldnerposition zu verbessern). Diese Vermögensgefährdung kann als konkrete Gefährdung zu einem vollendeten Betrug führen, wenn der Täter durch die erschlichene Urkunde bereits in die Lage versetzt wird, *unmittelbar* auf das Vermögen des anderen einwirken zu können, weil der Getäuschte in Beweisnot gerät und trotz erkannter Täuschung den nicht bestehenden Anspruch erfüllt bzw. auf die Geltendmachung einer bestehenden Forderung bewußt verzichtet, weil er angesichts der erschlichenen Urkunde das Prozeßrisiko scheut.

Eine derart konkrete Vermögensgefährdung liegt in folgenden Fällen vor:

- 1) Der Täter erschwindelt sich einen Erbschein (RG St 53, 261).
- 2) Der Täter läßt seinen Schuldner für eine nicht bestehende Forderung ein abstraktes Schuldversprechen bzw. -anerkennnis gemäß den §§ 780, 781 BGB oder einen Wechsel unterschreiben. Die Abgabe des Schuldversprechens kehrt die zivilprozessuale Beweislast um, da der Beklagte im Prozeß sich nur durch die Einrede des § 821 BGB verteidigen kann. Da es sich um eine Einrede handelt, muß er deren Voraussetzungen beweisen.
Die Gefahr eines Wechsels ist insofern noch größer, als bei einer Weitergabe des Wechsels die Einreden aus dem Grundgeschäft verlorengelangen. Daher soll (nach Maurach- Maiwald II S. 439) auch bei intaktem Grundgeschäft ein vollendeter Betrug vorliegen.
- 3) Der Gläubiger unterschreibt eine Quittung, ohne die ihm geschuldete Leistung erhalten zu haben.
- 4) Der Besteller gibt ohne Erklärungsbewußtsein eine ihn verpflichtende Erklärung ab (1. Fall).
 - a) Dabei soll es nach einer Ansicht (OLG Köln, GA 1977, 188, 189) an einem Vermögensschaden fehlen, wenn der Besteller die bestellte Ware persönlich verwenden kann oder aufgrund der Bestellung aus einem größeren Warensortiment (hier Bücher und Schallplatten aus einer Buchgemeinschaft) etwas ihm Passendes auswählen kann.
 - b) Dieses Ergebnis ist nicht nur aus kriminalpolitischen Gründen problematisch, weil es die oft äußerst dubiosen Praktiken derartiger Buchclubs begünstigt, sondern verkennt auch, daß der Schaden darin liegt, daß der “Besteller” gar keinen Vertrag schließen wollte und allein dadurch geschädigt ist, daß er Gefahr läuft, einen gar nicht gewollten Vertrag erfüllen zu müssen.

Wilhelm hat daher im 1. Fall einen vollendeten (Beweismittel-)Betrug begangen.

2. Fall: Der Gläubiger Gluffke hatte dem Schuldner S aufgrund eines mündlich geschlossenen Darlehensvertrages ein Darlehen gewährt. Weil S nachträglich bestreitet, das Geld jemals erhalten zu haben, läßt Gluffke sich von S durch Täuschung eine Quittung über den Erhalt des Geldes unterschreiben.

Es handelt sich nur dann um einen Beweismittelbetrug, wenn der Täter durch das erschlichene Beweismittel die wahre Rechtslage verschleiern will. Keinen Betrug begeht daher derjenige, der sich ein falsches Beweismittel quasi "aus Notwehr" erschleicht, weil er ansonsten Gefahr läuft, entweder eine bestehende einredefreie Forderung nicht durchsetzen zu können oder eine nicht oder nicht mehr bestehende Forderung erfüllen zu müssen (= "Selbsthilfebetrug"; dazu BGH MDR 1981, 99; Dreher- Tröndle § 263 Rz. 43). Hier fehlt es nach dem juristisch- ökonomischen Vermögensbegriff bereits an einem Schaden. Auch die Vertreter des wirtschaftlichen Vermögensbegriffs, die das "Haben" von Geld höher bewerten als eine bestehende Forderung auf dieses Geld, lassen einen Betrug zumindest an der fehlenden Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Bereicherung scheitern (BGH St 20, 136).

Gluffke hat daher im 2. Fall keinen Betrug begangen.

V. Vermögensschaden durch gutgläubigen Erwerb ?

Fall: Wilhelm hatte sich vom Eigentümer E einen Walkman im Wert von 150 DM für ein Wochenende geliehen. Er veräußerte diesen Walkman für 100 DM an den gutgläubigen K, der Wilhelm für den Eigentümer hält. Ist K betrogen worden?

Wilhelm hat den K über die Eigentumsverhältnisse und die damit verbundene Berechtigung im Rahmen der Veräußerung getäuscht. K hat an die Berechtigung des Veräußerers geglaubt und aufgrund dieses Irrtums durch Zahlung des Kaufpreises verfügt. Er könnte einen Vermögensschaden erlitten haben, wenn der Verlust der 100 DM nicht durch ein entsprechendes Äquivalent ausgeglichen wurde. K hatte nach den zivilrechtlichen Regeln des gutgläubigen Erwerbs gemäß den §§ 929, 1; 932 I 1 BGB das Eigentum vom Nichtberechtigten erworben. Der Vermögensschaden könnte aber gerade darin liegen, daß er das Eigentum "nur" vom Nichtberechtigten erworben hat.

- 1) Die Rechtsprechung hatte den Eintritt eines Vermögensschadens zunächst (RG St 73, 61) mit dem angeblichen "sittlichen Makel" begründet, der mit dem gutgläubigen Erwerb verbunden sei, da der Erwerber den früheren Eigentümer um dessen rechtmäßige Position gebracht habe. Später hat die Rechtsprechung auf eine derart moralisierende Betrachtung verzichtet und den Schaden mit der konkreten Gefahr begründet, daß der Erwerber sich einer Herausgabeklage des früheren Eigentümers ausgesetzt sehe oder sogar wegen vermeintlicher Hehlerei strafrechtlich verfolgt werden könnte (BGH St 15, 83, 87). Auch ein Verlust an Ansehen könne den Eigentümer nötigen, die Sache zurückzugeben (BGH JR 1990, 517; GA 1956, 182).
- 2) Meiner Ansicht nach ist bei der Annahme eines Vermögensschadens Zurückhaltung geboten. Die Gefahr der Strafverfolgung oder des Ansehensverlustes ist kein wertbildender Faktor für eine Sache und kann daher auch keinen Vermögensschaden begründen. Das Risiko des Erwerbers, vom früheren Eigentümer auf Herausgabe verklagt zu werden, ist nicht größer als das Risiko eines jeden, beklagte Partei eines Zivilprozesses zu werden; insofern verwirklicht sich nur das allgemeine Lebensrisiko. Hinzu kommt, daß der Beklagte in diesem Prozeß eine starke Position hat, weil das BGB § 932 II BGB als Ausnahmetatbestand formuliert hat ("es sei denn"): Der Kläger muß also vor Gericht beweisen, daß der Erwerber bei Erwerb der Sache zumindest grob fahrlässig die Nichtberechtigung des Verfügenden verkannt und daher das Eigentum nicht erworben hat.

Analyse: Man wird daher eine schadensgleiche konkrete Vermögensgefährdung nur annehmen können, wenn der Erwerber die Sache unter regelwidrigen Umständen erworben hat, die es wahrscheinlich

machen, daß er erfolgreich auf Herausgabe verklagt wird oder aus sonstigen Gründen gezwungen ist, die Sache an den früheren Eigentümer zurückzuübertragen. Da diese Umstände aber den Vermögensschaden begründen, müssen sie vom Tätervorsatz umfaßt sein.

Beispiel: Der Angestellte hat "aus Versehen" die Stereoanlage seines Abteilungsleiters gutgläubig erworben.

VI. Der besonders schwere Fall des Betrugs gemäß § 263 III

▲ - KLAUSURTIP: § 263 III n.F. enthält Regelbeispiele, die als Strafzumessungsregeln nach der Schuld geprüft werden. Diese Regelbeispiele sind zwar – im Gegensatz zu Tatbestandsmerkmalen – weder abschließend noch zwingend, doch muß auch die Verwirklichung eines Regelbeispiels vom Vorsatz des Täters umfaßt sein!

Ein besonders schwerer Fall des Betrugs liegt gemäß § 263 III 2 regelmäßig in folgenden Fällen vor:

- 1) **§ 263 III 2 Nr. 1:** Der Täter handelt gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung von Urkundenfälschung oder Betrug verbunden hat. Dabei können wir auf das zurückgreifen, was wir bereits bei § 244 I Nr. 2/Bandendiebstahl erarbeitet haben, allerdings mit einer Ausnahme: § 263 III 2 Nr. 1 setzt im Gegensatz zu § 244 I Nr. 2 nicht voraus, daß die Tat unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds begangen wird.

Achten Sie bei § 263 III 2 Nr. 1 auf das Wort "oder": Handelt der Täter als Bandenmitglied *und* gewerbsmäßig, so gilt nicht § 263 III, sondern § 263 V! Der Unterschied zwischen § 263 III und § 263 V besteht in 2 Punkten:

- a) § 263 V enthält im Gegensatz zu § 263 III keine Regelbeispiele, sondern abschließende und zwingende Tatbestandsmerkmale.
 - b) Die Mindeststrafandrohung des § 263 V liegt bei einem Jahr Freiheitsstrafe, so daß § 263 V ein Verbrechen ist! Daher steht bereits die Verabredung zu einem derartigen Verbrechen und somit bereits die Gründung einer Bande mit diesem Bandenzweck gemäß den §§ 263 V; 30 II, 3. Var. unter Strafe, so daß die organisierte Kriminalität bereits im Vorfeld der Tatbegehung bekämpft werden kann.
- 2) **§ 263 III 2 Nr. 2:** Der Betrüger hat einen hohen Vermögensschaden verursacht (ab 100.000 DM, Dreher-Tröndle § 264 Rz. 31) oder will (d.d. 1. Grades) durch die fortgesetzte Begehung des Betrugs eine große Zahl von Menschen (ab 20 Personen; Schönke-Schröder-Cramer § 330 Rz. 4) in die Gefahr des Vermögensverlusts bringen.
 - 3) **§ 263 III 2 Nr. 3:** Der Täter hat das Opfer vorsätzlich in eine wirtschaftliche Notlage versetzt, z.B. um seine gesamten Ersparnisse gebracht, so daß das Opfer selbst lebenswichtige Ausgaben nicht mehr bestreiten kann (dazu Lackner-Kühl § 283 a Rz. 2).
 - 4) **§ 263 III 2 Nr. 4:** Der Täter hat bei der Begehung des Betrugs seine Befugnisse oder Stellung als Amtsträger mißbraucht.
 - 5) **§ 263 III 2 Nr. 5:** Der Betrüger hat einen Versicherungsfall vorgetäuscht, nachdem er oder ein Dritter in betrügerischer Absicht eine wertvolle Sache in Brand gesetzt oder durch Brandlegung beschädigt bzw. zerstört haben.
Da Sie an dieser Stelle mit den Problemen konfrontiert werden, die beim früheren Versicherungsbetrug des § 265 a.F. bestanden, werde ich § 263 III 2 Nr. 5 in Zusammenhang mit dem Versicherungsmißbrauch gemäß § 265 n.F. darstellen (dazu unten ausführlich die §§ 22, 23).