

Verfall (Absehen vom Verfall wegen Vorliegens einer unbilligen Härte: Voraussetzungen, Verhältnis zum Absehen vom Verfall, wenn das Erlangte im Vermögen des Angeklagten nicht mehr vorhanden ist).

§ 73c Abs. 1 StGB

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ergibt sich aus dem systematischen Verhältnis zwischen der bei „unbilliger Härte“ zwingend zum Ausschluss der Verfallsanordnung führenden Regelung in § 73c Abs. 1 Satz 1 StGB einerseits und der Ermessensvorschrift in § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB andererseits, dass regelmäßig zunächst auf der Grundlage letztgenannter Vorschrift zu prüfen ist, ob von einer Anordnung des Verfalls oder Wertersatzverfalls abgesehen werden kann (vgl. BGH StV 2013, 630 f).

2. Eine „unbillige Härte“ ist erst dann gegeben, wenn die Anordnung des Verfalls schlechthin ungerecht wäre und das Übermaßverbot verletzen würde. Die Auswirkungen des Verfalls müssten mithin im konkreten Einzelfall außer Verhältnis zu dem vom Gesetzgeber mit der Maßnahme angestrebten Zweck stehen (st. Rspr).

3. Das Nichtvorhandensein des Erlangten bzw. eines Gegenwertes im Vermögen des von der Verfallsanord-

nung Betroffenen kann nach der aufgezeigten Systematik des § 73c Abs. 1 StGB für sich genommen regelmäßig noch keine unbillige Härte begründen (vgl. BGH NStZ 2010, 86 f). Maßgeblich für das Vorliegen einer „unbilligen Härte“ gemäß § 73c Abs. 1 Satz 1 StGB ist vielmehr, wie sich die Verfallsanordnung auf das davon betroffene Vermögen auswirken würde (vgl. BGH wistra 2001, 388, 389).

958. BGH 2 StR 170/15 – Beschluss vom 9. Juli 2015 (LG Gera)

Verhängung von Jugendstrafe (Vorliegen von schädlichen Neigungen).

§ 17 Abs. 2 JGG

Schädliche Neigungen im Sinne von § 17 Abs. 2 JGG sind erhebliche Anlage- oder Erziehungsmängel, die ohne längere Gesamterziehung des Täters die Gefahr weiterer Straftaten begründen. Sie können in der Regel nur bejaht werden, wenn erhebliche Persönlichkeitsmängel, aus denen sich eine Neigung zur Begehung von Straftaten ergibt, schon vor der Tat angelegt waren. Die schädlichen Neigungen müssen auch noch zum Urteilszeitpunkt bestehen und weitere Straftaten befürchten lassen (st. Rspr.).

Aufsätze und Anmerkungen

Abrechnungsbetrug und Normativierung des Betrugstatbestandes

Zugleich Besprechung von BGH 2 StR 109/14 – Urteil vom 12. Februar 2015 = HRRS 2015 Nr. 464

Von Prof. Dr. Michael Kubiciel, Köln

I. Aufgaben und Herausforderungen der Betrugsdogmatik

Der sog. Abrechnungsbetrug bezieht seine rechtliche Komplexität in erster Linie aus dem Zusammenspiel der unübersichtlichen Primärnormen des Gesundheitsrechts mit den Tatbestandsmerkmalen der strafrechtlichen Sekundärnorm.¹ Einige Fallgestaltungen des Wirtschaftsstrafrechts lassen jedoch die Brüchigkeit der Dogmatik des Besonderen Teils und die Schwächen von Grundbe-

griffen des Allgemeinen Teils aufscheinen.² Der vorliegende Fall weist ein solches Potenzial auf: Neben einem eher marginalen betrugsspezifischen Aspekt – Stoffgleichheit zwischen Schaden und dem Gegenstand der Bereicherung – beinhaltet er Täuschungs- und Irrtumsprobleme, die in die Grundlagen der Dogmatik hinein ausstrahlen.

Gegenstand der Entscheidung des zweiten Strafsenats des BGH ist eine Art Gutschriftensystem eines Apothekers, der gesetzlich krankenversicherten Kunden gegen

¹ Dazu Hellmann, in: Fischer, Hoven et al. (Hrsg.), Dogmatische und praktische Probleme des Schadensbegriffs im Vermögensstrafrecht, im Erscheinen.

² So lassen sich gerade am Beispiel des Untreuetatbestandes die Voraussetzungen des bedingten Vorsatzes diskutieren. S. dazu Kubiciel StV 2014, 88 (einerseits); Bung StV 2015, 176 (andererseits).

Abgabe des Kassenrezeptes nicht das verordnete Medikament, sondern eine Gutschrift für andere in der Apotheke angebotene Waren anbot. In der Folge erstreckte der Apotheker die Geltendmachung von Erstattungsansprüchen auf gefälschte Kassenrezepte und solche, die er als Gegenleistung für die Herausgabe von Betäubungsmitteln oder sonstigen Waren von „Tauschkunden“ erhielt. Obgleich in all diesen Fällen keine sozialrechtlichen Erstattungsansprüche für die verordneten, aber nicht erbrachten Leistungen bestanden, machte der Apotheker diese gegenüber der Krankenkasse geltend. Dazu reichte er die Rezepte bei einer Abrechnungsgesellschaft (A-GmbH) ein, die diese in Form von Computerdateien als Sammelrechnung an die einzelnen Krankenkassen weitergab. Letztere überprüften die Daten in formeller Hinsicht, den Inhalt jedoch nur im Fall offensichtlicher Unregelmäßigkeiten.

Das Landgericht hat den angeklagten Apotheker wegen Betruges verurteilt. Dieser habe die Richtigkeit der Angaben in der Abrechnung vorgespiegelt (Täuschungshandlung), auf Grundlage des Vertrauens in die Daten (kausaler Irrtum) sei die Auszahlung der Erstattungsbeiträge veranlasst worden (kausale Vermögensverfügung und Schaden).

Die Aufgabe der Betrugsdogmatik besteht, allgemein gewendet, darin, den in Rede stehenden Sachverhalt durch „Erklärungsbrücken“ (Begriffe, Zurechnungstheorien etc.) mit dem Wortlaut des Straftatbestandes zu verbinden.³ Im vorliegenden Fall muss die Dogmatik erklären, weshalb eine Täuschung *nicht* voraussetzt, dass der Täter gegenüber dem Kommunikationspartner tatsächlich unwahre Angaben macht. Ferner bedarf es einer Begründung, weshalb man von einem Irrtum auch dann sprechen kann, wenn es an einer falschen Vorstellung beim Verfügenden fehlte. Bei diesen Einzelfragen handelt es sich letztlich um Ausprägungen des ungelösten Kardinalproblems der Tatbestandslehre, die seit den Zeiten *Erik Wolfs* über die Frage diskutiert, ob Tatbestandsmerkmale wie Täuschung und Irrtum faktischer (hier: psychologischer) oder normativer Natur sind.⁴ Gerade der vorliegende Fall verdeutlicht, dass es sich dabei keineswegs um folgenlose theoretische Erörterungen ohne jede praktische Brauchbarkeit handelt.⁵ Verstünde man nämlich die Begriffe Täuschung und Irrtum faktisch, d.h. hier: psychologisch, könnte der Betrugstatbestand auf diesen Fall und auf vergleichbare Betrugsvarianten keine Anwendung finden: Personen, die mit einer eingeschränkten Überprüfungscompetenz und -fähigkeit in einem anonymen Geschäftsverkehr routinemäßig Zahlungen anweisen, können in aller Regel nicht ausdrücklich getäuscht werden und machen sich zumeist keine auf den Inhalt der Täuschung bezogene Gedanken. So war es auch hier. Gleichwohl hat der 2. Strafsenat die Verurteilung aufrecht erhalten, indem er implizit einer normativwertenden Betrachtungsweise gefolgt ist (dazu II.).

³ Hassemer, in: G. Kirchhof/Magen/Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik (2012), S. 3, 5 ff.; Kubiciel, Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts (2013), S. 13 f.

⁴ Wolf, Festgabe Reichsgericht, Bd. 5 (1929), S. 44 ff.

⁵ Zu dieser Tendenz Hilgendorf/Schulze-Fielitz, in: dies. (Hrsg.), Selbstreflexion der Rechtswissenschaft (2015), S. 1, 3.

Derartige Fälle und Entscheidungen machen deutlich, dass das Wirtschaftsstrafrecht ein Referenzfeld ist, auf dem sich die Lehren des Allgemeinen und Besonderen Teils bewähren müssen.⁶ Begriffe und dogmatische Modelle, die nur geeignet sind, einfach gelagerte Probleme der objektiven und subjektiven Zurechnung zu lösen, während sie ihre Aussagekraft bei der Anwendung auf schwierigere Fragen des Wirtschaftsstrafrechts verlieren, müssen sich nicht nur nach ihrer praktischen Bedeutung fragen lassen. Sie sind auch Kandidaten für eine Revision durch die Rechtswissenschaft (dazu III.). Denn die Rechtswissenschaft muss die Praxis mit dogmatischen Modellen versorgen, die gerade bei der Lösung schwieriger, praxisrelevanter Probleme Orientierung bieten.⁷ Will die Rechtswissenschaft ein „Wissensreservoir für die Praxis“⁸ bereitstellen, mit dessen Hilfe realitätsadäquate Lösungen für die relevanten Probleme der Gegenwart entwickelt werden können,⁹ kann sich auch die Betrugsdogmatik nicht mit Modellen und Definitionen begnügen, die lediglich Fälle expliziter Tatsachenbehauptungen und nachweisbar vorhandenen Fehlvorstellungen erfassen. Rechtswissenschaft und Rechtsprechung müssen als die „Hauptproduzenten“ von Dogmatik vielmehr Begriffe bilden, die auch und gerade jene Problemkonstellationen erfassen, in denen die zu überbrückende Lücke zwischen Sachverhalt und Gesetz besonders groß und daher der Tatbestand nicht evident erfüllt ist. Hier, nicht bei einem simplen Täuschungsmanöver, bedarf der Rechtsanwender in besonderem Maße der Unterstützung durch die Dogmatik.

Diesen Anspruch erfüllt die herrschend vertretene Betrugsdogmatik nicht: Weder der gängige Täuschungsbegriff – ein der Irreführung dienendes Verhalten – noch der gängige Irrtumsbegriff – Widerspruch zwischen der positiv vorhandenen Vorstellung einer Person und der Wirklichkeit – werden diesem Anspruch in wünschenswertem Ausmaß gerecht.¹⁰

II. Die Entscheidungsbegründung

1. Konkludente Täuschung

Von einer Täuschung kann, legt man den oben genannten Täuschungsbegriff zugrunde, im vorliegenden Fall nur bei einer zweifachen Vermittlung gesprochen werden. Die erste Vermittlung ist notwendig, weil nicht der An-

⁶ Zu dieser Referenzfeldfunktion des Besonderen Teils Kubiciel a.a.O. (Fn. 3), S. 287 ff.

⁷ Dass selbst bei Erfüllung dieser Aufgabe Dogmatik nicht mit Wissenschaft gleichgesetzt werden kann, betont eine Reihe von Rechtswissenschaftstheoretikern, die von Jhering bis Jakobs reicht. Dazu Pawlik, in: Festschrift Heintschel-Heinegg (2015), S. 363, 364.

⁸ Bumke JZ 2014, 641; Hassemer, a.a.O. (Fn. 3), S. 7 („Speicher juristischen Wissens“).

⁹ Würtenberger, in: Stürner (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung (2010), S. 3, 15; Frisch, ebd., S. 169, 173. Speziell zum Gegenwartsbezug der Dogmatik Schünemann, in: Hilgendorf/Schulze-Fielitz a.a.O. (Fn. 5), S. 223, 226.

¹⁰ Vgl. zu diesen Definitionen Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. (2014), § 263 Rn. 6, 18, jeweils mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

geklagte selbst die Rechnung der Krankenkasse zugeleitet hat, sondern sich dazu der zwischengeschalteten Abrechnungsgesellschaft bediente. Diese Vermittlung ist freilich über § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB leicht zu leisten; sie wird daher von der Urteilsbegründung gar nicht erst thematisiert. Schwieriger ist die zweite Vermittlungsleistung: Kann von einer Täuschung gesprochen werden, wenn der entscheidende Kern der unwahren Behauptung, die den Rechnungen zugrunde liegenden Leistungen seien tatsächlich erbracht worden, ungesagt geblieben ist?

Diesbezüglich folgt der zweite Strafsenat bekannten Bahnen (dazu und zu sämtlichen Zitaten vgl. Rz. 18). Er geht zunächst von einem ausgesprochen weiten Täuschungsbegriff aus,¹¹ dem zufolge „jede“ Einwirkung des Täters auf die Vorstellung des Getäuschten tatbestandsmäßig ist, die geeignet und dazu bestimmt ist, beim Adressaten der Erklärung eine Fehlvorstellung über tatsächliche Umstände hervorzurufen. Welchen Erklärungswert eine „konkudent abgegebene Äußerung“ besitzt, richtet sich nach dem Empfängerhorizont und der Verkehrsanschauung. Daraus folgert der Senat, dass ein Apotheker, der am Abrechnungssystem der Krankenkassen teilnimmt, stillschweigend erklärt, er mache bestehende sozialrechtliche Erstattungsansprüche für tatsächlich durchgeführte Apothekengeschäfte geltend. Der Hinweis auf die Konkudentz einer Erklärung ist jedoch keine Begründung, weil Konkudentz die Ermittlung des strafrechtlich relevanten Sinns nicht ersetzt, sondern die maßgebliche Bewertung voraussetzt.¹² Anstatt einer Begründung findet sich zu diesem Punkt der Hinweis auf zwei Präjudizien, von denen die erste Entscheidung indes ihrerseits eine Begründung schuldig bleibt.¹³ Das zweite in Bezug genommene Urteil – eine Entscheidung des 5. Strafsenats aus dem vergangenen Jahr – hebt hingegen hervor, dass der Empfängerhorizont „hier wie auch sonst bei Erklärungen im Verkehr durch den normativen Gesamtzusammenhang geprägt“ werde, in dem die Erklärung stehe.¹⁴ Dementsprechend erwarte der Verkehr eine „wahrheitsgemäße Darstellung“, soweit die Tatsache wesentlich für die Beurteilung ist und der Adressat sie aus seiner Situation nicht ohne weiteres überprüfen könne. Da die Frage, ob ein Präparat tatsächlich abgegeben worden ist, für die Erstattung von Arzneimittelrechnungen wesentlich ist und diese Frage für den Sachbearbeiter der Krankenkasse kaum zu prüfen ist, kann auch im vorliegenden Fall eine entsprechende, schutzwürdige Verkehrserwartung angenommen werden. Diese hat der Apotheker enttäuscht und folglich getäuscht.

¹¹ S. dazu auch Gaede, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller (Hrsg.), Anwaltskommentar StGB, 2. Aufl. (2015), § 263 Rn. 22: weit ausgelegte Betrugsstrafbarkeit, die durch zahlreiche strafbarkeitsausdehnende Normativierungen geprägt sei.

¹² Pawlik, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug (1999), S. 100. S. auch Bung GA 2012, 354, 357 ff.

¹³ BGH 1 StR 534/11 v. 4. September 2012 = HRRS 2012 Nr. 982; dazu Krüger PharmR 2013, 46.

¹⁴ Dazu und zum Folgenden BGH 5 StR 405/13 v. 10. Dezember 2014 = HRRS 2015 Nr. 156 = PharmR 2015, 121, 123. So schon zum Sportwettenbetrug BGHSt 51, 165, 170 f. = HRRS 2007 Nr. 1 und dazu Gaede HRRS 2007, 18 f. und Kubiciel HRRS 2007, 68, 69 ff.

2. Irrtum

Fraglich war zudem, ob von einem Irrtum gesprochen werden kann, obgleich die zuständigen Mitarbeiter der Krankenkasse *nicht* hinsichtlich jeder einzelnen Rechnungsposition die positive Vorstellung hatten, dass diese nach Grund und Höhe berechtigt sei. Der 2. Strafsenat betont, bei standardisierten, auf Massenerledigung angelegten Abrechnungsverfahren sei es nicht erforderlich, dass der jeweilige Mitarbeiter hinsichtlich jeder einzelnen geltend gemachten Position die positive Vorstellung hatte, sie sei nach Grund und Höhe berechtigt. Ausreichend sei vielmehr, dass der jeweilige Mitarbeiter stillschweigend annehme, die ihm vorliegende Abrechnung sei insgesamt in Ordnung (dazu und zum Folgenden Rz. 21). Der Senat begründet diese Rechtsauffassung auch hier nicht selbst, sondern verweist auf ein Präjudiz, in dem sich jedoch gleichfalls keine nähere Erklärung findet.¹⁵ Immerhin beruft sich der 2. Strafsenat auf das „sachgedankliche Mitbewusstsein“ der Mitarbeiter einer Krankenkasse. Danach handeln die mit der Abwicklung der Zahlungen betrauten Angestellten mit dem latent vorhandenen Bewusstsein, alle Abrechnungen des Apothekers beruhen auf von Kassenpatienten eingereichten Rezepten und erfolgten als Vergütung für tatsächlich geleistete Arzneimittelabgaben. Das Tatgericht könne, heißt es weiter (Rz. 23), bereits aus den Indizien des äußeren Ablaufs darauf schließen, dass „alle Mitarbeiter der Krankenkassen irrtümlich von dem normativ geprägten Vorstellungsbild“ ausgingen, die Abrechnung beruhe auf gerechtfertigten Erstattungsansprüchen für tatsächlich durchgeführte Apothekengeschäfte. Diesen Hinweis dürften Staatsanwälte und Instanzgerichte gerne vernehmen: Er erspart ihnen den Nachweis, wer mit welchem Bewusstseinsinhalt eine konkrete Abrechnung bzw. Zahlungsanweisung getätigt hat.

III. Bedeutung für die Dogmatik: Normativierung des Tatbestandes

1. Täuschungsbegriff

Welche Erkenntnisse hält die Entscheidung für die Betrugsdogmatik bereit? Zunächst macht sie deutlich, dass nicht „jede“ Einwirkung des Täters auf die Vorstellung des Getäuschten tatbestandsmäßig sein kann, die geeignet und dazu bestimmt ist, beim Adressaten der Erklärung eine Fehlvorstellung hervorzurufen. Dabei kann es auf die Täuschungs*bestimmung* schon deshalb nicht ankommen, weil diese den Tatvorsatz beschreibt. Aus einem Tatvorsatz (Wozu ist eine Handlung bestimmt?) kann nicht auf das Vorliegen des objektiven Tatbestandes zurückgeschlossen werden, soll die Definition der Täuschung nicht, gleichsam als Kollateralschaden, die Unterscheidung von Versuch und Vollendung einebnen. Denn kennzeichnend für den Versuch ist, dass eine Handlung vorgenommen wird, die aus Sicht des Täters geeignet und bestimmt ist, den bezweckten Erfolg herbeizuführen. Auch die bloße Täuschungs*seignung* kann nicht ausschlaggebend sein, weil aus der tatsächlich-statistischen

¹⁵ Vgl. BGHSt 57, 95, 100 = HRRS 2012 Nr. 313.

Wahrscheinlichkeit, dass ein Kommunikationsverhalten in einem konkreten Fall zu einem Irrtum führt, nicht ohne wertende Zwischenschritte auf die rechtliche Missbilligung geschlossen werden kann. Denn der Betrugstatbestand stellt kein absolutes Irrtumserregungsverbot bzw. Irrtumsverhinderungsgebot auf. Die Kausalität zwischen einem irrtumserregenden Handeln und einer irrumsbedingten Verfügung ist daher nur eine notwendige, nicht aber eine hinreichende Bedingung der Strafbarkeit.¹⁶ Erforderlich ist überdies die Zuweisung der Verantwortlichkeit für die Richtigkeit und Vollständigkeit der Informationsgrundlage an den Täter,¹⁷ d.h. eine Wertung, die bei anderen Erfolgsdelikten gängigerweise unter der Bezeichnung der objektiven Zurechnung vorgenommen wird.¹⁸ Tatbestandsmäßig ist eine irrumsgeeignete Kommunikation daher nur, wenn und soweit der Verkehr eine wahrheitsgemäße Darstellung erwarten kann, wie es der 5. Senat treffend formuliert hat.¹⁹ Dies gilt dann jedoch nicht nur für Fälle der Täuschung durch konkludentes Handeln bzw. Unterlassen,²⁰ sondern auch für die ausdrückliche Täuschung. Dort, wo die Richtigkeit oder Vollständigkeit einer Information nicht erwartet werden kann, ist eine unrichtige oder unvollständige Information nicht tatbestandsmäßig.²¹ Bei der Täuschung i.S. des § 263 StGB handelt es sich also nicht um ein faktisches oder hybrid faktisch-normatives, sondern um ein normatives Tatbestandsmerkmal.

2. Irrtumsbegriff

Ferner zeigt die Entscheidung, dass beim Irrtumsbegriff nicht selten mit unbewiesenen rechtspsychologischen Annahmen gearbeitet werden muss,²² wenn an dem Verständnis des Irrtums als psychologischer und empirisch zu belegender Tatsache festgehalten werden soll.²³ Dies zeigt der Rekurs des 2. Senats auf die Figur des sachgedanklichen Mitbewusstseins als Grundlage für die Annahme eines Irrtums. Denn die Theorie des sachgedanklichen Mitbewusstseins ist in der psychologischen Litera-

tur nicht anerkannt;²⁴ es handelt sich vielmehr um eine rechtswissenschaftliche Fiktion ohne empirische Absicherung, die als solche die entscheidende Frage unbeantwortet lässt:²⁵ Aus welchem Grund darf einer Person das Vorhandensein des Begleitwissens zugeschrieben werden, die vom Täuschenden konkludent in Bezug genommenen Informationen seien zutreffend und vollständig? Die Frage zeigt, dass sich das Vorliegen oder Nichtvorliegen eines Irrtums nicht primär nach Maßgabe psychologischer Fakten bestimmt (Wer dachte bzw. glaubte tatsächlich an was?), sondern danach, welche Erwartungen der Kommunikationspartner berechtigterweise haben konnte.²⁶ Nimmt ein Kommunikationspartner täuschend auf Tatsachen Bezug (hier: Erbringung von Leistungen), die Grundvoraussetzung für die Vornahme des Rechtsgeschäfts (hier: Erstattung der Rechnungen) sind, dann kann seinem Gegenüber das Vorhandensein dieses Bewusstseins als Irrtum zugeschrieben werden, wenn er die Vermögensverfügung vollzogen hat. Weil und soweit das Vertrauen auf die Richtigkeit der Informationsgrundlage schutzwürdig ist, darf ein Irrtum als Spiegelbild der tatbestandsmäßigen (hier: konkludenten) Täuschung angenommen werden. Diese Fehlvorstellung kann dann, wie es der 2. Senat tut, jedem für Abrechnungen und Erstattungen zuständigen Mitarbeiter einer Krankenkasse zugeschrieben werden. An der Schutzwürdigkeit und damit an einem Irrtum (in einem sowohl faktischen als auch normativ gehaltvollen Sinne) fehlt es hingegen, wenn der Verfügende positiv um die Unrichtigkeit wusste.²⁷ In der Sache folgt der 2. Strafsenat diesem normativen Irrtumsverständnis, auch wenn er dies hinter der psychologisierenden Wendung „sachgedankliches Mitbewusstsein“ zu verbergen versucht.

Gründe dafür, den normativen Charakter des Irrtumsbegriffes zu verbergen, gibt es nicht. Denn ein solcher Irrtumsbegriff lässt sich mit Hilfe von klaren Maßstäben konkretisieren; jedenfalls sind diese Maßstäbe nicht weniger klar als jene, mit deren Hilfe das rechtspsychologische nicht beweisbare sachgedankliche Mitbewusstsein fingiert wird. Zudem ist der normative Irrtumsbegriff auch justiziabel,²⁸ da das Vorhandensein irriger Vorstellungen primär aus dem objektiv-äußeren Kontext einer Kommunikationssituation abgeleitet wird und nicht aus einem psychologischen Vorstellungsbild des Opfers. Da das psychologische Vorstellungsbild des Opfers eine innere Tatsache darstellt, die der äußeren Überprüfung im Gericht kaum zugänglich ist, betreffen die Zweifel an

¹⁶ Ebenso Gaede a.a.O. (Fn. 11), § 263 Rn. 22; Kindhäuser, in: ders./Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar StGB, 3. Bd., 4. Aufl. (2013), § 263 Rn. 63 ff.

¹⁷ Zur Unterscheidung negativer und positiver Zurechnungsgründe Pawlik a.a.O. (Fn. 12), S. 139, 183 ff.; Kubiciel a.a.O. (Fn. 3), S. 173 ff.

¹⁸ Ausführlich entfaltet bei Gaede, in: 2. Festschrift für Roxin (2011), S. 976 ff.

¹⁹ Oben Fn. 14. Ferner Frisch, in: Festschrift Herzberg (2009), S. 729, 738 ff.; Jakobs, in: Festschrift Tiedemann (2008), S. 649, 654 f.; Kindhäuser a.a.O. (Fn. 16), § 263 Rn. 63 ff.; ders. ZStW 103 (1991), 398 ff.; ders., in: Festschrift Bemmann (1997), S. 339 ff.; Kubiciel HRRS 2007, 68, 69 ff.; ders. JZ 2010, 422 f.; Pastor Muñoz GA 2005, 129, 133; Pawlik a.a.O. (Fn. 12), S. 82, 93 ff., 193 ff.; ders., in: Festschrift Lampe, 2003, S. 689 ff.; T. Walter, Betrugsstrafrecht in Frankreich und Deutschland (1999), S. 72.

²⁰ Für das konkludente Handeln ausf. Frisch a.a.O. (Fn. 19), S. 98 ff. Ferner Kutzner JZ 2006, 712, 715.

²¹ Näher Kubiciel JZ 2010, 422 f.; gleichsinnig Gaede a.a.O. (Fn. 11), § 263 Rn. 2, jeweils mit weiteren Nachweisen.

²² Vgl. Württenberger, a.a.O. (Fn. 9), S. 13.

²³ Dazu mit weiteren Nachweisen zur h.M. Gaede a.a.O. (Fn. 11), § 263 Rn. 51. Von einem herrschenden psychologisch-normativen Irrtumsbegriff spricht Saliger, in: Matt/Renzikowski, StGB (2013), § 263 Rn. 90.

²⁴ Schroth, Vorsatz und Irrtum, (1998), S. 90.

²⁵ Frisch, in: GS Armin Kaufmann (1989), S. 311, 324; Pawlik a.a.O. (Fn. 12), S. 229; Schild, in: Festschrift Stree/Wessels (1993), S. 262, 266. A.A.: Gaede a.a.O. (Fn. 11), § 263 Rn. 54.

²⁶ Vgl. Frisch a.a.O. (Fn. 19), S. 736 f.; Pawlik a.a.O. (Fn. 12), S. 227 ff. – An dieser Stelle wird ein weiterer Bezug zur Verbrechenslehre sichtbar, stellt sich doch beim Vorsatzbegriff die Frage, ob – kaum beweisbare – psychologischen Tatsachen (Was dachte der Täter? Was wollte er?) für die Bestimmung des subjektiven Unrechts maßgeblich sein können und sollen oder objektive Wertungen; dazu Kubiciel StV 2014, 88 (einerseits); Bung StV 2015, 176 (andererseits).

²⁷ Dies trägt den Bedenken Saligers a.a.O. (Rn. 23), § 263 Rn. 91 (bei Fn. 780) Rechnung.

²⁸ Zu diesbezüglichen Bedenken s. Saliger a.a.O. (Rn. 23), § 263 Rn. 91.

der Validität und Nachweisbarkeit eines Irrtums das faktisch psychologische Modell in stärkerem Maße als den hiesigen Ansatz. Schließlich kann auch keine Rede davon sein, dass der normative Irrtumsbegriff zu einer verfassungsrechtlich problematischen Verschleifung zweier Tatbestandsmerkmale (Täuschung und Irrtum) führe,²⁹ da – wie oben gezeigt – nicht bei jeder Täuschung eine schutzwürdige Fehlvorstellung vorliegt.

IV. Fazit

Die Entscheidung zeigt auf einem in praktischer Hinsicht besonders wichtigen Referenzfeld der Dogmatik, wie weit die Normativierung des Betrugstatbestandes bereits fortgeschritten ist. Das Urteil des 2. Strafsenats fügt sich damit in eine ganze Reihe von praktisch bedeutsamen Fallkonstellationen, in denen – mehr schlecht als recht

kaschiert – auf Normativierungen zurückgegriffen werden muss, weil die gängigen faktisch-psychologischen Deutungen von Täuschung und Irrtum nicht weiterhelfen. Bezieht man den Titel des unlängst publizierten Sammelbandes „Was weiß Dogmatik?“ auf die herrschende Betrugsdogmatik, muss man daher zu einer zwiespältigen Antwort gelangen: Mit ihren Standardbegriffen und -definitionen weiß die herrschende Meinung nur einfach gelagerte Fälle von auf der Hand liegenden Täuschungen und klaren Irrtümer zu erklären, während sie in den von ihr als Ausnahmefälle wahrgenommenen Konstellationen standarisierter und anonymer Kommunikation mit verdeckten Normativierungen operieren muss. Im Wirtschaftsleben sind diese Formen der Kommunikation jedoch seit Langem eher die Regel als die Ausnahme. Immer drängender stellt sich daher die Frage, ob die Betrugsdogmatik die Realitäten des 21. Jahrhunderts weiterhin mit Begriffen und Definitionen des späten 19. und frühen 20. Jahrhunderts bewältigen kann und will.

²⁹ Saliger a.a.O. (Rn. 23), § 263 Rn. 91.

Aufsätze und Anmerkungen

Der diebische Betrüger?: „schadensgleiche“ Vermögensgefährdung bei beabsichtigter späterer Entwendung des Kompensationsgegenstandes

Besprechung zu BGH, Urt. vom 15. April 2015, Az.: 1 StR 337/14 = HRRS 2015 Nr. 614

Von Wissenschaftlicher Assistent Dr. Mohamad El-Ghazi, Bremen*

I. Einleitung

Die Kreativität derer, die sich zulasten anderer durch Täuschung bereichern wollen, kennt keine Grenzen. Auch hierfür liefert der Sachverhalt, der dem Urteil des 1. Strafsenats am Bundesgerichtshof vom 15. April 2015 zugrunde lag, ein eindrucksvolles Beispiel (siehe II). Schon aus diesem Grund lohnt sich eine nähere Betrachtung der betrugsbezogenen Problematik dieser Entscheidung; andere spannende Aspekte (§§ 164, 145d StGB) sollen hier hingegen unberücksichtigt bleiben.

Allein eine auf kreative Weise begangene Täuschung und dadurch verursachte irrumsbedingte Verfügung eines anderen „machen“ aber noch keinen Betrug. Der Straftatbestand des § 263 StGB schützt das Rechtsgut Vermögen¹

und belegt denjenigen mit Strafe, der dieses Rechtsgut auf einem bestimmten Wege, insbesondere „durch Vorspiegelung falscher [...] Tatsachen“, verletzt. Der Betrug ist aber nun eindeutig ein verhaltensgebundenes *Erfolgsverletzungsdelikt*.² Die Bestrafung wegen vollendeten Betruges nach § 263 Abs. 1 StGB setzt mithin eine tatsächliche Schädigung des Vermögens voraus. Dafür muss festgestellt werden, „dass das Opfer durch die Tat ärmer wurde“.³ Ob dies der Fall ist, bestimmt sich anhand eines

chen Mitarbeiter Patrick Lis (Universität Bremen) und Frau Rechtsanwältin Urszula Borowska-Zareba (Warschau).

¹ Vgl. SK-StGB/Hoyer, Lfg. 60, § 263 Rn. 1; MK-StGB/Hefendehl, 2. Aufl. (2014), § 263 Rn. 1; BGHSt 16, 220, 221; BGHSt 34, 199, 203. Für einen zusätzlichen Schutz der Dispositionsfreiheit insb. Kindhäuser ZStW 103 (1991), 398, 399.

² So LK/Tiedemann, 12. Aufl. (2012), § 263 Rn. 3; MK-StGB/Hefendehl (Fn. 1), § 263 Rn. 8.

³ So AnwK-StGB/Gaede, 2. Aufl. (2015), § 263 Rn. 96.

* Für die Unterstützung bei der Durchdringung des polnischen Rechts danke ich an dieser Stelle dem wissenschaftli-