

§§ 263-297

4. Auflage 2022
ISBN 978-3-406-74605-5
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Zu b): Es mangelt bereits an einer Täuschung, sofern nicht auf die Vorstellung eines anderen eingewirkt wird.¹⁰¹⁴ Der sich auf der Toilette versteckende blinde Passagier täuscht demnach nicht, wenn der Schaffner an dieser vorbeigeht, ohne einen Gedanken darauf zu verschwenden, dass sich auf der Toilette eine nicht zahlungsbereite Person befinden könnte. Hier fehlt es also auch an einer Fehlvorstellung des Schaffners. Eine solche mag sich dann einstellen, wenn dieser misstrauisch ist, die Toilettentür öffnet, aber nur deshalb den blinden Passagier nicht erblickt, weil dieser sich hinter der nach innen aufgehenden Tür zu verbergen weiß. Da es hier nach wie vor an einer Täuschungshandlung mangelt, kommt trotz des Irrtums kein Betrug in Betracht. Vorsorgemaßnahmen, die verhindern sollen, dass nicht veranlasste Fehlvorstellungen auch nicht aufgedeckt werden, fallen nicht unter den Begriff der Täuschung.

Auch im folgenden Fall scheidet ein Betrug aus: In einem Bus des städtischen Nahverkehrs sitzen 20 Fahrgäste, von denen 10 keinen gültigen Fahrschein¹⁰¹⁵ haben. Eine Fahrkartenzettelkontrolle findet – wie häufig – nicht statt.¹⁰¹⁶ Hier erlauben es die Umstände allenfalls, dass der Fahrer die allgemeine (nicht abgesicherte) Vorstellung hat, alle Fahrgäste hätten bezahlt. Da diese Vorstellung falsch wäre, würde er sich in einem Irrtum befinden.

Die Fehlvorstellung, jeder im Bus habe einen Fahrschein, wird aber nicht durch eine Täuschung hervorgerufen.¹⁰¹⁷ Die Beförderungsbedingungen sehen zwar die Verpflichtung vor, bei Fahrtantritt einen Fahrschein zu lösen. Ein Verstoß gegen diese Pflicht schafft aber keine kommunikative Beziehung zwischen Täter und Opfer als Grundvoraussetzung eines Betruges. Er ist vielmehr „lediglich“ in § 265a unter Strafe gestellt, der unter anderem ein Erschleichen der Beförderung umfasst.¹⁰¹⁸ Das Mitfahren im Bus ohne die Überwindung einer Kontrollinstitution ist allenfalls ein solches Erschleichen. Selbst dies wird mit guten Gründen zunehmend in Frage gestellt.¹⁰¹⁹

Wenn der Fahrer in regelmäßigen Abständen über Mikrofon verlangt: „Fahrgäste ohne Fahrschein bitte melden!“ ändert sich an der fehlenden Betrugsrelevanz des ohne Fahrschein mitfahrenden Fahrgastes nichts.¹⁰²⁰ Hier käme allenfalls ein Betrug durch Unterlassen in Betracht, wenn sich der ohne Fahrschein Fahrende auf diese Aufforderung hin nicht meldet. Es fehlt aber an einer Garantenstellung. Die bloße vertragliche Pflicht, einen Fahrschein zu lösen, reicht hierfür nicht aus und bestand im Übrigen auch ohne die verbale Aufforderung des Fahrers.

Wenn allerdings der sog. Zugbegleiter nach einem Halt mit der immer wieder geäußerten Frage durch den Zug geht, ob noch jemand zugestiegen sei, stellt sich die Situation wieder anders dar. Meldet sich ein Zugstiegerner auf diese Frage hin nicht, so entsteht ein durch das konkludente Nein des Schweigenden hervorgerufener betrugsrelevanter Irrtum in der konkreten Situation der unbeantworteten Frage.¹⁰²¹

Im folgenden Beispiel soll nach *Mitsch*¹⁰²² indes ein Irrtum und wohl auch ein Betrug vorliegen: Eine aus 21 Jugendlichen bestehende Gruppe von Fußballfans besteigt den Zug

¹⁰¹⁴ → Rn. 135; Schönke/Schröder/Perron Rn. 37.

¹⁰¹⁵ Ausführlich zu den betrugsrelevanten Konstellationen des Fahrens ohne Fahrschein *Preuß ZJS* 2013, 257 sowie *ZJS* 2013, 355; zur Begründung des Verzichts auf den Begriff des Schwarzfahrens → § 265a Rn. 9 ff.

¹⁰¹⁶ Beispiel nach *Mitsch StrafR BT/2* S. 289; zunehmend sind die Fahrgäste allerdings jedenfalls in den Abendstunden verpflichtet, vorne einzusteigen und ihren Fahrausweis vorzuzeigen; vgl. hierzu *Hefendehl NJ* 2004, 494.

¹⁰¹⁷ Vgl. auch *Preuß ZJS* 2013, 257 (258).

¹⁰¹⁸ *Krey/Hellmann/Heinrich StrafR BT/2* Rn. 613.

¹⁰¹⁹ → § 265a Rn. 128 ff.; *Fischer* § 265a Rn. 5 ff. mwN; *Exner JuS* 2009, 990 (992 ff.).

¹⁰²⁰ So im Ergebnis auch *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf StrafR BT* § 20 Rn. 55.

¹⁰²¹ *Steng ZStW* 122 (2010), 1 (19); *Krey/Hellmann/Heinrich StrafR BT/2* Rn. 610; *Rengier StrafR BT/I* § 13 Rn. 49; *Preuß ZJS* 2013, 257 (258 f.). Ebenso liegt eine konkludente Täuschung vor, wenn der Fahrgäst entgegen den Beförderungsbedingungen einen nicht übertragenen Fahrschein als eigenen vorlegt, *Mitsch NZV* 2014, 545 (550 f.); an einer Täuschung fehlt es indes bei Vorlage eines Kurzstreckenfahrscheins mit dem wahrheitsgemäßen Einstiegsort, der erkennbar verbraucht war, *AG Dortmund* 17.10.2017 – 729 Ds – 263 Js 2738/16 – 23/17, 729 Ds 23/17, *StRR* 2017, Nr. 11, 3 (Leitsatz).

¹⁰²² *Mitsch StrafR BT/2* S. 289.

von Neubrandenburg nach Berlin, um ein Bundesligaspiel von Hertha BSC zu besuchen. Da die Jugendlichen einen Gruppenfahrschein für nur 20 Personen gekauft haben, versteckt sich ein Mitglied der Gruppe – X – in der Zugtoilette. Der Kontrolleur zählt die 20 Gruppenmitglieder ab und stempelt dann den Fahrschein. Den auf der Toilette sitzenden X nimmt er nicht zur Kenntnis. Das fehlende Bewusstsein hinsichtlich der Anwesenheit des X auf der Toilette führt nach dem Gesagten (→ Rn. 347) nicht zum Irrtum. Jedoch stellt sich der Kontrolleur positiv vor, die kontrollierte Gruppe umfasse nicht mehr als 20 Personen. Dieser Irrtum ist jedoch nicht durch die Täuschung des X hervorgerufen worden.¹⁰²³ Es kommt allenfalls eine Täuschung durch die Nichtaufklärung über eine weitere Person der anwesenden Mitglieder der Gruppe in Betracht, hinsichtlich derer es jedoch an einer Garantenstellung mangelt.

- 353 4. Irrelevanz eines etwaigen Irrtums.** Wenn der normative Erklärungsgehalt einer Handlung – wie etwa der Vorlage einer Kreditkarte – eingeschränkt ist, fehlt es bereits an den Voraussetzungen einer konkludenten Täuschung.¹⁰²⁴ Gleichwohl wird häufig noch (unter Überspringung des Täuschungsmerkmals) der Irrtum thematisiert,¹⁰²⁵ weil ein solcher phänomenologisch vorliegen mag. Irrtümer werden zwar durch Täuschungen befördert, entstehen aber auch permanent unabhängig von solchen. So kann es beispielsweise sein, dass man sich etwa über die materielle Berechtigung Gedanken macht, mag die Erklärung dies auch nicht forcieren.

- 354** Werden durch Dritte **garantierte Zahlungsvorgänge** ausgelöst (Kreditkarten [→ Rn. 200]; Electronic-cash-Verfahren [→ Rn. 201]), echte sowie kleine Inhaberpapiere (→ Rn. 205) durch den nichtberechtigten Inhaber vorgelegt, nicht konditionsfeste Forderungen im Bankverkehr geltend gemacht (→ Rn. 204) oder wird der auszahlenden Stelle eine materiell unrichtige Anordnung vorgelegt (→ Rn. 208), spielt es keine Rolle, ob der Schuldner bzw. die auszahlende Stelle über die Berechtigung des Inhabers reflektiert oder nicht. Etwas existierende **Fehlvorstellungen** würden nicht auf einer Täuschung beruhen, sondern unabhängig von einer solchen entstanden sein.¹⁰²⁶

- 355** Bei **qualifizierten Legitimationspapieren** wie dem (in seiner praktischen Bedeutung immer weiter abnehmenden) Sparbuch (vgl. § 808 BGB) und bei **einfachen Legitimationspapieren** wie dem Schließfachschlüssel wird der Schuldner gleichfalls durch Leistung an den nichtberechtigten Inhaber frei. Da er aber nicht zur Leistung verpflichtet, sondern lediglich berechtigt ist, tritt die Befreiungswirkung nicht ein, soweit der Schuldner die mangelnde Berechtigung kannte bzw. infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte. Hieraus wird überwiegend der Schluss gezogen, der Schuldner müsse zumindest oberflächlich die Berechtigung des Inhabers reflektieren, wolle er von seiner Leistungsverpflichtung frei werden. Somit könnte er auch irren.¹⁰²⁷ Die Gefahr einer fehlenden Befreiungswirkung sei ein Indiz dafür, dass ein Bankangestellter sich bei der Auszahlung von Geld Gedanken über die Berechtigung des Vorlegers mache.¹⁰²⁸

- 356** Den Bankbediensteten trifft allerdings regelmäßig nur die Pflicht, die Identität des Kunden und die Deckung des gewünschten Betrages durch Guthaben oder Kreditlinie zu überprüfen. Er kann und darf daher nicht kontrollieren, ob demjenigen, der vor ihm steht,

¹⁰²³ Vgl. Seelmann JuS 1982, 268 (270); Gössel StrafR BT/2 § 21 Rn. 79.

¹⁰²⁴ Im Einzelnen → Rn. 197 ff.

¹⁰²⁵ Krit. zum beliebigen Wechsel von Täuschung zum Irrtum und umgekehrt auch Krack S. 34.

¹⁰²⁶ Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf StrafR BT § 20 Rn. 56.

¹⁰²⁷ Lackner/Kühl/Kühl Rn. 19; Schönke/Schröder/Perron Rn. 48; Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Mommsen StrafR BT/1 § 41 Rn. 64; Wessels/Hillenkamp/Schuhr StrafR BT/2 Rn. 511; Klesczewski StrafR BT § 9 Rn. 46; anders OLG Düsseldorf 27.2.1989 – 2 Ss 50/89 – 19/89 II, NJW 1989, 2003 (2004): Der Postbeamte brauche sich keine Gedanken zu machen, irre also nicht, und folglich liege schon keine Täuschung vor; auch schon RG 2.10.1906 – V 349/06, RGSt 39, 239 (242) und 29.10.1894 – Rep. 3858/94, RGSt 26, 151 (154).

¹⁰²⁸ Krey/Hellmann/Heinrich StrafR BT/2 Rn. 615; Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Mommsen StrafR BT/1 § 41 Rn. 63.

das Guthaben auf dem Konto auch tatsächlich zusteht.¹⁰²⁹ Jede Fehlvorstellung im Bereich der materiellen Berechtigung wäre *nicht* durch eine (konkludente) Täuschung hervorgerufen.¹⁰³⁰ Die erwähnten Ausnahmekonstellationen, in denen der Leistende konkrete Anhaltspunkte für die mangelnde Berechtigung des Vorlegers in grob fahrlässiger Weise vernachlässigt, sind gleichfalls keine solchen, die über die Vorlage eines Sparbuchs begründet werden. Zudem lässt sich aus ihnen nicht die Erwartung ableiten, der Leistende mache sich über die Berechtigung Gedanken.¹⁰³¹

Entsprechendes gilt für die Vorlage eines Inhaberschecks. Auch hier drohen bei Order- 357 und bei Inhaberschecks Schadensersatzpflichten der Bank bei grober Fahrlässigkeit (Art. 21 ScheckG).¹⁰³² Diese Risiken lassen aber wiederum nicht den Schluss einer durch eine Täuschung bewirkten reflektierten Fehlvorstellung zu (→ Rn. 232 ff.).

Ähnlich stellt sich die Situation beim Erlass eines **Mahnbescheids** dar. Aus der oben 358 (→ Rn. 207) beschriebenen Rechtslage kann nichts zum Vorliegen einer Vorstellung des Rechtpflegers über den Wahrheitsgehalt des Parteivorbringens hergeleitet werden. Es ist lediglich die Annahme berechtigt, dass der Rechtpfleger mit Blick auf § 138 ZPO bei seiner Entscheidung nicht von der Unwahrheit des Parteivorbringens überzeugt war¹⁰³³ und aus diesem Grunde seine Entscheidung traf. Eine positive Fehlvorstellung lässt sich hieraus nicht ableiten.¹⁰³⁴ Der Mahnbescheid wird also erlassen, nicht wenn und weil der Rechtpfleger den Angaben des Gesuchstellers glaubt, sondern wenn und weil das Gesuch den formellen Vorschriften des Gesetzes über den Inhalt des Gesuchs entspricht.¹⁰³⁵ Auch wenn es für den Erlass eines **Versäumnisurteils** anders als beim Mahnbescheid einer Schlüsseleinschätzung bedarf, muss der Richter beim Versäumnisurteil gleichfalls nicht die Vorstellung haben, die behaupteten Tatsachen seien richtig.¹⁰³⁶

Ein Irrtum des Rechtpflegers beim Erlass eines Mahnbescheids scheidet allerdings nur 359 insoweit aus, als der Erklärungsgehalt des Antrags durch die normative Vorstrukturierung auch tatsächlich reduziert wird. Wird ein Mahnbescheid hingegen mit der unrichtigen Erklärung beantragt, der geltend gemachte Anspruch hänge nicht von einer Gegenleistung ab oder diese sei schon erbracht worden (vgl. § 690 Abs. 1 Nr. 4 ZPO), so ist hinsichtlich dieser Tatsache zumindest von einem sachgedanklichen Mitbewusstsein des Getäuschten auszugehen, auch wenn er beim Mahnbescheid nicht zu prüfen hat, ob dem Antragsteller der geltend gemachte Anspruch auch tatsächlich zusteht (vgl. § 692 Abs. 1 Nr. 2 ZPO). Die normative Vorstrukturierung beim Betrug bestimmt also auch das potenzielle Feld eines Irrtums.

5. Zweifel als Irrtum. In einem System der im Wesentlichen freien Marktwirtschaft 360 gehören Verfügungen unter Sicherheit zur Ausnahme bzw. ist der Begriff der Sicherheit weiter zu interpretieren. Wir wissen nicht, ob wir tatsächlich ein vergleichslos günstiges Geschäft getätigter haben, ob sich ein Investment lohnen oder ob sich die Bewerbung des Produkts in vollem Umfang bewährheiten wird. Die logische Konsequenz einer derartigen permanenten Wettbewerbssituation bzw. eines nicht außerhalb derselben feststellbaren Preises ist eine über die Verkehrsanschauung erfolgende restriktive Interpretation der konkludenten Täuschung (→ Rn. 144), die wiederum das Anwendungsfeld für einen möglicherweise

¹⁰²⁹ OLG Düsseldorf 16.10.2007 – III-5 Ss 174/07 – 75/07 I, NStZ 2008, 219.

¹⁰³⁰ LK-StGB/Tiedemann Rn. 88; ERST/Saliger § 263 Rn. 97.

¹⁰³¹ Vgl. SK-StGB/Hoyer Rn. 77.

¹⁰³² BGH 11.12.2008 – 5 StR 536/08, NStZ-RR 2009, 279 (280).

¹⁰³³ LK-StGB/Tiedemann Rn. 90.

¹⁰³⁴ Krell/Mattern StraFo 2012, 77; Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf StrafR BT § 20 Rn. 63; Otto StrafR BT § 51 Rn. 139; ausdrücklich die konkludente Täuschung verneinend Lackner/Kühl/Kühl Rn. 17; aA zur früheren Rechtslage BGH 25.10.1971 – 2 StR 238/71, BGHSt 24, 257 (260) = NJW 1972, 545 (546); vgl. auch NK-StGB/Kindhäuser Rn. 191.

¹⁰³⁵ LK-StGB/Lackner, 10. Aufl., Rn. 314; Schönke/Schröder/Perron Rn. 52; vgl. auch HK-GS/Duttge Rn. 35.

¹⁰³⁶ Lackner/Kühl/Kühl Rn. 19; LK-StGB/Tiedemann Rn. 90; Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf StrafR BT § 20 Rn. 63; aA RG 20.12.1937 – 2 D 595/37, RGSt 72, 113 (115).

betrugsrelevanten Zweifel reduziert. Denn für § 263 sind all diejenigen Zweifel ohne Relevanz, die sich nicht aufgrund einer betrugsrelevanten Täuschung einstellten. Aber auch bei Täuschungen im Sinne des Betrugstatbestandes bleibt aufgrund der genannten strukturellen Bedingungen noch immer ein weites Feld für den Zweifel.

361 Den Zweifelnden gänzlich mangels eines Irrtums aus dem Schutzbereich des Betrugstatbestandes zu nehmen, ist von niemandem bislang vertreten worden und (natürlich) auch kein Petuum der sog. **Viktimo^dogmatik**.¹⁰³⁷ Denn der Zweifel ist – wie ausgeführt – ein Charakteristikum unserer Marktwirtschaft. Es kommt also weniger auf den Umstand des Zweifels, sondern eher auf seine motivatorische Bedeutsamkeit für eine Vermögensverfügung an. Hierbei können Anleihen an die Grundsätze von der objektiven Zurechnung und die Frage der Risikoverwirklichung genommen werden.¹⁰³⁸

362 So verweist der BGH in seiner Grundsatzentscheidung aus dem Jahr 2002¹⁰³⁹ zu Recht darauf, die These treffe nicht zu, dass derjenige keines Schutzes bedürfe, der Zweifel an der Wahrheit einer behaupteten, für seine Entscheidung über eine Vermögensverfügung erheblichen Tatsache hege. Vertreter einer derartigen restriktiven Sichtweise vermag er aber bezeichnenderweise nicht zu benennen. Die viktimologisch motivierten Ansätze zur Einschränkung des Betrugstatbestandes wegen geringerer Schutzbedürftigkeit des zweifelnden Tatopfers fanden im Wortlaut des § 263 keine Stütze und nähmen den strafrechtlichen Schutz vor Angriffen auf das Vermögen unangemessen weit zurück. Zweifel seien so lange nicht geeignet, die Annahme eines tatbestandsmäßigen Irrtums in Frage zu stellen, als das Opfer gleichwohl noch die Wahrheit der behaupteten Tatsache für möglich halte und deswegen die Vermögensverfügung treffe, also trotz seiner Zweifel der List des Täters zum Opfer falle.¹⁰⁴⁰ Die Möglichkeit, sich bei Zweifeln zu vergewissern, laufe auf eine dem Strafrecht fremde Bewertung eines Mitverschuldens im Sinne eines Tatbestandsausschlusses hinaus.¹⁰⁴¹ Eine Abgrenzung nach verschiedenen Wahrscheinlichkeitsgraden sei untauglich.

363 Damit hat der BGH *erstens* klargestellt, dass eine Abschichtung von Wahrscheinlichkeiten mit tatbestandlicher Relevanz im Strafrecht nur scheinbare (mathematische) Klarheit bringt und daher abzulehnen ist.¹⁰⁴² *Zweitens* führt jeder normative Maßstab in die Irre, wie man sich bei Zweifeln zu verhalten hat. Damit würden tatsächlich die besonders schutzbedürftigen Gesellschaftsmitglieder des flankierenden Schutzes entzogen, weil sie sich nach objektiven Maßstäben unvernünftig verhalten. Der Irrtum als psychologisches Tatbestandsmerkmal bleibt normativen Erwägungen gerade nicht zugänglich (→ Rn. 22 f.). *Drittens* aber ist damit ein viktimodogmatischer Ansatz¹⁰⁴³ noch nicht widerlegt, der die Fälle bewusster Risikoentscheidungen bei vorhandenem Zweifel aus dem Strafrechtsschutz des § 263 herauszunehmen vermag.¹⁰⁴⁴

364 Die Ansicht, die zur Präzisierung viktimodogmatischer Grundsätze auf vertragliche und gesetzliche **Risikozuweisungen** abhebt,¹⁰⁴⁵ gerät in die Gefahr, doch den Anwendungsbereich des Betrugstatbestandes auf Kosten solcher Teilnehmer des Geschäftsverkehrs zurückzunehmen, die diese normativen Verantwortungsbereiche gerade nicht bewusst ignoriert haben. Sie setzt sich der Kritik der Überdehnung dieses teleologischen Auslegungsgrundsatzes aus. Auch der für eine derartige Tatbestandseinschränkung gezogene Vergleich mit der französischen Rechtslage¹⁰⁴⁶ ist mit Vorsicht zu genießen, zeichnet sich doch gerade der

¹⁰³⁷ Vgl. bereits → Rn. 37 ff.; ferner *Amelung* GA 1977, 1; zur Opfermitverantwortung im schweizerischen Recht siehe *Sägesser* S. 84 ff.

¹⁰³⁸ *Eisele* StrafR. BT/II Rn. 547; vgl. auch *Rengier* FS *Roxin*, 2001, 811 (821 ff.).

¹⁰³⁹ BGH 5.12.2002 – 3 StR 161/02, NStZ 2003, 313 mAnn *Beckemper/C. Wegner*.

¹⁰⁴⁰ OLG Karlsruhe 1.9.2003 – 1 Ws 235/03, *wistra* 2004, 276 (277); vgl. auch *Hohmann/Sander* StrafR. BT § 44 Rn. 42.

¹⁰⁴¹ Umfangreiche Nachweise zu Rspr. und Lit. bei *Lackner/Kühl/Kühl* Rn. 18 und *LK-StGB/Tiedemann* Rn. 86 in Fn. 150; aus der Lehrbuchliteratur siehe nur *Mitsch* StrafR. BT/2 S. 290 mwN.

¹⁰⁴² Vgl. bereits *Hefendehl* Vermögensgefährdung S. 26 ff.

¹⁰⁴³ Dazu schon → Rn. 40.

¹⁰⁴⁴ Weitergehend *Arzt* FS *Hirsch*, 1999, 431 (447 f.); auch bei Illusionsmärkten.

¹⁰⁴⁵ *Mühlbauer* NStZ 2003, 650 (651 ff.).

¹⁰⁴⁶ *Mühlbauer* NStZ 2003, 650 (652).

französische Betrugstatbestand durch eine schwache strafbarkeitseinschränkende Funktion des Schadensmerkmals aus, was den Betrug zu einem Delikt gegen die Dispositionsfreiheit bzw. freie Willensbestimmung macht.¹⁰⁴⁷ Damit sind die Voraussetzungen für eine Vergleichbarkeit kaum gegeben.

Der **Wunderhaarmittelfall**¹⁰⁴⁸ – hier war ua ein Mittel verkauft worden, durch das sich das Haar angeblich binnen 10 Minuten verdoppeln würde – ist auch hinsichtlich des Irrtumsmerkmales ein Grenzfall.¹⁰⁴⁹ Schünemann tendiert zu einer den Irrtum ausschließenden bewussten Risikoentscheidung. Es erscheine plausibel, dass die Besteller mehr einer Art Spieltrieb freien Lauf ließen, nach dem Motto: „Wenn es nicht wirkt, lasse ich mir (wie in der Werbung zugesagt) den Kaufpreis erstatten, wenn es doch wirkt, umso besser“, und dann später aus Bequemlichkeit die Rücksendung unterließen.¹⁰⁵⁰ Aber gerade bei einer solchen Klientel begegnet das Bild eines derart teilrationalen „Zockers“ Bedenken, der einerseits auf ein Wunder hofft und andererseits alle Kompensationsmöglichkeiten nüchtern erwägt.

Die Vorstellung eines Opfers ist dabei kein statischer, sondern ein **dynamischer Prozess**. Anfängliche große und dem Abschluss eines Geschäfts entgegenstehende Zweifel können unerheblich werden oder umgekehrt können die Zweifel immer dominierender werden. Für den Betrugstatbestand maßgeblich ist dabei allerdings allein die Vorstellung im Moment der Vermögensverfügung.¹⁰⁵¹ Befindlichkeiten, die vor der Vermögensverfügung überwunden werden, haben ebenso wenig Relevanz wie etwa spätere Reue nach einer getätigten Investition.

In den Fällen, in denen das Opfer die vom Täter vorgespiegelte Tatsache zunächst nur für möglich hält und dennoch die Vermögensverfügung trifft, gibt es zwei denkbare Alternativen:¹⁰⁵² Zum einen kann das Opfer seine Zweifel zurückdrängen bzw. besänftigen, so dass zum einzigen relevanten Zeitpunkt nicht mehr lediglich eine Möglichkeitsvorstellung gegeben ist. Diese Konstellation ist betrugsrelevant, weil es nicht darauf ankommt, ob das Verhalten des Opfers als weise oder gar fahrlässig einzustufen ist.¹⁰⁵³ Zum anderen kann die Vornahme der Vermögensverfügung trotz anfänglicher starker Zweifel darauf beruhen, dass das Opfer die Vermögensdisposition von seinem Wissen über die Tatsache ablöst. Es stützt seine Vermögensverfügung dann auf die bloße Hoffnung, der Gegenstand seiner Möglichkeitsvorstellung möge der Realität entsprechen. Hier soll bereits die Kausalität zwischen der Opfervorstellung und der von ihm vorgenommenen Vermögensverfügung¹⁰⁵⁴ bzw. das Selbstbehauptungsprinzip als „Hilfsprinzip“ der Eigenverantwortlichkeit auf der Ebene der objektiven Zurechnung zu verneinen sein.¹⁰⁵⁵

Sofern diese Ansätze normativ die Verantwortung auf das Opfer zurückverlagern, das sich angesichts der Eindeutigkeit der Verdachtsmomente erst hätte rückversichern sollen, gehen sie zu weit.¹⁰⁵⁶ Solange das Opfer bezüglich einer behaupteten Tatsache Stellung

¹⁰⁴⁷ LK-StGB/Tiedemann Vor § 263 Rn. 63 ff., 66.

¹⁰⁴⁸ BGH 22.10.1986 – 3 StR 226/86, BGHSt 34, 199 = NJW 1987, 388.

¹⁰⁴⁹ Zur Täuschung → Rn. 125 f., zum Vermögensschaden → Rn. 773 ff.

¹⁰⁵⁰ Schünemann in ders., Strafrechtsystem und Betrug, S. 51 (83); vgl. Timmermann S. 114 ff., die sich für eine Verneinung des Irrtums ausspricht, wenn der Geschädigte die Unwahrheit billigend in Kauf nimmt; ebenso Römnau/C. Becker JuS 2014, 504 (506).

¹⁰⁵¹ Krack JR 2003, 384 (385); ders. S. 44 ff.; vgl. auch BGH 9.1.2007 – 4 StR 428/06, wistra 2007, 183 f.: kein Zweifel, wenn Verfügung aus dem Motiv heraus erfolgt, nicht mit einem Rechtsstreit überzogen zu werden.

¹⁰⁵² Krack JR 2003, 384 (385 f.).

¹⁰⁵³ Zur Ableitung des Irrtums aus einer falschen Möglichkeitsvorstellung Mitsch StrafR BT/2 S. 290; so auch Giehring GA 1973, 1 (16 ff.): Der Irrtum sei nicht nur eine falsche Gewissheitsvorstellung, sondern auch eine falsche Möglichkeitsvorstellung. Denn bei einer Person, die daran zweifle, ob eine Tatsachenbehauptung wahr sei, während die Wirklichkeit nicht einmal möglicherweise so beschaffen sei, fielen Vorstellung und Wirklichkeit ebenfalls auseinander.

¹⁰⁵⁴ Krack JR 2003, 384 (386).

¹⁰⁵⁵ Beckemper/C. Wegner NStZ 2003, 315 (316); Harbort S. 85 ff.; Eick S. 165; Rengier FS Roxin, 2001, 811 (821 f.); ablehnend hingegen HWSt/Kölbl 5. Teil 1. Kap. Rn. 64 aE.

¹⁰⁵⁶ So auch Krieger wistra 2003, 297 (298); Pawlik S. 248.

bezieht, ihm der Wahrheitsgehalt somit nicht gleichgültig ist, kann ein Irrtum vorliegen.¹⁰⁵⁷ In den Fällen einer **bewussten Risikoentscheidung**¹⁰⁵⁸ ist der Betrug allerdings zu verneinen, wenn der Verfügende die folgende Vorstellung hat: „Entweder ist die Behauptung wahr, dann habe ich ein gutes Geschäft gemacht. Oder aber die Behauptung stimmt nicht, dann hat sich mein eingegangenes Risiko nicht ausgezahlt.“ In Anbetracht der fehlenden Normativierbarkeit des Irrtums erscheint es hier jedoch dogmatisch vorzugswürdig, nicht bereits das Tatbestandsmerkmal des Irrtums zu verneinen,¹⁰⁵⁹ sondern mit Hinweis auf die Eigenverantwortlichkeit des Opfers die objektive Zurechnung des Vermögensschadens (→ Rn. 1088 ff.) zum Täter abzulehnen.¹⁰⁶⁰ In diesen Fällen ist aber regelmäßig eine Versuchsstrafbarkeit zu bejahen, weil der Täuschende nicht hinreichend sicher davon ausgehen kann, er werde lediglich die Konstellation einer bewussten Risikoentscheidung auslösen.¹⁰⁶¹

369 Zu unterscheiden sind hiervon solche Konstellationen, in denen das Opfer den Irrtum zwar durchschaut, aber aufgrund einer Zwangslage gleichwohl eine Vermögensverfügung trifft. Verfügt etwa der von einer betrügerischen Absicht ausgehende (spätere) Geschädigte nur, um dadurch etwaige Schadensersatzforderungen auszuschließen, scheidet ein vollendetes Betrug mangels Irrtums aus. Das Vorliegen einer Zwangslage erweist sich für § 263 als irrelevant, kann allerdings ggf. Bedeutung für eine etwaige Erpressung (§ 253) erlangen. Eine (vollendete) Betrugsstrafbarkeit scheidet weiterhin in den Fällen aus, in denen der Täter das Opfer über anspruchsgrundende Umstände täuscht, das Opfer jedoch die tatsächliche Situation durchschaut und lediglich Zweifel darüber hegt, die zutreffende Sachlage in einem Rechtsstreit beweisen zu können.¹⁰⁶² Denn hier erkennt der Betroffene die Täuschung, womit das Vorliegen eines Irrtums zu verneinen ist.

370 **6. Sonderwissen und Irrtum.** Wenn der Betragssadressat nur aufgrund von (für den Täter nicht einkalkulierbarem) Sonderwissen einen Irrtum vermeiden kann, so rechtfertigen rein normative Gesichtspunkte es nicht, einen betragsrelevanten Irrtum zu konstruieren. Hierin läge eine Verkenntung der Tatsache, dass – anders als das Tatbestandsmerkmal der Täuschung – dasjenige des Irrtums überwiegend physisch-faktisch definiert wird.¹⁰⁶³ Es bleibt somit bei einem Betragssversuch.¹⁰⁶⁴

371 **7. Wissenszurechnung,** Gerade in Unternehmen sind häufig mehrere Personen involviert, mit denen der Täuschende in Kontakt tritt bzw. die von seinem Verhalten Kenntnis haben. Hier stellt sich die Frage, ob dem potenziellen Betragssopfer die Kenntnis eines Beteiligten zuzurechnen ist.¹⁰⁶⁵ Hiervon zu unterscheiden sind die Fälle des Dreiecksbetruges, bei denen der irrende Verfügende und der nicht in die Kommunikation eingebundene Geschädigte auseinanderfallen (→ Rn. 461 ff.).

372 In Unternehmen existieren häufig unterschiedliche Hierarchiestufen, innerhalb derer teilweise nur Vorarbeiten zu Verfügungen geleistet werden oder arbeitsteilig vorgegangen wird. Daher ist es wichtig festzustellen, „wer im konkreten Fall auf welcher Grundlage und mit welchen Vorstellungen die Verfügung vorgenommen hat.“¹⁰⁶⁶ Nur nach einer solchen

¹⁰⁵⁷ Vgl. nur Eser FS Krey, 2010, 81 (95); LK-StGB/Tiedemann Rn. 86; Schönke/Schröder/Perron Rn. 40; BeckOK StGB/Beukelmann Rn. 27; ebenso Rock S. 150 f. aufgrund ökonomischer Analyse.

¹⁰⁵⁸ Vgl. auch Hennings S. 193 ff. bei ihm so bezeichnetem hohen Mitsverschulden des Opfers, namentlich im Bereich der Risikogeschäfte.

¹⁰⁵⁹ So Hegemann StrafR BT Rn. 1210.

¹⁰⁶⁰ So auch Matt/Renzykowski/Saliger Rn. 96, 105; ERST/Saliger § 263 Rn. 93, 102; Pawlik S. 248; Minkoff/Sahan/Wittig KonzernStrafR-HdB/Werkmeister § 15 Rn. 31 aE.

¹⁰⁶¹ Vgl. auch Gribbohm MDR 1962, 950; Ameling FS Eser, 2005, 3 (19 f.); Eser FS Krey, 2010, 81 (98 f.).

¹⁰⁶² BGH 9.1.2007 – 4 StR 428/06, wistra 2007, 183 f.; NK-WSS/Heger/Petzsche § 263 Rn. 63.

¹⁰⁶³ → Rn. 22 f.

¹⁰⁶⁴ LK-StGB/Tiedemann Rn. 81.

¹⁰⁶⁵ Zu diesen Fragen vgl. C. Brand/Vögt wistra 2007, 408 ff.; Eisele ZStW 116 (2004), 15 (18); Schuhr ZStW 123 (2011), 517 (533 ff.); LK-StGB/Tiedemann Rn. 82; Matt/Renzykowski/Saliger Rn. 102 ff.; Rönnau/C. Becker JuS 2014, 504 (507 f.).

¹⁰⁶⁶ BGH 5.12.2002 – 3 StR 161/02, NJW 2003, 1198 (1199); 30.6.2015 – 3 StR 9/15, wistra 2015, 392 f.; vgl. BGH 6.3.2019 – 3 StR 286/18, wistra 2019, 420 (421); Wittig Wirtschaftsstrafrecht § 14 Rn. 55.

Analyse lässt sich exakt feststellen, wer bei einer Verfügung wissentlich oder unwissentlich handelte.

Dementsprechend ist in einem ersten Schritt die **Person des Verfügenden** innerhalb 373 dieses Systems zu bestimmen (dazu ergänzend → Rn. 446 f.). Weist der Vorgesetzte eine Auszahlung selbst an oder kontrolliert er die Verfügungen regelmäßig, vollzieht er die eigentliche Vermögensverfügung.¹⁰⁶⁷ Kann der Vorgesetzte die Verfügung nur im Einzelfall untersagen, trifft hingegen regelmäßig die ihm untergeordnete Person die Verfügung.¹⁰⁶⁸ Sind mehrere Sachbearbeiter in den Vorgang involviert und hat der für die endgültige Auszahlung zuständige Sachbearbeiter keine eigene Prüfungskompetenz, sondern muss schlicht der Anweisung des anderen Sachbearbeiters Folge leisten, so ist bereits dessen Anweisung als Vermögensminderung zu sehen. In jedem Fall gilt: Erkennt der Verfügende die Täuschung und verfügt er gleichwohl, mangelt es nach einhelliger Ansicht an einem Irrtum, weshalb lediglich eine Versuchsstrafbarkeit in Betracht kommt.¹⁰⁶⁹

In einem zweiten Schritt ist zu untersuchen, welches **Wissen bei anderen Personen** 374 vorhanden ist, die mit der Täuschung in Berührung gekommen sind. Solange sich sowohl der Verfügende als auch die ihm zuarbeitende Hilfsperson irren, verbleibt es bei einer klassischen Betrugskonstellation. Es existiert von vornherein kein überlegenes Wissen der Hilfsperson, das die Frage nach einer Wissenszurechnung aufwerfen würde. So verhält es sich auch dann, wenn der Sachbearbeiter aufgrund seines Irrtums einem anderen Sachbearbeiter zur endgültigen Auszahlung anweist und dieser zweite Sachbearbeiter (anders als in → Rn. 374) eine eigene Prüfungskompetenz hat. Bei ihm wird man zumindest ein auf den behaupteten Tatsachen beruhendes sachgedankliches Mitbewusstsein annehmen können, sofern er die Anweisung nicht mehr aktiv reflektiert, ggf. wurde ihm auch der Irrtum vom ersten Sachbearbeiter aktiv „implementiert“.¹⁰⁷⁰ Dass die Täuschung den eigentlich Verfügenden gegebenenfalls erst durch weitere in den Vorgang eingeschaltete Personen erreicht, schadet nicht, weil der Täuschende in Bezug auf die vorgeschalteten Personen in mittelbarer Täterschaft handeln kann.¹⁰⁷¹

Als problembehaftet erweist sich indes die Konstellation, in der bei einer in den 375 betroffenen Vorgang involvierten Person irrtumsausschließendes Wissen vorhanden ist. Drei Fallgruppen sind zu bilden: *Erstens* irrt sich eine die Vermögensverfügung vornehmende Person auf einer unteren Ebene, der Vorgesetzte durchschaut die Täuschung (→ Rn. 376 f.). *Zweitens* erkennt die Person auf der unteren Ebene die Täuschung, der die Vermögensverfügung treffende Vorgesetzte aber nicht (→ Rn. 378 f.). In diesen Fallgruppen ist die Frage einer vertikalen Wissenszurechnung angesprochen. *Drittens* bedient sich der Verfügende einer sachkundigen Beratungsperson, was die horizontale Wissenszurechnung betrifft (→ Rn. 380 f.).

Für den Fall, dass die verfügende Person auf der unteren Ebene irrt, der Vorgesetzte aber (vielleicht auch aufgrund von Sonderwissen) Bescheid weiß, sei folgendes Beispiel gebildet: Sachbearbeiter S arbeitet bei einer Versicherung. B stellt gegenüber dem S einen Antrag auf Schadensregulierung, da er versehentlich den Fernseher des F zerstört habe.¹⁰⁷² S bearbeitet den Antrag und verfügt die Auszahlung der Deckungssumme. Der weisungsbefugte Vorgesetzte V des S weiß darum, dass F den Fernseher selbst zerstört hatte, unternimmt aber trotz dieser Kenntnis nichts.

Weil der Sachbearbeiter hier die Vermögensverfügung trifft und die Täuschung nicht 377 durchschaut, entfiele ein Irrtum nur, wenn sich eine sog. **Organisationsverantwortung**

¹⁰⁶⁷ Momsen/Grützner/T. Schröder § 18 Rn. 82; Minkoff/Sahan/Wittig KonzernStrafR-HdB/Werkmeister § 15 Rn. 46, 66.

¹⁰⁶⁸ Momsen/Grützner/T. Schröder § 18 Rn. 82; in diesem Sinne wohl auch BGH 13.1.2010 – 3 StR 500/99, wistra 2010, 148.

¹⁰⁶⁹ Minkoff/Sahan/Wittig KonzernStrafR-HdB/Werkmeister § 15 Rn. 38, 45.

¹⁰⁷⁰ Minkoff/Sahan/Wittig KonzernStrafR-HdB/Werkmeister § 15 Rn. 66.

¹⁰⁷¹ Fischer Rn. 67; Momsen/Grützner/T. Schröder § 18 Rn. 79.

¹⁰⁷² Beispiel nach Weißer GA 2011, 333 (340).

auf Opferseite begründen ließe.¹⁰⁷³ Der informierte Vorgesetzte würde allein aufgrund seiner höheren Position die Verantwortung über die Vermögensverschiebung tragen. Ist die Figur der (strafrechtlichen) Organisationsverantwortung schon für die Täterseite umstritten,¹⁰⁷⁴ lässt sie sich jedenfalls nicht auf die Opferseite übertragen. Daher können zwar auf Täterseite Entscheidungsträgern als dem Normadressaten entsprechende Verantwortlichkeiten zugeordnet werden, nicht aber auf Seiten des Opfers.¹⁰⁷⁵ Dies ist erst möglich, wenn das Opfer die Schwelle zur eigenverantwortlichen Selbstschädigung überschreitet. Hierfür reicht das bloße Vorhandensein von Sonderwissen auf einer hierarchisch übergeordneten Stufe nicht aus.¹⁰⁷⁶ Der BGH hat sich mit diesem Problem bislang kaum ausführlich auseinandergesetzt, neigt aber wohl dazu, eine Wissenszurechnung vorzunehmen.¹⁰⁷⁷

378 Hat die Person auf der unteren Ebene Kenntnis und der verfügende Vorgesetzte nicht, stellt sich die Frage der Zurechnung des Wissens der untergeordneten Person, wenn diese die Aufklärung des Vorgesetzten unterlässt. Wirkt die Hilfsperson kollusiv mit dem Täter zusammen, beteiligt sich also als Mittäter oder zumindest Gehilfe an der Tat, kommt eine Wissenszurechnung nicht in Betracht.¹⁰⁷⁸ In allen anderen Fällen erschiene eine analoge Übertragung zivilrechtlicher (Zurechnungs-)Normen (§§ 166, 278, 831 BGB) denkbar.¹⁰⁷⁹ Deren Zweck ist darauf gerichtet, den Geschäftsherren für die Konsequenzen der mangelhaften Auswahl seiner Hilfspersonen verantwortlich zu machen (sei es über die Zurechnung fremden Wissens bei § 166 BGB,¹⁰⁸⁰ sei es über die Zurechnung fremden Verschuldens bei § 278 BGB, sei es über eigenes Auswahlverschulden bei § 831 BGB¹⁰⁸¹) und diesem nicht die Möglichkeit zu geben, den entstandenen Schaden auf den Vertragspartner abzuwälzen.

379 Auf das Strafrecht übertragen, würde dies aber bedeuten, dem Opfer schon aus dem Grund einen Irrtum abzusprechen, weil es sich hätte besser schützen können, etwa durch eine bessere Kontrolle.¹⁰⁸² Ein derart weitreichender viktimodognatischer Ansatz wurde jedoch bereits abgelehnt (→ Rn. 368). Teilweise wird vertreten, dass ein vorhandenes Wissen auf Opferseite die objektive Zurechenbarkeit zwischen Täuschung und Irrtum unterbreche.¹⁰⁸³ Denn der Irrtum basiere auf der Fehlleistung der Hilfsperson. Dem widerspricht, dass die Hilfsperson gerade nichts zum Irrtum des Verfügenden beiträgt, sondern es lediglich unterlässt, den Irrtum zu verhindern. Dieser Umstand ist nicht geeignet, den Täter in dem Sinne zu entlasten, dass ein Irrtum verneint wird.¹⁰⁸⁴ Davon unabhängig kann sich die Hilfsperson selbst etwa wegen Betrugs durch Unterlassen oder Untreue strafbar machen, wenn ihr eine Garantenstellung zukommt.¹⁰⁸⁵

¹⁰⁷³ Weißer GA 2011, 333 (344).

¹⁰⁷⁴ Dazu BGH 11.12.1997 – 4 StR 323/97, NJW 1998, 767 (769); 26.7.1994 – 5 StR 98/94, BGHSt 40, 218 (236 f.) = NStZ 1994, 537 (538).

¹⁰⁷⁵ Weißer GA 2011, 333 (344); iErg auch Momsen/Grützner/T. Schröder § 18 Rn. 82.

¹⁰⁷⁶ Weißer GA 2011, 333 (344 f.).

¹⁰⁷⁷ So jedenfalls BGH 15.12.2005 – 3 StR 239/05, NStZ 2006, 623 (624); in späteren Entscheidungen fehlt jedoch eine vergleichbar klare Aussage, vgl. BGH 30.6.2015 – 3 StR 9/15, wistra 2015, 392 (393); 6.3.2019 – 3 StR 286/18, wistra 2019, 420 (421). Keiner Bedeutung kommt der Entscheidung BGH 20.12.2007 – 1 StR 558/07, NStZ 2008, 339 zu, weil im konkreten Fall gar kein Über- und Unterordnungsverhältnis vorlag; so auch Minkoff/Sahan/Wittig KonzernStrafR-HdB/Werkmeister § 15 Rn. 47.

¹⁰⁷⁸ Fischer Rn. 68; HWSt/Köbel 5. Teil 1. Kap. Rn. 74; Momsen/Grützner/T. Schröder § 18 Rn. 83; Minkoff/Sahan/Wittig KonzernStrafR-HdB/Werkmeister § 15 Rn. 40; vorrangige Handlungszurechnung über § 25 Abs. 2: BayObLG 4.7.2001 – 5 St RR 176/2001, NStZ 2002, 91 (92) sowie MAH Wirtschafts-StrafR/Lesch § 17 Rn. 50.

¹⁰⁷⁹ So LK-StGB/Tiedemann Rn. 82 mwN; aA Schönke/Schröder/Peron Rn. 41a; Fischer Rn. 68.

¹⁰⁸⁰ MüKoBGB/Schubert BGB § 166 Rn. 1 ff.

¹⁰⁸¹ Vgl. nur Jauernig/Stadler BGB § 278 Rn. 1.

¹⁰⁸² Weißer GA 2011, 333 (336); vgl. Momsen/Grützner/T. Schröder § 18 Rn. 83.

¹⁰⁸³ LK-StGB/Tiedemann Rn. 82; HWSt/Köbel 5. Teil 1. Kap. Rn. 72; vgl. zum Meinungsstand NK-WSS/Heger/Petzsche § 263 Rn. 73.

¹⁰⁸⁴ Weißer GA 2011, 333 (337 f.); iErg auch Fischer Rn. 68; Minkoff/Sahan/Wittig KonzernStrafR-HdB/Werkmeister § 15 Rn. 41.

¹⁰⁸⁵ Vgl. Fischer Rn. 68; Momsen/Grützner/T. Schröder § 18 Rn. 83.