

ENTSCHEIDUNG DES MONATS

APRIL 2024

Hinweis vom HLB-Team: Ein elementarer Grundbaustein für ein erfolgreiches Examen ist es, Weitblick zu beweisen. Hierbei geht es natürlich nicht um den verzweiferten Blick durch die staubigen Fenster des Gerichtsgebäudes ins Grün nach draußen. Es geht um **juristischen Weitblick**. Die Fähigkeit, vom Allgemeinen ins Besondere zu schließen und rechtliche Themen-, Sach- und Fachkomplexe zu verbinden. Ungeachtet seines landläufigen Rufs, kann das vor allem auch im **Strafrecht** relevant sein. Immerhin erfordern Eigentumsdelikte zunächst einmal, dass das Tatobjekt nach **sachenrechtlichen Wertungen** in jemandes Eigentum steht und ein Gewahrsamsverhältnis besteht, über welches wiederum die **§§ 854 ff. BGB** Aufschluss geben können. Hinzu kommen die Rechtfertigungsgründe des Zivilrechts, die gerne im examensbedingten Ausnahmezustand vor Nervosität im subjektiven Meer untergehen.

Ganz regelmäßig – und damit extrem examensrelevant – drängt sich dem Prüfling das Zivilrecht sodann gerne im Rahmen der **Betrugsprüfung** gem. **§ 263 Abs. 1 StGB** in Mehrpersonen-Konstellationen auf, namentlich wenn es darum geht, einen Trickdiebstahl in mittelbarer Täterschaft von einem Dreiecksbetrug in Gestalt eines Sachbetrugs abzugrenzen. Die Wertungen des Zivilrechts geben hier ganz maßgeblich Aufschluss über den für eine Verurteilung nach **§ 263 StGB** notwendigen Selbstschädigungscharakter der Tat. Stichwörter in diesem Kontext, die unbedingt auch im Lösungsgutachten Niederschlag finden sollten, sind etwa „Lagertheorie“, „faktisches Näheverhältnis“, „Befugnistheorie“. Wem das alles gerade gar nichts mehr sagt, der muss nicht gleich im Dreieck springen.

Das Oberlandesgericht (OLG) Karlsruhe (Beschl. v. 09.08.2023 – 1 ORs 35 Ss 322/23, NJW 2023, 2894) gab jüngst Anlass, sich mit dieser hochrelevanten Abgrenzungsfrage des Strafrechts ausgiebiger zu beschäftigen. Das – wie nicht selten – im Grunde alles vertretbar ist, gegeben eine schlüssige Argumentation, zeigt der Verfahrensgang: Nahm das Amtsgericht (AG) noch einen Diebstahl sowie eine vollendete Nötigung an, so urteilte das Landgericht (LG) „Unterschlagung und versuchte Nötigung“; das OLG wiederum erkennt in der gegebenen Mehrpersonenkonstellationen einen Fall von Betrug und versuchter Nötigung.

Neben den fachlichen Erkenntnissen stellen wir fest: Auch die glückliche letzte Generation der „Abschichtler“ in NRW sollte zumindest das Sachenrechtskript nicht gänzlich ins Regal verbannen: Ein Besitzmittlungsverhältnis gem. **§ 868 BGB** kann ohne Weiteres auch in der Strafrecht Klausur abgefragt werden. Die Quintessentials bekommt Ihr jedoch mit dieser Entscheidungsbesprechung an die Hand gereicht.

Viel Spaß und noch mehr Erkenntnisse!

Die Hintergründe der Entscheidung

Nach den Feststellungen des OLG Karlsruhe¹ war der Angeklagte von H zu Umbauarbeiten an dessen Häusern beauftragt. Der Angeklagte war dafür zuständig, nach Absprache mit H Aufträge an Handwerksfirmen zu vergeben und den Arbeitsablauf auf der Baustelle zu organisieren; gewisse Arbeiten führte H auch selbst durch. Die Entlohnung des Angeklagten sollte „schwarz“ erfolgen („Ohne-Rechnung-Abrede“).

Absprachegemäß bestellte der Angeklagte bei einer Baufirma 100 Terrassendielen nebst Befestigungsmaterial zum Preis von rund 7.500 € brutto. Nach Bezahlung durch H lieferte die Baufirma die für dessen Häuser vorgesehenen Dielen an D, der diese vorübergehend bis zu ihrem Einsatz auf der Baustelle auf dem Grundstück lagern sollte. Auch die Lieferung an D erfolgte in Absprache mit H.

Nachdem die Terrassendielen für einige Zeit bei D auf dem Betriebsgelände gelagert wurden, meldete sich H bei D und informierte diesen darüber, dass er die Dielen bald benötige und deshalb abholen werde. D war bis zu diesem Zeitpunkt davon ausgegangen, die Dielen gehörten dem Angeklagten. Er teilte dem Geschädigten mit, dieser und der Angeklagte sollen sich wegen der Abholung der Dielen einigen. Ab diesem Zeitpunkt wollte er die Dielen für denjenigen auf seinem Betriebsgrundstück aufbewahren, dem sie tatsächlich zustehen.

Weil sich der Angeklagte inzwischen mit dem Geschädigten zerstritten hatte – er war der Meinung, seine Schwarzarbeit werde von H nicht ausreichend vergütet –, beschloss der Angeklagte, die Dielen bei D abzuholen und für eigene Zwecke auf der Baustelle seines neuen Arbeitgebers zu verbauen. **Dabei wusste der Angeklagte**, dass ihm ein Zahlungsanspruch gegen H aufgrund der „Ohne-Rechnung-Abrede“² nicht zustand. Ferner war ihm bewusst, dass die Dielen im Eigentum des H standen und dass er nicht berechtigt war, diese bei D abzuholen und für eigene Zwecke zu verwenden. Er wusste auch, dass H nicht bereit war, die Dielen an den Angeklagten zu überlassen. Als der Angeklagte die Dielen dann abholen wollte, war D auf dem Betriebsgelände persönlich nicht anwesend, sondern

¹ Zum Sachverhalt im Ganzen: OLG Karlsruhe, Beschl. v. 09.08.2023 – 1 ORs 35 Ss 322/23, NJW 2023, 2894, Rn. 10 f.

² **FYI:** An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass die zivilrechtliche Einordnung einer „Ohne-Rechnung-Abrede“ sowie die Prüfung der Folgeansprüche zu den absoluten Klassikern im ersten Staatsexamen zählt und von dir im Schlaf beherrscht werden sollte. Ausgangspunkt für die Fallprüfung ist dann die Nichtigkeit der Abrede gem. [§ 134 BGB i.V.m. § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG](#). Solltest du hier noch Lücken haben, sind diese dringend aufzuarbeiten, beispielsweise mit unserer [EdM August 2023](#) (auf unserer Website) oder *Lorenz*, NJW 2013, 3132.

nur sein Mitarbeiter M. Gegenüber M behauptete der Angeklagte bewusst wahrheitswidrig, dass er der Eigentümer der Dielen sei. Daraufhin ließ M zu, dass der Angeklagte die Dielen samt Befestigungsmaterial an sich nahm und diese auflud. Der Angeklagte verbrachte die Dielen dann zur Baustelle seines neuen Arbeitgebers und verbaute diese in den folgenden Tagen.

Die Entscheidung

Während das Amtsgericht (AG) den Angeklagten noch wegen Diebstahls und Nötigung verurteilte, befand das Landgericht (LG) den Angeklagten wegen Unterschlagung und versuchter Nötigung für schuldig. Das OLG Karlsruhe vertrat unterdessen die Auffassung, der Angeklagte habe sich nicht einer Unterschlagung gem. [§ 246 Abs. 1 StGB](#), sondern eines Betruges gem. [§ 263 Abs. 1 StGB](#) strafbar gemacht.³ Insoweit berichtigte das OLG Karlsruhe den Schuldspruch des LG.⁴

Der Angeklagte habe dem M bewusst wahrheitswidrig vorgespiegelt, verfügungsberechtigter Eigentümer der Dielen zu sein (**Täuschung**, dazu I.), woraufhin der M irrumsbedingt die Wegnahme der Dielen durch den Angeklagten zugelassen (**Irrtum** und **Vermögensverfügung**, dazu II. und III.) und dadurch das Vermögen des H geschädigt habe (**Vermögensschaden**, dazu IV.).⁵ Deshalb läge ein sog. Dreiecksbetrug vor, hinter dem die vom LG angenommene **Unterschlagung** wegen **formeller Subsidiarität** zurücktrete^{6,7}

³ OLG Karlsruhe, Beschl. v. 09.08.2023 – 1 ORs 35 Ss 322/23, NJW 2023, 2894, Rn. 8.

⁴ **FYI:** Eine Berichtigung des Schuldspruchs durch das Revisionsgericht kann entsprechend [§ 354 Abs. 1 StPO](#) erfolgen, s. dazu etwa OLG Karlsruhe, Beschl. v. 09.08.2023 – 1 ORs 35 Ss 322/23, NJW 2023, 2894, 2896, Rn. 17. Die versuchte Nötigung wurde vom LG unterdessen zutreffend beurteilt, weshalb dieser Teil nicht Gegenstand der Entscheidung des OLG Karlsruhe war und dementsprechend in der hiesigen Entscheidungsbesprechung ausgeklammert ist.

⁵ OLG Karlsruhe, Beschl. v. 09.08.2023 – 1 ORs 35 Ss 322/23, NJW 2023, 2894, Rn. 12; auf die übrigen Voraussetzungen des [§ 263 Abs. 1 StGB](#), namentlich die subjektiven Merkmale, ist das OLG nicht mehr eingegangen – das darf aber nur das OLG und nicht der Examenskandidat!

⁶ OLG Karlsruhe, Beschl. v. 09.08.2023 – 1 ORs 35 Ss 322/23, NJW 2023, 2894, Rn. 12; s. auch BGH, Beschl. v. 11.08.2021 – 3 StR 63/21, NStZ-RR 2022, 14; die formelle Subsidiarität ergibt sich unmittelbar aus dem Wortlaut des [§ 246 Abs. 1 StGB](#) – lies dir diese Norm aufmerksam durch, wenn du das noch nicht wusstest!

⁷ **FYI:** Im Folgenden werden die einzelnen Prüfungspunkte des [§ 263 Abs. 1 StGB](#) zu Ausbildungszwecken ausführlich dargestellt, insbesondere mit einer sauberen Definition der jeweiligen Tatbestandsmerkmale. Das OLG Karlsruhe sprach die Voraussetzungen des [§ 263 Abs. 1 StGB](#) nur kurz an und setzte den Schwerpunkt bei dem problematischen Teil, der Vermögensverfügung. Auch in einer Klausur solltest du Schwerpunkte setzen. Gerade im ersten Examen sollte man aber zeigen, dass man die berühmten-berühmten „Basics“ beherrscht. Einen sehr ausführlichen Überblick über den Betrugstatbestand geben auch *Kindhäuser/Nikolaus*, JuS 2006, 193.

I. Täuschung

Die Täuschung ist in **§ 263 Abs. 1 StGB** als Vorspiegelung **falscher** oder Entstellung oder Unterdrückung wahrer **Tatsachen** beschrieben. Ergänzt man den Gesetzeswortlaut mit dem Merkmal des **intellektuellen Einwirkens** auf das Vorstellungsbild eines anderen,⁸ hat man schon eine für die Klausur brauchbare Definition.⁹ In der Entscheidung des OLG Karlsruhe war die Täuschung unproblematisch zu bejahen: Der Angeklagte hat ausdrücklich gegenüber dem Mitarbeiter erklärt, er sei Eigentümer der Dielen, obwohl er dies in Wirklichkeit nicht war.¹⁰

II. Täuschungsbedingter Irrtum

Diese Täuschung muss zu einem Irrtum geführt haben. Darunter versteht man jede **Fehlvorstellung über Tatsachen**.¹¹ Die eben genannte Täuschung, der Angeklagte sei Eigentümer der Dielen, führte zu einer entsprechenden Fehlvorstellung des M.¹² Nach Auffassung des OLG Karlsruhe komme es hierbei nicht darauf an, ob sich der M in der aktuellen Situation konkrete Gedanken über die Eigentumsverhältnisse an den Dielen machte.¹³ Weil der M im Rahmen seiner als Kontrollperson bestehenden Zuständigkeit sicherzustellen hatte, dass eingelagertes Material nur an berechtigte Personen herausgegeben wird, ging der M jedenfalls aufgrund **sachgedanklichen Mitbewusstseins** von der Berechtigung des Angeklagten aus.¹⁴

III. Irrtumsbedingte Vermögensverfügung

Dieser Irrtum muss dann zu einer Vermögensverfügung des M¹⁵ geführt haben. Unter einer Vermögensverfügung ist jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen des Getäuschten

⁸ BGH, Urt. v. 26.04.2001 – 4 StR 439/00, NJW 2001, 2187, 2188, dort unter II. 2. a) aa), auch m.w.N. auf h.Lit.

⁹ **FYI:** Dieses Merkmal ist auch wichtig, denn getäuscht werden können nur Menschen – gerade in Abgrenzung zu **§ 263a StGB** kommt diesem Merkmal eine besondere Bedeutung zu.

¹⁰ OLG Karlsruhe, Beschl. v. 09.08.2023 – 1 ORs 35 Ss 322/23, NJW 2023, 2894, 2895, Rn. 15.

¹¹ S. statt aller: *Hefendehl* in: MüKo, StGB, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 334.

¹² **FYI:** Achte bei der Prüfung des **§ 263 StGB** unbedingt darauf, dem Korrektor zu verstehen zu geben, dass Täuschung, Irrtum, Vermögensverfügung und -schaden nicht irgendwie nebeneinander stehen, sondern dass die Täuschung gerade zum Irrtum geführt haben muss, der Getäuschte dann aufgrund des Irrtums über Vermögen verfügt und unmittelbar durch die Vermögensverfügung ein Vermögensschaden entsteht („Kausalität hoch drei“).

¹³ OLG Karlsruhe, Beschl. v. 09.08.2023 – 1 ORs 35 Ss 322/23, NJW 2023, 2894, 2895, Rn. 15; ob sich der M in der konkreten Situation Gedanken über die Berechtigung gemacht hat, wurde von den Vorinstanzen nicht positiv festgestellt.

¹⁴ OLG Karlsruhe, Beschl. v. 09.08.2023 – 1 ORs 35 Ss 322/23, NJW 2023, 2894, 2895, Rn. 15; zum sachgedanklichen Mitbewusstsein beim Betrug s. grundlegend: BGH, Urt. v. 22.11.2013 – 3 StR 162/13, NStZ 2014, 215.

¹⁵ **Merke:** Getäuschter, Irrender und Verfügender müssen aufgrund des Kausalzusammenhangs zwischen Täuschung, Irrtum und Vermögensverfügung personenidentisch sein; Verfügender und

zu verstehen, das unmittelbar eine Vermögensminderung im wirtschaftlichen Sinne bei dem Getäuschten selbst oder einer dritten Person herbeiführt.¹⁶ Maßgeblich ist hier nach ständiger Rechtsprechung des BGH der **wirtschaftliche Vermögensbegriff**¹⁷: Danach gehört zum geschützten Vermögen die Gesamtheit der geldwerten Güter einer natürlichen oder juristischen Person abzüglich der Verbindlichkeiten.¹⁸ Die Vermögensverfügung sei dem OLG zufolge in dem Zulassen der endgültigen Besitz- und Gewahrsamsübertragung durch den M zugunsten des Angeklagten zusehen (dazu 1.), was dem H auch zurechenbar sei (dazu 2.) und wodurch dieser in vermögensmindernder Weise seinen mittelbaren Besitz verloren habe (dazu 3.).¹⁹

1. Vermögensverfügung: Abgrenzung zum Diebstahl (Zwei-Personen-Verhältnis)

Das Erfordernis einer Vermögensverfügung dient dazu, den (Sach-)Betrug als Selbstschädigungsdelikt von dem (Trick-)Diebstahl als Fremdschädigungsdelikt abzugrenzen.²⁰ Zwischen den beiden Delikten besteht – jedenfalls in Zwei-Personen-Konstellationen – ein **Exklusivitätsverhältnis**²¹: Eine Vermögensverfügung schließt eine Wegnahme aus, denn die Wegnahme erfolgt dann nicht gegen den Willen des Berechtigten und insofern mit tatbestandsausschließendem Einverständnis. Umgekehrt schließt eine Wegnahme eine Vermögensverfügung aus, weil es beim Vorliegen einer Wegnahme – es fehlt dann ein tatbestandsausschließendes Einverständnis – an dem Verfügungsbewusstsein, also dem Bewusstsein, Gewahrsam zu übertragen, fehlt.²² Gerade in Abgrenzung zum Diebstahl muss die Vermögensverfügung deshalb unmittelbar vermögensmindernd wirken und mit Verfügungsbewusstsein geschehen.²³

Geschädigter müssen es nicht sein; dann stellt sich aber die Frage, wie man die Vermögensverfügung des Getäuschten dem Geschädigten zurechnen kann.

¹⁶ S. statt vieler: BGH, Urt. v. 11.03.1960 – 4 StR 588/59, NJW 1960, 1068, 1069; *Beukelmann* in: BeckOK, StGB, 60. Ed. 01.02.2024, § 263 Rn. 31.

¹⁷ **FYI**: Der Streit zum Vermögensbegriff kann schon hier virulent werden: *per definitionem* ist Teil der Vermögensverfügung eine Vermögensminderung. Die Frage, was zum geschützten Vermögen gehört, stellt sich deshalb schon i.R. der Vermögensverfügung, nämlich bei der Frage der Vermögensminderung. Im Rahmen des Vermögensschadens ist dann nur noch zu fragen, ob diese Minderung des Vermögens durch z.B. eine Gegenleistung kompensiert werden kann. Zum Streitstand s. etwa *Hefendehl* in: MüKo, StGB, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 474 ff.; *Kindhäuser/Nikolaus*, JuS 2006, 193, 197 ff.

¹⁸ S. etwa BGH, Beschl. v. 26.06.2019 – 1 StR 551/18, BeckRS 2019, 25990, Rn. 24 m.w.N.

¹⁹ OLG Karlsruhe, Beschl. v. 09.08.2023 – 1 ORs 35 Ss 322/23, NJW 2023, 2894, 2895, Rn. 15.

²⁰ *Fischer*, StGB, 70. Aufl. 2023, § 263 Rn. 70 m.w.N.

²¹ Grundlegend dazu: BGH, Beschl. v. 13.04.1962 – 1 StR 41/62, NJW 1962, 1211, 1212.

²² S. zu dieser Abgrenzung: *Rengier*, Strafrecht Besonderer Teil I, 20. Aufl. 2018, § 13 Rn. 75 ff.

²³ OLG Karlsruhe, Beschl. v. 09.08.2023 – 1 ORs 35 Ss 322/23, NJW 2023, 2894, 2895, Rn. 13; *Fischer*, StGB, 70. Aufl. 2023, § 263 Rn. 74 ff.

An der **Unmittelbarkeit** fehlt es, wenn der Getäuschte dem Täter lediglich die tatsächliche Möglichkeit gibt, den Vermögensschaden durch weitere selbstständige deliktische Schritte herbeizuführen.²⁴

Das Verfügungsbewusstsein setzt voraus, dass der Verfügende sich darüber bewusst ist, dass sein Verhalten vermögensmindernd wirkt.²⁵ Betrug liegt vor, wenn der Getäuschte aufgrund freier, nur durch Irrtum beeinflusster EntschlieÙung Gewahrsam übertragen will und auch überträgt.²⁶ Diese Gewahrsamsübertragung kann auch im Dulden einer Wegnahme zu sehen sein.²⁷ In einem solchen Fall liegt dann in Ansehung der Wegnahme im Rahmen von **§ 242 StGB** ein tatbestandsausschließendes Einverständnis vor, das sich durch den Gewahrsamsübergang auch unmittelbar vermögensmindernd auswirkt.²⁸ An einem solchen fehlt es jedoch – und dann liegt ein Diebstahl und kein Betrug vor –, wenn die Täuschung lediglich dazu dienen soll, einen gegen den Willen des Berechtigten gerichteten eigenmächtigen Gewahrsamsbruch des Täters zu ermöglichen oder zumindest zu erleichtern.²⁹ Hier ließ der Mitarbeiter des D, der M, bewusst zu, dass der Angeklagte die Dielen mitnahm, er duldete den endgültigen Besitz- und Gewahrsamswechsel zugunsten des Angeklagten.³⁰ Hierin sah das OLG die Vermögensverfügung. Diese Verfügung war unmittelbar, weil sich die vermögensmindernde Wirkung bereits aus dem Dulden der Wegnahme ergab und nicht erst durch weitere deliktische Zwischenschritte durch den Angeklagten herbeigeführt wurde, die Täuschung diente nicht nur dazu, den eigenmächtigen Gewahrsamswechsel durch den Angeklagten zu ermöglichen. Die Vermögensverfügung geschah auch mit **Verfügungsbewusstsein**, weil sich M bewusst war, dass sein Verhalten vermögensmindernd wirkt.³¹

2. Abgrenzung zum Diebstahl (Drei-Personen-Verhältnisse)

Damit ist der Fall aber noch nicht gelöst: Wäre es der H selbst gewesen, der die Wegnahme durch den Angeklagten geduldet hätte, bräuchte es im Rahmen der Vermögensverfügung

²⁴ BGH, Beschl. v. 29.06.2005 – 4 StR 559/04, NJW 2005, 2789, 2790; Urt. v. 10.08.2016 – 2 StR 579/15, NStZ 2017, 351; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 09.08.2023 – 1 ORs 35 Ss 322/23, NJW 2023, 2894, 2895, Rn. 13.

²⁵ BGH, Beschl. v. 26.07.1995 – 4 StR 234/95, NJW 1995, 3129; OLG Saarbrücken, Beschl. v. 29.07.2009 – 1 Ws 118/09, BeckRS 2009, 24677; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 09.08.2023 – 1 ORs 35 Ss 322/23, NJW 2023, 2894, 2895, Rn. 13.

²⁶ BGH, Beschl. v. 02.08.2016 – 2 StR 154/16, NJW 2017, 682, Leitsatz; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 09.08.2023 – 1 ORs 35 Ss 322/23, NJW 2023, 2894, 2895, Rn. 13.

²⁷ BGH, Urt. v. 16.01.1963 – 2 StR 591/62, NJW 1963, 1068, 1069; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 09.08.2023 – 1 ORs 35 Ss 322/23, NJW 2023, 2894, 2895, Rn. 13.

²⁸ OLG Karlsruhe, Beschl. v. 09.08.2023 – 1 ORs 35 Ss 322/23, NJW 2023, 2894, 2895, Rn. 13.

²⁹ BGH, Beschl. v. 02.08.2016 – 2 StR 154/16, NJW 2017, 682, Leitsatz; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 09.08.2023 – 1 ORs 35 Ss 322/23, NJW 2023, 2894, 2895, Rn. 13.

³⁰ OLG Karlsruhe, Beschl. v. 09.08.2023 – 1 ORs 35 Ss 322/23, NJW 2023, 2894, 2895, Rn. 15.

³¹ Vgl. OLG Karlsruhe, Beschl. v. 09.08.2023 – 1 ORs 35 Ss 322/23, NJW 2023, 2894, 2895, Rn. 13.

keine weiteren Einschränkungen. Allerdings ist es hier gerade nicht der Geschädigte H, der verfügt, sondern ein Dritter, hier der M. Beim Betrug müssen nach ständiger Rechtsprechung des BGH der Getäuschte und der Verfügende, nicht aber der Verfügende und der Geschädigte identisch sein.³² Fallen Verfügender und Geschädigter auseinander, spricht man von einem **Dreiecksbetrug**: Es wird eine andere Person getäuscht als diejenige, die letztlich den Schaden hat.³³ Um den Selbstschädigungscharakter des Betrugers zu wahren, muss die **Vermögensverfügung** des Dritten (hier M) dem Geschädigten (hier H) **zugerechnet** werden können³⁴, sodass dieser sich gewissermaßen – weil die Verfügung ihm zugerechnet wird – selbst schädigt. Hier geht es um die Abgrenzung zum Diebstahl in mittelbarer Täterschaft, nach der Rechtsprechung gelte auch in Drei-Personen-Verhältnissen die Exklusivitätsthese.³⁵

Dabei kommt es nach der Rechtsprechung des BGH für die Frage, ob die Vermögensverfügung dem Geschädigten zuzurechnen ist, darauf an, ob der Verfügende im Lage der Vermögensinhabers steht (sog. **Lagertheorie**).³⁶ Dies ist dann zu bejahen, wenn schon vor der Tat ein faktisches oder rechtliches Näheverhältnis des Verfügenden zu dem geschädigten Drittvermögen besteht.³⁷ Ein solches liegt insbesondere dann vor, wenn der Getäuschte/Verfügende mit dem Einverständnis des Vermögensinhabers eine **Schutz- oder Prüfungsfunktion** wahrnimmt.³⁸ Hier war die Verfügung des M dem D als dessen Mitarbeiter zurechenbar³⁹ und die Verfügung des D wiederum dem H, da der D im Lager des H stand: Die Dielen wurden mit Einverständnis des Geschädigten auf dem Betriebsgrundstück des D aufbewahrt und deshalb oblag dem D eine solche Schutzfunktion.⁴⁰

³² S. etwa BGH, Beschl. v. 07.03.2017 – 1 StR 41/17, BeckRS 2017, 113897, Rn. 12 m.w.N. auf st.Rspr.

³³ Zum Begriff des Dreiecksbetruges: *Rengier*, Strafrecht Besonderer Teil I, 20. Aufl. 2018, § 13 Rn. 93.

³⁴ BGH, Beschl. v. 07.03.2017 – 1 StR 41/17, BeckRS 2017, 113897, Rn. 12.

³⁵ S. etwa OLG Karlsruhe, Beschl. v. 09.08.2023 – 1 ORs 35 Ss 322/23, NJW 2023, 2894, 2895, Rn. 14; in der Literatur ist indes umstritten, ob die Exklusivitätsthese auch im Drei-Personen-Verhältnis gilt, s. dazu etwa *Strauß*, JuS 2024, 308, 312 m.w.N.; s. auch *Rengier*, Strafrecht Besonderer Teil I, 20. Aufl. 2018, § 13 Rn. 94 ff.

³⁶ BGH, Beschl. v. 07.03.2017 – 1 StR 41/17, BeckRS 2017, 113897, Rn. 14; Beschl. v. 18.05.2022 – 1 StR 55/22, BeckRS 2022, 19735, Rn. 3, jew.m.w.N; die Literatur stellt z.T. auf eine rechtliche Befugnis ab, zum Streitstand s. etwa: *Strauß*, JuS 2024, 308, 311.

³⁷ BGH, Beschl. v. 07.03.2017 – 1 StR 41/17, BeckRS 2017, 113897, Rn. 14; Beschl. v. 18.05.2022 – 1 StR 55/22, BeckRS 2022, 19735, Rn. 3; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 09.08.2023 – 1 ORs 35 Ss 322/23, NJW 2023, 2894, 2895, Rn. 14.

³⁸ BGH, Beschl. v. 18.05.2022 – 1 StR 55/22, BeckRS 2022, 19735, Rn. 3; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 09.08.2023 – 1 ORs 35 Ss 322/23, NJW 2023, 2894, 2895, Rn. 14.

³⁹ OLG Karlsruhe, Beschl. v. 09.08.2023 – 1 ORs 35 Ss 322/23, NJW 2023, 2894, 2895, Rn. 15.

⁴⁰ OLG Karlsruhe, Beschl. v. 09.08.2023 – 1 ORs 35 Ss 322/23, NJW 2023, 2894, 2895, Rn. 15, 16.

3. Verlust des mittelbaren Besitzes als Vermögensminderung

Das OLG Karlsruhe stellte bei der Vermögensminderung auf den Verlust des mittelbaren Besitzes des Geschädigten ab.⁴¹ Vom wirtschaftlichen Vermögensbegriff umfasst ist auch der mittelbare Besitz an einer Sache, sofern mit diesem ein **wirtschaftlich messbarer Gebrauchsvorteil** verbunden ist.⁴² Durch das Dulden der Besitz- und Gewahrsamsübertragung durch D bzw. seinen Mitarbeiter M verlor der Geschädigte H dann den **mittelbaren Besitz**. Dieser mittelbare Besitz des H war spätestens nach dem Telefonat mit D gem. **§ 868 BGB** begründet, da der D kundgab, die Dielen fortan für denjenigen besitzen zu wollen, dem sie tatsächlich zustehen.⁴³ Hierdurch machte er seinen Besitzmittlungswillen für den Geschädigten äußerlich erkennbar.⁴⁴ Wie sich im Umkehrschluss zu **§ 870 BGB** ergibt, ist die Kenntnis des Besitzmittlers von der Person des mittelbaren Besitzers dabei nicht erforderlich.⁴⁵ Dadurch, dass der D den unmittelbaren Besitz dann an den Dielen durch die Mitnahme des Angeklagten verlor, verlor auch der H seinen mittelbaren Besitz. Mit diesem mittelbaren Besitz war auch ein wirtschaftlich messbarer Gebrauchsvorteil verbunden, weil die Dielen der Renovierung der Terrasse von H dienen sollte.⁴⁶ Damit war dem Verlust des mittelbaren Besitzes eine vermögensmindernde Wirkung beizumessen.

IV. Vermögensschaden sowie weitere Voraussetzungen des § 263 StGB

Da dem Verlust des mittelbaren Besitzes keine Gegenleistung gegenüberstand, die die Vermögensminderung kompensieren konnte, war der **Vermögensschaden** unproblematisch gegeben.⁴⁷ Die weiteren Voraussetzungen des **§ 263 StGB**⁴⁸ sprach das OLG nicht mehr an, diese waren ebenfalls unproblematisch zu bejahen: Der Angeklagte handelte **vorsätzlich**, er handelte in der **Absicht**, sich **stoffgleich zu bereichern** und die Bereicherung war auch **rechtswidrig**, was der Angeklagte ebenfalls wusste.

⁴¹ OLG Karlsruhe, Beschl. v. 09.08.2023 – 1 ORs 35 Ss 322/23, NJW 2023, 2894, 2895, Rn. 13, 15.

⁴² BGH, Beschl. v. 10.11.2016 – 4 Ars 17/16, NStZ-RR 2017, 44; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 09.08.2023 – 1 ORs 35 Ss 322/23, NJW 2023, 2894, 2895, Rn. 16; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 19.06.1987 – 5 Ss 166/87 I, NJW 1988, 922, 923; Perron in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 94.

⁴³ OLG Karlsruhe, Beschl. v. 09.08.2023 – 1 ORs 35 Ss 322/23, NJW 2023, 2894, 2895, Rn. 16.

⁴⁴ OLG Karlsruhe, Beschl. v. 09.08.2023 – 1 ORs 35 Ss 322/23, NJW 2023, 2894, 2895, Rn. 16.

⁴⁵ F. Schäfer in: MüKo, BGB, 9. Aufl. 2023, § 868 Rn. 17 m.w.N.

⁴⁶ OLG Karlsruhe, Beschl. v. 09.08.2023 – 1 ORs 35 Ss 322/23, NJW 2023, 2894, 2896, Rn. 17.

⁴⁷ Zum Begriff des Vermögensschadens s. etwa: Perron in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 99 ff.

⁴⁸ S. hierzu ausführlich etwa: Kindhäuser/Nikolaus, JuS 2006, 193; dies., JuS 2006, 293.

Dogmatische Vertiefung

Weil sich die Entscheidungsbesprechung umfassend mit den einzelnen Tatbestandsmerkmalen des Betruges, also mit dem ersten Absatz des **§ 263 StGB** beschäftigt, kann dies zum Anlass genommen werden, sich einmal die anderen Absätze des **§ 263 StGB** genauer anzuschauen, um so umfassend für eine Klausur, in der der Betrugstatbestand eine Rolle spielt, vorbereitet zu sein.

§ 263 Abs. 2 StGB regelt die **Versuchsstrafbarkeit**; die Grundzüge der Versuchsprüfung müssen jedem Examenkandidaten bekannt sein, insoweit möchten wir uns kurz fassen: In der Prüfung des Tatentschlusses ist zu betonen, dass neben dem Vorsatz, der sich auf die Täuschung, den Irrtum, die Vermögensverfügung, den Schaden, den durchlaufenden Kausalzusammenhang und die Rechtswidrigkeit der erstrebten Bereicherung beziehen muss, auch die weiteren subjektiven Merkmale des jeweiligen Tatbestandes verwirklicht sein müssen, hier also die eigen- oder fremdnützige Absicht stoffgleicher Bereicherung.⁴⁹ Der **Versuchsbeginn** bereitet regelmäßig keine Probleme und ist in der Regel dann zu bejahen, wenn der Täter zu einer auf Täuschung gerichteten Handlung unmittelbar ansetzt i.S.d. **§ 22 StGB**.⁵⁰ Maßgeblich ist diejenige Täuschungshandlung, die den Getäuschten unmittelbar zur irrtumsbedingten Vermögensverfügung bestimmen und den Vermögensschaden herbeiführen soll.⁵¹

§ 263 Abs. 3 StGB sieht für **den besonders schweren Fall des Betruges** eine erhöhte Freiheitsstrafe vor und ist dem Studierenden weitaus weniger vertraut als der in **§ 243 StGB** geregelte Fall des besonders schweren Falls des Diebstahls. Dabei nennt **§ 263 Abs. 3 S. 2 StGB** fünf benannte schwere Fälle: **Nr. 1** sieht eine Strafschärfung für den Fall vor, dass der Täter **gewerbsmäßig** oder als **Mitglied einer Bande** handelt, die sich zur

⁴⁹ Hoffmann-Holland in: MüKo, StGB, 4. Aufl. 2020, § 22 Rn. 35; Rengier, Strafrecht Besonderer Teil I, 20. Aufl. 2018, § 13 Rn. 256 f.

⁵⁰ Rengier, Strafrecht Besonderer Teil I, 20. Aufl. 2018, § 13 Rn. 263; Hefendehl in: MüKo, StGB, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 1176.

⁵¹ Beukelmann in: BeckOK, StGB, 60. Ed. 01.02.2024, § 263 Rn. 84; Hefendehl in: MüKo, StGB, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 1177.

fortgesetzten Begehung von Urkundenfälschung oder Betrug verbunden hat. Gewerbsmäßig handelt, wer die Tat in der Absicht begeht, sich aus wiederholter Begehung eine fortlaufende Einnahmequelle von nicht unerheblicher Dauer und einigem Umfang zu verschaffen.⁵² Für eine Bande muss ein Zusammenschluss von mindestens drei Personen vorliegen, die sich mit dem Willen verbunden haben, künftig für eine gewisse Dauer mehrere selbstständige, im Einzelnen noch ungewisse Straftaten nach den §§ 263, 264, 267-269 StGB zu begehen.⁵³ Wer den Betrug als Mitglied einer Bande begeht und dabei gewerbsmäßig handelt, verwirklicht nicht nur den besonders schweren Fall des § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 StGB, sondern sogar die **echte Qualifikation** des § 263 Abs. 5 StGB – dies wird gerne in Klausuren übersehen. Liegen also beide Fälle des § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 StGB gleichzeitig vor, ist die Tat sogar nach § 263 Abs. 5 StGB qualifiziert.⁵⁴

Bei § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 StGB ist ein Augenmerk zunächst darauf zu legen, dass die Vorschrift von „**Vermögensverlust**“ und nicht wie § 263 Abs. 1 StGB von einem Vermögensschaden spricht. Ob es zwischen diesen beiden Begriffen einen Unterschied gibt, ist umstritten.⁵⁵ Unter Verweis auf den unterschiedlichen Sprachgebrauch in ein und derselben Vorschrift, muss die Frage jedoch insoweit bejaht werden, als der Geschädigte i.R.d. § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 StGB eine Vermögenseinbuße tatsächlich erleiden muss; eine **konkrete Vermögensgefährdung**, die für einen Vermögensschaden i.R.d. § 263 Abs. 1 StGB bereits ausreichen kann, erfüllt § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 StGB gerade nicht.⁵⁶ Von „**großem Ausmaß**“ ist der Vermögensverlust, wenn er eine Größenordnung von mindestens 50.000 € erreicht hat.⁵⁷ Der Begriff der „**großen Zahl von Menschen**“ wird nicht einheitlich ausgelegt und die Angaben schwanken von 10 bis 50 Personen.⁵⁸ In einer Klausur

⁵² BGH, Beschl. v. 21.12.1993 – 1 StR 782/93, BeckRS 1993, 31091356; *Hefendehl* in: MüKo, StGB, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 1212.

⁵³ *Hefendehl* in: MüKo, StGB, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 1214.

⁵⁴ *Rengier*, Strafrecht Besonderer Teil I, 20. Aufl. 2018, § 13 Rn. 276.

⁵⁵ Zum Streitstand s. etwa: *Hefendehl* in: MüKo, StGB, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 1221 ff.

⁵⁶ *Rengier*, Strafrecht Besonderer Teil I, 20. Aufl. 2018, § 13 Rn. 278.

⁵⁷ So jedenfalls der BGH, s. etwa BGH, Urt. v. 02.12.2008 – 1 StR 416/08, NJW 2009, 528, Rn. 27 m.w.N. sowie die h.Lit., s. etwa *Hefendehl* in: MüKo, StGB, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 1224 m.w.N.

⁵⁸ *Hefendehl* in: MüKo, StGB, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 1224 m.w.N. auf Streitstand.

dürfte hier vieles vertretbar sein, zumal man schon der Einäugige unter den Blinden ist, wenn man diesen besonders schweren Fall überhaupt sieht.

Eine andere Person ist in **wirtschaftliche Not** gebracht i.S.d. **§ 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 StGB**, wenn der Geschädigte in eine Mangellage geraten ist, aufgrund derer für ihn oder unterhaltspflichtige Personen der notwendige Lebensunterhalt ohne Hilfe Dritter nicht mehr gewährleistet ist.⁵⁹ **Sozialhilfeleistungen** bleiben hierbei unberücksichtigt, weil sie ihrerseits gerade eine Notlage voraussetzen.⁶⁰ Eine „andere Person“ kann dabei auch eine **juristische Person** sein.⁶¹ Erfasst ist ebenfalls nicht nur das Betrugsopfer selbst, sondern beispielsweise auch ein Gläubiger desjenigen, der durch den Betrug zahlungsunfähig geworden ist.⁶²

§ 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 StGB ist erfüllt, wenn der Täter **als Amtsträger** (**§ 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB**) oder Europäischer Amtsträger (**§ 11 Abs. 1 Nr. 2a StGB**) seine **Befugnisse** oder seine **Stellung missbraucht**. Missbrauch ist ein vorsätzlich rechtswidriges Handeln.⁶³ Ob der Täter seine Befugnisse oder seine Stellung missbraucht, hängt davon ab, ob er innerhalb seiner Zuständigkeit handelt: Ist dies der Fall, missbraucht er seine Befugnisse als Amtsträger.⁶⁴ Nutzt der Täter dagegen die ihm durch sein Amt gegebenen Handlungsmöglichkeiten *außerhalb seiner Zuständigkeit* aus, missbraucht er seine Stellung.⁶⁵

§ 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 5 StGB ist ein **zweiaktiges Delikt**:⁶⁶ Ein Versicherungsfall wird vorgetäuscht, wenn der Täter bewusst wahrheitswidrig die tatsächlichen Voraussetzungen eines Versicherungsfalles gegenüber dem Versicherer meldet, die scheinbar seine Leistungspflicht begründen.⁶⁷ Es genügt dann nicht, lediglich einen tatsächlichen Schaden an

⁵⁹ Hefendehl in: MüKo, StGB, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 1229; Kindhäuser/Hoven in: NK-StGB, 6. Aufl. 2023, § 263 Rn. 397.

⁶⁰ Duttge in: Dölling/Duttge/König/Rössner, Gesamtes Strafrecht, 4. Aufl. 2017, § 263 Rn. 106.

⁶¹ Heger/Petzsche in: NK Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2022, § 263 Rn. 161.

⁶² Hefendehl in: MüKo, StGB, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 1229.

⁶³ BGH, Beschl. v. 14.08.2013 – 4 StR 255/13, NStZ-RR 2013, 344.

⁶⁴ BGH, Beschl. v. 14.08.2013 – 4 StR 255/13, NStZ-RR 2013, 344.

⁶⁵ BGH, Beschl. v. 14.08.2013 – 4 StR 255/13, NStZ-RR 2013, 344.

⁶⁶ Hefendehl in: MüKo, StGB, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 1232.

⁶⁷ Hefendehl in: MüKo, StGB, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 1232; vgl. auch BGH, Beschl. v. 15.03.2007 – 3 StR 454/06, NJW 2007, 2130.

einer der genannten Sachen herbeizuführen.⁶⁸ Erforderlich ist, dass zuvor der Täter oder ein anderer zu diesem Zweck eine Sache von bedeutendem Wert in Brand gesetzt oder durch eine Brandlegung ganz oder teilweise zerstört oder ein Schiff zum Sinken oder Stranden gebracht hat.⁶⁹ Die Vortat muss vollendet und bereits mit der Zwecksetzung begangen worden sein, später einen Versicherungsfall vorzutäuschen.⁷⁰

Zu beachten bleibt **§ 243 Abs. 2 StGB**, der über den versteckten Verweis in **§ 263 Abs. 4 StGB** zur Anwendung kommt: Danach ist ein besonders schwerer Fall ausgeschlossen, wenn sich der Betrug auf eine „**geringwertige Sache**“ bzw. i.R.v. **§ 263 StGB** auf eine geringwertigen Vermögenswert bezieht.⁷¹ Die Grenze liegt derzeit bei 50 €. ⁷² Der **§ 263 Abs. 4 StGB** verweist aber nicht nur auf den **§ 243 Abs. 2 StGB**, sondern auch auf die **§§ 247, 248a StGB**, was häufig übersehen wird. Sofern also kein Qualifikationstatbestand des Abs. 5 vorliegt,⁷³ statuiert **§ 263 Abs. 4 StGB** für gewisse Fälle ein **Antragserfordernis**: Betrugstaten, die sich auf eine **geringwertige Sache** bzw. einen geringwertigen Vermögenswert beziehen, bedürfen gem. **§§ 263 Abs. 4, 248a StGB** eines Strafantrages, es sei denn, die Staatsanwaltschaft bejaht das besondere öffentliche Interesse an der Strafverfolgung (sog. **relatives Antragsdelikt**). Die Grenze liegt hier zwischen 25 € und 50 €. ⁷⁴ Ist der durch den Betrug Verletzte ein **Angehöriger** i.S.d. **§ 11 Abs. 1 Nr. 1 StGB** oder lebt der Verletzte mit dem Täter in **häuslicher Gemeinschaft**, machen die **§§ 263 Abs. 4, 248a StGB** aus der Tat ein absolutes Antragsdelikt: Ohne entsprechenden Strafantrag ist die Tat unter keinen Umständen verfolgbar.⁷⁵

⁶⁸ Vgl. auch BGH, Beschl. v. 15.03.2007 – 3 StR 454/06, NJW 2007, 2130, 2131.

⁶⁹ Perron in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 188g.

⁷⁰ Hefendehl in: MüKo, StGB, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 1234; Perron in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 188h.

⁷¹ Kindhäuser/Hoven in: NK-StGB, 6. Aufl. 2023, § 263 Rn. 403; Hefendehl in: MüKo, StGB, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 1236.

⁷² Kindhäuser/Hoven in: NK-StGB, 6. Aufl. 2023, § 263 Rn. 403; Hefendehl in: MüKo, StGB, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 1236.

⁷³ Hierfür gilt der Verweis nicht, s. etwa Kindhäuser/Hoven in: NK-StGB, 6. Aufl. 2023, § 263 Rn. 402.

⁷⁴ Wittig in: BeckOK-StGB, 60. Ed. 01.02.2024, § 248a Rn. 5 m.w.N.; der BGH sieht die Grenze (noch) bei 25 €, s. etwa BGH, Beschl. v. 09.07.2004 – 2 StR 176/04, BeckRS 2004, 7428.

⁷⁵ Verfasser: Tim Verhoeven, Wissenschaftlicher Mitarbeiter bei HLB Schumacher Hallermann.

Supervision: Christian Lederer, Wissenschaftlicher Mitarbeiter bei HLB Schumacher Hallermann, Dr. Lennart Brüggemann, Rechtsanwalt & Partner bei HLB Schumacher Hallermann.