

E n t s c h e i d u n g s a n m e r k u n g

Zum möglichen Ausschluss des Dreiecksbetrugs bei überlegenem Wissen des Vermögensinhabers

Ein Dreiecksbetrug ist bei positiver Kenntnis des geschädigten Dritten nicht stets ausgeschlossen. Ein wirksames Einverständnis des Geschädigten setzt voraus, dass ihm keine wesentlichen Informationen unbekannt bleiben (hier: Fehldeklaration einer Vergütung als Aufwandsentschädigung). (Leitsatz des Verf.).

BGH, Beschl. v. 20.12.2007 – 1 StR 558/07¹

Der Dreiecksbetrug als solcher hat seit langem seinen festen Platz im akademischen Unterricht und in der Lehrbuchliteratur. Dabei ist traditionell allein das Näheverhältnis zwischen dem Verfügenden und dem Vermögensinhaber von Interesse, das aus dem Selbstschädigungscharakter des Betrugs folgt. Es gibt kaum einen Studenten, der einem nicht zumindest die Stichworte Lager- und Befugnis„theorie“ nennen kann. In der Rechtsprechung spielt der Dreiecksbetrug ebenfalls eine wichtige Rolle, auch wenn dort die allermeisten Fälle dem Normalfall entsprechen, in dem das Näheverhältnis unproblematisch gegeben ist.

Seit wenigen Jahren rückt zunehmend eine andere den Dreiecksbetrug betreffende Fragestellung in das Blickfeld, die häufig unter dem Stichwort der Wissenszurechnung dargestellt wird: Steht es der Annahme eines (vollendeten) Betrugs entgegen, wenn zwar der Verfügende einem Irrtum unterliegt, jedoch der Vermögensinhaber Kenntnis vom wahren Sachverhalt hat?²

Die hier zu besprechende Entscheidung des *1. Strafsenats* lässt zwar vordergründig die Frage offen, ob die Kenntnis der Mitglieder des Gemeinderats den Irrtum des Verfügenden überspielen kann, legt jedoch wichtige Grundlagen: Der *Senat* spricht sich dafür aus, dass nicht jede Kenntnis des Vertretenen der Betrugsstrafbarkeit entgegen steht und dass im konkreten Fall das täuschungsbedingte Einverständnis der Gemeinderatsmitglieder sowie des stellvertretenden Bürgermeisters irrelevant ist.

Nachfolgend sollen zu der hier untersuchten Fragestellung wichtige Lösungsaspekte aufgezeigt werden, an denen die

¹ Das Urteil kann auf www.bundesgerichtshof.de im Volltext abgerufen werden.

² Nicht behandelt werden soll die im Rahmen der hier besprochenen BGH-Entscheidung irrelevante Gegenkonstellation, in der der verfügende Vermögensinhaber sich in einem Irrtum befindet, seine Hilfsperson(en) jedoch den Irrtum durchschauen (siehe zu dieser Konstellation z.B. *Eisele*, ZStW 116 [2004], 15 [19 ff.]; *Rengier*, in: Schönemann [Hrsg.], Festschrift für Claus Roxin, 2001, S. 811 [823 f.]; *Tiedemann*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky [Hrsg.], Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 11. Aufl. 2005, § 263 Rn. 82; *ders.*, in: Kohlmann [Hrsg.], Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag, Bd. 2, 1983, S. 405 [413 f.]; *Otto*, Jura 2002, 606 [611]).

Entscheidung des *1. Strafsenats* zu messen ist. Dabei wird sich erweisen, dass die im Schrifttum vorherrschende Grundausrichtung, auf eine eigenverantwortliche Selbstschädigung abzustellen, ebenso zutrifft wie die Annahme des *Senats*, dass es hier auf die Zustimmung des Vertretenen und die Täuschungsbedingtheit der Zustimmung ankommt.

1. Der Normalfall, von dem wir bei einem Dreiecksbetrug ausgehen, ist derjenige, in dem sich der verfügende Dritte in einem Irrtum befindet, ohne dass der Vermögensinhaber eine dieser Fehlvorstellung widersprechende Kenntnis vom wahren Sachverhalt hat. Der Vermögensinhaber ist entweder mit der irrumsgegenständlichen Tatsache nicht befasst oder befindet sich in demselben Irrtum wie der für ihn über sein Vermögen Verfügende. Wenn der Verfügende dem Vermögensinhaber und seinem Vermögen hinreichend nahe steht, stellt sich das Geschehen als unfreiwillige Selbstschädigung dar.

Davon abweichend gibt es jedoch Fälle, in denen der Vermögensinhaber anders als der ihn vertretende Dritte die Täuschung durchschaut, also eine zutreffende Vorstellung von der täuschungsgegenständlichen Tatsache aufweist. Der Hinweis des *Senats* auf die Situation des Prozessbetrugs zeigt, dass diese Konstellation nicht so exotisch ist, wie es den Anschein hat. Die späte Entdeckung dieser Konstellation in Schrifttum und Rechtsprechung mag daher verwundern.

2. Eine solche Kenntnis des Vermögensinhabers vom wahren Sachverhalt kann den Betrug trotz Irrtums des verfügenden Dritten ausschließen. Dazu ein Beispiel: Wenn in einem Ladengeschäft der Kunde gegenüber einem angestellten Verkäufer Ware mit Falschgeld bezahlt, nimmt der Verkäufer durch die Herausgabe der Ware gegen Falschgeld eine irrumsbedingte Vermögensverfügung vor, die zu einem Betrug führt. Falls nun aber der Geschäftsinhaber selbst daneben steht, das Falschgeld erkennt und trotzdem nicht einschreitet, schließt das den Betrugstatbestand aus. Da der Vermögensinhaber anders als sein Angestellter keinem Irrtum unterliegt und eingreifen könnte, handelt es sich hier nicht – wie von § 263 vorausgesetzt – um eine unfreie Selbstschädigung. Zwar liegt auf Seiten des Dritten ein Irrtum vor, der ihn zu einem vermögensmindernden Verhalten veranlasst, jedoch überspielt das Wissen des Vermögensinhabers zusammen mit der Möglichkeit, dieses Wissen vermögenserhaltend einzusetzen, die Relevanz des Irrtums des Dritten für das Vermögen, das durch § 263 nur vor einer unfreien Minderung geschützt wird.

Nur am Rande: Wenn das Verhalten des Vermögensinhabers selbst sogar eine eigene Vermögensverfügung darstellt, folgt das Nichtvorliegen eines Betrugs aus allgemeinen Grundsätzen. Es liegt dann keine relevante Dreieckskonstellation vor, sondern eine Vermögensverfügung des Vermögensinhabers selbst, die nicht durch einen Irrtum motiviert ist.³

3. Jedoch führt die Kenntnis des Vermögensinhabers nicht in jedem Fall zum Ausschluss des Betrugstatbestandes. Das lässt sich leicht erkennen, wenn man das vorherige Fallbeispiel mit der Falschgeldzahlung (ins Unrealistische) ab-

³ *Eisele*, ZStW 116 (2004), 15 (21).

wandelt: Wenn der Geschäftsinhaber die Bezahlung mit Falschgeld als solche wahrnimmt, jedoch nicht eingreifen kann, weil er im Nachbarraum eingesperrt ist, liegt anders als im Ausgangsfall kein Grund vor, eine unfreie Selbstschädigung abzulehnen. Da der Vermögensinhaber sein Wissen nicht vermögenserhaltend einzusetzen vermag, steht es der Annahme einer unfreien Selbstschädigung nicht entgegen.⁴ Ein weiteres Beispiel, in dem die Kenntnis des Vermögensinhabers einen Betrug nicht ausschließt, hat der *Senat* mit dem Prozessbetrug selbst genannt. Hier kennt die Gegenpartei des Täters zwar die Tatsachenlage, kann diese Kenntnis jedoch nicht vermögenswährend einsetzen, da ihm der Beweis nicht gelingt und die Vermögensdisposition dem Gericht übertragen ist.

Die Bedeutung der vorliegenden Entscheidung liegt darin, aufgezeigt zu haben, dass die (vordergründig vorliegende)⁵ Kenntnis des Vermögensinhabers nicht automatisch zum Ausschluss des Betrugstatbestandes führt. Dabei kann aber der Hinweis auf die Relevanz für den Prozessbetrug kein Argument sein,⁶ sondern zeigt nur auf, dass die Fragestellung der Wissenszurechnung nicht so ungewöhnlich ist, wie man zunächst glauben mag.

4. Die dogmatische Einordnung der hier betrachteten Fragestellung scheint auf den ersten Blick umstritten zu sein; es wird im Schrifttum ein Meinungsstreit beschrieben: Auf der einen Seite stütze man das Ausbleiben eines Betruges auf den Ausschluss der objektiven Zurechnung, auf der anderen Seite werde – unter dem Stichwort der Wissenszurechnung – auf das Fehlen eines betrugsrelevanten Irrtums abgestellt.⁷ Insbesondere *Eisele* legt größten Wert darauf, dass es um den Ausschluss der objektiven Zurechnung, nicht dagegen um eine den Irrtum betreffende Wissenszurechnung gehe.⁸ Zu allem Überfluss hat nunmehr der *I. Strafsenat* das Einverständnis als die – jedenfalls über die Lösung für den hier besprochenen Fall – entscheidende Kategorie ins Spiel gebracht.⁹ Eine genauere Betrachtung ergibt jedoch, dass über die anzuwendenden Kriterien nur vordergründig Streit besteht.¹⁰

⁴ *Eisele*, ZStW 116 (2004), 15 (24) stellt mit Recht darauf ab, ob dem Geschädigten das Verhindern der Vermögensverfügung möglich und zumutbar ist.

⁵ Genau genommen verfügten die Gemeinderatsmitglieder sowie der stellvertretende Bürgermeister aufgrund des Irrtums über kein Wissen, das dem des Verfügenden überlegen ist. Siehe zu diesem Aspekt des rechtsgutsbezogenen Irrtums unten unter 5.

⁶ Der Senat erweckt aus meiner Sicht den Eindruck, dass die Folgen für den Prozessbetrug als ein Argument behandelt werden (Urteilsabdruck Rn. 7).

⁷ *Eisele*, ZStW 116 (2004), 15 (22 ff.); *ders.*, JZ 2008, 524 f.; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 10. Aufl. 2008, § 13 Rn. 21d.

⁸ *Eisele*, ZStW 116 (2004), 15 (23 f.); *ders.*, JZ 2008, 524 f.

⁹ Urteilsabdruck Rn. 6 ff.

¹⁰ *Kindhäuser* geht einen – hier nicht weiter verfolgten – vierten Weg, indem er die Vollendung mangels Schadens

a) Der Ausschluss der Betrugsstrafbarkeit aufgrund der Kenntnis des Vermögensinhabers lässt sich über den Ausschluss der objektiven Zurechnung erklären. So geschieht es zumeist auch im Schrifttum.¹¹ Durch die Täuschung schafft der Täter eine rechtlich missbilligte Gefahr, die darin besteht, dass es seitens des Getäuschten zu einer Vermögensdisposition kommen kann, deren wirtschaftlicher Nachteil ihm aufgrund der Täuschung nicht bewusst ist. Wenn der Vermögensinhaber jedoch anders als der verfügende Dritte Kenntnis vom wahren Sachverhalt hat und diese Kenntnis vermögenswährend einsetzen könnte, realisiert sich in dem durch den Dritten ausgelösten Vermögensschaden nicht die vom Täter realisierte Gefahr. Der Schaden ist dann nicht das Werk des Täters als Folge seiner täuschungsbedingten Unfreiheit, sondern stellt sich als das Werk des frei entscheidenden Vermögensinhabers dar. Die nachteilige Disposition über sein Vermögen fällt in seinen eigenen Verantwortungsbereich, da er der Täuschung des Täters nicht erliegt und seine Kenntnis derart hätte einsetzen können, dass die Schädigung seines Vermögens ausbleibt.

Ein solches Abstellen auf die objektive Zurechnung im Rahmen der Betrugsprüfung ist nicht neu, sondern auch schon aus anderen Konstellationen bekannt. Wie *Rengier* in seinem die Behandlung der Gegenfallgruppe¹² prägenden Aufsatz zutreffend aufgezeigt hat, ist die im Bereich von Täuschung und Irrtum übliche Differenzierung zwischen den Verantwortungssphären von Täter und Opfer nichts anderes als die Anwendung der Lehre von der objektiven Zurechnung auf den Betrugstatbestand.¹³ Mit Hilfe des Kriteriums der Verantwortungssphären wird die Abgrenzung zwischen strafbarer Täuschung und strafloser Selbsttäuschung vorgenommen.¹⁴

b) Dennoch ist es nicht falsch, die Relevanz der Tatsachenkenntnis des Vermögensinhabers am Irrtum des Verfügenden aufzuhängen, also ggf. das Tatbestandsmerkmal des Irrtums abzulehnen. Beim Betrugstatbestand handelt es sich

ablehnt, *Kindhäuser*, in: *ders./Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, 3. Aufl. 2006, § 263 Rn. 181.

¹¹ *Brand/Vogt*, wistra 2007, 408 (409 ff.); *Eisele*, ZStW 116 (2004), 15 (23 f.); *ders.*, JZ 2008, 524 f.; *Rengier* (Fn. 7), § 13 Rn. 21b; *Wittmann*, Wissenszurechnung im Strafrecht, 2006, S. 24 ff.; jedenfalls für die Gegenkonstellation auch *Tiedemann* (Fn. 2), § 263 Rn. 82; *ders.*, in: *Kohlmann* (Fn. 2), S. 405 (413 f.).

¹² S.o. Fn. 2.

¹³ *Rengier* (Fn. 2), S. 811 (820 f.) mit weiteren Nachweisen für diesen Ansatz. Grundlegend zur Differenzierung nach Verantwortungssphären beim Betrug *Lackner*, in: *Jescheck* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 10. Aufl. 1988, § 263 Rn. 28 ff.

¹⁴ Siehe z.B. *Krack*, JZ 2002, 613 (614) im Zusammenhang mit einer möglichen konkludenten Täuschung bei der Verwendung rechnungsähnlicher Offerten; *ders.*, List als Tatbestandsmerkmal, 1994, S. 54 ff.; *Kindhäuser*, in: *Schulz/Damitz* (Hrsg.), *Festschrift für Günter Bemann* zum 70. Geburtstag, 1997, S. 339 (354 f.); im Ansatz auch *BGHSt* 47, 1 (5 f.).

um einen in einer Norm des Besonderen Teils vertypen Fall der mittelbaren Täterschaft.¹⁵ Während die vom Täter zu verantwortende Unfreiheit des Tatmittlers im Bereich der mittelbaren Täterschaft im Zweipersonenverhältnis anhand des Maßstabs der eigenverantwortlichen Selbstschädigung bestimmt wird, übernehmen diese Funktion beim Betrugstatbestand die Merkmale Täuschung und Irrtum.¹⁶ Das Irrtumsmerkmal beschreibt die Unfreiheit des Verfügenden; beim Täuschungsmerkmal geht es (u.a.) um die Frage, ob diese Unfreiheit dem Täter zugerechnet werden kann. Auch wenn und gerade weil man wie gesehen zur Ausfüllung der Tatbestandsmerkmale Täuschung und Irrtum auf die Gesichtspunkte der objektiven Zurechnung zurückgreifen kann, sind es diese Tatbestandsmerkmale, die der Gesetzgeber zur Beschreibung der Gefahrschaffung und -realisierung gewählt hat. Daher ist es nicht falsch und aus meiner Sicht eher vorzugswürdig, in den hier betrachteten Fällen darauf abzustellen, ob ein Irrtum vorliegt. Auch der kritisierte Begriff der Wissenszurechnung ist nicht falsch. Das Wissen des Vermögensinhabers wird nicht generell zugerechnet, sondern nur unter den Voraussetzungen, unter denen man von einem Ausschluss der objektiven Zurechnung sprechen kann. Das ist wie gesehen dann der Fall, wenn der Vermögensinhaber nicht nur die Kenntnis vom wahren Sachverhalt hat, sondern diese auch vermögenswährend einzusetzen vermag.¹⁷

c) Statt auf die objektive Zurechnung oder den Irrtum stellt der *Senat* in der vorliegenden Entscheidung auf das Einverständnis des Vermögensinhabers ab.¹⁸ Aber auch diese dritte Herangehensweise führt zu zutreffenden Ergebnissen: Eigenverantwortliche Selbstschädigung und konsentiert Fremdverletzung sind axiologisch gleichwertig. In beiden Fällen handelt es sich um eine eigenverantwortliche Disposition über das zugewiesene Rechtsgut. Daher sind die Grenzen für die Eigenverantwortlichkeit gleich zu ziehen. Wenn beispielsweise eine Drohung aufgrund ihrer Intensität zum Ausschluss der eigenverantwortlichen Selbstschädigung führt, steht die gleiche Drohung auch der Wirksamkeit einer Einwilligung entgegen.¹⁹ Daher ist es nicht falsch, wenn der *Senat* seine Überlegungen zur Täuschungsrelevanz im kon-

kreten Fall an der Täuschungsanfälligkeit des Einverständnisses festmacht.²⁰

5. Der *Senat* lässt einen Ausschluss der Betrugsstrafbarkeit zutreffend daran scheitern, dass die Tatsachenvorstellung der Gemeinderatsmitglieder sowie des stellvertretenden Bürgermeisters irrtumsbehaftet ist.²¹ Diesen Personen war durchaus bewusst, dass zwischen dem Angeklagten und dem Aufsichtsrat der Wohnbau eine Abmachung getroffen wurde, aus der sich eine Zahlungspflicht der Wohnbau gegenüber dem Angeklagten ergab. Jedoch war ihnen nicht bekannt, dass Gegenstand dieser Vereinbarung keine Aufwandsentschädigungen, sondern versteckte Vergütungen waren. Über diesen Umstand befanden sich also die Gemeinderatsmitglieder und der stellvertretende Bürgermeister im Irrtum. Da der den Betrug ausmachende Schaden der Gemeinde darin bestand, dass Nebentätigkeitsvergütungen nicht abgeführt wurden, ist dieser Irrtum auch ein rechtsgutsbezogener. Damit ist eine eigenverantwortliche Disposition über das Vermögen der Gemeinde nicht gegeben, so dass die objektive Zurechnung des Taterfolges zum Täterverhalten nicht ausgeschlossen ist. Anders ausgedrückt vermag das Wissen nicht im Rahmen einer Wissenszurechnung den Irrtum des Verfügenden zu überspielen, da die Gemeinderatsmitglieder kein relevantes überlegenes Wissen hatten. Ebenso wie dem über das Gemeindevermögen verfügenden Mitarbeiter des Landkreises war ihnen nicht bekannt, dass die nicht eingeforderten und abgeführten Einnahmen des Angeklagten zu den abführungspflichtigen Einkünften gehörten. Es verhält sich wie vom rechtsgutsbezogenen Irrtum bei der Einwilligung bekannt: Es geht nicht allein darum, ob eine vorhandene Einwilligung wegen des Irrtums unwirksam ist. Vielmehr führt der Irrtum dazu, dass schon keine relevante Zustimmung des Rechtsgutsinhabers vorliegt.²²

Auf diesen Rechtsgutsbezug des Irrtums kommt es grundsätzlich²³ an. Wenn an anderer Stelle der Eindruck erweckt wird, jeder Irrtum schließe die Irrtumszurechnung aus oder verhindere den Ausschluss der objektiven Zurechnung,²⁴ trifft das nicht zu. Dazu ein Beispielfall: Wenn die Gemeinde-

¹⁵ *Kindhäuser* (Fn. 14), S. 339 ff.

¹⁶ *Krack*, JZ 2002, 613 (614).

¹⁷ Der speziell zu dieser Konstellation von *Eisele* (ZStW 116 [2004], 15 [22]) vorgebrachte Einwand, das Irrtumsmerkmal dürfe nicht mit derartigen normativen Aspekten in Verbindung gebracht werden, sondern sei als psychologisches Tatbestandsmerkmal zu verstehen, geht fehl. Siehe zu der Notwendigkeit einer normativen Anreicherung von Täuschung und Irrtum *Krack*, ZIS 2007, 103 (106 ff.).

¹⁸ BGH Urteilsabdruck Rn. 6 ff.

¹⁹ Für diesen Gleichlauf z.B. *Göbel*, Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts, 1992, S. 99; *M.-K. Meyer*, Ausschluss der Autonomie durch Irrtum, 1984, S. 148 f.; *Krack* (Fn. 14), S. 109 ff.

²⁰ Ich hielte es jedoch für passender, wenn von einer Einwilligung die Rede wäre, da es den Gleichlauf von Selbst- und Fremdschädigung bei solchen Delikten, bei denen wir vom Einverständnis sprechen, eher nicht gibt.

²¹ Urteilsabdruck Rn. 10 ff.

²² *Krack* (Fn. 14), S. 128.

²³ Grundlegend zur Beschränkung der Einwilligungsrelevanz von Irrtümern auf rechtsgutsbezogene Irrtümer *Arzt*, Willensmängel bei der Einwilligung, 1970, S. 17 ff. Zur Begründung dieser Beschränkung und zur Notwendigkeit, dennoch einen kleinen Teil der Motivirrtümer einzubeziehen, siehe *Krack* (Fn. 14), S. 138 ff.

²⁴ *Eisele*, JZ 2008, 524 (525): „Da nur eine täuschungsunabhängige bewusste Selbstschädigung die Zurechnung ausschließt [...]“. Die Erwähnung des Begriffs des rechtsgutsbezogenen Willensmangels an anderer Stelle (S. 527) deutet freilich an, dass hier nur unsorgfältig formuliert wurde und ebenfalls ein Rechtsgutsbezug des Irrtums verlangt wird.

ratsmitglieder um den Vergütungscharakter der Zahlungen wüssten, aber dem Irrtum unterlägen, dass in anderen Gemeinden auch so verfahren werde, läge nur ein irrelevanter Motivirrtum vor. Es wäre ihnen dann nicht irrtumsbedingt verborgen, dass die Stadt einen Anspruch auf Erstattung der Nebentätigkeitseinkünfte hat, den nicht geltend zu machen einen Vermögensschaden ausmacht. In einem solchen Fall, in dem der Irrtum nur das Motiv betrifft, läge im Nichtgeltendmachen des Anspruchs eine eigenverantwortliche Disposition über das Gemeindevermögen vor, so dass die für den Betrug konstitutive unfreie Selbstschädigung ausschiede.²⁵

Insgesamt hat sich also die Entscheidung des *1. Strafsenats* sowohl im Ergebnis als auch in den tragenden Gründen als zutreffend erwiesen.

Prof. Dr. Ralf Krack, Osnabrück

²⁵ Das gilt auf der Grundlage der Prämisse, dass der Gemeinderat dasjenige Organ der Gemeinde ist, auf das hinsichtlich der Kenntnis der Organmitglieder abzustellen ist. Diese vom BGH offen gelassene Frage soll nachfolgend nicht geklärt werden. Es sei hier nur angedeutet, dass ich anders als der Senat (Urteilsabdruck Rn. 9) nicht dazu neige, die Kenntnis der Gemeinderatsmitglieder deshalb für irrelevant zu halten, weil es sich beim Erstattungsanspruch um zwingendes Recht handelt, auf das kein Gemeindeorgan verzichten darf.