

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

### Mindestanforderungen an die Schadensfeststellungen bei einem Erfüllungsbetrug

1. Im Zeitpunkt des Abschlusses von Lebensversicherungen liegt noch kein vollendeter Eingehungsbetrug vor, wenn der Täter zu diesem Zeitpunkt beabsichtigt, die Versicherungsprämien zu entrichten, aber die Versicherungssumme durch eine spätere Täuschung über den Eintritt eines Versicherungsfalls zu erlangen.
2. Das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot schließt es aus, das Vorliegen nicht bezifferter Verlustwahrscheinlichkeiten bereits als vollendeten Schadenseintritt i.S.e. Eingehungsbetruges anzusehen.
3. Die einschränkende verfassungsgerichtliche Rechtsprechung zum Vermögensnachteil i.S.d. § 266 StGB ist auch auf den Schadensbegriff des § 263 StGB zu übertragen.
4. Der Rechtsprechung des BGH zum sog. Quotenschaden wird durch die vorliegende Entscheidung des BVerfG nicht die Grundlage entzogen.  
(Leitsätze der Verf.)

GG Art. 103 Abs. 2  
StGB § 263

*BVerfG, Beschl. v. 7.12.2011 – 2 BvR 2500/09 u.a.*<sup>1</sup>

### I. Einführung

Der vorliegende, aus Sicht der Verf. im Ergebnis und in der Begründung zutreffende Beschluss des BVerfG trifft im Wesentlichen drei Aussagen zu verschiedenen, am Maßstab des Verfassungsrechts zu messenden strafprozessualen und materiell-strafrechtlichen Rechtsfragen: Er bestätigt die bisherige Rechtsprechung des Gerichts zu Fragen des Schutzes eines unantastbaren grundrechtlichen Kernbereichs privater Lebensgestaltung menschenwürderechtlichen Gehalts<sup>2</sup> (II.), billigt von verfassungsrechtlicher Warte her abermals die vom BGH in st. Rspr. angewandte Abwägungslehre<sup>3</sup> zur Frage des Bestehens von Beweisverwertungsverböten (III.) und sucht – und dieses scheint den Verf. am bedeutsamsten – den Schadensbegriff des Betruges nach § 263 StGB anhand der Anforderungen des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebots näher zu konturieren<sup>4</sup> (IV.). Nach einer jeweiligen Erörterung und Bewertung dieser Rechtsprechung werden die Verf. der Frage nachgehen, ob die bisherige Rechtsprechung des BGH in Fällen der Wettmanipulation aufrechterhalten werden kann (V.).

<sup>1</sup> Urteil im Volltext abrufbar unter [http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20111207\\_2bvr250009.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20111207_2bvr250009.html) und abgedruckt in NJW 2012, 907.

<sup>2</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 7.12.2011 – 2 BvR 2500/09 u.a., Rn. 99 ff.

<sup>3</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 7.12.2011 – 2 BvR 2500/09 u.a., Rn. 109 ff.

<sup>4</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 7.12.2011 – 2 BvR 2500/09 u.a., Rn. 162 ff.

### II. Geltung des Kernbereichsschutzes auch bei gefahrenabwehrrechtlichen Eingriffen

Nach dem hier zu besprechenden Beschluss des BVerfG ist der Kernbereich der privaten Lebensgestaltung als absolut unantastbarer Bereich<sup>5</sup> bei präventiven Maßnahmen zur Wohnraumüberwachung in gleichem Umfang zu wahren, wie dies bei strafprozessualen Maßnahmen der Fall ist. Dieses Ergebnis kann, unter Berücksichtigung der bisherigen Linie des BVerfG zum Kernbereich privater Lebensgestaltung,<sup>6</sup> kaum überraschen, weil das Gericht bereits in früheren Entscheidungen den Stellenwert und die Garantie dieses Rechtsguts durch Verortung seiner Wurzeln v.a. in der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG klargestellt hat und die Wahrung dieses Rechts vor diesem Hintergrund unabhängig von der Richtung der staatlichen Maßnahme<sup>7</sup> als absolut schutzwürdig erscheint.

### III. Vereinbarkeit der Abwägungslehre des BGH mit dem verfassungsrechtlichen Recht des Angeklagten auf ein faires Verfahren

Ebenso wenig überrascht die Bestätigung der bisherigen Rechtsprechung des BGH<sup>8</sup> zum Verfahren und der Annahme von Beweisverwertungsverböten durch das BVerfG. Nach dieser Rspr. führe nicht jeder Rechtsverstoß bei der Beweisgewinnung zu einem Verwertungsverbot; vielmehr sei eine einzelfallorientierte Abwägung der widerstreitenden Interessen vorzunehmen, bei der auch die Erfordernisse einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege in den Blick zu nehmen seien.<sup>9</sup> Das verfassungsrechtlich im Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG i.V.m. der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG sowie (bei drohenden Freiheitsstrafen) im Recht auf Freiheit aus Art. 2 Abs. 2 GG niedergelegte Recht auf ein faires Verfahren wirke sich im Ergebnis in der Annahme eines Beweisverwertungsverbötes, insbesondere bei schweren Straftaten, daher nur in Ausnahmefällen aus.<sup>10</sup> Seine Verletzung liege unter Beachtung dieser restriktiven Vorgaben erst vor, wenn die Fachgerichte rechtsstaatlich zwin-

<sup>5</sup> BVerfGE 119, 1 (29 f.); 120, 274 (335); 124, 43 (69).

<sup>6</sup> Zu dessen Garantie vgl. BVerfGE 6, 32 (41); 27, 1 (6); 32, 373 (378 f.); 34, 238 (245); 80, 367 (373). Auch die bisherigen Entscheidungen des BVerfG zu Fragen des Kernbereichsschutzes blieben jedoch nicht auf strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen beschränkt (vgl. etwa BVerfGE 113, 348 zu § 33a des Niedersächsischen Gesetzes über Sicherheit und Ordnung [Nds. SOG]).

<sup>7</sup> Zu Tendenzen der Schaffung eines Grenzen verwischenden Sicherheitsrechts zwischen repressiv und präventiv wirkenden Eingriffsmaßnahmen, vgl. ausführlich Steinsiek, Terrorabwehr durch Strafrecht?, 2012.

<sup>8</sup> BGHSt 24, 125 (128 ff.); 38, 214 (219 f.); 44, 243 (248 f.).

<sup>9</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 7.12.2011 – 2 BvR 2500/09 u.a., Rn. 113.

<sup>10</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 7.12.2011 – 2 BvR 2500/09 u.a., Rn. 117.

gende Folgerungen nicht gezogen hätten oder rechtsstaatlich Unverzichtbares preisgegeben worden sei.<sup>11</sup>

#### IV. Nähere Konturierung des Schadensbegriffs des § 263 StGB

Abweichend von den bisher aufgezeigten Kontinuitäten erfährt die Rechtsprechung durch das Urteil des BVerfG jedoch eine wesentliche Fortentwicklung in Bezug auf Auslegungsmöglichkeiten und -grenzen des Schadensbegriffs des § 263 StGB. Über den verfassungsrechtlich naheliegenden Maßstab des Bestimmtheitsgebots des Art. 103 Abs. 2 GG gibt das Verfassungsgericht den Fachgerichten mit dieser Entscheidung auch in materiell-strafrechtlicher Hinsicht Leitlinien vor. Diese aus Sicht der *Verf.* erfreuliche Tendenz bedeutet eine konsequente Rechtsanwendung, welche gleichzeitig die Bedeutung des Verfassungsrechts unterstreicht. Von der Untreue-Entscheidung<sup>12</sup> einmal abgesehen, handelt es sich jedoch um einen für den Bereich des materiellen Strafrechts durchaus seltenen Vorgang.<sup>13</sup> Das BVerfG mag in anderen Entscheidungen seit dem Lüth-Urteil<sup>14</sup> zu recht in ständiger Rspr. betonen, dass eine Fortführung einfach rechtlicher Streitigkeiten auf verfassungsrechtlicher Ebene zu verhindern und es selbst keine „Superrevisionsinstanz“ sei. Sind jedoch – wie hier – Einbruchstellen für eine verfassungsrechtliche Überprüfung gegeben, ist diese auf Antrag insbesondere aufgrund der Eingriffsintensität strafrechtlicher Maßnahmen auch wahrzunehmen.

Der BGH bejahte in seinem nun überprüften Urteil<sup>15</sup> das Vorliegen eines vollendeten Betruges i.S.d. § 263 StGB bereits bei Abschluss von Verträgen über Lebensversicherungen, wenn hierbei die Absicht bestanden habe, sich die Versicherungssumme später jeweils durch die Vorlage gefälschter Todesbescheinigungen auszahlen zu lassen. Die relevante Täuschung bestehe in der vorgespiegelten Bereitschaft, den Versicherungsschutz vertragskonform allein zur Abdeckung des zukünftigen Risikos eines ungewissen Schadenseintritts nutzen zu wollen. Bereits zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses habe sich unter Anlegung der Maßstäbe des sog. „Eingehungsbetruges“ ein Vermögensschaden bei dem jeweiligen Versicherungsunternehmen manifestiert. Der BGH begründete dieses Ergebnis damit, dass die Inanspruchnahme des Versicherers aufgrund der beabsichtigten Manipulation sicher zu erwarten und die Leistungswahrscheinlichkeit der Versicherungen gegenüber dem vertraglich vereinbarten Einstandsrisiko signifikant erhöht gewesen sei.<sup>16</sup> Eine spätere tatsächliche Auszahlung der Versicherungssumme hätte nur zu einer weiteren Schadensvertiefung geführt und den Eingehungs- zu einem Erfüllungsbetrug werden lassen. Der Höhe nach bezifferte der BGH den Vermögensschaden in Form der Gefähr-

dung durch die Eingehung des Versicherungsvertrages nicht und schuf in dieser Weise ein über die bisher anerkannten Figuren von Eingehungsbetrug und konkreter Vermögensgefährdung hinausgehend-erweiterndes Verständnis des Schadensbegriffs.

Diese bloße Verlustwahrscheinlichkeit als Schaden einzuordnen, wird durch das BVerfG unter Berücksichtigung des aus dem Bestimmtheitsgrundsatz abzuleitenden strikten Verbots strafbegründender Analogien richtigerweise abgelehnt. Zwar ist in Rspr. und Literatur nahezu unstreitig, dass von dem Vorliegen eines Vermögensschadens nicht allein dann ausgegangen werden kann, wenn das Opfer der Tat einen physisch-manifestierten und somit faktischen Vermögensnachteil erlitten hat. Ein solcher mag sich in zahlreichen Fällen des Alltags tatsächlich einstellen, viele strafwürdige Fälle eines komplexen Wirtschaftslebens umfasste er aber nicht. Vor diesem Hintergrund verwundert die seit langem gebräuchliche offene Definition nicht, wonach ein Vermögensschaden gegeben sei, wenn eine Saldierung vor und nach der Vermögensverfügung des Opfers ergebe, dass es zu einer Vermögensminderung gekommen sei, die nicht kompensiert werde (Gesamtsaldierung).<sup>17</sup> Da insbesondere bei Vertragsabschlüssen, bei denen ein Vertragspartner von vornherein seiner Leistungspflicht nicht nachkommen kann und/oder will, oft unklar ist, zu welchem Zeitpunkt der Vermögensschaden in Form des Ausbleibens der Gegenleistung eintritt, sind in Literatur und Rechtsprechung verschiedene Formen des Vermögensschadens entwickelt worden. Zahlreichen, z.T. auch in Kombination angewendeten, dogmatischen Konstruktionen zum Vermögensschaden ist gemein, dass sie eine Vorverlagerung der Annahme eines Vermögensschadens bewirken.<sup>18</sup> Dieses Vorgehen soll, wie auch von der Verfassungsgerichtsentscheidung nicht bezweckt,<sup>19</sup> nicht grundsätzlich in Frage gestellt werden. Einige Grenzpfähle einzuschlagen erscheint dennoch geboten.

Vor dem Hintergrund der vorliegenden Entscheidung erscheinen, bevor zu einem späteren Zeitpunkt noch zu Mög-

<sup>11</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 7.12.2011 – 2 BvR 2500/09 u.a., Rn. 112 m.w.N., Rn. 119.

<sup>12</sup> BVerfGE 126, 170 = NJW 2010, 3209.

<sup>13</sup> Ähnlich *Joecks*, *wistra* 2010, 179 (181), das BVerfG tue sich schwer, das Bestimmtheitsgebot zu bemühen.

<sup>14</sup> BVerfGE 7, 198 = NJW 1958, 257.

<sup>15</sup> BGHSt 54, 69 = NJW 2009, 3448.

<sup>16</sup> BGHSt 54, 69 (123 f.).

<sup>17</sup> Vgl. BGHSt 3, 99 (102); 16, 220 (221); 34, 199 (201); *Fischer*, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, Kommentar, 59. Aufl. 2012, § 263 Rn. 111; *Cramer/Perron*, in: *Schönke/Schröder*, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 263 Rn. 99.

<sup>18</sup> Auf die Entscheidung des BGH bezogen *Thielmann/Groß-Bölting/Strauß*, *HRRS* 2010, 38 f.; *Thielmann*, *StraFo* 2010, 412 (419); vgl. vertiefend außerdem *Hefendehl*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 4, 2. Aufl. 2012, § 263 Rn. 532 ff. (Vermögensgefährdung als Vermögensschaden); *Kindhäuser*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 2, 3. Aufl. 2010, § 263 Rn. 226 ff. (Vermögensschaden).

<sup>19</sup> Ausdrücklich Rn. 171, die Figur des Eingehungsbetruges sei verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, sowie Rn. 175, es sei grundsätzlich mit dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot vereinbar, bereits bei der konkreten Gefahr eines zukünftigen Verlusts einen gegenwärtigen Vermögensschaden anzunehmen.

lichkeiten von Schadensschätzungen Stellung genommen wird, insbesondere zwei den Strafbarkeitseintritt vorverlagernde Figuren erörterenswert. Die Konstruktion eines Eingehungsbetrugs geht vom Vorliegen eines Vermögensschadens bereits dann aus, wenn ein Vertragspartner schon bei Vertragsabschluss weiß, dass er seiner Leistungspflicht nicht nachkommen wird und hierbei mit entsprechender Bereicherungsabsicht handelt.<sup>20</sup> Ebenfalls anerkannt ist die Figur des konkreten Gefährdungsschadens, die erfüllt ist, wenn mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit die Erfüllung der Forderung ausbleiben wird.<sup>21</sup> Beides – gerade in Kombination miteinander – führt zu einer deutlichen Erweiterung der Strafbarkeit gegenüber der – dem Wortsinn „[...] das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt [...]“ des § 263 StGB näherliegenden – Konstellation des Erfüllungsbetrugs. Ein solcher sei gegeben, sobald das Opfer seinerseits die Gegenleistung erhalte und diese entweder hinter dem Versprochenen zurückbleibe oder es selbst mehr als geschuldet leiste,<sup>22</sup> sodass erst die weitere Abwicklung eines Vertrages zu Vermögensinbußen führe.<sup>23</sup>

Augenfällig wird die vorverlagernde Wirkung insbesondere durch die Kritik des BGH an der Vorinstanz. Das OLG Düsseldorf<sup>24</sup> war auch in den Fällen, in denen es zum Abschluss eines Versicherungsvertrages gekommen war, zu einem nur versuchten Betrug gelangt.<sup>25</sup> Die Kritik des BGH an dem Schuldspruch wegen versuchten Betrugs gründete auf dem Umstand, dass zwischen aktueller Situation im Zeitpunkt der Festnahme der Betroffenen und der tatsächlichen Auszahlung der Versicherungssumme noch zahlreiche wesentliche Zwischenschritte erforderlich seien. Von einem unmittelbaren Ansetzen (zu einem Erfüllungsbetrag) könne daher noch nicht ausgegangen werden.<sup>26</sup> In der Sache ist die Kritik des BGH bei einem Tatplan, der vor der tatsächlichen Erlangung der Versicherungssumme zumindest noch eine vorsätzliche Reise nach Ägypten, die vorsätzliche Bestechung von dortigen Amtspersonen zur Ausstellung unrichtiger Ur-

kunden, die vorsätzliche Vorlage der erlangten Urkunden bei den Versicherungen verbunden mit der Todesmeldung, das Überleben des Begünstigten sowie die Anweisung durch die Versicherungsgesellschaft und die Entgegennahme der Versicherungssumme durch den Begünstigten vorsah, zutreffend. Gerade diese Verneinung einer Versuchsstrafbarkeit im Vorbereitungsstadium eines Erfüllungsbetrugs aber verdeutlicht, wie weitgehend die vorverlagernden Wirkungen der Konstruktion eines Eingehungsbetrugs sein können.

Speziell unter den engen, die Vorhersehbarkeit eines Strafbarkeitseintritts für Jedermann fordernden<sup>27</sup> Grenzen des Art. 103 Abs. 2 GG hat das BVerfG derartigen Bestrebungen der Vorverlagerung Grenzen gesetzt. Mehr als folgerichtig war hierbei die vorgenommene Übertragung der vom Verfassungsgericht im Jahr 2010 im Rahmen der Untreue-Entscheidung<sup>28</sup> dargetanen Grundsätze auch auf den Betrugstatbestand. In seiner damaligen Entscheidung forderte das Gericht, für eine konkrete Vermögensgefährdung müsse ein bezifferter Mindestschaden vorliegen.<sup>29</sup> Die Übertragbarkeit dieser Grundsätze auch auf § 263 StGB fuße auf mehreren rechtsdogmatischen Erwägungen: Neben dem ähnlichen Wortlaut in Bezug auf den Taterfolg („Vermögen [...] beschädigt“ in § 263 StGB bzw. „Nachteil zufügt“ in § 266 StGB) ist dieses zum einen bereits der Umstand, dass es sich bei beiden Delikten um Verletzungs- bzw. Erfolgsdelikte und nicht lediglich um abstrakte Gefährdungsdelikte handeln soll.<sup>30</sup> Zum anderen zeigen sich zwischen beiden Tatbeständen keine derart großen Abweichungen, die eine unterschiedliche Interpretation des Schadensbegriffs im Rahmen des § 263 StGB angezeigt erscheinen ließe. Zwar wurde die restriktive Auslegung des Schadensbegriffs im Rahmen des § 266 StGB in der dem BVerfG<sup>31</sup> folgenden Literatur<sup>32</sup> häufig auch mit dem Argument begründet, der Versuch der Untreue sei vom Gesetzgeber bewusst nicht unter Strafe gestellt worden, weshalb Vorverlagerungen der Strafbarkeit durch Erweiterungen des Schadensbegriffs Grenzen gesetzt seien. Trotz der Strafbarkeit des versuchten Betruges gemäß § 263 Abs. 2 StGB sind Grenzziehungen hier jedoch kaum weniger geboten. Zwar lauten die Alternativen im Rahmen des § 263 StGB je nach Auslegung des Schadensbegriffs sodann zwar nicht stets auf Strafbarkeit wegen vollendeter Tat oder Straflosigkeit, aber zumindest auf Strafbarkeit wegen vollendeter Tat oder Versuchsstrafbarkeit, was wegen der Rechtsfolgen in § 23 Abs. 2 und § 24 StGB unter Gesichtspunkten des freiheitssichernden Grundrechtsschutzes kaum weniger gewichtig erscheint. Zwei weitere Argumente für die Übertragbarkeit der zu § 266 StGB von der Rspr. entwickelten Grundsätze auf § 263 StGB werden schließlich auch vom BVerfG selbst in überzeugenden-

<sup>20</sup> Vertiefend s. *Kindhäuser* (Fn. 18), § 263 Rn. 316 ff.; *Cramer/Perron* (Fn. 17), § 263 Rn. 128.

<sup>21</sup> Aus Sicht der *Verf.* sind beide Kategorien nicht deckungsgleich (mit solcher Tendenz aber Rn. 172 des BVerfG-Urteils), da das Vorliegen einer konkreten Vermögensgefährdung ebenso in Fällen des Erfüllungsbetruges möglich erscheint (wie hier *Thielmann/Groß-Bölting/Strauß* HRRS 2010, 38 [40 f.]).

<sup>22</sup> *Fischer* (Fn. 17), § 263 Rn. 177; *Küper*, Strafrecht, Besonderer Teil, 8. Aufl. 2012, S. 381.

<sup>23</sup> BGHSt 32, 211 (213) = NJW 1985, 75, *Fischer* (Fn. 17), § 263 Rn. 175, 177.

<sup>24</sup> OLG Düsseldorf, Urt. v. 5.12.2007 – III-IV 10/05.

<sup>25</sup> Nach der Rezeption durch den BGH soll dieses auf die Figur eines Erfüllungsbetruges abgestellt haben, insb. *Thielmann/Groß-Bölting/Strauß* (HRRS 2010, 38 [40]) bestreiten dies. Vorliegend ist eine Stellungnahme hierzu nicht erforderlich.

<sup>26</sup> BGHSt 54, 69 (127 f.) in Übereinstimmung mit der weitgehend herrschenden Zwischenakttheorie; zust. *Thielmann*, StraFo 2010, 412 (414).

<sup>27</sup> Vgl. *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 12. Aufl. 2012, Art. 103 Rn. 51; *Degenhart*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar GG, 6. Aufl. 2011, Art. 103 Rn. 67.

<sup>28</sup> BVerfGE 126, 170.

<sup>29</sup> BVerfGE 126, 170 (211 f., 228 f.).

<sup>30</sup> Für § 266 StGB BVerfGE 126, 170 (221, 226).

<sup>31</sup> BVerfGE 126, 170 (226, 228).

<sup>32</sup> *Frisch*, EWiR 2010, 657; *Radtke*, GmbHR 2010, 1121.

der Weise dargetan. Zum einen weist das Gericht zutreffend darauf hin, die Figur der schadensgleichen Vermögensgefährdung sei ursprünglich im Rahmen des § 263 StGB entwickelt und sodann auf § 266 StGB übertragen worden, sodass gleichsam auch die Rückübertragung der hierzu ergangenen Rechtsprechung auf § 263 StGB geboten sei. Zum anderen würden Fragestellungen im Zusammenhang mit der Frage der schadensgleichen Vermögensgefährdung auch von der Rspr. und ganz überwiegenden Literatur in Bezug auf beide Tatbestände einheitlich behandelt.<sup>33</sup>

Die vom BVerfG aufgestellte Pflicht zur Bezifferung eines konkreten Schadens ist hierbei ein geeignetes Werkzeug zur Vermeidung zu weitgehender Strafbarkeitsausdehnungen. Denn sie zwingt bereits den Tatrichter zu wirtschaftlich nachvollziehbaren Feststellungen und damit dazu, nicht allein das Bestehen abstrakter Risiken ausreichen zu lassen. Es wahrt in dieser Weise den Charakter des Betruges als Erfolgsdelikt sowie den ultima ratio-Charakter des Strafrechts.<sup>34</sup> Zugleich schafft das Kriterium der Bezifferbarkeit neben der bislang gebräuchlichen Formulierung „es müsse vom Zufall abhängen, ob sich die Vermögensgefährdung zu einem tatsächlichen Vermögensschaden verdichte“, einen weiteren Maßstab zur Abgrenzung konkreter von (zur Tatbestandsverwirklichung nicht ausreichender) abstrakten Vermögensgefährdungen, ohne hierbei die Figur der schadensgleichen Vermögensgefährdung grundsätzlich in Frage zu stellen.<sup>35</sup> „Schadensgleich“ kann diese jedoch richtigerweise nur sein, wenn ein Gefährdungsgrad erreicht wird, der einen Schadenseintritt mehr als nur möglich erscheinen lässt. Zudem stärkt das Merkmal der Bezifferbarkeit den wirtschaftlichen Bezug und damit den Charakter des Betrugstatbestands als Vermögensdelikt. Hierfür ist es unschädlich, wenn wie vom Verfassungsgericht in der Untreue-Entscheidung betont, neben wirtschaftlichen *auch* normative Aspekte Berücksichtigung finden.<sup>36</sup> Diese dürfen die eindeutig wirtschaftlichen Wertungen jedoch nicht deutlich überwiegen, denn ein solches Vorgehen stellte den Charakter des Betrugs als Vermögensdelikt in Frage. Die Pflicht zur Bezifferung eines konkreten Schaden kann hierbei ein geeignetes Werkzeug zur Sicherung der Bedeutung dieser wirtschaftlichen Bezüge sein.

Die Entscheidung des Verfassungsgerichts überzeugt aber auch deshalb, weil sie trotz dieser restriktiven Zielrichtung praktischen Nachweisschwierigkeiten ausreichend Rechnung trägt. Denn das Gericht erlaubt auch weiterhin die Möglichkeit einer erleichterten Schadensfeststellung: Notfalls könne diese, wenn ein Schaden nicht durch ein Sachverständigen-gutachten oder aufgrund wirtschaftlicher Erfahrung festgestellt werden kann, durch eine vorsichtige Schätzung ersetzt werden.<sup>37</sup> Beachtet werden muss jedoch das hiermit festgelegte Stufenverhältnis, wonach Schätzungen und die Annah-

me von Mindestschadenssummen erst dann in Betracht kommen, wenn konkrete Berechnungen durch das Gericht (ggf. unter Einschaltung von Sachverständigen) keine näheren Bezifferungen ermöglichen. Eine konkrete Schadensbezifferung ist im vorliegenden Fall weitgehend unterblieben, obwohl mögliche Ansatzpunkte hierfür bereit gestanden hätten (etwa die garantierten Todesfallsummen der Verträge, Vergleiche zwischen statistischen Mittelwerten hinsichtlich der Dauer bis zum Eintritt des Leistungsfalls und seiner Wahrscheinlichkeit mit den hiesigen Wahrscheinlichkeiten). Auch sind die Anforderungen an die Zugrundlegung eines geschätzten Mindestschadens nicht gewahrt worden. Denn es bedarf im Lichte rechtsstaatlicher Entscheidungen und eines effektiven Grundrechtsschutzes auch in Fällen von Schätzungen der Darlegung, worauf die Schätzung beruhte, da sie allein dann obergerichtlich überprüft werden kann. Eine solche Schätzung mag – gerade auch im vorliegenden Fall, dessen Versicherungsverträge stets Risikogeschäfte darstellen und bei denen der Grad der täuschungsbedingten Risikoerhöhung schwierig zu bestimmen sein kann<sup>38</sup> – die Praxis im Einzelfall vor schwierige Aufgaben stellen. Sie einzufordern, ist nicht allein aus den vorgenannten Gründen, sondern wegen der Bedeutung der jeweiligen Schadenshöhe auch für die Frage einer schuldangemessenen Strafzumessung relevant. Zeigt sich in der Konsequenz im konkreten Fall aber gar, dass derartige Umstände auch unter Heranziehung von schätzweisen Näherungswerten keine Bezifferung ermöglichen, kann ein Vermögensschaden nicht angenommen werden. Eine bloße Erhöhung<sup>39</sup> eines Schadensrisikos jedenfalls kann allein nicht ausreichen. Ein solches Vorgehen pönalisierte ansonsten jedes vertragswidrige Verhalten gegenüber einer Versicherung.<sup>40</sup> Mit diesen Vorgaben ist es dem BVerfG gelungen, dem Schadensbegriff zumindest in Randbereichen schärfere Konturen zu verleihen und Tendenzen einer fortschreitenden Ausdehnung des Schadensbegriffs entgegenzutreten.

#### V. Parallelen und Unterschiede zur Rechtsprechung des BGH zum sog. „Quotenschaden“ in Wettbetrugsfällen

Fraglich bleibt im Lichte des Vorstehenden jedoch, inwieweit unter diesen Rahmenbedingungen die Rspr. des BGH zum sog. „Quotenschaden“ aufrechterhalten werden kann. Unter diesem Begriff wird – seit der juristischen Aufarbeitung der Vorgänge um den Fußballschiedsrichter Robert Hoyzer<sup>41</sup> – das Bestehen eines Vermögensschadens angenommen, wenn durch Manipulationshandlungen von Wettteilnehmern Gewinnchancen erhöht werden sollen, was zu einem Missverhältnis der eingeräumten Gewinnchance zum hierfür geforderten Spieleinsatz führt. Die o.g. Entscheidung betraf Sportwetten, bei denen der Ausgang bestimmter Fußballspiele un-

<sup>33</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 7.12.2011 – 2 BvR 2500/09 u.a., Rn. 174 f.

<sup>34</sup> Ebenso *Joecks*, *wistra* 2010, 179 (181).

<sup>35</sup> Vgl. für die a.A. die Nachweise bei BVerfG, Beschl. v. 7.12.2011 – 2 BvR 2500/09 u.a., Rn. 174.

<sup>36</sup> BVerfGE 126, 170 (212).

<sup>37</sup> BVerfGE 126, 170 (230).

<sup>38</sup> Nach *Joecks*, *wistra* 2010, 179 (180) ist dies gar unmöglich.

<sup>39</sup> Das vom BGH (nicht weiter inhaltlich ausgefüllte) Merkmal der „signifikanten“ Erhöhung ist ebenso nicht geeignet, eine ausreichende Konkretisierung zu bewirken.

<sup>40</sup> Ähnlich BGH StV 1985, 368; krit. zu einem solchen Vorgehen auch *Joecks*, *wistra* 2010, 179 (180).

<sup>41</sup> BGHSt 51, 165 = NJW 2007, 782 = NStZ 2007, 151.

ter Zugrundlegung fester, durch den Wettanbieter aufgrund einer vorherigen Risikoanalyse bestimmter Quoten („oddset“) vorhergesagt werden konnte. Nach Ansicht des 5. Strafsenats des BGH stellten diese festgelegten Quoten den „Verkaufspreis“ der Wettchance dar. Durch die Manipulation des Spiels habe das tatsächliche Risiko nun nicht mehr demjenigen entsprochen, welches die Wettanbieter bei ihrer Entscheidung zu Grunde gelegt hätten, sodass bereits durch diese Differenz ein Vermögensschaden eingetreten sei.<sup>42</sup>

Im Vergleich dazu werden beim Abschluss einer Lebensversicherung durch den Versicherungsanbieter ähnliche Risikoanalysen durchgeführt, um die Entscheidung, ob und unter welchen Umständen der Vertrag geschlossen werden kann, zu treffen. Diese Ermittlung der Eintrittswahrscheinlichkeit eines Versicherungsfalles, lässt sich mit der Festlegung einer Wettquote grundsätzlich vergleichen, da in beiden Fällen trotz Analyse und Wahrscheinlichkeiten ein Zufallselement verbleibt, von dem die Leistungspflicht abhängig ist.<sup>43</sup> Vor diesem Zeitpunkt hat der Wettkunde/Versicherungsnehmer lediglich einen vertraglichen Anspruch auf Risikoübernahme begründet. Es spricht zudem für eine Vergleichbarkeit beider Konstellationen, dass der Eintritt eines Schadens in beiden Fällen jeweils unumkehrbar zu einem Zeitpunkt bejaht wird, bei dem noch offen ist, ob der spätere Leistungsfall gerade aufgrund der Manipulation (Schiedsrichterfehlentscheidung/Vorlage zu Unrecht ausgestellter Todesbescheinigung) oder nachfolgend eigentlich vertragsgemäßem Verhalten (fehlende Beeinflussung des Spielverlaufs/tatsächlicher Tod des Versicherungsnehmers) beruht. Somit haben die Angeklagten auch in den vom BVerfG behandelten Fällen durch die Eingehung des Versicherungsvertrages bei zuvor geplanter Manipulation das tatsächliche Verlustrisiko der Versicherung gegenüber dem angenommenen Risiko bei Vertragsschluss erhöht. Gemein ist beiden Fällen ebenso die Wertung des BGH, eine Bezifferung des „(Quoten-)Schadens“ jeweils nicht für erforderlich zu erachten. Es reiche vielmehr aus, wenn die relevanten Risikofaktoren gesehen und bewertet würden.<sup>44</sup> Fraglich ist jedoch, ob die Rspr. des BVerfG zu den hiesigen Versicherungsfällen trotz der vorstehend dargelegten Parallelen tatsächlich auf Fälle des Wettbetrugs übertragbar ist. Hiergegen spricht entscheidend der jeweils unterschiedliche Grad der bewirkten Vorverlagerung von Strafbarkeiten. Während es sich in den Versicherungsfällen nach Rspr. des BGH jeweils um einen Eingehungsbetrug handelt, da die eigentliche Leistung der Versicherung in der späteren, von weiteren Prüfungen abhängigen Auszahlung der Versicherungssumme liegt, handelt es sich in den Wettfällen nicht um Fälle eines Eingehungsbetrugs, da das Opfer (der Wettanbieter) seine Verpflichtung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits

vollständig erbracht hat.<sup>45</sup> Denn dessen Leistung besteht nicht erst in der späteren Auszahlung des Gewinns, sondern maßgeblich bereits in dem Einräumen einer (im Verhältnis zur eingesetzten Geldsumme zu großen) Gewinnchance bei Vertragsschluss.<sup>46</sup> Die spätere Auszahlung des Gewinns stellt – anders als in den Versicherungsfällen – sodann lediglich eine bloße Formalie dar, da bei dieser keine erneute Prüfung einer Bezugsberechtigung stattfindet. In den Versicherungsfällen hingegen ist zur tatsächlichen Erlangung der Vermögensvorteile eine zweite Täuschung (nämlich über den Eintritt des Leistungsfalls) und damit auch ein zweiter – bei wertender Betrachtung u.U. schwerer wiegender<sup>47</sup> – Irrtum erforderlich,<sup>48</sup> während ein solcher zweiter Irrtum in den Wettfällen (der vorgelegte Wertschein dürfte allenfalls noch auf Echtheit überprüft werden, aber nicht auf das unbeeinflusste Zustandekommen des Ergebnisses) fehlt. Dieser Unterschied aber bewirkt, dass die Annahme eines Quotenschadens nicht zu vergleichbar weiten Vorverlagerungen von Strafbarkeiten weg von der endgültigen Schadensmanifestation des Erfüllungsbetrugs führt, daher weniger weitgehende Ausweitungen des Schadensbegriffs mit sich bringt<sup>49</sup> und mithin auch einer weniger restriktiven Handhabung bedarf. Mithin ist eine Änderung der Rechtsprechung zum Quotenschaden nach Ansicht der *Verf.* im Lichte der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung nicht zwingend geboten.

*Regierungsrat Dr. Mark Steinsiek, Diplom-Jurist/-verwaltungswirt Philipp Vollmer, Hannover\**

<sup>42</sup> BGH NStZ 2007, 151 (154).

<sup>43</sup> So auch *Radtke*, Jura 2007, 445 (451), der den Quotenschaden als spezifischen Schadenstypus bei Rechtsgeschäften ansieht, die sich auf den zufälligen Eintritt eines Ereignisses beziehen.

<sup>44</sup> BGH NStZ 2007, 151 (154).

<sup>45</sup> I.E. entspricht dieses auch den Ausführungen des BGH (vgl. NStZ 2007, 151 [154]); es verwundert daher, wenn dieser zuvor dennoch den Begriff des Eingehungsbetruges verwendet (vgl. ebd.).

<sup>46</sup> BGH NStZ 2007, 151 (154 f.); ebenso *Radtke*, Jura 2007, 445 (451).

<sup>47</sup> *Thielmann*, StraFo 2010, 412 (417).

<sup>48</sup> Zutreffend herausgearbeitet von *Thielmann*, StraFo 2010, 412 (415).

<sup>49</sup> Solche bestehen in gewissem Umfang aber vor dem Hintergrund, dass wegen der nach Vertragsschluss noch nötigen Manipulationshandlungen noch keine konkrete, sondern eine lediglich abstrakte Vermögensgefährdung angenommen werden kann (BGH NStZ 2007, 151 [155], zust. *Radtke*, Jura 2007, 445 [451]).

\* Der Autor *Steinsiek* war wissenschaftlicher Mitarbeiter, der Autor *Vollmer* war stud. Hilfskraft am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Internationales Strafrecht (RiBGH Prof. Dr. Henning Radtke), Hannover, und ist jetzt als Dozent an der Polizeiakademie Niedersachsen tätig.