

# Der individuelle Schadenseinschlag beim Betrug

Von Adriano Teixeira, LL.M., München\*

## I. Einleitung

Angesichts der neueren Rechtsprechung des BVerfG (BVerfGE 126, 170; 130, 1) zum Tatbestandsmerkmal des Vermögensnachteils bei der Untreue (§ 266 StGB) und des Vermögensschadens beim Betrug (§ 263 StGB), wonach normative Gesichtspunkte bei der Bewertung von Schäden zwar eine Rolle spielen, die wirtschaftliche Betrachtung jedoch nicht überlagern oder verdrängen dürfen, hat der 5. Senat des BGH in zwei Entscheidungen aus dem Jahr 2014 die Frage gestellt, letztlich aber offengelassen, ob die Grundsätze der objektiv-individuellen Schadensberechnung in Teilen einer Korrektur bedürfen.<sup>1</sup> Zugleich hat der 5. Senat, wenn auch eher obiter dicta,<sup>2</sup> dabei auf die Notwendigkeit einer Einschränkung des Anwendungsbereichs der Figur des individuellen Schadenseinschlags hingewiesen.<sup>3</sup>

Ziel dieses Beitrags ist die Klärung der Frage, ob die verfassungsrechtlichen Sorgen des 5. Strafsenats des BGH um den individuellen Schadenseinschlag begründet sind. Dies soll in zwei Schritten erfolgen. Erstens wird analysiert, inwieweit die vom BGH entschiedenen Fälle tatsächlich die Rechtsfigur des individuellen Schadenseinschlags im Lichte der Vorgaben des BVerfG betreffen (III.). Zweitens wird in einem allgemeineren Rahmen die Berechtigung und Grenze der Individualisierung des Vermögensschadens angesprochen (V.). Davor aber bietet sich eine kurze Rekapitulation der Entstehung des individuellen Schadenseinschlags an (II.).

---

\* Der Verf. dankt Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schünemann für die wertvolle Hilfe sowie Herrn Prof. Dr. Luís Greco, LL.M., für zahlreiche Anregungen und für die Möglichkeit, das Thema beim Rechtsphilosophischen Donnerstag-Seminar an der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg diskutieren zu können, und Herrn Dr. Peter Kasiske für die sprachliche Korrektur des Textes.

<sup>1</sup> BGH NStZ 2014, 318 (320); BGH NStZ 2014, 517 (518); dazu vgl. Schlösser, HRRS 2014, 395 (398); Schmidt, NJW 2015, 284 (285); Rostalski, HRRS 2016, 73 (74). Nichtsdestotrotz hat der 2. Strafsenat auf dieses Institut ohne Einschränkung in einem Urteil aus demselben Jahr zurückgegriffen, vgl. BGH NJW 2014, 2595 (2598 ff.); hierzu noch unten III. 2. c). Außerdem hat sogar das BVerfG (NJW 2013, 368 ff.) die Figur des individuellen Schadenseinschlags im Rahmen der Untreue, vor allem was die erste Fallgruppe angeht, ausdrücklich gebilligt. Die dabei vorgenommene Fallgruppenbildung diene nicht zuletzt der Konkretisierung des Nachteilsmerkmals und sei daher geeignet, den Anwendungsbereich des Untreuetatbestands im Sinne des Bestimmtheitsgebots zu begrenzen.

<sup>2</sup> Wessels/Hillenkamp, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 38. Aufl. 2015, Rn. 550, Fn. 290.

<sup>3</sup> So sehen es auch Schlösser, HRRS 2014, 395 (397); Schmidt, NJW 2015, 284 (286); anders aber Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 7. Aufl. 2015, § 13 Rn. 179.

## II. Kurze Rekapitulation

Es ist ein altes Dogma der Betrugsdogmatik, dass der das Erfolgsunrecht des Betrugs ausmachende Vermögensschaden durch einen Vergleich des Vermögens des Opfers (i.d.R.: des Getäuschten) vor und nach der Vermögensverfügung festzustellen ist – sog. Prinzip der Gesamtsaldierung.<sup>4</sup> Da allerdings eine Bewertung des Gesamtvermögens – verstanden als die Summe der gesamten geldwerten Güter einer Person nach Abzug der Verbindlichkeiten<sup>5</sup> – praktisch schwer durchzuführen und letztlich auch unnötig ist, wird lediglich die Leistung des Getäuschten mit der Gegenleistung des Täters (= des Täuschenden) verglichen.<sup>6</sup> Wenn sich daraus bei objektiv-wirtschaftlicher Betrachtungsweise ein Minus zuungunsten des Getäuschten ergibt, also wenn die erhaltene Gegenleistung weniger wert ist als die eigene Leistung, liegt ein Schaden vor. Seitdem sich der ökonomisch-juristische Vermögens- und Schadensbegriff in der Rechtsprechung und in der Literatur durchgesetzt hat,<sup>7</sup> wurde diese objektive und marktorientierte Methode der Schadensberechnung kaum in Zweifel gezogen.<sup>8</sup>

Dennoch wird seit einer bahnbrechenden Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1961 (BGHSt 16, 321) angenommen, dass ein Vermögensschaden auch bei objektiver Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung vorliegen kann, wenn der Erwerber a) die angebotene Leistung nicht oder nicht in vollem Umfang zu dem vertraglich vorausgesetzten Zweck oder in anderer zumutbarer Weise verwenden kann, b) durch die eingegangene Verpflichtung zu vermögensschädigenden Maßnahmen genötigt wird, oder c) infolge der Verpflichtung nicht mehr über die Mittel verfügen kann, die zur ordnungsgemäßen Erfüllung seiner Verbindlichkeiten oder sonst für eine seinen persönlichen Verhältnissen angemessene Wirtschafts- oder Lebensführung unerlässlich sind.<sup>9, 10</sup>

---

<sup>4</sup> Grundlegend RGSt 16, 1 (3); m.w.N. Wessels/Hillenkamp (Fn. 2), Rn. 538.

<sup>5</sup> BGH 16, 220 (221); Tiedemann, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 9, 12. Aufl. 2012, § 263 Rn. 132; Schünemann, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (a.a.O.), § 266 Rn. 165.

<sup>6</sup> RGSt 16, 1 (5).

<sup>7</sup> Vgl. statt vieler Cramer, Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht, 1968, S. 100.

<sup>8</sup> M.w.N. Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 263 Rn. 99; vgl. aber Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 4. Aufl. 2012, Bd. 3, § 263 Rn. 284, wonach ein Schaden anzunehmen sei, „wenn die mit der Verfügung verbundene Einbuße an vermögensrelevanter Verfügungsmacht nicht (in vollem Umfang) durch Erreichung des sie rechtfertigenden und vom Täter anerkannten Zwecks ausgeglichen wird“.

<sup>9</sup> BGHSt 16, 321 (322 ff.). In dieser grundlegenden Entscheidung ging es um folgenden Sachverhalt: Der Angeklagte,

### III. Die Bedenken des BGH bezüglich der Figur des individuellen Schadenseinschlags im Lichte der Vorgaben des BVerfG

In seiner Entscheidung aus dem Jahr 2010 hat das BVerfG nicht nur die Verfassungsmäßigkeit des Tatbestands der Untreue (§ 266 StGB) im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG bestätigt, sondern auch konkrete Anforderungen für die Auslegung der Tatbestandsmerkmale der Pflichtwidrigkeit und des Vermögensnachteils postuliert.<sup>11</sup> Die durch die Gerichte vorzunehmende Auslegung des Nachteilsmerkmals dürfe dieses Tatbestandsmerkmal nicht mit dem Pflichtwidrigkeitsmerkmal verschleifen, das heißt, es in diesem Merkmal aufgehen lassen. Das bedeutet: Aus dem Vorliegen des Pflichtwidrigkeitsmerkmals darf nicht

Verkaufsvertreter für Melkmaschinen, hatte den von ihm aufgesuchten Landwirten vorgespiegelt, er könne ihnen die benötigte Anlage weit unter dem normalen Preis als Musteranlage verschaffen. Tatsächlich entsprach der von ihm geforderte und vereinbarte Preis aber dem gewöhnlichen Listenpreis. Einige Interessenten hatte der Angeklagte unter Druck gesetzt, indem er eine sofortige Entscheidung verlangte, andernfalls „in einer Stunde ein anderer Bauer den Vorteil hätte“. Dadurch gelang es ihm, eine Vielzahl von Bauern zum Erwerb der Melkanlage zu bewegen. Wegen des Kaufs war der Landwirt K in finanzielle Schwierigkeiten und die Gefahr der Insolvenz geraten, weil er zu der damaligen Zeit noch andere Verbindlichkeiten hatte. B, der sich ebenfalls in heiklen finanziellen Verhältnissen befand, musste, „um die daraus entstandene Verpflichtung erfüllen zu können, einen verzinslichen Kredit aufnehmen“; die Bäuerin F brauchte eine Melkmaschine für zehn Kühe, die sie auch auf der Weide verwenden könne“, trotzdem hat sie irrtümlich eine Maschine erworben, die nur für zwei bis drei Kühe ausreichte. Bei diesen drei Täuschungsoptionen bejahte der BGH trotz Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung den Eintritt eines Vermögensschadens; vgl. die Darstellung etwa bei *Cramer* (Fn. 7), S. 103 f.; *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 63. Aufl. 2016, § 263 Rn. 147a. Es ist anzumerken, dass vor dieser Entscheidung eine deutlichere Subjektivierung bei der Schadensbestimmung zu beobachten war; vgl. dazu RGSt 16, 1 (11); OLG Neustadt MDR 1960, 945; *Lackner*, in: Ebermayer/Baldus (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 6, 10. Aufl. 1988, § 263 Rn. 157.

<sup>10</sup> Die zwei letzten Fallgruppen wurden in BGHSt 43, 293 (299) – „Bugwellen-Fall“, auch auf den Untreuetatbestand angewandt, dazu kritisch *Berger*, Der Schutz öffentlichen Vermögens durch § 263 StGB, 2000, S. 187; *Schünemann* (Fn. 5), § 266 Rn. 234; zur Anwendung des individuellen Schadenseinschlags bei der Untreue vgl. auch OLG Hamm NSTZ 1986, 119 (120). *Kudlich*, in: Fischer u.a. (Hrsg.), Dogmatische und praktische Probleme des Schadensbegriffs im Vermögensstrafrecht, 2015, S. 123 (125), betont neuerdings, dass der Anwendungsbereich eines individuellen Schadenseinschlags wegen Unbrauchbarkeit der Leistung bei § 266 StGB sogar noch größer als bei § 263 StGB sein könne; vgl. ferner *Schünemann* (Fn. 5), § 266 Rn. 234.

<sup>11</sup> Siehe dazu etwa *Saliger*, ZIS 2011, 902.

automatisch auf einen Vermögensnachteil geschlossen werden, vielmehr muss dieser selbständig festgestellt werden (sog. „Verschleifungsverbot“<sup>12</sup>).<sup>13</sup> Außerdem ist der Nachteil der Höhe nach zu beziffern und in wirtschaftlich nachvollziehbarer Weise in den Urteilsgründen zu ermitteln. Aufgrund der vorausgesetzten Identität des Nachteilsmerkmals bei § 266 StGB und des Schadensmerkmals bei § 263 StGB<sup>14</sup> wurden diese Maßstäbe vom BVerfG im nächsten Jahr in der sog. Al-Qaida-Entscheidung auf den Betrugstatbestand übertragen.<sup>15</sup>

Obwohl es bei der obengenannten, vom BVerfG kassierten Entscheidung des BGH vornehmlich um ein Problem des sog. Eingehungsbetrugs bzw. der Vermögensgefährdung ging, hat der 5. Strafsenat des BGH eine Gefahr der unzulässigen (Über)Normativierung des Schadensbegriffs auch im Hinblick auf die Rechtsfigur des individuellen Schadenseinschlags erblickt, wobei er sich hierzu allerdings nicht abschließend äußern wollte. Bei der einen Entscheidung ging es um einen Anlagebetrug, wobei der Anleger über das Verlustrisiko seiner Anlage durch den Anlageanbieter getäuscht wurde.<sup>16</sup> Die andere Entscheidung betraf dagegen vornehmlich den Untreuetatbestand, mittelbar aber auch den Betrug. Denn darin ging es um den Fall eines Notars, der Kaufangebote einer Bande betrügerisch tätiger Vermittler von Immobilienverkäufen beurkundet hatte. Durch falsche Versprechungen hatten die Angeklagten, die sich einer besonderen Überumpelungstaktik zur Gewinnung von Kunden bedienten, die Opfer über die Wirtschaftlichkeit des vorgeschlagenen Immobilienkaufs und damit über die Rentabilität der Kapitalanlage getäuscht. Das alles war dem angeklagten Notar bewusst, der es aber unterlassen hatte, die Kaufinteressenten auf die möglichen wirtschaftlichen Folgen eines Wohnungskaufs aufmerksam zu machen.

In beiden Fällen hatte die Vorinstanz einen Vermögensschaden in Gestalt eines individuellen Schadenseinschlags begründet. Der Schaden in Höhe der vollen Investition (Kaufpreis) wurde nämlich darin erblickt, dass die Anleger in „etwas völlig anderes“ als das Versprochene investiert hatten, „nämlich in ein aliud, an dem sie kein Interesse hatten“ (erster Fall), bzw. dass die Investition als Kapitalanlage nicht im versprochenen Umfang für die Kaufinteressenten geeignet

<sup>12</sup> Erstmals BVerfGE 92, 1 (16); grundlegend *Saliger*, ZStW 112 (2000), 563 (569); kritisch gegenüber einem extensiven Verständnis des Begriffs der Verschleifung aber *Krell*, ZStW 126 (2014), 902 (903).

<sup>13</sup> BVerfGE 126, 170 (210).

<sup>14</sup> Vgl. nur *Schünemann* (Fn. 5), § 266 Rn. 164; *ders.*, in: *Fischer* u.a. (Fn. 10), S. 61.

<sup>15</sup> BVerfGE 130, 1 (47 ff.): Die vorangegangene Entscheidung des BGH (BGHSt 54, 69 [122]) wurde zum Teil aufgehoben, weil dort das Tatbestandsmerkmal des Vermögensschadens damit begründet wurde, dass der Täter einen Versicherungsvertrag in der Absicht abgeschlossen hatte, den Eintritt des Versicherungsfalls vorzutäuschen, ohne eine Reihe von Umständen zu berücksichtigen, die der endgültigen Realisierung dieser Gefahr entgegenstanden.

<sup>16</sup> BGH NSTZ 2014, 318 (319).

war (zweiter Fall). In letzterem hatte das LG den persönlichen Schadenseinschlag auch mit dem Ausmaß der Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit der Erwerber begründet. Den Käufern seien, da sie höhere Eigenanteile zur Abdeckung der Finanzierungskosten aufwenden mussten, als ihnen zugesagt worden war, „mit der eingegangenen langjährigen Finanzierungsverpflichtung Mittel entzogen“, die sie für „eine angemessene Wirtschafts- und Lebensführung benötigt“ hätten.<sup>17</sup>

Der BGH hat der Vorinstanz vorgeworfen, die gebotene Prüfungsreihenfolge der Schadensberechnung nicht gewahrt zu haben, als sie direkt auf den subjektiven Wert des Erlangten für den Verletzten abgestellt hatte. Vorrangig sei nämlich zunächst einmal der sich aus dem Vergleich des Vermögens vor und nach der Verfügung ergebende Saldo zu ermitteln. Nur bei Nichtvorliegen eines Negativsaldos, das heißt, bei objektiver Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung,<sup>18</sup> könne in einem zweiten Schritt geprüft werden, ob ein Vermögensschaden unter dem Aspekt des individuellen Schadenseinschlags festzustellen ist.<sup>19</sup> Der Fehler lag demnach darin, dass der objektive wirtschaftliche Wert der Investition beim Vertragsabschluss (Eingehungsbetrug), nämlich der erworbene Rückzahlungsanspruch,<sup>20</sup> nicht als erstes bzw. überhaupt nicht bestimmt worden war. Außerdem, führte der BGH weiter aus, auch wenn ein (objektiver) Schaden feststellbar wäre, würde dieser nicht dem vollen Kaufpreis der Anlage bzw. der Immobilien entsprechen, denn das Verlustrisiko lasse die Realisierbarkeit des dennoch verbleibenden Geldwerts prinzipiell unberührt.<sup>21</sup>

Die Kritik des BGH an den jeweiligen Entscheidungen der Landgerichte trifft zu, soweit festgestellt wird, dass die Anwendung der Rechtsfigur des individuellen Schadenseinschlags fehlerhaft bzw. unnötig war.<sup>22</sup> In den beschriebenen Sachverhalten hätte sich ein Schaden bereits durch einen Vergleich des Werts der objektiven Leistungspflicht des Getäuschten mit dem objektiven Wert seines Gegenleistungsanspruchs begründen lassen.<sup>23</sup> Konkret: Ein Negativsaldo könnte sich bereits durch das Errechnen des Differenzbeitrags feststellen lassen, wenn nämlich der Kaufpreis den Verkehrswert<sup>24</sup> der jeweiligen Immobilie bzw. Anlage überstiegen hätte.<sup>25</sup>

<sup>17</sup> BGH NStZ 2014, 517 (518).

<sup>18</sup> Welche stets konkret festgestellt werden muss, vgl. *Saliger*, in: *Matt/Renzikowski* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 2013, § 263 Rn. 207.

<sup>19</sup> Zur h.M. m.w.N. *Perron* (Fn. 8), § 263 Rn. 121.

<sup>20</sup> BGHSt 51, 165 (174 ff.); BGH NJW 2011, 2675 m.w.N.; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 2), Rn. 539.

<sup>21</sup> BGH NStZ 2014, 318 (320); dagegen *Rostalski*, HRRS 2016, 73 (80).

<sup>22</sup> BGH NStZ 2014, 517; zust. *Trüg*, NStZ 2014, 520; *ders.*, in: *Fischer u.a.* (Fn. 10), S. 217 (219); *Jäger*, JA 2014, 877; anders aber *Rostalski*, HRRS 2016, 73 (77).

<sup>23</sup> Vgl. m.W.N. BGH NJW 2011, 2675.

<sup>24</sup> Zur Problematisierung des Begriffs Verkehrs- oder Marktwert siehe *Winkler*, *Der Vermögensbegriff beim Betrug und das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot*, Zur Ausle-

Getroffen wird von der Kritik des 5. *Strafsenats* auch die sog. „Aliud-Rechtsprechung“, die überwiegend Fälle fragwürdiger Anlagegeschäfte betrifft. Danach soll ein Schaden in Höhe der gesamten Anlagesumme anzunehmen sein, „wenn der Anleger über Eigenart und Risiko des Geschäfts derart getäuscht worden ist, dass er etwas völlig anderes erwirbt, als er erwerben wollte („aliud“), die empfangene Gegenleistung für ihn mithin in vollem Umfang unbrauchbar ist“.<sup>26</sup> Abgesehen davon, dass durch den Verzicht auf die Bestimmung des Verkehrswerts der Anlage das Gebot der genauen Ermittlung und Bezifferung des Vermögensschadens aus dem Untreue-Beschluss des BVerfG missachtet wird,<sup>27</sup> beinhaltet die Begründung des Schadens in dieser Aliud-Rechtsprechung auch eine Verschleifung der Merkmale Täuschung und Schaden.<sup>28</sup> Der Hinweis darauf, dass die Anleger nicht das Anlagemodell erhalten hätten, das sie erwerben wollten, oder dass die Anlage nicht die zugesicherten Eigenschaften hätte, taugt allein für die Begründung der Täuschung, aber nicht für die des Schadens. Denn es gilt immerhin der Grundsatz, wonach der Betrugstatbestand das Vermögen und nicht die Dispositionsfreiheit als solche schützt<sup>29</sup>:

gung des Merkmals „Vermögen“ in § 263 StGB unter dem Aspekt der Rechtssicherheit, 1995, S. 38 ff.

<sup>25</sup> So *Tiedemann* (Fn. 5), § 263 Rn. 178; *Trüg*, NStZ 2014, 520.

<sup>26</sup> BGHSt 51, 10 (15 ff. m.w.N.); siehe auch BGH wistra 2010, 407 („Fall-Falk“), krit. *Saliger*, ZIS 2011, 902 (914); BGHSt 53, 199 (204, Schneeballsystem); dazu *Schlösser*, HRRS 2014, 395 (399); *Schmidt*, NZWiSt, 2014, 274; *ders.*, NJW 2015, 284 (286); *Trüg* (Fn. 22), S. 195 ff.; vgl. aber BGH NJW 2011, 2675 (2676) = JR 2012, 78 (81, mit. Anm. *Becker*), hier hat der 2. *Strafsenat* des BGH die Annahme eines Schadens in Höhe der jeweiligen Anlagesumme im Rahmen eines Schneeballsystems für die ersten Anleger mit der Begründung, dass die Gewinnchance sich allein auf die Begehung weiterer Straftaten stütze, verworfen.

<sup>27</sup> So ausdrücklich BGHSt 51, 10 (17).

<sup>28</sup> In diese Richtung auch *Becker*, JR 2012, 82 (84) („bedenkliche Angrenzung des Schadensbegriffs“); *Gaede*, in: *Leipold/Tsambikakis/Zöller* (Hrsg.), *AnwaltKommentar StGB*, § 263 Rn. 139; *Trüg* (Fn. 22), S. 198; dagegen *Rostalski*, HRRS 2016, 73 (82).

<sup>29</sup> Vgl. RGSt 16, 1 (4 ff.); *Rudolphi*, in: *Kohlmann* (Hrsg.), *Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag*, Bd. 2, Strafrecht, Prozessrecht, Kriminologie, Strafvollzugsrecht, 1983, S. 315 (320); *Fischer*, in: *Fischer u.a.* (Fn. 10), S. 51, merkt an: „Dieses Argument gilt als ehernes Gesetz, wem es entgegengehalten wird, der hat zu schweigen“. Für einen zumindest mittelbaren Schutz der Dispositionsfreiheit aber *Hirschberg*, *Der Vermögensbegriff im Strafrecht, Versuch eines Systems der Vermögensdelikte*, 1934, S. 286; *Bockelmann*, in: *Bockelmann u.a.* (Hrsg.), *Probleme der Strafrechtserneuerung, Festschrift für Eduard Kohlrausch zum 70. Geburtstag* dargebracht, 1978, S. 226 (250); *Gallas*, in: *Bockelmann/Gallas* (Hrsg.), *Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag*, 1971, S. 401 (405 f., Fn. 15); *Mohrbotter*, GA 1967, 231; *Hansen*, Jura 1990, 510 (512); *Geerds*, Jura 1994, 309 (320);

„Ein Schaden liegt nicht schon deshalb vor, weil die Verfügung ohne die Täuschung nicht vorgenommen worden wäre.“<sup>30</sup>

Fehlerhaft ist ferner die Anwendung der Figur des individuellen Schadenseinschlags. In den klassischen und anerkannten Fällen wird die subjektive Unbrauchbarkeit gesondert und objektiv (aus der Perspektive eines unbeteiligten Dritten) festgestellt,<sup>31</sup> beruht also nicht ausschließlich auf der Unerwünschtheit des erworbenen Gegenstands. In der sog. Aliud-Rechtsprechung hingegen wird zumindest der Formulierung nach gerade nicht so verfahren. Es wird nämlich ausgeführt, da der Erwerber „etwas völlig anderes erwirbt, als er erwerben wollte („aliud“), sei „die empfangene Gegenleistung für ihn mithin in vollem Umfang unbrauchbar“. Bei einer solchen Formulierung wird der Eindruck erweckt, der Erhalt eines „aliud“ durch den Getäuschten begründe allein schon die subjektive Unbrauchbarkeit der Gegenleistung.<sup>32</sup> Gemeinsam ist diesen Fällen allerdings, dass der Schaden möglicherweise in der Vereitelung einer Gewinnchance besteht, die gewissermaßen konkretisierbar ist und daher auch einen wirtschaftlichen Wert aufweist.<sup>33</sup> Das bedeutet, dass der Schaden bereits auf der ersten Stufe der Saldierung zu ermitteln ist, und zwar rein objektiv unabhängig vom Wert der erhaltenen Gegenleistung für das konkrete Tatopfer.<sup>34</sup> Es geht also streng genommen gar nicht um einen Anwendungsfall des individuellen Schadenseinschlags.<sup>35</sup>

Dennoch, obwohl der 5. Strafsenat richtig davon ausgegangen ist, dass es bei der kritisierten Aliud-Rechtsprechung bereits an der objektiven Gleichwertigkeit von Leistung und

Gegenleistung fehlte und damit der Anwendung der Rechtsfigur des individuellen Schadenseinschlags der Boden entzogen war, hat er trotzdem auf ein mögliches Bedürfnis der Korrektur der Grundsätze dieses Instituts angesichts der neueren Rechtsprechung des BVerfG hingewiesen. Dies soll noch unten (V.) behandelt werden.

#### IV. Zwischenfazit

Die angesichts der neueren Rechtsprechung des BVerfG zum Vermögensschaden vorgebrachte Kritik des BGH an der sog. Aliud-Rechtsprechung erweist sich als berechtigt, soweit diese unter dem Verdacht des Verschleifungsverbots steht und jedenfalls gegen das Quantifizierungsgebot<sup>36</sup> verstößt. Ebenso zutreffend ist die Kritik an der fehlerhaften Anwendung der Grundsätze des individuellen Schadenseinschlags. Diese Kritik vermag aber nicht den Kern der Figur des individuellen Schadenseinschlags zu treffen, weil die Aliud-Fälle eben kein Fall sind, der auf Grundlage des individuellen Schadenseinschlags gelöst werden soll.

#### V. Die Berechtigung und Grenze der Individualisierung des Vermögensschadens

Nun gilt es zu prüfen, ob der individuelle Schadenseinschlag als Rechtsfigur eine dogmatische Berechtigung hat und ob er zugleich auch den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen kann. Wie gesehen, wird der individuelle Schadenseinschlag in drei Grundsätze oder (besser) typisierte Fallgruppen unterteilt. Die Schadensbegründung nach der ersten Gruppe, die die Unbrauchbarkeit der Gegenleistung betrifft, unterscheidet sich erheblich von den anderen beiden, die mit der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des Opfers zu tun haben. Deshalb sollen die letzteren anschließend gesondert behandelt werden.

##### 1. Bedenkliches: Schutz der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit bzw. der Liquidität des Getäuschten

Die Begründung<sup>37</sup> des Schadens bei objektiver Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung, wenn der Getäuschte „durch die eingegangene Verpflichtung zu vermögensschädigenden Maßnahmen genötigt wird, oder infolge der Verpflichtung nicht mehr über die Mittel verfügen kann, die zur ordnungsmäßigen Erfüllung seiner Verbindlichkeit oder sonst für seine persönlichen Verhältnisse angemessene Wirtschafts- oder Lebensführung unerlässlich sind“<sup>38</sup>, ist mehreren Einwänden ausgesetzt. Dies ist unabhängig davon, dass diese

*Kindhäuser*, in: Prittwitz u.a. (Hrsg.), Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag, 2002, S. 635; *Ceffinato*, NZWiSt 2015, 90 (94); *Rostalski*, HRRS 2016, 73 (77).

<sup>30</sup> Vgl. nur *Fischer* (Fn. 9), § 263 Rn. 146; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 2), Rn. 545, jeweils m.w.N.

<sup>31</sup> Dazu noch unten V. 2. b).

<sup>32</sup> Insofern richtig *Heinrich*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl. 2015, § 20 Rn. 93: „Das Argument, dem Opfer sei vom Täter ein ‚aliud‘ geliefert worden, muss durch die Argumentation mit der Unbrauchbarkeit dieser Leistung (unter Berücksichtigung der Lage des Opfers) ergänzt werden“.

<sup>33</sup> Vgl. *Hartmann*, Das Problem der Zweckverfehlung beim Betrug, 1988, S. 137, bezüglich der Fälle von Warenterminoptionen; ebenso *Trüg* (Fn. 22), S. 198, 200; siehe auch *Otto*, Die strafrechtliche Bekämpfung unseriöser Geschäftstätigkeit, 1990, S. 71.

<sup>34</sup> Das ist es eigentlich, was diese Figur ausmacht. Vgl. nur *Lackner* (Fn. 9), § 263 Rn. 156.

<sup>35</sup> Vgl. *Hefendehl*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 2. Aufl., 2014, § 263 Rn. 704: „Ein solches Ergebnis folgt bereits aus einer exakten Bewertung der hingegebenen und der erlangten Vermögenspositionen. Denn ein festverzinsliches Wertpapier ist im Zeitpunkt der Vermögensverfügung höher anzusetzen als eine spekulative Anlage, insoweit variiert also bereits die Gegenleistung, ohne dass es der Erwägungen zur Zweckverfehlung bedarf“.

<sup>36</sup> Kritisch zum Quantifizierungsgebot aber *Becker*, JR 2012, 82 (85).

<sup>37</sup> Streng genommen ist eine echte Begründung dieser Schadensmodalität kaum zu finden. In diesem Sinne spricht *Satzger*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2014, § 263 Rn. 221, von „pauschalen Billigkeitserwägungen“.

<sup>38</sup> RGSt 16, 321; BayObLG NJW 1973, 633; weitere Nachweise der Rechtsprechung bei *Lackner* (Fn. 9), § 263 Rn. 158.

Erweiterung des Schadensbegriffs praktisch eher eine geringe Rolle spielt.<sup>39</sup>

So wird zunächst eingewendet, dass es bei einer Einbuße an wirtschaftlicher Bewegungsfreiheit des Getäuschten an einem dem Betrugstatbestand immanenten Merkmal fehle, nämlich der stoffgleichen Bereicherung des Täters, die dem § 263 StGB seinen Charakter als Vermögensverschiebungsdelikt verleihe.<sup>40</sup> Das Ausmaß der finanziellen Einschränkung beim Opfer komme dem Täter nicht zugute, da der Vorteil des Täuschenden lediglich im Preis des verkauften Gegenstands bestehe.<sup>41</sup> Dennoch herrscht heute die Tendenz vor, keine großen Anforderungen an das Merkmal der „Stoffgleichheit“ zu stellen. Die alte Identitätstheorie – Vor- und Nachteil müssten einander qualitativ und quantitativ entsprechen – wird nicht mehr vertreten, zumal sie nach Aufgabe der juristisch-inventarisierenden Betrachtungsweise (*Binding*)<sup>42</sup> zugunsten des Prinzips der Gesamtsaldierung als überholt gilt.<sup>43</sup> Wenn man nur verlangt, dass der Vorteil aus dem Vermögen des Opfers zufließen muss und nicht aus dem Vermögen eines Dritten, kann man die „Stoffgleichheit“ in den behandelten Fällen ohne weiteres bejahen.<sup>44</sup>

Ein schlagkräftigeres Argument gegen die Anwendung des individuellen Schadenseinschlags unter dem Aspekt der Beschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des Täters lässt sich aus dem Gedanken der Unmittelbarkeit ableiten.<sup>45</sup> <sup>46</sup> In der Tat wird der Schaden nicht unmittelbar durch die Vermögensverfügung des Getäuschten bewirkt, denn das, was er weggibt, wird durch die (objektiv und subjektiv betrachtet) gleichwertige Gegenleistung kompensiert. Der Schaden ist vielmehr in den weiteren vermögensschädigenden Maßnahmen zu sehen, zu denen der Betroffene durch

die eingegangene Verpflichtung genötigt wird, bzw. in der Einschränkung seiner Liquidität bzw. seiner wirtschaftlichen Potenz. Dieser letztgenannte Aspekt muss aber von vornherein aus dem Schutzzweck des Betrugstatbestands ausgeschlossen werden. Denn hierin liegt keine materielle, wirtschaftliche und messbare Vermögenseinbuße. Die Einschränkung der Lebensführung oder die Herabsetzung des wirtschaftlichen Status Quo mag schützenswert sein, allerdings nicht durch den Betrugstatbestand.<sup>47</sup> Was die Nötigung zu einer vermögensschädigenden Maßnahme angeht: Vorausgesetzt, der Zeitpunkt der Saldierung ist die Vermögensverfügung,<sup>48</sup> dürfen die zukünftigen Vermögensbeeinträchtigungen des Opfers in die Saldierung nur mit einbezogen werden, falls eine unmittelbar aus der Verfügung folgende sogenannte schadensgleiche Vermögensgefährdung festzustellen ist.<sup>49</sup> Darüber, ob die Voraussetzungen hierfür<sup>50</sup> im konkreten Fall vorliegen, mag man streiten.<sup>51</sup> Fraglich ist allerdings, ob diese weitere vermögensschädigende Maßnahme – z.B. eine Kreditaufnahme – dem Täuschenden überhaupt zugerechnet werden kann. Denn der Getäuschte nimmt sie nicht nur bewusst, sondern auch irrtumsfrei vor. Das heißt, die Vermögensbeeinträchtigung steht zwar in einem Kausalitätsverhältnis zu der vorangegangenen Täuschung, aber wohl nicht in einem Zurechnungsverhältnis. Letztlich haftet der Täter nicht, zumindest nicht aufgrund des Betrugstatbestands, für die durch eine bewusste irrtumsfreie Selbstschädigung verursachte Verschlechterung der wirtschaftlichen Situation des Getäuschten, auch wenn er (kausal) zu dieser Verschlechterung beiträgt. Somit muss der Schutz der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit grundsätzlich aus dem Schutzbereich des Betrugstatbestands ausgeklammert bleiben.<sup>52</sup>

<sup>39</sup> Satzger (Fn. 37), § 263 Rn. 221; Rengier (Fn. 3); Wessels/Hillenkamp (Fn. 2), Rn. 549.

<sup>40</sup> Kindhäuser (Fn. 8), § 263 Rn. 260; Kudlich (Fn. 10), S. 121.

<sup>41</sup> Schröder, NJW 1962, 721 (722); dagegen Samson, JA 1978, 625 (630).

<sup>42</sup> Binding, in: Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen, Bd. 1, 1915, S. 464, 467.

<sup>43</sup> Vgl. Lackner (Fn. 9), § 263 Rn. 274; Hoyer, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 6, 50. Lfg., 7. Aufl., Stand: Februar 2004, § 263 Rn. 271; Heinrich (Fn. 32), S. 672.

<sup>44</sup> Fahl, JA 1995, 198 (205); Hoyer (Fn. 43), § 263 Rn. 271; Rengier (Fn. 3), S. 297, 298; Ceffinato, NZWiSt 2015, 90 (95).

<sup>45</sup> Schröder, NJW 1962, 721 (722); Lampe, in: Dannecker (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007, 2007, S. 623 (643); Fahl, JA 1995, 198 (202); Schünemann (Fn. 5), § 266 Rn. 234; Saliger (Fn. 18), § 263 Rn. 209; ferner Schmoller, ZStW 103 (1991), 92 (99); dagegen Tiedemann (Fn. 5), § 263 Rn. 180.

<sup>46</sup> Das Argument, der Täter habe das Opfer um den wirtschaftlichen Sinn seines Vermögensopfers betrogen (*Krey/Hellmann/Heinrich*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 17. Aufl. 2015, Rn. 252), vermag den Einwand der Unmittelbarkeit bzw. der Irrtumsfreiheit nicht zu entkräften.

<sup>47</sup> Mohrbotter, Die Stoffgleichheit beim Betrug, 1965, S. 165 ff.; ders., GA 1975, 41 (52).

<sup>48</sup> Vgl. nur BGHSt 53, 199 (201 m.w.N.).

<sup>49</sup> Für diese Möglichkeit Tiedemann (Fn. 5), § 263 Rn. 180. Gegen den Begriff z.B. Rotsch, ZStW 117 (2005), 577 (583, 585).

<sup>50</sup> Vgl. im Einzelnen Hefendehl (Fn. 5), § 263 Rn. 588 ff.

<sup>51</sup> Der Unterschied liegt aber darin, dass die typischen Fälle von Vermögensgefährdung leistungsbezogen sind, denn die Nichtendgültigkeit des Schadens bezieht sich entweder auf die Leistung des Opfers oder auf die Gegenleistung des Täters. In diese Richtung Graul, in: Pfeiffer/Kummer/Scheuch (Hrsg.), Festschrift für Hans Erich Brandner zum 70. Geburtstag, 1996, S. 801 (817), die aber der Schadensbegründung beim Melkmaschinen-Fall für die Variante der Illiquidität zustimmt.

<sup>52</sup> In Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot i.E. auch Winkler (Fn. 24), S. 79. Der Ansatz Efers, GA 1962, 289, der dem Einwand der Unmittelbarkeit beipflichtet, ihn aber dadurch zu entkräften versucht, dass die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit in den Begriff des Vermögens mit einbezogen wird, kann nicht akzeptiert werden. Damit will Efer auch Vermögensvermehrungen unter den von ihm vertretenen dynamischen Vermögensbegriff subsumieren, was allerdings kaum noch mit dem Gesetzwortlaut in Einklang zu bringen ist. Zur Kritik vgl. nur Tiedemann (Fn. 5), § 263 Rn. 180.

2. Unbedenkliches: Schutz der Brauchbarkeit bzw. des Nutzungspotentials des Vermögensobjekts

a) Begründung des individuellen Schadenseinschlags

Es gibt einen harten Kern des Anwendungsbereichs des individuellen Schadenseinschlags, der weitgehend anerkannt ist.<sup>53</sup> Es handelt sich dabei um die Fallgruppen etwa der täuschungsbedingten Bestellung von Zeitschriften, die für den Getäuschten völlig unbrauchbar sind,<sup>54</sup> den Verkauf eines Fernkurses und einer Schreibmaschine an noch ungebildete Kinder<sup>55</sup>, den Verkauf eines mehrbändigen Lexikons an Ungebildete unter der Vorspiegelung, die Bände dienten als Unterrichtsmaterial für die Sonderschule<sup>56</sup>; ebenso der Verkauf von zum Unterricht ungeeigneten Büchern.<sup>57</sup>

Die Herausforderung, die sich für die Strafrechtsdogmatik hier stellt, besteht darin, diese unstrittigen Ergebnisse zu begründen, ohne auf eine personale Vermögens- und Schadenslehre<sup>58</sup> zurückgreifen zu müssen, die letztlich doch auf eine Verschleifung von Täuschung und Schaden hinausläuft.<sup>59</sup> Meistens wird daher den Anwendungsfällen des individuellen Schadeneinschlags ein Ausnahmecharakter zugeschrieben. Die Berücksichtigung der subjektiven Zwecke des konkreten Opfers wird oft als eine Inkonsistenz oder gar als ein Bruch mit der vorherrschenden wirtschaftlichen Betrachtungsweise beim Vermögens- und Schadensbegriff aufgefasst.<sup>60</sup> Im Folgenden wird der Versuch unternommen, zu zeigen, dass dies nicht der Fall ist.

Zunächst soll die typische Struktur der genannten Fälle nochmals verdeutlicht werden: Der Getäuschte opfert eine bestimmte Summe Geld<sup>61</sup> und mindert dadurch zunächst sein Vermögen. Nach dem Prinzip der Gesamtsaldierung könnte diese Vermögensminderung allerdings kompensiert werden, indem im Gegenzug ein geldwerter Gegenstand erworben wird. Weil sich der Gegenstand aber für den Getäuschten als unbrauchbar erweist, gelingt diese Kompensation nicht, so dass sich im Ergebnis ein Negativsaldo ergibt. Der zu diskutierende Aspekt des individuellen Schadenseinschlags ist also die Tauglichkeit zur Kompensation.<sup>62</sup> Das mag zunächst tautologisch klingen, aber diese Akzentuierung ist m.E. wichtig, um zu verdeutlichen, dass bei diesen Fallkonstellationen nicht nur die Dispositionsfreiheit des Opfers verletzt wird, sondern auch sein Vermögen: Was das Opfer verliert, ist in der Regel Geld, ohne dafür eine wertgleiche Kompensation zu bekommen.<sup>63</sup>

Die entscheidende Frage ist dann, ob auch ein für den konkreten Getäuschten unbrauchbarer Gegenstand eine taugliche Kompensation für die bezahlte Geldsumme darstellen kann. Das ist nur der Fall, wenn der zufließende Gegenstand in das Vermögen des Täters integrierbar ist. Das Vermögen hier kann nicht isoliert nur als eine zur Welt der Wirtschaft gehörende Tatsache verstanden, sondern es muss auch als Rechtsgut gedacht werden. Als Rechtsgut kann das Vermögen aber nicht lediglich als abstrakte Einheit, losgelöst von der Person seines Trägers, erfasst werden.<sup>64</sup> Wie *Amelung* formuliert, hat das Strafrecht den Zweck, individuelle Schutzobjekte in ihrer „Einsatzfähigkeit“ zu sichern.<sup>65</sup> In

<sup>53</sup> Jeweils m.w.N. *Lackner* (Fn. 9), § 263 Rn. 159; *Tiedemann* (Fn. 5), § 263 Rn. 178; *Heinrich* (Fn. 32), S. 648; *Küper/Zopfs*, Strafrecht, Besonderer Teil, 9. Aufl. 2015, Rn. 632; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 2), Rn. 551.

<sup>54</sup> BGHSt 23, 300.

<sup>55</sup> BGH GA 1963, 208.

<sup>56</sup> OLG Köln NJW 1976, 1222.

<sup>57</sup> OLG Stuttgart NJW 1980, 1177.

<sup>58</sup> Vgl. vor allem *Bockelmann* (Fn. 29), S. 248; *Hardwig*, GA 1956, 8 (18 ff.); *Gallas* (Fn. 29), S. 410, 434; *Mohrbotter*, GA 1969, 225 (233); *Heinitz*, JR 1968, 387 (388); *Otto*, Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes, 1970, S. 37, 66, 69, passim; *Bittner*, MDR 1972, 1000 (1002); *Alwart*, JZ 1986, 563 (565); *Hansen*, Jura 1990, 510 (513); *Geerds*, Wirtschaftsstrafrecht und Vermögensschutz, 1990, S. 125 ff.

<sup>59</sup> *Samson*, JA 1978, 625 (626); zusammenfassende Kritik bei *Hefendehl* (Fn. 35), § 263 Rn. 358 ff.; *Gaede* (Fn. 28), § 263 Rn. 69.

<sup>60</sup> Zweifelnd *Fischer* (Fn. 9), § 263 Rn. 146; verneinend *Geerds*, Jura 1994, 309 (320); *Kindhäuser* (Fn. 8), § 263 Rn. 27, demzufolge mit dieser Ausnahmeregelung die wirtschaftliche Betrachtungsweise entweder doch in einen Selbstwiderspruch gerät oder in eine personale Lehre umgewandelt wird: „[...] Bei folgerichtiger Entfaltung ihres Grundgedankens führt die Anerkennung der Lehre vom individuellen Schadenseinschlag nicht zu einer Modifikation, sondern zu einer Preisgabe der Saldotheorie“; ebenso aus der Perspektive des personalen Schadensbegriffs *Geerds* (Fn. 58), S. 119; *Ceffinato*, NZWiSt 2015, 90 (91); ferner skeptisch *Cramer* (Fn. 7), S. 50.

<sup>61</sup> Beim (unechten) Erfüllungsbetrug mit der tatsächlichen Zahlung und beim Eingehungsbetrug mit der Leistungspflicht.

<sup>62</sup> Ebenso *Hartmann* (Fn. 33), S. 147; dazu ausführlich die Monographie von *Weidemann*, Das Kompensationsproblem beim Betrug, 1972, passim; siehe auch *Walter*, in: Putzke u.a. (Hrsg.), Strafrecht zwischen System und Telos, Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008, 2008, S. 763.

<sup>63</sup> Auch *Lackner* (Fn. 9), § 263 Rn. 159 gibt dies trotz seiner kritischen Haltung gegenüber dem Individualisierungsgrundsatz zu.

<sup>64</sup> Ähnlich *Saliger*, in: Fischer u.a. (Fn. 10), S. 15 (29).

<sup>65</sup> *Amelung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972, S. 190. In Übertragung dieses Gedankens auf den Vermögensbegriff führt *Amelung* zutreffend aus: „Ebenso beruht der ‚individuell-objektive‘ Vermögensbegriff auf der Erwägung, daß die Vermögensgegenstände dem Einzelnen bestimmte Verwendungsmöglichkeiten eröffnen, die je nach der sozialen Position des Vermögensinhabers verschieden sind“; ähnlich *Achenbach*, in: Schünemann u.a. (Hrsg.), Strafrecht als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, 2011, S. 1005 (1018): „[...] das Phänomen der Nutzung, wie es dem Konzept des Vermögens als Inbegriff von Nutzungschancen zugrunde liegt, bedürfte weitergehender Reflexion und Ausarbeitung, etwa unter dem Aspekt der Individualisierung und Personalisierung; diese haben wir als ‚Schadenseinschlag‘

diesem Sinne stellte der BGH in seiner grundlegenden Entscheidung zum individuellen Schadenseinschlag fest, dass ein und dieselbe Leistung für das Vermögen des einen ganz andere günstige oder ungünstige Wirkungen hervorbringen könne als für das Vermögen eines anderen, da die meisten Gegenstände nicht für alle Menschen den gleichen Vermögenswert haben, weil sie nicht für alle gleich brauchbar sind.<sup>66</sup> Abgesehen von der Möglichkeit der Veräußerbarkeit (dazu noch unten), hat etwa ein Buch „Übungen in Quantenphysik für Fortgeschrittene“ für einen Analphabeten keinen Wert. Wenn er täuschungs- und irrtumsbedingt dafür etwas bezahlt (oder rechtlich verpflichtet ist zu bezahlen), verliert er schlicht Geld, sein Vermögen ist also gemindert.

Dementsprechend besitzt der individuelle Schadenseinschlag normativ oder qualitativ betrachtet keinen Ausnahmecharakter. Allenfalls quantitativ kann ein solcher Ausnahmecharakter diagnostiziert werden. In diesem Punkt gewinnt die von *Jakobs* längst formulierte Differenzierung zwischen wirtschaftlichen und idealen Geschäften<sup>67</sup> oder der Unterschied zwischen Geschäften des „homo oeconomicus“ und des „homo consumptus“<sup>68</sup> an Bedeutung. Dem ersteren kommt es in erster Linie darauf an, Kapital zu akkumulieren und Gewinne zu erzielen. Deshalb reicht hier fast immer eine rein objektive Berechnung aus, um einen Schaden zu belegen. Denn am Ende ist das, was eigentlich zählt, das wirtschaftliche Ergebnis und es sind nicht die Mittel und der Weg dorthin.<sup>69</sup> Das ist der Grund dafür, weshalb bei den erwähnten Fällen des Anlagebetrugs der Anwendungsbereich des individuellen Schadenseinschlags nicht eröffnet wird.<sup>70</sup> Denn die Schadensberechnung bei Kapitalanlagegeschäften soll grundsätzlich vom Standpunkt des „homo oeconomicus“ aus vorgenommen werden.<sup>71</sup> Im Konsumbereich, das heißt, im

---

akzeptiert, müssen aber weiter darüber nachdenken, inwieweit hierin schon Elemente des Vermögensbegriffes als solchem gefunden werden“.

<sup>66</sup> BGHSt 16, 220 (222); 321 (325 ff.); zuvor bereits RGSt 16, 1 (6 ff.); ebenso *Fahl*, JA 1995, 198 (201); *Hefendehl* (Fn. 35), § 263 Rn. 698.

<sup>67</sup> *Jakobs*, JuS 1977, 228 (230).

<sup>68</sup> *Samson*, JA 1978, 625; *Saliger* (Fn. 64), S. 25; vgl. auch *Hoyer* (Fn. 43), § 263 Rn. 216; *Satzger* (Fn. 37), § 263 Rn. 221.

<sup>69</sup> *Jakobs*, JuS 1977, 230; ebenso *Merz*, „Bewußte Selbstschädigung“ und die Betrugsstrafbarkeit nach § 263 StGB, zugleich ein Beitrag zur Zweckverfehlungslehre, 1999, S. 67; anders *Rostalski*, HRRS 2016, 73 (80).

<sup>70</sup> Der Rückgriff auf die Figur des individuellen Schadenseinschlags beruht wohl darauf, dass es mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden wäre, den Wert des verkauften Aktienpakets auch mit Hilfe von Sachverständigen zu bestimmen. Vgl. dazu *Hefendehl*, wistra 2012, 325 (329).

<sup>71</sup> Vgl. *Zieschang*, in: Park (Hrsg.), Kapitalmarktrecht, 3. Aufl. 2013, § 263 Rn. 61: „Dabei ist auf die Sicht eines fiktiven ‚homo oeconomicus‘ abzustellen, der von allen persönlichen Vorlieben und Vorurteilen des Verfügenden abstrahiert und nur den nackten Kapitalwert der beim Verfügenden jeweils vorhandenen Mittel registriert und bilanziert“.

Bereich des privaten Haushalts, hingegen erfolgt die Kompensation der Vermögensausgabe meistens mit dem Erwerb des gewollten (oder eines ihm ähnlichen oder äquivalenten) Gegenstands, auch wenn dieser nicht für den gleichen Preis wiederzuerkaufen ist. Hier ist folglich eine völlige Trennung von Vermögen und Dispositionsfreiheit nicht möglich.<sup>72</sup>

Zugestanden werden muss aber, dass der Umstand, dass die (Möglichkeit der) Berücksichtigung von Zielen und individuellen Präferenzen des Vermögensträgers eine Unbestimmtheit für die Auslegung des Tatbestandsmerkmals mit sich bringt. Daher müssen die richtigen Maßstäbe bzw. einschränkenden Kriterien für die Anwendung des individuellen Schadenseinschlags näher bestimmt werden.<sup>73</sup>

### *b) Einschränkende Kriterien und Grenzen des Anwendungsbereichs des individuellen Schadenseinschlags*

Bereits im Melkmaschinen-Urteil (BGHSt 16, 321) deutet der BGH die Grenzen der „Grundsätze der Individualisierung“ an. Es komme nicht auf die persönliche Einschätzung des Schadens durch den Getäuschten an. Entscheidend sei vielmehr „ob dieser [der Getäuschte] die Sache nach der Auffassung eines sachlichen Beurteilers nicht oder nicht in vollem Umfang für den von ihm vertraglich vorausgesetzten Zweck oder in anderer zumutbaren Weise (vgl. RGSt 16, 1, 9) verwenden kann“<sup>74</sup>. Diese Passage enthält verschiedene wichtige Aspekte der nötigen Begrenzung einer Individualisierung des Schadensbegriffs, welche im Folgenden näher betrachtet werden sollen.

Der erste Aspekt betrifft die Perspektive der Berücksichtigung von individuellen Faktoren. Diese werden von den subjektiven Ansichten des Getäuschten gelöst und sind Objekt der Beurteilung eines objektiven (sachlichen) Dritten. Dadurch soll vermieden werden, dass durch den Betrugstatbestand die bloße Dispositionsfreiheit geschützt wird.<sup>75</sup> Diese externe Perspektive soll, um es mit der aktuellen verfassungsrechtlichen Begrifflichkeit zu sagen, eine Verschleifung von Täuschung und Schaden verhindern. Diesen Aspekt hat bereits das Reichsgericht betont: „Der Grundsatz der Individualisierung bei Beurteilung der Frage der Vermögenbeschädigung enthält keine Konzession an die subjektive Willkür des Getäuschten, insbesondere nicht an das Belieben desselben, ob er die ihm gelieferte Sache gebrauchen wolle; es handelt sich vielmehr darum, ob er sie gebrauchen kann“.<sup>76</sup>

Ein m.E. unterschätztes Kriterium für die „Domestizierung“ der Individualisierung ist das Abstellen auf den vertraglich vorausgesetzten Zweck,<sup>77</sup> obwohl der BGH selbst

---

<sup>72</sup> *Jakobs*, JuS 1977, 230 ff.; zust. *Schmoller*, ZStW 103 (1991), 92 (96); *Pawlik*, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, 1999, S. 272, 294; ähnliche Überlegung bei *Samson*, JA 1978, 625 (626), und *Rönnau*, in: Fischer u.a. (Fn. 10), S. 339 (344: „Wechselbeziehung zwischen Dispositionsfreiheit und Schaden“).

<sup>73</sup> In diesem Sinne *Amelung* (Fn. 65), S. 191.

<sup>74</sup> Vgl. auch BGH wistra 1986, 196.

<sup>75</sup> Vgl. *Weidemann* (Fn. 62), S. 120.

<sup>76</sup> RGSt 16, 1 (9); vgl. dazu *Hirschberg* (Fn. 29), S. 19.

<sup>77</sup> Dazu eingehend *Winkler* (Fn. 24), S. 53.

diesen Aspekt nicht hervorhebt und keine klaren Konsequenzen daraus zieht.<sup>78</sup> Dieses Kriterium bedeutet, dass nur diejenigen individuellen Faktoren, die explizit oder implizit in der Transaktion präsent waren, berücksichtigt werden dürfen.<sup>79</sup> So hat zum Beispiel im Melkmaschinen-Fall der Verkäufer der Bäuerin F eine kleine Maschine, die nur für zwei oder drei Kühe geeignet war, verkauft, obwohl er wusste, dass sie eine größere Maschine (für zehn Kühe) brauchte. Das heißt, die Größe der Maschine war nicht ein beliebiges (Affektions)Interesse der Getäuschten, sondern ein zentrales Element des Geschäfts, welches unmittelbar mit der konkreten Brauchbarkeit des Vertragsobjekts für den wirtschaftlichen Betrieb des Getäuschten zusammenhing.<sup>80</sup> Das Bewusstsein des Täuschenden bezüglich all dieser Umstände ist außerdem ein notwendiger Faktor für die Bejahung seines Vorsatzes.<sup>81</sup> Wenn man dementsprechend für die Individualisierung auf den Zweck des Geschäfts, der durch die Parteivereinbarung bestimmt und erkennbar gemacht wird, abstellt, wird der Einwand, wonach jede Individualisierung der Schadensbestimmung das Bestimmtheitsgebot verletze, entschärft. Denn die in der Parteivereinbarung zugrunde gelegten Zwecke eines Geschäfts sind durchaus objektivierbar.<sup>82</sup>

Man könnte dennoch bedenken, dass die Unbrauchbarkeit einer Gegenleistung auch rein objektiv bestimmt werden kann, und/oder, dass es auf die Zwecksetzung des Getäuschten nicht ankommt. Das könnte außerdem als eine unzulässige Subjektivierung des Schadens angesehen werden. Letztlich also hätte der vorausgesetzte Zweck keine (legitime) Funktion für die Bestimmung des Vermögensschadens. Dies mag wohl für einige Fälle zutreffen, aber doch nicht für alle. Wenn z.B. jemand ein Fahrrad erwerben will und stattdessen ein Mofa verkauft bekommt, obwohl er keinen Führerschein besitzt, so liegt die Unbrauchbarkeit des erworbenen Gegenstands auf der Hand.<sup>83</sup> Es kann aber durchaus sein, dass eine Gegenleistung deshalb unbrauchbar ist, weil sie nicht zu den wirtschaftlichen Verhältnissen des Individuums passt. Diese Hypothese liegt wohl der Entscheidung im Melkmaschinen-Fall zugrunde. Die Bäuerin war zwar objektiv nicht gehindert, die kleine Maschine zu benutzen. Doch passte sie ein-

fach nicht zu ihren wirtschaftlichen Zwecken, so dass sie gezwungen war, eine andere Maschine anzuschaffen.<sup>84</sup> Es stellt sich somit heraus, dass bei der Bewertung der Kompensation einer Vermögensausgabe die Verfehlung von individuellen Zwecken doch eine Rolle spielt, soweit diese im Vertrag vorausgesetzt worden sind. Dies bedeutet aber noch nicht die Annahme einer (allgemeinen) Zweckverfehlungslehre.<sup>85</sup>

<sup>84</sup> *Küpper/Bode*, JuS 1992, 643.

<sup>85</sup> Der Ansatz der Rechtsprechung und des überwiegenden Teils der Literatur, der Zweckverfehlung eine weitergehende Bedeutung, nämlich bei einseitigen Geschäften, beizumessen, kann nicht überzeugen. Die sog. Zweckverfehlungslehre, die vor allem bei der Konstellation des Spenden-, Bettel- und Schenkungsbetrugs sowie des Subventionsbetrugs einschlägig ist, will der Verfolgung eines sozialen relevanten Zwecks einen wirtschaftlichen Wert zuschreiben. Das ist mit dem wirtschaftlichen Schadensbegriff kaum kompatibel, wovon die h.A. auch selbst ausgeht. Wenn man die wirtschaftliche Betrachtungsweise ernst nehmen will, muss akzeptiert werden, dass auch eine sinnvolle Geldausgabe das Vermögen verringert, denn der Verlust eines materiellen Wertes kann nicht durch einen immateriellen kompensiert werden (vgl. *Samson*, JA 1978, 625 (628); *Ellscheid*, GA 1971, 161 [168]; *Herzberg*, MDR 1972, 93; *Graul* [Fn. 51], S. 806 ff.; *Frisch*, in: Arthur Kaufmann [Hrsg.], Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978, 1979, S. 647 [677]; *Schünemann*, in: Zeidler u.a. [Hrsg.], Festschrift Hans Joachim Faller, 1984, S. 357 [363, Fn. 23]; *Walter* [Fn. 62], S. 774; *Kindhäuser* [Fn. 8], § 263 Rn. 291 ff.; *ders.* [Fn. 29], S. 638; *ders.*, in: Widmaier u.a. [Hrsg.], Festschrift für Hand Dachs, 2005, S. 65 [72]; *Hefendehl* [Fn. 35], § 263 Rn. 731 f.; *Gaede* [Fn. 28], § 263 Rn. 144). Das legitime Ziel der herrschenden Meinung, bloße Motivirrtümer, die nicht-leistungsbezogen sind (wie im Beispielfall der Täuschung über die Spendierfreudigkeit der Nachbarn – BayOBLG NJW 1952, 798) aus dem Anwendungsbereich des Betrugstatbestands auszuklammern, kann anders erreicht werden. Die gebotene Einschränkung des Tatbestands sollte nicht beim Merkmal des Vermögensschadens ansetzen. Mit beachtlichen Gründen behauptet ein Teil der Lehre, dieses Problem könne bereits bei der Auslegung des Merkmals der Täuschung gelöst werden (*Graul* [Fn. 51], S. 813; *Pawlik* [Fn. 72], S. 276; *Gaede* [Fn. 28], § 263 Rn. 144; ferner *Hoppenz*, Die dogmatische Struktur des Betrugstatbestands, dargestellt an Hand der Fälle der Erschleichung von Aktien im Rahmen der Privatisierung von Bundesvermögen, 1968, S. 101, der das Problem beim Irrtumsmerkmal verorten will). Da der Getäuschte bei der hier analysierten Konstellation bewusst sein Vermögen vermindert, unterliegt er keinem rechtsgutbezogenen, sondern einem Motivirrtum. Es muss dann darum gehen, zu bestimmen, unter welchen Voraussetzungen ein Motivirrtum betrugsrelevant ist, genauer: wann ein aufgrund eines Motivirrtums verursachter Schaden den Verantwortungsbereich des Opfers überschreitet und dem Täter zuzurechnen ist (*Graul* [Fn. 51], S. 814, 818). Ein plausibles Kriterium hierfür wird vereinzelt in der Literatur vertreten: Relevant ist nur diejenige Täuschung bzw. derjenige

<sup>78</sup> Nach *Winkler* (Fn. 24), S. 54, sind die Worte „vertraglich vorausgesetzter Zweck“ nicht im Sinne von „im Vertrag vorausgesetzt“, sondern als „bei dem bzw. mit dem Vertrag vorausgesetzt“ zu verstehen.

<sup>79</sup> Ähnlich *F.-R. Schmidt*, Zum Begriff des Vermögensschadens beim Betrugstatbestand, 1970, S. 137; ebenso *Mitsch*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 3. Aufl. 2015, S. 325; *Hegmanns*, ZIS 2015, 102 (107).

<sup>80</sup> Ebenso *Winkler* (Fn. 24), S. 55, Fn. 110.

<sup>81</sup> Vgl. *F.-R. Schmidt* (Fn. 79), S. 150; *Hefendehl* (Fn. 35), § 263 Rn. 697.

<sup>82</sup> So richtig *Otto* (Fn. 33), S. 79; *Geerds* (Fn. 58), S. 128; *ders.*, Jura 1994, 321; ähnlich *F.-R. Schmidt* (Fn. 79), S. 149; tendenziell zustimmend *Pawlik* (Fn. 72), S. 279 f.

<sup>83</sup> *Hefendehl* (Fn. 35), § 263 Rn. 700, merkt zutreffend an, dass dem Getäuschten nicht zuzumuten ist, dass er eine Ausbildung absolvieren muss, um den gekauften Gegenstand gebrauchen zu können.

Man kann vielmehr mit *Hartmann* sagen, dass die Zweckbezogenheit dem Begriff der Verwendbarkeit eines Gegenstands immanent ist, das heißt, die Brauchbarkeit eines Objekts hängt nicht selten eng zusammen mit dem bestimmten Zweck, für den der Verwender den Gegenstand vorgesehen hat.<sup>86</sup>

Die oben genannten Kriterien der Schadensbestimmung, nämlich die objektive Perspektive eines außenstehenden Dritten und das Abstellen auf den (zumindest stillschweigend) vorausgesetzten Vertragszweck, müssen kumulativ beachtet werden, sind also zu kombinieren, so dass sich die Individualisierung des Vermögensschadens sinnvoll begrenzen lässt. Dementsprechend gilt: Die Verfehlung eines Nutzungszwecks ist eine notwendige, aber keine hinreichende Bedingung für das Vorliegen eines Vermögensschadens. Erstens muss die Zweckverfehlung die Unbrauchbarkeit der Gegenleistung bedingen, das heißt, die Zweckverfehlung als solche begründet keinen Schaden,<sup>87</sup> und zweitens muss der Zweck im Vertrag vorausgesetzt sein. Die Zwecksetzung ist zwar subjektiv bestimmt, aber vorbestimmt und objektiviert bei der Geschäftsabwicklung, so dass ein hypothetischer „unbeteiligter Dritter“ sowie der konkrete Täuschende sie ohne weiteres erkennen.<sup>88</sup>

Der BGH präsentiert noch eine weitere Möglichkeit, die Individualisierung der Schadensberechnung im Zaum zu halten, nämlich die zumutbare Andersverwendbarkeit der erhaltenen Gegenleistung.<sup>89</sup> Dieses Kriterium ist allerdings nicht unproblematisch. Wenn man die objektivierbare und erkennbare Zwecksetzung des Getäuschten bei der Bewertung der zu kompensierenden Gegenleistung ernsthaft berücksichtigen will, muss die Grenze der zumutbaren Brauchbarkeit des nicht beanspruchten Gegenstandes im Rahmen

eben dieser Zwecksetzung liegen. Will zum Beispiel ein Doktorand, der über die strafrechtliche Teilnahmelehre promoviert, die Monographie von *Roxin* „Täterschaft und Tatherrschaft“ erwerben und erhält stattdessen täuschungsbedingt eine genauso teure Monographie über Bereicherungsrecht im BGB, so ist ihm nicht zuzumuten, diese zu gebrauchen.<sup>90</sup>

Weiterführender ist hingegen der mit der Andersverwendbarkeit verwandte Gedanke der Wiederveräußerbarkeit der täuschungsbedingt erworbenen Gegenleistung. Auch bei Unbrauchbarkeit der Gegenleistung scheidet danach ein Schaden dann aus, wenn der Gegenstand ohne Verlust wieder verkauft werden kann. Die Beachtung der Wiederveräußerbarkeit bedeutet wieder eine Objektivierung der Schadensbestimmung und das Festhalten an der wirtschaftlichen Betrachtungsweise,<sup>91</sup> ohne eine Missachtung des Rechtsgutsträgers darzustellen. Denn Geld ist das Kompensationsmittel par excellence, weil es „ohne weiteres für alle Menschen und jederzeit in vermögensrechtlicher Hinsicht gleich brauchbar“<sup>92</sup> ist.<sup>93</sup> Allerdings ist die Wiederveräußerbarkeit, das heißt, die reale Möglichkeit, den erworbenen Gegenstand in Geld umzusetzen, stets anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls festzustellen. Um wirklich kompensierend zu wirken, muss ein Verkauf ohne Schwierigkeiten und ohne weitere Kosten für den Getäuschten möglich sein.<sup>94</sup>

### c) Der umstrittene Bereich

Obwohl die meisten Stimmen in der Literatur und in der Rechtsprechung sich eher zurückhaltend gegenüber einer auch nur begrenzten Individualisierung der Schadensbestimmung beim Betrugstatbestand verhalten, wird wie oben gesehen ein Schaden trotz objektiver Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung grundsätzlich dann angenommen,

---

Irrtum, die bzw. der sich auf die vereinbarte Leistung des Täuschenden bezieht (*Hack*, Probleme des Tatbestands Subventionsbetrug, § 264 StGB, unter dem Blickwinkel allgemeiner strafrechtlicher Lehren, 1982, S. 53, 55; *Weidemann* [Fn. 62], S. 183, 227; im Ergebnis ebenso *Hartmann* [Fn. 33], S. 120 f.; *Hoyer* [Fn. 43], § 263 Rn. 224 ff.; m.w.N. *Gaede* [Fn. 28], § 263 Rn. 145). Das ist m.E. ein klares Kriterium, mit dem sich sowohl die Straflosigkeit im Fall der Täuschung über die Spendierfreudigkeit der Nachbarn als auch die Strafbarkeit der „normalen“ Spendenfälle erklären lässt.

<sup>86</sup> *Hartmann* (Fn. 33), S. 37; ähnlich *Berger* (Fn. 10), S. 137; *Hefendehl* (Fn. 35), § 263 Rn. 698; siehe ferner *F.-R. Schmidt* (Fn. 79), S. 108, der von Gebrauchsinteresse statt individuellem Einschlag spricht.

<sup>87</sup> Ebenso *Ceffinato*, NZWiSt 2015, 90 (96).

<sup>88</sup> Ähnlich *Hefendehl* (Fn. 35), § 263 Rn. 693; *Ceffinato*, NZWiSt 2015, 90 (93).

<sup>89</sup> Vgl. BGH NSTZ-RR 2001, 41 (42), wo ein Schaden abgelehnt wurde, weil die erworbenen Objekte (Grundstücke) zwar auf Grund der geographischen Verhältnisse schlecht zu erreichen und darüber hinaus auch nicht in die von der Angeklagten zu errichtende Altersresidenz integriert waren, woraus sich aber nicht ergebe, dass die Immobilien für den vertraglich vorausgesetzten Gebrauch, nämlich zu Wohnzwecken, nicht oder nicht in vollem Umfang brauchbar seien.

---

<sup>90</sup> Vgl. hierzu *F.-R. Schmidt* (Fn. 79), S. 152; *Otto* (Fn. 58), S. 283; *Hartmann* (Fn. 33), S. 107; *Fahl*, JA 1995, 198 (201); *Pawlik* (Fn. 72), S. 293.

<sup>91</sup> Vgl. *Schmoller*, ZStW 103 (1991), 92 (112).

<sup>92</sup> RGSt 16, 1 (8).

<sup>93</sup> In diesem Sinne zutreffend *Schlüchter*, MDR 1974, 622: „Geld ist damit mehr wert als eine Ware, für die bei dem Vermögensinhaber kein aktuelles Bedürfnis besteht“; ähnlich *Pawlik* (Fn. 72), S. 291; siehe ferner *Luhmann*, Grundrechte als Institution, 1965, S. 111: „Während die bedarfsnahen Befriedigungsmittel wie Konsumartikel oder Werkzeuge allein von ihrem Zweck her gesteuert werden können, wird das Mittelpotential durch Umdenken in Geld systemmäßig regulierbar. [...] Das Geld ist ein zweckindifferentes, wertneutrales, aber in sehr empfindlicher Weise systemabhängiges Mittel.“

<sup>94</sup> RGSt 16, 1 (9); Dazu *Weidemann* (Fn. 62), S. 241; *Schmoller*, ZStW 103 (1991), 92 (98); *Hoyer* (Fn. 43), § 263 Rn. 224. Demgegenüber skeptisch *Schmidt*, NJW 2015, 284 (286): In der Regel handele es sich um eine bloße „nachträgliche Möglichkeit einer (teilweisen) Wiedergutmachung“, im Hinblick vor allem auf die Wiederveräußerung einer im Rahmen eines Schneeballsystems erworbenen Anlage; und *Rostalski*, HRRS 2016, 73 (79).

wenn die Gegenleistung sich für den Getäuschten als gänzlich unbrauchbar darstellt. Nichtsdestotrotz ist in einigen Fallkonstellationen die Anwendung der Grundsätze des individuellen Schadenseinschlags umstritten. Gemeinsam ist diesen Fällen, dass die durch den Täuschenden erbrachte Gegenleistung für den konkreten Getäuschten nicht völlig unbrauchbar ist. Man kann diese Konstellationen in drei Gruppen aufgliedern. Die erste betrifft die Fälle der sog. Vertrags- bzw. Unterschrifterschleichung, wobei ein Vermögensschaden meistens zu bejahen sein wird. Bei den anderen Konstellationen hingegen wird man den Eintritt eines Schadens anhand der Figur des individuellen Schadenseinschlags nur ausnahmsweise begründen können. Dabei geht es um Fälle des sog. unechten Erfüllungsbetrugs und Fälle von (bloßen) Motivirrtümern.

Zur Lösung dieser Fallgruppen nach Maßstab des individuellen Schadenseinschlags sind die oben dargestellten Kriterien zu beachten. Konkret ist dann festzustellen, ob in diesen Fallkonstellationen a) objektive Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung gegeben ist, denn erst dann ist der Anwendungsbereich des individuellen Schadenseinschlags eröffnet (vgl. oben V. 2. a) und b) hinsichtlich des (vorgegebenen und im Vertrag vorausgesetzten) wirtschaftlichen Zwecks des Getäuschten die erhaltene Gegenleistung brauchbar und folglich tauglich zur Kompensation der Vermögensausgabe ist.

#### aa) Vertrags- bzw. Unterschrifterschleichung

Die erste und interessanteste Konstellation bildet die sogenannte Vertrags- bzw. Unterschrifterschleichung,<sup>95</sup> regelmäßig ein Unterfall des Eingehungsbetrugs.<sup>96</sup> Hier geht die Frage dahin, ob ein Vermögensschaden auch in den Fällen vorliegt, in denen jemand durch Täuschung veranlasst wird, einen Vermögensgegenstand zum marktüblichen Preis zu erwerben, obwohl er eigentlich gar nichts erwerben wollte.<sup>97</sup> Dem klassischen Fall lag der folgende Sachverhalt zugrunde: Provisionsvertreter veranlassten Personen, die einen Kauf abgelehnt hatten, dazu, einen Vordruck zu unterschreiben, mit dem sie angeblich nur den Besuch der Vertreter bescheinigten oder sonstige unwichtige formelle Erklärungen abgaben. In Wahrheit bestellten sie durch ihre Unterschrift aber eine Waschmaschine.<sup>98</sup> Dabei hat der BGH die Auffassung vertreten, dass allein die Tatsache, dass die Unterschrift erschlichen worden ist und der Getäuschte in Wahrheit nichts bestellen wollte, nicht ausreicht, um einen Vermögensschaden

<sup>95</sup> Dazu eingehend *Bohnenberger*, Betrug durch Vertragser-schleichung, 1989, passim; zum Problem des Verfügungsbewusstseins bei diesen Konstellationen siehe *Hefendehl* (Fn. 35), § 263 Rn. 304.

<sup>96</sup> Zur Möglichkeit der Anwendung des individuellen Schadenseinschlags bereits beim Abschluss des Vertrags siehe *Tiedemann* (Fn. 5), § 263 Rn. 177.

<sup>97</sup> Dazu gründlich und bejahend *Schmoller*, ZStW 103 (1991), 92; *Schlüchter*, MDR 1974, 617; dagegen *Hartmann* (Fn. 33), S. 108.

<sup>98</sup> BGHSt 22, 88; weitere Nachweise aus der Rechtsprechung bei *Hefendehl* (Fn. 35), § 263 Rn. 671.

den ohne weiteres zu bejahen. Vielmehr müssten die in BGHSt 16, 321 (Melkmaschinen-Fall) genannten Voraussetzungen des individuellen Schadenseinschlags gegeben sein.<sup>99</sup>

Jedoch wurde ein Vermögensschaden unter Rückgriff auf die Figur des individuellen Schadenseinschlags in einer aktuellen Entscheidung des BGH zu einer sogenannten Internet-Abo-Falle bejaht. Ein Verbraucher, der einmalig einen kostenlosen Routenplaner-Service in Anspruch nehmen wollte, wurde durch Täuschung zu einem dreimonatigen „Abonnement“ verleitet. Laut BGH war es dabei ohne Belang, dass möglicherweise das Abonnement nach objektiven Maßstäben seinen Preis wert war. Denn für den getäuschten Nutzer sei diese Gegenleistung subjektiv sinnlos und daher wertlos gewesen, da im Internet jederzeit zahlreiche kostenlose Routenplaner verfügbar seien. Die Möglichkeit einer Kompensation durch Wiederveräußerung lehnte der BGH mit dem Hinweis ab, einen Markt für die Veräußerung und den Erwerb kostenpflichtiger Routenplanerabonnements gebe es nicht.<sup>100</sup>

Der Unterschied dieser Fallkonstellation zu den oben besprochenen typischen Anwendungsfällen des individuellen Schadenseinschlags liegt darin, dass bei den letzteren ein objektiv erkennbarer Zweck des Getäuschten verfehlt wird, im Routenplaner-Fall hingegen verfolgt der Betroffene überhaupt keinen Zweck.<sup>101</sup> Das soll nicht aber heißen, dass von vornherein ein Schaden mangels Zweckverfehlung auszu-schließen ist. Hier geht es nicht mehr um die Frage, ob der Getäuschte in seinem Gebrauchsinteresse enttäuscht wird, sondern darum, ob ihm eine unzumutbare Gebrauchsmöglichkeit aufgedrängt wird. Entscheidend ist also, ob es dem Getäuschten zumutbar ist, die erhaltene Gegenleistung zu verwenden, obwohl er sich darüber vorher keine Gedanken gemacht hat.<sup>102</sup>

Natürlich darf die Antwort auf diese Frage nicht davon abhängen, ob der Betroffene ex post doch den Gegenstand

<sup>99</sup> Zust. *Lampe*, NJW 1978, 679 (680 f.); *Bohnenberger* (Fn. 95), S. 44; dagegen *Heinitz*, JR 1968, 387 (388), aus der Warte der personalen Schadenstheorie; anders OLG Hamm NJW 1965, 702, wo allein wegen der Gefahr ungewollten Erwerbs ein Schaden bejaht wurde.

<sup>100</sup> BGH NJW 2014, 2595 (2599) = BGH JZ 2014, 1060 (1063), mit Anm. *Rönnau/Wegner*; siehe auch BGHSt 47, 1 (betrügerische „Insertionsofferten“: Wertlosigkeit der Veröffentlichung von Todesanzeigen im Internet); BGH wistra 2010, 386 (387, Wertlosigkeit der bloßen Weiterleitung von Zahlungen des Kunden an dessen Gläubiger, wobei die vorgespiegelte Gegenleistung eine Kreditvergabe wäre); vgl. aber BGH wistra 2012, 107 (108, Vermögensschaden abgelehnt: es sei nicht festgestellt worden, dass die Gegenleistung – Zugang zum Internetprovider – wertlos war. Den Urteilsgründen sei auch nicht zu entnehmen, dass der Wert der Leistung nicht dem Preis entsprach oder die Kunden die erbrachte Leistung nach dem vertraglich vorausgesetzten Zweck individuell nicht nutzen konnten).

<sup>101</sup> *Hartmann* (Fn. 33), S. 33.

<sup>102</sup> *Winkler* (Fn. 24), S. 66 ff.

verwenden will.<sup>103</sup> Vielmehr muss eine Perspektive ex ante eingenommen werden. Das ist nur möglich, wenn untersucht wird, ob im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ein aktuelles Bedürfnis für die täuschungsbedingt erworbene Ware besteht.<sup>104</sup> Da keine vorherige individuelle Zwecksetzung des Getäuschten vorliegt,<sup>105</sup> muss geprüft werden, ob aus Sicht eines objektiven Beobachters der Betroffene der Gegenleistung bedarf und sie ohne weiteres verwenden kann,<sup>106</sup> denn er braucht sich nicht zwingen zu lassen, etwas zu gebrauchen, das für ihn überflüssig ist.<sup>107</sup>

Wie oben gesehen entfällt ein Schaden allerdings dann, wenn der erworbene Gegenstand wieder weiterverkauft werden kann, so dass die ursprüngliche Vermögensausgabe durch den Ertrag der Weiterveräußerung kompensiert wird. Das setzt aber zunächst voraus, dass überhaupt ein Markt für den Verkauf der Ware vorhanden ist, was beispielsweise im oben genannten Abonnement-Beispiel nicht der Fall war. Außerdem muss es dem Getäuschten möglich sein, ohne

<sup>103</sup> Ähnlich Winkler (Fn. 24), S. 70.

<sup>104</sup> So Schlüchter, MDR 1974, 617 (621), die dieses Ergebnis von einem wirtschaftlichen bzw. bilanzrechtlichen Standpunkt aus zu untermauern versucht. Die Bedürfnisbefriedigung dürfe bei der wirtschaftlichen Betrachtungsweise nicht außer Acht gelassen werden. Wenn dementsprechend ein Kauf ohne Bedürfnisbefriedigung erfolgt, liege eine Kapitalverminderung vor, denn mit dem Kauf habe der Erwerber weniger Geld, um seine sonstigen Bedürfnisse zu befriedigen.

<sup>105</sup> Vgl. Winkler (Fn. 24), S. 71.

<sup>106</sup> In einer neuen Entscheidung zum Vermögensnachteil bei der Erpressung (§ 253 StGB) wurde dies vom BGH bejaht – BGH JR 2015, 480: Der Inhaber eines italienischen Restaurants wurde genötigt, 20 Kartons Wein zu einem Preis von 450,- € abzukaufen. Es sei nicht belegt worden, dass der Geschädigte diesen Wein nach dem aufgezwungenen Erwerb auch nicht im Rahmen seines Geschäftsbetriebs verwenden oder anderweit veräußern wollte. Ein Schaden liege deshalb nicht vor. Einen Grenzfall stellt das von Seelmann, JuS 1982, 510, gebildete Beispiel dar: „Richter R möchte die neueste Auflage des ‚Leipziger Kommentar‘ kaufen. Vertreter V gibt wahrheitswidrig vor, dieses Werk im Angebot zu haben, und lässt R den Bestellschein unterschreiben. R überweist den geforderten Beitrag. In Wahrheit hat V ihn den Bestellschein für den StPO Kommentar von Löwe-Rosenberg unterschreiben lassen, wie R einige Tage später bei der Lieferung bemerkt. R, der nicht unvermögend ist, hat für den ‚Löwe-Rosenberg‘ sogar weniger als den marktüblichen Preis gezahlt und kann diesen Kommentar auch durchaus sinnvoll verwenden. Dennoch hätte er ihn bei Kenntnis der Sachlage gegenwärtig nicht bestellt.“ Angesichts der Tatsache, dass der Richter den „Löwe-Rosenberg“ sinnvoll verwenden kann, kann man wohl, wie Seelmann (JuS 1982, 510 [511]), einen Schaden verneinen. Wenn man das Beispiel jedoch dahingehend leicht abwandelt, dass der Richter vor einer Woche bereits einen ganz neuen „Löwe-Rosenberg“ gekauft hatte, so wäre ein Schaden zu bejahen; in diesem Sinne Eisele, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Rn. 620.

<sup>107</sup> Ähnlich Heinitz, JR 1968, 387 (388).

Schwierigkeiten und Verlust die Ware zu verkaufen. Das wird allerdings selten der Fall sein, denn der Wiederverkaufswert einer Sache fällt in der Regel niedriger aus als der Kaufpreis.<sup>108</sup>

### bb) Unechter Erfüllungsbetrag (vor allem Gebrauchtwagen-Fälle)

Ein weiteres Problem, welches teilweise die Figur des individuellen Schadenseinschlags berührt, ist der sog. unechte Erfüllungsbetrag. Bei diesem geht es darum, dass der Getäuschte einen Vertrag deshalb schließt, weil er wegen der Vorspiegelung des Täters ein günstiges Angebot anzunehmen glaubt. Allerdings stellt sich heraus, dass das Produkt nicht die zugesicherten Eigenschaften aufweist, aber trotzdem den bezahlten Preis wert ist. Die wohl h.A. in der Literatur und Rechtsprechung lehnt den Eintritt eines Vermögensschadens ab, weil das Opfer nicht ärmer, sondern nur nicht reicher, wie es erhofft hat, geworden sei. Verletzt werde dann nur die Dispositionsfreiheit des Opfers, nicht sein Vermögen.<sup>109</sup> Der ganze Streit zwischen der Einheitsthese (h.M.), die das ganze Geschäft als einen einheitlichen Vorgang sieht, und der Trennungsthese, die zwischen Eingehungs- und Erfüllungsgeschäft unterscheidet, braucht hier nicht weiter verfolgt zu werden.<sup>110</sup> Diese Problematik interessiert uns hier nur insofern, als der Eintritt eines Vermögensschadens anhand der Figur des individuellen Schadenseinschlags begründet wird.

Die prominenteste Fallgruppe ist dabei die der Gebrauchtwagen-Fälle, wenn etwa über die Unfallfreiheit oder den Kilometerstand eines Wagens getäuscht wird.<sup>111</sup> Allein das Fehlen der durch den Verkäufer zugesicherten Eigenschaften führt nicht zur konkreten und individuellen Un-

<sup>108</sup> Vgl. Schmoller, ZStW 103 (1991), 92 (109); Winkler (Fn. 24), 74; Hefendehl (Fn. 35), § 263 Rn. 700: „Eine Weiterveräußerungsmöglichkeit hindert einen Schaden nur bei einer vermögenswerten (Markt-)Expektanz im Werte des Kaufpreises. Eine solche wird nur in den wenigsten Fällen vorliegen“.

<sup>109</sup> Vgl. m.w.N. BGH NStZ 2012, 629; aus dem Schrifttum vgl. beispielsweise Schönfeld, JZ 1964, 208; Cramer (Fn. 7), S. 184 ff.; Tenckhoff, in: Küper/Puppe/Tenckhoff (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum siebzigsten Geburtstag am 18. Februar 1987, 1987, S. 690; Saliger (Fn. 18), § 263 Rn. 245; Hefendehl (Fn. 35), § 263 Rn. 563; Rengier (Fn. 3), S. 268; dazu kritisch etwa Otto (Fn. 33), S. 73; Pawlik (Fn. 72), S. 281 f., 288; Geerds, Jura 1994, 309 (317); Puppe, JZ 1984, 531; dies., ZIS 2010, 216; Schneider, JZ 1996, 914 (916); Bittmann, HRRS 2016, 38 (44).

<sup>110</sup> Die Trennungsthese will einen Erfüllungsbetrag konstruieren, durch den der Käufer dazu gebracht werde, seine Minderungsansprüche wegen Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft nach §§ 437 Nr. 2, 441 BGB nicht geltend zu machen. Dazu m.w.N. vgl. nur Tiedemann (Fn. 5), § 263 Rn. 201.

<sup>111</sup> BayOLG NJW 1987, 2452; Saliger (Fn. 18), § 263 Rn. 210; Perron (Fn. 8), § 263 Rn. 123; Hoyer (Fn. 43), § 263 Rn. 206; eingehend zur Problematik des individuellen Schadenseinschlags bei dieser Konstellation Winkler (Fn. 24), S. 57.

brauchbarkeit der Gegenleistung (des Autos). Wenn das Auto trotz des Fehlens der zugesicherten Eigenschaften noch den Kaufpreis wert ist – was allerdings in der Praxis eher selten der Fall sein wird –, so kann ein Schaden nur angenommen werden, wenn diese Umstände das Fahrzeug aufgrund der spezifischen (bei der Geschäftsanbahnung besprochenen) Zwecke des Getäuschten für diesen unbrauchbar machen.<sup>112</sup> Denn nur bei diesen Voraussetzungen, nämlich objektive Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung, aber konkrete individualisierte Unbrauchbarkeit des Gegenstands, kann ein Schaden nach den Grundsätzen des individuellen Schadenseinschlags begründet werden.

cc) *Motivirrtümer*

Ferner begründen laut den hier festgehaltenen Kriterien bloße Motivirrtümer, die die konkrete Verwendbarkeit der Gegenleistung nicht beeinflussen, bei objektiv ausgeglichenen Geschäften keinen Vermögensschaden.<sup>113</sup> Hier werden zwar durch den Getäuschten mittelbare oder Endziele des Geschäfts verfehlt, aber eben nicht dessen unmittelbarer Zweck, welcher durch die Gegenleistung des Täuschenden doch erreicht wird. Das ist beispielsweise der Fall, wenn einer Mutter die Erforderlichkeit von Nährzucker für Kinder<sup>114</sup> oder dem Autobesitzer die gesetzliche Pflicht einer (nötigen) Inspektion von Heizöltanks<sup>115</sup> vorgespiegelt wird. Dasselbe gilt für die Enttäuschung eines Affektionsinteresses, etwa im Hinblick auf die Herkunft oder die Qualifikation einer Ware (z.B. Bio oder Öko)<sup>116</sup>, soweit diese nicht wertbildende Faktoren darstellen, die bereits zur objektiven Unausgewogenheit des Geschäfts führen.<sup>117</sup>

d) *Zusammenfassung*

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass eine begrenzte Individualisierung der Schadensberechnung durch die Figur des individuellen Schadenseinschlags nicht nur unvermeidbar,<sup>118</sup> sondern auch kompatibel mit einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise ist, wenn die schon in der Rechtsprechung zu findenden einschränkenden Kriterien konsequent beachtet werden.

VI. **Gesamtfazit**

Die vom 5. *Strafsenat* des BGH aufgeworfene, letztlich aber offengelassene Frage, ob die Rechtsfigur des individuellen Schadenseinschlags im Lichte der verfassungsrechtlichen Vorgaben des BVerfG einer Korrektur bedarf, ist nicht kategorisch mit Ja oder Nein zu beantworten. Die kritische Haltung des BGH gegenüber der sog. „Aliud-Rechtsprechung“ ist gerechtfertigt, denn sie stellt eine unangemessene und unnötige Erweiterung des Anwendungsbereichs des individuellen Schadenseinschlags dar. Seine Berechtigung hat dieses Institut aber grundsätzlich im Konsumbereich, wo nicht der „homo oeconomicus“ die Hauptfigur ist. Aber die Berücksichtigung von individuellen Faktoren bzw. Zwecksetzungen ist nur dort zulässig, wo sie für die Feststellung der individuellen Verwendbarkeit der erhaltenen objektiv gleichwertigen Gegenleistung notwendig ist. Dagegen stellt der in der früheren BGH-Rechtsprechung bejahte strafrechtliche Schutz der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des Getäuschten durch § 263 StGB eine bedenkliche Erweiterung der Individualisierung des Vermögensschadens beim Betrug dar und sollte fallen gelassen werden.

<sup>112</sup> Zusammenfassend *Hefendehl* (Fn. 35), § 263 Rn. 701 ff. Ein ähnlich gelagerter Fall ist der bekannte Zellwollhosen-Fall (BGHSt 16, 220): Der Angeklagte verkaufte eine Gabardinehose unter der Zusicherung, sie sei aus reiner Wolle gefertigt, tatsächlich bestand die Hose aber aus Zellwolle. Trotzdem war sie ihr Geld wert.

<sup>113</sup> Vgl. *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 375.

<sup>114</sup> OLG Köln NJW 1968, 1893.

<sup>115</sup> OLG Stuttgart NJW 1971, 633.

<sup>116</sup> Zum Thema vgl. *Arzt*, in: Dölling (Hrsg.), *Ius Humanum*, Grundlagen des Rechts und Strafrecht, Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag, 2003, S. 673; *Heghmanns*, ZIS 2015, 102. Meistens wird man einen Schaden bei objektivem Vergleich von Leistung und Gegenleistung bejahen können, denn Bio-Produkte sind in der Regel teurer (*Heghmanns*, ZIS 2015, 102 [104]). Die Tatsache, der Verbraucher erhalte kein mangelhaftes, sondern ein durchaus verwendbares Produkt, vermag den Schaden (entgegen *Heghmanns*, ZIS 2015, 102 [107 ff.], sog. „Schadensabschluss infolge persönlichen Schadensnichteinschlags“; ebenso wohl *Arzt* [Fn. 118], S. 682) nicht zu beseitigen.

<sup>117</sup> Vgl. BGHSt 8, 46 (49) – „Hopfenherkunft“; BGHSt 12, 347 (350, Verkauf verfälschter Auslandsbutter als deutsche Markenbutter); BGH, Urt. v. 20.3.1980 – 2StR 14/80 = NJW 1980, 1760 („Vermögensschaden bei vorgetäuschter Her-

kunft eines Badesalzes“); dazu *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 2), Rn. 551.

<sup>118</sup> So ausdrücklich *Lackner* (Fn. 9), § 263 Rn. 163.