

Wirtschafts- und Steuerstrafrecht

Kommentar

von

Dr. Peter Allgayer, Dr. Wolfgang Bär, Lars Bachler, Carola Bitter, Dr. Johannes Berg, Prof. Dr. Dennis Bock, Prof. Dr. Martin Böse, Dr. Alexandra Bücherl, Dr. Jens Bülte, Daniela Conrad-Graf, Dr. Kai Cornelius, Gerhard Dannecker, Judith Diversy, Prof. Dr. Stefan Ernst, Dr. Ralf Eschelbach, Marc Euler, Dr. Alexander Ganter, Dr. Michael Glaser, Claudia Gorf, Dr. Jürgen Peter Graf, Dr. Michael Grunert, Ulrike Hammer, Dr. Sonja Heine, Prof. Dr. Klaus Hoffmann-Holland, Dr. Victoria Ibold, Prof. Dr. Markus Jäger, Dr. Anne Lipsky, Dr. Malte Merz, Dr. Andreas Mosbacher, Dr. Lars Niesler, Thomas Olbermann, Dr. Lars Otte, Jochen Pohlit, Michael Reinhart, Stefan Rolletschke, Prof. Dr. Thomas Rotsch, Kai Sackreuther, Dr. Oliver Sahan, Prof. Dr. Tobias Singelstein, Dr. Andreas Straßer, Dr. Dieter Temming, Dr. Marc Tully, PD Dr. Brian Valerius, Dr. Mathias Volkmer, Prof. Dr. Martin Paul Waßmer, Raimund Weyand, Stefan Wiedner, Dr. Klaus Winkler, Prof. Dr. Petra Wittig, Dr. Georg Zimmermann

1. Auflage

[Wirtschafts- und Steuerstrafrecht – Allgayer / Bär / Bachler / et al.](#)

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](#) DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Allgemeines](#) – [Steuerverfahrensrecht](#), [Betriebsprüfung](#), [Steuerstrafrecht](#)



Verlag C.H. Beck München 2011

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 60962 6

beim Spendenbetrug, FS Klug 1983, 315; *Rupp*, Zur strafrechtlichen Verantwortung des „bösgläubigen“ Softwareerwerbers, wistra 85, 137; *Rutkowski*, Der Schadensnachweis bei unzulässigen Submissionsabsprachen, NJW 95, 705; *Sack*, Das „Hütchenspiel“ – ein eindeutiger Betrug, NJW 92, 2540; *Saliger*, Die Normativierung des Schadensbegriffs in der neueren Rechtsprechung zu Betrug und Untreue, FS Samson 2010, 455; *Sandmann*, Die Strafbarkeit der Kunstfälschung, 2004; *Satzger*, Der Submissionsbetrug, 1994; *ders*, Internationales und europäisches Strafrecht, 4. Aufl 2010; *Saukel*, Betrug beim Handel mit Warenterminoptionen, 1991; *Schäfer*, Die Strafbarkeit des Arbeitgebers bei Nichtzahlung von Sozialversicherungsbeiträgen für versicherungspflichtige Arbeitnehmer, wistra 82, 96; *Schimansky/Bunte/Lwowski* (Hrsg), Bankrechts-Handbuch, 2007; *Schiwek*, Die Strafbarkeit der Markenpiraterie, 2004; *Schlüchter*, Zweckentfremdung von Geldspielgeräten durch Computermanipulationen, NStZ 88, 59; *Schlüter*, Börsenhandelsrecht, 2. Aufl 2002; *Schmid*, Der Ausschreibungsbetrug als ein Problem der Strafgesetzgebung, 1982; *Schmidl*, Bekämpfung der Produktpiraterie in der BRD und in Frankreich, 1999; *Schmidhäuser*, Der Zusammenhang von Vermögensverfügung und Vermögensschaden beim Betrug (§ 263 StGB), FS Tröndle 1989, 305; *Schmidt-Hieber*, Verfolgung von Subventionerschleichung nach Einführung des § 264 StGB, NJW 80, 322; *Schröder*, Sicherungsbetrug und Sicherungserpressung MDR 50, 398; *ders*, Betrug durch Behauptung wahrer Tatsachen, FS Peters 1974, 153; *ders*, Zum Vermögensbegriff bei Betrug und Erpressung. Zugleich Anmerkung zu BGH, U v 18. 12. 1964 – 2 StR 461/64 –, JZ 65, 515; *ders/Thiele* Es ist machbar! – Die Betrugsrelevanz von Telefon-Gewinnspielen im deutschen Fernsehen, Jura 07, 814; *Schubert*, Abrechnungsbetrug bei Privatpatienten, ZRP 01, 154; *Schumann*, Betrug und Betrugsbeihilfe durch wahre Behauptungen?, JZ 79, 588; *Schünemann*, Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege, NStZ 86, 439; *ders*, Der Bundesgerichtshof im Gestrüpp des Untreuetatbestands, NStZ 06, 196; *Schwerdtfeger*, Die Leistungsansprüche der Versicherten im Rechtskonkretisierungskonzept des SGB V (II), NZS 98, 97; *Seier*, Prozeßbetrug durch Rechts- und ungenügende Tatsachenbehauptungen. Zugleich eine Stellungnahme zu OLG Zweibrücken, Urteil v 21. 10. 1988 – 1 Ss 189/88 – = JR 1989, 390, ZStW 102 (1990), 563; *ders*, Der Kündigungsbetrug, 1989; *Seibert*, Die Garantienpflicht beim Betrug, 2007; *Sickor*, Der Sicherungsbetrug: dogmatisches Mittel zur Umgehung verjährungsrechtlicher Vorschriften?, GA 07, 590; *Sieber*, Computerkriminalität und Strafrecht, 2. Aufl 1980; *ders*, Memorandum für ein Europäisches Modellstrafgesetzbuch, JZ 97, 369; *Sonnen*, Der Vermögensschaden beim betrügerischen Handel mit Warenterminoptionen, StV 84, 175; *ders*, Die soziale Zweckverfehlung als Vermögensschaden beim Betrug, JA 82, 593; *ders*, Strafrechtliche Grenzen des Handels mit Optionen auf Warentermin-Kontrakte, wistra 82, 123; *Soyka, M.*, Das moderne Lastschriftsystem: Eine Einladung zum straflosen Betrug?, NStZ 04, 538; *Soyka, T.*, Einschränkungen des Betrugstatbestands durch sekundäres Gemeinschaftsrecht am Beispiel der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken, wistra 07, 130; *Stahlschmidt*, Steuerhinterziehung, Beitragsvorenthaltung und Betrug im Zusammenhang mit illegaler Beschäftigung, wistra 84, 209; *Steinke*, Brauchen wir einen Tatbestand der Unterschriftenerschleichung?, Kriminalistik 78, 458; *ders*, Kommentar: Betrug durch Zeitschriftenwerber, Kriminalistik 79, 568; *Sternberg-Lieben, D.*, Musikdiebstahl, 1985; *ders*, Internationaler Musikdiebstahl und deutsches Strafanwendungsrecht, NJW 85, 2121; *Sternberg-Lieben, J.*, Examenklausur Strafrecht: Der gefälschte Caspar David Friedrich, Jura 96, 549; *Stocker*, Der Anstellungsbetrug, 1962; *Stoffers*, Der Schutz der EU-Finanzinteressen durch das deutsche Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht, EuZW 94, 304; *Szebrowski*, Kick-Back, 2005; *Terbille* (Hrsg), Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, 2009; *Tiedemann*, Der Subventionsbetrug, ZStW 86 (1974), 897; *ders*, Der Vergleichsbetrug, FS Klug 1983, 405; *ders*, Der Strafschutz der Finanzinteressen der Europäischen Gemeinschaft, (zugl Anmerkung zu EuGH, U v 21. 9. 1989 – Rs. C-68/88 –), NJW 90, 2226; *van Venrooy*, Das Verbot unterschiedlicher Behandlung nach § 26 Abs 2 S 1 GWB im Lichte des § 134 BGB, BB 79, 555; *Verghe*, Der Maßstab der Verbrauchererwartung im Verbraucherstrafrecht, 2009; *ders*, Das Leitbild eines verständigen Durchschnittsverbrauchers und das Strafrecht – ein inkongruentes Verhältnis, wistra 10, 86; *Vormbaum*, Die strafrechtliche Beurteilung des Scheckkartenmißbrauchs – OLG Köln, NJW 1978, 713, JuS 81, 18; *Wahl*, Die Schadensbestimmung beim Eingehungs- und Erfüllungsbetrug, 2007; *Walter*, Betrugsstrafrecht in Frankreich und Deutschland, 1999; *ders*, Die Kompensation beim Betrug (§ 263 StGB), FS Herzberg 2008, 763; *Weber, M.*, Die Entwicklung des Kapitalmarktrechts 2001/2002, NJW 03, 18; *Weigend*, Strafrecht durch internationale Vereinbarungen – Verlust an nationaler Strafrechtskultur?, ZStW 105 (1993), 780; *Wenner*, Vertragsarztrecht nach der Gesundheitsreform, 2006; *Wittig*, Das tatbestandsmäßige Verhalten des Betrugs, 2005; *Worms*, Warenterminoptionen: Strafbare Betrug oder nur enttäuschte Erwartungen?, wistra 84, 130; *ders*, Anlegerschutz durch Strafrecht, 1987; *Württemberg*, Das Kunstfälschertum. Entstehung und Bekämpfung eines Verbrechens vom Anfang des 15. bis zum Ende des 18. Jahrhunderts, 1940; *Zieschang*, Das Übereinkommen zum Schutz der finanziellen Interessen der EG und seine Auswirkungen auf das deutsche Strafrecht, EuZW 97, 78; *Ziethen*, Dogmatische Konsequenzen des Prostitutionsgesetzes für Dirnen- und Freierrbetrug, NStZ 03, 184.

Übersicht

	Rn		Rn
A. Allgemeines	1	III. Opfermitverantwortung beim	
I. Systematik des Betrugstatbestandes ..	1	Betrug	7
II. Praktische Bedeutung des Betrugs-		IV. Einfluss des EU-Rechts	8
tatbestandes im Wirtschaftsstraf-		C. Voraussetzungen des Betrugstatbestandes	
recht	2	im Einzelnen	10
B. Regelungszweck und Anwendungsbereich		I. Tathandlung: Täuschung über	
des Betrugstatbestandes	5	Tatsachen	12
I. Rechtsgut	5	1. Tatsachen	14
II. Betrug als Selbstschädigungs- und		2. Täuschung	28
Vermögensverschiebungsdelikt	6	II. Irrtum	57

	Rn		Rn
1. Begriff des Irrtums	58	L. Fallgruppen	173
2. Vorstellungsinhalt	59	I. Abgabenübererhebung durch Amts-	
3. Zweifel des Getäuschten	62	träger	173
4. Ausschluss eines Irrtums durch		1. Abrechnungsbetrug durch Ärzte	175
Wissenszurechnung	66	2. Abzahlungsbetrug	192
5. Erregen und Unterhalten eines		3. Anstellungsbetrug	195
Irrtums	67	4. Äquivalenzbetrug	201
III. Kausalität zwischen Täuschung und		5. Arbeitskraftbetrug/Betrug durch	
Irrtum	68	Arbeitgeber	204
IV. Vermögensverfügung	69	6. Auftraggeber-/Beauftragten-	
1. Begriff der Vermögensverfügung	70	betrug	205
2. Unmittelbarkeit	72	7. Ausschreibungsbetrug	212
3. Abgrenzung zum Diebstahl/		8. Bankgarantiehandel	216
Dreiecksbetrug	73	9. Beihilfenbetrug	217
V. Kausalität zwischen Irrtum und		10. Beitragsbetrug	219
Vermögensverfügung	76	11. Besitzbetrug	223
VI. Vermögensschaden	77	12. Bestellbetrug	224
1. Vermögensbegriffe	78	13. Bettel-, Spenden-, Unterstüt-	
2. Schadensermittlung	86	zungs- und Schenkungsbetrug	225
3. Kompensation	91	14. Beweismittelbetrug	229
4. Schadensgleiche Vermögens-		15. „Computerbetrug“	232
gefährdung	92	16. Darlehensbetrug	234
5. Eingehungs- und Erfüllungsbet-		17. Europäische Union, Betrug zu	
rug als Stufen der Deliktvoll-		Lasten	243
endung	96	18. Factoring-Betrug	253
VII. Kausalität zwischen Vermögensver-		19. Fangprämie, Betrug im Zusam-	
fügung und Vermögensschaden	113	menhang mit	262
VIII. Subjektiver Tatbestand	114	20. Fehlbuchungen und Fehlüber-	
1. Vorsatz	115	weisungen, Betrug im Zusam-	
2. Bereicherungsabsicht	118	menhang mit	263
3. Rechtswidrigkeit der Bereiche-		21. Fundraising/Private Mittelein-	
rung	123	werbung	271
D. Versuch	125	22. Gebührenübererhebung durch	
E. Vollendung und Beendigung	127	Amtsträger und Rechtsbei-	
I. Vollendung	127	stände	272
II. Beendigung	128	23. Geschicklichkeitsspiel/Hütchen-	
F. Regelbeispiele und Strafzumessung	129	spiel	274
I. Gewerbs- und bandenmäßige Bege-		24. Gewinnmitteilungen, betrügeri-	
hung (§ 263 Abs 3 S 2 Nr 1 StGB)	130	sche	276
1. Gewerbsmäßige Begehung	131	25. Gutgläubiger Erwerb vom	
2. Bandenmäßige Begehung	132	Nichtberechtigten, betrügeri-	
3. Zusammentreffen der gewerbs-		scher	279
und bandenmäßigen Begehung ...	135	26. Heirats- und Partnerschafts-	
II. Herbeiführung eines Vermögensver-		schwindel/(Asylanten-)Ehebe-	
lustes großen Ausmaßes (§ 263		trug/Scheinehe	285
Abs 3 S 2 Nr 2 Alt 1 StGB)	136	27. „Immobilienbetrug“/Bau-	
III. Absicht zur Schädigung einer großen		betrug	293
Anzahl von Menschen (§ 263 Abs 3		28. Insolvenzverfahren: Betrug	
S 2 Nr 2 Alt 2 StGB)	138	durch Insolvenzverwalter/Betrug	
IV. Eine andere Person in wirtschaftliche		nach Insolvenzeröffnung/Ge-	
Not bringen (§ 263 Abs 3 S 2 Nr 3		steuerte Insolvenz	295
StGB)	139	29. Inverkehrbringen verdorbener	
V. Missbrauch einer Befugnis oder Stel-		Lebensmittel, betrügerisches	299
lung als Amtsträger (§ 263 Abs 3 S 2		30. (Kapital-)Anlagebetrug	303
Nr 4 StGB)	141	31. Kapitalmarkt, Betrug am	308
VI. Vortäuschen eines Versicherungsfal-		32. Kompensationsbetrug	315
les (§ 263 Abs 3 S 2 Nr 5 StGB)	145	33. Kündigungsbetrug	316
VII. Abweichen von der Regelwirkung	147	34. Kunst(ver)fälschung und Kunst-,	
VIII. Sonstige Strafzumessungsgesichts-		Antiquitäten-, Raritäten- und	
punkte	150	Restaurierungsbetrug	322
G. Antragsfordernd	152	35. Lastschriftverfahren, Missbrauch	
H. Qualifikation	153	des	331
J. Nebenfolgen: Führungsaufsicht, erweiter-		36. Leistungsbetrug/Arbeitsbetrug ...	348
ter Verfall, Vermögensstrafe und Berufs-		37. Lieferanten(kredit)betrug/	
verbot	155	Warenkreditbetrug/Stoßbetrug ...	349
K. Konkurrenzen	157	38. Lotteriebetrug/Glücksspielbe-	
I. Handlungseinheit	157	trug/Spätwette/Wettbetrug	352
II. Tateinheit	161	39. Maklerbetrug	361
III. Gesetzeskonkurrenz	164	40. Markenrechtswidriger Handel	
IV. Mitbestrafte Nachtat	167	mit Pirateriewaren, betrügeri-	
V. Wahlfeststellung und Postpendenz ...	168	scher	363

	Rn		Rn
41. Nebentätigkeitsbetrug/„Zeitdiebstahl“	379	56. Sport- bzw Wettkampfbetrug und Doping	455
42. „Nigeria Connection“	381	57. „Steuerbetrug“	457
43. Prämienauslobung, betrügerische	383	58. Stundungsbetrug	458
44. Provisionsvertreterbetrug/Unterschrifterschleichung	386	59. Subventionsbetrug/Betrug durch Subventionsabsprachen/Betrug bei Subventionskrediten	460
45. Prozessbetrug	393	60. Vergleichsbetrug	462
46. Rabattbetrug	403	61. Verkehrsunfälle, betrügerische	464
47. Reklame und Anpreisungen, betrügerische	408	62. Versendung rechnungsähnlicher Angebotsschreiben und fingierter Rechnungen/Sonderform: Adressbuchbetrug	469
48. Rip-Deal	412	63. Vollstreckungsbetrug	475
49. Rückvergütungen (sog Kickbacks oder Innenprovisionen), Zahlung von	414	64. Warenterminoptionshandel, betrügerischer	477
50. Sachmanipulationen, betrügerische	428	65. „Wash-Wash-Methode“	480
51. Sanierungsbetrug	431	66. Wechsel- und Scheckbetrug	482
52. Schneeballsystem: „Loch-auf-Loch-zu-Methode“	440	67. Werbegeschenke, betrügerische Bestellung von	492
53. Selbsthilfebetrug	445	68. Wissenschaftsbetrug	493
54. Sicherungsbetrug	447	69. Zechprellerei und Logisbetrug durch weiteren Leistungsabruf ...	496
55. Sozialleistungsbetrug	450	E. Strafprozessrechtliches	497

A. Allgemeines

I. Systematik des Betrugsstatbestandes

- 1 Der Grundtatbestand des Betruges wird in § 263 Abs 1 StGB normiert. Der Versuch ist nach § 263 Abs 2 StGB strafbar (Rn 125f). In § 263 Abs 3 StGB werden fünf Regelbeispiele genannt (Rn 129ff). Nach § 263 Abs 4 StGB sind die §§ 243 Abs 2, 247 und 248 a StGB entsprechend anwendbar (Rn 148, 152). § 263 Abs 5 StGB ist als Qualifikationstatbestand ausgestaltet, der die bandenmäßige Tatbegehung erfasst (Rn 153f). Das Gericht kann in allen Fällen des Betruges nach § 263 Abs 6 StGB Führungsaufsicht anordnen (§ 68 Abs 1 StGB; Rn 155). Für bestimmte Konstellationen des Betruges sieht § 263 Abs 7 StGB die erleichterte Anordnung des Verfalls nach § 73 d StGB vor (Rn 155). Der in § 263 Abs 7 StGB weiterhin genannte § 43 a StGB (Vermögensstrafe) ist durch das Urteil des BVerfG v 20. 3. 2002 (NJW 02, 1779ff) mit Gesetzeskraft für nichtig erklärt worden.

II. Praktische Bedeutung des Betrugsstatbestandes im Wirtschaftsstrafrecht

- 2 Mit 955.804 registrierten Betrugsfällen – einschl §§ 263 a bis § 265 b StGB – (2009) entfallen 15,8% der Gesamtkriminalität auf diesen Bereich (PKS Jahrbuch 2009, 31, 186). Der Gesamtschaden beläuft sich auf 2.229,8 Millionen Euro (PKS Jahrbuch 2009, 64). Die Aufklärungsquote von 81,7% (PKS Jahrbuch 2009, 186) ist angesichts des erheblichen Dunkelfeldes nur scheinbar hoch. Teilweise bemerken die Opfer nicht, dass sie geschädigt worden sind. Außerdem wenden sich nach gängigen Schätzungen nur 5 bis 10% der Opfer an die Polizei, weil sie einen Prestigeverlust oder die Aufdeckung schwarzer Kassen befürchten (zur kriminologischen Bedeutung des Betruges *Eisenberg* Kriminologie § 45 Rn 117ff, § 47 Rn 24ff; MK/*Hefendehl* § 263 Rn 34ff; zu einzelnen Tätertypen *Tiedemann* BT Rn 4).
- 3 Beim Betrug handelt es sich nur um ein **Wirtschaftsdelikt** ieS, wenn die Tat unter Ausnutzung spezifischer Kenntnisse des Wirtschaftslebens begangen wird (dazu auch *Nunzinger* in: Wirtschaftsstrafrecht in der Praxis, 2011, Kap 1 Rn 2). Als neuere Erscheinungsformen des Betrugs als Wirtschaftstraftat sind insbesondere Taten im Bereich der Internetkriminalität und Computerbetrug iwS, im Zusammenhang mit dem Kapitalmarkt, durch Submissionsabsprachen, beim Immobilienhandel etc zu nennen. Häufig nutzen die Täter dabei weniger die intellektuellen Defizite der Opfer als deren emotionale Schwachpunkte oder deren Gewinnsucht aus. Deshalb vermochten selbst zahlreiche Aufklärungsberichte in den Massenmedien den ständigen Anstieg der Betrugsriminalität nicht aufzuhalten (NK/*Kindhäuser* § 263 Rn 9). Vor diesem Hintergrund erscheint es bedenklich, den Betrugsstatbestand unter dem Gesichtspunkt der Mitverantwortung der Opfer einzuschränken (näher dazu Rn 7).
- 4 Der Betrugsstatbestand wirft zahlreiche Fragen auf, die in der Wissenschaft intensiv diskutiert werden und die die Praxis nicht selten vor schwierige Probleme stellen (zum Betrugsstrafrecht in Rspr und Wissenschaft der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts *Tiedemann* FG BGH 2000, 551ff). Gerade im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts sind in den letzten Jahren eine Vielzahl von Verhal-

tensweisen aufgetreten, die betrugsrelevant sein können, jedoch in der strafrechtswissenschaftlichen Literatur im Hinblick auf die Betrugsvorschrift noch nicht hinreichend untersucht sind. Die nachfolgenden Erläuterungen sind auf das Wirtschaftsstrafrecht begrenzt und können daher keine Gesamtkommentierung der Betrugsvorschrift darstellen. Vielmehr soll der Betrug aus spezifisch wirtschaftsstrafrechtlicher Sicht beleuchtet werden. Deshalb werden zunächst die **allgemeinen Voraussetzungen des § 263 StGB** erörtert (Rn 10ff). Diese Ausführungen sind in ihrer Intensität und ihrem Umfang vom Thema des Wirtschaftsstrafrechts geleitet. Deshalb war es erforderlich bestimmte Voraussetzungen des Betrages wie zB das Erfordernis einer Täuschung über Tatsachen (Rn 12ff) ebenso wie der Vermögensschaden (Rn 77ff) vertieft zu behandeln, denn diese Merkmale sind im Wirtschaftsstrafrecht von zentraler Bedeutung. Andere Tatbestandsmerkmale wie zB die Vermögensverfügung (Rn 69ff) sind demgegenüber aus wirtschaftsstrafrechtlicher Sicht weniger problematisch und werden folglich kürzer erörtert; insofern kann auf die allgemeinen Kommentierungen zu § 263 StGB verwiesen werden. An die allgemeine Darstellung der Voraussetzungen des Betrugstatbestands schließen sich **Ausführungen zu einzelnen spezifischen betrügerischen Verhaltensweisen** an (Rn 173ff).

B. Regelungszweck und Anwendungsbereich des Betrugstatbestandes

I. Rechtsgut und Deliktscharakter

Der Betrugstatbestand schützt das **Vermögen** (ganz hM; RG 74, 177, 178; BGH 3, 99, 102; 7, 197, 198; 16, 220, 221; 16, 321, 325; 16, 367, 372; 34, 199, 203; StV 95, 254; MK/Hefendehl § 263 Rn 1ff; NK/Kindhäuser § 263 Rn 10 mwN), und zwar das private und das öffentliche Vermögen (MK/Hefendehl § 263 Rn 7; NK/Kindhäuser § 263 Rn 10; zum Schutz des Vermögens der EU Berger Der Schutz des öffentlichen Vermögens durch § 263 StGB, S 51ff), das inländische und das ausländische Vermögen (S/S/Cramer/Perron § 263 Rn 1f; diff NK/Kindhäuser § 263 Rn 10; krit Tiedemann ZStW 86 [1974], 897, 911ff), nicht aber in Zahlungsansprüchen verkörperte Strafen oder sonstige Sanktionen (vgl BGH 43, 381, 400). Weitgehende Einigkeit besteht auch darüber, dass das Vermögen nur hinsichtlich seines Bestandes, nicht dagegen vor einer Vereitelung von noch ungesicherten Chancen auf Vermögensmehrung geschützt wird (NJW 91, 2573; NStZE Nr 49). Hingegen sind die Dispositionsfreiheit (StV 95, 153; krit NK/Kindhäuser § 263 Rn 12ff), die Redlichkeit im Geschäftsverkehr, ein allgemeines Recht auf Wahrheit oder der Grundsatz von Treu und Glauben (StV 95, 254) keine von § 263 StGB geschützten Rechtsgüter. Der Betrug ist im Hinblick auf die überschießende Innen-tendenz ein **kupiertes Erfolgsdelikt**. § 263 StGB ist **Schutzgesetz** iSd § 823 Abs 2 BGB (BGHZ 57, 137, 143; 160, 134, 142).

II. Betrug als Selbstschädigungs- und Vermögensverschiebungsdelikt

Der Betrug ist ein **Selbstschädigungsdelikt**. Bildlich gesprochen greift der Täter nicht selbst in das Vermögen des Opfers hinein, sondern lässt sich den Vermögenswert durch den Getäuschten „herausreichen“. Weiterhin ist der Betrug ein **Vermögensverschiebungsdelikt**, bei dem der Täter für sich oder einen Dritten auf Kosten des Geschädigten eine Bereicherung erstrebt (näher dazu *Kindhäuser* FS Dahs 2005, 67ff). Um das Element der Vermögensverschiebung tatbestandlich einzubinden, muss für die Erfüllung des Betrugstatbestands „**Stoffgleichheit**“ zwischen dem Schaden und dem intendierten Vermögensvorteil verlangt werden (Rn 120ff).

III. Opfermitverantwortung beim Betrug

Beim Betrug muss wirtschaftlich geschicktes, oft auf einem Wissensvorsprung beruhendes Vorgehen von strafwürdigem Unrecht abgegrenzt werden. Dabei spielt das Opfer, das zu seiner eigenen Schädigung beitragen muss, eine zentrale Rolle. Hier sind die **Verantwortungs- und Risikobereiche** gegeneinander abzugrenzen. Die Rspr ist im Grundsatz opferfreundlich und schützt den „leichtgläubigen Verbraucher“ (Rn 62ff). Sie nimmt nur absolut offensichtliche Fälle einer Täuschung (BGH 34, 199, 201; NStZ 03, 313, 314) sowie bewusste Risikoentscheidungen des Opfers aus dem Anwendungsbereich des § 263 StGB aus. Damit wird dem in der Literatur teilweise vertretenen viktimodogmatischen Ansatz, nach dem ein Irrtum bei besonderer Leichtgläubigkeit nicht vorliegen soll (dazu *Ellmer* S 287; *Hilgendorf* JuS 94, 466, 467; *Mühlbauer* NStZ 03, 650, 651ff; krit *Hillenkamp* S 21ff, 85ff; *Wittig* S 364f) eine Absage erteilt. Gegen diesen opferorientierten Ansatz spricht, dass es nicht darauf ankommen kann, aus welchem Grund ein Opfer, das rechtlich kein Irrtumsrisiko tragen muss, irrt und ob es den Irrtum vermeiden konnte (LPK/Kindhäuser § 263 Rn 37 mwN).

IV. Einfluss des EU-Rechts

Dem Schutz des „leichtgläubigen Verbrauchers“ auf nationaler Ebene durch § 263 StGB steht jedoch bei entsprechender Werbung im grenzüberschreitenden Verkehr das **europarechtliche Leitbild**

eines aufgeklärten Verbrauchers (eingehend dazu *Hecker* S 328f; *ders* Europäisches Strafrecht, § 10 Rn 19) entgegen, das sich an einem informierten, aufmerksamen und verständigen Verbraucher orientiert (zB EuGH Slg 00, I-117 Rn 27 – Lifting Creme). Soweit die betrugsrelevante Täuschung und die daraus resultierende Irrtumserregung nämlich im Zusammenhang mit der grenzüberschreitenden Vermarktung von Waren im Zusammenhang steht, kann die drohende Betrugsstrafbarkeit „eine Maßnahme gleicher Wirkung“ wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung darstellen. Nach der Rspr des EuGH fallen hierunter alle Handelsregelungen, die geeignet sind, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar tatsächlich oder potentiell zu behindern (sog *Dassonville*-Formel; EuGH Slg 74, 837 Rn 5), soweit es sich nicht um reine Verkaufsmodalitäten (EuGH Slg 93, I-6097 Rn 16 – Keck), wie zB Ladenöffnungszeiten oder bestimmte Werberegulungen ohne Produktbezug, handelt. Hierbei handelt es sich nicht um einen starren Maßstab, vielmehr kommt eine Rechtfertigung der Strafbarkeit nach den Grundsätzen der *Cassis*-Rspr des EuGH (Slg 79, 649 Rn 8) in Betracht, wenn dies zum Zweck des Verbraucherschutzes notwendig und insoweit auch verhältnismäßig ist (*Dannecker* ZStW 117 [2005], 697, 712ff; *Strein*z Europarecht, 9. Aufl 2011, Rn 831). Der deutsche Betrugstatbestand lässt sich also aus europäischer Sicht nur insoweit rechtfertigen, als dessen Täuschungsbegriff unionsrechtskonform ausgelegt wird. Der Schutz auch des unaufmerksamen und unverständigen Verbrauchers würde sonst mit der Warenverkehrsfreiheit des EG-Vertrags kollidieren. Auch das sekundäre Gemeinschaftsrecht, so zB die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken, führt darüber hinaus zu einer „sektoralen Europäisierung“ und damit zu einer „Zersplitterung des Täuschungsschutzes“ (näher dazu *Soyka* wistra 07, 130). Damit ist der strafrechtliche Täuschungsschutz im Betrugsstrafrecht jedenfalls im grenzüberschreitenden Warenverkehr europäisiert, wodurch Grenzen zulässigen Vorgehens der Marktteilnehmer aufgezeigt werden (näher dazu sogleich Rn 9). Der deutsche Verbraucherschutz ist unter Rückgriff auf das Verbraucherleitbild des EuGH im Wege der europarechtskonformen Auslegung zurückzuschneiden (ausführlich dazu *Dannecker* WiVerw 96, 210; *ders* ZStW 117 [2005], 704, 711 ff; s auch *Vergho* Maßstab, 2009, passim; *ders* wistra 10, 86 ff, jeweils mwN).

- 9 Aus betrugsrechtlicher Sicht stellt sich damit die Frage, ob eine **Zweispurigkeit des strafrechtlichen Schutzes** dadurch vermieden werden sollte, dass das europäische Verbraucherleitbild auch auf rein nationale Fälle Anwendung findet (dazu *Dannecker* ZStW 117 [2005], 697, 712 ff mwN). Während sich hierfür anführen lässt, dass dadurch eine Inländerdiskriminierung vermieden werden könnte, spricht dagegen, dass in der Dogmatik des § 263 StGB eine nicht zu rechtfertigende Sollbruchstelle entsteht. Es kann aber nicht darauf ankommen, ob es sich um betrugsrelevante Interaktionen im Werbe- oder einem sonstigen Bereich des Wirtschaftsrechts handelt (*Dannecker* ZStW 117 [2005], 697, 712). Im Bereich des § 263 StGB besteht jedoch generell die Notwendigkeit, als „Geschäftstüchtigkeit“ eingestufte Vorgehensweisen von betrugsrelevantem Verhalten abzugrenzen, bei dem sich der Täter für die schädigende Vermögensverfügung verantworten muss (dazu *Kühne* S 7ff). In der Literatur werden hierzu unterschiedliche Ansätze vertreten (Überblick bei *MK/Hefendehl* § 263 Rn 65 ff; *LK/Tiedemann* § 263 Rn 14f). IERg herrscht jedenfalls Einigkeit darüber, dass es zur Abgrenzung erlaubter Unwahrheiten von den verbotenen normativer Kriterien bedarf (*Kindhäuser* ZStW 103 [1991], 399, 411 ff mwN). In einer marktwirtschaftlichen Wirtschaftsordnung trägt für bestimmte Informationen das Opfer eine eigene Verantwortung, wobei nicht auf den konkreten, sondern auf den „verständigen Verbraucher“ abzustellen ist, um ex ante die jeweilige Verantwortung von Täter und Opfer bestimmen zu können (*Dannecker* ZStW 117 [2005], 697, 713). Zwar ist das europäische Verbraucherleitbild nicht dazu geeignet, die bei § 263 StGB erforderlichen Restriktionen zu ersetzen, um zu einer Begrenzung des tatbestandlichen Anwendungsbereichs auf strafwürdiges und strafbedürftiges Verhalten zu gelangen. Das europäische Verbraucherleitbild liefert jedoch einen normativen Maßstab, der sich bei viktimodogmatischen, aber auch bei anderen Restriktionsansätzen zur Vermeidung einer sektoralen Privilegierung der Publikumswerbung heranziehen lässt, um eine generelle Korrektur des Betrugstatbestands zu erreichen (*Dannecker* ZStW 117 [2005], 697, 713).

C. Voraussetzungen des Betrugstatbestandes im Einzelnen

- 10 Der Betrug setzt in objektiver Hinsicht eine **Täuschung über Tatsachen voraus**, die zu einem **Irrtum** führt, wobei aufgrund des Irrtums eine **Vermögensverfügung** vorgenommen wird, die zu einem **Vermögensschaden** führt. Im subjektiven Bereich verlangt der Betrug neben dem Vorsatz die **Absicht, sich oder einen Dritten rechtswidrig zu bereichern**. Weiterhin muss die beabsichtigte **Bereicherung rechtswidrig** sein und der Täter diesbezüglich mit Vorsatz handeln.
- 11 Auf objektiver Seite sind vor allem die Täuschung (Rn 28ff), der Irrtum (Rn 57ff) und der Vermögensschaden (Rn 77ff) im Zusammenhang mit dem Wirtschaftsstrafrecht von besonderer Bedeutung. Deshalb sollen diese Tatbestandsmerkmale vertieft behandelt werden.

I. Tathandlung: Täuschung über Tatsachen

§ 263 Abs 1 StGB nennt als Tathandlungen die Vorspiegelung falscher oder die Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen (eingehend dazu *Wittig* S 182). Diese Verhaltensweisen können unter dem Oberbegriff der **Täuschung** (Rn 28 ff) über Tatsachen zusammengefasst werden (NK/*Kindhäuser* § 263 Rn 57; anders noch RG 35, 311, 315). Alle Formen der Täuschung müssen sich auf gegenwärtige oder vergangene Tatsachen beziehen. 12

Die Täuschung kann **ausdrücklich** oder **konkludent** erfolgen (BGH 47, 1, 3; 48, 331, 344; 51, 165, 169 f; NStZ 09, 506 ff; näher dazu Rn 31 ff). Nach hM kommt auch eine **Täuschung durch Unterlassen** in Betracht, wenn der Täter eine entsprechende Garantenstellung innehat (Rn 40 ff). Nach hM genügen dagegen bloße Tatsachenveränderungen oder Manipulationen an Objekten ohne Einwirkung auf die Vorstellung eines anderen grundsätzlich nicht, um den Betrugstatbestand zu erfüllen (M-G/B/*Nack* § 47 Rn 15; LK/*Tiedemann* § 263 Rn 23). Tatsachenveränderungen werden aber dann zur Täuschung, wenn sie gleichzeitig Erklärungen enthalten (*Fischer* § 263 Rn 10; S/S/*Cramer/Perron* § 263 Rn 12). 13

1. Tatsachen. a) Begriff der Tatsache. Tatsachen sind **Vorgänge oder Zustände der Vergangenheit oder Gegenwart**, die objektiv bestimmt und dem **Beweis zugänglich** sind (RG 55, 129, 131; BGH 15, 24, 26; Düsseldorf *wistra* 96, 32; *Arzt/Weber* BT 20/32; M-G/B/*Nack* § 47 Rn 10; S/S/*Cramer/Perron* § 263 Rn 8; LK/*Tiedemann* § 263 Rn 10; ähnl *Hilgendorf* S 123 ff). Wenn hingegen auf **Geschehnisse in der Zukunft** hingewiesen wird, können diese nicht Gegenstand einer Täuschung sein (RG 56, 227, 232; aA *Bitzilekis* FS Hirsch 1999, 29, 36 ff), sofern es sich nicht um innere Tatsachen handelt (Rn 16 f). Gegenstand der Täuschung kann auch die Nichtexistenz eines Umstandes (BGH 51, 165, 171 – *Hoyzer*) sowie etwas Unmögliches (BGH 32, 38, 42 – „Sirius“) sein. Hier soll nach hM ausreichen, dass der Täter dem Opfer den Eindruck der beweisbaren Existenz des fraglichen Sachverhalts vermittelt. Daher soll auch die Behauptung genügen, dass eine Krankheit mit einem objektiv völlig unwirksamen Mittel kuriert werden könne (LG Mannheim NJW 93, 1488 mit Anm *Loos/Krack* JuS 95, 204; näher dazu MK/*Hefendehl* § 263 Rn 58 ff). Hingegen sind **Meinungsäußerungen und Werturteile** keine Tatsachen, da sie als subjektive Wertungen einer objektiven Überprüfung und damit dem Beweis nicht zugänglich sind (krit SK/*Hoyer* § 263 Rn 20 ff, der nach Schutzwürdigkeitsgesichtspunkten abgrenzt). Wertungen können jedoch einen beweisbaren Tatsachenkern enthalten (näher dazu Rn 18 ff). Daher ist die Abgrenzung von Tatsache und Werturteil (dazu Karlsruhe JZ 04, 101 m Anm *Puppe*) oft mit Schwierigkeiten verbunden (dazu Zweibrücken JR 89, 390 m Anm *Keller*; vgl ferner Rn 19 ff). 14

b) Äußere Tatsachen. Tatsachen sind in erster Linie äußere Tatsachen, die sich auf **reale Umstände** 15 beziehen und sinnlich wahrnehmbar oder gerichtlich nachprüfbar sind (MK/*Hefendehl* § 263 Rn 54). Hierzu zählen bei Sachen und Gegenständen die Herkunft (BGH 6, 46, 48), die Beschaffenheit (RG 59, 299), die Echtheit (LK/*Tiedemann* § 263 Rn 11), die Verkehrsfähigkeit (StV 96, 73), die Quantität (RG 64, 342, 347), aber auch die **rechtlichen Verhältnisse** wie die Eigentumslage (RG Recht 29, Nr 652), die Lastenfreiheit eines Grundstücks (Düsseldorf *wistra* 96, 32), die Mangelfreiheit (Bay NJW 74, 1798, 1079) oder Vertragsmäßigkeit einer verkauften Sache (RG 28, 189, 192; RG GA 50 [1903], 392, 393 f). Auch **wirtschaftliche Verhältnisse** können Tatsachen sein, so die Börsennotierung eines Wertpapiers (*Worms* *wistra* 84, 123, 125), eine Gewinngarantie beim Optionshandel (BGH 30, 177, 181), die Zahlungsfähigkeit (RG 3, 332 f; 56, 230 ff; BGH 6, 198, 199) sowie sonstige finanzielle Verhältnisse (BGH 6, 198), Einkünfte (BGH 32, 236, 242; Düsseldorf StV 91, 520) und die erzielten Umsätze (RG Recht 13, Nr 3207). Schließlich können Fähigkeiten, Berechtigungen und Qualifikationen natürlicher und juristischer Personen äußere Tatsachen sein (NStZ 08, 96, 98; Düsseldorf NJW 83, 2341).

c) Innere Tatsachen. Auch innere Tatsachen, insbesondere das Vorhandensein bestimmter Kenntnisse, Absichten oder Überzeugungen, kommen als tauglicher Gegenstand der Täuschung in Betracht (BGH 15, 24, 26; *Fischer* § 263 Rn 9; Lackner/*Kübl* § 263 Rn 4; *Mitsch* BT II/1 § 7 Rn 20). Hierbei handelt es sich um **Innenvorgänge und Innenzustände**, die zwar nicht als physische Realität nachweisbar sind, die aber über ihre Auswirkungen wahrnehmbar und im Wege des Indizienbeweises feststellbar sind (LK/*Tiedemann* § 263 Rn 12). So kann über eine besondere Sachkunde getäuscht werden (NJW 81, 2131, 2132). Gleiches gilt für das Wissen um eine nur minimale Gewinnchance (LK/*Tiedemann* § 263 Rn 12, 20) oder die Absicht, Geld nicht an der Börse anzulegen (LK/*Tiedemann* § 263 Rn 33; A/R/*Winkelbauer* Art Warentermingeschäfte, S 3; *Worms* *wistra* 84, 123, 125). 16

Dabei kann sich die subjektive Vorstellung auch auf Zukünftiges beziehen, sofern die **Vorstellung** 17 nur **gegenwärtig vorhanden** ist (S/S/*Cramer/Perron* § 263 Rn 10). So kann über die Vorstellung, zum Zeitpunkt der Fälligkeit einer Forderung zahlungsfähig zu sein (BGH 15, 24, 26), über die Bereitschaft, einen Vertrag zu erfüllen (BGH 15, 26 f; NJW 83, 2827), über die Ernsthaftigkeit eines Vertragsabschlusses (NStZ 97, 32), die Absicht, in Zukunft bestimmte Handlungen vorzunehmen oder zu unterlassen (LK/*Tiedemann* § 263 Rn 12 ff, 20 mwN), die Nichtkenntnis verborgener Mängel (*Fischer* § 263 Rn 7) oder die Manipulationsabsicht bei einer Wette (BGH 51, 165, 173 – *Hoyzer*;

Bosch JA 07, 389, 390) getäuscht werden. Die auf zukünftiges Handeln bezogene Absicht ist bereits eine gegenwärtige Tatsache. Allerdings ist evident, dass der Nachweis bestimmter Überzeugungen nicht unerhebliche Schwierigkeiten mit sich bringen kann.

- 18 **d) Meinungsäußerungen und Werturteile.** Meinungsäußerungen und Werturteile sind per se keine Tatsachen; sie erschöpfen sich in einer subjektiven Bewertung und sind deshalb einer empirischen Überprüfung auf ihre Wahrheit hin entzogen (BGH 48, 331, 344; MK/*Hefendehl* § 263 Rn 65; LK/*Tiedemann* § 263 Rn 13). Dies gilt jedoch nicht bezüglich des **Gegenstands der Wertung**. Dieser kann einen beweisbaren „Tatsachekern“ darstellen (Rn 19ff). Wenn zB Aussagen über Gewinnwahrscheinlichkeiten getroffen werden, beziehen sich solche Äußerungen zunächst auf Geschehnisse in der Zukunft, und diese können grundsätzlich nicht Gegenstand einer Täuschung sein. Da vom Tatsachenbegriff auch innere Tatsachen erfasst sind, besteht insofern die Gefahr, dass auf die **Überzeugung des Urteilenden** von der Richtigkeit eines Urteils abgestellt und so eine innere Tatsache konstruiert wird (vgl *S/S/Cramer/Perron* § 263 Rn 10 aE).
- 19 **aa) Meinungsäußerungen und Werturteile mit zugrunde liegendem Tatsachekern.** Während die Täuschung über die wertende Stellungnahme von § 263 StGB nicht erfasst wird, stellt der Gegenstand der Wertung grundsätzlich eine Tatsachenbehauptung dar. Allerdings ist die Abgrenzung der Tatsache vom Werturteil oft schwierig (dazu *Graul* JZ 95, 595 ff). Maßgeblich soll hierfür sein, ob die Äußerung ihrem objektiven Sinngehalt nach einen greifbaren, dem Beweis zugänglichen **Tatsachekern** enthält und deshalb überprüfbar ist (s nur BGH 48, 331, 344 f m Anm *Beulke* JR 05, 37, 40 und *Kühne* JZ 04, 743; Karlsruhe JR 97, 299 m Anm *Kindhäuser*; M-G/B/*Nack* § 47 Rn 12; *Fischer* § 263 Rn 8; *Küper* BT 289f; *Lackner/Kühl* § 263 Rn 5; LK/*Tiedemann* § 263 Rn 14; W/*Hillenkamp* Rn 496; abl NK/*Kindhäuser* § 263 Rn 87). Hierzu ist regelmäßig der Erklärungswert anhand der Verkehrsanschauung festzustellen und zu fragen, ob aus dem Sinnzusammenhang, den Begleitumständen oder der Form der Erklärung auf bestimmte mitbehauptete Tatsachen geschlossen werden kann (LK/*Tiedemann* § 263 Rn 15).
- 20 Einen nachprüfbaren Tatsachekern sollen nach der **Rspr** beispielsweise die Erklärungen enthalten, ein Produkt sei „konkurrenzlos“ (Frankfurt wistra 86, 31, 34), ein Anlageprodukt sei „sicher“ oder „risikolos“ (BGH 48, 331, 345), eine Gaststätte sei „gut gehend“ (RG Recht 13, 3207), eine Hypothek sei „sicher“ (RG 20, 3f). Der BGH hat ferner entschieden, dass derjenige eine Behauptung tatsächlicher Art aufstellt, der andere zum Kauf von Aktien durch die Zusage überredet, es handle sich um eine gute Kapitalanlage, die Aktien würden bald an der Börse gehandelt, im Kurs erheblich steigen und sich als gewinnbringende Kapitalanlage erweisen und hinter der Muttergesellschaft stünden finanzstarke und einflussreiche Geschäftsleute (MDR/D 73, 18). Hierin sieht die **Rspr** die Behauptung, dass es sich um ein kapitalkräftiges, auf Gewinnerzielung gerichtetes Unternehmen handle, dessen Marktchancen in Bank- und Börsenkreisen günstig beurteilt würden und dass die Aktien zum gegebenen Zeitpunkt zumindest den geforderten Preis wert seien. Eine Tatsachenbehauptung soll auch dann gegeben sein, wenn ein Gastwirt als „versierter, flexibler Berater“ bei der Vermittlung von Warenterminoptionen bezeichnet wird (LK/*Tiedemann* § 263 Rn 15).
- 21 Der **Wert einer Sache** und ihr **Preis** sind zwar grundsätzlich Werturteile, jedoch liegt in der Aussage über den Wert oder den Preis häufig auch eine Erklärung über wertbildende Faktoren und damit über einen dem Beweis zugänglichen Tatsachekern (*Otto* FS Pfeiffer 1988, 78). Auch die Kreditwürdigkeit und die fachliche Kompetenz einer Person sind betrugsrelevante Aussagen (LPK/*Kindhäuser* § 263 Rn 59). Bei Submissionsabsprachen ist nicht die Angemessenheit des Angebotspreises eine Tatsache, über die getäuscht wird, sondern die ordnungsgemäße, auf dem freien Wettbewerb beruhende Beteiligung an dem Ausschreibungsverfahren (*S/S/Cramer/Perron* § 263 Rn 16f; W/J/*Dannecker* 16/18).
- 22 **bb) Aussagen im Zusammenhang mit Werbung.** Reklamehaften Anpreisungen fehlt häufig die erforderliche Ernsthaftigkeit, um sie als Tatsachenbehauptungen mit Wahrheitsanspruch ansehen zu können (wistra 92, 255; *Walter* S 72). Die Abgrenzung zwischen Erklärungen über einen Tatsachekern und reklamehaft-anpreisender Übertreibung ist allerdings gelegentlich nur schwer zu bestimmen. Dies gilt insbesondere für **Reklame und sonstige Anpreisungen**, die im Zusammenhang mit der Werbung getroffen werden: Allgemeine (lobende) Redewendungen und reklamehafte Anpreisungen, die Übertreibungen und Superlative enthalten, sollen nach allgemeiner Auffassung für sich allein keine täuschungsgerechten Tatsachen enthalten (wistra 92, 255 f; *Fischer* § 263 Rn 8; LK/*Tiedemann* § 263 Rn 14; SK/*Hoyer* § 263 Rn 18 mwN), wengleich durchaus auch hier in Erwägung gezogen werden könnte, mit solchen Äußerungen sei ein dem Beweis zugänglicher Tatsachekern verbunden (so etwa BGH 34, 201 m Anm *Bottke* JR 87, 428). Hier wird es jedoch in der Regel an der Ernsthaftigkeit fehlen, die erforderlich ist, um berechtigterweise Vertrauen in ihre Wahrheit in Anspruch zu nehmen.
- 23 Wenn allerdings ein **Tatsachekern als Bestandteil der Werbeaussage** ausgemacht werden kann, bejaht die **Rspr** eine Täuschung über Tatsachen (NStZ 08, 96, 98), so wenn ein Produkt aufgrund einer technischen Neuerung als „konkurrenzlos“ bezeichnet wird (Frankfurt wistra 86, 31, 34; s auch *Fischer* § 263 Rn 8) oder wenn „Schlankheits- und Haarwuchsmittel mit 100%-Garantie“ eine völlig überzogene Wirkung zugeschrieben wird, zB der Schlankheitspille eine Wirkung innerhalb von zehn Minuten, weil darin die Wirksamkeit des Mittels überhaupt miterklärt werde (BGH 34, 199, 201; abl

Hilgendorf S 194). Hieran wird kritisiert, dass eine gewisse Beliebigkeit in der Annahme oder Ablehnung einer Tatsache nicht verleugnet werden könne (so *Park/Zieschang* § 263 Rn 24).

cc) Behauptung besonderer Fachkompetenz. Wenn bei einem Werturteil die erklärende Person eine besondere Fachkompetenz innehat oder innezuhaben vorgibt, liegt darin ein Tatsachenkern, der Gegenstand einer Täuschung sein kann (NStZ 08, 96, 98). Die Rspr geht davon aus, dass in diesen Fällen miterklärt wird, der Täter sei aufgrund besonderer Sachkunde befähigt, das Werturteil zu fällen, so zB wenn ein Börsenspezialist erklärt, die Gewinnchancen seien größer als das Verlustrisiko. Auch der Mangel an Nachprüfbarkeit für das Opfer soll den Anspruch auf Vollständigkeit begründen können (*S/S/Cramer/Perron* § 263 Rn 10), sofern die entsprechende Erklärung nicht gegenüber einem anderen Fachmann getroffen wird (*Koblenz NJW* 01, 1364; *S/S/W/Satzger* § 263 Rn 20).

dd) Äußerung von Rechtsauffassungen. Bei Äußerungen über Rechtsauffassungen muss differenziert werden zwischen der **Geltendmachung eines Anspruchs** und der Behauptung der **diesen Anspruch begründenden Tatsachen**. Die Geltendmachung eines Anspruchs ist eine Sollens- und keine Seinsaussage. Wenn jedoch ein Anspruch geltend gemacht wird, wird in der Regel auch das Vorliegen der den Anspruch begründenden Umstände konkludent behauptet. Die Behauptung juristischer Verhältnisse, wie zB Miete, Pacht, Kauf, stellen Tatsachen dar, da mit Hilfe solcher Rechtsbegriffe häufig Lebenssachverhalte umschrieben werden (BGH 22, 88 f; Düsseldorf *wistra* 96, 32 ff; *Graul JZ* 95, 595, 600; *Seier ZStW* 102 [1990], 563, 568; teilweise abw *Puppe JZ* 04, 102 ff), so dass sie sich auf tatsächliche Gegebenheiten beziehen, auch wenn die Rechtsansicht wertende Elemente enthält (Lackner/*Kühl* § 263 Rn 5; LPK/*Kindhäuser* § 263 Rn 61; *S/S/Cramer/Perron* § 263 Rn 9). Auch die **Aussage über die Existenz bestimmter Rechtssätze, Judikate und im Schrifttum vertretener Ansichten** sind Tatsachenbehauptungen, so wenn eine Rechtsansicht mit dem Anspruch auf Verbindlichkeit oder Gültigkeit, zB durch Verweis auf eine angebliche Rspr, verbunden wird (*Protzen wistra* 03, 208, 209). Hingegen stellt die Darlegung der eigenen Rechtsauffassung oder das Behaupten eines Anspruchs, ohne dass auf anspruchsbegründende Tatsachen verwiesen wird, keine Tatsachenbehauptung dar (BGH 46, 196, 198; Frankfurt *NJW* 96, 2172; Karlsruhe *JZ* 04, 101, 102 m krit Anm *Puppe JZ* 04, 102 ff; *Fischer* § 263 Rn 8b). Das OLG Stuttgart (*NJW* 79, 2573, 2574) hat die Erteilung einer Rechtsauskunft durch einen Rechtsanwalt gegenüber einem juristischen Laien, um einen berechtigten Anspruch abzuwehren, als Behauptung einer inneren Tatsache angesehen. Hiernach kann die Äußerung einer nicht der eigenen Überzeugung entsprechenden Rechtsauffassung eine Täuschung über Tatsachen darstellen. Grundsätzlich trifft jedoch die Parteien im Zivilprozess weder die Pflicht, die Gegenseite oder das Gericht über die Rechtslage zutreffend zu informieren, noch das Gebot, die Behauptung unzutreffender Aussagen über die Rechtslage zu unterlassen. Vielmehr geht es um die Erläuterung des eigenen Standpunktes, und die Rechtsfindung ist Aufgabe des Gerichts (*JR* 58, 106; *Koblenz NJW* 01, 1364 f; *Eisenberg FS* Salger 1995, 15, 20; *Graul JZ* 95, 595, 602 f; aA *Protzen wistra* 03, 208 ff).

e) Erfahrungssätze und Prognosen. **Erfahrungssätze**, die empirisch festgestellte Regelmäßigkeiten induktiv verallgemeinern, insbesondere naturwissenschaftliche und psychologische Gesetze, beziehen sich auf Tatsachen (*Graul JZ* 95, 595, 597 ff; *Puppe JZ* 94, 1150). **Prognosen** beziehen sich demgegenüber auf zukünftige Ereignisse und scheiden insoweit nach hM als Tatsachenbehauptung aus (MDR/D 73, 18; *S/S/Cramer/Perron* § 263 Rn 8; *Hildner WM* 04, 1068). Allerdings können sie selbst Gegenstand einer Tatsachenbehauptung sein, so wenn über eine Prognose die Aussage getroffen wird, sie beruhe auf hinreichend gesicherten Erfahrungssätzen oder sei von ausgewiesenen Experten aufgestellt worden (*Cramer FS* Triffterer 1996, 323, 333; *Hilgendorf* S 146 ff).

Insbesondere im Kapitalmarktbereich werden häufig Aussagen über **zukünftige Kursentwicklungen** gemacht, um die Kaufentscheidung der Interessenten zu beeinflussen. Im Schrifttum wird diesbezüglich die Auffassung vertreten, die künftige Kursentwicklung sei keine Tatsache, über die getäuscht werden könne, sondern diesbezügliche Äußerungen seien persönliche Urteile, die grundsätzlich nicht Gegenstand einer Täuschung sein könnten (so *Hohenlohe-Oehringen BB* 80, 231). Hier ist jedoch eine Differenzierung erforderlich (eingehend dazu *LK/Tiedemann* § 263 Rn 16; zustimmend *Park/Zieschang* § 263 Rn 26): Eine Täuschung kommt zum einen in Bezug auf die vom Täter zugrunde gelegte **gegenwärtige Prognosegrundlage** in Betracht. Denn die Behauptungen, die die Beurteilungsgrundlage für die Prognose bilden, sind Tatsachen, so zB die Qualität eines Gewinnsystems im Hinblick auf eine Gewinnprognose (Bay 3 St RR 47/94, zitiert nach *S/S/W/Satzger* § 263 Rn 25). Darüber hinaus kann der Täter über eine **gegenwärtige Eigenschaft** täuschen. Außerdem können Prognosen über den Gesichtspunkt der **inneren Tatsache** tauglicher Täuschungsgegenstand sein. Praktische Relevanz hat dies unter anderem im Zusammenhang mit dem Warentermin- und Optionshandel und dem Kapitalanlagebetrug (BGH 30, 177, 181; 31, 115, 116) erlangt. Im Einzelnen bedeutet dies: Sofern durch manipulierte Empfehlungen im Wertpapierhandel Kursschwankungen ausgelöst werden, die nachfolgend durch eigene Geschäfte ausgenutzt werden, liegt kein Betrug vor, solange die Empfehlung eine rein wertende Prognose darstellt, die sich nicht auf unrichtige Umstände der Gegenwart oder Vergangenheit bezieht, und kein Anspruch auf fachliche Richtigkeit erhoben wird. Wenn der Täter hingegen im Zusammenhang mit zukünftigen Kursentwicklungen der Wahrheit zuwider darlegt, das in Rede stehende Unternehmen habe ein neues Produkt entwickelt, was

Kurssteigerungen zur Konsequenz haben werde, täuscht er über die Prognosebasis und damit über eine gegenwärtige Tatsache (S/S/Cramer/Perron § 263 Rn 9). Wenn vorgespiegelt wird, dass eine Option eine garantierte Gewinnchance habe, obwohl dies nicht der Fall ist, wird über eine gegenwärtige Eigenschaft getäuscht. Wenn der Verkäufer von Optionen der Wahrheit zuwider vorspiegelt, er sei von einem Gewinn überzeugt, täuscht er über eine gegenwärtige innere Tatsache, so dass ein Betrug in Betracht kommt. Über eine gegenwärtige innere Tatsache kann also auch etwas in der Zukunft Liegendes zum tauglichen Täuschungsgegenstand werden (Park/Zieschang § 263 Rn 30).

- 28 **2. Täuschung.** Die Tathandlung besteht nach dem Gesetzeswortlaut in einer Vorspiegelung falscher oder einer Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen. Die verschiedenen Täuschungsformen setzen jeweils eine Einwirkung auf die Vorstellung eines Menschen voraus (Karlsruhe JZ 04, 101; SK/Hoyer § 263 Rn 23 f mwN; NK/Kindhäuser § 263 Rn 57). Da die Dreiteilung der Tathandlungen durch den Gesetzgeber jedoch nicht weiterführend ist, werden diese drei Begehungsmodalitäten unter den Begriff der Täuschung subsumiert (NK/Kindhäuser § 263 Rn 57). Täuschung ist nach hM ein zur Irreführung bestimmtes und damit der Einwirkung auf die Vorstellung eines anderen dienendes **Gesamtverhalten** (NJW 91, 2187). Erfasst ist jedes Verhalten mit Erklärungswert, das darauf gerichtet ist, durch Einwirkung auf die intellektuelle Vorstellung eines anderen eine Fehlvorstellung hervorzurufen. Es muss auf einen anderen Menschen kommunikativ eingewirkt werden. Die **Veränderung von Tatsachen** oder die **Manipulation von Gegenständen** stellt daher grundsätzlich keine Täuschung dar (Küper BT S 289; Rengier BT/1 § 13 Rn 10; Lackner/Kühl § 263 Rn 6; aA SK/Hoyer Rn 25; krit im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz Rotsch ZJS 08, 132, 133), es sei denn, die Objektveränderung wird in die Erklärung einbezogen (Rn 32).
- 29 Die Täuschungshandlung muss **objektiv geeignet** sein, **einen Irrtum zu erregen** (BGH 47, 1, 5). Hierbei kommt es darauf an, wie die allgemeine Verkehrsauffassung das Verhalten unter den konkreten Umständen versteht. Umstritten ist zwar, ob eine Täuschung mehr voraussetzt als lediglich das Erregen oder Unterhalten eines Irrtums, nämlich Täuschungsbewusstsein (so SK/Hoyer § 263 Rn 23 mwN, auch zur Gegenansicht), oder ob das Fehlen des Täuschungsbewusstseins zum Entfallen des Vorsatzes führt. Die praktische Bedeutung dieses Streites ist jedoch gering.
- 30 Die vom Täter abgegebene Tatsachenbehauptung muss grundsätzlich falsch sein. Eine **Täuschung mittels wahrer Tatsachen** kommt nur in Betracht, wenn der Täter die inhaltlich richtige Erklärung planmäßig einsetzt, um Missverständnisse über andere Tatsachen hervorzurufen und damit gezielt die Schädigung des Adressaten verfolgt. Die Irrtumserregung darf nicht bloße Folge, sondern muss Zweck der Handlung sein (BGH 47, 1, 5; StV 04, 535, 536 f; krit Scheinfeld wistra 08, 167, 169 f). Wenn Angehörige frisch Verstorbener das Angebot auf Veröffentlichung des Todes im Internet erhalten, die rechnungsmäßig gestaltet sind, so dass der Angebotscharakter bezüglich der Internetveröffentlichung völlig in den Hintergrund tritt, soll trotz der inhaltlichen Richtigkeit wegen des planmäßigen und gezielten Vorgehens des Täters eine Täuschung vorliegen (BGH 47, 1 ff; Krack JZ 02, 613 ff; Baier JA 02, 364 ff; Kindhäuser/Nikolaus JuS 06, 195 f). Jedoch soll bei geschäftlich erfahrenen Personen eine Obliegenheit bestehen, ein solches Schreiben sorgfältig zu lesen (so NStZ 97, 186; W/Hillenkamp Rn 499 a). Hiergegen spricht jedoch, dass Rechnungen häufig von wenig versiertem Büropersonal geprüft werden (StV 04, 535, 537; Frankfurt NJW 03, 3215, 3216; Rengier BT/1 § 13 Rn 14; aA Schneider StV 04, 537 ff).
- 31 Eine Täuschung kann **aktiv** durch ausdrückliches (Rn 32 f) oder konkludentes Verhalten (Rn 34 ff) sowie durch **Unterlassen** (Rn 40 ff) begangen werden. Der Erklärungswert muss durch **Auslegung** ermittelt werden.
- 32 **a) Täuschung durch ausdrückliche Erklärung.** Eine ausdrückliche Täuschung kann mündlich, schriftlich, durch Gesten oder Zeichen sowie durch die entsprechenden Formen der technischen Übermittlung – E-Mail, Fax, Telefon, Datenspeicher – erfolgen. Eine Täuschung liegt auch im Falle einer mündlichen Zusicherung von Tatsachen vor, die im schriftlichen Vertrag nicht festgehalten werden (München NJW 78 435, 436), oder wenn schriftlich die Wahrheit erklärt wird, im anschließenden Beratungsgespräch jedoch unrichtige Angaben gemacht werden (NStZ 00, 36, 37). Soweit eine ausdrückliche Erklärung vorliegt, wird konkludent miterklärt, dass alles, was in einem logischen, empirischen oder normativen Widerspruch zum ausdrücklich Erklärten steht, nicht vorliegt (NK/Kindhäuser § 263 Rn 110). Mündliche Erklärungen sind auch dann täuschungsrelevant, wenn Schriftform vorgesehen und die mangelnde Gültigkeit mündlicher Nebenabreden vertraglich vereinbart ist (München NJW 78, 435). Durch bloße Veränderungen der Realität kann nicht getäuscht werden. Erst wenn **Objektveränderungen in eine Erklärung einbezogen** werden, können sie betrugsrelevant werden, so das Unterschieben falscher Beweismittel, namentlich unwahrer oder unechter Urkunden (BGH 8, 46; NJW 69, 1260), das Manipulieren an Strom-, Gas-, Wasser- oder Kilometerzählern (Bay MDR 62, 70; Hamm NJW 68, 903; BGH 51, 165, 171; 54, 69, 121 f) und an Glückspielautomaten (Hamm NJW 57, 1162), das Benutzen einer gefälschten Mehrfachfahrkarte (Düsseldorf NJW 92, 593 f) oder das Umtauschen von Preisschildern im Kaufhaus, um einen billigeren Kauf zu ermöglichen (Hamm NJW 68, 1895). In diesen Fällen sind die Objekte selbst Träger der Information.
- 33 Auch die **Behauptung der Wahrheit** kann ein Vorspiegeln unrichtiger Tatsachen sein, wenn sie nach der konkreten Situation oder einem verbreiteten unrichtigen Sprachverständnis schon objektiv

einen anderen oder weitergehenden Sinn hat und der Täter das weiß, sich aber auf den Wortlaut berufen will (LG Osnabrück MDR 91, 468 m Bespr Mayer Jura 92, 238; Schröder FS Peters 1974, 153; aA Schumann JZ 79, 588 und Hecker, 2001, S 247). Erforderlich ist dabei stets, dass der Täter sich der Diskrepanz zwischen dem vorgeschobenen Sachverhalt und der Wirklichkeit bewusst ist (BGH 32, 256). Weiterhin liegt eine Täuschung vor, wenn die Erklärung so abgefasst ist, dass in dem konkreten Kontext ein anderer als der wortwörtliche Sinn vermittelt wird, so wenn ein Schreiben alle Merkmale einer Rechnung aufweist und ein teilweise ausgefüllter Überweisungsträger beigelegt ist und lediglich dem Kleingedruckten zu entnehmen ist, dass es sich um das Angebot für eine weitere Annonce handelt (BGH 47, 1, 2 ff m Anm Baier JA 02, 364 ff; Geisler NSTZ 02, 86 ff; Krack JZ 02, 613 ff; Loos JR 02, 77 ff; Pawlik StV 03, 297 ff; Rose wistra 02, 13 ff; vgl auch wistra 01, 386 f; NSTZ-RR 04, 110, 111). Denn hier vermittelt das Gesamtbild der Erklärung die unzutreffende Tatsachenbehauptung, dass alle Voraussetzungen der Zahlungspflicht erfüllt sind (LPK/Kindhäuser § 263 Rn 62). Dies gilt gleichermaßen für **rechnungsförmlich aufgemachte Angebotsschreiben** an im Geschäftsverkehr erfahrene Personen (NSTZ-RR 04, 110 f; krit Baier JA 04, 513 f; abl Schneider StV 04, 537 ff; Scheinfeld wistra 08, 167, 170 f).

b) **Täuschung durch konkludente Erklärung.** Soweit keine ausdrückliche Täuschung vorliegt, ist 34 eine konkludente Täuschung zu prüfen, bevor auf ein Unterlassen abgestellt wird (BGH 51, 165, 173; Kindhäuser FS Tiedemann 2008, 579 ff; Richtlinien finden sich bei Küper BT S 29). Das Täuschen durch schlüssiges und irreführendes Verhalten bedarf keiner Feststellung einer Garantenstellung. Eine konkludente Täuschung liegt vor, wenn das **Gesamtverhalten des Täters nach der Verkehrsanschauung als Erklärung über eine Tatsache** zu verstehen ist (BGH 47, 1, 3; 48, 331, 344; 51, 165, 170; München wistra 10, 37, 38 f; s auch Wittig S 256 ff). Es bedarf hierbei jeweils der konkreten Prüfung im Einzelfall, was als „miterklärt“ gelten soll. Hierbei ist auf den Empfängerhorizont abzustellen und auf die Gesamtumstände in der konkreten Situation (BGH 51, 165, 170). So enthält die Eingehung einer vertraglichen Verpflichtung die stillschweigende Erklärung des Schuldners, zur Vertragserfüllung willens und nach seiner Vorstellung bei Fälligkeit auch in der Lage zu sein (BGH 15, 24; StV 91, 419; BB 92, 523; NSTZ-RR 96, 34; wistra 98, 177; Hamm StraFo 02, 337; Ranft JR 94, 523; LK/Tiedemann § 263 Rn 38). Jedoch fehlt es bei Dauerschuldverhältnissen an einer konkludenten Erklärung, zu allen zukünftigen Fälligkeitsterminen leistungsfähig zu sein (StV 04, 317, 319). Wenn der Täter bei Vertragsschluss zahlungsunfähig ist, jedoch bis zum Fälligkeitszeitpunkt mit seiner erneuten Zahlungsfähigkeit rechnet, liegt keine konkludente Täuschung vor; jedoch kann gegebenenfalls eine Offenbarungspflicht über die gegenwärtige Zahlungsunfähigkeit bestehen, die er verletzt hat (Bay StV 99, 69, 70).

In der **Abgabe einer rechtsgeschäftlichen Erklärung** liegt die stillschweigende Behauptung, dass 35 die Wirksamkeitsvoraussetzungen, soweit sie von der eigenen Person abhängen, so die Verfügungsbefugnis und Geschäftsfähigkeit, gegeben seien (RG 39, 80; 41, 27, 31; Lackner/Kühl § 263 Rn 9; S/S/Cramer/Perron § 263 Rn 16 b). Dies ist allerdings hinsichtlich der Geschäftsfähigkeit abzulehnen (glA MK/Hefendehl § 263 Rn 127; S/S/W/Satzger § 263 Rn 44). Ferner erklärt derjenige, der eine Leistung zu einem bestimmten Preis anbietet, nach hM nur in Ausnahmefällen, so bei Tax- oder Listenpreisen, konkludent, der geforderte Preis sei angemessen (S/S/Cramer/Perron, § 263 Rn 16 d, 17 c; NK/Kindhäuser § 263 Rn 130; Lackner/Kühl § 263 Rn 10; Graul JZ 95, 595, 596; Seelmann NJW 80, 245, 254; Worms wistra 84, 123, 128; näher dazu Rn 38). Auch wer einen **Dialer** anbietet, erklärt damit konkludent, dass er Zugang zu den beim Download genannten, brauchbaren und themenbezogenen Inhalten bietet (Buggisch NSTZ 02, 178, 181). Die Möglichkeit, Serviceangebote per Fax oder **0190/0900-Abwurf** abrufen zu können, enthält die konkludente Erklärung, die kostenpflichtige Leistung beinhalte brauchbare themenbezogene Informationen. Wenn es dem Betreiber nur auf das „Abkassieren“ ankommt und er nur allgemeine oder auf weitere kostenpflichtige Quellen verweisende Informationen zur Verfügung stellt, liegt eine Täuschung vor (NJW 02, 3415, 3417; Stöber NSTZ 03, 515 ff). Eine konkludente Täuschung liegt ebenfalls vor, wenn bei einer Kapitalanlage der Anschein erweckt wird, das gesamte Kundengeld werde ohne Abzug an der Börse angelegt (Fischer § 263 Rn 17; LK/Tiedemann § 263 Rn 49; NK/Kindhäuser § 263 Rn 130; Worms wistra 84, 123, 125).

Die bloße **Entgegennahme einer Leistung** enthält nicht die schlüssige Behauptung, dass sie 36 von dem anderen geschuldet sei; die Annahme versehentlich zu viel gezahlten Geldes genügt daher als solche nicht, um eine Täuschung zu begründen (JZ 89, 550; Köln NJW 87, 2527 m Anm Joerden JZ 88, 103; dazu auch Pawlik FS Lampe 2003, 689, 705). Auch das **Zahlungsverlangen** beinhaltet nicht die konkludente Erklärung, dass der geforderte Preis angemessen und üblich ist (München wistra 10, 37, 38 f).

Ergänzend sind **normative Gesichtspunkte** zu berücksichtigen, die für die vertragstypische Risiko- 37 verteilung bedeutsam sind (BGH 51, 165, 170; MK/Hefendehl § 263 Rn 88; LK/Tiedemann § 263 Rn 30). Der Geschäftstyp und die typische Pflichten- und Risikoverteilung erlangen in diesem Zusammenhang unmittelbare Bedeutung. So wird bei einer Sportwette, die einen Unterfall des Glücksspiels darstellt, erklärt, dass die Wette auf ein von den Wettteilnehmern unbeeinflussbares, zukünftiges Sportereignis gerichtet ist und daher ein entsprechendes Risiko besteht (RG 62, 415; Hirsch FS Swarc 2009, 559, 579; NK/Kindhäuser § 263 Rn 133; aA BGH 16, 120). Der Teilnehmer an einer