

1. Sachverhalt

Zwischen A und seinem Hausnachbarn B bestehen seit einiger Zeit Spannungen. A fühlt sich von Kritik belästigt, die B an seinem Verhalten übt. Um B spüren zu lassen, wie es ist, wenn man belästigt wird, bestellt er im Zeitraum von zwölf Tagen telefonisch unter dem Namen des B Waren und Dienstleistungen bei 27 Unternehmen und nennt dessen Anschrift als Lieferadresse oder Leistungsort. B soll dadurch in Aufregung und Unruhe versetzt werden. A ist weder willens noch fähig, die Leistungen zu bezahlen. Die beauftragten Unternehmen melden sich bei B, um auftragsgemäß ihre Leistungen zu erbringen. Nur mit Mühe gelingt es ihm, sie davon zu überzeugen, dass er nichts bestellt habe. Die Vorgänge rufen bei ihm Unruhezustände, Nervosität und Schlafstörungen hervor. Er ist dadurch so beeinträchtigt, dass er sich in ärztliche Behandlung begeben und ein Beruhigungsmittel einnehmen muss.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Der Sachverhalt gibt zur Hauptsache Anlass, Abgrenzungsprobleme der Betrugsstrafbarkeit zu erörtern und eine Strafbarkeit wegen Körperverletzung anzusprechen. Ansonsten kommt noch in Betracht, dass A sich wegen Nachstellung gemäß § 238 Abs. 1 Nr. 3 Alt. 1 StGB strafbar gemacht hat. Dar-

August 2008

Nachbar-Fall

Betrug / Bereicherungsabsicht / Bestellung von Waren und Leistungen unter fremdem Namen zum Zweck der Belästigung

§ 263 StGB

Leitsatz der Verf.:

Wer zwecks Belästigung anderer unter deren Namen Warenlieferungen oder Dienstleistungen in Auftrag gibt, handelt im Hinblick auf die Arbeitsleistung der getäuschten Unternehmen – Zustellung der Waren, Angebot der Dienstleistung vor Ort – in betrügerischer Bereicherungsabsicht.

LG Kiel, Urteil vom 03.03. 2006 – V Ns 18/06; veröffentlicht in: NStZ 2008, 219.

auf werden wir jedoch erst später¹ eingehen, weil die 2007 eingeführte Vorschrift im vorliegenden Fall, der sich im Jahr 2005 ereignete, wegen des Rückwirkungsverbots gemäß Art. 103 Abs. 2 GG nicht zur Anwendung kommen konnte.

Die **Betrugsprüfung** bereitet hinsichtlich des objektiven Tatbestandes kaum Probleme.

Täuschung und **Irrtum** sind glatt zu bejahen: A täuschte über die Identität des Bestellers und erregte bei den Unternehmen den Irrtum, dass Auftraggeber eine zahlungswillige und zahlungsfähige Person namens B sei. Zu einer **Vermögensverfügung** kam es dadurch, dass sich die Unternehmen zur Erbringung der Leistungen verpflichteten.

Auch das Merkmal des **Vermögensschadens** ist unschwer zu bejahen. In der hier vorliegenden Konstellation des Eingehungsbetruges sind die

¹ Unter 4. und 5.

beiderseitigen Leistungsverpflichtungen des vereinbarten Geschäfts zu vergleichen.² Bleibt die in Aussicht stehende Gegenleistung hinter der versprochenen Leistung des Opfers zurück, so ist dessen Vermögensbestand gemindert, also auf seiner Seite ein Schaden eingetreten. Der Vergleich fällt hier eindeutig zum Nachteil der Unternehmen aus, wie im Folgenden zu zeigen ist.

Mangels Willenserklärung des B wurde kein Vertragsverhältnis zwischen ihm und den Unternehmen begründet, so dass ein gegen ihn gerichteter Zahlungsanspruch als gleichwertiges Äquivalent ausscheidet.

Der Anspruch gegen A als Vertreter ohne Vertretungsmacht gem. § 179 BGB war wirtschaftlich wertlos, weil die Unternehmen seine Identität nicht kannten und weil er weder zahlen wollte noch konnte.³

Auch etwaige Schadensersatzansprüche der Unternehmen gegen A aus § 823 Abs. 1 BGB lassen den Vermögensschaden nicht entfallen. Da ein kompensatorischer Vermögenszuwachs unmittelbar durch die Verfügung erfolgt sein muss, bleiben gesetzliche Ansprüche grundsätzlich unberücksichtigt. Denn sie müssen erst noch durchgesetzt werden und beseitigen den Schaden nur nachträglich.⁴

Ob A sich wegen Betruges strafbar gemacht hat, entscheidet sich somit erst bei der Prüfung des **subjektiven Tatbestandes**. Wo das Problem liegt, zeigt ein Blick auf die von A verfolgte Absicht: Ihm ging es nicht darum, für sich einen wirtschaftlichen Nutzen aus den Leistungen der Unternehmen zu ziehen; vielmehr kam es ihm darauf an, B zu belästigen. Erfüllt dieser Willenssachverhalt das Betrugsmerkmal der **Bereicherungsabsicht**?

Eine verneinende Antwort liegt nahe, wenn man von der umgangssprach-

lichen Verwendung des Absichtsbegriffs ausgeht und als Vermögensvorteil nur den wirtschaftlichen Wert der Leistungen im Auge hat.

Bekanntlich tendiert jedoch die juristische Verwendung des Absichtsbegriffs zu einer extensiven Auslegung. Das gilt auch für die gängigen Definitionen zum Betrugsmerkmal der **Bereicherungsabsicht**.⁵ Danach muss der Täter den Vorteil zwar zielgerichtet anstreben. Doch braucht dessen Erlangung nicht der einzige, maßgebende oder auch nur überwiegende Zweck des Handelns zu sein. Vielmehr reicht es aus, wenn der Vermögensvorteil neben anderen Zielen oder als Mittel für einen anderen Zweck angestrebt wird. Der Anwendungsbereich des Merkmals ist dann aber verlassen, wenn der Vorteil nur notwendige oder mögliche Folge eines ausschließlich auf einen anderen Zweck gerichteten Verhaltens ist.

Ferner kommt in Betracht, als Vermögensvorteil bereits die bloße Möglichkeit anzusehen, darüber disponieren zu können, wem gegenüber eine Leistung erbracht werden soll.

Auf dieser Grundlage – Erweiterung des Absichtsbegriffs und Einstufung bereits der Dispositionsmöglichkeit als Vermögensvorteil – ist das BayObLG in einer Entscheidung aus dem Jahr 1972⁶ in einem vergleichbaren Fall zur Annahme einer Betrugsstrafbarkeit gelangt. Der wirtschaftliche Vorteil der durch Täuschung erschlichenen Möglichkeit, über die Leistung verfügen zu können, sei für den Täter das „notwendige Mittel für den weiteren Erfolg“ gewesen, und als solches von ihm auch erstrebt worden.⁷ Das Gericht fügte noch ein allgemeines Argument hinzu: Es könne keinen Unterschied machen, ob jemand durch Täuschung Ware für

² Vgl. BGHSt 51, 165, 174; *Rengier*, Strafrecht BT I, 10. Aufl. 2008, § 13 Rn. 83.

³ Vgl. *Schröder* JZ 1972, 25, 26.

⁴ Vgl. BGH NStZ 1999, 353, 354; *Rengier* (Fn. 2), § 13 Rn. 67.

⁵ Vgl. zum Folgenden *Küper*, Strafrecht BT, 7. Aufl. 2008, S. 86 f.; *Lackner/Kühl*, StGB, 26. Aufl. 2007, Rn. 58.

⁶ BayObLG JZ 1972, 25.

⁷ BayObLG JZ 1972, 25 (26).

sich selbst erlange oder deren Lieferung an andere veranlasse.⁸

Diese Entscheidung, die für die weitere Rechtsprechung wegweisend wurde, ist in der Literatur auf erhebliche Kritik gestoßen. Unberücksichtigt bleibt, dass die alles beherrschende Motivation in diesen Fällen in der Zufügung einer immateriellen Schädigung besteht und dass der Täter sich eines Mittels bediene, das ihm nicht einmal vorübergehend einen wirtschaftlichen Nutzen bringe.⁹

In der Literatur wird der Standpunkt des BayObLG aber auch unterstützt.¹⁰ Teilweise wird jedoch eine andere Begründung gewählt.¹¹ Hinsichtlich des Vermögensvorteils sei auf die **Arbeitsleistung** abzustellen, die von den getäuschten Unternehmen durch Bereitstellung und Anlieferung von Waren oder durch das Angebot einer Dienstleistung vor Ort erbracht werde. Diesen materiellen Vorteil mache sich der Täter zielgerichtet als Mittel der angestrebten Schädigung zunutze und erfülle dadurch die Anforderungen an das Merkmal der Bereicherungsabsicht.

Die Kritik an der bayerischen Entscheidung scheint im vorliegenden Fall das zunächst zuständige Amtsgericht so beeindruckt zu haben, dass es die Linie der bisherigen Rechtsprechung verlassen hat. Es hat eine Betrugsstrafbarkeit verneint und lediglich den Vorwurf der **Körperverletzung** zum Gegenstand einer Verurteilung gemacht.

Insoweit bietet der Sachverhalt ausreichend Indizien, um annehmen zu können, dass mehr als eine nur seelische Beeinträchtigung vorlag, nämlich

der für das Tatbestandsmerkmal der Gesundheitsschädigung erforderliche Zustand einer körperlichen Erkrankung:¹² Schlafstörungen, ärztliche Behandlung, Einnahme eines Medikaments.

Schwieriger ist es, festzustellen, ob A diesen Erfolg auch (bedingt) vorsätzlich herbeigeführt hat. Zwar wollte er B in Aufregung und Unruhe versetzen. Daraus lässt sich jedoch nicht zweifelsfrei ableiten, dass er auch eine Gesundheitsschädigung in Kauf nahm. Daher wird man es wohl bei der Annahme einer Strafbarkeit wegen fahrlässiger Körperverletzung gemäß § 230 StGB belassen müssen. So lautete auch der Schuldspruch des Amtsgerichts.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Gegen das erstinstanzliche Urteil legten sowohl A als auch die Staatsanwaltschaft Berufung ein. Nur das Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft war erfolgreich. Das Berufungsgericht erklärte A auch des Betruges für schuldig.

In seiner Begründung schließt es sich zunächst in vollem Umfang dem BayObLG an. Als beabsichtigter Vermögensvorteil wird dementsprechend angesehen, dass A sich durch Täuschung in die Lage versetzt habe, über die Leistungen in der Weise zu verfügen, dass die Unternehmen nach seinen Weisungen handelten. Diesen Vorteil habe er auch erstrebt, wenngleich er in erster Linie B habe schädigen wollen. „Die Schädigungsabsicht schließt die Bereicherungsabsicht nicht aus, wenn die Bereicherung der Weg zur Schädigung ist.“¹³

Vollständig scheint das Gericht aber von der Tragfähigkeit dieser Begründung nicht überzeugt gewesen zu sein. Denn es bedient sich zur Absicherung auch noch der Literaturansicht, derzufolge die Arbeitsleistung der Unterneh-

⁸ BayObLG JZ 1972, 25.

⁹ Cramer in Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl. 2006, § 263 Rn. 167; Joecks, Studienkommentar StGB, 7. Aufl. 2007, § 263 Rn. 117; Wessels/Hillenkamp, Strafrecht BT 2, 30. Aufl. 2007, Rn. 579.

¹⁰ Tiedemann in LK, StGB, 11. Aufl. 2005, Rn. 250; Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht BT 1, 9. Aufl. 2003, § 41 Rn. 136.

¹¹ Herzberg, JuS 1972, 185, 189.

¹² Vgl. zu den Mindestanforderungen an das Merkmal der Gesundheitsschädigung Küper (Fn. 5), S. 168 f.; Marxen, Kompaktkurs Strafrecht BT, 2004, S. 24.

¹³ LG Kiel NSTZ 2008, 219, 221.

men den Gegenstand der beabsichtigten Bereicherung bildet. Für die Lieferung von Waren und das Angebot einer Dienstleistung vor Ort werde üblicherweise oder vertraglich ein Entgelt geschuldet. Der Arbeitsleistung komme somit ein Vermögenswert zu. Ihn habe A für sich erstrebt, weil es ihm darauf angekommen sei, B mit der daraus entstehenden lästigen Situation zu konfrontieren.

Abschließend erörtert die Kammer noch kurz das Merkmal der **Stoffgleichheit**, welches erfordert, dass der erstrebte Vorteil auf derselben Vermögensverfügung wie der Vermögensschaden beruht.¹⁴ Auch in dieser Hinsicht hat das Gericht keine Bedenken. Die erschlichene Arbeitsleistung der Unternehmen als Vermögensvorteil habe gleichermaßen wie deren Vermögensminderung das Eingehen einer vermeintlichen Verbindlichkeit zur Grundlage gehabt.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Dreierlei ist von Interesse für Studium und Examen: die Betrugsproblematik, ein Konkurrenzproblem und die Möglichkeit, den neuen Tatbestand der Nachstellung gemäß § 238 StGB in Augenschein zu nehmen.

Der Sachverhalt nötigt dazu, das Betrugsmerkmal der Bereicherungsabsicht gewissermaßen unter dem Mikroskop zu betrachten. Beide Elemente – Vermögensvorteil und Verschaffungsabsicht – lassen sich allenfalls in schwacher Ausprägung feststellen.

Das gilt im Hinblick auf den Vermögensvorteil insbesondere dann, wenn man, wie das BayObLG, auf die Dispositionsbefugnis über die Leistungen abstellen will. Greifbarer tritt dagegen ein wirtschaftlicher Vorteil zutage, wenn, wie in einer Literaturansicht und nun auch in der hier besprochenen Entscheidung, die Arbeitsleistung der Un-

ternehmen als Bereicherungsobjekt benannt wird. Gemeint sind letztlich die Portokosten bei Warenlieferungen und die Anfahrtkosten bei Dienstleistungen.

Ob der Täter beabsichtigt, sich diesen Vorteil zu verschaffen, ist in einer subtilen subjektiven Prüfung des Verhältnisses zwischen dem Zweck der Schädigung und dem Mittel der Ausnutzung des Leistungsangebots der Unternehmen zu untersuchen. Eine Bejahung des Absichtsmerkmals setzt voraus, dass die Verwirklichung des Mittels nicht bloß hingenommen, sondern zur Erreichung des Zweckes erstrebt wurde.

Für die Durchführung der Prüfung ist anzuraten, nach den Elementen des Vermögensvorteils und der Verschaffungsabsicht abzuschichten. Da es sich insgesamt um ein subjektives Tatbestandsmerkmal handelt, sollte darauf geachtet werden, dass bei der Erörterung des Vermögensvorteils Formulierungen vermieden werden, die den Eindruck erwecken, der Vorteil werde objektiv festgestellt.

Das **Konkurrenzproblem** ergibt sich daraus, dass A 27 Betrugstaten, aber nur eine fahrlässige Körperverletzung begangen hat. Eine Zusammenfassung unter dem Gesichtspunkt der Tateinheit gem. § 52 StGB wäre leicht möglich, wenn die Betrugstaten zu einer fortgesetzten Handlung zusammengezogen werden könnten. Doch das ist Schnee von gestern. Der Große Senat des BGH¹⁵ hat einer Anwendung diese Rechtsfigur die Grundlage entzogen.

In Betracht kommt noch eine Zusammenfassung unter dem Gesichtspunkt der **Verklammerung**¹⁶ der einzelnen Betrugstaten durch die fahrlässige Körperverletzung. Für eine Klammerwirkung würde aber das bloße zeit-

¹⁴ Vgl. zu diesem Merkmal *Marxen* (Fn. 12), S. 24.

¹⁵ BGHSt 40, 138; vgl. dazu *Wessels/Beulke*, Strafrecht AT, 37. Aufl. 2007, Rn. 773.

¹⁶ Vgl. dazu und zum Folgenden *Wessels/Beulke* (Fn. 15), Rn. 780 ff.; *Marxen*, Strafrecht AT, 2003, S. 252.

liche Zusammentreffen nicht ausreichen. Vielmehr bedarf es einer vergleichenden Betrachtung des Unwertsgehalts der Straftaten.

Das hat seinen Grund darin, dass es für den Täter günstiger ist, wenn Tateinheit statt Tatmehrheit angenommen wird. Denn es kommt nach § 52 Abs. 2 StGB zu einer Zusammenführung in der Weise, dass eine Strafe auf der Grundlage des Gesetzes mit der schwersten Strafandrohung gebildet wird. Dagegen wird im Falle der Tatmehrheit eine Gesamtstrafe verhängt, die gemäß § 54 Abs. 1 Satz 2 StGB in der Erhöhung der verwirkten höchsten Strafe besteht. Die Besserstellung ist aber dann nicht angebracht, wenn das verklammernde Delikt von geringerem Gewicht als die anderen Taten ist. Dem Täter soll es schließlich nicht zugute kommen, dass er zusätzlich zu mehreren schweren Straftaten noch eine minder schwere begangen hat. Für eine Verklammerung eignet sich daher nur ein Delikt, dessen Unrechtsgehalt mindestens von gleichem Gewicht ist.

Zur Ermittlung des Unwertgehalts sind nicht allein die Deliktskategorien und Strafraumen, sondern auch die konkreten Umstände des Falles heranzuziehen.¹⁷ Daraus ergibt sich ein erheblicher Spielraum für die richterliche Beurteilung. Im vorliegenden Fall ist die Konkurrenzfrage erst in der Revisionsinstanz erörtert werden. Das von A angerufene OLG meinte: „Die verwirklichten Straftatbestände des Betruges und der fahrlässigen Körperverletzung wiegen etwa gleich schwer.“¹⁸ Eine Verklammerung zur Tateinheit wurde daher bejaht.

Die Einbeziehung des Tatbestandes der **Nachstellung** in die Fallbearbeitung ruft keine Anwendungsprobleme hervor; ermöglicht wird dadurch jedoch eine Erweiterung der Argumentation zu der Frage, ob der Betrugstatbestand

Fälle der vorliegenden Art adäquat erfasst.

Heranzuziehen ist § 238 Abs. 1 Nr. 3 Alt. 1 StGB. Die dort genannten Handlungsmerkmale – Bestellung von Waren oder Dienstleistungen für Dritte unter missbräuchlicher Verwendung personenbezogener Daten – treffen ohne weiteres auf das Verhalten des A zu.

Erfüllt sind auch die Voraussetzungen des beharrlichen Handelns und der schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensverhältnisse des Opfers, die für alle Tatvarianten der Nachstellung gelten. A ist mit „besonderer Hartnäckigkeit und in gesteigerter Gleichgültigkeit ... gegenüber dem gesetzlichen Verbot“ vorgegangen und hat daher beharrlich im Sinne des Gesetzgebers gehandelt.¹⁹ Angesichts der gesundheitlichen Folgen für B steht auch außer Zweifel, dass er in seiner Lebensführung erheblich beeinträchtigt wurde.

Die völlig problemlos verlaufende Subsumtion zeigt an, dass der Tatbestand geradezu gemünzt ist auf ein Verhalten wie das des A. Das führt zu der Frage, ob es daneben noch einer zusätzlichen Erfassung als Betrugsdelikt bedarf, die, wie gezeigt, äußerst problembeladen und umstritten ist.

Zur Klärung dieser Frage hätte der Gesetzgeber beitragen können. Leider ist er aber stumm geblieben. Die Gesetzesmotive zur Nachstellung enthalten kein Wort über das Verhältnis zur Betrugsstrafbarkeit.

Argumente für eine Stellungnahme lassen sich der Kriminalpolitik und der Dogmatik entnehmen.

Kriminalpolitisch wäre es im Hinblick auf Rechtsklarheit von Vorteil, wenn es bei einer Anwendung von § 238 StGB bliebe und auf eine zusätzliche Erfassung als Betrug verzichtet würde. Die Regelung der wirtschaftlichen Vorgänge könnte dem Zivilrecht überlassen werden.

Zu einem gegenteiligen Ergebnis führt eine Betrachtung der Schutzrich-

¹⁷ Roxin, Strafrecht AT II, 2003, § 33 Rn. 107.

¹⁸ OLG Schleswig, Beschl. vom 28.6.2006 – Az. 2 Ss 70/06 (66/06), bei *juris*.

¹⁹ BT-Drs. 16/575, S. 7; vgl. dazu Lackner/Kühl (Fn. 5), § 238 Rn. 3.

tung der beiden Tatbestände. Während durch die Nachstellung der individuelle Lebensbereich geschützt wird,²⁰ dient § 263 StGB dem Vermögensschutz. Jeweils sind unterschiedliche Personen als Opfer betroffen: hier die belästigte, dort die geprellte Person. Eine Bestrafung allein wegen Nachstellung würde also ausblenden, dass durch die Tat zugleich in die Vermögenssphäre eines anderen Opfers eingegriffen wurde. Dieses Opfer wäre im Übrigen auch daran gehindert, durch einen Strafantrag gem. § 238 Abs. 4 StGB auf die Durchführung des Strafverfahrens hinzuwirken oder im Wege des Klageerzwingungsverfahrens nach § 172 StPO tätig zu werden. Jeweils würde es an der erforderlichen Verletzteneigenschaft²¹ fehlen.

Welches wäre der passende Ort, um die eben diskutierte Frage in einer Fallbearbeitung unterzubringen? Da es um das Verhältnis zweier Tatbestände geht, bietet sich auch dafür die Erörterung der Konkurrenzen an. Zu prüfen wäre, ob die Strafbarkeit wegen Betruges unter dem Gesichtspunkt der Gesetzesinheit in der Gestalt der Konsumtion oder der Subsidiarität zurücktritt.²²

Noch ein Wort zur praktischen Bedeutung der Entscheidung. Sie verstärkt die durch die Entscheidung des BayObLG begründete Rechtsprechung, indem sie den wirtschaftlichen Vorteil als Gegenstand der Bereicherungsabsicht durch Hinweis auf die Arbeitsleistung der Unternehmen deutlicher hervortreten lässt. Es wird also bei der Bestrafung dieser Fälle wegen Betruges bleiben.

5. Kritik

Eine Bewertung der Entscheidung fällt schwer. Sie löst ein Unbehagen aus, das sich jedoch kaum in ein eindeutig negatives juristisches Urteil ummünzen lässt.

Unbehagen bereitet, dass die Erfassung dieser Fälle mit dem Betrugstatbestand sehr gequält wirkt und die Absicht durchscheinen lässt, unbedingt zu einer Strafbarkeit nach § 263 StGB zu gelangen. Unvertretbar erscheint der Standpunkt jedoch angesichts der gängigen Großzügigkeit im Umgang mit dem Absichtsbegriff nicht. Auch erweist sich der Gedanke, auf die zweifelhafte Betrugslösung zu verzichten, weil seit 2007 mit dem Tatbestand der Nachstellung gemäß § 238 StGB eine alternative, glatt anwendbare Lösung zur Verfügung steht, bei genauerem Hinsehen als wenig überzeugend. Wie wir oben²³ gezeigt haben, ist die Zielrichtung dieser Strafvorschrift eine ganz andere. Im Übrigen wird abzuwarten sein, ob der Tatbestand überhaupt einer verfassungsgerichtlichen Überprüfung standhält. Seine Verfassungsmäßigkeit wird mit gewichtigen Argumenten, insbesondere mit dem Einwand der Unbestimmtheit, angezweifelt.²⁴

(Dem Text liegt ein Entwurf von Juliane Tegtmeier zugrunde.)

²⁰ Vgl. *Lackner/Kühl* (Fn. 5), § 238 Rn. 1.

²¹ Das Erfordernis ergibt sich für den Strafantrag aus § 78 Abs. 1 StGB und für das Klageerzwingungsverfahren aus § 172 Abs. 1 StPO.

²² Vgl. zur Gesetzesinheit (teils auch Gesetzeskonkurrenz genannt): *Ebert*, *Strafrecht AT*, 3. Aufl. 2001, S. 224.

²³ S. unter 4.

²⁴ Vgl. *Fischer*, *StGB*, 55. Aufl. 2008, § 238 Rn. 5 ff.