

1. Sachverhalt¹

A und L führen eine Liebesbeziehung. In deren Verlauf bringt A seine Freundin innerhalb von sechs Monaten mehrfach dazu, ihm hohe Geldbeträge, die L von ihrem Konto abhebt, als Darlehen zu überlassen. L übergibt ihm das Geld, weil sie seiner Behauptung, es handle sich nur um einen kurzfristigen finanziellen Engpass, Glauben schenkt. A will das Geld nie zurückzahlen und weiß auch, dass ihm dies aufgrund seines luxuriösen Lebensstils nicht möglich ist. Insgesamt erhält er auf diese Weise 121.500 Euro von L.

Als die Ersparnisse der L aufgebraucht sind, behauptet A wiederum wahrheitswidrig, ihre Hilfe zu benötigen. Diesmal gibt er vor, Schulden bei einem ihn unter Druck setzenden Gläubiger zu haben, sodass ihm ohne weitere Unterstützung durch L die Privatinsolvenz drohe. Er bittet sie deshalb, ihm eigene Vermögensgegenstände und solche ihrer Familienangehörigen zu überlassen, die er verpfänden wolle, um mit dem Geld seinen Gläubiger zu befriedigen. Er gibt vor, die Gegenstände schnellstmöglich auslösen und zurückgeben zu wollen. Daraufhin übergibt L ihm sukzessive verschiedene Vermögensgegenstände, insbesondere Goldbarren, Goldmünzen und Schmuck im Wert von insgesamt über 608.700 Euro. Die einzelnen Gegenstände werden überwiegend in Tresoren im von L und ihren Familienangehörigen gemeinsam bewohnten Anwesen aufbewahrt.

¹ Der Sachverhalt wurde leicht verändert, um die Hauptprobleme des Falles deutlicher hervortreten zu lassen.

Januar 2018

Familienschatz-Fall

Dreiecksbetrug / Diebstahl in mittelbarer Täterschaft

§§ 263 Abs. 1, 242 Abs. 1, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB

famos-Leitsatz:

Allein die Zugehörigkeit des Verfügenden zur Familie des Geschädigten und das Bewohnen eines gemeinsamen Anwesens reichen für eine Zurechnung der Vermögensverfügung nach der Lagertheorie nicht aus.

BGH, Beschluss vom 07. März 2017 – 1 StR 41/17; veröffentlicht in JA 2017, 950.

Das LG Augsburg verurteilt A wegen mehrfachen Betrugs zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und elf Monaten. Dagegen legt A Revision zum BGH ein.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Die Strafbarkeit des A wegen Betrugs zu Lasten der L hinsichtlich der Übergabe ihrer eigenen Ersparnisse ist unproblematisch. Fraglich ist hingegen seine Strafbarkeit wegen Betrugs zu Lasten der Familienangehörigen hinsichtlich der Vermögensgegenstände, welche ihm L ausgehändigt hat.

Da in diesem Fall die Verfügende (L) und die Geschädigten (die Familienangehörigen) auseinanderfallen, lag nach Ansicht des LG ein **Dreiecksbetrug** vor. Alternativ käme eine Verurteilung wegen **Diebstahls in mittelbarer Täterschaft** gem. §§ 242 Abs. 1, 25 Abs. 1 Var. 2² in Betracht. Voraussetzung hierfür wäre, dass L als subjektiv tatbestandlos handelndes Werkzeug des A von diesem zur Wegnahme gesteuert worden ist.

² §§ ohne nähere Bezeichnung sind solche des StGB.

Nach h.M. besteht ein **Exklusivitätsverhältnis** zwischen Diebstahl und Betrug.³ Dieses beruht auf den gegensätzlichen Deliktstypen der beiden Tatbestände. Der Diebstahl ist ein Fremdschädigungsdelikt.⁴ Das heißt, dass der Täter von außen in das Eigentum des Opfers eingreift und einen Gewahrsamswechsel gegen dessen Willen vornimmt. Der Betrug als Selbstschädigungsdelikt setzt hingegen voraus, dass das Opfer selbst sein Vermögen aus der Hand gibt.

Eine Abgrenzung zwischen beiden Delikten ist insbesondere erforderlich, wenn der Täter die Sache durch List erlangt hat. Hier kann entweder ein Trickdiebstahl oder ein Sachbetrug vorliegen. Beginnt man mit der Betrugsprüfung, so eröffnet sich die Abgrenzungsproblematik erst beim ungeschriebenen Tatbestandsmerkmal der Vermögensverfügung, welche als Bindeglied zwischen Irrtum und Vermögensschaden fungiert.⁵ Eine Vermögensverfügung ist jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen, das unmittelbar vermögensmindernd wirkt.⁶ Bei der Diebstahlprüfung wird die Abgrenzung im Prüfungspunkt der Wegnahme notwendig.⁷ Diese wird als Bruch fremden und Begründung neuen Gewahrsams definiert.⁸ Sowohl beim Sachbetrug als auch beim Trickdiebstahl findet eine Gewahrsamsübertragung an einer Sache statt. Beim Betrug verfügt das Opfer willentlich über sein Vermögen. Indem es die Verfügung selbst vornimmt, erklärt sich das Opfer

mit der Gewahrsamsaufgabe einverstanden, sodass eine Selbstschädigung vorliegt. Demnach geschieht die Gewahrsamsübertragung nicht ohne bzw. gegen den Willen des Opfers, sodass fremder Gewahrsam nicht gebrochen wird. Ein Einverständnis, das heißt eine Vermögensverfügung, wirkt beim Diebstahl daher tatbestandsausschließend.⁹ Insofern schließen sich Diebstahl und Betrug aus.

Dieses Exklusivitätsverhältnis besteht nach h.M. auch in Dreipersonenverhältnissen, also zwischen Dreiecksbetrug und Diebstahl in mittelbarer Täterschaft.¹⁰ In beiden Fällen greift der Täter über eine dritte Person in das Eigentum bzw. Vermögen des Geschädigten ein. Auch hier wird die Abgrenzung i.R.d. Vermögensverfügung vorgenommen. Entscheidend ist, ob sich der Tatbeitrag des Dritten als selbstschädigende Verfügung des Opfers oder als fremdschädigende Wegnahme durch den Täter darstellt.¹¹ Wie bereits beschrieben, setzt eine Vermögensverfügung eine unmittelbare Vermögensminderung voraus.¹²

Die Besonderheit des Dreiecksbetrugs liegt darin, dass die Vermögensminderung gerade nicht beim Verfügenden, sondern bei einem Anderen (dem Geschädigten) eintritt. Hieraus können sich Zweifel an der Unmittelbarkeit der Selbstschädigung ergeben, bei deren Fehlen ein Betrug zu verneinen wäre.¹³ Jedoch ist seit jeher anerkannt, dass Verfügender und Geschädigter auseinanderfallen können.¹⁴ Um den selbstschädigenden Charakter des Betrugs zu wahren, ist dann erfor-

³ BGH 14, 171; 17, 209; 31, 179; 41, 198; *Kühl*, in Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. 2014, § 263 Rn. 2; a.A. *Ebel*, Jura 2008, 256, 260.

⁴ *Schmidt*, Strafrecht BT II, 17. Aufl. 2017, Rn. 587.

⁵ *Eisele*, Strafrecht BT II, 3. Aufl. 2015, Rn. 554.

⁶ Zusätzlich wird Verfügungsbewusstsein beim Verfügenden und z.T. die Freiwilligkeit der Verfügung gefordert; vgl. *Darvish/Kaufhold*, famos 11/2013.

⁷ *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT II, 40. Aufl. 2017, Rn. 641.

⁸ *Rengier*, Strafrecht BT I, 19. Aufl. 2017, § 2 Rn. 22.

⁹ *Eisele* (Fn. 5), Rn. 555.

¹⁰ BGHSt 17, 205, 209; *Küper/Zopfs*, Strafrecht BT, 9. Aufl. 2015, Rn. 660; *Rengier* (Fn. 8), § 13 Rn. 93; *Tiedemann*, in LK, StGB, 12. Aufl. 2012, § 263 Rn. 116.

¹¹ *Kindhäuser*, in NK, StGB, 5. Aufl. 2017, § 263 Rn. 204 f.

¹² *Joecks*, StGB, 11. Aufl. 2014, § 263 Rn. 87.

¹³ *Joecks* (Fn. 12), § 263 Rn. 85.

¹⁴ *Kühl*, in Lackner/Kühl (Fn. 3), § 263 Rn. 28; *Perron*, in Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 263 Rn. 65.

derlich, dass die Verfügung des Getäuschten dem Geschädigten wie eine eigene schädigende Verfügung zugerechnet werden kann.¹⁵

Aufgrund des Deliktscharakters reicht hierfür eine rein faktische Zugriffsmöglichkeit nicht aus. Vielmehr ist ein Näheverhältnis des Verfügenden zum geschädigten Drittvermögen nötig.¹⁶ Ein solches fehlt z.B., wenn der Täter in der Bahnhofshalle einen Passanten auffordert, ihm „seinen Koffer“, welcher aber tatsächlich einem anderen gehört, zu bringen. Hier liegt mangels Näheverhältnisses des Passanten zum Geschädigten kein Dreiecksbetrug, sondern Diebstahl in mittelbarer Täterschaft vor.¹⁷ Würde man nur auf die faktische Zugriffsmöglichkeit abstellen, so wäre eine Abgrenzung zum Diebstahl in mittelbarer Täterschaft unmöglich, weil auch das durch den Täter gesteuerte Werkzeug bei der Wegnahme auf das fremde Vermögen zugreifen kann.¹⁸

An die Qualität des Näheverhältnisses werden unterschiedliche Anforderungen gestellt,¹⁹ wobei sich drei Haupttheorien herausgebildet haben.²⁰

Bei allen Theorien besteht dahingehend Konsens, dass eine Zurechnung jedenfalls dann erfolgt, wenn der Verfügende objektiv die rechtliche Befugnis hat, über das Vermögen zu disponieren.²¹ Diese kann rechtsgeschäftlich, dem Anschein nach,²² durch Gesetz oder behördlichen Auftrag²³ bestehen. So liegt immer ein Dreiecksbetrug

vor, wenn die gesetzlichen Vertreter eines minderjährigen Kindes durch Täuschung über sein Vermögen verfügen.²⁴ Die Vertreter der **Befugnis- bzw. Ermächtigungstheorie** bejahen das erforderliche Näheverhältnis ausschließlich in solchen Fällen.²⁵

Während dabei teilweise auf das tatsächliche Vorliegen einer objektiven Dispositionsbefugnis abgestellt wird,²⁶ fordern andere, dass der Verfügende seiner Vorstellung nach innerhalb der Befugnis handelt.²⁷ Der Anwendungsbereich der Befugnistheorie wird so auf Fälle erweitert, in denen der Verfügende irrig annimmt, zu einer Verfügung ermächtigt zu sein. Anhänger der Befugnistheorie betonen vor allem die Klarheit durch rechtlich bestimmbare Kriterien.²⁸

Gegen diese Ansicht wird angeführt, sie passe nicht zum heute vertretenen wirtschaftlich ausgerichteten²⁹ Vermögensbegriff.³⁰ Es sei inkonsequent, Vermögensbegriff und Vermögensschaden primär aus wirtschaftlicher Perspektive zu betrachten und gleichzeitig bei der Zurechnung der Vermögensverfügung allein rechtliche Kriterien heranzuziehen.³¹ Weiter wird vorgebracht, die Befugnis- bzw. Ermächtigungstheorie trage durch Rückgriff auf zivilrechtliche Wertungen der Eigenständigkeit strafrechtlicher Be-

¹⁵ Hauf, Strafrecht BT I, 1996, S. 123; Mitsch, Strafrecht BT II/1, 2. Aufl. 2002, § 7 Rn. 71.

¹⁶ Tiedemann, in LK (Fn. 10), § 263 Rn. 115.

¹⁷ Wessels/Hillenkamp (Fn. 7), Rn. 640.

¹⁸ Perron, in Schönke/Schröder (Fn. 14), § 263 Rn. 66.

¹⁹ Joecks (Fn. 12), § 263 Rn. 91.

²⁰ Kindhäuser, in NK (Fn. 11), § 263 Rn. 212 ff.

²¹ Offermann-Burckart, Vermögensverfügungen Dritter im Betrugstatbestand, 1994, S. 31; Tiedemann, in LK (Fn. 10), § 263 Rn. 116.

²² Rengier (Fn. 8), § 13 Rn. 99.

²³ Wessels/Hillenkamp (Fn. 7), Rn. 642.

²⁴ Satzger, in Satzger/Schluckebier/Wiedmaier, StGB, 2. Aufl. 2014, § 263 Rn. 186.

²⁵ Eisele (Fn. 5), Rn. 568; Hoyer, in SK-StGB, 8. Aufl. 2013, § 263 Rn. 144 ff.; Roxin/Schünemann, JuS 1969, 374 ff.

²⁶ Amelung, GA 1977, 1, 14 ff.; Hefendehl, in MüKo StGB, Band 5, § 263 Rn. 332.

²⁷ Krey/Hellmann/Heinrich, Strafrecht BT II, 17. Aufl. 2015, Rn. 591.

²⁸ Hefendehl in MüKo (Fn. 26), § 263 Rn. 329; Schmidt (Fn. 4), Rn. 597.

²⁹ Zu den Vermögensbegriffen vgl. Ma-ecker/Leiß, famos 02/2012.

³⁰ Hefendehl, in MüKo (Fn. 26), § 263 Rn. 330; Wessels/Hillenkamp (Fn. 7), Rn. 643.

³¹ Eisele (Fn. 5), Rn. 569; Hilgendorf/Valerius, Strafrecht BT II, 2017, § 7 Rn. 161.

griffsbildung nicht genügend Rechnung.³² Sie führe zudem zu Strafbarkeitslücken in Fällen, in denen weder eine rechtliche Befugnis, noch eine Zueignungsabsicht vorliegt.³³ Demnach sei sie zu eng.

Einen deutlich weiteren Anwendungsbereich hat die **faktische Nähetheorie**. Sie lässt für eine Zurechnung ausreichen, dass der Dritte dem Vermögen des Geschädigten vor der Täuschung nähersteht als der Täter, weil er darüber tatsächlich verfügen kann.³⁴ Der Dritte hat demnach mehr als eine faktische Zugriffsmöglichkeit, weil er schon vor der Tat eine tatsächliche Verfügungsgewalt hatte.³⁵ Eine solche hat z.B. ein Gärtner bzgl. der sich im Wohnhaus befindlichen Sachen, wenn er einen Schlüssel besitzt,³⁶ obwohl sich sein Verantwortungsbereich nicht auf das Haus erstreckt. Gibt er nun unbefugt den Fernseher an den vermeintlichen Kundenservice heraus, so liegt nach dieser Ansicht bereits ein Dreiecksbetrug vor.³⁷

Auch das RG stellte auf ein rein faktisches Näheverhältnis des Dritten zum betroffenen Vermögen ab.³⁸ Befürworter dieser Theorie weisen auf eine sachgerechte Abgrenzung beider Delikte hin, für die nur erforderlich sei, dass der Dritte bereits vor der Täuschung eine besitzbezogene tatsächliche Verfügungsgewalt am Tatobjekt habe.³⁹ Kritiker der Theorie führen an, das Vorliegen einer tatsächlichen Verfügungsgewalt stelle eine Sachlage und damit noch keine Grundlage für eine Zurechnung dar.⁴⁰

Vermittelnd ist die herrschende **Lagertheorie**. Sie stellt normativ-wertend darauf ab, ob der Verfügende „im Lager“ des Geschädigten steht.⁴¹ Dies sei der Fall, wenn bereits vor der Tat ein faktisches besonderes Näheverhältnis zwischen Verfügendem und geschädigtem Drittvermögen bestand.⁴² Ein solches wird bei Gewahrsam oder einer normativen Beziehung zur Sache (Obhutsverhältnis) angenommen. Ein solches Obhutsverhältnis kann z.B. in Form einer Schutz- oder Prüfungsfunktion vorliegen oder wenn die Sache dem Machtbereich des Verfügenden angehört.⁴³ Dies ist z.B. der Fall bei der Zuordnung der Haushälterin zu den Haushaltsgegenständen des Arbeitgebers, nicht aber zu Gegenständen, die sich in dessen externem Büro befinden.⁴⁴ Personen, die eine solche Beziehung zur Sache haben, werden als Gewahrsamshüter bezeichnet.⁴⁵ Gewahrsamshüter können entweder Mitgewahrsam haben oder z.B. als Laden- oder Hausangestellte lediglich Gewahrsamsdiener ohne eigenen Gewahrsam sein.⁴⁶

Innerhalb der Lagertheorie besteht Uneinigkeit, ob zudem ein subjektives Element erforderlich ist.⁴⁷ Wird ein solches gefordert, so setzt es voraus, dass der Verfügende im Bewusstsein handelt, unter den gegebenen Umständen zur konkreten Verfügung legitimiert zu sein. Hierfür wird angeführt, es sei erforderlich, um den Selbstschädigungscharakter der Vermögensverfügung

³² Hefendehl, in MüKo (Fn. 26), § 263 Rn. 330; Wessels/Hillenkamp (Fn. 7), Rn. 643.

³³ Wessels/Hillenkamp (Fn. 7), Rn. 643.

³⁴ Kindhäuser, Strafrecht BT II, 9. Aufl. 2017, § 27 Rn. 46.

³⁵ Hilgendorf/Valerius (Fn. 31), Rn. 162; Kindhäuser, in NK (Fn. 11), § 263 Rn. 212.

³⁶ Kindhäuser (Fn. 34), § 27 Rn. 46.

³⁷ Eisele (Fn. 5), Rn. 569.

³⁸ RGSt 25, 244, 247.

³⁹ Kindhäuser (Fn. 34), § 27 Rn. 46.

⁴⁰ Pawlik, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, 1999, S. 213; Satzger, in Satz-

ger/Schluckebier/Wiedmaier (Fn. 24), § 263 Rn. 187.

⁴¹ OLG Stuttgart, 1966, 319, 319; Geppert, JuS 1977, 69, 72; Lenckner, JZ 1966, 320, 321.

⁴² Fischer, StGB, 64. Aufl. 2017, § 263 Rn. 82; Gribbohm, JuS 1964, 233, 236.

⁴³ Lenckner, JZ 1966, 320, 321.

⁴⁴ Jäger, Examensrepetitorium Strafrecht BT, 6. Aufl. 2015, Rn. 341.

⁴⁵ Tiedemann, in LK (Fn. 10), § 263 Rn. 116.

⁴⁶ Heinsch, Der Gewahrsamsbegriff beim Diebstahl, 2. Aufl. 2014, S. 60; Küper/Zopfs (Fn. 10), Rn. 665.

⁴⁷ Fischer (Fn. 42), § 263 Rn. 83.

zu wahren, die bei wissentlich pflichtwidrigem Handeln zu einer fremdschädigenden Weggabe führt.⁴⁸

Für die Lagertheorie wird angeführt, dass sie einen Mittelweg zwischen der zu engen Befugnistheorie und der von Zufälligkeiten abhängenden faktischen Nähetheorie findet.⁴⁹ Dagegen wird angeführt, der Begriff des Lagers sei zu unbestimmt und verleite zu intuitiven Entscheidungen.⁵⁰

Die Positionierung der heutigen Rspr. ist unklar. Anlass zur Diskussion gab das Urteil im Sammelgaragenfall⁵¹. Hier erlangte der Täter vom Pförtner einer Sammelgarage den Zweitschlüssel eines dort geparkten Wagens. Der Pförtner verwahrte für jedes Auto einen Zweitschlüssel und übte den Mitgewahrsam für den Sammelgarageninhaber neben dem jeweiligen Eigentümer aus. Der BGH entschied, dass es für die Unterscheidung, ob Diebstahl oder Betrug vorliegt, nur auf den Willen des gutgläubigen Mitgewahrsamsinhabers ankomme, der der Sache am nächsten stehend die unmittelbar räumliche Einwirkungsmöglichkeit habe und so über die Sache unabhängig vom Willen des anderen Mitgewahrsamsinhabers verfügen könne.⁵² Dieses Urteil wird zum Teil als Fortführung der Rechtsprechung des RG gesehen.⁵³ Der BGH selbst ordnet sich im Sammelgaragenfall hingegen der Lagertheorie zu.⁵⁴ Für die Annahme eines Näheverhältnisses solle Mitgewahrsam ausreichen. In der Literatur wird dies teilweise so interpretiert, als fordere der BGH stets Mitgewahrsam beim Verfügenden, um ein Näheverhältnis zu bejahen.⁵⁵

⁴⁸ Wessels/Hillenkamp (Fn. 7), Rn. 647.

⁴⁹ Eisele (Fn. 5), Rn. 569.

⁵⁰ Mitsch (Fn. 15), § 7 Rn. 74.

⁵¹ BGHSt 18, 221, 224.

⁵² BGHSt 18, 221, 223.

⁵³ Kindhäuser, in NK (Fn. 11), § 263 Rn. 212; Satzger, in Satzger/Schluckebier/Wiedmaier (Fn. 24), § 263 Rn. 187.

⁵⁴ BGH 1 StR 41/17, Rn. 14; Fischer (Fn. 42), § 263 Rn. 82.

⁵⁵ Rengier (Fn. 8), Rn. 100.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH hebt das Urteil mit den zugehörigen Feststellungen auf, soweit sie die Verfügungen über Vermögensgegenstände der Familienangehörigen der L aus den Tresoren betreffen. Er verweist die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an eine andere Strafkammer des LG zurück.

Der BGH bekräftigt seine Positionierung in der Lagertheorie, indem er ihre Kriterien anwendet. Er fordert für die Zurechnung der Verfügung des Getäuschten zum Vermögensinhaber eine Nähebeziehung in Form eines Obhutsverhältnisses. Ein solches könne etwa in Form einer Schutz- oder Prüfungsfunktion mit Einverständnis des Vermögensinhabers vorliegen. Mitgewahrsam könne hierfür ein Indiz sein.⁵⁶ Ob ein solcher vorlag, war nach den Feststellungen aber nicht klar.

Dabei stellt der BGH klar, dass die bloße Familienzugehörigkeit der L und das Bewohnen eines gemeinsamen Anwesens nicht ausreichen, um die erforderliche Nähebeziehung zu den Vermögensgegenständen der Familienangehörigen zu bejahen.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Die Abgrenzung von Betrug und Diebstahl in Dreipersonenverhältnissen ist sowohl praxisrelevant als auch ein beliebtes Klausurproblem. Aus klausurtaktischen Erwägungen empfiehlt es sich, in Zweipersonenkonstellationen immer mit dem Delikt zu beginnen, das nicht verwirklicht ist. In Dreipersonenverhältnissen bietet es sich dagegen an, mit der Betrugsprüfung zu beginnen, da sich die Abgrenzungstheorien auf das Merkmal der Vermögensverfügung beziehen. Sie passen dogmatisch besser hierher als in die Diebstahlprüfung, wo sie beim Gewahrsamsbruch zu thematisieren wären.⁵⁷ Bei der Betrugsprüfung ist bereits im Obersatz kenntlich zu machen, dass der Betrug gegenüber dem Verfügenden

⁵⁶ BGH 1 StR 41/17, Rn. 14.

⁵⁷ Eisele (Fn. 5), Rn. 569; Rengier (Fn. 8), Rn. 110.

den, aber zu Lasten eines anderen Geschädigten verwirklicht sein könnte.

Die vom BGH entwickelten Kriterien würden sich in einer Klausurprüfung wie folgt auswirken: Hatte die verfügende Person Mitgewahrsam an der Sache, so reicht dies für die Annahme des erforderlichen Näheverhältnisses aus. Ein Dreiecksbetrug wäre damit zu bejahen. In unserem Fall hätte Mitgewahrsam z.B. vorgelegen, wenn L berechtigterweise einen Schlüssel zu den Tresoren hatte. Liegt in der Fallprüfung kein Mitgewahrsam vor, so fehlt ein wichtiges Indiz für das Vorliegen eines Obhutsverhältnisses. Um den Dreiecksbetrug zu bejahen, ist daher weiter zu prüfen, ob sich ein solches Verhältnis des Verfügenden zu den Sachen aus anderen Umständen ergibt. Im vorliegenden Fall könnte L ein solches beispielweise aus einer Beauftragung ihrer Eltern, die Tresore zu überprüfen, herleiten. Kommt man aber zu dem Schluss, dass keinerlei normatives Obhutsverhältnis zur Sache vorliegt, so scheidet Dreiecksbetrug aus und es muss Diebstahl in mittelbarer Täterschaft geprüft werden.⁵⁸

5. Kritik

Kritisieren lässt sich, dass der BGH die Zugehörigkeit zur Familie sowie das Bewohnen eines gemeinsamen Anwesens generell nicht ausreichen lässt, um ein Näheverhältnis des Verfügenden zu den Vermögensgegenständen des Geschädigten zu bejahen, sondern stattdessen primär auf das von Zufälligkeiten abhängige Kriterium des Mitgewahrsams abstellt. Die Lagertheorie, der der BGH nach eigener Aussage folgt, stellt zur Bestimmung des Näheverhältnisses jedoch maßgeblich auf normative Kriterien ab. Zur Begründung einer Hüterstellung sollen neben Mitgewahrsam auch andere Umstände ausreichen, sofern sie den Verfügenden vergleichbar stark mit der Sache verbinden wie der Mitgewahrsam. Eine solche Verbundenheit kann bei Vorliegen eines gegenseitigen Vertrauensverhältnisses

angenommen werden, sofern dieses auch das Vermögen dergestalt tangiert, dass eine faktische Zugriffsmöglichkeit für den Verfügenden entsteht. Ein gegenseitiges Vertrauensverhältnis kann durch soziale bzw. emotionale Bindung entstehen und von räumlicher Nähe begleitet werden. Maßgeblich für die Beurteilung des Vertrauensverhältnisses sind die Umstände des Einzelfalls. Jedenfalls bei Angehörigen einer intakten Kernfamilie kann ein gegenseitiges Vertrauensverhältnis angenommen werden, wenn sie in regem Kontakt stehen. Ein Bezug zum Vermögen liegt in diesem Fall z.B. dann vor, wenn die Eltern den Kindern zeigen, wo der Tresor ist, ohne ihnen jedoch durch Überreichen eines dazugehörigen Schlüssels Gewahrsam am Inhalt einzuräumen. Wird das Vermögen vor den Kindern geheim gehalten, so wird das ihnen entgegengebrachte Vertrauen gerade nicht auf die Vermögensgegenstände erstreckt.

Grundlage der normativen Zurechnung ist in allen Fällen das kontinuierliche Vertrauen zwischen Geschädigtem und Verfügendem, das, anders als das bedingte Vertrauen, das man einem Gepäckträger entgegenbringt, losgelöst vom Einzelfall für längere Zeit besteht. Diese Ausgestaltung der Zurechnungseinheit wird dem Selbstschädigungscharakter des Betrugstatbestands gerecht, indem sie darauf abstellt, ob die Zugriffsmöglichkeit des Verfügenden in den Verantwortungsbereich des Geschädigten oder des Täters fällt. Folgt man diesem Verständnis einer normativen Obhutsbeziehung, so ist im vorliegenden Fall eine erneute Überprüfung der Gewahrsamsverhältnisse nicht erforderlich; stattdessen kann ein Dreiecksbetrug bejaht werden. Ausreichend hierfür ist das intakte Familienverhältnis zwischen L und ihren Eltern, das gemeinsame Bewohnen des Anwesens und die Tatsache, dass der offene Umgang mit den Vermögensgegenständen innerhalb der Familie nicht auf deren Geheimhaltung schließen lässt.

(Antonia Kuhn/Nadja Neumaier)

⁵⁸ BGH 1 StR 41/17, Rn. 19.