

1. Sachverhalt

A hat ein Hochschulstudium begonnen und möchte Leistungen nach dem Bundesausbildungsförderungsgesetz (BAföG) in Anspruch nehmen. In dem Antrag, den er bei der dafür zuständigen Behörde stellt, gibt er als sein Vermögen ein Guthaben auf seinem Girokonto und ein Bausparguthaben an. Die Summe liegt unterhalb der Freibetragsgrenze von 5.200 Euro. Er teilt nicht mit, dass ihm außerdem Wertpapiere im Wert von 17.000 Euro gehören. Sachbearbeiter B bewilligt monatliche Zahlungen in Höhe von 500 Euro, auf die A keinen Anspruch hat. Auf Nachfrage beim Bundesamt für Finanzen erfährt die Behörde ein Jahr später, in welcher Höhe A Freistellungsbeträge aus Kapitalanlagen geltend gemacht hat. Daraus schließt sie, dass A über erhebliches Vermögen verfügt. Die Zahlungen an ihn werden eingestellt. Bis dahin hat er einen Gesamtbetrag von 6.000 Euro erhalten.

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Der Fall wird bei unseren Leserinnen und Lesern nicht nur auf ein fachlich-juristisches Interesse stoßen, denn er betrifft viele. Berichtet wird von **63.731 Fällen**, in denen in jüngster Zeit aufgedeckt wurde, dass Leistungen nach dem BAföG durch falsche Angaben über die Vermögensverhältnisse erlangt

August 2005 BAföG-Fall

Betrug / Ordnungswidrigkeit / Konkurrenzen / Spezialität

§§ 263 StGB, 58 Abs. 1 Nr. 1 BAföG, 21 Abs. 1 Satz 1 OWiG

Leitsatz des Gerichts:

Wer Leistungen nach dem Bundesausbildungsförderungsgesetz durch unrichtige Angaben zu seinen Vermögensverhältnissen erlangt, macht sich wegen Betruges strafbar. § 263 StGB wird nicht durch § 58 Abs. 1 Nr. 1 BAföG verdrängt.

BayObLG, Urteil vom 23. November 2004 – 1 St RR 129/04; veröffentlicht in: NSTZ 2005, 172

wurden.¹ Das entspricht etwa sieben Prozent aller BAföG-Empfänger.²

Der Aufklärungserfolg hängt mit einer neueren steuerrechtlichen Regelung zusammen. Nach § 45 d Abs. 2 Satz 1 EStG darf das Bundesamt für Finanzen den BAföG-Ämtern personenbezogene Auskünfte über die Inanspruchnahme von Freibeträgen aus Kapitaleinkünften erteilen. Satz 2 der Vorschrift bildet die Grundlage für eine Art Rasterfahndung: Das Bundesamt für Finanzen darf seine Daten auch automatisiert mit denen der Sozialleistungsträger abgleichen und ihnen die daraus gewonnenen Ergebnisse mitteilen.³

Mit welchen **Folgen** müssen Betroffene rechnen? Zunächst natürlich mit einer Rückzahlungsforderung. Dabei bleibt es aber vielfach nicht. Es kom-

¹ „Massenbetrug beim Bafög“, FOCUS-Bericht vom 7. März 2005. Vgl. auch die Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage zu diesem Thema, BT-Drs. 15/5807.

² BT-Drs. 15/5807, S. 2.

³ Zur Rechtmäßigkeit des Datenabgleichs kritisch *Krapp*, ZRP 2004, 261 ff.

men auch Sanktionen in Betracht: eine leichte und eine schwere.

Falsche oder unvollständige Angaben in einem BAföG-Antrag können nach § 58 Abs. 1 und 2 BAföG⁴ als **Ordnungswidrigkeit** mit einem Bußgeld bis zu 2.500 Euro geahndet werden. Denkbar ist aber auch eine **strafrechtliche Sanktionierung als Betrug** gem. § 263 StGB. Das hängt allerdings von zusätzlichen Voraussetzungen ab. Im Unterschied zu § 58 Abs. 1 BAföG genügt nicht die fahrlässige Begehung. Ferner muss es zu einer Vermögensverfügung und einem Vermögensschaden gekommen sein. Und der Täter muss in der Absicht gehandelt haben, sich rechtswidrig zu bereichern. Diese zusätzlichen Voraussetzungen werden aber vielfach erfüllt sein.

Das gilt auch für unseren Fall. Dabei bedarf es nicht etwa einer Erweiterung der Rechtsgrundlage durch § 13 StGB. Zwar hat A es unterlassen, wesentliche Teile seines Vermögens anzugeben. Maßgeblich ist jedoch die Erklärung, die er insgesamt abgegeben hat: Er hat ausdrückliche Auskunft gegeben über seine Vermögensverhältnisse und diese Auskunft war unzutreffend.

Was ist die Folge des Umstandes, dass § 58 BAföG und zugleich § 263 StGB erfüllt sind? Unterschiedliches ist denkbar. So könnte allein § 263 StGB angewendet werden oder auch allein eine Ahndung als Ordnungswidrigkeit erfolgen. In Betracht kommt ferner eine gemischte Lösung in der Weise, dass bei der Sanktionierung als Straftat oder als Ordnungswidrigkeit die Rechtsfolge unter Berücksichtigung des Umstandes bemessen wird, dass eine weitere Gesetzesverletzung vorliegt.

Zu klären sind somit Fragen des Zusammentreffens mehrerer Gesetzesverletzungen. Das Problemfeld wird üblicherweise mit „**Konkurrenzen**“ über-

schrieben. Hier haben wir es mit der Besonderheit zu tun, dass eine Handlung zugleich Straftat und Ordnungswidrigkeit ist.

Konkurrenzprobleme sind schrittweise zu bearbeiten.⁵ Zunächst ist zu prüfen, ob Formen der Gesetzeseinheit zum Zuge kommen. Sie lassen eine Gesetzesverletzung hinter der anderen zurücktreten. Insoweit scheint das OWiG eine klare Lösung vorzugeben. Nach **§ 21 Abs. 1 Satz 1 OWiG** wird im Falle des Zusammentreffens von Straftat und Ordnungswidrigkeit **nur das Strafgesetz** angewendet. Danach wäre A wegen Betruges gem. § 263 StGB zu bestrafen.

Dem wird in der Literatur widersprochen. Die gegenteilige Lösung wird für richtig gehalten. Der Betrug soll hinter der Ordnungswidrigkeit zurücktreten.⁶

Nach dieser Auffassung enthält § 21 Abs. 1 Satz 1 OWiG eine nicht ausnahmslos geltende Regelung. Ausnahmsweise soll die Ordnungswidrigkeit die Straftat dann verdrängen, „wenn der Gesetzgeber deutlich gemacht hat, dass ein bestimmtes Verhalten speziell (nur) als Ordnungswidrigkeit angesehen werden soll“.⁷ Der Begriff der Spezialität wird hier nicht im konkurrenzrechtlichen Sinne verwendet. Gemeint ist nicht eine Einbeziehung des Straftatbestandes in den der Ordnungswidrigkeit. Vielmehr soll der Begriff hier zum Ausdruck bringen, dass **eine spezielle Regelungsintention des Gesetzgebers im Hinblick auf einen bestimmten Lebenssachverhalt** zum Ausschluss einer strafrechtlichen Ahndung führen kann.

Eine derartige Exklusivität wird für die Sanktionierung von Falschangaben in einem BAföG-Antrag als Ordnungswidrigkeit nach § 58 BAföG angenommen. Das wird aus dem Gesetzeszweck abgeleitet. Die Ausbildungsförderung

⁴ Die Vorschrift beinhaltete in Ihrer alten Fassung die Formulierung „auf Verlangen“, was als gesonderte Aufforderung der Behörde zu Angaben verstanden werden konnte. Die insoweit klarstellende Neufassung beinhaltet das Merkmal nicht mehr.

⁵ Marxen, Kompaktkurs Strafrecht AT, 2003, 249 ff.

⁶ Bohnert, NJW 2003, 3611, 3613.

⁷ Bohnert, NJW 2003, 3611, 3612.

verfolge Ziele außerhalb des Vermögensschutzes. Zwar gewähre die öffentliche Hand Vermögenswerte. Diese Beziehung sei jedoch „wegen der Einseitigkeit der Gewährung nicht primär“.⁸

Zur Unterstützung wird ein **Vergleich** vorgenommen. Ähnlich wie der Subventionsbetrug gem. § 264 StGB vorrangig das Allgemeininteresse an einer wirksamen Wirtschaftsförderung schütze, diene § 58 BAföG zur Hauptsache dem Ziel, die staatliche Ausbildungsförderung zu sichern. Da anerkanntermaßen **§ 263 StGB hinter § 264 StGB zurücktrete**, müsse auch die Ordnungswidrigkeit nach § 58 BAföG den Betrug verdrängen.⁹

Hinzugefügt wird ein Argument, das die **praktische Relevanz** des § 58 BAföG betrifft. Da Fälle der vorsätzlichen Begehung stets als Betrug oder zumindest als Betrugsversuch geahndet werden könnten, mache eine strikte Anwendung der Vorrangregel des § 21 Abs. 1 Satz 1 OWiG die Norm überflüssig. Das sei mit dem Willen des Gesetzgebers nicht vereinbar. Der Gesetzgeber, der eine Norm schaffe, wolle auch, dass sie angewendet werde.¹⁰

Diese Lösung der Konkurrenzproblematik ist überwiegend auf Widerspruch gestoßen.¹¹ Der Vergleich mit dem Verhältnis von § 263 und § 264 StGB wird zurückgewiesen. Denn anders als § 58 Abs. 1 BAföG umfasse § 264 Abs. 1 StGB auch die erfolgreiche Erschleichung der Leistung.¹² Zu Strafbarkeitslücken komme es daher nicht, zumal die Strafandrohung mit der des Betruges übereinstimme.¹³ Und schließlich sei **§ 264 StGB** vom Gesetzgeber

ausdrücklich als Sondertatbestand zum Betrug geschaffen worden.¹⁴ Für § 58 Abs. 1 BAföG wird ein solcher besonders geregelter Lebenssachverhalt dagegen nicht anerkannt.¹⁵

Auch das Argument, eine Norm ohne Anwendungsbereich zu schaffen, könne nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein, wird angegriffen. Der Gesetzgeber habe die Ordnungswidrigkeit eingeführt, **um mögliche Sanktionslücken zu schließen**.¹⁶ Die Behauptung, dass solche Lücken tatsächlich gar nicht bestünden, könne aber schwerlich eine Verdrängung von Strafvorschriften begründen.¹⁷ Und es treffe nicht einmal zu, dass die Ordnungswidrigkeit keinen Anwendungsbereich habe. Als Beispiel wird eine falsche Angabe des Wohnsitzes genannt, die leistungserheblich im Sinne des § 60 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB I sei. § 263 StGB sei dadurch aber nicht erfüllt, wenn der Anspruch auf Leistungen nach dem BAföG unabhängig vom Wohnsitz bestehe.

Gleichwohl haben in der Vergangenheit viele BAföG-Ämter darauf verzichtet, eine Strafanzeige zu erstatten, und es bei einem Bußgeld belassen.¹⁸ Das dürfte sich ändern im Falle einer höchstrichterlichen Entscheidung zugunsten einer strafrechtlichen Lösung.

⁸ Bohnert, NJW 2003, 3611, 3613.

⁹ Bohnert, NJW 2003, 3611, 3613. Verwiesen wird auch auf das Verhältnis von Betrug und Steuerhinterziehung. § 370 AO verdränge sowohl für die Abgabe falscher Steuererklärungen als auch für die Erschleichung von Steuerrückerstattungen den gleichzeitig erfüllten Betrug.

¹⁰ Bohnert, NJW 2003, 3611, 3613.

¹¹ Rau/Zschieschack, StV 2004, 669, 674; König, JA 2004, 497, 499.

¹² König, JA 2004, 497, 499.

¹³ König, JA 2004, 497, 499.

¹⁴ König, JA 2004, 497, 499.

¹⁵ Mit ähnlichen Argumenten wird auch die Bezugnahme auf § 370 AO angegriffen. Die Strafanzeige stehe auch hier auf einer Stufe mit der des § 263 StGB. Ferner handele es sich ausdrücklich um ein speziell geregeltes, abgegrenztes Sonderstrafrecht sowohl in materieller als auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht. Dazu König, JA 2004, 497, 499.

¹⁶ König, JA 2004, 497, 499.

¹⁷ König, JA 2004, 497, 499.

¹⁸ So hat beispielsweise das BAföG-Amt des Studentenwerks Berlin für die Jahre 2000 und 2001 von einem Strafverfahren abgesehen. „Berlin fordert 12 Mio. Euro Bafög zurück“, Bericht der Berliner Morgenpost vom 19. August 2003.

Nachweise zur unterschiedlichen Behandlung der Fälle in den verschiedenen Bundesländern finden sich unter

<http://www.sueddeutsche.de/jobkarriere/berufstudium/artikel/869/44825/>.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Eine solche Entscheidung liegt nunmehr vor. Unter Anknüpfung an eine eigene frühere Entscheidung erklärt das BayObLG die Konkurrenzregelung in **§ 21 Abs. 1 Satz 1 OWiG für uneingeschränkt anwendbar**.¹⁹ A ist nach seiner Ansicht somit wegen Betruges zu bestrafen.

In der Auseinandersetzung mit der Gegenansicht greift das Gericht den Begriff der Spezialität auf, verwendet ihn aber in einer anderen, nämlich in seiner spezifisch konkurrenzrechtlichen Bedeutung. Danach verdrängt ein Tatbestand einen anderen, wenn er diesen vollständig umfasst und zusätzliche (qualifizierende oder privilegierende) Merkmale enthält. Es bereitet dem BayObLG keine Mühe nachzuweisen, dass ein **Verhältnis der Spezialität in der Form der Privilegierung** zwischen § 58 BAföG und § 263 StGB **nicht besteht**.²⁰ Es verhält sich gerade umgekehrt: Die von § 58 BAföG lediglich erfasste Tätigkeit der wahrheitswidrigen Antragstellung wird im Rahmen des § 263 StGB in mehrfacher Hinsicht erweitert.

Ferner greift das Gericht auf eine **allgemeine Konkurrenzregel** zurück. Die Ordnungswidrigkeit nach § 58 StGB stelle lediglich ein **Tätigkeits- und Gefährdungsdelikt** dar. Dieses **werde stets von einem dasselbe Rechtsgut schützenden Erfolgsdelikt verdrängt**.²¹ Die Regel soll auch für das Verhältnis zu § 263 StGB gelten.

Damit ist das nun folgende Argument nicht ohne weiteres vereinbar. Es stellt gerade auf die Unterschiedlichkeit der geschützten Rechtsgüter ab. Der Bußgeldtatbestand solle die Mitwirkungspflichten der Verfahrensbeteiligten durchsetzen. Das „eigentliche“ Schutzgut bestehe im „ordnungsgemäßen Vollzug der Ausbildungsförderung“. Der Schutz des Vermögens des Leis-

tungsträgers habe „demgegenüber nur untergeordnete Bedeutung“.²² Bußgeld- und Straftatbestand schützten daher „in ihrem Kernbereich“ unterschiedliche Rechtsgüter. In einem solchen Fall komme ein Vorrang der Bußgeldnorm gegenüber der Strafnorm „ohnehin“ nicht in Betracht.²³

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Betroffene werden vor allem besorgt an Konsequenzen für ihre eigene Ausbildung denken. Welche Folgen hat eine Bestrafung wegen Betruges für die juristische Ausbildung?

Für das **Studium**: keine. Eine Vorstrafe rechtfertigt keine Exmatrikulation.²⁴

Anders sieht es aus für den juristischen **Vorbereitungsdienst**. In Berlin haben wir die folgende Rechtslage.²⁵

Zunächst einmal kann es beim Eintritt in den Vorbereitungsdienst eine Verzögerung geben. Nach § 20 Abs. 3 Nr. 1 der Berliner Juristenausbildungsordnung (JAO) vom 4. August 2003 kann die Aufnahme in den Vorbereitungsdienst versagt werden, solange ein Ermittlungsverfahren oder ein Strafverfahren wegen des Verdachts einer vorsätzlichen Straftat anhängig ist.

Der Zugang kann sogar ganz verwehrt werden, und zwar dann, wenn die Bewerberin oder der Bewerber wegen einer vorsätzlichen Straftat rechtskräftig zu einer Freiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren verurteilt worden ist (§ 20 Abs. 3 Nr. 1 JAO). Zu einer so hohen Strafe wird es in Fällen des BAföG-Betruges aber kaum einmal kommen. Vorstellbar erscheint sie etwa unter der Voraussetzung, dass jemand

¹⁹ BayObLG NSTZ 2005, 172, 173.

²⁰ BayObLG NSTZ 2005, 172, 173.

²¹ BayObLG NSTZ 2005, 172, 173.

²² BayObLG NSTZ 2005, 172, 174.

²³ BayObLG NSTZ 2005, 172, 174.

²⁴ So hat auch Markus Gäfgen nach seiner Verurteilung wegen Mordes an dem Frankfurter Bankierssohn Jacob von Metzler noch das erste Staatsexamen abgelegt.

²⁵ Die Rechtslage in den anderen Bundesländern stimmt damit im Wesentlichen überein.

bereits vorbestraft ist und die Voraussetzungen des Regelbeispiels nach § 263 Abs. 3 Nr. 2 StGB (Vermögensverlust großen Ausmaßes: mindestens 50.000 Euro) erfüllt hat.²⁶

Die Möglichkeit einer Entlassung aus dem Vorbereitungsdienst sieht § 15 Abs. 2 Nr. 1 des Berliner Juristenausbildungsgesetzes vom 23. Juni 2004 in Verbindung mit § 83 Nr. 1 des Berliner Landesbeamtengesetzes für den Fall einer Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr wegen einer vorsätzlich begangenen Straftat vor.

Zu bedenken sind auch unangenehme Folgen einer Vorstrafe für den späteren Eintritt ins **Berufsleben**. Vielfach muss ein polizeiliches Führungszeugnis vorgelegt werden, das nach den Regelungen des Bundeszentralregistergesetzes (BZRG) Vorstrafen ausweist. Immerhin sind einige Einschränkungen vorgesehen. So hinsichtlich der Strafhöhe: Nach § 32 Abs. 2 Nr. 5 BZRG bleiben eine Geldstrafe von nicht mehr als neunzig Tagessätzen sowie eine Freiheitsstrafe oder ein Strafrest von nicht mehr als drei Monaten unberücksichtigt. Auch erfolgt nach Ablauf bestimmter Fristen eine Tilgung. Für Verurteilungen wegen eines BAföG-Betruges dürfte im Regelfall die Frist von drei Jahren nach § 34 Abs. 1 Nr. 1 a BZRG eingreifen.

Insgesamt sollte die Rechtslage Anlass geben, sich intensiv um eine Einstellung des Verfahrens nach §§ 153 oder 153 a StPO zu bemühen, damit eine Verurteilung vermieden wird.

Das alles gilt unter zwei Voraussetzungen. Erstens: Die Rechtsansicht des BayObLG setzt sich durch. Und zweitens: Die BAföG-Ämter belassen es nicht bei einem Bußgeldbescheid, son-

dern erstatten Strafanzeige. Mit beidem wird man rechnen müssen.²⁷

Ein Wort noch zur Bedeutung des Problems als Gegenstand der Ausbildung. Es lohnt sich aus zwei Gründen sich damit zu befassen. Zum einen lässt sich erproben, ob die Grundbegriffe und das Argumentationsvermögen vorhanden sind, die man für die Lösung von Konkurrenzfragen benötigt. Zum anderen wird die Aufmerksamkeit auf das Ordnungswidrigkeitenrecht gelenkt, das in der Ausbildung leider nicht in dem Umfang berücksichtigt wird, der seiner praktischen Bedeutung angemessen wäre.

5. Kritik

Die Entscheidung weist Defizite in der juristischen Argumentation auf. Auch hätte man sich gewünscht, dass kriminologische und kriminalpolitische Zusammenhänge reflektiert worden wären. Das Ergebnis wird man allerdings als gut vertretbar bezeichnen müssen; es wird getragen von einer im Wortlaut klaren Regelung in § 21 Abs. 1 Satz 1 OWiG.

An der juristischen Argumentation ist zu kritisieren, dass die Gegenansicht (bewusst?) missverstanden wird. Soweit diese den Begriff der Spezialität verwendet, ist eine Lebenssachverhalts-Spezialität gemeint, nicht aber die formale Spezialität der Konkurrenzlehre. Der Einwand fehlerhafter Handhabung des Begriffs der Spezialität geht daher fehl.

Umgekehrt finden sich an anderer Stelle der Entscheidungsbegründung Sachargumente, welche die Gegenansicht für sich in Anspruch nimmt, ohne dass darauf eingegangen würde. Das

²⁶ *Rau/Zschieschack* sehen das Regelbeispiel der Gewerbsmäßigkeit (§ 263 Abs. 3 Nr. 1 StGB) als regelmäßig erfüllt an; die dadurch indizierte besondere Schwere bestehe aber in den meisten Fällen tatsächlich nicht, weshalb es für die Strafzumessung bei dem Rahmen des § 261 Abs. 1 StGB bleibe. *Rau/Zschieschack*, StV 2004, 669, 672 f.

²⁷ Wenn ein Anfangsverdacht für das Vorliegen einer Straftat besteht, muss die Behörde die Akten bei der Staatsanwaltschaft vorlegen, § 41 Abs. 1 OWiG. Andernfalls könnte sogar eine Strafvereitelung durch Unterlassen gem. § 258, 13 StGB gegeben sein, weil § 41 Abs. 1 OWiG eine Garantienstellung begründen soll. *Rau/Zschieschack*, StV 2004, 669, 674; *König*, JA 2004, 497, 499 f.

Gericht begründet die eigene Lösung damit, dass § 58 BAFöG primär nicht dem Schutz des Vermögens, sondern der Sicherung des ordnungsgemäßen Vollzugs der Ausbildungsförderung diene. Gerade darauf stützt aber die Gegenansicht ihre Lösung.

Im Übrigen ist, wie bereits unter 3. gezeigt, diese Unterscheidung der Schutzgüter in der Entscheidung nicht mit der Anwendung der Konkurrenzregel vereinbar, dass das Gefährdungsdelikt regelmäßig hinter das gegen dasselbe Rechtsgut gerichtete Erfolgsdelikt zurücktritt.

Die Entscheidung führt **faktisch zu einer massenhaften Kriminalisierung**. Denn wie oben bereits dargestellt wurde, sind Taten dieser Art in einigen Bundesländern bisher lediglich mit Bußgeldern geahndet worden.

Das ist sicherlich nicht aus Nachlässigkeit im Umgang mit staatlichem Vermögen geschehen. Verschiedene Erwägungen dürften eine Rolle gespielt haben. Das Bewußtsein um die doch schwerwiegenden Konsequenzen für die weitere Berufsausbildung der Betroffenen mahnt zur Zurückhaltung. Häufig wird es sich bei den Vorfällen zudem um solche minder schwerer Art handeln. Insbesondere mag die Einschätzung zu Grunde liegen, dass die Taten häufig weniger schwer wiegen als gezielte Angriffe gegen individuelles Vermögen. Entsprechend ist auch das Unrechtsbewusstsein in der Gesellschaft insgesamt, soweit es um Taten gegen überindividuelles Vermögen geht, weniger stark ausgeprägt. Das mag man bedauern. Und es mag Anlass geben, dem mit vermehrtem Einsatz des Strafrechts entgegenzutreten. Doch sollte diese Einschätzung offen gelegt werden. Es würde rechtsstaatlicher Fairness entsprechen, ein klares Signal zu setzen: „Von nun an werden diese Taten strafrechtlich verfolgt!“ Darauf könnte sich jedermann einrichten. Im Hinblick auf Altfälle wäre eine Lösung zu finden, die den Bewertungswandel berücksichtigt. Es würde sich anbieten, von den Möglichkeiten einer Einstellung

nach §§ 153, 153 a StPO Gebrauch zu machen.

In der Entscheidung findet sich dazu leider nichts. Hoffen wir, dass diese Zusammenhänge jedenfalls im praktischen Umgang mit ihr zur Geltung kommen.

(Dem Text liegt ein Entwurf von Lars Winckler zugrunde.)