

Herausgeber: Prof. Dr. Tobias Reinbacher, Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Medienstrafrecht,

Julius-Maximilians-Universität Würzburg

Redaktion: Prof. Dr. Tobias Reinbacher und die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Lehrstuhls

[www.famos.jura.uni-wuerzburg.de](http://www.famos.jura.uni-wuerzburg.de)

01

2025

## 1. Sachverhalt<sup>1</sup>

A und B ist es bereits mehrfach gelungen, unter Vorlage gefälschter Ausweisdokumente sowie unter dem Vorwand von Probefahrten hochpreisige Autos zu erlangen und gewinnbringend zu verwerten. Mit diesem Plan bringt A den B erneut zu zwei Autohäusern. Dabei hält A es für möglich und billigt, dass der Wert der anvisierten Fahrzeuge auch dieses Mal jeweils 50.000 € übersteigt. B kann den ihm beim ersten Autohaus zur Probefahrt überlassenen BMW M5 im Wert von 71.000 € jedoch nicht an sich bringen, da ein Angestellter des Autohauses an der Probefahrt teilnimmt. Derweil erreicht einen Mitarbeiter des zweiten Autohauses eine Warnung der BMW AG, dass ein Betrüger unter den von B verwendeten Personalien agiere. Als B beim zweiten Autohaus seine gefälschten Ausweisdokumente vorlegt, um abermals eine vorgetäuschte Probefahrt anzutreten, verständigt der Mitarbeiter die Polizei. Die geplante Übergabe des zweiten Autos im Wert von 74.000 € wird vereitelt und A und B werden gefasst.

Das LG verurteilt A unter anderem wegen Beihilfe zum versuchten Betrug im besonders schweren Fall des Vermögensverlustes

Januar 2025

### Probefahrt großen Ausmaßes

*Betrug / Versuch / Regelbeispiel / Vermögensverlust großen Ausmaßes*

§ 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB

#### **famos-Leitsätze:**

1. Das Regelbeispiel „Vermögensverlust großen Ausmaßes“ gem. § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB setzt voraus, dass der Verlust „herbeigeführt“ wird, also tatsächlich eintritt.
2. Es reicht nicht aus, wenn lediglich der Vorsatz i.R.e. „Versuchs“ auf die Verwirklichung des Regelbeispiels gerichtet ist.

BGH, Beschluss vom 14. Mai 2024 – 3 StR 107/24; veröffentlicht in NSTz 2024, 741.

großen Ausmaßes gem. §§ 263 Abs. 1, 2, 3 S. 2 Nr. 2 Alt. 1, 22, 23 Abs. 1, 27 Abs. 1 StGB<sup>2</sup>. A legt daraufhin Revision zum BGH ein.

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Der gemeinsame Tatplan von A und B sah vor, durch die vorgetäuschten Probefahrten hochpreisige Fahrzeuge zu erlangen und zu verwerten. Indem sie ihre gefälschten Dokumente vorlegten und A im ersten Fall die Probefahrt sogar antrat, setzten A und B unmittelbar zur Verwirklichung des Tatplans an. Ein versuchter Betrug liegt damit unproblematisch vor.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Der Sachverhalt wurde verändert, um die Hauptprobleme des Falles deutlicher hervortreten zu lassen.

<sup>2</sup> Alle folgenden Normen ohne weitere Bezeichnung sind solche des StGB.

<sup>3</sup> Ein versuchter Diebstahl scheidet aus, weil es aufgrund der Täuschung zu einer bewussten Selbstschädigung durch Gewahrsamsübertragung kam und nicht zu einer Wegnahme, also

Es stellt sich allerdings die Frage, ob A und B auch das Regelbeispiel des Vermögensverlustes großen Ausmaßes gem. § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 Alt. 1 verwirklicht haben, da A und B das Eintreten von Vermögensverlusten großen Ausmaßes billigend in Kauf nahmen, auch wenn diese hier ausblieben. Dies wirft die allgemeine Problematik auf, inwieweit der „Versuch“ eines Regelbeispiels möglich ist.

Bei Regelbeispielen handelt es sich um minder oder besonders schwere Fälle und damit nach h.M. um Strafzumessungsregeln.<sup>4</sup> Teile der Lit. behandeln Regelbeispiele jedoch wie Tatbestände mit der Folge, dass eine uneingeschränkte Geltung der Vorschriften des AT auch für Regelbeispiele gefordert wird.<sup>5</sup> Folgt man dagegen der h.M., sind diese auf Regelbeispiele nur analog anwendbar.<sup>6</sup> Meistens sind Regelbeispiele anhand der Formulierung „[...] liegt in der Regel vor, wenn [...]“ zu erkennen. Im Vergleich zu Qualifikationen sind Regelbeispiele flexibler: Sind die Voraussetzungen eines Regelbeispiels erfüllt, hat dies „in der Regel“ zur Folge, dass der Strafrahmen eines minder oder besonders schweren Falles herangezogen wird (sog. Indizwirkung des Regelbeispiels).<sup>7</sup> Hiervon kann aber abgesehen werden, wenn sich i.R.e. Gesamtwürdigung ergibt, dass das Unrecht der Tat trotz des Vorliegens der Voraussetzungen des Regelbeispiels weder gemindert noch gesteigert ist.<sup>8</sup>

Mit dem Regelbeispiel des Vermögensverlustes großen Ausmaßes gem. § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 Alt. 1 hat der Gesetzgeber die bis zu seiner Einführung bereits vorherrschende

Rspr. umgesetzt, nach der beim Vorliegen eines großen Schadens ein besonders schwerer Fall des Betrugs angenommen wurde.<sup>9</sup> Nach ganz h.M. liegt ein Vermögensverlust großen Ausmaßes i.S.d. § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 Alt. 1 bei Schäden im Wert von über 50.000 € vor.<sup>10</sup>

Die von A und B anvisierten Autos übersteigen mit Werten von 71.000 € bzw. 74.000 € diese Schwelle deutlich. Problematisch ist aber, dass A und B gefasst wurden, noch bevor auf Seiten der Autohäuser die Vermögensverluste großen Ausmaßes tatsächlich eintraten. Somit wurde das Regelbeispiel nicht verwirklicht, sondern nur „versucht“. Im Zusammenhang mit Regelbeispielen kommen grundsätzlich **drei „Versuchskonstellationen“** in Betracht: 1) versuchtes Grunddelikt und vollendetes Regelbeispiel, 2) vollendetes Grunddelikt und „versuchtes“ Regelbeispiel sowie 3) versuchtes Grunddelikt und „versuchtes“ Regelbeispiel.

Die **erste Konstellation**, in der das Grunddelikt nur versucht, das Regelbeispiel hingegen voll verwirklicht wird, ist i.R.d. Diebstahls beispielsweise denkbar, wenn ein Täter mit der Absicht, etwas zu entwenden in einen Geschäftsraum eingebrochen ist, anschließend aber doch nichts entwendet. Aufgrund der Verwirklichung des Regelbeispiels und der daraus resultierenden **Indizwirkung** ist von einem besonders schweren Fall auszugehen.<sup>11</sup> Der Täter aus dem Beispiel würde sich also wegen eines versuchten Diebstahls in einem besonders schweren Fall gem. §§ 242, 22, 23 I i.V.m. § 243 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 strafbar machen. In unserem Fall wurden A und B gefasst bevor

---

einer Fremdschädigung durch Gewahrsamsbruch.

<sup>4</sup> BGHSt 26, 104, 105; 33, 370, 373; *Hilgen-dorf/Valerius*, AT, 3. Aufl. 2022, § 7 Rn. 3.

<sup>5</sup> *Eisele*, JA 2006, 309, 316; *Kindhäuser/Zimmermann*, AT, 11. Aufl. 2024, § 8 Rn. 10.

<sup>6</sup> BGHSt 23, 254, 256; 33, 370, 373; *Maiwald*, NSTz 1984, 433, 439.

<sup>7</sup> *Barczak*, JuS 2020, 905, 910; *Kindhäuser/Zimmermann*, AT (Fn. 5), § 8 Rn. 9; *Rengier*, BT I, 26. Aufl. 2024, § 3 Rn. 1.

<sup>8</sup> *Barczak*, JuS 2020, 905, 910; *Kindhäuser/Zimmermann*, AT (Fn. 5), § 8 Rn. 9; *Rengier*, BT I, 26. Aufl. 2024, § 3 Rn. 1.

<sup>9</sup> *Saliger*, in *Matt/Renzikowski*, StGB, 2. Aufl. 2020, § 263 Rn. 320.

<sup>10</sup> E contrario BGHSt 48, 360, 361; *Wittig*, Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2023, § 14 Rn. 263.

<sup>11</sup> *Rengier*, BT I (Fn. 8), § 3 Rn. 51.

auf Seiten der Autohäuser Vermögensverluste großen Ausmaßes i.S.d. § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 Alt. 1 eintraten, sodass das Regelbeispiel nicht vollendet, sondern nur „versucht“ wurde. Mithin scheidet die erste Konstellation aus.

Die **zweite Konstellation**, in der das Grunddelikt vollendet und das Regelbeispiel „versucht“ ist, ist etwa gegeben, wenn man den angeführten Beispielsfall dahingehend abwandelt, dass es dem Täter dieses Mal gelingt, Gegenstände aus dem Geschäftsraum zu entwenden, die Ladentür, die er aufbrechen will, aber unverschlossen ist. Zu dieser Konstellation hat sich der **BGH** bislang nicht geäußert. In einem strukturell vergleichbaren Fall zu § 177 Abs. 2 hat er die Indizwirkung bei „versuchtem“ Regelbeispiel und vollendetem Grunddelikt jedoch verneint.<sup>12</sup> Zu beachten ist aber, dass der BGH in der dritten Konstellation (versuchtes Grunddelikt und „versuchtes“ Regelbeispiel) die Indizwirkung des Regelbeispiels grundsätzlich bejaht.<sup>13</sup> In der Lit. wird deshalb darauf hingewiesen, dass es im Hinblick auf die zweite Konstellation konsequent wäre, wenn der BGH hier die Indizwirkung des Regelbeispiels erst recht bejahen würde, wenn das Grunddelikt nicht nur versucht, sondern sogar vollendet ist.<sup>14</sup> Hiervon gehen zumindest die Teile der Lit., die wie der BGH bei der dritten Konstellation die Indizwirkung des Regelbeispiels bejahen, auch bei vollendetem Grunddelikt aus.<sup>15</sup> Der Täter aus dem Beispiel würde sich nach dieser Ansicht folglich wegen Diebstahls in einem besonders schweren Fall gem. § 242 I i.V.m. § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 strafbar machen.

Dagegen vertritt die **h.L.** die Auffassung, dass die Indizwirkung eines Regelbeispiels

generell nur dann bejaht werden kann, wenn es **vollständig verwirklicht** wird.<sup>16</sup> Schon der Wortlaut des § 22 lasse den Versuch nur bei Tatbeständen zu.<sup>17</sup> Zudem fehle es an einer ausdrücklichen gesetzlichen Normierung, die den Willen des Gesetzgebers zum Ausdruck bringt, dass bereits der „Versuch“ eines Regelbeispiels die Indizwirkung auslöst.<sup>18</sup> Der h.L. folgend, wäre der Täter aus obigem Beispiel nur gem. §§ 242, 22 strafbar.

In unserem Fall entstanden den Autohäusern schon keine Vermögensschäden, sodass es hier bereits an der Verwirklichung des Grunddelikts fehlt. Damit ist auch die zweite Konstellation nicht einschlägig.

Besonders problematisch ist die **dritte Konstellation**, in der Grunddelikt und Regelbeispiel jeweils nur versucht sind.<sup>19</sup> Diese Konstellation ist etwa einschlägig, wenn man den bereits dargestellten Beispielsfall nun so abwandelt, dass der Täter gefasst wird, noch bevor er in den Geschäftsraum einsteigen und daraus Gegenstände entwenden kann. Im Zusammenhang mit § 243 nehmen der **BGH und Teile der Lit.** in dieser dritten Konstellation einen versuchten Diebstahl in einem besonders schweren Fall an.<sup>20</sup> Zwar könnten auf Regelbeispiele als Strafzumessungsvorschriften die §§ 22 ff. nicht unmittelbar angewendet werden, aufgrund der **Tatbestandsähnlichkeit** seien Regelbeispiele im Ergebnis aber wie Tatbestände zu behandeln. Die Regelbeispiele des § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 begründeten somit die gesetzliche Indizwirkung für das Vorliegen eines besonders schweren Falles auch dann, wenn sie abweichend vom Tatplan nicht verwirklicht werden.<sup>21</sup> Für dieses Ergebnis spreche im Zusammenhang mit dem Diebstahl

<sup>12</sup> BGH NSTZ 2003, 602.

<sup>13</sup> BGHSt 33, 370, 374.

<sup>14</sup> Hohmann/Sander, BT, 4. Aufl. 2021, § 35 Rn. 178.

<sup>15</sup> Eisele, BT II, 6. Aufl. 2021, § 243 Rn. 153; Kindhäuser/Böse, BT II, 13. Aufl. 2024, § 3 Rn. 56.

<sup>16</sup> Joecks/Jäger, in Stuko, StGB, 13. Aufl. 2021, § 243 Rn. 50; Schmitz, in MüKo, StGB, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, § 243 Rn. 87.

<sup>17</sup> Rengier, BT I (Fn. 8), § 3 Rn. 52.

<sup>18</sup> Hilgendorf/Valerius, BT II, 3. Aufl. 2024, § 3 Rn. 50.

<sup>19</sup> Vgl. zu dieser Fallkonstellation auch: [Penßel/Strobl, famos 09/2020, 49, 50 f.](#)

<sup>20</sup> BGHSt 33, 370, 374; Hoyer, in SK, StGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 243 Rn. 54; Kindhäuser/Hoven, in NK, StGB, 6. Aufl. 2023, § 243 Rn. 46.

<sup>21</sup> BGHSt 33, 370, 377.

zudem der Wille des historischen Gesetzgebers, der mit der Umwandlung des § 243 von einer Qualifikation zu einer Strafzumessungsvorschrift nicht die Einschränkung der Reichweite des § 243 bezweckt habe.<sup>22</sup> Vielmehr sollte dem Tatrichter die Möglichkeit eröffnet werden, vom erhöhten Strafraumen eines grundsätzlich verwirklichten Regelbeispiels im Einzelfall absehen zu können.<sup>23</sup> Nach dieser Ansicht wäre der Täter aus obigem Beispiel also wegen versuchten schweren Diebstahls im besonders schweren Fall nach §§ 242, 22 i.V.m. § 243 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 zu bestrafen.

Zu beachten ist aber, dass der BGH im Gegensatz dazu i.R.d. in unserem Fall relevanten § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 Alt. 1 das tatsächliche Eintreten des Vermögensverlustes großen Ausmaßes fordert.<sup>24</sup> Dieses Regelbeispiel sei nach objektiven Gesichtspunkten zu bestimmen.<sup>25</sup> Daraus folge, dass in der Konstellation des Eingehungsbetruges der Vermögensverlust erst dann anzunehmen sei, wenn der Geschädigte seine vertraglich geschuldete Leistung tatsächlich erbracht hat.<sup>26</sup> Der Begriff des Vermögensverlustes sei seinem Wortlaut nach enger zu verstehen als der des Vermögensschadens oder des Vermögensnachteils.<sup>27</sup> Dies ergebe sich im Umkehrschluss aus § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 Alt. 2: In Alt. 2 werde im Gegensatz zu Alt. 1 ausdrücklich die „Gefahr des Verlustes von Vermögenswerten“ gefordert.<sup>28</sup> Danach kann es in der dritten Konstellation einen versuchten Betrug im besonders schweren Fall des Vermögensverlustes großen Ausmaßes nicht geben.

Die **h.L.**<sup>29</sup> lehnt, wie auch einige Instanzgerichte<sup>30</sup>, den „Versuch“ eines Regelbeispiels generell und daher auch in der dritten

Konstellation ab. Die Auffassung des BGH verstoße gegen das Analogieverbot aus Art. 103 Abs. 2 GG.<sup>31</sup> Schließlich werde die Gleichsetzung der Konstellation, in der ein Täter ein Regelbeispiel nur „versucht“, mit derjenigen, in der er es voll verwirklicht, dem Unrechtsgehalt der jeweiligen Konstellationen nicht gerecht.<sup>32</sup> Nach dieser Ansicht macht sich der Täter nur nach §§ 242, 22 strafbar, wenn er, noch bevor er in den Geschäftsraum einsteigen und Gegenstände entwenden kann, gefasst wird. Konsequenterweise verlangt diese Ansicht auch bei § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 Alt. 1 das tatsächliche Eintreten des Vermögensverlustes großen Ausmaßes.<sup>33</sup>

In unserem Fall erlitten die Autohäuser weder einen Vermögensschaden noch einen Vermögensverlust großen Ausmaßes. Sowohl das Grunddelikt als auch das Regelbeispiel blieben also im Versuchsstadium stecken. Mithin ist die dritte Konstellation einschlägig. Da es sich um das Regelbeispiel des § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 Alt. 1 handelt, kommen alle Ansichten zum Ergebnis, dass in dieser Konstellation das Regelbeispiel seine Indizwirkung nicht entfaltet.

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH hebt infolge der Revision des A das Urteil des LG auf und verweist die Sache zur erneuten Entscheidung zurück.

Er betont, dass das Regelbeispiel des Vermögensverlustes großen Ausmaßes entsprechend dem Gesetzeswortlaut den tatsächlichen Eintritt eines solchen Verlustes voraussetze. Es genüge gerade nicht, wenn der Vermögensverlust großen Ausmaßes lediglich im

<sup>22</sup> BT-Drs. 4/650, S. 400.

<sup>23</sup> *Kindhäuser/Hoven*, in NK (Fn. 20), § 243 Rn. 48 mit Verweis auf: BT-Drs. 4/650, S. 400.

<sup>24</sup> BGH wistra 2007, 111; NStZ 2009, 206, 207.

<sup>25</sup> BGHSt 48, 360, 362.

<sup>26</sup> BGHSt 48, 354, 356.

<sup>27</sup> BGH NJW 2003, 3717, 3718.

<sup>28</sup> BGHSt 48, 354, 358.

<sup>29</sup> *Bosch*, in Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 243 Rn. 44; *Joecks/Jäger*, in StuKo (Fn. 16), § 243 Rn. 51; s. dazu schon oben auf S. 3.

<sup>30</sup> BayObLG NJW 1980, 2207; OLG Stuttgart NStZ 1981, 222, 223.

<sup>31</sup> *Schmitz*, in MüKo (Fn. 16), § 243 Rn. 89.

<sup>32</sup> *Zieschang*, AT, 7. Aufl. 2023, Rn. 511.

<sup>33</sup> *Eisele*, BT II (Fn. 5), § 263 Rn. 652.

Rahmen des „Versuchs“ angestrebt wurde. Da vorliegend weder ein Vermögensschaden noch ein Vermögensverlust großen Ausmaßes eingetreten sind, sei die Annahme der Indizwirkung des Regelbeispiels des § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 Alt. 1 rechtsfehlerhaft.

#### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Das Urteil bestätigt die bisherige Rspr. des BGH im Hinblick auf den „Versuch“ des § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 Alt. 2: Aufgrund der Unvereinbarkeit mit dem Wortlaut des § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 Alt. 1 könne es in der dritten Konstellation keinen versuchten Betrug im besonders schweren Fall des Vermögensverlustes großen Ausmaßes geben.

Sollten in einer Klausur oder Hausarbeit Versuch und Regelbeispiel auftreten, stellt sich als erstes die Frage, wie eine solche Prüfung aufzubauen ist. Zunächst sollte man sich (gedanklich) darüber klar werden, welche der drei („Versuchs“-)Konstellationen vorliegt. Anschließend ist das entsprechende Prüfungsschema zum einschlägigen Grunddelikt je nach Konstellation ggf. als Versuch durchzuprüfen. Der h.M. folgend, wonach Regelbeispiele als Strafzumessungsregeln und nicht als Tatbestände zu behandeln sind, sind nach der Schuld unter dem **gesonderten Prüfungspunkt** „Strafzumessung“ die Regelbeispiele als benannte besonders schwere Fälle zu erörtern. An dieser Stelle muss nun in der zweiten und dritten Konstellation diskutiert werden, ob der „Versuch“ eines Regelbeispiels überhaupt möglich ist. Hierbei sollten Termini wie „(versuchter) Betrug in einem versuchten besonders schweren Fall“ vermieden werden. Anderenfalls wird irreführenderweise suggeriert, es handle sich beim Regelbeispiel um

einen eigenständigen Tatbestand.<sup>34</sup> Stattdessen könnte man von einem „Quasiversuch“<sup>35</sup> sprechen oder den Begriff „Versuch“, der sich auf das Regelbeispiel bezieht, in Anführungszeichen setzen. Beim Regelbeispiel des § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 Alt. 1 muss darüber hinaus beachtet werden, dass hier ausnahmsweise alle Ansichten das tatsächliche Eintreten des Vermögensverlustes großen Ausmaßes fordern. Aufgrund der Tatbestandsähnlichkeit der Regelbeispiele ist grundsätzlich zu prüfen, ob diese auch „vorsätzlich“ verwirklicht wurden. Da es sich bei Regelbeispielen nach h.M. jedoch gerade nicht um Tatbestände handelt, kann es wörtlich genommen aber keinen „Vorsatz“ bezüglich des Regelbeispiels geben.<sup>36</sup> Zu prüfen bleibt der sog. „Quasivorsatz“.<sup>37</sup> Im Anschluss daran sollte bei versuchtem Grunddelikt ein womöglich einschlägiger Rücktritt durchdacht und ggf. geprüft werden.

Da A hier zudem Gehilfe (§ 27) ist, müsste den Grundsätzen der limitierten Akzessorität<sup>38</sup> Rechnung tragend zuerst die Strafbarkeit des B behandelt werden. I.R. dieser Strafbarkeitsprüfung sind der versuchte Betrug und das Regelbeispiel des § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 Alt. 1 mitsamt den zugehörigen Problemkreisen zu untersuchen. Bei der Prüfung der Strafbarkeit des A als Teilnehmer ist sodann hinsichtlich des Grunddeliktes im objektiven Tatbestand auf die vollendete Beihilfehandlung einzugehen sowie im subjektiven Tatbestand auf den doppelten Gehilfenvorsatz<sup>39</sup>. Bezüglich der „Teilnahme“ des A am Regelbeispiel ist zu beachten, dass diese begrifflich eigentlich ebenfalls ausscheidet, weil es sich bei Regelbeispielen nach h.M. nicht um Tatbestände handelt.<sup>40</sup> Genauso wie jedoch ein „Quasivorsatz“ vorliegen muss, wird bei der Teilnahme eine sog. „quasiakzessorischen Haftung“

<sup>34</sup> Zieschang, AT (Fn. 32), Rn. 508.

<sup>35</sup> Ebenfalls auf diesen Begriff zurückgreifend: Franzke, NStZ 2018, 566, 567.

<sup>36</sup> Sternberg-Lieben/Sternberg-Lieben, JuS 2012, 884, 887.

<sup>37</sup> Heinrich, in Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, BT, 4. Aufl. 2021, § 14 Rn. 32.

<sup>38</sup> Scheinfeld, in MüKo, StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, Vorbemerkung zu § 26 Rn. 18.

<sup>39</sup> Vorsatz bezüglich der Haupttat und der Beihilfehandlung (Satzger, JURA 2008, 514).

<sup>40</sup> BGHSt 29, 239, 244; Detter, NStZ 1996, 182, 183.

angenommen.<sup>41</sup> Da Regelbeispiele besondere persönliche Merkmale sein können, sind ggf. zudem die Wertungen des § 28 einzubeziehen.<sup>42</sup>

## 5. Kritik

Auf den ersten Blick scheint es inkonsequent, dass der BGH den „Versuch“ eines Regelbeispiels zwar grundsätzlich für möglich erachtet, diesen i.R.d. § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 Alt. 1 aber ablehnt und ausnahmsweise das tatsächliche Eintreten des Vermögensverlustes großen Ausmaßes fordert. Dadurch kommt es beim versuchten Betrug im „versuchten“ besonders schweren Fall des Vermögensverlustes großen Ausmaßes zu einer unvorteilhaften Zweiteilung des auf Ebene des Grunddelikts einheitlichen Schadensbegriffs: Einerseits lässt sich dadurch der Gefährdungsschaden zwar unter den Tatbestand des Betruges subsumieren, andererseits aber nicht unter das Regelbeispiel des § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 Alt. 1.<sup>43</sup>

Allerdings ist dem BGH im Grunde zuzustimmen, wenn er das Strafmaß im Falle des Zusammentreffens von versuchtem Grunddelikt und „versuchtem“ Regelbeispiel verschärft, um dadurch dem mit dem „Versuch“ eines Regelbeispiels verbundenen gesteigerten Unrechtsgehalt der Tat Ausdruck zu verleihen. Vor diesem Hintergrund wäre es jedoch nur konsequent, auch den „Versuch“ des § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 Alt. 1 zuzulassen. Es überrascht, dass der BGH in diesem Fall den gesteigerten Unrechtsgehalt der Tat nicht mit einem verschärften Strafmaß abgilt. Insbesondere erscheint die an die gesetzgeberische Formulierung „[...] ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter einen Vermögensverlust großen Ausmaßes **herbeiführt**“ anknüpfende Begründung zur Differenzierung zwischen den einzelnen

Regelbeispielen in der Rspr. des BGH fragwürdig. Diese Formulierung bringt schlicht zum Ausdruck, dass alle Delikte – von einer rein sprachlichen Betrachtung ausgehend – auf „Vollendung“ und nicht auf einen „Versuch“ zugeschnitten sind. Im Versuchsstadium ist die – sprachlich eigentlich geforderte – faktische Verwirklichung aller Tatbestandsmerkmale bei keinem Delikt gegeben, sondern die Bestrafung knüpft an voluntative Elemente an. Diese Erwägung könnte man grundsätzlich auch auf Regelbeispiele übertragen.

Dem BGH ist dagegen zugutezuhalten, dass das „Herbeiführen eines Vermögensverlustes großen Ausmaßes“ i.R.d. § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 Alt. 1 einen tatsächlichen bereits eingetretenen Zustand beschreibt, bei dem der erhöhte Unrechtsgehalt nicht in der Handlung liegt, sondern erst im Eintritt des großen Verlustes. Mithin wird das Erfolgsunrecht, nicht das Handlungsunrecht pönalisiert.<sup>44</sup> Hierin besteht ein Unterschied zu anderen Regelbeispielen<sup>45</sup>, bei denen der Fokus auf einer Handlung liegt, welche für sich genommen gesteigerte Gefahren bereits im Versuchsstadium mit sich bringen kann. Zudem ist die in § 263 Abs. 1, 3 angelegte sprachliche Differenzierung zwischen Vermögensschaden und Vermögensverlust geeignet, die vom BGH vorgenommene Unterscheidung zu rechtfertigen: Wollte man auch den Gefährdungsschaden unter den Begriff des Vermögensverlustes subsumieren, führte dies zu einer übermäßigen Ausdehnung dieses Begriffs.<sup>46</sup> Mithin sprechen die besseren Argumente für die vom BGH vorgenommene Differenzierung zwischen den einzelnen Regelbeispielen. Auch wenn daraus eine komplexe und uneinheitliche Kasuistik resultiert, führt dies im Einzelfall doch zu sachgerechten Ergebnissen.

(Charlotte Kaiser/Marie Matt)

<sup>41</sup> Heinrich, in Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, BT (Fn. 37), § 14 Rn. 34.

<sup>42</sup> Heinrich, in Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, BT (Fn. 37), § 14 Rn. 35.

<sup>43</sup> So auch Fischer, StraFo 2008, 269, 271.

<sup>44</sup> Allgemein dazu: Franzke, NStZ 2018, 566, 572.

<sup>45</sup> Wie z.B. § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 „gewerbsmäßig stiehlt“.

<sup>46</sup> So auch Lang/Eichhorn/Golombek/von Tippelskirch, NStZ 2004, 528, 529.