

Andrés Schlack

Der Betrug als Vermögensverschiebungsdelikt

Untersuchungen zur Absicht rechtswidriger Bereicherung
beim Betrugstatbestand



Nomos

Studien zum Strafrecht

Band 87

Herausgegeben von

Prof. Dr. Martin Böse, Universität Bonn

Prof. Dr. Gunnar Duttge, Universität Göttingen

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Urs Kindhäuser, Universität Bonn

Prof. Dr. Claus Kreß, Universität Köln

Prof. Dr. Dr. h.c. Lothar Kuhlen, Universität Mannheim

Prof. Dr. Ursula Nelles, Universität Münster

Prof. Dr. Dres. h.c. Ulfrid Neumann, Universität Frankfurt a. M.

Prof. Dr. Henning Radtke, Universität Hannover

Prof. Dr. Klaus Rogall, Freie Universität Berlin

Prof. Dr. Helmut Satzger, Universität München

Prof. Dr. Brigitte Tag, Universität Zürich

Prof. Dr. Thomas Weigend, Universität Köln

Prof. Dr. Wolfgang Wohlers, Universität Basel

Prof. Dr. Rainer Zaczyk, Universität Bonn

Andrés Schlack

Der Betrug als Vermögensverschiebungsdelikt

Untersuchungen zur Absicht rechtswidriger
Bereicherung beim Betrugstatbestand



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Bonn, Univ., Diss., 2017

ISBN 978-3-8487-4418-3 (Print)

ISBN 978-3-8452-8635-8 (ePDF)

1. Auflage 2017

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn im Sommersemester 2017 als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung konnten bis einschließlich September 2016 berücksichtigt werden. Der Abschnitt zum Betrug bei verbotenen Geschäften (Kap. 3, Abschn. E, I) wurde dem Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung vom 13. April 2017 angepasst.

An erster Stelle gilt mein Dank meinem hochverehrten Doktorvater, Herrn Professor Dr. Dr. h.c. mult. Urs Kindhäuser, für seine äußerst großzügige Unterstützung bei der Betreuung dieser Arbeit. Ohne seinen Rat und seine ständige Diskussionsbereitschaft wäre das Gelingen der Promotion nicht vorstellbar gewesen. Ebenfalls möchte ich mich bei Herrn Professor Dr. Martin Böse für die Erstellung des Zweitgutachtens herzlich bedanken; seine konstruktive Kritik hat erheblich zur Verbesserung der Arbeit beigetragen. Für sein Mitwirken bei der Prüfungskommission bedanke ich mich ebenso bei Herrn Professor Dr. Benno Zabel. Den Mitherausgebern der Reihe „Studien zum Strafrecht“ der Nomos Verlagsgesellschaft danke ich für die freundliche Aufnahme dieser Arbeit in die Reihe.

Meinem chilenischen akademischen Lehrer, Herrn Professor Enrique Cury (†), der mich bei meinen ersten Schritten in der Strafrechtswissenschaft geleitet hat, und Herrn Professor Dr. Álvaro Fernández, der mein Interesse an der Betrugsdogmatik geweckt und mich bei meiner Diplomarbeit betreut hat, gilt ebenso mein Dank. Bei Herrn Professor Dr. Alex van Weezel bedanke ich mich für seine freundlichen Ratschläge zur Promotionslaufbahn.

Für interessante Gespräche zum Thema meiner Doktorarbeit und für wichtige Literaturempfehlungen gilt auch mein Dank den Herren Prof. Dr. Emilio Dolcini, Prof. Dr. Héctor Hernández, Prof. Dr. Juan Pablo Mañalich, Prof. Dr. Luis Placencia, Prof. Dr. Jesús Silva Sánchez, Dr. Francisco Javier Urbina und Dr. Orlando de la Vega.

Ein herzliches Dankeschön auch an meine Kollegen und Freunde des strafrechtlichen Instituts, sowie an die wissenschaftlichen Mitarbeiter und die studentischen Hilfskräfte des Lehrstuhls. Alle haben zu einer freundlichen und kollegialen Atmosphäre beigetragen. Insbesondere bedanke ich

mich bei den Damen und Herren Dr. Nathalia Bautista, Dr. Guisheng Cai, Dr. Beatriz Correa Camargo, Dr. Andy Carrión, Javier Contesse, Marcos Contreras, Dr. Inês Godinho, Eugenia Goncearova, Dr. Katharina Heine, Dr. Kanpiron Komalajarun, Dr. Laura Mayer, Dr. Serkan Merakli, Dr. Iván Navas, Maria Ntamadaki, Dr. Lulu Niu, Dr. Miguel Ontiveros, Peter Schneider, Dr. Serdas Talas und Lisa Wüstefeld. Für die Organisation der Bibliothek und des Sekretariats danke ich Frau Jacqueline Götsche.

Für Ihre stets freundliche und gründliche Beratung bedanke ich mich ebenso bei Frau Dr. Ulrike Dorn, Leiterin der Auslandskoordination des Fachbereichs Rechtswissenschaft.

Herrn Ass. iur. Norbert Etzel bin ich für das sorgfältige Korrekturlesen in Dankbarkeit verbunden. Für seine Hilfe bei der Formatierung der Arbeit geht mein Dank an Herrn Ignacio Barroso.

Mein besonderer Dank gilt der Konrad-Adenauer-Stiftung, die durch ihre großzügige ideelle sowie materielle Förderung die Absolvierung eines LL.M. und der Promotion ermöglicht hat. Insbesondere bedanke ich mich bei Herrn Dr. h.c. Berthold Gees, Referent für die Stipendiaten aus Lateinamerika, der sich immer als ein hilfsbereiter und verständnisvoller Gesprächspartner gezeigt hat. Auch beim Vertrauensdozenten der Stiftung, Herrn Professor Dr. Mathias Schmoekel, und bei den Mitgliedern meiner Stipendiatengruppe in Bonn möchte ich mich bedanken.

Mein Dank geht auch an die Kanzlei Eimer, Heuschmid und Mehle, die durch den „Eimer Heuschmid Mehle“-Promotionspreis zur Finanzierung der Veröffentlichung dieser Arbeit beigetragen hat.

Des Weiteren bedanke ich mich bei allen Heimbewohnern des Studentenzentrums Schweidt, in dem ich ein zweites Zuhause während meiner Zeit im Rheinland gefunden habe.

Last, but not least, möchte ich mich bei meinen Eltern bedanken. Ihre liebevolle Unterstützung hat mich zum Erreichen dieses Zieles gebracht. Diese Arbeit ist ihnen in Liebe und Dankbarkeit gewidmet.

Concepción (Chile), August 2017

Dr. Andrés Schlack, LL.M.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	13
Einleitung	19
1. Kapitel: Zur Stoffgleichheit beim Betrug	21
A. Allgemeines	21
B. Der Begriff der Stoffgleichheit im Schrifttum und in der Rechtsprechung	22
I. Die Stoffgleichheit im Schrifttum	22
1. Substanzgleichheit oder „Identitätstheorie“ bei Merkel und Binding	22
2. Stoffgleichheit als „Wertverschiebung“ bei der wirtschaftlichen Vermögenslehre	24
3. Die „Kehrseiten“- und die Entsprechungsformel	25
4. Das Unmittelbarkeitsprinzip	26
5. Die Formulierung Mohrbotters: Die Stoffgleichheit als unmittelbare Bereicherung auf Kosten des Opfers	29
6. Die Ansicht Weidemanns: Die Bereicherung als qualifizierendes Merkmal der Rechtsgutsverletzung	30
7. Die Ansicht Wolfs’: Die Stoffgleichheit als Zurechnung	31
II. Der Begriff der Stoffgleichheit in der Rechtsprechung	33
C. Stellungnahme zum Begriff der Stoffgleichheit	35
I. Der Betrug als Vermögensverschiebungsdelikt	35
1. Die historische Entwicklung des Betrugstatbestandes	36
2. Der Charakter des Betrages als Vermögensverschiebungsdelikt nach einer dogmatischen Auslegung	38
a) Der Betrug als kupiertes Erfolgsdelikt	39
b) Die Transportfunktion der Vermögensverfügung des Opfers	41
c) Die Rechtswidrigkeit des erstrebten Vermögensvorteils	42
3. Zwischenergebnis	44

II. Auswirkungen der Betrachtung des Betruges als Vermögensverschiebungsdelikt	44
1. Stoffgleichheit als Verhältnis zwischen dem Verfügungsgegenstand und dem erstrebten Vorteil	44
2. Begriff des Vermögensvorteils nach einem funktionalen Ansatz	46
3. Stoffgleichheit als Bereicherung auf Kosten des Opfers	47
4. Exkurs zum Vermögensbegriff	50
5. Zwischenergebnis	51
D. Fallkonstellationen	51
I. Externe Vorteile	52
1. Belohnung durch Dritten	52
2. Provisionsvertreterbetrug	52
3. Vermittlung eines Drittvermögens	54
4. Kursmanipulationen	55
5. Andere Fälle von externen Vorteilen	55
II. Mittelbare Schäden und Folgeschäden	56
III. Stoffgleichheit und individuelle Schadensbestimmung	56
1. Individuelle Schadensermittlung bei gegenseitigen Geschäften	57
2. Zweckverfehlungslehre	59
IV. Forderungsbetrug	59
V. Exspektanzen	61
VI. Betrügerische Telefonanrufe	62
VII. Fernsehgewinnspiele	64
VIII. Sportbetrug (Doping-Fälle)	65
2. Kapitel: Begriff und Umfang der Bereicherungsabsicht beim Betrugstatbestand	67
A. Der Absichtsbegriff im BT des StGB	67
I. Allgemeines zum Absichtsbegriff im Gesetz	67
II. Vorschläge in der Literatur zur Systematisierung des Absichtsbegriffes im StGB	68
1. Lenckner	69
2. Lampe	70
3. Jakobs	71
4. Gehrig	72
5. Rengier	74

6. Samson	75
7. Roxin	75
8. Puppe	76
9. Stratenwerth/Kuhlen	77
III. Stellungnahme – Konsequenzen für den Betrugstatbestand	78
1. Das rechtsgutorientierte Auslegungskriterium und der Wortlaut des Gesetzes	78
2. Auslegung des Absichtsbegriffes beim Betrug	91
B. Absicht und Motiv (Beweggrund)	93
C. Zum Problem der Unterscheidung von Zwischenzielen und Nebenfolgen	98
I. Die Behandlung des Problems in der Rechtsprechung	100
1. RGSt 27, 217 („Brausteuerverfall“)	100
2. KG NJW 1957, 882 („Reisekostenfall“)	101
3. BGHSt 16, 1 („Sechserkarte-Fall“)	102
4. OLG Köln JR 1970, 468 („Tierarztfall“)	105
5. OLG Köln NJW 1987, 2095 („Entführungsfall“)	106
6. Warenbestellung unter falschem Namen	107
a) BayObLG JR 1972, 344	107
b) LG Kiel NSTZ 2008, 219	108
7. Kritische Würdigung der „Erwünschtheit“-Formel der Rechtsprechung	109
II. Der Verzicht auf die Unterscheidung von Zwischenzielen und Nebenfolgen. Die Ansicht Rengiers	113
1. Die These Rengiers	113
2. Kritische Würdigung von Rengiers Ansicht	116
III. Die herkömmlichen Formeln in der Literatur zur Unterscheidung von Zwischenzielen und Nebenfolgen	118
1. Kausale Ansätze	119
a) Die Ansicht Gehrigs	119
b) Die Formel Gundlachs	119
2. Maurachs Formulierung	120
3. Der Ansatz Jakobs'	122
IV. Stellungnahme: Eine Differenzierung auf einer handlungsphilosophischen Basis	123
1. Zwischenziele und der praktische Syllogismus	123
2. Ein handlungstheoretisches Abgrenzungskriterium	130
3. Praktische Anwendung der gewonnenen Formel	144

D. Das Problem der bedingten Bereicherungsabsicht – Der Maklerfall	148
E. Bereicherungsabsicht und Beteiligung	150
III. Kapitel: Zur Rechtswidrigkeit des erstrebten Vorteils	155
A. Allgemeines	155
B. Die systematische Einstufung der Rechtswidrigkeit	155
I. Einsätze in der Literatur	155
II. Stellungnahme	161
C. Voraussetzungen des Anspruches auf den Vorteil	165
D. Vorsatz hinsichtlich der Rechtswidrigkeit	169
E. Die Rechtswidrigkeit der Bereicherung im Rahmen verbotener und sittenwidriger Geschäfte	171
I. Strafrechtlich verbotene Geschäfte	171
II. Sittenwidrige Geschäfte	179
F. Irrtumsprobleme bezüglich der Rechtswidrigkeit	181
I. Irrtumskonstellationen	181
1. Tatbestandsirrtum i.S.d. § 16 StGB	181
2. Verbotsirrtum i.S.d. § 17 StGB	182
3. Umgekehrter Tatbestandsirrtum	183
II. Verkennung eines tatsächlich vorliegenden Anspruches auf den Vorteil	183
1. Abgrenzungskriterien in der Literatur	184
a) Herzbergs Lehre des Irrtums im „strafrechtlichen Vorfeld“	184
b) Die Wahndeliktlösung Burkhardts	185
c) Roxins vermittelnde Ansicht	188
d) Die Versuchslösung von Puppe und Neumann	190
2. Normative Tatbestandsmerkmale als institutionelle Tatsachen	190
a) Searles Begriff der institutionellen Tatsachen und die Irrtumslehre	190
b) Der Umkehrschluss nach Puppe	193
c) Anwendung auf das Merkmal „rechtswidrig“ beim Betrugstatbestand	196

Inhaltsverzeichnis

Ergebnisse und Zusammenfassung in der Form von Thesen	198
Literaturverzeichnis	201

Abkürzungsverzeichnis*

a.A.	anderer Ansicht
abl.	ablehnend
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
AE	Alternativ Entwurf eines Strafgesetzbuches (1966)
a.F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
Anm.	Anmerkung
AntiDopG	Gesetz gegen Doping im Sport
AO	Abgabeordnung
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
ausf.	ausführlich
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
Bd.(e)	Band/Bände
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHR	BGH-Rechtsprechung
BGHSt	Entscheidungen des BGH in Strafsachen
BJagdG	Bundesjagdgesetz
BT	Besonderer Teil
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BtMG	Betäubungsmittelgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht

* Registerzeichen sind hier nicht aufgeführt. Gesetzeskommentare, Lehrbücher, Monographien, Fest- und Gedächtnisschriften werden in den Fußnoten mit einem Kurztitel bzw. einer Abkürzung wiedergegeben; zu den ausführlichen Titeln wird auf das Literaturverzeichnis verwiesen.

Abkürzungsverzeichnis

BVerfGE bzw.	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts beziehungsweise
CP	<i>Code Pènal</i> (1810)
ders.	derselbe
dies.	dieselbe(n)
diff.	differenzierend
d.h.	das heißt
Diss.	Dissertation
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
ebd.	ebenda
f(f)	folgende Seite(n)/Paragraph(en)/Randnummer
Fn.	Fußnote(n)
FS	Festschrift
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
grds.	grundsätzlich
GS	Gedächtnisschrift; auch Gerichtssaal (Zeitschrift)
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
HGB	Handelsgesetzbuch
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
i.d.S.	in diesem Sinne
i.d.R.	in der Regel
i.E.	im Ergebnis
i.e.S.	im engeren Sinne
insb.	insbesondere

i.S.(d.)	im Sinne (des/der)
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinne
JA	Juristische Arbeitsblätter (Zeitschrift)
JR	Juristische Rundschau (Zeitschrift)
Jura	Juristische Ausbildung (Zeitschrift)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
krit.	Kritisch
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
Lfg.	Lieferung
LG	Landgericht
m.a.W.	mit anderen Worten
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NStZ-RR	NStZ-Rechtsprechungs-Report Strafrecht
NZWehrR	Neue Zeitschrift für Wehrrecht
NZWist	Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Un- ternehmensstrafrecht
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
OLG	Oberlandesgericht

Abkürzungsverzeichnis

PrObTr	Preußisches Obertribunal
ProstG	Prostitutionsgesetz
PrStGB	Preußisches Strafgesetzbuch
RG	Reichsgericht
RGSt	Entscheidungen des RG in Strafsachen
Rn.	Randnummer
RStGB	Reichsstrafgesetzbuch
RW	Rechtswissenschaft (Zeitschrift)
S.	Satz
s.	siehe
SJZ	Süddeutsche Juristen-Zeitung
s.o	siehe oben
sog.	sogenannt (e, er, es)
StA	Staatsanwaltschaft
StGB	Strafgesetzbuch
StK	Strafkammer
StPO	Strafprozessordnung
StraFO	Strafverteidiger-Forum (Zeitschrift)
StV	Strafverteidiger (Zeitschrift)
s.u.	siehe unten
u.	und
u.a.	und andere(s); unter anderem; unter anderen
u.E.	unseres Erachtens
Urt.	Urteil
usw.	und so weiter
u.W.	unseres Wissens
v.	von
Var.	Variante
vgl.	vergleiche
VStGB	Völkerstrafgesetzbuch

<i>wistra</i>	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
WoVermRG	Gesetz zur Regelung der Wohnungsvermittlung
z.B.	zum Beispiel
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
zit.	zitiert
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
zust.	zustimmend
ZWH	Zeitschrift für Wirtschaftsstrafrecht und Haftung im Unternehmen
§/§§	Paragraph(en)

Einleitung

Aus dem im Betrugstatbestand (§ 263 StGB) enthaltenen Erfordernis, dass der Täter nicht lediglich das Vermögen eines anderen täuschungsbedingt *beschädigt*, sondern auch in *Bereicherungsabsicht* („Wer in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen...“) agiert, wird in der Strafrechtsdogmatik die Natur des Betruges als *Vermögensverschiebungsdelikt* behauptet.¹ Daraus wird das ungeschriebene Merkmal der Stoffgleichheit zwischen dem beabsichtigten Vorteil und dem Schaden des Opfers, oft etwas unreflektiert,² abgeleitet. Abgesehen davon bleibt jedoch diese Einstufung des Betruges zum großen Teil als ein bloßes Lippenbekenntnis ohne Folgen für das tiefere Verständnis des Tatbestandes.

Daher ist Ziel dieser Studie, neben der Erforschung des Merkmals der Bereicherungsabsicht und ihrer Grauzonen, zunächst die Gestaltung des Betrugstatbestandes als Vermögensverschiebungsdelikt argumentativ zu zeigen und die genaue Natur der erforderlichen Vermögensverschiebung zu klären. Darüber hinaus möchten wir diesen Vermögensverschiebungscharakter des Tatbestandes für die Betrugsdogmatik fruchtbar machen, indem wir ihn zur Lösung der meistdiskutierten Probleme, die das Erfordernis rechtswidriger Bereicherungsabsicht bereitet, zu Hilfe rufen.

Die Untersuchung dieser Probleme haben wir in drei Kapitel geteilt. Zunächst widmen wir uns im ersten Kapitel dem Merkmal der Stoffgleichheit – bei dem die Thematisierung des Verschiebungsdeliktscharakters am evidentesten als geboten erscheint – und der Formel zu ihrer Feststellung. Im dritten und letzten Kapitel erforschen wir die systematische Einstufung der Rechtswidrigkeit des Vorteils und die Folgen der unterschiedlichen Zuordnungsmöglichkeiten, insbesondere die Konsequenzen für die Irrtumsdogmatik. Als notwendige Brücke zwischen diesen beiden Kapiteln untersuchen wir im zweiten Kapitel die Definition des Absichtsbegriffes und versuchen, von der handlungsphilosophischen Diskussion der letzten Jahrzehnte beim Problem der Unterscheidung von Zwischenzielen und Nebenfolgen bei der Bereicherung zu profitieren.

1 S.u. Fn. 115.

2 S. nur GS/Duttge, § 263, Rn. 79.

Einleitung

Wir hoffen, mit dieser Studie dazu beitragen zu können, das Merkmal der Bereicherungsabsicht – das im Vergleich zu anderen Tatbestandsmerkmalen, insbesondere Täuschung und Schaden, relativ wenig Aufmerksamkeit von der Strafrechtsdogmatik genießt – etwas näher ans Licht zu bringen.

1. Kapitel: Zur Stoffgleichheit beim Betrug³

A. Allgemeines

Im Schrifttum wird nach fast einhelliger Ansicht seit *Merkel*⁴ und in der Rechtsprechung seit RGSt 67, 200, beim Betrugstatbestand ein als Stoffgleichheit bezeichneter Zusammenhang zwischen dem Schaden des Opfers und dem vom Täter beabsichtigten Vorteil verlangt, obwohl ein solches Verhältnis von § 263 StGB nicht *expressis verbis* gefordert wird. Die wenigen Stimmen, die sich gegen die Stoffgleichheit geäußert haben, haben i.d.R. dieses Merkmal nicht *de lege lata* in Frage gestellt,⁵ sondern einen Verzicht auf die Stoffgleichheit *de lege ferenda* durch eine neue gesetzliche Formulierung befürwortet⁶ oder den Begriff eher terminologisch kritisiert und für eine neue Bezeichnung plädiert.⁷

Trotz der Einheit im Schrifttum und in der Rechtsprechung bezüglich des Erfordernisses eines Zusammenhanges zwischen Schaden und Vorteil, herrscht eine erhebliche Unklarheit⁸ hinsichtlich der dogmatischen Begründung der Stoffgleichheit und auch bezüglich der Formel, nach der das Verhältnis zwischen beiden Merkmalen des Betrugstatbestandes festgestellt werden muss. Zahlreiche Formeln und Umformulierungen der Stoffgleichheit werden in der Literatur und auch in der Rechtsprechung vertreten, ohne dass eine von diesen Formeln sich durch eine befriedigende Begründung dieser Figur endgültig etabliert hat.⁹ Deshalb werden wir uns zunächst mit den bisher im Schrifttum und in der Rechtsprechung vertrete-

3 Eine erste Fassung dieses Kapitels wurde der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn im Wintersemester 2011/2012 als Masterarbeit zur Erlangung des Grades eines LL.M. (*Magister legum*) eingereicht.

4 *Merkel*, KA II, 98, 118 ff. S.u. Abschn. B, I, 1.

5 So aber *Achenbach*, NSTz 1989, 497 (498), nach dessen harten Worten die Stoffgleichheit „auf den terminologischen Müllplatz der Strafrechtsdogmatik“ gehöre.

6 *Franzheim*, GA 1972, 353 (354 f.).

7 *Jäger*, JuS 2010, 761 (765); *Wessels/Hillenkamp*, BT II, 13, Rn. 385. S.u. Abschn. B, I, 4.

8 LK¹⁰/*Lackner*, § 263, Rn. 266.

9 S.u. Abschn. B.

I. Kapitel: Zur Stoffgleichheit beim Betrug

nen Formeln bzw. Umformulierungen der Stoffgleichheit kritisch auseinanderzusetzen.

Im dritten Abschnitt dieses Kapitels (Abschn. C) werden wir den Versuch unternehmen, den Begriff der Stoffgleichheit genauer zu betrachten und durch eine rechtsgeschichtliche und dogmatische Überlegung des Betrugstatbestandes dazu beizutragen, die Definition und den Inhalt der Stoffgleichheit neu zu bestimmen. Verbunden mit der Untersuchung des Merkmals der Stoffgleichheit werden wir die Natur des Betruges als Vermögensverschiebungsdelikt erforschen.

Im letzten Abschnitt dieses Kapitels¹⁰ betrachten wir die Fallkonstellationen, bei denen das Problem der Stoffgleichheit im Vordergrund steht, u.a. die Fälle von externen Vorteilen – insbesondere die Belohnung durch einen Dritten und die praktisch relevanten Provisionsvertreterfälle –, die mittelbaren Schäden und Folgeschäden, das Problem der individuellen Schadensbestimmung, den Forderungsbetrug, die Fälle von Exspektanzen, die Stoffgleichheit bei betrügerischen Telefonanrufen, bei Fernsehgewinnspielen und beim sog. Sportbetrug.

B. Der Begriff der Stoffgleichheit im Schrifttum und in der Rechtsprechung

I. Die Stoffgleichheit im Schrifttum

1. Substanzgleichheit oder „Identitätstheorie“ bei Merkel und Binding

Der erste Versuch, einen Zusammenhang zwischen Vermögensschaden und dem vom Täter erstrebten Vorteil festzustellen, ist die von *Merkel* entwickelte Identitätstheorie oder Substanzgleichheit.¹¹ Nach *Merkel* müssen der Schaden („Nachteil“) und der beabsichtigte Vorteil *identisch* sein.¹² Der Zusammenhang zwischen diesen beiden Elementen bestehe nicht

10 S.u. Abschn. D.

11 *Merkel*, KA II, 118 ff. S. auch *Binding*, Lehrbuch BT I, 340, 364; *Gallas*, Eb. Schmidt-FS, 401 (431); *Hardwig*, GA 1956, 6 (12); *Hälschner*, Strafrecht II, 268, 274; *Hegler*, JW 1925, 1499 (1504).

12 *Merkel*, KA II, 98: „Der vorauszusetzende Nachtheil auf der einen Seite und der vorauszusetzende Vortheil auf der anderen müssen ihrem Gegenstande nach identisch sein“.

nach dieser Ansicht in einer bloßen Kausalverbindung, sondern in einer Identitätsbeziehung zwischen Vorteil und dem korrespondierenden Schaden.¹³

Nach *Merkels* Identitätstheorie wird mit anderen Worten gefordert, dass der Täter eine Überführung eines Gegenstandes vom Vermögen des Opfers in sein Vermögen erstrebt, bei der eine Identität der Substanz dieses Gegenstandes erforderlich sei.¹⁴ Dieses Ergebnis ist eine Folge von *Merkels* Verständnis des Betruges als Vermögensverschiebungsdelikt in einem strengen Sinne.¹⁵ Nach *Merkels* Ansicht gehöre zum strafbaren Betrug das Bestreben des Täters, sich das rechtswidrig entzogene Vermögensobjekt zuzueignen.¹⁶

Ebenso wird die Identitätstheorie von *Binding* befürwortet. Nach *Bindings* Betrachtung des Betruges als „Rechtsraub“ – konsequent mir der von diesem Autor vertretenen juristischen Vermögenslehre¹⁷ – gehöre die sog. „Vermögensumkehrung“ zum Wesen des Betruges.¹⁸ Der Vorteil bildet nach *Binding* „das Gegenteil“ des Schadens.¹⁹ Der rechtliche Vermögenszustand des Opfers werde aufgehoben, „um aus der Substanz dieses rechtswidrigen Schadens anderwärts einen rechtswidrigen Nutzen zu schaffen“.²⁰

Als Stoffgleichheit bezeichnet *Binding* die „Verwandlung des rechtswidrigen Schadens in rechtswidrigen Nutzen“, die „auf Kosten der rechtlich anerkannten Vermögenslage“ eines Anderen erlangt sei.²¹ Wie auch bei *Merkel* der Fall ist,²² steht im Hintergrund dieser Ansicht die Parallelität, die *Binding* zwischen Betrug und Erpressung einerseits, und den Eigentumsdelikten andererseits, sieht.²³

13 *Merkel*, KA II, 118.

14 Ebd., 118 f.

15 NK/*Kindhäuser*, § 263, Rn. 359; LK/*Tiedemann*, § 263, Rn. 256.

16 *Merkel*, KA II, 115.

17 Es ist zweifelhaft, wie *Dencker*, Grünwald-FS, 75 (84), zu Recht darauf aufmerksam gemacht hat, ob die Stoffgleichheit bei *Merkel*, anders als bei *Binding*, aus einem juristischen Vermögensbegriff abgeleitet wird, indem *Merkel*, KA II, 107, ausdrücklich fordert, dass das Vermögen des Opfers nach der Tat einen geringeren Wert repräsentieren müsse.

18 *Binding*, Lehrbuch BT I, 363.

19 Ebd., 340 f.

20 Ebd., 340.

21 Ebd., 363.

22 *Merkel*, KA II, 118.

23 *Binding*, Lehrbuch BT I, 340.