

Schriften des Zentrums für Europäische und Internationale  
Strafrechtsstudien 11

Mathias Hirschmann

## **Besitzbetrug und Besitzerpressung**

Diskussion um den Vermögensbegriff anhand der Strafbarkeit  
vorübergehenden Besitztages, unter besonderer Berücksichtigung  
des *furtum usus*



**unipress**

# Schriften des Zentrums für Europäische und Internationale Strafrechtsstudien

Band 11

Herausgegeben von Arndt Sinn



Mathias Hirschmann

## Besitzbetrug und Besitzerpressung

Diskussion um den Vermögensbegriff anhand  
der Strafbarkeit vorübergehenden Besitzentzuges,  
unter besonderer Berücksichtigung des *furtum usus*

V&R unipress

Universitätsverlag Osnabrück

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek  
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <https://dnb.de> abrufbar.

**Veröffentlichungen des Universitätsverlags Osnabrück  
erscheinen bei V&R unipress.**

© 2020, Vandenhoeck & Ruprecht GmbH & Co. KG, Theaterstraße 13, D-37073 Göttingen  
Alle Rechte vorbehalten. Das Werk und seine Teile sind urheberrechtlich geschützt.  
Jede Verwertung in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlages.

**Vandenhoeck & Ruprecht Verlage | [www.vandenhoeck-ruprecht-verlage.com](http://www.vandenhoeck-ruprecht-verlage.com)**

ISSN 2198-5367  
ISBN 978-3-8470-1146-0

Für  
Angelika,  
Henryk und Emily



---

# Inhalt

Abkürzungsverzeichnis . . . . .	13
---------------------------------	----

§ 1 Einleitung . . . . .	17
--------------------------	----

## **Erster Teil: Der gedankliche Ausgangspunkt**

§ 2 Der ökonomisch-juristische Vermögensbegriff . . . . .	21
---	----

§ 3 Der objektiv-individuelle Schadensbegriff . . . . .	23
---	----

A. Die Lehre vom persönlichen Schadenseinschlag . . . . .	24
---	----

B. Der »realisierbare« Wert als Korrekturgröße . . . . .	26
--	----

C. Das Kriterium der Stoffgleichheit . . . . .	28
--	----

D. Das Streben nach gerechten Ergebnissen . . . . .	29
---	----

## **Zweiter Teil: Ein überzeugendes Vermögenskonzept**

§ 4 Analyse des persönlichen Schadenseinschlages . . . . .	33
--	----

A. Anschaffungspreis und realisierbarer Wert . . . . .	33
--	----

B. Widersprüchliche Ergebnisse der Lehre vom persönlichen Schadenseinschlag . . . . .	35
--	----

C. Erosion des Anschaffungspreises in der objektiven Wertbestimmung . . . . .	36
--	----

§ 5 Der objektive Wert einer Sache . . . . .	39
--	----

A. Das Erfordernis des Marktes . . . . .	40
--	----

B. Grenzen der Marktwertbestimmung . . . . .	41
--	----

C. Zeitpunkt der Vermögensentstehung – die Kommerzialisierung . . . . .	43
---	----

D. Die Rolle des Getäuschten bei der Wertbestimmung . . . . .	44
---	----

E. Der Anknüpfungspunkt vermögensstrafrechtlicher Wertbestimmung . . . . .	47
I. Bewertung der Leistung . . . . .	48
II. Bewertung der Gegenleistung . . . . .	50
III. Eine zögerliche Entwicklung . . . . .	55
IV. Gesellschaftlicher Wandel . . . . .	57
V. Überwindung des persönlichen Schadenseinschlages . . . . .	58
VI. Beispiel korrekter Bewertung . . . . .	60
F. Bilanzielle Wertbestimmung . . . . .	62
G. Zwischenergebnis . . . . .	67
§ 6 Die Bereicherungsabsicht . . . . .	69
§ 7 Fallbeispiele . . . . .	71
A. Der Spendenbetrug . . . . .	71
B. Die Bildungsreise . . . . .	77
C. Die Handelskette . . . . .	80
I. Der falsche Großhändler . . . . .	80
II. Das falsche Bio-Ei . . . . .	82
D. Der Melkmaschinenfall . . . . .	88
§ 8 Ergebnis . . . . .	89
 <b>Dritter Teil: Der Besitz als Vermögensbestandteil</b>	
§ 9 Endgültiger und vorübergehender Besitzentzug . . . . .	95
§ 10 Kriminalpolitische Bestandsaufnahme . . . . .	97
A. Der berechtigte Besitz . . . . .	98
B. Der unberechtigte redliche Besitz . . . . .	98
C. Der unberechtigte unredliche Besitz . . . . .	102
D. Der deliktische (unrechtmäßige) Besitz . . . . .	103
I. Für eine Vermögenszugehörigkeit . . . . .	103
II. Gegen eine Vermögenszugehörigkeit . . . . .	105
III. Das systematische Argument Hoyers . . . . .	106
IV. Die unausgeräumte Begründungslücke . . . . .	109
E. Der strafbare Besitz . . . . .	111
§ 11 Stellungnahme zum Strafbedürfnis . . . . .	115
A. Zum strafbaren Besitz . . . . .	115

B. Zum deliktischen Besitz . . . . .	116
C. Zum unredlichen unberechtigten Besitz . . . . .	118
D. Zum redlichen unberechtigten Besitz . . . . .	120
E. Zum berechtigten Besitz . . . . .	122
I. Wert aus ersparten Aufwendungen . . . . .	122
II. Wert als rechtlich zugeordnetes Können am Markt . . . . .	123
1. Besitzwert nur bei Kommerzialisierung des Gebrauchs . . . . .	123
2. Besitzwert aufgrund drohenden Schadensersatzanspruchs . . . . .	126
3. Besitzwert aufgrund zustehender Bereicherungsansprüche . . . . .	126
a) Die Leistungskondiktion . . . . .	127
b) Die Nichtleistungskondiktion . . . . .	128
III. Ergebnis zum Wert des Besitzes . . . . .	130
F. Eigener kriminalpolitischer Standpunkt . . . . .	131
G. Anfrage des 2. Strafsenats zur Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung . . . . .	132
 § 12 Vereinbarkeit des gefundenen kriminalpolitischen Ziels mit dem aufgezeigten Vermögenskonzept . . . . .	137
A. Strafbarer Besitz . . . . .	138
B. Deliktischer und unredlich rechtswidriger Besitz . . . . .	142
C. Redlicher unberechtigter Besitz . . . . .	144
D. Der berechtigte Besitz . . . . .	145
E. Zweigleisige Wertbestimmung . . . . .	146
 § 13 Bereicherungsabsicht bei zweigleisiger Wertbestimmung . . . . .	147
A. Grundsätze der Vorteilsbestimmung . . . . .	147
B. Zweigleisiger Wertzuwachs . . . . .	149
C. Stoffgleichheit . . . . .	150
 § 14 Systematische Vereinbarkeit . . . . .	153
A. Die historische Diskussion um das <i>furtum usus</i> . . . . .	156
I. Ein uneinheitliches Bild . . . . .	157
II. Die allgemeine Straflosigkeit . . . . .	160
III. Das kriminalpolitische Unbehagen . . . . .	160
IV. Die Notverordnung von 1932 . . . . .	164
V. Ein kurzer Blick in die Schweiz . . . . .	165
B. Begrenzung des Vermögensbegriffes durch § 248b StGB . . . . .	166
I. Das Rechtsgut des § 248b StGB . . . . .	168
1. Die Strafbarkeit des Eigentümers bei Entzug der eigenen Sache . . . . .	168

2.	Begrenzung auf die Tatobjekte »Kraftfahrzeuge und Fahrräder« . . . . .	170
3.	Begrenzung durch das Tatbestandsmerkmal der »Ingebrauchnahme« . . . . .	171
II.	Konsequenzen aus § 248b StGB . . . . .	174
1.	Kaum denkbare Fallgestaltungen . . . . .	174
2.	Der gesetzgeberische Wille spricht gegen Besitzbetrug . .	176
3.	Allenfalls Strafbarkeit gegenüber dem informellen Eigentümer . . . . .	178
III.	Der Einwand Herzbergs . . . . .	180
IV.	Die eigene Auffassung zusammengefasst . . . . .	184
C.	Die Strafbarkeit des Besitzbetruges und der Besitzerpressung . . .	185
§ 15	Die unzureichende Begründung durch die Rechtsprechung . . . . .	187
A.	Die begründungslos bleibende Kernentscheidung: Der Taxiraubfall . . . . .	188
I.	Die unberechtigte Prämisse der fast einhelligen Meinung von Rechtsprechung und Rechtslehre . . . . .	189
1.	Eigentumsverletzung durch Besitztzug – RGSt 1, 55 . .	189
2.	Beeinträchtigung des Besitzes eines Vermögenswertes – RGSt 16, 1 . . . . .	190
3.	Die Verfügung durch Besitzfortgabe – RGSt 39, 335 . . . .	190
4.	Eigentumsverletzung durch Besitztzug – RGSt 41, 265 .	191
5.	Eigentumsverletzung durch Besitztzug – RGSt 42, 181 .	192
6.	Die begründungslose Behauptung, der Besitz wäre Gegenstand der Vermögensschädigung – RGSt 44, 230 . .	193
7.	Schädigung durch Besittentziehung – RG GA 55 (1908), 324 . . . . .	193
8.	Die streng ökonomische Auffassung in LK <sup>8</sup> -Jagusch . . . .	193
a)	Eigentumsverletzung durch Besittentzug – RGSt 15, 426 . . . . .	194
b)	Schlichte Behauptung, vorübergehender Besitzverlust sei Vermögensschädigung – RG DJZ 1908, 484 . . . . .	195
9.	Schlichte Behauptung, zum Vermögen gehöre der Besitz als solcher in Schönke/Schröder, 9. Aufl. . . . .	195
a)	Täuschungsbedingte Pfandkehr – RG ZAKDR 1938, 279	195
b)	Personale Wertbestimmung des Eigentums – OLG Hamm HEST 1, 113 . . . . .	197
c)	Grundlose Zweifelsfreiheit bei Mezger, Studienbuch II .	197
10.	Vermögensschädigung durch Besittentzug bei Olshausen .	198

11. Schlichte Behauptung, Besitz gehöre zum Vermögen bei Dreher/Maassen, 3. Aufl. . . . . .	198
II. Die Lehre aus BGHSt 14, 386 . . . . .	198
B. Korrektur der Rechtsprechung über die Bereicherungsabsicht – Der Bankraubfall . . . . .	199
C. Die widersprüchliche und grundlose Ablehnung eines Vermögensschadens – Der Strafgefangenenfall . . . . .	201
D. Vorübergehender Besitztentzug bloß Grund zur Strafmilderung – 1. PKW-Fall . . . . .	203
E. Erste Ansätze zur Kommerzialisierung – Der Teppich-Fall . . . .	204
F. Die zum Besitz als Vermögensposition entwickelten Grundsätze – 2. PKW-Fall . . . . .	207
I. Die Prämisse der »hierzu entwickelten Grundsätze« . . . . .	208
II. Erkenntnisgewinn durch 2. PKW-Fall . . . . .	209
G. Erste ernsthafte Argumentationsversuche – 1. Handyfall . . . . .	209
I. Die Verweise auf die bisherige Rechtsprechung . . . . .	210
II. Die Aufzählung von Gegenständen, deren Besitz wertvoll sein soll . . . . .	211
III. Der Versuch einer Fallgruppenbildung . . . . .	213
IV. Erkenntnisse aus dem 1. Handyfall . . . . .	214
H. Das erneute Ausweichen auf die Bereicherungsabsicht – Der Hells-Angels-Fall . . . . .	215
I. Die Prämissen in BGH NStZ 2011, 699 . . . . .	216
1. Begründungsloser Verweis auf Vorentscheidung – BGHR StGB § 253 I Vermögensschaden 7 . . . . .	216
2. Keine Aussage zum Besitz als Vermögensposition – BGH NStZ 2005, 155 . . . . .	217
3. Keine Aussage zum Besitz als Vermögensposition – BGHR StGB § 253 I Bereicherungsabsicht 1 . . . . .	218
4. Negativaussage zum Besitz als Vermögensposition – BGH vom 14.10.1971–4 StR 397/71 . . . . .	218
II. Schlussfolgerungen aus dem Hells-Angels-Fall . . . . .	218
I. Das Erfordernis wirtschaftlichen Wertes von Gebrauchsvorteilen – 2. Handyfall . . . . .	220
J. Erkenntnisse aus der Rechtsprechung . . . . .	221
§ 16 Ergebnis zum Besitz als Vermögen . . . . .	225

---

**Vierter Teil: Schlussbetrachtung**

§ 17 Die wesentlichen Aussagen der Arbeit in Thesen . . . . .	229
A. Der ökonomisch-juristische Vermögensbegriff ist zu modifizieren	229
B. Gebrauchsbetrug und Gebrauchserpressung sind straflos . . . . .	230
Literaturverzeichnis . . . . .	233

---

# Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere/r Ansicht
abl.	ablehnender
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.E.	am Ende
Alt.	Alternative
Angekl.	Angeklagten
Anm.	Anmerkung
AnwKomStGB	<i>Leipold, Klaus / Tsambikakis, Michael / Zöllner, Mark A. (Hrsg.): Anwalt-Kommentar StGB</i>
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
BayObLG	Bayrisches Oberstes Landesgericht
Bd.	Band
Bearb.	Bearbeiter / Bearbeitung
BeckRS	Beck online Rechtsprechung
Begr.	Begründer
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHR StGB	Sammlung der BGH-Rechtsprechung in Strafsachen
BGHSt	Entscheidungen des BGH in Strafsachen
BGHZ	Sammlung der Entscheidungen des BGH in Zivilsachen
bspw.	beispielsweise
BT	Besonderer Teil
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BtMG	Betäubungsmittelgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes
bzw.	beziehungsweise
DDR	Deutsche Demokratische Republik

ders.	derselbe
d. h.	das heißt
Diss.	Dissertation
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
EBV	Eigentümer-Besitzer-Verhältnis
ebd.	ebenda
f., ff.	folgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Goldammers Archiv für Strafrecht
ggf.	gegebenenfalls
HESt	Höchstrichterliche Entscheidungen in Strafsachen
HGB	Handelsgesetzbuch
HK-GS	<i>Dölling, Dieter / Duttge, Gunnar / Rössner, Dieter</i> (Hrsg.): NomosKommentar, Gesamtes Strafrecht, StGB/StPO/Nebengesetze, Handkommentar
h.L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
HRRS	Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht (Online-Zeitschrift und Rechtsprechungsdatenbank)
IAS	International Accounting Standards
i.E.	im Ergebnis
i. e. S.	im engeren Sinne
IFRS	International Financial Reporting Standards
insbes.	insbesondere
i. S. d.	im Sinne des
i. w. S.	im weiteren Sinne
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KFZ	Kraftfahrzeug
krit.	kritisch
KrWaffKontrG	Kriegswaffenkontrollgesetz
LK	<i>Laufhütte, Heinrich Wilhelm / Rissing-van Saan, Ruth / Tiedemann, Klaus</i> (Hrsg.): Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Großkommentar
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MFG	Schweizerisches Bundesgesetz vom 15. März 1932 über den Motorfahrzeug- und Fahrradverkehr
m.N.	mit Nachweisen
MüKoBGB	<i>Säcker, Franz Jürgen / Rixecker, Roland / Oetker, Hartmut / Limperg, Bettina</i> (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
MüKoStGB	<i>Joeks, Wolfgang / Miebach, Klaus</i> (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch

m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NStZ-RR	Neue Zeitschrift für Strafrecht – Rechtsprechungsreport
o.Ä.	oder Ähnliches
OLG	Oberlandesgericht
PDF	Portable Document Format
PKW	Personenkraftwagen
PWW	<i>Prütting, Hanns / Wegen, Gerhard / Weinreich, Gerd</i> (Hrsg.): BGB, Kommentar
Rdn.	Randnummer
Red.	Redakteur
RG	Reichsgericht
RGBL	Reichsgesetzblatt
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichtes in Strafsachen
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite
SK-StGB	<i>Rudolphi, Hans-Joachim / Horn, Eckhard / Samson, Erich / Schreiber, Hans-Ludwig</i> (Begr.): Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch
sog.	sogenannte/r/s
Sp.	Spalte
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
StV	Strafverteidiger
Teilbd.	Teilband
u. a.	unter anderem / und andere
u. a. m.	und anderes mehr
Urt.	Urteil
v.	vom
Vbschdgg.	Vermögensbeschädigung
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
wistra	Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht
ZAKDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
z. B.	zum Beispiel
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
zit.	zitiert
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
zugl.	zugleich
zust.	zustimmend / zustimmender



---

## § 1 Einleitung

Bereits Im Jahre 1960 stellte der BGH zur räuberischen Erpressung fest, »auch der Besitz an einer Sache für sich allein [ist] schon ein Vermögensbestandteil.«<sup>1</sup> Wer den Besitz an einer Sache entzieht, sei es mit Nötigungsmitteln oder durch Täuschung, kann sich demnach wegen Erpressung oder Betruges strafbar machen. Dieser Grundsatz darf für die Rechtsprechung auch heute als anerkannt gelten. Vor dem Hintergrund einer der Rechtsprechung nachgesagten ökonomischen Vermögensauffassung stellt sich sogleich die Frage, worin denn der wirtschaftliche Wert des Besitzes zu sehen ist. Schnell mag dabei der Gedanke aufkommen, der Besitzer könne die Sache doch nutzen, also hat sie für ihn Wert. Diese These gilt es zu hinterfragen.

Eine eingehende vermögensstrafrechtliche Begutachtung ist für die Frage des Besitzes bislang nicht erfolgt. Die dahingehende grundsätzliche Problematik ist jedoch bekannt, es hat sich gar ein eigener Name für diese Fallgestaltungen herausgebildet. So werden diese Fälle oftmals mit »Besitzbetrug«<sup>2</sup> und – seltener – »Besitzerpressung«<sup>3</sup> beschrieben.

Die Bezeichnung »Besitzbetrug« täuscht dabei eine präzise Fallgestaltung vor. Tatsächlich aber macht es die Besonderheit des Besitzes möglich, ganz verschiedene Sachverhalte hierunter zu verstehen. Auf Opferseite kann der Besitz als tatsächliches Element einerseits von einem Recht zum Besitz, z. B. aus Miete oder Pacht, unabhängig sein. Dieser unrechtmäßige, da nicht rechtlich gestützte Besitz mag redlich erworben, unredlich oder gar durch eine Straftat erlangt sein. Die bloß tatsächliche Position mag sich andererseits durch ein Recht zum Besitz qualifiziert sehen. Dieses Besitzrecht kann gar dem Eigentum entspringen, so

---

1 BGHSt 14, 386 (388).

2 *Cramer*, Vermögensbegriff, S. 230; *Gallas*, FS Eb. Schmidt, S. 401 (423); *Kindhäuser/Kindhäuser*, StGB, § 263 Rdn. 414; *LK-Tiedemann*, § 263 Rdn. 140; *Matt/Renzikowski-Saliger*, § 263 Rdn. 171; *MüKoStGB/Hefendehl*, § 263 Rdn. 508; *Schönke/Schröder-Perron*, § 263 Rdn. 157, 185.

3 BGH, Urt. vom 20. 12. 1983–1 StR 802/83 = BeckRS 1983, 31109442; *Bernsmann*, NJW 1982, 2214 (2217).

dass ein Besitzbetrug auch gegenüber dem Eigentümer einer Sache möglich und durchaus üblich ist, wenn durch Täuschung keine Veränderung der Eigentumsverhältnisse bewirkt, sondern lediglich die tatsächliche Einwirkungsmöglichkeit des Eigentümers aufgehoben wird. Und schließlich kann der Besitz einer Sache, ob nun rein tatsächlich gehalten oder in seiner Zuordnung durch ein Besitzrecht gestärkt, unabhängig von seiner rechtlichen Zuordnung wegen der Art der Sache – etwa Drogen oder Kriegswaffen – strafbar sein.

Sind derart verschieden starke Besitzarten auf Opferseite denkbar und für die Entscheidung über einen Vermögensschaden relevant, differenzieren sich die möglichen Sachverhaltskonstellationen dadurch aus, dass auch auf Täterseite der bloß tatsächliche Besitz erstrebt sein kann; dieser wäre aufgrund der Tat stets ein deliktischer Besitz. Klassisches Beispiel ist der Betrüger, der mit einer Täuschung gegenüber dem Eigentümer die bloß tatsächliche Übergabe der Sache erlangt. Auch kann sich der Täter durch die Tat das Besitzrecht gleich mit einräumen lassen, mithin deliktischen und zugleich berechtigten Besitz erwerben.

Weiter verkompliziert werden die Fallkonstellationen dadurch, dass sowohl der Täter die Inbesitznahme einer Sache nur vorübergehend erstreben mag<sup>4</sup>, bspw. um sie kurzfristig zu gebrauchen und anschließend zurück zu geben. Und auch das Opfer mag seinerseits nur im vorübergehenden Besitz einer Sache sein, etwa der bloß kurzzeitig vom Eigentümer Mietende. Diese zeitliche Komponente ist nun ebenfalls wieder wechselseitig in vier Variationen kombinierbar. Ist aber die Erlangung des Besitzes nur zeitweise beabsichtigt, stellt sich die Frage, was in der Zeitspanne der Besitzvorenthaltung als Schaden auf Seiten des Opfers eingetreten ist, sowie als Gewinn vom Täter erstrebt wurde.

---

4 Im Vergleich zum sog. Gebrauchsdiebstahl wird sich die Bezeichnung als »Gebrauchsbetrug« und »Gebrauchserpressung« hierbei als treffender erweisen.

---

## **Erster Teil: Der gedankliche Ausgangspunkt**



---

## § 2 Der ökonomisch-juristische Vermögensbegriff

Soll die Zugehörigkeit des Besitzes zum Vermögen beurteilt sein, stellt sich unmittelbar die Frage, was denn Vermögen im Sinne der Vermögensdelikte ist. Dieser wohl bekannteste Streit<sup>5</sup> im Rahmen der Vermögensdelikte, der neben den vielen Vermögenskonzepten eine eingehende Auseinandersetzung mit der Systematik der Vermögensdelikte voraussetzt, kann an dieser Stelle nicht ausgeführt werden<sup>6</sup>.

Es ist deshalb vorliegend gleichfalls als richtig sowie im Hinblick auf die Rechtsprechung praxisnah unterstellt, dass das Vermögen objektiv über einen Geldwert definiert ist, ein Vermögensschaden sich als Wertdifferenz berechnen lässt. Der Geldwert bemisst sich an einer hypothetisch gedachten, unendlichen Zahl an Tauschvorgängen. Der einzelne Marktteilnehmer wird unabhängig persönlicher Eigenschaften gedacht, mit einem durchschnittlichen Zugang zu Marktinformationen<sup>7</sup>.

Gleichfalls ist an dieser Stelle eine juristische Einschränkung dieser am Geldwert ausgerichteten Wertbestimmung vorausgesetzt. Wesentlich ist der Gedanke, dass die Rechtsordnung und die Wirtschaft weder getrennt nebeneinander existieren, noch überhaupt in dieser Form separat voneinander gedacht werden können. Beide sehen ihren Charakter durch den jeweils anderen geprägt. Die Wirtschaft ist vom Recht durchzogen, welches wesentlich ihre Ergebnisse bestimmt<sup>8</sup>. Umgekehrt ist das Recht eine Reaktion auf konkrete wirtschaftliche Erscheinungsbilder, findet seinen Existenzgrund in eben diesen<sup>9</sup>. Wirtschaft und Recht sind daher nicht als Gegensätze, sondern als zwei Komponenten desselben

---

5 Hoyer, FS Samson, 2010, S. 339 (340); Janssen (HWSt<sup>3</sup>-Janssen, 5. Teil, 1. Kapitel, Rdn. 124, S. 555) spricht vom »Kernproblem des Vermögensschadens«.

6 Siehe exemplarisch als eine der letzten umfassenden Monografien zum Vermögensbegriff Nelles, S. 347.

7 Siehe Nelles, S. 378f., mit ausführlicher Analyse des modernen Marktes.

8 Vgl. Voigt, S. 27 m.w.N.

9 Gallas, FS Eb. Schmidt, S. 401 (408); Nelles, S. 387; MüKoStGB/Hefendehl, § 263 Rdn. 379.

gesellschaftlichen Subsystems zu denken<sup>10</sup>. Wird diese Prämisse akzeptiert, ist damit entschieden, dass es für die Beurteilung der Werthaltigkeit einer Vermögensposition auf einen *legalen, von Recht geprägten Markt* ankommt.

Kriminalpolitisch wünschenswerte Folgen kann eine ökonomische Vermögensauffassung jedoch nur dann liefern, wenn sie bei der Zuordnung von Vermögenswerten juristische Einschränkungen vornimmt<sup>11</sup>. Einer derartigen ökonomisch-juristischen Konzeption des Vermögensbegriffes sind nahezu alle in der Literatur diskutierten Mischtheorien zuzuordnen<sup>12</sup>.

---

10 *Nelles*, S. 387.

11 *Nelles*, S. 405.

12 Schönke/Schröder-*Perron*, § 263 Rdn. 82f.; *Seelmann*, JuS 1982, 509 (509).

---

### § 3 Der objektiv-individuelle Schadensbegriff

Ein wesentlicher Bereich juristischer Korrektur eines ökonomischen Vermögensverständnisses ist mit dem »objektiv-individuellen Schadensbegriff« angesprochen. Die rein objektive Schadensfeststellung führt nach überwiegender Meinung an einigen Stellen zu unbilligen Ergebnissen<sup>13</sup>. Bereits mit der Grundsatzentscheidung des Reichsgerichtes, mit welcher dieses zukünftig einer objektiven Schadenslehre folgte, war diese Problematik erkannt. Die objektive Schadenslehre erfährt daher in der Rechtsprechung von Beginn an eine Korrektur.<sup>14</sup> In bestimmten Fallkonstellationen kann es nicht überzeugen, den Getäuschten darauf zu verweisen, er habe doch eine Vermögensposition vom Täuschenden erhalten, die vom objektiven Wert her den Verlust (ggf. sogar über-) kompensiert. Dem Getäuschten dürfe nicht jede noch so unerwünschte Gegenleistung aufgedrängt werden<sup>15</sup>. Die Gegenleistung sei deshalb nicht abstrakt, sondern im Hinblick auf die individuellen Bedürfnisse des je betroffenen Vermögens zu beurteilen. Der Vermögensinhaber müsse im Gesamtzusammenhang seiner sozialen Funktionen gesehen werden.<sup>16</sup>

Über die Berechtigung dieser Korrektur lässt sich streiten und wird gestritten. Gerade Vertreter der subjektiven Schadenslehre nehmen die – vermeintliche – Aufweichung objektiver Kriterien als willkommenen Anlass, die Existenzberechtigung des eigenen Ansatzes zu unterstreichen. Und tatsächlich hätte eine subjektive Schadenslehre keinerlei Probleme mit der Lösung eines solchen Falles. Denn sie fragt überhaupt nicht nach einer Kompensation durch die Gegenleistung, sondern schaut allein darauf, ob der Getäuschte bekam, was er fordern durfte<sup>17</sup>. Daher kommt die subjektive Schadenslehre auch bei (Über-)Kompensation, wenn also der Getäuschte hinterher nicht ärmer, ggf. sogar reicher da steht, stets zu einer Strafbarkeit. Doch stellt auch dies kein befriedigendes Er-

---

13 Vgl. *Nelles*, S. 345, mit zahlreichen Nachweisen zu Rechtsprechung und Literatur.

14 *Gallas*, FS Eb. Schmidt, S. 401 (434); vgl. auch *Schmidt*, NJW 2015, 284 (285).

15 *Gallas*, FS Eb. Schmidt, S. 401 (434).

16 *Gallas*, FS Eb. Schmidt, S. 401 (434f.).

17 Vgl. z.B. LK<sup>10</sup>-*Lackner*, § 263 Rdn. 121; *Cramer*, Vermögensbegriff, S. 43.

gebnis dar<sup>18</sup>. Objektive und subjektive Schadenslehren nehmen also für den Fall der (Über-)Kompensation je für sich Extrempositionen ein: Die objektive Schadenslehre kommt stets zur Straflosigkeit, die subjektive Schadenslehre stets zur Strafbarkeit.

## A. Die Lehre vom persönlichen Schadenseinschlag

Der einschränkende objektiv-individuelle Ansatz geht danach einen Mittelweg; er nimmt zum einen die besonderen und damit individuellen Verhältnisse des Getäuschten in den Blick, legt dabei aber einen objektiven Maßstab an. Gefordert ist die konkrete Würdigung des Sachverhaltes, nicht eine Anwendung abstrakter Prinzipien. Normativ ist dieser Ansatz insoweit, als dass nach einem objektiv richtigen Maßstab bemessene, persönliche Einstellungen Berücksichtigung finden müssen.<sup>19</sup> Der Getäuschte bestimmt nicht mit subjektiven Wertschätzungen die Strafbarkeit<sup>20</sup>. Was seinem Geiste, seiner gedanklichen Einstellung zuzurechnen ist, bleibt weiterhin unberücksichtigt. Umstände hingegen, die nicht an die Persönlichkeit des Getäuschten gebunden sind und daher bei jeder Person hypothetisch vorliegen können, mögen als objektive Maßstäbe individueller Vermögenssituationen zu besonderen Ergebnissen führen. Zwecksetzungen des Getäuschten bleiben als Akt der geistigen Sphäre außer Acht, die nach außen erscheinende wirtschaftliche Situation insgesamt ist entscheidend<sup>21</sup>.

Mit der hierzu entwickelten *Lehre vom persönlichen Schadenseinschlag*<sup>22</sup> sind allerdings nur wenige Fallgruppen aufgezeigt, bei denen trotz einer rechnerischen (Über-)Kompensation das Ergebnis für so unbillig gehalten wird, dass ein Schaden normativ bejaht sein soll. Die Lehre vom persönlichen Schadenseinschlag steht damit im Spannungsfeld des vom BVerfG aufgezeigten Grundsatzes, dass normative Erwägungen zwar grundsätzlich zulässig sind, wirtschaftliche Bewertungen aber nicht verdrängen dürfen<sup>23</sup>. Diese normative Korrektur bleibt also schon im Ansatz eine absolute Ausnahme<sup>24</sup>.

Die Prüfung eines Schadens verläuft dabei in drei Schritten: Um die Bedeutung der wirtschaftlichen Bewertung zu unterstreichen, ist nach der Lehre vom

---

18 So zu Recht *Gallas*, FS Eb. Schmidt, S. 401 (434).

19 *Bockelmann*, FS Kohlrausch, S. 226 (238f.).

20 Vgl. *Hirschberg*, Vermögensbegriff, S. 296.

21 *Steinert*, HRRS 2012, 58 (61); ähnlich *Schönke/Schröder-Perron*, § 263 Rdn. 121: entscheidend sei die »wirtschaftliche Vernunft«.

22 Die Lehre vom persönlichen Schadenseinschlag ist insoweit identisch mit einer individuell-objektiven Schadenslehre, als dass jene diese mit Leben füllt (vgl. *Steinert*, HRRS 2012, 58 (61)).

23 BVerfGE 126, 170 (212); *Schmidt*, NJW 2015, 284 (284f.).

24 *Steinert*, HRRS 2012, 58 (63).