

Juristische Schulung

*Zeitschrift für
Studium
und Ausbildung
mit JuS-Kartei
und
JuS-Lernbogen*

Inhalt:

Das Gleichberechtigungs-
gebot des Art. 3 II GG
Die Leistungsfähigkeit des
Betrugstatbestandes
Amtshaftung bei Vereitlung
redlichen Erwerbs
Zur verzugsrechtlichen
Bedeutung des Weiter-
beschäftigungsangebots
während des Kündigungs-
schutzprozesses
Amtszeitüberschreitung als
Dauerverhinderungsgrund
für Verfassungsrichter

Der praktische Fall

Rechtsprechungsübersicht
Berichte und Dokumente
Echo
Lernbogen
Informationen

Die Schrankentrias des
Art. 5 II GG

Grundfälle zum Recht der
Leistungsstörungen

Praktische Hinweise für das
arbeitsgerichtliche Urteils-
verfahren 1. Instanz

Die juristische Denksport-
aufgabe: Der Rollentausch
beim Unfall – des Rätsels
Lösung

*Verlag C.H. Beck
München
Frankfurt*

1988 April
Seite 249–328

4

lösen, daß die „Anhebung“ der Frau auf den rechtlichen Status des Mannes bei eindeutiger – auch quantitativer – Unterrepräsentation von Frauen zwangsläufig zur faktischen Benachteiligung des Mannes führt. Sind also Frauenförderpläne als freiwillige Quotierungen oder aber imperative Proporzregelungen wegen der positiven Wirkungsrichtung geboten, so ist eine dadurch eintretende Verschlechterung der rechtlichen wie faktischen Situation von Männern von Verfassungen wegen hinzunehmen⁹⁵.

c) Eindeutig läßt sich die verfassungsrechtliche Zulässigkeit straf- bzw. ordnungswidrigkeitenrechtlicher Bewehrung von Verstößen gegen Antidiskriminierungsvorschriften beantworten. Orientiert man sich an den Vorgaben, die von der Rechtsprechung zum grundsätzlichen Vorrang präventiver gesetzgeberischer Maßnahmen vor repressiven Maßnahmen als ultima ratio entwickelt wurden, so ergibt sich, daß die strafrechtliche Bewehrung nur dann eine zutreffende Handhabung des gesetzgeberischen Ermessens darstellt, wenn eine sog. gesteigerte Gefährdungslage für ein auf dem Spiele stehendes Rechtsgut hohen verfassungsrechtlichen Rangs besteht. Daß diese Konstellation bei der Durchsetzung des Gleichberechtigunggebots nicht gegeben ist, liegt auf der Hand⁹⁶.

95) Nach *Benda* (o. Fußn. 1) stellt Art. 33 II GG die verfassungsrechtliche Grenze positiver Förderungsmaßnahmen dar (S. 159 ff.), für die *Benda* i. ü. in Übereinstimmung mit *Schmidt-Assmann* (NJW 1980, 20) eine gesetzliche Regelung fordert (S. 194 ff.), da Verwaltungsrichtlinien dem Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes nicht gerecht würden.

96) Vgl. *Hofmann* (o. Fußn. 1), S. 98 f.

Staatsanwalt Harald Turner, Darmstadt, und Rechtsanwalt Dr. Volker Gallandi, München

Forum: Die Leistungsfähigkeit des Betrugstatbestandes oder: Bedarf es immer spezialisierterer Vorschriften im Wirtschaftsstrafrecht?*

I. Die Problemstellung

Die neue Vorschrift des § 264a zum Kapitalanlagebetrug wirft die Frage auf, ob es eine begrüßenswerte Tendenz des Gesetzgebers ist, ergänzend zu den klassischen Tatbeständen des Wirtschaftsstrafrechts, Untreue und Betrug, immer neue Tatbestände zu entwerfen und in Gesetze zu fassen. Der Aufsatz bemüht sich um die Klärung, unter welchen Bedingungen eine Ergänzung der Vorschrift des § 263 überflüssig und sogar schädlich ist, es werden aber auch die Argumentationslinien der anderen Auffassung skizziert, wobei eine rechtssoziologische und rechtspsychologische Systematisierung der Fragestellung versucht wird.

II. Ein Fall, unterschiedliche Rechtsprechung durch gleichrangige Obergerichte und die Leistungsfähigkeit der herrschenden Betrugsdogmatik

1. Der wiedergebende Sachverhalt wurde durch verschiedene Strafsenate des OLG Frankfurt rechtlich völlig unterschiedlich gewürdigt, wobei ein OLG-Senat zur Haftfrage, ein Senat zur Beschlagnahme usw. Stellung nahm. Im einzelnen:

Der mittellose A erwarb am 4. 8. 1978 einen 103 Hektar großen Bauhof für 1,75 Millionen DM, zahlbar bis spätestens 20. 9. 78 auf

Anderkonto des beurkundenden Notars Dr. L. Am 29. 8. verkaufte der A den Hof an den ebenfalls zahlungsunfähigen B für 4,05 Millionen DM. Durch eine trickreiche Datenmanipulation, deren Details unerwähnt bleiben sollen, gelang es B, über eine Hamburger Finanzierungsfirma ein Braunschweigisches Kreditinstitut zur umgehenden Zahlung von 2 Millionen Darlehen zu bewegen. Das Institut zahlte die Summe aus, weil die Finanzierungsfirma ein Sachverständigen Gutachten beigebracht hatte, wonach das Anwesen 3,47 Millionen DM wert war. Nachdem die Valuta vom Kreditinstitut an B und von dort an A geflossen war, der das Geld auf das Konto des ursprünglichen Grundstücksverkäufers überleitete, hoben oben A und B einvernehmlich den zweiten Grundstückskaufvertrag auf.

Nunmehr ließ sich das Kreditinstitut dazu bewegen, mit A einen Darlehensvertrag über die bereits ausgezahlte Summe abzuschließen. Ursache hierfür war ein Gutachten, welches den Beleihungswert des Grundstückes auf 3,4 Millionen DM schätzte. Ein weiterer Gutachter hatte das Grundstück auf die Rekordsumme von 5 Millionen DM geschätzt. Bis zum Ende 1980 waren bei dem Kreditinstitut durch entgangene Zinsen und Zwangsvollstreckungsmaßnahmen Kosten in Höhe von 440000 DM aufgelaufen, der A wiederum hatte im Oktober bzw. November 1979 das Grundstück zum Preis von 3,5 Millionen DM, also mit Gewinn, weiterverkauft. Die Bank war durch eine erstrangige Hypothek gesichert, allerdings nur in Höhe des ausgezahlten Betrages. Im Zwangsversteigerungsverfahren wurde der Wert des Grundstückes mit 1,4 Mio. DM geschätzt, die Bank mußte letztendlich eine Wertberichtigung von knapp 1 Millionen DM bilanzieren.

Nach Auffassung des 1. Strafsenats des OLG Frankfurt lag weder eine Täuschung noch ein Schaden vor. Der Bank sei bekannt gewesen, daß im Vertrag zwischen A und B eine Rücktrittsklausel enthalten gewesen sei, die einvernehmliche Aufhebung des Vertrages durch unangefochtenen Rücktritt sei also vorhersehbar gewesen. Der im Scheinvertrag angegebene Wert von 4,05 Millionen DM habe in etwa dem entsprochen, was der erste und zweite Gutachter als Wert angegeben hatten. Werte eines Grundstückes wichen aber erfahrungsgemäß häufig in nicht unerheblichem Umfange voneinander ab¹. Die Person des Kreditnehmers war nach Auffassung dieses Senats zweitrangig, da alleine die Sicherung des Darlehens durch einen entsprechenden Gegenwert, die Hypothek, im Mittelpunkt des Interesses der Bank gestanden hätte. Der 3. OLG-Senat hatte eine Täuschungshandlung bejaht. Der Vertrag zwischen A und B sei ein nichtiger Scheinkaufvertrag gewesen, man habe ebenso über den Verwendungszweck des beantragten Kredits getäuscht, da dieser nicht, wie der Bank vorgespiegelt, der Teilfinanzierung, sondern der Vollfinanzierung gedient habe. Auch über die persönliche Zahlungsfähigkeit der als Schuldner der Darlehensgewährung in Betracht kommenden Personen sei getäuscht worden. Der Kreditnehmer bringe mit dem Abschluß eines Darlehensvertrages konkuldent zum Ausdruck, daß er zur Rückzahlung des Darlehens in Form der vereinbarten Raten incl. Zinsen in der Lage sei².

Sowohl der 1. als auch der 3. Senat verneinten den Schaden mit der Begründung, das von der Bank eingegangene Risiko sei in Kauf genommen worden; hierzu gehöre auch, daß durch ein Zwangsvollstreckungsverfahren erhebliche Kosten entstanden und nicht alle Forderungen befriedigt werden könnten³.

Der 4. Senat des OLG sah schließlich alle Merkmale des Betrugsstatbestandes als erfüllt an. Ein Schaden liege schon deswegen vor, weil die Hypothek erkennbar nicht für alle Vermögenseinbußen hafte, die dem Darlehensgeber entstanden seien⁴.

2. Die Wertungsunsicherheiten in der Rechtsprechung dreier Senate eines OLG werfen die Frage auf, ob die klassischen Theorien oder Konzeptionen zum Betrug geeignet

* §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des StGB.

1) Vgl. OLG Frankfurt, Beschl. v. 11. 12. 1980, Az. 1 Ws 32/80.

2) Vgl. OLG Frankfurt, Beschl. v. 11. 6. 1981, Az. 3 Ws 346 und 347/81 sowie BGH, NStZ 82, 70.

3) Vgl. aaO; s. auch BGH, wistra 1982, 69.

4) Vgl. OLG Frankfurt, Beschl. v. 11. 5. 1982, Az. 4 Ws 134/81.

sind, die mit dem geschilderten Fall entstehenden Probleme zu lösen. Die einzelnen *Senate* des OLG knüpfen erkennbar an der klassischen Betrugsdogmatik an. Mit unterschiedlicher Gewichtung wird sowohl die objektive Theorie als auch eine Form der personalen Vermögenslehre vertreten. Eine zentrale Aussage des BGH hierzu lautet:

„Nicht jeder Vermögensgegenstand hat gleichen Wert für jedermann ... Was für den einen von hohem Nutzen und dementsprechend wertvoll ist, kann für den anderen unbrauchbar und wertlos oder im Wert herabgesetzt sein.“⁵

Die personalen Vermögenslehren legen ebenso wie die Theorien von der Zweckverfehlung den Schwerpunkt auf das, was von den handelnden Personen in die Verhandlungen eingebracht wird. Ein Schaden kann dann schon entstehen, wenn der Adressat der Täuschung durch die Täuschung den Zweck verfehlt, den er mit dem Kauf erreichen wollte⁶. Nach der Gegenposition ist für die Feststellung, ob eine Täuschung oder ein Schaden vorliegt, nicht alleine relevant, was das vermeintliche Opfer denkt, glaubt oder erwartet. Der wertende Eingriff zum Unrechtsgehalt des Betruges wird gefordert⁷. Die herrschende gemischte Konzeption sucht einen Kompromiß. Man geht von realen Vertragspartnern mit ihren Wünschen, Vorstellungen und Erwartungen aus, ersetzt diese aber durch den vom Gesetz gewünschten idealen Vertragspartner. Figuren wie „der objektive Dritte“ oder die „objektive Gleichwertigkeit“ von Leistung und Gegenleistung kennzeichnen die jeweilige Wertentscheidung, die in der Praxis nichts anderes ist als die wertende Einzelentscheidung des Richters.

Sowohl die personale als auch die objektive als auch die gemischte Theorie vermögen jedoch zur Lösung des oben geschilderten Falles wenig beizutragen. Der Trick des A bestand gerade darin, die Stufe der Täuschung und der durch die Täuschung hervorgerufenen Vermögensverfügung zu überspringen, indem er selbst einen Vertragspartner nicht täuschte und schließlich noch die Schädigung des Kreditinstitutes scheinbar dadurch heilte, daß er mit dem Institut einen Darlehensvertrag anstelle des B abschloß.

III. Zwei Typen des Betrugs

Die Grundfigur oder der einfache Typ des Betrugs ist einfach strukturiert. Jemand geht in ein Buchgeschäft, verlangt ein bestimmtes Buch, verspricht das Geld aus dem Auto zu holen, nimmt das Buch mit und kommt nicht wieder. Der zweite Typ ist komplizierter strukturiert: Je nach Art des wirtschaftlichen Vorganges wird die räumliche und zeitliche Trennung zwischen den Partnern einer Vertragsbeziehung oder auch eines betrügerischen Handelns erweitert. Ein Kunde geht zu einem Kreditinstitut, schildert seine Absicht über den Kauf eines Grundstücks, legt zur Dokumentierung dieser Absicht den Kaufvertrag vor, besorgt ein Gutachten zum Wert des Grundstücks, unterschreibt vielleicht einen Status über das eigene Vermögen usw. Die Unterlagen werden geprüft, die Kreditwürdigkeit wird erörtert, in einer weiteren Verhandlung wird der Kredit zugesagt. Es wird darüber verhandelt, wie der Kredit auszuzahlen ist, ob beispielsweise über einen Notar oder einen anderen Dritten, man vereinbart die Sicherheit, die Rückzahlungsmodalitäten und eventuelle Zusatzsicherheiten. Nach und nach nimmt ein beliebig komplex zu gestaltendes Vertragswerk konkrete Formen an. Je nach dem, welche wirtschaftlichen Verhältnisse vorliegen, Gesellschafterbeteiligungen, Firmenbeteiligungen, Vorsteuerabtretungsabreden, Rückabwicklungsoptionen usw., kann der einfache Vorgang des Verkaufs eines Objekts von einer Person an die andere erheblich kompliziert werden. Mit zunehmender Komplexität wird das Vertragswerk als Ganzes nicht nur für den einzelnen Beteiligten immer unüberschaubarer, es werden auch Wertungen nötig, wie das, was verein-

bart wurde, tatsächlich zu bewerten ist. Ist der Geschäftsführer einer GmbH, der einen Vertrag unterzeichnet, nur ein „Strohmann“, hat der „stille Gesellschafter“, der formell nur freier Mitarbeiter ist, in der Firma das Sagen? Ist der Gutachter für ein künstliches Hinauftreiben des Wertes bestochen worden? Gehört es zur „Leistung“ eines Finanzierungsinstituts, den Kunden auch ohne ausdrückliche Gegenleistung so zu bedienen, daß er gegenüber seinem Vertragspartner einen wirtschaftlichen Vorteil erzielt?

Kurzum: Der kurzzeitige Kommunikationsvorgang, in dem sich ein naiver Buchhändler darüber täuschen läßt, daß der vermeintliche Buchkäufer sein Geld aus dem Auto holt, während er tatsächlich verschwindet, kennt einen geringen zeitlichen und räumlichen Abstand zwischen den Vertragspartnern C und D zu den Vertragsgegenständen c und d. In dem komplexen Geschäft besteht eine Distanz sowohl von C zu c und D zu d, C zu d und D zu c. Diese räumliche und zeitliche Distanz wird im Wirtschaftsverkehr durch sichernde Elemente überwunden. Die Schriftform des Vertrages tritt an die Stelle des flüchtigen Wortes⁸, an die Stelle der eigenen Bewertung tritt ein schriftliches Gutachten, Dokumente im Besitz beider Vertragspartner ersetzen den Besitz an der Sache selbst, der amtliche Charakter etwa eines Grundbuchauszugs dokumentiert zusätzlich Richtigkeit, auch wenn man das Grundstück selbst nie gesehen hat. Aktenvermerke treten an die Stelle der Erinnerung und eidesstattliche Versicherungen entwickeln ein manchmal für den Autoren unangenehmes Eigenleben.

Allen Dokumenten und Schriftstücken, die den Abstand zum anderen Vertragspartner und zum Vertragsgegenstand überbrücken helfen sollen, ist gemeinsam, daß wiederum eine Person hinter ihnen steht. Jeder notarielle Vertrag hat einen Autor, jedes Wertgutachten ist subjektiv und jeder Grundbuchauszug kann inhaltlich unrichtig sein. Für die Ernsthaftigkeit, ein Grundstück erwerben zu wollen, steht die Person gerade und nicht der Kaufvertrag. Das Entstehen oder Herabmindern von Risiken ergibt sich daraus, ob Personen die Risiken mindern oder heraufsetzen. Der solvente Bürge, der unmittelbar nach der Bürgschaftserklärung sein Vermögen beiseite schafft, ist als Person unzuverlässig, auch wenn der vorgelegte Vermögensstatus zum Zeitpunkt der Bürgschaftserklärung richtig ist.

Der Vertragspartner im ersten Typ des Betruges hat genau genommen noch alles selbst „im Griff“, das heißt unmittelbaren raumzeitlichen Zugriff sowohl auf die Person des Vertragspartners als auch die Vertragsgegenstände, nämlich die eigene Leistung und die Gegenleistung. Die Vertragspartner im zweiten Typ des Betruges müssen ihre Aufmerksamkeit auf vieles erstrecken. Die schriftlichen Symbole, die eine Beziehung zum Vertragsgegenstand und zum Vertragspartner herstellen sollen, müssen jeweils für sich genommen überprüft und kontrolliert werden. Ist die eidesstattliche Versicherung unterzeichnet worden? Ist der Notariatsvertrag wirksam? Ist der Gutachter wirklich Professor? Wer hat den Gutachter beauftragt? Die Vielfalt der Tatsachen und symbolisierten Tatsachen, die beim zweiten Typ des Betrugstatbestandes erfaßt werden müssen, um ein Geschäft „im Griff zu haben“, produziert gleichzeitig eine Vielzahl von Angriffsmöglichkeiten für den Betrüger. Diese prinzipielle Unter-

5) Vgl. BGHSt 16, 200 (222).

6) Vgl. Bockelmann, in: Festschr. f. Kohlrausch, 1944, S. 243 ff.; Otto, ZStW 87 (1975), 539 ff., insb. S. 554 ff., 557, 560, 561; Jakobs, JuS 1977, 228 ff.; Mylonopoulos, Das Verhältnis von Handlungs- und Erfolgsunrecht im Strafr, 1981, S. 111 ff.

7) In diese Richtung tendiert wohl der 1. Senat des OLG Frankfurt, Az. Ws 32/80, nur sind die Kriterien der Wertung, wie bei den anderen *Senaten*, unklar; vgl. auch BGHSt 16, 321 ff (327).

8) Das gesamte Notariatswesen lebt vom Vertrauen in bedrucktes Papier, welchem die Symbole des Amtlichen, Geprüften und der Wahrheit anhaften, wobei die Klientel oft auch noch der irrigen Meinung ist, mit der Beurkundung durch einen Notar sei auch inhaltlich „alles in Ordnung“.

schiedlichkeit rechtfertigt es durchaus, von zwei Typen des Betrugers i. S. des Typusbegriffs zu sprechen⁹.

1. Symbolische Interaktion als Basis des Vertrags und des Betrugsstatbestandes

Die Leistungsfähigkeit des Betrugsstatbestandes bestimmt sich danach, ob es gelingt, auch komplexe wirtschaftliche Vorgänge durch den Tatbestand und seine Dogmatik zu erfassen oder nicht. Dies ist schwierig, was sich bereits darin zeigt, daß beispielsweise die Vorschriften der §§ 264a und 265 darauf verzichten, den gesamten komplexen Vorgang von der Täuschung bis zum Vermögensschaden zu erfassen und sich damit begnügen, bereits die Täuschungshandlung bzw., im Falle des § 264a, unzureichende Aufklärung als strafbar zu definieren. Genau genommen bedeuten solche Tatbestände, daß sich lediglich der böse Wille eines Vertragspartners manifestiert haben muß, um ihn strafrechtlich zu verfolgen. Der klassische Betrugsstatbestand dagegen verzichtet nicht darauf, anhand objektiver Vorgänge – was geschieht mit dem Vermögen der beiden Seiten? – zu überprüfen, inwiefern sich ein böser Wille realisiert hat.

Kommunikationspsychologisch – und dies ist ein entscheidender Gesichtspunkt – läßt sich der Betrugsstatbestand beliebig leistungsfähig gestalten, was freilich nicht die Schwierigkeiten in der Beweisbarkeit beseitigt. Wenn obiges Modell des Gegenübers zweier Vertragspartner, des C und des D, übernommen wird, lassen sich die Vertragsgegenstände c und d – aus kommunikationspsychologischer Sicht als Erwartung bzw., weil dem Gegenüber bekannt, als Erwartungserwartung bezeichnen¹⁰, wobei der Begriff sowohl die einzelne relevante Information als auch die Gesamtheit der Informationen bezeichnen kann. Jeder dieser Punkte ist Gegenstand der gemeinsamen Vertragsverhandlungen und wird entweder von dem einen oder anderen Vertragspartner eingebracht, oder aber als vorhanden unterstellt. Alles was für die Vertragsbeziehung wichtig ist, wird von den Erwartungen der beiden Kontrahenten erfaßt, wobei ebenso wichtig ist, daß das Erfassen vom Wissen des Vertragspartners gedanklich mit umfaßt wird. Die Informationen über den Gegner können vollständig oder weniger vollständig sein. Je weniger über den anderen bekannt ist, umso mehr wird an die Stelle des offenen und wichtigen Erwartungsgegenstandes eine gewisse Vorsicht treten, je mehr beide definitiv voneinander wissen, umso eher wird ein Umgang mit den Informationen zu einer vertraglichen Einigung führen.

Nach diesem Modell muß sich der Tatrichter also in die jeweilige Erwartungswelt und ihre wirtschaftliche Eigengesetzlichkeit begeben und möglichst genau zu erfahren versuchen, auf was es für die beiden Vertragspartner ankam, von denen sich nun der eine als Geschädigter, der andere als Betrüger darstellt oder auch nicht. Gelingt das Sich-Hineinversetzen in die jeweilige Welt des einen und des anderen Vertragspartners, wird sich relativ schnell feststellen lassen, ob die Täuschung einen Gegenstand beiderseitiger Erwartung betrifft, ob diese Täuschung eine Weichenstellung für die spätere Vermögensverfügung bedeutete und ob damit ein zentraler Vertrauensbruch im wirtschaftlichen Kontakt feststellbar ist. Läßt sich nicht nachweisen, daß sich in einem zentralen Punkt, wo der Geschädigte eine Täuschung behauptet, ein für den Vermögensschaden bedeutsamer Vertrauensstatbestand stabilisiert hat, wird der Betrugsvorwurf scheitern¹¹. Die kommunikationspsychologische Methode der Erhöhung der Leistungsfähigkeit des Betrugsstatbestandes setzt also verschiedene Stufen voraus:

a) Zunächst wird festgestellt, welche Verhandlungsgegenstände im Sinne von Kommunikationsinhalten wirtschaftlich dem einen und dem anderen Vertragspartner zuzuordnen sind, das heißt welche Informationen in die konkreten Verhandlungen eingebracht werden konnten.

b) Anschließend wird überprüft, welche Informationen in den Kommunikationsprozeß eingebracht wurden, das heißt den Gegner erreicht haben. Hierzu gehört auch der Informationsaustausch, aus

dem sich ergibt, welche Regeln, oft Spielregeln der Verständigung beide mit der Erwartung der Geltung definieren.

c) Drittens wird überprüft, von welchen Informationen beiden bekannt ist, daß sie den anderen erreicht haben (Erwartungserwartung)¹².

d) Innerhalb dessen, was beide Vertragspartner an Informationen erreicht hat und welche wechselseitig aufeinander bezogene Erwartungswelt besteht, wird danach differenziert, worauf es innerhalb dieser Erwartungswelt für den anderen erkennbar für den jeweiligen Vertragspartner zentral ankam (Weichenstellungen für das „Ob“ des Vertrages; Bildung von Vertrauen).

e) Schließlich wird geprüft, inwiefern eine Täuschungshandlung, das heißt eine den Kerngehalt einer zentralen Information umkehrende Information von einem Gegner ausgegangen ist und zu einem Akzeptieren der falschen Information beim Gegner geführt hat.

f) Der zentrale Gehalt der Information muß sich in einer Vermögensschädigung und dann in einer Vermögensmehrung bei einem anderen niedergeschlagen haben.

Gemessen an dem kommunikationspsychologischen Modell verändern sich nun auch die dogmatischen Kategorien im Betrugsstatbestand, so daß die Tatbestandsmerkmale des Betruges nach dem Modell wie folgt definiert werden:

Täuschen bedeutet, daß auf Austausch und Erfüllung gerichteten Erwartungen des Interaktionspartners sowie die Erwartungen, die sich in Bezug auf die Vermögensverschiebung im Sinne eines Vertrauenstatbestandes gebildet haben, mit dem Ziel zu begründen oder zu nutzen, sie nicht zu bestätigen. Der *Irrtum* ist die Erwartung, die dem aktuellen und dem künftigen Geschehen nicht entspricht. Die *Vermögensverfügung* ist eine Handlung, die die Erwartung des anderen bestätigt. Der *Schaden* wird alleine vom Schädiger erwartet, dem bekannt ist, daß der Schaden eintritt, daß der Gegenüber von dem Schadenseintritt nichts weiß, daß der Schaden eintritt, weil der Gegenüber nichts von dem Schaden weiß und dem bekannt ist, daß er den Schadenseintritt durch das Nichtwissen erstrebte und erreichte, indem er die Erwartung des Gegenüber getäuscht hat.

2. Lösung des Ausgangsfallles

A und B haben gemeinschaftlich handelnd bewirkt, daß eine Verkaufskette entstand, die wirtschaftlich so gestaltet war, daß der erste Kauf vom ursprünglichen Eigentümer nur dann durchgeführt werden konnte, wenn der zweite Scheinkauf zu einer Darlehensbewilligung und Auszahlung führte. Jede Bank, dies ist A und B bekannt gewesen, erwartet aus einem Darlehensvertrag nicht nur die Rückführung des Darlehens, sondern ebenso die Zahlung von Zins und Tilgung. Da die eigene Mittellosigkeit die Zahlung von beidem unmöglich machte, hatte die Zahlungsfähigkeit erkennbar Bedeutung für eine mögliche Abschlußbereitschaft der Bank. Gerade um eine diesbezügliche Überprüfung auszuschließen, war ja gegenüber der Bank so getan worden, als sei nur eine Teilfinanzierung beabsichtigt, das heißt Eigenkapital für den Rest vorhanden. Eine zweite negative Weichenstellung lag darin, daß der Bank Abschluß- und Erfüllungsbereitschaft vorgetäuscht wurde, während tatsächlich keine Absicht bestand, den Darlehensvertrag zu erfüllen, bzw. billigend in

9) Vgl. hierzu grundlegend etwa W. Hassemer, Tatbestand und Typus, 1968, insb. S. 109ff., z. Typizität d. Tatbestandes.

10) Vgl. Luhmann, Rechtssoziologie I, 1972, S. 31 ff.

11) Vgl. hierzu ausführlich Huizinga, Homo ludens – Vom Ursprung der Kultur im Spiel, 1956, S. 18 ff.

12) Zur Rezeption kommunikationssoziologischer Forschungsergebnisse im Strafrecht, vgl. Gallandi, Staatsschutzdelikte und Pressefreiheit, 1982, Kap. 3.1.2.1. bis 3.1.2.4. m. w. Nachw. zum Betrug als Kommunikationsdelikt, vgl. auch Mohrbotter, GA 75, 41 ff., 49 ff.; im Zivilrecht findet sich eine Parallele zur erwartungsgetragenen Interaktion in der – freilich weniger leistungsfähigen – Lehre vom Empfängerhorizont, vgl. dazu Larenz, Allg. Teil, 3. Aufl. (1975), § 19, sowie in der Lehre von der Vertrauenshaftung, vgl. dazu Canaris, Die Vertrauenshaftung im dt. PrivatR, 1971, S. 411 ff.

Kauf genommen wurde, daß dies nicht gelingen würde. Nicht von weichenstellender Bedeutung waren dagegen die Wertgutachten, da jeder Vertragspartner auf Seiten der Bank im Falle des Antrags auf eine hundertprozentige Finanzierung unter gleichzeitiger Vorlage des Wertgutachtens einem Abschluß ohne weitere Sicherheiten widersprochen hätte. Weichenstellend waren allerdings wiederum die Täuschungen über den Verwertungswert des Grundstücks. Bei einer per Kaufvertrag definierten Wertsteigerung eines Grundstücks binnen weniger Tage um über 100% zur Erreichung einer Hypothek in Höhe von 2 Millionen DM, das heißt 250000 DM über dem Verkaufswert, ist jedem klar, daß die Hypothek ihren Sicherungszweck jedenfalls zu einem Teilbetrag verfehlen wird.

IV. Fazit

Mit einem kommunikationssoziologischen Modell, welches exakt zwischen den Vertragspartnern und den ausgetauschten Informationen differenziert, kann der Betrugstatbestand prinzipiell beliebig leistungsfähig gestaltet werden. Neuer Gesetze bedarf es dann nicht. Wird die Erwartung zur Zentralfigur der Betrugsdogmatik gemacht, werden hergebrachte dogmatische Kategorien, etwa der Anstellungsbetrug, der Spendenbetrug, die soziale Zweckverfehlung, die Anwartschaft oder auch der wirtschaftliche Vermögensbegriff einheitlich systematisierbar.

Die Integration sämtlicher für einen wirtschaftlichen Vorgang relevanten Erwartungen in ein Interaktionsmodell zwischen Täter und Opfer und die Einbindung dieser Erwartungen in einen Schadensbegriff, der die objektive Komponente des Vermögensschadens zu den subjektiven Elementen in Beziehung setzt, erreicht neben der erhöhten Leistungsfähigkeit auch eine neue Schwerpunktsetzung im Unrecht des Betrugers. Die präzise, auf den Schaden zielende Weichenstellung mit Hilfe des doppelten Nichtwissens (Nichtwissen des wirtschaftlich entscheidenden Umstandes und Nichtwissen von der Veranlassung des Nichtwissens) benennt den Verstoß des Betrügers.

trag auf Eintragung dieser Abtretungen wurde anschließend beim Grundbuchamt eingereicht. Dort wurden beide Grundschulden mit Rang vor den Eigentümer-Rechten eingetragen, jedoch ohne Voreintragung des Kreditnehmers unmittelbar für die Bank, die nach Kenntnis ihrer Eintragung und nach Erhalt der Grundschuldbriefe den Kredit auszahlte. Nachdem die Bank mit ihrem Rückzahlungsanspruch im Konkurs des Kreditnehmers ausgefallen war und die Löschung der Grundschulden bewilligen mußte, machte sie mit ihrer Amtshaftungsklage geltend, der Rechtspfleger des Grundbuchamts habe pflichtwidrig gehandelt, indem er sie unmittelbar ins Grundbuch eingetragen habe, und ihren gutgläubigen Erwerb an den Grundschulden von insgesamt 650000 DM vereitelt.

I. Das Urteil des BGH

Der BGH hat einen Anspruch der Bank aus § 839 BGB verneint. Zwar habe der Rechtspfleger gegen §§ 13, 19 GBO verstoßen, als er die Eintragung der Eigengrundschulden unterließ und stattdessen die Bank unmittelbar eintrug. Werde eine Eigentümergrundschuld im voraus abgetreten, dann aber pflichtwidrig gar nicht erst eingetragen, so sei auch ihr Zessionar normalerweise „Dritter“ i. S. von § 839 BGB, wenn – wie hier – dem Grundbuchamt der Antrag auf Eintragung der Abtretung schon vorliege und daher die Notwendigkeit der Voreintragung des Zedenten für den Rechtserwerb zu erkennen sei. Nach dem Schutzzweck der verletzten Vorschriften des Grundbuchrechts könne die Bank dennoch keinen Ersatz beanspruchen. Die Bindung des Grundbuchamts an Eintragungsantrag und -bewilligung verfolge nämlich nicht den Zweck, eine sachen- und grundbuchrechtlich objektiv falsche Eintragung vorzunehmen, um dadurch die Voraussetzungen für einen gutgläubigen Erwerb zu schaffen. Auf eine solche Eintragung habe niemand Anspruch, zumal das Grundbuch vor ihrer Vornahme nicht das Vertrauen vermittele, das Recht werde eingetragen. Der Schaden, den die Bank erlitten habe, bestehe nur in dem Verlust der Aussicht, die Fälschung der Eintragungsunterlagen werde so lange unerkannt bleiben, bis die Eintragung bewirkt sei und sich dann ein redlicher Erwerb anschließen könne.

Wie im folgenden bei Erörterung der Verletzung einer Amtspflicht (II), deren Drittbezogenheit (III), der Schadensverursachung (IV) und des Schutzzwecks der verletzten Norm (V) gezeigt werden soll, vermag das Urteil nicht zu überzeugen.

II. Die Verletzung einer Amtspflicht durch das Grundbuchamt

1. Verstoß gegen §§ 13, 19 GBO?

Die Amtspflichtverletzung des Grundbuchamts ist mit dem Hinweis auf §§ 13, 19 GBO nicht erschöpfend zu begründen. Anders als in den Entscheidungsgründen anklingt, ergab sich aus diesen Vorschriften nicht die Pflicht des Grundbuchamts, die Eigengrundschulden zeitlich vor den Fremdgrundschulden (der Bank) einzutragen. Denn eine entsprechende Anordnung oder Bedingung war – dem mitgeteilten Sachverhalt nach – weder in den Eintragungsanträgen noch in den Bewilligungen enthalten. Eine derartige Beschränkung von Antrag oder Bewilligung wäre wegen des Reihenfolgeprinzips (§ 17 GBO) auch nicht nötig und überdies unzulässig gewesen, da die Erledigung zumindest des Eintragungsantrags¹ nicht an einen Vorbehalt geknüpft werden darf (vgl. §§ 16 I GBO, 11 I ErbbauVO).

* Urt. v. 21. 2. 1986 – 5 ZR 38/84.

1) Für die Eintragungsbewilligung gilt § 16 GBO grundsätzlich entsprechend, s. *Kuntze-Ertl-Herrmann-Eickmann*, GBO, 3. Aufl. (1985), § 16 Rdnrn. 2, 23; die Rechtsprechung läßt aber bestimmte, leicht nachprüfbar Vorbehalte zu, vgl. *OLG Frankfurt*, Rpfleger 1980, 291 f.; *BayObLG*, Rpfleger 1983, 480f.

Entscheidungsrezensionen

Akademischer Rat a. Z. Dr. Ulrich Foerste, Göttingen

Amtshaftung bei Vereitlung redlichen Erwerbs – BGH, NJW 1986, 1687*

Um einen Bankkredit zu erhalten, wollte der Kreditnehmer sein Erbbaurecht belasten. Hierzu bedurfte er aufgrund entsprechender Vereinbarung der Zustimmung des Grundstückseigentümers (§§ 5 II 1, 6 I ErbbauVO). Der Kreditnehmer bewilligte und beantragte, an dem Erbbaurecht zwei Eigengrundschulden einzutragen. Seinen Eintragungsanträgen fügte er mit notariellen Beglaubigungsvermerken verschene Erklärungen bei, wonach der Eigentümer den Belastungen des Erbbaurechts (und zwar sogar im Range vor seinen eigenen Rechten) zustimmte; diese Erklärungen und ihre Beglaubigungen waren gefälscht. Nunmehr trat der Kreditnehmer die – noch einzutragenden – „Eigentümergrundschulden“ an seine Bank ab, die sich die Grundschuldbriefe vom Grundbuchamt aushändigen lassen sollte; der An-