

Rechtsanwältin Ana-Christina Vizcaino Diaz, LL.M.,
Düsseldorf

Sarah Bayer, Die betrugsspezifische Garan- tenstellung, Eine Analyse der Rechtsprechung zu §§ 263 Abs. 1, 13 StGB

Diss., 1. Auflage 2021, Nomos Verlagsgesellschaft,
320 S., 96,00 EUR.

1. Einleitung

Einen Überblick par excellence bietet *Bayer* im Zusammenhang mit der vorgelegten Dissertation zu dem Thema „Die betrugsspezifische Garantenstellung, Eine Analyse der Rechtsprechung zu §§ 263 Abs. 1, 13 StGB“. Mit Nichten kauft der Leser die „Katze im Sack“; er erhält vielmehr, was das Werk verspricht: Eine dezidierte Auseinandersetzung mit dem Untersuchungsgegenstand im Rahmen der bisher ergangenen Judikatur. Mit der vorgelegten Dissertation möch-

te *Bayer* einen Beitrag zur Konturierung der betrugsspezifischen Garantenstellung liefern, die nicht nur in Kreisen der strafrechtswissenschaftlichen Literatur, sondern auch (und gerade) in der Rechtsprechung durch eine breit gefächerte Kasuistik geprägt ist. Dies gelingt ihr durch die Analyse der Gesamten bisher zu diesem Themenkomplex ergangenen Rechtsprechung, wobei sich Ihre Arbeit nicht allein in der Darstellung der Judikatur erschöpft. *Bayer* stellt vielmehr Leitlinien der Rechtsprechung heraus, die sodann durch die Autorin bewertet und in die dogmatische Diskussion eingeordnet werden.

Ausgangspunkt der Überlegungen *Bayers* ist die Tatsache, dass die einzelfallabhängig geformten Ausführungen der Rechtsprechung in der Praxis weniger zu der gewünschten Rechtssicherheit führt und vielmehr einen Flickenteppich (doch) möglicher Strafbarkeit durch Unterlassen besteht. Im Rahmen ihrer Arbeit versucht *Bayer* diesen zu strukturieren und etwaige Leitlinien der Rechtsprechung – die sie selbst nicht sehe – herauszuarbeiten. Dies gelingt durch die beharrliche Analyse der Entscheidungen; die gesamte Judikatur zum Betrug durch Unterlassen sei hinsichtlich der Garantenstellung als zentrale Voraussetzung der Strafbarkeit auf ein gemeinsames Leitmotiv zurückzuführen, den Gedanken berechtigten Vertrauens in die Abwendung des tatbestand-

lichen Erfolgs. Diese Bewertung sei aus Sicht *Bayers* weder als tatsächlich noch als rechtlich konsequent anzusehen. Sie fordere vielmehr eine Rückbesinnung und ausschließliche Anwendung der durch Feuerbach geprägten formellen Rechtsquellen im Zusammenhang mit der Annahme einer Strafbarkeit durch Unterlassen, um die notwendige Rechtssicherheit zu schaffen. Damit kommt *Bayer* zu dem begrüßenswerten Schluss, dass der durch die Rechtsprechung verlangte Anknüpfungspunkt, dass sog. besondere Vertrauen in die Abwendung des tatbestandlichen Erfolgs mangels Bestimmbarkeit kein adäquates Mittel zur Konturierung der Garantenstellung sei. Dem Bedürfnis der Praxis nach sachgerechten Einzelfalllösungen könne aus ihrer Sicht vielmehr bereits durch eine saubere Abgrenzung der Begehungsweisen, Tun und Unterlassen begegnet werden, ohne reflexartig auf eine Konstruktion der Unterlassenstrafbarkeit abzustellen. Im Rahmen der Unterlassenstrafbarkeit könne – und müsse – ausschließlich auf die formelle Rechtsquellenlehre abgestellt werden. Ferner sei aus Sicht *Bayers* eine Garantenstellung aus Ingerenz mangels Strafwürdigkeit des Verhaltens gänzlich obsolet.

Käme es auf dieser Grundlage am Ende des Tages womöglich im Einzelfall zu einem – aus Sicht der Rechtsprechung – unbefriedigenden Ergebnis, schließt *Bayer* ihre Arbeit mit dem zutreffenden Appell, dass die Änderung dieses Zustands nicht der Praxis obliege, sondern dem Gesetzgeber. Die materielle Aufweichung der Garantenstellung in der Rechtsprechung sei jedenfalls nicht der richtige Weg.

2. Zum Inhalt

Die Arbeit lässt sich in drei maßgebliche Kapitel unterteilen:

In ihrem ersten Kapitel (S. 25–122) legt *Bayer* die Grundlagen für ihre Diskussion, indem sie die allgemeinen Voraussetzungen für eine Täuschung durch Unterlassen darstellt. Dabei lässt sie die Gretchenfrage, ob grundsätzlich verfassungsrechtliche Bedenken gegen § 13 StGB bestehen, mit dem Verweis auf die höchstrichterlichen Entscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht²¹⁸ bewusst außen vor und konzentriert sich dankenswerterweise auf den eigenen Untersuchungsgegenstand. Gleiches gilt für die Garanten Diskussion; bezüglich derer sie auf die mannigfaltigen Bemühungen ihrer Kolleginnen und Kollegen in der Strafrechtswissenschaft verweist. Ausgangspunkt ihrer Forschung bildet zunächst die Feststellung, dass der abzuwendende Erfolg die irrtumsbedingte vermögensbezogene Selbstschädigung des Opfers sei (S. 38), an dieser müssen die Voraussetzungen der Unterlassungsstrafbarkeit ausgerichtet werden. Dazu stellt *Bayer* allgemeine Grundlagen der Garantenstellung als Kernvoraussetzung einer Unterlassenstrafbarkeit dar (S. 39 ff., 122) und geht insbesondere auf die Rechtspflichttheorie von Feuerbach ein; eine – auch für *Bayer* – maßgebliche Theorie an die die Autorin in ihrem Ergebnis anknüpft, um die betrugspezifische Garantenstellung zu beschränken (S. 294 ff.). Zuvor flankiert sie in ihrem Grundlagenkapitel den Gedanken, die Maßstäbe der Vermögensbetreuungspflicht der Untreue gem. § 266 StGB als Anknüpfungspunkt für die Einschränkung zu übertragen, den sie – denklogisch – mangels Vergleichbarkeit der Deliktstypen sowie der Schutzrichtungen der Normen als Anknüpfungspunkt zur Konturierung der Garantenpflicht verwirft (S. 44 ff.). Im nächsten Schritt widmet sich *Bayer* der Funktion der Entsprechungsklausel

und stellt akzentuiert dar, dass diese im Zusammenhang mit dem Betrug nicht zwingend voraussetzte, dass das Verhalten des Täters einen Erklärungswert aufweise. In der Praxis komme ihr vielmehr die Aufgabe zu, bei Bejahung der Garantenstellung diese einzelfallbezogen zu korrigieren (S. 50 ff., 60). Ausführlich widmet sich *Bayer* dann der Abgrenzung der Begehungsweisen – konkludente Täuschung vs. Unterlassen – und appelliert erstmalig, sich auf eine saubere Abgrenzung zu besinnen, ehe automatisch auf eine Strafbarkeit durch Unterlassen abgestellt werde (ab S. 77 ff.). In diesem Kontext verwirft sie die vorherrschenden allgemeinen Abgrenzungstheorien bzw. -merkmale, die auf die eingesetzte Energie (S. 95), auf den Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit (S. 98) oder auf das Kausalitätskriterium (S. 100) abstellen, ebenso wie den Ansatz *Kühnes*, auf die schadenstiftende Ausgangssituation abzustellen (S. 104 f.). Vielmehr eigne sich das Erklärungskriterium als Unterscheidungsmerkmal, um die Täuschung durch Unterlassen vom Anwendungsbereich der konkludenten Täuschung abzugrenzen, dass ebenfalls partielle Unterlassungsmomente enthalte. Spiegelbildlich zur aktiven Begehung setze die Rechtsprechung für die Annahme eines aktiven Tuns voraus, dass eine falsche Erklärung abgegeben werde, andernfalls sei eine Strafbarkeit durch Unterlassen, als umfassender Auffangtatbestand, anzunehmen. Dass dies aus Sicht *Bayers* wenig adäquat erscheine, wird an dieser Stelle moniert, bleibt im Rahmen der Analyse der ergangenen Entscheidungen (Kapitel zwei) aber zunächst unberücksichtigt; worauf die Autorin aber auch hinweist. Als Grundlage für die anschließende dezidierte Auseinandersetzung mit der ergangenen Judikatur stellt *Bayer* fest, dass allein auf eine betrugspezifische Garantenstellung abzustellen sei. Dabei müsse aufgrund des Erfolgsbezugs in § 13 Abs. 1 StGB eine vermögensbezogene Aufklärungspflicht vorliegen, deren dogmatische Grundlage es herauszufinden gilt.

In ihrem zweiten Kapitel (S. 123–282) setzt sich *Bayer* daher akribisch mit der Darstellung der Garantenlehre in der Rechtsprechung auseinander. Da die Arbeit den ambitionierten Zweck verfolgt, aus der Gesamtschau von Einzelfällen normative Leitlinien zu entwickeln, die einen Ausblick auf die künftige Gerichtspraxis zum Betrug durch Unterlassen ermöglichen, kommt dem Leser die harte Arbeit der Autorin in Form einer dezidierten Übersicht über die gesammelten Entscheidungen obergerichtlicher Rechtsprechung zur Garantenstellung zu diesem Themenkomplex zugute. Dazu wird die Argumentation und die daraus resultierenden Leitlinien für die Bejahung der Garantenstellung aus Gesetz (S. 124 ff.), (Vor-)Vertrag (S. 131 ff., 146 ff.) und Ingerenz (S. 178 ff.) beleuchtet. In diesem Zusammenhang arbeitet *Bayer* insbesondere im Bereich des Vertragsrechts vordergründige Parallelen zur zivilrechtlichen Judikatur und die damit umfasste Risikoverteilung heraus (bspw. S. 150). Da die strafrechtliche Judikatur zivilrechtliche Aspekte jedoch nur als Anknüpfungspunkt nutzt, um in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob eine Garantenstellung im Einzelfall anzunehmen ist, setzt sich *Bayer* dezidiert mit dem Merkmal des „besonderen Vertrauensverhältnisses“ auseinander. Hintergrund dieser Einschränkung ist, dass nicht jede Vertragsart bzw. jede vertraglich verankerte Klausel eine Garantenpflicht begründbar machen soll (S. 142 ff., 152). Ferner geht *Bayer*

²¹⁸ Vgl. BVerfGE NJW 2003, 1030; BVerfGE 96, 68, 98.

auf die sog. Entsprechungsklausel ein, dies aus der Rechtsprechung stammende Kriterium modifiziert die Dogmatik und diene damit als zusätzliche Beschränkung des Kreises an potenziellen Garantenstellungen. Insofern stellt *Bayer* eine dem Zivilrecht abweichende Wertung fest, sodass sie das besondere Vertrauensverhältnis als zusätzliches „strafrechtsautonomes Kriterium“ qualifiziert. Zusätzlich arbeitet sie akzentuiert heraus, dass die Rechtsprechung sich dadurch von der formellen Rechtsquellenlehre entfernt hat und Garantenstellungen zunehmend nur aus dem Vertrauensverhältnis selbst abgeleitet werden (S. 177, 205, insb. im Bereich der Fallgruppen im Zwischenbereich der traditionellen Rechtsquellenlehre, S. 211). Insofern kommt *Bayer* zu dem konsequenten Zwischenergebnis, dass der Vertrauensgedanke als materieller Kern der strafrechtlichen Garantenstellung dient (S. 212). Entscheidend für die Annahme einer Garantenstellung sei demnach nicht das formelle Bestehen eines Vertragsverhältnisses, sondern dass das zivilrechtliche Verhältnis durch ein gewisses tatsächliches Vertrauen der Parteien zueinander geprägt sein muss (S. 224). Dieses fehle bspw. bei einem schlichten Leistungsaustausch (S. 224) wird jedoch bei gesellschaftsrechtlichen Beziehungen bejaht (S. 226 f.). Problematisch erscheint die Bewertung im Rahmen von arbeitsvertraglichen Verhältnissen, wobei *Bayer* die entwickelte ablehnende Tendenz der Rechtsprechung deutlich herausarbeitet (S. 227 ff.). Die Darstellung pointiert in luzider Weise, dass diese Linie der Rechtsprechung wenig mit einer generalisierenden Betrachtungsweise zu tun hat. Es gehe vielmehr um eine Einzelfallbetrachtung, die die tatsächliche Ausgestaltung der Beziehung zwischen den Vertragspartnern in den Blick nimmt (S. 242). Zusammenfassend stellt *Bayer* aber dar, dass die Vertragstypen, bei denen die Rechtsprechung ein Vertrauensverhältnis annimmt, sowohl durch das Merkmal der Dauerhaftigkeit, durch die besondere Personenbezogenheit sowie durch das strukturelle Informationsgefälle der Vertragsparteien geprägt sind (S. 246, 248, 250). Die Ausführungen *Bayers* münden in ihrem konsequent durchdachten Ergebnis, dass die betrugspezifische Garantenstellung nach Auffassung der Judikatur ihren Kern im materiellen Vertrauensprinzip findet, sodass die formelle Rechtsquellenlehre hiermit abgelöst zu sein scheint (S. 281).

Ihre gefundenen Ergebnisse nimmt sie zum Anlass, um diese in ihrem dritten Kapitel (S. 282 – 311) einer kritischen Würdi-

gung zu unterziehen und „den Finger in die Wunde zu legen“. Hierzu wird sowohl die fehlende Aussagekraft des Vertrauensbegriffs sowie die mangelnde Bestimmtheit der sozialen Erwartungen an die Speerspitze ihrer Kritik gestellt. Systematisch entzieht *Bayer* jedem Konzept zur Konturierung des durch die Rechtsprechung verlangten „berechtigten Vertrauens“ den Boden, indem sie deren Schwachstelle beleuchtet und aufzeigt, dass die Argumentation meist einem Zirkelschluss unterliegt oder es bei genauer Betrachtung an der originären Verankerung des Vertrauensgedankens im Recht fehlt. Auch der Versuch, den unbestimmten Rechtsbegriff über die „Erwartungserwartungen“ zu schärfen, enttarnt *Bayer* nonchalant als Feigenblatt, dem selbst die Konkretisierung fehle. Im Einklang mit *Vogel* weist sie auf die fehlende Basis – rechtssoziologischer Erkenntnisse – hin, die zur Bestimmung sozialer Erwartungshaltungen gefunden werden und eine gewisse Allgemeingültigkeit für sich beanspruchen können. Zur Überwindung dieser Schwierigkeiten fordert *Bayer* eine beharrliche Rückbesinnung auf die formelle Rechtsquellenlehre und führt dezidiert aus, warum es einer Ingerenz-Garantenstellung nicht mehr bedürfe (S. 292 ff.).

3. Fazit

Bayer gelingt es durch eine äußerst sorgfältige Recherche die Rechtsprechungspraxis der letzten Jahrzehnte zu rekapitulieren und hinsichtlich der zum Teil undurchdringbar anmutenden Argumentationslinien der Rechtsprechung „Licht ins Dunkeln“ zu bringen. Diese Systematisierung ist gleichzeitig der wichtigste Beitrag, den die Verfasserin durch ihre Arbeit sowohl der Praxis als auch der Wissenschaft liefert. Sie bietet aus praktischer Perspektive weitreichende rechtliche Anreize, um in Betrugsstrafsachen eine einheitliche Argumentationslinie aufzubauen und gleichzeitig auf zahlreiche Entscheidungen zuzugreifen. Dies wird auch durch die klare und akzentuierte Ausdrucksweise der Verfasserin deutlich. Die rechtlichen Schlussfolgerungen, nämlich die Rückbesinnung auf die formelle Rechtsquellenlehre sowie die Obsoleszenz der Ingerenz-Garantenstellung sind in diesem Kontext jedenfalls zwar keine „neuartigen“ Lösungsvorschläge, was *Bayer* aber durch ausreichende Zitate kenntlich macht (vgl. S. 315 ff.). Ihre Leistung ist dennoch insgesamt beachtenswert.