

Schriften zum Strafrecht

Heft 245

Die Mitverantwortung des Opfers beim Betrug

Von

Torsten Schwarz



Duncker & Humblot · Berlin

TORSTEN SCHWARZ

Die Mitverantwortung des Opfers beim Betrug

Schriften zum Strafrecht

Heft 245

Die Mitverantwortung des Opfers beim Betrug

Von

Torsten Schwarz



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Universität Regensburg hat diese Arbeit
im Jahre 2012 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten

© 2013 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Satz: werksatz · Büro für Typografie und Buchgestaltung, Berlin

Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0558-9126

ISBN 978-3-428-13978-1 (Print)

ISBN 978-3-428-53978-9 (E-Book)

ISBN 978-3-428-83978-0 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Regensburg im Sommersemester 2012 als Dissertation angenommen.

Mein besonderer Dank gilt Herrn Professor Dr. Michael Pawlik, LL.M., der die Untersuchung des Themas angeregt und die Fertigstellung der Arbeit in engagierter, hervorragender Weise betreut hat. Herrn Professor Dr. Bernd von Heintschel-Heinegg danke ich für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Großer Dank gebührt Frau Rechtsanwältin Claudia Menzel für vielfache, scharfsinnige Impulse und für ihr großes Verständnis in den letzten Jahren. Von ganzem Herzen danke ich meinen Eltern für die Unterstützung während meiner gesamten Ausbildung und der Entstehung der Dissertation. Ihnen ist die Arbeit in Liebe und Dankbarkeit gewidmet.

Hamburg, im Januar 2013

Torsten Schwarz

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	15
A. Phänotypik der Opfermitverantwortung	16
I. Spekulative Geschäfte	18
II. Irreale Erwartungen	21
1. Aberglaube	22
2. Geldanlage	23
3. Unterschiede in den Fallkonstellationen	25
III. Eigenschaftszuschreibung bzgl. Produkten und Dienstleistungen	26
IV. Kaffeefahrten	28
V. Opfer zweifelt an der Wahrheit der vom Täter behaupteten Tatsache ...	29
VI. Zusammenfassung/Ausblick	31
B. Vergleich der schweizerischen mit der deutschen Rechtslage	32
I. Gesetzgeberische Ausgangslage	32
1. Art. 146 SchwStGB – Betrug im schweizerischen Strafgesetzbuch .	32
2. § 263 StGB – Betrug im deutschen Strafgesetzbuch	43
II. Tatbestandsseite	43
1. Rechtsprechung	44
2. Herrschende Auffassung im Schrifttum	46
III. Ebene der Strafzumessung	47
1. Strafschärfende oder strafmildernde Wirkung?	48
a) Irrationale Erwartung/Unbedarftheit	51
b) Leichtgläubigkeit/Nauvität	52
c) Zwischenergebnis	52
2. Methode	53
a) Vorbemerkungen	53
b) Rechtsprechung	54
c) Literatur	56
IV. Dogmatische Inhomogenität wegen versteckter tatbestandlicher Berücksichtigung der Opfermitverantwortung	60
1. Täuschung durch Unterlassen/konkludente Täuschung	61

2. Ausdrückliche Täuschung	71
3. Ergebnis/Ausblick	80
C. Kriminalpolitischer/strafrechtstheoretischer Hintergrund	82
I. Grundsätzliche Anliegen der Konzeptionen	82
II. Dogmatische Herleitung	83
1. Ursprüngliche Ableitung aus dem Subsidiaritätsgrundsatz	85
2. Ableitung aus dem ultima ratio-Charakter des Strafrechts	86
III. Faktisch-naturalistischer Ansatz	87
1. Darstellung	87
2. Anknüpfung an das Tatbestandsmerkmal „Irrtum“	88
a) Giehring, Krey, Schmidhäuser (sog. Wahrscheinlichkeitstheorien)	90
b) Amelung	91
c) R. Hassemer	93
d) Herzberg	95
3. Abstützung des juristisch-ökonomischen Vermögensbegriffs	97
4. „Vermögensschaden“	98
5. Kritik	100
IV. Normativer Ansatz	101
1. Darstellung	101
a) Anknüpfung an das Tatbestandsmerkmal „Täuschung“	102
b) Anknüpfung an den Ursachenzusammenhang zwischen „Täuschung“ und „Irrtum“	104
c) Anknüpfung an die Lehre vom Schutzzweck der Norm	106
2. Kritik	109
D. Genuin dogmatische Lösung unter Abgrenzung von Zuständigkeitsbereichen	113
I. Argumentationsgang	113
II. Abgrenzung nach Zuständigkeitsbereichen als übergeordnetes Prinzip ..	114
1. Ausgangspunkt: Lehre von der objektiven Zurechnung	115
2. Übertragung auf den Betrugstatbestand	117
3. Konzeptionen von Frisch und Wittig	118
a) Position von Frisch	119
b) Position von Wittig	121
4. Konzeptionen von Kindhäuser und Pawlik	124
a) Kriterien nach Kindhäuser	126
b) Kriterien nach Pawlik	127
5. Konsens – normative Auslegung des Täuschungsbegriffs	130
a) Anerkannte Fälle normativer Relevanz – Betrug durch Unterlassen	131

Inhaltsverzeichnis	11
b) Keine Relevanz per se	131
c) Schlussfolgerung: Abgrenzung zwischen betrugsrelevanter und betrugsirrelevanter Täuschungen durch Zuordnung von Täter- und Opferzuständigkeiten	133
III. Umsetzung in allgemein gültige Pflichtenkategorien und Rückführung auf das Erfordernis einer Solidaritätspflicht	134
IV. Abgrenzung der Verantwortungsbereiche unter Beachtung der Vorgaben des Wuchertatbestandes (§ 291 StGB)	145
1. Wuchertatbestand als Maßstab für das Bestehen einer Solidaritätspflicht	146
2. Darstellung anhand der typischen Mitverantwortungssituationen	153
a) Verwirklichung des Wuchertatbestandes in den Fällen einer Opfermitverantwortung	154
(1) Wuchertatbestand und Betrugstatbestand prima facie erfüllt	158
(2) Wuchertatbestand nicht erfüllt, aber Betrugsstrafbarkeit prima facie gegeben	164
(3) Schwächelage vom Gewicht des Wuchertatbestandes gegeben, aber keine Wucherstrafbarkeit mangels auffälligen Missverhältnisses	172
(4) Relevanz der Opfermitverantwortung auf Strafzumessungsebene	177
b) Zusammenfassung	178
V. Fallgruppe: Tatsächliches, aber normativ nicht gebotenes Misstrauen	179
 Literaturverzeichnis	 181
 Sachwortverzeichnis	 197

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
abw.	abweichend
a.F.	alte Fassung
ArchKrim	Archiv für Kriminologie
Art.	Artikel
ArztR	Arztrecht
ArztuR	Zeitschrift für Arzt- und Zahnarztrecht
AT	Allgemeiner Teil
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BT	Besonderer Teil
BT-Drucks.	Drucksache des Deutschen Bundestages
DB	Der Betrieb
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
GA	Goldtdammer's Archiv für Strafrecht
GG	Grundgesetz
HRRS	Zeitschrift für HöchstRichterliche Rechtsprechung im Strafrecht
JA	Juristische Arbeitsblätter
JGG	Jugendgerichtsgesetz
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
LG	Landgericht
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
MedR	Medizinrecht
MschrKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht

OLG	Oberlandesgericht
RG	Reichsgericht
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichtes in Strafsachen
SchuFa	Schutzgemeinschaft für allgemeine Kreditsicherung
SchwZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
SJK	Schweizerische Juristische Kartothek
StGB	Strafgesetzbuch
StV	Strafverteidiger
u.a.	unter anderem, unter anderen
vgl.	vergleiche
WiStG	Wirtschaftsstrafgesetz
wistra	Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZIS	Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik
Zit.	Zitierweise
ZMGR	Zeitschrift für das gesamte Medizin- und Gesundheitsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSchwR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Einleitung

Die vorliegende Untersuchung befasst sich mit der Frage, wie eine Mitverantwortung des Opfers am Betrugserfolg bei der Betrugsstrafbarkeit berücksichtigt werden kann. Die besondere Relevanz dieser Problematik beim Betrug ergibt sich aus seinem Deliktscharakter als Selbstschädigungsdelikt, bei dem das Opfer an seiner eigenen Schädigung mitwirkt. Eine bloß einseitige Betrachtung des Täterverhaltens erscheint deshalb nicht konzeptionsgerecht.¹

Bei den Betrugssachverhalten mit Opfermitverantwortung muss zwischen zwei Grundkonstellationen unterschieden werden. Das Opfer kann allein durch die vom Betrugstatbestand vorausgesetzte Vermögensverfügung² am Betrugserfolg mitgewirkt haben. Diese Konstellation bietet keinen Anknüpfungspunkt für eine der Betrugsstrafbarkeit entgegenstehende Opfermitverantwortung. Von Relevanz sind vielmehr jene Sachverhalte, in denen das Opfer über die bloße Vermögensverfügung hinaus durch Unterlassen von Selbstschutzmöglichkeiten zum Betrugserfolg beigetragen hat. In diesen Fällen stellt sich die Frage, wie ein solches Opferverhalten rechtlich zu bewerten ist.

Die Arbeit geht zunächst im Kapitel A. der Frage nach, welches Opferverhalten vom Begriff „Opfermitverantwortung“ umfasst wird. Die Begriffsbestimmung des Terminus „Opfermitverantwortung“ erfolgt anhand zahlreicher Beispielfälle, die teilweise auch den Gegenstand von Gerichtsentscheidungen bilden. Nach dieser Begriffsbestimmung wird in einem nächsten Schritt – Kapitel B., Kapitel C. und Kapitel D. – die dogmatische Lozierung der Problematik vorgenommen. Die herrschende Auffassung in Rechtsprechung und Literatur bildet dabei den Ausgangspunkt der Diskussion (vgl. Kapitel B.). Daran anschließend erfolgt im Kapitel C. die Darstellung und Diskussion der so genannten viktimodogmatischen Ansichten, die vorwiegend auf eine kriminalpolitische Argumentation zurückgreifen. Im Kapitel D. wird eine genuin dogmatische Lösung erarbeitet. Diese Lösung bietet sodann die Grundlage für eine abschließende rechtliche Bewertung der Beispiele aus Kapitel A.

¹ Vgl. auch *Pawlik*, Betrug, S. 49, der es als „augenfällig“ beschreibt, dass „Täter und Opfer jeweils gemeinsam in den Blick zu nehmen sind“; ferner *Amelung*, GA 1977, S. 1, 17; *Ellmer*, S. 238 ff.; *R. Hassemer*, S. 53 ff.; *Hefendehl*, S. 140; *Kratzsch*, Oehler-FS, S. 65, 73 ff.; *Kurth*, S. 3 ff.; *Schünemann*, Verbrechenopfer in der Strafrechtspflege, S. 407, 407 ff.; *Schünemann*, Faller-FS, S. 357, 362.

² Zum Begriff der „notwendigen Teilnahme“ vgl. *Amelunxen*, S. 95; *Fischer*, Vor § 25 Rn. 7; *Jakobs*, 24. Abschn. Rn. 7 ff.; *Wessels/Beulke*, Rn. 587.

A. Phänotypik der Opfermitverantwortung

Die vorliegende Untersuchung umfasst jene Fallkonstellationen, die durch eine Mitverantwortlichkeit des Opfers für den Betrugserfolg gekennzeichnet sind. Zunächst stellt sich die Frage, welche Erscheinungsformen von Opfermitverantwortung bestehen und welches Opferverhalten als Mitverantwortung anzusehen ist.

Der Begriff „Opfermitverantwortung“ ist durch Rechtsprechung und Literatur inhaltlich kaum konkretisiert. In den Entscheidungsbegründungen der Gerichte bleibt es oft bei der bloßen Aussage, dass dem Angeklagten die Tatbegehung sehr leicht gemacht worden sei.¹ Nur sehr selten wird genau umschrieben, was als Opfermitverantwortung angesehen wird. Das Landgericht Flensburg sah die Mitverantwortung in einem Fall, in dem sich der Täter als Arzt ausgab, darin, dass zuvor ein zu kurzes Vorstellungsgespräch mit dem Täter geführt, Warnungen ignoriert und die Originalunterlagen nicht angefordert wurden. Nach der Auffassung des Landgerichts wurde es dem Täter dadurch auffallend leicht gemacht.² Auch im Schrifttum lassen sich Beispiele und Konstellationen finden, in denen Opfermitverantwortung eine Rolle spielt.³ Sie dienen aber nicht dem Zweck, den Begriffsinhalt der Opfermitverantwortung zu bestimmen, sondern werden entweder als bloßes „Anschauungsmaterial“⁴ oder um die eigene Konzeption zu verdeutlichen⁵, genutzt. Der Inhalt des Begriffs „Opfermitverantwortung“ scheint

¹ So BGH, NStZ 1991, 527; BGHR StGB § 263 Abs. 3 Gesamtwürdigung 1 („nicht sonderlich schwer gemacht“); BGH, StV 1983, 326 („sorgloses und nachlässiges Verhalten“); BGH, wistra 1986, 172 („besondere Nachlässigkeit“); BGH, wistra 2009, 153 („immense Leichtfertigkeit“); OLG Karlsruhe, NStZ-RR 2002, 333 („fast als leichtsinnig zu bezeichnendes Verhalten“); LG Gera, NStZ-RR 1996, 167 („sorgloses und nachlässiges Verhalten“).

² LG Flensburg, Urteil vom 9. Januar 1985, Az: I KLs 8/84 – 102 Js 6905/83; ähnlich LG Leipzig, Urteil vom 22. Januar 1999, Az: 6 KLs 100 Js 36182/97, das in einem gleich gelagerten Fall die Mitverantwortung in der „Nachlässigkeit und Gutgläubigkeit“ der zuständigen Institutionen gesehen hat.

³ So zum Beispiel bei *Amelung*, GA 1977, S. 1, 11 ff.; *Arzt/Weber*, § 20 Rn. 2 ff.; *Harbort*, S. 24 ff., dessen Darstellung sich auf Fälle mit besonderer Leichtgläubigkeit des Opfers beschränkt; *R. Hassemer*, S. 161 ff., 167 ff.; *Krüger*, wistra 2003, S. 297, 298; *Kurth*, S. 183 ff.; *Loos/Krack*, JuS 1995, S. 204 ff.; *Tischler*, Jura 1988, S. 122, 124.

⁴ *Amelung*, GA 1977, S. 1, 11 ff.; *Arzt/Weber*, § 20 Rn. 2 ff.; *Tischler*, Jura 1988, S. 122, 124.

⁵ *Giehring*, GA 1973, S. 1, 17 ff.; *R. Hassemer*, S. 161 ff., 167 ff.; *Herzberg*, GA 1977, S. 289, 295 ff.; *Kurth*, S. 183.

dabei festzustehen. Jedoch ist eine umfassende Inhaltsbestimmung bislang nicht erarbeitet worden. Eine Analyse von Beispielsituationen oder gar eine systematische Ordnung von Beispielsfällen ist nicht zu finden. Sofern die Opfermitverantwortung umschrieben wird, ist diese Darstellung als konkretes Ergebnis (für eine spezifische Erscheinungsform) in die eigene Konzeption eingebettet, ohne aber den Begriff „Opfermitverantwortung“ näher zu bestimmen.⁶ Allein *Ellmer* hat in einem gewissen Umfang Fallkonstellationen zusammengestellt, die nach seiner Ansicht typischerweise mit hoher Opfermitverantwortung belastet sind.⁷ Er stellt seine Darstellung aber nicht der Arbeit voran, sondern ordnet diese, nachdem er viele Lösungsmöglichkeiten in Rechtsprechung und Literatur diskutiert hat, einem losgelösten Kapitel über kriminologische und viktimologische Erkenntnisse zu. Insbesondere fehlt eine konsequente Zuordnung unter bestimmte Oberbegriffe, so dass der Darstellung eine Struktur fehlt. Trotz umfangreicher Analyse beseitigt auch *Ellmer* nicht den grundsätzlichen, oben beschriebenen Mangel.⁸

Nach den bisherigen Aussagen lässt sich „Opfermitverantwortung“ als eine Situation bestimmen, in der der Betrugserfolg wegen mangelnden Selbstschutzes des Opfers eintreten konnte.⁹ Teilweise wird diese Maßgabe – ohne nähere Erläuterungen – um die Begriffe „Leichtgläubigkeit“, „Dummheit“ oder „Leichtsinn“ ergänzt;¹⁰ teilweise die Leichtgläubigkeit des Opfers sogar als Synonym für die Opfermitverantwortung verwendet.¹¹ All diese pauschalen und weitgehend inhaltsleeren Umschreibungen des Begriffs „Opfermitverantwortung“ werden aber der Bandbreite an Beispielskonstellationen mit den jeweiligen Besonderheiten nicht gerecht.¹² Die Konstellationen, in denen eine Opfermitverantwortung zu-

⁶ Näheres dazu auch bei Darstellung der jeweiligen Konzeption.

⁷ Vgl. dazu *Ellmer*, S. 257 ff.

⁸ In ähnlicher Weise kritisiert *Maiwald* die Verwendung des Begriffs „Mitverantwortung“ bei *Ellmer*. *Maiwald* gewinnt den Eindruck, dass „die Situation einer ‚intellektuellen Auseinandersetzung‘ zwischen Täter und Opfer, die offenbar als Prototyp der Betrugssituation angesehen wird [...], zwei (oder mehrere) Personen des Wirtschaftslebens kennzeichne, die nach bestimmten Spielregeln gleichsam miteinander ringen, um ihren eigenen Vorteil zu erzielen, und daß diese Personen dann möglicherweise Regeln verletzen, die zu ihrem eigenen Schutz vorhanden sind – was dann eben als ‚Mitverschulden‘ oder als ‚Mitverantwortung‘ am Schaden erscheint.“, vgl. dazu *Maiwald*, ZStW, Bd. 103, 1991, 698.

⁹ *Fischer*, § 263 Rn. 55a; *Lackner/Kühl*, § 263 Rn. 18, 20; *Loos/Krack*, JuS 1995, S. 204, 207; *Müller-Christmann*, JuS 1988, S. 108, 109; *Schönke/Schröder/Cramer/Perron*, § 263 Rn. 43; *Schünemann*, NStZ 1986, S. 193, 195; *Seier*, ZStW, Bd. 102, 1990, 571; *SK/Hoyer*, § 263 Rn. 1, 68; *Tischler*, Jura 1988, S. 122, ff.

¹⁰ So bei *Krey/Hellmann*, Rn. 374; *Lackner/Kühl*, § 263 Rn. 18, 20; *Loos/Krack*, JuS 1995, S. 204, 207; *Müller-Christmann*, JuS 1988, S. 108, 110; *Schönke/Schröder/Cramer/Perron*, § 263 Rn. 32.

¹¹ So *Fischer*, § 263 Rn. 63.

¹² Ähnlich auch *Maiwald*, der insbesondere die Konturenlosigkeit der Begriffe „Mitverschulden“ und „Mitverantwortung“ bemängelt, vgl. *Maiwald*, ZStW, Bd. 103, 1991, 698.