

Münchener Juristische Beiträge · Band 51

Vasileios Petropoulos

**Die Berücksichtigung des Opferverhaltens
beim Betrugstatbestand**



Herbert Utz Verlag · München

Münchener Juristische Beiträge

Herausgeber der Reihe:

Dr. jur. Thomas Küffner

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

Zugleich: Dissertation, München, Univ., 2005

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch
begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung,
des Nachdrucks, der Entnahme von Abbildungen, der
Wiedergabe auf photomechanischem oder ähnlichem We-
ge und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen
bleiben, auch bei nur auszugsweiser Verwendung,
vorbehalten.

Copyright © Herbert Utz Verlag GmbH 2005

ISBN 3-8316-0473-8

Printed in Germany

Herbert Utz Verlag GmbH, München
Tel.: 089-277791-00 · www.utzverlag.de

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
EINLEITUNG	1
 TEIL A: Der Betrug als Verbrechen. Strafwürdigkeit und Strafbarkeit 3	
A) <u>Die Strafwürdigkeit des Betrugs.....</u>	3
I) Anpassung deontologischer Ansichten an den Betrugstatbestand.....	3
1) Die Bestrafung des Betrugs im Rahmen der Gerechtigkeitstheorie (Vergeltungs-Sühnethetheorie)	3
2) Teleologische Merkmale innerhalb einer absoluten Straftheorie?.....	4
a) Die Kant'sche Unfähigkeit des Verbrechers, Staatsbürger zu sein.....	4
b) Fairness als gerechte Ordnung und die Beziehung zur Erwartungssicherheit der positiven Generalprävention.....	6
II) Teleologische Rechtfertigung der Betrugsstrafwürdigkeit.....	7
1) Die Bestrafung des Betrügers als Mittel zur Bevölkerungsabschreckung (negative Generalprävention).....	9

2) Die Strafwürdigkeit des Betrugstäters nach der Theorie der Spezialprävention.....	9
III) Gesellschaftstheoretische Ansätze: Die Sicherung der Mindestbedingungen menschlichen Zusammenlebens.....	10
1) Die Bestimmung des Interessesbegriffs und seines Schadens innerhalb einer liberalen Gesellschaft.....	10
2) Die Sicherheitsinteressen als Bedingung freier Persönlichkeitsentfaltung und als Rechtfertigungsgründe der Strafe.....	12
3) Das Vermögen als Sicherheitsinteresse und der Betrug als Verletzung der gesellschaftlichen Freiheitssicherung.....	15
B) <u>Die Strafbarkeit des Betrugs</u>.....	18
I) Das Vermögen als geschütztes Rechtsgut.....	18
1) Der Begriff des Rechtsguts.....	18
2) Zivilrechtlicher Vermögensschutz.....	19
3) Der Betrugstatbestand als Teil des strafrechtlichen Schutzes vor Vermögensverletzungen.....	20
4) Schutzlose Vermögensbeeinträchtigungen.....	21
II) Der fragmentarische Charakter der Betrugskriminalisierung.....	23
1) Die Vielfältigkeit der gesellschaftlichen Bedürfnisse.....	23

2) Die Normierung und Revision des Betrugstatbestands als juristische Angelegenheit.....	24
3) Die Entstehungsgeschichte des Betrugstatbestands und die Stelle des Opfers in den alten deutschen Gesetzen.....	27
a) Die deutschen Partikularstrafgesetze des 19. Jahrhunderts.....	31
b) Die Entwicklung des Betrugstatbestands in Preußen.....	31
C) Zwischenergebnis.....	33
TEIL B: Die Bedeutung des Opferverhaltens für die täterbezogene Betrugsbewertung	35
A) Die Definition des Betrugsopfers.....	35
I) Allgemeine Opfertypologie. Erster Versuch einer Opferklassifikation.....	35
II) Die Ableitung des „Opfers“ aus der Religion und seine Umstellung in die viktimologische Kriminologie.....	38
III) Opferprävention als negative Voraussetzung der Opfereigenschaft? Erste Annäherung an viktimologische Ansätze.....	39
IV) Eigene Ansicht. Die Ableitung des strafrechtlich relevanten Opferbegriffs aus der gesellschaftlichen Freiheitssicherung.....	41
B) Opferbezogene Privilegierungsfälle des Täterverhaltens im Allgemeinen Teil des Strafrechts.....	44

I) Die fehlende subjektive Seite eines Rechtfertigungsgrunds.....	45
1) Die Unkenntnis von Merkmalen eines Rechtfertigungstatbestands.....	45
a) Die Bewertung der objektiv „gerechtfertigten“ Handlung.....	46
b) Die Prüfungspflicht beim Zweifeln über das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrunds.....	48
2) Die Unterschiede zwischen dem Betrugssopfer und dem Verletzten in einer Rechtfertigungslage.....	49
II) Fälle von sozialethischen Einschränkungen des Notwehrrechts.....	51
1) Die provozierte Notwehrlage.....	52
a) Die Notwendigkeit der Berücksichtigung der absichtlichen Provokation.....	52
b) Provokationen, die einen unbeabsichtigten Angriff auslösen.....	56
c) Der Vergleich des Verhaltens des Provokateurs und des Betrugssopfers.....	58
2) Die Notwehreinschränkung wegen bestehender Garantieverhältnisse	59
a) Die Frage nach einer gesteigerten Opferpflicht.....	59
b) Ausdehnungsmöglichkeiten einer Opferpflicht auf den Betrugstatbestand.....	62
III) Opfereigenschaften als normative Tatbestandsmerkmale.....	62
1) Die normativen Tatbestandsmerkmale und ihre Bedeutung.....	62

a) Der deskriptive und normative Teil des Tatbestandsinhalts.....	63
b) Normative Tatbestandsmerkmale als Vorsatzgegenstand.....	65
2) Der Einfluss der Opfers auf die normativen Tatbestandsmerkmale.....	66
a) Opfer und sozial bestimmte (normative) Tatbestandsmerkmale.....	67
b) Die Unterscheidung zwischen „echten“ und „unechten“ Opfereigenschaften....	69
3) Der Einfluss des Opfers auf die Tätereinsicht, Unrecht zu tun.....	73
a) Die Rolle des Opfers in den Erscheinungsformen des Verbotsirrtums.....	73
b) Die Rolle des Opfers bei der Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums.....	75
C) Zwischenergebnis.....	78
Teil C: Der Einfluss des Opferverhaltens auf die Auslegung und den Zusammenhang der Betrugstatbestandsmerkmale	80
A) Der Vermögensbegriff.....	81
I) Die Gewährleistung des Vermögensschutzes beim § 263 StGB.....	82
1) Der Schutz eines Rechts auf Wahrheit durch § 263 StGB.....	82
2) Das Vermögensschutz als ausschließliches Rechtsgut des § 263 StGB.....	84
II) Vermögensbegriffe und Opfermitverantwortung.....	85

1) Der juristische Vermögensbegriff.....	85
2) Der wirtschaftliche Vermögensbegriff.....	87
3) Der juristisch-ökonomische Vermögensbegriff.....	88
4) Personaler, funktionaler und dynamischer Vermögensbegriff.....	89
5) Stellungnahme: Wirtschaftlicher Vermögensbegriff mit strafrechtlichen Konturen.....	90
<u>B) Die betrügerische Täuschungshandlung</u>	93
I) Die Definition der Täuschungshandlung.....	93
II. Die Herbeiführung der Täuschungshandlung.....	94
1) Täuschung durch positives Tun.....	95
a) Ausdrückliche Täuschung.....	95
b) Konkludente Täuschung.....	96
2) Täuschung durch Unterlassen?.....	99
a) Irrtumserregung und Irrtumsbeseitigung.....	99
b) Die Garantenpflicht zur Aufklärung und die Entsprechensklausel.....	102
3) Die Rolle des Opfers bei der Täuschungshandlung bzw. beim Aufklärungsunterlassen.....	105

III) Der Gegenstand der Täuschungshandlung.....	107
1) Der Begriff der Tatsachen. Abgrenzung von den Werturteilen.....	107
2) Äußere und innere Tatsachen.....	109
3) Die Berücksichtigung des Opferverhaltens bei der Bejahung von Tatsachen.....	110
IV) Die Täuschungshandlung als Conditio des Irrtums.....	112
1) Der adäquate Kausalzusammenhang zwischen Täuschung und Irrtum.....	112
2) Die Irrtumszurechnung nach der Theorie des Schutzzwecks der Norm.....	115
3) Die Täuschungshandlung unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensgrundsatzes.....	117
C) Das Tatbestandsmerkmal des Irrtums.....	119
I) Definition des Irrtums. Abgrenzung von den ignoratia facti.....	119
II) Die Intensität der Fehlvorstellung.....	121
1) Die Möglichkeits- bzw. Wahrscheinlichkeitstheorie.....	121
a) <i>Gierings</i> und <i>Kreys</i> Beiträge zur Auslegung des Irrtumsbegriffs.....	121
b) Kritik an die Möglichkeits- und Wahrscheinlichkeitstheorie.....	123
2) Die viktimodogmatischen Ansätze.....	124

a) Die begriffliche Reduktion des Irrtums im Hinblick auf die Opfermitverantwortung.....	124
b) Kritik an der viktimodogmatischen Lehre.....	126
3) Auslegung des Irrtumsmerkmals parallel zur Einwilligung.....	129
a) <i>Herzbergs</i> Einwilligungsthese.....	129
b) Kritik an <i>Herzbergs</i> Auffassung.....	130
III) Der Irrtum als causa der Vermögensverfügung.....	132
1) Die Anwendung der modifizierten conditio sine qua non-Theorie.....	132
2) Der Zusammenhang nach der Theorie der objektiven Zurechnung.....	133
3) Die Kausalitätsbestimmung bei Personenmehrheit.....	136
D) Die Opferrolle beim Tatbestandsmerkmal der Vermögensverfügung	138
I) Definition und Hauptfälle der Vermögensverfügung.....	138
1) Gebeakt durch aktives Tun.....	138
2) Vermögensverfügung durch Unterlassen.....	139
3) Vermögensbezug als Erfordernis der Vermögensverfügung.....	140
4) Unbewusste und unfreiwillige Verfügung.....	141
5) Betrug als Vertypung mittelbarer Täterschaft?.....	143

II) Sonderfall der Verfügung: Der Dreiecksbetrug.....	144
1) Definition und Abgrenzung vom Diebstahl in mittelbarer Täterschaft nach der h.M.....	144
2) Das Opfer des Dreiecksbetrugs.....	147
3) Eigenes Abgrenzungskonzept: Die opferbezogene Eindruckstheorie.....	148
4) Die Zurechnung der Verfügung zum Geschädigten.....	150
E) Der Vermögensschaden und die Opfermitverantwortung.....	152
I) Hauptprinzipien der Schadensermittlung.....	153
1) Das Saldierungsprinzip.....	153
a) Der Zeitpunkt des Schadenseintritts.....	154
b) Die Wertbemessung des Verfügungsobjekts und der wirtschaftlichen Vorteile.....	155
c) Berücksichtigung des zivilrechtlichen Schadensausgleichs?.....	157
2) Die Vermögensgefährdung als Vermögensminderung.....	159
a) Konkrete und abstrakte Vermögensgefährdung.....	159
b) Bejahung eines „Gefährdungsschaden“ aufgrund von Opfermitverantwortung?.....	160

3) Die Fälle des Eingehungs- und Erfüllungsbetrugs.....	162
---	-----

II) Spezielle Fälle von Vermögensschaden.....	164
---	-----

1) Der Vermögensschaden bei Risikogeschäften.....	164
---	-----

2) Der Betrug durch Verkauf von Illusionen.....	165
---	-----

3) Der Bettelbetrug und die Lehre von der sozialen Zweckverfehlung.....	166
---	-----

F) Zwischenergebnis.....	169
---------------------------------	-----

Teil D: Die Berücksichtigung des Opferverhaltens bei der Strafzumessung.....	171
---	-----

A) Methodische Überlegungen zur Einbeziehung der Opfermitverantwortung in die Strafzumessung.....	173
--	-----

I) Viktimologische Befunde als Ausgangspunkt des Einbeziehungsverfahrens.....	173
---	-----

1) Das Beziehungsverbrechen und seine Anpassung an die Strafzumessung.....	173
--	-----

2) Die Verwertbarkeit von Opfertypologien.....	174
--	-----

3) Der Gedanke der funktionalen Verantwortlichkeit und seine Anpassung an die Strafzumessung.....	175
---	-----

II) Gesetzliche Regelungen als Ausgangspunkt des Einbeziehungsverfahrens.....	176
---	-----

1) Unrecht und Schuld als abgestufte Begriffe.....	176
--	-----

2) Die Berücksichtigung von „realen Strafumessungsgründen“.....	177
III) Die direkte Anpassung des Opferverhaltens an den Wortlaut des § 46 StGB.....	178
B) Die Anpassung der Viktimologie an die Grundlagen der Strafzumessung	178
I) Die Anknüpfung der Viktimologie an das zumessungsrelevante Schuldprinzip....	179
II) Die Anknüpfung der Viktimologie an die Strafzwecke.....	180
C) Die Abwägung von opferbezogenen Strafzumessungstatsachen mit einander	182
I) Das dreistufige Abwägungsverfahren.....	183
1) Die Ermittlung von zumessungsrelevanten Tatsachen.....	183
2) Die Wahl des Strafrahmens.....	184
3) Die Strafzumessung im engeren Sinne. Zugleich eine Mathematisierung des Abwägungsverfahrens.....	185
a) Der Hauptgedanke der „fuzzy logic“ und sein Zusammenhang mit der Strafzumessung	187
b) Das Ausmaß der Opfermitverantwortung und seine Berechnung durch die „fuzzy logic“	193
II) Die Berücksichtigung der Opfermitverantwortung im Rahmen des Katalogs von Zumessungstatsachen (§ 46 II S. 2 StGB).....	196

1) Opferverhalten und Maß der Pflichtwidrigkeit.....	197
2) Opferverhalten und Art der Tatausführung.....	198
D) Die praktischen Folgen der Subsumtion der Opfermitverantwortung unter die Strafzumessung.....	200
I) Die Begrenzung des Strafrahmens.....	200
II) Auswirkungen der Opfermitverantwortung auf den Täter-Opfer-Ausgleich und die Schadenswiedergutmachung.....	202
III) Berücksichtigung der Opfermitverantwortung im Rahmen der Einstellung des Strafverfahrengens.....	204
Teil E: ENDERGEBNIS.....	207
ANHANG: Schematische Darstellung der Opfermitverantwortung mit Hilfe der fuzzy logic.....	214

EINLEITUNG

Der Betrugstatbestand wird durch das ungeschriebene, aber allgemein anerkannte Tatbestandsmerkmal der Vermögensverfügung charakterisiert, demzufolge die Vermögensbeschädigung „mit Willen und durch einen Gebeakt des Getäuschten“ erfolgt¹. Der Betrug wird also als Selbstschädigungsdelikt konzipiert, im Rahmen dessen eine kommunikative Einwirkung auf einen anderen Menschen, nämlich auf das Betrugssopfer, erforderlich ist².

Dieses tatbestandliche Selbstschädigungsmerkmal gab Anlass für eine Wiederbestimmung des fragmentarischen Charakters des Strafrechts, insbesondere was die Erforderlichkeit des strafrechtlichen Schutzes in Fällen eines leichtsinnigen Opferverhaltens anbelangt³. Hätte also der Betrogene die Möglichkeit, der Begehungsart des Betrugs gemäß, entweder die Unwahrheit der vorgespiegelten Tatsachen, oder die entstellten, bzw. unterdrückten Tatsachen zu erkennen, könnte er m.a.W. durch seine eigene Kraft den ihm gegenüber erregten Irrtum irgendwie vermeiden, sollte er auch in der Lage sein, sich selbst ohne jede strafrechtliche Hilfe wirksam zu schützen. Diese sogenannte viktimologische Ansicht stößt jedoch auf erhebliche Kritik⁴.

Raimund Hassemer begann seine Anfang der 80er Jahre erschienene Dissertation mit dem Satz, der mehr oder weniger allen Juristen bekannt (und meistens selbstverständlich) ist, nämlich dass „Aufgabe des Strafrechts der Rechtsgüterschutz“ sei.⁵ *Hassemer* setzte die Gewährleistung strafrechtlichen Rechtsgüterschutzes unter die Bedingung der Geeignetheit und Erforderlichkeit des Strafeinsatzes, und versuchte innerhalb dieser Erforderlichkeit, dem fragmentarischen Charakter des Strafrechts eine neue Dimension zu verleihen.

Unabhängig von der Richtigkeit dieses Ergebnisses ist meines Erachtens sein Ausgangspunkt fragwürdig. Wenn das Strafrecht tatsächlich nur dem Rechtsgüterschutz dient, dann muss auch der Rechtsgutsbegriff einwandfrei bestimmt werden. Im Laufe der Jahre wurden zahlreiche Versuche unternommen, das Rechtsgut begrifflich zu bestimmen, ohne jedoch das erwünschte Ergebnis zu erreichen⁶. Erst die Ableitung des Rechtsgutsbegriffs aus der Verfassung konnte meines Erachtens

¹ *Tiedemann*, LK (11), § 263, Rn 5.

² *Ameling*, GA 1977, S. 17 ff.

³ *Ameling*, s.o., S.1 ff.; *R.. Hassemer*, Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik, S.19 m.w.N.

⁴ *Cramer* in *Schönke/Schröder*, §263 ; *Hillenkamp*, Vorsatztat und Opferverhalten; *Fischer* in *Tröndle/Fischer*, §263; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT, und von der Rechtsprechung siehe BGH, NJW 95, S. 1844 ff. (Siehe auch *Hennings*, Teleologische Reduktion, S. 76, m.w.N.).

⁵ *Hassemer*, Schutzbedürftigkeit, S 17.

⁶ Vgl z.B. den „methodischen“ Rechtsgutsbegriff *Honigs* (in seinem Werk „Die Einwilligung des Verletzten“, 1919, S. 30), der als eine „Abbreviatur des Zweckgedankens“ verstanden wurde (vgl dazu auch *Roxin*, Strafrecht AT, § 2, Rn 7).

den Rechtsgutsbegriff mit dem materiellen Verbrechensbegriff treffend verbinden⁷. Dazu kann die Feststellung, dass Rechtsgüter auch vom Zivil- bzw. vom Verwaltungsrecht geschützt werden, der Rechtsgutslehre zusätzliche Schwierigkeiten bereiten.

Nimmt man in Anlehnung an die h.L. das Vermögen als das vom Betrugstatbestand geschützte Rechtsgut an, lässt sich der fragmentarische Charakter dieses strafrechtlichen Rechtsgutsschutzes von Anfang an erkennen. Nicht jede Verschaffung eines Vermögensvorteils, die kraft eines gegenüber dem Opfer erregten Irrtums verursacht wird, kann den objektiven Tatbestand des § 263 StGB erfüllen. Und umgekehrt kann nicht nur durch betrügerisches Verhalten eine Vermögensbeeinträchtigung entstehen.

Daraus folgt, dass, bezüglich der strafrechtlichen Aufgabe, es sich nicht bloß um einen Rechtsgüterschutz handelt, sondern um einen Schutz vor einer bestimmten Rechtsgutsbeeinträchtigung, die sich nicht nur auf die Rechtsgutsqualität, sondern auch, und zwar hauptsächlich, auf die Art und Weise des beeinträchtigenden Verhaltens stützt. Der Grund für den strafrechtlichen Schutz des Vermögens ist also teilweise außerhalb seines qualitativen Werts als Rechtsgut und innerhalb seiner Verletzungsart zu suchen. Vor allem aber genügt es nicht, die Strafwürdigkeit des Betrugs ausschließlich auf die Schutzwürdigkeit des Vermögens zu stützen, genau weil die zuletzt genannte nicht unbedingt einen strafrechtlichen Charakter haben soll.

Diese Feststellungen gaben mir Anlass, mich im ersten Teil dieser Arbeit statt mit der üblichen Entstehungsgeschichte des Betrugstatbestands überwiegend mit der Rechtfertigung seiner Strafwürdigkeit und seiner Strafbarkeit zu beschäftigen. Warum also das fremde Vermögen verletzende, betrügerische Verhalten den Einsatz des strafrechtlichen Mittels überhaupt rechtfertigt, unter welchen Voraussetzungen der Betrug kriminalisiert wird und in welchem Topos eine potentielle Mitberücksichtigung des Opferverhaltens stattfindet, dies sind die Themen des folgenden Teils.

⁷ Roxin, Strafrecht AT, § 2, Rn 9 ff; dazu auch Schöch, FS für Schüler-Springorum, S. 253. Diese Konzeption ist jedoch eine Fortentwicklung der früheren Auffassung Roxins (vgl JuS 1966, S. 377 ff.) und wurde grundsätzlich in den 90ern, also nach der Dissertation R. Hassemers, von Roxin aufgefasst.