

# Gängige Formen suggestiver Irrtumserregung als betrugsrelevante Täuschungen

Von Prof. Dr. Volker Erb, Mainz

Der BGH hat die Übersendung rechnungsähnlicher Angebote, mit denen die Absender bei den Empfängern die unzutreffende Annahme einer bestehenden Zahlungsverpflichtung erzeugen wollten, vor einigen Jahren als Betrug eingestuft – zunächst bei der Überrumpelung geschäftsunerfahrener Personen, später auch beim Handeln gegenüber Gewerbetreibenden.<sup>1</sup> Das OLG Frankfurt hat sich dem vor kurzem für „Internetfallen“ mit versteckten Hinweisen auf eine Kostspflicht von Angeboten angeschlossen, die auf den ersten Blick kostenlos erscheinen.<sup>2</sup> In entsprechender Weise entschied das OLG Oldenburg einen Fall, in dem die Beschuldigten durch ein automatisiertes kurzes Anwählen („Ping-Anruf“) im Display von Mobiltelefonen eine Nummer hinterließen, um bei den Angerufenen den Eindruck zu erwecken, jemand wolle mit ihnen sprechen, und um auf diese Weise jeweils einen Rückruf zu provozieren, der zu einer sinnlosen Bandansage führte und mit einer Gebühr von 0,98 Euro zu Buche schlug, weil es sich um eine gebührenpflichtige „0137-Nummer“ handelte.<sup>3</sup> Der vorliegende Beitrag behandelt die Frage, warum man solche und ähnliche Varianten der Irrtumserregung mit Fug und Recht als betrugsrelevante Täuschung betrachten kann.

## I. Eingrenzung des Problems

1. Die Möglichkeit, einen anderen zu betrügen, ohne ausdrücklich die Unwahrheit zu sagen, ist im Grundsatz unbestritten: Abgesehen von Fällen, in denen die garantenpflichtwidrige Nichtaufklärung zu einer Strafbarkeit nach §§ 263, 13 StGB führt, besteht weitgehende Einigkeit, dass nonverbales Verhalten unter bestimmten Umständen einen ähnlichen Erklärungswert besitzen kann wie eine verbale Äußerung, und dass verbale Äußerungen über das ausdrücklich Gesagte hinaus je nach Kontext einen weitergehenden konkludenten Aussagegehalt besitzen können.<sup>4</sup> Eine solche

stillschweigende (Mit-)Erklärung von Tatsachen kann nach den Gepflogenheiten menschlicher Kommunikation im Einzelfall ebenso klar und eindeutig sein wie eine explizite Behauptung der betreffenden Umstände und führt dann ohne weiteres zur Annahme einer betrugsrelevanten Täuschung, wenn die konkludenten Angaben unwahre Tatsachen zum Gegenstand haben. Schwierigkeiten ergeben sich, wenn diese Eindeutigkeit fehlt, weil das Verhalten außer im Sinne einer wahrheitswidrigen Bekundung von Tatsachen auch so gedeutet werden kann, dass der fraglichen Handlung kein oder jedenfalls kein wahrheitswidriger Erklärungsgehalt zukommt. Beispiel hierfür ist die vieldiskutierte Frage, ob man durch den Abschluss einer Wette zum Ausdruck bringt, deren Gegenstand nicht durch unlautere Machenschaften manipuliert zu haben<sup>5</sup> (oder gar, den Ausgang eines grundsätzlich ungewissen Ereignisses, auf das die Wette abgeschlossen wird, auch nicht durch Zufall zu kennen<sup>6</sup>). Die für die Strafbarkeit nach § 263 StGB maßgebliche Entscheidung, ob in solchen und ähnlichen Fällen stillschweigend etwas Unrichtiges erklärt wird, ist stark kontextabhängig und einer Verallgemeinerung deshalb kaum zugänglich.

2. Die in den Ausgangskonstellationen auftretenden Schwierigkeiten sind indessen anderer Art: Bei den rechnungsähnlichen Angeboten besteht kein Zweifel, dass die betreffenden Schreiben bei flüchtiger Betrachtung die Annahme einer Zahlungsaufforderung begründen, das gezielte Platzieren des Kostenhinweises an versteckter Stelle lässt den unvorsichtigen Nutzer einer Internetseite definitiv glauben, diese könne kostenlos genutzt werden, und beim Auftauchen einer Nummer als „entgangener Anruf“ in der Anzeige eines Mobiltelefons entsteht zwangsläufig der Eindruck einer erheblichen Wahrscheinlichkeit (an der die Möglichkeit eines – bei Mobilfunkanschlüssen im Übrigen recht seltenen – Fehlanrufs durch ein „Verwählen“ nichts zu ändern vermag), jemand habe mit dem Inhaber des angewählten Anschlusses kommunizieren wollen. Dabei bestehen jedoch folgende Besonderheiten: Erstens konnten die Opfer mit einem gewissen Maß an Aufmerksamkeit erkennen, dass der ihnen gegenüber erweckte Anschein falsch war, denn bei den rechnungsähnlichen Schreiben und den Internetseiten hätte ihnen eine vollständige Lektüre und bei den „Ping-Anrufen“ eine genaue Betrachtung der mit „0137“ beginnenden Nummer gezeigt, woran sie wirklich waren. Dies rückt die Fälle in eine gewisse Nähe zu Sachverhalten, in denen jemand infolge der Konfrontation mit leicht durchschaubaren falschen Behauptungen einem Irrtum unterliegt,<sup>7</sup> womit die Annahme

<sup>1</sup> BGHSt 47, 1; BGH NSZ-RR 2004, 110; ausführlich zur Vielfalt möglicher Erscheinungsformen solcher Schreiben mit zahlreichen Beispielen und Abbildungen *Grau* (Sozialadäquate Geschäftstüchtigkeit oder strafbarer Betrug?, 2009, S. 11 ff.), der im Übrigen neben der Entwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung deren defizitäre Umsetzung in der Justizpraxis darstellt (*Grau* [a.a.O.], S. 81 ff., S. 95 ff.) und die „klassischen“, richtigerweise von § 263 StGB erfassten rechnungsähnlichen Angebotsschreiben von strafrechtlich irrelevanten Gestaltungsformen abgrenzt (*Grau* [a.a.O.], S. 199 ff.); vgl. zur Phänotypik der vorliegenden Kriminalitätsform ferner *Paschke*, Der Insertionsoffertenbetrug, 2007, S. 19 ff. (im Anhang S. 273 ff. ebenfalls mit Abbildungen einschlägiger Schreiben).

<sup>2</sup> OLG Frankfurt NJW 2011, 398; Übersicht über die gängigen Varianten dieser Betrugsmasche bei *Eisele*, NSZ 2010, 193.

<sup>3</sup> OLG Oldenburg wistra 2010, 453.

<sup>4</sup> Eingehend etwa *Kindhäuser*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafrechtsgesetz*,

Bd. 2, 3. Aufl. 2010, § 263 Rn. 109 ff.; zur Abgrenzung der aktiven konkludenten Täuschung von der Täuschung durch Unterlassen *Streng*, ZStW 122 (2010), 1 (18 ff.).

<sup>5</sup> Bejahend BGHSt 29, 165 (167 f.); BGHSt 51, 165 (172 f.); zustimmend etwa *Saliger/Rönnau/Kirch-Heim*, NSZ 2007, 361 (362 ff.); im Ergebnis auch *Krack*, ZIS 2007, 103 (105 ff.); krit. *Jahn/Maier*, JuS 2007, 215 (216 f.).

<sup>6</sup> So noch RGSt 62, 415 (416); dagegen BGHSt 16, 120.

<sup>7</sup> Vgl. dazu den „Haarverdicker-Fall“ (BGHSt 34, 199).

einer Betrugsstrafbarkeit ähnlichen Einwänden wie dort ausgesetzt ist, wenngleich die Situationen keinesfalls identisch sind (s.u. III.). Unabhängig davon ist zweitens zu beachten, dass die Fehlvorstellung letzten Endes weder durch eine ausdrückliche noch durch eine stillschweigende Mitteilung eines Gedankeninhalts, sondern durch eine suggestive Einwirkung ausgelöst wird.

a) Letzteres mag bei den rechnungsähnlichen Angeboten noch nicht in aller Deutlichkeit zutage treten, weil man die Übersendung eines Überweisungsvordrucks als konkludente Zahlungsaufforderung interpretieren kann, mit der der Täter einen in Wirklichkeit nicht bestehenden Zahlungsanspruch behauptet.<sup>8</sup> Gegenüber dem Standardfall eines Betruges durch unwahre Erklärungen (mögen diese in ausdrücklicher oder konkludenter Form abgegeben werden) besteht dabei aber der zentrale Unterschied, dass der Irrtum nicht mehr auf einer schlichten Fehleinschätzung des Wahrheitsgehalts der betreffenden Behauptung beruht (wie z.B. die Miterklärung der Zahlungsfähigkeit und Zahlungswilligkeit bei Aufgabe der Bestellung durch den Zechpreller, die der Gastwirt insofern durchaus zutreffend versteht). Kernelement der Irreführung ist vielmehr ein Verschleierungsmanöver, durch das der Täter bewirkt, dass der Getäuschte den Inhalt des Erklärten in wesentlichen Teilen überhaupt nicht erfasst. Letzteres ist dabei *conditio sine qua non* für das Gelingen des Tatplans, weil ein Irrtum nur bei bruchstückhafter Wahrnehmung der dargebotenen Informationen entsteht, während deren vollständige Erfassung durch das Opfer das Aufkommen von Fehlvorstellungen zwingend ausschließen würde. Die notwendige Verwirrung des Opfers erzeugt der Täter nun ersichtlich nicht mit Hilfe einer ausdrücklichen oder konkludenten Mitteilung, wonach die dem Schreiben bei flüchtiger Lektüre zu entnehmende Geltendmachung einer Forderung gegenüber der ausdrücklichen Unterbreitung eines Angebots im „Kleingedruckten“ den Vorrang genießen soll. Eine solche Erklärung (sei es in verbaler oder nonverbaler Form) wäre für die Erreichung seiner Ziele nämlich völlig untauglich bzw. sogar kontraproduktiv, weil sie jedem Adressaten zeigen würde, dass der äußere Schein mit der bei vollständiger Lektüre erkennbaren inhaltlichen Aussage nicht überein-

<sup>8</sup> Darauf abstellend, auch die gängige Argumentation in diesen Fällen: vgl. etwa BGHSt 47, 1 (3 f.); *Garbe*, NJW 1999, 2868 (2869); *Krack*, JZ 2002, 613 (614); *Otto*, Jura 2002, 606 (607); *Paschke* (Fn. 1), S. 179 ff.; *Eisele*, NSTZ 2010, 193 (194); *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 58. Aufl. 2011, § 263 Rn. 28; *Kindhäuser* (Fn. 4), § 263 Rn. 104; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 9. Aufl. 2003, S. 479; zur Unvergleichbarkeit mit „klassischen“ konkludenten Täuschungen hingegen bereits *Hoffmann*, GA 2003, 610 (614 f.); *Grau* (Fn. 1), S. 160 ff. Allgemein gegen ein Verständnis konkludenter Täuschungen als „Erklärungen“: *Frisch*, in: Pawlik u.a. (Hrsg.), Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007, 2007, S. 97 (S. 100 ff.); *Frisch*, in: Putzke u.a. (Hrsg.), Strafrecht zwischen System und Telos, Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008, 2008, S. 729 (S. 742 ff.).

stimmt und offenbar nur dazu dient, ihn zu überrumpeln. Zu Fehlvorstellungen veranlasst wird das Opfer vielmehr ausschließlich durch die suggestive Beeinflussung seines Vorstellungsbilds, die von einem entsprechend gestalteten Überweisungsträger in der vom Täter ausgenutzten Situation ausgeht.<sup>9</sup>

b) Die „Internet-Fallen“ sind ähnlich gelagert, und noch deutlicher wird das Ganze bei den „Ping-Anrufen“: Zwar stellt das OLG Oldenburg auch hier die Erwägung in den Vordergrund, ein eingehender Anruf stelle „einen Vorgang dar, der über das damit verbundene Signal hinaus die konkludente Erklärung beinhaltet, jemand wolle inhaltlich kommunizieren“, und vergleicht die Situation insofern mit einem „Läuten an der Wohnungstür“.<sup>10</sup> Dieser Vergleich passt jedoch nur für ein aktuell ertönendes Anrufsignal, das nach der Verkehrsanschauung in der Tat die kommunikativ vorgetragene Aufforderung enthält, den Anruf entgegenzunehmen, um in ein Gespräch einzutreten. Demgegenüber wird man das Hinterlassen einer Nummer in der Anzeige des angerufenen Mobiltelefons unter der Rubrik „entgangene Anrufe“ schon im Hinblick darauf, dass sie automatisch erfolgt deshalb und für jedermann ersichtlich keinerlei Rückschlüsse auf den Willen des Anrufers erlaubt, schwerlich als gezielte Mitteilung eines Gedankeninhalts (insbesondere nicht per se als Bitte um einen Rückruf) interpretieren können. Sie bildet vielmehr nur ein Indiz dafür, dass jemand erfolglos versucht hat, in eine Kommunikation einzutreten. Der hiervon ausgehende Anreiz für den vermeintlich Angerufenen, diese Kommunikation nun doch noch von sich aus durch einen Rückruf zu eröffnen, ist insofern eindeutig nicht kommunikativ, sondern suggestiv vermittelt.<sup>11</sup>

c) Damit ist allgemein zu untersuchen, ob man in einer solchen Auslösung von Irrtümern grundsätzlich in gleicher Weise eine betrugsrelevante Täuschung erblicken kann, wie das bei der (ausdrücklichen oder konkludenten) Erklärung unwahrer Tatsachen der Fall ist (dazu sogleich unten II.). Mit den evtl. strafrechtlichen Auswirkungen einer groben Sorglosigkeit des Opfers, das einer leicht durchschaubaren Täuschung auf den Leim geht, hängt diese Frage nicht unmittelbar zusammen, denn es lassen sich durchaus Fälle bilden, in denen jemand ebenfalls ohne kommunikative Einwirkung Opfer einer Suggestion wird, ohne dabei die in eigenen Angelegenheiten gebotene Sorgfalt zu vernachlässigen. Hier wäre z.B. an diejenigen zu denken, der durch die geschickt inszenierte Vortäuschung eines Unglückfalls, dessen Ernsthaftigkeit er mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln nicht kurzfristig überprüfen kann, zur Einleitung einer aufwendigen Rettungsaktion veranlasst wird, auf deren Kosten er am Ende sitzenbleibt, während der Initiator der Aktion, der das Ganze mit entsprechender Intention veranlasst hat, davon finanziell profitiert. Allerdings dürften rein suggestive, nicht durch unwahre Erklärungen flankierte Täuschungsmanöver

<sup>9</sup> Im Ergebnis ebenso *Grau* (Fn. 1), S. 191 ff.

<sup>10</sup> OLG Oldenburg wistra 2010, 453 (454).

<sup>11</sup> Insofern berechtigt die Kritik an der Argumentation des OLG Oldenburg bei *Jahn*, JuS 2010, 1119 (1120).

de facto in aller Regel auf die Überrumpelung unaufmerksamer Opfer abzielen.

3. Nicht näher vertieft werden sollen im vorliegenden Beitrag die Fragen, die sich im Einzelfall hinsichtlich des Vermögensschadens ergeben können.<sup>12</sup> Ein solcher setzt zunächst voraus, dass es tatsächlich zu einer Vermögensminderung kommt. Das ist bei der Leistung von Zahlungen auf rechnungsähnliche Angebote unproblematisch der Fall. Bei den Internetfällen kommt es darauf an, ob mit der Nutzung des scheinbar kostenlosen Angebots zumindest ein scheinbarer<sup>13</sup> oder lediglich anfechtbarer<sup>14</sup> Anspruch des Betreibers entsteht, den man wegen der mit seiner Abwehr verbundenen Unsicherheiten und Risiken als schadensgleiche Vermögensgefährdung betrachten kann.<sup>15</sup> Dies ist immer dann der Fall, wenn die Homepage so ausgestaltet ist, dass das Angebot auf den ersten Blick kostenlos erscheint, bei genauer Lektüre des „Kleingedruckten“ aber erkennbar wird, dass bei der Nutzung Kosten anfallen sollen. Anders lägen die Dinge, wenn der betreffenden Homepage überhaupt nicht zu entnehmen wäre, dass hier Kosten erhoben werden sollen, und es dem Betreiber nur darum ginge, Adressdaten von Nutzern zu erfahren, denen er dann mit der schlichten Behauptung, sie hätten ein kostenpflichtiges Angebot genutzt, eine Rechnung schickt: Hier wäre die Annahme, mit dem Besuch der Homepage könne tatsächlich eine Zahlungsverbindlichkeit begründet werden, so abwegig, dass ein Betrug in dieser Phase des Geschehens schon mangels Vermögensverfügung ausscheiden würde. Statt dessen hätten wir es nur mit einer Vorbereitungshandlung zu tun, während der eigentliche Betrug (und bei Androhung rechtlicher Schritte als „empfindlichem Übel“ ggf. auch eine Erpressung) in dem Moment stattfände, in dem der Betreiber durch Übersendung der Rechnung den unzutreffenden Anschein zu erwecken versucht, er habe einen durchsetzbaren Zahlungsanspruch erworben.<sup>16</sup> Bei den „Ping-Anrufen“ erscheint es naheliegend, schon mit dem täuschungsbedingten Rückruf des Opfers eine schadensgleiche Vermögensgefährdung anzunehmen, weil der Rückruf bei normalem Gang der Dinge automatisch dazu führen wird, dass dem Opfer eine Gebühr in Rechnung gestellt wird, deren Abwehr im Dreiecksverhältnis zwischen Mobilfunknutzer, Telekommunikationsunternehmen und Täter mit Unsicherheiten und Aufwand verbunden ist; allerspätestens entstünde der Schaden in dem Moment, in dem die überhöhte Rechnung bezahlt

wird.<sup>17</sup> Neben dem Eintritt einer Vermögensverminderung setzt die Strafbarkeit nach § 263 StGB selbstverständlich voraus, dass der Vermögensminderung beim Opfer keine wirtschaftlich gleichwertige Gegenleistung gegenübersteht. Dies ist eine Frage des Einzelfalls, wobei den Vermögensminderungen auf der Opferseite in den vorliegenden Konstellationen aber kaum jemals eine auch nur annähernd gleichwertige Kompensation gegenüberstehen dürfte.<sup>18</sup>

## II. Täuschung durch Suggestion

1. Die für die Behandlung der Ausgangsfälle zentrale Frage, ob eine betrugsrelevante Täuschung durch eine kommunikative Einwirkung auf das Opfer erfolgen muss, wird im Schrifttum überwiegend bejaht, wobei allerdings nicht die vorliegend interessierenden Konstellationen im Vordergrund stehen. Das Erfordernis wird vielmehr regelmäßig im Zusammenhang mit Fällen genannt, in denen der Täter einen rechtlich relevanten Sachverhalt so manipuliert, dass das hierauf bezogene Vorstellungsbild eines anderen nicht mehr richtig ist, wobei auf das Vorstellungsbild als solches aber gerade nicht eingewirkt wird.<sup>19</sup> Wohl bekanntestes Beispiel hierfür ist der „blinde Passagier“, der vom Kapitän unbemerkt das Schiff betritt und dessen Annahme, alle an Bord befindlichen Personen seien auf der Passagierliste registriert, Lügen straft, ohne die Gedanken des Kapitäns dabei jedoch in irgendeiner Form zu beeinflussen. An der dieser Betrachtung zugrundeliegenden Interpretation, wonach die Erregung oder Unterhaltung des Irrtums durch eine Beeinflussung der Gedanken des Opfers (oder das garantenpflichtwidrige Unter-

<sup>17</sup> Bei OLG Oldenburg wistra 2010, 453 (455) ist nicht ganz klar, worin der *Senat* die als maßgeblich erachtete „Belastung der Anschluss Teilnehmer“ erblickt (Rechnungsstellung durch den Mobilfunkbetreiber oder effektive Zahlung, ggf. durch Lastschriftzug?). Bei der Masche mit den „Ping-Anrufen“ kann man übrigens darüber streiten, ob die beim Opfer (wann auch immer) eingetretene Vermögensminderung mit dem von den Tätern für sich erstrebten Vermögensvorteil „stoffgleich“ ist. Letzteres setzt voraus, dass man den an die Täter weiterzuleitenden Anteil zu keinem Zeitpunkt als eigenen Vermögensbestandteil des Telekommunikationsunternehmens, sondern nur als durchlaufenden Posten betrachtet (so im Ergebnis OLG Oldenburg wistra 2011, 453 [455]). Letzten Endes spielt diese Frage aber keine Rolle, weil die andernfalls beim Telekommunikationsunternehmen eintretende Vermögensmehrung für die Täter ein notwendiges Zwischenziel auf dem Weg zu ihrer eigenen Bereicherung darstellt, so dass wir es mit einer Drittbereicherungsabsicht entsprechend der Situation in den bekannten Provisionsvertreter-Fällen zu tun hätten.

<sup>18</sup> Vgl. *Eisele*, NStZ 2010, 193 (198).

<sup>19</sup> Vgl. etwa *Cramer/Perron*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 263 Rn. 12, 37; *Hefendehl*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2006, § 263 Rn. 75 f.; *Kindhäuser* (Fn. 4), § 263 Rn. 100 f.; *Tiedemann*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 6, 11. Aufl. 2005, § 263 Rn. 22 f.; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 13. Aufl. 2011, § 13 Rn. 5a.

<sup>12</sup> Dazu *Eisele*, NStZ 2010, 193 (197 f.).

<sup>13</sup> Gegen das Zustandekommen eines wirksamen Vertrages für den Regelfall *Buchmann/Majer/Hertfelder/Vögelein*, NJW 2009, 3189 f.

<sup>14</sup> Dazu eingehend im Zusammenhang mit klassischen Fällen des „Adressbuchschwindels“: *Loch*, Der Adressbuch- und Anzeigenschwindel, 2008, S. 41 ff.; für die Internetfälle OLG Frankfurt NJW 2011, 398 (403).

<sup>15</sup> Für den anfechtbaren Vertrag ebenso OLG Frankfurt NJW 2011, 398 (403) und insoweit wohl zwingend; für den Fall der drohenden Inanspruchnahme aus einem scheinbaren Vertrag: *Buchmann/Majer/Hertfelder/Vögelein*, NJW 2009, 3189 (3193); insoweit a.A. *Eisele*, NStZ 2010, 193 (197 f.).

<sup>16</sup> Vgl. auch *Eisele*, NStZ 2010, 193 (198).

lassen einer solchen), nicht aber durch eine ausschließliche Manipulation des Bezugsobjekts der Opfervorstellung erfolgen muss,<sup>20</sup> soll hier nicht gerüttelt werden. Für sie spricht schon der Gesetzeswortlaut von § 263 StGB, wo in Bezug auf „falsche Tatsachen“ von „Vorspiegelung“ die Rede ist, was zumindest den Versuch einer Kenntnisvermittlung und nicht nur die Herstellung eines vom Opfer unbemerkten Zustands impliziert (von einer „Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen“ könnte man zwar rein begrifflich auch dort sprechen, wo ohne Einflussnahme auf das Opfer nur ein von diesem nicht wahrgenommener Sachverhalt manipuliert wird, insofern wäre eine Ungleichbehandlung gegenüber der unter Vorspiegelung falscher Tatsachen erfolgten Irreführung aber nicht zu rechtfertigen). Nähere Betrachtung verdient allein die für die Ausgangsfälle interessierende Frage, ob die Behandlung von § 263 StGB als „Kommunikationsdelikt“<sup>21</sup> so weit gehen soll, dass die Irrtumserregung nicht durch eine beliebige Manipulation der Opfervorstellung geschehen darf, sondern auf einer „kommunikativen Einwirkung“ i.e.S. (also auf einer ausdrücklichen oder konkludenten Mitteilung von Gedankeninhalten, die das Opfer auch als solche wahrnehmen soll – also auf einer Erklärung) beruhen muss,<sup>22</sup> wie sie die h.M. etwa auch im Rahmen der Anstiftung voraussetzt.<sup>23</sup>

2. Gegen eine solche Sichtweise spricht zunächst wiederum der Wortlaut von § 263 StGB, in dem das Gesetz nicht etwa von der „Erklärung“ oder „Mitteilung“ einer unzutreffenden Tatsachenlage, sondern (abgesehen von der „Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen“, die begrifflich ohnehin weit davon entfernt sind, eine Erklärung vorauszusetzen) von einer „Vorspiegelung“ falscher Tatsachen spricht. Eine solche kann nach allgemeinem Sprachverständnis zwar nicht in einer reinen Sachverhaltsmanipulation bestehen, die nach dem Willen des Täters vom Opfer unbemerkt bleiben soll, wohl aber in der gezielten Konfrontation mit Umständen, die das Vorstellungsbild beeinflussen, ohne als kommunikativer Akt wahrgenommen zu werden. Überlegungen zum Schutzzweck der Vorschrift führen zum gleichen Ergebnis,

wenn man folgendes bedenkt: Wer eine Vermögensdisposition trifft, orientiert sich regelmäßig nicht nur an dem, was ihm ein anderer mitteilt, sondern richtet sich auch danach, wie er unabhängig von Worten und Gesten des anderen die objektive Tatsachenlage wahrnimmt. Wer einen anderen zu irrumsbedingten Fehldispositionen veranlassen will, hat insofern in weitem Rahmen die Wahl, ob er seinem Opfer eine Situation unzutreffend mitteilt oder ob er dessen Fehlvorstellungen durch die Konfrontation mit einem manipulierten Sachverhalt hervorruft. Dabei erscheint letztere wegen der scheinbaren Unbestechlichkeit der äußeren Faktenlage sogar besonders gefährlich. Im übrigen schließen auch die Vertreter der Ansicht, wonach die Fehlvorstellungen des Opfers durch einen Kommunikationsakt i.e.S. vermittelt sein müssen, eine Täuschung durch Konfrontation mit einem manipulierten äußeren Sachverhalt keinesfalls aus, sondern lassen es ausdrücklich genügen, wenn der Täter einen solchen Sachverhalt in irgendeiner Form (also ggf. auch konkludent) zum Bestandteil seiner Erklärung macht: So wird eine betrugsrelevante Täuschungshandlung mit dieser Begründung z.B. dort bejaht, wo jemand einem Kaufinteressenten das Fahrzeug zeigt, dessen Kilometerzähler zurückgedreht wurde, weil das Verkaufsangebot danach die wahrheitswidrige Aussage impliziert, die bisherige Laufleistung entspreche nur dem angezeigten Kilometerstand.<sup>24</sup> Eine solche Interpretation des Täterverhaltens erscheint zwar zutreffend. Dabei ändert die Bezugnahme der Erklärung auf den manipulierten Gegenstand aber nichts daran, dass die unmittelbare Ursache der Fehlvorstellung des Opfers nicht in den kommunikativ vermittelten Angaben des Täters liegt, sondern in der Wahrnehmung eines äußeren Zustands, von dem das Opfer nicht weiß, dass er vom Täter beeinflusst wurde – d.h. die Irreführung erfolgt auch hier schwerpunktmäßig in suggestiver Form. Vor diesem Hintergrund ist nicht ersichtlich, warum die Betrugsstrafbarkeit ausschließlich diejenigen Täter treffen sollte, bei denen man eine – für die Suggestivwirkung als solche irrelevante – konkludente Bezugnahme einer Erklärung auf den verfälschten Sachverhalt konstruieren kann, während andere nur deshalb straffrei ausgehen, weil sie es verstehen, das Opfer durch die Konfrontation mit einer irreführenden Sachlage zu täuschen, ohne letztere formal zum Bestandteil einer Erklärung zu machen. Richtigerweise ist die suggestive der kommunikativen Irrtumserregung bei der Anwendung von § 263 StGB deshalb in jeder Hinsicht gleichzustellen.<sup>25</sup>

<sup>20</sup> Dazu bereits *Bockelmann*, in: *Bockelmann/Gallas* (Hrsg.), *Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag*, 1961, S. 437 (S. 438 f.).

<sup>21</sup> *Wittig*, *Das tatbestandsmäßige Verhalten des Betrugers*, 2005, S. 220 f., S. 229; *Hefendehl* (Fn. 19), § 263 Rn. 76. Erblickt man allein schon in der „Einwirkung auf die Vorstellungsbildung des Opfers“ eine „Kommunikation“ i.w.S. (so *Wittig* [a.a.O.], S. 229), verzichtet also auf das Erfordernis, dass der Getäuschte das Ganze auch als solche wahrnimmt, werden natürlich auch suggestive Einwirkungen unproblematisch erfasst.

<sup>22</sup> So ausdrücklich *Herzberg*, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, 1972, S. 72 ff.; *Ellmer*, *Betrug und Opfermitverantwortung*, 1986, S. 119 f.; in der Sache wohl auch *Cramer/Perron* (Fn. 19), § 263 Rn. 12; *Hefendehl* (Fn. 19), § 263 Rn. 78; *Kindhäuser* (Fn. 4), § 263 Rn. 100.

<sup>23</sup> Dazu eingehend und m.w.N., auch zur Gegenansicht, *Schünemann*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 26 Rn. 2 ff.

<sup>24</sup> Vgl. *Ellmer* (Fn. 22), S. 120; *Cramer/Perron* (Fn. 19), § 263 Rn. 12; *Hefendehl* (Fn. 19), § 263 Rn. 78; *Kindhäuser* (Fn. 4), § 263 Rn. 100.

<sup>25</sup> Im Ergebnis ebenso *Krack*, *List als Straftatbestandsmerkmal*, 1994, S. 51 f.; *Grau* (Fn. 1), S. 191 ff.; *Lackner*, in: *Jescheck/Ruß/Willms* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 6, 10. Aufl. 1988, § 263 Rn. 25, Rn. 27; *Hoyer*, in: *Rudolphi u.a.* (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 60. Lfg., Stand: Februar 2004, § 263 Rn. 25; *Lackner/Kühl*, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 27. Aufl. 2011, § 263 Rn. 8; *Krey/Hellmann*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, Bd. 2, 15. Aufl. 2008, Rn. 338; unter genereller Verwerfung des Erklärungsansatzes der h.M. *Frisch*, in:

### III. Die Irrelevanz einer „Mitverantwortung“ des Opfers

Was bleibt, ist der Einwand der „Mitverantwortung“ des Opfers, das sich nur deshalb täuschen lässt, weil es der Situation nicht die in geschäftlichen Dingen gebotene Sorgfalt schenkt (wobei nochmals klargestellt werden muss, dass eine solche Nachlässigkeit zwar in vielen – so auch in den Ausgangskonstellationen –, aber keinesfalls in allen denkbaren Varianten einer suggestiven Irrtumserregung zu verzeichnen ist, s.o. I. 2. c). Diese Mitverantwortung ist im vorliegenden Zusammenhang übrigens anders gelagert als in Fällen, in denen sich das Opfer durch abenteuerliche Behauptungen des Täters zu einer vermögensschädigenden Dispositionen verleiten lässt: Anders als dort erliegt das Opfer der Irreführung hier nicht aufgrund einer besonderen Leichtgläubigkeit, sondern aufgrund seiner Flüchtigkeit in der Betrachtung der ihm dargebotenen Informationen, d.h. wir haben es nicht mit intellektuellen Defiziten, sondern mit Aufmerksamkeitsmängeln zu tun.

1. Hier wie dort würde es zu kurz greifen, sich bei der Forderung nach einer Reduktion des Tatbestands pauschal auf die sog. Viktimodogmatik zu berufen,<sup>26</sup> die bei der Auslegung der Straftatbestände Überlegungen zur Abgrenzung der Verantwortungssphären von Täter und Opfer fruchtbar machen will. Solche und ähnliche Überlegungen wurden im Schrifttum zwar gelegentlich zum Anlass genommen, dem leichtgläubigen oder dem grob fahrlässigen Opfer den Schutz von § 263 StGB grundsätzlich zu versagen.<sup>27</sup> Diese Stimmen repräsentieren aber nicht die Viktimodogmatik schlechthin, deren Vertreter eine Eingrenzung des Anwendungsbereichs von § 263 StGB vielfach ausdrücklich nur im Zusammenhang mit Fällen befürworten, in denen das Opfer die Richtigkeit der ihm dargebotenen Informationen tatsächlich bezweifelt und sich trotzdem (und insofern unter bewusster Inkaufnahme des damit verbundenen Risikos) ohne weitere Nach-

---

Pawlik u.a. (Fn. 8), S. 129; vgl. ferner *Pawlik*, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, 1999, S. 163; weitergehend (für Erfassung auch der ausschließlichen Einwirkung auf den Gegenstand der Opfervorstellungen ohne deren suggestive Beeinflussung) *Arzt*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl. 2009, § 20 Rn. 48; *Mitsch*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2/1, 2. Aufl. 2003, § 7 Rn. 52.

<sup>26</sup> In dieser Richtung wohl *Jahn*, JuS 2010, 1119 (1120).

<sup>27</sup> Mit (z.T. erheblichen) Unterschieden in den Einzelheiten und in der Begründung etwa von *Naucke*, in: *Baumann/Tiedemann* (Hrsg.), Einheit und Vielfalt des Strafrechts, Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag, 1974, S. 109 (S. 115 f.); *Ellmer* (Fn. 22), S. 281 ff.; *Kurth*, Das Mitverschulden des Opfers beim Betrug, 1984, S. 183 ff.; *Hilgendorf*, Tatsachenaussagen und Werturteile im Strafrecht – entwickelt am Beispiel des Betruges und der Beleidigung, 1998, S. 110 f., S. 192 ff.; auch *Pawlik* spricht sich trotz Distanzierung vom Ansatz der Viktimodogmatik (*Pawlik* [Fn. 25], S. 52 ff.) für die Möglichkeit einer „Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs“ aus, wenn sich das Opfer „objektiv betrachtet grob obliegenheits- bzw. pflichtwidrig verhält“ (*Pawlik* [Fn. 25], S. 248).

forschungen auf das ihm angetragene Geschäft einlässt.<sup>28</sup> Vor diesem Hintergrund erübrigt sich im vorliegenden Zusammenhang eine grundsätzliche Stellungnahme zur Viktimodogmatik.<sup>29</sup> Die Frage lautet vielmehr nur, ob man mit einem entsprechenden Ansatz so weit gehen dürfte, dem Geschädigten bei Leichtgläubigkeit und Nachlässigkeit in geschäftlichen Angelegenheiten über eine evtl. Relevanz bei der Strafzumessung hinaus den Schutz des Betrugstatbestands vollständig zu entziehen.

2. a) Völlig unerträglich wäre ein solcher Schritt in Bezug auf diejenigen Opfer, die sich aus Unbedarftheit nicht selbst schützen können (und dann typischerweise auch nicht in der Lage sind, ihre Interessen mit zivilrechtlichen Mitteln effektiv zur Geltung zu bringen). Solche Menschen verdienen im Gegenteil gerade den besonderen Schutz des Strafrechts, und wer es gezielt darauf anlegt, sie mit besonders plumpen Tricks zu überrumpeln, weil sie diesen intellektuell nichts entgegenzusetzen haben, verwirklicht keinen strafmildernenden, sondern einen strafscharfenden Umstand. Dabei spielt es keine Rolle, ob die erhöhte Irrtumsanfälligkeit des Opfers aus einer allgemeinen Minderung seiner intellektuellen Fähigkeiten resultiert, oder ob der Täter eine situationsbedingte Überforderung ausnutzt, wie sie z.B. durch emotionale Ausnahmezustände bedingt sein kann.<sup>30</sup> Dieses Problem wird von den meisten Befürwortern eines Ausschlusses der Strafbarkeit leicht durchschaubarer Täuschungen auch durchaus gesehen, weshalb hier Ausnahmen von der Straflosigkeit zu-

---

<sup>28</sup> Vgl. *Amelung*, GA 1977, 1 (6 ff.); *Schünemann*, NSTZ 1986, 439 (442); *Schünemann*, in: *Schünemann* (Hrsg.), Strafrechtssystem und Betrug, 2002, S. 51 (S. 80 ff.); *R. Hassemer*, Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik, 1981, S. 131 ff.; *Hennings*, Teleologische Reduktion des Betrugstatbestandes aufgrund von Mitverantwortung des Opfers, 2002, S. 193; *Hefendehl* (Fn. 19), § 263 Rn. 24, 218 ff. In der von BGHSt 47, 1 (4) als Beleg für Einschränkungen des Betrugstatbestandes bei grober Sorglosigkeit des Opfers zitierten alten Vorentscheidung in BGHSt 3, 99 (103) ging es ebenfalls nicht um die Versagung des Strafrechtsschutzes gegenüber leichtgläubigen oder unaufmerksamen Täuschungsopfern, sondern lediglich um die Straflosigkeit der Verleitung von – insofern bewusst wirtschaftlich unvernünftig agierenden – Teilnehmern eines Gewinnspiels zum Erwerb eines wertlosen Gegenstands durch die Erzeugung von Unklarheiten, ob der Kauf zur Teilnahme an der Endverlosung erforderlich war.

<sup>29</sup> Grundlegende Kritik bei *Hillenkamp*, Vortat und Opferverhalten, 1981, S. 18 ff., S. 133 ff.; vgl. ferner etwa *Hecker*, Strafbare Produktwerbung im Lichte des Gemeinschaftsrechts, 2001, S. 275 f.; *Wittig* (Fn. 21), S. 364 f.; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 14 Rn. 19 ff.; Gegenkritik bei *Schünemann*, in: *Zeidler u.a.* (Hrsg.), Festschrift für Hans Joachim Faller, 1984, S. 357 (S. 364 ff.).

<sup>30</sup> Zur Bedeutung besonderer emotionaler Zustände des Opfers für das Gelingen zahlreicher Betrugstaten mit an sich leicht durchschaubaren Täuschungen *Hillenkamp* (Fn. 29), S. 88 f.

gunsten besonders schutzbedürftiger Opfer proklamiert werden.<sup>31</sup>

b) Dann stellt sich indessen das Problem, nach welchen Kriterien man letztere von denjenigen unterscheiden sollte, die trotz hinreichender intellektueller Fähigkeiten und frei von psychischen Belastungen nachlässig agieren und sich deshalb mit durchsichtigen Tricks in die Irre führen lassen:<sup>32</sup> Minderbegabung und situationsbedingte Überforderung können in so mannigfaltigen Formen und Schweregraden auftreten, und ihre Auswirkungen können je nach Art des Überumpelungsversuchs, dem der Betroffene widerstehen soll, so unterschiedlich sein, dass eine an der tatsächlichen Schutzwürdigkeit orientierte Abgrenzung, die das für die Festlegung der Strafbarkeitsgrenzen (!) hinreichende Maß an Bestimmtheit aufweist, schlechthin unmöglich erscheint. Im Übrigen würde die Erforderlichkeit einer Beweisaufnahme darüber, ob der Geschädigte im Einzelfall in der Lage gewesen wäre, die notwendige Aufmerksamkeit zu entfalten, um den Trick zu durchschauen (und – im Hinblick auf Tatbestandsirrtum und Versuch – über die hierauf bezogenen Vorstellungen des Täters<sup>33</sup>), den bei der Verfolgung von Serienbetrügern ohnehin schon extrem hohen Verfahrensaufwand ins Unermessliche steigern.<sup>34</sup> Wollte man angesichts dieser Bedenken auf eine Orientierung an der individuellen Opfersituation verzichten und stattdessen eine abstrakt-pauschale Differenzierung vornehmen, so fragt sich, wie dies geschehen sollte: Die Anknüpfung an messbare persönliche Eigenschaften<sup>35</sup> (Intelligenzquotient? Bildungsabschluss?) wäre nicht nur diskriminierend, sondern auch in der Sache wenig zielführend, weil sich die Hilflosigkeit gegenüber dreisten Überumpelungen je nach Lebensbereich sehr verschiedenen darstellen und von unterschiedlichen persönlichen Fertigkeiten abhängen kann: So wäre ein im Umgang mit neuen Medien versierter, in schriftlichen Angelegenheiten dagegen unbeholfener Mensch vielleicht ohne weiteres in der Lage, den Trick mit den „Ping-Anrufen“ zu durchschauen, während ihm das bei der Masche mit den rechnungsähnlichen Angebotsschreiben extrem schwerfiele, und bei einem in Wort und Schrift gewandten, aber technisch völlig inkompetenten Zeitgenossen lägen die Dinge möglicherweise umgekehrt. Die einzige abstrakt-generelle Differenzierung zwischen mehr oder weniger schutzwürdigen Betrugsopfern, die wenigstens ansatzweise praktikabel erschiene, wäre diejenige zwischen privaten und

gewerblichen Adressaten von Überumpelungsversuchen.<sup>36</sup> Für eine hieran ausgerichtete Unterscheidung werden denn auch in der Tat die erhöhten Sorgfaltsanforderungen angeführt, denen der Gewerbetreibende im beruflichen Bereich genügen muss, wie sich insbesondere aus gewissen Abweichungen des Handelsrechts von den Regelungen des BGB ergibt (z.B. hinsichtlich der Bedeutung des Schweigens auf Anträge nach § 362 HGB).<sup>37</sup> Gegen sie spricht indessen, dass sich auch erfahrene Kaufleute kaum gegen einschlägige Machenschaften schützen können, wenn sie – was ab einer gewissen Betriebsgröße unumgänglich erscheint – zu Erledigung einfacher Geschäftsvorgänge auf den Einsatz von Hilfspersonal angewiesen sind.<sup>38</sup>

3. Unabhängig von der Praktikabilität der Abgrenzung ist im Übrigen zu fragen, welcher Anlass denn überhaupt bestehen sollte, Personen, die aufgrund einer wie auch immer gearteten Nachlässigkeit ein auf ihre Irreführung abzielendes Täuschungsmanöver nicht durchschauen und deshalb eine vermögensschädigende Verfügung tätigen, den Schutz von § 263 StGB zu versagen,<sup>39</sup> zumal eine solche Einschränkung vom Wortlaut des Gesetzes ja in keiner Weise gefordert ist, sondern diesen im Gegenteil kräftig strapazieren würde.<sup>40</sup>

a) Soweit ein Vorrang einer eigenverantwortlichen Wahrnehmung der Interessen des Einzelnen aus der Subsidiarität des Strafrechts abgeleitet wird,<sup>41</sup> ist dem entgegenzuhalten, dass das Subsidiaritätsprinzip nach allgemeinem Verständnis nur im Verhältnis zwischen unterschiedlich eingriffsintensiven staatlichen Mitteln, nicht aber im Verhältnis zwischen

<sup>31</sup> Vgl. etwa *Ellmer* (Fn. 22), S. 282 ff.; *Kurth* (Fn. 27), S. 179 f.; *Hilgendorf* (Fn. 27), S. 200 f.

<sup>32</sup> Zu den Unsicherheiten bei der Festlegung, wer als „geschäftlich erfahren anzusehen ist“, auch *Eisele*, *NStZ* 2010, 193 (197).

<sup>33</sup> Vgl. dazu *Herzberg*, *GA* 1977, 289 (293); *Hillenkamp* (Fn. 29), S. 29; *Hecker* (Fn. 29), S. 271 f.

<sup>34</sup> Zur Steigerung des Verfahrensaufwands durch eine Notwendigkeit, die Opfermitverantwortung schon auf Tatbestandsebene zu berücksichtigen, bereits *Arzt*, in: *Sieber u.a.* (Hrsg.), *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht, Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen*, *Festschrift für Klaus Tiedemann* zum 70. Geburtstag, 2008, S. 595 (S. 600).

<sup>35</sup> Dafür ausdrücklich *Hilgendorf* (Fn. 27), S. 200 f.

<sup>36</sup> Ebenso *Paschke* (Fn. 1), S. 161 mit dem zutreffenden Hinweis, dass diese keinesfalls mit der – unklaren und unscharfen – Differenzierung zwischen „geschäftlich erfahrenen“ und „geschäftlich unerfahrenen“ Adressaten identisch ist, wie sie in der Rechtsprechung zu den rechnungsähnlichen Angebotsschreiben zeitweise zur Debatte stand, nachdem *BGHSt* 47, 1 (7) die von *BGH NStZ-RR* 2004, 110 schließlich bejahete Einbeziehung der Täuschung „geschäftlich erfahrener“ Opfer zunächst offen gelassen hatte.

<sup>37</sup> Vgl. etwa *Kurth* (Fn. 27), S. 190 f.; *Wessels/Hillenkamp*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, Bd. 2, 33. Aufl. 2010, Rn. 499a.

<sup>38</sup> Zutreffend *OLG Frankfurt NJW* 2003, 3215 (3216); *Mahnkopf/Sonnberg*, *NStZ* 1997, 187; *Garbe*, *NJW* 1999, 2868 (2869 f.); *Grau* (Fn. 1), S. 177 ff.; *Paschke* (Fn. 1), S. 159 ff.

<sup>39</sup> *Kindhäuser* (Fn. 4), § 263 Rn. 51 f., weist in diesem Zusammenhang zutreffend darauf hin, dass die leichte Durchschaubarkeit von Fehlinformationen nichts mit der Unterscheidung zwischen Informationen, deren Einholung dem Opfer selbst obliegt, und solchen, die in den Zuständigkeitsbereich des Täters fallen, zu tun hat, und dort, wo es um letztere geht, der Anwendung von § 263 StGB deshalb nicht entgegensteht; vgl. auch *Kindhäuser*, in: *Schulz/Vornbaum* (Hrsg.), *Festschrift für Günter Bemann zum 70. Geburtstag* am 15. Dezember 1997, 1997, S. 339 (S. 357 f.).

<sup>40</sup> *Schünemann*, *NStZ* 1986, 439 (442); *Hennings* (Fn. 28), S. 167.

<sup>41</sup> Vgl. etwa *Ellmer* (Fn. 22), S. 233 ff.; *R. Hassemer* (Fn. 28), S. 20 ff.

diesen und privaten Schutzmöglichkeiten gilt.<sup>42</sup> Im Übrigen ist der Einzelne gerade nicht in der Lage, den general- und spezialpräventiven Wirkungen des Strafrechts vergleichbare Abwehrmechanismen zu installieren, um sich schon im Vorfeld vor Praktiken zu schützen, mit denen er zu irrumsbedingten Vermögensverfügungen veranlasst werden soll<sup>43</sup> – und welch dringende Notwendigkeit für solche Abwehrmechanismen besteht, tritt mit kaum zu übertreffender Deutlichkeit in den Erfolgen zutage, die Betrüger auf Kosten leichtgläubiger Opfer nun einmal immer wieder erzielen.<sup>44</sup> Schlicht unzutreffend ist auch die Behauptung, das Zivilrecht reiche aus, um solchen Opfern einen hinreichenden Schutz zu gewähren:<sup>45</sup> Der Prozentsatz derjenigen, die nach Überweisung des auf einem rechnungsähnlichen Angebotsschreiben ausgewiesenen Betrags oder nach Begleichung der Mobilfunkrechnung mit der Gebühr für den „Ping-Anruf“ notfalls einen Rechtsstreit betreiben, um ihr Geld zurückzubekommen, dürfte verschwindend gering sein (wobei die Inkaufnahme des damit verbundenen Aufwands für den einzelnen bei den zur Debatte stehenden Beträgen objektiv betrachtet denn auch wenig sinnvoll erscheint). Aber auch von denen, die noch keine Zahlungen erbracht haben und sich nach dem Besuch einer Internetseite zunächst einmal nur mit einer Rechnung und einem Mahnschreiben konfrontiert sehen, werden es viele vorziehen, zur Vermeidung befürchteter Unannehmlichkeiten die Forderung des Betrügers zu erfüllen, solange damit keine gravierende wirtschaftliche Belastung verbunden ist.<sup>46</sup> Wer hier argumentiert, das sei ihre eigene Schuld, der übersieht, dass es für weite Kreise der Bevölkerung und typischerweise gerade für diejenigen, die auf plumpe Betrugsmaschinen hereinfallen, eben nicht selbstverständlich ist, die Harmlosigkeit eines vermeintlich drohenden Rechtsstreits, mit dem sie nur diffuse Vorstellungen von Unannehmlichkeiten, Kosten und zweifelhaften Erfolgsaussichten verbinden, zu erkennen und diesem deshalb gelassen entgegenzusehen. Alles in allem wird es für die Täter nur in einem Bruchteil der Fälle zu nachteiligen zivilrechtlichen Konsequenzen kommen, so dass diese, wie *Krack* zutreffend bemerkt, für die Initiatoren entsprechender Kampagnen „lediglich die Höhe der Rendite mindern.“<sup>47</sup> Vor diesem Hintergrund ist das Strafrecht auch und gerade in seiner Funktion als ultima ratio des Rechtsgüterschutzes dringend gefordert, und am allerwe-

nigsten wird man behaupten können, dass sein durch den Wortlaut von § 263 StGB nahegelegter Einsatz nicht von der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers gedeckt sei.<sup>48</sup>

b) Auch der relative oder absolute Bagatellcharakter, den die Taten aufzuweisen scheinen, wenn man die Schadenshöhe beim einzelnen Geschädigten betrachtet, vermag die Forderung nach einem Rückzug des Strafrechts nicht zu tragen. Hier ist nämlich zu beachten, dass das Vorgehen der Täter zumeist auf die Erzielung erheblicher Gewinne bei gleichzeitiger Verursachung eines hohen Gesamtschadens gerichtet und insofern keinesfalls der Bagatellkriminalität, sondern zumindest der mittelschweren Wirtschaftskriminalität zuzuordnen ist. Die Verteilung des Schadens auf eine Vielzahl von Geschädigten, die für sich genommen jeweils nur mit vergleichsweise niedrigen Beträgen belastet sind (im Extremfall unter einem Euro, so bei den „Ping-Anrufen“), ist dabei ein Teil des Plans, der in vielen Fällen zunächst den Primärerfolg der Täter erklärt, denn wo für den einzelnen erkennbar hohe Beträge im Raum stehen, stellt sich im allgemeinen keine flüchtige Routine ein, und auch unbedarfte Opfer agieren dann vorsichtiger. Außerdem liegt an dieser Stelle die zentrale (und von den Tätern wohl ebenfalls bewusst einkalkulierte) Ursache dafür, dass das Zivilrecht als milderer Instrument zur effektiven Gegenwehr gegen die betreffenden Machenschaften weitgehend leerläuft, weil es sich aus Sicht der meisten Menschen nicht lohnt, mit den Tätern um die betreffenden Beträge notfalls vor Gericht zu streiten – während die Aktionen für die Täter, die sich planmäßig bei einer Vielzahl von Geschädigten bedienen, unter dem Strich um so gewinnbringender erscheinen.

c) Kann schließlich die Sorge um „unternehmerische“<sup>49</sup> oder sonstige Handlungsfreiheiten die Forderung tragen, bei der Anwendung von § 263 StGB im vorliegenden Zusammenhang Zurückhaltung walten zu lassen? Jedenfalls dann nicht, wenn es wie in sämtlichen Ausgangskonstellationen<sup>50</sup> um Tricks geht, die ersichtlich keinem anderen Zweck dienen können, als bei einem (und sei es noch so kleinen) Teil der Angesprochenen Fehlvorstellungen zu erzeugen und diese hierdurch zu vermögensschädigenden Dispositionen zu veranlassen.<sup>51</sup> Wer solchermaßen agiert, bewegt sich ebenso wie andere Betrüger, Hehler und Drogenhändler bewusst außerhalb des Rahmens von wirtschaftlichen oder sonstigen Betätigungen, die in irgendeiner Form rechtliche Anerkennung

<sup>42</sup> Dazu eingehend *Hillenkamp* (Fn. 29), S. 176; *Maiwald*, ZStW 96 (1984), 70 (71 ff.); *Paschke* (Fn. 1), S. 79 f.

<sup>43</sup> Ebenso *Herzberg*, GA 1977, 289 (294); *Hillenkamp* (Fn. 29), S. 179; *Hecker* (Fn. 29), S. 278.

<sup>44</sup> Zutreffend *Krack* (Fn. 25), S. 65; zu den mindestens teilweise durch eine unzureichende Strafverfolgung bedingten hohen Fallzahlen und gigantischen volkswirtschaftlichen Schäden im Zusammenhang mit rechnungsähnlichen Angeboten und ähnlichen Schwindelformen *Grau* (Fn. 1), S. 28 ff.

<sup>45</sup> Vgl. *Ellmer* (Fn. 22), S. 292 ff.; *Kurth* (Fn. 27), S. 178 f.

<sup>46</sup> So auch die Einschätzung von *Eisele*, NStZ 2010, 193. Zur faktischen Unzulänglichkeit des zivilrechtlichen Instrumentariums im vorliegenden Zusammenhang ferner *Paschke* (Fn. 1), S. 70.

<sup>47</sup> *Krack* (Fn. 25), S. 70.

<sup>48</sup> Zutreffend *Hecker* (Fn. 29), S. 277 f.

<sup>49</sup> Vgl. etwa *Scheinfeld*, wistra 2008, 167, der im Zusammenhang mit dubiosen, über die Telefongebühren der Anrufer finanzierten Gewinnspielen von „unternehmerischem Werben“ spricht.

<sup>50</sup> Sorgfältige und in jeder Hinsicht überzeugende Begründung für die verfahrensgegenständliche Konstellation von „Internet-Fallen“ bei OLG Frankfurt NJW 2011, 398 (401 f.).

<sup>51</sup> Zutreffend *Hillenkamp* (Fn. 29), S. 195 f.: „Es gibt keinen Grund für die „Eröffnung eines Freiheitsraums für vorsätzliche Schädigungen [...] Eine solche Freiheitsvermehrung des Vorsatztäters ist kriminalpolitisch ohne Wert.“

verdienen.<sup>52</sup> An dieser Bewertung vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass man von den Wirtschaftssubjekten in einer Marktwirtschaft nicht verlangen kann, alle möglichen Schwächen ihrer Angebote offenzulegen und ihre Werbung von marktschreierischen Übertreibungen freizuhalten.<sup>53</sup> Über eine schutzwürdige Wahrnehmung wirtschaftlicher Freiheiten kann und muss man dort diskutieren, wo erstens eine (und sei es schlechte oder überteuerte) Leistung erbracht wird, die wenigstens prinzipiell zu etwas zu gebrauchen ist, und wo zweitens mögliche Fehlvorstellungen einiger Kunden die bloße Nebenwirkung von Werbeaktivitäten darstellen, die grundsätzlich darauf abzielen, dem Verbraucher ein zwar möglichst positives, aber in Bezug auf die „harten Fakten“ nicht definitiv falsches Bild zu vermitteln. Welches legitime Interesse demgegenüber daran bestehen sollte, im geschäftlichen Verkehr Gestaltungsformen zu wählen, die nur als Instrument zur Überrumpelung Unbedarfter einen Sinn ergeben, um sich auf diese Weise Einnahmen zu erschließen, für die entweder gar keine („Ping-Anrufe“) oder nur eine – bei objektiver und subjektiver Betrachtung gleichermaßen – völlig nutzlose Alibi-Leistung<sup>54</sup> (Veröffentlichung von Anzeigen in obskuren Druckwerken oder auf Internetseiten, bei denen es mangels Verbreitung der betreffenden Medien wirtschaftlich absurd erschiene, in ihnen wissentlich ein kostenpflichtiges Inserat aufzugeben<sup>55</sup>) erbracht wird, ist hingegen nicht nachvollziehbar. Bei solchen Machenschaften handelt es sich a priori nicht um die Teilnahme an einem „geschäftlichen Wettbewerb“,<sup>56</sup> wie er eine funktionierende Marktwirtschaft kennzeichnet (und sei es eine solche, in der „mit harten Bandagen“ geworben wird), sondern um eine rein parasitäre Bereicherung zum Schaden anderer. Dies gilt richtigerweise

<sup>52</sup> Im Ergebnis ähnlich *Geisler*, NStZ 2002, 86 (89); vgl. auch *Wittig*, die im Zusammenhang mit Ansätzen zur Eingrenzung der „Täuschung“ anhand einer Abwägung von Opferschutzinteressen und Handlungsfreiheit des Täters zu Recht auf die Möglichkeit hinweist, dass „ein strafbewehrtes Verbot dem Täter schon deshalb keine Freiheitsrechte nimmt, weil entsprechende Freiheiten schon gar nicht mehr bestehen“ (*Wittig* [Fn. 21], S. 382).

<sup>53</sup> Dazu *Kühne*, Geschäftstüchtigkeit oder Betrug?, Wettbewerbspraktiken im Lichte des § 263 StGB, 1978, S. 7 ff.; *Tiedemann* (Fn. 19), § 263 Rn. 35.

<sup>54</sup> Über die ausnahmsweise Anerkennung einer Schutzwürdigkeit des Vertriebs nutzloser Leistungen kann man allenfalls dort diskutieren, wo bei den Opfern ein subjektives Interesse am Erwerb objektiv wertloser Dinge besteht, weil sie an die Wirksamkeit von Wundermitteln u.s.w. glauben wollen und deshalb ein positives Interesse am Erwerb von Illusionen haben, dazu eingehend *Arzt*, in: Weigend/Küpper (Hrsg.), Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999, 1999, S. 431; diese Problematik betrifft aber allein Fälle von Leichtgläubigkeit gegenüber abenteuerlichen *Behauptungen* über die Eigenschaften von Waren und Dienstleistungen und wird in den vorliegend interessierenden Konstellationen nicht berührt.

<sup>55</sup> Vgl. auch *Garbe*, NJW 1999, 2868 (2869).

<sup>56</sup> Zutreffend *Arzt* (Fn. 34), S. 598.

völlig unabhängig davon, welcher Prozentsatz der Angesprochenen dem Irrtum unterliegt, auf dessen Erregung die Aktion letzten Endes abzielt. Hier ist nämlich zu berücksichtigen, dass der Täter die im Einzelfall geringe Erfolgswahrscheinlichkeit seiner Masche dadurch kompensiert, dass er durch den Einsatz geeigneter Techniken<sup>57</sup> für eine großflächige Verbreitung sorgt und damit per saldo eine mindestens ebenso große Effizienz erreicht wie derjenige, der nur wenige potentielle Opfer mit schwerer zu durchschaubaren Täuschungsmanövern konfrontiert.<sup>58</sup> Warum es die Rechtsordnung tolerieren sollte, wenn jemand durch ein solches „Screening“ ganzer Bevölkerungsgruppen die für ihn passenden Opfer herausfiltert, aus denen er auch mit einem reichlich plumpen Trick ohne adäquate Gegenleistung Kapital schlagen kann, und die dabei jeweils ebenso ungerechtfertigte Einbußen erleiden wie ein Opfer, das in einem Einzelgespräch mittels einer schwer durchschaubaren Lüge betrogen wird, ist unerfindlich.<sup>59</sup>

#### IV. Europarechtliche Einschränkungen der Betrugsstrafbarkeit?

Zu prüfen ist allerdings, ob sich aus dem Europarecht möglicherweise etwas anderes ergibt. Die Verfolgung von Betrugsmanövern, die nur für leichtgläubige oder unaufmerksame Opfer gefährlich sind, erscheint insofern deshalb nicht ganz unproblematisch, weil den europarechtlichen Irreführungsverboten, von denen der Richtlinie 2005/29/EG vom 11.5.2005 über unlautere Geschäftspraktiken (RLuG)<sup>60</sup> den weitesten Anwendungsbereich hat,<sup>61</sup> grundsätzlich der vom EuGH schon seit langem verwendete<sup>62</sup> Maßstab eines „verständigen Verbrauchers“ zugrunde liegt.<sup>63</sup> Diesen Schutzstandard müssen die Mitgliedstaaten nicht nur als Minimum gewährleisten, sondern dürfen ihn bei der Behandlung von Geschäftspraktiken als „unlauter“ umgekehrt auch nicht ohne weiteres überschreiten, weil unterschiedliche Maßstäbe dessen, was in den Mitgliedstaaten als unzulässige Irreführung des Verbrauchers gilt, den Binnenmarkt beeinträchtigen.<sup>64</sup>

1. Betrachtet man den Schutzzweck der einschlägigen europarechtlichen Regelungen, so wird indessen schnell deutlich, dass dieser die vorliegend interessierenden Konstellatio-

<sup>57</sup> Sei es die massenhafte Versendung von „rechnungähnlichen Angeboten“ und ähnlich unseriösen Botschaften auf dem Postweg, sei es das Ansprechen von im Extremfall Millionen potentieller Opfer durch den Einsatz moderner Techniken wie der automatischen Generierung von E-Mails und Telefonanrufen.

<sup>58</sup> Ähnlich *Arzt* (Fn. 34), S. 597.

<sup>59</sup> Dazu auch *Krack* (Fn. 25), S. 71.

<sup>60</sup> ABl. EG 149 v. 11.6.2005, S. 22; Abdruck mit Erwägungsgründen in GRUR Int 2005, 569; dazu eingehend *Soyka*, wistra 2007, 127 (128 ff.).

<sup>61</sup> *Soyka*, wistra 2007, 127 (129).

<sup>62</sup> Dazu etwa *Hecker* (Fn. 29), S. 50 f. m.w.N.

<sup>63</sup> Zu weiteren einschlägigen Verordnungen und Richtlinien *Hecker* (Fn. 29), S. 65 ff., S. 288 ff.; vgl. im übrigen *Kühl*, ZStW 109 (1997), 777 (782 f.).

<sup>64</sup> Ausführlich *Soyka*, wistra 2007, 127 (129) m.w.N.

nen nicht einmal ansatzweise erfasst: Den Organen der EG geht es darum, neben dem „Erreichen eines hohen Verbraucherschutzniveaus“ „zu einem reibungslosen Funktionieren des Binnenmarkts [...] beizutragen“ (so ausdrücklich Art. 1 RLUG), für den sich unterschiedliche Schutzstandards im Lauterkeitsrecht der Mitgliedstaaten infolge der damit verbundenen Wettbewerbsverzerrungen und des zusätzlichen Aufwands bei grenzüberschreitenden Marketingaktivitäten als Hemmnis erweisen.<sup>65</sup> Damit hat das Europarecht offenkundig den regulären Wirtschaftsverkehr im Blick, in dem Gewerbetreibende ihre Produkte oder Dienstleistungen vertreiben, deren Preis zwar nicht notwendigerweise „objektiv angemessen“ ist, die aber immerhin einen realen wirtschaftlichen Wert verkörpern. Wenn die innerhalb Europas miteinander konkurrierenden Gewerbetreibenden dabei auf Werbemaßnahmen angewiesen sind, um die Aufmerksamkeit eines verständigen Durchschnittsverbrauchers zu erregen und seine Kaufbereitschaft zu erhöhen, ohne diesen effektiv zu täuschen, liegt es auf der Hand, dass ein in den Mitgliedstaaten unterschiedlich gehandhabtes Verbot solcher Werbeaussagen, die bei besonders naiven Abnehmern Fehlvorstellungen über Tatsachen auslösen könnten, hier zu erheblichen Behinderungen führt, die auch redliche Absatzbemühungen treffen. Deshalb dürfen grundsätzlich sozialadäquate Werbepraktiken nicht wegen jeder beliebigen, sondern nur aufgrund einer für den „verständigen Verbraucher“ gefährlichen Eignung zur Irreführung untersagt werden. Demgegenüber zielen die eingangs dargestellten Praktiken erkennbar gar nicht darauf ab, in irgendeiner Weise den „verständigen Verbraucher“ zu umwerben. Sie taugen nämlich zu überhaupt nichts anderem, als diejenigen in die Irre zu führen und zu schädigen, die diesem Leitbild (allgemein oder situationsbedingt) nicht entsprechen: Mit der rechnungsähnlichen Ausgestaltung von Angebotsschreiben, der Generierung von „Ping-Anrufen“ von 0137-Nummern oder einer planmäßigen Verschleierung der Kostenpflicht eines Internetangebots kann man im Wettbewerb um den „verständigen Verbraucher“ ebenso wenig einen Werbeeffect erzielen wie mit verwirrendem Geplapper über wertvolle Gewinne, das beim Adressaten den unzutreffenden Eindruck erwecken soll, ihm sei ein solcher bereits zugeteilt worden. Hier ist vielmehr das Gegenteil der Fall – der „verständige Verbraucher“ wird sich von solchen „Angeboten“ mit Grausen abwenden, sobald er ihr Konzept durchschaut. Zu dem Umstand, dass es in solchen Fällen definitiv nicht um seriöse Werbemaßnahmen, sondern nur um die Überrumpelung von unvorsichtigen Personen geht, kommt erschwerend hinzu, dass die Aktionen wie gesagt (s.o. III. 3. c) regelmäßig nicht auf den Absatz einer werthaltigen Ware oder Dienstleistung gerichtet sind, sondern ersichtlich nur dazu dienen, den Betroffenen gegen eine „Leistung“, die nur ein praktisch wertloses Alibi darstellt, das Geld aus der Tasche zu ziehen.

2. Einem ausschließlich mit dieser Zielrichtung agierenden Täter ein Recht zu garantieren, eben dies zu tun, kann

<sup>65</sup> Vgl. dazu insbesondere die Erwägungsgründe 3 ff. der RLUG; zum Schutz der Warenverkehrsfreiheit durch das europäische Lebensmittelrecht (Hecker [Fn. 29], S. 60 ff.).

vom Europarecht schwerlich gewollt sein. Dies zeigen nicht nur Überlegungen zum Schutzzweck des ganzen Instrumentariums, sondern auch nähere Betrachtungen der Erwägungsgründe und der einzelnen Regelungen der RLUG: So ist zunächst in Bezug auf rechnungsähnliche Angebotsschreiben und gängige Gewinnspiel-Maschen zu bemerken, dass diese beim Einsatz durch Gewerbetreibende gegenüber Verbrauchern durch Art. 5 Abs. 5 i.V.m. Nr. 21 bzw. Nr. 31 von Anhang I der RLUG „unter allen Umständen als unlauter anzusehen“ sind, d.h. es bedarf insoweit von vornherein keiner Feststellung der Eignung zur Irreführung eines „verständigen Verbrauchers“. Ansonsten bezieht sich die RLUG nach Erwägungsgrund Nr. 7 nur „auf Geschäftspraktiken, die in unmittelbarem Zusammenhang mit der Beeinflussung der geschäftlichen Entscheidungen des Verbrauchers in Bezug auf Produkte“<sup>66</sup> stehen.“ Insofern wird man verlangen können, dass es sich wenigstens im Ansatz um wirtschaftlich werthaltige Leistungen handelt, nicht hingegen um ein „Produkt“, für das ein „verständiger Verbraucher“ bei Kenntnis der näheren Umstände keinen Cent bezahlen würde, weil es zu nichts anderem taugt als zur oberflächlichen Verschleierung des Umstands, dass wir es in Wahrheit mit einem ausschließlich auf parasitäre Bereicherung gerichteten Verhalten zu tun haben. Im Übrigen bestimmt Art. 5 Abs. 2 lit. b RLUG nicht das „wirtschaftliche Verhalten des Durchschnittsverbrauchers“, sondern dasjenige eines „durchschnittlichen Mitglieds einer Gruppe von Verbrauchern“ zum entscheidenden Maßstab, „wenn sich eine Geschäftspraxis an eine bestimmte Gruppe von Verbrauchern wendet“. Nun haben wir es bei den Adressaten der vorliegend interessierenden Tricks zwar nicht mit „einer eindeutig identifizierbaren Gruppe von Verbrauchern“ zu tun, „die aufgrund von geistigen oder körperlichen Gebrechen, Alter oder Leichtgläubigkeit im Hinblick auf diese Praktiken oder die ihnen zugrunde liegenden Produkte besonders schutzbedürftig sind,“ so dass Geschäftspraktiken nach Art. 5 Abs. 3 RLUG generell „aus der Perspektive eines durchschnittlichen Mitglieds dieser Gruppe beurteilt“ werden müssten. Trotzdem erscheint es kaum vorstellbar, dass der EuGH bei Betrugsmaschinen, die als reguläre Marketingstrategie völlig untauglich sind und ersichtlich nur darauf abzielen, aus der Masse der Verbraucher diejenigen herauszufiltern und zu übertölpeln, die dem Leitbild des „verständigen Verbrauchers“ gerade nicht entsprechen, im Ernstfall eben dieses Leitbild bemühen würde, um findigen Schmarotzern die Freiheit einer gezielten Jagd auf unbedarfte und unaufmerksame Marktteilnehmer zu gewährleisten, damit sie diese ohne Erbringung einer auch nur annähernd adäquaten Gegenleistung ungestört ausbeuten können.

#### V. Die Differenzierung zwischen Irreführung als Allein-zweck und als Nebenwirkung zweifelhafter Geschäftspraktiken

Der Kernaspekt der unter III. 3. c) und IV. ausgeführten Überlegungen ist nach alledem die Unterscheidung zwischen Gestaltungsformen von Angeboten oder sonstigen Einwirkungen auf die Willensbildung, bei denen schlechthin keine

<sup>66</sup> Hervorhebung vom Verf. des vorliegenden Beitrags.

andere Funktion ersichtlich ist als die, einen (und sei es prozentual betrachtet noch so geringen) Teil der Adressaten durch die Erregung von Fehlvorstellungen zu vermögensschädigenden Dispositionen zu veranlassen, und Werbebotschaften, bei denen ein evtl. irreführender Effekt nur die Nebenwirkung einer Beeinflussung potentieller Kunden darstellt, die primär auf die Schaffung legitimer Kaufanreize zugeschnitten ist: Erstere sind ausnahmslos (d.h. unabhängig von den mit ihnen erzielten Täuschungsquoten<sup>67</sup>) verboten und begründen bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen von § 263 StGB ohne weiteres eine Betrugsstrafbarkeit. Bei letzteren – und nur dort – muss hingegen unter Berücksichtigung der europarechtlichen Vorgaben ein Ausgleich zwischen wirtschaftlicher Betätigungsfreiheit des Anbieters und dem Interesse am Schutz seiner Kunden vor irreführenden Praktiken hergestellt werden, weil die Freiheit einerseits auch hier nicht schrankenlos sein kann, andererseits aber nicht wegen jeder denkbaren Gefahr von Missverständnissen ausgehöhlt werden darf.

1. Eine ähnliche Idee lag offenbar auch dem von BGHSt 47, 1 (5 f.) verfolgten Ansatz zugrunde, nach dem die Tatbestandsmäßigkeit der Versendung rechnungsähnlicher Angebotsschreiben daraus folgen soll, dass „der Täter die Eignung der – inhaltlich richtigen – Erklärung, einen Irrtum hervorzurufen, planmäßig einsetzt und damit unter dem Anschein ‚äußerlich verkehrsgerechten Verhaltens‘ gezielt die Schädigung des Adressaten verfolgt, wenn also die Irrtumserregung nicht die bloße Folge, sondern der Zweck der Handlung ist.“ Gegen eine solche primäre Anknüpfung an der subjektiven Zweckbestimmung des Verhaltens wurde nun freilich – im Grundsatz zu Recht – der Einwand erhoben, sie führe zu einer unzulässigen Subjektivierung des Tatbestandsmerkmals „Täuschung“, das nach allgemeinen Grundsätzen zunächst einmal im objektiven Tatbestand zu prüfen sei und dort seine strafbarkeitsbegrenzenden Wirkungen entfalten müsse.<sup>68</sup> Auf

<sup>67</sup> Wobei eine im Einzelfall hohe Täuschungsquote natürlich ein Indiz für die ausschließlich betrügerische Funktion der spezifischen Vorgehensweise der Täter darstellt (worauf OLG Frankfurt NJW 2011, 398 [401 ff.] denn auch besonderes Gewicht legte); ihre Rolle als hochspezifisches und zu keinem anderen Zweck taugliches Täuschungsinstrument kann je nach Sachverhaltsgestaltung aber auch einer Masche auf die Stirn geschrieben stehen, die erkennbar darauf abzielt, unter bewusster Inkaufnahme niedriger Quoten von allen angesprochenen Personen zielsicher die dümmsten und unvorsichtigsten herauszufiltern!

<sup>68</sup> *Krack*, JZ 2002, 613; *Pawlik*, StV 2003, 297 (298); *Schneider*, StV 2004, 537 (538 f.); *Paschke* (Fn. 1), S. 144 ff.; *Grau* (Fn. 1), S. 168 ff.; *Scheinfeld*, wistra 2008, 167 (169 ff.); *Hoyer* (Fn. 25), § 263 Rn. 47; gegen ein Abstellen auf die Absicht des Täters auch *Hecker* (Fn. 29), S. 256 f.; *Geisler*, NStZ 2002, 86 (87 f.); *Maurach/Schroeder/Maiwald* (Fn. 8), S. 479; *Hoffmann*, GA 2003, 610 (616 f.), der bei den rechnungsähnlichen Angeboten statt dessen den „Gesamteindruck“ betrachten will; sowie *Eisele*, NStZ 2010, 193 (194), der auf die „Verletzung von Informationspflichten“ abstellt

durchgreifende Bedenken stößt dabei insbesondere die Annahme des BGH, ein strafloses „bloßes Ausnutzen einer irrtumsgeneigten Situation“ und „strafrechtlich relevante Täuschungshandlungen durch aktive Irreführung“ seien in erster Linie danach zu unterscheiden, ob der Täter hinsichtlich der Irrtumserregung nur mit bedingtem oder aber mit direktem Vorsatz handelt.<sup>69</sup> Auch eine noch so böse Absicht bildet für sich allein genommen nämlich keine taugliche Grundlage für die Zurechnung eines Erfolges, solange dieser nicht durch eine von der Rechtsordnung objektiv missbilligte Gefahrschaffung verursacht wurde.<sup>70</sup>

2. Diese Bedenken stehen der hier vorgeschlagenen Differenzierung bei näherer Betrachtung indessen nicht entgegen. Bei den vorliegend diskutierten Verhaltensweisen handelt es sich nämlich keinesfalls um ein objektiv zulässiges Geschäftsgebaren, das erst durch die (allerdings offenkundig vorliegende) Absicht zur Irreführung zu einer verbotenen Täuschung mutieren würde. Ein Angebotsschreiben mit der Aufmachung einer Rechnung zu versehen, massenhaft „Ping-Anrufe“ von einer gebührenpflichtigen Service-Nummer zu versenden, den Hinweis auf die Kostenpflicht einer prima facie unentgeltlich zu nutzenden Internetseite an einer versteckten Stelle zu platzieren oder potentielle Teilnehmer an dubiosen Gewinnspielen mit der erst an nachgeordneter Stelle relativierten Aussage anzusprechen, sie hätten gewonnen, ist vielmehr allgemein nicht erlaubt,<sup>71</sup> weil von einem solchen Verhalten in der von § 263 StGB beschriebenen Weise eine Gefahr für fremde Rechtsgüter (Eintritt von Vermögensschäden durch irrtumsbedingte Verfügungen) ausgeht, ohne dass dabei irgendein legitimes Interesse ersichtlich wäre, sie dennoch vorzunehmen. Anders als in Fällen, in denen Missverständnisse, die für einzelne Teilnehmer des Rechtsverkehrs ebenfalls mit irrtumsbedingten vermögensschädigenden Verfügungen enden können, als Nebenwirkung einer sozialadäquaten Umwerbung des „verständigen Verbrauchers“ erscheinen, die man in einem gewissen Rahmen in Kauf nehmen muss, um die Freiheit wirtschaftlicher Betätigung nicht über Gebühr zu beschränken, fehlen damit die Voraussetzungen eines erlaubten Risikos. Diese Überlegung knüpft in keiner Weise am Vorsatz des jeweiligen Täters an, sondern ausschließlich daran, dass in den hier interessierenden Konstellationen bei objektiver Betrachtung kein vernünftiger Grund ersichtlich ist, ein entsprechendes Verhalten vorzunehmen, wenn man es nicht gerade auf eine Verletzung des von § 263 StGB geschützten Rechtsguts abgesehen hat.<sup>72</sup> Deshalb haben wir es objektiv mit einer Betrugshandlung zu

(a.a.O. [195 ff.]). Dem BGH insoweit zustimmend hingegen *Loos*, JR 2002, 77 (78).

<sup>69</sup> BGHSt 47, 1 (5 f.) im Anschluss an *Schroeder*, in: *Baummann/Tiedemann* (Fn. 27), S. 153 (S. 159 ff.).

<sup>70</sup> Insoweit zutreffend *Scheinfeld*, wistra 2008, 167 (169).

<sup>71</sup> Vgl. auch *Paschke* (Fn. 1), S. 149, der zutreffend bemerkt, dass bei den rechnungsähnlichen Angebotsschreiben „von einem äußerlich verkehrskonformen Verhalten [...] nicht mehr die Rede sein“ kann.

<sup>72</sup> Ebenso *Hoyer* (Fn. 25), § 263 Rn. 49 f.; *Joecks*, Strafgesetzbuch, Studienkommentar, 9. Aufl. 2010, § 263 Rn. 36b.

tun. Dass der Täter dabei in aller Regel auch subjektiv in betrügerischer Absicht handeln wird, weil die Inszenierung von Sachverhalten im Wirtschaftsleben, die bei vernünftiger Betrachtung keinem anderen sinnvollen Zweck als der Irreführung naiver oder unaufmerksamer Personen dienen können, regelmäßig nur mit einer solchen zu erklären ist, steht auf einem anderen Blatt.

## VI. Fazit und Ausblick

1. Nachdem an der Strafbarkeit der eingangs dargestellten Verhaltensweisen im Ergebnis somit kein Zweifel besteht, während die – mithin unberechtigten – Verfahrenseinstellungen und Freisprüche auf diesem Sektor „gleichsam zu Anleitungen für diejenigen [werden], die ihr Geld auf eine Weise verdienen möchten, die in der Bevölkerung [...] als betrügerisch angesehen wird“,<sup>73</sup> ist es mit Nachdruck zu begrüßen, dass Staatsanwaltschaften und Oberlandesgerichte entsprechende Machenschaften nach langjährigen Defiziten bei der Strafverfolgung<sup>74</sup> jetzt offensichtlich ernst nehmen, wie die Entscheidungen des OLG Frankfurt und des OLG Oldenburg über die sofortigen Beschwerden gegen die Nichteröffnung der Hauptverfahren zu den Internet-Fällen und den „Ping-Anrufen“ nunmehr zeigen.

2. Dabei sollte die Justiz tunlichst nicht nur die Initiatoren einschlägiger Machenschaften in den Blick nehmen, sondern auch Inkassounternehmen und Rechtsanwälte, die diesen bei der Eintreibung ihrer kriminellen Forderungen behilflich sind: Jedenfalls dort, wo ein Inkassounternehmen oder ein Rechtsanwalt für ein und dieselbe Firma regelmäßig und in einer Vielzahl von Einzelfällen tätig wird (was nahezu durchweg der Fall sein dürfte), erscheint es kaum denkbar, dass den Betroffenen völlig entgeht, auf welche Weise die von ihnen geltend gemachten angeblichen Forderungen zustande gekommen sind, und dass sie sich insofern nicht wenigstens mit *dolus eventualis* an einem Betrug beteiligen;<sup>75</sup> bei den verbreiteten Drohungen mit unberechtigten Meldungen an die Schufa oder mit unbegründeten Klagen, deren Ankündigung rechtlich unerfahrene Opfer einschüchtern soll, wäre außerdem an Erpressung zu denken. Ein konsequentes strafrechtliches Vorgehen auch und gerade gegenüber diesem Personenkreis erscheint dabei aus zwei Gründen besonders wichtig: Erstens haben viele der Schwindelfirmen und ihre Hintermänner ihren Sitz im Ausland, was ihre Strafverfolgung nach wie vor ungemein erschwert, während die Inkassounternehmen und Rechtsanwälte, die einem Teil der einschlägigen Betrugsmaschinen (besonders den Internet-Fällen)

zu einer gesteigerten Effizienz verhelfen (dazu sogleich), fast durchweg im Inland agieren und für die deutsche Justiz mithin leicht greifbar sind.<sup>76</sup> Zweitens bildet gerade die Einschaltung eines weiteren scheinbar seriösen Unternehmens, dem das Inkasso obliegt, und in noch stärkerem Maße die Vertretung durch einen Rechtsanwalt, die dem juristischen Laien suggeriert, an der Forderung müsse juristisch wohl „etwas dran“ sein, für die Erfolgsquoten des Massenbetrugs einen gewaltigen Verstärkungsfaktor.<sup>77</sup> Insbesondere der letztgenannte Umstand hat dabei ein solches Gewicht, dass der Gesetzgeber gut beraten wäre, für Inkassounternehmen und Rechtsanwälte eine explizite Verpflichtung zu statuieren, sich vor einem Tätigwerden zum Eintreiben einer Vielzahl gleichartiger Forderungen für eine Firma über deren Seriosität zu vergewissern, flankiert durch eine Strafdrohung für die leichtfertige Mitwirkung an der Eintreibung betrügerischer Forderungen, wenn der Betroffene jener Verpflichtung nicht nachgekommen ist. Ein effektives Vorgehen gegen Rechtsanwälte, die sich als Erfüllungsgehilfen bei der Schädigung der Opfer (d.h. nicht als Strafverteidiger, was natürlich stets legitim ist) in den Dienst von Betrügern stellen, damit dem Leitbild des Rechtsanwalts als unabhängigem Organ der Rechtspflege Hohn sprechen und dem Ansehen der Anwaltschaft in der Öffentlichkeit insgesamt schweren Schaden zufügen, sollte im Interesse aller seriös arbeitenden Rechtsanwälte liegen.

<sup>73</sup> *Krack* (Fn. 25), S. 71.

<sup>74</sup> Wobei die ketzerische Frage erlaubt sei, welche Rolle bei der Verneinung der Strafbarkeit durch Staatsanwaltschaften und Untergerichte neben ehrlicher Überzeugung manchmal vielleicht auch die Bequemlichkeit spielte, weil eine Verfolgung der vorliegenden Betrugsmaschinen nur in Gestalt von Sammelverfahren zu einer gigantischen Zahl von Einzelfällen mit jeweils geringen Einzelschäden möglich ist, was für die betroffenen Richter und Staatsanwälte einen immensen Arbeitsaufwand bedeutet.

<sup>75</sup> Dazu bereits *Eisele*, *NStZ* 2010, 193 (199).

<sup>76</sup> *Eisele*, *NStZ* 2010, 193 (199).

<sup>77</sup> Vgl. *Arzt* (Fn. 34), S. 599, der entsprechende Verstärkereffekte diskutiert, die aus der Verbreitung von Täuschungen in seriösen Medien (etwa bei der Veröffentlichung betrügerischer Inserate) und aus einem (von der Polizei vielfach leider nicht mit der gebotenen Stringenz unterbundenen) öffentlichen Auftreten von Betrügern resultieren. Unter diesen beiden Gesichtspunkten erscheint es besonders dringlich, dass die Staatsanwaltschaften endlich gegen die Veranstalter bestimmter unseriöser Quizsendungen im Fernsehen vorgehen, in denen den Zuschauern wahrheitswidrig suggeriert wird, sie hätten bei einem gebührenpflichtigen Anruf über eine 0137-Nummer gute Chancen, zur Beantwortung einer Frage ins Studio durchgestellt zu werden, was nach den im vorliegenden Beitrag dargestellten Grundsätzen ebenfalls eine Strafbarkeit nach § 263 StGB begründet; im Ergebnis ebenso *Noltenius*, *wistra* 2008, 285 ff.