

# Wertende Produktpreisungen im Wirtschaftsverkehr

## Erwägungen zur Reichweite von § 263 StGB

Von Dr. jur. Dr. phil. **Milan Kuhli**, Frankfurt a.M.\*

### I. Einleitung

Es gehört zu den großen Verdiensten des verehrten Jubilars, den inhaltlichen Austausch zwischen der deutschen und der anglo-amerikanischen Strafrechtswissenschaft angeregt und intensiviert zu haben – einen Austausch, der die verschiedensten Themenbereiche umfasst. Aus dem umfangreichen Oeuvre von *Andreas v. Hirsch* sei an dieser Stelle lediglich auf einen Sammelband verwiesen, der im Jahre 2010 erschienen ist und in dem der Jubilar als Mitherausgeber und -verfasser den Blick auf die Figuren des direkten und indirekten Paternalismus im Strafrecht lenkt.<sup>1</sup> Während jener Fall die Kriminalisierung unmittelbar oder potenziell selbstschädigender Handlungen umfasst, richtet sich der indirekte strafrechtliche Paternalismus gegen fremdschädigendes Verhalten, das auf das ausdrückliche Verlangen des Tatopfers hin erfolgt.<sup>2</sup> Ein Beispiel einer (im deutschen Strafrecht höchst seltenen) direkt paternalistischen Regelung sieht *v. Hirsch* im Straftatbestand des Erwerbs von Drogen (§ 29 Abs. 1 BtMG), wohingegen er die Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB) sowie die mit Einwilligung des Tatopfers verübte Körperverletzung (§§ 223, 228 StGB) als strafrechtliche Regelungen indirekt paternalistischer Prägung einordnet.<sup>3</sup>

Im vorliegenden Beitrag möchte der *Autor* mit der Betrugsregelung nach § 263 StGB einen Straftatbestand beleuchten, der zwar nicht als typischer Fall einer paternalistischen Regelung im eben genannten Sinne gelten kann, der jedoch nach allgemeiner Lesart ein Selbstschädigungsdelikt normiert<sup>4</sup> und insoweit Fragen des Besonderen Teils evoziert, die mit *v. Hirschs* Analyse paternalistischer Strafrechtssetzung durchaus im Zusammenhang stehen. Eine dieser Fragen gilt der Schutzbedürftigkeit eines Tatopfers, das (in eigener Person oder durch ihm zurechenbare Dritte)<sup>5</sup> mit dem Täter in gewisser Weise kollaboriert. Diese Zusammenarbeit kommt beim Betrug etwa im ungeschriebenen Tatbestandsmerkmal der Vermögensverfügung zum Ausdruck, kann aber auch den

zeitlich vorgelagerten Interaktionsprozess betreffen, der die Erfüllung der Tatbestandsmerkmale der Täuschung, des Irrtums sowie der Kausalität zwischen beidem einbettet. Nach allgemeiner Lesart normiert der Betrugstatbestand daher ein „Kommunikationsdelikt“<sup>6</sup>, das an ein gewisses Maß an Gegenseitigkeit anknüpft.

Diesen Interaktionscharakter betrugstypischer Verhaltensweisen gilt es auch zu berücksichtigen, wenn man den Blick auf sogenannte Produktpreisungen, den Gegenstand der vorliegenden Untersuchung, richtet. Solche Werbehinweise für ein bestimmtes ökonomisches Produkt sind in unserer Gesellschaft allgegenwärtig und tauchen im Wirtschaftsverkehr im unterschiedlichsten Gewande auf: Die Spannweite reicht etwa von TV-, Internet- oder Printreklame, die sich an einen unbestimmten Personenkreis richtet und der Werbung für ein massenhaft hergestelltes Konsumprodukt dient, bis hin zu anpreisenden Äußerungen für ein Einzelstück, die in einem individuell geführten Verkaufsgespräch fallen und die sich an einen bestimmten Kunden richten. Regelmäßig (obgleich nicht zwingend) führt der werbende Charakter der maßgeblichen Aussage dazu, dass die betreffende Äußerung zumindest auch wertender Natur ist – demnach also eine Aussage darstellt, die nach allgemeinen sprachanalytischen Kriterien eine Empfehlung ausdrückt.<sup>7</sup> Das Hauptaugenmerk dieses Beitrags ist daher auf wertende Produktpreisungen zu legen – solche Aussagen also, die zumindest bis zu einem gewissen Grade wertenden Charakter aufweisen.

Kauft ein Kunde im Einzelfall das durch Werbung angepriesene Produkt und zeigt sich sodann jedoch, dass das Konsumgut weniger leistet als versprochen, so kann sich die Frage stellen, ob der Werbende strafbar gehandelt hat oder lediglich in sehr geschickter Weise ein Urteil des persönlichen Geschmacks abgegeben hat, über das man in Anlehnung an die bekannte Redewendung möglicherweise gar nicht streiten kann. Maßstab der vorliegenden Untersuchung ist dabei der Betrugstatbestand nach § 263 StGB. Andere Bestimmungen (etwa aus dem Bereich des Lebensmittel- oder Wettbewerbsrechts) werden aus Gründen der Übersichtlichkeit ausgeblendet.<sup>8</sup> Darüber hinaus wird in diesem Beitrag davon ausgegangen, dass der Adressat der Werbung (der Erklärungsempfänger) und der Käufer des beworbenen Produktes identisch sind. Eine weitere inhaltliche Beschränkung dieses Beitrags wird darin bestehen, dass der Themenbereich der konkludenten Täuschungen sowie der Täuschungen durch Unterlassen ausgeblendet wird.

\* *Milan Kuhli* ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter im Exzellenzcluster „Die Herausbildung normativer Ordnungen“ an der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main.

<sup>1</sup> Vgl. *v. Hirschs* Beiträge: *v. Hirsch*, in: *v. Hirsch/Neumann/Seelmann* (Hrsg.), *Paternalismus im Strafrecht, Die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten*, 2010, S. 57; *v. Hirsch/Neumann*, in: *v. Hirsch/Neumann/Seelmann* (a.a.O.), S. 71; *dies.* (a.a.O.), S. 99; *v. Hirsch/Schorscher*, in: *v. Hirsch/Neumann/Seelmann* (a.a.O.), S. 333.

<sup>2</sup> *v. Hirsch* (Fn. 1), S. 57.

<sup>3</sup> *v. Hirsch* (Fn. 1), S. 57.

<sup>4</sup> *Kudlich/Oğlakcioğlu*, *Wirtschaftsstrafrecht*, 2. Aufl. 2014, Rn. 206.

<sup>5</sup> Vgl. zum Meinungsstand hinsichtlich der Bestimmung des (eine solche Zurechnung erlaubenden) Verhältnisses zwischen dem Vermögensinhaber und dem Verfügenden beim Betrug: *Fischer*, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, Kommentar, 61. Aufl. 2014, § 263 Rn. 79 ff. m.w.N.

<sup>6</sup> *Kudlich/Oğlakcioğlu* (Fn. 4), Rn. 213; vgl. auch *Hefendehl*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 5, 2. Aufl. 2014, § 263 Rn. 25.

<sup>7</sup> *Hare*, *Die Sprache der Moral*, 2. Aufl. 1997, S. 109.

<sup>8</sup> Vgl. hierzu allgemein *Hecker*, *Strafbare Produktwerbung im Lichte des Gemeinschaftsrechts, Europäisierung des deutschen Täuschungsschutzstrafrechts am Beispiel des Lebensmittel-, Wettbewerbs- und Betrugsstrafrechts*, 2001, S. 10 ff.

Ausgangspunkt unserer Überlegungen nach der betrugsstrafrechtlichen Relevanz werbender Produktpreisungen ist die Tatbestandsfassung des § 263 StGB, die einen Dualismus zwischen sogenannten Tatsachenbehauptungen und Werturteilen nahelegt.

## II. Tatsachenbehauptung und Werturteil im Wirtschaftsverkehr

### 1. Komplementarität?

Bekanntlich setzt der (in seinem Wortlaut missglückte)<sup>9</sup> Straftatbestand des Betrugs im Ausgangspunkt voraus, dass der Täter eine Tatsache behauptet – ein Merkmal, dem üblicherweise die Konzepte des Werturteils<sup>10</sup> und der Meinungsäußerung<sup>11</sup> gegenübergestellt werden. Allerdings handelt es sich hierbei um eine Kontrastierung, die allenfalls als Idealtypus aufgefasst werden kann. Ein solches Verständnis wird in der Literatur etwa dadurch zum Ausdruck gebracht, dass mitunter vom „bloßen Werturteil [...] und der reinen Meinungsäußerung“<sup>12</sup> gesprochen wird – eine Reinheit respektive Blöße, die in der alltäglichen Kommunikation nur in den seltensten Fällen erreicht werden dürfte.<sup>13</sup>

Diese Feststellung gilt sogar, wenn man mithilfe der analytischen Sprachphilosophie den scheinbar eindeutigen Fall betrachtet, dass jemand einen Sachverhalt als „gut“ bewertet, ohne in diesem Zusammenhang weitere ausdrückliche Informationen mitzuteilen. Vertritt man etwa in Anlehnung an *Richard Hare*<sup>14</sup> die Auffassung, dass Werturteile wie „Das Rennrad KX stellt ein gutes Fahrrad dar“ die zusätzliche Information implizieren, dass sämtliche Fahrräder, die die relevanten Eigenschaften mit dem angesprochenen Rennrad teilen, von dem Wertenden ebenfalls als „gut“ befunden werden, so setzt dies eine Beziehung zwischen dem Werturteil und den zugrunde liegenden Eigenschaften voraus. Wenn zwar mit *Hare* und in Abweichung von naturalistischen Sichtweisen nicht davon auszugehen ist, dass ein Werturteil unmittelbar aus den zugrunde liegenden Eigenschaften hergeleitet werden

kann, so heißt dies auf der anderen Seite nicht, dass die abschließliche Bewertung als „gut“ nichts über die Eigenschaften des betreffenden Rennrades aussagt.<sup>15</sup> Je häufiger eine Person Exemplare, die zur selben Gattung von Gegenständen gehören, mit „gut“ (oder auch „nicht gut“ respektive „schlecht“) bewertet, desto leichter ist es für Adressaten der jeweiligen Erklärung regelmäßig, den Maßstab der betreffenden Bewertung zu erkennen und die durch die Bewertung implizierten relevanten Eigenschaften – *Hare* spricht insoweit von beschreibender bzw. deskriptiver Bedeutung<sup>16</sup> – zu begreifen. Entsprechendes kann bis zu einem gewissen Grade sogar dann gelten, wenn die wiederholten Bewertungen zwar nicht von derselben Person abgegeben werden, jedoch in einem feststehenden Milieu erfolgen, sodass die jeweilige Bewertung aus der Sicht des Adressaten die Kundgabe bestimmter Eigenschaften transportiert. Dies lässt sich anhand eines Beispiels verdeutlichen:

Unterhalten sich die beiden Radprofis J und L, die seit mehreren Jahren an der Tour de France teilnehmen, über das bereits erwähnte Rennradmodell KX und bewertet J das Fahrrad als „gut“, so dürfte für L zu verstehen sein, dass diese Bewertung etwa die Feststellung eines geringen Gewichts und einer präzisen Gangschaltung impliziert. Beides sind nämlich Eigenschaften, die im Renneinsatz bedeutsam sind und deshalb einer positiven Bewertung unterliegen.

Wenn man an dieser Stelle überdies von der Prämisse ausgeht, dass die Ausrüstung im Profirennrad sport ausschließlich vom jeweiligen Sponsor finanziert wird und jeweils nach wenigen Einsätzen ausgetauscht wird, so wird für L zugleich klar, dass sich J mit der Bewertung des Fahrrades als „gut“ nicht auf einen günstigen Preis oder eine besondere Langlebigkeit bezogen haben dürfte. Beide Eigenschaften sind nämlich sowohl für J als auch für L offensichtlich unerheblich.

Bereits das vermeintlich extreme Beispiel der Bewertung einer Entität als „gut“ zeigt damit, dass reine Werturteile nahezu kaum denkbar sind.<sup>17</sup> Der Umstand, dass Werturteile häufig beschreibende Aussagen implizieren, macht damit im Betrugsstrafrecht eine normative Abgrenzung erforderlich, ob und inwieweit ein Kommunikationsakt als Äußerung über tatsächliche Eigenschaften oder aber als Werturteil zu deuten ist. Im Folgenden sind zunächst die in der Rechtsprechung und Literatur üblichen Grundlagen einer solchen Abgrenzung

<sup>9</sup> Vgl. dazu *Hilgendorf*, Tatsachenaussagen und Werturteile im Strafrecht – entwickelt am Beispiel des Betruges und der Beleidigung, 1998, S. 113.

<sup>10</sup> BGHSt 48, 331 (344); *Arzt*, JuS 1982, 717 (719); *Müller*, JuS 1981, 255 (257); *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2014, § 263 Rn. 5; *Fischer* (Fn. 5), § 263 Rn. 9; *Tiedemann*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 9/1, 12. Aufl. 2012, § 263 Rn. 13.

<sup>11</sup> Teilweise werden Meinungsäußerungen dabei gleichberechtigt neben Werturteilen genannt (*Satzger*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier* [Hrsg.], Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2014, § 263 Rn. 18; *Hefendehl* [Fn. 6], § 263 Rn. 79; *Lackner/Kühl* [Fn. 10], § 263 Rn. 5), zum Teil aber auch als deren Unterkategorie (BGHSt 48, 331 [344]) – ein Unterschied in der Sache dürfte sich hieraus nicht ergeben.

<sup>12</sup> *Hefendehl* (Fn. 6), § 263 Rn. 79; vgl. auch *Tiedemann* (Fn. 10), § 263 Rn. 13.

<sup>13</sup> Vgl. *Hefendehl* (Fn. 6), § 263 Rn. 79.

<sup>14</sup> *Hare* (Fn. 7), S. 164 f.

<sup>15</sup> *Hare* (Fn. 7), S. 125.

<sup>16</sup> *Hare*, *Freiheit und Vernunft*, 1983, S. 27; *ders.* (Fn. 7), S. 151 f.; vgl. hierzu *Alexy*, *Theorie der juristischen Argumentation*, 1983, S. 85 ff.

<sup>17</sup> Entsprechendes gilt im Übrigen auch für den vermeintlichen Komplementärbegriff im Betrugsstrafrecht – denjenigen der Tatsachenbehauptung (vgl. hierzu *Kargl*, in: *Prittowitz u.a.* [Hrsg.], *Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002*, 2002, S. 613 [626]; *Bitzilekis*, in: *Weigend u.a.* [Hrsg.], *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999*, 1999, S. 29 [40]).

darzulegen (dazu 2.), ehe sich die Untersuchung der gängigen Beurteilung wertender Produktpreisungen widmet, wie sie im Wirtschaftsverkehr üblich sind (dazu 3.).

## 2. Grundlagen der dogmatischen Abgrenzung

Nach allgemeiner Lesart werden unter Tatsachen im Sinne des § 263 StGB Vorgänge oder Zustände der Vergangenheit oder Gegenwart verstanden, die prinzipiell dem Beweis zugänglich sind.<sup>18</sup> Geschehnisse, die – vom zeitlichen Bezugspunkt der Äußerung aus betrachtet – erst in der Zukunft liegen, werden demgegenüber üblicherweise nicht als Tatsachen im betrugsstrafrechtlichen Sinne eingeordnet.<sup>19</sup> Eine derartige Exklusion zukünftiger Ereignisse aus dem betrugsstrafrechtlichen Tatsachenbegriff lässt sich nicht mit einem Nichtvorliegen an Objektivität begründen<sup>20</sup> – liegt doch die künftige Begebenheit ab dem Zeitpunkt ihrer Entstehung in gleicher Weise vor wie ein vergleichbarer Umstand, der im Zeitpunkt der jeweiligen Äußerung bereits existent war. Entscheidend dürften hier vielmehr solche Erwägungen sein, die an die Schutzbedürftigkeit des Tatopfers anknüpfen: Danach gilt, dass derjenige, der auf den zukünftigen Eintritt von Tatsachen vertraut, grundsätzlich nicht als schutzbedürftig anzusehen ist. Jedoch wird bei Prognoseaussagen mitunter insoweit eine Äußerung gegenwärtiger Tatsachen angenommen, als die Kundgabe der Prognose eine Aussage über gegenwärtige Verhältnisse – etwa bestimmte Wahrscheinlichkeiten – impliziert.<sup>21</sup>

Was die betrugsstrafrechtliche Abgrenzung von Tatsachenäußerungen und Werturteilen anbelangt, stellt die herrschende Meinung nach einer gängigen Formulierung darauf ab, ob sich der betreffende Aussage ein Tatsachenkern entnehmen lässt.<sup>22</sup> Jedoch ist im Folgenden zu untersuchen, inwieweit dieses Kriterium bei der betrugsstrafrechtlichen Erfassung wertender Produktpreisungen im Wirtschaftsverkehr tatsächlich zum Tragen kommt.

<sup>18</sup> Protzen, wistra 2003, 208 (209); vgl. aber auch Tiedemann (Fn. 10), § 263 Rn. 10 [„objektiv (gerichtlich) beweisbar“].

<sup>19</sup> RGSt 56, 227 (232); Worms, wistra 1984, 123 (126); Cramer/Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 263 Rn. 9; Fischer (Fn. 5), § 263 Rn. 7. Vgl. auch BGH bei Dallinger, MDR 1973, 18.

<sup>20</sup> Vgl. hierzu auch Bitzilekis (Fn. 17), S. 36 ff.

<sup>21</sup> Vgl. BGHSt 31, 115 (116); 30, 177 (181); BGH bei Dallinger MDR 1973, 18; RGSt 56, 227 (232); Tiedemann (Fn. 10), § 263 Rn. 16; Cramer/Perron (Fn. 19), § 263 Rn. 9; Fischer (Fn. 5), § 263 Rn. 7.

<sup>22</sup> Entsprechende Formulierungen finden sich etwa bei: BGHSt 48, 331 (344) (m. Anm. Kühne, JZ 2004, 743); Tiedemann (Fn. 10), § 263 Rn. 14; Fischer (Fn. 5), § 263 Rn. 9; Satzger (Fn. 11), § 263 Rn. 19; Cramer/Perron (Fn. 19), § 263 Rn. 9; Hoyer, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 140. Lfg., Stand: Oktober 2013, § 263 Rn. 14. – Kritisch zu den Begründungen der einzelnen Abgrenzungen allerdings: Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 4. Aufl. 2013, § 263 Rn. 87.

## 3. Gängige Abgrenzung bei wertenden Produktpreisungen

Untersucht man vor dem Hintergrund des § 263 StGB, in welcher Weise Produktpreisungen behandelt werden, so lassen sich im Allgemeinen betrugsrelevante Äußerungen (dazu a) von solchen unterscheiden, die von vornherein als betrugsirrelevant eingestuft werden (dazu b).

### a) Betrugsrelevante Anpreisungen

Als betrugsrelevante Täuschungshandlungen wurden in der Rechtsprechung unter anderem folgende Äußerungen angesehen:

- Im Rahmen eines Wechselgeschäftes: „Angaben über die Ausnutzungsmöglichkeit eines noch nicht erteilten Patentes [...] oder über andere angeblich vorhandene oder sicher zu erwartende Vermögenswerte oder sonstige Angaben über die Kreditwürdigkeit der Wechselverpflichteten“.<sup>23</sup>
- Hinsichtlich eines in Zahlung gegebenen Hypothekenbriefes: Erklärung, der Brief sei „sicher, wertvoll und leicht zu verwerten“.<sup>24</sup>
- Bei einem Aktiengeschäft: „Erklärungen, hinter der Muttergesellschaft stünden finanzstarke, einflußreiche Geschäftsleute, die Aktien seien eine gute Kapitalanlage, würden bald emittiert, von Banken und an der Börse gehandelt werden, im Kurs erheblich steigen und dem Erwerber beim Wiederverkauf hohe Gewinne bringen“.<sup>25</sup> – Hierin wurde vom 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs unter anderem die unwahre Behauptung gesehen, „daß es sich um ein kapitalkräftiges, auf Gewinnerzielung gerichtetes Unternehmen handele, dessen Marktchancen in Bank- und Börsenkreisen günstig beurteilt würden, und daß die Aktien im gegenwärtigen Zeitpunkt jedenfalls den geforderten Preis wert seien“.<sup>26</sup>
- Beim Vertrieb wirkungsloser Verjüngungsmittel: Erklärung, diese seien „aus ‚taufrischem Frischzellenextrakt‘“ und würden „im Blitztempo von nur zwölf Bädern wieder schlank, straff und jung formen, und zwar ‚mit 100 %iger Figurgarantie‘. Verblüfft und zufrieden hätten Testpersonen festgestellt, ‚daß sie um herrliche zehn, fünfzehn oder mehr Jahre verjüngt‘ und zur Figur eines Filmstars geliftet worden seien“.<sup>27</sup> – Der 3. Strafsenat führte hierzu aus: „Trotz marktschreierischer Reklame hat [der Angeklagte] [...] nicht lediglich ein persönliches Werturteil abgegeben, sondern über der Nachprüfung zugängliche Tatsachen getäuscht“; es sei anzunehmen, dass die Abnehmer der Präparate „auf Grund der Angaben des Angeklagten in den Werbeanzeigen glaubten, die Präparate hätten im

<sup>23</sup> RGSt 70, 151 (152); vgl. hierzu Tiedemann (Fn. 10), § 263 Rn. 15.

<sup>24</sup> RGSt 20, 3 (4); vgl. hierzu Kindhäuser (Fn. 22), § 263 Rn. 85.

<sup>25</sup> BGH bei Dallinger, MDR 1973, 18.

<sup>26</sup> BGH bei Dallinger, MDR 1973, 18; vgl. hierzu Kindhäuser (Fn. 22), § 263 Rn. 85.

<sup>27</sup> BGHSt 34, 199 (200).

Kern die versprochene – wenn vielleicht auch übertrieben geschilderte – Wirkung, zumal ein wissenschaftlicher oder fachmännischer Hintergrund, eine erfolgreiche Benutzung durch Testpersonen und eine ‚100 %ige Garantie‘ vorgespiegelt wurden“.<sup>28</sup>

- Bei der Anwerbung von Vertragshändlern für Motorenöl: Aussage, dass das betreffende „Produkt ‚konkurrenzlos‘ sei. Deshalb unterliege es keinem Verdrängungswettbewerb, sondern stoße in einen offenen Markt [...]“.<sup>29</sup>
- Bezeichnung einer Kapitalanlage als „sicher“.<sup>30</sup> – Der 5. Strafsenat führte hierzu aus: „Enthält [...] das Angebot selbst wenig Tatsachenmaterial, dann kann nach den Umständen auch Äußerungen, die in die Form eines Werturteils gekleidet sind, der Charakter einer Tatsachenbehauptung zukommen“.<sup>31</sup>

Für die Begründung der Betrugsrelevanz solcher und ähnlicher Produktpreisungen wird demnach regelmäßig auf den Umstand abgestellt, dass die maßgebliche Erklärung die Behauptung einer bestimmten Eigenschaft des maßgeblichen Produktes impliziert. Jedoch wird im Folgenden zu zeigen sein, dass eine solche Eigenschaftsimplikation durchaus auch bei manchen Produktpreisungen zu bejahen ist, die üblicherweise als betrugsirrelevant eingestuft werden.

#### b) Betrugsirrelevante Anpreisungen

Nach überkommener Ansicht sollen solche Produktpreisungen grundsätzlich von vornherein aus dem Anwendungsbereich des Betrugs fallen, die lediglich reklamehafter, übertriebener oder marktschreierischer Natur sind.<sup>32</sup> Wird beispielsweise ein Waschmittel im Fernsehen als „das Beste der Welt“ angepriesen, so wäre dies nach der genannten Sichtweise betrugsstrafrechtlich unbeachtlich. Zwar lässt sich dies unter Umständen damit erklären, dass es bei Waschmitteln keine einheitlichen Standards gibt, die die Güte des jeweiligen Produktes bestimmen – etwa die Frage, ob ein primär umweltschonendes Mittel besser ist oder aber ein solches, das wirklich rein wäscht. Allerdings sollen unter Umständen auch solche Reklameäußerungen straflos sein, die durchaus einen empirisch überprüfbar eindeutigen Tatsachenkern besitzen.<sup>33</sup> So weist etwa *Hefendehl* darauf hin, dass eine „Auslegung marktschreierischer Reklame [...] zu dem Ergebnis führen [kann], dass scheinbar einem Beweis zugängliche Aussagen – ‚weißer geht es nicht‘ – nicht als Tatsache zu bewerten sind“.<sup>34</sup>

Ein Beispiel hierfür bildet eine Entscheidung des 2. Strafsenats aus dem Jahre 1992, in der das Gericht über die Be-

trugsrelevanz von Äußerungen zu entscheiden hatte, mit denen der Abschluss gebührenpflichtiger Franchiseverträge über den Vertrieb von Geschenkartikeln (einschließlich der kostenpflichtigen Abnahme von Waren) beworben worden war. Der BGH gibt die maßgeblichen Äußerungen, die bei den jeweiligen Produktpräsentationen gegenüber potenziellen Interessenten getätigt wurden, wie folgt wieder: „Es komme darauf an, eine Produktreihe zu bieten, ‚die sich von selbst verkauft, auf die die Bundesbürger förmlich warten, das wäre doch eine interessante Sache‘. Erforderlich sei deshalb, eine Marktlücke zu finden. ‚Wir [...] haben so eine gefunden.‘ Diese Marktlücke liege im gehobenen Geschenkartikelbereich“.<sup>35</sup>

Der Senat wertete die Äußerungen nicht als betrugsrelevant; sie „enthielten keine Tatsachenbehauptungen, sondern lediglich Meinungsäußerungen werbenden, reklamehaften Charakters, die sich in der Prognose einer künftigen, geschäftlichen Entwicklung erschöpften“.<sup>36</sup> Diese Begründung trägt jedoch nur zum Teil. Von einer Zukunftsgerichtetheit kann insoweit nicht die Rede sein, als die behauptete Marktlücke entsprechend der Aussage zumindest auch schon in der Gegenwart bestehen sollte. Die Feststellung einer solchen Marktlücke knüpft aber durchaus auch an Umstände an, deren Vorliegen prinzipiell im Beweiswege ermittelbar ist – nämlich etwa den Befund, dass es im jeweiligen Marktsegment (dies setzt eine Feststellung über die Eigenschaften des betreffenden Produktes und über die lokale Reichweite des Absatzmarktes voraus) keine anderen Anbieter gibt.<sup>37</sup>

Auch die Auffassung des Senats, den betreffenden Artikeln sei „keine besondere Eigenschaft zugesprochen“ worden,<sup>38</sup> vermag nicht zu überzeugen. Der Hinweis auf eine angeblich bestehende Marktlücke impliziert nämlich nach dem eben Gesagten die Feststellung eines Marktes, was wiederum eine bestimmte Charakterisierung des betreffenden Produktes voraussetzt. Zudem wurde in den maßgeblichen Anpreisungen ausdrücklich darauf hingewiesen, dass das betreffende Produkt „im gehobenen Geschenkartikelbereich“<sup>39</sup> angesiedelt sei. Offensichtlich erachtet der BGH diese Darlegung jedoch nicht als ausreichend, da er explizit auf die notwendige Darlegung besonderer Eigenschaften abstellt. Allerdings bleibt offen, worin diese Besonderheit bestehen soll.<sup>40</sup>

<sup>35</sup> BGH wistra 1992, 255 (256).

<sup>36</sup> BGH wistra 1992, 255 (256).

<sup>37</sup> Dementsprechend wies das OLG Frankfurt in der oben zitierten Entscheidung, in der es die Behauptung der Konkurrenzlosigkeit eines bestimmten Motorenöls in Abweichung von der hier erörterten BGH-Entscheidung als Tatsachenaussage einordnete (OLG Frankfurt wistra 1986, 31 [32]), zum Beleg der Unrichtigkeit der in Rede stehenden Aussage darauf hin, dass es „zu der Zeit, als die Firma der Angeschuldigten ihren Geschäftsbetrieb aufnahm, eine ganze Reihe von Ölzusätzen“ auf dem Markt gab, die die entsprechenden Eigenschaften aufweisen (OLG Frankfurt wistra 1986, 31 [32]).

<sup>38</sup> BGH wistra 1992, 255 (256).

<sup>39</sup> BGH wistra 1992, 255 (256).

<sup>40</sup> Der BGH verweist als Gegenbeispiel auf die oben genannte Entscheidung des OLG Frankfurt (wistra 1986, 31), in der

<sup>28</sup> BGHSt 34, 199 (201); vgl. hierzu *Tiedemann* (Fn. 10), § 263 Rn. 15.

<sup>29</sup> OLG Frankfurt wistra 1986, 31 (32).

<sup>30</sup> BGHSt 48, 331 (345).

<sup>31</sup> BGHSt 48, 331 (345).

<sup>32</sup> Vgl. (zum Teil mit Unterschieden): *Hilgendorf* (Fn. 9), S. 193 f.; *Tiedemann* (Fn. 10), § 263 Rn. 14; *Fischer* (Fn. 5), § 263 Rn. 10.

<sup>33</sup> Vgl. *Tiedemann* (Fn. 10), § 263 Rn. 14.

<sup>34</sup> *Hefendehl* (Fn. 6), § 263 Rn. 81.

Möglicherweise liegt der Entscheidung des Bundesgerichtshofs eine Sichtweise zugrunde, der zufolge die oben dargelegte Definition der betrugsrelevanten Tatsachen zwar einen Ausgangspunkt der Überlegungen bildet, jedoch nur einen solchen, der durch andere Erwägungen normativ überlagert werden kann. In dieser Hinsicht rekonstruiert *Hoyer* den von der überwiegenden Ansicht befürworteten Ausschluss sogenannter marktschreierischer Reklame aus dem Anwendungsbereich des Betrugs dahin gehend, dass „Lit. und Rspr. [...] in Wahrheit nicht das reine Werturteil, sondern diejenigen Fälle ausscheiden wollen, in denen die vorge-täuschte Tatsache für eine rationale Vermögensverfügung des Opfers ‚ohnehin‘ keine Rolle spielen durfte [...]. ‚Ohnehin‘ meint dabei: Schon von ihrem Inhalt her, selbst wenn sie nicht nur vorgetäuscht wäre, sondern wirklich vorläge“.<sup>41</sup>

Blendet man an dieser Stelle einmal die Frage der betrugsstrafrechtlichen Abgrenzung zwischen Tatsachenäußerung und Werturteil aus, so würde unter Zugrundelegung der genannten und ähnlicher<sup>42</sup> Sichtweisen eine Person, die einer werbenden Äußerung der angesprochenen Art Glauben schenkt und ihre Konsumententscheidung entsprechend trifft, ohne rationale Veranlassung handeln. An eine solche Feststellung könnte sich die Frage anschließen, ob ein derartiger Umstand in strafrechtlich relevanter Weise die Schutzbedürftigkeit des Tatopfers senkt – eine Frage, die unmittelbar zu den folgenden Darlegungen überleitet.

### III. Schutzbedürftigkeit des Erklärungsempfängers

#### 1. Der Ansatz der Viktimodogmatik

Ein allgemeiner Ansatz zur Berücksichtigung opferbezogener Gesichtspunkte im Rahmen der Unrechtsbegründung findet sich in der Lehre der Viktimodogmatik, die der Sache nach unter anderem auf *Amelung*<sup>43</sup> und *Schünemann*<sup>44</sup> zurück-

das betreffende Produkt – ein Motorenöl mit Teflonzusatz – „wegen angeblich besonderer Eigenschaften der Wahrheit zuwider als ‚konkurrenzlos‘“ angepriesen worden war (BGH wistra 1992, 255 [256]). Im Hinblick auf die Bewertung eines Produktes als konkurrenzlos kann es aber keinen Unterschied machen, ob es sich um ein spezielles Produkt oder um einen Produktbereich handelt; für die Frage der Konkurrenzlosigkeit kommt es schlichtweg darauf an, ob Konkurrenzprodukte existieren, und hierfür ist irrelevant, ob man die Vergleichsgruppe auf eine spezielle Produktart oder auf einen Produktbereich bezieht.

<sup>41</sup> *Hoyer* (Fn. 22), § 263 Rn. 21 (*Hervorhebungen* aus dem Original nicht wiedergegeben).

<sup>42</sup> Verwiesen sei insoweit auf *H. J. Hirsch*, demzufolge „der Schutz des § 263 StGB erst dort [beginnt], wo es sich um Angaben handelt, an deren Richtigkeit im Rechtsverkehr Interesse besteht“ (*H. J. Hirsch*, ZStW 74 [1962], 78 [130]).

<sup>43</sup> Vgl. *Amelung*, GA 1977, 1 (6) zum Irrtumsmerkmal bei § 263 Abs. 1 StGB.

<sup>44</sup> Vgl. *Schünemann*, ZStW 90 (1978), 11 (54 ff.) zur Täterbegrenzung bei § 203 StGB.

geht.<sup>45</sup> Jener<sup>46</sup> diskutierte dies anhand der Frage der Einschlägigkeit des Betrugstatbestands in solchen Konstellationen, in denen der jeweilige Erklärungsempfänger Zweifel an der Richtigkeit der betreffenden Aussage hat; er kommt zu dem grundsätzlichen Ergebnis, dass solche Zweifel, die sich auf einen konkreten Anlass stützen<sup>47</sup> (wie etwa bei widersprüchlichen Äußerungen vonseiten des Täuschenden), das Vorliegen eines Irrtums im betrugsstrafrechtlichen Sinne ausschließen, da der Erklärungsempfänger in derartigen Konstellationen regelmäßig hinreichende Anhaltspunkte besessen habe, um das betroffene Vermögen zu schützen. Wollte man den Erklärenden (bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen des § 263 StGB) in diesen Fällen wegen Betrugs bestrafen, so würde dies „der Subsidiarität des strafrechtlichen Rechtsgüterschutzes widersprechen“.<sup>48</sup> An diese Begründung knüpft *Schünemann* an, indem er eine viktimodogmatische Auslegungsmethode unmittelbar „aus dem ultima-ratio-Prinzip und der daraus resultierenden Anforderung“ ableitet, dass „der Einsatz des Strafrechts zum Rechtsgüterschutz notwendig sein“ müsse.<sup>49</sup> Diese Sichtweise rekurriert auf die Erwägung, dass es bei Vorliegen konkreter Möglichkeiten privater Selbstschutzmöglichkeiten untersagt sein soll, das strafrechtliche Sanktionssystem einzusetzen.

Dieser Ansatz ist allerdings keineswegs unwidersprochen geblieben.<sup>50</sup> Einer solchen Kritik liegt mitunter eine Lesart zugrunde, der zufolge das strafrechtliche Subsidiaritätsfordernis nur im Verhältnis zu anderen – mildereren, aber ebenso geeigneten – staatlichen Maßnahmen gelte.<sup>51</sup> Allerdings ist gegen diese Kritik einzuwenden, dass sie in diesem Kontext

<sup>45</sup> Vgl. die Darstellung der Genese viktimodogmatischer Überlegungen (jeweils m.w.N.): *W. Hassemer*, in: Kohlmann (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag, Bd. 2, Strafrecht, Prozessrecht, Kriminologie, Strafvollzugsrecht, 1983, S. 217 (221 f.); *Schünemann*, in: Schünemann (Hrsg.), Strafrechtssystem und Betrug, 2002, S. 51 (61 f.); *ders.*, NStZ 1986, 439.

<sup>46</sup> Vgl. zum Folgenden *Amelung*, GA 1977, 1 (insb. 6 ff.).

<sup>47</sup> Ebenso *Schünemann* (Fn. 45), S. 71 f.

<sup>48</sup> *Amelung*, GA 1977, 1 (6, *Hervorhebungen* aus dem Original nicht wiedergegeben).

<sup>49</sup> *Schünemann* (Fn. 45), S. 62.

<sup>50</sup> Vgl. *Günther*, in: Eser (Hrsg.), Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, 1998, S. 69 (78); *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 14 Rn. 20; *Eisele*, in: Schönke/Schröder (Fn. 19), Vor. §§ 13 ff. Rn. 70b.

<sup>51</sup> *Günther* (Fn. 50), S. 78; *Roxin* (Fn. 50), § 14 Rn. 20; vgl. auch *Hecker* (Fn. 8), S. 277, demzufolge es der gesetzgeberischen Einschätzungsprärogative unterliegt, „[o]b und ggf. inwieweit ein strafrechtlicher Rechtsgüterschutz unter Berücksichtigung der Opfermitverantwortung sachgerecht ist oder nicht“. – Kritisch bzw. ablehnend gegenüber einer Sichtweise, der zufolge im Rahmen des Subsidiaritätsprinzips nur staatliche Maßnahmen zu berücksichtigen sind *Kurth*, Das Mitverschulden des Opfers beim Betrug, 1984, S. 142; *R. Hassemer*, Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik, Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Irrtumsmerkmals in § 263 StGB, 1981, S. 23 ff.

von einer zu strikten Dichotomie zwischen staatlichen Schutzmaßnahmen und privatem Selbstschutz ausgeht. So exemplifiziert *Roxin* (einer der eben angesprochenen Kritiker der Ableitung des viktimodogmatischen Prinzips aus dem Ultima Ratio-Gedanken) das Subsidiaritätsprinzip in anderem Kontext gerade dahin gehend, dass eine strafrechtliche Ahndung „gewöhnliche[r] Vertragsverletzungen“ unverhältnismäßig sei, da auf derartige Verstöße weniger einschneidend auf zivilrechtlichem Wege reagiert werden könne.<sup>52</sup> Hierzu ist anzumerken, dass derartige privatrechtliche Ausgleichsmöglichkeiten zwar durch ein staatliches Institut zur Verfügung gestellt werden, zu ihrer Durchsetzung in aller Regel aber gerade der Initiative eines Privaten bedürfen. Warum jedoch die Möglichkeit derartiger (staatlich vermittelter) privater Maßnahmen das strafrechtliche Reaktionssystem ausschließen soll, während dies bei rein privaten Abwehrmaßnahmen von vornherein nicht der Fall sein soll, bleibt letztlich unklar.

Allerdings wird gegen ein viktimodogmatisches Prinzip darüber hinaus eingewandt, dass eine Ersetzung des gesetzlichen Strafschutzes durch das Erfordernis zumutbarer privater Selbstschutzmaßnahmen eine Kultur des gegenseitigen Misstrauens evozieren würde.<sup>53</sup> Eine solche Kritik hätte jedoch nur gegenüber der undifferenzierten Annahme Berechtigung, Menschen müssten im Geschäftsverkehr stets Selbstschutzmaßnahmen ergreifen, um von vornherein zu verhindern, Opfer einer betrügerischen Handlung zu werden. Nur eine solche Forderung würde nämlich auf normativem Wege (durch die Einschränkung strafrechtlichen Schutzes) Misstrauen fordern, das ansonsten möglicherweise nicht gegeben wäre. Betrachtet man jedoch das oben genannte Beispiel von *Amelung*, demzufolge das Vorliegen eines Irrtums im Sinne des § 263 StGB dann ausgeschlossen sein soll, wenn der jeweilige Erklärungsempfänger konkrete Zweifel an der Richtigkeit der betreffenden Äußerung hegt, so lässt sich vertreten, dass es in derartigen Fällen ohnehin am nötigen Vertrauen fehlt, eine normative Aufforderung zur Entwicklung eines Misstrauens demnach ein untauglicher Versuch wäre. Wer konkrete Zweifel an der Richtigkeit einer Aussage hat und gleichwohl über sein Vermögen verfügt, handelt – so könnte man annehmen – ohne objektive Vertrauensgrundlage.

Die hiermit angedeutete unterschiedliche Perspektive (hier: das allgemeine Verhältnis zwischen staatlichem Strafschutz und Selbstschutzmaßnahmen; dort: der konkrete Fall eines konkreten Zweifels des Erklärungsempfängers an der Richtigkeit einer Aussage), lässt es angezeigt erscheinen, im Folgenden beide Ebenen gesondert zu betrachten.

#### a) Verhältnis von Strafschutz und Selbstschutzmaßnahmen

Der angesprochene kritische Hinweis auf die Gefahr der Evozierung einer Kultur des Misstrauens spricht dafür, dass ein allgemeines Prinzip abzulehnen ist, demzufolge die Strafwürdigkeit eines Verhaltens generell vom Fehlen zumutbarer privater Selbstschutzmaßnahmen abhängig wäre. Dies ist allerdings eine Feststellung, die nicht nur von Kritikern, son-

dern ebenso von Befürwortern eines viktimodogmatischen Prinzips geteilt wird.<sup>54</sup> Zu Recht wird etwa darauf hingewiesen, dass das Vorliegen eines Diebstahls nicht dadurch ausgeschlossen werde, dass „das Opfer mit seinen Sachen äußerst sorglos verfahren ist“.<sup>55</sup> Auch dürfte niemand ernsthaft auf die Idee kommen, die Bewertung eines Tötungsaktes als Totschlag nach § 212 Abs. 1 StGB mit dem Argument zu bestreiten, das Opfer hätte die Tat verhindern können. Das eben Gesagte wendet sich jedoch nur explizit gegen eine generelle Berücksichtigung der Möglichkeit zumutbarer Selbstschutzmaßnahmen im Strafrecht. Nicht ausgeschlossen ist es demgegenüber, dass opferbezogene Aspekte in einem differenzierteren Verständnis Berücksichtigung finden können – eine Differenziertheit, die sowohl die Voraussetzungen als auch die Konsequenzen einer solchen Berücksichtigung erfasst. So gilt in zuletzt genannter Hinsicht, dass die Frage, ob und in welcher Weise opferbezogene Aspekte im Strafrecht Berücksichtigung finden, nicht einheitlich zu beantworten ist, sondern lediglich eine Auslegungsmaxime bildet, deren Bedeutung in Abhängigkeit vom jeweiligen Straftatbestand bzw. vom betreffenden Tatbestandsmerkmal steht.<sup>56</sup> Hinsichtlich der Voraussetzungen gilt die genannte Differenziertheit insoweit, als es nicht stets auf die Möglichkeit zumutbarer Selbstschutzmaßnahmen ankommt, sondern auf unterschiedliche opferbezogene Gesichtspunkte,<sup>57</sup> die allesamt unter den allgemeinen Terminus der Schutzbedürftigkeit gefasst werden können.<sup>58</sup> Legislative Beispiele derartiger Aspekte sind etwa das ernstliche Verlangen (§ 216 Abs. 1 StGB) des Getöteten oder aber die Hilflosigkeit (§ 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 StGB) des Diebstahlsopfers – Beispiele, die bereits die Spannweite der opferbezogenen Gesichtspunkte aufzeigen. Wollte man demgegenüber anstelle solcher und anderer Aspekte ausschließlich auf das Kriterium der Möglichkeit zumutbarer Selbstschutzmaßnahmen abstellen, so würde man in den Worten *Hans-Ludwig Günthers* Gefahr laufen, „den viktimodogmatischen Anspruch, der Interaktion von Täter und Opfer Rechnung zu tragen, zu konterkarieren“.<sup>59</sup>

Allerdings stellt sich die Frage, was von einem viktimodogmatischen Ansatz übrig bleibt, wenn man die Frage der Schutzbedürftigkeit des Opfers in den Mittelpunkt der Betrachtungen rückt, jedoch zugleich dadurch relativiert, dass man die Bedeutung dieses Gesichtspunktes von der Ausgestaltung des jeweiligen Tatbestandsmerkmals bzw. Straftatbestands abhängig macht. So wendet sich etwa *Arzt*, der die eben genannten Grundsätze der Berücksichtigung der Opfer-

<sup>54</sup> Vgl. insoweit *Schünemann* (Fn. 45), S. 51 (70); *Roxin* (Fn. 50), § 14 Rn. 19, 22; *Pawlik*, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, 1999, S. 53.

<sup>55</sup> *Roxin* (Fn. 50), § 14 Rn. 19.

<sup>56</sup> Vgl. *Roxin* (Fn. 50), § 14 Rn. 22; *Schünemann* (Fn. 45), S. 70 f., 76, 78 f.

<sup>57</sup> Für eine Berücksichtigung weiterer opferbezogener Aspekte (neben der Frage zumutbaren Selbstschutzes) *Günther* (Fn. 50), S. 77.

<sup>58</sup> Vgl. hierzu *Arzt*, MschrKrim 67 (1984), 105 (113 f.); *Roxin* (Fn. 50), § 14 Rn. 22; *Schünemann* (Fn. 45), S. 61 f.

<sup>59</sup> *Günther* (Fn. 50), S. 78.

<sup>52</sup> *Roxin* (Fn. 50), § 2 Rn. 98.

<sup>53</sup> *Jescheck/Weigend*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 25 V. 2.

schutzbedürftigkeit prinzipiell teilt, gegen eine Unterscheidung zwischen teleologischer und viktimologischer Auslegung wie auch gegen eine Trennung zwischen Viktimo- und Strafrechtsdogmatik.<sup>60</sup> Die Besonderheit viktimologischer Erwägungen lässt sich auch nicht darin sehen, dass die Schutzbedürftigkeitserwägungen stets entkriminalisierende Wirkungen zeitigen. Stellt man nämlich nicht nur auf die Frage ab, ob dem Geschädigten zumutbare Selbstschutzmaßnahmen zur Verfügung stehen, sondern in allgemeinerer Weise darauf, ob er schutzbedürftig ist, so bedingt dies die Erweiterung der Perspektive<sup>61</sup> – geht es doch nun nicht mehr nur um die Frage, ob die Schutzbedürftigkeit (aufgrund zumutbarer Selbstschutzmaßnahmen) im Einzelfall reduziert oder ganz zu verneinen ist. Unter Zugrundelegung dieser erweiterten Perspektive erlaubt die Berücksichtigung der Frage der Schutzbedürftigkeit stattdessen die alternativen Feststellungen, dass (erstens) kein Abweichen vom Urtyp des jeweiligen Straftatbestands festzustellen ist, dass (zweitens) die Schutzbedürftigkeit reduziert oder aufgehoben ist oder aber dass (drittens) gerade umgekehrt von einer besonders herausragenden Schutzbedürftigkeit auszugehen ist. So zeigen bereits die oben gewählten beiden Gesetzgebungsbeispiele relevanter opferbezogener Aspekte, dass derartige Gesichtspunkte sowohl unrechtsmindernd (so das ernstliche Verlangen des Getöteten, das auf die im Verhältnis zu § 212 Abs. 1 StGB verringerte Strafandrohung des § 216 Abs. 1 StGB hindeutet) als auch unrechtershöhend wirken können (so die Hilflosigkeit des Diebstahlsopfers, dessen Vorliegen Voraussetzung für das Eingreifen des im Vergleich zu § 242 Abs. 1 StGB strafferhöhenden Regelbeispiels nach § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 StGB ist).

Es mag demnach tatsächlich einiges dafür sprechen, dass man den Aspekt der Schutzbedürftigkeit des Tatopfers mit den üblichen dogmatischen und auslegungsbezogenen Erwägungen zu erfassen vermag, sodass man auf eine eigens zu benennende Viktimodogmatik nicht angewiesen ist. Gleichwohl kann ihr nicht das Verdienst abgesprochen werden, opferbezogene Unrechts Gesichtspunkte namhaft zu machen, deren Erfassung zum angemessenen Verständnis des Interaktionscharakters vieler individualschädigender Straftaten notwendig erscheint.<sup>62</sup> Jedoch bleibt die viktimologische

Lehre insoweit gleichsam prozedural, als sie über das Gewicht dieser Aspekte keinerlei Auskunft geben kann und will. So weist *Schünemann* darauf hin, dass dieser Ansatz „aus guten Gründen nicht schon das Ergebnis vorwegnimmt, sondern nur eine wichtige leitende Hinsicht benennt, die bei der Interpretationsarbeit an den einzelnen Straftatbeständen berücksichtigt werden muß“.<sup>63</sup> Dies lenkt den Blick im Folgenden auf den – oben bereits angedeuteten – Anwendungsfall des Diskurses opferbezogener Erwägungen, in dem der Erklärungsempfänger einer objektiv unwahren Aussage Zweifel an der Richtigkeit dieser Äußerung hegt.

#### b) Fälle tatsächlicher Zweifel des Erklärungsempfängers

Oben wurde die Ansicht vertreten, dass ein tatsächlicher Zweifel des Erklärungsempfängers an der Richtigkeit einer Aussage hinreichenden Anlass geben dürfte, Misstrauen zu hegen. Allerdings ist hiermit noch nicht zwingend gesagt, dass in derartigen Konstellationen auch die strafrechtliche Schutzbedürftigkeit des Erklärungsempfängers entfällt. *Amelung*, der die Ansicht verfochten hat, dass konkret veranlasste Zweifel des Erklärungsempfängers das Vorliegen eines Irrtums im Sinne des Betrugstatbestands ausschließen,<sup>64</sup> weist selbst darauf hin, dass nicht in jedem Fall aus einem persönlichen Misstrauen des Erklärungsempfängers auf die Möglichkeit geschlossen werden könne, Selbstschutzmaßnahmen zu ergreifen. Ihm schweben hierbei Konstellationen wahrheitswidriger Aussagen im Zivilprozess vor, gegenüber deren Richtigkeit der jeweilige Richter zwar konkrete Zweifel hegt, jedoch aufgrund prozessualer Bestimmungen (etwa im Versäumnisverfahren) gehindert ist, diesen Zweifeln nachzugehen.<sup>65</sup>

Unter Hinweis auf derartige Konstellationen hat denn auch der 3. *Strafsenat* des BGH in einer Entscheidung aus dem Jahre 2002 die Auffassung vertreten, dass Zweifel des Erklärungsempfängers „solange nicht geeignet sind, die Annahme eines tatbestandsmäßigen Irrtums in Frage zu stellen, als das Opfer gleichwohl noch die Wahrheit der behaupteten Tatsache für möglich hält“.<sup>66</sup> In diesem Kontext weist der *Senat* ausdrücklich darauf hin, dass die „viktimologisch motivierten Ansätze zur Einschränkung des Betrugstatbestands wegen geringerer Schutzbedürftigkeit des zweifelnden Tatopfers [...] im Wortlaut des § 263 StGB keine Stütze“ fänden und „den strafrechtlichen Schutz vor Angriffen auf das Vermögen durch Täuschung unangemessen weit“ reduzierten.<sup>67</sup> Der Bundesgerichtshof sieht die von ihm abgelehnte straf einschränkende Berücksichtigung von Selbstschutzmaßnahmen aufseiten des Opfers in derartigen Konstellationen als „Bewertung eines Mitverschuldens“<sup>68</sup>, die dem Strafrecht grundsätzlich fremd sei, aber auch in ihren Prämissen unterkom-

<sup>60</sup> *Arzt*, MschrKrim 67 (1984), 105 (113 f.), der eine Andeutung eines solchen Gegensatzes zwischen teleologischer und viktimologischer Auslegung an folgender Stelle bei *Schünemann* (in: Schneider [Hrsg.], Das Verbrechensopfer in der Strafrechtspflege, 1982, S. 407 [410]) sieht. Zumindest an anderer Stelle äußert sich *Schünemann* jedoch keineswegs im Sinne eines Gegensatzes – auch nicht eines angedeuteten Gegensatzes – zwischen teleologischer und viktimologischer Auslegung. So schreibt er: „Wenn man teleologisch, also nach dem Zweck des Gesetzes, auslegt, muß man den oder die Gesetzeszwecke ja auch namhaft machen, und genau das geschieht (erst) durch die Verbindung von Rechtsgüterschutzprinzip und Viktimodogmatik“ (*Schünemann* [Fn. 45], S. 68).

<sup>61</sup> Diese Erweiterung der Perspektive wird betont von *Günther* (Fn. 50), S. 76 f.

<sup>62</sup> So auch die Wertung von *Günther* (Fn. 50), S. 76.

<sup>63</sup> *Schünemann* (Fn. 45), S. 70.

<sup>64</sup> *Amelung*, GA 1977, 1 (insb. 6 ff.).

<sup>65</sup> *Amelung*, GA 1977, 1 (16).

<sup>66</sup> BGH NSTZ 2003, 313 (314).

<sup>67</sup> BGH NSTZ 2003, 313 (314).

<sup>68</sup> BGH NSTZ 2003, 313 (314).

plex sei,<sup>69</sup> da sie nicht diejenigen Konstellationen berücksichtigen könne, in denen der Erklärungsempfänger trotz erheblicher Zweifel gute Gründe (etwa zur Vermeidung eines Prozessrisikos) besitzt, die selbstschädigende Vermögensverfügung vorzunehmen.<sup>70</sup>

Doch kann die Frage nach der Beurteilung tatsächlicher Zweifel im weiteren Verlauf dieser Untersuchung offen bleiben, da es in den Fällen der hier zu untersuchenden Art nicht zwangsläufig erst darum geht, ob der jeweilige Erklärungsempfänger tatsächliche Bedenken hinsichtlich der Richtigkeit der maßgeblichen Aussage hegt, sondern um Konstellationen reklamehafter Werbung, in denen sich möglicherweise die Frage stellen kann, ob das Opfer Bedenken haben müsste, die betreffende Aussage seiner vermögensrelevanten Entscheidung zugrunde zu legen. Hiermit soll keinesfalls derjenigen Auffassung das Wort geredet werden, dass die Konstellationen der Vermögensverfügung eines zweifelnden Erklärungsempfängers und eines solchen, der trotz ausreichenden Anlasses gerade nicht zweifelt, zwingend unterschiedlich zu behandeln sind. Doch wird dem Umstand Rechnung getragen, dass es sich bei einem Erklärungsempfänger, der tatsächlich zweifelt, und einem solchen, der dies nicht tut, um zwei unterschiedliche Konstellationen handelt, die zweckmäßigerweise für sich genommen betrachtet werden sollten.<sup>71</sup> Die folgenden Ausführungen werden sich daher mit der Frage auseinandersetzen, in welcher Weise Schutzbedürftigkeitserwägungen bei der Beurteilung des Vorliegens einer Täuschungshandlung bzw. bei der Kausalität zwischen Täuschung und Irrtum Berücksichtigung finden können.

## 2. Fehlende Schutzbedürftigkeit bei Produktpreisungen?

Unter Umständen lässt sich ein Fehlen der Betrugsrelevanz sogenannter marktschreierischer Reklameäußerungen mit einer fehlenden Ernsthaftigkeit des Erklärenden (dazu a) oder aufgrund einer leichten Durchschaubarkeit der betreffenden Äußerung (dazu b) legitimieren. Beide Ansätze werden dabei durch den Umstand geeint, dass sie zu einem gewissen Grade – aber auch nur insoweit – unabhängig von der Feststellung sind, ob es sich bei der betreffenden Aussage um eine Tatsachenbehauptung oder aber um ein Werturteil handelt; regelmäßig geht es nämlich bei den folgenden Ansätzen um die Frage, ob die betreffende Aussage selbst dann, wenn sie als Tatsachenäußerung eingeordnet werden kann, aus dem Anwendungsbereich des Betrugstatbestands herausfällt.

### a) Fehlende Ernsthaftigkeit

*Kindhäuser* stellt im vorliegenden Kontext darauf ab, dass Reklamen in aller Regel die zur Vertrauensbildung notwen-

dige Ernsthaftigkeit vermissen lassen.<sup>72</sup> Diesbezüglich ist festzuhalten, dass es keineswegs zu bestreiten ist, dass eine Aussage grundsätzlich dann betrugsirrelevant ist, wenn es ihr in objektiv erkennbarer Weise an der hinreichenden Ernsthaftigkeit fehlt. Allerdings ist hiermit noch nicht festgestellt, dass es im Falle marktschreierischer Reklame stets an der notwendigen Ernsthaftigkeit mangelt. Eine solche Sichtweise würde nämlich verkennen, dass es das Ziel einer jeden Werbung ist, Anreize zum Erwerb des beworbenen Produktes zu schaffen. Eine solche Anreizwirkung erfolgt dabei sowohl auf unbewusst-emotionaler als auch auf kognitiver Ebene. Es hieße, insbesondere die zuletzt genannte Ebene zu übersehen, wenn man werbenden Äußerungen grundsätzlich die nötige Ernsthaftigkeit absprechen wollte. Zwar mag es durchaus Fälle geben, in denen Werbung bewusst übertreibend und dementersprechend „unernst“ arbeitet, um sympathisierende Emotionen zu erwecken – man denke etwa nur an den berühmten Werbeslogan, demzufolge der VW-Käfer „läuft und läuft und läuft“, demnach also angeblich niemals eine Panne erleidet. Doch steht dieses Beispiel der Annahme nicht entgegen, dass es gerade von den Umständen des Einzelfalles abhängt, ob man von einem solchen Übertreibungscharakter ausgehen kann. Eine Begründung, die auf eine angeblich generell fehlende Ernsthaftigkeit sogenannter marktschreierischer Reklame abstellt, verbietet sich daher.

### b) Leichte Durchschaubarkeit

Anders als der vorausgehende Ansatz knüpft der folgende nicht an eine Intention des Erklärenden an, sondern stellt ausschließlich auf die Empfängerperspektive der betreffenden Äußerung ab. So hat etwa<sup>73</sup> *Naucke* die These dargelegt, dass eine „leicht entdeckbare Täuschung“ betrugsirrelevant sei.<sup>74</sup> Als Widerrede zu der häufig vertretenen Ansicht, dass auch leichtgläubige Betrugsoffer durch das Strafrecht geschützt werden sollen,<sup>75</sup> wendet er ein, es könne nicht Aufgabe dieser Rechtsmaterie sein, „verbreitete Formen intellektueller Ungeübtheit und Unsicherheit ertragbar zu machen durch Be-

<sup>72</sup> *Kindhäuser* (Fn. 22), § 263 Rn. 88. Diese Ansicht trifft sich dabei mit einer Auffassung, die die fehlende Betrugsrelevanz derartiger Aussagen durch den Umstand begründet, dass sie bloße Meinungsäußerungen darstellen, also mit nur eingeschränktem Geltungsanspruch getätigt werden (vgl. hierzu *Hilgendorf* [Fn. 9], S. 194).

<sup>73</sup> Vgl. darüber hinaus auch den Ansatz von *Kurth* ([Fn. 51], S. 168 ff., 196), der die objektive Zurechnung in Fällen verneint, „in denen das Betrugsoffer aus Bequemlichkeit oder Trägheit einer einfachen und zumutbaren Aufklärungsmöglichkeit nicht nachgeht“. – Kritisch zu dieser Ansicht *Ellmer*, *Betrug und Opfermitverantwortung*, 1986, S. 162; *Krack* (Fn. 71), S. 67 f.; *Hefendehl* (Fn. 6), § 263 Rn. 28.

<sup>74</sup> *Naucke*, in: *Baumann/Tiedemann* (Hrsg.), *Einheit und Vielfalt des Strafrechts*, Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag, 1974, S. 109 (117).

<sup>75</sup> Diese Sichtweise findet sich etwa bei: BGH NStZ 2003, 313 (314); BGHSt 34, 199 (201 f.); *Amelung*, GA 1977, 1 (9); *Hoyer* (Fn. 22), § 263 Rn. 22.

<sup>69</sup> Die Annahme eines engen Zusammenhangs zwischen einem fehlenden Strafbedürfnis und dem Vorliegen zumutbarer Selbstschutzmaßnahmen wird auch innerhalb der Literatur kritisiert (vgl. *Maiwald*, ZStW 96 (1984), 70 [72]).

<sup>70</sup> BGH NStZ 2003, 313 (314).

<sup>71</sup> So auch *Krack*, List als Straftatbestandsmerkmal, Zugleich ein Beitrag zu Täuschung und Irrtum beim Betrug, 1994, S. 61.

strafung dessen, der diese Ungeübtheit für sich einsetzt“.<sup>76</sup> Es geht *Naucke* hierbei ausdrücklich nur um solche intellektuellen Defizite, die prinzipiell behebbar sind, sodass etwa solche Täuschungen, die gegenüber Kindern und Geisteskranken begangen werden, grundsätzlich betrugsrelevant sein können.<sup>77</sup> Das dogmatische Instrument zur strafrechtlichen Ausklammerung leicht erkennbarer Betrugshandlungen sieht *Naucke* im grundsätzlichen Erfordernis, dass ein Kausalzusammenhang zwischen Täuschung und Irrtum bestehen muss. In Abweichung zu anderen Ansichten<sup>78</sup> legt er diesbezüglich gerade nicht die Äquivalenzlehre zugrunde, sondern fordert unter Anwendung der Adäquanzlehre für die Betrugsrelevanz einer Täuschung, dass diese „allgemein geeignet ist, den Erfolg, nämlich den Irrtum, herbeizuführen“.<sup>79</sup> An dieser generellen Eignung soll es bei solchen Täuschungen fehlen, die gemessen an einem (von Rechtsprechung und Literatur zu entwickelnden) objektiven Maßstab leicht erkennbar sind.<sup>80</sup>

Allerdings wird gegen diesen Ansatz kritisch eingewandt, dass die Beschränkung auf intellektuelle Defizite des jeweiligen Opfers das emotionale Moment vernachlässige, welches einigen Betrugskonstellationen zugrunde liege und das jeweilige Opfer blind dafür mache, der Wahrheit ins Auge zu blicken.<sup>81</sup> Ein solcher Einwand lässt sich jedoch dadurch zu einem gewissen Grade entkräften, dass sich intellektuelle und emotionale Gesichtspunkte in ihren Wirkungen keineswegs ausschließen müssen, sondern in ihrem kognitiv-beschränkenden Effekt gerade gegenseitig begünstigen können. Auch ein weiterer Kritikpunkt, der gegen *Nauckes* Ansatz häufig ins Feld geführt wird, trägt nur bedingt: Wenn nämlich seine Annahme infrage gestellt wird, der zufolge leicht durchschaubare Täuschungen keinen adäquaten Anlass für die Entstehung eines Irrtums bilden könnten,<sup>82</sup> und hierbei von einigen Autoren auf den Umstand rekurriert wird, dass derartige Handlungen durchaus in häufigen Fällen erfolgreich seien<sup>83</sup>, so vernachlässigt ein solcher Einwand, dass das Konzept der Adäquanz deutlichen Raum für normative Überlegungen lässt, die nicht durch bloße Häufigkeitserwägungen überlagert werden können.

In einer jüngst ergangenen Entscheidung hat der 2. *Strafsenat* des Bundesgerichtshofs jedoch die Auffassung vertreten, dass das Vorliegen einer betrugsrelevanten Täuschungshandlung nicht durch „Leichtgläubigkeit des Opfers oder Erkennbarkeit einer [...] Täuschungshandlung“ ausgeschlos-

sen sei.<sup>84</sup> Gleichzeitig hebt er hervor, dass es nicht zur Aufgabe des Strafrechts gehören könne, „allzu sorglose Menschen vor den Folgen ihres eigenen unbedachten Tuns zu schützen“.<sup>85</sup> Es stellt sich jedoch die Frage, nach welchen Kriterien das bloß leichtgläubige Opfer (das vom BGH als strafrechtlich schutzwürdig angesehen wird) von demjenigen abzugrenzen sein soll, das allzu sorglos ist (und sich deshalb außerhalb des strafrechtlichen Aufgabenbereichs befinden soll). Allerdings handelt es sich bei der Frage, ob der Betrugstatbestand bei leicht durchschaubaren Äußerungen ausscheidet und – bejahendenfalls – wie sich der entsprechende Maßstab entwickeln lässt, letztlich um ein generelles Problem, das den Betrugstatbestand in seiner Gesamtheit und jenseits bestimmter Täuschungskonstellationen erfasst. Eine bedingungslose Gleichsetzung marktschreierischer Reklame mit leicht durchschaubaren Äußerungen im *Nauckeschen* Sinne verbietet sich nämlich, da es problematisch erscheint, das Kriterium der leichten Durchschaubarkeit auf einen produktanpreisenden Wertungsakt zu übertragen, durch den Tatsachen möglicherweise nur implizit kundgetan werden.

Es erscheint daher eher angebracht, im Folgenden noch einmal denjenigen Aspekt aufzugreifen, der oben den Ausgangspunkt unserer Überlegungen bildete, der jedoch dann zunächst zugunsten von Erwägungen der Opferschutzbedürftigkeit ausgeblendet wurde – den Gesichtspunkt der Abgrenzung zwischen Tatsachenaussagen und Werturteilen. Insbesondere wenn man die vage angedeutete Gegenüberstellung zweier Opfertypen durch den BGH<sup>86</sup> betrachtet, so ist es nicht ausgeschlossen, dass eine Unterscheidung zwischen potenziell betrugsrelevanten Tatsachenaussagen und betrugsunerheblichen Werturteilen zu klareren Ergebnissen führt. Ehe man also der (hier nicht weiter zu verfolgenden) Frage nachgeht, ob die jeweilige Täuschung leicht durchschaubar war und ob es legitim erscheint, sie aus diesem Grunde aus dem Anwendungsbereich des § 263 StGB auszuklammern, ist im Einzelfall stets der Blick auf die (allzu häufig vernachlässigte) Frage zu richten, welche tatsächlichen Eigenschaften der Täter durch seine Produktpreisung kundgetan hat.

Die eingangs dieser Untersuchung<sup>87</sup> getroffenen Darlegungen zur Sprachanalyse eines Werturteils haben dabei deutlich gemacht, dass es bestimmte Faktoren gibt, die zur Annahme berechtigen, dass der Täter gemeinsam mit der Wertung das Vorliegen konkreter tatsächlicher Eigenschaften behauptet. Einer dieser Faktoren betrifft die Frage, ob es sich

<sup>76</sup> *Naucke* (Fn. 74), S. 117; vgl. auch *Hilgendorf* (Fn. 9), S. 193, demzufolge das Strafrecht „nicht den Verschlafenen schützen“ soll.

<sup>77</sup> Vgl. hierzu (und zu den Ausnahmen von diesem Grundsatz) *Naucke* (Fn. 74), S. 117, 119.

<sup>78</sup> *Fischer* (Fn. 5), § 263 Rn. 63 m.w.N.

<sup>79</sup> *Naucke* (Fn. 74), S. 118.

<sup>80</sup> *Naucke* (Fn. 74), S. 118 f.

<sup>81</sup> *Krack* (Fn. 71), S. 64, unter Hinweis auf *Amelung*, GA 1977, 1 (9 f.).

<sup>82</sup> Vgl. hierzu *Naucke* (Fn. 74), S. 118 f.

<sup>83</sup> *Hillenkamp*, Vorsatztat und Opferverhalten, 1981, S. 87; *Kurth* (Fn. 51), S. 164 f., 167; vgl. zu diesem Gesichtspunkt auch *Hecker* (Fn. 8), S. 279.

<sup>84</sup> BGH NJW 2014, 2595 (2596). In dieser Entscheidung wird insbesondere auch einer richtlinienkonformen Auslegung des Betrugstatbestandes im Hinblick auf die Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlamentes eine Absage erteilt (a.a.O., 2596 ff.).

<sup>85</sup> BGH NJW 2014, 2595 (2596).

<sup>86</sup> BGH NJW 2014, 2595 (2596). Vgl. in diesem Kontext auch *Nauckes* Eingeständnis, demzufolge die Entwicklung eines Maßstabs zur Beurteilung der leichten Durchschaubarkeit einer Täuschungshandlung Einzelfallentscheidungen notwendig mache, sodass „Unsicherheiten [...] zunächst unvermeidlich“ wären (*Naucke* [Fn. 74], S. 119).

<sup>87</sup> Vgl. oben Abschnitt II. 1.

bei dem jeweils bewerteten Produkt um ein solches handelt, das mit anderen bereits bewerteten Produkten vergleichbar ist. Umso mehr Wertungen zu dieser Klasse von Gegenständen existieren, desto eindeutiger lassen sich diejenigen tatsächlichen Eigenschaften bestimmen, deren Vorliegen mit der betreffenden Wertung impliziert wird. In diesem Umstand steckt der zutreffende Kern der oben zitierten Entscheidung des 3. *Strafsenats*, in der die Annahme der Implizierung von Tatsachen unter anderem mit dem Argument gestützt wurde, dass der Erklärende einen wissenschaftlichen und fachmännischen Hintergrund suggeriert habe.<sup>88</sup>

Ein weiterer hier zu benennender Faktor, der die Annahme beeinflusst, ob eine konkrete Tatsachenaussage vorliegt, stellt darauf ab, ob der Erklärende und der Erklärungsempfänger demselben Milieu entstammen. Verwiesen sei insoweit noch einmal auf das obige<sup>89</sup> Beispiel, das von zwei Rennradprofis handelte, die aufgrund ihrer beruflichen Erfahrung mit hinreichender Sicherheit annehmen können, welche Eigenschaften die Bewertung eines Rennrades als „gut“ impliziert. Eine entsprechende Konstellation kann sich bei Produktpreisungen ergeben, wenn der Adressat einer solchen und der Anpreisende gemeinsame Erfahrungen und Kenntnisse in dem jeweiligen Produktbereich besitzen und in der Konsequenz dieses Umstandes mit einer zusammenfassenden Bewertung konkrete Eigenschaften verbinden. Etwas anderes gilt jedoch in der Regel dann, wenn eine Wertung gegenüber einem unüberschaubaren Kreis von Personen abgegeben wird, die aus den unterschiedlichsten Lebenskontexten stammen. Hiervon ist insbesondere in denjenigen Konstellationen auszugehen, in denen eine Produktpreisung Teil einer TV-, Internet- oder Printwerbung ist, die sich an einen unbestimmten Personenkreis richtet. In derartigen Fällen sind an die Annahme, dass eine wertende Produktpreisung konkrete tatsächliche Eigenschaften impliziert, besonders hohe Anforderungen zu stellen. Es bedarf daher stets expliziter Feststellungen, ob eine Wertung trotz der Disparität des betroffenen Personenkreises das Vorliegen konkreter Eigenschaften impliziert. Vor diesem Hintergrund erscheint es daher mehr als berechtigt, die Betrugsrelevanz marktschreierischen Verhaltens, das sich wortwörtlich an alle Subjekte auf dem Markt richtet, grundsätzlich in Frage zu stellen. Zu weit geht eine solche Sichtweise jedoch dann, wenn sie generell von einer Betrugsirrelevanz ausgeht, ohne die Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen.

#### IV. Fazit

Werbung spielt sich durchaus nicht außerhalb des Strafrechts ab. Zwar kann die Auslegung im Einzelfall ergeben, dass die betreffende Äußerung nicht ernst gemeint ist und somit in der Konsequenz keine Betrugsrelevanz aufweist, doch bedarf es für eine solche Feststellung konkreter Anhaltspunkte unter der jeweiligen Berücksichtigung des Einzelfalles. Im Übrigen ist stets zu prüfen, ob in einer wertenden Äußerung konkrete Tatsachenbehauptungen impliziert sind. Vor diesem Hintergrund versteht sich der vorliegende Beitrag als ein Plädoyer

dafür, im Bereich werbender Äußerungen stets zu ermitteln, welche konkreten Tatsachen der Werbende – versteckt in einem Werturteil – kundgetan hat. Es spricht einiges dafür, dass mithilfe einer solchen Prüfung im Einzelfall sachgerechtere Ergebnisse zu erzielen sind als durch ein vorschnelles Zurückgreifen auf Schutzbedürftigkeitserwägungen, die sich nur vermeintlich von der betrugsstrafrechtlichen Dichotomie zwischen Tatsachenbehauptung und Werturteil abstrahieren lassen.

---

<sup>88</sup> BGHSt 34, 199 (201).

<sup>89</sup> Vgl. oben Abschnitt II. 1.