

Sonderdruck aus

Liber amicorum

für Andreas Donatsch

Im Einsatz für Wissenschaft,
Lehre und Praxis

Liber amicorum

für Andreas Donatsch

Im Einsatz für Wissenschaft,
Lehre und Praxis

Herausgegeben von

Angela Cavallo
Eliane Hiestand
Felix Blocher
Irene Arnold
Beatrice Käser
Milena Caspar
Ingo Ivic

Schulthess § 2012

© Illustrationen: Dr. iur. Max Hauri, ehemals Vizepräsident des Bezirksgerichts Zürich

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2012
ISBN 978-3-7255-6615-0

www.schulthess.com

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Danksagung	VII
Abkürzungsverzeichnis	XIX

Materielles Strafrecht

OMAR ABO YOUSSEF

Dr. iur., Rechtsanwalt, Oberassistent für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität Zürich

Konkurrenz zwischen einem versuchten schwereren Delikt und einem vollendeten milderem Delikt

Dargestellt anhand ausgewählter Konkurrenzverhältnisse 1

MARIANNE HEER

Dr. iur., Rechtsanwältin, Oberrichterin am Obergericht des Kantons Luzern

HANS WIPRÄCHTIGER

Dr. iur. h.c., Rechtsanwalt, Advokatur Gremmelspacher Bürkli Biaggi Wiprächtiger, Basel, ehemals Bundesrichter, Lausanne

Zur Erosion des Massnahmenrechts durch das aktuelle Sicherheitsdenken in Politik und Justiz

Einige kritische Überlegungen 23

FELIX BLOCHER

Lic. iur., Juristischer Mitarbeiter am Bezirksgericht Zürich

Zur Strafbarkeit der Mitwirkung an fremden Selbstgefährdungsakten

Abgrenzungsprobleme und wie die (richterliche) Umschreibung der eingegangenen Gefahren die Strafbarkeit des Partizipanten präjudiziert 53

MARC JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Staatsanwalt/Abteilungsleiter an der Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich

«Am Köder vorbei in die Falle»

Arglist, Opfermitverantwortung und «Köderprinzip» bei Serienbetrüger
(Art. 146 StGB)

75

CORNEL BORBÉLY

Dr. iur., MAS ECI, Rechtsanwalt, Staatsanwalt bei der Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich

Aspekte der Veruntreuung im Generalunternehmervertrag

101

MARCEL ALEXANDER NIGGLI

Prof. Dr. iur., Ordinarius für Strafrecht und Rechtsphilosophie sowie Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät, Universität Freiburg i.Ue.

NADINE HAGENSTEIN

MLaw, Wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Universität Freiburg i.Ue.

Von Tieren (nicht nur Mäusen) und Menschen

Über sexuelle Motivation, Rechtsgüter und pharisäische Gesetzgebung

115

YVONA GRIESSER

Lic. iur., Rechtsanwältin, Stiffler & Partner Rechtsanwälte, Zürich, ehemals Richterin am Kassationsgericht des Kantons Zürich

Geldwäscherei (Art. 305^{bis} StGB)

Wann läuft man Gefahr, sich durch den Transfer eines Kontoguthabens unbekannter Herkunft vom Schweizer Bankkonto ins Ausland strafbar zu machen?

135

PETER NOBEL

Prof. Dr. rer. publ., Ordinarius ad personam für schweizerisches und internationales Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich, em. Professor für Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität St. Gallen, Rechtsanwalt, Nobel & Hug Rechtsanwälte, Zürich

Das «öffentliche Interesse» sollte nicht immer helfen können

147

CHRISTIAN SCHWARZENEGGER

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Ordinarius für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie an der Universität Zürich

**Der Anwendungsbereich des Medienstrafrechts
(Art. 28, 322^{bis} StGB)** 165

WALTER PERRON

Prof. Dr. iur., Professor für Strafrecht, Strafprozessrecht und Strafrechtsvergleichung an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i.Br.

Verhaltensregeln im Katastrophenfall 189

STEFAN TRECHSEL

Prof. em. Dr. iur. Dr. h.c., Richter am Internationalen Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien. Den Haag

Zur Verfolgungspflicht des Kommandanten im Völkerstrafrecht 201

GUNHILD GODENZI

Dr. iur., LL.M., Oberassistentin und Lehrbeauftragte für Straf- und Strafprozessrecht an der Universität Zürich

WOLFGANG WOHLERS

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Ordinarius für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität Zürich

**Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Compliance Officers:
Prüfstein der Geschäftsherrenhaftung?** 223

Strafprozessrecht

HEINZ AEMISEGGER

Dr. iur., Bundesrichter, Lausanne

Zur Umsetzung der Schweizerischen Strafprozessordnung 251

ANDREAS BRUNNER

Dr. iur., Leitender Oberstaatsanwalt des Kantons Zürich

STEFAN HEIMGARTNER

PD Dr. iur., Rechtsanwalt, Staatsanwalt für amtliche Mandate bei der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich

Ouverture

Gedanken zum Zeitpunkt der Untersuchungseröffnung gemäss Art. 309 StPO 269

STEFAN FLACHSMANN

Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich

BERNHARD ISENRING

Dr. iur., Rechtsanwalt, Isenring Law, Meilen

Grundsatz der Einheit des schweizerischen Strafprozessrechts

Auswirkungen der Beweisverbote der schweizerischen StPO auf den Militärstrafprozess 289

SABINE GLESS

Prof. Dr. iur., Ordinaria für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität Basel

Das Recht auf Konfrontation eines Auslandsbelastungszeugen

Eine europäische Perspektive aus Zürich 303

THOMAS HANSJAKOB

Dr. iur. et lic. oec., Erster Staatsanwalt bei der Staatsanwaltschaft St. Gallen

Ordnungsbussen – im SVG, bei Cannabiskonsum oder überhaupt? 319

CORNELIA HOTZ-HÜRLIMANN

Dr. iur., Legal Counsel, Brand Leadership Circle, Steinhausen (ZG)

Menschenhandel zum Zwecke der sexuellen Ausbeutung

Die Strafverfolgung von Menschenhändlern im Spannungsfeld zwischen Beweissicherung und Opferschutz 335

YVAN JEANNERET

Prof. Dr. iur., Professeur extraordinaire à l'Université de Neuchâtel, Avocat au barreau de Genève

ANDRÉ KUHN

Prof. Dr. iur., Professeur de criminologie et de droit pénal aux Universités de Lausanne, Neuchâtel et Genève

Le défaut : défauts et des faux pas au fil du procès pénal 359

DANIEL JOSITSCH

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Ordinarius für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität Zürich

JÜRIG KRUMM

Lic. iur., Rechtsanwalt, Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität Zürich

Die Anordnung präventiver Untersuchungshaft in der Schweizerischen Strafprozessordnung 377

REGINA KIENER

Prof. Dr. iur., Ordinaria für Öffentliches Recht an der Universität Zürich

BASIL CUPA

MLaw, LL.M., Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität Zürich

Hybrider Status – relative Unabhängigkeit?
Zur institutionellen Stellung der Staatsanwaltschaft 395

NATHAN LANDSHUT

Dr. iur., Rechtsanwalt, Dietikon

ROLF SCHÖNING

Dr. iur., Bezirksrichter am Bezirksgericht Zürich

Die StPO in der praktischen Anwendung
Ausgewählte Fragen 417

CHRISTIANE LENTJES MEILI

Dr. iur., Chef/in der Kriminalpolizei der Kantonspolizei Zürich

Präventiv oder Repressiv?
Das Verwirrspiel um verdeckte polizeiliche Operationen 437

HANS MAURER

Lic. iur., Leitender Staatsanwalt der Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich

Der befangene Staatsanwalt nach Art. 56 lit. f StPO 455

MARCEL RIESEN-KUPPER

Lic. iur., Leitender Oberjugendanwalt des Kantons Zürich

**Zur Zulässigkeit von Untersuchungshaft bei unter
15-jährigen Jugendlichen** 487

FRANZ RIKLIN

*Prof. Dr. iur., em. Ordinarius für Strafrecht und Strafprozessrecht an der
Universität Freiburg*

Prozesserledigungsstrategien im Strafprozess und ihre Tücken 499

SARAH SUMMERS

*Prof. Dr. iur., Assistenzprofessorin für Strafrecht und Strafprozessrecht an der
Universität Zürich*

Presence, Absence, Dominance
Reflections on the Role of the Prosecutor in Switzerland 517

ULRICH WEDER

Dr. iur., Leitender Staatsanwalt der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich

**Die audiovisuelle Aufzeichnung von Einvernahmen und andern
Verfahrenshandlungen** 531

Nebenstrafrecht

MARKUS REICH

*Prof. Dr. iur., em. Ordinarius für Steuer-, Finanz- und Verwaltungsrecht an
der Universität Zürich*

**Das Leistungsfähigkeitsprinzip steuerstrafrechtlich zu Ende
gedacht**
Ein Beitrag zur gerechten Ausgestaltung der Steuerstrafe 559

ROLAND M. RYSER

Dr. iur., Rechtsanwalt, Schellenberg Wittmer, Zürich

Kunst und Geldwäscherei

Ein Beitrag zur Frage der Unterstellung des Kunsthandels unter die Geldwäschereigesetzgebung 583

ROLF SETHE

Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Ordinarius für Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich

Fortschritte in der Europäisierung des Kapitalmarktstrafrechts?

Anmerkungen zum Vorschlag für eine EU-Richtlinie über strafrechtliche Sanktionen für Insider-Geschäfte und Marktmanipulation 613

Grundlagen und diverse Rechtsgebiete

RUTH ARNET

Prof. Dr. iur., Rechtsanwältin und Notarin, Ordinaria für Privatrecht mit Schwerpunkt Sachenrecht an der Universität Zürich

Die Realobligation – ein «zweiköpfiges Ungeheuer»? 631

DANIELA DEMKO

Dr. iur., LL.M., Lehrbeauftragte an den Universitäten Luzern und Basel

Kreatürliche Würde als Achtung der Lebenswürde und deren spezifische Ausformung für die Würde des Tieres 643

MARCO DUSS

Dr. iur., Steuerexperte VSB, Partner Altorfer Duss & Beilstein AG, Zürich

Kritik der vernünftigen Praxis 667

MARKUS HUG

Dr. iur., Rechtsanwalt, Staatsanwalt bei der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich

Observation durch Privatdetektive im Sozialversicherungsrecht 681

PETER FORSTMOSER

Prof. Dr. iur., LL.M., em. Ordinarius für Privat-, Handels- und Kapitalmarktrecht, Rechtsanwalt, Partner Niederer Kraft & Frey AG, Zürich

Schutz der Menschenrechte - eine Pflicht für multinationale Unternehmen? 703

LUKAS GSCHWEND

Prof. Dr. iur., Ordinarius für Rechtsgeschichte, Rechtssoziologie und Strafrecht an der Universität St. Gallen, Titularprofessor für Rechtsgeschichte und Rechtsphilosophie an der Universität Zürich

Transdisziplinäre Kriminalfallanalytik
Gedanken zu einer integrativen strafrechtlichen Wissenschaftsperspektive 725

PETER R. ISLER

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Partner Niederer Kraft & Frey AG, Zürich, Lehrbeauftragter an der Universität Zürich

GAUDENZ G. ZINDEL

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Partner Niederer Kraft & Frey AG, Zürich

CHRISTA SOMMER

Dr. iur., Rechtsanwältin, Niederer Kraft & Frey AG, Zürich

Strafanzeige der Gesellschaft gegen ihre Organe bei aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüchen – pro und contra 741

RETO NADIG

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Präsident des Bezirksgerichts Horgen

Sanktionen im Skirennsport im Vergleich zu den Sanktionen des StGB 757

TOBIAS JAAG

Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Ordinarius für Staats-, Verwaltungs- und Europarecht an der Universität Zürich

Die obersten Gerichte des Kantons Zürich 771

MARTIN KILLIAS

Prof. Dr. iur. et lic. phil., Rechtsanwalt, Ordinarius für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie an der Universität Zürich

Zur Rolle der Todesstrafe, der Folter und der Frauen im vormodernen Strafrecht 797

VIKTOR LIEBER

Dr. iur., ehemals Generalsekretär am Kassationsgericht des Kantons Zürich

Verfassungswidrige Aufhebung von Strafurteilen?

Bemerkungen zu zwei Bundesgesetzen betreffend Aufhebung früherer
Strafurteile im Lichte der Garantie der richterlichen Unabhängigkeit 809

BRIGITTE TAG

*Prof. Dr. iur. utr., Rechtsanwältin, Ordinaria für Strafrecht, Strafprozessrecht
und Medizinrecht an der Universität Zürich*

Rechtliche Aspekte der personalisierten Medizin 825

FRANK MEYER

*Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Extraordinarius für Straf- und
Strafprozessrecht unter Einschluss des internationalen Strafrechts an der
Universität Zürich*

Immunitäten und Vorrechte internationaler Organisationen

Auswirkungen auf Strafverfolgung und internationale Rechtshilfe in
Strafsachen 851

OTHMAR STRASSER

*Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Titularprofessor für Privat- und Wirtschaftsrecht
an der Universität St. Gallen (HSG), General Counsel der Zürcher
Kantonalbank*

**Die Geldwäscherei-Strafbestimmung von Art. 305^{bis} StGB als
Schutznorm für geschädigte Anleger?**

Kritische Bemerkungen eines Bankrechtspraktikers 867

MADELEINE SIMONEK

*Prof. Dr. iur., Rechtsanwältin, Ordinaria für Schweizerisches und
Internationales Steuerrecht an der Universität Zürich*

Fishing Expeditions in Steuersachen

Überlegungen zu den inhaltlichen Anforderungen an ein Amtshilfesuch 891

Illustrationen

MAX HAURI

Dr. iur., ehemals Vizepräsident des Bezirksgerichts Zürich

«Am Köder vorbei in die Falle»

Arglist, Opfermitverantwortung und «Köderprinzip» bei Serienbetrüger (Art. 146 StGB)

Inhaltsübersicht

I. Einleitung.....	75
II. These zum «Köderprinzip»	77
III. Evolution von Arglist und Opfermitverantwortung	80
A. Materialien.....	80
B. Lehre und Rechtsprechung	85
1. Frühe Lehrmeinungen.....	85
2. Erste Bundesgerichtsentscheide.....	86
3. Die Arglistformel des Bundesgerichts	88
4. Aufschwung des «Opferverschuldens».....	90
a) Ursprüngliche Skepsis der Lehre	90
b) Entstehung eines neuen Dogmas.....	90
IV. Kritik am Negativkriterium des «Opferverschuldens».....	95

I. Einleitung

Das Bündnerland, die Heimat des Jubilars, hat die Strafrechtswissenschaft auch durch seine Jagdfälle bereichert¹. Das Ringen um die Weidgerechtigkeit hat es in sich, Anschauungsmaterial zur Strafgerechtigkeit zu liefern. Vergeblich ist allerdings die Suche nach Erwägungen darüber, wann es das Wild zu verantworten hat, dass es nicht weidmännisch zugegangen ist. Diese Frage bewegt uns im Strafrecht dann, wenn der Tatbestand der Mitwirkung des Opfers bedarf. Wer auf die Pirsch geht, sein Ziel im «Absehen»² punktgenau erfasst und schliesslich gut abkommt, erlegt seinen Zehnder, ohne dass sich dieser Gedanken machen kann,

¹ Z.B. PKG 1944 Nr. 36, 1946 Nr. 63, 1947 Nr. 38, 1991 Nr. 39, 1993 Nr. 27, 2000 Nr. 21, Nr. 23, 2008 Nr. 9.

² Fadenkreuz (Jägersprache).

wie ihm geschieht. Anders verhält es sich beim *Fallensteller*. Ob sich dieser überhaupt «Weidmann» nennen darf, bleibe dahingestellt; jedenfalls scheint es unter der Würde der höheren Gerichte zu sein, sich mit solchen abzugeben³. Der Fallensteller führt seine Beute irre. Er hebt beispielsweise eine Fallgrube aus und überdeckt diese mit einem nicht tragfähigen Geflecht, das er mit Laub tarnt, so dass es aussieht wie normaler Waldboden. Ob Leistungen des tierischen Gehirns mit Begriffen wie «denken» oder «irren» beschrieben werden dürfen, ist umstritten⁴. Jedenfalls hat das Nervenzentrum der Beute unmittelbar vor dem Fehltritt keine hinreichend starken Warnsignale ausgesandt und ist mithin von einer normalen Tragfähigkeit ausgegangen⁵.

Ähnlichen Herausforderungen wie der Fallensteller sieht sich derjenige ausgesetzt, der sämtliche Tatbestandselemente des Betrugs gemäss den Vorgaben von Art. 146 StGB erfüllen will. Ist es ein Zufall, dass es just das Kantonsgericht Graubünden war, das dieser Sorte von Fallenstellern radikal den Garaus machen wollte⁶, bevor es vom Bundesgericht zurückgepfiffen⁷ wurde? Im Folgenden wird erörtert, wie sich die «Opfermitverantwortung» zum Betrugstatbestand verhält. Gemeinhin gilt sie als *Aspekt der «Arglist»*⁸. Zu Recht?

³ Swisslex enthält neben vielen anderen Quellen die Praxis des Kantonsgerichts Graubünden (PKG) seit 1965; die Suche in allen Quellen hat am 29.3.2012 nur gerade vier Treffer zum Stichwort «Fallensteller» ergeben: Einerseits hat das Bundesstrafgericht in zwei Entscheiden die Meinung des Beschwerdeführers zitiert, wonach die «Fallensteller- und Inquisitionsjustiz» abgeschafft worden sei (BStGer vom 3.8.2005, BB.2005.26 und 26-A); andererseits stellt E. STARK, Berner Kommentar, Bd. IV/3/1, Sachenrecht, Der Besitz, Art. 919–941 ZGB, 3. Aufl., Bern 2001, Art. 922 N 4, die Frage, ob der Fallensteller schon vor der Erkenntnis seines Jägerglücks Besitzer des gefangenen Tiers werde, was er im Lichte von BGE 71 IV 89 bejaht, a.a.O. vor Art. 919 N 28. – Die Suche nach den Wortstämmen «weidmännisch» oder «weidgerecht» lieferte 48 Treffer.

⁴ Z.B. D. PERLER/M. WILD (Hrsg.), *Der Geist der Tiere*, Philosophische Texte zu einer aktuellen Debatte, Frankfurt a.M. 2005, passim.

⁵ BGE 118 IV 35, 38; B. CORBOZ, *Les infractions en droit suisse*, Bd. I, 3. Aufl., Bern 2010, Art. 146 N 27; vgl. auch W. WISMER, *Das Tatbestandsmerkmal der Arglist beim Betrug*, Diss. Zürich 1988, 21, wonach Nichtwissen zwar kein Irrtum sei, aber rechtlich wie ein Irrtum behandelt werde (m.H. auf H. SCHULTZ, *Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts*, 4. Aufl., Bern 1982, 255, und H. ARDINAY, *Der Betrug nach schweizerischem Strafgesetzbuch*, ZStrR 86 [1970] 225 ff., 238).

⁶ PKG 1970 Nr. 16 (auch RS 1973 Nr. 442) mit der luziden Regeste: «Mangelnde Sorgfalt des Betroffenen ändert nichts an der Arglist, wenn der Täter diesen Umstand voraussehen konnte».

⁷ BGE 99 IV 75, 77 f.

⁸ BGE 119 IV 28, 126 IV 173 («Arglist ausschliessende Opfermitverantwortung»); BGer vom 9.7.2009, 6B_147/2009, Erw. 1.1 u. 1.6 (vgl. dazu auch K. TEUSCHER, *Bemerkungen*, fp 2010, 73 ff., 76); G. ARZT, in M. A. NIGGLI/H. WIPRÄCHTIGER (Hrsg.), *Strafrecht II*, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2007, Art. 146 N 50; U. CASSANI, *Der Begriff der arglistigen Täuschung als kriminalpolitische Herausforderung*, ZStrR 117 (1999), 152 ff., 155 u. passim; CORBOZ (Fn. 5), Art. 146 N 17; A. DONATSCH, *Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen*, 9. Aufl., Zürich 2008, 200 ff.; vgl. auch A. EICKER, *Das «unter Strafe Stellen» von «wissentlicher Unrichtigkeit»* als

II. These zum «Köderprinzip»

Der Aufbau des Betrugs ist ein so sorgfältig gepflegtes Thema in der Strafrechtsdogmatik, dass es an sich müssig erschiene, dieses nochmals aufzuwärmen. Doch die Frage, wo in diesem «*délit subtil*»⁹ die Opfermitverantwortung anzusiedeln ist, verlangt einige grundlegende Betrachtungen. Dabei wollen wir uns vergegenwärtigen, dass der Betrug ein *Erfolgsdelikt* ist und somit in zwei Hauptbestandteile zerfällt, nämlich in die Tathandlung und den Erfolg.

Die *Tathandlung* besteht darin, falsche Tatsachen mitzuteilen. Zu diesem Zweck können grundsätzlich sämtliche Formen und Mittel der Kommunikation eingesetzt werden¹⁰. Dabei soll der Täter «arglistig» vorgehen. Diese in der schweizerischen Betrugsdogmatik hoch gehaltene Hürde beschreibt die Tathandlung des Irreführens näher¹¹. Das Opfer leistet keinen aktiven Beitrag zur Arglist und bleibt selbst dann bloss Konsument, wenn der Täter seine Machenschaften massgeschneidert auf dessen Neigungen abstimmt.

Der *Erfolg* ist beim Betrug eine mehrstufige Kausalkette¹². Der Täter muss mit der Mitteilung von falschen Tatsachen darauf abzielen, das Opfer in einem bestimmten Sinne zu aktivieren¹³. Nicht für die Tathandlung, wohl aber für den Erfolg ist deshalb eine aktive Mitwirkung des Opfers erforderlich. Dieses muss zuerst dem vom Täter provozierten Irrtum unterliegen und als Folge dessen über eigenes oder ihm nahe stehendes Vermögen verfügen. Diese Vermögensverfügung

«objektive Garantie der Wahrheit» für beurkundete Kaufverträge, AJP 17 (2008) 733 ff., 734; V. GYSI, Bundesgerichtsentscheid zu den Mogeleyen in der Sendung «Risiko» des Schweizer Fernsehens DRS, BGE 126 IV 165, recht 19 (2001) 153 ff.; J. HURTADO POZO, Droit pénal, Partie spéciale, Nouvelle édition, Zürich 2009, N 1179 ff.; S. KRIEGER, Sozialhilfe zu Unrecht bezogen, aber dennoch nicht betrogen?, fp 2010, 169 ff., 171 f.; G. STRATENWERTH/G. JENNY/F. BOMMER, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Delikte gegen Individualinteressen, 7. Aufl., Bern 2010, § 15 N 20.

⁹ A. GAUTIER, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Protokoll der zweiten Expertenkommission, Bd. II, September–Oktober 1912 (EK 1912 II), 340, als Antagonismus zum «*délit brutal*».

¹⁰ CORBOZ (Fn. 5), Art. 146 N 5; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER (Fn. 8), § 15 N 14.

¹¹ WISMER (Fn. 5), 10, wonach die Arglist in einer gesetzgeberisch bestimmten Abhängigkeit zu den täuschenden Verhaltensweisen stehe und diese voraussetze.

¹² Statt vieler DONATSCH (Fn. 8), 195 f. – Zu ergebnisorientiert deshalb das Votum von E. ZÜRCHER, EK 1912 II (Fn. 9), 339: «Der Betrug ist vorsätzliches Erfolgsdelikt, und zwar ist der Erfolg eine Vermögensschädigung». Diese Aussage ist vor dem Hintergrund zu verstehen, dass der Betrug damals in der Mehrheit der kantonalen Strafgesetze mit dem Irrtum vollendet war, so GAUTIER, EK 1912 II (Fn. 9), 341, mit dem weiteren Hinweis: «La seconde école (code français, plusieurs codes cantonaux, projet allemand et notre projet) exigent que, outre l'erreur provoquée, il y ait eu dépouillement de la victime» (Hervorhebung hinzugefügt).

¹³ STRATENWERTH/JENNY/BOMMER (Fn. 8), § 15 N 4, beschreiben als Erfolg des motivierenden Verhaltens des Täters «die Setzung eines Motivs beim anderen, das auf Irrtum beruhen muss».

hat unmittelbar einen Vermögensschaden herbeizuführen, der «stoffgleich» mit der von Täter angestrebten Bereicherung ist¹⁴. In Bezug auf diesen ganzen Ablauf ist der Täter passiv. Nimmt er im Rahmen seines Gesamtkonzepts anders als durch die Mitteilung falscher Tatsachen darauf Einfluss, unterbricht er den Kausalverlauf, was den Betrug vereitelt.

Der Betrugstatbestand gibt somit eine klare «Arbeitsteilung» vor: Der Täter sorgt für die Handlung, das Opfer für den Erfolg. Verwirklicht der Täter die Betrugshandlung «lege artis», lässt aber der Beitrag des Opfers zu wünschen übrig, so liegt ein *vollendeter Versuch* vor¹⁵. Im Bestreben, das Strafrecht zu vereinfachen, hat der Gesetzgeber bei der Revision vom 13.12.2002¹⁶ zwar diesen Begriff aufgegeben, doch weiterhin existiert das Phänomen, dass der Täter die strafbare Tätigkeit zu Ende führt, aber der zur Vollendung des Verbrechens oder des Vergehens gehörende Erfolg nicht eintritt¹⁷. Bei dieser Sachlage ist die Schwelle zum strafbaren Versuch gemäss Art. 22 Abs. 1 StGB zweifellos überschritten. Dabei kommt es nicht darauf an, auf welcher Stufe der Erfolg scheitert¹⁸. Wer von einem «Betrugsversuch» spricht, drückt damit zwar meist aus, dass die Vermögensdisposition ausgeblieben ist. Doch sind Fälle denkbar, in denen das Verhalten des Täters zwar als «arglistig» zu würdigen ist, dass ihm aber das Opfer aus anderen Gründen das Vertrauen geschenkt hat. Vielleicht versteht das Opfer die raffiniert aufgebaute Lügengeschichte des Täters nicht, fällt aber auf dessen gewinnendes Wesen herein. Gemäss dem Gesetzestext ist es entscheidend, dass der Täter «jemanden durch Vorspiegelung oder Unterdrückung von Tatsachen arglistig irreführt [...] und den Irrenden so zu einem Verhalten bestimmt»; das Adverb «so» stellt klar, dass allein die gesetzliche Tathandlung als Ursache des Opferverhaltens strafrechtlich relevant ist. Demnach ist es fraglich, ob sich die Kausalkette des Betrugs verwirklicht hat, wenn das Opfer sich überzeugen lässt, ohne die vom Täter angebotene Arglist hinreichend zu würdigen. Der Täter hat zwar sein Endziel, die Vermögensverschiebung, erreicht, aber eben nicht als tatbestandsmässigen Er-

¹⁴ BGE 134 IV 210; W. WOHLERS, Die Stoffgleichheit von Vermögensschaden und angestrebter Bereicherung beim Betrug, fp 2009, 115 ff.

¹⁵ Z.B. BGE 122 IV 248.

¹⁶ AS 2006, 3459.

¹⁷ Art. 22 Abs. 1 alt StGB in der Fassung vom 21.12.1937, BBl 1937 III 625. – Übrigens war der Entwurf des Strafgesetzbuchs umstritten und wurde in der Volksabstimmung vom 3.7.1938 mit nur 358'438 gegen 312'030 Stimmen angenommen. 12½ der 22 Stände lehnten die Vorlage ab, nämlich UR, SZ, OW, NW, ZG, FR, AI, SG, GR, TI, VD, VS, NE, GE (BBl 1938 II 547).

¹⁸ BGE 76 IV 26; O. A. GERMANN, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 9. Aufl., Zürich 1974, 259 unten f.

folg. Nach allgemeinen Grundsätzen wird dadurch der Täter nicht straflos, sondern er hat einen strafbaren Versuch begangen¹⁹.

Mit der Zuordnung der Opfermitverantwortung zum Kausalverlauf²⁰ könnte vor allem bei *Serientaten* eine erhebliche Entlastung der Strafverfolgungsbehörden einhergehen. Folgende *These über das «Köderprinzip»* steht im Raum:

Hat der Täter «Lügenköder» ausgelegt, die grundsätzlich für jedes Opfer bestimmt sind, so ist die Arglist anhand dieser Machenschaften zu beurteilen und nicht danach, ob jede Person, welche die vom Täter anvisierte Vermögensdisposition vorgenommen hat, dessen Machenschaften zur Kenntnis genommen und sachgerecht gewürdigt hat²¹.

Trifft dies zu, erübrigt es sich, bei jedem Opfer den genauen Kausalverlauf zu ermitteln, vor allem dann, wenn versuchte und vollendete Taten im *Kollektivdelikt des gewerbsmässigen Betrugs* aufgehen.

Wenig problematisch erscheinen dabei die Fragen, ob es zu einem *direkten Kontakt zwischen Täter und Opfer* gekommen ist und ob alle vom Täter verbreiteten Lügen und Machenschaften das Opfer erreicht haben. Zwar wurde das Erfordernis, einen Straftatbestand betreffend Kursmanipulation zu schaffen, damit begründet, dass solches Verhalten mangels eines direkten Kontakts zwischen Täter und Opfer nicht als Betrug bestraft werden könne²². Doch ist kein Grund ersichtlich, weshalb der Betrüger nicht auch mittelbar auf sein Opfer einwirken können sollte, sei es durch Medien, Tatmittler oder Mittäter. Diese Frage wird in den Standardwerken kaum erwähnt²³; das wäre anders, hielte ein Teil der Lehre beim Betrug eine Abweichung von den allgemeinen Regeln über Täterschaft und Teilnahme für angezeigt. Auch ist es nicht erforderlich, dass der Täter sein Opfer

¹⁹ Sehr ähnliche Überlegungen finden sich bei M. THOMMEN, Opfermitverantwortung beim Betrug, ZStrR 126 (2008) 17 ff., 35 f., doch mit dem Unterschied, dass dort die nicht auf tatbestandsmässigem Kausalverlauf beruhende Vermögensverschiebung als «tatbestandsmässiger Erfolg» angesehen wird; für Versuch bei Opfermitverschulden auch ARZT (Fn. 8), Art. 146 N 67; R. BRAUN, Anlagebetrug aus strafrechtlicher Sicht – Problemfelder und Lösungsansätze, fp 2010, 103–107, 104; – zum Irrtum als Erfolg vgl. z.B. V. SCHWANDER, Das Schweizerische Strafgesetzbuch, 2. Aufl., Zürich 1964, N 562.

²⁰ So prominente Lehrmeinungen in Deutschland, vgl. Hinweise bei THOMMEN (Fn. 19), 18 Fn. 7.

²¹ Im Ergebnis gl.M. M. DUPUIS/B. GELLER/G. MONNIER/L. MOREILLON/CH. PIGUET/CH. BETTEX/D. STOLL (Hrsg.), Petit commentaire, Code pénal, Basel 2012, Art. 146 N 16, m.H. auf BGE 119 IV 284 sowie BGER vom 6.5.2003, 6S.40/2003, Erw. 3.2.3; – a.M. z.B. HURTADO POZO (Fn. 8), N 1179: «Le caractère astucieux d’une tromperie ne saurait être constaté qu’en examinant aussi bien le comportement de la dupe que celui du délinquant», m.H. auf GRAVEN, FJS Nr. 821, 9; ebenso CH. FAVRE/M. PELLET/P. STOUDEMANN, Code pénal annoté, 3. Aufl., Lausanne 2007/2011, Art. 146 N 1.3.

²² Vgl. Hinweise und Gegenmeinung bei M. JEAN-RICHARD, Handelsinszenierungen zur Kursmanipulation am Kapitalmarkt, SZW 67 (1995) 259 ff., 262 ff. mit Fn. 29–36.

²³ Immerhin bejaht DONATSCH (Fn. 8), 198, unter Hinweis auf BGE 105 IV 334 und 126 IV 116 ausdrücklich den Betrug in mittelbarer Täterschaft.

kennt²⁴. Verbreitet der Täter systematisch falsche Informationen, um jedes beliebige Opfer zu erreichen, verübt er dadurch an jedem, der dadurch mit seinem Konstrukt in Verbindung kommt, einen strafbaren Versuch. Unerheblich ist, ob bei einem bestimmten Opfer nur ein Teil der vorbereiteten Täuschungsmechanismen zum Einsatz gelangt, solange der Täter sein Instrumentarium grundsätzlich für jedes Opfer aufgebaut und verbreitet hat.

Grössere Schwierigkeiten bereitet dagegen das Problem, ob das Kriterium der *Opfermitverantwortung* dem «Köderprinzip» entgegensteht. Die nachstehenden Erörterungen zur Evolution der Arglist bezwecken, dies zu prüfen.

III. Evolution von Arglist und Opfermitverantwortung

Die *semantische Analyse* des Wortes «Arglist»²⁵ führt keineswegs zwingend zu der bekannten Lehre, die von Begriffen wie Lügengebäude, Machenschaften, erschwerte Überprüfbarkeit und eben Opfermitverantwortung geprägt ist²⁶. Eine Legaldefinition für dieses einschränkende Tatbestandsmerkmal fehlt²⁷. Der DUDEN²⁸ umschreibt «Arglist» in der Rechtssprache lediglich als «bewusste Täuschung; Verstoss gegen Treu und Glauben». Ein Blick in die Geschichte erscheint dem Bestreben förderlich, sich der «Arglisthürde» unbefangen zu nähern, um sie besser zu verstehen.

A. Materialien

In Art. 81 des *Vorentwurfs 1896*²⁹ war das Wort «Arglist» noch nicht enthalten. Den einfachen Betrug gemäss Abs. 1 erfüllte, «[w]er jemanden durch Vorspiegeln falscher oder durch pflichtwidriges Verheimlichen wahrer Tatsachen täuscht, um sich oder einen andern auf fremde Kosten zu bereichern». Folglich war die Tat als bereits mit dem Eintritt des Irrtums vollendet gedacht. Eine höhere Strafe war

²⁴ BGE 96 IV 185; PH. GRAVEN, *Escroquerie* (Art. 148 CP), FJS Nr. 821 (1974), I.1.A.d)aa): «La tromperie et l'erreur doivent toujours être unies par un lien de causalité [...] qui peut se nouer même en l'absence de tout contact personnel direct entre l'auteur et la dupe».

²⁵ Dazu CASSANI (Fn. 8), 152 f.

²⁶ Vgl. hinten III.B.

²⁷ GRAVEN (Fn. 24), I.1.A.c); WISMER (Fn. 5), 29 f.

²⁸ DUDEN – Deutsches Universalwörterbuch, 6. Aufl., Mannheim 2006.

²⁹ Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch nach den Beschlüssen der Expertenkommission, Bern 1896, aufbauend auf dem Vorentwurf, den C. STOOSS im Auftrag des Bundesrats ausgearbeitet hat.

vorgesehen, «wenn der Betrug auf freche Art begangen wurde»; damit wäre etwas Ähnliches wie die Arglisthürde bloss ein *Qualifikationsmerkmal* geworden.

Bereits der *Vorentwurf 1903* verwendete das Wort «arglistig» und liess auch sonst die *wesentlichen Elemente des heutigen Tatbestandes* erkennen³⁰; der Text wurde gemäss *Vorentwurf 1908*³¹ leicht überarbeitet und erhielt im *Vorentwurf 1916*³² die Form, die als Art. 148 Abs. 1 StGB Anfang 1942 in Kraft getreten ist³³ und bis heute als Art. 146 Abs. 1 StGB weitgehend unverändert gilt³⁴.

Als Kernstück der Materialien zum Betrug darf die Diskussion der *zweiten Expertenkommission* an der Sitzung vom 26.9.1912 angesehen werden³⁵. Dabei wurde die Meinung vertreten, eine französische Entsprechung zum weitgehend

³⁰ Art. 89 § 1 des Vorentwurfs zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch, Nach den Beschlüssen der von dem eidgenössischen Justizdepartement mit der Durchsicht des Vorentwurfs 1896 beauftragten Expertenkommission, Bern 1903: «Wer in der Absicht, sich oder einen andern unrechtmässig zu bereichern, jemanden durch fälschliches Vorspiegeln oder durch Unterdrücken von Tatsachen arglistig zu einem Verhalten bestimmt, durch welches der Irrende sich selbst oder einen Dritten am Vermögen schädigt, wird mit Gefängnis oder mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren bestraft».

³¹ Art. 90 Ziff. 1 Abs. 1 des Vorentwurfs zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch, Neue Fassung der Expertenkommission, Bern 1908: «Wer in der Absicht, sich oder einen andern zu bereichern, jemanden durch fälschliches Vorspiegeln oder durch Unterdrücken von Tatsachen arglistig irreführt oder den Irrtum eines andern arglistig benutzt und so den Irrenden zu einem Verhalten bestimmt, durch das der Irrende sich selbst oder einen andern am Vermögen schädigt, wird mit Gefängnis oder mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren bestraft, [...]».

³² Art. 135 Ziff. 1 des Vorentwurfs zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch, Fassung der zweiten Expertenkommission, Zürich 1916: «Wer in der Absicht, sich oder einen andern unrechtmässig zu bereichern, jemanden durch Vorspiegelung oder Unterdrückung von Tatsachen arglistig irreführt oder den Irrtum eines andern arglistig benutzt und so den Irrenden zu einem Verhalten bestimmt, durch das dieser sich selbst oder einen andern am Vermögen schädigt, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder mit Gefängnis bestraft». Ebenso: Art. 129 Ziff. 1 des Entwurf zur Botschaft vom 23.7.1918, BBl 1918 IV 1, 145 f.

³³ StGB vom 21.12.1937, BBl 1937 III 625, 669, mit einer rein redaktionellen Abweichung: Der Passus «zu einem Verhalten bestimmt, wodurch» trat an die Stelle von «zu einem Verhalten bestimmt, durch das» gemäss dem Entwurf 1918.

³⁴ Abgesehen von der Anpassung an das Sanktionenrecht gemäss der Revision vom 13.12.2002, AS 2006, 3459, ist nur *eine* Änderung zu verzeichnen: Die Revision des Vermögens- und Urkundenstrafrechts vom 17.6.1994, AS 1994, 2290, hat die Artikelnummer geändert und den Passus «oder ihn in einem Irrtum arglistig bestärkt» an die Stelle von «oder den Irrtum eines andern arglistig benutzt» gesetzt.

³⁵ EK 1912 II (Fn. 9), 338–349. In der Botschaft, BBl 1918 IV 1 ff., gibt es keine Erläuterungen zur Dogmatik des Betrugs. Der Berichterstatter im Nationalrat, Sten.Bull. NR 1929 I 109, sagte zu E-Art. 129: «Über die mit dieser Definition zusammenhängenden Fragen verweise ich auf die Ausführungen der Referenten in der Expertenkommission, Bd. II, 339 ff.». Auch im Ständerat verzichtete der Berichterstatter auf weitere Erläuterungen, Sten.Bull. StR 1931 IV 514.

gelungenen deutschen Text sei noch nicht gefunden³⁶. Vor diesem Hintergrund stellte ALBERT CALAME einen kasuistisch aufgebauten Gegenvorschlag zur Diskussion:

«Celui qui, dans le dessein de se procurer [...] un enrichissement, aura frauduleusement trompé une personne, soit en faisant usage de faux noms ou de fausses qualités, soit en ayant recours à des affirmations mensongères portant sur des faits incontrôlables ou difficilement contrôlables, soit en dissimulant frauduleusement certains faits, et aura de la sorte déterminé la victime à des actes préjudiciables à sa fortune [...], sera puni [...].»³⁷.

Diese Formulierung erfasst auch eine einfache Lüge, wenn sie schwer überprüfbar ist. ALFRED GAUTIER, eine herausragende Persönlichkeit unter den Experten, folgte der französischen Auffassung und lehnte die Strafbarkeit der einfachen Lüge ab. Strafbare Täuschungen seien durch Kunstgriffe («artifices») gekennzeichnet³⁸. Als GAUTIER den Vorschlag von CALAME wohlwollend, aber im Ergebnis ablehnend diskutierte, schien der *Gedanke der Opfermitverantwortung* auf:

«Puis Mr. Calame revient au système des critères généraux en caractérisant d'abord comme affirmations mensongères pouvant constituer l'escroquerie celles qui portent sur des faits incontrôlables ou difficilement contrôlables. Cette idée est ingénieuse et présente de réels avantages. Elle supprime le danger de punir des mensonges qui n'auraient pas un caractère délictueux et écarte la punition d'agissements frauduleux auxquels la victime pouvait et devait échapper en agissant avec la prudence qu'on peut attendre de toute personne en possession de facultés normales, puisqu'il lui eût été facile de contrôler les dires de l'escroc. Mais il y a aussi des ombres au tableau. Quand un fait est-il difficilement contrôlable ou incontrôlable ? Ce n'est pas aisé à dire, car c'est une question d'espèce, et si la jurisprudence est appelée à appliquer la notion de l'incontrôlable, elle retombera dans la casuistique. De plus, il y a là aussi une affaire de tempérament ; certains gens ont la confiance facile, et on ne peut guère les en punir en les livrant sans protection aux escrocs. Souvent aussi l'escroc profite de la confiance que la victime, qui peut-être le connaissait de longue date, avait en lui et pouvait avoir en lui, de sorte qu'on ne peut reprocher à la victime de n'avoir pas agi avec toute la prudence exigée en théorie. [...]

Bref, je préfère pour le moment le projet au texte de Mr. Calame, dont je n'ai pas encore exploré toute la portée. Je fais toutes réserves cependant. Il se pourrait que le critère de la possibilité du contrôle soit une trouvaille heureuse»³⁹.

³⁶ So vor allem die Meinung von GAUTIER, EK 1912 II (Fn. 9), 341 unten f.; erst ab dem Vorentwurf 1916 wurde das Schlüsselwort «astucieusement» verwendet, das wie «arglistig» viele Auslegungen zulässt.

³⁷ A. CALAME, EK 1912 (Fn. 9), 339.

³⁸ EK 1912 II (Fn. 9), 341.

³⁹ EK 1912 II (Fn. 9), 343 f.

Darüber, ob das von GAUTIER zurückhaltend und differenziert gewürdigte Kriterium der Überprüfbarkeit ein glücklicher Fund war, lässt sich streiten. Die Überlegungen von CALAME und GAUTIER haben *keine Auswirkungen auf den Gesetzestext* gehabt und können somit nicht als Ausdruck des Willens des Gesetzgebers gelten⁴⁰. Dennoch hat die Überprüfbarkeit später eine zentrale Stellung in Lehre und Rechtsprechung zur Arglist erlangt⁴¹. Dies gilt auch für die Relativierung, die GAUTIER hier äusserte: Die Leichtgläubigkeit des Opfers könne unter Umständen auch seine besondere Schutzbedürftigkeit begründen. Es gebe Situationen, in denen man dem Opfer nicht vorwerfen könne, es habe nicht mit aller Sorgfalt gehandelt, die theoretisch verlangt werde. Damit legte GAUTIER einen wichtigen Grundstein für das Kriterium des «Opferverschuldens». Wird jedoch die Diskussion der zweiten Expertenkommission zum Betrug gesamthaft gewürdigt, lässt sich erkennen, dass es damals *nicht* darum ging, die *Opfer zu erziehen*. Vielmehr rangen vor allem die frankophonen Experten damit, dass ihnen nicht jede auf Bereicherung ausgerichtete Irreführung strafwürdig schien, sie jedoch keine klare Abgrenzung fanden. Dabei wurden Vor- und Nachteile des Kriteriums der Überprüfbarkeit erörtert. GAUTIER tat dies unter dem ausdrücklichen Vorbehalt, dass er sich noch keine abschliessende Meinung habe bilden können. Als Vorteil sah er den Umstand an, dass das Opfer, das die Vorbringen des Betrügers leicht überprüfen könne, keines strafrechtlichen Schutzes bedürfe. Es ging darum, ein rechtspolitisch vertretbares Kriterium für die Strafwürdigkeit des Täterverhaltens zu finden, keineswegs aber darum, das Opfer zu massregeln. Dass GAUTIER nicht etwa das «Opferverschulden» als negatives Tatbestandsmerkmal einführen wollte, zeigt sich an seiner klaren Ablehnung⁴² der Vorschläge von ADRIEN LACHENAL, worunter sich der folgende Gedanke befand:

«Quant à l'erreur, c'est un état de fait que crée l'escroc chez sa victime; il faut y ajouter l'élément plus subjectif de la confiance que cette victime témoignait au délinquant et de la crédulité de la victime. Ces deux critères varient suivant l'âge, l'expérience, l'instruction de la victime, et il faut protéger celle-ci»⁴³.

Die Mehrheit der Kommission folgte GAUTIER und stimmte dagegen⁴⁴.

EMIL ZÜRCHER, eine weiteres prägendes Mitglied der Expertenkommissionen, erläuterte in einer im Jahr 1914 erschienenen Schrift zum Vorentwurf 1908, die westschweizerischen Gesetze hätten das betrügerische Handeln näher bezeichnet als *Gebrauch falscher Namen, Vorspiegelung falscher Eigenschaften, Anwendung*

⁴⁰ A.M. WISMER (Fn. 5), 31.

⁴¹ Vgl. hinten III.B.2–3.

⁴² EK 1912 II (Fn. 9), 346.

⁴³ A. LACHENAL, EK 1912 II (Fn. 9), 345; zustimmend H. BOLLI, EK 1912 II (Fn. 9), 345.

⁴⁴ EK 1912 II (Fn. 9), 348.

*arglistiger Kunstgriffe*⁴⁵. Das alles zeige, dass die blossе marktschreierische Behauptung, das einfache Ableugnen einer Schuld nicht hinreiche, den Menschen zum Betrüger zu stempeln. Die Lüge werde dann zur betrügerischen Handlung, wenn etwas geschehen sei, um die *Nachprüfung* zu verunmöglichen oder wenigstens zu erschweren. Das komme in den Worten Vorspiegelung und Unterdrückung zum Ausdruck. Und dennoch könne es Fälle geben, in denen die freche Behauptung der Unwahrheit oder das arglistige Verschweigen der Wahrheit schon strafbar sei, wenn nämlich eine *Verpflichtung, zu reden und die Wahrheit zu sagen*, bestehe. Im Handel und Verkehr fordere die gute Sitte ein gewisses Mass von Treu und Glauben, sie schütze den Nichtfachmann, der etwa beim Einkauf sich auf den Rat der fachmännischen Vertragspartei verlassen müsse, gegen deren Vertrauensmissbrauch⁴⁶.

Es fällt auf, dass ZÜRCHER diese Erwägungen *nicht an den Begriff der Arglist anknüpfte*, der seit 1903 alle Vorentwürfe kennzeichnete. Gleichwohl lassen sich hier Ansätze zur nachmaligen Arglistdogmatik erkennen, wonach grundsätzlich Machenschaften erforderlich sind, aber unter besonderen Voraussetzungen auch einfache Lügen genügen können. Doch unterscheidet sich das hier skizzierte Schema von ZÜRCHER in den Einzelheiten von der späteren Arglistformel des Bundesgerichts⁴⁷: Mit der Erschwerung der Nachprüfung brachte ZÜRCHER ein zur Lüge hinzukommendes Geschehnis in Verbindung, also eine Machenschaft. Den verbrecherischen Charakter einer einfachen Lüge wollte er dagegen aus besonderen Pflichten zur Wahrheit und Aufklärung herleiten, wobei ihm sittliche Gebote des Geschäftsverkehrs genühten.

⁴⁵ Dies sind bis heute die drei Täuschungsqualifikationen im französischen Recht, vgl. Art. 313-1 al. 1 des Code pénal (in der Fassung vom 29.3.2012 gemäss <www.legifrance.gouv.fr>): «L'escroquerie est le fait, soit par l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, soit par l'abus d'une qualité vraie, soit par l'emploi de manœuvres frauduleuses, de tromper une personne physique ou morale et de la déterminer ainsi, à son préjudice ou au préjudice d'un tiers, à remettre des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, à fournir un service ou à consentir un acte opérant obligation ou décharge». – Die entsprechenden Stichworte waren bereits im Code pénal von 1810 (Fassung vom 28.4.1832) enthalten, vgl. CASSANI (Fn. 8), 153 f. Fn. 9.

⁴⁶ E. ZÜRCHER, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Erläuterungen zum Vorentwurf von April 1908, Bern 1914, 155 (weitgehend wörtliche, leicht gekürzte Übertragung in die indirekte Rede).

⁴⁷ Vgl. hinten III.B.3.

B. Lehre und Rechtsprechung

1. Frühe Lehrmeinungen

ERNST HAFTER, der schon in der 1911 ernannten Expertenkommission mitgewirkt hatte⁴⁸, lehnte es im Jahr 1937 in seinem Standardwerk ab, in dem Wort «arglistig» einen Verweis auf die französische Tradition zu erblicken, die «manœuvres frauduleuses» verlangt; eine entsprechende *Einengung des Betrugstatbestands* sei *unerwünscht*⁴⁹. Dem schloss sich WERNER PETRZILKA bei Inkrafttreten des Strafgesetzbuches im Jahr 1942 an und verneinte auch entschieden jeden Ansatz einer Opfermitverantwortung:

«Gleichgültig ist [...], ob der Getäuschte bei Anwendung von Sorgfalt den Irrtum hätte vermeiden können, gleichgültig, ob der Betrogene gegenüber dem Betrüger oder auch nur allgemein in der Sache sittlich einwandfrei handelte, gleichgültig ob dem Betrogenen eine durch diesen selber erschwindelte, veruntreute, gestohlene usw. Sache abgeschwindelt wird.

Wesentlich ist einzig, dass der Getäuschte aus seinem Irrtum heraus – wenn vielleicht daneben auch noch aus anderen Motiven – zu einem vermögensschädigenden Verhalten (Handeln, Unterlassen oder Dulden) gelangt»⁵⁰.

Ähnliche Gedanken äusserte OSCAR ADOLF GERMANN im Jahr 1952 in seinem Zehnjahresrückblick, wo er den Stellenwert, den das Bundesgericht mittlerweile der Arglisthürde eingeräumt hatte⁵¹, kritisierte. Das Merkmal der *Arglist* fordere einen *qualifizierten Täuschungsvorsatz*⁵²; die Qualifikation liege im Willen des

⁴⁸ Botschaft, BBl 1918 IV 3.

⁴⁹ E. HAFTER, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil, Hälfte I, Berlin 1937, 263 f. und 264 Fn. 1; keinerlei Hinweis auf eine besondere Bedeutung des Wortes «arglistig» findet sich auch bei PH. THORMANN/A. VON OVERBECK, Das Schweizerische Strafgesetzbuch, Zürich 1941, Art. 148 N 3 ff. über die Betrugshandlung (Täuschung). – Zum Schluss, dass der Arglist ursprünglich keine besondere Bedeutung zugemessen worden sei, kommen auch F. BOMMER/P. VENETZ, Die Anfänge der bundesgerichtlichen Praxis zum Arglistmerkmal beim Betrug, in: M. LUMINATI/N. LINDER (Hrsg.), Gericht und Kodifikation, Zürich 2007, 161 ff., 172 ff.; M. ELLMER, Betrug und Opfermitverantwortung, Diss. Erlangen-Nürnberg 1984/85, 216 f.

⁵⁰ W. PETRZILKA, Zürcher Erläuterungen zum Schweizerischen Strafgesetzbuch, Winterthur 1942, 186 unten f. – Diese Erläuterungen verfasste Staatsanwalt W. PETRZILKA im Auftrag der Justizdirektion des Kantons Zürich auf der Grundlage der Ergebnisse von 14 Konferenzen zur Einführung in das Schweizerische Strafrecht; an diesen Konferenzen hatten u.a. die Professoren E. HAFTER und H.F. PFENNINGER referiert.

⁵¹ Vgl. sogleich III.B.2–3.

⁵² Ähnlich HAFTER (Fn. 49), 260 f., der sich dort mit der Abgrenzung zum rein zivilrechtlichen Betrug befasst und einleitend feststellt, dass das Wort Arglist «zunächst auf ein aktives, bewusst täuschendes Verhalten» hinweise; P. LOGOZ, Commentaire du Code pénal suisse, Partie spéciale I, Neuchâtel 1955, 152, meinte dazu: «L'idée est séduisante, mais pourrait mener loin».

Betrügers, das Vertrauen des anderen auszubeuten. Das Verschulden des Täters werde durch allfälliges Mitverschulden des Opfers nicht entlastet⁵³. Auch MAX WAIBLINGER zeigte sich besorgt über die Praxis des Bundesgerichts, «die zu einer gefährlichen Einschränkung des strafrechtlichen Rechtsschutzes gegen durchtriebene Betrüger» geführt habe⁵⁴. Allzu grosses Misstrauen im Geschäftsverkehr wirke beleidigend und sei deshalb nicht zumutbar⁵⁵. HANS SCHULTZ sah in dem Betrüger beinahe einen «Gewalttäter mit dem Wort» und verlangte, es dürfe keine Bereiche geben, innerhalb deren das erfolgreiche Lügen straflos bliebe⁵⁶.

2. Erste Bundesgerichtsentscheide

Im ersten Leitentscheid zur Arglist streifte das Bundesgericht dieses Thema eher beiläufig: Die erstklassigen Etiketten auf Flaschen mit gepanschem Wein waren Machenschaften, die «über das, was sich allzu geschäftstüchtige Leute bei der Anpreisung ihrer Waren etwa erlauben, bedeutend» hinausgingen und das Vorgehen des Beschwerdeführers als arglistig kennzeichneten⁵⁷. Im Vordergrund stand demnach der Gedanke, nicht jede *Marktschreierei*⁵⁸ zu kriminalisieren⁵⁹.

Im nächsten Entscheid würdigte das Bundesgericht die Materialien und ging die Sache systematischer an: Die Schweiz gehe zwar nicht so weit wie Frankreich, das «manœuvres frauduleuses» verlange, lasse aber doch nicht wie Deutschland jede Lüge, auf welche die Gegenpartei hereinfalle, genügen. Entscheidend sei es, ob etwas die *Nachprüfung der unwahren Behauptung erschwert* habe⁶⁰. Bei der Behauptung, das gelieferte Holz halte fünf Ster, es sei gut gemessen, habe nichts die Käuferin am Nachmessen gehindert⁶¹. Der überschuldete Viehhändler, der dem Verkäufer seine Vermögenslage nicht ungefragt offengelegt

⁵³ O.A. GERMANN, 10 Jahre Schweizerisches Strafgesetzbuch, Rückblick und Ausblick, ZStrR 67 (1952) I ff., 21.

⁵⁴ M. WAIBLINGER, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1951, Strafrecht und Strafprozess, ZBJV 90 (1954) 473 ff., 476.

⁵⁵ WAIBLINGER (Fn. 54), 477.

⁵⁶ H. SCHULTZ, ZBJV 84 (1948) 180 ff., 181 f., zit. nach BOMMER/VENETZ (Fn. 49), 175, und ELLMER (Fn. 49), 222.

⁵⁷ BGE 71 IV 17.

⁵⁸ M. SCHUBARTH, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Bd. 2, Bern 1990, Art. 148 N 3: «straflose Geschäftstüchtigkeit»; K. TIEDEMANN, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 6, 11. Aufl., Berlin 2005, Vor § 263 N 35: legitime «Ausnutzung von Informationsvorsprüngen in der Marktwirtschaft», vgl. auch N 39.

⁵⁹ Dies lässt sich auch über die sachgerechte Auslegung des Erfordernisses der Vorspiegelung oder Unterdrückung von *Tatsachen* erreichen, STRATENWERTH/JENNY/BOMMER (Fn. 8), § 15 N 11.

⁶⁰ BGE 72 IV 13; kritisch zu diesem Kriterium GERMANN 1952 (Fn. 53), 20.

⁶¹ BGE 72 IV 14.

habe, habe dadurch keine Pflicht verletzt, solange sich nicht ein von Anfang an fehlender Zahlungswille nachweisen lasse⁶². Anders verhielt es sich beim Darlehensnehmer, welcher zwei Banken auf Formularen, die eine Aufforderung zur Wahrheit enthielten, wider besseres Wissen mitteilte, keine Beteiligungen zu haben; dem Einwand, dass das Beteiligungsregister überprüfbar sei, hielt das Bundesgericht entgegen: «Indem [der Beschwerdeführer] unter diesen Umständen in beiden Fällen versicherte, wahrheitsgemäss Auskunft zu geben, hielt er die Darleiherinnen arglistig davon ab, seine Angaben zu überprüfen»⁶³. Ebenfalls nicht zumutbar war es, die Behauptung des Handelsreisenden zu überprüfen, ein Teil des Erlöses aus dem Verkauf eines Buches über die Schweizer Garde komme katholischen Institutionen zugute. Diese Erkenntnis leitete das Bundesgericht mit dem bis heute oft angerufenen Satz ein:

«Wer allzu leichtgläubig auf eine Lüge hereinfällt, wo er sich mit einem Mindestmass an Aufmerksamkeit durch Überprüfung der falschen Angaben selbst hätte schützen können, soll nicht den Strafrichter anrufen»⁶⁴.

Etwas weniger bekannt ist der unmittelbar daran anschliessende Vorbehalt, der in casu zum Tragen kam:

«Einen Freibrief, auf die Gutgläubigkeit und Unvorsichtigkeit des Gegners zu spekulieren, gibt aber diese Rechtsprechung nicht»⁶⁵.

Dieser Vorbehalt war dem Bundesgericht damals wichtig, verurteilte es doch selbst den Pferdehändler, der eine kranke, heruntergekommene, mindestens 15 Jahre alte Stute dem Käufer, der sie nie besichtigt hatte, wider besseres Wissen «in höchsten Tönen als gutes, in jeder Hinsicht gesundes und höchstens elf Jahre altes Tier» anpries⁶⁶.

Im Jahr 1947 formulierte das Bundesgericht einen Grundsatz, der ein halbes Jahrhundert lang gültig blieb und teilweise auch heute noch vertreten wird:

«Lorsque l'escroc use d'une mise en scène, peu importe si ses affirmations fussent aisément contrôlables»⁶⁷.

Anlass zu dieser Regeste bot eine Mutter, die von einem auf dem Fundbüro deponierten Geldschein wusste und deren «Machenschaft» darin bestand, ihre Kinder

⁶² BGE 72 IV 65, ebenso 86 IV 205.

⁶³ BGE 72 IV 123 f.

⁶⁴ BGE 72 IV 128; vgl. auch 77 IV 85, 92 IV 65, 99 IV 78, 100 IV 274, 119 IV 35, 288, 120 IV 133, 187, 122 IV 205, 248, 126 IV 171, 128 IV 20, 135 IV 79 ff.; ARZT (Fn. 8), Art. 146 N 50; BOMMER/VENETZ (Fn. 49), 171; ELLMER (Fn. 49), 218; HURTADO POZO (Fn. 8), N 1178; SCHUBARTH (Fn. 58), Art. 148 N 33; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER (Fn. 8), § 15 N 17.

⁶⁵ BGE 72 IV 128, zit. z.B. bei HURTADO POZO (Fn. 8), N 1186.

⁶⁶ BGE 72 IV 156 ff.

⁶⁷ BGE 73 IV 24 Regeste.

mit einer falschen Verlustmeldung dorthin zu schicken. Im selben Jahr fand das Bundesgericht ein weiteres Axiom der Arglistlehre, das lange massgeblich blieb:

«Wer eine Leistung verspricht, ohne den Willen zu haben, sie zu erbringen, handelt arglistig»⁶⁸.

Obwohl dies in Widerspruch zu gewissen Äusserungen in den Materialien⁶⁹ tritt, lässt es sich einwandfrei dem dort diskutierten Grundsatz der fehlenden Überprüfbarkeit zuordnen, denn «[o]b hinter einem Versprechen, das den Anschein erweckt, ernst gemeint zu sein, tatsächlich der Leistungswille stehe, kann [...] der Empfänger nicht überprüfen»⁷⁰.

3. Die Arglistformel des Bundesgerichts

Gegen Ende 1948 hatte das Bundesgericht Gelegenheit, die Anwendung der Betrugsnorm auf einen Wirtschaftsstrafall zu prüfen. Dabei fasste es seine bisherigen Erkenntnisse über die Arglist in der bekannten Formel zusammen, die lange Bestand haben sollte:

«Arglist liegt nicht vor, wenn der andere die Lüge ohne besondere Mühe überprüfen kann, ihm die Überprüfung zuzumuten ist und ihn der Täter weder absichtlich davon abhält, noch nach den Umständen voraussieht, dass der Getäuschte die Überprüfung unterlassen werde (BGE 72 IV 13, 123, 128, 159). Allein auf diese Rechtsprechung kann sich der Täter nur berufen, wenn ihm nichts vorzuwerfen ist als eine einfache Lüge. Baut er ein ganzes Lügengebäude auf, das von einer besonderen Hinterhältigkeit zeugt, wendet er Kniffe an (*manœuvres frauduleuses*, vgl. GARRAUD, *Traité du droit pénal français* [3] 6 333 ff.) oder stützt er die Lüge sonstwie durch Machenschaften (*mise en scène*, BGE 73 IV 23), so handelt er arg-

⁶⁸ BGE 73 IV 225 Regeste.

⁶⁹ ZÜRCHER, EK 1912 II (Fn. 9), 340: Bei der Zechprellerei «wird eine Täuschung über Willen und Vermögen, zu zahlen, verursacht, was nicht ohne weiteres Betrug ist»; GAUTIER, EK 1912 II (Fn. 9), 340: «Le simple mensonge, en effet, n'est pas punissable». K. MÜLLER, EK 1912 II (Fn. 9), 345, zum Hotelbetrug gemäss Art. 90 Ziff. 1 Abs. 2 VE 1908: «Soll in Art. 90 der Kreditbetrug und das betrügerische Schuldenmachen auch erfasst sein? Wenn ja, dann wäre Abs. 2 wohl nur eine spezielle Form des Kreditbetrugs. Es stellt sich jemand als zahlungswillig vor, während er den Willen zu zahlen nicht hat. Sollte man dann aber nicht allgemeiner und klarer zum Ausdruck bringen, dass der Kreditbetrug strafbar ist? Heute könnte man meinen, dass nur ein Fall des Kreditbetruges, der in Abs. 2 geregelte, strafbar sein solle.» Dazu ZÜRCHER, EK 1912 II (Fn. 9), 347: «M.E. ist der Kreditbetrug, der darin besteht, dass jemand sich ein Darlehen etc. erschleicht, als Betrug aufzufassen, sobald falsche Angaben etc. gemacht werden. Das blosses Verschweigen der Zahlungswilligkeit ist aber kein Betrug. Es besteht hier keine Pflicht zur Kenntnisgabe. Den Gasthofbetrug wollten wir hier deshalb vorsehen, weil der Täter weniger durch falsche Vorgaben, als infolge anderer vielfach äusserer Umstände schädigt».

⁷⁰ BGE 73 IV 226, vgl. aber 125 IV 124.

listig, unbekümmert darum, ob der Getäuschte sich durch Überprüfung der Angaben schützen konnte»⁷¹.

Ein Teil der Lehre hält sich auch in jüngster Vergangenheit weiterhin an diese Formel⁷². In den vergangenen zwei Jahrzehnten ist sie jedoch – wie im folgenden darzustellen ist – zur Einengung der Strafbarkeit durchbrochen oder umgedeutet worden.

Der Sachverhalt, der das Bundesgericht zur Prägung dieser Formel veranlasste, inspirierte es auch zu dem bildhaften Ausdruck «Lügengebäude»:

«Ein ganzes Gebäude von Lügen hat der Beschwerdeführer errichtet, um Flad hineinzulegen. Insbesondere gab er ihm bewusst und wahrheitswidrig an, das Geschäft gehe gut, das Darlehen sei zu dessen Vergrösserung bestimmt, es würden damit Waren bar eingekauft, die Hawag A.G. habe nur Lieferantenschulden, sie sei eine gutfundierte, nicht sanierungsbedürftige Firma. Den grossen Verlust der Jahres 1943/44 verschwieg er bewusst, obschon Treu und Glauben ihn verpflichteten, davon zu sprechen, da er andererseits auf den Gewinn des Jahres 1942/43 Bezug nahm. Der Beschwerdeführer hat seine Lügen auch durch besondere Machenschaften gestützt. Solche lagen darin, dass er den Geldgeber durch die Vertrauen erweckende Vermittlung der Immobilien und Kapital A.G. suchte, dass er das Exposé, das er dieser übergeben hatte und auf das sich Flad stützte, nur zugunsten (Umsatz), nicht auch zu Ungunsten (Schulden) der Hawag A.G. berichtigte, dass er durch Vorlegen einer Bilanz den Willen zu wahrheitsgemässer Auskunft vortäuschte und dass er Flad als Leiter des Büros anstellte mit der Angabe, sich dadurch selber mehr der Reisetätigkeit widmen zu können, was Flad in der Meinung, das Geschäft sei ausbaufähig und solle ausgebaut werden, bestärkte. Der Beschwerdeführer hat somit arglistig gehandelt»⁷³.

Das Bundesgericht betrachtete somit das *Lügengebäude* und die *Machenschaften* als zwei sich ergänzende *Phänomene*: Als Lügengebäude beschrieb es eine mehrteilige, gut abgestimmte Lügengeschichte. Als Machenschaften betrachtete es hingegen die falschen Beweise, nämlich den Einsatz von Drittpersonen und Schriftstücken sowie das Erbringen von Tatbeweisen. Eine Drittperson war das Vermittlungsunternehmen, an Schriftstücken kamen das Exposé und die Bilanz ins Spiel⁷⁴, und als Tatbeweis lässt sich die Anstellung des Geschädigten verste-

⁷¹ BGE 74 IV 151 f., bestätigt z.B. in BGE 77 IV 85, 107 IV 170, 116 IV 25, 119 IV 35, 122 IV 248; ELLMER (Fn. 49), 222; GERMANN (Fn. 18), 258 f.; SCHUBARTH (Fn. 58), Art. 148 N 35–39; SCHWANDER (Fn. 19), N 566; ST. TRECHSEL, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 1. Aufl., Zürich 1989, Art. 148 N 7.

⁷² BOMMER/VENETZ (Fn. 49), 172; HURTADO POZO (Fn. 8), N 1182; ST. TRECHSEL/D. CRAMERI, in: TRECHSEL et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Zürich 2008, Art. 146 N 7; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER (Fn. 8), § 15 N 19 f., allerdings mit Einschränkungen.

⁷³ BGE 74 IV 152.

⁷⁴ BGE 116 IV 25: «[...] die missbräuchliche Verwendung von Urkunden zählt zu den «manœuvres frauduleuses»».

hen. Die Anstellung des Geschädigten und die Beauftragung eines Vermittlungsunternehmens waren nicht an sich falsche Tatsachenbehauptungen und stützten auch nicht unmittelbar solche, sondern es waren lediglich Massnahmen, die das unberechtigte Vertrauen förderten.

4. Aufschwung des «Opferverschuldens»

a) Ursprüngliche Skepsis der Lehre

Bereits in den Materialien und in den frühen Bundesgerichtsentscheiden sind – wie gesehen – Ansätze der Vorstellung zu erkennen, dass es den Täter vom Betrugsvorwurf entlastet, wenn das Opfer die Fähigkeit und die Möglichkeit hat, den Irrtum zu vermeiden. Diese Tendenzen sind schon bald auf Kritik gestossen, so bei GERMANN:

«Gewiss genügt nicht jedes Wort, von dem der Betrüger weiss, dass es wohl nicht ganz der Wahrheit entspricht. Massgebend muss aber das *Verschulden des Täters* sein, *nicht* mangelhafte *Diligenz des Opfers*, dem die «Nachprüfung zuzumuten» ist (eine wohl eher dem Zivil- als dem Strafrecht entsprechende Denkweise); bloss soweit der Täter das Verhalten des Opfers voraussieht und in seinem Entschluss berücksichtigt, kommt es für den durch Arglist qualifizierten Vorsatz des Betrügers in Betracht [...]»⁷⁵.

GERMANN spricht hier eine Erscheinung an, die sich als «Opferverschulden»⁷⁶ umschreiben lässt. Die Tatbestandsmässigkeit des Betrugs wird davon abhängig gemacht, ob die Selbstschädigung des Opfers vorwerfbar ist⁷⁷. Seine Kritik, die auf Zustimmung⁷⁸ stiess, dürfte dazu beigetragen haben, dass das Bundesgericht die *Arglisthürde tief* ansetzte⁷⁹.

b) Entstehung eines neuen Dogmas

Doch mit der Zeit wurden Bedenken laut, dass die *Arglist zur Leerformel* verkomme. PHILIPPE GRAVEN bemängelte im Jahr 1974, bei Machenschaften nach französischem Vorbild auf das Kriterium der erschwerten Überprüfbarkeit zu verzichten, sei «un automatisme critiquable», denn das Lügengebäude könne auf ei-

⁷⁵ GERMANN (Fn. 18), 259 (Hervorhebungen gemäss Vorlage).

⁷⁶ Die Hervorhebungen bei GERMANN, a.a.O. lauten: «Verschulden des Täters, nicht des Opfers».

⁷⁷ Das folgt z.B. aus HURTADO POZO (Fn. 8), N 1180.

⁷⁸ P. NOLL, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I, Zürich 1983, 197; vgl. auch die Hinweise vorn III.B.1.

⁷⁹ Zur Interaktion von Kritik und Rechtsprechung in der Anfangszeit vgl. BOMMER/VENETZ (Fn. 49), 176 ff. – Später wies ein Teil der Lehre in die andere Richtung. So fand SCHUBARTH (Fn. 58), Art. 148 N 32, im Jahr 1990, der Arglistbegriff sei «(zu) stark aufgeweicht» worden.

ner sehr schwachen Grundlage beruhen, so dass strafrechtlicher Schutz weiterhin auch für denjenigen bestünde, der eine plumpe Lüge geschluckt habe. Umgekehrt sei es auch wahr, dass das Opferverschulden die Antisozialität des Täters nicht vermindere⁸⁰. Kein Verständnis brachte GRAVEN für die Formel auf, dass Arglist auch darin liegen könne, dass der Täter auf das Ausbleiben der Kontrolle spekuliere. Nähme man das beim Wort, wäre jede Irreführung arglistig, den welcher Betrüger rechne schon damit, dass seine Behauptungen kontrolliert würden⁸¹.

Die Haltung von GRAVEN erhielt in der zweiten Hälfte der Achtzigerjahre des letzten Jahrhunderts Unterstützung von zwei Dissertationen:

MANFRED ELLMER verfasste aus deutscher Sicht ein im Jahr 1986 publiziertes Werk über «Betrug und Opfermitverantwortung»⁸². Er berichtete, in den letzten Jahren hätten Bestrebungen in der Literatur eingesetzt, das bis dahin als unumstösslich geltende Dogma aufzubrechen, wonach mitwirkende Fahrlässigkeit des Opfers den Betrugstatbestand nicht ausschliesse. Dabei seien keine Meinungen ersichtlich, die das Problem der Opfermitverantwortung auf eine besondere Qualität der *Täuschungshandlung* beschränken wollten. Wohl aber werde die Ansicht vertreten, dass die Täuschungshandlung ein entscheidender Aspekt innerhalb der tatbestandsrelevanten Gesamtbetrachtung der Interaktion zwischen Täter und Opfer sei. So werde das Ziel verfolgt, plumpe Täuschungen aus dem Betrugstatbestand auszuschneiden⁸³. Doch konzentrierten sich die Bemühungen, das Mitverschulden des Opfers auf der Tatbestandsebene des Betrugs zu berücksichtigen, überwiegend auf das *Irrtumsmerkmal*. So werde der Irrtum – gegen die h.L.⁸⁴ – verneint, wenn das Opfer an der Sachdarstellung des Täters zweifle⁸⁵. Ein anderer Ansatz bestehe darin, einen Irrtum nur dann als betrugsrelevant anzusehen, wenn er auf einem Informationsgefälle zwischen Täter und Opfer beruhe⁸⁶. Aus der Analyse verschiedener Thesen zog ELLMER den Schluss, dass sich der Irrtum nicht dazu eigne, der Opfermitverantwortung zu umfassender tatbestandlicher Relevanz zu verhelfen⁸⁷. Ebenso verwarf er die Bestrebungen, das Problem über die *Lehre vom Schutzzweck* zu lösen, in welchem Zusammenhang Gesichtspunkte prinzipieller Art wie die fragmentarische Natur des strafrechtlichen Vermögensschutzes, das Subsidiaritätsprinzip und das Prinzip der Eigenverantwortlichkeit

⁸⁰ GRAVEN (Fn. 24), I.1.A.c)dd).

⁸¹ GRAVEN (Fn. 24), I.1.A.c)ee).

⁸² Das Vorwort von ELLMER (Fn. 49) verrät einen näheren Bezug zur Schweiz: Er dankte GUNTHER ARZT für die Anregung zum Thema und Förderung; ARZT war ab 1981 Ordinarius in Bern.

⁸³ ELLMER (Fn. 49), 144 f. m.H. auf NAUCKE.

⁸⁴ ELLMER (Fn. 49), 151.

⁸⁵ ELLMER (Fn. 49), 145 ff. m.H. auf GIEHRING, KREY, AMELUNG, HASSEMER und HERZBERG.

⁸⁶ ELLMER (Fn. 49), 150 f. m.H. auf KÜHNE.

⁸⁷ ELLMER (Fn. 49), 154.

herangezogen würden⁸⁸. Weitere Meinungen setzten bei der *Kausalität* von Täuschung und Irrtum an. So werde – mit wenig Zustimmung⁸⁹ – vorgeschlagen, bei einer Täuschung, welche bei einem «idealisierten Durchschnittsmenschen» keinen Irrtum verursachen könne, die Adäquanz der Kausalität zu verneinen⁹⁰. Aus seinen Betrachtungen folgte ELLMER, die h.L. lehne die Berücksichtigung des Opferschuldens auf der Tatbestandsebene zu Unrecht ab; erforderlich sei «eine (komplexe) Betrachtungsweise, bei der Täter- und Opferperspektive gleichermaßen ins Gesichtsfeld» kämen⁹¹.

In seiner 1988 erschienenen Abhandlung über die «Arglist beim Betrug» vertrat WILLI WISMER die Ansicht, der Verzicht auf das Kriterium der Kontrollierbarkeit könne nur dann bedenkenlos hingenommen werden, wenn das *Täuschungsmanöver* derart *zwingend* sei, dass das Opfer keine Zweifel hegen können⁹². Er beschrieb hernach die hohen Anforderungen, die das «Lügegebäude» und die «Machenschaften» bzw. die «Unüberprüfbarkeit» zu erfüllen hätten. WISMER setzte sich nicht systematisch mit der Frage auseinander, weshalb die Arglisthürde hoch sein müsse; als Gründe für dieses Postulat nannte er – eher beiläufig – die gesetzgeberische Absicht, die Betrugsfälle zu beschränken⁹³, den Grundsatz der Subsidiarität des Strafrechts und die notorische Überlastung der Strafverfolgungsbehörden⁹⁴; dem Bestreben, zivilrechtliche Ansprüche auf dem Wege des Strafprozesses durchzusetzen, sei klar Einhalt zu gebieten⁹⁵.

Die von WISMER und ELLMER vertretene Aufwertung des Opferschuldens erntete nicht nur in der Lehre⁹⁶, sondern vor allem auch in der *Rechtsprechung Zustimmung*:

Soweit ersichtlich stammt das erste publizierte Urteil in der Schweiz, das sich mit diesen Schriften befasste, vom *Obergericht des Kantons Luzern*⁹⁷. Dieses hatte im Jahr 1989 das Verhalten einer Bande zu beurteilen, die in Säcke abgefüllten Sand als 400 Kilogramm Bruchsilber ausgeben wollte, einem Silberhändler echtes Silber als Muster vorzeigte und diesen intensiv bearbeitete, damit er eine Anzahl

⁸⁸ ELLMER (Fn. 49), 160 ff. m.H. auf KURTH.

⁸⁹ ELLMER (Fn. 49), 156.

⁹⁰ ELLMER (Fn. 49), 154 ff. m.H. auf NAUCKE; vgl. insb. den überzeugenden Hinweis von ELLMER, NAUCKE verwickle sich in einen Widerspruch, wenn er bei Kindern oder Geisteskranken als Betrugsoffer doch nicht auf den «Durchschnittsmenschen» abstellen wolle, a.a.O. 158.

⁹¹ ELLMER (Fn. 49), 158, 165 ff.

⁹² WISMER (Fn. 5), 54. – Bis am 10.4.2012 wurde das Exemplar der Zentralbibliothek Zürich 45 Mal ausgeliehen, was für eine Dissertation aussergewöhnlich ist.

⁹³ WISMER (Fn. 5), 34.

⁹⁴ WISMER (Fn. 5), 57.

⁹⁵ WISMER (Fn. 5), 79.

⁹⁶ Z.B. CASSANI (Fn. 8), 174 u. passim; SCHUBARTH (Fn. 58), Art. 148 N 10, 33, 42, 44, 51 f.

⁹⁷ LGVE 1989 I Nr. 41.

lung von 50 000 Franken leiste. Dieser durchschaute den Schwindel rechtzeitig und schaltete die Polizei ein. Das Obergericht wertete die Handlungen der Bande als betrügerische Machenschaften und Lügengebäude und bejahte die Arglist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung. Unter Hinweis auf ELLMER⁹⁸ und WISMER⁹⁹ wandte es jedoch ein, dass gleichwohl zu prüfen sei, ob die Täuschungsmanöver für das Opfer durchschaubar und mithin harmlos seien, wobei die konkrete Täter-Opfer-Beziehung zu berücksichtigen sei. Anders als die Vorinstanz verneinte das Obergericht indes die Harmlosigkeit.

Einen anderen Weg schlug das *Bundesgericht im Jahr 1993* in seinem ersten Leitentscheid ein, der das Stichwort «Opfermitverantwortung» enthielt. Der Täter spiegelte der Bank vor, als Strohmann für eine sehr vermögende deutsche Familie zu handeln, die unter Umgehung der gesetzlichen Einschränkungen ein Grundstück auf der Rigi kaufen wolle, wofür er bis zur Erledigung gewisser Formalitäten einen Überbrückungskredit benötige. Die Bank zahlte in der Folge «ohne die üblicherweise erforderlichen Unterlagen» 700 000 Franken aus. Das Bundesgericht verneinte die Arglist und verfasste dazu folgende Regeste:

«Ein Lügengebäude und damit Arglist ist bei der Summierung mehrerer Lügen nicht ohne weiteres anzunehmen. Es ist erst gegeben, wenn die Lügen von besonderer Hinterhältigkeit zeugen und derart raffiniert aufeinander abgestimmt sind, dass sich auch das kritische Opfer täuschen lässt. Ist das nicht der Fall, scheidet Arglist jedenfalls dann aus, wenn sowohl das vom Täter gezeichnete Bild insgesamt, als Ganzes, wie auch die falschen Angaben für sich allein in zumutbarer Weise überprüfbar gewesen wären und schon die Aufdeckung einer einzigen Lüge zur Aufdeckung des ganzen Schwindels geführt hätte»¹⁰⁰.

Das Bundesgericht erhöhte somit die Anforderungen an das «Lügengebäude», enthielt sich aber einer klaren Stellungnahme, ob es weiterhin nicht auf die Überprüfbarkeit ankomme, wenn ein solches vorliege. Ein Hinweis, dass das Bundesgericht damals noch grundsätzlich an seiner hergebrachten Rechtsprechung festhalten wollte, lässt sich darin erkennen, dass es sich zur Überprüfbarkeit unter der Voraussetzung äusserte, dass ein Lügengebäude zu verneinen sei; das drückt die Überleitung mit der Wortgruppe «Ist das nicht der Fall» aus. Es kommt indes zu einem *Zirkelschluss*: Das Lügengebäude muss «auch das kritische Opfer täuschen». Daraus folgt, dass die Überprüfung unzumutbar sein muss, denn das kritische Opfer wird nicht auf eine zumutbare Prüfung verzichten. Damit verliert das Lügengebäude seine selbständige Bedeutung in der Arglistdogmatik und wird zur leeren Worthülse, umso mehr als «zwischen einem Lügengebäude und einer

⁹⁸ ELLMER (Fn. 49), 230.

⁹⁹ WISMER (Fn. 5), 54, 59, 79, 82.

¹⁰⁰ BGE 119 IV 28 Regeste, ebenso 36 Erw. 3.b und c, m.H. auf WISMER (Fn. 5), 56 u. 75 Fn. 34; vgl. auch 126 IV 171.

Summierung einfacher Lügen, die in Zusammenhang stehen, kein objektivierbares Unterscheidungskriterium besteht», wie MARCEL NIGGLI überzeugend bemerkte¹⁰¹. Anlass für diese Umdeutung war offensichtlich der Gedanke, die Bank habe durch ihre Organe unvorsichtig gehandelt und verdiene keinen Schutz, zumal sie zu einem rechtswidrigen Grundstücksgeschäft habe Hand bieten wollen¹⁰².

In seiner weiteren Rechtsprechung liess das Bundesgericht verschiedentlich den Gedanken aufscheinen, dass *stets der Aspekt des Opferverschuldens zu prüfen* sei¹⁰³. So gab es sich nicht damit zufrieden, dass der Täter mit gefälschten Dokumenten vorspiegelte, vom Staat als Vermittler von Aufenthalts- und Arbeitsbewilligungen autorisiert zu sein, sondern erachtete es als entscheidend, dass die Opfer wegen ihrer Unerfahrenheit besonders schutzbedürftig seien¹⁰⁴. Anlässlich der Beurteilung eines Prozessbetrugs erörterte das Bundesgericht, der Grundgedanke des Einbezugs des Opfers sei auch im Falle von Machenschaften im Prozess zu berücksichtigen, so dass nicht unbedenken der konkreten Umstände eine Arglist bejaht werden dürfe¹⁰⁵. Der Teilnehmer einer Fernseh-Quiz-Show, der sich mit beachtlichem Organisationsaufwand im Voraus die Fragen und Lösungen beschafft hatte, handelte nicht allein schon deshalb arglistig; von Bedeutung war zudem, dass die Lücken im Sicherheitskonzept des Fernsehunternehmens als entschuldbar angesehen wurden, da zu intensive Kontrollen der für das Gelingen der Sendung nötigen «Atmosphäre gegenseitigen Vertrauens» abträglich gewesen wären¹⁰⁶.

Ein deutliches Bekenntnis zum Negativkriterium der Opfermitverantwortung gab das *Bundesgericht im Jahr 2001* anlässlich der Beurteilung eines versuchten Versicherungsbetrugs ab. Dazu bot der konkrete Fall eigentlich keinen Anlass. Im Rahmen der Subsumtion befasste sich das Bundesgericht praktisch ausschliesslich mit dem Täterverhalten und stellte abschliessend fest, dieses sei in objektiver Hinsicht arglistig, ohne dass man der Versicherungsgesellschaft irgendwelche Mitverantwortung zuweisen könne¹⁰⁷. Bedeutend mehr Gewicht hatte das Opferverschulden in den einleitenden abstrakten Rechtserörterungen: Vom Opfer sei nicht die grösstmögliche Sorgfalt zu verlangen. Die Arglist sei nur – aber immerhin¹⁰⁸ – ausgeschlossen, wenn das Opfer am Schaden mitverantwortlich sei, weil es die

¹⁰¹ M. NIGGLI, Bemerkungen zu BGer vom 31.3.1993, 6S.169/1992 (später BGE 119 IV 28), AJP 2 (1993) 1275 ff, 1277.

¹⁰² Vgl. BGE 119 IV 37 f.

¹⁰³ Vgl. die hiernach erwähnten Entscheide; teilweise verwendete das Bundesgericht aber weiterhin Formulierungen, die sich als Bestätigung der «klassischen» Arglistformel auslegen lassen, z.B. in BGE 122 IV 246, 248 Erw. 3.a.

¹⁰⁴ BGE 120 IV 186, 188 f.

¹⁰⁵ BGE 122 IV 197, 205 Erw. 3.d.

¹⁰⁶ BGE 126 IV 165, 173 f. Erw. 2.e.

¹⁰⁷ BGE 128 IV 18, 22 Erw. 3.c.

¹⁰⁸ Anmerkung des Verfassers.

grundlegendsten Vorsichtsmassnahmen nicht getroffen habe, die sich aufgedrängt hätten. Dabei sei nicht ein objektiver Massstab anzuwenden, sondern es sei stets die besondere Situation des Getäuschten zu würdigen, so wie sie der Täter gekannt und ausgenutzt habe. Der Grundsatz der Mitverantwortung solle die potentiellen Opfer dazu bringen, ein Minimum an Vorsicht zu beweisen. Es handle sich um eine *Massnahme zur Verbrechensverhütung*, die Konkretisierung eines kriminalpolitischen Programmes. Unter diesen Umständen dürfe der Grundsatz nicht gebraucht werden, um allzu leicht den arglistigen Charakter einer Täuschung zu verneinen¹⁰⁹. Mit diesen Erwägungen bestätige das Bundesgericht einerseits seine ständige Praxis, dass die Opfermitverantwortung die Arglist nur in Extremfällen ausschliessen solle¹¹⁰. Andererseits bekannte es sich – unter Bezugnahme auf URSULA CASSANI¹¹¹ – dazu, dass dem Strafrecht auch in Bezug auf die potentiellen Opfer eine generalpräventive Funktion zukomme.

Im Jahr 2009 nahm das *Bundesgericht* einen Fall von Gebührenschinderei im Optionenhandel zum Anlass für ausführliche generelle Erwägungen zu Arglist und Opfermitverantwortung und bestätigte namentlich den Grundsatz, dass der Täter, der mit einem Lügengebäude oder mit Machenschaften vorgehe, entlastet werde, wenn das Opfer elementarste Sorgfaltspflichten ausser Acht lasse¹¹². Doch wie in allen Leitentscheiden zur *Opfermitverantwortung* (ausser dem ersten) vertrat das Bundesgericht auch hier die Auffassung, dass diese *Notbremse* nicht zu ziehen sei. Dabei wäre es den Opfern, die sich bewusst auf spekulative Geschäfte eingelassen hatten, ohne weiteres möglich gewesen, die Kommissionsbelastung durch die genaue Durchsicht der von den Tätern zur Verfügung gestellten Unterlagen zu erkennen.

IV. Kritik am Negativkriterium des «Opferverschuldens»

Das Negativkriterium des Opferverschuldens, das vom Bundesgericht – wenn auch in moderater Form¹¹³ – vertreten wird, verträgt sich schlecht mit der eingangs vorgestellten These zum «Köderprinzip»¹¹⁴. Wenn aus *rechtspolitischen Erwägungen* in jedem Fall zu prüfen ist, ob das Opfer leichtsinnig war¹¹⁵, haftet

¹⁰⁹ BGE 128 IV 18, 20 f. Erw. 3.a.

¹¹⁰ Vgl. bereits BGE 72 IV 128 sowie die vorn in Fn. 64 angemerkten weiteren Entscheide.

¹¹¹ CASSANI (Fn. 8), 174.

¹¹² BGE 135 IV 76, 82 Erw. 5.2.

¹¹³ Strikter sind oft kantonale Gerichte, vgl. dazu BRAUN (Fn. 19), 105 m.H. in Fn. 13.

¹¹⁴ Ebenso BRAUN (Fn. 19), 104.

¹¹⁵ So im Grundsatz BGE 119 IV 284, der allerdings auch gewisse Pauschalisierungen gestattet.

dem Ausweichen auf den Versuch der Geruch einer unbotmässigen Umgehungsstrategie an. Doch sind die rechtspolitischen Argumente stichhaltig? Gebietet gar Art. 1 StGB eine solche Auslegung?

Wir haben gesehen, dass das Wort «Arglist» verschiedenen Deutungen zugänglich ist und am ehesten einen direkten Täuschungsvorsatz bezeichnet. Es lässt sich kein eindeutiger Wille des Gesetzgebers von 1937 erkennen, den Betrugstatbestand so zu beschränken, wie es das Bundesgericht im darauf folgenden Jahrzehnt durch seine Auslegung des Ausdrucks «Arglist» tat. Anders verhält es sich indessen mit der Änderung des Vermögensstrafrechts vom 17.6.1994¹¹⁶, in deren Vorfeld die Abschaffung der Arglisthürde diskutiert wurde. Der Bundesrat lehnte dies ab und führte in der Botschaft vom 24.4.1991 aus, das Arglistmerkmal habe sich in der Praxis bewährt¹¹⁷. Somit beruht es auf dem *Willen des Gesetzgebers*, dass die *Arglist im Sinne der bewährten Praxis des Bundesgerichts* ausgelegt wird. Dies lässt sich einzig als Verweisung auf die Arglistformel vom 1948 verstehen, nicht indessen als Stellungnahme zur Verselbständigung des Kriteriums der Opfermitverantwortung. Denn im Jahr 1991, als die Botschaft verfasst wurde, hatte dieses Stichwort noch nicht Einzug in die Leitentscheide erhalten. Als das Parlament im Jahr 1993 die geringfügig revidierte Betrugsnorm verabschiedete, hatte das Bundesgericht zwar entsprechende Impulse aus der Lehre bereits aufgenommen, jedoch noch nicht soweit verfestigt, dass eine Praxisänderung zutage getreten wäre¹¹⁸.

Es liesse sich nun einwenden, die Opfermitverantwortung sei bloss eine Umbenennung des bewährten Kriteriums der Überprüfbarkeit, das auch in der Botschaft von 1991 angesprochen worden sei. Diese Auffassung ist abzulehnen. Die Überprüfbarkeit der Lüge war gemäss der ursprünglichen Praxis eine von mehreren alternativen *Orientierungshilfen*¹¹⁹ zur *Beurteilung der Gefährlichkeit* und mithin Strafwürdigkeit des Täterverhaltens¹²⁰. Gegen diesen Test gibt es nichts Grundsätzliches einzuwenden¹²¹, solange er auf einfache Lügen beschränkt bleibt

¹¹⁶ AS 1994, 2290.

¹¹⁷ Botschaft, BBl 1991 II 1018.

¹¹⁸ Zu BGE 119 IV 28 s. vorn III.B.4.b; BGE 120 IV 186, der den nächsten Schritt zur Verfestigung der neuen Praxis darstellt, wurde erst am 7.9.1994 gefällt. Das Parlament hat den Vorschlag des Bundesrats im Jahr 1993 ohne Diskussion angenommen, Amtl.Bull. NR 1993 III 940, StR 1993 V 958 f.

¹¹⁹ SCHUBARTH (Fn. 58), Art. 148 N 33, verwendet den passenden Ausdruck «Orientierungshilfe»; allerdings vertritt er sonst die hier kritisierte Auffassung, z.B. N 44, 46 und v.a. 51 f.

¹²⁰ GL.M. CASSANI (Fn. 8), 163: «Das Verhalten des Opfers ist nur insoweit relevant, als es die *Gefährlichkeit der Täuschung, ihre Unüberwindbarkeit indiziert*».

¹²¹ Ob die Arglisthürde durch Gesetzesänderung abzuschaffen ist, ist nicht Gegenstand der vorliegenden Erörterungen, vgl. parlamentarische Initiative 12.438, Mehr Schutz der Geschädigten beim Betrugstatbestand, eingereicht von Nationalrat DANIEL JOSITSCH.

und nicht an die reale subjektive Situation des Opfers anknüpft, sondern an die Vorstellung, die sich der Täter davon gemacht hat¹²².

Wird die Arglist entsprechend dem gesetzgeberischen Willen im Sinne der ursprünglichen, aus der Sicht von 1991 «bewährten» Praxis ausgelegt, greift ohne weiteres auch das «Köderprinzip». Die neuere Praxis des Bundesgerichts macht indessen die *Verneinung des «Opferverschuldens»* zu einem selbständigen, vom Täter losgelösten und damit in der Nähe einer *objektiven Strafbarkeitsbedingung* anzusiedelnden Kriterium. Welchem Zweck dient diese Entwicklung?

Dem Ziel, gefährliches von *ungefährlichem Verhalten* zu unterscheiden, ist die Verselbständigung der Opferperspektive nicht dienlich, was gerade das Beispiel der ungezielt gestreuten Lügenköder bei Serientaten aufzeigt: Diesen Ködern wohnt auch dann, wenn sie zufällig auf eine leichtsinnige Person treffen, das Potential inne, ein kritisches Opfer zu täuschen. Auch dem Täter gemäss dem ersten bundesgerichtlichen Leitentscheid zur Opfermitverantwortung¹²³ kann nicht ernstlich die Gefährlichkeit abgesprochen werden: Er operierte mit einem fiktiven Auftraggeber, was sich als «Gebrauch falscher Namen» und «Vorspiegelung falscher Eigenschaften» sogar entsprechend der restriktiven französischen Betrugsnorm¹²⁴ einwandfrei von der harmlosen einfachen Lüge abgrenzen lässt.

Auch der Hinweis auf die *Lückenhaftigkeit* des Vermögensstrafrechts¹²⁵ vermag keine befriedigende Erklärung zu liefern. Wenn das Strafrecht vernünftigerweise davon entlastet wird, jede Rechtswidrigkeit zu erfassen, bedeutet das doch nicht, dass Lücken um der Lückenhaftigkeit Willen zu schaffen und zu diesem Zweck gefährliche und von krimineller Energie getragene Verhaltensweisen von der Strafbarkeit auszunehmen sind.

Was die *Entlastung der Strafbehörden*¹²⁶ betrifft, so ist die Frage entscheidend, ob das zusätzliche Kriterium des Opferverschuldens geeignet ist, das bereits durch die klassische Arglistformel gegebene Entlastungspotential zu verbessern. Unter der Prämisse, dass die Strafbehörden ihre Arbeit gewissenhaft machen¹²⁷, ist das

¹²² Dies vertreten auch die Verfechter des Negativkriteriums des Opferverschuldens: J.-B. ACKERMANN, *Wirtschaftsstrafrechtsreport 2005–2007, Aktuelle Anwaltspraxis*, Bern 2007, 809 ff., 827; CASSANI (Fn. 8), 164: «Ausschlaggebend ist nicht, wie das Opfer sich *in concreto* verhält, sondern wie der Täter die dem Opfer zur Verfügung sehenden Selbstschutzmöglichkeiten einschätzt»; ebenso WISMER (Fn. 5), 82; – vgl. auch GRAVEN (Fn. 24), I.1.A.d)aa): «Dès lors que le rapport de causalité existe, il importe peu que la conduite de l’auteur n’ait pas été la seule cause de l’erreur ou que la tromperie ait été plus ou moins facile à réaliser: ces éléments n’intéressent que l’astuce».

¹²³ BGE 119 IV 28, vgl. vorn III.B.4.b.

¹²⁴ Vgl. vorn Fn. 45.

¹²⁵ Z.B. WISMER (Fn. 5), 34; ablehnend ELLMER (Fn. 49), 160 ff.

¹²⁶ Vgl. z.B. WISMER (Fn. 5), 57.

¹²⁷ Nicht gewissenhaft ist es nach hier vertretener Ansicht, Strafanzeigen nach oberflächlicher Prüfung wegen Opferverschuldens abzuwimmeln.

entschieden zu verneinen. Während sich Machenschaften und objektive Unüberprüfbarkeit in gewissen Fällen durchaus mit geringem Ermittlungsaufwand ausschliessen lassen, stellt das davon unabhängige Opferverschulden in der Regel ein komplexes Beweisthema dar, das erst nach umfassenden Ermittlungen beurteilt werden kann und gewöhnlich mit Rechtsunsicherheiten behaftet bleibt¹²⁸, so dass der Grundsatz «in dubio pro duriore» zur Anklage zwingt. Diese Situation wird nicht etwa dadurch entschärft, dass die Rechtsprechung den Täter nur in Extremfällen aufgrund des Opferverschuldens entlasten will. Denn auch der Extremfall lässt sich nicht leicht feststellen, zumal sich bei einem ausgeprägt leichtgläubigen Opfer regelmässig die Frage nach der besonderen Schutzbedürftigkeit aufdrängt, die das Opferverschulden ausschliesst¹²⁹.

Teilweise wird die Ansicht vertreten, das *Opfer* verdiene keinen Schutz, wenn es dem Täter *überlegen* sei, namentlich wenn es ihm gegenüber einen Wissensvorsprung habe. Dabei wird angenommen, ein typischer Täter ohne Wissensvorsprung sei der schädigungswillige Bankkunde im Verhältnis zur Bank¹³⁰. Diese Meinung bezieht sich offensichtlich auf das überlegene Know-how der Bank. Im für den Betrug entscheidenden Gesichtspunkt, dem Täuschungs- und Schädigungswillen, liegt der Wissensvorsprung und mithin die Überlegenheit in jedem Fall beim Täter¹³¹.

Das im vorliegenden Zusammenhang mitunter angerufene verfassungsmässige *Prinzip der Selbstverantwortung*¹³² ist als Grundlage für die Auslegung einer Strafnorm ungeeignet. Diese Verfassungsbestimmung ist ein willkommenes Mahnmal dafür, dass sich der Staat bei der fürsorglichen Einmischung in die Belange des Einzelnen Zurückhaltung aufzuerlegen hat. Gleichwohl sind zahlreiche Formen der Bevormundung des Bürgers im Grundsatz weitgehend unangefochten, z.B. die Schulpflicht oder die soziale Sicherheit. Bei der strafrechtlichen Bekämpfung des Betrugs besteht keine Gefahr, das Opfer zu bevormunden¹³³. Abgesehen von der Zeugnis- und Editionsspflicht kann es sich unbeschadet des staatlichen Strafanspruchs aus der Sache heraushalten.

¹²⁸ Die Abgrenzungsprobleme betont auch TIEDEMANN (Fn. 58), Vor § 263 N 38.

¹²⁹ Gl.M. ARZT (Fn. 8), Art. 146 N 67 m.H. auf BGer vom 25.2.2005, 6P.124/2004, Erw. 6, wo der Vorinstanz vorgeworfen wird, sie habe «in Bezug auf die Schutzbedürftigkeit der einzelnen Geschädigten keine umfassenden Feststellungen» getroffen, vgl. auch a.a.O. N 71b; eindringlich G. ARZT, Betrug durch massenhafte plumpe Täuschung, in: U. SIEBER/G. DANNECKER/U. KINDHÄUSER/J. VOGEL/T. WALTER (Hrsg.), Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht, FS für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag, Köln 2008, 595 ff., insb. 600.

¹³⁰ WISMER (Fn. 5), 58.

¹³¹ Gl.M. ARZT (Fn. 8), Art. 146 N 63 m. Hinw. auf M. HÄRRI, Die nicht arglistige Täuschung, pläd 4/1998, 26 ff., 30.

¹³² ACKERMANN (Fn. 122), 828 f., unter Hinweis auf Art. 6 BV; CASSANI (Fn. 8), 174; ablehnend ELLMER (Fn. 49), 160 ff.; vgl. auch TIEDEMANN (Fn. 58), Vor § 263 N 36.

¹³³ Ähnlich der Gedanke von TIEDEMANN (Fn. 58), Vor § 263 N 38.

Ein wichtiges Argument für das Negativkriterium des Opferverschuldens ist das rechtspolitische Bestreben, das *Opfer zu erziehen*. Der in diesem Zusammenhang genannte Satz «quod nocet, docet»¹³⁴ zeugt von der Vorstellung, dass die Bestrafung in der Regel den Schadensausgleich zur Folge habe. Diese Vorstellung ist indes weit entfernt von der Realität der Strafverfolgung. Im *Haftpflicht- und Versicherungsrecht* mag es seine Berechtigung haben, wegen der Opfermitverantwortung den Schadenersatz tiefer zu bemessen. Geht es bei einer *Zivilforderung* um den Ausgleich eines strafrechtlich relevanten Schadens, so hat dies keinen Einfluss auf die Schadenersatzbemessungsregeln. Das Strafrecht taugt deshalb nicht dazu, dem rechtspolitischen Postulat, dass ein unvorsichtiges Opfer keinen Schadenersatz verdiene, Nachachtung zu verschaffen. Ohnehin wäre es nach hier vertretener Meinung verfehlt, den Täter, der mit Täuschungs- und Schädigungsabsicht handelt, wegen Fahrlässigkeit des Opfers von der Schadenersatzpflicht zu entlasten; soweit ersichtlich steht im Haftpflichtrecht die Reduktion der Verschuldenshaftung nur bei fahrlässigen Schädigern zur Diskussion¹³⁵. Umso mehr drängt sich der Grundsatz «Vorsatz bricht Fahrlässigkeit» im Strafrecht auf¹³⁶. Wollte man dem unvorsichtigen Opfer eines gefährlichen Täters gleichwohl den Anspruch auf Schadenersatz verweigern, erhöhte sich die Bedeutung des Strafrechts als «ultima ratio»: Es wäre für die Opfer noch riskanter und mithin unattraktiver, den Weg des Zivilprozesses zu beschreiten, so dass sich die Chance des Täters erhöhte, seine Bereicherung unbehelligt ans Trockene zu bringen. Solchen Tendenzen ist mit Hilfe des Strafrechts entgegenzutreten.

Entscheidend bei rechtspolitischen Erwägungen zum Strafrecht darf indessen nie der Zivilpunkt, sondern allein der *Strafpunkt* sein. Die Strafe ist ein öffentlicher Anspruch und kein Anspruch des Geschädigten. Dies tritt bei Offizialdelikten, zu denen auch der Betrug gehört, besonders deutlich zutage. Allerdings hat der Gesetzgeber die Offizialmaxime relativiert, namentlich durch das gemässigte *Opportunitätsprinzip* im Sinne Art. 8 StPO und die Möglichkeit des Strafverzichts bei *Wiedergutmachung* im Sinne von Art. 53 StGB. Einerseits machen beide Bestimmungen die Entlastung des Täters von dem *Interesse des Geschädigten* an der Strafverfolgung abhängig. Hier bestünde ein geeignetes Feld, der Opfermitverantwortung Rechnung zu tragen: Bei der Anwendung des Opportunitätsprinzips

¹³⁴ CASSANI (Fn. 8), 174; vgl. auch BGE 128 IV 21.

¹³⁵ Vgl. Art. 43 f. OR, insb. Art. 44 Abs. 1; R. BREHM, Berner Kommentar, Bd. VI/1/3/1, Allgemeine Bestimmungen, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41–61 OR, 3. Aufl., Bern 2006, Art. 44 N 20, 20d; K. OFTINGER/E. STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Zürich 1995, § 7 N 23; H. REY, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 3. Aufl., Zürich 2003, N 399, 402; V. ROBERTO, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2002, N 883. – In Lehre und Rechtsprechung geht es bei der Anwendung von Art. 44 Abs. 1 OR praktisch ausschliesslich darum, fahrlässige Verhaltensweisen gegeneinander abzuwägen, z.B. in BGE 112 II 450, 458, wo das geringe Selbstverschulden keine Reduktion rechtfertigte.

¹³⁶ So die h.L. und Rechtsprechung in Deutschland, vgl. TIEDEMANN (Fn. 58), Vor § 263 N 37.

ist nicht auf leichtsinnige Opfer Rücksicht zu nehmen. Andererseits zeigen diese beiden Lockerungen der *Offizialmaxime* auch, dass nach dem Willen des Gesetzgebers unabhängig von den Interessen des Geschädigten ein *staatliches Strafverfolgungsinteresse* bestehen kann: Bei der Wiedergutmachung wird dieses im Gesetzestext ausdrücklich vorbehalten, und das Opportunitätsprinzip knüpft an den Gedanken an, dass das öffentliche Strafinteresse in Bezug auf eine Straftat gering ist, wenn diese in Konkurrenz zu weiteren Straftaten tritt und wenig Einfluss auf das Strafmass hat.

Ein öffentliches Strafinteresse ist stets zu bejahen, wenn die Straftat davon zeugt, dass die Gefährlichkeit des Täters über den Einzelfall hinausreicht. Dies ist ohne jeden Zweifel der Fall, wenn der Täter «Lügenköder» verbreitet, um sich zum Schaden einer unbestimmten Anzahl von Getäuschten zu bereichern. Es widerspricht den *Grundfesten des Strafrechts*, bei *Offizialdelikten* das Interesse der Öffentlichkeit an der Strafverfolgung ungeprüft und zwingend fallen zu lassen, wenn das Interesse des unmittelbar Geschädigten nicht schutzwürdig erscheint¹³⁷. Deshalb ist zu hoffen, dass das Bundesgericht vom Negativkriterium der Opfermitverantwortung abkehren wird, so dass das «Köderprinzip» bei der Verbrechensbekämpfung den ihm gebührenden Platz erlangen kann.

¹³⁷ Die Frage von BRAUN (Fn. 19), 104, bringt es auf den Punkt: «Darf der Betrüger für die Dummheit seines Opfers mit einem vollen Freispruch belohnt werden [...]?».