

Jan-Philipp Rock

Ökonomische Analyse des Betrugs in gegenseitigen Vertragsverhältnissen

Teil 1: Einführung

A. Problemstellung

Mit Verwunderung wird ein Ökonom zur Kenntnis nehmen, dass keinen Betrug begeht, wer seinen Vertragspartner mit haltlosen Versprechungen zu einem Vertragsschluss bewegt und dann eine von diesem zwar nicht gewollte, aber dem Kaufpreis „gleichwertige“, Gegenleistung erbringt.¹ Nicht wegen Betrugs bestraft wurde beispielsweise der Textilhändler, der Zellwollhosen als echte Wollhosen verkaufte,² der Vertreter für Kindernahrung, der Müttern junger Säuglinge unnötigen Kindernährzucker „aufschwatzte“³ oder der Heizölmechaniker, der seine Kunden zur kostspieligen Wartung ihrer Heizöltanks bewegte, indem er nach Inspektion den angeblichen Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften rügte und vorspielte, notfalls zur hoheitlichen Durchsetzung befugt zu sein.⁴ Der „geschickte“ Verkäufer, der durch Täuschung schwer absetzbare Wirtschaftsgüter zum Marktpreis „an den Mann“ bringt, soll also keine Betrugsstrafbarkeit fürchten.⁵

Die Verwunderung des Ökonomen weicht Unverständnis, wenn Juristen zur Begründung dieser Entscheidungspraxis auf einen „wirtschaftlichen“ oder „juristisch-ökonomischen“ Vermögensbegriff verweisen:⁶ So soll in solchen Fällen zwar eine Täuschung vorliegen und der Vertragspartner seine Vermögensdisposition aufgrund der durch die Täuschung vermittelten Fehlinformation getroffen haben, nur sei dieser durch das Geschäft „nicht ärmer“ geworden. Der wirtschaftliche Wert seines Gesamtvermögens sei nicht geschmälert, nur dessen „Zusammensetzung“ habe sich verändert. Von einer solchen Sichtweise ist die ökonomische Theorie weit entfernt. So lernt ein Student der Wirtschaftswissenschaften bereits in den ersten Semestern, dass der Marktwert eines Gutes sich von seinem individuellen Wert für ein einzelnes Wirtschaftssubjekt grundlegend

1 So die Konsequenz des vorherrschenden individuell-objektiven Schadensbegriff bei der Auslegung des Tatbestandsmerkmals des „Vermögensschadens“ im Betrugsstratbestand (§ 263 StGB). Vgl. dazu und zu den Ausnahmen des „individuellen Schadeneinschlags“ die Erläuterungen und Nachweise in Teil 3:C.I dieser Arbeit.

2 So der „Garbadinehosenfall“, BGHSt 16, 220. Eine ökonomische Analyse dieser Entscheidung findet sich in Teil 3:C.III dieser Arbeit.

3 OLG Köln, NJW 1968, 1892. Eine ökonomische Analyse dieser Entscheidung findet sich in Teil 3:C.III dieser Arbeit.

4 OLG Stuttgart, NJW 1971, 633. Eine ökonomische Analyse dieser Entscheidung findet sich in Teil 3:C.III dieser Arbeit.

5 Vgl. Arzt/Weber BT, S. 501 mit Verweis auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs im „Waschmaschinen-Fall“ (BGHSt 22, 88).

6 Vgl. dazu Teil 3:C.I m.w.Nws.

unterscheidet: Individuen treffen ihre Kaufentscheidungen im Idealfall ausschließlich aufgrund ihrer persönlichen Wertschätzung für ein Gut, die sich in einer individuellen Zahlungsbereitschaft und in einer individuellen Nachfragekurve ausdrücken lässt.⁷ Die Marktnachfrage ist ein Aggregat aller individuellen Nachfragekurven – aus dem Zusammenspiel mit der Summe aller individuellen Angebotskurven ergibt sich dann der Marktpreis eines Gutes,⁸ der aber in den allermeisten Fällen mit der Wertschätzung des einzelnen Wirtschaftssubjektes *nicht* übereinstimmt. Der Marktpreis spiegelt lediglich die Wertschätzung des sog. „Grenznachfragers“ wider⁹ – (nur) bei diesem entspricht der Marktpreis seinem eigenen maximalen Nachfragepreis und er erzielt keine Konsumentenrente.¹⁰

Richtet nun der Jurist den Blick auf die ökonomische Literatur, so wird ihm auffallen, dass die dort geführten Diskussionen weitgehend an denjenigen Fragen vorbeigehen, die ihn im Zusammenhang mit dem Betrugsstraftatbestand beschäftigen. Wird das Thema „Betrug“ in den Wirtschaftswissenschaften behandelt, so im Rahmen abstrakter Konzepte, die sich durch zahlreiche Annahmen so weit von der rechtlichen Realität entfernen, dass sie Juristen bei den von ihnen geforderten Entscheidungen wenig helfen.¹¹ Die Ökonomen scheinen Fragen zu beantworten, die Juristen nie gestellt haben und deswegen zumeist für irrelevant erachten; hingegen sind Ökonomen oftmals nicht bereit, sich auf die Diskussion konkreter Rechtsprobleme und Einzelfälle einzulassen, vielleicht da sie dies dazu zwingen würde, ihre Modellwelt zumindest teilweise aufzugeben und viele Annahmen, die eine mathematisch fundierte Lösung ihrer Probleme erlauben, fallenzulassen. Insofern verwundert es nicht, dass – vor allem im deutschen Rechtsraum - der juristische und ökonomische Diskurs zu oftmals ähnlichen Themengebiete aneinander vorbeigeht.¹² Dies ist bedauerlich, da gerade die Me-

7 Vgl. z.B. *Pindyck/Rubinfeld*, Mikroökonomie, S. 159 ff.

8 Vgl. *Pindyck/Rubinfeld*, Mikroökonomie, S. 407 ff.

9 So *Ulen*, The Efficiency of Specific Performance: Toward a Unified Theory of Contract Remedies, Michigan Law Review, Vol. 83 (1984), S. 344; Fn. 7.

10 Zu diesem Begriff näher im Rahmen der ökonomischen Analyse des Vermögensschadens beim Betrug in Teil 3:C.II.

11 Vgl. z.B. die grundlegenden Aufsätze von *Akerlof*, The Market for „Lemons“: Quality Uncertainty and the Market Mechanism, The Quarterly Journal of Economics, Vol. 84 (1970), S. 488-500 oder *Darby/Karni*, Free Competition and the Optimal Amount of Fraud, Journal of Law and Economics, Vol. 16 (1973), S. 67-88, dazu näher in Teil 2:B.I.

12 So gehört der Betrugsstraftatbestand (§ 263 StGB) zu einer der am umfassenden kommentierten Vorschriften des Strafgesetzbuches (schon der Handkommentar von *Fischer* widmet dieser Vorschrift 68 Seiten). In den aufgeführten Literaturlisten findet sich, so weit ersichtlich, kein einziger Beitrag zu den ökonomischen Grundlagen des Betrugs.

thodik der Ökonomen den Juristen vor Augen führen könnte, welche ökonomischen Anreize und damit gesellschaftlichen Konsequenzen die Entscheidung für die „eine“ oder die „andere“ Rechtsauffassung mit sich bringt. Dieser „Blick über den Tellerrand“ auf das „große Ganze“ kann wertvolle Impulse für die eigene Denkweise geben und gelegentlich sogar zu neuen Lösungsansätzen führen, in jedem Fall aber dazu beitragen, den ökonomischen Sinn bestehender Entscheidungsmuster besser zu verstehen und Einzelfallentscheidungen „ökonomisch überprüfen“ zu können.¹³ Diesen Zielsetzungen hat sich die Disziplin der „Ökonomischen Analyse des Rechts“ verschrieben. Im deutschen Rechtsraum hat insbesondere die Ökonomische Analyse des Zivilrechts einen breiten Stellenwert eingenommen,¹⁴ aber auch in anderen Rechtsgebieten ist eine immer breitere Akzeptanz für die Implementierung ökonomischer Methoden in den juristischen Diskurs zu beobachten.¹⁵ Hingegen fehlen im deutschen Strafrecht, soweit ersichtlich, bis auf wenige Ausnahmen nennenswerte rechtsökonomische Aufarbeitungen.¹⁶

In dieser Forschungslücke beabsichtigt diese Arbeit, Erkenntnisse der ökonomischen Disziplin der „Informationsökonomik“, insbesondere der Theorie asymmetrischer Informationen,¹⁷ mit der juristischen Diskussion um den Be-

Auf der anderen Seite gehen die ökonomischen Artikel, zumeist aus dem englischsprachigen Raum, nur sporadisch und z.T. oberflächlich auf konkrete Rechtsanwendungssprobleme ein. Wirtschaftswissenschaftliche Beiträge mit unmittelbarem Bezug zum deutschen Betriebsstrafatbestand waren nicht aufzufinden.

- 13 Im Rahmen dieser Arbeit wurden zahlreiche höchstrichterliche und instanzgerichtliche Entscheidungen zu ausgewählten Problemen des Betriebsstrafatbestands analysiert. Dabei zeigte sich, dass in den meisten Fällen die bestehende Rechtsprechung auch „ökonomisch sinnvoll“ ist. Die ökonomische Analyse kann dann aber dazu beitragen, das eigene Entscheidungsergebnis außerhalb der gängigen juristischen Auslegungsmethoden im geschlossenen wissenschaftlichen Konzept der Mikroökonomie alternativ begründen und „überprüfen“ zu können.
- 14 Vgl. z.B. das Lehrbuch von Schäfer/Ott oder einzelfallorientiert Adams, Ökonomische Theorie des Rechts: Konzepte und Anwendungen, 2. Auflage, Frankfurt a.M. 2004, bei de mit zahlreichen weiteren Nachweisen.
- 15 So beispielsweise aus dem Kapitalmarktrecht die Dissertation von Teigelack, Finanzanalysen und Behavioral Finance, Baden-Baden 2009 oder im öffentlichen Recht die Habilitationsschrift von Martini, Der Markt als Instrument hoheitlicher Verteilungslenkung – Möglichkeiten und Grenzen einer marktgesteuerten staatlichen „Verwaltung des Mangels“, Tübingen 2008.
- 16 Hier ist insbesondere die Dissertation von Curti zu nennen: Abschreckung durch Strafe: eine ökonomische Analyse der Kriminalität, Wiesbaden 1999. Mit der ökonomischen Begründung der Versuchsstrafbarkeit beschäftigen sich Adams/Shavell, GA 1990, S. 337.
- 17 Vgl. dazu näher in Teil 2:B.

trugsstrafatbestand (§ 263 StGB) zu verbinden. Sowohl die ökonomischen als auch die juristischen Diskussionsstrände zeichnen sich durch ein hohes Grad an Spezialisierung und damit verbunden einer fast unübersehbaren Literatur aus. Insofern ist es gerade bei dieser Themenstellung notwendig, gleich zu Beginn der Arbeit Einschränkungen und Abgrenzungen sowie Schwerpunktsetzungen vorzunehmen, um trotz der Breite der Thematik noch eine hinreichende wissenschaftlichen Argumentationstiefe leisten zu können.

B. Gang der Darstellung

I. Der Untersuchungsgegenstand: Betrug bei gegenseitigen Verträgen

Ausgangspunkt dieser (juristischen) Arbeit ist der Betrugsbegriff, wie er in § 263 des deutschen Strafgesetzbuches geregelt ist. Danach wird derjenige, der in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt, dass er durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen einen Irrtum erregt oder unterhält, mit einer Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

In dieser Regelung ist die Tathandlung des Betrugs als „Vorspiegelung falscher“ oder „Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen“ definiert. Diese Umschreibung ist unvollkommen, logisch widersprüchlich und beinhaltet Überschneidungen.¹⁸ Es kommt nicht auf die Richtigkeit von Tatsachen an, sondern auf die Richtigkeit von *Erklärungen* über Tatsachen – nur diese – nicht die Tatsachen selbst – können wahr oder falsch sein. Insofern hat sich als Umschreibung der Tathandlung des Betrugsstrafatbestands, abweichend vom gesetzgeberischen Wortlaut, die griffige Formel „*Täuschung über Tatsachen*“ herausgebildet.¹⁹ Der Täuschungsbegriff wird in Teil 3, Abschnitt A dieser Arbeit näher behandelt.

Bis zu diesem Punkt ähnelt der Betrugsstrafatbestand der in § 123 BGB geregelten zivilrechtlichen „arglistigen Täuschung“, die zur Anfechtung täuschungsbedingt geschlossener Verträge berechtigt. Da aber der Betrugsstrafatbestand im Unterschied zu § 123 BGB nicht auf Schuldverhältnisse beschränkt ist, hat der Gesetzgeber in § 263 StGB zusätzliche einschränkende Tatbestandsvoraussetzungen vorgesehen, um aus der Vielzahl täglich auftretender vorsätzli-

18 LK-Tiedemann, § 263 Rn. 7.

19 OLG Düsseldorf, NJW 1993, S. 1872 f.; vgl. für viele z.B. Lackner/Kühl, § 263 Rn. 3; SK-Hoyer, § 263 Rn. 10; Fischer, § 263 Rn. 5.

cher Täuschungen diejenigen Fälle herauszudestillieren, die nicht „nur“ sozial unerwünscht sind, sondern den Einsatz des Strafrechts als „ultima ratio“ des Rechtsstaates rechtfertigen.²⁰ Hingegen ist die „Lüge als solche“, anders etwa im römisch-rechtlichen „falsum“, nicht strafbar;²¹ es gibt kein allgemeingültiges „Recht auf Wahrheit“.²²

So erfordert die Vorschrift des § 263 StGB zusätzlich zur Täuschungshandlung, dass der Täter durch die Täuschung einen *Irrtum* erregt hat. Irrtum wird definiert als jeder Widerspruch zwischen Vorstellung und Wirklichkeit.²³ Dabei ist umstritten, ob eine „fehlende Vorstellung“ („*ignorantia facti*“) im Gegensatz zur (positiven) „Fehlvorstellung“ einen Irrtum entfallen lässt.²⁴ Ferner ist umstritten, welchen „Intensitätsgrad“ der Irrtum haben muss, um als vor dem Hintergrund des § 263 StGB relevanter Irrtum eingestuft zu werden („Irrtum unter Zweifeln“).²⁵ Mit dem Irrtumsbegriff beschäftigt sich Teil 3, Abschnitt B dieser Arbeit.

Schließlich muss die Tathandlung des Betrugs, nämlich die Täuschung über Tatsachen, über den Weg des Irrtums einen Vermögensschaden hervorgerufen haben. Zwar wird in der juristischen Literatur diskutiert, inwieweit der Betrugsstraftatbestand neben dem (hoch umstrittenen) „Vermögen“ auch andere Rechtsgüter, wie etwa das „Recht auf Wahrheit“ oder die „Dispositionsfreiheit“ schützt, jedoch ist unstreitig, dass das (Haupt-)Rechtsgut und -Angriffsobjekt beim Betrug das „Vermögen“ ist.²⁶ Da der Vermögensschaden als Saldo eine bloße Rechengröße ist, bedarf es einer Konkretisierung, *wie* der Irrtum diese Vermögensminderung verursacht hat. Dieses „notwendige“ Bindeglied zwischen Irrtum und Vermögensschaden wird durch den Begriff der „Vermögensverfügung“ umschrieben.²⁷ Den Tatbestandsmerkmalen der Vermögensverfügung und des Vermögensschaden ist Teil 3, Abschnitt C dieser Arbeit gewidmet.

20 Vgl. zur Legitimation des Betrugsstraftatbestands sowohl aus juristischer als auch aus ökonomischer Sicht Teil 2:C.

21 Dies ist ein allgemein anerkannter Grundsatz, vgl. z.B. für die Straflosigkeit der „schriftlichen Lüge“ im Zusammenhang mit der Urkundenfälschung (§ 267 StGB) *Brockhaus*, ZIS 2008, S. 556 m.w.Nws.

22 Ein solches Konzept wurde durch den berühmten Strafrechtler von Feuerbach (Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 14. Auflage, 2. Neudruck, Giessen 1847) entwickelt, vgl. LK-Tiedemann, S. 64.

23 Vgl. für viele Sch/Sch-Cramer/Perron, § 263 Rn. 33 m.w.Nws.

24 Vgl. dazu Sch/Sch-Cramer/Perron, Rn. 23, § 263 Rn. 36; und aus der Rechtsprechung z.B. RGSt 42, 40.

25 Vgl. dazu näher in Teil 3:B.I.

26 Vgl zum Rechtsgut des Betrugs aus juristischer Sicht Teil 2:C.I.

27 Vgl. für viele LK-Tiedemann, § 263 Rn. 2, 96; SK-Hoyer, § 263 Rn. 87 m.w.Nws.

Ausgeschlossen aus dem Untersuchungsprogramm dieser Arbeit sind die subjektiven Merkmale des Betrugsstrafatbestands, nämlich Probleme des Vorsatzes und insbesondere die Absicht rechtswidriger Bereicherung (sogenannte „Bereicherungsabsicht“). Ebenso werden Probleme des Strafmaßes zwar im Rahmen der Erläuterungen zum Vermögensschaden kurz angedeutet, nicht aber näher behandelt. Es ist aber zu erwarten, dass die hier vorgestellten ökonomischen Erwägungen auch bei diesen Fragestellungen gewinnbringend angewendet werden können.

Schließlich beschränkt sich diese Arbeit auf die Erörterung des Betrugs im Rahmen gegenseitiger Vertragsverhältnisse, d.h. auf diejenigen Fälle, die früher unter dem Begriff „zivilrechtlicher Betrug“ subsumiert wurden.²⁸ Dies hat den praktischen Grund, dass die ökonomische Theorie des Zivilrechts eine umfangreiche Literatur zum ökonomischen Zweck von Vertragsschlüssen und zu zahlreichen Einzelproblemen der Rechtsanwendung hervorgebracht hat.²⁹ So ist insbesondere die rechtsökonomische Literatur zu Aufklärungspflichten für die ökonomische Analyse des Täuschungsbegriffs im Betrugsstrafatbestand sehr ergiebig.³⁰ Hingegen handelt es sich bei Betrugsfällen außerhalb von Vertragsverhältnissen in der Regel um nicht-marktliche „Transaktionen“, für die die hier zugrunde gelegten rechtsökonomischen Ansätze zumindest unmittelbar nicht gelten. Es ist zwar zu erwarten, dass die Grundsätze der Informationsökonomik und insbesondere die Theorie asymmetrischer Informationen auch eine ökonomische Analyse solcher Fälle, wie etwa des Sozialleistungsbetrugs, ermöglichen. Jedoch hätte eine angemessene wissenschaftliche Aufarbeitung den Umfang dieser Arbeit überschritten.

28 So wurde das zivilrechtliche Anfechtungsrecht bei arglistigen Täuschungen (heute § 123 BGB) in § 865 des Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuches vom 2. Januar 1863 noch als „Betrug“ bezeichnet. Vgl. dazu *Huber*, Aufklärungspflichten vor Vertragschluss, in: Karlsruher Forum 2000: Aufklärungspflichten, Karlsruhe 2001, S. 5, 12.

29 Vgl. für einen Überblick über die ökonomische Vertragstheorie *Cooter/Ulen*, S. 307 ff. Für eine Analyse des deutschen Vertragsrechts vgl. *Schäfer/Ott*, S. 393 ff.

30 Vgl. etwa den Pioniersaufsatz von *Kronman*, Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contracts, The Journal of Legal Studies, Vol. 7 (1978), S. 1-34; für eine Anwendung dieses Konzepts auf das deutsche Vertragsrecht vgl. *Adams*, Irrtümer und Offenbarungspflichten im Vertragsrecht, AcP 186 (1986), S. 453-489. Näheres hierzu folgt in Teil 3:A.II dieser Arbeit.