

Schriften zum Strafrecht

Heft 142

**Die Grenzen des Tatsachenbegriffs,
insbesondere bei der betrügerischen
Täuschungshandlung**

Von

Susanne Thomma



Duncker & Humblot · Berlin

SUSANNE THOMMA

Die Grenzen des Tatsachenbegriffs,
insbesondere bei der betrügerischen
Täuschungshandlung

Schriften zum Strafrecht

Heft 142

Die Grenzen des Tatsachenbegriffs, insbesondere bei der betrügerischen Täuschungshandlung

Von

Susanne Thomma



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät
der Universität Tübingen hat diese Arbeit
im Jahre 2002 als Dissertation
angenommen.

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten
© 2003 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0558-9126
ISBN 3-428-11041-2

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Meinen lieben Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2002 von der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Eberhard-Karls-Universität Tübingen als Dissertation angenommen.

Zu herzlichem Dank verpflichtet bin ich meinen Doktorvater Herrn Professor Dr. Ulrich Weber für seine umfassende fachliche und persönliche Betreuung und vorbehaltlose Unterstützung der Untersuchung.

Bedanken möchte ich mich ferner bei Herrn Professor Dr. Joachim Vogel für die zeitnahe Erstellung des Zweitgutachtens sowie bei Herrn Dr. Florian R. Simon für die Aufnahme der Arbeit in die Reihe „Schriften zum Strafrecht“.

Ich widme die Arbeit meinen Eltern, die meine gesamte Entwicklung und Ausbildung in beispielloser Weise begleitet, gefördert und unterstützt haben. Ich danke ihnen für das in mich gesetzte, uneingeschränkte Vertrauen.

Stuttgart, im Juni 2003

Susanne Thomma

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	19
A. Hinführung zur Problematik	19
B. Gang der Darstellung	28

Kapitel 1

Die historische Entwicklung des Tatsachenbegriffs und seiner Abgrenzung zu den Werturteilen, dargestellt an der Genese des Betrugstatbestands	30
A. Die Entwicklung des modernen Betrugsbegriffs	31
I. Das Fehlen deutschrechtlicher Anknüpfungspunkte	31
II. Das <i>falsum</i> und der <i>stellionatus</i> des römischen Rechts als Vorläufer des modernen Betrugstatbestands?	31
III. Der Unterschied zwischen Fälschung und Betrug, insbesondere die Verschiedenheit der geschützten Rechtsgüter	34
B. Das Entstehen des Bedürfnisses für einen allgemeinen Betrugstatbestand	37
C. Die Kernprobleme der Betrugsdogmatik im 19. Jahrhundert	38
I. Das Verhältnis von Zivilrecht und Strafrecht	39
II. Die Abgrenzung von erlaubter Geschäftstüchtigkeit und verbotenem Betrug	41
III. Das Erfordernis einer besonderen Qualität der Täuschungshandlung	44
D. Die Geschichte des Tatbestandsmerkmals „Tatsachen“, erläutert an einzel- nen Kodifikationen des Betrugstatbestands	45
I. Das Preußische Allgemeine Landrecht von 1794	45
II. Das Bayerische Strafgesetzbuch von 1813	46
III. Das Strafgesetzbuch für das Königreich Württemberg von 1839	47
IV. Weitere Partikularstrafgesetzbücher des 19. Jahrhunderts	49
V. Zusammenfassung	49
VI. Das Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten von 1851	50
1. Die einzelnen Entwürfe	50
2. Die endgültige Fassung	52
3. § 241 PrStGB in der Rechtslehre und in der Rechtsprechung des Preußischen Obertribunals	52
VII. Das Bayerische Strafgesetzbuch von 1861	54

VIII. Das Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund von 1870	54
IX. Die Handhabung des Tatsachenbegriffs nach In-Kraft-Treten des RStGB	54
1. Die Rechtsprechung zum Tatsachenbegriff	55
a) Die Rechtsprechung des Reichsgerichts	55
b) Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und der Oberlandes- und Landgerichte	57
2. Der Tatsachenbegriff in der Rechtslehre nach 1871	58
3. Der Tatsachenbegriff in der Rechtslehre nach 1900	64
4. Die Tatsachendefinitionen in den gängigen Kommentaren und Lehrbüchern	71
5. Abweichende Definitionen des Tatsachenbegriffs	78
a) Der Tatsachenbegriff <i>Bitzilekis'</i>	78
b) Der normative Tatsachenbegriff <i>Pawliks</i>	81
6. Zusammenfassung	83
X. Versuche einer Reform des Betrugstatbestands	84
1. Der Entwurf 1909	84
2. Die Entwürfe 1913 und 1919	85
3. Der Entwurf 1927	85
4. Der Entwurf 1936	86
5. Der Entwurf 1962	86
6. Ergebnis	87
E. Die Begriffe des Werturteils und der Meinungsäußerung als Gegensatz zur Tatsache(-nbehauptung)	87
I. Die Begriffsbestimmung der h.M.	88
II. <i>Hilgendorfs</i> Ansatz zur Kategorisierung menschlicher Äußerungen ...	92
III. Problematisierung der vorgebrachten Abgrenzungskriterien	94
IV. Abgrenzungsversuche bei der „Eideslehre“ gegen Ende des 19. Jahrhunderts	96
V. Parallelen zur Abgrenzung zwischen Sachverständigen und Zeugen ..	97
F. Das Merkmal „Tatsache“ im Beleidigungsrecht	99

Kapitel 2

Untersuchung des herrschenden Tatsachenbegriffs und Analyse der einzelnen Elemente im Hinblick auf „unmögliche Tatsachen“, insbesondere „okkultistische“ bzw. „parapsychologische Tatsachen“ 101

A. Der Begriff der okkultistischen und parapsychologischen Tatsachen	101
I. „Okkultismus“ und „Parapsychologie“	102
II. Die Widersprüchlichkeit des Begriffs der okkultistischen und parapsychologischen Tatsachen	105
B. Analyse der einzelnen Merkmale des Tatsachenbegriffs	106

I.	„Vorgang oder Zustand“	107
II.	„Konkretheit“ des Vorgangs oder Zustands	109
III.	„Wirklichkeit“ des Vorgangs oder Zustands	112
	1. „Wirklichkeit“ und „Tatsächlichkeit“	112
	2. Auslegung des Realitätserfordernisses durch die h.M.	113
	3. Operation mittels einer Wahrunterstellung	114
	4. Der Standpunkt der Rechtsprechung, insbesondere der Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 21.2.1978 (NJW 1978, 1207), und der Literatur zur „Wirklichkeit“ übersinnlicher Phänomene	115
	5. Folgerung für die Behandlung von Okkultem bzw. Unmöglichem in § 263 StGB	124
IV.	Die sinnliche Wahrnehmbarkeit	124
	1. Darstellung der h.M. sowie der Ausführungen <i>Hilgendorfs</i>	125
	2. Kritische Würdigung	127
	3. Folgerung für die Behandlung von Okkultbehauptungen	128
V.	Die „Beweisbarkeit“ bzw. „Beweiszugänglichkeit“	129
	1. Begriffsbestimmung	129
	2. Der Beweis nach der Zivilprozessordnung	132
	3. Widersprüchlichkeiten im Zusammenhang mit dem Beweisbarkeits- kriterium in Rechtsprechung und Literatur	133
	4. Zusammenfassung und kritische Würdigung	138
C.	Zusammenfassung der Analyse der einzelnen Merkmale des Tatsachenbe- griffs	139

Kapitel 3

Analyse einzelner Urteile, die sich mit Fällen aus dem Bereich des Okkulten, Übersinnlichen im Hinblick auf eine (Betrugs-)Strafbarkeit zu befassen hatten

141

A.	Fälle aus der Rechtsprechung des Preußischen Obertribunals	142
	I. Das Urteil des Preußischen Obertribunals vom 15.12.1864	142
	II. Das Urteil des Preußischen Obertribunals vom 3.3.1854	144
B.	Die Rechtsprechung des Reichsgerichts	145
	I. Urteile des Reichsgerichts über „Behauptungen, die das Gepräge freier Erfindung an sich tragen“, RGSt 41, 193 und RGSt 68, 120	145
	II. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Betrugsstrafbarkeit des Vorspiegels von Unmöglichem bzw. wissenschaftlich Umstrittenem ..	148
	III. Zusammenfassung der Rechtsprechung des Reichsgerichts	155
C.	Beispielfälle aus der Rechtsprechung der Oberlandes- und Landgerichte ..	155
	I. Das Urteil des Oberlandesgerichts Naumburg vom 26.11.1913	156

II.	Das Urteil des Landgerichts Baden-Baden vom 3.11.1982 – Vorinstanz im „Sirius-Fall“, BGHSt 32, 38	157
III.	Das Urteil des Landgerichts Essen vom 13.10.1986 – Vorinstanz auf BGH, wistra 1987, 255	161
IV.	Das Urteil des Landgerichts Mannheim, NJW 1993, 1488	166
D.	Beispielfälle aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs	171
I.	Das Urteil des Bundesgerichtshofs in BGHSt 8, 237	172
II.	Der „Sirius-Fall“, BGHSt 32, 38	173
III.	Das Urteil des Bundesgerichtshofs in wistra 1987, 255	175
IV.	Zusammenfassung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs	177
E.	Zusammenfassung der Analyse der Rechtsprechung zur Problematik „unmöglicher Tatsachen“	178

Kapitel 4

Analyse des Inhalts und der Reichweite der Begriffe des „Vorspiegels“ und der „(Tatsachen-)Behauptung“ 180

A.	Der Begriff des Vorspiegels	180
I.	Das Erfordernis „besonderer Veranstaltungen“ in der Literatur des 19. Jahrhunderts	181
II.	Das Vorsatzerfordernis bezüglich der Unwahrheit des Vorbringens als Begriffsmerkmal des „Vorspiegels“	184
III.	Formeln der Literatur zur Bestimmung des „Vorspiegels“	185
IV.	Die Verkürzung der Tathandlung des § 263 StGB auf den Oberbegriff der Täuschungshandlung i. S. d. „Täuschung über Tatsachen“ in der neueren Literatur und Rechtsprechung	186
V.	§ 263 Abs. 4 S. 2 Var. 3 StGB a.F. – besonders schwerer Fall bei „besonderer Arglist“ – und § 181 StGB a.F. – „hinterlistige Kunstgriffe“	192
VI.	Ergebnis zu Inhalt und Reichweite des Begriffs des Vorspiegels	193
B.	Der Begriff der (Tatsachen-)Behauptung	194
I.	Rückgriff auf die Tathandlungen der §§ 186, 187 StGB und des § 131 StGB a.F. sowie das Merkmal „Behaupten“ bei § 824 BGB	195
1.	„Behaupten einer Tatsache“ i. S. d. §§ 186, 187 StGB	195
2.	„Behaupten einer Tatsache“ i. S. d. § 131 StGB a.F.	197
3.	„Behaupten einer Tatsache“ i. S. d. § 824 BGB	197
4.	Zusammenfassung zum „Behaupten“ einer Tatsache	198
II.	„Tatsachenaussage“ gleich „Tatsachenbehauptung“?	199
1.	Die Gleichstellung der herrschenden Ansicht	199
2.	Die Differenzierung <i>Hilgendorfs</i> zwischen „Tatsachenaussage“ und „Tatsachenbehauptung“ nach dem Geltungsanspruch einer Äußerung	201

3. Ergebnis zu den Begriffen „Tatsachenaussage“ und „Tatsachenbehauptung“	202
III. Irrelevanz des Tatsachenbegriffs und alleiniges Abstellen auf den Begriff der Tatsachenaussage bzw. der Tatsachenbehauptung?	203
C. Ergebnis zum „Vorspiegeln“ und „Behaupten“	204
D. Die Umschreibungen der Täuschungshandlungen in ausgewählten ausländischen Betrugstatbeständen	205
I. Art. 148 Abs. 1 des schweizerischen Strafgesetzbuchs	205
1. Die „Arglist“ als Qualifizierung der Täuschungshandlung und das „Vorspiegeln“	206
2. Zusammenfassung zum schweizerischen Recht	210
II. § 146 des österreichischen Strafgesetzbuchs	210
III. Art. 405 des französischen Code pénal	213
IV. Art. 326 des niederländischen Strafgesetzbuchs	214
V. Art. 640 des italienischen Codice penale	215
VI. Der Betrug im spanischen, englischen und amerikanischen Recht	216
VII. Zusammenfassung der Untersuchung der Täuschungshandlungen einzelner ausländischer Betrugsvorschriften	219

Kapitel 5

Bezüge zu den viktimodogmatischen Ansätzen bzw. Lehren zum Opfermitverschulden	220
A. Erläuterung des Ausgangspunkts	221
B. Überblick über die geschichtliche Entwicklung der Lehre vom Opfermitverschulden	223
C. Die h.M. in Rechtsprechung und Rechtslehre: Keine tatbestandliche Relevanz einer mitwirkenden Fahrlässigkeit des Opfers	229
D. Lösungsansätze im Bereich der Täuschungshandlung	231
E. Lösungsansätze im Bereich des Irrtums	236
F. Lösung über die Kausalität zwischen Täuschung und Irrtum, insbesondere das Erfordernis eines adäquaten Zusammenhangs	240
G. Lösung mittels des objektiven Zurechnungszusammenhangs zwischen Täuschung und Irrtum	243
H. Lösung über die Kausalität zwischen Irrtum und Vermögensverfügung	246
I. Die Einordnung beim Vermögensschaden	247
J. Die viktimologische Maxime als umfassendes regulatives Prinzip zur Tatbestandseingrenzung im Strafrecht	247
K. Der Lösungsvorschlag <i>Hilgendorfs</i>	250

L. Grundsätzliche Kritik an der viktimologischen Lehre	250
M. Zusammenfassung und Folgerungen für die eigene Lösung	254
N. „Versteckte“ Berücksichtigung der Opfermitverantwortung durch die h.M. in den Bereichen der konkludenten Täuschung und der Täuschung durch Unterlassen	256
I. Die Auffassung der h.M.	256
1. Die Täuschung durch konkludentes Tun	256
2. Die Täuschung durch Unterlassen	258
II. Die Konzeption <i>Lackners</i>	263
III. <i>Pawliks</i> Behandlung der Täuschung durch konkludentes Verhalten und durch Unterlassen	266
IV. Herausarbeitung der hinter der Täuschung durch konkludentes Verhalten und der Täuschung durch Unterlassen stehenden Kriterien bzw. Wertungen	269
V. Zusammenfassung	272

Kapitel 6

Die Ausscheidung von „marktschreierischer Reklame“ und „übertriebenen Anpreisungen“ aus dem Betrugstatbestand sowie Parallelen und Unterschiede zur Fallgruppe des Okkultschwindels 273

A. Die geschichtlichen Hintergründe der Behandlung der Werbung im Rahmen des Betrugstatbestands	275
B. Die verschiedenen Lösungsansätze zur Ausscheidung von „marktschreierischer Reklame“ und „übertriebenen Anpreisungen“ aus dem Betrugstatbestand	278
I. Die herkömmliche Ansicht, v.a. der Rechtsprechung: Verneinung der Tatsachenqualität und Einordnung als Werturteile unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung sowie der „Ernsthaftigkeit“	278
II. Beispiele aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und der Oberlandesgerichte	282
III. Die Behandlung der Werbung in ausländischen Rechtsordnungen	286
IV. Kritik an der gängigen Argumentationsweise und abweichende Lösungsansätze in der Literatur	288
1. Kritik an der Vorgehensweise der h.M.	288
2. Die Lehre von der Sozialadäquanz: Übertreibende Reklame als „sozialadäquates Verhalten“	292
3. Lösungen mittels des Opfermitverschuldens, insbesondere <i>Ellmers</i> und <i>Hilgendorfs</i> Konzeptionen zur Ausscheidung von „marktschreierischer Reklame“ und „übertriebenen Anpreisungen“	297
a) <i>Ellmers</i> Kritik an der Argumentationsweise der h.M. sowie seine Behandlung „marktschreierischer Reklame“ und „übertriebener Anpreisungen“	298

b) <i>Hilgendorfs</i> Einordnung erkennbar übertreibender Werbung als Tatsachenaussage mit abgeschwächtem Geltungsanspruch	303
4. Zusammenfassung	306
C. Parallelen und Unterschiede zwischen Fällen des Okkultschwindels und übertreibender, unglaubwürdiger Reklame	306
D. Zusammenfassung und Ergebnis	308

Kapitel 7

Zusammenfassung der bisher gewonnenen Ergebnisse sowie Entwicklung und Darstellung der eigenen Lösungskonzeption

A. Zusammenfassung der bisher gewonnenen Ergebnisse	310
B. Entwicklung und Darstellung des eigenen Verständnisses des Begriffs der Tatsachenbehauptung	312
I. Resümee der Analyse des herrschenden Tatsachenbegriffs im Hinblick auf „unmögliche Tatsachen“	313
II. Folgerung für die Behandlung von Unmöglichem – insbesondere von Okkultem – als Gegenstand einer Tatsachenbehauptung	315
III. Belege für das hier vertretene Ergebnis: Vereinzelte Ansätze in Recht- sprechung und Rechtslehre zur Ausscheidung von Unmöglichem aus dem Betrugstatbestand	318
IV. Umfang des Unmöglichen	321
V. Konsequente Ausscheidung auf Unmögliches gerichteter Äußerungen aus dem Kreis der Tatsachenbehauptungen in anderen Tatbeständen des StGB	324
VI. Vorzugswürdigkeit der hier vertretenen Lösung gegenüber anderen Konzeptionen	326

Kapitel 8

Der „Kunstgriff“ über die Figur der inneren Tatsachen

A. Die Entwicklung der Rechtsprechung zu den inneren Tatsachen	330
B. Der Standpunkt der Rechtslehre zu den inneren Tatsachen	333
C. Begriff und Umfang der inneren Tatsachen	337
D. Grundsätzliche Probleme der Figur der inneren Tatsachen	339
I. Die Unterscheidung zwischen inneren Tatsachen in der Person des Täuschenden und Dritter	339
II. Probleme der Subsumtion unter den herrschenden Tatsachenbegriff . .	341
1. Die Wirklichkeit innerer Phänomene	341
2. Die sinnliche Wahrnehmbarkeit innerer Phänomene	342

3. Die Beweiszugänglichkeit innerer Phänomene mittels Indizienbeweises	343
4. Zwischenergebnis	343
E. „Verdeckte“ Probleme der Figur der inneren Tatsachen bei konsequenter Anwendung und „Kunstgriffe“ zur Umgehung der Betrugsirrelevanz von „Nicht-Tatsachen“	344
I. Unmöglichkeit der Abgrenzung zwischen Tatsachenbehauptungen und täuschenden Werturteilen bei konsequenter Anwendung der Figur der inneren Tatsachen	344
II. Die behauptete Betrugsirrelevanz von „zukünftigen Tatsachen“ bzw. Prognosen und die Einschränkung mittels der Figur der inneren Tatsachen	352
F. Die Behandlung der inneren Tatsachen in ausländischen Rechtsordnungen, insbesondere im schweizerischen und im englischen Recht	357
G. Abweichende Lösungen und Konzeptionen	361
I. Die abweichende Auffassung <i>Nauckes</i> : Nichtanerkennung innerer Tatsachen aufgrund historischer Gesetzesauslegung	361
II. <i>Bitzilekis</i> ' Differenzierung zwischen eigenpsychischen Vorgängen und psychischen Vorgängen bei Dritten	363
III. <i>Seiers</i> Lösungsvorschlag bezüglich der Betrugsrelevanz von Prognosen	364
IV. <i>Hilgendorfs</i> Behandlung der „parasitären Tatsachenaussagen“ sowie der Prognosen	370
V. Ablehnung des „Kunstgriffs“ über die inneren Tatsachen in der Literatur	372
VI. Zusammenfassende kritische Bewertung der dargestellten Lösungsvorschläge und Folgerung für die Behandlung der inneren Tatsachen	373
H. Nachweis der Irrelevanz der inneren Tatsachen in den Okkultfällen mangels Kausalität	375
I. Ergebnis	377

Kapitel 9

Bezüge zur Figur des abergläubischen, irrealen Versuchs sowie zu anderen Fallkonstellationen mit Bezug zu Aberglauben und Irrealem als Beleg für die Irrelevanz von Okkultbehauptungen im Rahmen des Betrugstatbestands 378

A. Begriffsbestimmung des abergläubischen, irrealen Versuchs und Erläuterung anhand von Beispielen	379
B. Gründe für die Straflosigkeit des irrealen Versuchs	381
I. Die verschiedenen Theorien zum Strafgrund des Versuchs	382
1. Die objektiven Theorien	382
2. Die subjektive Versuchstheorie	383
3. Die „gemischt subjektiv-objektive Eindruckstheorie“	385

4. Neuere Lehren zur Bestimmung des Versuchsunrechts	386
5. Ergebnis zum Strafgrund des Versuchs	387
II. Unterschiedliche Begründungen der Strafflosigkeit des irrealen Versuchs	388
1. Einhellige Auffassung in Literatur und Rechtsprechung vor In-Kraft-Treten des § 23 Abs. 3 StGB	388
2. Der Regelungsgehalt des § 23 Abs. 3 StGB	390
3. Die Auffassung des Gesetzgebers zur Strafbarkeit des irrealen Versuchs	392
4. Generelle Strafflosigkeit des irrealen Versuchs auch nach In-Kraft-Treten des § 23 Abs. 3 StGB	393
5. Erfassung als grundsätzlich strafbarer Versuch und Subsumtion unter § 23 Abs. 3 StGB	397
6. Zusammenfassung und Stellungnahme	400
C. Andere Fallkonstellationen mit Bezug zu Aberglauben und Irrealem	400
I. Abergläubische, irreale Erfolgsabwendungsbemühungen des Versuchstäters als „ernsthafte Bemühen“ i.S.d. § 24 Abs. 1 S. 2 bzw. Abs. 2 S. 2 Alt. 1 und 2 StGB	400
II. Abergläubische, irreale Vorstellungen als für einen Erlaubnistatbestandsirrtum ausreichende Fehlvorstellung – erläutert am „Katzenkönig-Fall“, BGHSt 35, 347	402
III. Bedrohung i.S.d. § 241 Abs. 1 StGB durch Ankündigung eines nur mit Hilfe übersinnlicher Kräfte zu begehenden Verbrechens	405
IV. Weitere Fälle des Aberglaubens im (Straf-)Recht	406
V. Zwischenergebnis	408
D. Parallelen und Unterschiede zwischen den dargestellten Fallgruppen und Fällen des Okkultschwindels sowie Folgerungen für die Lösung der Problematik der Okkultbehauptungen im Rahmen des Betrugstatbestands	409
I. Parallelen und Unterschiede	410
II. Folgerungen für die Lösung der Problematik der Okkultbehauptungen im Rahmen des Betrugstatbestands	412
E. Ergebnis	412

Kapitel 10

Verbleibender Schutz des Okkultgeschädigten durch das Zivilrecht 413

A. Zivilrechtliche Ansprüche des Okkultgeschädigten	413
I. Ansprüche nach altem Schuldrecht	414
1. Anspruch auf Schadensersatz gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB bzw. § 123 BGB	414
2. Anspruch auf Schadensersatz gemäß § 826 BGB sowie den Grundsätzen der <i>culpa in contrahendo</i>	415

3. Rückforderungsanspruch gemäß § 812 BGB	417
II. Ansprüche nach neuem Schuldrecht	417
1. Wirksamkeit des Vertrags gemäß § 311 a Abs. 1 BGB	418
2. Anspruch auf Schadensersatz gemäß § 275 Abs. 4 i. V. m. § 311 a Abs. 2 BGB	420
3. Anspruch auf Schadensersatz gemäß § 826 BGB sowie den Grund- sätzen der <i>culpa in contrahendo</i>	424
B. Vorzüge eines Rechtsgüterschutzes durch das Zivilrecht	424
C. Zusammenfassung	427

Kapitel 11

Anderweitige Möglichkeiten des Einschreitens gegen Okkultschwindler, insbesondere ordnungswidrigkeiten- bzw. verwaltungsrechtliches Vorgehen 429

A. Okkultschwindel als „grober Unfug“ gemäß § 360 Abs. 1 Nr. 11 Alt. 2 StGB a. F. bzw. „Belästigung der Allgemeinheit“ gemäß § 118 OWiG	429
B. Die polizeirechtliche Beurteilung von Gaukeleien, insbesondere die früher existierenden Gaukelevorschriften in landesrechtlichen Polizeistrafgesetz- büchern	432
I. Die landesrechtlichen Strafbestimmungen gegen Gaukelei	432
II. Der Wandel in der Beurteilung der Strafbedürftigkeit der Gaukelei ...	436
III. Die Rechtslage nach Aufhebung der Gaukelevorschriften	439
C. Die gewerberechtliche Beurteilung des Wahrsagens etc.	441
D. Die Forderung nach Schaffung einer besonderen Strafbestimmung gegen Okkulttaten	445
E. Zusammenfassung und Ergebnis	447

Kapitel 12

Zusammenfassung der Ergebnisse der Arbeit 449

Literaturverzeichnis 455

Sachwortverzeichnis 477

Einleitung

A. Hinführung zur Problematik

Der Aberglaube zieht sich durch die Geschichte der Menschheit wie ein roter Faden; skurrile Fälle, in denen gerissene Täter den Aberglauben und die Leichtgläubigkeit der Menschen durch die unglaublichsten Behauptungen zu ihrem Vorteil ausnutzten, machten Schlagzeilen und erstaunen den außenstehenden Betrachter.

Schon *Goethe* bemerkte: „Der Aberglaube gehört zum Wesen des Menschen und flüchtet sich, wenn man ihn ganz und gar zu verdrängen denkt, in die wunderlichsten Ecken und Winkel, von wo er auf einmal, wenn er einigermaßen sicher zu sein glaubt, wieder hervortritt.“¹ *John* führte 1909 aus: „Der Hang nach dem Wunderbaren und Übersinnlichen ist in der menschlichen Natur tief begründet, er liegt dem Menschen gleichsam im Blute. Und nicht ist der Aberglaube nur im niederen Volke heimisch, er durchzieht alle Kreise der menschlichen Gesellschaft ... Hand aufs Herz, wer von uns möchte sich gänzlich davon freisprechen?“²

„Das magisch-primitive Denken, das dem Zauberglauben zugrunde liegt, wird so schnell nicht aussterben, denn ‚die Steinzeit ist noch nicht zu Ende‘.“³

Der Begriff des Aberglaubens ist nicht einfach zu erfassen; es handelt sich um einen Glauben, der etwas naturgesetzlich nicht zu Beweisendes dennoch für wahr hält⁴, also naturgesetzlich unerklärte Kräfte für wirksam und wahrnehmbar erachtet, soweit dies nicht in der Religionslehre begründet ist⁵. Erscheinungsformen sind vor allem Wahrsagerei, Stern- und Traumdeuterei, Kartenschlagen, magische Mittel, geheime Heilmittel, Spiritismus und Zauberei.⁶

¹ Sprüche in Prosa, Ethisches, Erste Abteilung, Nr. 35.

² *John*, Aberglaube, Sitte und Brauch im sächsischen Erzgebirge, S. 3.

³ *Wimmer*, JZ 1975, 631 (632).

⁴ So *Groß/Geerds*, Handbuch der Kriminalistik, Band I, S. 99.

⁵ *Bächtold-Stäubli* (Hrsg.), Handwörterbuch des deutschen Aberglaubens, Band I, S. 66; Der große Brockhaus, 1. Band, S. 17; *Schefold*, Der Aberglaube im Rechtsleben, S. 5.

⁶ Der große Herder, 1. Band, Sp. 23.

Der Aberglaube scheint überholt zu sein, doch auch unsere moderne, vermeintlich aufgeklärte Gesellschaft ist gegen abergläubische Vorstellungen nicht gefeit. So ist der Hexenwahn bis in neuere Zeit im Volk lebendig geblieben; noch 1960 soll einer als Hexe geltenden alten Frau in einem fränkischen Dorf das Haus angezündet worden sein.⁷ Einer Umfrage zufolge glaubten 1976 noch 8% der Bevölkerung, am Hexenglauben sei „etwas dran“.⁸

Der Glaube an das Paranormale wächst weltweit. Doch auch die Zahl der Skeptiker wächst; die Skeptiker beschäftigen sich mit Fragen der Esoterik und des Psychomarktes, wie bei dem Weltkongress der Skeptiker in Heidelberg Ende Juli 1998 geschehen.⁹ Noch immer liefern sich Anhänger und Gegner dieses „Glaubens“ Fehden.

Was früher – in einer vorwissenschaftlichen Phase – als „Okkultismus“ bezeichnet wurde¹⁰, tritt heute als „Parapsychologie“ mit dem Anspruch auf, als junge Teildisziplin der Seelenkunde solche „para-“psychologischen, also „neben“ den uns vertrauten und begreiflichen Erscheinungen stehenden Vorgänge mit wissenschaftlichen Methoden zu untersuchen und zu beweisen.¹¹ Paranormale Phänomene sind nach der Meinung einer Vielzahl von Anhängern der Parapsychologie zwar nicht „erklärt“, wohl aber – und zwar mit wissenschaftlichen Methoden – empirisch als existent nachgewiesen worden.¹² Dieser Anspruch der Parapsychologen wurde schon immer aufs Schärfste bekämpft: Die Parapsychologie entbehre jeder wissenschaftlichen Grundlage; in keinem einzigen Fall sei der wissenschaftlich exakte Beweis für die Existenz des „Übersinnlichen“ erbracht worden.¹³ Dieser Auffassung hat sich der Bundesgerichtshof im Jahre 1978 in seiner Grundsatzentscheidung zur Parapsychologie angeschlossen, indem er parapsychologische Sachverständige als völlig ungeeignete Beweismittel i. S. d. § 244 Abs. 3 S. 2 StPO einstuft: Die Parapsychologie gehöre nicht zu den gesicherten

⁷ *Schultz*, MDR 1978, 543 (544); *Wimmer*, JZ 1975, 631.

⁸ *Schultz*, MDR 1978, 543 (544); *Wimmer*, JZ 1975, 631 (632), führt eine Umfrage aus dem Jahre 1973 an, der zufolge 9% der Bundesbürger Hexerei für möglich hielten.

⁹ Vgl. den Bericht der Stuttgarter Zeitung vom 27.7.1998.

¹⁰ So *H. Bender*, in: Parapsychologie, Entwicklung, Ergebnisse, Probleme, S. 107 (108).

¹¹ *H. Bender*, in: Parapsychologie, Entwicklung, Ergebnisse, Probleme, Vorwort S. XV; Der große Brockhaus, 8. Band, S. 367.

¹² *B. Bender*, Zeitschrift für Parapsychologie und Grenzgebiete der Psychologie 1978, 121 (122); *ders.*, DÖV 1965, 326; *Grochtmann*, S. 285; aus der älteren Literatur vgl. nur *F. Moser*, Der Okkultismus, Täuschungen und Tatsachen, Band II, S. 629, 923; *Ueberhorst*, DRiZ 1926, 233.

¹³ *Hellwig*, GA 71 (1927), 124 (128); *Prokop/Wimmer*, Der moderne Okkultismus, S. 267 ff.; *Wimmer*, NJW 1976, 1131 (1132); *ders.*, NJW 1979, 587 (589).

naturwissenschaftlichen Erkenntnissen; die in Rede stehenden Kräfte seien nicht beweisbar.¹⁴

Wie kommt nun der Jurist dazu, sich mit derartigen Phänomenen zu befassen?

Der Aberglaube hat viele Erscheinungsformen, die die Rechtsordnung tangieren können. Strafrechtlich relevant wird er, wenn er mit kriminellern Verhalten gekoppelt ist. Der Strafrechtler hat sich mit Fragen aus dem Bereich des Übersinnlichen beispielsweise zu beschäftigen bei der Beurteilung eines sog. abergläubischen, irrealen Versuchs oder eines behaupteten Betrugs. Interessant sind insbesondere die Fälle des Missbrauchs fremden Aberglaubens. Dieser Missbrauch lässt sich bis in die graue Vorzeit verfolgen und die kommerzielle Ausbeutung Abergläubischer durch Okkultschwindel bis in die Gegenwart hinein belegen.¹⁵ Dabei wird der Betrug in der einschlägigen Literatur als der typische Tatbestand genannt.¹⁶ Sog. unechte Okkulttäter, die nicht selbst abergläubisch sind, aber mit ihren Praktiken bewusst die okkulten Vorstellungen anderer ausnutzen und den Okkultismus nur als Vorwand benutzen,¹⁷ sollen als Betrüger in Betracht kommen, da für sie das finanzielle Interesse den Anreiz zur Tat gebe. Es wird jedoch in aller Regel nur problematisiert, ob diesem Tätertyp der „böse Glaube“ – das Wissen um die eigene Unfähigkeit, die versprochene Leistung erbringen zu können, also der Täuschungsvorsatz – nachgewiesen werden kann¹⁸; ansonsten müsse nach dem Grundsatz „in dubio pro reo“ von einem sog. echten, d.h. gutgläubigen bzw. selbst abergläubischen Okkulttäter ausgegangen werden. Zur strafrechtlichen Erfassung der letztgenannten Fälle existierten früher Gaukelevorschriften als Übertretungstatbestände in den landesrechtlichen Polizeigesetzen, wie Art. 28 b des Württembergischen Polizeistrafgesetzes (WPStG) und § 68 des Badischen Polizeistrafgesetzbuchs (Bad. PolStGB), die das entgeltliche Wahrsagen, Hellsehen und ähnliche Gaukeleien mit Strafe bedrohten. Sie setzten voraus, dass der Gaukler an seine Künste glaubte oder ihm das Gegenteil zumindest nicht nachzuweisen war, und waren daher subsidiär zum Betrug. Ein Bedürfnis für die strafrechtliche Ahndung dieser Fälle wurde bejaht, da die Öffentlichkeit auch vor Irreführung bewahrt werden sollte, wenn der Täter hinsichtlich seiner Fähigkeiten gutgläubig bzw. der Nachweis des Vorsatzes nicht

¹⁴ BGH, NJW 1978, 1207.

¹⁵ *Groß/Geerds*, Handbuch der Kriminalistik, Band I, S. 142; aus der älteren Literatur vgl. *Schefold*, *Der Aberglaube im Rechtsleben*, S. 6, 31, 33 f.

¹⁶ *Geerds*, in: *Festschrift für Thomas Würtenberger*, S. 341 (347).

¹⁷ Zu dieser Bezeichnung *Geerds*, in: *Festschrift für Thomas Würtenberger*, S. 341 (348); *Schäfer*, *Der Okkulttäter*, S. 247.

¹⁸ *Groß/Geerds*, Handbuch der Kriminalistik, Band I, S. 144; *Geerds*, in: *Festschrift für Thomas Würtenberger*, S. 341 (348); *Weiß*, DRiZ 1926, 235 (237).