

**Der Einfluß der Rechtsordnung auf den  
strafrechtlichen Vermögensbegriff**

**- insbesondere bei „Abschluß“ rechts- und sittenwidriger Geschäfte**

**Inaugural-Dissertation**

**zur**

**Erlangung der Doktorwürde**

**einer**

**Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät**

**der Universität zu Köln**

**vorgelegt von**

**Carsten Mathias**

**aus Köln**

# Inhaltsverzeichnis

<b>Abkürzungsverzeichnis</b>	<b>VII</b>
<b>A. EINLEITUNG</b>	<b>1</b>
<b>I. Einheitlichkeit des strafrechtlichen Vermögensbegriffs</b>	<b>1</b>
<b>II. Entwicklung der Rechtsprechung zum Vermögensbegriff</b>	<b>2</b>
1. Der Juristische Vermögensbegriff	3
2. Der wirtschaftliche Vermögensbegriff	3
3. Die juristisch-ökonomischen Vermittlungslehren	5
4. Entscheidungserheblichkeit des Vermögensbegriffes und Stellungnahme	7
<b>III. Fallgruppen</b>	<b>9</b>
<b>B. BETRUG (§ 263)</b>	<b>10</b>
<b>I. Einsatz rechtmäßig erworbener wirtschaftlicher Werte zur Erreichung eines verbotenen Zwecks</b>	<b>10</b>
1. Sachverhalt	10
2. Zivilrechtlicher Rückerstattungs- bzw. Schadensersatzanspruch des Vorleistenden bei von Anfang an leistungsunwilligem Auftragnehmer?	12
3. Widerspruchsfreiheit zwischen Straf- und Zivilrecht als Voraussetzung der Bestimmung des Umfangs strafrechtlichen Vermögensschutzes?	14
a. Die Stellung des Strafrechts innerhalb der Rechtsordnung unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses von Straf- und Zivilrecht	15
aa. Das Strafrecht als Teilbereich des öffentlichen Rechts	15
bb. Aufgabe des Strafrechts	16
(1) Rechtsgüterschutz	16
(2) Abweichende Auffassungen in Rechtsprechung und Literatur	17

(3) Überwiegende Ansicht und Stellungnahme	19
cc. Sekundarität bzw. Autonomie des Strafrechts	20
(1) Sekundarität des Strafrechts	21
(2) Autonomie des Strafrechts	22
b. Fazit	26
4. Übertragbarkeit zivilrechtlicher Grundlagen auf das Strafrecht?	26
a. Behandlung dieser Fallgruppe in Rechtsprechung und Literatur	27
aa. Mindermeinung in der Literatur	27
bb. Rechtsprechung und Großteil der Literatur	28
cc. Kritik und Stellungnahme	29
b. Funktion von § 134 BGB	32
c. Funktion von § 817 S. 2 BGB	34
d. Kein Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 263 und § 826 BGB sowie Widersinnigkeit des „Erst Recht“ Arguments	36
e. Schaffung einer von der Rechtsordnung akzeptierten Vermögenslage?	37
5. Ergebnis	40
<b>II. Einsatz rechtmäßig erworbener wirtschaftlicher Werte zur Erreichung eines sittenwidrigen Zwecks</b>	<b>42</b>
1. Exkurs: Prostituiertenvertrag	42
a. Entscheidung des VG Berlin vom 01.12.2000	42
b. Stellungnahme	44
2. Weitere Problemfälle	45
a. Vermögensverfügung	46
aa. Kein zivilrechtlicher Schadensersatz- oder Rückforderungsanspruch	46

bb. Funktion des § 138 BGB	47
cc. Zwischenergebnis	52
b. Vermögensschaden?	54
aa. Juristisch-ökonomische Vermittlungslehre	54
bb. Normative Korrektur zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen in der Gesamtrechtsordnung?	55
c. Betrug im Dreipersonenverhältnis?	61
<b>III. Erbringung von verbotenen oder sittenwidrigen (Arbeits-) Leistungen und Prellen um aus diesen Geschäften entstehende „Ansprüche“</b>	<b>62</b>
1. Rechtsprechung und Literatur sowie Kritik und Stellungnahme	63
2. Erbringung von verbotenen (Arbeits-) Leistungen bzw. Prellen um aus solchen Geschäften entstehende Ansprüche	65
a. Vermögensverfügung?	65
b. Konformität mit zivilrechtlichen Wertungen?	66
c. Prellen um sich aus den verbotenen Geschäften ergebende Exspek- tanzen?	67
3. Erbringung von sittenwidrigen (Arbeits-) Leistungen bzw. Prellen um aus solchen Geschäften entstehende Ansprüche	68
a. Vermögensverfügung	68
b. Vermögensschaden	68
c. Betrug im Dreipersonenverhältnis?	69
<b>IV. Prellen um einen Anspruch aus einem nichtigen Geschäft, mit wel- chem die Herstellung eines von der Rechtsordnung nicht akzeptier- ten Zustandes intendiert wird - sog. Ganovenbetrug</b>	<b>71</b>
1. Drehbankfall (BGHSt. 2, 364)	71
2. Begründung des BGH	72
3. Kritik und Stellungnahme	73
<b>V. Der (unrechtmäßige) Besitz als Vermögensbestandteil?</b>	<b>77</b>

1. Dafür angeführte Argumente	79
a. §§ 859 ff. BGB als Schutzrechte auch zu Gunsten des deliktischen Besitzers?	79
b. Parallele zu den Tatbeständen des Diebstahls und des Raubes?	83
c. Kriminalpolitische Argumente	84
2. Unterscheidung zwischen unredlichem und redlichem Besitz?	87
a. Unredlicher, deliktischer Besitz	87
b. Redlicher Besitz	90
3. Exkurs: Die deliktisch erlangte Forderung als Vermögensbestandteil?	92
4. Exkurs: Dreiecksbetrug gegenüber dem deliktischen Besitzer zum Nachteil des zum Besitz Berechtigten beim Abschwindeln einer von dem Getäuschten unredlich besessenen Sache?	95
a. Vorliegen einer Vermögensverfügung?	95
aa. Objektive Voraussetzungen	96
bb. Verfügungsbewußtsein?	98
b. Vermögensschaden?	100
aa. Faktische Steigerung der Verlustwirkung bzw. Schrumpfen der Wiedererlangungschance	100
bb. Parallele zum Sicherungsbetrug	101
<b>C. ÜBERTRAGBARKEIT DER FÜR DEN BETRUG GEFUNDENEN ERGEBNISSE AUF DIE TATBESTÄNDE DER ERPRESSUNG (§ 253) UND DER UNTREUE (§ 266)?</b>	<b>103</b>
<b>I. Einführung in die Problematik</b>	<b>103</b>
<b>II. Erpressung (§ 253)</b>	<b>103</b>
1. Durch Nötigungsmittel veranlaßte Herausgabe rechtmäßig erworbener wirtschaftlicher Werte zur Erreichung eines verbotenen oder sittenwidrigen Zwecks	104
a. Strafbarkeit nach § 253?	104

b. Konformität mit zivilrechtlichen Wertungen?	106
aa. Ansprüche aus unerlaubter Handlung	106
(1) Anspruch aus § 826 BGB	106
(2) Anspruch aus § 823 BGB	106
(3) Dem zivilen Schadensersatzrecht zugrunde liegende Wertungen und Strukturprinzipien	108
bb. Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung	110
c. Fazit	110
2. Durch Nötigungsmittel veranlaßte Erbringung von mit Strafe bedrohten oder sittenwidrigen („Erfüllungs“-) Leistungen	111
a. Strafbarkeit nach § 253 bei verbotenen (Erfüllungs-) Leistungen und Konformität mit zivilrechtlichen Wertungen?	112
b. Strafbarkeit nach § 253 bei sittenwidrigen (Erfüllungs-) Leistungen und Konformität mit zivilrechtlichen Wertungen?	112
3. Durch Nötigungsmittel veranlaßte Herausgabe unrechtmäßig be- sessener Gegenstände	114
a. Herausgabe unredlich erlangten Besitzes und Konformität mit zivilrechtlichen Wertungen	116
b. Exkurs: Dreieckerpressung gegenüber dem deliktischen Besitzer zum Nachteil des zum Besitz Berechtigten?	118
c. Herausgabe redlich erlangten Besitzes	120
4. Durch Nötigungsmittel veranlaßte „Erfüllung“ der Aussicht auf Rückerlangung des in ein nichtiges Geschäft Investierten	121
5. Fazit	122
<b>III. Untreue (§ 266)</b>	<b>124</b>
1. Treueverhältnis im Sinne des § 266 Abs. 1, 2. Alt. trotz gegen die Strafgesetze oder guten Sitten verstoßender Vereinbarung?	124
a. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts	124
b. Die Rechtsprechung des BGH	125

c. Literatur und Stellungnahme	127
d. Übertragung der entwickelten Ergebnisse auf die Rechtsprechung von RG und BGH	135
2. Vermögensnachteil im Sinne des § 266?	138
a. für den Fall, daß <i>keine</i> wirksame Vermögensbetreuungspflicht besteht	138
b. bei einer einzelnen gegen strafrechtliche Verbote oder gute Sitten verstoßenden Weisung im Rahmen eines <i>wirksamen</i> Treueverhältnisses	139
aa. Anweisung der Verwendung rechtmäßig erworbener wirtschaftlicher Werte im Rahmen eines verbotenen Geschäfts	139
(1) Konformität mit zivilrechtlichen Wertungen	142
(2) Zwischenergebnis	143
bb. Anweisung der Verwendung rechtmäßig erworbener wirtschaftlicher Werte im Rahmen eines sittenwidrigen Geschäfts	143
cc. Anweisung der Verwendung unrechtmäßig erworbener wirtschaftlicher Werte im Rahmen eines verbotenen oder sittenwidrigen Geschäfts	145
(1) Unredlicher Sachbesitz	145
(2) Redlicher Sachbesitz und deliktisch erlangte Forderung	146
<b>D. ZUSAMMENFASSUNG</b>	<b>147</b>
<b>Literaturverzeichnis</b>	<b>153</b>

## Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Orte
AcP	Archiv für civilistische Praxis, zit. nach Band und Seite
AG	Amtsgericht
AK	Reihe Alternativkommentare
BAG	Bundesarbeitsgericht
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerlichers Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen, Amtliche Sammlung, zit. nach Band und Seite
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, Amtliche Sammlung, zit. nach Band und Seite
BtMG	Betäubungsmittelgesetz
BSG	Bundessozialgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Amtliche Sammlung, zit. nach Band und Seite
ders.	derselbe
DevG	Devisengesetz 1935
dies.	dieselben

DR	Deutsches Recht, Wochenausgabe, zit. nach Jahr und Seite
EStG	Einkommenssteuergesetz
Fn.	Fußnote
GA	Archiv für Strafrecht, begründet von Goldammer, zit. nach Bänden (Bd.), seit 1953 nach Jahr und Seite
GG	Grundgesetz
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, zit. nach Jahr und Seite
GrZS chen	Großer Senat des Bundesgerichtshofes für Zivilsachen
h.M.	herrschende Meinung
InfAuslR	Informationsbrief Ausländerrecht, zit. nach Jahr und Seite
JR	Juristische Rundschau, zit. nach Jahr und Seite
JuS	Juristische Schulung. Zeitschrift für Studium und Ausbildung, zit. nach Jahr und Seite
JW	Juristische Wochenschrift, zit. nach Jahr und Seite
JZ	Juristenzeitung, zit. nach Jahr und Seite
Kap.	Kapitel
LG	Landgericht
Lit.	Literatur
MDR	Monatszeitschrift für deutsches Recht, zit. nach Jahr und Seite
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift, zit. nach Jahr und Seite
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs-

	report, zit. nach Jahr und Seite
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht, zit. nach Jahr und Seite
OGHSt	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Strafsachen, Amtliche Sammlung, zitiert nach Band und Seite
OLG	Oberlandesgericht
RG	Reichsgericht
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, Amtliche Sammlung, zit. nach Band und Seite
Rn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung, zit. nach Jahr und Seite
st.	ständige(r)
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozeßordnung
StV	Strafverteidiger, Juristische Fachzeitschrift, zit. nach Jahr und Seite
Überbl.	Überblick
VGH	Verfassungsgerichtshof
Vorbem.	Vorbemerkung(en)
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WaffG	Waffengesetz
wistra	Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht, zit. nach Jahr und Seite
zit.	zitiert

ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik, zit. nach Jahr und Seite
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, zit. nach Jahr und Seite

## A. Einleitung

### I. Einheitlichkeit des strafrechtlichen Vermögensbegriffs

Der Terminus des Vermögensschadens stellt als regelmäßiger Endpunkt des objektiven Tatbestandes einen der zentralen Begriffe aller Vermögensdelikte dar. Diese erfassen im engeren Sinne zwar die unterschiedlichsten Verhaltensweisen wie Drohung, Gewalt, Täuschung oder treuwidriges Verhalten. Sie werden jedoch vom Gesetzgeber dadurch eng zusammen gehalten, daß er diese an sich schon sozial-ethisch verwerflichen und für Rechtsgüter Dritter gefährlichen Verhaltensweisen nur dann zu einer *Vermögensstraftat* erklärt, wenn das Vermögen des Bedrohten, Überwältigten, Getäuschten oder Treugebers beeinträchtigt wird. Der Drohung oder Gewalt einsetzende Täter wird erst dann zum Erpresser, wenn er u.a. "dem Vermögen des Genötigten" einen "Nachteil zufügt" (§ 253 StGB<sup>1</sup>). Der sich einer Täuschung bedienende Täter wird nur dann zum Betrüger, wenn er (u.a.) "das Vermögen eines anderen ... beschädigt" (§ 263). Zu einer Untreue wird der in § 266 näher beschriebene, treuwidrige Umgang mit fremdem Vermögen erst, wenn demselben dadurch ein "Nachteil" zugefügt wird.

Diese Gemeinsamkeit rechtfertigt es nach heute ganz überwiegend vertretener Auffassung, den mit dem Begriff "Vermögen" gegenständlich gekennzeichneten Schutzbereich beim Betrug, der Untreue und der Erpressung einheitlich zu bestimmen<sup>2</sup>. Dem ist grundsätzlich zu folgen. Gleichwohl bleibt im Rahmen dieser Arbeit zu untersuchen, ob der Umfang des strafrechtlichen Schutzes wirtschaftlich wertvoller Güter nicht - zumindest teilweise - auch von der Art und Weise des Angriffs auf diese Werte abhängt.

---

<sup>1</sup> §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des StGB.

<sup>2</sup> Vgl. *Samson*, Grundprinzipien, 510; *Kühl*, Umfang, 505; *Cramer*, Vermögensbegriff, S. 22, 115 ff.; *Otto*, Struktur, S. 306; a.A. mit dem Hinweis auf die verschiedenen geschichtlichen Wurzeln der Tatbestände: *Naucke*, Lehre, S. 116.

## II. Entwicklung der Rechtsprechung zum Vermögensbegriff

Im Terminus des "Vermögensschadens" sind die beiden Unterbegriffe des "Vermögens" und des "Schadens" enthalten. Diese sind - entgegen einer weit verbreiteten Handhabung in Theorie und Praxis - strikt voneinander zu trennen, da mit beiden Problemkreisen jeweils völlig unterschiedliche Fragestellungen verknüpft sind: Während beim Schadensbegriff des Strafrechts die Bewertung einer schon als Vermögensstück *anerkannten* Position in Rede steht, geht es beim Vermögensbegriff um die denkbare Frage, ob eine bestimmte Position überhaupt zum strafrechtlich geschützten Vermögen gehört oder ob diese im Rahmen der Saldierung der durch die vorangegangenen Verhaltensweisen bewirkten Vermögensbewegungen<sup>3</sup> nicht vielmehr gänzlich außer Betracht zu bleiben hat. Ausschließlich um letzteren Problemkreis geht es im folgenden.

Der Begriff des Vermögens im Sinne der Vermögensdelikte ist seit jeher umstritten und konnte bis zum heutigen Tage keiner abschließenden Klärung zugeführt werden. Die Auseinandersetzungen sind historisch durch die sich unvereinbar gegenüberstehenden „Pole“ der juristischen Vermögenslehre auf der einen und der rein wirtschaftlichen Vermögenslehre auf der anderen Seite gekennzeichnet. Zwischen diesen beiden Positionen haben sich im Laufe der Zeit vermittelnde, „juristisch-ökonomische“ Lehren herausgebildet, die das Bestreben charakterisiert, durch eine Synthese wirtschaftlicher und rechtlicher Faktoren die Vorzüge beider Ausgangspunkte zu nutzen, ihre Nachteile aber zu vermeiden<sup>4</sup>. Freilich werden diese Lehren verschiedenartig begründet und fallen auch im Ausmaß des von ihnen gewährten Schutzes unterschiedlich aus. Der Versuch, in diesem Zusammenhang einen auf die Gegenwart bezogenen allgemeinen Entwicklungsstand herauszuarbeiten, ist schon deshalb von vornherein zum Scheitern verurteilt, weil eine Lösung dieses Problems, welche die Zustimmung aller an der geführten Diskussion Beteiligten findet, wohl nicht zu realisieren sein dürfte. Es ist auch nicht Gegenstand dieser Arbeit, sämtliche sich „im Umlauf“ befindlichen Vermögenslehren darzustellen und zu diskutieren. Gleichwohl sollen in der Folge die wichtigsten Lehren - vor allem mit Blick auf ein besseres Verständnis der sich anschließenden Ausführungen - kurz dargestellt werden.

---

<sup>3</sup> Von einer Vermögensverfügung im Sinne der §§ 263, 253 kann in einem derartigen Fall (genau genommen) nicht gesprochen werden, weil eine solche gerade eine Minderung des geschützten Vermögens voraussetzt.

<sup>4</sup> LK-Lackner (10. Aufl.), § 263 Rn. 120.

## 1. Der Juristische Vermögensbegriff

Die Rechtsprechung<sup>5</sup> legte zur Bestimmung des strafrechtlich geschützten Vermögens zunächst einen tendenziell juristischen Vermögensbegriff zugrunde, dessen Entwicklung vor allem mit den Namen BINDING<sup>6</sup> und Adolf MERKEL<sup>7</sup> verbunden ist. Danach ist das Vermögen die Summe der von der Rechtsordnung anerkannten und mit ihr durchsetzbaren, subjektiven Vermögensrechte und -pflichten einer Person ohne Rücksicht auf ihren wirtschaftlichen Wert<sup>8</sup>.

Der juristische Vermögensbegriff wird heute von niemandem mehr vertreten. Das liegt auf der einen Seite daran, daß dieser *sämtliche* subjektiven Rechte erfassen und daher auch solche Rechtspositionen schützen will, die keinerlei wirtschaftlichen Wert aufweisen. Das führte beispielsweise dazu, daß auch Eigentumsrechte geschützt werden, an denen der Eigentümer ein reines Affektionsinteresse besitzt.

Auf der anderen Seite will der juristische Vermögensbegriff *nur* subjektive Rechte schützen. Daraus folgt zwingend, daß andere - auch wirtschaftlich wertvolle - Positionen aus dem strafrechtlichen Vermögensschutz herausfallen, soweit sie nicht als subjektive Rechte definiert werden können. Das trifft vor allem auf rein tatsächliche Erwerbsmöglichkeiten zu (Einsatz der Arbeitskraft, "know-how" eines Betriebes). Diese Folge provozierte zwangsläufig rechtspolitischen Widerspruch.

## 2. Der wirtschaftliche Vermögensbegriff

Die Frage, welche Vermögensstücke gegen Vermögensstraftaten geschützt sind, wird heute eigentlich nur noch von zwei Grundauffassungen unterschiedlich behandelt. Dabei sind - wie oben angedeutet - zum einen die rein wirtschaftliche Vermögenstheorie und zum anderen die in verschiedenen Spielarten vertretenen juristisch-ökonomischen Vermittlungslehren zu benennen.

Nach dem wirtschaftlichen Vermögensbegriff ist das Vermögen die Summe *aller* wirtschaftlich (geldwerten) Güter einer natürlichen oder juristischen Person nach Abzug der Verbindlichkeiten ohne Rücksicht auf ihre rechtliche Konkretisierung oder Anerkennung<sup>9</sup>. Die Entschei-

---

<sup>5</sup> Vgl. RGSt **3**, 332, 333; **11**, 72 ff.

<sup>6</sup> Vgl. *Binding*, Lehrbuch, 238 ff (240).

<sup>7</sup> Vgl. Adolf *Merkel*, Abhandlungen, S. 101.

<sup>8</sup> Vgl. Fn. 5 – 7.

<sup>9</sup> Vgl. statt aller *Hillenkamp*, BT, Problem Nr. 31 mit einer Übersicht über die Vertreter dieser Ansicht.

derung der vereinigten Strafsenate RGSt 44, 230 ff. (Verkauf untauglicher Abtreibungsmittel) stellt den ersten Ansatz eines Übergangs von einer juristischen zu einer rein wirtschaftlichen Vermögensauffassung dar. Dort wurde der auch heute<sup>10</sup> für die wirtschaftliche Vermögenslehre noch kennzeichnende Satz aufgestellt: "Es gibt kein strafrechtlich ungeschütztes Vermögen."<sup>11</sup> Jedoch ist in dieser Entscheidung - entgegen eines weitverbreiteten Irrtums in den gängigen Lehrbüchern<sup>12</sup> - die endgültige Abkehr der Rechtsprechung vom juristischen Vermögensbegriff noch nicht vollzogen worden: Hier ist noch keine Rede davon, daß auch nichtige Forderungen zum Vermögen gehören können<sup>13</sup>. Im Gegenteil: Das RG erklärte in diesem Zusammenhang ausdrücklich, daß ein "Anspruch, der nach materiellem Recht nicht besteht, nicht Bestandteil von irgend jemandes Vermögen sein kann, und daher auch nicht demjenigen, der ihn geltend macht, durch Betrug entzogen werden kann"<sup>14</sup>. Der Abschluß der Entwicklung spiegelt sich daher erst in BGHSt 2, 364 ff. wider, wenn es dort heißt, „daß auch Werte, die jemand auf Grund von unsittlichen, gesetzeswidrigen oder gar strafbaren Handlungen besitzt, Gegenstand einer Vermögensbeschädigung im Sinne des § 263 StGB sein können“<sup>15</sup>, weil „für die strafrechtliche Würdigung der wirtschaftliche Vermögensbegriff maßgebend“<sup>16</sup> sei.

Zwar respektiert die Grundaussage der wirtschaftlichen Vermögenslehre zunächst die Einwendungen, die aus rechtspolitischen Gründen gegen den juristischen Vermögensbegriff erhoben wurden<sup>17</sup>. Jedoch wird der strafrechtliche Schutz so extrem weit ausgedehnt. Er erstreckt sich danach neben der bereits genannten, rein tatsächlichen Erwerbsmöglichkeit vor allem auch auf nichtige „Ansprüche“, insbesondere solche aus verbotenen oder (zumindest) sittenwidrigen Geschäften.

Um die Frage der Zugehörigkeit dieser Positionen zum strafrechtlich geschützten Vermögen dreht sich in erster Linie der Streit zwischen den verschiedenen Lehren. Ob und ggf. inwieweit dieser umfassende Vermögensschutz eingegrenzt werden muß, um nicht - zumindest in gewissem Umfang - unweigerlich zu inakzeptablen Wertungswidersprüchen innerhalb der gesamten Rechtsordnung führen, soll im Rahmen dieser Arbeit zu klären versucht werden.

---

<sup>10</sup> Vgl. in jüngerer Vergangenheit etwa die Entscheidung des BGH in wistra 1999, 103, 107 (unter Berufung auf BGHSt. 8, 254, 256, in welcher das Gericht wiederum auf RGSt. 44, 230 Bezug genommen hat).

<sup>11</sup> RGSt. 44, 230, 249.

<sup>12</sup> Vgl. beispielsweise *Küper*, Strafrecht BT, S. 317.

<sup>13</sup> Vgl. *Küper*, a.a.O..

<sup>14</sup> RGSt 44, 230, 236.

<sup>15</sup> BGHSt. 2, 364, 365.

<sup>16</sup> BGHSt. 2, 364, 367.

<sup>17</sup> Vgl. dazu oben, S. 3.

### 3. Die juristisch-ökonomischen Vermittlungslehren

Zwischen den beiden vorgenannten Extremen stehen die in der Literatur ganz vorherrschend vertretenen, sog. juristisch-ökonomischen Vermittlungslehren. Danach wird das Vermögen durch die Summe der wirtschaftlichen Werte einer Person gebildet, die ihr unter dem Schutz der Rechtsordnung zustehen<sup>18</sup>, bzw. über die sie mit Billigung der rechtlichen Güterzuordnung<sup>19</sup> oder jedenfalls ohne deren Mißbilligung<sup>20</sup> Verfügungsmacht hat.

Obwohl der BGH auch heute gemeinhin noch als Vertreter der rein wirtschaftlichen Betrachtungsweise reklamiert wird, ist er in Wahrheit schon seit langem weit davon entfernt, eine solche, *reine* Position einzunehmen<sup>21</sup>. Bereits in BGHSt 4, 373 (Bezahlung einer Dirne mit Falschgeld) schränkte er den wirtschaftlichen Vermögensbegriff normativ ein, indem ein Betrug deshalb verneint wurde, weil "dem Geschlechtsverkehr für das Recht kein in Geld zu veranschlagender Wert" zukomme. Offensichtlich ist, daß Ergebnis und Begründung dieser Entscheidung mit dem Satz "Vermögen ist alles, was für die wirtschaftlichen Verhältnisse einer Person Wert hat", nicht zu vereinbaren sind. Denn daß auch die "Arbeitskraft" der Dirne für diese einen wirtschaftlichen Wert hat, kann gar nicht bestritten werden. Eine Prostituierte erbringt ihre Leistungen üblicherweise nur gegen Entgelt (oder gar nicht). Dies findet im übrigen auch darin seinen Ausdruck, daß der Fiskus das auf diese Weise erwirtschaftete Geld gem. § 22 Nr. 3 EStG der Einkommenssteuer unterwirft<sup>22</sup> und die Ausübung der Prostitution in einem Haus als gewerbliche Nutzung des Hauses in gewerblichem Sinne anzusehen ist<sup>23</sup>.

Im Ergebnis wurde die vorgenannte Entscheidung des Bundesgerichtshofs - wenn auch mit modifizierter Begründung - in der noch jüngeren Judikatur unter Bezugnahme auf BGHSt 4, 373 mehrmals bestätigt: In BGH JR 1988, 125 wird ausgeführt, daß die Prostitution auch nach heutiger Auffassung "regelmäßig gegen die guten Sitten" verstoße, so daß "die Aussicht der Dirne, durch sexuelle Leistungen den versprochenen oder üblichen Lohn zu erhalten, nicht zum strafrechtlich geschützten Vermögen" gehöre<sup>24</sup>. Das Strafrecht setzte sich "in Widerspruch zur übrigen Rechtsordnung, wenn es im Rahmen des Betrugs-

---

<sup>18</sup> So etwa *Gutmann*, Vermögensschaden, S. 5; *Hirschberg*, Vermögensbegriff, S. 319 ff., insbesondere S. 329 ff.; *Tenckhoff* in JR 1988, 126, 128.

<sup>19</sup> *Cramer*, Vermögensbegriff, S. 100.

<sup>20</sup> So etwa *Lenckner*, Vermögensschaden, S. 107; *Gössel*, BT 2, § 21 Rn. 121.

<sup>21</sup> So auch *LK-Lackner* (10. Aufl.), § 263 Rn. 120; *LK-Tiedemann*, § 263 Rn. 151, 132.

<sup>22</sup> BFH in NJW 65, 79, 79 = BFHE 80, 73.

<sup>23</sup> Vgl. OLG Celle in NJW 1987, 1563.

<sup>24</sup> Zu der Frage, ob der Prostituierten „vertrag“ heute noch als sittenwidrig eingeschätzt werden kann, vgl. unten, S. 42 ff..

tatbestandes nichtigen Ansprüchen Schutz gewährte, die aus verbotenen oder sittenwidrigen Rechtsgeschäften hergeleitet werden"<sup>25</sup>.

In der Entwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung lassen sich punktuell weitere - in der Literatur bisher noch nicht immer genügend beachtete<sup>26</sup> - Durchbrechungen des wirtschaftlichen Vermögensbegriffes finden: BGHSt 20, 136 lehnte einen Vermögensschaden für den Fall ab, daß sich der Täter mit Gewalt (daher Erpressung, § 253) Quittungen vom Gläubiger für tatsächlich erbrachte Leistungen verschafft. Wenn es hier heißt<sup>27</sup>: "Der Gesamtwert eines Vermögens wird nicht dadurch vermindert, daß sein Inhaber zur Erfüllung einer fälligen Verbindlichkeit veranlaßt oder an der Durchsetzung einer nicht bestehenden Forderung gehindert wird", dann stellt der Verzicht auf die faktische Durchsetzbar- und Beweisbarkeit eine deutliche Abkehr von der wirtschaftlichen Betrachtungsweise dar.

Ähnliches gilt für die Entscheidung BGHSt 26, 346. Hier hatte der Täter eine Sache entwendet und mit der Drohung, sie andernfalls zu vernichten, dem Eigentümer gegen Rückgabe der Sache einen Betrag abgefordert, der unter dem Wert der Sache lag. Der BGH kommt mit der Begründung zu einem Vermögensschaden, daß bei der Schadensberechnung dem Gewinn der Sache nicht nur der gezahlte Betrag gegenüber zu stellen sei. Vielmehr müsse auch berücksichtigt werden, daß der Eigentümer auf die zurückgegebene Sache Ansprüche aus §§ 861, 985 BGB gehabt habe<sup>28</sup>. Zu einem Schaden kann der BGH aber nur dann kommen, wenn er die Tatsache vernachlässigt, daß diese Ansprüche praktisch nicht durchsetzbar waren, sie also in die Saldierung nicht mit ihrem *wirtschaftlichen*, sondern zum Nutzwert einsetzt. Bei Zugrundelegung einer rein wirtschaftlichen Betrachtungsweise hätten diese Ansprüche schon nicht zum geschützten Vermögen zählen dürfen, so daß die Prüfung eines Schadens obsolet geworden wäre.

Auf der gleichen Linie verneint der 1. Strafsenat in BGHSt 31, 178 den Vermögensschaden eines Maklers, der seine Leistungen an einen von Anfang an zahlungsunfähigen Kunden erbringt. Dies deshalb, weil der Kunde in seiner Entschließung über den Geschäftsabschluß "nach der auch für das Strafrecht verbindlichen Grundentscheidung des Bürgerlichen Rechts" völlig frei und der Anspruch des Maklers davon abhängig sei<sup>29</sup>. Für die Überlegung, ob mit Blick auf die bereits erbrachten Leistungen schon eine konkrete Vermögensgefährdung vorliege, sei "angesichts der klaren Wertentscheidung des Gesetzes kein Raum"<sup>30</sup>.

---

<sup>25</sup> BGH JR 1988, 125, 126; bestätigt durch BGH, wistra 1989, 142.

<sup>26</sup> So SK - *Samson/Günther*, § 263 Rn. 107.

<sup>27</sup> BGHSt 20, 136, 138.

<sup>28</sup> BGHSt 26, 346, 347.

<sup>29</sup> BGHSt 31, 178, 179.

<sup>30</sup> BGHSt 31, 178, 180.

#### 4. Entscheidungserheblichkeit des Vermögensbegriffes und Stellungnahme

Die Definition des strafrechtlichen Vermögensbegriffes stellt mit seinen sich daraus ergebenden Konsequenzen für das gesamte Vermögensstrafrecht entscheidende Weichen. So hängt doch von ihm ab, in welchem Umfang beispielsweise täuschende oder nötigende Angriffe auf Rechts- oder wirtschaftlich wertvolle Positionen strafrechtlich erfaßt werden. Da dem Gesetz keine Anhaltspunkte für eine Definition zu entnehmen sind, spielen rechts- und kriminalpolitische Überlegungen selbstredend eine große Rolle auf dem Weg zur - wie vordokumentiert, meist ergebnisorientierten - "Rechtsfindung". Jedoch muß die strafrechtliche Erfassung von Verhaltensweisen spätestens dort sein Ende finden, wo sich das Strafrecht in einen erklärten Widerspruch zu sich selbst bzw. zur übrigen Rechtsordnung setzt - und zwar auch dann, wenn das gefundene Ergebnis auf den ersten Blick kriminalpolitisch nicht zu befriedigen vermag.

In diesem Zusammenhang kann der (rein) juristische Vermögensbegriff ohne weitere Ausführung schon aus oben aufgeführten Gründen abgelehnt werden. Denn er entzieht den Vermögensdelikten jeden wirtschaftlichen Bezug und nähert sie den Delikten gegen absolute Rechte an. Daraus ergibt sich bereits ein systematischer Einwand.

Nach der hier vertretenen Ansicht kann auch dem rein wirtschaftlichen Vermögensbegriff nicht gefolgt werden: Dieser scheitert daran, daß er - wie zu zeigen sein wird - in unauflösbare Spannungen sowohl mit dem Strafrecht selbst als auch mit der sonstigen Rechtsordnung gerät, wenn er auch solche Positionen zum Vermögen zählt, deren Realisierung von der Rechtsordnung im übrigen ausdrücklich mißbilligt wird. Die für den wirtschaftlichen Vermögensbegriff charakteristische These, es gebe kein strafrechtlich ungeschütztes Vermögen, beruht im übrigen auf einem Zirkelschluß, da im Rahmen der Untersuchung des Vermögensbegriffs schließlich gerade zur Überprüfung steht, was zum Vermögen gehört und was nicht<sup>31</sup>. Dem Strafrecht kann aber nicht die Aufgabe zukommen, (zwar) geldwerte Positionen zu schützen, deren ausdrückliche *Beseitigung* von der Rechtsordnung jedoch gewollt ist. Denn dann ginge "Macht vor Recht" - und dies stellte eine Antinomie des Rechts dar, die es nicht geben kann<sup>32</sup>, auch nicht bei Anerkennung einer in anderen Fragen vielleicht berechtigten "Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken"<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> Die These ist deshalb „ebenso zutreffend wie nichtssagend“ (*Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT 1, § 41 Rn. 100).

<sup>32</sup> *Lenckner*, Vermögensschaden, S. 107.

<sup>33</sup> Vgl. *Bruns*, Strafrechtsordnung, S. 357.

Davon abgesehen kommt der wirtschaftliche Vermögensbegriff selbst nicht ohne normative Wertungen aus. Denn setzte man - diesem folgend - einmal voraus, daß „der Vermögensbegriff in erster Linie ein Begriff des wirtschaftlichen Lebens ist“<sup>34</sup>, dem alles unterfällt, was einen ökonomischen Wert aufweist, dann stellte sich zunächst die Frage, nach welchen Kriterien denn bemessen wird, welche Positionen von ökonomischem Wert sind und welche nicht. Die Beantwortung der Frage ist einfach: Einen ökonomischen Wert weisen diejenigen Positionen auf, denen ein solcher vom Wirtschaftsverkehr zuerkannt wird. Denn nicht das Recht entscheidet darüber, ob etwas Geldwert hat, sondern der Wirtschaftsverkehr<sup>35</sup>. Für den Wirtschaftsverkehr haben aber - selbstverständlich - nur solche Güter einen in Geld meßbaren Wert, für deren Verlust oder Beschädigung der Berechtigte einen Ersatzanspruch innehat. Ansonsten müßten die Positionen als wertlos angesehen werden. Das Innenhaben eines Ersatzanspruches setzt jedoch wiederum eine - unweigerlich nach rechtlichen Kriterien zu beurteilende - Zuteilung der Positionen zu bestimmten Personen voraus. Insofern hat bereits GALLAS richtig erkannt, daß sich auch eine wirtschaftliche Begriffsbestimmung des Vermögens nicht vollständig von rechtlichen Maßstäben emanzipieren kann<sup>36</sup>. Denn beides ist letztlich untrennbar miteinander verknüpft und voneinander abhängig<sup>37</sup>. Der Begriff des Vermögens gehört, auch im wirtschaftlichen Sinne verstanden, nicht einer „amoralischen“ Welt bloßer Machtbeziehungen, sondern einer von vornherein auf Ordnungswerte bezogenen sozialen Wirklichkeit an<sup>38</sup>. Dem verschließen sich im übrigen auch die Vertreter des wirtschaftlichen Vermögensbegriffs nicht, wenn dort ausgeführt wird, daß sich mit dem wirtschaftlichen Elemente in der Bezeichnung „Vermögen“ auch ein privatrechtliches verbinde, „insofern nämlich, als es nur der Privatrechtsordnung anheimfallen kann, die Beziehungen zu regeln, die vorhanden sein müssen, um ein bestimmtes Vermögensstück dem Vermögenskreise einer bestimmten Person zuzurechnen“<sup>39</sup>. Damit wird vollends offenbar, daß auch der „rein“ wirtschaftliche Vermögensbegriff nicht daran vorbeikommt, eine unbedingte Erforderlichkeit der Zuteilung von Wirtschaftsgütern anzuerkennen, die sich unumgänglich allein nach *rechtlichen* Kriterien richtet.

---

<sup>34</sup> RGSt 44, 230, 233.

<sup>35</sup> Lenckner, Vermögensschaden, S. 106.

<sup>36</sup> Betrug, S. 408.

<sup>37</sup> Unter Wirtschaft versteht man gemeinhin alle Einrichtungen und Handlungen, die der planvollen Deckung des menschlichen Bedarfs dienen, besonders die Erscheinungen der Gütererzeugung, des Güterverbrauchs, des Güterumlaufs und der Güterverteilung bzw. -zuteilung (Bertelsmann Universal Lexikon, Stichwort Wirtschaft). Dabei ist es jedoch unerlässlich, daß der Staat durch entsprechende rechtliche Bestimmungen auf die Produktion, die Ver- und Zuteilung, den Verbrauch und die Nutzung der Wirtschaftsgüter Einfluß nimmt (Bertelsmann Universal Lexikon, Stichwort Wirtschaftsrecht). Daran zeigt sich, daß Wirtschaft und Recht voneinander abhängig sind und es auch sein müssen, um eine ordnungsgemäße „Wirtschaft“, d.h. also die Deckung des menschlichen Bedarfs, überhaupt

<sup>38</sup> *Gulweg, Betrug*, S. 408.

<sup>39</sup> RGSt. 44, 230, 233.

### III. Fallgruppen

Ausgehend von den übrig gebliebenen, juristisch-ökonomischen Vermögenslehren soll im Rahmen der vorliegenden Arbeit der Versuch unternommen werden, festzustellen, in welchem Ausmaß bei der Beurteilung des Merkmals des Vermögens(-begriffs) im Rahmen der Vermögensdelikte die Aussagen sowohl des Strafrechts selbst als auch die anderer Rechtsgebiete, insbesondere des Zivilrechts, Beachtung finden müssen<sup>40</sup>.

Veranschaulicht werden soll dies - vor betrugs-, erpressungs- und untreuerelevantem Hintergrund - anhand von verschiedenen Einzeluntersuchungen, bei denen diese Problemstellung eine besondere Relevanz aufweist. Das läßt sich naturgemäß vor allem bei den Sachverhalten feststellen, in denen es um „Ansprüche“ aus - wegen Verstoßes gegen Strafgesetze oder die guten Sitten - nichtigen Geschäften geht. Im Mittelpunkt der Diskussion stehen im wesentlichen die folgenden Fallgestaltungen:

- Einsatz rechtmäßig erworbener Wirtschaftsgüter zur Erreichung eines verbotenen oder sittenwidrigen Zwecks;
- Erbringung verbotener oder sittenwidriger (Arbeits-) Leistungen und das Prellen um aus diesen Geschäften entstehende „Ansprüche“;
- die Beantwortung der Frage, ob der unrechtmäßige Besitz Bestandteil des strafrechtlich geschützten Vermögens ist.

Daß die in der Folge näher zu beschreibenden - größtenteils der Rechtsprechung entnommenen - Fallbeispiele schon der großen forensischen Bedeutung wegen meist im Bereich des Betrugstatbestandes ihre literarische Erörterung finden, liegt in der Natur der Sache begründet: Der Betrug ist nach dem Diebstahl das häufigste Vermögensdelikt. Dieser Umstand ist jedoch insofern unschädlich, als den Vorschriften der §§ 263, 253 und 266 grundsätzlich ein einheitlicher Vermögensbegriff zugrunde liegt<sup>41</sup>. Dessen ungeachtet bleiben - wie zu zeigen sein wird - die in diesem Zusammenhang von Rechtsprechung und Literatur angeführten Argumente unabhängig davon, welcher Tatbestand den Gegenstand der Untersuchung bildet, (größtenteils) die selben.

---

<sup>40</sup> Hirsch (Literaturbericht, S. 953) hat bereits im Jahre 1969 darauf hingewiesen, daß - wenn das Zivilrecht auch nur in einem Teil der Fälle eine Vorentscheidung klar ausgesprochen hat - sich aus den verschiedenen zivilrechtlichen Aspekten der Fallgruppen zumindest Vorformungen des strafrechtlichen Schadensbegriffs ergeben.

<sup>41</sup> Vgl. schon oben, S. 1.

## B. Betrug (§ 263)

### I. Einsatz rechtmäßig erworbener wirtschaftlicher Werte zur Erreichung eines verbotenen Zwecks

#### 1. Sachverhalt

Die erste der hier interessierenden Fallgruppen wird in Rechtsprechung und Literatur normalerweise unter Einschluß der sittenwidrigen und nicht allein unter dem Gesichtspunkt der strafrechtlich verbotenen Zweckerreichung diskutiert. Dies soll hier - unter Aufzeigung wesentlicher Unterschiede zwischen diesen beiden Problembereichen - voneinander getrennt behandelt werden<sup>42 43</sup>.

Den Sachverhalten, in welchen Personen wirtschaftliche Güter - bei denen es sich in den allermeisten Fällen naturgemäß um Geld handelt - zur Erreichung eines verbotenen, mit Strafe bedrohten Zwecks eingesetzt haben, ist in der Vergangenheit eine nicht zu unterschätzende forensische Bedeutung zugekommen. Es handelt sich dabei regelmäßig um Fallgestaltungen, in denen das "Opfer" dem "Täter" - meist gegen Vorkasse oder zumindest gegen Zahlung eines Vorschusses - anträgt, eine gegen das StGB oder ein sonstiges Strafgesetz verstoßende Tat zu begehen. Dabei kommt es bei der Abwicklung der Vereinbarung zu Schwierigkeiten, d.h. der Beauftragte verweigert die Ausführung dessen, wofür er vorab bezahlt wurde.

Als Prototyp wird dabei in der Literatur der "gedungene Killer" genannt, der zwar sein "Honorar" entgegennimmt, aber von Anfang an die Absicht verfolgt, die ihm angesonnene Tat nicht zu begehen<sup>44</sup>. Wie leicht sog. Lehrbuchkriminalität von der Wirklichkeit eingeholt werden kann, zeigen zwei im Jahre 1989 bzw. 1990 ergangene Urteile des LG Stuttgart<sup>45</sup> und des OLG Stuttgart<sup>46</sup>, die auch in der allgemeinen Presse Beachtung gefunden haben<sup>47</sup>.

Die Gerichte hatten in einem Zivilprozeß über folgenden Sachverhalt zu entscheiden:

---

<sup>42</sup> So wohl auch: *Schmidhäuser*, BT, Kap. 11 Rn. 31, 32.

<sup>43</sup> Vgl. zum Einsatz rechtmäßig erworbener wirtschaftlicher Werte zur Erreichung eines sittenwidrigen Zwecks unten, S. 42 ff.

<sup>44</sup> Vgl. beispielsweise *Mitsch*, S. 418; Bergmann/Freund in JR 1988, 191, 191.

<sup>45</sup> Urteil vom 29.12.1989 - 8 O 420 / 89.

<sup>46</sup> Urteil vom 22.08.1990 - 1 U 34 / 90.

<sup>47</sup> S. "Der Spiegel" Nr. 36 vom 03.09.1990, S. 77.

Im August 1989 beauftragte die M den H mit der Ermordung ihres ehemaligen Freundes und jetzigen Geschäftskonkurrenten, dem K. Als Vergütung erhielt der H schon bei Auftragserteilung 20.000,00 DM. Anstatt den Auftrag auszuführen, machte der H dem potentiellen Opfer von dem Mordauftrag Mitteilung und erstattete gemeinsam mit dem K Strafanzeige gegen M wegen versuchter Anstiftung zum Mord. Im Ermittlungsverfahren gegen M bekundete H, daß er von vornherein nicht willens gewesen sei, den ihm erteilten Auftrag auszuführen. Aus der Untersuchungshaft heraus verklagte die M den H auf Rückzahlung der 20.000,00 DM.

Das LG Stuttgart gab der Klage statt und verurteilte den H antragsgemäß; das OLG wies die dagegen gerichtete Berufung des Beklagten zurück. Sowohl die Kammer als auch der Senat waren der Auffassung, der Beklagte sei der Klägerin aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 263 zum Schadensersatz verpflichtet, weil er sie im Rahmen der Erteilung des Mordauftrags betrogen habe<sup>48</sup>.

Weitere Beispiele finden sich bei BGH NJW 1995, 1910, wo die Täter dem Opfer die Lieferung von Rauschgift zusagten und dafür eine Vorauszahlung in Höhe von 10.000,00 DM erhielten. In Wahrheit verfolgten die Täter von vornherein die Absicht, kein Rauschgift zu liefern, das Geld aber zu behalten. Die Gerichte verurteilten (u.a.) wegen Betrugs. Im Rahmen der Straßenprostitution wird immer wieder auf das gesetzliche Verbot des § 184a hingewiesen<sup>49</sup>, gegen welches bei Hingabe von Geld im beabsichtigten "Austausch" gegen Gewährung von Geschlechtsverkehr verstoßen werde.

---

<sup>48</sup> Ein der jüngsten Vergangenheit zu entnehmendes - dem vom LG bzw. OLG Stuttgart entschiedenen Sachverhalt nahezu identisches - Beispiel, welches in der allgemeinen Presse ebenfalls große Aufmerksamkeit erfahren hat (vgl. beispielsweise Kölner Stadtanzeiger vom 31.07.2001, S. 32), ist das des ehemaligen Bauministers von Brandenburg, Jochen Wolf. Wolf, der am 27.07.2001 wegen versuchter Anstiftung zum Mord am Berliner Bahnhof Zoo verhaftet wurde, gab in der Untersuchungshaft zu, einen Killer mit der Ermordung seiner Ehefrau beauftragt zu haben, um deren Unterhaltsforderungen zu entgehen. Für den Auftragsmord habe er dem Killer 20.000,00 DM versprochen, von denen er 5.000,00 DM bereits bezahlt habe. Die Staatsanwaltschaft Berlin teilte im Rahmen einer Pressekonferenz zwischenzeitlich mit, daß der Killer von Anfang an nicht vorgehabt habe, den Auftrag tatsächlich auszuführen. Es bleibt abzuwarten, ob Wolf - möglicherweise gar unter Berufung auf die Urteile des LG bzw. OLG Stuttgart - die Rückzahlung seiner Vorleistung mit der Begründung zivilrechtlich geltend macht, der von Anfang an leistungsunwillige Killer habe ihn um die 5.000,00 DM betrogen.

<sup>49</sup> Vgl. *Kühl*, Umfang, 507; Barton, Anmerkung, 485.

## 2. Zivilrechtlicher Rückerstattungs- bzw. Schadensersatzanspruch des Vorleistenden bei von Anfang an leistungsunwilligem Auftragnehmer?

Offensichtlich ist in den vorgenannten Konstellationen, daß das jeweils eingesetzte Geld des Getäuschten ursprünglich Bestandteil seines geschützten Vermögens war, wie immer man den Vermögensbegriff auch bestimmen will. Problematisch kann in diesem Zusammenhang also nur die Frage sein, ob das Vermögen des Getäuschten seines strafrechtlichen Schutzes insoweit verlustig gehen soll, als es für die Erlangung einer verbotenen - mit Strafe bedrohten - Leistung eingesetzt worden ist.

Zivilrechtlich sind jedenfalls die Verpflichtungsgeschäfte in dieser Fallgruppe allesamt gemäß § 134 BGB nichtig, so daß der den Vermögenswert Investierende gegen seinen "Vertragspartner" keinen Anspruch auf Erbringung der vereinbarten Gegenleistung hat. Hier von "nichtigen Ansprüchen"<sup>50</sup> zu reden, ist fachterminologisch inkorrekt, da ein Anspruch nach § 194 Abs. 1 BGB gerade das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu fordern - und somit eine Anspruchsgrundlage -, voraussetzt. Daran fehlt es bei einem nichtigen Rechtsgeschäft, da aus diesem kein Anspruch - oder zumindest nicht derjenige, der durch die Vereinbarung begründet werden sollte - entsteht.

Die im Falle der Einschlägigkeit von § 134 BGB vorzunehmende Auslegung des Verbotsgesetzes wird aber in den vorgenannten Fallkonstellationen neben der Nichtigkeit des Verpflichtungs- in der Regel auch eine solche des Verfügungsgeschäftes ergeben<sup>51</sup>. Insofern könnte man mit Blick auf das eingesetzte Gut über einen Herausgabeanspruch des Getäuschten nach § 985 BGB nachdenken. Gleichwohl dürfte das Entstehen dieses Anspruchs in der Praxis eine äußerst unterprivilegierte Rolle spielen<sup>52</sup>. Wird nämlich - wie in so gut wie allen, zumindest forensisch bekannt gewordenen, Fällen - Geld gezahlt, erwirbt der Täuschende daran ungeachtet der Nichtigkeit des Verfügungsgeschäftes gem. §§ 948 Abs. 1, 947 Abs. 2 BGB per Gesetz originäres Eigentum.

In diesem Fall könnte man weiter darüber nachdenken, ob dem das Geld Einsetzenden nicht ein Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB gegen seinen Geschäftspartner zusteht<sup>53</sup>. Der Geltendmachung dieses

---

<sup>50</sup> So aber beispielsweise *Geerds*, 309; *Lackner/Kühl*, § 263 Rn. 35.

<sup>51</sup> *Palandt-Heinrichs*, § 134 Rn. 13.

<sup>52</sup> Andenken könnte man diese Möglichkeit allenfalls dann, wenn Gegenstand der Vorleistung Individualgüter sind - etwa ein leicht identifizierbarer Perserteppich oder ein Kraftfahrzeug.

<sup>53</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang zu den gem. § 138 BGB nichtigen Rechtsgeschäften: *Zieschang*, Einfluß, 833.

Anspruches stünde grundsätzlich nicht die Regelung des § 817 S. 2 BGB entgegen, da es der Ausnahmecharakter dieser Vorschrift verbietet, ihr einen über das Bereicherungsrecht hinausreichenden, allgemeinen Rechtsgedanken zu entnehmen und das Rückforderungsverbot auf andere als bereicherungsrechtliche Ansprüche auszudehnen<sup>54</sup>. Gleichwohl erscheint bereits fraglich, ob die Tatbestandsvoraussetzungen des § 826 BGB hier überhaupt vorliegen. Auch für die Anwendung dieser Norm wird nämlich das Bestehen eines Rechtswidrigkeitszusammenhanges verlangt<sup>55</sup>. Danach trifft den „Täter“ der haftungsbegründende Vorwurf einer sittenwidrigen Vermögensbeschädigung nur dann, „wenn der Geschädigte die ihn schädigende Handlung gerade deswegen vorgenommen hat, weil er dazu sittenwidrig veranlaßt worden ist“<sup>56</sup>. Daraus ableiten läßt sich, daß die Vorschrift ihrem Sinn und Zweck nach dann nicht anwendbar ist, wenn - wie hier - *beiden* Parteien eine Sittenwidrigkeit zur Last fällt<sup>57</sup>. Denn in diesem Fall - wenn nämlich beide Seiten über sämtliche dem Geschäft zugrunde liegenden Umstände informiert sind und diese als strafrechtlich verboten oder sittenwidrig erkennen - ist es schon nicht denkbar, daß der Geschädigte zu der ihn schädigenden Handlung sittenwidrig veranlaßt wird. Er stiftet schließlich - in Kenntnis aller Umstände - eine andere Person zur Begehung einer Straftat gegen Bezahlung an (oder versucht dies zumindest). Die Norm des § 826 BGB will aber den Anspruchsgläubiger vor Verhaltensweisen schützen, die auf einem einseitigen Verstoß des Anspruchsschuldners gegen solche ungeschriebenen Verhaltensnormen beruhen, auf deren Einhaltung der am Verkehr Beteiligte billigerweise vertrauen darf<sup>58</sup>. Zu diesem Personenkreis kann der *wissentlich* in ein verbotenes Geschäft - und damit über alle Umstände informierte - Investierende aber nicht gehören.

Dessen ungeachtet stünde dem Anspruch aus § 826 BGB der Einwand des § 242 BGB entgegen: Die Ausübung eines Rechts ist nämlich dann mißbräuchlich, wenn der Berechtigte es durch ein eigenes sitten- oder gesetzwidriges Verhalten erworben hat<sup>59</sup>. Dies ist in den oben genannten, vom LG und OLG Stuttgart entschiedenen Konstellationen, in welchen sich der "Geschäftspartner" des Auftragskillers durch sein Tun wegen versuchter Anstiftung zum Mord gem. § 30 strafbar gemacht hat, zweifellos der Fall<sup>60</sup>: Die Vereinbarung der Tötung eines anderen

---

<sup>54</sup> BGH NJW 1992, 310, 311.

<sup>55</sup> BGH NJW 1979, 1599, 1600.

<sup>56</sup> BGH, a.a.O..

<sup>57</sup> Vgl. Staudinger-Sack, § 138 Rn. 160.

<sup>58</sup> Staudinger-Oechsler, § 826 Rn. 31.

<sup>59</sup> Palandt-Heinrichs, § 242 Rn. 43.

<sup>60</sup> A.A. Zieschang, Einfluß, Fn. 55 auf S. 847, der meint, dem Auftraggeber stehe gegen den von Anfang an leistungsunwilligen Killer ein Anspruch auf Rückzahlung des Geldes aus § 826 BGB zu; eine Fallkonstellation des § 242 BGB liege nicht vor. Eine Begründung dafür, warum hier keine „Fallkonstellation des § 242 BGB“ vorliege, wird indes nicht geliefert.

Menschen widerspricht der grundsätzlichen, verfassungsrechtlichen Werteordnung.

Gleiches gilt, wollte man dem Anstifter etwa einen Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 263 zuerkennen<sup>61</sup>. Mal abgesehen davon, daß es die Einschlägigkeit des Betrugstatbestandes vorliegend gerade zu prüfen gilt<sup>62</sup>, stünde diesem, ebenso wie dem Anspruch aus § 826 BGB sowie sämtlichen sonst noch denkbaren zivilrechtlichen Ansprüchen<sup>63</sup>, jedenfalls die - von Amts wegen zu prüfende - Norm des § 242 BGB entgegen. Es scheint ferner ausgeschlossen, den in ein strafrechtlich verbotenes Geschäft Investierenden überhaupt als von dem Schutzbereich des § 823 Abs. 2 BGB eingeschlossen anzusehen. Denn unter Anwendung des im Recht der unerlaubten Handlungen geltenden Vertrauensgrundsatzes<sup>64</sup> würde dies auch hier wieder voraussetzen, daß man das Verhalten des Auftraggebers - nämlich die vereinbarungsgemäße Hingabe von Geld als Vorleistung für eine zu begehende Straftat - als „verkehrsgerechtes Verhalten“ im Sinne des Privatrechts einstuft. Insofern scheidet ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 263 bereits daran, daß die Tatbestandsvoraussetzungen des § 823 Abs. 2 BGB nicht vorliegen. Damit erweist sich gleichzeitig das mitunter in der Literatur angeführte Argument, die Annahme einer Betrugsstrafbarkeit nach § 263 führe über den "Umweg" des § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 263 zu einem Ergebnis, das vom Zivilrecht gerade mißbilligt werde<sup>65</sup>, als nicht stichhaltig<sup>66</sup>. Derjenige, der ein gegen ein Strafgesetz verstoßendes und deshalb gem. § 134 BGB verbotenes Geschäft eingeht, hat gegenüber seinem Vertragspartner keinen Anspruch auf Rückgewähr desjenigen, was er zur Erlangung der - ausgebliebenen - Gegenleistung investiert hat.

### **3. Widerspruchsfreiheit zwischen Straf- und Zivilrecht als Voraussetzung der Bestimmung des Umfangs strafrechtlichen Vermögensschutzes?**

---

<sup>61</sup> So aber LG Stuttgart und OLG Stuttgart, vgl. oben Fn. 45 und 46.

<sup>62</sup> Insofern liefe es nämlich auf einen Zirkelschluß hinaus, einen zivilrechtlichen Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. einem Schutzgesetz herzuleiten, dessen Tatbestandsvoraussetzungen gerade auf ihr Vorliegen hin überprüft wird.

<sup>63</sup> Wie z.B. dem aus § 985 BGB, vgl. oben, S. 12.

<sup>64</sup> Vgl. obige Ausführungen zu § 826 BGB.

<sup>65</sup> Vgl. *Freund/Bergmann*, Reichweite, 190 m.w.N..

<sup>66</sup> Ähnlich - allerdings für nach § 138 BGB „nur“ sittenwidrige Geschäfte - auch *Zieschang*, Einfluß, S. 834, der diesen Anspruch aber nicht schon am mangelnden Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen des § 823 Abs. 2 BGB, sondern lediglich daran scheitern lassen will, daß ihm jedenfalls der Einwand des § 242 BGB entgegenstehe. Im Falle des von Anfang an leistungsunwilligen Killers soll die Vorschrift des § 242 BGB den Auftraggeber nach Ansicht *Zieschangs* allerdings nicht daran hindern, auf Rückerstattung des gezahlten Geldes abzielende Ansprüche aus § 826 BGB geltend zu machen (vgl. oben, Fn. 60).

Dieses Ergebnis vor Augen stellt sich - mit den Worten LENCKNERS<sup>67</sup> gesprochen - die Frage, ob es eine "Antinomie des Rechts" darstellt, wenn ein im Rahmen eines gegen § 134 BGB verstoßenden Geschäfts auf's Spiel gesetzter, wirtschaftlicher Wert gleichwohl strafrechtlichen Schutz erfährt. CRAMER<sup>68</sup> hat diesbezüglich angemerkt, "es wäre grotesk, würde das Zivilrecht einem Rechtsgeschäft die Verbindlichkeit absprechen, weil es gegen ein Strafgesetz (!) verstößt, das Strafrecht aber die aus diesem nichtigen Vertrag stammenden "gegenseitigen Ansprüche" schützen, mit der Konsequenz, daß die Kontrahenten u.U. aus Angst vor Strafe die nichtigen Ansprüche befriedigen und damit einen Zustand schaffen, der von einem anderen Teil der Rechtsordnung nicht gewollt ist".

Durch diese Äußerungen soll also - mit einfachen Worten gesprochen - zum Ausdruck gebracht werden, daß es zwischen dem Bürgerlichen und dem Strafrecht keine Widersprüche geben dürfe bzw. daß das Ergebnis der zivilrechtlichen Prüfung nicht dadurch unterlaufen werden könne, daß das Strafrecht den sich aus den nichtigen Vereinbarungen möglicherweise gleichwohl ergebenden, wirtschaftlichen Werten seinen Schutz zukommen lasse.

Notwendige Prämisse für die - uneingeschränkte - Richtigkeit dieser Thesen wäre aber zunächst, daß zivilrechtliche Wertungen überhaupt auf das Strafrecht - speziell auf das Vermögensstrafrecht - übertragbar sind. Das heißt, es steht zunächst einmal zur Überprüfung, inwiefern das Zivilrecht auf das Strafrecht Einfluß zu nehmen in der Lage ist. Diese Frage kann nicht ohne Eingehen auf die grundsätzliche Stellung des Strafrechts innerhalb der Rechtsordnung beantwortet werden.

#### **a. Die Stellung des Strafrechts innerhalb der Rechtsordnung unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses von Straf- und Zivilrecht**

##### **aa. Das Strafrecht als Teilbereich des öffentlichen Rechts**

Da das Strafrecht nicht, wie das Zivilrecht, auf dem Prinzip der Gleichordnung, sondern auf dem der Unterordnung des Einzelnen unter die (ihm durch die Strafnorm befehlend gegenüberstehende) Strafgewalt beruht, ist es Bestandteil des öffentlichen Rechts. Es umfaßt die Gesamtheit der Rechtsnormen, die Inhalt und Umfang der staatlichen Strafbefugnis bestimmen<sup>69</sup>, wobei das Recht des Gesetzgebers, über-

---

<sup>67</sup> Vermögensschaden, S. 107.

<sup>68</sup> Grenzen, S. 475.

<sup>69</sup> Nestler, Rechtsgüterschutz, S. 65.

haupt Strafe anzudrohen, das *ius puniendi*, aus Art. 74 GG zu entnehmen ist<sup>70</sup>. Es gibt kein schärfer ausgeprägtes Hoheits- und Unterwerfungsverhältnis als dasjenige, in dem sich der Staat das Individuum durch den Zwang zum Erleidenmüssen der Strafe unterwirft: Das Strafrecht schöpft seine Befugnis aus dem Recht des Staates zum Strafen. Dem steht nicht entgegen, daß den Beteiligten teilweise ein rechtsgestaltender Einfluß auf die Voraussetzungen und die Folgen des Strafrechts eingeräumt ist<sup>71</sup>. Auch durch die Einflußmöglichkeit des Verletzten auf die Verwirklichung der staatlichen Strafbefugnis in den Fällen, in welchen das Interesse am Rechtsfrieden hinter der grundsätzlich Strafverfolgungsverpflichtung zurücktritt, wird die zwingende Natur des Strafrechts nicht geschmälert<sup>72</sup>.

## bb. Aufgabe des Strafrechts

Um die Stellung des Strafrechts in der Rechtsordnung sowie dessen Verhältnis zu anderen Rechtsgebieten näher bestimmen zu können, muß man sich zunächst Klarheit über die Aufgabe des Strafrechts verschaffen.

### (1) Rechtsgüterschutz

Aufgabe des Strafrechts ist nach heute allgemein anerkannter und richtiger Meinung der Schutz der Rechtsgüter der Bürger und der Gemeinschaft vor Gefährdung oder Verletzung<sup>73</sup>. Der Rechtsgutsbegriff hat in die Dogmengeschichte bereits in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts Eingang gefunden (Birnbäum) und seither viele Wandlungen erfahren<sup>74</sup>. Gleichwohl liegen allen Strafrechtsnormen Werturteile über

---

<sup>70</sup> Roxin, Grundlagen, § 2 I.; a.A. Klose, Ius, S. 33 f., der diese Kompetenzregelung nicht als "Ermächtigungsgrundlage" ausreichen lassen will und sich deshalb für ein reines "Maßnahmenrecht" ausspricht.

<sup>71</sup> Beispielsweise kann aufgegebenes Eigentum nicht Gegenstand von Eigentumsdelikten sein.

<sup>72</sup> Z.B. beim Klageerzwingungsverfahren (§§ 172 ff. StPO), der Privatklage (§§ 374 ff. StPO), der Nebenklage (§§ 395 ff. StPO) oder den Antragsdelikten (§§ 74 ff.).

<sup>73</sup> So stellt Armin Kaufmann, Aufgabe, 5, fest, es werde "in der Strafrechtswissenschaft der Satz nicht ernsthaft bestritten, daß Rechtsgüterschutz die Aufgabe des Strafrechts ist". Maurach/Zipf, AT/1, § 19 Rn. 5 führen aus: "Es hat den Anschein, daß der immer wieder angefeindete und angezweifelte Begriff des Rechtsguts sich im Rechtsdenken der Gegenwart im wesentlichen durchgesetzt hat." Kienapfel, AT, 39, meint, der Rechtsgutsbegriff gehöre "trotz mancher Anfeindungen heute mehr denn je zu den unverrückbaren Eckpfeilern des strafrechtlichen Lehrgebäudes". Für den Rechtsgüterschutz als primäre Aufgabe des Strafrechts auch: AK-Hassemer, vor § 1 Rn. 247; Roxin, Grundlagen, § 2 Rn. 48; SK-Rudolphi, vor § 1 Rn. 2; Baumann/Weber, AT § 3 II. 2a; Bockelmann/Volk AT, S. 10; Lackner/Kühl, Vor § 13 Rn. 3, 4; LK-Jescheck (10. Aufl.), Vor § 13 Rn. 5; ders. in LK, Vor § 13 Rn. 5; Sch/Sch Lenckner, Vorbem. § 13 Rn. 8, 11; Wessels/Beulke, AT, Rn. 6.

<sup>74</sup> LK-Jescheck, Vor § 13 Rn. 6; zusammenfassend: Hirsch, Rechtsgüterschutz, S. 427 ff..

Lebensgüter zugrunde, die für das Zusammenleben der Menschen in der Gemeinschaft unentbehrlich sind und deshalb durch die Androhung öffentlicher Strafe gegen ihre Verletzung geschützt werden müssen<sup>75</sup>.

## (2) Abweichende Auffassungen in Rechtsprechung und Literatur

- Die Rechtsprechung hat in der Vergangenheit teilweise den Standpunkt vertreten, Aufgabe des Strafrechts sei in erster Linie die Gewährleistung allgemeiner Rechtssicherheit<sup>76</sup>, welche durch die Verbrechensbegehung nachhaltig gefährdet werde<sup>77</sup>. Unterstützt wurde die Praxis diesbezüglich vor allem von BRUNS<sup>78</sup>. Begründet wurde dies damit, daß allein so Berücksichtigung finde, "daß das Verbrechen nicht zuletzt als Pflichtverletzung des Verbrechers gewertet und dieser wegen der von ihm betätigten, verbrecherischen Gesinnung und seiner dabei zutage getretenen Gefährlichkeit für die allgemeine Rechtsordnung bestraft werden muß - auch dann, wenn der Strafschutz einem Unwürdigen unverdient zugute kommt"<sup>79</sup>. Denn die Strafrechtsordnung gelte "auch für und gegen Verbrecher untereinander"<sup>80</sup>.

Diese Ausführungen veranlassen in mehrfacher Hinsicht zu Kritik: Nicht bestritten werden soll zunächst, daß das Strafrecht - auch - der Rechtssicherheit im Ganzen dienen will<sup>81</sup>. Denn dadurch, daß es die Güter des einzelnen schützt, schafft es zugleich die Voraussetzung für das allgemeine Vertrauen in die Unverletzlichkeit dieser Rechtsgüter. Soweit jedoch angeführt wird, die von dem Täter betätigte Gesinnung sowie dessen zutage getretene Gefährlichkeit für die allgemeine Rechtsordnung seien zu berücksichtigen, entfernen sich der BGH und BRUNS in äußerst bedenklicher Weise von den Grundlagen des Strafrechts. Das StGB knüpft die Strafe an ein bestimmtes Verhalten an, das in den Tatbeständen des besonderen Teils umschrieben ist und dem Täter zum Vorwurf gemacht wird<sup>82</sup>. Dabei begründet nur die Tat als konkretes Geschehen, nicht aber eine bestimmte Struktur der Täterpersönlichkeit die Strafbarkeit. Insofern ist das Strafrecht Tatstrafrecht und nicht Täterstrafrecht<sup>83</sup>. Von daher ist es verfehlt, den Aspekt der „Gefährlichkeit des Täters für die allgemeine Rechtsordnung“ als Kriterium für dessen Strafbarkeit heranzuziehen. Gleiches gilt, soweit auf die Gesinnung des Täters abgestellt wird. Die kriminelle Gesinnung

---

<sup>75</sup> LK-Jescheck, a.a.O..

<sup>76</sup> BGHSt. 2, 364, 368.

<sup>77</sup> RGSt. 44, 230, 248.

<sup>78</sup> Strafrechtsordnung, 361.

<sup>79</sup> Bruns, a.a.O.; BGHSt. 2, 364, 368.

<sup>80</sup> Bruns, a.a.O..

<sup>81</sup> Vgl. Lenckner, Vermögensschaden, S. 107.

<sup>82</sup> Vgl. Sch./Sch.-Lenckner, Vorbem. §§ 13 ff. Rn. 3.

<sup>83</sup> Vgl. Sch./Sch.-Lenckner, a.a.O..

des „Täters“ allein ist kein ausreichender Anknüpfungspunkt für die Verhängung strafrechtlicher Sanktionen<sup>84</sup>. Die Persönlichkeit des Täters ist vielmehr ausschließlich bei der Auswahl und Bemessung der Deliktsfolgen von Bedeutung, *nachdem* festgestellt wurde, daß der Betroffene überhaupt eine Straftat begangen hat. Als völlig inhaltslos stellt sich der „Hinweis“ dar, das Verbrechen müsse nicht zuletzt als Pflichtverletzung des Verbrechers gewertet werden. Denn dies bedeutet - was selbstverständlich ist - nichts anderes, als daß das konkrete Verhalten des Betroffenen die für einen Straftatbestand geforderten Prämissen erfüllen muß, um es als Straftat - und somit als „Pflichtverletzung“ - zu qualifizieren. Dies setzt aber wiederum voraus, daß das Verhalten des Betroffenen zur Verletzung eines vom Strafgesetzbuch geschützten Rechtsguts führt oder eine solche zumindest angestrebt wurde.

Letztlich können die obigen Ausführungen denknotwendig kein wirkliches Argument dagegen darstellen, die Aufgabe der Strafe im Schutz von Rechtsgütern zu sehen.

- Von einem Teil des Schrifttums wird dem Rechtsgüterschutzgedanken die Eignung zur Bestimmung des materiellen Verbrechensbegriffs abgesprochen<sup>85</sup>.

So meint JAKOBS, "die für eine Güterverletzung irrelevanten Tatmodalitäten objektiver und subjektiver Art" sowie die Sonderdelikte ließen sich nicht erklären, wenn der Zweck der Normen allein im Rechtsgüterschutz gesucht werde<sup>86</sup>. Jedoch läßt diese Meinung unberücksichtigt, daß allein aufgrund der Tatsache, daß man die Aufgabe des Strafrechts im Schutz von Rechtsgütern sieht, noch nicht gesagt ist, daß jede Rechtsgutsverletzung oder -gefährdung ohne Rücksicht auf die Art und Weise ihrer Herbeiführung eine Bestrafung zur Folge haben muß. Das Strafrecht schützt nur einen Teil der Rechtsgüter und auch diese nicht generell, sondern oft (wie das Vermögen) nur gegen einzelne Angriffsarten. Insofern kann diese Ansicht kein wirkliches Argument aufbieten, welches gegen die Rechtsgüterschutztheorie spräche.

WELZEL vertritt die Ansicht, die "zentrale Aufgabe des Strafrechts" sei der "Schutz der elementaren sozialemischen Gesinnungs- (Handlungs-) Werte"<sup>87</sup>. Man hat WELZEL des öfteren vorgeworfen, er ethisiere das Strafrecht und sehe im Rechtsgüterschutz nicht mehr dessen eigentliche Aufgabe<sup>88</sup>. Dieser Vorwurf läßt sich durchaus auf die von WELZEL gewählte Formulierung stützen, wenn er beispielhaft etwa Treue, Gehorsam und Achtung vor der Person als sozialemische Gesinnungswert-

---

<sup>84</sup> Vgl. *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, S. 541; *Zieschang*, Einfluß, S. 842.

<sup>85</sup> Wenn die oder eine Aufgabe des Strafrechts im Schutz von Rechtsgütern gesehen wird, muß dies natürlich Konsequenzen für den Begriff des Verbrechens haben (welches dann die Gefährdung oder Verletzung von Rechtsgütern wäre).

<sup>86</sup> *Jakobs*, AT, 2. Abschn. Rn. 16 ff.

<sup>87</sup> *Welzel*, Strafrecht, S. 4.

<sup>88</sup> Vgl. beispielsweise *SK-Rudolphi*, vor § 1 Rn. 2.

te nennt. Gleichwohl geht der Vorwurf letztlich in's Leere: Denn wenn man sich vor Augen führt, daß WELZEL die Aufgabe des Strafrechts "im Rechtsgüterschutz durch den Schutz der elementaren, sozialetischen Handlungsunwerte" sieht<sup>89</sup>, wird klar, daß er das Prinzip des Rechtsgüterschutzes nicht leugnet, sondern es nur in einen größeren gesellschaftlichen Zusammenhang einbettet.

### (3) Überwiegende Ansicht und Stellungnahme

Abgesehen von diesen - nicht zentralen<sup>90</sup> - Meinungsverschiedenheiten ist die Aufgabe der Strafe als Rechtsgüterschutz anerkannt.

Dies kann gleichwohl nicht darüber hinwegtäuschen, daß es bisher wohl nicht gelungen ist, den Begriff des Rechtsguts so zu bestimmen, daß er eine rechtlich fundierte und inhaltlich befriedigende Abgrenzung böte. Zwar stellt die Aufgabenbestimmung des Strafrechts vom Rechtsgut her den Versuch dar, dem Strafgesetzgeber ein plausibles und verwendungsfähiges Kriterium seiner Entscheidungen an die Hand zu geben und dieses zugleich einer externen Überprüfungsmöglichkeit zuzuführen. Es kann auf der anderen Seite aber auch nicht geleugnet werden, daß der systemimmanente Rechtsgutsbegriff in neuerer Zeit dadurch immer mehr in die Krise geraten ist, daß sich der Kreis der aufgenommenen Universalrechtsgüter immer mehr ausweitet<sup>91</sup>. Es ist ein Prozeß zunehmender Vergeistigung der Rechtsgüter zu beobachten; man spricht auch von einer Entmaterialisierungstendenz des Rechtsgutsbegriffs<sup>92</sup>. Zwar ist es in den meisten Fällen schon bei näherem Hinsehen möglich, die eigentlich geschützten Rechtsgüter systemimmanent festzustellen<sup>93</sup>. Ein solches Vorgehen macht jedoch auch in anderen – insofern problematischeren – Bereichen wie beispielsweise dem Umweltstrafrecht Sinn, um einer Expansion von Universalrechts-

---

<sup>89</sup> Welzel, Strafrecht, a.a.O..

<sup>90</sup> So Roxin, Grundlagen, § 2 Rn. 48.

<sup>91</sup> Vgl. Hirsch, Rechtsgutsbegriff, S. 438.

<sup>92</sup> Hirsch, a.a.O., mit weiteren Nachweisen aus der Literatur. Einschlägige Beispiele aus dem „modernen“ Strafrecht werden von Hirsch a.a.O. (S. 426 f.) unter Verweis auf entsprechende Fundstellen angeführt: So ist hinsichtlich des sogenannten Subventionsbetruges von der „Institution der Subvention als Instrument staatlicher Wirtschaftslenkung und den mit ihr verfolgten wirtschaftspolitischen Zielsetzungen“ und in Bezug auf den Tatbestand des Versicherungsmißbrauchs von der „sozialen Leistungsfähigkeit des Versicherungswesens“ als überindividuellen Rechtsgütern die Rede. Im Umweltstrafrecht werden schlicht die „Umwelt“ oder allgemein „Wasser, Luft und Boden“ als geschützte Rechtsgüter genannt. Beim Straßenverkehrsrecht soll es um das Rechtsgut der „Sicherheit des Straßenverkehrs“ gehen. Und bei der Geldwäsche verweist ein Teil des Schrifttums bezüglich der meisten Begehungsformen schlicht auf die „innere Sicherheit“ als Rechtsgut.

<sup>93</sup> Vgl. Hirsch, a.a.O., der dies am Tatbestand des Subventionsbetruges (geschütztes Rechtsgut ist allein das Vermögen) sowie mit Blick auf das Straßenverkehrsrecht (geschützt sind die am Straßenverkehr beteiligten Rechtsgüter wie Leib, Leben und Eigentum) vorführt (S. 439 f.).

gütern insoweit Einhalt zu gebieten<sup>94</sup> und die Konsequenzen derartiger Tendenzen – nämlich eine immer größere Vorverlagerung der Strafbarkeit sowie unangemessene und innerhalb des Gesetzes unabgestimmte Strafdrohungen<sup>95</sup> - zu vermeiden. Es wird deshalb eine wesentliche künftige Aufgabe der Wissenschaft sein, den Rechtsgutsbegriff mit dem Blick auf seine positivrechtliche Funktion genauer als bisher zu definieren<sup>96</sup>, um der Judikatur so ein griffigeres „Gerüst“ an die Hand zu geben. Letztlich ist selbst eine durch die Bejahung unbestimmterer Universalrechtsgüter erfolgende Aufweichung des Rechtsgutsbegriffs keinesfalls unvermeidlich<sup>97</sup>, so daß jede im StGB enthaltene Norm ein oder mehrere bestimmte Rechtsgüter schützt.

### cc. Sekundarität bzw. Autonomie des Strafrechts

Das Verhältnis des Strafrechts zu anderen Rechtsgebieten, insbesondere zum Zivil- und Verwaltungsrecht, wird oftmals durch schlagwortähnliche und insofern äußerst unbestimmte Bezeichnungen beschrieben. Es wird einerseits darauf hingewiesen, daß es nur dann eingesetzt werden dürfe, wenn andere Mittel der sozialen Problemlösung - wie die zivilrechtliche Klage, polizei- oder gewerberechtliche Anordnungen, nicht strafrechtliche Sanktionen usw. - zu versagen drohten<sup>98</sup>. Als die "ultima ratio legis" gegenüber anderen Sachgebieten des Rechts entfalte es nur "sekundäre" Wirkung<sup>99</sup>. Mit dieser Feststellung geht regelmäßig eine andere einher: Weil das Strafrecht als typisches Interessenschutzrecht sekundär sei, könne es in der Gestaltung seiner Voraussetzungen nicht selbständig agieren, sondern müsse insofern auch von seinen Anknüpfungspunkten her akzessorisch sein<sup>100</sup>. Es müsse sich damit begnügen, mit für andere Rechtsgebiete geltenden Begriffen und Instituten zu operieren, welche es zu übernehmen habe. In diesem Zusammenhang wird - in Anlehnung an die Worte BINDINGS<sup>101</sup> - häufig auch vom sog. "fragmentarischen" Charakter des Strafrechts gesprochen<sup>102</sup>.

Auf der anderen Seite wird hervorgehoben, das Strafrecht sei gegenüber anderen Rechtsgebieten selbständig und von diesen unabhängig<sup>103</sup>. Es arbeite mit spezifischen Mitteln - der Strafe und den vorbeu-

---

<sup>94</sup> Hirsch, a.a.O., S. 441.

<sup>95</sup> Hirsch, a.a.O., S. 439.

<sup>96</sup> Hirsch, a.a.O., S. 444.

<sup>97</sup> Hirsch, a.a.O., S. 443.

<sup>98</sup> Roxin, Grundlagen, § 2 Rn. 38.

<sup>99</sup> So spricht Rudolphi in SK, Vor § 1 Rn. 14, vom "Grundsatz der Subsidiarität des Strafrechts", wonach das Strafrecht die ultima ratio des Rechtsgüterschutzes darstelle.

<sup>100</sup> Maurach/Zipf, AT/1, § 2 Rn. 8.

<sup>101</sup> Binding, Lehrbuch, S. 20 f..

<sup>102</sup> Vgl. Jescheck/Weigend, AT, § 7, II.

<sup>103</sup> Bruns, Befreiung.

genden Maßnahmen. Dies begründe eine Sonderstellung des Strafrechts<sup>104</sup>, so daß dieses nicht ohne weiteres an die von anderen Rechtsgebieten erarbeiteten Prämissen anknüpfen könne. Das Strafrecht sei nicht nur in Auswahl und Handhabung seiner Zwangsmittel, sondern auch in der Aufstellung seiner für deren Anwendung zu erfüllenden Voraussetzungen völlig selbständig. Es müsse deshalb nicht nur einen spezifisch strafrechtlichen Unrechtsbegriff geben, sondern das Strafrecht müsse darüber hinaus, insbesondere mit Blick auf seine Begriffstechnik, von anderen Sparten des Rechts abgeschichtet werden<sup>105</sup>.

In einer derartigen "schwarz/weiß" Betrachtungsweise vermischen sich verschiedene Gedankengänge mit richtigen und falschen Schlußfolgerungen. Will man die Stellung des Strafrechts im Verhältnis zu den anderen Rechtsgebieten bestimmen, wird man in vielerlei Hinsicht differenzieren und die jeweiligen Umstände des Einzelfalles genau betrachten müssen.

### **(1) Sekundarität des Strafrechts**

Die Aufgabe der Rechtsordnung schlechthin ist es, Vorkehrungen für ein geregeltes Zusammenleben der vom Staat umschlossenen Gesamtheit zu treffen<sup>106</sup>. Dabei hat sich das Strafrecht nach obigen Ausführungen daran zu orientieren, welche der in der Rechts- und Sozialordnung enthaltenen Werte als besonders schutzwürdig erscheinen, um deren Schutz in einer möglichst wirkungsvollen Art und Weise - durch Anwendung der ihm zur Verfügung stehenden Zwangsmittel - zu gewährleisten.

Dabei stehen aber nicht nur dem Strafrecht Zwangsmittel zur Seite, sondern diese nehmen vielmehr sämtliche Rechtsgebiete für sich in Anspruch. So kennt das Zivilrecht zahlreiche Möglichkeiten, um die Folgen von ihm mißbilligter Geschäfte rückgängig zu machen bzw. den Erfolg derartiger Vereinbarungen gar nicht erst eintreten zu lassen: Die Rückforderungsansprüche bei rechtsgrundloser Bereicherung; die Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Geschäften; die Rückgewährschuldverhältnisse bzw. Schadensersatzansprüche im Gewährleistungsrecht usw..

Gleiches gilt für das Verwaltungsrecht, welches von Zwangs- und Bußgeldauflagen, Ersatzvornahmen, unmittelbarem Zwang, polizeilichen Verboten, Entziehung von Konzessionen etc. Gebrauch macht.

---

<sup>104</sup> *Kühl*, Umfang, S. 507.

<sup>105</sup> Vgl. *Maurach/Zipf*, AT/1, § 2 Rn. 8.

<sup>106</sup> *Maurach/Zipf*, AT/1, § 2 Rn. 11.

Die Rechtsordnung hat damit verschiedenste Möglichkeiten zur Verfügung, sich Autorität zu verschaffen und ihre Durchsetzung zu gewährleisten. Hinsichtlich Auswahl und Anwendung ist dabei aber immer das sich aus dem Rechtsstaatsprinzip unserer Verfassung abgeleitete Verhältnismäßigkeitsprinzip (Grundsatz des relativ mildesten Mittels<sup>107</sup>) zu berücksichtigen - d.h. eine Maßnahme ist nicht rechtmäßig, solange ein milderer Eingriff den gleichen Erfolg verspricht. Da das Strafrecht die härtesten aller staatlichen Eingriffe in die Freiheit des Bürgers ermöglicht, darf es nur dort eingesetzt werden, wo mildere Mittel keinen ausreichenden Erfolg versprechen. Es verstieße gegen das Übermaßverbot, wollte man bei einem "gewöhnlichen", zivilrechtlichen Vertragsverstoß zum scharfen Schwert des Strafrechts greifen. Der Käufer eines Gegenstandes kann auch durch zivilrechtliche Klage und ggf. Zwangsvollstreckungsmaßnahmen zur Einhaltung seiner Zahlungsverpflichtung aus dem Kaufvertrag gebracht werden. Es wäre unangemessen, hier strafrechtlich einzuschreiten. Lediglich bei von Anfang an vorhandener Zahlungsunwilligkeit wird das Rechtsgut "Vermögen" des Vertragspartners so nachhaltig beeinträchtigt, daß der Betrugstatbestand Platz greift.

## **(2) Autonomie des Strafrechts**

Das Verhältnis des Strafrechts zu benachbarten Rechtsgebieten ist sehr komplex. Umstritten ist dabei insbesondere, inwieweit die Bestimmung des strafrechtlichen Unrechts von anderen Teilen des Rechts - und insbesondere vom Zivilrecht - abhängig ist. Im Rahmen dieser Streitfrage hat HIRSCH (im Zusammenhang mit dem Vermögensbegriff beim Betrug) die im Strafrecht verbreitete Neigung kritisiert, "die übrige Rechtsordnung, namentlich das Zivilrecht, souverän zu ignorieren"<sup>108</sup>.

Das Privatrecht ist der Teil der Rechtsordnung, der die Beziehungen der einzelnen zueinander auf der Grundlage der Gleichordnung und Selbstbestimmung regelt<sup>109</sup>.

Im Prozeß soll ein gerechter Interessenausgleich zwischen den sich gegenüber stehenden Bürgern erreicht werden. Dies allerdings nur im Rahmen dessen, was von den Parteien selbst oder durch ihre Prozeßvertreter in den Rechtsstreit eingeführt wird (Verhandlungsmaxime). Demgegenüber herrscht im Strafverfahren die Amtsaufklärungspflicht, da die Ermittlung des wahren Sachverhalts die zentrale Aufgabe des Strafprozesses darstellt<sup>110</sup>. Entsprechend ist die Staatsanwaltschaft gem. § 160 Abs. 2 StPO bereits im Ermittlungsverfahren sowohl die zur

---

<sup>107</sup> Vgl. dazu SK-Rudolphi, vor § 1, Rn. 14.

<sup>108</sup> Hirsch, Literaturbericht, S. 953.

<sup>109</sup> Palandt - Heinrichs, Einl., Rn. 2.

<sup>110</sup> BVerfGE 57, 250, 275.

Belastung als auch die zur Entlastung dienenden Umstände zu ermitteln und die diesbezüglich Beweise zu sichern verpflichtet.

Das Strafrecht macht von den ihm zur Verfügung stehenden Zwangsmitteln auch nicht zwecks Güterausgleichs Gebrauch, währenddem die Auferlegung einer Ersatzpflicht im Zivilrecht stets nur dazu dienen soll, einem anderen den ihm entstandenen Schaden auszugleichen. Die Unabhängigkeit des Strafrechts spiegelt sich weiter darin wider, daß eine Bindung des Strafrichters auch beim Vorliegen eines Zivilurteils über den gleichen Sachverhalt grundsätzlich nicht gegeben ist<sup>111</sup>. Der Strafrichter ist befugt, nicht aber verpflichtet, das Verfahren im Falle der vermuteten Präjudizialität einer durch ein Zivilgericht zu untersuchenden Frage auszusetzen (§ 262 StPO). Das gleiche gilt für die Abhängigkeit von verwaltungsbehördlichen und verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen<sup>112</sup>. Die unterschiedlichen Charaktere der Rechtsgebiete spiegeln sich in formellrechtlicher Hinsicht weiter darin wider, daß beispielsweise eine dem § 85 Abs. 2 ZPO entsprechende Regelung, wonach das Verschulden des Bevollmächtigten dem der Partei gleichsteht, in der Strafprozeßordnung fehlt, wohingegen diese Norm im verwaltungsgerichtlichen Verfahren über § 173 VwGO entsprechend anzuwenden ist<sup>113</sup>. Der hinter § 85 Abs. 2 ZPO stehende Zweck, wonach die Partei, die ihren Prozeß durch einen von ihr selbst bestellten Vertreter führt, in jeder Weise so dastehen soll, als wenn sie den Prozeß selbst führen würde<sup>114</sup>, kann wegen des einschneidenden Zwangsmittels der Strafe im Strafrecht keine Anwendung finden. Dementsprechend gestalten sich auch die Konsequenzen eines Ausbleibens des - notwendigen - Verteidigers bzw. Prozeßvertreters unterschiedlich: Das Gericht darf die mündliche Hauptverhandlung im Falle einer notwendigen Verteidigung (§ 140 StPO) nicht durch- bzw. weiterführen, wenn der Angeklagte keinen Verteidiger hat (§ 145 StPO), weil dieser zu den Personen gehört, deren ununterbrochene Anwesenheit in der Verhandlung notwendig ist<sup>115</sup>. Demgegenüber hält die Zivilprozeßordnung für den Fall des Ausbleibens bzw. Nichtauftretens des nach § 78 ZPO notwendigen Prozeßvertreters die Möglichkeit des Erlasses eines Versäumnisurteils bereit (§§ 330 f. ZPO)<sup>116</sup>.

---

<sup>111</sup> Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn das Zivilurteil rechtsgestaltende Wirkung entfaltet (RGSt. 14, 364, 374; BGHSt. 5, 106, 110). Die weitergehende frühere Auffassung, welche die Präjudizialität auch auf andere Urteile erstreckte, ist mittlerweile aufgegeben worden (BGH, a.a.O.).

<sup>112</sup> RGSt. 48, 389, 391.

<sup>113</sup> Baumbach - Hartmann, § 85 Rn. 41.

<sup>114</sup> Baumbach - Hartmann, § 85 Rn. 2.

<sup>115</sup> Kleinknecht/Meyer, § 145 Rn. 3.

<sup>116</sup> Gleiches gilt im übrigen für den Fall, daß der Angeklagte selbst nicht zum Termin zur mündlichen Hauptverhandlung erscheint: Während gegen einen ausgebliebenen Angeklagten eine mündliche Verhandlung nicht statt findet (§ 230 Abs. 1 StPO), kann gegen eine nicht zum Termin erscheinende Partei im Zivilprozeß gleichwohl ein Versäumnisurteil ergehen.

In materiellrechtlicher Hinsicht weisen Straf- und Zivilrecht auf der Tatbestandsebene sehr starke Unterschiede auf. Dabei stellt das Strafrecht als Voraussetzung dafür, die ihm zur Verfügung stehenden Machtmittel zur Anwendung zu bringen, strengere Anforderungen an den (Unrechts-) Sachverhalt als das Zivilrecht. Beispielsweise ist der strafrechtliche Fahrlässigkeitsbegriff erheblich feiner als der nur auf Haftung - d.h. also auf Güterausgleich - zugeschnittene Fahrlässigkeitsmaßstab des bürgerlichen Rechts. Das kann zur Folge haben, daß im Rahmen eines Verkehrsunfalls mit Personenschaden zwar die Voraussetzungen des § 823 Abs. 1 BGB mit der Folge einer Schadensersatzpflicht des Unfallverursachers vorliegen, dieser aber gleichwohl noch keine fahrlässige Körperverletzung nach § 229 begangen haben muß. Auch muß der Schädiger über § 823 Abs. 1 BGB für den von ihm fahrlässig verursachten Sachschaden haften, während eine Sachbeschädigung im Sinne von § 303 nur bei einem vorsätzlichen Verstoß mit Strafe bedroht ist. Eine arglistige Täuschung im Sinne des § 123 BGB braucht noch kein Betrug zu sein<sup>117</sup> und eine Besitzentziehung nach § 858 BGB erfüllt nicht notwendig den Tatbestand des Diebstahls. Der Gedanke der zivilrechtlichen Gefährdungshaftung oder die Zurechnung über die §§ 31, 278 BGB sind auf das Strafrecht nicht übertragbar, wo das sittliche Einstehen für sozialetisch verwerfliches Verhalten in Rede steht. Im Zivilrecht ist es gang und gäbe, eine Rechtsfolgenbegründung im Wege der Analogie herzuleiten, während diese Vorgehensweise dem Strafrecht - zumindest zu Lasten des Täters - fremd ist. Schließlich sei erwähnt, daß etwa die Verjährung als strafprozessuales Strafverfolgungshindernis der Heranziehung einer Strafbestimmung als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB nicht entgegensteht<sup>118</sup>.

Eine Folge dieser größeren Strenge des Strafgesetzbuches ist es, daß die Wirkung eines Strafurteils in einzelnen Fällen - und im Gegensatz zum umgekehrten Fall - auch die Tätigkeit anderer Rechtspflegeorgane zu präjudizieren vermag. So ist beispielsweise gem. § 8 Waffengesetz demjenigen die erforderliche Erlaubnis zum Besitz von Waffen zu versagen, der nicht "zuverlässig" im Sinne des Gesetzes ist. Dabei besitzen die notwendige Zuverlässigkeit - schon nach dem Gesetz - "in der Regel" diejenigen Personen nicht, die sich bereits in bestimmter Weise strafbar gemacht haben (§ 5 Abs. 2 Nr. 1 und 2 WaffG). Gem. § 47 Abs. 1 und 2 Ausländergesetz wird - ohne daß ein Ermessen der Ausländerbehörde bestünde - ausgewiesen, wer in der dort beschriebenen Weise zu einer bestimmten Mindeststrafe verurteilt worden ist<sup>119</sup>.

Gleichwohl darf nicht unberücksichtigt bleiben, daß die Voraussetzungen, die für den Eintritt der staatlichen Strafbefugnis vorliegen müssen,

---

<sup>117</sup> Vgl. dazu ausführlich unten, S. 89 f..

<sup>118</sup> Zieschang, Einfluß, S. 835.

<sup>119</sup> Andererseits wird ein zivilrechtliches Urteil durch ein vorangegangenes Strafverfahren grundsätzlich nicht präjudiziert (§ 14 Ziff. 1 EGZPO).

nicht unerheblich vom Zivilrecht bzw. von der Rechtsordnung in ihrer Gesamtheit abhängig sind. So ist die Frage, ob eine Sache im Sinne des § 242 "fremd" ist, nach bürgerlichem Recht zu beurteilen<sup>120</sup>. Gleiches gilt für die nach § 73 Abs. 2 S. 1 dem Verfall unterliegenden "Nutzungen", deren Umfang in entsprechender Anwendung von § 100 BGB zu ermitteln ist<sup>121</sup>.

Eine Abhängigkeit besteht auch in der Rechtswidrigkeitslehre. Nur eine verschwindend geringe Anzahl der Rechtfertigungsgründe ist dem StGB selbst zu entnehmen. Als allgemeingültigen Rechtfertigungsgrund behandelt das StGB nur die Notwehr (§ 32) und den rechtfertigenden Notstand (§ 34)<sup>122</sup>. Damit ist bereits positiv-rechtlich evident, daß der Gesetzgeber nicht intendiert hat, alle Rechtfertigungsgründe im StGB zu regeln. Zahlreiche Normen sind dem Bürgerlichen Gesetzbuch (beispielhaft: §§ 227, 228, 229, 904 BGB), aber auch dem zivil- und strafrechtlichen Verfahrensrecht zu entnehmen (beispielhaft: § 758 ZPO; §§ 81a, 94 ff., 127 StPO). Eine erschöpfende Übersicht der (allein) dem geschriebenen Recht zu entnehmenden Rechtfertigungsgründe ist nicht möglich und soll hier auch nicht gegeben werden. Gleichwohl zeigt sich, daß mit Blick auf die Rechtfertigungsgründe ein Rückgriff des Strafrechts auf außerstrafrechtliches Recht selbstverständlich ist. Die Rechtswidrigkeit drückt den Widerspruch zur Rechtsordnung im Ganzen aus, so daß ihre Feststellung allgemein und schlechthin gilt<sup>123</sup>. Folgerichtig ist eine an sich im Sinne einer strafrechtlichen Norm tatbestandsmäßige Handlung, die aber von einem beliebigen Teilgebiet des Rechts gebilligt wird, d.h. also erlaubt ist, nicht rechtswidrig. Es gibt keine - wie in der Literatur z.T. angenommen - besondere Strafrechtswidrigkeit, nach der ein tatbestandsmäßiges Verhalten innerhalb des Strafrechts rechtswidrig, außerhalb dagegen rechtmäßig wäre, und umgekehrt<sup>124</sup>. Die Rechtsordnung des Staates kann, da sie eine Einheit

---

<sup>120</sup> Sch./Sch.-Eser, § 242 Rn. 12.

<sup>121</sup> Sch./Sch.-Eser, § 73 Rn. 31.

<sup>122</sup> Die in § 37 (str., a.A.: sachlicher Strafausschließungsgrund) und § 193 (str., a.A.: Schuldaußschließungsgrund) enthaltenen Rechtfertigungsgründe sind im wesentlichen nur auf Ehrverletzungsdelikte zugeschnitten.

<sup>123</sup> LK-Hirsch, Vor § 32, Rn. 10.

<sup>124</sup> LK-Hirsch, a.a.O., m.w.N. aus Rechtsprechung und Literatur. A.A.: Günther, Strafrechtswidrigkeit, § 16 I, der ausführt: "'Rechtswidrig' bezeichnet die Eigenschaft einer Handlung, die das Recht (in seiner Gesamtheit) mißbilligt, die schlechthin Unrecht gleich welcher Quantität oder Qualität verwirklicht. 'Strafrechtswidrig' hingegen sind lediglich solche Handlungen, die das Strafrecht mißbilligt, die unter strafrechts-teleologischen Aspekten ausgewähltes, strafwürdiges Unrecht (Strafunrecht) verwirklichen." Dabei wird jedoch aus den sich diesbezüglich anschließenden Erklärungen schon nicht deutlich, mit welcher Begründung das Strafrecht hinsichtlich bestimmter, tatbestandsmäßiger Handlungen ausnahmsweise auf deren Mißbilligung verzichten sollte, während diese Handlungen von der übrigen Rechtsordnung als rechtswidrig angesehen werden. Zwar wird das unter Strafdrohung Verbotene in der Regel einen größeren Unrechtsgehalt aufweisen als das ohne Androhung von Strafe Verbotene. Gleichwohl muß sich eine von der ganzen Rechtsordnung erlaubte Handlung auch strafrechtlich als gerechtfertigt darstellen. Die Bejahung der Rechtswidrigkeit bedeutet, daß die tatbestandsmäßig handelnde Person im konkreten Fall gegen eine Norm verstoßen hat; ihre Negierung sagt aus, daß genau dies - wegen Zurück-

ist<sup>125</sup>, zu der Frage, ob eine Handlung erlaubt oder verboten ist, nur einheitlich Stellung beziehen. Wenn sich ein Verhalten "lediglich" als Zivil- oder Verwaltungsunrecht darstellt, heißt das nicht, daß sich dieses Verhalten ausschließlich an den Maßstäben des bürgerlichen bzw. des Verwaltungsrechts gemessen als Unrecht darstellt, sondern nur, daß es strafrechtlich - weil etwa die Rechtsgutsverletzung in der verwirklichten Ausführungsmodalität unter keine Verbotsvorschrift fällt - nicht relevant ist.

## **b. Fazit**

Der Unterschied zwischen Straf- und Zivilrecht ist ein qualitativer<sup>126</sup>. Beide Rechtsgebiete haben verschiedene Funktionen, lassen sich gegenseitig unberührt und sind auch prozessual so ausgestaltet, daß sie die qualitative materiellrechtliche Verschiedenheit widerspiegeln<sup>127</sup>. Im Ergebnis kann deshalb die These, daß es eine "Antinomie des Rechts" darstelle, wenn ein im Rahmen von § 134 BGB auf's Spiel gesetzter, wirtschaftlicher Wert gleichwohl strafrechtlichen Schutz erfährt<sup>128</sup>, so allgemein und weitgehend formuliert nicht bestätigt werden. Unter Bezugnahme auf obige Ausführungen<sup>129</sup> kann im Gegenteil gerade nicht generell davon ausgegangen werden, daß das Strafrecht die Ergebnisse zivilrechtlicher Rechtsprüfungen kritiklos übernehmen und zur Grundlage der eigenen Entscheidungsfindung machen müßte. Prämisse dafür muß nämlich jedenfalls sein, daß sich die jeweilige, zivilrechtliche Doktrin auf das Strafrecht übertragen läßt und mit dessen Prinzipien übereinstimmt. Wo dies schon nicht der Fall ist, kann grundsätzlich auch keine Antinomie des Rechts vorliegen, wenn die Ergebnisse zivil- und strafrechtlicher Entscheidungsfindung unterschiedlich ausfallen. Vielmehr ist dies gerade die denknotwendige Konsequenz der unterschiedlichen Ausprägung der Rechtsgebiete, ohne daß darin ein Widerspruch innerhalb der Rechtsordnung gesehen werden könnte.

## **4. Übertragbarkeit zivilrechtlicher Grundlagen auf das Strafrecht?**

---

weichens der Norm - nicht der Fall ist. In beiden Konstellationen findet eine Wertung entweder für oder wider das Recht statt. Das Verhalten wird - durch das Recht - entweder gebilligt oder als diesem zuwider eingestuft. Eine weitere Möglichkeit besteht nicht, so daß es auch keine besondere "Strafrechtswidrigkeit" geben kann.

<sup>125</sup> *Maurach/Zipf*, AT/1, § 25 Rn. 11.

<sup>126</sup> Vgl. *Hirsch*, Abgrenzung, S. 315; *Zieschang*, Einfluß, S. 834.

<sup>127</sup> *Hirsch*, a.a.O..

<sup>128</sup> Vgl. oben, S. 14 .

<sup>129</sup> Vgl. oben, S. 15 ff..

Der strafrechtliche Vermögensbegriff ist aufgrund des aufgezeigten qualitativen Unterschieds zwischen Zivil- und Strafrecht nicht streng akzessorisch zu der zivilrechtlichen Beurteilung der Rechtslage. Insofern ist im Folgenden zu untersuchen, ob die zivilrechtlichen Grundlagen mit Blick auf die hier diskutierten Sachverhalte, nämlich der Einsatz rechtmäßig erworbener wirtschaftlicher Werte zur Erreichung eines verbotenen Zwecks, auf das Strafrecht übertragbar sind.

### **a. Behandlung dieser Fallgruppe in Rechtsprechung und Literatur**

Fest steht, daß der Investierende in den praktisch relevanten Fällen dieser Art - nämlich bei Zahlung von Geld - nach dem Zivilrecht sein Eigentum und seinen Besitz an den eingesetzten Gegenständen verliert und keinen Rückforderungsanspruch innehat. Fraglich ist das Schicksal des strafrechtlichen Schutzes der Güter.

#### **aa. Mindermeinung in der Literatur**

Lediglich einige wenige Autoren lehnen in der zu diskutierenden Fallgruppe eine Strafbarkeit wegen Betruges ab: CRAMER z.B. geht davon aus, daß die Selbstschädigung des Getäuschten, der sein Vermögensobjekt in rechtswidrigen (oder sittenwidrigen) Geschäften einsetzt, keine Schädigung im Sinne des Betrugstatbestandes sein könne. Wer sich der Tatsache bewußt ist, daß er aufgrund der Nichtigkeit der Zahlungsabrede nicht zur Zahlung verpflichtet ist, und dennoch zahlt, handele auf eigene Gefahr und schädige sich daher bewußt selbst<sup>130</sup>. Zwar verfehle er den damit verfolgten Zweck, doch könne diese Zweckverfehlung keinen Schaden begründen<sup>131</sup>. Eine Selbstschädigung im Sinne des § 263 liege nur dann vor, wenn dem Opfer durch die Täuschung der vermögensschädigende Charakter seiner Verfügung verborgen bliebe<sup>132</sup>. Hier werde es aber nicht über den Mangel der eigenen Leistungsverpflichtung, sondern lediglich darüber getäuscht, daß auch der andere leisten werde<sup>133</sup>. Insofern könne das Opfer - was Vorausset-

---

<sup>130</sup> Sog. Lehre von der unbewußten Selbstschädigung: *Cramer*, Vermögensbegriff, S. 97, 207; *ders.* in: *Sch./Sch.*, § 263 Rn. 41, 150; *ders.*, Grenzen, 477; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT/1, § 41 Rn. 121 f.; *Rudolphi*, Anmerkung, S. 289 f..

<sup>131</sup> *Maiwald*, Belohnung, S. 2781; im Ergebnis ebenso: *Samson/Günther* in: *SK*, § 263 Rn. 149, der auf die Schutzunwürdigkeit des Vermögens in diesen Fällen abstellt.

<sup>132</sup> *Cramer*, a.a.O..

<sup>133</sup> Nicht geklärt werden kann unter Zugrundelegung der Ansicht *Cramers* die Fallgestaltung, daß der Täter dem Opfer bei Abschluß eines erlaubten und deshalb wirksamen Geschäfts nicht nur seine Leistungsbereitschaft, sondern überdies auch erfolgreich vorspiegelt, die Vereinbarung sei - etwa wegen eines Verstoßes gegen ein strafrechtliches Verbot - nichtig. Denn dann käme man bei konsequenter Anwendung der Lehre von der unbewußten Selbstschädigung zu dem Ergebnis, daß ebenfalls kein Betrug vorläge, weil schließlich das Opfer davon ausgehen mußte, daß es wegen der Nichtigkeit der Abrede zur (Vor-) Leistung nicht verpflichtet ist.

zung für eine Vermögensschädigung durch List sei - nicht mehr als "Werkzeug" des Täters angesehen werden, welches dieser für seine Zwecke einsetzt<sup>134</sup>.

In der älteren Literatur wurde zeitweise die Idee der Verwirkung des Strafrechtsschutzes für den Fall diskutiert, daß man sich mit der "falschen Seite" solidarisiere. So meint KOHLER (unter Bezugnahme auf die Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 44, 230), eben "der Umstand, daß die Täuschung im Gebiete des Unrechtsverkehrs stattfindet, verwehrt es, hierauf den Strafrechtsschutz anzuwenden, der sich nur auf den Rechtsverkehr bezieht und nur auf den Rechtsverkehr berechnet ist"<sup>135</sup>. ZEILER führt an, es "widerspreche dem Rechtsgefühl, wenn das Strafrecht sich in die inneren Angelegenheiten des unsauberen Geschäftsbetriebs mischte, zumal dabei der Strafrichter sich nicht der widerlichen Arbeit entschlagen könnte, etwa bei gegenseitig behaupteter Unehrlichkeit den ganzen Verbrechensbetrieb, seine Ergebnisse und die Gewinnverteilung zu untersuchen"<sup>136</sup>. Diesen Ausführungen läßt sich jedoch bereits entgegen halten, daß hier evident die dogmatische Ebene der Tatbestandsmäßigkeit verlassen wird. Die Argumente sind ausschließlich rechtsethischer Natur und können deshalb nicht als Diskussionsgrundlage dienen.

## **bb. Rechtsprechung und Großteil der Literatur**

Geleitet von dem Gedanken, daß charakterliches Fehlverhalten auch unabhängig von den zivilrechtlichen Vorgaben Strafe verdienen könne<sup>137</sup>, gehen die höchstrichterliche Rechtsprechung<sup>138</sup> und die ganz überwiegende Ansicht in der Literatur beim Einsatz geldwerter Güter zur Erreichung eines strafrechtlich verbotenen Zwecks davon aus, daß der Investierende von seinem "Vertragspartner" betrogen werde, wenn dieser von Anfang an leistungsunwillig oder -unfähig war. In erster Linie wird dafür angeführt, dem Getäuschten entstehe schließlich dadurch ein Schaden, daß er "gutes Geld" weggebe, um dessen Wert sein Vermögen ohne zureichendes Äquivalent vermindert werde<sup>139</sup>. In diesen Fällen könne kein Zweifel daran bestehen, daß das Opfer per saldo wirtschaftlich ärmer geworden sei<sup>140</sup>. Es gehe in diesen Fallgestaltun-

---

<sup>134</sup> Cramer, Vermögensbegriff, S. 207.

<sup>135</sup> Kohler, Betrugsfälle, S. 261.

<sup>136</sup> Zeiler, Betrug, S. 254.

<sup>137</sup> So schon Hirsch, Spannungsverhältnis, S. 32.

<sup>138</sup> Betrug bei bewußter Selbstschädigung haben bejaht RGSt. 4, 352, 352; 6, 360, 360; 52, 134, 136; 53, 225, 225; 70, 255, 256; BGHSt. 7, 197, 198; BayObLG NJW 1952, 798.

<sup>139</sup> LK-Lackner (10. Aufl.), § 263 Rn. 242; LK-Tiedemann, § 263 Rn. 139, 151; Zieschang, Einfluß, S. 845; Tenckhoff, Anmerkung, S. 127; Hillenkamp, Vorsatztat, S. 104, 105; Welzel, Strafrecht, S. 375; Otto, Struktur, S. 292.

<sup>140</sup> Hillenkamp, Vorsatztat, S. 105.

gen nicht darum, "ob die Vermögensposition auch bei diesem Geschäft geschützt werden soll", nicht also um den durch den Tatbestand an sich gewährleisteten Schutz, sondern um die Schutzwürdigkeit des Opfers<sup>141</sup>. Die Verfolgung rechtswidriger Zwecke durch den Getäuschten dürfe dem Täuschenden nicht die Rechtsmöglichkeit eröffnen, sich Vermögenswerte des Getäuschten zu eigenem Nutzen zu verschaffen; die Unrechtsvereinbarung eröffne keinen rechtsfreien Raum<sup>142</sup>.

BRUNS meint in Anlehnung an RGSt. 44, 230 (237)<sup>143</sup>, eine Vermögensbeschädigung im Sinne des § 263 entstehe nicht erst durch das Ausbleiben der Gegenleistung, sondern bereits durch die Hingabe - d.h. also das Ablisten - der Vorleistung<sup>144</sup>. Diese entstamme "ohne Rücksicht auf die verbotene Gegenleistung dem rechtlich geschützten Vermögen des Leistenden und bildet eine tragfähige Grundlage für einen Vermögensschaden"<sup>145</sup>. Ferner wird angeführt, daß, wenn schon derjenige nach § 263 als in seinem Vermögen geschädigt angesehen werden müsse, der die Möglichkeit hat, nachträglich einen Ausgleich seines Verlustes zu erreichen, dann müsse es erst recht derjenige sein, dem diese Möglichkeit nach dem Gesetz nicht zur Verfügung steht<sup>146</sup>.

### cc. Kritik und Stellungnahme

Mit Ausnahme des Verwirkungsgedankens, aus welchem nicht klar hervorgeht, ob das Strafrecht dem für ein verbotenes Geschäft Eingesetzten nun "im allgemeinen" seinen Schutz entziehen oder ob ein bestimmtes Tatbestandsmerkmal nicht erfüllt sein soll, ist allen vorgenannten Argumenten und Ansichten folgendes immanent: Die Beantwortung der Frage, ob der objektive Tatbestand des Betruges erfüllt ist oder nicht, wird jeweils unter dem Tatbestandsmerkmal des Vermögensschadens diskutiert - d.h. danach beantwortet, ob ein Vermögensschaden denn nun vorliege oder nicht. Richtig ist aber die Thematisierung bereits im Rahmen der Vermögensverfügung. An einem (Vermögens-) Schaden fehlt es in den umstrittenen Fällen - zumindest faktisch - nämlich gerade nicht: Dem Opfer wird ein Vermögensgut abgeschwindelt und keine ausgleichende Gegenleistung zugewandt. Damit hat es an seinem Vermögen - da wirtschaftlich ärmer geworden - einen Schaden erlitten. Denkwürdige Voraussetzung dafür, daß es sich bei

---

<sup>141</sup> Hillenkamp, a.a.O.; Otto, Struktur, S. 293; LK-Lackner (10. Aufl.), § 263 Rn. 242.

<sup>142</sup> Otto, Betrug, S. 426.

<sup>143</sup> RGSt. 44, 230 behandelt inhaltlich zwar kein nach § 134 BGB, sondern ein gem. § 138 BGB zivilrechtlich nichtiges Rechtsgeschäft; gleichwohl sind die in diesem Zusammenhang für das Vorliegen eines Vermögensschadens angeführten Argumente stetig die selben.

<sup>144</sup> Bruns, Strafrechtsordnung, S. 352; ebenso: Zieschang, Einfluß, S. 845; Tröndle/Fischer, § 263 Rn. 29; Haft, BT, S. 212.

<sup>145</sup> Bruns, a.a.O..

<sup>146</sup> RGSt. 44, 239 f..

diesem Schaden um einen *solchen im Sinne des § 263* handelt, ist aber die Annahme, daß das eingesetzte Gut ein solches ist, das überhaupt zum strafrechtlich geschützten Vermögen gehört<sup>147</sup> und daß die Position wirtschaftlich wertvoll ist. Ansonsten müßte dieser Posten nämlich im Rahmen der Saldierung der durch die Disposition bewirkten Vermögensbewegungen außer Betracht bleiben, da es bereits an einer Vermögensverfügung im Sinne des § 263 fehlte.

Die streitentscheidende Frage, ob der ein wirtschaftlich wertvolles Gut Einsetzende gegen Verluste dieser Art rechtlich geschützt werden soll - und damit die Frage, ob dieses Gut zum Vermögen im Sinne des Betrugstatbestandes gehört oder nicht - wird durch größtenteils unspezifische Strafwürdigkeitserwägungen ersetzt: Die nicht weiter begründete Behauptung, die Verfolgung verbotener Zwecke könne dem Schädiger keinen strafrechtlichen Freibrief gewähren, beruht - wie schon von BERGMANN/FREUND richtig erkannt<sup>148</sup> - ersichtlich auf einem Zirkelschluß. Denn daß strafrechtlich relevantes Unrecht vorliegt, wäre ja gerade zu begründen. Gleiches gilt, soweit argumentiert wird, das Recht werte den Verlust eines redlich erworbenen Gutes unabhängig von dem verfolgten Zweck als Schaden oder das größere Unrecht liege auf Seiten des Täuschenden. Hier wird evident die dogmatische Ebene der Tatbestandsmäßigkeit verlassen und auf die rechtsethische Ebene der Schutzwürdigkeit verlagert<sup>149</sup>.

Daß es sich bei dem investierten Gut um "gutes Geld" handelte - und somit zumindest ursprünglich um "Vermögen" des Opfers im Sinne des § 263 - heißt nicht automatisch, daß dies - unabhängig davon, mit welcher Zweckbestimmung es eingesetzt wird - auch dauerhaft so bleiben muß. Genau dies wird aber - nach dem hier vertretenen Standpunkt: fälschlicherweise - immer vorausgesetzt, wenn es beispielsweise bei HILLENKAMP heißt, es könne nicht der "leiseste Zweifel daran bestehen, daß das Opfer mit der Hergabe seines guten Geldes einen *rechtlich anerkannten* Vermögensbestandteil verloren und ... wirtschaftlich ärmer geworden" sei<sup>150</sup>. Ob sich daran durch die "Hergabe" unter Berücksichtigung der Umstände, *wofür* es hergegeben wurde, etwas ändert, ist gerade zu untersuchen. Gleichwohl wird auf den Verwendungszweck des Gutes mit keinem Wort eingegangen, sondern im Gegenteil als selbstverständlich vorausgesetzt, daß das Gut nach wie vor zum vom Betrugstatbestand geschützten Vermögen gehöre.

---

<sup>147</sup> Vgl. oben, S. 2. So auch *Tiedemann* in LK, § 263 Rn. 126 (wenn auch unter dem Stichwort „Vermögensschaden“).

<sup>148</sup> *Bergmann/Freund*, Reichweite, 191.

<sup>149</sup> So ähnlich *Zieschang*, Einfluß, S. 841 f., der dies allerdings auch unter dem Tatbestandsmerkmal des Vermögensschadens diskutiert (vgl. S. 840).

<sup>150</sup> *Hillenkamp*, Vorsatztat, S. 105 (Kursivdruck vom Verfasser hinzugefügt).

Es ist in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, daß die investierten Wirtschaftsgüter in den vorliegenden Fallgestaltungen gewissermaßen als Korrelat für (z.T. schwerste) Rechtsbrüche eingesetzt werden. Ein strafrechtlicher Schutz der Aussicht darauf, daß der "Vertragspartner" eine gegen das Strafgesetzbuch oder ein anderes Verbotsgesetz verstoßende Gegenleistung erbringt, hätte eine Zweckentfremdung des Strafrechts zur Folge und stellte einen Widerspruch in sich dar. Tatsächlich drängt die herrschende Meinung den Auftragnehmer im oben angesprochenen Sachverhalt des gedungenen Killers dazu, einen anderen Menschen unter Verstoß gegen § 211 zu töten, um einer Bestrafung wegen Betruges zu entgehen. Diesen strafrechtsinternen Widerspruch kann man auch nicht mit der Begründung umgehen, die Schädigung stecke bereits im Verlust der Vorleistung. Denn dies bedeutete eine unnatürliche Aufspaltung eines einheitlichen Vorganges, die lediglich dazu dient, das Wesentliche aus dem Blick zu verlieren: Wäre der Auftragnehmer erfüllungsbereit gewesen, würden die Vertreter dieser Ansicht<sup>151</sup> die Hingabe des Geldes als durch die Tatausführung ausgeglichen ansehen, so daß ein Vermögensschaden ausschiede. Fehlt die Tatbereitschaft, soll auf einmal nicht mehr dieser Umstand, sondern die Hergabe des Geldes als solche schadensursächlich sein. Dies kann jedoch bei genauerem Hinsehen nicht darüber hinwegtäuschen, daß genau das Ausbleiben der erhofften Leistung als Nichterlangung des Vorteils qualifiziert wird, die das vom Auftraggeber erbrachte Vermögensopfer zum Schaden werden lassen soll. Betrachtet man nämlich die Hergabe des eingesetzten Gutes isoliert, läßt sich aus diesem Umstand allein überhaupt gar nicht ableiten, ob der Investierende einen Vermögensschaden erlitten hat oder nicht. Eine Beurteilung dieser Frage ist vielmehr nur im Rahmen einer Gesamtschau unter Abwägung von Leistung und (versprochener) Gegenleistung möglich<sup>152 153</sup>.

Die Argumentation, daß wenn schon der Inhaber eines zivilrechtlichen Schadensersatzanspruches als geschädigt angesehen werde, dies erst recht für denjenigen gelten müsse, dem ein solcher Anspruch nicht zur Seite stehe<sup>154</sup>, entpuppt sich bei näherer Durchleuchtung als Versuch der „Quadratur des Kreises“. Abgesehen davon, daß auch hier unter dem Merkmal des Schadens diskutiert wird, was eigentlich unter den Vermögensbegriff gehörte, kann und soll die Tatsache, daß auch demjenigen - faktisch - ein Schaden entstehen kann, dem keine entsprechende Gegenleistung zukommt, nicht bestritten werden<sup>155</sup>. Aus diesem Umstand einhergehend mit dem Fehlen eines zivilrechtlichen Er-

---

<sup>151</sup> Vgl. oben, Fn. 144.

<sup>152</sup> Wobei - wie oben ausgeführt - selbst bei Annahme eines (tatsächlichen) Vermögensschadens in dem Sinne, daß der Investierende wirtschaftlich ärmer geworden ist, noch nichts darüber ausgesagt wäre, ob es sich auch um einen Schaden im Sinne des § 263 handelte.

<sup>153</sup> So im übrigen auch RGSt. 40, 230, 236, wenn es dort heißt: „Leistung und Gegenleistung lassen sich bei einem zweiseitigen Verträge nicht voneinander trennen.“

<sup>154</sup> RGSt. 44, 239 f..

<sup>155</sup> Vgl. oben, S. 29.

satzanspruches kann aber nicht automatisch rückgeschlossen werden, daß es sich bei diesem Schaden „dann erst Recht“ um einen solchen im Sinne des § 263 handelte. Es ist selbstverständlich, daß das Zivilrecht für das Entstehenlassen eines Schadensersatzanspruches - neben anderen Prämissen - das Vorliegen eines entsprechenden Schadens voraussetzt. Dadurch, daß der Gesetzgeber ein strafrechtlich verbotenes Geschäft für nichtig erklärt und dem „Opfer“ darüber hinaus in diesen Fällen keinen Schadensersatzanspruch zur Seite stellt, gibt er aber zunächst einmal unzweideutig zu erkennen, daß er den (faktisch) Geschädigten - zumindest in zivilrechtlicher Hinsicht - für nicht schutzwürdig erachtet<sup>156</sup>. Aus dieser Sachlage ein Argument für die Begründung eines Schadens im Sinne des § 263 zu folgern, ist schlichtweg widersinnig.

## **b. Funktion von § 134 BGB**

Um beurteilen zu können, ob dieses Ergebnis zivilrechtlicher Entscheidungsfindung insofern Einfluß auf das Strafrecht zu nehmen in der Lage ist, als es *gegen* die Zugehörigkeit des investierten Guts zum strafrechtlich geschützten Vermögen spricht, muß nach oben Ausgeführten<sup>157</sup> zunächst darauf eingegangen werden, *warum* das Zivilrecht ein gegen ein gesetzliches – insbesondere strafrechtliches - Verbot verstößendes Geschäft gem. § 134 BGB für nichtig erklärt und dem in ein solches Geschäft Investierenden darüber hinaus auch keinerlei Schadensersatz- oder Rückforderungsansprüche zur Seite stellt. Denn trotz des grundsätzlichen qualitativen Unterschieds zwischen Bürgerlichem Recht und Strafrecht kann das Ergebnis einer zivilrechtlichen Prüfung eines Sachverhalts nach der Rechtsordnung dann nicht ohne Einfluß auf das Strafrecht bleiben, wenn sich die grundsätzlichen Wertungsmaßstäbe des ersteren in der jeweiligen Fallgestaltung auf das letztere übertragen lassen.

Dafür ist zunächst die nach dem Willen des Gesetzgebers der Norm des § 134 BGB zgedachte Funktion zu untersuchen.

Der Gesetzgeber hat mit der Aufnahme des heutigen § 134 BGB in das Bürgerliche Gesetzbuch das Ziel verfolgt, Wertungswidersprüche zwischen dem Zivilrecht und außerzivilistischen Rechtsgebieten zu vermeiden. Diese Intention geht aus den von der Ersten Kommission nie-

---

<sup>156</sup> Das auf dem sog. Ausgleichsgedanken beruhende, zivile Schadensersatzrecht soll die dem Geschädigten entstandenen Nachteile ausgleichen (vgl. Palandt-Heinrichs, Vorbem. v. § 249 Rn. 4 sowie unten, S. 102 f.), wobei es sich ausschließlich an dem Interesse des Geschädigten orientiert (Larenz, AT, § 27 I). Stellt es dem Betroffenen keinen derartigen Anspruch zur Verfügung, kommt damit zum Ausdruck, daß es keine mit einem Schaden einhergehende, ausgleichspflichtige Verletzung eines Rechts oder Rechtsguts erkennen kann - zumindest keine solche, die durch einen anderen zu verantworten wäre (Larenz, a.a.O.).

<sup>157</sup> Vgl. oben, S. 26 f..

dergeschriebenen Motiven zur Schaffung dieser Vorschrift hervor<sup>158</sup>. Denn bereits vor dem Inkrafttreten des am 18.08.1896 verkündeten Bürgerlichen Gesetzbuches zum 01.01.1900 wurde die Streitfrage des gemeinen Rechtes, ob dann, wenn ein Gesetz die Vornahme eines Rechtsgeschäftes verbietet bzw. mit Strafe belegt, ohne die Nichtigkeit desselben auszusprechen, regelmäßig dahin entschieden, daß das dem Verbote zuwiderlaufende Geschäft nichtig sei<sup>159</sup>. Um dieser Rechtspraxis nunmehr auch gesetzlichen Niederschlag zu verleihen, wurde die Vorschrift des heutigen § 134 BGB in das Gesetz aufgenommen. Dabei hatte die Vorschrift als Hauptanwendungsgebiet „namentlich die gegen Rechtsgeschäfte gerichteten Verbotsgesetze des öffentlichen Rechtes, insbesondere des Strafrechtes, im Auge“<sup>160</sup>. Damit wird deutlich, daß es nach dem Willen des Gesetzgebers die Aufgabe des § 134 BGB ist, die Einheit der Rechtsordnung für das Zivilrecht<sup>161</sup> sicherzustellen. Es sollen zivilrechtliche Ergebnisse vermieden werden, die nach dem Willen anderer Rechtsgebiete, *insbesondere* nach dem des Strafrechtes, unerwünscht sind. Insofern steht fest, daß das Zivilrecht die strafrechtlichen Wertungsmaßstäbe jedenfalls in den hier interessierenden, von § 134 BGB erfaßten Fallgestaltungen – nämlich bei gegen strafrechtliche Verbote verstoßenden Vereinbarungen – praktisch zu übernehmen und seiner eigenen Entscheidungsfindung zugrunde zu legen hat<sup>162</sup>: Denn durch § 134 BGB „verlangt“ die (strafrechtliche) Rechtsordnung vom Bürgerlichen Recht praktisch, gegen strafrechtliche Verbote verstoßende Vereinbarungen (auch) zivilrechtlich für unbeachtlich zu erklären. Dem kommt das Zivilrecht mit den ihm dafür zur Verfügung stehenden Mitteln, nämlich der Nichtigkeitserklärung des Geschäfts, nach. Das Zivilrecht verfolgt somit dann, wenn § 134 BGB zur Anwendung gelangt, bewußt ein ihm von außervivillistischen Rechtsgebieten, namentlich vom Strafrecht, vorgegebenes Ziel: Die Wertungsmaßstäbe des Strafrechtes sollen innerhalb der Zivilrechtsordnung Berücksichtigung finden. § 134 BGB kann insofern bild-

---

<sup>158</sup> Vgl. Motive I, § 105 (= S. 210).

<sup>159</sup> Vgl. Motive I, a.a.O..

<sup>160</sup> Vgl. Motive I, a.a.O..

<sup>161</sup> In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, daß § 134 BGB auch in *anderen Rechtsgebieten* eine wesentliche Rolle spielt. So ist beispielsweise ein öffentlich-rechtlicher Vertrag nach § 59 Abs. 1 VwVfG nichtig, „wenn sich die Nichtigkeit aus der entsprechenden Anwendung von Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches ergibt“. Hauptanwendungsfall ist die Norm des § 134 BGB (Knack - Henneke, § 59 Rn. 7).

<sup>162</sup> Selbstverständlich erfaßt § 134 BGB auch solche Geschäfte, die nicht unbedingt gegen mit Strafe bedrohte, sondern gegen andere Verbotsgesetze verstoßen (vgl. dazu etwa Palandt-Heinrichs, § 134 Rn. 14 ff.). Vorliegend werden allerdings – wie auch aus dem Haupttext hervorgeht – nur diejenigen Vereinbarungen untersucht, die gegen mit Strafe bedrohte Verbote verstoßen und *gerade deshalb* nach § 134 BGB nichtig sind. Sämtliche von § 134 BGB erfaßten Geschäfte zu untersuchen, würde einerseits den Rahmen der Arbeit sprengen. Andererseits sind die gegen sonstige Verbotsgesetze verstoßenden Geschäfte mit Blick auf das behandelte Thema auch nicht von Relevanz, da es sich hier um allein zivilrechtlich relevante Vorgänge ohne Einfluß auf das Strafrecht handelt. Zum Teil sind die Rechtsfolgen gar schon vom Gesetzgeber geregelt, so daß es in diesem Zusammenhang ohnehin keinen Streit gibt.

lich gesprochen als „verlängerter Arm“ des Strafrechts (bzw. anderer außerzivilistischer Rechtsgebiete) innerhalb der Zivilrechtsordnung bezeichnet werden. Was das Strafrecht anderen, außerstrafrechtlichen Rechtsgebieten zu befolgen aufgibt, kann aber nicht von ihm selbst ignoriert werden. Genau das wäre jedoch der Fall, wollte das Strafrecht einerseits den in ein verbotenes Geschäft investierten Gütern bzw. den sich daraus ergebenden „Forderungen“ seinen Schutz zukommen lassen, während es das Zivilrecht auf der anderen Seite „anweist“, die Vereinbarung gerade wegen dieses Verstoßes gegen das StGB für nichtig zu erklären<sup>163</sup>. Dies würde dazu führen, daß sich die Rechtsordnung selbst ad absurdum führte.

Ferner ist in diesem Zusammenhang - wenn auch in der gebotenen Kürze - noch zu untersuchen, *warum* das Zivilrecht dem in nach § 134 BGB verbotene Geschäfte Investierenden keinen Rückforderungs- bzw. Schadensersatzanspruch hinsichtlich der eingesetzten Werte zuspricht.

### c. Funktion von § 817 S. 2 BGB

Nach § 817 S. 2 BGB ist die Rückforderung einer Leistung (nach heutigem Verständnis u.a.<sup>164</sup>) dann ausgeschlossen, wenn sowohl Leistender als auch Empfänger durch die Hingabe bzw. den Empfang der Leistung gegen ein gesetzliches Verbot (bzw. gegen die guten Sitten) verstoßen. Gleichwohl muß mit Blick auf die Frage, ob aus diesem Ergebnis zivilrechtlicher Entscheidungsfindung Rückschlüsse hinsichtlich der strafrechtlichen Beurteilung des eingesetzten Guts gezogen werden können, wiederum nach dem Normzweck der Vorschrift gefragt werden. Der Umstand des Kondiktionsausschlusses als solcher könnte - wenn überhaupt<sup>165</sup> - lediglich Indizwirkung entfalten, für sich allein genommen aber keinesfalls ausreichend dafür sein, um dem investierten Gut seinen Schutz durch die Rechtsordnung abzuerkennen. Vielmehr bedürfte es dazu noch des Nachweises, daß diese Bestimmung eine Rückgabe des Geleisteten aus sachlich-rechtlichen Gründen verhindern will<sup>166</sup>. Der Kondiktionsausschluß des § 817 S. 2 BGB ist rechtspolitisch seit jeher umstritten<sup>167</sup>. Hatte die ältere Rechtsprechung des Reichsgerichts den Rückforderungsausschluß vielfach noch als „Strafe für die Betätigung verwerflicher Gesinnung“ erachtet<sup>168</sup>, wurde später zunehmend der Gedanke betont, „daß der Gesetzgeber einer aus verwerflicher Gesinnung heraus erfolgten Leistung seinen Schutz nicht gewähren

---

<sup>163</sup> Gleiches gilt - wie bereits angedeutet (vgl. oben, Fn. 161) - über § 59 Abs. 1 VwVfG, § 134 BGB auch für das öffentliche Recht.

<sup>164</sup> Vgl. Staudinger-Lorenz, § 817 Rn. 3.

<sup>165</sup> Vgl. zu den von den §§ 812 ff. BGB verfolgten Zwecken ausführlich unten, S. 111 f..

<sup>166</sup> Vgl. auch Lenckner, Vermögensschaden, S. 109.

<sup>167</sup> Vgl. Staudinger-Lorenz, § 817 Rn. 4; Lenckner, Vermögensschaden, S. 105; ausführlich dazu auch: BGH NJW 1953, 740, 743 f..

<sup>168</sup> So beispielsweise noch RGZ 105, 270, 271.

will“<sup>169</sup>. Der BGH stellte sich zunächst auf den rein positivistischen Standpunkt, daß es die gesetzliche Anordnung sei, die den Entscheidungsgrund abgebe, wobei „der Gesichtspunkt der Gerechtigkeit bewußt unberücksichtigt“ bleibe<sup>170</sup>. Zu einem späteren Zeitpunkt ist er dann auf die sog. Theorie von der Rechtsschutzverweigerung<sup>171</sup> umgeschwenkt, die den Grund der Bestimmung lediglich in der Versagung des Rechtsschutzes für eine an sich gerechtfertigte Korrektur solcher Vermögenslagen zu erblicken vermeint, die außerhalb von Recht und Sitte geschaffen wurden.

In der Wissenschaft ist der Strafgedanke im Laufe der Zeit ebenfalls in den Hintergrund getreten. Daran anknüpfend ist u.a. von einem „Gleichgewichtsurteil“ im Sinne einer „Schuldkompensation“ gesprochen worden<sup>172</sup>. Heute wird die Lehre von der Rechtsschutzverweigerung in der Literatur in mannigfachen Varianten vertreten. Gleichwohl vermag keine der dort kursierenden Ansichten gänzlich zu überzeugen<sup>173</sup>. Einig ist man sich lediglich darüber, daß die Vorschrift des § 817 S. 2 BGB als eine wenig befriedigende und gesetzgeberisch verfehlte Vorschrift empfunden wird<sup>174</sup>. Es verwundert deshalb nicht, wenn de lege ferenda gar ihre Beseitigung verlangt wird<sup>175</sup>.

Aus vorgenannten Gründen können die der Vorschrift des § 817 S. 2 BGB zugrunde liegenden Wertungsmaßstäbe keinen Einfluß auf die strafrechtliche Entscheidungsfindung nehmen: Es ist nicht möglich, Rückschlüsse aus dem Ergebnis einer zivilrechtlichen Prüfung zu ziehen, das unter Anwendung einer Norm zustande kommt, die man allgemein für verfehlt hält und deren Abschaffung gar verlangt wird. Die Frage, ob die zivilrechtlichen Wertungen und Grundlagen in den von § 817 S. 2 BGB erfaßten Fallkonstruktionen überhaupt mit denen des Strafrechts vereinbar sind, kann nicht beantwortet werden, wenn sich schon die Funktion der Vorschrift nicht eindeutig ausmachen läßt. Es ist daher nach der hier vertretenen Meinung verfehlt, aus dem unter Anwendung von § 817 S. 2 BGB gewonnenen zivilrechtlichen Ergebnis des Kondiktionsausschlusses Rückschlüsse für oder wider die Existenz eines Schadens im Sinne der strafrechtlichen Vermögensdelikte zu ziehen.

---

<sup>169</sup> RGZ **151**, 70, 72.

<sup>170</sup> BGHZ **8**, 348, 373; ebenso: BGH NJW 1953, 740, 744.

<sup>171</sup> Vgl. beispielsweise BGHZ **9**, 333, 336; **28**, 164, 169; **36**, 395, 399; **44**, 1, 6.

<sup>172</sup> Heck, Ausdehnung, 32 f.

<sup>173</sup> Vgl. Staudinger-Lorenz, § 817 Rn. 5 f. mit eingehender Begründung.

<sup>174</sup> Fabricius, Einschränkung 85.

<sup>175</sup> So Reeb, Grundprobleme, S. 67; Enneccerus/Lehmann, Schuldverhältnisse, § 226 Ziff. 4.

#### **d. Kein Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 263 und § 826 BGB sowie Widersinnigkeit des „Erst Recht“ Arguments**

Ein Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 1 BGB in Verbindung mit § 263 bzw. nach § 826 BGB scheidet unter Bezugnahme auf obige Ausführungen<sup>176</sup> nach dem hier vertretenen Standpunkt bereits deshalb aus, weil die erforderlichen (Haftungs-) Tatbestandsvoraussetzungen nicht vorliegen - es also schon an einem Anspruchsgrund fehlt: Der in strafrechtlich verbotene Geschäfte Investierende kann nicht als „Verkehrsteilnehmer“ im Sinne dieser Vorschriften angesehen werden. Dies ist seitens des Gesetzgebers gerade dadurch zum Ausdruck gebracht worden, daß er die diesbezüglichen Geschäfte gem. § 134 BGB für nichtig erklärt hat. Da es insofern bereits an einem Haftungstatbestand fehlt - es also auf das Vorliegen eines Schadens überhaupt gar nicht mehr ankommt - können daraus auch keine Rückschlüsse für oder wider die Existenz eines Schadens im Sinne der Vermögensdelikte gezogen werden.

Davon abgesehen stünde die Vorschrift des § 242 BGB etwaigen Ansprüchen letztlich deshalb entgegen, weil das Bürgerliche Recht die Umkehrung von Ergebnissen vermeiden will, die es an anderer Stelle unter Verfolgung einer bestimmten Intention selbst vorgegeben hat. Die Funktion der Generalklausel des § 242 BGB ist es gerade, widersprüchliche Ergebnisse zu vermeiden.

Die Widersinnigkeit des oben angeführten „erst Recht“ Arguments<sup>177</sup> wird an dieser Stelle noch einmal besonders deutlich, da dieses den Schaden im strafrechtlichen Sinne ausgerechnet aus der zivilrechtlichen Nichtigkeitserklärung der Forderung (einhergehend mit der Nichtzurverfügungstellung eines Schadensersatzanspruches) abzuleiten versucht. Das bedeutet, daß diese Argumentation sich mit § 134 BGB gerade der Norm zur Begründung ihrer Rechtsansicht und infolge dessen zur Herleitung eines vom Zivilrecht abweichenden Ergebnisses zu bedienen versucht, die einzig und allein *zur Vermeidung* solcher unterschiedlichen Ergebnisse in das Bürgerliche Gesetzbuch aufgenommen worden ist. Dies kann keinesfalls richtig sein. Durch die Aufnahme einer Norm in das Bürgerliche Gesetzbuch, die hauptsächlich bei Verstößen gegen außerzivilistisches Recht und insbesondere bei solchen gegen das Strafrecht zur Anwendung gelangt, hat der Gesetzgeber deutlich zum Ausdruck gebracht, für wie schwerwiegend er einen Verstoß vor allem gegen das StGB erachtet. Derjenige, der in einem solchen Zusammenhang Vermögenswerte investiert und infolgedessen - möglicherweise - einen (faktischen) Schaden erleidet, gilt *im Sinne der*

---

<sup>176</sup> Vgl. oben, S. 12 ff..

<sup>177</sup> Vgl. oben, S. 29.

*Rechtsordnung* gleichwohl als nicht schutzwürdig. Aus diesem Grunde wird ihm zivilrechtlich auch kein entsprechender Schadensersatzanspruch zur Seite gestellt. Es mutete seltsam an, würde das Zivilrecht die Vereinbarung einerseits - in Befolgung strafrechtlicher Vorgaben - für nichtig erklären, dem Investierenden aber andererseits einen Schadensersatzanspruch zuerkennen. Denn damit würde es seine eigene, zuvor ausgesprochene Nichtigkeitserklärung praktisch für gegenstandslos erklären. Die Annahme eines Schadens im Sinne des § 263 hätte deshalb zur Folge, daß dem "Geschädigten" ein Schutz zugesprochen wird, der gerade aus der Aberkennung eines Schutzes durch die Rechtsordnung hergeleitet wird.

Gleiches gilt, soweit das Reichsgericht in seiner Entscheidung RGSt. 44, 230 (237) noch weitergehend ausführt, der Vermögensschaden liege in "der dem Verträge gemäß bewirkten Vorleistung, ohne die gleichzeitige Erlangung eines sie wettmachenden Anspruchs auf die Gegenleistung"<sup>178</sup>. Denn einmal abgesehen davon, daß die Vorleistung schon deshalb nicht "dem Verträge gemäß" geleistet worden sein kann, weil sie nach dem nichtigen Vertrag nicht geschuldet war, soll dem Geschädigten hier wiederum ein Schutz zugesprochen werden, der gerade aus der Aberkennung eines Schutzes durch die Rechtsordnung abgeleitet wird: Versagt nämlich die Rechtsordnung - namentlich das Zivilrecht - dem ein Gut Investierenden hier seinen Schutz, indem es die geschlossene Vereinbarung einerseits für nichtig erklärt und dem Betroffenen andererseits auch keinen Ersatzanspruch zur Seite stellt, kann daraus schlechterdings kein Schaden abgeleitet werden. Es ist im Gegenteil gerade die Rechtslage eingetreten, welche von der (Zivil-) Rechtsordnung für den Fall einer teilweisen „Erfüllung“ derartiger Geschäfte *vorgesehen* ist.

#### **e. Schaffung einer von der Rechtsordnung akzeptierten Vermögenslage?**

Das Strafrecht *selbst* läßt im übrigen erkennen, welchen "Schutz" es einer derartigen, gegen strafrechtliche Verbotsnormen verstoßenden Vereinbarung zukommen läßt: Denn selbst wenn die Tatsache der Nichtanerkennung von Forderungen - unabhängig davon, warum sie nichtig sind - bereits ein Indiz dafür zu bilden scheint, daß auch eine eventuelle Aussicht auf Erfüllung - und damit die dem investierten Gut zugrundeliegende *Zweckbestimmung* - der Rechtsordnung zuwider läuft, zeigt sich bei näherem Hinsehen, daß die Dinge in Wahrheit differenzierter sind. Möglich ist es nämlich auch, daß dem "Gläubiger" mit der Versagung eines Anspruchs lediglich der rechtstechnische Behelf

---

<sup>178</sup> Vgl. insofern auch schon oben, S. 28.

vorenthalten werden soll, mit dem sonst die Erfüllung von Verträgen erzwungen werden kann, daß die Rechtsordnung aber die Vermögenslage *akzeptiert*, die entsteht, wenn der "Schuldner" die Leistung gleichwohl bewirkt<sup>179</sup>. Das hat zur Folge, daß die durch den "Schuldner" erbrachte Leistung bei dem "Gläubiger" nach „ordnungsgemäßer“ Abwicklung des Geschäfts zu einem legalen Haben - und somit zu einer rechtmäßigen Vermögenslage - führt. Wird aber die Vermögenslage, die infolge der Abwicklung des (nichtigen) Geschäfts entsteht, wenn beide Seiten ungeachtet ihrer mangelnden rechtlichen Erfüllungsverpflichtung gleichwohl leisten, von der Rechtsordnung akzeptiert, stehen auch die Exspektanz auf die Herbeiführung dieses Zustandes und infolge dessen die mit dieser Zweckbestimmung investierten Güter nicht im Widerspruch zur Rechtsordnung und können deshalb auch vom Standpunkt einer rechtlich-wirtschaftlichen Betrachtungsweise aus zum geschützten Vermögen gehören<sup>180</sup>. Erwiesen ist damit, daß wenn die Rechtsordnung ein Geschäft für nichtig erklärt, damit nicht gleichzeitig feststeht, daß sie dasselbe auch für widerrechtlich erachtet.

Genau dies ist aber beim Austausch von wirtschaftlich wertvollen Gütern gegen Erbringung von Leistungen, die ein strafrechtlich relevantes Tun zum Gegenstand haben, der Fall: Würde der Auftragnehmer dem, wofür er entlohnt wurde - nämlich dem Verstoß gegen strafrechtliche Verbotsnormen -, weisungsgemäß nachkommen und beispielsweise das in's Auge gefaßte Opfer töten, dann unterläge der ihm dafür zugewendete Vermögensvorteil gem. §§ 73 ff. dem Verfall<sup>181</sup>. Der Auftragnehmer hätte keinen Anspruch darauf, den ihm zugewendeten Wert behalten zu dürfen. Die vereinbarungskonforme Abwicklung des Geschäfts führte beim Schuldner, d.h. dem Ausführenden, gerade nicht zu einem legalen Haben. Daraus kann aber nur geschlossen werden, daß das unter einer derartigen Zweckbestimmung endgültig hergegebene Gut jedenfalls nicht mehr zu dem strafrechtlich geschützten Teil des Vermögens des Auftraggebers zu zählen hat.

---

<sup>179</sup> Dies ist beispielsweise bei nicht notariell beurkundeten Grundstücksübertragungsgeschäften (§§ 313 S. 1, 125 S. 1 BGB) oder Schenkungsversprechen (§§ 518 Abs. 1 S. 1, 125 S. 1 BGB) der Fall. Das Recht anerkennt die durch Bewirkung der (nicht geschuldeten) Leistung geschaffene Vermögenslage (vgl. § 313 S. 2 bzw. § 518 Abs. 2 BGB).

<sup>180</sup> Daß nach der rechtlich-wirtschaftlichen Betrachtungsweise auch unvollkommene Forderungen zum Vermögen gehören können, ist unbestritten. Ob der Position des „Gläubigers“ in diesen Fällen ein Vermögenswert zukommt, hängt bei Anlegung eines wirtschaftlichen Maßstabes davon ab, ob er mit einiger Sicherheit damit rechnen darf, die fragliche Forderung trotz ihrer Nichtigkeit bzw. Unklagbarkeit verwirklichen zu können (*Lenckner*, Vermögensschaden, S. 109).

<sup>181</sup> Der Verfall *ist* bei Vorliegen der Voraussetzungen vom Gericht anzuordnen, d.h. es bestehen - die Vorschrift des § 73 c einmal außer Acht lassend - dort keinerlei Ermessensspielräume. Das Gericht ist damit angewiesen, das Eigentum an der für verfallen zu erklärenden Sache bzw. die rechtliche Inhaberschaft am für verfallen zu erklärenden Recht durch Anordnung auf den Staat übergehen zu lassen (*Sch./Sch.-Eser*, § 73 d Rn. 16).

Anders kann auch die in diesen Fällen vom Strafrecht an das Bürgerliche Recht erteilte „Anweisung“, das Geschäft für unbeachtlich, d.h. also für nichtig zu erklären, nicht verstanden werden. Zwar steht im StGB selbst nirgendwo geschrieben, daß gegen strafrechtliche Verbote verstoßende Abreden nichtig seien und mit dieser Zweckbestimmung eingesetzte Güter deshalb ihres Schutzes verlustig gingen. Die Rechtsordnung leitet diese „Anweisung“ aber an andere, außerstrafrechtliche Rechtsgebiete *weiter* und gibt diesen - wie sich (z.B.) an § 134 BGB zeigt - gleichzeitig auf, die entsprechenden Konsequenzen zu ziehen. Namentlich das Zivilrecht „vollstreckt“ durch § 134 BGB praktisch, was ihm vom Strafrecht vorgegeben wird. Die Rechtsordnung führte sich deshalb selbst ad absurdum, wollte sie zwar einerseits die Wertungen des Strafrechts in andere Rechtsgebiete übertragen, sie andererseits aber innerhalb des Strafrechts selbst nicht anwenden. Genau das wäre jedoch - wie schon ausgeführt<sup>182</sup> - der Fall, wenn zwar das Zivilrecht dem Geschäft in Befolgung strafrechtlicher Vorgaben seine Anerkennung versagte - weil es nämlich verbotene Vereinbarungen zum Gegenstand hat -, das Strafrecht demselben aber gleichwohl seinen Schutz zukommen ließe.

Der Investierende mag vor diesem Hintergrund wirtschaftliche Werte hergeben, eine Vermögensverfügung *im Sinne des § 263* nimmt er dabei aber nicht vor<sup>183</sup>.

Dieses Ergebnis muß auch unabhängig davon Geltung beanspruchen, ob die in Aussicht gestellte Gegenleistung zu einem späteren Zeitpunkt tatsächlich erbracht wird oder nicht. Denn die nicht (mehr) im Machtbereich des Investierenden liegende „Erfüllung“ der Vereinbarung kann mit Blick auf den strafrechtlichen Schutz keinen Einfluß mehr auf das Schicksal des eingesetzten Guts nehmen. Mit der *zweckbestimmten Hergabe* hat der Investierende insofern bereits alles getan, um sich des strafrechtlichen Schutzes seiner Vorleistung zu begeben. Der Investierende hat das eingesetzte Gut vorliegend mit der Intention aus der Hand gegeben, daß dieses als Entlohnung für eine von seinem Geschäftspartner zu erbringende Straftat dienen solle - d.h. mit dem Willen zur Herbeiführung eines Zustandes, der von der Rechtsordnung gerade *nicht* akzeptiert wird<sup>184</sup>. Es handelt sich mithin um ein von der Rechtsordnung nicht toleriertes Austauschgeschäft.

---

<sup>182</sup> Vgl. oben, S. 33 f..

<sup>183</sup> Denknötig entsteht dem Investierenden damit - ungeachtet der Einbuße von wirtschaftlichen Werten - natürlich auch kein Schaden im Sinne des § 263.

<sup>184</sup> Nach dem schweizerischen Strafgesetzbuch ist der Verfall nach Art. 59 Abs. 1 S. 1 ausdrücklich auch schon für „Geschenke und andere Zuwendungen, die dazu *bestimmt* waren, eine strafbare Handlung zu veranlassen oder zu belohnen“, angeordnet (Kursivdruck durch den Verfasser hinzugefügt). Für den Fall, daß dieselben nicht mehr vorhanden sind, schuldet der Empfänger dem Staat nach Art. 59 Abs. 1 S. 2 deren Wert. Für das Eingreifen der Vorschrift ist es weder erforderlich, daß die strafbare Handlung begangen wurde, noch daß sich der Zuwendende selber strafbar gemacht hat (vgl. *Hauser/Rehberg*, Art. 59; *Schultz*, AT, S. 215). Es genügt vielmehr, daß die Zuwendung objektiv dazu diene, eine objektiv

In diesem Moment aber muß die Vorleistung nach dem Willen der Rechtsordnung aus dem strafrechtlich geschützten Teil des Vermögens des Auftraggebers ausscheiden<sup>185</sup>.

## 5. Ergebnis

Sowohl das Ergebnis der zivilrechtlichen als auch das der strafrechtlichen Entscheidungsfindung führen übereinstimmend dazu, daß der ein wirtschaftlich wertvolles Gut in ein strafrechtlich verbotenes Geschäft Investierende seines Schutzes vor Täuschung mit Blick auf die eingesetzte Vorleistung verlustig geht. Dabei ist zu berücksichtigen, daß ein einmal zum geschützten Vermögen gehörender Wert diesen Status nicht für immer innehaben muß, sondern der Umfang desselben gleichsam von dessen Verwendungszweck abhängig ist. Einhergehend mit der Zweckbestimmung eines Vorschusses als Entlohnung für eine mit Strafe bedrohte Tat verliert dieser in dem Moment, in welchem sich die

---

strafbare Handlung zu belohnen. Beweggründe und Absichten des Leistenden sind nicht entscheidend (*Hauser/Rehberg*, a.a.O.). Der Verfall kann selbst dann angeordnet werden, wenn die Zuwendung notwendig ist, um den gesetzlichen Tatbestand zu erfüllen, z.B. als Abtreiberlohn bei gewerbsmäßiger Abtreibung oder als Kuppplerlohn (*Schultz*, AT, a.a.O.). Damit hat die schweizerische Rechtsordnung (auch) *expressis verbis* zu erkennen gegeben, daß das in ein verbotenes Geschäft Investierte seines strafrechtlichen Schutzes verlustig gehen muß. Wäre dem nicht so, könnte die (schweizerische) Rechtsordnung diese Zuwendungen - ohne sich selbst ad absurdum zu führen - nicht gleichzeitig für dem Staate verfallen erklären. Das schweizerische Recht ist insofern - im Gegensatz zur deutschen Rechtsordnung - überdies auf einfache Weise die Unbilligkeiten zu beheben in der Lage, die dadurch hervorgerufen werden, daß auch nach dem dortigen Zivilrecht in verbotene oder sittenwidrige Geschäfte investierte Werte nicht zurückgefordert werden können (OR Art. 66, der ähnlich dem § 817 BGB ausgestaltet ist): Die Vermögenswerte, die zur Erlangung einer strafbaren (Gegen-) Leistung eingesetzt wurden, bleiben nicht bei dem, der sie zufällig zuletzt innehat, sondern werden dem Staate zugeführt.

Eine solche Regelung ist ansonsten weder im österreichischen noch im holländischen Strafgesetzbuch vorgesehen. In Österreich ist gem. § 20 StGB ein Geschenk oder eine andere Zuwendung von Geldeswert, die der Täter *für die strafbare Handlung* im Voraus oder im Nachhinein empfangen hat, für verfallen zu erklären, soweit nicht eine an der strafbaren Handlung nicht beteiligte Person darauf einen Rechtsanspruch hat (Kursivdruck durch den Verfasser hinzugefügt). Voraussetzung für die Möglichkeit der Anordnung des Verfalls ist also, daß die Straftat begangen wurde. In den Niederlanden unterliegen nach Titel II A, Art. 36 b Buchst. b) Strafgesetzbuch „der Entziehung aus dem Verkehr (unterliegen) alle Gegenstände, die ganz oder größtenteils durch die oder aus dem Erlös *der Tat* erlangt sind“ (Kursivdruck durch der Verfasser hinzugefügt). Auch hier ist Prämisse also die Begehung der Tat.

<sup>185</sup> Die Vertreter der Gegenauffassung müßten im übrigen für den Fall, daß der Auftragnehmer die Tötung bzw. die sonstige Straftat infolge einer freiwilligen Umentscheidung letztlich doch noch ausführt, die (wohl abwegige) Konsequenz ziehen, darin einen strafbefreienden Rücktritt vom (Betrugs-) Versuch zu sehen. (Anders ist dies selbstredend für den Fall zu beurteilen, daß man in der Entgegennahme der Vorleistung bereits einen vollendeten Eingehungsbetrug erblickt.) Des weiteren stellte sich die Frage, ob der Auftragnehmer nicht möglicherweise seinerseits „Opfer“ zumindest einer Nötigung gem. § 240 (wenn nicht sogar einer Erpressung nach § 253) wird, wenn ihm der Auftraggeber für den Fall der „Nichterfüllung“ mit einer Strafanzeige droht (vgl. *Mitsch*, BT2/1, S. 419).

Zweckbestimmung durch die freiwillige Hergabe des Guts nach außen manifestiert, seine Zugehörigkeit zum von der Rechtsordnung geschützten Vermögen.

Dies zeigt sich in strafrechtlicher Hinsicht dadurch, daß der Gesetzgeber die Vermögenslage, die entsteht, wenn der "Schuldner" die (mangels wirksamen Vertrages nicht geschuldete) Leistung gleichwohl „vereinbarungsgemäß“ bewirkt, nicht akzeptiert, sondern mit der Folge mißbilligt, daß das investierte Gut gem. §§ 73 ff. dem Verfall unterliegt. Die Rechtsordnung bringt damit gleichzeitig zum Ausdruck, daß sie das Vertrauen des Auftraggebers in die korrekte Abwicklung des Geschäfts in derartigen Fällen in keiner Weise für schützenswert erachtet, sondern daß dieses im Gegenteil in jeder Hinsicht sanktionslos soll enttäuscht werden können<sup>186</sup>. Daß der Umstand, ob die „verabredete“ Gegenleistung zu einem späteren Zeitpunkt tatsächlich bewirkt wird oder nicht, auf dieses Ergebnis Einfluß zu nehmen in der Lage wäre, kann nicht festgestellt werden.

Das Zivilrecht erklärt das gegen ein Verbotsgesetz verstoßende Geschäft nach der eigens dafür in das Bürgerliche Gesetzbuch aufgenommenen Norm des § 134 BGB für nichtig und stellt dem Investierenden infolge des schwerwiegenden Verstoßes gegen außerzivilistisches Recht auch keinen Rückforderungs- oder Ersatzanspruch zur Seite.

---

<sup>186</sup> Vgl. insofern auch Freund/Bergmann, Schädigung, S. 358.

## II. Einsatz rechtmäßig erworbener wirtschaftlicher Werte zur Erreichung eines sittenwidrigen Zwecks

### 1. Exkurs: Prostituiertenvertrag

Die Rechtsprechung hat Rechtsgeschäfte, die gegen die Sexualmoral verstoßen, ursprünglich sehr weitgehend für sittenwidrig und nichtig erklärt. Obwohl in den vergangenen Jahrzehnten bereits eine erhebliche Liberalisierung der Vorstellungen über die Sexualmoral stattgefunden hat<sup>187</sup>, wird als Prototyp der Sachverhalte, in welchen Personen wirtschaftlich wertvolle Güter zur Erreichung eines sittenwidrigen Zwecks einsetzen, nach wie vor der Prostituiertenvertrag angeführt, d.h. also die Hergabe von Geld im Austausch gegen die Vornahme von sexuellen Handlungen oder die Gewährung von Geschlechtsverkehr. In diesem Zusammenhang hat die Rechtsprechung bislang durchgehend die Meinung vertreten, daß sich die Prostituierte, die sich den „Unzuchtslohn“ in der Absicht aushändigen lasse, die zugesagte Gegenleistung nicht zu erbringen, wegen Betrugs strafbar mache<sup>188 189</sup>. Diese Rechtsprechung beruht selbstverständlich auf der - bislang zumindest von der Judikative selbst noch nie in Frage gestellten - rechtlichen Prämisse, daß der auf die entgeltliche Gewährung von Geschlechtsverkehr gerichtete Vertrag mit einer Prostituierten gem. § 138 BGB sittenwidrig und deshalb nichtig sei<sup>190</sup>.

#### a. Entscheidung des VG Berlin vom 01.12.2000

Soweit ersichtlich, hat erstmalig<sup>191</sup> in der Rechtsgeschichte das Verwaltungsgericht Berlin durch eine am 1. Dezember 2000 verkündete - nicht rechtskräftige - Entscheidung<sup>192</sup>, die auch in der Tagespresse rege Aufmerksamkeit fand<sup>193</sup>, das genaue Gegenteil angenommen. Danach hat die 35. Kammer den Widerruf einer Gaststättenerlaubnis aufgehoben, der durch die Bezirksregierung ausgesprochen worden war. Der Widerrufsbescheid war damit begründet worden, daß der Gaststätten-

---

<sup>187</sup> Vgl. dazu ausführlich *Rother*, Rechtsgeschäft, S. 498 ff..

<sup>188</sup> Vgl. BGH bei Dallinger, MDR 1975, 23; OLG Köln in NJW 1972, 1823, 1824; OLG Karlsruhe in NJW 1976, 902, 904; eingehend hierzu *Kohlhaas*, Betrug, S. 97 f..

<sup>189</sup> Straffrei soll hingegen im umgekehrten Fall der Freier bleiben, der von vornherein die Absicht verfolgt, die vereinbarte Entlohnung nach Empfang der Dienste durch die Prostituierte nicht zu zahlen (vgl. hierzu zuletzt BGH in JR 1988, 125 unter ausdrücklicher Bezugnahme auf BGHSt. 4, 373; so auch schon RGSt. 27, 300, 300;).

<sup>190</sup> Vgl. Palandt-*Heinrichs*, § 138 Rn. 52 m.w.N..

<sup>191</sup> Deutlich zweifelnd allerdings schon: VGH Kassel, InfAuslR 1989, 148, 149.

<sup>192</sup> Veröffentlicht in: NJW 2001, 983 ff..

<sup>193</sup> Vgl. beispielsweise Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 2. Dezember 2000, S. 11.

betrieb in dem von der Klägerin betriebenen Café der „Anbahnung sexueller Handlungen mit Prostituierten gegen Entgelt in den beiden von der Klägerin angemieteten Wohnungen im Seitenbereich und im Gartenhaus“ diene. Dabei habe die Klägerin „zahlreiche Prostituierte um sich geschart und in eindeutigen Anzeigen für die Gelegenheit geschlechtsbezogener Leistungen gegen Entgelt geworben“. Damit schaffe sie in ihrer Gaststätte günstige Bedingungen für die Ausübung der Prostitution und leiste folglich - unabhängig von der Erfüllung eines Straftatbestandes - der Unsittlichkeit Vorschub, was die Annahme der Unzuverlässigkeit im Sinne des Gaststättengesetzes rechtfertige. Die von der Klägerin - nach zurückgewiesenem Widerspruch - gegen diesen Bescheid erhobene Klage hatte Erfolg.

In den Entscheidungsgründen wurde (u.a.) ausgeführt, daß die Prostitution, die freiwillig und ohne kriminelle Begleiterscheinungen ausgeübt wird, unabhängig von der moralischen Bewertung nicht mehr allgemein als sittenwidrig anzusehen sei<sup>194</sup>. Diesbezüglich seien die Anschauungen der „anständigen Leute“ zu ermitteln, welche einem geschichtlichen Wandel unterlägen. Daß ein solcher eingetreten sei, ergebe sich anhand konkret feststellbarer Indizien, auf welche zur Ermittlung der in der Rechtsgemeinschaft vorherrschenden Überzeugung abzustellen sei, namentlich auf die Behördenpraxis, die Rechtsprechung und die von ihnen ausgelösten Reaktionen<sup>195</sup>. Zwar habe die Rechtsprechung die Prostitution durchgängig als sittenwidrig angesehen, doch ergebe insoweit bereits die Anschauung der Behördenpraxis erhebliche Zweifel, da nach dieser die Prostitution bislang dann in Gaststätten geduldet worden sei und - mit Ausnahme des zu entscheidenden Falles - auch weiterhin geduldet werde, solange sie diskret und ohne kriminelle Begleiterscheinungen stattfinde. Die zuständige Stadträtin habe der Klägerin ursprünglich gar angeraten, die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts durch Einstellung eines für die Separés verantwortlichen Strohmannes zu unterlaufen. Daraus ließe sich ableiten, daß die Behörden bei der sozialetischen Bewertung der Prostitution einen pragmatisch-nüchternen Standpunkt vertreten und sich an dessen Offenlegung lediglich durch die bisherige Rechtsprechung gehindert sehen würden. Als weiteres Indiz für eine geänderte Anschauung sei neben dem durchweg positiven Medienecho auf das Verfahren auch die Gesetzesinitiative der gegenwärtigen Regierungskoalition mit dem Ziel zu werten, die rechtliche und soziale Stellung der Prostituierten zu verbessern<sup>196</sup>. Diesbezüglich bestehe bereits eine eigens dafür gebildete interministerielle Arbeitsgruppe, deren Vertreter trotz unterschiedlicher Sicht in Detailfragen einhellig die Absicht verfolgten, die Sittenwidrigkeit des Prostituiertenvertrages abzuschaffen. Ferner ergebe sich eine Akzeptanz in der Bevölkerung aus verschiedenen repräsentativen Umfragen, nach welchen sich vor

<sup>194</sup> Vgl. VG Berlin NJW 2001, 983, 987.

<sup>195</sup> Vgl. VG Berlin, a.a.O..

<sup>196</sup> Vgl. VG Berlin, a.a.O., S. 988.

Umfragen, nach welchen sich vor allem die Befragten jüngeren Alters dafür ausgesprochen hätten, die Prostitution zu einem anerkannten Beruf mit Sozial- und Krankenversicherungsschutz zu machen. Die Ausführungen befragter Wissenschaftler, Verbände, Gewerkschaften und sogar kirchlicher Stellen ergebe in eindrucksvoller Weise, daß die Anerkennung der Prostitution als „normalen“ Beruf lediglich eine Fortführung der Praxis darstelle, nach welcher nach und nach die Strafbarkeit männlicher Homosexualität, des Ehebruchs sowie des Übernachtens eines Verlobten bei der eigenen Tochter abgeschafft wurde<sup>197</sup>. Als „sittenwidrig“ bzw. unanständig werde heute allenfalls das Verhalten bestimmter Freier bzw. die von Doppelmoral geprägte Rechtspraxis angesehen, die nicht die Kunden und die eigentlichen finanziellen Nutznießer der Sexualindustrie (bis hin zum Staat mit seinen Steuereinnahmen) benachteilige, sondern ausschließlich die Prostituierten<sup>198</sup>.

## b. Stellungnahme

Die Sittenwidrigkeit derjenigen Rechtsgeschäfte, welche die Prostitution überhaupt erst ermöglichen - namentlich der mit einer Dirne abgeschlossene Mietvertrag über eine Wohnung, in welcher diese ihrer Tätigkeit nachgeht, Verträge über Bordellkäufe, Bordellverpachtungen, Bordellhypothesen, Verträge über die Anlieferung von Getränken in Bordelle und andere Rechtsgeschäfte mit Bezug auf Bordelle - wird im Laufe der letzten 10 - 15 Jahre zunehmend verneint<sup>199</sup>. Gleiches gilt etwa für Kaufverträge über pornographische Publikationen<sup>200</sup>, für die öffentliche Vorführung pornographischer Filme<sup>201</sup> oder für Vereinbarungen über die Herstellung pornographischer Aufnahmen<sup>202</sup>. Bereits vor diesem Hintergrund ist nicht recht ersichtlich, warum diese Rechtsprechung - die vornehmlich auf dem Gedanken beruht, daß sich die erwähnten Abreden zunehmender Üblichkeit erfreuen und aufgrund der gewandelten Anschauung aller billig und gerecht Denkenden nicht mehr allgemein als sittenwidrig angesehen werden könnten<sup>203</sup> - nicht auf die Prostitution als solche übertragbar sein soll. Es ist nicht zu leugnen, daß es in jeder Stadt eine Vielzahl gewerblicher Bordelle gibt. In der Stadt Köln wurde - begleitet von einem immensen Medienecho -

---

<sup>197</sup> Vgl. VG Berlin, a.a.O., S. 988.

<sup>198</sup> Vgl. VG Berlin, a.a.O., S. 989.

<sup>199</sup> Vgl. beispielhaft BGHZ 63, 365, 367.

<sup>200</sup> Vgl. beispielhaft BGH NJW 1981, 1439; OLG Hamburg MDR 1975, 226, 227; Staudinger-Sack, § 138 Rn. 460.

<sup>201</sup> Vgl. beispielhaft BGH NJW 1981, 1439, 1439 a.E.; OLG Hamburg GRUR 1984, 663, 664; OLG Hamburg GRUR 1980, 998, 999.

<sup>202</sup> Vgl. beispielhaft OLG Stuttgart NJW-RR 1987, 1435; Palandt-Heinrichs, § 138 Rn. 54.

<sup>203</sup> Vgl. die in den Vorfußnoten genannten Entscheidungen und die entsprechenden Kommentare in der Literatur.

unter Inanspruchnahme von vom Stadtrat zur Verfügung gestellter *öffentlicher* Gelder in Höhe von 830.000,00 DM gar ein eigenes Areal gebaut, um „den Straßenprostituierten die Möglichkeit zu geben, ihrer Tätigkeit in einem geschützten Bereich nachzugehen“<sup>204</sup>. Unter Berücksichtigung all dieser Umstände kann letztlich gar keine Rede mehr davon sein, daß die Ausübung der Prostitution dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden widerspreche.

Dazu kommt - wie schon an anderer Stelle festgestellt wurde -, daß der Staat die Einnahmen der Prostituierten der Einkommenssteuer unterwirft - der Staatshaushalt insofern also auch von den Dirnen mitfinanziert wird. Zwar wird man aus diesem Umstand - der auf dem Prinzip der Gleichheit des Steuerrechts beruht - nicht automatisch den Rückschluß ziehen können, daß der Prostituiertenvertrag nicht sittenwidrig ist. Gleichwohl kommt ihm doch zumindest indizielle Bedeutung zu.

Folgt man der die Sittenwidrigkeit der Prostitution verneinenden Auffassung, hat dies in strafrechtlicher Hinsicht selbstverständlich zur Folge, daß auf der einen Seite - so wie es seitens der Rechtsprechung ohnehin schon praktiziert wird - der Freier um das investierte Geld, daß aber umgekehrt *auch* die Dirne um den vereinbarten Lohn bzw. den entsprechenden Anspruch auf denselben betrogen werden kann.

## 2. Weitere Problemfälle

Von der Vereinbarung mit einer Prostituierten abgesehen gab es in der Vergangenheit auch andere Sachverhalte, mit denen sich die Gerichte zu beschäftigen hatten und in welchen es inhaltlich um den Einsatz von Geld in ein nach § 138 BGB sittenwidriges und deshalb nichtiges Geschäft ging. Als Beispiel seien die sog. Abtreibungsfälle genannt, in welchen die Getäuschten trotz Bezahlung entweder gar kein oder nur ein untaugliches Abtreibungsmittel erhielten<sup>205</sup>. Daneben können die Vereinbarung über das Schreiben einer Klausur oder Hausarbeit sowie eine solche über die Anfertigung einer Dissertation durch einen Dritten gegen Entgelt aufgezählt werden. Nach der Rechtsprechung sittenwidrig ist auch ein solcher Vertrag, nach dessen Inhalt ein Arbeitgeber seinem Buchhalter gestattet, als Schweigegeld bestimmte Beträge aus der Geschäftskasse zu entnehmen<sup>206</sup>.

---

<sup>204</sup> So ein von der Stadt Köln am Eingang des Areals aufgestelltes Schild, vgl. Kölner Stadtanzeiger vom 04.10.2001, S. 16.

<sup>205</sup> Vgl. RGSt. **44**, 230, 233, 237. Ein Vertrag, der selbst „nur“ der Vorbereitung einer Straftat dient, selbst aber keine solche zum Inhalt hat, ist „lediglich“ nach § 138 BGB sittenwidrig und unterfällt nicht der Vorschrift des § 134 BGB (Palandt-*Heinrichs*, § 138 Rn. 42).

<sup>206</sup> Vgl. BAG in NJW 1968, 1647, 1648.

## **a. Vermögensverfügung**

Offensichtlich ist in den vorgenannten Konstellationen wiederum, daß das jeweils eingesetzte Geld bzw. der sonstige Wert ursprünglich Bestandteil des geschützten Vermögens des Investierenden war.

Aufgrund der gem. § 138 BGB angeordneten, zivilrechtlichen Nichtigkeit der Vereinbarungen dieser Fallgruppe steht dem Vorleistenden jedoch kein Anspruch auf Erbringung der abgesprochenen Leistung gegen seinen Geschäftspartner zu, wenn dieser seinerseits nicht freiwillig leistet.

### **aa. Kein zivilrechtlicher Schadensersatz- oder Rückforderungsanspruch**

Ein Schadensersatzanspruch des Getäuschten aus § 826 BGB muß ausscheiden, weil diese Norm ihrem Sinn und Zweck nach neben § 138 BGB nur bei lediglich einseitiger Sittenwidrigkeit zur Anwendung gelangt<sup>207</sup>. In Konstellationen wie den zu untersuchenden, bei welchen beiden Seiten die Sittenwidrigkeit ihres Verhaltens oder zumindest die diese begründenden Umstände bekannt sind, ist ein Eingreifen im Sinne des § 826 BGB mangels Schutzbedürftigkeit der Beteiligten schon nicht erforderlich<sup>208</sup>. Anderen Ansprüchen stünde jedenfalls wieder der Einwand des § 242 BGB entgegen, weil sie aus einem eigenen sittenwidrigen Verhalten des Anspruchstellers herrühren<sup>209</sup>.

Das Ergebnis der zivilrechtlichen Entscheidungsfindung „im Hinterkopf“ steht erneut die Prüfung der Frage im Mittelpunkt, ob das Vermögen des Getäuschten seines strafrechtlichen Schutzes verlustig gehen soll, wenn es zur Erlangung einer sittenwidrigen (Gegen-) Leistung eingesetzt wird.

Die von Rechtsprechung und Literatur in diesem Zusammenhang vorgebrachten Argumente für und wider die Strafbarkeit gem. § 263 sind die selben wie die oben im Rahmen der Abhandlung des Einsatzes rechtmäßig erworbener wirtschaftlicher Werte zur Erreichung eines verbotenen Zwecks angeführten, so daß sowohl diesbezüglich als auch

---

<sup>207</sup> Staudinger-Sack, § 138 Rn. 160; Palandt-Heinrichs, § 138 Rn. 17; im Ergebnis ebenso: Zieschang, Einfluß, S. 833, der allerdings den Anspruch aus § 826 BGB dem Grunde nach als gegeben ansieht, seiner Durchsetzbarkeit aber den Einwand aus § 242 BGB entgegen stellt.

<sup>208</sup> Palandt-Heinrichs, § 138 Rn. 17.

<sup>209</sup> Vgl. oben, S. 13.

mit Blick auf die sich darauf beziehenden Ausführungen des Verfassers nach dorthin verwiesen werden kann<sup>210</sup>. Indes können - wie bereits an anderer Stelle festgestellt wurde<sup>211</sup> - wegen des qualitativen Unterschieds zwischen dem Zivil- und dem Strafrecht aus dem Ergebnis der zivilrechtlichen Entscheidungsfindung grundsätzlich keine Rückschlüsse im Hinblick auf die Frage (des Verbleibs) der Zugehörigkeit des investierten Guts zum strafrechtlich geschützten Vermögen gezogen werden. Dies ergibt sich hinsichtlich des auf § 817 S. 2 BGB beruhenden Kondiktionsausschlusses schon daraus, daß sich aus zivilrechtlichen Ergebnissen, denen diese Vorschrift zugrunde liegt, ohnehin keine Rückschlüsse für oder wider die Existenz eines Schadens im Sinne der strafrechtlichen Vermögensdelikte ziehen lassen<sup>212</sup>. Gleiches gilt im Ergebnis mit Blick auf die dem Rechtsinstitut der unerlaubten Handlung entstammenden Anspruchsgrundlagen, da diese bereits mangels Vorliegens der Haftungstatbestandsvoraussetzungen ausscheiden - es auf einen Schaden im Sinne dieser Vorschriften also gar nicht mehr ankommt<sup>213</sup>. Gleichwohl bedarf es in diesem Zusammenhang (erneut) eines Eingehens auf die der zivilrechtlichen Nichtigkeitserklärung der Geschäfte zugrunde liegenden Motive sowie einer Untersuchung der Frage, ob sich die diesbezüglich maßgeblichen Wertungsmaßstäbe auf das Strafrecht übertragen lassen.

## **bb. Funktion des § 138 BGB**

Zunächst ist also zu untersuchen, *warum* das Zivilrecht ein gegen die guten Sitten verstoßendes Geschäft für nichtig erklärt und damit die nach dem Willen des Gesetzgebers der Norm des § 138 BGB zuge dachte Funktion. Die Rechtsordnung gewährt dem einzelnen im Wege der Privatautonomie grundsätzlich die Befugnis, seine Lebensverhältnisse durch Rechtsgeschäfte eigenverantwortlich zu gestalten<sup>214</sup>. Dies birgt die Gefahr von Mißbrauch in sich, ohne daß die vielfältigen Mißbrauchsmöglichkeiten durch entsprechende Regeln abschließend erfaßt werden könnten. Daher bedarf es als notwendiges Korrektiv einer Generalklausel, die der autonomen Rechtsgestaltung Grenzen setzt, wenn sie den Mindestanforderungen der allgemein anerkannten Rechts- und Sozialmoral nicht gerecht wird und den auf allgemeiner Rechtsüberzeugung beruhenden *Wertvorstellungen* zuwiderläuft<sup>215</sup>. Diese Generalklausel enthält § 138 BGB. Sein Zweck ist es einerseits,

---

<sup>210</sup> Vgl. oben, S. 28 f. bzw. S. 29 ff..

<sup>211</sup> Vgl. oben, S. 26.

<sup>212</sup> Vgl. oben, S. 35.

<sup>213</sup> Vgl. oben, S. 35 f..

<sup>214</sup> Vgl. Palandt-Heinrichs, Überblick vor § 104 Rn. 1.

<sup>215</sup> Vgl. RGRK - Krüger-Nieland/Zöller, § 138 Rn. 1; Motive I, § 106 (= S. 211).

dem Mißbrauch der Privatautonomie entgegenzuwirken<sup>216</sup>, indem er die sich außerhalb der Sittenordnung bewegenden Rechtsgeschäfte für nichtig und infolgedessen sich daraus ableitende Verpflichtungen für rechtlich nicht existent erklärt. Andererseits steht hinter § 138 BGB auch der Gedanke der normativen Prävention<sup>217</sup>. Im Rahmen der Prüfung, wann solche Rechtsgeschäfte vorliegen, haben die Gerichte - denen durch die hochnormative Vorschrift des § 138 BGB ein in dieser Größenordnung bislang nicht bekannter Ermessensspielraum eingeräumt wurde<sup>218</sup> - eine Konkretisierung am Maßstab von Wertvorstellungen vorzunehmen, die wiederum in erster Linie von den Grundsatzentscheidungen der Verfassung bestimmt werden<sup>219</sup>. Es stellt sich mithin die Frage, ob dann, wenn ein Rechtsgeschäft wegen Verstoßes gegen § 138 BGB für nichtig erklärt wird und dabei verfassungsrechtliche Wertentscheidungen zum Ausdruck gelangen, dies automatisch Einfluß auf den Verbleib der Zugehörigkeit des investierten Guts zum strafrechtlich geschützten Vermögen haben muß<sup>220</sup>. Zweifellos beanspruchen verfassungsrechtliche Wertentscheidungen in allen Bereichen des Rechts Geltung - mithin auch im Strafrecht. Gleichwohl greift die Überlegung, daß ein sich nach Wertung des § 138 BGB außerhalb der Sittenordnung bewegendes Geschäft automatisch zur Folge haben müßte, daß die mit entsprechender Zweckbestimmung dort hinein investierten Güter ihres strafrechtlichen Schutzes verlustig gingen<sup>221</sup>, zu kurz. Denn wenn sich verfassungsrechtliche Grundentscheidungen über das Medium des § 138 BGB (bzw. § 242 BGB) entfalten, geschieht dies unter Berücksichtigung der vom Zivilrecht verfolgten Ziele - einen gerechten Güterausgleich zu erreichen - im allgemeinen, und unter Berücksichtigung der Funktion der angewandten Norm des § 138 BGB (Verhinderung des Mißbrauchs der Privatautonomie bzw. Gedanke der normativen Prävention) im speziellen. Gerade wegen des grundsätzlichen qualitativen Unterschieds zwischen Zivil- und Strafrecht kann aber nicht automatisch darauf geschlossen werden, daß die Werteordnung der Verfassung im Falle eines gem. § 138 BGB nichtigen Geschäfts generell in der Weise auf das Strafrecht „durchschlägt“, daß die mit einer entsprechenden Zweckbestimmung investierten Güter mit ihrer Hergabe strafrechtlich schutzlos gestellt würden. Den der Einführung des (heutigen) § 138 in das Bürgerliche Gesetzbuch zugrundeliegenden Motiven ist dafür nichts zu entnehmen. Davon abgesehen muß in diesem Zusammenhang insbesondere berücksichtigt werden, daß die Rechtsordnung - in der Regel - den Zustand *akzeptiert*, der entsteht, wenn beide Seiten ungeachtet ihrer fehlenden rechtlichen Erfüllungsverpflichtung gleichwohl leisten. Die „ordnungsgemäße“ Abwicklung des

---

<sup>216</sup> Vgl. Motive I, § 106 (= S. 211); Palandt-Heinrichs, § 138 Rn. 1.

<sup>217</sup> Lindacher, Grundsätzliches, S. 125; RGRK - Krüger-Nieland/Zöller, § 138 Rn. 2.

<sup>218</sup> Vgl. Motive I, § 106 (= S. 211).

<sup>219</sup> BVerfGE 89, 214, 229; BGH NJW 1986, 2944, 2944.

<sup>220</sup> In diesem Sinne: Zieschang, Einfluß, S. 837.

<sup>221</sup> So Zieschang, a.a.O..

sittenwidrigen Geschäfts führt mit Blick auf die investierten (bzw. erhaltenen) Güter bei der Beurteilung vieler Sachverhalte<sup>222</sup> zu einem legalen Haben sowohl beim Auftraggeber als auch beim Auftragnehmer<sup>223</sup>. Ist dies der Fall, kann auch die dem Auftraggeber bei Abschluß des Geschäfts zuwachsende Exspektanz auf die Herbeiführung dieses Zustands nicht im Widerspruch zur Rechtsordnung stehen. Die Erbringung einer gegen die guten Sitten verstoßenden Leistung wird nicht unter Strafe gestellt. Ein derartiges (Austausch-) Geschäft ist im Gegenteil erlaubt<sup>224</sup>. Das für die Niederschrift einer Klausur an den Schreiber gezahlte Geld geht unzweifelhaft in dessen Eigentum über und wird gleichzeitig Bestandteil seines strafrechtlich geschützten Vermögens. Die Rechtsordnung erhebt keinen Anspruch auf dieses Geld oder einen Ersatz gleichen Wertes und spricht einen solchen auch keinem Dritten zu. Es wird von ihr grundsätzlich toleriert, sein Vermögen in derartige Geschäfte einzusetzen und eine mit den „guten Sitten“ nicht im Einklang stehende Gegenleistung als verlustkompensierendes Gut zu empfangen. Damit nichts zu tun hat der Umstand, daß das Zivilrecht einen solchen Vertrag für nichtig erklärt. Denn es tut dies - in „seinem“ Bereich - den Motiven der dafür angewandten Vorschrift nach, weil es den sittenwidrigen Verträgen aus rechtspolitischen und -ethischen Gesichtspunkten hinsichtlich ihrer Erfüllung grundsätzlich nicht die dafür normalerweise zur Verfügung stehenden Mittel der gerichtlichen Geltendmachung und gegebenenfalls der - durch staatliche Organe durchzuführenden - Zwangsvollstreckung zur Seite stellen will, nicht aber, weil es dieselben verbieten wollte<sup>225</sup>. Die Rechtsordnung weiß im Gegenteil um diese Art der wirtschaftlichen Betätigung und will ihr im Grunde auch nicht die rechtliche Legitimation absprechen<sup>226</sup>: Das Bundessozialgericht hat in diesem Zusammenhang in einer Entscheidung neuesten Datums für Recht erkannt, daß auch sittenwidrige Beschäfti-

---

<sup>222</sup> Zu den Sachverhalten, wo dies nicht der Fall ist und wie diese zu behandeln sind, vgl. unten S. 68 ff..

<sup>223</sup> Vgl. BGH JR 1988, 125, 126: „Geschützt bleibt, was die Prostituierte als Entgelt *erlangt* hat.“ Dies gilt nach st. Rspr. des BGH freilich nur für den Fall, daß die Dirne ihrerseits vereinbarungsgemäß „geleistet“ hat - das Geschäft also ungeachtet seiner Nichtigkeit verabredungskonform durchgeführt wurde.

<sup>224</sup> So auch VG Berlin in NJW 2001, 983, 985 hinsichtlich der Prostitution - und zwar unabhängig davon, daß es diese auch nicht (mehr) für sittenwidrig erachtet; s. auch Bartholomeyczik, Zeitpunkt, S. 63: „Die Betroffenen (eines sittenwidrigen Geschäfts) sollen geschützt, die Erklärenden dagegen *nicht* gestraft werden. Der Verfügende soll *nicht* „zu-recht“-gewiesen werden ...“ (Kursivdruck durch den Verfasser hinzugefügt)

<sup>225</sup> Dies ergibt sich insbesondere auch aus einem Vergleich der Motive, aufgrund derer die Vorschriften des § 134 bzw. des § 138 BGB in das Bürgerliche Gesetzbuch aufgenommen wurden: Während mit der Norm des § 134 BGB ausdrücklich das Ziel verfolgt wurde, die Streitfrage des gemeinen Rechtes, ob dann, wenn ein Gesetz die Vornahme eines Rechtsgeschäfts verbietet bzw. mit Strafe belegt, ohne die Nichtigkeit desselben auszusprechen, das dem Verbote zuwider vorgenommene Geschäft in der Regel nichtig sei, im bejahenden Sinne zu entscheiden (vgl. Motive I, § 105 = S. 210), ist in den Motiven für die Vorschrift von § 138 BGB von einem Verbot des gegenständlichen Rechtsgeschäfts keine Rede (vgl. Motive I, § 106 = S. 211, 212).

<sup>226</sup> A.A. zumindest mit Blick auf die Prostitution: *Cramer*, Grenzen, S. 475.

gungen der Sozialversicherungspflicht unterfielen<sup>227</sup>. Ferner unterwirft der Fiskus das von der Dirne erwirtschaftete Geld der *Einkommenssteuer*<sup>228</sup> und die Prostituierte, die verletzt wurde, kann unter dem *Schutze des Rechts* nach § 252 BGB *Schadensersatz* wegen entgangener Einnahmen geltend machen<sup>229</sup> - wobei dieselben gar lediglich mit Wahrscheinlichkeit hätten erzielt werden müssen. Von der Rechtsgesellschaft wird die (Arbeits-) Leistung der Dirne als sinnvolle Tätigkeit<sup>230</sup> in einem nicht unbedeutenden Wirtschaftszweig anerkannt<sup>231</sup>. Zwar wächst dem Investierenden bei dieser Art von Geschäften kein durchsetzbarer Anspruch auf die vereinbarte Gegenleistung zu; wohl aber durfte er mit ihr rechnen, weil es sich - im Gegensatz zu den Sachverhalten, in welchen die Gegenleistung in einer Straftat besteht - bei ihr um ein *rechtlich unbedenkliches Äquivalent* handelt<sup>232</sup>. Aus diesen Gründen kann dem eingesetzten Gut mit Blick auf seine Zweckbestimmung auch nicht die Zugehörigkeit zum strafrechtlich geschützten Vermögen abgesprochen werden. Dazu bedürfte es gerade einer Mißachtung des Geschäfts in Form eines Verbots bzw. der rechtlichen Feststellung, daß die ausgetauschten Güter bei den Beteiligten *nicht* zu einem legalen Haben - und somit zu einer rechtswidrigen Vermögenslage - führten. Dies ist - zumindest in der Regel - nicht der Fall. Wird aber der intendierte Zustand von der Rechtsordnung gebilligt, müssen auch die mit einer derartigen Zweckbestimmung eingesetzten Güter weiterhin zum geschützten Vermögen des Getäuschten gehören.

Eine Vermögensverfügung liegt deshalb nach der hier vertretenen Meinung in den Konstellationen vor, in welchen Personen wertvolle Güter

---

<sup>227</sup> Vgl. BSG NJW 2001, 1965, 1965, wo wörtlich ausgeführt wird: „Werden aus nichtselbständiger Arbeit Einnahmen erzielt, sollen diese nach dem System des Sozialversicherungsrechts jedenfalls zum Teil kraft Gesetzes zur Eigenvorsorge verwendet werden. Der Einzelne erwirbt hierdurch Ansprüche aus der Versicherung, damit er bei Ausfall seiner Einnahmen aus der Erwerbstätigkeit nicht auf staatliche Hilfe angewiesen ist. ... Diesen Zielen wird nur hinreichend Rechnung getragen, wenn jedenfalls bei einer Tätigkeit der vorliegenden Art trotz etwaiger Sittenwidrigkeit eine versicherungs- und beitragspflichtige Beschäftigung vorliegt.“ Davon, daß derartige Tätigkeiten unterbunden werden müßten oder gar verboten seien, ist in der Entscheidung keine Rede. Im Gegenteil: Da die Sozialversicherungspflicht (u.a.) - wenn auch nur mittelbar - dazu dient, daß der Staat seiner ihm nach dem Grundgesetz (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 S. 1 GG) obliegenden Verpflichtung, die soziale Gerechtigkeit herzustellen und zu erhalten (Sozialstaatsprinzip), nachzukommen in der Lage ist, hat das Gericht damit zum Ausdruck gebracht, daß auch die einer sittenwidrigen Tätigkeit Nachgehenden den Staat hierbei zu unterstützen haben. Auch sie tragen mithin dazu bei, daß der Staat seinen ihm durch die Verfassung auferlegten Aufgaben nachkommen kann und erwerben hierfür nach dem eindeutigen Wortlaut des Urteils im Gegenzug *wirksame Ansprüche* aus der Versicherung, damit sie bei Ausfall ihrer Einnahmen aus der Erwerbstätigkeit nicht auf staatliche Hilfe angewiesen sind.

<sup>228</sup> Selbst wenn man die Prostitution heute nicht mehr für sittenwidrig halten wollte, kann das Bsp. an dieser Stelle noch angeführt werden, da die Einkommenssteuerpflicht auch schon bestand, als an der Sittenwidrigkeit zumindest von Seiten der Judikatur noch niemand ernsthaft gezweifelt hat.

<sup>229</sup> BGHZ 67, 119 ff.; OLG Düsseldorf NJW 1970, 1852; Staudinger-Sack, § 138 Rn. 453.

<sup>230</sup> Vgl. LG Münster StV 1992, 581, 582.

<sup>231</sup> Vgl. dazu BT-Drucksache 11/7140, S. 6 f.; LG Münster, a.a.O..

<sup>232</sup> In diesem Sinne auch Mitsch, BT 2/1, S. 421.

zur Erlangung einer sittenwidrigen Gegenleistung einsetzen, wenn der intendierte Zustand von der Rechtsordnung akzeptiert wird - und damit rechtmäßig ist.

## cc. Zwischenergebnis

Der in ein sittenwidriges und aus diesem Grunde nichtiges Geschäft Investierende bewegt sich - auf eigene Gefahr - zwar außerhalb dessen, was rechtlich durchsetzbar ist, nicht aber außerhalb dessen, was rechtlich *erlaubt* ist. Daß eine Vereinbarung nicht mit den „guten Sitten“ in Einklang zu bringen ist, kann nach dem hier vertretenen Standpunkt nicht zur Folge haben, den eingesetzten Wert aus dem strafrechtlich geschützten Vermögen auszuschneiden, solange mit dem Geschäft die Herstellung eines von der Rechtsordnung akzeptierten Zustandes intendiert wird. Dies erschiene dessen ungeachtet auch mit Blick darauf problematisch, als daß der - hochnormative - Maßstab von Moral und Sitte dafür bereits viel zu ungenau ist<sup>233</sup>. Entscheidend ist die rechtliche *Unbedenklichkeit*, aus der sich die strafrechtlich erhebliche Schutzwürdigkeit des eingesetzten Guts ergibt. Toleriert die Rechtsordnung den infolge der „ordnungsgemäßen“ Durchführung intendierten bzw. herbeigeführten Zustand, verfügt der Getäuschte über sein Vermögen, solange die investierten Güter einen wirtschaftlichen Wert besitzen. Aufgrund des qualitativen Unterschieds zwischen Zivil- und Strafrecht spricht auch nichts dagegen, daß das Strafrecht grundsätzlich eine Vermögensposition schützt, die in ein zwar nichtiges - und deshalb zivilrechtlich nicht erzwingbares -, aber gerade nicht verbotenes Geschäft eingesetzt wird. Denn das Strafrecht kann Werte in seinen Schutzbereich ziehen und damit in den Rang von Rechtsgütern erheben, die nicht zugleich unter dem spezifischen Schutz anderer Rechtsgebiete stehen<sup>234</sup>. Genauso kann es umgekehrt auch mit seinem Schutz hinter dem anderer Teilgebiete des Rechts zurückbleiben<sup>235</sup>. Ein Widerspruch innerhalb der Rechtsordnung würde sich lediglich dann ergeben, wenn das Strafrecht Güter schützen wollte, die zur Erreichung eines Zustandes investiert werden, der in erklärtem Widerspruch zu anderen Rechtsgebieten, namentlich dem Zivilrecht, stünde *und* wenn die der jeweiligen Entscheidungsfindung zugrundeliegenden Wertungen und Strukturprinzipien der anderen Rechtsgebiete mit denen des Straf-

---

<sup>233</sup> *Mitsch*, BT 2/1, S. 420; die „guten Sitten“ sind kein ein für allemal feststehender Begriff, sie unterliegen dem Wandel, der sich in den allgemein anerkannten moralischen Auffassungen und der allgemeinen Rechtsüberzeugung vollziehen kann (RGRK - *Krüger-Nieland/Zöller*, § 138 Rn. 3). Durch § 138 BGB wird diesem Wandel durch die richterliche Feststellung dessen, was als gute Sitten anzusehen ist, Rechnung getragen. Man spricht in diesem Zusammenhang von der sog. Transformations- und Legitimationsfunktion der Vorschrift (RGRK, a.a.O.). Aus diesem Grunde kann - überspitzt formuliert - ein Geschäft, das heute noch als nichtig angesehen wird, morgen schon wirksam sein.

<sup>234</sup> *Lenckner*, Vermögensschaden, S. 107.

<sup>235</sup> *Lenckner*, a.a.O.; vgl. in diesem Zusammenhang auch Cramer, Grenzen, S. 474: „Es gibt weder ... eine akzessorische Bindung des Strafrechts an einen irgendwie gearteten zivilistischen Vermögensbegriff, noch ist das Strafrecht gezwungen, seinem Vermögensbegriff das subjektive Recht als alleiniges Konstruktionselement zugrunde zu legen.“

rechts übereinstimmten. Dies ist vorliegend - wie aufgezeigt - nicht der Fall.

## **b. Vermögensschaden?**

Der Hergabe des Geldes als Vermögensverfügung steht nach der hier vertretenen Meinung die - rechtlich zwar nicht durchsetzbare, aber dennoch vom Recht akzeptierte - Aussicht auf Erfüllung der Vereinbarung gegenüber. Ist diese Exspektanz wegen von Anfang an nicht vorhandener Leistungswilligkeit oder -fähigkeit wertlos, stellt sich die Frage, ob dem Verfügenden auch ein Vermögensschaden im Sinne des § 263 entsteht.

### **aa. Juristisch-ökonomische Vermittlungslehre**

Das Vermögen erleidet nach der hier vertretenen „juristisch-ökonomischen“ Vermittlungslehre grundsätzlich einen Schaden, wenn sein wirtschaftlicher Gesamtwert durch die Verfügung des Getäuschten vermindert wird, wenn also die Aktiven verringert werden oder neue Verbindlichkeiten entstehen, ohne daß diese Einbuße durch einen unmittelbaren Zuwachs voll ausgeglichen wird<sup>236</sup>. Wäre der Geschäftspartner des Investierenden im Moment der Hergabe der Vorleistung seinerseits leistungsbereit und -fähig, würde das Eingesetzte durch die Exspektanz zur Herstellung des mit der Vereinbarung intendierten - der Rechtsordnung nicht widersprechenden - Zustandes kompensiert werden. Denn werden die dem - wenn auch nichtigen - Geschäft zugrunde liegenden Leistungen vereinbarungskonform ausgetauscht, liegt unzweifelhaft kein Betrug vor. Im Gegenteil wird - in der Regel - ein von der Rechtsordnung akzeptierter Zustand geschaffen. Bei einem leistungsbereiten Auftragnehmer kann also von einem infolge der Verfügung eingetretenen Vermögensschaden keine Rede sein. Insofern wäre nach der hier vertretenen Meinung - wollte man die vorgenannte Definition konsequent anwenden - grundsätzlich ein Schaden anzunehmen, wenn der „Vertrags“partner von Anfang an leistungsunfähig oder -willig ist, weil der durch die Hingabe wirtschaftlich wertvoller Güter vorgenommenen Verfügung dann gerade kein gleichwertiges Äquivalent gegenüberstünde.

---

<sup>236</sup> Vgl. LK-Lackner (10. Aufl.), § 263 Rn. 143.

## bb. Normative Korrektur zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen in der Gesamtrechtsordnung?

Es ist gleichwohl anerkannt, daß es in gewissen Fällen einer normativen Korrektur der rein wirtschaftlichen Schadensermittlung bedarf, um Wertungswidersprüche in der Gesamtrechtsordnung zu vermeiden<sup>237</sup>. Eine solche wird u.a. im Bereich der Anwartschaften<sup>238</sup> sowie bei unvollkommenen Verbindlichkeiten wie beispielsweise Forderungen aus Spiel und Wette vorgenommen<sup>239</sup>. Begründet wird diese Korrektur richtigerweise damit, daß es nach bürgerlichem Recht gerade in der freien Entschließung des Schuldners liegen soll, ob er die (unvollkommene) Verbindlichkeit erfüllen bzw. den durch die Anwartschaft „gesicherten“ Anspruch entstehen lassen will oder nicht<sup>240</sup>. Ist er dazu nicht gewillt, erleidet der Getäuschte ungeachtet der von ihm ohne den Erhalt eines gleichwertigen Äquivalents vorgenommenen Verfügung gleichwohl keinen Schaden, weil die Vermögenseinbuße von ihm nach der Rechtsordnung hinzunehmen ist<sup>241</sup>.

Gleiches muß nach der hier vertretenen Meinung für den „Primär“anspruch auf Erfüllung - oder anders ausgedrückt: für die Expektanz zur Herstellung des mit der Vereinbarung intendierten Zustandes gelten, solange dieser der Rechtsordnung nicht widersprechen würde. Dies ergibt sich vor allem aus den folgenden Überlegungen:

Nimmt man einmal von der oben diskutierten Fallgestaltung, daß der Vorleistungsempfänger von Anfang an leistungsunwillig oder -fähig ist, Abstand und legt zugrunde, daß sich dieser erst *nach* Empfang des Geldes dazu entschließt, die vereinbarte Gegenleistung nicht zu erbringen<sup>242</sup>, dann zeigt sich, wie eng diese beiden Konstellationen miteinan-

---

<sup>237</sup> BGHSt. **31**, 178, 179, 180; Sch./Sch.-Cramer; § 263 Rn. 119; LK-Tiedemann, § 263 Rn. 186; LK-Lackner (10. Aufl.), § 263 Rn. 155 m.w.N..

<sup>238</sup> BGH, a.a.O..

<sup>239</sup> Vgl. LK-Lackner (10. Aufl.), a.a.O..

<sup>240</sup> Vgl. LK-Lackner (10. Aufl.), § 263 Rn. 131, 155; LK-Tiedemann, § 263 Rn. 186.

<sup>241</sup> So beispielsweise BGHSt. **31**, 178, 179 für den Fall, daß ein von Anfang an Zahlungsunfähiger eine Maklerfirma mit der Vermittlung einer Dachterrassenwohnung beauftragt, woraufhin diese umfangreiche Maklertätigkeiten (= Verfügung) entfaltet, ohne daß es jedoch letztlich zu einem Kaufvertrag zwischen dem Auftraggeber und einem Dritten gekommen wäre. Durch den Maklervertrag - so der BGH a.a.O. - stehe der Maklerfirma „zwar eine zivilrechtlich geschützte, vererbliche Anwartschaft auf den Vergütungsanspruch zu; „erworben“ wird der Anspruch jedoch erst, wenn die Voraussetzungen des § 652 Abs. 1 BGB erfüllt sind. ... Die Vermögenseinbuße, die der Makler durch seine unter Umständen sehr umfangreichen, aber erfolglosen Bemühungen erleidet, ist von ihm nach der Rechtsordnung *hinzunehmen*.“ (Kursivdruck vom Verfasser hinzugefügt)

<sup>242</sup> So ist der Sachverhalt wohl in BGHSt. **17**, 328 zu verstehen, in welchem eine Dirne - nachdem sie den mit dem Freier vereinbarten Preis für die Gewährung von Geschlechtsverkehr bereits vereinnahmt und die entsprechenden Vorbereitungen getroffen hatte - verlangte, der spätere Angeklagte müsse „noch einen Schein dazulegen“.

der verknüpft sind. Sie unterscheiden sich lediglich mit Blick auf den Zeitpunkt der Fassung des Tatentschlusses voneinander<sup>243</sup>. Dieser Zeitpunkt ist demnach gleichzeitig ausschlaggebend für die Beantwortung der Frage, über was der Getäuschte verfügt. Ist der Vorleistungsempfänger von Anfang an leistungsunwillig, liegt die Verfügung in dem hingegebenen Werte als solchem. Entschließt er sich hingegen erst nachträglich dazu, die vereinbarte Gegenleistung nicht zu erbringen, ist Verfügungsgegenstand der Rückforderungsanspruch. Prämisse dafür wäre selbstverständlich wiederum, daß man den - rechtlich nicht durchsetzbaren, weil nichtigen - Rückforderungs„anspruch“ - oder genauer: die Aussicht auf den Wiedererhalt des Investierten - grundsätzlich zum rechtlich geschützten Vermögen des Vorleistenden zählt. Dies ist nach der hier vertretenen Ansicht aufgrund folgender Erwägungen zu bejahen:

Wie bereits oben festgestellt<sup>244</sup>, können nach überwiegender und richtiger Ansicht<sup>245</sup> sowohl Anwartschaften (wenn sie eine hinreichende Festigkeit erlangt haben) als auch klaglose Forderungen, die auf unvollkommenen Verbindlichkeiten (Naturalobligationen) beruhen, sowie beispielsweise „nur“ wegen Formverstoßes (§§ 313 S. 1, 518 Abs. 1 S. 1 BGB) nichtige Forderungen zum rechtlich geschützten Vermögen gehören. Begründet wird dies zu Recht damit, daß die Herbeiführung des mit dem unwirksamen Anspruch erstrebten Zustandes (in der Regel) nicht der Mißbilligung des Rechts unterliege, so daß der Annahme eines Vermögensbestandteils aus diesem Grunde nichts im Wege stehe<sup>246</sup>. Jedoch wird auch mit der Rückabwicklung des sittenwidrigen Geschäfts in der Regel kein der Rechtsordnung widersprechender Zustand intendiert<sup>247</sup>. Denn wenn dies - wie festgestellt<sup>248</sup> - bereits bei vereinbarungskonformer *Durchführung* desselben nicht der Fall ist, kann erst Recht die Rückabwicklung nicht der Rechtsordnung widersprechend sein<sup>249</sup>. Daß dem Vorleistenden diesbezüglich kein durchsetzbarer Anspruch zusteht, spricht nicht dagegen, sondern wird im Gegenteil bei sämtlichen der vorgenannten Positionen gerade vorausgesetzt. Warum sollte die Aussicht auf die Erlangung von rechtlich nicht geschuldeten Trinkgeldern oder Gehaltszulagen zum geschützten Ver-

---

<sup>243</sup> Zusammenfassend: *Kühl*, Umfang, S. 505 ff..

<sup>244</sup> Vgl. oben, S. 37, 38 (insbesondere Fn. 180).

<sup>245</sup> Vgl. *LK-Lackner* (10. Aufl.), § 263 Rn. 129, 131, 132 und *LK-Tiedemann*, § 263 Rn. 186, jeweils m.w.N..

<sup>246</sup> So *LK-Lackner* (10. Aufl.), § 263 Rn. 132; *LK-Tiedemann*, § 263 Rn. 151; *Sch./Sch.-Cramer*, § 263 Rn. 92; *ders.*, Vermögensbegriff, S. 108; *Lenckner*, Vermögensschaden, S. 108; *NK-Kindhäuser*, § 263 Rn. 302.

<sup>247</sup> Davon könnte man nur dann ausgehen, wenn man der Norm des § 817 S. 2 BGB einen „Strafcharakter“ zuerkennen wollte. Dies ist aber - wie oben festgestellt (S. 33 f.) - nicht möglich. So wohl auch *LK-Lackner* (10. Aufl.), § 263 Rn. 241; *Lenckner*, Vermögensschaden, S. 109.

<sup>248</sup> Vgl. oben, S. 48 ff..

<sup>249</sup> In diesem Sinne auch *LK-Lackner* (10. Aufl.), § 263 Rn. 241, 242; vgl. zu den Ausführungen *Lackners* in diesem Zusammenhang näher unten, Fn. 256.

mögen zählen, nicht aber die dahingehende Expektanz, das an die Dirne für die Gewährung von Geschlechtsverkehr gezahlte Entgelt<sup>250</sup> zurückzuerhalten? Beide Erwartungen zielen auf die Herbeiführung eines der Rechtsordnung nicht widersprechenden - mithin eines rechtmäßigen - Zustandes ab. Es ist kein plausibler Grund ersichtlich, die Aussicht auf die Erlangung eines wirtschaftlich wertvollen Gutes - soweit sich diese Expektanz hinreichend konkretisiert hat - von der Zugehörigkeit des Vermögens auszunehmen, solange der Zustand, dessen Herstellung intendiert wird, der Rechtsordnung nicht widerspricht, sondern im Gegenteil gerade von ihr akzeptiert wird und somit rechtmäßig ist. Warum sollte es - was zweifellos der Fall ist - gem. § 263 strafbar sein, unter arglistiger Täuschung seine *existente* Forderung gegenüber einem zahlungsunfähigen Schuldner zum Nominalwert an einen anderen zu veräußern, nicht aber, den Inhaber eines Rückzahlungs„anspruchs“ gegen die zahlungsfähige und -willige Dirne um denselben zu prellen? Aus diesen Gründen gehört auch die Aussicht auf den Rückerhalt des in ein sittenwidriges Geschäft Investierten grundsätzlich zum strafrechtlich geschützten Vermögen, solange die Herstellung eines der Rechtsordnung nicht widersprechenden Zustandes intendiert wird<sup>251</sup>.

Dies hat zur Konsequenz, daß es - wie bei den sonstigen klaglosen Forderungen auch - hinsichtlich des wirtschaftlichen Wertes solcher Positionen - was Prämisse dafür ist, Vermögensbestandteil sein zu können - mangels weiterer Bewertungsmaßstäbe auf die Leistungsfähigkeit und die Leistungsbereitschaft des Schuldners ankommt<sup>252</sup>.

---

<sup>250</sup> Vorausgesetzt, man hält diese Vereinbarung nach wie vor für sittenwidrig.

<sup>251</sup> A.A.: Sch./Sch.-Cramer, § 263 Rn. 93; LK-Tiedemann, § 263 Rn. 138, 151; LK-Lackner (10. Aufl.), § 263 Rn. 132, 241; Leckner, Vermögensschaden, S. 108; RGSt. 65, 99, 100; mit der Begründung, diese „Ansprüche“ könnten wegen ihres Widerspruchs zu außerstrafrechtlichen Vorschriften, namentlich § 138 BGB, keinen Schutz genießen. Daß jedoch der Zustand, welcher mit einem gem. § 138 BGB nichtigen Geschäft intendiert wird, in der Regel gerade *nicht* von der Rechtsordnung mißbilligt wird - und dies ist schließlich das ausschlaggebende Argument dafür, die sonstigen Positionen wie Anwartschaften und andere nichtige Forderungen in den Vermögensschutz mit einzubeziehen - ist oben S. 47 ff. aufgezeigt worden.

<sup>252</sup> LK-Tiedemann, § 263 Rn. 149; LK-Lackner (10. Aufl.), § 263 Rn. 131, Sch./Sch.-Cramer, § 263 Rn. 91; Lenckner, Vermögensschaden, S. 109; von diesem Erfordernis ist auch die bisherige Rechtsprechung ausgegangen, und zwar bei Naturalobligationen bereits in RGSt. 36, 205 (208) und RGSt. 40, 21 (29), bei nichtigen Forderungen erstmals in OGHSt. 2, 193 (201) und BGHSt. 2, 364 (366, 369). Zwar wird in den Entscheidungsgründen des BGH nicht ausdrücklich von der Erfüllungsbereitschaft des Schuldners gesprochen. Gleichwohl ist hier von „geschäftlichen, verwandtschaftlichen, freundschaftlichen, sonstigen gesellschaftlichen oder anderen Bindungen“ die Rede, die „den Schuldner veranlassen können, die wegen Nichtigkeit unklagbare Forderung zu begleichen, etwa um Nachteile zu vermeiden, die sich aus der Verweigerung der Zahlung ergeben können“ (S. 366). Dies sollte nach Ansicht des BGH wohl auch nicht bedeuten, daß bereits eine „Beziehung“ zwischen „Gläubiger“ und „Schuldner“ genügt, die möglicherweise abstrakt geeignet ist, den Schuldner zur Zahlung zu veranlassen. Denn damit wäre über den konkreten Wert der Forderung noch nicht viel ausgesagt, würde doch eine derartige Verbindung dem Schuldner nichts nützen, wenn sie nicht zugleich - und zwar in Bezug auf die konkret zur Diskussion stehende Forderung - geeignet wäre, eine Zahlungsbereitschaft des Schuldners zu erzeugen.

Kommt es aber neben der Leistungsfähigkeit entscheidend auf die Erfüllungsbereitschaft des „Schuldners“ an, so hängt es auch von seinem Willen ab, *wie lange* der Gläubiger eine vermögenswerte Position innehat<sup>253</sup>. Denn entschließt sich der anfangs leistungsbereite Geschäftspartner - aufgrund welcher Motive auch immer - nachträglich dazu, die Rückerstattung des Erlangten zu unterlassen, dann verliert die ursprünglich wirtschaftlich wertvolle Position von diesem Augenblick an ihren Wert und scheidet damit aus dem geschützten Vermögen des „Gläubigers“ aus<sup>254</sup>. Der Gläubiger kann mithin nichts mehr verlieren, wenn der Geschäftspartner ihn durch Täuschung davon abbringt, seine Exspektanz auf den Rückerhalt der Vorleistung geltend zu machen. Spiegelt der bei „Vertrags“abschluß noch leistungsbereite und nachträglich anderen Sinnes gewordene Klausurschreiber<sup>255</sup> dem Prüfling wahrheitswidrig vor, er habe den Schreibtermin wegen Krankheit nicht wahrnehmen können, die gezahlte Vorleistung könne er aber, da er dieselbe bereits verbraucht habe, nicht zurückerstatten, entschließt er sich spätestens bei Beginn der Täuschungshandlung dazu, das für die vereinbarte Leistung empfangene Entgelt nicht zurückzugeben. Unterläßt der dem anderen Glauben schenkende und sich deshalb irrende Auftraggeber es daraufhin, seinen bereits wertlos gewordenen Rückerstattungs„anspruch“ geltend zu machen, kann er dadurch gleichwohl keine ihm nachteilige Vermögens*verfügung* mehr vornehmen, weil die Aussicht auf den Rückerhalt schon vorher keinen (wirtschaftlich wertvollen) Vermögensbestandteil mehr darstellte. Es liegt mit Blick auf die Behandlung nichtiger Forderungen bei sämtlichen Theorien, die für die Zugehörigkeit einer Position zum rechtlich geschützten Vermögen (u.a.) einen wirtschaftlichen Wert derselben fordern, in der Natur der Sache, diese Exspektanzen aus dem Bestand des Gläubigervermögens ausscheiden zu lassen, sobald der zunächst leistungswillige Schuldner seinen Willen nachträglich ändert. Denn in diesen Fällen liegt es nach der klaren Wertentscheidung des Gesetzes und somit nach dem Willen der Rechtsordnung einzig und allein im Machtbereich des Schuldners, der gegenständlichen Position ihren wirtschaftlichen Wert einseitig nachträglich zu entziehen.

Macht man sich dies klar, steht gleichzeitig fest, daß sich die strafrechtliche Behandlung des von Anfang an leistungsunwilligen Schuldners nicht von der des sich erst nachträglich dazu entscheidenden Ge-

---

<sup>253</sup> *Lenckner*, Vermögensschaden, S. 109.

<sup>254</sup> So auch *LK-Lackner* (10. Aufl.), § 263 Rn. 131 - jedenfalls für klaglose Forderungen; andeutungsweise auch für aus unsittlichen Geschäften stammende Positionen (Rn. 241); *LK-Tiedemann*, § 263 Rn. 149; *Lenckner*, Vermögensschaden, S. 109; *Sch./Sch.-Cramer*, § 263 Rn. 91 (ausschließlich für klaglose Forderungen); Schröder, Anmerkung, S. 472.

<sup>255</sup> Bei diesem Beispiel ist - um die Problematik einer Urkundenfälschung zu vermeiden und damit die Frage, ob der „Vertrag“ möglicherweise gem. § 134 BGB nichtig ist - zu unterstellen, daß der eigentliche Prüfling die Klausur nach der getroffenen Vereinbarung gleichwohl selbständig unterschreiben sollte.

schäftspartners unterscheiden kann. Mit anderen Worten: Der Zeitpunkt der Entschlußfassung des Vorleistungsempfängers kann nicht über die Strafbarkeit entscheiden, denn dies würde eine Ungleichbehandlung von an sich gleichen Sachverhalten bedeuten, für die es keine plausible Erklärung gibt<sup>256</sup>. Steht aber fest, daß sich der erst nach-

---

<sup>256</sup> Genau dieses - die Strafbarkeit vom Zeitpunkt der Entschlußfassung abhängig machende - Ergebnis nimmt hingegen *Lackner* in LK (10. Aufl., § 263 Rn. 241, 242) an, wenn er wie folgt argumentiert: Ein Schaden sei zu bejahen, „wenn jemand ein Wirtschaftsgut zur Erfüllung eines sittenwidrigen (oder verbotenen) Geschäfts weggibt, ohne die - sei es auch rechtlich mißbilligte Gegenleistung - zu erhalten“. Begründet wird dies (wiederum) damit, daß der Getäuschte „gutes Geld“ weggebe, um dessen Wert sein Vermögen ohne zureichendes Äquivalent vermindert werde und daß das Unrecht ersichtlich auf beiden Seiten liege. „In keinem Falle“ geschädigt sei dagegen, wer um einen auf unsittlichem (oder verbotenen) Geschäft beruhenden, nichtigen Anspruch gebracht werde (als Bsp. wird der Zahlungsanspruch der Prostituierten genannt), wobei es auf einen etwaigen wirtschaftlichen Wert der Positionen nicht ankomme. Nicht überzeugen kann dabei bereits die Unterscheidung zwischen den einzelnen „Primär“ansprüchen - Zahlungsanspruch der Dirne (Ablehnung eines Schadens) auf der einen und Erfüllungsanspruch des Freiers (Annahme eines Schadens) auf der anderen Seite, wobei der Schaden hier nicht schon im Abschluß des nichtigen Geschäfts, sondern im Verlust der Vorleistung liegen soll (vgl. zu dieser Argumentation oben, S. 31).

Nicht in die Kategorie des auf unsittlichem (oder verbotenen) Geschäft beruhenden Anspruchs gehört nach *Lackner* der vom OLG Hamburg entschiedene Fall (NJW 1966, 1525 = JZ 1967, 129 = JR 1966, 470): Werde ein Freier in der Weise benachteiligt, daß die Dirne nach Vorleistung den Geschlechtsverkehr verweigert, so habe er nach § 817 S. 2 BGB deshalb keinen Rückforderungsanspruch, weil das Recht für die an sich nicht begründete Rückgängigmachung der nachteiligen Folgen eines sittenwidrigen Geschäfts seine Hilfe versage. Umgekehrt mißbillige es die Rückabwicklung aber auch nicht. Daher stehe an sich nichts im Wege, die Erwartung der Rückgewähr nach den für die Exspektanz geltenden Regeln zu behandeln. Jedoch habe es in dem Hamburger Fall offensichtlich an deren Voraussetzungen gefehlt. Diesbezüglich verweist *Lackner* auf die Ausführungen von *Schröder* (Anmerkung) und *Lenckner* (Vermögensschaden). Auch hier fehlt es an einer überzeugenden Erklärung für die Unterscheidung *Lackners* zwischen auf unsittlichen Geschäften beruhenden nichtigen „Primär“ansprüchen und solchen auf Rückabwicklung der Vereinbarung. Es ist schon nicht ersichtlich, warum die wegen anfänglicher Zahlungsunwilligkeit um ihren Vergütungsanspruch gebrachte Dirne „in keinem Falle“ geschädigt sein soll, während die Erwartung auf Rückgewähr des Dirnenlohns, wenn sich diese nachträglich verweigert, nach den für die Exspektanz geltenden Regeln und somit einem dem Betrugstatbestand *zugänglichen* Institut behandelt werden soll. Die hierfür gelieferte Begründung, das Recht mißbillige die Rückabwicklung des sittenwidrigen Geschäfts nicht, kann nicht überzeugen. Denn bei der Erwartung des Rückerhalts des investierten „guten Geldes“ handelt es sich letztlich genau so um „einen auf unsittlichem Rechtsgeschäft beruhenden, nichtigen Anspruch“ wie bei dem Zahlungsanspruch der Dirne auch. Abgesehen davon widerspricht nicht nur die Rückabwicklung des sittenwidrigen Geschäfts der Rechtsordnung nicht, sondern auch bei vereinbarungskonformer Durchführung des Geschäfts wird - wie oben S. 47 ff. ausgeführt - (in der Regel) ein von ihr akzeptierter Zustand geschaffen.

Schließlich wird dem aufmerksamen Leser unter Berücksichtigung des Vorgesagten die bereits oben angedeutete Unterscheidung *Lackners* nach dem Zeitpunkt der Entschlußfassung durch den Täuschenden offenbar: Spricht nach *Lackner* nichts dagegen, die Erwartung auf den Rückerhalt des investierten Unzuchtlohnes nach den für die Exspektanz geltenden Regeln zu behandeln, bedeutet dies nichts anderes, als daß er sie so lange als geschützten Vermögensbestandteil - und somit als möglichen Verfügungsgegenstand - betrachten will, wie sie einen wirtschaftlichen Wert aufweist. Jedoch kommt die streitgegenständliche Exspektanz als Verfügungsgegenstand überhaupt nur dann in Betracht, wenn der Vorleistungsempfänger - im vom OLG Hamburg entschiedenen Fall: die Dirne - *nachträglich* leistungsunwillig geworden ist. Wäre sie es nämlich von Anfang an gewesen, wäre der Schaden

träglich leistungsunwillig werdende Geschäftspartner keines Betruges schuldig macht, weil der Vorleistende in diesem Falle keine ihn schädigende Vermögensverfügung mehr vornehmen kann, ergibt sich daraus gleichzeitig die Straflosigkeit des von Anfang an Erfüllungsunwilligen. Diese läßt sich aber nur durch eine normative Korrektur der rein wirtschaftlichen Schadensermittlung erreichen. Denn die Rechtsordnung läßt auf der einen Seite keinen Grund erkennen, die in ein sittenwidriges Geschäft investierten Güter bereits aufgrund ihrer durch die Hergebe nach außen manifestierten Zweckbestimmung aus dem geschützten Vermögensbestand auszuschneiden<sup>257</sup>, solange die Beteiligten mit der Vereinbarung nicht die Herstellung eines der Rechtsordnung wider-

---

nach *Lackner* a.a.O. bereits durch die Weggabe „guten Geldes“ als Vorleistung - welches dann auch den Verfügungsgegenstand darstellte - eingetreten. Wenn er schließlich - etwas versteckt unter Verweis auf *Schröder* und *Lenckner* - weiter ausführt, es habe in dem vom OLG Hamburg behandelten Sachverhalt „indes offensichtlich an den für die Exspektanzen geltenden Voraussetzungen gemangelt“, fällt folgendes auf: Sowohl *Schröder* (Anmerkung, S. 472) als auch *Lenckner* (Vermögensschaden, S. 109) haben richtigerweise angemerkt, daß eine Betrugsstrafbarkeit der Dirne in dem vom OLG Hamburg (a.a.O.) entschiedenen Fall bereits mangels Vermögensverfügung des getäuschten Freiers ausscheiden muß. Dies gerade deshalb, weil die Erwartung auf den Rückerhalt des vorgeleisteten Unzuchtlohns in dem Moment wirtschaftlich wertlos werde, in welchem sich die Dirne zum Einbehalt desselben entschließt. Dies könne aber nicht deutlicher zum Ausdruck kommen als dadurch, daß sie sich - neben anderen Personen - an der Nötigung des Freiers durch Schläge auf dessen Kopf beteiligt habe, um ihn von seinem Erstattungsverlangen abzubringen. Insofern kann - wie man den Ausführungen *Lackners* nach zunächst annehmen könnte - keine Rede davon sein, daß es in dem vom OLG Hamburg entschiedenen Einzelfall an den Voraussetzungen einer Exspektanz gefehlt habe, während dies bei anderen Sachverhalten möglicherweise nicht so ist. Es ist bei der Rückabwicklung sittenwidriger Geschäfte im Gegenteil immer so, daß die Aussicht auf Erstattung der Vorleistung in dem Moment wirtschaftlich wertlos wird, in welchem sich der nachträglich leistungsunwillig werdende zum Einbehalt derselben entschließt. Dies liegt in der Natur einer - mit rechtlichen Mitteln nicht durchsetzbaren - Erwartung begründet. Mit anderen Worten: Immer dann, wenn der Vorleistungsempfänger nachträglich leistungsunwillig wird, verliert die Chance auf Erstattung des investierten Guts in diesem Moment ihren wirtschaftlichen Wert mit der Folge, daß sie aus dem geschützten Vermögen des Getäuschten ausscheidet. Denknötwendig kann der Vorleistende dann keine betrugsrelevante Vermögensverfügung mehr vornehmen, wenn er von seinem Geschäftspartner durch Täuschung dazu gebracht wird, von seinem Erstattungsverlangen Abstand zu nehmen. Es fehlt also bei einem nachträglich leistungsunwillig werdenden immer schon an einer Verfügung und damit am objektiven Betrugstatbestand. Wenn nach *Lackner* auf der anderen Seite ein Schaden - und damit der objektive Tatbestand - gleichwohl immer dann zu bejahen ist, „wenn jemand ein Wirtschaftsgut zur Erfüllung eines sittenwidrigen (oder verbotenen) Geschäfts weggibt, ohne die - sei es auch rechtlich mißbilligte Gegenleistung - zu erhalten“, bedeutet dies eine Unterscheidung in der strafrechtlichen Behandlung zwischen dem von Anfang an Leistungsunwilligen und dem erst nachträglich leistungsunwillig werdenden. Eine Begründung dafür, warum die Strafbarkeit hier vom Zeitpunkt der Erfassung des Tatentschlusses abhängig sein soll, wird indes nicht geliefert.

Das gleiche Ergebnis vertreten *Arzt/Weber*, BT LH 3, S. 190, wenn sie ausführen, daß der Freier dann, wenn sich die Dirne erst nach Empfang des Geldes dazu entschließt, den versprochenen Liebesdienst nicht zu erweisen, „nicht getäuscht, sondern nur enttäuscht“ werde. Ein Schaden sei im Gegensatz dazu aber „unproblematisch zu bejahen“, wenn die Dirne von Anfang an vorhabe, die Vorleistung des Freiers einzukassieren, ohne selbst leistungsbereit zu sein. Eine Begründung für den vorgenommenen Unterschied fehlt völlig. Unter Verweis auf *Arzt/Weber*, a.a.O.: *Tenckhoff*, Anmerkung, S. 127, Fn. 26.

<sup>257</sup> Vgl. im Gegensatz dazu die Fallgestaltung, daß wertvolle Güter zur Erreichung eines verbotenen Zwecks eingesetzt werden, oben S. 38 ff..

sprechenden Zustandes intendieren<sup>258</sup>. Auf der anderen Seite liegt es bei der Hingabe von (beispielsweise) Geld nicht im einseitigen Machtbereich des Schuldners, der Vorleistung ihren wirtschaftlichen Wert zu entziehen. Eine Verfügung liegt deshalb - im Gegensatz zu der Fallgestaltung, daß der Schuldner nachträglich leistungsunwillig wird - vor. Eine Strafflosigkeit läßt sich nur durch eine normative Korrektur der Schadensermittlung erreichen.

### c. Betrug im Dreipersonenverhältnis?

Legt man die oben gefundenen Ergebnisse zugrunde, hat dies zur Konsequenz, daß es im Rahmen des Einsatzes wirtschaftlich wertvoller Güter zur Erreichung eines sittenwidrigen Zwecks im Zweipersonenverhältnis unabhängig davon, wann der Vorleistungsempfänger leistungsunwillig wird, zu keiner Betrugsstrafbarkeit desselben kommt. Dies wird beim vom Anfang an Erfüllungsunwilligen durch eine normative Korrektur der Schadensermittlung erreicht. Beim nachträglich anderen Sinnes werdenden fehlt es bereits an einer Vermögensverfügung des Getäuschten. Im Rahmen eines Dreipersonenverhältnisses kann es nach der hier vertretenen Meinung dagegen durchaus zu betrugsrelevanten Verhaltensweisen kommen: Es macht sich deshalb wegen Betrugs strafbar, wer den leistungswilligen und dafür bereits entlohnten Klausurschreiber durch Täuschung dazu bringt, die Arbeit nicht für denjenigen anzufertigen, der dafür bezahlt hat, sondern für ihn - den Täuschenden - selbst. Gleiches gilt, wer den Inhaber eines Rückzahlungs„anspruchs“ gegen die zahlungsfähige und -willige Dirne um denselben prellt. In diesen Fällen weist die Exspektanz, die der Gläubiger innehat, wegen der Erfüllungsbereitschaft des Schuldners einen wirtschaftlichen Wert auf. Der Gläubiger kann mithin um diese - zu seinem Vermögen gehörende - Position betrogen werden, solange mit ihr nicht die Herstellung eines der Rechtsordnung widersprechenden Zustandes intendiert wird.

---

<sup>258</sup> Mit Blick auf den strafrechtlichen Vermögensbegriff läßt sich zusammenfassend also folgendes sagen: Das Vermögen wird durch die Summe der wirtschaftlichen Werte einer Person gebildet, über die sie ohne Mißbilligung der Rechtsordnung Verfügungsmacht hat (Vgl. schon oben, Fn. 20. So auch *Tiedemann* in LK, § 263 Rn. 132, der allerdings des weiteren voraussetzt, „daß die Beeinträchtigung des Gutes einen irgendwie gearteten (zivil-) rechtlichen Interessenausgleichsanspruch begründet“.). Mißbilligt werden nach dem hier vertretenen Standpunkt von der Rechtsordnung aber auch diejenigen - wenn auch sittenwidrigen - Geschäfte *nicht*, mit welchen die Herstellung eines der Rechtsordnung nicht widersprechenden Zustandes intendiert wird. Denn wird die Vermögenslage, die infolge der Abwicklung des (nichtigen) Geschäfts entsteht, wenn beide Seiten ungeachtet ihrer mangelnden rechtlichen Erfüllungsverpflichtung gleichwohl leisten, von der Rechtsordnung akzeptiert, stehen auch die Exspektanz auf die Herbeiführung dieses Zustandes und infolge dessen die mit dieser Zweckbestimmung investierten Güter nicht im Widerspruch zur Rechtsordnung. Dies ist bei sittenwidrigen Vereinbarungen in der Regel der Fall, bei verbotenen nicht.

### III. Erbringung von verbotenen oder sittenwidrigen (Arbeits-) Leistungen und Prellen um aus diesen Geschäften entstehende „Ansprüche“

Eine weitere im Zusammenhang mit dem strafrechtlichen Vermögensbegriff interessierende Fallgruppe findet sich dort, wo im Unterschied zu den oben untersuchten Sachverhalten nicht der Auftraggeber, sondern der Auftragnehmer in Vorleistung tritt und die Leistung gegen strafrechtliche Vorschriften oder die guten Sitten verstößt. In diese Kategorie fällt der gedungene Killer oder eine sonstige Straftat Begehende, wenn er nach erbrachter Leistung von seinem Partner - wie dieser von Anfang an geplant hat - nicht entlohnt wird. Ferner die - will man den Prostituiertenvertrag weiterhin als sittenwidrig ansehen<sup>259</sup> - durch Vortäuschung der Zahlungswilligkeit zur Erbringung des Geschlechtsverkehrs verleitete Dirne<sup>260</sup>. In der jüngeren Vergangenheit hat auch die Einbehaltung des vereinbarten Entgeltes für die Dienstleistung „Telefonsex“ die Gerichte beschäftigt<sup>261</sup>.

Daß die Arbeitskraft als solche, d.h. die menschliche Fähigkeit, durch den Einsatz körperlicher oder geistiger Kräfte wirtschaftliche Werte zu erzielen, als Vermögenswert ihres Trägers anerkannt wird, der strafrechtlichen Schutz genießt, gilt heute in Rechtsprechung<sup>262</sup> und Literatur<sup>263</sup> als gesicherte Erkenntnis. Ob die „Dienstleistung“ des gedungenen Straftäters bzw. der Prostituierten als vom Strafrecht geschützter Vermögenswert anzusehen ist, hängt also davon ab, ob sich diese als schützenswerte, wirtschaftliche Betätigung darstellt.

Diese Überlegung vorausgeschickt, lassen sich zugleich solche hinsichtlich der sich aus den vorgenannten Geschäften ergebenden „Ansprüche“<sup>264</sup> anstellen. Denn ob der Getäuschte um die von ihm erbrachte Leistung als solche oder um die sich daraus ergebenden Ansprüche verfügt, hängt - wie bereits an anderer Stelle herausgearbeitet<sup>265</sup> - nur vom Zeitpunkt der diesbezüglichen Entschlußfassung durch den Geschäftspartner ab: Hat dieser von Anfang an vor, das vereinbarte Honorar nicht zu bezahlen, ist die Vorleistung selbst Prüfungsge-

---

<sup>259</sup> Vgl. dazu oben, S. 42 ff.

<sup>260</sup> Vgl. BGH in JR 1988, 125 (= StV 1987, 484 = BGH NStZ 1987, 407); BGH wistra 1989, 142; BGHSt. 4, 373; RGSt. 27, 300, 301.

<sup>261</sup> BGH NJW 1998, 2895; OLG Hamm, NStZ 1990, 342; AG Offenbach NJW 1988, 1097.

<sup>262</sup> So schon RGSt. 25, 371, 375; vgl. - soweit ersichtlich - zuletzt BGH NJW 2001, 981.

<sup>263</sup> So schon Cramer, Grenzen, 473; Lackner/Kühl, § 263 Rn. 34 („die Möglichkeit, die Arbeitskraft gegen Entgelt zu verwerten“); LK-Tiedemann, § 263 Rn. 138; LK-Lackner (10. Aufl.), § 263 Rn. 140; Sch./Sch.-Cramer, § 263 Rn. 96; Maurach/Schroeder/Maiwald, BT 1, § 41 Rn. 106; Krey, BT 2, Rn. 439; Otto, Betrug, S. 427; Schmidhäuser, BT 2, 11/27; ders. in NK, § 263 Rn. 293; Bockelmann, Unrechtsgehalt, S. 250; Welzel, Strafrecht, § 54 I 4a; Heinrich, Arbeitsleistung, S. 24.

<sup>264</sup> Vgl. dazu oben, S. 53 ff..

<sup>265</sup> Vgl. dazu oben, S. 54.

genstand hinsichtlich der Frage, ob ihr Vermögensqualität zukommt. Wird der Entschluß erst nach dem Erhalt der Leistung gefaßt, ist die Frage zu klären, ob die sich aus der Vereinbarung ergebenden - wenn auch nichtigen - „Ansprüche“ schützenswert sind.

Daß der Zeitpunkt der Entschlußfassung letztlich eine nur untergeordnete Rolle spielen kann, ist bereits festgestellt worden: Denn dieser Umstand kann nicht dazu führen, die in Frage stehenden Positionen unterschiedlich zu behandeln. Mit anderen Worten: Kommt bereits der Vorleistung selbst keine Vermögensqualität zu, kann dies hinsichtlich der sich aus der Vereinbarung ergebenden Ansprüche nicht anders sein. Der Vorleistende hat dann bereits keine Vermögensverfügung vorgenommen<sup>266</sup>, so daß der objektive Tatbestand des Betruges nicht vorliegt.

## 1. Rechtsprechung und Literatur sowie Kritik und Stellungnahme

Rechtsprechung<sup>267</sup> und Literatur<sup>268</sup> gehen bei der Beurteilung dieser Fallgruppe - bis auf wenige Ausnahmen<sup>269</sup> - einheitlich davon aus, daß die Arbeitskraft dann keinen strafrechtlich geschützten Vermögensbestandteil darstelle, wenn sie verbotenen oder unsittlichen Zwecken diene. Zur Begründung wird angeführt, das Strafrecht würde sich in Widerspruch zur sonstigen Rechtsordnung setzen, wenn es im Rahmen des Betrugstatbestandes auch nichtigen Ansprüchen Schutz gewähre, die aus strafrechtlich verbotenen oder unsittlichen Rechtsgeschäften hergeleitet werden<sup>270</sup>.

---

<sup>266</sup> Vgl. Sch./Sch.-Cramer, § 263 Rn. 97.

<sup>267</sup> Ursprünglich hatte der BGH den Prostituiertenlohnbetrug - entsprechend der einer durch Täuschung bedingten Ausführung einer Straftat - gelöst, indem er davon ausging: „Dem Geschlechtsverkehr kommt für das Recht kein in Geld zu veranschlagender Wert zu“ (so noch BGHSt. 4, 373). Diese Betrachtungsweise wurde jedoch der Realität nicht gerecht und stieß demzufolge auf vielfache Kritik in der Literatur (vgl. beispielsweise Cramer, Grenzen, S. 473). Die Arbeitsleistung der Prostituierten wird von dieser üblicherweise nur gegen Entgelt erbracht. Wohl aus diesem Grund hat der BGH seine Begründung mittlerweile geändert und nimmt Dienstleistungen, obwohl sie üblicherweise gegen Entgelt erbracht werden, dann aus dem strafrechtlich geschützten Vermögen heraus, wenn diese „unsittlichen oder verbotenen Zwecken dienen“ (so jetzt BGH in JR 1988, 125, 126; wistra 1989, 142).

<sup>268</sup> Vgl. Tenckhoff, Anmerkung, S. 127; LK-Tiedemann, § 263 Rn. 138; LK-Lackner (10. Aufl.), § 263 Rn. 140; Sch./Sch.-Cramer, § 263 Rn. 97; Cramer, Vermögensbegriff, S. 241; ders., Grenzen, S. 475; Bergmann/Freund, Reichweite, S. 190; Maurach/Schroeder/Maiwald, BT 1, § 41 Rn. 102; NK-Kindhäuser, § 263 Rn. 293.

<sup>269</sup> Haft, BT, S. 214; Kühne, Beruf, S. 186; zumindest für unverbotene Tätigkeiten: Krey, BT 2, Rn. 439; Mitsch, BT 2/1, Rn. 89; Kohlhaas, Betrug, S. 98.

<sup>270</sup> BGH JR 1988, 125, 126; OLG Hamm NStZ 1990, 342; Tenckhoff, Anmerkung, S. 128; Cramer, Vermögensbegriff, S. 243; ders., Grenzen, S. 475; LK-Tiedemann, § 263 Rn. 138 mit der Begründung, solche „Dienstleistungen“ seien „nicht marktfähig“.

Daß diese Argumentation des BGH im Widerspruch zu den Prämissen des rein wirtschaftlichen Vermögensbegriffs steht - als dessen Vertreter sich das Gericht ansonsten ausgibt -, unterliegt keinem Zweifel<sup>271</sup>. Abgesehen davon ist nicht erklärbar, warum Freier und Dirne für die gleiche Handlung, nämlich Täuschung des jeweils anderen - nur unter umgekehrten Vorzeichen - unterschiedlich behandelt werden sollten. CRAMER<sup>272</sup> hat diese Konstruktion der Rechtsprechung - Betrug der Dirne, die sich das Geld zahlen läßt, ohne selbst leistungsbereit zu sein; kein Betrug des Freiers, der die Dirne um den vereinbarten Lohn prellt - bereits als seltsames Ergebnis doppelter Moral erkannt<sup>273</sup>. Diskutabel erscheint in der Tat nur die Ablehnung oder die Bejahung einer Vermögensverfügung auf beiden Seiten<sup>274</sup>. Denn wollte man beispielsweise die Leistung einer Dirne nicht als Vermögensverfügung ansehen, wäre ein Betrug der Dirne am Freier durch Erschleichen des Lohnes überhaupt gar nicht möglich, weil der Freier für seine Leistung keinen wirtschaftlichen Erfolg anstrebt<sup>275</sup>.

Nach der hier vertretenen Ansicht muß im Rahmen der Untersuchung, ob die (Arbeits-) Leistung zum geschützten Vermögen einer Person gehört oder nicht, wiederum zwischen der Erbringung von mit Strafe bedrohten (Arbeits-) Leistungen (bzw. dem Prellen von aus solchen Geschäften entstehenden „Ansprüchen“) und solchen (Arbeits-) Leistungen (bzw. Ansprüchen) unterschieden werden, die nicht mit Strafe bedroht sind<sup>276</sup>.

---

<sup>271</sup> Tenckhoff, Anmerkung, S. 126; Bergmann/Freund, Reichweite, S. 190; LK-Lackner (10. Aufl.), § 263 Rn. 140; Cramer, Vermögensbegriff, S. 242.

<sup>272</sup> Grenzen, S. 473.

<sup>273</sup> Zustimmend unter Hinweis auf die Einkommenssteuerpflicht der Prostituierten: Otto, Struktur, S. 294.

<sup>274</sup> A.A.: Neumann, Fall, S. 746 mit der Begründung, Geld verliere als reiner Tauschwert nie seine Stellung als Wirtschaftsgut. Dagegen müsse bei Erbringung einer Arbeitsleistung nach normativen Kriterien bestimmt werden, ob diese als Wirtschaftsgut anerkannt werden könne. Dies sei jedenfalls bei Ausführung von Straftaten als Arbeitsleistung zu verneinen. Dafür, warum das als Vorleistung für eine von dem Geschäftspartner auszuführende Straftat investierte Geld unabhängig von seiner Zweckbestimmung als (noch) dem geschützten Vermögen angehörig angesehen werden soll, wird indessen keine Begründung geliefert. Daß Geld als solches immer einen wirtschaftlichen Wert hat, ist unstrittig, trifft aber nicht den Kern des Problems. Dessen ungeachtet ist die Ausübung der Prostitution - in der Regel - nicht strafbar.

Wie Neumann: Arzt/Weber, BT LH 3 Rn. 505, mit der lapidaren „Begründung“, diese Asymmetrie rechtfertige sich dadurch, daß die Versuchung, verbotene Leistungen ohne angemessene Gegenleistung in Anspruch zu nehmen „weniger stark“ sei als diejenige, verbotene Leistungen zu versprechen, um an das Geld des Opfers zu gelangen.

Die Ansichten von Neumann beziehungsweise Arzt/Weber bestätigend: Tiedemann in LK, § 263 Rn. 138.

<sup>275</sup> Otto, Struktur, S. 294.

<sup>276</sup> Ebenso: Schmidhäuser, BT, § 11 Rn. 31, 32.

## 2. Erbringung von verbotenen (Arbeits-) Leistungen bzw. Prellen um aus solchen Geschäften entstehende Ansprüche

Daß die „Dienstleistung“ des gedungenen Killers, das einstündige „Schmierestehen“ gegen ein Entgeltversprechen in Höhe von 1.000,00 DM, um den Einbruchsdiebstahl des Komplizen abzusichern<sup>277</sup> oder das Aufschießen eines Banktresors unter Anwendung einer speziellen Technik als wirtschaftlich wertvolle Betätigungen<sup>278</sup> und deshalb nach der vom BGH aufgestellten Definition als Arbeitsleistungen einzuordnen sind, zeigt sich bereits daran, daß diese Leistungen „üblicherweise nur gegen Entgelt“<sup>279</sup> oder gar nicht erbracht werden<sup>280</sup>. Dies bedeutet jedoch (noch) nicht automatisch, daß die Fähigkeit zur Erbringung solcher Leistungen auch unter das geschützte Vermögen ihres Trägers subsumiert werden müßte bzw. daß dieser im Falle ihrer tatsächlichen Ausführung eine Vermögensverfügung im Sinne des § 263 getätigt hätte.

### a. Vermögensverfügung?

Das Vertrauen der Beteiligten in die korrekte Abwicklung des Geschäfts soll nach der Rechtsordnung jederzeit sanktionslos enttäuscht werden können<sup>281</sup>, da sie den Zustand, der entsteht, wenn die vereinbarten Leistungen trotz nicht vorhandener rechtlicher Verpflichtung gleichwohl ausgetauscht werden, nicht akzeptiert. Dies wird im Fall eines mit Strafe bedrohten Verhaltens als Vorleistung in Erwartung eines Entgelts noch deutlicher als im umgekehrten Fall (des Einsatzes rechtmäßig erworbener wirtschaftlicher Werte zur Erreichung eines verbotenen Zwecks), da hier bereits die (Arbeits-) Leistung *als solche* mit Strafe bedroht ist. Der gedungene Killer hat sich wegen Mordes strafbar ge-

---

<sup>277</sup> Lebensnahes Beispiel übernommen von *Heinrich*, Arbeitsleistung, S. 25 (Ausgangsfall (3)).

<sup>278</sup> A.A.: *Otto*, Betrug, S. 427 m.w.N. (Fn. 31).

<sup>279</sup> Vgl. BGH JR 1988, 125, 126.

<sup>280</sup> *SK-Samson/Günther*, § 263 Rn. 116 wollen weitergehend danach differenzieren, ob zu der ausgeführten Tätigkeit „jedermann fähig ist“. Dann nämlich besitze diese Leistung bereits keinen wirtschaftlichen Wert. Dies kann jedoch nicht überzeugen: Eine Tätigkeit ist - in Übereinstimmung mit dem BGH - immer dann wirtschaftlich wertvoll, wenn sie üblicherweise nur gegen Bezahlung erbracht wird. Dies zeigt sich bereits an dem einfachen Beispiel, daß jemand auf seinem Hof herumliegende Steine entfernt haben möchte. Zwar wird so gut wie jedermann zu dieser Dienstleistung in der Lage sein, da man zu ihrer Ausführung keine „Spezialkenntnisse“ (so *SK-Samson/Günther*, a.a.O.) benötigt. Gleichwohl hat diese Tätigkeit selbstverständlich einen wirtschaftlichen Wert, da sie niemand, der am Wirtschaftsverkehr teilnimmt, ohne Erhalt eines Entgelts ausführen würde. Insofern ist mit Blick auf die im Text angegebenen Beispielfälle nicht nur das Aufschießen eines Banktresors unter Anwendung einer speziellen Technik von wirtschaftlichem Wert, sondern auch das einfache „Schmierestehen“.

<sup>281</sup> Vgl. oben, S. 40.

macht, der „Schmierestehende“ wegen Mittäterschaft oder zumindest wegen Beihilfe zum Einbruchsdiebstahl. Das Strafrecht würde sich selbst ad absurdum führen, wollte es ein Verhalten einerseits unter Strafe stellen und ihm gleichzeitig seinen Schutz zukommen lassen, indem es dasselbe als Vermögensbestandteil anerkennt. Die Beantwortung der Frage, ob eine Leistung zum strafrechtlich geschützten Vermögen gehört, bedarf also auch hier wieder der Untersuchung, wofür die „Arbeitskraft“ oder sonstige Leistung eingesetzt wird, welcher Zweckbestimmung sie konkret unterliegt. Deutlich wird dies auch im Falle des - ebenfalls in die zu untersuchende Kategorie gehörenden - geprellten Drogendealers D, der seinem Geschäftspartner T Heroin, das in der Drogenszene einen Wert von 100.000,00 DM hat, zum Preis von 75.000,00 DM verkauft. T bezahlt mit gefälschten Banknoten<sup>282</sup>. Wollte man die Hergabe des Heroins als Verfügung (ohne Erlangung eines gleichwertigen Äquivalents) ansehen, würde die Strafbarkeit des T mit dem Entzug von Gegenständen begründet, deren Besitz als solcher von der Rechtsordnung bereits unter Strafe gestellt wird (§ 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BtMG). Durch die Weitergabe der Drogen an T macht sich D neben der ohnehin schon vorliegenden Strafbarkeit (nur) wegen des Besitzes weiterhin gem. § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BtMG strafbar. Der D hat infolge der Tat etwas verloren, was er ohnehin nicht besitzen durfte. Es ist schwer begreiflich, warum ein solcher Verlust zur Bestrafung desjenigen führen soll, der ihn verursacht hat. Dies wird besonders deutlich, wenn man sich die Frage stellt, wie hoch der Schaden des D sein sollte, legte man einmal zugrunde, das Falschgeld, mit welchem der T „bezahlt“ hat, hätte in Verbrecherkreisen einen Verkehrswert von 50.000,00 DM. Erleidet D dann einen Schaden in Höhe von nur 25.000,00 DM, weil er für das Heroin ein Äquivalent mit einem „Marktwert“ von 50.000,00 DM erhalten hat oder beträgt der Schaden - möglicherweise gar unter Anwendung des Instituts der Zweckverfehlung - 75.000,00 DM, wenn der D auf dem „Gebiet“ des Falschgeldhandels nicht bewandert ist und deshalb mit den Blüten nichts anfangen kann? Die vorgenannten Überlegungen zeigen, daß eine (Arbeits-) Leistung dann, wenn sie im konkreten Einzelfall eine Straftat darstellt, nach der Rechtsordnung nicht Bestandteil des strafrechtlich geschützten Vermögens sein kann. Die Herstellung des mit dem Geschäft intendierten Zustandes wird von der Rechtsordnung nicht akzeptiert.

## **b. Konformität mit zivilrechtlichen Wertungen?**

Der Erbringung von mit Strafe bedrohten (Arbeits-) Leistungen die Vermögensqualität abzuerkennen geht auch mit den zivilrechtlichen Wertungen konform: Bei den Geschäften, nach deren Inhalt der Vor-

---

<sup>282</sup> Beispiel übernommen von *Mitsch*, BT2/1, S. 447.

leistende in Erwartung des Erhalts wirtschaftlich wertvoller Güter - meist Geld - eine mit Strafe bedrohte Leistung erbringt, ist unter Bezugnahme auf obige Ausführungen<sup>283</sup> (wiederum) zu berücksichtigen, daß das Zivilrecht dieselben unter Anwendung von § 134 BGB für nichtig erklärt, (gerade) weil die Vereinbarungen gegen das Strafrecht verstoßen.

### **c. Prellen um sich aus den verbotenen Geschäften ergebende Exspektanzen?**

Gehört die (Arbeits-) Leistung, die zur Verwirklichung strafrechtlichen Unrechts eingesetzt wird, nicht zum geschützten Vermögen, nimmt derjenige, der diese Leistung gleichwohl erbringt, dadurch bereits keine Vermögensverfügung vor. Gleiches gilt - jedenfalls im Zweipersonenverhältnis - hinsichtlich der sich aus dem Geschäft ergebenden Vergütungsexpektanz, wenn sich der Vertragspartner erst nach Erbringung der Vorleistung dazu entschließt, diese nicht wie versprochen zu entlohnen. Dies ergibt sich nach obigen Feststellungen schon daraus, daß die Expektanz auf den Erhalt des vereinbarten Entgelts - und zwar unabhängig davon, ob sie überhaupt zum geschützten Vermögen zählt - spätestens in dem Zeitpunkt ihren wirtschaftlichen Wert verliert, in welchem sich der Vorleistungsempfänger dazu entscheidet, die Entlohnung nicht zu entrichten. Sie ist dann (jedenfalls) kein Vermögensbestandteil mehr. Zwar ließe sich hier wiederum andenken, ob nicht zumindest im Dreipersonenverhältnis ein strafbarer Betrug denkbar erscheint - beispielsweise wenn ein Dritter den Vorleistenden um dessen Vergütungs„anspruch“ gegenüber dem zahlungsfähigen und -willigen Auftraggeber prellt. Jedoch ist in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, daß bereits die Vorleistung als solche nicht zum strafrechtlich geschützten Vermögen gehört. Dies kann aber hinsichtlich der sich aus dem verbotenen Geschäft ergebenden Exspektanzen nicht anders sein - und zwar unabhängig davon, ob diese einen wirtschaftlichen Wert aufweisen oder nicht. Wird also der gedungene Killer nach erbrachter Tat durch Täuschung eines Dritten dazu gebracht, auf die Geltendmachung der vereinbarten Vergütung zu verzichten, weil ihm dieser wahrheitswidrig vorgespiegelt hat, der Auftraggeber sei nicht zahlungswillig, nimmt der Killer durch die unterlassene Geltendmachung bereits keine Vermögensverfügung vor, weil die Expektanz auf den Erhalt des Geldes - genau so wie seine Fähigkeit zu töten - nicht zu seinem geschützten Vermögen gehört.

---

<sup>283</sup> Vgl. oben, S. 32 f..

### **3. Erbringung von sittenwidrigen (Arbeits-) Leistungen bzw. Prelen um aus solchen Geschäften entstehende Ansprüche**

#### **a. Vermögensverfügung**

1) Daß die Vorleistung der Dirne - nämlich die Gewährung von Geschlechtsverkehr - oder das Schreiben einer universitären Hausarbeit - genau wie die Erbringung einer strafbaren Handlung - nach der von Rechtsprechung und Literatur aufgestellten Definition als wirtschaftlich wertvolle Betätigungen und deshalb grundsätzlich als Arbeitsleistungen einzuordnen sind, zeigt sich auch hier wieder daran, daß diese Leistungen „üblicherweise nur gegen Entgelt“<sup>284</sup> oder gar nicht erbracht werden. Zu untersuchen bleibt mithin, ob die Fähigkeit zur Erbringung solcher Leistungen nach dem Willen der Rechtsordnung auch unter das geschützte Vermögen ihres Trägers subsumiert werden muß.

2) Nach der hier vertretenen Meinung sind die zu den strafrechtlich verbotenen (Arbeits-) Leistungen (bzw. zu den aus diesen Geschäften herührenden Exspektanzen) gemachten Ausführungen nicht auf die Erbringung sittenwidriger (Arbeits-) Leistungen (bzw. die entsprechenden Exspektanzen) übertragbar, solange - und darauf kommt es entscheidend an - mit der sittenwidrigen Vereinbarung ein der Rechtsordnung nicht widersprechender Zustand angestrebt wird. Denn entscheidend für die Schutzwürdigkeit eines eingesetzten Guts ist nach obigen Feststellungen<sup>285</sup> die Frage, ob mit der - wenn auch sittenwidrigen - Vereinbarung die Herstellung eines von der Rechtsordnung akzeptierten Zustands intendiert wird.

Genau wie im Rahmen der umgekehrten Fallgestaltung, daß die Vorleistung nicht in der Erbringung einer Arbeitsleistung, sondern im Einsatz von wirtschaftlich wertvollen Gütern - meist Geld - besteht<sup>286</sup>, wird aber von den Beteiligten mit dem Geschäft in der Regel die Herbeiführung eines Zustandes verfolgt, der von der Rechtsordnung gerade toleriert wird. Unter Bezugnahme auf obige Ausführungen liegt in diesen Fallgestaltungen deshalb eine Vermögensverfügung vor.

#### **b. Vermögensschaden**

Ist der Vorleistungsempfänger von Anfang an nicht gewillt oder in der Lage, das dafür vereinbarte Entgelt zu entrichten, stellt sich wiederum

---

<sup>284</sup> Vgl. BGH JR 1988, 125, 126.

<sup>285</sup> Vgl. oben, S. 48 ff..

<sup>286</sup> Vgl. dazu sowie zur diesbezüglich Argumentation oben, S. 45 ff..

die Frage, ob dem Leistenden dadurch ein Vermögensschaden entsteht.

Wie bereits an anderer Stelle festgestellt wurde<sup>287</sup>, ist diese Frage zu verneinen, da es zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen in der Gesamtrechtsordnung (auch) in diesen Fällen einer normativen Korrektur der rein wirtschaftlichen Schadensermittlung bedarf: Das Risiko desjenigen, der sich auf ein nichtiges - weil sittenwidriges - Geschäft einläßt und im Rahmen der getroffenen Vereinbarung eine Vorleistung erbringt, liegt - wie bei den Anwartschaften und klaglosen Forderungen - gerade darin, auf jemanden zu treffen, der seinerseits nicht leistungswillig oder -fähig ist. Dann aber erleidet der Getäuschte ungeachtet der von ihm ohne den Erhalt eines gleichwertigen Äquivalents vorgenommenen Verfügung gleichwohl keinen Schaden, weil die Vermögenseinbuße von ihm nach der Rechtsordnung hinzunehmen ist. Die Notwendigkeit der Vornahme einer normativen Korrektur zeigt sich besonders deutlich bei einem Vergleich des von Anfang an leistungsunwilligen Geschäftspartners mit demjenigen, der sich erst nachträglich dazu entschließt, das vereinbarte Entgelt nicht zu zahlen. Letzterer ist nämlich der Exspektanz auf den Erhalt des versprochenen Geldes einseitig ihren wirtschaftlichen Wert und deshalb ihre Vermögensqualität zu entziehen in der Lage, so daß es in diesen Fällen bereits an einer Vermögensverfügung fehlt, wenn der Vorleistende durch Täuschung dazu gebracht wird, von der Geltendmachung seines Zahlungs„anspruchs“ abzusehen. Da jedoch der Zeitpunkt der Entschlußfassung durch den Vorleistungsempfänger nicht dazu führen kann, diese ansonsten gleichen Sachverhalte mit Blick auf das Vorliegen des objektiven Betrugsstatbestandes ungleich zu behandeln, bedarf es im Falle des von Anfang an Leistungsunwilligen einer normativen Korrektur der rein wirtschaftlichen Schadensermittlung.

### **c. Betrug im Dreipersonenverhältnis?**

Bei Zugrundelegung obiger Untersuchungsergebnisse<sup>288</sup> steht fest, daß es zwar bei Erbringung einer sittenwidrigen (Arbeits-) Leistung im Zweipersonenverhältnis zu keiner Betrugsstrafbarkeit kommen kann, wohl aber im *Dreipersonenverhältnis*, wenn und solange der Geschäftspartner des Vorleistenden seinerseits erfüllungsbereit ist. In diesen Fällen nämlich weist die Exspektanz, die der Gläubiger innehat, wegen der Leistungswilligkeit des anderen einen wirtschaftlichen Wert auf, so daß diese Position - solange mit ihr nicht die Herstellung eines der Rechtsordnung widersprechenden Zustandes intendiert wird - zu seinem Vermögen gehört. Es macht sich deshalb wegen Betrugs strafbar, wer die

---

<sup>287</sup> Vgl. dazu oben, S.52 ff..

<sup>288</sup> Vgl. dazu oben, S. 59.

Dirne durch Täuschung um ihren Vergütungsanspruch dem Zahlungswilligen und -fähigen gegenüber bringt.

#### **IV. Prellen um einen Anspruch aus einem nichtigen Geschäft, mit welchem die Herstellung eines von der Rechtsordnung nicht akzeptierten Zustandes intendiert wird - sog. Ganovenbetrug**

Eine weitere im zu diskutierenden Zusammenhang immer wieder auftauchende Fallgruppe stellt der sog. Ganovenbetrug dar. Hier geht es darum, daß „sich Komplizen gegenseitig um rechtsunwirksame Ansprüche auf ihren „ganoven-gerechten“ Anteil an dem Erlös der Verbrechensbeute prellen, d.h. durch Täuschung davon abhalten, diese zwar zivilrechtlich nichtigen, aber wirtschaftlich realisierbaren Ansprüche geltend zu machen“<sup>289</sup>.

##### **1. Drehbankfall (BGHSt. 2, 364)**

Als Prototyp für den Ganovenbetrug wird in der strafrechtlichen Literatur regelmäßig der vom Bundesgerichtshof in BGHSt. 2, 364 entschiedene, sog. Drehbankfall angeführt.

Dem lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Angeklagte hatte bei seinem Arbeitgeber eine Drehbank gestohlen und dieselbe zu einem Bekannten - dem späteren Beschwerdeführer - verbracht, der sie für ihn verwahrte. Beide einigten sich dahin, daß der - bösgläubige - Verwahrer die Drehbank verkaufen und der Erlös hälftig zwischen den Beteiligten aufgeteilt werden sollte. Der Verwahrer erstattete dem Dieb jedoch nicht die Hälfte des tatsächlich erzielten Verkaufserlöses von insgesamt 3.800,00 DM, sondern gab wahrheitswidrig an, nur 3.000,00 DM erhalten zu haben. Demgemäß händigte er dem Dieb lediglich 1.500,00 DM aus, während er den überschüssigen Teil von 2.300,00 DM für sich behielt. Das Landgericht Dortmund hatte den Beschwerdeführer durch das angefochtene Urteil u.a. wegen Betrugs zum Nachteil des Diebes verurteilt, weil er diesen veranlaßt habe, sich mit 1.500,00 DM zufrieden zu geben und auf seine „weitergehende Forderung“ zu verzichten. Die dagegen eingelegte Revision zum BGH hatte keinen Erfolg<sup>290</sup>.

---

<sup>289</sup> So *Bruns*, Strafrechtsordnung, S. 339.

<sup>290</sup> Ebenso in diese Fallgruppe gehört die Entscheidung des Reichsgerichts in RGSt. 65, 99, in welcher der Angeklagte für die - in fremdem Auftrag vorgenommene - „Abtretung“ einer Wohnungsdringlichkeitsbescheinigung ein höheres Entgelt erhalten hatte als er später an denjenigen ablieferte, für den die Bescheinigung ausgestellt war (Betrugsstrafbarkeit abgelehnt); ferner der Schwarzhändler in OGHSt. 2, 193, der seinen Geschäftspartner durch Täuschung veranlaßte, eine nichtige Schwarzmarktforderung um 100.000 RM zu ermäßigen, weil er angeblich seinem Zweitabnehmer ein Lösegeld in dieser Höhe zahlen müsse. In Wahrheit betrug das zu zahlende Lösegeld „lediglich“ 50.000 RM. Den Unterschiedsbetrag von 50.000 RM behielt der Schwarzhändler für sich (Betrugsstrafbarkeit angenommen).

## 2. Begründung des BGH

In der Begründung schloß sich der 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofes ausdrücklich der Rechtsprechung des Reichsgerichts in RGSt. 44, 230 sowie derjenigen des Obersten Gerichtshofs für die Britische Zone in OGHSt. 2, 193<sup>291</sup> an: Dabei könne - entgegen der anderslautenden Entscheidung in RGSt. 65, 99 - nicht anerkannt werden, daß eine nichtige Forderung rechtsgrundsätzlich dem wirtschaftlichen Vermögen nicht zugerechnet werde und deshalb als Gegenstand des Betruges schlechthin ausscheide<sup>292</sup>, da die Klagbarkeit bei wirtschaftlicher Betrachtung kein entscheidendes Merkmal darstelle<sup>293</sup>. Dies gelte um so mehr, als sich die höchstrichterliche Rechtsprechung in Strafsachen im Streben nach natürlicher Betrachtung und nach lebensgemäßen, befriedigenden Ergebnissen immer mehr von der bürgerlichen Betrachtungsweise abgewendet habe<sup>294</sup>. In diese Richtung weise auch die Rechtsprechung, wonach verjährte Ansprüche oder Forderungen aus Spiel und Wette sowie unter bestimmten Umständen andere Anwartschaften Vermögensbestandteil sein könnten. Ferner - so der BGH weiter - greife auch die Erwägung nicht durch, daß der widerrechtliche Erwerber keines strafrechtlichen Schutzes würdig sei, da die Strafwürdigkeit des Betrügers bei der strafrechtlichen Betrachtung im Vordergrund stehen müsse. In zahlreichen Fällen trete der Verstoß gegen Gesetz oder Sitte, der dem vorhergegangenen Erwerb durch den Betrogenen anhafte, hinter der Verwerflichkeit des Betrügers zurück<sup>295</sup>. Ob ein Betrug vorliegt, hänge davon ab, ob der nichtigen Forderung im Einzelfall ein wirtschaftlicher Wert zukomme. Dabei sei in erster Linie an geschäftliche, verwandschaftliche, freundschaftliche oder sonstige gesellschaftliche Bindungen zu denken, die den Schuldner dazu veranlassen könnten, die unklagbare Forderung gleichwohl zu regulieren<sup>296</sup>. Namentlich die Persönlichkeit des Gläubigers und des Schuldners sowie dessen Zahlungsfähigkeit und das Verhältnis beider Partner zueinander könnten dabei von Bedeutung sein. Im vorliegenden Einzelfall komme als auf einen wirtschaftlichen Wert der Forderung hindeutender Umstand vor allem die Tatsache in Betracht, daß sich der Beschwerdeführer der Erfüllung des Abkommens nicht schlechthin entzogen, sondern immerhin 1.500,00 DM gezahlt habe<sup>297</sup>.

---

<sup>291</sup> Vgl. diesbezüglich Fn. 290.

<sup>292</sup> BGHSt. 2, 364, 366.

<sup>293</sup> BGH a.a.O., 367.

<sup>294</sup> BGH a.a.O., 365.

<sup>295</sup> BGH a.a.O., 368.

<sup>296</sup> BGH a.a.O., 366, 369.

<sup>297</sup> BGH a.a.O., 369.

### 3. Kritik und Stellungnahme

Die Argumentation des BGH ist in vielfacher Hinsicht nicht haltbar. Abgesehen davon, daß das Gericht - was bereits an anderer Stelle festgestellt wurde<sup>298</sup> - unter dem Merkmal des Vermögensschadens diskutiert, was eigentlich unter den Vermögensbegriff gehörte, liegt auf der Hand, daß diese Lösung letztlich eine rein ergebnisorientierte ist. Dies wird vom BGH in überraschender und ansonsten unüblicher Deutlichkeit eingeräumt, wenn das Gericht die von RGSt. 44, 230 vertretene Rechtsprechung mit der Begründung aufgreift, daß die diese Entscheidung tragenden Gründe "heute um so mehr" Geltung beanspruchen müßten, "als sich in neuerer Zeit die höchstrichterliche Rechtsprechung in Strafsachen *im Streben nach natürlicher Betrachtung und nach lebensgemäßen, befriedigenden Ergebnissen*"<sup>299</sup> immer mehr von der bürgerlichen Betrachtungsweise abgewendet" habe. Dieser Hinweis ist von BRUNS als "bemerkenswert" angesehen worden<sup>300</sup>. Diese Richtung war bereits in der vorgenannten Entscheidung von den Vereinigten Strafsenaten des Reichsgerichts (RGSt. 44, 230) eingeschlagen worden, wenn es dort heißt, daß eine Frau, die 10 Mark für den Erhalt eines Abtreibungsmittels einsetzt, ohne dafür eine Gegenleistung zu bekommen, "von ihrem Standpunkt aus sich als betrogen ansehen" muß und "schwerlich Verständnis dafür haben" würde, wollte man ihr „einzureden versuchen“, sie hätte trotz der Hingabe des Geldes keinen Vermögensschaden erlitten<sup>301</sup>.

Für die Beantwortung der Frage, ob sich jemand strafbar gemacht hat oder nicht, kann es aber selbstverständlich nicht darauf ankommen, wie sich die "Tat" aus dem Blickwinkel des Opfers als juristischem Laien darstellt. Die Sichtweise bzw. Schutzbedürftigkeit des Betroffenen kann für eine Verurteilung des Angeklagten kein ausschlaggebendes Kriterium darstellen. Vielmehr kann nur entscheidend sein, ob der "Täter" die für den Ausspruch einer Strafe in der jeweiligen Verbotsnorm festgeschriebenen Voraussetzungen durch sein Verhalten erfüllt hat oder nicht. Die Vornahme dieser Prüfung rückt jedoch sowohl in der vorzitierten Rechtsprechung als auch in der Stellungnahme von BRUNS völlig in den Hintergrund, um durch das angebliche „Streben nach lebensgemäßen, befriedigenden Ergebnissen" - und somit durch reine Billigkeitserwägungen - ersetzt zu werden. An einer positiven Begründung dafür, warum ausgerechnet das so gefundene Ergebnis befriedigend sein soll, fehlt es indes. Ersichtlich auf einem Zirkelschluß beruht die „Feststellung“, daß "die Strafwürdigkeit des Betrügers bei der strafrechtlichen Betrachtung im Vordergrund stehen" müsse. Denn die Frage, ob der Beschuldigte tatsächlich ein Betrüger ist, steht gerade im

<sup>298</sup> Vgl. oben, S. 29.

<sup>299</sup> Kursivdruck vom Verfasser hinzugefügt.

<sup>300</sup> Bruns, Strafrechtsordnung, 344.

<sup>301</sup> RGSt. 44, 230, 233.

ge, ob der Beschuldigte tatsächlich ein Betrüger ist, steht gerade im Streit und kann nicht durch Vorwegnahme des Ergebnisses beantwortet werden. Mit einer exakten Subsumtion unter die Tatbestandsmerkmale des Betrugers hat das nichts mehr zu tun. Das wird auch deutlich, wenn der BGH einen Vergleich zwischen dem Grade der Verwerflichkeit des Verhaltens von Getäuschten und Täuschendem durchführt und meint, daß dem „Betrüger“ in zahlreichen Fällen der schwerwiegenderer Vorwurf zu machen sei<sup>302</sup>. Abgesehen davon, daß schleierhaft bleibt, in welchen Fällen die jeweilige Verwerflichkeit dem Grade nach ein unterschiedliches Gewicht aufweisen und nach welchen Kriterien dies festgestellt werden soll, ist eine solche „Aufrechnung“ bei der Prüfung der Frage, ob die streitgegenständliche Exspektanz zum Vermögen des Getäuschten gehört, fehl am Platze<sup>303</sup>. Keinesfalls kann sie darüber entscheiden, ob eine Strafbarkeit des „Täters“ vorliegt oder nicht.

Der - auch mit Blick auf die hier vertretene juristisch-ökonomische Vermögensauffassung - einzig richtige Ansatzpunkt des BGH liegt darin, die Frage, ob der Position des Gläubigers ein wirtschaftlicher Wert zukommt, danach zu beantworten, ob der Schuldner seinerseits leistungswillig und leistungsfähig ist. Nichts anderes bedeutet es, wenn das Gericht, auch ohne *expressis verbis* von Erfüllungsbereitschaft zu sprechen, ausführt, daß es diesbezüglich - neben der Leistungsfähigkeit - einer Untersuchung der zwischen den Parteien bestehenden geschäftlichen, verwandtschaftlichen, freundschaftlichen oder sonstigen Bindungen bedürfe<sup>304</sup>. Zwar hat der BGH im konkret von ihm entschiedenen Einzelfall bei Zugrundelegung des richtigen Ansatzpunktes eine unrichtige Schlußfolgerung gezogen, wenn er meint, die Tatsache der Zahlung eines Teils des Erlöses deute auf einen wirtschaftlichen Wert der nichtigen Forderung hin. Denn indem der Verwahrer dem Dieb vor-

---

<sup>302</sup> Vgl. *Zieschang*, Einfluß, S. 842.

<sup>303</sup> Vgl. *Zieschang*, a.a.O., der dies allerdings unter dem Tatbestandsmerkmal des Vermögensschadens diskutiert.

<sup>304</sup> A.A.: *Zieschang*, a.a.O., S. 843, der meint, es bleibe im Unklaren, warum dieser Gesichtspunkt überhaupt maßgeblich sein solle, da er mit den tatbestandlichen Voraussetzungen des § 263 nichts zu tun habe. Gleichwohl ist es so, daß Positionen sowohl nach der rein wirtschaftlichen als auch nach den juristisch-ökonomischen Vermögensauffassungen immer nur dann zum rechtlich geschützten Vermögen gehören können, wenn ihnen ein wirtschaftlicher Wert zukommt. Während dies nach dem rein wirtschaftlichen Vermögensbegriff einzige Prämisse ist, müssen nach den juristisch-ökonomischen weitere, im einzelnen umstrittene Voraussetzungen dazukommen. Bei nichtigen, klaglosen Forderungen kann aber die Beantwortung der Frage, ob der Exspektanz ein wirtschaftlicher Wert zukommt, in der Tat allein davon abhängen, ob der Gläubiger mit einiger Sicherheit damit rechnen darf, dieselbe trotz ihrer Nichtigkeit bzw. Unklagbarkeit verwirklichen zu können. Dies setzt - wie bereits an anderer Stelle ausgeführt (vgl. oben, S. 55) - sowohl die Leistungsfähigkeit als auch die Leistungsbereitschaft des Schuldners voraus. Für letztere haben die erwähnten Bindungen freilich zumindest die Bedeutung eines Indizes, weil sie den Schuldner - wie auch der BGH anführt - dazu veranlassen können, die Forderung zu begleichen. Insofern hat dieser Gesichtspunkt entgegen der Einschätzung *Zieschangs* sehr wohl etwas mit den tatbestandlichen Voraussetzungen zu tun.

getäuscht hat, für die Drehbank lediglich einen Erlös von 3.000,00 DM erzielt zu haben, hat er konkludent zum Ausdruck gebracht, hinsichtlich des überschüssigen „Anspruchs“ seines Geschäftspartners gerade *nicht* erfüllungsbereit zu sein. Der Umstand, daß der Täuschende eben nicht die volle Hälfte des erzielten Verkaufspreises an seinen Geschäftspartner abgeführt hat, zeigt also im Gegenteil, daß die zwischen den Parteien bestehenden Bindungen evident nicht so eng gewesen sind, daß sie den Schuldner hätten veranlassen können, die Exspektanz des Gläubigers in Gänze zu regulieren<sup>305</sup>. Dies ändert jedoch nichts daran, daß sich die Bestimmung des wirtschaftlichen Wertes einer Position daran zu orientieren hat, ob der Schuldner der Vereinbarung leistungsfähig und -willig ist.

Gleichwohl ist selbst dann, wenn einer streitgegenständlichen Position bei Anlegung eines wirtschaftlichen Maßstabes ein Wert zukommen sollte, damit noch nicht gesagt, daß dieselbe im Rahmen der untersuchten Fallgruppe einen geschützten Vermögensbestandteil darstellt. Dazu bedürfte es nach obigen Ausführungen<sup>306</sup> vielmehr der weitergehenden Feststellung, daß die Herbeiführung des von den Beteiligten mit der Vereinbarung intendierten Zustandes von der Rechtsordnung akzeptiert wird.

In den Fällen des Ganovenbetrugs sind die zwischen den Beteiligten getroffenen Abreden regelmäßig der Vorbereitung, der Förderung oder der Ausnutzung strafbarer Handlungen zu dienen bestimmt und deshalb gemäß § 138 Abs. 1 BGB nichtig<sup>307</sup>. In dem vom BGH (St. 2, 364) entschiedenen Sachverhalt diente der zwischen dem Dieb und dem Verwahrer geschlossene Vertrag der Förderung einer weiteren Straftat neben dem bereits begangenen Diebstahl. Denn dadurch, daß der Verwahrer, welcher den unredlichen Erwerb der Drehbank nach dem festgestellten Sachverhalt „inzwischen durchschaut“ hatte, die Hälfte des - je nach dessen Verhandlungsgeschick unterschiedlich hoch ausfallenden - Erlöses erhalten sollte, wurde die von ihm durch den Verkauf in Form des Absetzens tatbestandlich erfüllte Hehlerei gem. § 259 gefördert<sup>308</sup>. Aus diesem Grund war die getroffene Abrede zivilrechtlich wegen Verstoßes gegen die guten Sitten gem. § 138 Abs. 1 BGB nichtig.

---

<sup>305</sup> In diesem Sinne auch wieder: *Zieschang*, a.a.O..

<sup>306</sup> Vgl. oben, S. 47 ff..

<sup>307</sup> Vgl. Palandt-*Heinrichs*, § 138 Rn. 42; Staudinger-*Sack*, § 138 Rn. 493, 495. Wenn *beide* Parteien durch die Vereinbarung die Voraussetzungen der Täterschaft oder Teilnahme an der geplanten Straftat erfüllen, ergibt sich die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts aus § 134 BGB (Staudinger-*Sack*, a.a.O.; ders., § 134 Rn. 290 ff.).

<sup>308</sup> Sollte der Käufer - was aus dem festgestellten Sachverhalt nicht hervorgeht - hinsichtlich der Eigentumsverhältnisse an der Drehbank gutgläubig gewesen sein, hätte sich der Verwahrer auch noch wegen Betruges gegenüber und zum Nachteil des Käufers schuldig gemacht, weil dieser wegen des vorangegangenen Diebstahls der Drehbank an dieser gem. § 935 Abs. 1 BGB kein Eigentum erwerben konnte.

tig<sup>309</sup>. Ein Anspruch des Diebes gegen den Verwahrer auf Auszahlung des noch offenen Betrages aus der Vereinbarung scheidet mithin genau so aus wie ein solcher aus § 826 BGB, weil diese Norm - wie bereits an anderer Stelle festgestellt wurde<sup>310</sup> - ihrem Sinn und Zweck nach neben § 138 BGB nur bei lediglich einseitiger Sittenwidrigkeit zur Anwendung gelangt.

Damit wird gleichzeitig offenbar, daß in den Fällen des sog. Ganovenbetrugs, in welchen sich die Beteiligten regelmäßig gegenseitig um „ihren“ Anteil aus dem aus einer Straftat stammenden Erlös prellen, nicht die Herstellung eines von der Rechtsordnung akzeptierten Zustands angestrebt wird. Denn im Gegensatz zu den oben unter II. (= S. 42 ff.) und III. (= S. 60 ff.) diskutierten Fallgestaltungen erhebt die Rechtsordnung vorliegend Anspruch auf die aus den Vereinbarungen der Parteien resultierenden Werte bzw. spricht solche Dritten zu: Zivilrechtlich hat der bestohlene Arbeitgeber des Diebes, welcher nach wie vor Eigentümer der Drehbank ist, einen Herausgabeanspruch (jedenfalls<sup>311</sup>) nach § 985 und § 1007 BGB gegen den „Erwerber“, welchem die Bank von dem Verwahrer verkauft worden ist<sup>312</sup>. Dieser wiederum hat - mindestens in Höhe des von ihm gezahlten Kaufpreises<sup>313</sup> - Ansprüche auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung aus dem (gleichwohl wirksamen) Kaufvertrag gegen den Verwahrer. Auf der anderen Seite besteht für den Eigentümer auch die Möglichkeit, die Verfügung des Verwahrers gem. §§ 185 Abs. 2, 184 Abs. 1 BGB zu genehmigen und so nach § 816 Abs. 1 S. 1 BGB Zugriff auf den Erlös zu nehmen.

Ist dagegen - was in der Praxis nicht unüblich ist - der durch die Straftat Verletzte nicht (mehr) bestimmbar oder erscheint eine nachträgliche Aufklärung, etwa wegen der Vielzahl der potentiell Geschädigten, praktisch ausgeschlossen, unterliegt der aus der Straftat erzielte Vermögensvorteil in Form des Erlöses gem. § 73 Abs.1 S. 1 dem Verfall<sup>314</sup>. Für ein Absehen von demselben besteht dann - da es der vom Gesetz bezweckten Rücksichtnahme auf etwaige Ansprüche von Verletzten nach § 73 Abs. 1 S. 2 nicht bedarf - keine Veranlassung.

---

<sup>309</sup> Vgl. Palandt-*Heinrichs*, a.a.O.; eine Nichtigkeit des Vertrages nach § 134 BGB scheidet vorliegend aus, weil dieser nach seinem Inhalt „lediglich“ die Aufteilung des aus einer Straftat stammenden Erlöses vorsieht, nicht aber die Begehung einer Straftat selbst. Die Aufteilung als solche stellt keine Straftat, sondern eine reine Sicherungstat dar. Dessen ungeachtet hätten sich vorliegend auch nicht *beide* Parteien (weitergehend) strafbar machen können, weil der Dieb nicht mehr nach § 259 bestraft werden kann (vgl. oben, Fn. 307).

<sup>310</sup> Vgl. oben, S. 12 f..

<sup>311</sup> Unter bestimmten - für die vorliegende Fallgestaltung jedoch nicht weiter interessierenden - Umständen steht dem Eigentümer gegen den Erwerber ein weiterer Anspruch aus §§ 858 ff. BGB zu.

<sup>312</sup> Ein gutgläubiger Erwerb nach den §§ 932 ff. BGB scheidet gem. § 935 Abs. 1 BGB aus.

<sup>313</sup> Sog. Mindestschaden als Folge der zu Gunsten des Gläubigers anzustellenden Rentabilitätsvermutung, vgl. Palandt-*Heinrichs*, § 325 Rn. 15.

<sup>314</sup> Vgl. Sch./Sch.-*Eser*, § 73 Rn. 26.

Fest steht damit gleichzeitig, daß die Parteien der Vereinbarung nicht nur keinen durchsetzbaren Anspruch auf den abredekonformen Erhalt des Vermögenswertes haben, sondern darüber hinaus - und darin liegt der ausschlaggebende Unterschied zu den oben unter II. (= S. 42 ff.) und III. (= S. 60 ff.) diskutierten Fallgestaltungen - auch keinen solchen, bereits erlangte Vermögenswerte zu behalten. Der Zustand, welcher von den Beteiligten intendiert wird (oder bereits herbeigeführt wurde), wird von der Rechtsordnung nicht akzeptiert, sondern steht im Gegenteil in erklärtem Widerspruch sowohl zum Zivilrecht als auch zum Strafrecht. Bei diesen Exspektanzen handelt es sich nicht um solche, die auf einen materiell rechtmäßigen - und deshalb legalen - Vermögenserwerb abzielen. Insofern ist auch die in BGHSt. 2, 364 angeführte Argumentation verfehlt, wonach die dort streitgegenständliche Erwartung auf den Erhalt der vollen Hälfte des erzielten Erlöses für die gestohlene Drehbank unter vergleichender Bezugnahme auf verjährte Ansprüche und Forderungen aus Spiel oder Wette bzw. bestimmte Anwartschaften ebenfalls Bestandteil des geschützten Vermögens sein könne. Denn mit den letztgenannten - rechtlich unbedenklichen - Exspektanzen wird gerade *kein* mit der Rechtsordnung im Widerspruch stehender Zustand angestrebt, sondern ein solcher, der ihr entspricht. Reguliert ein Schuldner eine wegen mittlerweile vollendeter Verjährungsfrist durch den Gläubiger nicht mehr durchsetzbare Forderung oder eine Schuld aus Spiel bzw. Wette, führt der Vermögenserwerb auf Seiten des Gläubigers zu einem legalen Haben. Die Rechtsordnung erhebt keinen Anspruch auf diese Werte und spricht einen solchen auch keinem Dritten zu. Die Erwartung einer abredekonformen Erfüllung einer aus einem sog. Ganovenbetrug stammenden Forderung kann deshalb im Gegensatz zu solchen Exspektanzen, mit denen die Herstellung eines von der Rechtsordnung akzeptierten Zustandes intendiert wird, nicht zum rechtlich geschützten Vermögen gehören. Wird demnach ein Komplize von seinem Partner durch Täuschung davon abgebracht, diesem gegenüber den ihm nach der getroffenen Vereinbarung „zustehenden“ Anteil an der Verbrechensbeute einzufordern, liegt in diesem „Verzicht“ bereits keine betrugsrelevante Vermögensverfügung.

## V. Der (unrechtmäßige) Besitz als Vermögensbestandteil?

Einigkeit besteht heute darüber, daß der faktische Besitz, dem ein obligatorisches oder dingliches Recht zum Besitz entspricht, als Vermögensbestandteil anzuerkennen ist<sup>315</sup>. Streitig behandelt wird hingegen

---

<sup>315</sup> RGSt. 1, 55, 57 f.; 16, 1, 11; 39, 335, 338; 41, 265, 268; 42, 181, 183; 44, 230, 235; BGHSt. 14, 386, 388; BGH bei Dallinger, MDR 1972, 17; OLG Celle StV 1996, 154, 155; OLG Düsseldorf NJW 1988, 922, 923; BayObLG NJW 1987, 1654, 1656; OLG Zweibrücken NJW 1983, 694 mit Besprechung Werle, Schutz, S. 2913; vgl. NK-Kindhäuser, § 263

nach wie vor die Frage, ob auch der unrechtmäßige Besitz zum Vermögen des Besitzers zu zählen ist<sup>316</sup>. Nach den Prämissen der rein wirtschaftlichen Vermögenslehre kann nicht zweifelhaft sein, daß bereits der Besitz als solcher - und zwar unabhängig vom Bestehen eines entsprechenden Rechts - Vermögensbestandteil ist, soweit er einen objektiven wirtschaftlichen Wert aufweist<sup>317</sup> bzw. das Besitzobjekt als selbständiger Gegenstand des wirtschaftlichen Verkehrs anerkannt ist<sup>318</sup>, was z.B. bei einem Reisepaß abzulehnen sein soll<sup>319</sup>. Von diesem Standpunkt aus gesehen stellt nicht das hinter dem Besitz stehende Recht, sondern die tatsächliche Sachherrschaft als wirtschaftlich ausschlaggebendes Substrat das entscheidende Moment bei der Bewertung des Besitzes dar. Welcher Art der Besitz ist - rechtmäßig oder unrechtmäßig -, ist nicht von Relevanz.

Die Vertreter der juristisch-ökonomischen Vermögenslehren hingegen negieren mehrheitlich<sup>320</sup> die Vermögensqualität zumindest des deliktisch erlangten - unredlichen - Besitzes, wobei der zwar unrechtmäßige, aber redliche Besitzer - also beispielsweise der vom Dieb gutgläubig Erwerbende - größtenteils als geschützt angesehen wird<sup>321 322</sup>. Zwar wird bei der Frage der Vermögenszugehörigkeit auch hier an die faktischen Gegebenheiten angeknüpft, es sollen jedoch solche Wertpositionen ausgeschieden werden, die im Widerspruch zur Güterzuordnung stehen<sup>323</sup>.

---

Rn. 295; LK-Lackner (10. Aufl.), § 263 Rn. 133; Wessels/Hillenkamp BT 2, Rn. 535; Otto, Betrug, S. 426; jeweils m.w.N..

<sup>316</sup> LK-Lackner (10. Aufl.), § 263 Rn. 133; LK-Tiedemann, § 263 Rn. 140, 141.

<sup>317</sup> RGSt. 41, 265, 268; BGHSt. 14, 386, 388; in jüngster Vergangenheit: BGH in wistra 1999, 103, 107, wo das Gericht aber - soweit ersichtlich - erstmalig (und ohne weitere Begründung) ausführt, der „Umstand, daß das Vermögen des Schuldners möglicherweise ganz oder teilweise aus unlauter erworbenen Einkünften angesammelt worden war“, müsse, wie es das Vordergericht auch getan hatte, „zugunsten des Angeklagten bei der Strafzumessung ausreichend berücksichtigt“ werden; Tröndle/Fischer, § 263 Rn. 27 a; Krey, BT 2, Rn. 436; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn. 535; Bruns, Strafrechtsordnung, S. 343; Tenckhoff, Anmerkung, S. 128; Grünhut, Anmerkung, S. 2434; Haft, BT, S. 213; Blei, BT, S. 285.

<sup>318</sup> Vgl. Schmidhäuser, BT, § 11 Rn. 27, 33.

<sup>319</sup> BGH bei Dallinger, MDR 1972, 17.

<sup>320</sup> A.A.: LK-Lackner (10. Aufl.), § 263 Rn. 133; LK-Tiedemann, § 263 Rn. 140; Otto, Betrug, S. 426; ders., Struktur, S. 55, 296; Bockelmann, Unrechtsgehalt, S. 249.

<sup>321</sup> Vgl. Hirsch, Literaturbericht, S. 952; Zieschang, Vermögensschutz, S. 837; Gallas, Betrug, S. 425; Cramer, Vermögensbegriff, S. 225 (vgl. dort auch Fn. 12); Sch./Sch.-Cramer, § 263 Rn. 94, 95.

<sup>322</sup> Insoweit - obwohl jeweils das Bsp. des „betrogenen“ Diebes anführend - nur auf den rechtswidrigen Besitz abstellend, ohne explizit auch zwischen Redlichkeit bzw. Unredlichkeit zu unterscheiden: Maurach/Schroeder/Maiwald, BT 1, § 41 Rn. 99; SK-Samson/Günther, § 263 Rn. 118; Lenckner, Vermögensschaden, S. 107; Foth, Betrug, S. 41; Hirschberg, Vermögensbegriff, S. 329.

<sup>323</sup> Cramer, Vermögensbegriff, S. 225.

## 1. Dafür angeführte Argumente

Vor diesem Hintergrund überrascht es nicht, daß die in diesem Zusammenhang für und wider die Zugehörigkeit des rechtswidrigen Besitzes zum geschützten Vermögen angeführten Argumente in erster Linie anhand der Fallgestaltung des Diebes, der von einem Dritten entweder um seinen Besitz an einer Sache geprellt oder welchem derselbe seitens des Dritten entwendet wird<sup>324</sup> - d.h. also in Bezug auf den deliktisch erlangten, unredlichen Besitz -, in die Diskussion eingebracht werden. Gleichwohl besteht mit Blick auf die anstehende Untersuchung der sich widerstreitend gegenüber stehenden Kriterien zunächst (noch) kein Grund, zwischen redlichem und unredlichem Besitz zu unterscheiden, da - wie zu zeigen sein wird - sämtliche von den Vertretern der rein wirtschaftlichen Vermögenslehre angeführten Gesichtspunkte jedenfalls nicht als Begründung *für* eine Einbeziehung des unrechtmäßigen Besitzes in das geschützte Vermögen zu dienen in der Lage sind:

### a. §§ 859 ff. BGB als Schutzrechte auch zu Gunsten des deliktischen Besitzers?

Mit Regelmäßigkeit dafür, daß der rechtswidrige Besitz nach dem Willen der Rechtsordnung insgesamt Vermögensschutz genieße, wird vorgebracht, daß die §§ 859 ff. BGB auch den deliktischen Besitzer in der Realisierung seiner Herrschaftsbeziehung zu der usurpierten Sache schützen<sup>325</sup>. Nur der Berechtigte - und auch er nur mit den ihm von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellten Mitteln - solle den Nichtberechtigten gegen seinen Willen aus der Besitzposition vertreiben dürfen. Diese Regelung lasse den Grundgedanken erkennen, daß eine einmal entstandene, sei es auch widerrechtliche, Besitzlage im Verhältnis zur Umwelt kein Nichts, sondern eine bis zur Wiederherstellung des wirklichen Rechts von jedermann zu respektierende vorläufige Position sei, die der Besitzer in seinem Interesse verteidigen dürfe<sup>326</sup>.

Dieser Argumentation wird - nach dem hier vertretenen Standpunkt zu Recht - entgegen gestellt, daß die dem Besitzer durch das Zivilrecht eingeräumten Befugnisse zum Schutze des Rechtsfriedens aufgestellt

---

<sup>324</sup> Vgl. *Otto*, Betrug, S. 424 (Fallbsp. 3); *Bruns*, Strafrechtsordnung, S. 343 ff.; *Bockelmann*, Unrechtsgehalt, S. 249; *Kühl*, Umfang, S. 510 (1. Vervollständigungsfall); *Zieschang*, Einfluß, S. 837.

<sup>325</sup> *LK-Lackner* (10. Aufl.), § 263 Rn. 133; *LK-Tiedemann*, § 263 Rn. 140; *Otto*, Betrug, S. 426; *ders.*, Struktur, S. 55; ; *Bruns*, Strafrechtsordnung, S. 343; *Tenckhoff*, Anmerkung, S. 128.

<sup>326</sup> *LK-Lackner* (10. Aufl.), a.a.O.. *Tiedemann* (in *LK*, § 263 Rn. 141) meint, aus den §§ 858, 859 BGB ergebe sich sogar, „daß der rechtswidrige und/oder unredliche Besitz vom Zivilrecht nicht mißbilligt wird“. Kritisch dazu: *Kindhäuser* in *NK*, § 263 Rn. 296.

wurden<sup>327</sup> und die Aufgabe haben, eine eigenmächtige Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse zu verhindern<sup>328</sup>. Dagegen wollen die Vermögensdelikte - anders als die Besitzschutzbestimmungen - vor deliktischem Zugriff schützen, was die Rechtsordnung dem einzelnen als das Seine zuteilt und was als solches vor ihr Bestand hat<sup>329</sup>. Bereits aufgrund der verschiedenen Intentionen und Strukturprinzipien der sich vergleichend gegenüber stehenden Rechtsinstitute - Besitzschutzbestimmungen einerseits, Vermögensdelikte andererseits - ergibt sich, daß die den §§ 859 ff. BGB zugrunde liegenden Wertungen letztlich nicht auf das Vermögensstrafrecht übertragbar sind, so daß also für die Frage der Vermögenszugehörigkeit des unrechtmäßigen Besitzes nicht die Besitzverhältnisse ausschlaggebend sein können<sup>330</sup>.

Wollte man dies zusammen mit den Vertretern der Gegenmeinung anders sehen, bliebe in diesem Zusammenhang darüber hinaus zu berücksichtigen, daß die zivilrechtlichen Besitzschutzbestimmungen nicht zuletzt (auch) die Aufgabe haben, für die (Wieder-) Herstellung eines der Rechtsordnung entsprechenden Zustandes zu sorgen. Denn - und dies darf keinesfalls aus dem Blick verloren werden - selbstverständlich ist die durch Ausübung verbotener Eigenmacht geschaffene Besitzlage - schon dem Wortlaut des § 858 BGB nach - grundsätzlich<sup>331</sup> eine widerrechtliche - und zwar unabhängig davon, ob der Besitzer seinerseits zum Besitz berechtigt war oder nicht. Gleichwohl sollen die Vorschriften der §§ 859 ff. BGB nicht zuletzt auch dazu dienen, daß eine möglicherweise bereits bestehende, rechtswidrige Besitzlage nicht dadurch noch weiter vertieft wird, daß eine weitere Person dem bisherigen Besitzer die Sache widerrechtlich entzieht und es für den Berechtigten damit noch schwieriger wird, seiner Sache wieder Herr zu werden. Zwar kann und soll nicht bestritten werden, daß die Rechtsordnung durch die §§ 859 ff. BGB auch den unrechtmäßigen Besitzer - im Verhältnis zu anderen Nichtberechtigten - in der Realisierung seiner Herrschaftsbeziehung zu der Sache schützt. Das bedeutet aber nicht gleichzeitig, daß sie eine widerrechtliche Besitzlage auch zu akzeptieren bereit ist. Im Gegenteil: Die Rechtsordnung stellt dem Berechtigten - und nur diesem - Mittel zur Verfügung, um die rechtmäßige Besitzlage auch gegen den Willen des Nichtberechtigten wiederherzustellen. Die §§ 859 ff. BGB dienen grundsätzlich dazu, denjenigen, der sich den Besitz an einer Sache mittels verbotener Eigenmacht verschafft, so schnell wie möglich wieder aus seiner Position zu verdrängen, weil die so geschaffene Be-

---

<sup>327</sup> *Gallas*, Betrug, S. 426; *Cramer*, Vermögensbegriff, S. 225; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT 1, § 41 Rn. 99; *Zieschang*, Einfluß, S. 837; *Soergl-Mühl*, § 858 Rn. 1; *Staudinger-Bund*, Vorbem. zu §§ 854 ff. Rn. 17 u. § 858 Rn. 1.

<sup>328</sup> *Cramer*, a.a.O..

<sup>329</sup> *Cramer*, Vermögensbegriff, S. 226 unter Bezugnahme auf *Gallas*, Betrug, S. 426.

<sup>330</sup> *Cramer* a.a.O.; *Gallas* a.a.O..

<sup>331</sup> Zur Ausnahmesituation, daß durch die - wenn auch formell rechtswidrige - Ausübung verbotener Eigenmacht ein der Rechtsordnung entsprechender Besitzstand geschaffen wird, vgl. unten S. 77.

sitzlage - bis auf den Fall, daß sich der Berechtigte selbst wieder in den Besitz der Sache bringt - *jedenfalls* widerrechtlich ist. In den Fällen, in welchen zuvor der Berechtigte Inhaber der tatsächlichen Sachherrschaft über die Sache war, dienen die §§ 859 ff. BGB damit unmittelbar - und in den Sachverhalten, in welchen vor der Ausübung der verbotenen Eigenmacht ein Nichtberechtigter Inhaber der tatsächlichen Sachherrschaft war, (zumindest) mittelbar - der Wiederherstellung eines der Rechtsordnung entsprechenden Zustandes. Das Gesetz knüpft dabei an eine objektive Widerrechtlichkeit der Besitzbeeinträchtigung an<sup>332</sup>. Zwar geht damit, daß die Rechtsordnung bei der Ausübung verbotener Eigenmacht grundsätzlich nicht zwischen berechtigtem und unberechtigtem (Vor-) Besitzer unterscheidet und beiden - gegenüber (anderen) Nichtberechtigten - die sich aus den §§ 859 ff. BGB ergebenden Rechte gleichermaßen einräumt, in den letztgenannten, hier interessierenden Fallgestaltungen ein gewisser Schutz auch des Nichtberechtigten einher. Dieser ist jedoch nur notwendiges Mittel zum von der Rechtsordnung durch die §§ 859 ff. BGB - zumindest auch - intendierten Zweck, nämlich Beseitigung einer jedenfalls rechtswidrigen Besitzlage und - wenn (in den Fällen des nichtberechtigten Vorbesitzers) auch nur mittelbar - Wiederherstellung eines der Rechtsordnung entsprechenden Zustandes. Letzteres ergibt sich vor allem aus der Regelung des § 864 Abs. 2 BGB, nach welcher ein nach den §§ 861, 862 BGB *begründeter* Anspruch - obwohl diesem gegenüber die Berufung auf eine materielle Berechtigung zum Besitz nach § 863 BGB grundsätzlich ausgeschlossen ist - erlischt, wenn nach der Verübung verbotener Eigenmacht durch rechtskräftiges Urteil festgestellt wird, daß dem Täter ein Recht zum Besitz zusteht, vermöge dessen er die Herstellung eines seiner Handlungsweise entsprechenden Besitzstandes verlangen kann<sup>333</sup>. Der Gesetzgeber hat damit unzweideutig zum Ausdruck gebracht, daß sich der unrechtmäßige (Vor-) Besitzer dann nicht auf die ihm grundsätzlich gem. den §§ 859 ff. BGB zuerkannten Rechte und Ansprüche berufen kann, wenn ein der Rechtsordnung entsprechender Zustand - die ordnungsgemäße Besitzlage nämlich - bereits (wieder-) hergestellt ist<sup>334</sup>.

---

<sup>332</sup> Richter, Grundkurse, S. 13.

<sup>333</sup> Der BGH (NJW 1979, 1358, 1358) hat 1979 in einer zum damaligen Zeitpunkt aufsehenerregenden Entscheidung - soweit ersichtlich erstmalig - entschieden, daß § 864 Abs. 2 BGB analog anzuwenden sei, insoweit „das petitorische Gegenrecht in *vorläufiger* Weise - sei es auch durch ein (nur) vorläufig vollstreckbares Urteil - gerichtlich anerkannt ist“. (Kursivdruck im Original) Begründet hat das Gericht die Entscheidung a.a.O. damit, daß ein ausschließlich aus den Besitzschutzregeln abgeleiteter Anspruch jedenfalls dann abzuweisen sei, wenn feststehe, daß dem Widerkläger der Besitz an der Sache im Endergebnis *zustehe* - er sich also im Vergleich auf ein *besseres Recht* berufen kann. Die Rechtsprechung hat mit der Stattgabe der petitorischen Widerklage bei gleichzeitig begründeter Besitzschutzklage noch einmal deutlich unterstrichen, daß die - lediglich vorläufigen Charakter innehabenden und dem Rechtsfrieden dienenden - Besitzschutzregeln dann zurückweichen müssen, wenn ein der Rechtsordnung entsprechender Zustand bereits hergestellt ist.

<sup>334</sup> Vgl. diesbezüglich vor allem auch die von der Ersten Kommission niedergeschriebenen Motive zur Schaffung des heutigen § 864 Abs. 2 BGB (Motive III., S. 124): „War die dem Kläger durch die verbotene Eigenmacht entzogene Inhabung dem Beklagten gegenüber fehlerhaft, so bleibt die Handlung des Beklagten zwar formell rechtswidrig, aber der durch

Es stellte eine bloße Förmel dar, den Besitz an dem Gegenstand noch einmal „hin und her“ zu wechseln, da das von der Rechtsordnung verfolgte Ziel bereits erreicht ist.

Unter Berücksichtigung des Vorgesagten ist aber der Umstand, daß die Rechtsordnung auch dem Nichtberechtigten im Falle der Ausübung verbotener Eigenmacht durch einen anderen Nichtberechtigten die Rechte der §§ 859 ff. BGB zugesteht, schon nicht als *fürsprechendes* Argument dafür zu dienen in der Lage, den unrechtmäßigen Besitz zum strafrechtlich geschützten Vermögen zu zählen. Denn das Zuteilwerdenlassen der sich aus den §§ 859 ff. BGB ergebenden Rechte (unter Umständen) auch dem Nichtberechtigten gegenüber dient - wie festgestellt - neben dem Rechtsfrieden auch der Wiederherstellung eines der Rechtsordnung entsprechenden Zustandes. Es wäre deshalb - und zwar unter ausdrücklicher Außerachtlassung des hier vertretenen Standpunktes, wonach die den §§ 859 ff. BGB zugrunde liegenden Wertungen letztlich schon nicht auf das Vermögensstrafrecht übertragbar sind - bereits widersinnig, aus dieser Reflexwirkung ein Argument dafür abzuleiten, daß grundsätzlich auch der widerrechtliche - und somit der Rechtsordnung widersprechende - Besitz zum rechtlich geschützten Vermögen gehören müsse. Für diesen Rückschluß geben die Besitzschutzbestimmungen *selbst* bei genauerer Betrachtung bereits nichts her.

Dem Vorgesagten kann selbstverständlich noch nicht entnommen werden, daß der rechtswidrige Besitz als Bestandteil des Vermögens, dem ein strafrechtlicher Schutz zuteil wird, auszuscheiden sei. Es steht lediglich fest, daß der unrechtmäßige Besitz jedenfalls nicht aufgrund der Besitzschutzbestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches als vermögenszugehöriger Bestandteil angesehen werden kann<sup>335</sup>.

---

diese Handlung herbeigeführte Besitzstand ist doch nur ein solcher, wie er, wenn von keiner Seite eigenmächtig verfahren wäre, bestehen würde. Damit ist der Grund für die Besitzklage des Klägers weggefallen.“ Auf S. 116 heißt es: „In neuerer Zeit ist das Bedürfnis eines rein possessorischen Besitzschutzes geleugnet worden. Es ist auch zuzugeben, daß ein solcher Schutz nicht in gleichem Maße eine Notwendigkeit ist wie der *Schutz der Rechte*. Mit der Aufklärung aller in Betracht kommender Rechtsfragen verlieren Besitz und Inhabung ihre Bedeutung, und *nur das Recht zum Haben* der Sache entscheidet.“ (Kursivdruck vom Verfasser hinzugefügt) Damit wird noch einmal deutlich auf den lediglich vorläufigen Charakter der Besitzschutzbestimmungen sowie darauf hingewiesen, daß dieselben dann zurückweichen müssen, wenn sich ein anderer trotz begründeter Besitzschutzansprüche auf ein besseres Recht berufen kann - mithin eine der Rechtsordnung entsprechende Lage (bereits) besteht, wenn dieselbe auch in Form formell rechtswidriger verbotener Eigenmacht hergestellt wurde.

<sup>335</sup> Zieschang (Einfluß, S. 837) begründet seine - im Ergebnis gleichlautenden - Ausführungen damit, daß die Autoren, welche sich zur Einbeziehung auch des rechtswidrigen Besitzes in das geschützte Vermögen auf die Normen des zivilrechtlichen Besitzschutzes stützen, unberücksichtigt ließen, daß die Rechte aus § 859 BGB sowie die possessorischen Ansprüche aus den §§ 861, 862 BGB dem Dieb, welchem der Besitz an der Sache abgeschwindelt werde, überhaupt gar nicht zustünden. Es sei nämlich zu beachten, daß es insoweit lediglich um den Schutz vor verbotener Eigenmacht ginge. Eine solche läge aber - was im Ergebnis nicht zu bestreiten ist - dann gar nicht vor, wenn der Dieb die Sache *willentlich* weitergebe,

## b. Parallele zu den Tatbeständen des Diebstahls und des Raubes?

Des weiteren wird für eine Einbeziehung des unrechtmäßigen Besitzes in das geschützte Vermögen - in erster Linie durch KREY - angeführt, daß schließlich Diebstahl oder Raub gegeben wären, würde die Sache dem Besitzer mittels Gewahrsamsbruchs oder zusätzlich mit Raubmitteln entwendet werden. Konsequenterweise müsse unter Berücksichtigung des Gesichtspunktes der Einheit der Strafrechtsordnung der Einsatz betrügerischer (oder erpresserischer) Mittel dann auch eine Strafbarkeit nach § 263 (bzw. §§ 253, 255) nach sich ziehen<sup>336</sup>.

Dieses Argument kann allerdings schon allein deswegen nicht überzeugen, weil es unberücksichtigt läßt, daß die erwähnten Vorschriften verschiedene Rechtsgüter schützen<sup>337</sup> und deshalb in diesem Zusammenhang nicht - jedenfalls nicht so wie von KREY praktiziert - vergleichend gegenüber gestellt werden können. Während der Betrugstatbestand unstreitig ausschließlich das Vermögen schützt<sup>338</sup>, sind geschützte Rechtsgüter der §§ 242, 249 (bei letzterem neben der persönlichen Freiheit<sup>339</sup>) das Eigentum und der Gewahrsam an einer Sache<sup>340</sup>. Daß aber (auch) der Dieb die tatsächliche Herrschaftsmacht mit der Folge über eine Sache auszuüben in der Lage ist, daß ihm dieselbe unter Verwirklichung der objektiven Tatbestandsvoraussetzungen des § 242

---

so daß die §§ 859, 861, 862 BGB überhaupt *nicht einschlägig* seien. (Kursivdruck im Original) Gleichwohl vermag die Ansicht *Zieschangs* insofern nicht zu überzeugen, als die Frage der *Einschlägigkeit* der §§ 859 ff. BGB im Rahmen der Argumentation der unter der Fn. 319 aufgeführten Autoren nicht das entscheidende Moment dafür darstellt, den rechtswidrigen Besitz unter das geschützte Vermögen zu subsumieren. Vielmehr dienen die §§ 859 ff. BGB lediglich dazu, zu zeigen, daß (auch) der unrechtmäßige Besitz kein „Nichts“ im Sinne des Rechts ist, sondern eine zunächst einmal geschützte Position. Im Falle der Einwirkung auf diese Position stehen dem Besitzer - grundsätzlich und unter den dort aufgestellten Voraussetzungen - die sich aus den §§ 859 ff. BGB ergebenden Rechte und Ansprüche zur Seite, um sich gegen die Störung zur Wehr zu setzen. Daß die Besitzschutzregeln beim Abschwindeln des Besitzes vom Dieb tatsächlich nicht einschlägig sind, hat damit nichts zu tun, da dieser Umstand nichts an der Schutzwürdigkeit der Position als solcher ändert.

<sup>336</sup> *Krey*, BT 2, Rn. 433.

<sup>337</sup> Völlig fehl geht das von *Krey* a.a.O. in diesem Zusammenhang angeführte Beispiel, daß schließlich auch unstreitig einen Diebstahl begehe, wer der Dirne deren Lohn wieder entwende. Denn selbst wenn man das der Übergabe des Geldes zugrunde liegende Verpflichtungsgeschäft für gem. § 138 BGB sittenwidrig und deshalb nichtig erachten wollte, bleibt das Verfügungsgeschäft jedenfalls wirksam (st. Rspr., so schon BGHSt. 6, 377, 379; *Staudinger-Sack*, § 138 Rn. 453), so daß die Dirne Eigentümerin des Geldes geworden ist. Daß ihr dasselbe aus diesem Grunde auch gestohlen werden kann, ist völlig unstreitig.

<sup>338</sup> Vgl. beispielsweise *Sch./Sch.-Cramer*, § 263 Rn. 1 m.w.N..

<sup>339</sup> *Sch./Sch.-Eser*, §. 249 Rn. 1.

<sup>340</sup> Str., so aber BGHSt. 10, 400, 401; 29, 319, 323; *Frank*, § 247 Anm. 1; *Welzel*, Strafrecht, S. 347; a.A.: *Sch./Sch.-Cramer*, § 242 Rn. 2, wonach der Gewahrsam keinerlei eigenständigen Strafrechtsschutz genieße und daher nicht alternativ, sondern allenfalls kumulativ als Ausfluß des Eigentums geschützt sei. Zustimmend insofern auch: *SK-Hoyer*, § 242 Rn. 1; *Kindhäuser*, BT, § 2 Rn. 6..

wegenommen werden kann, ist schlechterdings nicht bestreitbar<sup>341</sup>. Entscheidend ist in Fallgestaltungen dieser Art aber letztlich nicht, daß (auch) der Gewahrsam des Diebes strafrechtlich geschützt wird, sondern geschützt ist nach zutreffender Auffassung - wie bei allen Eigentumsdelikten - jedenfalls das Eigentum, das durch die Tat erneut verletzt wird<sup>342 343</sup>, indem die Sache aus der Hand des Diebes in die eines Dritten gelangt<sup>344</sup>. Die Strafwürdigkeit dieses Vorgangs liegt demnach in einer komplett anderen Richtung. Berücksichtigt man dies, ist ein Wertungswiderspruch innerhalb der Strafrechtsordnung selbst für den Fall nicht ersichtlich, daß man zu dem Ergebnis käme, daß der Dieb zwar bestohlen, mangels Vermögenszugehörigkeit aber nicht um seinen deliktischen - ihm nicht zustehenden - Besitz betrogen werden kann. Vielmehr erscheint es umgekehrt - unter Berücksichtigung der Verschiedenheit der vergleichend gegenüber gestellten Vorschriften - äußerst bedenklich, allein die Tatsache, daß (auch) der Dieb bestohlen oder beraubt werden kann, ohne weitere Begründung als Argument dafür heranzuziehen, daß derselbe dann auch um die sich in seinem Besitz befindliche Sache müsse geprellt werden können.

### c. Kriminalpolitische Argumente

Nicht zuletzt werden an dieser Stelle wiederum kriminalpolitische Hinweise in's Feld geführt, um die Vermögenszugehörigkeit des unrechtmäßigen Besitzes zu begründen. Dabei wird argumentiert, daß man Betrug und Erpressung andernfalls - mangels Sanktionierung - im Verhältnis von Rechtsbrechern untereinander gutheißen würde<sup>345</sup>. Zwar - das sei selbstverständlich - habe der deliktische Besitzer die Sache zu Unrecht und dürfe sie nicht behalten. Er brauche aber nicht zu dulden, daß irgendein Betrüger sie ihm abnehme. Denn auch der Dieb höre nicht auf, Vermögensperson zu sein und der andere sei kein Richter über ihn<sup>346</sup>. Das verbotene Verhalten des einen gebe keinem anderen

---

<sup>341</sup> Dies gilt natürlich - hinsichtlich des Gewahrsamsbruchs - nur unter der Voraussetzung, daß man denselben als von § 242 geschütztes Rechtsgut ansieht. A.A. insofern die in der vorigen Fn. Aufgeführten, obwohl auch diese - mit anderer Begründung - im Ergebnis zur Möglichkeit des Diebstahls gegenüber dem Dieb kommen. Ebenso: *Hirschberg*, S. 329.

<sup>342</sup> *Sch./Sch.-Cramer*, § 242 Rn. 1; ders., Vermögensbegriff, S. 93, 94; *Zieschang*, Einfluß, S. 838; *Binding*, Lehrbuch, S. 294; *Hirschberg*, Vermögensbegriff, S. 329; insofern ist es für die Beantwortung der Frage, ob auch der Dieb bestohlen werden kann, irrelevant, ob man nur das Eigentum oder - daneben - auch den Gewahrsam als eigenständig geschütztes Rechtsgut ansieht.

<sup>343</sup> Berücksichtigt man dies, stellt sich die unten (S. 91 ff.) diskutierte Frage, ob bei dem Abschwindeln einer gestohlenen Sache vom Dieb ein Betrug zum Nachteil des Eigentümers gegeben ist.

<sup>344</sup> *Gallas*, Betrug, S. 427 (Fn. 73) bezeichnet diesen Vorgang als „Perpetuierung der rechtswidrigen Vermögenslage“ ähnlich wie bei der Hehlerei, weil der Wechsel der tatsächlichen Herrschaftsmacht über die Sache eine faktische Steigerung der Verlustwirkung darstelle.

<sup>345</sup> *Krey*, BT 2, Rn. 435.

<sup>346</sup> *Bockelmann*, Unrechtsgehalt, S. 249.

das Recht, sich straflos auf Kosten des moralisch Schwachen zu bereichern<sup>347</sup>. Schließlich erschiene eine Straflosigkeit des Betrügers auch unbillig. Das entgegenstehende Ergebnis sei ein solches, welches das Rechtsgefühl eher befriedige<sup>348</sup>.

Durchleuchtet man die voraufgeführten Kriterien etwas genauer, liegt auf der Hand, daß (auch) diese keine wirklichen Argumente dafür zu liefern vermögen, den unrechtmäßigen Besitz in das geschützte Vermögen miteinzubeziehen. Denn bei den genannten Ansatzpunkten handelt es sich um solche, die ihr Ziel ausschließlich dadurch zu erreichen suchen, daß sie entweder das - für richtig erachtete - Ergebnis vorwegnehmen oder die gegenteilige Lösung von vornherein als „unbefriedigend“ ausscheiden. Daß eine solche - von Billigkeitserwägungen und Gefühlsentscheidungen nach freiem Ermessen geleitete - Vorgehensweise mit einer exakten Herausarbeitung des Vermögensbegriffs nichts zu tun hat, ist bereits an anderer Stelle angemerkt worden<sup>349</sup>. Selbst wenn man aber dazu käme, den rechtswidrigen Besitz nicht als vermögenszugehörig anzusehen, hieße das im Umkehrschluß nicht automatisch, daß man „Betrug und Erpressung“ im Verhältnis von Rechtsbrechern untereinander guthieße. Abgesehen davon, daß unter dieser Prämisse schon tatbestandlich weder ein Betrug noch eine Erpressung überhaupt vorlägen, weil es nämlich am Erfolgsunwert eines Vermögensschädigungsdeliktes fehlte, bliebe sehr wohl die Anstößigkeit des - möglicherweise bereits für sich strafbaren - Mittels sowie die - wenn auch nur sozialetisch zu mißbilligende - Tatsache, daß der Täter etwas erhält, was auch ihm nicht zusteht<sup>350</sup>. Mit anderen Worten: Auch ein strafrechtlich nicht erfaßbares Verhalten muß seitens der Rechtsordnung nicht gutgeheißen werden. Soweit angeführt wird, daß auch der Dieb nicht aufhöre, Vermögensperson zu sein und deshalb nicht zu dulden brauche, daß irgendein Betrüger ihm die Sache abnimmt, ist anzumerken, daß genau diese Frage - ob nämlich der Dieb mit der Folge Vermögensperson ist, daß ein Dritter ihn um die Sache betrügen kann - gerade im Streit steht und sich nicht durch Vorwegnahme des Ergebnisses beantworten läßt. Dafür schließlich, warum beim Prellen um den unrechtmäßigen Besitz nur eine - ausschließlich unter der Voraussetzung der Vermögenszugehörigkeit zu erreichende - Strafbarkeit dieses Verhaltens ein befriedigendes Ergebnis darstellen soll, wird ebensowenig eine Begründung geliefert wie dafür, warum der Dieb moralisch schwächer sein soll als der ihn täuschende Dritte. Durch die Versagung des strafrechtlichen Schutzes könnte dem „moralisch Schwachen“ im Gegenteil kriminalpolitisch deutlich gemacht werden, daß er, zumindest wenn er wissentlich unrechtes Gut erwirbt, auf keine

---

<sup>347</sup> *Grünhut*, Anmerkung, S. 2435.

<sup>348</sup> *Bruns*, Strafrechtsordnung, S. 343.

<sup>349</sup> Vgl. oben, S. 71.

<sup>350</sup> Vgl. *Lenckner*, Vermögensschaden, S. 107.

Hilfe seitens des Staates rechnen darf, wenn ihm dieses wieder entzogen wird<sup>351</sup>.

---

<sup>351</sup> Ähnlich - ohne jedoch zwischen Redlichkeit und Unredlichkeit zu unterscheiden (vgl. dazu die im Haupttext folgenden Ausführungen): Lenckner, Vermögensschaden, Fn. 20 (S. 108).

## 2. Unterscheidung zwischen unredlichem und redlichem Besitz?

Wenn sich die bisherige Diskussion auch ganz allgemein auf den unrechtmäßigen Besitz als solchen bezogen hat, ist - wie eingangs bereits angemerkt<sup>352</sup> - gleichwohl deutlich geworden, daß die Argumentation weniger an das Faktum des Besitzes ohne entsprechendes Recht, als vielmehr an die rechtswidrige Verhaltensweise des unredlichen Besitzers anknüpft. Aus diesem Grunde soll in der Folge zunächst die Frage nach der Zugehörigkeit des unredlichen Besitzes zum strafrechtlich geschützten Vermögen behandelt werden und im Anschluß daran diejenige, ob für den redlichen Besitz möglicherweise etwas anderes zu gelten hat.

### a. Unredlicher, deliktischer Besitz

Nach dem hier vertretenen Standpunkt kann der unredliche Besitz unter Bezugnahme auf obige Ausführungen<sup>353</sup> schon deshalb nicht zum rechtlich geschützten Vermögen gezählt werden, weil er in deliktischer, gewollt gegen die strafrechtlichen Verbote verstoßender Weise erworben wurde - d.h. also der Besitzer durch sein Verhalten vorsätzlich einen der Rechtsordnung nicht entsprechenden Zustand intendiert und hergestellt hat. Der deliktische Besitzer besitzt eine Sache, die er von Rechts wegen nicht besitzen dürfte. Bei diesem Besitz handelt es sich letztlich aber nur um eine rein faktische Machtposition, auf die der Besitzer zwar einzuwirken in der Lage, nicht aber einzuwirken berechtigt ist, weil er die Sache dem Berechtigten nach dem Willen der Rechtsordnung herauszugeben verpflichtet ist. Diese dem deliktischen Besitzer zukommende Macht liegt in der Natur der Sache: Demjenigen, der eine Sache in seiner Gewalt hat, kommt nun einmal der Einfluß zu, mit derselben seinem Willen entsprechend verfahren zu können. Darin muß zwar ein wirtschaftlich wertvolles Substrat erblickt werden. Gleichwohl erfährt der deliktische Besitz unter keinem Titel einen rechtlichen Schutz und führt nicht zu einem legalen Haben<sup>354</sup>.

Daß das Gesetz dem zufällig betroffenen Besitzer grundsätzlich die Rechte und Ansprüche aus den §§ 859 ff. BGB zuerkennt, dient nicht dem Schutze des Besitzers selbst, sondern dem des Rechtsfriedens

---

<sup>352</sup> Vgl. oben, S. 75.

<sup>353</sup> Vgl. oben, S. 37 ff..

<sup>354</sup> Daß die Herausgabeansprüche des Berechtigten nach 30 Jahren verjähren und deshalb - die Erhebung der Verjährungseinrede vorausgesetzt - nicht mehr durchsetzbar sind, steht dem nicht entgegen, da die Verjährung zuvorderst den Zweck der Gewährleistung von Rechtsfrieden und Rechtssicherheit verfolgt. Das Gesetz muß daher nach Ablauf eines Zeitraums von mehr als 30 Jahren einen endgültigen Schlußstrich ziehen (Palandt-*Heinrichs*, Überbl. v. § 194 Rn. 4 a - d).

sowie - wenn u.U. auch nur mittelbar - dazu, eine der Rechtsordnung materiell entsprechende Lage wiederherzustellen<sup>355</sup>. Darüber hinaus darf in diesem Zusammenhang nicht unberücksichtigt bleiben, daß sich im Gegensatz zu einem (sonstigen) Dritten weder der zum Besitz berechtigte Eigentümer noch der einen fälligen und einredefreien Übergangsanspruch Innehabende - zumindest dann nicht, wenn die Voraussetzungen der Selbsthilfe vorliegen<sup>356</sup> - wegen Diebstahls strafbar machen, wenn sie dem deliktischen Besitzer die Sache wegnehmen<sup>357</sup>. Dies ist aber nicht nur Ausdruck eines im Formalen verhafteten tatbestands-konstruktiven Denkens, sondern eine Anerkennung der rechtlichen Güterordnung für den Bereich des Strafrechts<sup>358</sup>.

Etwas anderes läßt sich auch nicht daraus ableiten, daß das Bürgerliche Gesetzbuch nach § 1006 Abs. 1 S. 1 BGB eine Eigentumsvermutung zugunsten des Besitzers aufstellt - d.h. also an den Besitz auch insofern gewisse Rechtswirkungen knüpft<sup>359</sup>. Dies liegt lediglich daran, daß das an einem gerechten Güterausgleich interessierte Zivilrecht - wie schon aus der Regelung des § 1006 Abs. 1 S. 2 BGB hervorgeht - auf der Vermutung des Zusammentreffens von Besitz- und Eigentumserwerb aufbaut<sup>360</sup>, weil dies den Normalfall eines der Rechtsordnung entsprechenden Zustandes darstellt. Das Gesetz geht - zu Recht<sup>361</sup> - davon aus, daß Besitz und Eigentum häufiger zusammenfallen als daß dies nicht der Fall ist. Das zeigt sich auch daran, daß das Eigentum nach der Grundregel des § 929 S.1 BGB durch Einigung und *Übergabe* - d.h. also durch Wechsel des Besitzes vom Veräußerer auf den Erwerber - übertragen wird. Die nachfolgenden Regelungen, in welchen festgelegt wird, wie die Übergabe unter der Voraussetzung ersetzt werden kann, daß entweder der Veräußerer im Besitze der Sache bleiben soll oder sich ein Dritter bereits im Besitze derselben befindet, stellen lediglich Ausnahmen zur Vorschrift des § 929 S. 1 BGB dar. Ein Schutz auch des unredlichen Besitzes kann dem nicht entnommen werden.

Letztlich läßt sich der Umstand, daß der deliktische Besitz kein Bestandteil des geschützten Vermögens ist, auch aus folgender Überlegung ableiten: Derjenige, welcher eine gestohlene Sache vom Dieb in Kenntnis aller Umstände durch Zahlung einer Geldsumme zu erlangen beabsichtigt, wird nach dem hier vertretenen Standpunkt nicht um den investierten Betrag geprellt, wenn er diesen vereinbarungsgemäß vor-

---

<sup>355</sup> Vgl. oben, S. 76 ff..

<sup>356</sup> So zusätzlich: *Hirsch*, Zueignung, S. 149 f.; *Kohlrausch-Lange*, III, 2 d; *Welzel*, Strafrecht, S. 346.

<sup>357</sup> Vgl. *Sch./Sch.-Eser*, § 242 Rn. 59 m.w.N..

<sup>358</sup> *Cramer*, Vermögensbegriff, S. 225 (Fn. 15).

<sup>359</sup> Vgl. insofern die Übersicht bei *Palandt-Bassenge*, Überbl. v. § 854 Rn. 1.

<sup>360</sup> Vgl. *Palandt-Bassenge*, § 1006 Rn. 4.

<sup>361</sup> Die z.T. äußerst verkomplizierten Eigentums- und Besitzverhältnisse des heutigen Wirtschaftsverkehrs, die zur Zeit des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuches noch nicht absehbar waren, einmal außer Acht lassend.

leistet, ohne die Sache später von dem von Anfang an leistungsunwilligen Geschäftspartner zu erlangen. Der zwischen den Beteiligten geschlossene Vertrag wäre in diesem Fall gem. § 134 BGB oder jedenfalls nach § 138 BGB nichtig. Aus diesem Grunde bliebe der Dieb nach den oben herausgearbeiteten Ergebnissen hinsichtlich dieses Verhaltens straflos. Führt man sich dies vor Augen, ist gleichzeitig evident, daß für die umgekehrte Sachverhaltsgestaltung - daß nämlich der in Kenntnis aller Umstände handelnde Dritte dem Dieb eine gestohlene Sache abschwindelt - nichts anderes gelten kann. Zwar entzieht der Dritte dem Dieb den mit der tatsächlichen Sachherrschaft untrennbar verbundenen wirtschaftlichen Wert. Dieser Wert kommt dem Dieb als unrechtmäßigem und unredlichem Besitzer jedoch mit der Folge schon nicht zu<sup>362</sup>, daß er im Falle der freiwilligen Herausgabe der Sache jedenfalls nicht über *sein* Vermögen verfügt<sup>363</sup>.

Der unredliche Besitz ist deshalb nicht Bestandteil des rechtlich geschützten Vermögens<sup>364</sup>.

---

<sup>362</sup> Cramer, Vermögensbegriff, S. 226; Boehmer, Einführung, S. 227.

<sup>363</sup> So auch Maurach/Schroeder/Maiwald, BT 1, § 41 Rn. 99 mit dem weiteren Argument, daß man andernfalls - was niemand wollte - einen Betrug auch dann annehmen müßte, wenn jemand dem Dieb die faktische Chance ablüste, eine bestimmte Sache, auf die er ohne weiteres zugreifen könnte, stehlen zu können. Denn nur im faktischen Haben unterscheidet sich der deliktische Besitz von vorgenanntem Beispielfall. Vgl. in diesem Zusammenhang auch Kühl, Umfang, S. 511, der anführt, daß mit der Anerkennung des deliktischen Besitzes zum geschützten Vermögen freilich auch die Notwendigkeit einherginge, einen Vermögensschaden des unredlichen Besitzers nach § 266 annehmen zu müssen, wenn dessen Prokurist die Diebesbeute eigenmächtig an den Eigentümer herausgibt.

<sup>364</sup> Das hat hinsichtlich der Strafbarkeit folgende Konsequenzen: Es steht - wie im Haupttext bereits ausgeführt - fest, daß sich der über die deliktische Herkunft informierte Dritte keines Betruges gegenüber und zum Nachteil des Diebes schuldig macht, weil letzterer jedenfalls nicht über *sein* Vermögen verfügt. Berücksichtigt man dies, stellt sich die unten (S. 91 ff.) diskutierte Frage, ob bei dem Abschwindeln einer gestohlenen Sache vom Dieb ein Betrug zum Nachteil des Eigentümers gegeben ist (vgl. auch oben, S. 80, 81 (Fn. 343)).

- Ferner kommt vorliegend eine Strafbarkeit wegen Hehlerei in Betracht: Voraussetzung dafür ist allerdings, daß der Hehler im Einvernehmen mit dem Vorbesitzer handelt (Sch./Sch.-Stree, § 259 Rn. 42). Dieses geforderte Zusammenwirken entfällt noch nicht, wenn der Hehler den Willen des Vorbesitzers in deliktischer Weise - wie z.B. durch Täuschung - beeinflusst. Beim Verschaffen muß der Wille des Vorbesitzers aber dahin gehen, dem Erwerber die tatsächliche und endgültige Verfügungsgewalt über die Sache zu verschaffen, so daß der Tatbestand der Hehlerei ausscheidet, wenn der Täuschende dem Vorbesitzer etwa vorspiegelt, sich die Sache nur leihen zu wollen, er sie in Wahrheit aber von Anfang an zu behalten beabsichtigt (Sch./Sch.-Stree a.a.O.; Gallas, Betrug, S. 427 Fn. 73). Ob bei Verwirklichung sowohl des Dreiecksbetrugs (zum Nachteil des zum Besitz Berechtigten) als auch der Hehlerei Idealkonkurrenz beider Tatbestände oder Verdrängung des Betrugs durch die Hehlerei anzunehmen wäre, erscheint zweifelhaft (Gallas a.a.O.).

- Daneben liegt in Fallgestaltungen dieser Art tatbestandsmäßig eine Unterschlagung vor, weil der Täuschende weiß, daß durch die mittels Täuschung veranlaßte - als Zueignung im Sinne des § 246 zu qualifizierende - Besitzübertragung das Eigentum des Berechtigten erneut beeinträchtigt wird (Cramer, Vermögensbegriff, S. 227).

- Das wiederum wäre in folgender Sachverhaltskonstellation nicht der Fall: Entwendete der mit dem Eigentümer E befreundete F dem Dieb D die Sache, die dieser vorher dem E gestohlen hat, mit der Intention, sie dem E zurückzugeben, würde das Eigentum des E durch die Tat nicht erneut verletzt werden. Denn sie gelange nicht in die Hand irgendeines Dritten, der die Sache (ebenfalls) behalten will, sondern in diejenige einer rückgabebereiten

## b. Redlicher Besitz

Es stellt sich unter Berücksichtigung des Vorgesagten die Frage, ob der (zwar) unrechtmäßige, aber redliche im Gegensatz zum vitiös erlangten Besitz einen Bestandteil des strafrechtlich geschützten Vermögens darstellt. Dafür spricht - worauf bereits CRAMER<sup>365</sup> hingewiesen hat - daß dem Besitzer, der beispielsweise eine gestohlene Sache gutgläubig vom Dieb erworben hat, Dritten gegenüber der Schutz des § 823 Abs. 1 BGB zukommt<sup>366 367</sup>. Darüber hinaus hat er - neben dem Recht auf Fruchtziehung nach § 955 BGB - mit dem Besitz auch eine Anwartschaft auf den Erwerb des *Eigentums* an der Sache durch Ersitzung gem. § 937 Abs. 1 BGB erworben<sup>368</sup>, welche dem deliktischen Besitzer niemals zukommen kann<sup>369</sup>.

In diesem Zusammenhang zu berücksichtigen ist - um auf den oben angeführten Beispielsachverhalt zurückzukommen - überdies, daß der zwischen dem Dieb und dem redlichen Erwerber geschlossene (Kauf-) Vertrag nicht nichtig, sondern im Gegenteil wirksam ist. Der Käufer hat dem Dieb gegenüber gem. § 433 Abs. 1 S. 1 BGB einen schuldrechtli-

---

Person, die den ordnungsgemäßen Rechtszustand wieder herzustellen beabsichtigt. Von einer „faktischen Steigerung der Verlustwirkung“ (vgl. *Gallas*, Betrug, S. 427 (Fn. 73)) kann hier also keine Rede sein. Diese Konstellation ist - soweit ersichtlich - die einzige, in welcher sich die unterschiedlichen Ansichten zum Rechtsgüterschutz mit Blick auf den objektiven Diebstahlstatbestand auswirken: Sieht man lediglich das Eigentum als von § 242 geschütztes Rechtsgut an, läge bereits der objektive Tatbestand aus vorbeschriebenen Gründen nicht vor. Anders wäre dies natürlich zu beurteilen, betrachtete man - wie nach dem hier vertretenen Standpunkt - auch den Gewahrsam als geschützt. Diese Differenzierung hat aber deshalb nur theoretischen Charakter, weil dem F jedenfalls die rechtswidrige Zueignungsabsicht fehlte. Aus diesem Grund muß eine Bestrafung aus § 242 (spätestens) am fehlenden Vorliegen des subjektiven Tatbestandes scheitern. Würde der F nachträglich anderen Sinnes werden und die Sache entgegen seiner ursprünglichen Absicht doch behalten, machte er sich einer Unterschlagung nach § 246 schuldig.

- Ist der Täter über die deliktische Herkunft der Sache *nicht* informiert, versucht er aber gleichwohl seinerseits, den Dieb um die Sache zu prellen, ist er jedenfalls - also selbst unter der Prämisse der Negierung der Möglichkeit eines Dreiecksbetrugs - wegen untauglichen Betrugsversuchs (gegenüber und zum Nachteil des Diebes) zu bestrafen.

<sup>365</sup> Vermögensbegriff, S. 225 (Fn. 12).

<sup>366</sup> So auch *Staudinger-Hager*, § 823 Rn. B 169; *Medicus*, Besitzschutz, S. 118; *Palandt-Thomas*, § 823 Rn. 13.

<sup>367</sup> Dieser Schutz kommt dem unredlichen Besitzer nicht zu: vgl. *v. Caemmerer*, Wandlungen, S. 83.

<sup>368</sup> *Cramer*, a.a.O..

<sup>369</sup> Darin ist auch ein ganz wesentlicher Unterschied im Vergleich zu dem Umstand zu sehen, daß (auch) der deliktische Besitzer nach Ablauf von 30 Jahren die Einrede der Verjährung zu erheben berechtigt ist. Denn der Herausgabeanspruch ist dann lediglich nicht mehr durchsetzbar, ohne daß jedoch das Eigentum übergegangen wäre. Dies hat zur Folge, daß der unredliche Besitzer selbst nach Vollendung der Verjährungsfrist *nicht* um seinen Besitz an der Sache geprellt werden kann, da ihm der durch denselben verkörperte Wert nach wie vor nicht zukommt. Anders gestaltet sich die Rechtslage im Falle der Ersitzung, da der Besitzer nach 10 Jahren gutgläubigen Eigenbesitzes originäres Eigentum an der Sache erwirbt - d.h. also die Rechte des (ursprünglichen) Eigentümers zum Erlöschen bringt.

chen Anspruch auf Übereignung des Eigentums an der vertragsgegenständlichen Sache. Daß der Dieb dazu von Anfang an subjektiv überhaupt gar nicht in der Lage ist, ändert daran nichts. Der sich zu einer für ihn subjektiv unmöglichen Leistung Verpflichtende haftet dem anderen Vertragsteil auf das Erfüllungsinteresse<sup>370</sup>, d.h. also der Käufer kann in diesem Fall gem. §§ 440 Abs. 1, 325 Abs. 1 S. 1 BGB Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, wobei der Mindestschaden im Kaufpreis liegt. Auch macht sich der Dieb wegen Betrugs gegenüber und zum Nachteil des gutgläubigen Erwerbers strafbar, weil er diesem wegen § 935 Abs. 1 S. 1 BGB nicht das Eigentum an der Sache, sondern nur deren Besitz zu verschaffen in der Lage ist.

Bereits GALLAS<sup>371</sup> hat aus dem dem redlichen im Gegensatz zum deliktischen Besitz zukommenden Schutz den Schluß gezogen, daß die Grenze zwischen vermögenszugehörigem und -ausgeschlossenem Besitz nicht zwischen rechtmäßigem und unrechtmäßigem, sondern zwischen redlichem und unredlichem Besitz verlaufe<sup>372</sup>. Dem ist zuzustimmen. Das den Besitz im Detail regelnde Bürgerliche Gesetzbuch unterscheidet an vielen unterschiedlichen Stellen zwischen redlichem und unredlichem bzw. zwischen gut- und bösgläubigem Besitzer<sup>373</sup> und knüpft an die jeweiligen Besitzformen verschiedene Rechtsfolgen. Dabei steht dem gutgläubigen - oder genauer gesagt: dem sich nicht in bösem Glauben befindlichen - Besitzer regelmäßig die Möglichkeit des Rechtserwerbs offen<sup>374</sup>, während diese dem bösgläubigen Besitzer verschlossen bleibt.

Es soll nicht in Abrede gestellt werden, daß der Besitz, mit welchem ein entsprechendes Recht zum Besitz einhergeht, schon aus diesem Grunde wertvoller ist als derjenige, bei welchem ein solches Recht fehlt. Gleichwohl ist kein plausibler Grund ersichtlich, warum das Strafrecht die dem redlichen - wenn auch unrechtmäßigen - Besitzer nach dem Zivilrecht zuerkannten Rechte bzw. Rechtserwerbsmöglichkeiten von

---

<sup>370</sup> Brox, AS, Rn. 253.

<sup>371</sup> Betrug, S. 425 (Fn. 67), wo ausgeführt wird, daß dem redlichen, wenn auch unrechtmäßigen Besitzer immerhin ein obligatorisches Recht zum Besitz zukomme, das gegenüber einem trügerischen Zugriff gegenüber Dritten geschützt sei. Zu Recht weist Gallas in diesem Zusammenhang darauf hin, daß der Berechtigte, der sich den Besitz durch Täuschung des ihm gegenüber unrechtmäßig, wenn auch redlich Besitzenden wiederverschafft, schon deswegen nicht wegen Betrugs bestraft werden kann, weil der von ihm erstrebte Nachteil nicht rechtswidrig ist. Die Ablehnung (erst) des subjektiven Tatbestandes setzt jedoch das Vorliegen des - zuvor zu prüfenden - objektiven Tatbestandes des § 263 voraus. Dafür wiederum bedarf es (u.a.) einer Verfügung über strafrechtlich *geschütztes* Vermögen, die in der Hergabe der - redlich - besessenen Sache zu erblicken ist.

<sup>372</sup> So auch Cramer, Vermögensbegriff, S. 225 (Fn. 12).

<sup>373</sup> Siehe beispielsweise §§ 932 ff., 937 ff. 987 ff., 1032 BGB.

<sup>374</sup> Dem unrechtmäßigen, aber redlichen, entgeltlichen Besitzer stehen dabei gar im Verhältnis zum (berechtigten) Eigentümer Rechte zu: Er darf nach §§ 987, 988, 990, 993 Abs. 1 BGB die Nutzungen behalten. Der schadensersatzrechtliche Schutz ergibt sich aus § 1007 Abs. 3 S. 2 BGB, der auf die §§ 989, 990 BGB verweist (vgl. Medicus, BR, Rn. 607; MK-Mertens, § 823 Rn. 146 Fn. 300).

von seinem Schutzbereich ausnehmen sollte: Zwar bezieht sich die Prüfung der Frage, ob jemand zum Besitz berechtigt ist oder nicht, immer nur auf das Verhältnis des Besitzers zum Eigentümer bzw. zum Besitzberechtigten. Es darf in diesem Zusammenhang aber dennoch nicht unberücksichtigt bleiben, daß denjenigen, die sich berechtigterweise für den Eigentümer oder für besitzberechtigt halten dürfen - weil sie etwa eine gestohlene, verloren gegangene oder sonst abhanden gekommene bewegliche Sache vom Nichteigentümer erwerben und daher nach der rigorosen Vorschrift des § 935 BGB trotz guten Glaubens kein Eigentum erlangen können - von der Rechtsordnung sowohl gegenüber dem Veräußerer als auch gegenüber sonstigen Dritten (mit Ausnahme des Eigentümers) ein obligatorisches Recht zum Besitz zuerkannt wird, so daß sie diesen Personen gegenüber gerade keinen „unrechtmäßigen“ Besitz ausüben. Was das Verhältnis dem Eigentümer selbst gegenüber angeht, spricht die Rechtsordnung dem redlichen Besitzer neben der Anwartschaft auf Fruchtziehung (§§ 955, 993 BGB) im Wege der Rechtsbereinigung<sup>375</sup> gar diejenige auf den Erwerb des (originären) Eigentums zu (§ 937 BGB) - stellt ihm also den Erwerb des stärksten Rechtes überhaupt unter Erlöschen derjenigen des bisherigen Eigentümers in Aussicht. Die Rechtsordnung ist den unrechtmäßigen Zustand hinsichtlich der Sache selbst also in einen rechtmäßigen umzuwandeln bereit, wenn der redliche Besitzer die Sache 10 Jahre lang im Eigenbesitze hatte.

Es ist kein Grund dafür ersichtlich und wäre überdies widersprüchlich, wollte man diese Rechte (dem Veräußerer und sonstigen Dritten gegenüber) und Rechtsanwartschaften (dem Eigentümer gegenüber) nicht als Bestandteil des strafrechtlich geschützten Vermögens anerkennen.

### **3. Exkurs: Die deliktisch erlangte Forderung als Vermögensbestandteil?**

Legt man die oben gefundenen Ergebnisse zugrunde, nach welchen der deliktisch erlangte (im Gegensatz zum redlichen, wenn auch unrechtmäßigen) Sachbesitz nicht zum rechtlich geschützten Vermögen gehört<sup>376</sup>, dann liegt - auf den ersten Blick - die Annahme nahe, daß dies hinsichtlich einer vitiös - etwa durch einen (Eingehungs-) Betrug - erlangten Forderung grundsätzlich nicht anders sein kann.

Bei genauerem Hinsehen stellt sich jedoch heraus, daß dem - bedingt durch die unterschiedliche zivil- bzw. strafrechtliche Behandlung von körperlichen Gegenständen im Vergleich zu Forderungen - nicht so ist.

---

<sup>375</sup> Vgl. Palandt-Bassenge, Vorbem. zu § 937 Rn. 2.

<sup>376</sup> Vgl. oben, S. 85.

Beide Rechtsgebiete knüpfen nämlich an identische Handlungsweisen unterschiedliche Rechtsfolgen, je nachdem, ob Gegenstand des Verhaltens eine Sache oder eine Forderung ist.

Voraussetzung für den Übergang einer Forderung ist etwa, daß dem Abtretenden dieselbe auch zusteht. Anders als beim Eigentumserwerb gibt es nach den Regelungen des Bürgerlichen Gesetzbuches - bis auf wenige Ausnahmefälle<sup>377</sup> - keinen gutgläubigen Erwerb einer Forderung von einem Nichtberechtigten<sup>378</sup>. Beim Erwerb des Eigentums an einer beweglichen Sache wird der gute Glaube des Erwerbers an das Eigentum des besitzenden Veräußerers geschützt<sup>379</sup>; hier soll der Erwerber auf den durch die Innehabung des Besitzes veranlaßten Rechtsschein (§ 1006 Abs. 1 S. 1 BGB) vertrauen dürfen. Bei dem Erwerb einer Forderung fehlt dagegen ein Sachverhalt, der - wie etwa der Besitz beim Eigentumserwerb - einen ausreichenden Anhaltspunkt für die Berechtigung des Zedenten gibt und damit einen Rechtsschein setzt, auf den der Zessionar vertrauen kann<sup>380</sup>.

In strafrechtlicher Hinsicht zeigt sich die Unterscheidung zwischen körperlichen Sachen und Forderungen beispielsweise an § 259. Gegenstand der Hehlerei kann nur eine gestohlene oder sonst durch eine gegen fremdes Vermögen gerichtete rechtswidrige Tat erlangte körperliche Sache sein, jedoch keine Rechte<sup>381</sup>. Dem Strafrecht ist eine Hehlerei an Rechten fremd. Dies hat zur Folge, daß das Verhalten, welches - wenn es eine körperliche Sache zum Gegenstand hat - gem. § 259 verboten ist, straflos bleibt, wenn es sich auf eine Forderung bezieht. Konsequenz dessen ist wiederum, daß ein Vertrag, der etwa den Ankauf einer deliktisch erlangten Forderung zum Inhalt hat, nicht gem. § 134 BGB (in Verbindung mit § 259) nichtig, sondern im Gegenteil wirksam ist, selbst wenn der Erwerber über die Umstände des Entstehens der Forderung informiert war.

Gleiches gilt für den zivilrechtlichen Vertrag, durch welchen die Forderung seitens des Erstinhabers erworben wurde: Auch wenn in dessen Verhalten - weil etwa der Betroffene durch die Vereinbarung nur einen solchen Anspruch erlangt hat, der in seinem wirtschaftlichen Wert hinter der von ihm übernommenen Verpflichtung zurückbleibt<sup>382</sup> - ein Eingehungsbetrug liegen sollte, ist der Kontrakt zivilrechtlich gleichwohl wirksam<sup>383</sup>. Zwar unterliegt er der Anfechtbarkeit des § 123 BGB. Je-

---

<sup>377</sup> Siehe etwa § 405 BGB.

<sup>378</sup> Brox, AS, Rn. 386.

<sup>379</sup> Im Handelsrecht wird - noch weitergehend - gar der gute Glaube an die *Befugnis* des Veräußerers, für den Eigentümer über die Sache verfügen zu können, geschützt (§ 366 Abs. 1 HGB).

<sup>380</sup> Brox, a.a.O..

<sup>381</sup> LK-Ruß (10. Aufl.), § 259 Rn. 2.

<sup>382</sup> Vgl. Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn. 539.

<sup>383</sup> LK-Lackner (10. Aufl.), § 263 Rn. 223.

doch ist der Getäuschte einerseits nicht verpflichtet, von seinem Anfechtungsrecht Gebrauch zu machen; auf der anderen Seite ist die Anfechtung gem. § 124 BGB fristgebunden. Macht der Berechtigte von seinem Recht nicht innerhalb eines Jahres vom Zeitpunkt der Entdeckung der Täuschung an Gebrauch, geht er desselben verlustig. Der Betrüger hat ihm gegenüber dann (endgültig) einen Anspruch auf Erfüllung des Vertrages<sup>384</sup>. Dies bedeutet nach der zivilrechtlichen „Vorformung“ dieses Sachverhalts gleichzeitig, daß die vertragsgegenständliche Forderung wirksam entstanden und - zumindest bis zur Erklärung der Anfechtung bzw. bis zum Ablauf der Frist des § 124 BGB - Bestandteil des geschützten Vermögens des Betrügers geworden ist. Wird der Ersttäter seinerseits durch einen Dritten um diese Forderung geprellt, steht ihm (diesem gegenüber) ebenfalls ein Anfechtungsrecht gem. § 123 BGB zur Seite, um den (wirksamen, s.o.) Vertrag zu Fall zu bringen.

Vor diesem Hintergrund kann nicht geleugnet werden, daß die deliktisch erlangte Forderung - im Gegensatz zum vitiös erlangten Sachbesitz - zum rechtlich geschützten Vermögen ihres Inhabers gehört. Zwar mutet dieses Ergebnis vor allem unter Berücksichtigung des Umstandes seltsam an, daß eine Strafbarkeit des Dritten in diesen Sachverhalten dann von dem Zeitpunkt der Besitzerlangung an der Sache durch den Ersttäter abhängt - kein Betrug, wenn er die Sache bereits erlangt hat; Betrug, wenn er „lediglich“ um die Forderung auf Besitz- oder Eigentumsübertragung an der Sache geprellt wird - und dieses Moment an anderer Stelle als Unterscheidungskriterium für die Annahme bzw. Ablehnung einer Strafbarkeit ausgeschlossen wurde<sup>385</sup>. Gleichwohl ist darin kein Widerspruch zu den obigen Ausführungen zu erblicken. Vielmehr wird dadurch nur der verschiedenartigen Behandlung von Rechten im Vergleich zu körperlichen Sachen sowohl durch das Zivil- als auch durch das Strafrecht Rechnung getragen: Der eindeutige Wille des Gesetzgebers geht nun einmal dahin, daß die „Hehlerei“ an Rechten strafrechtlich nicht erfaßt wird. Wenn dies auch nicht gleichzeitig bedeuten muß, daß die Rechtsordnung dieses Verhalten gutheißt, ist automatische Konsequenz dessen gleichwohl, daß die entsprechenden zivilrechtlichen Verträge eben nicht gem. § 134 BGB nichtig, sondern im Gegenteil wirksam sind. Aus diesen Gründen ist der vermeintliche Widerspruch innerhalb der Rechtsordnung in Wahrheit nur ein scheinbarer.

---

<sup>384</sup> Für den Fall, daß durch die Täuschung noch andere Rechte des Getäuschten entstehen: Vgl. Palandt-Heinrichs, § 124 Rn. 1.

<sup>385</sup> Vgl. oben, S. 56 ff..

#### 4. Exkurs: Dreiecksbetrug gegenüber dem deliktischen Besitzer zum Nachteil des zum Besitz Berechtigten beim Abschwindeln einer von dem Getäuschten unredlich besessenen Sache?

Es ist bereits an anderer Stelle festgestellt worden<sup>386</sup>, daß beim Erschleichen einer vom Getäuschten unredlich besessenen Sache durch den Besitzwechsel erneut das Recht desjenigen beeinträchtigt wird, dem die Sache zusteht. Wie dieser Vorgang strafrechtlich einzuordnen ist, ist bis zum heutigen Tage im einzelnen umstritten. Soweit ersichtlich, hat GALLAS<sup>387</sup> darin als Erster einen Dreiecksbetrug zum Nachteil des Besitzberechtigten erkannt<sup>388</sup>. Ohne die - allerdings umstrittene - Frage, ob dem Verhalten des getäuschten Vermögensfremden hier überhaupt die Qualität einer Vermögensverfügung zukommt, zu problematisieren, sieht er den Schaden ähnlich wie bei der „Perpetuierung“ der rechtswidrigen Vermögenslage durch den Hehler in der faktischen Steigerung der Verlustwirkung, wenn die Sache über den Bereich des Diebes hinaus in die Hände eines in Zueignungsabsicht handelnden Dritten gelange<sup>389</sup>.

Dem wird teilweise entgegengehalten, es fehle in diesen Sachverhaltensgestaltungen bereits an dem Tatbestandsmerkmal der Vermögensverfügung, da bei einem Auseinanderfallen von Verfügendem und Geschädigtem ein rein tatsächliches Näheverhältnis nicht ausreiche<sup>390</sup>.

##### a. Vorliegen einer Vermögensverfügung?

Da Getäuschter und Geschädigter nicht identisch sein müssen, eröffnet sich die Möglichkeit des Dreiecksbetrugs. Dabei ist nicht erforderlich, daß der Verfügende rechtlich wirksam disponieren kann, es genügt vielmehr, daß er tatsächlich über fremdes Vermögen zu verfügen imstande ist<sup>391</sup>. Unbestritten ist dabei heute, daß die rein tatsächliche Ein-

---

<sup>386</sup> Vgl. oben, S. 80 f..

<sup>387</sup> Betrug, S. 427 Fn. 73.

<sup>388</sup> Ebenso: *Hirsch*, Literaturbericht, S. 952 (indem er die in diesem Zusammenhang von Cramer (in Vermögensbegriff, S. 226, 227) vorgebrachten Bedenken als „nicht durchschlagend“ einordnet); *Lenckner*, Vermögensschaden, S. 107 (Fn. 14); *Welzel*, Strafrecht, S. 373; *SK-Samson/Günther*, § 263 Rn. 118; *Gerland*, Reichsstrafrecht, S. 637 (Fn. 6).

<sup>389</sup> *Gallas*, a.a.O..

<sup>390</sup> *Zieschang*, Einfluß, S. 838; offen lassend (im Ergebnis aber ablehnend): *Cramer*, Vermögensbegriff, S. 226 (Fn. 20); *Herzberg*, Betrug, S. 413, lehnt die subjektiven Voraussetzungen der Fremdverfügung mit der Begründung ab, daß der unredliche Besitzer in diesen Fällen - was erforderlich sei - nicht annehme, dem Willen des Vermögensträgers zu dienen. Ähnlich: *Hartmann*, Vermögensverfügung, S. 90.

<sup>391</sup> Vgl. beispielsweise BGHSt. 18, 221, 223; *LK-Lackner* (10. Aufl.), § 263 Rn. 110; *Sch./Sch.-Cramer*, § 263 Rn. 65.

Einwirkungsmöglichkeit dafür nicht ausreichend ist, da andernfalls eine Abgrenzung zu den Fällen, in denen Diebstahl in mittelbarer Täterschaft vorliegt, nicht möglich wäre<sup>392</sup>. Verlangt wird vielmehr eine (rechtliche oder zumindest) tatsächliche Beziehung des Verfügenden zu dem fremden Vermögen, wobei die Frage, wie diese Beziehung im Detail ausgestaltet zu sein hat, freilich umstritten ist.

### aa. Objektive Voraussetzungen

Nach der Rspr. ist ein gewisses Näheverhältnis zwischen Verfügendem und Gewahrsamsinhaber notwendig<sup>393</sup>, welches eine unmittelbare räumliche Einwirkungsmöglichkeit unabhängig von dem Willen des Gewahrsamsinhabers gewährt<sup>394</sup>. Die Rspr. muß allerdings bei diesem Ausgangspunkt - schon der unbestimmten Formulierung wegen - auf Einzelfallentscheidungen ausweichen<sup>395</sup>.

Die h.M. in der Literatur vertritt die ursprünglich von LENCKNER entwickelte, sog. Lagertheorie, wonach der Vermögensfremde aufgrund einer Obhutsbeziehung - bildlich gesprochen - schon vor der Tat im „Lager“ des Geschädigten stehen<sup>396</sup>, beim Vollzug der Vermögensverfügung also faktisch als „Repräsentant“ des Sachherrn tätig geworden sein muß.

Nach der hier vertretenen Ansicht kommt die Lagertheorie der richtigen Lösung am nächsten, wenn sie an bestimmten Stellen auch Anlaß zur Kritik bietet: Einerseits sind die vorbeschriebenen Kriterien zu ungenau<sup>397</sup>. Es ist nicht erkennbar, wie die Stellung des Vermögensfremden im „Lager“ des Berechtigten genau ausgestaltet zu sein hat. Denn ausreichend kann nicht sein, daß der Getäuschte generell - irgendwo - „im Lager“ des Vermögensinhabers steht<sup>398</sup>, sondern notwendig ist vielmehr, daß sich dies in Bezug auf das konkrete Verhalten des Dritten und hinsichtlich der Sache, die Gegenstand desselben ist, so darstellt. Listet etwa der Täuschende der Haushälterin des Eigentümers unter dem Vorwand ein wertvolles Gemälde ab, daß dieses ihm gehöre, so steht die Haushälterin zwar - abstrakt betrachtet - „im Lager“ des Eigentümers, das Verhältnis zu dem konkreten Vermögensstück ist aber nur

---

<sup>392</sup> Sch./Sch.-Cramer, § 263 Rn. 66.

<sup>393</sup> BGHSt. 18, 221, 223.

<sup>394</sup> OLG Köln MDR 1966, 253, 253; BayObLG GA 64, 82, 83; OLG Stuttgart NJW 1965, 1930, 1931.

<sup>395</sup> Sch./Sch.-Cramer, § 263 Rn. 66.

<sup>396</sup> Lenckner, Anmerkung (1), S. 321; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn. 641; Sch./Sch.-Cramer, a.a.O.; LK-Lackner (10. Aufl.), § 263 Rn. 114; LK-Tiedemann, § 263 Rn. 116; ähnlich: Hartmann, Vermögensverfügung, S. 65; zusammenfassend: NK-Kindhäuser, § 263 Rn. 269 ff.

<sup>397</sup> Vgl. LK-Tiedemann, § 263 Rn. 116.

<sup>398</sup> So aber beispielsweise Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn. 643.

äußerlich-räumlich ein nahes, welches letztlich über eine rein tatsächliche Einwirkungsmöglichkeit nicht hinausgeht<sup>399</sup>. In diesen Fällen kann also schon keine Rede davon sein, daß eine rechtliche oder zumindest tatsächliche Beziehung des Getäuschten zu der konkreten Sache bestanden hätte, die dessen Verhalten zu einer Verfügung im Sinne des § 263 werden ließe.

Auf der anderen Seite ist die Lagertheorie - wie zu zeigen sein wird - zu engmaschig. Denn über fremdes Vermögen zu verfügen in der Lage ist nicht nur, wer sich als Gewahrsamshüter in der Machtsphäre des Berechtigten aufhält, sondern auch, wer außerhalb dieser Sphäre steht - wie beispielsweise der Dieb oder der Hehler wie auch der Finder und gutgläubige Käufer. Dies wird deutlich, wenn man sich die Strategie des Betrügers vor Augen führt: Er wendet sich naturgemäß an denjenigen, der die in's Auge gefaßte Sache in seiner tatsächlichen Gewalt hat und versucht, die den eigenen Zugriff hindernde Schranke durch List zu unterlaufen. Ob es sich dabei - wie regelmäßig - um den Eigentümer oder um eine andere Person handelt, ist für den Betrüger einerlei. Ist somit schon von der Doktrin des Betrugstatbestandes her der Inhaber der tatsächlichen Gewalt Zielperson der Täuschung, muß ihm grundsätzlich auch die Rolle zukommen, den Betrug zur Vollendung zu bringen. Dabei kann es aber weder darauf ankommen, ob er selbst oder ein anderer der Geschädigte ist, noch, ob er sich mit der Sache inner- oder außerhalb der Machtsphäre des Rechtsinhabers aufhält. Mit der Ausübung der tatsächlichen Sachgewalt über eine fremde Sache verbindet sich stets eine besondere, rechtserhebliche Verantwortung<sup>400</sup>. Dies ist selbstverständlich, soweit dem Getäuschten eine rechtsgeschäftliche Befugnis zukommt, aufgrund derer er über fremdes Vermögen zu verfügen berechtigt ist. Sie besteht aber auch, wo die Sachgewalt dem Vermögensfremden nicht in diesem Sinne anvertraut ist, son-

---

<sup>399</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang auch die Entscheidung des OLG Stuttgart in NJW 1965, 1930: Dort ging es darum, daß die Angeklagte die (Unter-) Vermieterin der Geschädigten, die mit dieser in der gleichen Wohnung wohnte, aufsuchte und dazu brachte, ihr die Autoschlüssel der Geschädigten auszuhändigen. Dies erreichte sie dadurch, daß sie ihr - der Vermieterin - gegenüber wahrheitswidrig angab, zum Empfang der Schlüssel ermächtigt zu sein. Nach Erhalt derselben fuhr die Angeklagte mit dem vor dem Hause abgestellten PKW davon. Das OLG entschied a.a.O., die Herausgabe der Schlüssel könne - entgegen den Feststellungen des Vordergerichts - nicht als Vermögensverfügung im Sinne des § 263 gewertet werden. Die Vermieterin sei weder befugt gewesen, über die sich im Zimmer der Geschädigten befindlichen Schlüssel zu verfügen, noch irgendeine Entscheidung darüber zu treffen, ob die Angeklagte den PKW benutzen durfte. Daß die Vermieterin dessen ungeachtet - zumindest abstrakt - „im Lager“ der Geschädigten stand, läßt sich schlechterdings nicht bestreiten. Hier zeigt sich aber, daß dieses - unbestimmte - Kriterium allein nicht ausreichend sein kann, sondern sich dies hinsichtlich des konkreten Verhaltens des getäuschten Dritten und mit Blick auf die Sache, die Gegenstand desselben ist, so darstellen muß. Ansonsten scheidet eine Vermögensverfügung im Sinne des § 263 aus.

<sup>400</sup> Wenn diese - wie oben (im Haupttext) bereits ausgeführt wurde - auch nicht automatisch, sondern nur unter bestimmten Umständen dazu führt, daß der Inhaber der tatsächlichen Gewalt „im Lager“ des Geschädigten steht und somit im Sinne des § 263 über die Sache verfügen kann.

dem ihm eine Verantwortung von Gesetzes wegen auferlegt ist. So ist der Finder einer Sache verpflichtet, dem Eigentümer oder Verlierer bzw. - wenn ihm diese Personen nicht bekannt sind - der zuständigen Behörde gegenüber unverzüglich Anzeige von seinem Fund zu machen (§ 965 Abs. 1 und 2 BGB). Ferner ist ihm vom Gesetz eine Verwahrungs- (§ 966 Abs. 1 BGB), eine Ablieferungs- (§ 967 BGB) sowie bei drohendem Verderb eine Versteigerungspflicht (§ 966 Abs. 2 BGB) auferlegt. Bei grobem Verschulden ist der Finder schadensersatzpflichtig (§ 968 BGB). Auf der anderen Seite steht ihm gegen den Empfangsberechtigten ein Aufwendungsersatz- und ein Finderlohnanspruch zu (§§ 971, 972 BGB)<sup>401</sup>. Dem deliktischen Besitzer wird diese Verantwortung durch die Rechtsordnung in Form des durch die §§ 985 ff. BGB begründeten, gesetzlichen Schuldverhältnisses aufgegeben. Danach ist der Besitzer dem Berechtigten gegenüber zur Herausgabe der Sache verpflichtet. Er muß für die Zeit seines Besitzes überdies Nutzungen aus der Sache ziehen und herausgeben und ist dem zum Besitz Berechtigten - in Abweichung vom Verschuldensprinzip, an welches das Bürgerliche Gesetzbuch grundsätzlich Schadensersatzpflichten anknüpft - sogar im Falle von deren *zufälligem* Untergang zum Ersatz des Schadens verpflichtet (§§ 992, 848 BGB). Ist aber jemand in einer derartigen Weise für fremde Vermögensgüter verantwortlich, dann ist er - auch wenn ihm diese Verantwortung (möglicherweise ungewollt) durch die Rechtsordnung von Gesetzes wegen auferlegt wurde - über diese sich in seinem Herrschaftsverhältnis befindlichen Vermögensgüter auch zu verfügen in der Lage.

## **bb. Verfügungsbewußtsein?**

Die herrschende Meinung in Rspr.<sup>402</sup> und Lit.<sup>403</sup> fordert für die Annahme eines Sachbetruges (im Gegensatz zum Forderungsbetrag) ein Verfügungsbewußtsein, um die Abgrenzung zu den Wegnahmedelikten vornehmen zu können. Es herrscht allerdings Uneinigkeit darüber, welche Voraussetzungen an dieses Verfügungsbewußtsein zu knüpfen sind.

---

<sup>401</sup> Aus diesem Grund ist es auch nicht richtig, daß ein Betrug gegenüber und zum Nachteil des Finders nicht möglich sei, da der Sachbesitz für ihn wegen seiner Rückgabebereitschaft keinen wirtschaftlichen Wert darstelle (so aber *Herzberg*, Betrug, S. 409 (Fn. 95)). Wird der Finder nämlich von einem sich als Empfangsberechtigter der Sache ausgebenden Dritten um den Besitz an der Sache geprellt, wird ihm einerseits faktisch die Möglichkeit genommen, seine ihm zustehenden Ansprüche aus den §§ 970, 971 BGB zu realisieren und andererseits die Anwartschaft, nach Ablauf von sechs Monaten gar *selbst* das Eigentum an der Sache zu erlangen (§ 973 BGB).

<sup>402</sup> BGHSt. 18, 221, 223; BGH GA 1960, 277, 278 und 1965, 107, 108; BGH bei Dallinger, MDR 1974, 15; OLG Köln MDR 1966, 253, 254.

<sup>403</sup> *Geppert*, Abgrenzung, S. 70; *Schröder*, Abgrenzung, S. 43; *Otto*, Abgrenzung, 66 ff. (S. 74); a.A.: *LK-Lackner* (10. Aufl.), § 263 Rn. 98 und *LK-Tiedemann*, § 263 Rn. 118, die meinen, „ein Verfügungsbewußtsein sei zwar faktisch die Regel, aber rechtlich kein notwendiges Element der Verfügung, und zwar gleichermaßen beim Sach- wie beim Forderungsbetrag“.

HERZBERG meint, daß auch derjenige, der kraft seiner tatsächlichen Gewalt über eine Sache an sich in der Lage ist, eine für den Berechtigten nachteilige Verfügung zu treffen, dies nur dann tue, wenn er guten Glaubens handle, d.h. annehme, dem Willen des Vermögensträgers zu dienen<sup>404</sup>. Es verfüge deshalb nicht im Sinne des § 263, wer - wie beispielsweise der Lagerverwalter, der einem Komplizen den Abtransport von Material gestatte - die Position des für den Berechtigten handelnden Stellvertreters verlasse und die des Gegners einnehme<sup>405</sup>.

Es soll nicht in Abrede gestellt werden, daß eine Vermögensverfügung jedenfalls dann vorliegt, wenn der Getäuschte guten Glaubens ist und für den Vermögensträger zu handeln beabsichtigt. Dies kann gleichwohl nicht notwendige Voraussetzung sein. Entscheidend ist vielmehr lediglich, daß der Getäuschte mit Blick auf die konkrete Verfügung - objektiv - zur „Opferseite“ gehört und die Sache aufgrund eines frei gefaßten Willensentschlusses aus seiner Machtsphäre entläßt. Die besondere Beziehung des Getäuschten zur Opferseite wird hier - wie bereits ausgeführt - durch das gesetzliche Schuldverhältnis der §§ 987 ff. BGB begründet, aufgrund dessen dem Besitzer eine ganze Reihe von Pflichten auferlegt werden. Dieser Sonderbeziehung kommt bereits eine solch dominante Rolle zu, daß sie als maßgeblicher Zuordnungsfaktor angesehen werden muß. Auf den Willen, für den Berechtigten handeln zu wollen, kommt es deshalb nicht mehr an. Anders ließe sich im übrigen auch nicht die - nach heutigem Verständnis unumstritten gegebene - Möglichkeit des Prozeßbetruges erklären<sup>406</sup>. Eine Sonderbeziehung zwischen Geschädigtem und Gericht ergibt sich bereits daraus, daß der Richter kraft der ihm verliehenen Hoheitsmacht eine tatsächliche Einwirkungsmöglichkeit auf das Parteivermögen hat<sup>407</sup>. Gleichwohl ergeht seine Entscheidung nicht mit dem Willen, für (oder wider) die Interessen des Geschädigten zu handeln. Seine Intention geht lediglich dahin, eine - aus seiner Sicht - rechtmäßige Entscheidung zu treffen.

Eine Verfügung über das Vermögen des Berechtigten liegt nach dem hier vertretenen Standpunkt deshalb vor, wenn dem deliktischen Besitzer eine Sache durch Täuschung abgeschwindelt wird.

---

<sup>404</sup> Betrug, S. 412.

<sup>405</sup> Herzberg a.a.O., S. 413.

<sup>406</sup> Vgl. LK-Lackner (10. Aufl.), § 263 Rn. 304 m.w.N.; a.A. allerdings: Hartmann, Vermögensverfügung, S. 65, mit der Begründung, daß der getäuschte Richter nicht als Repräsentant des Geschädigten angesehen werden könne - ein Dreiecksbetrug deshalb ausscheiden müsse.

<sup>407</sup> Vgl. Sch./Sch.-Cramer, § 263 Rn. 68.

## b. Vermögensschaden?

Zu untersuchen bleibt die Frage des Eintritts eines Vermögensschadens im Sinne des § 263.

### aa. Faktische Steigerung der Verlustwirkung bzw. Schrumpfen der Wiedererlangungschance

Teilweise wird angeführt, daß in der zu diskutierenden Fallgestaltung jedenfalls eine Vermögensbeschädigung nicht vorliege, weil von einer „faktischen Steigerung der Verlustwirkung“ - und somit von einem meßbaren Schaden - keine Rede sein könne, wenn der Berechtigte schon nach dem Abhandenkommen der Sache nicht mehr wußte, wo sich dieselbe befindet<sup>408</sup>. Von einer (weiteren) Vermögenseinbuße könne man nur dann ausgehen, wenn die Sache in der Hand des Diebes effektiv dem Zugriff des Eigentümers stärker ausgesetzt gewesen sei als in der Hand des Dritten<sup>409</sup>.

Diese Meinung läßt jedoch unberücksichtigt, daß es schlechterdings gar nicht zu bestreiten ist, daß die Wiedererlangungschance des Berechtigten mit Blick auf die gegenständliche Sache durch das Überwechseln der Deliktsbeute in eine dritte Hand - ganz konkret - (weiter) sinkt. Denn es ist schon naturgemäß wesentlich einfacher, die unmittelbar vom Tatort wegführende Spur desjenigen Straftäters zu verfolgen, welcher den Berechtigten um den Besitz an der Sache gebracht hat, als die Spur des- oder derjenigen, durch dessen bzw. deren Hände die Sache im Anschluß daran „gewandert“ ist. Es ist nicht in Abrede zu stellen, daß die Wiedererlangungschance des Berechtigten mit jedem Wechsel des Sachbesitzers weiter schrumpft, weil sich die Spur der Sache irgendwann völlig verläuft<sup>410</sup>. Schon der zweite Besitzer wird überhaupt gar nicht mehr wissen, wem der Gegenstand rechtmäßig zusteht. Gleichwohl ist die Möglichkeit des Berechtigten, die Sache aus der Hand des Zweitbesitzers zurück zu erhalten, immer noch wesentlich größer als diejenige, sie aus der Hand jedes noch folgenden Besitzers wieder zu erlangen. Selbst wenn man also zusammen mit CRAMER<sup>411</sup> davon ausgehen wollte, daß für die Annahme eines Scha-

---

<sup>408</sup> Kühl, Umfang, S. 511; Haft, BT, S. 211; Cramer, Vermögensbegriff, S. 227; ders. in Sch./Sch., § 263 Rn. 95.

<sup>409</sup> Cramer, a.a.O..

<sup>410</sup> So auch das Reichsgericht in RGSt. 70, 7, 9, wenn dort - richtigerweise - ausgeführt wird, daß im Falle des bestohlenen Diebes „der durch den ersten Diebstahl geschaffene, der Rechtsordnung widersprechende Zustand insofern *verschärft* worden (ist), als die gestohlene Sache dem rechtmäßigen Besitzer *weiter entfremdet* worden ist“. (Kursivdruck durch den Verfasser hinzugefügt).

<sup>411</sup> A.a.O..

dens entgegen GALLAS<sup>412</sup> eine rein „faktische Steigerung der Verlustwirkung“ nicht ausreichte, sondern daß „im Bereich des Betruges und der übrigen Vermögensdelikte ... eine konkrete Vermögenseinbuße festgestellt werden“ müsse<sup>413</sup>, läge eine solche jedenfalls vor.

## bb. Parallele zum Sicherungsbetrug

Dessen ungeachtet kann in den vorliegenden Fallgestaltungen des Ablistens einer von dem Getäuschten unredlich besessenen Sache eine Parallele zu den Fällen des sog. Sicherungsbetruges gezogen werden. Nach (nahezu) einhelliger Meinung in Rechtsprechung und Literatur<sup>414</sup> ist der Betrug mitbestrafte Nachtat, wenn er die durch die erste Tat geschaffene Vermögenslage lediglich aufrecht erhält<sup>415</sup>, indem er die durch die Vortat gewonnenen Vorteile zu sichern oder zu verwerten intendiert und dabei keinen neuen, andersartigen Schaden verursacht<sup>416</sup>. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn der Täter zur Verdeckung eines Eigentums- oder Vermögensdeliktes falsche Angaben macht und dadurch die Geltendmachung von Rückgewährs- oder Schadensersatzansprüchen vereitelt<sup>417</sup>. Gleichwohl wird - und das ist in diesem Zusammenhang in besonderem Maße zu berücksichtigen - die Auswertung bzw. Sicherung der durch die Vortat geschaffenen Vermögenslage als *Schaden* im Sinne des § 263 angesehen, wenn auch als ein den bereits eingetretenen quasi lediglich aufrechterhaltender. Denn Prämisse für das Vorliegen eines *Sicherungsbetruges* (als Nachtat) ist

---

<sup>412</sup> Betrug, S. 427 (Fn. 73).

<sup>413</sup> Dem Gesetzestext läßt sich diese Voraussetzung nicht entnehmen. Gleichwohl braucht diese Frage aus im Haupttext angeführten Gründen hier nicht geklärt zu werden. Prämisse für einen Vermögensschaden ist lediglich, daß die Chance des Berechtigten auf Wiedererlangung des Besitzes *überhaupt* noch einen wirtschaftlichen Wert aufweist. Bis zu welchem Zeitpunkt dies der Fall ist, kann aber nicht abstrakt, sondern nur anhand konkreter Sachverhaltsbeispiele ermittelt werden.

<sup>414</sup> A.A. - soweit ersichtlich - nur *Otto*, Rechtsprechung, S. 662; *ders.*, Grundkurs, § 51 Rn. 152; *Seier*, Abgrenzung, 2155 (für die Sicherungserpressung), mit der nicht von der Hand zu weisenden Argumentation, die Konstruktion des Sicherungsbetruges bzw. der Sicherungserpressung negiere bei der Konkurrenzbestimmung gerade das, was zuvor auf Tatbestandsebene bejaht worden sei - nämlich einen neuerlichen Vermögensabfluß. Dessen ungeachtet lasse diese Lehre außer Acht, daß sie „Hand in Hand geht mit der wenig gesicherten, höchst angreifbaren These, daß es keine Rolle spiele, ob die Nachtat mit einer höheren Strafe bedroht sei oder einen anderen Deliktscharakter besitze“ (in diesem Sinne auch: *Dreher*, Anmerkung, S. 169; *Maurach*, Anmerkung, S. 258, *Huschka*, Betrug, S. 1190). Trotz Verneinung der mitbestraften Nachtat kommt *Seier* im „Zweipersonenverhältnis“ durch die Annahme zum selben Ergebnis, daß schon der Tatbestand der Erpressung nicht verwirklicht sei, weil der für den Betroffenen maßgebliche Schaden schon durch die Vortat in einer Weise verursacht sei, daß durch das spätere Verhalten kein neuer Schaden mehr entstehe. In der vorliegend zu untersuchenden Konstruktion müßte ein Betrug nach Ansicht *Seiers* allerdings (ebenfalls) mangels Schadens ausscheiden.

<sup>415</sup> *Tröndle/Fischer*, § 263 Rn. 63.

<sup>416</sup> *LK-Lackner* (10. Aufl.), § 263 Rn. 334; *LK-Tiedemann*, § 263 Rn. 325.

<sup>417</sup> St. Rspr., vgl. beispielsweise BGH GA 1957, 409, 410; 1961, 83, 83; RGSt. 24, 408, 410; 59, 128, 130; 63, 186, 192; in jüngster Vergangenheit: BGH in wistra 1999, 108.

selbstverständlich, daß sämtliche Tatbestandsmerkmale erfüllt sind<sup>418</sup>. Ansonsten würde es mangels Tatbestands schon an einer Konkurrenz fehlen. Man geht hier lediglich davon aus, daß die Verwirklichung des vorangegangenen Straftatbestandes den Unrechts- und Schuldgehalt des nachfolgenden Sicherungsbetruges mit einschließt. Ist jedoch eine Verurteilung des Täters wegen der Haupttat nicht möglich, weil sie etwa nicht nachweisbar oder verjährt ist, bleibt die Nachtat selbständig strafbar<sup>419</sup>. Ebenso ist eine strafbare Teilnahme an einer mitbestraften Nachtat durch Dritte möglich, wenn diese mit der Haupttat nichts zu tun hatten<sup>420</sup>.

Legt man der Untersuchung vorliegender Sachverhalte diese Überlegungen zugrunde, ergibt sich aus denselben gleichzeitig, daß die Verursachung einer über den bislang (durch den Ersttäter) entstandenen Schaden hinausgehenden, (weitergehenden) konkreten Vermögens- einbuße - wie sie beispielsweise von CRAMER a.a.O. gefordert wird - mit Blick auf die Strafbarkeit des *Dritten*, der dem Getäuschten eine von diesem unredlich besessene Sache ablistet, überhaupt gar nicht notwendig ist. Denn an der grundsätzlichen Strafbarkeit des Sicherungsbetruges (sowohl für den Täter als auch für etwaige Teilnehmer an der Nachtat) zeigt sich, daß auch die alleinige Aufrechterhaltung einer rechtswidrigen Vermögenslage als *Schaden* im Sinne des § 263 anzusehen ist. Der Täter der Haupttat wird (in der Regel) nur deshalb nicht wegen der in Handlungsmehrheit begangenen (Nach-) Tat bestraft, weil diese als durch die Bestrafung wegen der Haupttat mit abgegolten gilt - so beispielsweise wenn der Dieb eines Sparbuchs im Anschluß von demselben Geld abhebt<sup>421</sup>. Der an dem Diebstahl unbeteiligte Teilnehmer dieses Verhaltens, das einen Dreiecksbetrug gegenüber dem Bankangestellten und zum Nachteil des Berechtigten darstellt, ist gleichwohl gem. §§ 263, 27 Abs. 1 wegen Beihilfe zum Betrug zu verurteilen. Demzufolge ist nicht ersichtlich, warum der dem getäuschten Dieb eine unredlich besessene Sache ablistende *Dritte* mangels Schadens straffrei ausgehen sollte. Denn daß dessen Verhalten ungeachtet obiger Ausführungen<sup>422</sup> zumindest auch eine *Aufrechterhaltung* der durch den Dieb geschaffenen rechtswidrigen Vermögenslage - und somit nach ständiger Rechtsprechung (zum Sicherungsbetrug) auch einen Schaden im Sinne des § 263 - darstellt, ist nicht in Abrede zu stellen. Deshalb ist der Dritte, da es insofern - ebenso wie bei dem an der Haupttat unbeteiligten Teilnehmer an der Nachtat - keine Konkurrenzen zu berücksichtigen gibt, wegen (Dreiecks-) Betruges gegenüber dem Dieb und zum Nachteil des Berechtigten zu bestrafen.

---

<sup>418</sup> BGH 2 StR 414/75 vom 03.12.1975.

<sup>419</sup> BGH NJW 1968, 2115; GA 1971, 83, 84.

<sup>420</sup> So schon RGSt. **67**, 70, 77; LK-*Lackner* (10. Aufl.), § 263 Rn. 336; zusammenfassend hierzu LK-*Vogler* (10. Aufl.), Vorbem. zu § 52, Rn. 143 ff..

<sup>421</sup> St. Rspr., vgl. beispielsweise BGH bei Dallinger MDR 1957, 652; RGSt. **39**, 239, 243; **43**, 60, 66.

<sup>422</sup> Vgl. oben, S. 96 f..

## **C. Übertragbarkeit der für den Betrug gefundenen Ergebnisse auf die Tatbestände der Erpressung (§ 253) und der Untreue (§ 266)?**

### **I. Einführung in die Problematik**

In der Folge soll untersucht werden, ob sich die obigen, für den Betrug gefundenen Ergebnisse auf andere Vermögensstraftaten übertragen lassen, wobei die Ausführungen im Rahmen dieser Arbeit auf die Tatbestände der Erpressung (§ 253) sowie der Untreue (§ 266) beschränkt bleiben.

Zwar ist bereits an anderer Stelle<sup>423</sup> festgestellt worden, daß sämtlichen vorgenannter Normen grundsätzlich ein einheitlicher Vermögensbegriff zugrunde liegt und der Umstand, daß die forensisch bedeutsamen Sachverhalte ihre literarische Erörterung meist im Bereich des Betrugs tatbestandes finden, deshalb unschädlich sei. Gleichwohl ist es - aus unten näher zu erläuternden Gründen - so, daß sich das „Zusammenspiel“ zwischen Zivil- und Strafrecht bei der Erpressung und der Untreue teilweise anders darstellt als dann, wenn es eine Betrugsstrafbarkeit zu prüfen gilt. Das ergibt sich mit Blick auf die Erpressung schon allein aufgrund des Umstandes, daß diese eine - schon für sich strafbare - Nötigung (§ 240) als Grundtatbestand voraussetzt: Während nämlich - wie zu zeigen sein wird - die durch Nötigung veranlaßte Selbstschädigung zivilrechtlich eine Haftung aus Bereicherungs- und/oder Deliktsrecht nach sich ziehen kann, ist eine solche in den untersuchten Fallgruppen bei einer durch Täuschung hervorgerufenen Hingabe von Werten und Leistungen in der Regel ausgeschlossen. Zusammenfassend läßt sich sagen, daß der Erpressung eine andere Art des Angriffs auf das (geschützte) Vermögen zugrunde liegt als dem Betrug. Während der Tatbestand das Vermögen hier vor Zwang schützen will, geht es dort um den Schutz vor Täuschung. Ungeachtet der Zugrundelegung eines grundsätzlich einheitlichen Vermögensbegriffes können sich daraus Konsequenzen hinsichtlich der (strafrechtlich relevanten) Beurteilung eines Verhaltens ergeben.

### **II. Erpressung (§ 253)**

Die Frage, in welchem Ausmaß bei der Beurteilung des Merkmals des Vermögens(-begriffs) auch hier die Aussagen sowohl des Strafrechts selbst bzw. die anderer Rechtsgebiete, insbesondere des Zivilrechts,

---

<sup>423</sup> Vgl. oben, S. 1.

Beachtung finden müssen, soll, wie bei der Behandlung des Betruges, anhand der dort in`s Auge gefaßten Fallgruppen untersucht und veranschaulicht werden. Zwar ist die forensische Bedeutung des § 253 - wie sich bei der Suche nach entsprechenden Urteilen schon anhand von deren quantitativer Existenz schnell herausstellt - in diesem Zusammenhang ungleich kleiner als die des § 263. Gleichwohl weist die Problemstellung in juristischer Hinsicht gerade bei diesen Sachverhalten - nämlich der Frage nach dem Schutz rechts- bzw. sittenwidriger Positionen - ebenso wie beim Betrug eine besondere Relevanz auf.

### **1. Durch Nötigungsmittel veranlaßte Herausgabe rechtmäßig erworbener wirtschaftlicher Werte zur Erreichung eines verbotenen oder sittenwidrigen Zwecks**

#### **a. Strafbarkeit nach § 253?**

Modifiziert man die oben angeführten Fallbeispiele geringfügig, sind diese auch für die im Rahmen der Erpressung anzustellenden Überlegungen zu dienen in der Lage: Dafür braucht man sich lediglich vorzustellen, daß der gedungene Killer seinen Auftraggeber in dem vom LG Stuttgart bzw. OLG Stuttgart entschiedenen Sachverhalt<sup>424</sup> vor oder nach (bereits vollendeter) Tatbegehung unter Anwendung von Nötigungsmitteln - etwa durch Androhung einer Strafanzeige oder damit, auch den „Vertragspartner“ selbst körperlich zu malträtieren - dazu gebracht hätte, ihm für seine Tätigkeit einen Vorschuß zu gewähren bzw. dieselbe zu entlohnen. Gleiches gilt - um auch hinsichtlich der Erreichung eines sittenwidrigen Zwecks ein Beispiel anzuführen - für den Klausurschreiber, der seinem Auftraggeber damit droht, ihn „auffliegen“ zu lassen. Stellt dieses Verhalten eine Verfügung über von der Rechtsordnung geschütztes Vermögen dar?

Offensichtlich ist in den vorgenannten Konstellationen (wiederum), daß die herausgegebenen Werte - meist Geld - ursprünglich jedenfalls Vermögensbestandteile des Betroffenen waren. Im Rahmen der Behandlung des Betruges ist - zumindest mit Blick auf den Einsatz rechtmäßig erworbener Güter zur Erlangung eines strafrechtlich verbotenen Zwecks - festgestellt worden, daß diese einhergehend mit ihrer Zweckbestimmung (beispielsweise als Vorschuß für die Begehung einer mit Strafe bedrohten Tat) in dem Moment ihre Zugehörigkeit zum von der Rechtsordnung geschützten Vermögen verlieren, in welchem sich die Zweckbestimmung - nämlich die Herstellung eines von der Rechtsordnung nicht akzeptierten Zustandes - durch die Hergabe des Guts nach außen manifestiert<sup>425</sup>. Gleichwohl hat sich der Sachverhalt dort so dargestellt, daß der Betroffene die eingesetzten Werte - wenn auch auf

---

<sup>424</sup> Vgl. diesbezüglich oben, S. 11.

<sup>425</sup> Vgl. oben, S. 38 f..

Basis einer Täuschung - *freiwillig* herausgegeben hat. Hier beruht die Hergabe dagegen auf Gewalt oder der Drohung mit einem empfindlichen Übel.

Bereits CRAMER hat im Zusammenhang mit der Untersuchung von gegen Gesetz oder gute Sitten verstoßenden Vereinbarungen darauf hingewiesen, daß es diesbezüglich ganz erheblich auf die Unterscheidung zwischen den Situationen beim Abschluß und der Erfüllung der nichtigen Verträge ankomme<sup>426</sup>. Legt man diese richtige Feststellung den vorbeschriebenen Konstellationen zugrunde, wird offenbar, daß der Betroffene, wenn er durch Täuschung zur Herausgabe wirtschaftlich wertvoller Güter gebracht wird, sowohl den Abschluß *als auch* die - seinerseitige - Erfüllung des nichtigen Geschäfts freiwillig herbeiführt. In den vorliegend zu untersuchenden Fallgestaltungen hingegen entspricht (allenfalls) der Abschluß der Vereinbarung seinem Willen. Die Erfüllung wird ihm abgenötigt, obwohl er dazu - weil der Abschluß eines solchen Geschäfts für die Parteien weder anspruchsbegründende noch verpflichtende Wirkung hat<sup>427</sup> - rechtlich gerade nicht verpflichtet ist, und zwar unabhängig davon, ob der Geschäftspartner seine (Gegen-) Leistung bereits „vereinbarungsgemäß“ erbracht hat oder nicht. Wollte man den hergegebenen Gütern auch in diesen Fällen ihre Vermögensqualität absprechen, hätte dies zur Voraussetzung, daß sie dieselbe bereits durch den Abschluß eines verbotenen oder gegen gute Sitten verstoßenden Geschäfts verlieren müßten. Das muß jedoch schon daran scheitern, daß diejenigen Güter, die später einmal zur Erfüllung der geschlossenen Abrede dienen *könnten*, bei Abschluß derselben (in den meisten Fällen) überhaupt noch gar nicht ausgewählt und ausgesondert - mithin noch nicht konkretisiert - sein dürften. Dies ist aber Mindestvoraussetzung für die „Aussonderung“ wirtschaftlicher Werte aus dem geschützten Vermögen. Daß es nämlich nicht möglich ist, das gesamte Vermögen desjenigen seines rechtlichen Schutzes für verlustig zu erklären, der ein verbotenes oder sittenwidriges Geschäft abschließt, liegt auf der Hand und bedarf keiner weiteren Erläuterung. Die abgepressten Güter gehören daher nach wie vor zum geschützten Vermögen des Betroffenen, der durch ihre Hergabe eine Verfügung im Sinne des § 253 vornimmt sowie - weil er mangels Verpflichtung ohne Rechtsgrund leistet<sup>428</sup> - einen dadurch verursachten (Vermögens-) Nachteil erleidet.

Der „Gläubiger“ hat sich durch sein Verhalten wegen Erpressung strafbar gemacht.

---

<sup>426</sup> Vermögensbegriff, S. 94.

<sup>427</sup> Cramer, a.a.O..

<sup>428</sup> Cramer, a.a.O..

## **b. Konformität mit zivilrechtlichen Wertungen?**

Dies geht im übrigen auch mit den zivilrechtlichen Wertungen konform. Dem Betroffenen stehen - im Gegensatz zu der Fallgestaltung der freiwilligen Herausgabe von Werten - aus verschiedenen, in der Folge näher zu erläuternden Grundlagen Schadensersatz- bzw. Herausgabeansprüche gegen Täter zu:

### **aa. Ansprüche aus unerlaubter Handlung**

#### **(1) Anspruch aus § 826 BGB**

Ein solcher Anspruch ergibt sich zunächst aus § 826 BGB, dessen Tatbestandsvoraussetzungen hier vorliegen. Es stellt zweifelsohne eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung dar, wenn jemand einen anderen durch ein schon für sich - nämlich gem. § 240 - strafbares Verhalten zur Herausgabe wirtschaftlich wertvoller Güter bringt, auf die er keinen Anspruch hat. Der seitens des BGH<sup>429</sup> verlangte Rechtswidrigkeitszusammenhang ist gegeben. Dem Anspruch steht vorliegend auch nicht der Einwand des § 242 BGB entgegen. Der Berechtigte hat seinen Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB nicht - wie es § 242 BGB in diesem Zusammenhang fordert<sup>430</sup> - durch ein eigenes sitten- oder gesetzwidriges Verhalten erlangt<sup>431</sup>. Er geht seines Rechtsschutzes - wie man andenken könnte - insbesondere auch nicht deshalb verlustig, weil er sich selbst der Gefahr ausgesetzt hat, das strafrechtlich verbotene oder sittenwidrige Geschäft möglicherweise unter Druck erfüllen zu müssen<sup>432</sup>. Es steht ihm nach dem Willen des Gesetzes im Gegenteil gerade zu, die Erfüllung desselben - und zwar der Tatsache ungeachtet, daß er es zuvor abgeschlossen hat - zu verweigern<sup>433</sup>.

#### **(2) Anspruch aus § 823 BGB**

- Dem Geschädigten steht ferner ein Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB wegen vorsätzlicher Verletzung der allgemeinen Handlungsfreiheit als „sonstiges Recht“ im Sinne dieser Vorschrift<sup>434</sup> zu. Hier

---

<sup>429</sup> NJW 1979, 1599, 1600.

<sup>430</sup> Palandt-Heinrichs, § 242 Rn. 43.

<sup>431</sup> Vgl. auch oben, S. 13.

<sup>432</sup> Vgl. Cramer, Vermögensbegriff, S. 96; ders., Grenzen, S. 476.

<sup>433</sup> Cramer führt in diesem Zusammenhang a.a.O. aus, es gebe kein *versari in re illicita* in dem Sinne, daß alle Folgen des Unrechtsgeschäfts zu tragen hat, wer einmal vom Pfad der Redlichkeit abgewichen ist.

<sup>434</sup> Vgl. Palandt-Thomas, § 823 Rn. 28.

zeigt sich deutlich, daß Gewalt und Drohung als Mittel der Freiheitsbeeinträchtigung - im Vergleich zur Täuschung - sowohl von der Zivilrechts- als auch von der Strafrechtsordnung als schwerwiegendere Eingriffe gewertet werden. Während die Beeinträchtigung der Willensentschließungs- bzw. Willensausübungsfreiheit unter Anwendung von Gewalt oder Drohung (mit einem empfindlichen Übel) bereits als solche - nämlich nach § 240 - unter Strafe gestellt ist, fehlt es an einer vergleichbaren Pönalisierung (nur) der Täuschung. Letztere ist ausschließlich dann - als Betrug - strafbar, wenn sie mit einem entsprechenden Vermögensschaden einhergeht<sup>435</sup>. Aus diesem Grunde ist es nur konsequent, wenn das Zivilrecht demjenigen, dessen Willensfreiheit durch Gewalt oder Drohung beeinträchtigt wurde, im Gegensatz zum - wenn auch aufgrund einer Täuschung - freiwillig Handelnden weitergehende Ansprüche aus unerlaubter Handlung und - wie zu zeigen sein wird - ungerechtfertigter Bereicherung zur Verfügung stellt.

- Weitere Konsequenz vorbeschriebenen Unterschieds ist ein dem Geschädigten aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 240 erwachsender Schadensersatzanspruch. § 240 ist ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB<sup>436 437</sup>. Auch hier zeigt sich die Folge des eigenstän-

---

<sup>435</sup> Die Erfolgsseite des Betrugers, die Vermögensbeschädigung in Bereicherungsabsicht, wird von der ganz h.M. zutreffend als Verletzung des von § 263 geschützten Rechtsgutes gedeutet (LK-Tiedemann, Vor § 263 Rn. 21). Zwar wird bisweilen behauptet, als (Zusatz-) Rechtsgut müsse zudem das Recht auf Wahrheit als Ausfluß des überindividuellen Prinzips von Treu und Glauben angesehen werden (Pawlik, Betrug, S. 74 ff.), wobei diese Ansicht in neuester Zeit gar eine „Renaissance“ erlebe (Pawlik, a.a.O., S. 103). Einmal abgesehen davon, daß so die Täuschung als Handlungsseite des Betrugers und – nach Pawlik – als Angriff auf das Recht auf Wahrheit in die Rechtsgutsbestimmung aufgenommen würde und dies bei § 263 nicht möglich ist (vgl. LK-Tiedemann, § Vor § 263 Rn. 23), gibt es in diesem Zusammenhang auch schlicht kein „Recht auf Wahrheit“. In anderen Rechtsgebieten wie beispielsweise den Beleidigungsdelikten wird im Gegenteil gar diskutiert, ob der Möglichkeit, die Wahrheit zu sagen, Grenzen gesetzt sind (siehe dazu Hirsch, Ehre, S. 36 f.).

Es ist – mangels Rechtsgrundlage – nicht möglich, dem „Täter“ eine *Garantenstellung* dafür aufzuerlegen, daß das Opfer nicht von Fehlannahmen ausgeht (so aber Pawlik, a.a.O., S. 77). Das Opfer hat grundsätzlich keinen dahingehenden „Rechtsanspruch“, „auf die Wahrheit bestimmter Tatsachenannahmen vertrauen zu können“ (Pawlik, S. 82). Entscheidend ist vielmehr, ob der Täter gegenüber dem Opfer „irreführende“ Angaben macht und es dadurch zu einer schädigenden Vermögensverfügung kommt (vgl. Lampe, Besprechung, S. 884). Pawlik erkennt nicht, daß der Getäuschte im Ergebnis auch gar nicht daran interessiert ist, ob sein Gegenüber die Wahrheit sagt oder lügt. Vielmehr interessiert ihn – den Getäuschten – allein, ob er an seinem Vermögen geschädigt wird oder nicht. Gleiches gilt im übrigen für Opfer anderer Straftatbestände: Derjenige etwa, der vom Täter durch Täuschung dazu gebracht wird, ein vergiftetes Getränk zu trinken, ist in diesem Zusammenhang auch nicht daran interessiert, vom Täuschenden nicht belogen zu werden, sondern ausschließlich daran, daß sein körperliches Wohl als von § 224 geschütztes Rechtsgut nicht beeinträchtigt wird. Das Erzählen der Unwahrheit ist (jeweils) nur das *Mittel* des Täuschenden, das er einsetzt, um ein bestimmtes Ziel zu erreichen.

<sup>436</sup> Palandt - Thomas, § 823 Rn. 149.

<sup>437</sup> Auch § 253 stellt ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB dar (Palandt - Thomas, a.a.O.). Gleichwohl soll davon abgesehen werden, auch diesen Anspruch im Rahmen der Untersuchung der Konformität von straf- und zivilrechtlichen Wertungen als gegeben in den Haupttext aufzunehmen, da eine Strafbarkeit nach § 253 - wenn sie auch oben bereits bejaht wurde - hier gerade zur Diskussion steht. Insofern liefe es auf einen Zirkelschluß hinaus, ei-

digen strafrechtlichen Schutzes der Willensentschließungs- bzw. Willensausübungsfreiheit vor Gewalt oder Drohung im Vergleich zur Beeinträchtigung derselben durch Täuschung, die für sich allein genommen - unter strafrechtlichen Gesichtspunkten - irrelevant ist.

### **(3) Dem zivilen Schadensersatzrecht zugrunde liegende Wertungen und Strukturprinzipien**

Um beurteilen zu können, ob und gegebenenfalls welchen Einfluß die Ergebnisse der zivilen Rechtsfindung im Rahmen der vorliegenden Fallgestaltungen auf das Strafrecht zu nehmen in der Lage sind, bedarf es noch einer Untersuchung der dem Schadensersatzrecht zugrunde liegenden Wertungen und Strukturprinzipien<sup>438</sup>.

Das Schadensersatzrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches beruht - im Gegensatz zum Bereicherungsrecht<sup>439</sup> - wesentlich auf dem in § 249 BGB angelegten Ausgleichsprinzip<sup>440</sup>. D.h. die Schadensersatzleistung soll die seitens des Anspruchsgläubigers erlittenen Nachteile - die meist in der Verletzung eines subjektiven Rechts oder eines Rechtsguts liegen - ausgleichen<sup>441</sup>. Dabei setzt sich das verletzte Recht oder Rechtsgut in dem Schadensersatzanspruch fort<sup>442</sup>. Das Schadensersatzrecht des BGB hat wesentlich dienenden Charakter<sup>443</sup>. Es „vollstreckt“ gleichsam die Schadensersatzanordnungen, die andernorts aus den verschiedensten (Zurechnungs-) Gründen resultieren, indem es die Ausgleichsansprüche inhaltlich auffüllt<sup>444</sup>. Zwar haben die Verfasser des BGB eine „Hereinziehung moralisierender oder strafrechtlicher Gesichtspunkte“ in das zivile Schadensersatzrecht bewußt abgelehnt<sup>445</sup>,

---

nen zivilrechtlichen Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 i.V.m. einem Schutzgesetz herzuleiten, dessen Einschlägigkeit gerade überprüft werden soll (vgl. schon oben, Fn. 62).

<sup>438</sup> Eine genauere Untersuchung war im Rahmen der Prüfung vor betrugsrelevantem Hintergrund insofern nicht notwendig, als dem Betroffenen dort - und zwar schon mangels Vorliegens der haftungsbegründenden Tatbestandsvoraussetzungen - keine zivilrechtlichen Schadensersatzansprüche zur Seite standen. Auf das Vorliegen eines zivilrechtlichen (Vermögens-) Schadens kam es dort also gar nicht mehr an (vgl. oben, S. 12 ff., 35, 36).

<sup>439</sup> Vgl. dazu ausführlich unten, S. 111 f..

<sup>440</sup> Vgl. Palandt - *Heinrichs*, Vorbem. v. § 249, Rn. 4; *Lange*, Schadensersatz, S. 6; *Larenz*, AT, § 27 I; *Esser/Schmidt*, AT, § 30 II; jeweils m.w.N..

<sup>441</sup> Vgl. Palandt - *Heinrichs*, Vorbem. v. § 249, Rn. 5; *Larenz*, AT, § 27 I.

<sup>442</sup> Sog. Rechtsfortsetzungsgedanke, der als ein im Ausgleichsgedanken enthaltener Aspekt anzuerkennen ist (*Larenz*, a.a.O.).

<sup>443</sup> *Esser/Schmidt*, AT § 30 II.

<sup>444</sup> *Esser/Schmidt*, a.a.O..

<sup>445</sup> Vgl. Motive II, S. 17 f.. Insbesondere aus diesem Grunde ist die im preußischen Allgemeinen Landrecht aufgestellte Abstufung des Umfangs der Ersatzpflicht je nach Art und Grad des Verschuldens nicht übernommen worden. Es heißt S. 17: „Der Entwurf verwirft für die Fälle, wo die Schadensersatzpflicht in einem Verschulden des Verpflichteten begründet ist, in mehreren Modifikationen, namentlich auch im preuß. Landrechte, aufgestellte Abstufung des Umfangs der Schadensersatzpflicht je nach der Art oder dem Grade des Verschuldens. Die Hereinziehung moralisierender oder strafrechtlicher Gesichtspunkte, worauf jene Abstufung beruht, muß bei der Bestimmung der zivilrechtlichen Folgen unerlaubten, wider-

weshalb Wiedergutmachung und Strafe - d.h. also zivilistischer Ausgleich vom und staatliche Sanktion gegen den „Täter“ - von ihrem Zwecke her deutlich von einander geschieden sind. Sie entspringen aber als gemeinsame Reaktion auf eine unerlaubte Verhaltensweise historisch und ethisch derselben Wurzel<sup>446</sup>. Der Delinquent soll sowohl der Gesellschaft, von deren Normen er abgewichen ist, Tribut zollen als auch dem Einzelnen, in dessen Schutzkreis er mit seiner Tat eingebrochen ist<sup>447</sup>. In der geltenden Strafprozeßordnung zeigt sich diese Verknüpfung deutlich an der dem Verletzten eingeräumten Möglichkeit des Adhäsionsverfahrens (§§ 403 ff. StPO)<sup>448</sup>. Danach steht dem Verletzten der Weg offen, seine vermögensrechtlichen Ersatzansprüche, die er an sich vor dem Zivilgericht verfolgen müßte (§ 13 GVG), schon im Strafverfahren geltend zu machen. Wenn der Gedanke der bloßen Unrechtssanktion dem Schadensersatzrecht des BGB nach dem Gesagten auch nicht zugrunde liegt<sup>449</sup>, ist er ihm andererseits nicht völlig fremd, wie sich insbesondere an der Rechtsprechung zum Demonstrationsrecht<sup>450</sup> oder zum Schmerzensgeld<sup>451</sup> zeigt.

Insofern liegen dem zivilen Schadensersatzrecht - das ist selbstverständlich - zwar keine Wertungen und Strukturprinzipien zugrunde, die mit denen des strafrechtlichen Erpressungsunrechts bzw. denen, auf welchen der strafrechtliche Vermögensbegriff basiert, völlig übereinstimmen. Hinsichtlich der Frage, ob die Werte, aufgrund deren (unfreiwilliger) Hergabe die Forderungen entstehen, (nach wie vor) auch zum strafrechtlich geschützten Vermögen gehören, kommt dem Umstand, daß dem Verletzten seitens der Rechtsordnung ein zivilrechtlicher Schadensersatzanspruch zuerkannt wird, gleichwohl zumindest indizielle Bedeutung zu: Die Rechtsordnung gibt damit zu erkennen, daß der (schutzwürdige) Verletzte - zivilrechtlich - einen *Schaden* erlitten hat, den es auszugleichen gilt. Daß dabei eine „Hereinziehung strafrechtlicher Gesichtspunkte“ unterbleiben soll, steht dem nicht entgegen, weil

---

rechtlichen Verhaltens durchaus fern gehalten werden. Der Grundsatz des gemeinen Rechtes, wonach lediglich der Umfang des verursachten Schadens den Umfang des zu leistenden Schadensersatzes bestimmt, ist juristisch allein haltbar und wird dem Schadensersatzberechtigten allein gerecht.“

<sup>446</sup> *Esser/Schmidt*, AT, § 30 II 1.

<sup>447</sup> *Esser/Schmidt*, a.a.O..

<sup>448</sup> Dagegen spricht nicht, daß von der Möglichkeit des Adhäsionsverfahrens in der Praxis so gut wie kein Gebrauch gemacht wird (vgl. etwa *Scholz*, Erweiterung, S. 726).

<sup>449</sup> *Larenz*, AT, § 27 I.

<sup>450</sup> Vgl. nur BGHZ 59, 30 ff. und 63, 124 ff. sowie BGH NJW 1972, 1571 ff.. Hier handelt es sich zwar vordergründig um ein rein deliktsrechtliches Problem, das im Rahmen des § 830 BGB behandelt wird; jedoch führen die damit zusammenhängenden Kausalitätsaspekte unmittelbar in das engere Schadensersatzrecht. Es stellt sich die Frage, ob es noch der Ausgleichsfunktion unterfällt, wenn Teilnehmer einer Demonstration für Schäden (mit-) verantwortlich gemacht werden, deren Urheber sie zweifelsfrei nicht sind, oder ob der Schadensersatz hier zu einer reinen Sanktion mit Präventionsabsicht wird, um künftigen Demonstranten ihr zivilrechtliches Risiko vor Augen zu führen.

<sup>451</sup> Denn das Wesen dies Anspruchs zielt neben der Ausgleichsfunktion wesentlich auch darauf ab, zu einer wirklichen Genugtuung zu führen (BGH (GrZS) 18, 149).

dies lediglich mit Blick darauf von Bedeutung ist, daß sich der Umfang des zu leistenden Schadensersatzes nicht nach der Art und dem Grad des Verschuldens des Verpflichteten richtet. In den diskutierten Sachverhalten bedeutet dies konkret einen Anspruch auf Zahlung in Höhe eines Betrages, der dem abgepressten entspricht.

### **bb. Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung**

Dem Geschädigten steht schließlich ein Herausgabeanspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1, 2 Alt. BGB gegen seinen „Geschäftspartner“ zu. Das Verhalten des Bereicherten stellt in den vorliegenden Fällen eine Eingriffskondiktion im Sinne der genannten Vorschrift dar<sup>452</sup>, weil die Herausgabe der Güter nicht auf einer bewußten und *gewollten* zweckgerichteten Vermögensmehrung basiert - und deshalb auch keine „Leistung“ im Sinne des § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. BGB ist -, sondern im Gegenteil auf einer durch Nötigungsmittel *gegen* den Willen des Entreicherten ohne Rechtsgrund herbeigeführten Vermögensverschiebung<sup>453</sup>. Diesem Anspruch steht - im Gegensatz zur durch Täuschung herbeigeführten Verschiebung von Vermögen - auch nicht die Vorschrift des § 817 BGB entgegen, da dieselbe ihrem klaren Wortlaut nach nur auf Leistungen, d.h. auf alle Bereicherungsansprüche aus Leistungskonditionen, und nicht auch auf das „in sonstiger Weise“ Erlangte, anwendbar ist<sup>454</sup>.

### **c. Fazit**

Stehen dem Geschädigten nach der Zivilrechtsordnung Schadensersatzansprüche gegen seinen „Geschäftspartner“ zu, stellt dieser Umstand nach den dem Schadensersatzrecht zugrunde liegenden Wertungen und Strukturprinzipien zumindest ein *Indiz* dafür dar, daß die Werte, aufgrund deren (unfreiwilliger) Hergabe die Forderungen entstehen, (nach wie vor) auch zum strafrechtlich geschützten Vermögen gehören<sup>455</sup>. Die Rechtsordnung „unterstützt“ den Betroffenen durch Bereitstellung von entsprechenden Anspruchsgrundlagen dabei, das verlorene Gut zurück bzw. zumindest einen Ersatz gleichen Wertes zu er-

---

<sup>452</sup> Ausdrücklich offen gelassen - auch mit Blick auf die Einschlägigkeit von § 817 BGB auf Eingriffskonditionen - von *Cramer*, Vermögensbegriff, S. 96 (Fn. 164).

<sup>453</sup> Vgl. diesbezüglich Palandt - *Sprau*, § 812 Rn. 3, 10, 94.

<sup>454</sup> Vgl. Palandt - *Sprau*, § 817 Rn. 2.

<sup>455</sup> Dazu, daß sich diese Rückschlüsse aus der Innehabung eines Kondiktionsanspruches *nicht* ziehen lassen, weil dem zivilen Bereicherungsrecht völlig andere Wertungen zugrunde liegen, vgl. unten, S. 111 f..

langen<sup>456</sup>. Zwar kann das Strafrecht - wie bereits an anderer Stelle festgestellt wurde<sup>457</sup> - Werte in seinen Schutzbereich ziehen und damit in den Rang von Rechtsgütern erheben, die nicht zugleich unter dem spezifischen Schutz anderer Rechtsgebiete stehen<sup>458</sup>. Genauso kann es umgekehrt auch mit seinem Schutz hinter dem anderer Teilgebiete des Rechts zurückbleiben<sup>459</sup>, ohne daß sich daraus zwangsläufig ein Widerspruch innerhalb der Rechtsordnung ergeben müßte. Jedoch liegen dem hier gefundenen Ergebnis zumindest ähnliche Wertungsprinzipien zugrunde: Nach dem Willen des Zivilgesetzgebers soll (auch) derjenige, der sich zuvor dazu entschlossen hat, ein strafrechtlich verbotenes oder gegen gute Sitten verstoßendes Geschäft abzuschließen, nicht daran gehindert sein, dessen Erfüllung gleichwohl zu verweigern - und zwar unabhängig davon, ob der andere bereits vereinbarungsgemäß „geleistet“ hat oder nicht. Aus diesem Grunde hat der Gesetzgeber diese Vereinbarungen mit der Folge für nichtig erklärt, daß ihrem Abschluß weder anspruchsbegründende noch verpflichtende Wirkung zukommt. Insofern stellt es eine in sich schlüssige Lösung dar, denjenigen Gütern, deren Herausgabe der im Nachhinein zur Erfüllung des Geschäfts nun doch nicht mehr Bereitwillige verweigert, strafrechtlichen (Vermögens-) Schutz zukommen zu lassen, wenn sie ihm mit Nötigungsmitteln abgepreßt werden. Zivilrechtlich stehen dem Erpressten parallel dazu verschiedene Schadensersatz- und Bereicherungsansprüche zu.

## **2. Durch Nötigungsmittel veranlaßte Erbringung von mit Strafe bedrohten oder sittenwidrigen („Erfüllungs“-) Leistungen**

Denkbar ist in dem zu untersuchenden Zusammenhang auch die umgekehrte Fallgestaltung, daß nämlich der gegen Entgelt mit der Tötung eines anderen Menschen beauftragte Killer durch Zwang oder Drohung dazu gebracht wird, den Auftrag entgegen seinem Willen auszuführen oder daß der Klausurschreiber nur infolge angewandter Nötigungsmittel „seinen“ Teil der Vereinbarung erfüllt. Hier stellt sich wiederum die Frage, ob das Verhalten des Nötigenden - außer einer Strafbarkeit nach § 240 - auch Erpressungsunrecht erfüllt.

---

<sup>456</sup> Das heißt - zumindest bei gegen die guten Sitten verstoßenden Geschäften - im Umkehrschluß aber nicht, daß nicht auch wirtschaftlich wertvolle Güter zum geschützten Vermögen gehören können, hinsichtlich derselben man bei täuschungsbedingter Herausgabe gleichwohl keinerlei (Herausgabe- bzw. Schadensersatz-) Ansprüche hat. Die Rechtsordnung hat sich - im Rahmen von Zweipersonenverhältnissen - lediglich dazu entschieden, daß die Vermögenseinbuße von dem Betroffenen unter bestimmten Umständen hinzunehmen ist (vgl. diesbezüglich oben, S. 53 (insbesondere Fn. 241)).

<sup>457</sup> Vgl. diesbezüglich oben, S. 51.

<sup>458</sup> Lenckner, Vermögensschaden, S. 107.

<sup>459</sup> Lenckner, a.a.O..

### **a. Strafbarkeit nach § 253 bei verbotenen (Erfüllungs-) Leistungen und Konformität mit zivilrechtlichen Wertungen?**

Die Beantwortung dieser Frage muß konsequenterweise davon abhängig sein, ob der abgenötigten Leistung strafrechtlicher Vermögensschutz zukommt. Ist dies nicht der Fall, kann - schon mangels Vermögensverfügung - kein Nachteil im Sinne des § 253 vorliegen, so daß eine Strafbarkeit wegen Erpressung ausscheidet.

Es ist bereits an anderer Stelle festgestellt worden, daß sich das Strafrecht selbst ad absurdum führen würde, wollte es ein Verhalten einerseits unter Strafe stellen und ihm gleichzeitig seinen Schutz zukommen lassen, indem es dasselbe als Vermögensbestandteil anerkennt<sup>460</sup>. Der gedungene Killer hat sich - von hier ohnehin nicht vorliegenden Rechtfertigungs- oder Entschuldigungstatbeständen abgesehen - wegen Mordes strafbar gemacht, mag er die Tat auch nur unter Anwendung von Nötigungsmitteln zu begehen bereit gewesen sein. Diese Umstände können allenfalls auf Strafzumessungsebene Berücksichtigung finden. An der Strafbarkeit als solcher ändern sie nichts. Eine Leistung kann, wenn sie eine Straftat darstellt, nach der Rechtsordnung nicht Bestandteil des strafrechtlich geschützten Vermögens sein.

Die Verwirklichung von Erpressungsunrecht scheidet deshalb aus.

Der Erbringung von mit Strafe bedrohten Leistungen die Vermögensqualität abzuerkennen geht - darauf sei der Vollständigkeit halber noch kurz hingewiesen - auch mit den zivilrechtlichen Wertungen konform, weil die Zivilrechtsordnung diese Geschäfte unter Anwendung von § 134 BGB für nichtig erklärt, (gerade) *weil* die geschlossenen Vereinbarungen gegen das Strafrecht verstoßen<sup>461</sup>.

### **b. Strafbarkeit nach § 253 bei sittenwidrigen (Erfüllungs-) Leistungen und Konformität mit zivilrechtlichen Wertungen?**

Im Rahmen der Untersuchung dieser Fallgruppe unter betrugsrelevanten Gesichtspunkten ist bereits festgestellt worden, daß die zu den verbotenen Leistungen gemachten Ausführungen nicht auf die Erbringung sittenwidriger Leistungen übertragbar sind, solange - und darauf kommt es nach dem hier vertretenen Standpunkt entscheidend an - mit der sittenwidrigen Vereinbarung die Herstellung eines der Rechtsordnung

---

<sup>460</sup> Vgl. oben, S. 33, 38.

<sup>461</sup> Vgl. diesbezüglich oben, S. 32 f..

nicht widersprechenden Zustandes angestrebt wird<sup>462</sup>. Dies gilt auch für die hier durchzuführende Prüfung: Denn ist dies nicht der Fall, besteht kein Grund dazu, der erbrachten Leistung keinen strafrechtlichen Vermögensschutz zukommen zu lassen, vorausgesetzt sie weist einen wirtschaftlichen Wert auf. Daß (beispielsweise) das Schreiben einer universitären Hausarbeit nach der von Rechtsprechung und Literatur aufgestellten Definition als wirtschaftlich wertvolle Betätigung (und deshalb als Arbeitsleistung) einzuordnen ist, wurde bereits an anderer Stelle festgestellt<sup>463</sup>, so daß die Erbringung einer (wenn auch) sittenwidrigen Leistung unter diesen Prämissen eine Vermögensverfügung im Sinne des § 253 darstellt.

Es stellt sich mithin die Frage, ob demjenigen, dem eine derartige Leistung mit Gewalt oder durch Drohung mit einem empfindlichen Übel abgenötigt wird, auch ein Vermögensnachteil entsteht. Dies ist nach der hier vertretenen Meinung zu bejahen, denn es ist nicht ersichtlich, warum das durch Nötigungsmittel veranlaßte Erbringen einer wirtschaftlich wertvollen Leistung kein Erpressungsunrecht darstellen sollte, wenn durch die Vornahme der Leistung - wäre sie freiwillig erfolgt - ein der Rechtsordnung nicht widersprechender Zustand hergestellt worden wäre. Daß der Erpreßte seines Rechtsschutzes insbesondere nicht deshalb verlustig geht, weil er sich - durch den Abschluß des Geschäfts nämlich - selbst der Gefahr ausgesetzt hat, dieses möglicherweise unter Druck erfüllen zu müssen, ist bereits festgestellt worden<sup>464</sup>.

Dieses Ergebnis geht auch mit den zivilrechtlichen Wertungen und Strukturprinzipien konform: Schließen Personen einen wegen Sittenwidrigkeit gem. § 138 BGB nichtigen Vertrag ab, wird ihnen die „ordnungsgemäße“ Durchführung der Vereinbarung - auf freiwilliger Basis - nicht verboten. Die ausgetauschten Leistungen führen - wickeln die Parteien das Geschäft ungeachtet ihrer nicht gegebenen rechtlichen Verpflichtung hierzu verabredungsgemäß ab - im Gegenteil auf beiden Seiten zu einem legalen Haben. Aus diesem Grunde sind die investierten Güter und Leistungen wie vorbeschrieben auch mit der Folge als zum geschützten Vermögen gehörig anzusehen, daß bei ihrer Herausgabe bzw. Erbringung eine Verfügung vorliegt. Gleichwohl sollen den Beteiligten diesbezüglich aus rechtspolitischen und -ethischen Gesichtspunkten keinerlei durchsetzbare Ansprüche zuwachsen<sup>465</sup>. Der Vorleistende innerhalb eines solchen Geschäfts geht damit nach dem Willen der Rechtsordnung das Risiko ein, seiner Investition - da er weder einen Anspruch auf Rückerstattung noch einen solchen auf den

---

<sup>462</sup> Vgl. oben, S. 48 ff.

<sup>463</sup> Vgl. oben, S. 66. Dies zeigt sich auch hier wieder daran, daß diese Leistung für einen anderen „üblicherweise nur gegen Entgelt“ (so BGH JR 1988, 125, 126) oder gar nicht erbracht wird.

<sup>464</sup> Vgl. oben, S. 102.

<sup>465</sup> Vgl. oben, S. 49.

Erhalt der vereinbarten Gegenleistung hat - verlustig zu gehen, wenn der andere von Anfang an leistungsunwillig bzw. -fähig ist oder es zu einem späteren Zeitpunkt wird: Keiner der beiden Geschäftspartner soll - und zwar unabhängig davon, ob der andere schon (vor-) geleistet hat oder nicht - zur Erbringung „seiner“ Leistung gezwungen werden können. Lediglich die *freiwillige* Erfüllung der Vereinbarung wird von der Rechtsordnung akzeptiert - mag diese auch durch Täuschung hervorgerufen worden sein. Mit anderen Worten: Die Beteiligten sollen jeweils nur eine *Chance* auf den Erhalt der geldwerten (Gegen-) Leistung erhalten. Entscheidet sich einer der Beteiligten - egal zu welchem Zeitpunkt und aus welchen Motiven - dazu, diese Aussicht nicht zu erfüllen, hat sich der andere mit diesem Zustand zufrieden zu geben. Dies ist gerade die Konsequenz, wenn man sich auf ein zwar nicht verbotenes, aber wegen Verstoßes gegen die guten Sitten dennoch nichtiges Geschäft einläßt. Wird eine Partei gleichwohl unter Anwendung von Nötigungsmitteln zur Leistung gezwungen, liegt ein gegen die Freiheit der wirtschaftlichen Dispositionen gerichtetes Verhalten<sup>466</sup> - und somit Erpressungsunrecht - vor, weil der Täter einen Vermögensvorteil erstrebt, auf den er materiellrechtlich gerade keinen Anspruch hat.

CRAMER<sup>467</sup> hat in diesem Zusammenhang - wenn auch für den umgekehrten, bereits oben behandelten Sachverhalt des Abnötigens von wirtschaftlich wertvollen Gütern - zu Recht festgestellt, daß „unstreitig Erpressung vorliegt, wenn der „Gläubiger“ die Erfüllung seines nichtigen Anspruchs mit Mitteln der Nötigung erzwingt“. Warum dies unter den hier vorliegenden Umständen des Erzwingens von (Arbeits-) Leistungen anders sein sollte, ist nicht ersichtlich.

### **3. Durch Nötigungsmittel veranlaßte Herausgabe unrechtmäßig besessener Gegenstände**

Vor allem im sog. „Ganovenbereich“ ist es unschwer vorstellbar, daß beispielsweise ein Dritter den Dieb durch Anwendung von Nötigungsmitteln dazu bringt, ihm seine Beute herauszugeben. Darin, daß sich diese Verhaltensweisen meist in der „Unterwelt“ abspielen, liegt natürlich auch der Grund, weshalb sich die Gerichte - soweit ersichtlich - mit einer derartigen Thematik noch nicht zu beschäftigen hatten. Modifiziert man den vom BGH (St. 2, 364) entschiedenen Drehbankfall einmal dahingehend, daß der dortige Geschäftspartner des Diebes diesen durch die Androhung, dessen Arbeitgeber hinsichtlich des Diebstahls „aufzuklären“, dazu gebracht hätte, ihm die Drehbank von Anfang an unentgeltlich zu überlassen, erscheint es nur logisch, daß der Dieb bei Abwägung der Umstände darauf jedenfalls nicht mit einer Strafanzeige

---

<sup>466</sup> Schröder, Abgrenzung, S. 95.

<sup>467</sup> Vermögensbegriff, S. 96; ders., Grenzen, S. 476.

reagiert hätte, um einer eigenen Verurteilung wegen seines vorangegangenen - davon völlig unabhängigen - Verhaltens zu entgehen.

### a. Herausgabe unredlich erlangten Besitzes und Konformität mit zivilrechtlichen Wertungen

Im Rahmen der Untersuchung dieser Fallgruppe unter betrugsrelevanten Gesichtspunkten ist festgestellt worden, daß der unredlich erlangte Besitz nicht Bestandteil des rechtlich geschützten Vermögens ist, weil dem deliktischen Besitzer der mit der tatsächlichen Sachherrschaft an einer Sache untrennbar verbundene wirtschaftliche Wert - soweit vorhanden - schon nicht zukommt<sup>468</sup>. Verfügt der Besitzer demnach für den Fall, daß er eine auf diese Weise erlangte Sache - wenn auch unter Anwendung von Nötigungsmitteln - herausgibt, jedenfalls nicht über *sein* Vermögen, stellt sich wiederum die Frage, ob hier nicht eine Verfügung zum Nachteil des Berechtigten vorliegen könnte. Da auch im Erpressungsunrecht nur Genötigter und Verfügender, nicht aber Genötigter und Geschädigter personengleich zu sein brauchen<sup>469</sup>, eröffnet sich wie beim Betrug die Möglichkeit einer Strafbarkeit wegen sog. Dreieckerpressung<sup>470</sup>.

Bevor darauf näher eingegangen wird, soll zunächst die Konformität des gefundenen Ergebnisses mit den zivilrechtlichen Wertungen untersucht werden: Ein Anspruch des (ehemaligen) deliktischen Besitzers gegenüber dem Nötigenden aus unerlaubter Handlung (§§ 823, 826 BGB) muß nach dem hier vertretenen Standpunkt schon mangels eines entstandenen Schadens ausscheiden. Denn verfügt der Betroffene durch die Herausgabe der unredlich besessenen Sache jedenfalls nicht über *sein* Vermögen, dann hat *dessen* Gesamtwert in wirtschaftlicher Hinsicht durch die Hergabe auch keine Schlechterstellung erfahren. Gleichwohl dürfte dem unredlichen Besitzer hier gegen den Nötigenden ein Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung aus § 812 Abs. 1 S. 1, 2 Alt. BGB zustehen, weil das Verhalten des Bereicherten eine Eingriffskondition im Sinne dieser Vorschrift darstellt: Die Herausgabe des Guts beruht auch hier nicht auf einer bewußten und *gewollten* zweckgerichteten Vermögensmehrung und ist deshalb keine „Leistung“ im Sinne des § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. BGB<sup>471</sup>. Hält man den Anspruch für gegeben, steht ihm - wie bereits oben festgestellt<sup>472</sup> - die Vorschrift des § 817 BGB nicht entgegen, da dieselbe ihrem klaren Wortlaut nach nur auf Leistungen anwendbar ist<sup>473</sup>. Gleichzeitig drängt sich in diesem

---

<sup>468</sup> Vgl. oben, S. 83 ff.

<sup>469</sup> *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn. 714 mit zahlreichen Nachweisen aus Rspr. und Lit..

<sup>470</sup> Siehe zum Ganzen *Rengier*, Dreieckerpressung, 565 ff., der zu dem Ergebnis kommt, daß jeder Dreiecks(sach)betrug zu einer Dreiecks(sach)erpressung wird, wenn der Täter sein Ziel statt durch Täuschung durch den Einsatz von qualifizierenden Nötigungsmitteln zu erreichen versucht (S. 568).

<sup>471</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang schon oben, S. 106.

<sup>472</sup> Vgl. oben. a.a.O..

<sup>473</sup> Vgl. Palandt - *Sprau*, § 817 Rn. 2.

Zusammenhang die Frage nach einem Widerspruch innerhalb der Rechtsordnung auf, wenn eine Erpressungsstrafbarkeit zwar einerseits abgelehnt, dem Genötigten auf der anderen Seite aber ein zivilrechtlicher Herausgabeanspruch hinsichtlich des preisgegebenen Wertes zuerkannt wird. Bei näherer Betrachtung stellt sich jedoch heraus, daß ein solcher Widerspruch gerade nicht vorliegt. An dieser Stelle wird im Gegenteil gerade die qualitative materiellrechtliche Verschiedenheit von Straf- und Zivilrecht offenbar: Sinn und Zweck des gesamten Bereicherungsrechts ist (nur) die Rückgängigmachung einer Vermehrung im Vermögen des Schuldners<sup>474</sup>. Es geht bei den §§ 812 ff. BGB nicht - wie beim Schadensersatz<sup>475</sup> - darum, die Einbuße, die der „Entreicherte“ erlitten hat, auszugleichen<sup>476</sup>; vielmehr soll primär die Vermögensmehrung beim „Bereicherten“ wieder beseitigt werden<sup>477</sup>. Anders als beim Schadensersatzrecht, wo zur Bestimmung des Schadens maßgeblich auf den Gläubiger abgestellt wird, orientiert sich das Bereicherungsrecht zur Erreichung seiner Ziele - mit Blick auf den Vermögensvorteil - am Schuldner<sup>478</sup>. Berücksichtigt man dies, kann von einem Widerspruch innerhalb der Rechtsordnung keine Rede mehr sein: In diesem Zusammenhang von elementarer Wichtigkeit ist die Feststellung, daß mit der Bejahung der Tatbestandsvoraussetzungen *nur* über die Abschöpfung einer (noch) vorhandenen Bereicherung entschieden wird<sup>479</sup>. Dabei richtet das Zivilrecht seinen Blick auf den Schuldner des Anspruchs, *ohne* überhaupt eine Aussage darüber zu machen, ob der Forderungsgegenstand denn demjenigen zusteht, der ihn vorher in Besitz hatte - dem „Entreicherten“ und Anspruchsgläubiger im Sinne dieser Vorschriften nämlich. Deshalb muß dem Entreicherten - folgerichtig - auch nicht notwendig ein Vermögensschaden entstanden sein, damit die Rechtsordnung ihm einen Anspruch aus den §§ 812 ff. BGB zuerkennt<sup>480</sup>. Voraussetzung ist lediglich, daß der andere *bereichert* ist. Aus diesem Grunde wird das Bereicherungsrecht als eine dem Billigkeitsrecht angehörende Ausgleichsordnung angesehen, deren Auslegung im Einzelfall in besonderem Maße unter dem Grundsatz von Treu und

<sup>474</sup> Vgl. Larenz/Canabis, BT 2, § 67 I 1 b); Brox/Walker, BS, Rn. 385.

<sup>475</sup> Vgl. dazu ausführlich oben, S. 104 ff..

<sup>476</sup> Sog. Ausgleichsgedanke, vgl. Palandt-Heinrichs, Vorbem. v. § 249 Rn. 4; vgl. oben, S. 104.

<sup>477</sup> Vgl. Larenz/Canabis, a.a.O.; Brox/Walker, a.a.O..

<sup>478</sup> Vgl. Brox/Walker, a.a.O..

<sup>479</sup> Vgl. Larenz/Canabis, BT 2, § 67 I 1 c).

<sup>480</sup> Vgl. Larenz/Canabis, a.a.O., die ausführen, daß es für die Begründung eines Anspruchs nach den §§ 812 ff. BGB auf eine „Entreicherung“ des Gläubigers und damit auf ein dem Schaden entsprechendes Merkmal *nicht* ankommt, denn „die §§ 812 ff. BGB stellen, ganz dem Wortlaut des Gesetzes gemäß, *Be-* und nicht *Entreicherung*srecht dar“. Und weiter in § 67 I 1 c): Ob über die bereicherungsrechtliche Haftung „hinaus eine Schadensersatz-, eine Gewinnabführungs- oder gar eine bereicherungsunabhängige Wertersatzpflicht besteht, ist ein davon scharf zu trennendes Problem, für dessen Lösung andere und zusätzliche Gesichtspunkte maßgeblich sind“ (Kursivdruck jeweils im Original; Unterstreichung vom Verfasser hinzugefügt). An dieser Stelle wird besonders deutlich, daß - was selbstverständlich ist - nicht nur dem Straf- im Vergleich zum Zivilrecht unterschiedliche Wertungen und Strukturprinzipien zugrunde liegen (können), sondern dies mitunter auch *innerhalb* der verschiedenen Rechtsinstitute des Zivilrechts Geltung beansprucht.

Glauben im Rechtsverkehr steht<sup>481</sup> <sup>482</sup>. Den zivilrechtlichen Bereicherungsregeln liegen damit komplett andere Wertungen und Strukturprinzipien zugrunde als (beispielsweise) dem zivilrechtlichen Schadensersatzrecht, das sich maßgeblich am Anspruchsgläubiger orientiert. Gleiches gilt mit Blick auf das strafrechtliche Erpressungsunrecht, welches sich hinsichtlich seiner Einschlägigkeit nicht am Täter (zivilrechtlich gesehen: der Anspruchsschuldner), sondern (u.a.) daran orientiert, ob durch dessen<sup>483</sup> Verhalten ein von § 253 geschütztes Rechtsgut - nämlich (neben der Willensfreiheit) das Vermögen des Genötigten oder eines Dritten (= Anspruchsgläubiger) - verletzt wurde. Ist dies - wie im untersuchten Beispielssachverhalt - schon nicht der Fall, scheidet eine Strafbarkeit aus. Daran zeigt sich deutlich, daß das Strafrecht Werte in seinen Schutzbereich ziehen kann, die nicht zugleich denjenigen anderer Rechtsgebiete genießen, genau so wie es umgekehrt mit seinem Schutz hinter dem anderer Teilgebiete des Rechts zurückbleiben kann. Von einem Widerspruch innerhalb der Rechtsordnung kann man in diesem Zusammenhang aber nur dann sprechen, wenn die verschiedenen (Teil-) Rechtsgebiete zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen, obwohl ihnen die gleichen Wertungen und Strukturprinzipien zugrunde liegen. Dies ist hier - wie aufgezeigt - nicht der Fall.

#### **b. Exkurs: Dreieckerpressung gegenüber dem deliktischen Besitzer zum Nachteil des zum Besitz Berechtigten?**

Es ist bereits festgestellt worden, daß jedenfalls das Eigentum des Berechtigten erneut beeinträchtigt wird, wenn die Sache aus der Hand des deliktischen Besitzers in die eines Dritten gelangt<sup>484</sup>. Wie beim Betrug ist es auch für das Vorliegen einer Dreieckerpressung notwendig, daß der Genötigte in einem derartigen Näheverhältnis zum Vermögen des Geschädigten steht, daß er tatsächlich imstande ist, die Schutzinteressen des Vermögensinhabers wahrzunehmen und über dessen Vermö-

---

<sup>481</sup> Vgl. BGHZ 36, 232, 235; 55, 128 ff.; Palandt - *Sprau*, Einf. v. § 812 Rn. 2.

<sup>482</sup> Vor diesem Hintergrund kann auch nicht prognostiziert werden, ob dem „Entreicherten“ in einem Sachverhalt wie dem untersuchten bei gerichtlicher Geltendmachung tatsächlich ein Anspruch zuerkannt würde. Nach dem Wortlaut des Gesetzes müßte diese Frage an und für sich bejaht werden. Gleichwohl hätte das Gericht nach der Rechtsprechung des BGH die Möglichkeit, einem solchen Anspruch den von Amts wegen zu prüfenden Grundsatz von Treu und Glauben entgegen zu halten und die Klage abzuweisen. Aus im Haupttext näher beschriebenen Gründen hatten sich die Gerichte - soweit ersichtlich - mit einem derartigen Sachverhalt aber noch nicht zu beschäftigen.

<sup>483</sup> An dieser Stelle wird - mit Blick auf die jeweils zugrunde liegenden Wertungen und Strukturprinzipien - ein weiterer wesentlicher Unterschied offenbar: Denn die Bereicherungshaftung ist „völlig unabhängig von einer Zurechnung zum Verhalten des Schuldners“ (*Larenz/Canaris*, BT 2, § 67 I 1 b), Kursivdruck im Original). So ist z.B. beim Verbrauch fremder Sachen entgegen dem ersten Anschein nicht entscheidend, daß dieser auf einer Handlung (gerade) des Bereicherten beruht; verheizt etwa der Hausmeister das fremde Holz, so haftet nicht er als Angreifer, sondern der Hausherr als Begünstigter.

<sup>484</sup> Vgl. oben, S. 80, 81 sowie S. 96 f..

gensgegenstände zu verfügen<sup>485</sup>. Welche Anforderungen im einzelnen an dieses Näheverhältnis zu stellen sind, ist noch weitgehend ungeklärt<sup>486</sup>. Nach Ansicht des Bundesgerichtshofes muß der Genötigte spätestens im Zeitpunkt der Tatbegehung „auf der Seite des Vermögensinhabers stehen“<sup>487</sup>, wobei das Gericht eine nähere Erklärung dafür, was damit im Detail gemeint sein soll, vermissen läßt. Die besondere Beziehung (sowohl des Getäuschten als auch) des Genötigten zur Opferseite wird - wie bereits ausgeführt<sup>488</sup> - nach dem hier vertretenen Standpunkt schon durch das gesetzliche Schuldverhältnis der §§ 987 ff. BGB begründet, aufgrund dessen dem Besitzer eine ganze Reihe von Pflichten auferlegt werden. Dieser Sonderbeziehung kommt bereits eine solch dominante Rolle zu, daß sie als maßgeblicher Zuordnungsfaktor angesehen werden muß, wobei es auf den Willen, für den Berechtigten handeln zu wollen, deshalb nicht mehr ankommt<sup>489</sup>.

Eine Verfügung im Sinne des Erpressungsunrechts über das Vermögen des Berechtigten liegt aus diesem Grunde vor, wenn der deliktische Besitzer durch Anwendung von Nötigungsmitteln dazu gebracht wird, eine unredlich erlangte Sache an den Nötigenden herauszugeben.

Auch bzgl. des vom Tatbestand des § 253 geforderten Vermögensnachteils kann auf die obigen Ausführungen zum Dreiecksbetrug verwiesen werden<sup>490</sup>: Der Tatsache ungeachtet, daß auch bei der hier zur Diskussion stehenden Fallgestaltung die Wiedererlangungschance des Berechtigten mit jedem Wechsel des Sachbesitzers weiter schrumpft - eine konkrete Vermögenseinbuße so wie beispielsweise von CRAMER<sup>491</sup> gefordert also vorläge -, ist die auf SCHRÖDER<sup>492</sup> zurückgehende Lehre von der Sicherungserpressung nach so gut wie einhelliger Meinung in Literatur<sup>493</sup> und Rspr.<sup>494</sup> als Parallele zum Sicherungsbetrug anerkannt<sup>495</sup>. Hier wie dort kann der Täter unter dem Gesichts-

---

<sup>485</sup> Vgl. BGHSt. **41**, 123, 123; *Wessels/Hillenkamp*, BT/2 Rn. 714.

<sup>486</sup> *Wessels/Hillenkamp*, a.a.O.; Übersicht bei *Ingelfinger*, Fall, S. 537 f..

<sup>487</sup> Vgl. BGHSt. **41**, 123, 125.

<sup>488</sup> Vgl. oben, S. 94, 95.

<sup>489</sup> So wohl auch *Mitsch*, Anmerkung, 500, der allerdings - darüber hinaus - auch das vom BGH geforderte „Näherverhältnis“ bei der Dreieckserpressung für nicht notwendig erachtet.

<sup>490</sup> Vgl. oben, S. 96 ff..

<sup>491</sup> Ausführungen hinsichtlich des Dreiecksbetruges: Vermögensbegriff, S. 227; *ders.* in *Sch./Sch.*, § 263 Rn. 95.

<sup>492</sup> Vermögensdelikte, S. 98.

<sup>493</sup> Vgl. *LK-Herdegen*, § 253 Rn. 36; *LK-Lackner* (10. Aufl.), § 253 Rn. 37; *Sch./Sch.-Stree*, Vorbem. zu § 52, Rn. 114; *Sch./Sch.-Eser*, § 253 Rn. 6; *SK-Samson/Günther*, § 253 Rn. 20; *Tröndle/Fischer*, Vorbem. zu § 52 Rn. 44; *Kohlrausch-Lange*, § 253 Anm. IX; *Geerds*, Lehre, S. 210.

<sup>494</sup> Vgl. BGHSt. **28**, 224 = NJW 1979, 726; in dieser Entscheidung geht das Gericht unausgesprochen von diesem Leitbild aus, wenn es nach Ablehnung von § 252 auf die Erörterung der §§ 253, 255 verzichtet und sich lediglich an § 240 orientiert (*Seier*, Abgrenzung, S. 2155).

<sup>495</sup> A.A. *Seier*, Abgrenzung, 2155; Otto (Ausführungen hinsichtlich des Sicherungsbetruges), Rechtsprechung, S. 662; *ders.*, Grundkurs, § 51 Rn. 152; vgl. insofern auch oben, Fn. 414.

punkt der Verletzung fremden Vermögens nicht noch einmal bestraft werden, wenn er lediglich eine schon durch eine Vortat gewonnene Vermögensposition sichert. Verteidigt der Dieb demnach seinen unrechtmäßigen Besitz mit Nötigungsmitteln, wird das Vermögenselement der Erpressung - auf Konkurrenzebene - durch die Bestrafung aus der Vortat mitabgegolten, so daß insoweit „nur“ noch der Angriff auf die Willensfreiheit einen eigenständigen Unwert aufweist. Selbstverständlich kommt diese „Vergünstigung“ - ebenso wie beim Sicherungsbetrug - aber nur dem Haupttäter zugute. Die strafbare Teilnahme Dritter an der mitbestraften Nachtat bleibt ebenso möglich wie die Bestrafung des Haupttäters für den Fall, daß dessen Verurteilung wegen der Vortat - etwa mangels Nachweisbarkeit oder wegen Verjährung - nicht möglich ist. Aus diesem Grunde ist es auch innerhalb des Erpressungsunrechts nicht einsehbar, weshalb der (beispielsweise) dem Dieb eine unredlich besessene Sache abnötigende *Dritte* mangels Vermögensnachteils straffrei ausgehen sollte. Sein Verhalten stellt - wie beim Sicherungsbetrug - zumindest eine Aufrechterhaltung der bereits durch einen anderen geschaffenen rechtswidrigen Vermögenslage dar, so daß - nach der zur Sicherungserpressung ergangenen Rechtsprechung - ein Vermögensnachteil im Sinne des § 253 vorliegt. Der Dritte ist - da es insofern keine Konkurrenzen zu berücksichtigen gibt - wegen (Dreiecks-) Erpressung gegenüber dem deliktischen Besitzer und zum Nachteil des Berechtigten zu bestrafen.

### **c. Herausgabe redlich erlangten Besitzes**

Die Erörterungen im Rahmen der Prüfung dieses Sachverhalts unter betrugsrelevanten Gesichtspunkten haben bereits ergeben, daß dem gutgläubigen Besitzer nach der (Zivil-) Rechtsordnung regelmäßig die Möglichkeit des Rechtserwerbs offensteht, während diese dem bösgläubigen Besitzer verschlossen bleibt<sup>496</sup>. Aufgrund dieser - oben im Detail beschriebenen - Rechte bzw. Rechtserwerbsmöglichkeiten ist der unrechtmäßige, aber redlich erlangte Besitz als Bestandteil des geschützten Vermögens anerkannt worden. Wird der redliche Besitzer durch Anwendung von Nötigungsmitteln zur Herausgabe seines Besitzes gebracht, entsteht diesem also ein kausal auf der entsprechenden Verfügung beruhender Vermögensnachteil. Erpressungsunrecht liegt vor.

---

<sup>496</sup> Vgl. oben, S. 87.

#### 4. Durch Nötigungsmittel veranlaßte „Erfüllung“ der Aussicht auf Rückerlangung des in ein nichtiges Geschäft Investierten

Mehr der Vollständigkeit als der rechtlichen Problematik halber soll an dieser Stelle noch kurz auf die folgenden Sachverhalte eingegangen werden, mit denen sich der BGH bzw. das OLG Hamburg<sup>497</sup> zu beschäftigen hatten. In BGHSt. 17, 328 ging es um einen Freier - den späteren Angeklagten -, der mit einer Dirne als Preis für die Gewährung von Geschlechtsverkehr 10 DM vereinbart hatte. Nachdem er bezahlt und die Dirne bereits Vorbereitungen für den Geschlechtsverkehr getroffen hatte, verlangte sie von ihm, daß er noch „einen Schein dazulegen“ müsse. Weil der Angeklagte dies ablehnte, ihm die Dirne aber zu verstehen gab, daß sie für 10 DM keinen Geschlechtsverkehr mit ihm ausüben werde, geriet dieser in Wut und verlangte „sein“ Geld zurück. Da die Dirne die Rückzahlung des Geldes verweigerte, ergriff der Angeklagte sie bei den Haaren und verlangte - so der BGH a.a.O.: - „in barschem Ton“ noch einmal die Herausgabe der 10 DM. Die Dirne, die sich dem Griff des Betroffenen vergeblich zu entwinden versucht hatte, bekam Angst und gab das Geld zurück. Bemerkenswert an dieser Entscheidung ist, daß der BGH den angeklagten Sachverhalt ausschließlich unter dem Gesichtspunkt einer Strafbarkeit nach § 240 untersuchte. Mit nicht einem Wort wurde auf eine solche nach § 253 eingegangen, obwohl doch das Geld unzweifelhaft Vermögensbestandteil der Geschädigten war und der Angeklagte keinerlei Anspruch auf die Rückzahlung besaß<sup>498</sup>.

Daß der Rückforderungs„anspruch“ - oder genauer: die Aussicht auf den Wiedererhalt des Investierten - grundsätzlich zum rechtlich geschützten Vermögen gehören kann, ist im Rahmen der betrugsrechtlichen Prüfung festgestellt worden. Es wurde unter vergleichender Bezugnahme auf sonstige klaglose Forderungen jedoch gleichsam herausgearbeitet, daß es - was Prämisse dafür ist, Vermögensbestandteil sein zu können - hinsichtlich des *wirtschaftlichen Wertes* solcher Positionen mangels weiterer Bewertungsmaßstäbe auf die Leistungsfähigkeit und die Leistungsbereitschaft des „Schuldners“ ankommt. Die für einen wirtschaftlichen Wert der Position erforderliche (Rückzahlungs-) Bereitschaft lag im Sachverhalt von BGHSt. 17, 328 aber ganz offensichtlich nicht vor, denn sonst wäre es wohl kaum erklärbar, daß die Dirne die 10 DM erst herausgab, nachdem sie sich dem Griff des späteren Angeklagten vergeblich zu entwinden versucht und es aus diesem Grunde mit der Angst zu tun bekommen hatte. Eine Aussicht oder Exspektanz weist aber nur dann einen wirtschaftlichen Wert auf, wenn der Schuld-

---

<sup>497</sup> NJW 1966, 1525 = JR 1966, 470 = JuS 1966, 418 = JZ 1967, 129; vgl. insofern schon oben, Fn. 256.

<sup>498</sup> In diesem Zusammenhang wird selbstverständlich der (damaligen) rechtlichen Einschätzung des BGH folgend davon ausgegangen, daß der Prostituierten„vertrag“ zwar sittenwidrig und deshalb nichtig, die Übereignung des Geldes aber gleichwohl wirksam ist.

ner - sei es auch aufgrund einer Täuschung - *freiwillig* zu ihrer Erfüllung bereit ist. Dies ergibt sich schon daraus, daß die Rechtsordnung die Beeinträchtigung der Willensfreiheit für sich genommen - nach § 240 - unter Strafe gestellt hat. Ist der Schuldner zur freiwilligen Regulierung der Aussicht nicht willens, hat sich der auf eine derartige Vereinbarung einlassende Geschäftspartner mit dieser Situation zufrieden zu geben. Darin liegt sein Risiko. Wendet er dessen ungeachtet Gewalt an, um seiner „Forderung“ Nachdruck zu verleihen, vermindert der Genötigte sein Vermögen zugunsten eines anderen, der auf diese Leistung keinen Anspruch hat. Erpressungsunrecht liegt in diesem Fall - entgegen der unrichtigen Entscheidung des BGH<sup>499</sup> - unzweifelhaft vor.

Gleiches gilt im übrigen für die vom OLG Hamburg entschiedene, umgekehrte Fallgestaltung, daß sich nämlich der Freier, nachdem er Prügel bezogen hatte, veranlaßt sah, sein Rückforderungsbegehren hinsichtlich des bereits bezahlten Entgelts der leistungsunwilligen Dirne gegenüber aufzugeben: Der Vorgang mag (allenfalls) wegen einer selbständigen Mißbilligung des angewandten Mittels (Nötigung) bzw. der begangenen Körperverletzung wegen strafrechtlich relevant sein. Für ein Vermögensdelikt verbleibt kein Raum, weil die Aussicht auf den Rückerhalt des Geldes mangels Erfüllungsbereitschaft der Dirne keinen wirtschaftlichen Wert aufwies. Denn - wie schon SCHRÖDER treffend angemerkt hat<sup>500</sup> - „deutlicher als durch das Verhalten der Angeklagten kann wohl schwerlich zum Ausdruck gebracht werden, daß man zur Begleichung einer nichtigen Forderung nicht bereit ist“<sup>501</sup>.

## 5. Fazit

Eine vergleichende Gegenüberstellung der untersuchten Sachverhalte unter betrugs- und erpressungsrelevanten Gesichtspunkten hat zum

---

<sup>499</sup> Dieser hat a.a.O. selbst eine Nötigung für nicht einschlägig erachtet, weil der Angeklagte hier „aus begreiflicher Wut über das üble Verhalten der Dirne gehandelt“ habe. Aus diesem Grunde könne sein Verhalten nicht als verwerflich im Sinne des § 240 Abs. 2 angesehen werden (S. 331, 332).

<sup>500</sup> Anmerkung, S. 472.

<sup>501</sup> Das AG Hamburg hatte sowohl die Dirne als auch deren Helfer vorinstanzlich wegen gemeinschaftlicher räuberischer Erpressung in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung verurteilt. Die dagegen eingelegten Berufungen wurden von der Strafkammer zurückgewiesen, während die gegen das Urteil des LG Hamburg eingelegten Revisionen Erfolg hatten. Das OLG Hamburg hob das Urteil auf und verwies es zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an die Kammer zurück. Dabei führte der Senat unter ausdrücklicher Bezugnahme auf BGHZ 2, 364 (366, 369) aus, für die Frage, ob die „Forderung“ des Freiers auf Wiedererlangung des Restes vom Hurenlohn als Vermögenswert anzusehen sei, komme es darauf an, ob die angeklagte Dirne ohne das Eingreifen der Mittäter aus einem Rest von Anstandsgefühl heraus bereit gewesen wäre, das Geld herauszugeben (OLG Hamburg in JR 1966, 470, 471; vgl. diesbezüglich auch schon oben, Fn. 256 und S. 69). Sollte das nicht der Fall gewesen sein, könne - da der Exspektanz dann gerade kein wirtschaftlicher Wert zukomme und es mithin an einem Vermögensnachteil im Sinne der §§ 253, 255 fehle - auch keine räuberische Erpressung vorliegen.

Ergebnis, daß die - wenn auch auf einer Täuschung basierende - *freiwillige* Herausgabe von Werten bzw. Erbringung von Leistungen strafrechtlich nicht erfaßt ist, während das gleiche, aber durch Gewalt oder Drohung motivierte Verhalten dem Erpressungsunrecht unterfällt, soweit die Werte bzw. Leistungen grundsätzlich dem geschützten Vermögen angehören. Die Begründung dafür liegt in den verschiedenen Arten des Angriffs, mit denen die Rechtsordnung einen unterschiedlichen Schutzzumfang verknüpft: Der Beeinträchtigung der Willensfreiheit durch Zwang wird ein weitergehender Schutz zugesprochen als dies bei der Überlistung des Willens - durch Täuschung - der Fall ist: Während die Beeinträchtigung der Willensfreiheit durch Nötigungsmittel bereits als solche gem. § 240 mit Strafe bedroht ist, fehlt es an einer vergleichbaren Strafandrohung für die Einflußnahme auf den Willen eines anderen (nur) durch Täuschung. Letztere ist ausschließlich dann - als Betrug - strafbar, wenn sie mit einem entsprechenden Vermögensschaden einhergeht. Darin ist ein ganz erheblicher struktureller Unterschied zu erblicken, der sich auch in den verschiedenen Straftatbeständen des Betruges bzw. der Erpressung widerspiegelt:

Während sich nämlich der Erpresste darüber *im Klaren* ist, daß er sich (oder einen Dritten) am Vermögen schädigt und dazu auch nicht freiwillig, sondern im Gegenteil nur aufgrund der angewandten Nötigungsmittel bereit ist, bleibt dies dem Betrogenen verborgen. Er handelt freiwillig und aus einem selbst gefaßten, inneren Beschluß heraus - wenn dieser auch durch Täuschung hervorgerufen sein mag. Aus diesem Grunde verwundert es auch nicht, wenn das Zivilrecht - wie aufgezeigt - demjenigen, dessen Willensfreiheit durch Gewalt oder Drohung beeinträchtigt wurde, im Gegensatz zum - wenn auch aufgrund einer List - freiwillig Handelnden Ansprüche aus unerlaubter Handlung und/oder ungerechtfertigter Bereicherung zur Verfügung stellt.

Handelt es sich bei den herausgegebenen Werten bzw. erbrachten Leistungen hingegen um solche, die ohnehin nicht zum geschützten Vermögen des Betroffenen gehören, ist es nur konsequent, eine Erpressungstrafbarkeit - ebenso wie eine solche wegen Betruges - abzulehnen, weil es insofern bereits an einer (Vermögens-) Verfügung mangelt.

### III. Untreue (§ 266)

Die Beantwortung der Frage, in welchem Ausmaß die Aussagen sowohl des Strafrechts selbst bzw. die anderer Rechtsgebiete, insbesondere des Zivilrechts, zu berücksichtigen sind, ist auch bei der Beurteilung der Einschlägigkeit des Untreuetatbestandes (§ 266) von besonderer Relevanz. Die Behandlung des Problems hat - wie zu zeigen sein wird - in der Literatur ein entsprechendes Echo in Form zahlreicher Veröffentlichungen gefunden, wenngleich dasselbe - schon wegen der ungleich kleineren forensischen Bedeutung - auch nicht mit demjenigen vor betrugsrelevantem Hintergrund zu vergleichen ist. Die dort in's Auge gefaßten Fallgruppen sollen in der Folge - soweit möglich - auf den Tatbestand der Untreue übertragen und mit den bereits gewonnenen Ergebnissen abgeglichen werden.

#### 1. Treueverhältnis im Sinne des § 266 Abs. 1, 2. Alt. trotz gegen die Strafgesetze oder guten Sitten verstoßender Vereinbarung?

Nach wie vor Streit herrscht in diesem Zusammenhang in erster Linie darüber, ob die tatsächlichen Beziehungen eines Verhältnisses, das auf einem Verstoß gegen die Strafgesetze oder die Sittenordnung beruht, geeignet sind, als Treueverhältnis im Sinne des § 266 Abs. 1, 2. Alt. angesehen zu werden<sup>502</sup>. Obwohl die Lösung derartiger Fälle wesentlich vom strafrechtlichen Vermögensbegriff mitbestimmt wird<sup>503</sup>, tritt die Frage, ob die streitgegenständlichen Werte überhaupt zum geschützten Vermögen des Betroffenen gehören, dabei zumeist völlig in den Hintergrund. Weil Grund zur Beantwortung dieser Frage aber letztlich nur für diejenigen besteht, die ungeachtet der nichtigen Grundvereinbarung die Möglichkeit des Bestehens eines Treueverhältnisses bejahen<sup>504</sup> und sich die diesbezüglich Ausführungen in Literatur und Rechtsprechung auf diesen Problemkomplex konzentrieren, soll sich zum besseren Verständnis der Thematik zunächst auch mit demselben auseinandergesetzt werden.

#### a. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts

Das Reichsgericht hat diese Frage in RGSt. 70, 7 (9) insoweit verneint, als es eine Untreue seitens des mit dem Absatz der Diebesbeute be-

---

<sup>502</sup> Luthmann, Untreue, 419.

<sup>503</sup> Vgl. Maurach/Schroeder/Maiwald, BT 1, § 45 Rn. 28.

<sup>504</sup> Für die Vertreter der Gegenmeinung ist die Prüfung der Einschlägigkeit des § 266 mangels Tatbestandsmäßigkeit natürlich bereits an dieser Stelle beendet.

auftragten Hehlers, der die gestohlene Sache abredewidrig für sich selbst verwertet hatte, ablehnte: Es sei nicht Aufgabe der Rechtsordnung, darüber zu wachen, daß der Hehler der mit dem Diebe getroffenen Abrede treu bleibe, die Sache in einer bestimmten Weise zu verwerten<sup>505</sup>. Anderenfalls könnte schließlich „gar der Gedanke aufkommen, daß auch der reuige Hehler, der die gestohlene Sache dem Eigentümer zurückgibt, deshalb bestraft werden müßte“, was dem Zweck der Rechtsordnung zuwiderliefe<sup>506</sup>.

Andererseits verurteilte RGSt. 73, 157 (158 ff.) einen Rechtsanwalt wegen Untreue, weil dieser die ihm von seinem Auftraggeber zum Zwecke eines Devisenvergehens überlassenen Gelder für sich verbraucht hatte. Dabei führte das Gericht aus, das „aus dem Gesetze begründete Schuldverhältnis mag im allgemeinen für sich allein nicht ausreichen, eine kraft Gesetzes dem Schuldner obliegende Pflicht zu begründen, die in dem Bereicherungsanspruch verkörperten Vermögensinteressen des Anspruchsberechtigten wahrzunehmen“<sup>507</sup>. Dies sei jedoch im vorliegenden Falle anders zu beurteilen, weil dem Rechtsanwalt gegenüber seinen Mandanten nach der (früheren) Vorschrift des § 31 RAO eine besondere Pflicht zur Betreuung der ihm überlassenen Vermögenswerte obliege, welche auch durch das nichtige Auftragsverhältnis nicht berührt werde. Dazu gehöre (u.a.) die „gewissenhafte Betreuung des Anspruchs auf Rückgabe der ihm anvertrauten Werte, der sich gegebenenfalls gegen ihn selbst richtet“. Daß an diesem Anspruch, der ein Vermögensstück darstelle, Untreue begangen werden könne, sei „nicht zweifelhaft“.

## b. Die Rechtsprechung des BGH

Die Rechtsprechung des BGH erscheint - ähnlich wie die des RG - auf den ersten Blick uneinheitlich und widersprüchlich:

---

<sup>505</sup> Grundsätzlich zustimmend: OLG Braunschweig in NJW 1950, 656; OLG Kiel in NJW 1949, 797, 798.

<sup>506</sup> RGSt. 70, 7, 10.

<sup>507</sup> Die Vorschrift des § 817 S. 2 BGB soll nach ständiger Rechtsprechung schon des Reichsgerichts und auch des BGH in diesem Zusammenhang nicht anwendbar sein (vgl. nur RGSt. 73, 157, 159; BGHZ 28, 255, 257 - jeweils m.w.N.). Danach ist als Leistung gem. § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. BGB nur eine solche Zuwendung zu verstehen, die e n d g ü l t i g in das Vermögen des Empfängers übergehen soll (Hervorhebung so im Original in BGHZ 28, 255, 257). Dagegen falle nicht die Überlassung eines Vermögenswertes darunter, wenn diese nur zu einem vorübergehenden Zweck erfolgt und der andere Teil wirtschaftlich nicht in dem Genuß des Hingegebenen verbleiben soll. Da die - in beiden Fällen - zur Begehung eines Devisenvergehens überlassenen Gelder nach dieser Definition keine „Leistung“ im Sinne des § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. BGB darstellen, hätte die Bestimmung des § 817 S. 2 BGB dort nur für das - insofern allerdings nicht streitgegenständliche - erhaltene Honorar Anwendung finden können.

So wurde ein Treueverhältnis zwischen den Beteiligten einer Vereinbarung, welche die Beschaffung von Falschgeld mittels von dem Auftraggeber zur Verfügung gestellter Gelder zum Inhalt hatte, mit der Folge verneint, daß die zuvor vom LG Aachen ausgesprochene Verurteilung wegen Untreue aufgehoben und der Angeklagte in diesem Anklagepunkt frei gesprochen wurde, obwohl er die Gelder abredewidrig für sich behalten hatte<sup>508</sup>.

Gut 2 ½ Jahre später stellte der BGH (St. 8, 254)<sup>509</sup> jedoch für einen Ostberliner FDJ-Funktionär, der sich an Geldern seiner Organisation bereichert hatte, die zu staatsfeindlichen Zwecken in der Bundesrepublik Deutschland bestimmt waren, eine „Verletzung der ihm obliegenden Treuepflicht“ fest und wies die gegen das vom LG Frankfurt a.M. ausgesprochene Urteil eingelegte Revision zurück. Zur Begründung wurde angeführt, daß eine Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, bisweilen gerade dann Platz greife, wenn das Rechtsgeschäft, das der Beziehung zum Treugeber zugrunde liegt, „wegen Gesetzes- oder Sittenverstoßes nichtig ist“<sup>510</sup>. Die „verbleibenden Pflichten“ beider Seiten müßten „nunmehr einem anderen, notwendigerweise allgemeinen Maßstab unterliegen“, der sich wiederum an „dem überragenden Allgemeininteresse an der Ungestörtheit der öffentlichen Ordnung“ zu orientieren habe. Zwar seien die der Vereinbarung zugrunde liegenden Abreden, Zwecke und Ziele unbeachtlich, jedoch ergäbe sich aus den „unter solchen Umständen verbleibenden rechtlichen Vermögenssorgepflichten“ die Verpflichtung zur Unterlassung jedweden Verhaltens, „das die gesetzliche Ordnung in dem dargelegten Sinne stört“<sup>511</sup>. Aus diesen Gründen könne von Untreue des Verpflichteten keine Rede sein, „wenn er sitten- oder gesetzeswidrigen Abreden mit dem „Treugeber“ nur nicht nachkommt“ oder „das für Straftaten bereitstehende Geld den Behörden der Bundesrepublik Deutschland ... übergeben hätte“<sup>512</sup>, da ein solches Verhalten „rechtmäßig gewesen wäre“.

---

<sup>508</sup> Vgl. BGH NJW 1954, 889 (Entscheidung vom 27.3.1953); das Gericht verurteilte den Angeklagten - woran es wegen des Freispruchs hinsichtlich des Untreuevorwurfs nicht gehindert war - statt dessen wegen veruntreuender Unterschlagung nach § 246. § 246 schützt als reines Aneignungsdelikt lediglich das Eigentum (vgl. nur Sch./Sch.-Eser, § 246 Rn. 1). Ein „Anvertrautsein“ nach § 246 begründet selbstverständlich nicht ohne weiteres die Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen (Luthmann, Untreue, S. 420). Die Untreue weist mit der Unterschlagung - auch in deren qualifizierter Form - nur zufällige äußerliche Überschneidungen auf, während rechtlich völlige Trennung besteht (Maurach/Schroeder/Maiwald, BT 1, § 45 Rn. 4). Insofern kann derjenige durchaus Unterschlagung begehen, der den Tatbestand des § 266 mangels der dort geforderten besonderen Voraussetzungen nicht erfüllt, was umgekehrt freilich genauso der Fall sein kann (Luthmann, a.a.O.). Vgl. in diesem Zusammenhang auch AG Siegen in wistra 1985, 196, 197 (s. dazu näher unten, Fn. 560).

<sup>509</sup> Entscheidung vom 17.11.1955.

<sup>510</sup> BGHSt. 8, 254, 257; bestätigt durch die unveröffentlichte Entscheidung des BGH vom 02.07.1958 (Az.: 2 StR 213/58), dort S. 8.

<sup>511</sup> BGHSt. 8, 254, 258.

<sup>512</sup> Es herrscht im übrigen Einigkeit darüber, daß kein „Treueverhältnis“ *dergestalt* vorliegen kann, daß der Beauftragte verpflichtet wäre, den gesetz- oder sittenwidrigen Auftrag tat-

Dagegen sei es ihm ob der ihm obliegenden allgemeinen Verwaltungspflichten verboten gewesen, sich an dem Geld zu bereichern, weil er damit die öffentliche Ordnung in gleicher Weise verletzt habe wie „durch die Begehung eines anderen Vermögensverbrechens“. Letztlich komme hinzu, daß in den Fallgestaltungen, in welchen die §§ 263, 242 und 246 aus tatbestandsmäßigen Gründen unanwendbar seien, eine Strafvorschrift überhaupt fehle<sup>513 514</sup>.

### c. Literatur und Stellungnahme

Die in der Literatur vertretenen Meinungen sind unter Berufung auf die verschiedenen höchstrichterlichen Entscheidungen ebenfalls geteilt: Während eine Vielzahl namhafter Autoren der Ansicht ist, daß gegen Verbote oder gute Sitten verstoßende „Treueverhältnisse“ vom Schutz des § 266 grundsätzlich nicht erfaßt würden<sup>515</sup>, vertritt ein Teil der Lehre den genau entgegengesetzten Standpunkt, nach welchem die Strafbarkeit der sog. „Ganovenuntreue“ vor diesem Hintergrund bejaht wird<sup>516</sup>.

Der (nach wie vor) entschiedenste Verfechter letzterer Auffassung, BRUNS<sup>517</sup>, führt zur Begründung an, im Mittelpunkt des Problems stehe die Frage nach dem Verhältnis zwischen der Strafwürdigkeit des Täters und der Schutzwürdigkeit des Verletzten. Die Aufgabe des Strafrechts bestehe aber gerade darin, „den pathologischen Ausnahmeerscheinungen bestimmten asozialen Verhaltens zumindest sühnend entgegenzutreten“, selbst wenn „durch die Bestrafung des schuldigen Täters dem schutzunwürdigen Verletzten unverdient strafrechtlicher Schutz zuteil wird“<sup>518</sup>. Die Unrichtigkeit der Gegenmeinung ergebe sich schon aus der einfachen Überlegung, daß in den Fällen, in welchen dem „Täter“ - später anders als abgesprochen verwandtes - Geld auch übereignet werde, bei allen nichtigen Geschäften, die zivilrechtlich lediglich zu einem Kondiktionsanspruch führen, niemals eine Untreue

---

sächlich auszuführen (vgl. nur *Arzt/Weber*, BT, § 22 Rn. 55; *Sch./Sch.-Lenckner/Perron*, § 266 Rn. 31; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2 Rn. 774; jeweils m.w.N.).

<sup>513</sup> BGHSt. 8, 254, 259.

<sup>514</sup> Vgl. in jüngster Vergangenheit unter ausdrücklicher Bezugnahme auf BGHSt. 8, 254 (ohne daß allerdings eine weitergehende, eigenständige Begründung geliefert worden wäre): BGH in *wistra* 1999, 103, 107.

<sup>515</sup> *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT 1, § 45 Rn. 28; *Mitsch*, BT 2, § 8 Rn. 38; *Sch./Sch.-Lenckner/Perron*, § 266 Rn. 31; *Lenckner*, Vermögensschaden, S. 108; *SK-Samson/Günther*, § 266 Rn. 36; *Schmidhäuser*, BT, Kap. 11 Rn. 66; *Kühl*, Umfang, S. 513; *Seelmann*, Grundfälle, S. 32; *Tiedemann*, Grundfragen, S. 779.

<sup>516</sup> *Bruns*, Untreue, S. 858 f.; *ders.*, Anmerkung, S. 151; *ders.*, Betrachtungsweise, S. 139; *ders.*, Strafrechtsordnung, S. 344 ff.; *Blei*, BT, § 65 IV 2; *Tröndle/Fischer*, § 266 Rn. 9; *Krey*, BT 2, § 14 II; *Otto*, Grundkurs, § 54 III 1 c; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2 Rn. 774; *Welzel*, Strafrecht, § 56 B 1b (der allerdings den Eintritt eines Vermögensschadens verneint).

<sup>517</sup> Vgl. insofern die Fundstellen in der Vorfußnote.

<sup>518</sup> *Bruns*, Strafrechtsordnung, S. 351.

möglich wäre<sup>519</sup>. Eine Begründung dafür, warum sich aus dieser „Überlegung“ die Unrichtigkeit der Gegenauffassung und die Richtigkeit der (u.a.) von BRUNS vertretenen Meinung ergeben soll, wird nicht geliefert. Vielmehr läßt diese „Argumentation“ Rückschlüsse auf die *eigentliche* Begründung dafür zu, weshalb hier unbedingt ein strafrechtlich relevantes „Treueverhältnis“ anzunehmen sein soll: Der „Täter“ würde - unter bestimmten Voraussetzungen - ansonsten nämlich straffrei ausgehen. Dies soll aber gerade verhindert werden, weil er nach Auffassung von BRUNS strafwürdig ist<sup>520</sup>. Dem hat sich auch der BGH angeschlossen, wenn er - wie vorbeschrieben - ausführt, daß für eine Bestrafung aus § 266 letztlich auch spreche, daß ansonsten „in einschlägigen Fällen, wenn die §§ 263, 242 und 246 aus tatbestandsmäßigen Gründen unanwendbar sind, eine Strafvorschrift überhaupt fehlen würde“<sup>521</sup>. Diese Erwägungen erinnern stark an die bereits oben<sup>522</sup> kritisierte - rein ergebnisorientierte - Feststellung des BGH<sup>523</sup>, nach welcher eine nichtige Forderung rechtsgrundsätzlich schon deshalb nicht aus dem wirtschaftlichen Vermögen auszuschneiden sei, weil dies der höchstrichterlichen Rechtsprechung in Strafsachen „im Streben nach lebensgemäßen, befriedigenden Ergebnissen“ diene. Daß nämlich der Betroffene unter bestimmten Umständen straffrei ausginge, kann keine Begründung dafür sein, eine Vorschrift unbedingt zur Anwendung zu bringen. Entscheidend ist allein, ob der „Täter“ die für den Ausspruch einer Strafe in der jeweiligen Verbotsnorm festgeschriebenen Voraussetzungen durch sein Verhalten erfüllt hat oder nicht. Die Vornahme dieser Prüfung rückt jedoch auch hier wieder völlig in den Hintergrund, um durch reine Billigkeitserwägungen ersetzt zu werden: BRUNS führt etwa in diesem Zusammenhang aus, es sei eine „strafpolitische Notwendigkeit“, daß „die Veruntreuung des zum Erwerb von Falschgeld anvertrauten Geldes - im Fall des Eigentumserwerbs des Täters - nicht mit Freispruch belohnt werden darf“<sup>524</sup>. Diese „Notwendigkeit“ begründet er - wie bereits angedeutet - damit, daß es „*angebracht erscheint*, zu der richtigen Auffassung der überwiegenden Rechtsprechung zurückzukehren und die Strafbarkeit von Diebstahl, Unterschlagung, Betrug und Untreue unter Gaunern einheitlich zu beurteilen, nämlich der Strafwürdigkeit des Täters gemäß zu bejahen“<sup>525</sup>. Mit einer exakten Subsumtion unter die Tatbestandsmerkmale der Untreue hat das nichts mehr zu tun<sup>526</sup>. Wenn sich BRUNS auf die Strafwürdigkeit des Täters

---

<sup>519</sup> Bruns, Untreue, S. 858.

<sup>520</sup> A.a.O., S. 861; *ders.*, Betrachtungsweise, S. 139.

<sup>521</sup> BGHSt. 8, 254, 259.

<sup>522</sup> S. 68, 69 f..

<sup>523</sup> BGHSt. 2, 364, 365.

<sup>524</sup> Bruns, Untreue, S. 860.

<sup>525</sup> A.a.O., S. 861 (Kursivdruck vom Verfasser hinzugefügt).

<sup>526</sup> Dies zeigt sich ganz deutlich, wenn Bruns a.a.O. ausführt, der Gegenmeinung liege (angeblich) eine Auffassung zugrunde, die als bedenklich abgelehnt werden müsse: „Den so Geschädigten geschehe „*ganz recht*“, wenn sie bei den illegalen Geschäften von ihren Komplizen „hereingelegt“ würden.“ (Kursivdruck im Original). Letztlich reduziert sich die Argu-

stützt, verkennt er zudem, daß das geltende Strafrecht Tatstrafrecht und nicht Täterstrafrecht ist<sup>527</sup>. Völlig irrelevant ist in diesem Zusammenhang deshalb auch die „Schutzunwürdigkeit seines Komplizen“<sup>528</sup>. Die zwar nicht weiter begründete, aber gleichwohl mit Regelmäßigkeit aufgestellte Behauptung, die Verneinung der „Verbrechensausführungsuntreue“ bedeutete einen „strafrechtlichen Freibrief“ sowie „die Befugnis, sich auf Kosten des anderen zu bereichern“<sup>529</sup>, beruht - wie schon von BERGMANN/FREUND vor betrugsrelevantem Hintergrund richtig erkannt<sup>530</sup> - ersichtlich auf einem Zirkelschluß. Denn daß strafrechtlich relevantes Unrecht vorliegt, wäre ja gerade zu begründen. Dies kann nicht durch Vorwegnahme eines angeblich richtigen Ergebnisses geschehen. BRUNS hat nicht etwa - wie er meint - nachgewiesen, „daß „Komplizenbetrug“ und „Ganovenuntreue“ unter den geschilderten Umständen nicht nur strafwürdig, sondern auch strafbar sind“<sup>531</sup>, sondern seine Argumentation reduziert sich bei näherer Durchleuchtung auf die nicht weiter begründete Behauptung, daß beides strafbar, weil (angeblich) strafwürdig, sein soll.

Das Gesetz spricht in der letzten Treuebruchsform ganz ausdrücklich von der jemandem „kraft ... eines Treueverhältnisses obliegenden Pflicht, fremde Vermögensverhältnisse wahrzunehmen“. Dabei kann sich eine Betreuungspflicht unstreitig auch aus einem (nur) tatsächlichen Treueverhältnis ergeben. Der Umfang der auf einem derartigen Verhältnis beruhenden Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, wird dabei nach den tatsächlichen Umständen des Einzelfalles bestimmt. Es darf nicht von allgemeinen, aus dem Begriff des Treueverhältnisses gezogenen Erwägungen allein ausgegangen werden<sup>532</sup>. Es ist aber bereits nicht ersichtlich, woraus sich eine solche Pflicht beispielsweise des Hehlers dem Dieb gegenüber, der die ihm von diesem überlassene Beute abredewidrig verwendet, ergeben sollte. Die diesbezüglich vorgebrachten, angeblich *dafür*sprechenden Argumente überzeugen - wie vorbeschrieben - nicht.

Nach dem hier vertretenen Standpunkt ist die sog. „Ganovenuntreue“ mangels Betreuungspflicht im Sinne des § 266 nicht strafbar. Zur weitergehenden Erläuterung und Begründung der hier vertretenen Meinung ist es erforderlich, die in der Vergangenheit ergangene Rechtsprechung sowohl zu den wegen Verstoßes gegen Verbote oder gute

---

mentation von Bruns aber vielmehr umgekehrt auf die von ihm vertretene Meinung, daß es nämlich den Betroffenen „ganz recht“ geschehe, wenn sie für ihr Verhalten bestraft werden.

<sup>527</sup> Vgl. statt aller Sch./Sch.-Lenckner, Vorbem. zu §§ 13 ff. Rn. 3, 105 mit zahlreichen w.N. und bereits oben, S. 17.

<sup>528</sup> So aber Bruns, a.a.O..

<sup>529</sup> Bruns, Untreue, S. 859 und 861; ders., Anmerkung, S. 151 und 152; ders., Betrachtungsweise, S. 139; ders. Strafrechtsordnung, S. 346.

<sup>530</sup> Bergmann/Freund, Reichweite, 191.

<sup>531</sup> Betrachtungsweise, S. 139.

<sup>532</sup> RGSt. 69, 16; OLG Braunschweig in NJW 1950, 656; Luthmann, Untreue, S. 419.

Sitten als auch zu den wegen sonstiger Gründe zivilrechtlich nichtigen Rechtsverhältnissen etwas genauer zu durchleuchten<sup>533</sup>. Es ergeben sich in dieser Hinsicht folgende, grundlegende Unterschiede:

- Bei den Fällen von Anbeginn nichtiger Rechtsverhältnisse - d.h. also solchen, die gar nicht erst zur Wirksamkeit gelangt sind - handelt es sich einerseits regelmäßig um solche Sachverhalte, in denen das avisierte Rechts- bzw. Betreuungsverhältnis so, wie es von den Parteien geplant war, *grundsätzlich* jedenfalls wirksam hätte geschlossen werden können<sup>534</sup>. Die Mängel, die zur Nichtigkeit des bürgerlich-rechtlichen Innenverhältnisses führen, sind entweder formeller Art<sup>535</sup> oder liegen in einer der an dem Geschäft beteiligten Personen begründet<sup>536</sup>. Die einschlägigen Normen erklären die Vereinbarung ihrem jeweiligen Schutzzweck gemäß aber gerade nicht deshalb für nichtig, weil sie den *Inhalt* derselben grundsätzlich mißbilligten oder aus rechtspolitischen bzw. -ethischen Gesichtspunkten dem Mißbrauch der Privatautonomie entgegenwirken wollten. Die an der getroffenen Abrede Beteiligten selbst werden in den meisten dieser Fälle sowohl ihre Vereinbarung als auch das damit verbundene Betreuungsverhältnis gar für wirksam halten<sup>537</sup>.

Aus diesem Grunde ist es im Rahmen dieser Sachverhalte gerechtfertigt, aus dem - mangels wirksamen bürgerlich-rechtlichen Innenverhältnisses nur: - tatsächlichen Treueverhältnis auch eine Betreuungspflicht entstehen zu lassen, wenn die sonstigen dafür erforderlichen Prämissen

---

<sup>533</sup> Betrachtet man sich diese im Detail, wird schnell offenbar, daß zwischen den Parteien dort oftmals ein in Wahrheit *wirksames* Betreuungsverhältnis bestand, in dessen Rahmen der Treugeber aber eine *einzelne* gegen strafrechtliche Verbote oder gute Sitten verstoßende Anweisung erteilt hat. Diese beiden Sachverhalte - nämlich die Frage nach der *Begründung* eines Treueverhältnisses auf Basis verbotener oder sittenwidriger Abreden auf der einen Seite und diejenige nach der Behandlung einzelner gegen strafrechtliche Verbote oder gute Sitten verstoßender Anweisungen innerhalb eines wirksamen Treueverhältnisses andererseits - sind aber streng auseinander zu halten. Denn dieser Unterschied kann nach der hier vertretenen Meinung mitunter zu verschiedenen Ergebnissen führen (vgl. näher unten, S. 132 ff.). Weil es darauf jedoch aus Sicht derjenigen Gerichte, die eine Betreuungspflicht kraft Treueverhältnisses dessen ungeachtet auch auf Basis eines gegen Verbote oder gute Sitten verstoßenden *Grundverhältnisses* annehmen, nicht ankommt, bleibt dies in den Entscheidungen zumeist unberücksichtigt.

<sup>534</sup> Vgl. insofern nur LK-Schünemann, § 266 Rn. 63 und LK-Hübner (10. Aufl.), § 266 Rn. 78, mit einer Vielzahl von Beispielen aus der Rechtsprechung nebst weiterer Literaturhinweise, z.B.: Der Vertragspartner ist bei Begründung des Betreuungsverhältnisses geistesgestört (BGHZ 53, 210, 211); Ein Mitglied des Vorstandes einer AG war durch den nicht vorschriftsmäßig besetzten Aufsichtsrat (unwirksam) bestellt worden (BGHZ 41, 282, 285, 287); Ein nicht zugelassener Rechtsberater übernimmt Geschäftsbesorgungen für Rechtssuchende (BGHZ 37, 258); Ein Rechtsanwalt veruntreut Kaufpreiszahlungen, die an ihn auf Grund formungültiger Vollmachten und Kaufverträge (§ 313 BGB) geleistet worden sind (BGH StR 641/52 v. 03.09.1953).

<sup>535</sup> Wie beispielsweise im Falle des nicht vorschriftsmäßig besetzten Aufsichtsrats oder der wegen Formverstoßes ungültigen Beauftragung eines Rechtsanwalts.

<sup>536</sup> Wie beispielsweise bei Geisteskrankheit eines der „Vertrags“partner.

<sup>537</sup> Was bei einer Abrede (beispielsweise) zwischen Dieb und Hehler, die Diebesbeute vereinbarungsgemäß zu verwerten, kaum der Fall sein dürfte.

sen vorliegen, d.h. wenn der Täter seine Tätigkeit nach dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Vermögensinhabers gleichwohl aufnimmt und so eine entsprechende Einwirkungsmöglichkeit auf dessen Vermögen erhält<sup>538</sup>. Denn in diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, daß die letzte Treuebruchsform den ihr zugrunde liegenden Motiven nach gerade deshalb in das Gesetz eingeführt worden ist, um zu verhindern, daß die Bestrafung strafwürdiger Fälle an zivilrechtlichen „Schwierigkeiten“ scheitert<sup>539</sup>.

- Bei den ansonsten unter die Kategorie „von Anbeginn nichtige Rechts- bzw. Treueverhältnisse“ subsumierten Sachverhalten wird - wie bereits angedeutet<sup>540</sup> - als Folge näherer Betrachtung offenbar, daß zwischen den Parteien in Wahrheit regelmäßig eine - *wirksame* - Beziehung bestand, kraft welcher den Tätern die Besorgung fremder Vermögensangelegenheiten tatsächlich übertragen war<sup>541</sup>. Zwar haben diese im Zusammenhang mit der von ihnen bekleideten Position oder Stellung stehende, nichtige Handlungen vorgenommen, die ihnen zudem untersagt waren. Die Beziehung als solche und infolge dessen auch die ihnen obliegenden Betreuungspflichten, gegen die sie durch ihr Verhalten verstoßen haben, waren aber davon unabhängig gleichwohl wirksam<sup>542</sup>. Aus diesem Grunde sind die Angeklagten gerade

---

<sup>538</sup> Vgl. Sch./Sch.-*Lenckner/Perron*, § 266 Rn. 30; *Lenckner*, Anmerkung, S. 794; s. auch BGH NStZ 97, 124 (4 StR 423/96).

<sup>539</sup> *Lenckner*, Anmerkung (2), S. 794; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT 1, § 45 Rn. 27.

<sup>540</sup> Vgl. oben, Fn. 533.

<sup>541</sup> Vgl. nur die in diesem Zusammenhang angeführten Beispiele aus der Rechtsprechung in LK-*Schünemann*, § 266 Rn. 63 und LK-*Hübner* (10. Aufl.), § 266 Rn. 78: RGSt. 72, 347, wo es darum ging, daß der angeklagte Beamte eine Grundbuchangelegenheit bearbeitet hatte, obwohl er diese kraft des ihm - *wirksam*, wenn auch nur eingeschränkt - erteilten behördlich Auftrages hätte an einen anderen Sachbearbeiter abgeben müssen; BGHSt. 9, 203, wo eine GmbH durch die *wirksam* zu Geschäftsführen bestellten Gesellschafter unter Verstoß gegen die Norm des (mittlerweile aufgehobenen) § 81 a GmbH eigene Geschäftsanteile erwarb und dadurch das Stammkapital der Gesellschaft beeinträchtigte.

<sup>542</sup> Vgl. unter Bezugnahme auf die in der Vorfußnote angeführten Beispiele: RGSt. 72, 347, 378, wo es wörtlich heißt: „Das Verbot, in eigener Sache tätig zu sein, schloß nicht aus, daß der Angeklagte *kraft seiner Amtsstellung* die Treuepflicht hatte, die Kostenberechnung und Kosteneinzahlung ordnungsgemäß vorzunehmen oder einzuleiten, ... . Die Übernahme dieser Aufgabe im Rahmen seiner amtlichen Tätigkeit begründete für ihn ohne weiteres kraft Treueverhältnisses die Pflicht, die Vermögensinteressen des Staates bei ihrer Erledigung wahrzunehmen, ohne Rücksicht darauf, daß ihm die Bearbeitung dieser Sachen verboten war.“; Gleiches gilt etwa für BGHSt. 9, 203, 217, wo das Gericht ausgeführt hat: „Während der Richter bei der Anwendung des in § 266 StGB umschriebenen Tatbestandes der Untreue in jedem Einzelfall festzustellen hat, ob dem Täter die Pflicht zur Betreuung der von ihm geschädigten fremden Vermögensinteressen oblag, ergibt sich das bei der Anwendung der erwähnten Sondervorschriften für die Mitglieder der Organe juristischer Personen *aus ihrer Stellung* von selbst. ... Denn sie verletzen, auch wenn sie nur zulassen, oder fördern, daß ein anderer durch sein Verhalten die Körperschaft unmittelbar benachteiligt, doch eine gerade ihnen persönlich auferlegte Vermögensfürsorgepflicht.“ (Kursivdruck durch den Verfasser hinzugefügt) Die Ausführungen in beiden Entscheidungen zeigen, daß in diesen Fällen in Wahrheit gar kein „von Anbeginn rechtsunwirksames Betreuungsverhältnis“ vorlag. Dieses war im Gegenteil wirksam zustande gekommen. Die Täter haben lediglich eine im Zusammenhang mit ihrer (Vermögensbetreuungs-) Stellung stehende, *nichtige (Einzel-) Handlung*

gem. § 266 wegen Untreue verurteilt worden<sup>543</sup>. Diese Sachverhalte sind aber streng von denjenigen zu unterscheiden, in welchen bereits das Grundverhältnis tatsächlich nichtig ist.

- Bei den Fällen erloschener Rechtsverhältnisse vermögensfürsorglicher Art handelt es sich schon der Natur nach um solche, die ehemals gültig waren und auch wieder wirksam würden abgeschlossen werden können, die jedoch ungeachtet ihrer Nichtigkeit einvernehmlich oder einseitig einstweilen fortgesetzt werden<sup>544</sup>. Aus diesem Grunde ist es gerechtfertigt, auch die Betreuungspflicht - bildlich gesehen parallel zum fortgeführten Grundverhältnis - weiter fortwirken zu lassen, bis die Beziehungen zwischen den Beteiligten endgültig zum Abschluß gebracht werden<sup>545</sup>.

- Gleiches gilt bei denjenigen Fallgestaltungen, in welchen das zugrunde liegende bürgerlich-rechtliche Geschäft - beispielsweise durch Anfechtung - mit Rückwirkung auf den Anbeginn ex tunc nichtig wird<sup>546</sup>. Denn hat sich der Täter - unter Verletzung der ihm bis zu diesem Zeitpunkt ja unzweifelhaft wirksam obliegenden Betreuungspflicht - bereits nach § 266 strafbar gemacht, kann er davon nicht etwa durch die - wenn auch rückwirkende - Beseitigung des (zivilrechtlichen) Grundverhältnisses „zurücktreten“<sup>547</sup>.

---

vorgenommen. Das ist jedoch nicht mit der Situation zu vergleichen, in welcher bereits das zugrunde liegende Rechtsverhältnis *nicht* wirksam entstanden ist.

<sup>543</sup> Das ist auch gerade der Unterschied zwischen den – von *Schünemann* in LK, § 266 Rn. 63 und *Hübner* in LK (10. Aufl.), § 266 Rn. 78 gleichwohl unter dieselbe Kategorie der „von Anbeginn rechtsunwirksamen Betreuungsverhältnisse“ subsumierten - Beispielsentscheidungen BGHZ 41, 282, 285, 287 und BGHSt. 9, 203, 211 ff.: Im ersteren Falle war bereits die Bestellung zum Vorstandsmitglied einer AG - und damit auch die mit dieser Position verbundene Vermögensbetreuungspflicht der Gesellschaft gegenüber - durch einen Formfehler *nicht* wirksam zustande gekommen. Im Gegensatz dazu waren die Täter im letzteren Falle jedoch gerade wirksam zu Geschäftsführern einer GmbH bestellt worden. Auf Grundlage dieser Position kommt ihnen auch die Pflicht zur Wahrnehmung der Vermögensinteressen der Gesellschaft zu (BGH a.a.O., S. 217).

<sup>544</sup> Vgl. insofern nur LK-*Schünemann*, § 266 Rn. 62 und LK-*Hübner* (10. Aufl.), § 266 Rn. 77 mit einer Vielzahl von Beispielen aus der Rechtsprechung nebst weiterer Hinweise, z.B.: Der Vormund zieht noch nach Beendigung der Vormundschaft Mündelforderungen ein (RGSt. 45, 434); Der Beauftragte bleibt trotz Erledigung des Auftrags weiter tätig (BGHSt. 8, 149); Das Vorstandsmitglied einer AG führt nach Ablauf seines Anstellungsverhältnisses die Vorstandsgeschäfte mit Zustimmung des Aufsichtsrats vorerst weiter (RG HRR 1935 1116 zu § 312 HGB a.F.; RG JW 1934, 696 zu § 266 a.F.); Der entlassene Handelsvertreter betreibt das Inkasso weiter.

<sup>545</sup> So auch *Lenckner*, Anmerkung (2), S. 795; *Arzt/Weber*, BT, § 22 Rn. 52.

<sup>546</sup> Vgl. insofern LK-*Hübner* (10. Aufl.), § 266 Rn. 78 und LK-*Schünemann*, § 266 Rn. 63.

<sup>547</sup> So auch RGSt. 73, 157, 160 (vgl. zum Sachverhalt näher oben, S. 119), wenn dort (unabhängig von der zur Entscheidung vorliegenden Fallgestaltung) ausgeführt wird, daß eine Vermögensbetreuungspflicht - und deshalb eine Strafbarkeit nach § 266 - jedenfalls dann vorläge, wenn zwischen den Parteien zunächst ein gültiges Auftragsverhältnis bestanden hätte und währenddessen eine Treuwidrigkeit begangen worden wäre - auch wenn das Auftragsverhältnis später erloschen wäre.

- In den vorausgezeigten Umständen besteht auch gerade der Unterschied zu den Fällen, in denen eine „Beziehung“ zwischen den Beteiligten *nur* aufgrund eines gesetzes- oder sittenwidrigen Rechtsverhältnisses besteht, wie im bereits angesprochenen Falle des Hehlers, der die ihm zwecks Weiterveräußerung vom Dieb überlassene Beute abredewidrig für sich selbst verwendet<sup>548</sup>. Hier ist es entgegen BRUNS keineswegs so, daß ein „nichtiges Rechtsverhältnis mehr ist als gar kein Rechtsverhältnis“<sup>549</sup>. Im Gegenteil hat der Gesetzgeber dadurch, daß er diese Geschäfte wegen ihres Inhalts für nichtig erklärt, grundsätzlich zum Ausdruck gebracht, daß sich aus denselben keinerlei Rechte und Pflichten für die Beteiligten ergeben sollen. Daran ändert - entgegen der Ansicht von BRUNS<sup>550</sup> - auch der zivilrechtliche Konditionsanspruch aus den 812 ff. BGB nichts. Denn dabei handelt es sich um das vom Gesetzgeber lediglich *dazu* in das BGB aufgenommene Rechtsinstitut, um Vermögenswerte, die der Bereicherte aus welchen Motiven auch immer (rechts-) grundlos erhalten hat, bei diesem wieder abzuschöpfen<sup>551</sup> - nicht aber, um das nichtige Rechtsverhältnis in dem Sinne „fortleben“ zu lassen, daß es immer noch ein „Mehr“ darstellte als gar kein Rechtsverhältnis. Von der sich aus den §§ 812 ff. BGB ergebenden bloßen Schuldnerpflicht völlig unabhängig ist das für nichtig erklärte „Rechtsverhältnis“, aufgrund dessen die Bereicherung überhaupt entstanden ist. Denn von der wegen ihres *Inhalts* für nichtig erklärten Vereinbarung müssen auch die mit ihr (ursprünglich) verfolgten Zwecke und Ziele erfaßt sein<sup>552</sup>. Der Spielraum, die Bewegungsfreiheit und die Selbständigkeit, welche dem Beauftragten hinsichtlich des Umgangs mit den ihm zur Verfügung gestellten Werten eingeräumt wurden und die nach ganz herrschender Ansicht Voraussetzung für die Annahme einer Vermögensbetreuungspflicht sind<sup>553</sup>, entfallen bzw. - genauer gesagt: - entstehen erst gar nicht. Der Beauftragte war - wegen der auf die ihm mit der Abmachung eingeräumten Freiheiten „durch-

---

<sup>548</sup> RGSt. **70**, 7, 9.

<sup>549</sup> Untreue, S. 860.

<sup>550</sup> A.a.O..

<sup>551</sup> Vgl. dazu näher oben, S. 111 ff..

<sup>552</sup> So wohl auch: OLG Braunschweig in NJW 1950, 656; dieselbe Konsequenz hat grundsätzlich auch der Bundesgerichtshof in BGHSt. **8**, 254, 257, 258 gezogen (vgl. zum Sachverhalt näher oben im Haupttext, S. 120). Allerdings scheidet der sich anschließende Versuch des Senats - gerade für den Fall, daß die zugrundeliegende Absprache zivilrechtlich nichtig ist -, eine „verbleibende rechtliche Vermögenssorgepflicht“ aus dem „überragenden Allgemeininteresse an der Ungestörtheit der öffentlichen Ordnung“ herleiten zu wollen. Diese Formulierung ist absolut inhaltsleer und viel zu unbestimmt, als daß man aus ihr eine „Vermögenssorgepflicht“ mit der Folge einer Strafbarkeit nach § 266 ableiten könnte. Gleiches gilt, wenn der BGH a.a.O. ausführt, daß der Täter die öffentliche Ordnung durch seine Bereicherung in derselben Weise gestört habe „wie - unter denselben äußeren Umständen - durch die Begehung eines *anderen* Vermögensverbrechens“. (Kursivdruck vom Verfasser hinzugefügt) Denn einmal abgesehen davon, daß (auch) hier schon nicht ersichtlich ist, was der BGH mit seinen abstrakt formulierten Äußerungen überhaupt meint (welches andere „Vermögensverbrechen“?), handelt es sich hierbei offenkundig um eine strafbegründende Analogie zu Lasten des Betroffenen.

<sup>553</sup> Vgl. nur Sch./Sch.-Lenckner/Perron, § 266 Rn. 24 mit zahlreichen w.N..

schlagenden“ Nichtigkeit des Grundgeschäfts - von Anfang an weder zu irgend etwas verpflichtet noch berechtigt. Eine Einwirkungsmöglichkeit auf fremdes Vermögen, etwa durch die Übergabe von Geld, ist abgesehen von der tatsächlichen Macht, die jeder hat, der zu fremdem Vermögen - durch dessen Überlassung - in Beziehung steht, von Anfang an nicht wirksam begründet worden, sondern es ist lediglich und ausschließlich die auf die Herausgabe des Empfangenen gerichtete Pflicht nach den §§ 812 ff. BGB entstanden<sup>554</sup>. Von Spielraum bzw. Bewegungsfreiheit kann dabei keine Rede sein. Der Empfänger steht seinem „Geschäftspartner“ vielmehr so gegenüber wie jeder andere auch, der aus irgendwelchen Gründen rechtsgrundlos eine Bereicherung erfahren hat<sup>555</sup>. Steckt er sich das Erhaltene entgegen seiner Verpflichtung aus den §§ 812 ff. BGB „in die eigene Tasche“, macht er sich, insofern ihm die Gegenstände nicht zu Alleineigentum übertragen wurden, wegen Unterschlagung strafbar<sup>556</sup>. Gehören sie ihm aufgrund vorangegangener wirksamer Eigentumsübertragung, macht er sich nach dem Willen des Gesetzgebers, von dem abzuweichen kein Anlaß besteht, nicht strafbar. Von einem „strafrechtlichen Freibrief“<sup>557</sup> kann schließlich keine Rede sein, wenn sich nach durchgeführter rechtlicher Prüfung eines Verhaltens herausstellt, daß dieses eben keinen Straftatbestand erfüllt - auch wenn es sich als (angeblich) strafwürdig darstellt<sup>558</sup>. Besteht zwischen den Beteiligten ansonsten keinerlei Beziehung, ist nicht einzusehen, warum derjenige, der etwa Geld zur Erfüllung eines nichtigen Kaufvertrages erhalten hat - und hier würde schließlich niemand eine Vermögensbetreuungspflicht für den Fall annehmen, daß sich der „Verkäufer“ das Geld „in die eigene Tasche steckt“ - anders behandelt werden sollte als derjenige, dem es zur unerlaubten Verschiebung von Devisen überlassen wurde. Beiden obliegt - da die zugrundeliegenden Vereinbarungen mangels Wirksamkeit irrelevant sind - nach der Rechtsordnung nur *eine* Verpflichtung: Die Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung. Nicht mehr und nicht weniger.

---

<sup>554</sup> Vgl. insofern auch BGHSt. 8, 254, 259.

<sup>555</sup> So auch Sch./Sch.-Lenckner/Perron, § 266 Rn. 31.

<sup>556</sup> BGH NJW 1954, 889.

<sup>557</sup> So Bruns, Untreue, S. 859 und 861; ders., Anmerkung, S. 151 und 152; ders., Betrachtungsweise, S. 139; ders. Strafrechtsordnung, S. 346; vgl. oben, S. 124 (Fn. 529).

<sup>558</sup> Die Anweisung, daß der Dieb das von ihm gestohlene Geld erst in einer Bank in „kleine Scheine“ eintausche, bevor es vom „Anstifter“ angenommen wird (sog. Ersatzhehlerei) ist nach der Rechtsprechung und der überwiegenden Ansicht in der Literatur ebenso nicht strafbar (vgl. nur Sch./Sch.-Stree, § 259 Rn. 14 mit einer Vielzahl von Nachweisen), obwohl dieses Verhalten vielerorts zumindest als strafwürdig erachtet wird. Das geltende Strafrecht deckt die meisten (strafwürdigen) Sachverhalte ab, aber eben nicht alle (vgl. Schaefer, Staatsanwaltschaften, S. 2861). Es ist jedoch nicht Aufgabe der Judikative, (aus ihrer Sicht) strafwürdiges Verhalten zu sanktionieren, indem die dies - nach dem hier vertretenen Standpunkt: offensichtlich - nicht zulassenden Vorschriften über die Maßen und zu Lasten des Betroffenen „strapaziert“ werden. Auch das verkennt Bruns. Vielmehr ist der Gesetzgeber gehalten, entsprechende Straftatbestände zu schaffen, wenn er Verhalten wie das in Streit stehende sanktioniert wissen will.

Zwar ist die letzte Treuebruchsalternative - wie bereits an anderer Stelle festgestellt wurde<sup>559</sup> - gerade deshalb in das Gesetz eingeführt worden, um zu verhindern, daß die Bestrafung strafwürdiger Fälle an zivilrechtlichen „Schwierigkeiten“ scheitert. Das heißt jedoch im Umkehrschluß nicht, daß jede Überlassung von Werten gleichwohl eine Vermögensbetreuungspflicht begründete<sup>560</sup> - zumal wenn deren zugrunde liegende Zweckbestimmung von der Rechtsordnung gerade wegen ihres *Inhalts* für nichtig erklärt wird. Darin liegt auch der Unterschied zu den Fallgestaltungen begründet, in welchen eine Vermögensbetreuungspflicht trotz eines - aus anderen Gründen - bürgerlich-rechtlich nichtigen Grundverhältnisses kraft Treueverhältnis entsteht.

#### **d. Übertragung der entwickelten Ergebnisse auf die Rechtsprechung von RG und BGH**

Vor diesem Hintergrund sind auch die oben<sup>561</sup> näher beschriebenen Einzelfallentscheidungen des RG und des BGH zu sehen: Wie bereits ausgeführt, ist in RGSt. 70, 7 nicht ersichtlich, daß zwischen Dieb und Hehler eine über die durch ihre Abrede „begründete“ Verbindung hi-

---

<sup>559</sup> Vgl. S. 126.

<sup>560</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang die rechtskräftig gewordene Entscheidung des AG Siegen vom 23.10.1984 (abgedruckt in: wistra 1985, 196 f.), die auch in der allgemeinen Presse Beachtung gefunden hat (vgl. „Der Spiegel“ 2/1985, S. 62 ff.). Dort ging es um die Folgen eines Versuchs einer Gruppe von Banken, ihre Position beim Zusammenbruch einer Firmengruppe auf Kosten der übrigen Gläubiger zu sichern. Die Hausbanken der Firmengruppe hatten dieser nach Erkenntnis ihrer wahren wirtschaftlichen Verhältnisse alle Kredite gekündigt und zu ihrer - der Banken - Absicherung sämtliche Vermögenswerte (Forderungen, Halb- und Fertigwaren, Grundschulden) auf einen von ihnen gebildeten Bankenpool übertragen lassen. Nur unter dieser Bedingung waren die Banken bereit, trotz Kündigung nicht auf der sofortigen Rückzahlung der Kredite zu bestehen. Entgegen den getroffenen Vereinbarungen verschwie der Angeklagte, der zum Geschäftsführer der Firmengruppe bestellt war, dem Pool den Eingang mehrerer Schecks in namhafter Höhe. Das AG verurteilte den Angeklagten für den Abschluß der Übertragungs„verträge“ wegen Gläubigerbegünstigung nach § 283 c. Hinsichtlich des ihm von der Anklage für das Verschweigen der Geldeingänge vorgeworfenen Verstoßes gegen § 266 wurde er aus rechtlichen Gründen freigesprochen: Das AG verneinte eine Herleitung von Treuepflichten aus der (nichtigen) Übertragungsvereinbarung, zumal „der Angeklagte ja dafür bestraft wird, daß er diese Verträge *überhaupt abgeschlossen* hat“. (Kursivdruck vom Verfasser hinzugefügt) Soweit ersichtlich, hat sich bislang kein Vertreter der Ansicht, die auch die sich aus verbotenen bzw. sittenwidrigen Abreden ergebenden „Treueverhältnisse“ allgemein durch § 266 geschützt wissen will, zu dieser Entscheidung - möglicherweise, weil es sich um eine solche eines Untergerichts handelt - geäußert. Dabei bestünde guter Grund dazu, einmal zu erläutern, wie es mit der Rechtsordnung in Einklang zu bringen sein sollte, daß der Angeklagte auf der einen Seite - zu Recht - gerade *wegen* des Abschlusses der „Verträge“ aus § 283 c bestraft wird, wobei sich auf der anderen Seite aber aus dieser - dem StGB zuwiderlaufenden - Vereinbarung „Treuepflichten“ ergeben sollen, an die er sich zu halten haben soll, um einer (weiteren) Bestrafung nach § 266 zu entgehen.

<sup>561</sup> Vgl. S. 119 ff..

nausgehende Beziehung bestanden hätte<sup>562</sup>. Eine Vermögensbetreuungspflicht des Hehlers wird durch die - verbotene - Absprache allein keinesfalls begründet.

Gleiches gilt nach dem hier vertretenen Standpunkt für RGSt. 73, 157 (160): Das Gericht hat a.a.O. selbst ausgeführt, daß bei der (damaligen) Vorschrift des § 31 RAO - auf die es sich zur Begründung einer Treuepflicht berief und auf welcher die gesamte Entscheidung basiert -, die es dem Anwalt zur Pflicht machte, seinen Beruf getreu seinem Eide auszuüben, „wohl nicht an den Schutz bestimmter Personenkreise oder gar bestimmter Einzelpersonen gedacht, vielmehr ein allgemeiner Grundsatz aufgestellt worden“ sei. Ein wirklicher Grund dafür, warum sich aus dieser - allgemeinen - Vorschrift für den Fall, daß „ein Anwalt diesem Verbote zuwider seine Berufstätigkeit einmal zur Verfügung gestellt“ hat, eine Treuepflicht auch den Personen gegenüber ableiten lassen soll, „gegenüber denen er sich pflichtwidrig zur Mitwirkung erklärt hat“, ist weder ersichtlich noch vom RG dargetan. Da der Anwaltsvertrag im gegenständlichen Sachverhalt offensichtlich ebenfalls von der Nichtigkeit umfaßt sein soll<sup>563</sup>, steht der Rechtsanwalt seinem „Auftraggeber“ hinsichtlich des ihm von diesem (für die Ausführung eines verbotenen Devisengeschäfts) überlassenen Geldes vielmehr genauso gegenüber wie jeder andere, der von ihm - dem Auftraggeber - eine rechtsgrundlose Bereicherung empfangen hat<sup>564</sup>. Davon geht das RG im übrigen *selbst* aus, wenn es in diesem Zusammenhang zunächst nur von einem dem Auftraggeber dem Rechtsanwalt gegenüber zustehenden „Bereicherungsanspruch“ - und gerade nicht von einer Vermögensbetreuungspflicht kraft Treueverhältnisses - spricht<sup>565</sup>. Wie aus dem dem Auftraggeber (lediglich) zustehenden Kondiktionsanspruch aber eine Pflicht „zur gewissenhaften Betreuung des Anspruchs auf Rückgabe“ mit der Folge entstehen soll, daß im Falle der „Zuwiderhandlung“ eine Untreue vorliege, bleibt offen. Das RG bietet dafür keinerlei Begründung auf, sondern *stellt* lediglich *fest*, daß der Anwalt die ihm „hiernach“ obliegenden Pflichten verletzt habe<sup>566</sup>.

Ein Treueverhältnis besteht nach dem Vorgesagten auch nicht zwischen den Beteiligten einer Vereinbarung, deren Beziehung allein die Beschaffung von Falschgeld mittels von dem Auftraggeber zur Verfü-

---

<sup>562</sup> Völlig unabhängig davon ist die weitergehende - nach dem hier vertretenen Standpunkt zu verneinende - Frage, ob denn das Diebesgut überhaupt zum geschützten Vermögen des Diebes gehört (vgl. dazu bereits oben, S. 83 ff. und unten, S. 139).

<sup>563</sup> Das Gericht erklärte das Vertragsverhältnis für „gemäß dem § 38 DevG 1935 i.V.m. den §§ 134, 138 BGB nichtig“ (S. 159).

<sup>564</sup> Dem steht - worüber sich dem Tatbestand nichts entnehmen läßt - grundsätzlich nicht entgegen, daß das Geld dem Anwalt möglicherweise im Sinne des § 246 Abs. 1 „anvertraut“ wurde. Vgl. in diesem Zusammenhang oben, Fn. 508.

<sup>565</sup> Vgl. RGSt. 73, 157, 160.

<sup>566</sup> RG, a.a.O., S. 161.

gung gestellter Gelder zum Inhalt hat<sup>567</sup>. Mangels näherer Informationen im Tatbestand nicht aufklärbar ist hingegen, ob im Sachverhalt BGHSt. 8, 254 tatsächlich eine (wirksame) Vermögensbetreuungspflicht des Angeklagten vorlag oder nicht<sup>568</sup>. Eine solche könnte sich jedoch - wenn überhaupt - nur aus seiner Stellung als Funktionär der FDJ ergeben. Es wird nicht deutlich, welche Rechte und Pflichten des Angeklagten mit der von ihm - auch zum Tatzeitpunkt noch - bekleideten Position verbunden waren. Der BGH spricht in diesem Zusammenhang lediglich von „seinen allgemeinen Verwaltungspflichten“<sup>569</sup>, ohne aber - unter Berücksichtigung der tatsächlichen Umstände des Einzelfalles - auf Inhalt und Umfang derselben näher einzugehen. Er läge jedoch, abgesehen von seiner sonstigen Begründung, zumindest vom Ansatzpunkt her richtig, wenn er die Treuepflicht aus dem zwischen dem Angeklagten und der FDJ - Organisation zum Tatzeitpunkt bestehenden, *wirksamen Beschäftigungsverhältnis* abzuleiten versuchte<sup>570</sup>. Ob das Gericht davon tatsächlich ausgegangen ist, geht aus den Entscheidungsgründen nicht eindeutig hervor: Zwar führt der Senat explizit aus, daß „die Entscheidung BGH NJW 1954, 889 Nr. 16, die einen vergleichbaren Fall behandelt“, der von ihm vertretenen Ansicht nicht entgegenstehe, „weil der Täter in jenem Falle nicht mehr die bei § 266 StGB vorausgesetzten selbständigen Befugnisse besaß, sondern nur noch zur Rückgabe von Geld verpflichtet war“<sup>571</sup>. Auf der anderen Seite ist jedoch davon die Rede, daß eine Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, bisweilen gerade dann Platz greife, wenn das Rechtsgeschäft, das der Beziehung zum Treugeber *zugrunde* liegt, „wegen Gesetzes- oder Sittenverstoßes nichtig ist“<sup>572</sup>. Einhergehend mit der Feststellung, daß die Abreden, Zwecke und Ziele, auf denen die Vereinbarung basierte, unbeachtlich seien<sup>573</sup>, ist deshalb davon auszugehen, daß das Gericht vorliegend auch das Treueverhältnis als solches für unwirksam hielt und nicht nur von einer einzelnen gegen strafrechtliche Verbote verstoßenden Weisung im Rahmen einer *wirksamen* Treuebeziehung ausging. Vor diesem Hintergrund ist die Entscheidung nach dem hier vertretenen Standpunkt schon vom Ansatzpunkt ihrer Begründung her unrichtig<sup>574</sup>.

---

<sup>567</sup> So auch BGH NJW 1954, 889.

<sup>568</sup> Vgl. zum dieser Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt oben, S. 121.

<sup>569</sup> BGHSt. 8, 254, 258.

<sup>570</sup> Vgl. dazu auch oben, Fn. 543.

<sup>571</sup> BGHSt. 8, 254, 259.

<sup>572</sup> BGHSt. 8, 254, 257.

<sup>573</sup> BGHSt. 8, 254, 258.

<sup>574</sup> Dazu, daß sie es auch vom Ergebnis her ist, weil es sich hier jedenfalls um eine verbotene - und nicht „nur“ gegen die guten Sitten verstoßende - Anweisung handelte (wenngleich möglicherweise innerhalb eines grundsätzlich *wirksamen* Betreuungsverhältnisses), vgl. unten, S. 134 ff..

## 2. Vermögensnachteil im Sinne des § 266?

### a. für den Fall, daß *keine* wirksame Vermögensbetreuungspflicht besteht

Der Begriff des Vermögens bestimmt sich bei der Untreue grundsätzlich gleich dem beim Betrug bzw. der Erpressung<sup>575</sup>. Gleiches gilt hinsichtlich des „Nachteils“, der dem Vermögensschaden im Sinne der §§ 263, 253 entspricht<sup>576</sup>. Bereits oben<sup>577</sup> ist angedeutet worden, daß die Lösung der Fälle, denen ein gesetz- oder sittenwidriger Auftrag zugrunde liegt, neben der Prüfung des Vorliegens einer Vermögensbetreuungspflicht wesentlich vom strafrechtlichen Vermögensbegriff bzw. der Frage nach dem Eintritt eines Nachteils im Sinne des § 266 mitbestimmt wird<sup>578</sup>. Genau betrachtet gehen diese beiden Prüfungspunkte wegen der der Untreue eigenen Struktur miteinander einher. Denn zwar stellt die Treuepflicht kein selbständiges Rechtsgut des § 266 dar<sup>579</sup>. Gleichwohl bezeichnet sie die Sonderbeziehung, innerhalb welcher der Treubruchstatbestand das Vermögen schützt. Die zur Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen geforderte Treuwidrigkeit, d.h. also die pflichtwidrige Verletzung der dem Auftragnehmer obliegenden Betreuungspflicht, kennzeichnet nämlich die der Untreue *eigenen* Angriffsmodalitäten auf das Vermögen<sup>580</sup>. Deshalb muß die Tat stets unter Ausnutzung dieser die Tätereigenschaft *begründenden* Sonderbeziehung zu dem fremden Vermögen begangen werden<sup>581</sup>. Besteht - aus welchen Gründen auch immer - zwischen den Beteiligten keine solche Sonderbeziehung, *kann* der „Täter“ dem Vermögen seines Geschäftspartners nach dem Willen des Gesetzgebers unter untreuerelevanten Gesichtspunkten auch keinen Nachteil zufügen. Dies ist - wie oben herausgearbeitet - nach dem hier vertretenen Standpunkt in den Sachverhalten, in welchen die Verbindung zwischen den Beteiligten allein auf einer strafrechtlich verbotenen oder gegen die guten Sitten verstoßenden Abrede basiert, der Fall.

---

<sup>575</sup> Vgl. oben, S. 1 sowie die in Fn. 2 Genannten.

<sup>576</sup> Vgl. nur Sch./Sch.-Lenckner/Perron, § 266 Rn. 39; Tröndle/Fischer, § 266 Rn. 20; LK-Schünemann, § 266 Rn. 132; LK-Hübner (10. Aufl.), § 266 Rn. 90, 95; alle jeweils m.w.N..

<sup>577</sup> Vgl. S. 119.

<sup>578</sup> Arzt/Weber, BT, § 22 Rn. 55.

<sup>579</sup> Von § 266 geschütztes Rechtsgut ist nach ganz h.M. allein das Vermögen, vgl. z.B. LK-Schünemann, § 266 Rn. 28; LK-Hübner (10. Aufl.), § 266 Rn. 19; SK-Samson/Günther, § 266 Rn. 2; Sch./Sch.-Lenckner/Perron, § 266 Rn. 1, jeweils m.w.N..

<sup>580</sup> Sch./Sch.-Lenckner/Perron, a.a.O..

<sup>581</sup> Sch./Sch.-Lenckner/Perron, § 266 Rn. 36; die Untreue ist deshalb ein Sonderdelikt (BGHSt. 13, 330, 331).

**b. bei einer einzelnen gegen strafrechtliche Verbote oder gute Sitten verstoßenden Weisung im Rahmen eines *wirksamen* Treueverhältnisses**

Von den vorbehandelten streng zu unterscheiden sind diejenigen Sachverhalte, in welchen zwischen den Beteiligten eine Sonderbeziehung in Form eines Betreuungsverhältnisses zwar *wirksam besteht*, der Treugeber aber eine einzelne gegen strafrechtliche Verbote oder gute Sitten verstoßende - und deshalb unwirksame - Anweisung erteilt. Auch im Rahmen dieser Fallgestaltungen stellt sich die Frage, ob ein Nachteil im Sinne des § 266 für das zu betreuende Vermögen verursacht wird, wenn der Auftragnehmer diejenigen Werte, auf die sich die verbotene oder sittenwidrige Weisung bezieht, abredewidrig (für sich selbst) verwendet.

Dabei ist zwischen - von dem Treugeber - rechtmäßig und unrechtmäßig erworbenen Gütern sowie zwischen verbotenen und „lediglich“ gegen die guten Sitten verstoßenden Anweisungen zu unterscheiden.

**aa. Anweisung der Verwendung rechtmäßig erworbener wirtschaftlicher Werte im Rahmen eines verbotenen Geschäfts**

Als Beispielsachverhalt erneut heranziehen läßt sich die bereits oben genannte, vom BGH (St. 8, 254) entschiedene Fallgestaltung, wenn man in diesem Zusammenhang einmal davon ausginge, daß der Angeklagte in einem wirksamen Treueverhältnis zur FDJ - Organisation stand<sup>582</sup>. Denkbar wäre ferner, daß der - vermögensbetreuungsverpflichtete - Prokurist den Auftrag erhält, von seitens der Firma zur Verfügung gestelltem Geld „Blüten“ zu erwerben und sich dieses statt dessen in die „eigene Tasche“ steckt.

Unstreitig ist in diesen Fallgestaltungen wiederum, daß es sich bei den vom Treugeber zur Verfügung Gütern um solche handelt, die - jedenfalls ursprünglich - zu dessen geschütztem Vermögen gehörten. Es geht mithin um (jedenfalls ehemals) „gutes Geld“. Zu untersuchen ist, ob dies unter Berücksichtigung der Zweckbestimmung, welche der Abrede zugrunde liegt, auch so bleibt.

Selbstverständlich ist, daß § 266 schon mangels Pflichtverletzung nicht einschlägig sein kann, wenn der Auftragnehmer die Weisung (nur) nicht ausführt. Insofern besteht kein Unterschied zu den Fällen, in denen schon *kein* wirksames Treueverhältnis besteht<sup>583</sup>: Der Auftragnehmer

---

<sup>582</sup> Vgl. oben S. 121.

<sup>583</sup> Vgl. dazu oben, Fn. 512.

kann - auch im Rahmen eines wirksamen Verhältnisses - nach dem Willen der Rechtsordnung nicht zu verbotenen Handlungen angewiesen werden<sup>584</sup>.

Es ist bereits an anderer Stelle<sup>585</sup> festgestellt worden, daß ein einmal zum geschützten Vermögen gehörender Wert diesen Status nicht für immer innehaben muß, sondern der Umfang desselben gleichsam vom Verwendungszweck des Guts abhängig ist. Dabei wurde herausgearbeitet, daß ein als Vorleistung für die Erbringung eines gegen strafrechtliche Verbote verstoßenden Verhaltens gezahltes Entgelt nach der Rechtsordnung in dem Moment seines vermögensstrafrechtlichen Schutzes verlustig geht, in welchem der Investierende den Wert mit einer derartigen Zweckbestimmung aus der Hand gibt. Begründet wurde dies damit, daß die Rechtsordnung die Vermögenslage, die entsteht, wenn der „Schuldner“ die Leistung ungeachtet seiner nicht vorhandenen Verpflichtung hierzu gleichwohl bewirkt, nicht akzeptiert. Die „ordnungsgemäße“ Abwicklung des Geschäfts führte auf Seiten des Auftragnehmers nicht zu einem legalen Haben, sondern der ihm für seine Leistung zugewendete Vermögensvorteil unterläge im Gegenteil gem. §§ 73 ff. dem Verfall.

Gleiches muß nach dem hier vertretenen Standpunkt für die vorliegende Fallgestaltung gelten, daß nämlich der Auftragnehmer ihm zur Verfügung gestellte Wirtschaftsgüter - nach der zwischen den Parteien bestehenden Vereinbarung - in gegen strafrechtliche Verbote verstoßender Weise verwenden soll. Da die der Abrede zugrunde liegenden, verbotswidrigen Folgehandlungen Hauptzweck der Vereinbarung sind, ist das Geschäft wegen eines Verstoßes gegen die jeweiligen Verbotsgesetze in Verbindung mit § 134 BGB nichtig<sup>586</sup>. Das Zivilrecht „vollstreckt“ demnach (auch hier) die ihm vom Strafrecht vorgegebenen „Weisungen“, indem es die Abrede unter Zugrundelegung strafrechtlicher Wertungen für unbeachtlich erklärt<sup>587</sup>. Verlangt aber die Rechtsordnung von (anderen) Teilgebieten des Rechts, diesen strafrechtlichen Wertungen Folge zu leisten und entsprechend den jeweils zur Verfügung stehenden Möglichkeiten zu reagieren<sup>588</sup>, können diese Wertungen innerhalb des Strafrechts selbst nicht unberücksichtigt bleiben.

---

<sup>584</sup> BGH NJW 1965, 770, 771. So liegt selbstverständlich kein im Sinne des § 266 pflichtwidriges Unterlassen vor, wenn z.B. der Abschluß eines wirtschaftlich günstigen Geschäfts rechtlich unzulässig ist (BGH bei Holtz MDR 79, 456). Ansonsten ist der Auftragnehmer bei Ausübung seiner Tätigkeit ihm gegebene (wirksame) Weisungen und Richtlinien natürlich zu befolgen verpflichtet (RG 71, 155, 157; BGH NStZ 84, 549, 550).

<sup>585</sup> Vgl. oben, S. 30 und 38 ff..

<sup>586</sup> Vgl. Staudinger-Sack, § 134 Rn. 162; ders., § 138 Rn. 495; OLG Nürnberg MDR 1978, 669 (für ein zum Zwecke verbotenen Glücksspiels (§ 284) gewährtes Darlehen).

<sup>587</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang schon oben, S. 33 und 38.

<sup>588</sup> Innerhalb des Bürgerlichen Rechts: durch Nichtigkeitserklärung der Vereinbarung nach § 134 BGB. Diese Vorschrift wird aber - wie ausgeführt - innerhalb anderer Rechtsgebiete wie beispielsweise dem Verwaltungsrecht entsprechend angewandt (vgl. § 59 Abs. 1 VwVfG).

Schon vor diesem Hintergrund muß den Gütern, die von dem Auftragnehmer in verbotener Weise verwandt werden sollen, der strafrechtliche Schutz versagt werden, sobald sich diese Zweckbestimmung durch Hergabe bzw. durch sonstige Einräumung einer Einflußmöglichkeit nach außen manifestiert.

Auch akzeptiert die Rechtsordnung die bei diesen Sachverhalten im Falle verabredungskonformer Durchführung des Auftrags entstehende Vermögenslage nicht. Vielmehr unterliegt das zur Begehung von Straftaten zu nutzende Geld der Einziehung im Sinne der §§ 74 ff<sup>589</sup>.

---

<sup>589</sup> Vgl. RGSt. **35**, 391 für Geld, das zur Begehung „des vorsätzlichen Vergehens des gewerbsmäßigen Glücksspiels bestimmt gewesen“ ist. In RGSt. **52**, 201 hob das Gericht das angefochtene Urteil des LG Dresden, soweit dort auf Basis des damaligen § 40 auf die Einziehung eines Rechnungs- bzw. Depositenbuchs erkannt worden war, auf, weil dieses „nur Beweismittel für die darin verzeichneten Forderungen gegen die Bank“ sei. Gleichzeitig wies es aber a.a.O. darauf hin, daß Gegenstand der Einziehung statt dessen die zur Fortsetzung des unerlaubten Handelsbetriebs und des Preiswuchers geleisteten Gelder *selbst* sein können (nach heutigem Recht bedürfte es einer solchen Unterscheidung nicht mehr, weil unter „Gegenstände“ im Sinne des § 74 neben körperlichen Sachen unstreitig auch Rechte zu verstehen sind); vgl. *Tröndle/Fischer*, § 74 Rn. 8; *LK-Schäfer* (10. Aufl.), § 74 Rn. 17.

Hier wie auch in den vor betrugsrelevantem Hintergrund diskutierten Sachverhalten bringt die Rechtsordnung damit zum Ausdruck, daß sie das Vertrauen des Auftraggebers in die korrekte Abwicklung des Geschäfts in derartigen Fällen in keiner Weise für schützenswert erachtet, sondern dieses im Gegenteil in jeder Hinsicht soll sanktionslos enttäuscht werden können.

Der Auftraggeber mag wirtschaftlich wertvolle Güter verlieren, wenn er seinen Geschäftspartner damit beauftragt, dieselben in gegen strafrechtliche Verbote verstoßender Weise zu verwenden und sich dieser nicht vereinbarungskonform verhält. Einen Nachteil im Sinne des § 266 erleidet er dabei aber nicht.

### **(1) Konformität mit zivilrechtlichen Wertungen**

Dagegen spricht unter dem Gesichtspunkt der Einheit der Rechtsordnung auch nicht, daß dem Auftraggeber hier nach der Rspr. des BGH ein Kondiktionsanspruch aus den §§ 812 ff. BGB zustehen soll<sup>590</sup>. Denn es geht - wie bereits herausgearbeitet<sup>591</sup> - bei der ungerechtfertigten Bereicherung nicht darum, die Einbuße, die der „Entreicherte“ erlitten hat, auszugleichen; vielmehr soll nur die Vermögensmehrung beim „Bereicherten“ wieder beseitigt werden. Die unterschiedlichen Wertungen und Strukturprinzipien, die (speziell) dem zivilrechtlichen Bereicherungsrecht im Vergleich zum Vermögensstrafrecht zugrunde liegen, werden an dieser Stelle (wiederum) offenbar: Während sich § 266 hinsichtlich seiner Einschlägigkeit (u.a.) daran orientiert, ob durch das Täterverhalten bei dem zu betreuenden Vermögen als geschütztem Rechtsgut ein Nachteil - zivilrechtlich ausgedrückt also: eine *Entreichung* - eingetreten ist, liegt die dem praktisch diametral gegenüberstehende *Funktion* der §§ 812 ff. BGB allein darin, festzustellen, ob der Anspruchsschuldner einen rechtsgrundlosen Vorteil in Form einer Vermögensmehrung - eine *Bereicherung* also - erfahren hat, die es (wieder) abzuschöpfen gilt. Nicht mehr und nicht weniger wird durch die Bejahung der Tatbestandsvoraussetzungen festgestellt. Darauf, ob der „Entreicherte“ als Anspruchsinhaber dabei einen Schaden erlitten hat oder nicht, kommt es in diesem Zusammenhang überhaupt gar nicht

---

<sup>590</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang bereits oben, Fn. 507, mit Verweisen auf die Rspr. von BGH und RG: Danach ist als Leistung gem. § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. BGB nur eine solche Zuwendung zu verstehen, die *e n d g ü l t i g* in das Vermögen des Empfängers übergehen soll. Dagegen falle nicht die Überlassung eines Vermögenswertes darunter, wenn diese - wie hier - nur zu einem vorübergehenden Zweck erfolgt und der andere Teil wirtschaftlich nicht in dem Genuß des Hingegebenen verbleiben soll. In diesen Fällen liege dementsprechend keine „Leistung“ im Sinne des § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. BGB vor, so daß die Bestimmung des § 817 S. 2 BGB dort nur für das als Entgelt für die erbrachte Leistung erhaltene Honorar Anwendung finden könne.

<sup>591</sup> Vgl. oben, S. 111 f..

an, weil hierfür *andere und zusätzliche* Gesichtspunkte maßgeblich sind<sup>592</sup>. Das Vorliegen der Voraussetzungen eines Bereicherungsanspruchs läßt demnach keinerlei Rückschlüsse darauf zu, ob dem „Entreicherten“ in diesem Zusammenhang auch ein strafrechtlich relevanter Vermögensschaden entstanden ist. Von einem Widerspruch innerhalb der Rechtsordnung kann vor diesem Hintergrund keine Rede sein.

Zivilrechtliche Grundlagen, auf deren Basis der „Treugeber“ vom Auftragnehmer Schadensersatz verlangen könnte, liegen nicht vor. Wegen des beiderseitigen Sittenverstoßes scheidet insbesondere auch ein Anspruch nach § 826 BGB aus<sup>593</sup>.

## **(2) Zwischenergebnis**

Eine Untreuestrafbarkeit liegt mangels (Vermögens-) Nachteils nicht vor in den Fällen, in welchen zwischen den Beteiligten eine Sonderbeziehung in Form eines Betreuungsverhältnisses zwar *wirksam besteht*, der Treugeber aber eine einzelne gegen strafrechtliche Verbote verstoßende Anweisung erteilt und der Auftragnehmer diejenigen Werte, auf die sich die verbotene Weisung bezieht, abredewidrig (für sich selbst) verwendet.

### **bb. Anweisung der Verwendung rechtmäßig erworbener wirtschaftlicher Werte im Rahmen eines sittenwidrigen Geschäfts**

So wenig der Auftragnehmer - wenn auch im Rahmen eines wirksamen Betreuungsverhältnisses - nach dem Willen der Rechtsordnung zu strafrechtlich verbotenen Handlungen angewiesen werden kann, ist dies mit Blick auf ein „nur“ sittenwidriges Verhalten der Fall<sup>594</sup>. Denkbar wäre in diesem Zusammenhang beispielsweise die Fallgestaltung, daß ein - vermögensbetreuungsverpflichteter - Prokurist angewiesen wird, im Namen seines Arbeitgebers Schmiergeld„verträge“ mit einem Vertreter des anderen Teils zu schließen<sup>595</sup> und die versprochenen Gelder direkt auszuzahlen.

---

<sup>592</sup> Vgl. *Larenz/Canaris*, BT 2, § 67 I 1 c).

<sup>593</sup> Vgl. *Staudinger-Sack*, § 138 Rn. 160; *Palandt-Heinrichs*, § 138 Rn. 17; vgl. auch schon oben, S. 13. Ein Schadensersatzanspruch läßt sich natürlich auch nicht aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266 ableiten, da die Einschlägigkeit des Untreuetatbestandes gerade zu Überprüfung steht.

<sup>594</sup> Vgl. BGH NJW 1965, 770, 771.

<sup>595</sup> Vgl. BGH NJW 1962, 1099 und 1973, 363, wo die Schmiergelder jeweils dafür gezahlt wurden, um bei der Vergebung von Aufträgen bevorzugt zu werden; BGH WM 1991, 646 (als Maklerprovision „getarntes“ Schmiergeld).

Selbstverständlich ist, daß § 266 schon mangels Pflichtverletzung auch hier nicht einschlägig sein kann, wenn der Auftragnehmer die Weisung (nur) nicht ausführt<sup>596</sup>. Gleichwohl ist in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, daß der Auftragnehmer dessen ungeachtet in einer grundsätzlich wirksamen Sonderverbindung zu dem fremden Vermögen steht. Entscheidender Unterschied im Vergleich zu den verbotenen Anweisungen ist aber, daß die mit einer „lediglich“ sittenwidrigen Zweckbestimmung eingesetzten Vermögenswerte nach dem hier vertretenen Standpunkt deshalb nicht ihres vermögensstrafrechtlichen Schutzes verlustig gehen. Denn die Herbeiführung des mit einer derartigen Abrede intendierten Zustandes ist unter Zugrundelegung der Prüfungsergebnisse vor betrugsrelevantem Hintergrund<sup>597</sup> ein solcher, der von der Rechtsordnung grundsätzlich akzeptiert wird: Schlösse der Auftragnehmer das sittenwidrige Geschäft mit dem Dritten weisungsgemäß ab und würden beide Seiten ungeachtet ihrer fehlenden rechtlichen Erfüllungsverpflichtung vereinbarungs„konform“ leisten, führte die Abwicklung des - wenn auch sittenwidrigen - Geschäfts gleichwohl zu einem legalen Haben der Beteiligten.

Aus der wirksamen Sonderverbindung folgt aber neben dem Gebot, die Interessen des zu betreuenden Vermögens wahrzunehmen, zugleich das *Verbot*, den Vermögensinhaber zu schädigen<sup>598</sup>. Vor diesem Hintergrund ist ein Treubruch nicht nur darin zu sehen, daß der Täter die ihm übertragenen Aufgaben zum Nachteil des zu Betreuenden ausführt<sup>599</sup>, sondern als Treuepflichtverletzung kommt selbstverständlich vielmehr auch das Zerstören, Beschädigen, Entwenden oder Unterschlagen von Vermögensgegenständen des Treugebers in Betracht<sup>600</sup>. Insofern kann aus dem wirksamen Betreuungsverhältnis zwar nicht die Pflicht folgen, das sittenwidrige Geschäft mit der Folge zu tätigen, daß ein Zuwiderhandeln gegen die erteilte Weisung - selbst wenn das Geschäft wirtschaftlich günstig gewesen wäre - ein pflichtwidriges Unterlassen im Sinne des § 266 darstellte. Die - insoweit unwirksame - (Einzel-) Anweisung entbindet den Auftragnehmer aber auf der anderen Seite auch nicht von den ihm *sonst* auf Basis der Sonderbeziehung obliegenden - wirksamen - Pflichten, so auch nicht von dem Verbot der Schädigung des von ihm zu betreuenden Vermögens. Denn in diesem Fall steht er dem Treugeber - im Gegensatz zu demjenigen, den bis auf die wegen Verstoßes gegen gesetzliche Verbote oder gute Sitten bereits *als solche unwirksame Abrede* nichts weiter mit seinem „Geschäftspartner“ verbindet - gerade nicht so gegenüber wie jeder andere,

---

<sup>596</sup> Vgl. insofern schon oben, S. 134 sowie Fn. 512.

<sup>597</sup> Vgl. oben, S. 48 ff..

<sup>598</sup> Sch./Sch.-Lenckner/Perron, § 266 Rn. 36 m.w.N..

<sup>599</sup> Z.B. der Geschäftsführer oder Prokurist Waren statt mit Gewinn mit Verlust verkauft oder verkaufen läßt (BGH GA 71, 209, 210; Dallinger, Rechtsprechung, S. 534).

<sup>600</sup> Sch./Sch.-Lenckner/Perron, a.a.O..

dem aus irgendwelchen Gründen - rechtsgrundlos - ein Vermögenswert überlassen wurde<sup>601</sup>. Dieses Schädigungsverbot verletzt der Beauftragte, wenn er sich die ihm zwecks Verwendung für das sittenwidrige Geschäft überlassenen Werte - ungeachtet seiner unwirksamen Verpflichtung zur Befolgung *dieser* Weisung - unter Ausnutzung der Sonderbeziehung „in die eigene Tasche“ steckt. Denn die unwirksame (Einzel-) Anweisung ist auf die dem Betreuenden aufgrund der bestehenden Sonderbeziehung ansonsten obliegenden Pflichten insofern keinen Einfluß zu nehmen in der Lage.

Der Beauftragte macht sich vor diesem Hintergrund der Untreue schuldig.

### **cc. Anweisung der Verwendung unrechtmäßig erworbener wirtschaftlicher Werte im Rahmen eines verbotenen oder sittenwidrigen Geschäfts**

Es ist bereits innerhalb der unter betrugsrelevanten Gesichtspunkten durchgeführten Prüfung festgestellt worden, daß - nach dem hier vertretenen Standpunkt - hinsichtlich des unrechtmäßigen Besitzes zwischen redlichem und unredlichem Besitz zu unterscheiden ist<sup>602</sup>: Während der redliche Besitz wegen der mit diesem einhergehenden Rechte (dem Veräußerer und sonstigen Dritten gegenüber) und Rechtsanswartschaften (dem Eigentümer gegenüber) zum strafrechtlich geschützten Vermögen gehört, trifft dies für den vitiös erlangten Besitz - mit dem die Rechtsordnung keinerlei Rechtserwerbsmöglichkeiten verbindet - nicht zu.

#### **(1) Unredlicher Sachbesitz**

Vor diesem Hintergrund kann der Auftragnehmer dem *von ihm zu betreuenden* Vermögen - selbst bei Bestehen einer wirksamen Sonderbeziehung zu demselben - schon keinen Nachteil im Sinne des § 266 zufügen, wenn er vom Treugeber unredlich besessene Gegenstände abredewidrig (für sich selbst) verwendet<sup>603</sup>. Denn selbstverständlich beziehen sich die sich aus dem Betreuungsverhältnis ergebenden Pflichten *nur* auf das strafrechtlich geschützte Vermögen des Treugebers. In Bezug auf - wenn auch wirtschaftlich wertvolle - Güter, die dem Vermögen als geschütztem Rechtsgut gar nicht angehören, hat der Auftragnehmer dem Treugeber gegenüber keinerlei Verpflichtungen -

---

<sup>601</sup> Vgl. oben, S. 129.

<sup>602</sup> Vgl. oben, S. 83 ff..

<sup>603</sup> So auch *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT 1, § 45 II Rn. 28.

jedenfalls keine solche, deren Verletzung nach § 266 sanktioniert werden könnte. Eine Schädigung *dieses* (vom Auftragnehmer zu betreuenden) Vermögens scheidet daher aus, so daß eine Strafbarkeit wegen Untreue nicht gegeben ist.

Erfüllt der Auftragnehmer durch sein Verhalten jedoch die Tatbestandsmerkmale des § 263, liegt ein Dreiecksbetrug gegenüber dem Auftraggeber und zum Nachteil des Berechtigten vor<sup>604</sup>.

## **(2) Redlicher Sachbesitz und deliktisch erlangte Forderung**

Anders ist die Situation zu beurteilen, wenn der Auftragnehmer seitens des Treugebers zwar unrechtmäßig, aber redlich erlangte Gegenstände abredewidrig für sich selbst verwendet. Da der redliche Besitz grundsätzlich zum von § 266 geschützten Vermögen gehört, ist wiederum danach zu differenzieren, ob die Anweisung dahin lautet, den Besitz innerhalb eines strafrechtlich verbotenen oder aber „nur“ im Rahmen eines sittenwidrigen Geschäfts zu verwenden. Ersterenfalls macht sich der Auftragnehmer aus den oben<sup>605</sup> ausgeführten Gründen mangels (Vermögens-) Nachteils im Sinne des § 266 nicht wegen Untreue strafbar, weil der redliche Besitz dann seines vermögensstrafrechtlichen Schutzes verlustig geht. Letzterenfalls sind die Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt<sup>606</sup>.

Nach dem hier vertretenen Standpunkt kann auch eine deliktisch erlangte Forderung Gegenstand einer Untreue sein. Es ist bereits an anderer Stelle herausgearbeitet worden, daß sowohl das Zivil- als auch das Strafrecht an letztlich identische Handlungsweisen unterschiedliche Rechtsfolgen anknüpft, je nachdem, ob Gegenstand des Verhaltens eine körperliche Sache oder eine Forderung ist<sup>607</sup>. So ist etwa ein gutgläubiger Erwerb von Forderungen zivilrechtlich ausgeschlossen, während er an einer beweglichen Sache möglich ist. Der Vertrag, durch welchen eine Forderung erlangt wird, ist - selbst wenn seinem Zustandekommen ein Eingehungsbetrug zugrunde liegt - *wirksam*, wenn auch gem. § 123 BGB anfechtbar. Strafrechtlich zeigt sich der Unterschied etwa an § 259, nach welchem Gegenstand einer Hehlerei nur eine körperliche Sache sein kann, jedoch keine Rechte. Vor diesem Hintergrund ist - solange sich der Gesetzgeber nicht zur Strafbarerklärung der „Hehlerei“ an Rechten entschließt - auch die deliktisch erlangte Forderung als zum strafrechtlich geschützten Vermögen gehörend angesehen worden, da die Rechtsordnung den – in Wahrheit nur: scheinbaren - Widerspruch in der Behandlung von

<sup>604</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang oben, S. 81 ff..

<sup>605</sup> Vgl. S. 134 ff..

<sup>606</sup> Vgl. oben, S. 137 ff..

<sup>607</sup> Vgl. oben, S. 88 ff..

- Widerspruch in der Behandlung von körperlichen Sachen im Vergleich zu Forderungen als gewollt hinnimmt. Insofern ist eine Untreue aus den oben<sup>608</sup> ausgeführten Gründen auch an der vitiös erlangten Forderung möglich - etwa wenn der Auftragnehmer eine solche mit der Absicht einzieht, das Eingezogene für sich zu behalten.

## D. Zusammenfassung

Die Frage nach dem Einfluß der Rechtsordnung auf den strafrechtlichen Vermögensbegriff ist naturgemäß vor allem bei den Fallgestaltungen von Relevanz, bei denen es entweder um *nichtige* „Ansprüche“ aus - wegen Verstoßes gegen Strafgesetze oder die guten Sitten - unwirksamen Geschäften (nachstehende Fallgruppen zu Ziffer 1. und 2.) oder um die unrechtmäßige Erlangung von Besitz geht (nachstehende Fallgruppe zu Ziffer 3.). Dabei ist festgestellt worden, daß die Definition des Vermögensbegriffs mit seinen sich daraus ergebenden Konsequenzen für das gesamte Vermögensstrafrecht entscheidende Weichen stellt<sup>609</sup>. Der Mittelpunkt des Interesses ist im wesentlichen auf folgende Fallgruppen konzentriert:

1. Einsatz rechtmäßig erworbener Wirtschaftsgüter zur Erreichung eines verbotenen oder sittenwidrigen Zwecks;
2. Erbringung verbotener oder sittenwidriger (Arbeits-) Leistungen und das Prellen um aus diesen Geschäften entstehende „Ansprüche“;
3. die Beantwortung der Frage, ob der unrechtmäßige Besitz Bestandteil des strafrechtlich geschützten Vermögens ist.

### I.

Ihre literarische Erörterung findet die Diskussion größtenteils im Bereich des Betrugstatbestandes.

1. Im Rahmen der Untersuchung der ersten Fallgruppe ist herausgearbeitet worden, daß der strafrechtliche Vermögensbegriff aufgrund des qualitativen Unterschieds zwischen Zivil- und Strafrecht nicht streng akzessorisch zu der bürgerlich-rechtlichen Beurteilung der Rechtslage ist<sup>610</sup>. Voraussetzung für eine Einflußnahme zivilrechtlich gefundener Ergebnisse auf den strafrechtlichen Vermögensbegriff ist deshalb eine Übertragbarkeit der jeweiligen zivilrechtlichen Doktrin auf das Strafrecht, was wiederum - zumindest - eine Vergleichbarkeit der jeweils zugrunde liegenden Wertungen und Strukturprinzipien

---

<sup>608</sup> Vgl. S. 137 ff..

<sup>609</sup> Vgl. oben, S. 7.

<sup>610</sup> Vgl. oben, S. 15 ff., S. 26.

voraussetzt. Während dies mit Blick auf das bürgerlich-rechtliche Schadensersatzrecht der Fall ist<sup>611</sup>, lassen sich vom Vorliegen eines Kondiktionsanspruches her keinerlei Rückschlüsse auf die Zugehörigkeit eines Guts oder einer Leistung zum strafrechtlich geschützten Vermögen ziehen<sup>612</sup>.

Da dem Gesetz keine Anhaltspunkte für eine Definition des strafrechtlichen Vermögensbegriffs zu entnehmen sind, spielen rechts- und kriminalpolitische Argumente in Rechtsprechung und Literatur eine große Rolle. Ihnen ist gemeinsam, daß sie mit dem Tatbestandsmerkmal des Vermögensschadens anstelle der Vermögensverfügung schon den falschen Ansatzpunkt zur Thematisierung des Problems wählen. Dessen ungeachtet reduzieren sie sich hinsichtlich ihres Inhalts bei näherer Betrachtung darauf, entweder die für richtig erachtete Lösung vorwegzunehmen oder das Gegenteil von vornherein als „unbefriedigend“ auszuschneiden<sup>613</sup>.

Es ist herausgearbeitet worden, daß ein einmal zum geschützten Vermögen gehörender Wert („gutes Geld“) diesen Status nicht für immer innehaben muß, sondern der Umfang desselben gleichsam vom Verwendungszweck des Guts abhängig ist<sup>614</sup>. Dabei ist darauf abzustellen, ob mit dem vereinbarten Geschäft die Herstellung eines von der Rechtsordnung akzeptierten Zustandes intendiert wird. Ist dies - wie bei den nach § 134 BGB gerade wegen eines Verstoßes gegen strafrechtliche Verbote für nichtig erklärten Vereinbarungen - nicht der Fall, verliert das Gut mit der zweckbestimmten Hergabe seinen strafrechtlichen Schutz. § 134 BGB ist in diesem Zusammenhang praktisch als „verlängerter Arm“ (insbesondere) des Strafrechts zu sehen und verfolgt das Ziel, dessen Wertungsmaßstäbe innerhalb des Bürgerlichen Rechts umzusetzen. Gibt die Rechtsordnung aber anderen Teilgebieten des Rechts vor, die „Weisungen“ des Strafrechts mit den ihnen zur Verfügung stehenden Mitteln zu befolgen, kann das Strafrecht selbst diese nicht ignorieren. Aus diesem Grunde mag der Investierende wirtschaftliche Werte - wenn auch durch Täuschung veranlaßt - hergeben. Eine Vermögensverfügung im Sinne des § 263 nimmt er dabei aber nicht vor.

2. Anders ist dies - weshalb die Prüfung dieser beiden Fallgruppen aufgesplittet wurde - beim Einsatz rechtmäßig erworbener Wirtschaftswerte zur Erreichung eines sittenwidrigen Zwecks zu beurteilen. § 138 BGB will den in seinen Anwendungsbereich fallenden Geschäften hinsichtlich ihrer Erfüllung aus rechtspolitischen und -ethischen Gesichtspunkten nicht die dafür normalerweise zur Verfü-

---

<sup>611</sup> Vgl. oben, S. 104 ff..

<sup>612</sup> Vgl. oben, S. 111 f..

<sup>613</sup> Vgl. oben, S. 28 ff..

<sup>614</sup> Vgl. oben, S. 30 und 37 ff..

gung stehenden Mittel der gerichtlichen Geltendmachung und ggf. der Zwangsvollstreckung zur Seite stellen<sup>615</sup>. Die Rechtsordnung verbietet die Vornahme solcher Vereinbarungen aber weder durch die Vorschrift des § 138 BGB noch durch sonstige Normen. „Erfüllen“ die Beteiligten - ungeachtet ihrer nicht vorhandenen rechtlichen Verpflichtung hierzu - die sich aus der Abrede ergebenden Leistungs„pflichten“, führt dies in der Regel mit Blick auf die investierten bzw. erhaltenen Güter im Gegenteil zu einem legalen Haben der Beteiligten. Dann aber kann auch die dem Auftraggeber bei Abschluß des Geschäfts zuwachsende Exspektanz auf die Herbeiführung dieses Zustands mit der Folge nicht im Widerspruch zur Rechtsordnung stehen, daß die eingesetzten Güter nach wie vor zum geschützten Vermögen gehören. Eine Vermögensverfügung im Sinne des § 263 liegt vor.

Hinsichtlich der Frage nach einem Vermögensschaden ist herausgearbeitet worden, daß es diesbezüglich - in Anlehnung an die Rspr. zu den Anwartschaften und die unvollkommenen Verbindlichkeiten - einer normativen Korrektur des rein wirtschaftlichen Schadensbegriffs bedarf<sup>616</sup>. Entwickelt wurde dieses Ergebnis anhand eines Vergleichs zwischen dem von Anfang an leistungsunwilligen oder -fähigen Auftragnehmer mit demjenigen, der dies erst zu einem späteren Zeitpunkt wird. Unterscheiden sich die Verfügungsgegenstände in diesen beiden Konstellationen - hier: der hingegebene Wert selbst; dort: die Exspektanz auf den Wiedererhalt des Investierten - nämlich nur durch den Zeitpunkt des Fassung des Tatentschlusses voneinander und liegt eine Strafbarkeit des nachträglich leistungsunwillig werdenden nicht vor, kann für den von Anfang an leistungsunwilligen im Ergebnis nichts anderes gelten. Denn dies bedeutete eine Ungleichbehandlung von an sich gleichen Sachverhalten, für die es keine plausible Erklärung gibt. Derjenige, der sich erst nachträglich dazu entschließt, die Rückerstattung des Erhaltenen zu unterlassen, ist der Exspektanz aber durch den Wegfall seiner Erfüllungsbereitschaft einseitig den wirtschaftlichen Wert und deshalb die Zugehörigkeit zum geschützten Vermögen zu nehmen in der Lage. Deshalb liegt schon keine Vermögensverfügung desjenigen vor, der es - wenn auch täuschungsbedingt - unterläßt, seinen bereits wertlos gewordenen Rückerstattungs„anspruch“ geltend zu machen. Eine Betrugsstrafbarkeit scheidet aus.

Zur Konsequenz hat dies gleichzeitig, daß einen Betrug im Dreipersonenverhältnis begeht, wer den „Inhaber“ einer Rückzahlungsexpektanz gegen den leistungswilligen und -bereiten „Schuldner“ aus einem sittenwidrigen Geschäft um dieselbe prellt<sup>617</sup>.

---

<sup>615</sup> Vgl. oben, S. 49.

<sup>616</sup> Vgl. oben, S. 53 ff..

<sup>617</sup> Vgl. oben, S. 59.

3. Im Rahmen der zweiten Fallgruppe ist herausgearbeitet worden, daß die Fähigkeit zur Erbringung von verbotenen (Arbeits-) Leistungen bzw. die damit verbundenen „Ansprüche“ nicht zum strafrechtlich geschützten Vermögen gehören, weil die Herstellung des dadurch intendierten Zustandes von der Rechtsordnung nicht akzeptiert wird<sup>618</sup>. Das Strafrecht würde sich selbst ad absurdum führen, wollte es ein Verhalten einerseits unter Strafe stellen, ihm aber gleichzeitig seinen Schutz zukommen lassen, indem es dasselbe als Vermögensbestandteil anerkennt. Es ist also auch hier wieder darauf abzustellen, *wofür* die Arbeitskraft oder sonstige Leistung eingesetzt wird, welcher Zweckbestimmung sie konkret unterliegt.

Anders ist die Rechtslage wiederum bei der Erbringung von sittenwidrigen (Arbeits-) Leistungen zu beurteilen, da hier in der Regel die Herstellung eines von der Rechtsordnung akzeptierten Zustandes angestrebt wird<sup>619</sup>. Eine Verfügung im Sinne des § 263 liegt deshalb vor. Hinsichtlich des Eintritts eines Vermögensschadens und der Möglichkeit eines Betruges im Dreipersonenverhältnis kann auf die Ergebnisse der umgekehrten Fallgestaltung (des Einsatzes rechtmäßig erworbener Wirtschaftsgüter zur Erreichung eines sittenwidrigen Zwecks) verwiesen werden.

4. Für die nach § 138 BGB nichtigen Geschäfte, die ihrem Inhalt nach nicht auf die Herstellung eines von der Rechtsordnung akzeptierten Zustandes abzielen (sog. Ganovenbetrug) ergibt sich hinsichtlich der daraus resultierenden „Ansprüche“, daß diese ebenfalls nicht zum strafrechtlich geschützten Vermögen gehören<sup>620</sup>. Die vereinbarungs„konforme“ Durchführung der Abrede führte mit Blick auf die ausgetauschten Güter nicht zu einem legalen Haben der Beteiligten.
5. Die Frage nach der Zugehörigkeit des unrechtmäßigen Besitzes zum strafrechtlich geschützten Vermögen<sup>621</sup> ist dahingehend beantwortet worden, daß diesbezüglich zwischen redlich und unredlich erlangtem Besitz unterschieden werden muß. Während der redliche Besitz wegen der mit diesem verbundenen Rechte (dem Veräußerer und sonstigen Dritten gegenüber) und Rechtsanwartschaften (dem Eigentümer gegenüber) zum geschützten Vermögen gehört<sup>622</sup>, trifft dies für den *vi-tiös* erlangten Besitz - mit dem die Rechtsordnung keinerlei Rechtserwerbsmöglichkeiten verbindet - nicht zu<sup>623</sup>. In diesem Zusammenhang hat sich aber ergeben, daß ein Dreiecksbetrug

---

<sup>618</sup> Vgl. oben, S. 63 ff..

<sup>619</sup> Vgl. oben, S. 66 ff..

<sup>620</sup> Vgl. oben, S. 68 ff..

<sup>621</sup> Vgl. oben, S. 74 ff..

<sup>622</sup> Vgl. oben, S. 86 ff..

<sup>623</sup> Vgl. oben, S. 83 ff..

gegenüber dem deliktischen Besitzer und zum Nachteil des Berechtigten möglich ist, wenn ersterem - also dem unredlichen Besitzer - die vitiös besessene Sache abgeschwindelt wird<sup>624</sup>.

## II.

Im Rahmen der Prüfung, ob sich die vor betrugsrelevantem Hintergrund herausgearbeiteten Ergebnisse auf das Erpressungsunrecht übertragen lassen<sup>625</sup>, hat sich ergeben, daß die Rechtsordnung mit den verschiedenartigen Möglichkeiten des Angriffs auf das Vermögen auch einen unterschiedlich weitgehenden Schutz desselben verknüpft. So wird der - schon für sich nach § 240 strafbaren - Beeinträchtigung der Willensfreiheit durch Zwang ein weitergehender Schutz zuerkannt als der Überlistung des Willens mittels einer arglistigen Täuschung, die ohne damit einhergehenden Vermögensschaden straflos bleibt. Insofern ist es konsequent, daß die - wenn auch durch Täuschung hervorgerufene - freiwillige Herausgabe von Werten bzw. Erbringung von Leistungen straflos bleibt, während das gleiche, aber durch Gewalt oder Drohung motivierte Verhalten vom Tatbestand des § 253 erfaßt wird. Dies schlägt sich letztlich auch in der bürgerlich-rechtlichen Entscheidungsfindung nieder: Das Zivilrecht stellt in diesem Zusammenhang lediglich demjenigen, dessen Wille durch Nötigungsmittel beeinträchtigt wurde, Schadensersatzansprüche (und Bereicherungsansprüche) zur Seite, nicht dem - wenn auch täuschungsbedingt - freiwillig Handelnden.

## III.

1. Im Rahmen der Untreueprüfung wurde zunächst herausgearbeitet, daß die tatsächlichen Beziehungen eines Verhältnisses, das auf einem Verstoß gegen die Strafgesetze oder die Sittenordnung beruht, nicht als Treueverhältnis im Sinne des § 266 Abs. 1, 2. Alt. anzusehen sind<sup>626</sup>. Eine Vielzahl der Argumente in Rechtsprechung und Literatur, welche die gegenteilige Meinung stützen sollen, gleichen von ihrer Struktur her insofern den vor betrugsrelevantem Hintergrund angeführten, als auch sie ihr Ziel dadurch zu erreichen suchen, daß sie entweder das für richtig erachtete Ergebnis vorwegnehmen oder die Gegenansicht als „unbefriedigend“ ausscheiden<sup>627</sup>. Da die Untreue als Sonderdelikt das Vermögen *allein* im Falle des Bestehens eines wirksamen Treueverhältnisses schützt, die Tat deshalb also überhaupt nur unter Ausnutzung dieser die Tütereigenschaft *begründenden* Sonderbeziehung begangen werden kann, muß in den Fällen, in welchen ein solches Treueverhältnis schon nicht besteht, auch eine Nachteilszufügung im Sinne des § 266 ausscheiden<sup>628</sup>.

---

<sup>624</sup> Vgl. oben, S. 91 ff..

<sup>625</sup> Vgl. oben, S. 99 ff..

<sup>626</sup> Vgl. oben, S. 119 ff..

<sup>627</sup> Vgl. oben, S. 122 ff..

<sup>628</sup> Vgl. oben, S. 132 f..

2. Besteht zwar eine wirksame Vermögensbetreuungspflicht, erteilt der Treugeber aber eine einzelne verbotene Anweisung hinsichtlich der Verwendung von ihm zuvor rechtmäßig erworbener Güter, scheiden diese aus dem strafrechtlich geschützten Vermögen aus, sobald sich diese Zweckbestimmung nach außen manifestiert hat<sup>629</sup>. Denn der Treugeber intendiert damit die Herstellung eines von der Rechtsordnung nicht akzeptierten Zustandes. Anders ist dies bei einer „nur“ sittenwidrigen Anweisung, weil die Wirtschaftswerte ihres strafrechtlichen Schutzes allein dadurch gerade nicht verlustig gehen<sup>630</sup>. Aus der wirksamen Sonderverbindung folgt aber neben dem Gebot, die Interessen des zu betreuenden Vermögens wahrzunehmen, zugleich das Verbot, den Vermögensinhaber zu schädigen. Dieses Schädigungsverbot verletzt der Beauftragte mit der Folge einer Strafbarkeit nach § 266 Abs. 1, 2. Alt., wenn er sich ihm zwecks Verwendung für ein sittenwidriges Geschäft überlassene Werte unter Ausnutzung der Sonderverbindung „in die eigene Tasche steckt“. Nichts zu tun hat dies mit dem Umstand, daß der Treuenehmer die sittenwidrige Einzelanweisung selbst nicht zu befolgen verpflichtet ist.
3. Erteilt der Treugeber bei Bestehen einer wirksamen Treuepflicht eine (Einzel-) Anweisung zur bestimmten Verwendung unrechtmäßig erworbener wirtschaftlicher Werte im Rahmen eines verbotenen oder sittenwidrigen Geschäfts, ist wiederum zwischen unredlich und redlich erlangtem Sachbesitz zu unterscheiden<sup>631</sup>. Gehört danach der vitios erlangte Besitz schon nicht zum geschützten Vermögen des Auftraggebers, kann dessen Vermögen durch die abredewidrige Verwendung der Gegenstände auch kein Nachteil zugefügt werden. Es besteht allerdings auch hier die Möglichkeit, daß sich der Auftragnehmer wegen Dreiecksbetrugs gegenüber seinem Auftraggeber und zum Nachteil des Berechtigten strafbar macht. Verwendet der Auftragnehmer hingegen redlich erlangten Besitz abredewidrig, ist den Ausführungen zu Ziff. 2 entsprechend wiederum danach abzugrenzen, ob die erteilte Einzelanweisung einen „nur“ sittenwidrigen oder einen strafrechtlich verbotenen Inhalt hatte. Da die deliktisch erlangte Forderung ebenfalls zum strafrechtlich geschützten Vermögen gehört, kann auch an ihr eine Untreue begangen werden<sup>632</sup>.

---

<sup>629</sup> Vgl. oben, S. 134 ff..

<sup>630</sup> Vgl. oben, S. 137 ff..

<sup>631</sup> Vgl. oben, S. 139 f..

<sup>632</sup> Vgl. oben, S. 140 f..

## Literaturverzeichnis

- Arzt, Gunther  
Weber, Ulrich  
Strafrecht Besonderer Teil  
LH 3 (Vermögensdelikte)  
1. Auflage, Bielefeld 1986  
(zit.: BT LH 3)
- dies.  
Strafrecht Besonderer Teil  
Bielefeld 2000  
(zit.: BT)
- Bartholomeyczik, Horst  
„Maßgebender Zeitpunkt für die Bestimmung der Sit-  
tenwidrigkeit nichtiger Verfügungen von Todes wegen“  
in: Festschrift zum 150-jährigen Bestehen des Ober-  
landesgerichts Zweibrücken, S. 26 ff.  
Wiesbaden 1969  
(zit.: Zeitpunkt)
- Barton, Stephan  
„Anmerkung zum Beschluß des BGH vom 28.4.1987“  
in: StV 1987, 485  
(zit.: Anmerkung)
- Baumann, Jürgen  
Weber, Ulrich  
Mitsch, Wolfgang  
Strafrecht Allgemeiner Teil  
10. Auflage  
Berlin, Heidelberg, New York 1995  
(zit.: AT)
- Baumbach, Adolf  
Lauterbach, Wolfgang  
Albers, Jan  
Hartmann, Peter  
Zivilprozeßordnung  
Kommentar  
58. Auflage, München 2000  
(zit.: Baumbach - Verfasser)
- Binding, Karl  
Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts  
Besonderer Teil, 1. Band  
2. Auflage, Leipzig 1902  
(zit.: Lehrbuch)
- Blei, Hermann  
Strafrecht, Besonderer Teil / 1  
10. Auflage, München 1996  
(zit.: BT)

Bockelmann, Paul Volk, Klaus	Strafrecht Allgemeiner Teil 4. Auflage, München 1987 (zit.: AT)
Bockelmann, Paul	„Der Unrechtsgehalt des Betrugers“ in: Festschrift für Eduard Kohlrausch zum 70. Geburtstag, 226 ff. Berlin 1944 (zit.: Unrechtsgehalt)
ders. im	„Die Behandlung unvollkommener Verbindlichkeiten Vermögensstrafrecht“ in: Festschrift für Eduard Mezger zum 70. Geburtstag, 363 ff. München, Berlin 1954 (zit.: Verbindlichkeiten)
Boehmer, Gustav	Einführung in das Bürgerliche Recht 2. Auflage, Tübingen 1965 (zit.: Einführung)
Brox, Hans	Allgemeines Schuldrecht 27. Auflage, München 2000 (zit.: AS)
Brox, Hans Walker, Dietrich	Besonderes Schuldrecht 25. Auflage, München 2000 (zit.: BS)
Bruns, Hans Jürgen	Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken Berlin, 1938 (zit.: Befreiung)
ders.	„Gilt die Strafrechtsordnung auch für und gegen Ver- brecher untereinander?“ in: Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Ge- burtstag München, Berlin, 1954 (zit.: Strafrechtsordnung)
ders.	„Untreue im Rahmen rechts- oder sittenwidriger Ge- schäfte?“ in: NJW 1954, 857 ff. (zit.: Untreue)

- ders. „Anmerkung zu BGH NJW 1956, 151“  
in: NJW 1956, 151 f.  
(zit.: Anmerkung)
- ders. „Die sog. „tatsächliche“ Betrachtungsweise im Strafrecht“  
in: JR 1984, 133 ff.  
(zit.: Betrachtungsweise)
- von Caemmerer, Ernst „Wandlungen des Deliktsrechts“  
in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben - Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860 - 1960, Band II, S. 49 ff.  
Karlsruhe 1960  
(zit.: Wandlungen)
- Cramer, Peter „Grenzen des Vermögensschutzes im Strafrecht - OLG Hamburg NJW 1966, 1525“  
in: JuS 1966, 472 ff.  
(zit.: Grenzen)
- ders. Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht  
Berlin, Zürich, 1968  
(zit.: Vermögensbegriff)
- Dreher, Eduard „Anmerkung zu OLG Braunschweig in MDR 1964, 167“  
in: MDR 1964, 168 f.  
(zit.: Anmerkung)
- „Erste Kommission zum Entw. BGB“ Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich  
Band I, Allgemeiner Theil,  
Berlin, Leipzig 1896  
(zit.: Motive I)
- „Erste Kommission zum Entw. BGB“ Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich  
Band II, Recht der Schuldverhältnisse  
2. unveränderte Auflage, Berlin 1896  
(zit.: Motive II)

„Erste Kommission zum Entw. BGB“	Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich Band III, Sachenrecht 2. unveränderte Auflage, Berlin 1896 (zit.: Motive III)
Enneccerus, Ludwig Lehmann, Heinrich	Recht der Schuldverhältnisse 15. Auflage, Tübingen 1954 (zit.: Schuldverhältnisse)
Esser, Josef Schmidt, Eike	Schuldrecht Band I, Allgemeiner Teil, Teilband 2 8. Auflage, Heidelberg 2000 (zit.: AT)
Fabricius, Fritz	„Einschränkung der Anwendung des § 817 S. 2 BGB durch den Zweck des Verbotsgesetzes?“ in: JZ 1963, 85 ff. (zit.: Einschränkung)
Foth, Heinrich	„Betrug und illegales Rechtsgeschäft“ in: GA 1966, 33 ff. (zit.: Betrug)
Frank, Reinhard	Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich 18. Auflage, Tübingen 1931
Freund, Georg Bergmann, Matthias	„Betrügerische Schädigung des Auftraggebers eines Mordes?“ in: JR 1991, 357 ff. (zit.: Schädigung)
dies.	„Zur Reichweite des Betrugstatbestandes“ in: JR 1988, 189 ff. (zit.: Reichweite)
Gallas, Wilhelm	„Der Betrug als Vermögensdelikt“ in: Festschrift für Eberhardt Schmidt zum 70. Geburtstag Göttingen 1961, 401 ff. (zit.: Betrug)
Geerds, Detlev	Zur Lehre von den Konkurrenzen im Strafrecht 1961 (zit.: Lehre)

- ders. „Schadensprobleme beim Betrug“  
in: Jura 1994, 309 ff.  
(zit.: Schadensprobleme)
- Gerland, Heinrich Deutsches Reichsstrafrecht  
16. Band  
Berlin 1932  
(zit.: Reichsstrafrecht)
- Geppert, Klaus „Die Abgrenzung von Betrug und Diebstahl, insbesondere in den Fällen des sogenannten Dreiecks-Betrugs“  
in: JuS 1977, 69 ff.  
(zit.: Abgrenzung)
- Gössel, Karl Heinz Strafrecht Besonderer Teil  
Band 2, Heidelberg 1996  
(zit.: BT 2)
- Grünhut, Max Anmerkung zum Urteil RGSt. 65, 99 ff.  
in: JW 61 (1932), 2434 f.  
(zit.: Anmerkung)
- Günther, Hans Ludwig Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß  
Köln, Berlin, Bonn, München 1983  
(zit.: Strafrechtswidrigkeit)
- Gutmann, Alexander „Der Vermögensschaden beim Betrug im Lichte der neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung (I)“  
in: MDR 1963, 3 ff.  
(zit.: Vermögensschaden)
- Haft, Fritjof Strafrecht Besonderer Teil  
7. Auflage, München 1998  
(zit.: BT)
- Hartmann, Dierk Die Vermögensverfügung bei Personenverschiedenheit des Getäuschten und Geschädigten (§ 263 StGB)  
Inaugural-Dissertation, Münster 1972  
(zit.: Vermögensverfügung)
- Hauser, Robert Schweizerisches Strafgesetzbuch  
Rehberg, Jörg 10. Auflage, Zürich 1984
- Heck, Phillipp „Die Ausdehnung des § 817 S. 2 auf alle Bereicherungsansprüche“  
in: AcP 124 (1925), 1 ff.

(zit.: Ausdehnung)

- Heinrich, Bernd „Die Arbeitsleistung als betrugsrelevanter Vermögensbestandteil“  
in: GA 1997, 24 ff.  
(zit.: Arbeitsleistung)
- Herzberg, Rolf Dietrich „Betrug und Diebstahl durch listige Sachverschaffung“  
in: ZStW 89 (1977), 367 ff.  
(zit.: Betrug)
- Hillenkamp, Thomas 40 Probleme aus dem Strafrecht, Besonderer Teil  
8. Auflage, Luchterhand 1997  
(zit.: BT, (beispielsweise) Problem Nr. 31)
- ders. Vorsatztat und Opferverhalten  
Göttinger Rechtswissenschaftliche Studien (Band  
115)  
Göttingen, 1981  
(zit.: Vorsatztat)
- Hirsch, Hans Joachim „Eigenmächtige Zueignung geschuldeter Sachen,  
Rechtswidrigkeit und Irrtum bei den Zueignungsstraf-  
bestimmungen“  
in: JZ 1963, 149 ff.  
(zit.: Zueignung)
- ders. Ehre und Beleidigung  
Karlsruhe 1967  
(zit.: Ehre)
- ders. „Literaturbericht Strafrecht - Besonderer Teil (I. Teil)“  
in: ZStW 81 (1969) 917 ff.  
(zit.: Literaturbericht)
- ders. „Zur Abgrenzung von Strafrecht und Zivilrecht“  
in: Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag,  
304 ff.  
Frankfurt a.M. 1969  
(zit.: Abgrenzung)
- ders. „Zum Spannungsverhältnis von Theorie und Praxis im  
Strafrecht“  
in: Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag,  
19 ff.  
Berlin, New York, 1989  
(zit.: Spannungsverhältnis)

- ders. „Die aktuelle Diskussion über den Rechtsgutsbegriff“  
in: Festschrift für Dionysios Spinellis, 425 ff.  
Athen 2001  
(zit.: Rechtsgutsbegriff)
- Hirschberg, Rudolf Der Vermögensbegriff im Strafrecht  
Berlin, 1934  
(zit.: Vermögensbegriff)
- Huschka, Herbert „Diebstahl oder Betrug im Selbstbedienungsladen?“  
in: NJW 1960, 1189 ff.  
(zit.: Betrug)
- Ingelfinger, Ralph „Der praktische Fall - Strafrecht“  
in: JuS 1998, 531 ff.  
(zit.: Fall)
- Jähnke, Burkhard Strafgesetzbuch  
Laufhütte, Heinrich W. Leipziger Kommentar  
Odersky, Walter 11. Lieferung (§§ 13 – 14)  
11. Auflage, Berlin, New York 1993  
(zit.: LK - Bearbeiter, §)
- dies. 16. Lieferung (§§ 28 – Vor 32)  
11. Auflage, Berlin, New York 1994  
(zit.: LK – Bearbeiter, §)
- dies. 15. Lieferung (§§ 242 – 262)  
11. Auflage, Berlin, New York 1994  
(zit.: LK – Bearbeiter, §)
- dies. 33. Lieferung (§ 263; Nachtrag zu §§ 264, 265, 265a)  
11. Auflage, Berlin, New York 2000  
(zit.: LK – Bearbeiter, §)
- dies. 27. Lieferung (§§ 263a, 266, 266a, 266b, 284 – 287)  
11. Auflage, Berlin, New York 1998  
(zit.: LK – Bearbeiter, §)
- Jakobs, Günther Strafrecht Allgemeiner Teil  
Die Grundlagen und die Zurechnungslehre  
2. Auflage, Berlin, New York 1991  
(zit.: AT)

- Jescheck, Hans-Heinrich  
Weigend, Thomas      Lehrbuch des Strafrechts  
Allgemeiner Teil  
5. Auflage, Berlin 1996  
(zit.: AT)
- Jescheck, Hans-Heinrich  
Ruß, Wolfgang  
Willms, Günther      Strafgesetzbuch  
Leipziger Kommentar  
Erster Band (Einleitung, §§ 1 - 31)  
10. Auflage, Berlin, New York 1985  
(zit.: LK – Bearbeiter (10. Aufl.), §)
- dies.                      Zweiter Band (§§ 32 - 60)  
10. Auflage, Berlin, New York 1985  
(zit.: LK – Bearbeiter (10. Aufl.), §)
- dies.                      Dritter Band (§§ 61 - 79 b)  
10. Auflage, Berlin, New York 1985  
(zit.: LK – Bearbeiter(10. Aufl.) , §)
- dies.                      Fünfter Band, (§§ 185 - 262)  
10. Auflage, Berlin, New York, 1989  
(zit.: LK – Bearbeiter (10. Aufl.), §)
- dies.                      Sechster Band, (§§ 263 - 302 a)  
10. Auflage, Berlin, New York, 1988  
(zit.: LK – Bearbeiter (10. Aufl.), §)
- Kaufmann, Armin      „Die Aufgabe des Strafrechts“  
in: Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissen-  
schaften, Vorträge G 262, 243. Sitzung am 28. No-  
vember 1979 in Düsseldorf, 5 ff.  
(zit.: Aufgabe)
- Kienapfel, Diethelm      Strafrecht Allgemeiner Teil  
4. Auflage  
Berlin, New York 1984  
(zit.: AT)
- Kindhäuser, Urs        Strafrecht Besonderer Teil II  
Straftaten gegen Vermögensrechte  
Teilband 1  
2. Auflage, Baden – Baden 1999  
(zit.: BT)

Kleinknecht, Theodor Meyer, Karlheinz Meyer-Großner, Lutz	Strafprozeßordnung Kommentar 45. Auflage, München 2001 (zit.: Kleinknecht/Meyer)
Klose, Peter	„Ius puniendi und Grundgesetz“ in: ZStW 86 (1976), 33 ff. (zit.: Ius)
Knack, Hans Joachim	Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar 2. Auflage 2000 (zit.: Knack - Bearbeiter, §)
Kohler, Josef	„Zweifelhafte Betrugsfälle“ in: GA 1913 (Band 60), 261 ff. (zit.: Betrugsfälle)
Kohlhaas, A.	„Ist das Prellen einer Dirne um den vereinbarten Lohn kein Betrug?“ in: JR 1954, 97 ff. (zit.: Betrug)
Kohlrausch, Eduard Lange, Richard	Strafgesetzbuch 43. Auflage, Berlin 1961
Krey, Volker	Strafrecht Besonderer Teil Band 2 (Vermögensdelikte) 10. Auflage Stuttgart, Berlin, Köln.1995 (zit.: BT 2)
Kühl, Kristian	„Umfang und Grenzen des strafrechtlichen Vermö- gensschutzes“ in: JuS 1989, 505 ff. (zit.: Umfang)
Kühne, Hans - Heiner	„Prostitution als bürgerlicher Beruf?“ in: ZRP 1975, 184 ff. (zit.: Beruf)
Küper, Wilfried	Strafrecht Besonderer Teil Definitionen und Erläuterungen 3. Auflage, Heidelberg 1999 (zit.: Strafrecht BT)

Lackner, Karl Kühl, Kristian	Strafgesetzbuch Kommentar 23. Auflage, München 1999 (zit.: Lackner/Kühl)
Lampe, Ernst-Joachim	Buchbesprechung („Das unerlaubte Verhalten beim Betrug“ von Michael Pawlik) in: ZStW 112 (2000), S. 879 ff. (zit.: Besprechung)
Larenz, Karl	Lehrbuch des Schuldrechts Erster Band, Allgemeiner Teil 13. Auflage, München 1992 (zit.: AT)
Larenz, Karl Canabis, Claus-Wilhelm	Lehrbuch des Schuldrechts Zweiter Band, Besonderer Teil, Zweiter Halbband 13. Auflage, München 1994 (zit.: BT 2)
Lenckner, Theodor	„Anmerkung zu BGH JZ 1966, 319“ in: JZ 1966, 320 f. (zit.: Anmerkung (1))
ders.	„Zum Problem des Vermögensschadens (§§ 253, 263 StGB) beim Verlust nichtiger Forderungen“ in: JZ 1967, 105 ff. (zit.: Vermögensschaden)
ders.	„Anmerkung zur Entscheidung des OLG Stuttgart in JZ 1973, 739 ff.“ in: JZ 1973, 794 ff. (zit.: Anmerkung (2))
Lindacher, Walter	„Grundsätzliches zu § 138 BGB“ in: AcP 173 (1973), 124 ff. (zit.: Grundsätzliches)
Luthmann, Walter	„Zur Frage der Untreue im Rahmen rechts- oder sittenwidriger Abmachungen“ in: NJW 1960, 419 f. (zit.: Untreue)
Maiwald, Manfred	„Belohnung für eine vorgetäuschte pflichtwidrige Diensthandlung“ in: NJW 1981, 2777 ff. (zit.: Belohnung)

- Maurach, Reinhart „Anmerkung zu OLG Bremen in JZ 1956, 256“  
in: JZ 1956, 257 f.  
(zit.: Anmerkung)
- Maurach, Reinhart Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 1  
Schroeder, F.-Christian Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögens-  
Maiwald, Manfred rechte  
8. Auflage, Heidelberg 1995  
(zit: BT 1)
- Maurach, Reinhart Strafrecht Allgemeiner Teil  
Zipf, Heinz Teilband 1  
8. Auflage, Heidelberg 1992  
(zit.: AT/1)
- Medicus, Dieter „Besitzschutz durch Ansprüche auf Schadensersatz“  
in: AcP 165, 113 ff.  
(zit.: Besitzschutz)
- ders. Bürgerliches Recht  
18. Auflage, München 1999  
(zit.: BR)
- Merkel, Adolf Kriminalistische Abhandlungen II  
Leipzig 1867  
(zit.: Abhandlungen)
- Mitsch, Wolfgang „Anmerkung zu BGHSt. 41, 123“  
in: NStZ 1995, 499 f.  
(zit.: Anmerkung)
- ders. Strafrecht Besonderer Teil 2  
Teilband 1 (Vermögensdelikte)  
Berlin, Heidelberg, New York 1998  
(zit.: BT2/1)
- Naucke, Wolfgang Zur Lehre vom strafbaren Betrug  
Berlin, 1964  
(zit.: Lehre)
- Nelles, Ursula Untreue zum Nachteil von Gesellschaften (zugleich  
ein Beitrag zur Struktur des Vermögensbegriffs als  
Beziehungsbegriff)  
Berlin 1990  
(zit.: Untreue)

- Nestler, Cornelius „Rechtsgüterschutz und Strafbarkeit des Besitzes von Schusswaffen und Betäubungsmitteln“  
in: Frankfurter kriminalwissenschaftliche Studien  
Band 50 (Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts),  
65 ff.  
Frankfurt a.M. 1995  
(zit.: Rechtsgüterschutz)
- Neumann, Ulfried  
Puppe, Ingeborg  
Schild, Wolfgang Nomos Kommentar  
Strafgesetzbuch  
4. Band (§§ 249 – 358)  
1. Auflage, Baden – Baden 1995  
(zit.: NK – Bearbeiter)
- Neumann, Ulfried „Der praktische Fall - Strafrecht: Neue Wege im  
Kunsthandel“  
in: JuS 1993, 746 ff.  
(zit.: Fall)
- Otto, Harro „Zur Abgrenzung von Diebstahl, Betrug und Erpres-  
sung bei der deliktischen Verschaffung fremder Sa-  
chen“  
in: ZStW 79 (1967), 59 ff.  
(zit.: Abgrenzung)
- ders. Die Struktur strafrechtlichen Vermögensschutzes  
Berlin, 1970  
(zit.: Struktur)
- ders. „Betrug bei rechts- und sittenwidrigen Rechtsge-  
schäften“  
in: Jura, 1993, 424 ff.  
(zit.: Betrug)
- ders. „Die neuere Rechtsprechung zu den Vermögensdelik-  
ten – Teil 2“  
in: JZ 1993, 652 ff.  
(zit.: Rechtsprechung)
- ders. Grundkurs Strafrecht - Die einzelnen Delikte  
5. Auflage, Berlin, New York 1998  
(zit.: Grundkurs)
- Palandt, Otto Bürgerliches Gesetzbuch  
Kommentar  
61. Auflage, München 2002  
(zit.: Palandt - Bearbeiter, §)

- Pawlik, Michael Das unerlaubte Verhalten beim Betrug  
Köln, Berlin, Bonn, München 1999  
(zit.: Betrug)
- Rebmann, Kurt Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch  
Säcker, Jürgen Band 5  
Rixeker, Roland Schuldrecht Besonderer Teil (§§ 705 - 853)  
3. Auflage, München 1997  
(zit.: MK-Bearbeiter, §)
- Reeb, Hartmut Grundprobleme des Bereicherungsrechtes  
München 1975  
(zit.: Grundprobleme)
- Rengier, Rudolf „Dreieckerpressung gleich Dreiecksbetrug?“  
in: JZ 1985, 565 ff.  
(zit.: Dreieckerpressung)
- RGRK Das Bürgerliche Gesetzbuch  
Band I, §§ 1 - 240  
Berlin, New York, 1982  
(zit.: RGRK - Bearbeiter, §)
- Richter, Hans Peter Juristische Grundkurse  
Sechster Band, Sachenrecht 1  
7. Auflage, Kiel 1993/94  
(zit.: Grundkurse)
- Rother, Werner „Sittenwidriges Rechtsgeschäft und sexuelle Liberalisierung“  
in: AcP 172 (1972), 498 ff.  
(zit.: Rechtsgeschäft)
- Roxin, Claus Strafrecht Allgemeiner Teil  
Band 1, Grundlagen  
Der Aufbau der Verbrechenslehre  
3. Auflage, München 1997  
(zit.: Grundlagen)
- Rudolphi, Hans Joachim „Anmerkung zu BGH NStZ 1995, 134 f.“  
in: NStZ 1995, 289 f.  
(zit.: Anmerkung)

- Rudolphi, Hans-Joachim  
Horn, Eckhard  
Günther, Hans-Ludwig Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch  
Loseblattkommentar  
Besonderer Teil (§§ 80 - 358), Band II/1 und II/2,  
5. und 6. Auflage, Neuwied, 1995  
(zit.: SK)
- Samson, Erich „Grundprinzipien des strafrechtlichen Vermögens-  
begriffes“  
in: JA 1989, 510 ff.  
(zit.: Grundprinzipien)
- Schaefer, Hans Christoph „Leuna und die Staatsanwaltschaften“  
in: NJW 2001, 2861 f.  
(zit.: Staatsanwaltschaft)
- Schmidhäuser, Eberhard Strafrecht Besonderer Teil  
2. Auflage, Tübingen 1983  
(zit.: BT)
- Schönke, Adolf  
Schröder, Horst Strafgesetzbuch  
Kommentar  
26. Auflage, München 2001  
(zit.: Sch./Sch. - Bearbeiter, §)
- Scholz, Rupert „Erweiterung des Adhäsionsverfahrens - rechtliche  
Forderung oder rechtspolitischer Irrweg?“  
in: JZ 1972, 725 ff.  
(zit.: Erweiterung)
- Schröder, Horst „Über die Abgrenzung des Diebstahls von Betrug und  
Erpressung“  
in: ZStW 60 (1941), 33 ff.  
(zit.: Abgrenzung)
- ders. „Zur Abgrenzung der Vermögensdelikte“  
in: SJZ 1950, 94 ff.  
(zit.: Vermögensdelikte)
- ders. „Anmerkung zum Urteil des HansOLG Hamburg vom  
8.6.1966“  
in: JR 1966, 471 ff.  
(zit.: Anmerkung)
- Schultz, Hans Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts  
2. Band, Bern 1982  
(zit.: AT)

- Seelmann, Kurt  
als „Grundfälle zu den Straftaten gegen das Vermögen  
Ganzes“  
in: JuS 1983, 32 ff.  
(zit.: Grundfälle)
- Seier, Jürgen „Die Abgrenzung des räuberischen Diebstahls von der  
räuberischen Erpressung“  
in: NJW 1981, 2152 ff.  
(zit.: Abgrenzung)
- Soergl, Hans Theodor Bürgerliches Gesetzbuch  
Band 6, Sachenrecht ( §§ 854 - 1296)  
Stuttgart, Berlin, Köln 1990  
(zit.: Soergl-Bearbeiter, §)
- Staudinger, J. von Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch  
Erstes Buch, Allgemeiner Teil (§§ 134 - 163)  
13. Bearbeitung 1996  
Berlin 1996  
(zit.: Staudinger-Bearbeiter, §)
- ders. Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse  
(§§ 812 - 822)  
Neubearbeitung 1999,  
Berlin 1999  
(zit.: Staudinger-Bearbeiter, §)
- ders. Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse  
(§§ 823 - 825)  
13. Bearbeitung 1999  
Berlin 1999  
(zit.: Staudinger-Bearbeiter, §)
- ders. Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse  
(§§ 826 - 829)  
13. Bearbeitung 1998  
Berlin 1998  
(zit.: Staudinger-Bearbeiter, §)
- ders. Drittes Buch, Sachenrecht (§§ 854 - 882)  
Neubearbeitung 2000  
Berlin 2000  
(zit.: Staudinger-Bearbeiter, §)
- Tenckhoff, Jörg Anmerkung zu BGH JR 1988, 125 f.  
in: JR 1988, 126 ff.

(zit.: Anmerkung)

- Tiedemann, Klaus „Grundfragen bei der Anwendung des neuen Konkursstrafrechts“  
in: NJW 1977, 779 ff.  
(zit.: Grundfragen)
- Tröndle, Herbert  
Fischer, Thomas Strafgesetzbuch  
Kommentar  
50. Auflage, München 2001  
(zit.: Tröndle/Fischer)
- Wassermann, Rudolf Reihe Alternativkommentare  
Kommentar zum Strafgesetzbuch  
Band 1, §§ 1 - 21  
Luchterhand 1990  
(zit.: AK - Bearbeiter, §)
- Welzel, Hans Das Deutsche Strafrecht  
11. Auflage, Berlin 1969  
(zit.: Strafrecht)
- Werle, Gerhard „Der strafrechtliche Schutz des Mietbesitzes an Wohnungen“  
in: NJW 1985, 2913  
(zit.: Schutz)
- Wessels, Johannes  
Beulke, Werner Strafrecht Allgemeiner Teil  
30. Auflage, Heidelberg 2000  
(zit.: Wessels/Beulke AT)
- Wessels, Johannes  
Hillenkamp, Thomas Strafrecht Besonderer Teil 2  
21. Auflage, Heidelberg 1999  
(zit.: Wessels/Hillenkamp BT 2)
- Zeiler, A. „Der Betrug bei gesetzeswidrigen Rechtsgeschäften“  
in: GA 1913 (Band 60), 251 ff.  
(zit.: Betrug)
- Zieschang, Frank „Der Einfluß der Gesamtrechtsordnung auf den Umfang des Vermögensschutzes durch den Betrugstatbestand“  
in: Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag  
Berlin, New York, 1999  
(zit.: Einfluß)