

Gutes Geld für terroristische Attentate – Gedanken anlässlich des „IS-Falls“ BGH, NStZ-RR 2018, 221

Lucas Tomiak, Bonn*

Die Frage, ob derjenige, der einem anderen durch das Vorspiegeln, eine Straftat zu begehen, legale Vermögenswerte abschwindelt, wegen Betruges bestraft werden soll, ist ein Klassiker deutschen Strafrechts. Im vorliegenden Beitrag wird das Problem anhand eines aktuellen, besonders drastischen Falles, den der BGH entschied, entwickelt und dargestellt. Ziel des Beitrags ist eine vertiefte didaktische Darstellung, die die gängigen Argumente vorstellt und die Grundsatzwertungen hinter ihnen offenlegt.

A. Einleitung

Dem BGH stellte sich jüngst ein altbekanntes Problem, eingekleidet allerdings in einen kuriosen¹ Sachverhalt. Der Angeklagte (A) versprach seiner ehemaligen Verlobten, die ihn verlassen hatte, zu Geld zu kommen und sie zu beschenken. Diesen Plan versuchte er umzusetzen, indem er über das Internet einem Funktionär der Terrororganisation „Islamischer Staat“ (IS) anbieten wollte, in mehreren europäischen Ländern terroristische Anschläge mit insgesamt über 1.000 Opfern zu verüben. Für deren Finanzierung benötigte er allerdings 180.000 Euro. A hatte dabei nicht vor, tatsächlich Attentate zu verüben, das Geld wollte er für eigene Zwecke verwenden.

A gelangte auch tatsächlich an die Kontaktdaten des IS-Funktionärs B. Dieser war allerdings einige Wochen zuvor getötet worden- und sein Chat-Account wurde nun von dem syrischen Oppositionellen C betrieben, der sich nach der Art eines Geheimdienstlers als B ausgab, um den zuständigen Behörden IS-Anhänger zu melden. C zeigte sich gegenüber A interessiert an dessen Plänen, ließ sich zur Identitätsfeststellung u.a. ein Foto von dessen Krankenkassenkarte übermitteln und sagte dem A – nun in der Rolle eines weiteren IS-Funktionärs, dessen Messenger-Account auch von C betrieben wurde – grundsätzlich die Zahlung des Geldes zu. Schließlich übermittelte er über einen syrischen Oppositionspolitiker den deutschen Behörden seine Kenntnisse. A wurde festgenommen.² Behandelt werden soll hier nur eine der vom Sachverhalt

aufgeworfenen Fragen,³ die allerdings einen veritablen Klassiker strafrechtlicher Rechtsprechung und Literatur darstellt und hier in besonders drastischer Weise zutage tritt: begeht derjenige, der einem anderen durch das fälschliche Versprechen von illegalen Handlungen für sich gesehen legale Vermögenswerte abschwindelt, einen Betrug bzw. Betrugsversuch?

B. Der Vermögensbegriff des BGH

Der BGH bejaht diese Frage. Seine Begründung, insoweit sie von den besonderen Umständen des Falles abgelöst ist, bleibt knapp: Das LG habe eine „normative Einschränkung des Rechtsgüterschutzes abgelehnt. Diese Wertung steht im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung zum wirtschaftlichen Vermögensbegriff (...). Die Rechtsordnung kennt im Bereich der Vermögensdelikte allgemein kein wegen seiner Herkunft, Entstehung oder Verwendung schlechthin schutzwürdiges Vermögen“.⁴

Der BGH ordnet das hiesige Problem also als eines des richtigen Vermögensbegriffs ein. Was das Wort „Vermögen“ iRd § 263 bedeutet, ist sehr umstritten. Nach dem wirtschaftlichen Vermögensbegriff, zu dem sich der BGH hier bekennt, ist Vermögen „die Summe der geldwerten Güter einer Person“.⁵ Nicht relevant sein soll die rechtliche Bewertung der ausgetauschten Güter.⁶ Das so zusammengesetzte Vermögen wird nach dieser Ansicht beschädigt, „wenn die Vermögensverfügung des Getäuschten bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise unmittelbar zu einer nicht durch Zuwachs ausgeglichenen Minderung des Gesamtwerts seines Vermögens führt.“⁷ Die Tötung eines Menschen kann auf schwarzen Märkten mit Geld entlohnt

* Der Autor ist wissenschaftliche Hilfskraft am Lehrstuhl von Prof. Dr. Ingeborg Puppe sowie am Kriminologischen Institut der Universität Bonn bei Dr. Scarlett Jansen und promoviert bei Prof. Dr. Martin Böse.

¹ Vgl. auch Jahn, JuS 2018, 719 (720): „wie eine Melange aus Lehrbuchkriminalität und einer Geschichte aus tausendundeiner Nacht“.

² BGH, NStZ-RR 2018, 221 (222).

³ Zur möglichen Strafbarkeit nach § 30 iVm § 211 StGB siehe knapp Jahn, JuS 2018, 719 (720). Neben diesen materiell-rechtlichen Fragen hatte sich der BGH auf (erfolglose) Rüge der Staatsanwaltschaft hin auch mit der Beweiswürdigung des LG Saarbrücken auseinanderzusetzen.

⁴ BGH, NStZ-RR 2018, 221 (223).

⁵ So die Formulierung der Vereinigten Strafsenate des Reichsgerichts von 1910, RGSt 44, 230 (233).

⁶ Vgl. aus der Rspr. nur BGHSt 2, 364 (365 ff.); aus dem aktuellen Schrifttum etwa Krey/Hellmann/M. Heinrich, Strafrecht Besonderer Teil, Band 2, 17. Aufl. 2015, Rn. 607; D. Bock, Strafrecht Besonderer Teil 2, 2018, S. 343.

⁷ BGHSt 61, 149 (152); vgl. auch BGHSt 53, 199 (201) mwN aus der früheren Rechtsprechung.

werden und hat damit nach einer rein „wirtschaftlichen“⁸ Definition einen Vermögenswert.⁹ Nach dem Tatplan des A hätte der B als Handelnder des IS ihm 180.000 Euro ausbezahlt, ohne dafür die versprochene wirtschaftlich wertvolle Gegenleistung – die Durchführung der Attentate – zu erlangen. Das Vermögen des IS wäre damit beschädigt worden. Wäre umgekehrt A in Vorleistung getreten und hätte die Attentate ausgeführt, B die 180.000 Euro dann aber wie von vornherein geplant absprachewidrig nicht ausbezahlt, müsste der streng wirtschaftliche Vermögensbegriff auch hier zu einem Vermögensschaden kommen, jedenfalls sofern eine gewisse Aussicht auf Erfüllung bestand.¹⁰

Die letztere Konsequenz zu ziehen wäre der BGH allerdings wohl nicht bereit. Zwar konnte der 2. Senat sich mit seinem Vorstoß, Betäubungsmittel vom strafrechtlichen Vermögensschutz auszunehmen,¹¹ jüngst nicht durchsetzen.¹² Hier hält der BGH trotz des rechtlichen Verbots des Umgangs mit ihnen (§ 29 Abs. 1 S. 1 BtMG) daran fest, dass sie aufgrund ihres wirtschaftlichen Werts Gegenstand der Vermögensdelikte sein können,¹³ beruft sich für das Ergebnis aber auch auf die rechtliche Bewertung, nämlich die Besitzschutzrechte der §§ 858 ff. BGB.¹⁴

Das soll aber nicht für den Einsatz von Arbeitskraft für illegale Zwecke gelten. Die Arbeitsleistung von Prostituierten sah der BGH vor Inkrafttreten des Prostitutionsgesetzes am 1.1.2002 als nicht geschützt an¹⁵ und weiterte diese Rechtsprechung 1987 aus: „Zwar kann auch die

Möglichkeit, die eigene Arbeitskraft zur Erbringung von Dienstleistungen einzusetzen, zum Vermögen i. S. des § 263 StGB gehören, wenn solche Leistungen üblicher Weise nur gegen Entgelt erbracht werden. Das gilt aber nicht für Leistungen, die verbotenen oder unsittlichen Zwecken dienen.“¹⁶

Diese Einschränkung zeigt, dass der BGH einen rein wirtschaftlichen Vermögensbegriff nicht durchhält, vielmehr auch normative Erwägungen in die Anerkennung eines Vermögenswertes miteinbezieht. Er hat sich also in gewissen Konstellationen einem juristisch-ökonomischen Vermögensbegriff zugewandt.¹⁷ Es mag auch von einem solchen Standpunkt aus Gründe geben, den Vermögenswert des Besitzes von Betäubungsmitteln und der Erbringung gewisser verbotener Leistungen unterschiedlich zu beurteilen.¹⁸ Inkonsistent ist es freilich, die eigene Position trotz der normativen Einschränkungen weiterhin als rein wirtschaftlichen Vermögensbegriff zu kennzeichnen.¹⁹

Ein juristisch-ökonomischer Vermögensbegriff wird in vielen Spielarten vertreten.²⁰ Grundsätzlich lassen sich alle Ansätze, die diesem Oberbegriff zuzuordnen sind, dahingehend umschreiben, dass einem Vermögenswert nach ihnen einerseits ein wirtschaftlicher Wert zukommen muss, er andererseits aber von der Rechtsordnung jedenfalls nicht „missbilligt“ werden darf.²¹ Das heißt: obschon die „Leistung“ einer Auftragstötung einen faktischen Wert haben mag, unterfällt sie aufgrund des Verstoßes gegen § 211 oder § 212 StGB und der Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts, das auf die Tötung eines Menschen zielt gem. § 134 BGB, nicht dem Vermögensbegriff des § 263.²²

⁸ Zutreffende Kritik an der Möglichkeit eines vom Recht losgelösten Begriffs von Wirtschaft bei Kindhäuser, Zum strafrechtlichen Schutz strafbar erworbenen Vermögens, in: Söllner/Gitter/Waltermann/Giesen/Ricken (Hrsg.), GS Heinze, 2005, S. 447 (454); Fischer, Wirtschaftlicher, faktischer und normativer Schadensbegriff, in: Fischer/Hoven/Huber/Raum/Rönnau/Saliger/Trüg (Hrsg.), Dogmatik und Praxis des strafrechtlichen Vermögensschadens, 2015, S. 51 (54); instruktiv zum Verhältnis von Wirtschaft und Recht Becker/Rönnau, ZStW 130 (2018), S. 340 (347 ff.).

⁹ Krey/Hellmann/M. Heinrich, BT/2 (Fn. 6), Rn. 621.

¹⁰ So denn auch folgerichtig D. Bock, BT/2 (Fn. 6), S. 343 f.; Krey/Hellmann/M. Heinrich, BT/2 (Fn. 6). Dafür, dass dies nach einem wirtschaftlichen Vermögensbegriff die konsequente Lösung wäre auch Mitsch, Strafrecht Besonderer Teil 2, 3. Aufl. 2015, 5.2.1.5.2.1 f.

¹¹ BGH, NStZ 2016, 596 (598 f.).

¹² Zu dieser Anfrage nach § 132 Abs. 3 GVG und ihrem Schicksal Puppe, Ein mutiger Vorstoß und sein klägliches Ende, in: FS Fischer, 2018, S. 463 (im Erscheinen); Bechtel, wistra 2018, 154.

¹³ Besonders deutlich die Antwort des 3. Senats, BGH, NStZ-RR 2017, 244 (245): „Betäubungsmittel sind unzweifelhaft bei wirtschaftlicher Betrachtung in hohem Maße wertvoll. (...) Wenn der 2. Strafsenat demgegenüber darauf hinweist, dass Betäubungsmittel auf dem legalen Markt keinen Wert besäßen, so mag dies der Sache nach grundsätzlich zutreffen, ist jedoch bei wirtschaftlicher Betrachtung für sich ohne Belang; denn diese knüpft nicht an die Klagbarkeit (...), sondern allein an tatsächliche Verhältnisse [an]“.

¹⁴ BGH, NStZ-RR 2017, 244 (245); dagegen schon Gallas, Der Betrug als Vermögensdelikt, in: Bockelmann/Gallas (Hrsg.), FS Eb. Schmidt, 1961, S. 401 (425 ff.); Kindhäuser, in: Kindhäuser/U. Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar zum StGB, 5. Aufl. 2017, § 263 Rn. 239.

¹⁵ BGHSt 4, 373: „Dem Geschlechtsverkehr kommt für das Recht kein in Geld zu veranschlagender Wert zu.“

¹⁶ BGH, NStZ 1987, 407.

¹⁷ Lenckner, JZ 1967, 105 (106); Bergmann/Freund, JR 1988, 189 (190); Zimmermann, GA 2017, 544 (545); Kindhäuser, in: NK (Fn. 14) § 263 Rn. 30; Fischer, StGB, 65. Aufl. 2018, § 263 Rn. 101; Tenckhoff, JR 1988, 126 (127).

¹⁸ Dafür etwa Tenckhoff, JR 1988, 126 (127); nach Kindhäuser, GS Heinze (Anm. 8), S. 454, ist die Zuerkennung eines Vermögenswertes an verbotene Betäubungsmittel nur „weniger peinlich“, unterscheidet sich im vorliegenden Kontext aber sonst nicht von der Erbringung eines Auftragsmordes.

¹⁹ Mit dem Vorwurf der Widersprüchlichkeit der Rspr. denn auch u.a. Lenckner, JZ 1967, 105 (106); Zimmermann, GA 2017, 544 (545); Saliger, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), StGB, 2013, § 263 Rn. 175; auch Fischer (Fn. 17), § 263 Rn. 90a. Anders Nestler, JURA 2018, 963, die meint, die Rspr. folge der Linie, dass nur gerichtlich durchsetzbaren Positionen, die unter dem Schutz der Rechtsordnung stünden, ein Marktwert und damit Vermögensschutz zukomme. Das sieht die Rspr. selbst aber anders, vgl. nur das in Fn. 13 angeführte Zitat.

²⁰ Überblick bei Hoyer, in: Systematischer Kommentar zum StGB, 7. Aufl. 60. Lfg. Februar 2004, § 263 Rn. 92.

²¹ Etwa Cramer, JuS 1966, 472 (475); Lenckner, JZ 1967, 105 (107 f.); Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 263 Rn. 83.

²² Statt vieler Zimmermann, GA 2017, 544 (549); Joecks/Jäger, Studienkommentar StGB, 12. Aufl. 2017, § 263 Rn. 152; Zieschang, Der Einfluß der Gesamtrechtsordnung auf den Umfang des Vermögensschutzes durch den Betrugstatbestand, in: Weigend/Küpper (Hrsg.), FS Hirsch, 1999, S. 831 (846).

C. Das gute Geld

Die hiesige Konstellation ist aber gerade die umgekehrte. Und hier lauert ihr besonderes Problem: im Gegensatz etwa zum Besitz von Betäubungsmitteln oder der Tötung eines Menschen ist das Innehaben von Geld per se nicht verboten. Wird es zu legalen Zwecken eingesetzt, ist ein Betrug bei Vorliegen der übrigen Tatbestandsmerkmale und Strafbarkeitsbedingungen völlig unproblematisch gegeben. Die entscheidende, schon zu Anfang aufgeworfene, Frage lautet daher, ob sich die Beurteilung der Betrugsstrafbarkeit ändert, wenn das Geld für illegale Zwecke eingesetzt wird.

I. Ungeschütztes Vermögen?

Der BGH verneint das, wie gesehen, mit dem Verweis darauf, dass es kein von der Rechtsordnung schlechthin ungeschütztes Vermögen gebe. Diese Aussage ist in der ständigen Rechtsprechung des BGH verankert²³ und umfasst ausdrücklich auch Geld, das „als Tatmittel zur Begehung geplanter Straftaten“ bereitgestellt wird²⁴; es soll weiterhin dem Vermögensbegriff unterfallen und somit gegen Betrug geschützt sein. Über seine rhetorische Kraft hinaus vermag der Satz allerdings wenig zur Begründung beitragen. Wenn um die Frage gestritten wird, ob ein bestimmter Gegenstand zum Vermögen gehört, kann das nicht mit der Erwägung bejaht werden, es gebe kein ungeschütztes Vermögen. Denn dieser letztere Satz setzt die Zugehörigkeit zum Vermögen gerade voraus- und genau das wird von der Gegenauffassung bestritten. Der Satz stellt somit einen Zirkelschluss dar.²⁵ Er geht nicht über die Aussage hinaus, Vermögen sei alles, über was das Tatopfer faktisch verfügen könne. Zur Begründung dieser Aussage fügt der Satz von der Nichtexistenz ungeschützten Vermögens nichts hinzu.

II. Hilfe aus dem Zivilrecht?

Vielfach wird versucht, zur Lösung des Problems auf das Zivilrecht zu rekurren. Dort existiert mit § 817 S. 2 BGB eine Regelung, die für die hiesige Konstellation festlegt, dass eine Rückforderung des Geleisteten jedenfalls im Rahmen des Bereicherungsrechts ausgeschlossen ist, wenn dem Leistenden ein Sitten- oder Gesetzesverstoß zur Last gelegt werden kann. Wenn ein Anspruch damit schon zivilrechtlich ausscheidet, folge daraus für das Strafrecht, dass die Geldleistung nicht geschützt werden dür-

fe.²⁶ Die zivilrechtliche Rechtsprechung und ein großer Teil der Lehre sehen in § 817 S. 2 aber kein allgemeines Rechtsprinzip, sondern lesen die Vorschrift vielmehr als Ausnahmeregel, die etwa Ansprüchen aus den §§ 985 ff. oder aus § 826 BGB nicht entgegenstehe.²⁷ Ob eine solche Lesart zutrifft, kann aber, insb. für § 826 BGB, letztlich nicht ohne Blick auf die Wertungsgesichtspunkte hinter unserem Problem entschieden werden.²⁸

III. Die fehlende Schutzwürdigkeit

Ein solcher Wertungsgesichtspunkt wird zum Teil in der angeblich fehlenden Schutzwürdigkeit des Geldgebers gesehen.²⁹ So heißt es etwa bei Cramer: „Ist das Vermögensstrafrecht nicht über Gebühr strapaziert, wenn es gezwungen wird, zwielichtige Geschäfte von Strolchen, Zuhältern und Dirnen in seinen Schutzbereich einzubeziehen?“³⁰ Das ist freilich eine wenig überzeugende Lösung. Das Strafrecht sollte sich nicht in Erwägungen über die Schutzwürdigkeit von Täter und Opfer ergehen, schon weil dies impliziert, jemand könne als *Person* seinen Strafrechtsschutz verlieren³¹ und zu der Gegenfrage einlädt, ob denn der Täter nicht ebenso schutzunwürdig sei wie das Opfer.³²

IV. Der Einsatz des Geldes als bewusste Selbstschädigung

Mit der Feststellung, dass es nicht der Gedanke der Verwirkung ist, der zu einem Ausschluss der Betrugsstrafbarkeit führt, ist der Fall aber noch nicht entschieden. Begrün-

²³ Etwa BGHSt 8, 254 (256); BGH, NStZ-RR 2017, 244 mwN.

²⁴ BGHSt 8, 254 (256); vgl. auch BGH, NStZ 2003, 151 (152).

²⁵ Cadus, Die faktische Betrachtungsweise, 1984, S. 166; Puppe, Kleine Schule des juristischen Denkens, 3. Aufl. 2014, S. 230 f.; Bergmann/Freund, JR 1988, 189 (191 mit Fn. 34).

²⁶ LG Regensburg, NStZ-RR 2005, 312 f.; Mitsch, BT/2 (Fn. 10), 5.2.1.2.5.3; Bergmann/Freund, JR 1991, 357 (358); Puppe, Kleine Schule (Fn. 25), S. 134 f.

²⁷ Ausführlich mit Nachweisen aus Rspr. und Literatur Spickhoff, JZ 2002, 970; vgl. zudem Sprau, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 77. Aufl. 2018, § 817 Rn. 12.

²⁸ Für eine innerstrafrechtliche Lösung Hefendehl, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar StGB, Band 5, 2. Aufl. 2014, § 263 Rn. 486; Kindhäuser/Wallau, NStZ 2003, 152 (153); vgl. auch Gaede, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller (Hrsg.), AnwaltKommentar StGB, 2. Aufl. 2015, § 263 Rn. 79; Zimmermann, GA 2017, 544 (552).

²⁹ Etwa Joecks/Jäger (Fn. 22), § 263 Rn. 152; s. auch die Zusammenstellung von Zitaten bei Hillenkamp, Vorsatztat und Opferverhalten, 1981, S. 106 f.

³⁰ JuS 1966, 472 (474); ihm folgend Hecker, JuS 2001, 228 (231), vgl. auch dessen Hinweis, eine Lösung des Problems könne nur gelingen, „wenn zuvor ein Werturteil über die Schutzwürdigkeit des jeweils getäuschten „Vertragspartners“ gefällt wurde“.

³¹ Ausführlich dagegen Hillenkamp, (Fn. 29), S. 185 ff.

³² So denn auch Lackner, in: Jeschek/Ruß/Willms (Hrsg.), Leipziger Kommentar StGB, Band 6, 10. Aufl. 1988, § 263 Rn. 242: „Das Unrecht liegt also ersichtlich auf beiden Seiten.“; Hillenkamp, (Fn. 29), S. 109; Lenckner, JZ 1967, 105 (109); ähnlich im Zivilrecht Schwab, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6, 7. Aufl. 2017, § 817 Rn. 17. Mit dem Hinweis, dass begründet werden müsste, dass es sich um strafrechtlich relevantes Unrecht handelt Bergmann/Freund, JR 1988, 189 (191); Zieschang, FS Hirsch (Fn. 22), S. 842.

det werden kann dieses Ergebnis auch mit der Erkenntnis, dass das Opfer sich freiverantwortlich entschließt, sein Geld einzusetzen, ohne dafür ein Äquivalent zu erhalten. Einem Auftragsmord kann, jenseits von streng wirtschaftlichen Vermögensbegriffen, kein Vermögenswert zukommen, wie oben etwa für die Ansicht des BGH dargelegt wurde. Für Straftaten ist zudem § 17 StGB in den Blick zu nehmen, der ausdrückt, dass der Täter sich bei der Begehung von Straftaten im Regelfall nicht auf sein Unwissen über ihre Strafbarkeit berufen kann.³³ Kann der Geldgeber somit grundsätzlich so behandelt werden, als habe er von der Verbotenheit der Gegenleistung gewusst, so ist es konsequent, ihn auch so zu behandeln, als wisse er von ihrem fehlenden Vermögenswert. Das bedeutet: der Täter handelt, obgleich ihm bewusst ist, keinen Vermögenswert als Ausgleich zu erhalten. Insoweit ähnelt die Fallgruppe den Fällen, die unter dem Stichwort der bewussten Selbstschädigung diskutiert werden.³⁴

Diese Parallele wird von manchen Autoren abgelehnt, meist unter recht pauschalem³⁵ Verweis auf Lackner. Bei ihm heißt es: „Die Zweckverfehlung macht nun aber die Leistung des Getäuschten, wenn man ihr die rechtliche Anerkennung versagt, nicht einfach zweckfrei; sie wird vielmehr durch die Täuschung in einer dem Getäuschten gegenüber unerlaubten Weise der Zwecksetzung des Täters unterworfen, der sie seinem Vermögen zuführen will. Gerade durch diesen Zweck, den der Täter dem Getäuschten verschleiert, wird dessen Vermögensopfer zu einer wirtschaftlich sinnlosen und damit schädlichen Ausgabe.“³⁶ Bestritten wird also die Zweckfreiheit der Verfügung mit dem Argument, in Wahrheit verfolge die gewissermaßen instrumentalisierte Verfügung gerade den Zweck des Täuschenden, die Leistung seinem eigenen Vermögen zuzuführen, wodurch die Leistung für das Opfer wirtschaftlich sinnlos werde.

Fraglich ist freilich zum einen schon, ob die rein wirtschaftliche Sinnlosigkeit hier das richtige Kriterium ist. Nach einem juristisch-ökonomischen Vermögensbegriff, den auch Lackner vertrat,³⁷ muss der Verstoß gegen Strafgesetze, der in der Vereinbarung liegt, mitberücksichtigt werden; danach ist die Leistung wegen dieses Verstoßes auch ohne die Täuschung des Täters normativ-wirtschaftlich sinnlos. Zudem wird nicht genügend berücksichtigt, dass die rein faktische Zwecksetzung des Tatopfers, hier die Tötung einer großen Anzahl von Menschen, wegen des in ihr liegenden Strafrechtsverstoßes, normativ nicht

sein soll, und die Erfüllung dieses Zwecks nicht sein darf. Sie ist daher normativ als nicht vorhanden, als nullum zu bewerten.³⁸ Die Verfügung des Opfers steht also gewissermaßen dem buchstäblichen aus dem Fenster Hinauswerfen des Geldes gleich. Man mag dies auch damit untermauern, dass das Geld, das der Vorbereitung von Tötungshandlungen dient, der Einziehung gem. § 74 Abs. 1 2. Var. StGB unterliegt, dem Getäuschten also nicht mehr zur Verfügung stehen soll.³⁹

V. Die Angemessenheit des Ergebnisses

Lackner deutet in der zitierten Passage aber noch ein weiteres Problem an: ist es wirklich angemessen, dass das vom Getäuschten hingebene Geld am Ende bei dem Täuschenden landet? Damit hängt eine Argumentationslinie zusammen, die schon vom RG behandelt wurde. Das Verhalten, die Bereitschaft zur Begehung einer Straftat vorzutäuschen, um an das Geld des Getäuschten zu gelangen, könnte für sich genommen so strafwürdig sein, dass das Verhalten des Tatopfers nicht in den Blick zu nehmen ist; es komme nicht so sehr auf die Schutzwürdigkeit des Vermögens an, sondern vielmehr darauf, dass der Täter sich falsch verhalten habe. In einem die Diskussion mitprägenden Beitrag von Bruns heißt es dazu: „Vielmehr straft der Staat wesentlich und ernstlich deswegen, weil die Tat sittlich böse und subjektiv verwerflich, damit strafwürdig ist. (...) Das Strafrecht bezweckt gar nicht in erster Linie den unmittelbaren Schutz bestimmter Rechtsgüter, sondern den Schutz jener sozialetischen Gesinnungswerte, die das Fundament für jedes staatliche Zusammenleben bilden.“⁴⁰

Hier ist nicht der Ort, in eine vertiefte Diskussion über den Grund und die Voraussetzungen des Strafens einzutreten. Allein eine böse Gesinnung aber kann Strafe sicherlich nicht rechtfertigen.⁴¹ Zudem: Nach der hier entfalteten Argumentation gibt der Getäuschte selbst seinen Vermögenswert preis, ohne damit einen nach normativen Maßstäben

³³ Das ergibt sich aus der bloß möglichen, nicht zwingenden Strafmilderung bei Vermeidbarkeit des Irrtums; die Strafbarkeit entfällt nur bei Unvermeidbarkeit des Irrtums. Vgl. dazu Gaede, in: Matt/Renzikowski (Fn. 19), § 17 Rn. 1 f.; U. Neumann, in: NK (Fn. 14), § 17 Rn. 53 ff.

³⁴ Dazu Hefendehl, in: MüKo-StGB (Fn. 28), § 263 Rn. 712 ff.

³⁵ Wessels/Hillenkamp, Strafrecht Besonderer Teil 2, 40. Aufl. 2017, Rn. 565; Tenckhoff, JR 1988, 126 (127); Zieschang, FS Hirsch (Fn. 22), S. 845.

³⁶ Lackner, in: LK (Fn. 32), § 263 Rn. 242. Ähnlich auch Schmidhäuser, Strafrecht Besonderer Teil, 1980, 11/31; Gröseling, NSTZ 2001, 515 (518 f.).

³⁷ Lackner, in: LK (Fn. 32), § 263 Rn. 123, 132, 241.

³⁸ Kindhäuser, GS Heinze (Fn. 8), S. 451; ähnlich Pawlik, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, 1999, S. 146 f.; Gaede, Die objektive Täuschungseignung als Ausprägung der objektiven Zurechnung beim Betrug, in: M. Heinrich/C. Jäger/Achenbach/Amelung/Bottke/Haffke/Schünemann/Wolter (Hrsg.), FS Roxin zum 80. Geburtstag, Band 2, 2011, S. 967 (985); Hoyer, in: SK (Fn. 20), § 263 Rn. 132. Gegen Lackner auch Hefendehl, in: MüKo-StGB (Fn. 28), § 263 Rn. 488.

³⁹ Kindhäuser/Wallau, NSTZ 2003, 152 f.; Mitsch, BT/2 (Fn. 10), 5.2.1.2.5.3; Gaede, in: AnwK (Fn. 28), § 263 Rn. 79; Fischer (Fn. 17), § 263 Rn. 108; dagegen Hillenkamp, (Fn. 29), S. 190 f., der aus der Regelung aber einen Strafmilderungsgrund ableitet, S. 292 f.; Zimmermann, GA 2017, 544 (551 f.); Heger/Petzsch, in: Leitter/Rosenau (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2017, § 263 Rn. 101; BGHSt 48, 322 (330), der das Argument allerdings missversteht, dazu knapp aber treffend Fischer, aaO.

⁴⁰ Bruns, Gilt die Strafrechtsordnung auch für und gegen Verbrecher untereinander?, in: Engisch/Maurach (Hrsg.), FS Mezger, 1954, S. 335 (356 f.).

⁴¹ Kritisch zu Bruns schon Lenckner, JZ 1967, 105 (107 f.); Zieschang, FS Hirsch (Fn. 22), S. 842.

zu berücksichtigenden Zweck zu verfolgen. Wollte man nun dennoch wegen Betruges bestrafen, führte dies dazu, den Betrug – entgegen seiner tatbestandlichen Ausgestaltung – nicht mehr als ein Delikt zu behandeln, das rechtlich anerkannte Vermögensrechte des Getäuschten schützt, sondern als Delikt zur Wahrung der Friedensordnung.⁴²

Ein ähnlicher Weg, eine Strafbarkeit nach § 263 zu bejahen, könnte darin liegen, den Schutz vor irrtümlichen Verfügungen mit „menschlicher Schwäche“ zu begründen, deren Ausnutzung gerade dann besonders verlockend sei, wenn der Täter über das bloße Versprechen der Begehung von Straftaten an Geld kommen könne.⁴³ Diese Auffassung ist insoweit richtig, als sie Versuchen entgegengehalten wird, den Schutz gegen Betrug unter Verweis auf Selbstschutzmöglichkeiten einzuschränken.⁴⁴ Der Mensch ist eben nicht nur rational abwägender homo oeconomicus. Aber die Begehung von Straftaten ist anders zu behandeln als das Hereinfallen auf Angebote, die gezielt auf Leichtgläubigkeit und mangelnde Aufmerksamkeit des Opfers abzielen.⁴⁵ Seine strafrechtlich bewehrte Pflicht schützt die Entscheidungsbasis des Leistenden hier in ausreichendem Maße.⁴⁶

Anders liegen die Dinge freilich zum einen, wenn der Getäuschte, etwa aufgrund einer Drogensucht, nicht mehr freiverantwortlich entscheiden kann. Hier ist schon nicht von einer wirklichen Selbst-Schädigung auszugehen.⁴⁷ Aber daneben spricht auch einiges dafür, in Fällen, in denen der vorgeblich Leistende eine Zwangslage oder Unerfahrenheit ausnutzt, die Vorschrift des Wuchers, §§ 138 Abs. 2 BGB, 291 StGB, zur Anwendung kommen zu lassen. Dieser erfasst gerade die Fälle, in denen eine Partei die Schwäche der anderen zur Erlangung eines Vermögensvorteils ausnutzt.⁴⁸ Auch im Rahmen des § 291 StGB wird freilich darüber gestritten, ob die Vorschrift anwendbar ist, wenn es um verbotene Leistungen geht. Dagegen wird man angesichts des Schutzzwecks weniger vorbringen können, genug Schutz vor schädigenden Verfügungen biete bei einer strafrechtswidrigen Gegenleistung schon

deren Strafbewehrung selbst.⁴⁹ Nicht unproblematisch ist allerdings die Bestimmung eines auffälligen Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung, wenn die Gegenleistung illegal ist.⁵⁰ Zudem ist fraglich, ob aus Wertungsgesichtspunkten eine Grenze derart zu ziehen ist, dass Wucher etwa bei Drogengeschäften möglich ist, nicht aber bei Auftragsmorden, und wie diese dogmatisch zu begründen wäre.⁵¹

VI. Der rechtsfreie Raum

Das letzte Argument, auf das hier eingegangen werden soll, behandelt die sog. „rechtsfreien Räume“, die durch eine Strafflosigkeit geschaffen werden könnten.⁵² Das Argument ist dahin zu deuten, dass eine Strafflosigkeit des Betruges zu vermehrten Akten von Selbstjustiz führen könnte.⁵³ Jedenfalls vom Standpunkt einer juristisch-ökonomischen Lehre ist das Argument aber schon deshalb nicht überzeugend, da ein „rechtsfreier Raum“ nach der Logik des Arguments auch bei einem Austausch illegaler Leistungen vorläge. Würden sich beispielsweise zwei Auftragsmörder gegenseitig die Tötung eines Feindes des jeweils anderen zusagen, hätte keine der beiden Leistungen einen Vermögenswert – ein Vermögensschaden des „Vorleistenden“ und damit eine Betrugsstrafbarkeit käme nicht in Betracht.⁵⁴ Die Argumentation übersieht zudem, dass ein „rechtsfreier Raum“ gerade nicht vorliegt – die Handlung des Leistenden wird regelmäßig selbst einen Straftatbestand erfüllen, vorliegend etwa zumindest eine Beihilfe zum Mord, §§ 211, 27. Zuletzt könnten von einer fehlenden Betrugsstrafbarkeit auch präventiv erwünschte Effekte ausgehen, nämlich die Destabilisierung des Vertrauens auf Erbringung der Leistung.⁵⁵ Die Aussicht, neben der Begehung einer eigenen Straftat auch noch das eingesetzte Geld zu verlieren, könnte einige Täter von der Bezahlung von Straftaten abhalten.

⁴² Gaede, in: AnwK (Fn. 28), § 263 Rn. 79.

⁴³ B. Heinrich, in: Arzt/Weber/B. Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht Besonderer Teil, 3. Aufl. 2015, § 20 Rn. 4, 120c.

⁴⁴ So aber viele Anhänger der sog. Viktimodogmatik, deren Grundanliegen darin besteht, bei der Auslegung „die aus dem ultima-ratio-Prinzip folgende Mitverantwortung des Rechtsgutsträgers für die Rechtsgutsbewahrung“ derart zu berücksichtigen, „daß das Opfer (...) in gewissem Umfange auch eine faktische Dispositionsmöglichkeit bezüglich der Verwirklichung des Deliktstatbestandes besitzt“, Schönemann, NStZ 1986, 439 (443). Im Ergebnis übereinstimmend mit diesem Ansatz auch Gaede, FS Roxin 2011 (Fn. 38), S. 977 ff.

⁴⁵ Zur Strafbarkeit letzterer anschaulich BGH, NJW 2014, 2595. Zu den europarechtlichen Bezügen Rönne/Wegner, JZ 2014, 1064.

⁴⁶ Die beiden Fallgruppen werden aber gleichgesetzt von Saliger, in: Matt/Renzikowski (Fn. 19), § 263 Rn. 178.

⁴⁷ Vgl. auch die ähnliche Diskussion bei der mittelbaren Täterschaft bei Selbstverletzungen des Opfers, dazu Kindhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 39 Rn. 46 ff.

⁴⁸ Heine/Hecker, in: Schönke/Schröder (Fn. 21), § 291 Rn. 2; Greco/Roger, in: SSW (Fn. 39), § 291 Rn. 2 f.

⁴⁹ So aber Kindhäuser, NStZ 1994, 105 (110); Hoyer, in: Wolter (Hrsg.), SK, 8. Aufl. 135. Lfg. August 2012, § 291 Rn. 23.

⁵⁰ Angesichts des unterschiedlichen Schutzzwecks ist es aber nicht von vornherein widersprüchlich, bei § 291 – anders als bei § 263 – den Schwarzmarktpreis der Gegenleistung zugrunde zu legen, so etwa Greco/Roger, in: WSS (Fn. 39), § 291 Rn. 25; Pananis, in: MüKo-StGB (Fn. 28), § 291 Rn. 38; Wolff, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), LK, Band 10, 12. Aufl. 2008, § 291 Rn. 37; diff. Fischer (Fn. 17), § 291 Rn. 19a. Dagegen Kindhäuser, NStZ 1994, 105 (110); Heine/Hecker, in: Schönke/Schröder (Fn. 21), § 291 Rn. 18; Hoyer, in: SK (Fn. 49), § 291 Rn. 23.

⁵¹ Fischer (Fn. 17), § 291 Rn. 19a; Greco/Roger, in: WSS (Fn. 39), § 291 Rn. 25; Pananis, in: MüKo-StGB (Fn. 28), § 291 Rn. 38.

⁵² Etwa D. Bock, BT/2 (Fn. 6), S. 343; Gröseling, NStZ 2001, 515 (517 f.); Weber, FD-StrafR 2018, 405945.

⁵³ Hillenkamp, (Fn. 29), S. 204 f.

⁵⁴ Vgl. Fischer (Fn. 17), § 263 Rn. 109.

⁵⁵ Bergmann/Freund, JR 1988, 189 (192); dies., JR 1991, 357 (358); scharf Mitsch, BT/2 (Fn. 10), 5.2.1.2.5.3.

D. Anwendung in der Fallbearbeitung

Derjenige, der einen anderen um legale Vermögenswerte bringt, indem er ihm fälschlich vorspiegelt, eine Straftat begehen zu wollen, ist also aufgrund der eigenverantwortlichen Selbstschädigung des Getäuschten nicht strafbar. Dieser Gedanke wird von seinen Vertretern allerdings an ganz verschiedenen Punkten im Deliktsaufbau verortet.⁵⁶ Das liegt auch an den sehr unterschiedlichen dogmatischen Konzeptionen, die dem Betrug zugrundeliegen.⁵⁷ Der Gedanke der Selbstschädigung legt nahe, das Problem bei der Verzahnung von Irrtum und Vermögensverfügung zu verorten. Der Täter leistet zwar faktisch motiviert durch die Irreführung über die soziale Bedeutung, da diese ihn aber im Falle strafrechtswidriger Gegenleistungen normativ nicht beeinflussen soll, fehlt es jedenfalls am normativen Zusammenhang zwischen Täuschung und Irrtum einerseits und einer Vermögensverfügung andererseits.⁵⁸ Zu beachten ist, dass eine Vermögensverfügung nicht schon in der nichtigen Vereinbarung, sondern erst in der Auszahlung des Geldes zu sehen ist.⁵⁹

Hingewiesen werden soll noch auf mögliche Folgeprobleme: bei Ablehnung eines Betrugs stellt sich zum einen die Frage, ob der Täuschende durch sein Verhalten eine Unterschlagung am Geld gem. § 246 StGB begeht.⁶⁰ In komplizierteren Fallgestaltungen kann es zudem dazu kommen, dass der Getäuschte sich sein Geld mit Gewalteininsatz zurückholt. Hier ist eine Strafbarkeit nach § 253 StGB sowie ggfs. nach § 239a StGB zu prüfen. In deren Rahmen ist vor allem zu erörtern, ob der Getäuschte einen Anspruch auf Rückzahlung des Geldes hat, da er sich in diesem Fall nicht wie von § 253 vorausgesetzt „zu Unrecht“ bereichern würde.⁶¹

E. Ergebnis

Der IS-Fall lässt sich also schon durch die Lösung des Problems des guten Geldes dahingehend lösen, dass A durch sein Verhalten jedenfalls nicht den Tatbestand des versuch-

ten Betruges erfüllte. Er zeigt aber auch, dass sich die aus Lehrbüchern bekannten Probleme in der Praxis häufig in anderen Konstellationen zeigen und noch weitere dogmatische Fallstricke aufweisen. So wirft der IS-Fall beispielsweise die weitere Frage auf, wen A hier eigentlich betrügt. Der IS ist ein verbotener Verein.⁶² Der BGH ging zwar einmal davon aus, dass auch verbotene Vereine Träger von Vermögen sein können,⁶³ unangreifbar ist diese Position aber nicht.⁶⁴ Dieses und die weiteren hier nur angerissenen Probleme zeigen, wie komplex das Vermögensstrafrecht sein kann. Das Ziel dieses Beitrages war es, zu zeigen, wie sich das Dickicht durch die Rückführung der Einzelfragen auf einige grundsätzliche Wertungen lichten kann.

⁵⁶ Überblick bei *Kindhäuser*, in: NK (Fn. 14), § 263 Rn. 342 ff.

⁵⁷ Vgl. beispielsweise den Streit darüber, ob der Betrug als vertypete mittelbare Täterschaft zu verstehen ist, um die durch das Tatopfer bewirkte Vermögensverschiebung dem Täter zurechnen zu können, so v.a. *Kindhäuser*, in: NK (Fn. 14), § 263 Rn. 46 ff. Dagegen *Frisch*, in: Arth. Kaufmann/Bemmann/Krauss/Volk (Hrsg.), FS Bockelmann, 1979, S. 647 (651 ff.); *Hefendehl*, in: MüKo-StGB (Fn. 28), § 263 Rn. 715 mwN.

⁵⁸ So auch *Hefendehl*, in: MüKo-StGB (Fn. 28), § 263 Rn. 487; *Kindhäuser*, in: NK (Fn. 14), § 263 Rn. 346; *Gröseling*, NSTZ 2001, 515 (516 f.), die diesen Zusammenhang allerdings bejaht.

⁵⁹ *Hefendehl*, in: MüKo-StGB (Fn. 28), § 263 Rn. 487.

⁶⁰ Für eine Strafbarkeit *Kindhäuser*, GS Heinze (Fn. 8), S. 449 f. sowie *ders.*, in: NK (Fn. 14), § 263 Rn. 347; dagegen *Hecker*, JuS 2001, 228 (232 f.).

⁶¹ Unterschiedlich beurteilt wird in diesen Konstellationen schon die Wertungsgerechtigkeit einer Strafbarkeit des ursprünglich Getäuschten nach § 253 StGB, dafür *Kindhäuser*, GS Heinze (Fn. 8), S. 454 ff.; dagegen *Engländer*, JR 2003, 164; *Swoboda*, NSTZ 2005, 476 (479 ff.).

⁶² Siehe die Veröffentlichung der Unanfechtbarkeit des Verbots im Bundesanzeiger, BAnz AT 12.11.2014 B4.

⁶³ BGHSt 8, 254 (255).

⁶⁴ Zweifelnd auch *Schmitt*, jM 2018, 298 (301).