14.

Die neueste Stellungnahme des Reichsgerichts zur Frage der Strafbarkeit des Betrugs bei unerlaubten Rechtsgeschäften und der Borentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch.)

Von Referendar Dr. Georg Schumann in Berlin.

I.

Einen ausgesprochenen Zickzackweg kennzeichnet die Entwicklung, welche die Frage nach der Strafbarkeit des Betrugs bei unerlaubten Rechtsgeschäften durch die Rechtsprechung des höchsten Gerichtshofs erfahren hat. Und daß die Behandlung dieser Frage auch seitens der Literatur von Escher und Lemme, welche 1840 und 1841 als erste mit diesem Problem sich eingehend beschäftigten, bis auf Hegeler (in der vergleichenden Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Besonderer Teil, Band 7) gleichfalls eine fast babylonische Verwirrung im Ergebnis wie in der Begründung aufweist, sei nur nebenbei erwähnt ²⁾).

In Anlehnung wohl an den Standpunkt des preussischen Obertribunals ³⁾ hat das Reichsgericht zunächst strafbaren Betrug angenommen, so im Urteil des 1. Senats vom 17. 2. 1887 Bd. 15 S. 315 (Untaugliches Abtreibungsmittel), dann aber verneint, so Bd. 19 S. 186, dann wiederum bejaht, so GoldArchiv, Bd. 42 S. 119, dann verneint Bd. 21 S. 161, Bd. 27 S. 300, Bd. 36 S. 342, Bd. 37 S. 161; mit dem Urteil vom 21. 4. 1906 (Bd. 38 S. 424) beginnt ein neuer Kurs, offenbar auf eine Anregung des Reichsgerichtsrats Galli (DJZ. Bd. 9 S. 1125), der unter Protest gegen die freisprechende Tendenz des Reichsgerichts vielleicht als erster die Forderung aufstellte, die einschlägigen Tatbestände als versuchten Betrug zu bestrafen. Seither nahm das Reichsgericht strafbaren Versuch an, obwohl es noch in der Entscheidung vom 6. 6. 1898, GoldArch. Bd. 46

¹⁾ Vgl. meine Monographie: Die Anwendbarkeit der §§ 263 und 263, 43 StGB. bei mangelndem Konditionsrecht des Getäuschten. Breslau 1911, Schletter'sche Buchhandlung.

²⁾ Vgl. die ausführliche Erörterung des Standes der Frage in Literatur und Jubilatur S. 19—28 meiner Abhandlung.

³⁾ Oppenhoff, Rechtsprechung des Obertribunals in Strafsachen, Bd. 18 S. 471; Bd. 16 S. 788.

§. 330, einen solchen ausdrücklich abgelehnt hatte. Die, wahrscheinlich nicht allerletzte, Wendung erfolgte durch die Entscheidung der vereinigten Strafsenate vom 14. 12. 1910 (Bd. 44 S. 230 ff.), aufrecht erhalten in einem weiteren Urteil vom 23. 2. 1911 (JB. 1911, S. 505), wonach wegen vollendeten Betrugs zu bestrafen ist.

Die ausführliche, fast 20 Seiten umfassende Begründung der Entscheidung der vereinigten Senate vermag meines Erachtens den Standpunkt des Reichsgerichts nicht zu rechtfertigen, und es muß nach wie vor daran festgehalten werden, daß der fragliche Tatbestand weder vollendeter noch versuchter Betrug ist. Die wichtigsten rechtlichen Gesichtspunkte, hinsichtlich deren der höchste Gerichtshof eine geradezu revolutionisierende und vorerst nicht absehbare Änderung seiner Anschauungen vorgenommen hat, sind bei unseren Fällen bezüglich der gesetzlichen Tatbestandsmerkmale des Betruges a) der Begriff des Vermögens und des Vermögensschadens im Sinne des § 263, b) das Verhältnis des Zivilrechts zum Strafrecht, c) das Verhältnis des § 817 BGB. zu den §§ 823, 826, 254 BGB., d) der Moment des Eintritts der Schädigung beim Betruge, e) die Kausalität. Die einzelnen Punkte zu a bis e seien im folgenden erörtert.

a) Bisher ging in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre das Reichsgericht davon aus, daß die Anwendung des § 263 des StGB. einen Eingriff in das „rechtlich geschützte Vermögen“, eine „Schädigung im Rechtsinn“ voraussetze und daß danach die Verletzung von Verträgen, die vom Staat als unerlaubt nicht anerkannt würden, auch strafrechtlich nicht zu ahnden sei. „Die vereinigten Strafsenate sind sich darüber einig, daß der Begriff des rechtlich geschützten Vermögens irreführend und darum fallen zu lassen ist.“ (Bd. 44 S. 232.) Dieser im schroffsten Widerspruch, wie gesagt, zur herrschenden Ansicht und der bisherigen der sämtlichen fünf Senate stehende Satz wird damit begründet, daß der Begriff des rechtlich nicht geschützten Vermögens ein Widerspruch in sich selbst sei, weil alles, was Vermögen einer Person sei, unter allen Umständen rechtlichen Schutz genieße. Diese Wendung läuft aber bei Nicht besehen auf eine nichts sagende und durchaus beweisunkräftige *petitio principii* hinaus. Denn es fragt, sich gerade, ob das Recht, ob das Strafrecht das Vermögen einer Person unter allen Umständen schützt. Den Beweis für die Richtigkeit seines Axioms ist das Reichsgericht allerdings schuldig geblieben.

Wenn weiter der Unterschied zwischen einem Schaden im Rechtssinne und einem tatsächlichen Schaden in der strafrechtlichen Lehre vom Betrug sich deshalb, wie das Reichsgericht meint, nicht aufrechterhalten läßt, weil Vermögen lediglich „die Summe der geldwerten Güter einer Person“ sei, so muß auch diese zudem beweislos gebliebene einseitig ökonomische Betrachtung des Vermögensbegriffes, die wohl in Anlehnung an Doerr⁴⁾ und Birkmeyer⁵⁾ aufgenommen ist, als falsch ebenso abgelehnt werden wie jene einseitig juristische Auffassungsweise des Vermögens- und Schädigungsbegriffes, welche Binding (vgl. Lehrbuch, Besonderer Teil, 1902, S. 240) noch neuerlich in einem Aufsatz vertritt, der stark gegen die letzte Entscheidung der vereinigten Strafsenate polemisiert⁶⁾.

Ich glaube in meiner Abhandlung (S. 32—42) den Nachweis erbracht zu haben, daß man unter Vermögen im Sinn des § 263 weder ausschließlich einen ökonomischen noch ausschließlich einen juristischen, sondern einen gemischten juristisch-ökonomischen Begriff verstehen muß. Danach ist Vermögen der „Inbegriff aller rechtlich anerkannten und geschützten geldwerten Güter einer Person“. So auch Olschhausen, Kommentar, 1907, S. 1036.

Ein laises Eingeständnis der Einseitigkeit ihres Standpunktes enthält die gleich darauffolgende einschränkende Bemerkung der Begründung: „Mit diesem wirtschaftlichen Element verbindet sich in der Bezeichnung „Vermögen“ allerdings auch ein privatrechtliches, insofern nämlich, als es nur der Privatrechtsordnung anheimfallen kann, die Beziehungen zu regeln, die vorhanden sein müssen, um ein bestimmtes Vermögensstück dem Vermögenskreis einer bestimmten Person zuzurechnen. Ob dieses wirtschaftliche Gut der Person A oder der Person B gehört, darüber kann selbstverständlich nur entschieden werden auf Grund der Satzungen des bestehenden bürgerlichen Rechts. Da jedoch der Tatbestand des Betrugs in dieser Hinsicht nur erfordert, daß das Vermögen eines „andern“ geschädigt werde, einerlei wer dieser andere ist, so kommt der privatrechtlichen Seite des Vermögensbegriffs für die hier zu entscheidende Frage nur untergeordnete Bedeutung zu.“ Diese Ausführungen können gleichfalls nicht unwidersprochen bleiben. Es ist unrichtig einerseits, daß die privatrecht-

⁴⁾ Über das Objekt bei strafbaren Angriffen auf vermögensrechtliche Interessen. 1897.

⁵⁾ Über das Vermögen im juristischen Sinn. 1872.

⁶⁾ DZB. 1911, S. 553.

liche Seite des Vermögensbegriffes sich auf den Gesichtspunkt der Zugehörigkeit des Gutes zu einer bestimmten Person beschränkt. Das Privatrecht sagt vielmehr darüber hinaus, was zunächst überhaupt unter einem Gut, unter Vermögen zu verstehen ist, was Vermögen im Sinne des Privatrechts ist. Die Unschlüssigkeit der gerügten Begründung zeigt sich auch darin, daß sie hinsichtlich des Gesichtspunktes der Zugehörigkeit die dritte Eventualität außer Betracht läßt. Denn das Privatrecht kann auch bestimmen, daß das Gut weder der Person A noch der Person B sondern überhaupt keiner Person gehöre, und im Zusammenhang damit, ein Gut könne zwar einer Person augenblicklich gehören, aber es lege auf dauerndes Verbleiben des Gutes bei dieser Person keinen Wert, mit andern Worten, es schütze die Herrschaft dieses Subjekts nicht. Diese Überlegung führt also mit begrifflicher Notwendigkeit zu der Erscheinungsform des rechtlich geschützten Vermögens, und es ist schlechterdings nicht einzusehen, daß dieser Begriff irreführend sein soll.

Andererseits genügt aber auch schon das vom Reichsgericht zugestandene privatrechtliche Element meines Erachtens vollständig, um den Vermögensbegriff seines bloß wirtschaftlichen Charakters zu entkleiden. Denn indem das Privatrecht bestimmt, daß ein wirtschaftliches Gut einer bestimmten Person und nicht einer anderen zugehören soll, wandelt das Privatrecht das Wesen des rein wirtschaftlichen Gutes um. Die im Wüstenland herrenlosen Landes liegenden Diamanten sind zweifellos wirtschaftliche Güter. Von Bedeutung für die Rechtsordnung werden sie aber erst, wenn sie in die Sphäre des Rechts gelangen, wenn die Rechtsordnung sie einem Rechtssubjekt als Rechtsobjekt unterordnet. Der Eintritt in die Rechtsordnung erst verleiht dem Gut den Charakter des „Vermögens“. B i n d i n g (l. c.) führt mit Recht aus, daß Geldwert und Vermögen nicht identisch sind, sondern „nur dessen Gewicht auf der Geldwage“ ist, daß desgleichen Vermögensminderung und Geldwertsminderung nicht identisch sind. Man denke an die Kursbewegungen marktgängiger Wertpapiere, die den Geldwert, nicht aber das Vermögen beeinflussen. Mit dem allerdings richtigen Argument, daß für den Betrug gleichgültig sei, wessen Vermögen geschädigt werde, und daß die privatrechtliche Regelung nur eine untergeordnete Bedeutung spiele, ist nichts gewonnen. Denn wenn es auch nicht darauf ankommt, wessen Vermögen geschädigt ist, so ist damit noch nicht gesagt, daß das Betrugsobjekt einen besonderen rechtlichen Charakter überhaupt nicht zu haben braucht.

b) Neben diesen allgemeinen Erwägungen sprechen positive Normen (§§ 817 Satz 2, 762, 656 BGB.) dafür, daß, wo das Privatrecht die Restitution verweigert, nach Strafrecht eine Schädigung nicht vorliegen kann. Den andernfalls zweifellos vorhandenen Zwiespalt, daß jemand nach Strafrecht haftbar wird, nach Zivilrecht aber frei davonkommt, sucht das Reichsgericht (S. 240) in Übereinstimmung mit ihm nahestehenden Schriftstellern damit zu überbrücken, daß es den genannten Paragraphen eine Bedeutung beilegt, welche ihnen nach meinem Empfinden nicht zukommen kann. Das Reichsgericht sagt nämlich, die Tatsache der Konditionsverweigerung bedeute nicht Verneinung eines Schadens, sondern nur, daß der Leistende unter gewissen Umständen den Schaden selber tragen müsse. Diese Differenzierung läuft aber tatsächlich nur auf eine Verschiedenheit im Ausdruck hinaus, in der Sache ändert sie nichts. Wenn weiter in diesem Zusammenhang (S. 241) wohl in Anlehnung an *Segeler* und *Engelhard*⁷⁾ ausgeführt wird, das bürgerliche Recht gehe nicht so weit, die Vornahme verbrecherischer Handlungen schlechthin zu verbieten, es verlege den Parteien nur seine Mitwirkung zur Durchführung des Geschäfts, das Gesetz greife nicht ein, lasse vielmehr die Dinge ihren Gang gehen, so muß diese Charakterisierung des Konditions mangels als unrichtig bezeichnet werden. Zunächst ist der Rechtsordnung eine Funktion fremd, welche man im bürgerlichen Leben streifen nennen würde. Die Funktionen und das Wesen der Rechtsordnung sind durchaus positiver Natur, und ein scheinbares Geschehenlassen ist nicht ein solches, sondern mehr: eine ausdrückliche Verneinung nach irgendeiner Seite, eine positive Tätigkeit⁸⁾. Das einzige Merkmal der Rechtserheblichkeit einer Handlung ist ihre Berücksichtigung durch die Rechtsordnung und das einzige Merkmal des rechtsverletzenden Charakters ihre Verfolgbarkeit durch die Rechtsordnung. Fehlt es einer Handlung an der Verfolgbarkeit, so kommt ihr eine rechtsverletzende Eigenschaft nicht zu. Wird eine solche Handlung durch Konditionsverweigerung „übersehen“, so liegt darin mehr als eine bloße Ignorierung, wie das Reichsgericht annimmt, dann liegt darin die positive Zeugnung einer Rechtsverletzung überhaupt. Wie ist es zudem mit der angeblichen Ignorierung zu vereinbaren,

⁷⁾ Kann Betrug begangen werden durch Vorpiegelung einer gesetzwidrigen oder unsittlichen Gegenleistung? 1905.

⁸⁾ Vgl. meine Abhandlung S. 85 ff.

daß das Reichsgericht (S. 243) dem Getäuschten trotz § 817 Satz 2 einen Ersatzanspruch nach § 823 und § 826 gibt. Ist dies nicht der stärkste Gegensatz zur Ignorierung? Die gegnerische Argumentation läßt also an Schlüssigkeit zu wünschen übrig.

In diesem Zusammenhang sei auch die Ansicht erörtert, daß dem Getäuschten in unseren Betrugsfällen trotz § 817 Satz 2 die §§ 823 und 826 zur Seite stünden. Diese Auffassung des Reichsgerichts ist unhaltbar. Sie verkennet den Unterschied zwischen Schadensersatzanspruch und Kondition. Die Ersatzklage ist das schneidigere, eingreifendere Rechtsmittel gegenüber der milderen und weniger umfassenden Kondition. Wird aber schon das milde Mittel verweigert, so muß die Anwendung des schärferen von vornherein ausgeschlossen bleiben. Die Folge des entgegengesetzten Standpunktes, welche das Reichsgericht übersehen zu haben scheint, wäre die, daß die §§ 823 und 826 die §§ 817, 762 und 656 vollkommen außer Wirksamkeit setzen und illusorisch machen würden. Soll das der Zweck des § 817 sein, niemals angewendet, sondern durch § 823 stets aufgehoben zu werden? Wie stimmt das zudem überein mit der Ausführung, die Rechtsordnung lasse im Falle des § 817 die Dinge vollständig ihren Gang gehen? Das Reichsgericht geht sogar so weit (S. 243) zu sagen, daß dem Getäuschten der Einwand des § 254 BGB. nicht entgegengesetzt werden kann, und begründet diesen unannehmbaren Satz mit dem Hinweis auf ein Urteil des VI. Zivilsenates. Daß eine solche Beweisführung nicht stichhaltig ist, bedarf keiner Erörterung. Gibt es ein drastischeres Beispiel für eigenes Verschulden und Kulpakompensation, als wenn ein Schurke einen Schaden erleidet durch einen Mißerfolg, den er als möglich voraussehen mußte und auch vorausgesehen hat?

Die Auslegung des § 817 Absatz 2, mit deren Hilfe das Reichsgericht eine Schädigung in unseren Betrugsfällen zu konstruieren versucht, ist wegen ihrer Bedenklichkeit abzulehnen, und es muß nach wie vor daran festgehalten werden, daß die Konditionsverweigerung des Zivilrechts das strafrechtliche Tatbestandsstück des Vermögensschadens notwendig eliminiert.

c) Den Hinweis auf das Zivilrecht lehnt das Reichsgericht allgemein mit der Argumentation ab, das Strafrecht habe sich nicht zu kümmern, ob der Geschädigte Ersatz erhalte oder nicht. Es habe allein mit dem Täter und dessen verbrecherischen Willen zu tun. (S. 242.) Wer in der verschiedenen Behandlung des Schadens tatbestandes im Privatrecht einerseits und im Strafrecht andererseits

einen Widerspruch erblicke, der verkenne die Verschiedenartigkeit der Aufgaben der beiden Rechtsordnungen. Da ist zunächst verwunderlich, daß das Reichsgericht von sittlichen und unsittlichen Verträgen spricht, worin doch unzweifelhaft wieder ein von ihm verpöntes Zurückgehen auf das Zivilrecht liegt. Anerkannt sei das zu der vorherigen Auslegung des § 817 im Widerspruch stehende Geständnis, daß das Privatrecht also doch den Schadenstatbestand anders behandelt als das Strafrecht. Dieser Widerspruch kann aber nicht durch die Behauptung entkräftet werden, daß Privatrecht und Strafrecht verschiedene Aufgaben hätten. Eine solche Behauptung ist in ihrer Allgemeinheit sicherlich falsch. Denn wo, wie bei den Delikten gegen das Vermögen, das Objekt in beiden Rechtsordnungen das gleiche ist, müssen selbstverständlich letztere auch die gleichen Aufgaben haben⁹⁾.

Hier haben Strafrecht und das Privatrecht keine essentiellen sondern nur graduelle Unterschiede. Hier ist das Strafrecht gegen das Privatrecht nichts als ein gesteigerter Interessenschutz, welcher dann eintritt, wenn die zivile Unrechtsfolge zur Restitution nicht ausreicht. Im Strafrecht wie Zivilrecht ist der Unrechtsbegriff insoweit ein gleicher, und das „Verbrechen“ hebt sich von der „unerlaubten Handlung“ nur durch quantitative Unterschiede ab¹⁰⁾.

Bei der Verletzung von Vermögensrechten ist also das Strafrecht vom bürgerlichen Recht abhängig¹¹⁾. Diese akzessorische Natur des Strafrechts übersehen die Gegner, insbesondere Dischhausen S. 1036, Hegeler S. 428, Oppenhoff Note 47 zu § 263, Lucas, Anleitung zur strafrechtlichen Praxis, 1907, S. 366. Der Vermögensbegriff ist ein zivilrechtlicher und der Begriff wiederum der Vermögensschädigung kann auch nur durch das Zurückgehen auf das Privatrecht gewonnen werden. Es ist kein Grund ersichtlich, warum das Strafrecht einen besonders gearteten Begriff des Vermögensschadens haben muß. Merkel sagt (l. c. S. 224) mit Recht:

⁹⁾ Vgl. meine Abhandlung S. 84.

¹⁰⁾ von Liszt, Lehrbuch, 1908, S. 240.

¹¹⁾ So auch Binding, Lehrbuch S. 240; Merkel, Kriminalistische Abhandlungen, 1867, Bd. 2 S. 223; von Holzenborff, Handbuch des deutschen Strafrechts, 1872, Bd. 3 S. 769; Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht, 1884, S. 265; von Schwarze, Kommentar, 1884, S. 763; Zimmermann, Beitrag zur Lehre vom Betrug, Gerichtssaal, Bd. 29 S. 129.

„Verletzungen des Einzelwillens können nur insofern eine rechtliche Verantwortlichkeit auf seiten des Verletzenden begründen, als der Gemeinwille sich mit jenem identifiziert, als derselbe die Gesamtinteressen für verletzt erklärt in dem Interesse des einzelnen.“ Jedenfalls ist ohne die privatrechtliche Grundlage die Existenz der den Vermögensschutz betreffenden Bestimmungen des Strafrechts schlechterdings nicht denkbar.

Gleicherweise wie mit der Verschiedenheit der Aufgaben des Strafrechts und des Zivilrechts erscheint das Operieren mit dem verbrecherischen Willen verfehlt. Es ist nicht wahr, daß das Strafrecht „allein mit dem Täter und dessen verbrecherischen Willen“ zu tun habe. Die Willensstheorie ist für den Begriff des versuchten Verbrechens ausgezeichnet, für das vollendete Verbrechen bedeutet sie einen atavistischen Rückfall in eine überwundene Periode der Rechtsentwicklung. Denn heute stehen für die kriminelle Beurteilung Wille und Erfolg gleichberechtigt nebeneinander.¹²⁾ Wo der Erfolg ausbleibt, kann, sofern nicht besondere Gesetzesnormen es bestimmen (vgl. die Normen über Versuch und die Strafbarkeit der vorbereitenden Handlungen bei gewissen Delikten) von einer strafbaren Handlung keine Rede sein. Der verbrecherische Wille allein vermag das allgemeine Tatsachensbestandsstück jedes Deliktes, den Erfolg, nicht zu ersetzen. Wie man sich also auch wenden mag, die Überlegung führt stets auf die primäre Frage zurück: liegt in unseren Fällen der verbrecherische Erfolg, d. h. der Vermögensschade vor. Nun meint zwar das Reichsgericht, der verbrecherische Wille werde unter Umständen schon dann bestraft, wenn das Rechtsgut nicht verletzt sei, oft durch das Mittel nicht ernstlich verletzt werden konnte. Umso mehr werde ein strafrechtliches Eingreifen geboten sein, wenn der Täter sein Ziel, Bereicherung auf fremde Kosten, erreicht habe. Hier entbehrt, wer die geschichtliche Entwicklung der Reichsgerichtsjudikatur in unserer Frage kennt, mit Leichtigkeit einen offensbaren Rückfall in die verfehltste alte Anschauungsweise, daß diese Betrugsfälle unter den untauglichen Versuch zu subsumieren seien. Es würde hier zu weit führen, das Unrichtige dieser Anschauung im einzelnen nachzuweisen. Ich verweise auf Seite 79 ff. meiner Abhandlung.

Das Argument ist aber auch falsch, soweit man die Frage vom

¹²⁾ Wenigstens zurzeit noch! Denn die moderne mit dem armen Verbrecher liebäugelnde Theorie ist noch nicht durchgebrungen.

Versuchsstandpunkt aus im allgemeinen betrachtet. Beim Versuch wird nicht der verbrecherische Wille schlechthin bestraft, sondern nur der Wille, der sich gegen ein von der Rechtsordnung geschütztes Gut wendet. Andernfalls läge eine indifferente Handlung, ein Bahnverbrechen vor. Also auch hier kommt man, wenn man den Gedankengang zu Ende verfolgt, immer wieder auf die Frage zurück: liegt eine Schädigung im Vermögen vor?

Verfehlt ist schließlich der Hinweis, das Strafrecht müsse umsomehr einschreiten, da der Täter sein Ziel, seine Bereicherung, erreicht habe. Auch hier wird übersehen, daß zur Vollendung des Tatbestandes nicht Bereicherung, sondern Schädigung gehört und Bereicherung ohne Schädigung an sich denkbar ist, weshalb die Bereicherung nicht notwendig Schädigung involviert. Man kommt daher auch insoweit ohne die Untersuchung der Frage nach dem Vorliegen der Schädigung nicht aus.

Wenn das Zivilrecht die Schädigung wegleugne, führt das Reichsgericht weiter aus, so läge darin eine Fiktion, für die im Strafrecht keine Stätte sei. Und Engelhardt (S. 137)¹²⁾ unterstreicht die Bemerkung. Dieser Einwand greift aber nicht durch, weil das Reichsgericht dabei von einer Prämisse ausgeht, die für die hier vertretene Auffassung nicht besteht: nämlich vom Gedanken der nun einmal vorhandenen tatsächlichen Vermögensminderung. Für uns ist erheblich nur eine juristische Minderung. Es ist verfehlt zu sagen, die Rechtsordnung fingiere die Nichtexistenz einer Tatsache, wenn sie eine solche Tatsache von vornherein gar nicht anerkennt. Wenn Handlungen und Zustände in Ansehung des Rechts neutral sind, als solche für die Rechtsordnung nicht bestehen, so liegt darin noch nicht eine Fiktion ihrer Nichtexistenz. Man kann in diesem Zusammenhang auch nicht ausführen, daß im Gegensatz zur Privatrechtsordnung der Strafrichter nicht befugt sei, die Augen vor der Tatsache der Vermögensschädigung zu schließen. Auch für den Strafrichter kommt es nicht auf die nackte Tatsache an, sondern auf deren Rechtserheblichkeit. Denn nicht alles in der äußeren Welt der Erscheinung zweifellos Vorhandene und nicht weg zu Diskutierende ist juristisch erheblich. Wer in Notwehr einen anderen erschlägt, begeht zweifellos eine vorsätzliche Tötung. Und doch muß der Strafrichter vor dieser Tatsache die Augen verschließen und freisprechen. So besagt also die tat-

¹²⁾ Band 33 dieser Zeitschrift.

fächliche Minderung nichts dafür, ob ein Schaden im Rechtssinne vorliegt bzw. ob ein tatsächlicher Schaden genügt.

d) Bisher hat die herrschende Lehre seit *Feuerbach*¹⁴⁾ und *Rein*¹⁵⁾ in Übereinstimmung mit der letztinstanziellen Judikatur¹⁶⁾ die Schädigung beim Betrug sonderbarerweise nicht in der Leistung des Getäuschten, sondern im Ausbleiben der Gegenleistung erblickt oder wie man sagte: in der Entziehung des versprochenen Äquivalents. (*Olshausen* Note 18; Bb. 19.) Da aber, so argumentierte man weiter, in unseren Fällen der Getäuschte auf die Gegenleistung wegen ihres gesetzwidrigen Charakters keinen Anspruch habe und die „entzogenen Ansprüche“ weil nichtig keine Vermögensschädigung für den Getäuschten begründen könnten, liege kein Betrug vor.

Dieser Gedankengang ist unhaltbar, und es kann nur begrüßt werden, daß das Reichsgericht in der letzten Entscheidung vom Dezember 1910 sich davon abwendend nunmehr die Schädigung lediglich in der Leistung des Getäuschten erblickt. Die gegnerische Beweisführung ist zunächst deshalb falsch, weil beim gemeinen Betrug gar kein Anspruch entzogen wird, der Anspruch gegen den Täuschenden vielmehr zu Recht bestehen bleibt, wenn auch wirtschaftlich meist wertlos ist. Mithin kann die Beschädigung nicht in der Entziehung dieses Anspruches liegen. Da aber in unseren Fällen die zugrundeliegenden Rechtsgeschäfte nichtig sind, also gar keinen Anspruch von vornherein begründen, kann ein solcher auch nicht entzogen werden. Mit Recht bemerkt *Engelhardt* (S. 14), daß, wenn die Vermögensbeschädigung im Ausbleiben der Gegenleistung, in der Entziehung des Anspruchs bestehen soll, dieses Ausbleiben mit der durch die Täuschung hervorgerufenen Verfügung des Getäuschten nicht im Kausalzusammenhang stehen kann. Ganz überzeugend hat *von Liszt*¹⁷⁾ die gegnerische Auffassung widerlegt. Im einzelnen hierauf einzugehen, ist nicht der Zweck dieses Aufsatzes. Es ist zu hoffen, daß die überwiegende Ansicht auch der Literatur sich zu dem neuen Standpunkt des Reichsgerichts bekehrt, den nur wenige bereits vorher vertreten hatten, so *Hegele* S. 429 Note 1; *Goldammer*

¹⁴⁾ Lehrbuch des peinlichen Rechts, 1847, § 414.

¹⁵⁾ Neues Archiv des Kriminalrechts, 1817, S. 238.

¹⁶⁾ Bb. 19 S. 191; GoldArch. 43 S. 364; Referat von *Spieß* zu der Entscheidung, Bb. 16 S. 1.

¹⁷⁾ Bank-Archiv, 1906, S. 76: „Der Registereinwand und der Tatbestand des Betruges.“

Bd. 5 S. 760; Engelhardt S. 14; Rommel, Der Betrug, 1894 S. 81.

e) Einen zweiten Fortschritt bringt die letzte Entscheidung des höchsten Gerichtshofes auch in der Frage der Kausalität bei unseren Betrugsfällen, die bisher meistens — zu Unrecht — verneint worden ist, so noch in der Entscheidung vom 31. 3. 1908, Recht Bd. 12 Nr. 1926: „Wer in Erwartung einer solchen (sc. rechtlich unmöglichen) Gegenleistung eine Aufwendung macht, der vermindert sein Vermögen in dem Bewußtsein, daß eine Gegenleistung in rechtlichem Sinne nicht erfolgen kann, also ohne Rücksicht auf die Gegenleistung, beschädigt mithin sein Vermögen selbst.“ Die Unrichtigkeit dieser Argumentation liegt auf der Hand. Der Betrogene verfügt nie und nimmer ohne Rücksicht auf die Gegenleistung, sondern im Gegenteil im Vertrauen darauf, daß der andere trotz der Nichtigkeit des Anspruchs seinerseits leisten will. Sein Irrtum über die Erfüllungsabsicht des andern war für seine Leistung tatsächlich kausal¹⁸⁾. Diese neuere Auffassung hatte übrigens das Reichsgericht bereits in einer Entscheidung vom 6. 6. 1898 bei GoldbArch. Bd. 46 S. 330 vertreten.

II.

Zum Schluß seiner Begründung ergeht sich das Reichsgericht in ausgedehnten rechtspolitischen Erwägungen, die die Bestrafung unserer Betrugsfälle rechtfertigen sollen. Man kann sich aber bei ihrer Lektüre mit Bindig¹⁹⁾ nicht des Eindrucks erwehren, daß jene geradezu revolutionäre Entscheidung, welche die jahrelange Praxis sämtlicher Straffenate mit einem Schlage über den Haufen wirft, von dem Empfinden ausgegangen ist, daß solche Handlungen strafbedürftig seien, und daß das Reichsgericht aus dieser Statuierung der Strafwürdigkeit erst die Strafbarkeit der Handlung abgeleitet hat. Andernfalls ließe sich die ausführliche rechtspolitische Rechtfertigung seiner neuesten Stellungnahme nicht erklären. Bei einer rechtstheoretischen Begründung eines Standpunktes mag eine solche rechtspolitische Auseinandersetzung berechtigt sein, zweifellos nicht bei einem richterlichen Urteil. Ein solches Vorgehen verstößt gegen den Geist des Strafrechts, auch, im Hinblick auf § 2 StGB., gegen positive Normen desselben.

¹⁸⁾ Vgl. im einzelnen die Abhandlung S. 77.

¹⁹⁾ DZB, 1911, I. c.

Schon Lindenberg (in der DZ. Bd. 9 S. 425) sprach düster von der „Privilegierung eines im Finstern schleichenden Gewerbes“, von einer „Foderung des Vertrauens in die sühnende Gerechtigkeit“, wenn der Betrug straflos bliebe. Dem schließt sich das Reichsgericht überzeugt an und meint, daß in der Straflosigkeit ein Anreiz für die Verbrechervwelt liege, sittlich schwache Personen auszubeuten. Ich kann nichts Schlimmes darin finden, daß jemand, der auf bösen Wegen wandelt, dabei ausgeplündert wird. Wer sich in Gefahr begibt, kommt drin um, und das Recht hat keine Veranlassung, ihn so weit zu schützen, worauf schon § 254 BGB. hinweist. Und soll das Strafgesetzbuch anders denken? Was kann der gesitteten Gesellschaft daran liegen, Verbrecher, die das Reichsgericht in unangebrachter Milde euphemistisch „sittlich schwache Personen“ nennt, in ihrem lichtscheuen Treiben zu schützen? Unverständlich ist der Optimismus Engelhardts (S. 48), der allen Ernstes behauptet, der Schutz durch den Betrugsparagraphen würde einen solchen erzieherischen Einfluß auf den Fehlenden ausüben, daß er sich nicht wieder in schmutzige Geschäfte einläßt. Nicht „unter Umständen auch einmal“, wie das Reichsgericht leise einlenkend gesteht, sondern stets und ständig kommt der Schutz einem Unwürdigen zugute. Und wenn nach Ansicht des Reichsgerichts (S. 249) die Straflosigkeit einen Anreiz für die Verbrecher zur Ausnutzung der armen, hilflosen „sittlich schwachen“ Personen bietet, so kann mit gleichem Fug gesagt werden, die Straflosigkeit wird diese sittlich Schwachen davon abhalten, sich mit Verbrechern einzulassen, wenn sie wissen, daß das Recht sie nicht schützt.

Die unbestreitbare Tatsache, daß die Bestrafung den Schutz des getäuschten Verbrechers notwendig mit sich führt, versucht Engelhardt (Bd. 33 S. 141 dieser Zeitschrift) damit zu entkräften, daß er sie als „eine rein sekundäre Erscheinung“, „ein Akzidentale“, eine „tatsächliche Folge“ des primären Schutzes des Getäuschten hinstellt. Es ist aber unerheblich, ob ein als kraß anerkanntes Übel primäre oder sekundäre Folge ist. Ist das Übel unerträglich — und daran kann kein Zweifel sein —, so muß eben auch der primäre Vorgang beseitigt werden, wenn es anders nicht geht. Das von Engelhardt (S. 142) gebildete Beispiel: ein Handwerker übernimmt betrügerischerweise unter Verletzung der Sonntagsruhe einen Auftrag, ist schon deswegen verfehlt, weil gar kein wichtiger Vertrag vorliegt. Der Verstoß gegen

die Sonntagsruhe beeinflusst die zivilrechtliche Gültigkeit des Vertrages nicht im geringsten.

Ein anderes Beispiel Engelhardt's ist recht geeignet, die Unhaltbarkeit der gegnerischen Auffassung zu zeigen. Ein Mädchen verspricht einem Mann gegen Entgelt die Hingabe. Aus Angst vor Bestrafung wegen Betrugs gibt sie sich tatsächlich hin, obwohl ihr das Versprechen inzwischen leid geworden ist. Ist dies ein idealer Zustand? Warum soll das Mädchen wegen Betrugs eventuell bestraft werden und der „sittlich schwache“ Mann davor geschützt werden, daß er zwar sein Geld los ist, aber das Versprochene nicht erhält? Die rechtspolitischen Erwägungen sprechen also meines Erachtens zweifellos für die Straflosigkeit. Wenn Verbrecher sich gegenseitig ausplündern, so muß die Gutgesinnten das gleichgültig lassen.

III.

Wenn man zugibt, daß der geschilderte Zustand auch bei der hier vertretenen Auffassung letzten Endes unbefriedigen wirkt,²⁰⁾ so kann eine Abhilfe meines Erachtens nicht in der Richtung des vom Reichsgericht zuletzt eingenommenen Standpunktes liegen, sondern nur auf dem Weg der Änderung der Gesetzgebung selbst. Nun bietet nach meiner Ansicht die gegenwärtige Reform des Strafrechts ein vortreffliches Mittel, um dem Standpunkt beider Parteien gerecht zu werden. Der „Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch“, der in den §§ 276—279 den Betrug behandelt, hat einige in Theorie und Praxis sehr umstrittene Fälle der sogen. kleinen Kriminalität, den des blinden Passagiers, des Fuchprellers usw. vom gemeinen Betrug — ähnlich wie den Mundraub vom Diebstahl — losgelöst und als Sonderdelikt zum Betrug in dem § 279 Nr. 1 und Nr. 2 normiert. Was liegt näher, als unsere Betrugsfälle dem § 279 des Vorentwurfs anzugliedern, sie mit einem gleich milden Strafrahmen auszustatten und gleichfalls zum Sonderdelikte zu stempeln. Mit Rücksicht auf die verbrecherische Gesinnung des Getäuschten lassen die erörterten rechtspolitischen Erwägungen es angezeigt erscheinen, den Täuschenden nicht so hart anzufassen, als wenn er einen Redlichen geschädigt hätte, und deshalb den Strafrahmen leichter zu nehmen. Da ferner, wie ebenfalls bereits

²⁰⁾ Baeschmar (DJZ. 1911, S. 77) tritt für Strafbarkeit ein, gibt aber zu, daß das strafrechtliche Problem einer völlig befriedigenden Lösung unzugänglich ist.

auseinandergesetzt, die Öffentlichkeit kein Interesse daran hat, ob sich zwei Übeltäter ausplündern, vielfach auch der Geschädigte wünschen wird, daß seine Angelegenheit nicht zur Recognition kommt, so soll die Bestrafung nur auf Antrag des Getäuschten eintreten, auch die Zurücknahme des Antrages zulässig sein. Die juristische Umstrittenheit des Tatbestandes unserer Betrugsfälle und die vielfachen rechtspolitischen Erwägungen nach beiden Richtungen hin, desgleichen die großen Schwankungen in der Literatur wie in der Praxis, ganz abgesehen von der Unhaltbarkeit der neuesten Stellungnahme des höchsten Gerichtshofes machen wie gesagt eine gesetzliche Regelung erforderlich. Nun wird zwar in der Begründung des Vorentwurfs (S. 773) ausgeführt, daß abgesehen von den Fällen des blinden Passagiers und des Reckprellers — ob die rechtssakquisitorische Fassung der Nr. 1 und 2 des § 279 besonders glücklich ist, sei dahingestellt — für die Ausscheidung weiterer Beispiele der kleinen Kriminalität, z. B. des Bettelbetrugs ein wirkliches Bedürfnis nicht nachgewiesen sei. Damit wäre die Normierung auch unserer Fälle erledigt. Offenbar haben jedoch die Verfasser des Vorentwurfs gerade an diese umstrittene und wichtige Frage nicht gedacht. Daß sie außerordentlich häufig ist, beweisen schon die zahlreichen Entscheidungen des Reichsgerichts, letztere aber auch zugleich die rechtlichen, wie vor allem die rechtspolitischen Bedenken, die der Rechtsprechung bisher anhafteten. Das Bedürfnis der gesetzlichen Normierung besteht meines Erachtens zweifellos. Die vorgeschlagene Regelung liegt nun umso näher, als bereits die ausländische Strafgesetzgebung vielfach, wenn auch durchaus unzureichend, lückenhaft und inkonsequent unsere Materie zu normieren versucht hat. Das ist im dänischen, spanischen, italienischen und am besten noch im russischen Strafbuch geschehen. § 591 des russischen Strafbuches trifft unsere Fälle wenigstens teilweise. Er lautet: „Wer Gegenstände als durch ein strafrechtliches Verbot dem Verkehr entzogene oder als durch strafbare Handlung erworbene anbringt, wird, falls der laut dem Geschäft vereinbarte Preis vollständig oder teilweise empfangen ist, wegen dieses Betruges bestraft mit Gefängnis nicht über 6 Monate. Das laut des strafbaren Geschäfts vom Schuldigen empfangene Geld oder sonstige Vermögen wird eingezogen oder ein entsprechender Betrag vom Schuldner beigetrieben.“

In Dänemark (§ 255 des Gesetzbuches) wird der Betrug beim Spiel als Sonderdelikt aufgefaßt, ebenso in Spanien durch den Artikel

448 Ziffer 8. Das spanische Strafgesetzbuch regelt außerdem als Sonderdelikt den Fall, wo Betrug durch Vorpiegelung des Zwecks einer angeblichen Bestechung eines öffentlichen Beamten begangen wird, ein Beispiel, das in der bei Goldammer Bd. 46 S. 333 mitgeteilten Entscheidung wiederkehrt. Das italienische Strafgesetzbuch behandelt im Artikel 413 Nr. 5 als geschärften Fall den unter dem Vorwand, jemanden vom Militärdienst befreien zu lassen, begangenen Betrug. Wie man sieht, ist die Regelung in den ausländischen Gesetzen durchaus im Anfangsstadium stehen geblieben.

Um die Formulierung recht allgemein ohne kasuistische Einschränkung fassen zu können, empfiehlt sich die Hineinbeziehung des bürgerlichen Rechts, so daß ich zu dem § 279 des Borentwurfs folgenden Absatz 2 vorschlagen möchte:

„Mit Geldstrafe usw.“

Die gleiche Strafe tritt ein, wenn in den Fällen des § 276 dem Getäuschten ein Erstattungsanspruch gemäß § 817 des BGB. verfast ist.

Die Verfolgung geschieht nur usw.“

Hierbei ist die Frage der Schädigung offen gelassen und dem Delikt der Charakter einer rechtspolizeilichen Kontravention verliehen, da ein wahrer Betrug nicht vorliegt. Weil aber das Delikt sich unter dessen Formen abspielt, rechtfertigt sich seine Stellung innerhalb des Betrugsabschnittes und eine ähnliche Behandlung, wie sie der gemeine Betrug erfährt.

Durchaus erwägenswert ist, ob man nicht auch die Fälle der Wette, des Spiels und des Chemaßlerlohns (§§ 656, 762 BGB.), wenn bezüglich ihrer ein Betrug begangen wird, auf § 279 Absatz 2 ausdehnt. In meiner Abhandlung (§§ 2—3) glaube ich den Nachweis geführt zu haben, daß die Konditionsverweigerung in den §§ 656 und 762 eine von der des § 817 unterschiedliche Behandlung nicht verdient. Immerhin erscheint diese Frage nicht so spruchreif wie die zu § 817. Jedenfalls aber stellt die vorgeschlagene Regelung unserer Betrugsfälle, wie ich glaube, entwicklungsgeschichtlich, rechtspolitisch und rechtlich einen Fortschritt dar. Möge die den Borentwurf zurzeit umarbeitende Kommission diesen Vorschlag erwägen.