Urteilskopf

117 IV 139

29. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 17. Mai 1991 i.S. X. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Luzern (Nichtigkeitsbeschwerde)
Regeste (de):
Art. 148 StGB. Betrug beim Verkauf von Betäubungsmitteln.

1. Arglist beim Verkauf von übermässig gestrecktem Heroin zum "handelsüblichen" Preis für durchschnittlich gestrecktes Heroin (E. 1).

2. Ein Vermögensschaden im Sinne von Art. 148 StGB ist nur insoweit gegeben, als der arglistig Getäuschte einen rechtlich geschützten Anspruch auf Ausgleich des erlittenen Nachteils hat. Diesen Ausgleich kann der arglistig getäuschte Betäubungsmittelkäufer nach Art. 41 OR beanspruchen (E. 3; Änderung der Rechtsprechung, BGE 69 IV 75, hinsichtlich der Begründung).

3. Strafzumessung. Anforderung an die Begründung (E. 4).

Regeste (fr):
Art. 148 CP. Escroquerie lors de la vente de stupéfiants.

1. Tromperie en cas de vente d'héroïne exagérément diluée au prix "habituel du marché" pour de l'héroïne moyennement diluée (consid. 1).

2. Un préjudice aux intérêts pécuniaires au sens de l'art. 148 CP n'existe que si la personne astucieusement trompée possède un droit juridiquement protégé à la réparation du préjudice subi. Le trafiquant de stupéfiants astucieusement trompé peut fonder un tel droit sur l'art. 41 CO (consid. 3; changement de jurisprudence, ATF 69 IV 75, en ce qui concerne les motifs).

3. Mesure de la peine. Exigences quant à la motivation (consid. 4).

Regesto (it):
Art. 148 CP. Truffa in occasione della vendita di stupefacenti.

1. Inganno nel caso in cui eroina eccessivamente diluita sia venduta al prezzo "abituale di mercato" praticato per l'eroina diluita in misura abituale (consid. 1).

2. Un pregiudizio patrimoniale ai sensi dell'art. 148 CP è dato solo in quanto la persona ingannata con astuzia disponga di un diritto giuridicamente protetto alla riparazione del danno subito. Il compratore di stupefacenti astutamente ingannato può fondare tale diritto sull'art. 41 CO (consid. 3; cambiamento della giurisprudenza, DTF 69 IV 75, per quanto concerne i motivi).

3. Commisurazione della pena. Requisiti circa la motivazione (consid. 4).

Sachverhalt ab Seite 140

A.- Das Obergericht des Kantons Luzern verurteilte X. am 18. September 1990 in Bestätigung des Entscheides des Kriminalgerichts des Kantons Luzern vom 27. Oktober 1989 wegen fortgesetzten Betrugs (Art. 148 Abs. 1 StGB) und wegen fortgesetzter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von dessen Art. 19 Ziff. 1 und 2 (unter anderem durch Verkauf von insgesamt 234 g Heroin) zu 4 Jahren und 9 Monaten Zuchthaus, abzüglich 126 Tage Untersuchungshaft. Es verwies ihn für die Dauer von 15 Jahren des Landes und widerrief den ihm gewährten bedingten Strafvollzug hinsichtlich der einjährigen Gefängnisstrafe gemäss Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern vom 28. Januar 1987. Zudem wurde unter anderem der beschlagnahmte Drogenerlös von Fr. 11'402.65 eingezogen. Die Verurteilung wegen fortgesetzten Betrugs beruht auf folgendem Sachverhalt: X. streckte im August 1988 40 g Heroin mit 15 g Milchpulver und verkaufte den gestreckten Stoff mit einem Gewinn von Fr. 9'500.– zum Teil direkt, zum Teil durch einen Mittelsmann an Z. X. streckte zudem am 14. Oktober 1988 40 g Heroin mit 59 g Milchpulver und übergab den gestreckten Stoff einem Mittelsmann zum Verkauf an Z. Dieser Stoff konnte noch beim Mittelsmann sichergestellt werden.

Aus der Begründung des Obergerichtsurteils ergibt sich, dass die Vorinstanz im zweiten Fall entgegen dem durch das Urteilsdispositiv erweckten Anschein lediglich einen vollendeten Versuch des Betrugs angenommen hat.

B.- Der Verurteilte ficht den Entscheid des Obergerichts sowohl mit staatsrechtlicher Beschwerde als auch mit eidgenössischer Nichtigkeitsbeschwerde an. Mit der letzteren stellt er den Antrag, der Schuldspruch wegen fortgesetzten Betrugs sei aufzuheben und die Sache sei insoweit zu seiner Freisprechung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Er beantragt zudem, das Strafmass sei zu überprüfen und es sei keine oder allenfalls eine bedingt vollziehbare Landesverweisung auszusprechen. Er ersucht um die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege.

C.- Die Staatsanwaltschaft des Kantons Luzern beantragt die Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde.

Erwägungen

Auszug aus den Erwägungen:

1. Die Vorinstanz hält im angefochtenen Urteil fest, dass der Beschwerdeführer den Vorwurf des Betrugs einzig mit der Begründung bestritten habe, es fehle an einer arglistigen Täuschung. Nach den Feststellungen im angefochtenen Entscheid hat der Beschwerdeführer überdurchschnittlich gestrecktes Heroin zum Preis von durchschnittlich gestrecktem Heroin verkauft bzw. zu verkaufen versucht. Diese Feststellung ist tatsächlicher Natur und daher für den Kassationshof im Verfahren der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde verbindlich (Art. 273 Abs. 1 lit. b, Art. 277bis BStP). a) Gemäss den Ausführungen im angefochtenen Entscheid erweckte der Beschwerdeführer dadurch, dass er den handelsüblichen Preis für durchschnittlich gestreckten Stoff verlangte, beim Käufer den falschen Eindruck, es handle sich beim fraglichen Stoff um solchen durchschnittlicher Qualität. Diese Täuschung des - gemäss den Feststellungen der Vorinstanz preis- und qualitätsbewussten - Käufers über den Reinheitsgehalt bzw. den Streckungsgrad des Stoffes ist nach den weiteren Erwägungen im angefochtenen Urteil arglistig. Die Vorinstanz begründet die Arglist unter praktisch wörtlicher Übernahme einer in BGE 111 IV 58 f. E. 2d enthaltenen Erwägung damit, dass der Reinheitsgehalt des Stoffes bei Abwicklung des

Kaufgeschäfts nicht sogleich und mühelos überprüft werden konnte, da die Beimischung von

BGE 117 IV 139 S. 142

Milchpulver weder farblich noch am Geruch erkennbar war und die Qualität der Droge somit erst beim Konsum, d.h. nach dem Erwerb derselben, festgestellt werden konnte. b) Die Ausführungen der Vorinstanz zur arglistigen Täuschung stimmen mit den Erwägungen in BGE 111 IV 55 ff. überein und verstossen nicht gegen Bundesrecht. Die diesbezüglichen Einwände in der Nichtigkeitsbeschwerde gehen an der Sache vorbei und stützen sich auf einen Sachverhalt, der im Widerspruch zu den für den Kassationshof im Verfahren der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde verbindlichen tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz steht. Die Täuschung über den Reinheitsgehalt des vom Beschwerdeführer verkauften bzw. zum Kauf angebotenen Heroins ist im übrigen nicht nur deshalb im Sinne von Art. 148 StGB arglistig, weil, wie die Vorinstanz unter Bezugnahme auf BGE 111 IV 58 /59 ausführt, die Beimischung des Milchpulvers weder farblich noch am Geruch, sondern erst beim Konsum und damit nach dem Kauf des Stoffes erkannt werden konnte; die Täuschung ist zudem auch deshalb arglistig, weil der Beschwerdeführer und Z. schon seit einiger Zeit einen regen Drogenhandel miteinander betrieben, der, von einem einzigen Fall abgesehen, offenbar bestens geklappt hatte, so dass zwischen dem Beschwerdeführer und Z. - trotz den im Drogenhandel herrschenden rauheren Sitten - im Zeitpunkt der Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildenden Geschäfte ein besonderes Vertrauensverhältnis bestand, aufgrund dessen der Beschwerdeführer voraussehen konnte, dass der betäubungsmittelabhängige Z. eine Überprüfung der Droge vor dem Kauf durch Konsum einer Probe des Stoffes unterlassen werde. c) Es ist allerdings nicht zu übersehen, dass einerseits die Ermittlung eines "handelsüblichen" Preises für Drogen von bestimmten Reinheitsgehalten und anderseits die Ermittlung eines üblichen durchschnittlichen Streckungsgrades schwierig ist (siehe dazu eingehend MARKUS BOOG, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Begriff des Vermögensschadens beim Betrug, Diss. Basel 1989, S. 115 ff.). Das bedeutet aber nur, dass die Beantwortung der Fragen, ob die tatsächlichen Voraussetzungen einer vorsätzlichen arglistigen Täuschung auf seiten des Verkäufers einerseits und die tatsächlichen Voraussetzungen eines täuschungsbedingten Irrtums bzw. einer irrtumsbedingten Zahlung des verlangten Kaufpreises auf seiten des Käufers anderseits gegeben seien und ob zwischen Leistung und Gegenleistung ein

BGE 117 IV 139 S. 143

Missverhältnis bestehe, schwierig ist. Diese Schwierigkeiten tatsächlicher Natur lassen aber als solche nicht die Schlussfolgerung zu, dass die Möglichkeit von Betrug im Rahmen von Betäubungsmittelgeschäften auszuschliessen sei. Eine andere, von BOOG ebenfalls eingehend erörterte Frage ist aber, ob ein festgestelltes Missverhältnis zwischen der Leistung des Drogenverkäufers und der Gegenleistung des Drogenkäufers als Vermögensschaden im Sinne von Art. 148 StGB qualifiziert werden könne. Dazu wird nachfolgend Stellung genommen.

2. Der Beschwerdeführer macht geltend, der Käufer Z. habe "für das durchschnittlich gestreckte Heroin kein überhöhtes Entgelt leisten müssen"; somit fehle es am zur Erfüllung des Betrugstatbestandes erforderlichen Vermögensschaden. Die Behauptung des Beschwerdeführers, der Käufer habe ihm für das durchschnittlich gestreckte Heroin kein überhöhtes Entgelt leisten müssen, steht im Widerspruch zu den für den Kassationshof im Verfahren der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde verbindlichen tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz. Danach hat der Beschwerdeführer überdurchschnittlich gestrecktes Heroin zum Preis von durchschnittlich gestrecktem Heroin verkauft bzw. zu verkaufen versucht. Damit hält die Vorinstanz auch fest, dass

der vom Beschwerdeführer gelieferte Stoff den verlangten Preis nicht wert war, dass der Käufer also durch die Zahlung des verlangten Kaufpreises für den fraglichen Stoff einen Nachteil erlitt beziehungsweise, im zweiten Fall, erlitten hätte. Es stellt sich die Frage, ob dieser tatsächliche Nachteil rechtlich als Vermögensschaden im Sinne von Art. 148 StGB qualifiziert werden kann. Der Beschwerdeführer setzt sich zwar mit dieser Rechtsfrage nicht auseinander; sie ist aber von Amtes wegen zu prüfen, nachdem der Beschwerdeführer das Vorliegen eines Vermögensschadens - zwar mit einer untauglichen, sich in einer Kritik am Sachverhalt erschöpfenden Begründung - bestreitet (BGE 102 IV 106 E. a; BGE 101 IV 411 E. 2).

3. a) Das Bundesgericht hat im bereits zitierten BGE 111 IV 55 ff. erkannt, dass dem Käufer der Droge objektiv ein Vermögensschaden entstehe, wenn Leistung und Gegenleistung in einem ungünstigeren Wertverhältnis stehen, als sie nach der vorgespiegelten Sachlage hätten stehen müssen (E. 3). Damit bejaht das Bundesgericht die Möglichkeit des Betrugs im Bereich rechtswidriger Rechtsgeschäfte. Es hat sich mit dieser Frage und insbesondere mit dem Problem des Vermögensschadens im Rahmen

verbotener Rechtsgeschäfte schon in BGE 69 IV 75 (betreffend zur Zeit des Zweiten Weltkriegs widerrechtliche Kaufverträge über Zucker) eingehend befasst. Gemäss den Erwägungen in diesem Entscheid ist eine Vermögensschädigung im Sinne von Art. 148 StGB auch möglich, wenn das Verhalten des Irrenden im Abschluss eines widerrechtlichen Rechtsgeschäfts besteht und er vorleistet, ohne die Gegenleistung zu erhalten; sein Vermögen werde dadurch um den Wert seiner Leistung vermindert. Die Schädigung könne nicht schon deshalb verneint werden, weil der Vorleistende wegen der Widerrechtlichkeit des Geschäfts keinen Anspruch auf Gegenleistung habe bzw. seine eigene Leistung nicht zurückfordern könne. Da im erlaubten Geschäft trotz der Möglichkeit des rechtlichen Ausgleichs der Schaden bejaht werde, liege es im Gegenteil umso näher, ihn auch zu bejahen, wenn ein Anspruch auf dem Rechtswege nicht durchgesetzt werden könne. Der Irrende sei nicht deshalb geschädigt, weil er angesichts der Widerrechtlichkeit des Geschäfts weder die Gegenleistung fordern noch die eigene Leistung zurückverlangen könne, sondern er sei vielmehr deshalb geschädigt, weil er geleistet hat. Das Bundesgericht hielt im zitierten Entscheid sodann fest, in Wirklichkeit komme es jedoch auf die rechtliche Möglichkeit oder Unmöglichkeit des Ausgleichs gar nicht an, sondern auf den wirtschaftlichen Einfluss, welchen das Verhalten des Irrenden auf sein Vermögen habe. Es führte im weiteren aus, durch diese Betrachtungsweise entstehe nicht ein Widerspruch zwischen dem Zivilrecht einerseits und dem Strafrecht anderseits. Dass das Zivilrecht nicht die Mittel an die Hand gebe, den betrügerischen Erfolg rückgängig zu machen, heisse nicht, dass das Strafrecht auch von Strafe absehen müsse. Dieses bestrafe nicht um des Geschädigten, sondern um der öffentlichen Ordnung willen. Die Bereicherung, die sich der Betrüger arglistig verschaffe, sei unrechtmässig auch dann, wenn der Betrogene sie nicht zurückfordern könne (S. 78). b) In der Lehre ist umstritten, ob und inwieweit im Rahmen rechtswidriger Rechtsgeschäfte Betrug möglich sei; umstritten ist dabei insbesondere, ob in solchen Konstellationen von einem Vermögensschaden im Sinne von Art. 148 StGB gesprochen werden könne. Denn kann es angehen, dass das Vermögensstrafrecht Positionen schützt, die zivilrechtlich wegen der Rechtswidrigkeit des Vertragsinhaltes nicht geschützt werden (Art. 20 OR) und wo insbesondere eine Rückforderung aufgrund gesetzlicher Anordnung (Art. 66 OR) ausgeschlossen ist?

Die Frage wird von mehreren Autoren bejaht. Nach der Auffassung von HAFTER (Strafrecht Besonderer Teil, S. 269) bestraft der Staat "den Betrüger nicht um des Geschädigten willen, sondern um einen Täter zu treffen, der mit Lug und Trug in fremdes Vermögen eingreift". Daher brauche "ein Schaden, den das Privatrecht auf sich

beruhen lässt, ... nicht auch im Strafrecht unbeachtlich zu sein". Auch nach Ansicht von ARDINAY (Der Betrug nach dem Schweizerischen Strafgesetzbuch, ZStrR 86/1970, S. 241) kann der Täter "nicht deshalb privilegiert werden, weil das Betrugsopfer auch unsauber ist". Es gebe "um der öffentlichen Ordnung willen kein gegen Betrug ungeschütztes Vermögen" (mit Hinweis auf BGE 93 IV 14). Gemäss SCHWANDER (Das Schweizerische Strafgesetzbuch, 2. Aufl., S. 353) ist trotz Art. 20 und 66 OR Betrug auch im Rahmen rechtswidriger Rechtsgeschäfte möglich. Auch STRATENWERTH bejaht Betrug in den Fällen, in denen im Rahmen rechtswidriger Rechtsgeschäfte eine Partei durch arglistige Täuschung zu einer Geldleistung zwecks Erfüllung des Vertrages veranlasst wird; denn der Betroffene verfüge dadurch über sein (rechtlich geschütztes) Vermögen (Strafrecht Besonderer Teil I, 3. Aufl., § 10 N 52). Dass der Getäuschte seine Leistung nicht zurückfordern könne (Art. 20 und 66 OR), mache die Schädigung nur umso nachhaltiger (N 50). NOLL (Strafrecht Besonderer Teil, S. 201) ist der Auffassung, dass zwischen dem Verkäufer und dem Käufer von verbotenen Drogen Betrug möglich sei. Verschiedene Autoren sind demgegenüber der Ansicht, dass Betrug im Sinne von Art. 148 StGB im Rahmen von wegen ihres Inhalts rechtswidrigen und damit nichtigen Rechtsgeschäften ausser Betracht falle, und zwar auch in den Fällen, in denen der Betroffene durch arglistige Täuschung zu einer Geldleistung aus seinem Vermögen zwecks Erfüllung des rechtswidrigen Vertrages veranlasst wird. Diese Auffassung wird einmal damit begründet, dass derjenige, welcher sein Geld für ein rechtswidriges Geschäft einsetzt, aus dem er keine Ansprüche auf Gegen- oder Rückleistung geltend machen kann, auf eigene Gefahr handle (vgl. SCHUBARTH, Kommentar Strafrecht, Art. 148 N 73) bzw. nicht durch den arglistig täuschenden Partner zu Schaden gebracht werde, sondern sich selbst schädige (siehe die bei HAFTER, op.cit., S. 268/9 Fn. 1, genannten Autoren). Die Auffassung, dass in solchen Konstellationen mangels eines Vermögensschadens im Sinne von Art. 148 StGB Betrug ausser Betracht falle, wird aber

vor allem damit begründet, dass das Strafrecht als "ultima ratio" keinen Rechtsschutz gewähren könne, wo das Zivilrecht diesen dem Opfer gerade ausdrücklich versagt (siehe SCHUBARTH, op.cit., Art. 148 N 76 in fine, TRECHSEL, Kurzkommentar, Art. 148 N 20, eingehend insbesondere MARKUS BOOG, op.cit., S. 89 ff., 97 ff., 109 ff.). BOOG hält unter Berufung auf verschiedene deutsche Autoren fest, dass ein rein wirtschaftlich orientierter Vermögensbegriff in unlösbare Wertungswidersprüche mit dem Strafrecht gerate, wenn er Positionen schützt, die von andern Teilen der Rechtsordnung nicht anerkannt werden (S. 110 f.). Es könne nicht die Aufgabe des Strafrechts sein, dort Schutz zu gewähren, wo die Rechtsordnung an anderer Stelle diesen Schutz gerade versagt; einen strafrechtlichen Schutz schutzunwürdiger Güter könne es nicht geben (S. 111). Das Vermögen stelle im Bereich rechtswidriger Rechtsgeschäfte kein schutzwürdiges Gut mehr dar und könne somit durch arglistiges Verhalten gar nicht angegriffen oder gar verletzt werden (S. 111). Das strafwürdige Unrecht, so BOOG unter Hinweis auf verschiedene deutsche Autoren weiter, liege nicht allein im Handlungsunwert, also, beim Betrug, in der (arglistigen) Täuschung, sondern in der zusätzlich erforderlichen Rechtsgutverletzung, also, beim Betrug, in der Vermögensschädigung. Art. 148 StGB bestrafe den Täter nicht um der öffentlichen Ordnung, sondern um der Vermögensschädigung willen (S. 111). BOOG weist zudem darauf hin, dass der Einsatz von Geld zum Drogenerwerb nicht nur (im Sinne von Art. 20 OR) rechtswidrig, sondern darüber hinaus gemäss Art. 19 BetmG strafbar ist (S. 116); durch die Bejahung der Möglichkeit von Betrug im Rahmen von Drogengeschäften, begangen etwa durch Verkauf von übermässig gestreckten Drogen zu übersetzten Preisen - der übrigens unter Berücksichtigung der Realitäten des Drogenmarktes an der Tagesordnung sei (S. 116) -, werde der getäuschte Käufer, der ja unter dem Gesichtspunkt des Betäubungsmittelgesetzes auch Täter sei, gewissermassen - überspitzt formuliert - in der ungestörten Ausübung einer strafbaren Handlung (nämlich des Drogenerwerbs) geschützt (S. 117). Auch in der deutschen Lehre ist umstritten, ob und inwieweit Betrug im Rahmen von wegen ihres Inhalts rechtswidrigen Rechtsgeschäften möglich sei. Verschiedene Autoren und die Rechtsprechung bejahen die Frage jedenfalls in den Fällen, in denen der Getäuschte eigene Vermögensbestandteile - "gutes Geld" - hingibt, ohne eine entsprechende - sei es auch rechtlich

missbilligte - Gegenleistung zu erhalten. Andere Autoren verneinen, wie die frühere deutsche Rechtsprechung, um der Einheit der Rechtsordnung willen und zur Vermeidung von unauflösbaren Wertungswidersprüchen im System der Gesamtrechtsordnung die Möglichkeit von Betrug in Fällen, in denen die Rechtsordnung die Verfügung über ein Gut untersagt oder dem Inhaber dieses Gutes keinen Rechtsschutz gewährt; ihres Erachtens ist nicht entscheidend, dass der Getäuschte an sich "gutes Geld" aus seinem Vermögen hingibt, sondern ist vielmehr massgebend, dass das Zivilrecht weder einen Anspruch auf die Gegenleistung noch einen Anspruch auf Rückgabe der erbrachten eigenen Leistung einräumt (siehe zum Ganzen die Hinweise bei LACKNER, Leipziger Kommentar, 10. Aufl., § 263 N 122 f., 132, 241 f., sowie bei SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER, Kommentar, 23. Aufl., § 263 N 78 ff., 93, 150). c) Die erhöhten Risiken bei Abschluss und Erfüllung von inhaltlich rechtswidrigen Rechtsgeschäften im allgemeinen und von Betäubungsmittelgeschäften im besonderen sowie die damit zusammenhängende Mitverantwortung des Opfers hindern als solche die Annahme von Betrug nicht. Sie sind aber (vgl. schon vorn E. 1c) insoweit von Bedeutung, als das Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen einer arglistigen Täuschung auf seiten des Täters und eines täuschungsbedingten Irrtums bzw. einer irrtumsbedingten Vermögensverfügung auf seiten des Opfers sowie eines objektiven Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung besonders sorgfältig zu prüfen sind. Ob der Abschluss bzw. die Erfüllung eines wegen seines Inhalts rechtswidrigen und daher nichtigen Rechtsgeschäfts zudem auch strafbar ist (so der Betäubungsmittelhandel) oder nicht, ist für die Beantwortung der Frage, ob im Rahmen des rechtswidrigen Rechtsgeschäfts Betrug im Sinne von Art. 148 StGB möglich sei, grundsätzlich belanglos. d) Der Betrug gemäss Art. 148 StGB ist eingeordnet bei den strafbaren Handlungen gegen das Vermögen überhaupt. Dieser strafrechtliche Schutz des Vermögens des einzelnen vor Angriffen durch arglistige Täuschungen besteht zwar gerade auch aus Gründen der öffentlichen Ordnung, doch ist das durch Art. 148 StGB geschützte Rechtsgut nicht die öffentliche Ordnung, sondern das Vermögen. Soweit in BGE 69 IV 75 eine andere Auffassung vertreten worden ist (S. 78), kann an diesem Entscheid nicht festgehalten werden. Beim Betrug liegt das strafwürdige Unrecht nach den insoweit zutreffenden Ausführungen von BOOG (op.cit.,

S. 111) und der von ihm genannten deutschen Autoren nicht allein im Handlungsunwert, d.h. in der (arglistigen) Täuschung, sondern auch in der zusätzlich erforderlichen Rechtsgutverletzung, also in der Vermögensschädigung. aa) Unter "Vermögen" im Sinne von Art. 148 StGB ist Vermögen zu verstehen, das zivilrechtlich geschützt ist. Das Strafrecht als "ultima ratio" kann nicht Vermögen schützen, welches zivilrechtlich nicht geschützt ist. Ein Vermögensschaden gemäss Art. 148 StGB ist nur dann und insoweit gegeben, wenn und als der arglistig Getäuschte einen rechtlich geschützten Anspruch auf Ausgleich des erlittenen Nachteils hat. Wenn und soweit ein solcher Anspruch dem Betroffenen vom Gesetz ausdrücklich versagt wird, kommt Betrug mangels eines Vermögensschadens nicht in Betracht. Es ist somit entgegen der in BGE 69 IV 77 und von verschiedenen Autoren - in der Schweiz u.a. von STRATENWERTH (op.cit., § 10 N 52) - vertretenen Auffassung nicht entscheidend, dass der Getäuschte durch seine irrtumsbedingte Vermögensverfügung, etwa die Hingabe von Geld zwecks Erfüllung des inhaltlich rechtswidrigen und damit nichtigen Vertrages, "sein (rechtlich geschütztes) Vermögen" vermindert. Massgebend ist nach der insoweit zutreffenden Auffassung von BOOG (op.cit., S. 111) und der von ihm genannten deutschen Autoren vielmehr, ob der Betroffene einen rechtlich geschützten Anspruch auf Ausgleich des erlittenen Nachteils habe. bb) Der Vertrag über die Lieferung von Betäubungsmitteln gegen Bezahlung von Geld ist wegen seines Inhalts rechtswidrig und damit gemäss Art. 20 OR nichtig. Dem Käufer, der in Erfüllung eines solchen Vertrages den Kaufpreis vorgeleistet hat, steht wegen der Nichtigkeit

des Vertrages kein vertraglicher Anspruch auf die Gegenleistung (Lieferung von Betäubungsmitteln) zu. Der Käufer hat auch keinen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung auf Rückleistung der von ihm geleisteten Kaufpreiszahlung. Denn gemäss Art. 66 OR kann nicht zurückgefordert werden, was in der Absicht, einen rechtswidrigen oder unsittlichen Erfolg herbeizuführen, gegeben worden ist; dass auch der Verkäufer mit seiner Willensäusserung, Betäubungsmittel zu liefern, die Herbeiführung eines rechtswidrigen Erfolges beabsichtigte, ändert daran nichts, denn es gilt insoweit das Sprichwort: "In pari turpitudine melior est causa possidentis." cc) Das Zivilrecht anerkennt prinzipiell die Möglichkeit, dass vertragliche und ausservertragliche Haftung miteinander konkurrieren

BGE 117 IV 139 S. 149

(vgl. BGE 112 II 138 ff., ferner GAUCH/SCHLUEP, OR Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Nrn. 1719 ff., mit Hinweisen). dd) Die arglistige Täuschung gemäss Art. 148 StGB stellt eine unerlaubte Handlung im Sinne von Art. 41 OR dar. Dem arglistig getäuschten Betäubungsmittelkäufer, der vorgeleistet hat, steht gegen den Verkäufer ein Schadenersatzanspruch aus unerlaubter Handlung nach Art. 41 OR zu. Daran ändert nichts, dass der Betäubungsmittelkäufer den von ihm in Erfüllung des wegen seines widerrechtlichen Inhalts nichtigen Vertrages gezahlten Kaufpreis gemäss Art. 66 OR nicht zurückfordern kann. Die in Art. 66 OR enthaltene Regelung, die je nach den Umständen zu moralisch unbefriedigenden Ergebnissen führen kann und daher als fragwürdig empfunden wird (siehe BGE 84 II 184; BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., S. 678 ff., GAUCH/SCHLUEP, op.cit., Nrn. 1167 ff., BRUNO VON BÜREN, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, S. 301 ff.), schliesst nur den Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung aus, lässt aber den konkurrierenden Anspruch aus unerlaubter Handlung gemäss Art. 41 OR unberührt (BECKER, Kommentar, N 10 zu Art. 66 OR, ROBERT JAKOB MUNZ, Artikel 66 des Obligationenrechts, Diss. Zürich 1958, S. 114; zum deutschen Recht vgl. Kommentar zum BGB, herausgegeben von Mitgliedern des Bundesgerichtshofes, 12. Aufl., § 817 N 13, J. VON STAUDINGERS Kommentar zum BGB, 12. Aufl., § 817 N 14, SOERGEL-MÜHL, BGB, 11. Aufl., § 817 N 29). Das ergibt sich schon aus der systematischen Einordnung von Art. 66 OR im dritten Abschnitt betreffend Entstehung der Obligation aus ungerechtfertigter Bereicherung. Für eine Beschränkung der Tragweite von Art. 66 OR auf Forderungen aus ungerechtfertigter Bereicherung spricht aber insbesondere der Ausnahmecharakter der fragwürdigen Bestimmung, weswegen ohnehin deren möglichst restriktive Anwendung befürwortet wird. Art. 66 OR findet sodann rechtspolitisch seine Rechtfertigung gerade in der Parömie "in pari turpitudine melior est causa possidentis". Die Anwendung von Art. 66 OR ist daher nicht gerechtfertigt, wenn die "turpitudo" der Vertragsparteien nicht im wesentlichen gleich schwer wiegt, sondern der Empfänger der Vorleistung über die Mitwirkung am inhaltlich rechtswidrigen Geschäft hinaus eine arglistige Täuschung begangen hat und ihm somit quasi eine zusätzliche "turpitudo" vorzuwerfen ist. Der Umstand, dass sich der Betäubungsmittelkäufer durch den Abschluss und die Erfüllung des Kaufvertrages selber ausserhalb

BGE 117 IV 139 S. 150

die Rechtsordnung gestellt hat, ist in diesem Fall nicht mehr entscheidend. Dem Betäubungsmittelkäufer, der vorgeleistet hat, steht somit gegen den Verkäufer, der ihn arglistig getäuscht hat, trotz Art. 20 und 66 OR grundsätzlich ein Anspruch auf Schadenersatz aus unerlaubter Handlung gemäss Art. 41 OR zu. In dem Umfang, in welchem dem Käufer ein solcher Schadenersatzanspruch zusteht, liegt ein Vermögensschaden im Sinne von Art. 148 StGB vor. e) Es ergibt sich somit zusammenfassend folgendes: Der Betäubungsmittelverkäufer, der den Käufer über den Reinheitsgehalt der Droge arglistig täuscht, erfüllt dadurch den Tatbestand des Betrugs im

Sinne von Art. 148 StGB, wenn der Käufer bei Kenntnis der wahren Sachlage die Droge nicht oder jedenfalls nicht zum verlangten Preis gekauft hätte und Leistung und Gegenleistung in einem ungünstigeren Wertverhältnis stehen, als sie nach der vorgespiegelten Sachlage hätten stehen müssen. BGE 111 IV 55 ff. ist demnach im Ergebnis zu bestätigen. Ein Vermögensschaden im Sinne von Art. 148 StGB ist allerdings nur insoweit gegeben, als das Zivilrecht dem arglistig getäuschten Käufer einen Anspruch auf Ausgleich des erlittenen Nachteils einräumt. An BGE 69 IV 75 ff. kann daher nicht festgehalten werden, soweit darin das Vorliegen eines Vermögensschadens unabhängig vom Bestehen eines rechtlichen Anspruchs auf Ausgleich des Nachteils bejaht und zudem festgehalten wird, Art. 148 StGB bestrafe nicht um des Geschädigten, sondern um der öffentlichen Ordnung willen. Dem über den Reinheitsgehalt der Droge arglistig getäuschten Betäubungsmittelkäufer, der zwecks Erfüllung des Kaufvertrages vorgeleistet hat, steht zwar gemäss Art. 20 und 66 OR kein Anspruch auf die Gegenleistung oder auf Rückgabe seiner eigenen Vorleistung zu, doch hat er angesichts der in der arglistigen Täuschung auf seiten des Verkäufers liegenden unerlaubten Handlung grundsätzlich einen Schadenersatzanspruch gemäss Art. 41 OR. Die Verurteilung des Beschwerdeführers wegen Betrugs, begangen durch Verkauf übermässig gestreckten Heroins zum "handelsüblichen" Preis für durchschnittlich gestrecktes Heroin an den nach den Feststellungen der Vorinstanz preis- und qualitätsbewussten X., verstösst demnach nicht gegen Bundesrecht.

4. Der Beschwerdeführer macht geltend, die von der Vorinstanz ausgefällte Strafe von 4 Jahren und 9 Monaten Zuchthaus verstosse gegen Bundesrecht. Die Rüge ist unbegründet.

BGE 117 IV 139 S. 151

a) Dem kantonalen Sachrichter steht - innerhalb des ordentlichen und gegebenenfalls ausserordentlichen Strafrahmens - bei der Gewichtung der einzelnen zu beachtenden Strafzumessungskriterien von der Natur der Sache her ein erheblicher Spielraum des Ermessens zu. Der Kassationshof des Bundesgerichts kann daher auf Nichtigkeitsbeschwerde hin, mit der ausschliesslich eine Verletzung von Bundesrecht geltend gemacht werden kann (Art. 269 BStP), in die Strafzumessung nur eingreifen, wenn der kantonale Richter den gesetzlich vorgeschriebenen Strafrahmen über- oder unterschritt, wenn er von sachfremden Gesichtspunkten ausging oder wesentliche Kriterien ausser acht liess oder in Überschreitung bzw. Missbrauch seines Ermessens unrichtig gewichtete (BGE 116 IV 6 E. 2b, 285 E. 2a, 290 E. 2b). Der Kassationshof hat im Urteil vom 23. April 1991 i.S. K. (BGE 117 IV 114) dargelegt, welche Anforderungen an die Begründung der Strafzumessung im Urteil des Sachrichters zu stellen sind. Damit das Bundesgericht überprüfen kann, ob die ausgefällte Strafe im Einklang mit den Zumessungsregeln des Bundesrechts stehe und ob der Sachrichter sein Ermessen überschritten habe oder nicht, müssen alle wesentlichen Strafzumessungskriterien in der schriftlichen Urteilsbegründung Erwähnung finden. Die Begründung der Strafzumessung muss in der Regel den zur Anwendung gelangenden Strafrahmen nennen und die Tat- und Täterkomponenten so erörtern, dass festgestellt werden kann, ob alle rechtlich massgeblichen Gesichtspunkte Berücksichtigung fanden und wie sie gewichtet wurden, d.h. ob und in welchem Grade sie strafmindernd oder straferhöhend in die Waagschale fielen. Dabei müssen aber die einzelnen Strafzumessungsfaktoren nicht in allen Einzelheiten ausgebreitet werden, und über Umstände ohne oder von ausgesprochen untergeordneter Bedeutung darf auch mit Stillschweigen hinweggegangen werden. Je höher die Strafe ist, desto strengere Anforderungen sind im übrigen an die Darlegung der Gründe, die die Strafe rechtfertigen, zu stellen.
b) Die Begründung der Strafzumessung im angefochtenen Urteil genügt gesamthaft betrachtet den vom Bundesgericht im zitierten Entscheid gestellten Anforderungen. Sie erlaubt jedenfalls im Rahmen der erhobenen Rügen dessen Überprüfung. Die Vorinstanz hat alle wesentlichen Strafzumessungsfaktoren berücksichtigt. Der Beschwerdeführer hat mit dem fortgesetzten Verkauf und der Abgabe von insgesamt 234 g Heroin(gemisch) eine grosse Betäubungsmittelmenge umgesetzt. Dass er die

Drogen nicht selber direkt an eine Vielzahl von Konsumenten, sondern bloss an eine bzw. zwei Personen verkaufte, ist entgegen einem Einwand in der Nichtigkeitsbeschwerde unerheblich. Entscheidend ist insoweit vielmehr, dass mit der umgesetzten Heroinmenge die Gesundheit sehr vieler Menschen gefährdet werden kann. Die Strafe ist indessen nicht allein nach der Menge und der Gefährlichkeit der umgesetzten Droge, sondern auch und in erster Linie nach dem Verschulden des Täters zu bemessen, wobei dessen Beweggründe, Vorleben und persönliche Verhältnisse zu berücksichtigen sind (BGE 107 IV 62 E. 2c). Der Beschwerdeführer war selber nicht drogenabhängig. Es ging ihm allein darum, mit den Gewinnen aus dem Drogenhandel einen vergleichsweise hohen Lebensstandard zu finanzieren; so kaufte er einen PW Toyota Supra, ein Autotelefon Natel C sowie eine TV-Video-Stereo-Compactanlage. Der Beschwerdeführer ist im schweizerischen Zentralstrafregister mit 9 Vorstrafen seit 1980 eingetragen. Neben mehreren Verurteilungen wegen Widerhandlungen gegen das SVG sind darin auch Verurteilungen wegen Diebstahls, Raubes, Sachbeschädigung, Drohung sowie Gewalt und Drohung gegen Beamte verzeichnet. Der Beschwerdeführer wurde vom Obergericht des Kantons Luzern mit Urteil vom 28. Januar 1987 wegen Raubes zu einer einjährigen Gefängnisstrafe verurteilt, wobei ihm das Gericht im Sinne einer "letzten Chance" den bedingten Strafvollzug gewährte. Noch während der Probezeit verübte er die Gegenstand des vorliegend angefochtenen Urteils bildenden Straftaten. Nach der Ausfällung des erstinstanzlichen Urteils vom 27. Oktober 1989 in dieser Angelegenheit machte sich der Beschwerdeführer der Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit schuldig, wofür er mit 1'000 Franken gebüsst wurde. Die Vorinstanz hat verschiedene zu Gunsten des Beschwerdeführers sprechende Umstände bei der Strafzumessung berücksichtigt, nämlich, dass er geständig war, als guter Arbeiter geschätzt wird, an seinem Arbeitsort in letzter Zeit zu keinerlei Klagen Anlass gab und die Alimente für seine Tochter aus der 1989 geschiedenen Ehe offenbar pünktlich bezahlt. Der Beschwerdeführer wurde im Jahre 1958 in Saigon/Vietnam geboren und wuchs als ältester Sohn eines höheren Polizeioffiziers in geordneten Familienverhältnissen auf. Er flüchtete gemeinsam mit einem Onkel im Sommer 1976 aus dem damaligen Südvietnam und gelangte über Malaysia im März 1977, im Alter von 19 Jahren,

in die Schweiz, wo er seither lebt. Der Beschwerdeführer macht geltend, die Vorinstanz habe die Assimilierungschwierigkeiten und den unausweichlichen Kulturschock durch die völlig andere Lebensweise und Mentalität in der Schweiz, welche seine darauffolgenden Jahre prägten, nicht ausreichend berücksichtigt. Der Einwand ist unbegründet. Der Beschwerdeführer war im Alter von 19 Jahren in die Schweiz gekommen und lebte hier - von 1981 bis 1989 verheiratet - seit rund 9 Jahren, als er die Gegenstand des angefochtenen Urteils bildenden Straftaten verübte. Unter diesen Umständen kann keine Rede davon sein, dass das Verschulden des Beschwerdeführers in bezug auf diese Taten infolge von Auswirkungen eines allenfalls einmal erlebten Kulturschocks vermindert sei.