

# Betrug und Untreue als konkrete Gefährdungsdelikte de lege lata und de lege ferenda\*

Von Privatdozent Dr. Pierre Hauck, LL.M. (Sussex), Gießen

Die bislang vorrangig aus vermögensstrafrechtlicher und verfassungsrechtlicher Sicht geführte Diskussion<sup>1</sup> über die Zulässigkeit der „konkreten Vermögensgefährdung“ als Schaden bei Betrug und Untreue<sup>2</sup> lässt sich aus der Perspektive des Allgemeinen Teils bereichern: Sobald man sich Gewissheit darüber verschafft hat, dass die Vermögensgefährdung eine Gefährdung des Vermögens verstanden als konkretes Handlungsobjekt und nicht in seiner Eigenschaft als Rechtsgut voraussetzt, hat die Vertatbestandlichung einer solchen Gefährdung besonderen Regeln zu folgen. In der bloßen Gefährdung des Vermögens liegt de lege lata keine „Vermögensbeschädigung“ oder „Nachteilszufügung“, so dass es schon nominell gegen das Analogieverbot (Art. 103 Abs. 2 GG) verstoßen muss, wenn man bei den §§ 263 Abs. 1, 266 Abs. 1 StGB eine „schadensgleiche Gefährdung“ zulässt. Selbst de lege ferenda wäre es für die Anerkennung eines Gefährdungsschadens aber notwendig, den Anforderungen an die Konstruktion eines konkreten Gefährdungsdelikts zu genügen, was nicht gelingt: Vermögensgefährdungen, die zu keinem Vermögensschaden führen, erfüllen offensichtlich nicht die insoweit geltende Voraussetzung eines „stark gefährlichen Verhaltens“, und ihre Strafbarkeit wäre auch deshalb verfassungsrechtlich nicht zu legitimieren.

## I. Der Gefährdungsdeliktscharakter als Missverständnis europäischer Initiativen und im Strudel der Diskussion über die „schadensgleiche Vermögensgefährdung“

Fragen wir uns heute nach Berührungspunkten zwischen der Dogmatik der Vermögensdelikte und derjenigen der Gefährdungsdelikte, so erschließen sich uns schon auf den ersten Blick nicht weniger als drei Zusammenhänge:

Der erste ergibt sich unschwer aus dem Gesetz: Tatbestände wie der Subventions-, der Kapitalanlage- und der Kreditbetrug (§§ 264, 264a, 265b StGB) erfordern keine Vermögensschädigung als tatbestandlichen Erfolgseintritt, sondern sind nach h.M. vielmehr als abstrakte Gefährdungsdelikte zum Schutze überindividueller Rechtsgüter ausgestal-

tet.<sup>3</sup> Für diese Deliktgruppe ist es schlechthin kennzeichnend, dass ihr Unwertgehalt in typischerweise gefährlichen (Täuschungs-)Handlungen vollständig aufgeht. Diese abstrakten Gefährdungsdelikte sind ihrerseits zwar erheblichen dogmatischen und kriminalpolitischen Bedenken ausgesetzt,<sup>4</sup> betreffen glücklicherweise aber nicht den Kern unseres Problems.

Unserem eigentlichen Thema kommen wir aber schon mit Blick auf die zweite Einflusslinie, dem Europäischen Strafrecht, näher: Das deutsche Strafrecht steht heute mehr denn je unter dem Harmonisierungseinfluss des europäischen Rechts. Das gilt auch für die Straftatbestände von Betrug und Untreue.<sup>5</sup> Das Corpus Juris zum Schutz der finanziellen Interessen der EU und mehrere Übereinkommen, etwa das PIF-Übereinkommen vom 26.7.1995 betreffend den Schutz der finanziellen Interessen der EG, zielen darauf ab, die nationalen Vermögensstrafrechte einander anzugleichen.<sup>6</sup> Auch die

<sup>3</sup> Vgl. die Hinweise auf die h.M. bei Wohlers, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2006, § 264 Rn. 12; § 264a Rn. 9; § 265b Rn. 3. Ausnahmsweise enthält § 264 Abs. 1 Nr. 2 StGB ein Erfolgsdelikt, vgl. Eisele, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 2009, Rn. 683. Problematisch ist, dass diese abstrakten Gefährdungsdelikte teilweise (das gilt für § 264 StGB, nicht jedoch für § 264a StGB) denselben Strafraumen aufweisen wie der Betrug gem. § 263 StGB, dazu Kindhäuser, in: Günther/Amelung/Kühne (Hrsg.), Festschrift für Volker Krey zum 70. Geburtstag am 10. Juli 2010, 2010, S. 249 (S. 255).

<sup>4</sup> Vgl. aus jüngerer Zeit Rotsch, in: Joecks/Ostendorf/Rönnau/Rotsch/Schmitz (Hrsg.), Recht – Wirtschaft – Strafe, Festschrift für Erich Samson, 2010, S. 141 (S. 155); Hettinger, in: Putzke u.a. (Hrsg.) Strafrecht zwischen System und Telos, Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008, 2008, S. 648, für die Aussetzung; Hörnle, in: Hoyer (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schröder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 477, aus Sicht der Anschlussdelikte; Kindhäuser, in: Schünemann/Suarez Gonzalez (Hrsg.), Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts, Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann, 1994 S. 125. für die Wirtschaftsdelikte. Monographisch freilich Zieschang, Die Gefährdungsdelikte, 1998, S. 22 ff., 349 ff.; Wohlers, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, zur Dogmatik „moderner“ Gefährdungsdelikte, 2000, S. 286 ff.

<sup>5</sup> Satzger, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2009, § 263 Rn. 3 spricht von einer regelrechten „Sprengkraft“, die vom EG- und EU-Recht mit Wirkung auf § 263 StGB ausgeht. Vgl. Hecker, Europäisches Strafrecht, 3. Aufl. 2010, § 14 Rn. 16 ff. Rotsch (Fn. 4), S. 141 (S. 149), spricht von einer „Parallelordnung [...] die ihren eigenen Regeln folgt.“

<sup>6</sup> Satzger (Fn. 5), § 263 Rn. 4 f.; Hecker (Fn. 5), § 14 Rn. 28 ff.; zum Begriff der Harmonisierung Hauck, in: Beck/Bur-

\* Vortrag im Rahmen eines deutsch-japanischen Strafrechtskolloquiums vom 17.-18.2.2011 an der Justus-Liebig-Universität Gießen. Dieser Beitrag ist dem Gedenken an Herrn Prof. Dr. Günter Heine (†) gewidmet, der dieses Kolloquium durch seine Teilnahme noch bereichern konnte, die Veröffentlichung der Referate aber nicht mehr erleben durfte.

<sup>1</sup> Zu Art. 103 Abs. 2 GG jüngst Satzger, JK § 266 I/36; zuvor Bernsmann, GA 2007, 219 (229); Sonnen, StV 1989, 479 (480); Amelung, NJW 1975, 624 (625). Entsprechende Konjunkturen bescheinigt Fischer, NSTZ-Sonderheft für Klaus Miebach 2009, 8 (9).

<sup>2</sup> §§ 263, 266 StGB stehen hier freilich nur stellvertretend für sämtliche Vermögensdelikte i.e.S., sodass sich die folgenden Überlegungen etwa auch auf die Erpressung gem. § 253 StGB übertragen lassen.

Pflicht zur gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung (vgl. Art. 4 Abs. 3 UAbs. 2, 3 EUV, 288 UAbs. 3 AEUV) steuert die Tatbestandsauslegung heute unmittelbar.<sup>7</sup> Fragen wir uns, ob diese Zielvorgaben mit der überkommenen deutschen Dogmatik vereinbar sind, so stießen wir bereits in der Vergangenheit auf deutliche Warnungen, wonach namentlich das Corpus Juris eine Gefährdungskonzeption in das deutsche Recht transportiere, weshalb Betrug und Untreue unter europäischem Einfluss zu konkreten Gefährdungsdelikten zu verkommen drohten.<sup>8</sup>

Unabhängig davon, ob solche Warnungen berechtigt sind oder nicht,<sup>9</sup> führt uns eben diese Befürchtung einer Umgestaltung der Vermögensdelikte im engeren Sinne zu konkreten

chard/Fateh-Moghadam (Hrsg.), Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung, 2011, S. 255 (S. 257 f.).

<sup>7</sup> Vgl. nur *Hecker*, Strafbare Produktwerbung im Lichte des Gemeinschaftsrechts, 2001, S. 247 ff., zur Auslegung des Täuschungs- und Irrtumsbegriffs; *Satzger* (Fn. 5), § 263 Rn. 11, 66 ff.

<sup>8</sup> Vgl. DAV, Stellungnahme 28/2002, S. 9: „ist doch z. Bsp. das deutsche Strafrecht noch weit davon entfernt, etwa den Betrug als Gefährdungsdelikt und auch als Fahrlässigkeitsdelikt auszugestalten, was im Grünbuch (unter Ziff. 5.2.1.1, letzter Absatz) erwogen wird.“ (abrufbar unter:

[http://ec.europa.eu/anti\\_fraud/green\\_paper/contributions/pdf/gp\\_dav\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/anti_fraud/green_paper/contributions/pdf/gp_dav_de.pdf), zuletzt abgerufen am 15.7.2011). Im Grünbuch, KOM 2001 (715) heißt es an der angegebenen Stelle in der Tat: „Die Straftat könnte zudem als Gefährdungsdelikt ausgestaltet werden, um zu vermeiden, dass der Erfolg der Verletzungshandlung Voraussetzung für die Strafverfolgung ist.“ (abrufbar unter [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/de/com/2001/com2001\\_0715de01.pdf](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/de/com/2001/com2001_0715de01.pdf), zuletzt abgerufen am 15.7.2011). Auch die englische und die französische Fassung stimmen hierin überein: „The effect of the fraud might be extended to include the endangering of the Community’s financial interests so as not to make the successful outcome of the fraudulent act a precondition for its prosecution.“ (abrufbar unter [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2001/com2001\\_0715en01.pdf](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2001/com2001_0715en01.pdf), zuletzt abgerufen am 15.7.2011) „L’effet de la fraude pourrait être étendu au cas de mise en danger des intérêts financiers communautaires, afin d’éviter de faire de la réussite des agissements frauduleux une condition nécessaire à leur poursuite.“ (abrufbar unter [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/fr/com/2001/com-2001\\_0715fr01.pdf](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/fr/com/2001/com-2001_0715fr01.pdf) zuletzt abgerufen am 15.7.2011).

<sup>9</sup> So führt *Schulz*, in: Schulz/Bemmann/Zwiehoff (Hrsg.), Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft, 2007, S. 259 (S. 260 Fn. 4) die Bedenken des DAV auf eine Fehlinterpretation des fraud/fraude-Begriffs zurück, was sich angesichts des eindeutigen Wortlauts aller drei Sprachfassungen (vgl. Fn. 8) nur schwer begründen lässt. Gleichwohl entspricht es einem die Verletzungsdelikte (§§ 263, 266 StGB) nicht erfassenden Verständnis, dass in Umsetzung des PIF-Übereinkommens durch das Finanzschutzgesetz von 1998 nur § 264 StGB angepasst werden musste, §§ 263, 264a StGB und § 370 AO aber bereits den europäischen Vorgaben entsprechen, vgl. *Satzger* (Fn. 5), § 263 Rn. 4.

Gefährdungsdelikten – gleich, ob schon gesetzlich oder erst im Wege der Auslegung – schließlich zur dritten und für unsere folgenden Überlegungen zentralen Schnittmenge: Die rein national geführte Diskussion über die Rechtsfigur der sog. „schadensgleichen“ Vermögensgefährdung. Dieses heute kurz „Gefährdungsschaden“<sup>10</sup> genannte Institut, vom RG ursprünglich anerkannt, um die von ihm für strafwürdig erachteten Vermögensangriffe abseits der unstreitigen Substanzverluste zu erfassen,<sup>11</sup> gilt heute in erster Linie im Gewand seiner Einkleidung als „schadensgleicher“ Vermögens-

<sup>10</sup> Vgl. BGHSt 45, 1 (4 f.); BGHSt 51, 100. Zum Wandel der terminologischen Vorlieben im Laufe der Zeit *Fischer*, StraFo 2008, 269 (271).

<sup>11</sup> Es trifft entgegen *Schünemann*, NStZ 2008, 430, nicht zu, dass man die Rechtsfigur der konkreten Gefährdung erst „lange Zeit“ nach ihrer Etablierung in § 263 auf § 266 StGB übertragen hat. Dem die konkrete Gefährdung für § 263 StGB anerkennenden Beschluss der Vereinigten Strafsenate des RG v. 20.4.1887 (RGSt 16, 1 – Irrtümlicher Beitritt zu einer Versicherungsgesellschaft auf Gegenseitigkeit) folgte das Ur. des 3. Strafsenats (RGSt 16, 77 [81]) nur einen Tag später. Entgegen *Fischer*, StraFo 2008, 269 (270), verwies RGSt 16, 77 nicht auf entsprechende Rechtsprechung des Preußischen Obertribunals. RGSt 9, 168 (170) – Frachtbetrug zulasten der Leipzig-Magdeburger Eisenbahn; es handelt sich um den untypischen Fall der Erschleichung der Beförderung einer Kiste Feuerwerkskörper durch die Eisenbahn, bei der es um die Frage ging, ob die mögliche [und tatsächlich nicht eingetretene] Explosion der Böller während der Fahrt einen Vermögensschaden begründen kann [!]: „Gestattet auch der Begriff der Vermögensbeschädigung im Gebiete des Betruges eine weite Auslegung in dem Sinne, daß darunter nicht bloß eine effektive und substantielle Verminderung des Vermögens durch Ausscheiden bestimmter konkreter Bestandteile aus demselben, sondern jede Beeinträchtigung und Verschlimmerung der Vermögenslage, welche durch die Irrtumserregung herbeigeführt ist, verstanden werden kann, so setzt sie doch immer eine nachteilige Veränderung des aktuellen Vermögenszustandes voraus. Als solche kann eine bloße Gefährdung, die bloße Möglichkeit künftigen Eintrittes einer Vermögensbenachteiligung, nach dem Wortlaute, wie nach dem Sinne des Gesetzes, welches zum Thatbestande des Betruges als eines Vermögensdeliktes die Verletzung fremden Vermögens voraussetzt, nicht angesehen werden. [...] Schon der Erwerb der *unsicheren Forderung* an Stelle einer sicheren oder an Stelle der mehrwertigen Leistung enthält eine effektive Beeinträchtigung des Vermögenszustandes. Ebenso ist letzteres der Fall schon bei Belastung des Vermögens mit einer Schuldverbindlichkeit, nicht erst, wenn es zur Erfüllung der letzteren kommt.“ RGSt 12, 395 (397) – Kreditbetrug durch Ausstellen eines Wechsels durch vermögenslose Akzeptanten und Giranten, sog. unechter „Kellerwechsel“: Gefährdung der Wechselnehmer infolge der wirtschaftlichen Wertlosigkeit des umlaufenden Wechsels: „Daß schon in solcher Gefährdung eines Forderungsrechtes eine Vermögensbeschädigung im Sinne von §. 263 S.t.G.B.’s gefunden werden kann, hat das Reichsgericht konstant anerkannt.“

gefährdung,<sup>12</sup> daneben aber auch aufgrund der sich dahinter verbergenden prinzipiellen Unvereinbarkeit mit der angeblichen Deliktisnatur von Betrug, Untreue oder Erpressung<sup>13</sup> als Verletzungsdelikte als von Grund auf verpönt.<sup>14</sup> Mit der Anerkennung einer bloßen Gefahrenlage als Schaden würden die als Verletzungsdelikte konzipierten Tatbestände von Betrug und Untreue contra legem zu konkreten Vermögensgefährdungsdelikten umgestaltet,<sup>15</sup> oder anders formuliert: Die vom Gesetz in den §§ 263 Abs. 1, 266 Abs. 1 StGB synonym<sup>16</sup> gebrauchten Begriffe „Schaden“ und „Nachteil“ seien mit der Figur eines „Gefährdungsschadens“ schlechthin nicht zu vereinbaren.<sup>17</sup>

Das setzt jedoch voraus, dass die Subsumtion der konkreten Vermögensgefährdung unter den Schadensbegriff zum Scheitern verurteilt ist. Aufgabe dieses Beitrages ist deshalb die Überprüfung dieser Unvereinbarkeitsthese anhand neuester Erkenntnisse zur Dogmatik der Gefährdungsdelikte.<sup>18</sup> Die

Untersuchung gelangt zunächst zu dem kaum überraschenden Ergebnis, dass die konkrete Vermögensgefährdung in den Tatbeständen von Betrug und Untreue nach der heutigen Gesetzeslage nicht tatbestandlich erfasst ist. Aber selbst wenn man dies erstrebt, lassen sich die Vermögensdelikte i.e.S. de lege ferenda nicht als konkrete Vermögensgefährdungsdelikte ausgestalten. Normativ ist ein solcher Gefährdungsschutz zwar denkbar. Doch würde die (notwendige) Kodifikation sowohl an den verfassungsrechtlichen Grenzen der Verhältnismäßigkeit scheitern – die Vermögensgefährdung erweist sich als nicht strafwürdig genug – als auch den systematischen Grenzen zuwiderlaufen, die die bilanzielle Schadensbestimmung dem Vermögensschutz heute setzt. Die Analyse beginnt mit klärenden Worten zum Vermögensbegriff (II. 1.) und setzt dieses Schutzgut der §§ 263, 266 StGB dann in Bezug zu den möglichen Formen seiner Beeinträchtigung (II. 2.).

<sup>12</sup> Vgl. BGHSt 45, 1 (4 f.); *Kindhäuser*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 3, 3. Aufl. 2010, § 263 Rn. 299. Deutlich gegen den Begriff *Rotsch* (Fn. 4), S. 155 in Fn. 83.

<sup>13</sup> *Eisele* (Fn. 3), Rn. 544, hebt die Relevanz dieser Schadensdiskussion für den oft vernachlässigten § 253 StGB hervor.

<sup>14</sup> Vgl. jüngst BGHSt 53, 199 (202); BGHSt 52, 323 (336 ff.); dazu *Bittmann*, *NStZ* 2011, 361 (367): „Zwischen dem 1. und dem 2. Strafsenat des BGH war nach der Entscheidung in Sachen Siemens-ENEL im Wesentlichen nur noch streitig, ob es Ausnahmefälle gibt.“ Vgl. ferner *Hefendehl*, in: *Joecks/Ostendorf/Rönnau/Rotsch/Schmitz* (Fn. 4), S. 295, sowie *Schünemann*, *StraFo* 2010, 1 und 477; *ders.*, *NStZ* 2008, 430. Der Streit innerhalb des BGH fand seinen vorläufigen Höhepunkt im offen ausgetragenen Disput zwischen *Fischer*, *StraFo* 2008, 269 einerseits und *Nack*, *StraFo* 2008, 277 andererseits.

<sup>15</sup> *Murmann*, *Jura* 2010, 561 (565), im Anschluss an *Beulke*, in: *Müller/Sander/Válková* (Hrsg.), *Festschrift für Ulrich Eisenberg zum 70. Geburtstag*, 2009, S. 245 (S. 251 f., S. 262), und *Perron*, *GA* 2009, 219 (227 ff.).

<sup>16</sup> Eigentlich war die Bedeutungsidentität beider Begriffe seit *Mayer*, *Die Untreue im Zusammenhang der Vermögensverbrechen*, 1926, S. 144 f., „endgültig entschieden“; zu a.A. seither (Ausdehnung des Nachteils bei § 266 StGB v.a. auf finanziell nicht messbare oder immaterielle Beeinträchtigungen bzw. zwar Bedeutungsgleichheit von Schaden und Nachteil, jedoch engerer Vermögensbegriff beim Betrug) vgl. die Nachweise bei *Waßmer*, *Untreue bei Risikogeschäften*, S. 104 f.; heute a.A. etwa *Mansdörfer*, *JuS* 2009, 114 (115, 118).

<sup>17</sup> Vgl. *Hefendehl*, der die Subsumtion der konkreten Gefahr unter das Tatbestandsmerkmal des Vermögensschadens für „zwingend“ ausgeschlossen und dementsprechend den Bedarf nach einer Unterstellung der Vermögensgefährdung unter die Vermögensverletzung für „eindeutig“ hält (*Hefendehl*, *Vermögensgefährdung und Expektanzen*, 1994, S. 131).

<sup>18</sup> Vgl. nur *Kindhäuser* (Fn. 3), S. 249 oder *Hirsch*, in: *Sieber* u.a. (Hrsg.), *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht, Dogmatik*,

## II. Beeinträchtigungen des Vermögens durch Verletzung, Gefährdung und Schädigung – Vom Durchschlagen eines gordischen Knotens

### 1. Der „Schlüsselbegriff“<sup>19</sup> des Vermögens

Wenn es sich bei der Verletzung und der Gefährdung nach h.M. um verschiedene Modalitäten der Beeinträchtigung eines Rechtsguts handeln soll,<sup>20</sup> so drängt sich gleich zu Beginn dieses Referats eine vorrangige Orientierung darüber auf, was man unter dem Rechtsgut des Vermögens zu verstehen hat. Denn wenn man nicht weiß, was Betrug, Untreue oder Erpressung schützen, ist es müßig, sich über das Für und Wider sowie über die systematische Verschränkung gewisser Angriffsformen Gedanken zu machen, die zulasten dieses (dann ja noch unbekanntes) Schutzguts geführt werden.<sup>21</sup> Ganz in diesem Sinne einer vorherigen Vermögensbestimmung erklärt etwa *Urs Kindhäuser* die Art der Gefahr als von der Art des betroffenen Rechtsguts abhängig<sup>22</sup> und *Thomas Fischer* bringt es in umgekehrter Richtung ebenso auf den

Rechtsvergleich, *Rechtstatsachen*, *Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*, 2008, S. 145, und jüngst *Radtke*, in: *Geisler/Kraatz/Kretschmer/Schneider/Sowada* (Hrsg.), *Festschrift für Klaus Geppert zum 70. Geburtstag* am 10. März 2011, 2011, S. 461.

<sup>19</sup> Zutreffend kennzeichnet *Schünemann*, *StraFo* 2010, 1 (3) das Vermögen als „Schlüsselfrage“ der gesamten Diskussion um die konkrete Vermögensgefährdung als schadenskonstituierendes Merkmal.

<sup>20</sup> Vgl. stellvertretend zu § 315c StGB *Radtke* (Fn. 18), S. 461 (S. 467), m.w.N. auf die Rechtsprechung: BGH VRS 44 (1973), 422 (423); BGH NJW 1995, 3131; BGH NStZ-RR 1998, 150; BGH NZV 2000, 213; BGH NStZ-RR 2010, 120.

<sup>21</sup> Die präjudizielle Bedeutung des vertretenen Vermögensbegriffs lässt sich nicht oft genug betonen, vgl. *Hefendehl*, in: *Joecks/Miebach* (Fn. 3), § 263 Rn. 293. Freilich ist auch die umgekehrte Überlegung, ob sich das Vermögen nicht auch von der Art und Weise seiner Beeinträchtigung bestimmen lässt, im Auge zu behalten.

<sup>22</sup> *Kindhäuser* (Fn. 3), S. 249 (S. 250).

Punkt: „Das Konzept des Gefährdungsschadens ist in der Bestimmung des Rechtsguts selbst begründet.“<sup>23</sup> Was bedeutet demnach „Vermögen“?

Ohne die Darstellung hier in unzulässiger Weise vereinfachen zu wollen,<sup>24</sup> ist der Stand der Diskussion um den Vermögensbegriff heute doch vor allem durch das Bemühen nach einer Abgrenzung, ja einer Bewahrung der favorisierten wirtschaftlich-juristischen Sichtweise gegenüber einer in jedem Falle zu vermeidenden formal juristischen Definition gekennzeichnet.<sup>25</sup>

Zum Vermögen zählt all jenes von wirtschaftlichem Wert, was konkret saldierbar ist, solange es sich dabei auch um rechtlich gebilligte Positionen handelt. Es herrscht also das Bild vom Vermögen als Ergebnis einer Wertsaldierung: Wer über viele Sachgüter, Forderungen und begründete Erwerbssichten verfügt, ist reich. Wem nur noch das letzte Hemd geblieben ist und sich als Schuldner vielen Forderungen ausgesetzt sieht, ist arm.

Sprichwörtlich „viel wert“ ist es aber auch dann nicht, wenn man zwar viel hat („mein Haus, mein Auto, mein Boot“), aus gewissen Gründen darüber aber nicht verfügen kann, wie es die mehr oder weniger sinnvolle wirtschaftliche Nutzung solcher Güter vorsieht. Stellen Sie sich das Beispiel der Errichtung schwarzer Kassen vor: Jemand lässt – salopp formuliert – Geld in einen nur ihm bekannten Topf wandern und entzieht dem Eigentümer so seine Verfügungsmöglichkeit: Im Saldo bleibt ein Aktivposten, der trotzdem nichts mehr wert ist. Das Vermögen ist hier unter abstrakter Blickrichtung hinsichtlich seines Bestandes geschmälert; die wirtschaftliche Wertminderung durch das Nicht-verfügen-Können liegt auch in der normativen Missbilligung eines Zugriffs begründet, der unter Überschreitung des rechtlichen Dürfens erfolgt. Es herrscht das Bild vom Vermögen als Güterbestand.<sup>26</sup>

Ausgehend von dieser grundsätzlichen Zweiteilung sind Angriffe auf das Vermögen – wiederum grundsätzlich – folglich zweifach als wie auch immer geartete Saldominderung oder als Entzug einer Dispositionsfreiheit zu begründen

<sup>23</sup> Fischer, StraFo 2008, 269 (277).

<sup>24</sup> Vgl. ausführlich Cramer/Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 263 Rn. 78 ff.; Esser, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller (Hrsg.), Anwaltkommentar StGB 2011, § 266 Rn. 164 ff.; Gaede, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller (a.a.O.), § 263 Rn. 67 ff.; Hefendehl (Fn. 21), § 263 Rn. 294-338; Hoyer, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 60. Lfg., Stand: Februar 2004, § 263 Rn. 182 ff.; Lackner, in: Jescheck/Ruß/Willms (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 6, 10. Aufl. 1988, § 263 Rn. 120-124; Saliger, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Fn. 5), § 266 Rn. 51 f.; Satzger (Fn. 5), § 263 Rn. 90 ff.; Tiedemann, in: Jähnkel/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 6, 11. Aufl. 2005, § 263 Rn. 127-132.

<sup>25</sup> Deutlich Schönemann, StraFo 2010, 1 (9): kein Zurückfallen auf einen rein juristischen Vermögensbegriff.

<sup>26</sup> Vgl. Schönemann, StraFo 2010, 1 (9).

(str.).<sup>27</sup> Lassen Sie uns diese grundlegende Ambivalenz des Vermögensbegriffs jetzt auf die Frage nach der Art und Weise der Vermögensschädigung übertragen.

## 2. Schädigungen des Vermögens durch Verletzung und Gefährdung? – Die Spiegelung der BT-Problematik an der AT-Dogmatik zum konkreten Gefährdungsdelikt

### a) Das sog. Angriffsparadigma: Gefährdung und Verletzung; Gefährdung vor Verletzung; Gefährdung oder Verletzung

Die erste wesentliche Weichenstellung bei der Frage nach der Möglichkeit, Vermögensdelikte i.e.S. als konkrete Gefährdungsdelikte zu verstehen, führt uns nun erstmals zur Dogmatik der Gefährdungsdelikte. Denn die Frage, ob die Schädigung eines Rechtsguts außer in seiner Verletzung auch in seiner konkreten Gefährdung begründet sein kann, impliziert derart weitreichende, den Bereich der Vermögensdelikte weit übersteigende Konsequenzen,<sup>28</sup> dass sie ernstlich nur unter Rückgriff auf eine abstrakte Argumentationsebene beantwortet werden kann.

Betrachten wir also das sog. Angriffsparadigma<sup>29</sup>, wonach sich die strafwürdige Beeinträchtigung eines Rechtsguts stufenweise chronologisch in grundsätzlich straflose Vorbereitung, abstrakte Gefährdung, konkrete Gefährdung durch den Versuch (der bei der Untreue allerdings straflos ist), konkrete Gefährdung durch eigene Deliktstatbestände (unser Thema!), Verletzung durch Vollendung und bis Beendigung, Verletzung durch Zweitschädigung (z.B. wiederholte Zueignung) und Schadensvertiefung durch sog. Anschlussdelikte (namentlich der Hehlerei) darstellen lässt, so ergibt sich eine Schwierigkeit: Steht die konkrete Gefährdung nicht ausdrücklich im Gesetz, sondern ist dort allein von der Schädigung etwa des Vermögens die Rede, dann darf die konkrete Gefährdung als gegenüber der Verletzung weiterreichende, vorverlagernde Beeinträchtigungsart wegen des Analogieverbots schon ganz allgemein – unabhängig von ihrer evident anstößigen „Schadensgleichheit“ – nicht strafbarkeitsbegründend berücksichtigt werden. Denkbar wäre ein solcher Einbezug nur dann, wenn auch die konkrete Gefährdung des Vermögens i.S.d. Handlungsobjekts das Vermögen als Rechtsgut schädigen könnte und wenn mit „Vermögen“ in den Deliktstatbeständen der §§ 263 Abs. 1, 266 Abs. 1 StGB das Rechtsgut gemeint ist. Das ist aber nicht der Fall. De lege lata ist die konkrete Vermögensgefährdung von den Tatbe-

<sup>27</sup> Eine ebensolche Zweiteilung der Vermögensbegriffe zwischen Verfügbarkeits- und Wertschutz skizzierte im Grunde schon RGSt 16, 1 f., freilich ohne die Wertschutzlehre wie heute üblich in erster Linie wirtschaftlichen Kriterien unterzuordnen. Gegen den Schutz der Dispositionsfreiheit durch Vermögensdelikte dezidiert Arzt/Weber, Strafrecht Besonderer Teil, Lehrheft 3, 2. Aufl. 1986, A. Rn. 9.

<sup>28</sup> Die Bandbreite reicht von der völligen Leugnung der Existenz konkreter Gefährdungsdelikte, über die Missbilligung des Erfolgs als Tatbestandsmerkmal bis zur Verabsolutierung der konkreten Gefährdung als alleiniger Schädigungsform.

<sup>29</sup> Vgl. Kindhäuser (Fn. 3), S. 249 (S. 253 ff.).

ständen der §§ 263 Abs. 1, 266 Abs. 1 StGB folglich nicht erfasst.

*aa) Konkrete Gefährdung des Handlungsobjekts und/oder des Rechtsguts?*

Denn zunächst scheint es nicht weiter relevant zu sein, wenn es zum Kennzeichen konkreter Gefährdungsdelikte erklärt wird, bei ihnen sei nach einer Auffassung das Handlungs- oder Angriffsobjekt des Tatbestandes,<sup>30</sup> nach einer anderen Meinung aber das Rechtsgut<sup>31</sup> selbst in einen Zustand konkreter Gefährdung zu bringen. Auch daneben bestehende scharfsinnige Differenzierungen, etwa diejenige *Horst Schröders*: „Bei den ersteren [den Verletzungsdelikten, d. *Verf.*] gehört zur Vollendung des Delikts die Verletzung eines bestimmten *Objekts*, z.B. Verletzung eines menschlichen Körpers (§ 223) oder Beschädigung einer Sache (§ 303). In einer Reihe von Fällen wird aber bereits die Gefährdung eines *Rechtsguts* mit Strafe bedroht, um die Verletzung zu verhüten.“<sup>32</sup> vermögen prima facie nichts daran zu ändern: Bei den Vermögensdelikten i.e.S. sind tatbestandliches Angriffsobjekt und Rechtsgut deckungsgleich. So heißt es in beinahe jedem Lehrbuch.<sup>33</sup> Die durch List oder Zwang herbeigeführte Vermögensverfügung zöge das Vermögen sowohl als Handlungsobjekt als auch in seinem Verständnis als Rechtsgut gleichermaßen in Mitleidenschaft. Gleich, ob man die konkrete Gefährdung auf das Handlungsobjekt oder auf das Rechtsgut bezieht, in beiden Fällen wäre das Vermögen betroffen.

Kann unsere Entscheidung über das Objekt der konkreten Gefährdung damit aber wirklich dahinstehen?

Sie kann es nicht. Denn die Frage, ob die konkrete Gefährdung des Vermögens bei Betrug oder Untreue bereits das Objekt der tatbestandlichen Angriffshandlung betrifft oder nur das abstrakte Rechtsgut, muss entschieden werden, weil nur so das Verhältnis zwischen der gefährdenden oder verlet-

zenden Tathandlung zur Rechtsgutschädigung geklärt werden kann.<sup>34</sup>

Im Ergebnis – und das sei hier vorweggenommen – bezieht sich die konkrete Gefährdung immer nur auf das tatbestandliche Handlungsobjekt.<sup>35</sup> Dass sich die konkrete Gefährdung zunächst allein auf das Handlungsobjekt und nie direkt auf das tatbestandlich ja nicht unmittelbar, sondern nur in konkreten Angriffsobjekten verkörperte Rechtsgut beziehen kann, ergibt sich bereits aus dieser Tatbestandlichkeit der konkreten Gefährdung. Doch der Reihe nach: Übertragen auf die Vermögensdelikte besteht der konkrete Gefährderfolg darin, dass sich das Vermögen als Angriffsobjekt im Einflussbereich des Täters befindet und „nach einem objektiven sachkundigen Urteil – auch unter Einbeziehung eventuell erst nachträglich feststellbarer Umstände – für den maßgeblichen Zeitpunkt die Möglichkeit [seiner] Schädigung [als ...] Rechtsgutsobjekt [...] als naheliegend einzuschätzen ist“<sup>36</sup>. Es darf m.a.W. „nur noch vom Zufall abhängen“<sup>37</sup>, ob es zu seiner Verletzung kommt oder nicht.<sup>38</sup> Nach dieser sog. normativen Gefährderfolgstheorie<sup>39</sup> soll dabei – was später für die Frage der Vermeidemacht zur Abwendung des Vermögens-

<sup>34</sup> Die von der gefährlichen Tathandlung (Täuschung, Pflichtverletzung, Nötigung) räumlich und zeitlich getrennte Einwirkung auf das Tatobjekt, die das BVerfG bei der Untreue durch ein sog. Entgrenzungs- und Verschleifungsverbot sicherstellen will (BVerfG NJW 2010, 3209 [m. Bespr. *Beckemper*, ZJS 2011, 88]), hat direkte Auswirkungen auf die Einordnung dieser Tatbestände als Erfolgsdelikte. *Koriath*, GA 2001, 51 (59), leugnet den Erfolgsdeliktscharakter der konkreten Gefährdungsdelikte, weil sich bei ihnen die Gefährlichkeit nicht von der Tathandlung trennen lasse. Dem ist zu widersprechen: Der Eintritt der Beinaheverletzung erfolgt räumlich-zeitlich von der Handlung getrennt und ist deshalb mit *Gallas*, in: Lüttger (Hrsg.), Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag, 1972, S. 171 (176), und *Wolter*, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung, 1981, S. 199, und der Definition bei *Roxin* (Fn. 30, § 10 Rn. 102) ein tatbestandlicher Gefährdungserfolg. Dies wiederum ist eine wichtige Weichenstellung für die Anwendbarkeit der Lehre von der objektiven Zurechnung und des § 13 StGB für das unechte Unterlassungsdelikt. Vgl. zur entsprechenden Diskussion bei der Zueignung *Hauck*, Drittzueignung und Beteiligung, 2007, S. 53 ff.

<sup>35</sup> Zur a.A. von *Hirsch* (Fn. 18), S. 147, und *Stratenwerth/Kuhlen* (Fn. 30), § 8 Rn. 14 sogleich.

<sup>36</sup> *Hirsch*, in: Kohlmann (Hrsg.), Strafrechtliche Probleme, Schriften aus drei Jahrzehnten, Bd. 1, 1999, S. 623 (S. 626); unter Verweis auf *Gallas* (Fn. 34), S. 171 (S. 178). Vgl. auch *Roxin* (Fn. 30), § 11 Rn. 122. Vgl. zur „dogmatische[n] Unsicherheit [...] über den Inhalt des Gefahrbegriffs“ *Lackner*, Das konkrete Gefährdungsdelikt im Verkehrsstrafrecht, 1967, S. 3.

<sup>37</sup> Zum Einfluss Dritter Personen unten im Text bei und nach Fn. 73.

<sup>38</sup> BGH NStZ 1996, 83 f.

<sup>39</sup> Vgl. zur naturwissenschaftlichen Gefährderfolgstheorie *Horn*, Konkrete Gefährdungsdelikte, 1973, S. 161.

<sup>30</sup> *Jescheck/Weigend*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 263 f. (§ 26 II. 2.). *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 10 Rn. 123; *Mezger*, Strafrecht, Ein Lehrbuch, 3. Aufl. 1949, S. 193 § 24 I. 2.: „Bei den Verletzungsdelikten gehört die Verletzung eines bestimmten Objekts zum Tatbestand“. Weitere Nachweise bei *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2011, § 8 Rn. 14 Fn. 3.

<sup>31</sup> Z.B. *Mayer*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1953, § 11 II., S. 69; *Maurach/Zipf*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 8. Aufl. 1992, § 17 III. A. Rn. 26 f.; *Maurach*, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1954, § 20 III. 3. = *Maurach/Zipf*, (a.a.O.), ebda. „Üblicherweise werden beide Kategorien danach differenziert, ob der Angriff in seiner tatbestandlichen Vollendung eine unmittelbare Werteinbuße darstellt (Verletzungsverbrechen) oder ob er nur die naheliegende Gefahr einer Interessenverletzung beinhaltet.“

<sup>32</sup> *Eser/Hecker*, in: Schönke/Schröder (Fn. 24), Vor § 1 Rn. 148 (*Hervorhebung* nicht im Original).

<sup>33</sup> Vgl. nur *Roxin* (Fn. 30), § 2 Rn. 65; *Mitsch*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2/1, 2. Aufl. 2003, § 7 Rn. 78.

schadens noch relevant werden wird – das Vorliegen dieser Gefahr „aus dem Blickwinkel des bedrohten Gutes zu bestimmen“ sein und nicht „aus der Handlungsperspektive des Täters“.<sup>40</sup>

Diese tatbestandliche Gefahrenlage betrifft also abstrakt-generelle Tatbestandsmerkmale (vgl. § 315c Abs. 1 StGB: „Leib oder Leben eines anderen Menschen oder fremde Sachen von bedeutendem Wert“) und konkretisiert sich im Einzelfall dann auf lebenssachverhaltliche Angriffsobjekte (das Leben des A, die körperliche Unversehrtheit der B usw.). Der Gefahrbegriff ist also notwendigerweise konkreter Natur.<sup>41</sup> Dass das Gesetz die Gefährdung einer fremden Sache und nicht etwa die Gefährdung des dahinterstehenden Eigentums zum Taterfolg erklärt, ist auch schon ein gewisses Indiz dafür, dass es nicht auf die Gefährdung des Rechtsguts ankommen kann. Hinzukommt, dass sich kein Rechtsgut als solches im gefahreröffnenden Einflussbereich des Täters, der ersten Voraussetzung der konkreten Gefährdung, befinden kann. Denn wenn es sich bei dem Rechtsgut um das „Schutzobjekt der dem positiven Recht entnehmbaren Verhaltensnorm“<sup>42</sup> oder um „das ideelle Gut, das sich in dem konkreten Angriffsgegenstand verkörpert“<sup>43</sup> handeln soll, dann hat der Täter Einfluss auf ebensolche Verkörperungen (Symbole) dieses Gutes, niemals aber auf das Rechtsgut selbst.

Das hiergegen vorgebrachte Argument, die (konkrete) Gefährdung müsse sich stets auf ein Rechtsgut beziehen, weil sonst die schwere Brandstiftung gem. § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB als Paradebeispiel eines abstrakten Gefährdungsdelikts ein Verletzungsdelikt wäre,<sup>44</sup> überzeugt nicht. Das Inbrandsetzen bzw. durch eine Brandlegung ganz oder teilweise Zerstören einer Räumlichkeit, die der Wohnung von Menschen dient, bedeutet nur eine abstrakte Gefährdung des Rechtsguts „Leben und Gesundheit von Menschen vor den durch eine Brandstiftung drohenden Gefahren“<sup>45</sup>, weil bei § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB mit der Tathandlung kein Angriffsobjekt betroffen ist, das – wie bei den konkreten Gefährdungsdelikten – das geschützte Rechtsgut verkörpert. Im Übrigen muss man die Frage zwischen konkreten und abstrakten Gefährdungsdelikten differenziert beurteilen: Bei den konkreten Gefährdungsdelikten wird das Handlungsobjekt konkret gefährdet, bei den abstrakten Gefährdungsdelikten kommt es zu einer abstrakten Gefährdung des Rechtsguts

durch eine spezielle Tathandlung, die nicht notwendigerweise Verletzungscharakter haben muss.<sup>46</sup> (→ *Graphik 1*, S. 930)

Steht damit fest, dass sich die konkrete Gefährdung auf das (Vermögen als) Handlungsobjekt beziehen müsste, fragt es sich freilich weiter, inwiefern damit zugleich eine konkrete Gefährdung des Rechtsguts einhergeht oder ob die konkrete Gefährdung des Handlungsobjekts nicht sogar eine wirkliche Beeinträchtigung des Rechtsguts i.S. seiner Schädigung bewirkt. Von letzterem wird man zumindest dann auszugehen haben, wenn man das Rechtsgut im obigen Sinne als „Schutzobjekt der dem positiven Recht entnehmbaren Verhaltensnorm“ versteht. Denn wird die spezifische Verhaltensnorm des konkreten Gefährdungsdelikts missachtet und ein gefährlicher Zustand geschaffen, ist die Verhaltensnorm verletzt.

Im Ergebnis setzen konkrete Gefährdungsdelikte also eine konkrete Gefährdung des Handlungsobjekts voraus, aus der sich mittelbar eine echte Schädigung i.S.e. Beeinträchtigung des Rechtsguts ergibt.

*bb) Die konkrete Vermögensgefährdung als notwendiges, aber tatbestandlich-axiologisch belangloses Vorstadium der allein maßgeblichen Vermögensverletzung*

Die vorherrschende Meinung argumentiert gegen den Einbezug der konkreten Vermögensgefährdung in den Bedeutungsbereich des Begriffs „Vermögensschaden“, indem und weil sie den Vermögensschaden bzw. Vermögensnachteil gleichsetzt mit dem Begriff der Vermögensverletzung. Infolge dieser Annahme durchaus konsequent, weil die Verletzungsdelikte nun einmal den Gegenbegriff zu den Gefährdungsdelikten bilden,<sup>47</sup> kann die Gefährdung, „ganz gleich wie ‚konkret‘ sie ist“<sup>48</sup>, schon systematisch und kategorial nie heranreichen, um einen im Sinne einer Verletzung verstandenen Vermögensnachteil zu begründen.

Diese Grundannahme findet ihre gefährdungsdeliktsdogmatische Entsprechung in der Auffassung, wonach die „Herbeiführung eines Gefahrzustands [...] für das betroffene Rechtsgutobjekt [zwar] eine reale Verschlechterung seiner Lage“ bedeutet, dieser Gefährdung aber nur eine aus der Verletzungsmöglichkeit *abgeleitete* Unwerthhaftigkeit zukommt.<sup>49</sup> *Jescheck* meint ganz entsprechend, das Verbrechen

<sup>40</sup> *Hirsch* (Fn. 36), S. 623 (S. 626).

<sup>41</sup> *Hirsch* (Fn. 36), S. 623 (S. 626).

<sup>42</sup> *Amelung*, in: Roland Hefendehl/v. Hirsch/Wohlens (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie, Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel*, 2003, S. 166 ff. (S. 182).

<sup>43</sup> *Roxin*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 3. Aufl. 1997, § 2 Rn. 34. *Roxin* hat sich inzwischen (4. Aufl. 2006, § 2 Rn. 67 [Fn. 30]) gegen dieses ideelle Rechtsgutverständnis gewendet.

<sup>44</sup> So *Stratenwerth/Kuhlen* (Fn. 30), § 8 Rn. 14.

<sup>45</sup> *Radtke*, in: *Joecks/Miebach* (Fn. 3), § 306a Rn. 4.

<sup>46</sup> Auch der Hinweis, konkrete Gefährdungsdelikte und Verletzungsdelikte bezögen sich auf dasselbe Schutzgut, „d.h. auf ein bestimmtes Rechtsgutobjekt“, weshalb nur dieses Gegenstand der Gefährdung sein könne (*Hirsch* [Fn. 18], S. 145 [S. 147]), belegt nicht, dass es das Rechtsgut und nicht das Handlungsobjekt ist, worauf sich die konkrete Gefährdung beziehen muss.

<sup>47</sup> Vgl. *Mezger* (Fn. 30), S. 193; *Mayer* (Fn. 31), § 11 II.; *Welzel*, *Das deutsche Strafrecht*, 10. Aufl. 1967, § 12 II.; *Roxin* (Fn. 30), § 10 Rn. 122.

<sup>48</sup> *Fischer*, *StraFo* 2008, 269 (271).

<sup>49</sup> *Hoyer*, *Die Eignungsdelikte*, 1987, S. 38, S. 64 f., S. 73 ff.; zuvor bereits *Horn* (Fn. 39), S. 51 ff., 113 ff., 115, 187 ff., der (dort S. 30), Gefahr und Rechtsgutsverletzung als Erfolgsmerkmale behandelt.

sei seinem Wesen nach eine Rechtsgutsverletzung.<sup>50</sup> Und folgerichtig wird die Gefährlichkeit der Handlung als *Verletzungssorgfaltswidrigkeit* definiert.<sup>51</sup> Horn spricht gar vom Strafrecht als Rechtsgütervernichtungsschutz<sup>52</sup> (wenngleich diese These schon deshalb in Frage steht, weil sich mit ihr letzten Endes auch keine Versuchsstrafbarkeit vereinbaren lässt).<sup>53</sup>

Obwohl die konkreten im Unterschied zu den abstrakten Gefährdungsdelikten heute gesetzlich fest etabliert und in ihrer generellen Legitimation unbestritten sind,<sup>54</sup> sollen sie ihren Unwertgehalt also von demjenigen der Verletzungsdelikte lediglich ableiten, mit der hier sehr bedeutsamen Konsequenz, dass die konkrete Gefährdung nicht etwa als zweiter Unterfall der Rechtsgutsschädigung gleichrangig neben die Verletzung tritt, sondern sich zur rechtsgutsschädigenden Verletzung wie ein Minus verhält. Die Vermögensgefährdung wäre dann eine unselbständige Vorstufe der Verletzung und stünde mit einer allein verletzungsbegründeten Schädigung des Vermögens dann auch nicht in Verbindung.

*(1) Der Wertungswiderspruch der Unselbständigkeitsthese*

Wenn es zutrifft, dass das konkrete Gefährungsdelikte seine Unwerthafteigkeit nicht eigenständig begründen, sondern vielmehr nur in Ableitung von den Verletzungsdelikten beziehen kann, dann müsste aber doch jedem konkreten Gefährungsdelikte ein solches komplementäres Verletzungsdelikte zuzuweisen sein. Schon das trifft aber nicht zu, wie uns das Beispiel des besonders schweren Falles des Bankrotts (§ 283a S. 2 Nr. 2 Alt. 2 StGB) durch Verbringen vieler Personen in wirtschaftliche Not vor Augen führt. Das hier gefährdete Rechtsgut, die Fähigkeit zur wirtschaftlichen Lebensführung,<sup>55</sup> wird nirgends vor Verletzung geschützt. Dasselbe gilt für das Beispiel der Gefahr der erheblichen Schädigung der körperlichen oder seelischen Entwicklung im Tatbestand der Verletzung der Fürsorge- oder Erziehungspflicht (§ 171 StGB) bzw. der qualifizierten Entziehung Minderjähriger (§ 235 Abs. 4 Nr. 1 StGB). Sie und der mit ihr verbundene Erziehungs- und Fürsorgeanspruch sind von der körperlichen Unversehrtheit nicht umfasst.<sup>56</sup> Diese konkreten Ge-

fährungsdelikte können ihren Unwertgehalt also nicht von einem Verletzungsdelikte ableiten, weil es ein solches für sie schlicht nicht gibt.

Wenn man eine solche Paarung zwischen einander korrespondierenden Gefährungs- und Verletzungsdelikten im StGB dann erst einmal gefunden hat, ergeben sich zudem schnell Wertungswidersprüche, wie das Beispiel der Straßenverkehrsgefährdung (§ 315c Abs. 1 StGB) nur allzu anschaulich macht: Sicherlich lässt sich die konkrete Gefährdung einer fremden Sache von bedeutendem Wert zu ihrer Verletzung nach § 303 Abs. 1 StGB in Bezug setzen. Wie aber lässt sich die Unwerthafteigkeit einer solchen Sachgefährdung von der Sachverletzung ableiten, wenn der Unwertgehalt des Verletzungstatbestandes viel geringer ist als der des Gefährungstatbestandes? Man vergleiche die Strafraumen: Nur maximal 2 Jahre Freiheitsstrafe bei der Sachbeschädigung sind gegenüber bis zu 5 Jahren Freiheitsstrafe bei § 315c Abs. 1 StGB vorgesehen. Erklären lässt sich diese Schiefelage freilich allein über den wegen des Schutzguts der Sicherheit des Straßenverkehrs besonderen Handlungsunwert der Straßenverkehrsgefährdung, womit sich jedoch die Katze in den Schwanz beißt: Dass ein anderes, abweichendes Schutzgut herangezogen werden muss, um den höheren Unwertgehalt eines Gefährungsdeliktes zu erklären, ist gerade bester Beleg dafür, dass dieses Gefährungsdelikte seinen Unwertgehalt jedenfalls nicht von einem ihm korrespondierenden Verletzungsdelikte ableiten kann.<sup>57</sup> (→ *Graphik 2*, S. 930)

*(2) Die Eigenständigkeit der gefährdungsspezifischen Verhaltensnorm als Grundlage der Bewertungsnorm zur Verknüpfung von Handlungs- und Erfolgswert*

An dieser Stelle muss aber noch eine weitere normentheoretische Überlegung einfließen: Wenn die These von der Verletzungabhängigkeit der Gefährungsdelikte richtig sein soll,<sup>58</sup> dann müsste sich der Handlungsunwert der konkreten Gefährungsdelikte vollständig als Enttäuschung einer solchen

sichtsgegenstand, beim besonders schweren Fall des Bankrotts (§ 283a S. 2 Nr. 2 Alt. 2 StGB) aber wiederum objektiver Gefährungstatbestand ist: „Vermögenswert“ ist Vermögen, vor dessen Verletzung §§ 263, 266, 253 StGB schützen.

<sup>57</sup> Ebenso bereits *Mezger* (Fn. 39), S. 475, der von einer grundsätzlichen Konsumtion der Gefährung durch die Verletzung ausgeht, da Einschluss des Unrechts, der jedoch von einer Eigenständigkeit des Gefährungs- gegenüber dem Verletzungscharakter ausgeht, weil „der Sinn der Gefährung im Einzelfall über die konkrete Verletzung hinausgreifen“ kann, was er am Beispiel des Hetzens eines Hundes belegt. § 366 Nr. 6 StGB a.F. bleibe infolge seines gemeingefährlichen Charakters neben der Verletzung gem. § 230 StGB a.F. bestehen.

<sup>58</sup> Vgl. auch *Wohlens* (Fn. 4 – Deliktstypen), S. 285 f.: „keine über die Etablierung von Verletzungsdelikten hinausgehende verhaltenssteuernde Funktion“; diese sei nur über abstrakte Gefährungsdelikte möglich; mit Verweis auf *Kindhäuser*, Gefährdung als Straftat, Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährungsdelikte, 1989, S. 163 ff.

<sup>50</sup> *Jescheck*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 1, 11. Aufl. 2003, Vor § 13 Rn. 5.

<sup>51</sup> *Horn* (Fn. 39), S. 30.

<sup>52</sup> *Horn* (Fn. 39), S. 77: „Rechtsgüterschutz heißt Rechtsgütervernichtungsschutz“. Ihm folgt sein Schüler *Hoyer* (Fn. 49), S. 38.

<sup>53</sup> Der Normbefehl ist bei beiden gleich. Dass man einen Strafbarkeitsteil im Angriffsparadigma selbständig bestraft, bedeutet noch nicht seine Anerkennung als selbständige Form der Rechtsgutsschädigung.

<sup>54</sup> Statt vieler oben Fn. 4.

<sup>55</sup> *Radtke* (Fn. 45), § 283a Rn. 10.

<sup>56</sup> *Lilie*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Fn. 24), Vor § 223 Rn. 1 f.; *Wittig*, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Fn. 5), § 171 Rn. 1. Ähnliche Diskrepanzen dürften sich jedoch nicht für die Gefahr des Verlustes von (anvertrauten) Vermögenswerten ergeben, die in § 263 Abs. 3 Nr. 2 Alt. 2 StGB nur Ab-

Bestimmungsnorm abbilden lassen, die ein Verletzungsverbot formuliert. Wie lautet dann z.B. die Gebotsnorm der konkret lebensgefährlichen besonders schweren Brandstiftung nach § 306b Abs. 2 Nr. 1 StGB<sup>59</sup>? Sie lautet: „Du sollst nicht töten!“ Diese Verhaltensnorm hätten dann aber alle Tötungsdelikte sowie alle abstrakten und konkreten Lebensgefährdungstatbestände zu teilen. Damit ginge jedoch die normative Verknüpfungswirkung der Bewertungsnorm verloren, nach der die Gefährdung gerade deshalb verboten ist, um den Gefährdungserfolg zu verhindern.<sup>60</sup> Die zurückzuweisende Ansicht, die stattdessen stets die Verletzung verbieten muss, um den Gefährdungserfolg zu vermeiden, gerät unweigerlich in Begründungsschwierigkeiten: Bei nicht verletzungstauglicher bloßer Gefährdungseignung einer Handlung müsste sie den Handlungsunwert konsequenterweise verneinen. Gefährdet beispielsweise jemand das Vermögen eines anderen, ohne dass diese Tat das Vermögen jemals wirklich schädigen könnte,<sup>61</sup> so wäre die Auffassung von der Gefährdung als bloßem Vorstadium der Verletzung gezwungen, mangels (Verletzungs-)Handlungsunwert die Vollendungs- und Versuchsstrafbarkeit abzulehnen. Eine verheerende Konsequenz, die sich nur durch die Akzeptanz einer in einem Mindestmaß bestehenden dogmatischen Eigenständigkeit der konkreten Gefährdungsdelikte vermeiden lässt.<sup>62</sup> Diese Eigenständigkeit umschließt die Forderung nach einer eigenen Verhaltensnorm, die Eigenständigkeit bewirkt den Verzicht auf einen komplementär zu fordernden Verletzungsschutz durch eigene Tatbestände und sie gewährleistet damit eine originäre und nicht lediglich abgeleitete Begründung des Unwertgehalts.

Wir halten also fest, dass die Schädigung eines Rechtsguts nicht allein nur im Falle seiner Verletzung erfolgt, sondern auch durch die konkrete Gefährdung des es repräsentierenden Handlungsobjekts bewirkt werden kann. Die konkrete Gefährdung und die Verletzung stellen damit eigenständige Subkategorien der Rechtsgutsschädigung dar. Beide verbindet der Rechtsgüterschutzaspekt, doch lässt sich dieser systematisch und normentheoretisch durchaus verschieden, eben als Verletzungs- oder Gefährdungsschutz ausgestalten. Die

<sup>59</sup> „Wenn der Täter in den Fällen des § 306a einen anderen Menschen durch die Tat in die Gefahr des Todes bringt.“

<sup>60</sup> Vgl. *Gallas*, in: Arthur Kaufmann u.a. (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dez. 1978, 1979, S. 155 (S. 161 ff.); weitere Hinweise zu dieser Fragestellung bei *Hauck*, GA 2009, 280 (283 f.).

<sup>61</sup> Vorausgesetzt, dass dies möglich ist.

<sup>62</sup> So auch *Weber*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht Besonderer Teil, 2. Aufl. 2009, § 35 Rn. 18 ff. zur Notwendigkeit selbständiger Gefährdungstatbestände (sowie Rn. 10) zum Betrug: Verletzungsverbot bei gleichzeitig erlaubter Gefahrschaffung. Für die rechtsdogmatische Eigenständigkeit der konkreten Gefährdungsdelikte streitet übrigens auch das von *Kindhäuser* (Fn. 3), S. 249 (S. 256), dargelegte Dilemma, dass die Gefährdung, wenn die Verletzung ausgeblieben ist, schlecht ihr Vorstadium darstellen kann. Ist die Verletzung hingegen eingetreten, dann ist die Suche nach vorausgegangen Gefährdungsstadien sinnlos.

konkrete Gefährdung eines Handlungsobjekts ist damit keineswegs ein lediglich belangloses Vorstadium der allein maßgeblichen Verletzung. Ob sich daraus aber auch im Sinne des BT folgern lässt, dass die Vermögensgefährdung ein neben der Vermögensverletzung selbständiger Fall der Vermögensschädigung ist, haben wir oben für das Handlungsobjektverständnis zwar bereits am Analogieverbot scheitern lassen. Erforderlich bleibt eine Überprüfung dieses dichotomen Schadensverständnisses am Gegenstand des BT und mit dem Beispiel von Betrug und Untreue gleichwohl.<sup>63</sup>

*b) Die konkrete Vermögensgefährdung als Schaden sui generis*

Im Kontrast zu der eben zurückgewiesenen Unselbständigkeitslehre hätte jene seit *Binding* vertretene Auffassung, die die konkrete Gefährdung des *Rechtsguts* (!) als gleichrangiges Analogon zu seiner Verletzung begreift<sup>64</sup> und so die Beeinträchtigung des Rechtsguts dichotom auf seine Verletzung und Gefährdung stützen kann, im Grunde keinerlei konzeptionelle Schwierigkeiten bei der Berücksichtigung der konkreten Vermögensgefährdung als im Verhältnis zur Vermögensverletzung in ebenbürtiger Weise schadenskonstituierendem Merkmal.<sup>65</sup> Gleichwohl ergeben sich selbst bei einem solchen Vorverständnis intrikate Folgeprobleme.

*aa) Der Streit um den Dispositionsbegriff als Schlüsselstelle*

Denn auch wenn *Roland Hefendehl* meint, die konkrete Vermögensgefährdung habe „zumindest von ihrem Ausgangspunkt aus nichts mit der Konkretheit i.S.d. konkreten Gefährdungsdelikte zu tun“<sup>66</sup>, muss er doch wenige Atemzüge später einräumen, dass die Dogmatik des konkreten Gefährdungsdelikts und die Schadensbestimmung zumindest im Falle des Entzugs von Verfügungsmöglichkeiten in einem neuralgischen Punkt denselben Schlüsselbegriff teilen und insofern doch ein enger Zusammenhang zwischen beiden Gefährdungssachverhalten besteht.<sup>67</sup>

<sup>63</sup> Dazu auch *Zieschang* (Fn. 4), S. 29.

<sup>64</sup> Grundlegend *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung: Eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts, 4. Aufl. 1922, S. 368 f.: „der Bestand der Rechtsgüter [...] kann aber ausser durch Verletzung durch Gefährdung angegriffen werden“. Dort S. 368 auch Fn. 1 m.w.N. auf andere *Autoren* und entsprechende Vorarbeiten in der 1. Aufl. Ferner S. 368 ff. und insbes. 374 ff. zur These von der „Wesensgleichheit des Deliktsmoments“.

<sup>65</sup> Vgl. *Kindhäuser* (Fn. 58), S. 191 sowie 213 mit Fn. 30 zum Betrug S. 210 ff, S. 214 f., S. 277; *Kindhäuser* (Fn. 3), S. 249 (S. 261 f.); *Binding* (Fn. 64), S. 372 ff; *Gallas* (Fn. 34), S. 176; *Hoyer* (Fn. 49), S. 37 f.; ferner *Wohlers* (Fn. 4 – Deliktstypen), S. 285, der ebenfalls auf die Ungefährdetheit des Rechtsgutsobjekts als Wert an sich verweist, sodass die konkrete Gefährdung einen neben der Verletzung eigenständigen Schädigungserfolg darstellt.

<sup>66</sup> *Hefendehl* (Fn. 17), S. 129.

<sup>67</sup> *Hefendehl* (Fn. 17), S. 131 ff.; zu diesem Zusammenhang auch *Hefendehl* (Fn. 21), § 263 Rn. 563 ff.



(1) *Unvereinbarkeit der vermögensbegrifflichen Dispositionstheorie mit dem dispositiven Charakter der konkreten Gefährdung?*

Der Grund für *Hefendehls* Annahme eines gewissen Zusammenhangs liegt in dem auch von ihm vertretenen Vermögensbegriff, der der Dispositionsmacht des Über-sein-Vermögen-verfügen-Dürfens breiten Raum beimisst.<sup>68</sup> Wenn das Vermögen nicht nur Bestand an Gütern, sondern auch das Potential, also die Macht der Verfügbarkeit über seine Bestandteile sein soll, dann gehört diese Dispositionsbefugnis mit dem 2. *Strafsenat* des BGH in der Tat „zum Kern der von § 266 StGB geschützten Rechtsposition“<sup>69</sup>, also zum Kern des Vermögens. Der 2. *Strafsenat* hat in seiner zugrundeliegenden *Siemens-Entscheidung* daraus den Schluss gezogen, dass die „dauerhafte Entziehung der Verfügungsmöglichkeit über die veruntreuten Vermögensteile [...] für den Treugeber [...] nicht nur eine („schadensgleiche“) Gefährdung des Bestands seines Vermögens [...], sondern einen endgültigen Vermögensverlust“<sup>70</sup>, also einen echten Verletzungsschaden darstellt.

In dieser Disposition trifft sich das Schutzgut des Vermögens nun mit dem Wesen der konkreten Gefährdung: Auch dort ist eine Disposition, nämlich die Verfügungsmacht des Gefährdeten, die Gefahr durch eigenes Handeln letztlich abwenden zu können, wesensbestimmendes Merkmal.<sup>71</sup> Liegt die Vermögensschädigung also (auch) im Entzug von Verfügungsmöglichkeiten und ist andererseits der konkrete Gefährterfolg immer dann ausgeschlossen, wenn das Opfer die Vermeidemacht hat, durch eigenes Tun die Beeinträchtigung des Rechtsguts abzuwenden, dann schrumpft der Annahmehereich für eine konkrete Vermögensgefährdung mit einem Mal gravierend: Hat das Opfer die unproblematische Möglichkeit zur Verhinderung der Dispositionsentziehung, indem es seine Vermeidemacht ausübt, scheiden konkrete Gefährdung und Schädigung aus. Hat das Opfer diese Macht nicht, so wird damit oftmals aber nicht nur der konkrete Gefahrenstatbestand begründet, sondern zugleich oft direkt die Verletzungssituation. Denn dann ist die vermögensbegründende Dispositionsfreiheit bereits entzogen und der Schaden begründet. Im Beispiel der schwarzen Kassen wird sich deshalb oft nicht länger von einer konkreten Vermögensgefährdung sprechen lassen. Man wird hier vielmehr von einer Schädigung durch Verletzung auszugehen haben, soweit man den

dispositionalen Charakter des Vermögensbegriffs überhaupt anerkennen will.<sup>72</sup>

Gleichwohl sind Worte der Vorsicht gegenüber der naheliegenden Versuchung angebracht, den Gattungsbegriff der Disposition ohne weiteres (!) als *tertium comparationis* für Schaden und Gefahr zu verstehen: Der Schutz der Disposition über das Vermögen will die Macht der Vermögensnutzung bzw. des Vermögenseinsatzes gewährleisten, während das Dispositionsmerkmal der konkreten Gefährdung die Macht zur Schadensabwehr kennzeichnet, also gerade zum Erhalt der positiven Dispositionsgewalt beiträgt. Damit äußert sich die Disposition einmal als Schutzmittel (zur Gefährdungsabwehr) und einmal als Schutzobjekt (zur Konstituierung des Vermögens).

(2) *Die Vermögensgefährdung in ihrer Abhängigkeit von der Vermeidemacht des Opfers, des Täters oder Dritter Personen?*

Jene Vermeidemacht des Opfers, die schon *Binding* als gefahrausschließenden Umstand ansah,<sup>73</sup> führt uns nun noch zu der Frage, ob die Vermögensgefährdung neben dem Opferverhalten auch vom Verhalten – oder genauer: der Schadens-Vermeidemacht – des Täters oder dritter Personen abhängig ist. Ganz entsprechend haben wir oben im Rahmen der Definition des konkreten Gefährdungstatbestandes festgestellt, dass die Gefährdung gerade aus Sicht des gefährdeten Objekts und nicht aus Sicht des Täters zu beurteilen sein soll.<sup>74</sup>

Dem scheint es zu widersprechen, wenn *Hefendehl* die Vermögensgefährdung als den Charakter eines konkreten Gefährdungsdelikts begründenden Umstand gerade deshalb verneinen will, weil die vermögensgefährdende Disposition vom Opfer vorgenommen werde, während es bei den konkreten Gefährdungsdelikten nicht der Gefährdete, sondern der gefährdende Täter sei, der über Eintritt oder Ausbleiben der gefährdenden Situation bestimmen könne.<sup>75</sup> Könnte der Täter den Eintritt des Gefährdungserfolgs sicher beherrschen, so liege keine Gefährdung vor.

Die Zuweisung solcher Vermeidemacht zum Täter<sup>76</sup> eines konkreten Gefährdungsdelikts schließt es aber keineswegs aus, ebensolche Vermeidemacht im Rahmen der Vermögensgefährdung auch dem (sich beim Betrug selbstschädigenden!) Opfer zuzuweisen.<sup>77</sup> Denn tatsächlich haben Disposition bzw. Vermeidemacht zwei ganz verschiedene Gegenstände, je nachdem, ob man diese Potenz aus Sicht der AT-Dogmatik

<sup>68</sup> Vgl. BGHSt 52, 323 (336 ff.). Freilich darf man die Disposition in diesem Verständnis als inhaltliches Kennzeichen des Schadensbegriffs nicht verwechseln mit der Disposition als Synonym der Vermögensverfügung. Im letztgenannten Sinne jedoch RGSt 16, 1 (4 f.): „Zwar kann man behaupten, daß es formell rechtswidrig sei, durch absichtliche Irrtumserregung jemand zu irgendeiner Disposition zu bestimmen“.

<sup>69</sup> BGHSt 52, 323 (339); ferner *Fischer*, NStZ-Sonderheft für Klaus Miebach, 2009, 8 (17 f.); *Hefendehl* (Fn. 17), S. 91 f. und passim; dagegen *Saliger/Gaede*, HRRS 2008, 57 (70).

<sup>70</sup> BGHSt 52, 323 (338).

<sup>71</sup> *Kindhäuser* (Fn. 58), S. 202: gezielte Neutralisierung der Schadensrelevanz des Geschehens.

<sup>72</sup> A.A. statt vieler *Gössel*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 1996, § 21 Rn. 2; *Tiedemann* (Fn. 24), Vor § 263 Rn. 28; und oben *Arzt/Weber* (Fn. 27).

<sup>73</sup> *Binding* (Fn. 64), S. 386: „das Gefährdungsverbrechen ist nur verboten unter dem stillschweigenden Vorbehalte, dass bei der Handlung jene Gegenwirkung nicht stattgefunden hat.“

<sup>74</sup> Vgl. oben zu Fn. 36 und in Fn. 40.

<sup>75</sup> *Hefendehl* (Fn. 17), S. 132 f.

<sup>76</sup> So *Riemann*, Vermögensgefährdung und Vermögensschaden, 1988, S. 25 f., im Anschluss an *Seelmann*, JR 1986, 346 (347 f.).

<sup>77</sup> So letztlich auch *Kindhäuser* (Fn. 3), S. 249 (S. 259 f.).

zum konkreten Gefährdungsdelikt oder aus Sicht der BT-Vermögensdeliktsdogmatik beleuchtet: Freilich schafft der Täter mit seiner Tathandlung erst die Voraussetzung einer konkreten Gefahr. Ihre Realisierung hängt dann davon ab, ob das Opfer, Dritte oder auch der Täter selbst den Eintritt der konkreten Gefährdung durch den Verzicht auf ihre Vermeidemacht zulassen.<sup>78</sup>

*bb) Die „beunruhigende Rolle des Zufalls“ und die Forderung nach stark gefährlichem Verhalten – Zur Rückbindung des Gefährdungsschadens an die Tathandlung*

Dass sich das Konzept der Vermögensgefährdung als eigenständiger Bereich des Rechtsgüterschutzes in den aufgezeigten engen Grenzen begründen lässt, belegt jedoch mit keinem Wort, dass es gerade das konkrete Gefährdungsdelikt sein muss, anhand dessen dieser Schutzbedarf umzusetzen ist. Ein solches Gefährdungsdeliktskonzept hätte selbstverständlich den allgemeinen Vorgaben der Dogmatik der konkreten Gefährdungsdelikte zu folgen, was im Ergebnis nicht gelingen kann.<sup>79</sup>

Einzugehen ist hier zunächst auf die von Ulrich Weber im Anschluss an Radbruch sog. „beunruhigende Rolle des Zufalls“<sup>80</sup>. Konkrete Gefährdungsdelikte teilen das Schicksal aller Erfolgsdelikte, wonach es mehr oder minder vom Zufall abhängt, ob der tatbestandsmäßige Erfolg eintritt oder ausbleibt. Auch bei den Vermögensdelikten ist es keineswegs sicher, dass die Tathandlung vermögensschädigende Wirkung haben wird. So muss sich das Opfer nicht täuschungsbedingt irren, es kann der Drohung in besonnener Selbstbehauptung widerstehen oder der Täter kann trotz gröblichster Pflichtverletzung einfach Glück haben und die Vermögenseinbuße bleibt aus. Aus diesem „Odium der Zufallshaftung“<sup>81</sup> werden deshalb bestimmte Anforderungen an die Tathandlung abgeleitet.

So wird zur Legitimation des konkreten Gefährdungsdelikts zum einen gefordert, bei der Tathandlung müsse es sich stets um ein „stark gefährliches“ Verhalten<sup>82</sup> handeln. Ähnlich dem Typizitätselement der Tathandlung beim abstrakten Gefährdungsdelikt bedarf es also eines Verhaltens, das in gesteigertem Maße gefähigungstauglich ist, wobei sich diese Eignung im Unterschied zum abstrakten Gefährdungsdelikt dann auch tatsächlich realisieren muss, z.B. die besondere Unfallträchtigkeit der sog. „Sieben Todsünden im Straßenverkehr“ als eine der beiden Tathandlungstypen der Straßenverkehrsgefährdung (§ 315c Abs. 1 StGB).<sup>83</sup>

Genau darin liegt aber das Problem: Sicher sind die vermögensgerichtete Täuschung, eine hierauf bezogene Nöti-

gung und erst recht die Verletzung einer Pflicht, Vermögen (ordnungsgemäß) zu betreuen, allesamt das Vermögen in einem gesteigerten Maße gefährdende Handlungen. Wenn das Vermögen aber „stark gefährdet“ wird, wenn es also sehr wahrscheinlich ist, dass es zu seiner Verletzung und Schädigung kommen wird, weil Möglichkeiten des Opfers, des Täters oder dritter Personen zur Vermeidung dieser Schädigung ungenutzt bleiben, dann folgt aus der Gefährlichkeit des Täterverhaltens direkt die Vermögensverletzung, ohne dass für eine Vermögensgefährdung noch Raum bliebe. Aus dem Zusammenspiel zwischen der starken Gefährlichkeit der Tathandlung und der Eigenart des Vermögens, im Falle seiner starken Gefährdung sehr oft bereits verletzt zu sein, folgt so die Unvereinbarkeit des Charakters eines konkreten Gefährdungsdelikts mit den Besonderheiten des Vermögensschutzes. Dies zeigt auch die folgende Übersicht zu dem sehr engen Restbereich von Gefährdungsschäden.

*cc) Verbleibende Beispiele für „Gefährdungsschäden“<sup>84</sup>*

*(1) Trotz eines (auch) dispositionalen Vermögensverständnisses*

Der Begriff des Gefährdungsschadens, den Fischer als „irreführende Bezeichnung für eine bloße Berechnungsart einer (nicht drohenden, sondern eingetretenen) Vermögensminderung“<sup>85</sup> bezeichnet hat, entfaltet nach unseren obigen Überlegungen zunächst dort weiterhin Relevanz, wo weder das Opfer noch eine andere Person über die Vermeidemacht verfügt, den Schaden zu verhindern, in dieser Situation aber noch kein Verlust der Dispositionsbefugnis zu sehen ist. Denn dann ist mangels Verlusts der Vermeidemacht noch kein Vermögensschaden eingetreten, obwohl sich das Geschehen unaufhaltsam (!) in diese Richtung fortentwickelt. Beispiel: Geld, das unabänderlich einer schwarzen Kasse zugeführt werden soll, befindet sich noch an seinem regulären Standort. Hier vermag niemand den Vermögensentzug zu verhindern, was zu einer konkreten Vermögensgefährdung führt.<sup>86</sup>

*(2) Außerhalb der saldierungsfähigen Vermögenswertminderungen*

Sodann bleiben theoretisch die Fälle, in denen sich vermögensbezogenes Verhalten nicht wertmäßig saldieren lässt. Wenn wir uns an die oben zitierte<sup>87</sup> Rechtsprechung des RG erinnern, handelt es sich dabei ursprünglich um die Domäne des Gefährdungsschadens schlechthin. Nach der neueren Rechtsprechung des BVerfG dürfte der Anerkennung solcher Konstellationen aber ein Riegel vorgeschoben sein: Vermögensgerichtete Schädigungsverhalten, das sich nach bilanziellen Vorgaben nicht wertmäßig saldieren lässt, ist vermö-

<sup>78</sup> Vgl. im Einzelnen Hefendehl (Fn. 21), § 263 Rn. 590 ff. (Opfer), 600 ff. (Täter), 625 ff. (Dritte).

<sup>79</sup> Vgl. zu diesen „inhaltlichen Anforderungen an die konkrete Gefahr“ jüngst Radtke (Fn. 18), S. 461 (S. 465 ff.).

<sup>80</sup> Arzt/Weber, Strafrecht Besonderer Teil, 2000, § 35 Rn. 31; ferner Radtke (Fn. 18), S. 466 ff.

<sup>81</sup> Arzt/Weber (Fn. 80), § 35 Rn. 61.

<sup>82</sup> Arzt/Weber (Fn. 80), § 35 Rn. 62 (Hervorhebung im Original).

<sup>83</sup> Vgl. Lackner (Fn. 36), S. 10 f.

<sup>84</sup> Vgl. Kindhäuser (Fn. 3), S. 249 (S. 261 ff.). Auch Perron, in: Sieber u.a. (Fn. 18), S. 737 (S. 748), hält die vollständige Aufgabe des Gefährdungsschadens für eine unangemessene Einschränkung des strafrechtlichen Vermögensschutzes.

<sup>85</sup> Fischer, StraFo 2008, 269 (271).

<sup>86</sup> Vgl. Hoyer (Fn. 24), § 263 Rn. 235.

<sup>87</sup> Vgl. oben zu und in Fn. 11.

gensstrafrechtlich nicht relevant.<sup>88</sup> So schließt die Möglichkeit des Getäuschten, sich bei einem Eingehungsbetrug durch die Ausübung von Gestaltungsrechten vom Vertrag loszusagen, die Vermögensgefährdung aus.

### III. Zusammenfassung der Untersuchungsergebnisse

#### 1. Für die Figur eines konkreten Vermögensgefährdungsdelikts

Selbst de lege ferenda ist es daher unmöglich, konkrete Vermögensgefährdungsdelikte durch die Formulierung eines entsprechenden Deliktstatbestandes (etwa mit dem Wortlaut: „Wer [...] das Vermögen eines anderen dadurch konkret gefährdet oder beschädigt, dass [...]“) zu konstruieren. Denn konkret vermögensgefährliches Verhalten, das konkret zu keinem Schaden führt, muss jedenfalls innerhalb der §§ 263 Abs. 1, 266 Abs. 1, 253 Abs. 1 StGB straflos bleiben. Das ergibt sich aus dem Zusammenwirken zwischen den spezifischen Anforderungen an konkrete Gefährdungshandlungen („stark gefährliches Verhalten“ und der fehlenden Vermeidemacht des Opfers und des Täters) einerseits und der Sensibilität des Vermögens als Rechtsgut andererseits. Sofern die Rechtsfigur der konkreten, unmittelbaren Vermögensgefährdung also nicht schon echte Saldierungsschäden erfasst und schon insofern entbehrlich ist, hat das Institut auch keine darüberhinausgehende Daseinsberechtigung.<sup>89</sup>

Was der Gesetzgeber aber de lege ferenda leisten kann, ist eine Korrektur der Begriffsverschiedenheit zwischen „Schädigung“ und „Nachteil“, die für die §§ 263, 266 StGB und alle weiteren Vermögensdelikte i.e.S. bei nächster Gelegenheit zugunsten eines einheitlichen Begriffs des Vermögensschadens aufgelöst werden sollte. Es ist noch einmal klarzustellen: Wegen des Analogieverbots des Art. 103 Abs. 2 GG kann es sich niemand leisten, für die Verwirklichung des Schadens- oder Nachteilsmerkmals in den gesetzlichen Tatbeständen sog. „schadensgleiche“ Vermögensgefährdungen genügen zu lassen. Dieser Terminus gehört daher für immer auf der Müllhalde der Strafrechtsdogmatik entsorgt: Die konkrete Vermögensgefährdung ist kein Vermögensschaden oder -nachteil i.S.d. §§ 263 Abs. 1, 266 Abs. 1 StGB.<sup>90</sup> Eine „bloße konkrete Gefährdung von Vermögenswerten, [die] nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise bereits eine Ver-

schlechterung der gegenwärtigen Vermögenslage bedeutet“<sup>91</sup>, gibt es nicht, weil eine solche, nach wirtschaftlichen (bilanziellen) Grundsätzen ermittelte Vermögensverschlechterung bereits einen Vermögensschaden begründet.

#### 2. Für die Deliktskategorie der konkreten Gefährdungsdelikte im Allgemeinen

Ganz allgemein erweisen sich die konkreten Gefährdungsdelikte aber als kriminalpolitisch notwendige und rechtsdogmatisch integrationsfähige Kategorie. Konkrete Gefährdungsdelikte haben in der heterogenen Gruppe der Gefährdungsdelikte durchaus ihre Berechtigung, weil sich ein effektiver Rechtsgüterschutz nicht auf Verletzungstatbestände beschränken kann. Bestimmte, freilich nicht alle Rechtsgüter bedürfen des Schutzes vor konkreten Gefährdungen der sie verkörpernden tatbestandlichen Angriffsobjekte. Diese in diesem Beitrag überall durchschimmernde Rückbindung der Dogmatik der konkreten Gefährdungsdelikte an das zugrundeliegende Schutzgut ermöglicht es, der Gefahr einer Hypertrophie, einer ausufernden Installation konkreter Gefährdungsdelikte wirksam vorzubeugen. Die vorliegende Untersuchung zum Vermögensschutz hat die theoretische Stellung der Schädigungsvermeidemacht (des Opfers, des Täters oder einer dritten Person?) als eine der heute größten Herausforderungen für die Dogmatik der konkreten Gefährdungsdelikte klargestellt. Diese allgemeine Dogmatik des konkreten Gefährdungsdelikts kann dann auch zur Vorzeichnung des BT herangezogen werden. Damit hätte aber *Lackners* Einschätzung: „Das konkrete Gefährdungsdelikt im Strafrecht [...] ist ein höchst merkwürdiges und problematisches Phänomen“<sup>92</sup> heute keinen Bestand mehr.

<sup>88</sup> Vgl. BVerfG NJW 2010, 3209 (3219 f.).

<sup>89</sup> Dieser gegenüber konkreten Vermögensgefährdungsdelikten generell ablehnenden Haltung widerspricht die Anerkennung abstrakter Vermögensgefährdungsdelikte de lege lata keineswegs: Die abstrakten Gefährdungsdelikte bilden einen anderen, eigenständigen Deliktstyp, der seine Legitimation aus der typischen abstrakten Schadensneigung bezieht.

<sup>90</sup> Für die Anerkennung des Betruges als Verletzungs- und konkretes Gefährdungsdelikt wohl aber etwa *Kindhäuser* (Fn. 3), S. 249 (258 ff., 261 f.); zuvor bereits *ders.* (Fn. 58), S. 213 mit Fn. 30; tendenziell auch *Seelmann*, JR 1986, 346 (347); sowie *Hefendehl* (Fn. 17), S. 129 ff., der den Zusammenhang zwischen Vermögensgefährdung und konkretem Gefährdungsdelikt lediglich „von ihrem Ausgangspunkt aus“ leugnet.

<sup>91</sup> *Cramer/Perron* (Fn. 24), § 263 Rn. 143.

<sup>92</sup> *Lackner* (Fn. 36), S. 1.

Graphik 1

| Abstraktes Gefährdungsdelikt  | Konkretes Gefährdungsdelikt  | Verletzungsdelikt  |
|---|--|--|
| Typische, nicht gefahrerfolgsobjektbezogene Tathandlung<br>↓<br>Abstrakte Gefährdung des Rechtsguts | Konkrete Gefährdung des Handlungsobjekts<br>↓<br>Schädigung i.S.e. Beeinträchtigung des Rechtsguts | Konkrete Verletzung des Handlungsobjekts<br>↓<br>Schädigung i.S.e. Beeinträchtigung des Rechtsguts |

Graphik 2

