

Das Verhältnis von Eigentums- und Vermögensdelikten als ein Problem des allgemeinen Gleichheitssatzes

Zugleich: Plädoyer für die Aufgabe des „wirtschaftlichen“ Vermögens- und Schadensbegriffs

Von Dr. Sören Lichtenthäler, Wiesbaden*

I. Einleitung

Nach ganz überwiegender Meinung erfordert das Merkmal des Vermögensschadens eine in Geld messbare Einbuße. Als Bestandteil des Vermögens im Sinne der Vermögensdelikte kommt daher ausschließlich das in Betracht, was zum jeweiligen Tatzeitpunkt einen konkreten Geldwert hat („wirtschaftlicher“ Vermögensbegriff), und zu einem Vermögensschaden führt dessen Verlust nur dann, wenn er nicht in monetärer Hinsicht durch ein Äquivalent ausgeglichen wurde. Taugliches Tatobjekt eines Eigentumsdelikts kann demgegenüber alles sein, was in fremdem Eigentum steht – unabhängig davon, ob seine Beschädigung oder Wegnahme zugleich einen pekuniären Nachteil bedeutet. Hiernach verletzt also nicht jedes Eigentumsdelikt zugleich das Vermögen. Dass sich aus dieser Differenzierung gewisse Ungereimtheiten ergeben, ist keine sonderlich neue Erkenntnis,¹ wird aber zumeist als *de lege lata* unumgänglich hingenommen.² Im Folgenden möchte ich untersuchen, ob das tatsächlich der Fall ist. Zunächst soll aber herausgearbeitet werden, dass es sich, was bisher vernachlässigt wurde, bei jenen Inkonsistenzen, die die h.M. bedingt, um ein Problem mit verfassungsrechtlicher Dimension handelt.

II. Zu den Wertungswidersprüchen zwischen Eigentums- und Vermögensdelikten auf Grundlage des wirtschaftlichen Vermögens- und Schadensbegriffs und ihrer verfassungsrechtlichen Relevanz

Herrschend wird der Begriff des Vermögens (im Sinne der Vermögensdelikte) im Ausgangspunkt bekanntermaßen „wirtschaftlich“ und der seiner Beschädigung „objektiv“ bestimmt. Eine „wirtschaftliche“ Bestimmung des Vermögens („wirtschaftlicher“ Vermögensbegriff) meint dabei, dass Vermögensbestandteil nur das sein kann, was einen konkreten Geldwert hat. Das heißt: Der jeweilige Gegenstand muss also nicht nur prinzipiell übertragbar sein (abstrakter Geldwert),³ sondern muss sich nach den jeweiligen Marktverhält-

nissen zum Zeitpunkt der Tat konkret zu Geld machen lassen, mithin Abnehmer finden können, die bereit sind, für ihn (sei es für seine Überlassung auf Zeit oder Übertragung) Geld zu zahlen.⁴ Eine „objektive“ Bestimmung des Schadens („objektive“ Schadenslehre) wiederum bedeutet, dass der Verlust eines solchen Vermögensbestandteils nur dann zu einem Vermögensschaden führt, wenn das Vermögen insgesamt dadurch *per saldo* eine in Geld messbare Einbuße erfährt (was nicht der Fall wäre, wenn jener Verlust durch eine monetär-gleichwertige Gegenleistung kompensiert würde).⁵ Im Kontext der Straftaten gegen das Eigentum spielen solche „wirtschaftlichen“ Erwägungen hingegen keine Rolle: Auch Sachen, die keinen Abnehmer auf dem Markt finden und deren Verlust daher keinen negativen Saldo in der Vermögensbilanz hinterlässt, sind taugliche Tatobjekte der Eigentumsdelikte, solange sie nur in fremdem Eigentum stehen.

Welche Ungereimtheiten sich, jedenfalls *prima facie*, ergeben, wenn Sachen wie die ohne konkreten Geldwert zwar in den Schutzbereich der Eigentums-, nicht aber in den der Vermögensdelikte fallen, lässt sich besonders deutlich anhand des Grenzbereichs von Raub und räuberischer Erpressung illustrieren.⁶ Unabhängig von dem notorischen Streit um die Abgrenzung der beiden Tatbestände, dürfte nach (nahezu) allgemeiner Ansicht zumindest dann allein räuberische Erpressung gegeben sein, wenn jemand einen anderen durch den Einsatz qualifizierter Nötigungsmittel dazu zwingt, ihm eine Sache herauszugeben, auf die er ohne ihn keinen Zugriff gehabt hätte, Raub hingegen, wenn er auf eine solche Mitwirkung des Genötigten nicht angewiesen ist und dieselbe Sache daher unter Einsatz derselben Nötigungsmittel kurzer-

* Der *Verfasser* ist Rechtsreferendar am LG Wiesbaden und Wissenschaftlicher Mitarbeiter bei Knierim und Kollegen, Mainz.

¹ Vgl. aus dem älteren Schrifttum nur *Doerr*, Über das Objekt bei den strafbaren Angriffen auf vermögensrechtliche Interessen, 1897, S. 205; *Brauweiler*, Der Vermögensbegriff im Privat- und Strafrecht, 1910, S. 28 f.; *Frank*, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., 1931, I. zu § 242; *Hirschberg*, Der Vermögensbegriff im Strafrecht, 1934, S. 3 f., 278, je m.w.N.

² Siehe nur BGH NStZ 2016, 596 (599); *Hoven*, in: Hilgen-dorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Bd. 5, 2020, § 28 Rn. 10, 14; *Hirschmann*, Besitzbetrug und Besitzerpressung, 2020, S. 113 mit Fn. 326.

³ Zu der Differenzierung zwischen konkretem und abstraktem Geldwert siehe nur *Nelles*, Untreue zum Nachteil von

Gesellschaften, 1991, S. 437 ff.; *Kindhäuser*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 263 Rn. 38; *Achenbach*, in: Heinrich/Jäger/Schünemann (Hrsg.), Strafrecht als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, 2011, S. 1005 (1010).

⁴ RGSt 44, 230 (233); BGH NStZ 2011, 699 (701); siehe im Übrigen nur die Darstellung bei *Achenbach* (Fn. 3), S. 1009 f.; *Kudlich*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, Strafgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl., 2021, § 263 Rn. 147 ff., sowie *Hirschmann* (Fn. 2), S. 39 ff., der über die objektive Verwertbarkeit des Gegenstands hinaus eingrenzend fordert, dass sein Inhaber ihn zum Zeitpunkt der Tat auch (äußerlich erkennbar) entsprechend gewidmet hat.

⁵ Zur Unterscheidung von Vermögensbegriff und Schadenslehre siehe nur *Nelles* (Fn. 3), S. 311 ff., 335 ff.; *Pawlik*, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, 1999, S. 252 f.

⁶ Vgl. nur *Rönnau*, in: Fischer/Hoven/Huber/Raum/Rönnau/Saliger/Trüg (Hrsg.), Dogmatik und Praxis des strafrechtlichen Vermögensschadens, 2015, S. 31 (38 ff.); *Korves*, Eigentumsunfähige Sachen?, 2014, S. 60.

hand wegnimmt.⁷ In Fällen von Sachen ohne konkreten Geldwert ergibt sich auf Grundlage des „wirtschaftlichen“ Vermögensbegriffs und der „objektiven“ Schadenslehre das folgende Bild: Wer eine solche (für ihn fremde) Sache unter Verwendung einer Waffe in der Absicht rechtswidriger Zueignung wegnimmt, macht sich eines (besonders) schweren Raubes schuldig und hat deshalb eine Freiheitsstrafe von mindestens fünf Jahren (in einem minder schweren Fall: von einem Jahr) zu erwarten. Wer hingegen unter gleicher Verwendung derselben Waffe jemanden dazu zwingt, ihm dieselbe („wertlose“) Sache aus einem für ihn unzugänglichen Tresor (oder Versteck etc.) herauszugeben, kann mangels Vermögensschadens lediglich wegen Nötigung mit einer Freiheitsstrafe von einem Monat bis zu fünf Jahren (bzw. mit einer Geldstrafe) belegt werden.⁸ Entsprechendes gilt dann, wenn der Täter für die von ihm erbeutete Sache ein Äquivalent (bspw. eine entsprechende Geldsumme) hingibt: Während dies nämlich die Strafbarkeit wegen Raubes unberührt ließe, hätte das Vermögen seinem Geldwert nach per saldo keine Einbuße erlitten, weshalb nach einem „objektiv-wirtschaftlichen“ Verständnis kein Schaden vorläge. Es hängt auf Basis der herrschenden Auffassung in diesen Fällen also jeweils allein von der jeweiligen Angriffsform ab, ob der Täter wegen eines Verbrechens zu mindestens einem Jahr Freiheitsstrafe zuzüglich etwaiger Qualifikationen oder wegen eines in der Mindeststrafandrohung nicht erhöhten Vergehens zu bestrafen ist.⁹

Nun stellt nicht jede vermeintliche oder tatsächliche systematische Inkohärenz zugleich einen Wertungswiderspruch und nicht jeder Wertungswiderspruch zugleich ein Problem von Verfassungsrang dar.¹⁰ Sowohl das eine als auch das

andere ist aber dann gegeben, wenn wertungsmäßig gleichgelagerte Sachverhalte unterschiedlich bewertet, in grundrechtlicher Diktion also willkürlich ungleich behandelt würden.¹¹

Entscheidend für die hier thematische Frage ist daher, ob die soeben gegenübergestellten Fälle wesentlich gleichartig sind oder ob es einen Sachgrund dafür gibt, sie unterschiedlich zu behandeln. Wesentlich gleichartig sind sie, wenn zwischen ihnen keine Unterschiede bestehen, die geeignet wären, das Ausmaß ihrer Ungleichbehandlung zu rechtfertigen.¹² Wie gesehen, besteht der einzige Unterschied zwischen ihnen darin, dass der Täter in der einen Konstellation das Opfer dazu zwingt, ihm die begehrte Sache, auf die er ohne dessen Mitwirkung keinen Zugriff gehabt hätte, herauszugeben, während er sie in der anderen selbst wegnehmen kann und dies dann auch tut. Zu klären ist also, ob diese Differenz der jeweiligen Angriffsweisen so bedeutsam ist, dass sie die erheblichen Rechtsfolgenunterschiede, die sich auf Grundlage der h.M. an sie knüpfen, zu legitimieren vermag. Dies wäre dann der Fall, wenn sich aus dem Gesetz ergäbe, dass es anders – konkret nämlich: als deutlich geringeres Unrecht – zu bewerten sei, wenn der Täter die Sache vermittels des Willens und der Mitwirkung des Geschädigten erlangt, als wenn er sie unmittelbar selbst wegnimmt.

Für eine solche Wertentscheidung ist indes weder ein Anhaltspunkt im Gesetz noch ein sachlicher Grund ersichtlich. Der Gesetzgeber des StGB für die preußischen Staaten, dessen Regelung zu Raub und Erpressung mit nur geringfügigen und für die hiesige Frage irrelevanten Änderungen über das StGB für den Norddeutschen Bund Eingang in das RStGB von 1871 fand, maß dem Tatbestand der (räuberischen) Erpressung lediglich den Zweck bei, den auf das Eigentum verengten Anwendungsbereich des Raubes um alle möglichen

⁷ Zu diesen Kriterien *Otto*, ZStW 79 (1967), 59 (86 f.); *Küper*, NJW 1978, 956; *Maiwald/Momsen*, in: Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 11. Aufl. 2019, § 42 Rn. 45 f.; *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl., 2019, § 249 Rn. 2. Zu der abweichenden Interpretation *Schlehofer*s siehe unten Fn. 20.

⁸ Vgl. *Kindhäuser*, in: Prittwitz/Baurmann/Günther (Hrsg.), Festschrift für Klaus Lüderssen, 2002, S. 635 (636 f.); *Varwig*, Zum Tatbestandsmerkmal des Vermögensschadens, 2011, S. 78; *Hoyer*, in: Joecks/Ostendorf/Rönnau/Rotsch/Schmitz (Hrsg.), Recht – Wirtschaft – Strafe, Festschrift für Erich Samson zum 70. Geburtstag, 2010, S. 339 (346 f.); *ders.*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 263 Rn. 110 f.; *Wang*, Die Vermögensverfügung als Tatbestandsmerkmal des Betrugs, 2016, S. 41; ferner nochmals die oben in Fn. 1 Genannten.

⁹ Vgl. BGHSt 44, 251 (254); BGH NStZ 2016, 149; krit. schon *Roterling*, GA 1900, 407 (423); *Doerr* (Fn. 1), S. 196 f.; *Hirschberg* (Fn. 1), S. 3 f.

¹⁰ Zur Frage, inwieweit die Idee der Einheit der Rechtsordnung im Sinne ihrer Widerspruchsfreiheit Verfassungsrelevanz hat siehe nur *Degenhart*, Systemgerechtigkeit und Selbstbindung des Gesetzgebers als Verfassungspostulat, 1975, passim; *Peine*, Systemgerechtigkeit, 1985, S. 282 ff.;

Felix, Einheit der Rechtsordnung, 1998, passim; *Payandeh*, AöR 136 (2011), 578; *Kischel*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Grundgesetz, Stand: 15.8.2021, Art. 3 Rn. 95 ff. m.w.N. Anderer Ansicht (jeder Wertungswiderspruch ist per se ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG) sind *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl., 1983, S. 116, 124 ff.; wohl auch *Renzikowski*, GA 1992, 159 (170 f.). Das BVerfG sieht in einer nicht durchgehaltenen Wertung, wenn überhaupt, bloß ein Indiz für eine Ungleichbehandlung, siehe nur BVerfGE 104, 74 (87).

¹¹ Zum Begriff des Wertungswiderspruchs unter diesem Gesichtspunkt *Kramer*, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl., 2019, S. 179 ff.; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 1991, S. 334.

¹² Siehe nur BVerfGE 129, 49 (68 f.); *Kischel* (Fn. 10), Art. 3 Rn. 17, je m.w.N. Damit soll an dieser Stelle weder die sog. Willkürformel, noch die „neue“, noch die „neueste“ Formel des BVerfG als Prüfungsmaßstab zugrunde gelegt, sondern zunächst nur die abstrakten und entsprechend auszufüllenden Voraussetzungen benannt werden, unter denen eine Ungleichbehandlung gerechtfertigt ist (vgl. zu den unterschiedlichen „Formeln“ des BVerfG wiederum *Kischel* [Fn. 10], Art. 3 Rn. 28 f.).

chen anderen Vermögensrechte zu ergänzen.¹³ Dass er zwischen der Angriffsweise des Raubes einerseits und der räuberischen Erpressung andererseits wertungsmäßig einen Unterschied gesehen hätte, ließ er hingegen nicht erkennen. Ganz im Gegenteil traf er die bis heute geltende Anordnung, dass der räuberische Erpresser „gleich einem Räuber“ zu bestrafen ist, was wenig Sinn hätte, wöge die Angriffsweise der räuberischen Erpressung ihrem Unrechtsgehalt nach per se weniger schwer als die des Raubes.¹⁴ Denn dann wäre die in systematischer Hinsicht einzig stimmige Konsequenz gewesen, die jeweiligen Strafanordnungen den unterschiedlichen Angriffsweisen entsprechend abzustufen.

Dafür, dass diese gesetzgeberische Wertentscheidung mittlerweile überholt oder aus anderen Gründen unbeachtlich wäre, ist kein Grund ersichtlich.¹⁵ Die Angriffsformen von Raub und räuberischer Erpressung sind daher nach dem Gesetz wertungsmäßig gleichartig: Sie unterscheiden sich nur in phänomenaler, nicht aber in normativer Hinsicht.¹⁶ Dementsprechend schrieb bereits *Hälschner* über Raub und (räuberische) Erpressung: „[...] im Verhältnisse zu den Thatbestandsmomenten, in denen sie übereinstimmen, erscheinen allerdings die beide Delicte unterscheidenden von so untergeordneter Bedeutung, daß die gesetzliche Unterscheidung von Raub und Erpressung als zweier verschiedenen Delicte ihre Erklärung nur in der historischen Entwicklung findet, während es an sich sehr wohl möglich und sachgemäßer sein würde, beide Delicte nur als verschiedene Begehungsformen des einen und selbigen der rechtswidrigen Abnöthigung eines Vermögensvortheils zusammenzufassen.“¹⁷

Ist der einzige Unterschied zwischen den oben gegenübergestellten Fällen aber normativ irrelevant, besteht zwischen ihnen auch kein Unterschied, der geeignet wäre, ihre völlig ungleiche Bewertung zu begründen. Es ist deshalb nicht nur ein scheinbarer¹⁸, sondern ein echter Wertungs-

widerspruch, sie mit völlig unterschiedlichen Rechtsfolgen zu belegen, und hierin liegt zugleich eine Ungleichbehandlung wesentlich gleichgelagerter Sachverhalte. Sie zu vermeiden ist ein Gebot des in Art. 3 Abs. 1 GG verbürgten allgemeinen Gleichheitssatzes.¹⁹ Die das Recht Anwendenden sind hierzu allerdings selbstverständlich nur insoweit berechtigt und damit auch nur insoweit verpflichtet, als ihnen die Grenzen der Gesetzesauslegung dies gestatten. Weil jene Wertungswidersprüche zwischen den Eigentums- und Vermögensdelikten auf der herrschenden Annahme beruhen, dass es zwar nicht für erstere, wohl aber für letztere darauf ankomme, ob das Vermögen des Geschädigten per saldo eine in Geld quantifizierbare Einbuße erlitten hat,²⁰ ist daher im Folgenden zu untersuchen, ob das Gesetz sie zwingend vorgibt ist oder ob Alternativen zu ihr existieren.

III. Zu den Möglichkeiten der Beseitigung von Wertungswidersprüchen zwischen Eigentums- und Vermögensdelikten

1. Restriktion der Eigentumsdelikte

Wie alle Ungleichbehandlungen können auch die hier in Rede stehenden auf unterschiedlichen Wegen behoben werden: Man kann die bisherige Deutung der Eigentumsdelikte in den genannten Punkten der herrschenden Auslegung der Vermögensdelikte oder umgekehrt die Auslegung der Vermögensdelikte insoweit der der Eigentumsdelikte angleichen.

Ersteres hätte zur Folge, dass auch ein Eigentumsdelikt nur dann angenommen werden dürfte, wenn das Vermögen des Geschädigten insgesamt eine in Geld zu quantifizierende – nicht durch ein Äquivalent kompensierte – Minderung erfährt: Weder die Wegnahme einer Sache, die zum Zeitpunkt der Tat keinen aktuell realisierbaren Geldwert aufweist, noch die einer Sache, deren Verlust in monetärer Hinsicht durch die Hingabe eines Äquivalents kompensiert wird, stellte dann ein Eigentumsdelikt dar.²¹ Da die entsprechenden

¹³ Vgl. *Goldammer*, Die Materialien zum Straf-Gesetzbuche für die preußischen Staaten Theil 2, 1852, S. 522, 526; sowie Motive zum Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund, Aktenstück Nr. 5 des Reichstags des Norddeutschen Bundes, S. 77, abgedruckt bei Schubert (Hrsg.), Kodifikationsgeschichte Strafrecht, Bd. 2, 1992.

¹⁴ Vgl. nur: *Küper*, in: Eser/Schittenhelm/Schumann (Hrsg.), Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, 1998, S. 495 (502).

¹⁵ Zu den Voraussetzungen, unter denen der Wille des Gesetzgebers unbeachtlich werden kann: *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 11. Aufl., 2020, Rn. 730d.

¹⁶ Ob sich Entsprechendes für das Verhältnis von Betrug und Diebstahl sagen lässt, kann hier offenbleiben – dafür: *Hoyer* (Fn. 8 – SK-StGB), § 263 Rn. 7, 110 f.; *ders.*, in: Widmaier/Lesch/Müssig/Wallau (Hrsg.), Festschrift für Hans Dahs, 2005, S. 65 (74 f.); *Kindhäuser* (Fn. 3), § 263 Rn. 47; ähnl.: *Rotering*, GA 1900, 407 (423 f.); *Brauweiler* (Fn. 1), S. 29; *Lampe*, in: Müller-Dietz (Hrsg.), Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, 1971, S. 59 (77); *Bittner*, MDR 1972, 1000.

¹⁷ *Hälschner*, Das gemeine deutsche Strafrecht Bd. 2, 1. Abt., 1884, S. 365; zustimmend: *Doerr* (Fn. 1), S. 205.

¹⁸ So aber *Kudlich* (Fn. 4), Vor §§ 249 ff. Rn. 1.

¹⁹ Siehe nur *Larenz* (Fn. 11), S. 334.

²⁰ Auch auf Basis des *Schlehofer*schen Verständnisses von Raub und räuberischer Erpressung ließen sich die aufgezeigten Wertungswidersprüche nicht gänzlich vermeiden. Denn zwar wäre hiernach ein abgenötigtes Einverständnis in den Gewahrsamswechsel per se unwirksam, weshalb in den oben genannten Konstellationen unabhängig von §§ 253, 255 StGB jedenfalls immer (auch) ein Raub zu bejahen wäre (Einwilligung und Einverständnis, 1985, S. 56 ff., 63 ff., 67 f.). Da er jedoch für den Raub, nicht aber für die räuberische Erpressung, mit der h.M. einen „unmittelbaren“ (engen räumlich-zeitlichen) Zusammenhang zwischen Nötigungshandlung und Wegnahme fordert, bleiben Ungereimtheiten wie die hier thematischen gleichwohl möglich, wenn man eine im Ausgangspunkt wirtschaftliche Vermögens- und Schadenslehre zugrunde legt (vgl. a.a.O., S. 72).

²¹ Vgl. v. *Bar*, Magazin für das deutsche Recht der Gegenwart 4 (1884), 1 (19 f.); *Doerr* (Fn. 1), S. 95 ff., 98 ff., 124 ff., 135 ff., 186 ff.; *John*, ZStW 1 (1881), 222 (267). Aus jüngerer Zeit de lege ferenda *Lampe* (Fn. 16), S. 76 f. Näher

Tatbestände eine derartige Einschränkung ihrem Wortlaut nach vermissen lassen, wäre hierfür eine teleologische Reduktion erforderlich. Diese müsste von der Prämisse ausgehen, dass die Eigentumsdelikte ausschließlich solches Eigentum garantieren sollen, für das sich zum Zeitpunkt der Tat neben dem Eigentümer noch mindestens eine andere Person interessiert und für das diese bereit wäre, Geld zu bezahlen. Der Gesetzgeber des StGB für den Norddeutschen Bund hatte sich seinerzeit in Übereinstimmung mit dem StGB für die preußischen Staaten explizit gegen eine solche Einschränkung ausgesprochen.²² Diese legislative Entscheidung, die *Binding* für einen großen „Kulturfortschritt“ hielt, hat auch den Sinn des Eigentumsrechts auf ihrer Seite, der sich nicht allein in dessen monetär quantifizierbarer Potenz erschöpft.²³ Eigentum soll dem Einzelnen vielmehr insgesamt eine Sphäre gewährleisten, in der dieser sich nach seinen eigenen Vorstellungen im äußerlich-gegenständlichen Bereich verwirklichen kann. Eigentum ist ein Stück „geronnener“ Freiheit, und deren Schutzwürdigkeit hängt nicht davon ab, ob die jeweiligen Dinge, in der diese sich verkörpert, auch von irgendwem anders für so begehrenswert gehalten werden, dass er oder sie bereit wäre, sie ihm abzukaufen.²⁴ Dementsprechend wird eine Reduktion der Eigentumsdelikte auf den Schutz konkretgeldwerter Sachen, soweit ersichtlich, heute nicht mehr vertreten.²⁵

2. Zur prinzipiellen Zulässigkeit einer nicht-wirtschaftlichen Bestimmung von Vermögens- und Schadensbegriff

Die einzig mögliche Alternative, um die Wertungswidersprüche zwischen Eigentums- und Vermögensdelikten zu vermeiden, wäre daher eine Verabschiedung des herrschenden Dogmas, dass ein Vermögensschaden stets ein in Geld messbare Einbuße voraussetzt. Wie gesagt, wäre dieser Weg allerdings versperrt, wenn ein in dieser Hinsicht abweichendes Verständnis der Vermögensdelikte zwangsläufig die Grenzen der Auslegung überschritte.

a) Kein entgegenstehender Wortlaut; keine entgegenstehende Systematik

Der Wortlaut der Vermögensdelikte jedenfalls steht einer von der h.M. in diesem Punkt abweichenden Meinung nicht im

Gebauer, Der strafrechtliche Schutz wertloser Gegenstände, 1893, passim.

²² Siehe die in Fn. 13 zitierten Motive zum StGB für den Norddeutschen Bund, S. 74.

²³ *Binding*, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, Bd. 1, 1902, S. 239.

²⁴ In diese Richtung auch *G. Roth*, Eigentumsschutz nach der Realisierung von Zueignungsunrecht, 1986, S. 22 f.; *Niggli*, Das Verhältnis von Eigentum, Vermögen und Schaden nach schweizerischem Strafrecht, 1992, Rn. 210, 239 ff. Näher zur Teleologie der Eigentumsdelikte m.w.N. *Lichtenthäler*, Besitzverbot und Eigentumsschutz, 2020, S. 176 ff.

²⁵ Auch *Bosch* (Fn. 7), § 242 Rn. 7, will Zueignungsunrecht nur bei Tatobjekten verneinen, die *völlig* ohne Wert sind, an denen also nicht einmal ein immaterielles Interesse besteht.

Wege. Der Begriff des Vermögens ist weit genug, um Eigentum – immerhin der Archetyp eines Vermögensrechts schlechthin – darunter selbst dann fallen zu lassen, wenn diesem ein konkreter Geldwert im eingangs beschriebenen Sinne fehlt.²⁶ Dementsprechend war auch der Gesetzgeber des StGB für die preußischen Staaten und der des StGB für den Norddeutschen Bund wie selbstverständlich davon ausgegangen, dass Eigentum per se einen Vermögenswert (bzw. -vorteil) darstelle.²⁷ Auch der Begriff des Vermögensnachteils oder der Vermögensbeschädigung zwingt seinem schieren Wortlaut nach nicht dazu, dass ein solcher stets und ausschließlich in einem genau bezifferbaren Geldabfluss bestehen müsste: Ohne ihn zu sprengen, könnte ebenso gut jede nachteilige Veränderung seiner Zusammensetzung darunter subsumiert werden.

Nicht selten wird allerdings angenommen, dem Vermögensstrafrecht i.w.S. liege eine spezifische Systematik zugrunde, wonach das Vermögen in seiner konkreten Zusammensetzung nur ausschnittshaft (in Form spezieller Vermögensrechte wie dem Eigentum oder dem Pfandrecht) und das Vermögen in seiner Gesamtheit aller möglichen Vermögensgüter nur seinem (Geld-)Werte nach geschützt werde.²⁸ In historischer Perspektive spricht gegen eine solche Deutung indes, dass, wie weiter oben bereits erwähnt, jedenfalls der Tatbestand der (räuberischen) Erpressung dem überkommenen des Raubes schlicht deshalb zur Seite gestellt wurde, um den sonst nur für das spezielle Vermögensrecht des Eigentums bestehenden Schutz auf Vermögensrechte generell zu erstrecken.²⁹ Die Annahme, dem Vermögensstrafrecht sei eine ausdifferenzierte Systematik zu eigen, die jedem Delikt bzw. jeder Deliktsgruppe trennscharf einen ihr eigenen Anwendungsbereich beschiede, dürfte ihren Grund demnach weniger in dessen gesetzgenetisch zufälliger Entwicklung als vielmehr in dem Bedürfnis finden, dieser ex post eine für sinnvoll gehaltene Ordnung zu geben.³⁰

²⁶ Zu erinnern ist nur an die berühmte etymologisch orientierte Definition v. *Savignys*, Vermögen sei „[...] die durch das Daseyn jener Rechte [scil.: Eigentum und Obligationen] uns zuwachsende Macht, das was wir durch sie auszuruhen im Stande sind oder vermögen.“ (System des heutigen Römischen Rechts Bd. 1, 1840, S. 340 Anm. 2 b). Vgl. auch *Berolzheimer*, System der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Bd. 4, 1907, S. 14 ff.

²⁷ Vgl. *Goldammer* (Fn. 13), S. 522, 526, sowie die in Fn. 13 zitierten Motive zum Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund, Aktenstück Nr. 5 des Reichstags des Norddeutschen Bundes, S. 77.

²⁸ Vgl. *Gemmer*, Tendenzen zur Erweiterung des Vermögensbegriffs beim Betrug, 1964, S. 50 ff.; *Samson*, JA 1989, 510 (513); *ders.* in: *Rudolphi/Horn/Samson* (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., Stand: 20. Lfg., 1986, § 263 Rn. 161; *Pawlik* (Fn. 5), S. 263 f., 284 f., 290 f.; ähnlich *Hoven* (Fn. 2), § 28 Rn. 14.

²⁹ Vgl. die Nachweise in Fn. 13 sowie *Lüderssen*, GA 1968, 257 (262 f., 271).

³⁰ Vgl. im Zusammenhang mit der Frage nach dem Verhältnis von Raub und (räuberischer) Erpressung noch: *Küper* (Fn. 14),

c) *Prinzipielle Vereinbarkeit mit der Rechtsprechung des BVerfG*

Einem Verständnis von „Vermögensschaden“, das keinen in Geld quantifizierbaren Nachteil voraussetzt, scheinen auf den ersten Blick allerdings die grundlegenden Entscheidungen des BVerfG³¹ zu jenem Merkmal entgegenzustehen. Schließlich geht das Gericht dort dezidiert von einem wirtschaftlichen Vermögensbegriff aus und definiert diesen dementsprechend als „Gesamtheit geldwerter Güter einer Person“³², als eine „[...] wirtschaftliche Größe, deren Umfang zu einem bestimmten Zeitpunkt sich erst aus einer Bewertung ergibt“, in deren Rahmen dann der Wert der einzelnen Positionen bestimmt wird³³ oder als „[...] alles, was in Geldwert messbar ist“.³⁴ Was das Merkmal des Nachteils betrifft, gibt das BVerfG den Strafgerichten auf, dass diese den „[...] von ihnen angenommenen Nachteil der Höhe nach beziffern und dessen Ermittlung in wirtschaftlich nachvollziehbarer Weise [...] darlegen müssen“,³⁵ und betont weiter: „Normative Gesichtspunkte können bei der Feststellung eines Nachteils durchaus eine Rolle spielen. Sie dürfen aber, soll der Charakter der Untreue als Vermögensdelikt und Erfolgsdelikt bewahrt bleiben, wirtschaftliche Überlegungen nicht verdrängen.“³⁶

Die oben angesprochenen Wertungswidersprüche zwischen Eigentums- und Vermögensdelikten scheinen vor diesem Hintergrund gesetzlich zwingend vorgegeben, die aufgezeigten Ungleichbehandlungen somit aufgrund von Art. 103 Abs. 2 GG unvermeidbar zu sein. Denn die verfassungsgerichtliche Bestimmung des Vermögens als einer „wirtschaftlichen Größe“ lässt für Dinge ohne konkreten Geldwert keinen Platz, schließlich ließe sich die durch deren Verlust herbeigeführte Vermögensminderung entgegen dem vom BVerfG aufgestellten Erfordernis nicht durch einen konkreten Geldwert ausdrücken bzw. müsste stets mit „Null“ beziffert werden.³⁷ Auf den ersten Blick scheinen diese Ausführungen daher zu genügen, um jedwede Kritik der im Ausgangspunkt wirtschaftlichen Vermögens- und Schadenslehren in Keim zu ersticken.³⁸

Dieser Schluss könnte sich jedoch als voreilig erweisen, wenn man bedenkt, dass nur den „tragenden Gründen“ einer bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidung die Bindungswirkung des § 31 Abs. 1 BVerfGG zukommt und diesen, jedenfalls nach ganz überwiegender Auffassung, auch nur insoweit, als sie die Auslegung des Grundgesetzes betreffen.³⁹ „Tragend“ in diesem Sinne sind nach Auffassung des BVerfG dabei all jene Rechtssätze, „die nicht hinweggedacht werden können, ohne dass das konkrete Entscheidungsergebnis nach dem in der Entscheidung zum Ausdruck gekommenen Gedankengang entfiel.“⁴⁰ Ob das der Fall ist, beurteilt sich ausschließlich nach dem für einen Außenstehenden erkennbaren, „objektiven Gehalt“ der Begründung und nicht etwa danach, inwieweit den beteiligten Richterinnen und Richtern (subjektiv) eine bestimmte Rechtsauffassung als wichtig erschien oder nicht: Maßgeblich für die Bindungswirkung ist allein die Entscheidungserheblichkeit der Gründe.⁴¹

Zu untersuchen ist demnach, ob es sich bei den oben wiedergegebenen Ausführungen des BVerfG zum Vermögens- und Schadensbegriff um in diesem Sinne „tragende“ Entscheidungsgründe handelt. Um dies zu prüfen, muss man sich den spezifischen Kontext jener Aussagen vor Augen führen: Im Mittelpunkt der genannten Entscheidungen stand bekanntermaßen die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Vermögensgefährdung bereits als Vermögensschaden qualifiziert werden kann, ohne damit unter der Hand das gesetzlich vorgegebene Erfordernis abzuschaffen.⁴² Zudem und damit eng zusammenhängend ging es dem Gericht mit Blick auf § 266 StGB darum, deutlich zu machen, dass der strafrechtliche Gesetzesvorbehalt es verbietet, ohne Weiteres von einer Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht schon auf das Vorliegen eines Vermögensnachteils zu schließen, beide Tatbestandsmerkmale also gleichsam zu „verschleifen“, weil ihnen anderenfalls ihr eigenständiger und strafbarkeitsbegrenzender Gehalt genommen würde („Verschleifungsverbot“).⁴³

S. 501 f.; *Erb*, in: Putzke/Hardtung/Hörnle/Merkel/Scheinfeld/Schlehofer/Seier (Hrsg.), *Strafrecht zwischen System und Telos*, Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008, 2008, S. 711 (720); *Kindhäuser* (Fn. 3), Vor §§ 249 ff. Rn. 38.

³¹ BVerfG NJW 2009, 2370; BVerfGE 126, 170; BVerfG NJW 2013, 365.

³² BVerfGE 126, 170 (200).

³³ BVerfGE 126, 170, (206).

³⁴ BVerfG NJW 2009, 2370 (2371).

³⁵ BVerfGE 126, 170 (211); 130, 1 (47).

³⁶ BVerfGE 126, 170 (212, 228); 130, 1 (48).

³⁷ Vgl.: *Wostry*, Schadensbeziehung und bilanzielle Berechnung des Vermögensschadens bei dem Tatbestand des Betruges, 2016, S. 38 ff.

³⁸ Vgl. *Saliger*, NJW 2010, 3195 (3196); *ders.*, in: Joecks/Ostendorf/Rönnau/Rotsch/Schmitz (Fn. 8), S. 455 (481 f.); *ders.*, HRRS 2012, 363 (364 ff.); *ders.*, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 2. Aufl., 2020, § 263

Rn. 153, 159; *Satzger*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 4. Aufl., 2019, § 263 Rn. 152; *Schlösser*, NSTZ 2012, 473 (476); *ders.*, HRRS 2014, 395 (397); *ders.*, in: Fischer/Hoven/Huber/Raum/Rönnau/Saliger/Trüg. (Fn. 6), S. 89 (94 ff.); *Steinert*, HRRS 2014, 58 (60); *Krüger*, NSTZ 2011, 369 (374). Im Ergebnis auch *Hirschmann* (Fn. 2), S. 113 (Fn. 326), und wohl auch *Wostry* (Fn. 37), S. 38 ff.

³⁹ BVerfGE 1 14 (37); BVerfG NJW 2011, 441 (442); v. *Ungern-Sternberg*, in: Walter/Grünwald (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar, Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, Stand: 1.1.2021, § 31 Rn. 25 ff. mit Nachweisen auch zur Gegenauffassung.

⁴⁰ BVerfGE 96, 375 (404).

⁴¹ BVerfGE 96, 375 (404).

⁴² BVerfG NJW 2009, 2370; BVerfGE 126, 170 (221 ff.); 130, 1 (47 ff.).

⁴³ BVerfGE 126, 170 (198, 211 f., 228). Eingehend dazu *Mehl*, *Das Verschleifungsverbot*, 2020, S. 187 ff.

Verallgemeinernd lässt sich daraus die die Entscheidung tragende und deshalb die Rechtsanwendung bindende Aussage destillieren, dass es aufgrund von Art. 103 Abs. 2 GG verboten ist, unrechtskonstitutive Tatbestandsmerkmale dergestalt zu deuten, dass immer, wenn das Vorliegen des einen Merkmals angenommen wird, eo ipso auch das des anderen zu bejahen wäre. Um diese Begrenzung bei der Anwendung von §§ 263 und 266 StGB abzusichern, muss, so das BVerfG, in Fällen, in denen bereits die Möglichkeit zukünftiger Ereignisse zur Begründung einer gegenwärtigen Minderung des Vermögens ausreichen soll, diese nachvollziehbar beziffert werden.⁴⁴ Das „Bezifferungserfordernis“ hat somit zum einen den Zweck, zu verhindern, dass schlechterdings jeder riskante und treuepflichtwidrige oder täuschungsbedingte Umgang mit anvertrautem oder eigenem Vermögen für schadensbegründend gehalten wird; zum anderen soll es sicherstellen, dass die Vollendungsstrafbarkeit nicht in den Bereich des Versuchs vorverlagert wird.⁴⁵ Daraus erhellt dann auch die Ausnahme vom Erfordernis der Bezifferung bei, wie es heißt, „einfach gelagerten und eindeutigen Fällen“⁴⁶, denn dort bestehen derartige Gefahren nicht.

Inwiefern nur „wirtschaftlich-objektive“ Vermögens- und Schadenslehren diesen Anforderungen genügen können, hat das BVerfG dagegen weder geprüft noch hatte es hierzu Anlass. Solange ebendies aber nicht nachgewiesen ist, kann es sich bei seinem Bekenntnis zum herrschenden Vermögensbegriff und dem Prinzip der Gesamtsaldierung nicht um einen „tragenden“ und somit auch nicht um einen die Rechtsanwendung gem. § 31 Abs. 1 BVerfGG bindenden Grund handeln.⁴⁷ Denn ohne aufzuweisen, dass das Grundgesetz insoweit nur *eine* Auslegung des einfachen Rechts zulässt, darf das BVerfG sie den Fachgerichten nicht als verbindlich vorschreiben, will es seine Kompetenzen nicht in seinerseits verfassungswidriger Weise überschreiten und sich zu einer „Superrevisionsinstanz“ aufschwingen.⁴⁸ Der Grund, weshalb das Gericht durchgehend von einem „wirtschaftlichen“ Vermögens- und Schadensbegriff ausgegangen ist, dürfte schlicht darin liegen, dass er es ist, den die Rechtsprechung vertritt, und allein sie es war, die zur Überprüfung stand. Bindend, weil mit Art. 103 Abs. 2 GG begründet, sind die Entscheidungen nur hinsichtlich des Verbots der „Verschleifung“ unrechtsbegründender Tatbestandsmerkmale und des daraus abgeleiteten Gebots, Eintritt und Höhe des Vermögensschadens in nicht eindeutigen Fällen, insbesondere in denen eines

gefährbedingten Schadens, nachvollziehbar darzulegen und zu beziffern.⁴⁹

Es ist nicht ohne Weiteres klar, dass jeder Versuch, das Merkmal des Vermögensschadens so auszulegen, dass die oben aufgezeigten Wertungswidersprüche zwischen den Eigentums- und Vermögensdelikten nicht auftreten, in Konflikt mit diesen Kautelen geraten müsste. Zwar wäre es dafür erforderlich, in jedem Verlust, den jemand an einer ihm gehörenden Sache erleidet, eine Minderung seines Vermögens zu sehen (mag sie zu diesem Zeitpunkt auch keinen in Geld messbaren Wert haben). Dem steht das „Bezifferungsgebot“ aber deshalb nicht entgegen, weil in diesen Konstellationen die Tatsache, dass der Geschädigte etwas verliert (und nicht nur die mehr oder weniger konkrete Gefahr eines solchen Verlusts besteht), evident ist und es sich somit um Fälle handeln dürfte, in denen an der Einbuße des Vermögenswertes keine Zweifel bestehen und es deren Bezifferung in Geld deshalb nicht bedarf. Ob eine entsprechende Auslegung im Einklang auch mit den sonstigen gesetzlichen Vorgaben entwickelt werden kann, gilt es nun im Weiteren anhand der Alternativen zum herrschenden Vermögensverständnis zu untersuchen – feststeht an dieser Stelle nur, dass diese nicht schon a limine unter Verweis auf die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung abgewiesen werden können.

IV. Alternativen zum wirtschaftlichen Vermögens- und Schadensbegriff

1. Rückkehr zu einer juristischen Vermögens- und Schadenslehre?

Auch wenn in der Literatur mitunter ein anderer Eindruck vermittelt wird, läuft eine Kritik der „wirtschaftlichen“ Vermögens- und Schadenslehre unter dem Gesichtspunkt der oben aufgezeigten Wertungswidersprüche nicht zwangsläufig auf ein Plädoyer für die Rückkehr zu einem wie auch immer gearteten „juristischen“ Vermögensbegriff hinaus. Dies ist schon deshalb nicht der Fall, weil ein solcher Vermögensbegriff allein deren Auftreten überhaupt nicht verhüten könnte, schließlich wäre es, wie in der Vergangenheit nicht selten geschehen, möglich, ihn mit einer „objektiven“ Schadenslehre zu verbinden, d.h. trotz „juristischer“ Bestimmung des Vermögens für dessen Beschädigung gleichwohl eine Minderung seines in Geld bemessenen Gesamtwertes zu fordern – mit der Folge, dass Eigentum an „wertlosen“ Dingen zwar Bestandteil des Vermögens, sein Verlust aber kein Vermögensschaden wäre.⁵⁰

Ähnliches gilt für die Schadenslehre, die Pawlik auf Basis eines „reformulierten juristischen Vermögensbegriffs“ entwickelt hat: Seine Prämisse, dass die Vermögensdelikte das Vermögen nur in seiner „Potentialität“ schützen und – an-

⁴⁴ Vgl. BVerfGE 126, 170 (211); 130, 1 (47 f.). Zum Verhältnis von „Verschleifungsverbot“ und „Bezifferungsgebot“: Mehl (Fn. 43), S. 242 ff.

⁴⁵ Vgl. BVerfGE 126, 170 (212).

⁴⁶ BVerfGE 126, 170 (211); 130, 1 (47).

⁴⁷ Vgl. Becker, HRRS 2010, 383 (387 f.). Zur Bindungswirkung in diesem Zusammenhang siehe Krehl, in: Fischer/Hoven/Huber/Raum/Rönnau/Saliger/Trüg (Fn. 6), S. 133.

⁴⁸ Vgl. Bittmann, wistra 2013, 1 (8); ders., wistra 2013, 449 (450); Ceffinato, NZWiSt 2015, 90 (95 f.); Kraatz, JR 2012, 329; Funck, Täuschungsbedingter Betrugsschaden, 2017, S. 334 ff.

⁴⁹ Vgl. Funck (Fn. 48), S. 348 ff.; ähnlich, aber weitergehend: Krehl (Fn. 47), S. 133 (139).

⁵⁰ Vgl. Merkel, in: Kriminalistische Abhandlungen, Bd. 2 1. Abteilung, 1867, S. 103 ff.; Hälschner, Das preußische Strafrecht, Bd. 3, 1868, S. 356; ders. (Fn. 17), S. 249; Oppenhoff, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 14. Aufl. 1901, § 263 Fn. 13 f.

ders als die Eigentumsdelikte – nicht als einen Zustand „aktualisierter“ Freiheit,⁵¹ dürfte ebenfalls zu den oben genannten Verwerfungen zwischen den beiden Deliktgruppen führen. In ihrer Konsequenz liegt es nämlich, dass der Verlust einer Sache dann keinen Vermögensschaden darstellt, wenn dessen Inhaber an ihrer statt ein Äquivalent in Geld erhält (und somit wieder über dasselbe „Potential“ verfügt, wenn auch in einer anderen „aktualisierten“ Form), während eine derartige Entschädigung sub specie Eigentumsdelikte irrelevant wäre.

Auf Grundlage eines „juristischen“ Vermögensbegriffs könnten die hier thematischen Widersprüche daher nur ausgeräumt werden, wenn man ihn zugleich mit einer „juristischen“ oder „subjektiven“ Schadenslehre kombinierte. Dieser Weg, den am prominentesten und am konsequentesten wohl *Binding* beschritten haben dürfte, ist allerdings nur um den Preis anderer, nicht weniger gravierender Friktionen gangbar. Im „juristischen“ Sinne geschädigt ist *Binding* zufolge jeder, „[...] der ohne die Billigung des Gesetzes um sein Vermögensrecht oder um die Sache, an der es besteht, oder um die Möglichkeit seiner vollen Ausübung gebracht wird, sowie Derjenige, dem nicht geleistet wird, was er rechtlich zu fordern hat, und dem grundlos eine Leistungspflicht aufgelegt wird –, ganz einerlei, ob wirtschaftlich jene Einbuße, wie in den weitaus meisten Fällen, sich auch als Verlust oder aber ausnahmsweise als Gewinn darstellt.“⁵² Hiernach belastet bereits der täuschungs- oder nötigungsbedingte Abschluss eines Vertrages – und nicht etwa erst dessen Erfüllung – das Vermögen und begründet so einen Schaden, und zwar unabhängig davon, ob die Möglichkeit besteht, sich, etwa durch die Ausübung von Gestaltungsrechten, wieder von ihm zu lösen.⁵³ Von den faktischen Güterbewegungen derart abzusehen, heißt allerdings, den Eintritt des Vermögensschadens und somit die Deliktvollendung weit in das Vorfeld einer *tatsächlichen* Einbuße an Vermögenswerten oder auch nur der realen Gefahr einer solchen vorzuverlagern, und provoziert so – abgesehen von der prinzipiell-straftheoretischen Fragwürdigkeit einer solchen Vorverlagerung – ebenfalls Ungereimtheiten mit Blick auf die Eigentumsdelikte. Denn während Diebstahl bzw. Raub mit dem Gewahrsamswechsel eine tatsächliche Güterverschiebung erfordern, genügte für Betrug oder räuberische Erpressung schon jede noch so unbeständige und vorläufige Begründung einer Rechtspflicht. Eingedenk der oben schon benannten normativen Äquivalenz von unmittelbarer und über den Willen des Opfers vermittelter Schädigung, jedenfalls bei Raub und räuberischer Erpressung, stellt auch dies einen Wertungswiderspruch und, je nach Perspektive, eine willkürliche Ungleichbehandlung wesentlich gleicher oder Gleichbehandlung wesentlich ungleicher Sachverhalte dar.⁵⁴

2. Zum „intersubjektiven“ Vermögensbegriff Hoyers

Es ist daher eine Vermögens- und Schadenslehre erforderlich, die sich dezidiert zum Ziel setzt, eine mit den Wertungen der Eigentumsdelikte möglichst nicht widersprechende Auslegung des Merkmals „Vermögensschaden“ zu finden. Um eine solche hat sich in jüngster Zeit – neben *Kindhäuser* (zu ihm sogleich) – vor allem *Hoyer* bemüht. Für die Entwicklung seines Vermögensbegriffs geht er von der Erkenntnis aus, dass auch die Zueignungsdelikte stets das Interesse von mindestens zwei Personen voraussetzen, nämlich das des Geschädigten und das des Täters: Fehlte es ersterem, so hätte er sein Eigentum bereits aufgegeben oder es wäre wenigstens eine mutmaßliche Einwilligung in dessen Entziehung anzunehmen; fehlte es letzterem, handelte er ohne die nötige Absicht rechtswidriger Bereicherung. Verhielte sich der Täter rechtmäßig, müsste er, um an die von ihm begehrte, aber dem Geschädigten gehörende Sache zu gelangen, versuchen, sie ihm abzuhandeln. Selbst im Falle der Zueignung scheinbar „wertloser“ Dinge hätte der Geschädigte somit die Möglichkeit, sie feilzubieten und zu verwerten. Unter der kontrafaktischen Annahme, dass der Täter legal agierte, hätte diese also durchaus einen (Tausch-)Wert. Hieraus schlussfolgert *Hoyer*, dass der Zweck des Diebstahlsverbots darin bestehe, dem Geschädigten die Möglichkeit zu erhalten, seine Position mit einem weiteren an ihr Interessierten (gegen Geld) tauschen zu können.⁵⁵ Dies bildet die Grundlage für Hoyers „intersubjektiven“ Vermögensbegriff. Damit Wertungswidersprüche zwischen Eigentums- und Vermögensdelikten wie die hier thematisierten vermieden werden können, muss es, um eine Position als Vermögensbestandteil qualifizieren zu können, ausreichen, dass mindestens zwei Personen an ihr interessiert sind und dieser darum „intersubjektiv“ ein (Tausch-)Wert zukommt. Weil aber auch zur übrigen Rechtsordnung keine Widersprüche auftreten sollen, sei es zudem erforderlich, dass der Geschädigte die legale Möglichkeit hätte, den Tauschwert jener Position zu realisieren (der Abschluss eines entsprechenden Geschäfts also nicht durch andere Teile der Rechtsordnung missbilligt wird). „Unter ‚Vermögen‘ ist demnach die Gesamtheit aller Positionen zu verstehen, die zumindest noch von einem weiteren Interessenten neben dem Opfer als geldwert angesehen werden und deren daraus erwachsender Tauschwert zudem auch von der Rechtsordnung gebilligt wird.“⁵⁶

Der Ausgangspunkt Hoyers, dass schon die Zueignungsdelikte das Interesse mindestens zweier Personen am Tatobjekt voraussetzen und damit theoretisch die Voraussetzungen für einen Tausch vorliegen, ist zwar durchaus bestechend.⁵⁷

⁵⁵ Vgl. *Hoyer* (Fn. 8 – FS Samson), S. 339 (348, 352); *ders.* (Fn. 8 – SK-StGB), § 263 Rn. 116, 121.

⁵⁶ *Hoyer* (Fn. 8 – FS Samson), S. 339 (351); *ders.* (Fn. 8 – SK-StGB), § 263 Rn. 118.

⁵⁷ So schon *Nitschke*, Die Systematik der Vermögensdelikte, 1934, S. 41 f.; vgl. auch: *Binding* (Fn. 23), S. 248 Anm. 4; *Kindhäuser* (Fn. 3), § 263 Rn. 40; *Kleszczewski*, Strafrecht, Besonderer Teil, 2016, § 7 Rn. 8. Kritisch demgegenüber *Hirschmann* (Fn. 2), S. 43 f., der einwendet, dass damit das zu schützende Rechtsgut (Vermögensgegenstand) durch den

⁵¹ Vgl. *Pawlik* (Fn. 5), S. 263 f., 284 f., 290 f.

⁵² *Binding* (Fn. 23), S. 240.

⁵³ *Binding* (Fn. 23), S. 355.

⁵⁴ Vgl. *Kindhäuser* (Fn. 3), § 263 Rn. 21, 270; *Hoyer* (Fn. 8 – SK-StGB), § 263 Rn. 102 f.

Unklar bleibt jedoch, weshalb daraus folgen soll, dass in dem Erhalt dieser hypothetischen Tauschmöglichkeit der einzige Zweck des Verbots rechtswidriger Zueignung bzw. Bereicherung bestünde. Allein die Überlegung, dass die Tatobjekte von Zueignungs- und Bereicherungsdelikten, schlicht weil sie Tatobjekte solcher Delikte geworden sind, einen potentiellen Tauschwert haben, heißt ja nicht, dass es allein aus diesem Grund verboten wäre, sie zu entwenden. In der Konsequenz einer solchen Annahme müsste es liegen, dass Sachen, die einzutauschen ihr Eigentümer nicht das geringste Interesse hat, vom Zweck des Diebstahlsverbots nicht mehr erfasst wären und es daher keinen Sinn hätte, ihre Wegnahme entsprechend zu bestrafen.⁵⁸ Im Ergebnis reduziert *Hoyer* sowohl die durch die Zueignungs- als auch die durch die Bereicherungsdelikte garantierten Interessen auf das eine: die Sache oder jeweilige Vermögensposition (gegen Geld) zu tauschen. Jedenfalls für die Zueignungs- bzw. Eigentumsdelikte vermag eine derart enge Sicht jedoch nicht zu überzeugen, weil der Sinn von Eigentum sich – wie oben angedeutet – nicht im Schutz merkantiler Interessen erschöpft.

Weil er infolge dessen für die Vermögenszugehörigkeit einer Position voraussetzt, dass diese im Einklang mit der Rechtsordnung hätte gegen Geld getauscht werden können, gelingt es *Hoyer* entgegen seinem Anspruch außerdem nicht, Eigentums- und Vermögensdelikte einer wertungswiderspruchsfreien Auslegung zuzuführen. Denn dass die Veräußerung (bzw. Übergabe) einer Sache verboten ist, muss ja nicht bedeuten, dass damit sämtliche vom Eigentumsrecht umfassten und durch die Eigentumsdelikte geschützten Weisen des Umgangs mit ihr ebenfalls der rechtlichen Missbilligung verfielen.⁴ So wäre es ja bspw. ohne Weiteres denkbar, dass es jemandem erlaubt ist, bestimmte Betäubungsmittel zu besitzen, nicht aber, sie an andere abzugeben oder zu Geld zu machen. In einem solchen Fall wären sie (auch *Hoyer* zufolge⁵⁹) zwar taugliche Tatobjekte eines Zueignungs- bzw. Eigentumsdelikts und ihre Wegnahme in Zueignungsabsicht Diebstahl oder Raub; auf Basis seines „intersubjektiven“ Vermögensbegriffs wären sie jedoch kein Teil des strafrechtlich garantierten Vermögens, da ihr Inhaber sie nicht mit

Billigung der Rechtsordnung gegen Geld tauschen dürfte. Das ist ein klarer Widerspruch, wenn man mit ihm davon ausgeht, dass die durch § 249 und §§ 253, 255 bzw. § 242 und § 263 StGB vertypen Angriffsformen normativ gleichwertig sind.

3. Zur „funktionalen“ Vermögens- und Schadenslehre *Kindhäusers*

Dem Ansatz *Hoyers* in dieser Hinsicht nicht unähnlich zielt auch die Vermögens- und Schadenslehre *Kindhäusers* unter anderem darauf, Ungereimtheiten zwischen Eigentums- und Vermögensdelikten möglichst zu vermeiden. *Kindhäuser* geht davon aus, dass eine sinnvolle Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Vermögensschaden“ bzw. „Vermögensnachteil“ bestimmte, sich aus Systematik und Teleologie des Gesetzes ergebende Anforderungen zu erfüllen habe, und da er diese Anforderungen „Funktionen“ nennt, bezeichnet er seine Vermögens- und Schadenslehre als „funktional“. Ob diese Namensgebung angesichts der damit evozierten Assoziationen zur funktionalistischen Gesellschaftsanalyse und ihrer Rezeption im Strafrecht⁶⁰ sowie des Umstandes, dass es in der Vergangenheit bereits einen „funktionalen“ Vermögens- und Schadensbegriff völlig anderen Inhalts gab,⁶¹ sonderlich glücklich ist, kann bezweifelt werden, soll aber als rein terminologische Frage hier nicht weiter vertieft werden.

Eine dieser „Funktionen“ des Vermögensbegriffs ist es jedenfalls, Kohärenz zwischen den beiden Deliktgruppen der Eigentums- und Vermögensdelikte herzustellen. Nach dem von *Kindhäuser* sog. Kohärenzkriterium darf es daher kein Eigentum geben, das nicht zugleich Vermögen im Sinne der Vermögensdelikte wäre;⁶² der Verlust von Eigentum (bzw. des darauf fußenden Besitzes) muss demnach auch dann als Vermögensminderung zumindest in Betracht kommen, wenn ihm aktuell überhaupt kein konkreter Geldwert zukommt.⁶³

Eine weitere Aufgabe, die eine Bestimmung des Tatbestandsmerkmals „Vermögensschaden“ zu erfüllen hat, besteht in der Unterscheidung zwischen schädigenden und nicht-schädigenden Güterveränderungen. Wegen des „Kohärenzkriteriums“ kann diese Unterscheidung allerdings nicht da-

Angriff des Täters auf dasselbe erst geschaffen würde, was mit dem Zweck des Strafrechts, bereits vorhandene Rechtsgüter vor Straftaten zu schützen, nicht vereinbar sei. Hiergegen ließe sich freilich einwenden, dass sich nach *Hoyer* in der von Zueignungsabsicht getragenen Handlung des Täters nur *manifestiert*, dass die von ihm begehrte Sache Vermögenswert hat (unter der kontrafaktischen Prämisse, dass der Täter sich legal verhielte, hätte sie ihn theoretisch bereits vorher).

⁵⁸ Vgl. auch die Kritik von *Hefendehl*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 3. Aufl. 2019, § 263 Rn. 404.

⁵⁹ Unterlägen die Dinge, etwa weil ihr Besitz verboten ist, hingegen der Einziehung, so wäre ihre Zueignung *Hoyer* zufolge nicht strafbar, weil es dieser materiell am Enteignungs- und damit am vollständigen Zueignungsunrecht fehle. Vgl. *Hoyer*, in: Barton/Eschelbach/Hettinger/Kempf/Krehl/Salditt (Hrsg.), Festschrift für Thomas Fischer, 2018, S. 361; zur Kritik *Lichtenthäler* (Fn. 24), S. 159 ff.

⁶⁰ *Kindhäuser* geht es, recht besehen, nicht um „Funktionen“ in diesem Sinne, sondern um das Erreichen bewusst gesetzter normativer Zwecke, vgl. zu diesem Unterschied nur *Ast*, ZIS 2018, 115.

⁶¹ *Weidemann*, Das Kompensationsproblem beim Betrug, 1972, S. 199 ff., 205 ff.; dazu *Nelles*, Untreue zum Nachteil von Gesellschaften, 1990, S. 423 ff.

⁶² Zustimmend *Rönnau* (Fn. 6), S. 38 ff.; *Korves* (Fn. 6), S. 60. Ähnlich im Ansatz bereits: *Bittner*, MDR 1972, 1000 (1001 f.).

⁶³ Dieser Zusatz versteht sich nicht von selbst, wie die oben erwähnte Kombination eines „juristischen“ Vermögensbegriffs mit einer „objektiven“ Schadenslehre zeigt. Auch *Niggli* (Fn. 24), Rn. 303 ff., 314 f., 575 ff., versteht Eigentum zwar per se als Bestandteil des Vermögens, qualifiziert den Verlust einer eigenen Sache aber wohl trotzdem nur dann als Vermögensschaden, wenn er eine Minderung des Vermögens seinem Geldwert nach herbeiführt.

nach getroffen werden, ob das Vermögen seinem in Geld bemessenen Gesamtwert nach per saldo geschmälert wurde,⁶⁴ weshalb es eines anderen „Schadenskriteriums“ bedarf.⁶⁵ Statt die Vermögenslage insgesamt vor und nach dem möglicherweise schädigenden Ereignis zu vergleichen, nimmt *Kindhäuser* allein die Verschiebung des jeweiligen Vermögensgegenstandes in den Blick: Wurde dessen Einbuße dadurch kompensiert, dass sein bisheriger Inhaber einen fälligen und einredefreien Anspruch hat erfüllen oder einen selbst gesetzten Zweck hat erreichen können, wurde er nicht geschädigt; konnte er dies aber nicht, bedeutet seine Einbuße einen Vermögensschaden.⁶⁶ Freilich kann es dabei nicht auf beliebige, rein subjektive Zwecke ankommen, sondern ausschließlich auf solche, die für den Täter verbindlich gewesen sind. Das ist aber nur dann der Fall, wenn sie nach der zwischen dem Täter und dem potentiell Geschädigten geschlossenen Parteiabrede oder nach dem objektivierten Empfängerhorizont zum Inhalt der vorgenommenen Vermögensverschiebung gehören. Die Erwartung, dass der Zweck hätte erreicht werden können, muss mit anderen Worten eine berechnete gewesen sein.⁶⁷ Weil nur die Verwirklichung *selbstgesetzter* Zwecke die Vermögenseinbuße kompensiert und so schadensausschließende Wirkung entfaltet, vermag die „versprochene“ Gegenleistung des Erpressers, das von ihm angedrohte Übel nicht zu verwirklichen, sofern der Geschädigte leistet, eine solche nicht zu zeitigen. In den Fällen der (räuberischen) Erpressung ist ein Vermögensschaden nach dem Schadenskriterium *Kindhäusers* daher nur dann ausgeschlossen, wenn die Vermögensminderung des Genötigten durch einen fälligen und durchsetzbaren Anspruch gerechtfertigt ist.⁶⁸

Auf dieser Grundlage lässt sich auch der Wertungswiderspruch vermeiden, der sich ergibt, wenn man mit der herrschenden Meinung zwar die (räuberische) Erpressung, nicht aber den Raub ausschließt, sobald der Nötigende ein geldwertes Äquivalent anstelle des von ihm Genommenen hingibt. Nach dem Schadenskriterium *Kindhäusers* wird das Vermögen des Genötigten in diesen Fällen allein deshalb geschädigt, weil die erzwungene Einbuße eines seiner Bestandteile nicht durch die Erreichung eines selbstgesetzten Zwecks kompensiert wurde, mag es seinem Gesamtwert nach auch keine Minderung erfahren haben.

Eine weitere an die Bildung eines Vermögensbegriffs zu stellende Anforderung, eine weitere „Funktion“, leitet *Kindhäuser* daraus ab, dass die Tatbestände des Betrugs und der Erpressung nicht nur eine Beschädigung des Vermögens voraussetzen, sondern mit der Bereicherungsabsicht ein auf die Verschiebung von Vermögen gerichtetes Handeln. Vermögensbestandteil kann demnach nur sein, was überhaupt (auf Kosten eines anderen) rechtswidrig erlangt werden

kann.⁶⁹ Zum Vermögen zählen daher nur solche Güter und Nutzungsmöglichkeiten, die auf eine andere Person rechtswirksam übertragen werden können und die somit zumindest einen abstrakten Geldwert haben.⁷⁰ „Rechtswirksame“ Übertragbarkeit bedeutet dabei, wie sich aus dem Zusammenhang ergibt, dass nur höchstpersönliche, schlechthin unübertragbare Rechte und Rechtsgüter wie etwa Leib, Leben, Familien- und Persönlichkeitsrechte oder die Arbeitskraft als solche aus dem Vermögensbegriff ausgesondert werden.⁷¹ Anders als *Hoyer* setzt *Kindhäuser* somit wohl nicht voraus, dass auch der konkrete Inhaber der jeweiligen Position sie mit Billigung des Rechts gegen Geld tauschen kann. Vielmehr genügt es für die Vermögenszugehörigkeit einer Position, dass sie an sich (prinzipiell, abstrakt) übertragbar, veräußerbar ist.

4. Von den Vorzügen der „funktionalen“ Vermögens- und Schadenslehre

Das Vermögen einer Person besteht nach *Kindhäuser* also in bereicherungsrechtlicher Diktion aus allem, was von ihr (rechtswirksam) geleistet und damit auch auf ihre Kosten (rechtswidrig) erlangt werden kann,⁷² d.h. aus sämtlichen ihr rechtlich zugeordneten übertragbaren (abstrakt geldwerten) Gütern.⁷³ Einen Vermögensschaden erleidet sie, wenn sie einen Vermögensgegenstand verliert, ohne dass dieser Verlust durch einen von ihr selbst gesetzten und für den Täter verbindlichen Zweck oder durch die Erfüllung eines fälligen und einredefreien Anspruchs kompensiert würde.⁷⁴

Sachlich bietet die Vermögens- und Schadenslehre *Kindhäusers* aus mehreren Gründen eine überzeugende Alternative zum herrschenden Dogma, wonach ein Vermögensschaden eine Minderung des in Geld bemessenen Gesamtvermögenswertes voraussetzt. Zunächst verhindert sie konsequent die mit diesem verbundenen sachgrundlosen Ungleichbehandlungen wesentlich gleichgelagerter Sachverhalte, ohne wie etwa der „intersubjektive“ Vermögensbegriff *Hoyers* oder die Lehre *Bindings* neue Verwerfungen zu zeitigen. Ferner hat *Kindhäusers* Lehre den Vorzug, dass er sie darauf gründet, welche Anforderungen sich konkret aus der Systematik der Vermögens- und Eigentumsdelikte und deren Tatbestandsstrukturen für den Begriff des Vermögens im Sinne der Vermögensdelikte sowie seiner Beschädigung ergeben, statt sie unvermittelt aus irgendwelchen, zumeist unabgeleiteten Annahmen darüber zu deduzieren, worin das „Wesen“ des Vermögens im Allgemeinen bestehen mag.⁷⁵ Schließlich

⁶⁴ Vgl. *Varwig* (Fn. 8), S. 79 ff.

⁶⁵ Vgl. *Kindhäuser* (Fn. 8), S. 640 ff.

⁶⁶ Vgl. *Kindhäuser* (Fn. 8), S. 645 ff.; *ders.* (Fn. 3), § 263 Rn. 39, 279 ff.

⁶⁷ *Kindhäuser* (Fn. 8), S. 646 f.; *ders.* (Fn. 3), § 263 Rn. 280.

⁶⁸ *Kindhäuser* (Fn. 3), § 253 Rn. 28. Anders, wie gesagt, die h.M., vgl. Fn. 9.

⁶⁹ *Kindhäuser* (Fn. 3), § 263 Rn. 36. Zum Betrug als Vermögensverschiebungsdelikat *Kindhäuser* (Fn. 16 – FS Dahs), S. 65; *Schlack*, Der Betrug als Vermögensverschiebungsdelikat, 2017, S. 35 ff. und passim.

⁷⁰ *Kindhäuser* (Fn. 8), S. 637 f.; *ders.* (Fn. 3), § 263 Rn. 36.

⁷¹ Vgl. *Kindhäuser* (Fn. 8), S. 637 f.; *ders.* (Fn. 3), § 263 Rn. 36.

⁷² *Kindhäuser* (Fn. 3), § 263 Rn. 36.

⁷³ *Kindhäuser* (Fn. 3), § 263 Rn. 35.

⁷⁴ *Kindhäuser* (Fn. 3), § 263 Rn. 279 ff.

⁷⁵ Namentlich die „personalen“ Vermögens- und Schadenslehren neigen dazu, aus ihren meist nicht näher explizierten, vagen Bestimmungen der Teleologie des Vermögens als

hat er seine Interpretation von vornherein unter Berücksichtigung sämtlicher Vermögensdelikte und nicht nur mit Blick auf § 263 StGB entwickelt. Er entgeht damit einem gewissen Reduktionismus, der sich ergibt, wenn man, wie es dogmengeschichtlich betrachtet der Regelfall war, den Vermögens- und Schadensbegriff einseitig am Tatbestand des Betrugs entwickelt.⁷⁶ Denn während der Betrug typischerweise eine Situation voraussetzt, in der der Geschädigte einen Vermögensgegenstand hingibt, um eine – in seinen Augen äquivalente – Gegenleistung dafür zu erlangen, sodass es nicht fernliegt, auch lediglich sein Interesse an der Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung zu garantieren und diese in der „homogenen Ertragskategorie“⁷⁷ Geld auszudrücken,⁷⁸ wird diese Verengung jedoch dort fragwürdig, wo der Geschädigte sein Vermögen überhaupt nicht freiwillig zu Tauschzwecken einsetzt, es ihm vielmehr, wie bei §§ 253, 255 StGB, abgepresst und ein „Handel“ im besten Fall aufgenötigt wird. Weshalb auch in diesen Konstellationen ausschließlich sein monetäres „Kompensationsinteresse“⁷⁹ geschützt werden soll, leuchtet in teleologischer Hinsicht nicht ein.

V. Der „funktionale“ Vermögens- und Schadensbegriff und die Grenzen der Auslegung

Diese inhaltlichen Vorzüge der „funktionalen“ Vermögens- und Schadenslehre *Kindhäusers* können jedoch selbstverständlich nur dann fruchtbar gemacht werden, wenn diese sich innerhalb des durch das geltende Recht gesetzten Rahmens hält. Dass ihr anders als man auf den ersten Blick meinen könnte, jedenfalls das bundesverfassungsgerichtliche „Bezifferungsgebot“ nicht entgegensteht, konnte schon gezeigt werden. Bleibt also zu untersuchen, wie es um ihre Vereinbarkeit mit den übrigen Anforderungen des BVerfG bestellt ist, und ob sie auch sonst nicht die Grenzen der Auslegung sprengt.

1. Zur Vereinbarkeit der „funktionalen“ Vermögenslehre mit dem „Verschleifungsverbot“

Wie schon erwähnt, lässt sich den Entscheidungen des BVerfG die die Rechtsanwendung bindende Aussage entnehmen, dass das Tatbestandsmerkmal des Vermögensschadens nicht in einer Weise ausgelegt werden darf, die ihm jegliche eigenständige, strafbarkeitsbegrenzende Bedeutung nähme: Es darf mit anderen Worten nicht mit den übrigen

Mittel personaler Freiheitsentfaltung allzu unvermittelt Ableitungen für die konkrete Rechtsanwendung ziehen zu wollen, vgl. die Kritik von: *Nelles* (Fn. 61), S. 315 f., 418 ff.; *Kindhäuser* (Fn. 8), S. 646.

⁷⁶ Vgl. *Nelles* (Fn. 61), S. 331; *Niggli* (Fn. 24), S. 69 Fn. 237.; *Pastor Muñoz*, in: Böse/Schumann/Toepel (Hrsg.), Festschrift für Urs Kindhäuser zum 70. Geburtstag, 2019, S. 751.

⁷⁷ *Hefendehl*, Vermögensgefährdung und Exspektanzen, 1994, S. 120, 169 ff.

⁷⁸ In diese Richtung etwa: *Hirschmann* (Fn. 2), S. 49, 174.

⁷⁹ *Kluszczewski* (Fn. 57), § 7 Rn. 9.

Voraussetzungen des jeweiligen Vermögensdelikts in eins fallen. Dass diesem Erfordernis auch dann genügt werden kann, wenn man mit *Kindhäuser* den Eintritt eines Vermögensschadens nicht von einer in Geld messbaren Minderung des Gesamtvermögenswertes abhängig macht, sei kurz anhand der Vermögensdelikte Betrug, Erpressung und Untreue gezeigt.

Mit Blick auf den Betrug folgt die Vereinbarkeit von „funktionaler“ Vermögens- und Schadenslehre mit dem verfassungsgerichtlichen Verschleifungsverbot schlicht daraus, dass auch ihr zufolge ja nicht jede durch Täuschung erwirkte Verfügung zwangsläufig auch einen Vermögensnachteil bedeutete: Schließlich kann die so herbeigeführte Vermögensminderung immer noch durch die Erreichung des zwischen beiden Parteien vereinbarten Zwecks kompensiert werden.⁸⁰ Eine Vermögensverfügung führt demnach nicht schon dann zu einer Vermögensbeschädigung, wenn sie auf Täuschung und Irrtum basiert und darum unfrei ist (was in der Tat auf eine „Verschleifung“ dieser Merkmale hinausläufe), sondern nur dann, wenn es dem Getäuschten darüber hinaus nicht gelingt, den mit ihr verfolgten und vom Täuschenden anerkannten Zweck zu erreichen. Es ist deshalb auch nicht richtig, wenn behauptet wird, dass der Betrug sich ohne „objektiv-wirtschaftliche“ Schadensbestimmung von einem Delikt gegen das Vermögen in ein Delikt gegen die Dispositionsfreiheit verwandele.⁸¹ Selbst wenn man daher – was keineswegs unstreitig ist – den Anwendungsbereich des „Verschleifungsverbots“ über die explizit im Gesetzestext genannten Strafbarkeitsvoraussetzungen hinaus auf das ungeschriebene Merkmal der Vermögensverfügung erstreckte,⁸² wäre der Ansatz *Kindhäusers* mit ihm vereinbar.

Nichts anderes gilt hinsichtlich der Erpressung: Geht man davon aus, dass die Erpressung keine Vermögensverfügung voraussetzt, behält das Tatbestandsmerkmal des Vermögensschadens hier allein schon deshalb seine eigenständige (strafbarkeitsbegrenzende) Bedeutung, weil sich nur aus ihm überhaupt ergibt, dass es sich bei dem, was abgenötigt wird, um einen Vermögenswert handeln muss. Aber auch wenn man der Auffassung wäre, dass die Erpressung wie der Betrug das Vorliegen einer Verfügung verlangt und man das „Verschleifungsverbot“ auf dieses ungeschriebene Tatbestandsmerkmal bezöge, läge nicht mit jeder Nötigungsbedingung unfreien Ver-

⁸⁰ Vgl. für die „personale“ Schadenslehre ähnlich *Ceffinato* NZWiSt 2015, 90 (94).

⁸¹ Vgl. zu diesem Einwand siehe nur *Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 7), § 263 Rn. 99 b m.w.N.; dagegen schon richtig (zugunsten der „personalen“ Schadenslehre) *Hardwig*, GA 1956, 6 (19 f.); *Geerds*, Wirtschaftsstrafrecht und Vermögensschutz, 1991, S. 126. Siehe ferner noch die durchgreifende Kritik der Trennung zwischen Dispositionsfreiheit und Vermögensschutz jedenfalls bei Privathaushalten von *Jakobs*, JuS 1977, 228 (230); *Kindhäuser*, ZStW 103 (1991), 398 (408 f.); *Pawlik* (Fn. 5), S. 292 ff.

⁸² Siehe hierzu *Schlösser*, HRRS 2011, 254 (255 f.) einerseits; *Krell*, ZStW 126 (2015), 902 (918 f.); *Rostalski*, HRRS 2016, 73 (82 f. und Fn. 49) andererseits; zweifelnd: *Mehl* (Fn. 43), S. 319 ff.

mögensverfügung zwangsläufig zugleich ein Vermögensschaden vor. Denn zusätzlich zu der abgenötigten Verfügung wäre hierfür (negativ) ja noch erforderlich, dass der Nötigende keinen fälligen und einredefreien Anspruch auf den betreffenden Vermögensgegenstand hatte.

Auch im Rahmen der Untreue führt die Schadenslehre *Kindhäusers* letztlich nicht zu einer „Verschleifung“ der Tatbestandsmerkmale „Treuepflichtverletzung“ und „Vermögensnachteil“. Zuzugeben ist in diesem Zusammenhang zwar, dass das Verfehlen des vom Treugeber gesetzten Zwecks als Kriterium für den Eintritt eines Vermögensschadens und die Verletzung der ihm gegenüber bestehenden (qualifizierten) Vermögensbetreuungspflicht denkbar eng beieinanderliegen und somit durchaus die Gefahr besteht, jede Pflichtwidrigkeit im Umgang mit fremdem Vermögen schon als Schaden zu qualifizieren.⁸³ Dass dem Merkmal des Vermögensschadens aber auch nach der Schadenslehre *Kindhäusers* eine gegenüber dem der Pflichtverletzung eigenständige Bedeutung zukommt, zeigt sich indes schon daran, dass er (mit der wohl allgemeinen Ansicht) fordert, dass der Grund des Vermögensnachteils gerade in der Pflichtverletzung liegen muss (Pflichtwidrigkeitszusammenhang).⁸⁴ Es ist demnach nicht ausreichend, dass der Treunehmer durch sein pflichtwidriges Verhalten das Vermögen vermindert und der Treugeber seinen damit intendierten Zweck verfehlt hat; der vom Treugeber vorgegebene Zweck hätte zudem bei pflichtgemäßen Verhalten erreicht, die Vermögensminderung dadurch also (aller Wahrscheinlichkeit nach) kompensiert werden müssen.⁸⁵ Es sind deshalb ohne Weiteres Fälle denkbar, in denen zwar eine Pflichtverletzung, allerdings kein dem Treunehmer zurechenbarer Vermögensnachteil vorliegt: So wenig wie bei Betrug oder Erpressung führt die „funktionale“ Vermögens- und Schadenslehre deshalb bei der Untreue zu einer „Verschleifung“ von Tathandlung und Unrechtserfolg.

2. Zur Vereinbarkeit der „funktionalen“ Vermögens- und Schadenslehre mit dem „Präzisierungsgebot“

Ist sie daher mit dem „Bezifferungsgebot“ und dem „Verschleifungsverbot“ vereinbar, bleibt mit Blick auf die verfassungsgerichtlichen Kautelen noch die Frage, ob sie auch dem durch das BVerfG erstmals in seinem Untreue-Beschluss aufgestellten „Präzisierungsgebot“ zu genügen vermag. Hiernach verpflichtete Art. 103 Abs. 2 GG die Rechtsprechung dazu, den Anwendungsbereich weiter und unklarer Tatbestände dadurch vorhersehbar zu machen, dass sie „fernliegende“ Interpretationen vermeidet und bestehende Unklarheiten durch eine präzisierende Auslegung möglichst ausräumt.⁸⁶ Auch unter diesem Gesichtspunkt dürften gegen die „funktionale“ Vermögens- und Schadenslehre keine durch-

greifenden Einwände bestehen. Die Unsicherheiten, die Ansätze aufwerfen, die den Eintritt des Vermögensschadens davon abhängig machen, ob infolge der Vermögensminderung der mit dem Täter vereinbarte oder nach der Verkehrsanschauung „objektiv“ verfolgte Zweck erreicht wird, sind keine anderen als die, die die Auslegung von Verträgen und Tilgungsbestimmungen sonst mit sich bringt. Dass sie deswegen, wie teils behauptet, zu einer nicht mehr berechenbaren Subjektivierung des Schadensmerkmals führen müssten,⁸⁷ erscheint wenig realistisch, schließlich geht die Zivilrechtspraxis mit derlei Fragen tagtäglich um, ohne dass dort Zustände völliger Rechtsunsicherheit herrschten. Einer vermeintlich „objektiven“ Schadenslehre, die, wie die zwischen Ausnahmen und Rückausnahmen mäandernde Rechtsprechung zeigt, von zahlreichen, in Grund und Umfang nicht geklärten Durchbrechungen ihres Prinzips geprägt ist, dürfte eine (inter-)subjektive Schadenslehre, die ihren Grundansatz wenigstens konsequent durchhält, was Voraussehbarkeit und Berechenbarkeit der Rechtsanwendung betrifft, mindestens ebenbürtig, wenn nicht gar vorzuziehen sein. Überhaupt dürfte es sich bei der Sicherheit, die Worte wie „wirtschaftlich“ und „objektiv“ suggerieren, letztlich um eine bloß scheinbare handeln.⁸⁸

3. Zur Vereinbarkeit mit dem Willen des Gesetzgebers

Zuletzt sei noch auf ein weiteres verfassungsrechtliches Argument eingegangen, das *Schlösser* gegen Schadenslehren ins Feld geführt hat, die den Eintritt eines Vermögensschadens an die Verfehlung eines vom Vermögensinhabers selbst gesetzten (und vom Täter anzuerkennenden) Zweckes knüpfen. Diese, so meint er aus der Entstehungsgeschichte des § 264 StGB herleiten zu können, widersprechen dem Willen des Gesetzgebers und seien daher mit der allgemeinen Bindung der Rechtsprechung an Recht und Gesetz unvereinbar.⁸⁹ Er stützt diese Behauptung auf eine Passage im Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform zu dem von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität. Darin wurde die Einführung einer Strafvorschrift zum Subventionsbetrug unter anderem damit begründet, dass die bisherigen Bemühungen der Rechtsprechung, solche Verhaltensweisen auf Grundlage der „Zweckverfehlungslehre“ durch § 263 StGB einzufangen, drohten, die „Einheit des Vermögensbegriffs“

⁸⁷ Vgl. *Krainbring* (Fn. 83), S. 62 f.

⁸⁸ Kritisch auch zu der Frage, wie wirtschaftlich der Vermögens- und wie „objektiv“ der Schadensbegriff der h.M. ist: *Becker*, HRRS 2012, 237 (238); *Bittmann*, in: *Dünkel/Fahl/Hardtke/Harrendorf/Regge/Sowada* (Hrsg.), *Strafrecht, Wirtschaftsstrafrecht, Steuerstrafrecht, Gedächtnisschrift für Wolfgang Joecks*, 2018, S. 203 (208 ff.); *Otto*, *Grundkurs Strafrecht, Besonderer Teil*, 7. Aufl. 2005, § 51 Rn. 59 ff.; *Geerds* (Fn. 81), S. 129; *Rock*, *Ökonomische Analyse des Betruges in gegenseitigen Vertragsverhältnissen*, 2013, S. 190 ff., 202 ff., 211 ff.

⁸⁹ Vgl. *Schlösser*, HRRS 2011, 254 (260 f.); *ders.*, in: *Fischer/Hoven/Huber/Raum/Rönnau/Saliger/Trüg* (Fn. 6), S. 89.

⁸³ Vgl. den gegen die „personale“ Schadenslehre gerichteten Einwand von *Krainbring*, *Spenden- und Bettelbetrug?*, 2015, S. 61.

⁸⁴ *Kindhäuser* (Fn. 3) § 266 Rn. 99; zum Pflichtwidrigkeitszusammenhang nur *Dierlamm*, in: *Joecks/Miebach* (Fn. 58), § 266 Rn. 202.

⁸⁵ *Kindhäuser* (Fn. 3) § 266 Rn. 99.

⁸⁶ BVerfGE 126, 170 (198 f.).

zu sprengen.⁹⁰ Die Berichterstatter des Sonderausschusses lehnten die „Zweckverfehlungslehre“ daher explizit ab.⁹¹ Ob sich aus diesen (im Regierungsentwurf selbst übrigens nicht aufgegriffenen⁹²) Überlegungen allerdings herauslesen lässt, dass der Gesetzgeber mit der Einführung von § 264 StGB zum Ausdruck bringen wollte, dass die Zweckerreichung oder -verfehlung kein legitimes Kriterium zur Beurteilung des Schadenseintritts mehr sein soll, erscheint überaus fraglich. Denn dies bedeutete, dass über die von § 264 StGB erfassten Fälle hinaus zahlreiche andere, wie etwa das Erschleichen von Spenden allgemein oder das von Subventionen im kulturellen und wissenschaftlichen Bereich, nicht mehr § 263 StGB unterfielen und somit überhaupt nicht mehr bestraft werden könnten. Dass aber der Gesetzgeber ohne nähere Auseinandersetzung mit den Folgen die Entkriminalisierung von Verhaltensweisen beschließt, deren Strafbarkeit fast einhellig angenommen wird,⁹³ erscheint fernliegend. Die erwähnten Äußerungen im Bericht des Sonderausschusses dürften eher den Charakter einer dogmatischen Stellungnahme als den einer die Rechtsanwendung bindenden Entscheidung haben. Aus der Einführung des § 264 StGB und seiner Entstehungsgeschichte lässt sich daher kein Argument für die Wahl des richtigen Schadensbegriffs gewinnen.

VI. Schluss

Ein Ziel des vorstehenden Beitrags war es, in einem ersten Schritt darauf aufmerksam zu machen, dass die Friktionen, die die herrschende „wirtschaftlich-objektive“ Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Vermögensschaden“ mit Blick auf das Verhältnis von Vermögensdelikten i.e.S. und Eigentumsdelikten zeitigt, nichts anderes darstellen als sachgrundlose und darum willkürliche Ungleichbehandlungen wesentlich gleicher Sachverhalte. Im Rahmen der Rechtsanwendung sind sie deshalb nur dann hinnehmbar, wenn sie sich schlechterdings nicht vermeiden lassen, weil nur das „wirtschaftliche“ Verständnis von Vermögen und Schaden nicht mit dem strafrechtlichen Gesetzesvorbehalt oder der allgemeinen Bindung an Recht und Gesetz in Konflikt geriete. In einem zweiten Schritt sollte dann nachgewiesen werden, dass dies nicht der Fall ist und mit der „funktionalen“ Vermögens- und Schadenslehre, die *Kindhäuser* entwickelt hat, eine erwägenswerte Alternative existiert. Jedenfalls erscheint eine „Befreiung des Strafrechts vom ökonomistischen Denken“⁹⁴ als möglich und aufgrund des allgemeinen Gleichheitssatzes auch geboten. Selbstverständlich lassen sich nicht sämtliche Wertungswidersprüche zwischen Eigentums- und Vermögensdelikten auf diese Weise vermeiden. Ihre hier herausgestellte verfassungsrechtliche Dimension sollte aber Anlass geben, auch überall

sonst, wo sie auftreten, kritisch zu reflektieren, ob die Auslegung, die sie bedingt, wirklich „zwingend“ ist.⁹⁵

⁹⁰ BT-Drs. 7/5291, S. 3.

⁹¹ BT-Drs. 7/5291, S. 3.

⁹² Vgl. BT-Drs. 7/3441, S. 15 ff.

⁹³ Siehe nur *Hirschmann* (Fn. 2), S. 75 f., sowie die Nachweise bei *Krainbring* (Fn. 83), S. 12 Fn. 15, der selbst allerdings eine Erfassung durch das UWG für ausreichend erachtet (a.a.O., S. 188).

⁹⁴ *Puppe*, ZIS 2010, 216.

⁹⁵ Zu hinterfragen wäre vor diesem Hintergrund etwa die herrschende Annahme, dass ein Anspruch auf Übereignung einer nur der Gattung nach bestimmten, noch auszusondernenden Sache zwar die Rechtswidrigkeit der Bereicherung, nicht aber die der Zueignung entfallen lasse, kritisch hierzu *Kindhäuser* (Fn. 3), Vor §§ 249 ff. Rn. 43; *Lampe* (Fn. 16), S. 76 f. Auch für den Streit um die Abgrenzung von Dreiecksbetrug und Diebstahl in mittelbarer Täterschaft erweist es sich als fruchtbar, einen Vergleich zu Fällen des Auseinanderfallens von Gewahrsamsinhaberschaft und Eigentümerstellung beim Diebstahl zu ziehen: Unter der Prämisse, dass täuschende Sachverschaffung und Wegnahme normativ äquivalent sind, erscheint es nämlich zweifelhaft, weshalb es beim Dreiecksbetrug auf das Verhältnis des Gewahrsamsinhabers zum Berechtigten/Vermögensinhaber ankommen soll, während dies beim Diebstahl allgemein für irrelevant gehalten wird (es also egal ist, ob der mit dem Eigentümer nicht identische Gewahrsamsinhaber in dessen „Lager“ steht), vgl. *Kindhäuser* (Fn. 3), § 263 Rn. 220.