

ANDREAS POPP

Gläubigerschädigung

Jus Poenale

2

Mohr Siebeck

JUS POENALE

Beiträge zum Strafrecht

Band 2



Andreas Popp

Gläubigerschädigung

Mohr Siebeck

Andreas Popp, geboren 1973; Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Passau sowie der Kriminologie und Polizeiwissenschaft an der Ruhr-Universität Bochum; 1999 erste juristische Staatsprüfung; 2002 zweite juristische Staatsprüfung; 2004 Promotion; 2009 Habilitation; seit 2014 Professor an der Universität Konstanz.

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungs- und Beihilfefonds Wissenschaft der VG WORT.

e-ISBN PDF 978-3-16-153278-8

ISBN 978-3-16-153200-9

ISSN 2198-6975 (Jus Poenale)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2014 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Rottenburg/N. aus der Minion gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Für Ronald

Vorwort

Im Jahre 2009 wurde die vorliegende Untersuchung von der Juristischen Fakultät der Universität Passau als Habilitationsschrift angenommen. Für die Veröffentlichung habe ich sie im November 2013, soweit es angezeigt erschien, à jour gebracht und hier und da um einige wenige Worte ergänzt.

Entstanden ist sie während meiner Zeit als Wissenschaftlicher Assistent meines verehrten Lehrers Herrn Professor Dr. *Bernhard Haffke*. Er hat die Arbeit in vielfältiger Weise inspiriert und kritisch begleitet, zugleich aber ihrem Verfasser größten Freiraum zugestanden. Ihm gilt vor allen anderen mein Dank.

Bedanken möchte ich mich sodann bei den übrigen Mitgliedern meines Fachmentorats, Herrn Professor Dr. *Werner Beulke* und Herrn Professor Dr. *Robert Esser*, sowie Herrn Professor Dr. *Hans Achenbach* für seine Mitwirkung als weiterer externer Gutachter, nicht zuletzt aber bei Herrn Professor Dr. *Jan Wilhelm*, der mir als jungem Juristen das Bürgerliche Recht zu allererst in prägender Weise erschlossen hat, für den Rat und die Zeit, die er in der Entstehungszeit dieses Buches für mich hatte, und auch für die Zweitbegutachtung im Rahmen des Habilitationsverfahrens. Meiner lieben Schwester, Frau *Tanja Kaufmann*, M.A., habe ich für ihre wertvolle Hilfe bei der Übersetzung aus dem Italienischen zu danken, vielen Kolleginnen und Kollegen für zahllose anregende Fachgespräche und manches heitere Zwischenspiel. Schließlich danke ich dem Verlag Mohr Siebeck für die freundliche verlegerische Betreuung und dem Förderungsfonds der VG Wort für die großzügige Gewährung eines Druckkostenzuschusses.

Berlin, im Dezember 2013

Andreas Popp

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Inhaltsverzeichnis	XI
Einleitung	1
Erster Teil: Der Ausgangspunkt	9
§ 1 Gläubigerschädigungsstrafrecht als Gegenstand	9
§ 2 Scheinbares Nichterfüllungsstrafrecht	48
Zweiter Teil: Zur Normentheorie der Gläubigerschädigung	113
§ 3 Das Recht des Gläubigers	115
§ 4 Das Strafrecht	179
Dritter Teil: Gläubigerschädigungsstrafrecht	259
§ 5 Strafrechtliche Verantwortlichkeit für die Nichterfüllung des Anspruchs?	260
§ 6 Beeinträchtigung der Haftungsmasse	326
§ 7 Informationsbezogene Angriffe	349

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Einleitung	1
Erster Teil: Der Ausgangspunkt	9
§ 1 Gläubigerschädigungsstrafrecht als Gegenstand	9
I. Nichtleistung zwischen Rechtsverkürzung und Verbrechen	9
1. Gläubigerschädigung als Vermögensentziehung – Der Ansatz von Hegler	9
2. Die Dichotomie von Zwangsvollstreckung und Strafe	11
a) Grundzüge	11
b) Relativierungen	13
aa) Rechtsverfolgung und Bestrafung: Ein kurzer Blick zurück	13
bb) „Inoffizielle“ Nebenfunktionen der Zwangsvollstreckung	21
cc) Gläubigerschutz als sicherheitsrechtliche Materie	24
2. Folgerungen	27
II. Bisherige Ansätze	30
III. Das eigene Erkenntnisinteresse	34
1. Der Ausgangspunkt	34
a) Gläubigerschädigungsstrafrecht im funktionalen Sinne	34
b) Die (straf)rechtstheoretische Ausgangsüberlegung	35
aa) Strafrechtlicher Rechtsgüterschutz als Interessenschutz	35
bb) Die Konfrontation mit der Privatrechtsordnung	37
cc) Folgerung	41
c) Gläubigerschädigung im Sinne dieser Untersuchung	41
aa) Das Gläubiger-Schuldner-Verhältnis	42
bb) Die Schädigung des Gläubigers	42
cc) Zuordnung des Schädigers zum Lager des Schuldners	44
2. Einige erste Überlegungen	44
3. Das weitere Vorgehen	47

§ 2 Scheinbares Nichterfüllungsstrafrecht	48
I. Zur Tradition des „Nichterfüllungsstrafrechts“ seit 1871	49
1. (Vermeintliche) Nichtleistungsdelikte im RStGB 1871	49
a) Eidesbruch (§ 162 StGB a.F.)	49
b) Vertragsbruch des Armeelieferanten (§ 329 StGB a.F.)	50
2. Dienstvertragsbruch und Arbeitsvertragsbruch	52
a) Die Reformdiskussion zum „Dienst“- bzw. „Arbeitsvertragsbruch“	53
b) Heuerbruch (§ 298 StGB a.F.)	62
c) Ausblick: Wirtschaftskorruption und Dienstvertragsverletzung	64
3. Fazit	65
II. Einige negative Kandidaten	66
1. Die Zahlungseinstellung	66
2. Weitere Straftatbestände	68
3. Die Ordnungsstrafe nach § 890 I ZPO	69
III. Strafbare Nichterfüllung vertraglicher Verpflichtungen?	70
1. Untreue (§ 266 StGB)	71
a) Nichterfüllung und Treubruch (§ 266 I Var. 2 StGB)	71
aa) „Eigennützige“ Vertragstypen	73
bb) Verträge mit Geschäftsbesorgungscharakter	75
cc) Die kategoriale Verschiedenheit von Treubruch und Vertragsverletzung	76
b) Mißbrauch (§ 266 I Var. 1) und Vertragsverletzung	79
c) Untreue als Schädigungsdelikt	81
d) Die Fortsetzung der Mißbrauchsproblematik bei anderen Tatbeständen	82
aa) Computerbetrug durch unbefugte Verwendung von Daten	82
bb) Unbefugter Gebrauch eines Fahrzeugs	84
cc) § 290 StGB	86
e) Veruntreuen von Arbeitsentgelt (§ 266a III StGB)	87
2. Nichtleistung und Betrug	88
a) Von der Nichterfüllung zum Betrug	88
b) Der sog. „Erfüllungsbetrug“	91
c) Zum Erschleichen von Leistungen (§ 265a StGB)	92
aa) Die zivilrechtliche Struktur	93
bb) Zum Deliktscharakter des § 265a I StGB: Unterfall des „Handelns am Vertrag vorbei“	95
3. Vertragsstrafen	97
IV. Nichterfüllung besonderer gesetzlicher Leistungspflichten	99
1. Verletzung der Unterhaltspflicht (§ 170 I StGB)	99
2. Steuer- und Abgabenstrafrecht	104

a) Steuerhinterziehung (§ 370 AO)	104
b) § 26c UStG	105
3. Sozialversicherungsstrafrecht	105
a) § 266a I StGB	105
b) § 266a II StGB	108
V. Die Nichtherausgabe von Sachen	108
1. Die Herausgabe beweglicher Sachen	109
a) Unterlassene Herausgabe als Unterschlagung (§ 246 StGB)?	109
b) Sonderfall: Ansprüche auf die Herausgabe von Urkunden	110
2. Die Herausgabe von Immobilien	110
VI. Zusammenfassung	111

Zweiter Teil:

Zur Normentheorie der Gläubigerschädigung	113
---	-----

§ 3 Das Recht des Gläubigers	115
------------------------------------	-----

I. Grundbegriffe	115
------------------------	-----

1. Das Schuldverhältnis als Rechtsverhältnis	115
2. Anspruch, Forderung, subjektives Recht	116
a) Recht und Rechtsverletzung	117
b) Zur Normentheorie subjektiver Rechte	121
aa) Grundlinien	122
bb) Abweichende Auffassungen	124
c) Das Eigentum als Beispiel	127
d) Primärrecht und sekundäre Ansprüche	129
e) Die Unterscheidung von Forderung und Anspruch	131

II. Insbesondere: Die Forderungsbeziehung	134
---	-----

1. Die distributive Funktion der Forderung	135
2. Gewährung und Gewährleistung	136
a) Der gewährende Aspekt	136
b) Der gewährleistende (sichernde) Aspekt	137
3. Die Befugnis zum Zwang	140
a) Die Obligation als Herrschaftsverhältnis?	140
b) Schulden und Haften	142
aa) Allgemeines	142
bb) Vermögenshaftung und gegenständlich beschränkte Haftung	144
c) Insbesondere: Haftungsverwirklichung durch Zwangsvollstreckung	148
d) Haftungsrechtliche Konsequenzen aus dem Gewaltmonopol	152

aa) Allgemeines	153
bb) Zahlungsansprüche	155
cc) Herausgabeansprüche	158
dd) Ansprüche auf die Vornahme von Handlungen	159
III. Die Nichterfüllung als Rechtsverletzung	160
1. Ausgangsfall: Notwehr gegen den nicht leistenden Schuldner?	161
2. Leisten müssen – nicht schaden dürfen	164
a) Nichtleistung als „Angriff“ auf den Gläubiger?	164
b) Das Schädigungsargument in der Vertragstheorie	165
c) Die Nichterfüllung und das „harm principle“	169
aa) Verletzungsverbot und Zuwendungsgebot	170
bb) Negative und positive Pflichten	172
cc) Die Nichterfüllung als Sonderfall der Schädigung	174
3. Der schuldrechtliche Anspruch als notwehrfähiges Gut?	176
§ 4 Das Strafrecht	179
I. Der Ausgangspunkt	179
II. Die Unterscheidung von Verhaltens- und Sanktionsnormen als theoretisches Strukturmodell	183
1. Dualistische Strukturmodelle	184
a) Die Perspektive des Fremden	184
b) Primäre und sekundäre Normen	186
2. Die Mehrdeutigkeit des Ausdrucks „Verhaltensnorm“	190
a) Die Perspektive des handelnden Individuums	190
b) Die Norm als Festlegung des objektiv Richtigen	191
3. Ausblick auf das Weitere	193
a) Die Verhaltensnorm als „Gelenk“	193
b) Das weitere Vorgehen	194
III. Die Entwicklung der Verhaltensnorm aus dem Tatbestand	195
1. Die Bildung der Verhaltensnorm nach dem Umkehrprinzip	195
2. Die Primärnorm als Interpretationsergebnis	196
3. Die konkurrierenden Möglichkeiten der Deutung	200
a) Kritik monistischer Strafrechtskonzeptionen	200
b) Die Alternativen innerhalb der dualistischen Auffassung	207
aa) Die Verhaltensnorm als Teil der mit dem Straftatbestand getroffenen Regelung	208
bb) Die Strafvorschrift als bloßer Hinweis auf eine anderweitig getroffene Verhaltensregelung?	210
c) „Strafrechtliche“ Verhaltensnormen	212

aa) Das Fehlen anderweitiger Normierung außerhalb des Strafrechts	212
bb) „Normambivalenzen“	213
cc) Konsistenz mit zivilrechtlichen Bezugnahmen auf das Strafrecht	215
4. Zu den Konsequenzen der hier vertretenen Ansicht	217
a) Die Doppeldeutigkeit des Ausdrucks „Strafrecht“	217
b) Aufspaltung des verfassungsrechtlichen Maßstabs	218
c) Zur „Akzessorietät“ strafrechtlicher Regelungen	219
IV. Subjektives Recht, Verbot und Sanktion	221
1. Grundlegung	221
a) Erster Schritt: Normbruch und strafrechtliche Zurechnung	222
b) Zweiter Schritt: Subjektiv-rechtliches Generalverbot und strafrechtliche Schutznorm	222
2. Strafrechtsinterne Ansätze: Absonderung der Verbotsmaterie von Gesichtspunkten strafrechtlicher Zurechnung	226
a) Einheitslehren	226
aa) Die Beschränkung auf die Regelung menschlichen Verhaltens ...	227
bb) Insbesondere: Das Erfordernis einer „Handlung“	228
cc) Imperativentheorien	230
(1) Die Imperativentheorie als Theorie des Rechts	231
(2) Rückkopplungen zwischen Befehlendem und Befehlsempfänger	232
b) Verhaltensnorm versus Zurechnungsregeln	236
aa) Grundlagen	237
bb) Bestimmen und Bewerten	238
(1) Zur „Bewertungsnorm“ bei Edmund Mezger	238
(2) Zum Begriff der „Bestimmungsnorm“	241
cc) Weitere Differenzierungsmodelle	244
(1) Die Zurechnungslehre von Hruschka	244
(2) Conduct rules und decision rules	247
(3) Verhaltensregeln und Behandlungsnormen (Eser)	247
(4) Norm und Pflicht	248
3. Ein „strafrechtsübersteigender“ Ansatz	251
a) Die Ausgangslage	252
b) Der Brückenschlag vom Strafrecht zur Welt der subjektiven Rechte ...	253
aa) Die Lehre von den Schutz- und Gewährleistungsnormen	253
bb) Objektive Rechtswidrigkeit als Verletzung subjektiver (Privat-)Rechte	255
cc) Stellungnahme	256
4. Zusammenfassung	257

Dritter Teil:

Gläubigerschadungsstrafrecht	259
§ 5 Strafrechtliche Verantwortlichkeit für die Nichterfüllung des Anspruchs?	260
I. „Echtes“ Nichterfüllungsstrafrecht	260
1. Schuldrechtliche und strafrechtliche Verantwortlichkeit für die Nichterfüllung bestehender Verbindlichkeiten	261
2. Das Sozialversicherungsstrafrecht (§ 266a I StGB)	262
a) Die geschützte Forderungsbeziehung	262
aa) Die Spaltung der Gläubigerstellung	264
bb) Beitragsschuld und Zahlungspflicht	264
b) Die Verhaltensnorm des § 266a I StGB	268
aa) Der Gebotsinhalt	268
bb) „Limitierte Akzessorietät“ zum sozialrechtlichen Schuldverhältnis	270
cc) Die Adressaten der Verhaltensnorm – zur Bedeutung des § 14 StGB	273
dd) § 266a I StGB als Schutzgesetz (§ 823 II BGB)?	275
II. Vorsorge für künftige Leistung	277
1. Allgemeines	278
2. Die Gestalt des Problems bei § 266a I StGB	280
a) Die Rechtsprechung des BGH	281
aa) Das „Untreue-Modell“	281
bb) Das „Vorverschuldensmodell“	282
b) Zur Normentheorie der „omissio libera in causa“	284
aa) Die Ablehnung einer Vorverlagerung des Tatbestands	286
bb) Das Ausnahmemodell als einzig denkbare Weg	289
c) Fazit	293
3. Die Gestalt des Problems bei § 170 I StGB	295
a) Der Ausgangspunkt	295
b) § 170 I StGB als „Pflichtdelikt“	297
aa) Die Unterscheidung von Herrschafts- und Pflichtdelikten nach Roxin	297
bb) Die von § 170 I StGB gemeinte Pflicht	299
cc) Die Unterhaltspflichtverletzung als materiales Pflichtdelikt	301
dd) Die Höchstpersönlichkeit der Verpflichtung	302
c) Ein Ausblick auf die Untreue (§ 266 I StGB)	302
4. Zur Bedeutung der Bankrott-Tatbestände	303
a) Ausgangsüberlegungen	304
b) Die Verursachung einer Vermögenskrise (§ 283 II StGB)	305
c) Risikosteigerung bei bestehender Vermögenskrise (283 I StGB)	306

d) Der Bezug zu subjektiven Gläubigerrechten	307
e) Zur Bedeutung der in § 283 VI StGB genannten Ereignisse	310
III. Annex: Die Nichterfüllung als Gegenstand einer Drohung (§§ 240, 253 StGB)	313
1. Die Verweigerung künftiger Verträge	314
a) Nichtkontrahieren als „empfindliches Übel“?	314
b) Zur Normentheorie der Nötigung	317
c) Die Tatbestandslosigkeit der Drohung mit einem erlaubten Verhalten	321
2. Die Ankündigung der Nichterfüllung	323
§ 6 Beeinträchtigung der Haftungsmasse	326
I. Allgemeines	326
II. Gegenstandsbezogene Haftung	330
1. Entziehung von Sicherheiten	330
a) Pfandkehr	330
aa) Die Verhaltensnorm des § 289 I StGB	331
bb) Die Beschränkung der Kriminalisierung auf die Wegnahme der Sache	332
(1) Angriffe auf das Vermieter- und Verpächterpfandrecht	332
(2) Angriffe auf das Pfändungspfandrecht	334
b) Verletzung des Sicherungseigentums	336
2. Haftungsverwirklichung bei Herausgabeansprüchen	337
III. Bestandsminderung in Hinsicht auf die Vermögenshaftung	338
1. Bestandsschutz in der Einzelzwangsvollstreckung (§ 288 StGB) ...	339
a) Grundlegung	339
aa) Deliktsstruktur und Normentheorie	339
bb) Die Rechte des Gläubigers	340
b) Der zu schützende Bestand	343
2. Bestandsschutz in Hinsicht auf ein Insolvenzverfahren (§ 283 StGB)	343
3. Einzelne Formen der Bestandsminderung	344
IV. Störung der Verteilung	346
§ 7 Informationsbezogene Angriffe	349
I. Das Schuldverhältnis betreffende Informationen	349
1. Betrug (§ 263 StGB)	350
a) Zur Normentheorie des Betrugs	350

aa) Der Betrug als Vermögensverschiebungsdelikt	351
bb) Der Vermögensschaden auf Seiten des Opfers	355
cc) Die Instrumentalisierung des Gegenübers durch Täuschung als betrugsspezifische Form der Vermögensverschiebung	360
dd) Zusammenfassung	361
b) Täuschung über anspruchbezogene Tatsachen: Insbesondere der sog. „Erfüllungsbetrug“	362
c) Vermögensschutz und Schutz von Gläubigerrechten	367
2. Unterlassene Sorge um informationelle Belange des Gläubigers: Unerlaubtes Entfernen vom Unfallort (§ 142 StGB)	370
a) Die in Betracht zu ziehenden Gläubigerrechte	372
b) § 142 StGB als „Forderungsgefährdungsdelikt“	375
II. Informationen mit Relevanz für die Haftungsverwirklichung	377
1. Falsche Versicherung an Eides Statt (§ 156 StGB)	377
2. Die Rechnungslegungsdelikte	381
a) Der angestrebte Schutz von Gläubigerinteressen	382
b) Die strafrechtsspezifische Pflichtenlage	383
III. Verantwortlichkeit gegenüber künftigen Gläubigern?	385
Zusammenfassung	389
Literatur	393
Register	419

Einleitung

1. In einer seiner Vorlesungen über die „Physik der Sitten und des Rechts“ berichtet *Emile Durkheim* von einem eigenartigen Brauch, der bei einigen Völkern, unter anderem in Irland und in Indien (dort unter dem Namen „dharna“), zu beobachten gewesen sein soll¹: Vermag ein Gläubiger seinen Schuldner anders nicht zur Zahlung zu bewegen, so droht er ihm mit dem *eigenen* Tod (den er gegebenenfalls dadurch herbeiführt, daß er zu essen aufhört und „sich an der Tür des Schuldners niederläßt, um dort zu verhungern“). Gewicht hat eine solche Drohung vor dem Hintergrund der Vorstellung, aus dem Jenseits heraus die irdischen Machtverhältnisse ausgleichen oder gar umkehren zu können². Auch *Max Weber* weiß von derartigen Bräuchen in China und Indien³. Beide erklären das Verhalten des Gläubigers mit dem Fehlen eines Rechtszwanges zur Erfüllung, dieses wiederum mit dem mangelnden Interesse der Allgemeinheit daran. Sie nimmt Anteil allenfalls am Ende dieses Vorgangs (oder „Prozesses“?): Erst auf dem Umweg über den – von den Seinen zu rächenden – Tod des Gläubigers wird die Nichterfüllung dann gewissermaßen doch noch zum „Delikt“.

Was daran so seltsam und fremdartig anmutet, ist nicht allein das vom Gläubiger eingesetzte Druckmittel (das innerhalb seines kulturellen Kontextes ja keineswegs irrational erscheint). Es ist vielmehr auch und vor allem die Tatsache, daß ihm *von Rechts wegen* keine Hilfe zuteil wird: Niemand außer dem Gläubiger selbst ist offenbar zuständig dafür, den Schuldner zur Einlösung seiner Schuld anzuhalten und notfalls zu zwingen. Ja, es scheint noch nicht einmal eine eigentliche (in einem wie auch immer näher zu bestimmenden Sinne) *moralische* Verpflichtung des Schuldners zur Erfüllung zu geben. Von der „Wucht der ge-

¹ *Durkheim*, Physik der Sitten und des Rechts, S. 272 ff. (seinerseits unter Berufung auf *Marion*, De la solidarité morale, Paris 1880).

² *Kohler* (Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz, S. 110 f.) führt einen anderen Grund an: Eine derartige Belagerung zwingt den Schuldner, hinter der Schwelle seines Hauses zu bleiben, und verpflichtet ihn sogar, seinerseits zu fasten. Denkbar scheint aber auch ein Zusammenhang mit der Vorstellung, durch das Fasten selbst spirituelle Kräfte sammeln zu können, um sie dann gegen den Schuldner einzusetzen (zu einem derartigen aktiven „Befasten“ eines anderen s. etwa die Hinweise bei *v. Hentig*, Vom Ursprung der Henkersmahlzeit, S. 194). Bizarres Extrembeispiel ist die nach Zeitungsberichten von Teilen der indischen Finanzverwaltung verfolgte Strategie, säumige Steuerpflichtige durch singende Eunuchen vor dem Haus zur Zahlung zu bewegen (Süddeutsche Zeitung vom 10.11.2006, S. 12).

³ *Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft, S. 405.

sellschaftlichen Zusammenhänge“, die uns – weit mehr noch als die staatlich organisierte Zwangsvollstreckung – „auf die Erfüllung unserer Verbindlichkeiten hindrängen“⁴, ist hier offenbar wenig zu spüren. Die Aussicht des Gläubigers auf Erfüllung ist eben dies: eine Aussicht, eine Hoffnung, eine faktische Chance – nichts weiter. Von einem „Anspruch“, gar von einem „subjektiven Recht“ zu sprechen, scheint schlicht neben der Sache zu liegen⁵.

Gesellschaft und Recht der Gegenwart jedenfalls zeichnen vom Verhältnis des Gläubigers zu seinem Schuldner ein in wesentlichen Punkten ganz anderes Bild als das eingangs geschilderte. „Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger *berechtigt*, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern“, heißt es in § 241 I BGB. Die Vorschrift begründet dieses Recht des Gläubigers freilich nicht erst, sondern setzt es als bereits gegeben voraus. Es folgt aus dem jeweiligen Schuldverhältnis selbst; ihm korrespondiert die rechtliche Verpflichtung des Schuldners, die Leistung „nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte“ (§ 242 BGB), also „in anständiger und üblicher Weise“⁶ zu erbringen. Geschieht dies nicht oder nur defizitär, so kann der Gläubiger seinen Anspruch auf Erfüllung, gegebenenfalls auch Sekundäransprüche gerichtlich geltend machen und sich der Zwangsmittel bedienen, die das Vollstreckungsrecht für ihn bereit hält.

Das *Strafrecht* hingegen interessiert sich für ihn nicht.⁷ Die schlichte Nichterfüllung schuldrechtlicher Leistungspflichten ist nach gängigem Verständnis heute grundsätzlich straflos oder sollte es doch sein. „Es geht nicht an“, heißt es etwa im Lehrbuch von *Baumann/Weber/Mitsch*, „jede Vertragsverletzung unter Strafdrohung zu stellen und etwa den im Verzug befindlichen Schuldner mit Freiheitsstrafe zu belegen“⁸, und nahezu derselben ablehnenden Haltung begeg-

⁴ *Ehrlich*, Grundlegung der Soziologie des Rechts, S. 71.

⁵ Für manche ist die Rede von „subjektiven Rechten“ freilich *stets* nur die Frucht eines im Grunde irrationalen Rechtsdenkens, deren nachgerade magischer Charakter (der Gläubiger hat gewissermaßen geistige Macht über den Schuldner) dem Aberglauben eines „dharna“-Sitzenden in nichts nachsteht. Ein „Produkt primitiver magischer Vorstellungen“ nennt in der Tat *Lundstedt* (im Anschluß an *Hägerström*) den (schon dem römisch-rechtlichen Begriff des *ius vinculum* zugrunde liegenden) Gedanken, „dass die Obligation (das Schuldverhältnis) eine vom rechtlichen Zwange unabhängige Existenz (und Konsistenz) habe und dass die tatsächliche Durchführung dieser Zwangsregeln unter anderem die Existenz der Obligationen *voraussetze*“ (Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft I, S. 35 ff.); vgl. a. *Ross*, 70 Harvard Law Review (1956/57), 812 ff. Eine gewisse Entsprechung findet diese „realistische“ Position in der These, eine Theorie des Strafrechts könne – und müsse – auf die Annahme verzichten, den strafrechtlichen Tatbeständen seien *Verhaltensnormen* vorgelagert; hierzu noch unten S. 200 ff.

⁶ *Fikentscher/Heinemann*, Schuldrecht, Rdnr. 21.

⁷ Daß der Rechtszwang, ein Leistungsversprechen auch zu erfüllen, *selbst* noch nicht als „Strafe“ aufzufassen ist, hat BGH NJW 2003, 3620 im Zusammenhang mit § 661a BGB noch einmal ausdrücklich feststellen müssen.

⁸ *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, 3/11; ähnlich *M. Köhler*, AT, S. 22; mit Blick auf das Subsidiaritätsprinzip auch *Roxin*, AT I, 2/98.

net man auch in Hinsicht auf die Verletzung anderer, nämlich gesetzlich begründeter Schuldnerpflichten⁹.

In seiner *deskriptiven* Variante ist der Satz von der Strafflosigkeit schlichter Nichterfüllung schuldrechtlicher Verbindlichkeiten – zweifelhafte Grenzfälle wie die Verletzung der Unterhaltspflicht (§ 170 I StGB) einmal beiseite gelassen – in den letzten Jahren allerdings fragwürdig geworden, vor allem im Hinblick auf die strafrechtliche Sanktionierung gewisser sozialversicherungs- oder steuerrechtlicher Zahlungspflichten (vgl. § 266a StGB, § 26c UStG).

Auch als *kriminalpolitischer Programmsatz* war er nicht immer unbestritten und ist es auch heute nicht. „Zu lange schon“, empörte sich bereits *Jhering*, „hat unsere Gesetzgebung müßig mit zugesehen, wie Unzuverlässigkeit, Unehlichkeit, Betrug in Vertragsverhältnissen immer frecher ihr Haupt erhoben und einen Zustand herbeigeführt haben, der einem ehrlichen Menschen schier das Leben verleiden kann“. Und er empfahl deshalb ausdrücklich, sich von „dem doktrinären Vorurteil, als sei das Gebiet der Verträge ein privilegierter Tummelplatz für das Zivilunrecht, das der Strafe prinzipiell verschlossen sei“, zu befreien¹⁰. Auch heute noch regt sich gelegentlich der Wunsch nach einem schärferen Schuldner-Strafrecht. So erwägen etwa, um nur den jüngsten und vielleicht markantesten Fall zu nennen, *Petersen* und *Momberg* unter Hinweis auf den von ihnen konstatierten „Moralverfall“ der Schuldner „neue Gesetze für eine funktionierende Wirtschaft“, womit keineswegs nur, aber eben auch Strafgesetze gemeint sind. Zu den Möglichkeiten, hier die „Ordnung wieder herzustellen“¹¹, gehöre insbesondere auch

„die Einführung staatlicher Sanktionen für nicht bezahlte Schulden. Bisher muss dem säumigen Schuldner nämlich nachgewiesen werden, dass er von vornherein nicht bezahlen wollte und/oder konnte. Eine hohe Klippe, die keine moralerhaltende Wirkung hat und erst recht keine Moral bildet. Die selten erreichte Schwelle der Strafbarkeit im Zusammenwirken mit der problemlos und makelfrei entschuldenden (Privat)insolvenz bekräftigt jeden Nichtzahler in seiner gesellschaftsfeindlichen Haltung“¹².

⁹ Vgl. hier nur *Frister*, AT, 1/9; *Mitsch*, BT 2/2, 4/12; *Schmitz*, Unrecht und Zeit, S. 128 f.; *Bittmann*, wistra 1999, 441 (448).

¹⁰ *Jhering*, Der Zweck im Recht I, S. 381.

¹¹ Die empirische Basis, auf der sich die Argumentation der Autoren bewegt, ist ausgesprochen dürftig. Weshalb insbesondere die genannten 6,83 Milliarden Euro Schaden, der nach ihren (nicht belegten) Angaben durch die *registrierte* Wirtschaftskriminalität im Jahr verursacht wird, geeignet sein sollen, *Neukriminalisierungen* zu rechtfertigen (so *Petersen/Momberg*, ZRP 2006, 112 [113]), erschließt sich nicht.

¹² *Petersen/Momberg*, ZRP 2006, 112 (114). Die von diesen Autoren (S. 115) vorgeschlagene Strafvorschrift lautet dann tatsächlich folgendermaßen:

„(I) Wer eine unstreitige oder rechtskräftig festgestellte Forderung aus einem Vertrag oder einer vertragsähnlichen Verpflichtung nicht bezahlt oder nicht bezahlen will wird mit Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren bestraft, soweit keine wesentliche unvorhergesehene Verschlechterung der Vermögenslage oder der Einkommenslage zwischen Eingehen der Verbindlichkeit und der Fälligkeit der Zahlung eingetreten ist.

Gleichwohl verfolgt das Strafrecht nach wie vor den vom *BVerfG* wie folgt formulierten Grundsatz,

„die bloße Nichterfüllung zivilrechtlicher Ansprüche nicht zu pönalisieren, selbst wenn der Schuldner noch so unverständig und bösartig die Erfüllung der Forderung des Gläubigers verweigert und damit eine Haltung zeigt, die in der Rechtsgemeinschaft als klares Unrecht zu bewerten ist; hier reichen grundsätzlich die zivilprozessualen Sanktionen aus. Strafrechtlich relevant wird ein anspruchsverletzendes Verhalten in der Regel erst dann, wenn weitere Unrechtselemente hinzukommen, mögen diese in zusätzlichem Handlungsunrecht oder in einem unwerten Erfolg (bzw. einer Gefährdung) bestehen“¹³.

Dieser Grundsatz ist freilich – da er offenbar nur auf den „unverständlich und bösartig“ seine Leistung verweigernden Schuldner abzielt – um einen weiteren zu ergänzen, der den Fall seiner fehlenden Leistungsfähigkeit und damit die Nichterfüllung aufgrund Unvermögens mit einbezieht. *Dieses* Risiko zu tragen, ist allerdings zunächst Sache des Gläubigers: Der Austausch von Gütern auf Kredit, der in allen modernen Wirtschaftssystemen die zeitgleiche Leistung „Zug um Zug“ weitgehend verdrängt hat, bringt es eben mit sich, daß Schuldner zum vereinbarten Zeitpunkt zur Leistung nicht mehr in der Lage sind und es vielleicht auch später nie wieder sein werden (und sei es auch nur, weil es auch *ihre* Schuldner nicht sind). Insofern kann das Strafrecht nach der wohl auch heute noch gültigen Formulierung von *Hermann Bruns* allenfalls die Aufgabe haben,

„den Gläubiger gegen die Belastung mit einem untragbaren Risiko zu schützen. Das tragbare Risiko aber, welches dem Gläubiger verbleiben muß, besteht in der Belastung mit der bloßen Nichterfüllung eines Gläubigerrechts. Diese Grenze darf das Strafrecht nicht überschreiten“¹⁴.

Ein „Gläubigerschädigungsstrafrecht“ ist nach alledem keineswegs ausgeschlossen, doch kann es, soweit der Satz von der Strafflosigkeit bloßer Nichtleistung gilt, eben erst *jenseits* von dieser zum Zuge kommen.

Freilich taucht das Wort „Gläubigerschädigung“ im deutschen Strafgesetzbuch an keiner Stelle auf. Lediglich von der „Absicht, die Befriedigung des Gläu-

(II) Ebenso wie in Abs. 1 wird bestraft, wer sich Zwangsvollstreckungsmaßnahmen durch gezielte Vermögensverschiebungen entzieht oder Zwangsvollstreckungsmaßnahmen durch Verschleierung des tatsächlichen Wohnsitzes oder unwahre Angaben gegenüber dem Gerichtsvollzieher nicht nur unwesentlich erschwert oder verhindert.

(III) Das Gericht kann und soll in der Regel von Strafe absehen, wenn es sich nur um eine einmalige Verfehlung handelt und die Forderung mit Kosten und Zinsen bis zum 1. Hauptverhandlungstermin beglichen wurde.

(IV) Im besonders schweren Fall erhöht sich der Strafrahmen auf eine Mindeststrafe von 1 Jahr bis zu 10 Jahren Freiheitsstrafe. Ein besonders schwerer Fall ist in der Regel gegeben, wenn der Täter gewerbsmäßig handelt, der Täter den finanziellen Zusammenbruch eines Dritten zumindest in Kauf nimmt oder der Schaden im Einzelfall 10000 Euro übersteigt“.

¹³ BVerfGE 50, 142 (162) – „Unterhaltspflichtverletzung“.

¹⁴ *Hermann Bruns*, ZStW 53 (1934), 457 (458).

bigers zu vereiteln“, ist einmal die Rede (§ 288)¹⁵. Dennoch fällt gläubigerschädigendes Verhalten weder ausschließlich in die Domäne des Zivilrechts (etwa als Ansatzpunkt für Gegenmaßnahmen wie die nach den §§ 129 ff. InsO und dem AnfG), noch ist damit lediglich umrißhaft ein rechts- oder kriminalsoziologisches Arbeitsfeld bezeichnet. Vielmehr hat es, wie mit diesem Buch belegt werden soll, auch strafrechtsdogmatisch Sinn, bestimmte unerwünschte Phänomene des Wirtschaftslebens unter dem Blickwinkel des Vermögensstrafrechts zu betrachten und dabei unter dem Oberbegriff „Gläubigerschädigung“ zusammenzufassen. Vorläufig genügt es, diesen Begriff zu definieren als *ein Tun oder Unterlassen des Schuldners zum Nachteil des Gläubigers einer (vertraglich begründeten oder sonst nach bürgerlichem oder öffentlichem Schuldrecht bestehenden) Forderung gerade im Hinblick auf die Verwirklichung dieser Forderung*, und festzustellen, daß damit aus Sicht des Strafrechts Fragestellungen mindestens aus dem Bereich der §§ 142, 170, 253, 263, 266, 266a StGB – und natürlich auch §§ 283 ff., 288 StGB – angesprochen sind.

2. „Dissertationen und Habilitationsschriften“, so heißt es einmal bei *Bydlinski*, „müssen schon durch das Erfordernis neuer Ergebnisse ein wenigstens in gewissen Beziehungen neues Verständnis der Rechtslage anstreben, und sie tun dies manchmal sogar eher gewaltsam und im Übermaß“¹⁶. Es steht zu hoffen, daß der Vorwurf solcher Maßlosigkeit dieses Buch nicht trifft. Ein „wenigstens in gewissen Beziehungen neues Verständnis der Rechtslage“ ist allerdings sein Ziel. Erreicht werden soll es durch die rechtstheoretisch vermittelte Verknüpfung zweier Perspektiven: der *straf-* und der *schuldrechtlichen*. Diese erfaßt gerade die rechtliche Konstitution der Rolle, in der das Opfer im vorliegenden Zusammenhang Opfer wird, eben die Rolle des „Gläubigers“; jene zielt dagegen auf die Sanktionierung von Verhaltensweisen, die sich – generell oder doch in bestimmten Fällen – als „Gläubigerschädigung“ darstellen. Versucht wird mit anderen Worten, die hier in Betracht kommenden Vermögensstraftaten jedenfalls auch als *Angriffe auf ein subjektives Recht des Gläubigers* zu interpretieren.

Dabei kann es freilich nicht Ziel sein, unter dem spezifischen Blickwinkel der Gläubigerschädigung schlicht eine ausführliche Kommentierung großer Teile des deutschen Vermögensstrafrechts zu liefern. Sie wäre nicht nur dem Vorwurf überflüssiger Wiederholung von anderwärts bereits Geleistetem ausgesetzt, sondern auch zu unbefriedigender Lückenhaftigkeit verurteilt. Denn sämtliche in der Praxis vorkommenden oder auch nur bekannt gewordenen Formen gläubigerschädigenden Verhaltens, alle oder auch nur die häufigsten Manöver und

¹⁵ Demgegenüber kennt das österreichische StGB immerhin einen mit „Schädigung fremder Gläubiger“ überschriebenen Tatbestand (§ 157), und in der Schweiz macht sich nach Art. 164 StGB wegen „Gläubigerschädigung durch Vermögensminderung“ strafbar, wer auf bestimmte Weise „zum Schaden der Gläubiger sein Vermögen vermindert“.

¹⁶ *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 36.

Tricks darzustellen und angemessen zu würdigen, würde nicht nur jeden vernünftigen Rahmen sprengen, sondern auch die Kräfte von Leser wie Autor bei weitem übersteigen. Vielmehr soll lediglich – unter maßvoller, eher exemplarischer Berücksichtigung von Detailfragen – ein neuer Blick auf die Erfassung des Problemfelds „Gläubigerschädigung“ durch einzelne Straftatbestände ermöglicht werden.

3. Die nachfolgenden Überlegungen hierzu beruhen auf der Grundidee, die systembedingt verengte und spezifizierte *strafrechtliche* Wahrnehmung der Materie systematisch um eine Sichtweise zu ergänzen, die die – zunächst einmal ganz unabhängig davon bestehenden und anerkannten – *Rechte des Gläubigers* (als des Opfers) zu ihrem Ausgangs- und Bezugspunkt wählt. Hierfür soll die gerade im Strafrecht geläufige Unterscheidung von Verbots- und Sanktionsebene mehrfach als heuristisches Strukturmodell nutzbar gemacht werden: So, wie innerhalb des Strafrechtssystems zwischen allgemeiner Verbotsnorm und individueller strafrechtlicher Verantwortlichkeit unterschieden werden kann, läßt sich – die Grenzen des Strafrechts übersteigend – auch schon das „strafrechtliche“ (d.h. strafbewehrte) Verbot selbst als Ergebnis einer kriminalpolitischen (und insofern „sanktionatorischen“) Entscheidung darüber deuten, welcher Ausschnitt aus der Gesamtmenge aller überhaupt denkbaren rechtswidrigen „Gläubigerschädigungen“ nun auch kriminalisiert werden soll.

Namentlich im Anschluß an *Volker Haas*¹⁷ wird daher der Versuch unternommen, das strafrechtliche Konzept rechtsgüterschützender Verhaltensnormen um eine vorgelagerte *objektiv-rechtliche* (d.h. gerade nicht verhaltensbezogene) Dimension – die Rechtszuweisungsordnung des privaten bzw. des öffentlichen Rechts – zu erweitern. Dies erst macht es möglich, jene Verhaltensnormen unmittelbar auf subjektive Gläubigerrechte zu beziehen. Zugleich lassen sie sich so als spezifisch strafrechtliche Antwort auf Problemstellungen darstellen, für die das Schuld- und Zwangsvollstreckungsrecht offenbar keine erschöpfende Lösung bereithält.

4. Dabei wird auch auf Seiten des Täters ganz bewußt an den (zivil- oder öffentlich-rechtlich begründeten) *Status* als „Schuldner“ angeknüpft und damit an einen prinzipiell außerstrafrechtlichen Umstand. Gemeint ist gerade (und nur) die „Schädigung“, die der Gläubiger *durch seinen Schuldner* erfährt, also durch eben die Person, die ihm in der Forderungsbeziehung gegenübersteht – kurz: Es geht um Gläubigerschädigungs- als „*Schuldnerstrafrecht*“. Außerhalb des Untersuchungsgegenstandes bleiben daher Delikte, die zwar gegen Gläubigerinteressen gerichtet sein mögen, aber eben nicht vom Schuldner selbst begangen werden (können). Das betrifft insbesondere die fehlerhafte Ausübung von

¹⁷ Vgl. *dens.*, Kausalität und Rechtsverletzung.

Herrschaft über das Vermögen des Schuldners, beispielsweise also die *Insolvenzverschleppung* (§ 15a IV, V InsO) durch die *für* den Schuldner zur Antragstellung verpflichteten Personen (§ 15a I-III InsO), aber etwa auch die *Untreue des Geschäftsführers* zum Nachteil der GmbH, soweit deren Vermögen zwingend den Gesellschaftsgläubigern erhalten bleiben muß (und deshalb auch nicht der Disposition der Gesellschafter unterliegt)¹⁸. All diese Verhaltensweisen mögen den betroffenen Gläubigern durchaus zum Nachteil gereichen (und gerade – auch – deshalb verboten und strafbar sein); sie lassen sich aber nicht mehr unmittelbar in Beziehung setzen zu dem, was der Gläubiger kraft seines subjektiven Rechts von seinem *Schuldner* – und nur von ihm – erwarten darf.

5. Damit ist der Plan dieses Buches auch schon vorgezeichnet. Der *Erste Teil* entfaltet und begrenzt zu allererst den Gegenstand der nachfolgenden Untersuchungen (§ 1) und unterwirft sodann die bereits genannte These von der prinzipiellen Straflosigkeit schlichter Schuldnerpflichtverletzungen einer Überprüfung am positiven Recht (§ 2).

Der *Zweite Teil* versucht einige rechtstheoretische Grundlagen zu klären. Er nimmt seinen Anfang beim Schuldverhältnis als der rechtlichen, auf subjektiven Rechten gegründeten Beziehung zwischen dem Schuldner und seinem Gläubiger (§ 3) und wendet sich dann dem Strafrecht zu (§ 4).

Erst danach kann im *Dritten Teil* auf Einzelfragen des Gläubigerschadigungsstrafrechts eingegangen werden. Diese Fragen betreffen zum einen die Grenzgebiete des „Nichterfüllungsstrafrechts“ (§ 5), zum anderen auch den Schutz des dem Gläubiger haftenden Bestands (§ 6). Schließlich sind auch noch einige „informationsbezogene“ Angriffe zu erörtern (§ 7). Ein zusammenfassender Rückblick steht am Ende.

6. Es erscheint alles andere als überflüssig, abschließend noch einmal deutlich herauszustellen, worum es in diesem Buch *nicht* geht:

Nicht beabsichtigt ist *erstens* ein Beitrag zur Diskussion eines allgemeinen materiellen Verbrechensbegriffs. Wenn nachfolgend das subjektive Recht bzw. die subjektiven Rechte des Gläubigers zum gemeinsamen Bezugspunkt eines „Gläubigerschadigungsstrafrechts“ gewählt werden, so fungieren sie dabei allein als Brückenkopf, von dem aus dann später ein rechtstheoretischer Bogen zum Strafrecht geschlagen werden soll (was gewisse Rückwirkungen auf unsere Vorstellung vom „Wesen“ des Verbrechens und vom Sinn des Strafrechts freilich

¹⁸ Den Gläubigerschutz wollen manche aus der Geschäftsführer-Untreue freilich völlig verbannen (mit der Folge, daß ein Handeln im Einverständnis mit den Gesellschaftern hier *niemals* pflichtwidrig sein könne – sog. „strenge Gesellschaftertheorie“, s. etwa S/S-Perron, § 266/21b). Ob das richtig ist (oder ob nicht vielmehr die Rechtsprechung – vgl. zuletzt BGH wistra 2011, 463 – und die ihr jedenfalls im Grundsatz entsprechende herrschende Lehre Zustimmung verdienen), mag hier offen bleiben.

nicht ausschließt). Insbesondere soll damit nicht insinuiert werden, legitimes Strafrecht sei notwendigerweise beschränkt auf den Schutz subjektiver Rechte im technischen (zivilrechtlichen) Sinne¹⁹ (wohl aber wäre darüber nachzudenken, ob die noch immer vorherrschende Rechtsgutstheorie nicht von einer Übernahme des dem subjektiven Recht zugrunde liegenden *Strukturmodells* profitieren könnte²⁰).

Überhaupt geht es – *zweitens* – nicht unmittelbar um die Grenzen, innerhalb derer sich ein „Gläubigerschadigungsstrafrecht“ nach verfassungsrechtlichen, kriminalpolitischen oder gar natur- und vernunftrechtlichen Maßstäben legitimieren läßt, und auch nicht um die Frage, an welche *Sozialnormen* die hier zu erörternden strafrechtlich vertatbestandlichen Verhaltensnormen anschließen.

Wenn dies ebenso ausgeblendet bleibt, wie schließlich *drittens* die rechtstat-sächliche Seite von Ver- und Überschuldung, Nichterfüllung, Zwangsvollstreckung und Insolvenz, so hat dies nicht nur pragmatische Gründe, sondern beruht nicht zuletzt auch auf der Überzeugung, daß die Wissenschaft vom Recht ihren eigenen Gegenstand hat und daher nicht nur berechtigt, sondern gerade dazu berufen ist, ihn auch spezifisch juristisch zu behandeln²¹.

¹⁹ Eine solche Behauptung könnte sich nicht einmal auf die altehrwürdige Rechtsverletzungslehre *Feuerbachs* berufen. Denn diese umfaßte – was nicht immer gesehen wird – erklärtermaßen „Rechte (der Unterthanen und des Staates selbst)“ (Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts, § 22), beschränkte sich also nicht auf *private* Rechte und erst recht nicht auf „subjektive Rechte“ in dem von der (heutigen) Privatrechtslehre anerkannten Umfang; vgl. nur *Amelung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, S. 28 ff.; *Vogel*, Legitimationsprobleme im Betrugsstrafrecht, S. 52 ff.

²⁰ Vgl. insoweit hier nur *V. Haas*, Kausalität und Rechtsverletzung, S. 76 ff.

²¹ In ähnlichem Sinne *Weinrib*, *The Idea of Private Law*, S. 3 ff.

Erster Teil:

Der Ausgangspunkt

§ 1 Gläubigerschädigungsstrafrecht als Gegenstand

Um die Idee und das Anliegen der nachfolgenden Untersuchungen zu verdeutlichen, soll das hier verfolgte Erkenntnisinteresse (III.) zunächst vor den Hintergrund der historisch gewachsenen Verzweigung von Rechtsverfolgung (Leistungszwang) einerseits und „Nichterfüllungsstrafrecht“ andererseits gestellt (I.) und sodann gegen bisherige Ansätze in der strafrechtlichen Literatur (II.) abgesetzt werden.

I. Nichtleistung zwischen Rechtsverkürzung und Verbrechen

1. Gläubigerschädigung als Vermögensentziehung – Der Ansatz von Hegler

In einem frühen Versuch, die Vermögensdelikte des Besonderen Teils vor dem Hintergrund der durch Vorentwurf von 1909 ausgelösten Reformdebatte in ein schlüssiges System zu bringen, weist *August Hegler* auf einen Teilbereich der von ihm sogenannten „Vermögensentziehungsdelikte“ hin, der die (drohende) Vermögensentziehung in Bezug auf „obligatorische Ansprüche“ betrifft¹. Gemeint sind damit Fälle, in denen *„durch das – natürlich schuldhaft – Verhalten des Täters der Anspruchsberechtigte die geschuldete Leistung nicht erhält bzw. nicht zu erhalten Gefahr läuft“*. Dabei will *Hegler* mehrere Schweregrade unterscheiden:

- (1) die einfache schuldhaft Nichterfüllung, insbesondere den „einfachen“ Vertragsbruch („einfaches schuldhaftes Vorenthalten dessen, was der andere kraft Rechts, speziell vertraglichen Rechts verlangen kann“);

¹ *Hegler*, ARSP 10 (1917/18), 26 (31 ff.; Hervorhebungen nur hier). Vgl. auch schon *Binding*, BT I, S. 413 ff.

- (2) den „qualifizierten“ Vertragsbruch, bei dem der Gläubiger schon vorgeleistet hat und sich daher nicht mehr durch Zurückhalten des seinerseits Geschuldeten behelfen kann; schließlich
- (3) den „gesteigerten“ Vertragsbruch durch Beeinträchtigung bzw. Gefährdung der Befriedigungsmöglichkeit aus dem Schuldnervermögen; namentlich „mittels irgend welcher positiver Manipulationen des Schuldners oder auch Dritter (Beiseiteschaffen von Befriedigungsmitteln, Sichverborgenhalten, Sichflüchten dessen, der persönliche geldwerte Leistungen zu erbringen hat usw.)“.

Heglers Beobachtung, das positive Recht gehe in diesem Bereich „verhältnismäßig sparsam“ mit Strafdrohungen um, dürfte auch heute noch zutreffen. Das geltende Strafrecht ist, wie auch die folgende Untersuchung noch einmal bestätigen wird, im wesentlichen auf die zuletzt genannte dritte Stufe begrenzt, dies allerdings ohne die durch den Ausdruck „Vertragsbruch“ nahegelegte Beschränkung auf *vertraglich* begründete Forderungsbeziehungen.

Aber auch *Heglers* Methode, das historisch gewachsene, zum Teil auch nur auf kriminalpolitischen Moden oder Zufälligkeiten beruhende², andererseits aber aus guten Gründen auch prinzipiell fragmentarische Vermögensstrafrecht der *lex lata* nicht gleichsam induktiv zu systematisieren (wogegen sich Fragmente ohnehin zu sperren pflegen³), sondern dieses vorgefundene Strafrecht gerade umgekehrt an einem metapositivistisch entwickelten System zu messen⁴, hat ihren Lohn noch nicht dahin. Die jüngst von *Jakobs* zur Diskussion gestellten Überlegungen zum „Rechtsentzug“ als Vermögensdelikt führen diese – selbstverständlich noch weit hinter *Hegler* zurückreichende – Tradition im Grunde fort, wenn sie sich erklärtermaßen eine „allgemeine Grundlegung eines Teils der sogenannten Vermögensdelikte“ zum Ziel setzen und dafür eine vom „Recht“ der „Person“ her entwickelte Position außerhalb des derzeit gegebenen Strafrechts einnehmen⁵.

² Vgl. bereits die vielzitierte Charakterisierung der Strafgesetzgebung durch *Binding*: „Kein Zweig der Gesetzgebungsgewalt äußert sich in gleichem Maaße durch Erlaß von sog. Gelegenheitsgesetzen wie die Schaffung von Strafgesetzen. Keiner arbeitet weniger methodisch. Von den Wellen des täglichen Lebens läßt sich ihr Urheber die Handlungen vor die Füße spülen, die er dann lässig aufgreift, um sie wegen ihrer Unerträglichkeit zu Verbrechenstatbeständen zu erheben“ (BT I, S. 20).

³ Mit Recht bemerkt *Hellmuth Mayer*: „Das Strafrecht kann und will nur einzelne bestimmte Handlungen unter Strafe ziehen, es kann darum nie ein System bilden wie das Zivilrecht, da es eben nicht das gesamte Rechtsleben als solches oder auch nur einen zusammenhängenden Ausschnitt desselben davon regeln will“ (Die Untreue im Zusammenhang der Vermögensverbrechen, S. 121).

⁴ *Hegler*, ARSP 9 (1915/16), 153 f.

⁵ *Jakobs*, FS Tiedemann, S. 649 (651). „Wenn sich dabei zeigt“, so heißt es dort, „dass dieser Teil [scil. der Vermögensdelikte] viel weiter reicht, als das positive Recht es anzeigt, so soll nicht behauptet werden, jedes Unrecht müsse unbedingt strafrechtlich geahndet werden; aber einen Grund, manches zu ahnden und anderes nicht, wird man schon angeben müssen, und der Zuschnitt des positiven Rechts ist bei dieser Begründung nicht sakrosankt“.

Immerhin ist mit *Heglers* eingangs zitierten Definition der „Vermögensentziehung in Bezug auf obligatorische Ansprüche“ schon ziemlich genau umrissen, was den Gegenstand der nachfolgenden Untersuchung bilden soll: die strafbare Schädigung des Gläubigers durch ein Verhalten, auf Grund dessen „der Anspruchsberechtigte die geschuldete Leistung nicht erhält bzw. nicht zu erhalten Gefahr läuft“.

2. Die Dichotomie von Zwangsvollstreckung und Strafe

Nun liegt freilich gerade das, was die *Grundform* eines solchen Verhaltens zu sein scheint, nämlich die schlicht unterlassene (rechtzeitige) Erfüllung einer Forderung durch den Schuldner, gänzlich außerhalb des Strafrechts. Der Schuldner, der eine gegen ihn bestehende Forderung nicht oder nicht rechtzeitig erfüllt, wird heute *alleine dafür* in aller Regel nicht bestraft – ganz gleich, aus welchen Gründen die Leistung ausbleibt, welche innere Einstellung der Schuldner dazu hat und welche Nachteile dem Gläubiger oder mittelbar betroffenen Dritten daraus erwachsen); er wird dafür vielmehr „nur“ zivilrechtlich verantwortlich gemacht. „Wir behandeln denjenigen nicht als einen Verbrecher, der sich in seinen vermögensrechtlichen Verbindlichkeiten gegenüber einfach passiv verhält, indem er es darauf ankommen läßt, ob der Gläubiger auf seinem Rechte stehen, und dasselbe mit den hiefür gegebenen Mitteln zur Geltung bringen werde“⁶. Dafür sind mehrere verschiedenartige (etwa historische oder rechtssoziologische) Erklärungsansätze sowie ebenfalls unterschiedliche (strafrechtstheoretische, rechtsphilosophische oder kriminalpolitische) Rechtfertigungsversuche denkbar, angefangen bei der – im übrigen auch aus der Diskussion um die Herausbildung des modernen Betrugsbegriffs im 19. Jahrhundert bekannten⁷ – pragmatischen Überlegung, die ubiquitäre und massenhafte Begehung solcher „Delikte“ müsse das dann allzu häufig geführte Schwert des Strafrechts stumpf werden lassen, bis hin zur aufwendig begründeten Lehre von der kategorialen Verschiedenheit bürgerlichen und kriminellen Unrechts im Sinne der *Hegel'schen* Rechtsphilosophie.⁸

a) Grundzüge

Vorläufig mag jedoch ein Blick auf die in diesem Zusammenhang seit Jahrhunderten immer wieder formulierte, in der Sache auch kaum mehr bestrittene These genügen, das dem Gläubiger zur Verfügung stehende Zwangsvollstreckungsrecht

⁶ So *Merkel*, Die Lehre vom strafbaren Betrüge, S. 271.

⁷ *Schütz*, Die Entwicklung des Betrugsbegriffs in der Strafgesetzgebung vom Codex Juris Bavarici Criminalis (1751) bis zum Preußischen Strafgesetzbuch (1851), S. 190 ff.

⁸ Die damit verbundenen Schwierigkeiten lassen sich gut erkennen etwa bei *Bekker*, Theorie des heutigen Deutschen Strafrechts, S. 110 (gegen *Köstlin*) einerseits und *Seeger*, Abhandlungen aus dem Strafrechte, S. XIX ff., andererseits.