

## 1. Sachverhalt<sup>1</sup>

Die Planungsgesellschaft Bahnbau Deutsche Einheit der Deutschen Bahn AG (im Folgenden: PBDE) vergibt im Rahmen des Projekts „Bahnstrecke Hannover/Berlin“ einen Bauauftrag an die Baugesellschaft Arge. Auf Verlangen der PBDE errichtet die Arge auch Baustraßen außerhalb der Bahntrasse. Diese Leistung hält die PBDE für vom Hauptvertrag gedeckt und vergütet sie nicht gesondert, wie von der Arge in einem Nachtragsangebot gefordert. Für diese Forderung wurde bisher keine prüf-fähige Rechnung erstellt, sie ist somit nicht fällig.

Der Angeklagte D (Geschäftsführer der Arge) überzeugt zwei Mitarbeiter der PBDE, welche an der Prüfung der abgelehnten Forderung der Arge beteiligt sind, von der Berechtigung dieser Forderung. Gemeinsam planen sie, die Vergütung der Arge doch noch zu erreichen, indem sie in das Nachtragsangebot einen fingierten Sachverhalt („Grundsanierung“) aufnehmen. Die PBDE soll diese nie erbrachte Leistung bezahlen, wodurch die berechtigte Forderung beglichen werden soll und nicht mehr eingeklagt werden müsste. Der Plan gelingt und die Vergabekommission der PBDE beschließt eine Vertragsänderung, im Zuge derer auch die

Februar 2012

## Schadenskompensations-Fall

*Betrug / Vermögensschaden*

§§ 263 Abs. 1, 266 Abs. 1 2. Fall, 25 Abs. 2, 27, 52 StGB

### Leitsätze der Bearbeiterinnen:

1. Auch durch unmittelbare Befreiung von einem noch nicht fälligen Anspruch kann der Vermögensschaden kompensiert werden, denn auch eine (noch) nicht fällige Forderung hat einen wirtschaftlichen Wert.
2. Allerdings ist der Nominalwert der Forderung entsprechend dem zur Herbeiführung der Fälligkeit zu betreibenden Aufwand zu mindern.

BGH, Urteil vom 05. Juli 2011 – 3 StR 444/10; veröffentlicht in NSTZ-RR 2011, 312-314 = StV 2011, 733.

„Grundsanierung“ vergütet wird. Die Arge bestätigt diese Vertragsänderung. Daraufhin wird der Betrag ausgezahlt.

Das Landgericht verurteilt den Geschäftsführer D wegen gemeinschaftlichen Betrugs in Tateinheit mit Beihilfe zur Untreue (§§ 263 Abs. 1, 266 Abs. 1 2. Fall, 25 Abs. 2, 27, 52 StGB) zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr.

Hiergegen legt der Angeklagte Revision zum BGH ein.

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Die zentrale Frage in diesem Fall ist, ob, und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen, der Vermögensschaden (beim Betrug) durch einen noch nicht fälligen Anspruch kompensiert werden kann.

Der Vermögensschaden bzw. Vermögensnachteil ist Tatbestandsmerkmal sowohl in den §§ 263 ff. StGB als

<sup>1</sup> Wir haben den Sachverhalt der Entscheidung gekürzt und leicht verändert, um die Hauptprobleme deutlicher hervortreten zu lassen.

auch bei der Erpressung, § 253 StGB, und der Untreue, § 266 StGB.

Wie der Schaden bestimmt wird, hängt maßgeblich von der Definition des Vermögens ab. Diese ist jedoch umstritten:

Nach einer **rein wirtschaftlichen Betrachtungsweise** umfasst das Vermögen alle wirtschaftlich wertvollen und geldwerten Güter seines Inhabers.<sup>2</sup>

Auch der von der herrschenden Meinung<sup>3</sup> vertretene **juristisch-ökonomische Vermögensbegriff** geht von einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise aus. Allerdings gilt die Einschränkung, dass nur diejenigen wirtschaftlichen Werte erfasst sein sollen, welche sonst von der Rechtsordnung zumindest nicht missbilligt werden. Wegen desselben Ausgangspunkts gelten die folgenden Ausführungen für beide Begriffe gleichermaßen.

Die beiden Vermögensbegriffe nehmen eine **objektiv-individuelle Schadensbeurteilung** vor.

Der objektive Aspekt besteht im Ermitteln des Bestehens und gegebenenfalls der Höhe eines Vermögensschadens durch eine **Gesamtsaldierung**.<sup>4</sup> Nach diesem wirtschaftlichen Saldierungsprinzip liegt ein Vermögensschaden vor, wenn der Vergleich des Wertes des Vermögens unmittelbar vor und unmittelbar nach der Vermögensverfügung eine Gesamtwertminderung ergibt.<sup>5</sup> Insofern kann die Vermögensminderung durch einen entsprechenden Vermögenszufluss aufgewogen wer-

den.<sup>6</sup> Entscheidend ist, dass es sich um eine **objektiv-wirtschaftlich vollwertige Kompensation** handelt.<sup>7</sup> Diese kann auch in der **Befreiung von einer Verbindlichkeit** bestehen. Hier ist allerdings **Unmittelbarkeit** gefordert: Es muss eine unmittelbare Beziehung zwischen Erlangtem und nicht mehr bestehender Verbindlichkeit entstehen. Der (dann ehemalige) Schuldner muss also unmittelbar von einem bestehenden Anspruch befreit werden, damit er nicht Gefahr läuft, auf beide Ansprüche leisten zu müssen.<sup>8</sup> Eine solche Kompensation tritt auch ein, wenn der Gläubiger die Leistung des Schuldners durch rechtswidrige Mittel erlangt.<sup>9</sup> Bisher musste die Leistungserlangung insofern der materiellen Rechtsordnung entsprechen, als dass der **berechtigte Anspruch auch fällig** sein musste.<sup>10</sup> Einem nicht fälligen Anspruch kam demnach kein wirtschaftlicher Wert zu, wodurch eine Saldierung unmöglich war.<sup>11</sup>

Die individuelle Komponente der Schadensbeurteilung wird in Form des **persönlichen Schadenseinschlags** berücksichtigt, wobei es sich um eine normative Korrektur der objektiven Beurteilung handelt.<sup>12</sup> Auch wenn sich objektiv gleichwertige Leistungen gegenüberstehen, kann man durch das Abstellen auf die individuellen Verhältnisse zu einem Schaden kommen. Anerkannte Fallgruppen sind: Das Opfer kann die erhaltene Leistung nicht zu dem vertraglich vorausgesetzten Zweck verwenden, es wird durch die Leistung zu

<sup>2</sup> Rengier, StR BT I, 13. Aufl. 2011, § 13 Rn. 121.

<sup>3</sup> BGH NStZ-RR 2009, 106, 107; Tiedemann, in: LK, 11. Aufl. 2005, Vor § 263 Rn. 26, 132; Hefendehl, in: MüKo, 2006, § 263 Rn. 338; Rengier, (Fn. 2), § 13 Rn. 119.

<sup>4</sup> Hefendehl, in: MüKo (Fn. 3), § 263 Rn. 442 ff.; Fischer, StGB, 59. Aufl. 2012, § 263 Rn. 110 ff.

<sup>5</sup> BGHSt 16, 220, 221; BGHSt 53, 199, 201 f.; Tiedemann, in: LK (Fn. 3), § 263 Rn. 159.

<sup>6</sup> BGH NJW 1961, 685; Kühl, in: Lackner/Kühl, 27. Aufl. 2011, § 263 Rn. 36a.

<sup>7</sup> Rengier (Fn. 2), § 13 Rn. 156.

<sup>8</sup> BGH wistra 1982, 68 f.; BGH NStZ-RR 1997, 298, 299.

<sup>9</sup> BGH NJW 1953, 1479; BGH wistra 1982, 68 f.

<sup>10</sup> BGH NStZ 2001, 542, 543 f.; Kindhäuser, in: NK, 3. Aufl. 2010, § 263 Rn. 249 m.w.N.

<sup>11</sup> In BGH NStZ-RR 2011, 312, 314 ohne weitere Nachweise als nicht mehr vertretbare Ansicht angeführt.

<sup>12</sup> Fischer (Fn. 4), § 263 Rn. 146 ff. m.w.N.

vermögensschädigenden Folgemaßnahmen genötigt oder ihm werden in die wirtschaftliche Existenz bedrohender Weise Mittel entzogen.<sup>13</sup>

Dem so genannten **funktionalen Vermögensbegriff**<sup>14</sup> zufolge umfasst das Vermögen die Verfügungsmacht einer Person über alle ihr durch die Rechtsordnung zugeordneten übertragbaren Güter und Nutzungsmöglichkeiten, wobei diese nur abstrakt einem Geldwert entsprechen müssen. Ein Vermögensschaden tritt ein, sofern rechtsgrundlos Verfügungsgewalt über ebendiese Vermögensgegenstände eingeübt wird. Dieser kann nur durch Erreichen ihres Zwecks kompensiert werden.<sup>15</sup> Der Zweck der Verfügung bestimmt sich nach der Parteiabrede bzw. der Verkehrsauffassung<sup>16</sup> – insofern ist der Ausgangspunkt für diesen Ansatz subjektiv. Allerdings kommt es darauf an, wie sich dieser subjektive Zweck aus einer objektiven Perspektive darstellt.<sup>17</sup> Bei einer Übereignung wäre der Zweck z.B. die Verschaffung des Eigentums.

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH hebt das Urteil des LG Hildesheim auf.

Er folgt seiner bisherigen Rechtsprechung hinsichtlich der Definition des Vermögensschadens nach der juristisch-ökonomischen Methode, insbesondere auch der Saldierung unter lebensnaher wirtschaftlicher Betrachtungsweise.<sup>18</sup> Auch wird erneut klargestellt, dass ein Vermögenszuwachs im Befreien von einer, gegebenenfalls schwer zu beweisenden, Verbindlichkeit

bestehen kann.<sup>19</sup> Bezüglich der geforderten unmittelbaren Beziehung zwischen Erlangtem und berechtigtem Anspruch mahnt der BGH zur sorgfältigen Betrachtung des Sachverhalts. So müsse auch ein möglicherweise nur indirekt zum Ausdruck gebrachter Verzicht des Inhabers eines berechtigten Anspruchs auf ebendiesen geprüft werden.<sup>20</sup>

Völlig Neues ergibt sich in diesem Urteil aus den Ausführungen des BGH zur möglichen **Kompensation** des Vermögensschadens: Der Schaden kann **grundsätzlich auch durch das Erlöschen eines noch nicht fälligen Anspruchs** kompensiert werden.<sup>21</sup> Diese Änderung der Rechtsprechung wird als Reaktion auf die veränderten Gegebenheiten des Wirtschaftslebens erklärt.<sup>22</sup> Vor allem vor dem Hintergrund, dass der Handel mit Optionen<sup>23</sup>, Futures<sup>24</sup> und Ähnlichem möglich ist, sei die Auffassung, eine noch nicht fällige Forderung habe keinen wirtschaftlichen Wert, nicht mehr zeitgemäß.<sup>25</sup>

Im vorliegenden Fall sei die Forderung nicht fällig geworden, da die Angeklagten keine prüffähige Rechnung erstellt hätten, wodurch im Endeffekt keine Doppelbelastung der PBDE habe entstehen können.<sup>26</sup> Der BGH führt in diesem Zusammenhang aus, dass, wenn die Fälligkeit einer Forderung nicht herbeigeführt wird und die Forderung somit nicht geltend gemacht werden kann, dies nicht der Kompensati-

<sup>13</sup> Rengier (Fn. 2), § 13 Rn. 177.

<sup>14</sup> Kindhäuser, in: NK (Fn. 10), § 263 Rn. 35 ff.

<sup>15</sup> Kindhäuser, in: NK (Fn. 10), § 263 Rn. 248.

<sup>16</sup> Kindhäuser, in: NK (Fn. 10), § 263, Rn. 280.

<sup>17</sup> Insofern besteht eine Parallele zur Auslegung von Willenserklärungen nach den §§ 133, 157, 242 BGB.

<sup>18</sup> BGH NSTZ-RR 2011, 312, 313.

<sup>19</sup> BGH NSTZ-RR 2011, 312, 313.

<sup>20</sup> BGH NSTZ-RR 2011, 312, 314.

<sup>21</sup> BGH NSTZ-RR 2011, 312, 314.

<sup>22</sup> BGH NSTZ-RR 2011, 312, 314.

<sup>23</sup> Sog. bedingtes Termingeschäft, bei dem gegen eine Prämie das Recht erworben wird, ein bestimmtes Vertragsangebot zu einem späteren Zeitpunkt annehmen od. anlehnen zu können; Duden, Wirtschaft von A bis Z, 2. Aufl. 2004, S. 457.

<sup>24</sup> Beidseitig verpflichtender Vertrag über Abnahme und Kaufpreiszahlung an einem zukünftigen festgelegten Fälligkeitszeitpunkt; Duden (Fn. 23), S. 434.

<sup>25</sup> BGH NSTZ-RR 2011, 312, 314.

<sup>26</sup> BGH NSTZ-RR 2011, 312, 314.

onsfähigkeit entgegenstehen darf,<sup>27</sup> sondern gerade Voraussetzung für die Kompensationsfähigkeit einer Forderung ist.<sup>28</sup>

Allerdings dürfe dem Vermögen nicht einfach ein Wert in Höhe des Nominalwertes der berechtigten Forderung (also ihrem Wert bei Fälligkeit) entnommen werden. Vielmehr müsse dem wirtschaftlichen Wert einer noch nicht fälligen Forderung durch einen **Abschlag** vom Nominalwert entsprochen werden.<sup>29</sup> Die Höhe dieses Abschlags bestimme sich nach dem zur Herbeiführung der Fälligkeit notwendigerweise zu betreibenden Aufwand.<sup>30</sup> Der wirtschaftliche Wert einer noch nicht fälligen Forderung entspreche also der Differenz zwischen Nominalwert der Forderung und zur Bewirkung der Fälligkeit noch zu erbringenden Leistungen. So sei der Nominalwert kaum zu mindern, wenn schon „ein Federstrich“ die Fälligkeit bewirke.<sup>31</sup> Im vorliegenden Fall seien zum Beispiel die Faktoren zu berücksichtigen, dass die Höhe der Forderung bis dato lediglich ein Schätzwert war und dass die Arge in einem etwaigen Verfahren die Beweislast zu tragen hätte. Die tatsächlich erlangte Vergütung der Arge betrage circa 2/3 der wahrscheinlichen Höhe der berechtigten Forderung. In diesem Fall sei von einem angemessenen Abschlag auszugehen.<sup>32</sup>

#### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Für die Studierenden stellt sich in der Prüfung des Betrugs zunächst das altbekannte Aufbauproblem, ob der strittige Vermögensbegriff bei der Vermögensverfügung oder dem Vermögensschaden zu erörtern ist.<sup>33</sup>

<sup>27</sup> Wie bisher angenommen, siehe oben.

<sup>28</sup> BGH NStZ-RR 2011, 312, 314.

<sup>29</sup> BGH NStZ-RR 2011, 312, 314.

<sup>30</sup> BGH NStZ-RR 2011, 312, 314.

<sup>31</sup> BGH NStZ-RR 2011, 312, 314.

<sup>32</sup> BGH NStZ-RR 2011, 312, 314.

<sup>33</sup> Der Tatbestand des Betrugs wird grundsätzlich wie folgt geprüft:

Nach Ansicht der meisten Autoren soll bei der Vermögensverfügung lediglich geprüft werden, ob überhaupt eine Verfügung stattgefunden hat. Auf deren Relevanz für das Vermögen – und in diesem Zuge auch auf den Vermögensbegriff als solchen – wird erst innerhalb des Vermögensschadens eingegangen.<sup>34</sup> Dieses Vorgehen ist vor allem dann sinnvoll, wenn man auf das Merkmal der „Vermögensverfügung“ bei den §§ 253, 255 und 266 StGB verzichten will, um eine einheitliche Prüfung zu gewährleisten.<sup>35</sup> Jedoch sollte dogmatisch sauber schon innerhalb der Vermögensverfügung der etwaige vermögensrelevante Abfluss erörtert werden. Hier wäre also bereits der Vermögensbegriff zu erklären. Im Prüfungspunkt Vermögensschaden wäre sodann auf die mögliche Kompensation einzugehen.<sup>36</sup> Zumindest sofern sich bei der Prüfung das Kompensationsproblem mit einem noch nicht fälligen Anspruch stellt, sollte der letztgenannte Aufbau gewählt werden. Dadurch wird die Darstellung übersichtlicher und schlüssiger.

Studierenden schlagen wir in solchen Fällen im Einzelnen folgende Vorgehensweise zur **Prüfung des Vermögensschadens** vor:<sup>37</sup> Zunächst sollte festgestellt werden, dass zwar eine Vermögensminderung eingetreten ist (dem vorgeschlagenen Prüfungsaufbau folgend sollte dies bereits bei der Vermögensverfügung erörtert worden

- 
- I. Objektiver Tatbestand
    1. Täuschung
    2. Irrtum
    3. Vermögensverfügung
    4. Vermögensschaden
  - II. Subjektiver Tatbestand
    1. Vorsatz
    2. Bereicherungsabsicht
    3. Rechtswidrigkeit der erstrebten Bereicherung

<sup>34</sup> Exemplarisch: *Rengier* (Fn. 2), § 13 Rn. 72 ff.

<sup>35</sup> *Rengier* (Fn. 2), § 13 Rn. 72 ff.

<sup>36</sup> *Hansen*, JURA 1990, 510, 511 f.; *Rengier* (Fn. 2), § 13 Rn. 72 ff.

<sup>37</sup> Nach vorangegangener Verfügungsprüfung wie oben.

sein), diese jedoch bei Befreiung des Schuldners von einer berechtigten Forderung kompensiert wird und somit keinen Vermögensschaden hervorruft. Sodann ist unter der Unterüberschrift **„Berechtigte Forderung“** zu erörtern, dass der Anspruch zwar entstanden, jedoch (noch) nicht fällig ist. An dieser Stelle sollte auf die hier vorgestellte neue Rechtsprechung des BGH eingegangen werden, indem erklärt wird, dass auch einer noch nicht fälligen Forderung ein wirtschaftlicher Wert zukommt und diese somit auch kompensierend wirken kann. Nun kann unter der Unterüberschrift **„Abschlag“** darauf eingegangen werden, dass der wirtschaftliche Wert der nicht fälligen Forderung allerdings nicht dem Nominalwert der Forderung entspricht, sondern gegenüber diesem zu mindern ist.<sup>38</sup> Es ergibt sich daraus das Problem der Bestimmung eines angemessenen Abschlags. Genaue Vorgaben zur Abschlagsberechnung gibt der BGH nicht,<sup>39</sup> es bleibt dem Einzelfall überlassen, die jeweiligen Umstände zu würdigen und die Angemessenheit anzunehmen oder abzulehnen. In der Vermögensschadensprüfung sollte dann zuletzt unter der Unterüberschrift **„Unmittelbarkeit“** sorgfältig erörtert werden, ob der Handelnde eine unmittelbare Beziehung zwischen bestehendem Anspruch und durch die Verfügung tatsächlich Erlangtem geschaffen hat.<sup>40</sup>

Ferner ist zu beachten, dass es sich bei der Fälligkeit der Forderung um eine zivilrechtliche Frage handelt und in einer strafrechtlichen Klausur gegebenenfalls inzident Schuldrecht geprüft wer-

den muss. Dies sollte jedoch nicht zu umfangreich ausfallen.

## 5. Kritik

Gegen die wirtschaftliche Definition des Vermögensbegriffs spricht ihre zu enge Bindung an wirtschaftliche Wertungen. Schließlich sind diese nicht sonderlich beständig;<sup>41</sup> sie passen sich fortlaufend den sich schnell wandelnden Gegebenheiten des Wirtschaftslebens an, dadurch ändert sich aber auch das Merkmal des Vermögens in § 263 StGB permanent.<sup>42</sup> Das ist mit dem strafrechtlichen Bestimmtheitsgebot aus Art. 103 Abs. 2 StGB nicht vereinbar.<sup>43</sup>

Ebenso schnell können wirtschafts- und gesellschaftspolitische Zielsetzungen die wirtschaftliche Vermögensdefinition und hierüber die Strafbarkeit beeinflussen.<sup>44</sup> Allerdings sollte das Strafrecht von solchen momentanen, häufig unreflektierten Strömungen unberührt bleiben.

Darüber hinaus stellt sich die Frage, inwieweit Strafgerichte im Einzelfall noch den wirtschaftlichen Wert hochkomplexer immaterieller Güter beurteilen können, wenn dies schon Experten, seien es Volkswirtschaftler oder Banker, schwer fällt.<sup>45</sup>

Schließlich macht die wirtschaftliche Herangehensweise beim persönlichen Schadenseinschlag Ausnahmen, die eher von Billigkeitserwägungen als von einem einheitlichen Konzept getragen sind. Resultat sind Einzelfallentscheidungen,<sup>46</sup> die Rechtsunsicherheit schaffen.

<sup>38</sup> Siehe oben.

<sup>39</sup> Allerdings hängt die Angemessenheit vom Aufwand zur Fälligkeitsherbeiführung ab, siehe oben.

<sup>40</sup> Vgl. auch Fn. 33; dann wie folgt innerhalb des Vermögensschadens:

4. Vermögensschaden
  - a. Berechtigte Forderung
  - b. Abschlag
  - c. Unmittelbarkeit

<sup>41</sup> BGH NSTZ-RR 2011, 312, 314.

<sup>42</sup> *Kindhäuser*, in: NK (Fn. 10), § 263 Rn. 24.

<sup>43</sup> *Kindhäuser*, in: NK (Fn. 10), § 263 Rn. 277.

<sup>44</sup> *Fischer* (Fn. 4), § 263 Rn. 4.

<sup>45</sup> Zur ähnlichen Problematik bei der Bewertung von Anwartschaften und Erwartungen siehe *Hefendehl*, in: MüKo (Fn. 3), § 263 Rn. 339 ff.

<sup>46</sup> *Hefendehl*, in: MüKo (Fn. 3), § 263 Rn. 310.

Das insoweit Gesagte lässt sich ebenso gegen den juristisch-ökonomischen Vermögensbegriff vorbringen. Dieser versucht zwar Schwächen einer rein wirtschaftlichen Betrachtungsweise auszugleichen, indem von der Rechtsordnung nicht gebilligte Werte aus dem Vermögensbegriff herausgenommen werden, es fehlt aber wiederum an durchgängigen Kriterien. Dies zeigt sich auch an dem vielfältigen Meinungsspektrum bezüglich der normativen Korrektur des Vermögensbegriffs.<sup>47</sup>

Der funktionale Ansatz ist demgegenüber schlüssiger, indem er von vornherein den Zweck einer Verfügung als maßgebliches Kriterium zur Bestimmung des geschützten Vermögens heranzieht. Korrektive wie den persönlichen Schadenseinschlag braucht dieser Ansatz daher nicht.<sup>48</sup> Der Wert eines Wirtschaftsgutes lässt sich bei lebensnaher Betrachtung einfach nicht von der Vorstellung der disponierenden Person trennen.<sup>49</sup>

Noch nicht fälligen Forderungen kommt sicher ein gewisser wirtschaftlicher Wert zu, diesen zu berücksichtigen ist nach dem vom BGH vertretenen juristisch-ökonomischen Vermögensbegriff auch konsequent. Wiederum tritt jedoch das Problem der Wertbemessung auf; hier noch dadurch verstärkt, dass zusätzlich ein angemessener Abschlag vom Wert der Forderung entsprechend des Aufwandes zur Herbeiführung der Fälligkeit vorgenommen werden soll. Dabei müssen zukünftige Ereignisse berücksichtigt werden, die noch nicht zweifelsfrei evaluierbar sind. Für die Bestimmung des Abschlags gibt der BGH zwar Ansatzpunkte, geht jedoch „auf Grund der lückenhaften Ur-

teilsgründe“<sup>50</sup> nicht detaillierter darauf ein. Angesichts der Anforderungen, die das BVerfG in seiner neuen Entscheidung<sup>51</sup> zur Bestimmtheit des Vermögensschadens aufgestellt hat, erscheint dies bedenklich.

Die größten Bedenken bestehen allerdings dagegen, dass diese noch nicht fälligen Forderungen nunmehr einen Nachteil kompensieren können sollen. Es kann nicht Bestreben der Rechtsprechung sein, Gläubiger zur eigenmächtigen Durchsetzung ihrer Ansprüche durch rechtswidrige Mittel zu ermutigen.

Des Weiteren kann der Gläubiger nach dieser Rechtsprechung das Vermögen des Schuldners nach seinem Belieben umschichten, solange lediglich der Wert gleich bleibt.<sup>52</sup> Berücksichtigt man, dass es dem Geschädigten letztlich nicht so sehr auf sein Vermögensniveau wie auf seine einzelnen Vermögensbestandteile ankommt, erscheint dieses Ergebnis untragbar.

Der funktionale Ansatz gelangt auch im hier vorliegenden Fall zum schlüssigeren Ergebnis. Eine Kompensation durch einen noch nicht fälligen Anspruch würde hier ausscheiden, da die vorgenommene Verfügung nicht ihren objektiven Zweck erreicht hat.

Ein Rückgriff auf die funktionalen Überlegungen fördert zudem Rechtssicherheit.

In einer früheren Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht<sup>53</sup> das Vermögen allerdings als wirtschaftliche Größe bezeichnet, daher erscheint ein Umdenken in der Rechtsprechung eher unwahrscheinlich.

(Swantje Maecker/Laura Ornella Leib)

<sup>47</sup> Vgl. *Kühl*, in: Lackner/Kühl (Fn. 6), § 263 Rn. 33.

<sup>48</sup> Auch bzgl. der schadensgleichen Vermögensgefährdung; siehe *Kindhäuser*, in: NK (Fn. 10), § 263 Rn. 302.

<sup>49</sup> *Kindhäuser*, in: NK (Fn. 10), § 263 Rn. 26.

<sup>50</sup> BGH NStZ-RR 2011, 312, 314.

<sup>51</sup> BVerfG, Urteil vom 7.12.2011 – 2 BvR 2500/09, 2 BvR 1857/10.

<sup>52</sup> Siehe generell zu diesem Problem *Kindhäuser*, in: NK (Fn. 10), § 263 Rn. 285.

<sup>53</sup> BVerfGE 126, 170 ff.