

Strafrechtliche Abhandlungen

Neue Folge • Band 268

**Schadensbezifferung und bilanzielle
Berechnung des Vermögensschadens
bei dem Tatbestand des Betruges
(§ 263 StGB)**

Von

Thomas Wostry



Duncker & Humblot • Berlin

THOMAS WOSTRY

Schadensbeizifferung und bilanzielle Berechnung
des Vermögensschadens bei dem Tatbestand
des Betruges (§ 263 StGB)

Strafrechtliche Abhandlungen · Neue Folge

Begründet von Dr. Eberhard Schmidhäuser (†)

em. ord. Prof. der Rechte an der Universität Hamburg

Herausgegeben von

Dr. Dres. h. c. Friedrich-Christian Schroeder

em. ord. Prof. der Rechte an der Universität Regensburg

und

Dr. Andreas Hoyer

ord. Prof. der Rechte an der Universität Kiel

in Zusammenarbeit mit den Strafrechtslehrern der deutschen Universitäten

Band 268

Schadensbezifferung und bilanzielle Berechnung des Vermögensschadens bei dem Tatbestand des Betruges (§ 263 StGB)

Von

Thomas Wostry



Duncker & Humblot · Berlin

Zur Aufnahme in die Reihe empfohlen von
Professor Dr. Helmut Frister, Düsseldorf

Die Juristische Fakultät
der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf hat diese Arbeit
im Jahre 2014 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2016 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: L101 Mediengestaltung, Berlin
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0720-7271
ISBN 978-3-428-14756-4 (Print)
ISBN 978-3-428-54756-2 (E-Book)
ISBN 978-3-428-84756-3 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ∞

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

*Meinen lieben Eltern
dankbar gewidmet*

Vorwort

Diese Dissertation lag der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf im Sommersemester 2014 vor. Das Manuskript wurde soweit möglich auf den Stand Frühjahr 2015 gebracht. Dass diese Schrift zu einem erfolgreichen Abschluss geführt werden konnte, verdanke ich der intensiven Förderung meines Doktorvaters, Professor Dr. Helmut Frister. Er stand mir jederzeit mit Rat und Zuspruch zur Seite. Ebenfalls Dank geschuldet ist Herrn Professor Dr. Christian Kersting, LL.M. (Yale), für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

An dem Gelingen dieser Schrift haben auch meine Eltern einen besonderen Anteil, indem sie mir unzählige Lebens- und Forschungsmöglichkeiten eröffneten. Mein Vater stand für kontroverse Diskussionen zum Promotions-thema stets zur Verfügung. Auch Falk und Lena sowie Dr. Bernhard J. Georgii, LL.M. (NYU), und Dr. Richard Jansen, LL.M. (King's College London), unterstützten sehr aufmerksam meine Promotionszeit und waren jeweils hilfreiche Ansprechpartner für die Vertiefung von Einzelfragen.

Im Zuge der Anfertigung dieser Schrift boten sich zahlreiche Gelegenheiten zum Austausch: Besonders verbunden bin ich Herrn Akad. Rat a. Z. Dr. Christian Brand für seine anhaltende ebenso freundschaftliche wie fachliche Zuwendung. Herr Professor Dr. Thomas Ratajczak gewährte mir zahlreiche praktische Einblicke in das Medizinrecht, insbesondere zu Fragen des Abrechnungsbetrugs. Ferner hat Herr Professor Dr. Dr. h.c. Marcelo A. Sancinetti, Universität Buenos Aires, mit einer langjährigen juristisch-philosophischen Korrespondenz meinen Werdegang und insbesondere die Promotionsphase begleitet; ebenso Herr Professor Dr. Daniel Pastor, in dessen Seminar an der Universität Buenos Aires ich während der Promotionszeit mehrmals zum Betrugsschaden referieren durfte.

Besonderer Dank gilt schließlich dem Freundeskreis der Düsseldorfer Juristischen Fakultät e.V., der einen großzügigen Druckkostenzuschuss gewährte.

Düsseldorf, im August 2015

Thomas Wostry

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung und Problemaufriss	17
I. Das Eine und das Ganze	20
II. Rationalismus und Empirismus	21
III. Katzen in Kopenhagen	22
IV. Erste Eingrenzungen anhand der Rechtsprechung des BVerfG	28
V. Gang der Untersuchung	31
B. Vermögenswertschutz in der bürgerlichen Strafrechtsordnung	32
C. Die strafrechtlichen Grundsätze der Schadensberechnung	38
I. Das wirtschaftliche Fundament des Vermögensbegriffs und Vermögensschadens	38
1. Grundlagen	38
2. Normative Korrekturen des wirtschaftlichen Vermögensbegriffs ...	40
3. Ein „Flüsterkneipen-Argument“	42
4. Fazit	43
II. Das Bezifferbarkeitserfordernis	43
1. Das Bezifferbarkeitserfordernis als Korrektiv der Vermögens- gefährdung	44
a) Die Einheitlichkeit der Schadensfeststellung	44
b) Das Verschleifungsverbot	46
c) Fazit: Ablehnung der Bezifferung als Korrektiv der Vermögens- gefährdung	50
d) Die weitere Vorgehensweise zur Ergründung eines Bezifferungs- gebotes	51
e) Allgemeine Folgenbetrachtung	51
2. Die „einfach gelagerten Fälle“	53
a) Das praktische Argument	54
b) Der praktische Einwand als <i>petitio principii</i>	55
3. Zusammenfassung der Überlegungen	56
III. Das dogmatische Fundament des Bezifferungsgebotes	57
1. Lösung über § 261 StPO	58
a) Argument aus Art. 103 Abs. 2 GG	59
b) Die freie richterliche Beweiswürdigung, § 261 StPO	59
c) Die Bezifferung als Beweis- oder Entscheidungsregel	60
d) Einschränkung zulässiger Beweismittel über ein Bezifferbar- keitskriterium?	62
e) Zusammenfassung	64

2. Bezifferbarkeit als Bestandteil des tatbestandlichen Schadensbegriffs	64
a) „Inhaltslücke“ und Wortlautauslegung	66
b) Die mathematische Differenz als Inhalt des Schadensmerkmals	66
c) Die Suche nach dem Differenzergebnis	68
d) Sprachlogik und Norminhalt sowie zur Vorgehensweise	69
e) Zusammenfassung der ersten Prämisse und Hypothesenbildung	70
f) Sicheres Wissen als Ergebnis der Differenzbildung	71
g) Zahlen und Variablen	75
h) „Wenn du weißt, daß hier eine Hand ist ...“	78
i) Übertragung der Ergebnisse auf die Berechnung des Vermögensschadens	86
j) Erweiterung der Befunde um „erste Gründe“ in „einfach gelagerten Fällen“?	88
k) Plausibilisierung des Ergebnisses	90
l) Abgleich mit dem Tatbestand der Körperverletzung	91
m) Einordnung des Bezifferungsgebots in das Erfolgsdelikt	92
n) La suave melodía	93
o) Folgerungen für die Versuchsstrafbarkeit	95
3. Die Schadensbezifferung in der Strafzumessung	96
a) Argument gegen eine Schätzmöglichkeit aus § 263 Abs. 3 Nr. 2 StGB	98
b) Die Möglichkeit der Schätzung des Gesamtschadens in der Strafzumessung	99
c) Schätzungen im Betäubungsmittelstrafrecht	100
d) Die Bestimmung des Blutalkoholpegels zur Tatzeit	101
e) Schadenshochrechnung bei „serienmäßigem“ Abrechnungsbetrug	102
f) Fazit	103
4. Zusammenfassung	104
IV. Die Modalitäten der Schadensberechnung	105
1. Der Berechnungszeitpunkt	106
a) Das Wortlautargument	110
b) Betrug als Selbstschädigungsdelikt und Zurechnung	110
c) Die historische Perspektive	111
d) Mangelnde Rückbindung der hypothetischen Lesart an den Vermögensbegriff	112
e) Der Vorschlag einer ex ante-Korrektur von Bittmann	114
f) Gegenproben	115
g) Rekurs auf die zivilrechtliche Differenzhypothese	116
h) Zusammenfassung	129
2. Das sog. „Unmittelbarkeitserfordernis“	129
a) Die Unmittelbarkeit des Verfügungserfolges und der Kompensation	130

b) Konkretisierung von Verfügungs- und Kompensations- zusammenhang	133
c) Das Kriterium der wirtschaftlichen Wechselbezüglichkeit	135
d) Auswirkungen des gefundenen Kriteriums auf Gestaltungs- rechte	139
e) Kontrollüberlegungen	140
f) Zusammenfassung der Ergebnisse	141
V. Der Vollendungszeitpunkt	142
1. Der Eingehungsbetrug	143
2. Die Beispiele des echten und unechten Erfüllungsbetruges	144
3. Zusammenfassung	147
VI. Zweckverfehlung und individueller Schadenseinschlag	147
1. Die Zweckverfehlungslehre	147
2. Der individuelle Schadenseinschlag als unzulässige Billigkeits- korrektur	149
a) Die Kammerentscheidung zur Haushaltsuntreue	150
b) Friktionen in der neueren Rechtsprechung des BGH zum Schadenseinschlag	152
3. Zusammenfassung zu Zweckverfehlung und Schadenseinschlag ...	152
VII. Fazit der strafrechtlichen Überlegungen	153
D. Vorüberlegungen und Stand der Forschung zur „Schadensbilanz“	154
I. Ein Idealtyp der Schadensbilanz?	154
1. Allgemeine Anforderungen	154
2. Darstellungsumfang: Hohe Sensitivität und Spezifität	155
3. Darstellung des Gesamtvermögenswerts	156
4. Unsicherheiten und Zweifelssatz	158
II. Das Bilanzrecht in der vermögensstrafrechtlichen Rechtsprechung ..	158
1. Ein Gastspiel	158
2. Ein Statist	160
3. Die Nebenrolle seit Juni 2010	162
4. Zusammenfassung	163
III. Stellungnahmen aus der Literatur	164
1. Stellungnahmen vor BVerfGE 126, 170	164
2. Bilanzen als Mittel der Konkretisierung zivilrechtlich begründeter Herrschaft	165
a) Vermögensbegriff und Herrschaftsprinzip	165
b) Herrschaftsprinzip und wirtschaftliche Sichtweisen	166
c) Das Bilanzrecht unter dem Herrschaftsprinzip als Schadens- rechner	169
d) Die Untauglichkeit der Aktivseite als Schadensindikator	170
e) Der für die Bilanzierung maßgebliche Blickwinkel	170
3. Der Rekurs auf den Überschuldungsstatus	172
4. Anwendung des Teilwerts zur Ermittlung des Vermögensschadens	173

5. Weitere Stellungnahmen nach BVerfGE 126, 170	176
a) Unwägbarkeit bilanzieller Bewertungsergebnisse und Schadens- schätzung	176
b) Das Kriterium der Evidenz	178
c) Das Kriterium der Spürbarkeit	181
d) Abkehr von der objektiven Sichtweise je nach Bilanzregime?	186
e) Kritik der Parallele zum Forderungsverkauf und der Bilan- zierung	188
6. Zusammenfassung	190
E. Die Handelsbilanz als Schadensrechner	191
I. Gang der Untersuchung	191
II. Die Handelsbilanz als Untersuchungsgegenstand	192
III. Ansatz und Bewertung in der Handelsbilanz	195
1. Prinzipien des Bilanzansatzes und der Umfang der Vermögens- abbildung	195
2. Bilanzansatz und Vermögensbegriff	196
3. Kriterien der Aktivierung und Konkretisierung des Vermögens- begriffs	199
a) Der wirtschaftliche Wert	199
b) Die selbstständige Bewertbarkeit	200
c) Die selbstständige Verwertbarkeit	201
d) Wirtschaftliche Zurechnung des Gegenstandes	202
4. Fazit und Anwendung des gewonnenen Kriteriums	203
5. Die Kriterien der Passivierung als Indikatoren des Vermögens- schadens	205
a) Die vorhersehbare und quantifizierbare Außenverpflichtung	205
b) Anwendung auf die Bildung von Rückstellungen nach § 249 HGB	206
c) Anwendung am Beispiel des Abschlusses von Kreditverträgen	207
d) Bankenspezifische Ansatzregeln und das Darstellungspotenzial der Bilanz	207
e) Rückstellungen nach § 249 HGB als Schadensindikator?	208
f) § 249 Abs. 2 S. 2 HGB als Lösungsvorschlag	210
g) Anwendung am Beispiel der Kreditkartenerschleichung	212
h) Die vorhersehbare wirtschaftliche Belastung	213
6. Zusammenfassung	214
IV. Überlegungen zum Wertmaß nach marktwirtschaftlichen Grundsätzen	215
1. Die Transaktion als Maßstab der Vermögenswertermittlung	216
2. Die Branchentypik als Wertfaktor	217
3. Der Verlust der individuellen Verkehrsfähigkeit	218
4. Die Unkenntnis des Geschädigten als taugliches Kriterium?	220
5. Der Tauschwert als Vermögenswert?	221
6. Schlussfolgerungen für die Untersuchung	223

V.	Die Bewertungsregeln des HGB	224
1.	Die Bewertung der Bilanzposten nach dem HGB	224
a)	Die Bewertung der Aktiva nach §§ 252 ff. HGB	225
b)	Die Bewertung der Passiva nach §§ 252 ff. HGB	226
2.	Anwendung handelsrechtlicher Bewertungsnormen zur Schadens- berechnung	226
3.	Der Zeitwert als Bilanzansatz	227
a)	Ordonnance de Commerce und Allgemeines Landrecht	228
b)	Man verteilt keine Hoffnungen, sondern Taler	231
c)	Der „wahre Wert“ im Allgemeinen Deutschen Handelsgesetz- buch von 1861	236
d)	Entwicklung im Kapitalgesellschaftsrecht seit 1870 und im HGB von 1897	240
e)	Die weitere nationale Entwicklung und einige europarechtliche Einflüsse	245
f)	Eröffnet die Bilanzrichtlinie 2013/34/EU Bewertungsalterna- tiven?	248
g)	Fazit zur Betrachtung der Handelsbilanz	252
4.	Gegenprobe am Beispiel der Bewertungseinheiten nach § 254 HGB	254
5.	Überlagerungen durch „ <i>true and fair view</i> “ nach § 264 Abs. 2 S. 1 HGB?	255
6.	Zusammenfassung	256
VI.	Überlegung zum Indikationspotenzial der „Venezianischen Methode“	257
1.	Die Gliederung der Bilanz nach dem Grad der Geldwerdung	258
a)	Doppelte Buchführung und Gesamtvermögenswert	260
b)	Störungsfreie Geschäftsvorfälle	261
c)	Die „Schulden“ als Indikator der Gesamtvermögensminderung	262
d)	Durchbrechungen der Wechselbezüglichkeit von Aktiv- und Passivseite	265
2.	Zwischenfazit zum Indikationspotenzial der Handelsbilanz	266
VII.	Die Bilanzlehre als methodischer Wegweiser	268
1.	Das statische Bilanzmodell und die organische Bilanz	270
a)	Schadensberechnung nach der statischen Bilanz	272
b)	Schadensberechnung nach der organischen Bilanz	274
2.	Das dynamische Bilanzmodell	275
3.	Zwischenfazit	280
4.	Die pagatorische Bilanzlehre	280
a)	Die Schadensberechnung nach pagatorischer Bilanzweise	282
b)	Der schädigende Vertragsschluss nach pagatorischer Bilanz- weise	287
c)	Fazit zur pagatorischen Bilanz und weitere Vorgehensweise	289
d)	Zusammenfassung zur pagatorischen Bilanzlehre	290
VIII.	Ansatz und Bewertung nach IAS/IFRS	291

1. Die Bedeutungslosigkeit des Rechtscharakters der IAS/IFRS	292
2. Die Abschlussziele der internationalen Bilanzstandards	293
3. Die Kapitalerhaltung in den IAS/IFRS	295
a) Financial Capital Maintenance	296
b) Physical Capital Maintenance	297
c) Zusammenfassung	297
4. Begriffe und Ansatzvorschriften	297
a) Assets (Vermögenswerte)	298
b) Liabilities (Verpflichtungen)	299
c) Provisions (Rückstellungen)	300
d) Fazit der Betrachtung	302
e) <i>Reimbursements</i> (Erstattungen und Bereithalten von Mitteln durch den Täter)	303
f) Fazit zu den Rückstellungen	306
g) Die Ansatzkriterien im engeren Sinne	306
5. Die Bewertung nach IAS/IFRS	307
a) Die <i>fair value</i> -Bewertung (IFRS 13)	308
b) Anknüpfung an „reale“ Transaktionssachverhalte	310
c) Die Bilanzierung von Wertminderungen (<i>impairment</i>) nach IAS 36	312
d) Strafrechtliche Kontrollüberlegungen zum <i>impairment</i> -Verfahren	315
e) Vermögenswerte, die zur Veräußerung gehalten werden („ <i>held for sale</i> “)	316
f) Der Einzelbewertungsgrundsatz und „ <i>cash generating units</i> “	317
6. Zusammenfassung	318
F. Beurteilung einschlägiger Schadensgruppen	320
I. Grundsätzliche Überlegungen und Anwendungskriterien der Bilanz	320
1. Unterscheidung zwischen erfolgten und ausstehenden „Zahlungen“	320
2. Bilanzen, bei denen „Zahlungsflüsse“ noch ausstehen	321
3. Berücksichtigung von Sonderfällen	322
II. Kreditbetrug	323
1. Strafrechtliche Grundlagen des Kreditbetruges	323
2. Vorschläge zur Schadenskonturierung aus der Literatur	323
3. Die Schadensberechnung in Kreditbetrugsfällen in der Rechtsprechung	326
4. Zusammenfassung	327
5. Die Berechnung des Vermögensschadens nach der Schadensbilanz	327
a) Einleitende Überlegungen	327
b) Ansatz der Bilanzposten	328
c) Bewertung der gegenseitigen Leistungen	329
d) Bewertung des Abgrenzungspostens, IFRS 9, IAS 32 und IAS 39	330
e) Der unbesicherte Kredit	331

f) Der Einfluss des IFRS 7 auf die Schadensberechnung in Kreditfällen	331
g) Der besicherte Kredit	332
h) Zusammenfassung zur Schadensbilanz in Kreditfällen	333
i) Folgerungen für die Versuchsstrafbarkeit	334
III. Die Stundung von Forderungen	334
IV. Der Verlust von Vermögenswerten und Rückholmöglichkeiten	336
1. Ansatz in einer Schadensbilanz	337
2. Bewertung der Bilanzposten	338
V. Der Erwerb „bemakelter“ Rechtspositionen	338
1. Ansatz in der Schadensbilanz	339
2. Bewertung der Bilanzposten	340
VI. Die Schadensberechnung beim Anstellungsbetrug	341
1. Korrekturen durch die h.M.	341
2. Kritik auf der Grundlage einer bilanziellen Betrachtung und Bewertung	342
VII. Der Quotenschaden	344
1. Strafrechtliche Grundlagen	344
a) Stellungnahmen zum Quotenschaden	345
b) Die monografischen Überlegungen von C. A. Koch	346
c) Weitere Stellungnahmen	348
2. Eigene Position und Schadensberechnung nach bilanziellen Maß- stäben	349
a) Die Bedeutung der Haftungsfreizeichnung	349
b) Die Auswertung bilanzieller Maßstäbe	350
c) Bilanzielle Abbildung der Lösung des BGH	350
d) Bilanzielle Abbildung der alternativen Lösung zum Wettbetrug	352
VIII. Abrechnungsbetrug	354
1. Die formale Betrachtungsweise im Bereich der Vertragsarztabrech- nung	355
2. Alternative Schadensrechnung zum Abrechnungsbetrug	356
3. Die privatärztliche Abrechnung	357
4. Die Abrechnung von Medikamenten und Hilfsmitteln	361
G. Thesen	364
Literaturverzeichnis	367
Sachwortverzeichnis	399

Verzeichnis häufiger Abkürzungen

a. A.	andere(r) Ansicht
Abs.	Absatz
a. F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AK/HK	Anschaffungs- und Herstellungskosten
AktG	Aktiengesetz
Amtsbl.	Amtsblatt (der Europäischen Union)
BGBI.	Bundesgesetzblatt
bzw.	beziehungsweise
CF	Conceptual Framework (Rahmenkonzept der IAS/IFRS)
Fn.	Fußnote
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GoB	Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung
Handb., Hdb.	Handbuch
HGB	Handelsgesetzbuch
h. M.	herrschende Meinung
IAS	International Accounting Standards
IASB	International Accounting Standards Board
i. d. F.	in der Fassung
IFRS	International Financial Reporting Standards
KV	Kassenärztliche Vereinigung
Rdnr(n).	Randnummer(n)
RGBI.	Reichsgesetzblatt
RL	Richtlinie
S.	Seite/Satz
SME	Small and Medium-sized Enterprises (= KMU, Kleine und Mittlere Unternehmen)
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
u. a.	unter anderem

„Daß es mir – oder Allen – so *scheint*,
daraus folgt nicht, daß es so ist.“

Ludwig Wittgenstein

A. Einleitung und Problemaufriss

In den Reihen der strafrechtlichen Erfolgsdelikte finden sich unter den §§ 253, 263 und 266 StGB drei Tatbestände, die zum Schutze des Vermögens auf Posten gestellt sind¹, und deshalb bezeichnet man sie als Vermögensdelikte.² Auch wenn ihr jeweiliger Wortlaut mit individuellen Formulierungen aufwartet,³ so eint diese Strafnormen nach allgemeiner Ansicht der Umstand, dass sie den tatbestandlichen Erfolg als Vermögensschaden beschreiben.⁴ Der Eintritt des Vermögensschadens separiert den Versuch von der Vollendung, und aus diesem Grund entfalten die Vorbedingungen seiner Feststellung Einfluss auf die Strafhöhe (§ 23 Abs. 2 StGB)⁵ sowie die Erheblichkeit eines etwaigen Rücktrittsverhaltens (§ 24 StGB). Bei dem Vergehen der Untreue entscheiden sie gänzlich über die Strafbarkeit des pflichtvergessenen Vermögensbetreuers, denn dort ist die Versuchsstrafbarkeit nicht angeordnet.

Angesichts der grundsätzlichen Bedeutung des Schadensmerkmals unternimmt diese Schrift den Versuch, die Berechnung des Vermögensschadens bei dem Tatbestand des Betruges nach § 263 StGB anhand bilanziell-

¹ § 263 StGB schützt nach überwiegender und zutreffender Auffassung allein das Vermögen, vgl. *Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 263, Rdnrn. 1/2; § 253 StGB protegiert nach h.M. auch noch die Freiheit der Willensentschließung und -betätigung, vgl. *Wittig*, in: BeckOK – StGB, § 253, Rdnr. 1 (vgl. aber auch den BGH, NStZ 2012, 272 [273], der nur das Vermögen als Schutzgut erwähnt; einen umfassenden Einblick in die Schadensberechnung bei § 253 StGB gewährt etwa *Dehne-Niemann*, ZStW 123 [2011], 485 ff.); § 266 schützt nach h.M. wiederum allein das anvertraute Vermögen, vgl. dazu *Schünemann*, in: LK – StGB, § 266, Rdnr. 23.

² Vgl. etwa *Rengier*, Strafrecht BT 1, § 1, Rdnr. 2: Vermögensdelikte im engeren Sinn; ferner BGH, NStZ-RR 2000, 331: Betrug als „Vermögensstraftat“; zur Systematik vgl. ferner *Otto*, Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes, S. 26 ff.

³ Während die Formulierung in § 263 StGB darauf lautet, dass das Vermögen eines anderen „beschädigt“ werde, fügt der Täter des § 253 StGB dem Vermögen „Nachteil zu“; § 266 StGB spricht schließlich allein davon, dass der Täter jenem, „dessen Vermögensinteressen er zu betreiben hat, Nachteil zufügt“.

⁴ Vgl. nur *Rengier*, Strafrecht BT 1, § 13, Rdnr. 117.

⁵ Die Milderungsmöglichkeit gemäß § 23 Abs. 2 StGB ist zwar nur fakultativ, aber sie unterliegt nach der Rechtsprechung einer Gesamtschau aller strafzumessungserheblichen Gesichtspunkte, die insbesondere auch die Nähe zur Tatvollendung einbezieht, vgl. BGH, NStZ-RR 2010, 305 (306) und jüngst BGH, Beschl. v. 10. September 2013 – 2 StR 353/13 –, juris, Rdnr. 5 = NStZ-RR 2014, 9 (Ls.).

ler Systeme durchzuführen. Wer mit der neueren Rechtsprechung⁶ zum Vermögensschaden bei Betrug und Untreue vertraut ist, weiß, dass diese Aufgabenstellung im Moment dem Zeitgeist entspricht, weil das Bundesverfassungsgericht im Juni 2010 bilanzielle Bewertungsregeln bei der Auslegung des Merkmals des Vermögensschadens herangezogen hat.⁷ Aber der Zeitgeist ist notwendig ein sprunghafter Geselle – verlässt er den Schauplatz, so verbleibt regelmäßig der einsame Lösungsvorschlag zu einem Problem, dem ohne nähere Erläuterung nur ein ephemeres Dasein beschert ist. Deshalb muss man vorab ein wenig ausholen und erklären, warum es unabhängig von der Konjunktur überhaupt lohnenswert erscheint, sich auch abseits des Strafrechts zu bewegen und dem Verhältnis von Vermögensschäden zu Bilanzen in Bezug auf den Tatbestand des Betruges (§ 263 StGB) nachzuspüren.

Der Rückgriff auf außerstrafrechtliche Regelungssysteme ist freilich schon im Grundsatz keine saisonale Erscheinung: Insbesondere die „wirtschaftsnahen“ Straftatbestände gehen Allianzen mit anderen Rechtsgebieten ein und verleiten den Normanwender dazu, das Sichtfeld entsprechend zu erweitern,⁸ sodass auch eine bilanzielle Schadensrechnung dem strafrechtlichen Weitwinkel korrespondiert. Auf den ersten Blick scheint es außerdem, als eigne sich gerade der Betrugstatbestand für das Unterfangen, eine außerstrafrechtliche Interpretationshilfe zu erschließen und dem Vermögensschaden aus einem bilanziellen Blickwinkel näher zu treten, weil die Auslegung dieses objektiven Tatbestandsmerkmals jedenfalls auf einen gewissen Kernbestand dogmatischer Kontinuität zu rekurrieren vermag; bilanzielle Experimente trafen insoweit auf ein stabiles „Grundgerüst“. Denn während die Auffassungen darüber, was etwa eine strafbare Untreue ausmache, aufgrund der mangelnden Kontur des Pflichtwidrigkeitskriteriums und seiner Verquickung mit dem Schadensmerkmal bereits zahlreichen Wandlungen unterlagen⁹, weilte lange Zeit¹⁰ über den Grundfesten der Betrugsschadensberech-

⁶ Insbesondere BVerfGE 126, 170 ff.; BVerfG, NJW 2013, 365 ff.; 2012, 907 ff.

⁷ Vgl. BVerfGE 126, 170 (223 ff.).

⁸ Ausführlich etwa jüngst *Schuster*, Das Verhältnis von Strafnormen und Bezugsnormen, 2012; für den Untreuetatbestand vgl. *Saliger*, HRRS 2006, 10 (14); *Ransiek*, ZStW 116 (2004), 634 (636 ff.); zur Anwendung des sog. Fremdrechts im Wirtschaftsstrafrecht vgl. *Altenhain/Wietz*, NZG 2008, 569 ff. In jüngerer Zeit konnte man etwa anhand der bekannten „AUB“ – Entscheidung des BGH durchaus auch eine Restriktion des Zugriffs des § 266 StGB auf die übrige Rechtsordnung beobachten, vgl. BGH, NJW 2011, 88 (91) und dazu *Krell*, NStZ 2014, 62 (63 ff.).

⁹ Ausführlich *Saliger*, ZStW 112 (2000), 563 ff.; *ders.*: HRRS 2006, 10 ff.

¹⁰ Freilich sind auch im Einzugsbereich des Betrugstatbestandes schon zuvor Umschwünge konstatiert worden: So konnte man in der bemerkenswerten Stellungnahme von *Binding* (DJZ 1911, 553 [557]) zum Beschluss der Vereinigten Strafsenate des Reichsgerichts vom 14. Dezember 1910 (RGSt 44, 230 ff. – untaugliche

nung – abgesehen von der Vermögensbegriffsdiskussion – gleichsam ein sanfter Flügel der Einmütigkeit.¹¹

Das vermeintlich klare Erscheinungsbild des Betrugsschadens gehört mittlerweile jedoch der Vergangenheit an, denn über die Gestalt des Vermögensschadens und seine Berechnung im konkreten Fall mangelt es auch in der Betrugsdogmatik spätestens seit einer bedeutsamen Reihe von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts¹² an Konsens. Es stehen derzeit nicht nur verschiedene Ausdeutungen des wirtschaftlich fundierten Vermögensbegriffes zur Diskussion, sondern auch differierende Berechnungsmodi für die Ermittlung des Vermögensschadens. Um Licht in dieses Dunkel zu bringen, spaltet man das Problemfeld üblicherweise anhand der skizzierten Streitpunkte: Einerseits ist der Vermögensbegriff zu erläutern, andererseits sind die Fragen zu klären, was man sich unter dem Vermögensschaden vorzustellen hat und wie die zu seiner Feststellung führenden Berechnungsmodi beschaffen sind.¹³ Freilich wird bei genauerem Hinsehen deutlich, dass beide Teilaspekte an zahlreichen Schnittstellen miteinander korrespondieren: Wer einen Begriff des Apfelbaumes hat, der kann die Vokabel des Fallobstes erklären, und so vermag auch jener, der das Vermögen auf den Begriff bringt, anzugeben, was ein Vermögensschaden ist. Hinter dieser Wegzehrung liegt die Prämisse, dass der Vermögensschaden einen Bestandteil des Vermögensbegriffs bildet. Daher lässt sich das Dunkelfeld der Vermögensschadensberechnung einleitend anhand der groben Wegmarke ausleuchten, wonach der Vermögensschaden jedenfalls nicht im Wege des Kontrapunktes zu beschreiben ist – hier das Vermögen, dort der Schaden –, sondern in der Kategorie eines Verhältnisses gedacht werden muss: Der Begriff des Vermögensschadens beschreibt das Verhältnis einzelner Vermögensbestandteile zum Vermögensganzen. Als Verhältnisbegriff¹⁴ macht der Vermögensschaden daher die Mitteilung, wie sich Vermögensmassen in Bezug auf eine gewisse Menge¹⁵ ihrer Bestandteile verhalten, wenn man auf

Abtreibungsmittel; hier wird gemeinhin der Ausgangspunkt des wirtschaftlichen Vermögensbegriffs verortet) lesen, dass dieses Judikat von dem Bestreben geleitet werde, „der ganzen früheren Betrugs-Praxis den Garaus zu machen“.

¹¹ Zu mangelnder Grundsatzkritik am Betrugstatbestand vgl. etwa *Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 263, Rdnrn. 1/2; krit. dazu wiederum *Schünemann*, NStZ 2005, 473 (474).

¹² BVerfGE 126, 170 ff.; BVerfG, NJW 2012, 907 ff.

¹³ Vgl. etwa *Achenbach*, in: Festschrift für Roxin, 2011, S. 1005 (1006); ferner die Differenzierung zwischen Vermögens- und Schadensbegriff bei *Wahl*, Die Schadensbestimmung beim Eingehungs- und Erfüllungsbetrug, S. 15 ff.

¹⁴ Vgl. auch *Hefendehl*, in: MünchKomm – StGB, § 263, Rdnr. 490: Relationsbegriff.

¹⁵ Die freilich im schlimmsten Falle auch die gesamte Vermögensmasse umfassen kann.