

E n t s c h e i d u n g s a n m e r k u n g

Zum Vermögensnachteil bei betrügerisch veranlasstem Eingehen eines Risikogeschäfts

1. Beim betrügerisch veranlassten Eingehen eines Risikogeschäfts – mit einer nicht mehr vertragsimmanenten Verlustgefahr – ist zur Feststellung des Schadens auf den unmittelbar mit der Vermögensverfügung des Geschädigten eingetretenen Vermögensnachteil abzustellen. Allein hierauf muss sich das voluntative Element des Vorsatzes beim Täter beziehen. Auf die Billigung eines eventuellen Endschadens kommt es insoweit nicht an.

2. Der mit der Vermögensverfügung unmittelbar eingetretene Vermögensschaden ist durch das Verlustrisiko zum Zeitpunkt der Vermögensverfügung bestimmt. Dies stellt hinsichtlich des Straftatbestands einen endgültigen Schaden dar und nicht nur eine (schadensgleiche) Vermögensgefährdung. Die Höhe des Vermögensnachteils zum Zeitpunkt der Verfügung ist nach wirtschaftlichen Maßstäben zu bewerten. Ist eine genaue Feststellung zur Schadenshöhe nicht möglich, sind hierzu Mindestfeststellungen zu treffen. Dies kann durch Schätzung geschehen. Dem Tatrichter steht dabei ein Beurteilungsspielraum zu. (Amtliche Leitsätze)

StGB § 263

BGH, Beschl. v. 18.2.2009 – 1 StR 731/08¹

I. Mit dem Beschluss des *1. Strafsenats* vom 18.2.2009 liegt eine weitere Entscheidung vor, in der der BGH Abschied von der (schadensgleichen) Vermögensgefährdung nimmt und betont, dass im zu beurteilenden Fall ein endgültiger Schaden eingetreten sei. Auch der *2. Senat* hat in der „Siemens“-Entscheidung hervorgehoben, dass durch das Bilden einer „schwarzen Kasse“ nicht nur eine Gefährdung des Vermögensbestands des Berechtigten eintrete, sondern ein endgültiger Vermögensverlust.² Das ist insofern bemerkenswert, als noch in der „Kanther“-Entscheidung von der konkreten, vom Berechtigten nicht mehr zu kontrollierenden Möglichkeit des endgültigen Vermögensverlusts durch die Bildung „schwarzer Kassen“ die Rede war,³ was allerdings zur Begründung eines Vermögensschadens als ausreichend angesehen wurde.

In der nunmehr vorliegenden Entscheidung stellt der *1. Strafsenat* fest, dass beim Eingehen von Risikogeschäften nichts anderes gelte.⁴ Ein Schaden i.S.v. § 263 StGB trete ein, wenn die Vermögensverfügung unmittelbar zu einer nicht durch Zuwachs ausgeglichenen Minderung des wirtschaftlichen Gesamtwerts des Vermögens des Verfügenden führe.⁵ Auch bei Risikogeschäften sei mit der Vermögensverfügung

bei Saldierung der Vermögenslage vor und nach der Verfügung ein Schaden unmittelbar eingetreten.⁶ Mit dem Eingehen eines Risikogeschäfts mit einer nicht mehr vertragsimmanenten Verlustgefahr gehe ein unmittelbarer Wertverlust, eine Vermögenseinbuße, einher.⁷

Ist das richtig, dann entfällt in einem zweiten Schritt auch eine mögliche Folgewirkung im subjektiven Tatbestand: Der *2. Senat* hatte in der „Kanther“-Entscheidung zur Einschränkung des Untreuetatbestandes bei *dolus eventualis* in Bezug auf einen Gefährdungsschaden verlangt, dass sich der bedingte Vorsatz nicht nur auf die Gefahr bezieht, sondern auch die Billigung der Realisierung dieser Gefahr umfasst.⁸ Der *1. Strafsenat* formuliert hier genau umgekehrt: Auf die Billigung eines eventuellen Endschadens komme es nicht an. Werden bei § 263 und bei § 266 StGB ggf. überhaupt keine Risikoschäden mehr anerkannt, sondern nur noch echte, endgültige Schäden, ist der Streit der *Senate* über die Notwendigkeit der Billigung eines Endschadens damit insgesamt hinfällig.

II. Schaut man auf den 2. Leitsatz des vorliegenden Beschlusses, so scheint dieser Abschied vom Risikoschaden auf den ersten Blick allerdings wenig einleuchtend, sondern eher eine Mogelpackung zu sein. Der *1. Senat* formuliert dort, dass „der mit einer Vermögensverfügung unmittelbar eingetretene Vermögensschaden durch das Verlustrisiko [*Hervorhebung durch Verf.*] zum Zeitpunkt der Vermögensverfügung bestimmt [sei]“. „Hinsichtlich des Straftatbestands“ stelle dies aber einen endgültigen Schaden dar und nicht nur eine schadensgleiche Vermögensgefährdung. Das lässt den Verdacht aufkommen, dass nur der Begriff des Gefährdungsschadens vermieden und durch den des endgültigen Schadens ersetzt wird. Der Sache nach wird aber anscheinend nach wie vor das Verlustrisiko als Schaden begriffen.

Während also zuvor das Kind wenigstens noch beim Namen (als Gefährdungsschaden) genannt wurde, erhält es nun auf einmal das Etikett des endgültigen Schadens, obwohl es (nur) ein Verlustrisiko ist.⁹ Mahnt der Begriff des Gefährdungsschadens noch zur Vorsicht, da dadurch eine insbesondere wegen der fehlenden Versuchsstrafbarkeit für § 266 StGB problematische Vorverlagerung des Vollendungszeitpunkts immerhin noch deutlich wird,¹⁰ entfällt diese Funktion durch die Umformulierung zum endgültigen Schaden. Liegt ein Vermögensverlust nur nahe,¹¹ ist aber noch kein unmittelbarer Vermögensabfluss festzustellen,¹² sollte das – so

⁶ BGH, Beschl. v. 18.2.2009 – 1 StR 731/08, Rn. 12.

⁷ BGH, Beschl. v. 18.2.2009 – 1 StR 731/08, Rn. 13.

⁸ BGHSt 51, 100 (121, Rn. 63); BGH NStZ 2007, 704 (705); zustimmend der *5. Senat* in NStZ 2008, 455 (456); ablehnend der *1. Strafsenat* in NJW 2008, 2451 (2452); s. dazu *Beulke/Witzigmann*, JR 2008, 430 (434 f.) m.w.N.; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd.1, 11. Aufl. 2009, § 18 Rn. 23a f.; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 31. Aufl. 2008, Rn. 778 m.w.N.

⁹ Vgl. *Beulke/Witzigmann*, JR 2008, 430 (433).

¹⁰ Vgl. *Jahn*, JuS 2009, 174.

¹¹ Vgl. BGHSt 48, 354 (355).

¹² Vgl. *Jahn*, JuS 2009, 174.

¹ Der Beschluss kann auf www.bundesgerichtshof.de im Volltext abgerufen werden.

² BGH NJW 2009, 89 (92).

³ BGHSt 51, 100 (113, Rn. 43).

⁴ BGH, Beschl. v. 18.2.2009 – 1 StR 731/08, Rn. 11 f.

⁵ BGH, Beschl. v. 18.2.2009 – 1 StR 731/08, Rn. 10.

könnte man einwenden – wenigstens terminologisch deutlich bleiben. Es wird geltend gemacht, dass ein Vermögensnachteil vorliegt, wenn geldwerte Güter oder Rechtspositionen definitiv und unwiederbringlich verloren sind; davon soll die bloße (künftige) Möglichkeit eines solchen Verlusts unterschieden werden.¹³ Dann aber wäre es vorzugswürdig, weiterhin von einem Vermögensnachteil in Form einer Vermögensgefährdung zu sprechen.

Wir meinen, dass die soeben formulierten Einwände nicht zutreffen. Die Auffassung des *1. Strafsenats* überzeugt sowohl für den entschiedenen Fall als auch im Hinblick auf die terminologische Verabschiedung des Gefährdungsschadens. Unglücklich ist es allerdings, wenn dem Gefährdungsschaden ein (angeblich) endgültiger Schaden entgegengestellt wird. Denn eine Strafbarkeit wegen Betrugs oder Untreue kann schlechthin nicht voraussetzen, dass ein wirklich „endgültiger“ Vermögensverlust „definitiv und unwiederbringlich“¹⁴ eintritt.

Eine solche Voraussetzung würde so gut wie nie vorliegen. Bis zum Eintritt der Verjährung zivilrechtlicher Schadensersatzansprüche oder eines Untergangs der Ansprüche hat der nach § 263 oder § 266 StGB Geschädigte immer die Chance, dass der bei ihm verursachte Schaden doch noch erfolgreich ausgeglichen werden kann. Selbst bei Verjährung besteht sogar noch die Möglichkeit, dass der Schuldner sich gar nicht darauf beruft. Bestehen solche Ersatzansprüche aber, kann der Schaden nicht endgültig sein, denn es ist möglich, dass der Geschädigte mit Glück erfolgreich gegen den Täter vorgehen kann. Definitiv und unwiederbringlich verloren ist also ein Vermögenswert nicht schon dann, wenn er aus dem Vermögen des Täters abfließt, sondern erst, wenn zudem schlechthin ausgeschlossen ist, dass er in das Vermögen des Täters zurückfließen wird.

Endgültigkeit oder Unwiederbringlichkeit des Schadens in diesem Sinne können aber weder § 263 noch § 266 StGB voraussetzen. Denn dann wäre ein Betrugsschaden deshalb ausgeschlossen, weil der Täter die von ihm durch Täuschung erlangten Vermögenswerte zugunsten seines Opfers wieder verlieren könnte.¹⁵ Man würde sich in einem ewigen Kreis drehen: kein Betrugsschaden wegen vorhandener Schadensersatzansprüche, keine Schadensersatzansprüche wegen fehlendem Schaden. Auch die strafprozessuale Rückgewinnungshilfe nach § 111b Abs. 2, 5 StPO würde bei einem solchen Verständnis leer laufen: Mangels Endgültigkeit des Schadens würde der Anknüpfungspunkt für die Sicherung der Ansprüche des Geschädigten gegen den Beschuldigten fehlen. Die Rückgewinnungshilfe könnte bei Endgültigkeit des Schadens vielmehr erst zu einem Zeitpunkt greifen, in dem von vornherein ihre Erfolglosigkeit feststeht, nämlich wenn die Ansprüche des Geschädigten sicher nicht mehr zu realisieren sind.

Die Möglichkeit also, dass das Opfer die verlorenen Vermögenswerte zurückerhält, kann jedenfalls kein Argument

sein, um einen Schaden auszuschließen. Das heißt aber eben auch, dass ein Schaden i.S. der §§ 263, 266 StGB gerade keine Endgültigkeit voraussetzt.¹⁶ In anderer Formulierung: Die Möglichkeit eines endgültigen Schadens, eine Gefährdung, ist Schaden i.S. dieser Normen. Dann aber muss es erfolglos bleiben, die Endgültigkeit eines Schadens als Abgrenzungskriterium zu bloßen, nicht tatbestandsmäßigen Gefährdungen zu wählen.

Deshalb ist – mit dem *1. Strafsenat* – der Begriff der konkreten, schadensgleichen Vermögensgefährdung entbehrlich.¹⁷ Dieser Terminus leistet im Gegenteil eher dem Missverständnis Vorschub, dass eigentlich doch ein endgültiger Schaden Tatbestandsvoraussetzung der §§ 263, 266 StGB ist,¹⁸ und beschwört die Gefahr herauf, dass ganz abstrakte Risiken künftiger Vermögensverluste ohne viel Federlesens als tatsächlicher Vermögensverlust und als jetziger Schaden angesehen werden.¹⁹ Wenig empfehlenswert ist es damit aber auch, den Begriff des endgültigen Schadens zu verwenden, da Endgültigkeit tatsächlich gar nicht gefordert wird.

Ein Schaden liegt vielmehr erst, aber auch immer schon dann vor, wenn eine Minderung des Vermögens durch eine Verfügung des Getäuschten eintritt, die nicht gleichzeitig durch einen Vermögenszugang wieder ausgeglichen wird. „Die Notwendigkeit, den mit der Vermögensverfügung unmittelbar real eingetretenen Schaden zu bewerten und zu benennen, zwingt [...] zur Klarheit und vermeidet Grenzüberschreitungen“.²⁰ Es reicht nicht aus, dass die Möglichkeit eines (künftigen) Schadens vorliegt, sondern es muss bereits jetzt ein Schaden vorhanden sein.²¹

Andererseits ist die künftige Entwicklung gleichgültig: Liegt zum Zeitpunkt der Vermögensverfügung eine nicht ausgeglichene Minderung des Vermögens vor, ist es tatbestandlich unerheblich, ob diese Minderung später wieder rückgängig gemacht wird. Wird also ein zu riskantes Darlehen vergeben, liegt der Schaden darin, dass der nicht werthaltige Rückzahlungsanspruch die Minderung des Vermögens durch die Auszahlung des Kredits nicht ausgleicht.²² Wird das Darlehen wider Erwarten doch zurückgezahlt, ändert dies am zeitlich zuvor eingetretenen Schaden nichts.²³ Umgekehrt

¹⁶ Unterschiede zwischen § 263 und § 266 StGB sind insofern nicht auszumachen.

¹⁷ BGH, Beschl. v. 18.2.2009 – 1 StR 731/08, Rn. 12.

¹⁸ Vgl. BGH, Beschl. v. 18.2.2009 – 1 StR 731/08, Rn. 15.

¹⁹ BGH, Beschl. v. 18.2.2009 – 1 StR 731/08, Rn. 15; vgl. etwa zum Risiko künftiger Sanktionen BGHSt 51, 100 (117, Rn. 53); Ransiek, NJW 2007, 1727 (1729).

²⁰ BGH, Beschl. v. 18.2.2009 – 1 StR 731/08, Rn. 15.

²¹ Hefendehl, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2006, Bd. 4, § 263 Rn. 718.

²² Beulke/Witzigmann, JR 2008, 430 (433) haben durchaus Recht, dass dies kein endgültiger Schaden ist; der *1. Strafsenat* (BGH, Beschl. v. 18.2.2009 – 1 StR 731/08, Rn. 12) hat Recht, dass dies aber der tatbestandliche Schaden ist.

²³ Nack, StraFo 2008, 277 (279); Ransiek/Hüls, ZGR 2009, 157 (169). Siehe auch Tiedemann, in: Jähnke/Laufhüt-

¹³ Mansdörfer, JuS 2009, 114.

¹⁴ Mansdörfer, JuS 2009, 114.

¹⁵ Ransiek/Hüls, ZGR 2009, 157 (168).

liegt ein Schaden durch Ausgabe der Darlehensmittel nicht vor, wenn der Rückzahlungsanspruch zu diesem Zeitpunkt werthaltig ist. Unerheblich ist also insofern, ob der Rückzahlungsanspruch später ausfällt. Diese Ergebnisse ergeben sich zwingend aus dem Simultaneitätsprinzip.

Zur Bejahung eines Schadens wird dabei *mehr* vorausgesetzt – so verstehen wir auch den *I. Senat* –, als nur ein nicht näher definierbares, abstraktes und letztlich immer bestehendes Risiko, dass der Darlehensgläubiger mit seinem Rückzahlungsanspruch ausfallen könnte. Das Ausfallrisiko bei Auszahlung des Darlehens muss vielmehr schon so konkret sein, dass der Wert des Rückzahlungsanspruchs *jetzt* gemindert und zu berichtigen ist. Denn grundsätzlich ist eine schuldrechtliche Forderung mit ihrem Nennwert anzusetzen – ansonsten würde jede Geschäftstätigkeit, bei der eine Seite vorleistet, strafrechtlich zu einem Schaden führen.²⁴

III. Betrachtet man den vom *I. Strafsenat* zu beurteilenden Fall, mögen die soeben angestellten Überlegungen sogar fast unnötig kompliziert erscheinen: Der Angeklagte hatte nach den Feststellungen des Tatgerichts aus den abgeurteilten Betrugstaten von verschiedenen Anlegern insgesamt über 21 Mio. € erlangt. Er hatte eine sichere, bankgarantierte, hochrentierliche Geldanlage versprochen. Die von den Anlegern eingezahlten Beträge sollten danach nur als Kapitalnachweis dienen und durften während der gesamten Investitionszeit nicht angetastet werden; monatlich sollten 7% an Verzinsung ausgeschüttet werden. Einem Großanleger versprach der Angeklagte die Rückzahlung der eingezahlten 15 Mio. € nach drei Monaten zuzüglich einer Rendite von 50%. Tatsächlich hatte der Angeklagte aber nicht vor, die erhaltenen Geldmittel gewinnbringend anzulegen. Sie sollten vielmehr zum einen zur Finanzierung seines Lebensunterhalts verwendet werden. Zum anderen sollten nach Art eines Schneeballsystems neu eingehende Gelder eingesetzt werden, um Rendite- und Rückzahlungsforderungen alter Investoren so weit wie möglich zu befriedigen, um diese in Sicherheit zu wiegen und zu weiteren Einzahlungen zu bewegen. Insgesamt schüttete der Angeklagte 7 Mio. € wieder aus, wobei einzelne Anleger damit nicht nur ihr gesamtes Kapital zurückbekamen, sondern auch die versprochenen Erträge ausbezahlt erhielten.

Nach der vom BGH geteilten Bewertung der Strafkammer erlitten die „Investoren“ mit der Einzahlung ihrer Anlagegelder sofort einen endgültigen Schaden in der Gesamthöhe der jeweiligen Anlagesumme. Die Annahme eines tatbestandlichen Schadens (nicht: eines endgültigen Schadens) ist unseres Erachtens völlig zutreffend. Durch die Übertragung von Geldern auf den Angeklagten flossen bei den Anlegern unmittelbar Vermögenswerte ab. Will man einen Schaden trotzdem verneinen, müsste den Anlegern zu diesem Zeitpunkt ein Gegenwert in entsprechender Höhe zugeflossen sein, der die Vermögensminderung ausgleicht.

Den Anlegern stehen vertragliche Ansprüche auf Rückzahlung der hingegebenen Gelder zu. Überlegt man, wie diese Rückzahlungsansprüche gegenüber jemandem, der die

Anleger getäuscht hat und sich dadurch bereichern will, zu bewerten sind, so bleibt nur der Schluss, dass die Rückzahlungsansprüche *keinen* Wert haben.²⁵ Denn es ist allein vom Zufall oder der Willkür des Angeklagten abhängig, welche Anleger zur Aufrechterhaltung des Schneeballsystems Gelder zurückerhalten werden. Sicher ist hier nur, dass jedenfalls nicht alle Anleger ihr Geld zurückerhalten können, da ansonsten der gesamte Plan des Angeklagten nicht aufgehen würde.²⁶ Die Getäuschten haben Vermögenswerte aus der Hand gegeben und dafür nicht werthaltige Rückzahlungsansprüche eingetauscht. Die teilweise Auszahlung von Geldern ist nur (eine im Rahmen der Strafzumessung beachtliche) Schadenswiedergutmachung – die Empfänger haben Glück gehabt. Glück ist aber kein wirtschaftlicher Wert. Gibt man aufgrund einer Täuschung Vermögenswerte hin, ist die unsichere Chance, sie zurück zu erhalten, kein Ausgleich dieser Vermögensminderung, so dass es sich um keine Vermögensgefährdung, sondern um einen „echten“ Schaden handelt.

IV. Unabhängig vom Fall ist eine gewisse Zurückhaltung im Hinblick auf die vom *I. Senat* in Bezug genommenen Bewertungsregeln des Bilanzrechts nahe zu legen.²⁷ Zwar liefert insoweit das HGB Vorgaben, die für die strafrechtliche Beurteilung nutzbar gemacht werden können. Das kann aber nicht heißen, dass strafrechtlich automatisch immer dann, wenn handelsrechtlich eine Wertberichtigung oder Abschreibung vorzunehmen ist, auch eine für §§ 263, 266 StGB hinreichende Vermögensminderung eingetreten ist. Denn aufgrund des unterschiedlichen Schutzzwecks – insbesondere wegen des bilanziellen Vorsichtsprinzips des § 252 Abs. 1 Nr. 4 HGB – kann es sein, dass bilanziell bereits zum jetzigen Zeitpunkt Schäden abzubilden sind, die künftig nur vielleicht eintreten werden. Dass bspw. bilanziell eine Rückstellung wegen des Risikos des künftigen Ergehens einer strafrechtlichen Verfallsanordnung zu bilden ist,²⁸ kann nicht wie von selbst begründen, dass das Vermögen bereits jetzt als um die drohende Verfallssumme gemindert anzusehen ist. Eine solche Anordnung darf also nicht nur ganz abstrakt drohen, sondern muss sich bereits durch den wahrscheinlichen Ausgang eines Strafverfahrens konkretisiert haben.²⁹ Ansprüche, deren Durchsetzbarkeit gänzlich unsicher ist, haben keinen wirtschaftlichen Wert. Umgekehrt sind dann Vermögensminderungen, deren Eintritt in der Zukunft gänzlich unklar ist, noch kein aktueller Schaden. Die Gefahr der Überdehnung des Betrugstatbestands (und erst recht des Untreuetatbe-

²⁵ BGH, Beschl. v. 18.2.2009 – 1 StR 731/08, Rn. 18; vgl. BGHSt 51, 10 (15, Rn. 19).

²⁶ Vgl. BGHSt 34, 199 (204).

²⁷ BGH, Beschl. v. 18.2.2009 – 1 StR 731/08, Rn. 13.

²⁸ Vgl. BFH NJW 2000, 3085.

²⁹ Bei Rückstellungen für ungewisse Verbindlichkeiten (§ 249 Abs. 1 S. 1 HGB) wird allerdings auch verlangt, dass Bestehen oder Entstehen der Verbindlichkeit und die Inanspruchnahme objektiv wahrscheinlich sein müssen. Manche lassen freilich eine „gewisse oder einige“ Wahrscheinlichkeit ausreichen. S. *Baumbach/Hopt/Merkt*, Handelsgesetzbuch, Kommentar, 33. Aufl. 2008, § 249 Rn. 2.

te/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 11. Aufl. 2005, § 263 Rn. 246, 212.

²⁴ *Ransiek*, ZStW 116 (2004), 634 (670).

stands) hin zum Gefährdungsdelikt durch die Einbeziehung nur abstrakter Risiken wird vom *I. Senat* aber gesehen.³⁰

Prof. Dr. Andreas Ransiek, LL.M. (Berkeley), Rechtsreferendar Tilman Reichling, Bielefeld

³⁰ BGH, Beschl. v. 18.2.2009 – 1 StR 731/08, Rn. 15.
