

## Entscheidungsanmerkung

### Die Schadensbestimmung beim Betrug im Falle 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 Abs. 1

BGH, Beschl. v. 18.2.2009 – 1 StR 731/08<sup>1</sup>

#### I. Einleitung

In der hier zu besprechenden Entscheidung hatte der BGH das Ende einer „Schneeballschlacht“ strafrechtlich zu würdigen. Der Angeklagte sammelte – wie der mutmaßliche Milliardenbetrüger der Wall Street, Bernard Madoff – das Geld seiner Investoren ein und versprach ihnen hohe Renditen. Tatsächlich betrieb er ein sog. Schneeballsystem: Er verwendete das eingezahlte Geld zur Finanzierung seines Lebensunterhalts und nahm das Geld neuer Anleger, um damit die Scheingewinne der Alt-Anleger zu bezahlen. Im Gegensatz zu Madoff, der mit Hilfe seines Schneeballsystems die Investoren um mindestens 50 Milliarden Dollar prellte, erzielte der Angeklagte im vorliegenden Fall lediglich „bescheidene Millionengewinne“. Erhebliche Unterschiede sind aber nicht nur in der Schadenssumme, sondern auch beim zu erwartenden Strafmaß zu verzeichnen. Während Bernhard Madoff eine maximale Freiheitsstrafe von bis zu 150 (!) Jahren erwartet, wurde der Angeklagte in erster Instanz wegen Betruges in 60 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren und zehn Monaten verurteilt.

Im Zentrum der Entscheidung stehen die Beurteilung des Vermögensschadens beim Betrug und die Frage, welche Anforderungen diesbezüglich an den Vorsatz zu stellen sind.

<sup>1</sup> Die Entscheidung ist unter <http://www.bundesgerichtshof.de> (15.11.2008) im Internet abrufbar.

Die ebenfalls mit der Revision gerügte Strafzumessungsentcheidung soll im Weiteren nicht aufgegriffen werden.<sup>2</sup>

#### 1. Die schädigende Vermögensgefährdung

Der vorliegende Beschluss des 1. Strafsenats liefert ein weiteres Puzzleteil in der Rechtsprechung des BGH zur „schädigenden Vermögensgefährdung“<sup>3</sup>, die sowohl beim Betrug gem. § 263 Abs. 1 StGB als auch im Rahmen der Untreue gem. § 266 Abs. 1 StGB von Bedeutung ist.

Ein vollendeter Betrug liegt vor, wenn das Opfer infolge eines durch Täuschung hervorgerufenen Irrtums eine Vermögensverfügung trifft und dadurch ein Vermögensschaden verursacht wird.<sup>4</sup> Nach dem Prinzip der Gesamtsaldierung ist der Vermögensschaden durch einen Vergleich zwischen dem Vermögensstand vor und nach der Vermögensverfügung zu ermitteln. Ein Schaden liegt vor, wenn die durch die Vermögensverfügung eingetretene Vermögensminderung nicht unmittelbar durch einen Vermögenszuwachs kompensiert wird, d.h. wenn der Gesamtwert der weggegebenen Vermögenspositionen höher ist als der Gesamtwert aller erlangten Vermögenspositionen. Dies wird nach ständiger Rechtsprechung nach objektiv wirtschaftlichen Gesichtspunkten ermittelt. Dabei kommt es grundsätzlich auf den Marktwert der Vermögensgegenstände an.<sup>5</sup>

Anerkannt ist, dass der Vermögensschaden nicht nur in dem endgültigen Verlust eines Vermögenswerts bestehen kann, sondern bereits der Eintritt einer „schadensgleichen“ Vermögensgefährdung einen Vermögensschaden i.S.d. § 263 Abs. 1 StGB zu begründen vermag. Unter welchen Umständen eine Gefährdung des Vermögens zur Annahme eines Vermögensschadens führen kann, ist allerdings wenig geklärt.

Im Grundsatz besteht Einigkeit darüber, dass nicht jede Vermögensgefährdung mit einem Vermögensschaden gleich gestellt werden kann. Denn Betrug und Untreue sind keine Gefährdungsdelikte, sondern vielmehr Verletzungsdelikte. Eine Gleichstellung der Vermögensgefährdung mit dem Vermögensschaden dehnte den Anwendungsbereich der Strafnormen zu weit aus, wäre also eine verbotene Analogie zu Ungunsten des Täters und begründete somit einen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG.<sup>6</sup> Gleichwohl nimmt das Schrifttum in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung an, dass ein auf einer Vermögensposition ruhendes Gefährdungspotential

<sup>2</sup> Die Revision beanstandete die fehlende Erörterung der Verhängung einer Geldstrafe neben einer – dann niedrigeren – Geldstrafe i.S.d. § 41 StGB.

<sup>3</sup> Vgl. zu diesem Begriff *Hefendehl*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2006, § 263 Rn. 566.

<sup>4</sup> Zu den Voraussetzungen der Untreue gem. § 266 Abs. 1 StGB vgl. *Brüning/Wimmer*, ZJS 2009, 94; *Rotsch*, ZJS 2008, 610.

<sup>5</sup> *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, 26. Aufl. 2007, § 263 Rn. 38.

<sup>6</sup> *Hefendehl* (Fn. 2), § 263 Rn. 541; *Fischer*, StraFo 2008, 269 (271).

deren Wert zu mindern vermag.<sup>7</sup> So wird beispielsweise der wirtschaftliche Wert einer Forderung durch die Bonität des Schuldners bestimmt. Ist der Schuldner nicht leistungsfähig oder nicht leistungswillig, so sinkt die Bonität und mindert gleichzeitig den Wert der Forderung.<sup>8</sup> Dies gilt unabhängig davon, ob der Schuldner die Forderung zum späteren Fälligkeitszeitpunkt erfüllen wird oder nicht. Eine solche greifbare Gefährdung ist wirtschaftlich bzw. rechnerisch betrachtet die Minderung einer Vermögensposition.<sup>9</sup> Der Gefährdungsschaden ist damit lediglich eine „irreführende Bezeichnung“ für eine bloße *Berechnungsart* einer (nicht drohenden, sondern eingetretenen) Vermögensminderung.<sup>10</sup>

Der allgemein verwendete Begriff der „*schadensgleichen Vermögensgefährdung*“ ist also vor dem Hintergrund des Bestimmtheitsgrundsatzes i.S.d. Art. 103 Abs. 2 GG eine etwas missglückte Bezeichnung. „Wer [diesen Begriff] wann erfunden hat, ist nicht erforscht. Sicher ist nur, dass die Erfindung zu einer Zeit geschehen sein muss, die von dem Satz *nullum crimen sine lege* nicht viel hielt.“<sup>11</sup> Dennoch gehört die Terminologie Vermögensgefährdung „jetzt zum feststehenden Arsenal der Betrugsdogmatik“<sup>12</sup> und bringt zum Ausdruck, dass, im Unterschied zum endgültigen Vermögensverlust, die künftige Entwicklung der Vermögenspositionen noch offen ist. Im Folgenden werden hier – mit *Hefendehl* – die Begriffe „schädigende Vermögensgefährdung“<sup>13</sup> oder – mit *Tiedemann* – „Gefährdungsschaden“<sup>14</sup> verwendet.

Der *1. Strafsenat* des BGH hält diese Differenzierung zwischen schädigender Vermögensgefährdung einerseits und dem endgültigen Vermögensschaden andererseits ausweislich seiner jüngsten Judikate allerdings für entbehrlich. Bereits im vergangenen Jahr merkten die Richter in einer Entscheidung, die zur Untreue gem. § 266 StGB erging, in einem obiter dictum an, dass sie diese Unterscheidung für unnötig erachteten.<sup>15</sup> Diese Ansicht hat der *Senat* nunmehr in dem vorliegenden Beschluss ausdrücklich bestätigt.

## 2. Der Vorsatz

Die fehlende Differenzierung zwischen der schädigenden Vermögensgefährdung und dem endgültigen Vermögensschaden hat in erster Linie Auswirkungen auf die Anforderungen an den Vorsatz.

Insoweit ist allerdings scharf zwischen dem Betrug gem. § 263 Abs. 1 StGB und der Untreue gem. § 266 Abs. 1 StGB zu trennen. Beide Straftatbestände verlangen eine vorsätzliche Handlung des Täters, wobei der Eventualvorsatz als schwächste Vorsatzform für eine Strafbarkeit ausreicht. Die überwiegende Meinung in Rechtsprechung und Literatur verlangt für den Eventualvorsatz neben der intellektuellen Komponente (für möglich halten) auch eine voluntative Komponente, und zwar die Billigung des Erfolges.<sup>16</sup>

Darüber hinaus setzt der Betrug – im Gegensatz zur Untreue – im subjektiven Tatbestand die Bereicherungsabsicht des Täters voraus. Da die Untreue keine Bereicherungsabsicht fordert, müssen andere Möglichkeiten zur Restriktion des Tatbestandes gefunden werden. Dies gilt umso mehr, wenn ein bloßer Gefährdungsschaden in Rede steht, weil hier die Gefahr einer Strafbarkeitsausdehnung besteht.

Gründet sich der Vermögensschaden beim Betrug gem. § 263 Abs. 1 StGB auf eine schädigende Vermögensgefährdung, so besteht Einigkeit zwischen den *Strafsenaten*, dass sich der Vorsatz nur hierauf beziehen muss. Maßgeblich ist ausschließlich, ob die vermögensmindernde Gefährdung – und nicht der endgültige Vermögensverlust – vom (bedingten) Vorsatz umfasst ist.<sup>17</sup>

Bei der Beurteilung des Eventualvorsatzes im Rahmen der Untreue ist auf folgende Besonderheit hinzuweisen: Der *2. und 5. Strafsenat* des BGH haben versucht, beim Vorliegen eines Gefährdungsschadens den Tatbestand im subjektiven Bereich zu begrenzen. Anknüpfungspunkt ist das Wollenselement des Vorsatzes. Der Eventualvorsatz könne nur dann angenommen werden, wenn neben dem Eintritt eines Gefährdungsschadens zusätzlich der Eintritt eines endgültigen Vermögensverlustes gebilligt werde.<sup>18</sup> Der *1. Strafsenat* ist dieser Restriktion des subjektiven Tatbestandes jüngst dezidiert entgegengetreten. Ausgehend von der Annahme, dass jeder Gefährdungsschaden ein Vermögensschaden sei, müsse der Täter nicht noch zusätzlich die Realisierung des Gefährdungsschadens billigen. Da der Täter die Umstände, die diesen tatbestandlichen Vermögensnachteil begründen, kenne, handle er sogar mit direktem Vorsatz.<sup>19</sup>

## II. Die Entscheidung

### 1. Sachverhalt

„Der Angeklagte versprach eine sichere, insbesondere bankgarantierte, hochrentierliche Geldanlage. Die einbezahlten Beträge dienten danach nur als Kapitalnachweis. Sie durften während der gesamten Investitionszeit nicht angetastet werden. Als Laufzeit wurden in der Regel zehn Monate vereinbart. Monatlich sollten dann 7% an Verzinsung ausgeschüttet werden. Einem Großanleger (15 Millionen €) versprach der Angeklagte die Rückzahlung nach drei Monaten, zuzüglich einer Rendite von 50%.“

<sup>7</sup> *Zieschang*, in: Park, Kapitalmarktstrafrecht, 2. Aufl. 2008, StGB T1 § 263 Rn. 64 ff.

<sup>8</sup> *Otto*, Jura 1991, 494 (496).

<sup>9</sup> *Tiedemann*, in: Jähne/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 6, 11. Aufl. 2005, § 263 Rn. 168.

<sup>10</sup> *Fischer*, StraFo 2008, 269 (271).

<sup>11</sup> *Naucke*, StV 1985, 187.

<sup>12</sup> *Naucke*, StV 1985, 187.

<sup>13</sup> *Hefendehl* (Fn. 3), § 263 Rn. 566.

<sup>14</sup> *Tiedemann* (Fn. 9), § 263 Rn. 168; vgl. auch *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 56. Aufl. 2009, § 263 Rn. 94; *Rotsch*, ZStW 117 (2005), 577 (585).

<sup>15</sup> BGH NSTZ 2008, 457.

<sup>16</sup> Vgl. zum Eventualvorsatz bei den Tötungsdelikten *Brüning*, ZJS 2008, 419 m.w.N.

<sup>17</sup> BGHSt 48, 331 (347 f.); BGH wistra 2008, 342 (343).

<sup>18</sup> BGHSt 51, 100 (121); vgl. auch BGHSt 52, 182 (190).

<sup>19</sup> BGH NSTZ 2008, 457 (458).

Tatsächlich hatte der Angeklagte nicht vor, die erhaltenen Geldmittel sicher und gewinnbringend anzulegen. Er wollte sie zum einen zur Finanzierung seines Lebensunterhalts verwenden. Zum anderen wollte er – nach Art eines Schneeballsystems – neu eingehende Gelder einsetzen, um Rendite- und Rückzahlungsforderungen der Altinvestoren soweit wie möglich zu befriedigen, um diese in Sicherheit zu wiegen und zu weiteren Einzahlungen zu bewegen.

Im Vertrauen auf die Versprechungen des Angeklagten zahlten 31 Personen in der Zeit von September 2005 bis Januar 2008 – teilweise mehrfach – insgesamt 28.206.841,12 € an die Unternehmen des Angeklagten. 7.310.145,58 € schütete der Angeklagte wieder aus. Einzelne Anleger bekamen damit nicht nur ihr gesamtes Kapital zurück, sondern auch versprochene Erträge ausbezahlt. Mit der Verhaftung des Angeklagten konnten bei seinen Unternehmen noch Vermögenswerte in Höhe von insgesamt 16,8 Millionen € sichergestellt werden (§§ 111c, 111d StPO).<sup>20</sup>

## 2. Rechtliche Würdigung

Zunächst beschreibt der BGH das Prinzip der Gesamtsaldierung. „Ein Schaden i.S.v. § 263 StGB tritt ein, wenn die Vermögensverfügung [hier die vertragsgemäße Bezahlung der Anlagesumme an den Angeklagten beziehungsweise eines seiner Unternehmen] unmittelbar zu einer nicht durch Zuwachs ausgeglichenen Minderung des wirtschaftlichen Gesamtwerts des Vermögens des Verfügenden führt.“<sup>21</sup> Darauf aufbauend stellt das Gericht fest, dass der Gesamtwert des Vermögens bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise bereits im Zeitpunkt der Vermögensverfügung tatsächlich gemindert sei, wenn das Opfer infolge einer Täuschung ein Risikogeschäft eingehe. Denn die dem Opfer gewährte synallagmatische Gegenforderung sei aufgrund des Ausfallrisikos minderwertig, wobei die Höhe des Schadens benennbar sei.<sup>22</sup> Wenn eine genaue Feststellung zur Schadenshöhe zum Zeitpunkt der Vermögensverfügung allerdings nicht möglich sei, habe der Tatrichter im Hinblick auf die Besonderheiten des Strafrechts jedenfalls Mindestfeststellungen zu treffen. Dies könne auch durch Schätzung im Rahmen des dabei eingeräumten Beurteilungsspielraums geschehen.<sup>23</sup> Weiter stellt das Gericht fest, dass der Begriff der konkreten Vermögensgefährdung insoweit nur unzureichend beschreibe, dass nach der Verfügung unmittelbar ein Schaden eingetreten sei. Der Begriff sei deswegen „entbehrlich“<sup>24</sup>. Denn zwischen Schaden (Verlust) und Gefährdung (Beeinträchtigung) bestehe bei wirtschaftlicher Betrachtung kein qualitativer, sondern nur ein quantitativer Unterschied.<sup>25</sup> Die Problematik des Gefährdungsschadens sei letztlich ein „Scheinproblem“<sup>26</sup>.

Das Gericht befürchtet, dass die Rechtsfigur des Gefährdungsschadens den Betrugstatbestand überdehnen und in ein Gefährdungsdelikt umwandeln könnte. Denn es bestehe die Gefahr, dass auch abstrakte Risiken in die Bewertung mit einbezogen werden könnten. Dieser Gefahr könne allerdings dadurch begegnet werden, dass die genaue Schadenshöhe zum Zeitpunkt der Vermögensverfügung festgestellt werden müsse. Dies zwingt zur Klarheit und vermeide Grenzüberschreitungen.<sup>27</sup>

Weiter betont der *Senat*, dass spätere Entwicklungen, wie beispielsweise eine Schadensrealisierung oder ein Schadensausgleich, für die Tatbestandsverwirklichung ohne Bedeutung seien.<sup>28</sup> Zu Recht sei die Strafkammer daher davon ausgegangen, dass auch ein Schaden bei den Anlegern eingetreten sei, die ihr Kapital mitsamt der versprochenen Rendite zurückerhalten hätten. Hierbei habe es sich nicht um die versprochene Gegenleistung gehandelt, sondern um ein aliud ohne wirtschaftlichen Wert. Denn „eine auf die Begehung von Straftaten aufgebaute Aussicht auf Vertragserfüllung ist an sich schon wertlos.“<sup>29</sup>

Schließlich stellt der BGH fest, dass sich das voluntative Element des Tätersvorsatzes allein auf den unmittelbar mit der Vermögensverfügung eingetretenen tatbestandlichen Schaden erstrecken müsse. „Auf die Billigung eines eventuellen Endschadens kommt es nicht an. Ebenso ist die Absicht des späteren Ausgleichs der Vermögensminderung ohne Bedeutung.“<sup>30</sup>

## III. Die Bewertung der Entscheidung

Mit dieser Entscheidung setzt der *1. Strafsenat* seine Rechtsprechung zum Gefährdungsschaden fort. Diese Entwicklung ist indes mit Skepsis zu betrachten.

Bevor jedoch die Vermögensschadensproblematik ausführlich erörtert werden soll, sei eine kurze Bemerkung zur Täuschungshandlung gemacht: Man könnte nämlich auf den ersten Blick Zweifel daran haben, dass den Feststellungen des LG eine Täuschungshandlung zu entnehmen ist. Denn niemand – so würde man meinen – kann ernsthaft annehmen, dass es *sichere*, aber gleichzeitig *hochrentierliche* Geldanlagen gibt. Doch mit *Samson* ist festzustellen: „Gegen Betrug geschützt wird auch der *exquisit Dumme*, der Tatsachenbehauptungen für wahr hält, deren Unwahrheit nahezu jedem anderen sofort evident wäre.“<sup>31</sup> Von einer Täuschung über die Gewinnaussichten<sup>32</sup> und einem entsprechenden Irrtum der Investoren hierüber ist also auszugehen.

<sup>27</sup> BGH, Beschl. v. 18.2.2009 – 1 StR 731/08, Rn. 15.

<sup>28</sup> BGH, Beschl. v. 18.2.2009 – 1 StR 731/08, Rn. 11.

<sup>29</sup> BGH, Beschl. v. 18.2.2009 – 1 StR 731/08, Rn. 18.

<sup>30</sup> BGH, Beschl. v. 18.2.2009 – 1 StR 731/08, Rn. 17.

<sup>31</sup> *Samson*, JA 1978, 469 (471).

<sup>32</sup> § 263 Abs. 1 StGB erfasst nur die Täuschung über Tatsachen, d.h. über gegenwärtige oder vergangene Verhältnisse. Zwar ist eine *Gewinnaussicht* in die Zukunft gerichtet. Ihr liegen allerdings gegenwärtige messbare Gewinnchancen zugrunde, über die getäuscht werden kann, vgl. dazu *Satzger*, JK 08, StGB § 263/82.

<sup>20</sup> BGH, Beschl. v. 18.2.2009 – 1 StR 731/08, Rn. 7-9.

<sup>21</sup> BGH, Beschl. v. 18.2.2009 – 1 StR 731/08, Rn. 10.

<sup>22</sup> BGH, Beschl. v. 18.2.2009 – 1 StR 731/08, Rn. 13.

<sup>23</sup> BGH, Beschl. v. 18.2.2009 – 1 StR 731/08, Rn. 14.

<sup>24</sup> BGH, Beschl. v. 18.2.2009 – 1 StR 731/08, Rn. 12.

<sup>25</sup> BGH, Beschl. v. 18.2.2009 – 1 StR 731/08, Rn. 12.

<sup>26</sup> BGH, Beschl. v. 18.2.2009 – 1 StR 731/08, Rn. 12.

Der entscheidende Punkt der Entscheidung betrifft allerdings die Frage, unter welchen Umständen ein Gefährdungsschaden vorliegt und welche Anforderungen insoweit an den Vorsatz zu stellen sind.

Zur Schadensbestimmung beim Eingehen von Risikogeschäften greift der *1. Strafsenat* zunächst auf die altbekannte Methode der Saldierung zurück. Die Annahme, dass die mit einem Ausfallrisiko behaftete Forderung mit Abschlägen vom Nennwert zu bewerten und damit minderwertig ist, gehört – wie eingangs erwähnt – seit Jahren zu den Grundfesten der Betrugsdogmatik. Neu ist dagegen die Ansicht des *1. Strafsenats*, dass in diesen Fällen die begriffliche Unterscheidung zwischen „schadensgleicher Vermögensgefährdung“ und endgültigem Vermögensschaden entbehrlich sei und sich in Wahrheit als Scheinproblem entpuppe. Scharfzünftig fragen *Beulke* und *Witzigmann* daher zu Recht: „Sind wir tatsächlich jahrzehntelang einem Scheinproblem aufgesessen?“<sup>33</sup> Die Antwort lautet: Nein!

Die Unterscheidung zwischen einer schädigenden Vermögensgefährdung und einem endgültigen Vermögensschaden ist keine terminologische Spielerei, sondern beruht auf sachlichen Erwägungen. Der endgültige Vermögensschaden liegt vor, wenn ein Vermögensverlust unwiderruflich eingetreten ist. Die Schadensbewertung ist dabei unabhängig von zukünftigen Entwicklungen. Der Gefährdungsschaden unterscheidet sich hiervon dadurch, dass sich das Ausfallrisiko gerade noch nicht realisiert hat, sondern lediglich prognostiziert werden kann. Der Gefährdungsschaden ist dem endgültigen Schaden also zeitlich vorgelagert und erreicht damit lediglich das Vorstadium einer endgültigen Schadensrealisierung. Zu Recht befürchtet der *1. Strafsenat* daher, dass in den Fällen der vorgelagerten schädigenden Vermögensgefährdung eine Überdehnung des Betrugstatbestandes droht. Doch es mag bezweifelt werden, dass dieser Gefahr mit einer begrifflichen Nivellierung dadurch begegnet wird, dass man Fälle, die bislang als schadensgleiche Vermögensgefährdung bezeichnet wurden, nunmehr als endgültigen Vermögensschaden bezeichnet und „ruhigen Gewissens weiter bestraft“<sup>34</sup>.

Eine Lösung wird man nur erreichen, indem man die Frage beantwortet, wie weit man im Vorfeld der tatsächlichen Schadensrealisierung einen vollendeten Betrug annehmen darf. Doch die Antwort sucht man in dem vorliegenden Beschluss vergeblich.

Begrüßenswert ist zwar der Ansatz des BGH, auch in den Fällen der schadensgleichen Vermögensgefährdung eine genaue Feststellung der Schadenshöhe zu verlangen. Doch dass dies in vielen Fällen äußerst problematisch ist, erkennt auch der *1. Strafsenat*. Der Versuch, das Problem dadurch zu lösen, dass das Gericht auf die Möglichkeit einer Schadens-

schätzung hinweist, ist weder neu<sup>35</sup> noch hilfreich. Denn solange der BGH keine klaren Kriterien für eine solche Schätzungsmethode benennt, wird dieser Vorschlag nicht dazu führen, dass künftig Fälle, die bislang als „schadensgleiche Vermögensgefährdung“ verstanden wurden, nunmehr aus dem Tatbestand des § 263 StGB herausfallen. Vielmehr werden diese Fälle künftig als endgültiger Schaden bezeichnet.<sup>36</sup> Die Entscheidung lässt sich also nicht dahingehend verstehen, dass der *1. Senat* künftig einen restriktiveren Schadensbegriff vertreten wird.

Auch in Bezug auf den subjektiven Tatbestand des Betruges lässt der Beschluss keine Neuerungen erkennen. Das liegt daran, dass sich im Falle einer schädigenden Vermögensgefährdung i.S.d. § 263 Abs. 1 StGB der (bedingte) Vorsatz auch nur auf die Gefährdung beziehen muss. Auffallend ist allerdings Folgendes: Während der *5. Strafsenat* in einem jüngeren Judikat<sup>37</sup> eine sorgfältige Vorsatzprüfung angeordnet hat, wenn sich der subjektive Tatbestand auf einen Eventualvorsatz gründet, fehlen vergleichbar mahnende Worte in den Ausführungen des hier zu besprechenden Beschlusses. Großes Interesse an einer restriktiven Tatbestandsauslegung lässt die Entscheidung also auch hier nicht erkennen.

Im Ergebnis verdient die Entscheidung allerdings Zustimmung. Zu Recht nimmt das Gericht an, dass der Rückzahlungsanspruch der Anleger minderwertig ist und der (Gefährdungs-) Schaden damit eingetreten ist. Dies gilt auch für die Investoren, die ihr eingezahltes Kapital inklusive der Renditezahlungen zurück erhielten. Entscheidend ist dabei, dass es sich bei diesem Zahlungsrückfluss nicht um die beanspruchte Gegenleistung handelt, sondern um eine Art Ersatzleistung, die bei der Gesamtsaldierung nicht berücksichtigt werden darf, und zwar unabhängig davon, ob ihr ein wirtschaftlicher Wert zukommt.

Ferner ist anzunehmen, dass der Angeklagte um die wirtschaftlichen Nachteile seiner Investoren wusste, so dass er mit Vorsatz und letztlich auch mit Bereicherungsabsicht handelte.

<sup>35</sup> In den Fällen des Submissionsbetrugs wurde diese Methode bereits vom BGH in der Betrugsdogmatik angewendet, vgl. BGH NJW 1992, 921 (923). Außerdem zählt die Schätzung der Höhe der verkürzten Steuern im Strafverfahren zu den schwierigsten Aufgaben eines Strafrichters.

<sup>36</sup> Den Anfang hat bereits der *2. Strafsenat* (BGHSt 52, 323) gemacht, indem er die Unterhaltung einer schwarzen Kasse früher als schadensgleiche Vermögensgefährdung verstand und heute als endgültigen Schaden begreift. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass der *2. Strafsenat* keinen Bezug auf die Entscheidung des *1. Strafsenates* genommen hat. Vielmehr hat sich der *2. Strafsenat* von dem Gedanken leiten lassen, dass die Dispositionsfreiheit nunmehr zum geschützten Kernbereich des § 266 StGB zählt, so dass die Annahme eines endgültigen Schadens vor diesem Hintergrund schlüssig ist, zur Kritik vgl. aber *Brüning/Wimmer*, ZJS 2009, 94 (98).

<sup>37</sup> BGH wistra 2008, 342 (343).

<sup>33</sup> *Beulke/Witzigmann*, JR 2008, 430 (433), im Rahmen einer Anmerkung zu der eingangs erwähnten Entscheidung des *Senats* zum Gefährdungsschaden bei der Untreue gem. § 266 StGB.

<sup>34</sup> *Beulke/Witzigmann*, JR 2008, 430 (433).

#### IV. Ausblick

Der Betrug gehört zum Pflichtstoff im Staatsexamen und muss einem Examenskandidaten präsent sein. Ob sich die vom *1. Strafsenat* proklamierte These durchsetzt, dass die terminologische Differenzierung zwischen einer schadensgleichen Vermögensgefährdung und einem Vermögensschaden aufzugeben ist, bleibt abzuwarten. Wünschenswert ist es nicht.

Auswirkungen wird der Beschluss allerdings auf die restriktive Rechtsprechung des 2. und 5. *Strafsenats* zum bedingten Schädigungsvorsatz bei der Untreue mit bloßem Gefährdungsschaden haben, die eine Billigung des Endschadens und nicht nur des Gefährdungsschadens verlangt. Diese Einschränkung im voluntativen Element des Vorsatzes ist auf der Basis der hier dargestellten Argumentation des *1. Strafsenats* nicht mehr möglich, da es auf die Unterscheidung zwischen Gefährdungs- und Endschaden nicht mehr ankommen soll. Nimmt der *1. Strafsenat* allerdings die rechtsstaatlichen Bedenken gegen die Weite und Unbestimmtheit des Untreuetatbestandes ernst, wenn sich die Vermögensgefährdung nur auf einen bedingten Vorsatz gründet und will er eine Entscheidung des *Großen Strafsenates* vermeiden, so wird ihm im Zukunft nichts anderes übrig bleiben, als die einschränkende Auslegung bereits im objektiven Tatbestand zu berücksichtigen, und zwar indem die subjektive Vorstellung des Täters bei der Prognose des Gefährdungsschadens berücksichtigt wird. „Wer einen Verlust jederzeit wieder ausgleichen [kann und] will, würde dann schon keinen (Gefährdungs-)Schaden herbeiführen.“<sup>38</sup> Ob es dem *1. Strafsenat* tatsächlich ein Grundanliegen ist, der Gefahr einer Überdehnung des Tatbestandsmerkmals „Vermögensschaden“ entgegenzutreten wird sich dann zeigen.

*Wiss. Assistentin Dr. Janique Brüning, Hamburg*

---

<sup>38</sup> *Fischer*, StraFo 2008, 269 (276); vgl. auch *Schünemann*, NSStZ 2008, 430 (433).