

## Entscheidungsanmerkung

### Schadensberechnung bei Kreditverträgen

**1. Der betrugsbedingte Vermögensschaden ist beim Kreditbetrug durch die Bewertung des täuschungsbedingten Risikoungleichgewichts zu ermitteln. Für dessen Berechnung ist maßgeblich, ob und in welchem Umfang die das Darlehen ausreichende Bank ein höheres Ausfallrisiko trifft, als es bestanden hätte, wenn die risikobestimmenden Faktoren vom Täter zutreffend angegeben worden wären.**

**2. Bei der Bestimmung des Minderwertes des Rückzahlungsanspruchs der Bank dürfen bankübliche Bewertungsmaßstäbe zugrunde gelegt werden. Allerdings dürfen einzelfallspezifische Besonderheiten aus der Sphäre der Kreditnehmer nicht aus dem Blick geraten. (Leitsätze der Verf.)**

BGH, Urt. v. 26.11.2015 – 3 StR 247/15 (LG Wuppertal)<sup>1</sup>

#### I. Sachverhalt (vereinfacht)

T will durch die Vermittlungen von Ratenkrediten an nicht kreditwürdige Personen hohe Provisionszahlungen verdienen. In insgesamt 42 Fällen stellt T für die potentiellen Kreditnehmer bei verschiedenen Banken Anträge auf Abschluss von Darlehensverträgen mit Beträgen zwischen 5.000 € und 20.000 €. Dabei legt er gefälschte Verdienstbescheinigungen und andere Urkunden vor.

In 14 von 42 Fällen bemerken die Bankmitarbeiter bei der Prüfung der eingereichten Unterlagen Unstimmigkeiten, mit der Folge, dass die Vertragsabschlüsse nicht zustande kommen und die Provision nicht ausgezahlt wird. In den übrigen Fällen werden die Kreditanträge angenommen und die Darlehensbeträge ausgezahlt. T veranlasst daraufhin die hiervon betroffenen Kreditnehmer, die Beträge in bar abzuheben und lässt sich die vereinbarte Provision von mindestens 5 % auszahlen. Ungeklärt bleibt, ob die jeweiligen Kreditnehmer hinsichtlich der betrügerischen Erlangung der Darlehen gut- oder bösgläubig sind. Die Banken hätten die – überwiegend schon nach kurzer Zeit notleidend gewordenen – Verträge nicht geschlossen und die Darlehen nicht ausgezahlt, wenn sie über die tatsächlichen Einkommensverhältnisse der Kreditnehmer zutreffend informiert worden wären.

In der ersten Instanz hatte das Landgericht die Bankmitarbeiter zu den jeweiligen bankinternen Bewertungsmaßstäben als Zeugen vernommen. Auf dieser Grundlage hatte das Landgericht den erlittenen Vermögensschaden mit 75 % der ausgezahlten Darlehenssumme beziffert. Jedenfalls in dieser Höhe sei der erlangte Rückzahlungsanspruch aufgrund der fehlenden Bonität der Kreditnehmer weniger wert als ein

solcher, bei dem die angegebenen Einkommensverhältnisse tatsächlich zugetroffen hätten.

Das Landgericht hat T wegen vielfachen Betruges bzw. versuchten Betruges, jeweils in Tateinheit mit Urkundenfälschungen, zu Gesamtfreiheitsstrafen verurteilt. Auf die Revision des T hebt der *Senat* das Urteil in den Strafaussprüchen auf.

#### II. Einführung in die Problematik

Der Fall wirft erneut Fragen zur Schadensberechnung bei der seit jeher problematischen Rechtsfigur des Gefährdungsschadens auf. Interessant ist dabei vor allem die Frage, ob eine (fehlende) Schadensbezifferung als Problem des Tatbestandes oder aber der Strafzumessung begriffen werden muss.

Darüber hinaus betrifft das Urteil am Rande die Frage, ob und in welchem Umfang bei der Berechnung der vertraglichen Äquivalenz auf die „intersubjektive Wertsetzung“ als Bewertungsmaßstab zurückgegriffen werden darf.

##### 1. Die Rechtsfigur des Gefährdungsschadens und das Bezifferungsgebot

Das BVerfG hat in einer viel beachteten Entscheidung aus dem Jahr 2010 die Anforderungen an die Feststellung eines Vermögensnachteils im Sinne der Untreue konkretisiert, und zwar mit Wirkung für das gesamte Vermögensstrafrecht.<sup>2</sup> Der Vermögensnachteil muss – um dem Bestimmtheitsgebot nach Art. 103 Abs. 2 GG zu genügen – nach wirtschaftlichen Maßstäben bestimmt und der Höhe nach beziffert werden. Im Jahr 2011 hat das BVerfG diese Anforderungen ausdrücklich auch für die Feststellung des Vermögensschadens im Sinne des Betrugs bestätigt.<sup>3</sup>

Der Betrugstatbestand ist ein Erfolgsdelikt.<sup>4</sup> Der Tatbestand ist vollendet, wenn der Erfolg – der Vermögensschaden – eingetreten ist. Ein Schaden liegt wiederum vor, wenn die durch die Vermögensverfügung eingetretene Vermögensminderung nicht unmittelbar durch einen Vermögenszuwachs kompensiert wird.<sup>5</sup> Maßgeblicher Zeitpunkt für die Feststellung des Vermögensschadens ist der Zeitpunkt der vorgenommenen Vermögensverfügung.<sup>6</sup>

Steht ein Betrug aufgrund täuschungsbedingter Angaben im Zusammenhang mit der Vergabe von Krediten im Raum, so ist zu beachten, dass die mit der Auszahlung des Kredits eingetretene Vermögensminderung der Bank ohnehin nicht durch einen unmittelbaren Zahlungsfluss des Kreditnehmers ausgeglichen werden sollte. Kompensiert wird diese Vermögensminderung lediglich durch den Rückzahlungsanspruch der Bank gegenüber dem Kreditnehmer. Wesentlicher Bestandteil der Kompensationsleistung ist dabei der vereinbarte Zinssatz, der sich u.a. an dem bestehenden Ausfallrisiko

<sup>2</sup> BVerfG NJW 2010, 3209.

<sup>3</sup> BVerfG NJW 2012, 907 (sog. „Al-Qaida-Entscheidung“).

<sup>4</sup> *Hefendehl*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 2. Aufl. 2014, § 263 Rn. 470; *Kühl*, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2014, § 263 Rn. 2.

<sup>5</sup> BGH NJW 2016, 2434 (2435); *Kühl* (Fn. 4), § 263 Rn. 36.

<sup>6</sup> BGH NStZ 2013, 711 (712).

<sup>1</sup> Die Entscheidung ist in NStZ 2016, 343 veröffentlicht und abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=2015-11-26&nr=73875&pos=7&anz=20> (2.11.2016).

orientiert. Die Schadensberechnung setzt damit einen Wertvergleich der ausgekehrten Darlehenssumme und des Rückzahlungsanspruches des Kreditgebers voraus.<sup>7</sup> Dieser Rückzahlungsanspruch betrifft wiederum in der Zukunft liegende Zahlungsströme. Danach kommt es – jedenfalls nach Ansicht der Rechtsprechung – nicht darauf an, ob die in Rede stehende Forderung nach Abschluss des Darlehens tatsächlich bedient wurde und das Geld gleichsam „floss“. Maßgeblich für die Schadensberechnung ist vielmehr die Frage, ob sich durch die Täuschung das Risikogleichgewicht verschoben hat. Dies könnte der Fall sein, wenn sich das Ausfallrisiko der Bank dadurch vergrößert hat, dass der Täter die risikobestimmenden Faktoren wahrheitswidrig angegeben hat.<sup>8</sup> Das Ausfallrisiko entspricht dann nicht mehr dem vereinbarten Zinssatz und damit nicht mehr der die Vermögensminderung kompensierenden Gewinnaussicht der Bank.

Zu berücksichtigen ist jedoch, dass zum Zeitpunkt der Auszahlung des Darlehens nicht feststeht, ob dieses vom Kreditnehmer am Ende tatsächlich zurückgezahlt wird oder nicht. Ein endgültiger Schadenseintritt im Sinne eines echten Substanzverlustes ist also zum Zeitpunkt der Kreditauszahlung noch nicht eingetreten. Dies wäre erst der Fall, wenn mit Sicherheit feststeht, dass der Kreditnehmer das Darlehen oder zumindest einen Teil davon nicht bedienen kann.

Allerdings gehört es zu den Grundfesten in der Betrugs- und Untreuedogmatik, dass auch die Gefahr eines *zukünftigen* Verlustes von Vermögenssubstanz zu einem *gegenwärtigen* Schaden führen kann.

Ein Vermögensschaden könnte im vorliegenden Fall also angenommen werden, wenn sich etwa durch die Manipulationen die Wahrscheinlichkeit erhöht, dass der Kredit nicht zurückgezahlt wird. Die negative Zukunftserwartung im Sinne eines Ausfallrisikos wäre dann eine bereits *eingetretene* Vermögensminderung.

Bezugspunkt für die Berechnung eines Vermögensschadens bei der Darlehenshingabe ist nach gefestigter Rechtsprechung der Wert des Rückzahlungsanspruches.<sup>9</sup> Maßgeblich ist die Frage, ob den Kreditgeber ein gegenüber der ursprünglich angenommenen Risikobewertung erhöhtes Ausfallrisiko trifft.<sup>10</sup>

Zwar kann nicht jede Vermögensgefährdung mit einem Vermögensschaden gleichgestellt werden. Anerkannt ist gleichwohl, dass ein – auf einer Vermögensposition ruhendes – Gefährdungspotenzial den Wert dieser Vermögensposition tatsächlich mindern kann. Der Gefährdungsschaden ist damit

eine Berechnungsart einer nicht drohenden, sondern einer eingetretenen Vermögensminderung.<sup>11</sup>

Der Gefährdungsschaden unterscheidet sich von einem endgültigen Schaden also dadurch, dass sich das Ausfallrisiko gerade noch nicht realisiert hat, sondern lediglich prognostiziert werden kann.<sup>12</sup> Der Gefährdungsschaden ist dem endgültigen Schaden also zeitlich vorgelagert und erreicht damit lediglich das Vorstadium einer endgültigen Schadensrealisierung. Wesensmerkmal des Gefährdungsschadens ist damit die Abhängigkeit der Schadensfeststellung von einer Prognose.<sup>13</sup>

Eine Metapher bringt indes deutlich zum Ausdruck, dass dogmatischen Unstimmigkeiten beim Gefährdungsschaden lauern: Die unmittelbar auf das Gesicht zufliegende Faust kann – im übertragenen Sinne – beim Betrug schon den tatbestandsmäßigen Erfolg eines Vermögensschadens begründen, und zwar auch wenn die Faust nicht trifft.<sup>14</sup> Diese Situation kennzeichnet im Grunde bloßes Versuchs-unrecht.

Zu Recht bestehen daher Befürchtungen, dass in den Fällen der vorgelagerten schädigenden Vermögensgefährdung eine Überdehnung des Tatbestandsmerkmals „Vermögensschaden“ und damit ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG droht.

Im Falle der schädigenden Vermögensgefährdung stellt sich also die Frage, wie weit sich die Gefahr bereits „verdichtet“ haben muss.

Das oben bereits erwähnte Bezifferungsgebot entspringt gerade dieser notwendigerweise vorzunehmenden konkretisierenden Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Vermögensschaden“ in Bezug auf die Gefährdungsschäden. Das BVerfG hat den für die Untreue und den Betrug gleichermaßen geltenden Schadensbegriff wie folgt näher bestimmt:

Das Gericht hat festgestellt, dass es grundsätzlich noch mit dem Bestimmtheitsgrundsatz vereinbar sei, einen Vermögensschaden bereits bei der konkreten Gefahr eines zukünftigen Vermögensverlustes anzunehmen.

Jedoch hat das Gericht präzise Vorgaben zur verfassungsrechtlichen Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Vermögensschaden“ gemacht.

Danach darf das Tatbestandsmerkmal „Vermögensschaden“ nicht mit anderen Tatbestandsmerkmalen verschleift werden.<sup>15</sup> Das bedeutet, das Tatbestandsmerkmal darf nach seinem Wortsinn nicht so weit ausgelegt werden, dass es vollständig in einem anderen Tatbestandsmerkmal aufgeht. Für den Betrug bedeutet dies, dass der Vermögensschaden streng von der Täuschung zu trennen ist und nicht jede Täu-

<sup>7</sup> BGH NStZ 2013, 711 (712).

<sup>8</sup> BGH NJW 2012, 2370 (2371).

<sup>9</sup> BGH NJW 2012, 2370 (2371).

<sup>10</sup> Nicht zu Unrecht merkt etwa *Wostry* kritisch an, dass der BGH nicht – wie herkömmlich bei der Schadensberechnung – danach fragt, welchen Wert die Forderung und Gegenforderung im Vermögen des vermeintlich Geschädigten haben, vgl. dazu *Wostry*, Schadensbezifferung und bilanzielle Berechnung des Vermögensschadens bei dem Tatbestand des Betruges (§ 263 StGB), 2016, S. 326.

<sup>11</sup> *Fischer*, StraFo 2008, 269 (271).

<sup>12</sup> *Saliger*, in: Joecks/Ostendorf/Rönnau/Rotsch/Schmitz (Hrsg.), Recht – Wirtschaft – Strafe, Festschrift für Erich Samson, 2010, S. 455 (471).

<sup>13</sup> *Becker*, in: Fischer u.a. (Hrsg.), Dogmatik und Praxis des strafrechtlichen Vermögensschadens, 2015, S. 273 (276).

<sup>14</sup> Vgl. dazu *Wostry* (Fn. 10), S. 45 mit Fn. 33, mit Verweis auf *Hefendehl*, Vermögensgefährdung und Exspektanzen, 1994, S. 256, der diese Art der Vermögensgefährdung als Kontinuum bezeichnet.

<sup>15</sup> BVerfG NJW 2010, 3209 (3211 Rn. 79).

schung, die zu einer Vermögensverfügung führt, einen Schaden begründet.

Weiter betont das Gericht, dass das Tatbestandsmerkmal des Vermögensschadens den Betrug als Vermögens- und Erfolgsdelikt kennzeichnet. Verlustwahrscheinlichkeiten dürften daher nicht so diffus sein oder sich in so niedrigen Bereichen bewegen, dass der Eintritt eines realen Schadens ungewiss bliebe.<sup>16</sup>

Um eine Tatbestandsüberdehnung zu verhindern, müsse der Vermögensschaden der Höhe nach beziffert und dies in wirtschaftlich nachvollziehbarer Weise in den Urteilsgründen dargelegt werden.<sup>17</sup>

Dabei sei auch auf in der wirtschaftlichen Praxis vorhandene Bewertungsmaßstäbe – gegebenenfalls unter Heranziehung eines Sachverständigen – zurückzugreifen. Explizit erwähnt das Gericht die Bewertungsvorschriften des Bilanzrechts.<sup>18</sup>

Lediglich in einfach gelagerten und eindeutigen Fällen erteilt das Gericht einen Dispens von dem Erfordernis, den Schaden zu beziffern. Bei Unsicherheiten könne ein Mindestschaden im Wege einer tragfähigen Schätzung ermittelt werden.<sup>19</sup>

Ausdrücklich mahnt das BVerfG an, dass normative Gesichtspunkte bei der Feststellung des Vermögensschadens die wirtschaftlichen Überlegungen nicht verdrängen dürften.

## 2. Die Rechtsfigur der intersubjektiven Wertbemessung

Die vom BVerfG aufgestellte Pflicht zur Schadensbeziehung hat zur Folge, dass die Maßstäbe der Schadensbeziehung offengelegt werden müssen.<sup>20</sup> Es müssen wirtschaftliche Kriterien gefunden werden, anhand derer der Vermögensschaden und damit Leistung und Gegenleistung bewertet werden können. Dies stellt die Tatgerichte nicht selten vor vermeintlich unlösbarer Schwierigkeiten. Erschwert wird die von den Gerichten vorzunehmende Rechenaufgabe, wenn sich für die einzelnen Rechenposten, insbesondere für die zu erwartende Gegenleistung, aufgrund fehlender Vergleichsgeschäfte kein Marktwert ermitteln lässt. Der 5. Strafsenat ist daher auf die – viel kritisierte – Idee gekommen, in Fällen, in denen die Wertbestimmung bei einzigartigen Gegenständen schwierig ist, auf einen sog. intersubjektiven Bewertungsmaßstab zurückzugreifen.<sup>21</sup> Maßgeblich war danach nicht mehr die Frage, welcher Preis nach marktwirtschaftlichen Regeln gezahlt worden wäre. Der Schaden lag nach Ansicht des 5. Strafsenats allein darin, dass der getäuschte Verkäufer einen geringwertigeren Anspruch erhalten habe, als vertraglich vorausgesetzt gewesen sei. Grundlage der Schadensfeststellung war danach der von den Parteien bestimmte Vertragswert.<sup>22</sup> Auf eine Feststellung anhand von ökonomischen Daten konnte gänzlich verzichtet werden. Damit hatte das

Gericht die beiden Größen „Verkehrswert“ und „Wert der Preisabrede“ gleichgesetzt.

Der 1. Strafsenat ist diesen Annahmen des 5. Strafsenats entgegengetreten und hat betont, dass im Rahmen der Schadensdogmatik der Verkehrswert grundsätzlich nicht mit der von den Parteien getroffenen Preisabrede gleichgesetzt werden könne.<sup>23</sup> Das Gericht hat aber – gewissermaßen in einem „zweiten Akt der intersubjektiven Wertsetzung“<sup>24</sup> diese Rechtsfigur einer prozessualen Lesart zugeführt. Die intersubjektive Wertsetzung wird nun als Erkenntnisinstrument der tatrichterlichen Schadensfeststellung verwendet. Der von den Parteien verabredete Preis kann gleichsam als Indiz für den tatsächlichen Verkehrswert betrachtet werden. Damit ist die intersubjektive Wertsetzung ein „Berechnungsansatz [...]“, diese Schäden (wirtschaftlich) realitätsnah zu berechnen, ohne auf teure, häufig zweifelhafte und in ihrer Überzeugungskraft oftmals notleidende Sachverständigengutachten zurückgreifen zu müssen.<sup>25</sup>

## III. Die Entscheidung

Der BGH bestätigt auf die Revision des T eine Verurteilung wegen Betruges bzw. versuchten Betruges, hebt jedoch das Urteil in den Strafaussprüchen auf. Obgleich das Gericht der Ansicht ist, dass die Strafkammer den Vermögensschaden nicht durchweg rechtsfehlerfrei bestimmt habe, seien die Schuldsprüche wegen Betruges jedoch revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.<sup>26</sup>

Der 3. Strafsenat befasst sich in der vorliegenden Entscheidung mit den Grundsätzen der Schadensbestimmung bei täuschungsbedingt erlangten Krediten. Das Gericht folgt den Grundlinien der höchstrichterlichen Rechtsprechung. „Vermögensschaden beim Betrug ist die Vermögensminderung infolge der Täuschung, also der Unterschied zwischen dem Wert des Vermögens vor und nach der täuschungsbedingten Vermögensverfügung. Die Grundsätze, die beim Betrug durch Abschluss eines Vertrags gelten, nach denen für den Vermögensvergleich maßgeblich auf den jeweiligen Wert der beiderseitigen Vertragsverpflichtungen abzustellen ist, sind bei Kreditverträgen mit der Maßgabe zu berücksichtigen, dass durch die Ausreichung des Darlehens auf Seiten der Bank bereits ein Vermögensabfluss in Höhe des Kreditbetrages eintritt. Ob und in welchem Umfang dadurch ein Vermögensschaden entsteht, ist durch einen Vergleich dieses Betruges mit dem Wert des Rückzahlungsanspruchs des Darlehensgläubigers zu ermitteln. Dieser wird – bei grundsätzlich gegebener Zahlungswilligkeit des Schuldners – maßgeblich durch dessen Bonität und den Wert gegebenenfalls gestellter Sicherheiten bestimmt. Ein etwaiger Minderwert des Rückzahlungsanspruchs ist nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise zu ermitteln und nach der Rspr. des BVerfG konkret festzustellen und zu beziffern. Dabei können bankübliche Bewertungsansätze für die Wertberichtigung Anwendung

<sup>16</sup> BVerfG NJW 2010, 3209 (3214 Rn. 105).

<sup>17</sup> BVerfG NJW 2010, 3209 (3215 Rn. 113).

<sup>18</sup> BVerfG NJW 2010, 3209 (3219 Rn. 141).

<sup>19</sup> BVerfG NJW 2010, 3209 (3215 Rn. 114).

<sup>20</sup> C. Dannecker, NStZ 2016, 318.

<sup>21</sup> BGH NStZ 2013, 404.

<sup>22</sup> BGH NStZ 2013, 404 (405).

<sup>23</sup> BGH NStZ 2015, 89 (92).

<sup>24</sup> C. Dannecker, NStZ 2016, 318 (320).

<sup>25</sup> Raum, in: Fischer u.a. (Fn. 13), S. 43 (48).

<sup>26</sup> BGH NStZ 2016, 343.

finden.<sup>27</sup> Von besonderer Bedeutung war dem BGH der Umstand, „dass es sich bei der Darlehensgewährung stets um ein Risikogeschäft handelt. Der betrugsbedingte Vermögensschaden ist deshalb durch die Bewertung des täuschungsbedingten Risikoungleichgewichts zu ermitteln, für dessen Berechnung maßgeblich ist, ob und in welchem Umfang die das Darlehen ausreichte Bank ein höheres Ausfallrisiko trifft, als es bestanden hätte, wenn die risikobestimmenden Faktoren vom Täter zutreffend angegeben worden wären.“<sup>28</sup>

Weiter legt das Gericht seiner Schadensberechnung die Annahme zugrunde, dass man „den Rückzahlungsanspruch bei einem nicht durch Täuschung erschlichenen Kreditvertrag mit 100% des ausgereichten Darlehensbetrages“ bewerten könne. Denn der „Minderwert des ungesicherten Rückzahlungsanspruchs wird so durch den im jeweils vereinbarten Zinssatz enthaltenen Risikozuschlag ausgeglichen“<sup>29</sup>.

„Die Bezifferung des Wertes des aufgrund der Täuschung bei Vertragsschluss erlangten Rückzahlungsanspruchs mit lediglich 25 % des Nominalwertes erweist sich hier hingegen als zu pauschal und deswegen als durchgreifend rechtsfehlerhaft.“<sup>30</sup> Kritisch merkt das Gericht an, dass die Vorinstanzen den Schaden „allein auf der Grundlage der generalisierenden Schadensberechnung der Bankmitarbeiter“<sup>31</sup> ermittelt habe. Dennoch geht das Gericht davon aus, dass die Schadensermittlung „nicht dazu zwingt, zur Bestimmung des Minderwerts eines auf einer Täuschung beruhenden Rückzahlungsanspruchs stets ein Sachverständigengutachten“<sup>32</sup> einzuholen.

Insbesondere rügt der BGH, dass das Landgericht nicht berücksichtigt habe, dass einige Kreditnehmer Sozialleistungen erhalten hätten und Kredite teilweise zumindest über Jahre ordnungsgemäß bedient worden wären. „Eine sich daraus möglicherweise ergebende – teilweise – Leistungsfähigkeit des Kreditnehmers, die der pauschalierend angenommenen Bewertung des Rückzahlungsanspruches mit lediglich 25 % des jeweiligen Nominalbetrages entgegenstehen könnte, hätte die StrK jedenfalls erörtern müssen.“<sup>33</sup>

Der BGH zweifelt trotz der Mängel bei der Schadenfeststellung jedoch nicht daran, dass jedenfalls ein bezifferbarer Mindestschaden vorliege. „In allen ausgeurteilten Fällen wurden die Vermögensverhältnisse der Kreditnehmer in einem Maße positiver dargestellt, als sie tatsächlich waren, dass sich das die Banken treffende Risiko, die ausgereichten Darlehen nicht zurückgezahlt zu bekommen, gegenüber der Situation, in der die Einkommensverhältnisse zutreffend angegeben worden wären, jeweils signifikant erhöhte bzw. in den Fällen, in denen es beim Versuch blieb, erhöht hätte. Darin liegt in jedem Einzelfall ein sicher bezifferbarer Mindestschaden.“<sup>34</sup>

Das Gericht hebt aber hervor, dass die Schadensbezifferung auch der Feststellung des Schuldumfangs diene und

damit auch für die Strafzumessung von Bedeutung sei. Insofern könnte nicht ausgeschlossen werden, dass die aufgezeigten Rechtsfehler zu einer fehlerhaften Strafzumessung geführt hätten.

#### IV. Bewertung der Entscheidung

Mit dieser Entscheidung bleibt der BGH seiner Rechtsprechung zur Schadenskonturierung im Bereich des Kreditbetrugs treu. Maßgeblich für die Berechnung des Schadens ist danach die Bewertung des täuschungsbedingten Risikoungleichgewichts, mithin die erhöhte Verlustwahrscheinlichkeit.<sup>35</sup> Der Kreditbetrug ist damit ein Anwendungsfall der schädigenden Vermögensgefährdung. Der Vermögensschaden ist konkret festzustellen und zu beziffern.

##### 1. Kritik am Erfordernis der Schadensbezifferung

Es ist hier nicht der Ort, um die grundsätzliche Kritik an dem Erfordernis der genauen Schadensbezifferung zu wiederholen. An dieser Stelle nur so viel:

Das BVerfG betont in seinem „Juni-Beschluss“, dass wirtschaftliche Erwägungen nicht von normativen überlagert werden dürften. Insofern geht das Gericht offenbar von einem Gegensatzpaar der Begriffe „normativ“ und „wirtschaftlich“ aus und legt seinen Entscheidungen einen rein wirtschaftlichen Vermögensbegriff zugrunde. Allerdings bilden Recht und Wirtschaft keine widerstreitenden Systeme, sondern aufeinander bezogene Wertbereiche. Vermögen ist kein natürliches Phänomen, sondern das Ergebnis einer rechtlichen Konstruktion.<sup>36</sup> Ein wirtschaftlicher Vermögensbegriff ist immer auch ein normativer. Dies wird deutlich, wenn das Gericht selbst von den „Bewertungsvorschriften des Bilanzrechts“ (Hervorhebung der *Verf.*) spricht.<sup>37</sup>

Ferner ist es faktisch nicht möglich, einen wirtschaftlichen Vermögensbegriff – frei von normativen Erwägungen – mit dem objektiven Marktwert zu verknüpfen. Denn der wirtschaftliche Wert eines Gutes wird nicht objektiv definiert, sondern intersubjektiv durch die Einschätzung der Marktteilnehmer.<sup>38</sup> Und dieser Einschätzung liegen wiederum Prämissen zugrunde, die ihrerseits abhängig von Prognosen und damit von normativen Erwägungen sind. Besonders problematisch ist der Rückgriff auf den objektiven Marktwert, wenn es keine Vergleichsgeschäfte gibt.

Geht man weiter davon aus, dass jede errechnete Minderung des Vermögens einen Schaden begründet, so ist anzumerken, dass im Grunde jede – auch noch so abstrakte – Verlustwahrscheinlichkeit einen Vermögensschaden begründen kann. Denn letztlich lässt sich jedes Risiko bewerten und beziffern. Liest man beispielsweise die bereits oben erwähnte Al-Qaida Entscheidung des BVerfG<sup>39</sup> aufmerksam, so ist das

<sup>27</sup> BGH NStZ 2016, 343 f.

<sup>28</sup> BGH NStZ 2016, 343 (344).

<sup>29</sup> BGH NStZ 2016, 343 (344).

<sup>30</sup> BGH NStZ 2016, 343 (344).

<sup>31</sup> BGH NStZ 2016, 343 (345).

<sup>32</sup> BGH NStZ 2016, 343 (344).

<sup>33</sup> BGH NStZ 2016, 343 (344).

<sup>34</sup> BGH NStZ 2016, 343 (344).

<sup>35</sup> *Ladiges*, wistra 2016, 231.

<sup>36</sup> *Fischer*, in: Fischer u.a. (Fn. 13), S. 51 (54).

<sup>37</sup> *Hefendehl* mutmaßt daher, dass dem BVerfG „nicht so recht bewusst gewesen“ sei, dass das Bilanzrecht ein „hochnormatives Regelwerk“ ist, *Hefendehl*, in: Fischer u.a. (Fn. 13), S. 77 (83).

<sup>38</sup> *Raum* (Fn. 25), S. 47.

<sup>39</sup> BVerfG NJW 2012, 907.

Gericht auch nicht etwa der Ansicht, dass es völlig unvertretbar gewesen wäre, den Abschluss eines Lebensversicherungsvertrages als Gefährdungsschaden zu qualifizieren, und dies selbst dann, wenn für den Eintritt des endgültigen Schadens – die täuschungsbedingte Auszahlung der Versicherungssumme – noch zahlreiche Zwischenschritte erforderlich sind, wie die Fingierung des Todes, die Beschaffung der Sterbeurkunden, die Geltendmachung des Anspruchs und die Vorlage der Unterlagen bei der Versicherung.

Angemahnt hat das Gericht letztlich nur, dass kein Mindestschaden festgestellt wurde und dass die Ausführungen im Urteil teils vage und widersprüchlich waren.<sup>40</sup> Mit keinem Wort gibt das BVerfG zu bedenken, dass die Figur des Gefährdungsschadens die Grenzen des unmittelbaren Ansatzens in Bezug auf das eigentliche Unrecht – den endgültigen – Vermögensverlust auszuhebeln drohte.<sup>41</sup>

Vielmehr wird deutlich, dass eine wirtschaftliche Betrachtung – mit ihrer Möglichkeit jedes Risiko zu bepreisen – Gefahr läuft, den Umfang des Gefährdungsschadens auszuweiten anstatt ihn einzudämmen. Im Ergebnis kann jede noch so abstrakte Gefahr mit einer ganz konkreten Zahl bepreist werden. Würde das ausreichen, so wären abstrakte Gefahren weit im Vorfeld des endgültigen Schadenseintritts geeignet, eine schädigende Vermögensgefährdung zu begründen. Der Täter kann damit für Vorbereitungshandlungen in Bezug auf den endgültigen Vermögensverlust wegen eines *vollendeten* Betruges bestraft werden. Das Bezifferungsgebot des BVerfG jedenfalls kann dies nicht verhindern.

## 2. Dogmatische Verankerung des Bezifferungsgebotes

Der 3. Strafsenat behandelt die fehlerhafte Bezifferung des Vermögensschadens als Problem der Strafzumessung und nicht bereits als ein solches des Tatbestandes. Das Gericht sieht sich damit im Einklang mit den vom BVerfG entwickelten Grundsätzen zum Bezifferungsgebot.

Das BVerfG hat indes nicht ausdrücklich entschieden, ob sich das Bezifferungserfordernis aus dem materiellen Recht ergibt, oder ob es sich dabei um eine prozessuale Anforderung handelt.

Im Schrifttum wird das Bezifferungsgebot teilweise als Bestandteil des tatbestandlichen Schadensbegriffs gesehen.<sup>42</sup>

Ebenso spricht im Ergebnis viel dafür, dass auch das BVerfG die Ausführungen zum Schadensbegriff wohl eher auf der Tatbestandsebene verortet wissen wollte.<sup>43</sup>

Überzeugend ist das indes nicht, so dass man durchaus Sympathien für das Vorgehen des BGH teilen kann, die fehlende Schadensbezifferung als Problem der Strafzumessung zu begreifen.

Das Bezifferungserfordernis ist keine Voraussetzung, um den Eintritt des tatbestandlichen Erfolges in Gestalt des Ver-

mögensschadens annehmen zu können. Insoweit geht es allein um die Frage, ob das Vermögen des Opfers auf der Basis einer Gesamtsaldierung gemindert wurde oder nicht. An dieser Stelle reicht ein „Ja“ oder „Nein“ als Antwort aus.<sup>44</sup>

Wostry legt hingegen dar, dass der Vermögensschaden das Ergebnis einer Differenz ist, die wiederum einen mathematischen Prozess abbildet. Nur wer Zahlen verwende, könne daher sicheres Wissen vermitteln. Ansonsten würde lediglich der *Anschein* von sicherem Wissen vermittelt.<sup>45</sup> Wostry legt damit ein materielles Verständnis des Bezifferbarkeits-erfordernisses als Element des tatbestandlichen Schadensbegriffs zugrunde.

Diesem Ansatz hat jedoch schon Becker plausibel entgegengehalten, dass ein Vermögensschaden nicht etwa deswegen genau (bzw. sicher) ist, weil er das Ergebnis in Form einer konkreten Zahl ausdrückt.<sup>46</sup> Im Zeitpunkt der (Gefährdungs-)Schadensfeststellung ist die gewonnene Zahl lediglich eine Bewertung der künftigen Zahlungsströme und damit nichts anderes als eine unsichere Prognose.<sup>47</sup> Die anhand des mathematischen Prozesses gewonnene Zahl ist damit nichts anderes als ein „Orakel ex post“<sup>48</sup>. Von Sicherheit keine Spur.

Zu Recht verortet der BGH die Problematik daher auf der Strafzumessungsebene. Der in Art. 103 Abs. 2 GG verankerte Bestimmtheitsgrundsatz verlangt für die Konkretisierung der Strafzumessung eine Bezifferung des Schadens. Denn Grundlage der Strafzumessung ist nach § 46 Abs. 1 S. 1 StGB die Schuld des Täters und die wiederum hängt beim Betrug von der Höhe des angerichteten Schadens ab. Ohne dies hier näher vertiefen zu können, kann bei Vermögensstraftaten die Bestimmung des Schuldumfangs aber im Wege der Schätzung erfolgen, wenn sich Feststellungen auf andere Weise nicht treffen lassen.<sup>49</sup>

Gleichwohl ist das Gericht aufgrund des Amtsermittlungsgrundsatzes nach § 244 Abs. 2 StPO verpflichtet, alle strafzumessungsrelevanten Umstände aufzuklären. Daher ist das Bezifferungsgebot als Mahnung zu begreifen, den Amtsermittlungsgrundsatz nach § 244 Abs. 2 StPO bei der Schadensfeststellung zu beachten.

## 3. Die Rechtsfigur der intersubjektiven Wertsetzung

Das Gericht stellt den Schaden im vorliegenden Fall nicht fest, indem die Vermögenslagen vor und nach der Vermögensverfügung verglichen werden. Vielmehr vergleicht das Gericht die tatsächliche Vermögenslage nach der Vermögensverfügung mit der Vermögenslage, die bestanden hätte,

<sup>40</sup> BVerfG NJW 2012, 907 (916 Rn. 179).

<sup>41</sup> Vgl. auch Satzger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2014, § 263 Rn. 245.

<sup>42</sup> Vgl. dazu ausführlich Wostry (Fn. 10), S. 64 ff.

<sup>43</sup> Schlösser, NStZ 2012, 473 (476); so auch Becker, NStZ 2014, 458.

<sup>44</sup> Krell, Untreue durch Stellenbesetzungen, zugleich ein Beitrag zur Pflichtwidrigkeitsdogmatik, 2015, S. 172; vgl. auch Satzger, Der Submissionsbetrug, 1994, S. 136.

<sup>45</sup> Zum Ganzen Wostry (Fn. 10), S. 75 ff.

<sup>46</sup> Becker, NStZ 2016, 345 (346).

<sup>47</sup> Becker, NStZ 2014, 458.

<sup>48</sup> Vgl. zu diesem Begriff C. Dannecker, NStZ 2016, 318 (319).

<sup>49</sup> So wohl auch Saliger, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2013, § 263 Rn. 205.

wenn die vorgetäuschten Erklärungen wahr gewesen wären. Verglichen wird damit die tatsächliche Vermögenslage mit der vertraglich vereinbarten Vermögenslage. Im Ergebnis greift das Gericht also auf die Rechtsfigur der intersubjektiven Wertsetzung zur Feststellung des Schadens zurück,<sup>50</sup> freilich ohne dies zu benennen. Maßgeblich für die Schadensfeststellung ist demnach die Frage, wie der Geschädigte bei ordnungsgemäßer Leistung gestanden hätte. Irrelevant ist hingegen, wie der Geschädigte gestanden hätte, wenn er nicht auf die täuschende Erklärung vertraut hätte.

Auch die intersubjektive Wertfestsetzung war schon Gegenstand zahlreicher kritischer Abhandlungen. Die überzeugende Kritik an dieser Rechtsfigur soll und kann hier nicht referiert werden.<sup>51</sup> Richtiger Ansatzpunkt des intersubjektiven Ansatzes ist zwar, dass es – wie bereits dargelegt – *den* objektiven Marktwert nicht gibt. Jedoch darf dies nicht dazu führen, dass gar keine Marktorientierung mehr stattfindet und der Vermögensschaden damit der Wirtschaftlichkeit entkleidet wird.

Im Ergebnis spricht jedoch viel für die vom BGH in diesem Fall gefundene Lösung, auch wenn das Gericht die dogmatischen Feinheiten nicht ausleuchtet.

Kreditprodukte einer Bank werden von einer Vielzahl von Kreditnehmern in Anspruch genommen. Dies legt den Schluss nahe, dass es sich bei den vereinbarten Krediten um solche mit marktüblichen Konditionen handelt.<sup>52</sup> Das täuschungsbedingt abgeschlossene Geschäft ist damit marktüblich. Leistung (Auszahlung des Darlehens) und Gegenleistung (Rückzahlungsanspruch) sind bei einem zu Marktkonditionen abgeschlossenen Kredit also grundsätzlich vermögensneutral. Ein Schaden entsteht aufgrund des täuschungsbedingten Risikoungleichgewichts, das den Rückzahlungsanspruch entsprechend mindert. Sowohl das Instanzengericht als auch der BGH haben grundsätzlich nicht zwischen dem Marktpreis und dem vereinbarten Preis unterschieden bzw. die Gerichte haben es versäumt, die Umstände zu benennen, die einen Rückschluss darauf ermöglichen, dass der vereinbarte Preis ein marktüblicher ist. Ein Schaden liegt aufgrund des Risikoungleichgewichts gegenüber einem marktentsprechenden Rückzahlungsanspruch vor.

Dass der BGH die Entscheidung dennoch aufgehoben hat, liegt daran, dass die Ermittlung des Risikoungleichgewichts durch das Landgericht nicht zu überzeugen vermochte. Eine pauschale Bewertung ganzer Forderungsgruppen kann für das Strafrecht nicht akzeptiert werden.<sup>53</sup>

Bedauerlich ist, dass der BGH darüber hinaus nicht deutlich gemacht hat, dass es wenig sachgerecht erscheint, sich an den Bewertungsmaßstäben der geschädigten Bank zu orientieren. Zu Recht weist *Dannecker* darauf hin, dass in Fällen der „Opferbefragung“ die strukturell[e] [...] Neigung zur Überbewertung von Schäden bestehen dürfte.“<sup>54</sup>

#### IV. Fazit und Ausblick

Mit seiner Entscheidung orientiert sich das Gericht an den Vorgaben der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Schadensfeststellung beim Kreditbetrug. Die Erwägungen des 3. *Strafsenats* bleiben aber insgesamt abstrakt und legen den dogmatischen Mangel der Entscheidung in Bezug auf die Schadensfeststellung nicht offen.

Insbesondere für Studentinnen und Studenten des wirtschaftsstrafrechtlichen Schwerpunktbereichs bietet die hier behandelte Fallkonstellation Gelegenheit, sich speziell mit den Einzelheiten der Schadensbestimmung beim Betrug näher auseinanderzusetzen.

Auch wenn das Bezifferungsgebot im Ergebnis materiellrechtlich nicht geeignet ist, die Auswüchse des sog. Gefährdungsschadens einzudämmen, besteht die Hoffnung, dass die Tatgerichte aufgrund des Erfordernisses, den Schaden zu beziffern, bei der Sachaufklärung eine höhere Genauigkeit walten lassen.

*Prof. Dr. Janique Brüning, Kiel*

<sup>50</sup> C. *Dannecker*, NStZ 2016, 318 (324).

<sup>51</sup> Vgl. etwa *Sinn*, ZJS 2013, 625.

<sup>52</sup> C. *Dannecker*, NStZ 2016, 318 (326).

<sup>53</sup> *Becker*, NStZ 2016, 345 (346).

<sup>54</sup> C. *Dannecker*, NStZ 2016, 318 (326).