

Entscheidungsbesprechung

Individueller Schadenseinschlag beim Anlagebetrug

Bei der zur Bestimmung des Vermögensschadens stets gebotenen Gesamtsaldierung ist auch der subjektive Wert des Erlangten für den Verletzten zu berücksichtigen. Ist nach dem Urteil eines objektiven Dritten eine (möglicherweise objektiv werthaltige) Gegenleistung des Täuschenden bei normativer Betrachtung unter Berücksichtigung der individuellen und wirtschaftlichen Bedürfnisse und Verhältnisse des Geschädigten sowie der von ihm verfolgten Zwecke subjektiv wertlos, begründet dies einen Vermögensschaden in voller Höhe des zur Erlangung der Gegenleistung Aufgewandten (sog. persönlicher Schadenseinschlag). (Leitsatz der Verf.)

StGB § 263

BGH, Beschl. v. 12.6.2018 – 3 StR 171/17¹

I. Sachverhalt²

T verkauft mehrere Solaranlagenmodule (Photovoltaikanlagen als Teile eines sog. Solarparks) an zahlreiche Privatanleger, wobei offenbleibt, ob die Privatanleger auch Eigentum an den Solaranlagenmodulen erworben haben. Sodann pachtet T die Solaranlagenmodule von den Privatanlegern gegen einen garantierten Pachtzins zurück. Vertraglich vorgesehen war dabei, dass T die Solaranlagenmodule wiederum langfristig an Dritte weiterverpachtet und zuvor die für die Verpachtung erforderlichen Spiegelanlagen errichtet. Die wiederum für die Errichtung der Spiegelanlagen erforderlichen Zusatzmodule sollten vereinbarungsgemäß aus den (hohen) Kaufpreiszahlungen der Privatanleger beschafft werden. T hat jedoch zu keinem Zeitpunkt vor, die für die Verpachtung erforderlichen Zusatzmodule zu erwerben, sondern behält die Kaufpreiszahlungen in voller Höhe für sich ein. Ohne die Installation der Spiegelanlagen sind die Photovoltaikanlagen jedoch für die Privatanleger nicht verwendbar, insbesondere ist dadurch eine Weiterverpachtung nicht möglich. Eine anderweitige zumutbare Verwendung der Module kommt nicht in Betracht.

Darüber hinaus ist der garantierte Pachtzins – was T weiß – von vornherein nicht zu erwirtschaften, weil die zu leistenden Pachtzahlungen an die Anleger durch die zu erzielenden Stromeinspeisevergütungen gar nicht erwirtschaftet werden können.³ Die Pachtzinsen können nur gezahlt werden, weil T

neu eingehende Gelder einsetzt, um die Pachtzinsen an die Altanleger zu bezahlen.

Gleichwohl hat T den Privatanlegern versichert, dass sie in eine besonders sichere Anlage (sog. „Safe-Invest“) investieren, da sie durch den Kauf von Solaranlagenmodulen (Mit-)Eigentümer dieser Anlagen würden und damit kein Insolvenzrisiko bestehe. T geht insolvent. Die Privatanleger können die Photovoltaikanlagen mangels vertraglicher Beziehungen zu den Eigentümern der Grundstücke, auf denen die Anlagen montiert sind, nicht weiterbetreiben. Die abgebauten Anlagen können aber mit erheblichen Verlusten veräußert werden. Auf diese Weise entsteht bei den Privatanlegern ein Gesamtschaden von über 10 Millionen Euro.

II. Einführung in die Problematik

„Mundus vult decipi – Die Welt will betrogen werden!“⁴ Was einst *Charles Ponzi* in den zwanziger Jahren des letzten Jahrhunderts und vor rund zehn Jahren *Bernard Madoff* im großen Stil durchführten,⁵ erfreut sich beständiger Hochkonjunktur: Schneeballsysteme. Sie basieren auf dem „Geschäftsmodell“, dass „Scheinrenditen“ für die Altanleger ausschließlich aus den nachströmenden Geldern neuer Anleger bezahlt werden und der Schneeballsystembetreiber das eingezahlte Geld jedenfalls nicht in vertraglich bestimmte Zwecke investiert, sondern zur Finanzierung seines Lebensunterhalts verwendet.

Im Zentrum steht die Frage einer Strafbarkeit wegen Betrugs. Der vorliegende Fall gibt Gelegenheit zwei Probleme der betrugsrelevanten Schadensdogmatik näher zu erörtern, und zwar die explizit im Beschluss erwähnte Rechtsfigur des individuellen Schadenseinschlags sowie den sog. Gefährdungsschaden.

Ein vollendeter Betrug gem. § 263 StGB liegt vor, wenn das Opfer infolge eines durch Täuschung hervorgerufenen Irrtums eine Vermögensverfügung trifft und dadurch ein Vermögensschaden verursacht wird. Daraus ergibt sich folgendes Aufbauschema:

- I. Tatbestand
 - 1. Objektiver Tatbestand
 - a) Täuschung
 - b) Irrtum
 - c) Vermögensverfügung
 - d) Vermögensschaden
 - 2. Subjektiver Tatbestand
 - a) Vorsatz
 - b) Bereicherungsabsicht
 - c) Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Bereicherung
 - d) Vorsatz bzgl. c)
- II. Rechtswidrigkeit
- III. Schuld

¹ Die Entscheidung ist online abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=cd3a709e5cba4c9d9abbe20f7fac464c&nr=85237&pos=1&anz=2> (28.2.2019).

² Der Sachverhalt konnte nur aus den Gründen rekonstruiert werden, er wird im Beschluss nicht angegeben.

³ Vgl. dazu auch die Presseerklärung des LG Osnabrück Nr. 15/2016 v. 19.5.2016.

⁴ Geerds, Jura 1994, 309.

⁵ Vgl. dazu Kilian, HRRS 2009, 285.

1. Der Gefährdungsschaden bei Anlagegeschäften

Der vorliegende Beschluss betrifft zunächst – und zwar ohne, dass der BGH dies auch nur mit einem Wort erwähnt – Grundfragen der Dogmatik des Gefährdungsschadens, die bereits an anderer Stelle ausführlich besprochen wurden,⁶ zur Wiederholung aber noch einmal dargestellt werden sollen. Nach dem Prinzip der Gesamtsaldierung ist der Vermögensschaden durch einen Vergleich zwischen dem Vermögenswert 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.⁷ Geschädigt ist nur, wer im Ergebnis tatsächlich ärmer wird.

Steht ein Betrug aufgrund täuschungsbedingter Angaben im Zusammenhang mit Geldanlagegeschäften im Raum, so ist Folgendes zu beachten: Mit der Zahlung des Investitionspreises für das Anlageprodukt (hier: Solarmodule) tritt beim Anleger zwar eine Vermögensminderung ein. Diese wird aber nicht durch einen unmittelbaren Zahlungsfluss des Emittenten ausgeglichen. Kompensiert wird diese Vermögensminderung lediglich durch einen Anspruch auf eine zuvor vereinbarte Rendite (hier: Verpachtungszins) des Anlegers gegen den Emittenten. Wesentlicher Bestandteil der Kompensationsleistung ist dabei der vereinbarte Zinssatz, der sich u.a. an dem bestehenden Ausfallrisiko orientiert. Die Schadensberechnung setzt damit einen Wertvergleich des gezahlten Investitionspreises mit der vereinbarten Rendite voraus.⁸

Der Anspruch auf die Zahlung der Rendite betrifft wiederum in der Zukunft liegende Zahlungsströme. Entscheidend für die Schadensberechnung ist die Frage, ob sich durch die Täuschung das Risikogleichgewicht verschoben hat. Dies könnte der Fall sein, wenn sich das Ausfallrisiko des Anlegers dadurch vergrößert hat, dass der Emittent die risikobestimmenden Faktoren wahrheitswidrig angegeben oder verschwiegen hat.⁹ Das Ausfallrisiko entspricht dann nicht mehr der vereinbarten Rendite und damit nicht mehr der die Vermögensminderung kompensierenden Gewinnaussicht des Anlegers.

Zu berücksichtigen ist jedoch, dass zum Zeitpunkt der Investitionszahlung durch den Anleger nicht feststeht, ob die Rendite in der Zukunft auch tatsächlich gezahlt werden kann. Ein endgültiger Schadenseintritt im Sinne eines echten Substanzverlustes ist also zum Zeitpunkt der Investitionszahlung noch nicht eingetreten. Dies wäre erst der Fall, wenn mit Sicherheit feststeht, dass der Emittent die Rendite nicht leisten und das Investitionsvolumen nicht zurückzahlen kann.

Anerkannt ist aber, dass auch die Gefahr eines *zukünftigen* Verlustes von Vermögenssubstanz zu einem *gegenwärtigen* Schaden führen kann. Die negative Zukunftserwartung

im Sinne eines Verlustrisikos wäre dann eine bereits eingetretene Vermögensminderung. Zwar kann nicht jede Vermögensgefährdung mit einem Vermögensschaden gleichgestellt werden. Gleichwohl kann bereits ein – auf einer Vermögensposition ruhendes – Gefährdungspotenzial den Wert dieser Vermögensposition tatsächlich mindern. Der Gefährdungsschaden ist damit eine Berechnungsart einer nicht drohenden, sondern einer eingetretenen Vermögensminderung.¹⁰

Der Gefährdungsschaden unterscheidet sich von einem endgültigen Schaden aber 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. Wesensmerkmal des Gefährdungsschadens ist damit die Abhängigkeit der Schadensfeststellung von einer Prognose.¹¹

Das BVerfG hat daher in einer bahnbrechenden Entscheidung im Jahr 2010 klargestellt, dass auch der Gefährdungsschaden – um dem Bestimmtheitsgebot nach Art. 103 Abs. 2 GG zu genügen – nach wirtschaftlichen Maßstäben bestimmt und der Höhe nach beziffert werden muss.¹² Dieses Erfordernis gilt für alle Straftatbestände, die einen Vermögensschaden voraussetzen (neben dem Betrug etwa die Untreue gem. § 266 StGB sowie die Erpressung gem. § 253 StGB) und wird in Klausuren sowie Hausarbeiten oft nicht erwähnt. Ausdrücklich mahnt das BVerfG an, dass normative Gesichtspunkte bei der Feststellung des Vermögensschadens die wirtschaftlichen Überlegungen nicht verdrängen dürften.¹³

2. Der individuelle Schadenseinschlag bei Anlagegeschäften

Seit einer Grundsatzentscheidung des BGH im Jahr 1961 zum sog. Melkmaschinen-Fall¹⁴ war allgemein anerkannt, dass ein Vermögensschaden auch bei objektiver Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung vorliegen kann, „wenn der Erwerber

- a) die angebotene Leistung nicht oder nicht in vollem Umfange zu dem vertraglich vorausgesetzten Zweck oder in anderer zumutbarer Weise verwenden kann oder
- b) durch die eingegangene Verpflichtung zu vermögensschädigenden Maßnahmen genötigt wird oder
- c) infolge der Verpflichtung nicht mehr über die Mittel verfügen kann, die zur ordnungsgemäßen Erfüllung seiner Verbindlichkeiten oder sonst für eine seinen persönlichen Verhältnissen angemessene Wirtschafts- oder Lebensführung unerlässlich sind¹⁵.

⁶ Zum Gefährdungsschaden bereits ausführlich *Brüning/Wimmer*, ZJS 2009, 94; *Brüning*, ZJS 2009, 300; *dies.*, ZJS 2015, 535; *dies.*, ZJS 2016, 781.

⁷ BGH NJW 2016, 2434 (2435); *Kühl*, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 263 Rn. 36; *Satzger*, Jura 2009, 518 (521).

⁸ Für Kreditverträge: BGH NSTZ 2013, 711 (712).

⁹ BGH NJW 2012, 2370 (2371).

¹⁰ *Fischer*, StraFo 2008, 269 (271); *Brüning*, ZJS 2009, 300 (301).

¹¹ *Becker*, in: Fischer u.a. (Hrsg.), Dogmatik und Praxis des strafrechtlichen Vermögensschadens, 2015, S. 273 (276).

¹² BVerfG NJW 2010, 3209. Ausführlich dazu bereits *Brüning*, ZJS 2016, 781 f.

¹³ BVerfG NJW 2010, 3209 (3215 Rn. 115).

¹⁴ BGHSt 16, 321.

¹⁵ So der amtliche Leitsatz in BGHSt 16, 321.

Man spricht in diesen Fällen vom sog. individuellen Schadenseinschlag. Damit stellt sich die Frage, ob die vom BVerfG im Jahr 2010 ausdrücklich postulierte objektive, marktorientierte und damit wirtschaftliche Methode der Schadensberechnung¹⁶ weiterhin für die normativ ausgerichtete individuelle Schadensbegründung Raum lässt.

Zu betonen ist zunächst, dass der BGH bereits in der Melkmaschinenentscheidung die mit dem individuellen Schadenseinschlag zum Ausdruck kommende Subjektivierung durch eine objektivierende Perspektive begrenzt hat.¹⁷ Der BGH hat seinerzeit in Anlehnung an das RG¹⁸ hervorgehoben, dass es nicht darauf ankomme, ob der Getäuschte sich getäuscht fühle. „Vielmehr ist entscheidend, ob dieser die Sache nach der Auffassung eines sachlichen Beurteilers nicht oder nicht in vollem Umfange für den von ihm vertraglich vorausgesetzten Zweck oder in anderer zumutbarer Weise verwenden kann.“¹⁹

In Fällen, in denen Geschäftsmodelle auf einem Schneeballsystem beruhen und Finanzprodukte als risikofreie Anlage angegeben wurden, hat der BGH grundsätzlich einen Gefährdungsschaden bejaht.²⁰ Bei der Bestimmung der Schadenshöhe hat das Gericht aber darüber hinaus auf die Grundsätze des persönlichen Schadenseinschlags zurückgegriffen und einen Vermögensschaden in Höhe der gesamten Anlage summe angenommen. Zur Begründung wurde geltend gemacht, dass der Anleger ein „aliud“ ohne wirtschaftlichen Wert erworben hätte, und zwar einen wertlosen Rückzahlungsanspruch statt einer risikofreien Geldanlage.²¹

Im Jahr 2014 hat der 5. Strafsenat des BGH in zwei Beschlüssen Zweifel geäußert, „ob die Rechtsfigur des persönlichen Schadenseinschlags angesichts der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, nach der normative Gesichtspunkte bei der Bewertung von Schäden zwar eine Rolle spielen, die wirtschaftliche Betrachtung allerdings nicht überlagern oder verdrängen dürfen“²², weiterhin uneingeschränkt angewendet werden könne. Letztlich hielt der 5. Strafsenat des BGH die Frage nicht für entscheidungsrelevant, da in beiden Entscheidungen bereits im Wege der objektiven Schadensbestimmung ein Negativsaldo festzustellen war. Das Gericht hat klargestellt, dass die objektive Schadensermittlung im Wege des Saldierungsprinzips Vorrang vor der Schadensfeststellung im Wege des individuellen Schadenseinschlags hat. „Vorrangig ist [...] stets zunächst der sich aus dem Vergleich des Vermögens vor und nach der Verfügung [...] ergebende Saldo zu ermitteln. Nur soweit sich hiernach kein Negativsaldo ergibt, kann bei Vorliegen entsprechender Anhaltspunkte in einem zweiten Schritt zu prüfen sein, ob im Hinblick auf eine weitgehende Beeinträchtigung

der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit gleichwohl unter dem Aspekt des persönlichen Schadenseinschlags ein Vermögensnachteil anzunehmen ist.“²³ Letzteres scheidet aus, sofern der vom Getäuschten mit dem Anlageprodukt erworbene Anspruch einen realisierbaren Geldwert aufweise.²⁴ Im Ergebnis hat der 5. Strafsenat des BGH die „aliud“-Rechtsprechung damit aufgegeben.²⁵

III. Die Entscheidung

Die Revision des Angeklagten gegen das erstinstanzliche Urteil wird als unbegründet durch Beschluss verworfen und damit eine Betrugsstrafbarkeit bejaht.

Der 3. Strafsenat geht davon aus, dass die Kaufpreiszahlung für die Photovoltaikmodule und Zubehörteile im vorliegenden Fall die Vermögensverfügung begründet. Die dadurch eingetretene Vermögensminderung habe zu einem Vermögensschaden geführt. So dann führt das Gericht aus: „Selbst wenn diese – was die Strafkammer offen gelassen hat – Eigentum an den Gegenständen erlangt hätten, wäre deren Wert nicht mit den Kaufpreiszahlungen zu saldieren gewesen: Bei der zur Bestimmung des Vermögensschadens stets gebotenen Gesamtsaldierung ist auch der subjektive Wert des Erlangten für den Verletzten zu berücksichtigen. Ist nach dem Urteil eines objektiven Dritten eine (möglicherweise objektiv werthaltige) Gegenleistung des Täuschenden bei normativer Betrachtung unter Berücksichtigung der individuellen und wirtschaftlichen Bedürfnisse und Verhältnisse des Geschädigten sowie der von ihm verfolgten Zwecke subjektiv wertlos, begründet dies einen Vermögensschaden in voller Höhe des zur Erlangung der Gegenleistung Aufgewandten (sog. persönlicher Schadenseinschlag). [...] Insofern kann als Schaden die gesamte Leistung des Geschädigten anzusehen sein, wenn die Gegenleistung nicht oder nicht in vollem Umfange zu dem vertraglich vorausgesetzten Zweck brauchbar ist und er sie auch nicht in anderer zumutbarer Weise verwenden, namentlich ohne besondere Schwierigkeiten wieder veräußern kann.“ Das Gericht geht auf dieser Grundlage davon aus, dass ein Vermögensschaden im vorliegenden Fall deswegen angenommen werden muss, weil der vertraglich vorgesehene Zweck nicht erreicht werden konnte. Dieser habe darin bestanden, die Photovoltaikmodule im Rahmen eines langfristigen Vertrages zu verpachten. Dazu sei es nicht gekommen, weil der Täter die hierfür erforderlichen Bedingungen nicht geschaffen hätte. Eine anderweitige zumutbare Verwendung der Module sei nicht in Betracht gekommen. Im Übrigen weist das Gericht ausdrücklich darauf hin, dass nach dem Aufbau der Anlagen diese nur noch mit erheblichen Verlusten zu veräußern gewesen seien.

¹⁶ *Teixeira*, ZJS 2016, 307 m.w.N. in Fn. 8.

¹⁷ Vgl. dazu auch *Schilling*, NStZ 2018, 316 (320).

¹⁸ RGSt 16, 1 (9).

¹⁹ BGHSt 16, 321 (326).

²⁰ BGH NStZ 2000, 376 (377); BGH NStZ 1996, 191; BGH wistra 1991, 307.

²¹ BGHSt 51, 10 (15 f.); 53, 199 (204 f.); BGH NStZ-RR 2006, 206 (207).

²² BGH NStZ 2014, 318 (320); BGH NStZ 2014, 518 (519).

²³ BGH NStZ 2014, 518 (519).

²⁴ BGH NStZ 2014, 518 (519); vgl. auch *Hefendehl*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 3. Aufl. 2019, § 263 Rn. 812.

²⁵ Vgl. auch *Schmidt*, NJW 2015, 284 (286); *Schlösser*, HRRS 2014, 395 (400).

IV. Bewertung der Entscheidung

Der 3. *Strafsenat* bejaht das Vorliegen eines Vermögensschadens und insgesamt eine Strafbarkeit wegen vollendeten Betruges. Für dieses Ergebnis spricht viel, die Begründung vermag allerdings nicht zu überzeugen. Sie gleicht eher einer „carte blanche“ für jegliche Normativierungstendenzen im Bereich der Schadensdogmatik.

Völlig außer Acht bleibt in dem hier zu besprechenden Beschluss, dass es sich um einen komplexen Fall des Anlagebetrugs handelt, der grundsätzlich einen Gefährdungsschaden begründet. Im vorliegenden Fall besteht eine Besonderheit darin, dass die durch Zahlung des Investitionsprodukts (Photovoltaikanlagen) eingetretene Vermögensminderung nicht ausschließlich durch einen Anspruch auf Zahlung von Pachtzinsen ausgeglichen werden sollte, sondern darüber hinaus auch noch durch den Eigentumserwerb an den Anlagen. Eine Schadensberechnung auf der Grundlage des Saldierungsprinzips setzt damit einen Wertvergleich des gezahlten Investitionspreises mit den vereinbarten Pachtzinsen und der Werthaltigkeit der erworbenen Anlagen voraus.

Der Anspruch auf Pachtzinsen betrifft in der Zukunft liegende Zahlungsströme. Dabei kann die negative Zukunftserwartung im Sinne eines Zahlungsausfalls bereits gegenwärtig das Vermögen mindern und damit einen Gefährdungsschaden begründen.

Der 3. *Strafsenat* greift aber mit einer unerschrockenen Selbstverständlichkeit auf die Rechtsfigur des persönlichen Schadenseinschlags zurück, ohne zuvor die Vermögensmassen vor und nach der Verfügung verglichen zu haben. Für die Schadensbegründung stellt das Gericht ausschließlich darauf ab, dass die erworbene Gegenleistung des Geschädigten für die von ihm verfolgten Zwecke subjektiv wertlos sei. Eine Werthaltigkeit der zweckwidrigen Gegenleistung hat das Gericht nicht ermittelt.

Damit widerspricht der vorliegende Beschluss des 3. *Strafsenates* den grundlegenden Ausführungen des 5. *Strafsenates* aus dem Jahr 2014, der postulierte, dass die objektive Schadensermittlung im Wege des Saldierungsprinzips Vorrang vor der Schadensfeststellung im Wege des individuellen Schadenseinschlags hat. In der hier zu besprechenden Entscheidung geht das Gericht – ohne dies jedoch zu diskutieren – offenbar mit einer im Schrifttum vertretenen Ansicht²⁶ davon aus, dass bei der Schadensfeststellung das objektive (wirtschaftliche) Saldierungsprinzip gleichrangig neben der subjektiven (normativen) Rechtsfigur des individuellen Schadenseinschlags steht. Der vorliegende Beschluss ergeht daher nach einer Art „Rolle rückwärts“ und macht im Ergebnis die sog. „aliud“-Rechtsprechung wieder fruchtbar, allerdings ohne dies überhaupt offen zu legen.

Das BVerfG verlangt jedoch, dass bei der Schadensfeststellung wirtschaftliche Erwägungen nicht von normati-

ven Gesichtspunkten überlagert werden dürfen.²⁷ Daher ist es zweifelhaft, ob sich die vom 3. *Strafsenat* favorisierte Gleichrangigkeit von wirtschaftlichen und normativen Kriterien mit den Forderungen des BVerfG in Einklang bringen lässt.

Zuzugeben ist zwar, dass eine strikte Unterscheidung zwischen rein wirtschaftlichen und rein normativen Bewertungskriterien nicht möglich ist.²⁸ Ein strikter wirtschaftlicher Maßstab verkennt, dass das Vermögen vor allem Handlungspotenziale schafft und niemand Vermögen sammelt, weil er sich nur an dessen Existenz erfreut, von *Molièrs Harpagon* und *Dagobert Duck* einmal abgesehen. Maßstab für den Vermögensschaden ist also nicht allein der kapitalkumulierende homo oeconomicus, sondern auch der homo consumptus der seine Finanzmittel für bestimmte Ziele verwendet.²⁹ Insoweit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass das Vermögen gerade wegen der damit verbundenen Handlungspotenziale schützenswert ist. Damit einher geht die Annahme, dass der Wert des Vermögens in Relation zum Vermögensträger steht.³⁰

Daher spricht zwar viel dafür, dass die Werthaltigkeit einer Vermögensposition von der Person des Vermögensträgers abhängt.³¹ Allerdings darf auch nicht unberücksichtigt bleiben, wenn ein für den Vermögensträger nutzloser Gegenstand einen realisierbaren Geldwert erzielen kann.³² Denn in diesem Fall ist das wirtschaftliche Handlungspotenzial nicht geschwächt. Dies entspricht im Ergebnis auch der Rechtsprechung des 5. *Strafsenates*.

Im vorliegenden Fall ist davon auszugehen, dass der Anspruch auf Zahlung der Pachtzinsen jedenfalls minderwertig ist und ein (Gefährdungs-)Schaden damit eingetreten ist. Dies gilt auch für die Investoren, die Pachtzinszahlungen erhielten. Entscheidend ist dabei, dass es sich bei diesem Zahlungsrückfluss nicht um die beanspruchte Gegenleistung handelte, jedenfalls dann nicht, wenn die Zahlungen aus den nachströmenden Geldern neuer Anleger bezahlt wurden. Insoweit handelt es sich um eine Art Ersatzleistung, die bei der Gesamtsaldierung nicht berücksichtigt werden darf.³³

Im vorliegenden Fall bestand jedoch die Möglichkeit, die Photovoltaikanlagen – wenn auch mit großen Verlusten – zu veräußern.³⁴ Das bedeutet, dass man auf dem Markt einen realisierbaren Preis hätte erzielen können. Damit aber betrug der Wert der Anlagen jedenfalls nicht „Null“. Der 3. *Strafsenat* hat aber mit Hilfe der Rechtsfigur des individuellen Schadenseinschlags bei der Feststellung der Schadenssumme das Risiko dem realisierten Schaden gleichgesetzt, indem er – wie bei der „aliud“-Rechtsprechung – die Gegenleistung trotz

²⁷ BVerfG NJW 2010, 3209 (3215 Rn. 115).

²⁸ Hefendehl (Fn. 24), § 263 Rn. 406; Kasiske, NZWiSt 2016, 302 (306); Kindhäuser/Nikolaus, JuS 2006, 293 (296).

²⁹ Teixeira, ZIS 2016, 307 (313); dazu auch Samson, JA 1978, 625.

³⁰ Ceffinato, NZWiSt 2015, 90 (94).

³¹ Hefendehl (Fn. 24), § 263 Rn. 800.

³² Hefendehl (Fn. 24), § 263 Rn. 812.

³³ Vgl. zu einem anderen „Schneeballkonstrukt“ Brüning, ZJS 2009, 300 (303); Becker, NSTZ 2016, 409 (411).

³⁴ Jäger, JA 2018, 949 (951).

²⁶ Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 263 Rn. 257; Schmidt, NJW 2015, 284 (286); Rose, wistra 2009, 289 (293), der davon ausgeht, dass ein Tatgericht zunächst den Schaden nach den Kriterien des persönlichen Schadenseinschlags bewerten sollte.

ihrer Werthaltigkeit nicht berücksichtigt hat. Dies aber ist ein reiner Wertungsakt³⁵ ohne jedwede objektiv-wirtschaftliche Grundlage.³⁶

Im Ergebnis macht die Entscheidung deutlich, dass die Rechtsfigur des individuellen Schadenseinschlags zu einer nicht mehr hinnehmbaren Normativierung des Schadens führt, die offenkundig mit bilanziellen Kriterien konfligiert.³⁷

V. Fazit und Ausblick

Der Betrug gem. § 263 StGB gehört zu den klausur- und examenstrichtigsten Themen, und zwar sowohl in der Pflichtfach- als auch in der wirtschaftsstrafrechtlichen Schwerpunktprüfung. Für Studierende sind Kenntnisse der Schadensdogmatik unabdingbar. Der vorliegende Beschluss macht deutlich, dass die Debatte weder über die Rechtsfigur des Gefährdungsschadens und noch weniger über die Rechtsfigur des individuellen Schadenseinschlags beendet ist, auch wenn der 3. *Strafsenat* diese gar nicht geführt hat. Dies zeigt einmal mehr, dass in Entscheidungen oftmals mehr „Musik“ enthalten ist, als der erste Anschein vermuten lässt.

Prof. Dr. Janique Brüning, Kiel

³⁵ Schlösser, HRRS 2014, 395 (399).

³⁶ Kritisch auch Trüg, in: Fischer u.a. (Fn. 11), S. 217 (220).

³⁷ Jäger, JA 2018, 949 (951).