



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

2 StR 422/12

vom  
29. Januar 2013  
in der Strafsache  
gegen

wegen Betrugs

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Generalbundesanwalts und des Beschwerdeführers am 29. Januar 2013 gemäß § 349 Abs. 2 und 4 StPO beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main vom 30. November 2011 mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben
  - a) im Schuldspruch in den Fällen III. 2-5 der Urteilsgründe,
  - b) im Strafausspruch in den Fällen III. 1 und 6 der Urteilsgründe sowie
  - c) im Ausspruch über die Gesamtstrafe und die Kompensationsentscheidung.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

2. Die weitergehende Revision wird verworfen.

Gründe:

1. Das Landgericht hatte den Angeklagten im ersten Rechtszug mit Urteil vom 22. Dezember 2009 wegen Betruges in acht tateinheitlich zusammentreffenden Fällen zu einer Freiheitsstrafe von sechs Jahren und sechs Monaten

verurteilt. Dieses Urteil hob der Senat auf die Revision des Angeklagten mit Beschluss vom 22. Dezember 2010 (2 StR 386/10) wegen eines durchgreifenden Verfahrensfehlers auf. Nach Zurückverweisung der Sache hat das Landgericht den Angeklagten mit dem angefochtenen Urteil nunmehr wegen Betruges in sechs Fällen, wobei es in einem Fall beim Versuch blieb, zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und drei Monaten verurteilt und ausgesprochen, dass hiervon ein Jahr und acht Monate wegen rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung als vollstreckt gelten. Die hiergegen gerichtete Revision des Angeklagten hat mit der Sachrüge in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang Erfolg; im Übrigen ist sie unbegründet im Sinne von § 349 Abs. 2 StPO.

I.

2

Nach den Feststellungen des Landgerichts waren der Angeklagte und der gesondert verfolgte R. faktische Geschäftsführer der F. AG mit Sitz in der Schweiz, der Angeklagte zudem Vertreter der Zweigniederlassung dieser Gesellschaft in Fr. . In diesem geschäftlichen Rahmen boten sie Eigentumswohnungen auch Personen an, die sich in einer angespannten finanziellen Lage befanden und Geldmittel benötigten, wegen fehlender Kreditwürdigkeit und mangels Sicherheiten aber keine Bankdarlehen erhielten. Sie empfahlen den Kunden den Kauf von Eigentumswohnungen mit der Zusage, ihnen 10 % des Kaufpreises in bar als kick-back-Zahlung zur freien Verwendung zu überlassen und mit dem Versprechen, die F. AG werde die Grunderwerbssteuer und die Vertragsnebenkosten übernehmen. Die Wohnungen wurden erst kurz vor dem Weiterverkauf im Auftrag der F. AG von Dritten erworben und mit einem Aufschlag von rund 100 % an die Käufer weiterverkauft. Dem so erhöhten Kaufpreis wurden die Vermittlungsprovisi-

onen, die Erwerbsnebenkosten der Käufer und die ihnen zugesagten kick-back-Zahlungen entnommen, was den Banken, die 80 bis 90 % des (überhöhten) Kaufpreises finanzierten, nicht bekannt war. Die zur Sicherung der Rückzahlungsansprüche zugunsten der Banken bestellten Grundschulden waren dementsprechend minderwertig, was von diesen unentdeckt blieb.

3 Die Banken machten die Darlehensgewährung davon abhängig, dass die Käufer die Zahlung des Restkaufpreises nachwiesen. Da die Käufer in der Regel über kein Eigenkapital verfügten, bestätigten der Angeklagte und der gesondert verfolgte R. oder die beteiligten und in das Geschäftsmodell eingeweihten Notare gegenüber den Kreditinstituten wahrheitswidrig, dass die Käufer den Restkaufpreis entweder durch Zahlung oder Verrechnung geleistet hätten. Zudem legten der Angeklagte bzw. R. den Banken jeweils falsche Bonitätsnachweise der Käufer vor, um deren Kreditfähigkeit vorzutäuschen. Hätten die Banken Kenntnis gehabt von der schlechten Bonität der Käufer und deren fehlendem Eigenkapital einerseits sowie der Erhöhung der Kaufpreise zwischen An- und Verkauf um rund 100 % mit der Folge, dass der Betrag der bestellten Grundschulden den Verkehrswert der Immobilien deutlich überstieg, andererseits, so hätten sie die Kredite nicht bewilligt. Sämtliche Finanzierungen wurden teilweise bereits nach wenigen Monaten - notleidend, so dass die Kreditinstitute die Verwertung der als Sicherheit bestellten Grundschulden betrieben und mit Ausnahme des Falls III. 2 Verluste erlitten.

4 Gegenstand des hiesigen Verfahrens sind Finanzierungsgeschäfte betreffend Wohneinheiten in H. und S. sowie Wohnungen in einem Studentenwohnheim in W. . Betreffend die Wohnungen in W. warben der Angeklagte und R. mit einer zweijährigen Mietgarantie, die sie zuvor durch eine Zahlung an die Hausverwaltung des

Wohnheims finanziert hatten, da sie wussten, dass die Wohnungen allenfalls zur Hälfte des garantierten Mietpreises zu vermieten waren.

5                    Im Einzelnen kam es zu folgenden Taten:

6                    Fall 1

7                    Die F.                    AG verkaufte dem Erwerber A.                    1997 drei Eigentums-  
wohnungen des Objekts in H.                    . A.                    war geschäftsführender Gesellschaf-  
ter einer GmbH, für deren Verbindlichkeiten er in Höhe von 500.000 DM als  
Bürge haftete. Daneben hatte er Schulden mit seiner Ehefrau in Höhe von  
1,6 Mio. DM. Gegen ihn erging am 24. Februar 1997 ein Vollstreckungsbe-  
scheid. Da er die titulierte Forderung nicht begleichen konnte, gab er 1998 die  
eidesstattliche Versicherung ab. Der Angeklagte vermittelte A.                    zur Finanze-  
rung seiner Wohnungskäufe an die Deutsche Hypothekenbank und gab dieser  
gegenüber wahrheitswidrig an, dass A.                    die Erwerbsnebenkosten trage. In der  
von ihm abgegebenen Selbstauskunft verschwieg A.                    seine Bürgschaftsver-  
pflichtung sowie sonstigen Verbindlichkeiten. Auf die ihm gewährten Darlehen  
in Höhe von zweimal je 342.000 DM und 227.000 DM erbrachte er keine Zah-  
lungen.

8                    Fälle 2 bis 5

9                    Dem Erwerber B.                    verkaufte die F.                    AG Anfang 1998 ins-  
gesamt neun Wohnungen, wobei sechs Finanzierungsgeschäfte verfahrensge-  
genständlich sind. Bei B.                    handelt es sich insofern um einen atypischen  
Kunden, als er aufgrund eines monatlichen Nettoverdienstes von 3.800 DM und  
der Auszahlung eines Bausparvertrages über 120.000 DM ursprünglich grund-  
sätzlich solvent und zahlungswillig war. Indes reichten seine Mittel nicht aus,  
um Kredite für sämtliche von ihm erworbenen Immobilien auf Dauer zu bedie-

nen. Der Angeklagte reichte daher die Bonitätsunterlagen gezielt gleichzeitig bei verschiedenen Banken ein, ohne die jeweils anderen davon zu unterrichten.

B. kam in den Fällen 2 bis 5 im Jahr 2000 in Zahlungsverzug; im Fall 5 wurde das Darlehen im Jahr 2003 gekündigt. Insgesamt erbrachte er folgende Zahlungen auf die Darlehen:

- im Fall 2: 123.343,12 DM (Darlehensvaluta: 202.000 DM)
- im Fall 3: 178.155,81 DM (Darlehensvaluta: 240.000 DM)
- im Fall 4: 77.456,34 DM (Darlehensvaluta: 134.000 DM)
- im Fall 5: 102.796,48 DM (Darlehensvaluta: 251.000 DM)

10 Fall 6

11 Dem Erwerber D. verkaufte die F. AG ebenfalls neun Wohnungen, wobei hiervon zwei Finanzierungsgeschäfte verfahrensgegenständlich sind. D. wurde von seiner Hausbank als nicht mehr kreditwürdig angesehen, da er nicht nur eigene hohe finanzielle Belastungen hatte, sondern auch als Mitgesellschafter eines Baustoffhandels für dessen Verbindlichkeiten in Höhe von 200.000 bis 300.000 DM als Bürge haftete. Auf Veranlassung des Angeklagten täuschte D. ein höheres Einkommen vor. Bereits 1999 konnte D. das ihm ein Jahr zuvor gewährte Darlehen in Höhe von 273.000 DM nach Erbringung von Rückzahlungen in Höhe von 14.763,64 DM nicht mehr bedienen.

12 Bei den geschädigten Banken verblieb letztlich nach Abzug der von den Kreditnehmern erbrachten Zahlungen und der Verwertungserlöse aus den Zwangsversteigerungsverfahren von der Summe der Darlehensvaluta ein Ge-

samtschaden von 470.581 €. Diesen Betrag hat das Landgericht als Betrugschaden zugrunde gelegt.

II.

13 Die Revision des Angeklagten ist mit der Sachrüge überwiegend begründet. Die Berechnung des Betrugsschadens durch das Landgericht hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Dieser Rechtsfehler führt in den Fällen III. 2-5 der Urteilsgründe zur Aufhebung der Schuldsprüche, in den Fällen III. 1 und 6 der Urteilsgründe zur Aufhebung der insoweit verhängten Einzelstrafen.

14 1. In den Fällen III. 2-5 der Urteilsgründe belegen die getroffenen Feststellungen nicht, dass den kreditgebenden Banken ein Vermögensschaden im Sinne des § 263 Abs. 1 StGB entstanden ist.

15 a) Ein derartiger Schaden tritt ein, wenn die Vermögensverfügung des Getäuschten unmittelbar zu einer nicht durch Zuwachs ausgeglichenen Minderung des wirtschaftlichen Gesamtwerts seines Vermögens führt (Prinzip der Gesamtsaldierung; BGH, Beschluss vom 18. Februar 2009 - 1 StR 731/08, BGHSt 53, 199, 201 mwN). Maßgeblich ist der Zeitpunkt der Vermögensverfügung, also der Vergleich des Vermögenswerts unmittelbar vor und nach der Verfügung (BGH, Beschluss vom 14. April 2011 - 2 StR 616/10, NStZ 2011, 638, 639). Ob die Hingabe eines Darlehens einen Vermögensschaden bewirkt, ist daher durch einen für den Zeitpunkt der Darlehenshingabe anzustellenden Wertvergleich mit dem Rückzahlungsanspruch des Darlehensgläubigers zu ermitteln. Die Werthaltigkeit des Rückzahlungsanspruchs wird dabei durch die Bonität des Schuldners und den Wert der bestellten Sicherheiten bestimmt. Ein Schaden entsteht daher nur, wenn die vorgespiegelte Rückzahlungsmöglichkeit

nicht besteht (BGH, Urteil vom 13. August 2009 - 3 StR 576/08, StV 2010, 78) und auch gegebene Sicherheiten wertlos oder minderwertig sind (vgl. BGH, Beschluss vom 17. August 2005 - 2 StR 6/05, NStZ-RR 2005, 374; BGH, Beschluss vom 5. März 2009 - 3 StR 559/08, NStZ-RR 2009, 206). Auch bei einer eingeschränkten oder fehlenden finanziellen Leistungsfähigkeit des Schuldners entsteht demnach kein Schaden, wenn und soweit der getäuschte Gläubiger über werthaltige Sicherheiten verfügt, die sein Ausfallrisiko abdecken und - ohne dass der Schuldner dies vereiteln kann - mit unerheblichem zeitlichen und finanziellen Aufwand realisierbar sind (BGH, Beschluss vom 21. Oktober 2008 - 3 StR 420/08, NStZ 2009, 150). Ein Minderwert des Rückzahlungsanspruchs, etwa infolge einer Täuschung über die Bonität, kann mithin durch den Wert hinreichend werthaltiger und liquider Sicherheiten kompensiert werden (vgl. BGH, aaO, NStZ-RR 2005, 374; BGH, aaO, NStZ-RR 2009, 206; Fischer StGB 60. Aufl. § 263 Rn. 133).

16           Dieser Minderwert des im Synallagma Erlangten ist dabei unter wirtschaftlicher Betrachtungsweise zu bestimmen (vgl. BGH, Beschluss vom 23. Oktober 2012 - 5 StR 307/12, wistra 2013, 20; BGH, Beschluss vom 13. April 2012 - 5 StR 442/11, NStZ 2012, 698, 699; BGH, aaO, NStZ 2011, 638, 639; BGH, aaO, BGHSt 53, 198, 202 f.). Entsprechend der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG, Beschluss vom 23. Juni 2010 - 2 BvR 2559/08 u.a., BVerfGE 126, 170, 229; BVerfG, Beschluss vom 7. Dezember 2011 - 2 BvR 2500/09 u.a., BVerfGE 130, 1, 47) ist er konkret festzustellen und ggf. unter Beauftragung eines Sachverständigen zur wirtschaftlichen Schadensfeststellung zu beziffern. Die banküblichen Bewertungsansätze für Wertberichtigungen können hierbei Anwendung finden; denn ist aufgrund fehlender Bonität des Schuldners und nicht ausreichender Sicherheiten mit einem teilweisen Forderungsausfall zu rechnen, so müssen entsprechende bilanzielle Korrekturen vorgenommen werden (BGH, aaO, NStZ 2012,



698, 699). Sofern genaue Feststellungen zur Einschätzung dieses Ausfallrisikos nicht möglich sind, sind Mindestfeststellungen zu treffen, um den dadurch bedingten Minderwert und den insofern eingetretenen wirtschaftlichen Schaden unter Beachtung des Zweifelsatzes zu schätzen.

17            b) Diesen Maßstäben wird das landgerichtliche Urteil nicht gerecht, wenn es zur Feststellung des Schadens im Sinne des § 263 Abs. 1 StGB allein auf den Vermögensverlust abstellt, der den geschädigten Banken nach Abzug der geleisteten Zahlungen und Verwertung der Grundschulden im Rahmen der Zwangsversteigerung verblieben ist (UA S. 47). Die Strafkammer hätte vielmehr - naheliegend mit sachverständiger Beratung - den Wert des Rückzahlungsanspruchs gegenüber dem Darlehnsschuldner B.            unter Berücksichtigung seiner Bonität und der Werthaltigkeit der als Sicherheit bestellten Grundschulden zum Zeitpunkt der Darlehensgewährung ermitteln müssen. Nur bei Vorliegen eines täuschungsbedingten Minderwerts des gesicherten Darlehnsrückzahlungsanspruchs wäre die Annahme eines Schadens - ohne dass es auf den tatsächlichen Verlauf des Darlehnsverhältnisses (noch) ankommt - gerechtfertigt.

18            Dieser Mangel führt zur Aufhebung des Schuldspruchs in den Fällen III. 2-5, da der Senat unter Berücksichtigung der in den Urteilsgründen mitgeteilten Umstände zur Leistungsfähigkeit des Darlehnsschuldners B.            und zur Werthaltigkeit der bestellten Sicherheiten nicht ausschließen kann, dass letztlich in jedem der fünf Fälle kein relevanter Vermögensschaden im Sinne des § 263 Abs. 1 StGB entstanden ist. Zwar spricht Einiges dafür, dass durch die nahezu gleichzeitige Inanspruchnahme von neun Krediten zur Finanzierung von Immobilienerwerben die finanzielle Leistungsfähigkeit des Käufers B.            in maßgeblicher Weise überstiegen wurde, obwohl er grundsätzlich solvent war, über nicht unerhebliche Rücklagen verfügte und zudem eine wert-

haltige Aussicht auf kick-back-Zahlungen besaß. Ob aber deshalb auch von einer Minderwertigkeit des (gesicherten) Darlehensrückzahlungsanspruchs ausgegangen werden muss, lässt sich anhand der landgerichtlichen Feststellungen nicht abschließend beurteilen. Es erscheint durchaus möglich, dass eine eventuelle Wertminderung des persönlich gegen den Erwerber B. gerichteten schuldrechtlichen Anspruchs durch die dingliche Sicherung der erworbenen Grundstücke mit Grundschulden ausgeglichen worden ist. Zwar geht das Landgericht in seinen Feststellungen insoweit davon aus, dass die jeweilige Grundschuld wegen des nicht dem Darlehensbetrag entsprechenden Verkehrswerts der Wohnung (allein) keine "ausreichende Sicherheit" für das gewährte Darlehen geboten habe (vgl. UA S. 36), doch berücksichtigt es damit nicht, dass auch eine unter dem Darlehensbetrag liegende dingliche Sicherung im Zusammenhang mit jedenfalls teilweise werthaltigen schuldrechtlichen Ansprüchen gegen den Darlehensschuldner die Werthaltigkeit des Darlehensrückzahlungsanspruchs erhalten kann. Im Ergebnis kann der Senat nicht ausschließen, dass unter Berücksichtigung einer gewissen Werthaltigkeit des schuldrechtlichen Rückzahlungsanspruches und des konkreten Werts der Grundschulden zum Zeitpunkt der Darlehensauskehrung ein relevanter Vermögensschaden nicht gegeben ist.

19            2. Der Schuldspruch in den Fällen III. 1 und 6 der Urteilsgründe begegnet dagegen keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Angesichts der offensichtlichen Zahlungsunfähigkeit des Erwerbers A. bereits zum Zeitpunkt der Darlehensgewährungen, die durch seine Überschuldung und das Ausbleiben jeglicher Rückzahlungen an das Kreditinstitut belegt wird, kann ausgeschlossen werden, dass im Fall III. 1 überhaupt kein Schaden entstanden ist. Gleiches gilt im Fall III. 6. Zwar hat der Erwerber D. in geringerem Umfang zunächst Ratenzahlungen erbracht. Jedoch ist angesichts des Umstandes, dass er trotz erheblicher Verschuldung insgesamt neun über Darlehen finan-

zierte Wohnungen gekauft hat, von fehlender Zahlungsunfähigkeit auszugehen, die mangels hinreichender Kompensation durch die bestellten Grundschulden einen Vermögensschaden begründet. Da der Rechtsfehler allein in der unterbliebenen Bezifferung des Schadensumfangs liegt, sind in beiden Fällen lediglich die Strafaussprüche aufzuheben.

20                    3. Die Aufhebung der Schuldsprüche in den Fällen III. 2-5 und der Strafaussprüche in den Fällen III. 1 und 6 zieht die Aufhebung der Gesamtstrafe und der Kompensationsentscheidung nach sich.

Becker

Berger

Krehl

RiBGH Dr. Eschelbach ist  
erkrankt und daher gehindert  
zu unterschreiben.

Ott

Becker