



# **BUNDESGERICHTSHOF**

**IM NAMEN DES VOLKES**

## **URTEIL**

2 StR 401/14

vom

28. September 2016

in der Strafsache

gegen

- 1.
- 2.
- 3.

wegen gewesmäßigen Bandenbetrugs

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 28. September 2016, an der teilgenommen haben:

Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof  
Prof. Dr. Fischer,

die Richter am Bundesgerichtshof  
Dr. Appl,  
Prof. Dr. Krehl,  
Dr. Eschelbach,  
die Richterin am Bundesgerichtshof  
Dr. Bartel,

Staatsanwalt beim Bundesgerichtshof  
als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt \_\_\_\_\_ ,  
als Verteidiger des Angeklagten \_\_\_\_\_ K. ,  
Rechtsanwalt \_\_\_\_\_ ,  
als Verteidiger des Angeklagten \_\_\_\_\_ B. ,  
Rechtsanwalt \_\_\_\_\_ ,  
als Verteidiger des Angeklagten \_\_\_\_\_ O. ,

der Angeklagte K. \_\_\_\_\_ und der Angeklagte B. \_\_\_\_\_ in Person,

Justizhauptsekretärin \_\_\_\_\_ - in der Verhandlung -  
Justizangestellte \_\_\_\_\_ - bei der Verkündung -  
als Urkundsbeamtinnen der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

1. Die Revisionen der Angeklagten gegen das Urteil des Landgerichts Kassel vom 13. Mai 2014 werden mit der Maßgabe verworfen, dass jeweils ein weiterer Monat der erkannten Freiheitsstrafe als vollstreckt gilt.
2. Die Beschwerdeführer tragen die Kosten ihrer Rechtsmittel.

Von Rechts wegen

Gründe:

1            Das Landgericht hat, jeweils wegen gewerbsmäßigen Bandenbetrugs in sechs Fällen, den Angeklagten K. zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und vier Monaten, den Angeklagten O. zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und drei Monaten sowie den Angeklagten B. zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und einem Monat verurteilt und die Strafen jeweils zur Bewährung ausgesetzt, außerdem hat es als Folge von Verfahrensverzögerungen angeordnet, dass jeweils sechs Monate der jeweiligen Gesamtfreiheitsstrafe als vollstreckt gelten. Die Revisionen der Angeklagten bleiben im Wesentlichen ohne Erfolg.

I.

2            Das Landgericht hat folgende Feststellungen getroffen:

3

1. Die Angeklagten schlossen sich im Jahr 2002 zusammen, um sich durch den kreditfinanzierten Verkauf von zuvor von ihnen erworbenen Mehrfamilienhäusern in I. eine fortdauernde Einnahmequelle zu verschaffen. Zunächst erwarben die Angeklagten K. und B. im Mai 2002 unter Einschaltung eines „Strohmanns“ 7 Häuser zum Preis von 825.000 €, die sie über eine Sparkasse finanzierten und die später ordnungsgemäß aus dem durch den Weiterverkauf erzielten Erlös getilgt wurden. Um die Häuser weiter zu verkaufen, schaltete der Angeklagte K. danach den Mitangeklagten O. als Vermittler für den Vertrieb ein. Sie kamen überein, Käufer durch Werbung mit so genannten „Kick-Back-Zahlungen“ zu finden, wobei diese Zahlungen als Rückflüsse aus dem überfinanzierten Kaufpreis gedacht waren. Dem Angeklagten B. war diese Vorgehensweise bekannt, er billigte sie. Angesichts der von den Angeklagten gewählten Vertragskonstruktion zeichnete sich für die Angeklagten ab, dass sich potentielle Käufer in Finanznot bzw. Liquiditätsschwierigkeiten befinden würden, weil es ihnen vorrangig auf den Kapitalrückfluss ankommen würde. Aus diesem Grund war den Angeklagten bewusst, dass die Rückzahlung der zur Finanzierung der jeweiligen Kaufpreise aufgenommenen Darlehen gefährdet war.

4 Die Angeklagten veräußerten in der Folgezeit die Wohnungen, wobei sich der Angeklagte K. um den Abschluss und die Abwicklung der mit den Käufern geschlossenen notariellen Kaufverträge kümmerte. Der jeweilige Kaufpreis wurde unter Vermittlung des Angeklagten O. über die Sparkasse G. finanziert. Die Sparkasse gewährte in den sechs dem Verfahren zugrundeliegenden Fällen Darlehen, indem sie ausgehend von einem Beleihungswert des jeweiligen Objekts eine darüber hinausgehende Darlehenssumme festsetzte, die sie durch die persönliche Bonität der Käufer abgedeckt sah. Dabei blieb die Sparkasse im Unklaren über die in den notariellen Verträgen

nicht erwähnten „Kick-Back-Zahlungen“ und damit über die Bonität der Käufer, wobei sie davon ausging, den Käufern stünde für den überschießenden Kaufpreis Eigenkapital zur Verfügung. Tatsächlich hatten die Käufer kein Eigenkapital, über den an sie ausgezahlt und an die Angeklagten weitergeleiteten Darlehensbetrag hinaus leisteten sie keine weiteren Zahlungen an die Angeklagten. Sie erhielten vielmehr die versprochenen Rückzahlungen, die der beurkundende Notar auf Veranlassung des Angeklagten K. nach Auszahlung der Darlehenssummen an die Käufer vornahm; sie wurden u.a. als Renovierungs- oder Mietkostenzuschuss bezeichnet.

5 Ungeachtet der Rückzahlungen und der Tilgung des ursprünglichen Erwerbsdarlehens ergab sich für die Angeklagten ein Gewinn, den sie sich teilten. K. erhielt einen Betrag von 287.500 €, der Angeklagte B. 172.500 € und O. 64.225 €.

6 Die bei der Sparkasse G. aufgenommenen Kredite wurden allesamt nach rund zwei Jahren notleidend. Diese kündigte die Verträge und verkaufte ihre mit Grundschulden abgesicherten Forderungen für einen Bruchteil der Darlehenssummen, in einem Fall erfolgte ein freihändiger Verkauf. Der Sparkasse ist durch die Finanzierung ein Schaden entstanden, der in der Differenz zwischen dem von ihr ermittelten sog. „Beleihungswert“ und dem jeweils ausgezahlten Darlehensbetrag liegt. In Höhe dieser Beträge bestand infolge der von dem Angeklagten vorgenommenen Täuschung über die Kick-Back-Zahlung keine realistische Chance auf Rückzahlung des Darlehens. Der Gesamtschaden beträgt insoweit 265.000 €.

7 2. Das Landgericht ist vom Vorliegen mittäterschaftlich begangenen gewerbsmäßigen Bandenbetrugs in sechs tatmehrheitlichen Fällen gemäß § 263

Abs. 5 StGB ausgegangen. Dabei hat die Strafkammer angenommen, die Angeklagten hätten die Sparkasse G. über die „Kick-Back-Zahlungen“ an die Käufer, insoweit auch über die wahre Kaufpreishöhe und damit auch über die Bonität der Käufer und Darlehensnehmer getäuscht. Dies habe zu einem Irrtum bei den Sparkassenmitarbeitern geführt, die sich in Kenntnis von Kick-Back-Zahlungen eine andere Vorstellung von der Bonität der Käufer gemacht und keine Kredite ausgereicht hätten. Dies habe zu dem sich aus der Differenz von Darlehensauszahlungsbetrag und ermitteltem Beleihungswert ergebenden Schaden geführt, der auch stoffgleich mit dem Vermögensvorteil der Angeklagten sei. Die ihnen aus den Kaufpreiszahlungen zugeflossenen Gelder stammten ausschließlich aus den von der Stadtparkasse ausgezahlten Darlehenssummen. Die Angeklagten hätten auch gewerbsmäßig und als Bande gehandelt.

## II.

8 Die Verurteilung wegen gewerbsmäßig begangennem Bandenbetrugs in sechs Fällen hält rechtlicher Nachprüfung stand.

9 1. Die Angeklagten haben - über O. , der als Vermittler der Darlehensverträge gegenüber der Bank auftrat - eine Täuschungshandlung begangen, indem ihnen jeweils mit ihrem Wissen und Wollen Kaufverträge über Wohnungen zugrunde gelegt wurden, die einen überhöhten Kaufpreis auswiesen, der niemals von den Käufern gezahlt werden sollte und auch niemals gezahlt worden ist. Sie täuschten die Bank insoweit über die Höhe des tatsächlich vereinbarten Kaufpreises. Zugleich lässt sich bei einer üblichen Grundstücksfinanzierung wie in den zugrunde liegenden Fällen der Beantragung eines entsprechenden Darlehens ohne Weiteres die (konkludente) Erklärung entnehmen,

dieses Darlehen solle allein zur Finanzierung des in dem Kreditantrag genannten Objekts verwendet werden. Ist wie hier eine Überfinanzierung geplant, die zu Kick-Back-Zahlungen an die Kreditnehmer führen soll, liegt darin eine deshalb auch schlüssig erklärte Täuschung über den Verwendungszweck der zu gewährenden Darlehen.

10            2. Bei der kreditausgebenden Sparkasse G. ist durch diese Täuschungshandlungen ein entsprechender Irrtum sowohl bezüglich der Höhe des Kaufpreises als auch der tatsächlich zum Erwerb der Immobilien benötigten Mittel und damit hinsichtlich des Verwendungszwecks der (über den eigentlichen Kaufpreis hinausreichenden) beantragten Darlehensmittel erregt worden. Während die Bank davon ausgegangen ist, dass das gesamte Darlehen für den Immobilienerwerb genutzt werden soll, sollte dies nur teilweise der Fall sein.

11            3. Dieser Irrtum hat kausal zum Abschluss der einzelnen Darlehensverträge geführt. Hätte die Sparkasse Kenntnis vom tatsächlich zu zahlenden Kaufpreis gehabt und gewusst, dass es zu Kick-Back-Zahlungen an die Darlehensnehmer kommt, hätte sie die Verträge nicht geschlossen und die Darlehen nicht ausgereicht. Dies gilt auch mit Blick auf den Irrtum hinsichtlich des Verwendungszwecks des Darlehens. Die unzutreffende Vorstellung vom Verwendungszweck wird nur dann für den Abschluss des Vertrags nicht kausal, wenn der Zweck den Darlehensgeber nicht interessiert (vgl. BGH, StV 2002, 132, 133). Davon aber ist regelmäßig bei Grundstücksdarlehen, bei denen Zweck und Gegenstand der Finanzierung im Einzelnen abgefragt werden, auszugehen.

12            4. Der Sparkasse G. ist auch (zumindest) in der vom Landgericht angenommenen Höhe ein Vermögensschaden entstanden. Das Landge-

richt hat zwar bei der Schadensbestimmung einen unzutreffenden Maßstab angewendet, indem es seiner Bemessung jeweils die Differenz zwischen der ausbezahlten Darlehenssumme und dem von der Sparkasse festgelegten Beleihungswert der Immobilien zugrunde gelegt hat. Dies hat sich aber nicht zu Lasten der Angeklagten ausgewirkt, weil bei Zugrundelegung des richtigen Maßstabs kein geringerer Schaden anzunehmen gewesen wäre. Ob die Hingabe eines Darlehens einen Vermögensschaden bewirkt, ist 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 (vgl. zuletzt Senat, NStZ 2013, 472). Erforderlich ist danach eine Bewertung des jeweiligen Rückzahlungsanspruchs, die - was die Sicherheit anbelangt - vom realisierbaren Verkehrswert der Immobilie auszugehen hat. Insoweit unzutreffend hat das Landgericht hingegen den von der Sparkasse festgesetzten, regelmäßig unter dem Verkehrswert liegenden Beleihungswert von der Darlehenssumme abgezogen und die Differenz als Schaden angenommen; es ist jedoch angesichts der Feststellungen des Landgerichts zur Verwertung der Grundstücke auszuschließen, dass sich bei an sich gebotener Berechnung der einzelnen Verkehrswerte der Grundstücke ein Betrag ergeben hätte, der über dem bei der Schadensberechnung zugrunde gelegten „Beleihungswert“ liegen könnte. Soweit das Landgericht es darüber hinaus versäumt hat, in die Berechnung der Werthaltigkeit des Rückzahlungsanspruchs die Bonität der Darlehensnehmer einzubeziehen, wirkt auch dies sich hier nicht zum Nachteil der Angeklagten aus. Es liegt hier angesichts des Umstands, dass sich alle Kreditnehmer in finanziellen Schwierigkeiten befanden und zudem alle Kreditverträge nach zwei Jahren notleidend wurden, ohne Weiteres auf der Hand, dass ihrer Bonität keine für die Schadensbemessung maßgebende Bedeutung zukommt.



III.

- 13            Angesichts der im Revisionsverfahren ohne Verschulden der Angeklagten erfolgten Verfahrensverzögerung war festzustellen, dass jeweils ein weiterer Monat der verhängten Freiheitsstrafen als vollstreckt gilt.

Fischer

RiBGH Dr. Appl ist  
an der Unterschrift  
gehindert.

Krehl

Eschelbach

Fischer

Bartel