

## Safe-Invest: Der subjektive Schadenseinschlag im Betrugstatbestand

stud. iur. Lucas Haak

BGH 3 StR 171/17

§ 263 StGB

**Sachverhalt (gekürzt und vereinfacht):** A, B und C sind Geschäftsführer der Firma S. GmbH & Co. KG, welche im Rahmen des Projekts „Safe-Invest“ Teile von Photovoltaik-Freiflächenanlagen (sog. Solarmodule) sowie Zubehörteile vertreibt. Das konkrete Geschäftsmodell sieht dabei wie folgt aus: Mittels Solarmodulen, die auf Grundstücken Dritter installiert werden, wird ein Teil der Solarenergie in elektrische Energie umgewandelt, welche anschließend gegen Entgelt in den Stromkreislauf eingespeist werden kann. In der Regel werden dabei sog. Spiegelsysteme aufgestellt, welche den Lichteinfall auf die Module erhöhen und so zu einer Effizienzsteigerung beitragen. Im Rahmen des Projekts „Safe-Invest“ veräußert die S. GmbH & Co. KG die Solarmodule an Privatanleger und pachtet diese anschließend gegen einen garantierten Pachtzins von den Anlegern zurück. Der vertraglich vorausgesetzte Zweck dieser Geschäfte besteht darin, die Module alsdann an Dritte weiterzuverpachten und die privaten Anleger an den daraus entstehenden Gewinnen hälftig zu beteiligen. Bei Vertragsschluss verpflichtet sich die S. GmbH & Co. KG ferner, die dafür erforderlichen Spiegelsysteme zu errichten und zu unterhalten, wobei sie die notwendigen Zusatzmodule vereinbarungsgemäß aus den (zutreffend überhöhten) Kaufpreisforderungen gegen die Anleger beschaffen soll. Den privaten Anlegern wird dabei suggeriert, in eine besonders sichere Anlage („Safe-Invest“) zu investieren, da sie durch den Kauf von Solaranlagenmodulen (Mit-)Eigentümer dieser Anlagen würden und ein Insolvenzrisiko nicht bestehe. Mit diesem Geschäftsmodell gelingt es A, B und C entsprechende Kauf- und Rückpachtverträge mit mehreren hundert Anlegern abzuschließen.

In Wirklichkeit haben A, B und C jedoch niemals vor, die so verkauften und zurückgepachteten Solarmodule tatsächlich weiterzuverpachten, sondern behalten die durch die Privatanleger gezahlten Kaufpreise in voller Höhe für sich ein. Auch hatten die drei Geschäftsführer nie die Absicht, die erforderlichen Spiegelsysteme tatsächlich zu erwerben und aufzustellen. Ohne dessen Installation sind die Solarmodule der Photovoltaikanlage jedoch faktisch nicht verwendbar, insbesondere ist eine Weiterverpachtung so überhaupt nicht möglich. Nach nur kurzer Zeit meldet die S. GmbH & Co. KG Insolvenz an. Mangels vertraglicher Beziehungen zu den Grundstückseigentümern können die Privatanleger die Module anschließend nicht mehr weiterverwenden. In der Folge sind die Anleger gezwungen, die Solarmodule abzubauen und auf dem freien Markt mit hohen Verlusten zu veräußern.

**Prüfen Sie die Strafbarkeit der Beteiligten nach § 263 StGB.**

### EINORDNUNG

Jüngst hat sich der 3. Strafsenat des BGH mit diesem Fall zum subjektiven Schadenseinschlag im Betrugstatbestand befasst. Die Rechtsfigur gilt als echter „Examensklassiker“ und findet als Spezialproblem des Vermögensschadens in regelmäßigen Abständen Eingang in zahlreiche Prüfungen. Der subjektive Schadenseinschlag ist bis heute in Literatur und Rechtsprechung hochumstrittenes Rechtsinstitut, dessen sachgerechte Lösung mit vielen Fallstricken einhergeht und auch auf verfassungsrechtlicher Ebene für Diskussionsstoff sorgt. Insbesondere die Frage, wann der subjektive Schadenseinschlag Erwähnung in die Klausurlösung

finden sollte und in welchen Fällen es ratsamer erscheint, die Ausführungen auf die objektiven Gegebenheiten zu beschränken, ist eine schwierige Aufgabe, die Studierenden eine mitunter präzise Argumentation abverlangt. Eine solche kann sich durchaus über mehrere Rechtsgebiete erstrecken und für einiges Kopfzerbrechen sorgen. Gerade im Hinblick auf die vielschichtigen Problemstellungen, welche das Betrugsdelikt insbesondere im Tatbestandmerkmal des Vermögensschadens birgt, und auf die damit verbundene hohe Relevanz für das erste Examen, lohnt es sich, im Folgenden einen Blick auf die aktuelle Rechtsprechung des BGH zu werfen.

## ORIENTIERUNGSSÄTZE

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.

## GUTACHTERLICHE LÖSUNG

A. Strafbarkeit der A, B und C gem. §§ 263 Abs. 1, Abs. 5, 25 Abs. 2 StGB

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

- a) Täuschung über Tatsachen
- b) Irrtum
- c) Vermögensverfügung

**d) Vermögensschaden**

e) Ggf. Qualifikationsmerkmale

2. Subjektiver Tatbestand

- a) Vorsatz bzgl. aller objektiven Tatbestandsmerkmale
- b) Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

III. Ggf. Strafzumessung

B. Ergebnis

**A. Strafbarkeit der A, B und C gem. §§ 263 Abs. 1, Abs. 5, 25 Abs. 2 StGB**

A, B und C könnten sich wegen schweren Betrugs in Mittäterschaft gem. §§ 263 Abs. 1, Abs. 5, 25 Abs. 2 StGB gegenüber und zu Lasten der Privatanleger strafbar gemacht haben, indem sie weder die Solarmodule weiterverpachteten noch wie vertraglich vereinbart die Spiegelsysteme aufstellten.

### I. Tatbestand

Dafür müsste der Tatbestand sowohl in objektiver als auch in subjektiver Hinsicht erfüllt sein.

#### 1. Objektiver Tatbestand

Zunächst müsste der objektive Tatbestand gegeben sein.

##### a) Täuschung über Tatsachen

A, B und C müssten die Anleger über Tatsachen getäuscht haben. Eine Täuschung ist jedes intellektuelle, ausdrückliche oder konkludente Einwirken auf das Vorstellungsbild eines anderen mit dem Ziel der Irreführung über Tatsachen.<sup>1</sup> Tatsachen sind konkrete Zustände oder Vorgänge aus der Vergangenheit oder Gegenwart, die wahrnehmbar in die Wirklichkeit getreten und daher dem Beweis zugänglich sind.<sup>2</sup> In Betracht kommt zunächst ein Vorspiegeln falscher innerer Tatsachen, indem A, B und C den Anlegern versicherten, die Solarmodule gewinnbringend weiterzuverpachten, in Wirklichkeit den Kaufpreis jedoch in voller Höhe einbehielten. Ein Vorspiegeln von Tatsachen ist gegeben, wenn ein in Wirklichkeit nicht vorliegender Umstand tatsächlicher Art einem anderen als gegeben oder vorhanden hingestellt wird.<sup>3</sup> Die Tatsachenbehauptung ist falsch, wenn behaupteter Inhalt und objektive Sachlage auseinanderfallen. Unter innere Tatsachen sind solche des Innenlebens zu verstehen, mithin sind damit Überzeugungen, Kenntnisse und Absichten des Täters erfasst.<sup>4</sup> Dass A, B und C tatsächlich nie vorhatten, die Module an Dritte weiterzuverpachten, ist ein konkreter innerer Zustand der Vergangenheit, der auch dem Beweis zugänglich war. Damit liegt eine innere Tatsache vor.<sup>5</sup> Die entgegenstehende Versicherung der Täter, dass eine Weiterverpachtung stattfinden und so ein garantierter Pachtzins als „Safe-Invest“ entstehen würde, stellte eine Tatsachenbehauptung

<sup>1</sup> Kindhäuser in: LPKStGB, 7. Aufl. 2017, § 263 Rn. 63ff.

<sup>2</sup> Kindhäuser in: LPKStGB (Fn. 1), § 263 Rn. 53.

<sup>3</sup> Fischer, StGB Kommentar, 66. Aufl. 2019, § 263 Rn. 18.

<sup>4</sup> Fischer, StGB (Fn. 3), § 263 Rn. 8.

<sup>5</sup> Laut Sachverhaltsangaben war der garantiert versprochene Pachtzins über die zu erzielende Einspeisevergütung ohne die Aufstellung entsprechender Spiegelsysteme ohnehin nicht zu erwirtschaften, sodass es auch vertretbar erscheint, auf die objektiv fehlende Möglichkeit der Gewinnausschüttung als äußere Tatsache abzustellen.

dar, die mit der objektiven Sachlage nicht übereinstimmte. Insofern stellten A, B und C ein in Wirklichkeit nicht gegebenes Umstand tatsächlicher Art den Privatanlegern als gegeben hin und spiegelten somit falsche Tatsachen vor. Ferner könnte eine Täuschung über innere Tatsachen in der Verpflichtung liegen, in Zukunft noch die erforderlichen Spiegelsysteme aufzustellen. In casu versicherten A, B und C den Anlegern, die Zusatzmodule vereinbarungsgemäß zu beschaffen und zu installieren. Dass dies in Wirklichkeit nie geschehen sollte, war ein konkreter innerer Zustand der Gegenwart, der dem Beweis zugänglich war. Damit stellten die Täter den Anlegern einen Umstand tatsächlicher Art als gegeben hin, der in Wirklichkeit nicht vorlag. Im Ergebnis haben A, B und C die privaten Anleger insofern über die Möglichkeit einer erfolgreichen Verpachtung, die Anschaffung weiterer Zubehörteile und damit über die tatsächlich nicht bestehende Möglichkeit eines garantierten Zinsgewinns getäuscht.

Vorliegend ist jedoch nicht ersichtlich, welcher Täter welchen Tatbeitrag geleistet hat. Fraglich ist daher, ob sich A, B und C die Tatbeiträge der jeweilig anderen Täter anrechnen lassen müssen und den Betrug insofern in mittäterschaftlicher Begehung gem. § 25 Abs. 2 StGB begangen haben. Eine dafür erforderliche Zurechnung der Tatbeiträge ist dann möglich, wenn die Täter entsprechend eines gemeinsamen Tatplans die Tat gemeinschaftlich ausführen.<sup>6</sup> Ein gemeinsamer Tatplan ist das auf gemeinsamen Willen beruhende Einverständnis, eine bestimmte Straftat gemeinschaftlich und arbeitsteilig vorzunehmen.<sup>7</sup> Die Tat wird nach der restriktivsten Ansicht, der sog. *engen Tat herrschaftslehre*, gemeinschaftlich ausgeführt, wenn jeder Teilnehmer objektiv und arbeitsteilig einen gewissen Tatbeitrag leistet.<sup>8</sup> Vorliegend waren A, B und C Geschäftsführer der S. GmbH & Co. KG und im selben Maße für die Geschäfte der Gesellschaft verantwortlich. Darüber hinaus haben alle Täter mangels entgegenstehender Anhaltspunkte objektiv einen gleichwertigen Tatbeitrag geleistet, sodass bereits nach der engsten Auffassung eine mittäterschaftliche Begehung i.S.d. § 25 Abs. 2 StGB anzunehmen ist.

## b) Irrtum

Durch die Täuschung müsste bei den Anlegern ein Irrtum

entstanden sein. Ein Irrtum ist jede Fehlvorstellung über Tatsachen, die Gegenstand der Täuschung waren.<sup>9</sup> Indem die Täter die Privatanleger über die Möglichkeit einer gewinnbringenden Verpachtung und Anschaffung weiterer Zubehörteile täuschten, entstand bei den jeweiligen Anlegern einerseits die Fehlvorstellung, es handle sich bei dem Projekt um eine vielversprechende und gewinnorientierte Investition, die überdies ein sog. „Safe-Invest“ darstelle. Andererseits entstand die Fehlvorstellung, dass A, B und C die vertraglich vereinbarte Installation der Spiegelsysteme tatsächlich noch durchführen würden, obwohl dies nicht in der Absicht der Täter lag. Im Ergebnis waren die Anleger daher gleich in zweifacher Hinsicht einem Irrtum unterlegen.

## c) Vermögensverfügung

Nach herrschender Ansicht bedarf es im Rahmen des Betrugstatbestandes zur Abgrenzung von Fremd- und Selbstschädigungsdelikten regelmäßig einer irrtumsbedingten Vermögensverfügung des Opfers als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal.<sup>10</sup> Eine Vermögensverfügung ist jedes freiwillige und von einem gewissen Verfügungsbewusstsein getragene Handeln, Dulden oder Unterlassen, welches sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt.<sup>11</sup> Mit der Zahlung der erhöhten Kaufpreise an die S. GmbH & Co. KG für die existenten Solarmodule und die nicht existenten Spiegelsysteme haben die Anleger aufgrund ihres Irrtums freiwillig und bewusst über ihr Vermögen verfügt. Dies wirkte sich auch unmittelbar vermögensmindernd aus, sodass eine Vermögensverfügung vorliegt.

## d) Vermögensschaden

Ferner müssten die Anleger durch die Vermögensverfügung einen Vermögensschaden erlitten haben. Ein Vermögensschaden liegt vor, wenn ein Vergleich der Vermögenslage vor und nach der Verfügung ergibt, dass eine nachteilige Vermögensdifferenz eingetreten ist, wobei nach der sog. *Theorie der Gesamtsaldierung* alle Aktiva und Passiva vor und nach der Verfügung zu berücksichtigen und gegenüber zu stellen sind.<sup>12</sup> Bezüglich der Spiegelsysteme ist festzustellen, dass es für die hier gezahlten Kaufpreise objektiv an einer äquivalenten Gegenleistung fehlt, sodass zweifelsfrei ein Vermögensschaden anzunehmen

<sup>6</sup> Kindhäuser in: LPKStGB (Fn. 1), § 25 Rn. 47.

<sup>7</sup> Rengier, Strafrecht BT II, 8. Aufl. 2016, § 44 Rn. 11.

<sup>8</sup> Rengier, BT II (Fn. 7), § 44 Rn. 40.

<sup>9</sup> Perron in: Schönke/Schröder, StGB Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 33f.

<sup>10</sup> Jäger in: Joecks/Jäger, Studienkommentar StGB, 12. Aufl. 2018, § 263 Rn. 82.

<sup>11</sup> Fischer, StGB (Fn. 3), § 263 Rn. 70.

<sup>12</sup> Jäger, Anm. z. BGH: Betrugsschaden: Kein objektiver Wert bei subjektiver Wertlosigkeit in: JA 2018, 949 (950); Fischer, StGB (Fn. 3), § 263 Rn. 110.

ist. Problematischer erscheint hingegen die rechtliche Würdigung bezüglich der wirklich existenten Solarmodule, an denen die Anleger im Gegenzug zur objektiv überhöhten Kaufpreiszahlung tatsächlich Eigentum *brevi manu* erlangt haben. Umstritten ist, ob ein dahingehender Schaden in Höhe der vollen Kaufpreissumme oder lediglich in den tatsächlich gezahlten Kaufpreisen abzüglich der Beträge, welche die Privatanleger durch eine anschließende Weiterveräußerung auf dem freien Markt erzielen konnten, gesehen werden kann.

#### aa) Lehre vom subjektiven Schadenseinschlag

Nach der Rechtsprechung des BGH kann eine solche Gesamtsaldierung unter Zurhilfenahme des Rechtsinstituts des subjektiven Schadenseinschlags abgelehnt werden.<sup>13</sup> Der subjektive Schadenseinschlag definiert sich zunächst wie folgt: 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.<sup>14</sup> In ständiger Rechtsprechung entwickelten sich insgesamt drei anerkannte Fallgruppen, die sich auf den subjektiven Schadenseinschlag stützen: Zunächst kann ein Vermögensschaden anzunehmen sein, wenn das Opfer aufgrund der Täuschung zu vermögensschädigenden Folgemaßnahmen veranlasst wird.<sup>15</sup> Entsprechendes gilt, wenn das Opfer durch die täuschungsbedingt eingegangene Verpflichtung in einen finanziellen Engpass gerät, sodass ihm die Mittel zur Befriedigung der minimalen Lebensbedürfnisse fehlen.<sup>16</sup> Ferner wird die Rechtsfigur des subjektiven Schadenseinschlags herangezogen, wenn die Leistung des Täters vom Opfer nicht oder nicht im vollen Umfang zu dem vertraglich vorausgesetzten Zweck oder in anderer zumutbarer Weise verwendet werden kann.<sup>17</sup> Letzteres scheint dieser Auffassung nach im vorliegenden Fall einschlägig. Vertraglich vorgesehener Zweck des Eigentumserwerbs an den Solarmodulen war es, diese im Rahmen eines Pachtvertrages weiterzuverpachten. Dazu kam es nicht, weil A, B

und C die dafür erforderlichen Bedingungen – namentlich die notwendige Errichtung der Spiegelsysteme – nicht geschaffen hatten. Eine anderweitig zumutbare Verwendung der Module kam nicht in Betracht. Die Anleger konnten schon mangels vertraglicher Beziehungen zu den Eigentümern der Grundstücke die hierauf installierten Module nach der Insolvenz der S. GmbH & Co. KG nicht weiterbetreiben. Ferner waren diese nur noch mit erheblichen Verlusten zu veräußern.

Man könnte nun argumentieren, dass die Anleger durch eine Rückverpachtung der Solarmodule an die S. GmbH & Co. KG zumindest zum Teil eine Kompensation erfahren. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass es sich bei dem entrichteten Pachtzins regelmäßig um nachträgliche Zahlungen handelt. Im Wege der Gesamtsaldierung sind jedoch nur diejenigen Vorteile zu berücksichtigen, die unmittelbar auf der Vermögensverfügung beruhen, während nachträgliche Kompensationen außer Betracht bleiben.<sup>18</sup> Auch ist festzuhalten, dass die Ansprüche aus dem (Rück-)Pachtvertrag aufgrund der eingetretenen Insolvenz der S. GmbH & Co. KG praktisch wertlos waren. Damit liegt nach der Rechtsprechung des BGH ein subjektiver Schadenseinschlag und somit ein geeigneter Vermögensschaden i.H.d. vollen Summe des geleisteten Kaufpreises für die Photovoltaikanlagen vor.

#### bb) Theorie der vorrangig objektiven Saldierung

Der oben gezeigten Argumentation des BGH könnte man nunmehr entgegenhalten, dass die Privatanleger offensichtlich später noch in der Lage waren, die Solarmodule – sei es auch mit erheblichen Verlusten – weiterzuveräußern. Insofern sei zweifelsfrei festzustellen, dass bereits ein objektiv feststellbarer Schaden aus der fehlenden Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung vorliege. Daher biete sich in casu einerseits kein Raum, andererseits kein Bedarf für die Rechtsfigur des subjektiven Schadenseinschlages.<sup>19</sup> Nicht zuletzt aufgrund ihrer ohnehin umstrittenen rechtsfortbildenden Herleitung erscheine es geboten, zunächst auf den unstreitig gegebenen und im Gesetz ausdrücklich verankerten objektiven Schadenseinschlag abzustellen.<sup>20</sup> Ein solcher sei unter Heranziehung der tatsächlich erzielten (Wieder-)Verkaufspreise unzweifelhaft feststell- oder

<sup>13</sup> BGH NSTZ-RR 2018, 283.

<sup>14</sup> BGH NJW 1962, 29 (30); BGH NSTZ-RR 2018, 283.

<sup>15</sup> BGHSt 16, 321 (328 f.); NJW 1962, 309; Fischer, StGB (Fn. 3), § 263 Rn. 147a; Eisele, Anm. z. BGH: Strafrecht BT: Persönlicher Schadenseinschlag beim Betrug, JuS 2018, 1109.

<sup>16</sup> Eisele (Fn. 15), JuS 2018, 1109.

<sup>17</sup> BGHSt 16, 321 (328 f.); NJW 1962, 309; Fischer, StGB (Fn. 3), § 263 Rn. 147a; Eisele (Fn. 15), JuS 2018, 1109.

<sup>18</sup> Eisele (Fn. 15), JuS 2018, 1109 (1110); ders., Strafrecht BT II, 4. Aufl. 2017, Rn. 574; Wessels/Hillenkamp, Strafrecht BT II, 40. Aufl. 2017, Rn. 548.

<sup>19</sup> Jäger (Fn. 12), JA 2018, 949 (951).

<sup>20</sup> ebenda.



zumindest im Rahmen eines Sachverständigengutachtens bestimmbar. Insofern läge dieser Ansicht nach lediglich ein objektiver Schaden i.H.d. ursprünglich gezahlten Kaufpreises vor, von dem im Zuge der Gesamtsaldierung der auf dem freien Markt tatsächlich erzielte oder mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit erzielbare Wiederverkaufspreis abgezogen werden müsse.

### cc) Stellungnahme

Bezüglich der grundsätzlichen Bejahung eines Vermögensschadens kommen die Ansichten zwar zu demselben Ergebnis, aufgrund ihrer differenzierten dogmatischen Rechtfertigung unterscheiden sie sich jedoch in der Höhe des entstandenen Schadens, sodass eine Stellungnahme notwendig ist. Als Ausgangspunkt bietet es sich an, zunächst die (verfassungs-)rechtliche Legitimation des subjektiven Schadenseinschlages in den Blick zu nehmen. Eine Billigung des Rechtsinstituts scheint nach Auffassung des BVerfG vorzugsweise unter Zuhilfenahme bilanzrechtlicher Vorschriften geboten: Besteht keinerlei Verwendungsmöglichkeit und kommen ferner keine Weiterveräußerungsmöglichkeiten in Betracht, ist der Geschädigte regelmäßig dazu gezwungen, die Kaufsache (auf null) abzuschreiben.<sup>21</sup> Dies mindert zwar nicht den objektiven Wert der Kaufsache selbst, gerade im Hinblick auf die marktorientierten bilanzrechtlichen Bewertungsmaßstäbe wird der bilanzierende Haushalt trotzdem einen de facto-Schaden i.H.d. Kaufpreises erleiden.<sup>22</sup> Überdies handelt es sich – teleologisch betrachtet – bei dem subjektiven Schadenseinschlag um eine normativ-wertende Einschränkung des wirtschaftlichen Vermögensbegriffs, welcher auf Gesichtspunkten der sozialen Adäquanz bzw. der Wertung eines sozialen und wirtschaftlichen Machtgefälles beruht.<sup>23</sup> Die Ratio einer solchen Relativierung des Vermögens- und Schadensbegriffs liegt darin, dass die rein wirtschaftliche Betrachtungsweise aus sozialpolitischen Gründen ohnehin vielfach durchbrochen wird, so dass es geboten erscheint, den Schadensbegriff im Rahmen einer teleologischen Korrektur wieder einer „normativ-juristischen“ Betrachtungsweise anzunähern.<sup>24</sup>

Eine solche grundsätzlich überzeugende Ausweitung des Tatbestandes findet ihre verfassungsrechtlichen Grenzen in dem Schutzzweck der Norm, welcher im Rahmen des

Betrugstatbestands regelmäßig in dem Schutz des Vermögens zu finden sein wird.<sup>25</sup> Folgt man dem, ist trotz der Respektierung des autonomen Willens des Betroffenen die ökonomische Vernunft nicht außer Acht zu lassen, da § 263 StGB ansonsten zumindest partiell zu einem Delikt zum Schutze der Dispositionsfreiheit umgestaltet würde.<sup>26</sup> Dies ginge indes mit erheblichen Bedenken gegen das Bestimmtheitsgebot aus Art. 103 Abs. 2 GG einher. Insofern kann festgestellt werden, dass normative Gesichtspunkte bei der Bewertung eines Schadens zwar eine Rolle spielen, die wirtschaftliche Betrachtung jedoch nicht überlagern oder verdrängen dürfen.<sup>27</sup> Gerade wenn sich dem Geschädigten eine weitere Verwendungsmöglichkeit ergibt und sei dies auch nur die Weiterveräußerung unter Inkaufnahme erheblicher Verluste, scheint es insbesondere im Hinblick auf die ohnehin gebotene restriktive Auslegung der Lehre des subjektiven Schadenseinschlages wenig überzeugend, auf die für die jeweiligen Betroffenen fehlende Weiterverwendung abzustellen. Dies lässt sich auch durch folgende Kontrollüberlegung in Einbeziehung bilanzrechtlicher Vorschriften bestätigen: Auch ohne diese Rechtsfigur führt eine Gegenüberstellung der Aktiva und Passiva aufgrund einer möglichen – wenn auch verlustreichen – Weiterveräußerung zu einem negativen Saldo. Hier besteht insofern tatsächlich kein Bedarf für das in Frage stehende Rechtsinstitut, da der Marktwert ohnehin hinter der erbrachten Leistung zurückbleibt und ansonsten die objektiven Anforderungen an den Schadensbegriff bei bestehender subjektiver Wertlosigkeit ausgehöhlt würden.<sup>28</sup> Die besseren Argumente sprechen insofern gegen die Rechtsprechung des BGH und für die Auffassung der Literatur. Im Ergebnis liegt bezüglich der Solarmodule daher ein Schaden i.H.d. tatsächlich gezahlten Kaufpreise abzüglich der geminderten Wiederverkaufspreise vor.

### dd) Zwischenergebnis

Folglich ist den Privatanlegern ein Vermögensschaden bezüglich der Spiegelsysteme in voller Höhe, bezüglich der Solarmodule in um die Wiederverkaufspreise verminderter Höhe entstanden.

<sup>21</sup> Hefendehl in: Münchner Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3. Aufl. 2019, § 263 Rn. 797.

<sup>22</sup> Hefendehl in: MüKoStGB (Fn. 21), § 263 Rn. 797.

<sup>23</sup> Fischer, StGB (Fn. 3), § 263 Rn. 147.

<sup>24</sup> ebenda.

<sup>25</sup> Kindhäuser in: LPK-StGB (Fn. 1), § 263 Rn. 39.

<sup>26</sup> Perron in: Schönke/Schröder (Fn. 9), § 263 Rn. 121.

<sup>27</sup> BVerfGE 126, 170 (212); BGH NSTZ 2014, 517, 519; Jäger (Fn. 12), JA 2018, 949 (951).

<sup>28</sup> Hefendehl in: MüKoStGB (Fn. 21), § 263 Rn. 796; Jäger (Fn. 12), JA 2018, 949 (951).

### e) Qualifikationsmerkmal: Gewerbsmäßige Begehung als Mitglied einer Bande

A, B und C könnten den Betrug gewerbsmäßig als Mitglieder einer Bande gem. § 263 Abs. 5 StGB begangen haben. Gewerbsmäßigkeit liegt vor, wenn sich der Täter durch Begehung der Straftat eine Einnahmequelle von gewisser Erheblichkeit und Dauer schafft.<sup>29</sup> Eine Bande besteht aus mindestens drei Personen, die sich mit dem Willen zusammengeschlossen haben, künftig mehrere selbstständige, im Einzelnen noch ungewisse Straftaten des im Gesetz genannten Deliktstypus zu verwirklichen.<sup>30</sup> Vorliegend haben A, B und C mit Gewinnerzielungsabsicht mehrere hundert Privatanleger getäuscht. Eine gewisse Dauer und Erheblichkeit sind damit anzunehmen. Auch haben sich die Täter gerade mit dem Willen zusammengeschlossen, künftig mehrere selbstständige und im Einzelnen noch ungewisse Betrugsdelikte zu begehen. Damit handelten A, B und C in gewerbsmäßiger Begehung als Bandenmitglieder gem. § 263 Abs. 5 StGB.

### f) Zwischenergebnis

Der objektive Tatbestand ist hinsichtlich §§ 263 Abs. 1, Abs. 5, 25 Abs. 2 StGB erfüllt.

## 2. Subjektiver Tatbestand

Der subjektive Tatbestand müsste erfüllt sein.

### a) Vorsatz bzgl. aller objektiven Tatbestandsmerkmale

Zunächst müssten die Täter vorsätzlich gehandelt haben. Vorsatz ist die bewusste und gewollte Straftatbestandsverwirklichung in Kenntnis aller objektiven Umstände zum Zeitpunkt der Tat.<sup>31</sup> A, B und C kam es gerade darauf an, die Privatanleger zu täuschen und somit einen Irrtum hervorzurufen, damit diese vermögensverfügend tätig werden. Dabei nahmen die Täter zumindest billigend in Kauf, dass den Privatanlegern dadurch ein Vermögensschaden entstehen würde. Ferner kam es A, B und C gerade darauf an, die Tat gemeinschaftlich i. S. v. § 25 Abs. 2 StGB und als Mitglieder einer Bande zu begehen. Es war auch gerade die Absicht der Täter, durch die mehrfache Begehung eine erhebliche Einnahmequelle von gewisser Dauer zu schaffen. Damit ist der Vorsatz bezüglich aller objektiven Tatbestandsmerkmale zu bejahen.

### b) Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung

Ferner müssten die Täter in der Absicht einer rechtswidrigen und stoffgleichen Bereicherung gehandelt haben. Bereicherungsabsicht ist gegeben, wenn es dem Täter um eine günstigere Gestaltung der Vermögenslage geht.<sup>32</sup> Rechtswidrig ist diese, wenn der Täter einen Zustand herstellt, der der materiellen Eigentumsordnung widerspricht, was seinerseits von einem gewissen Vorsatz des Täters umfasst sein muss.<sup>33</sup> Stoffgleichheit liegt vor, wenn der Vorteil des Täters und der entstandene Schaden auf derselben Vermögensverfügung beruhen – der Vorteil muss insofern die Kehrseite des Schadens, jedoch nicht dessen exaktes Gegenteil darstellen.<sup>34</sup> Vorliegend kam es A, B und C gerade darauf an, durch die Straftatbestandsverwirklichung eine günstigere Vermögenslage zugunsten der S. GmbH & Co. KG zu schaffen. Insofern handelten die Täter mit Drittbereicherungsabsicht. Der durch die Täter erlangte Vermögensvorteil ist ferner auf die Kaufpreiszahlungen, mithin auf die schädigende Vermögensverfügung der Privatanleger zurückzuführen. Dabei waren sich A, B und C bewusst, dass sie bei Nichterfüllung ihrer Verpflichtungen keinen einredefreien und durchsetzbaren Anspruch auf die Kaufpreiszahlungen hatten. Folglich handelten A, B und C in der Absicht einer rechtswidrigen und stoffgleichen Bereicherung.

### c) Zwischenergebnis

Der subjektive Tatbestand der §§ 263 Abs. 1, Abs. 5, 25 Abs. 2 StGB ist ebenfalls erfüllt.

## 3. Zwischenergebnis

Der Tatbestand der §§ 263 Abs. 1, Abs. 5, 25 Abs. 2 StGB liegt somit vor.

## II. Rechtswidrigkeit und Schuld

A, B und C handelten auch rechtswidrig und schuldhaft.

## III. Strafzumessung

Wegen der Verwirklichung des Qualifikationstatbestandes des § 263 Abs. 5 StGB sind die strafzumessungsrelevanten Regelbeispiele des § 263 Abs. 3 StGB nicht mehr zu prüfen.

<sup>29</sup> Fischer, StGB (Fn. 3), § 263 Rn. 210.

<sup>30</sup> Perron in: Schönke/Schröder (Fn. 9), § 263 Rn. 188a.

<sup>31</sup> Fischer, StGB (Fn. 3), § 263 Rn. 180.

<sup>32</sup> Kindhäuser in: LPKStGB (Fn. 1), § 263 Rn. 224.

<sup>33</sup> Kindhäuser in: LPKStGB (Fn. 1), § 263 Rn. 234, 236.

<sup>34</sup> Perron in: Schönke/Schröder (Fn. 9), § 263 Rn. 166ff.

**B. Ergebnis**

A, B und C haben sich wegen schweren Betrugs in Mittäterschaft gem. §§ 263 Abs. 1, Abs. 5, 25 Abs. 2 StGB gegenüber und zu Lasten der Privatanleger strafbar gemacht.

**FAZIT**

Die Entscheidung behandelt schwerpunktmäßig den subjektiven Schadenseinschlag als normatives Korrekturwerkzeug des ansonsten rein objektiv zu bestimmenden Vermögensschadens. Gleichwohl gelingt es dem BGH nicht, zu einem in jeder Hinsicht befriedigenden Ergebnis zu gelangen. Der subjektive Schadenseinschlag bleibt auch nach dieser Entscheidung eine umstrittene Rechtsfigur, dessen (Nicht-)Anwendung auch in Zukunft für einen strittigen Diskurs sorgen wird. Für Studierende bieten sich hier ungeahnte Möglichkeiten, sodass solche Fallkonstellationen in Klausursituationen stets zu begrüßen sind: Eine auf verfassungs- und bilanzrechtliche Vorschriften und auf den Telos der Norm gestützte, überzeugende Argumentation ist in jede Richtung vertretbar. Ferner wird eine sachgerechte Problembehandlung den Eindruck bekräftigen, dass die Bearbeitung in verschiedene Rechtsgebieten sicher und kompetent erfolgt. Die vorliegende Entscheidung trägt insofern dazu bei, den normativen Einschlag des Vermögensschadens weiter zu konkretisieren. Es bleibt abzuwarten, inwieweit dessen neuerliche Ausgestaltung durch den 3. Strafsenat nunmehr aus verfassungsrechtlicher Perspektive zu bewerten ist. Abschließend ist daher festzuhalten, dass es ratsam ist, die Rechtsfigur des subjektiven Schadenseinschlags in Klausurbearbeitungen unabhängig der vertretenen Meinung kritisch zu hinterfragen und restriktiv zu beurteilen.