

Zusammenfassung

zur Habilitationsschrift von

Dr. Christian Becker (Bucerius Law School)

mit dem Titel

Gefährdungsschaden und betriebswirtschaftliche Vermögensbewertung

Eine Kritik der “objektiv-wirtschaftlichen“ Schadenslehre

Der folgende Text gibt einen Überblick über den Gedankengang und die wesentlichen Resultate meiner Habilitation. Auf Nachweise wurde für diese Zusammenfassung verzichtet.

I. Ausgangspunkt meiner Untersuchung ist die jüngere Diskussion um die Figur des Gefährdungsschadens bei Betrug und Untreue. Dieser Gefährdungsschaden ist seit über 120 Jahren fester Bestandteil der strafgerichtlichen Praxis. Seine Anerkennung speist sich im Wesentlichen aus der Erkenntnis, dass ein drohender Verlust im Wirtschaftsleben bereits zu einer gegenwärtigen Wertminderung hinsichtlich des betroffenen Vermögensgegenstandes führen kann. Das offensichtliche Spannungsverhältnis mit der strafrechtlichen Deliktslehre, die kategorisch zwischen der Verletzung, also dem Schaden, und der Gefährdung unterscheidet, ist zwar immer wieder bemerkt, jedoch – unbeschadet der Entwicklung verschiedener Ansätze zur Begrenzung des Gefährdungsschadens – nahezu durchweg hingenommen worden.

Vor allem im Zusammenhang mit Sachverhalten, in denen es um Wertpapiere oder die Vergabe von Krediten geht (sog. Risikogeschäfte), kann die Feststellung eines solchen Gefährdungsschadens erhebliche Schwierigkeiten bereiten. Denn hierbei ist nach der bislang nahezu ganz herrschenden Meinung eine Bewertung der vom Vermögensinhaber (als Kreditgeber oder Käufer des Wertpapiers) erlangten Zahlungsansprüche im Zeitpunkt unmittelbar nach dem Abschluss des Geschäfts erforderlich, also der Sache nach eine Prognose über die voraussichtliche Erfüllung der Forderung. Nachdem die Rechtsprechung den Gefährdungsschaden lange Zeit meist unter Zuhilfenahme von eher allgemein gehaltenen Formulierungen bejaht hatte, verlangte das Bundesverfassungsgericht in einem viel beachteten Beschluss aus dem Jahr 2010, dass die strafgerichtliche Praxis zukünftig stets einen entstandenen Schaden konkret beziffert. Sofern dies aufgrund der Komplexität der zu Grunde liegenden Sachverhalte mit besonderen

Schwierigkeiten verbunden ist, sei die Heranziehung von Verfahren aus der wirtschaftlichen Praxis und die Einbeziehung nichtjuristischer Sachverständiger geboten.

Ein wesentliches Ziel meiner Arbeit besteht darin, die Einbindung nichtjuristischen, insbesondere wirtschaftswissenschaftlichen Sachverstands bei der Feststellung und Bezifferung des strafrechtlichen Vermögensschadens kritisch zu würdigen. Denn bislang ist kaum untersucht worden, inwiefern etwaige in der Ökonomie entwickelte Verfahren zur Bezifferung zukünftiger Zahlungsströme dafür geeignet sind, die Rechtssicherheit und Bestimmtheit bei der Feststellung von Gefährdungsschäden in komplexen Fällen signifikant zu erhöhen. Das BVerfG hat hierzu keinerlei Erwägungen angestellt und hielt offenbar eine intuitive Verknüpfung von „Bezifferung“ und „Genauigkeit“ für ausreichend. Soweit das wissenschaftliche Schrifttum sich kritisch geäußert hat, bezog sich dies regelmäßig auf Konflikte zwischen straf- und bilanzrechtlichen Prinzipien. Dabei bleibt jedoch meist ausgeblendet, dass die einschlägigen Bewertungsverfahren nicht im Bilanzrecht geregelt sind, sondern aus der Ökonomie, vor allem aus der Investitionstheorie stammen. In meiner Arbeit untersuche ich unter Einbeziehung rechtstheoretischer Erwägungen, welche Bedeutung solchen nachbarwissenschaftlichen Erkenntnissen im Rahmen der strafrechtlichen Schadensfeststellung zukommen kann.

Nachdem diese Untersuchung zu dem Ergebnis führt, dass wirtschaftswissenschaftliche Verfahren zur Quantifizierung des gegenwärtigen Wertes zukünftiger Zahlungsströme aus strafrechtlicher Perspektive nicht dazu geeignet sind, die nötige Bestimmtheit bei der Schadensfeststellung zu vermitteln, muss der Gefährdungsschaden insgesamt auf den Prüfstand gestellt werden. Das wird nicht nur eine dogmatisch rekäre Struktur dieser Rechtsfigur zu Tage fördern. Vielmehr wird sich das Paradigma der wirtschaftlichen Schadenslehre

insgesamt als wenig belastbar erweisen. In der Arbeit wird deshalb ein eigener Schadensbegriff entwickelt, auf dessen Grundlage dann eine Lösung für die Fallgruppe der Risikogeschäfte vorzuschlagen ist, die auf das Konstrukt des Gefährdungsschadens verzichtet.

II. Die Untersuchung beginnt zunächst mit einem kurzen Überblick zu der Frage, welche allgemeinen Anforderungen im Strafrecht an die Kategorie des Verletzungserfolgs gestellt werden. Die gängige Formulierung ist dabei, dass ein solcher in einem „Außenwelt ereignis“ besteht, was sich etwas genauer – wenngleich immer noch mit gewissen erkenntnistheoretischen Vereinfachungen – als ein i.w.S. *empirisches* Ereignis oder auch als *tatsächlicher* Vorgang beschreiben lässt, bei dem es sich um die Schädigung eines Rechtsguts bzw. eines Rechtsguts- oder Handlungsobjekts handeln muss. Dieser Verletzungserfolg muss als empirischer Sachverhalt von der bloßen Gefährdung unterscheidbar sein.

Bei diesem Ausgangspunkt ließe sich die neuerdings befürwortete Anbindung an wirtschaftswissenschaftliche Methoden womöglich dahingehend verstehen – und legitimieren –, dass diese Methoden dem Strafrecht bessere und genauere Informationen über jene „Außenwelt“, also über den Wert bestimmter Vermögensbestandteile als eines i.w.S. empirisch erfassbaren Phänomens vermitteln. Träfe dies zu, wäre damit ein gewichtiges Argument für die Übernahme solcher Bewertungen in das Strafrecht formuliert, wie sie vom BVerfG praktiziert wird.

Das führt dann allerdings zu der Frage, ob die in der Investitionstheorie entwickelten Verfahren als Beschreibungen empirischer Vorgänge aufgefasst werden können. Ein Blick auf die Berechnung des sog. „Barwertes“ und die dabei zu Grunde liegenden Vorstellungen von Wahrscheinlichkeit und Zukunft lässt Zweifel hieran aufkommen. Investitionstheoretische Verfahren arbeiten mit äußerst strengen Annahmen, die z. B. mit Blick auf den sog. „vollkommenen

Kapitalmarkt“ und die „homogenen Erwartungen“ der Marktteilnehmer erkennbar unrealistisch sind. Bei den auf diesem Wege berechneten Werten handelt es sich um hochnormative Konstrukte, nicht um die Beschreibung empirischer Vorgänge.

Zwar setzt sich die empirisch erfassbare Welt nicht nur aus solchen Tatsachen zusammen, deren Feststellung allein das Resultat von Beobachtungen ist, sondern es zählen hierzu prinzipiell auch sog. institutionelle oder soziale Tatsachen. Es ist vor diesem Hintergrund auch grundsätzlich plausibel, dass Erkenntnisse aus anderen Wissenschaften dem Recht eine bessere Kenntnis von tatsächlichen Vorgängen vermitteln, wobei dies zwar in erster Linie, aber eben keineswegs ausschließlich für die Naturwissenschaften zutrifft.

Aber – und das ist der entscheidende Punkt – das Recht bestimmt sein Verhältnis zu solchen nachbarwissenschaftlichen Erkenntnissen immer nach normativen Gesichtspunkten. Die Frage, was im Recht als Tatsache gilt, ist selbst eine rechtliche Frage, sie wird nicht durch ein Sosein der Wirklichkeit vorgegeben, über das andere Wissenschaften verbindliche Aussagen treffen könnten. Im Recht müssen wir daher bei Berührungen mit anderen Wissenschaften normativ begründet dazu Stellung nehmen, welche Rolle den Erkenntnissen dieser Wissenschaften – genauer gesagt ihren Realitätskonstruktionen – bei der Rechtsanwendung zukommt. Dabei ist vor allem zu fragen, um welche Art von Erkenntnissen es sich handelt, wie diese zustande kommen und was das Erkenntnisinteresse der jeweiligen Wissenschaft ist sowie in welchem rechtlichen Kontext die Erkenntnisse in welcher Weise verwendet werden sollen.

Nach diesen Maßstäben komme ich zu der Einschätzung, dass die Resultate wirtschaftswissenschaftlicher Bewertungen für das Strafrecht keine Tatsachen über den Vermögenswert darstellen, sondern dass sie vielmehr nicht dazu geeignet sind, Auskunft über die Voraussetzungen eines gegenwärtig vorhandenen Verletzungserfolgs zu geben.

III. Weil demnach aber der Versuch des Bundesverfassungsgerichts, die Probleme beim Gefährdungsschaden unter Zuhilfenahme von nichtjuristischem Sachverstand zu lösen, gescheitert ist, bleibt die prekäre dogmatische Struktur dieser Rechtsfigur bestehen. Ich zeige in meiner Arbeit, dass das Problem in einem konstruktiven Mangel des Gefährdungsschadens begründet liegt, der seine Anerkennung der Übernahme einer rekursiven Struktur verdankt, bei der die antizipierte Zukunft auf die Gegenwart zurückwirkt. Das hat zur Folge, dass die Grenze zwischen Verletzung und Gefahr beim Gefährdungsschaden aufgehoben ist, auch wenn das von Rechtsprechung und Lehre bis zuletzt immer wieder in Abrede gestellt wurde.

Weil aber die Verflechtung zwischen dem Gefährdungsschaden und den Grundlagen der herrschenden wirtschaftlich ausgerichteten Schadenslehre zu eng ist, als dass sich eine Alternative zum Gefährdungsschaden innerhalb dieser Lehre sinnvoll formulieren ließe, wendet sich die Untersuchung auch den allgemeinen Grundlagen der Schadensdogmatik zu. Dort zeigen sich Friktionen, die ich hier knapp zusammenfassen möchte:

Die herrschende primär objektive Schadenslehre erhebt die permanente Geldwertkontinuität zu *dem* objektiv-wirtschaftlichen Zweck jedes Vermögenseinsatzes, wobei das Vermögen grundsätzlich nach Marktwerten bewertet werden soll. Dabei wird von der Prämisse ausgegangen, dass diese Geldwertkontinuität regelmäßig vorliegt, wenn Güter zu ihrem Marktpreis erworben werden. Das setzt aber voraus, dass die erlangte Gegenleistung mit den Kosten ihrer Anschaffung bewertet wird. Würde dagegen der Marktwert, also der durch Veräußerung erzielbare Preis zu Grunde gelegt, hätte der Kauf von Waren praktisch nie eine solche Geldwertkontinuität zur Folge, weil sich Waren auf Zweitmärkten kaum je zu ihren Anschaffungskosten weiterveräußern lassen.

Die einzige Möglichkeit, dem stimmig zu entgehen, besteht darin, die Subjektivität jeder Bewertung, die gerade in den Wirtschaftswissenschaften

weitgehend unbestritten ist, anzuerkennen. Ich werde in meiner Arbeit zeigen, dass damit weder eine „unerträgliche Subjektivierung“ noch ein Schutz der „bloßen Dispositionsfreiheit“ einhergehen muss. Freilich unterscheidet sich der von mir entwickelte Ansatz von den im wissenschaftlichen Schrifttum teilweise vertretenen subjektiven Lehren.

Nach meiner Konzeption führt die subjektive Zwecksetzung des Vermögensinhabers, der durch seine Disposition entscheidet, dass ihm die Erreichung eines bestimmten Zweckes – i.d.R. der Erhalt einer Gegenleistung – den dafür aufgewandten Vermögenseinsatz *wert ist*, dazu, dass bei Erreichung dieses Zwecks stets ein Vermögensschaden ausscheidet. Denn bei einem zweckkonformen Geschäft ist die Bewertung der Gegenleistung mit ihren Anschaffungskosten sinnvoll, während bei einer Zweckverfehlung lediglich ein nach Geschäftsabschluss erzielbarer realistischer Wiederverkaufswert in Ansatz zu bringen ist.

IV. Von diesem Ausgangspunkt, der von dem der herrschenden Meinung in signifikanter Hinsicht abweicht, aber auch gewisse Überschneidungen mit ihr aufweist, ergibt sich freilich nicht ohne weiteres eine Lösung für die Schadensproblematik bei den Risikogeschäften. Diese erarbeite ich im Schlussteil meiner Arbeit. Weil ein Vermögensschaden immer aufgrund einer abgeschlossenen Entwicklung festgestellt werden muss, um die Unterscheidbarkeit zur Gefährdung zu bewahren, ist nicht nur eine abgeschlossene Übertragung vermögenswerter Güter erforderlich. Darüber hinaus muss auch anhand von gegenwärtig feststellbaren Umständen feststehen, dass der Zweck der Vermögensdisposition verfehlt wurde.

Die bisher bei Risikogeschäften praktizierte Begründung des Schadens aufgrund des Risikos zukünftiger Verluste ist damit ausgeschlossen. Stattdessen wird in meiner Arbeit eine Lösung entwickelt, wonach ein Schaden vor allem aufgrund von konkreten Zahlungsausfällen anzunehmen ist, die im Wege der ex post-

Betrachtung festzustellen sind. Um dabei einen Rückschaufehler zu vermeiden, ist stets zu prüfen, ob der durch tatsächliche Verluste eingetretene Schaden auch zurechenbar auf dem Verhalten des Täters beruht. Der Einsatz ökonomischen Sachverständigen ist bei der Schadensfeststellung hiernach nicht ausgeschlossen. Auf die Bezifferung von Zahlungsströmen aus der ex ante-Perspektive kommt es jedoch nicht mehr an. Im Einzelfall kann aber eine sachverständige Einschätzung bestimmter – aus der ex post-Perspektive festgestellter – Marktentwicklungen sachgerecht sein.