



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

1 StR 458/10

vom  
14. April 2011  
in der Strafsache  
gegen

- 1.
- 2.

Adhäsionskläger:

wegen gewerbs- und bandenmäßigen Betruges u.a.

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat am 14. April 2011 gemäß § 349 Abs. 2 und 4 StPO beschlossen:

1. Auf die Revisionen der Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Baden-Baden vom 25. Januar 2010 mit den jeweils zugrunde liegenden Feststellungen aufgehoben
  - a) hinsichtlich der Fälle II.B.38, II.D.36 und II.D.42 der Urteilsgründe im Schuld- und Strafausspruch,
  - b) hinsichtlich aller anderen Fälle im Einzelstrafausspruch,
  - c) im Ausspruch über die Gesamtfreiheitsstrafe und
  - d) soweit ein Schadensersatzanspruch der Adhäsionskläger als dem Grunde nach gerechtfertigt festgestellt wurde.
2. Von einer Entscheidung über die Adhäsionsanträge wird abgesehen.
3. Die weitergehenden Revisionen der Angeklagten werden als unbegründet verworfen.
4. 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.

Gründe:

1            Das Landgericht hat den Angeklagten H.            wegen gewerbs- und bandenmäßigen Betruges in 56 Fällen, wegen Betruges in 81 Fällen, wegen versuchten Betruges in zwei Fällen und wegen Beihilfe zum versuchten Betrug in zwei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sieben Jahren und sechs Monaten verurteilt. Die Angeklagte B.            hat das Landgericht wegen gewerbs- und bandenmäßigen Betruges in 56 Fällen, wegen Betruges in 78 Fällen und wegen versuchten Betruges in zwei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sieben Jahren und drei Monaten verurteilt. Jeweils ein Jahr der verhängten Strafen wurde als Entschädigung für eine überlange Verfahrensdauer als vollstreckt erklärt.

2            Daneben hat das Landgericht gegen die Angeklagten für die Dauer von drei Jahren ein Berufsverbot für den Beruf eines Vermittlers bzw. Verkäufers von Diamanten verhängt und festgestellt, dass die von drei Adhäsionsklägern geltend gemachten Ansprüche dem Grunde nach gerechtfertigt seien.

3            Gegen dieses Urteil wenden sich die Angeklagten mit ihren jeweils auf mehrere Verfahrensrügen und die Sachrüge gestützten Revisionen. Diese haben den aus dem Tenor ersichtlichen Teilerfolg (§ 349 Abs. 4 StPO), im Übrigen sind sie unbegründet (§ 349 Abs. 2 StPO).

I.

4            Das Landgericht hat folgende Feststellungen und Wertungen getroffen:

5            1. Die Angeklagten, die sich während ihrer Tätigkeit als Verkäufer für Diamanten bei einer Diamantenhandelsfirma der rechtskräftig verurteilten Eheleu-

te W. kennengelernt hatten, machten sich im Jahr 2000 mit einer eigenen Firma, der Firma H&W mit Sitz in R. ( ) selbständig und verkauften (arbeits- teilig und untereinander abgestimmt) im Zeitraum von September 2000 bis Ja- nuar 2003 in 78 Fällen Diamanten minderer Qualität zu überhöhten Preisen an Privatanleger und versuchten dies in zwei weiteren Fällen. Zur Vorbereitung dieser Geschäfte wurde den Kunden zunächst ein kleiner, weißer, hochwertiger Diamant angeboten, verbunden mit der Garantie, diesen gegen Rückzahlung des Kaufpreises zuzüglich eines Bonus (bis 10%) binnen weniger Monate zu- rück zu nehmen („Opening“). Kunden, die die Werthaltigkeit dieser Diamanten andernorts überprüfen ließen, wurde die Angemessenheit des Kaufpreises be- stätigt. Sodann wurden den Kunden - zumeist gegen Verrechnung des für die nunmehr zurückgenommenen hochwertigen Diamanten gezahlten Kaufpreises zuzüglich der vereinbarten Boni - größere Diamanten geringerer Qualität aus der gelblichen und bräunlichen Farbskala zu deutlich überhöhten Preisen ver- kauft („Loading“). Die Angeklagten oder die von ihnen eingesetzten und ent- sprechend instruierten Verkäufer gaben dabei bewusst wahrheitswidrig an, es handle sich um zur Wertanlage geeignete Diamanten, die sie oder von ihnen einzuschaltende Auktionshäuser mit erheblichen Gewinnen (zum Teil an an- geblich bereits bekannte Interessenten) weiterveräußern würden. Anderslau- tende Angaben in schriftlichen Verkaufsunterlagen wurden jeweils entkräftet.

6 Nach umfangreichen Ermittlungsmaßnahmen (Durchsuchungen) wegen des Verdachts des Betruges wurde der Betrieb der Firma H&W - wie auch der Betrieb eines Juweliergeschäfts der Angeklagten in Offenburg - bis Mitte des Jahres 2003 endgültig eingestellt. Der Angeklagte H. war vom 17. Januar 2003 bis 19. Februar 2003 in Untersuchungshaft. Ab der zweiten Hälfte des Jahres 2003 waren die Angeklagten als Telefonverkäufer für Diamanten bei

einer in Karlsruhe ansässigen Firma tätig, bevor sie Anfang des Jahres 2004 beschlossen, gemeinsam und unter Beteiligung der Zeugin Hu. das bei der Firma H&W praktizierte Geschäftsmodell fortzusetzen und erneut in der vorbeschriebenen Weise Diamanten zu veräußern. Den Sitz der von ihnen zu diesem Zweck neu gegründeten HBS ( ) verlegten sie mit Blick auf die in Deutschland geführten Ermittlungsverfahren nach Frankreich (angeblicher Unternehmenssitz in Paris, , tatsächlicher Sitz im Elsass). Sie wandten sich - größtenteils unter Verwendung von Falschnamen - bis zu deren Auflösung Ende des Jahres 2006 in den 59 der Verurteilung zugrundeliegenden Fällen (von denen drei dem Angeklagten H. allein zur Last gelegt werden) ausschließlich an Kunden aus Österreich oder der deutschsprachigen Schweiz. In dieser Zeit überließ der Angeklagte H. darüber hinaus in zwei Fällen gegen Zahlung von mindestens 30.000 € Kundenadressen an seinen Schwager, der - wie der Angeklagte wusste - ebenfalls mittels Täuschung minderwertige Diamanten zu überhöhten Preisen an Privatleute verkaufte und der - was der Angeklagte billigend in Kauf nahm - dies sodann bei mehreren ihm genannten Kunden der Firma HBS auch versuchte.

7 Auf Anraten ihrer Verteidiger und aufgrund einer Durchsuchung bei einem ihrer deutschen Lieferanten lösten die Angeklagten die Firma HBS Ende des Jahres 2006 auf. Sie kamen kurz darauf aber mit anderweitig rechtskräftig Verurteilten überein, Diamantenverkäufe nach gleichem Muster mittels einer anderen, ebenfalls in Frankreich ansässigen Firma fortzusetzen, was sie in der Folgezeit bis zur erneuten Festnahme des Angeklagten H. dann auch taten. Diesbezüglich wurde das Verfahren gemäß § 154 Abs. 2 StPO eingestellt.

8                    Insgesamt erzielten die Angeklagten mit Verkäufen über die Firma H&W Einnahmen in Höhe von knapp 4 Mio. € (ca. 1 Mio. € davon in den 80 verfahrensgegenständlichen Fällen), mit Verkäufen über die Firma HBS rund 2,5 Mio. € (rund 1,1 Mio. € davon in den 59 verfahrensgegenständlichen Fällen). Die Angeklagten haben vorgetragen, die hieraus erzielten und hälftig geteilten Gewinne (bei Firma HBS mindestens 700.000 €) vollständig verbraucht zu haben.

9                    2. Die Strafkammer hat alle festgestellten Fälle des Verkaufs farbiger Diamanten („Loading“-Geschäfte) als Betrug bzw. versuchten Betrug gewertet. In Bezug auf die im Zusammenhang mit der Firma HBS stehenden Fälle liege gewerbs- und bandenmäßiger Betrug (begangen zusammen mit der Zeugin Hu.    ) vor, zu dem sich die Angeklagten „anlässlich eines Treffens, vermutlich in der Wohnung der Zeugin Hu.    , jedenfalls aber in der Bundesrepublik Deutschland“ (UA S. 87) verabredet hatten.

10                   Ein Schaden der getäuschten Kunden liege darin, dass die farbigen Diamanten - außer in den Fällen II.B.38, II.D.36 und II.D.42 der Urteilsgründe - nicht zu der von den Geschädigten angestrebten Kapitalanlage geeignet gewesen seien, die Geschädigten also täuschungsbedingt ein aliud gegenüber dem vertraglich vorausgesetzten Gegenstand erworben hätten. Es habe sich um schwer verkäufliche Massenware gehandelt, die in der Schmuckbranche kaum Beachtung finde und für die ein geregelter Markt - insbesondere für den Verkauf von Privat - nicht existiere. Ein Wiederverkauf der Diamanten sei den Geschädigten - wenn überhaupt - nur mit erheblichem zeitlichem und finanziellem Aufwand möglich. Dies begründe einen Schaden in Höhe der Kaufsumme. Bei der Strafzumessung hat die Strafkammer basierend auf einem Sachverständi-

gengutachten den maximal zu realisierenden Gegenwert der veräußerten Diamanten strafmildernd berücksichtigt.

11 In den Fällen II.B.38, II.D.36 und II.D.42 der Urteilsgründe hat das Landgericht zugunsten der Angeklagten angenommen, dass die veräußerten Diamanten von besserer Qualität und deshalb grundsätzlich zu Anlagezwecken geeignet gewesen seien; sie seien allerdings den verlangten Kaufpreis nicht wert gewesen (UA S. 59, 127, 135). Die Käufer seien über Wiederverkaufsmöglichkeiten und über den unter dem Kaufpreis liegenden Wert der Diamanten getäuscht worden (UA S. 219). Es bestehe eine „nicht vertragsimmanente Verlustgefahr“ (UA S. 293).

## II.

12 Ein Prozesshindernis besteht nicht. Aus den vom Generalbundesanwalt dargelegten Gründen ist deutsches Strafrecht auch in den im Zusammenhang mit der Firma HBS stehenden Fällen anwendbar.

13 Es kann dahinstehen, ob sich dies - entgegen anderslautender, im Auftrag der Angeklagten erstellter Rechtsgutachten - aus § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB i.V.m. § 146 des Österreichischen Strafgesetzbuches bzw. Art. 146 des Schweizerischen Strafgesetzbuches ergibt. Letztgenannte Norm setzt zwar ein arglistiges Irreführen des Betrogenen voraus, was aber nach der dazu ergangenen Rechtsprechung des Schweizer Bundesgerichts nicht erfordert, dass das Täuschungsoffer die größtmögliche Sorgfalt walten ließ und alle erdenklichen ihm zur Verfügung stehenden Vorkehrungen getroffen hatte. Der strafrechtliche Schutz nach Art. 146 des Schweizer Strafgesetzbuches entfällt nicht bei jeder Fahrlässigkeit des Opfers, sondern nur in Ausnahmefällen, in denen das Opfer die angesichts der konkreten und seiner persönlichen Umstände angemessene-

nen, grundlegendsten Vorsichtsmaßnahmen leichtfertig nicht beachtet, was das betrügerische Verhalten des Täters in den Hintergrund treten lässt (Schweizer Bundesgericht, Urteil vom 15. Dezember 2008, BGE 135 IV 79, 81 mwN). Hier war das Vorgehen der Angeklagten immerhin darauf ausgerichtet, leichtfertiges und auf mangelndem Fachwissen beruhendes Anlageverhalten der Geschädigten skrupellos auszunutzen und - insbesondere durch die „Loading“-Geschäfte - besonderes Vertrauen zu wecken, aufgrund dessen voraussehbar eine (zeitnahe) Überprüfung der Diamanten unterblieb. So war das von den Angeklagten errichtete Lügengebäude so raffiniert abgestimmt, dass sich auch ein kritisches Opfer täuschen lassen konnte (vgl. Schweizer Bundesgericht, Urteile vom 4. Juni 1996, BGE 122 IV 197, 205 und vom 25. Oktober 2001, BGE 128 IV 18, 20; vgl. auch Arzt in Niggli/Wiprächtiger, Basler Kommentar zum Strafrecht, 2. Aufl., Art. 146 StGB Rn. 71 ff.).

- 14 Die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts ergibt sich jedenfalls - worauf die Strafkammer mit Blick auf eine vorherige Stellungnahme der Staatsanwaltschaft hinreichend deutlich gemäß § 265 StPO hingewiesen hatte - aus §§ 3, 9 Abs. 1 StGB, da ein inländischer Tatort besteht. Unabhängig davon, dass ein Tatort für jeden der mittäterschaftlich agierenden Angeklagten dort begründet ist, wo einer von ihnen gehandelt hat, auch wenn sich das Handeln auf Tatbeiträge beschränkt, die - wie hier etwa der Erwerb der gegenständlichen Diamanten in Deutschland - für sich gesehen nur Vorbereitungshandlungen sind (vgl. BGH, Beschluss vom 20. Januar 2009 - 1 StR 705/08 mwN, NStZ-RR 2009, 197), ist hier deutsches Strafrecht schon deswegen anwendbar, weil sich die Angeklagten nach den Feststellungen der Strafkammer jedenfalls in Deutschland (UA S. 87) zur Begehung des gewerbs- und bandenmäßigen Betruges (also eines Verbrechens, § 263 Abs. 5 StGB) verabredet hatten. Diese selbständig gemäß § 30 Abs. 2 StGB mit Strafe bedrohte Vorbereitungshandlung



begründet einen inländischen Tatort, auch wenn die Strafbarkeit nach § 30 Abs. 2 StGB als gegenüber der Ausführung der verabredeten Tat subsidiär zurücktritt (vgl. BGH, Urteil vom 4. Dezember 1992 - 2 StR 442/92, NJW 1993, 1405). Einer Strafbarkeit nach § 30 Abs. 2 StGB steht nicht entgegen, dass Zeit, Ort und Modalitäten der geplanten Straftaten im Einzelnen noch offen blieben, denn die Verabredung eines Verbrechens setzt nur voraus, dass sie - wie hier - in ihren wesentlichen Grundzügen konkretisiert ist (BGH, Urteil vom 28. Juni 2007 - 3 StR 140/07, NStZ 2007, 697). Einer Bandenabrede als Voraussetzung für eine Strafbarkeit nach § 30 Abs. 2 StGB stünde es hier ferner nicht entgegen, wenn die Zeugin Hu. - ohne deren erklärte Mitwirkungsbereitschaft sich die Angeklagten nur zu mittäterschaftlichem Handeln, nicht aber zu einer bandenmäßigen Begehungsweise verabreden konnten - bei allen zu begehenden Taten nur Gehilfin hätte sein sollen. Denn Mitglied einer Bande kann auch derjenige sein, dem nach der Bandenabrede nur Aufgaben zufallen, die sich bei wertender Betrachtung als Gehilfentätigkeit darstellen (BGH, Beschluss vom 19. April 2006 - 4 StR 395/05, NStZ 2007, 33). Es bedarf daher keiner abschließenden Erörterung, ob die Urteilsfeststellungen (abweichend zu den Feststellungen und Wertungen im Urteil betreffend die Zeugin Hu. ) auch die Annahme von deren mittäterschaftlicher Beteiligung trügen. Dem stünde jedenfalls nicht entgegen, dass sie in eigener Person keine tatbestandliche Ausführungshandlung vorgenommen hat (vgl. BGH, Urteil vom 4. Dezember 1992 - 2 StR 442/92, NStZ 1993, 180). Vielmehr reicht für eine Tatbeteiligung als Mittäter ein auf der Grundlage gemeinsamen Wollens die Tatbestandsverwirklichung fördernder Beitrag aus, der sich auf eine Vorbereitungs- oder Unterstützungshandlung beschränken kann (BGH, Urteil vom 25. Oktober 1994 - 4 StR 173/94, NStZ 1995, 120).

III.

15 In den Fällen II.B.38, II.D.36 und II.D.42 der Urteilsgründe ist das angefochtene Urteil auf die Sachrüge aufzuheben.

16 Die Feststellungen in den Urteilsgründen tragen eine Verurteilung wegen Betruges (§ 263 StGB) nicht, denn sie belegen keine zu einer schädigenden Vermögensverfügung führende Täuschungshandlung. Die in diesen Fällen zugunsten der Angeklagten angenommene Eignung der Diamanten als Wertanlage impliziert, dass ein in den Diamanten verkörperter materieller, potentiell steigender Wert tatsächlich realisierbar war oder ist. Insofern hätte es näherer Erörterung bedurft, ob die Anleger ihre Entscheidung auf eine bestimmte, in Wahrheit aber nicht gegebene Wiederverkaufsmöglichkeit stützten oder ob es ihnen ausreichend war, dass die Diamanten - wovon die Strafkammer ebenfalls ausging - „auch auf einer Auktion angenommen werden könnten“ (UA S. 219). Dies ist hier auch deshalb bedeutsam, weil die Geschädigten in den genannten Fällen „Aussicht“ hatten, „ihr Geld wieder zu erhalten“ (UA S. 293), und Weiterverkäufe zumindest „bei besonders insistierenden Geschädigten“ (UA S. 293) tatsächlich (wenn auch zum Nachteil neuer Geschädigter) erfolgten. Allein das Fordern eines bestimmten, überhöhten Preises enthält für sich genommen noch keine Täuschung, insbesondere beinhaltet es grundsätzlich - vom hier nicht vorliegenden Fall tax- oder listenmäßig festgelegter Preise abgesehen - nicht die Behauptung der Angemessenheit oder Üblichkeit des geforderten Preises. Vereinbarungen über den Austausch von Gütern und Leistungen unterliegen der Vertragsfreiheit. Grundsätzlich darf jeder Teilnehmer am Geschäftsverkehr seine bessere Information oder überlegene Sachkenntnis zu seinem Vorteil ausnutzen (vgl. BGH, Beschluss vom 16. Juni 1989 - 2 StR 252/89, NJW 1990, 2005; OLG Stuttgart, wistra 2003, 276; OLG München,

wistra 2010, 37). Insofern hätte es näherer Darlegungen bedurft, worin in diesen Fällen eine Täuschung der jeweiligen Anleger begründet sein soll, etwa weil diese nach allgemeinen Marktgepflogenheiten oder aufgrund der besonderen Umstände der Vertragsanbahnung darauf vertrauen durften, die Angeklagten würden nur den listen-, tax- oder handelsüblichen Preis verlangen oder der Aufschlag zum Einkaufspreis oder zu einem zu ermittelnden (Verkehrs-)Wert würde eine bestimmte Marge nicht überschreiten.

- 17 Da der Senat nicht ausschließen kann, dass weitere, eine Verurteilung wegen Betruges tragende Feststellungen getroffen werden können, verweist er die Sache unter Aufhebung der den genannten Fällen zugrunde liegenden Feststellungen an einen neuen Tatrichter zurück (§ 349 Abs. 2 StPO). Der Senat hat erwogen, ob die im Falle einer Verurteilung in Betracht kommenden Einzelstrafen bei der neu zu bildenden Gesamtstrafe ins Gewicht fallen könnten oder ob in den genannten Fällen eine Einstellung gemäß § 154 Abs. 2 StPO in Betracht käme. Die Entscheidung hierüber kann indes dem neuen Tatrichter überlassen bleiben.

#### IV.

- 18 Zu Recht beanstanden die Revisionen mit jeweils zulässig erhobener Verfahrensrüge die Zurückweisung eines gegen einen Sachverständigen gerichteten Ablehnungsgesuchs (nachfolgend 1. und 2.). Dies führt zur Aufhebung des Strafausspruchs (nachfolgend 3.). Die weitergehende Sachrüge und die weitergehenden Verfahrensrügen sind demgegenüber unbegründet i.S.v. § 349 Abs. 2 StPO (dazu nachfolgend 4.).

19 1. Der Rüge einer Verletzung des § 74 StPO liegt Folgendes zugrunde:

20 Die Strafkammer hatte sich zur Bestimmung des Wertes der verfahrensgegenständlichen Diamanten des Sachverständigen P. (ein von der Industrie- und Handelskammer öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger für Schmuck, insbesondere für Diamanten und Farbsteine) bedient, der sich ob des Umstands, dass er die Diamanten nicht aus ihrer Verblisterung entnommen hat, Beanstandungen der Verteidigung ausgesetzt sah, die sich insoweit auf eine von ihr schriftlich befragte Sachverständige aus Graz berief. An diese wandte sich der Sachverständige P. sodann mit einem auf den 22. Mai 2009 datierten Schreiben, in dem er anfragte, ob sie zustimme, dass eine Bewertung (im Unterschied zu einer Graduierung) verblisterter Farbdiamanten auch dann möglich sei, wenn diese nicht aus der Verpackung genommen werden. Weiter heißt es in dem Schreiben:

21 *„In diesem Zusammenhang ist es vielleicht noch hilfreich zu wissen, dass Herr S. [Verteidiger des Angeklagten H. ] früher durch Anlagebetrüger geschädigte Privatpersonen in Zivilverfahren vertreten hat, inzwischen jedoch die Seiten gewechselt hat und seit einiger Zeit potenzielle, zum Teil bandenmäßige Diamant-Anlagebetrüger verteidigt.“*

22 Die nach Bekanntwerden dieses Vorgangs von der Verteidigung angebrachten Ablehnungsgesuche gegen den Sachverständigen P. hat die Strafkammer zurückgewiesen und - soweit hier relevant - ausgeführt: Weder die Kontaktaufnahme des Sachverständigen als solche (es sei ihm um eine „fachliche Klärung unter Darlegung seines Standpunkts“ gegangen), noch der Umstand, dass er diese erst auf Nachfrage offenbarte, begründe die Besorgnis der Befangenheit. Die vorzitierte Formulierung sei „nicht zu beanstanden“, weil sie

ohne rechtliche Würdigung auf Umstände hinweise, die zutreffend seien (den Angeklagten liegen Betrugstaten zur Last und der angesprochene Verteidiger vertritt in anderen Verfahren Mandanten, denen bandenmäßige Betrugstaten im Diamantenbereich vorgeworfen werden). Ein konkreter Bezug zum vorliegenden Verfahren werde nicht hergestellt. Die Ausführungen des Sachverständigen seien für die Klärung der „erbetenen fachlichen Ergänzung zwar nicht geboten“ gewesen, das Vorgehen müsse allerdings vor dem Hintergrund einer von der Verteidigung geführten Korrespondenz gesehen werden, in der ihm ein nicht sachverständigen Grundsätzen entsprechendes Vorgehen vorgeworfen werde, was dem Sachverständigen Anlass zu einer Richtigstellung gab. Die zitierte Passage sei daher „auch als auf seinen eigenen Ruf bezogene Gegen- darstellung zu verstehen“. Anhaltspunkte für schwerwiegende Zerwürfnisse oder tiefgreifende Animositäten zwischen Verteidigung und dem Sachverständigen gebe es nicht, solche habe auch die Verteidigung nicht vorgetragen. Im Übrigen sei die angeschriebene Sachverständige nicht als Gutachterin eingeschaltet oder benannt worden.

23                    2. Die Zurückweisung der Ablehnungsgesuche ist rechtsfehlerhaft. Das festgestellte Verhalten des Sachverständigen P. ist geeignet, bei einem vernünftigen Angeklagten die Besorgnis der Befangenheit zu begründen.

24                    a) Ein Sachverständiger kann gemäß § 74 Abs. 1 StPO aus denselben Gründen, die zur Ablehnung eines Richters berechtigen, abgelehnt werden. So kann ein Sachverständiger wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden, wenn er durch mündliche oder schriftliche Äußerungen den Eindruck der Voreingenommenheit hervorgerufen hat. Bei der Beurteilung der Ablehnung von Sachverständigen ist das Revisionsgericht an die Tatsachen gebunden, die der Tatrichter seiner Entscheidung zu Grunde gelegt hat (vgl. BGH, Beschluss

vom 28. August 2007 - 1 StR 331/07 mwN, NStZ 2008, 50; BGH, Urteil vom 2. August 1995 - 2 StR 221/94, BGHSt 41, 206, 211). Es entscheidet - ohne eigene Ermittlungen - als Rechtsfrage, ob die Strafkammer über das Ablehnungsgesuch ohne Verfahrensfehler und mit ausreichender Begründung befunden hat (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Beschluss vom 12. September 2007 - 1 StR 407/07, NStZ 2008, 229; BGH, Beschluss vom 23. März 1994 - 2 StR 67/94, NStZ 1994, 388; bei Becker NStZ-RR 2002, 66 mwN).

25            b) In den Ablehnungsgesuchen haben die Angeklagten Umstände angeführt, die von ihrem Standpunkt aus bei verständiger Würdigung Anlass geben konnten, an der Unparteilichkeit des Sachverständigen zu zweifeln. Dies wird hier weder durch eine Stellungnahme des betroffenen Sachverständigen (deren Erholung vor der Entscheidung über den Befangenheitsantrag - wie regelmäßig - zweckmäßig gewesen wäre; vgl. BGH, Beschluss vom 28. August 2007 - 1 StR 331/07, NStZ 2008, 50) noch durch die in den Zurückweisungsbeschlüssen genannten Gründe entkräftet.

26            Zwar geht die Strafkammer zutreffend davon aus, dass weder auf die von der Verteidigung behaupteten Zweifel an der Sachkunde des Sachverständigen noch auf den Umstand, dass der Sachverständige eine wissenschaftliche Meinung vertritt, die sich zum Nachteil des Angeklagten auswirken könnte, ein Befangenheitsantrag gestützt werden kann (vgl. BGH, Beschluss vom 1. Dezember 2006 - 2 StR 436/06; BGH, Beschluss vom 20. November 2001 - 1 StR 470/01; BGH, Urteil vom 2. August 1995 - 2 StR 221/94). Indes erschließt sich dem Senat ein Bezug zwischen vorangehenden Äußerungen der Verteidigung über die gutachterliche Tätigkeit des Sachverständigen und dem vom Sachverständigen im Zusammenhang mit seiner Anfrage als „hilfreich“ bezeichneten Hinweis im Schreiben vom 22. Mai 2009 nicht; dieser enthält keine sachliche

Richtigstellung. Unabhängig davon, dass der „Hinweis“ in seinem Tatsachenkern zwar nichts Unzutreffendes enthält, ist nicht ersichtlich, welche Rolle der Mandatsstruktur eines Verteidigers bei der Wertbestimmung von Diamanten zukommen könnte. Der „Hinweis“ ist in seinem Kontext geeignet, den Eindruck zu erwecken, als stelle der Sachverständige demgegenüber einen solchen Zusammenhang her. Dem kommt vorliegend deswegen besondere Bedeutung zu, weil (wovon die Strafkammer auch im Urteil ausgeht) speziell die in Rede stehende Bewertung von Farbdiamanten - anders als etwa bei typisierten Analyseverfahren oder wissenschaftlich objektivierten Untersuchungsverfahren - nicht unwesentlich Ausfluss der auf persönlichen Erfahrungen und Einschätzungen basierenden Sachkunde des jeweiligen Sachverständigen ist. Deshalb ist hier ein strenger Maßstab an die Unbefangenheit des Sachverständigen anzulegen. Die beanstandeten, außerhalb eigener wissenschaftlicher Publikationen erfolgten Äußerungen des Sachverständigen können aus der maßgeblichen Sicht eines verständigen Angeklagten Zweifel begründen, ob der Sachverständige, der auf seinem Fachgebiet ein besonderes, nicht allgemein verfügbares Wissen besitzt und mit dieser Sachkunde das Gericht bei der Wahrheitserforschung im zu entscheidenden Fall unterstützen soll, die ihm obliegende Aufgabe unvoreingenommen und unparteiisch erfüllen werde.

27                    3. Der aufgezeigte Verstoß gegen § 74 StPO führt in den verbleibenden Fällen (s.o. III.) zur Aufhebung des Strafausspruchs.

28                    a) Die Frage, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe ein Vermögensschaden entstanden ist, bestimmt sich auch in Fällen sogenannten Anlagebetrugs grundsätzlich anhand der Differenz zwischen dem vereinbarten oder dem gezahlten Preis und dem nach allgemeinen Kriterien zu bestimmenden (Markt)Wert des Anlageobjekts (vgl. BGH, Urteil vom 24. Februar 1983 - 1 StR

550/82, NStZ 1983, 313). An einem Schaden fehlt es, soweit die Vermögensminderung durch den wirtschaftlichen Wert des Erlangten ausgeglichen wird. Bei der deshalb - wie stets - gebotenen Gesamtsaldierung ist jedoch auch der subjektive Wert des Erlangten für den Verletzten zu berücksichtigen. Ist nach dem Urteil eines sachlichen Beurteilers eine (möglicherweise sogar objektiv gleichwertige) 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, st. Rspr. seit BGH, Beschluss vom 16. August 1961 - 4 StR 166/61, BGHSt 16, 321; vgl. auch BGH, Beschluss vom 29. Juni 2006 - 1 StR 245/09, wistra 2010, 407; Tiedemann in LK-StGB, 11. Aufl., § 263 Rn. 178; Cramer/Perron in Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., § 263 Rn. 121). Insofern kann als Schaden die gesamte Leistung des Tatopfers dann anzusehen sein, wenn ein Anleger über Eigenart und Risiko des Geschäftes derart getäuscht worden ist, dass er etwas völlig anderes erwirbt, als er erwerben wollte („aliud“), die empfangene Gegenleistung für ihn mithin in vollem Umfang unbrauchbar ist (BGH, Beschluss vom 28. Juni 1983 - 1 StR 576/82, BGHSt 32, 22; Beschluss vom 14. Juli 2010 - 1 StR 245/09; Fischer, StGB, 58. Aufl., § 263 Rn. 127 mwN).

29

So verhält es sich hier, weil nach den Feststellungen der Strafkammer die verfahrensgegenständlichen Farbdiamanten von so geringer Qualität waren, dass sie - entgegen den Angaben der Angeklagten - nicht zur Kapital-, Wert- oder Geldanlage geeignet waren. Eine den von den Geschädigten gezahlten Kaufpreis erbringende Weiterverkaufsmöglichkeit bestand für derartige Diamanten nicht. Da die Anleger - wie den Angeklagten bekannt war und was diese bewusst für ihre Täuschungshandlung ausnutzten - ausschließlich aus



Gründen der möglichst gewinnbringenden Kapitalanlage Diamanten erwerben wollten, besteht aus der Sicht eines objektiven Betrachters auch keine andere Verwendung, die den Kaufpreis aufwiegen könnte.

30 Ihre diesbezügliche Überzeugung stützt die Strafkammer - insoweit rechtsfehlerfrei - auf frühere Einlassungen der Angeklagten, die Angaben eines sachverständigen Zeugen und weiterer Zeugen sowie die schriftlichen Unterlagen der Firmen H&W und HBS, in denen die Diamanten als nicht zur Geldanlage geeignete „Sammlerstücke“ bezeichnet werden. Insoweit lediglich darüber hinaus und „unabhängig davon“ (UA S. 215) rekurriert die Strafkammer auf die Angaben des Sachverständigen P. . Der Senat kann daher ausschließen, dass die den Schuldspruch tragenden Erwägungen der Strafkammer auf den Angaben des Sachverständigen P. beruhen. Sie sind rechtsfehlerfrei.

31 b) Indes kann der Strafausspruch keinen Bestand haben.

32 Die Strafkammer legt - zutreffend - als strafzumessungsrelevanten Vermögensschaden die Differenz zwischen dem gezahlten Kaufpreis und einem auch ohne Vorhandensein eines geregelten Marktes ermittelbaren objektiven Wert der Farbdiamanten zugrunde. Letzteren hat sie jedoch (als absoluten Wert oder mittels eines Zuschlags) „den Ausführungen des Sachverständigen P. entnommen“ (UA S. 215) und sich „von der Richtigkeit der Bewertungen des Sachverständigen P. “ insoweit überzeugt, als dieser Abweichungen zu anderen als den von ihm dargelegten Bewertungsparametern und -ergebnissen nachvollziehbar habe erläutern können (UA S. 220 ff.). Damit stützt die Strafkammer ihre Strafzumessungserwägungen maßgeblich auf die Bewertung jenes Sachverständigen, der begründeten Anlass zu Zweifeln an seiner Unbefangenheit hat aufkommen lassen. Dies betrifft auch die Fälle, in denen die Strafkammer als Basis für die Errechnung eines „Mindestschadens“ den von

den Angeklagten bezahlten Einkaufspreis annimmt, den sie - entsprechend den Ausführungen des Sachverständigen (UA S. 217) - für eher hoch ansieht. Der Strafausspruch ist daher aufzuheben und die Sache unter Aufhebung der diesbezüglichen Feststellungen an das Landgericht zurückzuverweisen.

33 Zur Bestimmung der für die Strafzumessung bestimmenden Höhe des dem Geschädigten tatsächlich verbleibenden Schadens als verschuldete Auswirkung der Tat (§ 46 Abs. 2 StGB) ist auch in Fällen eines subjektiven Schadenseinschlags der in dem Erlangten verkörperte Gegenwert zu berücksichtigen, den der Geschädigte mit zumutbarem Einsatz realisieren kann (vgl. BGH, Beschluss vom 21. Oktober 2008 - 3 StR 420/08, NStZ 2009, 150; BGH, Urteil vom 7. März 2006 - 1 StR 379/05, BGHSt 51, 10; BGH, Urteil vom 7. März 2006 - 1 StR 385/05, NStZ-RR 2006, 206; BGH, Beschluss vom 6. September 2000 - 3 StR 326/00, NStZ-RR 2001, 41; BGH, Beschluss vom 6. Juni 2000 - 1 StR 161/00, NStZ-RR 2000, 331). Normative Gesichtspunkte können zwar bei der Feststellung eines Schadens eine Rolle spielen, sie dürfen aber, soll der Charakter des § 263 StGB als Vermögens- und Erfolgsdelikt gewahrt bleiben, wirtschaftliche Überlegungen nicht verdrängen (vgl. für § 266 StGB: BVerfG, Beschluss vom 23. Juni 2010 - 2 BvR 2559/08 u.a., BVerfGE 126, 170 Rn. 114). § 263 StGB schützt das Vermögen, nicht die Dispositionsfreiheit. Dass hier ein Weiterverkauf unmöglich gewesen wäre oder mit im Einzelfall zumutbarem Aufwand keinerlei Veräußerungserlöse hätten erzielt werden können, lässt sich den Ausführungen im Urteil (wonach ein Verkauf „allenfalls [also immerhin] an Juweliere oder Händler zum Großhandelspreis möglich“ sei, UA S. 235) nicht mit hinreichender Klarheit entnehmen. Sollte sich der neue Tatrichter - gegebenenfalls sachverständig beraten - hiervon nicht überzeugen können, wird es einer Neubewertung der gegenständlichen Diamanten bedürfen. Der neue Tatrichter ist dabei nicht gehalten, einen theoretisch maximal zu

erzielenden Veräußerungserlös anzunehmen, wenn dieser nur mit für den jeweiligen Anleger unzumutbarem Aufwand realisierbar wäre.

34           4. Die weitergehende Sachrüge und die weitergehenden Verfahrensrügen zeigen aus den vom Generalbundesanwalt aufgezeigten Gründen keinen die Angeklagten beschwerenden Rechtsfehler auf. Der Erörterung bedarf insoweit lediglich Folgendes:

35           a) Soweit die Revision rügt, dass bei der Verlesung der beiden - zugelassenen - Anklagesätze entgegen § 243 Abs. 3 Satz 1 StPO einzelne Spalten oder Zeilen darin enthaltener Tabellen nicht verlesen wurden, diese vielmehr in ein vor dem Abschluss der Vernehmung der Angeklagten zur Sache durchgeführtes Selbstleseverfahren (§ 249 Abs. 2 StPO) gegeben wurden, bleibt ihr der Erfolg versagt.

36           Zwar sind die Regelungen über das Selbstleseverfahren auf die Verlesung des Anklagesatzes nicht übertragbar (BGH, Beschluss vom 12. Januar 2011 - GSSt 1/10, Rn.17, NStZ 2011, 297). Der Senat kann aber ausschließen, dass das Urteil hierauf beruht, da der Zweck der Verlesung des Anklagesatzes nicht beeinträchtigt wurde (vgl. BGH, Beschluss vom 7. Dezember 1999 - 1 StR 494/99, NStZ 2000, 214). Durch die verlesenen Teile der Anklagesätze waren die dem Angeklagten zur Last liegenden Taten hinreichend umgrenzt; das Verlesen der allgemeinen Schilderung der für alle Fälle gleichartigen Tatausführung ist hierzu ausreichend (vgl. BGH, Urteil vom 15. März 2011, 1 StR 260/09, Rn.15). Die Informationsfunktion gegenüber den Angeklagten und deren Verteidigern war gewahrt; diesen waren die Anklagen vollumfänglich zugestellt worden (§ 201 Abs. 1 Satz 1 StPO; vgl. BGH, Beschluss vom 12. Januar 2011 - GSSt 1/10, Rn. 25, aaO). Auch die Unterrichtung der Öffentlichkeit wurde - unbeschadet der Frage, wann andernfalls ein Urteil hierauf beruhen könnte -

durch das Nichtverlesen einzelner, für das Verständnis der den Angeklagten zur Last liegenden Taten nicht erforderlicher oder förderlicher Einzelheiten (Zertifikationsnummern, Herkunft der Diamanten, Einzelpreisaufschläge u. dgl.) nicht beeinträchtigt (vgl. BGH, Beschluss vom 12. Januar 2011 - GSSt 1/10, Rn. 29/30, aaO). Es ist nach dem Verfahrensgang ferner nicht zu besorgen, einzelne Prozessbeteiligte - insbesondere Schöffen - könnten das hinsichtlich der „weiteren Details der beiden Anklagesätze“ (Protokollband Bl. 27) angeordnete Selbstleseverfahren als Beweisaufnahme verstanden haben.

37                    b) Die Rüge, mit der die Revision der Angeklagten B. einen Verstoß gegen § 257c Abs. 4 Satz 4, § 265 Abs. 2 StPO und gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens deswegen geltend macht, weil die Strafkammer - ohne darauf hinzuweisen - einen außerhalb der Hauptverhandlung für den Fall des Geständnisses gemachten Vorschlag einer Strafobergrenze erheblich überschritten hat (Gesamtfreiheitsstrafe von sieben Jahren und drei Monaten statt fünf Jahren und neun Monaten), dringt nicht durch.

38                    § 257c StPO ist schon deswegen nicht verletzt, weil eine Verständigung nicht zustande gekommen ist. Auch eines Hinweises gemäß oder entsprechend § 265 Abs. 2 StPO bedurfte es nicht. Die Angeklagte hat (anders als in der BGH, Beschluss vom 26. September 2001 - 1 StR 147/01, zugrunde liegenden Sachverhaltskonstellation) weder vor noch nach dem gerichtlichen Vorschlag ein Geständnis abgelegt. Eine Hinweispflicht mit Blick auf den Grundsatz des fairen Verfahrens ergibt sich hier auch nicht daraus, dass zum Zeitpunkt der Verständigungsbemühungen in einer vorangehenden, dann aber ausgesetzten Hauptverhandlung ein Teil der Beweisaufnahme (zu einem Teilkomplex) bereits durchgeführt war, dass der Vorsitzende den Inhalt des abgelehnten Verständigungsvorschlags zu Beginn der Hauptverhandlung erneut verlas und dass die

Verurteilung (nach Abtrennung und Teileinstellung) weniger Taten umfasst, als sie dem Verständigungsvorschlag zugrunde lagen. Eine bestimmte „Obergrenze“ für den Fall streitiger Hauptverhandlung wurde nicht zugesagt. Die Angeklagte konnte nicht darauf vertrauen, die nunmehr zur Entscheidung berufene Strafkammer werde sich - abweichend zu § 261 StPO - nach Durchführung der insgesamt erforderlichen Beweisaufnahme an dem für den Fall des Geständnisses genannten Strafraumen orientieren und diesen um nicht mehr als eine bestimmte, gar mathematisch zu bestimmende Größe überschreiten. Es liegt auf der Hand, dass sich nach umfangreicher Beweiserhebung in einer langen Hauptverhandlung ein zunächst gewonnener Eindruck von Tat und Täter im Einzelfall entscheidend zum Vor- oder zum Nachteil des Angeklagten verändern kann und demzufolge einem für den Fall eines Geständnisses vor oder zu Beginn einer Hauptverhandlung in den Raum gestellten Strafraumen für die Strafzumessung nach langer streitiger Hauptverhandlung in der Regel keine Bedeutung mehr zukommt (vgl. BGH, Beschluss vom 20. Oktober 2010 - 1 StR 400/10, wistra 2011, 139). Bindende (§ 257c StPO) oder sonst Vertrauen begründende Zusagen (vgl. BGH, Urteil vom 7. Juni 1989 - 2 StR 66/89, NStZ 1989, 438 mit Anm. Strate ebda.) können nur Bestand haben, wenn die daran geknüpften Voraussetzungen auch tatsächlich eintreten. Es ist fernliegend, dass sich aus einem „nicht angenommenen Angebot“ gleichwohl Ansprüche auf bestimmte Rechtsfolgen ableiten lassen sollten (BGH, Beschluss vom 6. Oktober 2010 - 2 StR 354/10, wistra 2011, 28).

39

c) Zu der von der Revision beanstandeten Behandlung von Beweisanträgen, die Fragen der Bewertung der Diamanten, also den schon aus anderen Gründen aufzuhebenden Strafausspruch betreffen, merkt der Senat an:

40 Wird zum Beweis einer einem Sachverständigenbeweis zugänglichen Behauptung (hier zu Verkaufspreisen fantasiefarbiger Diamanten in Österreich) die Einholung eines Sachverständigengutachtens beantragt, kann dieser Antrag nicht mit der Begründung als „ungeeignet“ zurückgewiesen werden, der im Antrag benannte Sachverständige sei für die erforderliche Begutachtung ungeeignet. Es obläge vielmehr (allein) dem Gericht, wenn der Beweisantrag nicht aus anderen Gründen zurückzuweisen ist, selbst einen geeigneten Sachverständigen zu bestimmen (§ 73 StPO; vgl. auch BGH, Urteil vom 14. Januar 2003 - 1 StR 357/02 mwN). Ein derartiger Beweisantrag kann auch nicht mit der Begründung abgelehnt werden, der zu begutachtende Gegenstand liege dem Sachverständigen nicht vor, sondern sei in amtlicher Verwahrung. Anders als in Fällen, in denen zur Gutachtenserstellung erforderliche Tatsachen nicht bekannt sind (hierzu BGH, Urteil vom 14. Juni 1960 - 1 StR 73/60, NJW 1960, 1582) oder nicht beschafft werden können (BGH, Urteil vom 10. Juli 2003 - 3 StR 130/03, NStZ 2003, 611), wären hier die Vorlage der zu begutachtenden Diamanten an einen Sachverständigen und damit die Gutachtenserstellung ohne Weiteres möglich gewesen. Können einem Sachverständigen die zur Gutachtenserstellung erforderlichen tatsächlichen Grundlagen unschwer vom erkennenden Gericht zur Verfügung gestellt werden, ist ein Sachverständigenbeweis nicht völlig ungeeignet i.S.d. § 244 Abs. 4 Satz 2 StPO. Entsprechendes gilt für die Vorlage in amtlicher Verwahrung befindlicher Gegenstände an (sachverständige) Zeugen.

V.

41 Die Aufhebung der Einzelstrafen zieht die Aufhebung des Ausspruchs über die Gesamtstrafe nach sich. Demgegenüber kann der Maßregelausspruch (Berufsverbot, § 70 StGB) bestehen bleiben. Gegen die ihn tragenden Erwä-

gungen (Missbrauch des Berufs zur Begehung einer Vielzahl erheblicher Straftaten, Gefahr weiterer erheblicher Straftaten, Verhältnismäßigkeit) ist rechtlich nichts zu erinnern (zum Ganzen vgl. Stree/Kinzig in Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., § 70 Rn. 5 ff.). Sie würden durch einen möglichen Wegfall von drei Einzelstrafen und durch einen durch eine Neubewertung der Diamanten nicht ausschließbar geringeren Schuldumfang nicht entfallen (vgl. BGH, Urteil vom 14. Juli 2000 - 3 StR 53/00).

42 Indes sind die Adhäsionsentscheidungen in Übereinstimmung mit den - den Adhäsionsklägern zur Kenntnis gebrachten (§ 406 Abs. 5 StPO) - Anträgen des Generalbundesanwalts aufzuheben. Der Senat sieht von einer Entscheidung über die auf Schadensersatz gerichteten (§ 406 Abs. 1 Satz 6 StPO) Adhäsionsanträge ab, weil diese auch unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen der Adhäsionskläger zur Erledigung im Strafverfahren ungeeignet sind (§ 406 Abs. 1 Satz 4 StPO).

43 Es bedarf dazu keiner abschließenden Entscheidung, ob im Lichte des Rahmenbeschlusses 2001/220/JI des Rates der Europäischen Union vom 15. März 2001 über die Stellung des Opfers im Strafverfahren (ABl. 2001 L 82 S. 1) und nach der zum 1. September 2004 in Kraft getretenen Neufassung der Vorschriften über das Adhäsionsverfahren durch das Opferrechtsreformgesetz (BGBl. I 2004, S. 1354), mit der der Gesetzgeber die Durchführung des Adhäsionsverfahrens zum Regelfall der Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche erklärt hat (vgl. auch BVerfG NJW 2007, 1670, 1671 mwN), uneingeschränkt daran festzuhalten ist, dass einem Adhäsionsantrag die Eignung zur Erledigung im Strafverfahren fehlt, wenn zur Überprüfung der geltend gemachten Ansprüche komplizierte Rechtsfragen des internationalen Privatrechts zu entscheiden sind (vgl. BGH, Beschluss vom 19. November 2002 - 3 StR 395/03, wistra

2003, 151; OLG Hamburg, wistra 2006, 37; Grau/Blechsmidt/Frick, NStZ 2010, 662; Haller, NJW 2011, 970). Denn die Anwendung dieses Rechts durch die Strafkammer begegnet vorliegend durchgreifenden Bedenken. Soweit die Strafkammer hinsichtlich der in der Schweiz bzw. in Österreich wohnhaften und geschäftsansässigen Adhäsionskläger, die dort von den von Frankreich aus über die Firma HBS agierenden Angeklagten kontaktiert wurden, zutreffend auf Art. 40 Abs. 1 EGBGB rekurriert, hat sie keine ausreichenden Feststellungen getroffen, die zur Anwendung deutschen Rechts führen. Handlungsort i.S.d. Art. 40 Abs. 1 Satz 1 EGBGB ist der Ort, an dem eine unerlaubte Handlung ganz oder teilweise ausgeführt wird; Orte, an denen bloße Vorbereitungshandlungen vorgenommen werden, sind kollisionsrechtlich irrelevant (siehe nur Junker in MünchKomm-BGB, 5. Aufl., Art. 40 EGBGB Rn. 25 mwN). Die erforderlichen weiteren Feststellungen und eine dann u.U. gebotene Ermittlung und Anwendung ausländischen Zivilrechts würde hier einen Abschluss des ohnehin bereits sehr lange andauernden Strafverfahrens erheblich verzögern (§ 406 Abs. 1 Satz 5 StPO).

Nack

Hebenstreit

Graf

Jäger

Sander