



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

1 StR 528/20

vom  
19. Mai 2021  
in der Strafsache  
gegen

wegen Betruges

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Generalbundesanwalts und des Beschwerdeführers am 19. Mai 2021 gemäß § 349 Abs. 4 StPO beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Mannheim vom 29. Juli 2020 mit den Feststellungen aufgehoben.
2. Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Wirtschaftsstrafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Gründe:

1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Betruges zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren und neun Monaten verurteilt, wovon zwei Monate wegen rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung als vollstreckt gelten. Die auf die Beanstandung der Verletzung formellen und materiellen Rechts gestützte Revision des Angeklagten hat mit der Sachrüge Erfolg (§ 349 Abs. 4 StPO); auf die Verfahrensrügen kommt es daher nicht an.

I.

2 Das Landgericht hat folgende Feststellungen und Wertungen getroffen:

3 1. Der Angeklagte gründete zwischen 1993 und 2005 die V. GmbH K. (im Folgenden: V. GmbH), die r. GmbH

und schließlich die B. AG Ba. (im Folgenden: B. AG), die inzwischen alle insolvent sind. Der Angeklagte beherrschte die Gesellschaften im Tatzeitraum faktisch. Als Gründer bestimmte er maßgeblich die Geschäftspolitik, traf Personalentscheidungen, steuerte die Buchhaltung und Zahlungsflüsse, war Ansprechpartner für Wirtschaftsprüfer und Steuerberater, führte die Gespräche mit den kreditgebenden Banken und hatte Zugriff auf die Geschäftskonten. Auf seine Veranlassung wurden die gesondert Verfolgten S. und A. als Vorstand der B. AG und der – mit Urteil des Landgerichts Mannheim vom 12. Mai 2020 rechtskräftig vom Vorwurf des Betruges freigesprochene – P. zum Geschäftsführer der r. GmbH bestellt.

4 Die B. AG handelte mit Immobilien, unternehmerischen Beteiligungen, Versicherungen, Kapitalanlagen und Forderungen. Dabei wurde die Geschäftstätigkeit vor allem über Bankdarlehen und die Ausgabe von vinkulierten Namensaktien finanziert. Das ursprüngliche Gründungskapital von vier Millionen Euro wurde bis Ende 2008 durch drei Kapitalerhöhungen auf insgesamt zwölf Millionen Euro aufgestockt. Die r. GmbH war Hauptaktionärin.

5 Nach dem Geschäftskonzept des Angeklagten sollte die r. GmbH die solchermaßen erworbenen Namensaktien an potentielle Kapitalanleger abtreten und sich hierfür des aus selbstständigen Handelsvertretern bestehenden Vertriebsnetzes der V. GmbH bedienen. Der Angeklagte entwickelte zu diesem Zweck standardisierte Formulare, die die Abtretungsvereinbarung der vinkulierten Namensaktie von der r. GmbH an Dritte vorsahen.

6 Als es in der Folgezeit immer häufiger zu Auszahlungsverlangen durch Aktionäre kam und die r. GmbH nicht über die finanziellen Mittel für solche Auszahlungen verfügte, wurden die Aktionäre an den Angeklagten verwiesen, der im Einzelfall einen Rückkauf der Aktie durch die B. AG veranlasste. Da gleichzeitig die Umsatzerlöse der r. GmbH sanken, geriet diese bereits im Jahr 2008 in Zahlungsschwierigkeiten. Der Angeklagte stellte daraufhin das Geschäftsmodell

um. Nunmehr sah das Vertragsformular für den Verkauf der vinkulierten Namensaktien folgende Klausel vor: „Wir verpflichten uns, ... Monate nach erfolgter Abtretung diese Aktie(n) für EUR ... zurückzunehmen. Gleichzeitig verpflichten Sie sich, uns die Aktien zu diesem Zeitpunkt und zu diesem Preis zurückzugeben, evtl. Dividendenzahlungen an uns abzutreten und Ihr Stimmrecht für diese Aktien auf uns zu übertragen.“ (UA S. 23). Dabei wurde üblicherweise eine feste Laufzeit von 12 bis 36 Monaten und eine feste Verzinsung von fünf Prozent p.a. vereinbart. Nur der Verkauf dieser Aktien ist (noch) Gegenstand des vorliegenden Strafverfahrens.

7 Mit der Einführung der Aktien mit der beidseitig verpflichtenden Rücknahmevereinbarung betätigte sich nunmehr auch die B. AG unmittelbar als Zedentin der Aktien. Dem Angeklagten gelang es in der Folgezeit jedoch nicht, mit dem Vertrieb der Aktien mit Rücknahmevereinbarung die Zahlungsschwierigkeiten der r. GmbH zu beheben, sodass diese spätestens seit dem 1. Oktober 2009 zahlungsunfähig war. Auch die B. AG geriet spätestens ab 2009 in ernsthafte Zahlungsschwierigkeiten, die sich spätestens ab dem 1. Oktober 2009 zu einer Zahlungsunfähigkeit entwickelten, sodass sie ab diesem Zeitpunkt nicht mehr in der Lage war, ihre fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen.

8 Wengleich der Angeklagte keine formale Organfunktion innehatte, erlangte er aufgrund seiner beherrschenden Position Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit der r. GmbH und der B. AG und hielt es aufgrund dessen für möglich, dass die vertraglich vereinbarte Rücknahme der Aktien der B. AG bei Fälligkeit nicht mehr erfüllt und die Rückzahlung von Kapital und Zinsertrag an die Anleger konkret gefährdet sein würden. Dessen ungeachtet betrieb der Angeklagte den Verkauf der Aktien mit Rücknahmevereinbarung jedoch auch nach dem 1. Oktober 2009 weiter und nahm den dadurch verursachten Vermögensverlust der Anleger billigend in Kauf. Die B. AG und die r. GmbH veräußerten

im Tatzeitraum zwischen dem 2. Oktober 2009 bis zum 26. Juli 2011 in insgesamt 66 Einzelfällen Aktien mit Rücknahmevereinbarung zu einem Kaufpreis in Höhe von insgesamt 1.381.665 Euro an 55 Anleger, die für eine Aktie einen Kaufpreis zwischen 5.465 Euro und 7.000 Euro zahlten. Dabei war die B. AG bei 62 dieser Aktienverkäufe Vertragspartnerin und zur Rücknahme verpflichtet, die r. GmbH lediglich bei vier Verkäufen mit einem Gesamtvolumen von 98.000 Euro.

9                    2. Das Landgericht hat das Verhalten des Angeklagten als – einheitlichen – Betrug gemäß § 263 Abs. 1 StGB gewertet. Das Vorliegen eines Vermögensschadens hat es damit begründet, dass die B. AG sowie die r. GmbH im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zahlungsunfähig waren, sodass der Anspruch der Aktionäre auf die Rückzahlung des Kapitals für den Fall der Rückgabe der Aktie konkret gefährdet gewesen sei.

## II.

10                    1. Die Verurteilung wegen Betruges hält sachlich-rechtlicher Überprüfung nicht stand. Der Eintritt eines Vermögensschadens bei den Anlegern im Sinne des § 263 Abs. 1 StGB ist nicht hinreichend belegt.

11                    a) Ein Vermögensschaden im Sinne des § 263 StGB tritt ein, wenn die Vermögensverfügung des Getäuschten bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise unmittelbar zu einer nicht durch Zuwachs ausgeglichenen Minderung des Gesamtwerts seines Vermögens führt (Prinzip der Gesamtsaldierung). Maßgeblich ist der Zeitpunkt der Vermögensverfügung, also der Vergleich des Vermögenswerts unmittelbar vor und nach der Verfügung (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 2. Februar 2016 – 1 StR 437/15 Rn. 33 mwN). Danach ist dem geleisteten Anlagebetrag der Wert des gleichzeitig erlangten Rückzahlungsanspruchs gegenüberzustellen. Ein etwaiger Wert dieser Forderung bestimmt sich – wie auch sonst beim Vermögensvergleich – nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise (vgl.

BGH, Urteil vom 26. November 2015 – 3 StR 247/15 Rn. 8 mwN) und ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (vgl. BVerfGE 126, 170, 224 f., 230 f.; 130, 1, 47 f.) konkret festzustellen und zu beziffern.

12                    b) Die demnach erforderliche Bestimmung des wirtschaftlichen Wertes der Rückzahlungsansprüche lässt das angefochtene Urteil vermissen.

13                    aa) Das Landgericht hat für die Schadensbestimmung allein auf die Zahlungsunfähigkeit der B. AG und der r. GmbH zum – im Hinblick auf die B. AG nicht näher begründeten – Stichtag 1. Oktober 2009 abgehoben und die Zahlungsunfähigkeit der beiden Gesellschaften mit wirtschaftskriminalistischen Be-weisanzeichen belegt. Diese – im Rahmen der Prüfung der Voraussetzungen einer Insolvenzverschleppung nach § 15a InsO anerkannte (vgl. BGH, Beschlüsse vom 12. April 2018 – 5 StR 538/17 Rn. 16 mwN und vom 21. August 2013 – 1 StR 665/12 Rn. 15) – Vorgehensweise greift jedoch zu kurz. Erforderlich für die konkrete Feststellung des Werts der Rückzahlungsansprüche (nebst Zinsforderungen) im Zeitpunkt der Vermögensverfügungen sind vielmehr das vorhandene Unternehmensvermögen und die zu prognostizierende Unternehmensentwicklung (vgl. BGH, Beschluss vom 19. Februar 2014 – 5 StR 510/13 Rn. 20), die – gegebenenfalls mit sachverständiger Hilfe – nach wirtschaftswissenschaftlichen Bewertungsverfahren beziffert und in den Urteilsgründen dargelegt werden müssen (vgl. BVerfGE 126, 170, 224 f., 230 f.; 130, 1, 47 f.; BGH, Urteile vom 4. Oktober 2018 – 3 StR 283/18 Rn. 22 und vom 4. Oktober 2018 – 3 StR 251/18 Rn. 10; Beschlüsse vom 19. Februar 2014 – 5 StR 510/13 Rn. 20; vom 14. April 2011 – 2 StR 616/10 Rn. 12 und vom 29. Januar 2013 – 2 StR 422/12 Rn. 16).

14                    bb) Zwar spricht auf der Grundlage des von dem Landgericht festgestellten Sachverhalts einiges dafür, dass für die Anleger nur eine geringe Aussicht bestand, nach dem Ende der vereinbarten Laufzeit den Nennbetrag der Aktien (vollständig) zurückzuerhalten. Hierauf deutet zum einen der Umstand hin, dass

im Rahmen der Insolvenzverfahren der r. GmbH im Jahr 2012 sowie der B. AG im Jahr 2014 „eine ausreichende Insolvenzmasse jeweils nicht zur Verfügung stand, um die Geschädigten auch nur annähernd zu befriedigen“ (UA S. 3), und zum anderen, dass die Liquiditätsslage der B. AG und der r. GmbH nach den Feststellungen des Landgerichts bereits zum Zeitpunkt der Vertragsschlüsse zumindest angespannt war. Dies vermag aber nicht hinreichend die fehlende Werthaltigkeit der Rückzahlungsansprüche zum Zeitpunkt der Vermögensverfügung und einen daraus folgenden Vermögensschaden zu belegen.

15 (1) Hinsichtlich der B. AG gilt dies besonders vor dem Hintergrund, dass die B. AG nach den Feststellungen des Landgerichts über Immobilienvermögen verfügte, wobei dem Immobilienbestand mit Buchwerten in Höhe von 8.408.000 Euro zum Bilanzstichtag 31. Dezember 2009 Verbindlichkeiten gegenüber Kreditinstituten in Höhe von 6.379.000 Euro gegenüberstanden; Sicherheiten zugunsten von Banken waren in Höhe von 6.320.000 Euro eingetragen (UA S. 35 ff., 36). Auch hat das Landgericht keine Feststellungen zu etwaigen Bankguthaben getroffen, obgleich es festgestellt hatte, dass die B. AG innerhalb des Geschäftsjahres 2010 (weitere) 1.675.290 Euro an Bankdarlehen zurückführte und dadurch „weitere freie Liquidität“ einbüßte (UA S. 37). Es kommt hinzu, dass der Zeuge H., der jahrelang als Steuerberater für die B. AG tätig war, angegeben hat, dass es zwar einen Liquiditätsengpass gegeben, es der B. AG aber grundsätzlich nicht an Vermögen gefehlt habe und der „große Topf“ – gemeint war eine im Eigentum der B. AG stehende Immobilie in der Pf. straße in K. – unberührt geblieben sei (UA S. 92, 102).

16 (2) Mit Blick auf die r. GmbH wäre bei der Bewertung der Rückzahlungsansprüche zu berücksichtigen, dass diese im Zeitpunkt der verfahrensgegenständlichen Aktienverkäufe (November 2009 bis Oktober 2010) Eigentümerin einer im Mai 2007 zum Preis von 269.000 Euro gebraucht erworbenen Motoryacht war (UA S. 16). Dem steht nicht entgegen, dass der Verbleib der Motoryacht seit

ihrer Überführung nach M. im Oktober 2010 unbekannt ist und der Wert der Yacht nach den – im Übrigen nicht näher dargelegten – Feststellungen eines Urteils des Landgerichts Darmstadt vom 11. Dezember 2009 um 100.000 Euro überbewertet gewesen sei. Denn der Wert der Yacht übersteigt auch in diesem Fall das Gesamtvolumen der verfahrensgegenständlichen Aktienverkäufe deutlich. Hinzu kommt, dass nach den Angaben der Zeugin Mü., die für das Landeskriminalamt Baden-Württemberg die Ermittlungen geführt hat, der Kassenbestand der r. GmbH in den Jahren 2007 bis 2012 durchgehend ein Guthaben von rund 40.000 Euro aufwies (UA S. 97). Zwar äußerte die Zeugin ebenso wie der als Zeuge vernommene Insolvenzverwalter Zweifel daran, dass der Wert tatsächlich in dieser Höhe vorhanden war; jedoch fehlen insgesamt Feststellungen zu der Höhe eines etwaigen Kassenbestandes sowie zu etwaigen Bankguthaben der r. GmbH.

17 c) Der Rechtsfehler betrifft nicht lediglich den Schuldumfang, sondern hat die Aufhebung des gesamten Schuldspruchs zur Folge, da der Senat angesichts des vom Landgericht festgestellten Wertes des Immobilienvermögens der B. AG, welcher im Jahr 2010 die Verbindlichkeiten um rund 2.000.000 Euro überstieg, und der in Bezug auf die Vermögenssituation der r. GmbH aufgezeigten lückenhaften Feststellungen nicht gänzlich auszuschließen vermag, dass gar kein Vermögensschaden eingetreten ist.

18 2. Die Feststellungen sind von dem zur Aufhebung führenden Rechtsfehler betroffen und können daher – auch unter Berücksichtigung der folgenden Ausführungen – insgesamt keinen Bestand haben (§ 353 Abs. 2 StPO).

19 3. Für die neue Hauptverhandlung weist der Senat auf Folgendes hin:

20 a) Sollte das neue Tatgericht erneut das Vorliegen eines Vermögensschadens bejahen, wären weitergehend konkrete Feststellungen zum Tatzeitraum er-



forderlich. Die Urteilsfeststellungen lassen bisher eine Begründung für die Bestimmung des Stichtags auf den 1. Oktober 2009, ab dem sämtliche Aktienverkäufe durch die B. AG den Tatbestand des Betruges erfüllen sollen, vermissen.

21            b) Den Feststellungen zu den – in einer Tabelle aufgeführten – Einzelfällen (UA S. 63 ff.) lässt sich im Übrigen nicht entnehmen, ob die dort genannten Aktien jeweils durch die B. AG oder die r. GmbH zurückgenommen wurden und der Nennwert nebst Zinsertrag an die Anleger ausgezahlt wurde oder ob das in der Spalte „Rücknahmedatum, Fälligkeit“ angegebene Datum lediglich das vertraglich vereinbarte Rücknahmedatum – unabhängig von einer tatsächlich (nicht) erfolgten Rücknahme der Aktie – wiedergibt. Etwaige Rückzahlungen durch die B. AG und die r. GmbH wären durch das Landgericht im Rahmen der Strafzumessung unter dem Gesichtspunkt der Schadenswiedergutmachung zu berücksichtigen.

Raum	Bellay	Hohoff
Leplow		Pernice

Vorinstanz:

Mannheim, LG, 29.07.2020 - 626 Js 16392/18 23 KLs