



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

1 StR 171/19

vom

17. Dezember 2019

in der Strafsache

gegen

wegen Beihilfe zum gewerbsmäßigen Bandenbetrug

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat aufgrund der Hauptverhandlung vom 3. Dezember 2019 in der Sitzung am 17. Dezember 2019, an denen teilgenommen haben:

Richter am Bundesgerichtshof

Prof. Dr. Jäger

als Vorsitzender,

der Richter am Bundesgerichtshof

Bellay,

die Richterin am Bundesgerichtshof

Dr. Hohoff,

der Richter am Bundesgerichtshof

Dr. Leplow

und die Richterin am Bundesgerichtshof

Dr. Pernice,

Staatsanwalt – in der Verhandlung vom 3. Dezember 2019 –,

Staatsanwältin beim Bundesgerichtshof – bei der Verkündung

am 17. Dezember 2019 –

als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt – in der Verhandlung vom

3. Dezember 2019 –,

Rechtsanwalt – in der Verhandlung vom

3. Dezember 2019 –

als Verteidiger,

Justizangestellte – in der Verhandlung vom 3. Dezember 2019 –,
Justizangestellte – bei der Verkündung am 17. Dezember 2019 –
als Urkundsbeamtinnen der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

1. Auf die Revisionen der Staatsanwaltschaft und des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Würzburg vom 21. Dezember 2018 mit den Feststellungen aufgehoben.
2. Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittel, an eine andere Wirtschaftsstrafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Beihilfe zum gewerbsmäßigen Bandenbetrug in 48 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und zehn Monaten verurteilt, deren Vollstreckung es zur Bewährung ausgesetzt hat. Zudem hat es die „Einziehung von Wertersatz“ in Höhe von 13.808 Euro angeordnet. Gegen dieses Urteil richten sich die Revisionen des Angeklagten und der Staatsanwaltschaft, mit denen sie die Verletzung materiellen, der Angeklagte zudem formellen Rechts rügen. Beide Rechtsmittel haben Erfolg.

I.

2 Das Landgericht hat folgende Feststellungen und Wertungen getroffen:

3 1. Ab der zweiten Hälfte des Jahres 2013 verfolgte der anderweitig Ver-
folgte S. das Ziel, eine große Anzahl von Kommanditanteilen der
P. GmbH & Co. KG (im Folgenden: P.
) zu erwerben. Er war Vorstand und alleiniger Aktionär der Bank Sc.
& Co. AG (im Folgenden: Bank Sc.), die wiederum Gründungskommandi-
tistin der P. und im Tatzeitraum – neben zahlreichen weiteren
Personen – weiterhin deren Kommanditistin war. S. war auch Vorsit-
zender des Aufsichtsrates der P. . Für den Erwerb der Kom-
manditanteile kam S. mit dem anderweitig Verfolgten U. , der in
der Bank Sc. die Position eines höherrangigen Angestellten innehatte
und dem Einzelprokura erteilt worden war, überein, einen geeigneten Mann zu
gewinnen, der alle Kommanditisten wegen eines eventuellen Verkaufs ihrer Be-
teiligung ansprechen und ggf. mit diesen die Verhandlungen übernehmen sollte.
Für diese Aufgabe gewannen sie den Angeklagten, der seine Tätigkeit als freier
Mitarbeiter unter Benutzung der Verwaltungs-, Büro- und Organisationsstruktu-
ren der Bank durchführen und bei der Akquise und Vermittlung auch in deren
Namen auftreten sollte.

4 Als Käuferin der Kommanditanteile war die allein S. gehörende
und von ihm als Geschäftsführer geleitete S.
mbH (im Folgenden: D.) vorgesehen. Der anderweitig Verfolgte
U. war für den Angeklagten Entscheidungsinstanz sowie Ansprechpartner
in allen Einzelfragen, insbesondere über die Höhe der Kaufpreise. Er war auch
im Hinblick auf die Anteilskäufe dem gesondert verfolgten S. als Bank-

inhaber und Vorstand untergeordnet und fungierte für den Angeklagten wie ein Vorgesetzter.

5 Der Angeklagte wurde über das Ausschüttungsverhalten der Gesellschaft, den jeweiligen Stand der Verrechnungskonten der an einem Verkauf interessierten Kommanditisten sowie die Modalitäten der vorgesehenen Verträge informiert und erhielt eine Liste der anzusprechenden Kommanditisten. Für die Verhandlungen mit diesen wurde ihm die grundsätzliche Preisvorgabe von 30 % bis 40 % des Nominalkapitals der zu erwerbenden Anteile genannt. Hieran hielt sich der Angeklagte und gab ohne ausdrückliches Einverständnis des anderweitig Verfolgten U. grundsätzlich keine Zusagen zu Preiswünschen, die sich außerhalb dieses Rahmens bewegten.

6 In Ausführung seines Auftrags trat der Angeklagte im Wege von Rundschreiben an die als Verkäufer in Betracht kommenden Kommanditisten der P. heran. Die Rundschreiben, deren Inhalt den anderweitig Verfolgten S. und U. bekannt war, wiesen den Briefkopf der Bank Sc. auf. In diesen Schreiben wurde auf die „Probleme in der Gesundheitswirtschaft“, die „Risiken der Gesellschaft aus dem Gesundheitswesen“ und auf den Umstand hingewiesen, dass jedes zweite Krankenhaus „hohe Verluste“ schreibe (UA S. 8). Sodann wurde die Möglichkeit genannt, dass die Kommanditisten ihre Beteiligung an einen solventen Kaufinteressenten verkaufen könnten und dass die Zahlungsabwicklung über das Bankhaus erfolgen könne. Das Rundschreiben enthielt die objektiv unzutreffende Behauptung, die Kaufinteressenten würden derzeit „maximal 25% des eingetragenen Kapitals übernehmen, so dass ein Verkauf gegebenenfalls nicht in jedem Fall sichergestellt werden“ könne (UA S. 8). Abschließend wurde darauf hingewiesen, dass

sich Interessenten mit dem Angeklagten, der die Angelegenheit bankintern („in unserem Hause“) koordiniere, abstimmen könnten.

7 In Reaktion auf diese Anschreiben traten ab Ende des Jahres 2013 zahlreiche verkaufswillige Kommanditisten mit dem Angeklagten in telefonischen Kontakt. In einigen Fällen, in denen zunächst keine Reaktion erfolgte, fragte der Angeklagte telefonisch nach und erreichte auf diese Weise, dass die betroffenen Kommanditisten in der gewünschten Weise auf das Anschreiben reagierten. Im größten Teil der Fälle wurden die Verhandlungen über den Anteilsverkauf mit den Kommanditisten persönlich geführt, im Übrigen mit Bevollmächtigten oder gesetzlichen Vertretern der Kommanditisten.

8 Auf diese Weise kam es unter Mitwirkung des Angeklagten zu jeweils gleichlautend formularmäßig aufgebauten Kauf- und Übertragungsverträgen über Kommanditanteile zwischen den Verkäufern und der D. . Die Verträge enthielten die Regelung, dass der Verkäufer seine Kommanditbeteiligung über einen bestimmten Nominalwert „incl. aller Gesellschafterkonten“ für einen genau bezeichneten Preis mit sofortiger Wirkung verkauft und überträgt. Zudem bestimmten sie, dass dem Käufer „nach Übergang des Eigentums, d.h. nach Bezahlung des Kaufpreises, die KG-Beteiligung mit allen Rechten, Nebenrechten und Pflichten“ zustand (UA S. 11). Durch den Passus „incl. aller Gesellschafterkonten“ war geregelt, dass nicht nur das Kapitalkonto 1, auf dem die festen Kapitaleinlagen verbucht waren, und das Kapitalkonto 2, auf dem die Verlustanteile sowie die nicht entnehmbaren Gewinne des Gesellschafters gebucht waren, sondern auch das dem Gesellschafter zuzuordnende Verrechnungskonto samt eines etwaigen darauf befindlichen Guthabens erfasst wurde. Zur Wirksamkeit der Abtretung einer Kommanditbeteiligung war im Gesellschaftsvertrag der P. geregelt, dass die Abtretung immer erst

mit Eintragung des Gesellschafternachfolgers im Handelsregister wirksam wurde. Der Stand des Verrechnungskontos ergab sich für jeden einzelnen Kommanditisten aus einer gesonderten Anlage zum Jahresabschluss der Kommanditgesellschaft, der den Kommanditisten jährlich regelmäßig nach der Jahreshauptversammlung der Gesellschaft mit einem Geschäftsbericht übersandt wurde (UA S. 5).

9 In den 48 vom Urteil erfassten Verkaufsfällen befanden sich auf den Verrechnungskonten bereits versteuerte oder zukünftig noch zu versteuernde Guthaben, welche die Kommanditisten durch schlichte Anforderung jederzeit, insbesondere in der Zeit ab Aufnahme der Vertragsverhandlungen, aber sogar noch zwischen Vertragsunterzeichnung und Wirksamwerden des Anteilsübergangs an sich hätten auszahlen lassen können. Dieser Umstand war den Kommanditisten bzw. den für sie handelnden Personen jedoch in diesen Fällen trotz der jährlich als Anlage zum Jahresabschluss übersandten Unterlagen, aus denen sich der Stand des Verrechnungskontos ergab, während der Verhandlungen nicht bewusst. Hiermit rechnete der Angeklagte von Beginn an. Er ging – ebenso wie die anderweitig Verfolgten S. und U. – davon aus, dass die Guthaben auf den Verrechnungskonten von der Verkäuferseite bei der Kaufpreisfindung und der Verkaufsentscheidung schon deshalb nicht berücksichtigt würden, weil sie den handelnden Personen nicht präsent waren.

10 Entgegen der ihm bekannten Verpflichtung, die Kommanditisten über diesen Umstand aufzuklären, wies der Angeklagte seine Verhandlungspartner weder beim Aushandeln des Preises noch in der anschließenden Zeit bis zur Vertragsunterschrift auf die jederzeit auszahlbaren und zudem der persönlichen Steuerlast der Verkäufer unterliegenden Guthaben hin. Wie vom Angeklagten zumindest billigend in Kauf genommen, büßten die Verkäufer diese Guthaben

bereits dadurch ein, dass sie sie weder bei den Preisverhandlungen in die Waagschale legten noch sie abhoben, solange dies möglich war. Jeder der 48 Verkäufer von Kommanditanteilen hätte, wenn ihm die Existenz und die sofortige Auszahlungsfähigkeit des Guthabens auf dem jeweiligen Verrechnungskonto bekannt gewesen wären, das ihm zustehende Guthaben an sich auszahlen lassen oder bei der Kaufpreisfindung berücksichtigt. Der Angeklagte und die anderweitig Verfolgten S. und U. waren sich bereits vor dem ersten Tätigwerden des Angeklagten nach außen mindestens stillschweigend darüber einig geworden, dass man die Kommanditisten über etwaige aufgelaufene auszahlbare Gewinnanteile und deren vorgesehene Mitübertragung auf die D. im Unklaren lassen werde.

11 Die verfahrensgegenständlichen Kauf- und Übernahmeverträge, die im Zeitraum zwischen Januar 2014 und September 2015 geschlossen und durch Eintragung im Handelsregister im Zeitraum von März und Dezember 2015 vollzogen wurden, bezogen sich auf Kommanditanteile, bei denen Verrechnungskonten mit einem Guthabenstand zwischen 84,02 Euro und 39.033,40 Euro bestanden. In einem Fall (Fall 5 der Urteilsgründe) überstieg der Guthabenstand in Höhe von 4.614,63 Euro sogar den vereinbarten Kaufpreis von 3.000 Euro. In der ganz überwiegenden Zahl dieser Fälle ließ sich die D. entsprechend dem von Anfang an beabsichtigten Vorgehen des anderweitig Verfolgten S. die Guthaben aus den Verrechnungskonten oder zumindest erhebliche Teile hiervon binnen weniger Wochen nach Vertragsabschluss auszahlen.

12 Der Angeklagte erhielt entsprechend einer schon vorher getroffenen Vereinbarung für seine Tätigkeit im Zusammenhang mit der Vermittlung und der Aushandlung der Kauf- und Übernahmeverträge eine Entlohnung von insgesamt 21.000 Euro, die sich allerdings nicht nur auf die 48 ausgeurteilten, son-

dem sämtliche 73 zunächst von der Anklage erfassten Fälle – hinsichtlich der übrigen wurde das Verfahren gemäß § 154 Abs. 2 StPO eingestellt – bezog.

13 2. Das Landgericht hat das Verhalten des Angeklagten als 48 tatzmehrerheitliche Fälle der Beihilfe zum gewerbsmäßigen Bandenbetrug (§ 263 Abs. 5, § 27 Abs. 1 StGB) gewertet. Es ist dabei von einer zumindest konkludenten Bandenabrede zwischen dem Angeklagten und den anderweitig Verfolgten S. und U. ausgegangen.

14 a) Die Beihilfehandlungen des Angeklagten sieht das Landgericht in einem Täuschen durch Unterlassen (§ 13 StGB). Der Angeklagte und die anderweitig Verfolgten S. und U. seien verpflichtet gewesen, die potentiellen Verkäufer von Kommanditanteilen darauf hinzuweisen, dass ihnen noch entnahmefähige Gewinne aus Vorjahren zustehen, die sie sich unabhängig vom Anteilsverkauf sofort auszahlen lassen könnten, und ihnen mitzuteilen, dass die Guthaben im Zusammenhang mit dem Anteilsverkauf auf den Käufer übergehen, wenn sie nicht vorher abgehoben werden. Eine Garantienpflicht habe sich daraus ergeben, dass der Angeklagte im Namen der Bank Sc. an die Kommanditisten herangetreten sei und dabei darauf hingewiesen habe, dass er die Angelegenheit im Bankhaus koordiniere. Da es sich bei der Frage, ob eine typischerweise der Kapitalanlage dienende Gesellschaftsbeteiligung verkauft werden soll, um eine Anlageentscheidung handele, sei die Bank als Anlagevermittler tätig geworden. Im Falle der Anlagevermittlung komme stillschweigend ein Auskunftsvertrag zustande, wenn der Interessent deutlich mache, dass er bei der Anlageentscheidung die besonderen Kenntnisse des Vermittlers in Anspruch nehmen wolle. Dies sei hier der Fall gewesen, weil sich die in den Rundschreiben enthaltene Empfehlung für eine Verkaufentscheidung nur als Angebot auf Abschluss eines Auskunftsvertrages deuten las-

se. Der Inhalt der Schreiben sei weit über einen bloßen Hinweis auf die Verkaufsmöglichkeit bzw. das Vorhandensein eines Interessenten hinausgegangen. Indem sich die angeschriebenen Kommanditisten an den Angeklagten als Mitarbeiter der Bank wandten, hätten sie deutlich gemacht, dass sie bei der Anlageentscheidung die durch das Schreiben angebotenen Kenntnisse und Verbindungen des Bankhauses in Anspruch nehmen wollten.

- 15 Die Bank hätte deshalb die an einem Verkauf interessierten Kommanditisten auf den für die Preisbildung bedeutsamen Umstand hinweisen müssen, dass ihnen noch entnahmefähige Gewinne aus den Vorjahren zustehen. Sie seien deshalb durch Unterlassen getäuscht worden.
- 16 b) Die Kommanditisten hätten in den verfahrensgegenständlichen Fällen auch irrtumsbedingt eine Vermögensverfügung vorgenommen. Diese liege im Unterlassen, den Auszahlungsanspruch geltend zu machen oder ihn als preis erhöhendes Argument in die Verhandlungen einzubringen. Diese Unterlassungen seien nicht erst bei der Unterzeichnung des jeweiligen Kauf- und Übernahmevertrages erfolgt; vielmehr liege das selbstschädigende Unterlassen der Kommanditisten unmittelbar in der Aufnahme der Vertragsverhandlungen.
- 17 c) Die unterbliebene Geltendmachung eines Auszahlungsanspruchs habe jeweils vermögensmindernde Wirkung gehabt und unmittelbar einen Vermögensschaden in Gestalt eines konkreten und auch der Höhe nach bezifferbaren Gefährdungsschadens bewirkt. Denn bereits von Beginn der auf eine Übertragung des Kommanditanteils einschließlich sämtlicher Gesellschafterkonten gerichteten Verhandlungen an sei mit großer Wahrscheinlichkeit zu befürchten gewesen, dass der jeweilige Verkäufer diesen Betrag endgültig einbüßen würde. Die Wahrscheinlichkeit dieser Einbuße sei von Beginn der Verhandlungen

an so groß gewesen, dass das Gesamtvermögen der einzelnen Verkäufer schon zu diesem Zeitpunkt um den Gesamtbetrag der jeweiligen Forderung gemindert gewesen sei. Da der den Kommanditisten durch die fehlende Aufklärung erwachsene Schaden zeitlich vor dem Vertragsabschluss und auch sachlich von diesem unabhängig entstanden sei, habe eine Gesamtsaldierung sämtlicher durch die einzelnen Kauf- und Übernahmeverträge verursachten Änderungen der Aktiv- und Passivposten im Vermögen der betroffenen Kommanditisten nicht erfolgen dürfen.

II.

18 Die Revision des Angeklagten hat bereits mit der Sachrüge Erfolg. Auf die erhobene Verfahrensrüge kommt es daher nicht an.

19 1. Der Schuldspruch wegen Beihilfe zum gewerbsmäßigen Bandenbetrug durch Unterlassen hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

20 a) Bereits eine Täuschung der Kommanditisten durch Unterlassen ist nicht tragfähig belegt. Die Wertung des Landgerichts, dass der Angeklagte als Bankmitarbeiter gegenüber den Kommanditisten eine Aufklärungspflicht verletzt habe, weil er nicht auf das ihnen zustehende auszahlbare Guthaben auf den Verrechnungskonten hingewiesen habe, wird von den Feststellungen nicht getragen.

21 aa) Eine Täuschung durch Unterlassen setzt voraus, dass den Täter aus einem konkreten Rechtsverhältnis die Pflicht trifft, falschen oder fehlenden Vorstellungen des Opfers über entscheidungsrelevante Tatsachen durch aktive

Aufklärung entgegenzuwirken (vgl. Fischer, StGB, 67. Aufl., § 263 Rn. 39 mwN). In Betracht kommen insoweit insbesondere Aufklärungspflichten aus Gesetz, aus Vertrag und aus Ingerenz (Fischer, aaO, Rn. 40 ff. mwN).

22

bb) Entgegen der Auffassung des Landgerichts ergibt sich eine solche Aufklärungspflicht vorliegend nicht ohne Weiteres aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, wonach ein Anlagevermittler dem Interessenten eine richtige und vollständige Information über die tatsächlichen Umstände schuldet, die für dessen Anlageentschluss von besonderer Bedeutung sind (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 1. Dezember 2011 – III ZR 56/11 Rn. 9 mwN). Das Landgericht hat das Zustandekommen eines Anlagevermittlungsvertrags mit hieraus resultierenden Aufklärungspflichten über die wertbildenden Faktoren der Anlage – insbesondere den Stand des Verrechnungskontos – nicht rechtsfehlerfrei bejaht. Soweit es die im Rundschreiben ausgesprochenen „Empfehlungen“ und die Formulierung, der jeweils angeschriebene Kommanditist könne sich bei bestehendem Verkaufsinteresse zur Abstimmung an den mit der Koordinierung der „Angelegenheit in unserem Haus“ betrauten Angeklagten wenden, als Angebot auf Abschluss eines Anlagevermittlungsvertrags mit hieraus resultierenden Aufklärungspflichten – insbesondere über den Kontostand des Verrechnungskontos des gegebenenfalls zu veräußernden Anteils – deutet, legt es ein inhaltlich unzutreffendes Verständnis des Anschreibens zugrunde. Dem Anschreiben ist lediglich zu entnehmen, dass das Bankhaus und dort der Angeklagte von der Erwerbsinteressentin allgemein mit der Koordinierung der Anteilsverkäufe betraut worden seien. Auch nimmt das Landgericht nicht in den Blick, dass die Rolle des Bankhauses und des Angeklagten nach den Formulierungen in dem Schreiben in der Unterstützung bei der Umsetzung der Verkaufsentscheidung liegt und nicht etwa bei der Entscheidungsfindung selbst. Konkrete Anhaltspunkte dafür, dass das Bankhaus über die bereits in dem

Schreiben mitgeteilten Erwägungen („ungefragte Empfehlungen“) hinaus – für den Adressaten erkennbar – Beratungsleistungen erbringen und zur Entscheidungsfindung beitragen wollte, zeigt das Landgericht nicht auf.

23 cc) In der vorliegenden Fallkonstellation war der Tatrichter gehalten, anhand der besonderen Umstände des konkreten Einzelfalls sorgfältig zu prüfen, ob zwischen einer an dem Erwerb oder der Veräußerung einer Anlage interessierten Person und einem in den Vertrieb oder Erwerb eingeschalteten Mittelsmann ein Vermittlungsvertrag oder sogar ein Anlageberatungsvertrag zustande gekommen ist. Gleiches gilt für die Frage, ob sich aus einem etwa geschlossenen Vermittlungs- oder Beratungsvertrag konkrete Aufklärungspflichten hinsichtlich der wertbildenden Faktoren der Anlage oder sogar deren Wert ergeben.

24 (1) Bringt ein am Erwerb oder der Veräußerung einer Vermögensanlage Interessierter ausdrücklich oder auch konkludent gegenüber einem Dritten zum Ausdruck, dass er dessen Vermittlungsleistungen in Anspruch nehmen will oder eine Beratung über den Anlagegegenstand, die wirtschaftliche Zweckmäßigkeit des ins Auge gefassten Geschäfts oder damit verbundene Risiken wünscht, kann durch die Entgegennahme von Vermittlungsleistungen ein Vermittlungsvertrag beziehungsweise durch Aufnahme eines Beratungsgesprächs ein Beratungsvertrag zustande kommen; dabei besteht im Grundsatz kein Unterschied, ob es um den Erwerb oder die Veräußerung einer Anlage geht (vgl. dazu BGH, Urteile vom 6. Juli 1993 – XI ZR 12/93 Rn. 11 f., BGHZ 123, 126, 128; vom 21. März 2006 – XI ZR 63/05 Rn. 10 und vom 19. März 2013 – XI ZR 431/11, BGHZ 196, 370 Rn. 17). Maßgeblich ist allerdings stets, ob für den Dritten erkennbar wird, dass der Interessent mit Vermittlungs- oder Bera-

tungsbedarf an ihn herantritt und er auf dieser Grundlage Vermittlungs- oder Beratungsleistungen erbringt.

25 Sofern die an dem Anlagegeschäft interessierte Person zu erkennen gibt, dass sie selbst keine ausreichenden wirtschaftlichen Kenntnisse und keinen genauen Überblick über die wirtschaftlichen Zusammenhänge hat, erwartet sie – für den angesprochenen Dritten erkennbar – regelmäßig nicht nur die Mitteilung von Tatsachen, sondern auch deren neutrale, fachkundige und umfassende Bewertung und Beurteilung (vgl. BGH, Urteil vom 13. Mai 1993 – III ZR 25/92 Rn. 13, BGHR BGB § 676 Anlagevermittler). In derartigen Fällen liegt das Zustandekommen eines Anlageberatungsvertrags nahe.

26 (2) In Fällen, in denen sich eine Person an einen in den Vertrieb oder Ankauf von Vermögensanlagen eingeschalteten Anlagevermittler wendet, geschieht dies demgegenüber regelmäßig in dem Bewusstsein, dass der werbende und anpreisende Charakter der Aussagen des Vermittlers im Vordergrund steht (vgl. BGH, Urteil vom 13. Mai 1993 – III ZR 25/92 Rn. 14, aaO). Der Vermittler ist zwar auch in einem solchen Fall zu richtiger und vollständiger Information über diejenigen tatsächlichen Umstände, die für den Anlageentschluss des Interessenten von besonderer Bedeutung sind, verpflichtet, nicht aber zu einer umfassenden Bewertung und Beurteilung der jeweiligen Anlage.

27 (3) Jedenfalls geht die Verpflichtung zur Aufklärung des Interessenten aber ohnehin nur so weit, wie für den Vermittler oder Anlageberater erkennbar Beratungs- oder Aufklärungsbedarf besteht; Inhalt und Umfang der Aufklärungs- oder Beratungspflichten hängen von den Umständen des Einzelfalls, insbesondere dem Wissensstand, der Risikobereitschaft und dem jeweiligen

Anlageziel des Kunden ab (BGH, Urteil vom 22. März 2011 – XI ZR 33/10, BGHZ 189, 13 Rn. 20).

28 dd) Daran gemessen hält die Annahme des Landgerichts, zwischen den geschädigten Kommanditisten und dem Bankhaus sei es zu einem Vermittlungsvertrag mit daraus resultierenden Aufklärungspflichten hinsichtlich der wertbildenden Faktoren – insbesondere des Standes des Gesellschafter-Verrechnungskontos und hieraus resultierender Auszahlungsansprüche – gekommen, die der Angeklagte verletzt habe, revisionsrechtlicher Prüfung nicht stand.

29 Das Landgericht hat letztlich allein aus dem Umstand, dass sich eine Bank per Rundschreiben mit werbenden Aussagen an potentielle Anteilsverkäufer gewandt hatte, auf das Zustandekommen eines Vermittlungsvertrages mit entsprechenden Aufklärungspflichten geschlossen. Es hat dabei weder erörtert, was Gegenstand der Gespräche mit den einzelnen Kommanditisten war, noch bedacht, ob der jeweilige Kommanditist – für den Angeklagten erkennbar – bereits anderweitig beraten wurde. Zudem hat es ebenso wenig weder in den Blick genommen, ob es für den einzelnen Kommanditisten überhaupt einer Aufklärung über den Stand der Gesellschafterkonten bedurfte oder ob er eine Beratung wünschte, noch, ob der Angeklagte eine entsprechende Aufklärung oder gar Beratung für erforderlich hielt. Insbesondere hat das Landgericht nicht in seine Erwägungen einbezogen, dass die Kommanditisten in den vorangegangenen Jahren jeweils Anlagen zum Jahresabschluss der Kommanditgesellschaft und insbesondere einen Kontoauszug erhalten hatten, aus dem sich der Stand des jeweiligen Verrechnungskontos ergab (UA S. 5). Dies unterscheidet die vorliegende Fallkonstellation maßgeblich von den Fällen eines konkludent abgeschlossenen Vermittlungs- oder Anlageberatungsvertrags mit entsprechenden Aufklärungs- oder Beratungspflichten, in denen der Anlageinteressent

keine verlässlichen Informationen über den Anlagegegenstand hat. Da die Kommanditisten aus den vergangenen Jahren Unterlagen über den Kontostand ihres Verrechnungskontos besaßen, hätte deswegen die Annahme einer diesbezüglichen Aufklärungspflicht durch das Bankhaus näherer Erörterung bedurft.

30 b) Auch die Wertung des Landgerichts, die Veräußerer der Kommanditanteile hätten, weil sie irrtumsbedingt noch abrufbare Guthaben auf Verrechnungskonten nicht abgerufen oder bei der Kaufpreisbildung geltend gemacht haben, einen Vermögensschaden in Form einer schadensgleichen Vermögensgefährdung erlitten, hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

31 aa) Ein Vermögensverlust als Schaden im Sinne des § 263 Abs. 1 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; st. Rspr.; vgl. BGH, Beschlüsse vom 4. Juli 2019 – 4 StR 36/19 Rn 13; vom 14. März 2019 – 4 StR 426/18 Rn. 17; vom 18. Februar 2009 – 1 StR 731/08, BGHSt 53, 199 Rn. 10; vom 25. Januar 2012 – 1 StR 45/11, BGHSt 57, 95 Rn. 75 und vom 29. Januar 2013 – 2 StR 422/12 Rn. 15; Urteile vom 8. Oktober 2014 – 1 StR 359/13, BGHSt 60, 1 Rn. 31; vom 2. Februar 2016 – 1 StR 437/15, BGHR StGB § 263 Abs. 1 Vermögensschaden 86 Rn. 33 und vom 16. Juni 2016 – 1 StR 20/16 Rn. 33). Maßgeblich ist jeweils der Zeitpunkt der Vermögensverfügung, also der Vergleich des Vermögenswerts unmittelbar vor und nach der Verfügung (BGH, Urteile vom 2. Februar 2016 – 1 StR 437/15, aaO; vom 16. Juni 2016 – 1 StR 20/16, aaO; Beschluss vom 14. April 2011 – 2 StR 616/10 Rn. 12).

- 32 Die Annahme eines gegenwärtigen Vermögensschadens ist nur bei der konkreten Gefahr eines zukünftigen Verlusts mit dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 103 Abs. 2 GG) vereinbar. (Abstrakte) Risiken genügen nicht. Denn dies widerspräche dem Charakter des Betrugs als Vermögensdelikt (vgl. BVerfG, Beschluss vom 7. Dezember 2011 – 2 BvR 2500/09 u.a. Rn. 175 ff., BVerfGE 130, 1, 47 ff.). Das Tatgericht ist gehalten, den Vermögensschaden zu beziffern.
- 33 bb) Ein Vermögensschaden in diesem Sinne bereits zu Beginn der Verhandlungen über die Veräußerung der Kommanditanteile ist entgegen der Ansicht des Landgerichts nicht eingetreten. Dessen Wertung, schon durch die fehlende Aufklärung über die von den Verrechnungskonten noch abrufbaren Guthaben sei im Vermögen des potentiellen Verkäufers ein endgültiger „Gefährdungsschaden“ entstanden, ist rechtsfehlerhaft. Dies gilt unabhängig davon, ob die Ansicht des Landgerichts zutrifft, der Kauf- und Übernahmevertrag erlaube – auch im Innenverhältnis – noch bis zur Eintragung des Gesellschafterwechsels im Handelsregister das Abrufen der Guthaben, obwohl der Kaufvertrag bestimmt, dass der Verkäufer die Kommanditbeteiligung einschließlich aller Gesellschafterkonten „mit sofortiger Wirkung“ an den Käufer verkauft und überträgt.
- 34 Bei Beginn der jeweiligen Vertragsverhandlungen stand noch gar nicht fest, ob ein Kauf- und Übernahmevertrag tatsächlich geschlossen würde. Kannte der Kommanditist zu diesem Zeitpunkt das ihm zustehende Guthaben, das bei einer Veräußerung des Kommanditanteils auf den Erwerber mitübertragen würde, nicht, so bestand zwar die Gefahr, dass er unbewusst das Guthaben mitveräußerte. Für die Annahme eines Vermögensschadens reicht dies jedoch nicht aus. Denn der Bestand eines Auszahlungsanspruchs wird durch seine

unterbliebene Geltendmachung nicht berührt (vgl. Bublitz/Gehrmann, wistra 2004, 126, 128 f.). Jedenfalls vermindert die fortdauernde Unkenntnis von einem Anspruch den Wert des weiter bestehenden Anspruchs nicht in bezifferbarer Weise (vgl. BGH, Urteil vom 12. Dezember 2013 – 3 StR 146/13 Rn. 14).

35

cc) Den Veräußerern der Kommanditanteile könnte jedoch – eine Täuschung durch Unterlassen unterstellt – infolgedessen durch den Abschluss des Kauf- und Übernahmevertrages ein Vermögensschaden entstanden sein, wenn sie durch oder infolge dieses Vertragsschlusses den Anspruch auf Auszahlung der auf den Verrechnungskonten vorhandenen Guthaben an den Erwerber verloren haben. Dieser wurde von der Abtretung der Kommanditbeteiligung mitumfasst (§§ 413, 398 ff. BGB); allein bedurfte es zur Wirksamkeit dieser Abtretung der Zustimmung der Komplementärgesellschaft (vgl. § 399 Alternative 2 BGB). Den Eintritt eines Vermögensschadens kann der Senat jedoch nicht prüfen, weil das Landgericht eine Gesamtsaldierung des Vermögens vor und nach dem Vertragsschluss über die Veräußerung der Kommanditanteile nicht vorgenommen hat. In diese Gesamtsaldierung wären nicht nur der aufgrund des Vertragsabschlusses zugunsten der Veräußerer entstandene Anspruch auf Zahlung des vereinbarten Kaufpreises und der auf den Verrechnungskonten vorhandene Guthabenstand, sondern auch der Wert der Kommanditanteile und auf den Erwerber übergehende Verbindlichkeiten gegenüber der P. aufgrund möglicherweise noch nicht vollständig geleisteter Kommandit(pflicht)-einlagen einzubeziehen gewesen. Zum Wert der Kommanditanteile und zur Frage, ob die Kommanditeinlagen vollständig geleistet waren, hat das Landgericht keine Feststellungen getroffen. Das jeweilige Guthaben auf den Verrechnungskonten ist nur eine von mehreren für die Gesamtsaldierung bedeutsame Position.

36 Im Fall 5 der Urteilsgründe, in dem schon der Guthabenstand des Verrechnungskontos den vereinbarten Kaufpreis für den Kommanditanteil überstieg, liegt zwar unabhängig vom Wert der Kommanditanteile nahe, dass der Kommanditistin durch Abschluss des Kauf- und Übernahmevertrages über ihren Geschäftsanteil ein Vermögensschaden entstanden ist. Die Urteilsfeststellungen sind jedoch auch in diesem Fall bereits deswegen durchgreifend lückenhaft, weil es an einer Feststellung fehlt, ob die Kommanditeinlage vollständig geleistet war.

37 2. Die Aufhebung des Schuldspruchs zieht die Aufhebung des gesamten Rechtsfolgenausspruchs nach sich. Auf die gegen die Annahme des Qualifikationstatbestands des gewerbsmäßigen Bandenbetrugs sowie die Strafzumessung erhobenen Beanstandungen kommt es daher nicht mehr an. Der Senat hebt sämtliche Urteilsfeststellungen auf, um dem neuen Tatrichter insgesamt neue und widerspruchsfreie Feststellungen zu ermöglichen.

III.

38 Die unbeschränkte, zuungunsten des Angeklagten eingelegte und vom Generalbundesanwalt vertretene Revision der Staatsanwaltschaft hat ebenfalls Erfolg; das Urteil enthält auch durchgreifende Rechtsfehler zugunsten des Angeklagten.

39 Das Landgericht ist hinsichtlich Täuschungshandlung und Vermögensverfügung von einem unzutreffenden Anknüpfungspunkt ausgegangen. Es hat rechtsfehlerhaft allein auf die unterlassene Geltendmachung eines Auszahlungsanspruchs zu Beginn der Vertragsverhandlungen und nicht auf die in der Anteilsveräußerung liegende Vermögensverfügung abgestellt (nachfolgend 1.).

Dieser Ansatz hat zum Vorteil des Angeklagten zur Lückenhaftigkeit der Beweiswürdigung geführt, in deren Folge das Landgericht lediglich Beihilfe durch Unterlassen angenommen und den täuschungsbedingten Vermögensschaden als auf die Höhe des nicht geltend gemachten Auszahlungsanspruchs begrenzt angesehen hat (nachfolgend 2.). Dies zieht die Aufhebung des Schuldspruchs und des Strafausspruchs nach sich (nachfolgend 3.).

40 1. Das Landgericht hat rechtsfehlerhaft nicht auf die Anteilsveräußerung als für den Tatvorwurf maßgebliche Vermögensverfügung abgestellt.

41 Ein Vermögensverlust als Schaden im Sinne des § 263 Abs. 1 StGB tritt dann 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; s.o. II.1.b)). Wie bereits dargelegt, ist dies bei einer bloßen Nichtgeltendmachung der von den Verrechnungskonten noch abrufbaren Guthaben noch nicht der Fall (s.o. II.1.b)).

42 Mithin lag die maßgebliche Vermögensverfügung in der Abtretung der Kommanditanteile einschließlich der Guthaben auf den Verrechnungskonten, weil die Kommanditisten hierdurch den Anspruch auf Auszahlung der auf den Verrechnungskonten vorhandenen Guthaben an den Erwerber verloren (§§ 413, 398 ff. BGB). Es wäre deshalb eine Gesamtsaldierung des Vermögens vor und nach dem Vertragsschluss über die Veräußerung der Kommanditanteile vorzunehmen gewesen.

43 2. Hiervon ausgehend hält bereits die Beweiswürdigung des Landgerichts zur Täuschungshandlung und zum Tatvorsatz rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

44 a) Die Beweiswürdigung ist Sache des Tatrichters (§ 261 StPO). Ihm allein obliegt es, das Ergebnis der Hauptverhandlung festzustellen und zu würdigen. Seine Schlussfolgerungen brauchen nicht zwingend zu sein, es genügt, dass sie möglich sind. Die revisionsgerichtliche Prüfung ist darauf beschränkt, ob dem Tatrichter Rechtsfehler unterlaufen sind. Das ist in sachlich-rechtlicher Hinsicht der Fall, wenn die Beweiswürdigung widersprüchlich, unklar oder lückenhaft ist oder gegen die Denkgesetze oder gesicherte Erfahrungssätze verstößt (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteile vom 21. August 2019 – 1 StR 218/19 Rn. 8; vom 9. Mai 2017 – 1 StR 265/16 Rn. 11; vom 16. Juni 2016 – 1 StR 49/16 Rn. 11; vom 21. April 2016 – 1 StR 629/15, BGHR StPO § 261 Beweiswürdigung 43 Rn. 9 und vom 14. Dezember 2011 – 1 StR 501/11 Rn. 15, jeweils mwN).

45 b) Solche Rechtsfehler liegen hier vor.

46 aa) Die Beweiswürdigung des Landgerichts zur Täuschung über Tatsachen ist lückenhaft. In Betracht kam hier auch die Möglichkeit einer zumindest konkludenten Täuschung der an einem Verkauf ihrer Anteile interessierten Kommanditisten über den Wert der Unternehmensbeteiligung oder wertbildende Faktoren.

47 (1) Tatsachen sind alle gegenwärtigen oder vergangenen Ereignisse oder Zustände, die dem Beweis zugänglich sind (vgl. BGH, Beschluss vom 14. März 2019 – 4 StR 426/18 Rn. 13; Urteile vom 8. Oktober 2014

– 1 StR 359/13, BGHSt 60, 1 Rn. 20 und vom 22. Oktober 1986 – 3 StR 226/86 Rn. 8, BGHSt 34, 199, 201). Bloße Werturteile wie Rechtsauffassungen, Meinungsäußerungen oder reklamehafte Anpreisungen sind demgegenüber grundsätzlich keine Tatsachen im Sinne von § 263 Abs. 1 StGB. Etwas anderes gilt dann, wenn sie zugleich einen greifbaren, dem Beweis zugänglichen Tatsachenkern enthalten (vgl. BGH, Urteile vom 22. Februar 2017 – 2 StR 573/15 Rn. 18 und vom 8. Oktober 2014 – 1 StR 359/13, aaO; Beschlüsse vom 6. Oktober 2009 – 4 StR 307/09 Rn. 3 und vom 26. August 2003 – 5 StR 145/03 Rn. 41, BGHSt 48, 331, 344). Welcher Inhalt einer Erklärung zukommt, hat der Tatrichter anhand des Empfängerhorizonts und der Erwartungen der Beteiligten zu ermitteln und festzustellen (vgl. BGH, Urteile vom 22. Februar 2017 – 2 StR 573/15, aaO und vom 15. Dezember 2006 – 5 StR 181/06, BGHSt 51, 165 Rn. 20; Beschluss vom 9. Juni 2009 – 5 StR 394/08, BGHR StGB § 263 Abs. 1 Irrtum 17 Rn. 15). Bei einer Äußerung zu zukünftigen Entwicklungen, mithin einer Prognose, hängt die Frage, ob diese tauglicher Täuschungsgegenstand im Sinne von § 263 StGB ist, davon ab, ob sie Behauptungen über konkrete gegenwärtige oder vergangene Verhältnisse, Zustände oder Geschehnisse enthält oder nicht (BGH, Urteil vom 17. Oktober 1972 – 5 StR 281/72, MDR 1973, 18 bei Dallinger). In einer Prognose kann daher trotz ihres Zukunftsbezuges bzw. des mit ihr verbundenen Werturteils eine Täuschung über Tatsachen liegen.

48

Beim Verkauf eines Kommanditanteils sind auch der Wert der Unternehmensbeteiligung sowie wertbildende Faktoren wie etwa die Höhe der veräußerungsfähigen Aktiva des Unternehmens (Grundstücke, Know-How, Maschinen usw.), die Höhe sämtlicher Passiva sowie der Umfang der voraussichtlichen Netto-Zahlungsmittelrückflüsse (Netto-Einnahmen) Tatsachen, die dem Beweis zugänglich sind und über die eine Täuschung möglich ist. Das jeweilige

Guthaben auf den Verrechnungskonten ist nur eine von zahlreichen für die Gesamtbewertung relevante Position.

49 (2) Die Grenze einer aktiven konkludenten Täuschung und einer Täuschung durch Unterlassen bestimmt sich nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Erklärungswert des aktiven Verhaltens. Deshalb darf der Tatrichter grundsätzlich nicht an ein Unterlassen, sondern muss an das aktive Tun – also insbesondere den jeweiligen Vertragsschluss – anknüpfen, wenn in der Erklärung bereits die Täuschungshandlung zu sehen ist (BGH, Urteil vom 15. Dezember 2006 – 5 StR 161/06, BGHSt 51, 165 Rn. 27).

50 (3) Diesen Anforderungen wird die Beweiswürdigung des Landgerichts zur Täuschungshandlung nicht gerecht.

51 Das Landgericht hat die Täuschung seitens des Angeklagten allein in der Verletzung der Auskunftspflichten aus einem Anlagevermittlungsvertrag in Form des Unterlassens eines Hinweises auf das Vorhandensein entnahmefähiger Guthaben auf einem Verrechnungskonto gesehen. Ob der Angeklagte bei den Verkaufsgesprächen konkludent über den Wert der Unternehmensbeteiligung oder wertbildende Faktoren hierfür getäuscht hat, hat das Landgericht nicht näher erörtert. Hierfür bestand jedoch Anlass, weil nach den Feststellungen des Landgerichts bereits in den Rundschreiben des Angeklagten bewusst unzutreffende Angaben enthalten waren.

52 So enthielten die Rundschreiben die objektiv unzutreffende Behauptung, die Kaufinteressenten würden derzeit „maximal 25% des eingetragenen Kapitals übernehmen, so dass ein Verkauf gegebenenfalls nicht in jedem Fall sichergestellt werden“ könne, obwohl dem Angeklagten bekannt war, dass der

anderweitig Verfolgte S. einen Großteil der Kommanditanteile der P. erwerben wollte. Hierdurch konnte der Eindruck einer abweichenden Nachfrage- bzw. Marktsituation vermittelt werden, die für die Wertbestimmung der Kommanditanteile von Bedeutung sein konnte. Das Landgericht hätte deshalb den Inhalt der Verkaufsgespräche im Einzelnen erörtern und dann würdigen müssen, ob der Angeklagte, der den uninformierten Kommanditisten (UA S. 28) einen Kaufpreis vorschlug und der über einen Wissensvorsprung bezüglich des Wertes verfügte (UA S. 13, 32), zumindest konkludent über den Wert der Unternehmensbeteiligung oder über wertbildende Faktoren getäuscht hat. Den Inhalt seiner Erklärungen hätte das Landgericht dabei anhand des Empfängerhorizonts und der Erwartungen der Beteiligten ermitteln und feststellen müssen (vgl. BGH, Beschluss vom 14. März 2019 – 4 StR 426/18 Rn. 13; Urteil vom 22. Februar 2017 – 2 StR 573/15 Rn. 17). Es hätte den Inhalt der Rundschreiben in den Blick nehmen müssen, in denen darauf hingewiesen wurde, dass die „Gesundheitswirtschaft vor großen Problemen“ stünde und jedes zweite Krankenhaus bereits „hohe Verluste“ schreiben würde (UA S. 8 f.). Hierbei hätte es bewerten müssen, ob nicht bereits durch diese Schreiben bei den potentiellen Verkäufern der Eindruck erweckt wurde, dass die Gewinnerwartungen, bei denen es sich um einen maßgeblichen wertbildenden Faktor des Unternehmens handelt, einbrechen würden.

53 (4) Ein täuschungsbedingter Irrtum über den Wert der eigenen Unternehmensbeteiligung oder über wertbildende Faktoren, der für jeden Einzelfall auch vor dem Hintergrund, dass die Kommanditisten von dem ihnen zustehenden Guthaben jährlich unterrichtet wurden, festzustellen wäre, könnte kausal zu der in der Anteilsveräußerung liegenden Vermögensverfügung und dabei zu einem höheren als dem vom Landgericht angenommenen Vermögensschaden geführt haben.

54 bb) Auch die Beweiswürdigung zur subjektiven Tatseite hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

55 Nach der Überzeugung des Landgerichts war der Vorsatz des Angeklagten auf die auf den Verrechnungskonten vorhandenen Guthaben begrenzt. Demgegenüber habe dem Angeklagten nicht nachgewiesen werden können, ob er bewusst und gewollt daran mitgewirkt habe, die Kommanditisten bei der Vermittlung der Kauf- und Übernahmeverträge „über die Angemessenheit der Kaufpreise“ zu täuschen (UA S. 34). Maßgeblicher Bezugspunkt für den Tatvorsatz ist indes nicht die Angemessenheit des Kaufpreises, sondern, ob der Angeklagte über den Unternehmenswert oder wertbildende Faktoren getäuscht hat. Erst wenn hierzu ausreichende Feststellungen getroffen sind, was das Landgericht rechtsfehlerhaft unterlassen hat, ist eine Beweiswürdigung zur subjektiven Tatseite möglich; denn diese muss an der objektiven Tatseite anknüpfen.

56 Das Landgericht hat zudem in seine Beweiswürdigung zur subjektiven Tatseite rechtsfehlerhaft nicht eingestellt, dass das Verfahren – wie sich aus den Urteilsgründen ergibt – hinsichtlich einer größeren Zahl von Fällen nach § 154 Abs. 2 StPO deswegen eingestellt wurde, weil das Guthaben auf dem Verrechnungskonto von dem jeweiligen Kommanditisten vor der Übertragung des Kommanditanteils abgehoben wurde bzw. weil der Angeklagte mit dem jeweiligen Kommanditisten oder seinem Vertreter über die Gesellschaftskonten gesprochen hatte (UA S. 21 f.). Es hätte daher der Erörterung bedurft, ob der Angeklagte im Hinblick auf diese Fälle der Auffassung gewesen sein könnte, auch den anderen Kommanditisten seien die ihnen zustehenden Guthaben auf den Verrechnungskonten bekannt.

57 3. Der Schuldspruch kann nach alledem nicht bestehen bleiben, weil der Senat nicht ausschließen kann, dass das Landgericht auf der Grundlage einer rechtsfehlerfreien Beweiswürdigung Täterschaft statt Beihilfe angenommen hätte. Dies zieht die Aufhebung des Strafausspruchs nach sich.

58 4. Die Sache bedarf daher insgesamt neuer tatrichterlicher Verhandlung und Entscheidung.

Jäger

Bellay

Hohoff

Leplow

Pernice

Vorinstanz:

Würzburg, LG, 21.12.2018 - 731 Js 24339/18 5 KLs