



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

1 StR 551/18

vom
26. Juni 2019
in der Strafsache
gegen

1.

2.

Einziehungsbeteiligte:

1.

2.

wegen Steuerhinterziehung u.a.

hier: Revisionen der Angeklagten O. und W.

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung der Beschwerdeführer und des Generalbundesanwalts – zu 2. auf dessen Antrag – am 26. Juni 2019 gemäß § 349 Abs. 2 und 4 StPO, § 357 StPO analog beschlossen:

1. Auf die Revisionen der Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Kiel vom 23. April 2018 aufgehoben

a) betreffend den Angeklagten O. ,

aa) soweit dieser in den unter Ziff. II.3.3. genannten Fällen der Urteilsgründe verurteilt worden ist mit den Feststellungen zu den verursachten Vermögensnachteilen und zum diesbezüglichen Vorsatz;

bb) im Ausspruch über die Gesamtstrafe;

b) betreffend den Angeklagten W. ,

aa) soweit dieser im Fall II.3.2. und II.3.3. der Urteilsgründe verurteilt worden ist mit den Feststellungen zu den verursachten Vermögensnachteilen und zum diesbezüglichen Vorsatz;

bb) im Ausspruch über die Gesamtstrafe;

cc) im Ausspruch über die Einziehung des Wertes von Taterträgen in Höhe von 725.608,48 €;

c) betreffend die Einziehungsbeteiligte i.

GmbH im Ausspruch über die Ein-

ziehung des Wertes von Taterträgen in Höhe von
1.447.263,09 €;

d) betreffend die Einziehungsbeteiligte J.
GmbH.

2. Die weitergehenden Revisionen der Angeklagten werden als unbegründet verworfen.
3. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittel, an eine andere Wirtschaftsstrafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Gründe:

1 Das Landgericht hat den Angeklagten O. wegen Steuerhinterziehung in neun Fällen und Untreue in drei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und den Angeklagten W. wegen Steuerhinterziehung in 20 Fällen, wegen Beihilfe zur Untreue in Tateinheit mit unbefugtem Betreiben eines Versicherungsgeschäftes sowie wegen Betruges zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten verurteilt und von den Strafen jeweils drei Monate als vollstreckt erklärt. Den Angeklagten W. hat es im Übrigen freigesprochen sowie gegen ihn und die – nicht revidierenden – Einziehungsbeteiligten die Einziehung des Wertes von Taterträgen angeordnet.

2

Hiergegen wenden sich die auf die Rüge der Verletzung materiellen Rechts gestützten Revisionen der Angeklagten, wobei der Angeklagte O. sein Rechtsmittel auf die Verurteilung wegen Untreue, den Gesamtstrafenausspruch sowie den Ausspruch über den Anteil der Freiheitsstrafe, der wegen rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung als vollstreckt gilt, beschränkt hat. Der Angeklagte W. rügt daneben auch die Verletzung formellen Rechts. Die Rechtsmittel haben mit der Sachrüge – gemäß § 357 StPO analog auch zugunsten der Einziehungsbeteiligten – den aus dem Tenor ersichtlichen Teilerfolg; im Übrigen sind sie unbegründet im Sinne von § 349 Abs. 2 StPO.

I.

3 Das Landgericht hat – soweit für das Revisionsverfahren von Bedeutung – folgende Feststellungen und Wertungen getroffen:

4 1. Der Angeklagte O. und der nicht revidierende Mitangeklagte P. waren ab dem Jahr 2008 jeweils alleinvertretungsberechtigte Geschäftsführer und Minderheitsgesellschafter (jeweils 5 %) der B. GmbH (im Folgenden: B.). Diese war zur Tatzeit einer der führenden deutschen Anbieter von Massivhäusern.

5 Im Jahr 2008 wollte der Angeklagte O. das Angebot der B. dadurch aufwerten, dass er den Kunden der B. eine Absicherung für den Fall einer Scheidung oder eines berufsbedingten Umzugs verschaffte (sog. Vermögensschutzgarantie). Dazu gründeten die Angeklagten und der Mitangeklagte P. die i. GmbH (im Folgenden: i.).
Geschäftsführer und Gesellschafter war der Angeklagte W. , der jeweils ein

Drittel der Gesellschaftsanteile treuhänderisch für den Angeklagten O. und den Mitangeklagten P. hielt.

6 Am 29. Januar 2009 schlossen der Angeklagte O. und der Mitangeklagte P. für die B. und der Angeklagte W. für die i. einen Vertrag über eine Absicherung der Kunden der B. . Ersetzt werden sollten für den Fall einer Scheidung oder eines berufsbedingten Umzugs ein möglicher Mindererlös zwischen dem Wert bei Einzug und dem Verkaufspreis sowie Vorfälligkeitsgebühren von bis zu 7.500 €. Die Leistungshöhe für den Fall einer Inanspruchnahme war nicht beschränkt. Der Vermögensschutz sollte zehn Jahre dauern und mit der Abnahme des Hauses und Vorlage eines DEKRA-Abnahmeprotokolls durch die B. beginnen, wobei eine 18-monatige Karenzzeit vorgesehen war. Der Beitrag belief sich je Kunden auf 1.487,50 € zuzüglich Umsatzsteuer.

7 Einen Teil des Risikos wollten die Angeklagten und der Mitangeklagte P. über die R. Versicherung (im Folgenden: R.) absichern. Zu diesem Zweck unterzeichnete der Angeklagte W. am 31. März 2009 für die i. einen Rahmenvertrag mit der R. . Durch die Versicherungsleistung sollte ein Wertverlust ausgeglichen werden, der sich gegebenenfalls aus der Differenz zwischen dem Anschaffungspreis zuzüglich wertsteigernder Investitionen und dem Verkaufspreis ergäbe. Die Versicherungssumme war je versicherter Person auf 30.000 € und je Versicherungsjahr auf 540.000 € beschränkt. Der Versicherungsschutz sollte ebenfalls zehn Jahre dauern. Der Versicherungsbeitrag lag für jede versicherte Person bei 486 € zuzüglich Versicherungssteuer.

8 Die „Vermögensschutzgarantie“ war von Anfang 2009 bis zum 14. März 2012 fester Bestandteil der Hausbauverträge der B. ; anschließend war sie optional. Da es sich bei der Vermögensschutzgarantie tatsächlich um

eine Versicherungsleistung handelte, hätte die i. für deren Angebot eine Erlaubnis benötigt, die sie jedoch nicht besaß. Dies wussten die Angeklagten O. und W. .

9 Die i. stellte der B. im Zeitraum 8. Mai 2009 bis 27. März 2012 insgesamt 2.582.612,47 € für die „Vermögensschutzgarantie“ in Rechnung. Die B. leistete darauf zwischen dem 13. Mai 2009 und dem 23. Mai 2012 Zahlungen in Höhe von insgesamt 2.042.701,05 €. Zwei Rechnungen zeichnete der Angeklagte O. selber frei, im Übrigen verhinderte er die Rechnungsfreigabe trotz entsprechender Kenntnis nicht.

10 Die i. stellte nur einem Teil der ihr durch die B. gemeldeten Bauherren ein Zertifikat für die Garantie aus und meldete wiederum nur einen Teil von diesen zur Rückversicherung bei der R. an. Nach dem 6. Dezember 2011 erfolgten keine Meldungen zur Rückversicherung mehr, weshalb die R. den Rahmenvertrag mit Schreiben vom 17. September 2012 kündigte. Sie wollte aber weiter für die Risiken der bereits gemeldeten Bauherren eintreten.

11 Das Kontoguthaben der i. lag zum Ende der Jahre 2009 bis 2012 jeweils unter 1.500 €. Die i. gewährte bis Ende des Jahres 2011 Darlehen über 512.429,89 € an den Angeklagten O. und 725.608,48 € an den Angeklagten W. .

12 2. Das Landgericht ist davon ausgegangen, dass durch die Angeklagten O. und W. ein Vermögensnachteil in Höhe von insgesamt 1.722.243,08 € verursacht worden sei. Bereits durch den Vertragsschluss mit der i. sei das Vermögen der B. konkret gefährdet gewesen.

13 Als Vermögensnachteil hat die Strafkammer die auf die verfahrensgenständlichen Rechnungen der i. geleisteten Zahlungen angesehen, dabei

aber bis zum 31. Dezember 2010 von der für jeden gemeldeten Bauherren geleisteten Zahlung in Höhe von 1.770,13 € den auf die Prämie der R. entfallenden Teil (578,34 €) sowie eine Verwaltungspauschale (41,21 €) abgezogen. Nach Auffassung des Landgerichts habe die i. die vertraglich zugesicherte, über die Leistungen der R. hinausgehende Absicherung bereits von Beginn an und ab dem 1. Januar 2011 auch eine Rückversicherung bei der R. nicht gewährleisten können. Diese Annahme stützt das Landgericht darauf, dass die i. – wie sich aus dem geringen Kontoguthaben ergebe – keine ausreichenden Rücklagen für das Eintreten etwaiger Versicherungsfälle und die Zahlung der Prämien der R.

gebildet habe. Auf dieser Grundlage hat die Strafkammer angenommen, der Wert der Taterträge, welche der Angeklagte W. sowie die Einziehungsbeteiligten

i. und J. GmbH, deren faktischer Geschäftsführer der Angeklagte W. war, aus der Untreue zum Nachteil der B. erlangt hätten, unterliege der Einziehung (§ 73 Abs. 1, § 73 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2, § 73 c Satz 1 StGB).

II.

14 1. Die Schuldsprüche wegen Untreue zum Nachteil der B. in drei Fällen (Angeklagter O.) sowie wegen Beihilfe zur Untreue (Angeklagter W.) halten sachlich-rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

15 a) Das Landgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass der Angeklagte O. , indem er sich an dem Abschluss und der Durchführung des Vertrages zwischen der B. und der i. über die „Vermögensschutzgarantie“ beteiligte, eine ihm obliegende Vermögensbetreuungspflicht verletzt hat.

Zudem hat das Landgericht ohne Rechtsfehler angenommen, der Angeklagte W. habe ihn dabei unterstützt, indem er insbesondere an der Gründung der i. mitwirkte und in der Folge als deren Geschäftsführer den Vertragsschluss mit der B. und die Erstellung von Rechnungen an diese verantwortete.

16 b) Die Feststellungen der Strafkammer tragen indes nicht die Annahme, der B. sei durch die Zahlungen an die i. jeweils ein Vermögensnachteil entstanden.

17 aa) Ein dem betreuten Vermögen zugefügter Nachteil im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB ist jede durch die Tathandlung verursachte Vermögenseinbuße. Die Vermögensminderung ist dabei nach dem Prinzip der Gesamtsaldierung festzustellen; maßgeblich ist der Vergleich der Vermögenswerte unmittelbar vor und nach der pflichtwidrigen Verhaltensweise zu Lasten des betroffenen Vermögens (st. Rspr.; vgl. zuletzt BGH, Beschluss vom 19. September 2018 – 1 StR 194/18 Rn. 22 mwN). Ein Nachteil liegt deshalb nicht vor, wenn durch die Tathandlung zugleich ein den Verlust aufwiegender Vermögenszuwachs begründet wird.

18 Ein Nachteil im Sinne von § 266 Abs. 1 StGB kann als sog. Gefährdungsschaden auch darin liegen, dass das Vermögen des Opfers aufgrund der bereits durch die Tathandlung begründeten Gefahr des späteren endgültigen Vermögensabflusses in einem Maße konkret beeinträchtigt wird, dass dies schon zu diesem Zeitpunkt eine faktische Vermögensminderung begründet. Jedoch darf dann die Verlustwahrscheinlichkeit nicht so diffus sein oder sich in so niedrigen Bereichen bewegen, dass der Eintritt eines realen Schadens letztlich nicht belegbar bleibt. Voraussetzung ist vielmehr, dass unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalls der Eintritt eines Schadens so

naheliegender erscheint, dass der Vermögenswert aufgrund der Verlustgefahr bereits gemindert ist (BVerfG, Beschluss vom 23. Juni 2010 – 2 BvR 2559/08 u.a., BVerfGE 126, 170, 221 ff.; BGH aaO Rn. 23 mwN). Unter diesen Voraussetzungen kann bereits in dem Abschluss wirtschaftlich nachteiliger Verträge eine vermögensnachteilsgleiche Vermögensgefährdung liegen (BGH aaO).

19 Da der Vermögensnachteil ein selbstständiges, neben der Voraussetzung der Pflichtverletzung stehendes Tatbestandsmerkmal darstellt, ist dieser – von einfach gelagerten und eindeutigen Fällen abgesehen – eigenständig zu ermitteln, anhand üblicher Maßstäbe des Wirtschaftslebens zu konkretisieren und zu beziffern (st. Rspr.; vgl. zuletzt BGH aaO Rn. 24 mwN).

20 bb) Diesen Maßgaben wird das landgerichtliche Urteil nicht gerecht, wenn es allein darauf abstellt, dass die i. zur Erbringung ihrer vertraglichen Verpflichtung gegenüber der B. – der Gewährung von Versicherungsschutz für die Bauherren – nicht in der Lage bzw. ihr Geschäftsführer hierzu nicht gewillt gewesen sei und dies maßgeblich an dem jeweiligen Kontoguthaben der i. festmacht. Ein Schaden oder eine schadensgleiche Vermögensgefährdung wird so nicht hinreichend belegt.

21 (1) Im Ausgangspunkt zutreffend ist das Landgericht allerdings davon ausgegangen, dass alleiniger Vertragspartner der i. die B. , nicht aber die einzelnen Bauherren waren. Es handelte sich insofern um einen Vertrag zu Gunsten Dritter. Auch führte der Verstoß gegen § 5 VAG aF wegen der der i. fehlenden Erlaubnis, Versicherungsleistungen zu vertreiben, nicht zur Unwirksamkeit der Vereinbarung mit der B. gemäß § 134 BGB (vgl. Merkt/Culler, WM 2018, 1817, 1823), so dass jedenfalls nicht auf nichtige Forderungen hin geleistet wurde.

- 22 (2) Für die Werthaltigkeit der von der i. geschuldeten Gegenleistung kommt es daher entscheidend darauf an, inwiefern diese finanziell dazu in der Lage war, einerseits bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen Rückversicherungen bei der R. vorzunehmen und andererseits im Versicherungsfall den nicht über die R. abgedeckten Schaden zu ersetzen. Indem das Landgericht für diese Frage allein auf das jeweilige Kontoguthaben der i. abstellt, greift es zu kurz.
- 23 (a) In diesem Zusammenhang wäre es zum einen gehalten gewesen, das tatsächliche Risiko einer Inanspruchnahme zu ermitteln und in diesem Rahmen insbesondere die – bekanntermaßen angestiegene – Entwicklung der Immobilienpreise im Tatzeitraum sowie die konkreten Vertragskonditionen, namentlich die 18-monatige Karenzzeit zu Vertragsbeginn, zu berücksichtigen. Denn von der Höhe dieses Risikos hängt ab, wieviel Geldmittel die i. für den etwaigen Eintritt eines Versicherungsfalles hätte vorhalten müssen. Insoweit wäre gegebenenfalls auch die Einholung eines versicherungsmathematischen Sachverständigengutachtens geboten gewesen.
- 24 (b) Zum anderen hätte die Strafkammer im Hinblick auf die Erfüllungsfähigkeit der i. nicht alleine auf das jeweilige Kontoguthaben abheben dürfen, sondern hätte daneben auch andere Vermögensbestandteile in ihre Überlegungen einbeziehen müssen. Vermögen ist die Gesamtheit der geldwerten Güter einer natürlichen oder juristischen Person abzüglich der Verbindlichkeiten (vgl. Fischer, StGB, 66. Aufl., § 263 Rn. 91). Dazu gehören insbesondere Forderungen und sonstige Ansprüche, soweit sie nicht wegen offensichtlicher Uneinbringlichkeit wirtschaftlich wertlos sind (Fischer aaO Rn. 91, 98).
- 25 Insofern kommen vorliegend namentlich Darlehensrückzahlungsansprüche der i. gegen die Angeklagten O. und W. in Höhe von zu-

sammen über 1,2 Mio. € in Betracht. Denn an einem Nachteil fehlt es, wenn der Täter jederzeit zum Ersatz des Schadens fähig und bereit ist und hierfür ständig eigene flüssige Ersatzmittel bereithält, die den Ausgleich ermöglichen (st. Rspr.; vgl. zuletzt BGH, Beschlüsse vom 29. Januar 2015 – 1 StR 587/14 Rn. 17 und vom 2. April 2008 – 5 StR 354/07, BGHSt 52, 182 Rn. 27). Erforderlich wäre insofern aber, dass die Darlehensrückzahlungsansprüche der i. fällig, die Angeklagten zu ihrer Erfüllung bereit und finanziell in der Lage gewesen wären.

26 Hierzu fehlen ausreichende Feststellungen. So ist den Urteilsgründen nicht zu entnehmen, was hinsichtlich der Rückzahlung der Darlehen vereinbart wurde, insbesondere wann die entsprechenden Ansprüche der i. fällig sein sollten. Offen bleibt zudem, ob und inwieweit die Angeklagten O. und W. zur Rückzahlung gewillt und in der Lage waren. Konkrete Feststellungen zu den Vermögensverhältnissen der Angeklagten zur Tatzeit hat die Strafkammer nicht getroffen. Bezogen auf den Angeklagten W. ist im Rahmen der Beweiswürdigung des Urteils lediglich ausgeführt, dieser habe zum Hintergrund der Darlehen angegeben, bei den drei Angeklagten, vor allem bei ihm habe es noch Verpflichtungen aus der Vergangenheit gegeben (UA S. 82). Daraus ergibt sich im Hinblick auf seine Vermögenssituation jedoch nichts.

27 c) Die Verurteilungen des Angeklagten O. wegen Untreue in drei Fällen und des Angeklagten W. wegen Beihilfe zur Untreue können daher keinen Bestand haben. Dies führt im Hinblick auf Letzteren auch zur Aufhebung des – an sich rechtsfehlerfreien – Schuldspruchs wegen des vom Landgericht tateinheitlich hierzu abgeurteilten unbefugten Betreibens eines Versicherungsgeschäftes (vgl. etwa BGH, Beschluss vom 20. Juni 2001 – 3 StR 135/01 Rn. 18 mwN).

28

2. Die Aufhebung der Schuldsprüche entzieht den insoweit verhängten Einzelstrafen und den Gesamtstrafen die Grundlage. Die Feststellungen zum Vorliegen von Vermögensnachteilen und zum diesbezüglichen Vorsatz sind ebenfalls aufzuheben (§ 353 Abs. 2 StPO). Die übrigen Feststellungen sind von dem Rechtsfehler nicht betroffen und können bestehen bleiben. Ergänzende, zu den bisherigen nicht im Widerspruch stehende Feststellungen bleiben möglich.

29 3. Die Teilaufhebung der Strafaussprüche lässt die ohne Rechtsfehler ergangenen Kompensationsentscheidungen unberührt (BGH, Beschluss vom 20. Dezember 2017 – 1 StR 464/17 Rn. 19 mwN).

30 4. Hinsichtlich des Angeklagten W. konnte zudem die Einziehungsentscheidung nicht bestehen bleiben, soweit sich die vom Landgericht angeordnete Einziehung des Wertes von Taterträgen in Höhe von 725.608,48 € auf die der Aufhebung unterliegende Tat (Ziff. II.3.3. der Urteilsgründe) bezieht.

31 5. Die Aufhebung der Schuldsprüche ist analog § 357 StPO auf die Einziehungsbeteiligten zu erstrecken, weil der Rechtsfehler sie gleichermaßen betrifft (zur entsprechenden Anwendung der Vorschrift auf Einziehungsbeteiligte vgl. zuletzt BGH, Beschluss vom 6. März 2019 – 3 StR 286/18 Rn. 15 mwN). Im Hinblick auf die Einziehungsbeteiligte i. bleibt jedoch die Einziehungsentscheidung insoweit bestehen, als sie sich auf nicht abgeführte Versicherungssteuer bezieht (326.145,56 €, UA S. 122).

32 6. Für die neue Hauptverhandlung weist der Senat auf Folgendes hin:

33 a) Sollte die neu zur Entscheidung berufene Strafkammer erneut zu der Annahme gelangen, bereits durch den Vertragsschluss mit der i. sei das Vermögen der B. konkret gefährdet gewesen, würde in dem Verhalten des Angeklagten O. – trotz der zwei durch ihn getätigten Rechnungsfreiga-

ben – nur ein Fall der Untreue liegen. Denn dann wäre der Tatbestand der Untreue bereits durch den Vertragsschluss vollendet und durch die später auf Grundlage des Vertrages geleisteten Zahlungen an die i. der Gefährdungsschaden nur vertieft worden (vgl. BGH, Beschluss vom 17. August 2006 – 4 StR 117/06 Rn. 13; ähnlich BGH, Beschluss vom 30. September 2010 – 5 StR 259/10 Rn. 13 f.; Fischer, StGB, 66. Aufl., § 266 Rn. 194; siehe weitergehend auch LK/Schünemann, StGB, 12. Aufl., § 266 Rn. 213).

- 34 b) Im Fall einer erneuten Verurteilung des Angeklagten W. wird bei der Strafrahmenwahl ein Absehen von der Regelwirkung unter Berücksichtigung des vertypen Strafmilderungsgrundes des § 27 Abs. 2 Satz 2 StGB i.V.m. § 49 Abs. 1 StGB zu erörtern sein (vgl. BGH, Urteil vom 24. September 2018 – 5 StR 528/17 Rn. 7 und Beschluss vom 21. August 2018 – 3 StR 205/18 Rn. 2 jeweils mwN).

Raum

Bellay

Bär

Hohoff

Pernice