



5 StR 96/08

# **BUNDESGERICHTSHOF**

**IM NAMEN DES VOLKES**

## **URTEIL**

vom 27. November 2008  
in der Strafsache  
gegen

1.

2.

3.

wegen Betrugs u. a.

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 27. November 2008, an der teilgenommen haben:

Vorsitzender Richter Basdorf,

Richter Dr. Raum,  
Richter Dr. Brause,  
Richter Schaal,  
Richter Dölp

als beisitzende Richter,

Bundesanwalt

als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt B.

als Verteidiger für den Angeklagten T. ,

Rechtsanwalt To.

als Verteidiger für den Angeklagten M. ,

Rechtsanwalt Sch.

als Verteidiger für den Angeklagten L. ,

Justizangestellte ,

Justizamtfrau

als Urkundsbeamtinnen der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

1. Auf die Revisionen der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des Landgerichts Cottbus vom 4. Juli 2007 in der Urteilsformel dahin geändert, dass die Teilfreisprüche entfallen.
2. Die bezüglich des Angeklagten T. weitergehende Revision der Staatsanwaltschaft und die Revisionen der Angeklagten gegen das genannte Urteil werden verworfen.
3. Jeder Angeklagte hat die Kosten seines Rechtsmittels zu tragen, der Angeklagte M. zudem die Kosten der ihn betreffenden Revision der Staatsanwaltschaft. Die Staatskasse trägt die Kosten der den Angeklagten T. betreffenden Revision der Staatsanwaltschaft sowie die diesem Angeklagten insoweit entstandenen notwendigen Auslagen.

– Von Rechts wegen –

### **Gründe**

1. Das Landgericht hat den Angeklagten T. wegen Betrugs zu einer zur Bewährung ausgesetzten Freiheitsstrafe von einem Jahr und elf Monaten verurteilt. Gegen die Mitangeklagten hat es wegen Beihilfe zum Betrug eine Geldstrafe von 250 Tagessätzen (M. ) bzw. von 150 Tagessätzen (L. ) verhängt. Vom Vorwurf der Untreue hat das Landgericht die Angeklagten M. und T. freigesprochen. Die Revisionen der Angeklag-

ten, die mit Verfahrensrügen (bis auf den Angeklagten L. ) sowie näher ausgeführten Sachrügen die Aufhebung ihrer Verurteilung erstreben, sind ebenso erfolglos wie das zuungunsten des Angeklagten T. eingelegte, auf die Sachrüge gestützte und auf die Aussetzungsentscheidung wirksam beschränkte Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft, das vom Generalbundesanwalt vertreten wird. Auf die Revisionen der Staatsanwaltschaft entfallen lediglich die Teilfreisprüche.

I.

2 Das Landgericht hat folgende Feststellungen getroffen:

3 Der Angeklagte T. war im Namen der US F. G. L. Lia. C. im Bereich der Finanzanlagevermittlung tätig. Bereits am 15. März 2005 hatte die US F. G. mit dem Fußballverein FC Energie Cottbus e.V. einen Darlehensvertrag über 1,5 Mio. Euro abgeschlossen. Im Zuge der Vertragsverhandlungen bot der Angeklagte T. dem Vereinspräsidenten K. und dem Vizepräsidenten Schu. an, dem Fußballverein weitere Fremdmittel in Höhe von 2,2 Mio. Euro verschaffen zu können. Dafür sei jedoch eine Vorleistung des Fußballvereins in Höhe von 300.000 Euro zur Deckung der Finanzierungskosten erforderlich. Tatsächlich war – wie auch die Mitangeklagten M. und L. wussten – die US F. G. nicht in der Lage, dem Fußballverein ein Darlehen in dieser Größenordnung zur Verfügung zu stellen oder zu vermitteln. Der vom Angeklagten L. im Laufe der Vertragsverhandlungen angerufene Angeklagte M. stellte als Rechtsanwalt ein Treuhandkonto zur Einzahlung der Vorleistung zur Verfügung. Dabei durfte er nach dem Treuhandvertrag, den der Angeklagte L. den beiden genannten Präsidiumsmitgliedern am 16. März 2005 zur Unterzeichnung überbrachte, nur auf „ausdrückliche schriftliche Anweisung im Rahmen der Einzelabwicklung an zu benennende Dritte“ über den Betrag verfügen. Andere Präsidiumsmitglieder des Fußballvereins und Mitglieder des Verwaltungsrates setzten weder K. noch Schu.

über diese Geschäftsvorgänge in Kenntnis. Der Verein leistete den Betrag zur Kreditbeschaffung in Höhe von 300.000 Euro nicht aus Eigenmitteln. Vielmehr wies K. nach Abschluss entsprechender Darlehensverträge einen niederländischen Sponsor und eine Cottbusser Gesellschaft an, die Teilbeträge von 100.000 Euro bzw. 200.000 Euro auf das Treuhandkonto zu überweisen. Nach der Vereinssatzung war er als der Präsident nur gemeinschaftlich mit einem weiteren Präsidiumsmitglied zur Vertretung des Vereins befugt; der Abschluss von Darlehensverträgen über 770.000 Euro bedurfte zudem der Zustimmung des Verwaltungsrats.

4 In dem wenige Tage später zwischen dem FC Energie Cottbus e.V. und der US F. G. abgeschlossenen „Entschuldungsvertrag“ war geregelt, dass der Angeklagte M. als Treuhänder den Deckungsbetrag auf ein Firmenkonto bei einer in Miami (USA) ansässigen Bank überweisen sollte. Der Entschuldungsvertrag enthielt eine Klausel, wonach die US F. G. über den Betrag von 300.000 Euro nur verfügen durfte, wenn sie „eine unwiderrufliche Fremdmittelzusage und darauf folgende Valutierungszusage vom Kapitalgeber (einem Bankinstitut) vorliegen hat“ (Ziffer 05.08. des Entschuldungsvertrags).

5 Der Angeklagte M. übergab den beiden Mitangeklagten T. und L. bereits vorab vom Treuhandkonto aus dem mittlerweile überwiesenen Geldbetrag von 300.000 Euro einen Betrag von 10.000 Euro für eine bevorstehende Fernreise. Von dem verbliebenen Bankguthaben überwies M. auf T. s Anweisung einen Betrag in Höhe von 100.000 Euro an eine deutsche Finanzanlagevermittlungsgesellschaft mit Namen „D. „, die weder einen Kredit in Höhe von 1 Mio. Euro vermittelt noch den eingesetzten Betrag zurückzahlte. Weitere 50.000 Euro in bar übergab M. an L. , der diese an T. weitergeben sollte; T. benötigte diesen Geldbetrag für ein in gleicher Weise aussichtsloses, angeblich über die auf den Britischen Jungferninseln ansässige E. A. Ltd. vermittelbares Finanzgeschäft. Bei beiden Investitionen verstieß der Angeklagte

T. damit gegen die genannte Vertragsklausel aus dem Entschuldungsvertrag. Von dem auf das amerikanische Firmenkonto der US F.

G. überwiesenen Betrag in Höhe von rund 138.000 Euro verwendete der Angeklagte T. mehr als 117.000 Euro nicht zur Kreditbeschaffung; er erfüllte damit überwiegend eigene Schulden, unter anderem eine Honorarrechnung des Mitangeklagten M. . An Energie Cottbus erfolgte keine Rückzahlung.

## II. Revision des Angeklagten T.

6 Die Revision des Angeklagten T. bleibt ohne Erfolg.

7 1. Die Verfahrensrügen zeigen keinen Rechtsfehler auf.

8 a) Soweit die Revision mit der ersten Beweisantragsrüge die unterlassene Vernehmung des Zeugen W. als verfahrensfehlerhaft beanstandet, ist die Rüge bereits unzulässig (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO). Der vom Beschwerdeführer vorgetragene Ablehnungsbeschluss des Landgerichts (Anlage 2 des Protokolls vom 18. Juni 2007) betrifft diesen Zeugen nicht. Vielmehr hat das Landgericht diesen Teil des Beweisantrags mit gesondertem Beschluss (Anlage 1 des Protokolls vom 18. Juni 2007) zurückgewiesen, wie der Gegenerklärung der Staatsanwaltschaft vom 25. Oktober 2007 zu entnehmen ist.

9 Auch im Übrigen begegnet die Verfahrensrüge erheblichen Zulässigkeitsbedenken. Denn der Beschwerdeführer legt nicht präzise dar, welche Beweistatsachen mit welchen zugehörigen Beweismitteln aus dem mehrere Behauptungen und mehrere Zeugen umfassenden Beweisantrag Gegenstand der Rüge sind (vgl. BGHR StPO § 344 Abs. 2 Satz 2 Formerfordernis 1). Soweit der eigenen rechtlichen Würdigung des Beschwerdeführers zu entnehmen ist, dass die unterbliebene Aufklärung der Abwicklung der mit den Sponsoren geschlossenen Darlehensverträge gerügt werden soll (vgl.

Ziffern 7 und 8 aus dem Ablehnungsbeschluss aus der Anlage 2 des Protokolls vom 18. Juni 2007), hat das Landgericht diesen Teil des Beweisantrags rechtsfehlerfrei als aus rechtlichen Gründen bedeutungslos abgelehnt.

10            b) Bei der zweiten und dritten Beweisantragsrüge (unterbliebene Vernehmung des Zeugen F.        ) fehlt es bereits an der Wiedergabe der im betreffenden Ablehnungsbeschluss in Bezug genommenen „Konsortialdarlehenszusage“ und des „Vertrags über einen Aktienverkauf“ (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO). Im Übrigen hat das Landgericht – insbesondere unter Berücksichtigung der ersichtlich substanzlosen Behauptung, dass die Abstandnahme des Fußballvereins vom Entschuldungsvertrag ursächlich für das Scheitern dieses Finanzierungsgeschäfts gewesen sein soll – rechtsfehlerfrei darauf abgestellt, dass nicht erkennbar gewesen ist, welche konkreten Tatsachen, nicht Wertungen, die der eigenen Wahrnehmung des Zeugen F. unterlegen haben sollen, dieser bekunden sollte.

11            c) Die vierte Beweisantragsrüge, mit der die unterbliebene Vernehmung der Auslandszeugen C.        und S.        zu von der US F. G.        in den USA getätigten Kreditvermittlungsgeschäften als verfahrensfehlerhaft gerügt wird, ist bereits unzulässig, weil die im entsprechenden Antrag in Bezug genommenen Anlagen I bis III nicht vorgelegt werden. Im Übrigen mangelt es dem Antrag an ausreichend präzisen Beweistatsachen mit Bezug zum Anklagevorwurf.

12            2. Schuld- und Strafausspruch halten sachlichrechtlicher Nachprüfungsstand.

13            a) Der Angeklagte T.        hat über die Fähigkeit der US F. G.        zur Kreditvermittlung und über seine Leistungsbereitschaft als Vertreter dieser Gesellschaft getäuscht. Die entsprechende Leistungsunfähigkeit wird von einer ausreichenden Beweiswürdigung getragen. Die „Qualität“ der beiden vom Angeklagten angestoßenen, gegen den eindeutigen Wortlaut der

Ziffer 05.08. des Entschuldungsvertrags verstoßenden Kreditvermittlungsgeschäfte spricht für sich. Auch kam ersichtlich dem Umstand Bedeutung zu, dass der Angeklagte T.                    mehr als ein Drittel des Deckungsbetrages vertragswidrig für andere Zwecke einsetzte. Da der Vereinspräsident irrtümlich an die Leistungsfähigkeit der US F.                    G.                    und an T.                    s Leistungsbereitschaft glaubte, veranlasste er die Sponsoren, auf abgekürztem Wege den Vorschuss unmittelbar auf das Treuhandkonto zu zahlen.

14                    b) In dieser Anweisung durch den Vereinspräsidenten ist die schadensrelevante Vermögensverfügung zu sehen. Die beiden Einzahlungen haben unmittelbar das Vereinsvermögen gemindert. Die Überweisungsbeträge sind dem Vereinsvermögen zuzurechnen:

15                    aa) Wenn die beiden Darlehensverträge mit den Sponsoren zivilrechtlich wirksam waren, hatte der Fußballverein einen entsprechenden Anspruch auf Auszahlung der Darlehensvaluta (§ 488 Abs. 1 Satz 1 BGB) und konnte mit Erfüllungswirkung bestimmen, dass die Darlehensbeträge sogleich an den Treuhänder gezahlt wurden (vgl. § 362 Abs. 2, § 185 BGB). Auf die rechtliche Wirksamkeit sowohl der mit den Sponsoren geschlossenen Darlehensverträge als auch des sogenannten Entschuldungsvertrags kommt es indes nicht an. Selbst wenn die mit den Sponsoren geschlossenen Darlehensverträge gemäß § 18 Abs. 4 der Vereinssatzung i.V.m. §§ 70, 68, 26 Abs. 2 Satz 2 BGB wegen eines im Vereinsregister eingetragenen Ausschlusses der Alleinvertretungsbefugnis unwirksam gewesen sein sollten, betrifft dies nur das Verhältnis der Sponsoren zum Fußballverein und ändert nichts an den Leistungsbeziehungen: Der Fußballverein wäre dann nicht aus § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB i.V.m. dem Darlehensvertrag zur Rückzahlung der Darlehensvaluten verpflichtet, sondern aus § 812 Abs. 1 Satz 1 erste Alternative i.V.m. § 818 Abs. 2 BGB. Leistender war, wie vom Landgericht rechtsfehlerfrei ausgeführt, aus Sicht des Mitangeklagten M.                    der Fußballverein; nur zu diesem bestand eine – für sich genommen unter Beachtung des § 18 Abs. 4 und Abs. 6 (Zustimmung des Verwaltungsrates zur Kreditaufnahme



von mehr als 770.000 Euro) zustande gekommene – vertragliche Beziehung, nicht hingegen zwischen dem Anwalt und den beiden Sponsoren. Es wäre nicht anders zu beurteilen, wenn die Sponsoren die Gelder zunächst auf ein Bankkonto des Vereins eingezahlt hätten und der Verein anschließend die Beträge auf das Treuhandkonto überwiesen hätte.

16                   bb) Da der Angeklagte Rechtsanwalt M.            von vornherein dieses Treuhandkonto nicht im Interesse der Treugeberin, des Fußballvereins, führen wollte, sondern im Interesse des Angeklagten T.            , wie insbesondere der Zeitpunkt der ersten Barabhebung (nämlich vor Erhalt der schriftlichen Anweisung aus dem Entschuldungsvertrag) und die drei gegen den eindeutigen Wortlaut der Anweisung aus dem Entschuldungsvertrag (die beiden Barabhebungen und die Überweisung an den D.            ) verstoßenen Verfügungen zeigen, ist bereits in dieser Einzahlung die schadensrelevante Vermögensverfügung zu sehen. Durch die spätere Entwicklung, insbesondere dann durch die konkrete Verwendung der Gelder, ist der Schaden nur vertieft worden.

17                   c) Der Vermögensschaden ist beim Fußballverein eingetreten. Denn sein Anspruch auf Vermittlung eines Darlehens war wegen der Leistungsunfähigkeit der US F.            G.            und der fehlenden Leistungsbereitschaft des Angeklagten T.            offensichtlich nicht gleichwertig. Vielmehr war der auf das Treuhandkonto eingezahlte Betrag für den Verein unwiederbringlich verloren; zugleich bestand jeweils eine Rückzahlungsverbindlichkeit gegenüber den beiden Sponsoren.

### III. Revision des Angeklagten M.

18                   Die Revision des Angeklagten M.            ist ebenfalls unbegründet.

19                    1. Sämtliche – auch in der Sache ersichtlich aussichtslosen – Verfahrensrügen bleiben wegen offensichtlich unvollständigen Vortrags (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO) erfolglos.

20                    2. Die auf die Sachrüge vorgenommene Überprüfung des Urteils hat keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten M.                    ergeben. Das Landgericht hat sich, wie bereits zur Revision des Angeklagten T. ausgeführt, rechtsfehlerfrei die Überzeugung gebildet, dass die US F. G.                    von Anfang an leistungsunfähig war. Auch der Gehilfenvorsatz des Angeklagten M.                    ist bereits angesichts des eindeutigen und mehrfachen Verstoßes gegen die Treuhandaufgabe (Zeitpunkt der ersten Barabhebung vor Erhalt der schriftlichen Anweisung aus dem Entschuldungsvertrag, die beiden Barabhebungen und die Überweisung an den D.                    ) und gegen Ziffer 05.08. aus dem auch dem Anwalt bekannten Entschuldungsvertrag rechtsfehlerfrei festgestellt. Ersichtlich war der Treuhänder – anderenfalls hätte die Begründung des Treuhandverhältnisses keinen Sinn ergeben – verpflichtet, die Beträge nur freizugeben, wenn die im Vertrag genannten Voraussetzungen erfüllt waren. Darüber hinaus hat das Landgericht weitere Indizien genannt, die hier die Annahme eines bedingten Vorsatzes tragen. Die Gesamtwürdigung aller Indizien durch das Landgericht ist deshalb aus revisionsrechtlichen Gründen nicht zu beanstanden.

#### IV. Revision des Angeklagten L.

21                    Auch bezüglich des Angeklagten L.                    und auf seine erhobene Sachrüge hat die Überprüfung des Urteils keinen Rechtsfehler zu seinem Nachteil gegeben. Die Tatbeiträge des Angeklagten L.                    , die darin bestanden, die Verträge den jeweiligen Vertragsbeteiligten zu überreichen und dabei als durchaus kompetenter, wenngleich dem Angeklagten T.                    untergeordneter Vertreter aufzutreten, haben die Haupttat gefördert. Auch der Gehilfenvorsatz ist angesichts der Einbindung des Angeklagten L.                    in die Organisation des Angeklagten T.                    und der belegten Kenntnis von dessen Vermögenssituation tragfähig begründet.

## V. Revisionen der Staatsanwaltschaft

- 22 Die auf die Teilfreisprüche und bezüglich des Angeklagten T. zudem auf die Entscheidung zur Aussetzung der Freiheitsstrafe zur Bewährung beschränkten Revisionen der Staatsanwaltschaft führen lediglich zu einer Korrektur des Tenors (vgl. aber auch BGHR StPO § 260 Abs. 1 Teilfreispruch 14). Im Übrigen ist die den Angeklagten T. betreffende Revision der Staatsanwaltschaft unbegründet.
- 23 1. Allerdings beanstandet die Staatsanwaltschaft die Teilfreisprüche zu Recht. Wenn der Vorwurf der Untreue bzw. der Anstiftung zur Untreue wegfällt (was die Staatsanwaltschaft in der Sache nicht angreift), bedarf es eines gesonderten Freispruchs nicht. Die Staatsanwaltschaft hatte ursprünglich Betrug und Untreue als tateinheitlich begangen angeklagt. Damit bedurfte es eines Teilfreispruchs zur Klarstellung nicht, um den die Anklage unverändert zulassenden Eröffnungsbeschluss zu erschöpfen (vgl. BGHR StPO § 260 Abs. 1 Teilfreispruch 6).
- 24 2. Die Entscheidung des Landgerichts, die Vollstreckung der Freiheitsstrafe gegen den Angeklagten T. zur Bewährung auszusetzen (§ 56 Abs. 2 StGB), hält rechtlicher Nachprüfung noch stand. Zwar sind die Ausführungen zur Kriminalprognose (§ 56 Abs. 1 StGB) bedenklich knapp. Gleichwohl kann dem Gesamtzusammenhang der Strafzumessungserwägungen entnommen werden, dass sich das Landgericht davon überzeugt hat, dass sich der als Finanzvermittler krass überschätzende, nur geringfügig vorgeahndete Angeklagte T. vom Strafurteil beeindruckt zeigen wird und ihm klar geworden ist, in welchem Umfang er den Bereich der „seriösen Anlagevermittlung“ verlassen hat. Diese Einschätzung ist vom tatrichterlichen Beurteilungsspielraum gedeckt. Auch unter Berücksichtigung der Höhe des verursachten Vermögensverlusts großen Ausmaßes überschreitet die maßgeblich auf die immense Leichtfertigkeit der Vertreter des Geschädigten, zudem eine, wenngleich naive, gewisse Einsatzbereitschaft und Erfolgshoff-

nung des Angeklagten gestützte Aussetzungsentscheidung nicht die Grenze des Vertretbaren.

Basdorf

Raum

Brause

Schaal

Dölp