



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

3 StR 447/11

vom
27. März 2012
in der Strafsache
gegen

1.

2.

wegen Untreue u.a.

hier: Revision des Angeklagten B.

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Beschwerdeführers und des Generalbundesanwalts am 27. März 2012 gemäß § 349 Abs. 4, § 357 StPO einstimmig beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Duisburg vom 4. Juli 2011 mit den Feststellungen aufgehoben,
 - a) soweit es ihn betrifft,
 - b) die Mitangeklagte T. betreffend,
 - aa) soweit sie wegen Beihilfe zum unerlaubten Erbringen von Finanzdienstleistungen in zehn Fällen (II. 2. der Urteilsgründe) und wegen Untreue in sieben Fällen (II. 4. der Urteilsgründe) verurteilt worden ist,
 - bb) im Ausspruch über die Gesamtstrafe.
2. 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 wegen Betruges in Tateinheit mit unerlaubtem Erbringen von Finanzdienstleistungen in 22 Fällen, wegen unerlaubten Erbringens von Finanzdienstleistungen in zehn Fällen sowie wegen

Untreue in sieben Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und vier Monaten verurteilt. Gegen die Mitangeklagte T. hat es wegen Beihilfe zum Betrug in Tateinheit mit Beihilfe zum unerlaubten Erbringen von Finanzdienstleistungen in 25 Fällen, wegen Beihilfe zum unerlaubten Erbringen von Finanzdienstleistungen in zehn Fällen und wegen Untreue in sieben Fällen auf eine Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und zehn Monaten erkannt, deren Vollstreckung es zur Bewährung ausgesetzt hat. Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision des Angeklagten, die er auf die Rüge der Verletzung materiellen Rechts stützt. Das Rechtsmittel hat Erfolg. Es führt auch zugunsten der nichtrevidierenden Mitangeklagten in dem aus der Beschlussformel ersichtlichen Umfang zur Aufhebung und Zurückverweisung.

- 2 I. Nach den Feststellungen vermittelten der Angeklagte und sein Geschäftspartner S. im Jahr 2006 mit Unterstützung der Mitangeklagten in den Fällen II. 2. der Urteilsgründe in Deutschland Kapitalanlagen über eine A. AG, deren "Generalbevollmächtigte" sie waren. Dazu eröffnete die A. AG für zehn Anleger Konten bei der Liechtensteinischen Landesbank (Schweiz) AG, die Beträge von jeweils mindestens 100.000 €, insgesamt 1.451.000 €, einzahlten. Hiervon erhielt die A. AG von der Bank die vom Angeklagten und S. erstrebte Provision in Höhe von 0,25 %. Eine Erlaubnis der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, Bankgeschäfte zu betreiben oder Finanzdienstleistungen zu erbringen, lag nicht vor.
- 3 Weiter hatten der Angeklagte und S. die faktische Leitung einer A. Capital Management S.A. inne. Diese Gesellschaft vermittelte ohne Erlaubnis der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht in den Fällen II. 3. der Urteilsgründe als "Manager" in Deutschland "Investments" in einen "Integro Hedge Fonds". Nach der den Vermittlungsgeschäften zugrunde lie-

genden "Investmentvereinbarung" sollten Investoren einen Anlagebetrag "auf das nominierte Treuhand-Konto des Managers" zahlen und der "Manager ... für die Einlage zu 100 % durch seine Stammeinlage" haften. Im Vertrauen auf die Absicherung ihrer Einlagen und deren - tatsächlich nicht gegebene - Verwaltung über Treuhandkonten leisteten 22 Anleger insgesamt 393.500 €. Entgegen der "Investmentvereinbarung" wurden nicht alle Gelder angelegt, sondern Teilbeträge entnommen und zweckwidrig verwendet. Ein Teil der Anlagen, die auf das Geschäftskonto einer C. GmbH eingezahlt worden waren, gelangten im Zuge eines in der Schweiz über das Vermögen der Gesellschaft eröffneten Konkursverfahrens an Anleger zurück.

4 Schließlich vermittelten der Angeklagte und S. über eine "J. Corp. Ltd." in den Fällen II. 4. der Urteilsgründe Anlagen in Form eines nicht näher konkretisierten "Kapitalertragsgeschäft[s] mit einem Gesamtvolumen von 2,45 Mio. US-Dollar". Den Anlegern spiegelten sie wahrheitswidrig vor, zur Einlagensicherung sei ein Betrag von 2,45 Mio. US-Dollar hinterlegt. Sechs Anleger zahlten insgesamt 117.000 € auf das Konto eines Rechtsanwalts, der als Treuhänder einer A. GmbH fungierte. Die Mitangeklagte ließ in Absprache mit dem Angeklagten und S. als Geschäftsführerin der A. GmbH dieses Konto betreffend sieben Verfügungen über insgesamt 45.922,64 € zu, die nicht dem mit den Anlegern vereinbarten Zweck entsprachen.

5 II. Die Urteilsfeststellungen tragen den Schuldspruch nicht.

6 1. Die Verurteilung des Angeklagten wegen unerlaubten Erbringens von Finanzdienstleistungen nach § 54 Abs. 1 Nr. 2, § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG in den Fällen II. 2. der Urteilsgründe hat keinen Bestand, weil die Urteilsgründe nicht ergeben, was Gegenstand der Leistung der A. AG war.

- 7 a) Eine erlaubnispflichtige Anlagevermittlung gemäß § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 1 KWG oder eine Finanzportfolioverwaltung gemäß § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 3 KWG muss die Anschaffung oder Veräußerung von Finanzinstrumenten bzw. die Verwaltung einzelner in Finanzinstrumenten angelegter Vermögen für andere mit Entscheidungsspielraum betreffen. Finanzinstrumente sind nach § 1 Abs. 11 Satz 1 KWG Wertpapiere, Geldmarktinstrumente, Devisen oder Rechnungseinheiten sowie Derivate. Ob die Kapitalanlagen bei der Liechtensteini-schen Landesbank (Schweiz) AG derartige Finanzinstrumente zum Gegenstand hatten, lässt sich dem Urteil nicht entnehmen. Auch eine - dort nicht angesprochene - Drittstaateneinlagenvermittlung (§ 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 5 KWG) ist nicht festgestellt, da sich die Urteilsgründe nicht dazu verhalten, inwieweit die von den Anlegern geleisteten Zahlungen Einlagen bei der Liechtensteini-schen Landesbank (Schweiz) AG darstellten und wo diese ihren Sitz hatte.
- 8 b) Eine Änderung des Schuldspruchs in eine Verurteilung wegen unerlaubten Betriebs von Bankgeschäften kommt nicht in Betracht. Dass die "Vermittlung" der zehn Anleger ein Finanzkommissionsgeschäft nach § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 KWG darstellte, ist nach den bisherigen Feststellungen nicht ersichtlich, weil Gegenstand von Finanzkommissionsgeschäften ebenfalls Finanzinstrumente sind.
- 9 2. Weiter unterliegt die Verurteilung in den Fällen II. 3. der Urteilsgründe der Aufhebung, weil weder eine Straftat nach § 54 Abs. 1 Nr. 2, § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG noch Betrugstaten belegt sind.
- 10 a) Für die Zuordnung zu den einzelnen Bankgeschäften und Finanzdienstleistungen im Sinne des § 1 Abs. 1 und 1a KWG (und damit für eine Strafbarkeit nach § 54 Abs. 1 Nr. 2, § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG) sind die vertraglichen Vereinbarungen sowie die aus ihnen folgende Form des Rechtsgeschäfts

zwischen dem Institut und dem Kunden maßgeblich (BGH, Urteil vom 9. November 2010 - VI ZR 303/09, NJW-RR 2011, 350, 351 mwN). Beides ist den Urteilsgründen nicht hinreichend klar zu entnehmen.

11 aa) Eine Anlagevermittlung (§ 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 1 KWG) ist nach den bisherigen Feststellungen nicht dargetan. Der Gesetzgeber versteht darunter die Entgegennahme und Übermittlung der Aufträge von Anlegern (BT-Drucks. 13/7142, S. 65). Beides liegt fern, weil die Anleger die "Investmentvereinbarung" mit der A. Capital Management S.A. selbst schlossen, diese für die Einlage voll haften und die Investition in den "Integro Hedge Fonds" in deren Namen und nicht im Namen der Anleger getätigt werden sollte.

12 bb) Eine Finanzportfolioverwaltung (§ 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 3 KWG) lässt sich den getroffenen Feststellungen ebenfalls nicht entnehmen; denn darunter ist die Verwaltung einzelner in Finanzinstrumenten angelegter Vermögen für andere mit Entscheidungsspielraum zu verstehen, die eine auf die laufende Überwachung und Anlage von Vermögensobjekten gerichtete Tätigkeit erfordert (BGH, Urteil vom 9. November 2010 - VI ZR 303/09, NJW-RR 2011, 350, 351). Eine laufende Überwachung war - soweit aus dem in den Urteilsgründen mitgeteilten Auszug aus der "Investmentvereinbarung" zu folgern - nicht verabredet, da die A. Capital Management S.A. den Anlagebetrag in einen bestimmten Fonds investieren sollte und es somit um eine einmalige Anlage ging. Überdies sollte die A. Capital Management S.A. die Investitionen in eigenem Namen vornehmen, was zwar einer Verwaltung nicht zwingend entgegensteht (BGH, Urteil vom 9. November 2010, aaO), aber zumindest keinen typischen Fall der Finanzportfolioverwaltung darstellt.

13 cc) Die Feststellungen ergeben auch kein Finanzkommissionsgeschäft (§ 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 KWG), das einen Handel mit Finanzinstrumenten im

eigenen Namen für fremde Rechnung voraussetzt und die typischen Merkmale eines Kommissionsgeschäfts nach §§ 383 ff. HGB, d.h. eine gewisse Ähnlichkeit mit diesem Geschäft aufweisen muss (BGH, Urteil vom 9. November 2010, aaO S. 350; BVerwG, Urteil vom 8. Juli 2009 - 8 C 4/09, NVwZ-RR 2009, 980 f.). Die im Urteil enthaltenen Angaben zu der Vereinbarung belegen eine solche Ähnlichkeit nicht.

14 b) Der für eine Verurteilung nach § 263 Abs. 1 StGB erforderliche Vermögensschaden ist nicht ausreichend dargelegt.

15 Die Urteilsgründe setzen sich mit der Schadenshöhe nicht näher auseinander. Lediglich aus den Erwägungen zur Strafzumessung ergibt sich, dass das Landgericht den gesamten Anlagebetrag als Schaden veranschlagt hat. Dies hätte näherer Erörterung bedurft, da die Anleger nach den getroffenen Feststellungen über die Absicherung ihrer Einlagen getäuscht wurden. Geht der Anleger bei einem Risikogeschäft täuschungsbedingt eine nicht mehr vertragsimmanente Verlustgefahr ein, sind das mit der Zahlung des Anlagebetrags eingegangene - aufgrund einer Täuschung und eines entsprechenden Irrtums überhöhte - Risiko und der dadurch verursachte Minderwert des im Synallagma Erlangten zu bewerten (BGH, Beschluss vom 18. Februar 2009 - 1 StR 731/08, BGHSt 53, 199, 202 f.). Von einer solchen Bewertung hat das Landgericht abgesehen, obwohl sich die völlige Wertlosigkeit der Anlage nicht ohne Weiteres ergab.

16 Dass die Anleger über die Existenz des Anlagemodells getäuscht wurden (vgl. BGH, Beschluss vom 18. Februar 2009, aaO S. 204) oder etwas völlig anderes als beabsichtigt erwarben (vgl. BGH, Urteil vom 7. März 2006 - 1 StR 379/05, BGHSt 51, 10, 15 f.) und daher der Schaden dem gesamten Anlagebetrag entsprach, hat das Landgericht nicht festgestellt. Dem Urteil lässt

sich insbesondere nicht entnehmen, dass der Angeklagte von vornherein beabsichtigte, das vereinbarte Anlagemodell nicht umzusetzen, oder dass das tatsächliche Anlagekonzept von dem von den Anlegern verfolgten Zweck derart abwich, dass sie hieraus keinen Nutzen ziehen konnten. Immerhin wurde ein (nicht näher bezeichneter) Teilbetrag investiert. Die Anleger, die ihren Anlagebetrag auf das Konto der C. GmbH überwiesen hatten, erhielten einen wesentlichen Teil des Geleisteten zurück.

17 3. Schließlich kann die Verurteilung wegen Untreue in den Fällen II. 4. der Urteilsgründe mit den zugehörigen Feststellungen nicht bestehen bleiben, weil ein Vermögensnachteil im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB nicht belegt ist.

18 Ein Vermögensnachteil liegt vor, wenn die treuwidrige Handlung unmittelbar zu einer nicht durch Zuwachs ausgeglichenen Minderung des wirtschaftlichen Gesamtwerts des Vermögens des Treugebers führt, wobei ein Vergleich des Vermögenswerts unmittelbar vor und unmittelbar nach der pflichtwidrigen Handlung zu erfolgen hat (BGH, Urteil vom 7. September 2011 - 2 StR 600/10, NJW 2011, 3528, 3529; Beschluss vom 20. Oktober 2009 - 3 StR 410/09, NStZ 2010, 329). Einen solchen Vergleich hat das Landgericht nicht angestellt. Dazu hätte indessen Anlass bestanden, weil die Feststellungen nahelegen, dass die Anlagebeträge im Zeitpunkt der Verfügungen jeglichem Zugriff der Anleger entzogen und nicht mehr in ihrem Vermögen vorhanden waren.

19 III. Die aufgezeigten Rechtsfehler betreffen in den Fällen II. 2. und II. 4. der Urteilsgründe die nichttreuidierende Mitangeklagte in gleicher Weise. Die Aufhebung des Urteils ist daher insoweit gemäß § 357 Satz 1 StPO auf sie zu erstrecken. Damit entfallen die in diesen Fällen verhängten Einzelstrafen sowie die Gesamtstrafe.

20 IV. Für die neue Hauptverhandlung weist der Senat auf Folgendes hin:

- 21 1. Soweit der neue Tatrichter in den Fällen II. 2. der Urteilsgründe wiederum zu einer Verurteilung nach § 54 Abs. 1 Nr. 2, § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG gelangen sollte, wird er zu bedenken haben, dass es sich bei dem unerlaubten Erbringen von Finanzdienstleistungen nicht um zehn selbständige Taten, sondern um ein einheitliches Organisationsdelikt handeln würde (vgl. BGH, Beschluss vom 26. August 2003 - 5 StR 145/03, BGHSt 48, 331, 341; Erbs/Kohlhaas/Häberle, Strafrechtliche Nebengesetze, § 54 KWG Rn. 15 [Stand: Juni 2011]; MünchKommStGB/Janssen, 2010, § 54 KWG Rn. 66).
- 22 2. Hinsichtlich der dem Angeklagten zur Last gelegten Betrugstaten im Zusammenhang mit der A. Capital Management S.A. - Fälle II. 3. der Urteilsgründe - bedürfen neben einem etwaigen Vermögensschaden auch die Tatbestandsmerkmale der Täuschung und des Irrtums der genaueren Prüfung. Die Bezeichnung einer Anlage als "sicher" ist in dem Kontext zu bewerten, in dem sie im Angebot an potentielle Anleger Verwendung gefunden hat (BGH, Beschluss vom 26. August 2003 - 5 StR 145/03, BGHSt 48, 331, 345). Vor diesem Hintergrund kommt es entscheidend darauf an, wie die Anleger Zusicherungen hinsichtlich der Verwendung von Geldern - gegebenenfalls aufgrund im Vorfeld des Vertragsschlusses erteilter weiterer Informationen - verstehen sollten und verstanden haben. Bei der Prüfung der Tatbestandsvoraussetzungen des § 263 StGB bedarf weiter der Inhalt des Versprechens, Anlagegelder auf Treuhandkonten zu verwalten, näherer Klärung. Die Urteilsgründe ergeben bisher weder, den Anlegern seien Treuhandkonten als Konten benannt worden, die einer Aussonderung durch die Treugeber unterlagen, weil sie der Kontoinhaber als Treuhänder zu dem Zweck errichtet hatte, dort ausschließlich treuhänderisch gebundene Fremdgelder gutschreiben zu lassen (vgl. BGH, Urteil vom 10. Februar 2011 - IX ZR 49/10, BGHZ 188, 317, 320; Urteil vom 7. Juli 2005 - III ZR 422/04, WM 2005, 1796, 1797; Hadding/Häuser in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl., § 37 Rn. 2), noch tei-

len sie mit, welche Vorstellung die Anleger mit dem Begriff des Treuhandkontos verbanden. Gleiches gilt für die erteilte Haftungszusage der A. Capital Management S.A..

23 3. Sollte in den Fällen II. 4. der Urteilsgründe eine Strafbarkeit nach § 266 StGB nicht zu belegen sein, wird der neue Tatrichter nach einer Wieder- einbeziehung der ausgeschiedenen Teile der Tat Anlass haben zu prüfen, ob eine Strafbarkeit der Angeklagten nach § 263 StGB in Betracht kommt (§ 264 Abs. 1, § 154a Abs. 3 StPO; vgl. BGH, Urteil vom 16. Dezember 2004 - 3 StR 157/04, NStZ-RR 2005, 151, 152; Beschluss vom 20. September 2000 - 3 StR 19/00, NStZ 2001, 195 f.). Sollte der neue Tatrichter in diesen Fällen zu einer Verurteilung gelangen, wird er zu berücksichtigen haben, dass Gewerbs- mäßigkeit im Sinne der § 266 Abs. 2, § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 Alt. 1 StGB ein zumindest mittelbar eigennütziges Handeln des Täters oder Teilnehmers vo- raussetzt (vgl. BGH, Beschluss vom 13. September 2011 - 3 StR 231/11, NJW 2012, 325, 328 mwN).

24 4. Schließlich wird der neue Tatrichter zu beachten haben, dass der An- geklagte im Zeitpunkt der ihm zur Last gelegten Taten (noch) nicht vorbestraft war. Sollte die mit Urteil des Amtsgerichts Duisburg verhängte Strafe zum Zeit- punkt des ersten tatrichterlichen Urteils (vgl. Fischer, StGB, 59. Aufl., § 55 Rn. 6a mwN) noch nicht erledigt gewesen sein, wird im Falle einer erneuten Verurteilung eine nachträgliche Gesamtstrafe (§ 55 StGB) zu bilden sein. Dass die Bewährungszeit bei Erlass des erstinstanzlichen Urteils abgelaufen war, stünde der Einbeziehung nicht entgegen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 23. Februar 1990 - 2 BvR 51/90, NJW 1991, 558; BGH, Urteil vom 27. März 1991 - 3 StR 358/90, NJW 1991, 2847; Beschluss vom 26. März 2009 - 5 StR 74/09, wistra 2009, 317). Allerdings wäre eine damit einhergehende Härte bei der Strafzumessung zu berücksichtigen (BGH, Beschluss vom

26. März 2009, aaO mwN); etwaige erbrachte Bewährungsauflagen wären auf die Strafe anzurechnen (vgl. BGH, Beschluss vom 20. März 1990 - 1 StR 283/89, BGHSt 36, 378, 381).

Becker

von Lienen

Schäfer

Mayer

Menges