



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

1 StR 496/20

vom  
19. Mai 2021  
in der Strafsache  
gegen

1.

2.

wegen Betruges

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

1. Auf die Revisionen der Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Mannheim vom 12. Mai 2020, soweit es diese beiden Angeklagten betrifft, mit den Feststellungen aufgehoben.
2. Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Wirtschaftsstrafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Gründe:

1                    Das Landgericht hat den Angeklagten A.                    wegen Betruges in 41 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten und den Angeklagten S.                    wegen Betruges in 23 Fällen zu einer solchen von zwei Jahren und sechs Monaten verurteilt. Wegen rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung gelten jeweils zwei Monate der Freiheitsstrafe als vollstreckt. Die auf die Beanstandung der Verletzung formellen und materiellen Rechts gestützten Revisionen der Angeklagten haben mit der Sachrüge Erfolg (§ 349 Abs. 4 StPO); auf die Verfahrensrügen kommt es daher nicht an.

I.

2                    Das Landgericht hat folgende Feststellungen und Wertungen getroffen:

- 3                    1. Der gesondert Verfolgte und Zeuge                    Sp. gründete zwischen 1993 und 2005 die V.                    GmbH K.                    (im Folgenden: V. GmbH), die r. GmbH und schließlich die B.                    AG Ba.                    (im Folgenden: B. AG), die inzwischen alle insolvent sind.                    Sp. beherrschte die Gesellschaften im Tatzeitraum faktisch. Auf seine Veranlassung wurden zunächst bis zum 9. Februar 2010 der Angeklagte S.                    und anschließend der Angeklagte A.                    bis zu dessen Abberufung Anfang des Jahres 2012 als Vorstand der B. AG bestellt.
- 4                    Die B. AG handelte mit Immobilien, unternehmerischen Beteiligungen, Versicherungen, Kapitalanlagen und Forderungen. Dabei wurde die Geschäftstätigkeit vor allem über Bankdarlehen und die Ausgabe von vinkulierten Namensaktien finanziert. Das ursprüngliche Gründungskapital von vier Millionen Euro wurde bis Ende 2008 durch drei Kapitalerhöhungen auf insgesamt zwölf Millionen Euro aufgestockt. Die r. GmbH war Hauptaktionärin.
- 5                    Nach                    Sp. ' Geschäftskonzept sollte die r. GmbH die solchermaßen erworbenen Namensaktien an potentielle Kapitalanleger abtreten und sich hierfür des aus selbstständigen Handelsvertretern bestehenden Vertriebsnetzes der V. GmbH bedienen.                    Sp. entwickelte zu diesem Zweck standardisierte Formulare, die die Abtretungsvereinbarung der vinkulierten Namensaktie von der r. GmbH an Dritte vorsahen. Unterzeichnet wurden diese Vertragsformulare jeweils von dem Aktionär sowie dem Angeklagten S. bzw. dem Angeklagten A.                    in ihrer Funktion als Vorstand der B. AG.
- 6                    Als es in der Folgezeit immer häufiger zu Auszahlungsverlangen durch Aktionäre kam und die r. GmbH nicht über die finanziellen Mittel für solche Auszahlungen verfügte, wurden die Aktionäre an                    Sp. verwiesen, der im

Einzelfall einen Rückkauf der Aktie durch die B. AG veranlasste. Da gleichzeitig die Umsatzerlöse der r. GmbH sanken, geriet diese bereits im Jahr 2008 in Zahlungsschwierigkeiten. Sp. stellte daraufhin das Geschäftsmodell um. Nunmehr sah das Vertragsformular für den Verkauf der vinkulierten Namensaktien folgende Klausel vor: „Wir verpflichten uns, ... Monate nach erfolgter Abtretung diese Aktie(n) für EUR ... zurückzunehmen. Gleichzeitig verpflichten Sie sich, uns die Aktien zu diesem Zeitpunkt und zu diesem Preis zurückzugeben, evtl. Dividendenzahlungen an uns abzutreten und Ihr Stimmrecht für diese Aktien auf uns zu übertragen.“ (UA S. 29). Dabei wurde üblicherweise eine feste Laufzeit von 12 bis 36 Monaten und eine feste Verzinsung von fünf Prozent p.a. vereinbart. Nur der Verkauf dieser Aktien ist (noch) Gegenstand des vorliegenden Strafverfahrens.

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

8 Wengleich die Angeklagten während ihrer Zeit als Vorstand der B. AG die faktische Geschäftsführung weitgehend Sp. überließen, erlangten sie spätestens zum 1. Oktober 2009 Kenntnis von der eingetretenen Zahlungsunfähigkeit der B. AG und hielten es aufgrund dessen für möglich, dass die vertraglich vereinbarte Rücknahme der Aktien der B. AG bei Fälligkeit nicht

mehr erfüllt und die Rückzahlung von Kapital und Zinsertrag an die Anleger konkret gefährdet sein würden. Dessen ungeachtet schlossen sie jedoch auch nach dem 1. Oktober 2009 weitere Verträge über den Verkauf der Aktien mit Rücknahmevereinbarung ab und nahmen den dadurch verursachten Vermögensverlust der Anleger billigend in Kauf.

9 Die B. AG, vertreten durch den Angeklagten S. , verkaufte zwischen dem 2. Oktober 2009 und dem 5. Februar 2010 in 23 Fällen Aktien mit Rücknahmevereinbarung zu einem Kaufpreis in Höhe von insgesamt 553.800 Euro. Nachdem der Angeklagte A. am 9. Februar 2010 zum neuen Vorstand der B. AG berufen worden war, verkaufte die B. AG, vertreten durch diesen, zwischen dem 15. Februar 2009 und dem 26. Juli 2011 in 41 Fällen Aktien mit Rücknahmevereinbarung zu einem Kaufpreis in Höhe von insgesamt 754.365 Euro. Die Anleger erwarben die Aktien zu einem Kaufpreis von 5.000 Euro bis zu 7.000 Euro pro Aktie.

10 2. Das Landgericht hat das Verhalten der Angeklagten als Betrug gemäß § 263 Abs. 1 StGB gewertet. Das Vorliegen eines Vermögensschadens hat es damit begründet, dass die B. AG im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zahlungsunfähig war, sodass der Anspruch der Aktionäre auf Rückzahlung ihres Kapitals bei Rückgabe der Aktie konkret gefährdet gewesen sei.

## II.

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

- 12 a) Ein Vermögensschaden 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). Maßgeblich ist der Zeitpunkt der Vermögensverfügung, also der Vergleich des Vermögenswerts unmittelbar vor und nach der Verfügung (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 2. Februar 2016 – 1 StR 437/15 Rn. 33). Danach ist vorliegend dem geleisteten Anlagebetrag der Wert des gleichzeitig erlangten Rückzahlungsanspruchs gegenüberzustellen. Ein etwaiger Wert dieser Forderung bestimmt sich – wie auch sonst beim Vermögensvergleich – nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise (vgl. BGH, Urteil vom 26. November 2015 – 3 StR 247/15 Rn. 8 mwN) und ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (vgl. BVerfGE 126, 170, 224 f., 230 f.; 130, 1, 47 f.) konkret festzustellen und zu beziffern.
- 13 b) Die demnach erforderliche Bestimmung des wirtschaftlichen Wertes der Rückzahlungsansprüche lässt das angefochtene Urteil vermissen. Das Landgericht hat für die Schadensbestimmung allein auf die Zahlungsunfähigkeit der B. AG zum – im Übrigen nicht näher begründeten – Stichtag 1. Oktober 2009 abgehoben und die Zahlungsunfähigkeit mit wirtschaftskriminalistischen Beweisanzeichen belegt. Diese – im Rahmen der Prüfung der Voraussetzungen einer Insolvenzverschleppung nach § 15a InsO anerkannte (vgl. BGH, Beschlüsse vom 12. April 2018 – 5 StR 538/17 Rn. 16 mwN und vom 21. August 2013 – 1 StR 665/12 Rn. 15) – Vorgehensweise greift vorliegend jedoch zu kurz. Erforderlich für die konkrete Feststellung des Werts der Rückzahlungsansprüche (nebst Zinsforderungen) im Zeitpunkt der Vermögensverfügungen sind vielmehr das vorhandene Unternehmensvermögen und die zu prognostizierende Unternehmensentwicklung (vgl. BGH, Beschluss vom 19. Februar 2014 – 5 StR 510/13 Rn. 20), die – gegebenenfalls mit sachverständiger Hilfe – nach wirtschaftswis-

senschaftlichen Bewertungsverfahren beziffert und in den Urteilsgründen dargelegt werden müssen (vgl. BVerfGE 126, 170, 224 f., 230 f.; 130, 1, 47 f.; BGH, Urteile vom 4. Oktober 2018 – 3 StR 283/18 Rn. 22 und vom 4. Oktober 2018 – 3 StR 251/18 Rn. 10; Beschlüsse vom 19. Februar 2014 – 5 StR 510/13 Rn. 20; vom 14. April 2011 – 2 StR 616/10 Rn. 12 und vom 29. Januar 2013 – 2 StR 422/12 Rn. 16).

14

Zwar spricht auf der Grundlage des vom Landgericht festgestellten Sachverhalts einiges dafür, dass für die Anleger nur eine geringe Aussicht bestand, nach dem Ende der vereinbarten Laufzeit den Nennbetrag der Aktien (vollständig) zurückzuerhalten. Hierauf deutet zum einen der Umstand hin, dass im Rahmen des Insolvenzverfahrens der B. AG im Jahr 2014 „eine ausreichende Insolvenzmasse ... nicht zur Verfügung stand, um die Geschädigten auch nur annähernd zu befriedigen“ (UA S. 7), und zum anderen, dass die Liquiditätslage der B. AG nach den Feststellungen des Landgerichts bereits zum Zeitpunkt der Vertragsschlüsse zumindest angespannt war. Dies vermag aber nicht hinreichend die fehlende Werthaltigkeit der Rückzahlungsansprüche zum Zeitpunkt der Vermögensverfügung und einen daraus folgenden Vermögensschaden zu belegen. Dies gilt besonders vor dem Hintergrund, dass die B. AG nach den Feststellungen des Landgerichts über Immobilienvermögen verfügte, wobei dem Immobilienbestand mit Buchwerten in Höhe von 8.408.000 Euro zum Bilanzstichtag 31. Dezember 2009 Verbindlichkeiten gegenüber Kreditinstituten in Höhe von 6.379.000 Euro gegenüberstanden; Sicherheiten zugunsten von Banken waren in Höhe von 6.320.000 Euro eingetragen (UA S. 35 ff., 37). Auch hat das Landgericht keine Feststellungen zu etwaigen Bankguthaben getroffen, obgleich es festgestellt hat, dass die B. AG innerhalb des Geschäftsjahres 2010 (weitere) 1.675.290 Euro an Bankdarlehen zurückführte und dadurch „weitere freie Liquidität“ einbüßte (UA S. 38). Es kommt hinzu, dass der Zeuge Kr. , der Mitglied des Aufsichtsrats der B. AG und daneben ab 2009 als Büroangestellter tätig

war, angegeben hat, dass den Auszahlungsverlangen der „Kunden“ meist, wenn auch mit Verzögerungen, entsprochen wurde (UA S. 84).

15 c) Der Rechtsfehler betrifft nicht lediglich den Schuldumfang, sondern hat die Aufhebung des gesamten Schuldspruchs zur Folge, da der Senat angesichts des vom Landgericht festgestellten Wertes des Immobilienvermögens, welcher im Jahr 2010 die Verbindlichkeiten um rund 2.000.000 Euro überstieg, nicht gänzlich auszuschließen vermag, dass gar kein Vermögensschaden eingetreten ist.

16 2. Die Feststellungen sind von dem zur Aufhebung führenden Rechtsfehler betroffen und können daher keinen Bestand haben (§ 353 Abs. 2 StPO).

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

18 a) Sollte das neue Tatgericht erneut das Vorliegen eines Vermögensschadens bejahen, wären weitergehend konkrete Feststellungen zum Tatzeitraum erforderlich. Die Urteilsfeststellungen lassen bisher eine Begründung für die Bestimmung des Stichtags auf den 1. Oktober 2009, ab dem sämtliche Aktienverkäufe durch die B. AG den Tatbestand des Betruges erfüllen sollen, vermissen.

19 b) Den Feststellungen zu den – in einer Tabelle aufgeführten – Einzelfällen (UA S. 66 ff.) lässt sich im Übrigen nicht entnehmen, ob die dort aufgeführten Aktien jeweils durch die B. AG zurückgenommen wurden und der Nennwert nebst Zinsertrag an die Anleger ausgezahlt wurde oder ob das in der Spalte „Rücknahmedatum“ angegebene Datum lediglich das vertraglich vereinbarte Rücknahmedatum – unabhängig von einer tatsächlich (nicht) erfolgten Rücknahme der Aktie – wiedergibt.

20 c) Zudem bleibt hinsichtlich der Einzelfälle offen, ob und gegebenenfalls in welchen Fällen die r. GmbH als Zedentin tätig wurde. Einerseits ist in der tabellarischen Darstellung (UA S. 66 ff.) in den verfahrensgegenständlichen Fällen

stets die B. AG als Vertragspartnerin bezeichnet; andererseits wird in den Urteilsgründen aber ausgeführt, dass „in den Fällen, in denen die Abtretung nicht direkt durch die B. AG, sondern durch die r. GmbH als Zedentin erfolgte“ (UA S. 29), neben dem Vorstand der B. AG auch der Geschäftsführer der r. GmbH den Vertrag unterzeichnete. Das neue Tatgericht wird insoweit Feststellungen dazu zu treffen haben, welche der beiden Gesellschaften in diesen Fällen zur Rücknahme der Aktien verpflichtet war und gegebenenfalls die Vermögensverhältnisse der r. GmbH aufklären, um das Vorliegen eines Vermögensschadens beurteilen zu können.

21 d) Soweit das Landgericht im Rahmen der Strafzumessung zulasten der Angeklagten berücksichtigt hat, dass sie aufgrund einer eigennützigen Gesinnung handelten, um sich die wirtschaftlichen Vorteile zu erhalten, die sie aufgrund ihrer Vorstandsvergütung bezogen, liegt ein Verstoß gegen das Verbot der Doppelverwertung vor (§ 46 Abs. 3 StGB), da dies bereits in dem von dem Landgericht angenommenen Merkmal der Gewerbsmäßigkeit in § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 StGB enthalten ist.

22 e) Auch der Umstand, dass das Landgericht im Rahmen der Strafzumessung zulasten des Angeklagten S. gewertet hat, dass er in dem Bewusstsein gehandelt habe, das ihm aufgrund seiner Bekanntheit als Profifußballer von Seiten der Anleger entgegengebrachte besondere Vertrauen zu missbrauchen, begegnet rechtlichen Bedenken. Zwar mag als möglicher Strafschärfungsgrund der Umstand in Betracht gezogen werden können, dass ein Anlageberater einer Bank das aufgrund seiner besonderen beruflichen Stellung in ihn gesetzte besondere Vertrauen eines geschäftsunerfahrenen Kunden missbraucht (vgl. BGH, Urteil vom 22. Mai 1991 – 3 StR 87/91 Rn. 19). Aus der beruflichen Stellung eines Angeklagten kann jedoch nur dann ein Strafschärfungsgrund hergeleitet werden,

wenn sich aus ihr besondere Pflichten ergeben, deren Verletzung gerade im Hinblick auf die abzuurteilende Tat Bedeutung hat (vgl. BGH, Urteil vom 20. Juli 1999 – 1 StR 668/98 Rn. 46 mwN). Diese Voraussetzung ist nach den getroffenen Feststellungen nicht erfüllt.

23 f) Das Landgericht hat – gestützt auf die Angaben einzelner Anleger wie etwa des Zeugen Br. (Fall 76 der Urteilsgründe, UA S. 101), des Zeugen H. (Fälle 129 und 153 der Urteilsgründe, UA S. 102), des Zeugen Ka. (Fall 122 der Urteilsgründe, UA S. 104), des Zeugen M. (Fälle 130 und 144 der Urteilsgründe, UA S. 106) sowie der Zeugin L. (Fall 123 der Urteilsgründe, UA S. 110) – vereinzelt Teilrückzahlungen und (teilweise) erfolgreiche Vollstreckungsversuche festgestellt (UA S. 114). Es hat jedoch versäumt, die Rückzahlungen im Rahmen der Strafzumessung unter dem Gesichtspunkt der Schadenswiedergutmachung zu berücksichtigen. Soweit das Landgericht darüber hinaus ausgeführt hat, dass die konkrete Schadenshöhe nicht mehr abschließend für jeden dieser Fälle geklärt werden konnte (UA S. 114), überzeugt dies nicht ohne Weiteres. Gegebenenfalls wäre insoweit der Umfang der Schadenswiedergutmachung zu schätzen und zugunsten der Angeklagten im Rahmen der Strafzumessung zu berücksichtigen.

Raum	Bellay	Hohoff
Leplow		Pernice

Vorinstanz:

Mannheim, LG, 12.05.2020 - 626 Js 11246/12 23 KLs