



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

1 StR 182/19

vom

19. Dezember 2019

in der Strafsache

gegen

wegen Untreue u.a.

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat aufgrund der Hauptverhandlung vom 19. November 2019 in der Sitzung am 19. Dezember 2019, an denen teilgenommen haben:

Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof
Dr. Raum,

die Richter am Bundesgerichtshof
Prof. Dr. Jäger,
Bellay
und die Richterinnen am Bundesgerichtshof
Dr. Hohoff,
Dr. Pernice,

Staatsanwalt beim Bundesgerichtshof
als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

der Angeklagte persönlich – in der Verhandlung vom 19. November 2019 –,

Rechtsanwalt
– in der Verhandlung vom 19. November 2019 –
als Verteidiger,

Justizangestellte – in der Verhandlung vom 19. November 2019 –,
Justizhauptsekretärin – bei der Verkündung am 19. Dezember 2019 –
als Urkundsbeamtinnen der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Kempten (Allgäu) vom 6. Dezember 2018 im Ausspruch über die Einziehung des Wertes von Taterträgen aufgehoben, soweit die Einziehung eines Betrages von mehr als 554.600 € angeordnet wurde; die darüber hinausgehende Einziehung eines Betrags in Höhe von 28.000 € entfällt.
2. Die weitergehende Revision des Angeklagten und die Revision der Staatsanwaltschaft werden verworfen.
3. Der Angeklagte trägt die Kosten seines Rechtsmittels. Die Kosten der Revision der Staatsanwaltschaft und die dem Angeklagten hierdurch entstandenen notwendigen Auslagen trägt die Staatskasse.

Von Rechts wegen

Gründe:

1. Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Untreue in 31 Fällen, davon in zehn Fällen in Tateinheit mit Betrug, zu der Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren verurteilt. Zudem hat es die Einziehung des Wertes von Taterträgen in Höhe von 582.600 € angeordnet.
2. Hiergegen richten sich die jeweils auf die Rüge einer Verletzung materiellen Rechts gestützten Revisionen des Angeklagten und der Staatsanwalt-

schaft. Die Revision des Angeklagten erzielt den aus dem Tenor ersichtlichen Teilerfolg. Die weitergehende Revision des Angeklagten ist indes ebenso wie diejenige der Staatsanwaltschaft unbegründet.

I.

3

1. Nach den Feststellungen des Landgerichts war der als Vermögensberater tätige Angeklagte von den Geschädigten mit der Beratung in finanziellen Angelegenheiten sowie – soweit vorhanden – mit der Verwaltung ihrer Vermögensanlagen beziehungsweise der Anlage ihrer Ersparnisse und Rücklagen betraut. Die Geschädigten hatten ihm jeweils mitgeteilt, dass sie nur – der Geschädigte D. (Fälle B.VI.1. bis 7. der Urteilsgründe) zumindest ganz überwiegend – in „konservative“ oder (sehr) „risikoarme“ Vermögensanlagen investieren wollten, und ließen ihm aufgrund des bestehenden Vertrauensverhältnisses bei der Auswahl der konkreten Anlageform und der Durchführung der Transaktionen freie Hand. Unter Ausnutzung des ihm von den Geschädigten entgegen gebrachten Vertrauens veranlasste der Angeklagte die Geschädigten im Zeitraum Ende 2012 bis Anfang 2015 jeweils mit dem Versprechen, ihre Ersparnisse in von ihm entsprechend den vorbesprochenen Anlagezielen auszuwählende Finanzprodukte anzulegen beziehungsweise einen Kontowechsel (Fall B.V. der Urteilsgründe – Geschädigte L.) oder eine Umschichtung der vorhandenen Anlagen (Fälle B.VI.1. bis 7. der Urteilsgründe – Geschädigter D.) durchzuführen, dazu, Beträge zwischen 6.000 € und 110.000 € an ihn (Fälle B.II.1. bis 3. sowie 11. und 12. der Urteilsgründe – Geschädigter S. ; Fall B.IV. der Urteilsgründe – Geschädigte K.) oder seinen Vater (Fall B.II.4. der Urteilsgründe – Geschädigter S.) zu überweisen, ihm zu übergeben (Fälle B.II.8. bis 10.

– Geschädigter S.) oder ihm Kontovollmachten zu erteilen respektive ihm die Online-Zugangsdaten zu ihrem jeweiligen Konto mitzuteilen. In den Fällen, in denen sich der Angeklagte vom Geschädigten W. eine Kontovollmacht hatte erteilen lassen (Fälle B.I.1. bis 6. der Urteilsgründe), veranlasste er im Wissen, dass der Geschädigte hiermit nicht einverstanden war, Überweisungen von Beträgen zwischen 8.000 € und 30.000 € auf das eigene Konto. Auch soweit sich der Angeklagte von den Geschädigten die Zugangsdaten für das Online-Banking hatte geben lassen, nahm er in der Folge Überweisungen von Beträgen zwischen 3.000 € und 35.000 € auf sein eigenes Konto vor (Fälle B.II.5. bis 7. der Urteilsgründe – Geschädigter S. ; Fälle B.III.1. bis 4. der Urteilsgründe – Geschädigter Li. ; Fall B.V. – Geschädigte L. ; Fälle B.VI.1. bis 7. der Urteilsgründe – Geschädigter D.).

- 4 Der Angeklagte verwendete die erlangten Beträge, wie jeweils von vornherein beabsichtigt, zum Erwerb von „hochspekulativen“ Geldanlagen im eigenen Namen, obwohl er wusste, dass die Geschädigten in risikoarme Vermögensanlagen investieren wollten und mit einem mittels der Kontovollmacht oder der Online-Zugangsdaten veranlassten Transfer ihrer Guthaben auf seine Konten beziehungsweise dem Erwerb von Vermögensanlagen auf seinen Namen nicht einverstanden waren. Er nahm dabei Schäden der Geschädigten in entsprechender Höhe billigend in Kauf, handelte aber in der vagen Hoffnung, Gewinne zu erwirtschaften und den Geschädigten die Gelder nebst einem Gewinn zurücküberweisen zu können, wobei er jedoch einem möglichen Totalverlust der Anlagesummen gleichgültig gegenüberstand. Die erhofften Gewinne stellten sich tatsächlich nicht ein, vielmehr kam es meist zu einem Totalverlust der investierten Beträge. Nur an den Geschädigten W. (Fälle B.I.1. bis 6. der Urteilsgründe)

und an die Geschädigte K. (Fall B.IV. der Urteilsgründe) erbrachte der Angeklagte Rückzahlungen zum (im Fall B.IV. der Urteilsgründe teilweisen) Ausgleich der verursachten Schäden.

5 Der Angeklagte war nach den Feststellungen des Landgerichts zur jeweiligen Tatzeit aufgrund einer affektiven Störung mit rezidivierenden leichten bis schweren depressiven Episoden mit somatischen Syndromen nicht ausschließbar erheblich in seiner Fähigkeit beeinträchtigt, entsprechend der bei ihm vorhandenen Unrechtseinsicht zu handeln. Infolge der affektiven Störung war er der festen Überzeugung, dass die Aktienkurse fallen würden, weshalb sein gesamtes Leben auf die Beobachtung der Börsenkurse fixiert und er gedanklich vollständig auf den seiner Vorstellung nach kurz bevorstehenden Börsencrash eingeeengt war. Sein Bestreben, seinen Kunden mittels der erhofften Gewinne Anlageerfolge zu verschaffen und hierdurch entsprechende Anerkennung zu erlangen, dominierte seinen Alltag vollständig.

6 2. Das Landgericht hat sämtliche Taten als Untreue im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB gewürdigt und hat in den Fällen B.II.1. bis 4. und 8. bis 12. sowie im Fall B.IV. der Urteilsgründe eine tateinheitliche Verwirklichung des Tatbestands des Betrugs (§ 263 Abs. 1 StGB) angenommen. Bei der Strafzumessung ist die Strafkammer im Fall B.II.1. der Urteilsgründe wegen der Höhe des Schadensbetrags (110.000 €) von einem besonders schweren Fall i.S.d. § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 StGB ausgegangen und bei den anderen Taten jeweils vom Regelstrafrahmen. Das Regelbeispiel der gewerbsmäßigen Begehung i.S.d. § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 StGB hat sie nicht als verwirklicht angesehen, weil sie sich keine Überzeugung davon hat bilden können, dass der Angeklagte eigennützig und in der Absicht handelte, sich eine fortlaufende Einnahmequelle zu

verschaffen; leitendes Motiv des Angeklagten sei jeweils gewesen, mit etwa zu erwirtschaftenden Gewinnen die verursachten Schäden auszugleichen und gegebenenfalls das Vermögen der Geschädigten zu mehren. Diese Motivlage ergebe sich daraus, dass der Angeklagte den Geschädigten W. und K. erhebliche Beträge zurücküberwiesen habe und bei ihm auch keine endgültig verbliebene Bereicherung oder auch eine Verwendung der Beträge zu eigenen Zwecken feststellbar sei. Gegen ein gewerbsmäßiges Handeln spreche auch das stark ausgeprägte Bedürfnis des Angeklagten nach Anerkennung durch seine Kunden. In allen Fällen hat die Strafkammer der Strafzumessung sodann eine Strafraumenverschiebung nach §§ 21, 49 Abs. 1 StGB zugrunde gelegt.

II. Die Revision des Angeklagten

7 Die Revision des Angeklagten hat nur hinsichtlich eines Teiles der Einziehungentscheidung Erfolg.

8 1. Der Schuldspruch erweist sich als rechtsfehlerfrei.

9 Die getroffenen Feststellungen tragen den Schuldspruch wegen Untreue in 31 Fällen – davon in den Fällen B.II.1. bis 4. und 8. bis 12. sowie B.IV. der Urteilsgründe in Tateinheit mit Betrug.

10 Insbesondere waren keine weiteren Feststellungen zum Risiko beziehungsweise zu dem Wert der vom Angeklagten unter Einsatz der von den Geschädigten erlangten Beträge auf eigenen Namen abgeschlossenen Vermögensanlagen zu treffen. Ein Schaden oder Vermögensnachteil ist den Geschädigten in Höhe der aus ihrem Vermögen abgeflossenen Beträge – unabhängig vom jeweiligen Risiko und Wert der vom Angeklagten mittels dieser Beträge in der Folge getätigten Anlagegeschäfte – schon deshalb entstanden, weil diese

aus dem Vermögen der Geschädigten ohne gleichzeitige Kompensation des hierdurch eintretenden Verlustes ausgeschieden und dem Vermögen des Angeklagten zugeflossen sind, der hierüber nach eigenem Gutdünken verfügen konnte. Der Schaden beziehungsweise Vermögensnachteil ist mit dem Vermögensabfluss bei den jeweiligen Geschädigten eingetreten, ohne dass – anders, als bei einem erschlichenen Austauschgeschäft – für den anzustellenden Vermögensvergleich vor und nach der Vermögensverfügung (Prinzip der Gesamtsaldierung, st. Rspr.; vgl. nur BGH, Beschlüsse vom 25. Juli 2018 – 2 StR 353/16 Rn. 12; vom 18. Februar 2009 – 1 StR 731/08, BGHSt 53, 199 Rn. 10 ff. und vom 14. April 2011 – 2 StR 616/10 Rn. 12) ein etwaiger Gegenwert zu saldieren wäre. Da den Vermögensabflüssen bei den Geschädigten keine Austauschgeschäfte zugrunde lagen, dem jeweiligen Vermögensabfluss also nicht gleichzeitig ein zu saldierender Vermögenszufluss gegenüberstand, hätten etwa eintretende Gewinne aus den vom Angeklagten getätigten Anlagegeschäften, mit denen der Angeklagte hoffte, die vereinnahmten Beträge zurückzahlen zu können, allenfalls die verursachten Schäden oder Nachteile nachträglich kompensieren, deren Eintritt aber nicht verhindern oder der Höhe nach reduzieren können. Der Angeklagte hatte auch nicht den unbedingten Willen, die Beträge zurückzuzahlen (vgl. hierzu BGH, Beschluss vom 15. März 2017 – 4 StR 472/16 Rn. 5 mwN), sondern stand einem Totalverlust gleichgültig gegenüber und handelte nur in der vagen Hoffnung, dass sich Gewinne einstellen würden, mit denen er die Beträge würde zurückzahlen können.

11 Auch das „Verschleifungsverbot“ (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 7. März 2019 – 3 StR 192/18 Rn. 13; Beschluss vom 19. September 2018 – 1 StR 194/18 Rn. 24; jeweils mwN) ist – anders, als die Verteidigung meint – nicht verletzt; die Strafkammer hat jeweils zutreffend zwischen Pflichtwidrigkeit einer-

seits und hierdurch eingetretenem Schaden beziehungsweise Vermögensnachteil andererseits unterschieden.

12 Entgegen der Auffassung des Generalbundesanwalts hat das Landgericht den Angeklagten in den Fällen B.II.1. bis 4. und 8. bis 12. sowie im Fall B.IV. der Urteilsgründe jeweils rechtsfehlerfrei wegen Untreue (§ 266 Abs. 1 StGB) in Tateinheit mit Betrug (§ 263 Abs. 1 StGB) verurteilt. Betrug und Untreue treffen tateinheitlich zusammen, wenn der Täter – wie vorliegend – schon bei Vornahme der Täuschung in einem Treueverhältnis im Sinne von § 266 Abs. 1 StGB zum Getäuschten oder dem zu Schädigenden steht (BGH, Urteile vom 17. November 1955 – 3 StR 234/55, BGHSt 8, 254, 260 mwN und vom 15. Januar 1991 – 5 StR 435/90 Rn. 17). Die Untreue tritt in einem solchen Fall insbesondere nicht als mitbestrafte Nachtat zurück (BGH, Urteil vom 15. Januar 1991 – 5 StR 435/90 Rn. 17 mwN).

13 2. Der Strafausspruch weist gleichfalls keinen den Angeklagten beschwerenden Rechtsfehler auf.

14 3. Der Ausspruch über die Einziehung des Wertes von Taterträgen hat keinen Bestand, soweit ein Betrag von mehr als 554.600 € eingezogen wurde; die Einziehung des darüber hinaus gehenden Betrags von 28.000 € entfällt (§ 354 Abs. 1 StPO analog), weil die Voraussetzungen für eine Einziehung des Wertes von Taterträgen (§ 73 Abs. 1, § 73c Satz 1 StGB) insoweit nicht vorliegen.

15 a) Der vom Landgericht eingezogene Gesamtbetrag von 582.600 € beruht bereits auf einer unrichtigen Addition der Beträge, die das Landgericht als Wert der Taterträge aus den einzelnen Tatkomplexen zugrunde gelegt hat (vgl. UA S. 31).

- 16 b) Soweit das Landgericht in seine Einziehungsentscheidung einen Betrag in Höhe von 8.000 € als Wert der Taterträge im Tatkomplex B.I. der Urteilsgründe (Geschädigter W.) hat einfließen lassen (UA S. 31), hält dies rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Der Angeklagte hat nach den Urteilsfeststellungen mit insgesamt 120.828 € (36.414 € am 20.12.2013 sowie „weitere“ 84.414 € im Zeitraum 2014/2015, vgl. UA S. 6) mehr an den Geschädigten (zurück-)gezahlt als zur Erfüllung seiner Ersatzansprüche (insgesamt 92.414 €) erforderlich, so dass die Ersatzansprüche des Geschädigten W. vollständig erloschen sind und damit eine Einziehung ausscheidet, § 73e Abs. 1 StGB i.V.m. § 362 Abs. 1 BGB.
- 17 c) Unzutreffend geht das Landgericht auch davon aus, dass dem Angeklagten aus dem Tatkomplex B.II. (Geschädigter S.) Taterträge in Höhe von 382.200 € zugeflossen sind (vgl. UA S. 31). Nach den Feststellungen hat der Angeklagte nur einen Betrag in Höhe von 348.200 € aus dem Vermögen des Geschädigten S. erhalten. Insbesondere hat er an dem auf das Konto des Vaters überwiesenen Betrag von 20.000 € (Fall B.II.4. der Urteilsgründe) nach den Feststellungen keine eigene faktische Verfügungsgewalt erlangt, was Voraussetzung für eine Einziehung als Taterlangtes oder als Wert des Taterlangten ist, § 73 Abs. 1, § 73c Satz 1 StGB (BGH, Urteil vom 11. Juli 2019 – 1 StR 620/18 Rn. 18 mwN).
- 18 d) Rechnerisch ergibt sich damit nach Addition der dem Angeklagten nach den Feststellungen in den einzelnen Tatkomplexen zugeflossenen Beträge ein als Wert der Taterträge einzuziehender Gesamtbetrag von 554.600 €.

4. Der geringfügige Erfolg der Revision lässt es nicht unbillig erscheinen, den Angeklagten mit den Kosten seines Rechtsmittels zu belasten (§ 473 Abs. 4 StPO).

III. Die Revision der Staatsanwaltschaft

20 Die vom Generalbundesanwalt vertretene Revision der Staatsanwaltschaft bleibt im Ergebnis ohne Erfolg.

21 1. Die Beanstandung der Staatsanwaltschaft, die Strafkammer sei zu Unrecht von einer nicht ausschließbar verminderten Schuldfähigkeit des Angeklagten zur Tatzeit (§ 21 StGB) ausgegangen, geht fehl. Das Landgericht hat unter sachverständiger Beratung eine aufgrund affektiver Störung mit leichten bis schweren depressiven Episoden gegebene wesentliche Beeinträchtigung des Angeklagten in seiner Steuerungsfähigkeit nicht ausschließen können. Die festgestellte affektive Störung des Angeklagten habe dessen Fähigkeit, den Tatanreizen zu widerstehen, nicht ausschließbar erheblich herabgesetzt, weshalb von einer erheblich verminderten Steuerungsfähigkeit des Angeklagten bei der Tatbegehung auszugehen sei. Die diesbezüglichen Darlegungen der Strafkammer in den Urteilsgründen stellen eine noch ausreichende Grundlage für eine revisionsrechtliche Überprüfung dar, die keinen Rechtsfehler ergeben hat.

22 2. Die Ablehnung des Regelbeispiels der gewerbsmäßigen Begehungsweise (§ 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 StGB) führt im Ergebnis nicht zu einer Aufhebung des Strafausspruchs. Dabei kann dahinstehen, ob bereits das Vorhaben des Angeklagten, etwaige Spekulationsgewinne an seine Kunden auszukehren, ausreicht, um das Vorliegen des Regelbeispiels zu verneinen, obwohl der Angeklagte jedenfalls nach Belieben auf die erlangten Beträge zugreifen konnte (vgl. BGH, Beschluss vom 7. September 2011 – 1 StR 343/11 Rn. 6 mwN; Ur-

teil vom 9. Juli 2013 – 5 StR 181/13 Rn. 5). Ebenso wenig braucht entschieden zu werden, ob das Landgericht die konkrete Verwendung der erlangten Beträge ausreichend in den Blick genommen hat. Denn der Senat schließt vorliegend aufgrund der Besonderheiten des Einzelfalls aus, dass die Strafkammer selbst bei Annahme des Regelbeispiels der Gewerbsmäßigkeit im Ergebnis zu höheren Strafen gelangt wäre. Das Landgericht hat nämlich maßgeblich darauf abgestellt, dass der Angeklagte aufgrund seiner affektiven Störung vollständig von der Vorstellung dominiert war, aufgrund fallender Aktienkurse Gewinne generieren und auf diese Weise seinen Kunden größere Anlageerfolge verschaffen zu können. Mit Blick auf diese für das Landgericht zentrale Erwägung erscheint es fernliegend, dass das Landgericht bei Annahme des Regelbeispiels nach § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 StGB auf andere Strafen erkannt hätte. Im Übrigen sind die verhängten Strafen jedenfalls angemessen im Sinne des § 354 Abs. 1a StPO.

Raum

Jäger

Bellay

Hohoff

Pernice