

HRRS-Nummer: HRRS 2010 Nr. 664

Bearbeiter: Karsten Gaede

Zitiervorschlag: BGH HRRS 2010 Nr. 664, Rn. X

---

**BGH 1 StR 245/09 - Urteil vom 29. Juni 2010 (LG Hamburg)**

Versuchter Betrug (Manipulationen der Umsatz- und Ertragszahlen am Neuen Markt; "Fall Falk"); unrichtige Darstellung; Beihilfe zur unrichtigen Darstellung der Verhältnisse einer Kapitalgesellschaft im Jahresabschluss; Verfall (Erlangtes bei versuchtem Betrug; Wert erlangter Aktien; Bruttoprinzip; entgegenstehende Ansprüche des Verletzten); besonders schwere Fälle der Steuerhinterziehung; sittenwidrige Schädigung.

§ 263 Abs. 1, Abs. 2 StGB; § 400 Abs. 1 AktG; § 331 Abs. 1 Nr. 1 HGB; § 27 StGB; § 73 StGB; § 73a StGB; § 73c StGB; § 370 Abs. 3 AO aF; § 826 StGB

Leitsätze des Bearbeiters

1. Aus der Tat erlangt i.S.v. § 73 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 StGB sind alle Vermögenswerte, die dem Begünstigten unmittelbar aus der Verwirklichung des Tatbestands in irgendeiner Phase des Tatablaufs zufließen (vgl. BGHSt 52, 227, 246 mwN). Auch bei Betrugstaten ist dabei nicht erforderlich, dass der Täter einen Vermögensvorteil erlangt hat. Zudem stellt auch ein versuchter Betrug eine rechtswidrige Tat i.S.v. § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB, § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB dar, aus der i.S.v. § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB etwas erlangt sein kann. Deshalb kann eine Verfallsanordnung auch an einen lediglich versuchten Betrug anknüpfen, soweit dem Täter oder einem Dritten (§ 73 Abs. 3 StGB) daraus etwas zugeflossen ist.

2. Der Umfang des Erlangten ist zwingend nach Maßgabe des Bruttoprinzips zu bemessen (BGHSt 52, 227, 248). Hiernach sind die Vermögenswerte, die der Täter oder Teilnehmer in irgendeiner Phase des Tatablaufs unmittelbar erlangt hat, in ihrer Gesamtheit abzuschöpfen, ohne dass Gegenleistungen oder sonstige Aufwendungen in Abzug gebracht werden (BGHSt 47, 369, 370 f.; 52, 227, 248). Bei der Berechnung des durch einen Kauf Erlangten ist deshalb vom gesamten betrügerisch erlangten Verkaufserlös auszugehen (BGHSt 47, 369, 370 mwN). Anders als in den vom 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs entschiedenen Fällen (vgl. BGHSt 47, 260, 269 f.; 50, 299, 309 ff.; BGH NSTZ-RR 2006, S. 338) sind im vorliegenden Fall die Vermögensbestandteile selbst Gegenstand der mutmaßlichen Tathandlung. Die Erbringung der Leistungen im Rahmen einer Betrugstat ist noch Teil der Tat; erst die täuschungsbedingte Erfüllung des Betruges führt zur Beendigung der Tat.

3. Die vorstehenden Grundsätze gelten auch für die Anordnung des Verfalls gegenüber einem Drittbegünstigten i.S.v. § 73 Abs. 3 StGB. Auch gegenüber diesen Verfallsbeteiligten ist der Umfang des Erlangten nach Maßgabe des Bruttoprinzips zu bemessen, ohne dass Gegenleistungen oder sonstige Aufwendungen in Abzug gebracht werden (BGHSt 47, 369, 374; 52, 227, 247 f.; BGH NSTZ-RR 2004, 214, 215).

4. Erlangt der Angeklagte durch die Tat ein Aktienpaket, so ist strafrechtlich hinsichtlich dessen Bewertung eine verabredete Maßgeblichkeit des Kurswerts am Tag der Erlangung zu übernehmen. Dass für den Weiterverkauf der erhaltenen Aktien eine neunmonatige Sperrfrist vereinbart wurde und dass während dieser Zeit die Kurse dieser Aktien gefallen sind, kann lediglich im Rahmen des § 73c StGB Berücksichtigung finden. Im Hinblick darauf kann das neue Tatgericht erwägen, ob das weitere Verfahren hinsichtlich des Erlangten auf erhaltene "Barzahlungen" beschränkt werden sollte.

5. Der Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB, der der Anordnung des Verfalls nach § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB entgegenstehen kann (vgl. BGH NSTZ 2010, 326), knüpft nicht am Begriff des Vermögensschadens des § 263 StGB an, sondern an einem Schadensbegriff, der sich nach anderen Maßstäben bestimmt (vgl. BGHZ 160, 149; BGH NJW 2005, 2450).

6. Dem Verletzten steht es danach frei, sich mit dem Täter zu einigen und auf einen ihm zustehenden Schadensersatz (oder einen Teil hiervon in einem Vergleich) zu verzichten. Ein Verzicht des Verletzten kann allerdings nicht den staatlichen Verfallsanspruch nach § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB begrenzen. Der Verletzte kann

**zwar frei darüber entscheiden, was er vom Täter herausverlangen will, nicht aber darüber, was dieser aus der Tat erlangt hat.**

### Entscheidungstenor

1. Auf die Revisionen der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 9. Mai 2008 mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben, soweit das Landgericht davon abgesehen hat, gegen die Angeklagten F. und R. sowie gegen die Verfallsbeteiligten H. AG i.L., A. GmbH und Fa. Verfall von Wertersatz anzuordnen; jedoch bleiben die Feststellungen zur Höhe des von den Beteiligten Erlangten bestehen.
2. Die weitergehenden Revisionen der Staatsanwaltschaft betreffend die Angeklagten F. und R. sowie die Revisionen der Staatsanwaltschaft betreffend die Angeklagten S. und W. werden verworfen.
3. Die Kosten der Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft betreffend die Angeklagten S. und W. und die durch diese Rechtsmittel diesen Angeklagten entstandenen notwendigen Auslagen fallen der Staatskasse zur Last.
4. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der weiteren Rechtsmittel, an eine andere Wirtschaftsstrafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

### Gründe

Das Landgericht hat den Angeklagten F. wegen versuchten Betruges in Tateinheit mit unrichtiger Darstellung gemäß § 400 Abs. 1 AktG und mit Beihilfe zur unrichtigen Darstellung der Verhältnisse einer Kapitalgesellschaft im Jahresabschluss (§ 331 Abs. 1 Nr. 1 HGB) zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren verurteilt. 1

Den Angeklagten R. hat das Landgericht wegen versuchten Betruges in Tateinheit mit unrichtiger Darstellung gemäß § 400 Abs. 1 AktG und wegen unrichtiger Darstellung der Verhältnisse einer Kapitalgesellschaft im Jahresabschluss zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und sechs Monaten verurteilt. 2

Die Angeklagten S. und W. hat das Landgericht jeweils wegen Beihilfe zum versuchten Betrug, zur unrichtigen Darstellung gemäß § 400 Abs. 1 AktG und zur unrichtigen Darstellung der Verhältnisse einer Kapitalgesellschaft im Jahresabschluss sowie wegen Steuerhinterziehung in zwei Fällen jeweils zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren verurteilt. Deren Vollstreckung hat es zur Bewährung ausgesetzt. 3

Den Mitangeklagten B. hat das Landgericht wegen Beihilfe zum versuchten Betrug und zur unrichtigen Darstellung der Verhältnisse einer Kapitalgesellschaft im Jahresabschluss zu einer Freiheitsstrafe von acht Monaten verurteilt, deren Vollstreckung es ebenfalls zur Bewährung ausgesetzt hat. 4

Verfall von Wertersatz gegenüber den Angeklagten F. und R., gegenüber den Verfallsbeteiligten H. AG i.L. und A. GmbH sowie gegenüber der weiteren Verfallsbeteiligten Fa., der Ehefrau des Angeklagten F., hat das Landgericht nicht angeordnet. 5

Gegen dieses Urteil wendet sich die Staatsanwaltschaft mit ihren Revisionen; sie rügt die Verletzung materiellen Rechts. Die zu Lasten der Angeklagten eingelegten Revisionen hat die Staatsanwaltschaft beschränkt: Auf den Strafausspruch bezüglich der Angeklagten F., R., S. und W. sowie auf die unterbliebene Anordnung des Verfalls von Wertersatz bezüglich der Angeklagten F. und R. Zudem wendet sie sich auch bezüglich der Verfallsbeteiligten H. AG i.L., A. GmbH und Fa. gegen die Nichtanordnung des Verfalls von Wertersatz. 6

Die Revisionen der Staatsanwaltschaft haben Erfolg, soweit sie sich gegen die Nichtanordnung von Wertersatzverfall wenden; daher ist die sofortige Beschwerde gegen die Kostenentscheidung gegenstandslos. Im Übrigen sind die Revisionen der Staatsanwaltschaft unbegründet. 7

#### I.

1. Das Landgericht hat folgende Feststellungen getroffen: 8

a) Zur Firmenstruktur	9
Der Angeklagte F. war Vorsitzender des Verwaltungsrates des Schweizer Unternehmens D. AG (nachfolgend D. AG) und dessen beherrschender Mehrheitsaktionär. Bei dieser Gesellschaft war der Angeklagte W. zunächst als Assistent der Geschäftsleitung und später als Bereichsleiter der Mediensparte des Unternehmens tätig und insoweit dem Angeklagten F. direkt unterstellt. Die D. AG hielt rund 70 % der Aktien der I. AG (nachfolgend I. AG). Wesentlicher Geschäftsgegenstand der I. AG war die Erbringung von Dienstleistungen im Internet, namentlich die Bereitstellung von Speicherkapazitäten auf Servern zum Aufbau einer Internetpräsenz und die Entwicklung von Software. Neben der D. AG hielten Mitglieder des Managements und des Aufsichtsrates der I. AG sowie Mitarbeiter dieser Gesellschaft ca. 10 % der Geschäftsanteile. Die verbleibenden 20 % der I. - Aktien wurden seit dem 17. März 2000 am "Neuen Markt" der Deutsche Börse AG an der Frankfurter Wertpapierbörse gehandelt. Vorstandsvorsitzender der I. AG war der Angeklagte F., Finanzvorstand der Gesellschaft war der Angeklagte R. Neben den Anteilen an der I. AG hielt die D. AG Anteile an der Bl. GmbH, deren Geschäftsführer die Angeklagten S. und B. waren.	10
b) Manipulation der Umsatz- und Ertragszahlen im Vorfeld des Verkaufs der I. AG	11
Mitte des Jahres 2000 beschloss der Angeklagte F., die Mehrheitsanteile an der I. AG zu verkaufen. Um potentielle Käufer der Aktien über die tatsächliche wirtschaftliche Situation der I. AG zu täuschen, veranlasste er in der zweiten Hälfte des Jahres 2000 die Manipulierung der Umsatz- und Ertragszahlen der I. AG für die ersten neun Monate des Geschäftsjahres.	12
Hierfür ließ er zum Ende des dritten Quartals insgesamt acht Rechnungen, mit denen von der I. AG tatsächlich nicht erbrachte Leistungen - insbesondere gegenüber der Bl. GmbH sowie gegenüber weiteren Gesellschaften - mit einem Gesamtvolumen von 12.253.330 DM abgerechnet wurden, zu Gunsten der I. AG buchen. An diesen Buchhaltungsmanipulationen waren mit verschiedenen Beiträgen der Angeklagte R. als Finanzvorstand der I. AG, die Angeklagten S. und B. als Geschäftsführer der Bl. GmbH sowie der Angeklagte W. als Bereichsleiter der Mediensparte der D. AG und in dieser Eigenschaft auch als Vorgesetzter der Angeklagten S. und B. beteiligt.	13
Durch diese Manipulationen und die damit einhergehende Täuschung über die tatsächliche wirtschaftliche Situation der I. AG sollten Kaufinteressenten zum Abschluss eines Kaufvertrages und zur Zahlung eines überhöhten Kaufpreises veranlasst werden.	14
c) Der Verkauf der I. AG	15
Mit Vertrag vom 19. Dezember 2000 verkaufte der Angeklagte F. in seiner Eigenschaft als Vorsitzender des Verwaltungsrates der D. AG unter Zwischenschaltung ihrer in Deutschland geschäftsansässigen 100%igen Tochtergesellschaft D. H. GmbH einen über 75%igen Mehrheitsanteil an der I. AG, der bei der D. H. GmbH angesammelt worden war (UA S. 204), an die englische Gesellschaft E. plc.. In diesem Vertrag verpflichtete sich die D. AG, 15 Millionen Aktien der I. AG an die E. plc. zu übertragen. Als Gegenleistung sollte die E. plc. 210 Millionen Euro an die D. AG zahlen sowie 62 Millionen neu herauszugebende Aktien der E. plc., die im Kaufvertrag mit 552 Millionen Euro bewertet wurden, an die D. AG übertragen. Damit betrug der Gesamtkaufpreis für die I.-Aktien 762 Millionen Euro. Der Vertrag wurde am 30. Januar 2001 durchgeführt.	16
Entsprechend dem Tatplan der Angeklagten schlossen die Verantwortlichen der E. plc. den Vertrag in der irrigen Annahme, dass die ihnen mitgeteilten Unternehmenskennzahlen für die ersten neun Monate des Jahres 2000 zutreffend seien und die Zwischenbilanz des Unternehmens ordnungsgemäß erstellt worden sei. Nach der - subjektiven - Vorstellung der Angeklagten F. und R. zahlte die E. plc. demnach einen Kaufpreis, der den Marktwert der erworbenen Beteiligung an der I. AG um mindestens 30 Millionen Euro überstieg (UA S. 219). Die Angeklagten W. und S., die nicht alle Manipulationen kannten, gingen von einem um 27,5 Millionen Euro und der Angeklagte B. von einem um 25 Millionen Euro überhöhten Kaufpreis aus. In dem jeweiligen Umfang sollte bei der D. AG ein nicht gerechtfertigter Vermögenszuwachs entstehen (UA S. 21).	17
d) Vermögensschaden	18
Da saldierungsfähige Barwerte für die nach dem Aktienkaufvertrag vom 19. Dezember 2000 zu tauschenden Aktienpakete nach Auffassung der Strafkammer auch im Schätzungswege objektiv nicht sicher bestimmbar waren, sah sich die Strafkammer außerstande festzustellen, ob sich die E. plc. zur Zahlung eines objektiv über dem Marktwert der I. -Beteiligung liegenden überhöhten Kaufpreises verpflichtet hatte.	19

e) Die Verteilung des Erlöses aus der Veräußerung der I. AG 20

Der aus der Veräußerung des I. -Aktienpaketes von der D. AG vereinnahmte Erlös wurde zu einem großen Teil, nämlich 21  
in Höhe von insgesamt 233 Millionen Schweizer Franken, als Sonderdividende an die Aktionäre der D. AG  
ausgeschüttet (UA S. 272). Dem Angeklagten F. flossen aus dem Erlös der Veräußerung der I. AG mindestens 31,6  
Millionen Euro zu (UA S. 7). Daneben vereinnahmte die A. GmbH, deren alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer  
der Angeklagte F. ist, auf dessen Veranlassung 52,5 Millionen Euro des Verkaufserlöses (UA S. 7). Der Angeklagte R.,  
der im Tausch gegen die von ihm gehaltenen I. -Aktien Aktien der E. plc. mit einem "nominellen" Buchwert von ca. 7,25  
Millionen Euro erhalten hatte, veräußerte die ihm übertragenen Aktien der E. plc. nach Ablauf einer Sperrfrist für  
1.124.093,31 Euro (UAS. 520).

Darüber hinaus partizipierten unter anderem auch die H. AG i.L. und die Ehefrau des Angeklagten F., Fa., an den 22  
Erlösen aus der Veräußerung der I. AG an die E. plc.. Fa. erhielt vom Angeklagten F. eine Zuwendung von 2 Millionen  
Euro aus dem Veräußerungserlös, die H. AG i.L. von 4,5 Millionen Euro (UA S. 519).

f) Weitere Folgen der Umsatzmanipulationen und der Erstellung der Scheinrechnungen 23

Die nicht den tatsächlichen Verhältnissen entsprechenden Umsatz- und Ertragszahlen der I. AG, die sich aus der 24  
Erfassung der Scheinrechnungen ergaben, wurden im Rahmen einer Ad-hoc-Meldung am 28. November 2000  
veröffentlicht, mit der über die gesamte Geschäftstätigkeit der I. AG des dritten Quartals und der ersten neun Monate  
des Jahres 2000 an der Börse berichtet wurde. Zudem fanden die unzutreffenden Umsatz- und Ertragszahlen auch  
zum überwiegenden Teil, nämlich in Höhe von 9.119.400 DM, Eingang in den Konzernjahresabschluss und den  
Konzernlagebericht der I. AG zum 31. Dezember 2000.

Die Angeklagten S. und W. gaben für die Bl. GmbH für die Voranmeldungszeiträume September und Dezember 2000 25  
jeweils unrichtige Umsatzsteuer-Voranmeldungen ab. Sie machten zu Unrecht Umsatzsteuer in Höhe von 480.000 DM  
bzw. 828.000 DM aus Scheinrechnungen, die für die Manipulationen der Umsatzzahlen der I. AG erstellt worden waren,  
als Vorsteuern geltend. Die Rechnungsaussteller führten die ausgewiesene Umsatzsteuer jeweils an das zuständige  
Finanzamt ab.

2. Die Strafkammer hat diese Feststellungen wie folgt rechtlich gewürdigt: 26

Da sie sich nicht in der Lage sah, saldierungsfähige Barwerte für die nach dem Vertrag vom 19. Dezember 2000 zu 27  
tauschenden Aktienpakete hinreichend sicher zu bestimmen, hat die Strafkammer die Angeklagten F. und R. lediglich  
wegen versuchten Betruges in Mittäterschaft verurteilt, wobei sie einen angestrebten Vermögensschaden von 30  
Millionen Euro zu Grunde gelegt hat. Die Angeklagten W., S. und B. hat sie wegen Beihilfe hierzu verurteilt.

Die unrichtigen Angaben in der Ad-hoc-Mitteilung der I. AG vom 28. November 2000 hat die Strafkammer bei den 28  
Angeklagten F. und R. als unrichtige Darstellung i.S.v. § 400 Abs. 1 Nr. 1 AktG gewertet, die Unterstützung der  
Angeklagten S. und W. als Beihilfe hierzu. In der Aufnahme unzutreffender Umsatz- und Ertragszahlen in die  
Abschlüsse der I. AG durch den Angeklagten R. sah die Strafkammer die Verwirklichung des Tatbestandes der  
unrichtigen Darstellung i.S.v. § 331 Abs. 1 Nr. 1 HGB, zu der die anderen Angeklagten Beihilfe geleistet hatten. Die  
Einreichung unzutreffender Umsatzsteuer-Voranmeldungen durch die Angeklagten S. und W. hat die Strafkammer als  
Steuerhinterziehung gemäß § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO gewertet.

Die Strafkammer hat gegen keinen der Angeklagten und auch gegen keinen der Verfallsbeteiligten Verfall bzw. Verfall 29  
von Wertersatz angeordnet. Sie ist der Auffassung, dass weder der Angeklagte F. noch die Verfallsbeteiligten in einem  
beziehbaren Umfang etwas i.S.v. § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB erlangt hätten. Unmittelbar aus der Tat sei lediglich der  
Abschluss des Vertrages erlangt. Daher sei nur der sich aus der Saldierung von Leistung und Gegenleistung  
ergebende Betrag i.S.v. § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB erlangt. Da aber Barwerte für die nach dem Aktienkaufvertrag vom 19.  
Dezember 2000 zu tausenden Aktienpakete auch im Schätzungswege nicht sicher bestimmbar gewesen seien, sah  
sich die Strafkammer außerstande, das Erlangte objektiv, d.h. unabhängig von dem im Kaufvertrag vereinbarten  
Kaufpreis, zu beziffern. Außerdem sah sich die Strafkammer durch die Vorschrift des § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB an einer  
Verfallsanordnung gegenüber den Angeklagten F., S. und W. sowie der A. GmbH gehindert. Schließlich stünde bei den  
Angeklagten R., S. und W. der Anordnung des Verfalls auch § 73c Abs. 1 Satz 1 StGB entgegen.

## II.

Die Beschränkung der Revisionen der Staatsanwaltschaft ist wirksam. 30

Eine wirksame Revisionsbeschränkung setzt voraus, dass die Gesamtentscheidung auch dann frei von inneren Widersprüchen bleibt, wenn die eingelegte Revision Erfolg hat (st. Rspr.; vgl. BGHSt 10, 100, 101; 29, 359, 364; 39, 208, 209; 41, 57, 59; 47, 32, 35; jew. mwN; BGH NSTZ-RR 1999, 359). Dies ist hier auch bei den Angeklagten R. und F. der Fall. Das Angriffsziel der Revisionen setzt sowohl hinsichtlich der Strafaussprüche als auch bezüglich der erstrebten Verfallsanordnung keinen vollendeten Betrug voraus. Wegen des den Verfallsvorschriften zugrunde liegenden Bruttoprinzips setzt eine Verfallsanordnung hinsichtlich des aus einer Tat Erlangten nicht notwendig einen Vermögensschaden - spiegelbildlich zu einem Vermögensvorteil - voraus. Auch ein versuchter Betrug ist eine rechtswidrige Tat im Sinne des § 73 StGB (vgl. W. Schmidt in LK 12. Aufl. § 73 StGB Rdn. 16; siehe auch unten IV. 1. a), aus der etwas i.S.v. § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB erlangt werden kann. Selbst wenn die erbrachte Gegenleistung den Wert der zugeflossenen Leistung erreichen würde, könnte es zwar an einem Vermögensschaden fehlen, nicht aber am Erlangten. 31

Auch in solchen Fällen kommt ein Verfall noch in Betracht, es sei denn der Verfallsanordnung stehen Ansprüche des Verletzten i.S.d. § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB entgegen oder die Härtevorschrift des § 73c StGB greift ein. 32

### III.

Soweit sich die Revisionen der Staatsanwaltschaft gegen die Strafaussprüche bezüglich der Angeklagten F., R., S. und W. wenden, zeigen sie keinen Rechtsfehler auf. Die Einzelstrafen, die Gesamtstrafen und, betreffend die Angeklagten S. und W., auch die Strafaussetzung zur Bewährung halten rechtlicher Nachprüfung stand. 33

Insbesondere ist auch die von der Staatsanwaltschaft beanstandete Strafraumenwahl rechtsfehlerfrei. Die Verneinung besonders schwerer Fälle überschreitet noch nicht den dem Tatrichter hierbei zukommenden Beurteilungsspielraum. 34

Dies gilt auch, soweit das Landgericht bei den Angeklagten S. und W. für die von ihnen begangenen Steuerhinterziehungen besonders schwere Fälle i.S.v. § 370 Abs. 3 AO verneint hat. Die Voraussetzungen des § 370 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 AO aF, der als für die Angeklagten günstigeres Tatzeitrecht gemäß § 2 Abs. 3 StGB anzuwenden war, waren nicht gegeben. Auch handelten die Angeklagten S. und W. nicht aus grobem Eigennutz. Das Landgericht hat zudem in den Blick genommen, dass nach dem Tatplan der Angeklagten ein endgültiger Steuerschaden nicht angestrebt wurde und ein solcher auch nicht eingetreten ist. 35

### IV.

Keinen Bestand hat das Urteil, soweit das Landgericht hinsichtlich der Angeklagten R. und F. sowie gegenüber den Verfallsbeteiligten H. AG i.L., A. GmbH und Fa. von der Anordnung des Verfalls von Wertersatz abgesehen hat. 36

1. Das Landgericht hat den Umfang des aus der Tat Erlangten i.S.v. § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB unzutreffend bestimmt. Deshalb war das Urteil hinsichtlich der Verfallsentscheidung aufzuheben. Dem liegt folgende rechtliche Beurteilung des Senats (§ 358 Abs. 1 StPO) zugrunde: 37

a) Aus der Tat erlangt i.S.v. § 73 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 StGB sind alle Vermögenswerte, die dem Begünstigten unmittelbar aus der Verwirklichung des Tatbestands in irgendeiner Phase des Tatablaufs zufließen (vgl. BGHSt 52, 227, 246 mwN). Auch bei Betrugstaten ist dabei nicht erforderlich, dass der Täter einen Vermögensvorteil erlangt hat. Zudem stellt auch ein versuchter Betrug eine rechtswidrige Tat i.S.v. § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB, § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB dar, aus der i.S.v. § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB etwas erlangt sein kann. Deshalb kann eine Verfallsanordnung auch an einen lediglich versuchten Betrug anknüpfen, soweit - wie hier - dem Täter oder einem Dritten (§ 73 Abs. 3 StGB) daraus etwas zugeflossen ist (vgl. W. Schmidt in LK 12. Aufl. § 73 StGB Rdn. 16). 38

Einer Verfallsanordnung stand daher nicht entgegen, dass das Landgericht sich außerstande gesehen hat, mit der erforderlichen Sicherheit bei den Angeklagten F. und R. eine ungerechtfertigte Bereicherung (einen Vermögensvorteil) und bei der E. plc. einen Vermögensschaden festzustellen. 39

b) Der Umfang des Erlangten ist zwingend nach Maßgabe des Bruttoprinzips zu bemessen (BGHSt 52, 227, 248). Hiernach sind die Vermögenswerte, die der Täter oder Teilnehmer in irgendeiner Phase des Tatablaufs unmittelbar erlangt hat, in ihrer Gesamtheit abzuschöpfen, ohne dass Gegenleistungen oder sonstige Aufwendungen in Abzug gebracht werden (BGHSt 47, 369, 370 f.; 52, 227, 248). Bei der Berechnung des - wie hier - durch einen Kauf Erlangten ist deshalb vom gesamten betrügerisch erlangten Verkaufserlös auszugehen (BGHSt 47, 369, 370 mwN). Das Bundesverfassungsgericht hat hierzu im vorliegenden Strafverfahren auf eine Verfassungsbeschwerde gegen eine Arrestentscheidung des Hansatischen Oberlandesgerichts Hamburg folgendes ausgeführt (Beschl. vom 11. Dezember 40

"Die Annahme des Oberlandesgerichts, der Beschwerdeführer habe den Erlös aus den durch die D. AG verkauften E. - Aktien ohne Berücksichtigung des vorherigen Wertes der I. -Aktien 'erlangt', begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Anders als in den vom 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs entschiedenen Fällen (vgl. BGHSt 47, 260, 269 f.; 50, 299, 309 ff.; BGH, Beschluss vom 29. Juni 2006 - 5 StR 482/05, NStZ-RR 2006, S. 338), auf die der Beschwerdeführer sich beruft, sind im vorliegenden Fall die Vermögensbestandteile des Beschwerdeführers, über deren Wert getäuscht worden sein soll und die unmittelbar zum Erwerb der E. -Aktien eingesetzt wurden, selbst Gegenstand der mutmaßlichen Tathandlung (vgl. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 7. Juli 2006 - 2 BvR 527/06 -, juris; vgl. auch BGHSt 47, 369, 370 ff., und BGH, Urteil vom 30. Mai 2008 - 1 StR 166/07, juris, Rn. 107). Nach dem sich aus §§ 73, 73a StGB ergebenden Bruttoprinzip unterliegt das Erlangte in seiner Gesamtheit dem Verfall."

Schon deshalb ergibt sich aus der Rechtsprechung des 5. Strafsenats (vgl. für die zudem anders gelagerten Fälle der Auftragsertelung durch Bestechung BGHSt 47, 260 sowie 50, 299 und für verbotene Insidergeschäfte BGH NStZ 2010, 339) nichts Gegenteiliges; ein Fall der Divergenz i.S.v. § 132 Abs. 2 GVG ist nicht gegeben.

Im vorliegenden Fall haben die D. AG und der Angeklagte R. aus der Tat - versuchter Betrug zum Nachteil der E. plc. - die Leistungen der E. plc. erlangt. Teile des Veräußerungserlöses flossen dann dem Angeklagten F. und den Verfallsbeteiligten zu (UA S. 7, 519). Die Erbringung der Leistungen durch die E. plc. ist noch Teil der Tat (vgl. BVerfG aaO); erst die täuschungsbedingte Erfüllung des Betruges führt zur Beendigung der Tat (Fischer StGB 57. Aufl. § 263 Rdn. 201 mwN). Entgegen der Auffassung des Landgerichts ist in solchen Fällen nicht zwischen dem schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäft und dem Erfüllungsgeschäft zu unterscheiden (vgl. auch BGHSt 52, 227, 248 f.).

Aus der Tat erlangt i.S.v. § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB sind hier die in Vollzug des täuschungsbedingt abgeschlossenen Vertrages vom 19. Dezember 2000 von der E. plc. erbrachten Leistungen, hinsichtlich der D. AG also sowohl die "Barkomponente" in Höhe von 210 Millionen Euro als auch das im Austausch gegen I. -Aktien übertragene E. - Aktienpaket, dessen Wert vertraglich mit 552 Millionen Euro beziffert wurde. Eine Saldierung der zwischen der D. AG und der E. plc. in Vollzug der getroffenen Vereinbarung ausgetauschten Leistungen war demgegenüber entgegen der Auffassung des Landgerichts für die Bestimmung des Erlangten i.S.v. § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB nicht vorzunehmen. Eine solche Saldierung schließt das gesetzlich vorgegebene Bruttoprinzip aus. Dieser Umfang des Verfalls entspricht dem Willen des Gesetzgebers, der durch Gesetz zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes, des Strafgesetzbuches und anderer Gesetze vom 28. Februar 1992 (BGBl. I S. 372) § 73 StGB mit Wirkung vom 7. März 1992 geändert hat. Daher hat der Gesetzgeber den Begriff des Vermögensvorteils (Nettoprinzip) durch den des Erlangten (Bruttoprinzip) ersetzt (BT-Drucks. 12/899 S. 11).

Würde man bei solchen Geschäften lediglich den Gewinn - also den Saldo aus Leistung und Gegenleistung - als Erlangtes ansehen, dann würde - dem Willen des Gesetzgebers widersprechend - im Ergebnis das Bruttoprinzip wieder durch das Nettoprinzip ersetzt. Gerade die im vorliegenden Verfahren deutlich gewordenen Schwierigkeiten bei der Bemessung der Gegenleistung wollte der Gesetzgeber aber bei Einführung des Bruttoprinzips vermeiden (vgl. BT-Drucks. 12/899 S. 11). Zudem wollte er den unwiederbringlichen Verlust von all dem anordnen, was in Straftaten investiert worden ist. Denn mit dem Verfall verfolgt er auch einen Präventionszweck (BVerfG NJW 2004, 2073, 2075; BGHSt 51, 65, 67). Müsste der von der Verfallsanordnung Betroffene lediglich die Abschöpfung des Nettogewinns befürchten, so würde sich die Tat für ihn unter finanziellen Gesichtspunkten als risikolos erweisen (vgl. BGHSt 51, 65, 67; 52, 227, 248).

c) Die vorstehenden Grundsätze gelten auch für die Anordnung des Verfalls gegenüber einem Drittbegünstigten i.S.v. § 73 Abs. 3 StGB, d.h. hier gegenüber der H. AG i.L. und der A. GmbH sowie gegenüber der Ehefrau des Angeklagten F., der weiteren Verfallsbeteiligten Fa. . Auch gegenüber diesen Verfallsbeteiligten ist der Umfang des Erlangten nach Maßgabe des Bruttoprinzips zu bemessen, ohne dass Gegenleistungen oder sonstige Aufwendungen in Abzug gebracht werden (BGHSt 47, 369, 374; 52, 227, 247 f.; BGH NStZ-RR 2004, 214, 215).

2. Die rechtsfehlerhafte Bestimmung des Umfangs des Erlangten zwingt zur Aufhebung des Urteils und zur Zurückverweisung, soweit von der Anordnung des Verfalls von Wertersatz gegen den Angeklagten F. und R. sowie gegen die Verfallsbeteiligten H. AG i.L., A. GmbH und Fa. abgesehen worden ist.

a) Nach den insoweit rechtsfehlerfrei getroffenen Urteilsfeststellungen, die bestehen bleiben können, erlangte die D. AG über ihr Tochterunternehmen D. H. GmbH aus dem verfahrensgegenständlichen Rechtsgeschäft 210 Millionen Euro sowie 62 Millionen neu herauszugebende Aktien der E. plc., deren Wert im zugrunde liegenden Vertrag mit 552

Millionen Euro beziffert wurde. Nominal betrug der Gesamtpreis für die I.-Aktien demnach 762 Millionen Euro.

b) Unzureichend sind allerdings die bislang getroffenen Feststellungen zur Weitergabe des von der D. AG Erlangten an den Angeklagten F. und an die Verfallsbeteiligten (vgl. oben Abschnitt I.1 Buchst. e). Diese Feststellungen bilden keine ausreichende Tatsachengrundlage für die Annahme des Landgerichts, dass die Vermögenswerte, die den Angeklagten F. und R. sowie den Verfallsbeteiligten zugeflossen sind, im gesamten Umfang aus der verfahrensgegenständlichen Straftat stammen. Darüber hinaus kann der Senat auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen nicht beurteilen, ob die Zuflüsse bei den Verfallsbeteiligten aus betrieblichen Zurechnungsverhältnissen (sog. Vertretungsfall; vgl. BGHSt 45, 235, 245), unentgeltlich oder aufgrund eines bemakelten Rechtsgeschäfts zur Verschleierung oder Vereitelung des Gläubigerzugriffs (sog. Verschiebungsfall; vgl. Fischer StGB 57. Aufl. § 73 Rdn. 35 mwN) oder in Erfüllung einer nicht bemakelten Forderung (sog. Erfüllungsfall; vgl. BGHSt aaO S. 247) erfolgt sind. Die Höhe der in Schweizer Franken ausgezahlten Sonderdividende, deren Wert zur Zeit der Ausschüttung umgerechnet mehr als 350 Millionen Euro betrug, übersteigt die "Barkomponente", die aufgrund der Anteilsveräußerung an die E. plc. erlangt wurde. Es fehlt nicht nur an ausreichenden Feststellungen zu den für die Ausschüttung der Sonderdividende maßgeblichen Beteiligungsverhältnissen an der D. AG, sondern auch dazu, in welchem Umfang die von der D. AG über die D. H. GmbH erlangte "Barkomponente" in die Ausschüttung eingeflossen ist. 49

3. Die bisherigen Feststellungen zur Höhe des von den Beteiligten i.S.v. § 73 Abs. 1 und § 73 Abs. 3 StGB i.V.m. § 431 Abs. 1, § 442 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 StPO Erlangten können indes bestehen bleiben. Beteiligte im hier verwendeten Sinn sind demnach die Angeklagten als Tatbeteiligte im Sinne von § 28 Abs. 2 StGB sowie die Verfallsbeteiligten einschließlich der D. AG als Geschäftspartnerin und Garantiegeberin (UA S. 204) der E. plc. und ihrer Tochtergesellschaft D. H. GmbH als formeller Verkäuferin der I.-Aktien. Das zur neuen Entscheidung berufene Tatgericht darf ergänzende Feststellungen treffen, die den bisherigen nicht widersprechen. 50

4. Zu der neu zu treffenden Entscheidung über die Frage einer Verfallsanordnung weist der Senat auf Folgendes hin: 51

a) Auf der Grundlage der bestandskräftigen Feststellungen wird der neue Tatrichter seiner Entscheidung die rechtliche Beurteilung des Senats zugrunde legen, dass das aus der Tat i.S.v. § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB Erlangte einen Wert (vgl. § 73a Satz 1 StGB) von 762 Millionen Euro hatte. Das war der zu bezahlende Kaufpreis, auf den sich die Vertragsparteien geeinigt hatten und der in Höhe von 552 Millionen Euro durch E.-Aktien, deren Wert die Vertragsparteien einvernehmlich und nach den für dieses Geschäft maßgeblichen preisbildenden Faktoren bestimmt hatten, zu erbringen war. Nach dem Bruttoprinzip unterliegt das Erlangte in seiner Gesamtheit dem Verfall, wobei ausreichend ist, dass die Vermögenswerte zu irgendeinem Zeitpunkt, wenn auch nur für einen kurzen Zeitraum, zugeflossen sind. Dass für den Weiterverkauf der erhaltenen Aktien der E. plc. eine neunmonatige Sperrfrist vereinbart wurde und dass während dieser Zeit die Kurse dieser Aktien gefallen sind, könnte lediglich im Rahmen des § 73c StGB Berücksichtigung finden (BVerfG wistra 2004, 378, 381 f.). Im Hinblick darauf kann das neue Tatgericht erwägen, ob das weitere Verfahren hinsichtlich des Erlangten auf die "Barkomponente" beschränkt werden sollte. 52

b) Der neue Tatrichter wird Gelegenheit haben, bei seiner Entscheidung über die Höhe des anzuordnenden Verfallsbetrags bezüglich der Angeklagten F. und R. sowie der Verfallsbeteiligten folgende Gesichtspunkte zu berücksichtigen: 53

aa) Die dem Gesellschaftsvermögen einer juristischen Person zugeflossenen Werte stellen trotz (abstrakter) Zugriffsmöglichkeiten der Gesellschafter oder der Organe nicht ohne weiteres auch zugleich das durch die Angeklagten und die Verfallsbeteiligten i.S.v. § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB Erlangte dar (vgl. BVerfG aaO). 54

bb) Nach § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB ist die Anordnung des Verfalls bzw. des Verfalls von Wertersatz ausgeschlossen, soweit Verletzten aus der Tat Ansprüche erwachsen sind, deren Erfüllung dem Täter oder Teilnehmer den Wert des aus der Tat Erlangten entziehen würden. Unter den Voraussetzungen des § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB ist eine Verfallsanordnung auch gegenüber einem Drittbegünstigten ausgeschlossen (vgl. BGHSt 52, 227, 244; BGH NSTZ-RR 2007, 109, 110; Nack GA 2003, 879, 882 mwN). Für den Ausschluss kommt es allein auf die rechtliche Existenz der Ansprüche an (vgl. Fischer, StGB 57. Aufl. § 73 Rdn. 18 mwN). Das bisherige Unterbleiben und die fehlende Erwartung der Geltendmachung solcher Ansprüche rechtfertigen also die Verfallsanordnung nicht (BGH NSTZ-RR 2007, 110). Dagegen bleibt sie möglich, wenn die Verletzten auf die Geltendmachung wirksam verzichtet haben oder die Ansprüche verjährt sind (BGHSt aaO; BGH NSTZ 2006, 621, 623; Fischer aaO Rdn. 19). 55

Hier wird der neue Tatrichter Gelegenheit haben zu prüfen, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang Ansprüche der E. plc. als Verletzter i.S.d. § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB dem Verfall von Wertersatz gegenüber den Angeklagten F. und R. sowie der A. GmbH entgegenstehen (§ 262 StPO). Demgegenüber liegt aufgrund der bislang getroffenen 56

Feststellungen nahe, dass hinsichtlich der H. AG i.L. und der weiteren Verfallsbeteiligten Fa. die Voraussetzungen des § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB nicht gegeben sind, da die E. plc. ihnen gegenüber auf die Geltendmachung von Ansprüchen verzichtet hat.

cc) Der Anwendung der Vorschrift des § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB stünde nicht entgegen, dass es nach Auffassung der Strafkammer an einem am Schuldspruch anknüpfenden eindeutigen Beleg von Ansprüchen der Verletzten fehlt. Die Verurteilung der Angeklagten F. und R. lediglich wegen versuchten Betruges schließt nicht aus, dass zivilrechtliche Schadensersatzansprüche der E. plc. gegeben sein können. Denn die Verurteilung lediglich wegen versuchten Betruges resultiert nicht daraus, dass die Strafkammer einen bei der E. plc. eingetretenen Schaden ausgeschlossen hatte, sondern daraus, dass nach ihrer Auffassung ein Vermögensschaden i.S.d. § 263 StGB nach strafrechtlichen Maßstäben nicht zweifelsfrei festgestellt werden konnte. 57

Insbesondere ein möglicher Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB, der der Anordnung des Verfalls nach § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB entgegenstehen kann (vgl. BGH NSTZ 2010, 326), knüpft aber nicht am Begriff des Vermögensschadens des § 263 StGB an, sondern an einem Schadensbegriff, der sich nach anderen Maßstäben bestimmt (vgl. BGHZ 160, 149; BGH NJW 2005, 2450). 58

dd) Hinsichtlich des Angeklagten R. ist bislang lediglich festgestellt, dass dieser von der E. plc. zivilrechtlich in Anspruch genommen wird und in diesem Zusammenhang einen Vergleich abgeschlossen hat, wonach er sich zur Zahlung von mindestens 250.000 Euro verpflichtet hat. Einen Betrag von 100.000 Euro habe er hiervon bereits erbracht. Weiter habe sich der Angeklagte R. aufgrund des Vergleiches verpflichtet, seine Vermögensverhältnisse offen zu legen. Sollten sich die diesbezüglichen Feststellungen als unrichtig erweisen, wäre er zur Zahlung der gesamten Vergleichssumme in Höhe von 1,5 Millionen Euro verpflichtet. Hat er hingegen sämtliche Bedingungen des Vergleichsvertrages erfüllt, hätte er insgesamt nur 250.000 Euro zu zahlen. 59

Den bisherigen Urteilsfeststellungen ist nicht hinreichend deutlich zu entnehmen, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe Ansprüche der E. plc. gegenüber dem Angeklagten R. (noch) existieren. Sollte die E. plc. aufgrund eines Vergleiches auf einen Teil ihrer Ansprüche gegen den Angeklagten R. endgültig verzichtet haben, steht § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB der Anordnung des Verfalls von Wertersatz hinsichtlich des den Vergleichsbetrag übersteigenden Wertes des Erlangten nicht entgegen (vgl. OLG Zweibrücken StV 2003, 160, 162; Fischer StGB 57. Aufl. § 73 Rdn. 23); 57 § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB schließt die Verfallsanordnung lediglich in dem Umfang aus, in dem die Anordnung dem Täter das aus der Tat Erlangte zu Lasten des Verletzten entziehen würde ("soweit"). Nach dieser Vorschrift soll eine Konkurrenz zwischen staatlichem Verfallsanspruch, der sich aus § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB ergibt, und (meist zivilrechtlichen) Schadensersatzansprüchen der Verletzten vermieden werden. Insbesondere soll die doppelte Inanspruchnahme des Täters aufgrund des identischen Lebenssachverhaltes verhindert werden (vgl. Fischer aaO Rdn. 17), ohne dass aber der weitere Grundsatz des Verfallsrechts aus dem Blick geraten darf, nach dem der Täter nichts vom Erlangten behalten darf. Das Gesetz löst dieses Konkurrenzverhältnis dahingehend, dass - soweit Ansprüche des Verletzten bestehen - deren Befriedigung Vorrang vor dem Verfall an den Staat (§ 73 Abs. 1 Satz 2 StGB) erhält. 60

Dem Verletzten steht es danach frei, sich mit dem Täter zu einigen und auf einen ihm zustehenden Schadensersatz (oder einen Teil hiervon) zu verzichten. Ein Verzicht des Verletzten kann allerdings nicht den staatlichen Verfallsanspruch nach § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB begrenzen. Der Verletzte kann zwar frei darüber entscheiden, was er vom Täter herausverlangen will, nicht aber darüber, was dieser aus der Tat erlangt hat (so auch Fischer StGB aaO Rdn. 23). Dies wird in der - freilich erst nach der Tatzeit in Kraft getretenen - Vorschrift des § 111i StPO noch einmal verdeutlicht. 61

Deshalb haben Schadensersatzleistungen des Täters - unabhängig davon, ob sie vor oder nach Erlass des Urteils geleistet wurden - für die Bestimmung der Höhe des aus der Tat i.S.v. § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB Erlangten keine Auswirkung. Sie können allerdings im Rahmen der Härteklausel des § 73c StGB Berücksichtigung finden und sind zudem - wie die Kammer berücksichtigt hat - ein bestimmender Strafmilderungsgrund. Darüber hinaus würde die Anordnung des Verfalls den Strafausspruch unberührt lassen (BGH NSTZ 1995, 491; NSTZ-RR 1996, 129, 130; NSTZ 2000, 137; NSTZ 2001, 312). 62

ee) Hinsichtlich der A. GmbH ist bislang lediglich festgestellt, dass die Gesellschaft zivilrechtlichen Schadensersatzansprüchen der E. plc. ausgesetzt ist. Sie könnte eine Haftung gemäß § 826 BGB treffen, weil sie von dem Angeklagten F., der Geschäftsführer der Gesellschaft ist, in Kenntnis aller haftungsbegründenden Umstände dazu eingesetzt worden ist, Teile des Verkaufserlöses zu vereinnahmen. 63

Die neue Strafkammer wird klären, in welcher Höhe der E. plc. Ansprüche i.S.v. § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB gegenüber der A. GmbH erwachsen sind. Dabei wird sie auch prüfen, ob der - seitens der Strafkammer angenommene - 64

Schadensersatzanspruch nach § 826 BGB gegenüber der A. GmbH tatsächlich existiert. Auch hinsichtlich des Angeklagten F. ergibt sich aus den getroffenen Urteilsfeststellungen noch nicht, in welcher Höhe er Ansprüchen der E. plc. ausgesetzt ist.

c) Auf der Grundlage der demnach erforderlichen weitergehenden Feststellungen wird das neue Tatgericht 65 erforderlichenfalls prüfen, ob und gegebenenfalls inwieweit die Härtevorschrift des § 73c StGB der Anordnung des Verfalls von Wertersatz bei den Angeklagten F. und R. sowie bei den Verfallsbeteiligten entgegensteht.

#### **V.**

Im Hinblick auf die Aufhebung der Verfallsentscheidung und Zurückverweisung der Sache insoweit an das Landgericht 66 ist die sofortige Beschwerde der Staatsanwaltschaft gegen die die Verfallsbeteiligten betreffende Kostenentscheidung gegenstandslos.