

HRRS-Nummer: HRRS 2017 Nr. 1028

Bearbeiter: Christoph Henckel/Karsten Gaede

Zitiervorschlag: HRRS 2017 Nr. 1028, Rn. X

### BGH 1 StR 306/16 - Beschluss vom 16. Mai 2017 (LG München I)

**Betrug (Vermögensschaden: Prinzip der Gesamtsaldierung, Ermittlung des Werts von Aktien); unrichtige Darstellung der Verhältnisse einer Kapitalgesellschaft (Begriff der Unrichtigkeit).**

§ 263 Abs. 1 StGB; § 331 Nr. 1 HGB

#### Leitsätze des Bearbeiters

1. Wurde der Getäuschte bei § 263 Abs. 1 StGB zur Ausübung der Option zur Zeichnung von Aktien veranlasst, sind bei der für die Schadensbestimmung erforderlichen Gesamtsaldierung der Wert (Marktwert) der (vermeintlich) erworbenen Aktien und der hierfür entrichtete Kaufpreis miteinander zu vergleichen. Für die erworbenen Aktien ist zunächst ein Verkehrs- oder Marktwert ggf. unter Zuhilfenahme eines Sachverständigen zu ermitteln (vgl. BGH NJW 2016, 3543). Dabei wird der vereinbarte Kaufpreis der Aktien als Anhaltspunkt für den maßgeblichen Marktwert zu berücksichtigen sein. Ein wichtiges Indiz dafür, dass der Kaufpreis dem Marktwert entsprach, wäre der Umstand, dass die vermeintlich erworbenen Aktien auch anderen Anlegern am Markt für denselben Stückpreis angeboten und verkauft wurden (vgl. BGHSt 61, 149). Bei einer Bewertung des Vermögensschadens anhand des vereinbarten Stückpreises muss im Blick behalten werden, dass der Erwerb von Aktien auch immer das zukünftige Gewinnerwartungspotential eines Unternehmens zum Ausdruck bringt und diese Erwartung gerade nicht den gegenwärtigen wirtschaftlichen Wert der Gegenleistung widerspiegelt. Insofern wäre der Kaufpreis der Aktie jedenfalls um derartige Erwartungen zu bereinigen (vgl. NSTZ-RR 2015, 374).

2. Die unrichtige Darstellung der Verhältnisse einer Kapitalgesellschaft beschränkt sich nicht auf unwahre Angaben. Unrichtig können nicht nur Aussagen über Tatsachen, sondern auch - evtl. auf zutreffenden Tatsachen beruhende - Schlussfolgerungen, wie Bewertungen, Schätzungen und Prognosen sein.

#### Entscheidungstenor

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts München I vom 4. Februar 2016
  - a) mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben, soweit der Angeklagte wegen Betrugs verurteilt worden ist,
  - b) im verbleibenden Schuldspruch dahingehend geändert, dass der Angeklagte der unrichtigen Darstellung schuldig ist und
  - c) im Gesamtstrafenausspruch mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben.
2. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Wirtschaftsstrafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.
3. Die weitergehende Revision wird verworfen.

#### Gründe

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen unrichtiger Darstellung in zwei rechtlich zusammentreffenden Fällen in 1  
Tatmehrheit mit Betrug zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und drei Monaten verurteilt. Es hat wegen überlanger Verfahrensdauer von der Gesamtfreiheitsstrafe drei Monate für vollstreckt erachtet. Gegen dieses Urteil wendet sich der Angeklagte mit seiner auf eine Verfahrensrüge und die Sachrüge gestützten Revision. Das Rechtsmittel hat mit der Sachrüge den aus der Beschlussformel ersichtlichen Erfolg (§ 349 Abs. 4 StPO); im Übrigen ist es unbegründet im Sinne von § 349 Abs. 2 StPO.

I.

1. Das Landgericht hat die folgenden Feststellungen und Wertungen getroffen: 2

In den für das vorliegende Verfahren maßgeblichen Kalenderjahren 2006 und 2007 war der Angeklagte Vorstand der 3

im Bereich Photovoltaikanlagen handelnden S. AG (im Folgenden: AG). Er hatte auf die Entscheidungen dieser AG aufgrund seiner unmittelbaren und mittelbaren Beteiligungen beherrschenden Einfluss. Der Angeklagte plante mit der AG im Laufe des Jahres 2008 einen Börsengang. Um diesen Börsengang wirtschaftlich sinnvoll durchführen zu können und eine solide finanzielle Grundlage der AG zu schaffen, plante er, weitere Aktien durch Kapitalerhöhungen auszugeben. Er ging davon aus, dass eine positive Bilanz für das Jahr 2006 die gesetzliche Voraussetzung für die geplante Kapitalerhöhung war.

a) Zu einem nicht näher bekannten Zeitpunkt vor dem 31. Januar 2007 ließ der Angeklagte die Bilanz und Gewinn- und Verlustrechnung der AG durch das Steuerbüro N. für das Jahr 2006 aufgrund von ihm übermittelter Angaben erstellen und unterzeichnete jedenfalls vor dem 12. Februar 2007 den Jahresabschluss. Hierbei hatte er die Bilanz in zweifacher Hinsicht manipuliert, um den Weg für die Kapitalerhöhungen und damit den geplanten Börsengang zu bereiten:

aa) Auf Betreiben des Angeklagten stellte die AG am 15. Dezember 2006 eine (Schein-)Rechnung an die nicht existente Firma „E. AG,“ über 601.982 Euro einschließlich Umsatzsteuer in Höhe von 83.032 Euro aus, der angeblich Planungsleistungen der AG zugrunde lagen. Tatsächlich waren die in der Rechnung erfassten Planungsleistungen weder erbracht worden, noch eine Zahlung auf die Rechnung beabsichtigt, was der Angeklagte auch wusste. Er wies die Zeugin R. dennoch an, diese Rechnung gewinnerhöhend zu verbuchen, um einen tatsächlich nicht existenten Jahresüberschuss in Höhe von 224.373,26 Euro in der Gewinn- und Verlustrechnung 2006 auszuweisen. Hierdurch vermied der Angeklagte den Ausweis eines Verlustes im Jahresabschluss 2006 in Höhe von 294.576,74 Euro.

bb) Am 4. April 2006 schloss die AG mit der einen Tag zuvor gegründeten S. B. GmbH & Co. KG (im Folgenden: KG), deren Geschäftsgegenstand der Erwerb, das Halten, die Verwaltung und Veräußerung der Beteiligungen an der AG war, einen Vertrag, mit welchem sich die AG verpflichtete, die KG durch Ausgabe neuer Aktien und deren Verkauf bis zu einer Höhe von 20 % des Grundkapitals an der AG zu beteiligen. Gleichzeitig wurde der KG die Option eingeräumt, diese Aktien zu erwerben. Am 27. April 2006 wurde im Rahmen einer Nachtragsvereinbarung die Option auf 25 % angehoben. Komplementärin der KG war die F. GmbH, deren Geschäftsführer der Zeuge O. war.

Aufgrund der genannten Verträge überwies die KG im Jahr 2006 insgesamt 39 Vorauszahlungen auf den Erwerb von Aktien, jeweils mit dem Verwendungszweck „Aktienwerb S. AG“, in Höhe von insgesamt 4.800.500 Euro.

Der Angeklagte wies die Zeugin R. aus der Buchhaltung der AG an, die Zahlungen buchhalterisch in die Kapitalrücklage der AG einzubuchen, obwohl er wusste, dass die Zeichnung durch die KG erst für 30.570 Aktien (lt. Aktienbuch 20.408 Aktien am 28. April 2006 und 10.162 Aktien am 15. Mai 2006) in Höhe von 1.548.740 Euro erfolgt war und hinsichtlich des überschießenden Betrags in Höhe von 3.251.760 Euro bisher keine Aktien ausgegeben worden waren. Die Bilanz des Jahres 2006 wies eine Kapitalrücklage von 5.187.350 Euro aus.

b) Mit den oben geschilderten Plänen zum Börsengang, dem angeblich positiven Bilanzergebnis im Jahr 2006 und dem hohen fingierten Eigenkapital warb der Angeklagte Anfang 2007 bewusst wahrheitswidrig um weitere Anleger, insbesondere bei den Verantwortlichen der KG. Die wahrheitswidrigen Behauptungen tätigte der Angeklagte u.a. in Newslettern, dem Jahresbericht der AG für 2006, auf deren Hauptversammlung und auf Präsentationsveranstaltungen der AG und der KG. Bereits in einer E-Mail vom 24. Dezember 2006 hatte der Angeklagte den Verantwortlichen der KG mitgeteilt, dass im Februar 2007 eine Kapitalerhöhung aus Eigenmitteln beabsichtigt sei, mit der das Grundkapital der AG auf das Fünffache erhöht werden sollte.

Am 12. Februar 2007 beschloss die AG die Erhöhung des Grundkapitals aus Gesellschaftsmitteln um 4.200.000 Euro auf 5.250.000 Euro. Die Gesellschaftsmittel stammten zum Teil aus den im Jahr 2006 geleisteten Zahlungen der KG, die als Kapitalrücklage verbucht worden waren. Ferner wurde der Vorstand ermächtigt, mit Zustimmung des Aufsichtsrates, das Grundkapital um bis zu 500.000 Euro zu erhöhen (genehmigtes Kapital 2007/II). Bereits am 31. März 2006 hatte die Hauptversammlung genehmigtes Kapital in Höhe von 450.000 Euro beschlossen (genehmigtes Kapital 2006/I), was der Vorstand bis zum 12. Februar 2007 erst in Höhe von 50.000 Euro verbraucht hatte (Grundkapital zu diesem Zeitpunkt: 1.050.000 Euro).

Am 21. März 2007 wurde die Kapitalerhöhung ins Handelsregister eingetragen. Dem Angeklagten war dabei bekannt, dass diese mangels Vorliegens der Voraussetzungen „nicht wirksam“ erfolgt war.

Im Vertrauen auf die Angaben des Angeklagten zur wirtschaftlichen Situation und zur Börsenfähigkeit der AG übte die KG im Zeitraum vom 1. März 2007 bis zum 7. Februar 2008 ihr Optionsrecht erneut aus und „erwarb Aktien“ der AG zum Preis von insgesamt 13.634.500 Euro. Hierzu überwies sie zwischen dem 1. März 2007 und dem 7. Februar 2008 diese Summe in mehreren Tranchen an die AG. Zudem bestand noch ein Anspruch auf Übertragung weiterer Aktien aus den Anzahlungen im Jahr 2006 in Höhe von 3.251.760 Euro. Dem Zeugen O. war dabei bewusst, dass man „üblicherweise“ bei einem Aktienwerb die Aktien „erst zeichnen, und dann zahlen würde“, die Zahlungen aber

hiervon abweichend vorab erfolgt waren. Er wollte den Angeklagten bzw. die AG aber „unterstützen“ und leistete daher schon vor Zeichnung Anzahlungen auf die zukünftigen Aktienerbe.

Am 5. Juni 2007 schloss die KG mit der vom Angeklagten beherrschten BSG mbH (im Folgenden: BSG) einen 13  
Garantievertrag zur Absicherung der KG hinsichtlich der Anzahlungen auf die Aktienerbe an der AG. Die BSG hielt 23,78 % der Anteile an der AG.

Am 8. Juni 2007 beschloss der Vorstand der AG die Erhöhung des Grundkapitals in Höhe von 500.000 Euro aufgrund 14  
der Ermächtigung vom 12. Februar 2007. Das ausgewiesene Grundkapital betrug sodann 5.750.000 Euro.

Mit Zeichnungsschein vom 2. Juli 2007 erwarb die KG 500.000 Aktien für 7.145.000 Euro, die infolge der 15  
vorgenannten Kapitalerhöhung ausgegeben wurden. Diese Kapitalerhöhung konnte „nicht wirksam“ genehmigt werden, da schon die vorausgegangene Kapitalerhöhung auf 5.250.000 Euro „nicht wirksam“ erfolgt war. Die erfolgte Eintragung in das Aktienbuch wurde der KG am 18. September 2007 mitgeteilt. Der KG entstand hierdurch ein „Totalschaden“ in Höhe von 7.145.000 Euro.

Am 26. Juli 2007 beschloss die Hauptversammlung die Schaffung weiteren genehmigten Kapitals (§ 202 AktG) in 16  
Höhe von 1.500.000 Euro (genehmigtes Kapital 2007/II).

Mit Zeichnungsschein vom 10. September 2007 erwarb die KG wirksam 450.000 Aktien zum Preis von 4.050.000 17  
Euro. Der tatsächliche Anteil am Buchwert betrug allerdings nicht 1.269.538,78 Euro, sondern wegen der fälschlicherweise eingebuchten (Schein-)Forderung gegenüber der E. AG nur 1.231.873,06 Euro. Hieraus ergab sich ein Minderwert der Aktien und damit ein Schaden in Höhe von 37.665,73 Euro.

Aufgrund der Ermächtigung vom 26. Juli 2007 wurde am 6. November 2007 vom Vorstand die Erhöhung des 18  
Grundkapitals um weitere 500.000 Euro beschlossen und es wurden neue Aktien ausgegeben.

Infolge dieser Kapitalerhöhung erhielt die KG mit Zeichnungsschein vom 7. November 2007 weitere 500.000 Aktien 19  
für 3.100.000 Euro. Die Übertragung war jedoch wiederum „nicht wirksam“, da die Kapitalerhöhung wegen des „nichtigen zugrunde liegenden Genehmigten Kapitals aus dem Beschluss vom 26.07.2007 unwirksam war“. Gleichwohl bestätigte die AG die Eintragung in das Aktienbuch. Der KG entstand hierdurch ein Schaden in Höhe von 3.100.000 Euro.

Insgesamt erlitt die KG einen Schaden in Höhe von 10.282.665,73 Euro. Die AG stellte am 22. Dezember 2008 20  
Insolvenzantrag. Das Insolvenzverfahren wurde am 1. März 2009 vom Amtsgericht München eröffnet.

2. a) Das Landgericht hat die unter I. 1. a) dargestellten Geschehnisse als unrichtige Darstellung in zwei rechtlich 21  
zusammentreffenden Fällen gemäß § 331 Nr. 1 HGB gewürdigt. Sowohl bei dem ausgewiesenen Gewinn im Jahresabschluss 2006 als auch bei der dort angegebenen Höhe der Kapitalrücklage habe es sich um maßgebliche Verhältnisse der Gesellschaft gehandelt, die der Angeklagte jeweils bewusst unzutreffend angegeben habe. Er habe gewusst, dass der Forderung gegen die E. AG nur eine Scheinrechnung zugrunde liege und deswegen nicht gewinnerhöhend hätte eingestellt werden dürfen. Dennoch habe er die unrichtige Buchung veranlasst. Er habe auch gewusst, dass der im Jahr 2006 von der KG gezahlte Betrag nur insoweit in die Kapitalrücklage habe eingestellt werden dürfen, als die Zeichnung für 30.570 Aktien erfolgt sei, mithin in Höhe von 1.548.740 Euro. Der darüber hinausgehende Betrag hätte nicht als Kapitalrücklage unter dem Bilanzposten Eigenkapital, sondern als Verbindlichkeit gebucht werden müssen, da es sich um An-/Überzahlungen für noch nicht existente Aktien gehandelt habe. Dennoch habe der Angeklagte die Buchhaltung angewiesen, den gesamten von der KG gezahlten Betrag in die Kapitalrücklage einzustellen, so dass diese statt 1.935.590 Euro eine Höhe von 5.187.350 Euro ausgewiesen habe.

Das Landgericht hat die Manipulationen als eine Handlung in zwei Fällen angesehen und auf eine 22  
Einzelfreiheitsstrafe von acht Monaten erkannt.

b) Durch den unter I. 1. b) geschilderten Sachverhalt habe der Angeklagte sich des Betrugs schuldig gemacht. Er 23  
habe sowohl darüber getäuscht, im Jahr 2006 einen Gewinn erzielt zu haben als auch über die Höhe der Kapitalrücklagen. Die Annahme, die KG habe die Aktien jeweils irrtumsbedingt gezeichnet, stützt das Landgericht auf die Aussage des Zeugen O. Dieser hat angegeben, dass man selbstverständlich keine weiteren Gelder bei der AG angelegt hätte, wenn man von den fehlenden Voraussetzungen für die Kapitalerhöhung und den damit zusammenhängenden Problemen bei der Aktienstruktur gewusst hätte. Der berechnete Schaden sei eingetreten, weil die Übertragung der Aktien nicht wirksam erfolgt sei. Dies beruhe auf Folgendem: Der Jahresabschluss 2006 sei nichtig gewesen, da unzutreffende Buchungen in die Kapitalrücklage erfolgt seien. Der Hauptversammlungsbeschluss, mit dem die Grundkapitalerhöhung beschlossen worden war, sei demnach auch nichtig gewesen, da diesem der nichtige Jahresabschluss zugrunde gelegen habe. Zudem habe es an dem für eine Kapitalerhöhung aus

Gesellschaftsmitteln erforderlichen Gewinn gefehlt. Infolge der Nichtigkeit betrug das genehmigte Kapital 2007/I mehr als die Hälfte des tatsächlich vorhandenen Grundkapitals in Höhe von nur 1.050.000 Euro. Dies habe gemäß § 202 Abs. 3 AktG zur Nichtigkeit des Beschlusses vom 12. Februar 2007 geführt, mit dem der Vorstand ermächtigt worden war, das Grundkapital bis zu 500.000 Euro zu erhöhen. Denn das nicht verbrauchte genehmigte Kapital 2006/I sei zu den 500.000 Euro hinzuzuzählen. Die auf der Grundlage dieser nichtigen Ermächtigung vom Vorstand beschlossene Kapitalerhöhung vom 8. Juni 2007 sei damit ebenfalls nichtig gewesen. Die aufgrund der Zeichnungen vom 2. Juli und vom 7. November 2007 erworbenen Aktien seien daher nicht wirksam übertragen worden und konnten keinen wirksamen Anteil an der AG vermitteln. In Höhe von 7.145.000 Euro (Zeichnung 2. Juli 2007) und in Höhe von 3.100.000 Euro (Zeichnung 7. November 2007) sei daher der KG ein Schaden entstanden. Die mit Zeichnungsschein vom 10. September 2007 erworbenen Aktien seien hingegen wirksam übertragen worden, da sie ausweislich des Zeichnungsscheins aus der am 30. August 2007 wirksam erfolgten Kapitalerhöhung stammten. Die Aktien repräsentierten aber nicht den Wert, von dem die KG aufgrund der Bilanz habe ausgehen können. Für die Schadensberechnung sei der Buchwert der AG um die unzutreffend als Gewinn eingebuchte Forderung gegenüber der E. AG zu bereinigen und sodann der Anteil am Buchwert sowie am bereinigten Buchwert der betroffenen Aktien zu ermitteln. Die Differenz zwischen beiden Werten stelle den Mindestschaden dar.

Da die unrichtige Darstellung der Verhältnisse der AG zu den verschiedenen Anzahlungen und Zeichnungen geführt habe, ohne dass es neuer Täuschungen bedurft hätte, liege eine Betrugstat vor. Im Hinblick auf die Höhe des Schadens sei ein besonders schwerer Fall des Betrugs anzunehmen, der hier mit drei Jahren zu ahnden sei. 24

## II.

### 1. Verfahrensrüge 25

Der Revisionsführer beanstandet die Verletzung von § 261 StPO. Er behauptet, das Landgericht habe den Inhalt verlesener Urkunden nicht bzw. nicht umfassend in seine Beweiswürdigung einbezogen, obwohl sich diese vollständige Würdigung aufgedrängt habe. Die Rüge bleibt ohne Erfolg. 26

Durch den Vortrag der Revision ist nicht als offensichtlich dargelegt, dass die Urteilsfeststellungen in prozessual fehlerhafter Weise gewonnen worden sind. Die von der Revision hierfür insbesondere in Bezug genommene Passage eines Vertrages zwischen der KG und der AG betrifft die Berechtigung der AG, die Zuteilung der Aktien auf anderem Wege sicherzustellen, falls das genehmigte Kapital nicht ausreicht, um der KG die Beteiligung von 20 % zu verschaffen. Auf dem Boden der getroffenen Feststellungen, wonach für einen Großteil der von der KG geleisteten Zahlungen keine Aktien erworben bzw. zugeteilt worden sind, drängte sich allein anhand ihres unmittelbaren Inhalts (vgl. BGH, Beschluss vom 26. Februar 2003 - 5 StR 20/03, BGHR StPO § 261 Inbegriff der Verhandlung 41) die Relevanz dieser vertraglichen Gestaltung für die rechtliche Beurteilung nicht auf und damit zugleich nicht die Fehlerhaftigkeit der unterbliebenen Auseinandersetzung hiermit. Ohne Rekonstruktion der Beweisaufnahme lässt sich auch im Zusammenhang mit dem unkommentiert vorgetragenen 30-seitigen Urkundenkonvolut nicht der Nachweis führen, dass - wie die Revision meint - die KG unabhängig von der Aktienzuteilung eine bestimmte Beteiligungsquote an der AG erreichen wollte und die Zahlungen ohne Verknüpfung zum Erhalt von Aktien erfolgten bzw. die Würdigung zu den vertraglichen Verhältnissen zwischen der AG und der KG durch das Landgericht rechtsfehlerhaft ist (vgl. BGH, Beschlüsse vom 7. Juni 1979 - 4 StR 441/78, BGHSt 29, 18 und vom 11. März 1993 - 4 StR 31/93, BGHR StPO § 261 Inbegriff der Verhandlung 30; Urteil vom 12. August 1987 - 3 StR 250/87, BGHR StPO § 261 Inbegriff der Verhandlung 6 und Beschluss vom 7. Dezember 2010 - 4 StR 401/10, StV 2012, 67; Sander in Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 261 Rn. 171 ff. mwN; Meyer-Goßner in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 60. Aufl., § 261 Rn. 38a). Letztlich wendet sich die Revision allein gegen die Würdigung durch das Landgericht und setzt ihr eigenes Verständnis der Verträge an dessen Stelle, womit sie keinen Erfolg haben kann. 27

### 2. Sachrüge 28

Das Urteil hält materiellrechtlicher Nachprüfung nicht stand, soweit der Angeklagte wegen unrichtiger Darstellung in zwei rechtlich zusammentreffenden Fällen statt nur der unrichtigen Darstellung (a) und soweit er wegen Betrugs verurteilt worden ist (b). 29

a) Das Landgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass der Angeklagte durch die Manipulationen im Jahresabschluss 2006 den Tatbestand des § 331 Nr. 1 HGB auch bei der gebotenen restriktiven Auslegung des Tatbestands erfüllt hat. 30

aa) Der Ausweis der 2006 erfolgten Anzahlungen der KG in der Kapitalrücklage des Jahresabschlusses 2006 der AG durch den Angeklagten gibt die Verhältnisse der Gesellschaft unrichtig wieder (§ 331 Nr. 1 HGB). Die Verhältnisse in einem Jahresabschluss sind im Sinne des § 331 HGB unrichtig wiedergegeben, wenn die Darstellung mit den objektiven Gegebenheiten am Maßstab konkreter Rechnungslegungsnormen und den Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung nicht übereinstimmt (§ 264 Abs. 2 Satz 1, § 243 HGB; MüKo-StGB/Sorgenfrei, 2. Aufl., HGB § 331 Rn. 31

49). Diese Voraussetzungen sind erfüllt. Der Ausweis als Kapitalrücklage und damit als Eigenkapital hat das Gesamtbild der Verhältnisse der Gesellschaft auch erheblich verfälscht, was vom Vorsatz des Angeklagten umfasst war.

(1) In den Jahresabschluss sind das Anlage- und Umlaufvermögen, das Eigenkapital, die Schulden sowie die Rechnungsabgrenzungsposten gesondert aufzunehmen und aufzugliedern (§ 246 Abs. 1 Satz 1 und 3, § 247 HGB). Zum Eigenkapital gehören auch die Kapitalrücklagen (§ 266 Abs. 3 A. II. HGB). Die Darstellung im Jahresabschluss muss dabei der objektiven Sachlage entsprechen, auf die subjektive Vorstellung des Handelnden kommt es nicht an. Die unrichtige Wiedergabe beschränkt sich nicht auf unwahre Angaben. Unrichtig können nicht nur Aussagen über Tatsachen, sondern auch - evtl. auf zutreffenden Tatsachen beruhende - Schlussfolgerungen, wie Bewertungen, Schätzungen und Prognosen sein (MüKo-AktG/Schaal, 3. Aufl., § 400 AktG Rn. 35; Beck BilKomm/Grottel/H. Hoffmann, 10. Aufl., HGB § 331 Rn. 11).

Die Einbuchung der Anzahlungen in der Kapitalrücklage entsprach danach nicht der objektiven Sachlage, da es sich bei den Anzahlungen nach den Feststellungen jedenfalls im Jahr 2006 (noch) nicht um Eigenkapital der AG handelte. Eigenkapital hat eine Haftungs- oder Garantiefunktion, ist gegenüber den übrigen Ansprüchen der Gläubiger nachrangig zurückzuzahlen und steht der Gesellschaft dauerhaft, also nachhaltig zur Verfügung (vgl. Küting/Kessler, BB 1994, 2103, 2104 f. mwN). Dies traf auf die 2006 geleisteten Anzahlungen der KG nicht zu. Die Verbuchung in der Kapitalrücklage vermittelte damit insbesondere gegenüber Anlegern den unzutreffenden Eindruck, dass die erhaltenen Anzahlungen der AG bereits dauerhaft und vorbehaltlos zur Verfügung standen.

(a) Die Kapitalrücklage nach § 272 HGB umfasst hauptsächlich solche Kapitalbeträge, die der Kapitalgesellschaft von außen zugeführt und nicht aus dem erwirtschafteten Ergebnis gebildet werden (Beck BilKomm/K. Hoffmann/Winkeljohann, 10. Aufl., HGB § 272 Rn. 160).

Die Anzahlungen der KG stellten keine hier allein in Betracht kommende Kapitalrücklage nach § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB dar. Nach dieser Norm sind andere Zuzahlungen, die Gesellschafter in das Eigenkapital leisten, in die Kapitalrücklage einzustellen. Der Gesellschafter muss demnach eine gewollte Zahlung in das Eigenkapital erbringen, was sich bereits aus dem Begriff der Leistung selbst ergibt (vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zum RegE BiRiLiG, BT-Drucks. 10/4268 S. 106 f.: Die Leistung in das Eigenkapital muss „gewollt sein, so daß verdeckte Einlagen oder auch verlorene Zuschüsse nicht ohne weiteres erfaßt“ werden; OLG Hamm, Beschluss vom 22. Januar 2008 - 15 W 246/07, FGPrax 2008, 120; Heymann in Beck'sches Handbuch der Rechnungslegung, Stand November 2016, Band 1, B. 231, Rn. 88 ff.; MüKo-HGB/Reiner, 3. Aufl., HGB § 272 Rn. 100, 104; Baumbach/Hopt/Merkel, 37. Aufl., HGB § 272 Rn. 9; Kropff in MüKo-Bilanzrecht, HGB § 272 Rn. 141).

Das Landgericht hat in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise festgestellt, dass es nicht dem Willen der KG entsprach, die gezahlten Gelder bereits vor Zeichnung der Aktien der AG als Eigenkapital zur Verfügung zu stellen, und der AG zu ermöglichen, diese als Kapitalrücklage zu buchen. Dies wird maßgeblich durch die vertragliche Ausgestaltung und die Bezeichnung der Zahlungen als „Anzahlungen“ belegt. Auf der Grundlage dieser Feststellungen scheidet eine Kapitalrücklage nach § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB genauso aus wie andere Arten der Kapitalrücklagen.

(b) Da jedenfalls die Verbuchung in die Kapitalrücklage schlechthin unvertretbar war (vgl. hierzu Beck BilKomm/Grottel/H. Hoffmann, 10. Aufl., HGB § 331 Rn. 5; KG Berlin, Beschluss vom 11. Februar 2010 - 1 Ws 212/08, Rn. 6, wistra 2010, 235), braucht der Senat nicht zu entscheiden, ob - wie das Landgericht meint - ein Ausweis der Zahlungen als Fremdkapital (Verbindlichkeit) hätte erfolgen müssen oder der Ausweis eines Sonderpostens zwischen Eigen- und Fremdkapital den Rechnungslegungsnormen und den Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung entsprochen hätte. Angesichts der Besonderheiten des Falles - der Angeklagte beherrschte aufgrund seiner mittelbaren und unmittelbaren Beteiligungen die AG und konnte auch die Beschlüsse in der Hauptversammlung treffen, zudem wurden die versprochenen Kapitalerhöhungsmaßnahmen faktisch durchgeführt und eingetragen - kam neben der Bilanzierung als Verbindlichkeit auch der Ausweis eines Sonderpostens in Betracht (sog. eigenkapitalähnliche Posten, Quasi-Eigenkapital oder Eigenkapitalsurrogat; vgl. MüKo-HGB/Reiner/Haußer, 3. Aufl., HGB § 266 Rn. 99). Eine der beiden Darstellungen in der Bilanz hätte jedenfalls dem von § 331 HGB bezweckten Schutz des Vertrauens in die Richtigkeit und Vollständigkeit der Informationen über die Verhältnisse der Kapitalgesellschaft (MüKo-StGB/Sorgenfrei, 2. Aufl., HGB § 331 Rn. 1; Raum in Wabnitz/Janovsky, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 4. Aufl., 11. Kapitel Rn. 48 f.) genügt. Hingegen verletzt gerade die fehlerhafte Einbuchung in die Kapitalrücklage das nach Außen ersichtliche Bilanzergebnis und erfüllt damit den Tatbestand des § 331 HGB.

(2) Der Verstoß ist auch erheblich. Nicht jede Verletzung von Rechnungslegungsvorschriften führt zu einer Verletzung von § 331 HGB, vielmehr muss es sich um eine solche handeln, die die Interessen der Gläubiger, der Arbeitnehmer oder der Gesellschafter berührt (vgl. BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 15. August 2006 - 2 BvR 822/06, NJW-RR 2006, 1627 mwN; Beck BilKomm/Grottel/H. Hoffmann, 10. Aufl., HGB § 331 Rn. 20). Die unzutreffende Buchung von Eigenkapital betrifft das gesamte Bilanzergebnis. Gläubiger und Gesellschafter erhalten auf diese Weise einen

falschen Eindruck von der Liquidität und Kreditwürdigkeit der Gesellschaft und werden in ihrem Vertrauen auf die Richtigkeit der dargestellten wirtschaftlichen Verhältnisse der Gesellschaft enttäuscht.

(3) Das Landgericht hat ein vorsätzliches Handeln des Angeklagten rechtsfehlerfrei festgestellt. Hierzu hat es sich von der positiven Kenntnis des Angeklagten überzeugt, dass die Zahlungen der KG im Jahr 2006 als Vorauszahlung auf den Aktienwerb erfolgt waren, Aktien aber nur für einen Bruchteil der Summe ausgegeben worden waren und daher der Großteil der Zahlungen nicht als Kapitalrücklage gebucht werden durfte. Auf der Grundlage einer umfassenden Würdigung, insbesondere der zeugenschaftlichen Angaben der eingebundenen Steuerberater und Wirtschaftsprüfer sowie der langen Erfahrung des Angeklagten in gesellschaftsrechtlichen Fragen, hat es die entgegenstehende Einlassung des Angeklagten, er habe nicht gewusst, dass die Buchung als Kapitalrücklage falsch gewesen sei, als Schutzbehauptung widerlegt. Gestützt auf die Angaben der Buchhalterin der AG, hat es sich zudem davon überzeugt, dass der Angeklagte die ausdrückliche Weisung zur Buchung der „Überzahlungen“ in die Kapitalrücklage erteilt hat. Die Würdigung belegt den Vorsatz in ausreichender Weise; soweit die Revision dies für unzureichend erachtet, zeigt sie keine Rechtsfehler auf. 39

bb) Allerdings ist die Verurteilung des Angeklagten wegen zweier rechtlich zusammentreffender Fälle der unrichtigen Darstellung (§ 331 HGB), wie der Generalbundesanwalt in seiner Antragsschrift ausgeführt hat, unzutreffend. Da die Buchungsvorgänge jeweils den Jahresabschluss 2006 betrafen, bilden mehrere falsche Angaben eine einheitliche Handlung als natürliche Handlungseinheit (BGH, Beschluss vom 21. August 1996 - 4 StR 364/96, wistra 1996, 348; MüKo-HGB/Quedenfeld, 3. Aufl., § 331 Rn. 106). 40

b) Die Verurteilung wegen Betrugs kann keinen Bestand haben, da sich die Beweiswürdigung als lückenhaft erweist. 41

aa) Die Würdigung der Beweise ist Sache des Tatgerichts, das sich unter dem umfassenden Eindruck der Hauptverhandlung ein Urteil über die Schuld des Angeklagten zu bilden hat (§ 261 StPO). Die tatsächlichen Schlussfolgerungen des Tatgerichts müssen nicht zwingend sein; es genügt, dass sie möglich sind und das Tatgericht von ihrer Richtigkeit überzeugt ist (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteile vom 30. März 2004 - 1 StR 354/03, NStZ-RR 2004, 238; vom 1. Juli 2008 - 1 StR 654/07 und vom 12. Februar 2015 - 4 StR 420/14, NStZ-RR 2015, 148). Das Revisionsgericht ist auf die Prüfung beschränkt, ob die Beweiswürdigung des Tatgerichts mit Rechtsfehlern behaftet ist, weil sie Lücken oder Widersprüche aufweist, mit den Denkgesetzen oder gesichertem Erfahrungswissen nicht übereinstimmt oder sich so weit von einer Tatsachengrundlage entfernt, dass sich die gezogenen Schlussfolgerungen letztlich als reine Vermutung erweisen (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteile vom 21. März 2013 - 3 StR 247/12, BGHSt 58, 212 und vom 11. November 2015 - 1 StR 235/15, NStZ-RR 2016, 47). Zudem muss das Urteil erkennen lassen, dass das Tatgericht solche Umstände, die geeignet sind, die Entscheidung zu Gunsten oder zu Ungunsten des Angeklagten zu beeinflussen, erkannt und in seine Überlegungen einbezogen hat. Dabei dürfen die einzelnen Beweisergebnisse nicht nur isoliert gewertet werden, sondern müssen in eine umfassende Gesamtwürdigung eingestellt worden sein (BGH, Urteile vom 5. Dezember 2013 - 4 StR 371/13, NStZ-RR 2014, 87; vom 2. April 2015 - 3 StR 635/14 und vom 12. Januar 2017 - 1 StR 360/16, NStZ-RR 2017, 185). 42

bb) Diesen Anforderungen wird die Beweiswürdigung des Landgerichts zum Vorstellungsbild des für die KG handelnden Zeugen O. nicht gerecht. Ein Erörterungsmangel und damit eine Lücke sind gegeben, wenn sich der Tatrichter mit tatsächlich vorhandenen Anhaltspunkten für nahe liegende andere Möglichkeiten nicht auseinandergesetzt hat (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 26. Januar 2017 - 1 StR 385/16 mwN). So verhält es sich hier, da das Landgericht die Möglichkeit unerörtert lässt, dass der Zeuge O. positive Kenntnis von den tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnissen der AG gehabt haben könnte, obwohl für eine solche Anhaltspunkte bestehen. 43

(1) Ein Irrtum i.S.d. § 263 StGB ist zwar nicht nur gegeben, wenn der Getäuschte von der Gewissheit der behaupteten Tatsache ausgeht, sondern auch dann, wenn er trotz gewisser Zweifel die Vermögensverfügung trifft, wenn er also die Möglichkeit der Unwahrheit für geringer hält (BGH, Urteil vom 5. Dezember 2002 - 3 StR 161/02, NJW 2003, 1198; Perron in Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl., § 263 Rn. 40). Denn der Getäuschte ist im Regelfall des Betrugs schon dann der List des anderen zum Opfer gefallen, wenn er die Vermögensverfügung trotz eines Zweifels vornimmt (BGH, Urteil vom 8. Mai 1990 - 1 StR 144/90, wistra 1990, 305; vgl. auch Kühl in Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl., § 263 Rn. 19). Zweifel an der Wahrheit sind solange irrelevant, als der Getäuschte die Wahrheit der Tatsache noch für möglich hält und die Vermögensverfügung infolge der Täuschung vornimmt (BGH, Urteil vom 5. Dezember 2002 - 3 StR 161/02, NJW 2003, 1198). Leichtgläubigkeit des Getäuschten und Erkennbarkeit der Täuschung bei hinreichend sorgfältiger Prüfung sind dagegen für den Irrtum ohne Belang (BGH, Urteile vom 22. Oktober 1986 - 3 StR 226/86, BGHSt 34, 199; vom 15. Oktober 1991 - 4 StR 420/91, wistra 1992, 95, 97; vom 11. Juli 2001 - 1 StR 576/00, BGHSt 47, 83 und vom 5. Dezember 2002 - 3 StR 161/02, NJW 2003, 1198). Weiß der Verfügende jedoch positiv - etwa aufgrund kollusiven Zusammenwirkens mit dem Täuschenden - um die Unwahrheit der vorgespiegelten Umstände, so liegt kein Irrtum vor (vgl. BGH, Beschluss vom 13. März 2013 - 2 StR 474/12, NStZ 2013, 472). 44

(2) Das Landgericht folgt ohne weitere Erörterung den Angaben des Zeugen O., wonach es jeweils nicht zur 45

konkreten Ausübung der Option gekommen wäre, wenn „man“ um die Unrichtigkeit der Angaben zur wirtschaftlichen Situation und zur Börsenfähigkeit der AG gewusst hätte. Eine Auseinandersetzung mit zu Tage getretenen Umständen, die geeignet sind, den Irrtum des Zeugen O. in Frage zu stellen, lässt das Urteil vermissen. Hierzu zählt zunächst, dass nach den Feststellungen der Zeuge O. aufgrund der ihm übersandten Informationen in Newslettern und E-Mails Kenntnis von der Kapitalausstattung der AG hatte. Danach liegt es nahe, dass er die Entwicklung der Kapitalrücklage aus der Übersendung des Berichts des Vorstands und der Mitteilung über die geplante Kapitalerhöhung ersehen konnte. Hinzu tritt, dass dem Zeugen bekannt war, dass die AG auf der einen Seite auf die Zuführung fremden Kapitals durch die KG angewiesen war, was vor dem Hintergrund einer in der Bilanz für 2006 ausgewiesenen Kapitalrücklage in Höhe von über 5 Mio. Euro ein jedenfalls erörterungsbedürftiges Vorstellungsbild des Zeugen gewesen wäre. Andererseits plante die AG nach seinen Vorstellungen aber eine Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln, was sich mit einem Kapitalbedarf nicht ohne weiteres verträgt. Erörterungsbedürftig wäre auch gewesen, dass die KG der AG bereits 2006 erhebliche Kapitalbeträge, nämlich 4.800.500 Euro als Vorauszahlung zur Verfügung gestellt hatte, mithin genau die Summe, die nun als Kapitalrücklage ausgewiesen war.

Zudem war dem Zeugen O. bekannt, dass man „üblicherweise bei einem Aktienerwerb die Aktien „erst zeichnen, und dann zahlen würde“, die Zahlungen aber hiervon abweichend vorab erfolgten. Er wollte den Angeklagten bzw. die AG aber „unterstützen“, leistete daher schon vor Zeichnung die Zahlungen auf die zukünftigen Aktienerwerbe. Wieso es nach den Vorstellungen des Zeugen einer von der Zeichnung losgelösten Zahlung bedurfte, wenn die Angaben in der Bilanz 2006, insbesondere zur Kapitalrücklage zutreffen sollten, wäre kritisch zu würdigen gewesen. In diesem Zusammenhang wäre auch in den Blick zu nehmen gewesen, dass es zwischen dem Zeugen O. und dem Angeklagten seit Ende 2006 „erhitzte Diskussionen“ wegen des Auseinanderfallens des Zeitpunkts der Zahlung und der Zeichnung der Aktien gab. Im Zuge dessen schloss die KG am 5. Juni 2007 zur Absicherung der Aktienerwerbe auch einen Garantievertrag mit einer von dem Angeklagten beherrschten GmbH, der BSG. Die BSG sollte dafür „gerade [...] stehen“, dass die KG auch wirklich alle Aktien übertragen bekommen würde, für die Anzahlungen schon geleistet worden waren. Vor diesem Hintergrund versteht es sich nicht von selbst, dass der nach Abschluss dieses Vertrages dennoch das Optionsrecht weiterhin ausübende und über 7 Mio. Euro als Vorauszahlung überweisende Zeuge O. tatsächlich noch - wie festgestellt -, über die in der Bilanz dargestellten Verhältnisse der AG irrte.

Darüber hinaus ist im Urteil unerwähnt geblieben, dass der Zeuge O. aufgrund seiner Stellung in der KG ein eigenes Interesse am Ausgang des vorliegenden Strafverfahrens hatte, da für den Fall kollusiven Zusammenwirkens mit dem Angeklagten oder sonst begründeter positiver Kenntnis von den tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnissen der AG möglicherweise Haftungsansprüche, aber auch strafrechtliche Verfolgung wegen Untreue drohten.

In der Zusammenschau lässt die fehlende Auseinandersetzung mit all diesen Umständen besorgen, dass das Landgericht die Möglichkeit der positiven Kenntnis des Zeugen O. von der Unrichtigkeit der Bilanz 2006 gar nicht in den Blick genommen hat.

Das neue Tatgericht wird sich mit dem Vorstellungsbild des Zeugen O. im Zeitpunkt der Verfügungen erneut auseinandersetzen müssen (BGH, Urteil vom 5. Dezember 2002 - 3 StR 161/02, NJW 2003, 1198).

c) Die Aufhebung der Einzelstrafe zieht die Aufhebung der Gesamtstrafe nach sich. Nicht hiervon erfasst ist jedoch die zuerkannte Kompensation wegen überlanger Verfahrensdauer bis zum ersten landgerichtlichen Urteil (BGH, Beschluss vom 14. Juni 2016 - 3 StR 128/16, NStZ 2016, 675).

3. Sollte das neue Tatgericht erneut den Tatbestand des § 263 StGB als erfüllt ansehen, insbesondere eine irrtumsbedingte Verfügung des Zeugen O. feststellen, weist der Senat zur Bestimmung des Vermögensschadens auf Folgendes hin:

a) Die vorliegenden Urteilsgründe lassen besorgen, dass das Landgericht von unzutreffenden Voraussetzungen für eine Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln ausgegangen ist.

Zum einen können die Kapitalrücklage und die Gewinnrücklagen nicht in Grundkapital umgewandelt werden, „soweit“ in der zugrunde gelegten Bilanz ein Verlust einschließlich eines Verlustvortrages ausgewiesen ist (§ 208 Abs. 2 Satz 1 AktG). Das bedeutet, dass der ausgewiesene Verlust zunächst auszugleichen wäre und nur die positive Differenz zwischen Rücklagen und Verlust in das Grundkapital eingestellt werden könnte (MüKo-AktG/Arnold, 4. Aufl., AktG, § 208 Rn. 32). Laut Urteilsfeststellungen wären richtigerweise 1.935.590 Euro in der Kapitalrücklage und ein Verlust in Höhe von 294.576,74 Euro auszuweisen gewesen. Die Differenz in Höhe von ca. 1,64 Mio. Euro hätte bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen nach §§ 207 ff. AktG in Eigenkapital umgewandelt werden können.

Zum anderen hat das Landgericht nicht gesehen, dass zwischen einer Heilung des Hauptversammlungsbeschlusses nach § 242 AktG und der Heilung eines Jahresabschlusses nach § 256 Abs. 6 AktG zu unterscheiden ist. Die Nichtigkeit einer dem Kapitalerhöhungsbeschluss aus Gesellschaftsmitteln zugrunde gelegten, mit einem

uneingeschränkten Bestätigungsvermerk versehenen Jahresbilanz (§ 209 Abs. 1 AktG) oder einer Erhöhungsbilanz (§ 209 Abs. 2 AktG), wirkt sich nicht unmittelbar auf den Kapitalerhöhungsbeschluss aus. Vielmehr wird mit der Eintragung des Beschlusses das Grundkapital erhöht (§ 211 AktG). Stellt sich nach der Durchführung der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln heraus, dass die zugrunde gelegte Bilanz die Rücklagen zu hoch ausgewiesen hat und diese tatsächlich für die vorgenommene Kapitalerhöhung nicht ausreichen oder ergibt sich Gleiches aus einer späteren Änderung der Bilanz, stellt das die Wirksamkeit der Kapitalerhöhung nicht in Frage (Schröer in Ekkenga/Schröer, Handbuch der AG-Finanzierung, 2014, Kapitel 7 Rn. 11; Koch in Hüffer/Koch, AktG, 12. Aufl., § 211 Rn. 5; Lutter in Kölner Kommentar zum AktG, 2. Aufl., § 211 Rn. 8; Korsten, AG 2006, 321 ff.).

Im Urteil fehlen Feststellungen hinsichtlich der dem Erhöhungsbeschluss zugrunde gelegten Bilanz und der Eintragungen in das Handelsregister, so dass der Senat nicht zu entscheiden vermag, ob die Eintragung des Beschlusses das Kapital nach § 211 AktG erhöht hat. Das neu zuständige Tatgericht wird aufgrund der dargestellten Erwägungen zur Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln und den vorgenannten Grundsätzen zunächst zu erörtern haben, ob durch den Hauptversammlungsbeschluss vom 12. Februar 2007 eine Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln nach § 211 AktG eingetreten ist bzw. jedenfalls insoweit eingetreten ist, als Kapitalrücklagen tatsächlich vorhanden waren. 55

b) Sodann müsste der Vermögensschaden ermittelt werden, was nach den bisherigen Urteilsfeststellungen gleichfalls nicht bedenkenfrei erfolgt ist. 56

aa) Maßgeblich für die Berechnung des Vermögensschadens ist der Zeitpunkt der Vermögensverfügung, also der Vergleich des Vermögenswerts unmittelbar vor und unmittelbar nach der Verfügung (vgl. BGH, Beschluss vom 18. Februar 2009 - 1 StR 731/08, BGHSt 53, 199). Ein Vermögensschaden 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; st. Rspr.; vgl. BGH, Urteile vom 2. Februar 2016 - 1 StR 435/15, BGHSt 61, 149; vom 8. Oktober 2014 - 1 StR 359/13, BGHSt 60, 1 und vom 27. Juni 2012 - 2 StR 79/12, BGHR StGB § 263 Abs. 1 Vermögensschaden 77; Beschlüsse vom 16. Juni 2014 - 4 StR 21/14, BGHR StGB § 263 Abs. 1 Vermögensschaden 83; vom 19. Februar 2014 - 5 StR 510/13, wistra 2014, 270; vom 29. Januar 2013 - 2 StR 422/12, NStZ 2013, 711; vom 25. Januar 2012 - 1 StR 45/11, BGHSt 57, 95, 113 f. und vom 18. Februar 2009 - 1 StR 731/08, BGHSt 53, 199, 201, jeweils mwN). Welche Vermögenspositionen im Einzelnen in die Gesamtsaldierung einzustellen sind, bestimmt sich letztlich danach, auf welches unmittelbar vermögensmindernde Verhalten des im Irrtum befindlichen Täuschungsopfers (Vermögensverfügung) abgestellt wird. Spätere Entwicklungen, wie Schadensvertiefung oder Schadensausgleich (-wiedergutmachung), berühren den tatbestandlichen Schaden nicht. Wie sich die Dinge später entwickeln, ist für die strafrechtliche Wertung ohne Belang (BGH, Beschluss vom 23. Februar 1982 - 5 StR 685/81, BGHSt 30, 388, 389 f.). Dies hat nur noch für die Strafzumessung Bedeutung (vgl. BGH, Urteile vom 7. März 2006 - 1 StR 379/05, BGHSt 51, 10, 17 und vom 21. April 2016 - 1 StR 456/15, BGHR StGB § 263 Abs. 1 Vermögensschaden 89). 57

Wurde der Getäuschte - wie hier - zur Ausübung der Option zur Zeichnung von Aktien veranlasst, sind bei der für die Schadensbestimmung erforderlichen Gesamtsaldierung der Wert (Marktwert) der (vermeintlich) erworbenen Aktien und der hierfür entrichtete Kaufpreis miteinander zu vergleichen. Hinsichtlich der vermeintlich erworbenen Aktien wird ggf. auch dem Umstand Rechnung zu tragen sein, dass die AG die Beschlüsse über die Schaffung genehmigten Kapitals nach § 202 AktG jedenfalls wie wirksame Beschlüsse behandelt hat, die gezeichneten Aktien jeweils auch ausgegeben wurden und ähnlich den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft ein wirtschaftlicher Wert der ausgegebenen Aktien vorhanden gewesen sein könnte (Koch in Hüffer/Koch, AktG, 12. Aufl., § 248 Rn. 7a; MüKo-AktG/Schürmband, 4. Aufl., § 189 Rn. 18; Apfelbacher/Niggemann in Hölters, AktG, 3. Aufl., § 189 Rn. 4; Klaaßen/van Lier, NZG 2014, 1250; zur Anwendbarkeit des Instituts der fehlerhaften Gesellschaft vgl. MüKo-StGB/Radtke, 3. Aufl., § 14 Rn. 77). Dies gilt insbesondere, weil im Hinblick auf die am 10. September 2007 ausgegebenen 450.000 Aktien bislang festgestellt ist, dass auf diese ein Anteil am Buchwert der Bilanz von 1.231.873,06 Euro entfällt. Hierbei handelte es sich um 7,2581 % der am 10. September 2007 vorhandenen 6.200.000 Aktien. Ob in diesen 6.200.000 Aktien auch die 1.000.000 Aktien aus den beiden anderen Erwerben der KG enthalten sind, ist nicht ersichtlich, erscheint aber naheliegend. 58

bb) Für die vermeintlich erworbenen Aktien ist zunächst ein Verkehrs- oder Marktwert ggf. unter Zuhilfenahme eines Sachverständigen zu ermitteln (BGH, Urteil vom 16. Juni 2016 - 1 StR 20/16, NJW 2016, 3543; Beschluss vom 25. Januar 2012 - 1 StR 45/11, BGHSt 57, 95, 115; vgl. auch Dannecker, NStZ 2016, 318, 319). Dabei wird der vereinbarte Kaufpreis der Aktien als Anhaltspunkt für den maßgeblichen Marktwert zu berücksichtigen sein. Ein wichtiges Indiz dafür, dass der Kaufpreis dem Marktwert entsprach, wäre der Umstand, dass die vermeintlich erworbenen Aktien nicht nur der KG, sondern auch anderen Anlegern am Markt für denselben Stückpreis angeboten und verkauft wurden (vgl. BGH, Urteil vom 2. Februar 2016 - 1 StR 435/15, BGHSt 61, 149). Bei einer Bewertung des Vermögensschadens anhand des vereinbarten Stückpreises muss im Blick behalten werden, dass der Erwerb von Aktien auch immer das zukünftige Gewinnerwartungspotential eines Unternehmens zum Ausdruck bringt und diese Erwartung gerade nicht den gegenwärtigen wirtschaftlichen Wert der Gegenleistung widerspiegelt. Insofern wäre der Kaufpreis der Aktie jedenfalls um derartige Erwartungen zu bereinigen (BGH, Beschluss vom 2. September 2015 - 5 59



StR 186/15, NStZ-RR 2015, 374; Dannecker, NStZ 2016, 318, 324).