

HRRS-Nummer: HRRS 2018 Nr. 394

Bearbeiter: Christoph Henckel/Karsten Gaede

Zitiervorschlag: HRRS 2018 Nr. 394, Rn. X

BGH 4 StR 408/17 - Beschluss vom 26. März 2018 (LG Halle)

Betreiben von Bankgeschäften ohne Erlaubnis (Begriff des Bankgeschäfts: Begriff der Einlage, Vereinbarung einer qualifizierten Nachrangabrede hinsichtlich eingezahlter Gelder); Irrtum über die Erlaubnispflichtigkeit des vorgenommenen Geschäfts: Subsumtionsirrtum); Untreue (Vermögensbetreuungspflicht eines Darlehensnehmers).

§ 54 Abs. 1 Nr. 2 KWG; § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG; § 16 StGB; § 17 StGB; § 266 Abs. 1 StGB

Leitsätze des Bearbeiters

1. Einlagen und anderen unbedingt rückzahlbaren Geldern des Publikums im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG ist gemein, dass der Kapitalgeber die eingezahlten Gelder bei Fälligkeit ohne zusätzliche Voraussetzung jederzeit wieder zurückfordern kann (vgl. BGH NSStZ 2007, 647). Hieran fehlt es, wenn zwischen dem Kapitalgeber und dem Kapitalnehmer eine sog. qualifizierte Nachrangabrede des Inhalts getroffen wird, dass die Forderung des Kapitalgebers außerhalb des Insolvenzverfahrens nur aus ungebundenem Vermögen und in der Insolvenz nur im Rang nach den Forderungen sämtlicher normaler Insolvenzgläubiger befriedigt werden darf. Eine solche Abrede steht der Annahme einer Einlage oder anderer unbedingt rückzahlbarer Gelder des Publikums und damit eines Bankgeschäfts im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG entgegen.

2. Hat der Täter des § 54 Abs. 1 Nr. 2 KWG den Bedeutungssinn des Bankgeschäfts als normatives Tatbestandsmerkmal zutreffend erfasst, hält er seine Geschäfte aber gleichwohl für rechtlich zulässig und nicht erlaubnispflichtig, irrt er lediglich über ihr Verbotensein, sodass ein Verbotsirrtum im Sinne des § 17 StGB vorliegt (vgl. BGH NJW 2017, 2463, 2464).

3. Auch bei einem zweckgebundenen Darlehen durch die Einbeziehung auftragsähnlicher Elemente kann im Einzelfall eine Vermögensbetreuungspflicht des Darlehensnehmers gegenüber dem Darlehensgeber begründet sein. Dies wird jedoch in der Regel nur dann in Betracht kommen, wenn durch die besondere Zweckbindung und die sich daraus ergebende Verpflichtung des Darlehensnehmers zur zweckgerechten Verwendung der Valuta Vermögensinteressen des Darlehensgebers geschützt werden und diese wirtschaftlich im Mittelpunkt des Vertrags stehen (vgl. BGHSt 8, 271, 272 f. mwN).

Entscheidungstenor

Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Halle vom 15. März 2017 mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben.

Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Gründe

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Untreue in Tateinheit mit (vorsätzlichem) unerlaubtem Betreiben von Bankgeschäften zu der Freiheitsstrafe von drei Jahren und acht Monaten verurteilt. Gegen seine Verurteilung wendet sich der Angeklagte mit seiner auf eine näher ausgeführte Sachrüge gestützten Revision. Das Rechtsmittel hat Erfolg.

I.

1. Das Landgericht hat folgende Feststellungen getroffen:

a) Zu einem nicht näher feststellbaren Zeitpunkt entwickelte der Angeklagte die Vision, unabhängig und autark von staatlichen Institutionen zu leben und später einen eigenen Staat auf dem Gebiet der Stadt Wittenberg mit ihm als Staatsoberhaupt oder Führer zu schaffen. Zu diesem Zweck gründete er am 5. Februar 2006 den Verein Ganzheitliche Wege e.V., dessen erster Vorsitzender er wurde. Im Jahr 2007 begann der Angeklagte mit dem Verein ein sog. „Regionalwährungsbüro Arkana“ zu betreiben, das eine eigene Währung („Engel“) herausgab. Ab dem Jahr

2008 schlossen sich dem Angeklagten mehrere Personen an. Die Gruppierung entwickelte sich zu einer Gemeinschaft mit sektenähnlichem Charakter. Innerhalb der Gemeinschaft traf der Angeklagte alle wesentlichen Entscheidungen und entschied allein über die Verwendung der zur Verfügung stehenden Gelder. Die Mitglieder der Gemeinschaft gingen keiner Arbeit nach. Auch Sozialleistungen bezogen sie nicht. Stattdessen wandte ihnen der Angeklagte nach freiem Ermessen „mildtätige Gaben“ für ihren Lebensunterhalt zu.

Um das benötigte Geld beschaffen zu können, entwickelte der Angeklagte spätestens im Jahr 2007 die Idee, Gelder von Unterstützern entgegenzunehmen, denen er dafür ein „Sparbuch“ des Vereins Ganzheitliche Wege e.V., Regionalwährungsbüro Arkana, aushändigte. Die Unterstützer konnten hierauf bzw. hiervon jederzeit Geld einzahlen oder abheben, was im „Sparbuch“ entsprechend vermerkt wurde. Eine Verzinsung der Guthaben war nicht vorgesehen. Die „Sparbücher“ wurden kostenlos geführt. In der Folge warb der Angeklagte Einzahlungen auch über das Internet ein, wobei er nunmehr den Namen „Kooperationskasse“ verwendete. Ein- und Auszahlungen wurden auch hier in den jeweiligen „Sparbüchern“ vermerkt. Zudem führte die „Kooperationskasse“ über diese Vorgänge eine chronologische Liste.

Im Juni 2009 konfrontierte die Deutsche Bundesbank den Angeklagten mit dem Vorwurf, ohne Erlaubnis Einlagegeschäfte zu betreiben. Der Angeklagte kündigte an, die Einnahmen der „Kooperationskasse“ auf eine schriftliche Vertragsbasis zu stellen, die eine qualifizierte Nachrangabrede enthalte, wodurch die Gelder nicht als unbedingt rückzahlbar und daher nicht als Bankgeschäfte im Sinne des KWG einzustufen seien. Einen vom Angeklagten vorgelegten Vertragsentwurf verwarf die Bundesbank als dafür ungeeignet und leitete ihren Vorgang an die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) weiter.

b) Im Juli 2009 gründete der Angeklagte den Verein „Neudeutschland“ mit ihm als „unabwählbarem“ ersten Vorstand. Eine Eintragung ins Vereinsregister wurde abgelehnt. Obwohl dem Angeklagten nach den Erörterungen mit der Bundesbank bewusst war, dass es sich um erlaubnispflichtige Einlagegeschäfte handelte und weder er noch Ganzheitliche Wege e.V. oder „Neudeutschland“ über eine entsprechende Erlaubnis verfügte, betrieb er die „Kooperationskasse“ als „Zweckbetrieb“ des „Vereins Neudeutschland“ weiter, wobei „Neudeutschland“ das bereits eingeworbene Kapital „formlos“ übernahm.

Für die Zahlungen neuer Kapitalgeber verwendete der Angeklagte ab Ende 2009 auf die „Kooperationskasse“ lautende „Sparbücher“, in denen neben Ein- und Auszahlungen auch der Umtausch von Euro in „Engel“ eingetragen wurde; ein Rücktausch in Euro war ausgeschlossen. In den „Sparbüchern“ befand sich der Hinweis: „Krisensichere Einlagensicherung in Sachwerte“. Die Einzahlungen unterlegte der Angeklagte mit schriftlichen Verträgen, die er zuvor weder der Bundesbank noch der BaFin vorgelegt hatte. Hierzu verwendete er ein mit „Kapital-Überlassungs-Vertrag/Genussrecht“ überschriebenes Formular, das sowohl vom „Kapitalgeber“ als auch vom „Kapitalempfänger“ zu unterschreiben war. Es enthielt die Hinweise, dass der „Kapitalempfänger [...] als Kapital-Verwalter“ fungiere und der „Hauptzweck der Kapitalüberlassung [...] in erster Linie in der Unterstützung der gemeinnützigen Ziele des KE [=Kapitalempfängers]“ bestehe. Das „Genussrecht“ wurde als „Anspruch auf entgeltliche oder unentgeltliche Nutzung der vom KE angebotenen Seminare, Schulungen und/oder sonstigen Projekte“ definiert. Mit dem Vertrag verpflichtete sich der Kapitalgeber, erst nach Ablauf einer von ihm bestimmten Frist die Rückzahlung des überlassenen Kapitals zu verlangen. Außerdem enthielt der Vertrag die folgende Bestimmung:

„Nach Ablauf dieser Frist kann der KÜ [=Kapitalüberlasser] jederzeit die Rückführung des Kapitals beantragen. Der bedingte Anspruch des KÜ auf Rückführung des überlassenen Kapitals gegen den Kapitalempfänger tritt im Rang zugunsten aller gegenwärtigen und künftigen Gläubiger der Kapitalempfänger zurück, indem die Rückführung des Kapitals nur aus eingezahlten Kapitalüberlassungen, aus künftigen Jahresüberschüssen oder aus weiteren, sonstigen Verbindlichkeiten des Kapitalempfängers übersteigenden Vermögen verlangt werden kann. Der KÜ verpflichtet sich demnach insbesondere, keinen Antrag auf Rückführung des Kapitals dem KE gegenüber geltend zu machen, sofern die teilweise oder vollständige Rückführung des überlassenen Kapitals zu einer rechnerischen Überschuldung oder Insolvenz des KE führt.“ Im Rahmen eines im Juli 2011 geführten Schriftwechsels bestätigte die BaFin dem Angeklagten, dass auf der Grundlage dieses Vertrags ein erlaubnispflichtiges Betreiben eines „Einlagegeschäfts“ im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG „derzeit nicht ersichtlich“ sei.

Spätestens ab 2011 verwendete der Angeklagte zudem das Formular „Sparbuch-Festanlage/Verwendungszweck“. Mit diesem konnte der Kapitalgeber wählen, für welches der dort benannten „gemeinnützige Projekte“ seine Einzahlung verwendet werden sollte. Es enthielt ferner die Möglichkeit: „Der Vorstand von Neudeutschland kann selbst entscheiden.“ Schließlich ließ sich der „Vorstand von Neudeutschland“ die Berechtigung einräumen, die Einzahlung für die Verwirklichung eines Projekts zusammenzulegen.

Der Internet-Auftritt der „Kooperationskasse des Vereins Neudeutschland“ teilte unter anderem mit: „Für uns ist die Kooperationskasse die Möglichkeit, mit Ihrer Hilfe, durch eine an Bedingungen geknüpfte Einlage, dem Verein die Möglichkeit zu geben, gemeinwohlorientierte Unternehmungen zu finanzieren. Die Rückzahlung ist jedoch an die Bedingung geknüpft, dass die Rückforderung der Einlage nicht zur Insolvenz des Vereins führen darf. Diese könnte

theoretisch eintreten, wenn alle Einleger gleichzeitig und unerwartet alle ihre Einlagen zurückfordern würden. Aber gegenwärtig wollen die meisten Menschen ihre bunten Zettel, genannt Euro, lieber in den harten Engel oder in Sachwerte investieren. Genau dies tun wir mit den Einlagen, die in die Kooperationskasse fließen. Wir investieren in stabile Sachwerte oder schaffen diese.“

c) Ab 2009 bis zum 25. April 2013 zahlten insgesamt 492 „Kapitalüberlasser“ rund 2,4 Millionen Euro in die „Kooperationskasse“ ein. Davon brachten in der Zeit zwischen dem 20. April 2011 und dem 12. November 2012 - dem vom Landgericht angenommenen Tatzeitraum - insgesamt 38 „Kapitalüberlasser“ jeweils mehr als 10.000 Euro (insgesamt rund 1,47 Millionen Euro) auf. Fünf dieser Einzahler gaben einen konkreten Verwendungszweck vor, indem sie eines oder mehrere der von dem Angeklagten bezeichneten Projekte auswählten, sieben überließen dem „Vorstand von Neudeutschland“ die Entscheidung, welches der gemeinnützigen Projekte mit ihrem Geld gefördert werden sollte. Die Übrigen machten dazu keine Angaben. Die Kapitalgeber wollten mit ihren Zahlungen den Angeklagten und sein Ziel einer unabhängigen autarken Gemeinschaft unterstützen. Verschenken oder spenden wollten sie das Geld nicht. Knapp 500.000 Euro erhielten die 38 Kapitalgeber in der Folge zurückgezahlt; fast 976.000 Euro stehen noch zur Rückzahlung offen. 11

Die „Sparbücher“ und die Bestandsliste der „Kooperationskasse“ wurden akribisch geführt. Aufzeichnungen darüber, ob und wie das überlassene Geld der einzelnen Unterstützer verwendet wurde, insbesondere ob die Gelder für ein in den Formularen angekreuztes konkretes Projekt Verwendung fanden, fertigte der Angeklagte nicht an. Das Landgericht hat nicht festzustellen vermocht, ob und für welches der in den Formularen ankreuzbaren Projekte der Angeklagte die von den 38 „Kapitalüberlassern“ eingezahlten Gelder verwendete. Von einer zweckwidrigen Verwendung ist es nicht ausgegangen. 12

In der Zeit von Januar 2011 bis November 2012 hob der Angeklagte vom Bankkonto der „Kooperationskasse“ rund 1,35 Millionen Euro ab, von denen er 350.000 Euro wieder auf das Konto zurückzahlte. Im selben Zeitraum wurden aus der „Kooperationskasse“ insgesamt 186.721,62 Euro als „mildtätige Gaben“ an die Mitglieder der Gemeinschaft ausbezahlt. Für die Anschaffung eines Fabrik- und eines Krankenhauses wurden (Teil-)Zahlungen in Höhe von insgesamt 148.000 Euro erbracht. Außerdem erfolgten Zahlungen für Sanierungs- und Renovierungsarbeiten an Gebäuden in unbekannter Höhe. Der von der BaFin bestellte Abwickler stellte ein Kontoguthaben von rund 34.000 Euro und weitere Vermögenswerte von knapp 3.000 Euro sicher. 13

d) Zur subjektiven Tatseite hat das Landgericht festgestellt: Der Angeklagte nahm billigend in Kauf, die Rückzahlungsansprüche der „Kapitalüberlasser“ zu gefährden und zu erschweren, indem er keine ordnungsgemäße Buchhaltung unterhielt und das Geld nach eigenen Vorstellungen verwendete. Er nahm ferner billigend in Kauf, die vereinnahmten Gelder nicht zurückzahlen zu können und den Anlegern dadurch einen Schaden zuzufügen. 14

2. a) In rechtlicher Hinsicht hat das Landgericht die Auffassung vertreten, der Angeklagte habe in der Zeit von Anfang 2010 bis April 2013 unerlaubt Bankgeschäfte betrieben, indem er fremde, unbedingt rückzahlbare Gelder des Publikums annahm. Bei den vereinbarten qualifizierten Rangrücktritten handele es sich um „für den Anleger offensichtlich überraschende und damit unwirksame Klauseln“. 15

b) Zudem habe sich der Angeklagte in der Zeit von April 2011 bis November 2012 einer Untreue zum Nachteil der 38 „Kapitalüberlasser“ schuldig gemacht, die mehr als 10.000 Euro angelegt hatten. Zumindest ihnen gegenüber ergebe sich seine Vermögensbetreuungspflicht aus dem „Vertragskonstrukt der Kooperationskasse sui generis, mit Elementen eines Auftrags nach § 662 BGB und eines Geschäftsbesorgungsvertrages nach § 675 BGB“, wobei der Angeklagte allerdings kein Entgelt erhielt. Seine Treuepflicht habe der Angeklagte dadurch verletzt, dass er die Gelder entgegengenommen habe, ohne ordnungsgemäß Buch zu führen. Für die einzelnen Kapitalgeber sei deshalb weder der Bestand der „Kooperationskasse“ noch ersichtlich gewesen, wo die eingezahlten Gelder verblieben seien. Durch die Berufung auf eine vermeintliche Insolvenzgefahr und die Behauptung eines Nachrangs sei der Rückzahlungsanspruch der 38 „Kapitalüberlasser“ zumindest erheblich erschwert, ihr Vermögen in Höhe der Einzahlung schadensgleich gefährdet worden. In Höhe der offenen Forderungen habe sich der Schaden realisiert. Daneben hat das Landgericht Treuepflichtverstöße in einer vorzeitigen Rückzahlung der Gelder an einzelne „Kapitalüberlasser“ gesehen, dem Fehlen von Verwendungsnachweisen und der Entziehung umfangreicher Mittel aus der „Kooperationskasse“ (Gewährung von „mildtätigen Gaben“ an Mitglieder der Gemeinschaft), ohne in stabile oder sinnvolle Sachwerte zu investieren. 16

II.

Die Verurteilung des Angeklagten wegen Untreue (§ 266 Abs. 1 StGB) in Tateinheit mit (vorsätzlichem) unerlaubtem Betreiben von Bankgeschäften (§ 54 Abs. 1 Nr. 2 KWG) hält revisionsrechtlicher Prüfung nicht stand. 17

1. Die rechtliche Wertung des Landgerichts, der Angeklagte habe Einlagen oder andere unbedingt rückzahlbare Gelder des Publikums im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG angenommen und deshalb ohne Erlaubnis nach § 18

32 Abs. 1 Satz 1 KWG Bankgeschäfte betreiben (§ 54 Abs. 1 Nr. 2 KWG), ist nicht belegt, weil die Annahme der Strafkammer, die in die „Kapitalüberlassungsverträge“ aufgenommene Nachrangabrede sei „unwirksam“, durchgreifenden rechtlichen Bedenken begegnet.

a) Einlagen und anderen unbedingt rückzahlbaren Geldern des Publikums im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG ist gemein, dass der Kapitalgeber die eingezahlten Gelder bei Fälligkeit ohne zusätzliche Voraussetzung jederzeit wieder zurückfordern kann (vgl. BGH, Beschluss vom 17. April 2007 - 5 StR 446/06, NStZ 2007, 647; Beschluss vom 24. August 1999 - 1 StR 385/99, NStZ 2000, 37, 38; Janssen in: Münch.Komm.z.StGB, 2. Aufl., § 54 KWG Rn. 53; Bock in Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl., § 54 KWG Rn. 26 [zu Einlagen]; BT-Drucks. 13/7142, S. 62 f. und BT-Drucks. 15/3641, S. 6; BGH, Urteil vom 23. März 2010 - VI ZR 57/09, WM 2010, 928, 929; Gercke in: Park, Kapitalmarktstrafrecht, 4. Aufl., § 54 KWG Rn. 18; Gehrlein, WM 2017, 1385 f. [zu den anderen unbedingt rückzahlbaren Geldern des Publikums]). Hieran fehlt es, wenn zwischen dem Kapitalgeber und dem Kapitalnehmer eine sog. qualifizierte Nachrangabrede des Inhalts getroffen wird, dass die Forderung des Kapitalgebers außerhalb des Insolvenzverfahrens nur aus ungebundenem Vermögen und in der Insolvenz nur im Rang nach den Forderungen sämtlicher normaler Insolvenzgläubiger (§ 38 InsO) befriedigt werden darf (vgl. BGH, Urteil vom 5. März 2015 - IX ZR 133/14, BGHZ 204, 231, 243 f. mwN). Eine solche Abrede steht der Annahme einer Einlage oder anderer unbedingt rückzahlbarer Geldern des Publikums und damit eines Bankgeschäfts im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG entgegen (vgl. BT-Drucks. 15/3641, S. 36; BGH, Urteil vom 16. Mai 2017 - VI ZR 266/16, NJW 2017, 2463; Urteil vom 10. Februar 2015 - VI ZR 569/13, NJW-RR 2015, 675, 676; Schäfer in Boos/Fischer/Schulter-Mattler, KWG, 5. Aufl., § 1 Rn 46; Gehrlein, WM 2017, 1385, 1386; vgl. zur Rechtsanwendungspraxis der BaFin deren Merkblatt „Hinweise zum Tatbestand des Einlagengeschäfts“, Stand März 2014, NZG 2014, 379, 381).

b) Dies hat das Landgericht zwar nicht verkannt und zutreffend berücksichtigt, dass der „Kapital-Überlassungs-Vertrag/Genussrecht“ eine qualifizierte Nachrangabrede enthält. Seine nicht weiter begründete Annahme, „irgendwelche abweichenden Abreden, insbesondere sogenannte Nachrangabreden, stellen für den Anleger offensichtlich überraschende und damit unwirksame Klauseln dar“, hält aber auch eingedenk der nur eingeschränkten revisionsgerichtlichen Kontrolle der tatrichterlichen Auslegung von Verträgen und der ihnen zugrunde liegenden Erklärungen der Vertragsparteien (vgl. BGH, Urteil vom 13. Mai 2004 - 5 StR 73/03, NJW 2004, 2248, 2250 mwN [insoweit in BGHSt 49, 147 nicht abgedruckt]; Sander in: Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 261 Rn. 97) einer rechtlichen Überprüfung nicht stand, weil sie über erörterungsbedürftige Feststellungen hinweggeht und deshalb lückenhaft ist.

aa) Eine Allgemeine Geschäftsbedingung (§ 305 Abs. 1 BGB) wird gemäß § 305c Abs. 1 BGB nicht Vertragsbestandteil, wenn sie nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrags, so ungewöhnlich ist, dass der Vertragspartner des Verwenders mit ihr nicht zu rechnen braucht (sog. überraschende Klausel). Einen überraschenden Charakter im Sinne dieser Vorschrift hat eine Allgemeine Geschäftsbedingung dann, wenn sie von den (berechtigten) Erwartungen des Vertragspartners deutlich abweicht und dieser mit ihr den Umständen nach vernünftigerweise nicht zu rechnen braucht. Die Erwartungen des Vertragspartners werden dabei von allgemeinen und von individuellen Begleitumständen des Vertragsschlusses bestimmt. Zu den allgemeinen Begleitumständen zählen der Grad der Abweichung vom dispositiven Gesetzesrecht und die für den Geschäftskreis übliche Gestaltung. Zu den besonderen Begleitumständen gehören der Gang und der Inhalt der Vertragsverhandlungen sowie der äußere Zuschnitt des Vertrags (vgl. BGH, Urteil vom 21. Juni 2016 - IX ZR 475/15, VersR 2016, 1330, 1331; Urteil vom 20. Februar 2014 - IX ZR 137/13, NJWR 2014, 937, 938; Urteil vom 18. Mai 1995 - IX ZR 108/94, BGHZ 130, 19, 25 [zu der gleichlautenden Vorschrift in § 3 AGBG]; weitere Nachweise bei Basedow in: Münch.Komm.z.BGB, 7. Aufl., § 305c Rn. 6). Allgemeine Geschäftsbedingungen, mit denen der Vertragspartner des Verwenders nicht von vornherein rechnen musste, können ihren überraschenden Charakter verlieren, wenn der Verwender durch einen eindeutigen Hinweis auf sie aufmerksam macht (vgl. BGH, Urteil vom 20. Februar 2014 - IX ZR 137/13, NJW-RR 2014, 937, 938; Urteil vom 24. Juni 1997 - XI ZR 288/96, NJW 1997, 2677; Urteil vom 24. September 1980 - VIII ZR 273/79, NJW 1981, 117, 118; weitere Nachweise bei Basedow in: Münch. Komm.z.BGB, 7. Aufl., § 305c Rn. 8; speziell zur Nachrangabrede siehe Mock in: Uhlenbruck, Insolvenzordnung, 14. Aufl., § 19 Rn. 238; Bitter/Rauhut, ZIP 2014, 1005, 1015).

bb) Eine diesen Vorgaben genügende rechtliche Bewertung durch die Strafkammer lassen die Urteilsgründe weder in Bezug auf die Frage, ob die Nachrangabrede überhaupt einen überraschen Charakter hat, noch hinsichtlich einer möglichen Ausräumung einer solchen Überraschungswirkung erkennen.

(1) Zur Frage der deutlichen Abweichung von den (berechtigten) Erwartungen der Vertragspartner und einem daraus resultierenden Überraschungseffekt ist den Urteilsgründen lediglich zu entnehmen, dass das Landgericht den Grad der Abweichung vom dispositiven Gesetzesrecht im Ansatz in seine Bewertung eingestellt hat, indem es ersichtlich jede Abweichung von dem durch das „Sparbuch“ verbrieften jederzeitigen Rückzahlungsanspruch als überraschend gewertet hat. Damit schöpft die Strafkammer den festgestellten Sachverhalt aber nicht aus. Zwar trifft es zu, dass eine Nachrangabrede bei einem privat gewährten Darlehen in der Regel objektiv ungewöhnlich ist, weil sie die Finanzierungsleistung des Darlehensgebers wirtschaftlich den Forderungen auf Rückgewähr eines

Gesellschafterdarlehens annähert (vgl. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO), ohne dass ihn die Finanzierungsfolgenverantwortung eines Gesellschafters trifft oder er die Informations- und Einwirkungsmöglichkeiten eines Gesellschafters hat (vgl. BGH, Urteil vom 20. Februar 2014 - IX ZR 137/13, NJW-RR 2014, 937, 938 [zur „einfachen“ Nachrangabrede]; Mock in: Uhlenbruck, Insolvenzordnung, 14. Aufl., § 19 Rn. 238). Die Strafkammer hätte sich aber an dieser Stelle auch damit befassen müssen, dass es sich bei den „Kapitalüberlassern“ nicht um am allgemeinen Kapitalmarkt agierende profitorientierte Anleger handelte, sondern um Personen, die mit den Zielen des Angeklagten sympathisierten und denen es darauf ankam, die bereits geschaffenen oder noch einzurichtenden gemeinnützigen Projekte der Gemeinschaft zu fördern. Dass die für private Darlehen objektiv ungewöhnliche Regelung auch für die im Kontext solcher Unterstützungsleistungen adressierten Kreise „offensichtlich überraschend 22 23 [...]“ war und sie überrumpelte, versteht sich nicht von selbst. Auch der Umstand, dass die Unterstützer des Angeklagten ihm das Geld weder schenken noch spenden wollten, sagt noch nichts darüber aus, in welchem Rangverhältnis zu anderen Gläubigern sie ihre Rückzahlungsansprüche sahen.

(2) Zu der Frage, ob ein vorhandener Überraschungseffekt durch den äußeren Zuschnitt des Vertrages und den Inhalt der Vertragsverhandlungen sowie deren Anbahnung aufgehoben wurde, verhält sich das Landgericht nicht, obgleich die die qualifizierte Nachrangabrede enthaltende Bestimmung in den Fließtext des Vertrags aufgenommen war und deren Wesen zutreffend beschrieb (vgl. hierzu Gehrlein, WM 2017, 1385, 1386 f.). Bereits in der Internet-Werbung der „Kooperationskasse“ fand der qualifizierte Nachrang Erwähnung, auch wenn die mit ihr verbundene Bedingung („Rückforderung darf nicht zur Insolvenz führen“) als „theoretisch“ bezeichnet wurde. Schließlich lassen die Urteilsgründe auch konkrete Ausführungen dazu vermissen, ob und mit welchen Inhalten der Angeklagte den Kapitalüberlassungsvertrag mitsamt der darin ausgeführten qualifizierten Nachrangabrede mit den Geldgebern erörterte, obwohl einzelne Zeugen von solchen Vertragsgesprächen berichteten. 24

Der Senat vermag nicht auszuschließen, dass das hierzu allein berufene Landgericht zu einem anderen Ergebnis gelangt wäre, wenn es diese Gesichtspunkte in seine Würdigung einbezogen hätte. 25

c) Unter diesen Umständen kann es dahinstehen, ob die Annahme der Gelder unter dem rechtlichen Gesichtspunkt der Einlage oder der anderen unbedingt rückzahlbaren Gelder des Publikums als Bankgeschäft im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG zu würdigen ist. Zweifel am Vorliegen einer Einlage bestehen bereits deshalb, weil dies die Entgegennahme von Geld zur eigenen Verwendung des Empfängers in der Absicht erfordert, mit ihm im eigenen Aktivgeschäft gewinnbringend zu arbeiten (vgl. BGH, Beschluss vom 17. April 2007 - 5 StR 446/06, NSTZ 2007, 647; Beschluss vom 9. Februar 2011 - 5 StR 563/10, NSTZ 2011, 410, 411; Urteil vom 9. März 1995 - III ZR 55/94, BGHZ 129, 90, 95; BVerwG, WM 1984, 1364, 1367; Janssen in: Münch.Komm.z. StGB, 2. Aufl., § 54 KWG Rn. 53; Schröder in: Achenbach/Ransiek/Rönnau, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl., Teil 10, Kap. 3, Rn. 11; Gercke in: Park, Kapitalmarktstrafrecht, 4. Aufl., § 54 KWG Rn. 18; Demgensky/Erm, WM 2001, 1445, 1451). Den Feststellungen ist aber nicht zu entnehmen, dass der Angeklagte das überlassene Kapital, das er - nicht ausschließbar - für seine gemeinnützigen Projekte verwendete, zum gewinnbringenden Einsatz annahm. 26

2. Auch der Schuldspruch wegen Untreue (§ 266 Abs. 1 2. Alternative StGB) hat keinen Bestand. Die Annahme der Strafkammer, dem Angeklagten habe aufgrund des „Vertragskonstrukts der Kooperationskasse“ gegenüber den Anlegern eine Vermögensbetreuungspflicht obliegen, wird von den Feststellungen nicht getragen. 27

a) Eine Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB ist gegeben, wenn der Täter gegenüber dem (potentiell) Geschädigten eine inhaltlich besonders herausgehobene, nicht nur beiläufige Pflicht zur Wahrnehmung von dessen Vermögensinteressen inne hat, die über die für jedermann geltenden Sorgfalts- und Rücksichtnahmepflichten und die allgemeine Pflicht, auf die Vermögensinteressen des Vertragspartners Rücksicht zu nehmen, hinausgeht. Hinzukommen muss, dass dem Täter Raum für eigenverantwortliche Entscheidungen bleibt und ihm eine gewisse Selbstständigkeit belassen wird (st. Rspr.; vgl. BGH, Beschluss vom 16. August 2016 - 4 StR 163/16, BGHR StGB § 266 Abs. 1 Vermögensbetreuungspflicht 54; Beschluss vom 26. November 2015 - 3 StR 17/15, BGHSt 61, 48, 62 f.; Urteil vom 11. Dezember 2014 - 3 StR 265/14, BGHSt 60, 94, 104 f. jew. mwN). In der Rechtsprechung ist dazu anerkannt, dass auch bei einem zweckgebundenen Darlehen durch die Einbeziehung auftragsähnlicher Elemente im Einzelfall eine derartige Vermögensbetreuungspflicht des Darlehensnehmers gegenüber dem Darlehensgeber begründet sein kann (vgl. BGH, Urteil vom 15. Juni 1976 - 1 StR 266/76, bei Holtz, MDR 1976, 986, 987; Urteil vom 16. Oktober 1968 - 2 StR 429/68, bei Dallinger, MDR 1969, 534). Dies wird jedoch in der Regel nur dann in Betracht kommen, wenn durch die besondere Zweckbindung und die sich daraus ergebende Verpflichtung des Darlehensnehmers zur zweckgerechten Verwendung der Valuta Vermögensinteressen des Darlehensgebers geschützt werden und diese wirtschaftlich im Mittelpunkt des Vertrags stehen (vgl. BGH, Urteil vom 16. Oktober 1968 - 2 StR 429/68, bei Dallinger, MDR 1969, 534 [Brauereidarlehen zur Investition in eine dauerhaft zu beliefemde Gaststätte]; Urteil vom 22. November 1955 - 5 StR 705/54, BGHSt 8, 271, 272 f. mwN [Baukostenzuschuss eines zukünftigen Mieters des zu errichtenden Hauses]). 28

b) Dass sich der Angeklagte gegenüber den „Kapitalüberlassern“ in einer derartigen Pflichtenstellung befand, belegen die Urteilsgründe nicht. Zwar war der Angeklagte aufgrund der mit den einzelnen Geldgebern geschlossenen Verträge 29

(„Kapital-Überlassungs-Vertrag/Genussrecht“) diesen gegenüber dazu verpflichtet, die überlassenen Gelder zur Förderung der benannten „gemeinnützigen Projekte“ einzusetzen und hatte dabei auch einen gewissen Entscheidungsspielraum. Durch diese Zweckbindung wurden aber keine Vermögensinteressen der Geldgeber geschützt oder wahrgenommen. Insbesondere ist nicht ersichtlich, dass der Angeklagte dadurch angehalten werden sollte, Investitionen in besondere kapitalerhaltende oder gar gewinnträchtige Projekte zu tätigen, um auf diese Weise sicherzustellen, dass die Kooperationskasse im Zeitpunkt der Fälligkeit der Rückzahlungsansprüche über ausreichendes Vermögen verfügen würde. Die Tatsache, dass der Angeklagte im Internet das Versprechen abgab und die „Sparbücher“ ebenfalls den Hinweis enthielten, die angenommenen Gelder in „stabile Sachwerte“ zu investieren, sagt dazu nichts aus, zumal auch nicht festgestellt ist, dass diese - ohnehin keinen greifbaren Tatsachenkern aufweisende - Zusage Eingang in die Verträge gefunden hat. Der Rückzahlungsanspruch der „Kapitalüberlasser“ gegenüber der „Kooperationskasse“ war durch die „Sparbücher“ verbrieft und hing nicht davon ab, ob das Geld tatsächlich für die ausgewählten gemeinnützigen Projekte verwendet wurde.

Der Umstand, dass die Rückzahlungsansprüche mit einer qualifizierten Nachrangabrede verknüpft waren, führt zu keinem anderen Ergebnis. Diese bewirkte zwar - sofern wirksam vereinbart -, dass die „Kapitalüberlasser“ Befriedigung nur aus dem freien, nicht zur Schuldendeckung benötigten Vermögen der „Kooperationskasse“ verlangen konnten (vgl. dazu BGH, Urteil vom 5. März 2015 - IX ZR 133/14, BGHZ 204, 231, 242 f.). Eine inhaltlich herausgehobene Pflicht des Angeklagten, die Vermögensinteressen seiner im qualifizierten Nachrang stehenden Darlehensgeber wahrzunehmen, wurde dadurch jedoch nicht begründet. Denn auch für das Vermögensinteresse der qualifiziert nachrangigen Darlehensgeber kam es allein darauf an, dass die „Kooperationskasse“ zum Fälligkeitszeitpunkt über ausreichendes Vermögen verfügte, um die Rückzahlungsansprüche zu erfüllen.

III.

Hinsichtlich des Vorwurfs des (vorsätzlichen) unerlaubten Betreibens von Bankgeschäften wird bei der neuen Hauptverhandlung Folgendes in den Blick zu nehmen sein:

1. Sollte der neue Tatrichter die qualifizierte Nachrangabrede als in den Vertrag einbezogen ansehen, wird er die Wirksamkeit der Regelung am Transparenzgebot gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB (vgl. dazu BGH, Urteil vom 23. Februar 2005 - IV ZR 273/03, BGHZ 162, 210, 213 f.; Urteil vom 24. März 2010 - VIII ZR 178/08, BGHZ 185, 96, 102 ff.; Urteil vom 20. Februar 2014 - IX ZR 137/13, NJW-RR 2014, 937, 939; Gehrlein, WM 2017, 1385, 1387 f.) und dem Verbot einer unangemessenen Benachteiligung nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB (vgl. dazu BGH, Urteil vom 12. März 1987 - VII ZR 37/86, BGHZ 100, 157, 162 ff.; Urteil vom 28. Januar 2003 - XI ZR 156/02, BGHZ 153, 344, 350 f.; Urteil vom 20. Februar 2014 - IX ZR 137/13, NJWR 2014, 937, 939; Gehrlein, WM 2017, 1385, 1388 f.) zu messen haben. Dabei wird auch die Motivation der Kapitalgeber zu berücksichtigen sein, die mit der Hingabe ihres Geldes den Angeklagten, seine unabhängige und autarke Gemeinschaft und deren Ziele und Interessen unterstützen wollten (vgl. BGH, Urteil vom 20. Februar 2014 - IX ZR 137/13, NJWR 2014, 937, 939; Bitter, ZIP 2015, 345, 355; Gehrlein, WM 2017, 1385, 1389).

2. Der neue Tatrichter wird auch zu prüfen haben, ob die Vereinbarung über den qualifizierten Nachrang auf einer mit Einverständnis des Angeklagten nur zum Schein abgegebenen und daher gemäß § 117 Abs. 1 BGB nichtigen Erklärung der „Kapitalüberlasser“ beruhte (vgl. zum sog. Scheingeschäft BGH, Beschluss vom 28. Mai 2014 - 3 StR 206/13, BGHSt 59, 244, 250; Urteil vom 25. Oktober 1961 - V ZR 103/60, BGHZ 36, 84, 87 f.; Arnold in Erman, BGB, 15. Aufl., § 117 Rn. 1; Palandt/Ellenberger, BGB, 77. Aufl., § 117 Rn. 3). Für eine Scheinabrede könnte die vom Vertragsinhalt abweichende tatsächliche Übung zwischen dem Angeklagten und den „Kapitalüberlassern“ sprechen, wonach diese auf ihr bloßes Verlangen hin ohne Rücksicht auf den Nachrang und die fehlende Fälligkeit (ungeprüft) Geld zurückgezahlt erhielten. Demgegenüber setzt die Verneinung eines Bankgeschäfts im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG gerade die Wirksamkeit der vereinbarten Nachrangabrede voraus, was eine mit Rechtsbindungswillen abgegebene Erklärung nahelegen könnte (vgl. BGH, Urteil vom 25. Oktober 1961 - V ZR 103/60, BGHZ 36, 84, 88; Urteil vom 18. November 1976 - VII ZR 150/75, BGHZ 67, 334, 337 f.; Urteil vom 20. Juli 2006 - IX ZR 226/03, NJW-RR 2006, 1555, 1556; Beschluss vom 2. November 2005 - IV ZR 57/05, NJW-RR 2006, 283; Arnold in Erman, BGB, 15. Aufl., § 117 Rn. 6; Palandt/Ellenberger, BGB, 77. Aufl., § 117 Rn. 4). Etwas anderes würde allerdings dann gelten, wenn es dem Angeklagten und den „Kapitalüberlassern“ lediglich darum ging, gegenüber der BaFin eine entsprechende Vertragslage vorzuspiegeln. Denn dazu reichte der äußere Anschein der Vereinbarung eines qualifizierten Nachrangs aus (vgl. BGH, Urteil vom 18. November 1976 - VII ZR 150/75, BGHZ 67, 334, 337 f.; Urteil vom 20. Juli 2006 - IX ZR 226/03, NJW-RR 2006, 1555, 1556 mwN [zur Täuschung der Finanzbehörden]). Ob ein Scheingeschäft anzunehmen ist, obliegt der Beurteilung des neuen Tatrichters (vgl. BGH, Urteil vom 7. November 2006 - 5 StR 164/05, NStZ-RR 2007, 345, 346; Beschluss vom 20. März 2002 - 5 StR 448/01, NStZ 2002, 485, 486). Dabei wird er zu bedenken haben, dass eine vertragliche Regelung nicht gleichzeitig bankenaufsichtsrechtlich gewollt, zivilrechtlich aber nicht gewollt sein kann (vgl. BGH, Urteil vom 20. Juli 2006 - IX ZR 226/03, NJW-RR 2006, 1555, 1556 mwN).

3. Hinsichtlich der Bewertung, ob der Angeklagte das Betreiben von Bankgeschäften und eine hierfür - möglicherweise - erforderliche Erlaubnis zutreffend erfasste und welche Rechtsfolgen sich andernfalls ergeben,

bemerkt der Senat: Grundsätzlich gehört die rechtlich richtige Beurteilung der normativen Tatbestandsmerkmale nicht zum Tatvorsatz. Es genügt, dass der Täter die dem Gesetz entsprechende Wertung im Wege einer „Parallelwertung in der Laiensphäre“ nachvollzieht. Erforderlich ist, dass er die Tatsachen kennt, die dem normativen Begriff zugrunde liegen, und auf der Grundlage dieses Wissens den sozialen Sinngehalt des Tatbestandsmerkmals richtig begreift (vgl. BGH, Urteil vom 3. April 2008 - 3 StR 394/07, BGHR StGB § 17 Vermeidbarkeit 8; Urteil vom 24. September 1953 - 5 StR 225/53, BGHSt 4, 347, 352; Urteil vom 16. Mai 2017 - VI ZR 266/16, NJW 2017, 2463, 2464; Urteil vom 15. Mai 2012 - VI ZR 166/11, NJW 2012, 3177, 3179 f. mwN; Janssen in: Münch.Komm.z.StGB, 2. Aufl., § 54 KWG Rn. 83; Papanthasiou, jurisPKStrafR 25/2017 Anm. 4 unter C). Hat der Täter des § 54 Abs. 1 Nr. 2 KWG den Bedeutungssinn des Bankgeschäfts als normatives Tatbestandsmerkmal zutreffend erfasst, hält er seine Geschäfte aber gleichwohl für rechtlich zulässig und nicht erlaubnispflichtig, irrt er lediglich über ihr Verbotensein, sodass ein Verbotsirrtum im Sinne des § 17 StGB vorliegt (vgl. BGH, Urteil vom 24. September 1953 - 5 StR 225/53, BGHSt 4, 347, 352; Urteil vom 16. Mai 2017 - VI ZR 266/16, NJW 2017, 2463, 2464; Schröder, JZ 2018, 255, 256).