

HRRS-Nummer: HRRS 2016 Nr. 281

Bearbeiter: Christoph Henckel und Karsten Gaede

Zitiervorschlag: HRRS 2016 Nr. 281, Rn. X

BGH 5 StR 510/13 - Beschluss vom 19. Februar 2014 (LG Hamburg)

Betrug (Schaden bei Risikogeschäften: wirtschaftliche Bestimmung, Darstellung im Urteil; subjektiver Schadenseinschlag: Voraussetzungen).

§ 263 Abs. 1 StGB; Art. 103 Abs. 2 GG; § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO

Leitsätze des Bearbeiters

1. Inwieweit die Grundsätze des subjektiven Schadeneinschlags angesichts der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (vgl. BVerfGE 126, 170), wonach normative Gesichtspunkte bei der Bewertung von Schäden zwar eine Rolle spielen, die wirtschaftliche Betrachtung allerdings nicht überlagern oder verdrängen dürfen, in Teilen einer Korrektur bedarf, muss der Senat hier nicht entscheiden.

2. Bei Bestehen eines der Leistung entsprechenden objektiven Gegenwertes des seitens des Getäuschten erlangten Anlagegegenstands kann nur dann aufgrund des subjektiven Schadeneinschlags gleichwohl ein Vermögensschaden eintreten, wenn der objektive Wert des Erlangten für den Erwerber nicht realisierbar ist, weil es ihm unmöglich (oder unzumutbar) ist, diesen in Geld umzusetzen, und ihm der erworbene Anlagegegenstand auch keinen vermögensmäßig beachtlichen Gebrauchsvorteil verschafft. Soweit das Erlangte hingegen einen für jedermann realisierbaren Geldwert aufweist, scheidet danach ein Vermögensschaden unabhängig von Aspekten des persönlichen Schadeneinschlags in jedem Fall aus.

3. Ein Vermögensschaden im Sinne des § 263 StGB tritt ein, wenn die Vermögensverfügung des Getäuschten bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise unmittelbar zu einer nicht durch Zuwachs ausgeglichenen Minderung des wirtschaftlichen Gesamtwerts seines Vermögens führt (Prinzip der Gesamtsaldierung, vgl. BGHSt 53, 199, 201). Wurde der Getäuschte zum Abschluss eines Vertrages verleitet (Eingehungsbetrug), sind bei der für die Schadensfeststellung erforderlichen Gesamtsaldierung der Geldwert des erworbenen Anspruchs gegen den Vertragspartner und der Geldwert der eingegangenen Verpflichtung miteinander zu vergleichen. Der Getäuschte ist geschädigt, wenn sich dabei ein Negativsaldo zu seinem Nachteil ergibt (vgl. BGHSt 16, 220, 221).

4. Ist der Getäuschte ein Risikogeschäft eingegangen, kommt es für die Bestimmung des Schadens maßgeblich auf die täuschungs- und irrtumsbedingte Verlustgefahr an. Ein nur drohender, ungewisser Vermögensabfluss stellt erst dann einen Schaden dar, wenn der wirtschaftliche Wert des gefährdeten Vermögens bereits gesunken ist (vgl. BGHSt 53, 199, 202 f.). Dies ist der Fall, wenn der Geldwert des seitens des Getäuschten erworbenen Anspruchs infolge der Verlustgefahr geringer ist als derjenige der eingegangenen Verpflichtung. Dieser Minderwert des im Synallagma Erlangten ist unter wirtschaftlicher Betrachtungsweise zu bestimmen und entsprechend der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (vgl. BVerfGE 126, 170, 229;) konkret festzustellen sowie gegebenenfalls unter Hinzuziehung eines Sachverständigen zur wirtschaftlichen Schadensfeststellung zu beziffern (vgl. BGH wistra 2013, 20).

5. Dazu ist das zum Verfügungszeitpunkt bestehende Verlustrisiko anhand des vorhandenen Unternehmensvermögens und der in Anbetracht der Pläne des Täters zu prognostizierenden Unternehmensentwicklung mit sachverständiger Hilfe nach wirtschaftswissenschaftlichen Bewertungsverfahren beziffert und in den Urteilsgründen darzulegen (vgl. BVerfGE 126, 170, 224, 230 f.).

Entscheidungstenor

Auf die Revisionen der Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 9. April 2013 gemäß § 349 Abs. 4 StPO mit den Feststellungen aufgehoben.

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

Gründe

Das Landgericht hat die Angeklagten jeweils wegen Betruges verurteilt und gegen den Angeklagten Y. eine 1

Freiheitsstrafe von fünf Jahren verhängt, gegen B. eine solche von zwei Jahren, deren Vollstreckung es zur Bewährung ausgesetzt hat. Die gegen dieses Urteil gerichteten Revisionen der Angeklagten haben jeweils mit der Sachrüge Erfolg.

1. Zu den Feststellungen und Wertungen des Landgerichts:

a) Gegenstand des Verfahrens ist die von der E. AG (im Folgenden: E. AG) emittierte Inhaberschuldverschreibung „EURO ANLEIHE - Expansionskapital Erneuerbare Energien: ZUKUNFTSMARKT SOLARENERGIE“ (im Folgenden: Solar-Anleihe). Die Angeklagten waren Vorstandsmitglieder der E. AG sowie der & AG, der als Konzernmutter sämtliche Anteile der E. AG sowie Anteile weiterer verbundener Gesellschaften gehörten. Y. war für die Unternehmenspolitik, die Organisation des gesamten Konzerns sowie für die Steuerung des Zahlungsflusses innerhalb des Konzerns zuständig und verantwortlich, B. für die Öffentlichkeitsarbeit und den Vertrieb der Anleihe.

Ende des Jahres 2004 beschlossen die Angeklagten, die Solar-Anleihe mit einem Zinssatz von 8,25 % p.a. und einer Laufzeit von sechs Jahren über eine auf Dauer angelegte Organisationsstruktur interessierten Kapitalanlegern zum Erwerb anzubieten. Durch einen Verkaufsprospekt und mittels weiterer Werbematerialien sowie im Rahmen von Verkaufsgesprächen durch Telefonverkäufer wurden den Anlegern die Vorzüge einer Kapitalanlage im Bereich der erneuerbaren Energien dargestellt. Hierbei wurde der unzutreffende Eindruck erweckt, dass die eingeworbenen Gelder nahezu vollständig in den Bereich der erneuerbaren Energien, vor allem den der Solarenergie, investiert werden sollten. Insbesondere vor dem Hintergrund des „äußerst zukunftssträchtigen“ Marktes der Solarenergie mit „sehr großem Wachstumspotential“ und einer staatlichen Einspeisungsgarantie für Strom aus erneuerbaren Energien wurde eine sichere Anlage mit einer hohen Verzinsung von 8,25 % p.a. und einer hundertprozentigen Rückzahlung zum Nennwert nach Ende der Laufzeit versprochen. Das in dem übersandten Verkaufsprospekt aufgezeigte und in den Verkaufsgesprächen erwähnte grundsätzliche Risiko eines Totalverlustes wurde gemäß dem Tatplan der Angeklagten sowohl in den Werbematerialien als auch auf Nachfrage der Anleger in den Verkaufsgesprächen bagatellisiert und als außerordentlich gering dargestellt.

Im Vertrauen auf die Richtigkeit dieser Angaben zeichneten Anleger in der Zeit von November 2004 bis März 2006 in 5.411 Fällen die Solar-Anleihe im Gesamtnennwert von 49.369.000 € und zahlten inklusive Stückzinsen insgesamt rund 50.200.000 € auf das im Verkaufsprospekt angegebene Konto der E. AG.

Die eingeworbenen Gelder wurden dem Tatplan der Angeklagten entsprechend zum weit überwiegenden Teil nicht vereinbarungsgemäß im Bereich der erneuerbaren Energien investiert, sondern zur umfangreichen Anschaffung von in hohem Maße risikobehafteten Kunstobjekten, zur Schuldentilgung, zur Deckung laufender Kosten und Vertriebskosten sowie zur Zahlung der Zinsen an die Anleger verwendet. Aufgrund des mit dieser Mittelverwendung einhergehenden Liquiditätsverlusts war es nicht mehr möglich, angefangene oder in Aussicht stehende Energieprojekte in der gebotenen Zeit und mit der erforderlichen Finanzausstattung weiter zu entwickeln. Die Angeklagten handelten in der Absicht, dem E. -Konzern durch den Vertrieb der Solar-Anleihe kontinuierlich Kapital zu beschaffen, aus dem sich auch ihre Gehälter speisten. Sie nahmen zumindest billigend in Kauf, dass es in Anbetracht der äußerst angespannten finanziellen Situation der E. AG sowie des gesamten Konzerns und infolge der „zweckwidrigen“ Verwendung des Anleihekapitals und des dadurch bedingten Liquiditätsabflusses nicht möglich sein würde, Projekte im Bereich der erneuerbaren Energien „in dem Umfang und in der Geschwindigkeit ernsthaft und erfolgreich“ in die Tat umzusetzen, „um den Anlegern die versprochenen Zinsen und am Ende der Laufzeit die Anlagebeträge zum Nennwert zahlen zu können, ohne sich kontinuierlich über weitere Anleihen weiteres Kapital beschaffen zu müssen. Zudem wussten sie, dass es sich bei dem Handel mit Kunstobjekten um hochspekulative Geschäfte handelte, und nahmen dabei zumindest billigend in Kauf, dass auch diese Geschäfte aufgrund ihres rein spekulativen Charakters nicht zum wirtschaftlichen Erfolg beitragen könnten“ (UA S. 5).

Das Landgericht ist davon ausgegangen, dass Y. spätestens ab Februar 2005 beabsichtigte, mit dem Emissionserlös der Solar-Anleihe einen umfangreichen Kunstbestand aufzubauen, um später Kunstfonds anzulegen, und hat demgemäß die Strafverfolgung gemäß § 154a Abs. 2 StPO auf die Fälle beschränkt, in denen die Verträge über die Anleihe auf Zeitpunkte ab dem 1. Februar 2005 datierten. Hiernach ergeben sich in der Y. zuzurechnenden Tatzeit von Februar 2005 bis März 2006 4.618 täuschungsbedingt veranlasste Zahlungen von Anlegern mit einem Gesamtbetrag von 41.914.000 €. Hinsichtlich B. ist die Wirtschaftsstrafkammer davon ausgegangen, dass dieser spätestens ab Ende August 2005 Kenntnis von der beabsichtigten Mittelverwendung hatte. Für den ihm demzufolge zugerechneten Tatzeitraum von September 2005 bis März 2006 hat das Landgericht 1.088 täuschungsbedingt veranlasste Zahlungen von Anlegern in Höhe von rund 9.800.000 € festgestellt.

Da das Geschäft mit Kunstobjekten nicht so erfolgreich verlief, „wie von den Angeklagten erhofft“ (UA S. 152), wurde spätestens im Herbst 2007 der Entschluss gefasst, sich zukünftig wirtschaftlich wieder stärker dem Bereich der erneuerbaren Energien zu widmen. „Als die Verwendung der Anlegergelder für die neue geschäftliche Schiene bekannt wurde, führten u.a. eine negative Presseberichterstattung und das Vorgehen sogenannter Anleger-Anwälte zu einer Vielzahl zivilrechtlicher Klagen von Anlegern gegen den E. -Konzern und die Angeklagten, an deren Ende die

Insolvenz der E. AG und des Gros der Unternehmen des E. -Konzerns im Jahr 2008 stand“ (UA S. 152). Die „von der Anklage erfassten Anleger“ (UA S. 5) erlitten einen Verlust von mindestens 85 % des angelegten Kapitals.

b) Das Landgericht hat das Verhalten der Angeklagten als Eingehungsbetrug gewertet. Es hat angenommen, die Anleger hätten ihr Geld jedenfalls ab Februar 2005 „in etwas völlig anderes“ als das Versprochene, „nämlich in ein aliud investiert, an dem sie kein Interesse hatten“ (UA S. 174). Der Zins- und Rückzahlungsanspruch sei schon bei Hingabe des Geldes wegen der Absicht des Angeklagten Y., damit Kunst zu erwerben, erheblich stärker gefährdet gewesen als bei einer Investition in erneuerbare Energien. Keiner der Anleger, so die Wirtschaftsstrafkammer weiter, hätte die Anleihe gezeichnet, wenn er gewusst hätte, dass mit ihren Mitteln fast ausschließlich Kunst gekauft werden sollte, „da allen Zeugen die Rückzahlung und Verzinsung zu unsicher gewesen wäre“ (UA S. 174). Die Zins- und Rückzahlungsansprüche seien schon durch den abredewidrigen Kauf von Kunst mit einem ungewollten extremen Risiko belastet worden, das nicht kompensiert worden sei. 9

Im Rahmen der Strafzumessung ist das Landgericht indes aufgrund eines überschlägig ermittelten Mindestanteils zweckwidrig investierter Gelder von einem Schaden von nur 20 % der Einlagesumme des für die Angeklagten jeweils relevanten Tatzeitraums ausgegangen. 10

2. Beide Revisionen führen, dem Antrag des Generalbundesanwalts folgend, mit der Sachrüge zur umfassenden Aufhebung des Urteils, so dass es auf die vom Angeklagten Y. erhobenen Verfahrensrügen nicht mehr ankommt. Die Annahme eines bei den Anlegern verursachten Vermögensschadens im Sinne des § 263 StGB wird von den Feststellungen des angefochtenen Urteils nicht getragen. Wenngleich nach dem Gesamtzusammenhang der Urteilsfeststellungen ein Ausschluss jeglichen Vermögensschadens ganz fern liegt, können die Schuldsprüche ohne dessen regelkonforme Bestimmung nicht aufrechterhalten bleiben. 11

a) Ein Vermögensschaden im Sinne des § 263 StGB tritt ein, wenn die Vermögensverfügung des Getäuschten bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise unmittelbar zu einer nicht durch Zuwachs ausgeglichenen Minderung des wirtschaftlichen Gesamtwerts seines Vermögens führt (Prinzip der Gesamtsaldierung, vgl. BGH, Beschlüsse vom 18. Februar 2009 - 1 StR 731/08, BGHSt 53, 199, 201, und vom 29. Januar 2013 - 2 StR 422/12, NStZ 2013, 711, jeweils mwN; Urteil vom 27. Juni 2012 - 2 StR 79/12, NStZ 2012, 629). Wurde der Getäuschte zum Abschluss eines Vertrages verleitet (Eingehungsbetrug), sind bei der für die Schadensfeststellung erforderlichen Gesamtsaldierung der Geldwert des erworbenen Anspruchs gegen den Vertragspartner und der Geldwert der eingegangenen Verpflichtung miteinander zu vergleichen. Der Getäuschte ist geschädigt, wenn sich dabei ein Negativsaldo zu seinem Nachteil ergibt (BGH, Beschluss vom 18. Juli 1961 - 1 StR 606/60, BGHSt 16, 220, 221; Urteil vom 20. Dezember 2012 - 4 StR 55/12, BGHSt 58, 102, 111 f. mwN). 12

Ist der Getäuschte - wie die Anleger im vorliegenden Fall durch den Abschluss des Vertrages über den Erwerb einer Inhaberschuldverschreibung - ein Risikogeschäft eingegangen, kommt es für die Bestimmung des Schadens maßgeblich auf die täuschungs- und irrumsbedingte Verlustgefahr an. Ein nur drohender, ungewisser Vermögensabfluss stellt erst dann einen Schaden dar, wenn der wirtschaftliche Wert des gefährdeten Vermögens bereits gesunken ist (BGHSt 58, aaO sowie Beschluss vom 18. Februar 2009 - 1 StR 731/08, BGHSt 53, 199, 202 f.). Dies ist der Fall, wenn der Geldwert des seitens des Getäuschten erworbenen Anspruchs infolge der Verlustgefahr geringer ist als derjenige der eingegangenen Verpflichtung (vgl. BGH aaO). Dieser Minderwert des im Synallagma Erlangten ist unter wirtschaftlicher Betrachtungsweise zu bestimmen und entsprechend der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 126, 170, 229; 130, 1, 47) konkret festzustellen sowie gegebenenfalls unter Hinzuziehung eines Sachverständigen zur wirtschaftlichen Schadensfeststellung zu beziffern (BGH, Beschlüsse vom 23. Oktober 2012 - 5 StR 307/12, wistra 2013, 20; vom 29. Januar 2013 - 2 StR 422/12, NStZ 2013, 711, und vom 13. März 2013 - 2 StR 275/12, wistra 2013, 347). 13

b) Im vorliegenden Fall steht ein Eingehungsbetrug durch den Abschluss des - im angefochtenen Urteil allerdings nicht im Einzelnen dargestellten - Vertrages in Rede, der auf den Erwerb einer ein Rückzahlungsversprechen der E. AG enthaltenden Inhaberschuldverschreibung gegen Zahlung eines bestimmten Nennbetrages nebst Stückzinsen gerichtet war, was der Sache nach auf ein Unternehmensdarlehen hinausläuft. Da es sich bei den durch den Vertragsschluss erworbenen Ansprüchen letztlich jeweils um Geldforderungen handelt - den Anspruch der E. AG auf Einzahlung der gezeichneten Anlagesumme einerseits und den Anspruch der Anleger auf Zahlung der Zinsen und Rückzahlung des Nennbetrages nach dem Ende der Laufzeit andererseits - liegt ein Risikogeschäft vor, bei dem sich ein Minderwert der seitens der Anleger erlangten Gegenleistung aus der im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestehenden Verlustgefahr ergeben kann, der Gefahr also, dass die E. AG nicht in der Lage sein wird, ihre gegenüber den Anlegern eingegangenen Zahlungspflichten zu erfüllen. Zur Feststellung eines im Moment des Vertragsschlusses eingetretenen Vermögensschadens bedarf es daher entsprechend den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen einer an wirtschaftlichen Maßstäben ausgerichteten Bestimmung des Wertes der seitens der Anleger erworbenen Rückzahlungsansprüche. Soweit dieser jeweils hinter der von den Anlegern zu zahlenden Summe zurückgeblieben sein sollte, läge ein Vermögensschaden im Sinne des § 263 StGB vor. 14

c) Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der an die Rechtsfigur des persönlichen Schadenseinschlags anknüpfenden Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Anlagebetrug, nach der bei der Gesamtsaldierung auch der subjektive Wert des Erlangten für den Verletzten zu berücksichtigen ist und die gesamte Leistung eines Anlegers als Schaden anzusehen sein kann, wenn er über Eigenart und Risiko des Geschäfts derart getäuscht worden ist, dass er etwas völlig anderes erwirbt, als er erwerben wollte („aliud“), die empfangene Leistung für ihn mithin in vollem Umfang unbrauchbar ist (vgl. BGH, Beschluss vom 28. Juni 1983 - 1 StR 576/82, BGHSt 32, 22; Urteil vom 7. März 2006 - 1 StR 379/05, BGHSt 51, 10; Beschluss vom 14. April 2011 - 1 StR 458/10, wistra 2011, 335).

aa) Inwieweit diese Grundsätze angesichts der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 126, 170; 130, 1), wonach normative Gesichtspunkte bei der Bewertung von Schäden zwar eine Rolle spielen, die wirtschaftliche Betrachtung allerdings nicht überlagern oder verdrängen dürfen (vgl. schon BGHSt 32, aaO, S. 23 f.), in Teilen einer Korrektur bedarf, muss der Senat hier nicht entscheiden.

Aus den genannten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs ergibt sich nämlich, dass bei Bestehen eines der Leistung entsprechenden objektiven Gegenwertes des seitens des Getäuschten erlangten Anlagegegenstands nur dann aufgrund des subjektiven Schadenseinschlags gleichwohl ein Vermögensschaden eintreten kann, wenn der objektive Wert des Erlangten für den Erwerber nicht realisierbar ist, weil es ihm unmöglich (oder unzumutbar) ist, diesen in Geld umzusetzen, und ihm der erworbene Anlagegegenstand auch keinen vermögensmäßig beachtlichen Gebrauchsvorteil verschafft. Soweit das Erlangte hingegen einen für jedermann realisierbaren Geldwert aufweist, scheidet danach ein Vermögensschaden unabhängig von Aspekten des persönlichen Schadenseinschlags in jedem Fall aus (vgl. Tiedemann in LK-StGB, 12. Aufl., § 263 Rn. 203 ff.). Ob es sich bei dem tatsächlich erhaltenen Anlagegegenstand im Vergleich zu dem versprochenen um ein „aliud“ handelt, ist dann irrelevant.

Ist das tatsächliche Verlustrisiko im Vergleich zu dem vertraglich vorausgesetzten erhöht, kann dies allein somit nicht die Annahme rechtfertigen, im Hinblick auf die darin liegende Abweichung des Erlangten von dem täuschungsbedingt Vorgestellten könne der objektive Geldwert des Erlangten außer Betracht bleiben; denn das Verlustrisiko lässt die Realisierbarkeit des dennoch verbleibenden Geldwerts prinzipiell unberührt. In Fällen, in denen der Minderwert der Leistung des Täuschenden ausschließlich auf einer erhöhten Verlustgefahr beruht, kann der Aspekt des subjektiven Schadenseinschlags folglich auf die Bestimmung des Vermögensschadens keinen Einfluss haben.

bb) Dies gilt mithin auch für den vorliegenden Fall, in dem sich der Minderwert des seitens der Anleger durch den Vertragsschluss erworbenen Rückzahlungsanspruchs im Vergleich zu der zu leistenden Zahlung des Anleihenennwerts zuzüglich Stückzinsen nur aus der Gefahr ergeben kann, dass die E. AG nicht in der Lage sein wird, ihre gegenüber den Anlegern eingegangenen Zahlungspflichten zu erfüllen. Der Umstand, dass die Gelder nach dem Plan der Angeklagten abweichend vom behaupteten Investitionszweck verwendet werden sollten, vermag zwar unter Umständen das Verlustrisiko zu erhöhen, berührt aber darüber hinaus nicht die Realisierbarkeit eines etwaigen gleichwohl in den Rückzahlungsansprüchen verkörperten Geldwerts; denn die sich aus der Laufzeit der Anleihe ergebende Bindung des angelegten Kapitals bleibt hiervon unbeeinflusst und entspricht der dem Vertragsschluss zugrunde liegenden Vorstellung der Anleger, auf deren Grundlage sie sich für die Zeichnung der Anleihe entschieden haben. Von dem erhöhten Risiko abgesehen ist damit eine Einschränkung der aus Sicht der Anleger bestehenden „Brauchbarkeit“ der Anleihe nicht ersichtlich. Die Absicht einer den Ankündigungen widerstrebenden Mittelverwendung kann daher - unabhängig von der Frage, ob eine Zweckbindung im eigentlichen Sinne vereinbart wurde - ohne Bestimmung des (verbleibenden) Geldwertes nicht die Annahme rechtfertigen, es handele sich bei dem erlangten Rückzahlungsanspruch um ein für die Anleger wirtschaftlich wertloses aliud (vgl. BGH, Beschluss vom 18. Februar 2009 - 1 StR 731/08, BGHSt 53, 199, 205), das nicht geeignet sei, die durch die Zahlungspflicht der Anleger eingetretene Vermögensminderung zu kompensieren.

d) Die demnach erforderliche Bestimmung des wirtschaftlichen Wertes der durch die Inhaberschuldverschreibungen verbrieften Rückzahlungsansprüche lässt das angefochtene Urteil vermissen. Dieser Wert und ein sich daraus ergebender Vermögensschaden der Anleger lassen sich auch nicht aus den sonstigen Urteilsfeststellungen herleiten. Zwar spricht auf der Grundlage des vom Landgericht festgestellten Sachverhalts vieles dafür, dass für die Anleger allenfalls eine geringe Aussicht bestand, nach dem Ende der Laufzeit der Anleihe den Nennbetrag zurückzuerhalten. Hierauf deutet neben dem Umstand, dass Zinsen nach Art eines Schneeballsystems aus den Emissionserlösen beglichen wurden, und neben der für eine erfolgreiche Projektentwicklung völlig unzureichenden finanziellen Ausstattung der Tochtergesellschaften insbesondere die angespannte Liquiditätslage der E. AG und des gesamten Konzerns hin, die etwa darin zum Ausdruck kommt, dass sich ohne die Berücksichtigung einer Forderung in Höhe von 37,9 Mio. € aus Kunstverkäufen, deren Realisierbarkeit ungewiss war, für die E. AG zum 31. Dezember 2005 ein Jahresfehlbetrag von über 39 Mio. € ergeben hätte, weshalb der Wirtschaftsprüfer Bu. am 29. Mai 2006 nur einen eingeschränkten Bestätigungsvermerk erteilte (vgl. UA S. 141 f.). Dies alles vermag aber nicht hinreichend die fehlende Werthaltigkeit der Rückzahlungsansprüche zum Zeitpunkt der Zeichnung der Anlage und einen daraus folgenden Vermögensschaden zu belegen.

Zu der notwendigen konkreten Feststellung des Werts der Rückzahlungsansprüche unter Berücksichtigung der

Zinsforderungen hätte vielmehr das zum Verfügungszeitpunkt bestehende Verlustrisiko anhand des vorhandenen Unternehmensvermögens und der in Anbetracht der Pläne der Angeklagten zu prognostizierenden Unternehmensentwicklung mit sachverständiger Hilfe nach wirtschaftswissenschaftlichen Bewertungsverfahren beziffert und in den Urteilsgründen dargelegt werden müssen (vgl. BVerfGE 126, 170, 224, 230 f.; BVerfGE 130, 1, 47 f.; BGH, Beschlüsse vom 14. April 2011 - 2 StR 616/10, NStZ 2011, 638; vom 13. April 2012 - 5 StR 442/11, NStZ 2012, 698, und vom 29. Januar 2013 - 2 StR 422/12, NStZ 2013, 711).

e) Dies hat in der neu durchzuführenden Hauptverhandlung zu erfolgen. Dabei wird es angezeigt sein, dem Sachverständigen bestimmte aufgrund der Beweisaufnahme zur Überzeugung des Gerichts feststehende Umstände vorzugeben, die für die sachverständige Bewertung von Bedeutung sein können - wie etwa die zum maßgeblichen Verfügungszeitpunkt bestehenden Mittelverwendungsabsichten und sonstigen Pläne der Angeklagten oder der Entwicklungsstand von ausländischen Energieprojekten. Die grundlegenden Anknüpfungstatsachen für die sachverständige Bewertung, zu denen auch die genaue Ausgestaltung des Vertrages über die Solar-Anleihe einschließlich der Anleihebedingungen - aus denen sich etwa Sicherung und Rang der Gläubigerforderung ergeben können (vgl. Münch-Komm/Habersack, BGB, 6. Aufl., § 793 Rn. 13) - und die Renditeaussichten der avisierten Kunstgeschäfte gehören, werden im Urteil darzulegen sein. Bei - naheliegenden - Unsicherheiten im Rahmen der Risikobewertung ist ein Mindestschaden im Wege einer tragfähigen Schätzung zu ermitteln (vgl. BVerfG aaO). 22

Sollte sich danach eine Wertdifferenz zwischen dem zu zahlenden Anleihebetrag nebst Stückzinsen einerseits und dem im Gegenzug erworbenen Rückzahlungsanspruch inklusive des Zinsanspruchs andererseits ergeben, so entspräche diese dem Vermögensschaden im Sinne des § 263 StGB. Einer Prüfung des hypothetischen Wertes des Rückzahlungsanspruchs für den Fall, dass die dem Vertragsschluss zugrunde gelegten Angaben der Angeklagten zutreffend gewesen wären, bedarf es dabei nicht. Die Frage des Verlustrisikos im Falle einer tatsächlichen Investition in die Solarenergie kann allenfalls im Rahmen der Prüfung der Ursächlichkeit von Täuschung und Irrtum für die Vermögensverfügung Bedeutung gewinnen, wobei es jedoch insoweit auf die Vorstellung der Anleger ankäme und - für den Fall diesbezüglicher deckungsgleicher Feststellungen wie im angefochtenen Urteil - auch zu berücksichtigen wäre, dass den Anlegern eine sehr sichere Geldanlage und ein zu vernachlässigendes Risiko des Totalverlusts in Aussicht gestellt wurden. 23

3. Für die neue Hauptverhandlung weist der Senat ferner auf Folgendes hin: 24

a) Wie der Generalbundesanwalt in seiner Antragschrift vom 2. Dezember 2013 zutreffend angenommen hat, ist es im Grundsatz nicht zu beanstanden, wenn das Tatgericht ohne Vernehmung sämtlicher Anleger auf der Grundlage von Erkenntnissen über die Anlagegelder, Verkaufsprospekte, Werbematerialien und den Hergang von Verkaufsgesprächen sowie des wirtschaftlichen und sonstigen Interesses der Anleger an der Vermeidung einer Schädigung ihres Vermögens aussagekräftige Indizien gewinnt, auf die es seine Überzeugung vom Vorliegen eines Irrtums stützt (vgl. BGH, Beschluss vom 6. Februar 2013 - 1 StR 263/12, NStZ 2013, 422). Insoweit kann es allerdings geboten sein, jedenfalls einen im Hinblick auf die unterschiedliche Höhe der gezeichneten Beträge repräsentativen Teil der Anleger als Zeugen zu vernehmen. Ebenso kann sich die Vernehmung von Telefonverkäufern zum grundsätzlichen Hergang der Verkaufsgespräche aufdrängen. 25

b) Auch von der Frage des Vermögensschadens abgesehen belegen die Feststellungen des angefochtenen Urteils hinsichtlich des Angeklagten B. nicht hinreichend einen Betrug durch aktives Tun, weil sich aus ihnen für die Zeit nach seiner Kenntniserlangung von der vertragswidrigen Mittelverwendungsabsicht des Angeklagten Y. keine Aktivitäten des Angeklagten B. ergeben, durch die er seine Organisationsherrschaft über die auf Täuschung angelegte Vertriebstätigkeit begründet oder aufrecht erhalten hätte. Wie der Generalbundesanwalt näher ausgeführt hat, sind aber auf Basis des im Urteil festgestellten Sachverhalts - das bislang nicht belegte Vorliegen eines Vermögensschadens unterstellt - die Voraussetzungen eines Betruges in mittelbarer Täterschaft durch Unterlassen erfüllt. 26

c) Das neue Tatgericht wird, falls ein Vermögensschaden nicht nachzuweisen sein sollte, zu prüfen haben, ob ein Kapitalanlagebetrug nach § 264a StGB gegeben sein könnte. 27