

**Bearbeiter:** Karsten Gaede

**Zitiervorschlag:** BGH 5 StR 355/98, Urteil v. 04.03.1999, HRRS-Datenbank, Rn. X

---

**BGH 5 StR 355/98 - Urteil v. 4. März 1999 (LG Hamburg)**

**Betrug bei Versicherungsverträgen; Schadenskompensation; Vermögensschaden; Werthaltigkeit; Prozeßrisiko als Schaden;**

**§ 263 StGB; § 159 Abs. 2 WG;**

**Leitsätze des Bearbeiters**

**1. Zum Betrug beim Abschluß von Versicherungsverträgen trotz fehlender Einwilligungen der Arbeitnehmer nach § 159 Abs. 2 WG.**

**2. Zur Kompensation durch Forderungen und deren Werthaltigkeit bei der Feststellung des Vermögensschadens beim Betrug.**

**Entscheidungstenor**

1. Nach der erfolgten Teileinstellung des Verfahrens wird das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 9. Dezember 1996 im Schuldspruch dahin geändert, daß die Angeklagten wegen Betruges in 15 Fällen, davon in einem Fall in Tateinheit mit Urkundenfälschung, verurteilt sind.
2. Auf die Revisionen der Angeklagten wird das vorgenannte Urteil im Ausspruch über die in den Fällen 9, 10, 11, 12, 14, 15 und 16 der Urteilsgründe verhängten Einzelstrafen und in den Gesamtstrafenaussprüchen mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben.
3. Die weitergehenden Revisionen werden verworfen.
4. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittel, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

**Gründe**

Das Landgericht hat die Angeklagten jeweils wegen Betruges in 16 Fällen, in einem Fall in Tateinheit mit Urkundenfälschung, und wegen Urkundenfälschung zu der Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren und neun Monaten verurteilt. Der Senat hat auf Antrag des Generalbundesanwalts das Verfahren wegen Urkundenfälschung (Fall 17) und in einem Fall des Betruges (Fall 1) nach § 154 Abs. 2 StPO eingestellt. Soweit die Schuldsprüche im übrigen betroffen sind, haben die Revisionen keinen Erfolg. Sie führen teilweise zur Aufhebung der Strafaussprüche. 1

I.

Gegenstand der Verurteilung wegen Betruges ist die von den Angeklagten erstrebte und erlangte Auszahlung von Maklerprovisionen in Höhe von 123 Millionen DM durch Versicherungsgesellschaften. 2

1. Die Maklerprovisionen flossen für die Vermittlung von Rückdeckungslebensversicherungsverträgen durch den Angeklagten Z - insoweit handelte er als Makler - mit einer Wertsumme von insgesamt 2,8 Milliarden DM. Die Versicherungsverträge sollten nach den Erklärungen der Angeklagten gegenüber den Versicherungen der - äußerst kompliziert gestalteten - betrieblichen Altersversorgung von 31 Unternehmen - (Trägerunternehmen) dienen. Die Trägerunternehmen sollten ihre betriebliche Altersversicherung über Unterstützungskassen abwickeln, die von den Angeklagten Sch und Z betrieben wurden. Versicherungsnehmer sollten die Unterstützungskassen, Versicherte die Arbeitnehmer der Trägerunternehmen sein. 3

2. Den Versicherungen hatten die Angeklagten vorgespiegelt, sie wollten die betriebliche Altersversorgung tatsächlich durchführen und wie folgt durch Lebensversicherungen rückdecken: Die Unterstützungskasse sollte die 4

Versicherungsprämien aus den an sie geleisteten Beiträgen (Dotierungen) des Trägerunternehmens zahlen. Das Trägerunternehmen sollte im Gegenzug seine Dotierungen als Darlehen zurückerhalten. Da die Dotierungen durch die Prämienzahlung verbraucht waren, benötigte die Unterstützungskasse Geldmittel zur Beschaffung des Darlehens an das Trägerunternehmen. Dazu sollte ein Bankkredit aufgenommen und mit dem Rückkaufswert der Versicherung besichert werden. Weil aber der Rückkaufswert zu Beginn nicht ausreichte, einen Bankkredit in Höhe der Dotierungen zu erhalten, brauchte die Unterstützungskasse weitere Mittel. Diese sollten durch die Maklerprovisionen erbracht werden, die Z vorübergehend ("Anschubfinanzierung") an die Unterstützungskasse weitergab, bis die Rückkaufswerte durch weitere Prämienzahlungen höher beliehen werden konnten.

3. Tatsächlich planten die Angeklagten einen anderen Geldkreislauf.

5

a) Sie hatten keine entsprechenden vertraglichen Beziehungen zu den in den Versicherungsverträgen benannten Trägerunternehmen. Gegenüber den Versicherungen hatten sie die Trägerunternehmen nur vorgeschoben ("Luftgeschäfte", UA S. 192). Um die Zusammenarbeit der Unterstützungskassen mit den Trägerunternehmen vorzuspiegeln, legten die Angeklagten den Versicherungen - teilweise gefälschte - Personallisten der angeblichen Trägerunternehmen vor. Deshalb lagen auch keine (schriftlichen) Einwilligungen der Arbeitnehmer vor, was nach § 159 Abs. 2 VVG Voraussetzung für die Gültigkeit eines Lebensversicherungsvertrages ist. Zudem gelang es den Angeklagten, höhere Maklerprovisionen als sonst üblich auszuhandeln, indem sie den Versicherungen gegenüber erklärten, die Versicherungsverträge hätten wegen des geringen Stornorisikos eine hohe Bestandsfestigkeit.

6

b) Nach dem Tatplan sollten sodann die Zahlungsströme wie folgt fließen: Z sollte die an ihn ausbezahlte Maklerprovision an die Unterstützungskasse mit der Abrede der späteren Rückerstattung weitergeben. Damit sollten die ersten Versicherungsprämien (Einlösungsprämie und ein Folgebeitrag) bezahlt werden. Die so angewachsenen Rückkaufswerte sollten der Sicherung von Bankkrediten an die Unterstützungskasse dienen, aus denen dann die Folgeprämien bezahlt werden sollten.

7

Nach der Zahlung von zwei Jahresprämien - welche in der Regel durch die Maklerprovision finanziert werden konnten - hätte sich ein Rückkaufswert angesammelt. Dieser wurde verbraucherfreundlich errechnet und betrug etwa 65 % der ab dem zweiten Versicherungsjahr gezahlten Prämien. Nach Ablauf der - in etwa zweijährigen - Provisionshaftungszeit für die Maklerprovision sollte sodann der Versicherungsvertrag zu einem günstigen Zeitpunkt gekündigt werden. Mit dem an die Unterstützungskassen zurückfließenden Rückkaufswert sollten zunächst die Bankkredite zurückbezahlt werden. Der verbleibende Überschuss aus dem Rückkaufswert sollte dann von den Unterstützungskassen an die Angeklagten zurückerstattet werden. Auf diesem "Umweg" konnten und wollten die Angeklagten ihre an die Unterstützungskassen weitergereichten Maklerprovisionen teilweise wieder zurückerhalten ("mit diesem Überschuss Kasse zu machen"). Das angestrebte Ergebnis dieses Geldkreislaufs war also, daß die Maklerprovision über die Prämienzahlung vorübergehend in den Rückkaufswert umgewandelt und nach Kündigung des Versicherungsvertrages wieder - allerdings nicht vollständig - zurückgeholt werden sollte. Der Erlös sollte unter den Angeklagten hälftig geteilt werden. Zu den geplanten Vertragskündigungen kam es allerdings nicht mehr, da die Vorgehensweise der Angeklagten zuvor aufgedeckt worden war.

8

4. Den Angeklagten gelang es auf diese Weise, mit drei Versicherungsgesellschaften (Ba HM I, deren Mitarbeiter gutgläubig waren, Verträge nach dem vorgespiegelten Altersversorgungsmodell abzuschließen und teilweise auszuführen. Allen Fällen ist gemeinsam, daß die Versicherungen auf einen - allerdings unterschiedlich praktizierten - Konnex zwischen Auszahlung der Maklerprovision und Einzahlung der Prämien bedacht waren. Im Ergebnis floß die Maklerprovision in der Mehrzahl der Fälle - allerdings nicht stets deckungsgleich - Zug um Zug gegen die Einzahlung der Versicherungsprämien; teilweise wurden auch für noch nicht "verdiente" Maklerprovisionen Sicherheiten bis zur Fälligkeit der Folgeprämie gestellt. Diese Zug-um-Zug-Zahlungen wurden in einem komplizierten Verrechnungsverfahren abgewickelt. Dieses meist taggenaue Verrechnungsverfahren wurde praktiziert, um die Rückzahlung der "unverdienten" Provision durch den Makler an die Versicherung für den Fall abzusichern, daß in der Provisionshaftungszeit der Versicherungsvertrag nicht weiter bedient wurde. Dabei verfahren die Versicherungen wie folgt:

9

a) Ba Versicherung: Von der Maklerprovision behielt die Versicherung 10 % als Stornoreserve ein. Die Stornoreserve wurde zunächst einem Konto bei der Versicherung gutgeschrieben und später in einem Wertpapierdepot Z bei einer Bank angelegt, das an die Versicherung abgetreten wurde. Ferner bestand eine Vertrauensschadensversicherung. Über den Betrag der restlichen Provision stellte die Versicherung dem Makler einen Scheck aus. Im Gegenzug stellte die Unterstützungskasse einen Scheck über die erste Prämie aus. Beide Schecks wurden Zug um Zug ausgetauscht (Schecktauschverfahren). Darüber hinaus erhielt der Makler einen Organisationszuschuß. In dem vom Senat nach § 154 StPO eingestellten Fall (Fall 1) waren die Prämienzahlungen deutlich höher als die ausbezahlte Provision. In den beiden anderen Fällen (Fälle 2 und 3) waren -umgekehrt - die ausbezahlten Provisionen deutlich höher als die

10

Jahresprämien; die Stornoreserve deckte diese Differenz hier nicht ab.

b) HM Versicherung (HM): Die HM wickelte die Geschäfte über ihre Tochtergesellschaft K mbH ab. Die Maklerprovision wurde Zug um Zug mit der Zahlung der Jahresprämien (teilweise im Schecktauschverfahren) ausbezahlt. Dabei kamen unterschiedliche Verfahren zur Anwendung, mit denen die Versicherung die Zug-um-Zug-Zahlung absicherte. Soweit die volle Provision sogleich ausbezahlt wurde, erfolgte die Zahlung der erst später fällig werdenden zweiten Jahresprämie in der Form der sog. Depotzahlung. Dabei wurde die zweite Prämie sofort auf ein Beitragsdepot der HM einbezahlt. Als Folge der vorzeitigen Zahlung wurde die Prämie abgezinst und auf dem Depot verzinst. Der überschießende Betrag der Maklerprovision wurde an den Makler Z ausbezahlt. Bei einem anderen Verrechnungsverfahren wurde ein Teil der Provision mit der ersten Prämienzahlung verrechnet. Für den Übersteigenden Provisionsbetrag wurden vom Makler Z Sicherheiten für die Rückzahlung der noch nicht verdienten Provisionen in Form von Bankbürgschaften, verpfändeten Wertpapieren oder Festgeldguthaben gestellt. Diese konnte er aus der Maklerprovision erbringen. Die Sicherheiten wurden freigegeben, sobald die Provision mit Zahlung einer Folgeprämie verdient war. 11

c) I Versicherung: Die Maklerprovision wurde bereits bei der Ausfertigung des Versicherungsvertrages voll ausbezahlt. 10 % der Provision dienten als Stornoreserve, die - allerdings gegen Stellung von Sicherheiten - gleichfalls ausbezahlt wurde; im Fall 16 erfolgte die Auszahlung der Stornoreserve später. Als weitere Sicherheit dienten selbstschuldnerische Bürgschaften beider Angeklagten. Die Zahlung der ersten Jahresprämie erfolgte Zug um Zug mit der Zahlung der - allerdings vollen - Provision im Wege des Schecktauschverfahrens. Nur im Fall 13 wurden auch die zweiten Prämien gezahlt. 12

5. Beiden Angeklagten wurden die jeweiligen Tatbeiträge (Z als faktischer Geschäftsführer der Versicherungsmaklerfirma sowie Z und Sch als Verantwortliche der Unterstützungskassen handelnd) mittäterschaftlich zugerechnet. 13

6. Das Landgericht hat zwischen dem tatbestandsmäßigen Betrugsschaden und dem Endschaden - der bei der Strafzumessung maßgeblich berücksichtigt wurde - differenziert. 14

a) Die drei Versicherer hätten einen tatbestandsmäßigen Schaden in Höhe der jeweils ausgezahlten Provision erlitten. Sie hätten keinen der ausgezahlten Provision entsprechenden Gegenwert erhalten, weil der jeweils ausgezahlten Provision kein gleichwertiger Anspruch aus dem jeweiligen Versicherungsverhältnis gegenübergestanden hätte. Die Versicherungsverträge seien mangels Zustimmung der angeblich versicherten Arbeitnehmer ungültig (§ 159 Abs. 2 VVG) sowie teilweise wegen anfänglicher Unmöglichkeit nichtig und deshalb wertlos gewesen. Der Schaden sei auch nicht durch die Prämienzahlungen kompensiert worden. In der Auszahlung der Provision liege eine Zäsur, so daß eine Verrechnung mit der danach sogleich wieder zurückgeflossenen Prämie nicht in Betracht komme. 15

Lediglich die bei der Ba Versicherung einbehaltene Stornoreserve lasse den Schaden insoweit entfallen, da dieser Betrag nie in den Verfügungsbereich der Angeklagten gelangt sei.. Die von den Angeklagten gestellten Sicherheiten hätten den tatbestandsmäßigen Schaden nicht reduziert; sie seien nur eine nachträgliche Schadenswiedergutmachung. 16

b) Den Endschaden hat das Landgericht durch Abzug der Prämienzahlungen und der verwerteten Sicherheiten von den Provisionszahlungen errechnet. Bei den einzelnen Betrugsfällen errechnet das Landgericht Vermögensschäden zwischen 26 Millionen DM und 340.000 DM, insgesamt 123 Millionen DM, sowie Endschäden von im Einzelfall höchstens 5,5 Millionen DM bis zum vollständigen (nachträglichen) Wegfall des Schadens, insgesamt 13 Millionen DM. Das Landgericht hat in allen Fällen den Regelstrafrahmen zugrunde gelegt und Einzelstrafen zwischen acht Monaten und drei Jahren und drei Monaten verhängt. Ersichtlich hat es sich bei der Strafbemessung vornehmlich am Endschaden orientiert. 17

7. Die Angeklagten wenden sich mit ihren Revisionen in erster Linie gegen die vom Landgericht vorgenommene Berechnung des Betrugsschadens. Sachlichrechtlich machen sie zum einen geltend, durch die Zug-um-Zug-Zahlung von Provisionen und Prämien sei der Schaden weitgehend unmittelbar ausgeglichen worden. Um im Urteil nicht ausdrücklich belegte oder unrichtig festgestellte Zahlungszeitpunkte darzutun, haben sie mehrere Verfahrensrügen erhoben. Zum andern machen sie mit der Sachrüge geltend, die Sicherheiten hätten den tatbestandsmäßigen Betrugsschaden teilweise vermindert. Auch insoweit erheben sie mehrere Verfahrensrügen. 18

## II.

Die Revisionen der Angeklagten sind nur zum Teil begründet. 19

1. Auf die Verfahrensrügen kommt es nicht an, soweit diese auf den Zeitpunkt der Zahlung von Provision und Prämien und der Stellung von Sicherheiten abzielen. Auch der behauptete Zeitpunkt der Zahlungen hätte sich aus den unten aufgeführten Gründen nicht auf die Höhe des Vermögensschadens ausgewirkt. Werthaltige Sicherheiten des Maklers für "unverdiente" Provisionen berücksichtigt der Senat unbeschadet des Zeitpunkts ihrer Gestellung. 20

Zu einer weitergehenden Aufklärung über die Werthaltigkeit der selbstschuldnerischen Bürgschaften der Angeklagten gegenüber der I-Versicherung brauchte sich das Landgericht nicht auch noch gedrängt zu sehen. 21

2. Die Ermittlung der Höhe des Vermögensschadens hält sachlichrechtlicher Überprüfung nicht in vollem Umfang stand. Die vom Landgericht vorgenommene Berechnung des tatbestandsmäßigen Schadens geht teilweise von unzutreffenden rechtlichen Annahmen aus; sie bedarf deshalb insoweit der Korrektur. 22

Der Vermögensschaden ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs durch einen Vermögensvergleich zu ermitteln (vgl. BGH wistra 1993, 265; 1995, 222; NStZ 1994, 193; 1996, 191; 1997, 32). 23

a) Der Vermögensvergleich ist in Fällen der vorliegenden Art auf den Zeitpunkt zu beziehen, in dem die Vermögensverfügung stattfindet (BGH wistra 1993, 265; 1995, 222). Er ist danach so durchzuführen, daß' das Vermögen vor der Verfügung zu vergleichen ist mit dem Vermögen nach der Verfügung (BGHSt 16, 221; BGH wistra 1988, 188; BVerfG - Kammer - NSTZ 1998, 506). Hat das Vermögen des getäuschten Verfügenden nach der Verfügung einen geringeren Wert als vorher, liegt ein Vermögensschaden vor. 24

b) Bei einer Forderung des Verfügenden - insbesondere auf Rückzahlung - fehlt es an einem Vermögensschaden, soweit der Gläubiger über werthafte Sicherheiten verfügt, die sein Ausfallrisiko abdecken und die er ohne finanziellen und zeitlichen Aufwand, namentlich ohne Mitwirkung des Schuldners und ohne Gefährdung durch ihn sofort nach Fälligkeit realisieren kann, wobei hinsichtlich der Bonität der Sicherheiten auf den Zeitpunkt der Vermögensverfügung abzustellen ist (BGH wistra 1992, 142; 1995, 222; StV 1995, 254; 1997, 416 m.w.N.). 25

c) In den Vermögensvergleich muß auch eine Vermögensmehrung beim Verfügenden einbezogen werden, wenn der Vermögenszuwachs unmittelbar durch die Verfügung erfolgt. Dieser Gesichtspunkt der Schadenskompensation entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, die vor allem zum gleichen Schadensbegriff bei der Untreue entwickelt worden ist (BGH NStE Nr. 23, 36 zu § 266 StGB; BGHR StGB § 266 Abs. 1 Nachteil 38). Unmittelbarkeit ist hier so zu verstehen, daß die Vermögensverfügung selbst Vorteil und Nachteil zugleich hervorbringt (vgl. BGH NStE Nr. 29, 36 zu § 266 StGB m.w.N.; BGH, Urteil vom 4. Mai 1993 - 5 StR 130/93). Eine Kompensation scheidet hingegen regelmäßig dann aus, wenn sich die Vermögensmehrung nicht aus der Verfügung selbst ergibt, sondern durch eine andere, rechtlich selbständige Handlung hervorgebracht wird (vgl. BGH NStE Nr. 29 zu § 266 StGB; in dem in BGH wistra 1999, 63 abgedruckten, zur Veröffentlichung in BGHSt vorgesehenen Senatsurteil vom 11. November 1998 - 5 StR 325/98 - liegt eine andersartige, besondere Fallkonstellation gezielter gemeinsamer Bereicherung auf Kosten eines nicht eingeweihten und unmittelbar geschädigten Dritten vor). 26

3. Durch die Auszahlung der Provision an den Makler Z - die Vermögensverfügung - trat bei der Versicherung eine Vermögensminderung ein. Die auf die Vermittlung nichtiger Versicherungsverträge gerichtete Maklerleistung war nämlich wirtschaftlich wertlos. Die Maklerleistung - und nicht der Anspruch aus dem Versicherungsverhältnis, wie das Landgericht annimmt - ist die Gegenleistung, die zur Ermittlung des Betrugsschadens mit der Maklerprovision wirtschaftlich zu vergleichen ist. Wertlos war die Maklerleistung, weil nichtige Versicherungsverträge vermittelt wurden. Die nach § 159 Abs. 2 VVG erforderliche Einwilligung der Arbeitnehmer fehlte. Soweit versicherte Personen fingiert wurden, bestand weder eine Versorgungszusage noch konnte der Versicherungsfall eintreten. Insoweit waren die Versicherungsverträge auf eine anfängliche, objektive und dauernde Unmöglichkeit gerichtet und infolgedessen nach § 306 BGB nichtig (vgl. BGH -IV. Zivilsenat - NJW 1997, 2381). Daran ändert auch der Umstand nichts, daß sich die Unterstützungskassen und die Versicherungen zunächst so verhalten hatten, als ob der Versicherungsvertrag wirksam gewesen wäre. Vermittelt ein Makler bewußt einen derart mangelhaften Vertrag, so ist seine Maklerleistung auch nicht teilweise als wirtschaftlich werthaltig anzusehen. 27

4. Die Vermögensminderung wurde nicht durch die Prämienzahlungen kompensiert. 28

a) Die Zahlung der Versicherungsprämie durch die Unterstützungskassen hat zwar dazu geführt, daß das Vermögen der Versicherung vermehrt wurde. Das geschah jedoch aufgrund eines anderen Vertragsverhältnisses und zwischen anderen Vertragsparteien, nämlich durch eine zivilrechtliche Verfügung aus einem anderen Rechtsgrund. Die jeweiligen gegenseitigen Leistungen waren zudem wirtschaftlich nicht kongruent. Die Maklerprovision ist das Äquivalent für die Vermittlung des Versicherungsvertrages. Die Versicherungsprämie ist das Äquivalent für den Versicherungsschutz und 29

dient zugleich der Kapitalanlage.

b) Daß die Vermögensminderung durch die Provisionszahlung die "Vermögensmehrung" durch Prämienzahlungen nicht unmittelbar kompensiert, zeigt der Umstand, daß innerhalb des Versicherungsvertragsverhältnisses der Vermögensmehrung der Versicherung durch Prämienzahlung eine unmittelbare Vermögensminderung gegenüberstand. Diese Vermögensminderung wäre von zwei Faktoren bestimmt worden, der Risikovorsorge und der Kapitalanlage. 30

aa) Die Versicherung hätte zum einen - als Gegenleistung für die Prämie - Versicherungsschutz gewähren müssen. Das verursachte, selbst wenn bei dem jeweiligen Tarif kaum nennenswerte aktuelle Risiken bestanden, unter Umständen gewisse Risikovorsorgekosten. Außerdem entstanden Verwaltungskosten für die Durchführung des Vertrages. 31

bb) Die Prämie hätte zum andern der Kapitalanlage des Versicherungsnehmers gedient, weil durch die Prämienzahlungen Kapital angesammelt wurde und Gewinnanteile entstanden. Die Versicherung hätte deshalb die eingezahlten Prämien auch nicht endgültig behalten können (vgl. BGH - IV. Zivilsenat - NJW 1997, 2381). Sie waren nur "geliehenes" Kapital (vgl. HansOLG Hamburg, Urteil vom 9. September 1998 - 5 U 44/97 -). Wäre der Versicherungsvertrag über die gesamte Laufzeit durchgeführt worden, dann wäre die Versicherung zur Zahlung der Versicherungssumme nebst Gewinnbeteiligung verpflichtet gewesen. Im Falle vorzeitiger Kündigung mußte sie eingezahlte Prämien in Höhe des Rückkaufswertes zurückzahlen. 32

cc) Selbst eine Prämienzahlung in derselben "logischen Sekunde" durch Verrechnung mit der Provisionszahlung hätte die im Maklervertragsverhältnis eingetretene Vermögensminderung nicht kompensieren können. 33

c) Hier war der Versicherungsvertrag allerdings nichtig. Gleichwohl erstrebten die Angeklagten die Rückerstattung der Kapitalanteile. Nach ihrem Tatplan sollte der Vertrag seitens der Versicherungen so abgewickelt werden, als ob er wirksam gewesen wäre. Sie wollten den Versicherungsvertrag nach Ablauf der Provisionshaftungszeit zu einem für sie günstigen Zeitpunkt kündigen. 34

In diesem Fall hätte sich die an die Unterstützungskasse zur Bewirkung der Prämienzahlungen weitergegebene Maklerprovision - bei wirtschaftlicher Betrachtung - in einen Anspruch auf den Rückkaufswert (§ 176 VVG) umgewandelt", der an die Angeklagten ausgekehrt werden sollte. Mit dem Rückkaufswert beabsichtigten die Angeklagten Kasse zu machen". Über diesen Umweg wollten sie sich die Provision teilweise zurückholen und insoweit wirtschaftlich endgültig sichern. 35

Hätten sie den Versicherungsvertrag kündigen können, so wie es ihrem Tatplan entsprach, ohne daß die Versicherungen die Nichtigkeit erkannt hätten, so hätte das nichts daran geändert, daß die Maklerleistung wertlos war. Der Provisionszahlung hätte auch in diesem Fall keine gleichwertige Gegenleistung des Maklers gegenübergestanden. 36

aa) Die - zunächst erfolgreich getäuschte - Versicherung hätte hier dieselben Vermögensdispositionen wie bei einem wirksamen Vertrag getroffen, um künftige und aktuelle Versicherungsrisiken abzudecken (aktuelles Risiko war etwa Tod des angeblich versicherten Arbeitnehmers, vgl. U.A.S. 28, 42, 63, 68, 91, 145). 37

bb) Die Prämienzahlung (Vermögenszuwachs) war schon im Verrechnungszeitpunkt mit dem gegen die Versicherung gerichteten Kapitalrückerstattungsanspruch (Vermögensminderung) behaftet. Ein etwaiger Ausgleich der infolge Provisionszahlungen eingetretenen Vermögensminderung durch die Prämienzahlung wäre folglich durch den vertraglich zugesagten Rückerstattungsanspruch (Kapitalanlagefaktor) selbst wieder "kompensiert" worden. Wirtschaftlich wäre damit die Kompensation selbst wieder kompensiert worden. Bei Vertragskündigung mußten die erlangten Prämien mit ihrem Kapitalanlage- und Gewinnanteil wieder zurückerstattet werden. Die Versicherung konnte den durch die "Prämien" erlangten Vermögenszuwachs daher nicht endgültig "behalten". Wenn überhaupt eine Kompensation in der Prämienzahlung gesehen werden könnte, so war diese doch nur vorübergehend eingetreten. Ein solcher nur vorübergehender Vermögenszuwachs ist keine Kompensation. 38

cc) Daß die Angeklagten letzten Endes beim "Kasse machen" die Provision nicht in voller Höhe - je nach Vertragsverlauf sogar nur zu einem geringen Teil zurückerlangen würden, ist ein Umstand, der lediglich die spätere Schadensentwicklung betrifft. Das ist bei der Strafzumessung - dort allerdings mit Gewicht - zu berücksichtigen. Das hat das Landgericht - insoweit im Ergebnis rechtsfehlerfrei - ersichtlich getan, weil die verhängten Strafen sonst nicht verständlich wären. 39

d) Dieses Ergebnis des Vermögensvergleichs hätte sich nicht grundlegend verändert, wenn die Versicherungen entweder bei Vertragskündigung oder wie hier - schon vorher die Nichtigkeit des Versicherungsvertrages erkannt und geltend gemacht hätten. Für die Strafbarkeit kann es hierauf ohnehin nicht ankommen, da die getäuschten Versicherungen keinerlei gesicherte Position hatten. 40

aa) Auch hier hätten die Versicherungen die Risikovorsorgeaufwendungen gehabt. 41

bb) Zwar führte die Nichtigkeit des Versicherungsvertrages dazu, daß kein Anspruch auf den Rückkaufswert bestand. Allerdings wäre dann eine Rückzahlung der rechtsgrundlos geleisteten Prämienzahlungen an die Unterstützungskasse nach Bereicherungsrecht (§§ 812 ff. BGB) in Betracht gekommen (vgl. das Urteil des HansOLG Hamburg aa0). Die Versicherung hätte den auf Rückzahlung der Prämien gerichteten Bereicherungsanspruch der Unterstützungskasse auch nicht ohne Schwierigkeiten abwenden können. 42

Hätte sich die Versicherung auf die Konditionssperren der §§ 814 und 815 BGB berufen, so wäre ihr wohl entgegengehalten worden, die Unterstützungskasse habe den Versicherungsvertrag nicht für nichtig gehalten, weil § 159 Abs. 2 VVG auf ihn nicht anwendbar gewesen sei. So haben sich die Angeklagten im Strafverfahren auch eingelassen (UA S. 169 ff.). Auch war es zumindest fraglich - und lag eher fern -, daß § 817 Satz 2 BGB auf die Prämienzahlungen anwendbar war. Ferner war es nicht sicher, daß sich die Versicherung mit Erfolg auf den Wegfall der Bereicherung (§ 818 BGB) durch die Provisionszahlungen berufen konnte. Insofern wäre auch von Bedeutung gewesen, ob und inwieweit die Rückzahlungsansprüche gegen den Makler Z realisiert werden konnten. Das war zumindest fraglich. 43

Schließlich war auch eine Saldierung mit einem Schadensersatzanspruch gegen die Unterstützungskasse (etwa aus § 826 BGB) nicht ohne weiteres erfolversprechend, jedenfalls aber mit einem Prozeßrisiko behaftet. Hinzu kam, daß die Ansprüche der Unterstützungskasse aus dem Versicherungsvertrag an Banken abgetreten worden waren (vgl. BGH - IV. Zivilsenat - NJW 1997, 2381). Die Versicherungen hätten die Rückzahlung der Prämien auch nicht einfach - wie die Revision meint - durch Verrechnung --sei es durch Aufrechnung, sei es unter dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Bereicherung nach § 818 BGB - mit ihrem eigenen Provisionsrückerstattungsanspruch gegen den Makler abwehren können. Es ist schon fraglich, ob eine Aufrechnung der verschiedenen Leistungen - etwa im Hinblick auf die Gegenseitigkeit - überhaupt möglich war (§§ 387 ff. BGB). Entscheidend ist, daß damit das Risiko verbunden war, dieses Ergebnis letzten Endes nur im Prozeßwege durchsetzen zu können. Es spricht wenig dafür (vgl. UA S. 91, 98, 123, 169), daß die Angeklagten mit einer Verrechnung ohne weiteres einverstanden gewesen wären. Wenn zudem noch die Rückkaufswerte an Banken abgetreten waren, hätte sich dieses Prozeßrisiko noch weiter erhöht, wie Fall 9 mit der gegen die Versicherung obsiegenden L-Bank (UA S. 92, 123) zeigt. 44

e) Das bedeutet für den Vermögensvergleich zum Zeitpunkt der Provisionszahlungen und damit für den Vermögensschaden: 45

aa) Hätten die Angeklagten ihren Tatplan realisieren können, wäre eine Kompensation nicht in Betracht gekommen. Der Vermögensverlust wäre bei der Versicherung bereits mit der Provisionszahlung endgültig eingetreten und lediglich der Endschaden wäre je nach Höhe des Rückkaufswerts vermindert worden. 46

bb) Hätte die Versicherung die Nichtigkeit des Versicherungsvertrages geltend gemacht, so war - und zwar bezogen auf den Zeitpunkt der Provisionszahlung - zumindest unsicher, ob sie die Rückzahlung der Prämien hätte abwenden können. Jedenfalls war damit aber ein Prozeßrisiko verbunden. Dem bereits eingetretenen Verlust durch die Provisionszahlung stand - trotz der hier praktizierten Verrechnung von Provisions- mit Prämienzahlung - nur die ungewisse Chance gegenüber, diesen Schaden durch Rückabwicklung der Verträge wieder ausgleichen zu können. 47

cc) Nach allen bereits zum Zeitpunkt der Provisionszahlungen in Betracht kommenden Varianten für die künftige Vertragsentwicklung war daher die Versicherung geschädigt. Ihr Schaden bestand in der von den Angeklagten erstrebten und erlangten Provision. Dieser stand keine gleichwertige Gegenleistung des Maklers gegenüber. 48

5. Hingegen haben andere werthaltige (echte) Sicherheiten den Schaden zum Zeitpunkt der Provisionszahlung vermindert. Dieser bestand in der Gefahr, daß der Anspruch gegen den Makler auf Rückzahlung "unverdienter" Provisionen nicht realisiert werden konnte. Dafür hatte Z insbesondere Bankbürgschaften beigebracht und Bankguthaben verpfändet. Diese Sicherheiten deckten das insoweit bestehende Ausfallrisiko der Versicherung teilweise ab. In Höhe dieser Besicherungen entfällt deshalb ein Schaden. 49

a) Die Sicherheiten, die die HM Versicherung von Z verlangte und erhielt, sollten diesen 50

Provisionsrückzahlungsanspruch der Versicherung gegen den Makler besichern. Teilweise schlossen die Sicherheiten auch die Stornoreserve mit ein. Die Sicherungsabrede diente hingegen ersichtlich nicht - so versteht der Senat die Feststellungen (vgl. etwa UA S. 108, 121) - der Besicherung des Anspruchs auf künftige Prämienzahlungen durch den Versicherungsnehmer, die Unterstützungskasse. Das Versehen der Vertragsparteien im Fall 9, wo die L-Bank sich für die Unterstützungskasse statt für den Makler verbürgte, muß den Angeklagten jeden falls im Hinblick auf den Schädigungsvorsatz zugute kommen. Diese Sicherheiten waren - bei der L-Bank aus der Sicht der Angeklagten - im Umfang des realisierten Verwertungserlöses werthaltig.

aa) Für die Berechnung des Ausgleichs des Schadens durch die Sicherheiten gilt:

51

Solange die Folgeprämie noch nicht bezahlt worden war, bestand noch ein Rückerstattungsanspruch der Versicherung gegen den Makler auf den Teil der noch nicht "verdienten" Provision. Dieser Anspruch war gesichert, soweit die Sicherheit werthaltig war. Mit Zahlung der Folgeprämie wurde auch dieser Teil der Provision "verdient" und die Sicherheit wurde insoweit freigegeben. Damit entstand die gleiche Situation wie in dem Fall, daß Provision und Prämien sogleich vollständig verrechnet wurden. Der einzige Unterschied besteht darin, daß der Schaden durch Provisionszahlung sukzessive mit der Freigabe der Sicherheit eintrat: Sofortiger Schadenseintritt, soweit die Provision durch Prämienzahlung sogleich verdient wurde; späterer Schadenseintritt, soweit die weitere Provision erst mit der Folgeprämie verdient wurde. Der Vermögensschaden wurde damit nur dann und nur insoweit durch Sicherheiten beseitigt, als noch unverdiente Provisionen verblieben und für diese werthaltige Sicherheiten bestanden.

52

bb) Derartige Sicherheiten waren in den Fällen 8 bis 12 zu berücksichtigen. Dabei saldiert der Senat die Sicherheiten mit deren Wert zum (späteren) Zeitpunkt der Verwertung, den das Landgericht ermittelt hat. Unterschiede, die sich durch eine Bewertung zum (früheren) Zeitpunkt der Hingabe der Sicherheiten - etwa, durch Auf- oder Abzinsung - ergeben könnten, kann der Senat vernachlässigen. Sie wären im Hinblick auf den Schaden marginal. Die Saldierung mit den werthaltigen Sicherheiten führt danach zu folgenden Schäden (wobei der vom Senat errechnete Schaden auch als Prozentwert des vom Landgericht angenommenen Schadens ausgedrückt wird):

53

	<b>Sicherheit:</b>	<b>Schaden:</b>	
<b>Fall 8</b>	1.184.196 DM	21.702.447 DM	95 %
<b>Fall 9</b>	5.542.124 DM	16.660.619 DM	75%
<b>Fall 10</b>	2.783.181 DM	4.626.000 DM	62%
<b>Fall 11</b>	377.700 DM	252.001 DM	40%
<b>Fall 12</b>	10.936.510 DM	16.011.000 DM	59%

54

b) Die Sicherheiten, die die I-Versicherung von Z verlangte und erhielt, sollten gleichfalls den Provisionsrückzahlungsanspruch besichern, insbesondere die ausbezahlte Stornoreserve. Bis auf den Fall 13 wurde die Provision nur in Höhe der ersten Prämie "verdient". Für die Schadensermittlung gilt das gleiche wie für die HM Versicherung. Daß das Landgericht die - für mehr Verträge als die abgeurteilten - gestellten Sicherheiten anteilig auf die abgeurteilten Fälle verteilt hat, hält der Senat für vertretbar. Für die einzelnen Fälle sind danach die Sicherheiten wie folgt zu saldieren (wobei der Senat im Fall 16 - wie das Landgericht - nur die Grundprovision zugrunde gelegt hat):

55

	<b>Sicherheit:</b>	<b>Schaden:</b>	
<b>Fall 13</b>	129.737 DM	11.515.426 DM	99%
<b>Fall 14</b>	154.567 DM	801.233 DM	84%
<b>Fall 15</b>	1.897.638 DM	8.683.691 DM	82%
<b>Fall 15</b>	921.816 DM	4.290.989 DM	82%

56

c) Die Überlegung des Landgerichts, die Sicherheiten könnten bei der Schadensberechnung deshalb nicht berücksichtigt werden, weil sie aus der von der Versicherung ausbezahlten Provision gestellt wurden, ist nicht zutreffend. Der nämliche Effekt tritt auch dann ein, wenn eine Bank ihren Kredit mit einem Grundpfandrecht auf dem Grundstück sichert, das der Schuldner mit der Kreditvaluta erwirbt. Daß eine solche Sicherheit den Schaden entfallen lassen kann, entspricht aber gesicherter Rechtsprechung. Der Senat hält es im Hinblick auf die gesamte Vertragsgestaltung auch für selbstverständlich, daß mit den Sicherheiten jedes Ausfallrisiko - und nicht nur das Stornorisiko - bei der Realisierung des Provisionsrückzahlungsanspruchs abgedeckt werden sollte.

57

6. Auf den Rechtsfehlern bei der Schadensermittlung beruht die Strafzumessung teilweise. 58

a) Daß der effektive wirtschaftliche Schaden der Versicherungsgesellschaften erheblich hinter dem tatbestandlichen Schaden zurückbleibt, hat das Landgericht nicht verkannt. Es hat dem ersichtlich dadurch Rechnung getragen, daß es bei der Strafbemessung entscheidend auf den Endschaden abgestellt hat. Dabei hat es die Sicherheiten und die Prämienzahlungen - letztere sogar voll - in Abzug gebracht. Auch wenn man - zugunsten der Angeklagten - davon ausgeht, daß der von ihnen erstrebte Vermögensvorteil nur in einer Höhe zu realisieren war, die nicht - sogar nur zu einem kleineren Teil - den ursprünglich gezahlten Provisionen entsprach, so beschwert das die Angeklagten nicht. 59

b) Der Senat kann hingegen nicht ausschließen, daß das Landgericht in den unten genannten Fällen niedrigere Einzelstrafen verhängt hätte, wenn es die Sicherheiten richtigerweise schon beim tatbestandsmäßigen Schaden saldiert hätte (oben 5). Ein Beruhen nimmt der Senat in den Fällen an, in denen der vom Senat errechnete Schaden weniger als 90 % des vom Landgericht errechneten Schadens beträgt. 60

Das ist bei den Fällen 9, 10, 11, 12, 14, 15 und 16 der Fall; hier hebt der Senat daher die Einzelstrafen auf. Auch wenn mit dem Fall 9 die Einsatzstrafe aufgehoben werden mußte, schließt der Senat aus, daß die übrigen - rechtsfehlerfreien - Einzelstrafen davon berührt werden. Die Aufhebung der Einzelstrafen bedingt die Aufhebung der Gesamtstrafe. 61