

**Bearbeiter:** Karsten Gaede

**Zitiervorschlag:** BGH 5 StR 729/98, Beschluss v. 20.09.1999, HRRS-Datenbank, Rn. X

---

**BGH 5 StR 729/98 - Beschluß v. 20. September 1999 (LG Bremen)**

**Beihilfe zum Betrug; Erlaubtes Risiko; Bankrott; Konkursverschleppung; Faktischer Geschäftsführer (Liquidator); Beihilfenvorsatz bei neutralen Handlungen; Hilfeleisten; Beweiswürdigung;**

**§ 263 StGB; § 27 StGB; § 283 Abs. 1 Nr. 5 StGB; § 275 StPO; § 16 StGB; § 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG; § 14 Abs. 2 Nr. 2 StGB;**

Leitsätze des Bearbeiters

1. Zielt das Handeln des Haupttäters ausschließlich darauf ab, eine strafbare Handlung zu begehen, und weiß dies der Hilfeleistende, so ist sein in berufstypischen neutralen Handlungen bestehender Tatbeitrag als Beihilfehandlung zu werten. Weiß der Hilfeleistende dagegen nicht, wie der von ihm geleistete Beitrag vom Haupttäter verwendet wird, hält er es lediglich für möglich, daß sein Tun zur Begehung einer Straftat genutzt wird, so ist sein Handeln regelmäßig noch nicht als strafbare Beihilfehandlung zu beurteilen, es sei denn, das von ihm erkannte Risiko strafbaren Verhaltens des von ihm Unterstützten war derart hoch, daß er sich mit seiner Hilfeleistung "die Förderung eines erkennbar tatgeneigten Täters angelegen sein" ließ. (Anwendungsfall der Beihilfe zum Betrug; Täuschungen der Telefonvermittler als Betrugshandlung; Anfertigung rechtlich und sachlich korrekter Anlageprospekte als Beihilfe).

2. Zu den bezüglich (1.) erforderlichen Feststellungen.

3. Begriff des "Faktischen Geschäftsführers" ("Faktischen Liquidators") einer GmbH bei einer lediglich abwickelnden Tätigkeit.

Entscheidungstenor

1. Auf die Revision des Angeklagten O. wird das Urteil des Landgerichts Bremen vom 3. Juli 1998 nach § 349 Abs. 4 StPO mit den Feststellungen aufgehoben, soweit es diesen Angeklagten betrifft.

2. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache 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 Beihilfe zum Betrug, wegen Bankrotts und Konkursverschleppung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von neun Monaten verurteilt und die Vollstreckung der Strafe zur Bewährung ausgesetzt. Die Revision des Angeklagten führt mit der Sachrüge zur Aufhebung des Urteils, soweit es diesen betrifft. 1

I.

Die - nicht revidierenden - Mitangeklagten W und M hat das Landgericht wegen Betrug - jeweils unter Einbeziehung von Strafen aus anderweitiger Verurteilung - zu Gesamtfreiheitsstrafen von drei Jahren (W ) und zwei Jahren mit Bewährung (M) verurteilt. W war Alleingesellschafter und Geschäftsführer der Firma WI Beratung und Vermittlung von Kapitalanlagen Gesellschaft mit beschränkter Haftung (im folgenden: WI GmbH). M war sein engster Mitarbeiter; er kontrollierte die für die Firma tätigen Telefonverkäufer und war selbst als solcher tätig. Den Mitangeklagten wird angelastet, von Januar 1991 bis August 1993 bei der Vermittlung von Waretermingeschäften (in Form von Optionen) durch die WI GmbH die Anleger über die faktische Chancenlosigkeit ihrer Geldanlage getäuscht zu haben. 2

1. Das Landgericht hat zum Geschäftsablauf bei der WI GmbH auf der Grundlage von Geständnissen der Mitangeklagten festgestellt: 3

Bei der GmbH beschäftigte "Broschürendreher" riefen vorwiegend selbständig Tätige an, um deren Interesse an 4

Warenterminoptionen zu wecken. Zeigten sich diese interessiert, wurde ihnen ein Prospekt übersandt, spätestens seit Anfang Mai 1991 eine vom Angeklagten entworfene Informationsbroschüre, in der allgemein die Grundzüge von Börsentermingeschäften einschließlich der damit verbundenen Risiken - sachlich und rechtlich zutreffend - dargestellt waren. Nach Erhalt der Broschüre wurden die potentiellen Kunden von Telefonverkäufern der GmbH erneut mit dem Ziel angerufen, sie zu einem Geschäftsabschluß zu bewegen. Hierbei teilten die Telefonverkäufer den Kunden in der Regel mit, daß "eine besonders günstige und gewinnverheißende Marktsituation eingetreten sei". Das Verlustrisiko stellten sie hingegen "als gering" (UA S. 28) dar. Tatsächlich konnten die Optionsgeschäfte - wie sie von der WI GmbH vermittelt wurden - "nur in seltenen Ausnahmefällen zu einem echten Gewinn führen" (UA S. 27); denn die WI GmbH behielt von dem eingezahlten Anlagebetrag pauschal 40 % zur Deckung sämtlicher Unkosten ein und plazierte nur 60 % des Anlagebetrages an der jeweiligen Warenterminbörse. Damit waren die Aufwendungen jedes Anlegers für den Erwerb einer Option so hoch, daß die "ohnehin spekulative Gewinnchance eines Optionsgeschäftes" weiterhin massiv verringert wurde. Soweit sich aus den Geschäften Gewinne ergaben, überredeten die Telefonverkäufer die Anleger nach dem Plan der Mitangeklagten zudem systematisch zu Folgegeschäften ("Roller"), bei denen wiederum nur 60 % der eingezahlten Gelder an der Börse plazierte wurden. Das Landgericht, das eine "Faktische Chancenlosigkeit" der Kunden annimmt, hat festgestellt, daß diese fast ausnahmslos spätestens nach den Folgegeschäften hohe Verluste" erlitten (UA S. 28).

Das Landgericht hat den Schaden, der den Anlegern im hier abgeurteilten Zeitraum entstanden ist, nach der Summe ihrer Einzahlungen mit über 10 Mio. DM bestimmt. Rückzahlungen in Gesamthöhe von rund 1,3 Mio. DM hat es als Schadenswiedergutmachung gewertet. 5

2. Der Angeklagte war spätestens seit Anfang 1990 als Rechtsanwalt für die WI GmbH tätig. Im Frühjahr 1990 vertrat er die GmbH in einem Zivilverfahren, in dem sie von einem Anleger auf "Schadensersatz aus Warentermingeschäft" in Anspruch genommen wurde. In diesem Verfahren wurde die WI GmbH vom Landgericht Bremen "wegen mangelhafter Aufklärung über die wirtschaftlichen Zusammenhänge und Risiken von Warenterminoptions- und Vermittlungsgeschäften zur Rückzahlung der vom Kläger geleisteten Geldanlage" verurteilt; die GmbH war den vom Zivilgericht als erforderlich erachteten schlüssigen Gegenbeweis hinsichtlich der vom Kläger detailliert dargelegten unzureichenden Aufklärung durch den Telefonverkäufer schuldig geblieben (UA S. 53 f.). 6

a) Im April 1991 entwarf der Angeklagte die Broschüre "Was ist Footsie?"- eine Einführung in den Börsenterminhandel - ; er stellte sie der WI GmbH zum Preis von 3.990 DM zur Verfügung. Die Urteilsgründe ergeben, daß der Angeklagte hierbei als Geschäftsführer einer "p Unternehmensberatung GmbH" handelte (vgl. UA S. 83). 7

Von Anfang 1992 bis Mitte 1993 war der Angeklagte nicht mehr anwaltlich für die WI GmbH tätig. 8

b) Nachdem im September 1993 die Geschäftsräume der WI GmbH durchsucht worden waren und der Mitangeklagte W in Untersuchungshaft genommen worden war, beauftragte dieser die Kanzlei O & Partner für ein Pauschalhonorar von 30.000 DM, "die Geschäftstätigkeit der WI GmbH nach Möglichkeit bis zum 31. Dezember 1993 abzuschließen" und "alle zu diesem Zweck erforderlichen Maßnahmen" einschließlich der "Vorbereitung des Jahresabschlusses sowie gegebenenfalls eines Konkursverfahrens" nach eigenem Ermessen zu ergreifen. Obwohl sowohl W als auch der Angeklagte nach Auffassung des Landgerichts davon ausgingen, daß die WI GmbH überschuldet sei, sollte der Angeklagte" den Konkursantrag bis Jahresende hinauszögern", damit "zuvor alle noch im Markt" befindlichen Kunden abgerechnet und deren Guthaben bevorzugt ausgezahlt" werden konnten (UA S. 57 f.). 9

In der Folgezeit wies der Angeklagte eine Angestellte der WI GmbH an, die noch "in den einzelnen Märkten befindlichen Optionen" von Kunden abzuwickeln. Dies erfolgte mit Billigung der Staatsanwaltschaft, die der Angestellten der GmbH den beschlagnahmten Firmencomputer und Kopien der Kundenunterlagen zur Verfügung stellte (UA S. 60). Der Angeklagte O veranlaßte Auszahlungen von Anlagegeldern über ein von ihm errichtetes Rechtsanwaltsanderkonto, versandte an die Kunden der GmbH Rundschreiben, in denen er zum laufenden Ermittlungsverfahren und zur Situation der GmbH Stellung nahm, und veranlaßte die Veräußerung des Betriebsvermögens, dessen Erlös für laufende Kosten - unter anderem für sein Honorar - verwendet wurde. In dieser Zeit trat der Mitangeklagte W nach außen nicht mehr als Geschäftsführer der WI GmbH auf. 10

c) Zu einem unbekanntem Zeitpunkt nach Mitte September 1993 ließ der Angeklagte durch das für die Buchhaltung der GmbH verantwortliche Steuerberatungsbüro "ältere Kundenforderungen" von insgesamt ca. 170.000 DM, die weder erloschen noch verjährt waren, ohne Rechtsgrundlage gewinnerhöhend ausbuchen. 11

Am 20. Januar 1994 stellte der Angeklagte beim Amtsgericht Bremen "namens und in Vollmacht des Geschäftsführers" der WI GmbH den Antrag, über das Vermögen der Gesellschaft das Konkursverfahren zu eröffnen, da Zahlungsunfähigkeit eingetreten sei. Am 1. März 1994 eröffnete das Amtsgericht das Konkursverfahren. 12

## II.

Die Verurteilung des Angeklagten wegen Beihilfe zum Betrug hält sachlichrechtlicher Nachprüfung nicht stand. 13

1. Allerdings ist die Erstellung der Broschüre durch den Angeklagten - entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers - nicht von vornherein lediglich als (strafloser) Rechtsrat eines Rechtsanwalts im Rahmen seiner Berufsausübung anzusehen. Die Tätigkeit des Angeklagten ging über eine nur "neutrale" anwaltliche Rechtsberatung hinaus (vgl. zur Tätigkeit eines Notars: BGHR StGB § 266 Abs. 1 Beihilfe 3). 14

Das Landgericht konnte davon ausgehen, daß der Angeklagte durch die Überlassung der Broschüre an die Mitangeklagten deren Betrug zum Nachteil der Anleger objektiv förderte. Sein Handeln kann nicht losgelöst von dem der Mitangeklagten betrachtet werden. Die konkrete Verwendung der Broschüre ist vielmehr bei der Würdigung des Tatbeitrags des Angeklagten mitzuberücksichtigen. 15

Der Angeklagte hat für die WI GmbH, deren alleiniger Unternehmenszweck in der betrügerischen Erlangung von Anlagegeldern bestand, eine für die Kundenwerbung bestimmte Broschüre mit der Darstellung der wirtschaftlichen Zusammenhänge und Risiken von Warentermingeschäften erarbeitet und diese den Mitangeklagten zur Weiterleitung an ihre Kunden überlassen. Er hat sich somit nicht darauf beschränkt, im Rahmen seiner Beratungstätigkeit als Rechtsanwalt etwa nur abstrakt und intern die Rechtslage zu Warentermingeschäften darzustellen bzw. ein Gutachten hierzu zu fertigen. 16

Abgesehen davon, daß von einer spezifisch anwaltlichen Tätigkeit des Angeklagten, der den Prospekt als Geschäftsführer eines Wirtschaftsunternehmens geliefert hat, ohnehin nicht die Rede sein kann, diente die konkrete Verwendung der Broschüre durch die WI GmbH den Mitangeklagten dazu, ihre betrügerischen Geschäfte zu fördern. Indem den Anlegern die Broschüre übersandt wurde, sollte diesen von vornherein der später nach einem Verlust mit gewisser Wahrscheinlichkeit zu erwartende Einwand genommen werden, nicht ausreichend über die Risiken des Optionsgeschäfts aufgeklärt worden zu sein. Darüber hinaus gab die Verwendung der Broschüre der GmbH den Anschein der Seriosität. 17

2. Für den Beihilfepersatz eines herangezogenen firmenexternen Beraters wie des Angeklagten sind grundsätzlich folgende - allgemein für berufstypische "neutrale" Handlungen geltende - Grundsätze zu beachten: Zielt das Handeln des Haupttäters ausschließlich darauf ab, eine strafbare Handlung zu begehen, und weiß dies der Hilfeleistende, so ist sein Tatbeitrag als Beihilfehandlung zu werten (vgl. BGHR StGB § 27 Abs. 1 Hilfeleisten 3). In diesem Fall verliert sein Tun stets den "Alltagscharakter"; es ist als Solidarisierung" mit dem Täter zu deuten (Roxin in LK 11. Aufl. § 27 Rdn. 19) und dann auch nicht mehr als "sozialadäquat" anzusehen (vgl. Löwe-Krahl, wistra 1995, 201, 203). Weiß der Hilfeleistende dagegen nicht, wie der von ihm geleistete Beitrag vom Haupttäter verwendet wird, hält er es lediglich für möglich, daß sein Tun zur Begehung einer Straftat genutzt wird, so ist sein Handeln regelmäßig noch nicht als strafbare Beihilfehandlung zu beurteilen, es sei denn, das von ihm erkannte Risiko strafbaren Verhaltens des von ihm Unterstützten war derart hoch, daß er sich mit seiner Hilfeleistung "die Förderung eines erkennbar tatgeneigten Täters angelegen sein" ließ (vgl. BGHR StGB § 266 Abs. 1 Beihilfe 3; Roxin aaO). 18

Im vorliegenden Fall kommt es deshalb darauf an, ob der Angeklagte bei Überlassung der Broschüre an die Mitangeklagten Kenntnis von dem ausschließlich betrügerischen Zweck der WI GmbH hatte oder diesen für hochgradig wahrscheinlich hielt und ob er damit zum organisatorischen Rahmen der GmbH beitrug, sich so ihre betrügerischen Geschäfte "angelegen sein" ließ. Grundsätzlich ist zwar davon auszugehen, daß Bewußtsein und Wille eines Rechtsanwalts bei Erteilung eines Rechtsrats in der Regel darauf gerichtet sind, pflichtgemäß Rat zu erteilen, und nicht etwa darauf, eine Straftat zu fördern (BGHR StGB § 27 Abs. 1 Hilfeleisten 6; vgl. auch RGSt 37, 321). Die Annahme, der Angeklagte habe lediglich (straflosen) Rechtsrat erteilen und das betrügerische Verhalten der Mitangeklagten nicht unterstützen wollen, ist hier hingegen nicht derart naheliegend; denn der Angeklagte hat die Broschüre im Rahmen seiner Tätigkeit als Geschäftsführer der "p Unternehmensberatung GmbH" erstellt, sein Handeln ging damit schon im Ansatz über eine bloße Rechtsberatung hinaus. 19

3. Gleichwohl ist die Beweiswürdigung, mit der das Landgericht den Beihilfepersatz des Angeklagten - der sich nicht zur Sache eingelassen hat belegt, nicht ausreichend. Aus der Kenntnis um die Preisgestaltung der WI GmbH ("Anlagemodell 60 % zu 40 %") und um den Einsatz von Telefonverkäufern sowie aus der Gestaltung des Prospekts lassen sich für eine Kenntnis des Angeklagten von den betrügerischen Zielen der GmbH und selbst für einen Kenntnisstand, welcher den Rahmen eines erlaubten Risikos sprengte, noch keine insgesamt tragfähigen Indizien herleiten. 20

a) Das Landgericht nimmt eine "weitgehende Chancenlosigkeit" des Anlagemodells der WI GmbH an. Es leitet dies daraus ab, daß ein Gewinn des Anlegers erst dann möglich war, wenn der Marktwert der Ware, für die der Anleger eine Option erwarb, die vom Markt bei der Preisbildung für die Option zugrunde gelegte Gewinnerwartung noch um rund 67 % überschritt (UA S. 27 f.; dazu BGHSt 30, 177, 179 f.; 32, 22, 23 f.). Dieses hohe konkrete Verlustrisiko für das ohnehin hochgradig riskante Anlagegeschäft war - wie in dem vom Angeklagten verfaßten Prospekt theoretisch offengelegt - Folge des hohen Anteils der Vermittlungskosten (40 %) an den Kundenzahlungen, von denen nur ein Anteil von 60 % an der Warenterminbörse angelegt wurde. Gewinne, auf welche die Kunden bei ihren Anlagen spekulierten, waren danach selten, indes nicht etwa ausgeschlossen. Die hohen Verluste der Kunden (konkret bezogen auf die über 250 betrogenen Kunden mit einer Gesamteinzahlungssumme von mehr als 10 Mio. DM nach Abzug der festgestellten - zu mehr als einem Drittel zudem erst nach dem Entschluß zur Geschäftsaufgabe erfolgten - Rückzahlungen: über 87 % der Einzahlungsbeträge) waren maßgeblich auch Folge der von den Mitangeklagten geförderten Werbepraxis der Telefonverkäufer, Kunden mit Gewinnen oder erheblichen Restguthaben zu Folgegeschäften zu überreden, wodurch letztlich deren Verlustrisiko potenziert wurde (UA S. 27/28). 21

Daß insbesondere diese Geschäftsstrategie dem Angeklagten bekannt gewesen wäre, ist nicht festgestellt und belegt, versteht sich auch nicht ohne weiteres von selbst. Ebenso wenig kann vorausgesetzt werden, daß auch jenseits davon das Maß der Chancenlosigkeit der - von vornherein ohnehin überaus riskanten - Anlagen so hoch gewesen wäre, daß deren Wertlosigkeit sich für jeden in diesem Bereich Kundigen von selbst verstand - mit der Folge, daß ein Geschäft mit solchen Anlagen bei normalem Geschäftsablauf anders als durch ein Hinwegtäuschen der Kunden über ihre Chancen- und Wertlosigkeit kaum denkbar war. Aus heutiger Sicht läge dies freilich schon objektiv nicht ganz fern und kann jedenfalls bei demjenigen, der einen Optionshandel nach solchem Modell betreibt, vorausgesetzt werden, wenn er auch die praktische Erfahrung mit weitestgehenden Verlusten seiner Kundschaft gemacht hat, eindeutig ist es, wenn er die unseriöse Werbestrategie der eingesetzten Telefonverkäufer kennt oder gar initiiert, wie es die mitangeklagten Haupttäter hier eingestanden haben (vgl. dazu BGH, Urteil vom 14. Juli 1999 - 3 StR 66/99 -). Dies auch für einen eher Außenstehenden - jedenfalls für die hier in Rede stehende Tatzeit - vorauszusetzen, ist hingegen bedenklich, auch wenn er, wie der Angeklagte, fachkundig ist. Insoweit weist die Revision zutreffend darauf hin, daß auch von der Rechtsprechung Fälle mit entsprechend riskanter Preisgestaltung nicht ohne weiteres allein deshalb als Betrug gewertet worden sind (vgl. BGHSt 32, 22; BGHR StGB § 263 Abs. 1 Vermögensschaden 13, 26, 35; BGH wistra 89, 19; BGH, Beschluß vom 18. Januar 1985 - 2 StR 689/84 -; Lackner/Imo, MDR 1983, 969; vgl. zur Chancenminderung aber auch BGHSt 30, 177, 181). 22

b) Es ist daher bedenklich, allein aus der Kenntnis um die besondere Risikohaftigkeit des Anlagemodells der WI GmbH auf eine Kenntnis oder sichere Erwartung wahrheitswidriger Angaben der eingesetzten Telefonverkäufer gegenüber den Kunden zu schließen, zumal da die Kunden durchweg den vom Angeklagten verfaßten, inhaltlich richtigen Prospekt erhielten. Da bislang nicht nachgewiesen ist, daß der Angeklagte eng mit allen Interna der Firma vertraut war, mußte sich ihm die Wertlosigkeit der Anlage - ungeachtet seiner Kenntnis um die Preisgestaltung der Firma und seiner Sachkunde - nicht ohne weiteres aufdrängen; allein seine weitere Kenntnis um eine Provisionsabhängigkeit der Telefonverkäufer gestattete noch nicht den Rückschluß auf sein Wissen oder seine sichere Erwartung von deren betrügerischer Kundenwerbung. Auch die konkreten Anhaltspunkte, die der Angeklagte für einen solchen Fall aus einem Zivilprozeß erfahren hatte, reichen zum Beleg einer so weitgehenden generellen Bösgläubigkeit nicht aus. Immerhin war in jenem Fall noch ein anderer Prospekt verwendet worden; gerade das Zivilverfahren war vermutlich Anlaß für die Umstellung der Werbung auf den vom Angeklagten verfaßten inhaltlich zutreffenden Prospekt. 23

Danach durfte sich der Angeklagte als außenstehender Berater darauf verlassen, daß die Telefonverkäufer zu hinreichend seriöser Kundenwerbung angehalten würden. 24

Etwas anderes müßte freilich gelten, wenn den Kunden gegenüber das konkrete Verhältnis von Anlagebetrag und Vermittlungskosten nicht genau aufgeschlüsselt worden wäre. Für diesen Fall läge eine Täuschung der Kunden über einen wesentlich wertbestimmenden Faktor für ihre Anlage auf der Hand. Entsprechendes ist nicht festgestellt. Das ebenfalls vom Angeklagten entworfene Auftragsformular (vgl. UA S. 83) wird nicht mitgeteilt. Die Gesamtheit der Feststellungen legt insoweit die Annahme einer zutreffenden Kundenaufklärung nahe. 25

c) Die Bedenken gegen die Beweisführung des Landgerichts zum Beihilfevorsatz müssen jedenfalls deshalb durchgreifen, weil die für eine Bösgläubigkeit des Angeklagten herangezogenen negativen Indizien aus der Prospektgestaltung nicht tragfähig sind. Angesichts vom Landgericht angenommener sachlicher Richtigkeit und sprachlicher Klarheit des Broschürentextes (UA S. 85) kann einem außenstehenden Verfasser, der die sonstige Werbung der Firma nicht zu verantworten hat, nicht unterstellt werden, er müsse davon ausgegangen sein, daß Interessenten den verhältnismäßig komplizierten Text nicht vollständig zur Kenntnis nehmen würden. Dem Kunden, der in eine - vermeintlich - gewinnbringende Anlage eine große Summe Geldes investieren will, darf grundsätzlich ein 26

höheres Maß an Sorgfalt zum Selbstschutz zugemutet werden. Eine fast unglaubliche Leichtfertigkeit, mit der begüterte Anleger in Fällen der vorliegenden Art erfahrungsgemäß häufig große Geldbeträge aufs Spiel setzen, muß derjenige, der im Wirtschaftsleben für Maßnahmen zu ihrer hinreichenden Aufklärung eingesetzt wird, nicht notwendig in Rechnung stellen; eine über die Vermittlung zutreffender Fakten hinausgehende regelrecht plakative Form der Warnung ist ihm nicht abzuverlangen. Daraus, daß der Prospekt neutral - einerseits ohne reißerische Werbung, andererseits ohne plakative Warnung - gefaßt war und keine konkrete Bezugnahme auf die WI GmbH enthielt, läßt sich - sofern deren Preisgestaltung nicht jenseits des Prospekts verschleiert wurde - nichts Negatives herleiten (vgl. auch BGH wistra 1989, 19, 20 f.).

Es kommt hinzu, daß die Wertung des Landgerichts, der Abschnitt, dessen Lektüre den Interessenten warnend besonders angeraten wurde (UA S. 17/85), umfasse nicht die in der Preisgestaltung liegenden besonderen Risiken, unzutreffend ist: Die über die risikobegründenden Aufschläge hinreichend aufklärende - in der Broschüre ab Seite 17 abgedruckte - Passage ist Teil des entsprechend hervorgehobenen - ab Seite 15 der Broschüre abgedruckten - Abschnitts (UAS. 24 ff.). 27

4. Der Schuldspruch wegen Beihilfe zum Betrug hat deshalb keinen Bestand. Für die neue Hauptverhandlung weist der Senat insoweit für den Fall, daß sich ein Beihilfevorsatz des Angeklagten nachweisen läßt, noch auf folgendes hin: 28

a) Das Landgericht hat den dem Angeklagten angelasteten Schuldumfang nicht hinreichend eingegrenzt. Die Aufstellung der Kundeneinzahlungen (UA S. 30 ff.) enthält eine Mehrzahl von Feststellungen über Zahlungen zu einem Zeitpunkt vor Mai 1991, als der vom Angeklagten entworfene Prospekt noch nicht verwendet wurde (UA S. 15). Diese Zahlungen sind dem Angeklagten nicht zuzurechnen, ebenso wenig sämtliche Einzahlungen von Kunden, mit denen der erste Kontakt vor Mai 1991 aufgenommen worden war, sofern nicht festzustellen ist, daß ihnen später gleichwohl noch zur Aufklärung der vom Angeklagten entworfene Prospekt übersandt wurde. 29

b) Zur Bestimmung der Höhe des Vermögensschadens beim Handel mit Optionen auf Waretermingeschäfte in Fällen der vorliegenden Art, in denen die Kunden über das Ausmaß der Risikobehaftung der von ihnen erworbenen Anteile hinweggetäuscht worden sind, hätte der Senat gegen die Auffassung des Landgerichts, den Schaden nach der Höhe der gesamten Einzahlungssumme zu bestimmen, deren totalen oder weitgehenden Verlust ein Kunde zu gewärtigen hatte, jedenfalls dann keine durchgreifenden Bedenken, wenn der Kunde, wie hier für die Mitangeklagten festgestellt, im Gewinn- oder Teilverlustfall unter Ausnutzung der erfolgten Täuschung systematisch zur weiteren übertürkanten Anlage seines Guthabens gebracht werden sollte (vgl. auch BGHSt 31, 115). Gegenüber diesem kompletten, für den Schuldumfang maßgeblichen (Gefährdungs-) Schaden bleiben Rückzahlungen - nicht anders als Schadenswiedergutmachungen - lediglich für die Strafzumessung bedeutsam. Der Senat verweist indes auch auf in Fällen dieser Art früher gebilligte, einen Angeklagten jedenfalls nicht benachteiligende Schadensbestimmungen, wonach bei überhöht bemessenem Aufschlag der Schaden lediglich nach der Differenz zu einem seriös bemessenen Aufschlag bemessen wird (vgl. BGHSt 32, 22; BGHR StGB § 263 Abs. 1 Vermögensschaden 13, 26, 35 jeweils m.w.N.). 30

### III.

Auch die Schuldsprüche wegen Insolvenzvergehen halten sachlichrechtlicher Überprüfung nicht stand. 31

1. Das gilt zunächst für das Vergehen des Unterlassens des Insolvenzantrages gemäß § 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG (idF. des Einführungsgesetzes zur Insolvenzordnung vom 5. Oktober 1994). Hierbei handelt es sich um ein echtes Sonderdelikt. Täter kann nur der Geschäftsführer bzw. der Liquidator sein. 32

a) Geschäftsführer im Sinne des § 64 Abs. 1 GmbHG ist dabei allerdings nicht nur der förmlich zum Geschäftsführer Bestellte, sondern auch derjenige, der die Geschäftsführung tatsächlich übernommen hat (faktischer Geschäftsführer). Dies gilt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs jedenfalls dann, wenn dies - wie hier - mit dem Einverständnis des Alleingeschafters geschah (BGHR GmbHG § 64 Abs. 1 Antragspflicht 2 m.w.N.). 33

Der Angeklagte, der nicht zum Geschäftsführer bestellt war, kann jedoch auch nicht als "Faktischer Geschäftsführer" angesehen werden. 34

aa) Der "Faktische Geschäftsführer" muß die Stellung eines Geschäftsführers tatsächlich aufgenommen und ausgeübt haben. Dabei muß er die Unternehmensleitung maßgeblich als "Seele des Geschäfts" bestimmen; sowohl betriebsintern als auch nach außen müssen alle Dispositionen weitgehend von ihm ausgehen (BGHSt 3, 32, 37; vgl. Bieneck in Müller-Gugenberger, Wirtschaftsstrafrecht 2. Aufl. § 64 Rdn. 5 m.w.N.; Löffeler, wistra 1989, 121, 123). 35

Diese Kriterien zur faktischen Geschäftsführung wurden von der Rechtsprechung anhand von Fällen werbender Unternehmen entwickelt. Vorliegend bestand der Unternehmenszweck aber nur noch in der Abwicklung der Geschäftstätigkeit; werbend wurde die Gesellschaft nicht mehr tätig. Die für die faktische Geschäftsführung entwickelten Kriterien sind deshalb hier nur eingeschränkt anwendbar. 36

bb) Der Angeklagte wollte das Unternehmen nicht als eigenes betreiben (Bieneck aaO). Indem der Mitangeklagte W die Kanzlei O & Partner beauftragte, die Geschäftstätigkeit der WI GmbH zum Jahresende abzuschließen, hat dieser selbst als Geschäftsführer die unternehmerische Grundentscheidung getroffen, die Gesellschaft abzuwickeln. Der Auftrag an die Anwälte bezog sich allein auf die Einleitung von Maßnahmen, die zur Umsetzung dieser - für die weiteren Geschicke der Gesellschaft grundlegenden - Entscheidung erforderlich waren. Der Angeklagte hatte somit durch die Vorgabe des W keinen größeren Spielraum in der Geschäftsführung. Der Auftrag war darüber hinaus befristet erteilt worden. 37

Gegen eine (faktische) Geschäftsführerstellung des Angeklagten spricht auch der Umstand, daß er nach außen stets in seiner Eigenschaft als Rechtsanwalt aufgetreten ist. In den an die Kunden der WI GmbH gerichteten, Rundschreiben hat er ausdrücklich klargestellt, daß "die WI GmbH und ihr Geschäftsführer, Herr W", die Kanzlei O & Partner "mit der Wahrnehmung ihrer Interessen beauftragt habe". Dabei wurde die WI GmbH mehrfach vom Angeklagten als "unsere Mandanten" bezeichnet. Gegen die Stellung des Angeklagten als (faktischer) Geschäftsführer spricht auch die Einrichtung eines Rechtsanwaltsanderkontos zur Abwicklung des Zahlungsverkehrs der WI GmbH (UA S. 59). Hierdurch wird deutlich, daß der Angeklagte die einem Rechtsanwalt obliegende Pflicht, bei der Verwaltung fremder Vermögenswerte ein Anderkonto einzurichten (vgl. § 43a Abs. 5 Satz 2 BRAO), einhalten und nicht als ein über die Konten der GmbH Verfügungsberechtigter Geschäftsführer handeln wollte. Dafür, daß der Angeklagte ausschließlich im Rahmen der Weisung des (formellen) Geschäftsführers tätig wurde, spricht auch sein an den Mitangeklagten W gerichtetes Schreiben vom 24. Januar 1994. Darin heißt es: "Aufgrund Ihres Anrufes vom 20. 01. 1994 haben wir sogleich den Konkursantrag für Sie gestellt" (UA S. 88). Die Divergenz dieses Schreibens zur Behauptung des Mitangeklagten W über seinen Kenntnisstand von der Konkursantragstellung (UA S. 56, 87) wird vom Tatrichter im übrigen nur unzulänglich erörtert (UA S. 90). 38

cc) In Fällen der vorliegenden Art ist das Vorliegen einer faktischen Geschäftsführung zu verneinen. Der Angeklagte hat durch die Umsetzung der Vorgaben des Geschäftsführers keine wesentlichen die Geschäftsleitung betreffenden Entscheidungen getroffen. Ihm kam damit gegenüber dem eingetragenen Geschäftsführer keine überragende Stellung zu (vgl. BGHSt 31, 118). Dieser hatte selbst mit der Entscheidung, die Geschäftstätigkeit zum Jahresende einzustellen, die Geschicke der Gesellschaft maßgeblich bestimmt. 39

Der Umstand, daß gegen den eingetragenen Geschäftsführer ein vorläufiges Berufsverbot verhängt wurde (UA S. 61), ändert an der rechtlichen Wertung des Verhaltens des Angeklagten nichts. Hierzu teilt das Landgericht weder den Zeitpunkt der Verhängung noch Gegenstand und Umfang des vorläufigen Berufsverbots mit. Naheliegend bezog sich das Berufsverbot lediglich auf die kundenwerbende Tätigkeit im Bereich der Warentermingeschäfte. Die Abwicklung der Gesellschaft wäre dem Mitangeklagten W als (eingetragenen) Geschäftsführer damit nicht untersagt gewesen; die Entscheidung, die Geschäftstätigkeit der GmbH abzuschließen, konnte er somit in seiner Funktion als Geschäftsführer treffen. Auf die formelle Geschäftsführerstellung hatte die Verhängung eines vorläufigen Berufsverbots ohnehin keinen Einfluß (vgl. Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz 16. Aufl. § 6 Rdn. 11). 40

§ 14 Abs. 2 Nr. 2 StGB ist auf das Sonderdelikt des § 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG nicht anwendbar (BGHSt 31, 118, 121 ff.; Fuhrmann/Schaal in Fuhrmann u. a., GmbHG 3. Aufl. § 84 Rdn. 8; Samson in SK 29. Lieferung § 14 Rdn. 7a; Hoyer, NSTZ 1988, 369). Täter des § 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG ist nicht der Inhaber eines Betriebes, sondern kann nur der (formelle oder faktische) Geschäftsführer bzw. Liquidator, nicht dessen Vertreter, sein. 41

b) Der Angeklagte ist auch nicht als "Faktischer Liquidator" anzusehen. Zwar gelten die vorstehend dargestellten Grundsätze zur "Faktischen Geschäftsführung" für den "Faktischen Liquidator" entsprechend (vgl. Kohlmann in Hachenburg, GmbHG 8. Aufl. vor § 82 Rdn. 21; Fuhrmann/Schaal aaO § 82 Rdn. 15). Im vorliegenden Fall befand sich die WI GmbH jedoch noch nicht im Stadium der Liquidation. Hierunter versteht man das allgemeine Verfahren zur Abwicklung der Unternehmensbeendigung (Bieneck aaO § 62 Rdn. 16; vgl. §§ 60 ff. GmbHG), wobei das Verfahren mit der Eintragung der Auflösung der Gesellschaft in das Handelsregister eingeleitet wird (§ 65 Abs. 1 GmbHG). Im übrigen würden auch hier die oben dargestellten Umstände - insbesondere das Auftreten in der Öffentlichkeit als Rechtsanwalt (III 1a bb) - gegen eine "Faktische Liquidatorstellung" des Angeklagten sprechen. 42

c) Mangels Geschäftsführer- bzw. Liquidatorstellung kann die Verurteilung des Angeklagten als Täter eines Vergehens nach § 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG keinen Bestand haben. Der Senat hebt deshalb entsprechend den Schuldspruch 43

wegen Konkursverschleppung auf.

Der neue Tatrichter wird jedoch zu prüfen haben, ob sich der Angeklagte der Beihilfe zur Insolvenzverschleppung - 44  
begangen durch den Geschäftsführer W - schuldig gemacht hat. Zum Zeitpunkt der Auftragserteilung wäre W als  
Geschäftsführer verpflichtet gewesen, Konkursantrag zu stellen, wenn er - wie das Landgericht annimmt - bereits  
damals davon ausging, daß die WI GmbH "überschuldet und deshalb Konkursantrag geboten sei" (UA S. 57). Trotz  
seiner Pflicht als Rechtsanwalt, seinen Mandanten über die Konkursantragspflicht zu informieren und hierzu  
anzuhalten (Häcker in Müller-Gugenberger, Wirtschaftsstrafrecht 2. Auf). § 82 Rdn. 13), hat der Angeklagte -  
auftragsgemäß - die Abwicklung der Geschäftstätigkeit übernommen und damit die Gesellschaft auf Zeit  
aufrechterhalten. Diese Umstände legen die Annahme einer psychischen Beihilfe des Angeklagten zu einem Vergehen  
des Mitangeklagten W nach § 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG nahe (vgl. Baumgarte, wistra 1992, 41).

d) Ob dem Angeklagten eine Kenntnis von der Überschuldung, die insbesondere eine zutreffende Bewertung der 45  
Steuerrückstellungen erforderte, anzulasten ist, wird sorgfältiger erneuter Überprüfung bedürfen. Dabei wird auch der  
Umstand zu bewerten sein, daß die Staatsanwaltschaft - ungeachtet ihrer Kenntnis vom kritischen Zustand des  
Vermögens der WI GmbH - die Gelegenheit zur Fortführung der Geschäfte eingeräumt hat.

2. Auch die Verurteilung des Angeklagten wegen Bankrotts hält sachlichrechtlicher Überprüfung nicht stand. 46

a) Die Voraussetzungen des § 283 Abs. 1 Nr. 5 i.V.m. § 14 Abs. 2 Nr. 2 StGB sind nicht rechtsfehlerfrei dargetan. 47

Nach § 283 Abs. 1 StGB macht sich nur derjenige strafbar, der die Tathandlungen der Nr. 1 - 8 in einer wirtschaftlichen 48  
Krisensituation des Unternehmens (Überschuldung, drohende oder eingetretene Zahlungsunfähigkeit) begeht (BGH  
NStZ 1998, 192, 193) und dessen Vorsatz das Vorliegen der Krise mitumfaßt (Tröndle/Fischer, StGB 49. Aufl. § 283  
Rdn. 33). Das Landgericht nimmt an, der Angeklagte habe spätestens ab 10. Oktober 1993 Kenntnis von der  
Überschuldung des Unternehmens gehabt (UA S. 72). Die rechtsgrundlose Ausbuchung noch bestehender  
Kundenforderungen hatte er nach den Feststellungen zu einem unbekanntem Zeitpunkt nach Mitte September 1993  
veranlaßt (UA S. 75). Dies schließt nicht aus, daß die dem Angeklagten zur Last gelegte Verletzung der  
Buchführungspflicht vor dem 10. Oktober 1993 erfolgte und damit - mangels Kenntnis von der Krisensituation - nicht  
von § 283 Abs. 1 StGB erfaßt wird. Hiervon mußte zugunsten des Angeklagten ausgegangen werden.

b) Verstöße gegen die Buchführungs- und Bilanzierungspflicht im Vorfeld der Krise oder bei Unkenntnis der 49  
Krisensituation können jedoch von § 283b StGB erfaßt werden (BGHR StGB § 283 Abs. 1 Nr. 5 Buchführung 1). Dies  
setzt - entsprechend der Regelung in § 283 Abs. 1 Nr. 5 StGB - jedoch voraus, daß das Verhalten des Angeklagten  
geeignet war, die Übersicht über den Vermögensstand zu erschweren. Das ist dann der Fall, wenn "ein  
sachverständiger Dritter sich den erforderlichen Überblick über die Vermögenslage des Schuldners entweder  
überhaupt nicht oder doch nur mit erheblichen Schwierigkeiten, unter Aufwendung besonderer Mühen, zu verschaffen  
vermag" (RGSt 47, 311, 312; Tiedemann in LK 11. Aufl., § 283 Rdn. 118; vgl. auch Tröndle/Fischer, StGB 49. Aufl. § 283  
Rdn. 24). Die Annahme strafbarer unsorgfältiger Buchführung erfordert somit konkrete Angaben dazu, daß es einem  
sachverständigen Dritten nicht gelungen ist, sich innerhalb angemessener Zeit einen Überblick über den Vermögens-  
und Schuldenstand des Unternehmers zu verschaffen (BGHR StGB § 283 Abs. 1 Nr. 5 Buchführung 2). Ob diese  
Voraussetzungen vorlagen, wird der neue Tatrichter gegebenenfalls ebenso nochmals zu überprüfen haben wie die  
Frage, ob der Angeklagte tatsächlich keinen nachvollziehbaren Anlaß für eine Ausbuchung jener ersichtlich nicht mehr  
gegen die GmbH geltend gemachter Kundenforderungen annehmen konnte.

#### IV.

Unter Berücksichtigung der bereits im angefochtenen Verfahren festgestellten überlangen Verfahrensdauer und des 50  
nunmehr eingetretenen weiteren beachtlichen Zeitablaufs sowie im Blick auf die verhältnismäßig milde Bestrafung der  
Mitangeklagten, die die betrügerische Organisation der GmbH gelenkt, einen erheblich höheren Schuldumfang zu  
verantworten und von der Tat - anders als der Beschwerdeführer - beträchtlich profitiert haben, wird die Möglichkeit  
einer Verfahrenserledigung nach § 153a Abs. 2 StPO zu prüfen sein.