[redacted] ♦ Rechtsanwalt

Abschrift

[redacted] ♦ Rechtsanwalt ♦

An das
Landgericht Halle
Hansering 13

06108 Halle / S.

Bei Antwort und Zahlung stets angeben:
- 4/17 -

Vorab per FAX: 0345 / 220 3379

Datum: 13. Juli 2017

Az.: 13 Kls 672 Js 14849/13 (20/16)

In dem Strafverfahren
gegen
den Angeklagten P. Fitzek

wird - unter Bezugnahe auf die eingelegte Revision - namens und in Vollmacht des Angeklagten Fitzek beantragt:

> Das Urteil des Landgerichtes Halle vom 15.03.2017 zu o. g. Aktenzeichen - zugestellt am 19.06.2017 an Rechtsanwalt [redacted] - mit den dem Urteil zugrunde liegenden Feststellungen aufzuheben und an eine andere Strafkammer des Landgerichtes Halle zurückzuverweisen.

Gerügt wird die Verletzung materiellen Rechts.

Es wird die allgemeine Sachrüge erhoben. Dies allerdings nicht zur Erläuterung, sondern zur Ergänzung der Sachrüge.

Es liegt ein Verstoß gegen § 267 StPO vor.

I. Die getroffenen Feststellungen der erkennenden Strafkammer des Landgerichtes Halle tragen weder die Verurteilung wegen des unerlaubten Betreibens von Bankgeschäften noch die der Untreue.

1.) Das Tatgericht hat den Revisionsführer wegen des Verstoßes des Vergehens gegen § 54 Abs. I Nr. 2 KWG verurteilt. Der Revisionsführer soll nach den getroffenen Feststellungen die 1. Alternative des § 54 Abs. I Nr. 2 KWG verwirklicht haben, nämlich dem unerlaubten Betreiben von Bankgeschäften; dies betreffend des Betreibens der Kooperationskasse.
Der Beschwerdeführer als Vorstand des Vereins Neudeutschland soll ab April 2010 Einlagengeschäfte betrieben haben (UA S. 116). Das gewerbsmäßige Betreiben von Bankgeschäften im Inland oder das Betreiben von Bankgeschäften in einem Umfange, welches einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, bedarf indes einer schriftlichen Erlaubnis der Aufsichtsbehörde (§ 32 Abs. I S. 1 KWG), die der Angeklagte Fitzek nicht besaß.

a.) Bankgeschäfte sind in § 1 Abs. I S. 2 KWG definiert. Hierzu gehört gem. § 1 Abs. I S. 2 Nr. 1 KWG die Annahme fremder Gelder als Einlagen oder anderer unbedingt rückzahlbarer Gelder des Publikums, sofern der Rückzahlungsanspruch nicht in Inhaber - oder Orderschuldverschreibungen verbrieft wird. Dies ohne Rücksicht darauf, ob Zinsen vergütet werden. Ein Einlagengeschäft (§ 1 Abs. I S. 2 Nr. 1 KWG) ist die laufende Annahme fremder Gelder von Personen, die keine Kreditinstitute i. S. d. § 1 KWG sind, aufgrund typisierter Verträge als Darlehn oder zur unregelmäßigen Verwahrung (§ 700 BGB) ohne Bestellung banküblicher Sicherheiten und ohne schriftlicher Vereinbarung im Einzelfall; der Zweck liegt in der Gewinnerzielung aus den eingelegten Geldern im finanzierten Aktivgeschäft (vergl. hierzu Bock, in: Graf / Jäger / Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2011, 470 KWG. § 54 Rdnr. 26 u. 27 m. w. N.). Für den Einlagenbegriff i. S. d. Grundtatbestandes müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein (vergl. hierzu Schwennicke, in:

Schwennicke / Auerbach, KWG, 3. Aufl. 2016, § 1 KWG Rdnr. 11 - 22):

- Es muss sich um Gelder handeln.
- Die Gelder müssen fremd sein; d. h., es muss ein unbedingter Rückzahlungsanspruch bestehen.
- Die Gelder müssen angenommen werden; d. h. sie müssen in die Verfügungsbefugnis des Annehmenden gelangen.
- Die Gelder müssen als Einlage angenommen werden; dies ist nach der herrschenden Rechtssprechung und der überwiegenden Ansicht in der Literatur wertend zu entscheiden. Als Einlage sind Gelder danach angenommen, wenn sie aus der Sicht des Annehmenden der Ansammlung und Bereithaltung flüssiger Mittel für die Durchführung eigener Geschäfte dienen bzw. wenn sie für bankmäßiges Aktiengeschäft angenommen werden, um mit ihnen unter Ausnutzung der Zinsspanne gewinnbringend zu arbeiten (Schwennicke a. a. O. Rdnr. 18 m. w. N.).

Eine Einlage ist indes dann nicht anzunehmen, wenn das eingelegte Geld nach dem zivilrechtlichem Grundgeschäft am unternehmerischen Risiko des Aktivgeschäftes partizipieren soll (BGH, Beschl. v. 09.02.2011 - 5 StR 563 /10, in: NStZ 2011, 420 f.).

Für den Auffangtatbestand des § 1 Abs. I S. 2 Nr. 1 2 Alt. KWG - der Annahme anderer rückzahlbarer Gelder des Publikums - müssen 4 Merkmale erfüllt sein (vergl. hierzu Schwennicke a. a. O. Rdnr. 25 - 28):

- Es muss sich um die Annahme von Geldern handeln.
- Die Gelder müssen rückzahlbar sein.
- Die Gelder müssen unbedingt rückzahlbar sein.
- Es muss sich um Gelder des Publikums handeln.

b.) Ob es sich vorliegend bei den angenommenen Geldern tatsächlich um eine Einlage handelt oder ob hier nicht vielmehr der Auffangtatbestand des § 1 Abs. I S. 2 Nr. 1 2 Alt. KWG in Betracht zu ziehen ist, kann letztlich dahingestellt bleiben. Denn es handelt sich vorliegend nicht um unbedingt rückzahlbare Gelder, weil beiden Alternativen des § 1 Abs. I S. 2 Nr. 1 KWG eines gemeinsam ist: Es muss sich um unbedingt rückzahlbare Gelder handeln.

Um unbedingt rückzahlbare Gelder handelt es sich indes vorliegend aus den

folgenden Gründen nicht:

Die Verträge enthalten einen sog. qualifizierten Rangrücktritt. Hiervon spricht man immer dann, wenn im Falle der Insolvenz des Schuldners ein Anspruch nicht geltend gemacht werden kann. In diesen Fällen handelt es sich um nur bedingt rückzahlbare Gelder (vergl. hierzu Schwennicke a. a. O. Rdnr. 27). Bei den vorliegenden Verträgen, dem sog. Kapital-Überlassungs-Vertrag / Genussrecht (UA S. 24), ist hiervon auszugehen, wie es dem Inhalt dieser Verträge auch zu entnehmen ist. Es handelt sich in den vorliegenden Verträgen auch nicht um eine einfache Nachtragsklausel, die lediglich die Rangfolge der Rückzahlungsansprüche festlegt.

Aus diesem Grunde hat auch die BaFin in ihrem Schreiben vom 08.07.2011 bestätigt, dass die Gelder der Anleger nicht unbedingt rückzahlbar sind (UA S. 118). Dies aus dem zuvor Gesagten auch zu Recht.

Zudem ergibt sich aus den Verträgen, dass es sich um Genusskapital / Genussrecht handelt. Solche Gelder fallen nicht unter die Voraussetzungen des § 1 Abs. I S. 2 Nr. 1 KWG (vergl. Schwennicke a. a. O. Rdnr. 26). Soweit die Strafkammer ausführt, dass der Angeklagte Fitzek der BaFin in seinem Schreiben vom 25.05.2011 und vom 03.06.2011 nicht mitgeteilt habe, dass er auch Gelder von Anlegern ohne Kapitalüberlassungsverträge angenommen hatte (UA S. 119), so ändert dies nichts daran, dass es sich vorliegend nicht um unbedingt rückzahlbare Gelder handelt. Denn dort geht es alleine um Gelder aufgrund dieser Kapitalüberlassungsverträge.

Die Strafkammer wäre - sofern sie hierauf (Gelder ohne Kapitalüberlassungs-verträge) eine Verurteilung stützen will - indes gehalten gewesen, angenommene Gelder ohne diese Verträge im Einzelnen darzulegen und zu erörtern. Dies ist indes nicht erfolgt.

c.) Die Auffassung der erkennenden Strafkammer, dass die Klauseln unwirksam sein sollen, kann nicht geteilt werden. Dies schon deshalb nicht, weil die Klauseln keinesfalls überraschend sind. Denn sie sind in dem Vertragstext sichtbar eingearbeitet worden; dies im Gegenteil zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen vieler Kreditinstitute. Es kommt nämlich objektiv auf die Vertragsbestimmungen und auf die -nach objektiven Maßstäben zu beurteilende- Vereinbarungen eines qualifizierten Nachrangs der Einlage im Vertrag an (vergl.

VG Frankfurt 7. Kammer, Beschl. v. 13.06.2014 - 7 L 1262/14 F.). Zudem hat der Tatrichter seine Auffassung hierzu auch nicht weiter dar- und belegt.

d.) Das Tatgericht hat auch nicht dargelegt und erwähnt, dass die Voraussetzungen des § 32 Abs. I S. 1 KWG vorliegen (UA S. 115 - 120), nämlich: Dass die Bankgeschäfte entweder gewerbsmäßig betrieben worden sind oder dass die Bankgeschäfte einen Umfang annehmen, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Dies ist indes Voraussetzung für eine Verurteilung nach § 54 Abs. I S. 1 KWG. Im Gegenteil, die Strafkammer des Landgerichtes Halle hat im Falle der Verurteilung wegen Untreue die Frage der Gewerbsmäßigkeit sogar erörtert (UA S. 129), indes nicht im Rahmen der §§ 54, 32 KWG. Die Revision besorgt daher - dies im Umkehrschluss -, dass der Tatrichter im Rahmen der §§ 54, 32 KWG dies aus den Blick verloren hat.

e.) Auch die Ausführungen der Strafkammer zur Irrtumsproblematik im Hinblick auf das Schreiben der BaFin vom 08.07.2011 (UA S. 118 ff.) stößt auf tiefgreifende Bedenken.
Es hätte nämlich zunächst der Erörterung bedurft, ob ein Tatbestandsirrtum i. S. d. § 16 StGB vorliegt (vergl. hierzu auch Bock, in: Graf / Jäger / Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2011, 470 KWG § 54 Rdnr. 72 - 76; OLG Oldenburg, Urt. v. 26.03.2012 - 1 Ss 205/11). Dies deshalb, weil aufgrund des Schreibens der BaFin vom 08.07.2011 der Revisionsführer davon ausgehen durfte und konnte, dass es sich nicht um das Betreiben von Bankgeschäften i. S. d. § 1 Abs. I S. 2 Nr. 1 KWG handelt, da die angenommenen Gelder nicht als unbedingt rückzahlbar anzusehen sind. Das Betreiben von Bankgeschäften ist aber Tatbestandsvoraussetzung des § 54 Abs. I Nr. 2 KWG. Diese Erörterung wäre vorrangig vor der Erörterung eines Verbotsirrtums gem. § 17 StGB gewesen.
Aber auch die Ausführungen des Tatrichters zur Problematik des Verbotsirrtums (UA S. 19 f.) können nicht überzeugen. Dies schon deshalb nicht, weil die Gespräche mit den Zeugen [redacted] und [redacted] vor dem Schreiben vom 08.07.2011 stattgefunden haben. Die Richtigkeit der Auffassung des Revisionsführers hat sich daher aus seiner Sicht auch nachträglich in dem

Schreiben der BaFin vom 08.07.2011 manifestiert. Der Hinweis des Tatrichters auf die querulatorische Beratungsresistenz des Angeklagten Fitzek führt auch nicht per sé zu einem vermeidbaren Verbotsirrtum.

2.) Die erkennende Strafkammer des Landgerichtes Halle hat den Revisionsführer zu dem auch wegen Untreue gem. § 266 Abs. I 2 Alt. StGB (Treuebruchtatbestand) verurteilt; dies in Tateinheit zu dem Verstoß gegen das Kreditwesengesetz (§ 54 Abs. I Nr. 2 KWG).

a.) Die Verurteilung der Strafkammer des Landgerichtes Halle erfolgte deshalb, weil nach Auffassung des Tatrichters sich das Betreiben der Kooperationskasse ohne Buchhaltung und die Barabhebungen sich als Untreue gem. § 266 Abs. I StGB darstellt (UA S. 122), wobei sich die Verurteilung alleine auf die 38 Anleger bezieht, die in den Jahren 2011 und 2012 Gelder angelegt hatten (UA S: 122). Bei diesen ist nach Auffassung des Tatrichters bereits durch die Einzahlung des Geldes ein Nachteil i. S. d. § 266 StGB entstanden (UA S. 126, 127), und zwar in Höhe von 1.471.019,44 Euro als eine schadensgleiche Gefährdung und in Höhe von 975.411;55 Euro hat sich der Schaden bei den Anlegern auch realisiert (UA S. 127).

b.) Der Tatrichter sieht offenkundig bereits in der Einzahlung der Gelder durch die Anleger den Eintritt eines Nachteils gen. § 266 StGB; dies im Hinblick auf eine schadensgleiche Vermögensgefährdung. Dies hält einer rechtlichen Überprüfung nicht stand.
Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Beschluss vom 23.10.2010 - 2 BvR 2559/08 u. a. (in: BVerfGE 126, 170 ff.) ausführlich die Frage behandelt, wann eine schadensgleiche Vermögensgefährdung bzw. ein Gefährdungsschaden i. S. d. §§ 263, 266 StGB vorliegt. Danach bedarf es zur Annahme eines Gefährdungsschadens, dass das Vermögen des Opfers konkret gefährdet ist; eine abstrakte Gefährdung reicht nicht aus. Es ist daher unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalls festzustellen, ob die Betroffenen mit wirtschaftlichen Nachteilen ernstlich zu rechnen hatten. Der Eintritt des Schadens muss also naheliegend sein, so dass der Vermögenswert aufgrund der Verlustgefahr bereits gegenwärtig gemindert werde. Auch wenn keine prinzipiell

verfassungsrechtliche Einwände gegen die dogmatische Figur des Gefährdungsschadens bestehen, so gilt es jedoch festzustellen, dass mit der Anwendung des Gefährdungsschadens die Gefahr einer Überdehnung des Tatbestandes in erhöhtem Maße verbunden ist. Daher bedarf es in den Fällen des Gefährdungsschadens einer konkreten Feststellung nach anerkannten Bewertungsmaßstäben, da ansonsten die Entscheidung des Gesetzgebers gegen die Versuchsstrafbarkeit unterlaufen wird (i. d. S. auch BVerfG, Beschl. v. 01.02.2012 - 2 BvR 1235/11, in: StRR 2013, 107 ff. mit Anm. Tsambikakis). In diesem Zusammenhang ist von besonderer Bedeutung, dass der Rechtsanwender von einer etwaigen Pflichtverletzung durch den Treugeber losgelöst prüfen muss, ob das möglicherweise verbotene Geschäft wirtschaftlich betrachtet nachteilhaft gewesen war (BVerfG, Beschl. v. 01.02.2012 a. a. O.). Zutreffend hat daher der 2. Senat des Bundesgerichtshofes in seiner Entscheidung vom 20.09.2016 in 2 StR 497/15 (in: NStZ 2017, 30 f.) nochmals darauf hingewiesen, dass die Möglichkeit des Eintrittes eines tatbestandsmäßigen Gefährdungsschaden nicht ausreichend ist.

Gemessen an diesen Maßstäben liegt vorliegend kein Gefährdungsschaden vor. Dies weder durch die Nichtführung der Buchhaltung noch durch die Barabhebungen. Denn der jeweilige Anleger wollte für eine bestimmte Zeit die entsprechenden Gelder aufgrund des Kapitalüberlassungsvertrages auf dem Sparbuch bei der Kooperationskasse einzahlen. Dies entsprach dem Willen des Anlegers. Eine Gegenleistung wollte er nicht. Daher hat die Nichtführung der Buchhaltung das Vermögen des Anlegers zum Zeitpunkt der Einzahlung nicht gemindert. Dies gilt auch für die Barabhebungen. Denn auch dadurch ist zum Zeitpunkt der Einzahlung der Gelder das Vermögen des Betroffenen nicht geschmälert worden. Es war der Wille des Betroffenen, dass seine (bzw. ihre) Gelder über einen bestimmten Zeitraum verwendet werden und die Rückzahlung erst nach Ablauf der vertraglichen Frist zu erfolgen hat.

Nach den getroffenen Feststellungen der Strafkammer sind auch Gelder an die Anleger zurückgezahlt worden. Dass sogar Gelder im Falle der Einzahlerin Dr. [redacted] vor Ablauf der Frist zurückgezahlt worden sind (UA S. 124), kann eine Vermögensgefährdung nicht begründen. Denn natürlich muss es einem jedem Annehmenden offenstehen, die Gelder auch vor Ablauf der Frist zurückzuzahlen.

Entscheidend ist, dass dies nicht nach Ablauf der Frist erfolgt. Anhaltspunkte dafür, dass dies bei der Einzahlung nicht möglich gewesen war, ist von der Strafkammer nicht festgestellt worden.
In diesem Zusammenhang gewinnt zudem die Feststellung des Tatrichters eine gewisse Relevanz, nämlich die, dass durch den Zeugen [redacted] über die Ein- und Auszahlungen genau Buch geführt worden war. Es bestand daher eine genaue Übersicht für jeden einzelnen Einzahler.

c.) Selbst dann, wenn Rückzahlungen trotz Fristablaufes noch nicht zurückgezahlt worden sind, kann auch dies grundsätzlich nicht eine konkrete Vermögensgefährdung begründen. Denn es kommt alleine auf den Zeitpunkt der Einzahlung an. An diesem Zeitpunkt knüpft auch die Feststellung der konkreten Vermögensgefährdung. Hiervon unabhängig verbleibt natürlich die Möglichkeit der Betroffenen seine bzw. ihre zivilrechtliche Ansprüche geltend machen. Indes hat dies keinen Einfluss auf die strafrechtliche Beurteilung.
Jedenfalls wäre die Strafkammer gehalten gewesen, die Fristen der Rückzahlung darzulegen. Denn nur dann wäre es dem Revisionsgericht möglich zu beurteilen, ob die Betroffenen einen Anspruch auf Rückzahlung haben und ob dies im Falle der Nichtrückzahlung nach Fristablauf strafrechtlich von Relevanz ist.

d.) Im Übrigen verkennt die Strafkammer, dass das System Kooperationskasse, Verein Wege e. V., Verein Neudeutschland im Rahmen einer Gesamtschau als Einheit zu betrachten ist. Der Tatrichter hat zunächst zutreffend festgestellt, dass ab Ende 2009 die Kooperationskasse nicht mehr vom Verein Wege e. V. betrieben wurde, sondern sie wurde vom Verein Neudeutschland fortgeführt (UA S. 18). Mit den Barabhebungen und den Einzahlungen in die Handkasse Verein Neudeutschland sind indes nicht - wie der Tatrichter meint - Gelder der Kooperationskasse entzogen (UA S. 125), da die Kooperationskasse vom Verein Neudeutschland fortgeführt wurde; so eben die Feststellungen des Tatgerichtes. Dies gilt letztlich auch für die Renovierungsarbeiten. Insoweit sind die angelegten Gelder im System verblieben.

II. Die erkennende Strafkammer des Landgerichtes Halle führt mehrfach aus,

dass die getroffenen Feststellungen auf den im Selbstleseverfahren eingeführten Urkunden beruht (vergl. UA S. 79 f., 87, 89, 100). Der Tatrichter arbeitet daher in den Urteilsgründen mit Hinweise auf die im Selbstleseverfahren eingeführten Urkunden, ohne diese näher zu bezeichnen bzw. zu erläutern.
Derartige Verweisungen sind - mit Ausnahme des Verweises auf Abbildungen (§ 267 Abs. I S. 3 StPO) - unzulässig (vergl. hierzu u. a. BGH, Beschl. v. 12.06.2013 - 5 StR 581/12; BGH, Beschl. v. 26.02.2013 - KRB 20/12). Denn nach § 267 Abs. I S. 1 StPO muss jedes Strafurteil aus sich heraus verständlich sein. Gebotene Urteilsfeststellungen dürfen nicht durch Bezugnehmen ersetzt werden, da es ansonsten sachlich-rechtlich an der Möglichkeit einer Nachprüfung durch das Revisionsgericht fehlt (vergl. BGH, Beschl. v. 02.12.2005 - 5 StR 268/05, in: NStZ-RR 2007, 22 f.).
Eine solche Verständlichkeit ist vorliegend deshalb nicht gegeben, weil das Tatgericht zwar auf die im Selbstleseverfahren eingeführten Urkunden hinweist, diese indes aber weder näher darlegt oder erläutert.

III. Der Rechtsfolgenausspruch kann ebenfalls keinen Bestand haben; es liegt ein Verstoß gegen § 46 StGB vor.
Zwar hat die Strafkammer ausführlich geprüft, ob ein besonders schwerer Fall i. S. d. § 266 Abs. II StGB i. V. m. § 263 Abs. III StGB vorliegt und dies abschließend bejaht. Sie hat im Rahmen dieser Prüfung auch erörtert, ob ein Abweichen von der Regelwirkung angezeigt ist, dies unter Berücksichtigung der Strafmilderungs- und Strafschärfungsgründe.
Indes begegnet der Vorgang der Strafzumessung bei der Bemessung der verhängten Strafe tiefgreifende Bedenken. Dies aus den nachstehenden Gründen:
Nach der herrschenden Spielraumtheorie des Bundesgerichtshofes kennzeichnen drei Schritte den Strafzumessungsvorgang, nämlich: Die Feststellung des gesetzlichen Strafrahmens, die Einordnung der Tat in den Strafrahmen und die präventiven Überlegungen (vergl. hierzu ausf. Schäfer / Sander / van Gemmeren, Praxis der Strafzumessung, München 2012, 5. Aufl., S. 257 ff. (Rdnr. 882 ff.) m. w. N.). Die Schuld des Täters ist nach § 46 Abs. I S. 1 StGB

Grundlage für die Zumessung der Strafe. Eine Strafe muss gerechter Schuldausgleich sein, in angemessenem Verhältnis zum Maß der persönlichen Schuld, zum Unrechtsgehalt und zur Gefährlichkeit der Tat stehen und sich im Rahmen des für vergleichbare Fälle Üblichen halten (vergl. Detter, Einführung in die Praxis des Strafzumessungsrechts, 2009, S. 157 (II Teil 3. Kapitel Rdnr. 153) m. w. N.).

Die Revision verkennt zwar nicht, dass die Strafzumessung grundsätzlich Sache des Tatgerichtes ist. Revisionsrechtlich kann daher die Strafzumessung nur dann beanstandet werden, wenn die Zumessungserwägungen fehlerhaft sind (vergl. u. a. BGH, Urt. v. 02.02.2017 - 4 StR 481/16, in: NStZ-RR 2017, 105 ff.; BGH, Beschl. v. 16.06.2016, - 1 StR 201/16). Dies ist indes vorliegend der Fall. Der Tatrichter hat zwar zunächst eingehend die Frage des gesetzlichen Strafrahmens erörtert; von einer Erörterung innerhalb dieses gesetzlichen Strafrahmens im Sinne einer Abwägung zwischen den Umständen der Strafmilderung und der Straferschwerung hat die erkennende Strafkammer völlig abgesehen. Dies ist aber notwendig, um die Strafzumessung unter revisionsrechtlichen Gesichtspunkten nicht zu beanstanden. Mit anderen Worten: Vorliegend hat das Tatgericht den notwendigen zweiten Schritt i. S. d. Spielraumtheorie des Bundesgerichtshofes nicht bedacht. Dies ist rechtsfehlerhaft.

Rechtsanwalt