



# **BUNDESGERICHTSHOF**

**IM NAMEN DES VOLKES**

## **URTEIL**

1 StR 93/00

vom

11. Juli 2000

in der Strafsache

gegen

wegen Untreue

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 11. Juli 2000,  
an der teilgenommen haben:

Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof  
Dr. Schäfer

und die Richter am Bundesgerichtshof  
Dr. Maul,  
Dr. Granderath,  
Nack,  
Dr. Boetticher,

Staatsanwalt  
als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwälte  
als Verteidiger,

Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

Die Revision der Staatsanwaltschaft gegen das Urteil des Landgerichts Würzburg vom 29. September 1999 wird verworfen.

Die Kosten des Rechtsmittels und die dem Angeklagten durch diese Revision entstandenen notwendigen Auslagen trägt die Staatskasse.

Von Rechts wegen

Gründe:

Durch Urteil vom 6. März 1997 hat das Landgericht den Angeklagten, einen als Konkursverwalter tätigen Rechtsanwalt, wegen Untreue zum Nachteil der Gemeinschuldnerin durch Verkauf eines Teils des Auftragsbestandes zu einer Freiheitsstrafe verurteilt. Dieses Urteil hat der Senat auf die Revision des Angeklagten mit Urteil vom 14. Januar 1998 (1 StR 504/97, veröffentlicht in NStZ 1998, 246) aufgehoben, weil die Annahme des Landgerichts, der Verkauf sei ein "Scheingeschäft" zur Verschleierung der späteren Geldentnahmen gewesen, nicht ausreichend belegt war.

Nach Zurückverweisung hat eine andere Strafkammer des Landgerichts den Angeklagten freigesprochen. Der Vertrag sei kein Scheingeschäft gewesen und sollte auch nicht nur für den Fall eines Geschäfts mit Gewinn zur Anwen-

derung kommen (Treibbruchstatbestand). Auch ein unwirtschaftliches Geschäft habe nicht vorgelegen (Mißbrauchstatbestand). Die Revision der Staatsanwaltschaft hat keinen Erfolg.

I.

1. Der Angeklagte wurde am 14. November 1991 zum Konkursverwalter des Bekleidungswerks A. GmbH bestellt. Die Gemeinschuldnerin hatte noch einen Auftragsbestand mit 167.000 Vorbestellungen im Gesamtwert von ca. 10 Mio DM für die Frühjahr- / Sommersaison 1992, für die bereits Stoffe und Zutaten im Wert von ca. 3,5 Mio DM geliefert, aber noch nicht bezahlt waren. Materialien für 65.000 Teile waren schon zugeschnitten und in ausländische Produktionsstätten verbracht worden. Mehrere Großkunden drängten auf termingerechte Erfüllung der Lieferung, teilweise traten sie von den Verträgen zurück.

Der Angeklagte bot darauf seinem Bekannten H. , dem Inhaber einer Kleiderfabrik, an, die Aufträge deutscher Großkunden von der Gemeinschuldnerin zu kaufen. H. wollte das Risiko nicht allein tragen, worauf der Angeklagte ihm anbot, sich selbst zur Hälfte zu beteiligen. Der Angeklagte schlug vor, eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die H. GbR (im folgenden: GbR), zu gründen, welche die Großkundenaufträge von der Gemeinschuldnerin übernehmen sollte. Der Angeklagte entwarf einen Gesellschaftsvertrag und einen Kaufvertrag. Beide Vertragsentwürfe legte er H. am 28. November 1991 zur Unterschrift vor. Im Gesellschaftsvertrag der GbR, deren Zweck in der Abwicklung der Großkundenaufträge bestehen sollte, war vorgesehen, daß H. zur Hälfte, die Lebensgefährtin des Angeklagten zu

einem Viertel und die beiden Kinder des Angeklagten aus erster Ehe je zu einem Achtel an Gewinn und Verlust beteiligt sein sollten. Im Kaufvertrag war ein Kaufpreis von 65.000 DM für die benötigten Rohwaren einschließlich aller Zutaten – ausgenommen die noch entstehenden Lohnkosten – vorgesehen.

Am 29. November 1991 erreichte der Geschäftsführer der Gemeinschuldnerin, daß die Großkunden sich im wesentlichen zur Abnahme der vorbestellten Artikel bereit fanden. Am 3. Dezember 1991 erklärten sich der Gläubigerausschuß und der Kreditversicherer der Lieferanten mit einem Verkauf des Auftragsbestandes einverstanden; dabei wies der Angeklagte darauf hin, daß er die mit der Fortführung der Produktion anfallenden Kosten nicht aus der Konkursmasse finanzieren könne.

Noch am selben Tag schloß der Angeklagte – als Konkursverwalter für die Gemeinschuldnerin – einen Kaufvertrag mit der GbR, für die H. handelte, über den Verkauf des Großkunden-Auftragsbestandes und aller "Stoffe und Zutaten, soweit diese in den Lagern und Fertigungsstätten" der Gemeinschuldnerin vorhanden waren. Der Vertragsinhalt entsprach weitgehend dem des Vertragsentwurfes vom 28. November 1991. Die Gemeinschuldnerin verpflichtete sich, die GbR bei der Durchführung des Auftragsbestandes zu unterstützen und dafür ihre eigenen sachlichen und personellen Mittel gegen vollen Ersatz aller Auslagen zur Verfügung zu stellen. Die Gemeinschuldnerin verpflichtete sich ferner, auf Verlangen die Lieferungen unter ihrem Namen (mit dem Zusatz "i. K.") in Rechnung zu stellen. Eingehende Gelder sollten auf einem gesonderten, nicht zum Konkursverfahren gehörenden Konto verwahrt und gegen gleichlautende Rechnung der GbR an diese ausbezahlt werden. Als Kaufpreis wurden 300.000 DM vereinbart; dieser umfaßte die Materialkosten

und – vorbehaltlich der endgültigen Abrechnung – die zu erwartenden Lohnkosten. Der Kaufpreis war zwei Wochen nach Vorlage der Endabrechnung fällig.

In der Gläubigerversammlung vom 16. Dezember 1991 "trug der Angeklagte die bisher getroffenen Maßnahmen kurz vor und übergab seinen schriftlichen Bericht".

Zumindest ein Großteil der Halbfertigprodukte wurde in der Zeit von Ende Dezember 1991 bis Januar 1992 von den ausländischen Produktionsstätten zur Gemeinschuldnerin verbracht, dort endbehandelt und an die Kunden ausgeliefert. Zeitgleich mit der Auslieferung stellte die Gemeinschuldnerin – also nicht die GbR – den Kunden die Bekleidungsstücke in Rechnung. Anfangs war auf den Rechnungen mit Stempelaufdruck vermerkt "Zahlung mit schuldbefreiender Wirkung auf das Konto des Konkursverwalters". Ab Januar 1992 trugen die Rechnungen den Stempelaufdruck "Zahlung mit schuldbefreiender Wirkung nur auf das Konkurssonderkonto". Dieses Sonderkonto hatte der Angeklagte am 17. Dezember 1991 eröffnet. Auf das Sonderkonto wurden die anfangs noch auf das Konto des Konkursverwalters eingegangenen Zahlungen in Höhe von 49.045 DM am 19. März 1992 umgebucht.

Ab März 1992 schickte H. – für die GbR handelnd – der Gemeinschuldnerin für "ausgeführte Lieferungen" drei Rechnungen. Am 16. März 1992 verlangte er incl. Mehrwertsteuer mit der ersten Rechnung 880.159 DM, am 6. April 1992 mit der zweiten Rechnung 76.179 DM und am 30. April 1992 mit der dritten Rechnung 64.101 DM; insgesamt somit 1.020.440 DM. Der Angeklagte überwies an die GbR vom Konkurssonderkonto am 23. März 1992

721.526 DM und am 26. Mai 1992 weitere 210.250 DM, insgesamt somit 931.776 DM.

H. fertigte für die Gesellschafter der GbR am 30. April 1992 eine Ergebnisrechnung, die einen vorläufigen Überschuß von 552.601 DM auswies. Am 4. Mai 1992 übermittelte H. dem Angeklagten – persönlich – drei Schecks über insgesamt 261.300 DM (die Hälfte des Überschußbetrages), den Betrag auf Konten seiner Kinder gutschreiben ließ.

Am 20. Mai 1992 – zwei Monate nach der Abführung der Verkaufserlöse an die GbR – stellte der Angeklagte seinerseits der GbR für die "Abwicklung der Großkundenaufträge" einen Betrag von 320.713 DM in Rechnung. H. überwies der Gemeinschuldnerin, nachdem er von dem Rechnungsbetrag einen Teilbetrag abgezogen hatte, am 10. Juni 1992 einen Betrag von 316.179 DM.

2. Das Landgericht hat den Angeklagten im wesentlichen aus tatsächlichen Gründen freigesprochen.

a) Es konnte keine hinreichend konkreten Tatsachen feststellen, daß der Kaufvertrag vom 3. Dezember 1991 unter Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht nur zum Schein geschlossen wurde. Auch lägen keine hinreichend konkreten Anhaltspunkte dafür vor, daß der Kaufvertrag nur für den Fall angewendet werden sollte, daß die Ausführung der Lieferverträge tatsächlich Gewinn abwarf. Zwar hätten mehrere Tatsachen für eine derartige Vertragsgestaltung gesprochen. Das Landgericht konnte sich jedoch aufgrund einer Gesamtwürdigung nicht die Überzeugung verschaffen, es habe kein ernstge-

meinter bzw. bedingter Kaufvertrag vorgelegen. In diesem Zusammenhang hat es sich auch nicht davon überzeugen können, daß der Angeklagte den Gläubigerinnen der Gemeinschuldnerin den Kaufvertrag verheimlichen wollte.

b) Auch läge in dem Vertragsschluß kein Mißbrauch der Verfügungsbefugnis, weil bei dem Verkauf des Auftragsbestandes – bezogen auf den Zeitpunkt des Kaufvertrages vom 3. Dezember 1991 – zumindest subjektiv kaufmännische Maßstäbe beachtet worden seien. Es habe sich also nicht um ein unwirtschaftliches Geschäft gehandelt – sei es durch Verkauf des Auftragsbestandes an die GbR unter Wert, sei es durch Gewinnentzug, dadurch daß die Gemeinschuldnerin die Aufträge nicht selbst durchgeführt habe.

Das Landgericht hat den Marktwert des Auftragsbestandes per 3. Dezember 1991 sachverständig beraten geschätzt. Dabei hat es auch berücksichtigt, daß zwar die Bonität der Großkunden außer Frage stand, daß diese aber andererseits auf mangelfreie und pünktliche Lieferungen Wert legten. Insoweit war die gefährdete Leistungsfähigkeit der Gemeinschuldnerin zu bedenken, ferner, daß die Produktion zwischenzeitlich stillstand und daß Halbfertigprodukte in Jugoslawien lagerten. Zudem waren die Gläubiger, die der Angeklagte zunächst aufgefordert hatte, die Produktion durch die Gemeinschuldnerin fortzuführen, nicht bereit, "noch gutes Geld dem schlechten hinterherzuwerfen". Unter diesen Umständen konnte das Landgericht – aufgrund einer Gesamtwürdigung – den Marktwert des verkauften Auftragsbestandes nicht mit ausreichender Sicherheit ermitteln; jedenfalls hätte kein nur geringes wirtschaftliches Risiko vorgelegen.



Gleichwohl hat das Landgericht im Wege der Schätzung versucht, den Marktwert des Auftragsbestandes annähernd zu bestimmen. Entscheidende Größe war dabei der "wirkliche" Wert des "Materials", den der Angeklagte der GbR mit Rechnung vom 20. Mai 1992 (über eine Gesamtsumme einschließlich Personalkosten und Zölle von 320.713 DM) mit 64.000 DM in Rechnung gestellt hatte. Ersichtlich handelte es sich hierbei um die "Stoffe und Zutaten" sowie die Halbfertigprodukte, also diejenigen Gegenstände, die der bestimmende Faktor für den Kaufpreis im Vertrag vom 3. Dezember 1991 waren. Diesen "Materialwert" hat das Landgericht auf 33 % dieses Verkaufspreises geschätzt und danach – unter Berichtigung einzelner Rechnungen – einen Warenwert in Höhe von 347.338 DM errechnet. Von diesem Warenwert hat es, da sich die Halbfertigprodukte im Ausland befanden, einen Abschlag von 62,5 % vorgenommen, so daß sich ein Marktwert des Auftragsbestandes von 130.251 DM errechnete.

## II.

1. Die Verfahrensrüge, die Urteilsverkündungsfrist des § 268 Abs. 3 StPO sei nicht eingehalten worden, ist unbegründet. Bei der Unterbrechung der Hauptverhandlung am 19. August 1999 handelte es sich – wie das Protokoll beweist – um eine Unterbrechung nach § 229 Abs. 2 Satz 2 StPO.

2. Die Urteilsgründe genügen den Sachdarstellungsanforderungen an ein freisprechendes Urteil. Sie verstoßen auch sonst nicht gegen § 267 Abs. 5 Satz 1 StPO.

3. Das Urteil hält auch sonst sachlich-rechtlicher Nachprüfung stand. Das Landgericht hat – entsprechend den Vorgaben des Urteils des Senats vom 14. Januar 1998 – sowohl den Treubruchs- als auch den Mißbrauchstatbestand geprüft und eine Untreue zu Recht im wesentlichen aus tatsächlichen Gründen verneint. Jedenfalls ein Vermögensschaden liegt nach den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen nicht vor.

a) Ein Treubruch hätte allerdings – wie der Senat schon im Urteil vom 14. Januar 1998 ausgeführt hat – dann vorgelegen, wenn sich der Angeklagte und der Zeuge H. (heimlich) vorbehalten hätten, den Vertrag nur zu erfüllen, namentlich den Kaufpreis von ca. 300.000 DM nur zu bezahlen, falls die Lieferungen an die Großkunden einen höheren Erlös erbringen würden. Mit einer derartigen Vereinbarung, bei der allein die Gemeinschuldnerin das Risiko zu tragen hätte, während die GbR nur im Falle eines Gewinns – und damit ohne eigenes unternehmerisches Risiko – den niedrigeren Kaufpreis zahlen sollte, hätte der Angeklagte die ihm obliegende Pflicht, die Vermögensinteressen der Gemeinschuldnerin wahrzunehmen, verletzt. Damit hätte er zugleich der Gemeinschuldnerin auch schon dann einen Vermögensnachteil im Sinne einer schadensgleichen Vermögensgefährdung zugefügt, wenn der Marktwert des Auftragsbestandes unter 300.000 DM gelegen hätte. Die Vermögensgefährdung hätte darin bestanden, daß die Gemeinschuldnerin allein das Verlustrisiko trug, während die Gewinnchance nur bei der GbR realisiert wurde.

Das Landgericht konnte sich indes von einer solchen Vereinbarung nicht überzeugen. Es hat die durchaus gewichtigen hierfür sprechenden Indizien gesehen und im Rahmen einer – wenn auch knappen – Gesamtwürdigung gegeneinander abgewogen. Rechtsfehler sind ihm dabei nicht unterlaufen.

b) Lag kein bedingter Kaufvertrag vor, ist bei dem geschlossenen Kaufvertrag auch ein Mißbrauch der Befugnis, über das Vermögen der Gemeinschuldnerin zu verfügen, und ein dadurch zugefügter Vermögensnachteil nicht festgestellt. Unter diesem Gesichtspunkt hat das Landgericht zu Recht geprüft, ob der Verkauf des Auftragsbestandes für ca. 300.000 DM ein unwirtschaftliches Geschäft war, das kaufmännischen Maßstäben widersprach. Ein unwirtschaftliches Geschäft wäre treuwidrig gewesen und hätte zugleich auch zu einem Vermögensnachteil (entweder Verkauf unter Wert oder Unterlassen eines wirtschaftlich lohnenden Eigengeschäfts) geführt.

aa) Die Vertragsgestaltung zwischen Gemeinschuldnerin und GbR hätte danach im wesentlichen folgenden Inhalt gehabt: Die Gemeinschuldnerin sollte – gleichsam als Subunternehmerin der GbR – aufgrund eines Werkvertrages die Bekleidungsartikel herstellen. Entsprechend § 3 des Vertrages vom 3. Dezember 1991 sollte sie die fertigen Produkte – im Außenverhältnis – im eigenen Namen an die Großkunden verkaufen und fakturieren sowie den Kaufpreis auf das nicht zur Konkursmasse gehörende Sonderkonto einziehen. Die – treuhänderisch – vereinnahmten Verkaufserlöse sollte die Gemeinschuldnerin sodann, nach Rechnungstellung durch die GbR, an diese abführen. Im Gegenzug konnte schließlich die Gemeinschuldnerin der GbR Fertigungslöhne, Personalkosten und Zölle in Rechnung stellen. Die Kosten für das Material – Stoffe und Zutaten – sollten ebenfalls in diese Rechnung aufgenommen werden. Der Gewinn der GbR – und "spiegelbildlich" der Nachteil bei der Gemeinschuldnerin – hätte somit in der Differenz zwischen erzielten Verkaufserlösen (ex post rund 900.000 DM) und dem endgültig fixierten "Kaufpreis" (richtiger:

Kaufpreis und Werklohn) aus dem Vertrag vom 3. Dezember 1991 in Höhe von rund 300.000 DM bestanden.

bb) Die danach relevante Frage war somit zum einen die Frage des Verkaufs unter Wert: Ob der marktübliche Wert der versprochenen Gegenleistung der Gemeinschuldnerin – ex ante berechnet, nämlich bezogen auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses – deutlich mehr als 300.000 DM betrug. Zum anderen kam es darauf an, ob ein in dem Auftragsbestand sicher zu erwartender Gewinn entzogen wurde (vgl. BGH StV 1995, 73; StV 1999, 25). Nur in diesen beiden Fällen wäre das Geschäft unwirtschaftlich gewesen.

Es liegt in der Natur der Sache, daß die so vorzunehmende Bewertung von Wert und Chancen des Auftragsbestandes mit erheblichen Risiken behaftet ist. Zwar hat die ex-post-Betrachtung gezeigt, daß die Realisierung des Auftragsbestandes zu einem Gewinn führte, der rund 600.000 DM über dem Kaufpreis lag. Der erforderliche Vermögensvergleich (vgl. BGH NStZ 1995, 233; NStZ 1997, 32; NStZ 1999, 353) war jedoch ex ante vorzunehmen. Dabei hat das sachverständig beratene Landgericht alle maßgeblichen Schätzgrößen rechtsfehlerfrei zugrunde gelegt. Es war nicht gehalten, alle Parameter, wie etwa den genauen Lagerort und das Verhalten der Großkunden, noch näher abzuhandeln. Bezogen auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses kam das Landgericht zu einem Marktwert, der um rund ein Fünftel über dem Kaufpreis

lag. Eine solche für eine Prognose bei einer Konkursverwaltung eher marginale Differenz belegt kein unwirtschaftliches Geschäft. Noch viel weniger kann hieraus ein (bedingter) Schädigungsvorsatz hergeleitet werden.

Schäfer

Maul

Granderath

Nack

Boetticher