



# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

2 StR 111/09

vom

27. August 2010

BGHR: ja

BGHSt: ja

Veröffentlichung: ja

StGB § 266

1. Ein Geschäftsführer einer GmbH und ein Vorstand einer AG können sich wegen Untreue strafbar machen, wenn sie unter Verstoß gegen § 43 Abs. 1 GmbHG, § 93 Abs. 1 AktG und unter Verletzung von Buchführungsvorschriften eine schwarze Kasse im Ausland einrichten (Fortführung von BGHSt 52, 323).
2. Ein den Untreuetatbestand ausschließendes Einverständnis der Mehrheit der Gesellschafter einer GmbH setzt voraus, dass auch die Minderheitsgesellschafter mit der Frage der Billigung der Pflichtwidrigkeit befasst waren.

BGH, Urteil vom 27. August 2010 – 2 StR 111/09 – LG Köln

in der Strafsache

gegen

1.

2.

wegen Beihilfe zur Untreue

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 27. August 2010 auf Grund der Hauptverhandlung vom 25. August 2010, an denen teilgenommen haben:

Vorsitzende Richterin am Bundesgerichtshof  
Prof. Dr. Rissing-van Saan,

die Richter am Bundesgerichtshof  
Dr. Appl,  
Prof. Dr. Schmitt,  
Prof. Dr. Krehl und  
die Richterin am Bundesgerichtshof  
Dr. Ott,

Oberstaatsanwältin beim Bundesgerichtshof  
als Vertreterin der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt  
- in der Verhandlung am 25. August 2010 -,  
Rechtsanwalt  
- in der Verhandlung am 25. August 2010 -,  
Rechtsanwalt                                      und  
Rechtsanwalt                                      - bei der Verkündung -  
als Verteidiger des Angeklagten                      ,

Rechtsanwältin \_\_\_\_\_ ,  
und

Rechtsanwalt  
- in der Verhandlung am 25. August 2010 -  
als Verteidiger des Angeklagten \_\_\_\_\_ ,

Justizhauptsekretärin  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

Die Revisionen der Angeklagten gegen das Urteil des Landgerichts Köln vom 26. Mai 2008 werden mit der Maßgabe als unbegründet verworfen, dass der Tagessatz der verhängten Einzelgeldstrafen auf 1 € festgesetzt wird.

Jeder Beschwerdeführer hat die Kosten seines Rechtsmittels zu tragen.

Von Rechts wegen

Gründe:

1 Das Landgericht hat den Angeklagten F. wegen Beihilfe zur Untreue in 14 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren verurteilt und angeordnet, dass hiervon neun Monate wegen überlanger Verfahrensdauer als vollstreckt gelten. Den Angeklagten M. hat es wegen Beihilfe zur Untreue in drei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und zehn Monaten verurteilt, wovon wegen überlanger Verfahrensdauer acht Monate als vollstreckt gelten.

2 Die auf die Verletzung formellen und sachlichen Rechts gestützten Revisionen der Angeklagten sind unbegründet.

A.

3 Das Landgericht hat folgende Feststellungen getroffen:

I.

4 Die Angeklagten F., ein Kommunalpolitiker und späterer Abgeordneter des nordrhein-westfälischen Landtags, und M., ein gelernter Einzelhandelskaufmann und staatlich geprüfter Betriebswirt, waren von 1996 bis 2002 in der Unternehmensgruppe T. als leitende Angestellte tätig. Alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der Muttergesellschaft T.

GmbH, ab 1996 T. GmbH, deren Geschäftsgegenstand die Entsorgung von Abfällen war, war ursprünglich der gesondert verfolgte H.

T. .

5 Ende der 1980er Jahre interessierte sich der RWE-Konzern für das Geschäftsfeld der Müllentsorgung. Als Ergebnis von Verhandlungen mit T. , der Kapitalgeber benötigte, kam es 1989 zu einer Überkreuzbeteiligung an der T. GmbH einerseits und einem von der RWE AG beherrschten Entsorgungsunternehmen, der R. GmbH, andererseits:

6 Ein RWE-Konzernunternehmen, die RWE Entsorgung GmbH, 1989 in die RWE Entsorgung AG umgewandelt und 1998 in RWE Umwelt AG umfirmiert, übernahm 49 % des Stammkapitals der T. GmbH. Das übrige Stammkapital wurde weiterhin von T. gehalten, der in der Folgezeit Anteile auf seine drei Töchter übertrug. Er selbst blieb alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer, neben ihm wurden ab 1989 weitere Geschäftsführer bestellt. Der Gesellschaftsvertrag enthielt einen Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte: U.a. mussten die Geschäftsführer für die Aufnahme neuer Geschäftszweige sowie bei Vergabe von Krediten ab 2 Mio. DM einen Beschluss der Gesellschafterversammlung einholen. Bei der Gesellschaft wurde ein Aufsichtsrat eingerichtet, der aus sechs Personen bestand und dessen Vorsitz vom Vorstandsvorsitzenden der RWE Entsorgung AG geführt wurde. T. hielt im Gegenzug gemeinsam mit seinen Töchtern 49 % der Geschäftsanteile an der ebenfalls im Bereich der Müllentsorgung tätigen R. GmbH. Die übrigen Anteile an diesem Unternehmen hatte die RWE Entsorgung AG inne.

7 Um die absehbare Konkurrenz beider Unternehmen zu verringern, wurde eine Aufteilung der innerdeutschen Tätigkeitsregionen vereinbart. Da die RWE Entsorgung AG mittelfristig die Übernahme der Mehrheit auch an der T. -Gruppe anstrebte, kam es dennoch von Beginn an zu Spannungen zwischen den beiden Gesellschaftern im Sinne einer latenten internen Konkur-

renzsituation. Zudem konkurrierten die T. -Gruppe und die RWE im Auslandsgeschäft. Bestrebungen seitens der RWE, die Interessen auch insofern zu bündeln, behinderte T. , der seine Eigenständigkeit in dem finanziell lukrativen Ankauf von ausländischen Abfällen zur anschließenden Verbrennung in Deutschland behalten wollte.

8 Das unternehmensinterne Konkurrenzverhältnis dauerte fort, nachdem die R. GmbH Ende des Jahres 1998 auf die T. GmbH verschmolzen und die Gesellschaft nach mehreren Kapitalerhöhungen mit Beschluss vom 14. Dezember 1998 in die T. AG umgewandelt worden war. Aktionäre dieser Gesellschaft waren auf der einen Seite T. und seine drei Töchter (der sog. "Stamm T. ") mit insgesamt 50 % der Anteile, auf der anderen Seite die RWE Umwelt AG mit den restlichen 50 %. Dem Vorstand der T. AG gehörten neben dem Vorsitzenden T. drei weitere dem Stamm T. zuzurechnende Mitglieder sowie ein von der RWE gewechseltes Mitglied an. T. , der stets alle finanziellen Fragen in seiner Zuständigkeit behielt, war bis zum 13. März 2002 berechtigt, die Gesellschaft allein zu vertreten. Nach dem Gesellschaftsvertrag hatte der Vorstand für besonders bedeutsame, enumerativ erfasste Rechtsgeschäfte ab einer Wertgrenze von 25 Mio. € die Zustimmung des Aufsichtsrats einzuholen.

9 Weil der Vorstand der T. AG damit von Führungskräften aus der T. -Gruppe dominiert war, erlangte die RWE Umwelt AG keinen zusätzlichen Einfluss auf die Führung des Unternehmens. Ihr einziges Steuerungselement war vielmehr der Aufsichtsrat, dessen Mehrheit sie stellte. Eine operative Einflussnahme der RWE Umwelt AG auf das laufende Geschäft ließ T. nicht zu; lediglich Informationen über Geschäftszahlen wurden der RWE zur Verfügung gestellt.

10 Während die übrigen Beteiligungen der RWE Umwelt AG überwiegend hohe Verluste verursachten, stellte die Beteiligung an der T. -Gruppe ihren wesentlichen Geschäftserfolg dar. Die Geschäftszahlen der T. AG waren durchgängig gut, gesetzte Zielvorgaben wurden stets eingehalten, zumeist sogar deutlich übertroffen. Vor diesem Hintergrund ließ die RWE Umwelt AG die T. AG in der beschriebenen Form "an der langen Leine" operieren, zumal immer ein uneingeschränkt positives Testat der zuständigen Wirtschaftsprüfer vorlag, die dem Aufsichtsrat persönlich berichteten.

## II.

11 Anfang der 1990iger Jahre beschloss T. , ein außerhalb der Buchhaltung des T. -Konzerns geführtes Konto im Ausland als "Kriegskasse" zur Finanzierung so genannter "nützlicher Aufwendungen" einzurichten. Solche Aufwendungen sollten dazu dienen, sowohl im Inlands-, vornehmlich aber im Auslandsgeschäft bei Entscheidungsträgern eine "politische Grundbereitschaft" herzustellen. So leistete T. aus dieser Kasse eine Zahlung in Höhe von 1,5 Mio. DM an den Bonner Lokalpolitiker M. , der u.a. deswegen inzwischen zu einer Freiheitsstrafe von sechs Jahren verurteilt worden ist, außerdem eine Zahlung in Höhe von 1,1 Mio. DM an zwei unbekannt gebliebene Personen in Nordspanien, um dort "Türen zu öffnen".

12 1. Zur Einrichtung und Unterhaltung seiner "Kriegskasse" bediente T. sich der S. AG (im Folgenden S. AG) in F. in der Schweiz. Bei der S. AG handelte es sich um eine reine Domizilgesellschaft ohne eigene operative Tätigkeit. Ihr Alleinaktionär war der Schweizer H. , ein gelernter Werkzeugmacher und früherer Profisportler, der in F. ein Immobilienmaklerbüro und eine Versicherungsvermittlung betrieb.

Die S. AG wurde auf Grund einer Vereinbarung zwischen H. und T. von diesem ab 1993 nach Art einer Briefkastenfirma ausschließlich dazu genutzt, Scheinrechnungen für tatsächlich nicht erbrachte Beratungsleistungen an Unternehmen des T. -Konzerns zu stellen, die darauf gezahlten Gelder auf ihrem Bankkonto in der Schweiz zu vereinnahmen und bei Bedarf auf Weisung von T. Geldbeträge in bar zurückzuleiten. Als wirtschaftlich Berechtigter wurde gegenüber der kontoführenden Bank der Zeuge S. angegeben, für den H. als Treuhänder fungierte. Bei S., der den Rücktransport des bei der Bank abgehobenen Bargelds zu T. organisierte, handelte es sich um einen früheren Düsseldorfer Lokalpolitiker, der jetzt als Lobbyist tätig war. Über die weitere Verwendung der Gelder entschied ausschließlich T. persönlich, ohne jemand anderen darüber zu informieren. H. wurde nie in nennenswertem zeitlichem Umfang für die S. AG tätig, sondern widmete sich hauptsächlich seinem Immobiliengeschäft.

13 Unternehmen der T. -Gruppe zahlten in den Jahren bis 2001 in dieser Weise insgesamt etwa 30 Mio. DM auf ein Schweizer Bankkonto der S. AG; davon entfielen 8,5 Mio. DM auf die U. GmbH und 6,6 Mio. DM auf die I. GmbH. Beide Unternehmen waren 100 %-ige Töchter der von T. geleiteten Muttergesellschaft; die U. GmbH wurde im Jahr 2000 auf die I. GmbH verschmolzen. T. bediente sich ihrer, um die Zahlungen an die S. AG angesichts der operativen Entwicklung der verschiedenen Konzerngesellschaften so aufzuteilen, dass auffällige Abweichungen von den auf Gesellschafterebene aufgestellten Wirtschaftsplänen vermieden wurden. Die Zahlungen wurden vereinbarungsgemäß wirtschaftlich von der Muttergesellschaft getragen; in den den Angeklagten F. betreffenden Fällen durch unmittelbare Erstattung an die jeweilige Tochtergesellschaft, in den den Angeklagten M. betreffenden Fällen durch Minderung der auf Grund von Ge-



sellschafterbeschlüssen ständig praktizierten nahezu vollständigen Gewinnabführung der I. GmbH an die T. GmbH/AG in entsprechender Höhe.

14 Etwa 30 % der transferierten Gelder erhielt H. als Honorar für seine Dienste sowie zur Deckung der Steuerschuld der S. AG, außerdem ab 1999 eine jährliche Aufwandspauschale von zumindest 300.000 DM, später 300.000 CHF. Diese diente der Deckung der Kosten, die dadurch entstanden waren, dass H. zur Aufrechterhaltung der Geschäftsfassade auf Drängen von T. 1997 den Architekten D. bei der S. AG eingestellt hatte. D. sollte zumindest formal in der Lage sein, vorgespiegelte Beratungsleistungen für die T.-Gruppe zu erbringen. Weil T. bereits frühzeitig an der ordnungsgemäßen Verwaltung seiner "Kriegskasse" durch H. zweifelte, wurden im Jahr 1997 auf seine Weisung hin 5 Mio. DM von der S. AG an den weiteren Strohmann E. geleitet. Dieser leitete die Betreibergesellschaft der Kölner Müllverbrennungsanlage und hatte, wie T. wusste, im Zusammenhang mit deren Bau von einem Bauunternehmen auch über die S. AG eine Bestechungszahlung in siebenstelliger Höhe erhalten, weswegen er inzwischen anderweit zu einer mehrjährigen Freiheitsstrafe verurteilt worden ist. E. verwahrte den Betrag zunächst im eigenen Namen auf einem Liechtensteiner Konto und vereinnahmte als Gegenleistung den Zinsertrag. Das Geld erhielt letztlich ein Schweizer Rechtsanwalt, den T. beauftragt hatte, einem Rechtshilfersuchen deutscher Behörden im Hinblick auf die Machenschaften der S. AG entgegenzutreten.

15 Den Verbleib der übrigen ca. 12 bis 13 Mio. DM hat das Landgericht aufgrund einer bewusst unzutreffenden Dokumentation der Zahlungswege durch den Zeugen S., den T. seit 1996 als Bote für den sukzessive erfolgten Transport von Bargeld von der S. AG zu ihm nach V. ein-

setzte, nicht feststellen können. S. quittierte in wahlloser Weise sowohl ihm von H. ausgezahlte Beträge als auch Auszahlungen, die tatsächlich nicht erfolgt waren; die Weitergabe von Geld an T. ließ er sich hingegen nicht quittieren. Als Provision für seine Dienste erhielt er 3 % sowohl der von ihm tatsächlich transportierten als auch der wahrheitswidrig quittierten Beträge. Soweit Gelder aus der "Kriegskasse" zurück zu T. gelangt sind, ist das Landgericht aber davon ausgegangen, dass er sie, wie von Anfang an beabsichtigt, für "nützliche Aufwendungen" zur Förderung von Geschäften der T.-Gruppe verwendete. T., der nach wie vor an der ordnungsgemäßen Verwaltung und Abrechnung der Kasse durch H. zweifelte, beauftragte im Februar 2002 seinen Rechtsanwalt G. erfolglos, gemeinsam mit einem Vorstandsmitglied der T. AG in die Schweiz zu reisen, um dort nach dem Verbleib der restlichen zur S. AG verschobenen Gelder zu forschen.

16 2. Der Angeklagte F. war seit 1996 Geschäftsführer der U. GmbH und wurde nach deren Verschmelzung auf die I. GmbH im Jahr 2000 zu deren weiterem Geschäftsführer bestellt. Ab 1997 fungierte er als Bindeglied der T.-Gruppe zur S. AG. Er veranlasste von 1997 bis 2001 auf Weisung von T. in 14 Fällen Zahlungen der U. GmbH und später der I. GmbH an die S. AG in einer Gesamthöhe von etwa 3 Mio. DM, indem er Scheinrechnungen der S. AG in den regulären Geschäftsgang einschleuste oder selbst zur Zahlung freigab. In Zusammenarbeit mit dem bei der S. AG eingestellten D. schuf er eine Geschäftsfassade für den jeweiligen Zahlungsvorgang durch Erteilung vorgeschützter Beratungsaufträge des von ihm geführten Unternehmens an die S. AG, teils unter Erstellung von tatsächlich wertlosen Berichten, Gutachten, Konzepten oder Vorlagen.

17 Der Angeklagte M. war seit 1996 Geschäftsführer der I. GmbH und ebenso wie F. in "strategische" Besprechungen zwischen T. und H. häufig eingebunden. Er veranlasste in den Jahren 1997 und 1998 auf Weisung von T. in drei Fällen in gleicher Weise Zahlungen der I. GmbH an die S. AG in einer Gesamthöhe von über 6 Mio. DM.

18 Sämtliche für nicht erbrachte Beratungsleistungen geleisteten Zahlungen an die S. AG wurden - was F. und M. wussten - als Betriebsausgaben gegenüber dem Finanzamt geltend gemacht.

19 3. Weder die übrigen Organe der T. GmbH/AG noch die Vorstände der RWE Umwelt AG und der RWE AG erlangten zunächst Kenntnis von den Vermögensverschiebungen. Die RWE Umwelt AG verfolgte als Tochtergesellschaft eines im DAX notierten Großunternehmens die Politik, schwarze Kassen und Schmiergeldzahlungen nicht zuzulassen; Konzernmitarbeiter, die sich hieran nicht hielten, wurden entlassen. Sowohl gegenüber der RWE-Gruppe als auch gegenüber den mit der Prüfung der Abschlüsse der T.-Gruppe befassten Wirtschaftsprüfern wurden die Zahlungen an die S. AG deshalb als Entgelte für tatsächlich erbrachte Beratungsleistungen dargestellt.

### III.

20 Bei der RWE Umwelt AG wurden die Zahlungen der T.-Gruppe an Berater und Domizilgesellschaften mit unklarem Leistungshintergrund erst im Gefolge einer Betriebsprüfung der T. AG durch das Finanzamt Düsseldorf im Jahr 2002 bekannt, die zu Steuernachzahlungen in Höhe von ca. 5,3 Mio. DM führte. Im Zuge der danach eingeleiteten Verhandlungen, die

schließlich zur vollständigen Übernahme der Anteile des T. -Stamms an der T. AG durch die RWE Umwelt AG und schließlich zur Verschmelzung der T. AG auf die RWE Umwelt AG führten, wurden die bis dahin nur zum Teil aufgedeckten Zahlungen an die S. AG durch einen pauschalen Abschlag von 10 Mio. € auf den Kaufpreis berücksichtigt.

21 Die Angeklagten wurden im März 2002 unter Fortzahlung ihres Gehalts von ihrer Geschäftsführertätigkeit suspendiert. Der Angeklagte F. schied nach der erfolgten Verschmelzung im November 2002 gegen Zahlung einer Abfindung, einer Tantieme und eines Sonderbonus sowie unter Übernahme seiner Verteidigerkosten durch die RWE Umwelt AG aus dem Unternehmen aus; insgesamt erhielt er für das Jahr 2002 von seiner Arbeitgeberin Zahlungen von über 318.000 €. Der Angeklagte M. schied im November 2002 gegen Zahlung einer Abfindung von 80.000 € sowie unter teilweiser Übernahme seiner Verteidigerkosten aus.

## B.

22 Das Landgericht hat - nach Beschränkung der Strafverfolgung gemäß § 154 Abs. 2, § 154a Abs. 2 StPO - das Handeln der Angeklagten jeweils als Beihilfe zur Untreue des Haupttäters T. zum Nachteil der T. GmbH bzw. der T. AG bewertet. Dieser habe seine gegenüber der Treugeberin bestehende Vermögensbetreuungspflicht verletzt, indem er die einzelnen Zahlungen zur Einrichtung und Auffüllung der schwarzen Kasse bei der S. AG in der Schweiz ohne Einverständnis der Mitgesellschafterin RWE bewirkt habe, um die transferierten Gelder eigenmächtig und unkontrolliert nach seinem persönlichen Gutdünken unter Ausschluss der gesellschaftsrechtlichen Kontrollmechanismen verwenden zu können. Hierdurch habe er

dem Unternehmen beträchtliche Vermögenswerte entzogen und sie so in die konkrete Gefahr eines endgültigen Verlustes gebracht. Diese Gefahr habe sich zum einen aus den vielfachen unkontrollierten Zugriffsmöglichkeiten dritter Personen ergeben, zum anderen aus dem Umstand, dass ein etwaiger Verlust wegen der fehlenden bzw. absichtlich unzutreffenden Dokumentation der Zahlungsabflüsse und wegen etwaiger steuerstrafrechtlicher Konsequenzen mit rechtlichen Mitteln kaum erfolgreich verfolgt werden können. Den Betrieb der schwarzen Kasse hätten die Angeklagten durch konkrete eigene Unterstützungshandlungen individuell gefördert. Dabei sei es unerheblich, dass die Mittel nach der Vorstellung T. und der Angeklagten letztlich dem T. - Konzern über die Generierung von Umsätzen durch "nützliche Aufwendungen" zugute kommen sollten, weil dadurch die Möglichkeit eines endgültigen Vermögensverlusts nicht berührt und zudem ein nicht unbeträchtlicher Teil der Gelder durch die Kosten aufgezehrt worden sei.

C.

I.

23 Die Sachrügen sind unbegründet. Die rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen des Landgerichts tragen die Verurteilungen F. und M. s wegen Beihilfe zu den Untreuehandlungen T. zum Nachteil der T. GmbH bzw. der T. AG.

24 1. Anders als die Revisionen meinen, fehlt es nicht an einer von T. begangenen Haupttat nach § 266 StGB.

25 a) T. war als alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer bzw. alleinvertretungsberechtigtes Vorstandsmitglied der T. GmbH/AG zur

Wahrung deren Vermögensinteressen verpflichtet. Zutreffend hat das Landgericht den Untreuevorwurf jeweils an seine einzelnen darauf gerichteten Weisungen geknüpft, Vermögensbestandteile der Treugeberin mittels fingierter Geschäftsvorfälle und inhaltlich unrichtiger Buchungsvorgänge aus der Buchhaltung des Unternehmens auszusondern und in eine im Ausland verdeckt geführte Kasse zu transferieren.

26                    Zwar lag die Verletzung der T.                    obliegenden qualifizierten Vermögensbetreuungspflicht nicht in der Eigenmächtigkeit der durch ihn betriebenen Mittelverlagerung im Sinne einer Verletzung gesellschaftsrechtlicher Kompetenzvorschriften. T.                    war als Mitglied des zur Geschäftsführung der Gesellschaft berufenen Organs hinsichtlich seiner Entscheidungen über den Einsatz und die Koordinierung von Unternehmensressourcen nicht in der Weise beschränkt, dass er eine Zustimmung der (Mit-)Gesellschafter hätte einholen müssen. Eine Pflicht zur Vorlage ergab sich weder aus den vom Landgericht festgestellten gesellschaftsvertraglichen Grundlagen oder der Beschlusslage der Gesellschaftsorgane, noch erreichten die Zahlungen an die S.                    AG im Vergleich zum Gesamtumsatz der T.                    -Gruppe einen solchen Umfang, dass eine Vorlagepflicht unter dem Gesichtspunkt eines tiefgreifenden Eingriffs in Mitgliedschafts- und Vermögensrechte der Gesellschafter in Betracht gekommen wäre (BGHZ 83, 122, 131; 159, 30, 41 ff.). Bei der Einrichtung und Verwendung eines Bankkontos für bestimmte Geschäftsvorfälle handelt es sich, soweit diese sich innerhalb des satzungsmäßigen Unternehmensgegenstands halten und die Grundsätze der Unternehmenspolitik unberührt lassen (BGH, NJW 1991, 1681 f.; Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl., § 35 Rn. 30), zunächst typischerweise um eine Maßnahme der laufenden Geschäftsführung (so auch Rönnau in FS für Tiedemann S. 713, 723), die grundsätzlich in den originären Zuständigkeitsbereich des geschäftsführenden Gesellschaftsorgans fällt (vgl. auch BGHSt 28, 371, 372).

- 27 T. verletzte aber seine Treuepflicht dadurch, dass er entgegen der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes (§ 43 Abs. 1 GmbHG) bzw. eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters (§ 93 Abs. 1 S. 1 AktG) sowie unter Verstoß gegen das handelsrechtliche Gebot der Vollständigkeit und Richtigkeit der Buchführung (§ 239 Abs. 2 HGB) Vermögensgegenstände durch inhaltlich falsche Buchungsvorgänge aus der Buchhaltung aussonderte, um unter gezielter Umgehung der gesellschaftsinternen Kontrollen und seiner Rechenschaftspflichten über Vermögensbestandteile der Treugeberin nach Maßgabe eigener Zwecksetzung verfügen zu können.
- 28 aa) Die Sorgfaltsgeneralklauseln des Gesellschaftsrechts sind als Anknüpfungspunkt zur Bestimmung einer Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB geeignet, weil durch fallgruppenspezifische Konkretisierung die Vorhersehbarkeit der Strafbarkeit im Regelfall gesichert ist (vgl. BVerfG, Beschluss vom 23. Juni 2010 - 2 BvR 2559/08 u. a. - Absatz-Nr. 81 ff., 111 f., 128):
- 29 Die Sorgfaltspflichten der § 43 Abs. 1 GmbHG, § 93 Abs. 1 S. 1 AktG umfassen nach allgemeiner Auffassung zum einen die Pflicht, für die Legalität des Handelns der Gesellschaft, insbesondere auch für die Erfüllung der ihr aufgetragenen buchführungs- und steuerrechtlichen Pflichten Sorge zu tragen (Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl., § 43 Rn. 8; Spindler in MünchKomm-AktG, § 93 Rn. 63 ff.; Mertens/Cahn in KK-AktG, § 93 Rn. 71 ff.; jew. mwN). Verstöße gegen die Legalitätspflicht können auch im Verhältnis zur Gesellschaft selbst nicht mit dem Vorbringen gerechtfertigt werden, sie lägen in deren Interesse (Kleindiek aaO, Rn. 9; Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl., § 43 Rn. 22; Hopt in Hopt/Wiedemann, AktG, 4. Aufl., § 93 Rn. 99; jew. mwN). Die - sei es auch profitable - Pflichtverletzung liegt nicht im Handlungsspielraum des geschäftsführenden Organs; die Bindung an gesetzli-

che Vorschriften hat vielmehr Vorrang (vgl. Rönna in FS für Tiedemann S. 713, 725 mwN). Zum anderen begründet der Pflichtenmaßstab des § 43 Abs. 1 GmbHG, § 93 Abs. 1 S. 1 AktG auch die Pflicht zur Loyalität gegenüber den übrigen Gesellschaftsorganen. Dies bedeutet insbesondere, dass das Geschäftsleitungsorgan durch Information und Beratung dafür zu sorgen hat, dass die anderen Organe die ihnen zugewiesenen Aufgaben erfüllen können (Kleindiek aaO, Rn. 10; Hopt aaO, Rn. 137; jew. mwN).

30 Die Einrichtung und Unterhaltung einer "Kriegskasse" im Ausland verletzte in gravierender Weise die von T. zu beachtende Sorgfalt in beiderlei Hinsicht. Er verschleierte die von ihm vorgenommenen Vermögensverschiebungen durch das Auslassen tatsächlicher und Hinzufügen fingierter Vorfälle in den Geschäftsbüchern nicht nur zur Täuschung des Finanzamts, sondern auch um Abweichungen gegenüber den unter Beteiligung der Mitgesellschafterin aufgestellten Jahreswirtschaftsplänen zu verhindern, den Scheincharakter der Rechnungen gegen kritische Fragen und Kontrollen von Organvertretern der Mitgesellschafterin abzusichern (UA 41/42, 51) und die Speisung seiner "Kriegskasse" zu ermöglichen. Damit unterlief T. gleichzeitig die der Mitgesellschafterin von Gesetzes wegen eingeräumten Minderheitsrechte, insbesondere das Recht auf Einberufung der Gesellschafter- bzw. der Hauptversammlung nach § 50 GmbHG, § 122 AktG, das Recht auf Auskunftserteilung und Einsicht in die Bücher und Schriften nach § 51a GmbHG sowie die Aktionärsrechte auf Auskunftserteilung und auf Einleitung einer Sonderprüfung durch gerichtlich bestellte Prüfer nach § 131, § 142 Abs. 2 AktG.

31 bb) Zugleich verletzte T. damit die ihm nach § 41 GmbHG, § 91 AktG obliegende Verpflichtung, für die ordnungsmäßige Buchführung der Muttergesellschaft zu sorgen, was auch die Konzernbuchhaltung für die zum Konsolidierungskreis des T. -Konzerns gehörenden Tochterunternehmen



U. und I. einschloss (§ 290 HGB). Die Buchführungsvorschriften beinhalten eine Konkretisierung der Leitungs- und Geschäftsführungsaufgaben des jeweiligen Organs und des ihm durch die Generalklauseln auferlegten Sorgfaltsmaßstabs (Kort in Hopt/Wiedemann, AktG, 4. Aufl., § 91 Rn. 1; Mertens/Cahn in KK-AktG, 3. Aufl., § 91 Rn. 1).

32           Zwar wird der Charakter der dem geschäftsführenden Organ einer Kapitalgesellschaft auferlegten handelsrechtlichen Buchführungspflicht als Vermögensbetreuungspflicht verschiedentlich mit der Begründung in Abrede gestellt, sie diene nicht dem Schutz des Vermögensträgers selbst, sondern allein dem öffentlichen Interesse am Schutz seiner Gläubiger (vgl. etwa Brammsen wistra 2009, 85, 87; weit. Nachw. bei Rönnau in FS für Tiedemann S. 713, 722 Fn. 46). Dies trifft aber jedenfalls für gravierende Verstöße, wie sie bewusste Nicht- und Falschbuchungen zur Verschleierung der Führung "schwarzer Kassen" durch Organe einer Kapitalgesellschaft darstellen, nicht zu (so auch Rönnau aaO, mwN in Fn. 49; ders. StV 2009, 246, 247; Knauer NStZ 2009, 151, 152; Satzger NStZ 2009, 297, 300 f.). Derartige Vorgänge stellen Verletzungen auch der Vermögensinteressen der betroffenen Gesellschaft selbst dar. Zweck der gesetzlichen Vorgaben über die Rechnungslegung bei Kapitalgesellschaften ist es zumindest auch, neben den Gläubigern ebenso die Gesellschafter als materielle Inhaber des Gesellschaftsvermögens und die mit der Wahrung ihrer Interessen betrauten Kontrollorgane der Gesellschaft über deren Vermögensstand und finanzielle Lage zu informieren. Ihnen eröffnet sich im Regelfall allein über die Geschäftsbücher die Möglichkeit, den Stand des Gesellschaftsvermögens zu ermitteln, die Mittelverwendung durch den Geschäftsführer bzw. den Vorstand zu kontrollieren und sich ergebende Ersatzansprüche gegen diese geltend zu machen (Weimann, Die Strafbarkeit der Bildung schwarzer Kassen gem. § 266 StGB, 1996 S. 70 f.; Kleindiek in Lutter/ Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl., Vor § 41 Rn. 28; Spindler in MünchKomm-AktG, 3. Aufl., § 91 Rn. 1;

jew. mwN). Dementsprechend sieht die Rechtsprechung in einer unordentlichen Buchführung dann eine pflichtwidrige Untreuehandlung, wenn der Treugeber keine Übersicht über seine Rechte und Pflichten, mithin über seinen Vermögensstand zu gewinnen vermag, so dass er verhindert ist, Ansprüche geltend zu machen, weil er sie nicht erkennt (vgl. schon BGH MDR/H 1956, 121; weit. Nachw. bei Saliger in SSW-StGB § 266 Rn. 73). Anders als die Revision des Angeklagten F. geltend macht, geht es hier auch nicht lediglich um den Fall der Verbuchung von Zahlungen auf Rechnungen mit falscher Leistungsbezeichnung, die den Vermögensstand der Treugeberin nicht unmittelbar betreffen; vielmehr standen den Zahlungen nicht anders zu bezeichnende, sondern keine Gegenleistungen der S. AG gegenüber.

33            b) An einer wirksamen Einwilligung der Treugeberin, welche eine Pflichtwidrigkeit möglicherweise hätte ausschließen können (vgl. BGHSt 52, 323, 335 Rn. 40 mwN), fehlte es.

34            Da die Pflichtwidrigkeit des Handelns Merkmal des Untreuetatbestands ist, schließt das Einverständnis des Inhabers des zu betreuenden Vermögens bereits die Tatbestandsmäßigkeit aus (BGHSt 50, 331, 342; 52, 323, 335; jew. mwN). Bei juristischen Personen tritt an die Stelle des Vermögensinhabers dessen oberstes Willensorgan für die Regelung der inneren Angelegenheiten (vgl. BGHSt 9, 203, 216; BGH, Urteil vom 24. Juni 2010 - 3 StR 90/10 - Rn. 15). Eine erklärte Einwilligung ist nur dann unwirksam, wenn sie gesetzwidrig oder erschlichen ist, auf sonstigen Willensmängeln beruht oder - wie bei der Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz einer juristischen Person - ihrerseits pflichtwidrig ist (Perron in Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., § 266 Rn. 21 ff.; Fischer, StGB, 57. Aufl., § 266 Rn. 90 ff.).

35           aa) Oberstes Willensorgan der GmbH ist die Gesamtheit ihrer Gesellschafter (BGHSt 9, 203, 216; vgl. auch Rönna in FS für Amelung S. 256 f.; Hoffmann, Untreue und Unternehmensinteresse, 2010 S. 72 f.). Dies ergibt sich insbesondere aus deren Befugnis zur Erteilung von Weisungen gegenüber den Geschäftsführern gemäß § 37 Abs. 1 GmbHG und zu Abänderungen des Gesellschaftsvertrags gemäß § 53 Abs. 1 GmbHG (Wolff in Münch., Hdb. d. GesR, 3. Aufl. Bd. 3, § 36 Rn. 3; Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl., § 45 Rn. 4; K. Schmidt in Scholz, GmbHG, 10. Aufl., § 45 Rn. 5; anders Zöllner in Baumbach/Hueck, GmbHG, 17. Aufl., § 45 Rn. 4: Organstellung nicht der Gesamtheit der Gesellschafter, sondern der Gesellschafterversammlung). Ein die Pflichtwidrigkeit im Sinne des § 266 StGB ausschließendes Einverständnis der Gesellschafter kommt auch dann in Betracht, wenn die Vermögensverfügung des Geschäftsführers unter Verstoß gegen Buchführungsvorschriften erfolgt (BGHSt 35, 333, 335 ff.; dazu Rönna in FS für Tiedemann S. 713, 718 Fn. 25; Weimann, Die Strafbarkeit der Bildung sog. schwarzer Kassen gem. § 266 StGB, 1996 S. 78, 84; Hoffmann aaO S. 97 ff.; anders noch BGHSt 34, 379, 384 ff.).

36           Die Revisionen meinen, schon allein das Einverständnis des Mehrheitsgesellschafters in die pflichtwidrige Handlung des Geschäftsführers entfalte eine den Tatbestand der Untreue ausschließende Wirkung unabhängig davon, ob überhaupt eine Willensbildung aller Gesellschafter erfolgt sei; sie folgern dies aus den auch sonst dem Mehrheitsprinzip folgenden Willensbildungsregeln des GmbH-Rechts (§ 47 Abs. 1 GmbHG). Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kommt jedoch nur dem Einverständnis sämtlicher Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft oder einem (Mehrheits-)Beschluss des die Gesamtheit der Gesellschafter repräsentierenden Gesellschaftsorgans (so BGHSt 50, 331, 342 betr. die Aktiengesellschaft; noch enger Krekeler/ Werner, Unternehmer und Strafrecht, 2006: stets Einverständnis aller Gesellschafter

erforderlich) tatbestandsausschließende Wirkung zu. Ob nur Mehrheitsentscheidungen der Gesellschafter tatbestandsausschließende Wirkung beigemessen werden kann, die im Wege eines förmlichen Beschlusses herbeigeführt worden sind (kritisch Ransiek NJW 2006, 814, 815 f.; Dierlamm in MüKo-StGB, § 266 Rn. 136), oder ob tatbestandsausschließende Wirkung auch solchen Mehrheitsentscheidungen zukommt, die nicht unter Einhaltung der Formalien der §§ 47 ff. GmbHG getroffen worden sind (so BGH, Urteil vom 18. Oktober 1956 - 2 StR 434/56 -; vgl. zusammenfassend zum Streitstand Hoffmann aaO S. 190 ff.), bedarf hier keiner abschließenden Entscheidung. Voraussetzung der Erteilung eines tatbestandsausschließenden Einverständnisses durch eine Gesellschaftermehrheit ist jedenfalls stets die inhaltliche Befassung auch der Minderheitsgesellschafter mit der Frage der Billigung der betreffenden Pflichtwidrigkeit. Dies folgt daraus, dass Träger des rechtlich geschützten Vermögensinteresses die GmbH selbst ist, nicht ihre einzelnen Gesellschafter. Von einer Willensbildung ihres obersten Willensorgans und von einem mehrheitlichen Konsens in der Sache (Schramm, Untreue und Konsens, 2005 S. 125) kann aber nur die Rede sein, wenn die Gesamtheit der Gesellschafter mit der in Rede stehenden Fragestellung überhaupt befasst worden ist, nicht dagegen, wenn die fragliche Pflichtwidrigkeit, wie hier, vor der Minderheitsgesellschafterin bzw. deren willensbildenden Organen planmäßig verschleiert worden ist. Anderenfalls würden die Minderheitsrechte der uninformiert bleibenden Mitgesellschafterin, etwa auf Einberufung der Gesellschafterversammlung nach § 50 GmbHG sowie auf Auskunftserteilung und Einsicht in die Bücher und Schriften nach § 51a GmbHG, und ihre Befugnis zur Anfechtung oder Feststellung der Nichtigkeit von Mehrheitsentscheidungen unterlaufen. Soweit es den Tatzeitraum betrifft, innerhalb dessen die Treugeberin als GmbH verfasst war (Fälle 8 bis 15 und 25 bis 27 der Anklage), hat das Landgericht eine Kenntnis der Minderheitsgesellschafterin RWE von den Vermögensver-

schiebungen auf der Grundlage seiner rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen zutreffend verneint.

37                   bb) Soweit die vom Landgericht festgestellten Taten den Zeitraum betreffen, innerhalb dessen die Treugeberin als Aktiengesellschaft verfasst war (Fälle 17 bis 18, 21 bis 24 und 28 der Anklage), gilt folgendes:

38                   Im neueren Schrifttum ist angezweifelt worden, ob den *Anteilseignern* einer Aktiengesellschaft in Übereinstimmung mit dem Urteil des 3. Strafsenats vom 21. Dezember 2005 (BGHSt 50, 331, 342 - "Mannesmann") überhaupt eine Kompetenz zu einer tatbestandsausschließenden Einwilligung in gesellschaftsschädigende Vermögensverfügungen des Vorstands in gleicher Weise zukommt wie den Gesellschaftern einer GmbH (vgl. dazu zuletzt Rönna in FS für Amelung S. 247, 253 ff.; Fischer, StGB, 57. Aufl., § 266 Rn. 102; Brammsen/Apel WM 2010, 781, 786 mwN einerseits; Hoffmann, Untreue und Unternehmensinteresse, 2010 S. 73 ff. andererseits). Dies kann hier dahinstehen, da nach den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen des Landgerichts auch in diesem Zeitraum Hauptversammlung und Aufsichtsrat der Treugeberin ebenso wenig Kenntnis von den durch den Vorstandsvorsitzenden T.                   vorgenommenen Vermögensverschiebungen erlangten wie von der RWE Umwelt AG gestellte Vorstandsmitglieder. Ein schlichtes Einverständnis eines Mehrheitsaktionärs käme hier ohnehin nicht in Betracht, da der T.                   -Stamm nur 50 % der Anteile innehatte.

39                   Soweit die Revision des Angeklagten F.                   meint, T.                   habe als alleinvertretungsberechtigtes Vorstandsmitglied sein eigenes Handeln "genehmigen" können, liegt dies fern. Der erkennende Senat hat im Urteil vom 29. August 2008 (BGHSt 52, 325, 335 - "Siemens") offen gelassen, ob im Falle der Führung einer schwarzen Kasse durch einen leitenden Angestellten einer Akti-

engesellschaft eine auf § 76 Abs. 1 AktG gestützte Befugnis des *Vorstands* zum tatbestandsausschließenden Einverständnis in Betracht kommt oder ob eine solche durch § 93 AktG auf Grund normativer Bindungen ausgeschlossen ist. Anders als bei der GmbH ist das Verhältnis der drei Organe der Aktiengesellschaft ein solches der Gewaltenteilung und wechselseitigen Kontrolle, in dem die Führung der laufenden Geschäfte ausschließlich dem Vorstand anvertraut ist (Rönnau aaO, S. 257 f.; Hoffmann aaO, S. 73 ff.; jew. mwN auch zur gesellschaftsrechtl. Lit.; vgl. allerdings zur Verpflichtung des Vorstands zur Beteiligung der Hauptversammlung bei tiefgreifenden Eingriffen in Mitgliedschafts- und Vermögensrechte der Aktionäre BGHZ 83, 122 - "Holzmüller"; 159, 30, 38 ff. - "Gelatine"). Im Hinblick auf eben diese Kompetenzverteilung kommt eine Befugnis des Vorstands zur Einwilligung in pflichtwidriges Handeln jedenfalls dann nicht in Betracht, wenn es - wie hier- um ein eigenes pflichtwidriges Verhalten geht, das gerade in der Verschleierung der von ihm selbst vorgenommenen Vermögensverfügungen gegenüber den zu seiner Kontrolle berufenen beiden anderen Gesellschaftsorganen sowie den für diese tätigen Abschlussprüfern besteht (für die Bildung und Unterhaltung verdeckter Kassen im Ergebnis ebenso Brammsen/Apel WM 2010, 781, 786 f.). Von der insbesondere durch §§ 111 Abs. 1-3, 119 Abs. 1 Nr. 4 u. 7, Abs. 2 AktG gewährleisteten Kontrolle und Aufsicht durch die übrigen Gesellschaftsorgane kann sich der Vorstand nicht durch die Erteilung des Einverständnisses in seine eigene Pflichtwidrigkeit dispensieren.

- 40           c) Durch die pflichtwidrigen Handlungen entstanden der Treugeberin in sämtlichen Fällen Vermögensnachteile im Sinne von § 266 Abs. 1 StGB. Anders als vom Landgericht im Hinblick auf die Entscheidung des erkennenden Senats vom 18. Oktober 2006 (BGHSt 51, 100 - "Kanter") angenommen, ist nicht nur hinsichtlich des beträchtlichen Teils der Zahlungen, die als Provisionen und Honorare für die an der Einrichtung und Verwendung der schwarzen Kasse

Beteiligten abgeflossen sind, ein endgültiger Vermögensschaden eingetreten. Vielmehr liegt in der gesamten Höhe des an die S. AG überwiesenen Betrages nicht nur eine schadensgleiche Vermögensgefährdung, sondern bereits ein endgültiger Vermögensschaden.

41 aa) Der Senat hat mit - nach der Verkündung der angefochtenen Entscheidung ergangenen - Urteil vom 29. August 2008 (BGHSt 52, 323, 338 Rn. 46 - "Siemens") an seiner Auffassung nicht festgehalten, das "bloße" Führen einer verdeckten Kasse sei lediglich als schadensgleiche Vermögensgefährdung anzusehen (so noch BGHSt 51, 100, 113 f. Rn. 43 f.). Vielmehr hat er die Führung einer solchen Kasse durch einen leitenden Angestellten einer Aktiengesellschaft ohne Kenntnis des Vorstands und unter Verstoß gegen dessen ausdrückliche Richtlinien bereits als endgültigen Vermögensschaden der Treugeberin bewertet. Bei pflichtwidriger Wegnahme, Entziehung, Vorenthaltung oder Verheimlichung von Vermögensteilen durch einen Arbeitnehmer kann der Eintritt eines Vermögensschadens nicht dadurch ausgeschlossen werden, dass der Täter beabsichtigt, die Mittel gegen die ausdrückliche Weisung des Treugebers so zu verwenden, dass diesem hierdurch "letztlich" ein Vermögensvorteil entstehen könnte. Die Bestimmung über die Verwendung des eigenen Vermögens obliegt dem Vermögensinhaber, im Fall einer Kapitalgesellschaft deren zuständigen Organen (BGHSt 52, 323, 337 Rn. 43 f.).

42 bb) Diese rechtliche Würdigung ist auf die Einrichtung und Führung einer verdeckten Kasse durch den alleinvertretungsberechtigten GmbH-Geschäftsführer bzw. AG-Vorstand, also das eigentlich für die Vermögensverwaltung des Treugebers zuständige Organ, zwar nicht ohne weiteres übertragbar. Die Würdigung der durch T. verursachten Vermögensverschiebungen als endgültiger Schaden beruht hier jedoch auf der konkreten Ausgestaltung der verdeckten Kasse.

43 T.           veranlasste die Einzahlung der auf seine Initiative verschobenen Geldmittel auf ein ausländisches Bankkonto einer ausländischen juristischen Person, die ausschließlich durch ihren ausländischen Alleingesellschafter, den Immobilienmakler H.           , beherrscht wurde. Als nach außen hin wirtschaftlich Berechtigten schob er den "Lobbyisten" S.           vor. Ein eigener zivilrechtlicher Auszahlungsanspruch der T.           GmbH/AG oder eines von ihr beherrschten Unternehmens gegen die kontoführende Bank bestand damit nicht; die Treugeberin hätte allenfalls gegen T.           persönlich oder dessen an der Einrichtung der schwarzen Kasse beteiligten Helfer vorgehen können (vgl. BVerfG, Beschluss vom 23. Juni 2010 - 2 BvR 2559/08 u.a. - Absatz-Nr. 126). Die Gelder waren unter Aufbau einer vorgetäuschten Geschäftsfassade aus dem Vermögensbestand der T.           -Gruppe herausgelöst und tauchten weder in der Haupt- noch in einer inoffiziellen Nebenbuchhaltung auf. Ihr Verbleib und ihre Verwendung wurden von keiner Unternehmenseinheit der T.           -Gruppe überwacht. Die Kontrolle über die Verwaltung lag vielmehr ausschließlich bei T.           persönlich. Soweit die Gelder nicht ohnehin zur Deckung der Kosten für die Einrichtung und Aufrechterhaltung der verdeckten Kasse selbst dienten, war auch im Zuge ihrer späteren Verwendung weder ein Rückfluss in den Vermögensbestand des Unternehmens noch eine Entscheidung oder Kontrollmöglichkeit durch dessen Organe oder untergeordnete Einheiten vorgesehen. Sie wurden vielmehr in bar abgehoben und durch Boten an T.           überbracht, der über ihre weitere Verwendung persönlich unter bewusstem Ausschluss der Kontrolle und Aufsicht durch die Geschäftsorgane entschied. Eine Sicherung gegen eigenmächtige Zugriffe der zur Unterhaltung der schwarzen Kasse oder zum Transport der Bargelder eingesetzten Personen (H.           , E.           , S.           ) bestand nicht, ebenso wenig Vorkehrungen für den Fall des unerwarteten Ausfalls zumindest einiger dieser Personen oder von T.           selbst oder zum Schutz vor Zugriffen von



Gläubigern der S. AG. Dem entspricht, dass T. seit längerem die ordnungsgemäße Verwaltung und Abrechnung durch H. bezweifelte und dass auch persönliche Nachforschungen seines Rechtsanwalts im Februar 2002 in der Schweiz nach dem verbliebenen Geld ohne Erfolg blieben (UA 190-192, 405, 433, 446/447). Im Übrigen hätte der Versuch einer gerichtlichen Durchsetzung von Ansprüchen gegen die S. AG, H. persönlich oder einen anderen am Betrieb der schwarzen Kasse Beteiligten zwangsläufig eine steuerstrafrechtliche Verfolgung nach sich gezogen.

44 Bei dieser Sachlage waren die ausgegliederten Vermögenswerte bereits zur Zeit ihrer Überführung in die schwarze Kasse nicht nur im Sinne einer Vermögensgefährdung in ihrem wirtschaftlichen Wert gemindert (vgl. zu diesem Begriff des Gefährdungsschadens zuletzt grundlegend BVerfG, Beschluss vom 23. Juni 2010 - 2 BvR 2559/08 u. a. - Absatz-Nr. 137 ff.; s. auch Fischer NSTZ-Sonderheft 2009, 8, 11 f.; Perron in Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., § 266 Rn. 45c); sie waren vielmehr dem Zugriff der Treugeberin bereits endgültig entzogen.

45 cc) Die mögliche Absicht T., den nach Abzug der Kosten verbleibenden Teil der Gelder bei späterer Gelegenheit im Interesse der Treugeberin zu verwenden, insbesondere um durch verdeckte Zahlungen Geschäftsabschlüsse für sie zu akquirieren und ihr so mittelbar zu einem Vermögensvorteil zu verhelfen, ist für die Bewertung als Untreue ohne Belang. Das Erlangen von durch spätere Geschäfte letztlich erzielten Vermögensvorteilen durch die Treugeberin kann den bereits eingetretenen Schaden nicht mehr beseitigen, sondern allenfalls eine Schadenswiedergutmachung darstellen (vgl. BGHSt 52, 323, 337 Rn. 43-46).

46 d) Zutreffend ist die Kammer davon ausgegangen, dass in Folge der Erstattung der Zahlungen an die Tochtergesellschaften bzw. der Minderung des Gewinnabführungsanspruchs gegen die I. GmbH für das jeweilige Geschäftsjahr der Schaden, wie von T. und auch den Angeklagten von Anfang an beabsichtigt, in allen Fällen bei der Treugeberin, also der von T. geführten Muttergesellschaft, eingetreten ist.

47 e) Am Vorsatz T. bestehen weder hinsichtlich der Pflichtwidrigkeit noch hinsichtlich des so verstandenen (endgültigen) Vermögensschadens Zweifel, wie nicht nur seine Verschleierungshandlungen gegenüber der Mitgesellschafterin, sondern auch die spätere, von ihm widerstandslos hingenommene Festlegung eines pauschalen Abschlags auf den Preis der Gesellschaftsanteile im Zuge der Übernahme durch die RWE belegen.

48 2. Die Angeklagten F. und M. haben T. Beihilfe zu dessen Untreuehandlungen geleistet.

49 a) In objektiver Hinsicht lag ihr Gehilfenbeitrag zum einen in der Veranlassung der Zahlungen der von ihnen geführten Unternehmen auf die Scheinrechnungen der S. AG, zum anderen in ihrer Beteiligung an der Schaffung einer Geschäftsfassade für diese Zahlungen.

50 b) Nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des Landgerichts war beiden Angeklagten bekannt, dass den Zahlungen an die S. AG keine realen Gegenleistungen gegenüberstanden, sondern dass die Geschäftsbeziehung zur S. AG der Schaffung einer Legende diene, um erhebliche Summen verdeckt und unter Ausschluss der gesellschaftsrechtlichen Kontrollmechanismen ausgeben zu können. Beiden Angeklagten war auch bewusst, dass seitens der Mitgesellschafterin nicht nur kein Einverständnis mit den Vermögensverschiebungen erklärt worden war, sondern dass dieser in Folge der von ihnen mitiniti-

ierten Verschleierungsmaßnahmen die Einrichtung der "Kriegskasse" schon nicht bekannt geworden war. Zwar wussten sie nicht um alle Einzelheiten der Verwaltung und Verwendung der in die verdeckte Kasse verschobenen Mittel durch T. . Von ihrem Vorsatz umfasst war aber, dass die Gelder auf ein Konto einer von H. kontrollierten ausländischen Briefkastenfirma gelangten, wobei als wirtschaftlich Berechtigte jedenfalls nicht die T. GmbH/AG ausgewiesen war. Faktisch konnte - wie sie wussten - allein T. unkontrolliert über die verschobenen Mittel verfügen. Die Sicherheitsrisiken, die bei einer solchen Vorgehensweise im Hinblick auf die Möglichkeit eines Verlusts der Gelder bestanden, waren ihnen jedenfalls im Allgemeinen bekannt. So wussten sie, dass die Sicherheit der Gelder in den Händen ihnen nur zum Teil bekannter, unredlich handelnder unternehmensexterner Personen lag, die Scheinrechnungen ohne realen Leistungshintergrund stellten. Auch war ihnen bewusst, dass T. bei möglichen Unregelmäßigkeiten an einer gerichtlichen Durchsetzung etwaiger Ansprüche gehindert gewesen wäre, da er die Existenz einer solchen Kasse nicht hätte offenbaren können, ohne dass dies zu erheblichen Steuernachforderungen und der naheliegenden Gefahr steuerstrafrechtlicher Verfolgung der in der Unternehmensgruppe Verantwortlichen geführt hätte.

51                    3. Auch die konkurrenzrechtliche Würdigung des Verhältnisses der Fälle 12, 14 und 15, der Fälle 8 und 9 sowie der Fälle 17 und 21 der Anklage zueinander stößt nicht auf durchgreifende rechtliche Bedenken. Zwar war in diesen drei Tatkomplexen die Bezahlung mehrerer Scheinrechnungen der S. AG durch die Buchhaltung der U. GmbH jeweils im Wege einer einzelnen Sammelüberweisung erfolgt. Nach den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen ging aber jeder einzelne Zahlungsvorgang und die damit einhergegangene Konstruktion der zugehörigen Geschäftsfassade im Wege der Rechnungsstellung durch die S. AG auf gesonderte Weisung des Zeugen T.

zurück. Der Angeklagte F. beteiligte sich an den einzelnen Untreuehandlungen, indem er die jeweils getrennt eingegangenen Rechnungen der S. AG durch seine Paraphe zur Bezahlung durch die Buchhaltung freigab, in der Mehrzahl der genannten Fälle zudem auch bereits durch eigene Mitwirkung an der Schaffung der der jeweiligen Zahlung zu Grunde gelegten Geschäftsfassade. Die in eine Sammelüberweisung mündende Bündelung mehrerer selbständiger Zahlungsvorgänge erfolgte ohne sein Zutun. Dass die Wirtschaftsstrafkammer bei dieser Sachlage von tatmehrheitlicher Begehungsweise ausgegangen ist, lässt einen Rechtsfehler nicht erkennen.

52 4. Schließlich sind auch die Strafzumessung und die Bemessung des zur Kompensation einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung für vollstreckt erklärten Teils der jeweiligen Gesamtstrafe frei von Rechtsfehlern.

53 Das Landgericht hat den Strafrahmen des § 266 Abs. 1 StGB zutreffend doppelt gemildert, weil den Angeklagten als Geschäftsführern von Tochtergesellschaften das strafbarkeitsbegründende persönliche Merkmal eines Treueverhältnisses zur T. GmbH/AG fehlte (§ 28 Abs. 1 StGB) und weil sie sich an den Taten des Haupttäters T. nur als Gehilfen beteiligten (§ 27 Abs. 2 S. 2 StGB). Dass es, ausgehend nur von einer Vermögensgefährdung, bei keiner Tat das naheliegende Vorliegen eines besonders schweren Falls nach § 266 Abs. 2 i.V.m. § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB angenommen hat, beschwert die Angeklagten nicht. Die Einzelstrafen berücksichtigen die jeweiligen Schadenshöhen und bewegen sich im Rahmen tatrichterlichen Bewertungsspielraums. Ausdrücklich hat das Landgericht in seine Erwägungen den Umstand einbezogen, dass die Angeklagten in der nachgeordneten Stellung als Geschäftsführer von Tochtergesellschaften Anweisungen des alleinvertretungsberechtigten Mitgesellschafters der Muttergesellschaft ausführten, und auch deshalb handelten, um ihre berufliche Führungsposition nicht durch eine Weige-

nung zu riskieren, die ihnen als Illoyalität oder als mangelnde Zuverlässigkeit im Verhältnis zu T. hätte ausgelegt werden können (UA 501).

54 Soweit die Revisionen beanstanden, die Angeklagten seien im Verhältnis zu T. und anderen Beteiligten zu hoch bestraft worden, zeigt dies keinen revisionsrechtlich beachtlichen Fehler auf. Die Angeklagten können sich auf eine etwaige unangemessene Milde einer gegen den Haupttäter oder gegen andere Beteiligte verhängten Strafe nicht berufen (vgl. BGH NStZ 1991, 581; NJW 1999, 2129, 2130; StraFo 2005, 208; StV 2008, 295, 296).

55 Die Strafkammer hat es allerdings versäumt, in den Fällen, in denen sie Geldstrafen verhängt hat (Angeklagter F. : Fälle 9, 15, 17, 21 und 24 der Anklage; Angeklagter M. : Fall 26 der Anklage), die jeweilige Tagessatzhöhe festzusetzen. Einer Festsetzung bedarf es auch dann, wenn - wie hier - aus Einzelgeldstrafen und Freiheitsstrafen eine Gesamtfreiheitsstrafe gebildet worden ist (BGHSt 30, 93, 97). Der Senat hat daher in entsprechender Anwendung des § 354 Abs. 1 StPO die Tagessatzhöhe auf den gesetzlichen Mindestsatz festgesetzt.

## II.

56 Die Verfahrensrügen haben aus den Gründen der Antragsschrift des Generalbundesanwalts keinen Erfolg. Näherer Erörterung bedarf nur Folgendes:

57 1. Das Landgericht hat die Beweisbehauptungen, der Zeuge T. habe, telefonisch informiert durch H. , jederzeit Kenntnis vom jeweiligen Vermögensstand der S. AG gehabt und habe die Auszahlungen, die von der S. AG vollzogen wurden, anhand ihm von H. zur Verfügung gestellter Kontoauszüge kontrolliert, als bereits erwiesen behandelt. Dies steht

aus den vom Generalbundesanwalt dargelegten Gründen nicht im Widerspruch zu den Feststellungen im angefochtenen Urteil. Insbesondere widerspricht dem nicht die Feststellung, T.            habe H.            misstraut, d.h. den ihm allein durch H.            telefonisch bzw. durch gelegentliche Übersendung von Kontoauszügen verschafften Überblick über den Bestand der "Kriegskasse" angezweifelt und deshalb Gelder auf den weiteren Strohmann E.            ausgelagert (UA 190 f., 446) sowie seinen Rechtsanwalt G.            mit Nachforschungen beauftragt (UA 192, 405, 433, 447).

58            Im Übrigen war die auf den Umfang der durch T.            ausgeübten Überprüfungsmöglichkeiten gerichtete Beweisbehauptung - von denen die Angeklagten ohnedies keine Kenntnis hatten (UA 201, 204) - für die Bewertung der einzelnen Vermögensverschiebungen als endgültige Vermögensnachteile aus den bereits im Zusammenhang mit der Sachrüge erörterten Gründen bedeutungslos. Das Landgericht war nicht gehindert, auch eine für die Entscheidung bedeutungslose Tatsache als bereits erwiesen anzusehen; eine Pflicht, bei einer unerheblichen Beweistatsache den Antrag als bedeutungslos abzulehnen, besteht nicht (Gollwitzer in Löwe/Rosenberg, StPO, 25. Aufl., § 244 Rn. 235; Meyer-Goßner, StPO, 53. Aufl., § 244 Rn. 57; Dahs/Dahs, Die Revision im Strafprozess, 7. Aufl., Rn. 332). Nach alledem hat das Landgericht den Beweisantrag rechtsfehlerfrei abgelehnt. Selbst wenn es sich im Urteil zu der als erwiesen behandelten Tatsache in Widerspruch gesetzt hätte, könnte wegen deren Bedeutungslosigkeit das Urteil auf einem solchen Rechtsfehler nicht beruhen.

59            2. Die Beweisbehauptung, der Zeuge H.            habe durch Verfügungen sichergestellt, dass die T.            AG im Falle seines Ablebens jederzeitigen Zugriff auf das bei der S.            AG angesammelte Depot gehabt hätte, hat die Kammer im Ergebnis zu recht als bedeutungslos behandelt. Wie bereits im Zu-

sammenhang mit der Sachrüge ausgeführt, hindern allein Vorkehrungen für den Fall des Ablebens H. s die Bewertung der Überweisungen an die S. AG als endgültiger Vermögensnachteil bei der Treugeberin nicht. Eine Rückführung eventuell noch vorhandener Gelder an die Treugeberin beim Ableben H. s hätte angesichts der Gesamtkonstruktion der "Kriegskasse" lediglich eine nachträgliche Schadenswiedergutmachung bedeutet.

Rissing-van Saan

Appl

Schmitt

Krehl

Ott