



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

3 StR 403/05

vom  
27. Juni 2006  
in der Strafsache  
gegen

1.

2.

wegen zu 1.: Untreue  
zu 2.: Beihilfe zur Untreue

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Generalbundesanwalts und der Beschwerdeführer am 27. Juni 2006 gemäß § 44, § 46 Abs. 1, § 349 Abs. 4 StPO einstimmig beschlossen:

1. Dem Angeklagten Z.                    wird nach Versäumung der Frist zur Begründung der Revision gegen das Urteil des Landgerichts Hildesheim vom 7. Juni 2004 auf seinen Antrag Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt.

Er hat die Kosten der Wiedereinsetzung zu tragen.

2. Auf die Revisionen der Angeklagten wird das vorbezeichnete Urteil mit den Feststellungen aufgehoben.

Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

#### Gründe:

- 1                    Das Landgericht hat nach 172 Verhandlungstagen den Angeklagten Z.                    wegen Untreue zu einer Freiheitsstrafe von fünf Jahren und zehn Monaten und den Angeklagten D.                    wegen Beihilfe zur Untreue zu einer Freiheitsstrafe von vier Jahren und drei Monaten verurteilt. Hiergegen wenden sich die Angeklagten mit ihren Revisionen, mit denen sie die Verletzung formellen und materiellen Rechts rügen.

2            Dem Angeklagten Z.            war Wiedereinsetzung in den vorigen  
Stand zu gewähren, weil er glaubhaft gemacht hat, dass ihn an dem verspäte-  
ten Eingang der Revisionsbegründung beim Landgericht kein Verschulden trifft.

3            Die Revisionen beider Angeklagten haben mit der Sachrüge Erfolg. Auf  
die Beanstandungen des Verfahrens kommt es daher nicht mehr an.

4            1. Das Landgericht hat im Wesentlichen folgenden Sachverhalt festge-  
stellt:

5            Der Angeklagte Z.            war im Jahre 1995 Präsident (Vorstandsvor-  
sitzender) der G    bank in K.    , die mit der Abwicklung von Entschädigungs-  
leistungen beauftragt war, welche die Bundesrepublik Deutschland für Opfer  
nationalsozialistischer Verfolgung an den ukrainischen Nationalfonds "Für ge-  
genseitige Verständigung und Versöhnung" gezahlt hatte. Der als Unternehmer  
tätige Angeklagte D.            war Gesellschafter und Vorsitzender der Gesell-  
schafterversammlung der H.    - einer Gesellschaft ukrainischen Rechts -, in  
der er den entscheidenden Einfluss ausübte. Die an der Modernisierung und  
Privatisierung der veralteten ukrainischen Zementindustrie beteiligte H.    ge-  
hörte zu den großen Kreditnehmern der G    bank. Für die von ihr bei der  
Bank aufgenommenen Darlehen bestand zumindest seit dem 27. Januar 1995  
ein den veränderten Vermögensverhältnissen jeweils anzupassender globaler  
Sicherungsvertrag, der für alle Verbindlichkeiten herangezogen werden konnte,  
wobei der Wert des Sicherungsgutes nach der von der G    bank praktizierten  
Beleihungsgrenze das 2,5-fache der gewährten Kredite betragen sollte.

6            Um an den Gewinnen der H.    aus den Zementexporten ins westliche  
Ausland teilzuhaben, ließen die Angeklagten im Jahre 1994 die C.    In-  
dustrial Group Ltd. (im Folgenden: C.    ) mit Sitz in Ho.    gründen,

die ihnen gemeinsam gehörte. Am 5. Juni 1995 beteiligte sich diese mit einer in bar zu erbringenden Kommanditeinlage in Höhe von 6,6 Mio. DM an dem deutschen Zementunternehmen P GmbH & Co. KG (im Folgenden: P KG). Sie verpflichtete sich, innerhalb von neun Tagen nach Abschluss des Beteiligungsvertrages einen ersten Teilbetrag in Höhe von 4 Mio. DM zu leisten. Da die C. nicht über die erforderlichen Mittel verfügte und sich diese auch nicht auf dem Kapitalmarkt beschaffen konnte, bezogen die Angeklagten die H. in die Kreditbeschaffung ein. Sie veranlassten den Abschluss eines Darlehensvertrags zwischen der G bank und der H. in Höhe des für die Kommanditeinlage erforderlichen Kapitals von 4 Mio. DM. Um die geplante Überweisung des Geldes von der H. an die C. plausibel zu machen, hatten sie zum Schein einen Kaufvertrag zwischen beiden Gesellschaften über Ausrüstungsgegenstände für ein Zementwerk erstellen lassen; mit diesem Kaufvertrag wurde im Darlehensantrag der Kreditbedarf begründet. Die Angeklagten hofften, mit den Rückflüssen aus den Zementlieferungen das unter dem Namen der H. aufgenommene Darlehen zurückzahlen zu können. Sie hielten es allerdings für möglich und nahmen es billigend in Kauf, dass die Beteiligung an der Kommanditgesellschaft zum Verlust der Einlage führen könnte. Für diesen Fall waren sie nicht bereit, das Darlehen mit eigenem oder der H. gehörendem Geld zurückzuzahlen.

7 Der Darlehensvertrag vom 16. Juni 1995 wurde auf Seiten der G bank von dem Angeklagten Z. und auf Seiten der H. von deren Geschäftsführer A. unterzeichnet, der hierbei auf Weisung des Angeklagten D. handelte. Am selben Tag wurde der Kreditbetrag der H. zur Verfügung gestellt und zu Lasten ihres Darlehenskontos ihrem bei der G bank geführten Devisenkonto gutgeschrieben. Gleichzeitig wiesen der Geschäftsführer A. und der Angeklagte D. die G bank an, von

dem Devisenverrechnungskonto 4 Mio. DM auf ein Konto der C. bei einer Schweizer Bank zu überweisen. Die Überweisung erfolgte über ein bei der D. Bank AG in F. geführtes Korrespondenzkonto der G bank. Da die erhofften Kapitalrückflüsse aus der Kommanditeinlage ausblieben, zahlten in der Folgezeit weder die H. noch die Angeklagten das Darlehen zuzüglich der vereinbarten Zinsen an die G bank zurück.

8 2. Das Landgericht hat den Kaufvertrag zwischen der H. und der C. über Ausrüstungsgegenstände, mit dem der Kreditbedarf begründet worden war, als einen nicht ernsthaft gewollten Scheinvertrag bewertet. Den Darlehensvertrag hat es ebenfalls als ein ohne Rechtsbindungswillen abgeschlossenes und damit nach Art. 58 des ukrainischen Zivilgesetzbuches unwirksames Scheingeschäft angesehen. Hierzu hat es dargelegt, der Annahme eines nur zum Schein abgeschlossenen Darlehensvertrages stehe nicht entgegen, dass er für die H. von deren Geschäftsführer A. unterschrieben worden sei. Denn dieser habe bei der Unterzeichnung ohne eigenen Rechtsbindungswillen - quasi mechanisch - auf Weisung des Angeklagten D. gehandelt. Es sei daher auf den fehlenden Rechtsbindungswillen des Angeklagten D. abzustellen.

9 Das Verhalten des Angeklagten Z. hat die Strafkammer rechtlich als Untreue zum Nachteil der G bank (Treibbruchstatbestand gemäß § 266 Abs. 1 Alt. 2 StGB) und das Verhalten des Angeklagten D. als Beihilfe dazu gewürdigt: Der Angeklagte Z. habe die ihm als Präsidenten und Vorsitzenden des Vorstands der G bank obliegende Vermögensbetreuungspflicht verletzt, indem er durch Täuschung des Kreditausschusses eine vermeintliche Kreditgewährung an die H. und daraus resultierend einen Abfluss von 4 Mio. DM von der Bank an die C. bewirkt habe. Ein Schaden

sei in dem Moment eingetreten, als das Geld auf dem Schweizer Konto der C. eingegangen sei, weil die G bank keinen Kreditrückzahlungsanspruch gegen die H. erworben und - wegen der Nichtigkeit des gesamten Kreditvertrages und damit auch der in ihm enthaltenen Sicherungsabrede - über keinerlei Sicherheiten verfügt habe. Der Angeklagte D., der gegenüber der G bank nicht vermögensbetreuungspflichtig gewesen sei, habe als Gehilfe mitgewirkt.

10 3. Dies hält rechtlicher Überprüfung nicht stand. Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich ein der G bank entstandener Vermögensnachteil im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB nicht.

11 a) Die Annahme des Landgerichts, die Angeklagten hätten den Darlehensvertrag nur zum Schein abgeschlossen, ist rechtsfehlerhaft. Denn dieses hat die sich nach dem Sachverhalt aufdrängende Möglichkeit nicht erörtert, dass die Angeklagten tatsächlich einen rechtlich bindenden Darlehensvertrag abschließen und lediglich die Kreditsumme zu einem anderen als dem im Darlehensantrag angegebenen Zweck verwenden wollten. Für diese Möglichkeit sprechen nicht nur der Abschluss des schriftlichen Darlehensvertrages, die Auszahlung des Kredits durch die Bank sowie dessen Entgegennahme durch die H., sondern vor allem auch die Interessenlage beider Angeklagter. Nach den Feststellungen war die C selbst nicht kreditwürdig, so dass das von ihr zur Bezahlung der Kommanditeinlage an der P KG erforderliche Kapital nur über die Aufnahme eines Darlehens der H., das mit den erwarteten Rückflüssen aus den Zementlieferungen von dieser Gesellschaft zurückbezahlt werden sollte, beschafft werden konnte. Überdies hätte, wenn der Darlehensvertrag lediglich zum Schein abgeschlossen und der Kredit ohne ausreichende Sicherheiten ausbezahlt worden wäre, allein die G bank, an deren Stamm-

kapital der Angeklagte Z. mit 10 Mio. US \$ beteiligt war, das Verlustrisiko getragen, obwohl beide Angeklagte über die C. von der Beteiligung an der P KG profitieren sollten.

12 b) Doch selbst wenn man mit der Strafkammer davon ausgeht, dass beide Angeklagte tatsächlich keinen Rechtsbindungswillen hatten, wäre der zwischen der G bank und der H. abgeschlossene Darlehensvertrag nicht als ein gemäß § 58 des Zivilgesetzbuches der Ukraine unwirksames Scheingeschäft zu werten. Voraussetzung für ein solches Scheingeschäft ist der fehlende Rechtsbindungswille beider Vertragsparteien, wobei bei juristischen Personen der Wille des für sie handelnden Vertreters ausschlaggebend ist. Da nach den Feststellungen der Zeuge A. als Vertreter der H. den Darlehensvertrag unterschrieben hat, ist auf dessen Willen und nicht auf den Willen des im Außenverhältnis nicht vertretungsberechtigten Angeklagten D. abzustellen. Dass der Geschäftsführer A. in die Pläne der Angeklagten eingeweiht war und den von ihm im Namen der H. unterzeichneten Darlehensvertrag nicht rechtsverbindlich abschließen wollte, hat das Landgericht nicht festgestellt und liegt auch keinesfalls nahe.

13 Rechtlich unerheblich ist, dass der Geschäftsführer A. den Vertrag nach den Feststellungen auf Weisung des Angeklagten D. - quasi mechanisch - unterschrieben hat, ohne sich weitere Gedanken zu machen. Entscheidend ist allein, dass er die vom Angeklagten D. im Innenverhältnis erteilte Weisung umsetzen und den Darlehensvertrag im Außenverhältnis wirksam werden lassen wollte (vgl. Art. 57 und 58 des Zivilgesetzbuches der Ukraine).

14 c) Die festgestellte vertragswidrige Verwendung des Kredits hatte nicht die Nichtigkeit des Darlehensvertrages zur Folge. Ihre Rechtsfolgen waren im

Vertrag unter Ziffern 3.1. (vorzeitige Einziehung des Darlehens, Zugriff auf die Sicherheiten) und 5.6. (Erhöhung der Kreditschuld) ausdrücklich geregelt.

15 d) Bei Abschluss eines rechtswirksamen Darlehensvertrages entstand ein Kreditrückzahlungsanspruch der G bank gegen die H. , der nach den Feststellungen gemäß Ziffer 5.7. der Vertragsbedingungen durch den globalen Sicherungsvertrag vom 27. Januar 1995 abgesichert war. Den Urteilsgründen kann nicht entnommen werden, dass die Sicherheiten unzureichend waren, zumal nach dem Sicherungsvertrag der Wert des Sicherungsgutes das 2,5-fache der Summe der Kredite betragen sollte und im Darlehensvertrag wegen der als ausreichend erachteten Sicherheiten der Zinssatz von 20% auf 18% ermäßigt wurde. Das Vorhandensein ausreichender Sicherheiten schließt eine Gefährdung des Vermögens der G bank aus.

16 Selbst wenn der Darlehensvertrag mangels der Zweitunterschrift eines vertretungsberechtigten Vertreters der H. - den Feststellungen lässt sich nicht sicher entnehmen, ob das Erfordernis einer Zweitunterschrift nur das Innen- oder auch das Außenverhältnis betraf - oder wegen eines Scheingeschäftes unwirksam gewesen sein sollte, entstand mit der Auszahlung des Kredits ein Rückzahlungsanspruch der Bank gegen die H. (vgl. Art. 374 des Zivilgesetzbuches der Ukraine), der - mangels gegenteiliger Feststellungen - durch den globalen Sicherungsvertrag als abgesichert anzusehen ist.

17 e) Eine Gefährdung des Vermögens der G bank ergibt sich auch nicht daraus, dass die Ausrüstungsgegenstände, welche die H. angeblich mit dem Kredit von der C. erwerben wollte, nach den Plänen der Angeklagten tatsächlich nicht in das Vermögen der H. gelangen sollten und damit deren Haftungsmasse nicht vergrößert wurde. Zum einen können auch ohne die Ausrüstungsgegenstände ausreichende Sicherheiten vorhanden gewesen



sein. Zum anderen sollte die H. den vorgetäuschten Kaufvertrag mit der C. ohnehin vorfinanzieren, was auch Bestandteil des Darlehensantrages war.

18 4. Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

19 a) Der neue Tatrichter wird vor Durchführung der neuen Hauptverhandlung Gelegenheit zu der Prüfung haben, ob auf die den Angeklagten vorgeworfene Tat deutsches Strafrecht anzuwenden ist oder das Verfahrenshindernis fehlender deutscher Strafgerichtsbarkeit (vgl. BGH NStZ 1986, 320) besteht.

20 Die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts ergibt sich nicht aus §§ 3, 9 Abs. 1 StGB. Entgegen der Meinung des Landgerichts ist der zum Tatbestand der Untreue gehörende Erfolg im Sinne des § 9 Abs. 1 StGB nicht im Inland eingetreten. Der - ausgehend von der Annahme des angefochtenen Urteils - in der konkreten Gefährdung des Vermögens der G bank liegende Nachteil ist in der Ukraine entstanden, entweder bereits mit Abschluss des Darlehensvertrages oder aber spätestens zum Zeitpunkt der Gutschrift der Kreditsumme auf dem Darlehenskonto der H. und der anschließenden Umbuchung auf deren Devisenkonto am 16. Juni 1995. Denn dadurch wurde der H. die Möglichkeit eingeräumt, über das Darlehen zu verfügen. Die Überweisung der 4 Mio. DM am 20. Juni 1995 von dem bei der D. Bank AG in F.

geführten Korrespondenzkonto der G bank auf das Konto der C. führte in der Bundesrepublik Deutschland zu keiner weiteren relevanten Vermögensgefährdung bei der G bank, weil gleichzeitig das Devisenkonto der H. entsprechend belastet wurde. Bei der Überweisung handelte es sich lediglich um die Umsetzung der in der Ukraine vorgenommenen Rechtsgeschäfte. Auswirkungen der Tat, die für die Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestands nicht mehr von Bedeutung sind, können einen Tatort nicht

begründen (vgl. Gribbohm in LK 11. Aufl. § 9 Rdn. 18; Eser in Schönke/Schröder, StGB 77. Aufl. § 9 Rdn. 6).

21 Die Anwendbarkeit des § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB, dem das Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege zugrunde liegt (vgl. Gribbohm aaO § 7 Rdn. 2, 68), wird davon abhängen, ob sich die Angeklagten auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland aufhalten und die Tat in der Ukraine noch mit Strafe bedroht ist (vgl. BGHR StGB § 7 Abs. 2 Strafbarkeit 2 m. w. N. zu der streitigen Frage, ob allein auf die materiellrechtliche Strafbarkeit - hier: Art. 87 des Strafgesetzbuches der Ukraine - oder auch auf die verfahrensrechtliche Verfolgbarkeit abzustellen ist). Daran, dass sie - wie es § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB voraussetzt - "im Inland betroffen" sind, dürfte es fehlen, wenn sie nach der Aufhebung der Haftbefehle die Bundesrepublik Deutschland verlassen haben sollten (vgl. Gribbohm aaO § 7 Rdn. 70). Zu dem für die Beurteilung entscheidenden Zeitpunkt der Urteilverkündung durch das Landgericht war die deutsche Gerichtsbarkeit gegeben, weil sich die Angeklagten damals in Untersuchungshaft befanden. Insofern ist es für das Revisionsverfahren ohne Belang, wo sie sich derzeit aufhalten (vgl. BGH NStZ 2001, 588). Da nach der Zurückverweisung der Sache eine neue Hauptverhandlung ansteht, ist die Frage von dem jetzt zur Entscheidung berufenen Tatrichter neu zu prüfen. Jedenfalls ist deutsches Strafrecht nicht mehr anwendbar, wenn die Angeklagten in die Ukraine zurückgekehrt sind und damit deren Strafgewalt unterliegen (vgl. Gribbohm aaO § 7 Rdn. 78).

22 b) Sofern deutsches Strafrecht Anwendung findet und eine neue Hauptverhandlung durchgeführt wird, dürfte die Möglichkeit, einen Beweisantrag auf Vernehmung eines Auslandszeugen gemäß § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO abzulehnen, angesichts der Besonderheiten des Falles nur in sehr beschränktem

Umfang gegeben sein. Da sich der wesentliche Sachverhalt nicht in der Bundesrepublik Deutschland abspielte, sind die Angeklagten zum Nachweis ihrer Behauptung, das Darlehen sei Ende 1995 über ein Unternehmen aus Moskau von der H. an die G bank zurückbezahlt worden, auf die Benennung von Zeugen aus Russland und der Ukraine angewiesen, sofern dies für die strafrechtliche Beurteilung entscheidend sein sollte. Bei der Prüfung, ob die Aufklärungspflicht die Ladung eines Auslandszeugen gebietet (vgl. BGHSt 40, 60, 62), sind neben dem Gewicht der Strafsache die Bedeutung und der Beweiswert des weiteren Beweismittels vor dem Hintergrund des Ergebnisses der bisherigen Beweisaufnahme einerseits und der zeitliche und organisatorische Aufwand der Ladung und Vernehmung mit den damit verbundenen Nachteilen durch die Verzögerung des Verfahrens unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit andererseits abzuwägen (vgl. BGHR StPO § 244 Abs. 5 Satz 2 Auslandszeuge 10). Unter Umständen ist im Wege des Freibeweises zu klären, ob von dem Auslandszeugen relevante Bekundungen zur Beweisfrage zu erwarten sind (vgl. BGH NStZ-RR 1998, 178).

- 23 Nach diesen Maßstäben bestehen gegen die Ablehnung mehrerer Hilfsbeweisanträge durch die Strafkammer in dem aufgehobenen Urteil erhebliche Bedenken. Die Strafsache ist für die bisher nicht vorbestraften Angeklagten von großer Bedeutung, wie sich bereits aus den verhängten hohen Freiheitsstrafen ergibt. Die gegen eine Rückzahlung des Darlehens sprechenden Indizien erscheinen nicht als so gewichtig, dass ihr Beweiswert nicht durch entsprechende Aussagen erschüttert werden könnte. Dies gilt ungeachtet dessen, dass das Landgericht Urkunden als Fälschungen gewertet und fünf Zeugen nicht geglaubt hat.

24 c) Die neue Hauptverhandlung wird Gelegenheit zur Prüfung geben, ob sich der Angeklagte D. wegen Untreue zum Nachteil der H. durch Verwendung des Darlehens für eigene Zwecke und der Angeklagte Z. wegen Beihilfe hierzu strafbar gemacht haben und ob diese Taten von der Anklage umfasst sind.

Tolksdorf

Winkler

Pfister

von Lienen

RiBGH Hubert ist urlaubsbedingt  
an der Unterzeichnung gehindert.

Tolksdorf