



5 StR 254/03

# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

vom 27. August 2003  
in der Strafsache  
gegen

wegen Untreue

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat am 27. August 2003 beschlossen:

Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Braunschweig vom 27. Januar 2003 nach § 349 Abs. 4 StPO mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben.

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

### G r ü n d e

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Untreue zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und sechs Monaten verurteilt und die Vollstreckung der Freiheitsstrafe zur Bewährung ausgesetzt. Hiergegen richtet sich die Revision des Angeklagten, die mit der Sachrüge Erfolg hat.

#### I.

Nach den Feststellungen des Landgerichts entwickelte der Angeklagte eine Comic-Reihe, die sogenannten Donky-Figuren. Nachdem die Produktion weiterer Comic-Serien mit den Donky-Figuren wegen finanzieller Schwierigkeiten gefährdet war, initiierte der Angeklagte im Jahr 1996 die Gründung der D M GmbH & Co. Filmproduktion-Beteiligungs KG (D F KG). Der Angeklagte war hieran als Gesellschafter der Komplementär-GmbH beteiligt. Mit dem Geschäftsführer der Komplementär-GmbH, dem früheren Mitangeklagten H , vereinbarte der Angeklagte am 14. Oktober 1997,

daß er für die Vermittlung von Kommanditisten eine Provision in Höhe von zehn Prozent der eingezahlten Beteiligungen erhalten sollte.

Anfang 1998 kam der Angeklagte in Kontakt mit dem Investor C, der zugleich die D C AG vertrat. C selbst und die D C AG zahlten im März 1998 insgesamt drei Millionen DM ein. Am 8. April 1998 unterzeichnete der Angeklagte einen Überweisungsauftrag über 300.000 DM vom Firmenkonto der D F KG auf sein Privatkonto, wobei er als Verwendungszweck „Provision“ angab. Zu Verfügungen über das Konto der D F KG war der Angeklagte nur berechtigt im Falle unaufschiebbarer Zahlungsverpflichtungen, die bei einer Abwesenheit des Geschäftsführers H erfüllt werden mußten. Die auf dem Konto des Angeklagten gutgeschriebene Überweisung hat das Landgericht als Untreue gemäß § 266 Abs. 1 StGB angesehen.

## II.

Die Verurteilung wegen Untreue hält rechtlicher Überprüfung nicht stand. Die bislang getroffenen Feststellungen des Landgerichts vermögen die Annahme eines Vermögensnachteils im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB nicht zu tragen.

1. Eine Strafbarkeit wegen Untreue setzt gemäß § 266 Abs. 1 StGB die Zufügung eines Nachteils voraus. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist unter Nachteil jede durch die Tathandlung verursachte Vermögenseinbuße zu verstehen. Die Vermögensminderung ist nach dem Prinzip der Gesamtsaldierung – aufgrund eines Vergleichs des Vermögensstands vor und nach der treuwidrigen Handlung – festzustellen. Ein Nachteil liegt deshalb nicht vor, wenn durch die Tathandlung selbst zugleich ein den Verlust aufwiegender Vermögenszuwachs begründet wird (BGHSt 15, 342, 343 f.; BGH NJW 1975, 1234, 1235; BGHR StGB § 266 Abs. 1 Nachteil 14). Ein entsprechender Vorteil, der einen Nachteil entfallen lassen kann, tritt bei-

spielsweise ein, soweit das betreute Vermögen von einer Verbindlichkeit in gleicher Höhe befreit wird. Dies gilt selbst dann, wenn die Verbindlichkeit schwer zu beweisen wäre (BGHR StGB § 266 Abs. 1 Nachteil 46).

2. Das Landgericht hätte deshalb prüfen müssen, ob ein Nachteil hier etwa deshalb ausgeschlossen war, weil dem durch die Überweisung bewirkten Vermögensabfluß ein in selber Höhe eingetretener Vorteil gegenüberstand. Hier könnte die D F KG einen Vorteil deshalb erlangt haben, weil eine gegenüber dem Angeklagten bestehende Provisionsverpflichtung erloschen ist. Nach den Feststellungen des Landgerichts hat sich der Angeklagte nämlich mit Vereinbarung vom 14. Oktober 1997 einen Provisionsanspruch von der D F KG einräumen lassen, der mit dem Eingang der eingeworbenen Beteiligungsgelder auf dem Geschäftskonto des Unternehmens entstanden und im Zweifel (§ 271 Abs. 1 BGB) damit auch sofort fällig geworden ist. Mit der Überweisung wäre deshalb eine fällige Forderung des Angeklagten erfüllt worden.

Ein Nachteil im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB kann deshalb nur dann eingetreten sein, wenn entweder die Provisionsabrede von vornherein unwirksam war oder jedenfalls für die Akquisition der Einlagen von C und der D C AG aufgehoben bzw. wenigstens ausgesetzt wurde. Hierfür bestanden vorliegend Anhaltspunkte, weil nach den Urteilsgründen der Angeklagte selbst sich zunächst gegenüber dem Geschäftsführer H auf einen ihm vom Zeugen He abgetretenen Provisionsanspruch bezog. Dies tat er, obwohl er mit dem Geschäftsführer H die Provisionsvereinbarung getroffen hatte. Auch wenn der Angeklagte sich später ausdrücklich auf die Provisionsvereinbarung berufen hat, kann aus diesem Verhalten möglicherweise ein Indiz dafür hergeleitet werden, daß die Provisionsabrede keinen ausreichenden rechtlichen Grund für die eigenmächtige Überweisung dargestellt und der Angeklagte dies auch erkannt hat. Damit hätte sich das Landgericht ausdrücklich auseinandersetzen müssen. Das Revisionsgericht ist nicht in der Lage, ohne eine derartige Erörterung die

Voraussetzungen für einen Vermögensnachteil in eigener Wertung dem Gesamtzusammenhang des Urteils zu entnehmen.

3. Der neue Tatrichter wird bei der Prüfung, ob ein Nachteil im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB gegeben ist, folgendes zu beachten haben:

a) Soweit die Provisionsvereinbarung nicht etwa sogar nachträglich fingiert wurde, wird zu erörtern sein, ob sie wirksam zustande gekommen ist. Insbesondere wenn entsprechende Beteiligungen bereits konkret absehbar waren, ein besonderer Akquisitionsaufwand mithin also nicht mehr erforderlich war, kann eine entsprechende Vereinbarung wegen Kollusion zwischen dem Angeklagten und dem Geschäftsführer H nach § 138 Abs. 1 BGB unwirksam sein. Dies gilt insbesondere im Falle einer gesteigerten wirtschaftlichen Abhängigkeit des Geschäftsführers H vom Angeklagten, sofern eine solche Abhängigkeit dazu mißbraucht wurde, die Anleger zu schädigen (vgl. BGH NJW 1989, 26).

b) Ein Anspruch aus der Vereinbarung kann aber auch im Hinblick auf das gesellschaftsrechtliche Schädigungsverbot ausgeschlossen sein, das verdeckte Gewinnausschüttungen an einzelne Gesellschafter verbietet (BGHZ 65, 15, 18 ff.). Eine solche Ausschüttung ist gegeben, wenn ein Gesellschafter die Geschäftsführung veranlaßt, an ihn vermögenswerte Sonder Vorteile auszureichen, denen keine adäquate Leistung gegenübersteht. Ob im Einzelfall ein normales Austauschgeschäft oder eine verdeckte Ausschüttung von Gesellschaftsvermögen gegeben ist, richtet sich danach, ob ein gewissenhaft handelnder Geschäftsführer das Geschäft unter sonst gleichen Bedingungen auch mit einem Nichtgesellschafter abgeschlossen hätte, ob die Leistung also durch betriebliche Gründe gerechtfertigt war (BGH GmbHR 1996, 111, 112; BGH LM Nr. 3 zu § 30 GmbHG). Im vorliegenden Fall wird anhand der üblichen Provisionsregelung für vergleichbare Einlagegeschäfte deshalb festzustellen sein, ob und ggf. inwieweit sich der vereinbarte Provisionssatz von zehn Prozent im Rahmen des Marktüblichen be-

wegte. Dabei ist hier aber auch zu berücksichtigen, daß der Angeklagte dem Zeugen He eine Beteiligung an dem Unternehmen eingeräumt hat, das mit dem Merchandising der Donky-Figuren befaßt ist. Der insoweit vom Angeklagten aufgewandte Vermögenswert schmälert seinen Gewinn aus dem Provisionsgeschäft und ist deshalb in Abzug zu bringen.

c) Selbst wenn die vereinbarte Provision an sich geschuldet sein sollte, ist weiter zu prüfen, ob für die Anlage des Zeugen C sowie der D C AG der Provisionsanspruch nicht durch einen Verzicht (§ 397 Abs. 1 BGB) erloschen ist. Zwar sind nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes an die Annahme eines konkludent erklärten Verzichts grundsätzlich strenge Anforderungen zu stellen (BGH NJW 1996, 588; 1994, 379, 380). Hier könnte jedoch für einen Verzicht sprechen, daß das Geld möglichst ungeschmälert der Filmproduktion zugute kommen sollte. Hätte deshalb der Angeklagte unter Einbeziehung des Geschäftsführers eine konkrete Verwendung der Gelder – auch betragsmäßig – den Investoren zugesagt, dann könnte möglicherweise darin aufgrund einer Gesamtwürdigung aller Umstände zugleich ein Verzicht zugunsten der Gesellschaft gesehen werden.

d) Ließe sich ein (endgültiger) Verzicht nicht nachweisen, könnten dennoch hier solche besonderen Umstände gegeben sein, die für den Angeklagten als Gesellschafter die Pflicht begründet hätten, seinen Anspruch vorübergehend nicht geltend zu machen. Eine nur in besonderen Ausnahmefällen anzunehmende entsprechende Aussetzung der Fälligkeit des An-

spruchs setzt freilich voraus, daß anderenfalls eine bedrohliche Liquiditätskrise entstünde und ein erhebliches Zuwarten im Blick auf die Verhältnisse des Gesellschafters und der Gesellschaft zumutbar wäre (Pentz in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG 4. Aufl. § 13 Rdn. 47 m.w.N.).

Basdorf      Häger      Raum

Brause      Schaal