



5 StR 46/04

# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

vom 12. Mai 2004  
in der Strafsache  
gegen

wegen Untreue

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat am 12. Mai 2004 beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Chemnitz vom 26. September 2003 nach § 349 Abs. 4 StPO aufgehoben
  - a) im Schuldspruch, soweit der Angeklagte im Fall II.2. der Urteilsgründe verurteilt worden ist; insoweit wird der Angeklagte auf Kosten der Staatskasse freigesprochen, die auch die hierdurch entstandenen notwendigen Auslagen des Angeklagten zu tragen hat,
  - b) im Ausspruch über die Gesamtfreiheitsstrafe mit den zugehörigen Feststellungen.
2. Die weitergehende Revision wird nach § 349 Abs. 2 StPO als unbegründet verworfen.
3. Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung über die Bildung einer neuen Gesamtfreiheitsstrafe und über die verbleibenden Kosten des Rechtsmittels an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

### G r ü n d e

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Untreue in vier Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und vier Monaten verurteilt.

Die dagegen gerichtete Revision des Angeklagten erzielt mit der Sachrüge den aus dem Beschlußtenor ersichtlichen Erfolg. Im übrigen ist das Rechtsmittel unbegründet im Sinne von § 349 Abs. 2 StPO.

1. Das Landgericht hat im Fall II.2. der Urteilsgründe eine Untreue mit folgenden Feststellungen begründet:

Der Angeklagte und der Zeuge R erwarben 1998 sämtliche Geschäftsanteile der A E GmbH und vertraten die Gesellschaft als alleinvertretungsberechtigte Geschäftsführer. Die frühere Alleingesellschafterin der GmbH, die A GmbH & Co. KG, hatte eine 1994 beschlossene Kapitalerhöhung über 950.000 DM nicht vollzogen und war – schon in Liquidation befindlich – seit dem 31. Januar 2001 überschuldet. Auch die vom Angeklagten geführte GmbH geriet in erhebliche wirtschaftliche Schwierigkeiten. Um sich der nach § 16 Abs. 3, § 19 Abs. 1 GmbHG bestehenden Haftung in Höhe von 717.000 DM zu entziehen, trat der Angeklagte als Vertreter der GmbH am 2. März 2001 die gegen die KG i. L. bestehende – wertlose – Einlageforderung ohne Gegenleistung an die F KG ab. Dadurch sollte der künftige Insolvenzverwalter der GmbH über das Bestehen des gegen den Angeklagten gerichteten Anspruchs getäuscht werden. Zwar sei die Einlageforderung in der Bilanz der GmbH unter „sonstige Vermögensgegenstände“ als „Forderung gegen Gesellschafter“ ausgewiesen gewesen. Der durch die Abtretung wenigstens hervorgerufene Schein und die Buchung der Abtretung hätten aber nicht mehr sichergestellt, daß ein dem Angeklagten nachfolgender Vertreter den Anspruch gegen den Angeklagten hätte erkennen können.

2. Diese Erwägungen des Landgerichts halten sachlichrechtlicher Prüfung nicht stand. Zwar hat der Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung anerkannt, daß in den Fällen unordentlicher Buchführung ein Nachteil im Sinne des § 266 StGB als schadensgleiche Vermögensgefährdung angenommen werden kann, soweit die Durchsetzung berechtigter Ansprüche er-

heblich erschwert, wenn nicht gar verhindert worden ist (vgl. BGHSt 47, 8, 11 m.w.N.). Dafür liegen nach den Feststellungen des Landgerichts aber keine Anhaltspunkte vor. Die Einstellung der Einlageforderung in die Bilanz der GmbH als „Forderung gegen Gesellschafter“ war nicht geeignet, die Durchsetzung des gegen den Angeklagten bestehenden Anspruchs erheblich zu erschweren. Zwar wurde damit der Angeklagte als Mehrheitsgesellschafter nicht persönlich als Verpflichteter bezeichnet. Solches war hier aber auch nicht erforderlich, weil sich der Bilanz schon aus der Bezeichnung „Gesellschafter“ – bei seit 1998 unverändert zwei Gesellschaftern – ein deutlicher Hinweis auf den Angeklagten entnehmen ließ. Auch die Buchung der Abtretung war zur Verschleierung des Anspruchs gegen den Angeklagten ungeeignet. Der Ausbuchung der Einlageforderung gegen die KG i. L. stand – infolge der im übrigen nach § 399 BGB unwirksamen Abtretung – nämlich keine Gegenbuchung gegenüber. Dieser Umstand war sogar geeignet, die besondere Aufmerksamkeit des Insolvenzverwalters der GmbH auf die Abtretung zu lenken und dadurch die Geltendmachung des Anspruchs gegen den Angeklagten sogar noch zu fördern. Der ab dem 2. Mai 2001 tätig gewordene Insolvenzverwalter hat den Einlageanspruch gegen den Angeklagten dann auch gerichtlich durchgesetzt.

Damit vermag das Vorgehen des Angeklagten hier nicht mehr als einen nicht strafbaren Versuch einer Untreue zu begründen.

Der Senat schließt aus, daß eine neue Hauptverhandlung zu weitergehenden, den Angeklagten belastenden Feststellungen wird führen können, und spricht den Angeklagten deshalb entsprechend § 354 Abs. 1 StPO selbst frei (vgl. BGH NJW 1999, 1562, 1564).

3. Der Wegfall der Einsatzstrafe von einem Jahr und acht Monaten Freiheitsstrafe zieht die Aufhebung der Gesamtfreiheitsstrafe nach sich. Dagegen können die übrigen Freiheitsstrafen von zwei mal acht und sechs Monaten bestehenbleiben. Der Senat schließt aus, daß die Bemessung dieser

milden Strafen durch die aufgehobene Einsatzstrafe beeinflusst war. Der neue Tatrichter wird demnach aus diesen Strafen eine neue Gesamtfreiheitsstrafe zu bilden haben.

Harms      Häger      Raum  
Brause      Schaal