



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

4 StR 117/06

vom
17. August 2006
in der Strafsache
gegen

- 1.
- 2.
- 3.
- 4.

wegen Untreue

Der 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Generalbundesanwalts und der Beschwerdeführer am 17. August 2006 gemäß § 349 Abs. 2 und 4 StPO beschlossen:

- I. Auf die Revisionen der Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Magdeburg vom 26. September 2005 in den Fällen II. 2 a und b der Urteilsgründe (= Ziffern 1 und 2 der Anklageschrift) mit den Feststellungen aufgehoben.
- II. Auf die Revisionen der Angeklagten B._____ und Sch._____ wird das vorgenannte Urteil im Hinblick auf die beiden Fälle II. 3 der Urteilsgründe (= Ziffern 4 und 5 der Anklageschrift)
 1. dahin geändert, dass die Angeklagten B._____ und Sch._____ jeweils einer Untreue schuldig sind,
 2. in den Strafaussprüchen mit den Feststellungen aufgehoben.
- III. Die weiter gehenden Revisionen der Angeklagten B._____ und Sch._____ werden verworfen.
- IV. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittel, an eine andere als Wirtschaftsstrafkammer zuständige Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Gründe:

1 Das Landgericht hat die Angeklagten B. und Sch. wegen "gemeinschaftlich begangener Untreue in vier Fällen" zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von jeweils einem Jahr und acht Monaten, die Angeklagten J. und N. wegen "gemeinschaftlich begangener Untreue in zwei Fällen" zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von jeweils einem Jahr und zwei Monaten verurteilt. Die Vollstreckung der Strafen wurde zur Bewährung ausgesetzt. Mit ihren Revisionen rügen die Angeklagten die Verletzung materiellen Rechts; die Angeklagten B. , J. und N. beanstanden zudem das Verfahren.

2 Die Rechtsmittel haben mit der Sachrüge in dem aus der Beschlussformel ersichtlichen Umfang Erfolg, so dass es eines Eingehens auf die nur die Fälle II. 2 a und b der Urteilsgründe betreffenden Verfahrensrügen nicht bedarf. Die Revisionen der Angeklagten B. und Sch. sind im Übrigen un begründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

I.

3 Soweit das Landgericht die Angeklagten in den Fällen II. 2 a und b der Urteilsgründe (= Ziffern 1 und 2 der Anklageschrift) wegen gemeinschaftlicher Untreue in zwei Fällen schuldig gesprochen hat, vermögen die getroffenen Feststellungen die Annahme der Strafkammer nicht zu belegen, dass der Wohnungsbaugenossenschaft e.G. (im Folgenden: WBG) durch das Verhalten der Angeklagten ein Nachteil im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB zugefügt worden ist.

4 1. Nach den Feststellungen waren die Angeklagten B._____ und Sch._____ Vorstandsmitglieder, der Angeklagte J._____ war Aufsichtsratsvorsitzender und der Angeklagte N._____ Mitglied des Aufsichtsrats der WBG, die zu 51 % an dem Stammkapital der Wohn- und Baugesellschaft mbH (im Folgenden: WuB) beteiligt war. Die übrigen 49 % des Stammkapitals hielt die N.

Verwaltungs GmbH, an der alle Angeklagten als stille Gesellschafter beteiligt waren. Auf Sitzungen am 10. Oktober und 5. November 1996 kamen die Angeklagten überein, dass die WuB ein Wohnbebauungsprojekt durchführen solle, das Investitionen in Höhe von (mindestens) 6,7 Millionen DM erfordern würde (UA 14). Um die hierzu benötigten Darlehen zu erhalten, sollte die WBG entsprechende Bürgschaftserklärungen gegenüber Kreditinstituten abgeben. Absprachegemäß gingen die Angeklagten B. _____ und Sch. _____ als vertretungsbefugte Vorstandsmitglieder der WBG, ohne zuvor den erforderlichen (§ 49 GenG, § 34 Abs. 1 Buchst. n der Satzung der WBG) zustimmenden Beschluss der Vertreterversammlung der WBG eingeholt zu haben, am 5. Mai 1997 gegenüber der A. _____-Bank eine selbstschuldnerische, unbefristete und einrede-freie Höchstbetragsbürgschaft über 6,642 Millionen DM zu Lasten der WBG ein. Hierauf gewährte die Bank der WuB ein Darlehen über 5,535 Millionen DM. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der WuB wurde die WBG im Jahre 2000 aus der Bürgschaft in Höhe von zwei Millionen DM in Anspruch genommen (Fall II. 2 a der Urteilsgründe).

5 Um eine Ausweitung der Kredite der Stadtsparkasse _____ an die WuB um 900.000 DM zu erreichen, schlossen die Angeklagten B. _____ und Sch. _____, wiederum für die WBG handelnd und wiederum ohne zustimmenden Beschluss der Vertreterversammlung, nach Absprache mit den Angeklagten N. _____ und J. _____ am 16. September bzw. 6. November 1997 einen Bürgschaftsvertrag mit der Sparkasse, in der eine bereits bestehende selbstschuld-

nerische Bürgschaft über 631.000 DM auf 1.531.000 DM erweitert wurde. Aus dieser Bürgschaft wurde die WBG in der Folgezeit in Höhe von 900.000 DM in Anspruch genommen (Fall II. 2 b der Urteilsgründe).

6 2. Das Landgericht ist hinsichtlich des Falles II. 2 a der Urteilsgründe von einer Vermögensgefährdung der WBG in voller Bürgschaftshöhe ausgegangen (UA 31). Die Behauptung der Angeklagten, dass das mit dem Darlehen finanzierte Bauprojekt der WuB "realistisch und kaufmännisch ordnungsgemäß kalkuliert" worden war, "so dass aus damaliger Sicht gar nicht die Gefahr bestanden habe, dass die Bürgschaft der WBG in Anspruch genommen werde", hat die Strafkammer lediglich im Zusammenhang mit der Prüfung, ob das Verhalten der Angeklagten pflichtwidrig war, erörtert und hier als rechtlich bedeutungslos angesehen, da die Pflichtwidrigkeit bereits aus dem Fehlen der Zustimmung der Vertreterversammlung zur Eingehung der Bürgschaft folge (UA 32). Dabei hat das Landgericht verkannt, dass die Einlassung der Angeklagten für die Frage, ob die WBG infolge der Übernahme der Bürgschaft im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB geschädigt wurde, von Relevanz ist. Ob nämlich ein Vermögensnachteil eingetreten ist, muss grundsätzlich durch einen ex-ante vorzunehmenden Vergleich des gesamten Vermögens vor und nach der beanstandeten Verfügung unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten geprüft werden (BGHSt 47, 295, 301 f.; BGH wistra 2000, 384, 386; NStZ-RR 2001, 241, 242). An einem Nachteil fehlt es regelmäßig, wenn wertmindernde und werterhöhende Faktoren, zu denen auch Gewinnerwartungen zählen können (BGH NStZ 1996, 191), sich gegenseitig aufheben.

7 Durch die Bürgschaftsverpflichtung wurde das Vermögen der WBG belastet, wobei wirtschaftlich gesehen die Höhe der Belastung von der Wahrscheinlichkeit der Inanspruchnahme der Bürgschaft abhing (vgl. Hoyos/M. Ring

in Beck'scher Bilanz-Kommentar, 6. Aufl. § 249 HGB Rdn. 100). Da die Bürgschaft zur Finanzierung eines Bauprojekts der WuB diente, an der die WBG zu 51 % beteiligt war, sie deshalb an der Wertschöpfung durch das Bauvorhaben teilhatte, muss geklärt werden, ob der Vermögenseinbuße durch die Bürgschaftsgewährung damals ein dieser ausgleichender Vermögenszuwachs durch das in Aussicht genommene Bauprojekt gegenüber stand. Der vom Landgericht angenommene Gefährdungsschaden mit der vollen Bürgschaftssumme wäre nur dann zutreffend, wenn - was nicht festgestellt ist - das Bauprojekt von vornherein zum Scheitern verurteilt gewesen wäre oder es sich um ein hochspekulatives Risikoprojekt handelte (vgl. BGH NJW 1975, 1234, 1236; GA 1977, 342, 343; NStZ 1996, 191).

- 8 Hinsichtlich des Falles II. 2 b der Urteilsgründe ist dem Urteil schon nicht zu entnehmen, welchem Zweck die Kreditausweitung bei der Sparkasse gedient hat. Es liegt aber nahe, dass auch sie im Zusammenhang mit dem Bauvorhaben der WuB erfolgt ist (vgl. UA 14, 15 f.), so dass zu der Frage eines Vermögensschadens der WBG aus den oben dargelegten Gründen weitere Feststellungen erforderlich sind.

II.

- 9 Soweit das Landgericht die Angeklagten B.____ und Sch.____ in den beiden Fällen II. 3 der Urteilsgründe (= Ziffern 4 und 5 der Anklageschrift) jeweils wegen gemeinschaftlich begangener Untreue in zwei Fällen verurteilt hat, ist der Schuldspruch dahin zu ändern, dass nur eine Untreue vorliegt.

10 1. Nach den hierzu getroffenen Feststellungen schlossen die Angeklagten B. und Sch. , für die WBG handelnd, mit der als Maklerin nicht besonders qualifizierten (vgl. UA 21) Lebensgefährtin eines Gesellschafters der N. Verwaltungs GmbH, Petra H. , am 10. Juni 1996 einen Maklervertrag, in dem sie diese mit dem Nachweis von Kaufinteressenten und/oder der Vermittlung eines Kaufvertragsabschlusses im Hinblick auf das im Eigentum der WBG stehende Anwesen Z. beauftragten. Die Provision von 8 % sollte entweder auf den Verkaufspreis aufgeschlagen und der Maklerin ausgezahlt oder im Direktgeschäft zwischen Maklerin und Käufer erzielt – also in jedem Fall letztlich vom Käufer entrichtet – werden (UA 23, 34). Am 27. August 1996 wurde der Maklervertrag u.a. auf das ebenfalls zu verkaufende Objekt R. erweitert, wobei die Provision auf 4 % herabgesetzt wurde. Noch am selben Tag wurde auf Veranlassung von Frau H. in einem den Maklervertrag ergänzenden "Protokoll" mit der WBG, diese vertreten durch die Angeklagten B. und Sch. , in Abänderung der vorgenannten Vereinbarung festgehalten, dass die Provision in jedem Falle von der WBG bezahlt werden solle; der bisher vertraglich vorgesehene Aufschlag der Provision auf den Verkaufspreis oder die direkte Bezahlung der Maklerin durch den Käufer wurden gestrichen. Zugleich wurde der Begriff der "Vermittlung" als Herstellung von Erstkontakten mit Kaufinteressenten oder alle damit im Zusammenhang stehenden Arbeiten wie u.a. die Übergabe von Unterlagen definiert, selbst wenn der Erstkontakt nicht von der Maklerin, sondern über die WBG oder Dritte hergestellt worden war. Die Angeklagten beabsichtigten damit, der Maklerin unabhängig vom Erfolg ihrer Tätigkeit den Provisionsanspruch gegen die WBG zu sichern, ohne dass die Genossenschaft hieran ein wirtschaftliches Interesse haben konnte. Ihnen war bewusst, dass sie mit der Regelung Frau H. "für ihren Provisionsanspruch einen 'Blanko-Scheck' ausstellten" (UA 23).

- 11 Auf Grund der Vereinbarung zahlte die WBG jeweils auf Veranlassung der Angeklagten B. und Sch. an die Maklerin nach Verkauf des Objektes Z. am 4. November 1997 181.240 DM und nach Verkauf des Anwesens R. am 23. April 1998 weitere 193.200 DM, wobei ein Provisionsanspruch jeweils nur auf der Grundlage des "Protokolls" bestand (UA 24, 35).
- 12 2. Das Landgericht hat zwei Untreuehandlungen der Angeklagten B. und Sch. zum Nachteil der WBG darin gesehen, dass die Angeklagten mit der Maklerin durch das "Protokoll" eine Vereinbarung trafen, die - abweichend von der damals geltenden Vertragslage - die WBG dazu zwang, die Maklerin unabhängig vom Erfolg ihrer Tätigkeit aus eigenem Vermögen zu vergüten, sie dadurch das Vermögen der WBG "missbräuchlich gefährdet(en)" (UA 35) und sie auf der Grundlage des "Protokolls" schließlich die beiden Maklerprovisionen auszahlen ließen (UA 34).
- 13 Diese Würdigung hält insoweit rechtlicher Prüfung nicht stand, als - entgegen der Ansicht des Landgerichts - nur ein Fall der Untreue vorliegt; denn bereits mit der nunmehr die WBG als Zahlungspflichtige bestimmenden Vereinbarung in dem Protokoll trat ein - zur Vollendung des Tatbestands ausreichender (vgl. BGH NStZ 2001, 650) - konkreter Gefährdungsschaden zum Nachteil der WBG ein, der durch die späteren, auf Grund des "Protokolls" erfolgten Auszahlungen der Maklerprovisionen nur vertieft wurde (vgl. Tröndle/Fischer, StGB 53. Aufl. § 266 Rdn. 81).
- 14 Der Senat ändert daher den Schuldspruch entsprechend ab. § 265 StPO steht dem nicht entgegen, weil sich die Angeklagten gegen den geänderten Schuldspruch nicht wirksamer als bisher hätten verteidigen können.

- 15 Mit der Schuldspruchänderung entfallen auch die für den Fall II. 3 der Urteilsgründe erkannten beiden Einzelstrafen; der neue Tatrichter wird insoweit eine Strafe festzusetzen haben.

VRi'inBGH Dr. Tepperwien und
Ri'inBGH Solin-Stojanović sind
infolge urlaubsbedingter Ab-
wesenheit verhindert zu unter-
schreiben.

Maatz

Maatz

Kuckein

Sost-Scheible