



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

5 StR 182/14

vom
2. Juli 2014
in der Strafsache
gegen

wegen Untreue u.a.

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat am 2. Juli 2014 beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Berlin vom 14. November 2013 gemäß § 349 Abs. 4 StPO im Strafausspruch 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 Wirtschaftsstrafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

2. Die weitergehende Revision wird nach § 349 Abs. 2 StPO als unbegründet verworfen.

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Untreue in zehn Fällen jeweils in Tateinheit mit Beihilfe zum Betrug zu drei Jahren und sechs Monaten Gesamtfreiheitsstrafe verurteilt und im Übrigen freigesprochen. Seine hiergegen gerichtete, auf die Sachrüge gestützte Revision hat hinsichtlich des Strafausspruchs Erfolg; im Übrigen ist sie unbegründet.

I.

- 2 1. Nach den Feststellungen des Landgerichts missbrauchte der Angeklagte im Tatzeitraum von Oktober 2008 bis Februar 2010 sein Amt als Notar, indem er eine Bande betrügerisch tätiger Vermittler von Immobilienverkäufen um den gesondert Verurteilten K. durch Beurkundung von zehn Kaufangeboten unterstützte.
- 3 K. vertrieb zusammen mit mehreren Mittätern seit Sommer 2008 Eigentumswohnungen für diverse Bauträgergesellschaften, welche die Wohnungen zumeist als Bestandsimmobilien zum gewerbsmäßigen Weiterverkauf erworben hatten. Teilweise vermittelte K. über ein von ihm geschaffenes Firmengeflecht von Strukturvertrieben mit jeweils demselben Personalstamm die Immobilien aus dem Bestand eines eigenen Bauträgerunternehmens; überwiegend ließ K. gegen eine Provisionszahlung von bis zu einem Drittel des Kaufpreises Wohnungen für andere als Verkäufer auftretende Gesellschaften vermitteln. In ihren zumeist unter falschen Namen geführten Verkaufsgesprächen bedienten sich K. und seine Mittäter falscher Versprechungen insbesondere zur Wirtschaftlichkeit des vorgeschlagenen Immobilienkaufs, der sich bei allenfalls geringer monatlicher Eigenbelastung des Käufers durch Steuerersparnis, staatliche Prämien und garantierte Mieten finanziere. Zudem wandten sie eine Überrumpelungstaktik an, um potentielle Käufer zur Abgabe notarieller Kaufangebote für die überbeuerten und von ihnen zuvor nicht besichtigten Wohnungen zu bringen. Hierzu gehörte, dass die Interessenten, sobald sie sich zu einer solchen Investition geneigt zeigten, zu einer sofortigen notariellen Beurkundung einer Erklärung gedrängt wurden, deren Abgabe ihnen wahrheitswidrig häufig als unverbindlich oder frei widerruflich dargestellt wurde. Ließen sich die Getäuschten darauf ein, wurden sie unmittelbar nach den Verkaufsgesprächen

von den Büroräumen des Vertriebs zur Kanzlei des Angeklagten chauffiert, der als Notar jeweils die Beurkundung vornahm. Spätestens dort trafen die Interessenten auf einen vertriebszugehörigen „Notarbegleiter“, der die Aufgabe hatte, diejenigen, denen auf der Fahrt zum Notar Bedenken gekommen waren, wieder zu beruhigen; zugleich sollte seine Anwesenheit während der Beurkundung den Interessenten das trügerische Gefühl vermitteln, in der gesamten Angelegenheit durch den Vertrieb verlässlich betreut zu werden. Zur systematischen Umgehung der Wartefrist des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG ließen die Vertriebsmitarbeiter von den Interessenten eine später jeweils zur notariellen Handakte genommene falsche „Bestätigung“ unterzeichnen, den Text eines Mustervertrages zu einem mindestens 14 Tage vor dem Beurkundungstermin liegenden Zeitpunkt erhalten zu haben.

- 4 Der Angeklagte erkannte spätestens ab Mitte September 2008 aufgrund wiederholter Widerrufs- und Anfechtungsschreiben von Käufern mit teilweise dezidiertem Darstellung des Täuschungs- und Überrumpelungsverhaltens der Vermittler, dass sich die Vertriebsgesellschaften des Verurteilten K. unseriöser Verkaufsmethoden bedienten. Er rechnete damit, dass auch bei künftigen Verkaufsgesprächen durch K. s Mittäter eine gezielte Überrumpelungstaktik angewendet und nicht nur über die Rechtsnatur der notariell zu beurkundenden Erklärung getäuscht, sondern ein Kauf möglicherweise auch minderwertiger Immobilien insbesondere mit falschen Versprechungen zur Rentabilität der Kapitalanlage angepriesen werden könnte. Er fand sich hiermit im Interesse eines gewinnbringenden Kanzleibetriebs ab. Während der einzelnen Beurkundungsvorgänge für die Kaufangebote, die in der Folgezeit ab Oktober 2008 die durch K. s Vertriebsunternehmen vermittelten potentiellen Erwerber abgaben, unternahm der Angeklagte keine Bemühungen, ihnen Bedeutung und Tragweite ihrer zu beurkundenden Erklärung zu verdeutlichen. So stellte er dem Urkundentext

keine inhaltliche Einführung voran, mit der er die Interessenten unmissverständlich über die Rechtsverbindlichkeit ihres Kaufangebots aufgeklärt hätte, an das sie nach Ausfertigung der Urkunde für mehrere Wochen unwiderruflich gebunden waren. Nur in Ausnahmefällen einer ausdrücklichen Nachfrage stellte der Angeklagte den Kaufinteressenten ein Mitleseexemplar seines Urkundentextes zur Verfügung, das es ihnen hätte erleichtern können, dem Beurkundungsvorgang inhaltlich zu folgen. Er unterließ es, ihre Aufmerksamkeit auf die möglichen wirtschaftlichen Folgen eines Wohnungskaufs zu lenken und mit ihnen zu erörtern, inwieweit eine Besichtigung der jeweiligen Wohnung stattgefunden habe. Trotz gelegentlicher Nachfragen klärte er die Kaufinteressenten nicht darüber auf, dass sie mit ihrem gesamten Vermögen und insbesondere mit einer gegebenenfalls vorhandenen eigenen Immobilie für den Kaufpreis haften würden. Eine Absicherung über eine Einhaltung der Wartefrist des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG nahm der Angeklagte nur schematisch über vorformulierte Klauseln vor, ohne den angeblichen Zeitpunkt des Erhalts eines Musterkaufvertrages offen zu erfragen.

- 5 2. Nach Auffassung des Landgerichts entstand den Wohnungskäufern bei den zehn festgestellten Taten durch die Abgabe ihres jeweiligen notariellen Kaufangebots, dessen Beurkundung der Angeklagte jeweils unter Verletzung seiner gesteigerten Belehrungspflichten und damit seiner Vermögensbetreuungspflicht als Notar vorgenommen habe, ein Vermögensnachteil in Form einer schadensgleichen Vermögensgefährdung. Der den Geschädigten entstandene und vom Angeklagten billigend in Kauf genommene Vermögensnachteil habe den gesamten Kaufpreis als Anlagesumme umfasst. Die bei der jederzeit möglichen Annahme des Kaufangebots von den Erwerbern eingegangene finanzielle Verpflichtung habe die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit der Erwerber in einer solchen Weise beeinträchtigt, dass ein persönlicher Schadenseinschlag

vorgelegen habe. Die erworbenen Wohnungen seien für die Käufer als Kapitalanlage nicht in dem Umfang geeignet gewesen, wie es ihnen in den Verkaufsgesprächen suggeriert worden sei. Die Erwerber hätten, soweit die Kaufverträge bei vier der Taten zur Durchführung gelangt seien, weit höhere Eigenanteile zur Abdeckung der Finanzierungskosten aufwenden müssen, als ihnen zugesagt worden sei. Zugleich seien den Käufern mit den langjährigen Finanzierungsverpflichtungen Mittel entzogen worden, die sie für eine angemessene Lebensführung benötigt hätten. Auch in den sechs Fällen, in denen die Kaufverträge nicht durchgeführt worden seien, hätte eine derartige Finanzierungslücke bestanden, die entgegen den Zusagen in den Verkaufsgesprächen durch eigene Leistungen zu schließen gewesen wäre. Im Rahmen der Strafzumessung berücksichtigte das Landgericht bei sämtlichen Taten strafscharfend das hohe Ausmaß an wirtschaftlicher Belastung, um die es sich bei der den Käufern nachteilig entstandenen, jeweils den gesamten Kaufpreis umfassenden Vermögensgefährdung gehandelt habe (UA S. 164).

II.

6 Der Schuldspruch hält der sachlich-rechtlichen Nachprüfung stand. Indes können die verhängten Einzelstrafen und damit der Gesamtstrafauspruch keinen Bestand haben. Der Erörterung bedarf allein folgendes:

7 1. Im Ergebnis zu Recht hat das Landgericht angenommen, dass der Angeklagte sich durch die Beurkundung der zehn Immobilienkaufangebote jeweils der Untreue nach § 266 Abs. 1 StGB in der Form des Treubruchtatbestandes schuldig gemacht hat.

- 8 a) Der Angeklagte war als Notar unabhängiger Träger eines öffentlichen Amtes (§ 1 BNotO) und hatte als unparteiischer Betreuer der an dem zu beurkundenden Rechtsgeschäft Beteiligten (§ 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO) die Pflicht, deren Vermögensinteressen wahrzunehmen. Zu dieser Vermögensbetreuungspflicht gehörte, dass er die Beteiligten auch insoweit zu belehren hatte, als er annehmen musste, sie würden die Bedeutung und Tragweite der zu beurkundenden Erklärungen nicht erkennen. Zwar erstreckt sich die Belehrungspflicht des Notars in der Regel nicht auf die wirtschaftlichen Folgen des zu beurkundenden Geschäftes. Jedoch besteht eine entsprechende Belehrungspflicht des Notars dann, wenn es nach den besonderen Umständen des Einzelfalles nahe liegt, dass eine Schädigung eines Beteiligten eintreten kann, und der Notar nicht mit Sicherheit annehmen kann, dass sich der Gefährdete dieser Lage bewusst ist oder dass er dieses Risiko auch bei einer Belehrung auf sich nehmen würde (vgl. BGH, Urteil vom 12. Juni 1990 – 5 StR 268/89, NJW 1990, 3219, 3220). So lag es hier, nachdem der Angeklagte es spätestens ab Mitte September 2008 als naheliegend erkannt hatte, dass die Vermittler des gesondert Verurteilten K. eine unseriöse Überrumpelungstaktik anwandten und ihre Verkaufsmethoden betrügerisch ausgestaltet hatten (UA S. 154 f.). Gleichwohl erteilte der Angeklagte die gebotenen Belehrungen nicht.
- 9 b) Dies führte für die Käufer jeweils auch zu einem Vermögensnachteil im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB.
- 10 aa) Rechtsfehlerhaft ist allerdings die durch das Landgericht hierzu unter Heranziehung der Rechtsfigur des persönlichen Schadenseinschlags vorgenommene Schadensbestimmung, wonach der Vermögensnachteil den gesamten angebotenen Kaufpreis umfasst habe (UA S. 156 f.). Ob die Rechtsfigur des persönlichen Schadenseinschlags angesichts der neueren Rechtsprechung des

Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 126, 170; 130, 1), nach der normative Gesichtspunkte bei der Bewertung von Schäden zwar eine Rolle spielen, die wirtschaftliche Betrachtung allerdings nicht überlagern oder verdrängen dürfen (vgl. schon BGH, Beschluss vom 28. Juni 1983 – 1 StR 576/82, BGHSt 32, 22, 23), in Teilen einer Korrektur bedarf, muss auch hier weiterhin nicht entschieden werden (vgl. zuletzt Senat, Beschluss vom 19. Februar 2014 – 5 StR 510/13, NStZ 2014, 318). Denn das Landgericht hat bereits die Tragweite der Rechtsfigur des persönlichen Schadenseinschlags verkannt, die von der Rechtsprechung für Fallgestaltungen einer objektiven Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung entwickelt worden ist.

- 11 § 266 Abs. 1 StGB schützt als Vermögensdelikt nur das zu betreuende Vermögen als Ganzes, nicht die allgemeine Dispositionsfreiheit des Vermögensinhabers. Ob ein Vermögensnachteil eingetreten ist, muss grundsätzlich durch einen Vergleich des gesamten Vermögens vor und nach der beanstandeten Verfügung unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten geprüft werden (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 23. Mai 2002 – 1 StR 372/01, BGHSt 47, 295, 301). Bei wirtschaftlich ausgeglichenen Verträgen können Gesichtspunkte eines persönlichen Schadenseinschlags einen Vermögensnachteil bei der Untreue bzw. einen Vermögensschaden beim Betrug nur in engen Ausnahmefällen begründen, etwa wenn der Vermögensinhaber durch deren Abschluss zu vermögensschädigenden Maßnahmen genötigt oder wenn er durch die Verfügung sonst in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit weitgehend beeinträchtigt wird (BGH, Beschluss vom 16. August 1961 – 4 StR 166/61, BGHSt 16, 321, 327 f.; Urteile vom 4. November 1997 – 1 StR 273/97, BGHSt 43, 293, 298 f., und vom 24. Juni 2010 – 3 StR 90/10, wistra 2010, 445, 447).

Vorrangig ist jedoch stets zunächst der sich aus dem Vergleich des Vermögens vor und nach der Verfügung bzw. Pflichtverletzung ergebende Saldo zu ermitteln. Nur soweit sich hiernach kein Negativsaldo ergibt, kann bei Vorliegen entsprechender Anhaltspunkte in einem zweiten Schritt zu prüfen sein, ob im Hinblick auf eine weitgehende Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit gleichwohl unter dem Aspekt des persönlichen Schadenseinschlags ein Vermögensnachteil anzunehmen ist. Dies würde indessen – insoweit in Einklang mit der zitierten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – wiederum voraussetzen, dass ein objektiver Wert des Erlangten für den Erwerber nicht realisierbar ist, da es ihm unmöglich (oder unzumutbar) ist, diesen letztlich in Geld umzusetzen (BGH, Beschluss vom 19. Februar 2014 – 5 StR 510/13, aaO). Diesen für die Nachteilsfeststellung bestehenden Anforderungen wird das angefochtene Urteil schon deswegen nicht gerecht, weil es die gebotene Prüfungsreihenfolge nicht wahrht.

- 13 Soweit das Landgericht im Übrigen zur Begründung des persönlichen Schadenseinschlags auf eine nicht im versprochenen Umfang vorhandene Eignung der zu tätigenden Investition als Kapitalanlage für die Kaufinteressenten abgestellt hat, fällt dies ersichtlich schon nicht unter die in der Rechtsprechung anerkannte Fallgruppe, bei der ein Anleger über Eigenart und Risiko des Geschäfts derart getäuscht worden ist, dass er etwas völlig anderes erwirbt, als er erwerben wollte („aliud“), die empfangene Leistung für ihn mithin in vollem Umfang unbrauchbar ist (vgl. BGH, Beschluss vom 28. Juni 1983 – 1 StR 576/82, aaO; Urteil vom 7. März 2006 – 1 StR 379/05, BGHSt 51, 10, 15 f.; Beschluss vom 14. April 2011 – 1 StR 458/10, wistra 2011, 335). Soweit das Landgericht den persönlichen Schadenseinschlag weiter mit dem Ausmaß der Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit der Erwerber begründet hat, findet die Wertung (UA S. 156), dass „den Käufern mit der eingegangenen langjähri-

gen Finanzierungsverpflichtung Mittel entzogen“ worden seien, die sie „für eine angemessene Wirtschafts- und Lebensführung benötigt“ hätten, in objektiver Hinsicht allenfalls in den Feststellungen zu den Taten (D II.) 2, 5 und 10 eine noch tragfähige Grundlage. Nur dort sind den Urteilsgründen knappe Ausführungen zu den persönlichen Einkommens- bzw. Vermögensverhältnissen sowie zu den Auswirkungen der zur Zahlung des Kaufpreises eingegangenen Darlehensverpflichtungen zu entnehmen. Auch bei diesen Taten hat das Landgericht jedoch nicht festgestellt, dass für die Käufer der Eigentumswohnungen deren objektiver Wert nicht realisierbar gewesen wäre. Es hat nicht bedacht, dass ein Vermögensschaden ausscheiden bzw. vermindert sein kann, soweit das Erlangte einen für jedermann ohne größeren Aufwand realisierbaren Geldwert aufweist (vgl. BGH, Urteil vom 7. März 2006 – 1 StR 379/05, aaO, S. 16; Beschluss vom 19. Februar 2014 – 5 StR 510/13; siehe zur Schadensfeststellung bei nachhaltiger Beeinträchtigung der sonstigen Lebensführung nach Wohnungskauf im Rahmen eines Bauträgermodells auch schon BGH, Beschluss vom 9. März 1999 – 1 StR 50/99, NStZ 1999, 555).

14 Gleichmaßen halten die Ausführungen zur subjektiven Tatseite hinsichtlich des Vorsatzes einer Nachteilszufügung unter den Bedingungen eines vom Landgericht angenommenen persönlichen Schadenseinschlags rechtlicher Überprüfung nicht stand. Die Darlegungen erschöpfen sich in der pauschalen Feststellung, der Angeklagte habe, indem er sich mit der Möglichkeit abgefunden habe, für einen Vertrieb mit betrügerischen Verkaufsmethoden zu beurkunden, die Entstehung „eines Vermögensnachteils“ billigend in Kauf genommen (UA S. 155 f., 157). Damit ist weder festgestellt noch in den Urteilsgründen sonst belegt, dass der Angeklagte bei den Beurkundungsvorgängen die Voraussetzungen eines persönlichen Schadenseinschlags auf Seiten der Geschä-

digten kannte oder billigend in Kauf nahm (vgl. LK-Tiedemann, StGB, 12. Aufl., § 263 Rn. 242).

15 bb) Trotz der mithin fehlerhaften Bemessung des bei den einzelnen Taten entstandenen tatbestandlichen Vermögensnachteils im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB kann nach dem Urteilszusammenhang ausgeschlossen werden, dass jeweils überhaupt kein Vermögensnachteil entstanden ist.

16 Das Landgericht hat in den Fällen (D II.) 1 bis 8 und 10 jeweils rechtsfehlerfrei den Verkehrswert der betreffenden Eigentumswohnungen festgestellt und einen Vergleich mit den von den Geschädigten hierfür angebotenen Kaufpreisen vorgenommen – was von vornherein der zutreffende Ansatz für eine Schadensberechnung gewesen wäre, da beim Kauf ein Vermögensnachteil regelmäßig nur eintritt, wenn die erworbene Sache weniger wert ist als der gezahlte Kaufpreis (vgl. BGH, Urteil vom 24. Juni 2010 – 3 StR 90/10, aaO). Diese Saldierung ergab jeweils einen fünfstelligen Differenzbetrag, mit dem der Kaufpreis den Verkehrswert der Immobilie überstieg (UA S. 157). Etwaige Wertsteigerungen der Wohnungen nach dem hier durch die Abgabe des notariellen Kaufangebots bestimmten Zeitpunkt der Vermögensverfügung waren für die Frage des Eintritts eines Vermögensnachteils von vornherein unbeachtlich.

17 Auch bei der Tat (D II.) 9 kann ausgeschlossen werden, dass überhaupt kein Vermögensnachteil entstanden ist. Zwar hat das Landgericht in diesem Fall, in dem das Kaufangebot über eine erst noch zu erstellende Eigentumswohnung abgegeben wurde, keinen Verkehrswert der Immobilie ermittelt. Jedoch ist angesichts der Umstände, dass für die Vermittlung der Eigentumswohnung bei einem Kaufpreis von 90.600 € dem veräußernden Bauträger im Dezember 2009 eine Provision von rund 19.400 € in Rechnung gestellt wurde und

die Geschädigten bei einem Weiterverkauf der Wohnung im Sommer 2013 lediglich einen Kaufpreis von 42.000 € erzielen konnten, ohne weiteres davon auszugehen, dass der ursprüngliche Kaufpreis den Verkehrswert der Immobilie erheblich überschritten und damit einen Vermögensnachteil für die Erwerber begründet hat.

18 Rechtsfehlerfrei hat das Landgericht insoweit auch zur subjektiven Tatseite hinreichende Feststellungen getroffen, wonach der Angeklagte mit der Möglichkeit einer Vermittlung minderwertiger Objekte rechnete (UA S. 29).

19 2. Wegen der jeweils fehlerhaften Bemessung des Nachteilsumfangs sind die Einzelstrafausprüche für sämtliche Taten aufzuheben, was auch die Aufhebung der Gesamtstrafe nach sich zieht. Der Senat kann schon im Hinblick auf die ausdrückliche strafschärfende Berücksichtigung des fehlerhaft bestimmten Gefährdungsschadens nicht ausschließen, dass das Landgericht bei Zugrundelegung des rechtlich zutreffenden Umfangs des jeweils eingetretenen tatbestandlichen Vermögensnachteils niedrigere Einzelstrafen und eine etwas mildere Gesamtstrafe zugemessen hätte. Hinzu kommt, dass das Landgericht den auch ansonsten für die Strafzumessung bestimmenden Gesichtspunkt (vgl. BGH, Beschluss vom 14. April 2011 – 1 StR 458/10, aaO, mwN) außer Acht gelassen hat, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe den Geschädigten tatsächlich ein Schaden verblieben ist. Dessen ungeachtet sind als verschuldete Auswirkungen der Tat (§ 46 Abs. 2 StGB) weitere negative wirtschaftliche Folgen für die Geschädigten, wie sie in Einzelfällen bislang festgestellt worden sind, zu berücksichtigen. Den zutreffenden Umfang des Vermögensnachteils im Sinne des § 266 StGB wird das neue Tatgericht auf der Grundlage und in Ergänzung der den Schuldspruch tragenden rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen zu bestimmen haben.

20

Der Senat sieht Anlass, die Sache an eine Wirtschaftsstrafkammer zurückzuverweisen. Die Voraussetzungen des § 74c Abs. 1 Nr. 6 lit. a) GVG liegen offensichtlich vor (vgl. BGH, Urteil vom 13. April 2010 – 5 StR 428/09).

Basdorf

Sander

Schneider

Berger

Bellay