

Eigentum- und Vermögensstrafrecht

LOStA a.D. Rechtsanwalt Folker Bittmann, Köln

Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 20. August 2019 – 2 StR 381/17

I. Dieser *strafrechtliche* Beschluss liest sich in seinen rechtlichen Passagen zur Untreue beinahe wie eine Bestätigung der strafrechtlichen Phantasien, welche die *zivilrechtliche* Entscheidung zur Aufbauhilfe für eine LPG-Nachfolgegesellschaft auslöste (BGH, Urt. v. 16.7.2019 – II ZR 426/17, dazu in dieser Ausgabe, S. 178). In beiden Fällen ging es um in einen größeren Zusammenhang eingebettete Darlehen.

II. Hintergrund der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 20. August 2019 ist der „Skandal“ der anlegerschädigend zusammengebrochenen Frankfurter S & K-Gruppe. Vorliegend ging es nicht um deren Verantwortliche, sondern um die Strafbarkeit eines Organizers und Verantwortlichen von Fonds auflegenden Gesellschaften, welche Geldmittel von Anlegern eingesammelt hatten, die sie zu Anteilseignern der Fondsgesellschaften hatten werden lassen. Die Fonds hatten der S & K Darlehen i.H.v. ca. 95 Mio Euro zur Verfügung

gestellt, damit diese die Immobiliengeschäfte finanzieren konnte, aus denen sie die Rendite für (letztlich) die Anleger erwirtschaften wollte.

Nach Abschluss sowohl der organisationsbezogenen Verträge als auch der Anlagegeschäfte verabredete der Angeklagte mit S als Verantwortlichem der S & K (zwecks leichterem Verständnis hier pars pro toto verwandt für in Wahrheit verschiedene Einzelgesellschaften), dass er, der Angeklagte, (über eine Briefkastengesellschaft) zusätzlich zu den für die Vermittlungsdienste (i.w.S.: Werbung der Anleger, Gewähren der Darlehen) verabredeten Leistungen noch 3 % der Darlehenssummen persönlich erhalte. Von den daraufhin seitens der Darlehensnehmerin gezahlten ca. 1,17 Millionen € erhielt der Angeklagte 130.000 € von der Briefkastengesellschaft ausbezahlt. Das Tatgericht sah in diesem Geschehen eine Anstiftungshandlung des Angeklagten zur Untreue seitens S und zog die 130.000 € ein.

III. 1. Geradezu schulmäßig fasste der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs die Voraussetzungen für das Vorliegen einer Vermögensbetreuungspflicht i.S.v. § 266 StGB zusammen (Rn. 13 f.). Die referierten Maßstäbe legte der Senat anschließend an Darlehensverträge im Allgemeinen (Rn. 15) und das Vertragsgeflecht im Besonderen an (Rn. 16 f.). Dabei bestätigte er die ständige Rechtsprechung, derzufolge ein normaler Darlehensvertrag keine Vermögensbetreuungspflicht des Darlehensnehmers gegenüber dem Darlehensgeber auslöst. Der BGH betonte allerdings, dass es möglich sei, in einen Darlehensvertrag auftragsähnliche Elemente einzubeziehen, welche ihm den Charakter einer Geschäftsbesorgung für fremdes Vermögen verleihe. Erforderlich sei dafür, dass die Fremdnützigkeit im Mittelpunkt des Vertragsverhältnisses stehe.

2. Unter diesen Prämissen ist der vorliegende Sachverhalt in viererlei Hinsicht potenziell untreuerelevant: Vermögensbetreuungspflichten können ggf. bestehen

- für S gegenüber den darlehensnehmenden Gesellschaften (= S & K)
- oder direkt gegenüber deren Geellschaftern (= den Anlegern),
- für S & K gegenüber dem jeweiligen darlehensgebenden Fonds, und
- für S & K gegenüber den Gesellschaftern dieser Fonds, also den Anlegern.

a) In den beiden letzten Alternativen wäre zwar S & K gegenüber den Außenstehenden (Fonds oder deren Gesellschaftern) selbst als Gesellschaft vermögensbetreuungspflichtig gewesen, hätte aber – mangels eigener Handlungsfähigkeit – diese Pflicht nur mittels eigenen Personals erfüllen können. Originär wahrnehmungspflichtig und wahrnehmungsfähig wäre ihr Organ, d.h. S. In diese Stellung rückte S kraft Gesetzes, § 14 Absatz 1 Nr. 1 StGB. Ihm stand es allerdings frei zu entscheiden, ob er diese Pflicht selbst, also in eigener Person, erfüllte oder ob er dafür Dritte beauftragte. Je nachdem, wie S sich entschieden hatte, wäre entweder er oder der von ihm beauftragte Dritte verpflichtet gewesen, die originär S & K als Gesellschaft treffenden vermögensbetreuenden Pflichten gegenüber dem Fonds oder den Gesellschaftern (= Anlegern) zu erfüllen. Sie selbst wären kraft Gesetzes oder ggf. kraft der vereinbarten Übernahme unmittelbar nur gegenüber S & K vermögensbetreuungspflichtig gewesen und hätten in Erfüllung dieser ihrer gegenüber S & K bestehenden Pflicht deren Aufgaben erledigen müssen, die S & K gegenüber dem Fonds bzw. den Gesellschaftern übernommen hatte. Es hätte insoweit ein doppeltes Treuhandverhältnis bestanden mit unterschiedlichen Geschädigten zweier idealkonkurrierender Untreuetaten.

b) Ob es sich bei der Verletzung einer dieser vier denkbaren Vermögensbetreuungspflichten jeweils um denselben Lebensausschnitt, d.h. um dieselbe Tat im prozessualen Sinne gehandelt hätte, wie wenn eine andere dieser Pflichten verletzt worden wäre, musste der Senat nicht entscheiden. Er stellte allerdings klar, dass S auf Basis einer Anklage wegen Untreue zum Nachteil der Anleger nicht ohne rechtlichen Hinweis, § 265 Abs. 2 Nr. 3 StPO, wegen Untreue zum Nachteil von S & K als darlehensnehmender Gesellschaft oder via § 14 StGB als deren Geschäftsführer wegen Verletzung der dieser Gesellschaft gegenüber den Fonds obliegenden Vermögensbetreuungspflicht hätte verurteilt werden können. Entsprechendes würde für eine Verurteilung des Angeklagten wegen Anstiftung des S gelten (Rn. 25).

c) Mit der Frage einer eventuellen Untreue von S zum Nachteil von S & K musste sich der Senat schon mangels Feststellungen zu deren wirtschaftlicher Lage nicht näher befassen. Dies fügt sich ein in die ständige Rechtsprechung, derzufolge Entnahmen außerhalb der Krise dann keine Untreue darstellen, wenn der Inhaber des betreuten Vermögens damit

einverstanden ist. Obwohl der Senat dazu keine Aussagen traf, ist vorliegend anzunehmen, dass die Gesellschafter die Gewährung der 3 %-Zahlungen im Voraus gebilligt hatten. Die Frage nach einer eventuellen eigenen Vermögensbetreuungspflicht des Angeklagten gegenüber den Anlegern ließ der Senat unter Hinweis auf den nicht erteilten rechtlichen Hinweis letztlich offen.

d) Auf der Basis seiner allgemeinen und für das Darlehensverhältnis spezifizierten rechtlichen Ausführungen (Rn. 13-15) prüfte der BGH, ob das konkrete Verhältnis zwischen den Fonds und S & K derart ausgestaltet war, dass letztere im Sinne einer Geschäftsbesorgung die Fürsorge für das Vermögen des konkreten Fonds oder diesem originär obliegender Vermögensbetreuungspflichten gegenüber seinen Gesellschaftern, d.h., den Anlegern, übernommen hatte. Ausreichende Feststellungen dazu fand der BGH in den Ausführungen des Tatgerichts nicht.

3. Der zweite Strafsenat vermochte auf der Basis der Feststellungen des Tatgerichts allerdings nicht nur keine verletzte Vermögensbetreuungspflicht des S zu erkennen, sondern beanstandete auch, dass das Ausgangsgericht die Entnahme in Höhe von ca. 1,17 Millionen € als Schaden zum Nennwert angesetzt hatte (Rn. 21-23). Im Verhältnis zum Fonds oder deren Gesellschaftern hätte sich – im Fall zu behahender Vermögensbetreuungspflicht und deren Verletzung – ein Schaden nur dadurch ergeben können, dass der Darlehensrückzahlungsanspruch des Fonds nicht mehr (ganz oder teilweise) werthaltig gewesen wäre. Um einen etwaigen Abschreibungsbedarf beurteilen zu können, hätte es Feststellungen zur wirtschaftlichen Situation von S & K bedurft. Süffisant bemerkte der Senat, dass es sich bei gewährten Darlehen über ca. 95 Millionen € nicht von selbst verstehe, dass die Auszahlung von etwa 1,17 Millionen € den Darlehensrückzahlungsanspruch gefährdet hätte (Rn. 24). Selbst wenn aber S & K finanziell angeschlagen gewesen wäre, wäre kein Schaden entstanden, wenn die gewährten Darlehen ausreichend besichert waren. Dazu hatte die Strafkammer jedoch ebenfalls keine Feststellungen getroffen. Darin dürfte auch der Grund liegen, dass ein anderer Gesichtspunkt gänzlich unerörtert blieb: Ein Fonds und/oder seine Anleger könnten auch dadurch geschädigt worden sein, dass S & K nicht nur zur Rückzahlung der Darlehen verpflichtet war, sondern zusätzlich auch dazu, bestmögliche Gewinne zu erwirtschaften. Eine derartige Pflicht bestand für S gegenüber S & K. Aber nur dann, wenn eben diese Pflicht als zusätzlich auch gegenüber den Fonds und deren Gesellschaftern = Anlegern bestehend vereinbart worden wäre, könnten Letztere in Höhe asugebliebener Gewinne untreuerechtlich relevante Nachteile erlitten haben.

4. Dementsprechend hob der Senat die Verurteilung des Angeklagten wegen Anstiftung zur Untreue auf, erstreckte diese Aufhebung auch auf die korrespondierende Einziehungsentscheidung und verwies die Sache an eine andere als Wirtschaftsstrafkammer zuständige Strafkammer des Landgerichts zurück.

IV. Der Beschluss zeigt nicht nur einmal mehr, dass moralische Empörung nicht mit Strafbarkeit gleichgesetzt werden kann und darf. Vielmehr sind exakte tatrichterliche Feststellungen erforderlich, die erst die zutreffende rechtliche Beurteilung erlauben. Es ist zunächst Aufgabe der Staatsanwaltschaft, die verschiedenen betroffenen Vermögen auseinanderzuhalten und ihre rechtliche Gestaltung ebenso zu ermitteln wie den tatsächlichen Vermögenstransfer. Die strafrechtliche Bewertung darf sie weder auf den Vergleich zwischen dem Anfang und dem Ende eines mehraktigen Geschehens noch auf nur einen von mehreren denkbaren Geschehensabläufen verengen, sondern hat zu bedenken, welche Zwischen- und ggf. sonstigen anderen Varianten noch in Betracht kommen könnten. Bei der Subsumtion ist genau darauf zu achten, welche Stellung welche Person einnahm, in welcher Funktion sie handelte und ob sie speziell dabei Pflichten verletzte, welche (im Fall der Untreue) den spezifischen Anforderungen an eine Vermögensbetreuungspflicht genügten. Mit Erhebung der Anklage geht eben dieses penible Rekonstruktionsgebot auf das Gericht über. Es sollte das Hauptverfahren nicht voreilig eröffnen, sondern sich (neben den auch sonst vorhandenen generellen Prüfpflichten) zunächst Gewissheit darüber verschaffen, ob die Anklage dem gesamten Sachverhalt Rechnung trägt oder ob das Gericht sie unter Erteilung rechtlicher Hinweise oder gar nur mit Modifizierungen, § 207 Abs. 2, ggf. i.V.m. Abs. 3 StPO, zulassen sollte. Sorgfalt an dieser Stelle vermeidet Überraschungen während der Hauptverhandlung und beugt erfolgreichen Rechtsmitteln vor.

Dass die gebotene Rechtsprüfung (wohl nicht nur) hier nicht mit der erforderlichen Sorgfalt vorgenommen worden war, eröffnete der Verteidigung die Möglichkeit erfolgreicher Revi-

sion. Aufgrund allgemeiner Sachrüge hat das Revisionsgericht zwar von Amts wegen den Sachverhalt einer umfassenden Rechtsprüfung zu unterziehen. Es kann aber sicherlich nicht schaden, wenn ein sachkundiger Verteidiger auf die Schwachstellen im tatrichterlichen Urteil akribisch hinweist. Die vorliegende Entscheidung des 2. Senats des BGH zeigt auf, welche – unverhofften – Verteidigungsmöglichkeiten ein juristisch nicht durchweg exaktes Urteil bergen kann.