

HRRS 2008 Nr. 568

**BGH 5 StR 354/07 - 2. April 2008 (LG Berlin)**

**BGHR; Vermögensbetreuungspflicht des Vermieters für Kautionen bei Wohnraummiete und bei Gewerberaummiete (Einzahlungen der Kautionen auf die Girokonten im Kontokorrent; Begründung durch Gesetz und durch Vertrag); Vermögensnachteil (Vermögensgefährdung); Gehilfenvorsatz bei der Untreue; Untreue durch Unterlassen; Begriff des Verbotsirrtums; Beweiswürdigung (Stützung auf bloße Vermutungen: hier Vorverurteilung); Recht auf Verfahrensbeschleunigung (Kompensation; Vollstreckungslösung; mögliches Verfahrenshindernis; Einstellung; Verschlechterungsverbot).**

**§ 266 Abs. 1 StGB; § 550b Abs. 2 BGB a.F.; § 551 Abs. 3 BGB; § 27 StGB; § 13 StGB; § 17 StGB; Art. 6 EMRK; Art. 13 EMRK; § 358 Abs. 2 StPO; § 261 StPO**

Leitsätze

**1. Zur Vermögensbetreuungspflicht des Vermieters für Kautionen bei Wohnraum- und Gewerberaummiete (im Anschluss an BGHSt 41, 224). (BGHR)**

**2. Durch die gesetzliche Regelung des § 551 Abs. 3 BGB wird eine auf Gesetz beruhende Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 StGB begründet. Diese Pflicht schützt insbesondere den Rückzahlungsanspruch des Mieters im Falle einer Zahlungsunfähigkeit des Vermieters vor dem Zugriff von dessen Gläubigern. Hieran hält der Senat fest. (Bearbeiter)**

**3. Eine solche Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB existiert nur bei der Wohnraummiete. Eine Erstreckung auf gewerbliche Mietverhältnisse ist nicht anzuerkennen. (Bearbeiter)**

**4. Der lässt es dahinstehen, ob im Blick auf das strafrechtliche Analogieverbot (§ 1 StGB) eine - über den Wortsinn hinausgehende - Auslegung mittelbar strafrechtsbegründender zivilrechtlicher Normen zulässig ist. (Bearbeiter)**

**5. Allgemeine schuldrechtliche Pflichten aus einem Vertragsverhältnis genügen für sich genommen nicht zur Begründung einer Vermögensbetreuungspflicht (BGHSt 33, 244, 249; BGHR 15 StGB § 266 Abs. 1 Vermögensbetreuungspflicht 11, 14, 16). Dies gilt grundsätzlich selbst dann, wenn es sich um Rücksichtnahme- oder Sorgfaltspflichten zugunsten des Vertragspartners handelt. Vertragliche Pflichten müssen, um eine Vermögensbetreuungspflicht begründen zu können, im besonderen Maße den Interessen des Vertragspartners dienen und gerade deshalb vereinbart worden sein. Die vereinbarte Regelung muss - als rechtsgeschäftlich eingegangene Vermögensbetreuungspflicht - mithin zugunsten des geschützten Vertragspartners Elemente einer Geschäftsbesorgung aufweisen. Das bedeutet, dass sich die Vertragspartner nicht nur über die Zahlung einer Kaution an sich, sondern auch über deren besondere Anlageform geeinigt haben müssen. Vereinbaren die Parteien eines gewerblichen Mietverhältnisses eine besondere Sicherung nicht ausdrücklich und bringen dadurch nicht zum Ausdruck, dass der Vermieter im Hinblick auf die Kaution treuhänderische Pflichten zu übernehmen habe, kann deshalb nicht von der Annahme einer rechtsgeschäftlichen**

**Vermögensbetreuungspflicht ausgegangen werden. (Bearbeiter)**

**6. Eine schadensgleiche Vermögensgefährdung im Sinne des § 266 StGB entsteht nicht bereits, wenn die Kautions nicht vom sonstigen Betriebsvermögen abgesondert, sondern auf ein "allgemeines" Konto eingezahlt wird. Insoweit ist die Sachverhaltskonstellation nicht anders zu beurteilen als allgemein die unterlassene Einzahlung von Fremdgeldern auf einem Anderkonto, obwohl eine Rechtspflicht zu einer abgesonderten Anlage dieser Gelder besteht. Nach der ständigen Rechtsprechung führt ein solches Verhalten nicht zu einem Nachteil im Sinne des § 266 StGB, soweit der Betreffende jederzeit bereit und fähig ist, einen entsprechenden Betrag aus eigenen flüssigen Mitteln vollständig auszukehren (BGHSt 15, 342; BGHR StGB § 266 Abs. 1 Nachteil 56). (Bearbeiter)**

**7. Für die vorsätzliche Begehung der Untreue durch Eingehung einer schadensgleichen Vermögensgefährdung ist neben dem kognitiven Element zusätzlich das voluntative Element erforderlich. Dies bedeutet, dass der Angeklagte die konkrete Gefahr erkannt und zudem deren Realisierung gebilligt haben muss, sei es auch nur in der Form, dass er sich mit dem Eintritt des ihm unerwünschten Erfolges abfindet (BGHSt 51, 100, 120 f.; vgl. auch BGHSt 48, 331, 347 ff.). (Bearbeiter)**

**8. Ein Verbotsirrtum nach § 17 StGB kommt nur in Betracht, wenn dem Täter die Einsicht fehlt, Unrecht zu tun. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs braucht der Täter die Strafbarkeit seines Vorgehens nicht zu kennen; es genügt, dass er wusste oder hätte erkennen können, Unrecht zu tun (BGHSt 15, 377, 383; BGH NStZ 1996, 236, 237; wistra 1986, 218). (Bearbeiter)**

Entscheidungstenor

Auf die Revisionen der Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Berlin vom 12. Februar 2007 gemäß § 349 Abs. 4 StPO mit den Feststellungen aufgehoben, soweit die Angeklagten verurteilt worden sind.

Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittel, an eine andere Wirtschaftsstrafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Gründe

Das Landgericht hat - neben Teileinstellung und -freispruch - den Angeklagten G. S. wegen Untreue in 201 Fällen - unter Einbeziehung einer Geldstrafe aus einer rechtskräftigen Vorverurteilung - zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und vier Monaten verurteilt sowie gegen ihn ein Berufsverbot für vier Jahre ausgesprochen. Gegen seine Ehefrau E. S. und seinen Sohn M. S. hat das Landgericht wegen Beihilfe zur Untreue Geldstrafen in Höhe von 150 Tagessätzen bzw. 90 Tagessätzen verhängt. Gegen dieses Urteil wenden sich sämtliche Angeklagten mit ihren Revisionen, die jeweils mit der Sachrüge im vollen Umfang Erfolg haben. Der Generalbundesanwalt hat - ohne Begründung - Terminantrag gestellt und zur Sache keine Ausführungen gemacht (vgl. zur gleichwohl zulässigen Verfahrensweise nach § 349 Abs. 4 StPO Hanack in Löwe/ Rosenberg, StPO 25. Aufl. § 349 Rdn. 37; Meyer-Goßner, StPO 50. Aufl. § 349 Rdn. 30).

## I.

Das landgerichtliche Urteil enthält folgende Feststellungen und Wertungen:

1. Der Angeklagte G. S. war faktischer Geschäftsführer der W. Q. GmbH, der Komplementärin der KG, sowie der Sa. GmbH, die Komplementärin der Sa. KG war. An beiden Unternehmen hielten Familienmitglieder die Mehrzahl der Geschäftsanteile, nämlich unter anderem seine mitangeklagte Ehefrau E. (bei der ) und sein mitangeklagter Sohn M. (bei der Sa.). Die Angeklagten E. und M. S. waren auch jeweils Geschäftsführer des Unternehmens, an dem sie eine Mehrheitsbeteiligung innehatten.

Sowohl die KG als auch die Sa. KG vermieteten ihnen gehörende Wohn- und Gewerbeimmobilien. Entsprechend der mietvertraglichen Regelungen waren die Mieter zur Stellung von Kautionen verpflichtet. Die Kautionen wurden meist in bar übergeben oder per Überweisung an die beiden Gesellschaften geleistet. Der Angeklagte G. S., der in beiden Unternehmen alle wesentlichen Entscheidungen traf, zahlte die Kautionen jeweils auf ein Girokonto bei der Sparkasse zwischen August 1994 und März 1997 ein. Beide Konten waren - für jede der beiden Gesellschaften separat - seit August 1993 in eine Kontokorrentvereinbarung einbezogen, was dazu führte, dass zwischen sämtlichen Konten ein täglicher Ausgleich stattfand. Damit konnten auf einigen Konten entstandene Negativsalden durch Guthaben auf anderen Konten der Gesellschaft, unter anderem auch durch das Kautionskonto, ausgeglichen werden. Die eingezahlten Kautionen wurden auf diese Weise in das allgemeine Umlaufvermögen der beiden Unternehmen überführt und standen für die Deckung sämtlicher Verbindlichkeiten zur Verfügung. Es kam ebenfalls zu Transaktionen zwischen der KG und der Sa. KG. Insgesamt hat der Angeklagte G. S. Kautionen in einer Höhe von mindestens 500.000 DM vereinnahmt. Über das Vermögen der KG wurde später das Insolvenzverfahren eröffnet. Die einzelnen Mieter konnten bis heute ihre Kautionsansprüche nicht realisieren, weil der Insolvenzverwalter das noch vorhandene Guthaben in Höhe von 260.000 DM hinterlegt und bislang nicht an die Mieter als Gläubiger der Kautionen ausbezahlt hatte.

2. Das Landgericht hat bereits die Einzahlungen der Kautionen auf die beiden Girokonten als jeweils selbständige Untreuehandlungen gewürdigt. Damit habe der Angeklagte G. S. als faktischer Geschäftsführer seine treuhänderische Pflicht gegenüber den Mietern verletzt, die Kautionen so anzulegen, dass sie vor einem Zugriff der Gläubiger der jeweils vermietenden Gesellschaft geschützt seien. Dies gelte nicht nur für die Wohnraummiete, für die eine solche Pflicht ausdrücklich geregelt sei (§ 550b Abs. 2 BGB a.F. - jetzt § 551 Abs. 3 BGB), sondern ebenso für die Vermietung von Gewerberaum. Die Einzahlung der Gelder auf das Girokonto habe in jedem Falle eine schadensgleiche Vermögensgefährdung begründet, zumal die eingezahlten Kautionen die Liquiditätslage der Gesellschaften abgesichert hätten.

Die Angeklagten E. und M. S. hätten Beihilfe zur Untreue geleistet, weil sie durch ihre Strohmann Tätigkeit dem Angeklagten G. S. die einzelnen Taten erst ermöglichten.

## II.

Die Revisionen aller drei Angeklagten führen zur umfassenden Aufhebung der landgerichtlichen Verurteilungen.

1. Die Auffassung des Landgerichts, der Angeklagte G. S. habe mit der Einzahlung der von den Mietern geschuldeten Kautionen auf das Girokonto bei der Sparkasse jeweils eine selbständige Untreuehandlung begangen, begegnet durchgreifenden Bedenken.

a) Allerdings hat das Landgericht ohne Rechtsverstoß angenommen, dass durch die gesetzliche Regelung des § 550b Abs. 2 BGB a.F. (nunmehr § 551 Abs. 3 BGB) zugleich eine auf Gesetz beruhende Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 StGB begründet wurde. Wie der Bundesgerichtshof bereits in seinem Beschluss vom 23. August 1995 (BGHSt 41, 224) ausgeführt hat, stellt diese gesetzliche Regelung einen Ausgleich zwischen dem Sicherungsbedürfnis des Vermieters auf der einen und dem Schutzbedürfnis des Mieters auf der anderen Seite her; sie schützt dabei insbesondere den Rückzahlungsanspruch des Mieters im Falle einer Zahlungsunfähigkeit des Vermieters vor dem Zugriff von dessen Gläubigern. Deshalb habe der Gesetzgeber die Mietkaution in Anlehnung an die Vorschriften über die Anlage von Einnahmen des Wohnungsverwalters (§ 27 Abs. 4 WEG) oder über den Umgang mit Mündelgeldern (§§ 1806, 1807 BGB) im Rahmen der Wohnmiete als Treuhandverhältnis ausgestaltet (BGHSt 41, 224, 228 unter Bezugnahme auf BT-Drucks 9/2079, S. 10). Auch wenn der dem Vermieter insoweit verbleibende Ermessensspielraum relativ eng gezogen sei, entstehe mit der Entgegennahme der Kautionsleistung eine Vermögensbetreuungspflicht, die für den Vermieter durch die mietrechtlich vorgesehene Verwendung dieser Gelder begründet werde (BGHSt aaO S. 229; Schönemann in LK 11. Aufl. § 266 Rdn. 113; kritisch hierzu: Dierlamm in MK-StGB 2006 § 266 Rdn. 11; Samson/Günther in SK-StGB 39. Lfg. § 266 Rdn. 29).

An dieser Rechtsprechung hält der Senat fest, wobei es keiner Vertiefung bedarf, ob die in der Literatur kritisierte Anknüpfung der Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 StGB an eine vertragliche Nebenpflicht aufrechtzuerhalten ist (Sowada JR 1997, 28; Dierlamm aaO). Der Senat hat vielmehr deutlich gemacht, dass sich die Vermögensbetreuungspflicht aus den Sonderregeln für die Wohnraummiete (§ 550b Abs. 2 BGB a.F.) ergibt (BGHSt 41, 224, 227 f.), also keine durch Rechtsgeschäft, sondern eine durch Gesetz begründete Vermögensbetreuungspflicht darstellt. Mit der Anlage der Gelder unter Verstoß gegen die gesetzliche Regelung des § 550b Abs. 2 BGB a.F. hat der Angeklagte G. S. deshalb pflichtwidrig im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB gehandelt.

b) Entgegen der Auffassung des Landgerichts entsteht eine solche Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB nur bei der Wohnraummiete. Das Landgericht hat eine Erstreckung auf gewerbliche Mietverhältnisse damit begründet, dass aus der Sicht dieser Mieter ebenfalls eine Sicherung der eingebrachten Kautionen erforderlich sei, weil auch die gewerblichen Mieter nicht unerhebliche Risiken eingingen. Die gewerblichen Mieter müssten deshalb gleichermaßen am strafrechtlichen Schutz des § 266 Abs. 1 StGB teilnehmen. Dieser Ansatz des Landgerichts begegnet in zweifacher Hinsicht durchgreifenden Bedenken.

aa) Eine durch Gesetz begründete Vermögensbetreuungspflicht in Bezug auf die Mietkaution scheidet bei der Gewerberaummiете aus. Die gesetzlichen Regelungen über die Anlage von Mietkautionen beziehen sich allein auf Mietverhältnisse über Wohnraum. Dies ergibt sich aus der Überschrift des Untertitels 2: "Mietverhältnisse über Wohnraum" und aus § 549 Abs. 1 BGB, der insoweit den spezialgesetzlichen Charakter der Regelungen über Wohnraummietverhältnisse klarstellt. Dies bedeutet aber auch, dass selbst eine analoge Anwendung der Vorschrift des § 551 Abs. 3 BGB auf gewerbliche Mietverhältnisse ausscheidet. Da der Gesetzgeber die Regelung bewusst nicht als allgemeine mietvertragliche Regelung ausgestaltet, sondern auf Mietverträge über Wohnraum beschränkt hat, fehlt eine Lücke, die im Wege einer Analogie geschlossen werden könnte. Der Senat kann es daher dahinstehen lassen, ob im Blick auf das strafrechtliche Analogieverbot (§ 1 StGB) überhaupt eine derartige - über den Wortsinn hinausgehende - Auslegung mittelbar strafrechtsbegründender zivilrechtlicher Normen zulässig ist (vgl. Dannecker in LK 12. Aufl. § 1 Rdn. 262). Es liegt bei der Gewerberaummiете mithin keine gesetzlich begründete Vermögensbetreuungspflicht im Hinblick auf die Kautionsleistung vor. Schon deshalb geht die Erwägung des Landgerichts, auch der gewerbliche Mieter verdiene den Schutz des § 266 StGB, ins Leere.

bb) Eine anderweitige Entstehung einer Vermögensbetreuungspflicht ist nicht ersichtlich. Zwar ist eine

mietvertragliche Regelung denkbar, die eine entsprechende Anlagepflicht der eingezahlten Kautionen vorsieht. In diesem Fall läge eine rechtsgeschäftliche Begründung einer entsprechenden Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB vor. Dass eine derartige Vereinbarung erfolgt ist, hat das Landgericht jedoch nicht festgestellt. Sie liegt auch nicht nahe, zumal die Verträge durch die Vermieterseite vorformuliert gewesen sein dürften.

Hingegen begründet die bloße Vereinbarung einer Kaution als solche keine Vermögensbetreuungspflicht. Es ist schon zweifelhaft, ob für die Kaution bei der Gewerberaummieta vergleichbare Regelungen gelten, der Vermieter also überhaupt zu einer abgesonderten und verzinslichen Anlage der Kautionssumme verpflichtet ist. Solches ist schon deshalb fraglich, weil der Gesetzgeber dieses ausdrücklich nur für die Wohnraummieta angeordnet hat. Zudem würde es der unterschiedlichen Interessenlage bei der Gewerberaummieta widersprechen, wenn dort ohne weiteres gleiche Pflichten beständen. Für die Gewerberaummieta gilt nämlich das Primat der freien Vereinbarung (Palandt/Weidenkaff, BGB 67. Aufl. Einf. v. § 535 Rdn. 122).

Für die strafrechtliche Beurteilung unter dem Gesichtspunkt der Untreue kann die Frage der Behandlung einer Kaution im Rahmen eines Gewerberaummietverhältnisses aber letztlich offen bleiben. Selbst wenn sich aus der Kautionsvereinbarung nämlich entsprechende Nebenpflichten ergeben sollten (so zur abgesonderten Anlage der Kaution - OLG Nürnberg MDR 2006, 1100 -; zu deren Verzinsung - BGH NJW 1994, 3287), führt dies nicht zur Annahme einer durch Rechtsgeschäft begründeten Vermögensbetreuungspflicht. Allgemeine schuldrechtliche Pflichten aus einem Vertragsverhältnis genügen für sich genommen nicht (BGHSt 33, 244, 249; BGHR 15 StGB § 266 Abs. 1 Vermögensbetreuungspflicht 11, 14, 16; vgl. auch Fischer, StGB 55. Aufl. § 266 Rdn. 29). Dies gilt grundsätzlich selbst dann, wenn es sich um Rücksichtnahme- oder Sorgfaltspflichten zugunsten des Vertragspartners handelt (Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, StGB 27. Aufl. § 266 Rdn. 23; vgl. auch BGHR StGB § 266 Abs. 1 Vermögensbetreuungspflicht 9). Vertragliche Pflichten müssen, um eine Vermögensbetreuungspflicht begründen zu können, im besonderen Maße den Interessen des Vertragspartners dienen und gerade deshalb vereinbart worden sein. Die vereinbarte Regelung muss - als rechtsgeschäftlich eingegangene Vermögensbetreuungspflicht - mithin zugunsten des geschützten Vertragspartners Elemente einer Geschäftsbesorgung aufweisen (Lenckner/Perron aaO Rdn. 27; vgl. auch BGHSt 28, 20, 23 f.). Das bedeutet, dass sich die Vertragspartner nicht nur über die Zahlung einer Kaution an sich, sondern auch über deren besondere Anlageform geeinigt haben müssen. Vereinbaren die Parteien eines gewerblichen Mietverhältnisses eine besondere Sicherung nicht ausdrücklich und bringen dadurch nicht zum Ausdruck, dass der Vermieter im Hinblick auf die Kaution treuhänderische Pflichten zu übernehmen habe, kann deshalb nicht von der Annahme einer rechtsgeschäftlichen Vermögensbetreuungspflicht ausgegangen werden.

Treffen den Empfänger der Kaution keine besonderen, ihm vertraglich auferlegten Sicherungspflichten, ist die Einzahlung einer Kaution nicht anders zu beurteilen, als wenn der Mieter für einen künftigen Sicherungsfall vorleistet. Insoweit besteht an sich immer ein Sicherungsbedürfnis, das der vorleistende Mieter aber durch eine entsprechende Fassung der Vereinbarung minimieren könnte. Einem gewerblichen Mieter ist die Durchsetzung einer entsprechenden vertraglichen Absicherung auch abzuverlangen. Ein gewisses Sicherungsbedürfnis wohnt im Übrigen letztlich jeder Vorleistung inne. Dieses dem Leistenden verbleibende Restrisiko reicht jedoch grundsätzlich nicht aus, den Empfänger der Vorleistung mit einer Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB zu belasten (BGHSt 28, 20, 23 f.). Gerade im Rahmen von Austauschverhältnissen bedarf es deshalb - sofern eine gesetzliche Bestimmung fehlt - einer ausdrücklichen Vereinbarung, die den Vertragsschließenden insoweit zu einer besonderen Vermögensfürsorge zugunsten des anderen Vertragspartners verpflichtet. Andernfalls erschöpft sich der Verstoß in einer Verletzung der Pflicht, sich vertragsgemäß zu verhalten. Dies begründet aber als solches noch keine Untreue (BGHSt 22, 190, 191; 33, 244, 250).

2. Da in den Gewerberaummietfällen nach den Feststellungen keine besonderen Kautionsvereinbarungen in dem oben dargestellten Sinne abgeschlossen wurden, führt dies dazu, dass nur in den Fällen, in denen ein Mietverhältnis über Wohnraum begründet worden ist, hinsichtlich der eingezahlten Kautionen eine Vermögensbetreuungspflicht hat entstehen können. Da sich den Urteilsgründen nicht entnehmen lässt, in welchem der 201 Einzelfälle es sich jeweils um Wohn- oder Gewerberaummiete handelte, kann das Urteil gegen den Angeklagten G. S. schon deshalb insgesamt keinen Bestand haben. Es lässt sich nämlich für keinen der ausgeurteilten 201 Fälle ausschließen, dass es sich insoweit nicht um ein Gewerbemietverhältnis gehandelt haben könnte. Im Gegenteil spricht in mehreren Fällen für Gewerberaummietverhältnisse, dass eine juristische Person als Mieter auftritt oder die Höhe der Kaution dies nahelegt. Im Fall 169 der Urteilsgründe hat dies das Landgericht ausdrücklich festgestellt. Die unterbliebene Zuordnung, ob es sich um Wohnraummietverhältnisse handelt, bedingt auch die umfassende Aufhebung der zugrunde liegenden Feststellungen.

3. Die Verurteilungen der Angeklagten E. und M. S. wegen Beihilfe zur Untreue haben auch deswegen keinen Bestand, weil durchgreifende Bedenken gegen die Annahme eines Gehilfenvorsatzes bestehen.

a) Das Landgericht leitet einen Gehilfenvorsatz daraus ab, dass beide Angeklagte jeweils dem Angeklagten G. S. die von ihnen als formelle Geschäftsführer geführten Unternehmen in dem Bewusstsein überlassen hätten, dass es zu einer strafrechtlich erheblichen Schädigung der Mieter dieser Gesellschaften kommen könnte. Die Einzelheiten der Taten hätten sie als Gehilfen nicht wissen müssen. Die billigende Inkaufnahme einer Nachteilszufügung zu Lasten der Mieter begründet das Landgericht damit, dass beide Angeklagte von der Vorverurteilung des Angeklagten G. S. durch das Landgericht Berlin vom 5. März 1992 Kenntnis gehabt hätten. Der Angeklagte G. S. wurde dort wegen Untreue, Meineides und versuchten Betrugs zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und zehn Monaten verurteilt, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wurde.

b) Im Ansatz zutreffend geht das Landgericht davon aus, dass der Gehilfe die Haupttat in ihren wesentlichen Merkmalen kennen und in dem Bewusstsein handeln muss, durch sein Verhalten das Vorhaben des Haupttäters zu fördern. Einzelheiten der Haupttat braucht er dabei jedoch nicht zu kennen (BGHSt 46, 107, 109; BGHR StGB § 27 Abs. 1 Vorsatz 7, 9). Die hierzu bislang getroffenen Feststellungen tragen jedoch bezüglich der Angeklagten E. und M. S. nicht ohne weiteres eine Verurteilung wegen vorsätzlicher Beihilfe zur Untreue.

Zwar ist die Würdigung der Beweise grundsätzlich Sache des Tatrichters. Das Revisionsgericht hat seine Schlussfolgerungen, die nur möglich, aber nicht zwingend sein müssen, grundsätzlich hinzunehmen (BGHR StPO § 261 Überzeugungsbildung 21). Eine Grenze findet dies jedoch dort, wo sich die tatrichterliche Würdigung in Vermutungen erschöpft, die nicht durch entsprechende Tatsachen belegt sind. Entfernt sich der Tatrichter in seinen Schlussfolgerungen so sehr von einer festen Tatsachengrundlage, dass sie nur noch einen Verdacht, nicht dagegen die für eine Verurteilung erforderliche Überzeugung zu begründen vermögen, liegt hierin ein Verstoß gegen § 261 StPO (BGHR StPO § 261 Überzeugungsbildung 26; Vermutung 1, 7).

Allein das Vorhandensein einer - im Übrigen nicht einmal tatsächlich sehr ähnlich gelagerten - einschlägigen Vorverurteilung, deren Vollstreckung zudem wegen der positiven Sozialprognose des Angeklagten G. S. zur Bewährung ausgesetzt wurde, rechtfertigt einen solchen Schluss nicht ohne weiteres. Ohne entsprechende nähere Anhaltspunkte ist die Feststellung des Landgerichts nicht tragfähig, die Angeklagten E. und M. S. hätten mit einer vorsätzlichen Nachteilszufügung der Mieter durch den Angeklagten G. S. gerechnet. Es hätte zumindest der Kenntnis bestimmter Vorkommnisse bedurft, die für E. und M. S. einen entsprechenden konkreten Verdacht hätten begründen können. Ohne weitere

Aufklärung zu dem Wissensstand dieser Angeklagten bleibt die Annahme des Landgerichts spekulativ, zumal es sich nicht ernsthaft mit der Möglichkeit auseinandersetzt, dass die beiden Angeklagten von entsprechenden strafbaren Handlungen des faktischen Geschäftsführers G. S. keine Kenntnis hatten, sondern letztlich dem Ehemann bzw. Vater vertrauten. Insoweit hätte es einer weitergehenden und tieferen Erörterung bedurft.

c) Die Schuldsprüche gegen die Angeklagten E. und M. S. sind deshalb aufzuheben. Dies führt bezüglich dieser Angeklagten zu einer umfassenden Aufhebung der Feststellungen, weil sich insoweit der Rechtsfehler im Hinblick auf die Haupttat auch zu ihren Lasten auswirkt.

### III.

Für die neue Hauptverhandlung weist der Senat noch auf Folgendes hin:

1. Bei den Kautionen für Wohnraummiete bewirkt die Einzahlung der Kaution auf das Girokonto noch nicht ohne weiteres eine (vollendete) Untreue im Sinne des § 266 StGB. Die pflichtwidrige Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht indiziert hier nämlich - entgegen der Auffassung des Landgerichts - nicht die Feststellung eines Nachteils im Sinne des § 266 StGB.

a) Die Strafbarkeit wegen Untreue setzt voraus, dass ein Vermögensnachteil entstanden ist. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann der Nachteil im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB bereits dann eingetreten sein, wenn eine schadensgleiche Vermögensgefährdung gegeben ist. Dies ist dann der Fall, wenn die Gefährdung nach wirtschaftlicher Betrachtung bereits eine Verschlechterung der gegenwärtigen Vermögenslage bedeutet (BGHSt 44, 376, 384; 48, 354, 357). Eine solche schadensgleiche Vermögensgefährdung entsteht allerdings nicht bereits, wenn die Kaution nicht vom sonstigen Betriebsvermögen abgesondert, sondern auf ein "allgemeines" Konto eingezahlt wird. Insoweit ist die Sachverhaltskonstellation nicht anders zu beurteilen als allgemein die unterlassene Einzahlung von Fremdgeldern auf einem Anderkonto, obwohl eine Rechtspflicht zu einer abgesonderten Anlage dieser Gelder besteht. Nach der ständigen Rechtsprechung führt ein solches Verhalten nicht zu einem Nachteil im Sinne des § 266 StGB, soweit der Betreffende jederzeit bereit und fähig ist, einen entsprechenden Betrag aus eigenen flüssigen Mitteln vollständig auszukehren (BGHSt 15, 342; BGHR StGB § 266 Abs. 1 Nachteil 56).

Hierzu fehlen bislang Feststellungen. Zwar stünde die auf dem Girokonto eingezahlte Kaution grundsätzlich dem Zugriff von Privatgläubigern des Vermieters offen; damit waren diese Guthaben gefährdet. Eine schadensgleiche Vermögensgefährdung begründet diese bloße abstrakte Möglichkeit jedoch noch nicht. Die Gefahr eines endgültigen Verlusts eines Vermögensbestandteils muss vielmehr so groß sein, dass sie schon jetzt eine Minderung des Gesamtvermögens zur Folge hat (BGHSt 51, 165, 177; vgl. auch BGHSt 21, 112 ff.; BGHR StGB § 266 Abs. 1 Nachteil 32).

Im Rahmen der Prüfung einer schadensgleichen Vermögensgefährdung kommt es deshalb insgesamt auf die Vermögensverhältnisse des Vermieters an. Nur soweit aufgrund der Gesamumstände die naheliegende Gefahr besteht, dass auf dieses "allgemeine" Konto zugegriffen werden könnte, liegt eine zu einer Minderbewertung führende Vermögensgefährdung vor (vgl. BGHSt 44, 376, 384). Dies setzt - sofern man schon in der Einzahlung auf das allgemeine Konto eine Untreuehandlung sehen wollte - voraus, dass bereits zu diesem Zeitpunkt eine drohende Überschuldung der vermietenden Gesellschaft bestand, die einen Zugriff der Gläubiger erwarten ließ.

Eine solche Prüfung wird der neue Tatrichter vorzunehmen haben. Dabei wird auch dem Umstand Beachtung einzuräumen sein, dass der Angeklagte G. S. mit dem Kontoausgleichssystem sämtliche

Konten der Gesellschaft miteinander verbunden hat, um so Negativsalden weitgehend zu vermeiden. Dies hat indizielle Wirkung für die wirtschaftliche Gesamtsituation der Gesellschaft, weil ersichtlich ab diesem Zeitpunkt die Kauttionen für die Deckung anderweitiger Verbindlichkeiten verwandt wurden und damit ihre Rückzahlbarkeit unmittelbar gefährdet war. Gleiches gilt insbesondere auch im Hinblick auf den Ausgleich des Hauptkontos Ende 1995 und die Querüberweisungen zwischen und Sa. Ergäbe sich eine entsprechende angespannte Vermögenslage beider Gesellschaften, dann wäre eine Einzahlung auf den Girokonten, obwohl zu diesem Zeitpunkt der Kontenausgleich bereits institutionalisiert war, regelmäßig mit einer schadensgleichen Vermögensgefährdung verbunden. Dies gilt jedenfalls, solange sich die wirtschaftlichen Verhältnisse der Gesellschaft nicht nachhaltig gebessert haben, wofür allerdings nach den bisherigen Feststellungen kein Anhalt besteht.

Eine Untreue durch Unterlassen käme in Betracht, falls die einzelne Kauttion im Zeitpunkt ihrer Einzahlung noch nicht gefährdet und ihre Rückzahlbarkeit erst später aufgrund der Verschlechterung der finanziellen Verhältnisse beider Unternehmen nicht mehr gewährleistet gewesen sein sollte. Insoweit würde die Vermögensbetreuungspflicht des Angeklagten G. S. zugleich eine Garantienpflicht begründen. Ihm obliegt es nämlich, die eingezahlten Kauttionen so zu sichern, dass sie nicht zur Deckung von Verbindlichkeiten der beiden Gesellschaften herangezogen werden können (vgl. BGHSt 49, 147, 164).

b) Das Vorliegen einer schadensgleichen Vermögensgefährdung begründet bei dem Angeklagten G. S. einen Tatvorsatz, wenn er die zugrunde liegenden tatsächlichen Umstände erkannt hat. Zu dem kognitiven Element, nämlich dass er aufgrund der wirtschaftlichen Situation der Gesellschaften eine nicht gegebene Rückzahlbarkeit der Mietkaution zumindest für möglich gehalten hatte (vgl. BGHSt 48, 331, 348), muss zusätzlich noch das voluntative Element hinzutreten. Dies bedeutet, dass der Angeklagte G. S. die konkrete Gefahr erkannt und zudem deren Realisierung gebilligt haben muss, sei es auch nur in der Form, dass er sich mit dem Eintritt des ihm unerwünschten Erfolges abfindet (BGHSt 51, 100, 120 f.; vgl. auch BGHSt 48, 331, 347 ff.).

2. Ließe sich feststellen, dass die wirtschaftlichen Verhältnisse der beiden Gesellschaften so angespannt waren, dass die eingezahlten Kauttionen schon aus diesem Grund erheblich gefährdet waren, käme auch eine Verurteilung wegen Betrugs nach § 263 StGB in Betracht, wenn dem Angeklagten G. S. hinsichtlich einer sich aus der schlechten Vermögenssituation der Gesellschaften möglicherweise ergebenden schadensgleichen Vermögensgefährdung insoweit Vorsatz nachgewiesen werden könnte (vgl. BGHSt 48, 331, 346 f.). Da dies nicht völlig ausgeschlossen werden kann, scheidet ein Freispruch auch in den Fällen aus, in denen eine Gewerberaummieta unzweifelhaft vorliegt (wie im Fall 169 der Urteilsgründe).

3. Ein von der Verteidigung behaupteter Verbotsirrtum ist nicht ersichtlich. Die Verteidigung meint, dass jedenfalls erst nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 23. August 1995 (BGHSt 41, 224) und deren Veröffentlichung den Angeklagten die Kenntnis von der Strafbarkeit ihres Verhaltens vorgeworfen werden könne.

Die Verteidigung belegt mit der von ihr dargestellten Fehlvorstellung der Angeklagten - wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat - noch keinen Verbotsirrtum im Sinne des § 17 StGB. Ein Verbotsirrtum nach dieser Vorschrift kommt nur in Betracht, wenn dem Täter die Einsicht fehlt, Unrecht zu tun. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs braucht der Täter die Strafbarkeit seines Vorgehens nicht zu kennen; es genügt, dass er wusste oder hätte erkennen können, Unrecht zu tun (BGHSt 15, 377, 383; BGH NStZ 1996, 236, 237; wistra 1986, 218). Der Unrechtsgehalt wird hier aber bereits durch den Verstoß gegen die gesetzlich normierten Pflichten zur Anlage einer Kauttion vermittelt (§ 550b BGB a.F. = § 551 Abs. 3 BGB). Hiergegen verstieß der Angeklagte G. S. Die Annahme, er habe diese Vorschrift des Mietrechts zumindest ihrem Inhalt nach nicht gekannt, liegt bei ihm ebenso fern wie bei den Mitangeklagten E. und M. S.

Es ist deshalb schon kein Irrtum im Sinne des § 17 StGB gegeben, sondern allenfalls eine unbeachtliche falsche rechtliche Einordnung (vgl. BGHR StGB § 11 Abs. 1 Nr. 2 Amtsträger 14). Selbst wenn die Angeklagten die Kautionsregelung für den Bereich der Wohnraummiete nicht gekannt haben sollten, wäre ein solcher Irrtum, der die Normen ihres unmittelbaren beruflichen Bereichs betraf, ohne weiteres vermeidbar gewesen.

4. Zur Bestimmung des Schuldumfangs bedarf es der Feststellung des tatsächlich eingetretenen Schadens (vgl. BGHR StGB § 266 Abs. 1 Nachteil 27). Hierbei kommt einem bloßen Gefährdungsschaden nicht das gleiche Gewicht zu wie dem endgültig eingetretenen Nachteil (Fischer, StGB 55. Aufl. § 266 Rdn. 82). Dies erfordert grundsätzlich, dass der Tatrichter Feststellungen zu dem Ausfall trifft, der dem einzelnen Mieter entstanden ist.

Dafür kann der Tatrichter gehalten sein, für die einzelne Kautionsmöglichkeit Gegenansprüche des Vermieters zu berechnen, die durch die Kautionsleistung gesichert werden sollen. Ein Schaden scheidet bei der im Rahmen der Untreue gebotenen gesamtbilanzierenden Betrachtung (BGHR StGB § 266 Abs. 1 Nachteil 55) nämlich dann aus, wenn der durch den Kautionsverlust geschädigte Mieter seinerseits von Ersatzansprüchen gegenüber dem Vermieter frei wird.

Lässt sich die Höhe des tatsächlich entstandenen Schadens nicht ermitteln, kann der Tatrichter auf den Gefährdungsschaden abstellen. Belässt er es dabei, muss er dann allerdings zugunsten des Angeklagten im Rahmen der Strafzumessung davon ausgehen, dass tatsächlich kein endgültiger Schaden eingetreten ist.

5. Der neue Tatrichter wird die Frage einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung umfassend zu prüfen haben. Die Ausführungen des Landgerichts hierzu bezeugen Bedenken. Es reicht nicht aus, in den Urteilsgründen lediglich auf die bisher verstrichene Verfahrensdauer zu verweisen (hier: mehr als neun Jahre). Der Tatrichter ist vielmehr verpflichtet, das Maß der eingetretenen rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung zu bestimmen (BGHR MRK Art. 6 Abs. 1 Satz 1 Verfahrensverzögerung 17, 20, 21) und hierfür eine Kompensation festzulegen (BGH, Beschluss vom 13. Februar 2008 - 2 StR 356/07). Nach der Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen des Bundesgerichtshofs vom 17. Januar 2008 (NJW 2008, 860 ff. zur Veröffentlichung in BGHSt vorgesehen) hat die Kompensation nunmehr grundsätzlich in der Form zu erfolgen, dass zur Entschädigung für die überlange Verfahrensdauer ein bezifferter Teil der verhängten Strafe als vollstreckt gilt. Dabei wird der neue Tatrichter den im angefochtenen Urteil vorgenommenen Strafabschlag berücksichtigen können. Gegen die vom 3. Strafsenat erwogene Möglichkeit einer Erhöhung der bisher verhängten Strafe (BGH, Beschluss vom 18. Januar 2008 - 3 StR 388/07) hätte der Senat indes dogmatische Bedenken. Für den Fall, dass nach dem Ergebnis der neuen Hauptverhandlung ein Schuldspruch gegen die Angeklagten E. und M. S. noch in Betracht kommen sollte, wird eine Einstellung des Verfahrens, jedenfalls aber eine Sanktion unterhalb einer Geldstrafe in Betracht zu ziehen sein. Die grundsätzlich übliche Kompensation schließt nämlich nicht aus, in besonders krassen Fällen der Verfahrensverzögerung das Verfahren wegen eines dann eingetretenen Verfahrenshindernisses abzubrechen (BGHR MRK Art. 6 Abs. 1 Satz 1 Verfahrensverzögerung 2) oder nach §§ 153 ff. StPO einzustellen. Weiterhin kann auch das Absehen von Strafe oder eine Verwarnung mit Strafvorbehalt geboten sein (vgl. BGHR MRK Art. 6 Abs. 1 Satz 1 Verfahrensverzögerung 21), wenn allein eine vollstreckungsrechtliche Anrechnung nicht mehr ausreicht.