

HRRS-Nummer: HRRS 2011 Nr. 1153

Bearbeiter: Karsten Gaede

Zitiervorschlag: BGH HRRS 2011 Nr. 1153, Rn. X

BGH 2 StR 600/10 - Urteil vom 7. September 2011 (LG Bonn)

Untreue durch Unterlassen (Anforderungen an den Nachteil; bloße Wiedergutmachung; Verbot hypothetischer Betrachtungen); Recht auf Verfahrensbeschleunigung (Kompensation nach unwirksamer Zustellung: mangelnde Unterschrift des Protokollführers; eigene Sachentscheidung durch das Revisionsgericht im Wege der Analogie).

§ 266 StGB; § 13 StGB; Art. 6 EMRK; Art. 13 EMRK; § 271 StPO; § 354 Abs. 1a Satz 2 StPO

Leitsätze des Bearbeiters

1. Für die Abgrenzung von Tun und Unterlassen kommt es auch bei der Untreue auf den Schwerpunkt des Täterverhaltens an, über das in wertender Würdigung zu entscheiden ist (BGHSt 6, 46, 59; NStZ 1999, 607). Insoweit kann sich die Erstellung falscher Abrechnungen bei wertender Betrachtung als bloße Vorbereitung gegenüber der den eigentlichen Schaden herbeiführenden und maßgeblichen Nichtabführung zu zahlender Prämien darstellen.

2. Ein Nachteil i.S.v. § 266 StGB liegt vor, wenn die treuwidrige Handlung unmittelbar zu einer nicht durch Zuwachs ausgeglichenen Minderung des wirtschaftlichen Gesamtwerts des Vermögens des Treugebers führt (Prinzip der Gesamtsaldierung, BGHSt 15, 342, 343 f.; 47, 295, 301 f.; BGH NStZ 2004, 205, 206; 2010, 330, 331). Maßgeblich ist der Zeitpunkt der pflichtwidrigen Tathandlung, also der Vergleich des Vermögenswerts unmittelbar vor und nach dieser Handlung.

3. Behält der Vermögensbetreuungspflichtige Prämien pflichtwidrig zurück, ohne die zurückgehaltenen Summen für angemeldete Ansprüche gegen den Treugeber tatsächlich verwenden zu wollen, liegt zu den vorgeschriebenen Abrechnungszeitpunkten bereits ein endgültiger Schaden vor. Die spätere Zahlung der zunächst nur vorgeschobenen Ansprüche ändert hieran nichts. Das Erlangen von durch spätere Geschäfte erzielten "Vermögensvorteilen" (hier: Befreiung von einer Verbindlichkeit gegenüber den Versicherten) durch die Treugeberin kann den bereits eingetretenen Schaden nicht mehr beseitigen, sondern nur eine bloße Schadenswiedergutmachung darstellen (vgl. BGHSt 55, 266, 284).

4. Der hypothetische Umstand, dass jedenfalls ein Teil der zum Schein angemeldeten und noch nicht regulierten Ansprüche gegen den Treugeber tatsächlich hätte angemeldet und einbehalten werden dürfen, bleibt bei der Berechnung des Nachteils unberücksichtigt. Eine Kompensation durch Zugrundelegung hypothetischer Sachverhalte findet bei der Schadensberechnung nicht statt (für den Bereich des Sozialversicherungsrechts BGH NStZ 1995, 85, 86; NStZ 2003, 313, 315).

5. Eine Urteilszustellung ist unwirksam, wenn das Hauptverhandlungsprotokoll von dem Protokollführer nicht unterschrieben und das Protokoll daher nicht fertig gestellt war (BGHSt 27, 80, 81). Fertig gestellt i.S.v. § 271 Abs. 1 Satz 2 StPO ist das Protokoll erst mit der letzten Unterschrift der Urkundsperson (BGHSt 23, 115, 117).

6. Über die angemessene Kompensation einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung, die nach der Urteilsverkündung eingetreten ist, kann das Revisionsgericht in entsprechender Anwendung von § 354 Abs. 1a Satz 2 StPO selbst entscheiden (vgl. BGH NStZ-RR 2008, 208, 209).

Entscheidungstenor

1. Auf die Revision des Angeklagten H. wird das Urteil des Landgerichts Bonn vom 24. Februar 2010 dahin ergänzt, dass von der verhängten Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten ein Monat Freiheitsstrafe als Entschädigung für die rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung als vollstreckt gilt. Die weitergehende Revision wird verworfen.

2. Die Revision des Angeklagten B. gegen das Urteil des Landgerichts Bonn vom 24. Februar 2010 wird verworfen.

3. Die Beschwerdeführer haben die Kosten ihrer Rechtsmittel zu tragen.

Gründe

Das Landgericht Bonn hat die Angeklagten wegen Untreue in drei Fällen schuldig gesprochen. Gegen den Angeklagten H. hat es eine Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten, gegen den Angeklagten B. eine Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren verhängt, die zur Bewährung ausgesetzt wurde. Die hiergegen gerichtete Revision des Angeklagten B. bleibt ohne Erfolg. Die Revision des Angeklagten H. ist im Wesentlichen erfolglos; das Urteil ist lediglich um eine Kompensation für einen Konventionsverstoß zu ergänzen. 1

I.

Nach den Feststellungen des Landgerichts waren die Angeklagten geschäftsführende Gesellschafter der S. OHG, die zunächst mit der Vermittlung von Versicherungen für den Bildungsaustausch, ab Januar 2006 auch mit dem Prämieinzug für die A. Krankenversicherung AG beschäftigt war. Im Juni 2006 kam es zu einer vertraglichen Vereinbarung mit der amerikanischen Versicherungsgesellschaft C., für diese gegen Entgelt als Drittwalter Versicherungen zu vertreiben und die Prämieeinziehung sowie die Schadensbearbeitung zu übernehmen. Die S. OHG hatte monatlich die eingenommenen Versicherungsprämien an die C. weiterzuleiten. Hiervon in Abzug zu bringen waren die Schadensbearbeitungskosten, d.h. die an die Versicherten gezahlten Entschädigungsleistungen sowie die hiermit in Zusammenhang stehenden Aufwendungen (Kosten für Gutachten etc.) mit Ausnahme der allgemeinen Verwaltungskosten (z.B. Personalkosten, Büromieten), die von der S. OHG zu tragen waren. Zur Schadensbearbeitung war die S. OHG berechtigt, vereinnahmte Prämien bis zur Höhe von einer Mio. € durch Verrechnung als "Schadensfonds" zurückzuhalten. Das Entgelt für die von der S. OHG zu erbringenden Leistungen bestand in einem Prämienaufschlag gegenüber den Versicherungsnehmern. Dieser reichte jedoch nicht aus, um den hohen Kostenaufwand der S. OHG zu decken, weshalb diese von Anfang an monatliche Verluste von mehreren 100.000 € zu verzeichnen hatte. 2

Nachverhandlungen der S. OHG mit der C. über eine zusätzliche Provision scheiterten. Infolge dessen wurden ab Herbst 2006 vorrangig besonders bedürftige Kunden und solche, die sich mehrfach beschwert hatten, entschädigt, während die anderen "hingehalten" wurden. Die S. OHG erstellte unter dem 22. Dezember 2006, 31. Januar 2007 und 8. Februar 2007 Abrechnungen, in die sie die Prämieinnahmen zutreffend einstellte. Entgegen der vertraglichen Vereinbarung brachte sie jedoch - was die Angeklagten wussten - nicht nur die tatsächlich gezahlten Entschädigungen, sondern auch die lediglich angemeldeten, noch nicht regulierten Schäden in Abzug. Aufgrund der Höhe dieser vermeintlichen Entschädigungsleistungen und unter Berücksichtigung des von der S. OHG berechtigterweise unterhaltenen Schadensfonds von einer Mio. € führte die Gesellschaft zu keinem Zeitpunkt Prämien an die C. ab. Die vorenthaltenen Prämien in Höhe von etwa 4.303.040 € verwendeten die Angeklagten zur Deckung ihrer Kosten und zum Aufbau der S. -Gruppe. 3

Das Landgericht hat das Handeln der Angeklagten jeweils als Untreue in drei Fällen - entsprechend den erfolgten drei Abrechnungen - gewertet. Diese hätten ihre gegenüber der C. als Treugeberin bestehende Vermögensbetreuungspflicht verletzt, indem sie es unterlassen hätten, entsprechend ihrer vertraglichen Verpflichtung monatlich die Prämienüberschüsse abzuführen. Den der C. entstandenen Schaden hat das Landgericht aufgrund der Abrechnung vom 22. Dezember 2006 (Abrechnungszeitraum Juni bis November 2006) auf 1.434.419,51 €, der Abrechnung vom 31. Januar 2007 (Abrechnungszeitraum Dezember 2006) auf 382.057,36 € und der Abrechnung vom 8. Februar 2007 (Abrechnungszeitraum Januar 2007) auf 431.135,74 € beziffert. Hierbei hat es von den eingenommenen Prämien einen Betrag von einer Mio. € für den Schadensfonds, die von der C. zu tragenden Aufwendungen zur Schadensbearbeitung und die tatsächlich erbrachten Schadenszahlungen in Abzug gebracht und zudem einen Sicherheitsabschlag von 20 % vorgenommen. 4

II.

Die Verfahrensrügen haben - mit Ausnahme des von dem Angeklagten H. geltend gemachten Verstoßes gegen Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK (siehe dazu unten II. 2) - aus den Gründen der Antragsschrift des Generalbundesanwalts keinen Erfolg. Auch die Sachrüge ist unbegründet. 5

1. a) Die rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen des Landgerichts tragen die Schuldsprüche wegen Untreue in drei 6

Fällen. Die Tathandlung besteht jeweils in einem Unterlassen i.S.v. § 13 StGB, dem Nichtabführen der Prämienüberschüsse zum monatlichen Abrechnungszeitpunkt. Für die Abgrenzung von Tun und Unterlassen kommt es auf den Schwerpunkt des Täterverhaltens an, über das in wertender Würdigung zu entscheiden ist (BGHSt 6, 46, 59; NSTZ 1999, 607). Hier liegt - schon mit Blick darauf, dass ins Einzelne gehende Feststellungen zur vertragswidrigen Verwendung der Gelder nicht getroffen sind - der Schwerpunkt des treuwidrigen Verhaltens in der unterbliebenen Weiterleitung der zum Abrechnungszeitpunkt an die C. zu zahlenden Prämien.

Demgegenüber tritt die als positives Tun zu betrachtende Erstellung falscher Abrechnungen bei wertender Betrachtung als bloße Vorbereitung der den eigentlichen Schaden herbeiführenden Nichtabführung zu zahlender Prämien zurück. Soweit das Landgericht die treuwidrige Handlung i.S.v. § 266 StGB nicht zum jeweiligen vertraglich vorgesehenen monatlichen Abrechnungsstichtag, sondern zum Zeitpunkt der drei Prämienabrechnungen angenommen hat, belastet dies die Angeklagten nicht, die sich ansonsten wegen acht Untreuestraftaten zu verantworten gehabt hätten. 7

b) Das Landgericht hat auch den eingetretenen Vermögensnachteil zutreffend berechnet. 8

Ein Nachteil i.S.v. § 266 StGB liegt vor, wenn die treuwidrige Handlung unmittelbar zu einer nicht durch Zuwachs ausgeglichenen Minderung des wirtschaftlichen Gesamtwerts des Vermögens des Treugebers führt (Prinzip der Gesamtsaldierung, BGHSt 15, 342, 343 f.; 47, 295, 301 f.; BGH NSTZ 2004, 205, 206; 2010, 330, 331). Maßgeblich ist der Zeitpunkt der pflichtwidrigen Tathandlung, also der Vergleich des Vermögenswerts unmittelbar vor und nach dieser Handlung. 9

Nach den Feststellungen des Landgerichts nahmen die Angeklagten zu den jeweiligen Abrechnungszeitpunkten eine Abrechnung vor, die die abzuführenden Prämien nach Abzug eines Betrages von einer Mio. € für den Schadensfonds, den von der C. zu tragenden Aufwendungen zur Schadensbearbeitung sowie den tatsächlich von der S. OHG erbrachten Entschädigungszahlungen sowie den lediglich angemeldeten, aber noch nicht regulierten Schadensbeträgen für den jeweiligen Zeitraum verbindlich und abschließend darstellte. Sie reduzierten damit den auszahlenden Betrag an eingenommenen Prämien zu Unrecht um Beträge für lediglich angemeldete Schadensposten. 10

Die Angeklagten beabsichtigten nach ihren Vorstellungen nicht, die vorenthaltenen Prämien jemals auszuzahlen; sie wollten vielmehr die vertragswidrig einbehaltenen Geldbeträge durch eine bewusst falsche Abrechnungsweise als berechtigt einbehalten ausweisen und diese zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs nach und nach vertragswidrig für eigene Zwecke verwenden. 11

Damit war zum jeweiligen Abrechnungszeitpunkt ein endgültiger Schaden eingetreten. Der Umstand, dass die S. OHG in Einzelfällen Entschädigungszahlungen, die sie in ihrer Abrechnung zunächst nur zum Schein als bereits ausgezahlt verbucht hat, im Nachhinein bei besonders drängenden oder bedürftigen Versicherungsnehmern tatsächlich noch erbracht hat, steht dem nicht entgegen. Das Erlangen von durch spätere Geschäfte erzielten "Vermögensvorteilen" (Befreiung von einer Verbindlichkeit gegenüber den Versicherten) durch die Treugeberin konnte den bereits eingetretenen Schaden nicht mehr beseitigen, sondern stellte eine bloße Schadenswiedergutmachung dar (vgl. BGHSt 55, 266, 284). 12

Der der C. entstandene Vermögensnachteil beläuft sich daher - es ist zu keinerlei Auszahlungen an sie gekommen - auf die Summe der eingenommenen Prämienzahlungen abzüglich des Betrages von einer Mio. € für den Schadensfonds, die von der C. zu tragenden Aufwendungen zur Schadensbearbeitung und die tatsächlich von der S. OHG erbrachten Entschädigungszahlungen. 13

Der hypothetische Umstand, dass jedenfalls ein Teil der angemeldeten und noch nicht regulierten Schäden, die die S. OHG in ihren Abrechnungen als bereits ausgezahlte Schadensersatzleistungen auswies, von der S. OHG hätte erstattet werden müssen und von dieser dann hätte einbehalten werden dürfen, hat bei der Schadensberechnung unberücksichtigt zu bleiben. Eine Kompensation durch Zugrundelegung hypothetischer Sachverhalte findet bei der Schadensberechnung nicht statt (für den Bereich des Sozialversicherungsrechts BGH NSTZ 1995, 85, 86; NSTZ 2003, 313, 315). 14

2. Schließlich begegnet die von der Strafkammer vorgenommene Strafzumessung hinsichtlich des Angeklagten H. keinen rechtlichen Bedenken. 15

Entgegen der Auffassung der Revision hat das Landgericht dem Postulat des Bundesgerichtshofs, dass gegen Mittäter verhängte Strafen in einem gerechten Verhältnis zueinander stehen sollen (vgl. zuletzt BGH NJW 2011, 2597 mwN), 16

Rechnung getragen. Es hat bei dem Angeklagten H. eingestellt, dass dieser - im Gegensatz zu dem Angeklagten B., der keine Vorstrafe aufweist, den Anklagevorwurf weitgehend eingeräumt hat und u.a. angesichts einer eingetragenen Zwangshypothek von 800.000 € wirtschaftlich ruiniert ist - einschlägig hinsichtlich einer in allen Einzelheiten vergleichbaren Tat vorbestraft ist und sich beim Ermittlungsrichter lediglich teilweise geständig eingelassen hat. Angesichts beschränkter revisionsgerichtlicher Kontrolle ist daher das unterschiedliche Strafmaß nicht zu beanstanden.

3. Zu Recht beanstandet die Revision des Angeklagten H. mit der Verfahrensrüge nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK 17 allerdings, dass nach der Urteilsverkündung eine der Justiz anzulastende, erhebliche Verfahrensverzögerung eingetreten ist. Dem Angeklagten H. wurde das am 24. Februar 2010 verkündete Urteil am 21. Mai 2010 zugestellt. Diese Urteilszustellung war unwirksam, da das Hauptverhandlungsprotokoll vom 8. Februar 2010 von dem Protokollführer nicht unterschrieben und das Protokoll daher nicht fertiggestellt war. Fertig gestellt i.S.v. § 271 Abs. 1 Satz 2 StPO ist das Protokoll erst mit der letzten Unterschrift der Urkundsperson (BGHSt 23, 115, 117; Meyer-Goßner StPO 54. Aufl. § 271 Rn. 19). Fehlt es hieran, ist eine vorangegangene Urteilszustellung unwirksam (BGHSt 27, 80, 81). Die deshalb erforderliche erneute Urteilszustellung erfolgte am 10. Dezember 2010. Infolge dessen ist eine unangemessene Verfahrensverzögerung von mehr als sechs Monaten eingetreten.

Über die angemessene Kompensation kann der Senat in entsprechender Anwendung von § 354 Abs. 1 a Satz 2 StPO 18 selbst entscheiden (vgl. BGH NSiZ-RR 2008, 208, 209). Auf der Grundlage der Vollstreckungslösung (BGH NJW 2008, 860) stellt der Senat fest, dass von der verhängten Freiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten ein Monat Freiheitsstrafe als Entschädigung für die rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung als vollstreckt gilt.

4. Die gegen die Verurteilung insgesamt gerichtete Revision des Angeklagten H. hat nur einen geringen Teilerfolg, so 19 dass es nicht unbillig ist, diesen mit den gesamten Kosten und Auslagen seines Rechtsmittels zu belasten (§ 473 Abs. 1 und 4 StPO).