

**HRRS-Nummer:** HRRS 2008 Nr. 649

**Bearbeiter:** Ulf Buermeyer

**Zitiervorschlag:** BGH HRRS 2008 Nr. 649, Rn. X

---

**BGH 3 StR 493/07 - Beschluss vom 1. April 2008 (LG Hildesheim)**

**Fall Heros; Untreue (Treubruchstatbestand; Geldbearbeitungsdienstleistungen; pflichtwidrige Unterlassung des Meldens einer Treupflichtverletzung; Treupflicht des Geschäftsführers; Treupflicht des Prokuristen; strafbegründendes besonderes persönliches Merkmal); psychische Beihilfe.**

**§ 266 Abs. 1 StGB; § 246 StGB; § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 13 StGB; § 27 StGB; § 28 Abs. 1 StGB**

**Leitsätze des Bearbeiters**

**1. Aus der Stellung als Prokurist eines Unternehmens allein ergibt sich die Übertragung einer Treupflicht im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB gegenüber den Kunden des Unternehmens nicht.**

**2. Ist die Treupflicht einem Unternehmen übertragen worden, so kann ein Angestellter des Unternehmens - neben dessen Inhaber oder gesetzlichen Vertreter - jedoch dann Träger der qualifizierten Vermögensbetreuungspflicht sein, wenn ihm die diese Pflicht begründenden Tätigkeiten übertragen werden und er aufgrund der ihm eingeräumten Befugnisse bei der Erfüllung dieser Aufgaben hinreichend selbständig agieren kann. Dazu muss ihm auch die Möglichkeit eingeräumt sein, über das der Firma anvertraute Treugut selbständig zu verfügen.**

**3. Wegen der Weite des § 266 StGB sind die durch § 266 Abs. 1 StGB strafrechtlich geschützten Treuverhältnisse auf die Fälle zu beschränken, in denen für den Betreuenden eine besonders qualifizierte Pflichtenstellung in Bezug auf das fremde Vermögen begründet wird. Diese muss über allgemeine vertragliche Sorgfalts- und Rücksichtnahmepflichten ebenso hinausgehen wie über eine rein tatsächliche Einwirkungsmöglichkeit. Nach ständiger Rechtsprechung ist erforderlich, dass sich die Vermögensfürsorge als Hauptpflicht, also als zumindest mitbestimmende und nicht nur beiläufige Verpflichtung darstellt, wobei es nicht darauf ankommt, ob die Beteiligten sie als solche bezeichnen. Es muss hinzukommen, dass dem Täter die ihm übertragene Tätigkeit nicht durch ins Einzelne gehende Weisungen vorgezeichnet ist, sondern ihm Raum für eigenverantwortliche Entscheidungen und eine gewisse Selbständigkeit belassen wird (BGH NJW 1991, 2574 m. w. N.). Hierbei ist aber nicht nur auf die Weite des dem Täter eingeräumten Spielraums abzustellen, sondern auch auf das Fehlen von Kontrolle, also auf seine tatsächlichen Möglichkeiten, ohne eine gleichzeitige Steuerung und Überwachung durch den Treugeber auf dessen Vermögen zuzugreifen.**

**Entscheidungstenor**

1. Dem Angeklagten W. wird nach Versäumung der Frist zur Begründung der Revision gegen das Urteil des Landgerichts Hildesheim vom 23. Mai 2007 auf seinen Antrag Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt. Die Kosten der Wiedereinsetzung trägt der Angeklagte.

Damit ist der Beschluss des Landgerichts Hildesheim vom 4. Oktober 2007, mit dem die Revision des Angeklagten als unzulässig verworfen worden ist, gegenstandslos.

2. Die Revision des Angeklagten W. gegen das vorbezeichnete Urteil wird verworfen.

Der Beschwerdeführer hat die Kosten seines Rechtsmittels zu tragen.

3. Die Revision des Angeklagten We. gegen das vorbezeichnete Urteil wird verworfen; jedoch wird der Schuldspruch dahin geändert, dass der Angeklagte im Fall A.III.2. der Urteilsgründe nicht der Beihilfe zur Untreue, sondern der Untreue schuldig ist.

Der Beschwerdeführer hat die Kosten seines Rechtsmittels zu tragen.

4. Auf die Revision des Angeklagten D. wird das vorbezeichnete Urteil

a) im Schuldspruch dahin geändert, dass der Angeklagte im Fall A.III.4. der Urteilsgründe nicht der Untreue in 118 Fällen, sondern der Untreue in 107 Fällen (Fälle 194-270 der Anklageschrift), der Beihilfe zur Untreue in Tateinheit mit Unterschlagung (Fall 279 der Anklageschrift) und der Unterschlagung in zehn Fällen (Fälle 271-278, 280-281 der Anklageschrift) schuldig ist;

b) in den Einzelstrafausprüchen zu Fall A.III.2. der Urteilsgründe und zu den Fällen 271-281 der Anklageschrift innerhalb des Falls A.III.4. der Urteilsgründe sowie im Ausspruch über die Gesamtstrafe aufgehoben; jedoch bleiben die zugehörigen Feststellungen aufrechterhalten.

5. Auf die Revision des Angeklagten K. wird das vorbezeichnete Urteil

a) im Schuldspruch dahin geändert, dass der Angeklagte im Fall A.III.1. der Urteilsgründe nicht der Untreue in 21 rechtlich zusammentreffenden Fällen und der Beihilfe zur Untreue in zwei Fällen, sondern der Beihilfe zur Untreue in zwei Fällen, und im Fall A.III.2. der Urteilsgründe nicht der Untreue, sondern der Beihilfe zur Untreue schuldig ist;

b) in den Einzelstrafausprüchen zu den Fällen A.III.1. und A.III.2. der Urteilsgründe sowie im Ausspruch über die Gesamtstrafe aufgehoben; jedoch bleiben die zugehörigen Feststellungen aufrechterhalten.

6. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittel, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

7. Die weitergehenden Revisionen der Angeklagten D. und K. werden verworfen.

### Gründe

Das Landgericht hat den Angeklagten W. wegen Untreue in 156 rechtlich zusammentreffenden Fällen in Tateinheit mit vorsätzlicher Verletzung der Insolvenzantragspflicht, wegen Untreue und vorsätzlichen Bankrotts zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zehn Jahren, den Angeklagten We. wegen Untreue in 156 rechtlich zusammentreffenden Fällen, Untreue in 102 Fällen und Beihilfe zur Untreue zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von acht Jahren, den Angeklagten D. wegen Untreue in 186 Fällen und Beihilfe zur Untreue in zwei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sieben Jahren und sechs Monaten und den Angeklagten K. wegen Untreue in 21 rechtlich zusammentreffenden Fällen, Untreue in zwei Fällen und Beihilfe zur Untreue in zwei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sechs Jahren und sechs Monaten verurteilt. Dagegen wenden sich die Revisionen aller Angeklagten mit materiellrechtlichen Beanstandungen; die Angeklagten We., D. und K. rügen außerdem die Verletzung formellen Rechts. 1

#### I.

Die Verfahrensrügen der Angeklagten We., D. und K. bleiben ohne Erfolg. Der Senat nimmt insoweit auf die jeweiligen Antragsschriften des Generalbundesanwalts Bezug. Zu der Rüge des Angeklagten We., das Landgericht habe unzulässig Erkenntnisse verwertet, die aus Telefonüberwachungsmaßnahmen gegen die anderweitig Verfolgte M. gewonnen worden sind, weist der Senat ergänzend darauf hin, dass das Urteil auf einem etwaigen Verstoß gegen ein Verwertungsverbot nicht beruhen könnte; denn das Landgericht hat die fraglichen Vorgänge schon aufgrund anderer Beweisergebnisse für erwiesen gehalten (s. UA S. 96). 2

#### II.

Die Überprüfung des Urteils aufgrund der von den Angeklagten W. und We. erhobenen Sachrüge hat keinen durchgreifenden Rechtsfehler zum Nachteil dieser Angeklagten erbracht; sie führt lediglich zu einer geringfügigen Änderung des Schuldspruchs gegen den Angeklagten We. Die Schuldsprüche wegen mehrfacher Untreue bzw. Beihilfe zur Untreue bedürfen indessen näherer Erörterung. 3

1. Das Landgericht hat hierzu folgende Feststellungen getroffen: 4

Der Angeklagte W. war zunächst Mit- und seit 1996 Alleingesellschafter aller Gesellschaften, die unter der Sammelbezeichnung H.-Unternehmensgruppe auftraten. Bis 1992 war er auch deren alleiniger Geschäftsführer. Bei 5

der N. Geldbearbeitungs GmbH (im Folgenden: N.) übernahm der Angeklagte We. zum 1. Dezember 1992 die Stellung des Alleingeschäftsführers. Der Angeklagte W. traf aber auch für diese Gesellschaft weiterhin die maßgeblichen geschäftlichen Grundentscheidungen. Die Betriebe der H.-Gruppe führten in erheblichem Umfang Geldtransporte für Banken und Handelsunternehmen durch. Für letztere übernahm die H.-Gruppe auch die "Geldbearbeitung", d. h. die Zählung und Aufarbeitung von Hart- und Notengeld sowie dessen Auskehrung durch Überweisung von Eigenkonten bei der Bundesbank, auf die das Bargeld nach Aufarbeitung und Zählung eingezahlt worden war; die Konten waren sämtlich für die N. eingerichtet, wenn auch der Kontoinhaber des bei der Bundesbankfiliale Mö. geführten Kontos die H. Transport GmbH Ha. war. Für die Banken erbrachte die H.-Gruppe neben den Geldtransporten sonstige Dienstleistungen bis hin zur Befüllung von Geldautomaten. Die Geldbearbeitung und die Automatenbefüllung führte die N. aus.

Da die Einkünfte der Gesellschaften "nicht auskömmlich waren", entwickelte der Angeklagte W. spätestens ab Mitte der 1990er Jahre als ständigen Finanzierungsmechanismus ein Schneeballsystem. Er veranlasste, dass Geld der Kunden zur Begleichung von Löhnen und Gehältern, Steuern und Sozialversicherungsabgaben sowie sonstiger Verbindlichkeiten seiner Unternehmen genutzt wurde. Die entnommenen Beträge wurden einen Tag oder auch erst mehrere Tage später durch das zwischenzeitlich abgeholte Geld anderer Kunden ersetzt, so dass die Auskehrung der Gelder der Vortage sich zwar verzögerte, die Fehlbeträge aber nicht auffielen. Der Angeklagte We. war darüber informiert und wirkte bei der Durchführung dieser Entnahmen mit. Im Anklagezeitraum wurden an 156 Tagen von den für die N. bei der Bundesbank eingerichteten Konten insgesamt über 179 Mio. € an Gesellschaften der Unternehmensgruppe überwiesen. 6

Nachdem den Angeklagten wegen der Kündigung eines Großkunden Ende 2005 klar geworden war, dass sie das Schneeballsystem nicht länger aufrecht erhalten konnten, fassten die Angeklagten W. und K. Mitte Februar 2006 den Entschluss, in einer groß angelegten Umverteilungsaktion erhebliche Beträge, die von Banken zur Befüllung von Geldautomaten zur Verfügung gestellt worden waren, nicht zu diesem Zweck, sondern dazu zu verwenden, zumindest einen Teil der Verbindlichkeiten gegenüber kleineren Handelsunternehmen zu begleichen, um deren ansonsten zu befürchtende Insolvenz zu vermeiden. Sie informierten auch die Angeklagten D. und We. über diesen Plan. Der Angeklagte We. widersprach dem nicht, beteiligte sich aber auch nicht an der Umsetzung. 7

2. a) Die rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen tragen im Ergebnis die Verurteilungen der Angeklagten W. und We. wegen Untreue hinsichtlich der geschilderten Überweisungen im Rahmen des Schneeballsystems. 8

aa) Rechtlich zutreffend ist die - wenn auch nicht ausdrücklich dargelegte, so doch dem Gesamtzusammenhang seiner Ausführungen zu entnehmende - Annahme des Landgerichts, dass die von den Angeklagten W. und We. veranlassten Überweisungen der Kundengelder auf Geschäftskonten der Gesellschaften der H.-Unternehmensgruppe jeweils eine vertraglich begründete Pflicht zur Betreuung fremder Vermögensinteressen im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB verletzen und es dadurch in jedem Einzelfall zumindest zu einem Vermögensgefährdungsschaden der Kunden gekommen ist, weil die Fehlbeträge im Fall der Aufdeckung des Schneeballsystems und der infolge dessen zu erwartenden Kündigungen zahlreicher Kunden nicht mehr hätten ausgeglichen werden können. 9

Voraussetzung des Treubruchstatbestandes gemäß § 266 Abs. 1 StGB ist die tatsächliche Einwirkungsmacht auf fremdes Vermögen, der ein besonders schützenswertes Vertrauen in die Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen zugrunde liegt. Wegen der Weite des Tatbestandes sind die durch § 266 Abs. 1 StGB strafrechtlich geschützten Treueverhältnisse auf die Fälle zu beschränken, in denen für den Betreuenden eine besonders qualifizierte Pflichtenstellung in Bezug auf das fremde Vermögen begründet wird. Diese muss über allgemeine vertragliche Sorgfalts- und Rücksichtnahmepflichten ebenso hinausgehen wie über eine rein tatsächliche Einwirkungsmöglichkeit (Fischer, StGB, 55. Aufl. § 266 Rdn. 28 m. w. N.). Nach ständiger Rechtsprechung ist erforderlich, dass sich die Vermögensfürsorge als Hauptpflicht, also als zumindest mitbestimmende und nicht nur beiläufige Verpflichtung darstellt, wobei es nicht darauf ankommt, ob die Beteiligten sie als solche bezeichnen. Es muss hinzukommen, dass dem Täter die ihm übertragene Tätigkeit nicht durch ins Einzelne gehende Weisungen vorgezeichnet ist, sondern ihm Raum für eigenverantwortliche Entscheidungen und eine gewisse Selbständigkeit belassen wird (BGH NJW 1991, 2574 m. w. N.). Das Merkmal der Selbständigkeit bzw. des Handlungsspielraums dient dazu, die Vermögensfürsorgepflicht im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB von bloßen Diensten der Handreichung abzugrenzen, wie sie etwa von Lieferanten und Boten erbracht werden. Hierbei ist aber nicht nur auf die Weite des dem Täter eingeräumten Spielraums abzustellen, sondern auch auf das Fehlen von Kontrolle, also auf seine tatsächlichen Möglichkeiten, ohne eine gleichzeitige Steuerung und Überwachung durch den Treugeber auf dessen Vermögen zuzugreifen (Schünemann in LK 11. Aufl. § 266 Rdn. 85; Fischer aaO Rdn. 29). 10

Nach diesen Grundsätzen begründeten die vertraglich geschuldeten Dienstleistungen der Geldbearbeitung sowie die 11

Bankdienstleistungen in ihrer konkreten Ausgestaltung eine Treuepflicht im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB. Dadurch, dass die abgeholten Kundengelder in den Niederlassungen der N. nach ihrer Zählung und Erfassung des ausgezahlten Betrages in der EDV mit dem Geld anderer Kunden vermischt, nach Noten gebündelt und sodann auf die eingerichteten Bundesbankkonten eingezahlt wurden, verloren die Kunden das Eigentum an dem abgeholten Geld und erwarben gegenüber ihrem Vertragspartner lediglich einen schuldrechtlichen Anspruch auf Auskehrung eines entsprechenden Betrages. Soweit mit einigen Kunden abweichende Vereinbarungen bestanden, duldeten diese nach dem Gesamtzusammenhang der Feststellungen die von der N. praktizierte Vorgehensweise. Da Inhaber der Konten die N. bzw. die H. Transport GmbH Ha., Niederlassung V. waren, hatten nur diese Gesellschaften einen direkten Auszahlungsanspruch gegenüber der Bundesbank. Die N., die für die Konten verantwortlich war, verwaltete damit zumindest für einen kurzen Zeitraum, der zwischen der Vermischung des Geldes und der Auskehrung der geschuldeten Beträge lag, das Vermögen der Kunden treuhänderisch. Nichts anderes gilt hinsichtlich der Geldbeträge, die ihr zur Befüllung von Geldautomaten zur Verfügung gestellt wurden: Diese wurden von den Banken entweder direkt auf die von der N. verwalteten Bundesbankkonten oder auf Treuhandkonten überwiesen, für die einzelne Mitarbeiter der N. eingeschränkt zeichnungsberechtigt waren. Von diesen Konten wurde das Bargeld abgehoben, um die Geldkassetten in den Niederlassungen der N. befüllen zu können. Durch diese Praxis hatte die N. Verfügungsmacht über die abgeholten Bargeldbeträge, so dass wiederum ein Treuhandverhältnis entstand.

Zwar ist den - zu den einzelnen Regelungen der Kundenverträge nur cursorischen - Feststellungen zu entnehmen, dass die Kunden ihrem Vertragspartner über die Einzahlung auf das Bundesbankkonto hinaus nur einen sehr geringen Handlungsspielraum ließen, wie mit dem eingesammelten Geld zu verfahren war, was bei Verträgen über Geldtransporte und die anschließende Geldbearbeitung auch in der Natur der Sache liegt; dies steht der Annahme einer qualifizierten Vermögensbetreuungspflicht jedoch nicht entgegen. Das Einkassieren, Verwalten und Abliefern von Geld für den Auftraggeber wird in der Rechtsprechung regelmäßig als herausgehobene Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen angesehen und die Veruntreuung so eingenommener Gelder als Untreue im Sinne des § 266 StGB bewertet (BGHSt 2, 324; 13, 315; 18, 312; BGHR StGB § 266 Abs. 1 Treubruch 1; Missbrauch 2). So verfügen etwa Rechtsanwälte, die für ihren Mandanten Fremdgeld entgegennehmen, nur über einen geringen Handlungsspielraum zum Umgang mit dem empfangenen Geld; gleichwohl wird bei ihnen eine herausgehobene Treuepflicht bejaht (BGH NJW 1957, 596, 597; 1960, 1629; 2006, 3219, 3221). Denn der Grad der Selbständigkeit des Verpflichteten stellt neben anderen Kriterien wie Dauer und Umfang der Tätigkeit nur ein Indiz dafür dar, dass es sich - in Abgrenzung zu bloßen Boten- und Handlangerdiensten - um Vorgänge handelt, denen die Bedeutung der qualifizierten Wahrnehmung von Vermögensinteressen zukommt (BGHSt 13, 315, 317). Schon Dauer und Umfang der Betreuung der Vermögen der Kunden - allein die unberechtigten Entnahmen im Tatzeitraum beliefen sich auf fast 180 Mio. € - sprechen hier für eine über die bloße Verrichtung von Handreichungen hinausgehende Tätigkeit. Darüber hinaus wurde ein besonderes Vertrauen in die H.-Unternehmen durch das Vorhandensein von Eigenkonten bei der Bundesbank begründet, die üblicherweise überprüft und zertifizierten Finanzdienstleistern vorbehalten sind. Dieses gesteigerte Vertrauen erlaubte den von den Kunden nicht kontrollierten und in der Zeit zwischen Abholung des Geldes und Auskehrung der ihnen zustehenden Beträge auch nicht kontrollierbaren Zugriff auf deren Vermögen durch die abredewidrige Überweisung des Geldes auf eigene Geschäftskonten der Gesellschaften.

bb) Das angefochtene Urteil leidet allerdings unter dem Mangel, dass es die vertraglichen Beziehungen zwischen den Kunden und den Unternehmen der H.-Gruppe nicht näher darstellt, so dass ihm nicht einmal zu entnehmen ist, ob die Verträge über die Geldbearbeitung unmittelbar mit der N. geschlossen wurden oder ob Vertragspartner ein anderes Unternehmen der H.-Gruppe war, das die Erledigung der Geldbearbeitung auf die N. übertrug. Dies gefährdet die Verurteilung der Angeklagten W. und We. wegen Untreue jedoch nicht; denn nach beiden denkbaren Sachvarianten war die Vermögensbetreuungspflicht auch für diese beiden Angeklagten begründet.

War Vertragspartner der Kunden ein anderes Unternehmen der H.-Gruppe, war der Angeklagte W. schon als dessen Geschäftsführer gemäß § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB treuepflichtig. Durch die Übertragung der Geldbearbeitungsdienstleistungen auf die N. traf die qualifizierte Vermögensbetreuungspflicht auch diese Gesellschaft (vgl. BGHSt 2, 324; BGH NJW 1983, 1807; BGHR StGB § 266 Abs. 1 Vermögensbetreuungspflicht 31), die als juristische Person mit einer eigenen Betriebsorganisation auch die im Verhältnis zu dem beauftragenden anderen Unternehmen erforderliche Selbständigkeit zur Erfüllung dieser Aufgaben besaß (vgl. BGHSt 13, 330, 331 f.). Für den Angeklagten We. folgt die Treuepflicht als Geschäftsführer der N. ebenfalls aus § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB.

Wurden die die qualifizierte Treuepflicht begründenden Geldbearbeitungsdienstleistungen hingegen durch die Kunden unmittelbar bei der N. in Auftrag gegeben, traf die Treuepflicht den Angeklagten We. als deren Geschäftsführer gemäß § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB und den Angeklagten W. als deren faktischen Geschäftsführer (vgl. BGHSt 13, 330, 331). Dazu ist den Feststellungen hinreichend zu entnehmen, dass der Angeklagte W. nicht nur die geschäftlichen Grundentscheidungen für die N. traf, sondern auch im operativen Geschäft gegenüber dem Angeklagten We. Weisungen durchsetzen konnte und damit ihm gegenüber eine dominierende Stellung einnahm.

b) Bezüglich der "Umverteilung des Geldes" der Großbanken (Fall A.III.2. der Urteilsgründe) ist die Verurteilung des Angeklagten W. wegen Untreue aus den unter a) dargelegten Gründen im Ergebnis ebenfalls rechtsfehlerfrei; bei dem Angeklagten We. war der Schuldspruch dagegen von Beihilfe zur Untreue auf Untreue umzustellen. Die Angeklagten W. und We. verletzen die ihnen gegenüber den Kunden obliegende Treuepflicht im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB auch dadurch, dass sie die zur Befüllung von Geldautomaten abgeholt Bargeldbeträge Kleinkunden zukommen ließen. Soweit die Kammer den Angeklagten We. wegen seiner fehlenden Mitwirkung an der Umsetzung dieses Tatentschlusses nur wegen psychischer Beihilfe zur Untreue verurteilt hat, ist dies allerdings rechtsfehlerhaft. Psychische Beihilfe leistet, wer durch aktives Tun oder garantenpflichtwidriges Unterlassen den Täter in seinem Tatentschluss bestärkt oder bei der Tatausführung unterstützt. In jedem Fall muss eine objektiv fördernde Funktion festgestellt werden (Fischer aaO § 27 Rdn. 13). Daran fehlt es hier. 16

Dies führt indes nicht zu einer Aufhebung seiner Verurteilung, vielmehr war der Schuldspruch auf Untreue zu ändern. Aus der Treuepflicht des Angeklagten We. gegenüber den Banken resultierte auch seine Pflicht, die drohende Schädigung, von der er Kenntnis erhielt, von diesen Kunden abzuwenden. Er hatte diese zumindest zu melden (BGHSt 5, 187, 190) und beging die Verletzung der Treuepflicht damit durch sein pflichtwidriges Unterlassen (vgl. BGHSt 36, 227). Die zugemessene Einzelstrafe wird durch die Schuldspruchänderung nicht berührt (vgl. § 13 Abs. 1 StGB einerseits, § 27 Abs. 2 StGB andererseits). 17

3. Die Verurteilung des Angeklagten We. wegen Untreue in 102 Fällen aufgrund der vom Angeklagten D. geforderten und von diesem durchgeführten Entnahme von Kundengeldern in den Jahren 2001 bis 2006, die der Angeklagte We. für sich selbst verbrauchte, begegnet aufgrund der getroffenen Feststellungen keinen Bedenken. Durch diese Entnahmen verletzte er seine qualifizierte Vermögensbetreuungspflicht gegenüber den Kunden; zudem wurde die N. gegenüber den Kunden gemäß §§ 823 Abs. 2, 31 BGB i. V. m. §§ 266 Abs. 1, 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB schadensersatzpflichtig, so dass der Angeklagte We. auch gegenüber seiner Arbeitgeberin die ihm aus dem Anstellungsvertrag obliegende Treuepflicht verletzte. 18

### III.

Die Revision des Angeklagten D. hat auf die Sachrüge den aus der Entscheidungsformel ersichtlichen Teilerfolg. 19

Der Angeklagte D. war seit dem Jahr 1995 Leiter der Niederlassung der N. in V. Er war bereits nach kurzer Zeit bereit, an dem Schneeballsystem mitzuwirken, stellte ab dem Jahr 1996 auf Anforderung der Angeklagten W. und We. Kundenbargelder bereit und führte zur Verschleierung bzw. zum möglichst schnellen und unauffälligen Ausgleich der Geldentnahmen eine sog. Prioritätenliste, nach der entschieden wurde, in welchem Umfang und mit welcher zeitlichen Verzögerung bei welchem Kunden die Überweisung der abgeholt Gelder "gestreckt" werden konnte. Ab Juli 1996 erhielt er Gesamtprokura für die N. und war außerdem für das für sie bei der Bundesbankfiliale in Mö. eingerichtete Konto einzelzeichnungsberechtigt. 20

1. Er beteiligte sich an den unter I.1. dargestellten Überweisungen, indem er in 68 Fällen die Überweisungsträger selbst unterschrieb und in weiteren 43 Fällen seinen Mitarbeitern durch beanstandungsfreie Übernahme der Überweisungsbeträge in die Buchhaltung und in seine Prioritätenliste den Eindruck vermittelte, sie könnten die angeforderten Überweisungen auf Konten der Gesellschaften der Unternehmensgruppe vornehmen. Nach dem 7. Juni 2005 zog er sich aus dem Tagesgeschäft zurück und kündigte seinen Arbeitsvertrag, worauf eine neue Niederlassungsleiterin eingesetzt wurde. Seine Bestellung zum Prokuristen blieb indes im Handelsregister eingetragen; auch behielt er die Zeichnungsberechtigung für das Bundesbankkonto. 21

Die Verurteilung wegen Untreue in 68 Fällen sowie Beihilfe zur Untreue in 43 rechtlich zusammentreffenden Fällen hat im Ergebnis Bestand. Insoweit trägt zwar die Begründung, der Angeklagte D. habe als Prokurist eine Vermögensbetreuungspflicht gehabt, die Verurteilung nicht, weil sich aus der Stellung als Prokurist allein die Übertragung einer Treuepflicht im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB gegenüber den Kunden nicht ergibt. Ist die Treuepflicht einem Unternehmen übertragen worden, so kann ein Angestellter neben dem Unternehmensinhaber oder - bei juristischen Personen - deren gesetzlichen Vertreter jedoch dann Träger der qualifizierten Vermögensbetreuungspflicht sein, wenn ihm die diese Pflicht begründenden Tätigkeiten übertragen werden und er aufgrund der ihm eingeräumten Befugnisse bei der Erfüllung dieser Aufgaben hinreichend selbständig agieren kann (BGH NJW 1983, 1807; BGHR StGB § 266 Abs. 1 Vermögensbetreuungspflicht 31). Dazu muss ihm auch die Möglichkeit eingeräumt sein, über das der Firma anvertraute Treugut selbständig zu verfügen (BGHSt 13, 330, 332). Dass der Angeklagte D. diese Voraussetzungen erfüllte, ist den Feststellungen des Urteils zu entnehmen: Er leitete die Niederlassung der N. mit dem höchsten Bargeldaufkommen und war für die Erfüllung der die Treuepflicht maßgeblich begründenden Vertragspflichten verantwortlich. Er war dabei gegenüber den Angeklagten W. und We. auch hinreichend eigenständig und konnte 22

aufgrund seiner Einzelzeichnungsberechtigung von sich aus über die der N. anvertrauten Kundengelder verfügen.

2. Soweit die Strafkammer das Verhalten des Angeklagten D. bei der geschilderten "Umverteilung" als Beihilfe zur Untreue gewertet hat, begegnet der Schuldspruch keinen Bedenken. Der Strafausspruch war jedoch aufzuheben. Denn die Strafkammer hat nicht bedacht, dass der Angeklagte D., nachdem er seinen Arbeitsvertrag gekündigt hatte und nicht mehr als Niederlassungsleiter tätig war, die Vermögensinteressen der Kunden nicht mehr wahrzunehmen hatte und ihn deshalb eine durch Rechtsgeschäft begründete Treuepflicht nicht mehr traf. Damit fehlte dem Angeklagten ein die Strafbarkeit begründendes persönliches Merkmal, so dass die Strafe nicht nur nach § 27 Abs. 2 Satz 2 StGB, sondern auch nach § 28 Abs. 1 StGB zu mildern war. Die Einzelstrafe für diesen Fall muss daher neu zugemessen werden. 23

3. Soweit die Kammer den Angeklagten D. wegen der von ihm nach dem 7. Juni 2005 in der Niederlassung in V. entnommenen Bargeldbeträge (Fälle 271-281 der Anklageschrift) wegen Untreue verurteilt hat, hat der Schuldspruch keinen Bestand. Aufgrund der Kündigung endete auch die durch den Arbeitsvertrag begründete Treuepflicht des Angeklagten D. gegenüber der N. Der Umstand, dass die Bestellung zum Prokuristen im Handelsregister und seine Zeichnungsberechtigung für das Bundesbankkonto nicht gelöscht wurden, steht dem ebenso wenig entgegen, wie seine nach wie vor bestehende faktische Möglichkeit, von Mitarbeitern große Bargeldbeträge ausgehändigt zu bekommen. Denn über diese tatsächliche Einwirkungsmöglichkeiten hinaus hat die Kammer keine Feststellungen zu einer vertraglichen Verpflichtung des Angeklagten D. getroffen. Die rein tatsächliche Möglichkeit, auf fremdes Vermögen zuzugreifen, reicht zur Begründung einer Treuepflicht indes nicht aus (Fischer aaO § 266 Rdn. 28). 24

Der Senat schließt aus, dass in einer neuen Hauptverhandlung hierzu weitere Feststellungen getroffen werden können, und ändert den Schuldspruch in den Fällen, in denen der Angeklagte D. ohne Wissen des Angeklagten We. nur für sich Bargeld entnahm und sich so rechtswidrig zueignete (Fälle 271-278, 280-281 der Anklageschrift), dahin, dass der Angeklagte der Unterschlagung gemäß § 246 StGB schuldig ist. Im Fall 279 der Anklageschrift entnahm der Angeklagte D. auf die Aufforderung des Angeklagten We., ihm zur finanziellen Absicherung seiner Familie 500.000 € aus Kundengeldern auszuhändigen, insgesamt 750.000 €, gab davon 400.000 € an den Angeklagten We. weiter und behielt - womit der Angeklagte We. rechnete - 350.000 € für sich. Dieses Verhalten ist mangels einer vertraglichen Treuepflicht des Angeklagten D. lediglich als Beihilfe zur Untreue des Angeklagten We. und - hinsichtlich des Betrages, den der Angeklagte D. sich selbst zueignete - als Unterschlagung zu werten. Auch insoweit stellt der Senat den Schuldspruch entsprechend um. 25

Die Änderung des Schuldspruchs in diesen Fällen führt zur Aufhebung der insoweit verhängten Einzelstrafen. Der Wegfall mehrerer Einzelstrafen hat zur Folge, dass auch die gegen den Angeklagten D. verhängte Gesamtstrafe keinen Bestand haben kann. Die rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen zum Strafausspruch können jedoch insgesamt bestehen bleiben. Ergänzende weitere Feststellungen darf der neue Tatrichter nur treffen, soweit sie nicht in Widerspruch hierzu stehen. 26

#### IV.

Auch die Revision des Angeklagten K. hat mit der Sachrüge teilweise Erfolg. 27

1. Der Angeklagte K., der die Verantwortung für die Geldtransporte und die Logistik aller H.-Gesellschaften hatte und dazu eigenständig Fahrzeuge leasen oder kaufen, Standorte für Niederlassungen festlegen und diesbezügliche Mietverträge abschließen konnte, unterstützte das Schneeballsystem, indem er u. a. dafür Sorge trug, dass die bei Kunden abgeholten Beträge so schnell wie möglich auf die Bundesbankkonten eingezahlt werden konnten, weil es nur so möglich war, die vermehrt auftretenden Fehlbeträge zu kompensieren. Außerdem half er ab 2004/2005 dabei, Geldanforderungen aus der Ham.er Zentrale der N. gegenüber Mitarbeitern von anderen Niederlassungen durchzusetzen. In der Zeit vom 14. Juni bis Ende Juli 2001 war der Angeklagte K. nicht für H.-Gruppe tätig. 28

Diese Feststellungen belegen nicht die Pflicht des Angeklagten K., die Vermögensinteressen der Kunden der H.-Gesellschaften zu wahren. Er war mit den die qualifizierte Vermögensbetreuungspflicht begründenden Geschäftsbereichen der Geldbearbeitung und der Bankdienstleistungen nicht betraut und hatte keinerlei Möglichkeit, über die Kundengelder zu verfügen. Dass seine Tätigkeit - wie die Strafkammer rechtsfehlerfrei festgestellt hat - für die Aufrechterhaltung des Schneeballsystems von großer Bedeutung war, führt zu keiner anderen Bewertung. Auch durch die - rechtlich ohnehin nicht nachvollziehbare - Wendung, der Angeklagte K. sei der "faktische Prokurist fast aller H. - Gesellschaften" gewesen, wird eine Treuepflicht im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB nicht belegt. 29

Soweit die Kammer ihn ab Erlangung einer sicheren Kenntnis von den Fehlbeträgen der H.-Unternehmensgruppe als 30

Täter einer Untreue in 21 rechtlich zusammentreffenden Fällen angesehen hat, konnte der Schuldspruch folglich nicht bestehen bleiben; vielmehr lag lediglich Beihilfe zur Untreue der Angeklagten W. und We. vor. Diese Beihilfehandlungen bilden mit der von der Kammer ausgerichteten Beihilfe zur Untreue für die Zeit ab der Rückkehr des Angeklagten K. im August 2001 nur eine Tat, so dass im Tatkomplex A.III.1. der Urteilsgründe lediglich zwei Fälle der Beihilfe zur Untreue vorlagen. Der Senat hat den Schuldspruch entsprechend geändert. Dies führt zur Aufhebung sämtlicher insoweit ausgesprochener Einzelstrafen. Zwar hat das Landgericht den Angeklagten K. im ersten Teil dieses Tatkomplexes zutreffend nur wegen Beihilfe zur Untreue verurteilt. Es hat jedoch dabei die zwingende Strafrahmenermilderung nach § 28 Abs. 1 StGB nicht berücksichtigt.

2. Auch im Fall A.III.2. der Urteilsgründe war der Schuldspruch wegen der fehlenden Treuepflicht des Angeklagten K. auf Beihilfe zur Untreue zu ändern und die verhängte Einzelstrafe aufzuheben. Der Senat weist für die neue Hauptverhandlung darauf hin, dass aufgrund des rechtsfehlerfrei festgestellten Tatbeitrags des Angeklagten K. allein die fehlende Treuepflicht zur Verurteilung wegen Beihilfe zur Untreue führt, so dass ihm die Milderung nach 28 Abs. 1, § 27 Abs. 2 Satz 2 StGB nur einmal zu Gute kommt (BGHSt 26, 53). 31

3. Im Fall A.III.5. der Urteilsgründe hat die Verurteilung des Angeklagten K. wegen Untreue hingegen Bestand. Die Strafkammer hat hierzu festgestellt, dass er Mitte 2005 Geld für ein Immobiliengeschäft benötigte und deshalb an den Ausstatter für die Geldtransporter der H.-Unternehmensgruppe herantrat, der wegen der für ihn lukrativen Geschäftsbeziehung bereits seit Jahren für seine jeweiligen Jahresumsätze eine Rückvergütungsprovision an die H. Transport GmbH Ha. zahlte. Der Angeklagte K. forderte ihn auf, die bereits angefallenen, aber erst zum Jahresende fälligen Provisionen unmittelbar an ihn zu zahlen, was dieser in Höhe von 36.000 € auch tat. Der Angeklagte K. verwendete den Betrag wie geplant für sich. 32

Zwar vermag auch hier die Begründung der Strafkammer, der Angeklagte K. habe als "faktischer Prokurist" eine vertragliche Vermögensbetreuungspflicht gehabt, die Treuepflicht im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB nicht zu belegen. Aus den Feststellungen ergibt sich indes, dass der Angeklagte bei der Beschaffung von Fahrzeugen selbständig schalten und walten, insbesondere eigenständig Verträge abschließen konnte, so dass für diesen Bereich seine Verpflichtung, die Vermögensinteressen der H. Transport GmbH zu wahren, zu bejahen ist. Diese verletzte er, indem er den seiner Arbeitgeberin zustehenden Anspruch in Höhe der 36.000 € einzog. Denn dadurch wurde der (zukünftige) Provisionsanspruch der H. Transport GmbH in dieser Höhe zumindest gefährdet, weil der Ausstatter nach den Feststellungen des Urteils zum Fälligkeitszeitpunkt nur noch den verbleibenden Restbetrag abzüglich der an den Angeklagten K. geleisteten Zahlung an die H. Transport GmbH auskehren wollte. 33

Die Änderung des Schuldspruchs in den Fällen A.III.1. und A.III.2. der Urteilsgründe und die Aufhebung der insoweit verhängten Einzelstrafen führt auch beim Angeklagten K. zur Aufhebung des Ausspruchs über die Gesamtstrafe. Die rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen zum Strafausspruch haben dagegen Bestand; weitere, dazu nicht in Widerspruch stehende Feststellungen kann der neue Tatrichter auch hier treffen. 34

## V.

Soweit der Senat Schuldsprüche geändert hat, steht § 265 StPO nicht entgegen, weil sich die Angeklagten nicht anders hätten verteidigen können, bzw. dem Angeklagten We. im Fall A.III.2. der Urteilsgründe bereits mit der Anklageschrift der Vorwurf der täterschaftlich begangenen Untreue gemacht worden war. Die Verschärfung des Schuldspruchs in diesem Fall scheidet auch nicht an § 358 Abs. 2 Satz 1 StPO (Kuckein in KK 5. Aufl. § 358 Rdn. 18 m. w. N.). 35