

HRRS-Nummer: HRRS 2013 Nr. 600

Bearbeiter: Karsten Gaede

Zitiervorschlag: BGH HRRS 2013 Nr. 600, Rn. X

BGH 5 StR 551/11 - Urteil vom 28. Mai 2013 (LG Berlin)

Untreuevorsatz und Vermögensnachteil bei der Übernahme einer existenzgefährdenden Mietgarantie durch Immobilienfonds (überschießende Innentendenz und voluntatives Element des Vorsatzes bei Risikogeschäften: maßgebliche Indizien; Pflichtwidrigkeit und Einverständnis im Konzern: Existenzgefährdung); Gesetzlichkeitsprinzip (Bestimmtheitsgebot; Entgrenzungsverbot; Verschleifungsverbot).

Art. 103 Abs. 2 GG; § 266 StGB; § 15 StGB; § 16 StGB

Leitsätze des Bearbeiters

1. Der Vorsatz muss sich auf sämtliche Merkmale des Untreuetatbestands beziehen. Bei Risikogeschäften sind an die Feststellung der inneren Tatseite erhöhte Anforderungen zu stellen. Dies betrifft beide Vorsatzbestandteile. Die Möglichkeit einer Vermögensgefährdung ist dem Risikogeschäft immanent. Die bewusste Eingehung des immanenten Risikos kann deshalb für sich genommen nicht ausreichen, weil Risiken wesentliche Strukturelemente im marktwirtschaftlichen System sind und die Eingehung von Risiken notwendiger Bestandteil unternehmerischen Handelns ist.

2. Die Rechtsprechung hat deshalb die innere Tatseite bei risikobehafteten unternehmerischen Entscheidungen besonderen Prüfungskriterien unterworfen. So ist auf der kognitiven Ebene zu verlangen, dass der Täter das von ihm eingegangene Risiko zutreffend bewertet hat. Da die Untreue ein Vorsatzdelikt ist, bildet der vom Tatgericht festzustellende Umfang der Kenntnis von den Risikofaktoren und dem Risikograd den Maßstab für die Prüfung des kognitiven Vorsatzelements (§ 16 StGB).

3. Für die Praxis bedeutsamer sind allerdings die Anforderungen an das voluntative Vorsatzelement. Anders als etwa bei Kapitaldelikten lässt sich das voluntative Element nicht bereits weitgehend aus dem Gefährdungspotential der Handlung ableiten. Der Grad der Wahrscheinlichkeit eines Erfolgesintritts allein kann kein Kriterium für die Entscheidung der Frage sein, ob der Angeklagte mit dem Erfolg auch einverstanden war. Es kommt vielmehr immer auch auf die Umstände des Einzelfalles an, bei denen insbesondere die Motive und die Interessenlage des Angeklagten zu beachten sind (BGHSt 46, 30, 35). Dabei ist zudem bei der Beurteilung eines Geschäftsvorgangs, bei dem keine Indizien für einen auch nur mittelbaren persönlichen Vorteil der Beteiligten bestehen, besondere Skepsis hinsichtlich des voluntativen Elements geboten.

4. Für das voluntative Element kann es nicht ausreichen, dass der Betreffende allein die Gefährdungslage billigt. Vielmehr kann nur dann von einer billigenden Inkaufnahme eines Nachteils im Sinne des § 266 StGB ausgegangen werden, wenn der Täter nicht nur die konkrete Gefahr in Kauf nimmt, sondern darüber hinaus auch die Realisierung dieser Gefahr billigt, sei es auch nur in der Form, dass der Täter sich mit dem Eintritt des unerwünschten Erfolges abfindet (BGHSt 51, 100, 121; 52, 182, 189 f.).

5. Für die beweismäßige Feststellung des voluntativen Vorsatzelements kommt freilich dem auch vom Täter erkannten Gefährdungsgrad ein erhebliches indizielles Gewicht zu. Für je wahrscheinlicher der Täter den Erfolgesintritt hält, umso mehr spricht dafür, dass er sich letztlich mit einem Schadenseintritt abfindet. Denn die bloße Hoffnung auf den guten Ausgang steht der Annahme eines Vorsatzes nicht entgegen.

6. Ebenso wie die Verschleierung von Risiken ein Anzeichen für das Vorliegen einer Billigung des Eintritts einer schadensgleichen Vermögensgefährdung sein kann (BGHSt 47, 148, 157), gilt umgekehrt, dass eine transparente und ordnungsgemäße Bilanzierung indiziell gegen eine willentliche Schadenszufügung sprechen kann.

7. Der Vorsatz zur Pflichtwidrigkeit einerseits und zur Nachteilszufügung andererseits innerhalb des § 266

StGB sind unabhängig voneinander zu prüfen. Die innere Tatseite hinsichtlich des Merkmals des Nachteils darf nicht dergestalt in der des Merkmals der Pflichtwidrigkeit aufgehen, dass es seiner eigenständigen Bedeutung weitgehend beraubt wäre. Auch wenn die Pflichtwidrigkeit in einem inneren Zusammenhang mit dem Nachteil steht, weil die Pflichtwidrigkeit der Handlung sich häufig gerade aus der für das betreute Vermögen innewohnenden Gefährdung ergibt, ist auch in subjektiver Hinsicht zu unterscheiden zwischen dem Vorsatz hinsichtlich der Pflichtwidrigkeit und hinsichtlich der Nachteilszufügung.

8. Tatbestandsmäßig im Sinne des § 266 StGB ist eine Pflichtwidrigkeit nur dann, wenn sie klar und evident war (siehe dazu BVerfGE 126, 170, 210 f.). Deshalb hat die Rechtsprechung grundsätzlich nur schwere Pflichtverletzungen ausreichen lassen (BGHSt 47, 148, 152 f.; 47, 187, 197).

9. Nach der Rechtsprechung bildet der existenzgefährdende Eingriff als Grenze der Verfügungsbefugnis des Gesellschafters den Oberbegriff, der die Unterfälle Beeinträchtigung des Stammkapitals sowie Entziehung der Produktionsgrundlagen oder Gefährdung der Liquidität umfasst (BGHSt 54, 52, 58; vgl. auch BGHSt 49, 147, 158).

Entscheidungstenor

Die Revisionen der Staatsanwaltschaft gegen das Urteil des Landgerichts Berlin vom 14. Februar 2011 werden verworfen.

Die Staatskasse trägt die Kosten der Rechtsmittel und die den Angeklagten insoweit entstandenen notwendigen Auslagen.

Gründe

Das Landgericht hat die zwölf Angeklagten vom Vorwurf der Untreue aus tatsächlichen Gründen freigesprochen. 1
Hiergegen richten sich die mit einer Verfahrensrüge und der ausgeführten Sachrüge begründeten Revisionen der Staatsanwaltschaft, die im Ergebnis ohne Erfolg bleiben.

I.

Das Landgericht hat den Anklagevorwurf nicht für erwiesen erachtet. 2

1. Die Staatsanwaltschaft wirft den Angeklagten Untreue in zwei Fällen zu Lasten der I. B. GmbH I.) vor, deren 3
Gesellschafterinnen die L. B. - Girozentrale - (LB.), die B. B. AG, die B. B. und die B. H. H. AG (B. H.) waren.

Gegenstand der Anklage ist die Auflage zweier geschlossener Immobilienfonds, durch die dem Vermögen der I. ein 4
Nachteil zugefügt worden sein soll. Dabei handelte es sich um den LB.-Fonds 12 und den I. Fonds Deutschland 1, die von der I.-Gruppe aufgelegt wurden, einer Holding, an der neben der I. noch als deren Tochtergesellschaften die B. O. B. GmbH und die I. V. B. B. mbH (IB.) beteiligt waren. Die I. übernahm dabei jeweils für 25 Jahre Mietgarantien, für die sie Provisionen in Höhe von 1,23 % (LB. -Fonds 12) und 1,62 % (IB. Fonds Deutschland 1) der jeweils garantierten Mietsumme vereinnahmte.

Die zwölf Angeklagten sind Geschäftsführer der I. (S. und Sc.), Prokuristen der I. (Sch., T. und B.) oder Mitglieder des 5
Aufsichtsrats (R., H., L. und Z. sowie die nur am ersten Fall beteiligten K., N. und D.), die dort die beteiligten Banken repräsentierten.

Die Staatsanwaltschaft wirft den Angeklagten vor, dass die Eingehung einer derart langfristigen Mietgarantie 6
pflichtwidrig gewesen sei. Damit seien sie ohne entsprechende kalkulatorische Absicherung unüberschaubare Risiken eingegangen. Im Hinblick auf die sich abzeichnende Immobilienkrise wäre eine besonders sorgfältige Risikoprüfung unter Einschluss der bereits laufenden Engagements veranlasst gewesen. Bei einer entsprechenden Nachkalkulation hätte sich für die Angeklagten aufgedrängt, dass der aus den Mietgarantien folgende Rückstellungsbedarf zu erheblichen Verlusten führen würde, die nicht mehr mit den Erträgen hätten ausgeglichen werden können. Bei den beiden nach dem Muster früherer Fonds zuletzt aufgelegten Fonds hätten die Angeklagten gewusst, dass die Absicherung der Fonds mit einer so langfristigen marktunüblichen Mietgarantie zu einem Verlustgeschäft führen würde. Die angeklagten Aufsichtsratsmitglieder hätten es in Bezug auf den LBBFonds 12 pflichtwidrig unterlassen, die endgültige Auflage und Schließung des Fonds zu verhindern. Hierdurch sei es deshalb zu einem Schaden in Höhe von mindestens 72 Mio. DM gekommen. Hinsichtlich des IB. Fonds Deutschland 1, dessen Auflage von allen hieran beteiligten neun Angeklagten mittäterschaftlich zu verantworten sei, ergebe sich ein Schaden von mindestens 44 Mio.

DM. In beiden Fällen drohe weiterer Schaden.

2. Das Landgericht hat in der Auflage der Fonds und ihrer Schließung keine Untreue gemäß § 266 StGB gesehen. 7

a) Nach den Feststellungen des Landgerichts wurde die I. faktisch wie eine Abteilung des Gesamtkonzerns der B. B. AG geführt und lediglich als Kostenstelle betrachtet. Die Gesellschafterinnen hatten deshalb einen gegebenenfalls entstehenden Verlust für die I. bewusst in Kauf genommen, weil dieser Verlust als Teil des erheblichen Gesamtnutzens betrachtet und akzeptiert wurde, der für die Konzernbanken aus dem Fondsgeschäft erzielt wurde. Deshalb waren die Gesellschafterbanken, die über ihre Vertreter im Aufsichtsrat informiert waren, auch damit einverstanden, dass möglicherweise bei der I. in einem gewissen Rahmen Verluste eintreten würden. 8

b) Nach der Bewertung des Landgerichts seien die Mietgarantien schon deshalb nicht pflichtwidrig gewesen, weil die Gesellschafterbanken dieser Fondsaufgabe zugestimmt hätten. Dieses Einverständnis habe tatbestandsausschließend gewirkt, weil eine Existenzgefährdung der I. bis zum Zeitpunkt der Schließung der beiden Fonds nicht absehbar gewesen sei. 9

Aus dem Ergebnis der Beweisaufnahme habe sich ergeben, dass die Angeklagten zwar ein abstraktes Risiko gesehen und dies billigend in Kauf genommen hätten. Sämtliche Angeklagten hätten aber die Dimension des Risikos nicht erkannt und seien auch nicht davon ausgegangen, dass es bei der I. zu einer Existenzgefährdung kommen könnte. Aufgrund der damals bekannten Zahlen und des Prognosematerials habe sich das Ausmaß des Risikos nicht abschätzen lassen. Die Angeklagten hätten deshalb jedenfalls nicht vorsätzlich gehandelt. 10

II.

Die Revisionen der Staatsanwaltschaft bleiben ohne Erfolg. 11

1. Die Verfahrensrüge ist unzulässig. 12

a) Die Staatsanwaltschaft beanstandet die Ablehnung eines von ihr gestellten Beweisantrages auf Einholung eines Sachverständigengutachtens. Das Landgericht ist diesem Beweisantrag nicht nachgekommen, weil die unter Beweis gestellten Tatsachen aus tatsächlichen Gründen für die Entscheidung ohne Bedeutung seien (§ 244 Abs. 3 Satz 2 StPO). Die Staatsanwaltschaft hatte den bereits vorher gehörten Wirtschaftsprüfer Web. zum Beweis der Tatsache benannt, dass die fondsbezogenen Aufwendungen die fondsbezogenen Einnahmen der I. und ihrer Tochtergesellschaften überstiegen und ein vom Sachverständigen in wirtschaftlich nachvollziehbarer Weise - nach handelsrechtlichen Bewertungsmaßstäben - zu beziffernder Gesamtschaden eingetreten sei. In einer späteren Ergänzung präzisiert die Staatsanwaltschaft ihren Antrag dahin, dass der Sachverständige unter Außerachtlassung der testierten Jahresabschlüsse eigenständig neue Bilanzen jeweils zum Jahresende 1998 und 1999 erstellen solle. 13

b) Es kann offen bleiben, ob dieser Antrag im Blick auf das überwiegend wertend formulierte Beweisthema überhaupt als Beweisantrag anzusehen ist. Jedenfalls hat die Staatsanwaltschaft seine Ablehnung durch das Landgericht nicht in der gehörigen Form gerügt. Ihr Vortrag ist nicht vollständig (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO). Die Staatsanwaltschaft teilt zwar den Ablehnungsbeschluss des Landgerichts mit. Sie unterlässt es jedoch, die in dem Beschluss in Bezug genommenen Aktenteile vorzulegen oder zumindest ihren wesentlichen Inhalt vorzutragen. Dies betrifft die gutachterliche Äußerung des Sachverständigen Web., das von ihm verfasste Sondergutachten, den Beschluss der Wirtschaftsstrafkammer vom 31. März 2008 über die Nichtzulassung der Anklage wegen Bilanzfälschung und die hierzu ergangene Rechtsmittelentscheidung des Kammergerichts vom 11. Februar 2010 sowie die Gründe, die zur Zurückverweisung des Antrags der Staatsanwaltschaft vom 7. Oktober 2010 auf Vernehmung der Zeugin F. geführt haben. 14

c) Im Übrigen läge ein Beruhen des Freispruchs auf der beanstandeten unterbliebenen Beweiserhebung aus den zur Sachrüge ausgeführten Gründen fern. 15

2. Die sachlich-rechtlichen Beanstandungen der Staatsanwaltschaft zeigen keinen durchgreifenden Rechtsfehler auf. 16

a) Der Senat kann offen lassen, ob das Vorgehen der Angeklagten - was das Landgericht verneint hat - objektiv pflichtwidrig war. Tatbestandsmäßig im Sinne des § 266 StGB ist allerdings eine Pflichtwidrigkeit nur dann, wenn sie klar und evident war (siehe dazu BVerfGE 126, 170, 210 f.). Deshalb hat die Rechtsprechung grundsätzlich nur schwere Pflichtverletzungen ausreichen lassen (BGH, Urteile vom 15. November 2001 - 1 StR 185/01, BGHSt 47, 148, 152 f., und vom 6. Dezember 2001 - 1 StR 215/01, BGHSt 47, 187, 197). Ob die von der Staatsanwaltschaft 17

angenommenen Mängel im Risikomanagement vorlagen und auch den entsprechenden Schweregrad erreichten, bedarf hier jedoch keiner Vertiefung. Es liegt nicht fern, dass der Fall auf der Grundlage der erhobenen Anklage auch insoweit von vornherein an einer allzu isolierten Sicht auf die I. ohne Rücksicht auf deren in den Gesamtkonzern integrierte Rolle krankt. Ausreichende Anhaltspunkte für einen etwa berechtigten Untreuevorwurf zum Nachteil des Gesamtkonzerns drängen sich mangels jeglicher Erwägungen zu dessen naheliegenden den eingegangenen Risiken gegenüberstehenden Vorteilen durch eine Fortführung der in Frage stehenden Immobiliengeschäfte nicht ansatzweise auf.

b) Das Landgericht hat den subjektiven Tatbestand bei sämtlichen Angeklagten rechtsfehlerfrei verneint, weil es einen Untreuevorsatz nicht feststellen konnte. Die hiergegen gerichteten Angriffe der Staatsanwaltschaft sind letztlich erfolglos. Dies gilt ungeachtet dessen, dass das Landgericht die subjektive Tatseite hinsichtlich der Tatbestandsmerkmale der Pflichtwidrigkeit und des Nachteils nicht immer deutlich getrennt hat. Abgesehen davon, dass sich dies allenfalls zu Ungunsten der Angeklagten hätte auswirken können, verletzt die Wirtschaftsstrafkammer bei ihrer Prüfung im Ergebnis nicht das vom Bundesverfassungsgericht statuierte Verschleifungs- oder Entgrenzungsverbot (BVerfGE 126, 170, 198 f.). Dieses wirkt sich allerdings gleichermaßen auf die Prüfung der subjektiven Tatseite aus. Auch insoweit sind der Vorsatz zur Pflichtwidrigkeit einerseits und zur Nachteilszufügung andererseits unabhängig voneinander zu prüfen; die innere Tatseite hinsichtlich des Merkmals des Nachteils darf nicht dergestalt in der des Merkmals der Pflichtwidrigkeit aufgehen, dass es seiner eigenständigen Bedeutung weitgehend beraubt wäre. Auch wenn die Pflichtwidrigkeit in einem inneren Zusammenhang mit dem Nachteil steht, weil die Pflichtwidrigkeit der Handlung sich häufig gerade aus der für das betreute Vermögen innewohnenden Gefährdung ergibt, ist auch in subjektiver Hinsicht zu unterscheiden zwischen dem Vorsatz hinsichtlich der Pflichtwidrigkeit und hinsichtlich der Nachteilszufügung.

Dem Gesamtzusammenhang des angefochtenen Urteils ist jedoch mit ausreichender Deutlichkeit zu entnehmen, dass das Landgericht, welches sich überaus eingehend mit der vorgenannten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts auseinander gesetzt hat, sowohl den Vorsatz der Pflichtwidrigkeit als auch der Nachteilszufügung jeweils selbständig geprüft und verneint hat.

aa) In Betracht kommt hier allenfalls bedingter Vorsatz. Dieser setzt nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs voraus, dass der Täter die Tatbestandsverwirklichung für möglich hält und den Erfolg billigend in Kauf nimmt (BGH, Urteil vom 4. November 1988 - 1 StR 262/88, BGHSt 36, 1, 9). Damit muss die Prüfung eines bedingten Vorsatzes die beiden Vorsatzelemente, nämlich das kognitive und das voluntative Element umfassen. Der Vorsatz muss sich auf sämtliche Merkmale des Untreuetatbestands beziehen.

(1) Bei Risikogeschäften, wie sie hier vorliegen, sind an die Feststellung der inneren Tatseite erhöhte Anforderungen zu stellen. Dies betrifft beide Vorsatzbestandteile. Die Möglichkeit einer Vermögensgefährdung ist dem Risikogeschäft immanent. Die bewusste Eingehung des immanenten Risikos kann deshalb für sich genommen nicht ausreichen, weil Risiken wesentliche Strukturelemente im marktwirtschaftlichen System sind und die Eingehung von Risiken notwendiger Bestandteil unternehmerischen Handelns ist.

Die Rechtsprechung hat deshalb die innere Tatseite bei risikobehafteten unternehmerischen Entscheidungen besonderen Prüfungskriterien unterworfen. So ist auf der kognitiven Ebene zu verlangen, dass der Täter das von ihm eingegangene Risiko zutreffend bewertet hat. Da die Untreue ein Vorsatzdelikt ist, bildet der vom Tatgericht festzustellende Umfang der Kenntnis von den Risikofaktoren und dem Risikograd den Maßstab für die Prüfung des kognitiven Vorsatzelements (§ 16 StGB).

(2) Für die Praxis bedeutsamer sind allerdings die Anforderungen an das voluntative Vorsatzelement. Anders als etwa bei Kapitaldelikten lässt sich das voluntative Element nicht bereits weitgehend aus dem Gefährdungspotential der Handlung ableiten. Der Grad der Wahrscheinlichkeit eines Erfolges allein kann kein Kriterium für die Entscheidung der Frage sein, ob der Angeklagte mit dem Erfolg auch einverstanden war. Es kommt vielmehr immer auch auf die Umstände des Einzelfalles an, bei denen insbesondere die Motive und die Interessenlage des Angeklagten zu beachten sind (BGH, Urteil vom 6. April 2000 - 1 StR 280/99, BGHSt 46, 30, 35; vgl. auch BGH, Beschluss vom 26. August 2003 - 5 StR 145/03, BGHSt 48, 331, 347 ff. - zum Betrug; vgl. auch Saliger in Satzger/Schmitt/Widmaier, StGB, 2009, § 266 Rn. 104). Dabei ist zudem bei der Beurteilung eines Geschäftsvorgangs, bei dem - wie hier - keine Indizien für einen auch nur mittelbaren persönlichen Vorteil der Beteiligten bestehen, besondere Skepsis hinsichtlich des voluntativen Elements geboten.

Für das voluntative Element kann es demnach nicht ausreichen, dass der Betreffende allein die Gefährdungslage billigend in Kauf nimmt. Dies würde, da unternehmerische Entscheidungen regelmäßig einen Gefährdungsanteil aufweisen, dem subjektiven Untreuevorwurf nicht gerecht. Vielmehr kann nur dann von einer billigenden Inkaufnahme eines Nachteils im

Sinne des § 266 StGB ausgegangen werden, wenn der Täter nicht nur die konkrete Gefahr in Kauf nimmt, sondern darüber hinaus auch die Realisierung dieser Gefahr billigt, sei es auch nur in der Form, dass der Täter sich mit dem Eintritt des unerwünschten Erfolges abfindet (BGH, Urteil vom 18. Oktober 2006 - 2 StR 499/05, BGHSt 51, 100, 121; Beschluss vom 2. April 2008 - 5 StR 354/07, BGHSt 52, 182, 189 f.; vgl. auch Matt in Matt/Renzikowski, StGB, 2013, § 266 Rn. 155). Für die Kennzeichnung der Innentendenz ist dieses Erfordernis notwendig, zumal die Untreue - anders als der Betrug - keine Eigen- oder Fremdbereicherungsabsicht voraussetzt. Das gedankliche Hinnehmen einer Vermögensgefährdung ist für sich genommen nicht aussagekräftig, weil sie eine Begleiterscheinung unternehmerischen Handelns ist. Dem objektiven Tatbestandsmerkmal "Nachteil" entspricht eine innere Einstellung, die dadurch geprägt ist, dass sie sich letztlich mit dem Verlust abfindet.

Für die beweismäßige Feststellung des voluntativen Vorsatzelements kommt freilich dem auch vom Täter erkannten 25
Gefährdungsgrad ein erhebliches indizielles Gewicht zu. Für je wahrscheinlicher der Täter den Erfolgseintritt hält, umso mehr spricht dafür, dass er sich letztlich mit einem Schadenseintritt abfindet. Denn die bloße Hoffnung auf den guten Ausgang steht der Annahme eines Vorsatzes nicht entgegen (NK/Kindhäuser, StGB, 4. Aufl., § 266 Rn. 122).

(3) Mit dieser Auffassung setzt sich der Senat nicht in Widerspruch zur Rechtsprechung des 1. Strafsenats, soweit 26
diese es hat genügen lassen, wenn sich auch das voluntative Vorsatzelement allein auf die schadensgleiche Gefährdung bezieht, ohne dass zugleich eine Billigung eines eventuellen Endschadens hinzutritt (BGH, Beschluss vom 18. Februar 2009 - 1 StR 731/08, BGHSt 53, 199; vgl. zu diesem Problemkreis Fischer, NStZ Sonderheft 2009, 8, 13 f.; ders. StraFo 2008, 269, 274 f.; Nack, StraFo 2008, 277, 280 f.; NK/Kindhäuser aaO, § 266 Rn. 123; Hoyer in SK, 123. Lfg., § 266 Rn. 55; Gaede in Matt/Renzikowski, StGB, 2013, § 15 Rn. 27). Die maßgebliche Entscheidung erging zum Betrug und betraf eine Fallgestaltung, bei der eine versprochene Geldanlage gänzlich unterblieben ist. Zudem enthält auch die Auffassung des 1. Strafsenats eine Einschränkung, weil sie das voluntative Element auf die "nicht mehr vertragsimmanente Verlustgefahr" bezieht; letztlich wird auf diese Weise eine Korrektur vorgenommen. Ungeachtet der Frage, ob durch die zwischenzeitlich ergangenen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 126, 170; 130, 1) im Blick auf die Schadensbestimmung eine Neuakzentuierung eingetreten ist, nötigt die hier vorliegende Fallgestaltung nicht zu einer Anfrage nach § 132 Abs. 3 GVG. Dies gilt schon deshalb, weil das Landgericht rechtsfehlerfrei das kognitive Vorsatzelement und zugleich schon eine Billigung der Existenzgefährdung verneint hat, mithin dieser Rechtsfrage im vorliegenden Fall die Entscheidungserheblichkeit fehlen würde.

bb) Das angefochtene Urteil genügt den vorgenannten Anforderungen an die Feststellung eines bedingten Vorsatzes. 27
Die Wirtschaftsstrafkammer hat rechtsfehlerfrei bei der Prüfung der subjektiven Tatseite aufgrund der äußeren Umstände die für die Angeklagten zum damaligen Zeitpunkt erkannte Gefährdungslage gewürdigt und einen Untreuevorsatz verneint.

(1) Zutreffend ist die Grundannahme des Landgerichts, dass im Hinblick auf den Untreuetatbestand nur eine solche 28
Gefährdung des Vermögens der I. relevant sein kann, die den Grad der Existenzgefährdung erreicht. Dies ergibt sich nach den Feststellungen aus der Stellung der I. im Verhältnis zu den Mutterbanken. Von dort wurde die I. letztlich wie eine unselbständige Abteilung geführt, die einen bestimmten Aufgabenkreis im Gesamtkonzern zu erfüllen hatte. Deshalb kam es der Unternehmensleitung wie auch den Aufsichtsgremien nicht darauf an, das Verhältnis von Aufwendungen für die Mietgarantien und vereinnahmten Provisionen bezogen auf die I. ausgeglichen zu gestalten. Die Auflage der Fonds war für die Konzerngesellschaft schon deshalb von hohem Nutzen, weil hieraus durch die Kreditierung der Fonds und die anfallenden Provisionen erhebliche Erträge gezogen werden konnten. Da sämtliche Gesellschafter in voller Kenntnis der Umstände und der wirtschaftlichen Kennziffern über ihre Repräsentanten im Aufsichtsrat der I. den Fondsaufgaben zugestimmt hätten, läge - so die Kernaussage des Landgerichts - ein den Tatbestand ausschließendes Einverständnis vor, das insoweit wirksam gewesen sei, als hierdurch keine Existenzgefährdung der Gesellschaft eingetreten sei. Jedenfalls aus der für den Vorsatz maßgeblichen Sicht der Angeklagten ist hinreichend belegt, dass diese eine solche Existenzgefährdung der I. nicht vorhergesehen haben.

Die gegen die Maßgeblichkeit der Grenze der Existenzgefährdung für die Wirksamkeit eines 29
tatbestandsausschließenden Einverständnisses gerichteten Einwände der Staatsanwaltschaft gehen fehl. Es kann kein Zweifel daran bestehen, dass die im Aufsichtsrat vertretenen Vorstände der Gesellschafterbanken ein solches Einverständnis erklären konnten, selbst wenn sie nicht alleinvertretungsberechtigt waren. Soweit die Banken nicht schon durch zwei Vorstandsmitglieder in den Aufsichtsgremien vertreten wurden, die sich vorab und im Nachgang abgestimmt hatten, wurden nach den landgerichtlichen Feststellungen die Entscheidungen in den jeweiligen Gesamtvorständen der Gesellschafterbanken kommuniziert und gebilligt.

Soweit der Generalbundesanwalt eine verengte Betrachtung auf die Existenzgefährdung beanstandet und auf eine 30
nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs weitere (zusätzliche) Grenze für ein tatbestandsausschließendes

Einverständnis verweist, wonach das Stammkapital nicht angetastet werden dürfe, ist dies zweifelhaft. Denn nach der Rechtsprechung bildet der existenzgefährdende Eingriff als Grenze der Verfügungsbefugnis des Gesellschafters wohl den Oberbegriff, der die Unterfälle Beeinträchtigung des Stammkapitals sowie Entziehung der Produktionsgrundlagen oder Gefährdung der Liquidität umfasst (BGH, Beschluss vom 31. Juli 2009 - 2 StR 95/09, BGHSt 54, 52, 58; vgl. auch BGH, Urteil vom 13. Mai 2004 - 5 StR 73/03, BGHSt 49, 147, 158). Abgesehen davon, dass beide Merkmale in einem inneren Zusammenhang stehen, hat die Wirtschaftsstrafkammer die wirtschaftliche Situation - wie sie sich zu den beiden Tatzeiten nach der Wahrnehmung der Angeklagten darstellte - umfassend gewürdigt, was sowohl eine Existenzgefährdung als auch den Unterfall eines Angriffs auf das Stammkapital einschloss. Im Übrigen hätte dabei, soweit eine vom Generalbundesanwalt angesprochene Unterbilanz in Betracht gezogen werden sollte, auch die für die Verbindlichkeiten der I., die bis zum 31. Dezember 1998 eingegangen wurden, wirksame Patronatserklärung der B. B. AG (UA S. 54) mitberücksichtigt werden müssen. Da die hieraus entstehenden Verlustübernahmeverpflichtungen Dritter als Forderungen zu bilanzieren wären (vgl. Paschos in Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht 2011, § 302 AktG Rn. 5), hätte schon dieser Umstand einer Unterbilanz entgegengestanden.

Die Existenzgefährdung der I. als maßgebliche Belastungsgrenze wird insbesondere dann nachvollziehbar, wenn man die subjektive Sicht der Angeklagten wie geboten berücksichtigt, die ersichtlich vom Gesamtkonzernnutzen her dachten. In diesem Zusammenhang spielte die I. die eher unselbständige Rolle einer Kostenstelle, die tatsächlich so lange in dem Konzernzusammenhang funktionierte, als ihre Existenz gesichert war. Es lag deshalb bei der Betrachtung aus der Perspektive der Angeklagten nahe, die wirtschaftlichen Belange der I. erst dann ernst zu nehmen, wenn deren Existenzgefährdung drohte, weil ab diesem Zeitpunkt ein wichtiger Baustein in dem für den Konzern wichtigen und gewinnbringenden Fondsgeschäft wegzubrechen drohte. 31

(2) Die Beweiswürdigung des Landgerichts zur fehlenden Erkennbarkeit des existenzgefährdenden Umfangs der Risiken aus den Mietgarantien ist rechtsfehlerfrei. 32

Das Landgericht stellt eine fundamentale Verschlechterung der prognoserelevanten Risikofaktoren ab spätestens 1998 fest. Es markiert das "Ende der Blütezeit von geschlossenen Immobilienfonds" auf den Abschluss des Jahres 1998. In der Folge hätte neben dem Abbau steuerlicher Privilegien die hohe Arbeitslosigkeit, der Zusammenbruch des "Neuen Markts" und eine stagnierende Wirtschaft zu einem zunehmend schwierigen Umfeld geführt. Nach Auffassung des Landgerichts haben sich die damals bekannten Risiken - jedenfalls aus der Sicht der Angeklagten - zumindest in einem vertretbarem Maße in den hierfür bilanziell vorzunehmenden Rückstellungen (§ 249 HGB) niedergeschlagen. Es stützt diese Würdigung auf folgende Umstände: 33

(a) So hat das von der I. 1998 eingeführte und zunächst vom Zeugen Sa. betreute Risikocontrolling ungeachtet seiner Anlaufschwierigkeiten eine deutliche Verbesserung der Datentransparenz erbracht. Auf der Grundlage dieses Datenmaterials ergab sich aber nach der Prognose im Frühjahr 2000, die bereits nach der Schließung des IB. Fonds Deutschland 1 erfolgte, ein Betrag von noch höchstens 108.000 TDM als rechnerische Restgröße (im Sinne eines positiven Saldos). Unter Einbeziehung des Gesamtkonzernnutzens belief sich nach den Berechnungen des Risikocontrollers Sa. der fortbestehende Ertrag auf 846.600 TDM, der sich jedoch im Blick auf noch nicht bezifferbare Gewinne aus Zwischenfinanzierungen noch weiter erhöht hätte (UA S. 115 f.). Aus diesem schon weitgehend optimierten Risikocontrolling ergab sich mithin noch keine unmittelbare Existenzgefährdung der I. 34

(b) Die I. und der Gesamtkonzern wurden in ihrer Wirtschaftsführung und Bilanzierung mehrfach überprüft, wobei jeweils die für die Mietgarantien zu bildenden Rückstellungen und die Risikovorsorge Gegenstand dieser Bewertungen waren. Die erstellten Jahresabschlüsse wurden durch eine externe Kanzlei begleitet, die aus Wirtschaftsprüfern, Rechtsanwälten und Steuerberatern bestand. Diese fertigte auch die Jahresabschlüsse, die Rückstellungen für Pauschal- und Einzelrisiken enthielten. In einem konzerninternen Revisionsbericht wurde zwar die seinerzeitige Rückstellungspraxis kritisiert. Dies wurde jedoch als "geringfügiger Mangel" bezeichnet. Letztlich ging es um die bilanztechnische Erfassung und Bewertung; eine Existenzgefährdung haben die konzerninternen Revisoren in keinem Fall gesehen. Gleiches gilt für den Bericht der Konzernrevision vom 11. Juli 1997, die sogar zu dem Ergebnis kam, dass eine I. -interne Revision entbehrlich sei und diese Aufgabe durch die Kreditrevision der Konzernmutter übernommen werden könne. 35

In dem durch den Wirtschaftsprüfer Wa. erstatteten Sonderprüfungsbericht vom 26. Juli 1997 ebenso wie im Prüfbericht nach § 44 KWG der F. T. R. vom 12. November 1997 wurden die Risiken aus den Mietgarantien thematisiert. Wa. kritisierte dabei den bilanziellen Ansatz der Provisionen und wies auf die Risiken hin. Der F. -Bericht verlangte ein wirksameres Risikocontrolling. Nach den Feststellungen des Landgerichts zog jedoch keiner der beiden Prüfer eine Existenzgefährdung der I. in Betracht, die durch die langfristigen Mietgarantien hätte entstehen können. 36

Von - wie das Landgericht zutreffend hervorhebt - besonderer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang das vom 37

Zeugen Web. verfasste Sondergutachten gemäß § 44 Abs. 1 KWG für das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen (sog. Fasselt-Mette-Bericht). Dieses Gutachten wurde am 14. März 2000 abgeschlossen, die Datengrundlage bezog sich aber auf den Zeitpunkt 30 Tage vor Schließung des IB. Fonds Deutschland 1. Aus dieser Zeitnähe ergibt sich die besondere Aussagekraft dieses Gutachtens. Dort wurde zwar eine Erhöhung der Rückstellungen wegen drohender Verluste aus den Mietgarantien empfohlen; eine Existenzgefährdung der I. wurde aber nicht angesprochen. Bestätigt wird dies weiterhin durch den einvernommenen Zeugen Wei., der Referatsleiter im Bundesaufsichtsamt war und die Einschätzung von Web. teilte.

(c) Aus diesen internen und externen Expertisen zieht die Wirtschaftsstrafkammer den Schluss, dass die Angeklagten keine Existenzgefährdung der I. durch nicht ausreichend durch Rückstellungen abgesicherte Mietgarantien erkannt hätten. Dieser Schluss, der auf einer hinreichend sorgfältigen Analyse der zu den Tatzeitpunkten vorhandenen Sachverhaltsgrundlagen beruht, ist vom Revisionsgericht hinzunehmen. Er liegt zudem auch nahe, weil nicht ersichtlich ist, wieso die Angeklagten im Vergleich zu den Controllern und Revisionspezialisten überragende Erkenntnisquellen hätten haben sollen, die sie in die Lage versetzt hätten, eine konkrete Existenzgefährdung der I. vorauszusehen. Vielmehr haben auch die den Jahresabschluss prüfenden Wirtschaftsprüfer der W. AG die bilanziellen Ansätze der I. uneingeschränkt bestätigt, und zwar in Kenntnis der mit der langfristigen Mietgarantie verbundenen Risiken. 38

Entgegen der Auffassung des Generalbundesanwalts bestand für die Annahme des Landgerichts, dass niemand die von den Mietgarantien ausgehenden Gefahren für die Existenz der I. gesehen habe, demnach eine ausreichende Tatsachengrundlage. Ein Vergleich einerseits der Aufwendungen für die Mietgarantie und andererseits der Erträge hieraus ist aus dem angefochtenen Urteil ersichtlich; das Landgericht hat lediglich dem Resultat nicht das vom Generalbundesanwalt erwartete Gewicht beigemessen, weil es die Provisionen für die Mietgarantien anders gewertet hat. Aus subjektiver Sicht der Angeklagten waren - weil diese aus der Perspektive des Konzernnutzens dachten - die Provisionen für die Mietgarantien keine echte, gar alleinige Gegenleistung für die damit verbundene Risikoübernahme, sondern die Preisfestlegung orientierte sich an Marktgesichtspunkten und an der steuerlichen Abzugsfähigkeit. Deshalb dürfen insoweit Aufwendungen und Erträge nicht ohne weiteres gegenübergestellt werden, maßgeblich ist vielmehr allein die bilanzielle Gesamtsituation und die Frage, ob sich insoweit eine existenzgefährdende Überschuldung ergibt. 39

Dieser Gesichtspunkt hat aber auch Auswirkungen auf die Frage, inwieweit die vereinnahmten Provisionen bilanziell in ihrer Gesamtsumme oder nur rätierlich zu erfassen sind. Für eine rätierliche Erfassung bestand jedenfalls aus der Sicht der Angeklagten umso weniger Anlass, als sie die Provisionen nicht als kalkuliertes Risikoentgelt ansahen. Letztlich bedarf diese bilanzielle Frage hier aber weder in objektiver noch in subjektiver Hinsicht einer Vertiefung, weil nach den Feststellungen der Wirtschaftsstrafkammer auch bei einem rätierlichen Ansatz zwar naturgemäß ein verringerter Überschuss hätte ausgewiesen werden können, aber auch dann noch keine existenzgefährdende Situation eingetreten wäre. Da auch insoweit noch nicht verbrauchte Beträge aus den dann anzusetzenden Rechnungsabgrenzungsposten bestanden hätten (UA S. 146 f.), hätte sich ein etwaiger Verstoß gegen Bilanzierungsvorschriften nicht ausgewirkt. 40

Soweit der Generalbundesanwalt weiter bemängelt, dass eine Begründung, die sich darauf stützt, das Risiko sei nicht konkret erkennbar gewesen, offen lasse, ob die Existenzgefährdung im Rahmen einer ordnungsgemäßen Risikoanalyse objektiv erkennbar gewesen wäre, verlässt er die Grenzen eines Vorsatzdelikts. Auch im Rahmen des bedingten Vorsatzes kommt es immer darauf an, dass der Betreffende die Gefahrenlage tatsächlich erkannt hat. Die bloße Erkennbarkeit ist allenfalls im Bereich der Fahrlässigkeitstaten relevant. Im Übrigen belegt das angefochtene Urteil hinreichend die Bemühungen der I. um eine Verbesserung des Risikocontrolling und die Hindernisse, auf welche diese stieß. 41

(3) Das Landgericht hat ohne Rechtsverstoß ersichtlich auch das voluntative Vorsatzelement verneint. Es führt aus, dass die Angeklagten in der Erkenntnis der von der I. eingegangenen Risiken deren Existenzgefährdung mit adäquaten Mitteln zu verhindern suchten, um dadurch das Fondsgeschäft im Gesamtkonzernnutzen weiter zu betreiben. Dabei zieht die Wirtschaftsstrafkammer vor allem aus den in den Jahren 1998 und 1999 durchgeführten Kapitalerhöhungen den Schluss auf einen ernsthaften Willen der Angeklagten, existenzgefährdende Verluste zu vermeiden (UA S. 533 f.). So erfolgte eine Kapitalerhöhung im April 1998 um 25 Mio. DM mit einem 100%igen Agio, was wirtschaftlich eine weitere Erhöhung um denselben Betrag bedeutete, und eine neuerliche noch viel stärkere Kapitalaufstockung Anfang 1999 um 340 Mio. DM. 42

Aus diesen Umständen hat das Landgericht rechtsfehlerfrei gefolgert, dass die Angeklagten der erkannten Risikostruktur aufgrund der marktunüblichen Mietgarantien begegnen wollten. Damit hat es zugleich seine Annahme untermauert, dass die Angeklagten sich nicht mit einer Existenzgefährdung der I. abgefunden haben, sondern hierfür 43

eine Risikovorsorge treffen wollten. Als die maßgeblichen Entscheidungsträger der I. hatten die Angeklagten den tatbestandlichen Erfolg im Sinne des § 266 StGB, nämlich die Existenzgefährdung, oder gar die Existenzvernichtung gerade nicht gebilligt oder sich auch nur damit abgefunden.

Die Verneinung des voluntativen Vorsatzelements wird zudem durch weitere vom Landgericht festgestellte Umstände 44 bestätigt. Durch den Aufbau eines Risikocontrollings, mit dem die Leitungsebene der I. der internen und externen Kritik nachkam, ist belegt, dass die Verantwortlichen nicht die Augen vor der möglichen Existenzbedrohung verschlossen haben, sondern bemüht waren, die Risiken aus diesen Geschäften steuerbar zu halten. Die Ergebnisse dieser Untersuchungen wurden den Angeklagten gegenüber kommuniziert bzw. von ihnen abgefragt. Auch dieser Umstand spricht dagegen, dass den Angeklagten der tatbestandliche Erfolg des Eintritts eines Nachteils auch nur gleichgültig gewesen wäre (vgl. hierzu auch Puppe in NK, StGB, 4. Aufl., § 15 Rn. 56 f.).

Schließlich war das gesamte Controlling- und Buchhaltungssystem auf Transparenz ausgelegt. Die erkannten Risiken 45 wurden sowohl konzernintern als auch gegenüber den Abschlussprüfern, der W. AG, offen angesprochen und diskutiert. Der Stand des Risikocontrollings und auch dessen Mängel waren stets sowohl auf der Ebene der Geschäftsleitung der I., des Aufsichtsrats der I. und auch bei den Gesellschafterinnen der I. gleichermaßen bekannt. Nach den Feststellungen des Landgerichts gab es weder eine Verschleierung der Risiken aus dem Fondsgeschäfts innerhalb der I. noch gegenüber den vier Gesellschafterteilkonten vor Auflage der anklagegegenständlichen LB. Fonds 12 und IB. Fonds Deutschland 1. Gleichfalls herrschte auch innerhalb der Konzernbanken und gegenüber deren Aufsichtsgremien eine weitgehende Offenheit, weil auch ihnen die wesentlichen Revisionsberichte mitgeteilt wurden.

Diese Umstände haben Auswirkungen auf die Prüfung des Willenselements beim Vorsatz. Ebenso wie die 46 Verschleierung von Risiken ein Anzeichen für das Vorliegen einer Billigung des Eintritts einer schadensgleichen Vermögensgefährdung sein kann (BGH, Urteil vom 15. November 2001 - 1 StR 185/01, BGHSt 47, 148, 157), gilt umgekehrt auch, dass eine transparente und ordnungsgemäße Bilanzierung indiziell gegen eine willentliche Schadenszufügung sprechen kann.

c) Die Revisionen können schließlich nicht mit dem Vorwurf durchdringen, das Landgericht habe die gebotene 47 Gesamtwürdigung unterlassen.

Das Unterlassen einer solchen Gesamtwürdigung kann allerdings einen zur Aufhebung des Freispruchs nötigen 48 Rechtsfehler begründen. Denn selbst wenn keine der jeweiligen Indizatsachen für sich allein zum Nachweis der Täterschaft der Angeklagten ausreicht, besteht die Möglichkeit, dass sie in ihrer Gesamtheit dem Tatrichter die entsprechende Überzeugung vermitteln (BGH, Urteil vom 6. März 2002 - 5 StR 351/01, NJW 2002, 1811, 1812; vgl. auch Dietmeier ZIS 2008, 101, 103 f.). Die Gesamtwürdigung hat aber auch - gleichfalls in ihrer Gesamtheit - die entlastenden Umstände einzubeziehen (BGH, Urteil vom 12. September 2001 - 2 StR 172/01, NSTZ 2002, 47).

Der Generalbundesanwalt fasst dabei in seiner Antragsschrift die wesentlichen, die Angeklagten belastenden 49 Indizatsachen zusammen, aus denen sich eine bereits im Zeitpunkt der beiden letzten Fondsschließungen abzeichnende Überschuldung der I. ergeben soll. Abgesehen davon, dass diese Indizien nur dann beachtlich sein könnten, wenn sich aus ihnen auch ein Rückschluss auf das Bewusstsein der Angeklagten ergäbe, findet eine solche vom Generalbundesanwalt vermisste Gesamtwürdigung in den Urteilsgründen tatsächlich statt. Auch wenn das Landgericht diesen Begriff nicht explizit verwendet, lassen doch seine Darlegungen erkennen, dass es die einzelnen Indizien nicht nur für sich genommen gewichtet hat. Damit hat es in der Sache eine umfassende - freilich auch die entlastenden Gesichtspunkte einschließende - Gesamtwürdigung vorgenommen, die allerdings zu einem anderen als vom Generalbundesanwalt ersichtlich für richtig gehaltenen Ergebnis geführt hat.