
Datum: 14.07.2009
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 2. Strafsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 2 Ss 197/09
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2009:0714.2SS197.09.00

Vorinstanz: Landgericht Hagen, 42 Ns 800 Js 596/04 (70/08)

Tenor:

Das angefochtene Urteil wird mit den zugrunde liegenden Feststellungen aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an eine andere kleine Strafkammer des Landgerichts Hagen, welche auch über die Kosten des Revisionsverfahrens zu entscheiden hat, zurückverwiesen.

Gründe: 1

I. 2

Das Landgericht Hagen hat den Angeklagten unter Freisprechung im Übrigen wegen Untreue zu einer Freiheitsstrafe von vier Monaten verurteilt, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wurde. 3

Soweit die Berufungskammer den Angeklagten verurteilt hat, hat sie hierzu folgende Feststellungen getroffen: 4

"Im April 2004 beauftragte die Zeugin T3 den Angeklagten mit der Regulierung eines von ihr 5 unverschuldeten Verkehrsunfalls. Sie kannte den Angeklagten bereits seit mehreren Jahren von einer gemeinsamen Tätigkeit bei der Firma R, einem Call Center. Der Angeklagte hatte die Zeugin T3 in der Vergangenheit bereits einmal in einer Verkehrsunfallangelegenheit

vertreten und dieses Mandat ordnungsgemäß bearbeitet.

Am 23.06.2004 überwies die Versicherung des Unfallgegners, die K, einen Betrag von 2.663,23 € auf ein Konto der Rechtsanwälte O und T, davon einen Betrag in Höhe von 2.300,00 € als Schadensersatz für die Zeugin T3. Am 02.08.2004 überwies die Versicherung auf dasselbe Konto für die Zeugin T3 einen weiteren Betrag in Höhe von 150,00 € als Schmerzensgeld. Diese Beträge wurden, wie auch andere Zahlungseingänge in der Kanzlei, im Computer auf dem elektronischen Aktenkonto verbucht. Zuständig für die Erfassung von Zahlungen waren die Zeugin T und Frau C, eine weitere Mitarbeiterin. Der Angeklagte nahm selbst keine Buchungen vor. Das Verfahren bei Zahlungseingängen gestaltete sich in der Kanzlei derart, dass der sachbearbeitende Rechtsanwalt per E-Mail über den Zahlungseingang benachrichtigt wurde. Dabei wurden mehrere Zahlungseingänge in einer Liste zusammengefasst. Es war zudem jedem der Rechtsanwälte jederzeit möglich, im Computer in der elektronischen Akte den Eingang einer Zahlung zu überprüfen. Eine Trennung der von der K empfangenen Gelder von dem Geschäftsvermögen der Rechtsanwälte — etwa durch Einrichtung eines Anderkontos — erfolgte nicht. 6

Im Juni 2004 fragte die Zeugin T3 erstmals nach dem Stand der Schadensregulierung. Der Angeklagte wies auf die langen Bearbeitungszeiten der Versicherung hin, insbesondere angesichts der Sommerurlaube der Versicherungsmitarbeiter. In der Folgezeit rief die Zeugin T3 mindestens einmal im Monat in der Kanzlei in J und F sowie auf dem privaten Handy des Angeklagten an, um sich nach dem Stand der Sache zu erkundigen. Stets vertröstete sie der Angeklagte. Im Oktober 2004, die Zeugin T3 benötigte Geld für den Erwerb eines Sofas, überwies ihr der Angeklagte möglicherweise aus privaten Mitteln 800,00 € als Vorauszahlung. Während des gesamten Jahres 2004 war der Angeklagte aufgrund ausreichender Liquidität in der Lage, die der Zeugin T3 zustehenden Schadensersatzbeträge in Höhe von 2.300,00 € und 150,00 € an sie auszukehren. Spätestens im Oktober 2004 hatte er Kenntnis von dem Eingang der Zahlungen der K, als er 800,00 € an die Zeugin T3 — angeblich aus Privatmitteln — auszahlte. Die restlichen Schadensersatzbeträge leitete er jedoch nicht an die Zeugin T3 weiter, obwohl er, wie er wusste, aufgrund des Mandates mit der Zeugin T3 dazu verpflichtet und auch in der Lage war. Er nahm so billigend die Gefährdung des Vermögens der Zeugin in Kauf und war sich auch des Zinsverlustes der Zeugin bewusst. Im Frühjahr und Sommer 2005 erklärte der Angeklagte wahrheitswidrig gegenüber der Zeugin T3, die Versicherung habe in ihrem Fall den Verdacht einer sog. „Autobumserei“, der vor einer Schadensregulierung zunächst ausgeräumt werden müsse, er werde sich aber weiter um die Angelegenheit kümmern. In späteren Telefonaten Ende des Jahres 2005 kündigte er an, er werde Klage erheben, aufgrund der hohen Auslastung der Gerichte sei aber mit einer Schadensersatzzahlung an sie in nächster Zeit nicht zu rechnen. Klage erhob der Angeklagte daraufhin jedoch nicht. Nachdem ihr eine Kollegin mitgeteilt hatte, die Schadensregulierung bei Verkehrsunfällen sei üblicherweise wesentlich schneller abgeschlossen, wandte sich die Zeugin im April 2006 selbst an die gegnerische Versicherung und erhielt von dieser die Auskunft, ihre Verkehrsunfallangelegenheit sei bereits im Jahre 2004 reguliert worden. Die Zeugin T3 beauftragte sodann einen anderen Rechtsanwalt, der die von der Versicherung ausgezahlten Schadensersatzbeträge bei dem Angeklagten anmahnte. Auf diese Mahnung zahlte der Angeklagte im Mai 2006 an die Zeugin T3 die ihr zustehenden Schadensersatzbeträge abzüglich seiner Rechtsanwaltsgebühren." 7

Bei der Strafzumessung hat das Landgericht hinsichtlich der Unerlässlichkeit der Verhängung einer Freiheitsstrafe gemäß § 47 Abs. 1 StGB Folgendes ausgeführt: 8

"Nach nochmaliger Würdigung sämtlicher für und gegen den Angeklagten sprechenden Strafzumessungsgesichtspunkte war, obwohl der Angeklagte bislang nicht vorbestraft ist, die Verhängung einer kurzen Freiheitsstrafe zur Verteidigung der Rechtsordnung gemäß § 47 Abs. 1 StGB unerlässlich. Eine Geldstrafe konnte angesichts der Bedeutung der von dem Angeklagten als Organ der Rechtspflege begangenen Tat für den Rechtsgüterschutz — Schutz des Vermögens des Treugebers — nicht verhängt werden. Die Allgemeinheit würde mit Unverständnis reagieren, wenn in diesem Fall die von dem Angeklagten als Organ der Rechtspflege begangene Untreue und die Missachtung des besonderen Vertrauens, welches ihm als Rechtsanwalt im Hinblick auf den Umgang mit Mandantengeldern entgegengebracht wird, lediglich die Verhängung einer Geldstrafe nach sich zöge."

Gegen dieses Urteil hat der Angeklagte Revision eingelegt und diese mit der Verletzung sachlichen Rechts begründet. Hierbei führt er insbesondere aus, dass nach den Feststellungen der Strafkammer ein Schaden i.S.d. 266 StGB nicht hinreichend dargelegt worden sei. Ein Zinsschaden sei nicht konkret beziffert worden. Ebensowenig liege eine schadensgleiche Vermögensgefährdung vor. Nach neueren BGH-Rechtsprechungen werde diskutiert, ob der Anwendungsbereich des Gefährdungsschadens einzuschränken sei. Zudem sei auch die Strafzumessung fehlerhaft. Insbesondere sei die Begründung zur Anwendung des § 47 StGB nicht ausreichend. 10

Die Generalstaatsanwaltschaft hat beantragt, die Revision als unbegründet zu verwerfen. 11

II. 12

Die form- und fristgerecht eingelegte und begründete Revision hat in der Sache einen zumindest vorläufigen Erfolg. 13

1. 14

Die Feststellungen des Amtsgerichts tragen nicht die Verurteilung wegen einer Untreue gemäß § 266 StGB. 15

a) Zwar hat das Landgericht zutreffend ausgeführt, dass der Angeklagte in seiner Funktion als Rechtsanwalt gegenüber der Zeugin T3 eine Vermögensbetreuungspflicht hatte und diese durch die Hinhaltetaktiken und die verspätete Auszahlung der Versicherungsgelder verletzt hat. 16

Auch sind die Feststellungen des Landgerichts insoweit noch genügend, dass ein Schaden in Form eines Zinsschadens vorliegt. Die Höhe des Zinsschadens ist zwar nicht konkret beziffert worden, jedoch lässt sich die Höhe aufgrund der Feststellungen überschlägig ermitteln, da der vorenthaltene Betrag sowie die Dauer des Entzuges des Geldes bekannt ist. Dies reicht für die Feststellung eines Zinsschadens noch aus. 17

b) Die Feststellungen hinsichtlich eines Schadens in Form einer schadensgleichen Vermögensgefährdung sind jedoch lückenhaft. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs macht sich ein Rechtsanwalt, der Gelder für einen Mandanten in Empfang nimmt und nicht einem Anderkonto zuführt, sondern anderweitig verwendet, grundsätzlich der Untreue schuldig. Das Verhalten des Rechtsanwalts stellt nur dann keinen Verstoß gegen die Treuepflicht dar und führt nur dann nicht zu einem Nachteil i.S.d. § 266 StGB, wenn er uneingeschränkt bereit und jederzeit fähig ist, einen entsprechenden Betrag aus eigenen flüssigen Mitteln vollständig auszukehren (vgl. BGH, Beschluss vom 30.10.2003, in NStZ-RR 2004, 54; BGHSt 15, 342, 344; BGHR StGB § 266 Nachteil 56). Ein 18

anderweitiges Verwenden der Gelder der Versicherung, welche für die Zeugin T3 bestimmt waren, hat das Landgericht jedoch nicht festgestellt.

Auch ansonsten hat die Strafkammer eine schadensgleiche Vermögensgefährdung nicht hinreichend dargelegt. 19

Nach der rechtlichen Würdigung der Kammer soll eine schadensgleiche Vermögensgefährdung darin liegen, dass Gläubiger des Angeklagten jederzeit Zugriff auf das Konto hatten. Hierzu sind die Feststellungen aber nicht genügend. 20

Eine schadensgleiche Vermögensgefährdung ist nach ständiger Rechtsprechung des BGH dann gegeben, wenn die Gefährdung nach wirtschaftlicher Betrachtung bereits eine Verschlechterung der gegenwärtigen Vermögenslage bedeutet (vgl. BGHSt 44, 376, 384; 48, 354, 357). 21

Eine solche schadensgleiche Vermögensgefährdung entsteht allerdings nicht bereits, wenn Mandantengelder nicht vom sonstigen Betriebsvermögen abgesondert, sondern auf ein "allgemeines" Konto eingezahlt werden. Eine schadensgleiche Vermögensgefährdung ist in diesem Fall nur dann anzunehmen, wenn die auf dem allgemeinen Geschäftskonto eingezahlten Versicherungsgelder dem Zugriff von Gläubigern des Angeklagten offenstehen und dadurch die Gelder gefährdet sind. Hierzu fehlen jedoch bislang Feststellungen. Denn die bloße abstrakte Möglichkeit einer schadensgleichen Vermögensgefährdung genügt nicht. Die Gefahr eines endgültigen Verlusts eines Vermögensbestandteils muss vielmehr so groß sein, dass sie schon jetzt eine Minderung des Gesamtvermögens zur Folge hat (vgl. BGHSt 51, 165, 177; BGH NJW 2008, 1827). Im Rahmen der Prüfung einer schadensgleichen Vermögensgefährdung kommt es deshalb insgesamt auf die Vermögensverhältnisse des Angeklagten an. Nur soweit aufgrund der Gesamtumstände die naheliegende Gefahr besteht, dass auf dieses "allgemeine" Konto des Angeklagten zugegriffen werden könnte, liegt eine zu einer Minderbewertung führende Vermögensgefährdung vor. Die Kammer hätte demnach Feststellungen treffen müssen, wie die wirtschaftliche Lage des Angeklagten im betreffenden Tatzeitraum zu bewerten war, ob eine naheliegende Gefahr bestand, dass Gläubiger des Angeklagten auf das allgemeine Geschäftskonto zugreifen und damit die Gelder der Zeugin T3 konkret gefährdet waren. 22

Eine schadensgleiche Vermögensgefährdung ist auch nicht darin zu sehen, dass die Geschäftspartnerin des Angeklagten, welche in dem betreffenden Tatzeitraum zusammen mit ihm die Kanzlei führte, jederzeit Zugriff auf das allgemeine Geschäftskonto hatte. Auch insoweit fehlen konkrete Feststellungen. Eine konkrete Vermögensgefährdung wäre auch dann nur anzunehmen, wenn die Kanzlei über keine ausreichenden finanziellen Mittel verfügte und demzufolge jederzeit die konkrete Gefahr bestand, dass die Geschäftspartnerin des Angeklagten Gelder des Geschäftskontos für sich oder anderweitige Zwecke verwandte und damit die Mandantengelder der Zeugin T3 endgültig in Verlust geraten wären. 23

Soweit die Revision meint, dass der Anwendungsbereich des Gefährdungsschadens insgesamt oder jedenfalls bei der Untreue objektiv oder subjektiv in Hinblick auf Art 103 Abs.2 GG einzuschränken sei und dabei auf die Entscheidungen des BGH in BGHSt 51, 100 bzw 48, 354 verweist, ist anzumerken, dass die dort zur Entscheidung anstehenden Fälle andere rechtliche Problemstellungen hatten und auf den vorliegenden Fall nicht übertragen werden können. 24

2. 25

26

Auch die Strafzumessung begegnet rechtlichen Bedenken. Die Ausführungen hinsichtlich der Unerlässlichkeit der Verhängung einer kurzen Freiheitsstrafe gemäß § 47 Abs. 1 StGB ist fehlerhaft. Die Strafkammer hat die kurze Freiheitsstrafe nicht zur Einwirkung auf den Täter, sondern zur Verteidigung der Rechtsordnung als unerlässlich angesehen. Zur Verteidigung der Rechtsordnung unerlässlich ist die Verhängung einer kurzen Freiheitsstrafe nach der Rechtsprechung dann, wenn eine Geldstrafe im Hinblick auf schwerwiegende Besonderheiten des Einzelfalls für das allgemeine Rechtsempfinden schlechthin unverständlich erscheinen müsste und das Vertrauen in die Unverbrüchlichkeit des Rechts und den Schutz der Rechtsordnung vor kriminellen Angriffen dadurch erschüttert werden könnte (vgl. BGHSt 24, 40). Es kommt darauf an, welche Bedeutung die Tat und Taten dieser Art für den Rechtsgüterschutz haben, inwieweit Wiederholungs- und Nachahmungsgefahr bestehen und wie die Allgemeinheit in diesem konkreten Fall auf eine etwaige Geldstrafe reagieren würde (vgl. Fischer, StGB, 56. Aufl., § 47 Rz 9).

Darüberhinaus ist aber auch erforderlich, dass besondere Umstände, welche in der Tat oder der Persönlichkeit des Täters liegen, die Verhängung einer Freiheitsstrafe unerlässlich machen. 27

Insoweit dürfen zwar besondere berufliche Pflichten eine Rolle spielen, soweit sie eine unmittelbare Beziehung zur Straftat haben, insbesondere wenn die berufliche Stellung gerade für das verletzte Rechtsgut erhöhte Pflichten begründet (vgl. BGH, NSTZ 1988, 175; OLG Dresden, Beschluss vom 12. Februar 1997, 1 Ss 586/96, zitiert nach iuris). 28

Aber selbst, wenn wie hier, der Angeklagte die Tat als Organ der Rechtspflege begangen hat und gerade auch seine spezifischen beruflichen Pflichten verletzt hat, so darf doch nicht schematisch – dies lässt das angefochtene Urteil besorgen - aufgrund dieser Gegebenheiten auf die Unerlässlichkeit der Verhängung einer Freiheitsstrafe geschlossen werden. 29

Als Ausnahmenvorschrift bedarf die Anwendung des § 47 StGB einer eingehenden und nachprüfaren Begründung (vgl. Thüringer Oberlandesgericht, Beschluss vom 17. Dezember 2003, 1 Ss 318/03; Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, beschluss vom 17. August 2004, 2 Ss 127/04; jeweils zitiert nach iuris), die in dem angefochtenen Urteil nicht in ausreichendem Maß vorhanden ist. 30

Neben der Stellung als Organ der Rechtspflege wäre eine Gesamtwürdigung aller maßgeblichen Strafzumessungsfaktoren, insbesondere auch der Umstände der Tat und deren Schuldgehalt sowie der Lebensverhältnisse des Angeklagten erforderlich gewesen. 31

Da noch Feststellungen zu dem Vorliegen einr schadensgleichen Vermögensgefährdung möglich sind und dessen Vorliegen auch bei der Strafzumessung zu berücksichtigen wäre, war das Urteil insgesamt mit den Feststellungen aufzuheben und an eine andere kleine Strafkammer des Landgerichts Hagen zurückzuverweisen. 32