
Datum: 26.06.2014
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 2. Strafsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 2 Ws 189/14
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2014:0626.2WS189.14.00

Tenor:

Die sofortige Beschwerde wird auf Kosten der Staatskasse, die auch die im Beschwerdeverfahren entstandenen notwendigen Auslagen der Angeschuldigten trägt, verworfen.

Gründe:

1

I.

2

Die Staatsanwaltschaft Köln hat unter dem 17.08.2012 gegen den Angeschuldigten K wegen des Vorwurfs der Untreue in fünf Fällen, gegen den Angeschuldigten L wegen des Vorwurfs der Untreue in vier Fällen, gegen die Angeschuldigten T, N und N2 wegen des Vorwurfs der Untreue in zwei Fällen und gegen den Angeschuldigten K2 wegen des Vorwurfs der Beihilfe zur Untreue in drei Fällen im Zeitraum von Mai 2006 bis zum 30.03.2009 Anklage zur Wirtschaftsstrafkammer des Landgerichts Aachen erhoben. Hinsichtlich der Einzelheiten wird auf den Akteninhalt (Band IX, Bl. 1840 – 2088) Bezug genommen. 3

Mit Beschluss vom 17.12.2013 hat das Landgericht Aachen die Eröffnung des Hauptverfahrens gegen alle sechs Angeschuldigten teils aus rechtlichen, teils aus tatsächlichen Gründen abgelehnt. Hinsichtlich der Begründung wird auf den Akteninhalt (Band XII, Bl. 2559 – 2601) Bezug genommen. 4

Gegen diesen, ihr am 20.12.2013 zugestellten Beschluss hat die Staatsanwaltschaft Köln am 20.12.2013, eingegangen beim Landgericht Aachen am 20.12.2013, sofortige Beschwerde eingelegt. Hinsichtlich der Begründung wird auf den Akteninhalt (Band XII, Bl. 2642 – 2659) Bezug genommen. 5

Mit Vorlageverfügung vom 31.03.2014 ist die Generalstaatsanwaltschaft Köln der sofortigen Beschwerde der Staatsanwaltschaft Köln beigetreten. 6

Die Angeschuldigten K, L, T, N und N2 haben mit Schriftsätzen ihrer Verteidiger vom 02.05., 06.05., 08.05. und 09.05.2014 zur sofortigen Beschwerde der Staatsanwaltschaft Stellung genommen.	7
II.	8
Das Rechtsmittel ist gemäß § 210 Abs. 2 StPO statthaft und form- und fristgerecht (§ 311 Abs. 2 StPO) eingelegt worden, hat jedoch in der Sache keinen Erfolg.	9
Das Landgericht hat die für die Eröffnung des Hauptverfahrens nach Maßgabe des § 203 StPO erforderliche Wahrscheinlichkeit der späteren Verurteilung im Ergebnis zutreffend verneint. Der Senat gelangt auch unter Berücksichtigung des Beschwerdevorbringens zu keinem anderen Ergebnis.	10
Hinreichender Verdacht im Sinne von § 203 StPO besteht bei vorläufiger Tatbewertung in der Wahrscheinlichkeit der späteren Verurteilung, wobei für den Grundsatz „in dubio pro reo“ noch kein Raum, eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit nicht erforderlich ist und nicht die gleiche Wahrscheinlichkeit wie beim dringenden Tatverdacht nach den §§ 112, 126 a StPO verlangt wird. Dabei muss sich die Wahrscheinlichkeit der Verurteilung auch auf die Beweisbarkeit erstrecken (vgl. SenE v. 20.12.2012 – 2 Ws 851/12; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 57. Auflage, § 203 Rn. 2 m.w.N.). An diesen Voraussetzungen gemessen erweist sich die Entscheidung des Landgerichts als zutreffend. Bei umfassender Gesamtwürdigung ist eine Verurteilung der Angeschuldigten nicht hinreichend wahrscheinlich.	11
Fall 1 der Anklage:	12
Angeschuldigter K	13
1.	14
Der Angeschuldigte K ist nicht hinreichend verdächtig, durch die Aufgabe der Platzierungsverpflichtung gegenüber der G2 Mitte des Jahres 2006 eine Untreue zum Nachteil der G3 31 begangen zu haben.	15
Die Platzierungsverpflichtung der G2 gegenüber der G3 31 zerfällt gemäß § 4 Ziffer 2 Satz 1 der Vereinbarung vom 28.09.2002 in drei Bestandteile:	16
Die Verpflichtung, den bis zum 28.02.2003 nicht durch Beitrittserklärungen belegten Teil der Kapitalerhöhung bis zu einem Gesellschaftskapital von 82 Millionen Euro auf Anfordern der G3 31 selbst zu übernehmen (im Folgenden: Selbsteintrittsverpflichtung) oder alternativ nach Wahl der G2 der G3 31 Darlehen in Höhe der Differenz der nicht belegten Kapitalerhöhung zu einem Gesellschaftskapital von 82 Millionen Euro zu gewähren (im Folgenden: Darlehensgewährungsverpflichtung) oder alternativ nach Wahl der G2 der G3 31 Darlehen in Höhe der Differenz der nicht belegten Kapitalerhöhung zu einem Gesellschaftskapital von 82 Millionen Euro zu vermitteln (im Folgenden: Darlehensvermittlungsverpflichtung).	17
(1) Untreue durch Aufgabe der Selbsteintrittsverpflichtung	18
Als alleiniger Gesellschafter und einzelvertretungsberechtigter Geschäftsführer der G2, die ihrerseits wiederum Geschäftsbesorgerin der G3 31 war, besaß der Angeschuldigte K eine schuldrechtliche Vermögensbetreuungspflicht betreffend das Vermögen der G3 31.	19
	20

Voraussetzung für eine strafbare Untreue im Sinne des Treubruchstatbestandes ist gemäß der aktuellen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zunächst eine klare, evidente und gravierende Pflichtverletzung (BVerfGE 126, 170, 211). Ansatzpunkt für die Annahme einer solchen gravierenden und evidenten Treupflichtverletzung kann hier sein, dass im Zeitpunkt der Aufgabe der Selbsteintrittsverpflichtung (26.06.2006) die Differenz zwischen dem Deckelungsbetrag von 82 Millionen Euro und dem nicht durch Beitrittserklärungen belegten Teil der Kapitalerhöhung 25,5 Millionen Euro betrug (eingeworben war bis zu diesem Zeitpunkt Eigenkapital in Höhe von 56,5 Millionen Euro), in dieser Höhe zu diesem Zeitpunkt – vorbehaltlich der Einwerbung weiteren Eigenkapitals bis zum Ende des Jahres 2010 - ein (noch nicht fälliger) Anspruch der G3 31 gegen die G2 auf Selbsteintritt bezüglich dieser Differenz bestanden haben könnte und dieser Anspruch ohne Notwendigkeit, insbesondere ohne Kollision mit den Kreditbedingungen der D, aufgegeben worden sein könnte.

Der Senat, der sich der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHSt 46, 30, 34) zur Eigennützigkeit des Handelns von Entscheidungsträgern bewusst ist, kann jedoch offen lassen, ob diese Aufgabe tatsächlich pflichtwidrig war. 21

Es kann darüber hinaus offen bleiben, ob insoweit das Einverständnis der Gesellschafter die Annahme von Untreue ausschließt, weil die Gesellschafterversammlung der G3 31 2006 den geplanten Änderungen des Gesellschaftsvertrages vorab ihre Zustimmung erteilt hat, oder ob dieses Einverständnis aufgrund von Willensmängeln derjenigen Gesellschafter, die ihre Zustimmung erteilt haben, unwirksam war. 22

Entscheidend ist hier vielmehr, dass ein konkreter Vermögensschaden der G3 31 im Sinne des § 266 StGB nicht feststellbar ist. 23

Nach den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts ist hierzu folgendes zu berücksichtigen: 24

Im Falle des Nachteilsmerkmals des § 266 StGB muss die Auslegung den gesetzgeberischen Willen beachten, dieses Merkmal als selbständiges neben dem der Pflichtverletzung zu statuieren; sie darf daher dieses Tatbestandsmerkmal nicht mit dem Pflichtwidrigkeitsmerkmal verschleifen, das heißt, es in diesem aufgehen lassen. Deswegen und um das Vollendungserfordernis zu wahren, sind eigenständige Feststellungen zum Vorliegen eines Nachteils geboten. Von einfach gelagerten und eindeutigen Fällen – etwa bei einem ohne weiteres greifbaren Mindestschaden – abgesehen, werden die Strafgerichte den von ihnen angenommenen Nachteil der Höhe nach beziffern und dessen Ermittlung in wirtschaftlich nachvollziehbarer Weise in den Urteilsgründen darlegen müssen (BVerfGE 126, 170, 211). 25

Eine gebotene konkrete Ermittlung des Nachteils darf insbesondere nicht aus der Erwägung heraus unterbleiben, dass sie mit praktischen Schwierigkeiten verbunden ist. Wenn und soweit in der wirtschaftlichen Praxis geeignete Methoden zur Bewertung von Vermögenspositionen entwickelt worden sind, müssen die Gerichte diese – gegebenenfalls über die Hinzuziehung eines Sachverständigen – auch ihrer Beurteilung zugrunde legen. Dabei geht es darum, die Schadensfeststellung auf eine sichere Grundlage zu stellen, sie rational nachvollziehbar zu machen und sich zu vergewissern, ob im Einzelfall eine hinreichend sichere Grundlage für die Feststellung eines Vermögensnachteils überhaupt existiert oder ob man sich in einem Bereich bewegt, in dem von einem zahlenmäßig fassbaren Schaden noch nicht die Rede sein kann. Soweit Unsicherheiten verbleiben, ist unter Beachtung des Zweifelssatzes der (Mindest-)Schaden im Wege der Schätzung zu ermitteln (BVerfGE 126, 170, 212). 26

Normative Gesichtspunkte können bei der Feststellung eines Nachteils durchaus eine Rolle spielen. Sie dürfen aber, soll der Charakter der Untreue als Vermögensdelikt und Erfolgsdelikt bewahrt bleiben, wirtschaftliche Überlegungen nicht verdrängen. So kann beispielsweise die Verwendung des anvertrauten Vermögens zu verbotenen Zwecken nicht per se als nachteilsbegründend angesehen werden; vielmehr bleibt es auch in solchen Fällen erforderlich zu prüfen, ob das verbotene Geschäft – wirtschaftlich betrachtet – nachteilhaft war (BVerfG a.a.O.).	27
Der Vermögensnachteil als Taterfolg der Untreue soll nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung durch einen Vergleich des gesamten Vermögens vor und nach der beanstandeten Verfügung unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten geprüft werden (BGHSt 47, 295, 301f., BGH NSTZ-RR 2006, 378, 379).	28
Davon ausgehend ist hier wie folgt zu differenzieren:	29
Der G3 31 ist im Zeitpunkt der Aufgabe der Selbsteintrittsverpflichtung am 26.06.2006 kein unmittelbarer Vermögensschaden in Höhe von 25,5 Millionen Euro entstanden. Insoweit ist die in der sofortigen Beschwerde vertretene Ansicht der Staatsanwaltschaft, es habe nach den vertraglichen Regelungen auch vor dem 31.12.2010 ein fälliger Anspruch gegenüber der G2 bestanden, die bis dahin durch das noch fehlende Eigenkapital entstehenden liquiden Nachteile auszugleichen, unzutreffend. Die Fälligkeit des Ausgleichsanspruchs trat erst mit Ablauf des 31.12.2010 ein.	30
Für die ursprüngliche Vereinbarung vom 28.09.2002 folgt dies aus § 4 Ziffer 2, vorletzter Satz, der wie folgt lautet:	31
<i>„Der bis zum 31.12.2005 noch nicht durch Beitrittserklärungen belegte Teil der Kapitalerhöhung ist dann von G selbst zu übernehmen“.</i>	32
Aus dieser Formulierung geht klar hervor, dass erst am 31.12.2005 Bilanz gezogen werden konnte, um die Höhe der Selbsteintrittsverpflichtung der G2 feststellen zu können.	33
Diese Vereinbarung ist von der G3 31 und der G2 um fünf Jahre bis zum 31.12.2010 prolongiert worden. Eine ausdrückliche schriftliche Vereinbarung zwischen diesen beiden Gesellschaften hierzu befindet sich zwar nicht bei den Akten. Es ist jedoch nach Aktenlage erkennbar, dass auf Seiten der G3 31 sämtliche gesellschaftsrechtlichen Bedingungen für den Abschluss einer solchen Vereinbarung geschaffen worden sind und eine Prolongation zwischen den Parteien tatsächlich gelebt worden ist. Denn die G2 hat noch in der Zeit vom 01.01.2006 bis zum 26.06.2006 Eigenkapital in Höhe 957.016,81 Euro für die G3 31 eingeworben. Zudem heißt es in der Vereinbarung zwischen den Parteien vom 26.06.2006:	34
<i>„Der zwischen den Parteien bestehende Vertriebsauftrag und Platzierungsverpflichtung vom 28.09.2002 nebst Nachtrag endet mit Platzierung der nunmehr beschlossenen Gesellschaftskapitalerhöhung von T€ 56.600.“</i>	35
<i>Mit Platzierung dieser Gesellschaftskapitalerhöhung sind die von G nach § 2 (Alleinvertrieb) und § 4 (Platzierungsverpflichtung) zu erbringenden Leistungen erbracht.“</i>	36
Diese Formulierungen ergeben nur dann einen Sinn, wenn die Parteien davon ausgegangen sind, dass wechselseitige Verpflichtungen über den 31.12.2005 hinaus bestanden und auch über den 26.06.2006 hinaus bestanden hätten, wenn diese nicht zum Aufhebungszeitpunkt beendet worden wären.	37

Im Ergebnis bedeutet dies, dass erst am 31.12.2010 hätte Bilanz gezogen werden können, um die Höhe des dann fälligen Anspruches gegen die G2 zu ermitteln.	38
Eine strafbare Untreue kann auch nicht unter dem Blickwinkel der Kategorie des „Gefährdungsschadens“ angenommen werden.	39
Insoweit gilt es zunächst Folgendes zu beachten:	40
Der Dogmatik der schadensgleichen Vermögensgefährdung oder des Gefährdungsschadens liegt die Annahme zugrunde, dass bei wirtschaftlicher Betrachtung unter bestimmten Umständen bereits die Gefahr eines zukünftigen Verlustes eine gegenwärtige Minderung des Vermögenswertes und damit einen vollendeten Schaden oder Nachteil im Sinne der §§ 263, 266 StGB darstellen kann (vgl. RGSt 16, 1, 11; BVerfGE 126, 170, 221). Die Annahme eines Gefährdungsschadens setzt nach gefestigter Rechtsprechung allerdings voraus, dass das Vermögen des Opfers durch die Tathandlung konkret gefährdet wird. Eine abstrakte Gefährdungslage reicht nicht aus. Vielmehr ist unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalls festzustellen, ob die Betroffenen mit wirtschaftlichen Nachteilen ernstlich zu rechnen hatten, der Eintritt eines Schadens also nahe liegend war, so dass der Vermögenswert aufgrund der Verlustgefahr bereits gegenwärtig gemindert wurde (BGHSt 48, 354, 357 f.; BGHSt 51, 100, 113; BGHSt 52, 182, 188).	41
Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts bestehen zwar keine prinzipiellen verfassungsrechtlichen Einwände gegen die Anwendung dieser von der Rechtsprechung entwickelten Figur des Gefährdungsschadens auf den Untreuetatbestand. Um jedoch eine verfassungswidrige Überdehnung des Untreuetatbestandes in den Fällen des Gefährdungsschadens zu vermeiden, ist es jedoch notwendig – aber auch ausreichend –, dass Gefährdungsschäden von den Gerichten in wirtschaftlich nachvollziehbarer Weise festgestellt werden (BVerfGE 126, 170, 229). Anerkannte Bewertungsverfahren und –maßstäbe sind dabei zu berücksichtigen; soweit komplexe wirtschaftliche Analysen vorzunehmen sind, ist regelmäßig die Hinzuziehung eines Sachverständigen erforderlich. Unvermeidlich verbleibende Prognose- und Beurteilungsspielräume sind durch vorsichtige Schätzung auszufüllen; im Zweifel muss allerdings freigesprochen werden (BVerfG a.a.O.).	42
Ein Gefährdungsschaden kommt im vorliegenden Fall unter dem theoretisch denkbaren Gesichtspunkt in Betracht, dass es der G2 auch bei Fortsetzung der Vereinbarung mit der G3 31 bis zum Ablauf des 31.12.2010 im ungünstigsten Fall nicht gelungen wäre, Kommanditkapital für die G3 31 in Höhe des Deckelungsbetrages von 82 Millionen Euro einzuwerben, und sie zum Stichtag in Höhe der dann bestehenden Differenz zwischen bis dahin eingeworbenem Kommanditkapital und Deckelungsbetrag selbst eintrittspflichtig geworden wäre. In der Höhe dieses Differenzbetrages könnte der Gefährdungsschaden der G3 31 liegen, da sie auf diesen denkbaren Ausgleichsanspruch im Jahre 2006 verzichtet hat.	43
Der Senat sieht sich jedoch außerstande, nach den genannten Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts die exakte Höhe dieses Gefährdungsschadens oder - unter Beachtung des Zweifelssatzes – jedenfalls einen (Mindest-)Schaden im Wege der Schätzung zu ermitteln. Denn eine solche Schadensermittlung setzt eine seriöse Prognose voraus, wie sich die weitere Einwerbung von Kommanditkapital durch die G2 für die G3 31 zwischen dem 26.06.2006 und dem 31.12.2010 gestaltet hätte, wenn die zwischen den Parteien bestehende Vereinbarung bis Ende 2010 fortgeführt worden wäre. Es sind auf der Basis der Ermittlungen der Staatsanwaltschaft keine Anhaltspunkte ersichtlich, auf deren Grundlage eine solche Prognose – auch unter Hinzuziehung eines Sachverständigen – verlässlich getroffen werden kann. Nach den Feststellungen des Wirtschaftsdezernenten der Staatsanwaltschaft ist es der	44

G2 gelungen, zwischen dem 28.09.2002 und dem 31.12.2003 Kapitalanteile in Höhe von 45.467.507,06 Euro für die G3 31 zu platzieren, bis zum 31.12.2004 weitere Kapitalanteile in Höhe von 5.279.180,45 Euro, bis zum 31.12.2005 weitere Kapitalanteile in Höhe von 4.796.295,68 Euro und bis zum 26.06.2006 weitere Kapitalanteile in Höhe von 957.016,81 Euro. Anhand dieses Verlaufs ist zwar erkennbar, dass nach großen Anfangserfolgen die Kapitaleinwerbung stetig zurückgegangen ist, und auf dem Niveau des Jahre 2006 die Lücke bis zum Deckelungsbetrag von 82 Millionen Euro nicht hätte geschlossen werden können. Es ist aber auch nicht ausschließbar, dass – etwa bei verändertem Einwerbeaufwand oder veränderten wirtschaftlichen Bedingungen – im konkreten Einzelfall auch wieder größere Kapitalanwerbeerfolge hätten erzielt werden können. Wie hoch diese ausgefallen wären, ist nach Ansicht des Senats nicht mit ausreichender Gewissheit prognostizierbar. Jedenfalls kann auch nicht ausgeschlossen werden, dass in den Jahren 2006 bis 2010 weitere Kapitalanteile in Höhe des fehlenden Betrages von 25,5 Millionen Euro eingeworben worden wären – in einem solchen Falle hätte die G3 31 gegen die G2 auch bei bis dahin nicht aufgegebenen Platzierungsverpflichtung keinen Zahlungsanspruch gehabt.

Unabhängig von der Frage, ob – was höchst zweifelhaft erscheint – die Schadenshöhe noch abschließend aufklärbar ist, hat die Strafkammer daher im Ergebnis zu Recht eine Eröffnung des Verfahrens bezüglich dieses Anklagepunktes abgelehnt. Es entspricht gefestigter Senatsrechtsprechung (vgl. SenE vom 06.05.2013 – 2 Ws 254/13), dass es nicht Aufgabe der Hauptverhandlung ist, einen eventuellen Vermögensschaden (im Sinne einer Vermögensgefährdung) zu bestimmen. Ist eine entsprechende Aufklärung nicht bereits im Rahmen des Ermittlungsverfahrens erfolgt, ist die Eröffnung des Verfahrens vielmehr aus tatsächlichen Gründen abzulehnen. 45

(2 und 3) Untreue durch Aufgabe der Darlehensgewährungs- und Darlehensvermittlungsverpflichtung 46

Die Aufgabe der Darlehensgewährungs- und Darlehensvermittlungsverpflichtung im Jahre 2006 stellt – wie das Landgericht in der angefochtenen Entscheidung zutreffend ausgeführt hat – keine Pflichtverletzung dar. 47

Die Entscheidung zur Umfinanzierung in Form der Ablösung mehrerer, bei verschiedenen Banken bestehender Kredite und deren Ersetzung durch ein einheitliches, nur von einem Kreditinstitut gewährtes Darlehen war – was von der Staatsanwaltschaft in ihrer Beschwerdebegründung letztlich auch nicht in Abrede gestellt wird – von der unternehmerischen Freiheit des Angeschuldigten K gedeckt. Nach Aktenlage war unabdingbare Voraussetzung dieser 2006 vorgenommenen Umschuldung aller bestehenden Altverbindlichkeiten der G3 31 auf ein neues Gesamtdarlehen der D der Ausschluss weiterer Kreditvergaben von Seiten Dritter an den Kreditnehmer G3 31. 48

Ergänzend ist insoweit noch auf die Stellungnahme der Kanzlei O vom 22.02.2012 zu verweisen. Ausweislich dieser Stellungnahme hat die Kanzlei O im Jahre 2006 u.a. die D am Finanzplatz London vertreten. Sie ist daher augenscheinlich in der Lage, über die für die erfolgte Kreditausreichung an die G3 31 relevanten Rahmendaten und Umstände, die in der Natur des damaligen Verbriefungsmarktes lagen, Auskunft zu geben. 49

Wörtlich heißt es in dieser Stellungnahme wie folgt: 50

„3. Neben dem ausgereichten Kreditbetrag waren weitere Kreditvergaben von Seiten Dritter an die Kreditnehmer nicht zulässig. Der Hintergrund dieses standardmäßigen Verbotes liegt darin begründet, dass die Emissionsgesellschaft, an die der Kredit verkauft werden 51

sollte, sich nicht mit dritten Kreditgebern auseinandersetzen wollte und konnte. Diese hinzutretenden Gläubiger wären ja aufgrund der vertraglichen Regelungen in der Lage gewesen, trotz eines nach dem Hauptkredit kleineren Darlehens den Hauptkredit in eine Leistungsstörung allein durch das bloße Behaupten, ihren Kredit alsbald fällig stellen zu wollen, zu treiben. Nach allgemeinen Standardkreditvertragsbedingungen führt nämlich auch eine behauptete Leistungsstörung eines Darlehensnehmers in Bezug auf eine weitere Verbindlichkeit desselben auch zur Kündigung des Hauptkreditvertrages. Damit wäre der verbriefte Kredit einem nicht beherrschbaren Risiko ausgesetzt worden und hierüber hätte die Emissionsgesellschaft keinerlei Kenntnis oder Kontrolle gehabt. Aus diesem Grunde sind in Verbriefungen nur Gesamtdarlehen aus einer Hand und unter einer einheitlichen Struktur ausgereicht worden. Eine andere Wahl als dieses Gesamtdarlehen entweder insgesamt abzunehmen oder kein Darlehen zu erhalten, hatten Ihre Gesellschaften nicht.

(...) 52

5. Aus diesem Grunde war es für die finanzierende Bank neben der herausgehobenen Stellung des Immobilienensembles wesentlich, dass man die Gesamtfinanzierung in einer Hand sichert und weitere – auch nachrangige – Kreditgeber von vorneherein ausgeschlossen wurden. 53

(...) 54

8. Aus den im Vorhergehenden skizzierten Überlegungen ergibt sich klar, dass zur Gesamtbereinigung des vorgefundenen Portfolios und aus Gründen der Kapitalmarktplatzierung nur ein Kredit in der schließlich abgeschlossenen Höhe in Rede stand oder gar keiner. 55

9. Die damals durch die D2 (**D2**) vorgegebenen Richtlinien und Vorgaben für die Verbriefung von hypothekarisch besicherten gewerblichen Immobilienkrediten sahen stets einen einzelnen Kredit für ein Portfolio vor. Daneben sahen die Richtlinien, so wie sie auch im Standardkreditvertrag für diese Transaktion umgesetzt worden sind, ein Verbot der Eingehung weiterer Verbindlichkeiten und das Nichtvorhandensein von anderen Finanzierungen vor. (...)“ 56

Aus diesen Bedingungen der D (im Rahmen der Umschuldung und Darlehensgewährung im Jahre 2006) geht klar hervor, dass sich die G3 31 des in § 4 der Platzierungsverpflichtung vom 28.09.2002 vereinbarten Rechtes der G2, statt des Selbsteintritts alternativ nach Wahl der G2 entweder ein Darlehen zu gewähren oder zu vermitteln, entledigen musste, wenn sie die Umschuldung auf ein Gesamtdarlehen bei der D erhalten wollte. Denn ein weiteres Darlehen - entweder der G2 direkt oder eines anderen von der G2 vermittelten Kreditgebers – hätte den von der D gegebenen Hauptkredit einem nicht beherrschbaren Risiko ausgesetzt, worüber die Emissionsgesellschaft, an die der Kredit verkauft werden sollte, keinerlei Kenntnis oder Kontrolle gehabt hätte. Insoweit war das vom Angeschuldigten K im Jahre 2006 gegenüber den Gesellschaftern der G3 31 zur Begründung der Aufgabe der Rechte aus der Platzierungsverpflichtung der G2 genannte Argument, dass sich die Umfinanzierung zwangsläufig auf die zur Platzierung mit der G2 bestehenden Verträge auswirke, zutreffend. Im Ergebnis war damit die Aufgabe der Darlehensgewährungs- und Darlehensvermittlungsverpflichtung der G2 durch die G3 31 zur Erlangung des Gesamtdarlehens der D im Jahre 2006 – durch welche die G3 31 u.a. eine immerhin zehnjährige Tilgungsfreiheit für das neue Darlehen aushandeln konnte – von der unternehmerischen Freiheit des Angeschuldigten K gedeckt und keinesfalls pflichtwidrig i.S.d. § 266 StGB. 57

Eine Untreue durch Aufgabe der Platzierungsverpflichtung zum Nachteil der B Residenz kommt von vorneherein nicht in Betracht, da die B Residenz nach dem Wortlaut der Platzierungsverpflichtung vom 28.09.2002 weder Vertragspartner der G2 war noch die G2 in diesem Vertrag – anders als im Vertrag zwischen der G3 31 und der G2 zur Übernahme einer Zinsgarantie vom gleichen Tage – Verpflichtungen gegenüber der B Residenz eingegangen ist. Durch die Aufgabe der Platzierungsverpflichtung sind also keine vermögensrechtlichen Belange der B Residenz berührt worden.	58
2.	59
In der Aufgabe der Zinsgarantie gegenüber der G3 31 zum 26.06.2006 mit Vereinbarung vom gleichen Tage sowie in der Aufgabe der Zinsgarantie gegenüber der B Residenz zum 31.07.2007 mit Vereinbarung vom 11.12.2006 liegt ebenfalls keine Pflichtverletzung i.S.v. § 266 StGB.	60
Der Senat verweist insoweit zunächst auf die zutreffenden Ausführungen in der angefochtenen Entscheidung, wonach Ansprüche gegen die G2 aus dem Zinsgarantievertrag nicht entstanden sind, weil keine gesonderte Zwischenfinanzierung hinsichtlich der vorgesehenen Kapitalerhöhung stattgefunden hat und der G3 31 dementsprechend keine Zwischenfinanzierungsaufwendungen im Sinne des Vertrages entstanden sind. Zu Recht geht die Wirtschaftsstrafkammer davon aus, dass nach dem Wortlaut sowie nach Sinn und Zweck der Zinsgarantievereinbarung die Erstattungsverpflichtung der G2 gegenüber der G3 31 nur für den Fall zum Tragen kommen sollte, dass eine neue Kreditaufnahme explizit zum Zwecke der Vorfinanzierung der Kapitalerhöhung erfolgt wäre. Zutreffend hat das Landgericht Aachen begründet, dass damit der Fall, dass bestehende Altverbindlichkeiten nicht reduziert worden sind – nur darum handelt es sich nach den Feststellungen im Vermerk des Wirtschaftsreferenten -, nicht vergleichbar ist und hierfür die G2 nicht einstehen sollte.	61
Insbesondere wirkt sich die Aufgabe der Zinsgarantie auch nicht auf das 2006 aufgenommene Darlehen bei der D mit einem Kreditanteil von 135 Millionen Euro bezüglich der G3 31 und einem Kreditanteil von 25 Millionen Euro bezüglich der B Residenz und die damit verbundenen Zinslasten aus, mit der Folge, dass der gesamten Schadensberechnung in der Anklageschrift der Staatsanwaltschaft (Zinsschaden für den Zeitraum von sechs Jahren bis Mitte 2012 i.H.v. 14.078.061,60 €, wovon auf die G3 31 KG 6.767.061,60 € und die B Residenz GmbH & Co. KG 7.311.000,00 € entfallen) die Grundlage entzogen ist.	62
Die Staatsanwaltschaft geht nämlich zu Unrecht davon aus, dass im Rahmen der Kreditgewährung durch die D Mitte 2006 der Fehlbetrag zwischen ursprünglich avisierter Kapitalerhöhung i.H.v. 104.640.000 Euro und bis dahin eingeworbenem Kommanditkapital i.H.v. 56.5000.000 Euro (= 48.140.000 Euro) nunmehr durch Fremdkapital akquiriert worden sei und es der G3 31 sowie der B Residenz ohne weiteres möglich gewesen sei, es bei der Umschuldung 2006 bei einer Kreditaufnahme von ca. 112 Millionen Euro (160 Millionen weniger 48 Millionen Euro) zu belassen.	63
Tatsächlich ist dies jedoch nicht der Fall; es hat keine zusätzliche Kreditaufnahme zur Finanzierung des nicht weiter akquirierten Fremdkapitals gegeben, sondern lediglich eine Umschuldung sämtlicher Altverbindlichkeiten.	64
Letztlich belegt dies schon die von der Staatsanwaltschaft zitierte Berechnung des dortigen Wirtschaftsreferenten. Aus der ausweislich der vorliegenden Jahresabschlüsse der Jahre 2002 - 2006 im Bericht vom 20.10.2011 zusammengestellten Entwicklung der Verbindlichkeiten der G3 31 und der B Residenz gegenüber Kreditinstituten ergibt sich	65

danach folgendes Bild:

G3 31:

66

Verbindlichkeiten gegenüber Kreditinstituten in Mio €	31.12.2002	31.12.2003	31.12.2004	31.12.2005	31.12.2006
O2 Darlehen aus 1999	75,43	75,43	75,43	75,43	
E AG, C Darlehen aus 1996	59,32	59,32	59,32	59,32	
Anteilige Zinsen etc.	1,34	1,17	1,19	0,92	1,36
D International, GB Darlehen seit 31. Juli 2006					135,00
Summe in Mio €	136,09	135,92	135,94	135,67	136,36

67

B Residenz:

68

Verbindlichkeiten gegenüber Kreditinstituten in Mio €	31.12.2002	31.12.2003	31.12.2004	31.12.2005	31.12.2006
B2 AG, G4 Zwischenfinanzierungsdarlehen als Eigenkapitalvorfinanzierung vor 2002	20,45	22,11	22,01	21,41	
Anteilige Zinsen etc.	1,66	0,44	0,07	0,08	0,25
D International, GB Darlehen seit 31. Juli 2006					25,00
Summe in Mio €	22,11	22,55	22,08	21,49	25,25

69

Dieses Zahlenwerk belegt, dass mit der Umfinanzierung im Jahre 2006 sämtliche bis dahin bei verschiedenen Banken bestehenden Altverbindlichkeiten in nahezu identischer Höhe lediglich umgeschuldet worden sind. Die neuen Kreditbeträge bei der D sind höhenmäßig mit den Altschulden fast deckungsgleich, so dass keine Rede davon sein kann, man habe sich 2006 das fehlende Eigenkapital i.H.v. 48,14 Millionen Euro durch Aufnahme von Fremdkapital beschafft. Erst recht ist der Annahme der Boden entzogen, man hätte es 2006 mit einer Kreditaufnahme i.H.v. 112 Millionen Euro bewenden lassen können. Denn damit hätte man Altschulden i.H.v. 48 Millionen Euro nicht umgeschuldet und damit der Bedingung der D, alleiniger Kreditgeber unter Ausschluss aller anderen Darlehensgeber zu sein (s.o.), nicht entsprechen können. Die Zinsaufwendungen, die im Hinblick auf das neue Gesamtdarlehen an die D zu leisten waren, wären in ähnlicher Form an die bisherigen Kreditgeber zu

70

entrichten gewesen, wenn eine Umschuldung nicht vorgenommen worden wäre.

Die Umschuldung aller bestehenden Altschulden für zwei Gesellschaften auf ein einziges Gesamtdarlehen unter günstigen Konditionen (u.a. 10 Jahre Tilgungsfreiheit) entsprach daher insgesamt den Sorgfaltspflichten ordentlichen kaufmännischen Handelns. 71

Die Zinsgarantie hätte – auch wenn sie 2006 nicht aufgegeben worden wäre - bei dieser Sachlage nicht gegriffen. Denn in ihr hatte sich die G2 nur verpflichtet, gegenüber der G3 31 und der B Residenz den liquiden Nachteil aus Finanzierungsaufwendungen (Zinsen etc.) auszugleichen, der ihnen dadurch entsteht, dass Teilbeträge der vorgesehenen Kapitalerhöhung durch Bank- oder sonstige Kredite zwischenfinanziert worden sind. Da es sich bei der Umschuldung 2006 jedoch gerade nicht um eine Zwischenfinanzierung von Teilbeträgen der vorgesehenen Kapitalerhöhung handelte, sondern nur um eine Umschuldung von Altverbindlichkeiten, waren die Bedingungen für ein Eingreifen der Zinsgarantie für die aus dem neuen Darlehen erwachsenen Zinsbelastungen nicht gegeben. Da für beide Gesellschaften von 2002 bis 2006 zu keinem Zeitpunkt anderweitig Zwischenfinanzierungen von Teilbeträgen der vorgesehenen Kapitalerhöhung vorgenommen worden sind, wirkte sich die Aufgabe der Zinsgarantie im Jahre 2006 vermögensrechtlich in keiner Weise aus. Eine Pflichtverletzung durch Aufgabe der Zinsgarantie ist mithin nicht ersichtlich. 72

Angeschuldigte T, N und N2 73

Betreffend die Beteiligung der Angeschuldigten T, N und N2 an dem Geschehen rund um den angeklagten Fall 1 hat die Wirtschaftsstrafkammer ausgeführt: 74

„Besteht nach allem schon gegenüber dem Angeschuldigten K im Fall1 der Anklage kein hinreichender Tatverdacht einer strafbaren Untreue, gilt dies erst recht im Hinblick auf die Angeschuldigten N, N2 und T in ihrer Eigenschaft als Geschäftsführer der Treuhandkommanditistin. War das Vorgehen des Angeschuldigten K nach strafrechtlicher Betrachtungsweise schon nicht treuwidrig, kann es dessen Befürwortung umso weniger sein.“ 75

Dem schließt sich der Senat an. 76

Fälle 2 und 4 der Anklage: 77

Angeschuldigte K und L 78

Die Angeschuldigten K und L sind nicht hinreichend verdächtig, durch den in den Fällen 2 und 4 der Anklage näher beschriebenen Verzicht auf Miet-/Pachtforderungen eine Untreue zum Nachteil der Vermögen der G3 31 und der B Residenz begangen zu haben. 79

Dieses Verhalten erfüllt nicht den Tatbestand der Untreue im Sinne des § 266 StGB, weil schon nicht erkennbar ist, dass hierdurch ein Vermögensschaden entstanden sein könnte. 80

Beim Verzicht auf eine Forderung tritt der von dem Tatbestand vorausgesetzte Vermögensschaden nur ein, wenn die Forderung werthaltig ist. Wer auf die Geltendmachung einer wertlosen, weil gänzlich uneinbringlichen Forderung verzichtet, erleidet dadurch keinen Vermögensschaden (BGH NStZ 1997, 95, 96). 81

Vorliegend waren die Miet-/Pachtforderungen sowohl der B Residenz als auch der G3 31 gegenüber der B Holding GmbH für die Jahre 2008 und 2009 uneinbringlich. Denn der Versuch der Einbringung der Forderungen in der oben beschriebenen Höhe hätte 82

unverzüglich die Zahlungsunfähigkeit, damit die Insolvenz der B Holding GmbH und in der Folge den weitgehenden wirtschaftlichen Verlust der Forderungen herbeigeführt.

Dass die B Holding GmbH bereits im Jahre 2008 zahlungsunfähig geworden wäre, wenn die Mieten/Pachten für das Jahr 2008 hätten gezahlt werden müssen, ergibt sich wiederum aus dem bereits oben erwähnten Vermerk des Wirtschaftsreferenten der Staatsanwaltschaft vom 20.10.2011. Hiernach betrug zwar das Liquiditätssaldo der B Holding GmbH, also das Über-/Unterdeckungsverhältnis der kurzfristigen Aktiva zu den kurzfristigen Passiva, am 31.12.2008 + 675.679,18 Euro. 83

Zu beachten ist jedoch, dass sich dieses für das Jahr 2008 ausgewiesene Liquiditätspolster nur daraus ergibt, dass folgende Umstände, nämlich einerseits der Miet-/Pachterlass für das Jahr 2008 und andererseits ein von der B Residenz zugunsten der B Holding GmbH anerkannter Schadensersatzanspruch in Höhe von 750.000,00 Euro (Näheres dazu unter Fall 3), in das Ergebnis eingeflossen sind: 84

- + ca. 300.000,00 Euro mehr Forderungen gegenüber der B Residenz wegen (Rest-)Schadensersatz (zum 31.12.2008 noch nicht an die G3 31 abgetretener Forderungsteil von ursprünglich 750.000,00 Euro) 85
- - ca. 450.000,00 Euro weniger Miet-/Pachtverbindlichkeiten gegenüber der G3 31 (nach Verrechnung von Miet-/Pachtverbindlichkeiten mit an die G3 31 zuvor abgetretener Schadensersatzforderung in Höhe von ca. 450.000,00 Euro), 87
- - 417.207,67 Euro weniger Miet-/Pachtverbindlichkeiten gegenüber der B Residenz wegen Miet-/Pachtverzichts für das Jahr 2008. 88

Ohne diese vermeintlichen Guthaben, die – da Gegenstand der fraglichen Untreuehandlung – bei der hier gebotenen Gesamtbetrachtung außer Betracht zu bleiben haben, hätte sich das ausgewiesene Liquiditätspolster der B Holding GmbH um 1.167.207,60 Euro (300.000,00 Euro Schadensersatzforderung zzgl. 867.207,67 Euro Miet-/Pachtverzicht) in ein Liquiditätsdefizit von - 491.528,49 Euro verwandelt. 89

Angesichts kurzfristig fälliger Verbindlichkeiten der B Holding GmbH Ende 2008 in Höhe von 2.058.300,00 Euro hätte das Liquiditätsdefizit von – 491.528,49 Euro umgerechnet einen Prozentsatz von 23,88 % der kurzfristig fälligen Verbindlichkeiten erreicht. Beträgt die Liquiditätslücke des Schuldners 10 % oder mehr, ist regelmäßig von Zahlungsunfähigkeit auszugehen, sofern nicht ausnahmsweise mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass die Liquiditätslücke demnächst vollständig oder fast vollständig beseitigt werden wird und den Gläubigern ein Zuwarten nach den besonderen Umständen des Einzelfalls zuzumuten ist (BGHZ 163, 134). Diese 10%-Marke wäre hier fast um das anderthalbfache überschritten gewesen, so dass ohne den Miet-/Pachtverzicht der B Residenz einerseits bzw. der G3 31 andererseits (nach Verrechnung mit teilweise abgetretenem Schadensersatzanspruch) bereits 2008 unverzüglich für die B Holding GmbH Insolvenz hätte angemeldet werden müssen. 90

Dasselbe gilt nach dem Vermerk des Wirtschaftsreferenten der Staatsanwaltschaft vom 20.10.2011 auch für das Jahr 2009. Hiernach betrug zwar das Liquiditätssaldo der B Holding GmbH, also das Über-/Unterdeckungsverhältnis der kurzfristigen Aktiva zu den kurzfristigen Passiva, am 31.12.2009 - 2.931,83 Euro, was einem Liquiditätsdefizit in Höhe von 0,22 % der 91

kurzfristigen Verbindlichkeiten in Höhe von 1.332.650,00 Euro entsprach. Ohne die Verzichte auf Mieten/Pachten durch die G3 31 und die B Residenz gegenüber der B Holding GmbH für das Jahr 2009 in Höhe von insgesamt 2.590.530,76 Euro hätte sich das Liquiditätsdefizit um diesen Betrag auf 2.593.462,59 Euro erhöht. Dies ergibt einem Prozentsatz von 194,6 % der kurzfristig fälligen Verbindlichkeiten zum Stichtag 31.12.2009.

Die Angeschuldigten K und L sind - was auch hinsichtlich der noch zu erörternden Fälle 3 und 5 gilt - zudem keiner Untreue durch den unterlassenen Vertragsabschluss mit einem anderen Mieter für die Gewerbeflächen der B Südseite (anstelle der B Holding GmbH) hinreichend verdächtig. 92

Die Ermittlungen haben nicht ergeben, dass den Vermieterinnen G3 31 und B Residenz kein Schaden entstanden wäre, wenn die Angeschuldigten K und L als Verantwortliche anstelle des Abschlusses der Verichtsvereinbarungen der B Holding GmbH wegen Zahlungsverzuges (fristlos) gekündigt hätten und ein Mietverhältnis mit einem anderen solventen Mieter eingegangen wären. Die Anklage erschöpft sich diesbezüglich im Wesentlichen Ergebnis der Ermittlungen mit der Wiedergabe von Veröffentlichungen der J C, welche im relevanten Zeitraum 2009 und 2010 erzielbare Mieten in Höhe von 34 – 100 Euro pro Quadratmeter und mindestens 34 Euro Miete im Durchschnitt pro Quadratmeter für die 5 Lokale an der B Südseite auswiesen, während mit der B Holding GmbH eine Durchschnittsmiete für die Gesamtfläche der fünf Lokale mit 27,63 Euro pro Quadratmeter vereinbart gewesen sei. 93

Die Anklage berücksichtigt jedoch nicht, dass die B Holding GmbH in den an sie vermieteten Räumlichkeiten wirtschaftlich selbst nicht tätig war, sondern sich ihre Rolle darin erschöpfte, Zwischenmieterin zu sein, die ihrerseits von dem unternehmerischen Erfolg ihrer eigenen Mieter abhängig war. Es wäre deshalb bei einem solchen Ansatz im Ermittlungsverfahren zu untersuchen gewesen, ob anstelle der B Holding GmbH ein Austauschmieter hätte gefunden werden können, der mit dem gleichen unternehmerischen Konzept (Vermietung an gehobene Gastronomie und an einen Wellness-Bereich) die mit der B Holding GmbH vereinbarte Miete (27,63 Euro pro Quadratmeter) oder die von der IHK Berlin ausgewiesene erzielbare Mindestmiete (34 Euro pro Quadratmeter) hätte erzielen können. Alternativ wäre zu untersuchen gewesen, ob ein Austauschmieter hätte gefunden werden können, der – bei fehlender Erzielbarkeit dieser Mieten mit diesem unternehmerischen Konzept – bereit gewesen wäre, drei oder vier Jahre ausschließlich Verluste in Kauf zu nehmen, bis das Konzept beginnt, sich zu amortisieren. 94

Dies ist jedoch unterblieben. Dass nach dem derzeitigen Ermittlungsstand die insoweit erforderliche Aufklärung bisher nicht erfolgt ist, steht der Eröffnung des Hauptverfahrens aus tatsächlichen Gründen entgegen (vgl. dazu SenE v. 06.05.2013 – 2 Ws 254/13). 95

Angeschuldigter K2 96

Mangels Haupttat ist auch ein hinreichender Tatverdacht betreffend den Angeschuldigten K2 wegen Beihilfe zur Untreue in den Fällen 2 und 4 der Anklage nicht ersichtlich. 97

Fall 3 der Anklage: 98

Im Ergebnis zu Recht hat die Wirtschaftsstrafkammer auch eine Eröffnung des Verfahrens hinsichtlich Fall 3 der Anklage abgelehnt; auch insoweit ist aufgrund des bisherigen Ergebnisses des Ermittlungsverfahrens nicht erkennbar, dass die Angeschuldigten durch ihr Verhalten in strafrechtlich vorwerfbarer Weise einen Vermögensschaden verursacht haben 99

könnten.

Angeschuldigte K und L	100
Die Angeschuldigten K und L sind zunächst nicht hinreichend verdächtig, durch die Begründung einer Schadensersatzverpflichtung zum Nachteil der B Residenz gegenüber der B Holding GmbH in Höhe von 750.000,00 Euro durch schriftliche Vereinbarung vom 19.12.2008 eine Untreue zum Nachteil des Vermögens der B Residenz begangen zu haben.	101
Entgegen der von der Staatsanwaltschaft bereits in der Anklage vertretenen Rechtsauffassung begründet alleine die Anerkennung der Zahlungsverpflichtung der B Residenz gegenüber der B Holding GmbH noch keinen Vermögensnachteil im Sinne des § 266 StGB bei der B Residenz.	102
Eine solche isolierte Betrachtungsweise wird dem durch die Ermittlungsakte dokumentierten gesamtwirtschaftlichen Verhalten aller Vertragsbeteiligten nicht gerecht. Insoweit sind hier alle kurz nach dem 19.12.2008 (zwischen den 20.12.2008 und dem 27.02.2009 abgeschlossenen) Vereinbarungen zwischen der G3 31, der B Residenz und der B Holding GmbH in eine Gesamtbetrachtung einzubeziehen. Daraus ergibt sich, dass die B Residenz im Ergebnis von der zu ihren Lasten begründeten Schadensersatzverpflichtung komplett seitens der G3 31 freigestellt worden ist, so dass sich die Vereinbarung vom 19.12.2008 für sie letztlich wirtschaftlich neutral und nicht nachteilig ausgewirkt hat.	103
Unter dem 22.12.2008, 30.01.2009 und 27.02.2009 (SH 21, Bd. 3, Bl. 382f., 384 a f. und 384 c. f.) sind zwischen der B Holding GmbH, der B Residenz und der G3 31 folgende, gleich lautende Abtretungs- und Verrechnungsvereinbarungen getroffen worden:	104
„1. B Holding hat gegenüber B Residenz eine Forderung in Höhe von € 750.000.	105
2. G3 31 hat gegenüber B Holding eine Forderung aus Mieten Oktober - Dezember 2008 in Höhe von 450.607,23 € (resp. Januar 2009/Februar 2009 i.H.v. jeweils 151.909,26 €).	106
3. B Holding tritt hiermit ihre Forderung gegenüber B Residenz in Höhe von 450.607,23 € (resp. 151.909,26 € und 147.483,51 €) an G3 31 ab. G3 31 nimmt die Abtretung an.	107
4. B Residenz stimmt der Abtretung zu.	108
5. G3 31 verrechnet hiermit den abgetretenen Betrag mit ihrer Forderung gegen B Holding.“	109
Die Summe aus den Beträgen 450.607,23 Euro, 151.909,26 Euro und 147.483,51 Euro ergibt genau 750.000,00 Euro.	110
Das Ergebnis dieser Abtretungs- und Verrechnungsvereinbarungen war daher, dass die G3 31 die B Residenz vollständig von ihrer Schadensersatzverpflichtung freigestellt hat, indem sie der B Holding GmbH Mieten in Höhe von 750.000 Euro erlassen hat. Der Vorteil lag damit komplett bei der B Holding GmbH (erlassene Mieten i.H.v. 750.000,00 Euro für den Zeitraum 10/2008 bis 2/2009), der korrespondierende wirtschaftliche Ausfall hingegen bei der G3 31 (Mietverzicht i.H.v. 750.000,00 Euro für den Zeitraum 10/2008 bis 2/2009 gegenüber der B Holding GmbH durch Verrechnung der gegen diese bestehenden Mietansprüche mit der Schadensersatzforderung gegen die B Residenz). Die B Residenz stand im Ergebnis wie zuvor da, d.h. für sie ist die Begründung einer Schuld i.H.v. 750.000,00 Euro wirtschaftlich neutral verlaufen; ein Vermögensschaden ist bei ihr nicht eingetreten.	111

Untreue zum Nachteil der G3 31:

Ungeachtet des von der Staatsanwaltschaft konkretisierten Tatvorwurfs eines infolge der Untreue verursachten Vermögensschadens bei der B Residenz hat der Senat im Hinblick auf die vorstehend beschriebenen Abtretungs- und Verrechnungsvereinbarungen im Rahmen der allgemeinen Kognitionspflicht auch geprüft, ob sich diesem Anklagevorwurf im Kern auch eine Untreuehandlung zum Nachteil der G3 31 entnehmen lässt; im Ergebnis kann aber auch diesbezüglich kein eine Eröffnung rechtfertigender Strafvorwurf festgestellt werden. 113

Insoweit ist zunächst klarzustellen, dass – soweit die G3 31 in den Vereinbarungen vom 30.01.2009 und 27.02.2009 die Mieten für die Monate Januar und Februar 2009 in Höhe von 151.909,26 Euro und 147.483,51 Euro verrechnet hat, dieser Mietverzicht bereits von dem (nicht eröffneten) Anklagevorwurf zu Fall 4 abgedeckt ist, bei dem es um den Verzicht auf **alle** Mieten des Jahres 2009 durch die G3 31 gegenüber der B Holding GmbH geht. 114

Eine Pflichtverletzung kommt aber aufgrund der Vereinbarung vom 22.12.2008 in Betracht, in welcher bereits drei Tage nach Begründung der Schadensersatzverpflichtung in Höhe von 750.000,00 Euro zum Nachteil der B Residenz ein Teilbetrag in Höhe von 450.607,23 Euro zum Erlöschen einerseits der Schadensersatzforderung gegenüber der B Residenz und andererseits der Mietverbindlichkeiten der B Holding GmbH gegenüber der G3 31 für das letzte Quartal des Jahres 2008 eingesetzt wurde. Diese Vorgehensweise erscheint – abweichend von den Ausführungen der Kammer in der angefochtenen Entscheidung – wie von der Staatsanwalt dargelegt, durchaus bedenklich. Letztlich bedarf dies vorliegend jedoch keiner näheren Überprüfung, weil auch hier das bereits oben zu den Fällen 2 und 4 Gesagte gilt; es ist nicht ersichtlich, dass der G3 31 durch dieses Verhalten ein Vermögensschaden im Sinne des § 266 StGB entstanden ist. Denn der Versuch der Einbringung der Forderungen der G3 31 gegen die B Holding GmbH in der oben beschriebenen Höhe hätte unverzüglich die Zahlungsunfähigkeit, damit die Insolvenz der B Holding GmbH und in der Folge den weitgehenden wirtschaftlichen Verlust der Forderungen herbeigeführt (s.o.). 115

Angeschuldigter K2 116

Mangels Haupttat ist auch ein hinreichender Tatverdacht betreffend den Angeschuldigten K2 wegen Beihilfe zur Untreue in Fall 3 der Anklage nicht ersichtlich. 117

Fall 5 der Anklage: 118

Die Angeschuldigten K, L, T, N und N2 sind schließlich auch nicht hinreichend verdächtig, durch den in Fall 5 der Anklage näher beschriebenen Verzicht auf Miet-/Pachtforderungen eine Untreue zum Nachteil der Vermögen der G3 31 und der B Residenz begangen zu haben. 119

Auch insoweit fehlt es im Ergebnis an dem Eintritt eines Vermögensschadens. 120

Hier ist zu beachten, dass - soweit der Gesellschaftsanteil eines Kommanditisten betroffen ist - sein Einverständnis die Annahme eines Vermögensschadens ausschließt (BGH Beschl. vom 30.08.2011 - 2 StR 652/10; BGHR StGB § 266 Abs. 1 Nachteil 25; BGH NStZ 1987, 279; Fischer StGB, 61. Auflage, § 266 Rn. 113). 121

Vorliegend haben die Gesellschafterversammlungen der B Residenz (am 16.03.2010) sowie der G3 31 (am 17.03.2010) jeweils der Ausdehnung des Mietverzichts für die Jahre 2010 und 2011 im Vorhinein zugestimmt (SH 21, Bd. 3, Bl. 568 ff. und 572 ff.). 122

Zu Recht ist das Landgericht Aachen in der angefochtenen Entscheidung auch von der Wirksamkeit dieses Einverständnisses ausgegangen.	123
Die Wirksamkeit des Einverständnisses ist nach den Grundsätzen der rechtfertigenden Einwilligung zu beurteilen (Fischer StGB, 61. Auflage, § 266 Rn. 92). Ausnahmen von der tatbestandsausschließenden Wirkung gelten daher dann, wenn die Zustimmung des Geschäftsherrn gesetzwidrig war, erschlichen ist oder sonst auf Willensmängeln beruht oder ihrerseits pflichtwidrig ist (Fischer a.a.O.). Diese Ausnahmen liegen hier nicht vor.	124
Eine Unwirksamkeit des im Rahmen der Gesellschafterversammlung der G3 31 vom 17.03.2010 erteilten Einverständnisses ergibt sich abweichend von der Beschwerdebegründung zunächst nicht aus dem Umstand, dass dieser Beschluss von einzelnen Kommanditisten im Verfahren 18 U 296/11 vor dem Oberlandesgericht Köln erfolgreich angefochten worden ist.	125
Der 18. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Köln hat zwar mit Beschluss vom 02.08.2012 (18 U 296/11) die Berufungen gegen ein Urteil des Landgerichts Aachen vom 04.10.2011 (8 O 533/09) zurückgewiesen, in welchem festgestellt worden war, dass der Beschluss der Gesellschafterversammlung vom 17.03.2010 zu TOP 3 (welcher die Zustimmung der Gesellschafterversammlung zur Verlängerung des Mietverzichts enthielt) nichtig ist. In der genannten Entscheidung wird die Nichtigkeit des Beschlusses zu TOP 3 jedoch ausschließlich mit der Verweigerung der Herausgabe der Gesellschafterliste an zwei Mitgesellschafter, also mit reinem <i>Verfahrensfehler</i> , begründet. <i>Materielle Gründe</i> für die Nichtigkeit des Beschlusses vom 17.03.2010 sind hingegen <i>nicht</i> festgestellt, insbesondere keine Falschinformation der Gesellschafter im Vorfeld der Abstimmung. In dem dem Zurückweisungsbeschluss vom 02.08.2012 vorausgegangenen Hinweisbeschluss des Oberlandesgerichts Köln vom 12.06.2012, in dem erörtert wird, dass ein anderer Gesellschafterbeschluss der G3 31 vom 16.9.2009 u.a. wegen Falschinformationen der Gesellschafter nichtig war, heißt es dazu ausdrücklich:	126
<i>„Hinsichtlich des Beschlusses zu TOP 3 vom 17.03.2010 gelten die vorstehenden Erwägungen dagegen nicht. Hier war die Information über den sogenannten „Besserungsschein“ im Vorfeld der Versammlung zutreffend und ein Stimmrechtsausschluss kommt aufgrund der geänderten Gesellschaftsstruktur der Beteiligungsgesellschaft nicht mehr in Betracht.“</i>	127
Die Nichtigkeit eines Gesellschafterbeschlusses allein aus formellen Gründen (Verfahrensfehler der Verweigerung der Herausgabe der Gesellschafterliste an zwei Mitgesellschafter) zählt aber, worauf die angefochtene Entscheidung zu Recht hinweist, nicht zu den Gründen, aus denen die strafrechtliche Unwirksamkeit der tatbestandsausschließenden Wirkung des Einverständnisses angenommen werden kann. Dessen Wirksamkeit ist vielmehr allein nach den oben benannten Kriterien zu beurteilen; diese liegen hier nicht vor.	128
Dass die Zustimmung der Gesellschafter zur Verlängerung des Mietverzichts als solche gesetzwidrig war, ist fernliegend. Nicht erkennbar und im Rahmen des Ermittlungsverfahrens nicht näher untersucht worden ist, ob die Zustimmung der Gesellschafter erschlichen war oder sonst auf Willensmängeln beruhte. Abweichend von der Rechtsauffassung der Staatsanwaltschaft ist schließlich nicht ersichtlich, dass das Abstimmungsergebnis kausal auf einem pflichtwidrigen Verhalten der Angeschuldigten beruht. Was die Angeschuldigten N und N2 angeht, haben diese sich schon nicht an der Abstimmung in der Gesellschafterversammlung vom 17.03.2010 nicht beteiligt. Ob dem Angeschuldigten T	129

insoweit ein pflichtwidriges Verhalten vorgeworfen werden kann, kann bereits deshalb dahinstehen, weil dessen Abstimmungsverhalten angesichts der Mehrheitsverhältnisse nicht kausal für das Abstimmungsergebnis gewesen sein kann (unabhängig von den von den Angeschuldigten abgegebenen Stimmen haben von weiteren 109.614.306 Stimmberechtigten 60.413.892 mit Ja gestimmt).

Der Gesellschafterbeschluss der B Residenz vom 16.03.2010 ist – im Gegensatz zum Beschluss der G3 31 vom 17.03.2010 – gerichtlich nicht angefochten worden, also gesellschaftsrechtlich wirksam. 130

Auch insoweit ist nicht ersichtlich, dass die Zustimmung der Gesellschafter zur Verlängerung des Mietverzichts als solche gesetzwidrig gewesen sein könnte; ebenso wenig ist im Rahmen des Ermittlungsverfahrens geklärt worden oder anderweitig erkennbar geworden, dass die Zustimmung der Gesellschafter erschlichen worden wäre oder sonst auf Willensmängeln beruhte. Schließlich gilt auch für diesen Gesellschafterbeschluss, dass nicht ersichtlich ist, dass das Abstimmungsergebnis kausal auf ein mögliches pflichtwidriges Verhalten der Angeschuldigten K und T zurückzuführen sein könnte (unabhängig von den Stimmen der Angeschuldigten waren insoweit 3.078.012 Stimmberechtigte an der Abstimmung beteiligt, von denen 2.566.723 mit Ja gestimmt haben). 131

III. 132

Die Kostenentscheidung beruht auf § 473 Abs. 1 Satz 1 StPO. 133