
Datum: 21.04.2016
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 2. Strafsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 2 Ws 162/15
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2016:0421.2WS162.15.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 118 KLS 6/14

Tenor:

Der angefochtene Beschluss wird, soweit darin die Anklage der Staatsanwaltschaft K vom 30.05.2014 (Az. 114 Js 92/09) nicht zur Hauptverhandlung zugelassen worden ist, wie folgt abgeändert:

Die Anklage wird in den Fällen 3 bis 5 und 11 sowie hinsichtlich des Angeklagten S auch im Fall 2 zur Hauptverhandlung zugelassen und das Hauptverfahren wird insoweit vor der 18. großen Strafkammer des Landgerichts K als Wirtschaftsstrafkammer eröffnet.

In den Fällen 8 und 10 der Anklage wird die Eröffnung des Hauptverfahrens aus rechtlichen Gründen abgelehnt.

Es wird ferner klarstellend festgestellt, dass die Anklage im Fall 12 in dem angefochtenen Beschluss bezüglich der Angeklagten S und E zur Hauptverhandlung zugelassen ist.

Im Übrigen wird die sofortige Beschwerde als unbegründet verworfen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens fallen, soweit sie hinsichtlich des Angeklagten S entstanden sind zu 4/10, soweit sie hinsichtlich des Angeklagten S entstanden sind zu 2/3 und soweit sie hinsichtlich des Angeklagten E entstanden sind zu 1/3 der Staatskasse zur Last. Eine weitergehende Kostenentscheidung ist nicht veranlasst. Die Staatskasse trägt die durch das Beschwerdeverfahren entstandenen notwendigen Auslagen des

Gründe:

- 1
- 2 Mit der unter dem 30.05.2014 (Az. X) zum Landgericht K – Wirtschaftsstrafkammer – erhobenen Anklage wirft die Staatsanwaltschaft den Angeklagten S und S – in unterschiedlichem Umfang – Untreue im besonders schweren Fall und Beihilfe zur Steuerhinterziehung vor. Gegen den Angeklagten S erhebt sie zudem den Vorwurf der Bestechlichkeit in einem besonders schweren Fall. Dem Angeklagten E liegen Beihilfe zur Untreue im besonders schweren Fall, Bestechung in einem besonders schweren Fall sowie Steuerhinterziehung zur Last. Die Einzelheiten der Anklagevorwürfe werden unter A. dargestellt.
- 3 Durch Beschluss vom 04.12.2014 (Az. X) hat das Landgericht K das Verfahren in den Fällen 6, 13 und 14 der Anklageschrift eröffnet. In den Fällen 1 bis 5 und 8 bis 12 hat es die Eröffnung aus tatsächlichen, im Fall 7 aus rechtlichen Gründen abgelehnt.
- 4 Gegen die teilweise Nichteröffnung richtet sich die sofortige Beschwerde der Staatsanwaltschaft K vom 10.12.2014, die am 11.12.2014 beim Landgericht K eingegangen und am 09.03.2015 begründet worden ist. Mit ihr beantragt die Staatsanwaltschaft K, den Beschluss im Umfang der Nichteröffnung aufzuheben und das Hauptverfahren gemäß § 210 Abs. 3 S. 1 StPO vor einer anderen Wirtschaftsstrafkammer des Landgerichts K zu eröffnen. Hilfsweise wird beantragt, den Beschluss aufzuheben und der Strafkammer aufzugeben, die für erforderlich gehaltenen Ermittlungen entweder selbst durchzuführen oder die Staatsanwaltschaft mit der weiteren Durchführung der Ermittlungen zu beauftragen.
- 5 Die Generalstaatsanwaltschaft hat in ihrer Vorlageverfügung vom 17.03.2015 beantragt, den Beschluss vom 04.12.2014 aufzuheben, soweit durch ihn die Eröffnung in den Fällen 1 bis 5 sowie 7 bis 12 der Anklage abgelehnt worden ist, die Anklage – mit Ausnahme der Fälle 8 und 10, in denen Verjährung eingetreten sei – insgesamt zuzulassen und das Hauptverfahren vor einer anderen Wirtschaftsstrafkammer des Landgerichts K zu eröffnen.
- 6 Die Verteidiger der Angeklagten haben beantragt, die sofortige Beschwerde der Staatsanwaltschaft zurückzuweisen.
- 7 Die gemäß § 210 Abs. 2 StPO statthafte und auch im Übrigen zulässige sofortige Beschwerde hat in der Sache den aus dem Tenor ersichtlichen Erfolg und führt zur unveränderten Zulassung der Anklage in den Fällen 3 bis 5 und 11 sowie im Fall 2 hinsichtlich des Angeklagten S (C.) und zur Feststellung, dass die Anklage hinsichtlich der Angeklagten S und E im Fall 12 bereits zugelassen ist (D.). Im Übrigen hat sie dagegen keinen Erfolg. Der Senat teilt zwar die Einschätzung der Kammer zum hinreichenden Tatverdacht bezüglich des Entstehens eines Nachteils im Ansatz nicht (B.). In den Fällen 1 und 9 sowie in den Fällen 2 und 12 hinsichtlich des Angeklagten S fehlt es jedoch an dem hinreichenden Tatverdacht einer (vorsätzlichen) Untreue. Im Fall 7 teilt der Senat die Auffassung der Kammer, dass kein steuerrechtliches Scheingeschäft vorliegt. In den Fällen 8 und 10 ist der angefochtene Beschluss lediglich wie geschehen abzuändern, da die Tatvorwürfe mittlerweile – auch nach Auffassung der Staatsanwaltschaft – verjährt sind (E.). Der Senat sieht entgegen dem Antrag der Staatsanwaltschaft schließlich keinen Grund, das Verfahren vor einer anderen Kammer des Landgerichts zu eröffnen (F.).

A.	8
I. Der Angeklagte S war im angeklagten Tatzeitraum Vorstandsvorsitzender der S (ab 2005 S im Folgenden: S), der Angeklagte S war Mitglied des Vorstandes der S. Der Angeklagte E ist Bauunternehmer und unter anderem Geschäftsführer der J E GmbH (im Folgenden: J) und ihrer alleinigen Gesellschafterin, der OEH GbR (im Folgenden: OEH).	9
Das sehr umfangreiche Verfahren – die Hauptakten der ursprünglich vier miteinander verbundenen Verfahren umfassen ca. 20.000 Blatt, hinzu kommen 123 teils mehrbändige Sonderhefte mit teilweise mehreren tausend Blatt, die Anklage hat 623 Seiten – hat mehrere Komplexe zum Gegenstand, die sich zeitlich und inhaltlich teilweise überschneiden. In dem 1. Komplex (Fälle 1 – 7 der Anklageschrift) geht es im Wesentlichen um die Beteiligung der S bzw. einer ihrer Töchter an der M GmbH (im Folgenden: M), beginnend im Jahr 1997. Der 2. Komplex (Fälle 8 – 12 der Anklage) befasst sich mit dem Abschluss von Verträgen durch die S bzw. von Tochtergesellschaften der S mit den von der J initiierten geschlossenen Immobilienfonds K-O GbR (im Folgenden: Fonds) II – VII betreffend die Errichtung und Anmietung von Gebäuden auf einem Areal in K-O in den Jahren 2000 bis 2004. Der 3. Komplex (Fälle 13 und 14 der Anklage) betrifft Vorgänge im Zusammenhang mit dem Neubau der Nordhallen der K Messe ab dem Jahr 2003. Die Einzelheiten der Tatvorwürfe werden unter A. II. dargestellt.	10
In der Anklageschrift wird dem Angeklagten S im Einzelnen Untreue in einem besonders schweren Fall gemäß §§ 266 Abs. 1 und 2, 263 Abs. 3 S. 1 und S. 2 Nr. 2 1. Var. und Nr. 4 StGB in elf Fällen (Fälle 1 – 6, 8 – 12), Beihilfe zur Steuerhinterziehung gemäß §§ 370 Abs. 1 Nr. 1 AO, 27 StGB in zwei Fällen (Fälle 6 und 14) sowie Bestechlichkeit in einem besonders schweren Fall, §§ 332 Abs. 1, 335 Abs. 1 Nr. 1 a), Abs. 2 Nr. 1 StGB, (Fall 13) vorgeworfen. Dem Angeklagten S wird Untreue in einem besonders schweren Fall in zehn Fällen (Fälle 1, 2, 4 – 6, 8 – 12) und Beihilfe zur Steuerhinterziehung (Fall 6) zur Last gelegt. Hinsichtlich des Angeklagten E lautet die Anklage auf Beihilfe zur Untreue im besonders schweren Fall gemäß §§ 266 Abs. 1 und 2, 263 Abs. 3 S. 1 und S. 2 Nr. 2 1. Var. und Nr. 4, 27 StGB in zwei Fällen (Fälle 5 und 12), Bestechung in einem besonders schweren Fall, §§ 334 Abs. 1, 335 Abs. 1 Nr. 1 b), Abs. 2 Nr. 1 StGB, (Fall 13) sowie Steuerhinterziehung in zwei Fällen (Fälle 7 und 14).	11
II. Nach Aktenlage ist hinsichtlich der Anklagevorwürfe – außer in den bereits von der Kammer eröffneten Fällen 6, 13 und 14, über die der Senat nicht zu befinden hat – im Sinne eines hinreichenden Tatverdachts von folgendem Sachverhalt auszugehen:	12
<u>1. Fall 1 der Anklage: Erwerb der Anteile an der M; Abgabe einer quotalen Mietinstandsverpflichtung</u>	13
Mitte der 1990er Jahre planten das Land NRW und die Stadt K auf dem Gelände am B in K Medien- und Mediendienstleistungsunternehmen sowie weitere Infrastrukturbebauung anzusiedeln. Kernstück der Planungen war das sogenannte „C“, ein Gebäudekomplex, der Europas größten Studiodienstleister beherbergen sollte.	14
Die M, ein in H ansässiger Studiobetreiber, sollte Hauptmieter im „C“ werden. Gesellschafter der M waren zunächst die R GmbH & Co KG (im Folgenden, ebenso wie die R GmbH: R), die C- S.A. und die Brüder B über die M GmbH (im Folgenden: MCD). Eigentümer des „Cs“ sollte der Fonds I werden.	15

Der Vorstand der S beschloss in der Sitzung vom 16.09.1997, an der die Angeklagten S und S teilnahmen, dass die S sich über die SK Kapitalbeteiligungsgesellschaft mbH (ab 2005 S KB mbH, im Folgenden: S), ihrer 100%igen Tochter, mit einem Anteil von 25,1% an der M beteiligen werde. Weitere Gesellschafter sollten R, die Zeugen B und die P AG (im Folgenden: P) sein. Der Kaufpreis betrug 2,51 Mio. DM. Der Vorstand billigte weiterhin, dass die S in Höhe ihres Gesellschaftsanteils von 25,1% eine Mieteinstandsverpflichtung für die von der M mit einem Umfang von ca. 26 Mio. DM jährlich für die Dauer von 20 Jahren abzuschließenden Mietverträge mit dem Fonds I übernahm. Die Dauer der Mieteinstandsverpflichtung wurde später auf 10 Jahre reduziert. Die für ein Geschäft dieser Art bestehenden Prüfungs-, Informations- und Dokumentationspflichten wurden bei diesen Vorstandsentscheidungen nach dem bisherigen Ermittlungsergebnis nicht beachtet.

Am 03.12.1997 unterzeichnete der Geschäftsführer der S ohne weitere Beratung in Gremien der S einen notariellen Vertrag über die Beteiligung der S an der M in Höhe von 25,1%, der einen Kaufpreis von 2,5 Mio. DM vorsah. Gleichzeitig wurden Vorverträge geschlossen, in denen die S quotale Mieteinstandsverpflichtungen zu Gunsten der M für die Dauer von 10 Jahren erklärte. 17

Nach Auffassung der Staatsanwaltschaft waren den Angeklagten S und S die unzureichende Informationsgrundlage sowie die Verlustrisiken bekannt und bewusst. Sie hätten den Eintritt eines Schadens in Kauf genommen vor dem Hintergrund der – aus ihrer Sicht – wirtschaftspolitischen Aufgabe, den Medienstandort K zu stärken. 18

1999 wurde das Stammkapital der M wegen deren schlechten wirtschaftlichen Entwicklung auf 10 Mio. DM erhöht, die S zahlte weitere 2,51 Mio. DM. Zum 31.12.2001 wurde der Buchwert der Beteiligung an der M auf einen Erinnerungsposten von 1 DM abgeschrieben. Aus den von der S abgegebenen Mieteinstandsverpflichtungen wurde sie seit Beginn des Jahres 2002 laufend bis einschließlich Dezember 2009 in Anspruch genommen. Insgesamt zahlte die S auf die von ihr quotale übernommene Mieteinstandsverpflichtung nach Aktenlage ca. 19,249 Mio. €. 19

2. Fall 2 der Anklage: Bürgschaftserklärungen vom 1. März 2000 20

Da einige der Flächen im „C“ aufgrund einer Umplanung (Bauteil D) bzw. weil sie in der ursprünglichen Planung für die M nicht vorgesehen gewesen waren, von der Mieteinstandsverpflichtung nicht umfasst waren, forderte der Fonds I im Jahr 1999 entsprechende weitere Mietgarantien. Eine dementsprechende Zusage gab der Angeklagte S dem Angeklagten E nach Auffassung der Staatsanwaltschaft am 21.05.1999. 21

Der Vorstand der S war in der Sitzung vom 29.02.2000, an der die Angeklagten S und S teilnahmen, mit der Übernahme der Bürgschaften befasst. Am selben Tag genehmigte die Gesellschafterversammlung der S, die ausschließlich mit Vorstandsmitgliedern der S besetzt war, die Übernahme einer Bürgschaft zugunsten der M über 1,5 Mio. DM pro Jahr für die Dauer von zehn Jahren sowie einer weiteren Bürgschaft mit einem Volumen von 512.000 DM pro Jahr für die Dauer von zehn Jahren. 22

Am 01.03.2000 wurde eine Bürgschaftserklärung mit einem abweichenden Höchst-betrag von ca. 1,496 Mio. DM pro Jahr beginnend ab dem 01.06.2000 für die Miet-zahlungen der M in dem umgeplanten Bauteil D unterzeichnet. Ferner verbürgte sich die S nach zwei Änderungen am 12.05.2000 und 30.06.2000 für weitere ca. 375.000 DM für die Dauer von zehn Jahren ab dem 01.07.2001 für die Mietzahlungen der M an den Fonds I hinsichtlich der zusätzlichen Flächen. 23

Die – nach Aktenlage allerdings dem Angeklagten S nicht näher bekannte – wirtschaftliche Lage der M war zum Zeitpunkt der Abgabe der Bürgschaftserklärungen problematisch. Nach dem bisherigen Ermittlungsergebnis war daher davon auszugehen, dass die S aus den Bürgschaftsverpflichtungen in Anspruch genommen werden würde. Die übrigen Gesellschafter der M verpflichteten sich zur Abgabe entsprechender Erklärungen nicht, so dass die S als einziger Gesellschafter der M weitere Sicherheiten zur Verfügung stellte. Eine Vergütung erhielt die S für die Gestellung dieser Mietsicherheiten nicht. 24

Der Angeklagte S fand sich nach Aktenlage zumindest damit ab, dass die S aus den abgegebenen Bürgschaften während der gesamten Dauer ihrer Laufzeit in Anspruch genommen werden würde. Nach Auffassung der Staatsanwaltschaft gilt dasselbe für den Angeklagten S. Tatsächlich zahlte die S aufgrund der für den umgeplanten Bauteil übernommenen Mietbürgschaft im Zeitraum von 2007 bis Dezember 2009 insgesamt ca. 1,554 Mio. €. Aufgrund der weiteren Mietbürgschaft zahlte sie im Zeitraum von Februar 2002 bis Dezember 2009 insgesamt ca. 1,420 Mio. €. 25

3. Fall 3 der Anklage: Bürgschaftserklärungen vom 14./30. Juni 2000 26

Ende 1999 war wegen ihrer schwierigen finanziellen Lage die Finanzierung sog. Mietereinbauten in den neuen Studiogebäuden durch die M nicht gesichert. Diese sollten deshalb durch den Fonds I vorgenommen und dann durch die M gemietet werden. Für diese höhere Miete verlangte der Fonds I zusätzliche Sicherheiten. Die von Seiten der S nach Aktenlage federführend von dem Angeklagten S geführten Gespräche hatten das Ergebnis, dass ausschließlich die S gegenüber dem Fonds I für die insoweit zusätzlich anfallende Miete von 1,35 Mio. DM pro Jahr garantieren sollte. In Höhe von 1 Mio. DM pro Jahr akzeptierte der Fonds I dabei die Abtretung von Ansprüchen aus einem zwischen der M und der S geschlossenen Sponsoringvertrag als Sicherheit. Für die darüber hinausgehende Miete von 350.000,00 DM pro Jahr sollte die S eine weitere Höchstbetragsbürgschaft abgeben. 27

Die Gesellschafterversammlung der S fasste – nach Lage der Akten auf Veranlassung des Angeklagten S – am 14.06.2000 einen Beschluss zur Übernahme der Bürgschaft. Noch am selben Tag unterzeichnete der Geschäftsführer der S, damals der Zeuge F, eine entsprechende Höchstbetragsbürgschaft der S zu Gunsten der M gegenüber dem Fonds I über 350.000 DM pro Jahr für die Dauer von 10 Jahren. Diese zeichnete der Fonds I am 30.06.2000 gegen. 28

Infolge der Abgabe der Bürgschaftserklärung ergab sich nach Aktenlage eine auch für den Angeklagten S absehbare, von ihm aber hingenommene zusätzliche Belastung der S für die Dauer der übernommenen Verpflichtung. Tatsächlich wurde die S in der Folge im Zeitraum von 2007 bis Dezember 2009 aus dieser Bürgschaft in Höhe von insgesamt ca. 372.000 € in Anspruch genommen. 29

4. Fall 4 der Anklage: Wirtschaftliche Übernahme des R-Anteils 30

Im Mai 2000 forcierte R seinen erstmals im Februar 1999 geäußerten Wunsch, als Gesellschafter der M, der die Zahlungsunfähigkeit drohte, auszuscheiden. Nach von dem Angeklagten S geführten Verhandlungen kam man überein, die S solle die Verpflichtungen von R im Innenverhältnis gegenüber der M sowie die Mieteinstandspflicht gegenüber dem Fonds I zum 01.01.2001 übernehmen, wobei R nach außen hin weiterhin als Gesellschafter der M auftreten solle. Die S sollte sich gegenüber R verpflichten, den R-Gesellschaftsanteil an der M zum Nominalwert von 2,51 Mio. DM abzunehmen. Die von der S zu übernehmenden barwertigen Verpflichtungen von R wurden in einer von dem Angeklagten S 31

eingebrachten Vorstandsvorlage für die Vorstandssitzung der S am 10.10.2000, an der die Angeklagten S und S teilnahmen, mit 42,3 Mio. DM angegeben. R sollte in Höhe der voraussichtlichen Verlustanteile für die Jahre 1999, 2000 und anteilig für 2001 einen Betrag von 7,4 Mio. DM an die S zahlen und sich zur Abnahme von Studiolleistungen zu Marktpreisen bei der M in einem Volumen von 68,8 Mio. DM für die Dauer von 10 Jahren verpflichten.

In der Sitzung vom 10.10.2000 beschloss der Vorstand, auch die Angeklagten S und S, den Kreditausschuss über die veränderte Situation zu informieren, was am 26.10.2000 geschah. Ferner beschloss er, den Geschäftsführer der S zu beauftragen, einen der Vorstandsvorlage entsprechenden Vertrag mit R abzuschließen. Durch den auch von den Angeklagten S und S unterzeichneten Umlaufbeschluss vom 18.10.2000 entschied der Vorstand, dass die S die vorgesehene Vereinbarung mit R treffen solle. Mit notariellen Verträgen vom 06.11.2000 vereinbarte die S entsprechende Regelungen mit R. Die für ein Geschäft dieser Art bestehenden Prüfungs-, Informations- und Dokumentationspflichten wurden durch den Vorstand nach den derzeit vorliegenden Erkenntnissen nicht beachtet. 32

Aufgrund der prekären wirtschaftlichen Situation der M war nach Aktenlage abzusehen, dass die S aus der für R übernommenen Mieteinstandsverpflichtung während ihrer gesamten Laufzeit in Anspruch genommen werden würde. Die Angeklagten waren sich dessen nach dem bisherigen Ermittlungsergebnis bewusst und nahmen einen Vermögensverlust hin. Ein solcher war nach Auffassung der Staatsanwaltschaft in Höhe von mindestens 14,5 Mio. DM (= 7,4 Mio. €) absehbar. 33

In der Folge wurden von der S Zahlungen aus der übernommenen Mieteinstandsverpflichtung ab Februar 2002 bis Dezember 2009 in Höhe von insgesamt ca. 19 Mio. € (= ca. 37 Mio. DM) geleistet. 34

5. Fall 5 der Anklage: Übernahme des B-Anteils, Einrichtung von Zweckgesellschaften 35

Anfang des Jahres 2001 äußerte B gegenüber dem Angeklagten S den Wunsch, schadensfrei aus der M auszuscheiden. Zur Durchsetzung ihrer Interessen drohten B und B unter anderem damit, durch die Verweigerung der Zustimmung zu Rangrücktrittserklärungen für gewährte Gesellschafterdarlehen die Insolvenz der M zu provozieren. Eine Insolvenz sollte indes nach Aktenlage aus Sicht der Angeklagten S und E unbedingt vermieden werden. Da die Übernahme des Gesellschaftsanteils der Zeugen B der S durch ...rechtliche Vorschriften verboten und auch die offene Bedienung der Mieteinstandsverpflichtung der Zeugen B der S unmöglich war, kam nach dem bisherigen Ermittlungsergebnis insbesondere der Angeklagte S auf die Idee, eine Zweckgesellschaft zu gründen. In diese sollte eine Geschäftschance der S ausgegliedert werden, die in einem Provisionsanspruch in Höhe von ca. 15 Mio. DM bestand, die von der OEGruppe für die Vermittlung von R als Mieter in einem neu zu errichtenden Firmensitz in K zu erwarten war. Diese gesellschaftsrechtlich mit der S nicht verbundene Zweckgesellschaft sollte den Anteil der Zeugen B an der M sowie sämtliche auf diesen Anteil entfallende Lasten übernehmen und diese aus den erhaltenen Provisionen bedienen. 36

Ein entsprechendes Konstrukt wurde in der Folge geschaffen. Zur Übernahme des Gesellschaftsanteils der Zeugen B an der M stand die L GmbH (später umfirmiert in L Beteiligungsgesellschaft mbH, im Folgenden: L) bereit, eine Vorratsgesellschaft, in der der Angeklagte S keine Funktion innehatte und die von seinem privaten Steuerberater Dr. S gegründet worden war. Am 18.03.2002 unterzeichnete der Angeklagte S für die L einen Vertrag mit der J, in dem die L sich verpflichtete, Grundstücksflächen in K an die J zu 37

vermitteln, Projektentwicklungsleistungen zu übernehmen und eine Mietverschaffungsgarantie erklärte. Den Angeklagten S und E war dabei nach Aktenlage klar, dass die Leistungen tatsächlich von der S bzw. einer ihrer Tochtergesellschaften erbracht werden würden. Eine schriftliche Ausgestaltung des Verhältnisses zwischen der L und der S erfolgte nicht. Der Angeklagte S ging davon aus, dass der Zeuge Dr. S die zur Verfügung gestellten Mittel im Sinne der S einsetzen werde.

Am 21.03.2002 vereinbarte die S auf Anweisung Ss mit den Zeugen B in einem „Eckpunktepapier“, dass deren Gesellschaftsanteil an der M zum Nominalwert durch die S oder einen Dritten übernommen und der Anteilserwerber sich nach bestem Wissen und Gewissen bemühen würde, dass die Zeugen B von deren persönlich übernommenen Mieteinstandsverpflichtung gegenüber dem Fonds I vollständig freigestellt wurden. Der Anteil an der M sollte zurückgefordert werden können, sofern der Fonds I die Zeugen B bis zum 31.07.2002 nicht aus der Mieteinstandsverpflichtung entlassen habe. Im Gegenzug verpflichteten sich die Zeugen B, dem Erwerber eine erstrangige Grundschuld in Höhe von 6 Mio. DM auf einem – allerdings hinsichtlich seiner Werthaltigkeit von der S nicht überprüften und nach Aktenlage weitgehend wertlosen – Kiesgrubengrundstück einzuräumen. Diese Sicherheit sollte der Anteilserwerber verwerten dürfen für den Fall, dass er seine Verpflichtung aus der Schuldübernahme nicht mehr erfüllen könnte. Mit Notarvertrag vom 27.03.2002 erwarb die L einen 24%igen Geschäftsanteil an der M zum Nominalwert von ca. 1,227 Mio. € (= 2,4 Mio. DM).

38

Diese Vorgehensweise wurde in einer ausschließlich dem Thema M gewidmeten Sondervorstandssitzung der S am 16.04.2002, an der auch die Angeklagten S und S teilnahmen, besprochen und von dem Vorstand gebilligt. Allerdings sollte nicht die L, sondern eine andere Zweckgesellschaft von der OEGruppe initiiert und mit Erträgen ausgestattet werden, aus denen die Mieteinstandsverpflichtung der Zeugen B bedient werden sollte. Diese sollte nicht mit der Sparkasse verbunden sein, um zu verhindern, dass die Sparkasse aus der Mieteinstandsverpflichtung der Zeugen B in Anspruch genommen werden konnte.

39

Tatsächlich gelang es dem Angeklagten S nicht, den Angeklagten E als Initiator der Zweckgesellschaft zu gewinnen. Stattdessen wurde als solche die ebenfalls von Dr. S initiierte P GmbH (im Folgenden: P) genutzt. Auch die Vorgabe aus der Vorstandssitzung vom 16.04.2002, wonach eine Verbindung zwischen der weiteren Zweckgesellschaft und der S nicht bestehen sollte, wurde nicht eingehalten: Am 25.09.2002 beschloss der S-Vorstand unter zustimmender Beteiligung der Angeklagten S und S, es solle ein Mietverschaffungsvertrag zwischen einem Dritten und dem OEFonds geschlossen werden, der durch die S gesichert werden sollte.

40

Am 26.09.2002 wurden sämtliche Rechte und Pflichten der L auf die P übertragen. Diese verpflichtete sich gegenüber der J ferner, ein Grundstück in K zu vermitteln und garantierte, ein Baurecht dafür zu verschaffen sowie einen Mietvertrag mit einem bonitätsstarken Mieter mit 20 Jahren Laufzeit und einer Miete von 11,25 €/qm BGF (= Bruttogrundfläche, in der Akte als Bruttogeschossfläche bezeichnet) zu vermitteln. Die J sollte für Grundstücksvermittlung und Baurechtsverschaffung ca. 7,669 Mio. € sowie für die Mietverschaffungsgarantie 17,895 Mio. € zahlen, wovon ein Betrag von ca. 12,671 Mio. € als Vorschuss bis zum 15.12.2002 fällig war.

41

Am Folgetag übersandte die S, so wie in der Vereinbarung vom 26.09.2002 vorgesehen, ein Schreiben an die J, wonach sie dafür einstand, dass die P alle Verpflichtungen aus der Vereinbarung vom 26.09.2002 erfülle. Der Angeklagte E zeichnete das Schreiben gegen. Diese Verpflichtung der S wurde mit einem Risiko von ca. 31,258 Mio. € bewertet und in die

42

Bilanz der S eingestellt. Den entsprechenden Gesellschafterbeschluss der S unterzeichneten auch die Angeklagten S und S. Am 12.12.2002 schlossen die P und die J entsprechende Notarverträge, in denen die S ebenfalls ihre Einstandspflicht erklärte.

Die erforderlichen Prüfungs-, Informations- und Dokumentationspflichten blieben bei den Vorstandsbeschlüssen nach den bisherigen Erkenntnissen unbeachtet. Eine Saldierung der Erträge und Lasten, die mit der Zweckgesellschaft verbunden war, war nicht möglich. Infolge der Auslagerung der Ertragschance entging der S nach Auffassung der Staatsanwaltschaft die Chance zur Generierung von Provisionen in Höhe von 17,5 Mio. €.

43

Den Angeklagten S und S war nach Aktenlage bewusst, dass das Vorgehen des Vorstandes, insbesondere die – konkludente – Entscheidung zur Fortführung der M in der bisherigen Form und die zur Umsetzung dieser Vorstandsentscheidung getroffenen Maßnahmen, wie die Übernahme der Mieteinstandsverpflichtung der Zeugen B, für die S wirtschaftlich ausschließlich nachteilig waren. Sie fanden sich nach Lage der Akten damit ab, dass es während ihrer gesamten Laufzeit zu – direkt oder indirekt von der S bzw. der S stammenden – Zahlungen auf die faktisch übernommene Mieteinstandsverpflichtung der Zeugen B kommen würde. Dem Angeklagten E waren diese Umstände nach dem bisherigen Ermittlungsergebnis ebenfalls bekannt. Ihm war nach Lage der Akten ebenso bewusst, dass die gewählte Konstruktion der Umgehung ...rechtlicher Vorschriften diene und lediglich der Vermeidung der offenen Übernahme der auf die Zeugen B entfallenden Lasten insbesondere aus der Mieteinstandsverpflichtung diene, um auf diesem Wege die Fortführung der M zu ermöglichen, woran auch er ein erhebliches Interesse hatte.

44

Tatsächlich sind der Finanzgruppe der S aufgrund der Fortführung der M nach Aktenlage Lasten entstanden. Nach Auffassung der Staatsanwaltschaft belaufen sich diese auf insgesamt ca. 26,3 Mio. €, bestehend aus ca. 15,2 Mio. € infolge der nicht realisierten Gewinnchance sowie ca. 11,1 Mio. €, die auf die von den Zeugen B übernommene Mieteinstandsverpflichtung gezahlt wurden.

45

Zudem hatte der Angeklagte S bereits am 18.03.2002 gemeinsam mit dem Angeklagten E und dem weiteren Geschäftsführer der OEH G eine Vereinbarung unterzeichnet, nach der die Miete der M von September 2001 bis Januar 2002 gestundet und rückständige Mieten für Februar bis April 2002 gezahlt werden sollten. Sollte eine Vereinbarung über eine weitere Verschiebung des Mietbeginns nicht zustande kommen, sollten die Gesellschafter der M verpflichtet sein, die Mietzahlung über die M oder über die Mieteinstandsverpflichtung sicherzustellen. In einem schriftlichen Annex zu dieser Vereinbarung, die auf dem persönlichen Briefbogen des Angeklagten S als Vorstandsvorsitzendem der S abgefasst war, unterschrieb der Angeklagte S unter gleichem Datum folgenden Text: „Hiermit bestätige ich für die S, dass wir für die Erfüllung der als Anlage beigefügten 7-Punkte-Vereinbarung durch die M-Gesellschafter eintreten.“ Diese zusätzliche Erklärung übergab der Angeklagte S dem Angeklagten E. In dem Rechnungslegungswerk der S wurde die Erklärung nicht erfasst und später in Unterlagen der S auch nicht aufgefunden. Mit dieser Erklärung soll der Angeklagte S nach Auffassung der Staatsanwaltschaft faktisch die Mietzahlungen für alle Gesellschafter der M gegenüber dem Fonds I garantiert haben. Infolge dieser Vereinbarung habe – so die Staatsanwaltschaft weiter – für die S das zusätzliche Risiko bestanden, in Höhe der nicht über die Zweckgesellschaften gezahlten Mieteinstandsverpflichtung in Höhe von 2 Mio. € in Anspruch genommen zu werden.

46

6. Fall 6 der Anklage: Werkvertrag P – L

47

Die Staatsanwaltschaft geht in diesem, von der Kammer eröffneten Fall, davon aus, dass die zwischen der P und der J geschlossenen Verträge rückabgewickelt werden sollten, die P aber erneut in die Vertragsgestaltung habe eingebunden werden sollen, nachdem R sich im Sommer 2003 dafür entschieden habe, den Unternehmenssitz nicht nach K, sondern in die historischen Messehallen in K (R) zu verlegen. Als Ergebnis der ab April 2005 nach Auffassung der Staatsanwaltschaft wesentlich durch die Angeklagten S und S geführten Verhandlungen mit der J habe die P ca. 4,674 Mio. € an die J zurückzahlen sollen. Zusammen mit von ihr zu tragender Umsatzsteuer habe sich die Belastung für die P auf insgesamt ca. 7,357 Mio. € summiert. Diese Belastung der P habe wiederum in vollem Umfang ausgeglichen werden sollen. Um dies als ordnungsgemäß in den Bilanzen darstellen zu können, sei im August 2005 mit Wissen und Billigung der Angeklagten S und S ein Vertrag zwischen der P und der 100%igen S-tochter L GmbH & Co KG (heute S GmbH & Co KG; im Folgenden L KG) geschlossen worden, nachdem die P Projektentwicklungsleistungen erbringen und hierfür, in zwei Tranchen, ein Honorar von insgesamt 7,5 Mio. € erhalten sollte. Tatsächlich habe die P aber keine Leistungen erbracht, diese seien vielmehr von Tochterfirmen der S erbracht worden, wie den Angeklagten S und S auch bewusst gewesen sei. Die von der P im August und Dezember 2005 insgesamt in Rechnung gestellten ca. 8,7 Mio. € brutto seien von der L KG dennoch bezahlt worden. Der Geschäftsführer der Komplementärin der L KG habe in der Umsatzsteuerjahreserklärung für das Jahr 2005 die in den Rechnungen der P ausgewiesene Umsatzsteuer als Vorsteuer abgezogen, obwohl er gewusst habe, dass dies mangels Leistungserbringung durch die P unzulässig gewesen sei.

7. Fall 7 der Anklage: Umsatzsteuerhinterziehung OEGruppe

49

Am 19.05.2005 verpflichtete sich die P gegenüber der J vertraglich, gegen eine Vergütung von netto ca. 23,167 Mio. € Architekten- und Ingenieurleistungen in Bezug auf das Bürohaus- und Parkhausgrundstück „R“ in K-Deutz zu erbringen. Zudem verpflichtete sie sich zur Rückzahlung der auf den Vertrag vom 12.12.2002 erhaltenen Vorauszahlungen und zur Zahlung eines Schadensersatzes in Höhe von 24,125 Mio. € wegen Nichterfüllung des Garantiever sprechens aus diesem Vertrag. Sie übernahm ferner die Garantie zur Verschaffung eines Mieters sowohl für das zu erstellende Bürohaus als auch für das Parkhaus zu im Vertrag bestimmten Mindest-Netto-Mietzinsen. Hierfür wurde eine Vergütung von netto ca. 12,751 Mio. € vereinbart. Die S trat erneut als Garantin für die von der P übernommenen Leistungspflichten auf.

50

Tatsächlich erbrachte die P jedoch nach dem vorliegenden Ermittlungsergebnis keine der vertraglich geschuldeten Leistungen. Diese wurden stattdessen von Tochtergesellschaften der S erbracht, so wie es von vornherein nach Lage der Akten zwischen den Vertragsparteien in Kenntnis des Angeklagten E geplant und bereits vor den Vertragsabschlüssen praktiziert worden war.

51

Am 05.12.2005 stellte die P über die Projektentwicklungs- und Garantieleistungen sowie im Hinblick auf die Mietverschaffungsgarantie zwei Rechnungen aus, in denen die Umsatzsteuerbeträge jeweils offen ausgewiesen waren, und übersandte sie an die J, wo sie am 09.12.2005 eingingen. Am 25.01.2006 überwies die P den sich aus den Gutschriften, dem Schadensersatz und den vorgenannten Rechnungen ergebenden Differenzbetrag von ca. 4,674 Mio. € an die J.

52

Am 23.02.2007 erklärte die OEH, unter der die Umsätze der J versteuert wurden, mit der durch den Angeklagten E unterzeichneten Umsatzsteuerjahreserklärung für das Jahr 2005 gegenüber dem zuständigen Finanzamt S die unter anderem durch die J abzuführenden Umsatzsteuerbeträge. Darin wurden die Umsatzsteuern aus den genannten Rechnungen der

53

P in Höhe von insgesamt ca. 5,746 Mio. € als Vorsteuer abgezogen. Mit Bescheid des Finanzamtes S vom 10.12.2009 wurde die Umsatzsteuer unter Berücksichtigung dieser angemeldeten Beträge festgesetzt. Mit dem – soweit ersichtlich nicht bestandskräftigen – Änderungsbescheid vom 25.01.2012 forderte das Finanzamt aufgrund durchgeführter Ermittlungen zu den in Rede stehenden Umsatzsteuervoranmeldungen die Nachzahlung von ca. 2,83 Mio. €.

8. Fall 8 der Anklage: Abschluss des Erstvermietungsgarantievertrags 54

Wesentlicher Bestandteil des Konzepts Medienzentrum am B war neben dem „C“ der Ausbau der dortigen Infrastruktur in Form von großflächigem Einzelhandel, einem Hotelkomplex und Bildungseinrichtungen sowie öffentlich subventionierten Unternehmen. Im Frühjahr 2000 beschlossen die Angeklagten S und E, nachdem das bisherige Konzept nicht hatte verwirklicht werden können, dass stattdessen eine Bebauung vor allem mit Bürogebäuden erfolgen solle, die vermietet werden sollten. Die S sollte zur Risikoabschirmung für die Grundstücksgesellschaften dabei eine sogenannte Erstvermietungsgarantie für die neu zuzuschneidenden Grundstücksflächen der Fonds II-VI gegen Provisionszahlung übernehmen. 55

Der Vorstand der S war mit dem Vorgang in einer Sitzung am 30.06.2000 befasst, an der der Angeklagte S, nicht dagegen der Angeklagte S, beteiligt war. Ein Beschluss wurde an diesem Tag nicht gefasst. Dennoch veranlasste der Angeklagte S am 03.07.2000 die Unterzeichnung des mit der J abzuschließenden Erstvermietungsvertrages durch die Prokuristin der S. 56

Durch diesen Erstvermietungsgarantievertrag verpflichtete sich die S in Ziffer 1. des Vertrages der J Mieter für die Gebäude bzw. Gebäudekomplexe Fonds II – VI mit insgesamt 60.000 qm BGF zu verschaffen. Erwähnt wurde weiter die Möglichkeit der Bebauung weiterer 43.450 qm BGF. Anforderungen an die zu vermittelnden Mietverträge waren unter anderem ein Mietzins von 20 DM/qm BGF netto und eine Mietdauer von mindestens zehn Jahren ab Übergabe des Objektes. In Ziffer 2. des Vertrages war vorgesehen, dass die S die Garantie auch durch die Vermittlung einer Tochtergesellschaft der S erfüllen könne. Im Gegenzug war unter gewissen Bedingungen eine Provision für die S vorgesehen (Ziffer 3. des Vertrages). Bei einem Mietzins von 21 DM/qm BGF netto für mindestens 60.000 qm BGF sollte sie 15 Mio. DM erhalten, bei einem Mietzins von 22 DM/qm BGF 30 Mio. DM. Bei einem Mietzins zwischen 20 und 22 DM/qm BGF oder falls der Mietzins nur für Teile der 60.000 qm BGF erzielt würde, sollte eine entsprechende anteilige Anpassung des Erfolgshonorars erfolgen. Bei einem Mietzins von 20 DM/qm BGF sollte kein Erfolgshonorar gezahlt werden. Nach Ziffer 4. a) des Vertrages erhielt die S eine am 01.10.2000 fällige Vorauszahlung auf das Erfolgshonorar in Höhe von 25 Mio. DM netto. Gemäß Ziffer 7. des Vertrages sollte eine Baugenehmigung für den jeweiligen Fonds beantragt werden, sobald Mietverträge über jeweils ein komplettes Gebäude vorlägen. 57

In der Vorstandsvorlage vom 29.06.2000 wurde das durch diese Einstandsverpflichtung übernommene Risiko mit 144 Mio. DM (zuzüglich der Stellplätze) angegeben. Am 04.07.2000 beschloss der Vorstand der S die Abgabe der Erstvermietungsgarantie durch die S. 58

9. Fall 9 der Anklage: Abschluss des Mietvertrags über die Bürogebäude des Fonds II 59

Da die Vermittlung von Mietern unmöglich gewesen war, hatte die L KG im Jahr 2000 bereits das Bürogebäude des Fonds VI angemietet. Nunmehr mietete sie im Jahr 2001 auch die Bürogebäude des Fonds II und zwar in einem deutlich über die nach dem Erstvermietungsgarantievertrag garantierten Flächen hinausgehenden Umfang. 60

Am 06.11.2001 beschloss der Vorstand der S, die Angeklagten S und S nahmen teil, der Angeklagte S trug vor, die Anmietung des Bauabschnitts 4 des Fonds II mit einer Mietfläche von circa 4.980 qm BGF zu einem Mietzins von 25,50 DM/qm BGF. Die Fläche sollte weitervermietet werden. Konkrete Zusagen möglicher Mietinteressenten lagen nicht vor. Der Entscheidungsfindung zugrunde lag eine hierfür nach Aktenlage unzureichende Ausarbeitung des Prokuristen der L KG, des Zeugen M.	61
Am 20.11.2001 beschloss der Vorstand, die Angeklagten S und S nahmen an der Sitzung wiederum teil, der Angeklagte S trug erneut vor, die Anmietung eines weiteren Gebäudeteils, nämlich des Bauabschnitts 2, mit einer BGF von 9.400 qm. Diese sollte im Umfang von 1.000 qm an die msc Multimedia Support Center GmbH (im Folgenden: msc), an der die S über die S beteiligt war, untervermietet werden, die zudem weitere 5.000 qm an Dritte vermitteln wollte. Der Angeklagte S hatte nach Auffassung der Staatsanwaltschaft, ohne dass dies in den Gremien beschlossen und er dazu befugt gewesen wäre, bereits im Juni 2001 der OEGruppe die Anmietung von 7.000 qm zugesagt.	62
Die Gesellschaftversammlung der L KG fasste am 04.04.2002 den Beschluss zur Anmietung der Bauabschnitte 2 und 4 des Fonds II über eine Laufzeit von zehn Jahren. Der Mietvertrag wurde am 10.06.2002 geschlossen. Insgesamt überschritt die angemietete Fläche die in dem Erstvermietungsgarantievertrag vorgesehene Fläche von 8.000 qm BGF um ca. 6.400 qm BGF. Das abstrakte Verpflichtungsvolumen betrug ca. 23,5 Mio. €.	63
Nach Auffassung der Staatsanwaltschaft kannten die Angeklagten S und S die Umstände, wussten, dass eine ordnungsgemäße Prüfung der Chancen und Risiken nicht stattgefunden hatte und nahmen billigend in Kauf, dass sich eine Belastung für die Finanzgruppe S von barwertig mindestens 2,973 Mio. € ergeben würde.	64
Zu einer Anmietung durch die m. kam es in der Folge nicht. Die angemieteten Gebäude des Fonds II standen über die ersten vier Jahre zu mehr als 40% leer.	65
<u>10. Fall 10 der Anklage: Abschluss des 1. Nachtrags zum Erstvermietungsgarantievertrag</u>	66
Bereits am 24.10.2000 hatte der Vorstand der S unter Teilnahme der Angeklagten S und S beschlossen, nach Möglichkeit weitere Flächen in den Erstvermietungsgarantievertrag einzubeziehen. Ein Mietvertrag über die von diesem Erstvermietungsgarantievertrag erfassten Flächen war zu diesem Zeitpunkt noch nicht abgeschlossen. Der mögliche Flächenbedarf der potentiellen Mietinteressenten schöpfte die zur Verfügung stehenden Garantie- und Ergänzungsflächen nicht aus. Der Vorstand beschloss dennoch, die J darüber zu informieren, es bestünde Interesse an der Einbeziehung des Grundstücks des Fonds VII, auf dem nach den bisherigen Planungen ein Parkhaus errichtet werden sollte, sowie zweier weiterer Grundstücke in den Vertrag. Die Angeklagten S und S teilten dies der J mit Schreiben vom selben Tag mit. Die J intensivierte daraufhin ihre Bemühungen, das Gebäude des Fonds VII in ein Bürogebäude mit ca. 14.000 qm BGF um zu planen.	67
Tatsächlich wurde ein entsprechender Nachtrag zum Erstvermietungsgarantievertrag von der J erst am 16.07.2002 übersandt. Durch die Gesellschafterversammlung der S wurde ein Beschluss gefasst, wonach dieser Nachtrag unterzeichnet werden sollte. Dies gEah am 31.07.2002. Der Nachtrag sah vor, dass der Fonds VII mit 13.500 qm BGF zu den bekannten Konditionen in den Erstvermietungsgarantievertrag aufgenommen wurde. Eine gesonderte Vergütung der S wurde nicht vereinbart. Die Fläche sollte an die S-GmbH (mittlerweile ...; im Folgenden: SSG), eine 60%ige Tochter der S, vermietet werden.	68

11. Fall 11 der Anklage: Abschluss der Mietverträge über die Bürogebäude der Fonds IV und VII

Die SSG und die Fonds IV und VII hatten bis Mitte 2002 Mietverträge über ca. 45.000 qm BGF mit einer Laufzeit von 20 Jahren ausgehandelt und paraphiert. Sie überstiegen damit zum einen die in dem Erstvermietungsgarantievertrag in der Fassung des 1. Nachtrags für die Fonds garantierten Flächen um rund 16.500 qm und zum anderen die vorgesehene Laufzeit um zehn Jahre. Die K machte als Mitgesellschafterin der SSG deswegen Bedenken geltend. Der Angeklagte S entschloss sich, die Verträge durch die S zu übernehmen, nach Aktenlage, um die Provisionen der S aus dem Erstvermietungsgarantievertrag bzw. dem 1. Nachtrag dazu, die bei Vertragsschluss fällig waren, nicht zu gefährden. Er verfasste am 17.09.2002 einen entsprechenden Vermerk in Vorbereitung der Vorstandssitzung der S am 25.09.2002. Der Vorstand beschloss in dieser Sitzung, an der die Angeklagten S und S teilnahmen, nach Erläuterung dieses Vermerks, die OEGruppe mit dem Bau der anzumietenden Gebäude zu beauftragen. Ein Beschluss über die Anmietung der Gebäude oder über die Abgabe von Patronatserklärungen durch die S wurde nicht gefasst. 70

Noch am selben Tag sowie am 27.09.2002 verfassten die Angeklagten S und S zwei inhaltlich gleichlautende Schreiben an die J, in denen sie unter anderem erklärten, die S stehe dafür ein, dass die Geschäftsführung der SSG bis spätestens zum 15.10.2002 die Mietverträge für die Fonds IV und VII so wie ausverhandelt unterschreiben werde. 71

Die Gesellschafterversammlung der SSG beschloss den Abschluss der Mietverträge indes nicht. Sie entschied sich vielmehr am 13.11.2002 lediglich für die Anmietung von höchstens 14.000 qm BGF für zehn Jahre, mit zweimaliger Option auf Verlängerung um jeweils fünf Jahre. 72

Der Vorstand der S beschloss in einer Sitzung vom 09.12.2002, die Angeklagten S und S nahmen an ihr teil, die ausverhandelten Mietverträge zwischen den Fonds IV und VII und der SSG über insgesamt 45.285 qm BGF mit einer Laufzeit von 20 Jahren zu einem Mietzins von 13,34 EUR/qm BGF zu übernehmen. Eine gesonderte Vergütung erhielt die S für die Verdoppelung der Mietzeit von zehn auf 20 Jahre nicht. Die für ein Geschäft dieser Art bestehenden Prüfungs-, Informations- und Dokumentationspflichten wurden nach Aktenlage durch den Vorstand nicht beachtet. Die Angeklagten S und S nahmen Verluste infolge dieser Entscheidung nach dem bisherigen Ermittlungsergebnis billigend in Kauf. Nach Auffassung der Staatsanwaltschaft beliefen diese sich auf insgesamt ca. 8,5 Mio. € (bei barwertiger Betrachtung). 73

12. Fall 12 der Anklage: Abschluss des 2. Nachtrags zum Erstvermietungsgarantievertrag und Anmietung der Bürogebäude des Fonds III, Bauteil 2, und des Fonds V 74

Nach der Entscheidung von R gegen eine Ansiedlung am B im Sommer 2003 verhandelten die Angeklagten S und E am 13.08.2003 über die weitere Zusammenarbeit. Sie vereinbarten, dass die von der Erstvermietungsgarantie noch ausstehenden Flächen der Fonds III und V durch Tochtergesellschaften der S komplett angemietet werden sollten. 10.000 qm sollte dabei das Unternehmen N anmieten, an dem die S über die S 25,1 % hielt, die restlichen 38.000 qm sollte eine andere Tochtergesellschaft anmieten. Vereinbarung wurde nach Auffassung der Staatsanwaltschaft zudem ein Mietzuschuss in Höhe von 5 Mio. € in Anbetracht des zu erfolgenden Einsatzes des Angeklagten S für die Bewerbung der OEGruppe um eine Beteiligung an dem Neubau der Messehallen, der sogenannten Nordhallen, die der K GmbH als Ersatz für die an R abzugebenden R dienen sollten. Der Mietzuschuss wurde im März 2004 auf 6,5 Mio. € erhöht. 75

Der Angeklagte S begann mit den Vorbereitungen für den erforderlichen Vorstandsbeschluss und beauftragte den Zeugen F mit der Ausarbeitung von Alternativszenarien. Dieser kam im März 2004 unter Berücksichtigung der nach Aktenlage unrealistischen Vorgaben des Angeklagten S zu dem Ergebnis, eine Untervermietung sei bis zu einer Untergrenze von 6,15 €/qm kostendeckend. Der Angeklagte S verhandelte zudem mit der J über einen 2. Nachtrag zum Erstvermietungsgarantievertrag, durch den 20.000 qm BGF für die Fonds III und V bei einem Mindestmietzins von 11,50 €/qm BGF gegen Zahlung des Mietzuschusses von 6,5 Mio. € einbezogen werden sollten. 76

Der Vorstand der S beschloss in der Sitzung am 02.06.2004, an der die Angeklagten S und S teilnahmen, den Geschäftsführer der S zu beauftragen, den 2. Nachtrag zum Erstvermietungsgarantievertrag und Mietverträge bzgl. Fonds III, Bauteil 2, und Fonds V über insgesamt 34.000 qm BGF zu einem Mietzins von 11,50 EUR/qm BGF und Untermietverträge mit geeigneten Mietern zu Mietzinsen von mindestens 6,15 EUR/qm BGF abzuschließen. Der Angeklagte S äußerte im Rahmen der Sitzung, er könne die Bürogebäude Fonds III und V in jedem Fall für 8 €/qm untervermieten. Die für ein Geschäft dieser Art bestehenden Prüfungs-, Informations- und Dokumentationspflichten wurden durch den Vorstand nach Lage der Akten nicht beachtet. 77

Der damit beauftragte Zeuge Dr. S kam nach Einarbeitung in die Materie zu dem Ergebnis, dass – anders als von dem Zeugen F auf Wunsch des Angeklagten S vorgesehen – zumindest mit einem Leerstand von 10% zu rechnen und dass der Mietzuschuss dann nicht mehr auskömmlich sei. Der Angeklagte S vereinbarte daher nach Aktenlage im Juli 2004 mit dem mittlerweile verstorbenen früheren Oberstadtdirektor der Stadt K, Herrn X, der nunmehr Geschäftsführer verschiedener Gesellschaften der OEGruppe war, eine Erhöhung des Mietzuschusses auf 7,5 Mio. €. Am 05. bzw. 06.08.2004 wurde daraufhin der Mietvertrag über Fonds III, Bauteil 2, abgeschlossen. Am 06.08.2004 schloss N den Mietvertrag über Fonds III, Bauteil 1. Der 2. Nachtrag zum Erstvermietungsgarantievertrag wurde am 07.12.2004 unterschrieben, ebenso der Mietvertrag zwischen der S und dem Fonds V sowie ein Generalunternehmervertrag zwischen der S und einem Unternehmen der OEGruppe bzgl. Fonds V. 78

Die Staatsanwaltschaft geht in der Anklageschrift weiter davon aus, dass sich die Angeklagten S und E im Oktober 2004 darauf einigten, den Mietzuschuss von 7,5 Mio. € im 2. Nachtrag nicht mehr zu erwähnen und diesen entsprechend abzuändern. Ergänzend hätten sie beschlossen, eine im Juli 2003 getroffene Vereinbarung, nach der die S für den Einsatz von S für die Bewerbung der OEGruppe eine Vergünstigung gewährt werden sollte, schriftlich zu fixieren. Dabei hätten sie bewusst unzutreffend niedergelegt, die S habe die Leistungen erbracht. Die Vergütung sei nunmehr auf 9,9 Mio. € zzgl. Umsatzsteuer beziffert worden. Ein Teil von 7,5 Mio. € habe weiterhin als Mietzuschuss dienen, durch die Überleitung jedoch nicht mehr als solcher identifizierbar sein sollen. 79

Die Anmietung der Gebäude war in der Folgezeit nicht kostendeckend. Nach Auffassung der Staatsanwaltschaft nahmen die Angeklagten S und S sowie der Angeklagte E Verluste der S von barwertig mindestens 3,090 Mio. € billigend in Kauf. Dem Angeklagten E sei darüber hinaus bewusst gewesen, dass durch die Herausnahme der 7,5 Mio. € aus dem Vertragstext des 2. Nachtrags die Zuordnung als Mietzuschuss zumindest erschwert gewesen sei. 80

13. Fall 13 der Anklage: Erkaufte Einflussnahme auf die Entscheidungsfindung beim Neubau der Nordhallen 81

In diesem, ebenfalls von der Kammer eröffneten Fall, erhebt die Staatsanwaltschaft folgenden Vorwurf:

Der Angeklagte S habe wegen der Entscheidung von R, nicht auf das Gelände am B umzuziehen, die Befürchtung gehegt, dass die P bzw. die S aus den abgegebenen Garantieverversprechen in Anspruch genommen werden würden und eine Übertragung der Verpflichtungen auf die R angestrebt. Im Juli 2003 habe er mit dem Angeklagten E mündlich die Vereinbarung getroffen, er werde seinen Einfluss bei der Stadtspitze geltend machen, um die Bewerbung der J um die Errichtung der Nordhallen zu unterstützen. Im Erfolgsfalle sollten nach Auffassung der Staatsanwaltschaft der S durch die OEGruppe später noch näher zu bestimmende finanzielle Vergünstigungen zugewendet werden, die dem zumindest teilweisen Ausgleich der erheblichen Verluste der S bzw. ihrer Tochtergesellschaften in Bezug auf die Projekte am B dienen sollten. 83

Der Angeklagte S habe vereinbarungsgemäß seinen Einfluss geltend gemacht. Er habe Schreiben an die Verwaltungsspitze der Stadt K und die Spitzen der im Rat der Stadt K vertretenen Fraktionen verfasst und persönliche Gespräche insbesondere mit dem damaligen Oberbürgermeister, dem damaligen Kämmerer, dem früheren und dem damaligen Vorsitzenden der Ratsfraktion der CDU, sowie dem Vorsitzenden der Ratsfraktion der SPD geführt. Dabei habe er Informationen, deren Kenntnis sich auf die Bewerbung negativ hätte auswirken können, zurückgehalten. Letztlich habe er Erfolg gehabt: Im November 2003 sei beschlossen worden, den Neubau der Messehallen mit Hilfe des von dem Angeklagten S propagierten Investorenmodells der OEGruppe zu verwirklichen. 84

Am 24.11.2003 habe die S gegenüber der J oder einem von ihr zu benennenden Dritten die Verpflichtung übernommen, den Erwerb der für den Bau erforderlichen Grundstücke zu ermöglichen und einen Mietvertrag über eine Dauer von 30 Jahren zu vermitteln. Als Vergütung zugunsten der S sei ein Betrag von 14 Mio. € netto vorgesehen worden. Ein Großteil davon sei für die Erfüllung der zwischen den Angeklagten S und E im Juli 2003 getroffenen Vereinbarung gewährt worden. 85

Der Angeklagte S habe sich auch nach November 2003 weiter für die Interessen von O-E eingesetzt. In abschließender Erfüllung der Vereinbarung aus Juli 2003 hätten die Angeklagten S und E in der zweiten Jahreshälfte 2004 die Zahlung von weiteren 10,45 Mio. € der J an die S wegen angeblich von dieser erbrachter Leistungen vereinbart. Bei einem Teil dieser Summe in Höhe von 7,5 Mio. € habe es sich tatsächlich um den – bereits im Fall 12 der Anklage erwähnten – Mietzuschuss für die schwierige Vermietungslage in Bezug auf die Fonds III, Bauteil 2, und den Fonds V gehandelt. Der Betrag von 9,9 Mio. € sei am 22.12.2004 von der J an die S überwiesen worden. 86

14. Fall 14 der Anklage: Unrichtige Umsatzsteuerjahreserklärung der OEH für das Jahr 2004 87

In dem gleichfalls von der Kammer eröffneten Fall 14 geht die Staatsanwaltschaft davon aus, der Angeklagte E habe in der Umsatzjahressteuererklärung für die OEH im Jahr 2005 den Vorsteuerabzug in Bezug auf die Rechnung der S über 9,9 Mio. € zzgl. 1,584 Mio. € Umsatzsteuer geltend gemacht, obwohl er gewusst habe, dass die Leistung tatsächlich nicht von der S, sondern von dem Angeklagten S erbracht worden sei. Diesem wiederum sei bewusst gewesen, dass durch die OEH die Vorsteuer geltend gemacht werden würde. Durch die Finanzverwaltung seien Vorsteuern in Höhe von ca. 1,584 Mio. € zu Unrecht an die OEH erstattet worden. 88

B. 89

Die Kammer hat die Zulassung der Anklage in den Fällen 1 bis 5 und 8 bis 12 in erster Linie wegen einer aus ihrer Sicht unzureichenden Schadensermittlung abgelehnt. Nach der Begründung des angefochtenen Beschlusses hat die Kammer dabei im Ansatz überspannte Anforderungen an den hinreichenden Tatverdacht bezüglich des Tatbestandsmerkmals des Nachteils gestellt.	90
Die Ausführungen in dem Beschluss sind zwar nicht ganz eindeutig. Die Kammer hat indes wiederholt die Formulierung verwendet, ein Schaden sei nicht ausreichend oder nachvollziehbar <u>beziffert</u> . Dies spricht gravierend dafür, dass die Kammer davon ausgegangen ist, der hinreichende Tatverdacht setze nicht nur voraus, dass mit ausreichender Wahrscheinlichkeit überhaupt ein Schaden entstanden sei, sondern dass dieser auch bereits bei der Entscheidung über die Eröffnung des Verfahrens der Höhe nach bestimmbar sein müsse.	91
Dies ist jedoch unzutreffend.	92
I. Hinreichender Verdacht besteht bei vorläufiger Tatbewertung (BGHSt 23, 304) dann, wenn die Verurteilung des Beschuldigten mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist (vgl. <i>Meyer-Goßner/Schmitt</i> , StPO, 58. Auflage 2015, § 203 Rn. 2; Löwe-Rosenberg/ <i>Stuckenberg</i> , StPO, 26. Aufl. 2007, § 203 Rn. 9 jeweils m.w.N.). Danach muss zunächst die Wahrscheinlichkeit bestehen, dass eine Straftat vom Angeschuldigten begangen wurde und es muss darüber hinaus auch wahrscheinlich sein, dass mit den Beweismitteln und Erkenntnismöglichkeiten der Hauptverhandlung eine Verurteilung wegen der Straftat möglich ist.	93
Eine gleich hohe Verurteilungswahrscheinlichkeit wie beim dringenden Tatverdacht im Sinne der §§ 112 Abs. 1 S. 1, 126a Abs. 1 StPO wird dabei nicht vorausgesetzt (vgl. <i>Meyer-Goßner/Schmitt</i> , a.a.O., § 203 Rn. 2 m.w.N.). Der unbestimmte Rechtsbegriff „hinreichender Tatverdacht“ eröffnet einen nicht unerheblichen Beurteilungsspielraum (vgl. BVerfG NStZ 2002, 606; <i>Meyer-Goßner/Schmitt</i> , a.a.O., § 170 Rn. 1), zumal es sich um eine Prognoseentscheidung handelt. Der Grundsatz in dubio pro reo gilt dabei nicht, er kann nur mittelbar eine Rolle spielen (vgl. OLG Bamberg NStZ 1991, 252).	94
Grundlage für die Entscheidung, ob hinreichender Tatverdacht besteht, sind die Ergebnisse des vorbereitenden Verfahrens, also die gesamten, in den Akten dokumentierten Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens sowie die Ausführungen des Angeschuldigten in seiner Stellungnahme zur Anklageschrift (OLG Saarbrücken NStZ-RR 2009, 88; KK-StPO/ <i>Schneider</i> , 7. Auflage 2013, § 203, Rn. 2).	95
II. Nachteil im Sinne von § 266 StGB ist nach zutreffender Auffassung gleichbedeutend mit Schaden im Sinne des § 263 StGB (Fischer, StGB, 63. Auflage 2016, § 266, Rn. 115). Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist unter Nachteil jede durch die Tathandlung verursachte Vermögenseinbuße zu verstehen. Die Vermögensminderung ist nach dem Prinzip der Gesamtsaldierung festzustellen, also auf Grund eines Vergleichs des Vermögensstands vor und nach der treuwidrigen Handlung. Ein Nachteil liegt daher nicht vor, wenn und soweit durch die Tathandlung zugleich ein den Verlust aufwiegender Vermögenszuwachs begründet wurde (BGHSt 47, 295; BGH NStZ 2010, 330 m.w.N.; Fischer a.a.O., Rn. 116).	96
Der Eintritt eines Gefährdungsschadens reicht für die Vollendung des Tatbestandes aus (Fischer a.a.O., Rn. 150). Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann der Nachteil im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB bereits dann eingetreten sein, wenn eine schadensgleiche Vermögensgefährdung gegeben ist. Dies ist dann der Fall, wenn die	97

Gefährdung nach wirtschaftlicher Betrachtung bereits eine Verschlechterung der gegenwärtigen Vermögenslage bedeutet (BGHSt 44, 376; 48, 354; 52, 182). Dies ist grundsätzlich verfassungsgemäß (BVerfGE 127, 170), wobei allerdings der Verzicht auf eine eigenständige Ermittlung des Nachteils, wozu angesichts der Schwierigkeiten der Beurteilung bei Kreditvergaben in der Regel die Konkretisierung des Schadens der Höhe nach anhand üblicher Maßstäbe des Wirtschaftslebens gehört, durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet. [...] Danach sind auch Gefährdungsschäden von den Gerichten in wirtschaftlich nachvollziehbarer Weise festzustellen. Anerkannte Bewertungsverfahren und -maßstäbe sind zu berücksichtigen; soweit komplexe wirtschaftliche Analysen vorzunehmen sind, wird die Hinzuziehung eines Sachverständigen erforderlich sein. Die im Falle der hier vorzunehmenden Bewertung unvermeidlich verbleibenden Prognose- und Beurteilungsspielräume sind durch vorsichtige Schätzung auszufüllen. Im Zweifel muss freigesprochen werden (BVerfG a.a.O.). Eigenständige Feststellungen zum Bestehen eines Nachteils [sind] 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 (BVerfG NJW 2013, 365).

III. Für eine Eröffnungsentscheidung bedeutet dies, dass hinreichender Tatverdacht zu bejahen ist, wenn nach dem gesamten Akteninhalt wahrscheinlich ist, dass durch die Handlungen der Angeschuldigten jeweils ein Schaden entstanden ist und sich dies wird nachweisen lassen (vgl. KG wistra 2015, 37 [betreffend die Aufrechterhaltung eines Haftbefehls]). Im Lichte der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts wird man auch verlangen müssen, dass die Wahrscheinlichkeit besteht, dieser Schaden werde sich jedenfalls im Sinne eines Mindestschadens in der Hauptverhandlung beweisen und beziffern lassen.

98

Dagegen muss die exakte Höhe des Schadens nicht generell bereits bezifferbar sein (so auch KG a.a.O.). Diese hängt – jedenfalls meistens – letztlich wesentlich auch von den in der Hauptverhandlung festzustellenden Anknüpfungstatsachen ab. Einfluss hat sie im Regelfall auch nur auf die Strafzumessung, nicht dagegen auf die Strafbarkeit an sich. So führt die nicht oder nicht hinreichende Bezifferung des Schadensumfangs auch in einem Urteil lediglich zur Aufhebung des Strafausspruchs, nicht aber des Schuldausspruchs, wenn anhand der sonstigen Feststellungen auszuschließen ist, dass überhaupt kein Schaden entstanden ist (BGH wistra 2014, 349; KG a.a.O.).

99

Etwas anderes kann allenfalls dann gelten, wenn die Schadenshöhe und damit die zu prognostizierende Strafhöhe etwa Einfluss auf die sachliche Zuständigkeit des Gerichts haben können. Vorliegend kommt jedoch bereits angesichts des immensen Umfangs der Sache und ihrer – von der Staatsanwaltschaft gesondert begründeten – besonderen Bedeutung im Sinne von § 24 Abs. 1 Nr. 3 GVG eine Eröffnung vor dem Schöffengericht ohnehin nicht in Betracht.

100

Zwar ist in den zitierten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts von der Bezifferung des Schadens bzw. des Nachteils die Rede. Indes betreffen diese Entscheidungen jeweils Urteile, nicht Eröffnungsbeschlüsse. Der – deutlich – höhere Maßstab, der an die für eine Verurteilung ausreichende Überzeugung des Gerichts zu stellen ist, lässt sich indes nicht ohne Weiteres auf die Voraussetzungen des hinreichenden Tatverdachts übertragen. Dass auch insoweit bereits eine Bezifferung möglich sein müsse, haben weder das Bundesverfassungsgericht noch der Bundesgerichtshof bislang gefordert. Wie eben

101

ausgeführt, wäre eine derartige Anforderung auch wenig sinnvoll.

Daraus ergibt sich wiederum, dass ein Sachverständigengutachten (nur) dann bereits für die 102
im Zwischenverfahren zu treffende Entscheidung unabdingbar ist, soweit ohne
sachverständige Hilfe die Wahrscheinlichkeit, dass überhaupt ein Schaden entstanden ist,
und dass dieser sich wird beziffern lassen, nicht zu beurteilen ist. Soweit es lediglich zur
Beurteilung der Höhe des Schadens erforderlich ist, steht sein Fehlen der Eröffnung des
Verfahrens dagegen nicht entgegen.

IV. Etwas anderes folgt insbesondere nicht aus der bisherigen Rechtsprechung des Senats. 103

Der Senat hat sich in zwei Beschlüssen (v. 06.05.2013 - 2 Ws 254/13 = wistra 2013, 357; v. 104
26.06.2014 - 2 Ws 189/14 = wistra 2014, 362) mit der Problematik der Schadensermittlung im
Rahmen des § 266 StGB und ihrer Bedeutung für die Eröffnung des Hauptverfahrens befasst.
Beiden Entscheidungen lagen indes nach den in den genannten Beschlüssen dargestellten
Sachverhalten Fallgestaltungen zugrunde, in denen anhand der vorhandenen
Ermittlungsergebnisse nicht zu beurteilen war, ob überhaupt ein Schaden entstanden war
bzw. nicht ersichtlich war, dass dieser in einer Hauptverhandlung sich würde beziffern lassen.
So hat der Senat in dem Beschluss vom 06.05.2013 ausgeführt:

„Jedenfalls ist - worauf auch die Strafkammer in der angefochtenen Entscheidung zutreffend 105
abgestellt hat - nach dem derzeitigen Ermittlungs-stand ein vom Tatbestand der Untreue
gemäß § 266 StGB vorausgesetzter und eigenständig zu prüfender Vermögensnachteil des
D. nicht hinreichend wahrscheinlich entstanden. [wird ausgeführt]

Dass nach dem derzeitigen Ermittlungsstand die insoweit auch nach Auf-fassung der 106
Generalstaatsanwaltschaft erforderliche Aufklärung bisher nicht erfolgt ist, steht bereits der
Eröffnung des Hauptverfahrens aus tat-sächlichen Gründen entgegen, denn es ist nach
Aktenlage nicht hinreichend wahrscheinlich, dass zwischen den erbrachten Leistungen bzw.
Aufwendungen einerseits und der gezahlten Vergütung andererseits überhaupt eine
"Schieflage" dahingehend bestanden hat, dass diese sich nicht im Sinne einer Kompensation
entsprochen haben könnten.“

In der Entscheidung vom 26.06.2014 heißt es zwar: 107

„Der Senat sieht sich jedoch außerstande, nach den genannten Vorgaben des 108
Bundesverfassungsgerichts die exakte Höhe dieses Gefährdungsschadens oder - unter
Beachtung des Zweifelssatzes - jedenfalls einen (Mindest-)Schaden im Wege der Schätzung
zu ermitteln.“

Wie sich aus der Passage des Beschlusses in einer Gesamtschau ergibt, war trotz dieser – 109
bei isolierter Betrachtung gegebenenfalls zu Missverständnissen Anlass gebenden –
Formulierung keine Änderung der Senatsrechtsprechung im Vergleich zu dem vorgenannten,
in der Entscheidung ausdrücklich in Bezug genommenen, Beschluss beabsichtigt. So heißt
es weiter:

„Denn eine solche Schadensermittlung setzt eine seriöse Prognose voraus, wie sich die 110
weitere Einwerbung von Kommanditkapital durch die G2 für die G3 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 G2 gelungen, zwischen dem 28.09.2002 und dem 31.12.2003 Kapitalanteile in Höhe von 45.467.507,06 Euro für die G3 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 gegen die G2 auch bei bis dahin nicht aufgegebener Platzierungsverpflichtung keinen Zahlungsanspruch gehabt.“ (Hervorhebung nicht im Original, Senat)

C. 111

In den Fällen 3 bis 5 und 11 der Anklage liegt hinreichender Tatverdacht vor. Dasselbe gilt hinsichtlich des Falles 2 in Bezug auf den Angeklagten S. 112

I. Fall 2 der Anklage (Bürgschaftserklärungen vom 1. März 2000) 113

Anders als im Fall 1, in dem die getroffene Entscheidung sich als vertretbare Übernahme eines geschäftlichen Risikos ohne nach Aktenlage feststellbaren Schädigungsvorsatz darstellt (vgl. unter E. I.), ist der Angeklagte S der ihm zur Last gelegten Untreue in diesem Fall nach dem bisherigen Ermittlungsergebnis hinreichend verdächtig. Hinsichtlich des Angeklagten S fehlt es am hinreichenden Tatverdacht in Bezug auf den Vorsatz der Nachteilszufügung. 114

1. Die beiden Angeklagten traf eine Vermögensbetreuungspflicht. 115

a) Vorstandsmitgliedern obliegt gegenüber ihrer Bank bzw. Sparkasse eine Vermögensbetreuungspflicht (vgl. BGHSt 46, 30; 47, 148; wistra 2009, 189; Fischer a.a.O., § 266, Rn. 48). Denn der Vorstand leitet die Sparkasse nach § 19 Abs. 1 SpKG NW in der Fassung vom 25.01.1995 [aF] bzw. § 20 Abs. 1 SpKG NW in der aktuellen Fassung [nF] eigenverantwortlich, woraus für die Vorstandsmitglieder die Hauptpflicht zur Betreuung des Vermögens der Sparkasse folgt. 116

b) Die Sparkasse wurde in den Fällen 2 bis 5 der Anklage auch jeweils jedenfalls mittelbar geschädigt, so dass es auf die Frage der Vermögensbetreuungspflicht gegenüber der unmittelbar verpflichteten S nicht entscheidend ankommt. Die mittelbare Schädigung der Sparkasse ergibt sich aus Folgendem: Die Sparkasse hatte ihrer 100%igen Tochtergesellschaft S bereits im Jahr 1991 einen Multifunktionskredit gewährt (vgl. Bl. 90 SH 06 zu 115 Js 376/09), mit dem die S arbeitete und durch dessen Inanspruchnahme sie ihre Geschäfte betrieb. Grundsätzlich schüttete die S zudem Gewinne an die Sparkasse aus (Bl. 10 SH 11 zu 115 Js 92/10), wegen des M-Engagements kam es aber nicht dazu (s. Vorstandsvorlage zur VS v. 16.4.02, S. 64-74 Band 3 SH 23 zu 115 Js 92/10, zitiert nach E-Akte). Die Sparkasse löste weiterhin stille Reserven auf, um Verluste bei der S auszugleichen (Vermerk Bl. 10/11 SH 11 zu 115 Js 92/10) und erhöhte das Kapital der S wegen der 117

Bauverträge betreffend die Neuerrichtung der Messehallen im Jahr 2005 (vgl. Aussage des Zeugen F v. 25.09.2012, Protokoll Bl. 2864 ff., 2879 d. A. 115 Js 92/10).

c) Im Übrigen erstreckte sich die Vermögensbetreuungspflicht der Angeklagten nach Auffassung des Senats auch auf die S. als 100%ige Tochter der Sparkasse, die für diese das Beteiligungsgeschäft abwickelte, gehörte sie zur Institutsgruppe der Sparkasse im Sinne des § 25a KWG, nach dem die Gesamtverantwortung des Vorstandes des übergeordneten Unternehmens auch für Institutsgruppen gilt (Boos/Fischer/Schulte-Mattler/Braun/Wolfgarten, Kreditwesengesetz, 4. Auflage 2012, § 25a, Rn. 868 und 873). Hinzu kommt das tatsächliche Verhältnis zwischen der Sparkasse und der S. Wie insbesondere die früheren Geschäftsführer der S, die Zeugen F und W, anschaulich beschrieben haben, betrachtete die Sparkasse die S quasi als Instrument zur Umsetzung eigener Interessen und behandelte sie dergestalt, dass die Gesellschaft nicht selbstständig hätte auftreten können. Dies fügt sich dazu, dass die S nicht nur eine 100%ige Tochter der Sparkasse war, sondern ihr Gesellschafterausschuss als das Entscheidungsgremium der S zudem ausschließlich mit Vorstandsmitgliedern der Sparkasse besetzt war. 118

2. Der Angeklagte S ist ferner hinreichend verdächtig, pflichtwidrig gehandelt zu haben. 119

a) Insoweit gilt zunächst Folgendes: 120

aa) Eine Pflichtwidrigkeit ergibt sich nicht bereits daraus, dass die Übernahme der Bürgschaften ein sogenanntes Risikogeschäft darstellte (vgl. dazu Schönke/S/Perron, StGB, 29. Auflage 2014, § 266, Rn. 20), da die Prognose, ob diese Maßnahme auch im Gesamtzusammenhang des Engagements der Sparkasse bei der M zu einem Gewinn oder Verlust führte, mit einem erhöhten Maß an Ungewissheit belastet war. Risikogeschäfte sind Sparkassen jedoch trotz ihres öffentlichen Auftrages nicht grundsätzlich verboten. Vielmehr dürfen sie im Rahmen des SpkG NW und der nach diesem Gesetz erlassenen Begleitvorschriften alle banküblichen Geschäfte betreiben (vgl. Schmitt, Untreue von Banken und Sparkassenverantwortlichen bei der Kreditvergabe, BKR 2006, 125). 121

bb) Ebenso wenig folgt die Pflichtwidrigkeit bereits aus dem Umstand, dass die Übernahme der Bürgschaften im Ergebnis zu erheblichen Verlusten der Sparkasse geführt hat. Denn selbst bei einem von vorne herein problematischen Kreditengagement darf nicht ohne Weiteres aus dem späteren Scheitern auf die Pflichtwidrigkeit geschlossen werden. Andernfalls bestünde die Gefahr, dass § 266 StGB zu einer strafrechtlichen Misserfolgshaftung für wirtschaftliche Wagnisse wird, die dem Verantwortlichen bei ihrem Erfolg als besondere unternehmerische Leistung zugerechnet worden wären. Es ist deshalb aus objektiver ex-ante-Sicht auf den Zeitpunkt der Handlung, d.h. die Kreditbewilligung abzustellen und zu fragen, ob auf der Grundlage umfassender Informationen die Risiken gegen die Chancen sorgfältig abgewogen wurden. Ist dies der Fall, kann eine Pflichtverletzung nicht deshalb angenommen werden, weil das Engagement später notleidend wird und sich die ursprüngliche unternehmerische Entscheidung als Fehleinschätzung erweist (BGHSt 46, 30; 47, 148; Fischer a.a.O., § 266, Rn. 68). 122

b) Den Pflichtwidrigkeitsvorwurf begründet es indes, dass bei der Entscheidung über die Übernahme der Bürgschaften eine sachgerechte Risikoabwägung unter Beachtung der banküblichen Sorgfaltsmaßstäbe nicht erfolgt ist (vgl. dazu BGHSt 46, 30; 47, 148; Fischer a.a.O., § 266, Rn. 69; Schönke/S/Perron a.a.O., § 266, Rn. 20a). 123

aa) Von jedem Vorstandsmitglied eines Kreditinstitutes ist bei seiner Tätigkeit die Sorgfalt gefordert, die ein ordentlicher Geschäftsmann in verantwortlich leitender Stellung bei 124

selbstständiger Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen zu berücksichtigen hat (Kiethe, Die zivil- und strafrechtliche Haftung von Vorstandsmitgliedern einer Sparkasse für riskante Kreditgeschäfte, BKR 2005, 177). § 93 Abs. 1 S. 1 AktG, der dies für Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft ausdrücklich verlangt, gilt auch für Sparkassenvorstände im Geltungsbereich des SpkG NW (BGH NJW-RR 2015, 603).

Anhaltspunkt für eine Verletzung der banküblichen Informationspflichten kann dabei ein Verstoß gegen § 18 KWG sein. Der Anwendungsbereich des § 18 KWG ist in sachlicher Hinsicht hier eröffnet, da es sich bei der Übernahme einer Bürgschaft gemäß § 21 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 KWG um einen Kredit im Sinne der Vorschrift handelt. Das Verfahren nach § 18 Satz 1 KWG vollzieht sich wiederum in drei Schritten: Vorlage der erforderlichen Unterlagen, Auswertung, Dokumentation (BGHSt 47, 148). § 18 KWG setzt insofern im Einzelnen voraus, dass die Ergebnisse der Auswertung der finanziellen und wirtschaftlichen Daten systematisch und nachvollziehbar dokumentiert werden. Die Dokumentation muss allen Stellen, die für eine Überprüfung der Kreditentscheidung zuständig sind (Geschäftsleitung, Innenrevision, Abschlussprüfer, Bankenaufsicht), ein eigenständiges Urteil ermöglichen, ob die Vorschriften des § 18 Abs. 1 Satz 1 KWG eingehalten wurden und die Kreditentscheidung damit nachvollziehbar machen. Sämtliche Unterlagen (Geschäfts-, Kontroll- und Überwachungsunterlagen) sind ebenso systematisch und für sachkundige Dritte nachvollziehbar zu ordnen und aufzubewahren. Eine lückenlose Nachprüfung und Überwachung seitens der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) muss gewährleistet sein (Boos/Fischer/Schulte-Mattler/Bock a.a.O., § 18 KWG, Rn. 64). 125

bb) Das Handeln des Vorstandes der Sparkasse ist zudem an § 18 KWG zu messen. 126

Die Vorschrift richtet sich an „das Kreditinstitut“, also die Akteure der kreditvergebenden Bank. In erster Linie richten sich die dargestellten Anforderungen daher an die für die S handelnden Personen, namentlich die Zeugen D und Dr. S, die den Gesellschafterbeschluss zur Übernahme der Bürgschaften gefasst haben. Dieser Gesellschafterbeschluss stellte nach Aktenlage indes nur die Umsetzung einer zuvor von dem Vorstand der Sparkasse in der Sitzung am 29.02.2000 gefassten Entscheidung für die Übernahme dieser Bürgschaft dar. 127

Für die Annahme einer Kreditentscheidung durch den Vorstand der Sparkasse spricht zunächst schon der Wortlaut des Gesellschafterbeschlusses der S vom 29.02.2000, in dem es heißt: „Für die S K als Alleingesellschafterin der SK Kapitalbeteiligungsgesellschaft K mbH fassen wir folgenden Beschluss“. Dies legt nahe, dass auch aus Sicht der Unterzeichner ein Handeln für die Sparkasse vorlag. Darüber hinaus fügt sich zu diesem Verständnis der Vorgänge, dass der Sparkassenvorstand überhaupt informiert wurde und dies im unmittelbaren Zusammenhang mit dem Gesellschafterbeschluss der S. Zudem steht außer Frage, dass eventuelle aus dem Engagement der S sich ergebende Verluste durch die Sparkasse ausgeglichen werden würden. 128

Dafür spricht des Weiteren, dass die S, wie bereits dargelegt, von der Sparkasse generell als Instrument zur Führung und Steuerung von Beteiligungen benutzt wurde. Zum Ausdruck kommt dies nicht zuletzt in der – unzureichenden – Regelung der Kompetenzen der die Gesellschafterversammlung der S bildenden Vorstände der Sparkasse. Die Staatsanwaltschaft weist insofern zutreffend darauf hin, dass die Kompetenzen der Vorstandsmitglieder in der Gesellschafterversammlung nach den Gesellschaftsverträgen der S nicht explizit geregelt waren (vgl. Bericht der Internen Revision der S zur Sonderprüfung „Untersuchung der Aktivitäten der Sparkasse KB mit der JEGruppe“, SH 07 zu 115 Js 376/09, Tz. 352ff.) und sie daher „unter Umständen weiterreichende Entscheidungen treffen [konnten], als dies nach dem Kompetenzkatalog der S. als Muttergesellschaft möglich 129

gewesen wäre“ (Schreiben der BaFin v. 21.04.2010, Bl. 6168ff. d. A. 115 Js 92/10). So durften, wie die Staatsanwaltschaft zutreffend dargestellt hat, nach dem damals gültigen Kompetenzkatalog (Bl. 123ff. SH 45 zu 115 Js 376/09) zwei Vorstandsmitglieder Kredite nur bis zu einer Grenze von 20 Mill. DM vergeben (Bl. 127), darüber war der Gesamtvorstand zuständig. Für Kreditvergaben, durch die S gab es derartige Beschränkungen für die Vorstände in der Gesellschafterversammlung der S dagegen nicht.

cc) Eine Risikoabwägung lässt sich weder dem Protokoll der Vorstandssitzung vom 29.02.2000 (S. 145 Band 2 SH 23 zu 115 Js 92/10, zitiert nach E-Akte), in der der Vorstand über die anstehende Bürgschaftsübernahme informiert wurde, noch dem Gesellschafterbeschluss der S vom selben Tag (Bl. 591 SH 13 zu 115 Js 92/10) entnehmen. Angesichts einer mit der Übernahme alleine der Bürgschaft für den umgeplanten Bauteil verbundenen wirtschaftlichen Verpflichtung von maximal ca. 15 Mio. DM über zehn Jahre hinweg war eine Risikoabwägung indes zwingend erforderlich. 130

c) Dieses Verhalten begründet auch den hinreichenden Tatverdacht einer Pflichtverletzung im Sinne des § 266 StGB. 131

aa) Soweit im Hinblick auf das erforderliche Ausmaß der Pflichtwidrigkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs umstritten ist, ob eine gravierende Verletzung von Informations- und Prüfungspflichten bzw. eine gravierende Pflichtverletzung (BGHSt 47, 148; 47, 187) oder eine klare und evidente Pflichtwidrigkeit (BGHSt NStZ 2013, 715) vorliegen muss oder ob es erforderlich ist, dass die weit zu ziehenden äußersten Grenzen unternehmerischer Entscheidungsfreiheit überschritten und damit eine Hauptpflicht gegenüber dem zu betreuenden Unternehmen verletzt wird (BGHSt 50, 331; NStZ 2006, 221; wistra 2010, 21), kann dies vorliegend dahinstehen, da alle Ansichten hier zum selben Ergebnis führen. 132

bb) Zwar trägt eine geringfügige Verletzung der sich aus § 18 Satz 1 KWG ergebenden Informationspflicht für sich die Annahme einer Pflichtverletzung im Sinne des § 266 StGB nicht (BGHSt 46, 30). Gravierende Verstöße gegen die bankübliche Informations- und Prüfungspflicht begründen aber eine Pflichtwidrigkeit im Sinne des Missbrauchstatbestandes des § 266 StGB (BGHSt 47, 148). Hier fehlt es bereits an jeglicher Dokumentation einer – etwaigen – Risikoabwägung. Nach Aktenlage ist nicht ersichtlich, dass eine Risikoabwägung überhaupt vorgenommen worden wäre. Diese wäre insbesondere angesichts der schwierigen wirtschaftlichen Lage der M, die unter Ziffer 3. näher dargelegt wird, aber offenkundig erforderlich gewesen. 133

cc) Den Angeklagten S entlastet es auch nicht, dass die Entscheidung durch den gesamten Vorstand getroffen wurde. 134

(1) Im Rahmen von Gremienentscheidungen liegt lediglich dann keine Pflichtwidrigkeit des jeweiligen Mitglieds des zur Entscheidung befugten Kollegialorgans vor, wenn es gegen eine sich als pflichtwidrig darstellende Entscheidung votiert oder sonst die ihm zustehenden rechtlichen Möglichkeiten ergriffen hat, um das Zustandekommen des treuwidrigen Beschlusses zu verhindern (Fischer a.a.O., § 25, Rn. 43; Schmitt a.a.O.). 135

Es spricht nach der Aktenlage nichts dafür, dass der Angeklagte S Einwände gegen die Übernahme der Bürgschaften geltend gemacht hätte. Im Gegenteil ist nach dem bisherigen Ermittlungsergebnis davon auszugehen, dass er die Übernahme der Bürgschaften befürwortete, da er der federführende Vorstand für das Engagement bei der M war. Letzteres ist von allen dazu vernommenen Zeugen bestätigt worden. So hat der Zeuge S, damals 136

juristischer Beistand der Beteiligungsabteilung der Sparkasse, in seiner Vernehmung vom 06.06.2011 (Protokoll Bl. 3116ff. d. A. 114 Js 220/09) angegeben, die Beteiligung an der M sei Ss „liebstes Kind“ gewesen. Der Zeuge V (früher S), damals tätig im Beteiligungsbereich der Sparkasse, hat dazu angegeben, das Engagement M sei wesentlich durch das Büro S innerhalb der Sparkasse geführt worden, der auch Beiratsvorsitzender der M war (Vernehmung v. 11.11.2010, Protokoll Bl. 1242ff. d. A. 115 Js 92/10). Dies fügt sich zu den Angaben des Zeugen S, des früheren Assistenten Ss und späteren Geschäftsführers der M, der angegeben hat, S habe sich als Beiratsvorsitzender zur „Triebfeder“ für das Überleben der M entwickelt (Vernehmung v. 25.02.2011, Protokoll Bl. 1461ff. d. A. 115 Js 92/10). Der Zeuge L hat bestätigt, dass die Beteiligung an der M nahezu ausschließlich über den Zeugen F oder über S gesteuert worden sei (Vernehmung v. 11.03.2011, Protokoll Bl. 1644ff. d. A. 115 Js 92/10). Der Zeuge F hat wiederum angegeben, S sei als Beiratsmitglied bei der M sehr involviert gewesen (Vernehmung v. 11.06.2013, Protokoll Bl. 3928ff. d. A. 115 Js 92/10). Auch der Zeuge B, persönlicher Assistent Ss von 2000 – 2003, hat sich entsprechend geäußert und bekundet, der Angeklagte S habe die Thematik M selbst und intensiv bearbeitet und maßgeblich betreut (Vernehmung v. 14.02.2011, Protokoll Bl. 1391ff. d. A. 115 Js 92/10).

(2) Hat er dagegen zugestimmt und erfolgte die Beschlussfassung einstimmig oder mit großer 137 Mehrheit, kann sich der einzelne Verantwortliche nicht darauf berufen, dass es an der Kausalität zwischen der Stimmabgabe als Tathandlung und der Rechtsgutsverletzung bzw. dem Schaden fehlt, weil auch ohne sein zustimmendes Votum die Vermögensgefährdung eingetreten wäre. Denn die an der Entscheidung beteiligten Personen sind in diesem Fall nach der Rechtsprechung als Mittäter zu behandeln mit der Konsequenz, dass es wegen der wechselseitigen Zurechnung der Tatbeiträge auf die Kausalität der Einzelstimme für das Zustandekommen des Beschlusses nicht ankommt (vgl. BGHSt 37, 106; LK/Schünemann, StGB, 12. Auflage 2011, § 25, Rn. 196; Fischer a.a.O., § 35, Rn. 42; Schmitt a.a.O.; Kiethe a.a.O.). Ist eine Aufgabe durch Gesetz, Satzung oder Geschäftsordnung dem Gremium zugewiesen, wie hier die Leitung der Sparkasse dem Gesamtvorstand, ist darüber hinaus unabhängig von der Ressortverantwortlichkeit im Ausgangspunkt jedes einzelne Vorstandsmitglied der Sparkasse für pflichtwidriges Verhalten verantwortlich (Kiethe a.a.O.).

Es kommen zwar auch für den Fall des Einstimmigkeitsprinzips unterschiedliche 138 Verantwortlichkeiten der Beteiligten in Frage. So wird sich etwa der nicht sachbearbeitende Vorstandsvorsitzende auf den Bericht des Kreditsachbearbeiters und des Kreditvorstandes verlassen dürfen, es sei denn, es gehe um besonders hohe Risiken. Andererseits hat aber jeder Vorstand eigene Informations- und Prüfungspflichten, falls sich etwa aus der Entscheidungsvorlage Zweifel und Unstimmigkeiten ergeben oder wenn der Entscheidungsträger erkennt, dass die gebotene umfangreiche Abwägung der Chancen und Risiken bislang nicht erfolgt ist (BGHSt 46, 30; 47, 148; Fischer a.a.O., § 266, Rn. 73d; Schmitt a.a.O.).

Das völlige Fehlen einer Risikoabwägung im Vorfeld der Übernahme der Bürgschaften war 139 jedoch ohne Weiteres für jedes Vorstandsmitglied erkennbar, also auch für den Angeklagten S.

dd) Dem hinreichenden Tatverdacht steht es ferner nicht entgegen, dass der Angeklagte S 140 nach dem Ermittlungsergebnis bei seinem Handeln auch von dem Gedanken geleitet gewesen sein dürfte, den Wirtschaftsstandort K zu fördern.

(1) Es ist zwar nicht zu verkennen, dass er mit diesem Anliegen nicht alleine stand. Es 141 bestand vielmehr auch von Seiten der Landesregierung NRW und der Führungsspitze der Stadt K ein Interesse an einer Stärkung und dem Ausbau des Medienstandortes K. So gab es

im Oktober 1996 ein Treffen zwischen unter anderem dem Angeklagten S, dem Geschäftsführer der M H B und dem damaligen Wirtschaftsminister des Landes NRW C, in dem es um die zukünftige Medienwirtschaft in NRW, speziell am Standort K, ging (vgl. Bl. 1872ff. SH 7 zu 115 Js 92/10). C signalisierte demnach in dem Gespräch Interesse an einer Stärkung des Medienstandorts K und seine grundsätzliche Unterstützung, um dieses Ziel zu erreichen. Ein weiteres Gespräch zu diesem Thema fand am 11.03.1997 statt (Bl. 3983 d. A. 115 Js 92/10; Bl. 1872ff. SH 7 zu 115 Js 92/10). Zudem gab es weiteren umfangreichen Schriftverkehr zwischen dem Land NRW, der Stadt K und der S zur Frage des Medienstandortes (vgl. die Darstellung Bl. 3981 – 4022 d. A. 115 Js 92/10). Das Land förderte die M darüber hinaus in den Jahren 2002 und 2003 mit konkreten, projekt- oder objektbezogenen Zahlungen, wobei die gezahlten Beträge auch in der Summe nicht annähernd den bei Beginn des Engagements der S bei der M in der Vorstandsvorlage vom 11.09.1997 (Bl. 719ff., 722 SH 14 zu 115 Js 92/10) erwähnten „öffentlichen Zuschüssen von 50 Mio. DM“ entsprachen.

(2) Auch wenn im Rahmen der Eröffnungsentscheidung insoweit keine abschließende Bewertung vorgenommen werden kann und muss, ist doch festzuhalten, dass nach Auffassung des Senats der für sich genommen unklare Begriff der „Wirtschaftsförderung“ jedenfalls nicht jedwedes Engagement einer Sparkasse im wirtschaftlichen Bereich rechtfertigen kann. 142

Sparkassen haben nach § 2 SpKG NW nF zwar die Aufgabe, unter anderem die Wirtschaft insbesondere ihres Geschäftsgebietes geld- und kreditwirtschaftlich zu versorgen. Gewinnerzielung ist nach § 2 Abs. 3 S. 3 SpKG NW nF nicht der Hauptzweck ihres Geschäftsbetriebes. Dabei haben sie ihre Geschäfte nach kaufmännischen Grundsätzen unter Berücksichtigung ihres öffentlichen Auftrages zu führen. Die Zusammenschau dieser sparkassenrechtlichen Vorschriften deutet nach Auffassung des Senats darauf hin, dass Sparkassen zur Stärkung der Wirtschaft in ihrem Geschäftsgebiet auch Investitionen tätigen dürfen, die absehbar nur eine geringe oder gar keine Rendite abwerfen. Ein von vorneherein absehbar defizitäres Engagement ist ihnen allerdings wegen des Gebots kaufmännischen Handelns untersagt, mag eine solche Betätigung auch politisch gewollt sein. Der Zeuge F hat in seiner Vernehmung vom 20.06.2013 (Protokoll Bl. 4586, 4598 d. A. 115 Js 92/10) die Sicht der S dementsprechend so beschrieben, dass bei sogenannten „standortbezogenen Beteiligungen“ nicht unbedingt eine Rendite erwartet worden sei, aber schon, dass das Engagement den Kapitalerhalt gewährleiste. Dies war indes hinsichtlich der Beteiligung an der M jedenfalls ab dem Jahr 2000 nicht (mehr) der Fall. Letztlich handelte es sich bei dem hier zu beurteilenden Engagement zugunsten der M jedenfalls nach Aktenlage weniger um Wirtschaftsförderung als vielmehr um die Subventionierung eines aus sich selbst heraus nicht tragfähigen Unternehmens. Jedenfalls der Annahme hinreichenden Tatverdachts steht die Motivation der „Wirtschaftsförderung“ daher nicht entgegen. 143

d) Ob daneben noch weitere Pflichtverletzungen vorliegen, kann angesichts dessen der Klärung in der Hauptverhandlung vorbehalten bleiben. 144

e) Festzuhalten ist darüber hinaus, dass die Übernahme der Bürgschaften nach Lage der Akten kein Handeln im Rahmen eines vernünftigen Gesamtplans darstellte, wodurch der Pflichtwidrigkeitsvorwurf möglicherweise entfallen könnte. 145

aa) Eine Pflichtwidrigkeit im Sinne des § 266 StGB kann zwar selbst bei der Vergabe von – auch hochriskanten – Folgekrediten entfallen, wenn diese Erfolg bei der Sanierung des gesamten Kreditengagements versprechen. Das ist insbesondere bei einem wirtschaftlich vernünftigen Gesamtplan der Fall, der auf einen einheitlichen Erfolg angelegt ist (z. B. 146

kaufmännische oder industrielle Investitionen) und bei dem erst nach einem Durchgangsstadium ein Erfolg erzielt wird (BGHSt 47, 148; BGH – IVa. ZS - NJW-RR 1986, 371; Schönke/S/Perron a.a.O., § 266, Rn. 41).

bb) Es ist auch nicht zu verkennen, dass der Angeklagte S Überlegungen anstellte, durch welche Maßnahmen die M dauerhaft rentabel werden könnte und einige davon auch umsetzte. So notierte er auf einem an ihn gerichteten Schreiben des Zeugen H B vom 29.03.1999 (Bl. 4231f. SH 14 zu 115 Js 92/10) verschiedene Punkte zur Verbesserung der Situation der M („Entlastung 1 Mio durch Fonds p.a.; Anmietung 5.000 qm M. normal; Sponsoring 1 Mio DM p.a. SK; Ausfallbürgschaft 1,8 – 2,6 Mio durch W.; Kapitalerhöhung 2,5 Mio DM x 4 = 10 Mio. DM Gesellschafter; N. 8.000 qm“), von denen einige auch umgesetzt wurden. Im Einzelnen wurden der Sponsoringvertrag abgeschlossen (Bl. 2608ff. SH 14 zu 115 Js 92/10) und die Kapitalerhöhung durchgeführt (vgl. Protokoll der Beiratssitzung der M vom 21.04.1999, Bl. 1217ff. SH 14 zu 115 Js 92/10; Vertrag UR-Nr. 1586/99 des Notars R v. 21.04.1999, Bl. 4181ff. SH 14 zu 115 Js 92/10). Der Anspruch der M aus dem Sponsoringvertrag wurde allerdings im Juni 2000 sicherungshalber an den Fonds abgetreten (vgl. Fall 3). Es wurde wohl auch die erwähnte Entlastung durch den Fonds umgesetzt. 147

cc) Nach Aktenlage handelte es sich hierbei indes nicht um einen vernünftigen Gesamtplan. Angesichts der nachfolgend unter Ziffer 3. näher darzustellenden, bereits sehr problematischen wirtschaftlichen Situation der M bestand auch aus damaliger Sicht nicht die Chance, dass diese Maßnahmen selbst bei einer insgesamt erfolgten Umsetzung zu einer nachhaltigen Verbesserung der Situation oder gar zu einer Rentabilität der M führen konnten. 148

Dabei ist nicht zu verkennen, dass insbesondere die Vorstellung des Angeklagten S, die Rentabilität der M sei zu steigern, indem man Büroflächen statt Studios errichte, (zunächst) von R und P geteilt wurden, die dies erstmals auf der außerordentlichen Beiratssitzung der M vom 23.02.1999 (vgl. Protokoll Bl. 1229ff. SH 14 zu 115 Js 92/10), an der S teilnahm, als Vorschlag eingebracht hatten. Festzuhalten bleibt aber auch, dass es in wirtschaftlicher Hinsicht äußerst bedenklich erscheint, wenn ein Studiobetreiber wie die M zu dem Ergebnis kommt, sie könne ihre Rentabilität am ehesten steigern, falls sie Studioflächen, also Teile ihres Kerngeschäfts, in Büroflächen umplane. Zudem waren die nach Aktenlage in Rede stehenden Flächen absehbar erheblich zu klein, um angesichts der problematischen wirtschaftlichen Lage für eine durchschlagende Verbesserung sorgen zu können. Weder R noch P waren denn auch bereit, sich an dem wirtschaftlichen Risiko der geplanten Maßnahmen im Sinne der Übernahme von Bürgschaften zu beteiligen. Hinsichtlich R ist zudem anzumerken, dass sie vor dem Hintergrund der von ihnen vorhergesehenen weiterhin schlechten wirtschaftlichen Entwicklung der M bereits seit Februar 1999 den Wunsch geäußert hatten, aus der Gesellschafterstellung bei der M auszusteigen und sich im April 1999 diesbezüglich eine sogenannte Put-Option hatten einräumen lassen. 149

f) Eine Einwilligung des Vermögensinhabers, die im Falle ihrer Wirksamkeit bereits die Tatbestandsmäßigkeit ausschließen würde (BGHSt 50, 331; 54, 52; Fischer a.a.O., § 266, Rn. 90), liegt nicht vor. 150

aa) „Einwilligung“ meint dabei das Einverständnis der Vermögensinhabers, nicht die nachträgliche Genehmigung (Fischer a.a.O.). 151

Eine mutmaßliche Einwilligung soll zwar möglich sein (vgl. Fischer a.a.O., § 266, Rn. 29 und 90; Schönke/S/Stree/Kinzig a.a.O., § 266, Rn. 48), setzt aber voraus, dass eine spezielle Entscheidung des Geschäftsherrn selbst nicht rechtzeitig zu erlangen war (LK/Schünemann a.a.O., § 266, Rn. 198). Dies ist indes weder in diesem noch in einem anderen der 152

angeklagten Fälle ersichtlich.

Vereinzelt wird auch die Möglichkeit einer Hypothetischen Einwilligung angenommen (OLG Hamm wistra 2012, 447; Rönna, Die Zukunft des Untreuetatbestandes, StV 2011, 753; vgl. auch Fischer a.a.O., § 266, Rn. 81: idR abzulehnen). Es kann dahin stehen, ob diese Rechtsfigur in diesem Zusammenhang überhaupt anzuerkennen ist. Jedenfalls sind die in den Anklagefällen in Rede stehenden Fallgestaltungen nicht mit der von dem Oberlandesgericht Hamm entschiedenen Konstellation vergleichbar. Es geht nicht um gleichförmige Handlungen, bei denen sich jeweils dieselbe Frage stellte (dort: ob dergleichen Besichtigungsfahrten zulässig waren oder nicht), sondern jeweils um eigenständige, unterschiedliche wirtschaftliche Entscheidungen vor dem Hintergrund einer sich stetig verändernden wirtschaftlichen Situation der M und eines im Wandel begriffenen Marktumfeldes. Es ist nicht erkennbar, wie man angesichts dessen den Hypothetischen Willen des entscheidungsbefugten Organs überhaupt feststellen sollte. 153

bb) „Vermögensinhaber“ ist hinsichtlich der Sparkasse der Verwaltungsrat. 154

Bei gesetzlichen Personen tritt an die Stelle des Vermögensinhabers dessen oberstes Willensorgan für die Regelung der inneren Angelegenheiten (BGH StV 2011, 31). Oberstes Willensorgan der Sparkasse ist der Verwaltungsrat, der nach § 14 Abs. 1 SpKG NW aF bzw. § 15 Abs. 1 SpKG NW nF die Richtlinien der Geschäftspolitik bestimmt und die Geschäftsführung überwacht. Die – umstrittene – Frage, wem das Vermögen einer Sparkasse zuzuordnen ist, der Sparkasse selbst oder ihrem Träger, kann vor diesem Hintergrund offen bleiben (vgl. zum Streitstand das Gutachten von Prof. Dr. Stern, Bl. 100ff. SH „Nachträglich v. d. Kammer angeforderte Unterlagen“ zu 114 Js 92/09, Bl. 151f.). 155

cc) Erforderlich wäre eine Willensbildung des Verwaltungsrates gerade zu der in Rede stehenden Übernahme der Bürgschaften und die umfassende und sachgerechte Information über das tatsächlich bestehende Verlustrisiko (vgl. Fischer a.a.O., § 266, Rn. 91). Auch eine erklärte Einwilligung ist unwirksam, wenn sie gesetzwidrig oder erschlichen ist, auf sonstigen Willensmängeln beruht oder ihrerseits pflichtwidrig ist (BGH StV 2011, 31). 156

dd) Nach Aktenlage ist der Verwaltungsrat indes überhaupt nicht mit der Übernahme der Bürgschaften befasst gewesen. Soweit ihm über die Jahre hinweg allgemeine Informationen über das Engagement der Sparkasse bei der M präsentiert worden sind, reichte dies gerade nicht aus, um eine Einwilligung anzunehmen. Dasselbe gilt im Übrigen für den zwischenzeitlich bei der Sparkasse bestehenden Kreditausschuss (vgl. §§ 8 b), 17 SpKG aF). Auch er wurde nicht in dem genannten Sinne informiert. 157

3. Es besteht ferner der hinreichende Verdacht, dass durch diese Pflichtwidrigkeit ein (Gefährdungs-) Schaden entstanden ist. 158

a) Die mit der Übernahme der Bürgschaften verbundene Vermögensbelastung und damit die Frage einer konkreten Vermögensgefährdung war wirtschaftlich gesehen abhängig von der Wahrscheinlichkeit der Inanspruchnahme aus der Bürgschaft und der wirtschaftlichen Gleichwertigkeit ggf. zugleich erlangter Vorteile einschließlich Gewinnerwartungen (BGH NStZ-RR 2006, 378; Fischer a.a.O., § 266, Rn. 154). 159

aa) Jedenfalls die Gefahr der Inanspruchnahme aus der Bürgschaft über ca. 1,5 Mio. DM pro Jahr war vor dem Hintergrund der sehr schlechten wirtschaftlichen Situation der M im Jahr 2000 sehr hoch. 160

(1) Die wirtschaftliche Situation der M war schon seit Langem überaus problematisch. Die Gesellschaft hatte im Jahr 1995 ein Bilanzergebnis von – 4,468 Mio. DM erwirtschaftet und den Gewinn im Jahr 1996 von 1,175 Mio. DM lediglich wegen der Auflösung stiller Reserven erzielt (vgl. Bl. 733ff. SH 14 zu 115 Js 92/10). Im Rahmen einer Beiratssitzung der M am 15.07.1999 (Protokoll Bl. 1213ff. SH 14 zu 115 Js 92/10) wurde ausgeführt, dass für das Jahr 1999 mit einem operativen Fehlbetrag von 10 Mio. DM gerechnet werden müsse. Aus einem Schreiben des Mitarbeiters der M L an die S vom 28.07.1999 (Bl. 138 SH 14 zu 115 Js 92/10) ergibt sich, dass die M nach damaligem Stand für die nächsten zehn Jahre mit einem Verlust von 28 Mio. DM kalkulierte. Am 04.08.1999 hielt der Zeuge M, ein Mitarbeiter im Beteiligungsbereich der S, in einer Notiz für den Angeklagten S (Bl. 139 SH 14 zu 115 Js 92/10) fest, nach der neuesten Hochrechnung betrage das kumulierte Ergebnis für die Jahre 1999 bis 2008 ca. – 30 Mio. DM. Auf einer Beiratssitzung und Gesellschafterversammlung der M vom 28.09.1999 (Protokoll Bl. 1208ff. SH 14 zu 115 Js 92/10) wurde die Befürchtung geäußert, eine zwischenzeitlich erfolgte Kapitalerhöhung (auf 10 Mio. DM) werde durch die zu erwartenden Verluste aufgezehrt. Von Seiten von R wurde die Frage der bilanziellen Überschuldung der M aufgeworfen. Der Zeuge H B übermittelte dem Angeklagten E mit Schreiben vom 29.11.1999 (Bl. 1607ff. d. A. 115 Js 92/10), das auch an den Angeklagten S ging, Unterlagen zur M, nach denen ihre wirtschaftliche Situation katastrophal war und eine Überschuldung angesichts fehlender Liquidität in Höhe von 55 Mio. DM nur durch eine Darlehensgewährung seitens B habe vermieden werden können. Die Bilanz der M für 1999 wies einen Jahresfehlbetrag von ca. 8,5 Mio. DM aus (Bl. 4255 SH 14 zu 115 Js 92/10). Unter dem 15.12.1999 erstattete die K GmbH (im Folgenden: K) ein Gutachten (bzw. dessen Zusammenfassung) zur M (Bl. 27ff. SH 17 zu 115 Js 92/10). Danach hatte die M in den Jahren 1996 bis 1998 im operativen Geschäft massive Verluste eingefahren. Ausweislich der in dem K-Gutachten erwähnten Bilanzen hatte sie in diesem Zeitraum im Bereich der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit einen Verlust von ca. 13 Mio. DM erwirtschaftet, der lediglich durch „sonstige betriebliche Erträge“ aufgefangen worden war.

Eine grundlegende Besserung dieser Situation stand nicht zu erwarten. Für die Jahre 2000 und 2001 prognostizierte die M in ihrer Planung weitere Verluste von insgesamt 7,1 Mio. DM. Ab dem Jahr 2002 sollte es sodann zwar zu – teils deutlichen – Gewinnen kommen. Die Planung der M war allerdings nicht verlässlich, da sie laut dem bereits erwähnten K-Gutachten unvollständig bzw. methodisch falsch war und hinsichtlich nahezu aller Parameter deutlich zu optimistisch ausfiel. Insgesamt konnte danach „die vorliegende M-Planung 1999-2009 [...] vor dem Hintergrund der aufgezeigten Schwachpunkte nicht als fundierte Business-Planung angesehen werden“. In einer Beiratssitzung und Gesellschafterversammlung der M vom 17.12.1999 (Protokoll Bl. 1203ff. SH 14 zu 115 Js 92/10) zeigte die Geschäftsführung den Gesellschaftern einen Verlust in Höhe der Hälfte des (10 Mio. DM betragenden) Stammkapitals zum Oktober 1999 an. In einem für die Sparkasse erstellten Wertgutachten des F vom 14.02.2000 (s. S. 3ff., 12 SH 9 zu 115 Js 92/10, zitiert nach E-Akte) wurde ausgeführt: „Durch den enormen Flächenzuwachs im Einzugsgebiet der Ker Fernsehsender ist kurzfristig nicht mit einer guten Auslastung beider Studiobereiche in H und K zu rechnen“.

(2) Die von der Kammer insoweit dargelegten Umstände (S. 20 - 23 des Beschlusses) stehen nach Auffassung des Senats der Annahme hinreichenden Tatverdachts nicht entgegen.

(a) Zwar weist die Kammer nicht zu Unrecht darauf hin, dass Verluste der M nicht automatisch bedeuteten, dass diese die Mietforderungen nicht erfüllte (sie hätte auch andere Forderungen nicht begleichen können). Gerade die Konstruktion der Einstandsverpflichtung für die Mieten legte es aber nahe, in wirtschaftlich engen Verhältnissen die Mietverpflichtung jedenfalls zunächst durch andere erfüllen zu lassen, zumal ein Rückgriff der

Einstandsverpflichteten bei der M zwar möglich war, faktisch indes kaum erfolgte, wie die – absehbare – weitere Entwicklung zeigte.

(b) Des Weiteren verweist die Kammer im Ansatz zutreffend auf einen Mietzuschuss von insgesamt 50 Mio. DM, der in den Mietverträgen über die Gebäude in O (Bl. 103 ff. SH 35 zu 115 Js 376/09) bzw. H (S. 165ff. Band 1 SH 15 zu 115 Js 92/10, zitiert nach E-Akte) vereinbart war. Die zunächst durchaus imposant klingende Zahl von 50 Mio. DM wird allerdings dadurch stark relativiert, dass die M für die beiden Objekte insgesamt 2.268.280 DM Miete pro Monat schuldet, so dass bei einer, nach Aktenlage vorgesehenen, vollständigen monatlichen Inanspruchnahme des Zuschusses dieser für (lediglich) ungefähr 22 Monate reichen würde. Die Bürgschaftsverpflichtungen bestanden demgegenüber jeweils für zehn Jahre. 165

(c) Die Kammer macht ferner aufmerksam auf ein der M durch die S am 10.05.2000 gewährtes Gesellschafterdarlehen in Höhe von max. 2,159 Mio. DM (vgl. Gesellschafterbeschluss Bl. 592 SH 13 zu 115 Js 92/10); insgesamt wurden der M durch die S bis Ende 2000 Gesellschafterdarlehen mit Rangrücktritt in Höhe von ca. 16 Mio. DM bewilligt (Bl. 601 SH 13 zu 115 Js 92/10). Diese Darlehen dienten jeweils dem Ausgleich von Verlusten und der Vermeidung einer Überschuldung und belegen damit, dass die M zu diesem Zeitpunkt hochgradig defizitär arbeitete. Wenngleich das Darlehen demonstriert, dass jedenfalls die S bereit war, die M zu bezuschussen, beinhaltet dies entgegen der Auffassung der Kammer grundsätzlich keinen Umstand, der die Inanspruchnahme aus einer für zehn Jahre abgeschlossenen Bürgschaft weniger wahrscheinlich erscheinen ließe. Vielmehr belegt es die wirtschaftliche Abhängigkeit der M von Zuwendungen ihrer Gesellschafter, welche wiederum die Gefahr der Inanspruchnahme der S begründet. 166

Dies wird im Übrigen durch die von der Kammer angesprochene tatsächliche Entwicklung untermauert. Ausweislich der Aufstellung Bl. 4917 d. A. 115 Js 92/10 musste die S zwar erstmalig im Jahr 2007 die Bürgschaft über ca. 1,5 Mio. DM pro Jahr bedienen. Nach Aktenlage hatte sie die M indes zuvor durchgängig über Kredite bzw. Gesellschafterdarlehen mit Liquidität versorgt und war die ausgebliebene Inanspruchnahme nicht auf eine Besserung der wirtschaftlichen Situation der M zurückzuführen. Nach dem Auslaufen dieser Unterstützung zahlte die S sodann ab dem Jahr 2007 bis Dezember 2009 insgesamt ca. 1,55 Mio. € auf diese Bürgschaftsverpflichtung. Dies unterstreicht das Risiko der Übernahme einer Bürgschaft mit einer Laufzeit von zehn Jahren für ein sich in gravierenden wirtschaftlichen Schwierigkeiten befindendes Unternehmen. 167

(d) Im Ergebnis nicht anderes folgt aus dem weiteren Hinweis der Kammer darauf, dass die M und die S am 30.12.1999 einen sogenannten „Sponsoring-Vertrag“ schlossen (Bl. 2608ff. SH 14 zu 115 Js 92/10), durch den die S sich zur Zahlung von 1 Mio. DM pro Jahr, Laufzeit zehn Jahre, im Gegenzug zur Einräumung des Titels als „offizieller Sponsor“ der M verpflichtete. Angesichts der wirtschaftlichen Aussichten der M machte auch eine Million DM mehr Liquidität pro Jahr keinen entscheidenden Unterschied. Darüber hinaus wurde der Anspruch der M daraus bereits im Zusammenhang mit dem Fall 3 abgetreten. Vor diesem Hintergrund kann dahin stehen, ob die Auffassung der Staatsanwaltschaft (S. 43 der Beschwerdebegründung), es habe sich lediglich um den Ersatz für eine der M durch den Angeklagten S bereits früher zugesagte Unterstützung gehandelt, die in den Planzahlen der M bereits enthalten gewesen sei, zutrifft. Die Aktenlage spricht allerdings dafür, dass der Vertrag eine bloße Unterstützungsmaßnahme für die M war. 168

(e) Zudem wurde der M mit dem Bescheid vom 22.12.1999 (Bl. 3231 SH 14 zu 115 Js 92/10) durch das Land NRW eine Zuwendung bis zum Höchstbetrag in Höhe von ca. 9,5 Mio. DM 169

bewilligt. Langfristige positive Effekte auf die Ertragslage der M waren daraus allerdings bereits angesichts des am 29.02.2000 endenden Bewilligungszeitraumes nicht zu erwarten. Die übernommenen Bürgschaften liefen dagegen, wie ausgeführt, für zehn Jahre.

(f) Auch der Hinweis der Kammer auf den von der M aufgrund des Kienbaum-Gutachtens am 31.03.2000 erstellten, neuen Business-Plan (S. 8ff. SH „Nachträglich v. d. Kammer angeforderte Unterlagen“ zu 114 Js 92/09, zitiert nach E-Akte), begründet keine Zweifel am Vorliegen des hinreichenden Tatverdachts. 170

Die Bedenken der Kammer sind aus mehreren Gründen nicht durchgreifend. Zum einen waren die neu vorgelegten prognostizierten Ergebnisse nicht besser als diejenigen, die der Einschätzung von Kienbaum zugrunde lagen, obwohl, wie sich aus S. 35 des Business-Plans ergibt, in der neuen Planung für das Jahr 2000 sogar noch ein Sondereffekt zum Tragen kam, da das erste Quartal wegen des rechnerischen Mietbeginnes zum 01.04.2000 mietfrei gewesen sei, aber bereits Erlöse hätten erzielt werden können. In der Entwicklung waren die Zahlen sogar deutlich schlechter als die früheren, die für 2002 bereits ein leichtes Plus vorhergesagt hatten, während nunmehr für dieses Jahr ein Verlust von ca. 5 Mio. DM prognostiziert wurde. Zum anderen musste es angesichts des letztlich katastrophalen Zeugnisses, dass den Planungen der M in dem K-Gutachten vom 15.12.1999 ausgestellt worden war, auch aus damaliger Sicht mehr als fraglich erscheinen, ob es der M gelingen konnte, innerhalb der drei Monate, die zwischen den Planungen lagen, einen substantiellen Fortschritt zu erzielen, zumal sich die Bedenken in dem K-Gutachten nicht zuletzt aus der Beschaffenheit des Marktumfelds ergeben hatten, auf das die M naturgemäß wenig Einfluss hatte. 171

(g) Die von der Kammer in Bezug auf die „kleine“ Bürgschaft über ca. 375.000 DM pro Jahr zu Recht erwähnte lediglich nachrangige Haftung (S. 21 des Beschlusses) war für die Bürgschaft über ca. 1,5 Mio. DM pro Jahr nicht vorgesehen. 172

(3) Zusammengefasst war die wirtschaftliche Situation der M sehr angespannt, so dass bereits über ihre bilanzielle Überschuldung diskutiert wurde. Zudem waren nach dem K-Gutachten die Planzahlen der M kaum mehr als verlässlich anzusehen. Insgesamt war mit deutlichen Verlusten der M in den nächsten Jahren zu rechnen und daher auch mit einer hohen Wahrscheinlichkeit, dass die S aus den übernommenen Bürgschaften in Anspruch genommen werden würde. 173

bb) Der Vermögensbelastung durch die Übernahme der Bürgschaften stand kein adäquater Ausgleich gegenüber. 174

(1) Den M-Anteilen kam im Frühjahr 2000 angesichts der dargestellten Planzahlen naheliegend nahezu kein wirtschaftlicher Wert mehr zu. Eine Kompensation konnte durch sie jedenfalls nicht erfolgen, zumal die Anteile sowieso nicht im Gegenzug für die Übernahme der Bürgschaften in das Vermögen der Sparkasse bzw. der S gelangten. 175

(2) Eine die Vermögensbelastung ausreichend ausgleichende Kompensation stellt nach Auffassung des Senats auch die im Gesellschafterbeschluss der S vom 29.02.2000 genannte Abtretung von Mieteinnahmen an die S (Bl. 591 SH 13 zu 115 Js 92/10) nicht dar. R mietete ab dem 01.05.2000 bzw. dem 01.12.2000 von der M 7.800 qm für DM 22,50/qm für fünf Jahre (= 177.500 DM/Monat = 2,106 Mio. DM/Jahr = insgesamt 10,530 Mio. DM). Dadurch konnte zwar – wie von der Kammer zu Recht erwähnt – in der Tat grundsätzlich eine gewisse Kompensation eintreten. Vollständig konnte sie allerdings vorhersehbar bereits wegen der doppelt so langen Laufzeit der Verpflichtung aus der Bürgschaft nicht sein. Zudem führte jede 176

Verschlechterung der finanziellen Situation der M, wie eben durch die Abtretung von ihr zustehenden Ansprüchen, zu einer erhöhten Gefahr für die S, aus den übernommenen Bürgschaften bzw. Mieteinstandsverpflichtungen in Anspruch genommen zu werden.

(3) Die von der Kammer in ihrem Beschluss weiter angesprochene Möglichkeit der Kompensation von Nachteilen durch die der S aufgrund der Fondszeichnerfinanzierungen erwachsenden Vorteile steht dem hinreichenden Tatverdacht ebenfalls nicht entgegen. 177

(a) Eine Kompensation von Nachteilen setzt grundsätzlich voraus, dass durch *gleichzeitig* eintretende wirtschaftliche Vorteile das betreute Vermögen ausgeglichen wird (Fischer a.a.O., § 266, Rn. 164 m.w.N., Hervorhebung im Original, Senat). Ein gleichzeitig mit dem Schaden vorliegender und diesen ausgleichender Vorteil ist gegeben, wenn nicht nur eine Chance auf Vermögenszuwachs, sondern eine begründete Aussicht hierfür besteht (BGH wistra 1997, 301; für den Bereich staatlicher Subventionen oder im Bereich staatlicher Kunstförderung BGHSt 43, 293). Der ausgleichende Vorteil muss zudem unmittelbar mit der (zugleich) schädigenden Handlung zusammenhängen; ein Ausgleich durch andere, rechtlich selbstständige Handlungen lässt den Schaden nicht entfallen (BGH NStZ-RR 2011, 312; BGHSt 15, 372; Fischer a.a.O., Rn. 165; vgl. auch Schönke/S/Perron a.a.O., § 266, Rn. 41). 178

Die S erlangte zwar Vorteile dadurch, dass sie zumindest teilweise die Darlehen zur Verfügung stellte, die die Fondszeichner in die Immobilienfonds II-VII investierten, von denen das Gelände in K-O bebaut wurde. Die daraus gezogenen Vorteile ergeben sich aber eben aus der Darlehensgewährung, nicht dagegen unmittelbar aus dem Engagement bei der M. Eine unmittelbare Verknüpfung zwischen den beiden Vorgängen ist nach Aktenlage auch im Übrigen nicht erkennbar. Die – möglichen – Gewinne aus der Fondszeichnerfinanzierung stellen daher keine unmittelbaren Vorteile dar, die zur Schadenskompensation geeignet wären. Im Übrigen stellen sie auch einen Ausgleich für das mit der Darlehensgewährung übernommene Risiko dar. 179

Nicht zu verkennen ist ferner Folgendes: Das Gesamtengagement der S bei der M war insbesondere auch gerade deswegen überaus riskant, weil die S gleichzeitig auf Vermieterseite stand, als Darlehensgeber für die Fondsanteilinhaber, und auf der Mieterseite, als Anteilseigner der M, des Hauptmieters des Fonds, für die man noch zudem eine Mieteinstandsverpflichtung übernommen hatte. Der damit verbundene Interessenkonflikt, nämlich das Interesse an möglichst hohen Mieten seitens des Fonds und möglichst niedrigen Mieten seitens der M, barg absehbar erhebliche Risiken, die sich im Folgenden auch verwirklicht haben. Eine Kompensation von Nachteilen durch die Fondszeichnerfinanzierung erscheint bereits deswegen wenig naheliegend. Darauf, dass nach Aktenlage die Geschäftsbeziehung mit den Unternehmen des Angeklagten E für die S und ihre Tochtergesellschaften offenbar auch gar nicht vorteilhaft war (vgl. dazu den Vermerk des Wirtschaftsreferenten vom 08.03.2010, Bl. 350ff. d. A. 114 Js 92/09 und die Aufstellung Bl. 4857 d. A. 115 Js 92/10), kommt es danach nicht entscheidend an. 180

(b) Die Kammer weist zwar – im Ansatz zutreffend – auf in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs angenommene Ausnahmen von dem Erfordernis, dass Kompensationen gleichzeitig mit den nachteiligen Ereignissen eintreten müssten, hin. Die insoweit in Bezug genommene Entscheidung BGHSt 47, 295 betrifft allerdings eine mit der vorliegenden nicht vergleichbare Konstellation, in der der Bundesgerichtshof eine solche Ausnahme bei Vorliegen eines vernünftigen wirtschaftlichen Gesamtplans erwogen hat. Ein solcher war hier indes – wie dargelegt – nach dem bisherigen Ermittlungsergebnis gerade nicht gegeben. 181

b) Zusammengefasst liegt der hinreichende Tatverdacht vor, dass jedenfalls durch die Übernahme der Bürgschaft über ca. 1,5 Mio. DM pro Jahr ein Gefährdungsschaden, also die gegenwärtige Minderung des Gesamt-Vermögenswerts durch die nahe liegende Gefahr des endgültigen Verlusts eines Vermögensteils (vgl. Fischer a.a.O., § 266, Rn. 150), eingetreten ist.

Eines Sachverständigengutachtens bedarf es insoweit angesichts der oben dargelegten, der Akte zu entnehmenden Umstände nicht. Der Senat vermag auch nicht zu erkennen, warum in der Hauptverhandlung nicht jedenfalls ein Mindestschaden zu ermitteln sein sollte, zumal die Kammer sich gegebenenfalls sachverständiger Hilfe bedienen kann. 183

Hinsichtlich der weiteren übernommenen Bürgschaft geht offenbar auch die Staatsanwaltschaft im Anschluss an die Ausführungen der Kammer nicht mehr von dem Eintritt eines Schadens aus (vgl. S. 39f. der Beschwerdebegründung), so dass sich insoweit nähere Ausführungen erübrigen. 184

4. Hinsichtlich des Angeklagten S liegt auch der hinreichende Tatverdacht vorsätzlichen Handelns vor. 185

a) In Betracht kommt insoweit lediglich die Annahme bedingten Vorsatzes. Dieser liegt dann vor, wenn der Täter die Tatbestandsverwirklichung für möglich und nicht ganz fernliegend erkennt und ihn, mag er ihm auch unerwünscht sein, billigend in Kauf nimmt im Sinne eines Sich-Abfindens mit der Tatbestandsverwirklichung (Fischer a.a.O., § 15, Rn. 9a und 9b m.w.N.). 186

b) In Bezug auf die Pflichtwidrigkeit reicht es für den Vorsatz nicht aus, dass der Täter alle die objektive Pflichtwidrigkeit seines Handelns begründenden tatsächlichen Umstände kennt. Vielmehr muss er daraus auch den Schluss gezogen haben, die ihm obliegende Vermögensbetreuungspflicht zu verletzen. Hat sich der Entscheidungsträger allerdings über interne Vorgaben seines Kreditinstitutes hinweggesetzt oder bankübliche Informationspflichten bei der Kreditvergabe verletzt, wird er sich regelmäßig nicht darauf berufen können, er habe irrig geglaubt, seine gegenüber dem Kreditinstitut bestehenden Pflichten nicht zu verletzen und sich etwa im Rahmen eines ihm eingeräumten unternehmerischen Handlungsspielraums zu bewegen (Schmitt a.a.O., unter Hinweis auf BGHSt 47, 148 und BGH wistra 1988, 306; vgl. auch Fischer a.a.O., § 266, Rn. 172ff.) 187

Wie dargestellt, erfolgte die Vorstandsentscheidung zur Übernahme der Bürgschaften ohne jede nachvollziehbare Risikoabwägung und damit unter einer gravierenden Verletzung der Informations- und Sorgfaltspflichten. Die zumindest fehlende Dokumentation der Risikoabwägung war offensichtlich. Dem Angeklagten S war auch die Organisationsstruktur der S und die Stellung der S im Verhältnis zur S bekannt, so dass ihm auch bewusst war, dass die S lediglich eine Entscheidung der S umsetzte und die S die Informations- und Dokumentationspflicht traf. Vor diesem Hintergrund liegt der hinreichende Tatverdacht vor, dass der Angeklagte seine Sorgfaltspflicht vorsätzlich verletzt hat. 188

c) Dem Senat ist auch bewusst, dass hinsichtlich des Vorsatzes betreffend den Eintritt eines Schadens bei Risikogeschäften erhöhte Anforderungen zu stellen sind. Gleichwohl ist hier auch insoweit ein hinreichender Tatverdacht zu bejahen. 189

aa) Die erhöhten Anforderungen betreffen beide Vorsatzbestandteile, also das kognitive und das voluntative Element. Die Möglichkeit einer Vermögensgefährdung ist dem Risikogeschäft immanent. Die bewusste Eingehung des immanenten Risikos kann deshalb für die Annahme 190

des Vorsatzes für sich genommen nicht ausreichen (BGH NStZ 2013, 715). Auf der kognitiven Ebene ist zu verlangen, dass der Täter das von ihm eingegangene Risiko zutreffend bewertet hat. Da die Untreue ein Vorsatzdelikt ist, bildet der Umfang der Kenntnis von den Risikofaktoren und dem Risikograd den Maßstab für die Prüfung des kognitiven Vorsatzelements (BGH a.a.O.). In voluntativer Hinsicht muss der Entscheidungsträger eine über das allgemeine Risiko bei Kreditgeschäften hinausgehende Gefährdung des Rückzahlungsanspruchs der Bank erkannt und gebilligt haben. Bei Bankvorständen und Bankmitarbeitern versteht sich das auch bei problematischen Kreditvergaben nicht von selbst (vgl. BGH wistra 2000, 60). Insbesondere bei der Beurteilung eines Geschäftsvorgangs, bei dem – wie hier – keine Indizien für einen auch nur mittelbaren persönlichen Vorteil der Beteiligten bestehen, ist besondere Skepsis hinsichtlich des voluntativen Elements geboten (BGH NStZ 2013, 715). Die bloße Hoffnung auf den guten Ausgang steht der Annahme eines Vorsatzes allerdings auch nicht entgegen (BGH a.a.O.). Es kommt vielmehr immer auf die Umstände des Einzelfalles an, bei denen insbesondere die Motive und die Interessenlage des Angeklagten zu beachten sind (BGHSt 46, 30 m.w.N.).

Bei Gefährdungsschäden, wie hier in Rede stehend, ist innerhalb des Bundesgerichtshofs umstritten, welche Anforderungen an den (bedingten) Vorsatz zu stellen sind (zusammenfassend dazu Fischer a.a.O., § 266, Rn. 177ff.). Angesichts der vom Bundesverfassungsgericht angemahnten restriktiven Auslegung des § 266 StGB spricht aus Sicht des Senats mehr für die Auffassung, die verlangt, dass der Täter sich auch mit der Realisierung des Vermögensnachteils zumindest abfindet (vgl. BGHSt 51, 100; 52, 182; NStZ 2007, 704; 2013, 715; NJW 2010, 1764). Im Rahmen der Eröffnungsentscheidung kann diese Frage allerdings dahin stehen, da hinreichender Tatverdacht nach allen Auffassungen zu bejahen ist. 191

bb) Zunächst liegt der hinreichende Tatverdacht hinsichtlich des kognitiven Vorsatzelements vor. 192

Dem Angeklagten S war die sehr schwierige wirtschaftliche Lage der M und das sich daraus ergebende, hohe Risiko, jedenfalls aus der Bürgschaft über ca. 1,5 Mio. DM pro Jahr in Anspruch genommen zu werden, bekannt. Dies ergibt sich schon daraus, dass er in die Vorgänge bei der M als Beiratsvorsitzender im Detail einbezogen war und auch das Engagement der S bei der M federführend und faktisch alleine betreute. Ergänzend spricht für die Kenntnis des Angeklagten der Inhalt des bereits erwähnten und an ihn versandten Schreibens des Zeugen Helmut B vom 29.11.1999. Schließlich ist abweichend von der Kammer davon auszugehen, dass der Angeklagte S das K-Gutachten (und zwar wohl das vollständige und nicht lediglich die Zusammenfassung) kannte. Dies ergibt sich zunächst aus einem Schreiben, das er am 20.12.1999 an die Staatskanzlei in D richtete und in dem er sich mit dem Gutachten im Einzelnen auseinandersetzte (Bl. 4899ff. SH 14 zu 115 Js 92/10). Neben Kritik an einzelnen Punkten bescheinigte er K im Übrigen, „gute Arbeit geleistet“ zu haben. Darauf deuten zudem zwei handschriftliche Unterlagen hin, die ihm nach der Handschrift zuzuordnen sind und in denen auf das Gutachten Bezug genommen wird (Bl. 4234 und Bl. 4903 SH 14 zu 115 Js 92/10). Eine davon ist mit „10.12.1999“ datiert, woraus sich der hinreichende Verdacht ergibt, dass S das komplette Gutachten gekannt hat, da die Zusammenfassung erst vom 15.12.1999 datiert. Schließlich wird das Gutachten auch in dem Schriftsatz seiner Verteidigerin Rechtsanwältin M vom 19.08.2013 (Bl. 4962ff., 4981f. d. A. 115 Js 92/10) erwähnt, ohne dass etwa ausgeführt würde, dieses sei dem Angeklagten erst im Nachhinein bekannt geworden, was in dem Fall aber zumindest nahegelegen hätte. 193

Ihm, der die Verhandlungen betreffend die Übernahme der Bürgschaften im Wesentlichen selbst geführt hatte, war ebenfalls bewusst, dass die S eine Bürgschaftsverpflichtung über maximal immerhin 1,5 Mio. DM pro Jahr ohne eine letztlich nennenswerte Gegenleistung übernahm, wenn man von der Abtretung der Mietzinsansprüche gegenüber R für allerdings nur fünf Jahre absieht.

Nach Aktenlage ist auch nicht davon auszugehen, der Angeklagte S sei anhand konkreter Anhaltspunkte davon ausgegangen, die Situation der M werde sich jedenfalls mittelfristig verbessern und diese dann in der Lage sein, die geschuldete Miete vollständig selbst begleichen zu können. Zwar mag er dies gehofft haben. Dafür sprechen insbesondere seine auf den 15.04.1999 datierten Notizen (Bl. 4202ff. SH 14 zu 115 Js 92/10), in denen er die Konsequenzen eines Scheiterns der M aus seiner Sicht skizzierte und festhielt: „Bei Weiterbestehen der M sind ab dem 5. Jahr Gewinne geplant, die die Verluste der Vorjahre übersteigen“. Die bloße Hoffnung auf einen guten Ausgang steht dem Vorsatz indes – wie dargelegt – nicht entgegen. Eine konkrete Grundlage für seine geäußerte Hoffnung ergibt sich jedoch aus den Notizen ebenso wenig, wie sie der Akte ansonsten zu entnehmen wäre. 195

Insbesondere spricht nichts dafür, dass der Angeklagte S etwa Anlass zu der Annahme gehabt haben könnte, die von ihm in den Blick genommenen Maßnahmen seien – selbst wenn sie vollständig umgesetzt worden wären – ausreichend gewesen, um für eine nachhaltige Verbesserung der sehr schlechten wirtschaftlichen Situation der M sorgen zu können. Der Senat übersieht nicht, dass die Beteiligung der S an der M erst vergleichsweise kurz bestand und das angedachte Geschäftsmodell der M noch nicht endgültig etabliert war, da diese gerade erst die neu errichteten Studios in K bezogen hatte. Angesichts der geschilderten aktuellen und der zu erwartenden wirtschaftlichen Situation der M war indes – gerade für einen derart erfahrenen Vorstand wie den Angeklagten S – deutlich erkennbar, dass nur tiefgreifende Veränderungen in der M überhaupt die Chance hatten, diese in die Rentabilität zu führen. Dass die von ihm angedachten Maßnahmen nicht ein solches Ausmaß hatten, war jedoch ohne Weiteres erkennbar. 196

cc) Darüber hinaus ist auch der hinreichende Tatverdacht betreffend das voluntative Vorsatzelement zu bejahen. 197

Dafür spricht zunächst, dass ihm bewusst war, dass die S eine Bürgschaft ohne jede Risikoprüfung übernahm, der keine direkte Gegenleistung und lediglich eine unzureichende mittelbare Kompensation durch die Abtretung der Mietforderungen gegen R gegenüberstand, mit der andererseits aber ein hohes Risiko der Inanspruchnahme in einer auch nicht zu vernachlässigenden Höhe von bis zu 1,5 Mio. DM pro Jahr verbunden war. Dies legt eine Billigung des Eintritts eines Schadens bereits nahe. Hinzu kommt, dass der Angeklagte S die Beteiligung der S an der M bzw. die Fortführung dieses Engagements innerhalb der Gremien der S, wie dem Vorstand oder dem Verwaltungsrat bzw. dem Kreditausschuss, nach Aktenlage in erster Linie mit der Förderung des Medienstandortes K begründete. Wie dargelegt, durfte diese Erwägung wirtschaftliche Überlegungen bei den hier zu treffenden Kreditentscheidungen indes nicht in den Hintergrund drängen. Das sehr große Gewicht, dass der Angeklagte S diesem Umstand beimaß, spricht angesichts dessen ebenfalls dafür, dass er sich zur Erreichung dieses Ziels auch mit der Realisierung eines Vermögensverlustes infolge der Übernahme der Bürgschaften abfand. 198

Trotz der gebotenen Vorsicht bei der Annahme eines Schädigungsvorsatzes bezüglich des Angeklagten, der sich bis dahin erhebliche Verdienste um die S erworben hatte und der nach Aktenlage selbst keinen konkreten Vorteil aus der Entscheidung zog, besteht bei einer Gesamtschau vor diesem Hintergrund dennoch der hinreichende Verdacht, dass der 199

Angeklagte S es billigend in Kauf nahm, dass die S – und damit mittelbar die S – auf die übernommene Bürgschaftsverpflichtung während ihrer gesamten Laufzeit Zahlungen würde leisten müssen.

Ohne Belang ist es insoweit, dass die Staatsanwaltschaft im Anklagesatz den Vorsatz des Angeklagten S lediglich in Bezug auf die Jahre 2000 – 2002 dargestellt hat. Abgesehen davon, dass die Staatsanwaltschaft sich davon in der Beschwerdebegründung distanziert hat (S. 49), ist die Frage des Vorsatzes im Zwischenverfahren anhand des gesamten Ermittlungsergebnisses zu beurteilen; insoweit ist nicht nur eine „Schlüssigkeitsprüfung“ der Anklage vorzunehmen (vgl. nur KK-StPO/Schneider a.a.O., § 203, Rn. 2).

5. In Bezug auf den Angeklagten S fehlt es hingegen am hinreichenden Tatverdacht in Bezug auf den Vorsatz.

Es finden sich nach dem bisherigen Ermittlungsergebnis bereits keine ausreichenden Anhaltspunkte dafür, dass dem Angeklagten S die miserable finanzielle Situation der M im März 2000 überhaupt in einem ausreichenden Maße bekannt war. Nach Aktenlage war er jedenfalls zu diesem Zeitpunkt nicht näher mit der M befasst. Sein Ressort umfasste damals Privatkunden, Immobilien und die L KG (vgl. das Organigramm Bl. 30 SH 14 zu 115 Js 376/09; gültig ab 01.10.1999). Ebenso wenig war er der Vertreter des für Beteiligung verantwortlichen Vorstandsmitglieds, dies war der Angeklagte S (vgl. die Vertretungsregelung Bl. 33 SH 14 zu 115 Js 376/09). Ohne diese Kenntnis besteht aber nicht der hinreichende Verdacht, der Angeklagte habe sich mit dem Eintritt einer konkreten Vermögensgefährdung der S oder gar der Realisierung eines Schadens, und dies über die gesamte Laufzeit der Bürgschaft hinweg, zumindest abgefunden.

Die Kammer hat ihre Nichteröffnungsentscheidung hilfsweise bereits auf diesen Umstand gestützt (S. 26 des Beschlusses). Die hiergegen gerichteten Ausführungen der Staatsanwaltschaft in der Beschwerdebegründung (S. 48) rechtfertigen nach Auffassung des Senats keine abweichende Bewertung. Soweit darin ausgeführt wird, die Situation der M sei im Vorstand der S mehrfach erörtert worden, ist zunächst darauf hinzuweisen, dass von den vier dazu angeführten Vorstandssitzungen lediglich zwei vor der in Rede stehenden Entscheidung stattgefunden haben und daher überhaupt nur von Belang sein können, denn die Vorstandssitzungen 34/00 und 41/00 datieren vom 25.07. bzw. 12.09.2000 (vgl. S. 181ff. bzw. 190ff. Band 2 SH 23 zu 115 Js 92/10, zitiert nach E-Akte). In den vor der Entscheidung liegenden Sitzungen 38/99 vom 04.08.1999 (S. 19ff. Band 2 SH 23 zu 115 Js 92/10, zitiert nach E-Akte) und 7/00 vom 01.02.2000 (S. 131ff. Band 2 SH 23 zu 115 Js 92/10, zitiert nach E-Akte) wurde die Situation der M zwar erwähnt, das Bild einer sich in ernsten wirtschaftlichen Schwierigkeiten befindenden Gesellschaft ergibt sich aber aus den präsentierten Informationen nicht, insbesondere auch nicht aus dem Geschäftsbericht über Beteiligungsunternehmen, der in der Sitzung vom 04.08.1999, mithin auch geraume Zeit vor der Entscheidung, vorgelegt wurde. Inwieweit der Angeklagte S diesen überhaupt im Einzelnen zur Kenntnis genommen hatte, kann daher dahin stehen.

Soweit die Staatsanwaltschaft ausführt, es sei davon auszugehen, dass das Vorstandsmitglied S bei seiner Darstellung der Hintergründe der Bürgschaftsübernahme in der Vorstandssitzung am 29.02.2000 die finanzielle Situation der M dargestellt habe, erscheint dies angesichts der Fassung des Protokolls der Vorstandssitzung zumindest zweifelhaft und weder für sich genommen noch in der Gesamtschau der aus den Akten ersichtlichen Beweislage geeignet, den hinreichenden Tatverdacht hinsichtlich des Angeklagten S zu begründen, der sich als insoweit nicht zuständiges Vorstandsmitglied zudem zunächst darauf verlassen durfte, dass die eigentlichen Sachbearbeiter pflichtgemäß

handelten (vgl. BGHSt 46, 30; Fischer a.a.O., § 266, Rn. 73d).

6. Ob die von der Staatsanwaltschaft angenommenen Voraussetzungen für einen besonders schweren Fall der Untreue gemäß §§ 266 Abs. 2, 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 1. Var. (Vermögensverlust großen Ausmaßes) und Nr. 4 (Amtsträger) StGB vorliegen, muss im Rahmen des Eröffnungsverfahrens nicht geklärt werden. 205

Insbesondere hat das Vorliegen oder Nichtvorliegen eines besonders schweren Falles gemäß § 78 Abs. 4 StGB auf die Länge der Verjährungsfrist keinen Einfluss, da es sich bei § 266 Abs. 2, 263 Abs. 3 StGB nicht um eine Qualifikation, sondern einen besonders schweren Fall handelt (Fischer a.a.O., § 263, Rn. 209; Schönke/S/Perron a.a.O., § 263, Rn. 188). Auch das Ruhen der Verjährung nach Eröffnung des Hauptverfahrens gemäß § 78b Abs. 4 StGB setzt lediglich voraus, dass im Falle einer etwaigen späteren Verurteilung die dieser zugrunde gelegten Strafvorschrift abstrakt einen Sonderstrafrahmen für besonders schwere Fälle aufweist und das Hauptverfahren vor dem Landgericht eröffnet ist. Es kommt dagegen nicht auf die rechtliche Bewertung in der Anklageschrift oder im Eröffnungsbeschluss an (BGHSt 56, 146; OLG Koblenz NStZ-RR 1996, 229; Schönke/S/Sternberg-Lieben/Bosch a.a.O., § 78b, Rn. 14; Fischer a.a.O., § 78b, Rn. 12a). § 266 StGB sah eine Strafschärfung in besonders schweren Fällen auch bereits zur Tatzeit vor (vgl. zu diesem Erfordernis Schönke/S/Sternberg-Lieben/Bosch, a.a.O.), bis zum 01.01.1999 in seinem Absatz 2 und seitdem in der heutigen Form durch den Verweis auf § 263 Abs. 3 StGB. § 78b Abs. 4 StGB wurde im Jahr 1993, also deutlich vor dem Tatzeitpunkt, in das Gesetz eingefügt. 206

7. Verjährung ist nicht eingetreten. 207

a) Die Verjährungsfrist beträgt beim Vorwurf der Untreue fünf Jahre (§ 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB), die absolute Verjährungsfrist daher zehn Jahre, § 78c Abs. 3 S. 2 StGB. Gemäß § 78a StGB beginnt die Verjährung, sobald die Tat beendet ist. Bei der Untreue ist dies nach zutreffender Auffassung der Fall mit dem Eintritt des letzten vom Vorsatz umfassten Nachteils (BGH NStZ 2001, 650; 2003, 540; wistra 1989, 87; SenE v. 24.02.2015 – 2 Ws 99/15; Fischer a.a.O., § 78a, Rn. 9; Schönke/S/Sternberg-Lieben/Bosch a.a.O., § 78a, Rn. 2). Daran ist entgegen der von der Verteidigerin des Angeklagten S in ihrem Schriftsatz vom 19.09.2014 (Bl. 3747ff. d. A. 114 Js 92/09) geäußerten Auffassung auch im Lichte der neueren verfassungsgerichtliche Rechtsprechung festzuhalten. 208

Das Bundesverfassungsgericht hat in der Entscheidung vom 23.06.2010 (BVerfGE 126, 170) lediglich die aktuelle herrschende Ansicht zum Gefährdungsschaden in Rechtsprechung und Literatur wiedergegeben und diese aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht beanstandet. Eigene, weitergehende Aussagen zum Gefährdungsschaden hat es insoweit gerade nicht getroffen. Der Bundesgerichtshof hat in Bezug auf die Tatbeendigung beim Betrug im Falle eines Gefährdungsschadens daher auch noch in jüngster Zeit an der genannten Auffassung festgehalten (NStZ-RR 2016, 42). Soweit ersichtlich wird die von ihr vertretene Auffassung überhaupt nur in einem von der Verteidigerin des Angeklagten S zitierten Aufsatz (Hinrichs, Konsequenzen der Vorgaben des BVerfG zur Figur des Gefährdungsschadens, wistra 2013, 161) geteilt, ohne dass die darin dafür vorgebrachte Begründung den Senat zu überzeugen vermochte. 209

b) Anders als von der Verteidigung vorgetragen stellen sich die Fälle 2 bis 5 der Anklage auch nicht als bloße Vertiefung des bereits durch das Eingehen des Engagements bei der M, das Gegenstand des Falls 1 der Anklage ist, entstandenen Schadens dar. Die Entwicklung des Engagements bei der M war im Jahr 1997, in dem die S erstmalig einen Gesellschaftanteil übernahm, nicht sicher absehbar. Insbesondere standen die späteren 210

Entscheidungen, die Gegenstand der Anklagefälle 2 bis 5 sind, nicht bereits damals im Raum oder war das Bedürfnis für diese Maßnahmen auch nur absehbar. Die von der Verteidigung insoweit angeführten Entscheidungen betreffen Fallgestaltungen, die mit der vorliegenden in keiner Weise vergleichbar sind.

Bei den Fällen 2 bis 5 handelt es sich ferner auch um jeweils selbstständige Taten im Sinne des § 53 StGB. Sie sind zwar zeitlich insoweit ineinander verwoben, als die Überlegungen, die in die Tathandlungen mündeten, teilweise parallel angestellt wurden. Jedoch dienten die angeklagten Handlungen jeweils der Absicherung unterschiedlicher Maßnahmen und es bestand zwischen ihnen ein Abstand von zumindest mehreren Monaten, wenn nicht Jahren. 211

c) Nach den Ausführungen unter Ziffer 4. waren alle auf die übernommene Bürgschaft über 1,5 Mio. DM geleisteten Zahlungen bis einschließlich Dezember 2009 vom Vorsatz des Angeklagten S umfasst, so dass die Verjährung erst zu diesem Zeitpunkt begann. Daher hat bereits die Erhebung der Anklage den Lauf der Verjährungsfrist nach § 78c Abs. 1 Nr. 6 StGB rechtzeitig unterbrochen. Die Anklageschrift datiert vom 30.05.2014, bei Gericht eingegangen (dies ist entscheidend, Fischer a.a.O., § 78c Rn. 16) ist sie am 16.06.2014 (Bl. 3672 d.A. 114 Js 92/09). 212

Im Übrigen ist die Verjährungsfrist auch bereits durch das Schreiben der Staatsanwaltschaft an die Verteidigerin des Angeklagten S vom 24.02.2013 (Bl. 3133ff. d. A. 115 Js 92/10) unterbrochen worden, mit dem im Sinne des § 78c Abs. 1 Nr. 1 StGB mitgeteilt worden ist, dass wegen des in Rede stehenden Vorwurfs ermittelt werde. 213

II. Fall 3 der Anklage (Bürgschaftserklärungen vom 14./30. Juni 2000) 214

Auch im Fall 3 der Anklage besteht hinreichender Tatverdacht gegen den (insoweit alleine angeklagten) Angeklagten S. 215

1. Er ist zunächst hinreichend verdächtig, pflichtwidrig gehandelt zu haben, in dem er die banküblichen Informationspflichten gravierend verletzt hat. 216

a) Es gab in diesem Fall nach Aktenlage – und damit anders als im Fall 2 – überhaupt keine Befassung des Vorstandes der S mit der Bürgschaftsübernahme vor dem Gesellschafterbeschluss der S vom 14.06.2000. Dennoch trafen den Angeklagten S nach Auffassung des Senats die banküblichen Informationspflichten. 217

aa) Es bestehen zunächst hinreichende Gründe für die Annahme, dass es der Angeklagte S war, der die Vorstandsmitglieder D und S, die die Gesellschafterversammlung der S bildeten, dazu veranlasste, den Beschluss der S vom 14.06.2000 (Bl. 593 SH 13 zu 115 Js 92/10) zu unterschreiben. Zwar ist unklar, wann, auf welchem Weg und unter Vorlage welcher Informationen er die beiden Vorstandsmitglieder aus der Gesellschafterversammlung der S dazu bewegte. Es ist indes nicht zu erkennen, von wem anders als dem Angeklagten S der Anstoß für dieses Handeln hätte kommen können. Denn der Angeklagte S war innerhalb der S als Vorstandsvorsitzender und als Beiratsvorsitzender der M nicht nur – wie dargelegt – generell federführend in die Beteiligung der S bei der M involviert. Nach dem bisherigen Ermittlungsergebnis führte er insbesondere auch die Verhandlungen vor der Übernahme der Bürgschaft auf Seiten der S soweit ersichtlich alleine: 218

Nach Aktenlage war bereits im Jahr 1999 überlegt worden, sogenannte mieterspezifische Einbauten in den Gebäuden, die von der M gesondert gezahlt werden mussten und teilweise von ihr und teils vom Fonds bereits beauftragt waren, im Wege des sale-and-lease-back über 219

die Miete abzuwickeln. Erstmals befasst war der Angeklagte S damit – soweit ersichtlich – anlässlich eines Gesprächs am 02.12.1999 mit unter anderem dem Angeklagten E, dem Zeugen B und R (vgl. Gesprächsvermerk Bl. 1530f. SH 7 zu 115 Js 92/10), in dem E erklärte, sich eine solche Lösung vorstellen zu können, wobei jedoch „Mietsicherheit hinsichtlich des zusätzlichen Aufwandes des Fonds gegeben sein“ müsse, „entweder durch eine Erweiterung der Einstandsverpflichtung der Gesellschafter oder durch überschießende Erträge der Mieterlöse bonitätsstarker Mieter der M bei Abtretung der Mietforderung an M“. Hinsichtlich der „fondsseitig durchgeführten Sonderwünsche“ sagte der Angeklagte E ein solches Vorgehen bereits zu, da S und B von bonitätsstarken Mietern berichtet hätten. In einer weiteren Verhandlungsrunde am 20.03.2000 (vgl. Gesprächsvermerk Bl. 1537f. SH 7 zu 115 Js 92/10) wurde das Sicherheitsbedürfnis des Fonds erneut betont. Der Angeklagte S war auch in die weiteren Verhandlungen auf Seiten der S federführend eingebunden. So kommentierte er in einer handschriftlichen Notiz vom 21.04.2000 (Bl. 1870f. SH 14 zu 115 Js 92/10) das weitere Verhalten des Fonds so, dass es in seinem „Gespräch mit Herrn E keine Verbindung gegeben [habe] zwischen der Auszahlung für mieterspezifische Einbauten und dem 3. Nachtrag zum Mietvertrag.“ (Hervorhebung im Original, Senat). Er halte das „nicht für in Ordnung“. Der Fonds könne sofort ca. 14 Mio. DM auszahlen gegen Abtretung der Rechte aus dem (in Fall 2 bereits erwähnten) Sponsoringvertrag zwischen der M und der S. S war ebenfalls Adressat eines Schreibens des Zeugen H B vom 04.05.2000 (Bl. 493f. SH 14 zu 115 Js 92/10), in dem auf die dringend erforderliche Freisetzung von Liquidität für die M durch das ins Auge gefasste Vorhaben hingewiesen wurde. Der Angeklagte S wandte sich sodann mit Schreiben vom 05.05.2000 (Bl. 2042 SH 14 zu 115 Js 92/10) an den Angeklagten E und bat um Auszahlung einer Abschlagszahlung in Höhe von 5 Mio. DM. Es war ebenfalls der Angeklagte S, der einen Entwurf eines 3. Nachtrags zum Mietvertrag, in dem das Vorhaben geregelt werden sollte, in der Beiratssitzung der M vom 10.05.2000 austeilte (Protokoll Bl. 1194ff. SH 14 zu 115 Js 92/10). Zudem beantwortete er die von R zu diesem Dokument mit Schreiben vom 13.06.2000 an ihn (Bl. 2096f. SH 14 zu 115 Js 92/10) gestellten Nachfragen. Bereits in einem Gespräch vom 24.05.2000 (Protokoll Bl. 4562f. SH 14 zu 115 Js 92/10) zwischen Vertretern von R, dem Angeklagten S und Dr. S, in dem „über Sanierungsmaßnahmen der M und über Möglichkeiten der Reduzierung des Risikos der Inanspruchnahme durch die Mieteinstandsverpflichtung diskutiert“ wurde, hatte S eine Neufassung des 3. Ergänzungsvertrages zum Mietvertrag O mit der Bitte um Prüfung übergeben.

bb) Der Senat ist weiterhin der Auffassung, dass es der Angeklagte S war, der die (Kredit-) Entscheidung zur Übernahme der Bürgschaft traf, die im Weiteren durch die Gesellschafterversammlung der S lediglich exekutiert wurde. 220

Für die Annahme einer Kreditentscheidung durch den Angeklagten S spricht erneut dessen federführende und dominierende Position innerhalb der S gerade hinsichtlich der Belange der Beteiligung an der M, die es nahelegt, dass er eben auch die Entscheidung traf, die Bürgschaft durch die S zu übernehmen. Zumal dem Angeklagten S die in Rede stehende Entscheidung nach dem damals gültigen Kompetenzkatalog für den Vorstand formal auch möglich war. Nach dem ab dem 01.02.2000 gültigen Kompetenzkatalog (Bl. 123 ff., 127 SH 45 zu 115 Js 376/09) lag die Grenze, bis der zu ein Vorstand alleine entscheiden konnte, bei einem Kreditvolumen von 10 Mio. DM. Das Gesamtkreditvolumen der übernommenen Bürgschaft lag mit maximal 3,5 Mio. DM deutlich darunter. 221

Der Umstand, dass es insoweit – nach Aktenlage – an jeder schriftlichen Dokumentation einer solchen Entscheidung mangelt, steht einer solchen Wertung nicht entgegen, obwohl auch der Senat sieht, dass bei der wirtschaftlichen Dimension des Geschäfts, immerhin ging 222

es um die Übernahme einer Bürgschaft von maximal 350.000 DM pro Jahr für die Dauer von zehn Jahren, eine entsprechende Dokumentation zu erwarten wäre. Indes darf nicht verkannt werden, dass dem Angeklagten S insoweit sicher bewusst war, dass es jedenfalls einen schriftlichen Beschluss der Gesellschafterversammlung der S geben würde, so dass eine schriftliche Fixierung der Entscheidung aus seiner Sicht in jedem Fall gewährleistet war.

b) Die banküblichen Informationspflichten wurden bei dieser Entscheidung gravierend verletzt, da eine Risikoabwägung nicht ersichtlich ist. Entweder wurde eine solche überhaupt nicht vorgenommen oder sie wurde jedenfalls nicht dokumentiert. In beiden Varianten handelt es sich um eine gravierende Pflichtwidrigkeit. 223

c) Ebenso wenig wie die Übernahme der Bürgschaften, die den Anklagevorwurf in dem Fall 2 bildet, stellt sich die hier in Rede stehende Entscheidung als Teil eines vernünftigen wirtschaftlichen Gesamtkonzepts dar. Dagegen spricht bereits, dass die Übernahme der Bürgschaft der Generierung kurzfristiger Liquidität diene, und nicht darauf angelegt war, langfristige Änderungen in der M herbeizuführen, die angesichts ihrer – unter Ziffer 2. näher dazulegenden – wirtschaftlichen Lage aber unzweifelhaft erforderlich waren. Dies ergibt sich nicht zuletzt aus den Anmerkungen, die S auf dem bereits erwähnten Schreiben von R vom 24.05.2000 anbrachte. Eine der von R gestellten Nachfragen lautete: „Welche Auswirkungen auf die finanzielle und bilanzielle Situation der M hätte eine solche Transaktion?“ Vermerk des Angeklagten S dazu: „Liquidität“. Eine weitere Frage lautete: „Der dritte Nachtrag ist eine wesentliche Initiative, die mittelfristige Finanzierungssituation der M zu verbessern. Voraussetzung für einen solchen Finanzierungsplan ist jedoch unserer Ansicht nach ein schlüssiges Gesamtkonzept für die M. Erste Ansätze hierzu wurden bereits in unserem Gespräch am 24. Mai besprochen. Für uns wäre wichtig, zu erfahren, inwieweit Sie diese Ideen schon weiter konkretisiert haben?“ S vermerkte dazu handschriftlich: „nachrangige Ges. darlehen anfordern“. Dass insbesondere das Anfordern weiterer Gesellschafterdarlehen kein Weg für eine nachhaltige Verbesserung der Ertragssituation der M war, liegt auf der Hand. 224

d) Eine Einwilligung des Vermögensinhabers liegt nicht vor, da nach Aktenlage weder der Verwaltungsrat noch der Kreditausschuss der S im Vorfeld der Bürgschaftsübernahme mit der Thematik befasst wurden. 225

2. Es besteht auch der hinreichende Verdacht, dass infolge der Übernahme der Bürgschaft ein Gefährdungsschaden entstanden ist. Entscheidend sind insoweit wieder die Wahrscheinlichkeit der Inanspruchnahme aus der Bürgschaft und etwaige Kompensationen. 226

a) Die Wahrscheinlichkeit, dass die S – und damit mittelbar die S – aus der Bürgschaft in Anspruch genommen werden würde, war mindestens so hoch wie die in dem Fall 2. 227

aa) Die finanzielle Situation der M hatte sich weiter verschlechtert: In einem Schreiben an die S vom 18.04.2000, das dem Angeklagten S zur „Info“ vorgelegt werden sollte (Bl. 2060 SH 14 zu 115 Js 92/10), teilte der Geschäftsführer der M, H B, mit, der M fehle konkret eine Liquidität von 25 Mio. DM. Sämtliche Linien seien ausgeschöpft und er habe der M bereits ein Gesellschafterdarlehen in Höhe von 4 Mio. DM gewähren müssen, damit überhaupt noch eine Zahlungsfähigkeit gewährleistet sei. Anfang Mai 2000 war bei S die Bilanz der M für 1999 eingegangen, die einen Jahresfehlbetrag von ca. 8,5 Mio. DM auswies (Bl. 4254f. SH 14 zu 115 Js 92/10). In dem bereits angesprochenen Gespräch vom 24.05.2000 zwischen Vertretern von R, S und S ging es um die „Sanierung“ der M und um das „Begrenzen“ von Verlusten. Insoweit „herrschte Einigkeit darüber, dass die operativen Verluste nur durch Konzentration des Studiobetriebs auf einen Standort und durch professionelles Management 228

begrenzt werden“ könnten. Mit weiterem Schreiben vom 05.06.2000 (Bl. 2001ff. SH 14 zu 115 Js 92/10) wandte sich B an S und teilte mit, die M sei sowohl zahlungsunfähig als auch überschuldet. Bis zum 30.06.2000 auf 17,3 Mio. DM anwachsenden Zahlungsverpflichtungen stünden nur rund 5,5 Mio. DM einbringliche Forderungen gegenüber. Aufgrund der baulichen Situation sei für das zweite Halbjahr 2000 mit hoher Wahrscheinlichkeit von einer Verschlechterung der Ergebnisse auszugehen. Die M müsse zudem damit rechnen, 10 Mio. DM an die Landesregierung zurückzahlen zu müssen, da sie dieser bis spätestens 31.08.2000 ein Gutachten über ihre Wirtschaftlichkeit vorlegen müsse, jedoch unmöglich einen Gutachter finden werde, der ihr diese Wirtschaftlichkeit bescheinige.

Eine Verbesserung der Situation war wiederum nicht zu erwarten. In dem bereits zu Fall 2 229 erwähnten Business-Plan der M vom 31.03.2000 wurden vielmehr für die nächsten Jahre erhebliche Verluste prognostiziert. Soweit die Kammer in ihrem Beschluss (S. 28f.) hinsichtlich der Belastbarkeit der Zahlen vom 31.03.2000 die starken Abweichungen zu den vorangegangenen Zahlen kritisiert und deshalb die Verlässlichkeit der neuen Planzahlen in Frage stellt, teilt der Senat diese Bedenken nicht: Die anhand der Vorgaben aus dem K-Gutachten angestellte Neuberechnung und die sich danach ergebenden Abweichungen zu den früheren Zahlen belegen vielmehr, wie unzuverlässig und zu optimistisch die vorherigen Planzahlen der M waren.

Die Staatsanwaltschaft hat zudem mit der Beschwerdebegründung eine Berechnung des 230 Liquiditätsbedarfs der M für den 31.12.2000 vorgelegt, die zum Ergebnis kommt, dass ca. 12,5 Mio. DM Finanzierungsmittel fehlten (Bl. 4259/4260 d. A. 114 Js 92/09).

bb) Die von der Kammer in dem angefochtenen Beschluss (S. 29f.) insoweit vorgebrachten 231 Einwände sind im Ergebnis nicht durchgreifend.

(1) Die Kammer stellt zunächst erneut auf das der M durch die S am 10.05.2000 gewährte 232 Gesellschafterdarlehen ab. Dazu ist bereits zu Fall 2 ausgeführt, dass nicht ersichtlich ist, wieso dies die wirtschaftliche Situation der M besser und damit die Wahrscheinlichkeit einer Inanspruchnahme der Bürgschaft geringer erscheinen lassen sollte.

(2) Auch der im Ansatz zutreffende Hinweis auf eine zusätzliche Besicherung der Miete 233 bezüglich der Mietersondereinbauten durch die in § 2 Nr. 3 a) des 3. Nachtrags zum Mietvertrag (Bl. 143ff., 145 SH 35 zu 115 Js 376/09) vorgesehene Abtretung der Ansprüche der M aus dem Sponsoringvertrag mit der S in Höhe von 1 Mio. DM pro Jahr trägt nicht. Aus den von der Staatsanwaltschaft in der Beschwerdebegründung (S. 50/51) genannten Gründen ist dies im Ergebnis irrelevant. Die von der S übernommene Bürgschaft betraf gerade den Differenzbetrag zwischen der einen Million DM pro Jahr aus dem Sponsoringvertrag und der Jahresmiete von 1,35 Mio. DM, § 2 Nr. 3 b) des 3. Nachtrags zum Mietvertrag (Bl. 145 SH 35 zu 115 Js 376/09). Die Inanspruchnahme der S hing deshalb weiterhin davon ab, ob die M in der Lage war, diese 350.000 DM pro Jahr ganz oder teilweise zu zahlen.

(3) Schließlich ist auch der Hinweis auf die der M zusätzlich gewährte Liquidität durch die 234 Zahlung von 10,925 Mio. DM aufgrund einer Vereinbarung mit der Gebr. E Wohnbaugesellschaft mbH (S. 47f. SH 7 zu 115 Js 92/10), mit der der M Werklohn in der genannten Höhe erstattet wurde, nicht geeignet, durchgreifende Bedenken am Vorliegen eines Gefährdungsschadens zu begründen. Diese Zahlung ist nämlich in der oben erwähnten Liquiditätsberechnung der Staatsanwaltschaft bereits berücksichtigt. Dennoch fehlten der M ca. 12,5 Mio. DM an Liquidität zum 31.12.2000. Im Übrigen konnte selbst der beträchtliche Betrag von ca. 10 Mio. € angesichts der ganz erheblichen wirtschaftlichen Schwierigkeiten

der M keine nachhaltige Abhilfe schaffen, zumal die Bürgschaftsverpflichtung für zehn Jahre bestand.

b) Eine Kompensation dieser Nachteile ist nach Aktenlage nicht gegeben. Insbesondere reichte der Betrag von ca. 10 Mio. €, der in Folge der Bürgschaftsübernahme für von der M vorfinanzierte Mietersondereinbauten an diese ausgezahlt wurde, nicht aus, zumal die Zahlung auch nicht an die S oder die S, sondern an die M erfolgte, die im Übrigen aufgrund des sale-and-lease-back-GEäfts eine höhere Miete schuldete. 235

c) Insgesamt ist daher auch in diesem Fall der hinreichende Verdacht gegeben, dass die Übernahme der Bürgschaft einen Gefährdungsschaden im Sinne einer bereits gegenwärtigen Verschlechterung des Vermögens der S verursachte. Erneut ist nicht erkennbar, dass dieser nicht zumindest im Wege der Schätzung eines Mindestschadens in der Hauptverhandlung bezifferbar wäre. 236

3. Darüber hinaus besteht auch der hinreichende Verdacht vorsätzlichen Handelns seitens des Angeklagten S. 237

Zunächst spricht das bisherige Ermittlungsergebnis dafür, dass der Angeklagte S die Pflichtwidrigkeit seines Handelns erkannte und billigend in Kauf nahm. Als erfahrener Vorstandsvorsitzender einer großen S war ihm bewusst, dass die Übernahme der Bürgschaft eine Kreditentscheidung darstellte, der eine zu begründende und zu dokumentierende Risikoabwägung hätte vorausgehen müssen. Der bereits geschilderte tatsächliche Hergang, insbesondere der Umstand, dass er das Engagement der S bei der M faktisch alleine steuerte, begründet auch den hinreichenden Verdacht, dass ihm bewusst war, dass er es war, der die eigentliche Kreditentscheidung traf. 238

In Bezug auf den bedingten Vorsatz der Nachteilszufügung gelten im Wesentlichen die zu Fall 2 dargestellten Überlegungen. Auch hinsichtlich der Bürgschaft über 350.000 DM war dem Angeklagten bekannt, dass das Risiko der Inanspruchnahme angesichts der gravierenden wirtschaftlichen Probleme der M ganz erheblich war und dass die S oder die S keine Gegenleistung für das von ihnen allein (im Gegensatz zu allen anderen Gesellschaftern der M) eingegangene Risiko erhielten. Ebenso wie in dem Fall 2 spricht nach Aktenlage mehr dafür, dass er sich auch zumindest damit abfand, dass die S während der gesamten Laufzeit der Bürgschaft daraus in Anspruch genommen werden könnte. Tatsächlich zahlte die S von 2007 bis 2009 insgesamt ca. 373.000 € auf die Bürgschaft. 239

4. Verjährung ist nicht eingetreten, da der letzte vom Vorsatz des Angeklagten S umfasste Schaden im Dezember 2009 eingetreten ist und die Verjährung daher durch die Anklageerhebung rechtzeitig unterbrochen worden ist. Zuvor war sie wie bezüglich des Falles 2 bereits durch das Schreiben der Staatsanwaltschaft vom 24.02.2013 unterbrochen worden. 240

III. Fall 4 der Anklage (Wirtschaftliche Übernahme des R-Anteils) 241

Die Angeklagten S und S sind der ihnen zur Last gelegten Tat in diesem Fall nach dem bisherigen Ermittlungsergebnis hinreichend verdächtig. 242

1. Es besteht zunächst der hinreichende Tatverdacht, dass sie pflichtwidrig gehandelt haben. Den Pflichtwidrigkeitsvorwurf begründet es, dass nach Aktenlage bei der Entscheidung des Vorstandes vom 10.10. bzw. 18.10.2000 eine sachgerechte Risikoabwägung unter Beachtung der banküblichen Sorgfaltsmaßstäbe nicht erfolgt ist. 243

244

- a) Der Vorstandsentscheidung lag eine von dem Zeugen K erstellte Vorstandsvorlage vom 06.10.2000 (Bl. 801ff. SH 14 zu 115 Js 92/10) zugrunde, der zwei Anlagen beigefügt waren. In Anlage 1, die ungefähr 1 ¼ Seiten umfasste, wurde grob die Ausgangslage umrissen, nämlich die Entlassung von R aus der materiellen Gesellschafterstellung gegen Abgabe einer Auslastungsgarantie. Die S sollte R ab dem 01.01.2001 aus sämtlichen Verpflichtungen als Gesellschafterin gegen eine Zahlung von 7,5 Mio. DM entlassen, die einen Ausgleich für hochgerechnete Verlustanteile von R bei der M für die Jahre 1999, 2000 und teilweise 2001 darstelle. Die S solle 2,5 Mio. DM für die Gesellschaftsanteile zahlen. R übernehme eine Auslastungsgarantie im Wert von 68,8 Mio. DM, im Falle der Nichterreichung der Leistungsabnahme seien – näher dargestellte – Strafzahlungen vereinbart. Das von der S übernommene Risiko aus der Einstandsverpflichtung erhöhe sich damit um 42,3 Mio. DM auf insgesamt 84,6 Mio. DM. Die Entlassung von R aus der materiellen Gesellschafterstellung folge „der Zielvorstellung von R, die die Beteiligung lediglich zur Unterstützung der Wirtschaftsförderung, nicht aber als Investor eingegangen“ sei. Für die Öffentlichkeit bleibe R aber Gesellschafter. Der S liege ein Letter of Intent des Landes NRW vor, wonach eine in Kürze vom Land zu gründende Gesellschaft beabsichtige, sich mit 25% an der M zu beteiligen. Als Kaufpreis sei ein Nominalbetrag von 2,5 Mio. DM vorgesehen zuzüglich eines Agios von 9,5 Mio. DM. Als Chancen des Engagements wurden genannt: R werde durch das Eingehen auf ihren Wunsch als größter Steuerzahler an K gebunden. Der Medienstandort K werde gestärkt. Durch die Auslastungsgarantie werde die Ertragssituation der M verbessert. Die S habe mit dem Fonds einen Mietgarantievertrag geschlossen, aus dem sie 25 Mio. DM Provision erhalten habe, von denen 9 Mio. DM relativ sicher in diesem Jahr vereinnahmt werden könnten.
- Anlage 2, die 2 Seiten umfasste, befasste sich mit den wesentlichen Vertragseckpunkten der Auslastungsgarantie und der Gesellschafterstellung von R und stellte diese näher dar als in Anlage 1. 245
- Aussagen zur wirtschaftlichen Situation der M fehlen – abgesehen von den erwähnten Verlustanteilen von R in den Jahren 1999 bis 2001 – in der Vorstandsvorlage. 246
- Darüber hinaus hatte der Angeklagte S in einer Vorstandssitzung vom 12.09.2000 (Protokoll S. 190ff. Band 2 SH 23 zu 115 Js 92/10, zitiert nach E-Akte) „ausführlich über alle wesentlichen Komponenten des Businessplanes der M für den Zeitraum 2000 – 2002“ informiert. Er berichtete dabei von einem negativen Ergebnis auf Basis des vorliegenden Businessplans von ca. – 27,4 Mio. DM für 2001 bzw. ca. – 20,8 Mio. DM für 2002 (vor Steuern, ohne Mietzuschuss). Aufgrund der vom Beirat der M beschlossenen Maßnahmen scheine eine Reduzierung auf ca. – 20,8 Mio. DM für 2001 und ca. – 12,7 Mio. DM für 2002 denkbar. Der Businessplan war als Anlage beigefügt (S. 197f. Band 2 SH 23 zu 115 Js 92/10, zitiert nach E-Akte), er stimmte mit den vorgetragenen Zahlen überein. Der Vorstand nahm in der Sitzung den Vorschlag des Angeklagten S an, dass die S in Höhe von ca. 2,1 Mio. DM in Vorleistung hinsichtlich des auf R für das Jahr 1999 entfallenden Verlustanteils trete. 247
- In der Sitzung vom 26.09.2000 (S. 202ff. Band 2 SH 23 zu 115 Js 92/10, zitiert nach E-Akte) teilte S mit, der Verlust der M für 1999 sei planmäßig ausgeglichen. 248
- b) Diese Informationsgrundlage des Vorstandes war evident unzureichend. Dies gilt auch unter Berücksichtigung der Ausführungen des Angeklagten S in der Vorstandssitzung vom 12.09.2000. 249
- aa) Dies ergibt sich bereits daraus, dass in der Vorstandsvorlage keinerlei Informationen zur aktuellen oder zur für die nähere und entferntere Zukunft zu erwartenden wirtschaftlichen 250

Situation der M enthalten waren. Die wirtschaftlichen Verhältnisse der M waren jedoch offenkundig von ausschlaggebender Bedeutung innerhalb der Risikoabwägung, da die Wahrscheinlichkeit, mit der die S aus der von R übernommenen Mieteinstandsverpflichtung in Anspruch genommen werden würde, entscheidend von der Fähigkeit der M abhing, die Mietzahlungen an den Fonds selbst zu leisten. Ausführungen dazu fehlen in den Unterlagen, die dem Vorstand am 10.10.2000 vorlagen, jedoch weitestgehend. Lediglich die Darstellung des Verlust-Anteils von R in den Jahren 1999, 2000 und 2001 stellte einen – indirekten – Hinweis auf die problematische Situation der M dar, ohne dass sich daraus indes Informationen zur weiteren wirtschaftlichen Entwicklung ergaben.

Der Senat geht zwar davon aus, dass den Vorstandsmitgliedern die von dem Angeklagten S 251 in der Sitzung vom 12.09.2000 präsentierten Informationen in der Sitzung vom 10.10.2000 und bei der Unterzeichnung des Umlaufbeschlusses am 18.10.2000 noch präsent waren. Wenn die Vorstandsmitglieder damit zwar nicht gänzlich uninformatiert über die wirtschaftliche Situation der M waren, reichte ihre Informationsgrundlage für eine umfassende Risikoabwägung doch bei weitem nicht aus. In der Sitzung vom 12.09.2000 ging es laut Protokoll lediglich um den Business-Plan der M für die Jahre 2000 und 2002. Bilanzen früherer Jahren, frühere Business-Pläne, mit denen die jetzigen Erwartungen hätten abgeglichen werden können oder eine längerfristige Planung der M lagen dagegen nicht vor. Letzteres wäre schon deshalb erforderlich gewesen, weil die übernommene Mieteinstandsverpflichtung deutlich länger lief, nämlich noch ca. siebeneinhalb Jahre bezüglich des M-Standortes in H bzw. neun Jahre bezüglich des Standortes in K, als der von dem Business-Plan abgedeckte Zeitraum. Nach den vorliegenden Zahlen war selbst bei einem – keineswegs sicheren – Erfolg der vom Beirat der M beschlossenen Maßnahmen mit Verlusten von ca. 20,8 Mio. DM in 2001 und ca. 12,7 Mio. DM in 2002 zu rechnen. Angesichts dieser Zahlen drängte es sich geradezu auf, sich näher mit der weiteren zukünftigen Entwicklung der M und damit des Ausmaßes des von der S übernommenen Risikos im Zuge der Übernahme der Verpflichtungen von R zu befassen.

bb) Darüber hinaus ist nicht zu verkennen, dass einige Punkte, die in der Anlage 1 der 252 Vorstandsvorlage vom 06.10.2000 als „Chancen“ des Engagements genannt werden, keine für die S oder die S wirtschaftlich unmittelbar günstige Umstände darstellten. Die Berücksichtigung derartiger Umstände, die im Rahmen der Risikoeinschätzung ohne Belang sind, spricht indes gegen eine ordnungsgemäße Risikoabwägung.

Dies gilt zunächst für die hervorgehobene Bindung von R als Steuerzahler an den Standort 253 und die Stärkung des Medienstandortes. Von höheren Steuereinnahmen profitierten die S und die S im besten Fall mittelbar durch verstärkte Geldgeschäfte von Kunden. Dieser mögliche Vorteil ist jedoch kaum zu bemessen – die Vorstandsvorlage unternimmt den Versuch auch gar nicht – und jedenfalls kein tragfähiges Argument für die Übernahme des Anteils und des damit verbundenen Risikos, das in der Vorlage auf maximal 42,3 Mio. DM beziffert wurde.

Der Hinweis auf die Stärkung des Medienstandortes durch die Entscheidung ist für sich 254 genommen unverständlich. Wieso der Ausstieg von R aus der M zu einer Stärkung des Standortes führen sollte, und nicht gerade zu einer Schwächung, ist auch trotz der Auslastungsverpflichtung nicht nachvollziehbar. Soweit dies mit der Bindung von R an den Standort K verknüpft wurde, ist nach Aktenlage nicht erkennbar, dass R angekündigt hatte, den Unternehmenssitz aus K zu verlagern, falls ihrem Wunsch, die Gesellschafterstellung in der M aufzugeben, nicht nachgekommen werde.

Die ebenfalls erwähnte Provisionszahlung des Fonds an die S für die Vermittlung von Mietern resultierte aus dem Erstvermietungsgarantievertrag vom 03.07.2000, dessen Abschluss Gegenstand des Falles 8 der Anklage ist. Die Provision stellte zum einen die Gegenleistung für das von der S bzw. der S übernommene Risiko dar, Mieter zu vermitteln und im Falle des Scheiterns Schadensersatz leisten zu müssen. Schon dies spricht dagegen, sie den mit der Übernahme des Anteils von R verbundenen Risiken gegenüber zu stellen. Zum anderen stand sie auch jedenfalls nach dem Wortlaut des Erstvermietungsgarantievertrages in keinem erkennbaren Zusammenhang mit der Übernahme des R-Anteils und wäre auch ohne die Übernahme dieses Anteils erfolgt. Ein solcher Zusammenhang wird insbesondere in der Vorstandsvorlage auch nicht hergestellt.

c) Angesicht dieser offenkundigen Mängel der Vorstandsvorlage vom 06.10.2000 und damit der Informationsgrundlage der Vorstandsmitglieder, liegt in der Entscheidung für die Übernahme des Gesellschaftsanteils von R eine gravierende Verletzung der banküblichen Informationspflichten, aus der sich eine ebenso klare Verletzung der von Vorständen einer S bei einer Entscheidung von derart beträchtlichem Ausmaß, die Vorstandsvorlage sprach von einem zusätzlichen Risiko in Höhe von 42,3 Mio. DM, geschuldeten Sorgfaltspflicht ergibt. Aus dieser folgt wiederum der hinreichende Tatverdacht einer gravierenden Pflichtverletzung im Sinne des § 266 StGB in der Missbrauchsvariante. 256

d) Es muss danach nicht näher darauf eingegangen werden, dass der Angeklagte S dem Vorstand der S zudem weitere Informationen insbesondere zu dem Verlauf der Verhandlungen mit R und zu von Seiten der S geäußerten Bedenken hinsichtlich der Auslastungsverpflichtung vorenthielt, worin ebenfalls eine Pflichtwidrigkeit zu sehen ist. 257

Im Einzelnen verschwieg er etwa, dass hinsichtlich der Vertragstreue von R gravierende Bedenken bestanden. So wurde von Seiten der M aber auch von S selbst der Vorwurf erhoben, R halte sich nicht an die am 21.04.1999 übernommene Auslastungsverpflichtung (vgl. die S zuzuordnende Notiz Bl. 4549 SH 14 zu 115 Js 92/10: „Vertrag vom 21.4.1999 wird nicht eingehalten“). Angesichts der weiteren übernommenen Auslastungsverpflichtung war dies aber fraglos eine wichtige Information. Ebenso wenig wurden dem Vorstand die Bedenken des Zeugen S hinsichtlich der Auslastungsverpflichtung (vgl. Bl. 4259 SH 14 zu 115 Js 92/10) mitgeteilt. Der Zeuge hatte darauf hingewiesen, dass von den Umsätzen der M aufgrund dieser Verpflichtung potentiell alle Gesellschafter profitierten, nicht nur die S, während diese alleine das auf den R-Anteil entfallende Risiko trug. Im Übrigen wurde der Eindruck eines „normalen“ geschäftlichen Vorgangs erweckt, während sich tatsächlich der Angeklagte S widerwillig und nach erheblichem Widerstand dem immensen Druck von R beugen musste, die ihren Ausstieg aus der M forciert hatten. Auf der bereits erwähnten handschriftlichen Notiz auf einem Schreiben vom 09.06.2000 (Bl. 4549 SH 14 zu 115 Js 92/10) vermerkte er in diesem Zusammenhang „Erpressung!“. 258

e) Nach Aktenlage stellt sich die Übernahme des Gesellschaftsanteils von R ferner nicht als Agieren im Rahmen eines vernünftigen Gesamtplans dar. Von einem derartigen Plan kann insoweit nicht die Rede sein. Zu einer wesentlichen Steigerung der Profitabilität der M konnte die Übernahme des Gesellschaftsanteils nicht beitragen, dafür war die Auslastungsverpflichtung zu einseitig zugunsten von R ausgestaltet, wie unter Ziffer 3. näher dargelegt wird. Zudem war die Beteiligung von R immer ein wesentliches Argument für das Eingehen und Aufrechterhalten des Engagements bei der M gewesen, weil man den Sachverstand von R in der Branche schätzte. Der Verlust dieses Sachverstands würde absehbar keine positiven Effekte haben. Dazu fügt sich, dass man die vorliegende Konstruktion offenbar gerade gewählt hatte, um für außerhalb der M stehende Personen den 259

Eindruck aufrechtzuerhalten, R sei weiter an der M beteiligt, weil man ansonsten weitere geschäftliche Nachteile fürchtete.

f) Eine Einwilligung des Vermögensinhabers liegt nicht vor. Eine Befassung des Verwaltungsrates der S im Vorfeld der Entscheidung ist nicht ersichtlich. Eine Einwilligung ist auch nicht in der Befassung des Kreditausschusses am 26.10.2002 (Protokoll Bl. 112ff. SH 13 zu 115 Js 92/10) zu sehen. Zum einen war zu diesem Zeitpunkt der Vorstandsbeschluss schon gefasst, so dass bereits aufgrund des zeitlichen Ablaufs ein Einverständnis nicht in Betracht kam. Zum anderen traf der Kreditausschuss auch keine Entscheidung, sondern nahm den Vorgang lediglich zur Kenntnis und kommentierte ihn in Gestalt des Vorsitzenden B positiv. Nicht zu verkennen ist auch, dass der Kreditausschuss im Übrigen ebenso unzureichend informiert wurde wie der Vorstand, so dass eine etwaige Zustimmung ebenfalls pflichtwidrig und daher unwirksam gewesen wäre (vgl. dazu Fischer a.a.O., § 266, Rn. 92 m.w.N.). Ebenso wenig gab es im Übrigen eine Entscheidung der Gesellschafterversammlung der S. 260

3. Es besteht auch der hinreichende Tatverdacht, dass durch die Übernahme des Gesellschaftanteils von R ein Gefährdungsschaden eingetreten ist. 261

a) Die S ging mit der Übernahme der Einstandsverpflichtung von R ein ganz erhebliches Risiko ein. Sie übernahm in § 6 des Vertrages vom 06.11.2000 (Bl. 585ff., 594 SH 14 zu 15 Js 92/10) die Verpflichtung, R freizustellen von „allen Verpflichtungen im Zusammenhang mit der Gesellschafterstellung von R bei M. Im Einzelnen bedeutete dies folgendes: 262

R hielt 25,168% der M-Anteile (vgl. Vorbemerkung zum Vertrag vom 06.11.2000) und war in entsprechender Höhe die Mieteinstandsverpflichtung eingegangen (vgl. S. 70ff., 73 Band 1 SH 16 zu 115 Js 92/10), die hinsichtlich des Objektes in O allerdings auf 14 Mio. DM pro Jahr begrenzt war. In der Vorstandsvorlage vom 06.10.2000 wurde das daraus resultierende Risiko mit 42,3 Mio. DM angegeben. 263

Die S verpflichtete sich in § 6, Ziffer 6.2 des Vertrages ferner dazu, R von der Inanspruchnahme als Gesellschafterin der M für Verlustausgleichszahlungen für die Jahre 1999 und 2000 freizustellen. Für das Jahr 1999 hatte die S für R bereits 2,137 Mio. DM gezahlt (Bl. 817 SH 14 zu 115 Js 92/10) und ihren Verlustanteil damit vorgestreckt. Für die Jahre 2000 und 2001 zusammen wurden Verluste in Höhe von ca. 36 Mio. DM erwartet, mithin ein Anteil von R von ca. 9,4 Mio. DM (vgl. Schreiben von S an R v. 27.09.2000, Bl. 812/813 SH 14 zu 115 Js 92/10). Auch insofern drohten der S also gravierende finanzielle Belastungen. 264

b) Die Wahrscheinlichkeit der Inanspruchnahme infolge der Übernahme der Mieteinstandsverpflichtung war – jedenfalls besteht der hinreichende Verdacht – sehr hoch. Die von der Kammer in ihrem Beschluss insoweit erhobenen Bedenken (S. 34ff.), die sich gerade in diesem Fall offenbar lediglich gegen die – für die Eröffnungsentscheidung irrelevante (s. unter B.) – Höhe des von der Staatsanwaltschaft berechneten Schadens richten, werden vom Senat nicht geteilt. 265

aa) Die wirtschaftlichen Verhältnisse der M, für deren geschuldete Miete die S die Ausfallhaftung übernommen hatte, stellten sich zum Zeitpunkt der Vorstandsentscheidung im Oktober 2000 als schlecht bis katastrophal dar. Insbesondere hatte sich die Situation im Vergleich zu den Fällen 2 und 3 weiter zugespitzt. 266

Im Business-Plan der M vom 31.03.2000 (Bl. 4236ff. SH 14 zu 115 Js 92/10) wurde das Betriebsergebnis für 1999 mit – 12,278 Mio. DM angegeben. Für 2000 wurde ein solches von – 16,136 Mio. DM erwartet, für 2001 von – 15,537 Mio. DM, für 2002 von -5,550 Mio. DM. Aus Unterlagen der M vom 04.07.2000 (Bl. 4302f. SH 14 zu 115 Js 92/10) ergibt sich, dass für das Jahr 2000 ein Ergebnis von – 18,987 Mio. DM erwartet wurde und man von einer Unterdeckung des Finanzmittelbedarfs zum 31.12.2000 von 11,175 Mio. DM und fehlenden Finanzierungsmitteln in Höhe von 12,569 Mio. DM ausging. In einer Analyse der M-Daten durch die Managementberatung F von Anfang Juli 2000 (Bl. 4297ff. SH 14 zu 115 Js 92/10) heißt es, es gebe ein offensichtliches „Preis- und Auslastungsproblem“ und „Selbst wenn alle direkten Mietkosten erlassen werden, ist das Betriebsergebnis negativ“. In der Beiratssitzung der M vom 05.07.2000 (Protokoll Bl. 1191ff. SH 14 zu 115 Js 92/10) berichtete der Geschäftsführer der M, das Eigenkapital der M sei Stand 31.05.2000 aufgezehrt. Der Angeklagte S sagte, um eine Überschuldung zu vermeiden, die Gewährung eines weiteren nachrangigen Darlehens über 5 Mio. DM zu. Am 25.07.2000 beschloss der Vorstand der S (Bl. 1434ff. SH 14 zu 115 Js 92/10), der M über die S ein Gesellschafterdarlehen über 4,8 Mio. DM zu gewähren, um die für das Jahr 2000 erwarteten Verluste in Höhe von 19 Mio. DM auszugleichen und die Liquidität zu stärken und so eine Überschuldung zu vermeiden. Auf einer Gesellschafterversammlung der M vom 02.08.2000 (Protokoll Bl. 113ff. SH 17 zu 115 Js 92/10) wurde ausgeführt, die M werde im Jahr 2000 voraussichtlich 18 Mio. DM Verlust einfahren und dies, obwohl die Mietfreistellung durch den Fonds in Höhe von 17 Mio. DM pro Jahr noch gelte. In der Gesellschafterversammlung und Beiratssitzung der M vom selben Tag (Protokoll Bl. 1422ff. SH 14 zu 115 Js 92/10) wurde festgestellt, dass der Jahresabschluss der M für 1999 einen Fehlbetrag von ca. 8,5 Mio. DM auswies. In einem Schreiben an M vom 18.08.2000 (Bl. 4450ff. SH 14 zu 115 Js 92/10) führte R aus, für den Fall, dass ein Einstieg des Studiobetreibers N nicht zustande komme, werde ihrerseits von Verlusten der M in den nächsten zehn Jahren zwischen 100 und 200 Mio. DM ausgegangen.

In einer dem Angeklagten S ausweislich des Eingangsstempels (Bl. 4913 SH 14 zu 115 Js 92/10) bekannten Beurteilung der Unternehmensplanung der M aus August 2000 führte KPMG (Bl. 1398ff. SH 14 zu 115 Js 92/10) aus, die in der 3-Jahresplanung der M enthaltenen Planzahlen der Jahre 2000 und 2001 seien angesichts der erforderlichen Anpassung der Zahlen für 2000 mit erheblichen Unsicherheiten behaftet. Es müsse in 2001 eine Umsatzsteigerung um ca. 44,8 Mio. DM und eine Ergebnisverbesserung um ca. 17,2 Mio. DM eintreten, um die Planzahlen zu erreichen. Die M müsse auf Basis des aktuellen Forecasts eine realistische Fortschreibung der Planzahlen vornehmen. Es sei insbesondere nicht geklärt, wie die zukünftigen Verluste von der Gesellschaft aufgefangen werden sollten. Ohne entsprechende Zusagen der Gesellschafter sei die Zukunft der M gefährdet. In der bereits erwähnten Vorstandssitzung der S am 12.09.2000 wurde von zu erwartenden Verlusten für die Jahre 2001 und 2002 im jeweils deutlich zweistelligen Millionenbereich berichtet. 268

bb) Auch die Auslastungsverpflichtung konnte das Risiko von Verlusten der M und damit der Inanspruchnahme aus der Einstandsverpflichtung angesichts der Kautelen des Vertrags nicht wesentlich verringern. 269

(1) R übernahm in § 1 des Vertrages vom 06.11.2000 eine Auslastungsverpflichtung dergestalt, dass zugesagt wurde, Studioleistungen zu Marktpreisen abzunehmen, aus denen M für die Jahre 2001 bis 2004 ein Mietzins von 7,3 Mio. DM jährlich und für die Jahre 2005 bis 2010 von 6,6 Mio. DM jährlich zufließen sollte, insgesamt also 68,8 Mio. DM. Vereinbart war insoweit, dass von dem Gesamtvolumen der jeweiligen Aufträge 20% auf die Auslastungsverpflichtung angerechnet werden sollten, § 2, Ziffer 2.4 des Vertrages. Für den Fall, dass die Auslastungsverpflichtung nicht erfüllt würde, sollte R den Restbetrag 270

ausgleichen, allerdings in den Jahren 2001 und 2002 maximal 25% desjenigen Betrages, der dem in der Gewinn- und Verlustrechnung der M während des jeweiligen Kalenderjahrs ausgewiesenen Verlustes entsprach, vermindert um die in den Gewinn- und Verlustrechnungen der M für die Vorjahre ausgewiesenen Gewinne. In den Jahren 2003 bis 2005 war eine solche Deckelung nicht vorgesehen, in den Jahren 2006 bis 2010 lag sie bei 30%. Falls R etwa 2001 keine Leistungen abnahm, mussten sie daher trotzdem nur dann den vollen Betrag zahlen, wenn die M einen bilanziellen Verlust von 29,2 Mio. DM erwirtschaftete (garantierter Betrag von 7,3 Mio. DM x 4). In Gewinnjahren der M musste R nichts abnehmen. In Verlustjahren fand ggf. eine Verrechnung mit den Gewinnen des Vorjahres statt.

In § 2, Ziffer 2.7 des Vertrages war zudem vorgesehen, dass R keine Ausgleichszahlung schuldete, soweit M aus Sicht von R die Maßstäbe der Branchenüblichkeit etwa im Hinblick auf die Ausstattung der Studios und die Qualität des vorgehaltenen Personals nicht einhielt. Solche Umstände, nicht mehr aktuelle Studioeinrichtung, mäßige Studiopflege, konnten gerade bei schlechter wirtschaftlicher Lage der M aber durchaus eintreten, so dass die Auslastungsverpflichtung gerade für den Fall, in dem sie am dringlichsten benötigt wurde, möglicherweise gar nicht griff. 271

(2) Anders als in der Vorstandsvorlage dargestellt, konnte angesichts dieser Vertragsbedingungen nicht die Rede davon sein, R werde bis 2010 definitiv Mietzahlungen in Höhe von 68,8 Mio. DM leisten. In einem – allerdings nach der Entscheidung verfassten – Schreiben des Rechtsanwalts des Angeklagten E vom 30.01.2001 (Bl. 2149ff. SH 14 zu 115 Js 92/10) werden diese Bedenken ebenfalls angeführt und wird deshalb – und aus anderen Gründen – eine Abtretung der Ansprüche der M an den Fonds nicht als ausreichende Absicherung des Fonds in Bezug auf eine Zusatzmiete angesehen. Der Angeklagte S bezeichnete in dem bereits erwähnten Schreiben vom 27.09.2000 (Bl. 812 SH 14 zu 115 Js 92/10) „die vertragliche Gestaltung [als] sehr einseitig zu Lasten der S“. 272

(3) Hinzu kam, dass R sich mit dieser Auslastungsverpflichtung lediglich dazu verpflichtete, für Umsatz bei der M zu sorgen. Auf einem anderen Blatt stand aber, ob aus diesem Umsatz auch ein Gewinn für die M folgte. Auf dieses Risiko hatte die Unternehmensberatung F den Angeklagten S bereits mit Schreiben vom 02.07.2000 ausdrücklich hingewiesen (Bl. 4285ff. SH 14 zu 115 Js 92/10), in dem dargestellt wurde, dass je nach Gewinnmarge der Studiomiete das bloße Generieren von Umsatz sogar auf eine Vermögensvernichtung bei den anderen Gesellschaftern der M hinauslaufen könne. F forderte daher, eine Marge für die Studioleistungen festzulegen, was jedoch nicht geschah. Zudem führten die Berater aus, dass angesichts der übrigen Erlöszahlen die übernommene Verpflichtung für R keine besondere Anstrengung bedeutete. 273

Es war zudem bereits zuvor – gerade von R – mehrfach darauf hingewiesen worden, dass die Studiopreise unter Druck waren und damit zu rechnen war, dass sie weiter sanken. Damit musste auch R, die sich nur zur Abnahme von Studioleistungen zu marktüblichen Preisen verpflichtet hatte, weniger für diese Studioleistungen zahlen, während gleichzeitig die an den Fonds durch M zu zahlende Miete gleich blieb. 274

cc) Der von der Kammer angesprochene Mietzuschuss in Höhe von insgesamt 25 Mio. DM führte hinsichtlich des Gebäudes in K-O zwar zu einer Mietfreiheit bis in den August 2001 hinein; indessen lief die Mieteinstandsverpflichtung – wie dargestellt – noch erheblich länger, so dass der Mietzuschuss schon daher nicht geeignet war, die übernommene Verpflichtung ausreichend zu kompensieren. Tatsächlich zahlte die S ab 2002 nach Auslaufen des Mietzuschusses auf den R-Anteil an der Mieteinstandsverpflichtung bis Dezember 2009 pro 275

Jahr zwischen ca. 1,8 Mio. € und 3,3 Mio. €, insgesamt ca. 19 Mio. € (Bl. 4917 d. A. 115 Js 92/10).

dd) Auch der in der Vorstandsvorlage in Aussicht gestellte Eintritt eines weiteren Gesellschafters führte nicht zu einer Verringerung des Risikos. 276

Bei dem in der Vorstandsvorlage – und zuvor schon von dem Angeklagten S in der Vorstandssitzung vom 26.09.2000 – erwähnten sogenannten Letter of Intent des Landes NRW handelte es sich um ein Schreiben der Staatskanzlei an S vom 25.09.2000 (Bl. 1886 SH 14 zu 115 Js 92/10), wonach das Land NRW beabsichtige zur Förderung der Medienwirtschaft in NRW eine eigenständige GmbH zu gründen, in der wichtige Medienvorhaben gebündelt werden sollten und über die bis Ende 2000 eine endgültige Entscheidung getroffen werden sollte. Es sei beabsichtigt, dass sich diese Medien NRW GmbH an der M mit einem Anteil von bis zu 25% des Stammkapitals beteilige. Die näheren Einzelheiten der Beteiligung bedürften einer weiteren Prüfung. Eine verbindliche Zusage enthielt das Schreiben daher nicht. Tatsächlich wurde auch ein Jahr später noch über die Frage einer möglichen Beteiligung des Landes beraten, wie sich aus einem Schreiben der Staatskanzlei vom 17.09.2001 (Bl. 1885 SH 14 zu 115 Js 92/10) ergibt, wonach „nach dem heutigen Stand der Planungen [...] über das mögliche Engagement der ... GmbH im 4. Quartal des Jahres 2002 vorbehaltlich der Entscheidungen der zuständigen Gremien entschieden werden“ könnte. Nach Aktenlage ist es zu einer derartigen Beteiligung des Landes im Ergebnis nicht gekommen. 277

c) Eine ausreichende Kompensation dieses erheblichen übernommenen Risikos lag nicht vor. 278

aa) Die in § 7 des Vertrages vom 06.11.2000 vorgesehene Zahlung von R an S in Höhe von 7,4 Mio. DM netto stellte keine Kompensation für die übernommene Mieteinstandsverpflichtung oder die Verpflichtung zur langfristigen Übernahme von Verlusten der M dar. Die Summe glich vielmehr auch nach der Darstellung in der Vorstandsvorlage lediglich die von R geschuldeten Zahlungen zum Verlustausgleich für die Jahre 1999, 2000 und 2001 aus, die nunmehr von der S übernommen wurden. Angesichts ihrer Höhe im Verhältnis zum übernommenen Risiko war sie als nachhaltige Kompensation ohnehin ungeeignet. 279

bb) Eine Kompensation durch etwaige Einnahme aus der Fondszeichnerfinanzierung konnte auch in diesem Fall aus den genannten Gründen nicht eintreten. 280

d) Im Ergebnis ist daher mit einer für den hinreichenden Tatverdacht ausreichenden Sicherheit ein Gefährdungsschaden eingetreten. Nach den obigen Ausführungen zur Wahrscheinlichkeit der Inanspruchnahme der S aus der Mieteinstandsverpflichtung besteht der hinreichende Verdacht, dass mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit damit zu rechnen war, dass die S während der erheblichen Zeitspanne, in der die übernommene Verpflichtung noch bestand, in ebenfalls ganz erheblichem Umfang in Anspruch genommen werden würde, da die wirtschaftliche Situation der M sehr schlecht und eine Besserung nicht in Sicht war. Insoweit ist auch zu berücksichtigen, dass von Seiten der eingeschalteten Unternehmensberatungen die Pläne der M für ihre wirtschaftliche Entwicklung als letztlich unrealistisch und viel zu optimistisch eingeschätzt wurden. Angesichts der fehlenden Kompensation dieser absehbaren Belastung war das Vermögen der S und in der Folge auch dass der S bereits durch die Übernahme des Gesellschaftsanteils gemindert. 281

Der Einholung eines Sachverständigengutachtens bedarf es insoweit im Rahmen der Eröffnungsentscheidung nicht. Es gibt auch insoweit keinen Grund für die Annahme, dass 282

eine Bezifferung jedenfalls in Form eines Mindestschadens in der Hauptverhandlung nicht möglich sein wird.

4. Hinsichtlich dieses Tatvorwurfs besteht auch der hinreichende Verdacht vorsätzlichen Handelns gegen beide Angeklagte. 283

a) Dies gilt zunächst in Bezug auf das pflichtwidrige Handeln der Angeklagten. Die Verletzung der Informationspflicht vor der Vorstandsentscheidung war gravierend und evident, da die Vorstandsvorlage ebenso evident unzureichend war. Dies war auch für den Angeklagten S als erfahrenen Vorstand ohne Weiteres erkennbar, auch wenn er nach Aktenlage nicht über nähere Kenntnis von Interna der M verfügte oder mit der Beteiligung an dieser Gesellschaft näher befasst war. Umso mehr gilt dies für den in das Engagement bei der M federführend eingebundenen Angeklagten S, dem zudem weitere Pflichtwidrigkeiten vorzuwerfen sind. Indem beide Angeklagte der weitreichenden Entscheidung auf dieser offenkundig unzureichenden Grundlage zugestimmt haben, haben sie zumindest bedingt vorsätzlich hinsichtlich der Pflichtwidrigkeit gehandelt. 284

b) Der hinreichende Tatverdacht besteht auch hinsichtlich des Vorsatzes betreffend den Schaden. 285

Dies gilt zunächst für das kognitive Vorsatzelement. Beiden Angeklagten waren die wesentlichen Umstände, die das sehr reale Risiko des Eintritts von Schäden aufgrund der übernommenen Einstandsverpflichtung begründeten, bei ihrer Zustimmung zu der Vorstandsentscheidung bekannt. Die Höhe des übernommenen Risikos ergab sich aus der Vorstandsvorlage vom 06.10.2000 ebenso wie der Umstand, dass die M in den Jahren 1999 – 2001 erheblichen Verlust gemacht hatte. Die wirtschaftliche Situation der M war zudem noch im September Gegenstand einer Vorstandssitzung gewesen, in der für die Jahre 2001 und 2002 Verluste im zweistelligen Millionenbereich vorhergesagt worden waren. Erkennbar war aus der unzureichenden Vorstandsvorlage ebenfalls, dass die Gestaltung der Auslastungsverpflichtung einseitig zu Lasten der S ausfiel. Vor allem war offensichtlich, dass R auf jeden Fall als Gesellschafter der M aussteigen wollte. Es lag auf der Hand, dass R diesen Schritt nicht gegangen wäre, wenn sie vernünftige wirtschaftliche Perspektiven für die M und die Möglichkeit eigener Gewinne gesehen hätten. 286

Für das voluntative Vorsatzelement gilt im Ergebnis nichts anderes. Aufgrund der geschilderten Situation der M lag es nahe, dass diese auch in Zukunft nicht in der Lage sein würde, die Miete an den Fonds vollständig selbst zu tragen. Angesichts der erheblichen absehbaren Verluste war vielmehr damit zu rechnen, dass der Fonds auf die Mieteinstandsverpflichteten zurückgreifen würde und dass daher Belastungen auf die S während der gesamten Restlaufzeit der Mieteinstandsverpflichtung zukamen, so wie es dann auch tatsächlich geschehen ist. Es spricht daher jedenfalls eine für die Eröffnung des Verfahrens ausreichende Wahrscheinlichkeit dafür, dass beide Angeklagte sich auch mit der Realisierung von Schäden durch Zahlungen auf die Mieteinstandsverpflichtung abfanden. 287

Insoweit besteht nach Auffassung des Senats auch ein wesentlicher Unterschied zu den Fällen 1 und 2 der Anklage, in denen der Senat den hinreichenden Tatverdacht für vorsätzliches Handeln hinsichtlich beider Angeklagten (Fall 1, vgl. E. I.) bzw. jedenfalls in Bezug auf den Angeklagten S (Fall 2, vgl. C. I. 5.) nicht bejaht hat. Vorliegend befand man sich nicht mehr ganz zu Beginn des im Jahr 1997 begonnenen Engagements bei der M. Es hatte sich vielmehr bereits über mehrere Jahre gezeigt, dass das Geschäftsmodell der M jedenfalls innerhalb der gegebenen, insbesondere durch die an den Fonds zu zahlenden Miete bestimmten Rahmenbedingungen offenkundig nicht tragfähig war und dass auch die 288

Einschätzungen der M zu ihrem zukünftigen wirtschaftlichen Erfolg deutlich zu optimistisch gewesen waren. Anders als in dem Fall 2 hatte es auch eine zuvor erfolgte Erörterung der sehr schwierigen finanziellen Situation der M gegeben. Zudem markierte der Ausstieg von R aus der M auch aus Sicht des ansonsten bis dahin möglicherweise nicht näher involvierten Angeklagten S einen Wendepunkt. Spätestens zu diesem Zeitpunkt war klar, dass auch dieser private Fernsehsender, dessen Beteiligung an der M immer ein wesentliches Argument für das Engagement der S gewesen war, den Glauben an den wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens verloren hatte. Der Umstand, dass die Aufgabe des Anteils durch R gegenüber der Öffentlichkeit verheimlicht werden sollte, spricht in besonders deutlicher Weise dafür, dass der S bzw. ihrem Vorstand die negativen Implikationen der Entscheidung von R für die Zukunft der M auch sehr wohl bewusst waren.

6. Verjährung ist nicht eingetreten. 289

a) Nach den obigen Ausführungen waren die bis in den Dezember 2009 hinein geleisteten Zahlungen der S auf die übernommene Mieteinstandsverpflichtung sämtlich vom Vorsatz der Angeklagten umfasst, so dass die Verjährung erst Ende des Jahres 2009 begann. Die Verjährung wurde daher bereits durch die Erhebung der Anklage rechtzeitig unterbrochen. 290

b) Davon abgesehen war sie auch bereits im April 2010 gemäß § 78c Abs. 1 Nr. 1 bzw. Nr. 4 StGB unterbrochen worden: Am 12.04.2010 war durch das Amtsgericht K ein gegen „S u.a.“ gerichteter Beschlagnahmebeschluss betreffend diverse Unterlagen zu Vereinbarungen zwischen der Sparkasse und M erlassen worden (Bl. 26ff. d.A. 115 Js 92/10). Bereits am 26.04.2010 wurde durch die Staatsanwaltschaft die Vernehmung der damaligen Beschuldigten S, S und E verfügt (Bl. 38 d. A. 115 Js 92/10). 291

Die Unterbrechungshandlungen betrafen auch die vorliegende Tat. In Verfahren wegen einer Mehrzahl selbstständiger Taten wirkt die Unterbrechung in der Regel für alle, es sei denn, dass die Unterbrechungshandlung erkennbar nur eine der Taten betrifft oder dass der Verfolgungswille der Strafverfolgungsbehörden sich erkennbar auf ein oder mehrere Taten beschränkt (BGH NSTZ 1996, 274; 2000, 85; 2000, 427; Fischer a.a.O., § 78c, Rn. 6). Für die Feststellung des Verfolgungswillens ist neben der unterbrechenden Verfügung gegebenenfalls auf den sonstigen Akteninhalt und den Verfahrenszusammenhang abzustellen (Fischer a.a.O.). Sowohl die Verfügung der verantwortlichen Vernehmung als auch der Beschlagnahmebeschluss fußten auf der Verfügung der Staatsanwaltschaft vom 22.02.2010 (Bl. 1ff. d. A. 115 Js 92/10), in der der Sachverhalt geschildert und die Beschuldigten, darunter die drei Angeklagten, aufgezählt wurden. Die Sachverhaltsschilderung befasste sich nicht nur allgemein mit der M und dem „C“ sowie der Beteiligung der S an der M, sondern insbesondere auch mit der Übernahme des R-Anteils an der M durch die S. 292

IV. Fall 5 der Anklage (Übernahme des B-Anteils, Einrichtung von Zweckgesellschaften) 293

Im Fall 5 der Anklage liegt sowohl hinsichtlich der Angeklagten S und S der hinreichende Tatverdacht einer vorsätzlich begangenen Untreue vor (vgl. nachfolgend unter 1.) als auch hinsichtlich des Angeklagten E der hinreichende Tatverdacht, dazu Beihilfe geleistet zu haben (vgl. nachfolgend unter 2.). 294

1. a) Die Angeklagten S und S sind hinreichend verdächtig, pflichtwidrig gehandelt zu haben. Als pflichtwidrig stellt sich dabei jedenfalls die Entscheidung dar, die Beteiligung an der M fortzuführen. Nach Auffassung des Senats ist dieser Umstand, der auch von der Staatsanwaltschaft in der Anklageschrift als pflichtwidrig bezeichnet und damit zweifelsfrei 295

von der Anklage erfasst wird (S. 588), der entscheidende Anknüpfungspunkt für den Pflichtwidrigkeitsvorwurf, da diese – konkludente – Entscheidung alle weiteren, für sich genommen auch pflichtwidrigen Entscheidungen bedingte, namentlich die Mieteinstandsverpflichtung der Zeugen B zu übernehmen und zur Umgehung unter anderem sparkassenrechtlicher Vorschriften Zweckgesellschaften einzuschalten.

aa) Pflichtwidrig im Sinne des § 266 StGB handelt auch, wer wirtschaftlich unvertretbare Risiken eingeht (Fischer a.a.O., § 266, Rn. 67). Die Grenze zur Unvertretbarkeit ist überschritten, wenn der Täter nur nach Art eines Spielers bewusst und entgegen den Regeln kaufmännischer Sorgfalt eine aufs äußerste gesteigerte Verlustgefahr auf sich nimmt, nur um eine höchst zweifelhafte Gewinnaussicht zu erlangen (BGH NJW 1975, 1234; Fischer a.a.O.; Schmitt a.a.O.). 296

bb) Vorliegend besteht die Besonderheit, dass es zwar keine ausdrückliche Entscheidung des Vorstandes der S gab, die M fortzuführen, jedenfalls ist eine solche nicht protokolliert. Der Vorstand entschied sich indes faktisch für die Fortsetzung des Engagements bei der M. 297

(1) Der Vorstand befasste sich in der Sondersitzung vom 16.04.2002 (Protokoll Bl. 216ff. SH 7 zu 115 Js 92/10) ausschließlich mit der M. In der – als streng vertraulich gekennzeichneten – Vorlage vom 18.03.2002 (Bl. 5195ff. SH 14 zu 115 Js 92/10) für diese Sitzung war die M als „unter formalen Aspekten betrachtet [...] bereits derzeit insolvent“ bezeichnet worden. Der anhaltende Preisverfall mache einen wirtschaftlichen Studiobetrieb unmöglich. In der Vorlage waren Handlungsoptionen in Gestalt von Szenarien beschrieben worden, darunter die Fortführung der M in der bestehenden Form, die Gründung einer Auffanggesellschaft, eine Zusammenarbeit mit dem niederländischen Studiobetreiber N oder eine Insolvenz mit einer Auffanggesellschaft. Der Angeklagte S skizzierte zudem in der Sitzung im Rahmen der Diskussion über die M die Realisierung eines Joint Venture mit N, eine eigenverwaltete Insolvenz der M oder eine klassische Insolvenz der Gesellschaft als mögliche Szenarien. 298

Der Vorstand erklärte in der Sitzung zwar einstimmig seine ausdrückliche Zustimmung zu einigen Maßnahmen betreffend die M. Eine Entscheidung hinsichtlich einer der Szenarien traf er dagegen nicht, da sich bis zur Information des Kreditausschusses im Juni eines dieser Szenarien mit großer Wahrscheinlichkeit konkretisiert haben werde (S. 9 des Protokolls). In der Sitzung des Kreditausschusses vom 24.06.2002 (Protokoll Bl. 190ff. SH 7 zu 115 Js 92/10) informierte der Angeklagte S anhand von Folien detailliert über die M. Die Überlegungen zu einer möglichen Insolvenz der M wurden dabei nach dem Protokoll indes nicht erwähnt. Über die Sitzung des Kreditausschusses wurde wiederum der Vorstand am 25.06.2002 informiert (vgl. Bl. 5057 SH 14 zu 115 Js 92/10), ohne dass er eine – ausdrückliche – Entscheidung zu den Szenarien traf. Eine solche gab es auch in der Folge nicht. In der Vorstandssitzung vom 25.09.2002 (Protokoll S. 256ff. Band 3 SH 23 zu 115 Js 92/10, zitiert nach E-Akte) beschloss der Vorstand lediglich den Abschluss eines Mieterverschaffungsvertrages mit dem OEFonds und dessen Besicherung durch die S. 299

(2) Dieses Verhalten des Vorstandes beinhaltet die konkludente Entscheidung, das eigene Engagement bei der Gesellschaft grundsätzlich in der bisherigen Form fortzuführen. Indem er keines der in der Vorstandsvorlagen skizzierten Szenarien, die mit durchgreifenden Änderungen bei der M verbunden waren, auch nur weiter verfolgte, entschied er sich dafür, die Situation bei der M unverändert zu lassen und insbesondere auch nicht der von der Geschäftsführung der M gewünschten Insolvenz in Eigenverwaltung näher zu treten. Der Vorstand der S hätte, falls er eine Insolvenz als Kreditgläubiger schon nicht selbst beantragen wollte (§ 14 InsO), jedenfalls als Entscheidungsträger des wichtigsten Gesellschafters der GmbH den Wunsch der M-Geschäftsführung unterstützen können. 300

cc) Es besteht der hinreichende Verdacht, dass die Entscheidung über die Fortführung der M wirtschaftlich unvertretbar war. 301

(1) Gegen die Vertretbarkeit der Entscheidung spricht zunächst, dass die wirtschaftliche Situation der M sich im Vergleich zur Situation, die zu Fall 4 geschildert worden ist, noch erheblich weiter verschlechtert hatte. Zudem stand eine Besserung dieser Situation nicht zu erwarten. Insbesondere hatte der Vorstand keine Entscheidung getroffen, die auch nur potentiell geeignet war, eine Besserung herbeizuführen. 302

(a) Die Geschäftstätigkeit der M war weiter hochgradig defizitär. Sie plante ausweislich einer undatierten Planrechnung (Bl. 4348f. SH 14 zu 115 Js 92/10) für 2001 einen Verlust von ca. 15 Mio. DM. Aus dem Monatsbericht der M für Juni 2001 gingen Verluste für Januar bis Juni von ca. 10,7 Mio. DM hervor (Bl. 2208f. SH 14 zu 115 Js 92/10). Aus dem am 16.01.2002 von der M an die S übersandten Liquiditätsplan ergaben sich erwartete Verluste für 2002 in Höhe von ca. 27 Mio. DM (Bl. 5842ff. SH 14 zu 115 Js 92/10). Ende Januar 2002 war die M offenbar illiquide (vgl. Notiz F Bl. 5835ff. SH 14 zu 115 Js 92/10). Nach dem Protokoll der Gesellschafterversammlung der M vom 28.01.2002 (Bl. 1338ff. SH 14 zu 115 Js 92/10) hatte die M im Jahr 2000 einen Verlust von ca. 22,7 Mio. DM gemacht. Die Wirtschaftsprüfer von KPMG hatten das Testat mit dem Zusatz versehen, dass „der Fortbestand der Gesellschaft bedroht“ sei „und von den Kapitalzuführungen der Gesellschafter zum Ausgleich entstehender Verluste“ abhängen. Aus den Monatsberichten der M für Mai, Juli und August 2002 (Bl. 2002ff. SH 14 zu 115 Js 92/10) ergab sich, dass das Eigenkapital der M ca. – 30 Mio. € betrug und nur durch kapitalersetzende Darlehen positiv gestellt wurde. Für 2003 erwartete die M laut einer – allerdings nach der Vorstandsentscheidung – am 26.11.2002 erstellten Prognose ein Ergebnis vor Steuern in Höhe von – 16,3 Mio. €, für 2002 von – 14,4 Mio. € (Bl. 4358 SH 14 zu 115 Js 92/10). 303

Aussichten auf eine Besserung der Situation bestanden nicht. Der Zeuge F hielt am 03.09.2001 in einem Vermerk zu einem Gespräch vom selben Tag mit Dr. S, S und K (Bl. 2538f. SH 14 zu 115 Js 92/10) fest, die M erwarte für 2001 einen Verlust von 14,9 Mio. DM, die Entwicklung der Studiopreise sei desaströs, die M erwarte auch in den kommenden Jahren keine Besserung und könne einen Teil der Miete für O trotz Mietbeginns im Juli 2001 nicht zahlen. Erörtert worden waren in dem Gespräch zudem die Folgen einer Insolvenz der M, der nach damaligem Stand von der S Gesellschafterdarlehen in Höhe von 47,5 Mio. DM gewährt worden waren (vgl. auch die Aufstellung Bl. 2439f. SH 14 zu 115 Js 92/10). Aus dieser Aufstellung vom 06.09.2001 ergeben sich zudem für den 31.12.2000 errechnete Haftungsverhältnisse der S wegen des Engagements bei der M in Höhe von ca. 103 Mio. DM. Auch von Seiten der Geschäftsführung der M wurde ein Insolvenzverfahren ernsthaft erwogen (vgl. Positionspapier v. 08.09.2001, Bl. 2592ff. SH 14 zu 115 Js 92/10). Der Angeklagte S hielt in einem Schreiben an P vom 17.09.2001 (Bl. 92 SH 14 zu 115 Js 92/10) fest, die Liquiditäts- und Ertragssituation der M spitze sich zum Ende des Monats bedrohlich zu. Er schlug vor, die Verzinsung der Gesellschafterdarlehen auszusetzen und gezahlte Zinsen an die M zurückzuzahlen, was später auch geschah. In einem Gespräch zwischen Vertretern der M und der S, darunter der Angeklagte S, am 28.09.2001 (Protokoll Bl. 2525f. SH 14 zu 115 Js 92/10) wurde ein Preisverfall im Studiomarkt um 50 – 60% festgehalten. Eine im Juli 2002 eingegangene, im Auftrag der S erstellte Studie einer Unternehmensberatung (Bl. 5935ff. SH 14 zu 115 Js 92/10) kam zu dem Ergebnis, das Geschäftsmodell der M sei mittelfristig nicht nachhaltig, die mietbedingten hohen Fixkosten seien kurzfristig existenzgefährdend. 304

Die Situation gestaltete sich derart, dass eine Insolvenz der M von allen Beteiligten als ernsthafte Möglichkeit ins Auge gefasst wurde. Ausweislich des dazu gefertigten Protokolls (Bl. 5833f. SH 14 zu 115 Js 92/10) führte unter anderem der Angeklagte S am 29.01.2002 ein Gespräch (Thema laut Protokoll: „Vermeidung insolvenzrechtlicher Überraschungen“) mit einem Insolvenzrechtler hinsichtlich der Voraussetzungen für die Fortführung der M unter insolvenzrechtlichen Gesichtspunkten, da diese laut Protokoll spätestens in wenigen Monaten überschuldet sein würde. KPMG teilte der M in einem Schreiben vom 15.02.2002 (Bl. 1343f. SH 14 zu 115 Js 92/10) unter anderem mit, eine Ergebniswende der M sei nach ihrer Einschätzung nicht in Sicht, zum Fortbestand der Gesellschaft sei es weiterhin zwingend notwendig, dass weitere Finanzmittel als Eigen- oder Fremdkapital zur Verfügung gestellt würden. Es müsse hinsichtlich des Jahresabschlusses 2001 daher beurteilt werden, ob der Bestätigungsvermerk wegen einer möglichen insolvenzrechtlichen Überschuldung bzw. Zahlungsunfähigkeit einzuschränken sei. Zudem müsse beurteilt werden, ob Vermögensgegenstände weiterhin unter der Annahme des Fortbestandes der Gesellschaft angesetzt werden könnten oder ob sie unter Liquidationsgesichtspunkten bewertet werden müssten. Mit Schreiben vom 28.01.2002 (Bl. 2588 SH 14 zu 115 Js 92/10) informierte die M den Fonds darüber, dass sie die Miete für Februar 2002 in Höhe eines Betrages von ca. 800.000 € nicht zahlen könne. Am 25.02.2002 teilte die M dem Zeugen F mit (Bl. 2590 SH 14 zu 115 Js 92/10), die Miete für März 2002 nur quotal zahlen zu können, es fehle über 1 Mio. €. Die M bat die Einstandsverpflichteten um Zahlung und darum, ihre Rückforderung gegenüber der M nicht geltend zu machen und insofern einen Rangrücktritt dergestalt zu erklären, dass die Forderungen nur aus einem Bilanzgewinn oder einem Liquiditätsüberschuss beglichen werden müssten. Ein Rangrücktritt wurde zwischen der M und der S im März 2002 vereinbart (Bl. 1457 SH 14 zu 115 Js 92/10 bzgl. der Bürgschaft über ca. 375.000 DM vom 30.06.2000; Bl. 1516 SH 14 zu 115 Js 92/10 bzgl. der ursprünglichen Einstandsverpflichtung). Der Angeklagte S schrieb am 28.02.2002 einen Vermerk (Bl. 1601 SH 14 zu 115 Js 92/10), den er mit der Bitte um Zustimmung an alle Vorstandsmitglieder sandte. Darin bat er um Zustimmung dafür, dass die S hinsichtlich der aufgrund der Einstandsverpflichtung für die rückständigen Mieten im Februar und März von den Zeugen B und von Pro7 zu zahlenden ca. 2 Mio. DM in Vorlage trat, um einen Konkurs der M zu vermeiden und zwei Monate Zeit zu gewinnen. In der Beiratssitzung der M vom 04.03.2002 (Protokoll Bl. 1328ff. SH 14 zu 115 Js 92/10) teilte die Geschäftsführung mit, die M sei zur Bedienung fälliger Verbindlichkeiten seit dem 01.03.2002 nicht mehr in der Lage, es laufe daher die drei-Wochen-Frist zur Insolvenzantragstellung. Der Vorstand wurde darüber in der Sitzung vom 05.03.2002 (Protokoll Bl. 1597 SH 14 zu 115 Js 92/10) von dem Angeklagten S informiert. In der Vorlage für die Sitzung des Vorstandes vom 16.04.2002 wurde die M – wie dargelegt – als formal derzeit insolvent bezeichnet.

(b) Die Entscheidungen des Vorstandes der S und die darin vorgesehenen Maßnahmen hatten nicht das Potential, an dieser desaströsen wirtschaftlichen Lage und den ebenso katastrophalen wirtschaftlichen Aussichten für die M etwas zu ändern. Die ergriffenen Maßnahmen dienten nicht dazu, die M kurz-, mittel- oder langfristig profitabler zu machen. Es ging nicht um die Veränderung des Geschäftskonzepts, das Erschließen neuer Geschäftsfelder oder die Verringerung der Mietzahlungen an den E-Fonds. Vielmehr diene die Einrichtung der Zweckgesellschaften, insbesondere der N2 lediglich dazu, eine für alle sichtbare Insolvenz der M durch das Sicherstellen der Mietzahlungen – letztlich durch die S – zu vermeiden. 306

(2) Des Weiteren spricht gegen die Vertretbarkeit der Entscheidung, dass insbesondere von Seiten der Geschäftsführung der M eine Insolvenz deutlich präferiert wurde. 307

(a) Der damalige Geschäftsführer der M, der Zeuge Dr. S, hatte bereits in einem für den Angeklagten S erstellten Memo vom 15.04.2002 (Bl. 4646f. SH 14 zu 115 Js 92/10) die Vorteile einer Insolvenz in Eigenverwaltung dargestellt und dabei insbesondere darauf abgestellt, dass die Fortführung der M selbst bei erfolgreichen Nachverhandlungen mit dem Fonds etwa über die Miethöhe nur eine kurz- bis mittelfristige Lösung darstelle, da die Mietinstandsverpflichtung nach zehn Jahren auslaufen würde und die M danach aller Voraussicht nach zahlungsunfähig wäre, weil sie die weiter laufende Miete an den Fonds nicht würde zahlen können.

Am 14.05.2002 hatte S eine weitere Ausarbeitung vorgelegt (Bl. 1312ff. SH 14 zu 115 Js 92/10), in der er die wirtschaftlichen Auswirkungen einer Insolvenz denen einer Verhandlungslösung mit dem E-Fonds und dem Bestand der M gegenüber gestellt hatte. Im Rahmen der Verhandlungslösung ging er dabei von einer Verringerung der Miete der M um bis zu 65% sowie einem Verzicht des Fonds auf die Mieten für August 2001 bis Januar 2002 in Höhe von ca. 4 Mio. € aus. Trotz dieser unterstellten, erheblichen Zugeständnisse des Fonds errechnete er eine gravierende Entlastung der Gesellschafter R, P und der Zeugen B durch eine Insolvenz, nämlich um je etwas über 4 Mio. € im Zeitraum 2002 bis 2010. Die wegen der übernommenen Bürgschaften stärker involvierte S sollte um ca. 150.000 € entlastet werden. In einer (wohl) früheren Version der Berechnungen (Bl. 1310f. SH 14 zu 115 Js 92/10) betrug das Einsparpotential ca. 2,5 Mio. € für die S und ca. 6,5 Mio. € für jeden der übrigen Gesellschafter. Zu bedenken ist dabei auch, dass die S auch den R-Anteil der Mietinstandsverpflichtung trug und ihr Einsparpotential danach um den Betrag für einen der anderen Gesellschafter zu erhöhen war. In dem Memo wurde zudem erneut darauf hingewiesen, dass die Fortführung der M auch nach erfolgreichen Verhandlungen mit dem Fonds nur bis zum Auslaufen der Mietinstandsverpflichtung tragfähig war. 309

Die Berechnungen entziehen sich nach Aktenlage zwar einer genaueren inhaltlichen Prüfung. Es ist aber kein Grund zu erkennen, warum S bewusst falsche Zahlen liefern sollte. Sie stehen im Übrigen im Einklang mit den soeben unter (1) dargelegten Erkenntnissen. 310

(b) Die Ausführungen S erscheinen auch nachvollziehbar. Nach § 109 InsO hätte ein Insolvenzverwalter ein Sonderkündigungsrecht hinsichtlich des Mietvertrags gehabt, so dass auf diesem Weg ein gewisser Druck auf den Fonds hätte ausgeübt werden können, einer Reduzierung der Miete zuzustimmen. Zwar hätte die Kündigung der Mietverträge eventuell die sofortige Zahlungspflicht der Mietinstandsverpflichteten für den gesamten Restbetrag auslösen können. Prognostiziert wurden von Seiten der S ausstehende Zahlungen für die S und R von zusammen ca. 46 Mio. €. Dies war zwar ein bedeutender Betrag, andererseits war er voraussichtlich im Wesentlichen sowieso – wenn auch in Raten – zu zahlen und auch nicht so groß, dass die S oder die S ihn nicht hätten aufbringen können. 311

Ferner hätte im Fall der Insolvenz ein Sonderkündigungsrecht auch bezüglich weiterer Verträge bestanden, die für die M nachteilig waren und welche die Einstandsverpflichteten nicht betrafen. Die M sah insoweit ein Einsparpotential von bis zu 8,3 Mio. € (Bl. 1691f. SH 14 zu 115 Js 92/10). 312

(c) Zwar ist nicht zu verkennen, dass mit einer Insolvenz der M für die S und die S potentiell erhebliche wirtschaftliche Risiken verbunden waren. Eine Beendigung des Engagements bei der M hätte insbesondere auch die Rückzahlung der der M durch die S und die S gewährten Kredite gefährdet. Beide hatten bereits vor, aber auch nach der Übernahme des M-Anteils im Jahr 1997 mehrfach Kreditentscheidungen zugunsten der M getroffen. Wie sich aus der Darstellung des Wirtschaftsreferenten auf Bl. 3753 d. A. 115 Js 92/10 ergibt, betrug das Kreditengagement der S bei der M zum 09.02.2001 ca. 22,8 Mio. €. Die S war zum 313

07.03.2001 mit insgesamt ca. 47 Mio. DM engagiert. Nicht abschließend einzuschätzen waren auch die Konsequenzen im Verhältnis zum Fonds. Grundsätzlich waren die Gesellschafter der M wegen der übernommenen Mieteinstandsverpflichtungen zur Zahlung der Miete verpflichtet, falls die M ausfallen sollte. Hinzu kam die durch eine Insolvenz der M in der Öffentlichkeit erregte Aufmerksamkeit.

Diese Risiken wurden in der genannten Ausarbeitung S, in der eine Insolvenz befürwortet wurde, jedoch nicht nur benannt, sondern offenbar auch berücksichtigt. Soweit in der Ausarbeitung eine Verhandlungslösung mit dem Fonds als die „sicherste Lösung“ bezeichnet wurde, ist zu beachten, dass es keine Hinweise dafür gab, die im Rahmen der Verhandlungslösung angestrebte deutliche Reduzierung der Miete, die die M an den Fonds zahlen musste, werde sich realisieren lassen. 314

(3) Gegen die Vertretbarkeit der Entscheidung spricht darüber hinaus, dass erst die Vermeidung der Insolvenz die Übernahme der Mieteinstandsverpflichtung der Zeugen B erforderlich machte, die wiederum mit dem sehr konkreten und sich förmlich aufdrängenden Risiko weiterer Zahlungen behaftet war. 315

(a) Hintergrund der Übernahme dieser Mieteinstandsverpflichtung durch eine von der Sparkasse mit Finanzmitteln ausgestattete Gesellschaft war gerade die Befürchtung, dass die Zeugen B die Insolvenz der M herbeiführen könnten, indem sie die Mieteinstandsverpflichtung nicht mehr bedienten. Dies ergibt sich deutlich bereits aus der Vorstandsvorlage vom 18.03.2002 für die Sitzung am 16.04.2002, in der sich dazu auf S. 10 unter der Überschrift „Problem Gebrüder B“ folgendes findet: 316

„Ein grundsätzliches Problem besteht jedoch in der MEV. Die Verpflichtung aus der MEV bleibt auch bei einem Verkauf der MCD-Anteile zunächst bei B, weil sie persönlich verpflichtet wurden. Wenn Bs ihren Anteil aus der MEV nicht zahlen, kann der Fonds von M die Zahlung fordern und so eine Insolvenz auslösen. Das gleiche gilt für den Fall, dass B zahlen und gleichzeitig M wegen des erlittenen Vermögensschadens in Regress nehmen würden. [...] 317

Daher ist vorgesehen, dass die MEV für die B ebenfalls durch die L übernommen wird. [...] Das heißt, dass L im Worst-Case die gesamte MEV B in Höhe von 21,8 Mio. € (42,5 Mio. DM) zu tragen hat. [...] 318

(b) Diese Übernahme der Mieteinstandsverpflichtung beinhaltete indes, wie sich aus dem eben Zitierten auch ergab, ein ganz erhebliches Risiko, dessen Eingehung vor dem Hintergrund der desolaten wirtschaftlichen Situation der M wirtschaftlich unvertretbar war, zumal die S bzw. die S dafür keine Gegenleistung erhielt. Die Übernahme dieser Mieteinstandsverpflichtung stellt daher auch für sich genommen eine Pflichtwidrigkeit dar, die nach Auffassung des Senats bereits den Vorwurf der Untreue im Sinne eines hinreichenden Tatverdachts nach Aktenlage begründet. 319

(c) Es besteht auch der hinreichende Verdacht, dass die Mittel, mit denen die Zahlungen auf die Mieteinstandsverpflichtung der Zeugen B geleistet wurden, faktisch von der S stammten. Dafür sprechen zunächst die bei dem Angeklagten E aufgefundenen Unterlagen, nach denen die eben dargestellten, später mit der P geschlossenen Verträge ursprünglich mit der S eingegangen werden sollten (vgl. Bl. 325 SH 7 zu 115 Js 92/10). Es wird zudem auch aus den Protokollen der Vorstandssitzungen bzw. den Anlagen dazu deutlich. So heißt es in der Vorstandsvorlage vom 18.03.2002 nach der oben zitierten Passage weiter: „Eine direkte Verpflichtung der S für die MEV der Herren B ist nicht vorgesehen. Die volle MEV für B soll durch die L getragen werden, die wiederum nach Vorschlag des Fonds folgende 320

Einnahmequelle haben könnte.“ [Hervorhebung nicht im Original, Senat]. Es folgt eine Berechnung der bis zu 17,5 Mio. €, die schließlich an die P ausgelagert wurden. Eine indirekte Beteiligung war dagegen eben sehr wohl vorgesehen.

Ohne diese Konstruktion erklärte sich ferner auch nicht, wieso der Fonds der P nach Verhandlungen mit der S 17,5 Mio. € zahlen sollte, wenn es sich nicht um eine Summe handelte, die sonst der S zugestanden hätte. Ebenso wenig wäre sonst nachvollziehbar, warum die L als vollkommen unbeteiligte Gesellschaft auf die Mieteinstandsverpflichtung der Zeugen B hätte zahlen sollen. Dazu fügt sich, dass auch geplant war, eventuell nicht zur Bedienung dieser Mieteinstandsverpflichtung von der L benötigte Beträge an die S fließen zu lassen, wie sich aus der in der Vorstandssitzung vom 26.06.2002 vorgelegten Folienpräsentation ergibt (Bl. 5068ff., 5074 SH 14 zu 115 Js 92/10). Falls die L tatsächlich vollkommen unabhängig von der S agiert hätte, hätte es dafür keinen Grund gegeben. Zudem stimmte der Vorstand der S in der Sitzung vom 16.04.2002 zu, dass die Zahlungen aus der Mieteinstandsverpflichtung der Zeugen B für die Monate April, Mai und Juni 2002 durch die L veranlasst wurden (s. 10 des Protokolls). Ohne eine Mitwirkung der S bei der L und bei der Bedienung der Mieteinstandsverpflichtung wäre dies nicht erklärlich. 321

(4) Gegen die Vertretbarkeit der Fortführung der M in der bisherigen Form spricht weiter die insbesondere auch in der Vorlage für die Sitzung des Vorstandes am 16.04.2002 zum Ausdruck kommende Motivation für die Entscheidung gegen die Insolvenz. An mehreren Stellen der Vorlage, die wesentlich von dem Angeklagten S be- und überarbeitet wurde, wurde auf mögliche Imageschäden für den Ker Medienmarkt und politische Risiken für alle Beteiligten hingewiesen. Diese erwähnte der Angeklagte S auch in einem Vermerk vom 28.05.2002 (Bl. 1691f. SH 14 zu 115 Js 92/10). Er verwies zudem in der Vorstandssitzung ausdrücklich auf die „grundsätzliche standortpolitische Bedeutung der Weiterführung des Geschäftsbetriebs der M am Standort ‘C’ für die weitere Erschließung und Attraktivitätssteigerung des Standortes K“ hin. Der Zeuge S hat dazu angegeben, eine Insolvenz habe man sich in K nach dem Parteispendenskandal politisch nicht leisten können (Vernehmung vom 25.02.2011, Bl. 1461, 1476 d. A. 115 Js 92/10). 322

Dabei handelte es sich jedoch um Überlegungen, die im Rahmen der zuallererst einmal wirtschaftlichen Fragestellung nur eine untergeordnete Rolle spielen konnten und nicht die entscheidende Bedeutung hätten haben dürfen, die ihnen nach Aktenlage beigemessen wurde. Dasselbe gilt für die ebenfalls, auch im Strategie- und Kreditausschuss, betonte Bedeutung von R für den Standort K. Wie bereits zu Fall 4 ausgeführt, konnte dies kein taugliches Argument für das Eingehen erheblicher und nicht nur abstrakt drohender Risiken sein. 323

(5) Zudem ist erneut auf die von dem Angeklagten S in der Sitzung vom 16.04.2002 hergestellte Verknüpfung mit möglichen Provisionserlösen der S aus der Erstvermietungsgarantie hinzuweisen, die – wie ebenfalls bereits zu Fall 4 dargestellt – insofern keine Berücksichtigung finden können. 324

(6) Darüber hinaus spricht nach Auffassung des Senats gegen die Vertretbarkeit der Fortführungsentscheidung auch, dass zu ihrer Umsetzung eine Konstruktion gewählt wurde, deren Gestaltung in gleich mehrfacher Hinsicht schon für sich genommen pflichtwidrig war. 325

(a) Dies betrifft zunächst die Übernahme des Anteils der Zeugen B an der M durch die L, die der Vorstand der S in der Sitzung am 16.04.2002 billigte. Der Erwerb des Anteils durch diese Zweckgesellschaft stellte eine Umgehung der Vorschriften der SpkVO NW dar. 326

(aa) § 7 SpkVO NW untersagte auch in der damals gültigen Fassung Beteiligungen, durch die Tochterunternehmen im Sinne des § 1 Abs. 7 KWG entstanden. Nach dessen zur Tatzeit gültigen Fassung waren Tochterunternehmen unter anderem solche, auf die ein bestimmender Einfluss ausgeübt werden konnte. Ein solch bestimmender Einfluss der Sparkasse bzw. der S auf die M wäre jedoch anzunehmen gewesen, falls die Sparkasse den Anteil der Zeugen B an der M offen übernommen hätte. Die S hielt bereits offen ihren eigenen Anteil von ca. 25% sowie verdeckt noch die ca. 25% von R an der M. Der Anteil der Zeugen B machte weitere 24% aus.

(bb) Diese Regelung wurde durch die Einschaltung der L umgangen. Dass diese nur formal 328 involviert war, faktisch jedoch der Erwerb des Anteils der Zeugen B durch die Sparkasse erfolgte, ist anhand der Aktenlage hinreichend nachvollziehbar.

So wurde bereits in der Vorstandsvorlage vom 18.03.2002 ausgeführt, es komme auch für 329 den Anteil der Zeugen B nur ein Treuhänder in Frage, um eine Bilanzierungspflicht für die S bzw. die S zu vermeiden (S. 9 des Protokolls). Die L war eine 100%ige Tochter zunächst der D H Beteiligungsgesellschaft GmbH (im Folgenden: D H) und später der P, die beide zu 100% dem Zeugen S gehörten, dem privaten Steuerberater des Angeklagten S. Welches originäre Interesse die L an dem Erwerb des Anteils hätte haben können, ist nicht ersichtlich. Das Geld, mit dem der Anteil erworben wurde, stammte zudem aus einem zinslosen und unbefristeten Darlehen der S an die D H vom 13.12.2001 über ca. 5,6 Mio. € (Bl. 2659f. SH 14 zu 115 Js 92/10). Wie im Gesellschafterbeschluss der S vom 11.12.2001 (S. 185 Band 1 SH 16 zu 115 Js 92/10, zitiert nach E-Akte) festgehalten, verpflichtete sich die Gesellschaft im Gegenzug, bei der L eine Kapitalerhöhung durchzuführen, damit diese den Anteil der Zeugen B erwerben konnte.

(b) Pflichtwidrig war ferner die Auslagerung einer Gewinnchance auf die P, die diese in die 330 Lage versetzte, über die L die Mieteinstandsverpflichtung der Zeugen B zu bedienen.

(aa) Der Vorstand wurde bereits in der Sitzung am 16.04.2002 darüber in Kenntnis gesetzt, 331 dass eine N2 gegründet werden sollte, deren Zweck in der Übernahme der Mieteinstandsverpflichtung der Zeugen B liegen sollte (S. 3 des Protokolls). Die Finanzierung sollte durch den Abschluss von Grundstücksverträgen und Abwicklung damit verbundener Projektentwicklungsverträge sowie den Abschluss von Mietervermittlungsverträgen erfolgen (S. 3 des Protokolls). Als „Kalkulationsrahmen“ waren 17,5 Mio. € genannt (S. 3 des Protokolls). Diese N2 solle anstelle der L die Freistellung der Zeugen B übernehmen (S. 4 des Protokolls). Der Vorstand der S stimmte der Aufnahme von Verhandlungen zwecks Einrichtung der N2 zu. Die Rolle übernahm schließlich die P.

(bb) Damit wurden nach Aktenlage zunächst Bilanzierungsrichtlinien umgangen, indem die 332 Zahlungen auf die Mieteinstandsverpflichtung in den Bilanzen der S und der S nicht erfasst wurden, obwohl die Mittel, mit denen die Zahlungen geleistet wurden, faktisch von der S stammten.

(cc) Zudem gab die S aufgrund dieser Konstruktion die Kontrolle über die in die L bzw. die P 333 ausgelagerten Beträge faktisch auf. Denn trotz der Vielzahl der dazu getroffenen Vereinbarungen gab es keine Regelung des Verhältnisses zwischen der S und der P oder der L. Insbesondere hatte die S keine rechtliche Handhabe, sich die Mittelverwendung durch die P und die L offenlegen zu lassen. Das ganze Projekt beruhte offenbar auf dem guten Verhältnis zwischen dem Angeklagten S und dem Zeugen Dr. S. Angesichts der ganz erheblichen Summen, die im Raum standen, genügte dies keineswegs den Anforderungen an die Sorgfalt, die ein ordentlicher Geschäftsmann in verantwortlich leitender Stellung bei

selbstständiger Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen gemäß § 93 Abs. 1 S. 1 AktG zu berücksichtigen hat. Der Zeuge W hat dazu in seiner Vernehmung vom 10.01.2011 (Protokoll Bl. 1302, 1315 d. A. 115 Js 92/10) anschaulich bekundet, bei dieser Konstruktion stellten sich jedem „Banker die Nackenhaare hoch“.

(dd) Vor diesem Hintergrund verfängt auch der Hinweis der Verteidigerin des Angeklagten S 334 in ihrem Schriftsatz vom 27.12.2010 (Bl. 1067, 1077 d. A. 115 Js 92/10) nicht, die Involvierung der L sei in einem Prüfbericht der Prüfungsstelle des RS Giroverbandes vom 21.02.2006 nicht beanstandet worden. Aus dem auszugsweise von ihr (und in dem Vermerk des Wirtschaftsreferenten vom 29.04.2011, Bl. 1700ff. d. A. 115 Js 92/10) zitierten Bericht ergibt sich deutlich, dass dem Prüferverband nicht bekannt war, dass die S die L als Instrument nutzte, um ohne rechtliche Verpflichtung die Mieteinstandsverpflichtung der Zeugen B zu bedienen und zu diesem Zweck einen zweistelligen Millionenbetrag ohne geregelte Kontrollmöglichkeit ausgelagert hatte. Das hätte die Prüfungsstelle mit Sicherheit sehr wohl moniert, jedenfalls hätte sie es beanstanden müssen.

(7) Bei einer Gesamtschau war die Entscheidung, die M praktisch unverändert fortzuführen, 335 mit hinreichender Wahrscheinlichkeit unvertretbar und damit pflichtwidrig im Sinne des § 266 StGB. Angesichts der wirtschaftlichen Lage der M und der für die Zukunft zu erwartenden Verluste erscheint es trotz der mit einer Insolvenz verbundenen Risiken nach Aktenlage nicht vertretbar, von Seiten des Vorstandes nicht nur keines der ihm präsentierten Szenarien zur Veränderung der M, insbesondere ihre Insolvenz, weiter verfolgt, sondern stattdessen sogar das mit dem Engagement bei der M verbundene Risiko durch die faktische Übernahme des Gesellschaftsanteils der Zeugen B und insbesondere deren Mieteinstandsverpflichtung nochmals deutlich erhöht zu haben.

dd) Vor diesem Hintergrund kann der Klärung in der Hauptverhandlung überlassen werden, 336 ob entsprechend dem Vorwurf der Anklage weitere Pflichtverletzungen der Angeklagten S und S vorliegen, die gleichfalls kausal für den Schaden geworden sind.

ee) Eine Einwilligung des Vermögensinhabers liegt nicht vor. 337

(1) Die Situation der M war zwar in verschiedenen Gremien Gegenstand von Erörterungen. 338 So wurde der Strategieausschuss des Verwaltungsrates am 22.04.2002 (Protokoll Bl. 651ff. SH 13 zu 115 Js 92/10) und erneut am 24.06.2002 informiert (Protokoll Bl. 658ff. SH 13 zu 115 Js 92/10). Der Angeklagte S gab zwar etliche Informationen zur M und wies auch auf wirtschaftliche Schwierigkeiten hin. Er erwähnte indes nach Lage der Akten nicht, dass mittlerweile ernsthaft über eine Insolvenz der M nachgedacht wurde. In der Sitzung des Kreditausschusses vom selben Tag (Protokoll Bl. 190ff. SH 7 zu 115 Js 92/10) informierte der Angeklagte S anhand von Folien detailliert über die M. Dabei wurde hinsichtlich der N2 dargestellt, diese werde „nicht mit der S oder deren Tochtergesellschaften verbunden“ sein, was später gerade nicht umgesetzt wurde. Die Überlegungen zur Insolvenz der M wurden überhaupt nicht erwähnt.

(2) Eine Zustimmung eines der Gremien zu der schließlich umgesetzten Lösung gab es nicht. 339 Diese wurde in den Gremien überhaupt nicht erörtert, dem Kreditausschuss wurde vielmehr noch die Lösung präsentiert, nach der die S an der N2 nicht beteiligt sein sollte. Des Weiteren wäre eine solche Zustimmung nach Aktenlage nicht ausreichend gewesen, da die Information der Gremienmitglieder durch den Angeklagten S unzureichend war, weil die ernsthaft diskutierte Möglichkeit einer Insolvenz der M nicht angesprochen und insgesamt die wirtschaftliche Situation der M beschönigt wurde.

b) Es besteht weiter der hinreichende Tatverdacht, dass infolge der Pflichtwidrigkeit ein Schaden entstanden ist. Der Schaden liegt nach Auffassung des Senats dabei jedenfalls in den vorhersehbaren Zahlungen auf die Mieteinstandsverpflichtung der Zeugen B, denen keine Kompensation gegenüberstand.

aa) Die Bedienung der Mieteinstandsverpflichtung steht in einem kausalen Verhältnis zu der soeben dargestellten Pflichtwidrigkeit. Denn die faktische Übernahme der Einstandsverpflichtung der Zeugen B zunächst durch die L, die zwischen 2002 und 2005 von der P und dann durch Darlehen von der S finanziert wurde, und schließlich durch die S direkt, geschah nur vor dem Hintergrund der beabsichtigten Fortführung der M und der Entscheidung, keine Insolvenz zulassen zu wollen, wie bereits ausgeführt wurde. Hätte man nicht befürchtet, die Zeugen B würden durch ihre Weigerung oder ihr Unvermögen, ihre Mieteinstandsverpflichtung zu bedienen, die Insolvenz der M herbeiführen, hätte kein Grund bestanden, diese Einstandsverpflichtung faktisch zu übernehmen. 341

Dem steht nicht entgegen, dass die Übernahme der Mieteinstandsverpflichtung nicht durch die S direkt, sondern durch die L bzw. die P erfolgte. Wie ausgeführt, erfolgte die Einschaltung dieser Gesellschaften zur Umgehung sparkassenrechtlicher Vorschriften. Wie ebenfalls dargelegt, stand jedoch außer Frage, dass wirtschaftlich die S bzw. die S für die Erfüllung der Einstandsverpflichtung der Zeugen B eintreten sollte und waren die finanziellen Mittel, mit denen die Gesellschaften ausgestattet wurden, tatsächlich der Sparkasse zuzurechnen. 342

Es kommt auch nicht darauf an, dass die S bzw. die S aufgrund der gewählten Konstruktion über einen längeren Zeitraum keine direkten Zahlungen an den Fonds leistete, sondern die L und die sie finanzierende P die Mieteinstandsverpflichtung bedienten, da sie dazu eben der S zuzurechnende Gelder verwendeten. Es ist für das Vorliegen eines Schadens ohne Belang, ob die Vermögenseinbuße durch die einmalige Auslagerung einer Gewinnchance oder durch die mehrfache Zahlung von Teilbeträgen entsteht. 343

Ebenfalls nicht entscheidend ist, dass die Zahlungen auf die Einstandspflicht der Zeugen B letztlich nicht vertraglich fixiert waren. Wie in einem internen Ergebnisprotokolls der S aus Juni 2006 (Bl. 2777f. SH 14 zu 115 Js 92/10) zutreffend festgehalten, war Grundlage der Zahlungen der L das Eckpunktepapier vom 21.03.2002 (Bl. 426f. SH 6 zu 114 Js 220/09). Dieses sah eine Zahlungsverpflichtung jedoch nicht vor, sondern verpflichtete nur die S, sich um eine befreiende Schuldübernahme zugunsten der Zeugen B zu bemühen, zu der es jedoch nie kam. Die L und die Zeugen B schlossen daher über die Zahlungen in den einzelnen Monaten jeweils gesonderte Vereinbarungen. Ferner gab es auch keine Verpflichtung der Sparkasse, die L oder die P mit Finanzmitteln auszustatten. Beide waren nach der Papierform mit der S nicht verbundene Gesellschaften, anderenfalls hätte wiederum ein Konflikt mit der SpkVO gedroht. 344

Entscheidend ist vielmehr, dass nach Aktenlage allen Beteiligten bewusst war, dass die S die Mieteinstandsverpflichtung der Zeugen B faktisch übernehmen würde. Eine Untreue kann jedoch auch in einem unmittelbar schädigenden Angriff auf das betreute Vermögen liegen (vgl. die Nachweise bei Fischer a.a.O., § 266, Rn. 51). Um einen solchen Angriff handelte es sich aber bei der verdeckten, nicht rechtsgeschäftlich geregelten Übernahme der Zahlungsverpflichtung der Zeugen B mithilfe von zu diesem Zweck ausgelagerten Mitteln der S. 345

bb) Das Vorliegen eines Schadens bei der einer Bürgschaft vergleichbaren Übernahme der Mieteinstandsverpflichtung ist erneut abhängig von der Wahrscheinlichkeit der 346

Inanspruchnahme aus der Verpflichtung und der wirtschaftlichen Gleichwertigkeit ggf. zugleich erlangter Vorteile einschließlich Gewinnerwartungen.

(1) Die Mieteinstandsverpflichtung stellte ein ganz erhebliches wirtschaftliches Risiko dar. 347

In dem Entwurf für die Vorstandsvorlage für die Sitzung vom 16.04.2002, der vom 17.03.2002 348 stammt, führte der Beteiligungsbereich der S aus, dass bei Fortführung der M in der bestehenden Form bis zum Auslaufen der Mieteinstandsverpflichtung im Jahr 2011 auf die Einstandspflicht der Zeugen B ca. 21,7 Mio. € zu zahlen seien (Bl. 2477 SH 14 zu 115 Js 92/10). Der Zeuge F ging in einer Berechnung vom 26.09.2002 von einer Gesamthöhe der Mieteinstandsverpflichtung für Oktober 2002 bis Dezember 2009 von 20,535 Mio. € aus, woraus er unter Berücksichtigung eines Eigenanteils der M von 15% eine Zahlungspflicht in Höhe von 17,45 Mio. € errechnete (S. 386ff. SH 16 Band 1 zu 115 Js 92/10). Legt man einen Eigenanteil der M von 35% zugrunde, wie von S in seinem Vermerk vom 28.05.2002 (Bl. 1691 SH 14 zu 115 Js 92/10) und in der Vorlage für den Kreditausschuss (Bl. 207ff. SH 7 zu 15 Js 92/10) angenommen, errechnet sich ein Zahlungsbetrag von ca. 13,37 Mio. €.

(2) Das Risiko, aus dieser Verpflichtung in Anspruch genommen zu werden, war angesichts 349 der beschriebenen wirtschaftlichen Situation der M sehr hoch. Faktisch stellte sich nur die Frage, wie viel, nicht, ob man würde zahlen müssen. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass die Einstandspflicht für den Standort H im Februar 2008 auslief, so dass die M von diesem Zeitpunkt an die Miete für H alleine erwirtschaften bzw. tragen musste, wodurch ihre finanziellen Schwierigkeiten sich vorhersehbar weiter verstärken würden.

(3) Eine auch nur annähernd ausreichende Kompensation für dieses erhebliche Risiko ist 350 nicht ersichtlich.

Zwar hatten die Zeugen B sich gegenüber der S in § 3 des Eckpunktepapiers vom 21.03.2002 dazu verpflichtet, eine Grundschuld über 6 Mio. € zu bestellen. Diese Sicherheit sollte jedoch von vornherein nur 1/3 der Einstandsverpflichtung ausgleichen (vgl. Eckpunktepapier v. 21.03.2002 und Vorstandsvorlage v. 18.03.2002). Zudem war sie – jedenfalls besteht der hinreichende Verdacht – auch bei weitem keine 6 Mio. € wert. Nach zwei Stellungnahmen vom 21.08. und 20.09.2002 (vgl. Bl. 1681 SH 14 zu 115 Js 92/10 bzw. S. 374 Band 1 SH 16 zu 115 Js 92/10, zitiert nach E-Akte) handelte es sich bei dem betreffenden Grundstück um eine Füllsandgrube mit Kiesvorkommen ohne vorhandene Auskiesungsgenehmigung, die erst in einem möglicherweise langwierigen Rechtsstreit verwaltungsrechtlich hätte erstritten werden müssen. Selbst bei Annahme eines Ertrages von 100.000 € pro Jahr für eine Dauer von zehn Jahren betrug der Barwert des Grundstücks maximal ca. 700.000 €, bei einem Beginn der Nutzung erst in 20 Jahren nur ca. 181.000 €.

(4) In der Folge kam es tatsächlich zu erheblichen Zahlungen der S an die L zum Ausgleich 352 der Mieteinstandsverpflichtung der Zeugen B. Aus der Aufstellung Bl. 4917 d. A. 115 Js 92/10 ergeben sich insoweit für das Jahr 2002 ca. 450.000 €, zwischen 2005 und 2007 jeweils zwischen 2 Mio. und 2,7 Mio. € jährlich und für das Jahr 2008 845.000 €. Berücksichtigt man davon als kausal auf der Pflichtverletzung beruhend nur die Zahlungen ab der Vorstandssitzung vom 25.09.2002, ergibt sich ein Betrag von insgesamt ca. 8 Mio. €. Zudem gab es noch Zahlungen der L an den Fonds auf die Einstandsverpflichtung der Zeugen B aus der von der P bereitgestellten Liquidität in den Jahren 2002 bis 2005. Von April 2002 bis Juli 2003 waren dies bereits ca. 4,1 Mio. € (vgl. Schreiben Bl. 1653 SH 14 zu 115 Js 92/10). Auch dabei handelte es sich faktisch um Geld der S.

(5) Angesichts dessen ist der hinreichende Tatverdacht eines Gefährdungsschadens bei der gebotenen ex-ante-Betrachtung gegeben. Eines Sachverständigengutachtens bedarf es insoweit nicht. Es ist ferner nicht zu erkennen, warum der Schaden in einer Hauptverhandlung nicht zumindest im Sinne der Feststellung eines Mindestschadens bezifferbar sein sollte. Es kann der Klärung in der Hauptverhandlung überlassen werden, ob noch ein darüber hinausgehender Schaden eingetreten ist.

(6) Die von der Kammer geäußerten Bedenken (S. 42 – 45 des Beschlusses) richten sich ausschließlich gegen Details der Schadensberechnung der Staatsanwaltschaft, die sich von der durch den Senat vorgenommenen wesentlich unterscheidet. Zu näheren Ausführungen geben sie daher keinen Anlass. 354

c) Es besteht der hinreichende Tatverdacht, dass die Angeklagten S und S bedingt vorsätzlich gehandelt haben. 355

aa) Dies gilt zunächst im Hinblick auf die Pflichtwidrigkeit. Das kognitive Vorsatzelement ist zu bejahen, da alle relevanten Umstände beiden Angeklagten bereits anhand der Vorstandsvorlage und den Erörterungen in der Sitzung vom 16.04.2002 bekannt waren. Aus der Vorstandsvorlage vom 18.03.2002 ergab sich hinreichend deutlich die katastrophale wirtschaftliche Lage der M, die als „unter formalen Aspekten betrachtet [...] bereits derzeit insolvent“ bezeichnet wurde, was näher ausgeführt wurde. Ebenfalls wurde in der Vorlage der Vorschlag einer eigenverwalteten Insolvenz seitens der Geschäftsführung der M dargestellt. In der Sitzung vom 16.04.2002 wurden darüber hinaus mehrere Szenarien, darunter die eigenverwaltete und die „klassische“ Insolvenz, erörtert. Ebenso war dem Vorstand die gewählte und bereits für sich genommen – offenkundig – pflichtwidrige Konstruktion bekannt, die erforderlich war, um die Übernahme des Gesellschaftsanteils der Zeugen B und der Mieteinstandsverpflichtung zu bewerkstelligen. Dasselbe gilt für den Umstand, dass beides dem Zweck diene, eine Insolvenz zu vermeiden und dass dies nicht zuletzt nicht erfolgen sollte, um Imageschäden zu vermeiden. 356

Angesichts dieser Sachlage ist auch der hinreichende Verdacht hinsichtlich des voluntativen Vorsatzelements zu bejahen. Es besteht nach Aktenlage der für eine Zulassung der Anklage erforderliche hinreichende Verdacht, dass die Vorstandsmitglieder sich zumindest damit abfanden, dass ihre konkludente Entscheidung, sich mit den präsentierten Szenarien zur Veränderung der M nicht weiter zu beschäftigen und gleichzeitig das ohnehin schon große Risiko, das mit dem Engagement bei der M verbunden war, insbesondere durch die faktische Übernahme der Mieteinstandsverpflichtung weiter zu vergrößern, unvertretbar und damit pflichtwidrig war. 357

bb) In Bezug auf den Eintritt bzw. die Realisierung eines Schadens gilt nichts anderes. Es ist nicht zu bezweifeln, dass die beiden Angeklagten S und S insbesondere die aufgrund der Fortführung der M entstehende Notwendigkeit, die Mieteinstandsverpflichtung der Zeugen B zu bedienen, erkannten, so dass das kognitive Element zu bejahen ist. Auch wenn hinsichtlich des voluntativen Elements grundsätzlich Zurückhaltung geboten ist, spricht angesichts der katastrophalen wirtschaftlichen Lage der M und des erheblichen Risikos, das gerade aus der Übernahme der Mieteinstandsverpflichtung resultierte, vieles dafür, dass beide sich auch damit abfanden, dass die Sparkasse bzw. die S auf diese faktisch übernommene Verpflichtung würde leisten müssen, und dies bis zum Auslaufen der Einstandspflicht. Jedenfalls besteht auch insoweit der hinreichende Tatverdacht. 358

d) Verjährung ist nicht eingetreten. 359

aa) Die Verjährung begann mit der letzten vom Vorsatz umfassten Zahlung auf die Mietinstandsverpflichtung, die nach Aktenlage im Jahr 2008 erfolgte. Es kommt insoweit insbesondere auch nicht darauf an, ob man die Auslagerung der Gewinnchance auf die Zweckgesellschaften als mit der Bildung einer sogenannten „schwarzen Kasse“ vergleichbaren Vorgang auffasst. Der Bundesgerichtshof hat in einer seiner Entscheidungen zur Bildung einer solchen „schwarzen Kasse“ (BGHSt 52, 323) zwar dargelegt, dass bereits die dauerhafte Entziehung der Verfügungsmöglichkeit über die veruntreuten Vermögensteile für den Treugeber nicht nur eine („schadensgleiche“) Gefährdung des Bestands seines Vermögens, sondern einen endgültigen Vermögensverlust darstelle, der zur Vollendung des Tatbestands der Untreue führe. Die Verwendung der entzogenen und auf verdeckten Konten geführten Geldmittel sei nur eine Schadensvertiefung (Rz. 46, zitiert nach juris, Hervorhebung nicht im Original, Senat). Er hat in derselben Entscheidung indes auch ausgeführt, dass der spätere Verbrauch der dem Zugriff entzogenen Mittel die mit Übernahme der verdeckten Kasse bereits vollendete Untreue beendet habe (Rz. 49, zitiert nach juris, Hervorhebung nicht im Original, Senat). Wie dargestellt, beginnt die Verjährung jedoch mit der Beendigung der Tat.

bb) Die Verjährung wurde im April 2010 durch die bereits im Fall 4 angesprochene Verfügung 361 der Vernehmung der Angeklagten durch die Staatsanwaltschaft und den von dem Amtsgericht K erlassenen Beschlagnahmebeschluss gemäß § 78c Abs. 1 Nr. 1 bzw. Nr. 4 StGB unterbrochen. Die Unterbrechungshandlung betraf insbesondere auch die im Fall 5 angeklagte Tat und bezog sich auf die Angeklagten S und S (sowie den Angeklagten E). Die bereits erwähnte einleitende Verfügung der Staatsanwaltschaft vom 22.02.2010 (Bl. 1ff. d. A. 115 Js 92/10), in der der Sachverhalt geschildert und die Beschuldigten, darunter die Angeklagten S, S und E, aufgezählt wurden, befasste sich nicht nur allgemein mit der M und dem C sowie der Übernahme eines Gesellschaftsanteils an der M durch die S, sondern explizit auch mit der Übernahme des Anteils der Zeugen B durch die L und mit der Übernahme deren Mietinstandsverpflichtung.

Angesichts der Erhebung der Anklage am 30.05.2014 und ihres Eingangs bei Gericht am 362 16.06.2014 ist Verjährung in dem Zeitraum zwischen der Unterbrechung der Verjährung und der Anklageerhebung ebenfalls nicht eingetreten.

2. Hinsichtlich des Angeklagten E besteht der hinreichende Verdacht, dass er zu der 363 vorsätzlich und rechtswidrig begangenen Haupttat der Angeklagten S und S Beihilfe geleistet hat.

a) Zunächst liegt der hinreichende Tatverdacht einer Beihilfehandlung vor. 364

Der Abschluss der Vereinbarungen zwischen der J und der L sowie der P und die 365 nachfolgende Zahlung der Geldmittel stehen – wie oben dargelegt – außer Zweifel. Nicht zu verkennen ist allerdings auch, dass diese sich bei objektiver Betrachtung als berufstypische Handlungen darstellen könnten. Überwiegend wird bei derartigen Handlungen eine Einschränkung der Strafbarkeitsvoraussetzungen vorgenommen (vgl. den Überblick bei Fischer a.a.O., § 27, Rn. 16ff.).

aa) Nach gefestigter Rechtsprechung muss die Abgrenzung zwischen strafbarem und 366 straffreiem Verhalten bei derartigen Handlungen im Rahmen des subjektiven Tatbestandes erfolgen. Eine generelle Straflosigkeit solcher Handlungen scheidet aus, es bedarf vielmehr einer bewertenden Betrachtung im Einzelfall: Zielt das Handeln des Haupttäters ausschließlich darauf ab, eine strafbare Handlung zu begehen, und weiß dies der Hilfeleistende, so ist sein Tatbeitrag als Beihilfehandlung zu werten. In diesem Fall verliert

sein Tun stets den „Alltagscharakter“; es ist als „Solidarisierung“ mit dem Täter zu deuten und dann auch nicht mehr als sozialadäquat anzusehen. Weiß der Hilfeleistende dagegen nicht, wie der von ihm geleistete Beitrag vom Haupttäter verwendet wird, hält er es lediglich für möglich, dass sein Tun zur Begehung einer Straftat genutzt wird, so ist sein Handeln regelmäßig noch nicht als strafbare Beihilfehandlung zu beurteilen, es sei denn, das von ihm erkannte Risiko strafbaren Verhaltens des von ihm Unterstützten ist derart hoch gewesen, dass er sich mit seiner Hilfeleistung „die Förderung eines erkennbar tatgeneigten Täters angelegen sein“ lässt (BGHSt 46, 107; BGH StV 2000, 479; 2014, 474; NJW 2001, 2409).

Diese Grundsätze dienen im Wesentlichen der Begrenzung von strafbarem Beihilfeunrecht bei Verhaltensweisen, „die der Ausführende jedem anderen in der Lage des Täters gegenüber vorgenommen hätte, weil er mit der Handlung - im Vorhinein (auch) - tat- und täterunabhängige eigene, rechtlich als solche nicht missbilligte Zwecke verfolgt“. Danach kann eine strafbare Beihilfe aus objektiven Gründen zu verneinen sein, wenn dem Handeln des – um die bevorstehende Deliktsverwirklichung wissenden – Täters der „deliktische Sinnbezug“ fehlt, weil das vom Gehilfen geförderte Tun des Haupttäters nicht allein auf die Begehung einer strafbaren Handlung abzielt und der Beitrag des Gehilfen auch ohne das strafbare Handeln des Täters für diesen sinnvoll bleibt, der Gehilfe mithin zwar den Täter, nicht aber unmittelbar dessen strafbares Tun durch seinen Beitrag unterstützt. Subjektiv besteht insoweit Anlass zu einer Begrenzung der Beihilfestrafbarkeit, als der Außenstehende eine deliktische Verwendung seines Beitrags durch den Täter zwar für möglich hält – also mit *dolus eventualis* handelt – aufgrund des Alltagscharakters seines Tuns aber darauf vertrauen darf, dass der andere dieses nicht zur Begehung einer vorsätzlichen Straftat ausnutzen wird. Indem der Bundesgerichtshof in den Fällen, in denen der Hilfeleistende nicht weiß, wie der von ihm geleistete Beitrag vom Haupttäter verwendet wird, die Strafbarkeit davon abhängig macht, ob das vom Hilfeleistenden erkannte Risiko strafbaren Verhaltens des von ihm Unterstützten derart hoch ist, dass er sich mit seiner Hilfeleistung die Förderung eines erkennbar tatgeneigten Täters angelegen sein lässt, wird sichergestellt, dass sich niemand durch bloße Mutmaßungen über die Möglichkeit einer strafbaren Verwendung von alltäglichen, sozial nicht unerwünschten Handlungen abhalten lassen muss (BGH StV 2014, 474 m.w.N.).

bb) Unter Zugrundelegung dieses Maßstabes gilt Folgendes:

(1) Objektiv war das Handeln des Angeklagten E, nämlich der Abschluss der Verträge mit der L und der P, für die S und die S ohne die damit einhergehende Untreuehandlung nicht sinnvoll. Es bestand kein Grund außer der Bedienung der Mietinstandsverpflichtung und der damit angestrebten Vermeidung einer Insolvenz, die der S zustehende Gewinnchance in Form der Provisionen auf Gesellschaften außerhalb der S-gruppe auszulagern.

(2) Es besteht auch der hinreichende Tatverdacht, dass der Angeklagte E nicht nur für möglich hielt, sondern sicher wusste, wie die Sparkasse die der L und der P zur Verfügung gestellten Beträge einzusetzen gedachte.

(a) In dem Schriftsatz seiner Verteidiger vom 09.06.2011 (Bl. 1755ff. d. A. 115 Js 92/10) ist eine entsprechende Kenntnis jedenfalls bei Abschluss der Vereinbarungen bestritten worden. Die Beauftragung und Bezahlung der L und der P stellten neutrale, berufstypische Handlungen dar, weswegen erhöhte Anforderungen an den Gehilfenvorsatz zu stellen seien (Bl. 1809f.). Diese seien nicht erfüllt, da es sich in den Augen des Angeklagten E um einen normalen geschäftlichen Vorgang gehandelt habe. Interne Überlegungen der S bzw. S zur Aufteilung des Honorars belegten schon keine Kenntnis der J bzw. Es. Von den Überlegungen innerhalb der S, die P und die von ihr aus den Verträgen mit dem Angeklagten

E erzielten Provisionen zur Erfüllung der Mieteinstandsverpflichtung der Zeugen B einzusetzen, sei ihm nichts bekannt gewesen.

(b) Für diese Kenntnis spricht jedoch eine ganze Reihe von Umständen, die nach Auffassung des Senats den hinreichenden Tatverdacht begründet: 372

(aa) Der Zeuge F hielt in handschriftlichen Notizen vom 05.02.2002 (Bl. 5831f. SH 14 zu 115 Js 92/10) den Inhalt eines Gesprächs mit R fest, den ihm der damalige Assistent des Angeklagten S, der Zeuge B, geschildert hatte. Danach sollte eine Insolvenz der M in jedem Fall vermieden werden („keine Insolvenz!“ [Hervorhebung im Original, Senat]). Unter dem Punkt „Verkauf Anteile MCD-B“ hielt F unter anderem fest: 373

„- MEV wird B abgenommen 374

- iVm Anteil durch neue Gesellschaft [Hervorhebung im Original, Senat] (gestellt [?] durch Fond/O) als neuer Gesellschafter M 375

- Prov. aus Umzug R ins C in 2008 soll der neuen Gesellschaft zufließen“ 376

Letztlich handelte es sich dabei um exakt das später auch umgesetzte Vorgehen. Dass R, damals neben dem Angeklagten E Geschäftsführer der J und der OEH, den Angeklagten E davon in Kenntnis setzte, ist mit hinreichender Sicherheit anzunehmen. 377

(bb) Dazu fügt sich, dass in der Vorstandsvorlage vom 18.03.2002 auf S. 10 ausgeführt ist, dass die Einnahmequellen, aus denen die L die Zahlungen auf die Mieteinstandsverpflichtung der Zeugen B leisten sollte, auf einem Vorschlag des Fonds beruhten (Hervorhebung nicht im Original, Senat). Dies hatte der Angeklagte S in die Ursprungsversion eingefügt (vgl. Bl. 2475 SH 14 zu 115 Js 92/10). 378

(cc) In einer handschriftlichen Notiz Rs vom 15.03.2002 zu einem Telefonat mit dem Angeklagten S (Bl. 1509 d. A. 115 Js 92/10) heißt es unter anderem: 379

„- eine Garantie oder Bürgschaft für die drei Mio. € kann er nicht geben, er wird aber über die S absolut sicherstellen, dass wir [sic] für den Fall, dass L das Honorar zurückzahlen muss, dies auch kann und wird. 380

- GAS [G A S] geht unter Bezugnahme auf Gespräche mit JE [J E] als sicher davon aus, dass die Anmietung von R gelingt. Sollte dies wider Erwarten nicht gelingen, muss der beabsichtigte Erfolg mit alternativen Projekten herbeigeführt werden. Dies ist Voraussetzung dafür, dass L den Anteil B übernimmt.“ 381

Daraus ergibt sich zweierlei deutlich: Zum einen gab es auch aus Sicht der Mitarbeiter des Angeklagten E offenbar eine Verbindung zwischen der L und der S, anderenfalls hätte kein Grund bestanden, S nach einer Garantie oder Bürgschaft für die an die L gezahlten 3 Mio. € zu fragen. Zum anderen war die Provision der L für die R-Ansiedlung mit dem Erwerb des Anteils der Zeugen B verknüpft und sollte der „beabsichtigte Erfolg“, mehr als naheliegend die Ausstattung der L mit Finanzmitteln, zur Not auch mit anderen Projekten erfolgen. Letzteres spricht gravierend dagegen, dass das Geschäft mit L aus Sicht der J oder des Fonds, also des Angeklagten E, ein „normales“ war. 382

(dd) Der Rechtsanwalt des Angeklagten E, Rechtsanwalt B, führte in einem Vermerk „zur Vorlage bei Herrn E“ vom 18.03.2002 (Bl. 1297 SH 7 zu 115 Js 92/10) aus: 383

384

„L wird die Einstandspflicht nach Angaben von Herrn S nur und erst übernehmen, wenn das Grundstücksgeschäft geaktet ist und eine rechtsverbindliche Zusage von R vorliegt, zu den Bedingungen des Erstvermietungsgarantievertrages einen Neubau auf dem Kasernengelände anzumieten.

Das bedeutet: Kommen diese Voraussetzungen bis Ende Juni 2002 nicht zustande, kann eine Insolvenz der M nicht länger verhindert werden, es sei denn, dass jemand anders [sic] einspringt.“ 385

Auch daraus ergibt sich eindeutig eine Verknüpfung zwischen der Übernahme der Mieteinstandsverpflichtung und der Mietervermittlung. Deutlich wird auch, dass bei Scheitern des Vorhabens die Insolvenz der M befürchtet wurde. 386

(ee) Für die Kenntnis des Angeklagten E spricht auch der Inhalt eines Vermerks, den der Angeklagte S über ein Telefonat mit E vom 19.03.2002 anfertigte (Bl. 1620 SH 7 zu 115 Js 92/10). In diesem heißt es: 387

„Die S steht für die Mieteinstandsverpflichtung B für die rückständigen Mieten Februar und März, der Miete April 2002 sowie für die rückständigen Mieten vom 01. September 2001 bis 31. Januar 2002 - abgedeckt durch den Vorschuss des Fonds in Höhe von 3 Mio. € - ein. Sollte der Vorschuss zurückgezahlt werden müssen, so hat Herr E zugesagt, andere Wege zu finden (Projektaufträge etc.) um die S schadlos zu halten. 388

J E hat dieser Vereinbarung zugestimmt und bestätigt, dass diese Vereinbarung keiner Schriftform bedarf, sondern dass das unter Kaufleuten gesprochene Wort gilt.“ 389

Daraus ergibt sich eindeutig, dass die von der J an die L gezahlten 3 Mio. € zur Bedienung der Mieteinstandsverpflichtung der Zeugen B verwendet werden sollten. Zudem steht danach auch außer Frage, dass der Angeklagte E die S durch seine Aufträge „schadlos“ halten, sie also in die Lage versetzen sollte, die Mieteinstandsverpflichtung zu übernehmen. 390

(ff) Des Weiteren stellte sich die Frage, warum der Angeklagte E überhaupt an ihm unbekannte Gesellschaften derartige Summen zahlen sollte, obwohl die Provisionen ursprünglich für die Sparkasse vorgesehen waren, wenn er nicht den Plan, durch die Einschaltung der L bzw. der P die Insolvenz der M zu vermeiden, kannte und billigte. Soweit durch seine Verteidiger vorgetragen worden ist, dass der Angeklagte E davon ausgegangen sei, diese würden die vertraglich geschuldeten Leistungen tatsächlich erbringen, vermag dies angesichts dessen nicht zu überzeugen. 391

Nicht zu verkennen ist auch, dass der Angeklagte E ein profundes Interesse daran hatte, dass die Mieteinstandsverpflichtung der Zeugen B bedient wurde. Zum einen sicherte diese die Mietzahlung an den Fonds. Zum anderen wäre die ohne die Bedienung dieser Verpflichtung drohende Insolvenz der M mit einem nicht unerheblichen Imageschaden und wirtschaftlichen Komplikationen in der Fondsgesellschaft als Vermieterin der M einhergegangen. Zudem hätte eine Insolvenz absehbar auch dazu geführt, dass der Fonds sich in Bezug auf die Zahlungen auf die Mieteinstandsverpflichtung unmittelbar an die Zeugen B hätte wenden müssen, da die S dann keinen Grund mehr gehabt hätte, diese zu bedienen. Die Zeugen B wollten aber nach Aktenlage auf keinen Fall auf diese zahlen und konnten dies möglicherweise auch nicht mehr. Davon abgesehen waren sie in erheblichem Umfang an dem Fonds beteiligt. 392

(gg) Die Ausführungen der Verteidiger des Angeklagten E stehen der Annahme hinreichenden Tatverdachts nicht entgegen.

Soweit als gegen die Kenntnis des Angeklagten E sprechend vorgebracht wird, die J bzw. die Fondsgesellschaft habe einer Entlassung der Zeugen B aus der Mieteinstandsverpflichtung nicht zugestimmt, sondern sich lediglich mit einem Schuldbeitritt der L einverstanden erklärt (Bl. 1815 d. A. 115 Js 92/10), ist dies zwar zutreffend. Es ist indes letztlich ohne Belang. Wie bereits dargelegt, bestanden auch zwischen der S und der L bzw. der P keine schriftlichen vertraglichen Vereinbarungen über die Verwendung der Mittel, dennoch wurde die Mieteinstandsverpflichtung faktisch bedient. Schriftliche vertragliche Vereinbarungen waren von daher für die Umsetzung der geplanten Konstruktion generell nicht erforderlich. Zudem kann die Weigerung des Angeklagten E, sie aus der Einstandsverpflichtung zu entlassen, ohne Weiteres auch darauf zurückzuführen sein, dass er sich die Zeugen B als weitere Schuldner erhalten wollte.

Ebenso wenig greift der Hinweis der Verteidigung (Bl. 1815 d. A. 115 Js 92/10), es sei nicht nachvollziehbar, warum die L ab April 2005 nicht mehr in der Lage gewesen sein sollte, die Mieteinstandsverpflichtung zu bedienen, falls sie von der P gespeist worden wäre. Verwiesen wird insoweit auf einen Beschluss des Beteiligungsausschusses vom 22.11.2005, der in dem Schriftsatz der Verteidigerin des Angeklagten S vom 27.12.2012 (Bl. 1067ff., 1084 d. A. 115 Js 92/10) zitiert ist, und in dem dies festgestellt wird. Zunächst wäre es jedoch ohnehin ohne Weiteres möglich, dass die P im Jahr 2005, also drei Jahre nach dem Beginn der Umsetzung der Konstruktion, nicht mehr über die Mittel verfügte, um die L zu bedienen. Zudem liegt die Erklärung für das finanzielle Problem der P schlicht in der in der Sachverhaltsdarstellung zu Fall 7 geschilderten Zahlung der P an die J in Höhe von 24,125 Mio. € wegen im Mai 2005 geschlossener Verträge, aufgrund derer sie in Liquiditätsschwierigkeiten geriet, denen durch eine Zahlung der L KG abgeholfen wurde.

(c) Bei einer Gesamtschau besteht daher der hinreichende Verdacht, dass der Angeklagte E sicher wusste, dass die an die L und P gezahlten Beträge faktisch der S zustanden und von dieser dafür verwendet wurden, die Mieteinstandsverpflichtung der Zeugen B zu bedienen, um damit wiederum die Insolvenz der M zu verhindern. Angesichts dessen und vor dem Hintergrund der gesamten gewählten, äußerst ungewöhnlichen und offenkundig auf Verschleierung angelegten Konstruktion handelt es sich letztlich auch nicht um eine berufstypische, „neutrale“ Handlung.

Ausgehend davon ist nach Auffassung des Senats auch der hinreichende Tatverdacht dafür zu bejahen, dass der Angeklagte E erkannte, dass die Verantwortlichen der S durch die Umsetzung des Plans eine Untreue begehen würden. Ihm war nach dem Vorgesagten bekannt, dass die erheblichen und faktisch aus Mitteln der S herrührenden Zahlungen auf die Mieteinstandsverpflichtung nicht aufgrund einer vertraglichen Grundlage von der S geleistet wurden, sondern nur dazu dienten, eine Insolvenz der M zu vermeiden. Angesichts der ihm bekannten wirtschaftlichen Situation der M, deren Insolvenz er – wie dargelegt – vermeiden wollte, und gerade wegen der Übernahme des zusätzlichen Risikos aus der Mieteinstandsverpflichtung stellte dies offensichtlich keine ordnungsgemäße Mittelverwendung durch die gegenüber ihrer S zweifellos vermögensbetreuungspflichtigen Verantwortlichen dar. Wieso er dennoch darauf vertraut haben sollte, es liege keine Untreue, also keine Haupttat vor, ist nicht ersichtlich.

b) Das Handeln des Angeklagten E war, jedenfalls liegt der hinreichende Tatverdacht dafür vor, auch kausal für die Begehung der Haupttat.

Als Hilfeleistung im Sinne des § 27 StGB ist grundsätzlich jede Handlung anzusehen, welche die Herbeiführung des Taterfolges des Haupttäters objektiv fördert, ohne dass sie für den Erfolg selbst ursächlich sein muss (BGHSt 46, 107; Fischer a.a.O., § 27, Rn. 14f., jeweils m.w.N.).

Die von der J mit der L und der P geschlossenen Vereinbarungen und die diesen Gesellschaften in Umsetzung dieser Vereinbarungen zur Verfügung gestellten Geldmittel haben die (faktischen) Zahlungen der S auf die Mietinstandsverpflichtung der Zeugen B jedenfalls erleichtert. Diese wiederum haben es überhaupt erst ermöglicht, die M fortzuführen und eine Insolvenz der Gesellschaft zu vermeiden. Dass die S die Bedienung der Mietinstandsverpflichtung auch anders hätte bewerkstelligen können, ist ohne Belang, da die Beihilfehandlung eben nicht *conditio sine qua non* für den Taterfolg sein muss (Fischer a.a.O., § 27, Rn. 14). 400

c) Angesichts der umfassenden Kenntnis des Angeklagten E von der ins Auge gefassten und auch umgesetzten Verwendung der von ihm zur Verfügung gestellten Mittel liegt auch der hinreichende Tatverdacht vorsätzlichen Handelns vor. 401

d) Verjährung ist nicht eingetreten. Insoweit kann auf die Ausführungen zur Haupttat verwiesen werden, da die Verjährung der Beihilfehandlung sich nach zutreffender Auffassung grundsätzlich – und so auch hier – nach der der Haupttat richtet (BGHSt 20, 227; BGH wistra 1990, 146; BayObLG NJW 1996, 271; Schönke/S/Sternberg-Lieben/Bosch a.a.O., § 78a Rn. 8; Fischer a.a.O., § 78a, Rn. 4 m. N. zur Gegenansicht) und die Verjährung auch gegenüber dem Angeklagten E im April 2010 unterbrochen worden ist. 402

V. Fall 11 der Anklage (Abschluss der Mietverträge über die Bürogebäude der Fonds IV und VII) 403

Auch im Fall 11 der Anklage liegt der hinreichende Tatverdacht einer vorsätzlich begangenen Untreue gegen die Angeklagten S und S vor. 404

1. Sie sind zunächst hinreichend verdächtig, pflichtwidrig gehandelt zu haben. Die in der Vorstandssitzung vom 09.12.2002 (Protokoll Bl. 1186ff. SH 43 zu 115 Js 376/09) getroffene Entscheidung, „die von der SSG ausgehandelten Mietverträge mit der Grundstücksgesellschaft K-O IV GbR mit einer Mietfläche von ca. 31.090 qm (Haus 1) und der Grundstücksgesellschaft K-O VII GbR mit einer Mietfläche von 14.195 qm (Haus 2) von der S mit einem ausgehandelten Mietzins von 13,34 Euro pro qm zu übernehmen“ erfolgte unter Verletzung der banküblichen Informationspflichten und nach einer unzureichenden Abwägung der damit verbundenen Chancen und Risiken. 405

a) Zur Vorbereitung der Entscheidung diente eine Vorstandsvorlage vom 27.11.2002 (Bl. 1193f. SH 43 zu 115 Js 376/09), der zwei Anlagen beilagen. In der einen (Bl. 1194f. SH 43 zu 115 Js 376/09) wurde auf knapp 1 ½ Seiten zunächst der Hintergrund der Vorstandsbefassung geschildert, nämlich, dass die als Mieterin vorgesehene SSG den Mietvertrag nicht abschließe. Sodann wurde der anstehende Abschluss des Mietvertrages und des Untermietvertrages mit den dazugehörigen Bedingungen in einem nicht substantiell über den Text des Vorstandsbeschlusses hinausgehenden Umfang geschildert. Unter Ziffer 3. fand sich eine Aufstellung der Kosten für die Mietersonderwünsche, die sich auf 4,951 Mio. € beliefen und danach von der SSG an die Sparkasse zu erstatten seien. Teile davon seien SSG-spezifisch (1,65 Mio. €) und würden der SSG über die Miete in Rechnung gestellt oder von der SSG mit einem Einmalbetrag von 1 Mio. € abgegolten. Der Rest befasste sich mit der – später auch so beschlossenen – Einrichtung eines Lenkungsausschusses unter Beteiligung 406

des Angeklagten S und eines Projekt-Teams.

Die weitere Anlage (Bl. 1196ff. SH 43 zu 115 Js 376/09) umfasste ca. 3 ½ Seiten und beinhaltete einen Vergleich des Mietaufwandes für Fonds IV und Fonds VII mit dem Aufwand für die Flächen, in denen Abteilungen der S in der Ker Innenstadt untergebracht waren, sodann eine Aufstellung des Budgets, der Zahlung der Mietsonderwünsche und der Eckdaten der Mietverträge (Größe, Mietzins, Laufzeit, vorgesehene Nutzer, voraussichtlicher Mietbeginn). Es handelte sich um eine Aufstellung, die der Vorstand in seiner Sitzung vom 03.12.2002 ergänzend eingefordert hatte. 407

Bereits für die Sitzung am 03.12.2002 war zudem ein Statusbericht zur SSG vorgelegt worden (Bl. 1182 SH 43 zu 115 Js 376/09), in dem unter anderem – auf etwa einer halben Seite – die Rede davon war, dass die SSG 14.000 qm für zehn Jahre mit zweimaliger Verlängerungsoption um fünf Jahre mieten sollte und dass eine „SSG II“ (die spätere GKS) Untermieter im Objekt 1 werden sollte sowie eine Abteilung der S (SK/680) das Objekt 2 beziehen sollte. Als Anlage 1 (nur Bl. 3256 d. A. 115 Js 376/09, nicht im SH 43), die eine Seite umfasste, wurden Pläne für die SSG und die SSG II geschildert, die auf eine deutliche Ausweitung der Aktivitäten insbesondere durch Kooperationen mit anderen Sparkassen und dem RSGV bzw. die Übernahme von bis dato bei diesen angesiedelten Aktivitäten hinausliefen. Die SSG II war auf der Gesellschafterversammlung der SSG vom 13.11.2002 (Protokoll Bl. 1191 SH 43 zu 115 Js 376/09, lag dem Vorstandsprotokoll vom 09.12.2002 bei) gegründet worden, in der die Gesellschafter im Übrigen die Anmietung von maximal 14.000 qm für zehn Jahre beschlossen hatten. 408

b) Insgesamt waren diese Unterlagen zwar gemessen an sonstigen Vorstandsvorlagen innerhalb der S im Tatzeitraum verhältnismäßig umfangreich und aussagekräftig. Ausreichend für eine ordnungsgemäße Abwägung der Chancen und Risiken waren sie indes nicht. 409

aa) Es ging es um eine Entscheidung über ein Geschäft von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung. 410

Das Verpflichtungsvolumen lag hinsichtlich der Büroflächen nominell bei ca. 145 Mio. € ([31.090 qm + 14.195 qm] x 13,34 €/qm x 240 Monate). Selbst wenn man die Flächen abzieht, die bereits von dem Erstvermietungsgarantievertrag (15.000 qm für Fonds IV) bzw. dem 1. Nachtrag dazu (13.500 qm für Fonds VII) erfasst waren, verblieb immer noch eine Mehrfläche von 16.785 qm und ein daraus resultierendes nominelles Verpflichtungsvolumen von 53,738 Mio. €. Zu berücksichtigen ist auch, dass die Mietdauer im Vergleich zum Erstvermietungsgarantievertrag und dem 1. Nachtrag dazu auf 20 Jahre verdoppelt wurde. 411

Hinzu kamen die Flächen in den Innenstadtstandorten und im H, in dem die SSG bis dahin angesiedelt war, die mit einem Umzug in die Fonds möglicherweise jedenfalls vorübergehend leer standen. Diese Flächen mussten entweder einer anderweitigen Nutzung durch die S zugeführt oder untervermietet werden, wobei ebenfalls ein Risiko des Leerstandes dieser Gebäude bestand. 412

bb) Die vorgelegten Unterlagen waren evident unvollständig. 413

So wurde in der Vorstandsvorlage nicht berücksichtigt, dass die SSG ihren bisherigen Standort räumen würde und damit ein Leerstandsrisiko am H betreffend ungefähr 8.300 qm entstand. In dem vorgelegten Vergleich der Mietaufwendungen wurde der H nicht erwähnt, es ging nur um Standorte in der Innenstadt. Eine Einschätzung des Leerstandsrisikos am H 414

fehlte dementsprechend naturgemäß auch.

Ferner wurde in dem Vergleich der Mietaufwendungen davon ausgegangen, dass die SSG und die SSG II zusammen die gesamten ca. 31.000 qm des Fonds IV belegen würden. Die Jahresmiete für diesen Fonds in Höhe von ca. 5,289 Mio. € wurde in dem Vergleich zwar aufgeführt und als Mietaufwand für die S genannt, im Ergebnis blieben diese Aufwendungen jedoch unberücksichtigt, da ihnen Mietzahlungen durch die SSG und die SSG II in entsprechender Höhe gegenüber gestellt wurden, so dass die Mietkosten insoweit mit „0 €“ angegeben wurden. Es fehlten jedoch nähere Ausführungen dazu, warum davon auszugehen sein sollte, dass die SSG und die aus ihr ausgegliederte SSG II ihren Platzbedarf von bislang ca. 8.300 qm auf ca. 31.000 qm nahezu vervierfachen sollte. Die in der Anlage 1 zur Vorlage des Zeugen K vom 27.11.2002 genannten Pläne für die Entwicklung der SSG wurden nicht näher beleuchtet in punkto Konkretisierung und zeitlicher Perspektive. Bemerkenswert erscheint insoweit auch, dass die Gesellschafterversammlung der SSG nur die Anmietung von maximal 14.000 qm beschlossen hatte. 415

Dasselbe gilt hinsichtlich der in der Vorlage genannten Vorstellung, die Abteilung 680 der Sparkasse beziehe das Objekt 2, womit der Fonds VII mit ca. 14.000 qm gemeint war. Ob die Abteilung überhaupt einen entsprechenden Platzbedarf hatte und was mit dem Objekt bzw. den Objekten geschehen sollte, in dem sie bislang untergebracht war, wurde nicht erörtert. 416

Nach der Aussage des Zeugen S, der an den entsprechenden Sitzungen des Vorstandes teilgenommen hat, ist davon auszugehen, dass tatsächlich von Seiten des Vorstandes keine konkrete Vorstellung bestand, wie die potentiellen Objekte an den Innenstadtstandorten, dem H und den Fonds IV und VII „bespielt“ werden sollten (Vernehmung v. 16.12.2013, Protokoll Bl. 3053ff., 3093 d. A. 115 Js 376/09). Die Mitarbeiter der SSG hätten zwar über Platzmangel im H geklagt, zu den konkreten Platzbedarfsberechnungen könne er aber nichts sagen (Bl. 3092). Als Belegung für den H nach dem Auszug der SSG sei zunächst die GKS vorgesehen gewesen, danach sei es offen gewesen (Bl. 3093). Dies fügt sich allerdings nicht dazu, dass die SSG II (die spätere GKS) als Untermieterin im Fonds IV vorgesehen war. 417

c) Die angesichts dessen evident unzureichende und damit pflichtwidrige Abwägung der Chancen und Risiken wurde auch im Zeitraum bis zum Abschluss der Mietverträge im Dezember 2002 nicht nachgebessert. 418

d) Eine Einwilligung des Vermögensinhabers liegt nicht vor. Der Vorstand beschloss am 09.12.2002 lediglich, den Verwaltungsrat zu informieren. Dies erfolgte durch den Angeklagten S erst in dessen Sitzung vom 22.07.2003. 419

2. Es besteht ferner der hinreichende Verdacht, dass infolge dieser pflichtwidrigen Entscheidung ein Schaden entstanden ist. 420

a) Es ist jedenfalls durch die Anmietung der Flächen für die SSG und die SSG II in dem erfolgten Umfang ein Gefährdungsschaden eingetreten. 421

Einleitend ist zunächst festzuhalten, dass die hier in Rede stehende Vorstandsentscheidung sich insoweit von denjenigen in den Anklagefällen 9 und 12 unterscheidet, als es bei der Anmietung der Fonds IV und VII nach der Vorstandsvorlage nicht in erster Linie darum ging – wie in den Fällen 9 und 12 – die angemieteten Flächen an noch unbekannte Mieter möglichst gewinnbringend weiter zu vermieten. Vielmehr sollte die Anmietung zuvorderst dazu dienen, Abteilungen bzw. Beteiligungsgesellschaften der S von ihren bisherigen Standorten an den B in die Fonds zu verlagern. Insbesondere sollte der Fonds IV komplett mit der SSG, an der die 422

S – wie dargestellt – zu 60% beteiligt war, bzw. der SSG II belegt werden.

Die mit einer solchen, grundsätzlich natürlich zulässigen, Verlagerung von Standorten verbundenen finanziellen Belastungen können nicht per se bereits den Vorwurf der Untreue auslösen. Jedenfalls hinsichtlich der für die SSG und die SSG II angemieteten Flächen stellt es sich nach Aktenlage indes so dar, dass die diesbezüglichen Flächen auch aus der entscheidenden ex-ante-Sicht deutlich zu groß waren und es absehbar war, dass die S sie nicht in dem angemieteten Umfang benötigte und sie auch nicht ohne Weiteres würde untervermieten können. 423

aa) Es war vorhersehbar, dass die SSG und die SSG II bei Weitem nicht die für sie in dem Fonds IV vorgesehene Fläche benötigten. 424

(1) Nach der Vorstandsvorlage sollten die SSG und die SSG II insgesamt 31.000 qm, mithin den gesamten Fonds IV, belegen. Bis dahin war die SSG mitsamt der nunmehr ausgelagerten SSG II im H auf lediglich 8.333 qm untergebracht. Nunmehr sollte sie ohne die SSG II alleine schon 14.000 qm belegen. Wenngleich der Zeuge S bekundet hat, der Platz für die SSG im H sei beengt gewesen, war schon dieser ganz erhebliche Flächenzuwachs für sich genommen bemerkenswert und es lässt sich nach Aktenlage nicht nachvollziehen, wieso mit einem derart gestiegenen Flächenbedarf zu rechnen sein sollte, zumal angesichts der Auslagerung der SSG II grundsätzlich eher mit einer Verringerung der benötigten Fläche zu rechnen wäre. Die SSG II wiederum sollte ca. 17.000 qm beziehen, obwohl sie zuvor als Bestandteil der SSG lediglich einen Teil der von dieser genutzten ca. 8.300 qm belegt hatte. Auch dies bedeutete daher einen immensen Flächenzuwachs. Insgesamt sollte sich der Platzbedarf der SSG nahezu vervierfachen. 425

(2) Tatsächlich hat sich der Platzbedarf der SSG und der SSG II im Folgenden als wesentlich geringer herausgestellt, als in der Vorstandsvorlage angenommen. Bereits in der Information für den Zeugen S vom 16.07.2003 zu der Vorstandssitzung vom 22.07.2003 (Bl. 3285 d. A. 115 Js 376/09) waren für die SSG und die GKS (die frühere SSG II) zusammen nur noch ca. 28.000 qm vorgesehen, für die restliche Fläche in Fonds IV (ca. 3.300 qm) und im Fonds VII war kein Nutzer genannt. Wie sich aus der „Übersicht der betrieblichen und nicht betrieblichen Nutzungen in den Dienstleistungszentren I und II“ für die Jahre 2010 bis 2012 (Bl. 3500 d. A. 115 Js 376/09) ergibt, belegten die SSG und die GKS in dieser Zeitspanne zusammen maximal 5.600 qm in Fonds IV und die GKS ca. 6.000 qm in Fonds VII, in der Summe also maximal ca. 11.600 qm. Es ist der Akte nicht zu entnehmen, dass der Platzbedarf sich in den früheren Jahren wesentlich anders dargestellt hätte. 426

(3) Diese Entwicklung war auch absehbar. Dafür spricht zunächst der enorme Umfang des vorgesehenen Flächenzuwachses, der schon für sich genommen naheliegend risikobehaftet war. Hinzu kommt, dass die Vorstandsvorlage keine nachvollziehbare Begründung für den enormen Flächenzuwachs lieferte. Die in der Anlage 1 zu der Vorstandsvorlage geschilderten Pläne zur deutlichen Ausweitung der Aktivitäten der SSG und der SSG II waren vielmehr wenig konkret. So wurden zwar einige wenige potentielle zusätzliche Aktivitäten der SSG und der SSG II genannt. Inwieweit es sich dabei nicht nur um bloße Absichten, sondern um konkrete Vorhaben handelte, wurde indes ebenso wenig dargelegt, wie der zeitliche Vorlauf für die etwaige Ausweitung der Tätigkeit dargestellt wurde. Der Zeuge S hat die in der Vorstandsvorlage dargestellten Vorhaben als extrem ambitionierte Ansprüche, was das Unternehmenswachstum anging, bezeichnet (Vernehmung v. 16.12.2013, Protokoll Bl. 3053ff., 3088 d. A. 115 Js 376/09). Vor allem fanden sich überhaupt keine Angaben dazu, wie viel Platz die SSG bzw. die SSG II aufgrund dieser möglichen zusätzlichen Aufgaben zusätzlich zu den bislang belegten Flächen im H, die in der Vorstandsvorlage überhaupt 427

keine Erwähnung fanden, denn vorhersehbar benötigen wurden. Es verstand sich auch keineswegs von selbst, dass eine mögliche Ausweitung der Tätigkeit der SSG und der SSG II überhaupt mit einem gesteigerten Platzbedarf einherging, geschweige denn mit einem solchen enormen Zuwachs. Nach dem bisherigen Ermittlungsergebnis spricht schließlich nichts dafür, dass diese Entwicklung etwa aufgrund unvorhersehbarer nachteiliger Ereignisse eingetreten wäre.

(4) Selbst wenn man danach, und dies angesichts der Sachlage schon zugunsten der Angeklagten, davon ausgeht, dass immerhin doch mit einer Verdopplung des Flächenbedarfs der SSG und der SSG II auf ca. 16.500 qm zu rechnen war, waren noch ca. 14.000 qm zu viel an Fläche für die beiden Gesellschaften vorgesehen. Unter Berücksichtigung der Mietzeit von 20 Jahren und des Mietzinses von 13,34 €/qm ergab sich daraus eine nominelle Belastung von ca. 44,8 Mio. €, die durch die Anmietung der nicht benötigten Fläche entstand. 428

bb) Des Weiteren war bei der Vorstandsentscheidung auch absehbar, dass die S die für die SSG und die SSG II in dem Fonds IV vorgesehene Flächen im Falle ihres Leerstandes nicht ohne Weiteres durch andere Abteilungen bzw. Beteiligungsgesellschaften belegen oder untervermieten konnte. 429

(1) Konkrete Pläne für eine Belegung des Fonds IV mit anderen Abteilungen oder Beteiligungsgesellschaften der S existierten nicht. Die einzige für einen Umzug in der Vorstandsvorlage konkret genannte Abteilung SK/680 sollte nicht den Fonds IV, sondern den Fonds VII beziehen. Grundsätzlich war es natürlich möglich, andere Abteilungen von ihren bisherigen Standorten in den Fonds IV zu verlagern. Dies hätte indes zumindest wiederum zu Leerstand in den bis dahin von diesen Abteilungen genutzten Gebäuden geführt, unabhängig davon, ob eine solche Verlagerung faktisch tatsächlich durchführbar war. Immerhin war der Fonds IV auf die Belange der SSG bzw. SSG II hin ausgelegt und als Dienstleistungszentrum konzipiert. Ob eine Belegung mit Abteilungen außerhalb dieses Bereichs unproblematisch möglich war, erscheint von daher fraglich. Jedenfalls hätte sich das Problem der Anmietung einer deutlich zu großen Fläche in dem Fonds IV seitens der S auch durch die Ansiedlung anderer Abteilungen in dem Gebäude lediglich verlagert, aber nicht gelöst. 430

(2) Es war darüber hinaus zum Zeitpunkt der Vorstandsentscheidung bereits objektiv vorhersehbar, dass auch eine, nach der Vorstandsvorlage gar nicht beabsichtigte und daher vom Senat lediglich hilfsweise in den Blick genommene, kostendeckende Untervermietung etwaiger nicht für die SSG und die SSG II benötigter Flächen problematisch sein würde. 431

(a) Aus dem A R C Report für 2002-2003, Stand: 30.09.2002 (Bl. 39ff. SH 5 zu 115 Js 376/09), ergab sich bereits ein im Vergleich zu den Vorjahren um ca. 50% gestiegener Leerstand an Büroflächen in O und insbesondere ein deutlich erhöhter latenter Leerstand. Wenngleich dies laut dem Report (Bl. 48 SH 5 zu 115 Js 376/09) nur begrenzt die Situation für hochwertige Neubauten widerspiegelte, waren dennoch Schwierigkeiten bei einer etwaigen Weitervermietung absehbar. Zum einen handelte es sich bei den zu errichtenden Fonds-Gebäuden laut der Baubeschreibung um Standard-Bürogebäude. Ihre Ausstattung wurde zwar durch die – gesondert zu bezahlenden – sogenannten Mietersondereinbauten verbessert. Dass es sich um hochwertige Neubauten gehandelt hätte, ist dennoch nicht ersichtlich. Der Zeuge S hat vielmehr angegeben, die SSG habe das Gebäude (des Fonds IV) mitgeplant und es sehe aus wie „eine Fabrik“ (Vernehmung v. 16.12.2013, Bl. 3053ff., 3084 d. A. 115 Js 376/09). In dem Wertermittlungsgutachten zu den Fonds IV und VII aus dem Jahr 2002 (Bl. 35ff. SH 30 zu 115 Js 376/09) wurden sie als „gut ausgestattet“ bezeichnet. Zum anderen ergab sich ein Problem bei der Weitervermietung schon aus der Größe der in Rede stehenden Fläche. In dem bereits erwähnten A R C Report für 2002-2003 432

ist festgehalten, dass im gesamten Ker Stadtgebiet von Januar bis September 2002 132.000 qm an Bürofläche neu vermietet worden seien (Bl. 43 SH 5 zu 115 Js 376/09), speziell in O/N wird eine Nachfrage von 5.600 qm in diesem Zeitraum vermerkt (Bl. 54 SH 5 zu 115 Js 376/09). Nimmt man noch den Umstand in den Blick, dass die infrastrukturelle Anbindung des Bs sich erst im Laufe der Zeit verbesserte und jedenfalls im Jahr 2002 eher unzureichend war, erschien jedenfalls die kurzfristige, weil ungeplante Platzierung von mehreren tausend Quadratmetern an überschüssiger Bürofläche absehbar problematisch.

(b) Hinzu kamen Kautelen des durch den Erstvermietungsgarantievertrag vereinbarten Mustermietvertrages (Bl. 111ff. SH 17 zu 115 Js 376/09), die eine Weitervermietung erschwerten. 433

So sah der Mustermietvertrag in § 7, Ziffer 2. vor, dass der Vermieter nur für die Instandhaltung von Dach und Fach zuständig war, worunter „ausschließlich die tragenden Bauteile, die Fassaden (ohne die Außenflächen der Fenster, die Außentüren einschließlich Umfassungszargen und einem etwaigen äußeren Sonnenschutz), das Dach des Gebäudes und die Abdichtung der erdberührten Teile des Bauwerks gegen Bodenfeuchtigkeit sowie drückendes oder nichtdrückendes Wasser zu verstehen“ waren. Der Zeuge S, bis September 2000 Assistent des Angeklagten S und anschließend Geschäftsführer der M, hat in der Vernehmung vom 09.05.2011 (Protokoll Bl. 989ff., 1002f. d. A. 115 Js 376/09) angegeben, das eigentliche Problem bei der Weitervermietung der Gebäude sei der von dem Angeklagten E vorgegebene Mustermietvertrag gewesen, insbesondere die darin vorgesehene Beschränkung der Instandhaltungspflicht des Vermieters auf Dach und Fach. Diese Klausel sei am Markt nahezu niemals durchsetzbar gewesen. Dazu fügt sich die Aussage des Zeugen F in seiner Vernehmung vom 19.11.2002 (Protokoll Bl. 2310ff., 2313 d. A. 115 Js 376/09), aus seiner Sicht sei die Vermietung aus drei Gründen schwierig gewesen: Wegen der Beschränkung auf umsatzsteuerpflichtige Mieter, der BGF-Problematik und wegen der Klausel, nach der der Mieter faktisch auch für die Instandhaltung von Dach und Fach verantwortlich sein sollte. 434

Zudem war in § 4, Ziffer 2. des Vertrages vorgesehen, dass die Mieter dafür einstehen mussten, zu mindestens 95% umsatzsteuerpflichtige Umsätze abzuwickeln. Wie der Zeuge F dazu zutreffend angemerkt hat, schloss dies die Vermietung an Banken, Versicherungen und Freiberufler aus und erschwerte die Vermarktung. Zugleich stellte dies den Grund dafür dar, dass die – nicht der Umsatzsteuerpflicht unterliegende – S eine um 16% über der Grundmiete von 11,50 €/qm BGF liegende Miete zu zahlen hatte. 435

Hinzu kam der Umstand, dass in dem Mustermietvertrag der – jedenfalls in der Vermietung an den Endnutzer – ungewöhnliche Flächenmaßstab BGF, also die Bruttogrundfläche bzw. Bruttogeschossfläche, verwendet wurde. Diese Kennziffer bezeichnet die Größe des Geschosses mitsamt Außen- und Innenmauern pp., während üblicherweise die kleinere nutzbare Fläche (NGF) zugrundegelegt wird. Das Verhältnis beträgt durchschnittlich etwa 1:1,1, das heißt die NGF beträgt ca. 91% der BGF (vgl. Anhang zum Vermerk der Staatsanwaltschaft v. 14.02.2012, Bl. 1872, 1877 d. A. 115 Js 376/09). 436

(c) Eine kostendeckende Weitervermietung wurde zudem dadurch erschwert, dass die von der S zu zahlende Miete mit 13,34 €/qm BGF vergleichsweise hoch und bei einer Weitervermietung absehbar schwer zu erzielen war. Die Durchschnittsmiete in O lag im Jahr 2002 nach dem A R C Report für 2002 – 2003 bei 8,60 €/qm und nach dem für 2003 (Bl. 61ff., 70 SH 5 zu 115 Js 376/09), Stand: 30.06.2003, bei 9,50 €/qm, die Höchstmieten betrugen 2002 12,90 bzw. 14 € im Jahr 2003. Auch unter Berücksichtigung der jeweils hinzu zu addierenden 16% wegen der fehlenden Umsatzsteuerpflicht der Sparkasse lag die Miete 437

deutlich über dem Durchschnitt in O, zumal der in dem Mietvertrag zugrunde gelegte Flächenmaßstab BGF zuungunsten des Mieters von dem des A R C Report (MF-G, vgl. den Vermerk der Staatsanwaltschaft vom 01.03.2012, Bl. 1891, 1893 d. A. 115 Js 376/09) abwich. In dem bereits erwähnten Wertermittlungsgutachten aus dem Jahr 2002 wurde die nachhaltige, also für jeden Vermieter langfristig zu erzielende Miete (vgl. Vernehmung des Sachverständigen Henkel v. 16.04.2012, Protokoll Bl. 1981ff., 1984 d. A. 115 Js 376/09) mit 10 €/qm BGF = 12 €/qm NGF angegeben.

(3) Diese absehbaren Schwierigkeiten, andere Nutzer für die von der SSG und SSG II – vorhersehbar – nicht benötigten Flächen zu finden, korrespondieren mit dem aus den Akten ersichtlichen tatsächlichen Verlauf des Mietengagements der S. Zwar ist die von dem Wirtschaftsreferenten in seinem Vermerk vom 17.02.2014 (Bl. 3398ff., 3411 d. A. 115 Js 376/09) vorgelegte Aufstellung über den Leerstand in den Fonds IV und VII in den Jahren 2004 – 2009 naturgemäß wenig aussagekräftig, da der Leerstand immer 0% beträgt, weil in der Statistik sämtliche Flächen als jedenfalls von der S angemietet und damit nicht als „leer stehend“ verzeichnet werden. 438

Aus der bereits erwähnten „Übersicht der betrieblichen und nicht betrieblichen Nutzungen in den Dienstleistungszentren I und II“ für die Jahre 2010 bis 2012 ergibt sich indes, dass in diesen Jahren im Fonds IV jeweils ca. 4.200 qm untervermietet waren und im Fonds VII maximal ca. 1.300 qm. Die restlichen Flächen, ca. 22.000 qm im Fonds IV und zwischen ca. 7.750 und 9.600 qm im Fonds VII, wurden nach der genannten Übersicht durch die S „betrieblich genutzt“, wobei wiederum nicht zu erkennen – und auch nicht anderweitig ermittelt – ist, in welchem Umfang die Flächen tatsächlich durch die S belegt und genutzt wurden. Jedenfalls die gravierenden Schwankungen in dem Ausmaß der „betrieblichen Nutzung“ des Fonds VII durch die S sprechen allerdings dafür, dass ein erheblicher Teil dieser Flächen leer stand. 439

cc) Nach Aktenlage ist auch nicht erkennbar, dass diese absehbare Vermögenseinbuße kompensiert worden wäre. 440

Insbesondere ist eine solche Kompensation nicht durch den Auszug der SSG aus den von ihr bislang genutzten Flächen im H eingetreten. Dort wurden zwar Flächen frei, nämlich ca. 8.300 qm. Nicht zu verkennen ist auch, dass die von der S dort gezahlte Miete mit 14 €/qm recht hoch war. Ausweislich des A R C Reports für 2002-2003 lagen die Durchschnittsmieten in E/B bzw. S/L (in einem dieser Stadtteile liegt der H, der sich an der AStr. befindet) zwischen 11,80 und 11,40 €/qm und die Höchstmieten zwischen 15,00 und 13,50 €/qm. An dieser Mietbelastung änderte jedoch auch der Auszug der SSG nichts, da nicht erkennbar ist, dass der S etwa ein Kündigungsrecht zugestanden hätte. Dagegen spricht vielmehr die tatsächliche Entwicklung: Die S machte zwischen 2004 und 2009 ca. 11,5 Mio. € Verlust mit der Weitervermietung des gesamten Hs (also der 19.000 qm) und bildete zusätzlich umfangreiche Rückstellungen wegen der Mietverpflichtung, so dass der Wirtschaftsreferent insgesamt von einem Schaden von 18 Mio. € ausgeht (Vermerk v. 17.02.2014, Bl. 3398 ff., 3406ff. d. A. 115 Js 376/09). Zudem läuft der Mietvertrag dort nach Aktenlage noch bis in das Jahr 2018 und damit weitere 14 Jahre ab dem geplanten Umzug. Darüber hinaus war das Gebäude offenbar optimal auf die Belange der SSG abgestimmt (vgl. Protokoll der Vorstandssitzung v. 13.10.2003, Bl. 3304 ff., 3305 d. A. 115 Js 376/09). Auf den laut dem A R C Report für 2002-2003 in K insgesamt gestiegenen Leerstand und die deshalb absehbaren Schwierigkeiten bei der Untervermietung – auch des Hs – wurde bereits hingewiesen. 441

Ebenso wenig ist nach Aktenlage erkennbar, dass eine Kompensation durch Einsparungen an anderen Standorten eingetreten wäre. 442

- Die durch die Anmietung durch die S verdiente Provisionszahlung konnte die Vermögensbelastung ebenfalls nicht ausreichend kompensieren. Denn die Provision betrug auf die Gesamtfläche der Fonds IV und VII von ca. 45.000 qm bei einer Grundmiete von 11,50 €/qm berechnet nominell „lediglich“ ca. 14,4 Mio. €, während die nominelle Belastung sich – wie dargelegt – auf ungefähr 44,8 Mio. € belief. Auch unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die Provision zeitnah gezahlt wurde, während die Miete über 20 Jahre hinweg monatlich zu leisten war, liegt eine ausreichende Kompensation nach Aktenlage nicht vor. 443
- dd) Insgesamt liegt damit der hinreichende Tatverdacht hinsichtlich eines Gefährdungsschadens vor. Infolge der Anmietung der deutlich zu großen für die SSG und SSG II vorgesehenen Flächen zu einem für sich genommen eher hohen Mietzins für die außergewöhnlich lange Dauer von 20 Jahren ohne eine belastbare Planung für die Auslastung der Flächen und angesichts der problematischen Aussichten bezüglich der Weitervermietung oder anderweitigen Nutzung nicht benötigter Flächen war die Vermögenslage der Sparkasse aus der entscheidenden ex-ante-Sicht trotz der Provisionszahlung bereits durch die Vorstandsentscheidung gegenwärtig verschlechtert. Es spricht aus Sicht des Senats auch nichts dafür, dass dieser Schaden in der Hauptverhandlung nicht entsprechend den verfassungsgerichtlichen Vorgaben zu beziffern sein wird. 444
- ee) Der Senat übersieht dabei nicht, dass die von ihm vorgenommene Bestimmung des Schadens von der der Staatsanwaltschaft abweicht, die auf den Vermerk des Wirtschaftsreferenten vom 17.02.2014 Bezug nimmt (Bl. 3398ff., 3458 [Fn 106] d. A. 115 Js 376/09), in dem die für die SSG und die SSG II vorgesehenen Flächen in einem Umfang von 28.500 qm als „garantierte Flächen“ für die Dauer des über zehn Jahre laufenden Mietvertrags mit diesen Gesellschaften bei der Schadensberechnung außen vor gelassen werden. 445
- Diese Berechnung überzeugt aber zum einen schon nicht, weil sie auf der – wie sogleich unter c) näher darzulegen sein wird – im Ansatz zweifelhaften Auffassung der Staatsanwaltschaft zur Berechnung des Schadens in den Fällen 9 bis 12 der Anklage basiert. Zum anderen ist der Senat an die Berechnungen und die ihr zugrundeliegenden Rechtsauffassung der Staatsanwaltschaft nicht gebunden, sondern hat im Rahmen der Eröffnungsentscheidung den ermittelten und angeklagten Sachverhalt, so wie er sich aus den Akten ergibt, unabhängig zu würdigen. Angeklagt ist indes insgesamt die Anmietung der Fonds IV und VII. 446
- ff) Die Ausführungen der Kammer in dem angefochtenen Beschluss (S. 64 – 66), die sich auf die Schadensberechnung der Staatsanwaltschaft beziehen, geben vor diesem Hintergrund keinen Anlass zu weiteren Ausführungen. 447
- b) Ob noch darüber hinaus ein Schaden entstanden ist, kann der Klärung in der Hauptverhandlung überlassen bleiben. Der Senat sieht insoweit nur Anlass zu dem Hinweis, dass die Frage der angemessenen Miete für die Fonds IV und VII in einer Hauptverhandlung gegebenenfalls näher beleuchtet werden muss. Soweit ein Schaden gegebenenfalls auch in der Verpflichtung zur Mietzahlung hinsichtlich der vor der Anmietung der Fonds IV und VII von der S genutzten Flächen liegen kann, ist in einer Hauptverhandlung jedenfalls Näheres über diese Standorte der S in Erfahrung zu bringen und zu klären, in welchem Umfang überhaupt ein Umzug welcher Abteilungen in die Fonds stattgefunden hat. 448

c) Der Senat weist des Weiteren darauf hin, dass unabhängig von diesem konkreten Fall die Schadensberechnung der Staatsanwaltschaft in den Fällen 8 – 12 der Anklage im Ansatz zweifelhaft erscheint.

Die Staatsanwaltschaft legt in den Fällen 9 – 12 der Anklage bei der Schadensberechnung 450 nur diejenigen Flächen der angemieteten Fonds zugrunde, die nicht bereits Gegenstand des Erstvermietungsgarantievertrages waren, da diese ihrer Auffassung nach ansonsten doppelt berücksichtigt würden. Ausgangspunkt ist hierfür, dass in der Anklage davon ausgegangen wird, dass bereits durch den Abschluss des Erstvermietungsgarantievertrags im Juli 2000 (Fall 8 der Anklage) ein Schaden entstanden sei, der sich im Ausgangspunkt anhand des „abstrakten Haftungsvolumens von 144 Mio. DM bzw. 73,656 Mio. €“ bestimme, das sich wiederum aus „der Multiplikation der garantierten Mindestflächen mit dem garantierten Mindestmietzins über die garantierte Mindestlaufzeit (60.000 qm BGF x 20 DM bzw. 10,23 €/qm BGF x 10 Jahre)“ ergebe (S. 533 der Anklage). Dem wiederum liegt offenbar die Annahme zugrunde, die S bzw. die S habe versprochen, bei Nichterfüllung der Verpflichtung zur Mieterverschaffung die Mietverträge selbst abzuschließen (vgl. die Vermerke des Wirtschaftsreferenten v. 02.03.2010, Bl. 272 ff., 273 d. A. 115 Js 376/09 sowie v. 17.02.2014, Bl. 3398ff. d. A. 115 Js 376/09).

Letzteres erscheint aber äußerst fraglich. In dem Erstvermietungsgarantievertrag (Bl. 61ff. SH 451 17 zu 115 Js 376/09) waren die Folgen einer Nichterfüllung der übernommenen Verpflichtung durch die S nur sehr cursorisch – nämlich hinsichtlich der Rückzahlung der Provision – geregelt. Ausdrücklich war eine Verpflichtung, bei einer Nichterfüllung der Mieterverschaffung die Flächen selbst anzumieten, jedenfalls nicht vorgesehen. Die Regelung unter Ziffer 2. des Vertrages, nach der die S die Verpflichtung auch durch die Anmietung durch Tochtergesellschaften der S erfüllen könnte, eröffnete nach ihrem eindeutigen Wortlaut lediglich eine Möglichkeit, schuf dagegen keine Verpflichtung. Ebenso wenig findet sich eine ausdrückliche Regelung über die Leistung von Schadensersatz bzw. den Umfang eines solchen Anspruchs in dem Vertrag.

Auch bei Heranziehung des dispositiven Rechts ist eine solche Verpflichtung jedenfalls nicht 452 ohne Weiteres erkennbar. Nach Auslegung der getroffenen Vereinbarung ist diese am ehesten als Maklerwerkvertrag, wegen des geschuldeten Erfolgs der Mietervermittlung (vgl. dazu BGH NJW 1988, 967; MüKo-BGB/Roth, 6. Auflage 2012, § 652, Rn. 29), oder als selbstständiges Garantieverprechen, wegen der Übernahme einer verschuldensunabhängigen Haftung (vgl. BGH NJW 1999, 1542 m.w.N.; NJW 2003, 2235; vgl. auch Staudinger/Horn, BGB, 2012, Vorbem zu §§ 765-768, Rn. 291, MüKo-BGB/Habersack a.a.O., Vorbem §§ 765-768, Rn. 16), aufzufassen. Es ist allerdings nicht ersichtlich, woraus sich trotz der damit grundsätzlich möglichen Schadensersatzpflicht bei Nichterfüllung der Mieterverschaffungspflicht eine Verpflichtung zum Abschluss der Mietverträge ergeben könnte. Der Schadensersatzanspruch nach § 634 Nr. 4 BGB, falls man von einem Maklerwerkvertrag ausgeht, besteht grundsätzlich in einer Geldforderung (MüKo-BGB/Busche a.a.O., § 634, Rn. 40). Eine Garantie geht von vorneherein typischerweise nur auf Geldersatz (Staudinger/Horn a.a.O., Rn. 208). Im Rahmen des damit in Betracht kommenden Schadensersatzes hätte die J so gestellt werden müssen, wie sie bei erfolgreicher Vermittlung der Mietverträge gestanden hätte. Zu ersetzen gewesen wäre daher jedenfalls der entgangene Gewinn aus der Vermietung der Gebäude sowie möglicherweise Beträge aus Schadensersatzforderungen der Fonds-Investoren.

Es handelte sich dabei mithin um einen anderen potentiellen Schaden und ein anderes Risiko 453 als dasjenige, das mit dem Abschluss der Mietverträge entstand: Durch den Abschluss des

Garantievertrags wurde das Risiko des Ausgleichs entgangenen Gewinns bei der J im Falle der Nichterfüllung begründet. Durch die Mietvertragsabschlüsse entstand demgegenüber das Risiko der Mietzahlung, ohne die angemieteten Flächen zumindest kostendeckend untervermieten (Fälle 9 und 12) oder ausreichend nutzen zu können (Fall 11). Davon ausgehend ist nicht ersichtlich, warum die bereits von dem Erstvermietungsgarantievertrag erfassten Flächen bei der Schadensberechnung in den Fällen 9, 11 und 12 von vorneherein unberücksichtigt bleiben sollten.

3. Die Angeklagten sind auch hinreichend verdächtig, vorsätzlich gehandelt zu haben. 454

aa) Dies gilt zunächst hinsichtlich der Pflichtwidrigkeit. Angesichts der evidenten Unvollständigkeit der Unterlagen, die Grundlage der Vorstandsentscheidung waren, ist sowohl hinsichtlich des kognitiven als auch des voluntativen Vorsatzelementes hinreichender Tatverdacht bezüglich beider Angeklagter zu bejahen. 455

bb) Dasselbe gilt bezüglich des Schädigungsvorsatzes. 456

Es besteht der hinreichende Verdacht, dass die beiden Angeklagten eine gegenwärtige Vermögensgefährdung der S aufgrund ihrer Entscheidung erkannten. Sämtliche Umstände, die objektiv zu einer Vermögensverschlechterung führten, waren den Angeklagten bekannt. Es war aus der Vorstandsvorlage unmittelbar abzulesen, dass die Pläne zur Ausweitung der Aktivitäten der SSG sehr wenig konkretisiert waren und insbesondere überhaupt nicht erkennbar war, dass diese Planungen selbst bei ihrer Umsetzung einen derart enormen Flächenzuwachs bei den Gesellschaften bedingten. Es war daher absehbar, dass die entsprechenden Flächen deutlich zu groß waren. Des Weiteren ergab sich aus der Vorstandsvorlage ebenfalls ohne Weiteres der beträchtliche finanzielle Umfang des gesamten Vorhabens (abstraktes Verpflichtungsvolumen ca. 145 Mio. €), insbesondere die Mietdauer von 20 Jahren, sowie die immense Größe der neu angemieteten Flächen. Erkennbar war anhand der Vorstandsvorlage weiterhin, dass keine konkreten Planungen für eine etwaige anderweitige Nutzung der Flächen im Fonds IV bestanden, sondern dass im Gegenteil die Belegung auch des Fonds VII zweifelhaft erschien. Es ist ferner davon auszugehen, dass den in die Immobiliengeschäfte der S mit den Fonds federführend eingebundenen Angeklagten die Situation auf dem Büromietmarkt in K bekannt war, so dass ihnen auch das mit einer etwaigen, im Moment der Entscheidung ohnehin nicht geplanten, Untervermietung nicht benötigter Flächen bestehende Risiko vor Augen stehen musste. 457

Darüber hinaus besteht auch der hinreichende Verdacht bezüglich des voluntativen Elements, also des Sich-Abfindens mit der Realisierung eines Schadens. Die Belegung eines großen Teils, jedenfalls ungefähr 14.000 qm, der angemieteten Flächen, die zu einem erheblichen Mietzins für eine mit 20 Jahren ganz erhebliche Zeitspanne angemietet wurden, war letztlich vollkommen unklar. Angesichts der dargestellten Situation auf dem Büromarkt war auch nicht damit zu rechnen, dass man etwaige überschüssige Flächen anders als eigentlich geplant ohne Weiteres würde untervermieten können, zumindest nicht kurzfristig und zu einem auskömmlichen Mietzins. Jedenfalls in Bezug auf den Angeklagten S ist noch in den Blick zu nehmen, dass die Provision für die Anmietung wiederum naheliegend dazu diente, kurzfristig Verluste der S aus der Beteiligung an der M auszugleichen, wodurch der Angeklagte S sich motiviert gesehen haben mag, ein höheres Risiko einzugehen. Bei einer Gesamtschau spricht daher deutlich mehr dafür, dass die Angeklagten S und S sich mit für die Dauer des Mietvertrages eintretenden Schäden zumindest abfanden. 458

4. a) Angesichts der Laufzeit der Mietverträge über 20 Jahre und der aufgrund dessen sich in den monatlichen Mietzahlungen realisierenden Nachteile aus der Vorstandsentscheidungen, 459

die nach dem eben Dargelegten auch vom Vorsatz umfasst waren, ist keine Verjährung eingetreten.

b) Insbesondere handelt es sich bei dem Abschluss der Mietverträge nicht lediglich um eine Vertiefung des etwa durch den Abschluss des Erstvermietungsgarantievertrages eingetretenen Schadens. Wie dargelegt, entstand durch die Anmietungsentscheidung ein anderes Risiko als durch den Abschluss des Erstvermietungsgarantievertrages. Zudem wurden auch Flächen angemietet, die von dem Erstvermietungsgarantievertrag nicht erfasst waren. Die insbesondere von der Verteidigung des Angeklagten S für ihre abweichende Auffassung zitierten Entscheidungen (vgl. den Schriftsatz vom 01.12.2009, Bl. 193 ff., 195f. d. A. 115 Js 376/09) betreffen schließlich mit der hiesigen nicht vergleichbare Fallkonstellationen.

D.

Hinsichtlich des Falles 12 der Anklage (Abschluss des 2. Nachtrags zum Erstvermietungsgarantievertrag und Anmietung der Bürogebäude des Fonds III, Bauteil 2, und des Fonds V) hat die sofortige Beschwerde betreffend die Angeklagten S und E den aus dem Tenor ersichtlichen Erfolg (vgl. dazu nachfolgend unter I.). In Bezug auf den Angeklagten S ist sie hingegen unbegründet (vgl. dazu nachfolgend unter II.).

I. Auf die auch insoweit zulässige sofortige Beschwerde hin ist zur Klarstellung festzustellen, dass der Fall 12 hinsichtlich der Angeklagten S und E mit der Zulassung der Anklage im Fall 13 durch die Kammer eröffnet ist.

1. Die sofortige Beschwerde der Staatsanwaltschaft ist auch in diesem Fall zulässig. Es handelt sich bei der Entscheidung der Kammer nicht um eine bloße abweichende rechtliche Wertung im Sinne des § 207 Abs. 2 Nr. 3 StPO, womit die Nichteröffnungsentscheidung insoweit nicht anfechtbar wäre (*Meyer-Goßner/Schmitt a.a.O.*, § 210, Rn. 5; *KK-StPO/Schneider a.a.O.*, § 207, Rn. 34), sondern um eine beschwerdefähige Entscheidung nach § 207 Abs. 2 Nr. 1 StPO.

Maßgebend für die Unterscheidung ist die Anklage (OLG München NJW 2013, 3799). Diese geht bezüglich der beiden Vorgänge von zwei tatmehrheitlichen Fällen und damit mehreren Taten im Sinne des § 207 Abs. 2 Nr. 1 StPO aus. Die Fälle 12 und 13 der Anklage stehen auch nicht etwa in Tateinheit mit einem Organisationsdelikt, so dass von vornherein der gesamte vom Organisationsdelikt umfasste tatsächliche Geschehensablauf den Verfahrensgegenstand bildete (vgl. dazu BGH NJW 1989, 1101).

2. In der Sache hat die sofortige Beschwerde den oben beschriebenen Erfolg.

a) Stellt sich eine teilweise Nichteröffnung hinsichtlich mehrerer, in Tatmehrheit stehender Taten als mit § 264 StPO nicht vereinbar dar, weil es sich um eine unnatürliche Aufspaltung eines einheitlichen Lebensvorgangs handelt, ist verfahrensrechtlich eine lediglich teilweise Zulassung nicht möglich (OLG München a.a.O.; BGH, Beschluss v. 17.12.2015 – StB 15/15, zitiert nach juris; *Meyer-Goßner/Schmitt*, § 207, Rn. 3). Die Eröffnung einer dieser Anklagefälle führt dann dazu, dass auch die übrigen eröffnet sind. Die teilweise Nichtzulassung ist in einem solchen Fall – formell – aufzuheben und klarstellend festzustellen, dass auch die übrigen zur selben prozessualen Tat gehörenden Anklagefälle bereits auf Grund des (Teil-) Eröffnungsbeschlusses Gegenstand der Hauptverhandlung sein werden (OLG München a.a.O.). Eine eigenständige inhaltliche Prüfung, ob ein hinreichender Tatverdacht besteht, ist nicht mehr vorzunehmen (OLG München a.a.O.).

b) Bei den Fällen 12 und 13 der Anklage handelt es sich um dieselbe prozessuale Tat im Sinne des § 264 StPO. 468

aa) Die Tat als Prozessgegenstand ist nicht nur der in der Anklage umschriebene und dem Angeklagten dort zur Last gelegte Geschehensablauf; vielmehr gehört zu ihr das gesamte Verhalten des Angeklagten, soweit es mit dem durch die Anklage bezeichneten geschichtlichen Vorkommnis nach der Auffassung des Lebens einen einheitlichen Vorgang bildet (BGHSt 45, 211; wistra 2008, 22; KK-StPO/Kuckein, a.a.O., § 264, Rn. 3; Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O., § 264, Rn. 2). Sachlich-rechtlich selbstständige Taten sind zwar in der Regel auch prozessual selbstständig (Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O., § 264, Rn. 6). Mehrere – auch materiell-rechtlich nach § 53 StGB selbstständige – Handlungen bilden nach ständiger Rechtsprechung jedoch dann eine einheitliche prozessuale Tat im Sinne des § 264 StPO, wenn sie wegen der ihnen zu Grunde liegenden Vorkommnisse unter Berücksichtigung ihrer strafrechtlichen Bedeutung auch innerlich derart miteinander verknüpft sind, dass der Unrechts- und Schuldgehalt der einen Handlung nicht ohne die Umstände, die zu der anderen Handlung geführt haben, richtig gewürdigt werden kann und ihre getrennte Würdigung und Aburteilung als unnatürliche Aufspaltung eines einheitlichen Lebensvorgangs empfunden wird (OLG München NJW 2013, 3799; vgl. BGHSt 45, 211; 49, 359; BGH wistra 2008, 22). 469

Diese innere Verknüpfung muss sich aus den Ereignissen selbst ergeben. Sie wird nicht allein dadurch begründet, dass eine Handlung, etwa zum besseren Verständnis der gesamten Umstände, in der Anklageschrift erwähnt wird (BGHSt 32, 146; 41, 292; BGH NStZ 1996, 563; Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O., § 264, Rn. 3). 470

bb) Die beiden Fälle, d.h. die Untreue bzw. Beihilfe dazu im Fall 12 und die Bestechung bzw. Bestechlichkeit im Fall 13, werden verklammert durch den sogenannten Mietzuschuss, den nach Anklage der Angeklagte E der S bzw. der S gewährt haben soll. Dieser stellt zum einen laut Anklage die Bestechungssumme im Fall 13 dar. Zum anderen bildete er nach der Anklage die seitens des Angeklagten E geleistete Gegenleistung für die Anmietung der vollen möglichen Flächen im Fonds III, Bauteil 2, und im Fonds V sowie den Abschluss des 2. Nachtrags zum Erstvermietungsgarantievertrag, die wiederum die Grundlage für den Untreuevorwurf im Fall 12 bilden. 471

Auch die rechtliche Würdigung der Staatsanwaltschaft ist insofern spiegelbildlich: Die Zahlung des Mietzuschusses wird E als Beihilfe zur Untreue (Fall 12) und Bestechung (Fall 13) vorgeworfen, seine Entgegennahme S als Bestechlichkeit (Fall 13). 472

Darüber hinaus wird die nach der Anklageschrift von dem Angeklagten S erbrachte Gegenleistung, die Geltendmachung des Einflusses für den Angeklagten E beim Bau der neuen Messehallen, die in Fall 13 ausführlich dargestellt wird, in Fall 12 bereits zumindest angerissen. Es hätte – wenn überhaupt – nur weniger ergänzender Ausführungen im Anklagesatz bedurft, um schon anhand von Fall 12 die von der Anklageschrift vorgenommene rechtliche Wertung der Bestechlichkeit bzw. Bestechung vornehmen zu können. 473

Bei einer Gesamtschau stellte sich danach die Zulassung der Anklage lediglich in dem Fall 12 als unnatürliche Aufspaltung eines einheitlichen Lebensvorgangs im Sinne des § 264 StPO dar. 474

II. Hinsichtlich des Angeklagten S hat die sofortige Beschwerde dagegen keinen Erfolg. 475

1. Die Zulassung der Anklage im Fall 13 durch die Kammer ist für ihn ohne Bedeutung. Er ist in dem Fall 13 nicht angeklagt und kann nicht durch die sich aus § 264 StPO ergebende bloße Erstreckungswirkung eines Anklageabschnitts, der ihn persönlich nicht betrifft, zum Angeklagten des Hauptverfahrens im Fall 12 werden (vgl. OLG München a.a.O.).

2. Der Angeklagte S ist in diesem Fall allerdings nicht hinreichend verdächtig, sich einer Untreue schuldig gemacht zu haben. Insoweit fehlt es nach Auffassung des Senats schon an dem hinreichenden Tatverdacht, er habe den Eintritt eines Schadens im Sinne des § 266 StGB zumindest billigend in Kauf genommen. 477

Nach dem vorliegenden Ermittlungsergebnis sprechen keine ausreichenden Anhaltspunkte dafür, dass der Angeklagte eine gegenwärtige Vermögensminderung der S infolge der Anmietung der Fonds erkannt und sich mit einer konkreten Vermögensgefährdung oder gar der tatsächlichen Realisierung eines Schadens zumindest abgefunden haben könnte. Da der Angeklagte nicht im Verdacht steht, eigennützig gehandelt zu haben, ist insoweit ein strenger Maßstab anzulegen. 478

Gegen das Vorliegen des hinreichenden Tatverdachts spricht dabei insbesondere, dass nach Aktenlage der Angeklagte S offenbar davon ausging, die Gebäude zu einem Mietzins von 8 €/qm BGF in jedem Fall untervermieten zu können. 479

a) Eine entsprechende Äußerung seinerseits ist bereits im Anklagesatz erwähnt (S. 52 der Anklage). Zudem hat der Zeuge S in seiner Vernehmung vom 16.12.2013 (Protokoll Bl. 3053ff. d. A. 115 Js 376/09) dazu bekundet, die Vorstandsmitglieder hätten übereinstimmend geglaubt, die Flächen für 8 €/qm vermieten zu können (Bl. 3079), so wie es der Angeklagte S in der Vorstandssitzung explizit geäußert habe (Bl. 3078). 480

b) Nach dem bisherigen Ermittlungsergebnis lässt sich nicht die Annahme begründen, der Angeklagte S habe diesbezüglich vorsätzlich die Unwahrheit gesagt. Belastbare Anhaltspunkte für einen solchen Vorwurf, den auch die Staatsanwaltschaft nicht gegen den Angeklagten erhebt, sind nicht ersichtlich. Vielmehr spricht das bisherige Ermittlungsergebnis dafür, dass der Angeklagte tatsächlich auf den Wahrheitsgehalt seiner diesbezüglichen Aussage vertraute. Immerhin hat auch die von der S im Verfahren der Betriebsprüfung beauftragte Kanzlei in ihrer Stellungnahme vom 01.08.2012 (Bl. 122ff. SH 36 zu 115 Js 376/09) ausgeführt, dass die S in Gebäuden in der – sich in unmittelbarer Nähe des Bs befindenden – R -Straße für Büroräume ab Mitte der 1990er Jahre Mieten von 16 DM/qm (= 8,18 €/qm) im Altbau bzw. 25,50 DM/qm (=12,54 €/qm) im Neubau erzielt habe. Dies habe eine Vorbildfunktion für das angestrebte Mietniveau bei Fonds II gehabt und aus Sicht der S eine örtliche Vergleichsmiete dargestellt (Bl. 123, 124). 481

c) Bei Zugrundelegung der Auffassung des Angeklagten S, eine Untervermietung zu 8 €/qm sei jedenfalls möglich, war das Entstehen eines Schadens durch die Anmietung indes nicht absehbar oder lag zumindest eher fern. 482

aa) In der Vorstandsvorlage vom 02.06.2004 (Bl. 1586f. SH 43 zu 115 Js 376/09) für die Sitzung des Vorstandes vom selben Tag wurde ausgeführt, dass unter Einsatz des gesamten Honorars der S aus der Anmietung eine Mietreduzierung auf 6,15 €/qm möglich sei, womit nach dem Gesamtzusammenhang gemeint war, dass ab diesem Betrag eine Untervermietung kostendeckend sein würde. Eine Vermietung zu einem Preis von 8 €/qm hätte unter Zugrundelegung dessen daher zu – erheblichen – Gewinnen der S führen müssen. 483

Zwar ist nicht zu verkennen, dass die Ausführungen in der Vorstandsvorlage objektiv unzureichend waren, da sie keinerlei Leerstandsrisiko berücksichtigten. Es lässt sich der Akte indes nicht entnehmen, dass der Angeklagte S diesen Mangel der Vorstandsvorlage erkannte. Explizit dargelegt war dieser Umstand in der Vorstandsvorlage nicht, sie schwieg sich vielmehr zu den Grundlagen der Berechnung aus. Die Vorlage stammte weder von dem Angeklagten S noch von einem seiner Mitarbeiter, sondern von dem Zeugen F, der – wie er bekundet hat (Vernehmung v. 19.11.2010, Protokoll Bl. 2310ff., 2355, 2358, 2359ff. d. A. 115 Js 376/09) – auf Anweisung des Angeklagten S bereits im März einen deutlich längeren Vermerk (Bl. 47ff. SH 1 zu 115 Js 376/09) erstellt hatte, auf dem die Vorlage basierte. Sie wurde als sogenannte Tischvorlage ferner erst in der Vorstandssitzung ausgeteilt, so dass den Vorständen wenig Zeit blieb, sie inhaltlich zu prüfen. Dass der Angeklagte S sie oder die ihr zugrundeliegenden Berechnungen bereits im Vorfeld gekannt hätte, ist dem Ermittlungsergebnis nicht zu entnehmen. Jedenfalls der Zeuge S bemerkte die fehlende Berücksichtigung des Leerstandsrisikos erst bei seiner näherer Beschäftigung mit der Materie nach der Vorstandssitzung, wie er in seiner Vernehmung vom 16.12.2013 geschildert hat (Protokoll Bl. 3053 ff., 3072 d. A. 115 Js 376/09). Zuvor sei er davon ausgegangen, dass die Vorstandsvorlage realistische Angaben enthalte (Bl. 3072).

bb) Selbst wenn der Angeklagte S bemerkt haben sollte, dass die Vorstandsvorlage 485 unzureichend war, ergibt sich daraus nicht, dass er auch erkannte, dass eine Anmietung der Fonds bei einem bei der Weitervermietung zu erzielenden Mietzins von 8 €/qm für die S nachteilig sein würde. Nach Aktenlage war dies jedenfalls auch objektiv eher fernliegend: Aus den im Auftrag des Zeugen S nach der Vorstandsentscheidung von dem Zeugen V (damals S) angestellten Berechnungen ergibt sich vielmehr, dass selbst bei dem damaligen Worst-Case-Szenario bei einer Anmietung zu 11,50 €/qm, einem durchschnittlichen Untermietzins von 7,71 €/qm und einem Leerstand von durchschnittlich 10% für die S ein Gewinn von nahezu 1,7 Mio. € entstanden wäre (Bl. 3235 d. A. 115 Js 376/09). Legt man die Berechnung des Wirtschaftsreferenten zu diesem Fall (Vermerk vom 17.02.2014, Bl. 3398ff., 3463 d. A. 115 Js 376/09) zugrunde und setzt einen zu erzielenden Mietzins von 8 €/qm ein, ergibt sich, dass die Anmietung für die Sparkasse erst dann nachteilig gewesen wäre, sobald im Durchschnitt über die gesamte Mietzeit mehr als 28% der angemieteten Flächen leer gestanden hätten, sich mithin ein sehr hoher Leerstand verwirklichen musste. Der durchschnittliche Leerstand im gesamten Ker Stadtgebiet lag nach den von der Verteidigerin des Angeklagten S vorgelegten Büromarkt-Berichten der Immobilienmakler GmbH G & C (Bl. 269ff. SH 8 zu 115 Js 376/09) im Vergleich dazu im Jahr 2004 bei lediglich 8,2%. Speziell in O/N standen nach dem A R C Report für 2004 (Stand: 30.06.2004, Bl. 73ff. 82 SH 5 zu 115 Js 376/09) im Jahr 2004 in modernen Bauten nur 3.500 qm von insgesamt verfügbaren 61.500 qm leer. Es ist nicht erkennbar, dass der Angeklagte S insoweit über andere Erkenntnisse verfügte, die den Eintritt eines Schadens bei einer Vermietung zu 8 €/qm nahe legten.

Im Übrigen ist nicht zu verkennen, dass nach Aktenlage der von dem Angeklagten E 486 gewährte Mietzuschuss unter dem Gesichtspunkt der Auskömmlichkeit für die Sparkasse verhandelt und zu diesem Zweck mehrfach erhöht wurde. Unabhängig davon, ob dieses Ziel objektiv erreicht wurde, spricht auch dies dagegen, dass der Angeklagte S trotz dieses Zuschusses von dem Eintritt eines Schadens für die Sparkasse ausging. Nur der Vollständigkeit halber sei in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass – unter Zugrundelegung der von dem Wirtschaftsreferenten bei seinen Berechnungen getroffenen Prämissen (vgl. den Vermerk v. 17.02.2014, Bl. 3398ff., 3461ff.) – der Schwellenwert, ab dem der Abschluss des 2. Nachtrags zum Erstvermietungsgarantievertrag und die Anmietung der Fonds nachteilig waren, infolge des Mietzuschusses bei barwertiger Betrachtung bei einem

durchschnittlichen Leerstand von zumindest ca. 40% während der gesamten Mietzeit lag.

d) Da es sich nach Aktenlage daher so darstellt, dass der Angeklagte S subjektiv davon ausging, eine Vermietung der Gebäude zu einem Mietzins bewerkstelligen zu können, der nach den ihm zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen mit einem Gewinn der Sparkasse aus der Anmietung einherging, liegt der hinreichende Tatverdacht hinsichtlich des kognitiven und des voluntativen Vorsatzelementes nicht vor. 487

E. 488

Hinsichtlich der übrigen Fälle der Anklage bleibt der sofortigen Beschwerde der Erfolg insgesamt versagt. Im Fall 1 fehlt es an dem hinreichenden Tatverdacht, dass die Angeklagten S und S vorsätzlich in Bezug auf den Eintritt eines Schadens handelten. Im Fall 7 teilt der Senat die Auffassung der Kammer, dass kein steuerrechtliches Scheingeschäft vorliegt. In den Fällen 8 und 10 ist wegen der zwischenzeitlich eingetretenen Verjährung der angefochtene Beschluss lediglich klarstellend abzuändern. Im Fall 9 fehlt der hinreichende Tatverdacht, dass ein (Gefährdungs-) Schaden eingetreten ist. 489

I. Fall 1 der Anklage (Erwerb der Anteile an der M-GmbH; Abgabe einer quotalen Mieteinstandsverpflichtung) 490

Die Eröffnung des Verfahrens in diesem Fall ist abzulehnen, da es am hinreichenden Tatverdacht hinsichtlich des Schädigungsvorsatzes fehlt. 491

1. a) Der Senat übersieht nicht, dass es zumindest in Bezug auf den Angeklagten S eine Reihe von Umständen gibt, aufgrund derer sich das Engagement bei der M durch die Übernahme von ca. 25% der Gesellschaftsanteile und der Mieteinstandsverpflichtung als risikoreich darstellte. 492

So war dem Angeklagten S bekannt, dass die Bereitschaft von R und P, sich an dem im Jahr 1997 initiierten Aus- und Umbau der M zu beteiligen, deutlich schwächer ausgeprägt war, als dies in der Vorstandsvorlage vom 11.09.1997 (Bl. 719ff. SH 14 zu 115 Js 92/10) für die Sitzung des Gesamtvorstands am 16.09.1997 dargestellt war. Ihre Beteiligung und ihre Expertise im Studio- und Fernsehmarkt waren jedoch ein wesentliches Argument für das Eingehen der Beteiligung der S an der M. 493

Insbesondere R beurteilte die wirtschaftlichen Aussichten der M wenig optimistisch: S hatte am 10.09.1997 ein Gespräch mit dem kaufmännischen Geschäftsführer von R, dem Zeugen E, über die wirtschaftliche Situation der M geführt (vgl. Bl. 2173 SH 14 zu 115 Js 92/10). Nach der von ihm darüber angefertigten Aktennotiz hatte E erklärt, aus Sicht von R gebe es im Studiobereich eher Überkapazitäten und es sei daher fraglich, ob eine Ausnutzung [ergänze: der neu zu errichtenden Studios, Senat] in erheblichem Umfang stattfinden könne. Außerdem gehe er davon aus, dass die Preise generell stark sinken würden, so dass er auch von Dritten entsprechend preisgünstig Studiokapazitäten mieten könne. Er sehe nicht ein, warum er eine Verpflichtungserklärung [gemeint ist die Mieteinstandsverpflichtung, Senat] unterschreiben solle, da er nicht annähernd die entsprechenden Beträge für eine Studionutzung ausgeben werde. Darüber hinaus habe er das Vertrauen in den Geschäftsführer [der M, Senat] verloren. Er fordere daher, dass eine Verpflichtung von R der Höhe nach begrenzt sein müsse und bei dauernden Verlusten ein Ausstieg möglich sein müsse, zudem seien ein starkes Controlling zu installieren und der Geschäftsführer auszuwechseln. 494

Dieselben Bedenken ergeben sich auch bereits aus einem Gesprächsvermerk des Zeugen B vom 11.08.1997 (Bl. 38f. SH 8 zu 115 Js 92/10), nach dem der Angeklagte E ihm mitgeteilt hatte, dass „nach Ansicht des Produktionsverantwortlichen von R [...] das O-Projekt vollständig überdimensioniert [...] und eine Auslastung überhaupt nicht zu erzielen“ sei.

Wie gravierend die Bedenken von R waren, zeigt sich daran, dass das gesamte Projekt der Ansiedlung der M am B H deswegen offenbar zwischenzeitlich kurz vor dem Aus stand. Auf der äußerst kontrovers verlaufenen außerordentlichen Gesellschafterversammlung der M vom 25.09.1997 (vgl. Protokoll Bl. 16ff. SH 17 zu 115 Js 92/10), also kurz nach der Vorstandsentscheidung vom 16.09.1997, wurde unter TOP 2 zunächst festgestellt, dass die M im Jahr 1997 entgegen den Planungen keinen Gewinn, sondern ein Nullergebnis erwirtschaftet habe, was laut dem Zeugen B darauf zurückzuführen sei, dass R Zusagen nicht eingehalten habe. Unter TOP 3, Projektstand O, teilte der Geschäftsführer der M mit, der Angeklagte E sei angehalten, dass Projekt rückabzuwickeln. Die Rettung könne allerdings eine Reduzierung der Mieteinstandsverpflichtung von 20 auf 10 Jahre sein. R monierte in diesem Zusammenhang erneut die fehlenden verlässlichen Aussagen zur Studioauslastung in O. Man einigte sich schließlich auf die Vorlage neuer Zahlen und ihre Bewertung durch R. 496

Mit Schreiben vom 01.10.1997 an den damaligen Oberstadtdirektor R, das an S weitergeleitet wurde, erklärte R zwar schließlich die Bereitschaft, die Mieteinstandsverpflichtung zu übernehmen, jedoch nur unter der Bedingung, dass sie berechtigt war, in Höhe der Inanspruchnahme aus der Bürgschaft Sachleistungen zu den marktüblichen Konditionen abzunehmen (Bl. 105 SH 17 zu 115 Js 92/10). 497

Bedenken bestanden ebenfalls auf Seiten von P: Der Sender erklärte seine Zustimmung zur Abgabe der Mieteinstandsverpflichtung mit Fax an R am 30.09.1997 ebenfalls nur unter Vorbehalt, insbesondere einer wirtschaftlichen, rechtlichen und steuerlichen Prüfung (Bl. 102f. SH 17 zu 115 Js 92/10). Nach Einschätzung des Zeugen K erachtete P die M Anfang Dezember 1997 für konkursreif, da sie ausweislich der Planbilanz in 1997 keinen Überschuss, sondern 8 Mio. DM Minus erwirtschaftet hatte (Bl. 266ff. SH 14 zu 115 Js 92/10). 498

P ließ sich schließlich auch eine Put-Option einräumen, also das Recht, von der S und den Zeugen B den Erwerb des P-Anteils an der M zu verlangen, sollten die Mietverträge für O nicht bis zum 31.12.1999 unterschrieben sein oder sollte R mindestens 25% des gehaltenen M-Anteils abtreten (Vertrag vom 23.12.1997, UR-Nr. 4568/1997 des Notars R, Bl. 236ff. SH 14 zu 115 Js 92/10; vgl. auch den vorangegangenen Schriftverkehr zwischen S, M und P Bl. 248ff. SH 14 zu 115 Js 92/10). Für den Fall der Ausübung der Put-Option verpflichteten sich die S und die Zeugen B, je 50% der Mieteinstandsverpflichtung von P zu übernehmen. 499

b) Der Senat vermag dennoch den hinreichenden Tatverdacht für ein vorsätzliches Handeln des Angeklagten S in Bezug auf das Entstehen eines Nachteils nicht zu bejahen. 500

aa) Wie bereits zu Fall 2 ausgeführt, sind bei Risikogeschäften im Hinblick auf den Vorsatz betreffend den Schaden strenge Anforderungen zu stellen und muss der Entscheidungsträger in voluntativer Hinsicht eine über das allgemeine Risiko bei Kreditgeschäften hinausgehende Gefährdung erkannt und gebilligt haben. Dies versteht sich bei Bankvorständen auch bei problematischen Kreditvergaben nicht von selbst und ist insbesondere dann besonders kritisch zu prüfen, wenn es – wie hier – um einen Geschäftsvorgang geht, bei dem keine Indizien für einen auch nur mittelbaren persönlichen Vorteil der Beteiligten bestehen. 501

bb) Unter Zugrundelegung dieses Maßstabes ergibt sich nach Aktenlage kein hinreichender Tatverdacht einer vorsätzlichen Untreuehandlung.

(1) Zunächst liegt die Inkaufnahme von – ganz erheblichen – Nachteilen für „seine“ S bei einem langjährigen, jedenfalls bis dahin unzweifelhaft verdienstvollen und renommierten Vorstandsvorsitzenden einer S wie dem Angeklagten S bereits grundsätzlich eher fern. 503

(2) Hinzu kommt, dass angesichts des Zeitablaufs, die Vorstandsentscheidung datiert aus September 1997, der Angeklagte S jedenfalls eine Vermögensgefährdung, wenn nicht die Realisierung dieser Gefährdung, durch die Übernahme des Anteils an der M und die Mieteinstandsverpflichtung bis in das Jahr 2008 hinein billigend in Kauf genommen haben müsste. Ansonsten wäre der Tatvorwurf – auch nach Auffassung der Staatsanwaltschaft (vgl. S. 578 der Anklage) – verjährt. Nach seinen nachvollziehbaren Äußerungen in der damaligen Zeit war er – jedenfalls nach außen hin – indes optimistisch, im Ergebnis und auf lange Sicht zu einem wirtschaftlich positiven Ergebnis zu kommen. Der Zeuge X hat dazu ausgeführt, der Angeklagte S habe ihm gesagt, „Verluste kriegen wir wieder rein“ (Vernehmung v. 06.06.2011, Protokoll Bl. 3116ff. d. A. 114 Js 220/09). Laut dem Zeugen E hat der Angeklagte S gerade im Vorfeld der Vorstandssitzung vom 16.09.1997 geäußert, die M habe Probleme, er sei aber optimistisch, dass man die M durch den Ausbau in O auf eine gesunde Basis stellen könne (Vernehmung v. 10.12.2013, Protokoll Bl. 5655 d. A. 115 Js 92/10). Der Zeuge S hat angegeben, auch noch bei der Übernahme der Mieteinstandsverpflichtung der Zeugen B sei den Verantwortlichen in der S, also auch dem Angeklagten S, eine Inanspruchnahme aufgrund dieser Verpflichtung als eher theoretische Möglichkeit erschienen (Vernehmung v. 25.02.2011, Protokoll Bl. 1461ff. d. A. 115 Js 92/10). 504

(3) Nach dem vorliegenden Ermittlungsergebnis handelte es sich bei diesen von dem Angeklagten S geäußerten Vorstellungen auch nicht lediglich um bloße Hoffnungen auf einen guten Ausgang ohne Tatsachengrundlage, die einem Vorsatz – wie zu Fall 2 dargelegt – nicht entgegen stünden. 505

Insoweit ist zunächst nicht zu übersehen, dass das Engagement der S bei der M zum damaligen Zeitpunkt, im Jahr 1997, ganz am Anfang stand. Es war nicht bereits – wie in den Fällen 2 bis 5 – über mehrere Jahre hinweg sehr schlecht verlaufen und es ließ sich zu diesem Zeitpunkt auch noch nicht an der tatsächlichen Entwicklung ablesen, dass das Geschäftsmodell der M innerhalb der gegebenen Rahmenbedingungen nicht tragfähig war. 506

Gegen einen entsprechenden Vorsatz des Angeklagten S sprechen zudem die von der M im Vorfeld der Vorstandsentscheidung vorgelegten Planzahlen, die jedenfalls ab dem Jahr 2003 durchgängig Gewinne auswiesen. Zwar waren diese Zahlen, wie auch damals bereits erkennbar war und wie der Zeuge E ausgeführt hatte, nicht vollständig verlässlich und stellten sich in der Folge auch als evident unzutreffend heraus. Indiziell jedenfalls aber sprechen sie dafür, dass man zum damaligen Zeitpunkt darauf vertrauen durfte, dass nach einigen Jahren die M mit Gewinn wirtschaften und frühere Verluste ausgleichen würde, jedenfalls aber im Jahr 2008 keine Zahlungspflichten der Sparkasse bzw. der S mehr ausgelöst würden. Anders als bezüglich der Fälle 2 bis 5 war damals noch nicht durch die Entwicklung der wirtschaftlichen Situation der M und die Stellungnahmen der Wirtschaftsprüfer offenbar geworden, dass die Planzahlen der M deutlich zu optimistisch und insgesamt nicht belastbar waren. 507

Des Weiteren spricht gegen den hinreichenden Tatverdacht, dass auch andere Beteiligte offenbar nicht davon ausgegangen sind, dass das Engagement der S bei der M jedenfalls bei langfristiger Betrachtung mit – erheblichen – Verlusten verbunden sein würde. Der Zeuge F 508

hat bekundet, er glaube nicht, dass der S bei Eingehen des Engagements klar gewesen sei, dass es defizitär sein würde (Vernehmung v. 11.06.2013, Protokoll Bl. 3928ff. d. A. 115 Js 92/10). Dass man von Seiten der S jedenfalls im Mai 1998 keine – sicheren – Anzeichen für eine dauerhaft unbefriedigende wirtschaftliche Situation der M gesehen habe, hat auch der Zeuge M, ein Mitarbeiter des Zeugen E, ausgesagt (Vernehmung v. 14.10.2013, Protokoll Bl. 5394ff. d. A. 115 Js 92/10). Der Zeuge L, damals Assistent der Geschäftsführung der M, hat angegeben, er habe das Geschäft der M im Jahr 1996 chancenreich gesehen, M in O sei ein zwar ambitioniertes Projekt gewesen, aber eigentlich machbar, wenn auch mit Risiken verbunden (Vernehmung v. 12.11.2013, Protokoll Bl. 5536ff. d. A. 115 Js 92/10). Der Zeuge B, dessen Aussage allerdings wegen gravierender Selbstentlastungstendenzen und wegen seiner Rolle in dem Geschehen mit erheblicher Vorsicht zu sehen ist, hat bekundet, die angedachte Konstruktion habe funktionieren können, wenn sich – anders als geschehen – alle Beteiligten, insbesondere R und das Land NRW, an die getroffenen Absprachen gehalten hätten (Vernehmung v. 02.10.2013, Protokoll Bl. 5436ff. d. A. 115 Js 92/10).

cc) Bei einer Gesamtbetrachtung stellt es sich so dar, dass für den Angeklagten S zum damaligen Zeitpunkt zwar gewisse Risiken des Engagements bei der M erkennbar waren, die sich in den Folgejahren auch realisiert und im Ergebnis zu ganz erheblichen Verlusten der S und ihrer Tochtergesellschaft S im Zusammenhang mit der Beteiligung an der M geführt haben. Wie zu Fall 2 dargelegt, begründen aber weder das Eingehen eines Risikogeschäfts für sich genommen noch der Umstand, dass ein Geschäft im Ergebnis zu ganz erheblichen Verlusten führt, auch nur die Pflichtwidrigkeit des Handelns des Entscheidungsträgers. Es ist nach Aktenlage jedoch nicht die hinreichende Wahrscheinlichkeit zu begründen, dass der Angeklagte S bereits im Jahr 1997 die Gefahr von Verlusten im Millionenbereich durch das Engagement bei der M billigend in Kauf nahm, geschweige denn, dass er hinreichend verdächtig ist, sich bereits zum damaligen Zeitpunkt mit immensen Zahlungen auf die Mieteinstandsverpflichtung bis in das – zum damaligen Zeitpunkt noch neun Jahre in der Zukunft liegende – Jahr 2008 hinein abgefunden zu haben. 509

2. Bei dem Angeklagten S besteht ebenfalls nicht der hinreichende Verdacht, er habe die Entstehung eines Nachteils zumindest gebilligt. Als der nicht sachbearbeitende Vorstand durfte er sich grundsätzlich darauf verlassen, dass das Vorhaben von den Verantwortlichen ordnungsgemäß vorbereitet wurde. Insbesondere wegen der in der Vorstandsvorlage geschilderten Beteiligung von R und P durfte er weiter davon ausgehen, dass das Konzept auch von anderen geprüft und als zumindest vertretbar eingeschätzt wurde. Die bei R und P bestehenden Bedenken waren ihm soweit ersichtlich nicht bekannt. Hinzu kamen die in der Anlage 1 zur Vorstandsvorlage angesprochene Beteiligung des „Immobilienfonds E GbR“ und der M an dem von der S zu übernehmende Anteil sowie der angekündigte öffentliche Zuschuss von 50 Millionen DM. Der Grad der Wahrscheinlichkeit der Inanspruchnahme der S oder der S war, soweit erkennbar, aus seiner Sicht daher eher gering. Vor diesem Hintergrund kann nicht angenommen werden, dass er, der nach Aktenlage kein eigenes – und sei es auch nur mittelbares – Interesse an dem Eingehen des Engagements bei der M hatte, billigend in Kauf nahm, dass die S bzw. ihre Tochtergesellschaft deswegen bis in das Jahr 2008 hinein Zahlungen würden leisten müssen oder jedenfalls die entsprechende Gefahr bestand. 510

II. Fall 7 der Anklage (Umsatzsteuerhinterziehung OEGruppe) 511

Die Eröffnung des Verfahrens ist in diesem Fall aus den zutreffenden Gründen des angefochtenen Beschluss von der Kammer zu Recht abgelehnt worden. Es besteht nicht der hinreichende Verdacht eines steuerrechtlichen Scheingeschäfts. 512

Es liegt allerdings der hinreichende Verdacht vor, dass die P weder selbst noch durch beauftragte Personen oder Unternehmen ihre vertraglich übernommenen Verpflichtungen erfüllt hat. Zur Begründung wird auf die Ausführungen in der Anklageschrift Bezug genommen. 513

Der Umstand, dass die P die vertraglich vereinbarten Leistungen nicht erbracht hat, bedeutet indes für sich genommen nicht, dass die in ihren Rechnungen ausgewiesene Umsatzsteuer nicht zum Vorsteuerabzug hätte angemeldet werden dürfen. 514

1. a) Wie die Kammer in dem Beschluss, auf den insoweit Bezug genommen wird, zutreffend ausgeführt hat, kann Leistender im Sinne des Umsatzsteuerrechts auch ein „Strohmann“ sein, also jemand, der im Rechtsverkehr – aus welchen Gründen auch immer – im eigenen Namen, aber für Rechnung eines anderen auftritt. Solche Strohmannsgeschäfte sind grundsätzlich wirksam. Unwirksam und steuerrechtlich unbeachtlich ist demgegenüber ein Scheingeschäft, § 41 Abs. 2 AO. Ein solches Scheingeschäft liegt vor, wenn die Parteien einverständlich zwar den äußeren Schein eines Rechtsgeschäftes hervorrufen, die mit dem Geschäft verbundenen Rechtsfolgen aber nicht eintreten lassen wollen (Koenig, AO, 3. Auflage 2014, § 41, Rn. 39; MüKo-BGB/*Armbrüste*, 7. Auflage 2015, § 117, Rn. 14, jeweils m.w.N.). Wenn die Vertragsparteien – der „Strohmann“ und der Leistungsempfänger – einverständlich oder stillschweigend davon ausgehen, dass die Rechtswirkungen des Geschäfts gerade nicht zwischen ihnen, sondern zwischen dem Leistungsempfänger und dem „Hintermann“ eintreten sollen, ist das Strohmannsgeschäft daher umsatzsteuerrechtlich unbeachtlich (BGHSt 58, 218; BGH NStZ-RR 2014, 310; wistra 2014, 190; BGH - 3. ZS - NJW 1982, 569; BFHE 198, 208; Koenig a.a.O.). 515

b) Die von der Staatsanwaltschaft an den Ausführungen der Kammer geübte Kritik (S. 72ff. der Beschwerdebegründung) vermag der Senat nicht zu teilen. Insbesondere hält der Senat die Auffassung der Staatsanwaltschaft für unzutreffend, die Kammer habe den falschen rechtlichen Maßstab angelegt, da § 15 UStG eine spezialgesetzliche Regelung im Verhältnis zu § 41 Abs. 2 AO sei. § 41 Abs. 2 AO stellt klar, dass die gemäß § 117 BGB nichtigen Scheingeschäfte für die Besteuerung generell unbeachtlich sind (Koenig a.a.O., § 41, Rn. 35; Klein/*Ratschow*, AO, 12. Auflage 2014, § 41, Rn. 40). Der Vorbehalt des § 41 Abs. 1 S. 2 AO, der hinsichtlich der Behandlung unwirksamer oder unwirksam gewordener Rechtsgeschäfte einen Vorrang der Steuergesetze anordnet, gilt für Scheingeschäfte nach § 41 Abs. 2 AO nicht (Klein/*Ratschow* a.a.O., § 41, Rn. 1). Demzufolge ist die Vorschrift auch im Umsatzsteuerrecht anwendbar (vgl. nur BGH NStZ-RR 2014, 310; NJW 2002, 1963; Hessisches Finanzgericht, BEluss vom 12.05.2006 – 6 V 898/06, zitiert nach juris; Bunjes/*Korn*, UStG, 14. Auflage 2015, § 2, Rn. 42) und gelten im Bereich des § 15 UStG keine anderen Grundsätze für die Behandlung von Strohmann- bzw. Scheingeschäften (vgl. BGH NStZ-RR 2014, 310; Bunjes/*Korn* a.a.O., § 15, Rn. 60ff.). 516

2. Ob ein unwirksames Scheingeschäft vorliegt, hängt von den tatsächlichen Gegebenheiten des Einzelfalls ab, die vom Tatgericht in einer Gesamtwürdigung aller maßgeblichen Umstände zu bewerten sind (BGH NStZ-RR 2014, 310 m.w.N.). Diese Gesamtwürdigung ergibt, dass nach Aktenlage von einer wirksamen Verpflichtung der P im Außenverhältnis auszugehen ist. Jedenfalls besteht nicht der hinreichende Verdacht eines Scheingeschäfts. 517

a) Es liegen zwar durchaus einige Umstände vor, die für das Vorliegen eines Scheingeschäfts sprechen können. 518

So war die P von ihrer Struktur und Finanzausstattung her nicht in der Lage, die übernommenen Verpflichtungen selbst zu erfüllen. Eine Beauftragung anderer Unternehmen 519

wurde von ihr nach Aktenlage nicht einmal versucht, die insoweit präsentierten Rechnungen sind – jedenfalls besteht der hinreichende Verdacht – nur zum Schein ausgestellt. Die J hat nach Aktenlage wegen Einzelheiten der übernommenen Verpflichtungen auch keine Rücksprache mit der P gehalten, sondern mit der S oder der L KG. Die P wurde ferner insgesamt als Instrument zum Verschieben von Geldbeträgen und dem Herstellen einer gewollten Papierform, etwa gegenüber der Internen Revision der S, genutzt. Dies spricht gegen eine Haftung des Unternehmens im Außenverhältnis.

b) Letztlich sprechen aber die von den Parteien mit der Vertragskonstruktion verfolgten wirtschaftlichen Zwecke entscheidend dafür, dass eine Verpflichtung der P tatsächlich gewollt war. 520

aa) Zunächst diene die gewählte Konstruktion dazu, der P Geldmittel zukommen zu lassen, mit der diese die Mietinstandsverpflichtung der Zeugen B bedienen konnte. Dies ergibt sich zum einen aus der Aussage des Zeugen F, der in seiner Vernehmung vom 30.08.2012 (Protokoll Bl. 4216ff. d. A. 114 Js 220/09) angegeben hat, es sei von vorneherein zweifelsfrei so gewesen, dass P lediglich die Rolle hatte, die der S zugedachten Gelder zu vereinnahmen und für den Zweck der Bedienung der Mietinstandsverpflichtung zu verwenden. Die P sei nicht darauf angelegt gewesen, selbst Leistungen zu erbringen. Diese Aussage deckt sich mit den Einschätzungen des Zeugen S, des damaligen Geschäftsführers der P (Vernehmung v. 13.10.2010, Protokoll Bl. 953ff. d. A. 114 Js 220/09), sowie der Zeugen S (Vernehmung v. 25.02.2011, Protokoll Bl. 2691ff. d. A. 114 Js 220/09), W (frühere M; Vernehmung v. 04.04.2011, Protokoll Bl. 2904ff. d. A. 114 Js 220/09), N (Vernehmung v. 15.06.2011, Protokoll Bl. 3019ff. d. A. 114 Js 220/09) und S (Vernehmung v. 06.06.2011, Protokoll Bl. 3116ff. d. A. 114 Js 220/09), die von Seiten der S bzw. der L KG näher in die Vorgänge eingebunden gewesen sind. Keiner der Zeugen hat von einer Geschäftstätigkeit der P im Zusammenhang mit den in Rede stehenden Verpflichtungen berichtet. Der Zeuge S hat die P vielmehr prägnant als „schwarze Kasse in der Disposition des damaligen Vorstandsvorsitzenden zur Erfüllung von Aufgaben aus der Sphäre M und sonstiger“ bezeichnet (Bl. 2717). 521

Zum anderen spricht dafür auch der Inhalt von Unterlagen der S. So findet sich in dem bereits zu Fall 5 erwähnten Protokoll über die Vorstandssitzung der S am 16.04.2002 folgende Formulierung zum Gesellschaftszweck der N2 deren Rolle die P übernahm: „- Abschluss von Grundstücksverträgen und Abwicklung damit verbundener Projektentwicklungsverträge sowie Abschluss von Mietervermittlungsverträgen, die zum Ziel haben, die notwendigen Erträge zur Erfüllung der Mietinstandsverpflichtung zu generieren. [...]“. 522

Angesichts der engen Verflechtungen zwischen der S und der J sowie der und Dr. S, der der Steuerberater des Angeklagten S war, besteht ohne Weiteres der hinreichende Verdacht, dass dieser Zweck der Vereinbarung auch der J und Dr. S bekannt war. 523

Zur Erreichung dieses Zwecks war es aber – wie die Kammer zu Recht ausgeführt hat – auch aus Sicht der Vertragsparteien erforderlich, die P tatsächlich mit Finanzmitteln auszustatten, da eine Zahlung unmittelbar durch die Sparkasse gerade vermieden werden sollte. 524

bb) Weiterer Zweck der Konstruktion war die Zahlung der 24,125 Mio. € an die J, die in dem Mietverschaffungs- und Einstandsvertrag vom 19.05.2005 (UR-Nr. 419/2005 des Notars Dr. S, S. 8ff. SH 02 zu 114 Js 220/09, zitiert nach E-Akte) vorgesehen war. Eine Grundlage für diesen – angeblichen – Schadensersatzanspruch bestand zwar nicht, da nach Aktenlage nicht ersichtlich ist, warum die P überhaupt und in dieser Höhe zum Schadensersatz verpflichtet sein sollte. Tatsächlich handelte es sich nach Aktenlage um 525

einen verdeckten Ausgleich der Differenz zwischen den Kaufpreisen für das Grundstück am B H und den R, die exakt 24,125 Mio. € betrug. Dieser Differenzbetrag, der im Zuge der Entscheidung von R, in die R zu ziehen, angefallen war, sollte der J durch die S, die sich dazu der P bediente, erstattet werden.

Auch zur Erfüllung dieses Zwecks war eine tatsächliche Zahlung seitens der P erforderlich, da die S auch insofern gerade nicht in Erscheinung treten wollte. 526

cc) Es ist zwar nicht zu verkennen, dass die genannten Vertragszwecke in einem gewissen Spannungsverhältnis zueinander stehen. Die vereinbarte Schadensersatzzahlung in Verbindung mit den der J durch die P gewährten Gutschriften führte nämlich dazu, dass die P im Ergebnis über 4 Millionen € an die J zahlte und nicht mehr über die nötigen Finanzmittel verfügte, um die Mieteinstandsverpflichtung zu bedienen. Zu diesem Zweck wurden ihr deshalb von der L KG 7,5 Mio. € (netto) zur Verfügung gestellt, wie sich aus einem Vermerk des Zeugen M, damals Prokurist der L KG, vom 18.05.2005 (S. 372 SH 03 zu 114 Js 220/09, zitiert nach E-Akte) ergibt und wie durch den Umstand, dass der Vertrag mit der P in den Unterlagen der L KG als „Werkvertrag“ (S. 369/370 SH 03 zu 114 Js 220/09 [Anführungszeichen im Original, Senat], zitiert nach E-Akte) bezeichnet wurde, belegt wird. 527

Im Ergebnis ändert dies jedoch nichts daran, dass der P über die mit der J geschlossenen Verträge erhebliche Summen zuflossen, mit denen die Mieteinstandsverpflichtung bedient wurde, und dass dies indiziell dafür spricht, dass die Vertragskonstruktion Wirkungen im Außenverhältnis entfalten sollte. Im Übrigen unterstreichen diese Zahlungsvorgänge nachdrücklich, dass die P tatsächlich als Instrument zur Verschiebung von Geldbeträgen benutzt wurde. 528

dd) Weiterer Vertragszweck war nach dem Ermittlungsergebnis die Erfüllung der in den abgeschlossenen Verträgen niedergelegten Verpflichtung zur Projektentwicklung. Diese Leistung ist zugunsten der J, wenngleich nicht durch die P, tatsächlich erbracht worden, und sie war unzweifelhaft auch erforderlich. Denn die Projektentwicklung war bei Unterzeichnung der Verträge im Mai 2005 zwar fortgeschritten, aber noch nicht abgeschlossen, wie der Zeuge M in seiner Vernehmung vom 17.04.2012 (Protokoll Bl. 4013ff, 4044ff. d. A. 114 Js 220/09) geschildert hat, der die Projektentwicklung auf Seiten der L KG begleitet hat. Es bestand also noch ein Bedürfnis an einer entsprechenden Leistungserbringung. Auch dies spricht – zumindest in einer Zusammenschau mit der von der S übernommenen Einstandsverpflichtung – für die Annahme, dass die P im Außenverhältnis eine wirksame Verpflichtung eingehen sollte. 529

c) Für die Wirksamkeit der Verpflichtung der P im Außenverhältnis spricht des Weiteren die von der S in den Verträgen jeweils übernommene Einstandsverpflichtung (vgl. Mietverschaffungsgarantie- und Einstandsvertrag vom 19.05.2005, UR-Nr. 419/2005 des Notars Dr. S, S. 8ff. SH 02 zu 114 Js 220/09, und Projektvorbereitungs- und Garantievertrag v. 19.05.05, UR-Nr. 418/2005 des Notars Dr. S, S. 433ff. des SH 01 zu 114 Js 220/09, zitiert jeweils nach E-Akte). Nach Aktenlage hatte diese Einstandsverpflichtung für die J erhebliche Bedeutung und es spricht mehr dafür, dass diese Einstandsverpflichtung eine wirksame Verpflichtung der P voraussetzte und nicht losgelöst von der Wirksamkeit der Vereinbarungen zwischen der P und der J bestand. 530

aa) Die Staatsanwaltschaft (vgl. S. 76 der Beschwerdebegründung) legt die Verpflichtung als selbstständiges Garantieverprechen aus. Ein solches wäre nicht akzessorisch (BGH NJW 2006, 996; Staudinger/Horn a.a.O., Vorbemerkungen zu §§ 765-778, Rn. 213; MüKo-BGB/Habersack a.a.O., Vorbemerkungen § 765, Rn. 18) und begründete auch unabhängig von der 531

Wirksamkeit des Hauptvertrages eine Verpflichtung der S.

- bb) Diese Interpretation wird vom Senat indessen nicht geteilt: 532
- (1) Gegen die Ansicht der Staatsanwaltschaft spricht bereits der Wortlaut der Vereinbarung 533
insoweit, als der Ausdruck „Garantie“ oder gar „selbstständige Garantie“ in den
entsprechenden Klauseln nicht vorkommt. Bei den an dem Vertragswerk beteiligten, im
Geschäftsleben erfahrenen Parteien hat dies jedenfalls eine gewisse Indizwirkung dafür, dass
eine solche – selbstständige – Garantie auch nicht gewollt war.
- (2) Auch die Einbettung der Regelung in den „Hauptvertrag“, der am ehesten als Werkvertrag 534
zu werten ist, spricht dagegen, dass es sich bei der Einstandsverpflichtung um eine
selbstständige Garantie handelt.
- Die rein äußerliche Verbindung einer Garantieerklärung mit dem Hauptvertrag, auf den sie 535
sich bezieht, in einem Dokument ist zwar für sich genommen bedeutungslos und schmälert
noch nicht die Selbstständigkeit des Garantievertrages, weil derartiges in der modernen
Kautelarpraxis üblich ist (Staudinger/*Horn*, a.a.O., Vorbemerkungen zu §§ 765-778, Rn. 212).
Die Einbettung der Garantie in einen anderen Vertrag deutet allerdings, soweit der Wortlaut
der Garantie nicht etwas anderes besagt, auf eine unselbstständige Garantie hin (Staudinger/
Horn a.a.O., Rn. 212, 238). Diese Einbettung ergibt sich hier aus dem Wortlaut der
Einstandsverpflichtung („S übernimmt [...] die Einstandspflicht für die Erfüllung aller
Verpflichtungen des AN aus dieser Urkunde.“ [Hervorhebung nicht im Original, Senat]) der
deutlich dafür spricht, dass die Einstandsverpflichtung mit den von der P in den Verträgen
vom 19.05.2005 übernommenen Verpflichtungen verknüpft sein sollte. Dieser Wortlaut spricht
im Übrigen auch losgelöst von der Abgrenzung zwischen selbstständiger und
unselbstständiger Garantie dafür, dass die S mit der Einstandspflicht eine lediglich
akzessorische Haftung übernahm.
- (3) Eine Auslegung als selbstständiges Garantieverprechen wird des Weiteren den 536
Interessen der Parteien, insbesondere der J, nicht ausreichend gerecht.
- Die Primärleistungspflicht des Garanten besteht nicht in der Herbeiführung des garantierten 537
Erfolgs, sondern in der Schadloshaltung des Garantienehmers bei Ausbleiben des Erfolgs
(MüKo-BGB/*Habersack*, a.a.O., Vorbemerkungen § 765, Rn. 16). Leistungsgegenstand ist
daher typischerweise eine Geldzahlung (Staudinger/*Horn* a.a.O., Rn. 208).
- Der J ging es aber darum, die tatsächliche Erbringung der Projektentwicklung sicherzustellen. 538
So hat es der Angeklagte E vortragen lassen (Schriftsatz v. 09.06.2011, Bl. 1755 ff.,
1783/1784 d. A. 115 Js 92/10), und so entspricht es auch dem damaligen, oben skizzierten
Stand der Projektentwicklung, die zeitnah, am 01.12.2005, abgeschlossen werden sollte. Wie
bereits dargelegt, ist nach Aktenlage davon auszugehen, dass auch der J bekannt war, dass
die P nicht in der Lage war, die übernommenen selbst Verpflichtungen zu erfüllen. Dies
spricht dafür, dass die – untechnisch gesprochen – Mithaftung der S dazu dienen sollte,
dieses ansonsten drohende Defizit bei der aus Sicht der J dringend erforderlichen
Vertragserfüllung zu beheben.
- Nach der Interessenlage der Parteien ist die Einstandspflicht danach eher als Schuldbeitritt 539
einzuordnen, bei dem der Beitretende gleichrangig für die Erfüllung der Forderung haftet (vgl.
MüKo-BGB/*Habersack* a.a.O., Vorbemerkungen § 765, Rn. 11). Das dafür verlangte eigene
Interesse des Beitretenden an der vertraglichen Gegenleistung (vgl. MüKo-BGB/*Habersack*
a.a.O., Vorbemerkungen § 765, Rn. 10) weist die S als Beteiligungstochter der S auf, da die

in den Verträgen als Gegenleistung der J vorgesehenen Zahlungen nach dem Ermittlungsergebnis letztlich der Stützung der M dienen, an der die S einen Anteil hielt und hinsichtlich derer sie eine Mieteinstandsverpflichtung übernommen hatte.

(4) Soweit für eine Auslegung als selbstständige Garantie sprechen könnte, dass die S im Schriftverkehr zwischen ihr und der J als „Garantin“ bezeichnet wird (Schreiben F v. 05.12.2005, Bl. 378 SH 07; Schreiben R v. 06.07.2006, Bl. 420 SH 07, jeweils zu 114 Js 220/09), ist dies ersichtlich nicht im juristischen Sinne gemeint und gibt im Übrigen ebenfalls keinen Aufschluss darüber, dass es sich um eine selbstständige Garantie handeln sollte. 540

cc) Der Umstand, dass die Einstandsverpflichtung nach Aktenlage keine selbstständige Garantie, sondern am ehesten einen Schuldbeitritt darstellte, spricht nach Auffassung des Senats entscheidend für eine von den Vertragsparteien gewollte und vereinbarte wirksame vertragliche Verpflichtung der P und damit gegen ein Scheingeschäft. Denn ein Schuldbeitritt ist nach überwiegender und zutreffender Ansicht in dem Sinne akzessorisch, als er in seiner Entstehung von dem Bestand der zu sichernden Forderung abhängt (BGH NJW 1987, 1698 m.w.N.; Erman-BGB/Röthel, 14. Auflage 2014, Vorbemerkungen zu § 414, Rn. 16; teilweise a.A. MüKo-BGB/Habersack a.a.O., Vorbemerkungen § 765, Rn. 11). Ohne eine wirksame Verpflichtung der P wäre also – wie die Kammer im Ergebnis zu Recht ausgeführt hat – die Einstandsverpflichtung ins Leere gelaufen. 541

Nach Aktenlage ist diese Einstandsverpflichtung der S auch nicht nur zum Schein abgegeben worden. Zunächst entsprach es dem oben dargelegten Willen der J, eine wirksame Einstandsverpflichtung der S zu vereinbaren. Falls die Einstandsverpflichtung lediglich zum Schein abgegeben worden wäre, wäre zudem nicht nachvollziehbar, warum später ein Schriftverkehr zwischen der S und der J zu der Frage geführt wurde, ob diese noch bestehe oder erloschen sei. Mit Schreiben vom 05.12.2005 (Bl. 378 SH 07 zu 114 Js 220/09) äußerte der Zeuge F die Auffassung, die Einstandspflicht sei erloschen, nachdem der Kern der Leistungen erbracht sei. R antwortete für die J darauf mit Schreiben vom 21.12.2005 (Bl. 379ff. SH 07 zu 114 Js 220/09), in dem er auf zweieinhalb Seiten Punkte aufführte, die aus Sicht der J noch zu erfüllen seien. Der Zeuge F replizierte darauf mit Schreiben vom 23.01.2006 (Bl. 385f. SH 07 zu 114 Js 220/09), mit dem er auf die aufgezeigten Punkte im Einzelnen einging. 542

d) Für die Wirksamkeit der Vertragsgestaltung und gegen ein Scheingeschäft sprechen des Weiteren indiziell auch gerade die von der Staatsanwaltschaft angenommenen steuerrechtlichen Folgen bei dessen Unwirksamkeit. 543

Es lässt sich nach Aktenlage zwar nicht sicher feststellen, dass die steuerlichen Folgen der Verträge von den Vertragsparteien, insbesondere der J, in den Blick genommen worden sind. Fernliegend erscheint dies allerdings nicht. Immerhin wurden ansonsten durchaus steuerrechtliche Überlegungen im Zusammenhang mit der P angestellt, etwa zur Grunderwerbssteuer (vgl. Gesprächsprotokoll v. 09.12.2003, Bl. 3133/3134 d. A. 114 Js 220/09), die als Grund herangezogen wurde, warum die P eine Rechnung der HPP KG zahlen sollte. Davon abgesehen spielten steuerrechtliche Aspekte bei vielen der nach der Ermittlungsakte nachvollziehbaren Geschäfte zwischen den Gesellschaften des Angeklagten E und der S eine Rolle und nahmen insbesondere in den Überlegungen des Angeklagten E bzw. der von ihm geführten Unternehmen einen erheblichen Raum ein. Es erscheint danach zumindest möglich, dass die Vertragskonstruktion gerade gewählt wurde, um kein Scheingeschäft zu vereinbaren und daher die steuerliche Berücksichtigungsfähigkeit der auf die Rechnungen der P gezahlten Umsatzsteuer für die J zu erhalten. 544

Soweit ein Rechtsgeschäft jedoch bestimmte Steuerfolgen bewirken soll, ist von seiner zivilrechtlichen Wirksamkeit auszugehen, sofern nicht gerade Hauptzweck des Vertrages eine strafbare Steuerhinterziehung ist (BGH - 2. ZS - WM 1993, 1683 m.w.N.), wofür vorliegend nichts spricht. Denn eine bestimmte vertragliche Regelung kann nicht gleichzeitig als steuerrechtlich gewollt und zivilrechtlich nicht gewollt angesehen werden.

e) Bei einer Gesamtbetrachtung erscheint die Annahme der Staatsanwaltschaft, es handele sich um ein Scheingeschäft, zwar möglich. Es spricht jedoch – deutlich – mehr gegen diese Ansicht und für die Auffassung, dass die Vertragskonstruktion die eben dargelegten Wirkungen haben und insofern wirksam sein sollte. Der hinreichende Verdacht eines Scheingeschäfts und damit einer Umsatzsteuerhinterziehung liegt damit nicht vor. 546

III. Fälle 8 und 10 der Anklage (Abschluss des Erstvermietungsgarantievertrags bzw. des 1. Nachtrags zum Erstvermietungsgarantievertrag) 547

Auf die sofortige Beschwerde ist der angefochtene Beschluss in diesen Fällen lediglich dahingehend abzuändern, dass die Eröffnung des Hauptverfahrens aus rechtlichen Gründen abgelehnt wird. Wie auch die Staatsanwaltschaft ausgeführt hat, ist hinsichtlich beider Tatvorwürfe am 07.12.2014 Verfolgungsverjährung eingetreten. 548

Gemäß § 78a StGB beginnt die Verjährung, sobald die Tat beendet ist. Diese trat in beiden Fällen mit dem Abschluss des 2. Nachtrags zum Erstvermietungsgarantievertrag (Bl. 46 SH 1 zu 115 Js 376/09) am 07.12.2004 ein. Denn in dessen Ziffer 5. war geregelt, dass die Garantieleistungen der S aus dem Erstvermietungsgarantievertrag vom 03.07.2000, der Gegenstand des Falls 8 der Anklage ist, und aus dem 1. Nachtrag dazu, der den Tatvorwurf im Fall 10 der Anklage darstellt, mit dem am selben Tag erfolgten Abschluss des Mietvertrages über den Fonds V erloschen seien. Da die Verjährung nicht gemäß § 78b StGB geruht hat, ist die gemäß § 78c Abs. 3 S. 2 StGB zehn Jahre betragende absolute Verjährungsfrist am 06.12.2014 abgelaufen (vgl. zur Fristberechnung Schönke/S/Sternberg-Lieben/Bosch a.a.O., § 78, Rn. 12). 549

IV. Fall 9 der Anklage (Abschluss des Mietvertrags über die Bürogebäude des Fonds II) 550

In dem Fall 9 der Anklage liegt nach Aktenlage nicht der hinreichende Tatverdacht vor, das infolge der Entscheidungen des Vorstandes vom 06.11. bzw. 20.11.2001, die Bauabschnitte 4 und 2 des Fonds II anzumieten, ein (Gefährdungs-) Schaden entstanden ist. 551

Wie bereits dargelegt, setzt ein Gefährdungsschaden voraus, dass der Gesamt-Vermögenswert durch die nahe liegende Gefahr des endgültigen Verlusts eines Vermögensteils zum Zeitpunkt der in Rede stehenden Entscheidung bei einer ex-ante-Betrachtung gegenwärtig gemindert ist. Die Anmietung des Fonds II erfolgte mit dem Ziel der Weitervermietung (vgl. die Vorstandsvorlage v. 06.11.2001, Bl. 966 f., 967 SH 43 zu 115 Js 376/09). Das mit der Anmietung verbundene Risiko bestand daher in der Notwendigkeit, die angemieteten Flächen zumindest kostendeckend weiter vermieten zu können. Eine kostendeckende Weitervermietung war wiederum im Wesentlichen von zwei Faktoren abhängig, nämlich zum einen von der zu erzielenden Miete und zum anderen von dem Leerstandsrisiko. 552

Die Ermittlungen der Staatsanwaltschaft sind insoweit lückenhaft (vgl. dazu nachfolgend unter 1.). Anhand des vorliegenden Ermittlungsergebnisses kann der hinreichende Tatverdacht bezüglich einer aus damaliger objektiver Sicht bestehenden gegenwärtigen Vermögensminderung durch die Anmietung nicht bejaht werden. Es kann insoweit dahin 553

stehen, ob im Hinblick auf das etwaige Entstehen eines Gefährdungsschadens auf den Zeitpunkt der Vorstandsentscheidungen im November 2001 – was nach Auffassung des Senats näher liegt – oder den des Abschlusses des Mietvertrages im Juni 2002 abzustellen ist, den die Staatsanwaltschaft der Schadensberechnung in der Anklage zugrunde gelegt hat, da sich hinsichtlich der objektiven Sachlage jedenfalls nach Aktenlage zwischen diesen Zeitpunkten kein entscheidender Unterschied ergibt (vgl. dazu nachfolgend unter 2.). Es besteht schließlich keine Veranlassung für den Senat, selbst weitere Ermittlungen anzustellen oder das Verfahren zur weiteren Aufklärung an die Kammer zurückzuverweisen (vgl. dazu nachfolgend unter 3.).

1. Das vorliegende Ermittlungsergebnis ist lückenhaft. Für die Beurteilung des Eintritts eines Gefährdungsschadens ist entscheidend die objektive Sachlage zum Zeitpunkt der Anmietungsentscheidung, mag diese dem Vorstand der Sparkasse auch nicht in vollem Umfang bekannt gewesen sein. Die Staatsanwaltschaft hat es jedoch versäumt, die Lage auf dem Büromietmarkt im Jahr 2001, also zum Zeitpunkt der Vorstandsentscheidungen, und im Jahr 2002, in dem der Mietvertrag über den Fonds II abgeschlossen wurde (vgl. Bl. 1ff. SH 21 zu 115 Js 376/09), so umfassend aufzuklären, dass eine abschließende Prüfung und Beurteilung möglich wäre. 554

Unabhängig davon, ob insoweit die Einholung eines Sachverständigengutachtens veranlasst gewesen wäre, liegen jedenfalls nicht alle verfügbaren Erkenntnisquellen vor. So hat die Staatsanwaltschaft zwar verschiedene Mietspiegel beigezogen, insbesondere die bereits verschiedentlich erwähnten A R C Reporte, die eine nach den jeweiligen Stadtbezirken differenzierte Darstellung des Ker Büromietmarkts enthalten. Es fehlen allerdings Reporte, die die Situation im Jahr 2001 näher beleuchten. Ebenso wenig ist die von der, durch die S im Verfahren der Betriebsprüfung beauftragte, Kanzlei in ihrer Stellungnahme vom 23.11.2011 (Bl. 2 ff., 7 SH 36 zu 115 Js 376/09) in Bezug genommene Einschätzung des Wirtschaftsforschungsinstituts F für das Jahr 2001 vorhanden. Auch andere Unterlagen, die die von neutralen Marktbeobachtern prognostizierte Entwicklung des Büromietmarkts in K zum Zeitpunkt der Vorstandsentscheidungen näher beleuchten könnten, sind nicht herangezogen worden. 555

Des Weiteren ist nicht ausreichend ermittelt, wie die Gebäude des Fonds II aus damaliger Sicht ausgestattet sein würden bzw. tatsächlich ausgestattet sind, was insbesondere im Hinblick auf die bei einer Weitervermietung zu erwartende Miete naheliegend von erheblicher Bedeutung war. Insbesondere existiert zu dem Fonds II – anders als bezüglich der übrigen von der Anklage erfassten Fonds – kein Wertermittlungsgutachten, jedenfalls findet sich keines in den Akten (vgl. SH 30 zu 115 Js 376/09), das zumindest einen konkreteren Anhaltspunkt hinsichtlich der Ausstattung und der zu erwartenden Miete liefern könnte. 556

Schließlich ist auch die tatsächliche Entwicklung der Weitervermietung der Flächen im Fonds II nicht abschließend aufgeklärt worden. Diese könnte grundsätzlich ein Indiz in Bezug auf das mit der Anmietung verbundene Risiko darstellen. Es fehlt zunächst an einer Darstellung des mit der Anmietung des Fonds II tatsächlich eingetretenen Gewinns bzw. Verlusts. In dem Vermerk des Wirtschaftsreferenten vom 17.02.2014 (Bl. 3398ff. d. A. 115 Js 376/09), der der Anklage zugrundeliegt, wird das wirtschaftliche Ergebnis lediglich geschätzt anhand der bei der L KG gebildeten Drohverlustrückstellungen (Bl. 3415ff.). Ferner ist der tatsächliche Leerstand im Fonds II nach Aktenlage nicht vollständig nachvollziehbar. Der Wirtschaftsreferent hat in dem erwähnten Vermerk zwar anhand von sichergestellten Unterlagen eine tabellarische Aufstellung des Leerstandes erstellt. Diese ist aber offensichtlich lückenhaft, da sie lediglich Angaben zu sechs Jahren enthält, während der 557

Fonds II für zehn Jahre angemietet wurde. Hinsichtlich des Jahres 2012 ist der Leerstand lediglich für einen Stichtag genannt, ohne dass ersichtlich wäre, ob dies repräsentativ für das Gesamtjahr ist. Ebenso wenig gibt es eine vollständige Darstellung der bei den Weitervermietungen erzielten Miete für Büroflächen. Allerdings ermöglicht eine Auswertung der in den Akten enthaltenen Untermietverträge bezüglich des Fonds II im SH 21 zu 115 Js 376/09 eine (notwendig grobe) erste Wirtschaftlichkeitsbetrachtung.

2. Anhand des vorliegenden Ermittlungsergebnisses besteht nicht der hinreichende Verdacht, dass mit der Anmietung der Gebäude des Fonds II ein derartiges Risiko verbunden war, dass das Vermögen der L KG, und damit mittelbar der S, durch die Entscheidung für die Anmietung bereits gegenwärtig vermindert war. 558

a) Es ist insoweit zunächst festzuhalten, dass die Anmietung keineswegs zwangsläufig mit einem Verlust für die S einherging. 559

Dies wird schon deutlich anhand der von dem Wirtschaftsreferenten angestellten Berechnungen (vgl. die Vermerke v. 17.02.2014, Bl. 3398 ff., 3436 d. A. 115 Js 376/09 und v. 20.02.2015, Bl. 4131ff., 4158. d. A. 114 Js 92/09). Die ihnen zugrundeliegenden Prämissen erscheinen zwar – wie dargestellt – unsicher. Jedoch sind die Berechnungen mathematisch nachvollziehbar und rechnerisch zutreffend, so dass sie im Folgenden als Ausgangspunkt zugrundegelegt werden können. 560

Der Wirtschaftsreferent geht bei seinem Zahlenwerk im Rahmen des für das Beschwerdeverfahren erstellten Vermerks vom 20.02.2015 von einer zu erzielenden Miete von 9,97 €/qm BGF im Fonds II aus. Legt man dies zugrunde, stellte sich die Anmietung des Fonds II ab einem Schwellenwert von ungefähr 10% Leerstand über die gesamte Mietzeit hinweg als nachteilig dar. Bei einem unter 10% liegenden Wert war sie dagegen vorteilhaft. Dabei kommt es nicht entscheidend darauf an, ob man eine Fläche von 6.484 oder 6.380 qm oder die gesamte Fläche des Fonds II berücksichtigt, da die Unterschiede vernachlässigbar sind. 561

Bei einer höheren erzielbaren Miete verschob der Schwellenwert sich naturgemäß weiter nach oben. Bereits eine Mehrmiete von 1 €/qm bedeutete bezogen auf eine Fläche von 6.484 qm über die gesamte Mietdauer hinweg Mehreinnahmen von ca. 778.000 € nominell. Ausgehend von der Berechnung des Wirtschaftsreferenten führte eine zu erzielende Miete von 11 €/qm BGF demzufolge auch bei einem durchgehenden Leerstand von ungefähr 20% unter Zugrundelegung einer Fläche von 6.484 qm bei barwertiger Betrachtung nicht zu einem Verlust. 562

Aus diesen Berechnungen ergibt sich ferner, dass eine Weitervermietung zu einem unter dem von der L KG gezahlten Mietzins von 12,54 €/qm liegenden Mietpreis wegen der Provisionszahlung an die S aufgrund des Erstvermietungsgarantievertrages nicht gleichbedeutend mit einem Verlust der S (als Finanzgruppe betrachtet) infolge der Anmietung war. Die Provision betrug 319,56 €/qm, woraus sich umgerechnet auf die monatliche Miete ein Betrag von ca. 2,6 €/qm ergibt. Aufgrund dieses Betrages war die Weitervermietung (ohne Leerstand) nominell ab einem Weitervermietungs zins von ca. 10 €/qm BGF und bei barwertiger Betrachtung (unter Zugrundelegung der entsprechenden Formel des Wirtschaftsreferenten) ab ca. 9 €/qm BGF vorteilhaft. 563

b) Nach Aktenlage ist nicht mit der für einen hinreichenden Tatverdacht ausreichenden Wahrscheinlichkeit feststellbar, dass zum Zeitpunkt der Entscheidungen des Vorstands oder des Abschlusses des Mietvertrages objektiv davon auszugehen war, dass eine 564

Weitervermietung zu nur 9,97 €/qm BGF erfolgen und über die gesamte Mietdauer hinweg mindestens 10% der gesamten Fläche leer stehen würde, die Anmietung also zu einem Verlust führen würde. Erst recht bestehen keine ausreichenden Anhaltspunkte für die Annahme, es sei absehbar mit einem erheblich höheren Leerstand oder einer niedrigeren zu erzielenden Miete zu rechnen gewesen.

aa) Zwar sind nach dem – insoweit wie dargelegt lückenhaften – Ermittlungsergebnis Umstände vorhanden, die auch aus der – entscheidenden – damaligen Sicht die Anmietung als durchaus mit gewissen Risiken behaftet erscheinen lassen musste. 565

(1) Zunächst bestanden im Hinblick auf die Weitervermietung des Fonds II zum einen die bereits zu Fall 11 dargestellten, mit der Weitervermietung der Fonds-Gebäude allgemein verbundenen Risiken, die aus den Kautelen des Mustermietvertrages resultierten. Ferner stellte die vergleichsweise große in dem Fonds II zur Verfügung stehende Fläche, die in dem nach den vorhandenen Unterlagen überschaubaren Büromietmarkt in K-O zu vermarkten war, ein Risiko dar. Der Fonds II umfasste eine Gesamtfläche von immerhin ca. 15.000 qm. Nach den vorliegenden Unterlagen betrug der Flächenumsatz (also die Neuvermietung von Flächen) in K um die 130.000 bis 150.000 qm und in O im Jahr 2000 14.500 qm und im Jahr 2002 5.600 qm, jeweils bezogen auf die ersten neun Monate des Jahres. Eine Weitervermietung wurde darüber hinaus insbesondere durch die jedenfalls anfangs unzureichende infrastrukturelle Erschließung des Areals in O erschwert. 566

Zum anderen hatte die S abgesehen von der m. keine konkreten Mieter für den Fonds II im Blick, als die Vorstandsbeschlüsse gefasst wurden bzw. der Mietvertrag unterzeichnet wurde, obwohl sie – allerdings erst Ende des Jahres 2000 – mit der SK einen Beratungs- und Vermittlungsauftrag geschlossen hatte, um die Flächen aus dem Erstvermietungsgarantievertrag am Markt zu platzieren. Insbesondere hatte sich auch die Aussicht auf die Anmietung durch die im Vorfeld des Abschlusses des Erstvermietungsgarantievertrags am 03.07.2000 noch genannten Interessenten weitgehend zerschlagen. Dasselbe gilt hinsichtlich der weiteren Interessenten, die im Vorfeld der Vorstandssitzung vom 25.07.2000 genannt wurden (vgl. Vorstandsvorlage v. 18.07.2000, Bl. 174ff. SH 36 zu 115 Js 376/09), R und C. 567

(2) Zumindest indiziell könnte für ein auch bei den Vorstandsentscheidungen im Jahr 2001 bzw. dem Abschluss des Mietvertrages im Jahr 2002 bestehendes, mit der Anmietung verbundenes hohes Risiko sprechen, dass die Anmietung des Fonds II soweit ersichtlich verlustreich war. 568

Nach der von dem Wirtschaftsreferenten gefertigten Aufstellung (Vermerk v. 17.02.1014, Bl. 3398 ff., 3411 d. A. 115 Js 376/09) standen jedenfalls in den Jahren 2004 bis 2007 und zum Stichtag 28.08.2012 ganz erhebliche Teile der insgesamt ca. 14.000 qm Bürofläche in den Gebäuden des Fonds leer. Im Einzelnen betrug der Leerstand im Jahr 2004 52,2%, im Jahr 2005 47,1%, im Jahr 2006 46,8%, im Jahr 2007 40,5%, im Jahr 2008 16,1%, im Jahr 2009 16,4% und zum Stichtag 28.08.2012 schließlich 59,95%. Nach einer durch den Senat vorgenommenen Auswertung der vorliegenden Untermietverträge bezüglich des Fonds (vgl. SH 21 zu 115 Js 376/09) erfolgten Untervermietungen zu – im zeitlichen Verlauf schwankenden – Mietzinsen zwischen netto 7,70 €/qm BGF und 10,50 €/qm BGF, während die L KG als 100%ige Tochter der S die Flächen für 12,54 €/qm BGF angemietet hatte (vgl. den Mietvertrag Bl. 1ff. SH 21 zu 115 Js 376/09). 569

Auch wenn eine abschließende Bezifferung insoweit nicht erfolgen kann, spricht vor diesem Hintergrund mehr dafür, dass infolge der Anmietung ein Verlust eingetreten ist. 570

bb) Andererseits liegt aber auch eine ganze Reihe von Umständen vor, welche die Anmietung als chancenreich erscheinen ließen und die dagegen sprechen, dass aus damaliger Sicht ein erhöhtes Risiko eines Verlustes infolge der Anmietung bestand, welches eine gegenwärtige Vermögensminderung darstellte. 571

(1) Dies gilt zunächst im Hinblick auf die bei einer Weitervermietung zu erwartende Miete. Es sprachen gewichtige Argumente dafür, dass eine höhere Miete als die von dem Wirtschaftsreferenten in seinem Vermerk vom 20.02.2015 (Bl. 4131 ff., 4158. d. A. 114 Js 92/09) zugrundegelegte Durchschnittsmiete in O im Jahr 2000 von 9,97 €/qm zu erzielen war. Es war nach Aktenlage demgegenüber aus damaliger Sicht nicht davon auszugehen, dass lediglich eine wesentlich geringere Miete als die 9,97 €/qm zu erzielen war, etwa nur die von dem Wirtschaftsreferenten in dem Vermerk vom 17.02.2014 zugrunde gelegten 8,60 €/qm. 572

(a) Zum einen handelte sich bei den Gebäuden des Fonds II, worauf auch die Kammer bereits hingewiesen hat, um Neubauten. Mag es sich auch nach der Baubeschreibung lediglich um Standardgebäude gehandelt haben, deren Ausstattung allerdings durch die gesondert zu bezahlenden Mietersonderwünsche verbessert wurde, spricht dennoch einiges dafür, dass sich die für sie zu erwartende Miete nach oben von dieser Durchschnittsmiete abheben würde, in die auch die Mieten für ältere Bestandsbauten einfließen. Da zu den Gebäuden des Fonds II kein Wertermittlungsgutachten vorliegt, ist eine präzisere Einschätzung zwar nicht möglich. Die Ausführungen der Kanzlei in der im Fall 12 bereits erwähnten Stellungnahme vom 01.08.2012, die S habe in Gebäuden in der R-Straße, die sich in unmittelbarer Nähe des B befindet, für Büroräume Mieten von 16 DM/qm im Altbau bzw. 25,50 DM/qm (=12,54 €/qm) im Neubau erzielt (Bl. 122f., 123, 124 SH 36 zu 115 Js 376/09), deuten allerdings darauf hin, dass auch eine erheblich höhere Miete erreichbar war, wobei allerdings mangels entsprechender Ermittlungen keine Informationen über die Ausstattung dieses Neubaus vorliegen. Soweit die Staatsanwaltschaft darauf verweist, die S habe die Mietpreise in O durch ihre Anmietung zu überhöhten Preisen im Zusammenhang mit der M künstlich in die Höhe getrieben (vgl. den Vermerk des Wirtschaftsreferenten v. 21.01.2010, Bl. 231ff., 238 d. A. 115 Js 376/09), ist dies nicht näher konkretisiert, quantifiziert oder belegt, so dass diese Behauptung der hiesigen Einschätzung nicht entgegensteht. 573

(b) Zum anderen kommt es für die Beurteilung des Eintritts eines Gefährdungsschadens entscheidend auf die aus der ex-ante Sicht in Zukunft zu erwartende Miete an. Insoweit kann die Durchschnittsmiete in den Jahren 2000 und 2002 von vorneherein lediglich einen groben Anhaltspunkt liefern. Nach den aus der Akte ersichtlichen Einschätzungen dieser Entwicklung durch unterschiedliche Marktbeobachter war aber zu erwarten, dass die Mieten in O jedenfalls moderat steigen und zumindest mittelfristig auch ein um einiges über der damaligen Durchschnittsmiete liegender Mietpreis am Markt durchzusetzen sein würde. 574

(aa) Dafür sprechen zunächst die von der Staatsanwaltschaft beigezogenen A R C Reporte. In dem Report für 2000-2001, Stand: September 2000 (Bl. 1ff. SH 5 zu 115 Js 376/09), heißt es, die Mieten in K gerieten (nach oben) in Bewegung. So seien die Höchstmieten (von 16,87 €/qm im Jahr 1997) auf nunmehr 39 DM (=19,94 €/qm) gestiegen. Alleine in den ersten drei Monaten des Jahres 2000 habe der Zuwachs 11,4% betragen. Die Durchschnittsmiete in K-O betrage 9,97 €, die Höchstmiete, die ein Marktsegment von 3-5% betreffe, 12,78 €. 575

Aus dem Report für 2002-2003, Stand: 30.09.2002 (Bl. 39ff. SH 5 zu 115 Js 376/09) ist sodann ersichtlich, dass zum damaligen Zeitpunkt in O die Durchschnittsmiete 8,60 €/qm und die Höchstmiete 12,90 € betrug. 576

(bb) Ausweislich des „Kleinen Mietspiegels“ bewegte sich im Oktober 2001 die Miete für Büroräume in „nicht bevorzugten bis mittleren Bürolagen“ in einer Spanne von 7 bis 11 € (Bl. 3 SH 32 zu 115 Js 376/09). Nach dem „Großen Mietspiegel“ betrug die Mietspanne für 1b-Lagen in E und in N im Januar 2002 8 bis 10 €/qm (Bl. 29ff. SH 32 zu 115 Js 376/09).

(cc) Aus den von der Verteidigerin des Angeklagten S vorgelegten Büromarkt-Berichten der Immobilienmakler G & C (Bl. 285ff. SH 18 zu 115 Js 376/09) ergibt sich eine Durchschnittsmiete im gesamten Ker Stadtgebiet von 11,08 €/qm im Jahr 2000, 11,76 €/qm im Jahr 2001 und 11,42 €/qm im Jahr 2002. Die Höchstmiete habe sich laut dem Bericht in diesem Zeitraum von 21 €/qm über 21,50 €/qm zu 21 €/qm im Jahr 2002 entwickelt. 578

(dd) Nach einer Pressemitteilung der H vom 31.10.2001 (Bl. 423 SH 8 zu 115 Js 376/09), die ebenfalls von der Verteidigerin des Angeklagten S vorgelegt worden ist, seien in K steigende Preise und Engpässe bei großflächigen Büros zu erwarten. K sei als Bürostandort auf dem Weg von der 2. Liga zu einem Top-Player. Die Mietpreise stiegen in sehr guten und guten Lagen deutlich und auch in Randlagen moderat. Außerhalb des Rings würden Spitzenmieten von 12 €/qm erreicht. 579

(ee) Ausweislich der bereits erwähnten Ausführungen der Kanzlei ging das Wirtschaftsforschungsinstitut F davon aus, dass im Jahr 2001 in Ker Randlagen eine durchschnittliche Monatsmiete von 12,30 €/qm netto zu Erlösen sei und dies bei stark steigendem Trend (Steigerungsrate bis 2008 5,34%). 580

(ff) In einem aus dem Jahr 2001 stammenden und den Fonds VI betreffenden Wertermittlungsgutachten wurde von „zwischenzeitlich am Büromarkt spürbar höheren erzielbaren Mieten im Bereich K“ ausgegangen (Bl. 111 ff., 116 SH 30 zu 115 Js 376/09). 581

(gg) Unter Zugrundelegung dieser Unterlagen, insbesondere auch des von der Staatsanwaltschaft beigezogenen A R C Reports für 2000-2001, ist es im Jahr 2000 offenbar einhellige Meinung gewesen, dass mit einem starken Aufschwung des Büromietmarkts in K insgesamt und auch bezüglich des Teilmarkts in O mit jedenfalls moderat steigenden Mieten zu rechnen war. Soweit nach dem – insoweit aber wie dargestellt lückenhaften – Ermittlungsergebnis erkennbar, bestand diese Erwartung auch im Jahr 2001, in dem der Vorstand sich für die Anmietung entschied, wie insbesondere die unter (dd) bis (ff) dargestellten Unterlagen belegen. Diese Unterlagen befassen sich zwar überwiegend nicht speziell mit dem Standort K-O, sondern beziehen sich auf das gesamte Ker Stadtgebiet. Ferner stammen sie zu einem großen Teil von der Verteidigung des Angeklagten S und mögen selektiv ausgesucht worden sein. Für sich genommen sind die Quellen aber ersichtlich seriös und fügen sich zueinander. Mangels näherer Erkenntnisse insbesondere zu den speziellen Gegebenheiten in O ist daher auf diese Erkenntnisquellen zurückzugreifen. 582

Aus dem A R C Report für 2002-2003, Stand September 2002, ist zwar eine gesunkene Durchschnittsmiete in O ablesbar. Insoweit ist aber schon nicht erkennbar, ob dieser Trend schon bei Abschluss des Mietvertrages über den Fonds II im Juni 2002, soweit man auf diesen Zeitpunkt überhaupt abstellen will, vorhanden war. Des Weiteren ist angesichts der aufgezeigten, sehr positiven Einschätzung der Entwicklung des Marktes erst in der Rückschau erkennbar, dass das Jahr 2002 den Beginn eines erheblichen Abschwungs des Büromietmarktes in K darstellte, der aus den später entstandenen Unterlagen ablesbar ist. 583

Insgesamt spricht daher mehr dafür, dass bei objektiver Betrachtung sowohl zum Zeitpunkt der Vorstandsentscheidungen als auch bei Abschluss des Mietvertrages damit zu rechnen war, dass eine auch deutlich über der Durchschnittsmiete in O liegende Miete zumindest 584

mittelfristig erzielt werden konnte.

(2) Auch das Risiko des Leerstandes von Flächen des Fonds II erschien nach Aktenlage bei objektiver ex-ante Betrachtung zum Zeitpunkt der Vorstandsentscheidung bzw. des Abschlusses des Mietvertrages als eher gering. Jedenfalls besteht nicht der hinreichende Verdacht, dass ein mit einer gegenwärtigen Vermögensminderung verbundener Leerstand absehbar war. 585

(a) Zwar bestanden die oben dargestellten Risiken, insbesondere war die mit dem Fonds II zu vermarktende Fläche vergleichsweise groß. Andererseits mussten die Gebäude des Fonds II erst noch errichtet werden, wofür in dem Mietvertrag aus Juni 2002 ein Zeitrahmen von 15 Monaten ab Erteilung der Baugenehmigung vorgesehen war, so dass eine nicht unerhebliche Zeitspanne für die Vermietung zur Verfügung stand. Im Hinblick auf die unzureichende Infrastruktur waren zudem deutliche Verbesserungen absehbar. So erhielt das Gebiet im Jahr 2004 einen eigenen Autobahnanschluss und wurde im Jahr 2010 mit einer Straßenbahnlinie erschlossen. 586

(b) Des Weiteren ist auch insoweit auf die sich aus den vorliegenden Unterlagen ergebende Erwartung an die Entwicklung des Ker Büromietmarktes zu verweisen. 587

(aa) In dem bereits erwähnten A R C Report für 2000-2001, Stand: September 2000, findet sich folgende Passage zur Lage auf dem Ker Büromietmarkt insgesamt: 588

Die skizzierte Angebots- und Nachfragesituation führt in Teilbereichen zu akuten Flächenengpässen. Insbesondere moderne und bedarfsgerechte Büroflächen werden zunehmend knapp. Betroffen sind vor allem große zusammenhängende Flächen ab 2.000 qm. Vor dem Hintergrund der umfangreichen Gesuche und dem weiterhin begrenzten Angebot erwartet C M International Immobilien im nächsten Jahr weiter sinkende Leerstände. 589

Weiter heißt es, der Ker Büromarkt stehe zum vierten Mal hintereinander vor einem Rekordjahr. Der Leerstand habe sich deutlich reduziert und betrage im Jahr 2000 2% (= 128.000 qm), nach einem Höchststand von 233.000 qm im Jahr 1994. Insgesamt seien in O von Januar bis September 2000 14.500 qm vermietet worden, der Gesamtleerstand betrage 1.300 qm, bei Neubauten Null qm. 590

Nach dem Report für 2002-2003, Stand: 30.09.2002, waren in O in den ersten neun Monaten des Jahres 2002 5.600 qm neu vermietet worden, der Leerstand betrage insgesamt 21.900 qm, bei Neubauten weiterhin Null qm. In K insgesamt sei von Januar bis September 2002 132.000 qm Bürofläche vermietet worden, dies sei nahezu so viel wie im gesamten Jahr 2001. Der Rekord pro Jahr liege bei 173.000 qm. Der Leerstand habe zwar um 51% zugenommen auf 3,8%, die Situation für hochwertige Neubauten spiegele dies aber nur begrenzt wider. Leer stehende Neubauten in K seien vielmehr knapp. Der latente Leerstand habe wieder eine Größenordnung erreicht, die durchaus ernst zu nehmen sei. Es stünden potentiell ca. 50.000 qm Bürofläche zusätzlich zur Verfügung, die etwa untervermietet werden könnten. 591

(bb) Nach den ebenfalls bereits erwähnten Büromarkt-Berichten der Immobilienmakler G & C betrug der Leerstand für Büroflächen im gesamten Ker Stadtgebiet 2,3% im Jahr 2000, 2,5% im Jahr 2001 und 4,4% im Jahr 2002. Der Vermietungsumsatz habe zwischen den Jahren 2000 und 2004 jeweils um die 150.000 qm pro Jahr betragen. 592

(cc) Aus einem weiteren von der Verteidigerin des Angeklagten S zur Akte gereichten Bericht des Immobilienmaklerunternehmens CBRE (Bl. 269ff., 278 SH 8 zu 115 Js 376/09) ergeben sich Leerstandszahlen für das gesamte Ker Stadtgebiet von 2,1% im Jahr 2000, 2,5% im Jahr 2001 und 4,4% im Jahr 2002.

(dd) Nach der bereits erwähnten Pressemitteilung der H vom 31.10.2001 waren in K 594 Engpässe bei großflächigen Büros zu erwarten. Der Leerstand sei von dem Höchststand von 4% im Jahr 1994 auf 2,1% gefallen, wobei im Jahr 2000 170.000 qm neu vermietet worden seien, im ersten Halbjahr 2001 70.000 qm.

(ee) In einer gleichfalls von der Verteidigerin des Angeklagten S eingereichten 595 Immobilienmarkt-Verlagsbeilage der Frankfurter Allgemeinen Zeitung vom 17.05.2002 (Bl. 422 SH 8) wird von einem „sensationellen“ Zuwachs des Ker Büromarktes im 1. Quartal 2002 um fast 58% berichtet. Es seien je nach Quelle über 60.000 qm bzw. 50.000 qm vermietet worden. Wenn die Zeiten der Rekordvermietungen auch vorbei seien, werde die Konsolidierung auf wesentlich höherem Niveau stattfinden als bei der letzten Immobilienkrise. Der Leerstand liege dem Immobilienmakler L zufolge bei 1,6% (100.000 qm) und betreffe größtenteils technisch und optisch veraltete Immobilien.

(ff) Insgesamt ergibt sich aus diesen Unterlagen in Bezug auf den zu erwartenden Leerstand 596 ein ganz ähnliches Bild wie hinsichtlich der absehbaren Mietentwicklung. In den Jahren 2000 und 2001 bestand die Erwartung eines deutlichen Aufschwungs des Ker Büromietmarktes und einer deswegen eintretenden Knappheit von gerade größeren, modernen Büroflächen, wie der Fonds II sie bot. Im Jahr 2002 war aus dem A R C Report zwar ein Anstieg des Leerstandes vermerkt. Dies sollte allerdings die Situation bei Neubauten, wie dem Fonds II, gerade nicht widerspiegeln. Der unter (ee) dargestellte Artikel demonstriert im Übrigen, dass im ersten Quartal 2002 noch erhebliche Zuwächse auf dem Büromietmarkt zu verzeichnen waren.

Vor diesem Hintergrund war aus ex-ante-Sicht nicht davon auszugehen, dass der Fonds II zu 597 einem signifikanten Teil leer stehen würde.

c) Bei einer Gesamtwürdigung des – insoweit wie ausgeführt unvollständigen – 598 Ermittlungsergebnisses besteht insbesondere aufgrund der unter b) bb) dargestellten Umstände nicht der hinreichende Verdacht, dass aus damaliger Sicht durch die Anmietungsentscheidung eine gegenwärtige Vermögensminderung eintrat. Nach Aktenlage ist nicht nur die Einschätzung nicht möglich, in welcher Höhe ein Schaden eingetreten ist. Wie unter B. ausgeführt, wäre dies im Rahmen der Eröffnungsentscheidung irrelevant. Es ist vielmehr bereits nicht mit der für einen hinreichenden Tatverdacht ausreichenden Sicherheit feststellbar, dass überhaupt eine gegenwärtige Vermögensminderung im Sinne eines Gefährdungsschadens vorlag.

Insbesondere angesichts der dargestellten Erwartungen an die Entwicklung des 599 Büromietmarkts in K, aber auch weil es sich bei den Gebäuden des Fonds II um Neubauten handelte, war objektiv damit zu rechnen, dass bei der Weitervermietung eine höhere Miete als die Durchschnittsmiete in O im Jahr 2000 zu erzielen sein würde, und dass jedenfalls mittel- bis langfristig Weitervermietungen in einem Umfang würden erfolgen können, dass über die gesamte Mietdauer hinweg ein geringerer durchschnittlicher Leerstand als 10% erreicht würde. Jedenfalls kann anhand des vorliegenden Ermittlungsergebnisses nicht der für einen hinreichenden Tatverdacht ausreichend sichere Schluss gezogen werden, dass dies nicht der Fall war. Unter Zugrundelegung der Berechnungen des Wirtschaftsreferenten scheidet die Annahme eines Gefährdungsschadens daher aus.

Die nach Aktenlage erhebliche Diskrepanz zwischen diesem Ergebnis und dem späteren Verlauf des Geschäfts erscheint nachvollziehbar vor dem Hintergrund des aus den vorhandenen Unterlagen erkennbaren Abschwungs im gesamten Ker Büromietmarkt beginnend im Zeitraum 2002/2003, also im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit der Anmietung des Fonds II. So ergibt sich aus den Berichten von G & C ein ab dem Jahr 2003 mit 6,8% deutlich höherer Leerstand, der bis 2008 auf hohem Niveau verharrte und zwischenzeitlich, im Jahr 2005, sogar 8,6% im gesamten Ker Stadtgebiet betrug. Gleichzeitig fielen die Höchst- und die Durchschnittsmieten beginnend mit dem Jahr 2002. Wie dargestellt, war im Jahr 2002, geschweige denn im Jahr 2001, jedoch noch nicht vorherzusehen, dass der Büromietmarkt, der in den Jahren zuvor einen ganz erheblichen Aufschwung genommen hatte, nunmehr einen ebenso erheblichen Abschwung nehmen würde.

3. Der Senat hat keine Veranlassung, selbst weitere Ermittlungen in die Wege zu leiten oder das Verfahren zur Durchführung derartiger Ermittlungen an die Kammer zurückzuverweisen.

a) Es handelt sich nicht um einzelne, naheliegende und lediglich ergänzende Ermittlungen im Sinne des § 202 StPO, zu deren Vornahme das Gericht nach überwiegender Auffassung verpflichtet ist (OLG Saarbrücken NStZ-RR 2009, 88; Löwe-Rosenberg/*Stuckenberg* a.a.O., § 202, Rn. 5; KK-StPO/*Schneider* a.a.O., § 202, Rn. 7). Um die Frage des hinreichenden Tatverdachts bezüglich der Entstehung eines Gefährdungsschadens zuverlässig beurteilen zu können, wären umfangreiche weitere, erst noch zu beschaffende Unterlagen etwa zur genauen Ausstattung der Gebäude und weitere Mietspiegel erforderlich. Falls diese Unterlagen beschafft werden könnten, wäre in einem zweiten Schritt zu beurteilen, ob darüber hinaus – wofür nach Ansicht des Senats vieles spricht – die Beauftragung eines Sachverständigen erforderlich ist. Nicht zuletzt angesichts des Zeitablaufs erscheint es dem Senat indes mehr als fraglich, ob eine belastbare Beantwortung der Frage, welche Weitervermietungsaussichten der Gebäude des Fonds II zum Zeitpunkt der Vorstandsentscheidungen oder des Abschlusses des Mietvertrages objektiv bestand, überhaupt noch möglich ist.

b) Darüber hinaus ist angesichts der dargestellten, schwierigen objektiven Sachlage nicht erkennbar, dass auch nach Durchführung weiterer Ermittlungen der hinreichende Tatverdacht bezüglich des Vorsatzes im Hinblick auf den Eintritt eines Schadens begründet werden könnte. Derzeit ist dieser jedenfalls nicht zu bejahen. Bereits das kognitive Element, also das Erkennen der Gefahr des endgültigen Vermögensverlustes, ist nicht hinreichend sicher feststellbar. Nach Aktenlage drängt sich der Eindruck einer – durch die nach den vorliegenden Erkenntnissen mangelhafte Risikoabwägung allerdings begünstigten – Fehleinschätzung der damaligen Situation seitens des Vorstandes bzw. auch einer Verkettung unglücklicher Umstände bei der Anmietung kurz vor dem unvorhergesehenen Abschwung des Büromietmarktes in K auf. Dies spricht aber gravierend gegen die Annahme, die Angeklagten hätten ein derartiges Risiko überhaupt erkannt und damit gegen das Vorliegen eines entsprechenden hinreichenden Tatverdachts.

F.

Ein Anlass, das Verfahren vor einer anderen Kammer zu eröffnen, besteht nicht.

I. Eine Eröffnung vor einer anderen Kammer gemäß § 210 Abs. 3 S. 1 StPO kommt nur beim Vorliegen besonderer Gründe in Betracht (BVerfG StV 2000, 537; Kammerbeschluss vom 13.06.1993 – 2 BvR 848/93, zitiert nach juris; *Meyer-Goßner/Schmitt* a.a.O., § 210, Rn. 10; KK-StPO/*Schneider* a.a.O., § 210, Rn. 12, jeweils m.w.N.). Dies kann insbesondere dann der

Fall sein, falls von dem bisherigen Richter nach der Art seiner Meinungsäußerung in dem angefochtenen Beschluss nicht erwartet werden kann, dass er sich die Auffassung des Beschwerdegerichts innerlich voll zu eigen machen wird (*Meyer-Goßner/Schmitt a.a.O.*; *KK-StPO/Schneider a.a.O.*), etwa weil er sich in einer für die Eröffnung entscheidenden Rechtsfrage festgelegt hat (*SenE v. 21.09.2001 – 2 Ws 170/01 = NStZ 2002, 35*).

II. Diese Voraussetzungen liegen nicht vor. Insbesondere ergeben sie sich nicht aus dem diesbezüglichen Vortrag der Staatsanwaltschaft in der Beschwerdebegründung. 607

1. Die darin der Kammer vorgeworfene Übernahme von Rechtsauffassungen der Verteidigung ist für sich genommen bedeutungslos. Der weitere Vorwurf, dies sei „begründungslos“ erfolgt, vermag der Senat im Einzelnen nicht nachzuvollziehen, zumal die Begründung des Beschlusses insgesamt 70 Seiten umfasst. Soweit die Staatsanwaltschaft weiter ausführt, die Kammer habe sich in dem Beschluss nur mit ausgesuchten Aspekten des Verfahrens befasst, war dies nach der von der Kammer vertretenen Rechtsauffassung konsequent und ist nicht Ausdruck einer fehlenden Auseinandersetzung mit dem kompletten und äußerst umfangreichen Akteninhalt. Im Übrigen hat die Kammer zwar tatsächlich überspannte Anforderungen an den hinreichenden Tatverdacht betreffend die Schadensermittlung gestellt. Allerdings war diese Interpretation der unter B. dargestellten bisherigen Senatsrechtsprechung nicht offensichtlich unvertretbar. 608

2. Der von der Staatsanwaltschaft kritisierte „erweckte Anschein“, man habe den Prozessstoff begrenzen wollen, wird durch den Akteninhalt nicht belegt. Hinsichtlich der Frage der Berücksichtigung der Wirtschaftsförderung bei den angeklagten Vorgängen lässt der angefochtene Beschluss nicht erkennen, dass die Kammer sich insoweit in dem oben geschilderten Sinne festgelegt hätte. Soweit die Staatsanwaltschaft in diesem Zusammenhang auf die oben genannte Entscheidung des Senats vom 21.09.2001 rekurriert, betraf diese eine nicht vergleichbare Fallkonstellation. Denn soweit ersichtlich ist die Entscheidung der Kammer weder veröffentlicht worden noch hat sie in ihren Details für Aufsehen gesorgt – die im Internet zu findende, überschaubare Berichterstattung befasst sich vordringlich mit den eröffneten Vorwürfen – noch hat die Kammer sich in einer entscheidenden Rechtsfrage festgelegt. 609

3. Hinsichtlich des Vorwurfs der nicht erfolgten Anhörung der Staatsanwaltschaft vor der teilweisen Nichteröffnung des Hauptverfahrens ist festzuhalten, dass der Kammervorsitzende die Staatsanwaltschaft jedenfalls in einem Telefonat vom 01.12.2014 (also drei Tage vor der teilweisen Nichteröffnung) über die Bedenken der Kammer informiert und über dieses Telefonat einen Vermerk gefertigt hat. Von einer gänzlich fehlenden Anhörung der Staatsanwaltschaft kann danach nicht die Rede sei, ohne dass auf die zwischen Staatsanwaltschaft und Kammer divergierende Darstellung über den vorherigen Informationsaustausch näher eingegangen werden müsste. 610

Nach Auffassung des Senats wäre allerdings ein anderes Vorgehen der Kammer vorzugswürdig gewesen. Dies gilt unabhängig davon, welcher Auffassung man in der im Gesetz nicht geregelten Frage folgt, wie auf den Befund eines – aus Sicht des zur Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens berufenen Gerichts – fehlenden und nicht lediglich im Sinne des § 202 StPO ergänzenden Beweismittels zu reagieren ist (vgl. dazu *OLG Karlsruhe wistra 2004, 276*; *SK-StPO/Paeffgen*, 4. Auflage 2011, § 202, Rn. 2; *KK-StPO/Schneider a.a.O.*, § 202, Rn. 4; *Löwe-Rosenberg/Stuckenberg*, a.a.O., § 202, Rn. 4; *AK/Loos*, 1992, § 202, Rn. 2). Denn jedenfalls wird man gerade in einem besonders umfangreichen und komplexen Verfahren wie dem vorliegenden regelmäßig davon ausgehen dürfen, dass derartige, sehr weitreichende Bedenken, wie die von dem Kammervorsitzenden 611

am 01.12.2014 geäußerten, an die Staatsanwaltschaft schriftlich herangetragen werden, sobald die Kammer zu ihrer Einschätzung gekommen ist. Sachgerecht erscheint es zudem, der Staatsanwaltschaft eine angemessene Frist zu setzen, binnen derer sie sich dazu zu erklären hat, wie sie auf die Bedenken der Kammer zu reagieren gedenkt. Der in einem Teil der angeklagten Fälle drohenden Verjährung, die aus Sicht der Kammer möglicherweise zu einer Entscheidung gedrängt hat, hätte durch prozessuale Maßnahmen wie etwa die (in jedem Verfahrensstadium mögliche, vgl. KK-StPO/Scheuten a.a.O., § 4, Rn. 8) Abtrennung der im Sinne einer Zulassung der Anklage entscheidungsreifen Anklagefälle begegnet werden können.

Indes belegt die Vorgehensweise der Kammer angesichts der Gesamtumstände weder für sich genommen noch in der Gesamtschau, dass sie sich den Ausführungen des Senats verschließen könnte. 612

G. 613

Die Kosten- und Auslagenentscheidung beruht, soweit die sofortige Beschwerde keinen Erfolg hat, auf §§ 464, 467 Abs. 1 StPO. Die ausgeworfenen Quoten entsprechen dem Verhältnis von Erfolg und Nichterfolg der sofortigen Beschwerde in Bezug auf den jeweiligen Angeklagten. 614

Soweit die sofortige Beschwerde zur Eröffnung des Hauptverfahrens führt, ist eine Kostenentscheidung nicht veranlasst, da die Kosten eines erfolgreichen, von der Staatsanwaltschaft zuungunsten eines Beschuldigten eingelegten Rechtsmittels zu den Verfahrenskosten gehören, die ein Angeklagter im Falle der Verurteilung nach § 465 StPO zu tragen hat; eine Entlastung von seinen notwendigen Auslagen kommt insoweit nicht in Betracht (BGHSt 19, 226; Meyer-Goßner/Schmitt a.a.O., § 473, Rn. 15). 615