

## § 40: Untreue (§ 266)

### I. Aufbauschema des § 266 StGB

#### 1. objektiver Tatbestand

##### a) Missbrauchstatbestand, § 266 I Alt. 1

- Tathandlung: Missbrauch durch Überschreiten der Verpflichtungsbefugnis bzgl. fremden Vermögens
- Treueverhältnis: (qualifizierte) Vermögensbetreuungspflicht
- Taterfolg: Vermögensnachteil

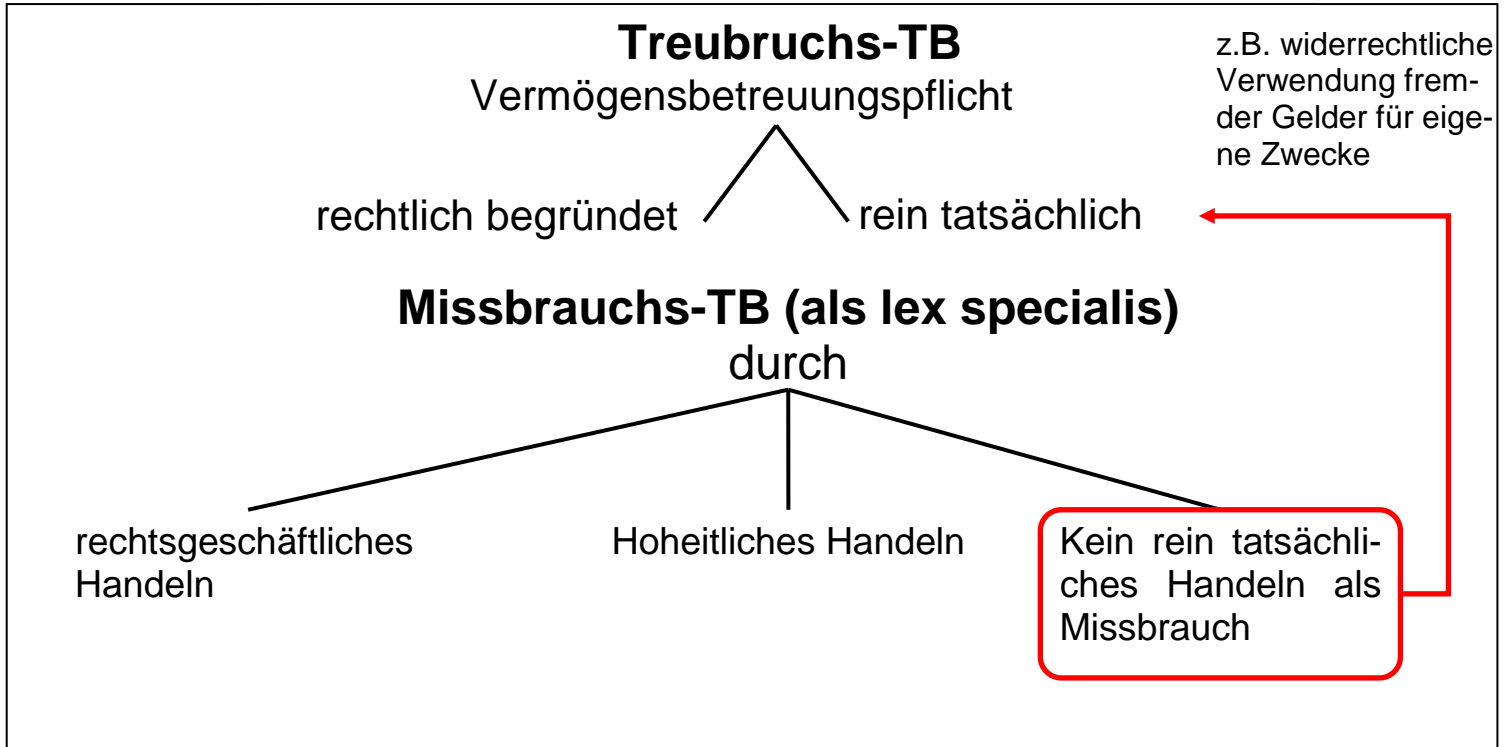
##### b) Treubruchtatbestand, § 266 I Alt. 2

- Treueverhältnis: (qualifizierte) Vermögensbetreuungspflicht
- Tathandlung: Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht
- Taterfolg: Vermögensnachteil

#### 2. subjektiver Tatbestand: Vorsatz (jede Vorsatzart; dolus eventualis reicht aus)

#### 3. RW und Schuld

#### 4. § 266 II



## Missbrauchstatbestand

**gesetzlich** begründete  
Befugnisnormen

z.B.  
§§ 1626, 1793, 1896, 2205 BGB  
§§ 22, 56, 80 InsO  
§§ 753, 814 ff. ZPO

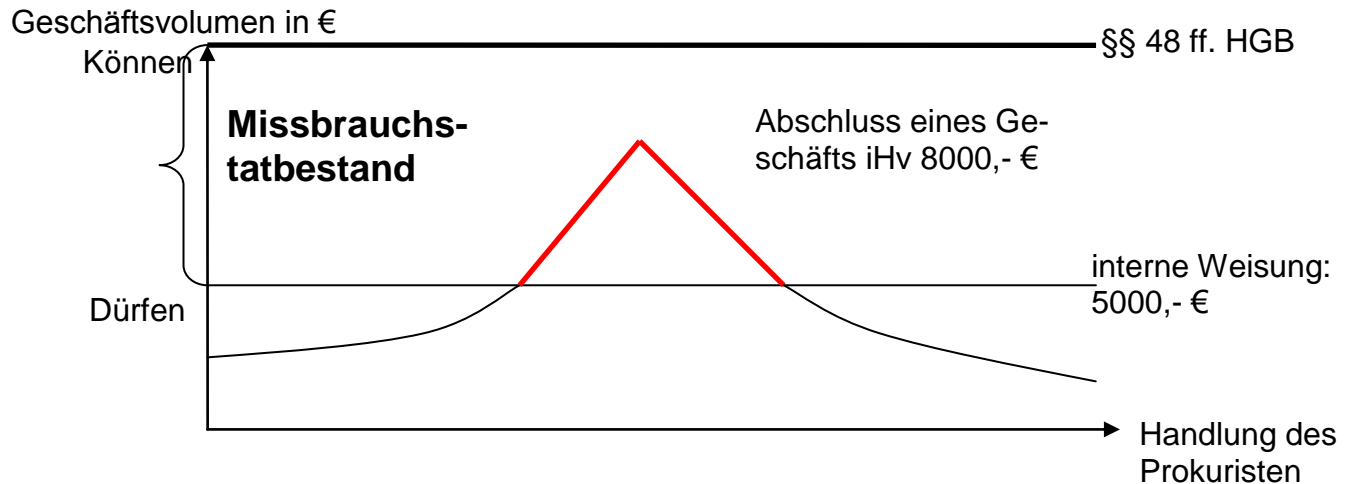
**rechtsgeschäftlich** begründete  
Befugnisnormen

z.B.  
§§ 164 ff. BGB,  
§ 54 HGB (Vollmacht)  
§ 48 HGB (Prokurist)

Befugnis

Regeln des Rechtsscheins / Glaubensschutzes  
§§ 56, 366 II, III HGB  
§ 932 BGB

**untaugliche**  
Befugnisnormen



Missbrauch und Pflichtverletzung muss sich aus Art und Inhalt des Geschäfts ergeben.

## II. Im Einzelnen

### 1. Verpflichtungs- und Verfügungsbefugnis über Vermögen

Die Möglichkeit, wirksam über Vermögen dinglich zu verfügen bzw. schuldrechtlich wirksam eine vermögensrelevante Verpflichtung zu begründen, kann beispielsweise folgen aus:

- Vertretungsmacht, § 164 BGB
- Verfügungsermächtigung, § 185 BGB, z.B. Kommission, § 383 HGB
- Bestellung zum Vorstand oder Geschäftsführer einer Gesellschaft
- Gesetz (z.B. Vermögenssorge der Eltern, § 1626 BGB, Verwaltungsrecht des Testamentvollstreckers, § 2205 BGB); behördlichem Auftrag (staatlich bestellter Treuhänder oder Liquidator).

**Keine Fälle** der rechtsgeschäftlichen Verpflichtungs- bzw. Verfügungsbefugnis sind:

- bloße Botenstellung
- Gutgläubenserwerb
- Rechtsscheinvorschriften
- sofern die Vertretung nach den Regeln des Missbrauchs der Vertretungsmacht (Kollusion) unwirksam ist.

## 2. Missbrauchshandlung

Voraussetzung ist, dass der Täter im Rahmen seines nach außen wirkenden rechtlichen Könnens die Grenzen des im Innenverhältnis geltenden rechtlichen Dürfens überschreitet.

### a) Einverständnis des Vermögensinhabers:

Die Zustimmung des Vermögensinhabers zu dem konkreten Rechtsgeschäft erweitert den Bereich des rechtlichen Dürfens im Innenverhältnis. Es fehlt damit am TBM „Missbrauch“. Die Zustimmung wirkt somit als Einverständnis tatbestandsausschließend und nicht erst als Einwilligung rechtfertigend (ganz hM, vgl. *Wessels/Hillenkamp* Rn.758 m.w.N. in Fn 35).

Weil es den Charakter einer Rechtspflichtverletzung beseitigt, hat das tatbestandsausschließende Einverständnis *normativen*, nicht nur rein tatsächlichen Charakter, d.h. es unterliegt denselben Wirksamkeitsanforderungen wie die Einwilligung; also schließt (anders als z.B. bei § 240 StGB) nicht schon ein „natürliches Einverständensein“ einen Missbrauch aus, sondern erst ein „rechtswirksames Einwilligen“.

Die Wirksamkeit des Einverständnisses kann ausgeschlossen sein:

- bei fehlender Einwilligungsfähigkeit (BGHSt. 9, 203, 216) und bei Willensmängeln
- bei nicht ausreichender Aufklärung bei Risikogeschäften
- bei Gesetzeswidrigkeit der Einwilligung
- wenn die Einwilligung selbst wiederum eine Pflichtverletzung iSd § 266 darstellt.

Zur Frage, inwieweit die **Zustimmung der Gesellschafter** einer GmbH zu Vermögensverschiebungen des Geschäftsführers wirksam sein kann (gerade auch bei einer Einmann-GmbH) vgl. LPK-StGB § 266 Rn.56 ff. Die Rechtsprechung geht hier davon aus, dass eine Beeinträchtigung des Gesellschaftsvermögens akzeptabel ist, solange weder das Stammkapital beeinträchtigt wird noch ein Fall des existenzvernichtenden Eingriffs vorliegt.

### b) Risikogeschäfte

Ob und inwieweit der Inhaber der Befugnis ein Risiko eingehen darf, ergibt sich aus dem Innenverhältnis. Hält sich der Täter iRd vom Vermögensinhaber abgesteckten Risikobereichs oder ist das Geschäft von einem wirksamen Einverständnis gedeckt, fehlt es am TBM „Missbrauch“.

Dies gilt nach h.M. unabhängig davon, ob die Vornahme der riskanten Handlung der geschäftsüblichen Sorgfalt entspricht (Sch/Sch/Lenckner/Perron § 266 Rn.20; stark einschränkend *Wessels/Hillenkamp* Rn.757). Es gilt der Grundsatz: Risikogeschäfte, bei denen die Gefahr eines Fehlschlags besteht, sind im Wirtschaftsleben nicht unüblich, sondern in einer kapitalistisch strukturierten, an Prinzip der Profitmaximierung orientierten Gesellschaft oftmals sozial adäquat.

### c) Vergabe von Krediten als Risikogeschäft

Nach BGHSt. 47, 148 muss die Pflicht zur Bonitätsprüfung in gravierender Weise verletzt sein; anders der BGH für die Fälle der Vergabe einer Anerkennungsprämie, BGH NJW 2006, 522 (Mannesmann-Fall, vgl. dazu KK 386 ff.).

### 3. Tathandlung Treubruchtatbestand

Für die Erfüllung des Treubruchtatbestands (§ 266 I Alt. 2 StGB) ist erforderlich, dass eine sich aus Gesetz, behördlichem Auftrag, Rechtsgeschäft oder *faktischem* Treueverhältnis ergebende Pflicht zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen verletzt wird.

Die Pflichtverletzung kann – hier liegt der Unterschied zum Missbrauchstatbestand (§ 266 I Alt. 1 StGB) – durch rechtsgeschäftliches *oder* tatsächliches (z.B. Bezahlen einer gegen einen Mitarbeiter verhängten Geldstrafe aus Verbandsvermögen; Zahlung trotz nichtigen Geschäfts) Handeln erfolgen.

### 4. Treueverhältnis: Die Vermögensbetreuungspflicht

#### a) Allgemeines

Nach h.M. gilt die Vermögensbetreuungspflicht für den Missbrauchs- und den Treubruchtatbestand in gleicher Weise (BGHSt. 24, 386, 387; 33, 244, 250; 47, 187, 192; eingehend zum Streitstand LK/Schünemann § 266 Rn. 11 ff.); auch die Nachteilszufügung durch Missbrauch einer Verpflichtungs- oder Verfügungsbefugnis muss sich also als Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht darstellen. Dies ergibt sich unter anderem aus dem Wortlaut des § 266 I StGB: Die Wendung „und dadurch dem dessen Vermögen er zu betreuen hat“ kann grammatikalisch sinnvoll nur als auf beide Alternativen des § 266 I StGB bezogen verstanden werden. Außerdem lässt sich die Existenz des § 266b StGB nur dadurch erklären, dass dem Missbrauchstatbestand des § 266 I Alt. 1 StGB auch



von Seiten des Gesetzgebers das Erfordernis des Bruchs einer Vermögensbetreuungspflicht beimessen wird:

Die in § 266b StGB gegenüber dem Überlasser der Scheck- oder Kreditkarte bestehende Pflicht, die Zahlungsveranlassungsmöglichkeit nicht zu missbrauchen, ist nämlich regelmäßig nur eine Nebenpflicht des der Überlassung zugrunde liegenden Vertrages. Bestünde für § 266 I Alt. 1 StGB nun nicht das Erfordernis des Bruchs einer Vermögensbetreuungspflicht, so ließen sich die Fälle des § 266b I StGB ohnehin zwanglos unter § 266 I StGB subsumieren, so dass § 266b StGB überflüssig wäre. Weil man dem Gesetzgeber nicht die Statuierung einer andernfalls überflüssigen Strafnorm nachsagen will, muss § 266 I Alt. 1 StGB somit in einer Weise ausgelegt werden, die § 266b StGB einen eigenständigen Anwendungsbereich belässt – nämlich mittels wortlautmäßig ohnehin nahe liegender Erstreckung der Vermögensbetreuungspflicht auf § 266 I Alt. 1 StGB.

Die „**Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen**“ (sog. **Treupflicht**) muss typischer und wesentlicher Inhalt des Treueverhältnisses sein. Es muss sich um eine **Hauptpflicht** und nicht bloß um eine Nebenpflicht handeln. Dies setzt einen Aufgabenkreis von einigem Gewicht und einem gewissen Grad von Verantwortlichkeit voraus.

Die **konkret verletzte Pflicht** muss in einem **funktionalen Zusammenhang** mit dem Aufgabenkreis stehen und von dieser deshalb wesentlich mitgeprägt sein.

**Indizien für Vermögensbetreuungspflicht:**

Entscheidungsspielraum des Verpflichteten *und* hinreichendes Maß seiner Selbstständigkeit.

**Bsp:** Ein RA, der Gelder für sich verwendet, die er für seinen Mandanten entgegengenommen hat, macht sich der Untreue schuldig.

**Gegenbeispiel:** Ein Bankangestellter hat nur das von anderen vereinnahmte ausländische Geld einzusortieren. Hier fehlt es an der hinreichenden Dispositionsbefugnis.

## b) Sonderproblem: „Ganovenuntreue“

Nach h.M. können auch wegen Gesetzes- oder Sittenwidrigkeit nichtige Vereinbarungen (§§ 134, 138 BGB) faktische Treueverhältnisse begründen (*Rengier* BT I § 18 Rn. 19; a.A. *Sch/Sch/Lenckner/Perron* § 266 Rn. 31). Um Missverständnisse zu vermeiden: Der Treubruch resultiert nicht schon daraus, dass eine gesetzes- oder sittenwidrige Vereinbarung nicht befolgt wird; andernfalls würde das Strafrecht mit der Verhaltensnorm des § 266 StGB etwas gebieten, was die Rechtsordnung andernorts gerade für nicht rechtlich verbindlich erklärt (*Küper* BT S. 379). So ist also nicht aus § 266 StGB strafbar, wer ihm übergebenes Falschgeld nicht absetzt. Strafbar aus § 266 StGB sei in solchen Fällen aber die Einbehaltung des Falschgeldes bzw. des für das Falschgeld erhaltenen Geldes.

Nach h.M. also § 266 StGB (+), wenn jemand sich abredewidrig an Geldern bereichert, die sein Auftraggeber ihm zur Verwendung für gesetzeswidrige Zwecke anvertraut hatte (z.B. der „Buchhalter“ des Mafiabosses). § 266 StGB mangels Pflichtverletzung jedoch auch nach h.M. (-), wenn jemand gesetzes-/sittenwidrigen Abreden, die er mit einem anderen getroffen hat, lediglich nicht nachkommt.

## 5. Vermögensnachteil

### a) Begriff im Allgemeinen

Der Vermögensnachteil bei der Untreue ist in gleicher Weise wie der Vermögensschaden beim Betrug auszulegen. Ob in diesem Sinne ein Nachteil eingetreten ist, ergibt ein Vergleich der Vermögenslage des Pfleglings vor und nach dem treuwidrigen Verhalten (BGHSt. 15, [342](#), [343](#)). Ausgemachte Unterschiede rühren nur aus der unterschiedlichen Struktur beider Delikte: Während der Betrugstäter daran interessiert ist, jegliche Form von gewinnmindernden Ersatzansprüchen abzuwehren, wird der Untreuetäter im Zweifel die (Vertrags-) Beziehung aufrechterhalten wollen.

### b) Schaden durch Nichtrealisierung eines Gewinns

Der Vermögensnachteil setzt einen Negativsaldo nach der Tathandlung voraus. Ein solcher kann auch dann gegeben sein, wenn eine zu einer Exspektanz verdichtete Gewinnmöglichkeit nicht wahrgenommen wird (OLG Bremen NStZ 1989, 228). Dabei wird zwischen personalisierter Exspektanz (Angebot von dritter Seite) und Marktsexpektanz (feste Absatz- und Gewinnerwartung) unterschieden. Nach OLG Bremen NStZ 1989, 228, 229 handelt es sich bei der personalisierten Expektanz um eine Gefährdung des Vermögens, in der bereits ein Nachteil i.S.d. § 266 StGB liegt; eine Vermögensgefährdung könne auch durch das Vereiteln der Möglichkeit herbeigeführt werden, einen für das betreute Vermögen vorteilhafteren Vertragsabschluß zu erzielen (und zwar selbst bei gewahrter Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung bei Abschluss eine anderweitigen Vertrags).

### c) **Kompensationsmöglichkeiten**

**Ersatzfähigkeit und -willigkeit** als Schadenskompensation: An einem Nachteil fehlt es, wenn der verfügungsberechtigte Täter den Vermögensstand des Berechtigten pflichtwidrig mindert, aber jederzeit fähig und willens ist, aus eigenen flüssigen Mitteln die Vermögensminderung auszugleichen (BGHSt. 15, 42).

Die Möglichkeit des Notars, sich das Geld bei Bedarf von einem anderen, zumal durch Kreditaufnahme, zu beschaffen, genügt hingegen nicht (BGH NStZ 1982, 331).

### d) **Haushaltsuntreue**

Bei einfachen fiskalischen Geschäften der öffentlichen Hand gilt das Saldierungsprinzip, bei unvernünftigen Investitionsentscheidungen die Lehre vom individuellen Schadenseinschlag.

Bei zweckwidriger Verwendung öffentlicher Gelder (Haushaltsuntreue) weicht die Rechtsprechung ab und verfolgt die Zweckverfehlungslehre (vgl. BGHSt. 40, 287, 295; 43, 293); eine andere Lösungsmöglichkeit würde über die Lehre vom individuellen Schadenseinschlag oder über die personale Vermögenslehre führen.

Allerdings ist bei der Verwendung von Geldern im öffentlichen Interesse wegen Fehlen des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs (der Schaden muss gerade auf der Pflichtwidrigkeit der Handlung beruhen) ein Schaden zu verneinen, wenn die Zahlung zwar nicht aus dem vorgesehenen Haushaltstitel stammt, jedoch eine Leistungspflicht (ggf. auch aufgrund einer Ermessensreduzierung auf Null) bestand.

Selbst wenn staatlicherseits grundsätzlich eine Leistungspflicht bestand, so ist dennoch ein Schaden dann zu bejahen, wenn die Mittel ohne eine solche Verpflichtung von einer unzuständigen Stelle ausgegeben werden, egal, ob die zuständige Stelle zu einer solchen Ausgabe bei pflichtgemäßer Interessenausübung berechtigt gewesen wäre.

e) **„Schwarze Kassen“**

Nach der Rspr. ist die Abzweigung staatlicher Gelder in einen Sonderfonds als eine konkrete Vermögensgefährdung eine strafbare Untreue (BGHSt. 40, 287). Als Argument wird angeführt, dass mit dem Anlegen einer schwarzen Kasse eine Beeinträchtigung der ordnungsgemäßen Haushaltsüberwachung sowie der staatlichen Verfügungsfähigkeit eintrete. Das Anlegen einer „schwarzen Kasse“ hebe die ursprüngliche Zweckbindung der Finanz vollständig auf.

Kritiker hingegen plädieren für eine restriktive Argumentation: Ein Vermögensnachteil i.S.d. § 266 StGB sei nur dann gegeben, wenn Täter den Inhalt der Kasse nicht in einer Weise verwendet, die dem Staat anderweitig Aufwendungen aus Haushaltsmitteln erspart (oder ausgleichende Geldmittel hereinbringt). Letztlich steht hinter dieser Restriktion der Gedanke der Kompensation durch die Ersparnis anderweitiger Aufwendungen. Erst die Zahlung von Schmiergeldern aus der schwarzen Kasse kann dann vermögensmindernden Charakter haben und einen Nachteil i.S.d. § 266 begründen.

Beachte: Stellt sich (wie die Rechtsprechung meint) schon das Anlegen der schwarzen Kasse durch Abzweigung staatlicher Gelder per se als konkrete Gefährdung dar, so tauchen zusätzlich im subjektiven Tatbestand Rechtsprobleme auf: Es stellt sich bei der konkreten Vermögensgefährdung die

Frage, ob dolus eventualis hinsichtlich der bloßen Gefährdung ausreicht oder ob der Eventualvorsatz sich auf einen „Endschaden“ erstrecken muss (unten 6. b)).

Fall Siemens (leicht vereinfacht):

A leitete einen Geschäftsbereich der Siemens-AG, die PG. Entgegen der Compliance-Vorschriften des Konzerns tätigte er Schmiergeldzahlungen („nützliche Aufwendungen“) i.H.v mehr als 6 Mio. €. Die durch die Schmiergeldzahlungen erlangten Aufträge erbrachten der Siemens-AG Gewinne von mehr als 100 Mio. €.

Die Zahlungen leistete A aus „schwarzen Kassen“ in der Form von Konten, die er von seinen Vorgängern übernommen und weitergeführt hatte. Die Unternehmensleitung weiß nichts von der Existenz dieser Konten, die auch nicht in der Buchführung ausgewiesen wurden, für die A verantwortlich ist. Zwar hielt es A für möglich, dass Gewinne aus dem Geschäft durch zivil- oder strafrechtliche Maßnahmen wieder verloren gehen, schätzte das Entdeckungsrisiko aber als sehr gering ein. Er vertraute darauf, dass die Siemens AG im Ergebnis wirtschaftlichen Nutzen aus dem Geschäft ziehen würde.

Strafbarkeit des A aus § 266 I Alt. 2?

## aa) Tatbestand

### (1) Vermögensbetreuungspflicht (+)

### (2) Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht (+)

Der BGH ging von einem Unterlassen des A durch die Nichtoffenbarung aus (BGH, Urt. v. 29.8.2008 – 2 StR 587/07, Rn. 37 f.). Vertretbar dürfte es auch sein, in dem Weiterführen der Kasse ein aktives Tun zu sehen. Sieht man mit dem BGH den Schwerpunkt in einem Unterlassen, so bedarf die Anwendbarkeit von § 13 I der Erwähnung, also die Frage, ob Unterlassungen nur über § 13 I nach § 266 I tatbestandsmäßig sein können oder ob § 266 ein echtes Unterlassungsdelikt enthält. Entschieden werden muss die Frage aber nicht, weil die eine „Vermögensbetreuungspflicht i.S.d. § 266 StGB begründende Herrschaftsbeziehung (...) ohnehin immer zur Annahme einer Garantstellung i.S.d. § 13 I“ führt „und auch diejenigen, die sich nicht auf § 13 stützen, (...) jedenfalls die fakultative Strafmilderung nach § 13 II analog“ anwenden (*Brüning/Wimmer* ZJS 2009, 94, 95).

### (3) Vermögensnachteil?

Die in der schwarzen Kasse verborgenen Gelder sind dem Zugriff der Siemens-AG entzogen. Nach dem BGH liegt deshalb schon in der Unterhaltung der schwarzen Kassen ein nach § 266 I tatbestandsmäßiger Vermögensnachteil, und zwar entgegen der Ansicht des BGH aus der Kanther-Entscheidung (BGHSt. 51, 100, 113 f.) nicht lediglich in Form einer schadensgleichen Gefährdung, sondern in Form eines endgültigen Schadens. Da die Einordnung einer Vermögenssituation als schädigende Gefährdung oder als endgültiger Schaden nur von heuristischer Bedeutung ist (auch ein Gefährdung muss schon als aktuell spürbarer Minderwert des Vermögens angesehen werden können, Art. 103 II GG), ist dagegen nichts einzuwenden.

Zweifel an der Richtigkeit des Ergebnisses des BGH werden aber im Hinblick auf die Frage geäußert, ob in der Unterhaltung der schwarzen Kasse wirklich schon die schädigende Gefährdung bzw. der endgültige Schaden liegt: Zum einen kann man argumentieren, dass allein der Umstand, dass die schwarzen Kassen vor der offiziellen Buchführung verborgen blieben, noch nicht zu einem endgültigen Vermögensverlust führte: „Die Geldmittel werden dadurch nicht wirtschaftlich wertlos. Dies gilt umso mehr, wenn man bedenkt, dass die Geldwerte als Teil des Unternehmenssystems eingesetzt werden sollten, um das Vermögen der Siemens-AG zu mehren. Jede schwarze Kasse bleibt damit ein werthaltiger Teil des Unternehmensvermögens. Einen endgültigen Vermögensverlust könnte man nur dadurch begründen, dass man die Zugriffsbeschränkung auf die Vermögenswerte der schwarzen Kassen und den damit verbundenen Entzug der Dispositionsmöglichkeit als Vermögensseinbuße wertet. Die Annahme, dass die Einschränkung der Dispositionsfreiheit einen Vermögensschaden begründet, vermag nicht zu überzeugen.“ Denn es „ist zu bezweifeln, dass die Dispositionsfreiheit zum Kern der von § 266 StGB geschützten Rechtsposition gehört.“ (*Brüning/Wimmer* ZJS 2009, 94, 97 f.) Die Untreue kann somit nicht losgelöst vom Vermögensschutz betrachtet werden, weil sonst stets mit einer Beeinträchtigung der Dispositionsfreiheit durch die Tathandlung zugleich auch der Taterfolg vorläge und das Tatbestandsmerkmal des Vermögensnachteils seine eingrenzende Funktion verlöre und § 266 „zu einem Delikt zum Schutz vor Kompetenzüberschreitungen“ würde (*Matt* NJW 2005, 389, 391).

Darüber hinaus kann man auch davon ausgehen, dass die Führung einer schwarzen Kasse schon aus Saldierungsgründen dann ebenso wenig wie die Schmiergeldzahlung selbst einen Nachteil begründet, wenn dem Verlust des darin verborgenen bzw. zu Schmiergeldzwecken weggegebenen Geldes „eine Exspektanz“ gegenüberstand, „die unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten sehr wert-



haltig war und eine äquivalente Chance auf Rückfluss der Gelder eröffnete“. Dies „nicht zuletzt auch deshalb, weil die Siemensmanager in vermögensrechtlicher Hinsicht, anders als die „klassischen“ Treuehmer im Rahmen von § 266 StGB, keine „Feinde im Inneren“ waren und auch der durch eine Bestechung erlangte Auftrag vor dem Hintergrund von §§ 134, 138 BGB letztendlich nichts anderes begründet als die Absicht des Vertragspartners, seiner „Verpflichtung“ auch nachzukommen“ (*Schlösser* HRRS 2009, 19, 24 f.).

Danach sprechen gute Gründe dafür, sowohl im Verstecken der Geldmittel in der schwarzen Kasse als auch in der Schmiergeldzahlung wegen der ausgezeichneten Kompensationschancen keinen tatbestandsmäßigen Nachteil i.S.d. § 266 I zu sehen.

**Wenn man mit dem BGH einen Nachteil im Fall Siemens bejaht:** Vorsatz (+), weil nicht lediglich eine schadensgleiche Vermögensgefährdung vorliegt, sondern ein „echter“ endgültiger Schaden, stellt sich das Problem der Reichweite des Eventualvorsatzes (dazu unten 6. b)) nicht.

**bb) Rechtswidrigkeit (+)**

**cc) Schuld (+)**

**Literaturempfehlung** zur Siemens-Entscheidung: *Brüning/Wimmer* ZJS 2009, 94.

## 6. Subjektiver Tatbestand

### a) Allgemeines

Der subjektive Tatbestand des § 266 erfordert im Grundsatz lediglich dolus eventualis hinsichtlich der Merkmale des objektiven Tatbestandes; eine überschießende Innentendenz (wie Bereicherungsabsicht) erfordert § 266 – anders als etwa §§ 253, 263 – gerade nicht. Daraus folgt der Charakter des § 266 als eines bloßen Vermögensbeschädigungsdelikts.

### b) Problem: Modifizierung im Fall der konkreten Vermögensgefährdung?

In jüngerer Zeit hat aber zu § 266 der 2. Strafsenat des BGH einschränkende Anforderungen an den subjektiven Tatbestand gestellt, sofern im objektiven Tatbestand „nur“ eine konkrete Vermögensgefährdung in Rede steht: In der Kanther-Entscheidung BGHSt. 51, 100, 120 ff. meinte der BGH einer befürchteten Ausdehnung des § 266 durch die Einbeziehung konkreter Vermögensgefährdungen dadurch begegnen zu müssen, dass es für den bedingten Vorsatz nicht ausreichen soll, dass sich Wissen und Wollen lediglich auf den aus der Anlegung, der Unterhaltung und der Führung der schwarzen Kassen resultierenden Gefährdungsschaden beziehen. Vielmehr bedürfe es eines weitergehenden Schädigungsvorsatzes, der sich – bei dolus eventualis – auf einen endgültigen Vermögensverlust beziehen müsse. Inwieweit sich diese Herangehensweise an den subjektiven Tatbestand von der Problematik der schwarzen Kassen auf andere Konstellationen (etwa die der pflichtwidrigen Kreditvergabe) übertragen lässt, ist bislang ungeklärt. In der Siemens-Entscheidung (s.o. 5. e)) hat der 2. Senat allerdings davon Abstand genommen, das Verstecken von Geldmitteln in schwarzen Kassen als bloßen Gefährdungsschaden einzuordnen; vielmehr han-

dele es sich um einen „echten“, endgültigen Nachteil i.S.d. § 266, so dass sich die Frage der Restriktionen im subjektiven Tatbestand nicht stelle.

Dieses Bemühen um eine einschränkende Auslegung des § 266 ist anerkennenswert, jedoch dogmatisch durch die gebotene restriktive Auslegung des Nachteilsbegriffs im objektiven Tatbestand besser zu erreichen. Macht man damit Ernst, dass die Konstellation des Gefährdungsschadens ein Scheinproblem ist, weil eine Gefährdung nur dann ein Schaden – bzw. bei § 266: ein Nachteil – sein kann, wenn sich die erhöhte Schutzlosigkeit des Vermögens bereits zum gegenwärtigen Bemessungszeitpunkt aktuell vermögensmindernd auswirkt, so zeigt sich, dass der vermeintlichen Uferlosigkeit des Treubruchstatbestandes schon durch eine präzise, zivil- und bilanzrechtlich orientiert Auslegung des Nachteilsbegriffs begegnet werden kann. Für Restriktionen im subjektiven Tatbestand besteht dann erstens kein Anlass, zweitens lassen sich „Endschaden“ und konkrete Gefährdung des Vermögens nicht auseinanderhalten, weil der Gefährdungsschaden ein „Nachteil“ i.S.d. § 266 sein muss (Art. 103 II GG), so dass die Differenzierungsbemühungen des 2. Strafse-nats mangels eines tauglichen Differenzierungskriteriums ins Leere gehen.

### III. Fall Mannesmann

- Erfolgsgeschichte der Mannesmann AG im Hinblick auf den Börsenwert (1994: 7,5 Mrd. € – 2000: 146 Mrd. €) und die Ertragslage des Unternehmens.
- Öffentliches Übernahmeangebot von Vodafone 23.12.1999.
- Abwehrschlacht von Mannesmann gegen feindliche Übernahme bis Februar 2000.

- Dann freundliche Übernahme zu nochmals stark gestiegenem Aktienkurs.
- Integration von Mannesmann in eine neue Einheit (Vodafone).
- Anerkennungsprämie auf Vorschlag des größten Aktionärs der Mannesmann AG und mit Zustimmung der künftigen Muttergesellschaft sollte Leistung von Dr. Esser (Vorstandsvorsitzender) im Übernahmekampf würdigen.
- Durch Präsidium (Ausschuss des Aufsichtsrats; betraut mit Dienstverträgen der Vorstandsmitglieder): Zustimmung von Mitgliedern Funk und Ackermann; Ladberg erkrankt; Zwickel telefonisch Enthaltung. Angenommen mit Ja: 2; Nein: 0; Enthaltung: 1. Damit nach Geschäftsordnung angenommen.
- Inhalt: Genehmigung der Anerkennungsprämie an Dr. Esser i.H.v £ 10 Mio. und weitere Leistung für Funk als ehemaligem Vorstand.

**Problem:** Die Anerkennungsprämie konnte kein Anreiz für bereits erledigte Aufgabe des Vorstands sein, eine „Bestärkung“ für zukünftige Aufgaben schieden mit der Übernahme ebenfalls aus (zum Fall LG Düsseldorf NJW 2004, 3275; aufgehoben durch BGH NJW 2006, 522).

## **Strafbarkeit von Funk, Ackermann und Zwickel nach § 266 I Alt. 2 (Treubruchtatbestand)?**

### **aa) Tatbestand**

#### **(1) Vermögensbetreuungspflicht**

Eine solche besteht gegenüber der Mannesmann AG selbst sowie deren Aktionären. Die Rechtsgrundlage findet sich in den §§ 116, 112, 93, 87 I AktG. Diese war auf die Betreuung jener fremden Vermögensinteressen gerichtet.

#### **(2) Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht**

##### **Pflichtverletzung**

Verstoß gegen Aktienrecht (§§ 116, 93, 87 AktG); Sorgfalt und Verantwortlichkeit eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters wurde nicht erfüllt. Die Gewährung der Anerkennungsprämien war nicht ordnungsgemäß. Ein Interesse der Mannesmann AG an einer über die bereits vereinbarte Vergütung hinausgehenden Anerkennungsprämie für den Vollzug bzw die „positive Begleitung“ dieser Integration bestand nicht, sondern war mit dem Dienstvertrag von Esser und Funk bereits abgegolten.

Nach dem BGH ist eine im Dienstvertrag nicht vereinbarte Sonderzahlung für eine geschuldete Leistung, die ausschließlich belohnenden Charakter hat und der Gesellschaft keinen zukunftsbezogenen Nutzen bringen kann (kompensationslose Anerkennungsprämie), als treupflichtwidrige Verschwendung des anvertrauten Gesellschaftsvermögens zu bewerten. Sie sei bereits dem Grunde nach unzulässig, ohne dass es auf die Frage ankomme, ob die Gesamtbezüge des begünstigten

Vorstandsmitglieds unter Einschluss der Sonderzahlung nach den Grundsätzen des § 87 Abs.1 S. 1 AktG der Höhe nach noch als angemessen beurteilt werden könnten (BGH NJW 2006, 522, 524).

Kritik: Wenn der Aufsichtsrat i.R.d Angemessenheit (§ 87 I AktG) frei ist, die Vergütung zu bestimmen, dann sei nicht einsehbar, warum er innerhalb derselben Grenzen nicht berechtigt sein solle, seine ursprüngliche Entscheidung abzuändern und zu korrigieren (MK/Dierlamm § 266 Rn. 229).

### **Einschränkung im Strafrecht (str.)**

Das LG Düsseldorf ging mit zahlreichen Stimmen im Schrifttum davon aus, dass eine gravierende Pflichtverletzung erforderlich sei, damit nicht jede gesellschafts- bzw zivilrechtliche Pflichtverletzung bei solchen unternehmerischen Entscheidungen untreuebegründend wirke (LG Düsseldorf NJW 2004, 2375, 2380 ff. m.w.N.).

Eine solche gravierende Pflichtverletzung bejahte das LG Düsseldorf allein bzgl. der Leistung an Funk, wegen Willkürlichkeit derselben. I.Ü. sei sie nach einer Gesamtschau vor allem im Hinblick auf die gute Ertrags- und Vermögenslage der Mannesmann AG, die Wahrung innerbetrieblicher Transparenz, die ausreichende Kenntnis der Präsidiumsmitglieder von den maßgeblichen Entscheidungsgrundlagen sowie auf das Fehlen sachwidriger Motive zu verneinen.

Dem folgt der BGH nicht. Eine gravierende Pflichtverletzung ist nach seiner Ansicht entbehrlich (BGH NJW 2006, 522, 526). In der Tat lässt sich § 266 StGB, der akzessorisch an durch das Zivilrecht und sonstige außerstrafrechtliche Rechtsgebiete vorgegebene Verhaltensnormen anknüpft, nichts für eine Beschränkung der Sanktionierung an gravierende Pflichtverstöße entnehmen.

### **(3) Vermögensnachteil (+)**

#### (4) Vorsatz

#### bb) Rechtswidrigkeit

#### cc) Schuld

Der den Angeklagten vom LG Düsseldorf konstatierte **unvermeidbare Verbotsirrtum** (§ 17) ist rechtsfehlerhaft, da die Angeklagten unter den gegebenen Umständen, vor allem angesichts der offensichtlichen Pflichtwidrigkeit einer willkürlichen Zuwendung, einen eventuell gegebenen Irrtum notfalls durch Einholung von Rechtsrat bei einer kompetenten und vor allem neutralen Stelle hätten vermeiden können (BGH NJW 2006, 522, 529).

*Jakobs* (NStZ 2005, 276, 277 f.) hingegen hält – anders als der BGH (NJW 2006, 531: „Eine solche Fehlvorstellung wird aber von § [17](#) StGB und nicht von § [16](#) StGB geregelt.“) – den Irrtum über die Pflichtwidrigkeit des Handelns für einen vorsatzrelevanten Tatbestandsirrtum und damit nach § 16 I 1 StGB für vorsatzausschließend. Folgt man dem, so käme es auf die Vermeidbarkeit dieses Tatbestandsirrtums nicht an (§ 266 StGB ist nur vorsätzlich begehbar: § 15 StGB).

Das Verfahren gegen die sechs Angeklagten wurde mit einem am 29. November 2006 verkündeten Beschluss gem. § 153a I und 2 StPO durch das LG Düsseldorf vorläufig eingestellt. Damit verbunden war die Auflage der Zahlung von insgesamt ca. 5,6 Mio Euro, die das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung zu beseitigten.

Das LG Düsseldorf hielt u.a. für entscheidend, dass durch das Urteil des BGH vom 21. Dezember 2005 relevante Rechtsfragen beantwortet wurden, die auch über das Verfahren hinaus Bedeutung haben. Offen gebliebene rechtliche und tatsächliche Fragen könnten in keinem überschaubaren

Zeitraum geklärt werden, so dass sowohl das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung als auch die Schuld der Angeklagten mit fortschreitender Dauer geringer werden. Auch handelt es sich bei diesen Fragen um solche, die keine allgemeine Bedeutung haben: Fragen des subjektiven Tatbestandes und der Abfindung der Alterspensionen.

Auflagen im Einzelnen: Funk: € 1 Mio; Zwickel: € 60.000; Ladberg € 12.500; Esser: € 1,5 Mio; Ackermann: € 3,2 Mio; Droste: € 30.000.

## IV. Täterschaft und Teilnahme

### 1. Konsequenzen des Sonderdeliktscharakters für die Teilnahmelehre

§ 266 ist ein **Sonderdelikt**: Täter kann nur sein, wer vermögensbetreuungspflichtig ist und eine Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis innehat; fehlt es daran, liegt allenfalls Teilnahme (Anstiftung, Beihilfe) vor. In diesem Zusammenhang ist *Roxins* Lehre vom **Pflichtdelikt** (zum str. Begriff *Roxin* Täterschaft S. 352 f.) bedeutsam.

**Bsp.:** Prokurist P stiftet T zu Vernichtung wichtiger Unterlagen aus dem Büro des P an. Der Verlust der Unterlagen verursacht für die Firma einen Vermögensverlust (nach *Mitsch* BT 2/1 § 8 Rn. 53).

- Mangels Vermögensbetreuungspflicht hat sich T (zunächst) nicht nach § 266 strafbar gemacht.
- P selbst hat keine vermögensschädigende Handlung vorgenommen, sodass er (zunächst) ebenfalls nicht nach § 266 strafbar ist. Auch eine Strafbarkeit gem. §§ 266, 26 scheidet aus,



da keine teilnahmefähige Haupttat vorliegt. Hier lässt sich eine Strafbarkeit des P somit nur dadurch begründen, dass man ihn als mittelbaren Täter eines qualifikationslos-dolosen Werkzeugs ansieht (Strafbarkeit gem. §§ 266, 25 I Alt. 2) oder man die Figur des Pflichtdelikts anerkennt, wonach die Verletzung einer Sonderpflicht (hier: Vermögensbetreuungspflicht) konstitutiv für die Täterschaft des Sonderpflichtigen ist (Strafbarkeit gem. § 266).

- Sieht man somit im Verhalten des P eine täterschaftliche Untreue, liegt eine teilnahmefähige Haupttat vor, zu der T Hilfe geleistet hat (§§ 266, 27).

Krit. zur gesamten Zurechnungskonstruktion (am Parallelproblem des absichtslos-dolosen Gehilfenwerkzeugs) *Dehne-Niemann* JuS 2008, 589.

## 2. Doppelte Strafraahmenmilderung bei Fehlen nur der Vermögensbetreuungspflicht?

Die Vermögensbetreuungspflicht ist ein **besonderes persönliches Merkmal** i.S.v. § 28 I, str. (BGHSt. 41, 1 [2]; a.A. Sch/Sch/Lenckner/Perron § 266 Rn. 52). Hat eine juristische Person die Vermögensbetreuungspflicht inne, so wird diese dem vertretungsberechtigten Organ gem **§ 14 I** zugerechnet.

Strafzumessungsrechtliche Probleme entstehen, wenn neben einem Vermögensbetreuungspflichtigen ein anderer „quasimittäterschaftlich“, also insbesondere tatherrschaftlich tätig ist, aber wegen des Fehlens der Vermögensbetreuungspflicht nur Gehilfe sein kann. In solchen Fällen – vgl. etwa das obige Beispiel – ist der Umstand, der T zum Gehilfen anstatt zum Täter macht – das Fehlen der Vermögensbetreuungspflicht – identisch mit dem Aspekt, der nach § 28 I StGB eine Strafraahmenmilderung bewir-

ken müsste. Es stellt sich damit die Frage, ob ein- und derselbe tatsächliche Aspekt eine zweimalige (Beihilfe, § 27 II 2 StGB; Fehlen eines besonderen persönlichen Merkmals, § 28 I StGB) Milderung des Strafrahmens (§ 49 I StGB) bewirken soll oder strafzumessungsrechtlich nach einmaliger Milderung „verbraucht“ ist. Im letzteren Sinne (keine Doppelmilderung) sieht es die Rspr. (BGHSt. 26, 53, 54; vgl. auch *Fischer* § 28 Rn. 7). Nach a.A. wird durch eine nur einmalige Strafrahmenmilderung „das Stufenverhältnis zur Anstiftung verfehlt“ (*Roxin* AT 2 § 27 Rn. 83), denn auch der Anstifter zur Untreue erhält nur eine einmalige Milderung (die aus §§ 28 I, 49 I StGB). Eine strafrahmenmäßige Gleichbehandlung verbiete aber § 27 II 2 StGB.