

Untreue (§ 266)

Lösungshinweise Fall 1

A. Strafbarkeit des A gem. § 266 I Alt. 1

I. Missbrauch von Verfügungs- oder Verpflichtungsmacht (sog. Missbrauchsuntreue): Missbrauch ist die Überschreitung des rechtlichen Dürfens im Innenverhältnis im Rahmen des rechtlichen Könnens im Außenverhältnis. Hier (+), denn im Innenverhältnis durfte A lediglich Einkaufs-, aber keine Kreditgeschäfte vornehmen; im Außenverhältnis war A dazu jedoch befugt: aufgrund der Unbeschränkbarkeit der Prokura im Außenverhältnis (§ 50 I HGB) wurde Os Betrieb aus dem Darlehensvertrag verpflichtet.

II. Erforderlichkeit einer Vermögensbetreuungspflicht auch i.R.d. Missbrauchstatbestands?

- Eine Ansicht: Für den Missbrauchstatbestand ist keine qualifizierte Vermögensbetreuungspflicht des Täters erforderlich.
 - ⊕ Würde man für Alt. 1 ebenfalls die von Alt. 2 vorausgesetzte Vermögensbetreuungspflicht verlangen, würde sich jeder Fall des Missbrauchsuntreue zugleich als Fall der Treubruchsuntreue darstellen: Alt. 1 hätte keinen eigenständigen Anwendungsbereich mehr.
 - ⊕ Die besondere Pflichtenstellung des Täters wird bei der Missbrauchsuntreue durch die Verfügungs- bzw. Verfügungsmacht bestimmt; eine darüber hinausgehende Vermögensbetreuungspflicht ist damit entbehrlich.
- Die h.M. verlangt jedoch auch für den Missbrauchstatbestand, dass den Täter Inhaber einer Vermögensbetreuungspflicht sein müsse.
 - ⊕ Wortlaut: „und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat“ deutet darauf, dass der Täter in jedem Fall eine Vermögensbetreuungspflicht haben muss.
 - ⊕ Notwendigkeit der Einschränkung des Tatbestands ist aufgrund der wenigen Tatbestandsmerkmale des § 266 anerkannt. Das Verlangen einer qualifizierten Vermögensbetreuungspflicht auch für Alt. 1 bietet diese Möglichkeit der Tatbestandsrestriktion.

Folgt man der h.M., müsste den A eine Vermögensbetreuungspflicht treffen. Anforderungen an eine Vermögensbetreuungspflicht: Die „Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen“ 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 diesem deshalb wesentlich mitgeprägt sein. Indizien für Vermögensbetreuungspflicht: Entscheidungsspielraum des Verpflichteten *und* hinreichendes Maß seiner Selbstständigkeit. Hier: (+), A ist Prokurist, kann nach Art und Umfang frei über den Einkauf von Waren entscheiden.

III. Kausaler Vermögensschaden (+)

IV. Ergebnis: § 266 I Alt. 1 (+)

B. Strafbarkeit des A gem. § 266 I Alt. 2

Ebenfalls (+), aber nach h.M. gegenüber dem Missbrauchstatbestand subsidiär.

C. Strafbarkeit des A gem. § 246 I

Ebenfalls (+), da Auszahlung des Geldes als Übereignung des Geldes an die GmbH zu sehen ist. Mit Absetzen ins Ausland manifestierte A seinen Zueignungswillen. Ein Anvertrauen i.S.d. Abs. 2 ist eher abzulehnen, da O nichts von dem Kredit wusste.

Da sich die Unterschlagung als Zweitzueignung darstellt, ist sie entweder bereits tatbestandlich nicht erfüllt oder tritt hinter § 266 zurück (s. Fälle dort).

Lösungshinweise Fall 2 (nach BVerfG NJW 2013, 365)

A. Strafbarkeit der M gem § 266 I

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

a) Missbrauchsvariante (§ 266 I Alt. 1)

M war für die Verwaltung der Kassenkredite verantwortlich. Ihr oblag es, sich um die Finanzierung von Vorhaben der Gemeinde zu kümmern. In dieser Position konnte sie die Gemeinde wirksam durch die Aufnahme von Krediten verpflichten. Eine Befugnis bestand.

Missbrauch durch Aufnahme von höheren Krediten? Ein Missbrauch ist gegeben, wenn zwar im Außenverhältnis im Rahmen der Befugnis gehandelt wird, hierzu aber keine Berechtigung bestand (Diskrepanz zwischen rechtlichem Können und rechtlichem Dürfen). M konnte wirksam drei Mio Euro an Krediten aufnehmen und die Gemeinde dementsprechend verpflichten. Durch die Gemeindegatsung war sie allerdings im Innenverhältnis nur zu einer Aufnahme von max. zwei Mio Euro berechtigt. Durch die Mehraufnahme missbrauchte sie ihre Befugnis.

b) Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht

Nach hM gilt die Vermögensbetreuungspflicht für den Missbrauchs- und den Treubruchtatbestand gleichermaßen. Dies ergibt sich daraus, dass § 266 wegen seiner besonderen Weite eng auszulegen ist. Außerdem spricht der Wortlaut des § 266 I dafür: Die Wendung „und dadurch dem, dessen Vermögen er zu betreuen hat“ kann grammatikalisch sinnvoll nur als auf beide Alternativen des § 266 I bezogen verstanden werden. Des Weiteren lässt sich die Existenz des § 266b nur dadurch erklären, dass dem Missbrauchstatbestand des § 266 I Var 1 auch von Seiten des Gesetzgebers das Erfordernis des Bruchs einer Vermögensbetreuungspflicht beigemessen wird. Der Missbrauch der Befugnis muss sich also als Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht darstellen. Hier oblag M die Verwaltung inkl. der Aufnahme der Kredite. Die Vermögensbetreuung bzgl. dieser vermögensrelevanten Handlungen gehört somit zu den Hauptpflichten der M. Durch den Missbrauch ihrer Rechtsmacht verletzte sie ihre Vermögensbetreuungspflicht.

c) Treubruchvariante (§ 266 I Alt. 2)

Durch die im Innenverhältnis nicht gedeckte Kreditaufnahme verletzte M auch ihre Treupflicht gegenüber der Gemeinde.

dd) Vermögensnachteil

Ein Vermögensnachteil ist gegeben, wenn ein Vergleich der Vermögenslage des Treugebers vor und nach dem treuwidrigen Verhalten ein Negativsaldo aufweist.

Im Falle des Nachteilsmerkmals des § 266 Abs. 1 muss die Auslegung den gesetzgeberischen Willen beachten, das Merkmal selbstständig neben dem der Pflichtverletzung zu statuieren; sie darf daher

dieses Tatbestandsmerkmal nicht mit dem Pflichtwidrigkeitsmerkmal verschleifen, d. h., es in diesem Merkmal aufgehen lassen. Deswegen und um das Vollendungserfordernis zu wahren, sind eigenständige Feststellungen zum Bestehen eines Nachteils geboten (BVerfG NJW 2013, 365 [366]).

Allein die Tatsache, dass Kredite in dieser Höhe nicht aufgenommen werden durften, begründet somit noch keinen Schaden der Gemeinde (Verschleifungsverbot). Ein Vermögensnachteil könnte allenfalls in den zusätzlichen Zinsaufwendungen in Höhe von 45.000 Euro gesehen werden, die sich aus der pflichtwidrigen höheren Kreditaufnahme ergeben.

Der BGH hat – wie zuvor das LG – im zugrunde liegenden Fall einen verursachten Vermögensnachteil darin gesehen, dass der Gemeinde Mittel in Höhe der durch die Kreditaufnahme entstandenen Zinsverpflichtungen dauerhaft entzogen worden sind.

Den zu entrichtenden Kreditzinsen stand allerdings die Möglichkeit gegenüber, die Kreditbeträge für eine bestimmte Zeit nutzen zu können. Dies stellt regelmäßig einen eigenständigen wirtschaftlichen Wert dar, der geeignet ist, die Zinsverpflichtung in tatbestandsausschließender Weise zu kompensieren. Besteht der Vermögensnachteil – wie hier – in einer pflichtwidrig begründeten Forderung, der eine wirtschaftlich werthaltige Gegenleistung gegenübersteht, so muss mit hinreichender Klarheit feststehen, weshalb der eingetretene Nachteil nicht in einer den objektiven Tatbestand ausschließenden Weise ausgeglichen worden ist (BVerfG NJW 2013, 365 [366 f.]).

Die höheren Zinsaufwendungen werden danach durch die Möglichkeit der zeitlich befristeten Nutzung des Geldes kompensiert. Etwas anderes könnte nur dann gelten, wenn die Aufnahme des höheren Darlehens gegen die allgemeinen Vorgaben der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit verstößt oder für die Gemeinde wirtschaftlich wertlos gewesen wäre (subjektiver Schadenseinschlag). Hier wurde der Kredit allerdings zur Durchführung wichtiger städtischer Bauprojekte verwendet. Anhaltspunkte dafür, dass unkalkulierbare Risiken eingegangen wurden oder dass durch die höhere Kreditaufnahme die Dispositionsfreiheit der Gemeinde bzgl. zukünftiger Geldausgaben eingeschränkt wurde, bestehen nicht.

Ein Vermögensnachteil liegt somit nicht vor.

II. Ergebnis

M hat sich nicht wegen Untreue gem. § 266 I strafbar gemacht.

B. Strafbarkeit der M gem. § 263 I

M müsste falsche Tatsachen vorgespiegelt oder wahre Tatsachen entstellt oder unterdrückt haben. Zwar ist anzunehmen, dass die Verschleierung die Erklärung beinhaltet, dass ein Kredit nur im Rahmen der satzungsmäßigen Vorgaben aufgenommen wurde. Jedoch fehlt es an dem Täuschungsadressaten, also an der Person, die einem Irrtum darüber unterliegen soll. M war Letztentscheidungsbefugte in Fragen der Kreditaufnahme. Eine unmittelbare Überprüfung durch andere Gemeindemitglieder fand nicht statt, so dass auch niemand einem Irrtum unterliegen konnte und sollte. Eine allgemeine Verschleierung einer pflichtwidrigen Handlung, damit diese beispielsweise bei etwaigen Revisionen nicht auffällt, stellt noch

keine Täuschungshandlung dar (a.A. vertretbar, dann aber keine Vermögensverfügung bzw. kein Schaden).

M hat sich nicht wegen Betruges gem. § 263 I strafbar gemacht.

B. Strafbarkeit der M gem. § 348 I,

Eine Strafbarkeit scheidet daran, dass M keine Amtsträgerin i.S.d. Vorschrift ist. Anderes könnte nur dann gelten, wenn sie neben ihrer Stellung als Gemeinderatsmitglied noch in besondere Weise für die Vermögensverwaltung der Gemeinde zur Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben bestellt wurde. Zudem dürfte die allgemeine Buchführung der Gemeinde nicht in Form eines öffentlichen Buches i.S.d. Vorschrift erfolgen.

Lösungshinweise Fall 3

A. Strafbarkeit des C gem. § 242 I

I. Fremde bewegliche Sachen (+)

II. Wegnahme: Dazu müsste C fremden Gewahrsam gebrochen haben. Fraglich, ob Geschäftsinhaber oder C selbst Gewahrsamsinhaber am Inhalt der Kasse (vgl. dazu eingehend Fall 4 zum Grundtatbestand des Diebstahls). Hier: Zwar grds. Weisungsrecht des Geschäftsinhabers ggü. seinem Angestellten. Aber: C ist alleine für die Kasse verantwortlich und hat deren Inhalt am Schichtende abzurechnen. Ohne seine Mitwirkung darf niemand – und damit auch der Geschäftsinhaber nicht – Geld aus der Kasse nehmen, damit bei evtl. Fehlbeträgen die Verantwortlichkeit festgestellt werden kann. In diesem Fall steht dem Kassierer daher der Alleingewahrsam am Kassensinhalt zu. Mangels Wegnahme:

III. Ergebnis: § 242 I (-)

B. Strafbarkeit des C gem. § 266 I Alt. 2

I. Missbrauchsuntreue gem. § 266 I Alt. 1 (-), kein rechtsgeschäftliches Handeln, das der Tatbestand aber voraussetzt.

II. Treubruchsuntreue gem. § 266 I Alt. 2: C müsste Inhaber einer Vermögensbetreuungspflicht sein. Fehlt es an dieser Pflicht in der Person des C, ist dessen täterschaftliche Verwirklichung des § 266 ausgeschlossen (Sonderdelikt). Vermögensbetreuungspflicht einfacher Kassierer? Eher (-), da C kein Entscheidungsspielraum hat und nicht selbstständig über den Kassensinhalt befinden kann; es handelt sich eher um eine mechanische Tätigkeit; Schutz des § 246 ist ausreichend.

III. Ergebnis: § 266 I Alt. 2 (-)

C. Strafbarkeit des C gem. § 246 I, II (+)

Zur Frage, inwieweit der Kassensinhalt dem C anvertraut war, vgl. Fall 4 zum Grundtatbestand des Diebstahls.

D. Strafbarkeit des B gem. § 266 I Alt. 2

I. Missbrauchsuntreue gem. § 266 I Alt. 1 (-), kein rechtsgeschäftliches Handeln, das der Tatbestand aber voraussetzt.

II. Treubruchsuntreue gem. § 266 I Alt. 2: B müsste Inhaber einer Vermögensbetreuungspflicht sein. Hier: Vermögensbetreuungspflicht des B (+), s.o.

III. Pflichtverletzung: Fraglich ist, ob eine täterschaftliche Pflichtverletzung durch B vorliegt, da der unmittelbar schädigende Akt in erster Linie von C beherrscht wurde.

- Soweit man mit einem Teil der Literatur die Täterschaft allein aus der besonderen Pflichtenstellung begründet, sind weitere Feststellungen zur Tatbeherrschung entbehrlich: auch wer jemanden zur Vermögensschädigung bestimmt, verletzt damit seine Vermögensfürsorgepflicht.
- Denkbar wäre auch, die Konstruktion des qualifikationslos dolosen Werkzeugs zu bemühen und die Tatherrschaft derart normativ zu begründen. Folge: B wäre als mittelbarer Täter anzusehen.
- Andere verlangen eine tatsächliche Tatherrschaft. Ein täterschaftlicher Tatbeitrag des B lässt sich hier mit Blick auf die notwendige Ablenkung des Geschäftsführers annehmen, die für den Erfolg der Tat unerlässlich war.

Unabhängig von der dogmatischen Begründung gelangt man zum

III. Ergebnis: § 266 I Alt. 2 (ggf. i.V.m. § 25 I Alt. 2) (+)

E. Strafbarkeit des B gem. §§ 246 I, II; 25 II

I. Zurechnung der Zueignung durch C gem. § 25 II (+)

II. Tatbestandsverschiebung gem. § 28 II im Hinblick auf die veruntreuende Unterschlagung: die konkreten Geldscheine waren ihm nicht anvertraut i.S.d. § 246 II, da ihm keine Besitz oder Gewahrsamsposition an den Geldscheinen eingeräumt worden ist.

III. Ergebnis: §§ 246 I; 25 II (+)

F. Strafbarkeit des C gem. §§ 266 I Alt. 2; 27 I (+)

I. Förderung der Treubruchsuntreue des B (+)

II. Strafzumessung: Anwendung der §§ 28 I; 49 I, da C ein strafschärfendes besondere persönliches Merkmal fehlt? Nach h.M. ist die Vermögensbetreuungspflicht ein besonderes persönliches Merkmal i.S.d. § 28 I (a.A.: tatbezogenes Merkmal, das auf die besondere Anfälligkeit des Vermögens ggü. dem Täterkreis abhebt). Somit nach h.M. Milderung gem. §§ 28 I; 49 I. Jedoch nach h.M. keine doppelte Strafmilderung (auch aus § 27 II 2), wenn sich die Gehilfenstellung ausschließlich aus dem Fehlen einer qualifizierten Pflichtenstellung ergibt, da ansonsten das Fehlen der besonderen Pflichtenstellung doppelt berücksichtigt würde.

Lösungshinweise Fall 4 (nach OLG Stuttgart NStZ 1985, 365)

A. Strafbarkeit von D und E gem. §§ 271 I, III; 25 II

I. Grundbuch als öffentliche Urkunde bzw. öffentliches Buch: Beweiswirkung für und gegen jedermann: s. §§ 891, 892 BGB. Das Grundbuch ist materiell unrichtig geworden, indem E als Eigentümer im Grund-

buch eingetragen wurde. Ein gutgläubiger Erwerb kam nicht in Betracht, da E das Erlöschen der Vertretungsmacht kannte (§ 173 BGB).

II. Bereicherungs- und Schädigungsabsicht (+)

III. Ergebnis: §§ 271 I, III; 25 II (+)

B. Strafbarkeit von D und E gem. §§ 263 I; 25 II ggü. dem Grundbuchbeamten zu Lasten des K

I. Täuschung (+), obwohl Rechtsschein der Urkunde vorliegt.

II. Zurechenbarkeit der Vermögensverfügung des Grundbuchbeamten zu K (+), Grundbuchbeamter war zur Grundbuchänderung befugt.

III. Schaden: Eine wirksame Auflassung erfolgte wegen des kollusiven Zusammenwirkens von D und E nicht. Aber: Buchposition als schädigende Vermögensgefährdung; die konkrete Gefahr lag darin, dass der als Eigentümer eingetragene E wirksam über das Grundstück verfügen konnte. Eine Kompensation durch einen möglicherweise vereinbarten Kaufpreis liegt nicht vor, da eine solche Zahlung (wenn sie erfolgt sein sollte) nicht in das Vermögen der K fließen sollte.

IV. Ergebnis: §§ 263 I; 25 II (+)

C. Strafbarkeit von D gem. §§ 266 I Alt. 1

I. Befugnis, kraft Rechtsgeschäfts zu verfügen und zu verpflichten. Problem: Noch eingeräumt, da zwischenzeitlich widerrufen?

- Eine Ansicht: (-), bei Überschreitung der Vertretungsvollmacht kommt nur die Anwendung des Treubruchtatbestandes in Betracht. Die Missbrauchsformen setzen eine rechtswirksame Ausübung der Vertretungsmacht voraus, die den Machtgeber binden. Eine Vollmacht, die trotz Erlöschens des Rechtsverhältnisses, auf dem sie beruht, zumindest aufgrund ihrer Rechtsscheinwirkung gegenüber gutgläubigen Dritten fortgilt, kann den Treubruchtatbestand begründen.
- Andere Ansicht (OLG Stuttgart a.a.O.): (+), als Annex der ursprünglich eingeräumten Handlungsbefugnis; Befugnisse, die aus Vertrauensschutzgründen als gesetzliche Nachwirkungen einer rechtsgeschäftlich erteilten Vertretungsmacht bestehen, reichen für den Missbrauchtatbestand aus. Der Täter verletzt das ihm gegenüber schutzlose Vermögen von innen heraus, und der Fortbestand der Vollmacht in den Fällen der §§ 170 - 172 BGB bedeutet nichts anderes als die gesetzliche Ausgestaltung der vom Vermögensinhaber durch Rechtsgeschäft begründeten Rechtsmacht. Solange Urkunde nicht i.S.v. § 172 Abs. 2 BGB zurückgegeben oder für kraftlos erklärt wurde, besteht ein Rest freiwillig übertragener Handlungsbefugnis.
- Geht man von einer noch bestehenden Befugnis aus, so wurde diese auch missbraucht, indem D die rechtswirksame Eintragung ins Grundbuch bewirkte. Eine entsprechende Position stand jedoch E wegen des kollusiven Zusammenwirkens von D und E, das zur Unwirksamkeit der Auflassung führt, nicht zu.

II. Erfordernis einer Vermögensbetreuungspflicht? Nach h.M. auch für den Missbrauchstatbestand erforderlich.

Hier jedoch: Bloße Rückgabepflicht aus §§ 175, 667 i.V.m. 675 I BGB und Pflicht zur Unterlassung weiterer Rechtsgeschäfte (§ 242 BGB). Ob dies zur Annahme der Vermögensbetreuungspflicht als Quasi-Hauptpflicht ausreicht, erscheint zweifelhaft. Daher: § 266 I Alt. 1 (-), es sei denn, man interpretiert die Pflicht zum Unterlassen weiterer Rechtsgeschäfte als eine Quasi-Hauptpflicht.

III. Ergebnis: §§ 266 I Alt. 1; 25 II (-)

D. Strafbarkeit von E gem. §§ 266 I Alt. 1; 25 II

Entsprechend der obigen Prüfung entfällt auch die mittäterschaftliche begangene Untreue durch E, die hier deswegen grundsätzlich in Betracht käme, da auch E durch die Vollmacht vermögensbetreuungspflichtig sein könnte.

E. Strafbarkeit von D und E gem. §§ 266 I Alt. 2; 25 II

(-), keine Vermögensbetreuungspflicht von D und E (s.o.).

Lösungshinweise Fall 5 (nach BGHSt. 52, 323 mit Anm. Ransiek NJW 2009, 95)**A. Strafbarkeit des F gem. § 266 I Alt. 2 durch Errichtung der schwarzen Kassen**

(-), F hat die schwarzen Kassen nicht eingerichtet, sondern bestehende schwarze Kassen lediglich fortgeführt.

B. Strafbarkeit des F gem. §§ 266 I Alt. 2, II; 263 III 2 Nr. 2 Alt. 1 durch Fortführung der schwarzen Kassen

I. Vermögensbetreuungspflicht des F? (+), F war leitender Angestellter und einer von vier sog. „Bereichsvorständen“. Damit oblag ihm die kaufmännische Leitung des Geschäftsbereichs; er war damit u.a. zuständig für Controlling, Betriebswirtschaft, Zentrale Aufgaben, Personal und Revision sowie für die Wirtschaftsregion Europa. Er hatte die Siemens-interne Autorisierung, Zahlungen in unbegrenzter Höhe anzuweisen.

II. Pflichtverletzung?

1. Liegt Pflichtverletzung in der Verwaltung der Konten (aktives Tun) oder in Verschweigen ihrer Existenz ggü. dem Vorstand (Unterlassen)? Nach h.M. ist die Abgrenzung zwischen Tun und Unterlassen durch eine wertende Betrachtung lösen: Maßgeblich ist danach, wo nach normativer Betrachtung und bei Berücksichtigung des sozialen Handlungssinnes der Schwerpunkt des strafrechtlich relevanten Verhaltens liegt. BGHSt. 52, 323, 332 f. nimmt hier ein Unterlassen an, denn es gehöre offensichtlich zum „Kernbereich der Vermögensbetreuungspflicht des Angeklagten als für die kaufmännische Leitung des Geschäftsbereichs verantwortlichem Bereichsvorstand [...], seiner Arbeitgeberin bislang unbekannte, ihr zustehende Vermögenswerte in erheblicher Höhe zu offenbaren und diese ordnungsgemäß zu verbuchen.“ Das ist konsequent, wenn man auch den Schaden mit der Vorenthaltung der Gelder ggü. Siemens und nicht erst durch die Tötigung von Folgetransaktionen begründet sieht.

2. Möglicherweise aber tatbestandsausschließendes Einverständnis des Vorstands der Siemens AG, da F die Gelder ausschließlich für der Siemens AG „nützliche Aufwendungen“ zur Auftragsbeschaffung und damit zur Vermögensmehrung einzusetzen beabsichtigte? (-), Zahlung von Schmiergeldern war nach den Compliance-Vorschriften (deren Beachtung F eigentlich sicherzustellen gehabt hätte) ausdrücklich untersagt.

III. Vermögensnachteil? Das Merkmal ist mit dem des Vermögensschadens in § 263 identisch. Grundsätze der Bestimmung eines Vermögensnachteils bei Einrichtung und Unterhaltung schwarzer Kassen: Die Tendenz in der Rspr. des BGH geht hier dahin, eine vollendete Untreue bereits durch die Einrichtung einer schwarzen Kasse zu bejahen. Gestützt wird dies auf die Annahme, dass der Kontrollverlust des Treugebers hinsichtlich der in die schwarze Kasse abgezweigten Geldmittel diese bereits strafrechtlich relevant mindere, weil der Treugeber keinerlei Möglichkeit mehr habe, einen endgültigen Vermögensabfluss zu verhindern. Eine weitere Möglichkeit besteht darin, an die konkrete Gefahr vermögensschädlicher

Sanktionen im Falle der Aufdeckung der Bildung der schwarzen Kasse anzuknüpfen. Entscheidend ist die Frage nach einem intendierten haushaltsgerechten oder zweckwidrigen Gebrauch der Gelder unter Einbeziehung des jeweiligen Rechtsverhältnisses zwischen Treugeber und Treunehmer bzw. der Struktur des betreuten Vermögens.

1. Öffentliche Haushalte: Der BGH nimmt hier eine konkrete Vermögensgefährdung an, wenn aus Haushaltsmitteln eine schwarze Kasse gegründet wird, die zwar noch für öffentliche Zwecke, aber nach Gutdünken der jeweiligen Person oder Institution eigenmächtig und unkontrolliert, also keiner konkreten Zweckbindung unterliegend, genutzt werden soll. Es bestehe dann die konkrete Gefahr, dass die transferierten Mittel an anderer Stelle fehlen, also nicht für diejenigen Zwecke verfügbar sind, für die sie sonst hätten eingesetzt werden können und müssen.

2. Politische Parteien: Die Transferierung von Parteispenden in eine schwarze Kasse stelle objektiv einen Vermögensnachteil im Sinne einer schadensgleichen Vermögensgefährdung dar. Durch die Verwendung der Mittel als „Dispositionsfonds“ unter Umgehung der satzungsgemäß berechtigten Organe der Partei tritt eine konkrete, vom Berechtigten nicht zu kontrollierende und nur noch im Belieben der Täter stehende Möglichkeit des endgültigen Vermögensverlustes ein. Zudem besteht eine konkrete Vermögensgefährdung in der Gefahr des Verlustes staatlicher Zuwendung und der Rückforderung von in der Vergangenheit gezahlten staatlichen Förderungsbeträgen bei Aufdeckung der Verschleierung der Spenden entgegen dem PartG.

Im Fall Kanther wurde vom zweiten Strafsenat des BGH aber die auch für sonstige Risikogeschäfte Geltung beanspruchende Einschränkung im subjektiven Tatbestand durch ein überschießendes subjektives Element entwickelt: Der (bedingte) Vorsatz müsse sich nicht nur auf die konkrete Vermögensgefährdung, sondern auch auf den endgültigen Schadenseintritt beziehen.

- ⊕ Ansonsten würde die Strafbarkeit nach § 266 durch die Heranziehung der für bestimmte Fälle des § 263 entwickelten schadensgleichen Vermögensgefährdung zu weit in den Versuchsbereich vorverlagert werden, da das Korrektiv der Bereicherungsabsicht bei § 263 bei § 266 nicht existiere.
- ⊖ Diese dogmatische Konstruktion, die eine unterschiedliche Behandlung des Vorsatzes in Bezug auf den Vermögensschaden bei Untreue und Betrug zur Folge hat, erscheint verfehlt.
- ⊖ Gebot der Deckungsgleichheit des objektiven und subjektiven Tatbestands: der Vorsatz des Täters muss sich nur auf die den objektiven Tatbestand erfüllenden Umstände beziehen, geht aber nicht darüber hinaus.
- ⊖ Notwendige Einschränkungen des Tatbestandes der Untreue müssen beim objektiven Vermögensschaden durch eine Konturierung mittels eines bilanzorientierten Ansatzes und der Einbeziehung der Struktur des betreuten Vermögens vorgenommen werden.

3. Wirtschaftsunternehmen – BGHSt. 52, 323: Bereits durch die Vorenthaltung und Verwaltung von Geldmitteln in einem verdeckten Kontensystem entsteht dem Unternehmen als Treugeber infolge der fehlenden Kontrollmöglichkeit ein Vermögensschaden.

- Entgegen der *Kanther*-Entscheidung erblickt BGHSt. 52, 323, 336 ff. hier in der Verdeckung der Kassen ggü. der Treugeberin einen endgültigen Vermögensverlust: diese konnte auf die verborgenen Vermögenswerte keinen Zugriff nehmen. „Dem kann nicht entgegen gehalten werden, eine ‚bloße‘ Einschränkung der Dispositionsmöglichkeit des Treugebers über Vermögensteile dürfe nicht als Schaden angesehen und der Vermögensschaden nicht mit der Pflichtverletzung gleichgesetzt werden [...]. Denn die Möglichkeit zur Disposition über das eigene Vermögen gehört zum Kern der von § 266 geschützten Rechtsposition.“
- Teilt man diesen Ansatz, so ist es nur konsequent, in der späteren Verwendung der Gelder eine bloße Schadensvertiefung zu sehen sowie einen später im Interesse der Treugeberin erfolgenden Einsatz der Gelder, der sich vermögensmehrend auswirkt, als tatbestandlich irrelevante bloße Schadenswiedergutmachung anzusehen: „Eine dem Treugeber zugute kommende Gegenleistung oder ein durch die pflichtwidrige Handlung anderweitig unmittelbar herbeigeführter ausgleichender Vermögensvorteil liegt im Fall des verdeckten Führens einer Schmiergeldkasse nicht vor [...]. Weder die vage Chance, aufgrund des Mitteleinsatzes zu Bestechungszwecken später einmal einen möglicherweise im Ergebnis wirtschaftlich vorteilhaften Vertrag abzuschließen, noch gar die bloße Absicht des Täters, die entzogenen Mittel für solche Zwecke zu verwenden, stellen einen zur Kompensation geeigneten gegenwärtigen Vermögensvorteil dar [...]. Die Verwendung der entzogenen und auf verdeckten Konten geführten Geldmittel ist nur eine Schadensvertiefung; das Erlangen von durch spätere Geschäfte letztlich erzielten Vermögensvorteilen durch den Treugeber ist, nicht anders als eine Rückführung der entzogenen Mittel, allenfalls eine Schadenswiedergutmachung.“ (BGHSt. 52, 323, 338).

Kritik: Wenn bei einem Wirtschaftsunternehmen, dessen Ziel die Gewinnerwirtschaftung bzw. -maximierung ist, von einem Treupflichtigen eine schwarze Kasse ausschließlich für solche Zwecke eingerichtet wird, kann dies keinen Vermögensnachteil, sondern nur eine straflose Missachtung der Dispositionsbefugnis des Geschäftsherrn begründen.

a.A.: Es ist streng zwischen der Einrichtung einer schwarzen Kasse und der nachfolgenden Verwendung der Gelder zu unterscheiden. Die bloß formale Dezimierung des Vermögensbestandes reicht nicht für eine schädigende Vermögensgefährdung. Denn haushaltsrechtliche oder firmenrechtliche Bestimmungen haben nicht per se Vermögensrelevanz. Zur Lösung sind vielmehr die Grundsätze der Fallgruppe „Ausgleichsfähigkeit und -willigkeit“ heranzuziehen. Und hier wird man einen Vermögensnachteil verneinen müssen, sofern sich im Moment der Kontrolle durch den potentiell Geschädigten ein werthaltiger Anspruch aktiviert. Ob eine Sicherungsmöglichkeit präventiver oder repressiver Natur ist, kann in den Fällen keine Rolle spielen, in denen sich uno actu mit dem formal entstehenden Nachteil ein kompensierender Ersatzanspruch einstellt. Denn in diesem Fall ist zu keinem Zeitpunkt die Hypothese der Verwertbarkeit von Vermögensgegenständen eines bestimmten Gesamtwertes tangiert und damit das Vermögen nicht beeinträchtigt.

IV. Das BVerfG hat der extensiven Feststellung eines Nachteils durch den BGH nur halbherzig einen Riegel vorgeschoben (BVerfGE 126, 170). Schon um die Eigenständigkeit des Nachteils vom Merkmal der Pflichtverletzung zu wahren, müsse das entscheidende Gericht stets den konkreten Nachteil – wenigstens in der Form eines Mindestschadens – ermitteln (BVerfGE 126, 170, 211). Hierfür sei auf die in der Praxis verwendeten Bewertungsmaßstäbe für Vermögenspositionen abzustellen und gegebenenfalls ein Sachverständiger hinzuzuziehen. Gerade bei Gefährdungsschäden wie in den Fällen der schwarzen Kassen bedeute der Verzicht auf die eigenständige Ermittlung eines Nachteils die Gefahr, die eigenständige strafbarkeitsbegrenzende Funktion des Nachteilsmerkmals zu unterlaufen (BVerfGE 126, 170, 228 f.). Damit würde jedoch die gesetzgeberische Entscheidung gegen eine Versuchsstrafbarkeit unterlaufen. Auch hier müssten die Gerichte den Nachteil in wirtschaftlich nachvollziehbarer Weise feststellen.

V. Akzeptiert man unter Berücksichtigung des BVerfG-Urteils den Ausgangspunkt des BGH, ist die Feststellung unausweichlich, dass sich der (bedingte) Vorsatz des Täters allein auf die Nichtoffenbarung der Kasse ggü. der Treugeberin, nicht aber darüber hinaus auch noch auf einen endgültigen Vermögensabfluss. Denn bereits die Nichtoffenbarung begründet einen endgültigen Schaden, dessen Höhe das Gericht letztlich zu ermitteln hat.

VI. Besonders schwerer Fall gem. §§ 266 II; 263 III 2 Nr. 2 Alt. 1 nach den in Fall 12 zum Betrug dargelegten Grundsätzen (+): es liegt ein ausreichender Schaden i.S.d. Alt. 1 vor.

VII. Strafzumessung: Zwar bedarf es einer direkten Geltung des § 13 I hier nicht, da dem Vermögensbetreuungspflichtigen jedwedes pflichtwidriges Verhalten – unabhängig ob er dafür aktiv handelt oder unterlässt – verboten ist. Gleichwohl bejaht die h.M. eine Milderungsmöglichkeit nach § 13 II (analog).

VIII. Ergebnis: §§ 266 I Alt. 2, II; 263 III 2 Nr. 2 Alt. 1 (+)

C. Strafbarkeit des F gem. § 266 I durch Verwenden der Gelder zu Bestechungszwecken

I.E. keine Bestrafung aus § 266 im Hinblick auf den Aspekt des Gelderverwendung: entweder kein relevanter Schaden mehr, da dieser bereits endgültig eingetreten ist oder Zurücktreten als mitbestrafte Nachtat. Zu prüfen wäre nach h.M. auch hier die Treuebruchvariante (Var. 2), da die Zahlung von Bestechungsgeldern rechtsgeschäftlich wohl nicht wirksam wäre (a.A. vertretbar, wenn man gerade in einem kollusiven Zusammenwirken mit Dritten einen besonders intensiven Fall des Missbrauchs sieht und insoweit das Strafrecht von die zivilrechtlichen Vorgaben abkoppelt).

Examensrelevante Probleme dieser Lehreinheit

- I. Struktur des Tatbestands: Missbrauchs- und Treubruchsalternative.*
- II. Anforderungen an eine Vermögensbetreuungspflicht.*
- III. Erfordernis einer Vermögensbetreuungspflicht für die Missbrauchsuntreue.*
- IV. Schadensbestimmung: Vermögensgefährdung und endgültiger Schaden*