

## 3. Teil: Schutz eines Individualrechtsguts

### § 5: Schutz des Vermögens II

#### III. Untreue

##### 1. Tatbestandsstruktur des § 266 StGB

##### a) Allgemeiner Aufbau und Struktur

##### aa) Objektiver Tatbestand besteht aus:

- *Missbrauchstatbestand*, § 266 I Alt. 1

Treueverhältnis:	- Vermögensbetreuungspflicht
Tathandlung:	- Überschreitung Verpflichtungsbefugnis bzgl. fremden Vermögens - Missbrauch
Taterfolg	- Vermögensnachteil

▪ **Treubruchtatbestand**, § 266 I Alt. 2

- Treueverhältnis: - Vermögensbetreuungspflicht
- Tathandlung: - Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht
- Taterfolg: - Vermögensnachteil

**bb) Subjektiver Tatbestand:**

- Vorsatz: - jede Vorsatzart

**Treuebruch-TB (= lex generalis)**

Vermögensbetreuungspflicht

rechtlich begründet

rein tatsächlich

z.B. widerrechtliche  
Verwendung fremder  
Gelder für eigene  
Zwecke oder Ver-  
kommenlassen von  
Gegenständen

**Missbrauchs-TB (= lex specialis)**

durch

rechtsgeschäftliches  
Handeln

hoheitliches Handeln

kein Handeln rein  
tatsächlicher Art

**b) Missbrauchstatbestand**

**gesetzlich** begründete Befugnisnormen

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

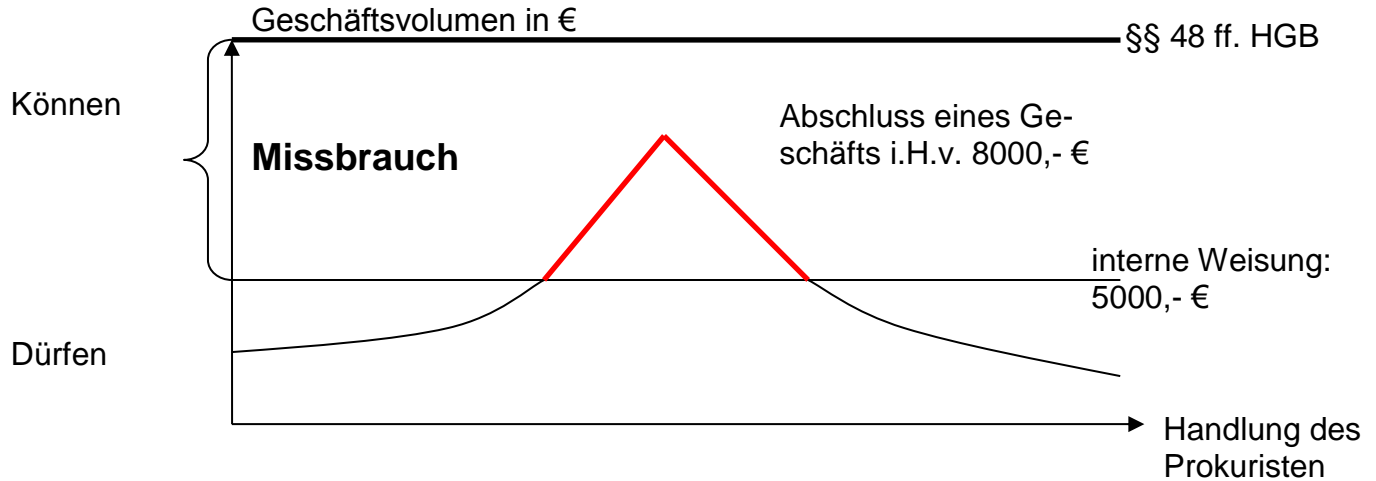
**rechtsgeschäftlich** begründete Befugnisnormen

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

Befugnis

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

**untaugliche**  
Befugnisnormen



## c) Treubruchtatbestand

### Treueverhältnis und Pflichtverletzung

Das Treueverhältnis kann sich hier im Gegensatz zum Missbrauchstatbestand auch aus einem rein tatsächlichen Verhältnis ergeben.

*Beispiel: Zugrunde liegendes Geschäft ist nichtig.*

### Inhalt der Vermögensbetreuungspflicht

Strenge Anforderungen, um uferlose Ausdehnung des Straftatbestandes zu verhindern (sonst wäre nahezu jede Vertragsverletzung eine relevante Pflichtverletzung).

→ Bestimmung problematisch; als Faustregel gilt:

Gegenstand der Vermögensbetreuungspflicht ist die **eigenverantwortliche** Wahrnehmung von fremden Vermögensinteressen. Die Vermögensbetreuungspflicht muss den **Hauptgegenstand** des rechtlich begründeten oder faktisch bestehenden Treueverhältnisses bilden und darf nicht bloße Nebenpflicht sein.

Anzeichen für eine Vermögensbetreuungspflicht: Art, Umfang und Dauer der jeweiligen Tätigkeit, Entscheidungsspielraum des Verpflichteten und das hinreichende Maß seiner Selbstständigkeit.

Beispiel: RA, der Gelder für sich verwendet, die er für seinen Mandanten entgegengenommen hat, ist wegen Untreue strafbar.

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

## 2. Kick-back

### a) Begriff

Der Treupflichtige schließt im Namen des Geschäftsherrn einen Vertrag mit einem Geschäftspartner ab. Dabei vereinbart er mit der Gegenseite, dass er einen Teil des vom Geschäftsherrn zu zahlenden Entgelts privat und geheim zurückerhält.

Kick-back ist ein international gebräuchlicher Begriff für Bestechungs- oder Schmiergeldzahlungen, die auf dem Umweg über erhöhte Rechnungen oder Provisionsvereinbarungen an den Auftraggeber oder an von ihm begünstigte Dritte zurückfließen.

### b) Erläuterungen Kick-back

Beim Kick-back hält sich der Zuwendende (z.B. ein Lieferant von Baumaterialien, der einen Angestellten bei einer Baufirma schmiert, damit das Material bei ihm bestellt wird) schadlos, indem er den ausgekehrten Betrag in seine Kalkulation mit einbezieht und dem Treugeber (Baufirma) einen um das Schmiergeld erhöhten Preis in Rechnung stellt.

### c) Beispielfall

Die A-GmbH plant die Anschaffung von neuen Büromöbeln. Der Geschäftsführer (G) schließt daraufhin einen Kaufvertrag mit der B-GmbH ab, wobei er sich von der B eine „Provision“ (also ein Bestechungsgeld) in Höhe von 1 % des Auftragswertes versprechen lässt. Dieses Bestechungsgeld

wird dadurch finanziert, dass es auf den (sonst marktüblichen) Kaufpreis aufgeschlagen wird. Der Kaufpreis wird von der A-GmbH auch gezahlt. Strafbarkeit des G?

### d) Lösung des Falles

- G hat sich zunächst gem. **§ 299 I StGB** strafbar gemacht. G ist als Geschäftsführer „Angestellter“ eines geschäftlichen Betriebs“ i.S.v. § 299 I StGB (vgl. Sch/Sch/Heine/Gisele § 299 Rn. 7). Er hat sich weiterhin einen – hier wirtschaftlichen – Vorteil „versprechen lassen“ und einen solchen Vorteil sogar „angenommen“. Dies geschah auch im geschäftlichen Verkehr. Schließlich haben G und der Geschäftsführer der B-GmbH auch dahingehende Unrechtsvereinbarung getroffen, wonach die Zahlung des Schmiergeldes als Gegenleistung für eine unlautere bevorzugte Behandlung (Auftragserteilung) erfolgen soll (vgl. zum Begriff der Unlauterkeit, der hier eine andere Bedeutung als im UWG hat, Sch/Sch/Heine/Gisele § 299 Rn. 19). Des Weiteren ist der subj. Tatbestand erfüllt.

Fraglich ist allerdings noch, ob G auch rechtswidrig gehandelt hat. Möglicherweise könnte er nämlich als Geschäftsführer der A-GmbH für diese eine **Einwilligung** erklärt haben. Eine rechtfertigende Einwilligung kommt aber deshalb nicht in Betracht, weil selbst dem Geschäftsherrn keine Dispositionsbefugnis über das von § 299 StGB geschützte Rechtsgut (in erster Linie Schutz des Wettbewerbs, daneben auch Schutz von Mitbewerbern und schließlich auch Schutz des Unternehmens vor internem pflichtwidrigem Verhalten) zusteht (MüKo/Krick § 299 Rn. 39).

- Daneben kommt auch eine Strafbarkeit gem. **§ 266 I StGB** in Betracht. Der **Missbrauchstatbestand (§ 266 I Var. 1)** würde voraussetzen, dass der zwischen der A-GmbH und der B-GmbH



abgeschlossene Kaufvertrag wirksam ist (vgl. BGH NJW 2006, 925, 930). Dies ist allerdings nicht der Fall. Die beiden Geschäftsführer haben kollusiv zum Nachteil der A-GmbH zusammengearbeitet, so dass der Kaufvertrag gem. § 138 BGB unwirksam ist (vgl. BGH NJW 2006, 925, 930; *Wittig* § 20 Rn. 38). Insbesondere gelten die Grundsätze zur Kollusion auch für das Handeln eines GmbH-Geschäftsführers (*MüKoGmbHG/Stephan/Tieves* § 37 GmbHG Rn. 173).

In Betracht kommt außerdem die **Treubruchvariante (§ 266 I Var. 2 StGB)**. G ist als Geschäftsführer gegenüber der A-GmbH treuepflichtig. Er hat diese Treuepflicht dadurch verletzt, dass er ein für die A-GmbH nachteiliges Geschäft abgeschlossen hat (vgl. BGH NJW 2006, 925, 931). Dass das Geschäft tatsächlich zivilrechtlich unwirksam ist (s.o.), ist im Rahmen des Treubruchtatbestands irrelevant. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus einer etwaigen Einwilligung des G: Verletzt der Vertreter nämlich durch die Einwilligung seine Vermögenspflichten, so ist die Einwilligung (im Hinblick auf das von § 266 StGB geschützte Rechtsgut) unwirksam (*Sch/Sch/Perron* § 266 Rn. 38, vgl. auch Rn. 21d).

Schließlich liegt auch ein Schaden vor. Da der Kaufpreis im Verhältnis zum Marktpreis überteuert ist, ergibt ein Vergleich der Vermögenslagen vor und nach der Zahlung einen negativen Saldo. Da der Kaufpreis auch tatsächlich bezahlt wurde, ist es irrelevant, dass der Vertrag zivilrechtlich unwirksam ist.

### e) Sonderproblem: Schaden

- Variante zum Beispielsfall: Im Unterschied zum Ausgangsfall wurde der Kaufpreis noch nicht bezahlt. Stellt allein der nachteilige Vertragsschluss einen Schaden dar, obwohl der Vertrag gem. § 138 BGB unwirksam ist?

In diesem Fall kann wohl eine konkrete (schädigende) Vermögensgefährdung angenommen werden. Der Geschäftsherr weiß in der Regel nichts von der Nichtigkeit des Vertrages, so dass damit zu rechnen ist, dass er die (unwirksame) vertragliche Verpflichtung gleichwohl erfüllen will. Die Annahme eines Schadens steht auch mit den Wertungen des Zivilrechts (juristisch-ökonomischer Vermögensbegriff) in Einklang. Zwar ist der Kaufvertrag gem. § 138 BGB nichtig. Die zivilrechtliche Unwirksamkeit dient aber gerade dem Schutz des Geschäftsherrn, so dass der bevorstehenden Zahlung des Kaufpreises durch diesen nicht der strafrechtliche Schutz entzogen werden sollte.

- Problematisch ist das Vorliegen eines Schadens auch immer dann, wenn die vom Geschäftsherrn gezahlte Leistung **marktüblich** ist. Kann der Schaden darin gesehen werden, dass der Geschäftsgegner die Waren/Dienstleistungen dem Geschäftsherrn auch zu einem um das Schmiergeld reduzierten (und damit unter dem Marktpreis liegenden) Preis angeboten hätte (vgl. auch die ähnliche Situation beim Submissionsbetrug)?

Nach der Rspr. des BGH ist regelmäßig ein Vermögensnachteil zu bejahen. „Diese Rechtsprechung beruht auf der Erwägung, dass jedenfalls mindestens der Betrag, den der Vertragspartner für Schmiergelder aufwendet, auch in Form eines Preisnachlasses dem Geschäftsherrn des Empfängers hätte gewährt werden können“ (BGH NJW 2006, 925, 931).

Die Ansicht des BGH kann in dieser Pauschalität allerdings nicht überzeugen. Entscheidend ist, ob tatsächlich eine vermögenswerte Exspektanz auf Abschluss eines Vertrages zu einem um die Schmiergeldzahlung verringertem Kaufpreis bestanden hat. Sollte sich eine solche nicht feststellen lassen – etwa weil nicht mit Sicherheit geklärt werden kann, ob die Schmiergeldzahlungen bei der Kalkulation des Auftrags berücksichtigt wurden – ist ein Vermögensnachteil abzulehnen (MüKo/Dierlamm § 266 Rn. 273).

### 3. Risikogeschäfte

#### a) Allgemeines

Als Risikogeschäfte werden Handlungen des Vermögensbetreuungspflichtigen bezeichnet, die für den Treugeber das Risiko eines Vermögensschadens beinhalten. Dabei kann nicht jede Art von Risikoeingehung eine strafrechtliche Verantwortung begründen, da ein Wagnis im Wirtschaftsleben nicht wegzudenken ist. Risikogeschäfte kommen demnach bei Kreditvergaben, Warentermin- und Spekulationsgeschäften, Werbeinvestitionen oder Schmiergeldzahlungen vor.

#### b) Verortung im Untreuetatbestand

Der Abschluss von Risikogeschäften kann eine Untreuehandlung darstellen. Es stellt sich zunächst die Frage, ob es sich bei dem risikoträchtigen Geschäft um eine Pflichtverletzung handelt. Diese ist gegeben, wenn die Dispositionsmacht des Vermögensbetreuungspflichtigen begrenzt ist und diese Grenze durch die Eingehung des jeweiligen Risikos überschritten wird. Zudem ist zu fragen, ob

durch die Pflichtverletzung ein Schaden in Form einer schädigenden (konkreten) Vermögensgefährdung eingetreten ist. Schließlich ist zu klären, welche Anforderungen an den Vorsatz zu stellen sind.

### **c) Pflichtverletzung**

#### **aa) Fallgestaltungen**

1. Das Eingehen eines Risikos ist seitens des Auftraggebers bzw. bereits von Gesetzes wegen grundsätzlich ausgeschlossen (z.B. für den Verwalter eines Stiftungsvermögens oder für ein Vorstandsmitglied einer Genossenschaft in Bezug auf deren Geldmittel). Jegliches vermögensbezogene Risikohandeln stellt dann eine Pflichtverletzung dar. Problematisch kann hier jedoch bereits sein, ob eine Vermögensbetreuungspflicht überhaupt vorliegt oder mangels ausreichender Dispositionsbefugnis abzulehnen ist.
2. Die Eingehung eines grundsätzlich unbegrenzten Risikos ist Inhalt des Auftrages. Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor.
3. Die weit überwiegende Anzahl der Fälle liegt dazwischen. Die Grenzen für ein erlaubtes Risiko sind hier letztlich im Einzelfall zu bestimmen.

## bb) Ansätze zur Bestimmung der Grenzen des erlaubten Risikos

1. Anknüpfen an die abstrakte Wahrscheinlichkeit von Verlusten bzw. die Begrenzung auf sorgfältig kalkulierte Wagnisse. Eine Pflichtverletzung sei dann gegeben, wenn das Verlustrisiko die Gewinnchancen übersteigt.

Kritik: Abstrakte Gewinnchance und Verlustrisiken können nicht Maßstab für eine Pflichtverletzung sein, da es gerade darauf ankommt, was vom Auftraggeber an Risiko gewollt bzw. akzeptiert war.

2. Aufsichnehmen einer äußerst gesteigerten Verlustgefahr für eine höchst zweifelhafte Gewinnaussicht nach Art eines Spielers. Eine Pflichtverletzung sei nur in Fällen evidenten Fehlverhaltens gegeben, das aus objektiver ex-ante-Sicht beurteilt werden müsse. Pflichtverletzungen seien danach anzunehmen, wenn formelle Kriterien des Treueverhältnisses (z.B. Zustimmungserfordernissen oder Kontrollen) oder materielle Kriterien (z.B. Abhängigkeit der Erfolgsprognose von bloßen Zufällen) in unvertretbarer Weise nicht eingehalten würden. Entsprechende gesetzliche Vorgaben müssten dabei Beachtung finden (z.B. Grundsätze des § 18 KWG bei der Vergabe von Großkrediten).

Kritik: Die Kriterien beschränken zwar die Strafbarkeit auf eklatante Fälle, bieten aber keine verobjektivierten Maßstäbe für die Beurteilung des Einzelfalls und sind letztlich nur wertende Umschreibungen.

3. Anknüpfen an die Grundsätze rationaler Entscheidungstheorie. Das Habenkönnen eines Vermögensvorteils sei zwar weniger als das Haben. Jedoch könne dies dann ausgeglichen werden, wenn eine hohe Wahrscheinlichkeit auf einen über den Einsatz hinausgehenden Vermögenszu-

wachs bestehe oder der Einsatz bei einer geringeren Wahrscheinlichkeit entsprechend geringer ausfalle oder die Gefahr des Einsatzverlustes anderweitig aufgefangen werde. Für die Bestimmung von Wahrscheinlichkeit und Einsatzhöhe seien die Regeln des zugrunde liegenden Betreuungsverhältnisses heranzuziehen.

Kritik: Auch hier werden vermeintlich objektive Kriterien (hohe Wahrscheinlichkeit, Auffangen der Gefahr des Einsatzverlustes) in Ansatz gebracht.

Letztlich wird jedoch eine Wertung im Einzelfall unter Heranziehung der konkreten, auslegungsbedürftigen Regeln des jeweiligen Betreuungsverhältnisses vorgenommen. Auch wenn dies im Einzelfall schwierig ist und eine gewisse Rechtsunsicherheit nach sich zieht, so ist diese Vorgehensweise für die Bestimmung der Pflichtwidrigkeit zu bevorzugen. Nur durch eine Betrachtung des Einzelfalls kann man dem konkretisierten Vermögensbetreuungsverhältnis zwischen Treugeber und Vermögensbetreuungspflichtigen als eine Grundlage der Strafbarkeit gerecht werden. Zudem nimmt letzterer Ansatz die beiden ersteren in sich auf. Je weniger Vorgaben das konkrete Betreuungsverhältnis enthält, desto entscheidender werden objektive Kriterien, die zugunsten des Vermögensbetreuungspflichtigen jedoch eng auszulegen sind.

### cc) Zustimmung des Vermögensinhabers zu Risikogeschäften

Ein Einverständnis des Treugebers (nicht jedoch eine nachträgliche Genehmigung) kann den Tatbestand der Untreue ausschließen. Eine Pflichtverletzung scheidet in diesen Fällen aus.

Anforderungen an die Wirksamkeit des Einverständnisses:

- Einwilligungsfähigkeit
- Rechtmäßigkeit des Einverständnisses (also weder gesetzes- noch pflichtwidrig)  
Grenze für eine Zustimmung liegt nach h.M. in der Existenzgefährdung der Gesellschaft (BGH 35, 333).
- autonome Entscheidung des Vermögensinhabers ([-] bei Willensmangel)  
Die Zustimmung muss demnach auf der Grundlage umfassender und sachgerechter Informationen erfolgen.

### d) Vermögensschaden

Der Vermögensschaden bei Risikogeschäften liegt in einer konkreten (besser: schädigenden) Vermögensgefährdung. Das Eintreten oder Ausbleiben eines realen Vermögensverlustes ist daher nach h.M. für die Beurteilung der Strafbarkeit irrelevant.

Trotz Pflichtverletzung, die im Eingehen eines unerlaubten Risikos besteht, muss nicht in jedem Fall ein Vermögensschaden in Gestalt einer schädigenden Vermögensgefährdung eingetreten sein. Bei der Feststellung des Schadens kommt es auf eine verobjektivierte Risikobewertung an. Insbesondere dann, wenn im Rahmen des Treueverhältnisses dem Eingehen von Risiken sehr enge Grenzen gesetzt sind, kann eine verobjektivierte Bewertung der Risiken zu einer Schadensverneinung führen, wenn einer vertretbaren Verlustgefahr hohe Gewinnchancen gegenüberstanden. Die Konkretisierung kann durch einen bilanzrechtsorientierten Ansatz erfolgen, indem etwa bei einer Kredit-

vergabe der Wert der Rückzahlungsforderung unter Einbeziehung der Möglichkeiten der Durchsetzung dieser Forderung ermittelt wird. Zudem kann insbesondere bei nicht quantifizierbaren Risiken eine verwendungszweckabhängige Betrachtungsweise beachtlich sein, die die Struktur des betreuten Vermögens berücksichtigt. So könnte beispielsweise ein Vermögensschaden bei einer Spekulation mit Unternehmensgeldern trotz expliziten Verbots seitens der Geschäftsführung ausgeschlossen sein, bei einer Spekulation mit öffentlichen Parteifördergeldern hingegen angenommen werden.

Kritik an dieser Konstruktion eines bilanzrechtlich orientierten Modells der schädigenden Gefährdung haben *Beulke/Witzigmann* und andere geübt. Nach ihrer Ansicht führt die Ermittlung des Schadens zum Zeitpunkt der riskanten Kreditgewährung mittels bilanzrechtlicher Aspekte zu dem vermeintlich absurden Ergebnis, dass „selbst wenn der Darlehensgeber im Zeitpunkt der Fälligkeit entgegen der Prognose die gesamte Darlehensvaluta wiedererlangt“, auf der Grundlage der bilanzrechtlichen Betrachtungsweise von einem einmal entstandenen, irreversiblen Nachteil auszugehen ist. Die Frage, ob ein solcher vorübergehender Gefährdungsschaden einem „Vollendungsschaden“ gleichzustellen ist, sei damit „noch nicht beantwortet“. Jedoch liegt dieser Betrachtung der quasi-naturalistische Fehlschluss zugrunde, ein Vermögensnachteil i.S.d. § 266 StGB könne nur in endgültig verlorenen Positionen liegen; richtigerweise ist es gerade das Wesen von Vermögensdelikten wie §§ 263, 266 StGB, dass auch gegebenenfalls nur vorübergehende Gefährdungslagen bereits „echte“, spür- und bilanzrechtlich benennbare Vermögensminderungen darstellen können. Das von *Beulke/Witzigmann* für absurd gehaltene Ergebnis stellt daher in Wahrheit nur die konsequente Anwendung des Saldierungsprinzips im Tatzeitpunkt (Koinzidenzprinzip) dar. In diesem Sinne hat sich auch der 1. BGH-Strafsenat zu § 263 StGB (NJW 2009, 2390, 2391) für die Anwendung bilanzrechtlicher Grundsätze bei der Schadensbemessung ausgesprochen (ist aber, was die Absage an



das Institut der schädigende Vermögensgefährdung insgesamt anbelangt, über das Ziel hinausgeschossen). Das BVerfG erklärte in dem Kammerbeschluss vom 10.3.2009 eine Auslegung des Nachteilsbegriffs, nach der auch die schädigende Vermögensgefährdung als Nachteil i.S.d. § 266 StGB anzusehen ist, als mit dem Bestimmtheitsgebot vereinbar, wenn sich die Gefährdung bereits als gegenwärtig spürbare Minderung des Vermögens darstellt (BVerfG NJW 2009, 2370 ff.).

In einem weiteren Beschluss des BVerfG vom 23.6.2010 (NJW 2010, 3209 ff.) stellte dieses darüber hinaus fest, dass das Tatbestandsmerkmal der Pflichtverletzung und dasjenige des Vermögensnachteils streng unterschieden werden muss. Des Weiteren lehnt es jede floskelhafte Gleichsetzung von Vermögensgefährdung und Vermögensnachteil ab. Das Bilanzrecht muss dieses Risiko mit gegenwärtiger Relevanz abbilden, im Zweifel durch Hinzuziehung eines Sachverständigen. Demnach reicht der schlichte Hinweis auf die (hohe) Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts für die Annahme eines Vermögensnachteils auch nach höchstrichterlicher Rechtsprechung nicht mehr aus.

### e) **Vorsatz**

Ursprünglich wurde von dem Bestehen eines Untreuevorsatzes dann ausgegangen, wenn er sich auf die Pflichtwidrigkeit des Handelns und auf die äußeren Risikofaktoren, die die Vermögensgefährdung begründen, bezieht.

Im Kanther-Urteil (BGHSt 51, 100) verlangte der BGH jedoch, dass der Täter zumindest billigend in Kauf nimmt, dass die Gefährdung in einen effektiven Schaden umschlägt. Dogmatisch kann von der Konstruktion einer schwach überschießenden Innentendenz gesprochen werden, die eine unter-

schiedliche Behandlung des Vorsatzes in Bezug auf den Vermögensschaden bei Untreue und Betrug zur Folge hat. Eine solche dogmatische Konstruktion erscheint indes verfehlt. Über den Umweg des subjektiven Tatbestandes werden Schwächen der Rspr. bei der Bestimmung des Vermögensnachteils korrigiert. Auch steht ihr die Rechtsprechung des ersten Senats (NSTZ 2008, 457) entgegen. In seinem Beschluss vom 18.2.2009 (BGH NSTZ 2009, 230 ff.) betont der Senat, dass sich das voluntative Element des Vorsatzes allein auf den unmittelbar mit der Vermögensverfügung des Geschädigten eintretenden Vermögensnachteil beziehen muss und es auf die Billigung eines Endschadens insoweit gerade nicht ankommt.

Notwendige Einschränkungen des Tatbestandes der Untreue müssen – wie oben erwähnt – beim objektiven Vermögensschaden durch eine Konturierung mittels eines bilanzorientierten Ansatzes und die Einbeziehung der Struktur des betreuten Vermögens vorgenommen werden. Für eine Verengung des Vorsatzes wird spiegelbildlich zudem vorgeschlagen, die Kenntnis des Täters von den relevanten Prognosedaten nicht ausreichen zu lassen und zusätzlich auf seine Einschätzung ihres statistischen Gewichts und seine eigene manifestierte Einstellung hierzu abzustellen.

### f) **Finanzkrise – Beispiel IKB AG**

**Untreuestrafbarkeit der Verantwortlichen der IKB durch das Gewähren der Liquiditätsgarantien?**

- **Problem: Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht?**

Der Inhalt der Vermögensbetreuungspflicht eines Kreditinstituts in Form einer Aktiengesellschaft wird durch § 93 Abs. 1 S. 1 und 2 AktG sowie durch Vorschriften des KWG (etwa § 11) und andere Sondernormen konturiert. Grundsätzlich steht dem Vorstand einer AG ein weiter Ermessensspielraum zu (vgl. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG, sog. „Business Judgment Rule“). Dieser Spielraum wurde aber durch die Verantwortlichen der IKB überschritten: Diese haben nämlich durch die Gewährung von Liquiditätsgarantien für die Zweckgesellschaften (Conduits) ein unvertretbares existenzgefährdendes Risiko für die AG geschaffen. Schließlich wurden auch keine Sicherungsvorkehrungen getroffen, die das Risiko u.U. gemindert hätten (dies hätte z.B. durch die Bildung von Liquiditätsrücklagen erfolgen können).

### ▪ **Problem: Vermögensschaden?**

Fraglich ist, ob die Bereitstellung der Liquiditätsgarantien eine schädigende Vermögensgefährdung darstellt. Zwar realisierte sich eine etwaige schädigende Vermögensgefährdung im Rahmen der Finanzkrise zu einem tatsächlichen Schaden; allerdings ist die Frage, ob eine schädigende Vermögensgefährdung vorgelegen hat, deswegen von entscheidender Bedeutung, da bzgl. eines Schadenseintritts der Vorsatz der Verantwortlichen (wohl) sicher zu verneinen ist.

- *Kasiske* (S. 31 f. [siehe den Literaturhinweis am Ende]) argumentiert dahingehend, dass eine schädigende Vermögensgefährdung – auch bei einer geringen Realisierungswahrscheinlichkeit des Risikos – dann bejaht werden kann, wenn das Risiko für die Verantwortlichen unbeherrschbar ist und wenn im Fall der Risikorealisation ein besonders großer, existenzgefährdender Schaden droht.

Dieser Ansatz kann aber nicht überzeugen. Das BVerfG hat erst kürzlich – in Fortsetzung seiner Entscheidung aus dem Jahr 2010 – klargestellt, dass „die Strafgerichte den von ihnen angenommenen Nachteil der Höhe nach beziffern und dessen Ermittlung in wirtschaftlich nachvollziehbarer Weise in den Urteilsgründen darlegen müssen [...]. **Normative Gesichtspunkte können bei der Feststellung eines Nachteils durchaus eine Rolle spielen. Sie dürfen aber, soll der Charakter der Untreue als Vermögensdelikt und Erfolgsdelikt bewahrt bleiben, wirtschaftliche Überlegungen nicht verdrängen**“ (BVerfG NJW 2013, 365, 366; Hervorhebung nicht im Original). Geht man aber davon aus, dass die Realisierungswahrscheinlichkeit des Risikos verhältnismäßig gering war, da mit einer vollständigen Inanspruchnahme der Liquiditätsgarantien nur im Falle des Zusammenbruchs des ABCP-Marktes zu rechnen war (so *Kasiske* S. 32), kann allein auf Grund der Höhe des drohenden Schadens kein Vermögensnachteil angenommen werden.

- Ein weiterer Begründungsansatz von *Kasiske* geht dahin, eine schädigende Vermögensgefährdung unter dem Gesichtspunkt des individuellen Schadenseinschlags dann anzunehmen, wenn die Verantwortlichen das Risiko in dieser Form nicht eingehen hätten dürfen (*Kasiske* S. 32). Auch dies kann nicht überzeugen. Das BVerfG hat – ebenfalls in Fortsetzung seiner bisherigen Rechtsprechung zu § 266 StGB – erneut klargestellt, dass es sich bei der Pflichtverletzung und dem Vermögensnachteil um selbstständige Tatbestandsmerkmale handelt und dass die Auslegung beide Merkmale nicht „verschleifen“ darf (BVerfG NJW 2013, 365, 366). Sieht man die Vermögensgefährdung aber gerade in der Eingehung eines bestimmten Risikos, so verliert das

Merkmal des Vermögensnachteils neben der Pflichtverletzung seine eigenständige Bedeutung.

- Auch die ältere Rechtsprechung des BGH, wonach bei Risikogeschäften ein Vermögensschaden dann anzunehmen ist, „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), kann einen Schaden vorliegend nicht begründen. Die Verlustgefahr war nämlich gerade verhältnismäßig gering.
- *Schünemann* (S. 94 f. [siehe den Literaturhinweis am Ende]) bejaht eine Vermögensgefährdung mit der Begründung, dass sich die Conduits an einer Art „Schneeballsystem“ beteiligten, bei dem sie in regelmäßigen Abständen immer wieder Fremdkapital auftreiben mussten. Seiner Ansicht nach war es absehbar, dass der Refinanzierungskreislauf irgendwann gestört werden würde, mit der Folge, dass die Liquiditätsgarantien der Bank in Anspruch genommen werden würden.

Der Ansatz von *Schünemann* ist grds. schlüssig. Er basiert allerdings auf der wirtschaftlichen Prämisse, dass die Risikorealisation absehbar und somit wahrscheinlich war.

- Ob man also einen Vermögensnachteil bejaht, hängt maßgeblich davon ab, von welchem Wahrscheinlichkeitsgrad der Risikorealisation man ausgeht.

**Schlagwörter zur Wiederholung:**

- Aufbau des Untreuetatbestandes
- Voraussetzungen des Missbrauchstatbestandes
- Kick-back-Konstellationen
- Risikogeschäfte – Pflichtverletzung, Vermögensschaden, Vorsatz

### Literatur- und Rechtsprechungshinweise:

#### Probleme des Untreuetatbestandes:

BVerfG NJW 2013 365, 368

BVerfG NJW 2010, 3209-3221

*Saliger* NJW 2010, 3195-3198

*Wessing/Krawczyk* NZG 2010, 1121-1124

#### Zum kick-back:

MüKo/*Dierlamm* § 266 Rn. 272, 273

BGH NJW 2006, 925-933 („Kölner Müllskandal“)

*Schlösser* BKR 2011, 465-467

*Rönnau* in: Hirsch (Hrsg.) Festschrift Kohlmann (2003) S. 239 ff.

*Fullenkamp* NJW 2011, 421-426

### Zu Risikogeschäften:

Achenbach/Ransiek/Seier Handbuch Wirtschaftsstrafrecht S. 698 ff.

*Beulke/Witzigmann* JR 2008, 433 ff.

*Schünemann* NStZ 2008, 430-434

*Bittmann* NStZ 2011, 361-369

*Kasiske* in: Schünemann (Hrsg.) Die sogenannte Finanzkrise – Systemversagen oder global organisierte Kriminalität? (2010) S. 22-37

*Schünemann* in: Schünemann (Hrsg.) Die sogenannte Finanzkrise – Systemversagen oder global organisierte Kriminalität? (2010) S. 94 ff.