

§ 37: Untreue (§ 266 StGB)

I. Aufbauschema des § 266 StGB und Allgemeines

1. Objektiver Tatbestand

a) Missbrauchstatbestand, § 266 I Alt. 1 StGB

- Verpflichtungs- oder Verfügungsbefugnis bzgl. fremden Vermögens
- Tathandlung: Missbrauch der Verpflichtungs- oder Verfügungsbefugnis
- Treueverhältnis: (qualifizierte) Vermögensbetreuungspflicht
- Taterfolg: Vermögensnachteil

b) Treubruchtatbestand, § 266 I Alt. 2 StGB

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

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

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

4. § 266 II StGB

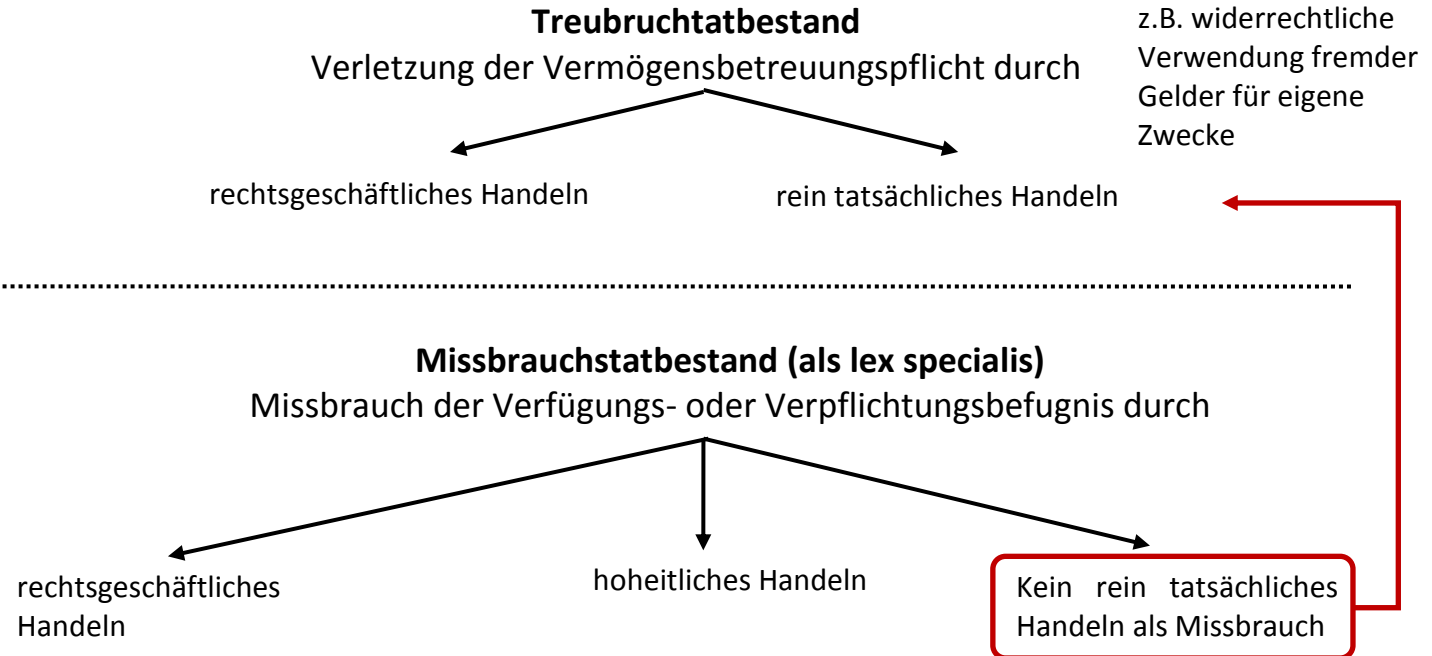
Das von § 266 StGB geschützte Rechtsgut ist allein das Vermögen (BGH NJW 2000, 154). Eine überschießende Innentendenz (wie Bereicherungsabsicht) erfordert § 266 StGB – anders als etwa §§ 253, 263 StGB – gerade nicht. Daraus folgt der Charakter des § 266 StGB als bloßes Vermögensschädigungsdelikt.

§ 266 I StGB enthält zwei Tatbestände: den Missbrauchstatbestand (Alt. 1) und den Treubruchtatbestand (Alt. 2). Die beiden Tatbestände sind streng voneinander zu unterscheiden.

Beiden Tatbeständen ist gemeinsam, dass sie eine Vermögensbetreuungspflicht (str. allerdings hinsichtlich des Missbrauchstatbestands, siehe hierzu unten KK 535 f.) und einen Vermögensnachteil (KK 538 ff.) voraussetzen. Unterschiede bestehen jedoch hinsichtlich der Tathandlung: Für den Missbrauchstatbestand bedarf es des Missbrauchs einer Verpflichtungs- oder Verfügungsbefugnis. Der Treubruchtatbestand hingegen erfordert eine Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht.

Fallbearbeitung: Der Missbrauchstatbestand (§ 266 I Alt. 1 StGB) ist gegenüber dem Treubruchtatbestand (§ 266 I Alt. 2 StGB) *lex specialis*. In der Fallbearbeitung sollte daher mit dem Missbrauchstatbestand begonnen werden. Liegen die Voraussetzungen des § 266 I Alt. 1 StGB vor, so erübrigt sich die Prüfung des Treubruchtatbestands.

Überblick: Tathandlungen des Treubruchtatbestands und des Missbrauchstatbestands



II. Objektiver Tatbestand

1. Missbrauchstatbestand: Verpflichtungs- oder Verfügungsbefugnis über Vermögen

Der Missbrauchstatbestand (§ 266 I Alt. 1) erfordert zunächst eine Verpflichtungs- oder Verfügungsbefugnis. Eine solche Möglichkeit, wirksam über Vermögen dinglich zu verfügen bzw. schuldrechtlich wirksam eine vermögensrelevante Verpflichtung zu begründen, kann beispielsweise folgen aus:

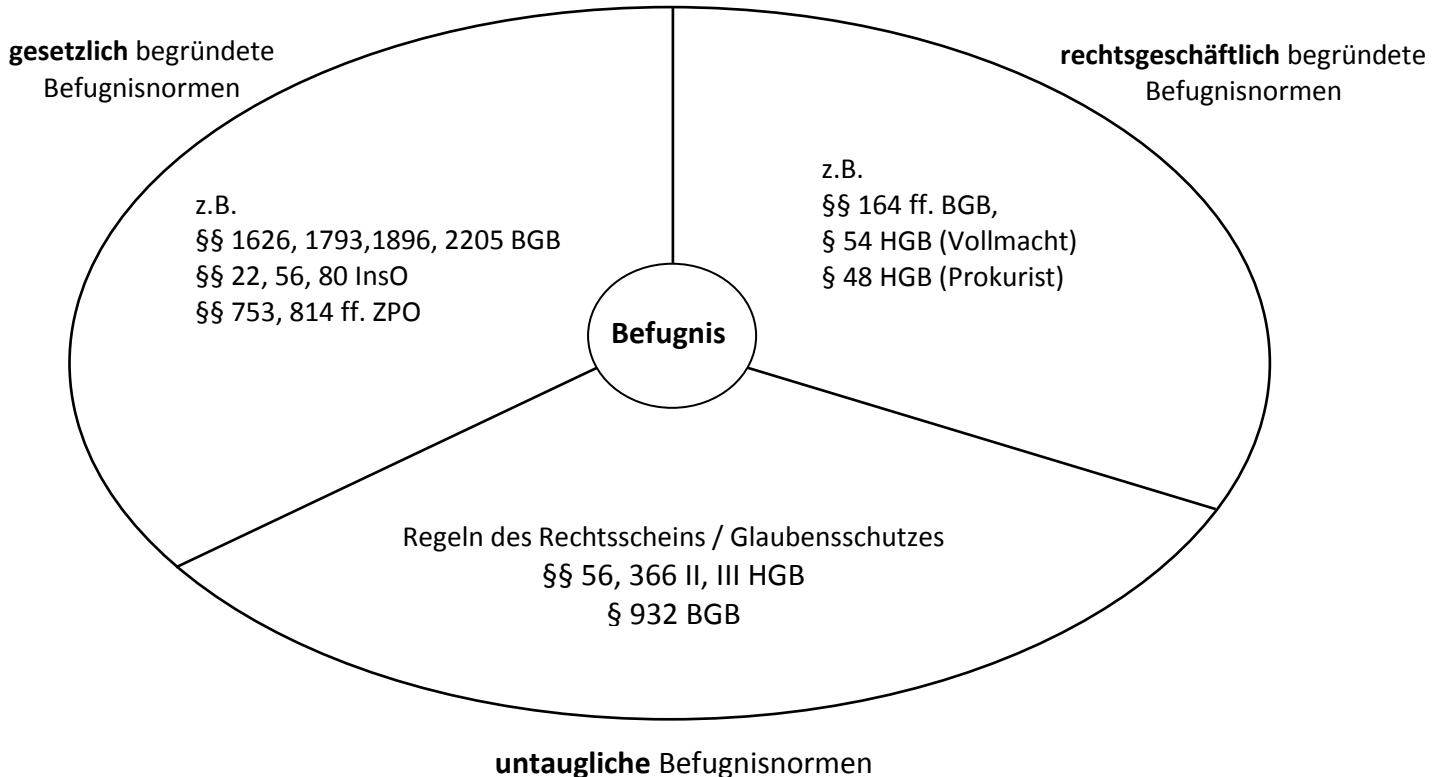
- Vertretungsmacht, § 164 BGB
- Verfügungsermächtigung, § 185 BGB, z.B. Kommission, § 383 HGB
- Bestellung zum Vorstand oder Geschäftsführer einer Gesellschaft
- Gesetz (z.B. Vermögenssorge der Eltern, § 1626 BGB, Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers, § 2205 BGB); behördlichem Auftrag (staatlich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

Keine Fälle der rechtsgeschäftlichen Verpflichtungs- bzw. Verfügungsbefugnis sind:

- bloße Botenstellung
- Gutgläubenserwerb
- Rechtsscheinvorschriften
- Fälle, in denen die Vertretung nach den Regeln des Missbrauchs der Vertretungsmacht (Kollusion) unwirksam ist

→ Einen erweiterten Überblick des Meinungsstandes bietet auch das Problemfeld *Missbrauchstatbestand bei Wirksamkeit der Verpflichtung bzw. Verfügung aufgrund § 932 BGB, Rechtsscheinstatbeständen oder den §§ 170 ff. BGB*: <https://strafrecht-online.org/problemfelder/bt/266/rechtsschein/>

Missbrauchstatbestand: Verfügungs- und Verpflichtungsbefugnis



2. Tathandlung Missbrauchstatbestand: Missbrauch der Befugnis

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 Tatbestandsmerkmal „Missbrauch“. Die Zustimmung wirkt somit als Einverständnis tatbestandsausschließend und nicht erst als Einwilligung rechtfertigend (ganz h.M., vgl. *Rengier* BT I § 18 Rn. 39).

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 Einverständnis“ 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 i.S.d. § 266 StGB darstellt.

Zur Frage, inwieweit die **Zustimmung der Gesellschafter** einer GmbH zu Vermögensverschiebungen des Geschäftsführers wirksam sein kann (gerade auch bei einer Einmann-GmbH) vgl. *Kindhäuser* LPK § 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 i.R.d. vom Vermögensinhaber abgesteckten Risikobereichs oder ist das Geschäft von einem wirksamen Einverständnis gedeckt, fehlt es am Tatbestandsmerkmal „Missbrauch“.

Dies gilt nach h.M. unabhängig davon, ob die Vornahme der riskanten Handlung der geschäftsüblichen Sorgfalt entspricht (*Sch/Sch/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, am Prinzip der Profitmaximierung orientierten Gesellschaft oftmals sozial adäquat.

Beispiele für Risikogeschäfte: Spekulationsgeschäfte, Investitionsgeschäfte und Kreditvergaben.

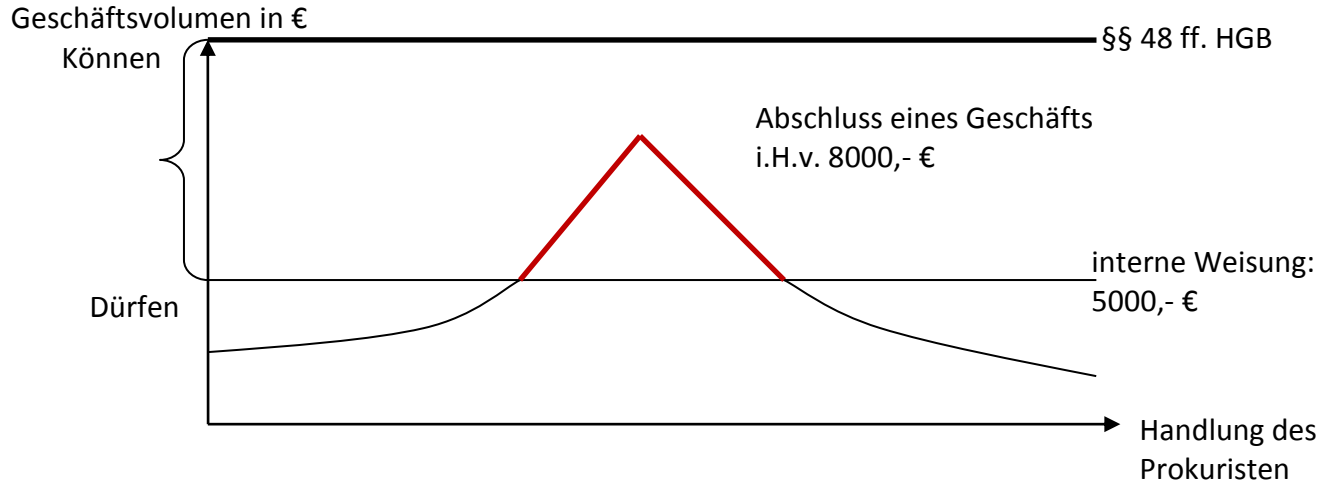
c) Vergabe von Krediten als Risikogeschäft

Kreditvergaben sind klassische Fälle von Risikogeschäften. Nach BGHSt 47, 148 muss die Pflicht zur Bonitätsprüfung **in gravierender Weise** verletzt sein, um die Tathandlung des Missbrauchstatbestands bejahen zu

können. Diese Restriktion des Untreuetatbestands über das Erfordernis einer gravierenden Pflichtverletzung betrifft in erster Linie wirtschaftsstrafrechtliche Bereiche und soll hier nicht vertieft werden. Die Restriktion soll insbesondere dazu dienen, unternehmerische Entscheidungsspielräume zu wahren und das Eingehen von Risiken nur dann als Untreue zu bestrafen, wenn das Risiko wirtschaftlich evident unvertretbar war. Eine solche Beschränkung auf gravierende Pflichtverstöße lässt sich jedoch § 266 StGB, der akzessorisch an durch das Zivilrecht und sonstige außerstrafrechtliche Rechtsgebiete vorgegebene Verhaltensnormen anknüpft, nicht entnehmen (zu Ausnahmen von dem Erfordernis der gravierenden Pflichtverletzung vgl. BGH NJW 2006, 522, Mannesmann-Fall).

→ Einen erweiterten Überblick des Meinungsstandes bietet auch das Problemfeld *Erfordernis einer gravierenden Pflichtverletzung*: <https://strafrecht-online.org/problemfelder/bt/266/pflichtverletzung/>

Tathandlung Missbrauchstatbestand: Missbrauch der Befugnis



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

3. Tathandlung Treubruchtatbestand: Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht

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. 10 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 betreiben 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 Missbrauchstatbe-

stand des § 266 I Alt. 1 StGB auch von Seiten des Gesetzgebers das Erfordernis des Bruchs einer Vermögensbetreuungspflicht beigemessen 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 naheliegender Erstreckung der Vermögensbetreuungspflicht auf § 266 I Alt. 1 StGB.

Die „Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen“ (sog. **Vermögensbetreuungspflicht**) muss typischer und wesentlicher Inhalt des Treueverhältnisses sein. Es muss sich mithin um eine **Hauptpflicht** und nicht bloß um eine Nebenpflicht handeln. Dies setzt einen Aufgabenkreis von einigem Gewicht voraus. Ein weiteres Kriterium ist ein gewisser Grad von **Verantwortlichkeit**.

Weil der sorgsame Umgang des Beamten mit einer vom Vorgesetzten ausgehändigten Kreditkarte keine Hauptpflicht ist, scheidet beispielsweise die Untreue, wenn der Beamte die Kreditkarte ohne entsprechende Befugnis belastet (vgl. OLG Celle NStZ 2011, 218; a.A. LG Dresden NStZ 2006, 633).

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. 1: Ein Rechtsanwalt, der Gelder für sich verwendet, die er für seinen Mandanten entgegengenommen hat, macht sich wegen Untreue strafbar.

Bsp. 2: Ein Oberbürgermeister, der selbstständig über öffentliches Vermögen verfügen kann, ist nach den Grundsätzen des Haushaltsrechts zur Sparsamkeit verpflichtet, ein Verstoß dagegen kann zur Untreue führen (vgl. dazu BGH NJW 2016, 3734, 3735 f.).

Gegenbeispiel 1: Ein Bankangestellter hat nur das von anderen vereinnahmte ausländische Geld einzusortieren. Hier fehlt es an der hinreichenden Dispositionsbefugnis.

Gegenbeispiel 2: Bei der Überlassung einer Kreditkarte zu eigennützigen Zwecken mit festgelegtem monatlichem Limit fehlt es am Entscheidungsspielraum (BGH NStZ-RR 2015, 213, 214).

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. 32; a.A. *Sch/Sch/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/Zopfs* BT Rn. 625). So ist also nicht aus § 266 StGB strafbar, wer ihm übergebenes Falschgeld nicht absetzt. Strafbar aus § 266 StGB ist 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 auszu-legen. Ob in diesem Sinne ein Nachteil eingetreten ist, ergibt ein Vergleich der Vermögenslage des Pflinglings

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.

Zu bemerken ist, dass sich die Auslegung des Vermögensnachteils durch die BVerfGE 126, 170 nicht wesentlich geändert hat (vgl. schon beim Schaden im Betrug KK 470). Inhaltlich sei die konkrete Vermögensgefährdung (besser: Gefährdungsschaden) keine „schadensgleiche“ Vermögensgefährdung, sondern ein echter Vermögensnachteil i.S.d. § 266 StGB. Allerdings müsse der Schaden auch konkret bezifferbar sein, um die Untreue klar zu konturieren und nicht zu einem Gefährdungsdelikt verkommen zu lassen. Auch die BGH-Rechtsprechung hatte das Problem erkannt, versuchte es aber auf der Ebene des subjektiven Tatbestandes dadurch zu lösen, indem beim Täter nicht nur Kenntnis der Vermögensgefährdung, sondern auch ein Abfinden mit dem Vermögensschaden vorausgesetzt wurde (vgl. BGHSt 51, 100, 121 ff.; BGH NSTZ 2007, 705). Die Literatur versuchte das Problem im objektiven Tatbestand zu lösen (dazu *Rengier* BT I § 18 Rn. 56a m.w.N.). Das BVerfG hat durch seine Forderung der klaren Bezifferung des Schadens das Problem gleichfalls im objektiven Tatbestand verortet (vgl. nunmehr auch BGH wistra 2011, 23).

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 Expektanz verdichtete Gewinnmöglichkeit nicht wahrgenommen wird (OLG Bremen NSTZ 1989, 228). Dabei wird zwischen personalisierter Expektanz (Angebot von dritter Seite) und Marktsexpektanz (feste Absatz- und Gewinnerwartung) unterschieden.

Beispiele: Gelder werden nicht angelegt; Vereiteln der Möglichkeit, einen für das betreute Vermögen vorteilhafteren Vertragsabschluss zu erzielen (und zwar selbst bei gewahrter Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung bei Abschluss eines anderweitigen Vertrags), vgl. OLG Bremen NStZ 1989, 228, 229.

c) **Kompensationsmöglichkeiten**

Ersatzfähigkeit und -willigkeit als Schadenskompensation: An einem Nachteil fehlt es, wenn der verfügbare 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 der Haushaltsuntreue werden Mittel der öffentlichen Hand pflichtwidrig verwendet. Es führt jedoch nicht jeder Verstoß gegen haushaltsrechtliche Grundsätze (wie bspw. der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit) zur Bejahung des § 266 StGB. Es bedarf auch hier der Feststellung eines Vermögensnachteils, während ein bloßer Amtsmissbrauch nicht ausreicht (*Fischer* § 266 Rn. 121), da das Rechtsgut des § 266 StGB das Vermögen ist. In Fällen der Haushaltsuntreue ist wie folgt zu differenzieren:

- Werden öffentliche Mittel den vorgegebenen Zwecken entsprechend verwendet, liegt nach dem Saldierungsprinzip dann ein Schaden vor, wenn der Dienstherr keine wirtschaftlich gleichwertige Gegenleistung erhält.

Beispiel: Vergabe öffentlicher Aufträge zu überhöhten Preisen unter verdeckter Verrechnung von Schmiergeldern, sog. „Kick-Back-Zahlungen“ (*Fischer* § 266 Rn. 123).

- Werden öffentliche Mittel zweckgemäß eingesetzt und sind Leistung und Gegenleistung wirtschaftlich gleichwertig, kommt lediglich ein Vermögensnachteil unter Berücksichtigung eines individuellen Schadenseinschlags in Betracht. Das ist etwa dann der Fall, wenn durch eine Haushaltsüberziehung eine Kreditaufnahme erforderlich wird, die die Dispositionsfähigkeit des Haushaltsgesetzgebers schwerwiegend beeinträchtigt (*Wittig* Wirtschaftsstrafrecht, § 20 Rn. 156).

Beispiel: Bau eines Theaters in einer kleinen Gemeinde und Aufnahme einer Darlehens hierfür, wenn keine Auslastung zu erwarten ist.

- Werden öffentliche Mittel zweckwidrig verwendet, so kann selbst in Fällen der Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung ein Schaden vorliegen, sofern man mit der Rechtsprechung der Zweckverfehrlingslehre folgt (vgl. BGHSt 40, 287, 295; 43, 293). Die Nachteilszufügung ist dann darin zu sehen, dass die zweckgebundenen Mittel verringert wurden, ohne dass der vorgesehene Zweck erreicht wurde. Eine Ausnahme hiervon soll allerdings dann gelten, wenn eine Leistungspflicht im öffentlichen Interesse bestand und durch den an sich pflichtwidrigen Einsatz anderweitige Ausgaben erspart wurden (*Wittig* Wirtschaftsstrafrecht, § 20 Rn. 157).

Beispiel für eine solche Ausnahme: Bezahlung einer Reparatur aus einem nicht dafür vorgesehenen Haushaltstitel und Ersparung von Aufwendungen aus dem eigentlich dafür vorgesehenen Haushaltstitel.

Weitere Beispiele für Haushaltsuntreue: Einstellung von Personal ohne vorhandene Stelle aus sachfremden Erwägungen (BGH NStZ-RR 2006, 307); Zahlung einer privat verhängten Geldstrafe durch öffentliche Mittel (BGH NJW 1991, 990).

e) „Schwarze Kassen“

Im Rahmen des Vermögensnachteils ist auch die Problematik der Bildung sog. schwarzer Kassen anzusiedeln.

Nach der **Rspr.** sei die Abzweigung staatlicher Gelder in einen Sonderfonds als eine konkrete Vermögensgefährdung eine strafbare Untreue (BGHSt 40, 287).

- ⊕ Mit dem Anlegen einer schwarzen Kasse tritt eine Beeinträchtigung der ordnungsgemäßen Haushaltsüberwachung sowie der staatlichen Verfügungsfähigkeit ein.
- ⊕ Das Anlegen einer „schwarzen Kasse“ hebt die ursprüngliche Zweckbindung der Finanzen vollständig auf.

Kritiker hingegen plädieren für eine restriktive Argumentation: Ein Vermögensnachteil i.S.d. § 266 StGB sei nur dann gegeben, wenn der 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 StGB 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 (siehe dazu unten III. 2.).

Fall Siemens (leicht vereinfacht):

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

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, für welche A verantwortlich ist, ausgewiesen wurden. 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 einen wirtschaftlichen Nutzen aus dem Geschäft ziehen würde.

Strafbarkeit des A aus § 266 I Alt. 2 StGB?

Lösung Fall Siemens:

aa) Tatbestand

(1) Vermögensbetreuungspflicht (+)

(2) Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht (+)

Der BGH ging von einem Unterlassen des A durch die Nichtoffenbarung aus (BGHSt 52, 323, 333 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 StGB der Erwähnung, also die Frage, ob Unterlassungen nur über § 13 I StGB nach § 266 I StGB tatbestandsmäßig sein können oder ob § 266 StGB 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 Garantenstellung 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 StGB 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 Scha-

dens. Da die Einordnung einer Vermögenssituation als schädigende Gefährdung oder als endgültiger Schaden nur von heuristischer Bedeutung ist (auch eine 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 Vermögenseinbuße 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 StGB „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 werthaltig 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 der §§ 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 StGB zu sehen. Dies hat auch die Verteidigung im Fall Siemens vorgetragen (vgl. den Hinweis auf die Verwendungsabsicht der Gelder in den Urteilsgründen bei BGHSt 52, 323, 337).

Wenn man mit dem BGH einen Nachteil im Fall Siemens bejaht:

(4) Vorsatz (+),

weil nicht lediglich eine schadensgleiche Vermögensgefährdung vorliegt, sondern ein „echter“ endgültiger Schaden, stellt sich das Problem der Reichweite des Eventualvorsatzes (dazu unten III. 2.) nicht.

bb) Rechtswidrigkeit (+)

cc) Schuld (+)

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

→ Einen erweiterten Überblick des Meinungsstandes bietet auch das Problemfeld *Schwarze Kassen*:
<https://strafrecht-online.org/problemfelder/bt/266/schw-kassen/>

III. Subjektiver Tatbestand

1. Allgemeines

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

2. Problem: Modifizierung im Fall der konkreten Vermögensgefährdung?

In jüngerer Zeit hat 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 StGB 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. In BGH NStZ 2013, 715 wird dieses Erfordernis allgemein auf Risikogeschäfte übertragen. In der Siemens-Entscheidung (s.o. II. 5. e]) hat der 2. Senat allerdings davon Abstand genommen, das Verstecken von Geldmitteln in schwarzen Kassen als bloßen Gefährdungsschaden einzuordnen; vielmehr handele es sich um einen „echten“, endgültigen Nachteil i.S.d. § 266 StGB, so dass sich die Frage der Restriktionen im subjektiven Tatbestand nicht stelle.

Dieses Bemühen um eine einschränkende Auslegung des § 266 StGB ist anerkennenswert, jedoch dogmatisch durch die gebotene restriktive Auslegung des Nachteilsbegriffs im objektiven Tatbestand besser zu erreichen. Nach BVerfGE 126, 170 und der Erkenntnis, dass auch ein Gefährdungsschaden ein echter Schaden ist und durch eine präzise, zivil- und bilanzrechtlich orientierte Auslegung des Nachteilsbegriffs begegnet werden kann, dürfte die Ansicht auch überholt sein. Für Restriktionen im subjektiven Tatbestand besteht erstens kein Anlass mehr, zweitens lassen sich „Endschaden“ und konkrete Gefährdung des Vermögens nicht auseinanderhalten, weil der Gefährdungsschaden ein „Nachteil“ i.S.d. § 266 StGB sein muss (Art. 103 II GG), so dass die Differenzierungsbemühungen des 2. Strafsenats mangels eines tauglichen Differenzierungskriteriums ins Leere gehen.

IV. Täterschaft und Teilnahme

1. Konsequenzen des Sonderdeliktscharakters für die Teilnahmelehre

§ 266 StGB 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 II S. 387).

- Mangels Vermögensbetreuungspflicht hat sich T (zunächst) nicht nach § 266 StGB strafbar gemacht.
- P selbst hat keine vermögensschädigende Handlung vorgenommen, so dass er (zunächst) ebenfalls nicht nach § 266 StGB strafbar ist. Auch eine Strafbarkeit gem. §§ 266, 26 StGB 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 StGB) oder man die Figur des Pflichtdelikts anerkennt, wonach die Verletzung einer Sonderpflicht (hier: Vermögensbetreuungspflicht) konstitutiv für die Täterschaft des Sonderpflichtigen ist (Strafbarkeit gem. § 266 StGB).
- Sieht man somit im Verhalten des P eine täterschaftliche Untreue, liegt eine teilnahmefähige Haupttat vor, zu der T Hilfe geleistet hat (§§ 266, 27 StGB).

2. Doppelte Strafrahmenmilderung bei Fehlen nur der Vermögensbetreuungspflicht?

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

Wiederholungs- und Vertiefungsfragen

- I. Wodurch lassen sich Missbrauchs- und Treubruchtatbestand voneinander unterscheiden?
- II. Welchen Anforderungen muss ein tatbestandsausschließendes Einverständnis des Vermögensinhabers im Missbrauchstatbestand genügen?
- III. Für die Verwirklichung welcher Tatbestandsalternative(n) ist das Bestehen einer Vermögensbetreuungspflicht erforderlich?
- IV. Bedeutet bereits die Einrichtung sog. „schwarzer Kassen“ einen Vermögensnachteil?