

## 2. Teil: Schutz eines Individualrechtsguts

### § 5: Schutz des Vermögens (Teil 3)

#### 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<br>- Missbrauch |
| Taterfolg        | - Vermögensnachteil   |

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

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

**bb) Subjektiver Tatbestand:**

- |          |                   |
|----------|-------------------|
| Vorsatz: | - jede Vorsatzart |
|----------|-------------------|

**Treubruch-TB (= lex generalis)**  
(Verletzung einer) Vermögensbetreuungspflicht

z.B. widerrechtliche Verwendung fremder Gelder für eigene Zwecke

rechtlich begründet

rein tatsächlich

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

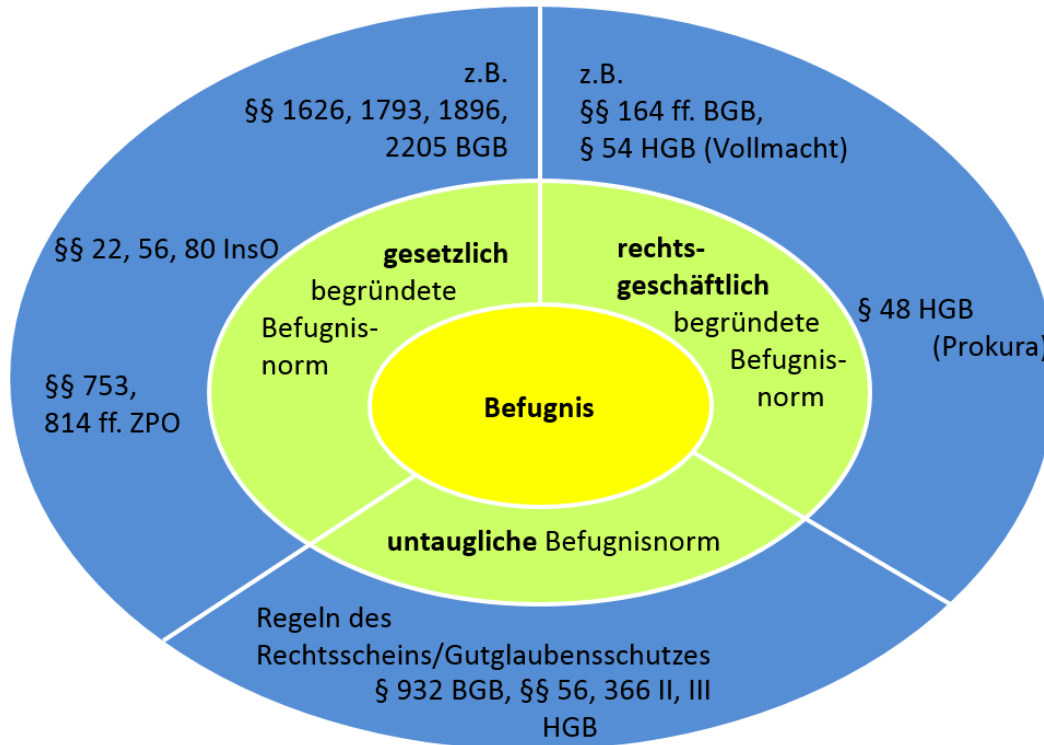
durch

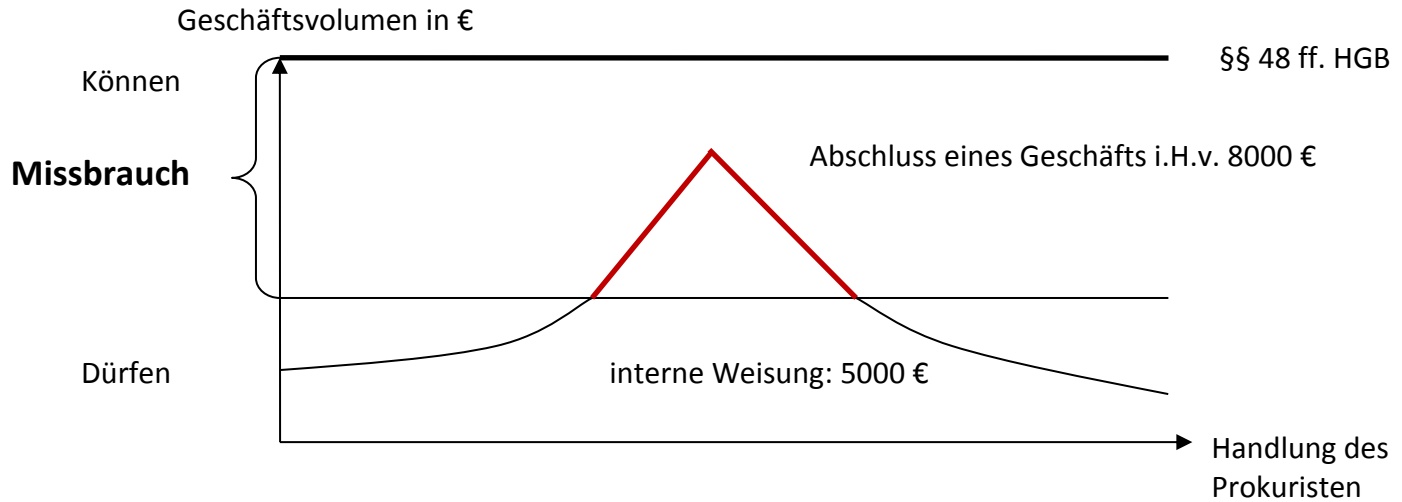
rechtsgeschäftliches Handeln

hoheitliches Handeln

kein Handeln rein tatsächlicher Art

**b) Missbrauchstatbestand**





## 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 gem. § 266 StGB zulasten der A-GmbH?

### d) Lösung des Falles

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 nichtig 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 aber 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. Nichts anderes ergibt sich schließlich aus einem etwaigen Einverständnis des G: Das Einverständnis eines Geschäftsführers ohne Beteiligung der Gesellschafter



ist bedeutungslos (vgl. Achenbach/Ransiek/Rönnau/Seier 5. Teil Kap. 2 Rn. 323; vertiefend dazu sogleich AT-Schwerpunkt 4). Weiterhin ist ein Schaden zu bejahen, da der Kaufpreis im Verhältnis zum Marktpreis übersteuert ist: Ein Vergleich der Vermögenslagen vor und nach der Zahlung ergibt also einen negativen Saldo. Ein etwaiger nachträglicher Schadensausgleich (durch zivilrechtliche Rückzahlungsansprüche) ist für § 266 StGB unbeachtlich. G handelte zudem vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft.

→ § 266 StGB (+)

**Hinweis:** G hat sich zudem gem. **§ 299 I Nr. 1 StGB** strafbar gemacht. G ist als Geschäftsführer „Angestellter“ eines geschäftlichen Betriebs i.S.v. § 299 I StGB (vgl. Sch/Sch/Eisele § 299 Rn. 10). 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 eine dahingehende Unrechtsvereinbarung getroffen, dass die Zahlung des Schmiergeldes als Gegenleistung für eine unlautere bevorzugte Behandlung bei dem Bezug von Waren (Auftragserteilung) erfolgen soll (vgl. zum Begriff der Unlauterkeit in diesem Kontext Sch/Sch/Heine/Eisele § 299 Rn. 33). Auch der subj. Tatbestand ist 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 bereits deshalb nicht in Betracht, weil selbst dem Geschäftsherrn *keine Dispositionsbefugnis* über die von § 299 StGB geschützten Rechtsgüter (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. 120, s. § 9 der Vorlesung).

## e) Sonderproblem: Schaden

Problematisch ist das Vorliegen eines Schadens immer dann, wenn die vom Geschäftsherrn (bei einer GmbH ist dies die Gesellschaft) gezahlte Leistung **marktüblich** ist. Kann der Schaden darin gesehen werden, dass der Geschäftspartner 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; zuletzt bestätigt durch BGH NStZ-RR 2019, 115).

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 verringerten 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 (vgl. MüKo/Dierlamm § 266 Rn. 275).

## f) AT-Schwerpunkt 4: Einwilligung von Organen

Bereits im Rahmen der vorstehenden Falllösung wurde kurz darauf eingegangen, ob Gesellschaftsorgane ihre Zustimmung zu an sich pflichtwidrigem Verhalten erteilen können. Bei der Untreue besteht die Ausgangssituation, dass etwa Geschäftsführer einer GmbH bzw. Vorstände einer AG jedenfalls grundsätzlich im Rahmen ihrer Geschäftsführungstätigkeit über das Vermögen der Gesellschaft dispositionsbefugt sind. Die Frage lautet also, wo die Grenzen dieser Dispositionsbefugnis zu ziehen sind.

Dogmatisch wird diese Frage bei § 266 StGB ganz überwiegend auf der Ebene der Tatbestandsmäßigkeit angesiedelt (*tatbestandsausschließendes Einverständnis*). Dies überzeugt vor dem Hintergrund, dass eine Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht (bzw. ein Missbrauch der Verfügungsbefugnis) bei Vorliegen einer dies gestattenden Erklärung nicht vorliegt. Davon abgesehen sollte man die Zuordnung einer Zustimmungserklärung zur Ebene der Tatbestandsmäßigkeit oder der Rechtswidrigkeit (rechtfertigende Einwilligung) aber nicht überbewerten, da letztlich in aller Regel die gleichen Ergebnisse erzielt werden (zu einer sehr speziellen Konstellation, in der die Ergebnisse divergieren, Spindler/Stilz/Hefendehl § 404 AktG Fn. 164).

Wirft man nun also die Frage auf, ob Gesellschaftsorgane bzgl. § 266 StGB ein tatbestandsausschließendes Einverständnis erteilen können, gilt es *zwei Konstellationen* zu unterscheiden:

**Konstellation 1:** Einverständnis des Geschäftsführers (G) einer GmbH *ohne Wissen bzw. Einbeziehung der Gesellschafter* (so auch im Kick-back-Beispielfall KK 160).

Diese Konstellation wird regelmäßig nicht besonders thematisiert, wohl weil hier ein Einverständnis durch G nach ganz überwiegender Ansicht ausscheidet (vgl. Achenbach/Ransiek/Rönnau/Seier 5. Teil Kap. 2 Rn. 323).

Zur Begründung könnte man etwa anführen, dass ein Geschäftsführer nur *partiell* über das Vermögen der Gesellschaft dispositionsbefugt ist, nämlich im Rahmen seiner Geschäftsführungsbefugnisse. Überschreitet er diese (Verletzung der Treuepflicht), kann er mangels Dispositionsbefugnis auch kein Einverständnis erteilen.

**Konstellation 2:** *Gesellschafter* stimmen einer vermögensschädigenden Handlung des Geschäftsführers zu oder Geschäftsführer (G) ist selbst *alleiniger Gesellschafter* einer GmbH („Einmann-GmbH“).

Diese Konstellation wird dagegen *kontrovers* beurteilt:

Im Ausgangspunkt gilt es sich vor Augen zu führen, dass bei Kapitalgesellschaften (etwa AG, GmbH) die *Gesellschaft selbst Vermögensträgerin* ist. Gleichzeitig steht das Vermögen der Gesellschaft letztlich aber *wirtschaftlich* den Gesellschaftern zu. Die nachfolgend dargestellten Theorien lösen diesen Konflikt zwischen der rechtlichen Zuweisung des Vermögens an die Gesellschaft und dem „wirtschaftlichen Eigentum“ der Gesellschafter auf unterschiedliche Weise auf. Die beiden *Extrempole* bilden dabei die sog. strenge Körperschaftstheorie einerseits und die sog. strenge Gesellschaftertheorie andererseits.

- **sog. strenge Körperschaftstheorie:** Diese stellt maßgeblich auf die *rechtliche Verselbstständigung* des Gesellschaftsvermögens ab. Den Gesellschaftern fehle daher die Dispositionsbefugnis zur Erteilung eines Einverständnisses bzgl. einer treuwidrigen Pflichtverletzung. Die Theorie wurde insbesondere vom Reichsgericht vertreten (z.B. RGSt 71, 353, 355 f.).

Kritik: Diese Theorie stellt einseitig auf die formal-rechtliche Verselbstständigung des Gesellschaftsvermögens ab und ignoriert somit den bereits genannten Umstand, dass eben dieses Vermögen *wirtschaftlich* den Gesellschaftern zugeordnet ist. Letztlich wird hier also der GmbH ohne überzeugenden

---

Grund ein von den Zwecksetzungen der Gesellschafter losgelöstes schutzwürdiges Eigeninteresse zugestanden (NK/*Kindhäuser* § 266 Rn. 69).

- **sog. strenge Gesellschaftertheorie:** Diese stellt den krassen Gegenpol dar und rückt die Interessen der Gesellschafter in den Vordergrund. Diesen stehe das Vermögen der Gesellschaft wirtschaftlich zu. Vor diesem Hintergrund schütze § 266 StGB allein die Interessen der Gesellschafter und nicht etwa das Interesse etwaiger Gesellschaftsgläubiger an der Fortexistenz der Gesellschaft. Nach dieser Theorie – die vielfach in der Literatur vertreten wird (z.B. MüKo/*Dierlamm* § 266 Rn. 158) – ist die Pflichtwidrigkeit also zu verneinen, wenn die Handlung mit Zustimmung der Gesellschafter vorgenommen wurde.

Kritik: Dieser Ansatz stellt zu einseitig auf die Interessen der „wirtschaftlichen Eigentümer“ (Gesellschafter) ab. Denn im geltenden Recht gibt es auch Vorschriften, die eine Existenzsicherung der Gesellschaft sicherstellen sollen, §§ 30 ff. GmbHG (*Wittig* § 20 Rn. 69).

Neben diesen äußeren Polen gibt es auch noch *vermittelnde* Ansätze. Eingegangen werden soll insoweit nur auf die sog. eingeschränkte Gesellschaftertheorie, die von der (wohl) herrschenden Ansicht vertreten wird (z.B. NK/*Kindhäuser* § 266 Rn. 71; BGH NJW 2012, 2366, 2369).

- **sog. eingeschränkte Gesellschaftertheorie:** Wie bereits der Name andeutet („*Gesellschaftertheorie*“), steht auch hier das Interesse der Gesellschafter im Vordergrund. Diese können grundsätzlich ihre Zustimmung zu vermögensschädigenden Handlungen erteilen, es sei denn, es werden dadurch *zwingende Vorschriften über die Kapitalerhaltung* (§§ 30 ff. GmbHG) verletzt oder eine *Existenzgefährdung* der Gesellschaft ausgelöst.

---

Dieser Ansatz vermag zu überzeugen, da er zwar im Ausgangspunkt auf die Interessen der Gesellschafter (als den „wirtschaftlichen Eigentümern“) abstellt, zugleich aber auch gewissen im Gesetz angelegten Kapitalerhaltungsinteressen der Gesellschaft Rechnung trägt.

Es stellt sich freilich noch das Folgeproblem, dass die Gesellschafter ggf. auch *unterschiedlicher Ansicht* sein können. Nach h.M. genügt für ein Einverständnis ein **Mehrheitsbeschluss**, sofern auch die Minderheitsgesellschafter inhaltlich mit dem Thema befasst waren. Str. ist insoweit, ob die Gesellschaftermehrheit einen förmlichen Beschluss fassen muss oder ob ein schlichter Konsens in der Sache ausreichend ist (dazu NK/*Kindhäuser* § 266 Rn. 72 m.w.N.).

### 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 beispielsweise bei Kreditvergaben, Warentermin- und Spekulationsgeschäften, Werbeinvestitionen oder Investitionen in Forschung 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 den Testamentsvollstrecker in Bezug auf den Nachlass). 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 hier nicht vor. Vgl. etwa in Bezug auf die GmbH aber die oben bereits genannten Einschränkungen (eingeschränkte Gesellschaftertheorie, KK 165 f.).

- 
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. Maßgeblichkeit der Vereinbarungen im Innenverhältnis. Letztlich sachgerecht ist die Vornahme einer Wertung im Einzelfall unter Heranziehung der konkreten, auslegungsbedürftigen Regeln des jeweiligen Betreuungsverhältnisses. Entscheidend sind demnach im Ausgangspunkt also keine abstrakten Überlegungen zu Gewinn- bzw. Verlustwahrscheinlichkeiten, sondern die **Vereinbarungen bzw. Befugnisse im Innenverhältnis**. Auch wenn die Grenzziehung dieser Befugnisse im Einzelfall schwierig ist und eine gewisse Rechtsunsicherheit nach sich zieht, 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. In Bezug auf Kapitalgesellschaften ergeben sich Grenzen aus dem Gesellschaftsrecht, dabei wird beispielsweise dem Vorstand einer AG bei unternehmerischen Entscheidungen ein Ermessensspielraum gewährt (vgl. § 93 I 2 AktG, sog. Business Judgement Rule). Insofern erfolgt eine Konkretisierung erlaubter Risiko- bzw. Spekulationsgeschäfte also durch gesellschaftsrechtliche Maßstäbe. In diesem Zusammenhang ist jedenfalls denkbar, auch gewissen objektiven Kriterien (etwa nach Maßgabe der Grundsätze rationaler Entscheidungstheorie) eine Bedeutung beizumessen, die ihrerseits den gesellschaftsrechtlichen Ermessensspielraum konkretisieren bzw. begrenzen.

### cc) Erfordernis einer „gravierenden“ Pflichtverletzung?

In jüngerer Zeit wird – insbesondere auch in Bezug auf Risikogeschäfte (siehe etwa NK/*Kindhäuser* § 266 Rn. 75a f.) – zunehmend diskutiert, ob § 266 StGB eine *gravierende* Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht voraussetzt. Ein solches Erfordernis wurde zunächst vom 1. Strafsenat statuiert (BGHSt 47, 148; 47, 187). Die

Rechtsprechung verfolgte dann aber keine einheitliche Linie, so stellte der 3. Senat in der Mannesmann-Entscheidung (NJW 2006, 522) klar, dass die Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht zur Verwirklichung des § 266 StGB nicht zusätzlich noch gravierend sein müsse. Neuen „Auftrieb“ erlangte das Merkmal der gravierenden Pflichtverletzung durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsmäßigkeit des Untreuetatbestands. Dort heißt es (BVerfGE 126, 170, 210 f.): „Tatbestandsbegrenzende Funktion hat auch die jüngere Rechtsprechung, die eine Pflichtverletzung im Sinne des § 266 StGB nur dann bejaht, wenn sie gravierend ist [...]. Der gegen die Rechtsprechung erhobene Einwand, dass sich dem Wortlaut des Tatbestands das Erfordernis einer gravierenden Pflichtverletzung nicht entnehmen lasse [...], überzeugt angesichts der dargelegten Notwendigkeit einer Beschränkung (Restriktion) des sehr weiten Wortlauts nicht.“ Explizit auf diese Entscheidung des BVerfG stützt sich beispielsweise eine Entscheidung des OLG Hamm, die zur Tatbestandsverwirklichung eine gravierende Pflichtverletzung verlangt (NStZ-RR 2012, 374).

Ein solches einschränkendes Merkmal ist indes abzulehnen. Entscheidend ist dabei, dass in Fällen, in denen sich eine Pflichtverletzung nicht bereits ohne weiteres aus konkreten gesetzlichen Vorgaben oder Vereinbarungen ergibt, regelmäßig bereits *gesellschaftsrechtlich ein unternehmerischer Entscheidungsspielraum* zu konstatieren ist (vgl. § 93 I 2 AktG). Bei Überschreitung dieses Ermessensraumes besteht kein Bedürfnis mehr, nur gravierende Pflichtverletzungen als ausreichend anzusehen. Ein solches Erfordernis dürfte auch schwierige und kaum zu beantwortende Folgefragen nach sich ziehen (wann ist eine Pflichtverletzung gravierend?).

In diese Richtung geht nunmehr auch eine Entscheidung des 5. Strafsenats (BGH NJW 2017, 578): Der Senat betont zwar im Ausgangspunkt, die Anwendung des Untreuetatbestands müsse auf Fälle einer evidenten Pflichtverletzung beschränkt sein. Bei einem Verstoß gegen § 93 I AktG liege allerdings stets eine gravierende bzw. evidente Pflichtverletzung vor (BGH NJW 2017, 578, 579).

## dd) 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 sind:

- Einwilligungsfähigkeit
- Rechtmäßigkeit des Einverständnisses (also weder gesetzes- noch pflichtwidrig)

Grenze für eine Zustimmung liegt nach h.M. (ingeschränkte Gesellschaftertheorie, siehe oben KK 165 f.) im Verstoß gegen zwingende Kapitalerhaltungsvorschriften oder Existenzgefährdung der Gesellschaft.

- autonome Entscheidung des Vermögensinhabers ([...] bei relevantem Willensmangel)

Die Zustimmung muss demnach auf der Grundlage umfassender und sachgerechter Informationen erfolgen.

## d) Vermögensschaden

Der Vermögensschaden bei Risikogeschäften liegt in einer *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 *objektivierte Risikobewertung* an. Nicht ausreichend ist also der bloße Verweis darauf, dass der Betreffende „nach Art eines Spielers bewusst und entgegen den Regeln kaufmännischer Sorgfalt eine [...] äußerst gesteigerte Verlustgefahr auf sich nimmt, nur um eine höchst zweifelhafte Gewinnaussicht zu erhalten“ (so aber etwa BGH NJW 1990, 3219, 3220). Dieser letztgenannte Weg einer Schadensbegründung ist zudem nicht mit der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in Einklang zu bringen, welches eine wirtschaftlich nachvollziehbare Bezifferung des Schadens verlangt (BVerfG NJW 2010, 3209, 3215).

Eine objektivierte Bewertung der Risiken kann durch bilanzrechtliche Grundsätze konkretisiert werden, indem etwa bei einer Kreditvergabe der Wert der Rückzahlungsforderung unter Einbeziehung der Möglichkeiten der Durchsetzung dieser Forderung ermittelt wird.

Kritik an dieser Konstruktion eines bilanzrechtlich orientierten Modells der schädigenden Gefährdung haben *Beulke/Witzigmann* (siehe die Literaturnachweise am Ende) 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 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 auch ein Umschlagen der Gefährdung in einen effektiven Schaden zumindest billigend in Kauf nehme. Dogmatisch kann von der Konstruktion einer schwach überschießenden Innentendenz gesprochen werden, die eine unterschiedliche 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 dieser, 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 vorgenommen werden.

## 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 I 1 und 2 AktG sowie durch Vorschriften des KWG (etwa § 11) und andere Sondernormen ausgestaltet. Grundsätzlich steht dem Vorstand einer AG ein weiter Ermessensspielraum zu (vgl. § 93 I 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. Dies erscheint jedoch problematisch, denn insoweit wird im Ausgangspunkt die *Höhe* des potenziellen Schadens im Vergleich mit der *Realisierungswahrscheinlichkeit* eines solchen überbetont. Mit anderen Worten: Geht man 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 *aufgrund der Höhe* des drohenden Schadens kein Vermögensnachteil angenommen werden. Letztlich führt nur eine bilanzielle Betrachtung weiter, die konkret und wirtschaftlich nachvollziehbar darlegt, in welchem Umfang die Unternehmen auf Grund der Liquiditätsgarantien Abschreibungen einplanen mussten.
- Ein weiterer Begründungsansatz geht dahin, eine schädigende Vermögensgefährdung unter dem Gesichtspunkt des individuellen Schadenseinschlags dann anzunehmen, wenn die Verantwortlichen das Risiko in dieser Form nicht hätten eingehen dürfen (*Kasiske* S. 32). Auch dies kann nicht überzeugen. Diese Betrachtung vernachlässigt nämlich, dass es sich bei der Pflichtverletzung und dem Vermögensnachteil um selbstständige Tatbestandsmerkmale handelt, die nicht „verschliffen“ werden dürfen (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 letztlich 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. Davon abgesehen, dass das Kriterium des BGHs inhaltlich äußerst vage bleibt, war die Verlustgefahr 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 einer anderen wirtschaftlichen Prämisse, nämlich dass die Risikorealisation absehbar und somit wahrscheinlich war.

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

### **Schlagwörter zur Wiederholung:**

- I. Aufbau des Untreuetatbestandes
- II. Kick-back-Konstellation
- III. Beseitigt ein Einverständnis die Pflichtwidrigkeit (§ 266 StGB)?
- IV. Risikogeschäfte – Pflichtverletzung, Vermögensschaden, Vorsatz

## Literatur- und Rechtsprechungshinweise:

### Probleme des Untreuetatbestandes:

BGH NJW 2017, 578

BVerfG NJW 2013, 365, 368

BVerfG NJW 2010, 3209-3221

*Saliger* NJW 2010, 3195-3198

*Wessing/Krawczyk* NZG 2010, 1121-1124

LK/*Schünemann* § 266 Rn. 95 ff. (zum Erfordernis der gravierenden Pflichtverletzung)

### Zu Kick-back-Zahlungen:

MüKo/*Dierlamm* § 266 Rn. 274, 274

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

### **Zur Einwilligung von Organen:**

*Wittig* § 20 Rn. 65 ff.

*LK/Schünemann* § 266 Rn. 249 ff.

*NK/Kindhäuser* § 266 Rn. 66 ff.

*Achenbach/Ransiek/Rönnau/Seier* 5. Teil Kap. 2 Rn. 319 ff.

### **Zu Risikogeschäften:**

*Achenbach/Ransiek/Rönnau/Seier* 5. Teil Kap. 2 Rn. 391 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.