

§ 10: Untreue (§ 266) – Treubruchtatbestand

3. Tathandlung Treubruchtatbestand

Die sich aus Gesetz, behördlichem Auftrag, Rechtsgeschäft oder *faktischem* Treueverhältnis ergebende Pflicht zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen wird verletzt.

Die Pflichtverletzung kann durch rechtsgeschäftliches *oder* tatsächliches (zB Bezahlen einer gegen einen Mitarbeiter verhängten Geldstrafe aus Verbandsvermögen; Zahlung trotz nichtigen Geschäfts) Handeln erfolgen.

§ 10: Untreue (§ 266) – Treubruchtatbestand

4. Treueverhältnis: Vermögensbetreuungspflicht

Nach hM gilt die Vermögensbetreuungspflicht für den Missbrauchs- und den Treubruchtatbestand in gleicher Weise (BGHSt 47, 187, 192). Dies ergibt sich unter anderem aus dem Wortlaut.

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

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

Indizien für Vermögensbetreuungspflicht:

Entscheidungsspielraum des Verpflichteten *und* hinreichendes Maß seiner Selbstständigkeit.

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

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

§ 10: Untreue (§ 266) – Treubruchtatbestand

sog. **Ganovenuntreue**

Nach hM können auch wegen Gesetzes- oder Sittenwidrigkeit nichtige Vereinbarungen (§§ 134, 138 BGB) faktische Treueverhältnisse begründen (*Rengier* BT I § 18 Rn 19; aA *Sch/Sch/Lenckner/Perron* § 266 Rn 31).

Nach hM also § 266 StGB (+): wenn jemand sich abredewidrig an Geldern bereichert, die sein Auftraggeber ihm zur Verwendung für gesetzeswidrige Zwecke anvertraut hatte (zB der „Buchhalter“ des Mafiabosses).

§ 266 StGB mangels Pflichtverletzung jedoch auch nach hM (-), wenn jemand gesetzes-/sittenwidrigen Abreden, die er mit einem anderen getroffen hat, lediglich nicht nachkommt.

§ 10: Untreue (§ 266)

5. Vermögensnachteil

a) Begriff im Allgemeinen

Der Vermögensnachteil bei der Untreue ist in gleicher Weise wie der Vermögensschaden beim Betrug auszulegen. Ausgemachte Unterschiede rühren nur aus der unterschiedlichen Struktur beider Delikte: Während der Betrugstäter daran interessiert ist, jegliche Form von gewinnmindernden Ersatzansprüchen abzuwehren, wird der Untreuetäter im Zweifel die (Vertrags-) Beziehung aufrechterhalten wollen.

b) Schaden durch Nichtrealisierung eines Gewinns

Der Vermögensnachteil setzt einen Negativsaldo nach der Tathandlung voraus. Ein solcher kann auch dann gegeben sein, wenn eine zu einer Exspektanz verdichtete Gewinnmöglichkeit nicht wahrgenommen wird (HansOLG Bremen NStZ 1989, 228). Eine personalisierte Exspektanz (Angebot von dritter Seite) und eine Marktexspektanz (feste Absatz- und Gewinnerwartung) sind zu unterscheiden.

§ 10: Untreue (§ 266)

c) Kompensationsmöglichkeiten

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

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

§ 10: Untreue (§ 266)

d) Haushaltsuntreue

Bei einfachen fiskalischen Geschäften der öffentlichen Hand gilt das Saldierungsprinzip, bei unvernünftigen Investitionsentscheidungen die Lehre vom individuellen Schadenseinschlag (vgl. KK 311 f.).

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

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

Schaden wiederum (+), wenn die Mittel ohne eine solche Verpflichtung von einer unzuständigen Stelle ausgegeben werden, egal, ob die zuständige Stelle zu einer solchen Ausgabe bei pflichtgemäßer Interessenausübung berechtigt gewesen wäre.

§ 10: Untreue (§ 266)

e) „Schwarze Kasse“

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

Argument: Beeinträchtigung der ordnungsgemäßen Haushaltsüberwachung sowie der staatlichen Verfügungsfähigkeit. Das Anlegen einer „schwarzen Kasse“ hebt die ursprüngliche Zweckbindung der Finanz vollständig auf.

zutreffende restriktive Argumentation: nur dann, wenn Täter den Inhalt der Kasse nicht in einer Weise verwendet, die dem Staat anderweitig Aufwendungen aus Haushaltsmitteln erspart.

§ 10: Untreue (§ 266) – Treubruchtatbestand

III. Fall Mannesmann

- Erfolgsgeschichte der Mannesmann AG im Hinblick auf den Börsenwert (1994: 7,5 Mrd. € - 2000: 146 Mrd. €) und die Ertragslage des Unternehmens.
- Öffentliches Übernahmeangebot von Vodafone 23.12.1999.
- Abwehrschlacht von Mannesmann gegen feindliche Übernahme bis Februar 2000.
- Dann freundliche Übernahme zu nochmals stark gestiegenem Aktienkurs.
- Integration von Mannesmann in eine neue Einheit (Vodafone).
- Anerkennungsprämie auf Vorschlag des größten Aktionärs der Mannesmann AG und mit Zustimmung der künftigen Muttergesellschaft sollte Leistung von Dr. Esser (Vorstandsvorsitzender) im Übernahmekampf würdigen.
- Durch Präsidium (Ausschuss des Aufsichtsrats; betraut mit Dienstverträgen der Vorstandsmitglieder): Zustimmung von Mitgliedern Funk und Ackermann; Ladberg erkrankt; Zwickel telefonisch Enthaltung. Angenommen mit Ja: 2; Nein: 0; Enthaltung: 1. Damit nach Geschäftsordnung angenommen.
- Inhalt: Genehmigung der Anerkennungsprämie an Dr. Esser iHv £ 10 Mio. und weitere Leistung für Funk als ehemaligem Vorstand.

§ 10: Untreue (§ 266) – Treubruchtatbestand

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

Strafbarkeit von Funk, Ackermann und Zwickel nach § 266 Abs. 1 Alt. 2 (Treubruchtatbestand)

1. Tatbestand

a) Vermögensbetreuungspflicht

Eine solche besteht gegenüber der Mannesmann AG selbst sowie deren Aktionären. Rechtgrundlage §§ 116, 112, 93, 87 Abs. 1 AktG. Diese war auf die Betreuung jener fremden Vermögensinteressen gerichtet.

b) Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht

aa) Pflichtverletzung

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

§ 10: Untreue (§ 266) – Treubruchtatbestand

Nach dem BGH ist eine im Dienstvertrag nicht vereinbarte Sonderzahlung für eine geschuldete Leistung, die ausschließlich belohnenden Charakter hat und der Gesellschaft keinen zukunftsbezogenen Nutzen bringen kann (kompensationslose Anerkennungsprämie), als treupflichtwidrige Verschwendung des anvertrauten Gesellschaftsvermögens zu bewerten. Sie sei bereits dem Grunde nach unzulässig, ohne dass es auf die Frage ankomme, ob die Gesamtbezüge des begünstigten Vorstandsmitglieds unter Einschluss der Sonderzahlung nach den Grundsätzen des § 87 Abs.1 S. 1 AktG der Höhe nach noch als angemessen beurteilt werden könnten (BGH NJW 2006, 522, 524).

Kritik: Wenn der Aufsichtsrat iRd Angemessenheit (§ 87 Abs. 1 AktG) frei ist, die Vergütung zu bestimmen, dann sei nicht einsehbar, warum er innerhalb derselben Grenzen nicht berechtigt sein solle, seine ursprüngliche Entscheidung abzuändern und zu korrigieren (MüKo/*Dierlamm* § 266 Rn 229).

§ 10: Untreue (§ 266) – Treubruchtatbestand

bb) Einschränkung im Strafrecht (str.)

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

Eine solche gravierende Pflichtverletzung bejahte das LG Düsseldorf allein bzgl der Leistung an Funk, wegen Willkürlichkeit derselben.

I.Ü. sei sie nach einer Gesamtschau vor allem im Hinblick auf die gute Ertrags- und Vermögenslage der Mannesmann AG, die Wahrung innerbetrieblicher Transparenz, die ausreichende Kenntnis der Präsidiumsmitglieder von den maßgeblichen Entscheidungsgrundlagen sowie auf das Fehlen sachwidriger Motive zu verneinen.

Dem folgt der **BGH** nicht. Eine **gravierende** Pflichtverletzung ist nach seiner (zutreffenden) Ansicht **entbehrlich** (BGH NJW 2004, 522, 526).

§ 10: Untreue (§ 266) – Treubruchtatbestand

c) Vermögensnachteil (+)

d) Vorsatz

2. Rechtswidrigkeit

3. Schuld

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

§ 10: Untreue (§ 266) – Treubruchtatbestand

Aktueller Stand:

Das Verfahren gegen die sechs Angeklagten wurde mit einem am 29. November 2006 verkündeten Beschluss gem. § 153 a Abs. 1 und 2 StPO durch das LG Düsseldorf vorläufig eingestellt. Damit verbunden war die Auflage der Zahlung von insgesamt ca. 5,6 Mio Euro, die das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung zu beseitigten.

Das LG Düsseldorf hielt ua für entscheidend, dass durch das Urteil des BGH vom 21. Dezember 2005 relevante Rechtsfragen beantwortet wurden, die auch über das Verfahren hinaus Bedeutung haben. Offen gebliebene rechtliche und tatsächliche Fragen könnten in keinem überschaubaren Zeitraum geklärt werden, so dass sowohl das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung als auch die Schuld der Angeklagten mit fortschreitender Dauer geringer werden. Auch handelt es sich bei diesen Fragen um solche, die keine allgemeine Bedeutung haben: Fragen des subjektiven Tatbestandes und der Abfindung der Alterspensionen.

Auflagen im Einzelnen:

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

§ 10: Untreue (§ 266)

IV. Täterschaft und Teilnahme (1)

Sonderdelikt: Täter muss vermögensbetreuungspflichtig sein bzw Verfügungs- oder Verpflichtungsbezugnis besitzen; fehlt es daran, liegt nur Teilnahme (Anstiftung, Beihilfe) vor.

Pflichtdelikt (zum str. Begriff: *Roxin* Täterschaft S. 352 f.)

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

- | | | |
|----|--------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| T: | § 266 (-) | mangels Vermögensbetreuungspflicht. |
| P: | § 266 (-) | da selbst keine vermögensschädigende Handlung vorgenommen. |
| | §§ 266, 26 (-) | mangels Haupttat. |
| | §§ 266, 25 Abs. 1 Alt. 2 | nur über die Figur des qualifikationslosen dolosen Werkzeugs (+) oder |
| | § 266 (+) | wenn Figur des Pflichtdelikts anerkannt wird, da hierfür Verletzung der Sonderpflicht (Vermögensbetreuungspflicht) genügt. |
| T: | §§ 266, 27 | |

§ 10: Untreue (§ 266)

Täterschaft und Teilnahme (2)

Vermögensbetreuungspflicht ist **besonderes persönliches Merkmal** iSv § 28 Abs. 1, str. (BGHSt 41, 1 [2]; aA Sch/Sch/Lenckner/Perron § 266 Rn 52).

Hat eine juristische Person die Vermögensbetreuungspflicht inne, so wird diese dem vertretungsberechtigten Organ gem **§ 14 Abs. 1** zugerechnet.

§ 10: Missbrauch v. Scheck- und Kreditkarten (§ 266 b)

I. Allgemeines

1. Rechtsgut

Vermögen der kartenausgebenden Banken und Kreditinstitute (nach **aA** darüber hinaus auch die Funktionsfähigkeit des bargeldlosen Zahlungsverkehrs, vgl BGHSt 47, 160, 168).

2. Deliktscharakter

Echtes Sonderdelikt – nur der *berechtigte* Karteninhaber kann Täter sein – Tätereigenschaft ist besonderes persönliches Merkmal iSv § 28 Abs. 1.

Missbrauchsmerkmal entspricht dem Missbrauchstatbestand von § 266 Abs. 1 Alt. 1.

3. Aufbau (obj. TB)

a) Täterqualifikation

aa) Alt. 1: wem vom Aussteller eine *Scheckkarte* überlassen wurde

bb) Alt. 2: wem vom Aussteller eine *Kreditkarte* überlassen wurde

b) Missbrauch der durch Überlassung der Karte eingeräumten Möglichkeit, den Aussteller zu einer Zahlung zu veranlassen.

c) Vermögensschaden

§ 10: Missbrauch v. Scheck- und Kreditkarten (§ 266 b)

II. Tatbestand

1. Scheckkarte

Garantie des Kartenausstellers mit 1.1.2002 weggefallen, so dass es den klassischen Scheckkartenmissbrauch nicht (mehr) geben kann.

Beachte: die heutige ec-Karte hat nichts mit der vormaligen Euroscheckkarte zu tun, sondern ist für das electronic-cash-Verfahren bestimmt.

2. Kreditkarte (im sog. *Drei-Partner-System*)

Aussteller garantiert dem Vertragsunternehmen die Bezahlung von dessen Forderungen gegenüber dem Kreditkarteninhaber. Sog. Kundenkarten (*Zwei-Partner-System*) nicht ausreichend: hier wird keine Zahlung veranlasst und damit auch keine Garantieverpflichtung ausgelöst, sondern lediglich ein Kredit erschlichen (aA *Otto* BT § 54 Rn 46). Nach der aA ist auch im Zwei-Partner-System der im Strafrahmen mildere § 266 b anzuwenden, da Ungleichbehandlung mit Tätern im Drei-Partner-System nicht einsichtig ist.

§ 10: Missbrauch v. Scheck- und Kreditkarten (§ 266 b)

Bsp: A möchte unbedingt seine CD-Sammlung erweitern, ohne das nötige Geld dafür zu haben. Da er alle Lassie-Singers-CDs bereits hat, kauft er alle CDs des ehemaligen Bandmitglieds Funny van Dannen. Er bezahlt bargeldlos mit seiner Karstadt-Kundenkarte, ohne dass die zum Ausgleich erforderliche Kontodeckung vorhanden ist.

Lösung:

§ 266 b (-), da keine Veranlassung einer Zahlung durch A. Karstadt zahlt nicht, sondern stellt lediglich die CDs zur Verfügung. Gesetzeszweck von § 266 b erfasst nur Dreiecksbeziehungen.

§ 263 (+/-), je nachdem, ob sich der verfügende Kassierer nach den Vorgaben des Kartenausstellers (Karstadt) Gedanken über die Bonität von A machen muss oder ob er von der Kreditwürdigkeit jedes Kunden ausgehen darf.

§ 10: Missbrauch v. Scheck- und Kreditkarten (§ 266 b)

Keine Kreditkarten sind sog **ec-Karten**, die im electronic-cash-Verfahren eingesetzt werden.

Beim electronic-cash-Verfahren oder point-of-sale-Verfahren (POS) erfolgt über Eingabe der PIN an der Kasse des Händlers eine Anfrage an die Autorisierungszentrale des kartenausgebenden Instituts, die bei Autorisierung die Zahlung des Betrags garantiert.

Die Zahlungsgarantie folgt nicht aus der rechtlichen Befugnis des Karteninhabers, sondern aus einem abstrakten Schuldversprechens der Bank gegenüber dem Händler.

§ 10: Missbrauch v. Scheck- und Kreditkarten (§ 266 b)

3. Missbrauch

Ähnlich wie bei § 266 Abs. 1 Alt. 1 – Handeln des Kreditkarteninhabers iRd rechtlichen Könnens (Außenverhältnis) unter Überschreitung des rechtlichen Dürfens (Innenverhältnis).

- **Alt. 1:** wirksame Begründung einer Einlöschungspflicht des Kreditinstituts und bei Einlösung keine Kontodeckung.
- **Alt. 2:** Aussteller gegenüber Vertragsunternehmen wirksam zur Zahlung verpflichtet und Täter ist Kontoausgleich nicht möglich.

§ 10: Missbrauch v. Scheck- und Kreditkarten (§ 266 b)

Bsp: T benutzt zum Einkauf bei Mediamarkt seine Kreditkarte, da er die Sonderangebote nicht an sich vorüberziehen lassen kann. Dies tut er, obwohl er derzeit nicht zum Ausgleich des Kreditkartenkontos in der Lage ist.

Hiernach überlässt er G die Kreditkarten gegen Bezahlung von € 500,-, um ihm die Möglichkeit zu eröffnen, Kreditkartenmissbräuche zu begehen (hierzu BGH NStZ 1992, 278 f). Strafbarkeit des T?

Lösung:

Einkauf: typischer Fall von § 266 b (+)

Verkauf der Karte: Überschreitung des rechtlichen Dürfens (+), da Vertragsbedingungen die Weitergabe der Kreditkarte untersagen.

aber: nicht jede Art von Missbrauch von § 266 b erfasst, sondern nur diejenige, dass der berechtigte Kreditkarteninhaber Waren kauft oder Dienstleistungen in Anspruch nimmt, ohne zum Ausgleich gegenüber der kartenausgebenden Stelle in der Lage zu sein. § 266 b sollte nur diese Lücke schließen, da diese Handlungen nicht unter §§ 263, 266 fallen.

→ § 266 b (-); § 263, 27 (+)

§ 10: Missbrauch v. Scheck- und Kreditkarten (§ 266 b)

Bsp: Der (berechtigte) Karteninhaber T überzieht sein Konto durch Bargeldabhebungen sowohl an Bankautomaten des

- (1) kartenausgebenden Instituts als auch an solchen
- (2) fremder Banken, vgl KK 254 zu § 263 a

Lösung:

- (1) § 263 a (-), wenn betrugsspezifisch ausgelegt (vgl BGHSt 47, 160), str.

§ 266 b (-), da nicht im Drei-Partner-System (keine Untreueähnlichkeit) – Karte wird nicht in ihrer Garantiefunktion verwendet, vgl BGHSt 47 160 (165 f), str.

- (2) § 263 a (-), da sich Mitarbeiter der fremden Bank keine Gedanken über die Berechtigung gemacht hätte.

§ 266 b (+), auch wenn hier die Scheckkarte nur als Codekarte verwendet wird, obwohl keine Garantievereinbarung im engeren Sinne besteht; jedoch ist das kartenausgebende Institut zur Zahlung gem den „Vereinbarungen für das Deutsche ec-Geldautomatensystem“, den „Richtlinien für das Deutsche ec- Geldautomatensystem“ und den „Bedingungen für den ec-Service“ ohne Widerspruchsmöglichkeit bei fehlender Deckung verpflichtet; anders allerdings, wenn aufgrund des Online-Verbundes der Kreditinstitute bei Abhebungen auch an institutsfremden Automaten eine Autorisierung der kartenausgebenden Bank stattfindet.

§ 10: Missbrauch v. Scheck- und Kreditkarten (§ 266 b)

4. Vermögensschaden, wie bei §§ 263, 266 (vgl KK 204 ff.)

III. Privilegierung gem. §§ 266 b Abs. 2, 248 a