

§ 6: Schutz des Vermögens

III. Untreue

1. Tatbestandsstruktur des § 266 StGB

a) Allgemeiner Aufbau und Struktur

aa) Objektiver Tatbestand besteht aus:

- *Missbrauchstatbestand*, § 266 Abs. 1 1. Alt.

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

KK 80

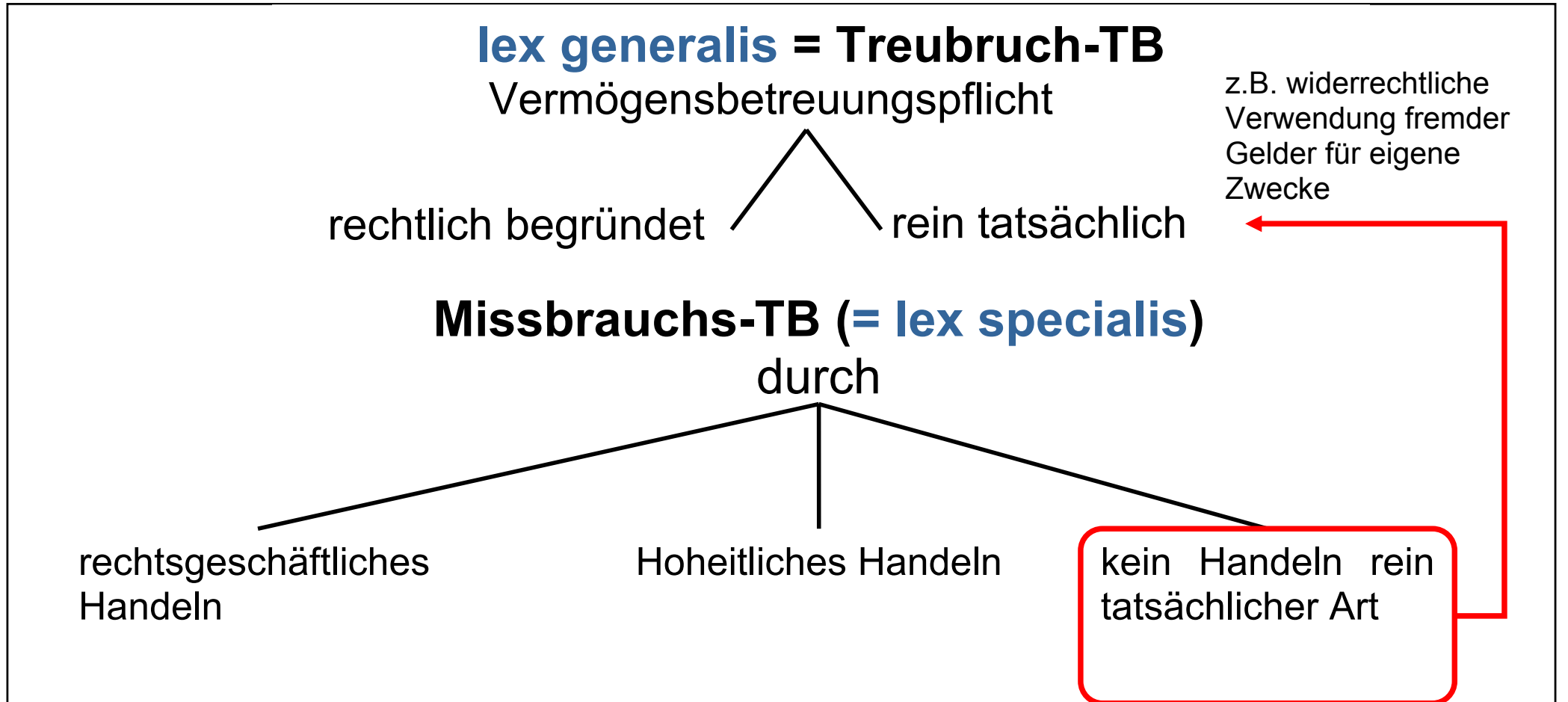
- *Treubruchtatbestand*, § 266 Abs. 1 2. Alt.

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

bb) Subjektiver Tatbestand:

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

KK 81



b) Missbrauchstatbestand

gesetzlich begründete Befugnisnormen

rechtsgeschäftlich begründete Befugnisnormen

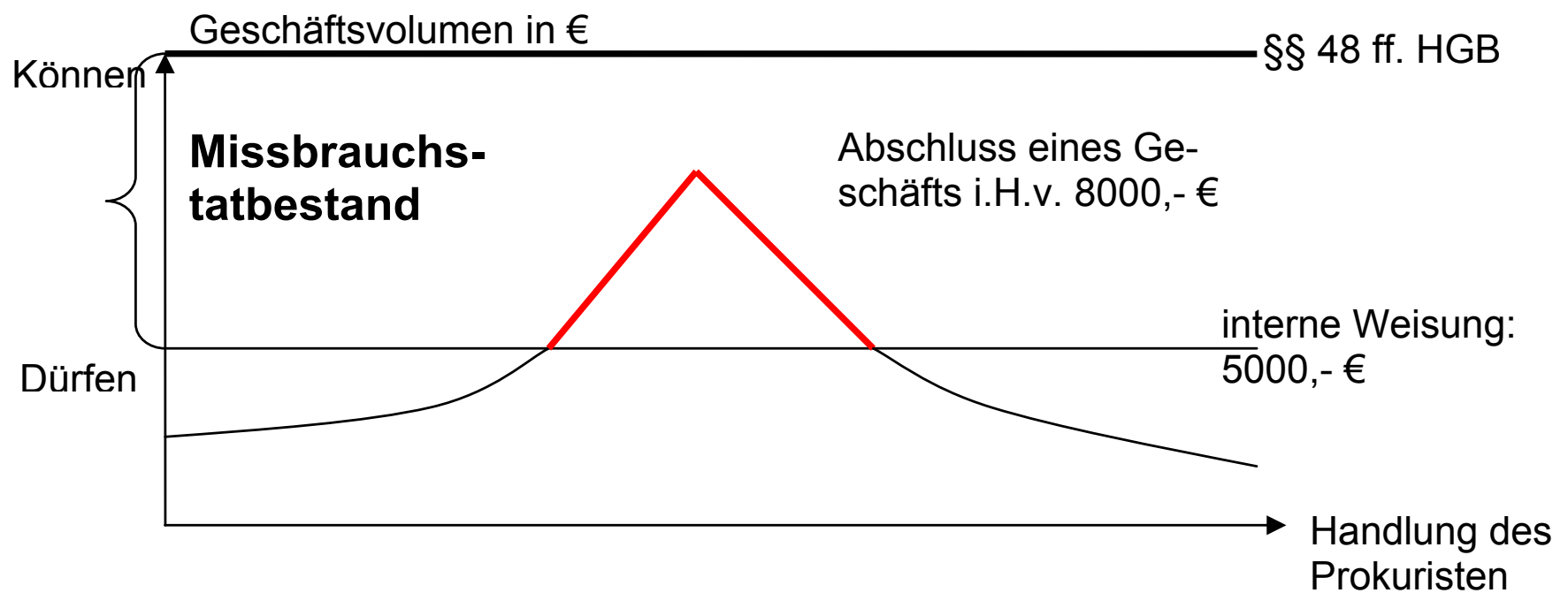
z.B.
 §§ 1626, 1793, 1896, 2205 BGB
 §§ 22, 56, 80 InsO
 §§ 753, 814 ff. ZPO

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

Befugnis

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

untaugliche Befugnisnormen



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

c) Treubruchtatbestand

Treueverhältnis und Pflichtverletzung

Das Treueverhältnis kann sich 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:

Die Vermögensbetreuungspflicht muss den Hauptgegenstand des rechtlich begründeten oder faktisch bestehenden Treueverhältnisses bilden und darf nicht bloße Nebenpflicht sein.

Anzeichen für eine Vermögensbetreuungspflicht sind: 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) Definition

Eine illegale, verborgene Zahlung im Gegenzug für die Empfehlung, die zu einer anderen Transaktion oder einem Vertragsabschluss führte. 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 schadlos, indem er den ausgekehrten Betrag in seine Kalkulation mit einbezieht (vgl. die Parallele beim Submissionsbetrug) und seinem Treugeber einen um das Schmiergeld erhöhten Preis in Rechnung stellt. Die Differenz zum möglichen niedrigeren Angebot stellt dann den Schaden dar.

Dies ist offenkundig, wenn die Leistung objektiv nicht dem Marktpreis entspricht. Ansonsten ist zu fragen, ob nicht der Zuwendende bereit gewesen wäre, den kick-back als Nachlass oder Rabatt auf die von ihm zu erbringende Leistung zu geben.

Feststehen muss also stets, dass der Treunehmer ansonsten ein wirtschaftlich günstigeres Geschäft hätte abschließen können. Das schädigende Fehlverhalten ist dann alternativ als Vereiteln (= aktives Tun) oder Verstreichenlassen (= Unterlassen) eines günstigeren Geschäfts zu sehen.

c) Sachverhalt

Der kassenärztlich zugelassene Augenarzt Dr. S hatte aufgrund der Lage seiner Praxis am Rande von Freiburg zunehmend wirtschaftliche Probleme. Deshalb entschloss er sich, das ihm von der R-OHG, einem Hersteller von Medikamenten, gemachte Angebot anzunehmen. Das Angebot sah so aus, dass die R-OHG dem Dr. S umsatzbezogene Rückvergütungen (sog. „kick-backs“) für bestellte Medikamente gewährte, um eine dauerhafte Geschäftsbeziehung sicherzustellen. Diese Rückvergütungen sollten absprachegemäß unmittelbar nach Abrechnung der Beträge bei der kassenärztlichen Vereinigung bzw. der gesetzlichen Krankenkasse in bar an Dr. S ausbezahlt werden. Der Preis für die Medikamente orientierte sich an dem von den gesetzlichen Krankenkassen und kassenärztlichen Vereinigungen als marktüblich eingestuftem Betrag. Die benötigten Medikamente bestellte der Arzt Dr. S. bei der R-OHG im Wege kassenärztlicher Verordnung. Die Lieferung der Medikamente sollte über den gutgläubigen Apotheker D erfolgen. Die R-OHG wies diesen Betrag in der an den Apotheker gestellten Rechnung aus. Die Auslieferung erfolgte ebenfalls über den Apotheker D, bei dem auch das Rezept verblieb. D reichte turnusgemäß die Rezepte mit den überhöhten Preisen bei der Verrechnungsstelle für Apotheker ein, die diese an die Krankenkasse weiterleitete. Die Krankenkasse überwies dann den fälligen Betrag an die Verrechnungsstelle, die diesen wiederum an den Apotheker D weiterleitete.

d) Strafrechtliche Würdigung**Strafbarkeit des Dr. S wegen Untreue gem. § 266 Abs. 1 1. Alt. StGB****aa) Verpflichtungsbefugnis, da als Vertreter der Krankenkasse gehandelt wurde, vgl. §§ 28 Abs. 1, 31 Abs. 1 SGB V.**

Dr. S muss die Befugnis besitzen, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten. Dies ist der Fall, wenn er eine Rechtsstellung innehat, die ihn nach außen in den Stand setzt, Vermögensrechte eines anderen wirksam zu ändern, zu übertragen oder mit Verbindlichkeiten zu belasten.

Diese Verfügungs- bzw. Verpflichtungsbefugnis kann auf Gesetz, behördlichem Auftrag oder Rechtsgeschäft beruhen. Hier tritt der Arzt Dr. S, der beim Hersteller die Medikamente bestellt, aufgrund seiner besonderen Stellung als Vertragsarzt der gesetzlichen Krankenkassen als Vertreter der Krankenkasse auf und gibt folglich mit Wirkung für und gegen die Krankenkasse Willenserklärungen zum Abschluss eines Kaufvertrages über die verordneten Medikamente ab. Denn nach den Prinzipien des kassenärztlichen Abrechnungssystems handelt der Vertragsarzt bei Ausstellung einer Verordnung als Vertreter der Krankenkasse, indem er an ihrer Stelle das Rahmenrecht des einzelnen Versicherten auf medizinische Versorgung konkretisiert. Indem der Arzt Medikamente auf Rezept verschreibt, erfüllt er die im Interesse der Krankenkasse liegende Aufgabe, gem. § 31 Abs. 1 SGB V ihre Mitglieder mit Arzneimitteln zu versorgen.

KK 88

bb) Vermögensbetreuungspflicht, § 12 Abs. 1 SGB V gilt im kassenärztlichen Bereich auch für den Kassenarzt.

Hinzukommen muss, dass der Inhaber der Befugnis, hier also der Arzt, die Vermögensinteressen desjenigen, den er verpflichtet bzw. über dessen Vermögen er verfügen kann, zu betreuen hat. Der Arzt hat bei der Erfüllung der Aufgabe der Krankenkasse, ihre Mitglieder mit Medikamenten zu versorgen, gem. § 12 Abs. 1 SGB V – Wirtschaftlichkeitsgebot – die Verpflichtung, nicht notwendige bzw. unwirtschaftliche Leistungen nicht zu bewirken. Daraus ergibt sich die den Arzt gegenüber der Krankenkasse treffende Vermögensbetreuungspflicht.

Indem Dr. S die Verordnungen der Medikamente in Kenntnis bzw. in Erwartung der Rückvergütungen (kick-back) vornahm, verstieß er demnach gegen die Vermögensbetreuungspflicht gegenüber der Krankenkasse, da die verordneten Medikamente um die gewährten Rabattanteile überteuert waren.

KK 89

cc) Missbrauch

Dr. S verfügt zwar wirksam über das Vermögen des Inhabers bzw. verpflichtet diesen nach außen hin bindend, jedoch tut er dies bestimmungswidrig. Die Befugnis des Verfügenden bzw. Verpflichtenden muss wirksam ausgeübt worden sein.

Hier begründet der Arzt als Vertreter der Krankenkasse eine Verbindlichkeit gegenüber dem Apotheker – vermittelt durch die Verrechnungsstelle –, nämlich die Zahlung des die Rückzahlung nicht berücksichtigenden Rechnungsbetrages für die Lieferung der Medikamente.

Der Arzt missbraucht demnach seine Vertretungsmacht, wenn er zu einem bestimmten Preis bestellt, sich aber den vom Hersteller gewährten Rabatt auszahlen lässt.

KK 90

dd) Vermögensnachteil – nicht berücksichtigter Rabatt

Der Nachteilsbegriff im Rahmen der Untreue deckt sich nach herrschender Meinung mit dem des Vermögensschadens beim Betrug. Ein Nachteil läge folglich vor, wenn der Arzt Dr. S. bei Vertragsschluss eine vom Wert der Gegenleistung nicht gedeckte, typischerweise in der Größenordnung der Rückzahlung überhöhte Zahlungspflicht der Krankenkasse vereinbart. Hier orientierten sich die Preise aber am marktüblichen Niveau, so dass kein Missverhältnis festzustellen ist. Genügt der Wert der Gegenleistung als Kompensation für den bei der Krankenkasse eintretenden Vermögensabfluss, so ist ein Nachteil jedoch auch dann zu bejahen, wenn die Bereitschaft der R-OHG bestand, den Vertrag mit der Krankenkasse auch zu einem um die Rückzahlung vermindertes Entgelt abzuschließen. Denn dann hatte die Krankenkasse bereits eine Anwartschaft inne, die in der Folge mangels Vertragsschluss zum niedrigeren Preis wieder entwertet wurde.

KK 91

ee) Ergänzende Hinweise

rechtliche Bewertung als Betrug des Kassenarztes zu Lasten der Krankenkasse über den Apotheker als Werkzeug §§ 263 Abs. 1, 25 Abs. 1 2. Alt StGB

- Diese Täuschung ist zeitlich der Untreuehandlung nachgelagert. Nach einer Meinung ist deshalb der Tatbestand gesperrt, nach anderer Auffassung eine mitbestrafte Nachtat anzunehmen. Idealkonkurrenz ist ausgeschlossen.
- systematischer Hinweis: Die Untreue stellt ein Sonderdelikt dar, so dass dieser Aspekt für die Beteiligung des Herstellers, den selbst keine Vermögensbetreuungspflicht trifft, relevant wird. Dieser kann nur Mittäter des Betrugers, nicht aber der Untreue sein.

KK 92

3. Risikogeschäfte

a) Allgemeines

Als Risikogeschäfte werden Handlungen des Vermögensbetreuungspflichtigen bezeichnet, die für den Treuegeber 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 vor bei Kreditvergaben, Warentermin- und Spekulationsgeschäften, Werbeinvestitionen oder Schmiergeldzahlungen.

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.

KK 93

c) Pflichtwidrigkeitsverletzung

aa) Fallgestaltungen

1. Das Eingehen eines Risikos ist von Seiten 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 nicht anzunehmen 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.

KK 94

bb) Ansätze zur Bestimmung der Grenzen des erlaubten Risikos

1. Anknüpfen an die abstrakte Wahrscheinlichkeit von Verlusten bzw. die Begrenzung auf sorgfältig kalkuliert 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. Umgehung von Zustimmungserfordernissen oder Unterlassen von 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.

KK 95

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 Vermögenszuwachs 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 in Ansatz gebracht, wobei letztlich doch eine Wertung im Einzelfall unter Heranziehung der konkreten, auslegungsbedürftigen Regeln des jeweiligen Betreuungsverhältnisses entscheidet.

cc) Zustimmung des Vermögensinhabers zu Risikogeschäften

Ein Einverständnis des Treuegebers (nicht jedoch eine nachträgliche Genehmigung) kann den Tatbestand der Untreue ausschließen. Eine Pflichtverletzung scheidet in diesen Fälle 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)
Muss auf der Grundlage umfassender und sachgerechter Informationen erfolgen.

d) Vermögensschaden

Der Vermögensschaden bei Risikogeschäften liegt in einer konkreten Vermögensgefährdung. Das Eintreten oder Ausbleiben eines realen Vermögensverlustes ist daher nach der 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 konkreten 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 Kreditvergabe 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 (*Schünemann* NStZ 2008, 430, 433). 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.

KK 98

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 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.

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.

KK 99

Literatur- und Rechtsprechungshinweise

zum kick-back:

BGHSt 49, 17 = BGH NJW 2004, 454

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

zu Risikogeschäften:

Achenbach/Ransiek/Seier S. 450 ff.

Hellmann/Beckemper S. 87 ff.

Schünemann NStZ 2008, 430 ff.