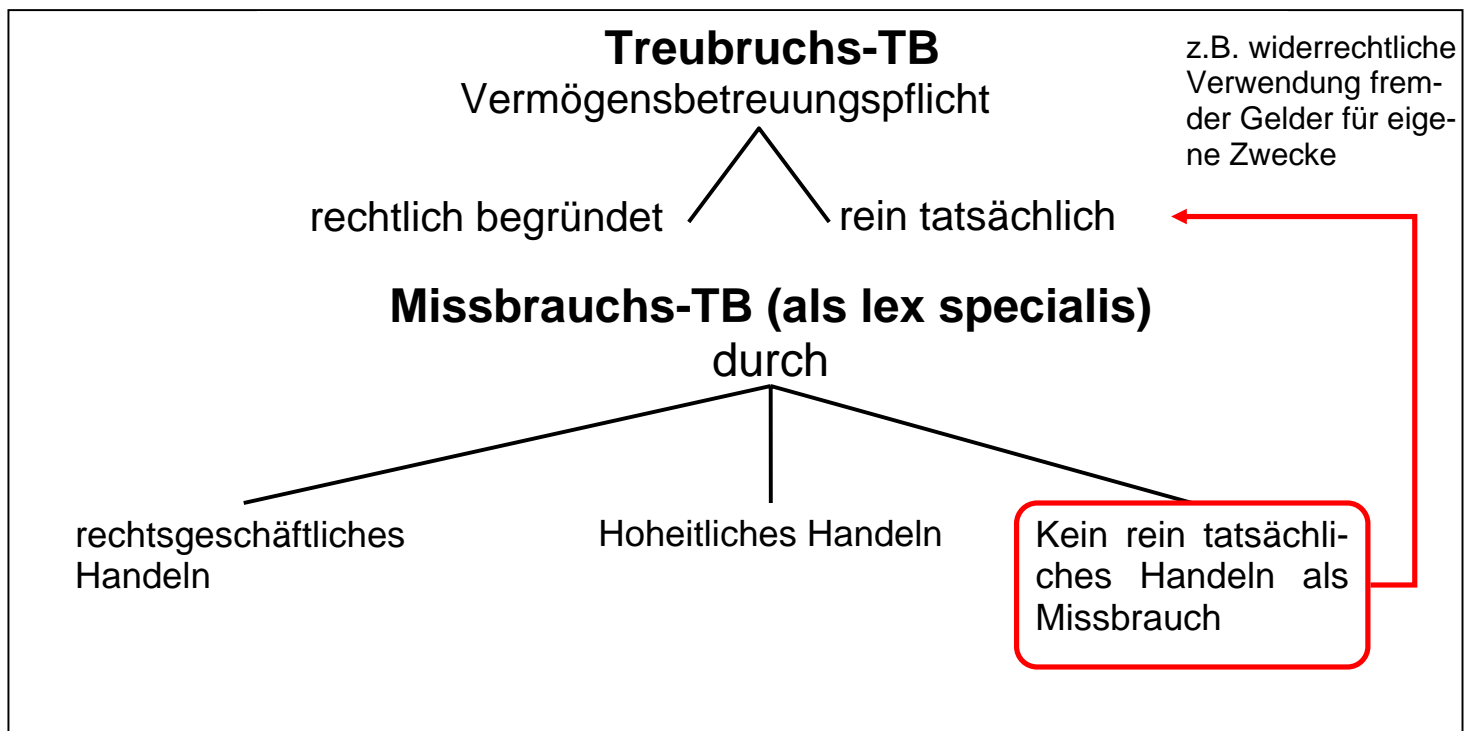


§ 40: Untreue (§ 266)

I. Aufbauschema des § 266 StGB

1. objektiver Tatbestand
  - a) Missbrauchstatbestand, § 266 I Alt. 1
    - Tathandlung: Missbrauch durch Überschreiten der Verpflichtungsbefugnis bzgl. fremden Vermögens
    - Treueverhältnis: (qualifizierte) Vermögensbetreuungspflicht
    - Taterfolg: Vermögensnachteil
  - b) Treubruchtatbestand, § 266 I Alt. 2
    - Treueverhältnis: (qualifizierte) Vermögensbetreuungspflicht
    - Tathandlung: Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht
    - Taterfolg: Vermögensnachteil
2. subjektiver Tatbestand: Vorsatz (jede Vorsatzart; dolus eventualis reicht aus)
3. RW und Schuld
4. § 266 II

KK 368

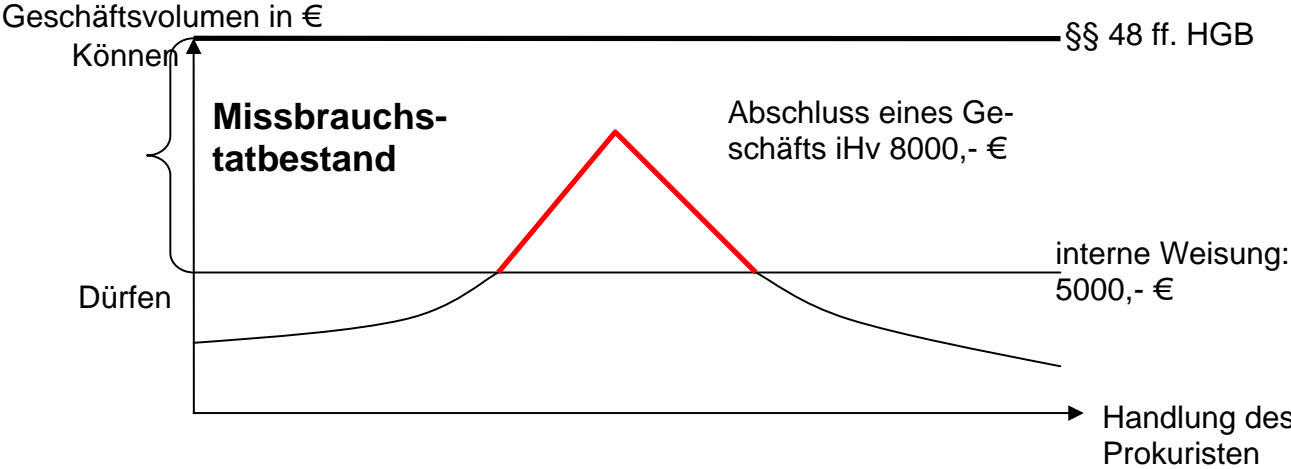
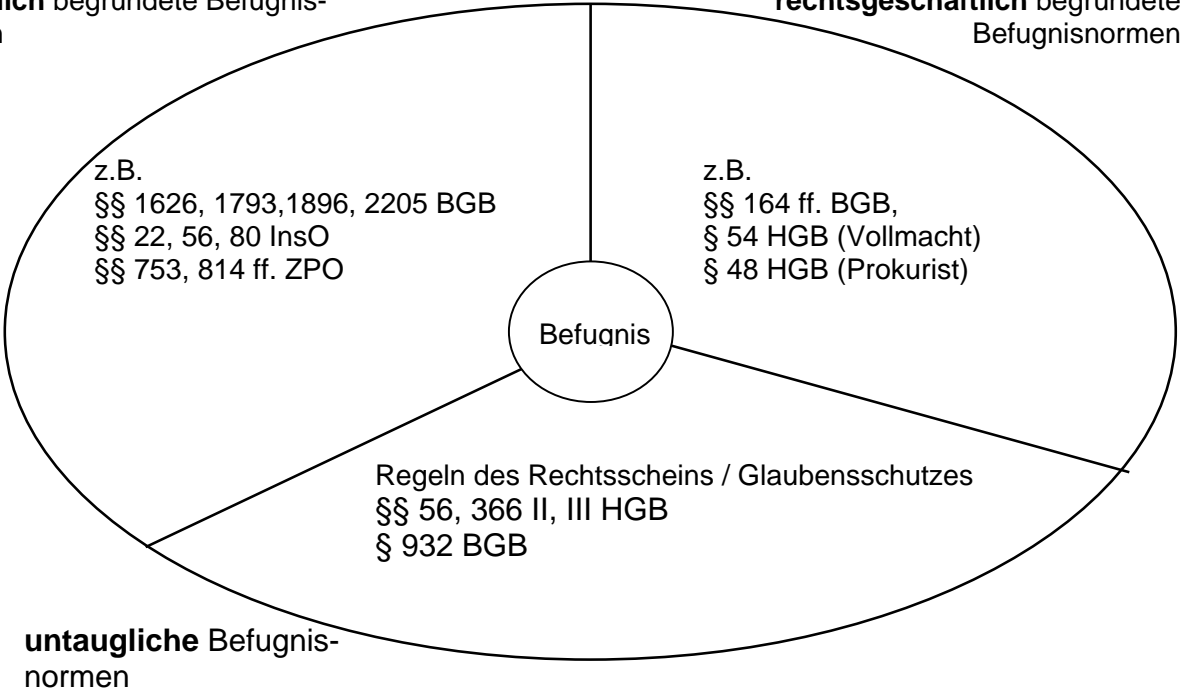


KK 369

**Missbrauchstatbestand**

**gesetzlich** begründete Befugnisnormen

**rechtsgeschäftlich** begründete Befugnisnormen



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

## II. Im Einzelnen

### 1. Verpflichtungs- und Verfügungsbefugnis über Vermögen

Die 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
- sofern die Vertretung nach den Regeln des Missbrauchs der Vertretungsmacht (Kollusion) unwirksam ist.

KK 372

### 2. Missbrauchshandlung

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 TBM „Missbrauch“. Die Zustimmung wirkt somit als Einverständnis tatbestandsausschließend und nicht erst als Einwilligung rechtfertigend (ganz hM, vgl. *Wessels/Hillenkamp* Rn.758 m.w.N. in Fn 35).

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 Einverständensein“ 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 iSd § 266 darstellt.

KK 373

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

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

**c) Vergabe von Krediten als Risikogeschäft**

Nach BGHSt. 47, 148 muss die Pflicht zur Bonitätsprüfung in gravierender Weise verletzt sein; anders der BGH für die Fälle der Vergabe einer Anerkennungsprämie, BGH NJW 2006, 522 (Mannesmann-Fall, vgl. dazu KK 386 ff.).

KK 374

**3. Tathandlung Treubruchtatbestand**

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. 11 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 betreuen 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 Missbrauchstatbestand des § 266 I Alt. 1 StGB auch

KK 375

von Seiten des Gesetzgebers das Erfordernis des Bruchs einer Vermögensbetreuungspflicht bemessen 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 nahe liegender Erstreckung der Vermögensbetreuungspflicht auf § 266 I Alt. 1 StGB.

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.

KK 376

**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.

#### **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. 19; a.A. *Sch/Sch/Lenckner/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* BT S. 379). So ist also nicht aus § 266 StGB strafbar, wer ihm übergebenes Falschgeld nicht absetzt. Strafbar aus § 266 StGB sei 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.

KK 377