

## 1. Teil: Einführung und Überblick

### § 6: Schutz des Vermögens III

#### 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   |

KK 98

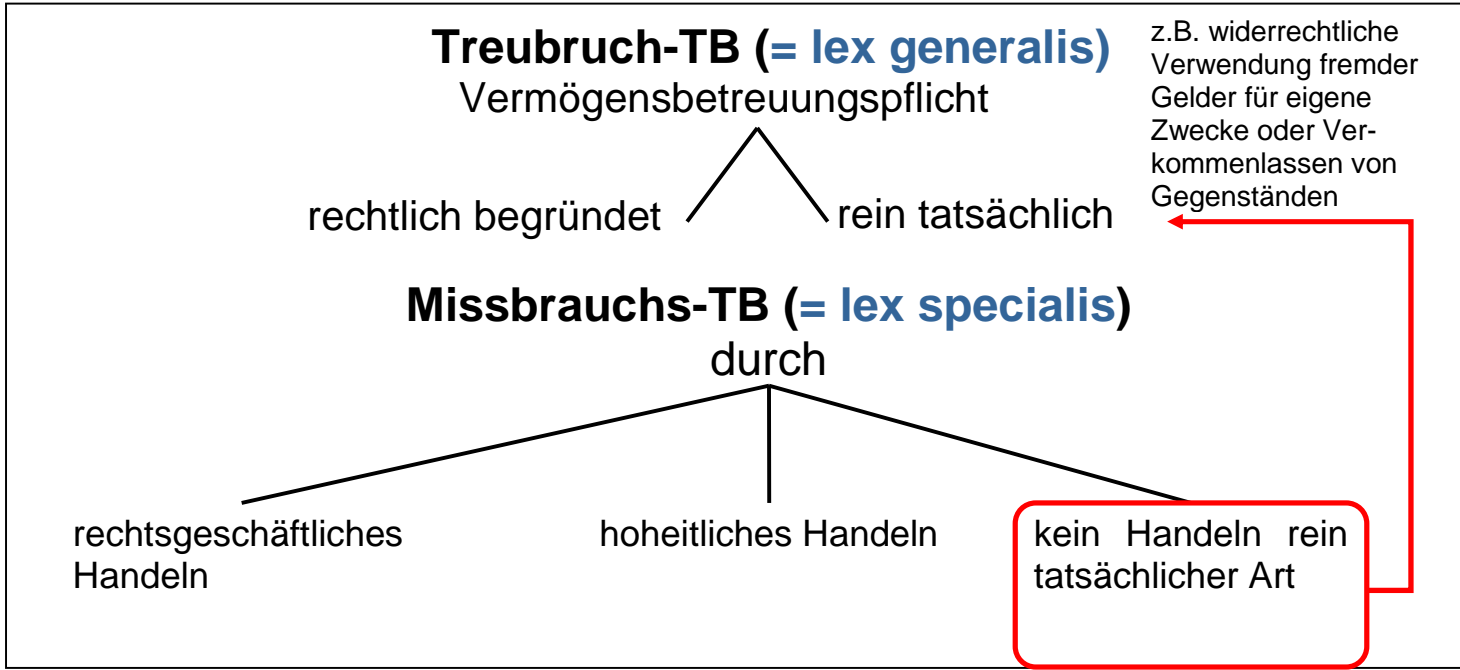
###### - *Treubruchtatbestand*, § 266 I Alt. 2

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

###### bb) Subjektiver Tatbestand:

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

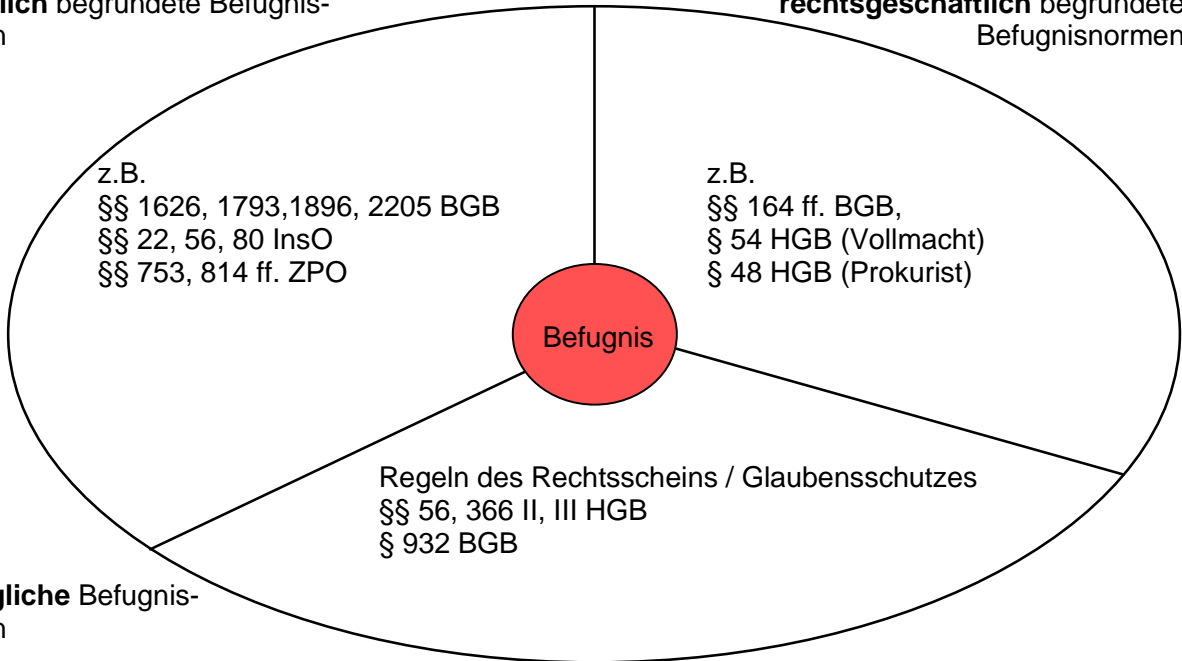
KK 99

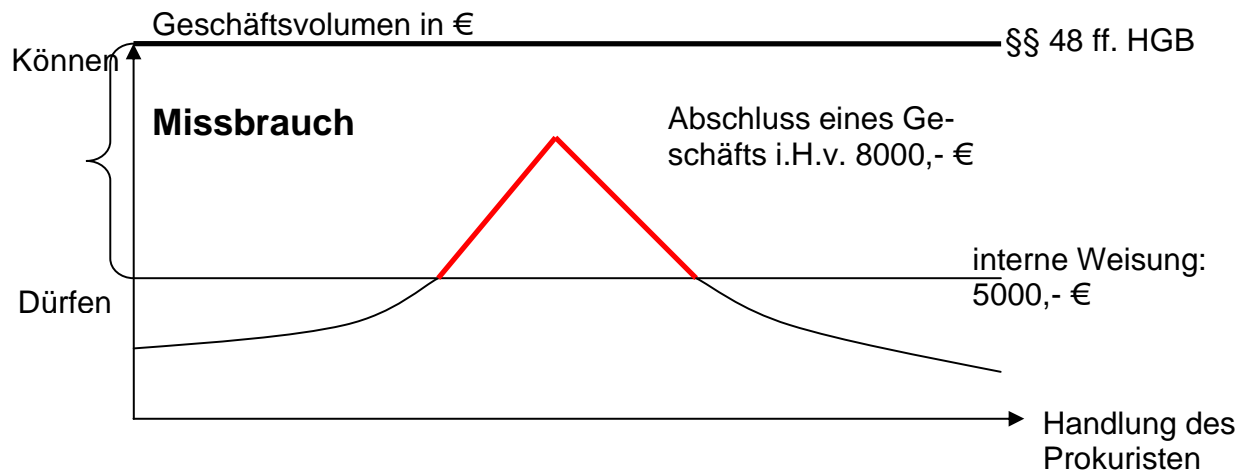


**b) Missbrauchstatbestand**

**gesetzlich** begründete Befugnisnormen

**rechtsgeschäftlich** begründete Befugnisnormen





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

KK 102

### 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: 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.

KK 103

## 2. kick-back

### a) Definition

Eine illegale, verborgene Zahlung im Gegenzug für die Empfehlung, die zu einer anderen Transaktion oder einem Vertragsabschluss führt. 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 zum 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.

KK 104

### 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.

KK 105

**d) Strafrechtliche Würdigung: Strafbarkeit des Dr. S wegen Untreue gem. § 266 I Alt. 1 StGB**

**aa) Verpflichtungsbefugnis, da als Vertreter der Krankenkasse gehandelt wurde, vgl. §§ 28 I, 31 I 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 der einzelnen Versicherten auf medizinische Versorgung konkretisiert. Indem der Arzt Medikamente auf Rezept verschreibt, erfüllt er die im Interesse der Krankenkasse liegende Aufgabe, gem. § 31 I SGB V ihre Mitglieder mit Arzneimitteln zu versorgen.

KK 106

§ 28 SGB V – Ärztliche und zahnärztliche Behandlung

Die ärztliche Behandlung umfasst die Tätigkeit des Arztes, die zur Verhütung, Früherkennung und Behandlung von Krankheiten nach den Regeln der ärztlichen Kunst ausreichend und zweckmäßig ist. ...

§ 31 SGB V – Arznei- und Verbandmittel

Versicherte haben Anspruch auf Versorgung mit apothekenpflichtigen Arzneimitteln, ...

**bb) Vermögensbetreuungspflicht, § 12 I 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 I 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

KK 107

der Krankenkasse, da die verordneten Medikamente um die gewährten Rabattanteile übersteuert waren.

### § 12 SGB V – Wirtschaftlichkeitsgebot

Die Leistungen müssen ausreichend, zweckmäßig und wirtschaftlich sein; sie dürfen das Maß des Notwendigen nicht überschreiten. Leistungen, die nicht notwendig oder unwirtschaftlich sind, können Versicherte nicht beanspruchen, dürfen die Leistungserbringer nicht bewirken und die Krankenkassen nicht bewilligen. ...

KK 108

### **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 109

#### 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 110

#### ee) Ergänzende Hinweise

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

Täuschung: Die Rspr. sieht in der die Rabatte (kick-back-Zahlungen) nicht berücksichtigenden Abrechnung der vollen Beträge gegenüber den Kostenträgern (kassenärztlichen Vereinigung) eine Täuschung durch schlüssiges Verhalten, da jede Abrechnung die stillschweigende Erklärung enthalte, dass die Kosten tatsächlich und endgültig angefallen waren.

Irrtum, Vermögensverfügung, Schaden: Aufgrund dieser Täuschung unterlag der Kostenträger auch einem Irrtum über die Höhe der auszugleichenden Abrechnung des Apothekers. In dem Ausgleich der abgerechneten Kosten von D durch die kassenärztliche Vereinigung liegt die Vermögensverfügung, die dann auch zu einem Vermögensschaden i.H. der gewährten – bei der Abrechnung unberücksichtigt gebliebenen – Rabatte führte.

- Die 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 Betruges, nicht aber der Untreue sein.

KK 111

### 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 demnach bei Kreditvergaben, Warentermin- und Spekulationsgeschäften, Werbeinvestitionen oder Schmiergeldzahlungen 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.

KK 112

#### 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 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 abzulehnen 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 113



## 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.

KK 114

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 (hohe Wahrscheinlichkeit, Auffangen der Gefahr des Einsatzverlustes) in Ansatz gebracht.

Letztlich wird jedoch eine Wertung im Einzelfall unter Heranziehung der konkreten, auslegungsbedürftigen Regeln des jeweiligen Betreuungsverhältnisses vorgenommen. Auch wenn dies im Einzelfall schwierig ist und eine gewisse Rechtsunsicherheit nach sich zieht, so 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. Zudem nimmt letzterer Ansatz die beiden ersteren in sich auf. Je weniger Vorgaben das konkrete Betreuungsverhältnis enthält, desto entscheidender werden objektive Kriterien, die zugunsten des Vermögensbetreuungspflichtigen jedoch eng auszulegen sind.

KK 115

### cc) 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:

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

KK 116

### d) Vermögensschaden

Der Vermögensschaden bei Risikogeschäften liegt in einer konkreten 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 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. 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.

Kritik an dieser Konstruktion eines bilanzrechtlich orientierten Modells der schädigenden Gefährdung haben *Beulke/Witzigmann* geübt. Nach ihrer Ansicht führt die Ermittlung des Schadens zum Zeitpunkt der riskanten Kreditgewährung mittels bilanzrechtlicher Aspekte zu dem vermeintlich ab-

KK 117

surden 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 quasinaturalistische 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 einem Kammerbeschluss vom 10.03.2009 die Auslegung des Nachteilsbegriffes dahin, dass 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 Geschädigtenvermögens darstellt (BVerfG NJW 2009, 2370 ff.).

In einem weiteren Beschluss des BVerfG vom 23. Juni 2010 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 Re-

KK 118

levanz 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.

KK 119

**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. In seinem Urteil vom 18.02.2009 betont der Senat, 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 (BGH NStZ 2009, 2390 ff.).

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 120

**Schlagwörter zur Wiederholung:**

- I. Aufbau des Untreuetatbestandes
- II. Voraussetzungen des Missbrauchstatbestandes
- III. Kick-back-Konstellationen
- IV. Risikogeschäfte – Pflichtverletzung, Vermögensschaden, Vorsatz

KK 121

---

**Literatur- und Rechtsprechungshinweise:**

**Probleme des Untreuetatbestandes:**

BVerfG NZG 2010, 1143-1156

Saliger NJW 2010, 3195-3198

Schünemann NStZ 2006, 196-203

Wessing/Krawczyk NZG 2010, 1121-1124

**Zum kick-back:**

BGHSt 49, 17 = BGH NJW 2004, 454-456

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

Saliger NJW 2006, 3377-3381

**Zu Risikogeschäften:**

Achenbach/Ransiek/Seier Handbuch Wirtschaftsstrafrecht S. 450 ff.

Beulke/Witzigmann JR 2008, 433 ff.

KK 122

Hellmann/Beckemper Wirtschaftsstrafrecht S. 87 ff.

Schünemann NStZ 2008, 430-434

KK 123