

Strafrecht Besonderer Teil II

Vermögensdelikte

Bearbeitet von

Prof. Dr. Dr. Eric Hilgendorf, Prof. Dr. Brian Valerius

1. Auflage 2017. Buch. XVII, 273 S. Kartoniert

ISBN 978 3 406 70720 9

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Strafrecht > Strafgesetzbuch](#)

Zu [Inhalts- und Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei



Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

keine Bereicherungsabsicht aufweisen. Es handelt sich bei der Untreue somit um ein Vermögensschädigungs-, nicht um ein (erfolgskupiertes) Vermögensverschiebungsdelikt.³

- 4 Beispiele für Untreue finden sich wegen der notwendigen Vermögensbetreuungspflicht (→ Rn. 20 ff.) insbesondere innerhalb von Vertrauens- oder Anstellungsverhältnissen, sei es bei einem Rechtsanwalt im Zusammenhang mit einem Konto, auf das ihm anvertraute Gelder der von ihm beratenen Parteien fließen (→ Rn. 24 und 35), bei dem Abschluss von Risikogeschäften durch den Geschäftsführer einer GmbH (→ Rn. 13) oder auch der Bildung einer schwarzen Kasse aus Firmengeldern (→ Rn. 35). Als Täter einer Untreue kommt aber auch der Vermieter in Betracht, der die Kauktion des Mieters entgegen § 551 Abs. 3 BGB nicht auf einem eigenen Sparkonto anlegt (→ Rn. 25).
- 5 Nach § 266 Abs. 2 StGB gelten für die Untreue die Geringwertigkeitsklausel des § 243 Abs. 2 StGB (→ § 3 Rn. 43 ff.), die Strafantragserfordernisse der §§ 247 und 248a StGB (→ § 2 Rn. 94 ff.) sowie die Regelbeispiele des § 263 Abs. 3 StGB (→ § 7 Rn. 165 ff.) entsprechend. Der Versuch des Vergehens der Untreue ist mangels gesetzlicher Bestimmung nicht strafbar.
- 6 § 266 StGB weist zwei Varianten der Tatbegehung auf, namentlich den Missbrauch der Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis (sog. *Missbrauchstatbestand*; Var. 1) sowie die Verletzung der Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen (sog. *Treubruchstatbestand*; Var. 2). Da sich der Satzteil „dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat“ nach hM auf beide Varianten bezieht, setzt allerdings auch der Missbrauchstatbestand eine Vermögensbetreuungspflicht voraus.⁴ Dies hat wegen des zusätzlichen Merkmals des Missbrauchs der Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis zur Folge, dass Var. 1 einen Spezialtatbestand gegenüber Var. 2 darstellt, der in Prüfungen gewöhnlich vorab erörtert wird.⁵

7

Prüfungsschema: Untreue (§ 266 StGB)

- I. Tatbestand
 1. Objektiver Tatbestand
 - a) Missbrauchstatbestand (Abs. 1 Var. 1) als lex specialis
 - (1) Missbrauch der Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis über fremdes Vermögen (→ Rn. 8 ff.)
 - (2) Vermögensbetreuungspflicht (→ Rn. 20 ff.)
 - (3) dadurch Vermögensnachteil (→ Rn. 29 ff.)
 - b) Treubruchstatbestand (Abs. 1 Var. 2)
 - (1) Verletzung (→ Rn. 17 ff.) der Vermögensbetreuungspflicht
 - (2) dadurch Vermögensnachteil
 2. Subjektiver Tatbestand

II. Rechtswidrigkeit

III. Schuld

IV. ggf. Strafzumessung, insbesondere § 266 Abs. 2 iVm § 263 Abs. 3 Satz 2, § 243 Abs. 2 StGB

V. ggf. Strafantrag nach § 266 Abs. 2 iVm § 247 oder § 248a StGB

³ Eisele BT II Rn. 856; Kindhäuser BT II § 34 Rn. 1; Rengier BT I § 18 Rn. 1.

⁴ BGHSt 33, 244 (250); 50, 331 (342); Rengier BT I § 18 Rn. 3 und 14; Wessels/Hillenkamp Rn. 749 f.; näher zum Meinungsstreit Kindhäuser BT II § 34 Rn. 3 ff.; kritisch Otto BT § 54 Rn. 8 ff.

⁵ Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf § 22 Rn. 79 f.; Eisele BT II Rn. 856; Rengier BT I § 18 Rn. 4.

II. Objektiver Tatbestand

1. Missbrauchstatbestand (Abs. 1 Var. 1)

Der Missbrauchstatbestand setzt die Befugnis des Täters voraus, über *fremdes Vermögen* zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten. Zum Vermögen darf auf die Ausführungen zum Betrug (→ § 7 Rn. 67 ff.) verwiesen werden. Die Fremdheit des Vermögens bestimmt sich nach dem Zivilrecht.⁶

Die *Befugnis* des Täters, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, muss ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumt sein. Erforderlich ist eine *Rechtsmacht* des Täters, aufgrund derer er wirksam fremde Vermögensrechte aufheben, übertragen, belasten oder ändern (zB eine Sache übereignen oder ein Grundpfandrecht bestellen) oder entsprechende Verbindlichkeiten (zB durch den Abschluss eines Vertrags) begründen kann.⁷

Durch *Gesetz* ist unter anderem Eltern für ihre Kinder (§§ 1626 ff. BGB), Vormündern für ihre Mündel (§§ 1773 ff. BGB) und Betreuern gegenüber ihren Betreuten (§§ 1896 ff. BGB), Insolvenzverwaltern gegenüber Insolvenzschuldner (§ 80 Abs. 1 InsO), Testamentsvollstreckern für Erben und Vermächtnisnehmer (§§ 2197 ff. BGB) sowie Gerichtsvollziehern (§§ 753 ff. ZPO) für den Vollstreckungsgläubiger⁸ die Verfügungs- bzw. Verpflichtungsbefugnis eingeräumt. Bei Amtsträgern (zB staatlich bestellten Treuhändern) beruht diese Befugnis auf einem *behördlichen Auftrag*. Am bedeutendsten ist die Erteilung einer Befugnis durch *Rechtsgeschäft* wie insbesondere durch Vollmacht (§§ 164 ff. BGB), durch Prokura (§§ 48 ff. HGB) oder Handlungsvollmacht (§ 54 HGB) oder durch Verfügungsermächtigung nach § 185 BGB. Auch die Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers einer GmbH (§§ 35 ff. GmbHG) oder des Vorstands einer Aktiengesellschaft (§§ 78 ff. AktG) beruht letztlich auf deren vorherige Bestellung durch Rechtsgeschäft.⁹

Seine *Befugnismissbraucht*, wer im Außenverhältnis durchaus wirksam, dh im Rahmen seiner ihm eingeräumten Vertretungsmacht handelt, entgegenstehende Weisungen im Innenverhältnis dabei indessen außer Acht lässt. Der Täter bewegt sich somit zwar im Rahmen seines rechtlichen Könnens im Außenverhältnis, überschreitet dabei aber sein rechtliches Dürfen im Innenverhältnis.¹⁰ Möglich ist auch ein Missbrauch durch Unterlassen, wenn dem Unterlassen ausnahmsweise (wie zB beim Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben) eine Rechtswirkung nach außen zuteilwird. Die erforderliche Beschützergarantenstellung lässt sich dem Merkmal der Vermögensbetreuungspflicht entnehmen.¹¹

Beispiel:¹² A ist Vertriebsleiter des Unternehmens X, das Supermärkte und Online-Shops mit Computern und Computerzubehör beliefert. In dieser Funktion ist A vor allem für Verhandlungen und den Abschluss von Verträgen mit Großkunden zuständig. Aufgrund einer Handlungsvollmacht im Sinne des § 54 HGB ist er bevollmächtigt, im Außenverhältnis wirksam Verträge abzuschließen. Im Innenverhältnis muss er hingegen die Vertrags-

12

⁶ Kindhäuser BT II § 34 Rn. 8.

⁷ Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf § 22 Rn. 12; Eisele BT II Rn. 859.

⁸ Siehe hierzu etwa BGHSt 13, 274 (276); BGH NStZ 2011, 281 (282); ferner BGH NStZ-RR 2013, 344 (345).

⁹ Eisele BT II Rn. 861; Rengier BT I § 18 Rn. 7, die insoweit auch eine auf Gesetz beruhende Befugnis erwägen.

¹⁰ BGHSt 5, 61 (63)Eisele BT II Rn. 863; Jäger BT Rn. 389; Kindhäuser BT II § 34 Rn. 11.

¹¹ Fischer § 266 Rn. 32; Wessels/Hillenkamp Rn. 765; BeckOK StGB/Wittig § 266 Rn. 15; siehe auch BGHSt 52, 182 (189).

¹² Angelehnt an BGH NStZ 2011, 280.

angebote mit dem Geschäftsführer G abstimmen. Nach dessen Vorgaben soll vor allem nicht unter dem Einkaufspreis verkauft werden. A schließt gleichwohl einen Kaufvertrag ohne Rücksprache mit G zu einem unter dem Einkaufspreis liegenden Verkaufspreis ab.

A verwirklicht den Missbrauchstatbestand des § 266 Abs. 1 Var. 1 StGB. Zwar hat er im Außenverhältnis einen wirksamen Kaufvertrag abgeschlossen. Wegen Missachtung der internen Beschränkung seiner Vollmacht verstößt er jedoch gegen seine Pflichten im Innenverhältnis.

- 13 Nicht stets lässt sich ohne Weiteres klären, wie weit das rechtliche Dürfen im Innenverhältnis reicht. Insbesondere bei sog. *Risikogeschäften*, mit deren Vornahme für den Treugeber die gesteigerte Gefahr eines Vermögensverlusts einhergeht, hängt es von den Umständen des Einzelfalls, nicht zuletzt privatrechtlichen Vorschriften ab, welche Geschäfte noch von der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit gedeckt sind.¹³
- 14 Aus der obigen Definition des Missbrauchs (→ Rn. 11) folgt zweierlei: Zum einen kann den Missbrauchstatbestand von vornherein nicht verwirklichen, wer sich im Rahmen seiner Befugnisse im *Innenverhältnis* bewegt;¹⁴ zum Einverständnis des Vermögensinhabers → Rn. 26 ff. Zum anderen kann von einem Missbrauch nur die Rede sein, wenn die vorgenommene Verpflichtung bzw. Verfügung im *Außenverhältnis* gerade aufgrund einer entsprechenden Ermächtigung rechtlich wirksam ist.¹⁵
- 15 Der Missbrauchstatbestand scheidet demzufolge aus, wenn das getätigte Verpflichtungs- bzw. Verfügungsgeschäft im Außenverhältnis überhaupt *nicht wirksam* ist, zB weil der Täter ohne Vertretungsmacht handelt oder seine ihm eingeräumte Vertretungsmacht überschreitet.¹⁶ Ebenso fehlt es bei kollusivem Zusammenwirken mit dem Geschäftspartner an einem rechtswirksamen Handeln.¹⁷ In Betracht kommt dann jeweils eine Verwirklichung des Treubruchstatbestandes nach Var. 2.
- 16 Ist das vorgenommene Rechtsgeschäft nach außen wirksam, muss dies gerade auf der bestehenden *Ermächtigung* beruhen. Sofern sich die Wirksamkeit des Geschäfts lediglich nach den Grundsätzen der Duldungs- oder Anscheinsvollmacht ergibt, kommt die Missbrauchsalternative nicht in Betracht.¹⁸ Eine im Innenverhältnis erloschene Vollmacht, die gemäß § 170 BGB im Außenverhältnis fortwirkt, soll hingegen ausreichen.¹⁹ Ebenso wenig genügt die Wirksamkeit des Geschäfts aufgrund von Schuldnerschutzvorschriften wie§ 407 BGB oder aufgrund eines gutgläubigen Erwerbs nach §§ 932 ff. BGB.²⁰ In diesen Fällen ist wiederum nur der Treubruchstatbestand nach Var. 2 denkbar.

2. Treubruchstatbestand (Abs. 1 Var. 2)

- 17 Beim Treubruchstatbestand muss der Täter seine *Pflicht verletzen*, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen. Auf welche Weise die Treuepflicht verletzt wird,

¹³ Zur Kreditvergabe als Risikogeschäft etwa BGHSt 46, 30 (34); 47, 148 (149 ff.).

¹⁴ Eisele BT II Rn. 864; Kindhäuser BT II § 34 Rn. 25.

¹⁵ Kindhäuser BT II § 34 Rn. 12.

¹⁶ Eisele BT II Rn. 871; Kindhäuser BT II § 34 Rn. 23.

¹⁷ BGHSt 50, 299 (314)Eisele BT II Rn. 873; Rengier BT I § 18 Rn. 9.

¹⁸ BGH wistra 1992, 66 (66); NK-StGB/Kindhäuser § 266 Rn. 88; Rengier BT I § 18 Rn. 8.

¹⁹ OLG Koblenz NStZ 2012, 330 (330 f.); OLG Stuttgart NStZ 1985, 365 (36)Kindhäuser BT II § 34 Rn. 13.

²⁰ BGHSt 5, 61 (62 f.)Eisele BT II Rn. 874.

II. Objektiver Tatbestand

DIE FACHBUCHHANDLUNG¹⁴¹

ist unerheblich. Insbesondere genugt jeder tatsächliche Zugriff auf das zu schützende Vermögen. Außerdem kann der Tatbestand sowohl durch aktives Tun als auch durch Unterlassen (zB durch die nicht vorgenommene zinsbringende Anlage anvertrauter Gelder, die unterbliebene Weiterleitung von für einen Mandanten angenommenen Geldern²¹ oder die fehlende Verhinderung des Eintritts der Verjährung durch einen Rechtsanwalt²² oder die unterbliebene Annahme eines günstige(re)n Geschäftsabschlusses²³) verwirklicht werden.

Auch die Vermögensbetreuungspflicht beim Treubruchstatbestand kann entweder auf *Gesetz*, 18 einem *behördlichen Auftrag* oder einem *Rechtsgeschäft* beruhen (siehe insoweit zum Missbrauchstatbestand → Rn. 10). Darüber hinaus kann sich die Pflicht aus jedem *Treueverhältnis* ergeben, bei dem der Treupflichtige eine tatsächliche Herrschaftsmacht über das fremde Vermögen innehat. Auch fortbestehende Treupflichten aus erloschenen Rechtsverhältnissen vermögensfürsorglicher Art (zB nach bereits abgeschlossenem zivilrechtlichen Auftrag, nach beendetem Arbeitsverhältnis oder nach Amtsenthebung) sind erfasst.²⁴

Nach hM können auch *Vereinbarungen mit gesetzes- bzw. sittenwidrigem Zweck*, 19 die nach § 134 bzw. § 138 BGB nichtig sind, ein faktisches Treueverhältnis begründen. Wer durch aktives Tun einen Vermögensnachteil herbeiführt (zB durch Veruntreugung von Geldern, die zur Verfolgung gesetzeswidriger Zwecke übergeben wurden), kann daher eine Untreue begangen. Ansonsten drohe vor allem in kriminellen Umfeldern ein strafrechtsfreier Raum, obwohl auch Eigentum und Besitz Vermögensbestandteile sind, welche die Rechtsordnung schützt (vgl. die Ausführungen zum Betrug → § 7 Rn. 80 f.).²⁵ Die Gegenansicht lehnt dies ab, da das Strafrecht keine Rechtsverhältnisse schützen könne, die das Zivilrecht missbillige, widersprüche dies doch dem Prinzip der Einheit der Rechtsordnung.²⁶ Unstreitig steht keine Strafbarkeit wegen Untreue im Raum, wenn jemand eine zwar vereinbarte, aber gesetzes- oder sittenwidrige Pflicht nicht erfüllt.²⁷

3. Vermögensbetreuungspflicht

Gemeinsames Merkmal des Missbrauchs- und des Treubruchstatbestandes ist nach 20 hM (→ Rn. 6) die Vermögensbetreuungspflicht. An dieses Merkmal werden, nicht zuletzt um den Anwendungsbereich der Untreue zu begrenzen, einschränkende Anforderungen gestellt. Für die Bestimmung der Vermögensbetreuungspflicht sind Inhalt und Umfang der sog. Treuabrede maßgeblich, wie sie sich aus dem zugrunde liegenden rechtlichen Verhältnis, den getroffenen Vereinbarungen und deren Auslegung ergibt.²⁸ Zudem kann nach der Rechtsprechung in der Regel nur ein Verstoß gegen – zumindest mittelbar – vermögensschützenden Vorschriften pflichtwidrig im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB sein.²⁹ Besteht eine Vermögensbetreuungspflicht, muss der Täter auch gerade diese Pflicht verletzen. Bloße Schuldnerpflichten (wie zB die

²¹ Siehe hierzu BGH NStZ 2015, 517 (519).

²² Siehe hierzu BGH NJW 1983, 461.

²³ Siehe hierzu BGH NStZ 2010, 502 (503) im Zusammenhang mit einer sog. Kick-Back-Zahlung.

²⁴ BGH NStZ-RR 2013, 344 (345); Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf § 22 Rn. 52; Eisele BT II Rn. 885; Rengier BT I § 18 Rn. 31.

²⁵ BGHSt 8, 254 (256 ff.); BGH NStZ-RR 1999, 184 (185 f.); Rengier BT I § 18 Rn. 32; Wessels/Hillenkamp Rn. 774.

²⁶ Eisele BT II Rn. 888; Kindhäuser BT II § 34 Rn. 35; Maurach/Schroeder/Maiwald BT 1 § 45 Rn. 28.

²⁷ BGHSt 8, 254 (258); Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf § 22 Rn. 55; Eisele BT II Rn. 887; Schönke/Schröder/Perron § 266 Rn. 31; Wessels/Hillenkamp Rn. 774.

²⁸ BGHSt 47, 295 (297).

²⁹ BGHSt 55, 288 (300 f.); 56, 203 (211).

Rückzahlung von anvertrautem Geld nach Vertragsbeendigung) zu missachten, genügt nicht.³⁰

- 21 Bei der Vermögensbetreuungspflicht muss es sich zum einen um den *Hauptgegenstand* der Rechtsbeziehung zwischen Täter und Geschädigtem handeln. Die Vermögensbetreuungspflicht muss demnach typischer und wesentlicher Inhalt einer *fremdnützige* ausgerichteten Geschäftsbesorgung sein. Bloße Nebenpflichten wie die allgemeine Pflicht, sich vertragsgemäß zu verhalten und die Rechtsgüter des Vertragspartners nicht zu beeinträchtigen, genügen nicht.³¹
- 22 Bei *Austauschverhältnissen* kann von einer Vermögensbetreuungs- als Hauptpflicht nur gesprochen werden, wenn die geschuldete Leistung des Täters (wie zB bei Anlageberatungsverträgen) gerade in der Betreuung des fremden Vermögens besteht. Insbesondere typische synallagmatische Austauschverhältnisse wie zB Kauf-, Werk- oder Arbeitsverträge sind hingegen durch ein eigennütziges Handeln geprägt, da jeder Vertragspartner seine Leistung gewöhnlich um des eigenen Vorteils willen erbringt, und begründen daher in der Regel keine Vermögensbetreuungspflicht.³² Auch Sicherungsverträgen (zB der Vereinbarung eines Eigentumsvorbehals oder einer Sicherungsübereignung) kann grundsätzlich keine besondere Vermögensbetreuungspflicht entnommen werden.³³
- 23 Zum anderen muss dem Täter Raum für eigenverantwortliche Entscheidungen und eine gewisse *Selbstständigkeit* zugestanden werden. Ob dies der Fall ist, richtet sich neben der Weite des zugestandenen Spielraums auch nach dem Fehlen von Kontrolle, dh nach den tatsächlichen Möglichkeiten des Täters, ohne eine gleichzeitige Steuerung und Überwachung durch den Treugeber auf dessen Vermögen zuzugreifen.³⁴ Von der notwendigen *Selbstständigkeit* ist nicht auszugehen, wenn jemand untergeordnete, mechanische oder Tätigkeiten nach festen Vorgaben verrichtet (zB Boten, Verkaufspersonal, Sekretariate).³⁵

24

Beispiele:

- Den für die Vermögensbetreuungspflicht erforderlichen Entscheidungsspielraum haben in der Regel die gesetzlichen Vertreter sowie die rechtsgeschäftlichen Vertreter von Personen- und Kapitalgesellschaften wie zB Geschäftsführer einer GmbH, Vorstände einer AG oder auch Prokuristen und Handelsvertreter. Einer Vermögensbetreuungspflicht können ferner Angehörige von Berufen unterliegen, denen typischerweise fremdes Vermögen anvertraut wird (zB Rechtsanwälte, Notare, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer), sowie allein verantwortliche Kassierer, die etwa die Einnahmen kontrollieren, Bücher führen, Quittungen erteilen und Wechselgeld herausgeben müssen.³⁶
- 25 – Umstritten ist die Vermögensbetreuungspflicht des Vermieters im Hinblick auf die *Mietkaution*. Insoweit soll nach der Rechtsprechung bei der Wohnraummiete aus der gesetzlichen Pflicht des Vermieters, Mietkautionen gesondert anzulegen (§ 551 Abs. 3 BGB), eine Vermögensbetreuungspflicht abzuleiten sein. Schließlich bestehe deshalb – ähnlich wie bei Notaren, Rechtsanwälten und Steuerberatern – ein treuhänderisches Verhältnis zwischen Vermieter und Mieter.³⁷ Die Einzahlung der Mietkaution auf ein

³⁰ BGH NStZ 1986, 361 (362); OLG Hamm NStZ-RR 2000, 236 (237)*Eisele* BT II Rn. 898.

³¹ BGHSt 22, 190 (191); 28, 20 (23);*Eisele* BT II Rn. 890; *Kindhäuser* BT II § 34 Rn. 30; *Wessels/Hillenkamp* Rn. 770.

³² *Eisele* BT II Rn. 890; NK-StGB/*Kindhäuser* § 266 Rn. 45.

³³ BGHSt 22, 190 (191 f.); BGH wistra 1987, 136 (137);*Eisele* BT II Rn. 891; *Rengier* BT I § 18 Rn. 25; zu einer Ausnahme siehe BGHSt 5, 61 (63 f.).

³⁴ BGH wistra 2008, 427 (428); NStZ 2013, 407 (407);*Kindhäuser* BT II § 34 Rn. 31.

³⁵ *Rengier* BT I § 18 Rn. 20; siehe hierzu auch BGHSt 3, 289 (293 f.).

³⁶ BGHSt 13, 315 (319); BGH wistra 1989, 60 (61); siehe ferner BGH NStZ 1983, 455; weitere Beispiele bei *Kindhäuser* BT II § 34 Rn. 37; *Rengier* BT I § 18 Rn. 21 ff.

³⁷ BGHSt 41, 224 (227 ff.); 52, 182 (184);*Rengier* BT I § 18 Rn. 26.

allgemeines Girokonto kann daher den Tatbestand der Untreue erfüllen, wenn daraus ein Vermögensnachteil (ggf. auch in der Gestalt eines Gefährdungsschadens) entsteht, zB wenn Privatgläubiger des Vermieters auf das Konto zuzugreifen drohen.³⁸ Nach aA trifft den Vermieter keine Vermögensbetreuungspflicht bzgl. der Mietkaution, deren Vereinbarung und Gewährung in erster Linie das somit dominierende Sicherungsinteresse des Vermieters befriedige.³⁹

Eine Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht scheidet von vornherein aus, wenn das fragliche Verhalten mit Wissen und Willen des Inhabers des geschützten Vermögens geschieht. Eine solche Zustimmung wirkt daher als *tatbestandsausschließendes Einverständnis*.⁴⁰ Da das Einverständnis den Pflichtenkreis des Täters bestimmt, kommt ihm aber – anders als etwa beim Diebstahl oder beim Hausfriedensbruch – nicht nur ein tatsächlicher, sondern ein normativer Charakter zu. Für die Wirksamkeit werden daher die Voraussetzungen der rechtfertigenden Einwilligung herangezogen. Insbesondere stehen Willensmängel der Wirksamkeit der Zustimmung entgegen.⁴¹

Viele Entscheidungen des BGH betreffen Veruntreuungen durch *Geschäftsführer einer GmbH*.⁴² Ist der Geschäftsführer wirksam zum Vertreter für die GmbH als juristische Person bestellt, ist er tauglicher Täter des Missbrauchstatbestandes nach Var. 1. Für den nicht wirksam bestellten sowie für den sog. faktischen Geschäftsführer kommt nur der Treubruchstatbestand nach Var. 2 in Betracht.⁴³

Ein wirksames Einverständnis können für die GmbH nur die Gesellschafter abgeben. Gemäß § 6 Abs. 3 Satz 1 GmbHG können auch Gesellschafter zu Geschäftsführern bestellt werden, die in diesem Fall ihr eigenes Verhalten für die GmbH als Gesellschafter grundsätzlich stillschweigend absegnen können. Allerdings ist zu beachten, dass es sich bei der GmbH um eine eigene Rechtspersönlichkeit mit eigenem Vermögen (§ 13 Abs. 1 GmbHG) handelt, die als Wirtschaftssubjekt im Geschäftsverkehr mit eigenen Rechten und Pflichten agiert. Es muss daher gewährleistet sein, dass die Gesellschaft die Essentialien einhält, die für das Funktionieren des Wirtschaftskreislaufs unerlässlich sind und auf die der Rechtsverkehr vertrauen können muss. Selbst der *Geschäftsführer und Alleingesellschafter in Personalunion* darf daher nicht unbegrenzt über das Vermögen der GmbH verfügen. Die Dispositionsbefugnis fehlt vielmehr nach hM bei Vermögensverfügungen, die entweder unter Verletzung der §§ 30 ff. GmbHG das Stammkapital der Gesellschaft beeinträchtigen oder sonst die wirtschaftliche Existenz der Gesellschaft konkret gefährden (sog. *existenzgefährdender Eingriff*), indem sie zB die GmbH (weiter) überschulden oder deren Liquidität gefährden.⁴⁴ Unumstritten ist diese Ansicht allerdings nicht, handelt es sich bei den Gesellschaftern zumindest um die wirtschaftlichen Eigentümer der GmbH und sind die Interessen der Gläubiger, deren Schutz die hM letztlich dient, hinreichend durch die §§ 283 ff., 288 StGB geschützt.

4. Vermögensnachteil

Für den Vermögensnachteil im Sinne des § 266 StGB gelten im Wesentlichen dieselben Ausführungen wie zum *Vermögensschaden* bei § 263 StGB (→ § 7 Rn. 83 ff.).

³⁸ BGHSt 52, 182 (188 f.).

³⁹ OLG Düsseldorf NJW 1989, 1171; wistra 1994, 33 (33); MüKoStGB/Dierlamm § 266 Rn. 124; kritisch auch *Kindhäuser* BT II § 34 Rn. 39.

⁴⁰ BGHSt 50, 331 (342); 55, 266 (278); *Rengier* BT I § 18 Rn. 39.

⁴¹ *Eisele* BT II Rn. 865; *Wessels/Hillenkamp* Rn. 758.

⁴² Siehe nur BGHSt 49, 147 (157 ff.); 54, 52 (57 ff.); BGH NJW 2000, 154; NStZ 2009, 153; ausführlich *Rengier* BT I § 18 Rn. 40 ff.

⁴³ BGH NStZ 1999, 558 (558); *Rengier* BT I § 18 Rn. 41.

⁴⁴ BGHSt 49, 147 (158 f.); 54, 52 (57 f.); BGH NJW 2000, 154 (155); *Kindhäuser* BT II § 34 Rn. 18.

⁴⁵ *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf* § 22 Rn. 71a; *Eisele* BT II Rn. 868; *Fischer* § 266 Rn. 99.

DIE FACHBUCHHANDLUNG

Der Vermögensnachteil muss auf der Pflichtverletzung des Täters beruhen.⁴⁶ Bei einer Untreue durch pflichtwidrig unterlassene Vermögensmehrung wird auf den Verlust einer vermögenswerten Expektanz abgestellt, wenn das pflichtgemäße Handeln des Täters mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit das Vermögen vergrößert hätte.⁴⁷ Schon nach dem Wortlaut der Norm sind nur Nachteile bei dem betreuten Vermögen für die Untreue von Bedeutung. Das von der Vermögensbetreuungspflicht erfasste und das geschädigte Vermögen müssen somit identisch sein.⁴⁸

- 30 Auch bei der Untreue ist zur Bestimmung des Vermögensnachteils nach hM eine wirtschaftliche Perspektive anzulegen. Demnach genügt – wie beim Betrug (→ § 7 Rn. 97) – für den Vermögensnachteil grundsätzlich bereits ein sog. *Gefährdungsschaden*.⁴⁹ Dies wird allerdings zunehmend kritisch betrachtet, droht die dadurch erfolgte Vorverlagerung des Vollendungszeitpunktes doch bei der Untreue – anders als beim Betrug – die fehlende Versuchsstrafbarkeit zu umgehen und setzt die Untreue zudem kein der Bereicherungsabsicht entsprechendes Merkmal im subjektiven Tatbestand voraus.⁵⁰ An die Annahme eines Vermögensnachteils in Gestalt eines Gefährdungsschadens werden daher zum Teil strenge Anforderungen gestellt.⁵¹ Zu restriktiven Ansätzen im subjektiven Tatbestand → Rn. 37.
- 31 Nach der Rechtsprechung des BVerfG haben die Gerichte ebenso bei der Untreue – abgesehen von einfach gelagerten und eindeutigen Fällen (zB bei einem ohne weiteres greifbaren Mindestschaden) – den Vermögensnachteil der Höhe nach zu beziffern und dessen Ermittlung in wirtschaftlich nachvollziehbarer Weise in den Urteilsgründen darzulegen (sog. *Bezifferungsverbot*).⁵² Soweit Unsicherheiten verbleiben, ist unter Beachtung des Zweifelssatzes der (Mindest-)Schaden zu schätzen.⁵³ Normative Erwägungen können bei der Feststellung des Vermögensnachteils zwar durchaus eine Rolle spielen, dürfen aber wirtschaftliche Überlegungen nicht verdrängen.⁵⁴ Werden diese eigenständigen Feststellungen nicht getroffen, droht das Nachteils- in dem Pflichtwidrigkeitsmerkmal aufzugehen und mit diesem verschliffen zu werden (sog. *Verschleifungsverbot*).⁵⁵
- 32 Wiederum ähnlich wie beim Betrug (→ § 7 Rn. 65 und 85) ist bei dem Vermögensnachteil der Untreue grundsätzlich ein *Unmittelbarkeitskriterium* in zweifacher Hinsicht zu berücksichtigen. Zum einen muss der Vermögensnachteil unmittelbar auf der treuwidrigen Handlung beruhen.⁵⁶
- 33 Zum anderen ist das Unmittelbarkeitskriterium heranzuziehen, wenn das betroffene Vermögen aufgrund des treuwidrigen Verhaltens außer einer Einbuße auch einen Zufluss erfährt. Eine *Kompensation* kommt grundsätzlich nur dann in Betracht, wenn sich der Zufluss ebenfalls unmittelbar auf die Tathandlung zurückführen lässt, die Untreuehandlung selbst Vorteil und Nachteil zugleich hervorbringt.⁵⁷ Insbesondere erst später erbrachte Schadenswiedergutmachungen lassen den bereits einge-

⁴⁶ BGHSt 43, 293 (297); *Kindhäuser* BT II § 34 Rn. 42; *Wessels/Hillenkamp* Rn. 767.

⁴⁷ OLG Bremen NStZ 1989, 228 (229); *Rengier* BT I § 18 Rn. 54.

⁴⁸ *Rengier* BT I § 18 Rn. 50.

⁴⁹ *Rengier* BT I § 18 Rn. 49; *Wessels/Hillenkamp* Rn. 776.

⁵⁰ BGHSt 51, 100 (121); *Eisele* BT II Rn. 903.

⁵¹ *Eisele* BT II Rn. 907.

⁵² BVerfGE 126, 170 (211); BVerfG NJW 2013, 365 (366).

⁵³ BVerfGE 126, 170 (212).

⁵⁴ BVerfGE 126, 170 (212); BVerfG NJW 2013, 365 (366); siehe auch BGHSt 55, 288 (304).

⁵⁵ BVerfGE 126, 170 (211).

⁵⁶ BGH NJW 2009, 3173 (3175); NJW 2011, 3528 (3529); *Eisele* BT II Rn. 908.

⁵⁷ BGHSt 55, 288 (304); BGH NStZ 1986, 455 (456); *Rengier* BT I § 18 Rn. 51.

III. Subjektiver Tatbestand

DIE FACHBUCHHANDLUNG¹⁵¹

tretenen Vermögensnachteil nicht entfallen und sind allenfalls für die Strafzumessungsebene von Bedeutung.⁵⁸

Allerdings handhabt die hM die Möglichkeiten, einen zugefügten Vermögensnachteil anderweitig zu kompensieren, großzügiger als beim Betrug. Für diese unterschiedliche Behandlung wird angeführt, dass mangels für die Untreue erforderlicher Bereicherungsabsicht der Ersatzbereitschaft durchaus ein Vermögenswert zukommen kann.⁵⁹ Demnach reicht es für die Kompensation insbesondere aus, eigene *flüssige Mittel* in entsprechender Höhe zum Ersatz ständig zur Verfügung zu halten und fortwährend Zahlungsbereit zu sein, mit anderen Worten stets ersatzfähig und ersatzwillig zu sein.⁶⁰

Beispiele:

- Lässt sich ein Rechtsanwalt im Rahmen eines bestehenden Anwaltsvertrages zur Weiterleitung bestimmte *Fremdgelder auf sein Geschäftskonto* einzahlen, verwirklicht er den Treubruchstatbestand, wenn er weder uneingeschränkt bereit noch (wie zB bei einem häufig überzogenen Konto) jederzeit fähig ist, einen entsprechenden Betrag aus eigenen flüssigen Mitteln vollständig auszukehren.⁶¹
- Ein Geschäftsführer, der für das von ihm vertretene Unternehmen Ware zu überteuerten Preisen erwirbt, um hieraus eine „Provision“ vom Verkäufer zu erhalten, verwirklicht den Untreuetatbestand zumindest in Höhe dieses Schmiergeldes, das ansonsten dem Unternehmen als Preisnachlass hätte gewährt werden können (sog. *Kick-Back-Zahlungen*).⁶²
- Die *Bildung schwarzer Kassen*, um daraus bei späterer Gelegenheit Schmiergelder zu zahlen, stellt eine Untreue dar. Der Schwerpunkt der Pflichtverletzung besteht bereits darin, die betreffenden Gelder dem Treugeber nicht zu offenbaren und nicht ordnungsgemäß zu verbuchen.⁶³ Indem die schwarzen Kassen dem Treugeber auf Dauer vorenthalten werden, wird bereits ein endgültiger Vermögensschaden herbeigeführt. Sollten die Gelder später tatsächlich verwendet werden, würde dies den bereits eingetretenen Schaden lediglich vertiefen. Der eingetretene Nachteil wird vorliegend auch nicht schadensverhindernd unmittelbar kompensiert. Die vage Chance, mit dem Einsatz von Schmiergegeld später einen möglicherweise wirtschaftlich vorteilhaften Vertrag abzuschließen, genügt hierfür jedenfalls ebenso wenig wie eine entsprechende bloße Absicht des Täters.⁶⁴

35

III. Subjektiver Tatbestand

Der subjektive Tatbestand besteht allein aus dem (zumindest bedingten) *Vorsatz* 36 bzgl. der objektiven Tatbestandsmerkmale. Eine Bereicherungsabsicht oder ein sonstiges besonderes subjektives Tatbestandmerkmal setzt § 266 StGB nicht voraus.

Um den Anwendungsbereich des Untreuetatbestandes – nicht zuletzt im Hinblick auf die 37 wirtschaftliche Beurteilung des Vermögensnachteils – zu begrenzen, nimmt insbesondere der

⁵⁸ BGH NJW 2011, 3528 (3529); *Eisele* BT II Rn. 902.

⁵⁹ *Rengier* BT I § 18 Rn. 51a.

⁶⁰ BGHSt 15, 342 (344); 52, 182 (188); *Maurach/Schroeder/Maiwald* BT 1 § 45 Rn. 45; kritisch *Fischer* § 266 Rn. 169.

⁶¹ BGH NStZ 2015, 277 (277); NStZ 2015, 517 (519).

⁶² Siehe hierzu BGHSt 31, 232 (234 f.); 50, 299 (313 ff.).

⁶³ BGHSt 52, 323 (333 f.); siehe auch BGHSt 55, 266 (282 ff.).

⁶⁴ BGHSt 52, 323 (336 ff.); siehe auch BGHSt 55, 266 (284).