

### Aus BGHStE 52, 182, 183 ff.:

1. Die Auffassung des Landgerichts, der Angeklagte habe mit der Einzahlung der von den Mietern geschuldeten Kauttionen auf das Girokonto bei der Sparkasse jeweils eine selbständige Untreuehandlung begangen, begegnet durchgreifenden Bedenken. a) Allerdings hat das Landgericht ohne Rechtsverstoß angenommen, dass **durch die gesetzliche Regelung des § 550 b Abs. 2 BGB aF (nunmehr § 551 Abs. 3 BGB) zugleich eine auf Gesetz beruhende Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 StGB begründet wurde**. Wie der Bundesgerichtshof bereits in seinem Beschluss vom 23. August 1995 (BGHSt 41, 224) ausgeführt hat, stellt diese gesetzliche Regelung einen Ausgleich zwischen dem Sicherheitsbedürfnis des Vermieters auf der einen und dem Schutzbedürfnis des Mieters auf der anderen Seite her; sie schützt dabei insbesondere den Rückzahlungsanspruch des Mieters im Falle einer Zahlungsunfähigkeit des Vermieters vor dem Zugriff von dessen Gläubigern. Deshalb habe der Gesetzgeber die Mietkaution in Anlehnung an die Vorschriften über die Anlage von Einnahmen des Wohnungsverwalters (§ 27 Abs. 4 WEG) oder über den Umgang mit Mündelgeldern (§§ 1806, 1807 BGB) im Rahmen der Wohnmiete als Treuhandverhältnis ausgestaltet (BGHSt 41, 224, 228 unter Bezugnahme auf BTDrucks 9/2079 S. 10). Auch wenn der dem Vermieter insoweit verbleibende Ermessensspielraum relativ eng gezogen sei, entstehe mit der Entgegennahme der Kautionsleistung eine Vermögensbetreuungspflicht, die für den Vermieter durch die mietrechtlich vorgesehene Verwendung dieser Gelder begründet werde (BGHSt aaO S. 229; Schönemann in LK 11. Aufl. § 266 Rdn. 113; kritisch hierzu: Dierlamm in MünchKomm-StGB, § 266 Rdn. 11; Samson/Günther in SK-StGB, § 266 Rdn. 29).

10

An dieser Rechtsprechung hält der Senat fest, wobei es keiner Vertiefung bedarf, ob die in der Literatur kritisierte Anknüpfung der Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 StGB an eine vertragliche Nebenpflicht aufrechtzuerhalten ist (Sowada JR 1997, 28; Dierlamm aaO). Der Senat hat vielmehr deutlich gemacht, dass sich die Vermögensbetreuungspflicht aus den Sonderregeln für die Wohnraummiete (§ 550 b Abs. 2 BGB aF) ergibt (BGHSt 41, 224, 227 f.), also keine durch Rechtsgeschäft, sondern eine **durch Gesetz begründete Vermögensbetreuungspflicht** darstellt. Mit der Anlage der Gelder unter Verstoß gegen die gesetzliche Regelung des § 550 b Abs. 2 BGB aF hat der Angeklagte deshalb pflichtwidrig im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB gehandelt.

b) Entgegen der Auffassung des Landgerichts entsteht eine solche Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB **nur bei der Wohnraummiete**. Das Landgericht hat eine Erstreckung auf gewerbliche Mietverhältnisse damit begründet, dass aus der Sicht dieser Mieter ebenfalls eine Sicherung der eingebrachten Kauttionen erforderlich sei, weil auch die gewerblichen Mieter nicht unerhebliche Risiken eingingen. Die gewerblichen Mieter müssten deshalb gleichermaßen am strafrechtlichen Schutz des § 266 Abs. 1 StGB teilnehmen. Dieser Ansatz des Landgerichts begegnet in zweifacher Hinsicht durchgreifenden Bedenken.

12

aa) Eine **durch Gesetz begründete Vermögensbetreuungspflicht in Bezug auf die Mietkaution scheidet bei der Gewerberaummiете aus**. Die gesetzlichen Regelungen über die Anlage von Mietkautionen beziehen sich allein auf Mietverhältnisse über Wohnraum. Dies ergibt sich aus der Überschrift des Untertitels 2: »Mietverhältnisse über Wohnraum« und aus § 549 Abs. 1 BGB, der insoweit den spezialgesetzlichen Charakter der Regelungen über Wohnraummietverhältnisse klarstellt. Dies bedeutet aber auch, dass selbst eine analoge Anwendung der Vorschrift des § 551 Abs. 3 BGB auf gewerbliche Mietverhältnisse ausscheidet. Da der Gesetzgeber die

Regelung bewusst nicht als allgemeine mietvertragliche Regelung ausgestaltet, sondern auf Mietverträge über Wohnraum beschränkt hat, fehlt eine Lücke, die im Wege einer Analogie geschlossen werden könnte. Der Senat kann es daher dahinstehen lassen, ob im Blick auf das strafrechtliche Analogieverbot (§ 1 StGB) überhaupt eine derartige – über den Wortsinn hinausgehende – Auslegung mittelbar strafrechtsbegründender zivilrechtlicher Normen zulässig ist (vgl. Dannecker in LK 12. Aufl. § 1 Rdn. 262). Es liegt bei der Gewerberaummieta **mithin keine gesetzlich begründete Vermögensbetreuungspflicht im Hinblick auf die Kautio**n vor. Schon deshalb geht die Erwägung des Landgerichts, auch der gewerbliche Mieter verdiene den Schutz des § 266 StGB, ins Leere.

bb) Eine **anderweitige Entstehung einer Vermögensbetreuungspflicht ist nicht ersichtlich**. Zwar ist eine mietvertragliche Regelung denkbar, die eine entsprechende Anlagepflicht der eingezahlten Kautionen vorsieht. In diesem Fall läge eine rechtsgeschäftliche Begründung einer entsprechenden Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB vor. Dass eine derartige Vereinbarung erfolgt ist, hat das Landgericht jedoch nicht festgestellt. Sie liegt auch nicht nahe, zumal die Verträge durch die Vermieterseite vorformuliert gewesen sein dürften.

14

Hingegen begründet die bloße Vereinbarung einer Kaution als solche keine Vermögensbetreuungspflicht. Es ist schon zweifelhaft, ob für die Kaution bei der Gewerberaummieta vergleichbare Regelungen gelten, der Vermieter also überhaupt zu einer abgesonderten und verzinslichen Anlage der Kautionssumme verpflichtet ist. Solches ist schon deshalb fraglich, weil der Gesetzgeber dieses ausdrücklich nur für die Wohnraummieta angeordnet hat. Zudem würde es der unterschiedlichen Interessenlage bei der Gewerberaummieta widersprechen, wenn dort ohne weiteres gleiche Pflichten bestünden. Für die Gewerberaummieta gilt nämlich das Primat der freien Vereinbarung (Palandt/Weidenkaff, BGB 67. Aufl. Einf. v. § 535 Rdn. 122).

15

Für die strafrechtliche Beurteilung unter dem Gesichtspunkt der Untreue kann die Frage der Behandlung einer Kaution im Rahmen eines Gewerberaummietverhältnisses aber letztlich offen bleiben. Selbst wenn sich aus der Kautionsvereinbarung nämlich entsprechende Nebenpflichten ergeben sollten (so zur abgesonderten Anlage der Kaution: OLG Nürnberg MDR 2006, 1100; zu deren Verzinsung: BGH NJW 1994, 3287), führt dies nicht zur Annahme einer durch Rechtsgeschäft begründeten Vermögensbetreuungspflicht. **Allgemeine schuldrechtliche Pflichten aus einem Vertragsverhältnis genügen für sich genommen nicht** (BGHSt 33, 244, 249; BGHR StGB § 266 Abs. 1 Vermögensbetreuungspflicht 11, 14, 16; vgl. auch Fischer, StGB 55. Aufl. § 266 Rdn. 29). **Dies gilt grundsätzlich selbst dann, wenn es sich um Rücksichtnahme- oder Sorgfaltspflichten zugunsten des Vertragspartners handelt** (Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, StGB 27. Aufl. § 266 Rdn. 23; vgl. auch BGHR StGB § 266 Abs. 1 Vermögensbetreuungspflicht 9).

16

**Vertragliche Pflichten müssen, um eine Vermögensbetreuungspflicht begründen zu können, im besonderen Maße den Interessen des Vertragspartners dienen und gerade deshalb vereinbart worden sein. Die vereinbarte Regelung muss – als rechtsgeschäftlich eingegangene Vermögensbetreuungspflicht – mithin zugunsten des geschützten Vertragspartners Elemente einer Geschäftsbesorgung aufweisen** (Lenckner/Perron aaO Rdn. 27; vgl. auch BGHSt 28, 20, 23 f.). Das bedeutet, dass sich die Vertragspartner nicht nur über die Zahlung einer Kaution an sich, sondern auch über deren besondere Anlageform geeinigt haben müssen. Vereinbaren die Parteien eines gewerblichen Mietverhältnisses eine

besondere Sicherung nicht ausdrücklich und bringen dadurch nicht zum Ausdruck, dass der Vermieter im Hinblick auf die Kautions treuhänderische Pflichten zu übernehmen habe, kann deshalb nicht von der Annahme einer rechtsgeschäftlichen Vermögensbetreuungspflicht ausgegangen werden.

Treffen den Empfänger der Kautions keine besonderen, ihm vertraglich auferlegten Sicherungspflichten, ist die Einzahlung einer Kautions nicht anders zu beurteilen, als wenn der Mieter für einen künftigen Sicherungsfall vorleistet. Insoweit besteht an sich immer ein Sicherungsbedürfnis, das der vorleistende Mieter aber durch eine entsprechende Fassung der Vereinbarung minimieren könnte. Einem gewerblichen Mieter ist die Durchsetzung einer entsprechenden vertraglichen Absicherung auch abzuverlangen. **Ein gewisses Sicherungsbedürfnis wohnt im Übrigen letztlich jeder Vorleistung inne. Dieses dem Leistenden verbleibende Restrisiko reicht jedoch grundsätzlich nicht aus, den Empfänger der Vorleistung mit einer Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB zu belasten (BGHSt 28, 20, 23 f.)**. Gerade im Rahmen von Austauschverhältnissen bedarf es deshalb – sofern eine gesetzliche Bestimmung fehlt – einer ausdrücklichen Vereinbarung, die den Vertragsschließenden insoweit zu einer besonderen Vermögensfürsorge zugunsten des anderen Vertragspartners verpflichtet. **Andernfalls erschöpft sich der Verstoß in einer Verletzung der Pflicht, sich vertragsgemäß zu verhalten. Dies begründet aber als solches noch keine Untreue (BGHSt 22, 190, 191; 33, 244, 250)**.

18

2. Da in den Gewerberaummietfällen nach den Feststellungen keine besonderen Kautionsvereinbarungen in dem oben dargestellten Sinne abgeschlossen wurden, führt dies dazu, dass nur in den Fällen, in denen ein Mietverhältnis über Wohnraum begründet worden ist, hinsichtlich der eingezahlten Kautions eine Vermögensbetreuungspflicht hat entstehen können. Da sich den Urteilsgründen nicht entnehmen lässt, in welchem der 201 Einzelfälle es sich jeweils um Wohn- oder Gewerberaummieta handelte, kann das Urteil gegen den Angeklagten schon deshalb insgesamt keinen Bestand haben. Es lässt sich nämlich für keinen der ausgeurteilten 201 Fälle ausschließen, dass es sich insoweit nicht um ein Gewerbemietverhältnis gehandelt haben könnte. Im Gegenteil spricht in mehreren Fällen für Gewerberaummietverhältnisse, dass eine juristische Person als Mieter auftritt oder die Höhe der Kautions dies nahe legt.

III. Für die neue Hauptverhandlung weist der Senat noch auf Folgendes hin:

1. Bei den Kautions für Wohnraummieta bewirkt die Einzahlung der Kautions auf das Girokonto noch nicht ohne weiteres eine (vollendete) Untreue im Sinne des § 266 StGB. Die pflichtwidrige Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht indiziert hier nämlich – entgegen der Auffassung des Landgerichts – nicht die Feststellung eines Nachteils im Sinne des § 266 StGB.

a) Die Strafbarkeit wegen Untreue setzt voraus, dass ein **Vermögensnachteil** entstanden ist. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann der Nachteil im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB bereits dann eingetreten sein, wenn eine **schadensgleiche Vermögensgefährdung** gegeben ist. Dies ist dann der Fall, wenn die Gefährdung nach wirtschaftlicher Betrachtung bereits eine Verschlechterung der gegenwärtigen Vermögenslage bedeutet (BGHSt 44, 376, 384; 48, 354, 357).

27

Eine solche schadensgleiche Vermögensgefährdung entsteht allerdings nicht bereits, wenn die Kautions nicht vom sonstigen Betriebsvermögen abgesondert, sondern auf ein »allgemeines« Konto eingezahlt wird. Insoweit ist die Sachverhaltskonstellation nicht anders zu beurteilen als allgemein die unterlassene Einzahlung von Fremdgeldern auf einem Anderkonto, obwohl eine Rechtspflicht zu einer abgesonderten Anla-

ge dieser Gelder besteht. **Nach der ständigen Rechtsprechung führt ein solches Verhalten nicht zu einem Nachteil im Sinne des § 266 StGB, soweit der Betreffende jederzeit bereit und fähig ist, einen entsprechenden Betrag aus eigenen flüssigen Mitteln vollständig auszukehren** (BGHSt 15, 342; BGHR StGB § 266 Abs. 1 Nachteil 56). Hierzu fehlen bislang Feststellungen. Zwar stünde die auf dem Girokonto eingezahlte Kautions grundsätzlich dem Zugriff von Privatgläubigern des Vermieters offen; damit waren diese Guthaben gefährdet. Eine schadensgleiche Vermögensgefährdung begründet diese bloße abstrakte Möglichkeit jedoch noch nicht. Die Gefahr eines endgültigen Verlusts eines Vermögensbestandteils muss vielmehr so groß sein, dass sie schon jetzt eine Minderung des Gesamtvermögens zur Folge hat (BGHSt 51, 165, 177; vgl. auch BGHSt 21, 112 ff.; BGHR StGB § 266 Abs. 1 Nachteil 32).

Im Rahmen der Prüfung einer schadensgleichen Vermögensgefährdung kommt es deshalb insgesamt auf die Vermögensverhältnisse des Vermieters an. Nur soweit aufgrund der Gesamtumstände die nahe liegende Gefahr besteht, dass auf dieses »allgemeine« Konto zugegriffen werden könnte, liegt eine zu einer Minderbewertung führende Vermögensgefährdung vor (vgl. BGHSt 44, 376, 384). Dies setzt – sofern man schon in der Einzahlung auf das allgemeine Konto eine Untreuehandlung sehen wollte – voraus, dass bereits zu diesem Zeitpunkt eine drohende Überschuldung der vermietenden Gesellschaft bestand, die einen Zugriff der Gläubiger erwarten ließ. Eine Untreue durch Unterlassen käme in Betracht, falls die einzelne Kautions im Zeitpunkt ihrer Einzahlung noch nicht gefährdet und ihre Rückzahlbarkeit erst später aufgrund der Verschlechterung der finanziellen Verhältnisse beider Unternehmen nicht mehr gewährleistet gewesen sein sollte. Insoweit würde die Vermögensbetreuungspflicht des Angeklagten zugleich eine Garantienpflicht begründen. Ihm obliegt es nämlich, die eingezahlten Kautions so zu sichern, dass sie nicht zur Deckung von Verbindlichkeiten der beiden Gesellschaften herangezogen werden können (vgl. BGHSt 49, 147, 164).

b) Das Vorliegen einer schadensgleichen Vermögensgefährdung begründet bei dem Angeklagten einen **Tatvorsatz**, wenn er die zugrunde liegenden tatsächlichen Umstände erkannt hat. Zu dem kognitiven Element, nämlich dass er aufgrund der wirtschaftlichen Situation der Gesellschaften eine nicht gegebene Rückzahlbarkeit der Mietkautions zumindest für möglich gehalten hatte (vgl. BGHSt 48, 331, 348), muss zusätzlich noch das voluntative Element hinzutreten. Dies bedeutet, dass der Angeklagte **die konkrete Gefahr erkennt und zudem deren Realisierung gebilligt haben muss, sei es auch nur in der Form, dass er sich mit dem Eintritt des ihm unerwünschten Erfolges abfindet** (BGHSt 51, 100, 120 f.; vgl. auch BGHSt 48, 331, 347 ff.). [str. innerhalb des BGH, vgl. Sonderseite!]

aus BGH NStZ-RR 1999, 185 f.

aus den Gründen:

Demgegenüber hat das LG zu Recht unter Hinweis auf BGHSt 8, 254 = NJW 1956, 151 darauf abgestellt, **daß die Rechtsordnung im Bereich der Vermögensdelikte allgemein wegen seiner Herkunft, Entstehung oder Verwendung schlechthin schutzunwürdiges Vermögen nicht kennt und**

**schon im Interesse der öffentlichen Ordnung dafür sorgen muß, daß insoweit kein rechtsfreier Raum entsteht** (BGHSt 8, 254 [256] = NJW 1956, 151). Auch in anderen Bereichen ist der Widerstreit zwischen verschiedenen rechtlichen Zielvorgaben erkennbar, ohne daß die Einheitlichkeit und Folgerichtigkeit der Gesamtrechtsordnung dadurch in Frage gestellt wird (vgl. zur Besteuerung von Gewinnen aus Straftaten BVerfG, NJW 1996, 2086 = wistra 1996, 227). Der Verlust ganz oder teil-

weise deliktisch erworbenen Vermögens kann damit ein Schaden i.S. von § 266 StGB sein (vgl. *Hübner*, in: LK-StGB, 10. Aufl., § 266 Rdnr. 79 m.w. Nachw.); andernfalls wäre auch redlich erworbenes, aber dem Zugriff der Finanzverwaltung entzogenes und „schwarz„ angelegtes Vermögen wegen der untrennbar darin enthaltenen durch die Steuerhinterziehung bemakelten Erträge nicht durch § 266 StGB geschützt. Den Umstand, daß das Vermögen *H* möglicherweise ganz oder teilweise aus unlauter erworbenen Einkünften angesammelt worden war, hat das *LG* zugunsten des Angekl. bei der Strafzumessung ausreichend berücksichtigt.

**aus BGHStE 8, 254, 256 ff.**

**aus den Gründen:**

Nach dem Urteil war das Geld zu strafbaren Handlungen gegen den Bestand oder gegen die verfassungsmäßige Ordnung der Bundesrepublik bestimmt gewesen. Es läßt sich nicht klären, ob es, als der Angeklagte es an sich brachte, noch immer für solche Zwecke bereit stand. Für die Beurteilung nach § 266 StGB war daher von der dem Angeklagten günstigsten Annahme auszugehen, daß die strafrechtswidrige Zweckbestimmung des Geldes noch fortbestand, so daß es auf die Rechtsfrage ankommt, ob trotzdem Untreue daran möglich war. Das ist zu bejahen.

**Die Rechtsordnung kennt im Bereich der Vermögensverbrechen allgemein kein wegen seiner Herkunft, Entstehung oder Verwendung schlechthin schutzunwürdiges Vermögen**, sei es im ganzen oder in Teilen. Wer Sachen oder Geld, die er besitzt oder die ihm gehören, als Tatmittel zur Begehung geplanter Straftaten bereitstellt, unterliegt zwar der gesetzmäßigen polizeilichen Abwehr hiergegen; jedoch kann nach allgemeiner Ansicht in Bezug auf derartige Gegenstände unbeschadet ihrer Zweckbestimmung oder Bemakelung Raub, Diebstahl, Erpressung, Unterschlagung und Betrug begangen werden, sei es von einem Teilnehmer oder von einer beliebigen anderen Person (vgl. RGSt 44, 230; BGHSt 2,364 mit Hinweisen; BGH LM § 242 Nr. 10; OGHSt 2, 193, 201; 2, 259). Diese strafrechtliche Einwirkung findet nicht um des durch eine solche Tat verletzten Übeltäters willen statt, oder um ihm die Tat zu erleichtern, **sondern im Interesse der Allgemeinheit, die nicht dulden kann, daß sich jemand, und sei es selbst im Zusammenhang mit Verbrechen, an unrecht erworbenem oder sonst bemakeltem Gut eigenmächtig bereichert, oder daß gesetzlose Zustände einreißen, die zu Gewalttaten führen und den Nährboden weiterer Verbrechen bilden können. Ein derartiges Faustrecht verstieße in gefährlicher Weise gegen die öffentliche Ordnung und ist schon deshalb nicht zu dulden.**

Ob dies unter denselben Umständen **auch für den Treubruchtatbestand des § 266 StGB zu gelten hat**, darüber sind die Ansichten geteilt, weil hier, anders als bei den übrigen Straftaten gegen das Vermögen, die schuldhaftige Verletzung rechtlicher Pflichten zur Vermögensbetreuung geahndet wird, so daß es darauf ankommt, inwieweit solche Pflichten hier vorliegen können. Eingewandt wird hiergegen, ein rechtlich geschütztes Treuverhältnis im Sinne des Treubruchtatbestandes könne nur auf Beziehungen und Umständen beruhen, die der Rechts- und Sittenordnung nicht widerstreiten. Es sei nicht Aufgabe des Strafrechts, rechtswidrige Abreden zu schützen oder ihrer Erfüllung zu dienen.

Diese Ansicht verkennt den Sinn des Treubruchtatbestandes und steht mit den Strafvorschriften gegen Vermögensverbrechen allgemein nicht im Einklang. Sie beruht auf Unklarheit über den Rechtsbegriff der im § 266 umschriebenen, auf Grund »eines Treuverhältnisses obliegenden Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen«.

Zum Treubruchtatbestand gehört allgemein nicht, daß dieses »Treueverhältnis« und die aus ihm erwachsende Pflicht zur Vermögensfürsorge auf einem sittlichen Treueband beruht. Der sittliche Treuebegriff, der es allerdings ausschliesse, die Untreuevorschrift unter solchen besonderen Umständen anzuwenden, ist kein Tatbestandsmerkmal des § 266, mögen die pflichtbegründenden Beziehungen auch nicht selten einen solchen Einschlag haben. Eine Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, greift im Gegenteil bisweilen gerade dann Platz, wenn das Rechtsgeschäft, das der Beziehung zum Treugeber zugrunde liegt, wegen Gesetzes- oder Sittenverstoßes nichtig ist, so daß die verbleibenden Pflichten beider Teile nunmehr einem andern, notwendigerweise allgemeinen Maßstab unterliegen müssen. Dieser allgemeine Maßstab kann jedoch unter Umständen, die der Rechts- und Sittenordnung widerstreiten, wie sie hier vorausgesetzt werden, nach der Gesetzeslage schon deshalb nicht in dem sittlichen Treuebegriff gefunden werden, weil dieser den Merkmalen des Treubruchtatbestandes auch sonst nicht zugrundeliegt. Der notwendige allgemeinverbindliche Maßstab liegt vielmehr, wie bei den andern Vermögensstraftaten, in dem überragenden Allgemeininteresse an der Ungestörtheit der öffentlichen Ordnung. Dieses Interesse gebietet es, daß sich die Beziehungen zwischen dem »Treugeber« und seinem Partner auch in solchen Fällen noch im Rahmen der Strafgesetze halten.

Das setzt die Klarstellung der unter solchen Umständen verbleibenden rechtlichen Vermögenssorgepflichten voraus. Da Wille und Interesse des »Treugebers« auf rechtlich mißbilligte und demgemäß unbeachtliche Ziele oder Zwecke gerichtet sind, kann auch hier nur ein vom Recht im Interesse der öffentlichen Ordnung auferlegter äußerer Maßstab in Betracht kommen, der die Beachtung dieser verwerflichen Ziele ausschließt, jedoch in bezug auf das betreute Vermögen oder Vermögensstück auch jedes Verhalten des Verpflichteten verhindert, das die gesetzliche Ordnung in dem dargelegten Sinne stört. Daraus folgt erstens, daß von Untreue des Verpflichteten keine Rede sein kann, wenn er Sitten- oder gesetzwidrigen Abreden mit dem »Treugeber« nur nicht nachkommt; denn ein solches Verhalten ist gesetzmäßig, eine solche Rechtspflicht kann daher nicht bestehen. Der Angeklagte wäre also nicht etwa der Untreue schuldig, wenn er trotz seiner leitenden Stellung ein Ansinnen seiner Vorgesetzten, mit dem Geld im Interesse der FDJ in strafbarer Weise zu verfahren, nicht nachgekommen wäre, abgesehen vom Eintritt eines Vermögensschadens. Er hätte sich zweitens nicht strafbar gemacht, wenn er das für Straftaten bereitstehende Geld den Behörden der Bundesrepublik unter Darlegung des Sachverhalts übergeben hätte. Ein solches Verhalten wäre rechtmäßig gewesen (§§ 98 Abs. 2, 86 StGB) und könnte, weil das gesetzwidrige Interesse der FDJ demgegenüber ohne Belang war, kein Pflichtverstoß sein. Dagegen ist es unerfindlich, warum der Angeklagte nicht seinen allgemeinen Verwaltungspflichten ordnungsgemäß nachzukommen hatte, solange er sie beibehielt, und warum es ihm nicht verboten gewesen sein sollte, sich an dem Geld zu bereichern. Damit verletzte er die öffentliche Ordnung in derselben Weise wie – unter denselben äußeren Umständen – durch die Begehung eines andern Vermögensverbrechens. Selbst wenn die Gründe, die er für sein Handeln angibt, zutrafen, so war ihm die FDJ doch für die Schwierigkeiten, die ihm aus seiner Tätigkeit für sie und vielleicht aus einem politischen Gesinnungswandel erwachsen waren, nicht ersatzpflichtig, abgesehen von der bindenden Urteilsfeststellung, daß ihm eigene Mittel zur Schaffung einer neuen Lebensgrundlage bei der Flucht im weit höherem Maße zur Verfügung standen als den weitaus meisten politischen Flüchtlingen aus der sowjetischen Besatzungszone.

**aus BGHStE 34, 394 ff.** (zur schadensgleichen Vermögensgefährdung als Vermögensnachteil {=Vermögensschaden} iSv § 253 StGB = übertragbar auf Vermögensschaden iSv §§ 263, 266 StGB)

**Sachverhalt:** Die Angeklagten erzwangen vom Tatopfer unter Einsatz eines Totschlägers für eine nicht bestehende Forderung die Unterzeichnung eines Schuldscheins.

**aus den Gründen:**

Das Landgericht hat die gewaltsame Erzwingung der Hingabe des Schuldscheins über 3 000 DM zutreffend als eine **vollendete Nachteilszufügung gemäß §§ 255, 253 StGB angesehen**. Der Nachteil für das Vermögen im Sinne des § 253 StGB ist gleichbedeutend mit der Vermögensbeschädigung beim Betrug (vgl. Lackner, StGB 17. Aufl. § 253 Anm. 3a m. w. Nachw.). **Daher stellt auch schon eine bloße Vermögensgefährdung einen Vermögensnachteil dar, wenn bereits die Gefahr des Verlustes das Vermögen mindert** (RGSt 16, 1, 11; RGJW 1928, 411; ...); dabei kommt es allerdings entscheidend darauf an, **ob im Einzelfall durch die Verfügung das Vermögen konkret gefährdet, also mit wirtschaftlichen Nachteilen ernstlich zu rechnen ist** (BGHSt 21, 112, 113 m. w. Nachw.; BGHR StGB § 253 Abs. 1 Vermögensschaden 1;...). Unter den hier gegebenen Umständen wurde – nachdem St. bereits ein Schuldschein über 10 079,23 DM abgenötigt worden war – durch die erzwungene Unterzeichnung und Aushändigung des zweiten Schuldscheins, dem keine Verbindlichkeit zugrunde lag, bereits eine **schadensgleiche Vermögensgefährdung im Sinne der naheliegenden Gefahr des Vermögensverlustes hervorgerufen** (so grundsätzlich für den Fall des durch Betrug erlangten Schuldanerkenntnisses ohne zugrunde liegende Forderung: RG JW 1927, 2139; 1928, 411; RG HRR 1928 Nr. 796; ...). Mit dem zweiten Schuldschein hatten der Angeklagte und seine Mittäter – somit auch G. M. als unmittelbar Beweisbegünstigte beider Schuldurkunden – ein (weiteres) urkundliches Beweismittel in der Hand, das es ermöglichte, prozessual gegen St. als Aussteller vorzugehen und ihn zu einer rechtsgrundlosen Leistung zu zwingen (vgl. Cramer, Vermögensbegriff usw., S. 162). Aus der Sicht des Genötigten im Zeitpunkt der Tatbegehung – worauf es entscheidend ankommt (vgl. RG JW 1927, 2139; BGHSt 23, 300, 303) – war konkret mit der Inanspruchnahme durch die beweisbegünstigte G. M. zu rechnen, nachdem bereits hinsichtlich der im ersten Schuldschein genannten Summe eine Zahlungsfrist gesetzt worden und auch für den zweiten Schuldschein offenbar nichts anderes zu erwarten war. St. verfügte in dieser Situation nicht über sichere Beweismittel, durch die der Erfolg der Nötigung voraussichtlich vereitelt und damit eine konkrete Gefährdung ausgeschlossen werden konnte (vgl. hierzu Lackner in LK § 263 Rdn. 248). Gegen ihn sprachen die Urkunden, deren Echtheit er nicht bestreiten und deren Inhalt er mangels anderer geeigneter Beweismittel im Falle prozessualer Inanspruchnahme kaum widerlegen konnte (§§ 440 Abs. 1, 416 ZPO); denn »neutrale« Tatzeugen standen nicht zur Verfügung. Darüber hinaus eröffnete der zweite Schuldschein – ebenso wie der erste – der Beweisbegünstigten die für St. noch gefährlichere Möglichkeit, den (angeblichen) Anspruch im Urkundenprozeß durchzusetzen (§§ 592 ff. ZPO). Mit dem in einem solchen Verfahren ergangenen Vorbehaltsurteil hat der Gläubiger bereits einen Vollstreckungstitel in der Hand, der ihm den Zugriff auf das Vermögen des betroffenen Schuldners ermöglicht; die in Betracht kommende – aus den dargelegten Gründen aber keineswegs sichere – Aufhebung einer Vorbehaltsentscheidung im Nachverfahren stellt ebenso wie der Anspruch aus §§ 600 Abs. 2, 302 Abs. 4 Satz 3 ZPO regelmäßig kein ausreichendes Äquivalent für eine unberechtigte Vollstreckung dar (vgl. Cramer, Vermögensbegriff usw., S. 153). Bei dieser Sachlage muß die in der Abnöti-

gung des Schuldscheins liegende konkrete Vermögensgefährdung hier bereits einer Schädigung des Vermögens des St. gleichgesetzt werden, ohne daß es der Vor- nahme weiterer Handlungen des Angeklagten oder seiner Mittäter bedurfte.

**aus BGHStE 15, 342 ff.**

**aus den Gründen:**

Diese Ausführungen zeigen, daß die Strafkammer Sinn und Tragweite der von ihr in Bezug genommenen Entscheidung RGSt 73, 283, 285 nicht richtig gewürdigt hat. Diesem Urteil des Reichsgerichts ist zu entnehmen, **daß, ebenso wie beim Betrug die Vermögensschädigung, bei der Untreue die Nachteilszufügung nur durch Vergleich festzustellen ist**, und zwar im Falle des Betrugs durch Vergleich des Vermögens, das der Geschädigte vor der maßgeblichen Vermögensverfügung ge- habt hat, mit dem Vermögen, das er nachher besitzt, und **im Falle der Untreue durch Vergleich des Vermögens, das der Geschädigte ohne den Befugnis- mißbrauch oder ohne die Pflichtverletzung des Täters hätte, mit dem Vermö- gen, über das er infolge einer dieser Handlungen oder Unterlassungen verfügt. Bei diesem Vergleich tritt an die Stelle des pflichtwidrig aufgegebenen Vermögens- stückes, hier der Forderung der Konkursmasse gegen die Bank aus dem Kontokor- rentverhältnis, ein dadurch erlangter anderweiter Vermögenszuwachs**, hier eine gleich hohe Ausgleichsforderung der Masse gegen das Privatvermögen des Kon- kursverwalters. **Es fehlt an einem Merkmal des äußeren Tatbestands [dh am Vermögensschaden iSv § 266 StGB], wenn der gekennzeichnete Vergleich dazu führt, das Entstehen einer Vermögensverringerung zu verneinen.**

Die Darlegungen in der angeführten Entscheidung des Reichsgerichts entsprechen dem noch heute von der herrschenden Meinung vertretenen sogenannten wirtschaft- lichen Vermögensbegriff (vgl. BGHSt 1, 262, 264; 3, 99, 102). Er ist auch der Ausle- gung des § 266 StGB zugrundezulegen. Dem Reichsgericht ist daher darin bei- zupflichten, **daß es an einer Nachteilszufügung im Sinne des § 266 StGB dann fehlt, wenn der seine Befugnis Mißbrauchende oder der seine Treuepflicht Ver- letzende zum Ersatz des Geldes, über das er rechtswidrig verfügt hat, eigene Mittel ständig »bereithält«.** Das ist so zu verstehen, daß der Täter nicht nur je- derzeit eigene flüssige Mittel in seiner Kasse oder in gleich sicherer Weise bei einer Bank oder bei der Post oder sonstwo zur Verfügung hat, die zur Deckung ausreichen, sondern daß er auch sein Augenmerk darauf richtet, diese Mittel ständig zum Ausgleich benutzen zu können. Dann nämlich entspricht der wirt- schaftliche Wert des Ausgleichsanspruchs gegen den Täter dem Wert des weggefallenen Vermögensstückes, so daß ein Nachteil nicht entstanden ist.

---

**aus BGHStE 51, 100, 120 ff. = NStZ 2007, 583 (Untreue durch Bilden „schwar- zer Parteikassen“) - 2. Strafsenat -**

**aus den Gründen**

b) Durchgreifenden Bedenken begegnet hingegen die Bejahung des *voluntativen* Vorsatzelements. Das Landgericht ist davon ausgegangen, auch hinsichtlich des durch die falschen Rechenschaftsberichte verursachten **Gefährdungsschadens** rei- che der bei den Angeklagten festgestellte bedingte Vorsatz aus. Da der so genannte Gefährdungsschaden dem endgültigen Schaden nach ständiger Rechtsprechung und herrschender Ansicht in der Literatur in § 266 Abs. 1 StGB ebenso wie in § 263 StGB grundsätzlich gleichgestellt ist, hat das Landgericht angenommen, das Inkauf-



nehmen der Voraussetzungen einer konkreten Gefährdung erfülle auch dann das voluntative Element des Untreuevorsatzes, wenn der Täter die – als möglich erkannte – endgültige *Realisierung* der Gefahr vermeiden will und gerade nicht billigt. Gegen diese Ansicht bestehen in dieser Allgemeinheit **Bedenken, weil sie im Ergebnis zu einer Ausweitung des ohnehin schon äußerst weiten Tatbestands der Untreue in Richtung auf ein bloßes Gefährdungsdelikt führt.** Die unveränderte Übertragung des von der Rechtsprechung ursprünglich für die Bestimmung des Vermögensschadens in Sonderfällen des Betrugs entwickelten Begriffs der schadensgleichen Vermögensgefährdung (vgl. Cramer/Perron in Schönke/Schröder, StGB 27. Aufl. § 263 Rdn. 143 ff.; Tröndle/Fischer, StGB 54. Aufl. § 263 Rdn. 94 ff. m.w.N.) auf die Auslegung des Nachteilsbegriffs in § 266 Abs. 1 StGB beachtet nicht hinreichend, **dass der subjektive Tatbestand des § 263 Abs. 1 StGB durch das Erfordernis der Bereicherungsabsicht eine Einschränkung erfährt, welche der Tatbestand der Untreue nicht voraussetzt.** Dies führt in der Praxis zu erheblichen Schwierigkeiten bei der Abgrenzung der Tatvollendung vom – nicht strafbaren – Versuch (krit. zur Vorverlagerung der Strafbarkeit u.a. Schünemann in LK 11. Aufl. § 266 Rdn. 146; Dierlamm aaO Rdn. 195; Cramer/Perron aaO Rdn. 143; jew. m.w.N.) und bei der Anwendung des Untreuetatbestands insbesondere im Bereich wirtschaftlichen Handelns, etwa auf Handlungen im Zusammenhang mit dem Abschluss sog. Risikogeschäfte. Der hiergegen in der Literatur vorgetragene Einwand der Zufälligkeit der Strafverfolgung – je nach dem oft zufälligen wirtschaftlichen Erfolg des Handelns – ist nicht von vornherein von der Hand zu weisen. Eine Eingrenzung wurde hier in der Rechtsprechung bislang insbesondere durch die Einbeziehung subjektiver Elemente in den Begriff der Pflichtwidrigkeit versucht (vgl. [BGHSt 46, 30, 34](#)).

**Nach Ansicht des Senats ist der Tatbestand der Untreue in Fällen der vorliegenden Art im subjektiven Bereich dahingehend zu begrenzen, dass der bedingte Vorsatz eines Gefährdungsschadens nicht nur Kenntnis des Täters von der konkreten Möglichkeit eines Schadenseintritts und das Inkaufnehmen dieser konkreten Gefahr voraussetzt, sondern darüber hinaus eine Billigung der Realisierung dieser Gefahr, sei es auch nur in der Form, dass der Täter sich mit dem Eintritt des ihm unerwünschten Erfolgs abfindet.** Nur unter dieser Voraussetzung erscheint in enger als bisher begrenzten Fallgruppen die Annahme der Tatvollendung schon bei Eintritt einer konkreten Gefahr des Vermögensverlustes als rechtsstaatlich unbedenkliche Vorverlagerung der Strafbarkeit wegen Untreue.

Der Begriff der so genannten schadensgleichen Vermögensgefährdung als Vollendung des Schadenseintritts hindert diese einschränkende Auslegung nicht. Aus der bloßen begrifflichen Gleichsetzung sind nicht schon ohne weiteres zwingende dogmatische Folgerungen für die Anwendung des Tatbestands abzuleiten; vielmehr muss diese unter Beachtung allgemeiner Grundsätze, namentlich auch des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes, aus der Sache selbst folgen. Dies geschieht bei der Anwendung des Begriffs des Gefährdungsschadens auch bisher schon insoweit, als bei der Frage der Beendigung der Tat und damit des Verjährungsbeginns (§ 78 a StGB) die konkrete Vermögensgefährdung der endgültigen Schädigung gerade nicht gleichgesetzt wird (vgl. BGH wistra 2003, 379).

Das Urteil des 1. Strafsenats vom 15. November 2001 – 1 StR 185/01 ([BGHSt 47, 148](#)) steht dem nicht entgegen. In dem jener Entscheidung zugrunde liegenden Fall einer risikobehafteten Kreditvergabe hat der 1. Strafsenat zwar ausgeführt, das Billigungselement des bedingten Schädigungsvorsatzes müsse sich nur auf die schadensgleiche Vermögensgefährdung beziehen ([BGHSt 47, 148, 157](#)). Jedoch betraf diese Entscheidung ersichtlich eine besondere Fallgruppe in Abgrenzung zu dem der

Entscheidung [BGHSt 46, 30](#) zugrunde liegenden Fall einer möglicherweise pflichtwidrigen Kreditvergabe unter Verstoß gegen § 18 Satz 1 KWG. Im Fall [BGHSt 47, 148](#) hat der 1. Strafsenat entschieden, auch das voluntative Element des (bedingten) Gefährdungsvorsatzes sei gegeben oder liege jedenfalls nahe, wenn nach *Kenntnis* des Täters ein extrem hohes, »nicht abschätzbares« und »unbeherrschbares« Risiko eingegangen werde ([BGHSt 47, 148, 155](#)), das zu einer konkreten »höchsten Gefährdung« des zu betreuenden Vermögens führte. Diese Fallkonstellation, bei welcher die »letztliche« Ablehnung der Schadensrealisierung durch den Täter nurmehr im Bereich einer *vagen Hoffnung* angesiedelt ist, ist mit dem vorliegenden Fall nicht vergleichbar. Dieser zeichnet sich vielmehr dadurch aus, dass auch anhand einer Vielzahl objektiver Indizien über langen Zeitraum belegt ist, dass die Täter angesichts des über fast zwei Jahrzehnte erfolgreich funktionierenden Verschleierungssystems ernsthaft und nicht nur vage darauf vertrauten, dass die Geheimkonten unentdeckt blieben, und daher bei der Erstellung der falschen Rechenschaftsberichte zwar eine (konkrete) Vermögensgefährdung als notwendige Folge ihres Handelns in Kauf nahmen, eine Realisierung dieser Gefahr jedoch unter allen Umständen vermeiden wollten und keinesfalls billigten.

Gegen die Einschränkung in Fällen der vorliegenden Art kann auch nicht eingewandt werden, dass auf diese Weise eine **Inkongruenz von objektivem und subjektivem Tatbestand** für Fälle der Untreue bei Verursachung eines bedingt vorsätzlichen Gefährdungsschadens entstehe. **Der Grund ergibt sich nämlich aus dem Umstand, dass die Anerkennung einer »konkreten Vermögensgefährdung« auf der Grundlage einer wirtschaftlichen Betrachtung der Sache nach eine Vorverlagerung der Vollendung in den Bereich des Versuchs bedeutet** (zutr. Cramer/Perron in Schönke/Schröder, StGB 77. Aufl. § 263 Rdn. 143). Der Versuch einer Straftat zeichnet sich aber gerade durch diese Inkongruenz, d.h. durch objektive Nichtvollendung bei auf Vollendung gerichtetem Vorsatz aus. Bei der Anwendung des § 263 StGB, für welche die Figur der »schadensgleichen Vermögensgefährdung« entwickelt wurde, spiegelt sich diese in dem subjektiven Element der Absicht der Selbst- oder Drittbereicherung; diese muss sich gerade auf einen dem Vermögensnachteil stoffgleichen Vorteil richten.

#### **aus BGH NSTZ 2007, 704: - 2. Strafsenat -**

**Leitsatz:** In den Fällen der schadensgleichen Vermögensgefährdung ist der Tatbestand der Untreue im subjektiven Bereich dahin zu begrenzen, dass der bedingte Vorsatz eines Gefährdungsschadens nicht nur die Kenntnis des Täters von der konkreten Möglichkeit eines Schadenseintritts und das Inkaufnehmen dieser konkreten Gefahr voraussetzt, sondern darüber hinaus eine Billigung der Realisierung dieser Gefahr, und sei es auch nur in der Form, dass der Täter sich mit dem Eintritt des ihm unerwünschten Erfolgs abfindet (voluntatives Vorsatzelement). (Ls d. Schriftltg.)

#### **aus den Gründen:**

Dabei ist es rechtlich nicht zu beanstanden, dass das *LG* aus dem objektiven Tatgeschehen und den Angaben der Zeugin *L* hergeleitet hat, der Angekl. habe wissentlich, also mit direktem Vorsatz gegen die ihm obliegende Vermögensbetreuungspflicht verstoßen, indem er den Restbetrag des Kredits ausbezahlt hat, obwohl die erforderliche Fertigstellungsbürgschaft nicht vorlag. Das *LG* geht auch zu Recht davon aus, dass der Angekl. als Treuhänder nicht befugt war, auf Grund einer eigenen Bewertung der Interessenlage der Beteiligten von der ausdrücklichen Auszahlungsbedingung des Treuhandauftrags der Bank abzuweichen und eigenmächtig auf die Vorlage der Fertigstellungsbürgschaft zu verzichten.

Durchgreifenden rechtlichen Bedenken begegnet jedoch die Annahme des *LG*, der Angekl. habe eine Vermögensgefährdung [m.E.: Vermögensverlust] der Bank durch unzureichende Kreditsicherung nicht nur erkannt, sondern zumindest auch billigend in Kauf genommen.

Diese Bedenken betreffen zwar nicht das kognitive Element des bedingten Gefährdungsvorsatzes. Insoweit geht das *LG* unter Hinweis auf die langjährigen beruflichen Erfahrungen des Angekl. mit tragfähigen Erwägungen davon aus, dass dem Angekl. das mit dem Verzicht auf die Fertigstellungsbürgschaft verbundene Risiko für die Bank bewusst gewesen sei.

Nicht hinreichend belegt ist jedoch das voluntative Vorsatzelement. **In den Fällen der schadensgleichen Vermögensgefährdung ist der Tatbestand der Untreue im subjektiven Bereich dahin zu begrenzen, dass der bedingte Vorsatz eines Gefährdungsschadens nicht nur die Kenntnis des Täters von der konkreten Möglichkeit eines Schadenseintritts und das Inkaufnehmen dieser konkreten Gefahr voraussetzt, sondern darüber hinaus eine Billigung der Realisierung dieser Gefahr, und sei es auch nur in der Form, dass der Täter sich mit dem Eintritt des ihm unerwünschten Erfolgs abfindet (BGHSt 51, 100 Rn 63).**

Das *LG* führt hierzu lediglich aus: Auch wenn der Angekl. wegen der ihm vorliegenden angeblichen Fertigstellungsbeweise (Übergabeprotokoll und Bescheinigung des Sachverständigen) hoffte, dass sich der Schaden bei der Bank nicht realisieren werde, habe er sich dennoch mit dieser Möglichkeit abgefunden, um so den Vorgang schnell abwickeln und dem Interesse der Kaufvertragsparteien entgegenkommen zu können. Dies ist nicht mehr als eine Behauptung des *LG*, die jedoch einer näheren Begründung und Erörterung bedurft hätte. Die vorangehenden beweiswürdigen Erwägungen des *LG* begründen zwar das kognitive, nicht aber das voluntative Vorsatzelement. Die Beweiswürdigung zu Letzterem hätte insbesondere eine Erörterung erfordert, ob sich der Angekl. tatsächlich auch mit der Realisierung des Gefährdungsschadens zumindest abgefunden hat, nur um „den Vorgang schnell abwickeln und den Interessen der Kaufvertragsparteien entgegenkommen zu können.“ Das *LG* erkennt zwar zutreffend, dass die Bank nach der Auszahlung die Kreditsumme nicht mehr von dem Anderkonto des Angekl. zurückfordern konnte. Das *LG* übersieht jedoch, dass der Angekl. sich durch den Verstoß gegen den Treuhandauftrag der Bank schadensersatzpflichtig gemacht hat und auch die Berufshaftpflichtversicherung des Notars einen bedingt vorsätzlich verursachten Schaden nicht abdeckte (§ 152 VVG), so dass er, wie sich ihm auf Grund seiner Berufserfahrung aufdrängen musste, letztlich persönlich für den etwa entstehenden Schaden aufkommen muss. Ob der Angekl. dies alles tatsächlich billigend in Kauf nehmen oder sich hiermit abfinden wollte, erscheint zumindest zweifelhaft und hätte näherer Prüfung und Erörterung auch im Verhältnis zu den etwaigen Vorteilen der schnellen Abwicklung für den Angekl. und die Vertragsbeteiligten erfordert. Hieran fehlt es jedoch.

**aus BGHStE 47, 148, 156 f. - 1. Strafsenat -  
aus den Gründen:**

e) Weil das Landgericht den Vorsatz hinsichtlich der Pflichtwidrigkeit rechtsfehlerhaft verneint hat, ist es bei der Prüfung des – im vorliegenden Fall in Betracht zu ziehenden – bedingten Schädigungsvorsatzes von einer unzutreffenden Grundlage ausgegangen. Der Senat hat in seinem Urteil vom 6. April 2000 (BGHSt 46, 30) Ausführungen zum **Schädigungsvorsatz** bei der Kreditvergabe gemacht. Ein Schädigungsvorsatz verstehe sich auch bei problematischer Kreditvergabe nicht von selbst. Der Senat hat aber betont, daß die engeren Anforderungen nur gelten, wenn Pflichtverletzungen vorliegen, die nicht die in BGHSt 46, 30, 34 genannten Anhaltspunkte

erfüllen. Liegen sie jedoch wie im gegebenen Fall vor, gilt für das Wissens- und das Willenselement des bedingten Schädigungsvorsatzes folgendes:

aa) Bei einer **Kreditgewährung besteht der Nachteil im Sinne des § 266 StGB in der schadensgleichen Vermögensgefährdung, die spätestens mit der Valutierung eingetreten sein kann. Allein auf die Vermögensgefährdung muß sich das Wissenselement beziehen** (BGH wistra 1993, 265; NStZ 1999, 353). **Das Wissenselement des Schädigungsvorsatzes fällt folglich nicht deshalb weg, weil der Bankleiter beabsichtigt, hofft oder glaubt, den endgültigen Schaden abwenden zu können. Erforderlich ist vielmehr nur, daß der Bankleiter im Zeitpunkt der Kreditgewährung die Minderwertigkeit des Rückzahlungsanspruchs im Vergleich zu der ausgereichten Darlehensvaluta gekannt hat. Dazu genügt freilich bereits seine Kenntnis der die Vermögensgefährdung begründenden Umstände und das Wissen, daß die Forderung nach allgemeinen Bewertungsmaßstäben nicht als gleichwertig angesehen wird**, mag er selbst sie auch anders bewerten (BGH wistra 1993, 265; 2001, 423; vgl. auch BGHR StGB § 263 Abs. 1 Vorsatz 2).

bb) Dementsprechend muß sich auch das Billigungselement des bedingten Vorsatzes nur auf die schadensgleiche Vermögensgefährdung beziehen.....

**aus BGH NJW 2008, 2451 ff.: - 1. Strafsenat -**

**aus den Gründen:**

[14]Der Angekl. handelte **mit direktem Vorsatz**. Er kannte und wollte die treuwidrige Verwendung der Anlagebeträge. Er setzte sie gegen die Bedenken des formellen Geschäftsführers durch. Er wusste um seine Verpflichtung als faktischer Geschäftsführer der WTS-GmbH, die vertraglich übernommenen Treuepflichten gegenüber den Anlegern zu wahren.

[15]Auf die vom Bf. zitierte Entscheidung des *BGH* in BGHSt 51, 100 (= NJW 2007, 1760 = NStZ 2007, 583) kommt es hier in mehrfacher Hinsicht nicht an. Nach dieser Entscheidung „ist der Tatbestand der Untreue in Fällen der vorliegenden Art im subjektiven Bereich dahingehend zu begrenzen, dass der bedingte Vorsatz eines Gefährdungsschadens nicht nur Kenntnis des Täters von der konkreten Möglichkeit eines Schadenseintritts und das Inkaufnehmen dieser konkreten Gefahr voraussetzt, sondern darüber hinaus eine Billigung der Realisierung dieser Gefahr, sei es auch nur in der Form, dass der Täter sich mit dem Eintritt des ihm unerwünschten Erfolges abfindet“ (BGHSt 51, 100 [121] = NJW 2007, 1760 = NStZ 2007, 583 Rdnr. 63).

[16]Zum einen liegt der vorliegenden Verurteilung nach den getroffenen Feststellungen - anders als die *StrK* meinte - weder Handeln mit nur bedingtem Vorsatz noch ein bloßer Gefährdungsschaden zu Grunde. Vor allem aber liegt hier kein Fall der Bildung „schwarzer Kassen“ vor. Darum ging es in der oben genannten Entscheidung (BGHSt 51, 100 = NJW 2007, 1760 = NStZ 2007, 583), die sich in der zitierten Aussage ausdrücklich auf Fälle der - damals - vorliegenden Art beschränkte.

[17]**Sofern aus jener Entscheidung (BGHSt 51, 100 = NJW 2007, 1760 = NStZ 2007, 583) jedoch weitergehend gefolgert werden sollte, dass sich als Voraussetzung für den Tatbestand der Untreue beim vorsätzlichen pflichtwidrigen Eingehen von Vermögensrisiken der Vorsatz immer auch auf die Billigung des endgültigen Vermögensnachteils erstrecken muss, könnte der Senat dem nicht folgen.**

[18]Sicherlich könnten bei einer Verurteilung wegen Untreue mit doppelter „Vorverlagung“ der Strafbarkeit, also bei Handeln mit nur bedingtem Vorsatz im Hinblick auf eine bloße Vermögensgefährdung, Bedenken hinsichtlich einer

**Überdehnung des Tatbestands des § 266 StGB aufkommen. Ehe dem jedoch mit der bisherigen Dogmatik widersprechenden Erstreckung des - bedingten - Vorsatzes auf einen in der Zukunft zu erwartenden endgültigen Vermögensnachteil begegnet wird (bei unklarer Auswirkung auch auf § 263 StGB), ist zunächst zu prüfen, ob sich das Problem bei einer präzisen Begriffsverwendung unter exakter Betrachtung des tatsächlichen wirtschaftlichen Nachteils zum Zeitpunkt einer pflichtwidrigen Handlung bei genauer Feststellung dessen, worauf sich das Wissen und Wollen des Täters insoweit tatsächlich erstreckt, nicht weitgehend erledigt, beziehungsweise sich als Scheinproblematik herausstellt.**

[19]Und diese genaue Betrachtung ergibt, **dass sich die bei pflichtwidrigen Risikogeschäften so genannte konkrete Vermögensgefährdung in Wirklichkeit als ein bereits unmittelbar mit der Tathandlung eingetretener Vermögensnachteil darstellt.** So ist beispielsweise der mit der Vergabe (Auszahlung) eines ungesicherten Kredits an ein zahlungsunfähiges Unternehmen - etwa um den drohenden Ausfall des Gesamtengagements intern oder gegenüber der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht weiterhin zu verschleiern - erlangte Rückzahlungsanspruch sofort weit über das bei jeder Kreditvergabe mögliche und zulässige Maß (zur Pflichtwidrigkeit vgl. BGHSt 46, 30 = NJW 2000, 2364 = NSTz 2000, 655; BGHSt 47, 148 [149ff.] = NJW 2002, 1211 = NSTz 2002, 262) hinaus minderwertig. **Aus der Saldierung der ausbezahlten Darlehenssumme mit dem verbleibenden Wert der Rückzahlungsforderung folgt der unmittelbar und realiter eingetretene Vermögensnachteil** (so ist auch BGHSt 47, 148 [156f.] = NJW 2002, 1211 = NSTz 2002, 262, zu verstehen). Der Wert des Rückzahlungsanspruchs muss dabei bewertet, letztlich geschätzt werden. Insoweit stellt sich die Situation nicht anders dar als beim Verkauf dieser Forderung an ein Inkassounternehmen oder bei der an sich sofort gebotenen Wertberichtigung, wenn auch im strafrechtlichen Bereich verbleibende Unwägbarkeiten zu Gunsten des Angekl. berücksichtigt werden müssen.

[20]Der **Tatbestand der Untreue entfällt auch nicht wieder, wenn die Darlehensrückzahlungsforderung später tatsächlich doch bedient wird**, sei es freiwillig oder mit dem Nachdruck eines Inkassounternehmens. Die fehlende Werthaltigkeit zum Zeitpunkt der Valutierung des Darlehens wird dadurch nicht beeinflusst (dies wäre bei der Feststellung einer „Billigung“ des endgültigen Schadens im Sinne eines bedingten Vorsatzes zum Zeitpunkt der Tathandlung im Übrigen nicht anders). Bei der Eingehung von pflichtwidrigen Serienrisikogeschäften, etwa der fortlaufenden Belieferung eines erkannt zahlungsunfähigen Unternehmens auf Kredit, ist die Begleichung einzelner der so erlangten minderwertigen Forderungen geradezu typisch. Dass die dann doch noch - meist mit schon betrügerisch erlangten Mitteln (Schneeballsystem) - bezahlten Lieferungen regelmäßig sinnvoller Weise von der strafrechtlichen Verfolgung ausgenommen werden (§§ 153, 154, 154a StPO), ändert nichts an der Tatbestandsmäßigkeit zum Zeitpunkt der Verfügung.

[21]Bezogen auf diesen tatbestandlichen Vermögensnachteil handelt ein Täter, der die die Pflichtwidrigkeit und den Minderwert des Frankfurt a.M.

**aus BGHStE 52, 182, 189 f. - 5. Strafsenat -  
aus den Gründen:**

Das Vorliegen einer schadensgleichen Vermögensgefährdung begründet bei dem Angeklagten einen Tatvorsatz, wenn er die zugrunde liegenden tatsächlichen Umstände erkannt hat. Zu dem kognitiven Element, nämlich dass er aufgrund der wirtschaftlichen Situation der Gesellschaften eine nicht gegebene Rückzahlbarkeit der

Mietkaution zumindest für möglich gehalten hatte [BGHSt 48, 331, 348](#)), muss zusätzlich noch das voluntative Element hinzutreten. **Dies bedeutet, dass der Angeklagte die konkrete Gefahr erkannt und zudem deren Realisierung gebilligt haben muss, sei es auch nur in der Form, dass er sich mit dem Eintritt des ihm unerwünschten Erfolges abfindet** ([BGHSt 51, 100, 120](#) f.; vgl. auch [BGHSt 48, 331, 347](#) ff.).

---

aus [BGHStE 48, 354](#) ff.:

**Leitsatz:** Wird bereits durch den Abschluß eines Austauschvertrages ein Nachteil im Sinne einer schadensgleichen Vermögensgefährdung bewirkt, so ist ein »Vermögensverlust großen Ausmaßes« im Sinne des Regelbeispiels für den besonders schweren Fall einer Untreue wie auch eines Betrugs erst dann herbeigeführt (§ 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 Alt. 1 i.V.m. § 266 Abs. 2 StGB), wenn der Geschädigte seine vertraglich geschuldete Leistung erbracht hat.

**Aus den Ggründen:** Der Strafausspruch kann von Rechts wegen keinen Bestand haben. Das Landgericht hat das Regelbeispiel eines »Vermögensverlusts großen Ausmaßes« (§ 266 Abs. 2 i.V.m. § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB) zu weit ausgelegt: Es hat die schadensgleiche Vermögensgefährdung, die aus dem vom Angeklagten abgeschlossenen Verpflichtungsgeschäft zunächst folgte, also den bloßen Gefährdungsschaden dem Vermögensverlust im Sinne des Regelbeispiels gleichgesetzt. Diese rechtliche Würdigung vermag der Senat nicht zu teilen. **Das Merkmal des Vermögensverlusts ist nach seiner sprachlichen Bedeutung und im Blick auf die Systematik des Gesetzes enger zu verstehen als das des Vermögensnachteils oder des Vermögensschadens. Es setzt einen »endgültigen Verlust« voraus. Wird bereits durch den Abschluß eines Austauschvertrags ein Nachteil im Sinne einer schadensgleichen Vermögensgefährdung bewirkt, so ist ein Vermögensverlust im Sinne des § 266 Abs. 2 i.V.m. § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB erst dann herbeigeführt, wenn der Geschädigte seine Leistung erbracht hat.** In Fällen der vorliegenden Art fällt daher ein Gefährdungsschaden nicht in den Anwendungsbereich des genannten Regelbeispiels. Im einzelnen:

1. Der Bundesgerichtshof hat bislang ausdrücklich offen gelassen, ob die Herbeiführung einer bloßen Vermögensgefährdung – die sich als strafbarkeitsbegründende Vermögensbeschädigung im Sinne von § 263 Abs. 1 StGB und als Vermögensnachteil im Sinne von § 266 Abs. 1 StGB darstellt, »wenn der Vermögensverlust naheliegt« (vgl. [BGHSt 34, 394, 395](#) m.w.N.) – das Regelbeispiel des § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB verwirklichen kann (so BGH NStZ 2002, 547; vgl. dazu einerseits Tiedemann in LK 11. Aufl. § 263 Rdn. 298; andererseits Tröndle/Fischer, StGB 51. Aufl. § 263 Rdn. 122; Cramer in Schönke/Schröder, StGB 26. Aufl. § 263 Rdn. 188 c). Er hat in der zitierten Entscheidung allerdings bereits hervorgehoben, daß nach allgemeinem Sprachgebrauch der Begriff des Vermögensverlusts enger ist als der der Vermögensbeschädigung (BGH NStZ 2002, 547).

2. Der Senat hat erwogen, den Begriff des Vermögensverlusts aus Gründen der Praktikabilität und der Vereinfachung ebenso auszulegen wie den des Vermögensschadens und des Vermögensnachteils in den Tatbeständen der §§ 263, 266 StGB. Dies hätte den Vorteil, daß die Rechtsanwender sich bei der Interpretation des Regelbeispiels gleichlaufend auf dem Boden einer gesicherten Rechtsprechung zu Tatbestandsmerkmalen bewegen könnten und eine gesonderte rechtliche Bewertung im Rahmen der Strafraumenwahl vermieden würde, die im Einzelfall mit durchaus nicht einfachen Abgrenzungen verbunden sein kann (im Ergebnis ebenso: Tiedemann in LK aaO). Eine solche Lösung mußte jedoch verworfen werden (wie hier im Ergebnis: Tröndle/Fischer aaO § 263 Rdn. 122; Cramer in Schönke/Schröder aaO § 263 Rdn. 188 c; Kindhäuser in NK-StGB § 263 Rdn. 454).

a) Das verfassungsrechtlich verankerte Gebot der Gesetzesbestimmtheit (**Art. 103 Abs. 2 GG**) gilt grundsätzlich auch für die Rechtsfolgenvorschriften. Das schließt jedoch die Ver-

wendung von Begriffen nicht aus, die der Deutung durch den Richter bedürfen. Maßgebend für die Auslegung eines Gesetzes ist dann der in der Norm zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers, so wie er sich aus dem Wortlaut der Vorschrift und dem Sinnzusammenhang ergibt, in den sie hineingestellt ist. Der mögliche Wortsinn einer Vorschrift zieht der Auslegung eine unübersteigbare Grenze (vgl. zu alledem nur BVerfGE 105, 135, 152 ff. zur Vermögensstrafe; siehe auch BVerfG – Kammer – NJW 2001, 1848, 1849).

Im Blick auf die durch den **Wortlaut** einer strafrechtlichen Norm begrenzte Möglichkeit der Auslegung ist vorgegeben, daß der Verlust von Vermögen enger zu verstehen ist als der Bedeutungsgehalt der Begriffe des Schadens und des Nachteils. Das kommt nicht nur in der genannten Entscheidung des 3. Strafsenats zum Ausdruck (BGH NStZ 2002, 547). Auch sonst kehrt in der bisherigen gefestigten Rechtsprechung wie auch in der Literatur bei der Umschreibung des Gefährdungsschadens das engere Verständnis des Verlustbegriffs wieder: Danach ist bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtung ein Vermögensschaden »nicht nur im tatsächlichen *Verlust*« eines Vermögenswerts (»effektiver Schaden«), sondern schon in der konkreten Gefährdung vermögenswerter Positionen zu sehen (so zusammenfassend beispielsweise BVerfG – Kammer – NJW 1998, 2589; vgl. im übrigen zur gleichlaufenden Auslegung von Vermögensschaden – § 263 Abs. 1 StGB – und Vermögensnachteil – § 266 Abs. 1 StGB: BGHSt 15, 342, 343 f.; 40, 287, 294 ff.; 43, 293, 297 ff.; BGHR StGB § 266 Abs. 1 Nachteil 43; Kindhäuser aaO § 266 Rdn. 141; Schünemann in LK aaO § 266 Rdn. 132). Das strafbarkeitsbegründende Kriterium der konkreten Vermögensgefährdung wird auch dahin umschrieben, daß nach den Umständen des Einzelfalls die »naheliegende Gefahr des Vermögensverlusts« (BGHSt 34, 394, 395), die naheliegende Möglichkeit eines Verlusts (BGH NStZ 1996, 203 Nr. 21 aE) oder gar »des endgültigen Verlusts« bestehen muß (Samson in SK-StGB § 263 Rdn. 166; vgl. weiter BGHSt 21, 112, 113; BGH wistra 1991, 307 f.; Lackner/Kühl, StGB 24. Aufl. § 263 Rdn. 42). Im Zusammenhang mit dem sog. Eingehungsbetrug ist von der Vertiefung des Eingehungsschadens die Rede, durch die die »endgültige Schädigung« erreicht wird (BGH NStZ 1997, 542, 543; Lackner/Kühl aaO Rdn. 64). Dieser Sprachgebrauch und diese Konkretisierungen belegen, daß der Begriff des Verlusts schon bisher enger als der des Schadens und der des Nachteils verstanden und ihm die Bedeutung einer gewissen Endgültigkeit beigelegt wurde. Eine nachträgliche Schadenswiedergutmachung hat insoweit außer Betracht zu bleiben, weil sie tatbestandsunerheblich ist.

b) Die **systematische** Betrachtung der Regelbeispiele bestätigt dies: So ist nach dem Willen des Gesetzgebers ein besonders schwerer Fall der Untreue – wie auch des Betrugs – nicht nur dann regelmäßig gegeben, wenn ein Vermögensverlust großen Ausmaßes »herbeigeführt« worden ist, sondern auch dann, wenn eine große Zahl von Menschen »in die Gefahr des Verlusts« von Vermögenswerten gebracht wurde (§ 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 Alt. 2 StGB). Daß das Gesetz in derselben Vorschrift, gar im engsten Regelungszusammenhang zwischen dem herbeigeführten (eingetretenen) Verlust – des Vermögens – und der Gefahr des Verlusts – wenn auch von Vermögenswerten – unterscheidet, spricht ebenso für die engere Auslegung des Merkmals im hier vertretenen Sinne.

c) Aus der **Entstehungsgeschichte** der Regelbeispielsvorschrift ergibt sich nichts anderes. Der Gesetzgeber hielt die Begriffe »Vermögensschaden« und »Vermögensverlust« wohl für weitgehend austauschbar. So wurde hervorgehoben, daß schon nach der zur Vorläuferbestimmung – die benannte Regelbeispiele nicht kannte – ergangenen Rechtsprechung ein »besonders großer Schaden zur Annahme eines besonders schweren Falls habe führen können« (vgl. BTDrucks. 13/8587 S. 64; siehe dazu auch BGH NStZ 2002, 547). Eine Absicht dahin, das Regelbeispiel enger zu fassen, ist FSxbghstx48x359

BGHSt 48, 359 [Vermögensverlust bei Austauschverträgen]BGHSt 48, 359

im Gesetzgebungsverfahren – soweit ersichtlich – zwar nicht hervorgetreten; es fehlt aber ebenso an einem aussagekräftigen Anhaltspunkt dafür, daß der Vermögensverlust dem Tatbestandsmerkmal (Schaden, Nachteil) gleich erachtet werden sollte. Es bleibt deshalb bei dem

Befund, daß der Gesetzgeber gerade nicht an den Schaden oder den Nachteil angeknüpft hat, sondern – neu und eigenständig formuliert – an den Vermögensverlust.

d) Schließlich läßt sich auch **aus anderen Vorschriften** [*systematische Auslegung*], die das Merkmal des Verlusts enthalten, kein verlässlicher Hinweis auf eine andere, weitere Interpretation gewinnen. In ihnen steht der Begriff mitunter in einem anderen Sinnzusammenhang (vgl. z.B. § 401 Abs. 1 Nr. 1 AktG); überwiegend wird ihm aber wohl auch eine eher enge Bedeutung beigelegt und regelungsspezifisch differenziert (siehe etwa § 45 StGB: Verlust der Amtsfähigkeit, § 265 StGB: Verlust einer versicherten Sache, § 160 Abs. 2, § 166 Abs. 1 StPO: Besorgnis des Verlusts von Beweismitteln; siehe auch § 393 Abs. 3 StPO, § 32 Nr. 2 GVG, § 43 Abs. 1 Satz 1 JGG oder gar Art. 16 Abs. 1 GG). Die jeweils anderen Normzusammenhänge und Regelungsziele, vor allem aber der ersichtlich ganz überwiegend enge sprachliche Bedeutungsgehalt verbieten es schon im Ansatz, daraus etwa Anhaltspunkte für eine weite Auslegung des Merkmals des »herbeigeführten Vermögensverlusts« zu gewinnen, wie sie im Ergebnis das Landgericht vertritt. Die Deutung der Regelbeispielsvorschrift ist vielmehr tatbestandsspezifisch auszurichten.

e) Nach allem ist festzuhalten, daß in Fällen der vorliegenden Art sogenannte Gefährdungsschäden aus dem Anwendungsbereich des Regelbeispiels eines »Vermögensverlusts großen Ausmaßes« ausscheiden. Liegen – wie hier – Verpflichtungen zugrunde, muß auf Seiten des Geschädigten Erfüllung eingetreten sein, wenn das Merkmal des »herbeigeführten Vermögensverlusts« gegeben sein soll. Beim Abschluß eines Grundstückskaufvertrags ist die Erbringung der ausbedungenen Leistung, hier also die Eintragung des neuen Eigentümers im Grundbuch erforderlich. Dieser muß Inhaber des »Vollrechts« geworden sein. Fehlt es daran, kann jedoch im Blick auf die übrigen Umstände der Tat die Annahme eines **unbenannten** besonders schweren Falls in Betracht kommen. [!/?]