

## Prüfungsfolge bei Untreue<sup>1</sup> (§ 266 StGB)<sup>2 3</sup>

### I. Mißbrauchstatbestand (§ 266 I, 1. Alt. StGB):

#### Tatbestand:

#### **objektiver TB:**

- durch Gesetz<sup>4</sup>, behördlichen Auftrag<sup>5</sup> oder Rechtsgeschäft<sup>6</sup> eingeräumte Verfügungs<sup>7</sup>- oder Verpflichtungsbefugnis<sup>8</sup> über fremdes Vermögen
- Missbrauch<sup>9 10</sup> dieser Befugnis<sup>11</sup>
- Vermögensfürsorgepflicht<sup>12</sup> (h.M.)<sup>13</sup>
- Vermögensnachteil<sup>14</sup> bei dem zu betreuenden Vermögen

<sup>1</sup> Aus der Ausbildungsliteratur: *Seier/Martin*, JuS 2001, 874; *Seier*, JuS 2002, 237; *Irene Sternberg-Lieben*, JA 1997, 124.

<sup>2</sup> Untreueähnliche Sondertatbestände: §§ 266a und 266b StGB; § 266b StGB schließt eine Strafbarkeitslücke, da Scheck- und Kreditkartenmissbrauch weder von § 266 StGB noch von § 263 StGB erfasst wurden (hierzu: *Krey/Hellmann* BT 2, Rn. 551 ff.).

<sup>3</sup> S. auch § 266 II StGB: Besonders schwere Fälle der Untreue entsprechend § 263 III (Regelbeispielstechnik!) und Ausschluss eines besonders schweren Falles entsprechend § 243 II, wenn sich Tat auf eine geringwertige Sache bezieht.

<sup>4</sup> Z.B. Eltern (§ 1629 BGB; s.a. § 1705 BGB); Vormund (§ 1793 BGB); Betreuer (§ 1896 BGB); Testamentsvollstrecker (§ 2205 BGB); Insolvenzverwalter (§ 56 InsO); Gerichtsvollzieher (§ 753 ZPO).

<sup>5</sup> Z.B. Gemeindebürgermeister (z.B. Art. 38 I BayGO).

<sup>6</sup> Z.B. Vollmacht (§§ 164 ff. BGB); Verfügungsermächtigung (§ 185 BGB); Prokura (§§ 48 ff. HGB); Organe juristischer Personen (etwa § 26 II BGB; § 78 I AktG; §§ 35, 37 II GmbHG).

<sup>7</sup> Rechtsmacht zur Übertragung, Änderung oder Aufhebung von Vermögensrechten eines anderen.

<sup>8</sup> Rechtsmacht zur Belastung eines anderen mit Verbindlichkeiten.

<sup>9</sup> Inkongruenz von rechtlich wirksamen Gebrauch der Rechtsmacht gegenüber Dritten im Außenverhältnis und interner Befugnis im Innenverhältnis zum Vermögensinhaber; also: *Handeln im Rahmen des rechtlichen Könnens unter Überschreiten des rechtlichen Dürfens*. Mithin zunächst einmal zu prüfen, ob wirklich ein im Außenverhältnis wirksames Rechtsgeschäft vorlag [ {- } etwa bei im Außenverhältnis wirksamer Vollmachtsbeschränkung oder Kollusion! s.a. noch unten in Fn. 11]; dann ist festzustellen, ob eine wirksame interne Beschränkung dieser Rechtsmacht bestand!

<sup>10</sup> Missbrauch entfällt bei Einverständnis des Vermögensinhabers (ggf. auch beim sog. *Risikogeschäft*; insoweit kann ev. auch infolge Schadenskompensation [Gewinn bzw. -chance] ein Schaden entfallen); zur umstrittenen Anwendung des § 266, sofern alle GmbH-Gesellschafter einverstanden sind: *Schönke/Schröder-Lenckner/Perron* § 266 Rn. 21 sowie Vorlesung „Wirtschaftsstrafrecht - Einführung“.

<sup>11</sup> Also *keine* Verwirklichung des Missbrauchstatbestandes (aber § 266 I, 2. Alt. StGB möglich!) durch rein *tatsächliche* Vermögenseinwirkungen sowie bei einer lediglich aus Vorschriften zugunsten des Rechtsverkehrs resultierenden Rechtsmacht (z.B. § 932 BGB, § 366 II HGB); str. für das Fortwirken urspr. eingeräumter, aber erloschener Vertretungsmacht (etwa §§ 168, 170 ff. BGB).

<sup>12</sup> Untreue als Sonderdelikt: Nur ein Vermögensfürsorgepflichtiger kann (Mit-)Täter sein (sonstige Personen lediglich Teilnehmer [§ 28 I StGB!]).

<sup>13</sup> Nach überwiegender Auffassung identisch mit der Vermögensfürsorgepflicht/Vermögensbetreuungspflicht i.S.v. § 266 I, 2. Alt. StGB (; nach a.A. jede fremdnützige Dispositionsbefugnis); Hierzu unten in Fn. 17.

<sup>14</sup> Grds. identisch mit Vermögensschaden i.S.v. § 263 StGB (vgl. Übersicht zum Betrug!); schadensgleiche Vermögensgefährdung kann also genügen (s.a. Fn. 15); merke: Versuch bei § 266 StGB straflos! Vermögensnachteil i.S.v. § 266 StGB kann aber bei jederzeitiger Ersatzbereitschaft sowie -fähigkeit des Täters entfallen (str.); zw., ob durch bloße

**subjektiver TB:**

- Vorsatz<sup>15</sup>

**Rechtswidrigkeit****Schuld****II. sog. Treubruchstatbestand (§ 266 I, 2. Alt. StGB)****objektiver TB:**

- Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, die dem Täterkraft Gesetzes, behördlichen Auftrages, Rechtsgeschäfts oder eines Treueverhältnisses<sup>16</sup> obliegen (sog. Vermögensfürsorgepflicht)<sup>17</sup>
- Verletzung dieser Pflicht<sup>18</sup>
- Vermögensnachteil bei dem zu betreuenden Vermögen

**subjektiver TB:**

- Vorsatz

**Rechtswidrigkeit****Schuld**

Fehlleitung öffentlicher Gelder („Haushaltsuntreue“) trotz erhaltener Gegenleistung ein Vermögensschaden bewirkt wird (hierzu dann in der Vorlesung „Wirtschaftsstrafrecht - Besonderer Teil“).

<sup>15</sup> Keine Bereicherungsabsicht erforderlich!- Neuerdings strittig, ob bei einem Vermögensschaden in Form der schadensgleichen Vermögensgefährdung sich der Vorsatz „nur“ auf den Eintritt dieser Vermögensgefährdung beziehen muss (so der 1. Strafsenat des BGH: NStZ 2008, 457) oder ob darüber hinaus eine Billigung der Realisierung dieser Gefahr (zumindest in Form des Sich-Abfindens mit dem Eintritt eines unerwünschten Erfolges) zu fordern ist (so der 2. Strafsenat des BGH: BGHStE 51, 100, 120 ff.); gute Übersicht hierzu in: Alpmann-Schmidt Rechtsprechungsübersicht 2008, 718 ff.

<sup>16</sup> Auch ein faktisches Treueverhältnis (z.B. nach erloschenem Rechtsverhältnis) kann genügen, sofern der Täter Garant für das zu betreuende Vermögen ist; str. hingegen, ob ein zu gesetzes- oder sittenwidrigen Zwecken eingegangenes, nichtiges Rechtsverhältnis eine Vermögensbetreuungspflicht begründen kann („Ganovenuntreue“; merke: unstrittig keine Untreue, sofern der nichtige Auftrag lediglich nicht erfüllt wird!); beachte auch die parallele Problematik im Bereich von § 246 I, 2. HS („anvertraut“) - bitte aber nicht §§ 246 I, 2. HS / 266 StGB vermengen! - sowie § 263 (Vermögensschaden) StGB.

<sup>17</sup> Einzelanforderungen an diese **Vermögensfürsorgepflicht** strittig; genannt werden folgende Einzelelemente, die aber überwiegend lediglich als Anhaltspunkte verwendet werden:

- Typisierung des Rechtsverhältnisses durch *fremdnützige* Besorgung fremder Vermögensangelegenheiten (also mehr als ein bloßer Austauschvertrag): „Geschäftsbesorgung“, gerichtet auf Vermögensmehrung oder zumindest -erhaltung;
- Vermögensfürsorge als *Hauptpflicht* (typischer und wesentlicher Inhalt);
- gewisse *Selbständigkeit* und eigener *Entscheidungsspielraum* (eigenverantwortliche Dispositionen) des Verpflichteten (also nicht bei untergeordneten, eher mechanischen oder nach detailliert feststehenden Regeln abzuwickelnden Tätigkeiten);

- nach Rspr. auch: Höhe der betroffenen Vermögenswerte sowie Kontrollmaßnahmen zur Überwachung des Täters (!).

<sup>18</sup> Auch durch rein **tatsächliche** Einwirkungen auf das fremde Vermögen (z.B. Diebstahl von Betriebsmitteln); ferner Pflichtverletzung durch **Unterlassen** (Garant infolge Vermögensfürsorgepflicht!), z.B. durch Nichtgeltendmachen einer Forderung oder Nichtabschluss eines günstigen Geschäfts (entgangener Gewinn als Vermögensschaden).