

Die Untreue – Keine Angst vor § 266 StGB!

Prof. Dr. Wolfgang Mitsch*

Angesichts zunehmender Unübersichtlichkeit der Rechtsprechung und allgemein abnehmender Gewissheit über die richtige Anwendung des Straftatbestandes Untreue (§ 266) ist es das Anliegen des Beitrags, den Studierenden den Wissensstoff zu vermitteln, dessen Beherrschung erforderlich, aber auch ausreichend ist, um in Studium und Prüfung nicht an Fragen der Untreue zu scheitern. Damit ist nicht gesagt, dass auf weiterführende und vertiefende Beschäftigung mit dem Thema verzichtet werden soll. Anknüpfungspunkte dafür bieten vor allem die in dem Beitrag zitierten neueren höchstrichterlichen Entscheidungen.

I. Einleitung

„Wider die Furcht vor § 266 StGB“ hieß ein 1980 in den „Juristischen Arbeitsblättern“ erschienener Aufsatz des Kölner Strafrechtslehrers *Günter Kohlmann*¹. „Waren das noch Zeiten“, möchte man dreißig Jahre später wehmütig sagen. Ein bisschen unheimlich kann einem dieser Straftatbestand heute schon vorkommen. Dabei hat sich seit 1933 an der Tatbeschreibung in der Untreuevorschrift gar nichts geändert². In der Strafverfolgungspraxis scheint die Untreue jedoch immer mehr zu einer Art Allzweckwaffe im Kampf gegen wirkliche oder scheinbare Kriminalität im Bereich des Big Business³, also in der Welt der Manager, Banker, Politiker – „white collar crime“ – auszuarten⁴. Hier ist es nicht so, dass man „die Kleinen hängt“ und „die Großen laufen lässt“⁵. Ermöglicht wird diese Instrumentalisierung durch eine bedenkliche Unbestimmtheit eines Teils der tatbestandlichen Fassung, die Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit (Art. 103 II GG) hervorruft⁶. Um die umfangreiche Untreue-Rechtsprechung der letzten Jahre zu erfassen und zu verstehen, muss man sehr viel Geduld und Ausdauer aufwenden und bleibt am Ende vielleicht doch etwas ratlos. Aber das ist in erster Linie ein Problem des Strafrechtswissenschaftlers oder Strafrechtspraktikers. Studierende brauchen sich weiterhin vor § 266 nicht allzu sehr zu fürchten, denn von ihnen wird in Übung und Examen selbstverständlich viel weniger erwartet, als ein durchschnittlicher Strafrechtslehrer zu leisten im Stande wäre. Wenn also schon der „Prof“ bei § 266 vieles nicht mehr richtig versteht, wird er seine Studenten oder Prüfungskandidaten auch nicht mit derartigem Stoff behelligen⁷. Allerdings sollte ein Leser dieser Zeitschrift zumindest die unproblematische Dimension von Wesen, Struktur und Straftatmerkmalen der Untreue durchschauen und begreifen. Das ist schon recht anspruchsvoll, und das schafft auch durchaus nicht jeder Studierende, wie der Autor aus eigener Lehr- und Prüfungserfahrung bestätigen kann⁸. Schlechte Leistungen beruhen meistens nicht auf Mangel an Spezialwissen, sondern auf Defiziten im Grundlegenden.

Mitsch: Die Untreue – Keine Angst vor § 266 StGB!(JuS 2011, 97)

98

Hier möchte der vorliegende Aufsatz ansetzen und helfen. Wer ihn gelesen, verstanden und verinnerlicht hat, sollte keinen Grund zur Furcht vor § 266 mehr haben.

II. Grobstrukturen

1. Missbrauchs- und Treubruchstatbestand

Obwohl sich nur der erste Absatz⁹ des § 266 mit den Strafbarkeitsvoraussetzungen der vollendeten Untreue beschäftigt, gibt es zwei verschiedene Untreuetatbestände: den Missbrauchstatbestand (§ 266 I Alt. 1) und den Treubruchstatbestand (§ 266 I Alt. 2). Der Missbrauchstatbestand ist enger als der Treubruchstatbestand, gilt als *lex specialis*¹⁰ und muss daher immer vor diesem geprüft

werden¹¹. Auf den Treubruchstatbestand greift man also nur zurück, wenn die Strafbarkeitsvoraussetzungen des Missbrauchsstatbestands nicht erfüllt sind¹². Da beide Tatbestandsalternativen Erscheinungsformen der Untreue sind, haben sie natürlich viele Gemeinsamkeiten (dazu sogleich 2–6).

2. Sonderdelikt

Die Untreue gehört zu den Delikten, die nicht von jedermann täterschaftlich begangen werden können. Die Untreue ist daher kein Allgemeindelikt¹³, sondern ein Sonderdelikt¹⁴. Täter der Untreue in beiden Alternativen kann nur sein, wer in seiner Person bestimmte besondere Voraussetzungen erfüllt. Diese sind bei Missbrauchs- und Treubruchstatbestand unterschiedlich definiert, lassen sich im Kern aber als besondere Verantwortlichkeit für fremdes Vermögen charakterisieren¹⁵. Dogmatische Konsequenzen hat die Sonderdeliktsnatur bei Fallkonstellationen mit mehreren Beteiligten (dazu u. IV 2).

3. Vermögensdelikt

Untreue ist ein Vermögensdelikt im engeren Sinn¹⁶. Geschütztes Rechtsgut ist das Vermögen als Ganzes¹⁷. Daher gehört die Untreue in die gleiche Klasse wie Betrug oder Erpressung und stützt sich auch auf denselben Vermögensbegriff¹⁸.

Überlegungen, der Untreue noch ein weiteres Schutzgut zuzuschreiben, um ihre deliktische Eigenart stärker zu konturieren und den Unterschied etwa zum Betrug zu betonen, haben sich nicht durchgesetzt. Zwar prägen die Enttäuschung entgegengebrachten Vertrauens und die Verletzung einer schon vor der Tat bestehenden besonderen Treuepflicht den Charakter der Untreue. Eigenständige Schutzgüter mit entsprechender rechtlicher Relevanz – z.B. hinsichtlich des Verletztenbegriffs – sind diese Gesichtspunkte jedoch nicht¹⁹.

4. Pflichtverletzungsdelikt

Nicht jede Schädigung des zu betreuenden Vermögens durch einen tauglichen Täter ist tatbestandsmäßiges Verhalten, sondern nur eine solche, die auf der Pflichtverletzung beruht und mit ihr in einem inneren Zusammenhang steht. Nach umstrittener, inzwischen aber klar h.M. muss der Täter sowohl beim Missbrauchs- als auch beim Treubruchstatbestand eine Vermögensbetreuungspflicht haben, durch deren Verletzung er den Untreuetatbestand verwirklicht²⁰. Durch diese Strafbarkeitsvoraussetzung wird der Anwendungsbereich des § 266 zugleich eingeschränkt und – in Beteiligungsfällen – ausgedehnt (dazu u. IV 2).

5. Erfolgsdelikt

Da das Gesetz die versuchte Untreue nicht mit Strafe bedroht (vgl. §§ 23 I, 12 I, 2)²¹, ist nur vollendete Untreue strafbar. Vollendet ist die Untreue, sobald alle Merkmale des objektiven Tatbestands erfüllt sind. In logischer wie in zeitlicher Hinsicht das letzte dafür erforderliche Tatbestandsmerkmal ist der Vermögensnachteil – synonym: Vermögensschaden. Dieser Erfolg muss durch die pflichtverletzende Handlung verursacht worden und ihr objektiv zuzurechnen sein. Inhaltlich ist vor allem die Tatbestandsausdehnung durch Anerkennung der „schadensgleichen Vermögensgefährdung“ als tatbestandsmäßiger Erfolg problematisch (dazu u. III 3a).

6. Vorsatzdelikt

Fahrlässige Verletzung fremden Vermögens ist im deutschen Strafrecht grundsätzlich nicht strafbar. Das gilt auch für die Untreue. Im subjektiven Tatbestand setzt dieses Delikt also Vorsatz voraus, §

15. Ein weiteres subjektives Tatbestandsmerkmal enthält die Untreuevorschrift nicht. Anders als bei Betrug und Erpressung kommt es also nicht darauf an, dass der Täter sich oder einen Dritten rechtswidrig bereichern will²². In dieser Hinsicht hat der Untreuetatbestand einen deutlich größeren Zugriffsbereich als andere Vermögensschutztatbestände. Da aber Streben nach Gewinn die typische Triebfeder von Untreuetätern ist²³, wird konkret vorhandene Bereicherungsabsicht nicht – wie es gem. § 46 III an sich möglich wäre – in der Strafzumessung schärfend berücksichtigt, sondern umgekehrt fehlender Eigennutz als Strafmilderungsgrund anerkannt²⁴.

Mitsch: Die Untreue – Keine Angst vor § 266 StGB!(JuS 2011, 97)

99

III. Tatbestandsmerkmale

1. Missbrauchstatbestand

a) Täter

Die Untreuevorschrift definiert die Person des Täters über die besondere Rechtsmacht, die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft in Bezug auf fremdes Vermögen verliehen ist: Er ist Inhaber einer Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis. Beide Befugnisse haben eine zivilrechtliche Rechtsnatur und verschaffen ihrem Inhaber die Fähigkeit, durch eigenes rechtsgeschäftliches Handeln zivilrechtliche Rechtswirkungen zu erzeugen. Die Verfügungsbefugnis befähigt zu – vor allem sachenrechtlichen – Verfügungsgeschäften wie z.B. Forderungsabtretungen (§ 398 BGB) oder Eigentumsübertragungen (§ 929 BGB). Die Verpflichtungsbefugnis befähigt zur rechtsgeschäftlichen Begründung vertraglicher Verpflichtungen, also z.B. zur Begründung der Pflicht, als Käufer einer Sache den vertraglich vereinbarten Kaufpreis zu bezahlen. Das Besondere an der untreuerelevanten Befugnis besteht darin, dass sie ihren Inhaber in die Lage versetzt, einem anderen – dem Vermögensinhaber – gegenüber diese zivilrechtliche Wirkung zu erzeugen. Der Untreuetäter kann also rechtswirksam über Rechtsobjekte verfügen, deren Inhaber nicht er selbst, sondern der andere – der Vermögensinhaber – ist.

Beispielsweise kann er einem Dritten eine bewegliche Sache gem. § 929 BGB übereignen, die ihm nicht gehört, sondern deren Eigentümer der andere ist. Ebenso kann er durch Gebrauch der Verpflichtungsbefugnis einen Vertrag schließen, dessen Partner nicht er selbst, sondern ein anderer – wiederum der Vermögensinhaber – ist. Er kann also beispielsweise mit einem Dritten einen Kaufvertrag schließen, an dem nicht er selbst als Käufer oder Verkäufer beteiligt ist, sondern der andere.

Eine derartige Befugnis kann z.B. rechtsgeschäftlich durch Vollmachtserteilung (§ 164 BGB) oder Verfügungsermächtigung (§ 185 BGB) begründet werden. Auf Gesetz (nämlich §§ 1626, 1631 BGB) beruht z.B. die Befugnis der Eltern, über das Vermögen ihrer minderjährigen Kinder zu verfügen oder als Vertreter Verträge mit Wirkung für und gegen die Kinder zu schließen.

b) Missbrauch

aa) *Gebrauch*. Die tatbestandsmäßige Handlung besteht im Missbrauch der Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis. Missbrauch ist pflichtwidriger Gebrauch der Befugnis. Nicht tatbestandsmäßig ist daher jede Art vermögensschädigenden Verhaltens, das nicht die Eigenschaft des „Gebrauchs“ der Befugnis hat. Gebrauch ist nichts anderes als die Entfaltung und Ausnutzung der Rechtsmacht, die der Befugnis immanent ist, also Verfügung oder Verpflichtung. Das bedeutet zweierlei: Als Befugnismissbrauch kommt nur rechtsgeschäftliches Handeln in Betracht²⁵. Dieses muss zudem rechtlich wirksam sein, d.h. die Verfügungs- oder Verpflichtungswirkung – und zwar

gegenüber dem betroffenen Vermögensinhaber – tatsächlich erzeugen²⁶. Kein Missbrauch ist somit jegliches Verhalten ohne rechtsgeschäftlichen Charakter, also rein faktische Realakte und Unterlassungen²⁷. Ebenfalls kein Missbrauch sind Rechtsgeschäfte, die unwirksam sind, weil sie von der Rechtsmacht der Befugnis nicht gedeckt sind, z.B. der Vertragsschluss eines Vertreters ohne Vertretungsmacht²⁸. Weil der Missbrauchstatbestand nicht erfüllt ist, muss in solchen Fällen geprüft werden, ob sich der Täter durch Verwirklichung des Treubruchstatbestandes strafbar gemacht hat²⁹.

bb) *Missbräuchlicher Gebrauch*. Zum „Missbrauch“ wird der rechtswirksame „Gebrauch“ der Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis durch die Missachtung – d.h. Überschreitung – einer internen Befugnisausübungsbeschränkung³⁰. Wichtig ist, dass nur solche Beschränkungen in Frage kommen, deren Überschreitung nicht bereits die Wirksamkeit des Befugnisgebrauchs ausschließt.

Umfasst beispielsweise eine rechtsgeschäftliche Vollmacht (§ 164 BGB) den Abschluss von Kaufverträgen bis maximal 10000 Euro Kaufpreis, so ist der vom Vollmachtempfänger im Namen des Vollmachtgebers geschlossene Kaufvertrag über 12000 Euro Kaufpreis nicht wirksam, sondern schwebend unwirksam, § 177 BGB³¹. Daher hat der Vertreter hier seine Verpflichtungsbefugnis im Ergebnis nicht wirksam gebraucht und demzufolge auch nicht missbraucht. Dem Vollmachtgeber gegenüber ist nämlich keine vertragliche Verpflichtungswirkung entstanden, dessen Vermögen ist nicht mit einer rechtsgültigen Leistungspflicht belastet worden³². Handelt es sich bei dem Vollmachtempfänger hingegen um einen Prokuristen, steht die Überschreitung des vereinbarten Kaufpreislimits dem wirksamen Vertragsschluss zwischen dem Dritten und dem Vertretenen nicht entgegen. Gemäß § 50 HGB schlägt die im Innenverhältnis zwischen Prokuraerteiler und Prokurist geltende Ausübungsbeschränkung auf das Außenverhältnis zum Dritten nämlich nicht durch. Im Außenverhältnis ist der intern abredewidrige Prokuraergebrauch wirksam. Wegen der Nichtbeachtung der internen Limitierung ist die Ausübung der Prokura aber missbräuchlich, also ein Missbrauch der rechtsgeschäftlich erteilten Verpflichtungsbefugnis³³.

Auf Grund der Abhängigkeit des Missbrauchs von einer im Verhältnis zum Vermögensinhaber bestehenden Handlungsbeschränkung hat die *Einwilligung* als Rechtfertigungsgrund bei der Untreue keine Bedeutung. Ist der Vermögensinhaber mit dem Befugnisgebrauch einverstanden, liegt schon gar keine Grenzüberschreitung und somit auch kein Missbrauch vor. Das *Einverständnis* hat also tatbestandsausschließende Wirkung³⁴.

c) Pflichtverletzung

Meistens wird jemandem die Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder den Inhaber dieses Vermögens zu

Mitsch: Die Untreue – Keine Angst vor § 266 StGB!(JuS 2011, 97)

100

verpflichten, mit fremdnütziger Zweckbestimmung verliehen. Der Inhaber der Befugnis soll im Interesse des Vermögensinhabers davon Gebrauch machen und dadurch auf Wert und Bestand des berührten Vermögens in vorteilhafter Weise Einfluss nehmen. Die Befugnisverleihung ist dann gewissermaßen in den Auftrag eingebunden, für das Vermögen eines anderen zu sorgen, es zu erhalten, möglichst zu vermehren und vor Verlust und Verschlechterung zu bewahren. Der Befugnisinhaber hat also die Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, fremdes Vermögen zu betreuen. Dass es sich so nicht verhält, dürfte eine Ausnahme sein. Sofern eine solche Ausnahme nicht vorliegt³⁵, ist eine über die Feststellung der Befugnisinhaberschaft hinausgehende positive Begründung der Vermögensbetreuungspflicht regelmäßig nicht erforderlich. Insbesondere ist es nicht notwendig, die besonderen Pflichtmerkmale explizit hervorzuheben, die

im Rahmen des *Treubruchstatbestandes* zur Bestimmung und Begrenzung der Vermögensbetreuungspflicht unverzichtbar sind. Damit ist nicht gesagt, dass die Vermögensbetreuungspflicht beim *Missbrauchstatbestand* einen anderen – schwächeren – Inhalt habe als beim Treubruchstatbestand. Die Pflichteninhalte sind bei beiden Tatbestandsvarianten dieselben³⁶. Jedoch ist die durch die Befugnis verliehene *Rechtsmacht* bezüglich des betroffenen Vermögens ein so starkes Kriterium, dass damit die sonstigen Pflichtenkennzeichen, derer es beim Treubruchstatbestand zur sachgemäßen Definition der Vermögensbetreuungspflicht bedarf, im Normalfall indiziert werden.

2. Treubruchstatbestand

a) Täter

Die gesetzliche Festlegung des Kreises tätertauglicher Personen stellt beim Treubruchstatbestand unmittelbar auf die *Vermögensbetreuungspflicht* ab. Da die Strafvorschrift diese Pflichtenstellung aber nicht näher definiert, zieht die 2. Alternative des § 266 I heftige Kritik und Verfassungswidrigkeitsvorwürfe auf sich. An dieser Stelle ist die Norm wirklich sehr unbestimmt und daher bei strenger Bewertung mit Art. 103 II GG nicht mehr zu vereinbaren³⁷. Der Täterkreis müsste vom Gesetzgeber präziser und enger gefasst werden³⁸. Das *BVerfG* hat derartige Bedenken jedoch nicht geteilt³⁹. Die Untreueregelung ist daher insgesamt verfassungskonform und muss von den Strafgerichten angewendet werden⁴⁰. Ihnen obliegt es somit auch, den Treubruchstatbestand zu *konkretisieren* und durch Einführung begrenzender Kriterien vor Uferlosigkeit und Hypertrophie zu bewahren.

Da es im gesellschaftlichen Verkehr kaum Interaktionsformen gibt, die nicht in irgendeiner Weise das Vermögen eines anderen berühren und beschädigen können, ist eine restriktive Definition des Tatbestandsmerkmals im Sinne einer „qualifizierten“ Vermögensbetreuungspflicht erforderlich⁴¹. In Literatur und Rechtsprechung ist man sich darüber einig, dass die vermögensbezogene Pflicht die Hauptpflicht des zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses sein muss⁴². Auf diese Weise wird die Kriminalisierung schlichter Vertragspflichtverletzungen vermieden. Die Nichterfüllung der jedem Vertragsverhältnis immanenten Pflicht, sich vertragsgemäß zu verhalten, ist als solche keine untreuerelevante Pflichtverletzung⁴³. Da praktisch fast jede Nicht- oder Schlechterfüllung einer Pflicht z.B. als Verkäufer, Käufer, Vermieter, Mieter, Arbeitgeber, Arbeitnehmer usw.⁴⁴ bei dem „verletzten“ Vertragspartner zu Vermögensschäden führen kann, wären derartige Vertragsbeziehungen übertrieben strafbewehrt, wenn jede beliebige Vertragswidrigkeit mit vermögensschädigender Folge eine Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht i.S. des § 266 I Alt. 2 wäre. Da jedoch in diesen Fällen die Pflicht, das Vermögen des Vertragspartners nicht zu schädigen, bloße Nebenpflicht ist, ist der Untreuetatbestand nicht erfüllt⁴⁵. Das wichtigste Pflichtbegründungskriterium ist die Selbstständigkeit des Verpflichteten beim Umgang mit dem fremden Vermögen. Der Vermögensbetreuer muss einen erheblichen Handlungs- und Entscheidungsspielraum haben, der im Idealfall dem beim Umgang mit eigenem Vermögen entspricht⁴⁶. Gerade durch diesen Gesichtspunkt wird der Treubruchstatbestand dem Missbrauchstatbestand angeglichen⁴⁷. Dessen Charakteristikum besteht nämlich darin, dass der Täter auf Grund der Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis in Bezug auf das fremde Vermögen die gleiche rechtliche Handlungsmacht hat wie in Bezug auf eigenes Vermögen. Von dieser Macht soll der Treupflichtige im Interesse des Treugebers, also fremdnützigen Gebrauch machen⁴⁸. Der Vermögensbetreuungspflichtige hat gewissermaßen die Pflicht, sich in die Rolle des Vermögensinhabers zu versetzen und in dieser fiktiven Position eigennützig zu handeln. Das Treuepflichtverhältnis hat daher den Charakter einer Geschäftsbesorgung i.S. des § 675 BGB⁴⁹.

Keine maßgeblichen Kriterien sind hingegen die Dauer der Beziehung und der Wert des zu betreuenden Vermögens⁵⁰. Entstehungsgrund der Vermögensbetreuungspflicht kann neben Gesetz, behördlichem Auftrag und Rechtsgeschäft auch ein tatsächliches Treueverhältnis sein. Darunter fallen faktische Beziehungen, die auf einem rechtlich unwirksamen oder nicht mehr wirksamen rechtsgeschäftlichen Verhältnis beruhen und von den Beteiligten wie rechtswirksame Beziehungen anerkannt und behandelt werden⁵¹.

Mitsch: Die Untreue – Keine Angst vor § 266 StGB! (JuS 2011, 97)

101

b) Pflichtverletzung

Anders als beim Missbrauchstatbestand braucht das pflichtverletzende Verhalten keinen rechtsgeschäftlichen Charakter zu haben. Rein tatsächliche pflichtwidrige Aktivitäten⁵² reichen ebenso aus wie Unterlassungen, mit denen der Täter die Pflicht zur aktiven Vermögensfürsorge verletzt⁵³. Rechtsgeschäftliches Handeln ist für den Treubruchstatbestand hauptsächlich in den Fällen relevant, in denen der Missbrauchstatbestand nicht erfüllt ist⁵⁴. Das betrifft Situationen, in denen wegen völligen Fehlens einer Befugnis oder Befugnisüberschreitung keine rechtliche Verfügungs- oder Verpflichtungswirkung erzeugt wird, tatsächlich aber gleichwohl zumindest eine konkrete Gefahr für das betroffene Vermögen entsteht. Ebenso fallen in diese Kategorie befugnislose rechtsgeschäftliche Handlungen, denen durch Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb (z.B. § 932 BGB) oder die Grundsätze der Duldungs- oder Anscheinsvollmacht rechtliche Wirkungen zugeschrieben werden⁵⁵. Die Eigenschaft als Pflichtverletzung hat das Verhalten des Täters, wenn es die Grenzen des erlaubten Risikos überschreitet⁵⁶. Da die Kehrseite riskanter Aktionen oftmals die Aussicht auf erhebliche Gewinne ist, kann dem Täter die Eingehung von Risiken bis zu einem bestimmten Grad gestattet sein, gegebenenfalls ist er dazu sogar verpflichtet⁵⁷. Da die strafrechtliche Haftung für vermögensschädigendes Verhalten nicht weiter reichen kann als die zivilrechtliche, ist der zivilrechtsakzessorische Untreuetatbestand nicht erfüllt, wenn der Täter z.B. aus § 93 I AktG bescheinigt bekommt, keine Pflichtverletzung begangen zu haben. Schlägt das Vorhaben fehl und verwirklicht sich das Risiko, hat der Täter nicht schon deswegen pflichtwidrig gehandelt. Wo die Grenze zwischen noch erlaubtem und nicht mehr erlaubtem Risiko verläuft, kann von einer konkreten Anweisung des Vermögensinhabers abhängig sein. Die darin enthaltene Zustimmung zu der riskanten und im Ergebnis vermögensschädigenden Tat ist keine rechtfertigende Einwilligung, sondern ein tatbestandsausschließendes Einverständnis⁵⁸. Unerlaubte Eingehung eines Risikos ist nicht nur eine Pflichtverletzung, sondern erfüllt oft – wegen der Verdünnung des Merkmals „Vermögensschaden“ zur „Vermögensgefährdung“ (dazu u. 3a) – zugleich die Strafbarkeitsvoraussetzung „Nachteil“⁵⁹.

Die Typologie untreuerelevanter Pflichtverletzungen ist umfangreich und vielfältig. Einige Beispiele aus neuerer Rechtsprechung seien hier genannt:

- Vergabe von Bankkrediten bei ungewisser Rückzahlungsaussicht⁶⁰,
- Zuwendungen zur Förderung von Kunst, Wissenschaft, Sozialwesen und Sport (Sponsoring)⁶¹,
- Zahlung überhöhter und nicht durch entsprechende Gegenleistungen gerechtfertigter Vergütungen an Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft⁶²,
- Bildung „schwarzer“ oder „verdeckter“ Kassen⁶³,
- Verschleuderung öffentlicher Haushaltsmittel (Haushaltsuntreue)⁶⁴,
- Vereinbarung sog. Kick-back-Zahlungen⁶⁵ bei der Auftragsakquise⁶⁶.

Bei der – zur Erfassung der schwierigen Sachverhalte unvermeidbaren – Lektüre der einschlägigen Entscheidungen und Abhandlungen sollte man versuchen, die komplizierten Fallschilderungen gedanklich so zu verkürzen und zu vereinfachen, dass der Zusammenhang mit den Merkmalen des Untreuetatbestandes sichtbar wird.

3. Gemeinsame Merkmale

a) Vermögensschaden

Obwohl der Gesetzestext mit dem blassen Wort „Nachteil“ dem tatbestandsmäßigen Erfolgsmerkmal einen weiten Anwendungsbereich zu eröffnen scheint, steht außer Zweifel, dass nur ein *Vermögensnachteil* gemeint sein kann⁶⁷. Dies folgt schon daraus, dass nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut als Nachteilsopfer allein der Inhaber des vom Täter zu betreuenden Vermögens in Betracht kommt⁶⁸. Mittelbar beeinträchtigte Personen sind vom Untreuetatbestand also nicht geschützt, und zwar auch dann nicht, wenn sie infolge der Tat Schäden an ihrem eigenen Vermögen erleiden. Der Vermögensnachteil wird allgemein als Vermögensschaden verstanden⁶⁹. Erforderlich ist also eine Wertminderung des Vermögens als Ganzem, was im Wege einer Saldierung von Verlusten und berücksichtigungsfähigen Gewinnen zu ermitteln ist⁷⁰. Von der Rechtsprechung wird das Schadensmerkmal – wie beim Betrug (§ 263)⁷¹ – auf Konstellationen „schadensgleicher Vermögensgefährdung“ ausgedehnt⁷². Da

Mitsch: Die Untreue – Keine Angst vor § 266 StGB!(JuS 2011, 97)

102

im Wirtschaftsleben viele untreuerelevante Vorgänge „Risikogeschäfte“ sind⁷³, beinhaltet diese Erweiterung des Schadensmerkmals eine starke Tendenz zur Kriminalisierung gewagter Unternehmungen mit mehr oder weniger großer Gewinnaussicht⁷⁴. Mit der Eingehung eines Verlustrisikos ist der tatbestandsmäßige Erfolg nämlich bereits eingetreten, auch wenn es letztendlich zu keinem Vermögensverlust kommt, sondern vielleicht sogar ein Gewinn erzielt wird⁷⁵! Dogmatisch bedenklich ist die darin angelegte Umgehung der gesetzlichen Straflosigkeit des Untreueversuchs⁷⁶. Zur Vermeidung unangemessener Strafbarkeit muss entweder das objektive Tatbestandsmerkmal „Pflichtverletzung“ (o. 2c) einer Restriktion unterworfen – z.B. durch das Erfordernis „gravierender“ Pflichtwidrigkeit⁷⁷ – oder die Vorsatzhürde erhöht werden (dazu u.b.). Verschärft wird das Strafbarkeitsrisiko des Vermögensbetreuers noch dadurch, dass auch das Ausbleiben einer erzielbaren Vermögensmehrung Schaden im Sinne des Untreuetatbestandes sein kann⁷⁸. Viele Vermögensbetreuungspflichten erschöpfen sich nicht in der Verhinderung von Verlusten, sondern beinhalten den Auftrag, durch geeignete Maßnahmen für eine Mehrung des Vermögens zu sorgen. Unterlässt der Verpflichtete die Wahrnehmung einer Gewinnchance, verletzt er seine Vermögensbetreuungspflicht. Er muss also möglicherweise riskante Geschäfte tätigen, um Strafbarkeit wegen unterlassener Chancenwahrnehmung zu vermeiden⁷⁹. Dann kann aber die Eingehung dieses Risikos keine Pflichtverletzung sein.

Schwierigkeiten bereitet das Erfolgsmerkmal des Untreuetatbestandes vor allem deswegen, weil die Rechtsprechung einen Schaden in vielen Fällen annimmt, obwohl noch gar nicht feststeht, ob der Vermögensinhaber überhaupt endgültig einen Verlust erleiden wird oder ob es auf Grund erzielbarer Gewinne vielleicht zu einer Kompensation der Verluste kommen wird. Erschwert wird das Nachvollziehen dieser Rechtsprechung noch dadurch, dass die Grenze zwischen „schadensgleicher“ Vermögensgefährdung und „endgültigem“ Vermögensschaden zu verschwimmen droht. So wurde bei der Bildung „schwarzer Kassen“ die Tatbestandsmäßigkeit zunächst auf den Gesichtspunkt der Vermögensgefährdung gestützt⁸⁰, während neuerdings darauf abgestellt wird, dass dem betroffenen Vermögensinhaber die in schwarzen Kassen versteckten

Mittel endgültig vorenthalten und entzogen würden. Zwar scheint damit die begriffliche Vorverlagerung der Vollendung rückgängig gemacht zu werden. Dafür wird aber das vom Untreuetatbestand geschützte Rechtsgut umdefiniert, indem der Sache nach nicht mehr der Bestand des Vermögens, sondern die Freiheit des Inhabers zur Disposition über sein Vermögen als Schutzgut der Untreue ausgerufen wird⁸¹.

b) Vorsatz

Der subjektive Tatbestand der Untreue besteht nur aus dem Vorsatz, § 15. Da der Gesetzestext keine qualifizierte Vorsatzform verlangt, reicht bedingter Vorsatz⁸². Vorsatzinhalt sind alle zum objektiven Tatbestand gehörenden Tatsachen. Wenn also im objektiven Tatbestand das Merkmal des Vermögensschadens auf die konkrete Vermögensgefährdung zurückgeführt wird, genügt zur Erfüllung des subjektiven Tatbestandes Vermögensgefährdungsvorsatz⁸³. Die Gefährdung eines Vermögens ist in der modernen Finanz- und Wirtschaftswelt schnell verursacht. Ökonomisch gewinnträchtiges Handeln entfaltet sich häufig in einem Grenzbereich, in dem die Chance des Erfolgs und die Gefahr des Scheiterns eng beieinander liegen. Im Fall des Gelingens können sich für die Inhaber der beteiligten Vermögen enorme Profite einstellen, der Misserfolgsfall kann hingegen die Vernichtung wirtschaftlicher Existenzen zur Folge haben. Dass dieser Fall eintreten könnte, lässt sich bei riskanten profitablen Unternehmungen kaum aus dem Bewusstsein verdrängen. Eine zu weitgehende Strafbarkeitsausdehnung versucht der *BGH* abzuwenden, indem er jedenfalls bei schwachen Vermögensgefährdungen im Vorsatzbereich eine voluntative Beziehung zur Gefahrverwirklichung verlangt. Strafbar sei der Täter nur, wenn er die Realisierung der Gefahr billigt⁸⁴. Im Ergebnis ist diese Strafbarkeitseinschränkung zwar begrüßenswert, dogmatisch korrekt ist sie aber nicht⁸⁵, denn auf diese Weise wird die Untreue zu einem Delikt mit *überschießender Innentendenz* gemacht⁸⁶. Die Literatur bevorzugt daher eine Tatbestandsrestriktion im objektiven Tatbestand⁸⁷.

Den umgekehrten Weg geht – wie (o.a) gezeigt – neuerdings der *1. Strafsenat* des *BGH*: Was früher „Vermögensgefährdung“ war⁸⁸, soll nunmehr ein endgültiger Vermögensschaden sein. Unter dieser Prämisse vermag den Täter das Vertrauen darauf, dass am Ende für den Vermögensinhaber ein Gewinn herauspringen werde, auch auf der Ebene des subjektiven Tatbestandes nicht mehr vor Strafbarkeit zu bewahren⁸⁹.

IV. Sonderfragen

1. Organ- und Vertreterhaftung

Träger von Vermögensbetreuungspflichten können neben natürlichen auch juristische Personen sein. Da nach deutschem Strafrecht juristische Personen aber keine Straftaten

Mitsch: Die Untreue – Keine Angst vor § 266 StGB!(JuS 2011, 97)

103

begehen können, ließe § 266 in Fällen leer, in denen durch Fehlverhalten von Mitarbeitern einer vermögensbetreuungspflichtigen juristischen Person das zu betreuende Vermögen geschädigt wird. Der Mitarbeiter kann nicht Täter der Untreue sein, weil er selbst keine Vermögensbetreuungspflicht hat. Teilnehmer könnte er zwar sein, jedoch bedürfte es dazu einer tatbestandsmäßigen Haupttat, die von der juristischen Person nicht begangen werden kann. Die somit drohende Strafbarkeitslücke wird vermieden durch § 14. Da nämlich die Vermögensbetreuungspflicht ein *besonderes persönliches Merkmal* ist, kann es den in § 14 genannten Organ- und Vertreterpersonen zugerechnet werden⁹⁰.

Beispielsweise wird der Geschäftsführer einer vermögensbetreuungsverpflichteten GmbH so behandelt, als habe er selbst die Vermögensbetreuungspflicht⁹¹. Daher kann er Täter des Sonderdelikts Untreue sein, wenn durch sein Verhalten die Vermögensbetreuungspflicht der GmbH verletzt wird und dem Inhaber des zu betreuenden Vermögens dadurch ein Schaden zugefügt wird. An der Tatsache, dass die GmbH keine Straftat begangen hat, ändert das zwar nichts. Gleichwohl kann der GmbH wegen der von ihrem Geschäftsführer begangenen Untreue eine Geldbuße auferlegt werden, § 30 I OWiG.

2. Täterschaft und Teilnahme

Die spezifische Deliktsnatur der Untreue als Sonderdelikt und als Pflichtverletzungsdelikt hat Auswirkungen bei Taten mit mehreren Beteiligten.

a) Mittelbare Täterschaft

Wer die besonderen Tätereigenschaften nicht hat, die der Untreuetatbestand verlangt, kann § 266 auch nicht in Form mittelbarer Täterschaft (§ 25 I Alt. 2) verwirklichen. Dies gilt auch dann, wenn er als „Werkzeug“ einen Menschen benutzt, der seinerseits die Täter Voraussetzungen der Untreue erfüllt. Bringt er diesen durch Täuschung oder durch Nötigung dazu, seine Vermögensbetreuungspflicht zu verletzen und dadurch dem betreuten Vermögen einen Schaden zuzufügen, kommt allein eine Strafbarkeit wegen Anstiftung zur Untreue (§§ 266, 26) in Betracht. Problematisch ist in diesen Fällen aber das Erfordernis einer vorsätzlichen und rechtswidrigen Haupttat. Versetzt der Hintermann den Vermögensbetreuer in einen Tatbestandsirrtum (§ 16 I), fehlt es an einer Vorsatztat, Strafbarkeit wegen Anstiftung zur Untreue scheidet daher aus. Ruft der Hintermann beim „Werkzeug“ einen Erlaubnistatbestandsirrtum hervor, ist die Rechtslage komplizierter. Zwar wird der Erlaubnistatbestandsirrtum wie ein Tatbestandsirrtum behandelt („eingeschränkte Schuldtheorie“)⁹². Dennoch ist es möglich, das Vorliegen einer vorsätzlichen Haupttat zu begründen. Überwiegend wird das dadurch erreicht, dass dem Erlaubnistatbestandsirrtum nur eine vorsatzschuldausschließende Wirkung zugeschrieben wird⁹³. Da die Vorsätzlichkeit der Haupttat erhalten bleibt, kann der Hintermann als Anstifter bestraft werden.

Benutzt der Hintermann zur Steuerung seines Werkzeugs das Mittel der Nötigung, ist die Strafbarkeit wegen Anstiftung problematisch, wenn die Nötigung – z.B. Androhung der Tötung oder schweren Misshandlung – den Genötigten in die Lage eines rechtfertigenden Notstands (§ 34) versetzt. Anstifterstrafbarkeit ist dann also nur unter der Voraussetzung möglich, dass die Situation des Genötigten lediglich die eines entschuldigenden Notstands (§ 35) ist. Noch immer ist in der Strafrechtswissenschaft umstritten, ob im Fall eines „Nötigungsnotstands“ eine Rechtfertigung durch Notstand überhaupt möglich ist⁹⁴. Die inzwischen h.M. bejaht das⁹⁵. Liegt also der Fall so, dass der Inhaber der Vermögensbetreuungspflicht infolge der Nötigung des Hintermannes den Untreuetatbestand unter den Voraussetzungen des rechtfertigenden Notstands verwirklicht, scheidet eine Strafbarkeit des Hintermannes wegen Anstiftung zur Untreue aus. Der Nötiger kann also nicht aus § 266 bestraft werden.

b) Pflichtdelikt

Nicht ganz einfach zu begründen ist die Strafbarkeit aus § 266 auch in der (im Verhältnis zur soeben erörterten Thematik) umgekehrten Beteiligungskonstellation: Bringt der Vermögensbetreuungspflichtige als „Hintermann“ einen anderen dazu, das betreute Vermögen zu schädigen, scheidet eine Strafbarkeit wegen Anstiftung zur Untreue aus, wenn der unmittelbar

handelnde „Vordermann“ die besonderen Tätervoraussetzungen der Untreue nicht erfüllt. Der Hintermann kann also nur strafbar sein, wenn sein Verhalten die Voraussetzungen täterschaftlicher Untreue erfüllt. Nach einer Meinung ist die Lösung in § 25 I Alt. 2 verankert: Der Hintermann sei mittelbarer Täter der Untreue, weil er den Vordermann als „qualifikationsloses doloses Werkzeug“⁹⁶ benutzt, um dem betreuten Vermögen Schaden zuzufügen. Bei konsequenter Anwendung des Tatherrschaftskriteriums muss man jedoch die Figur des „qualifikationslosen dolosen Werkzeugs“ ablehnen⁹⁷. Da der Vordermann weder getäuscht noch genötigt noch schuldunfähig ist, hat er selbst die Herrschaft über sein Verhalten und kann deshalb kein Werkzeug des Hintermannes sein, der ihm gegenüber nur wie ein Anstifter agiert hat. Strafbarkeit des Hintermannes als unmittelbarer Täter wird von vielen mit der Rechtsfigur des „Pflichtdelikts“ erklärt. Die Untreue gehöre zu der Gattung von Straftaten, bei denen die Täterschaft nicht durch das Kriterium der Tatherrschaft, sondern durch die Verletzung der Pflicht begründet werde⁹⁸. Da der Vermögensbetreuungspflichtige seine Pflicht auch dadurch verletzt, dass er einen anderen dazu bestimmt, das betreute Vermögen zu schädigen, ist er – unmittelbarer⁹⁹ – Täter der Untreue, obwohl sein Verhalten, gemessen am Tatherrschaftskriterium, nur die Qualität einer Anstiftung hat.

* Der Autor ist Inhaber der Professur für Strafrecht mit Jugendstrafrecht und Kriminologie an der Universität Potsdam sowie regelmäßig Gastprofessor an der Université Paris Ouest Nanterre La Défense. – §§ ohne Gesetzesbezeichnung sind solche des StGB.

¹ *Kohlmann*, JA 1980, 228; ähnl. Zugang zum Thema jetzt bei *Dinter*, Ad Legendum 2010, 179: „(K)eine Qual mit der Untreue“.

² *Weber*, in: Festschr. f. Dreher, 1977, S. 555ff.; zum Gesetzeswortlaut d. § 266 RStGB v. 15. 5. 1871 s. *Dierlamm*, in: MünchKomm-StGB, 2006, § 266 Rdnr. 9; *Perron*, GA 2009, 219 (221, Fußn. 12).

³ *Rönnau*, ZStW 119 (2007), 887 (892); *Schünemann*, NSTZ 2008, 430 (434): „Oberschichtsstrafrecht“.

⁴ *Beulke*, in: Festschr. f. Eisenberg, 2009, S. 245ff. (246); *Dierlamm*, in: MünchKomm-StGB (o. Fußn. 2), § 266 Rdnr. 6; *Jahn*, JuS 2009, 174 (176); *ders.*, JuS 2009, 1144 (1145); *Perron*, GA 2009, 219 (222); *Rönnau*, ZStW 122 (2010), 299; *Wittig*, WirtschaftsstrafR, 2010, § 20 Rdnr. 5.

⁵ *Ransiek*, ZStW 116 (2004), 634 (636).

⁶ *Beulke*, in: Festschr. f. Eisenberg (o. Fußn. 4), S. 245ff. (246); *Dierlamm*, in: MünchKomm-StGB (o. Fußn. 2), § 266 Rdnr. 3; *Knauer*, NSTZ 2002, 399; *Perron*, GA 2009, 219 (232); *Saliger*, ZStW 112 (2000), 563; a.A. *Ransiek*, ZStW 116 (2004), 634 (678).

⁷ *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, BT, 2. Aufl. (2009), § 22 Rdnr. 56.

⁸ Auch *Kohlmann* berichtete mit Blick auf § 266 davon, „dass Prüfer in Klausuren ... häufig Abenteuerliches zu lesen bekommen“, JA 1980, 228.

⁹ Der 2. Abs. bezieht sich mit seinen Verweisungen auf Strafantragserfordernisse u. Regelbeispiele f. bes. schwere Fälle.

¹⁰ *Wessels/Hillenkamp*, BT II, 33. Aufl. (2010), Rdnr. 749.

¹¹ *Rengier*, BT I, 11. Aufl. (2009), § 18 Rdnr. 2; *Wittig* (o. Fußn. 4), § 20 Rdnr. 11.

¹² Anders in der Praxis: Da ist es „mehr oder weniger egal, ob denn der Missbrauchs- oder der Treubruchstatbestand vorliegt“, so *Ransiek*, ZStW 116 (2004), 634 (635).

¹³ *Roxin*, AT I, 4. Aufl. (2006), § 10 Rdnr. 129.

¹⁴ *Satzger*, NSTZ 2009, 297 (299); *Wittig* (o. Fußn. 4), § 20 Rdnr. 7.

¹⁵ *Beulke*, in: Festschr. f. Eisenberg (o. Fußn. 4), S. 245ff.: „Entscheidungsmacht über fremdes Vermögen“.

- ¹⁶ *Kindhäuser*, BT II, 5. Aufl. (2008), § 34 Rdnr. 1; *Krey/Hellmann*, BT II, 15. Aufl. (2008), Rdnr. 541; *Rengier* (o. Fußn. 11), § 1 Rdnr. 2.
- ¹⁷ BGHSt 47, 295 (301) = NJW 2002, 2801; *Perron*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 28. Aufl. (2010), § 266 Rdnr. 1; *Rönnau*, ZStW 119 (2007), 887 (890); *Wessels/Hillenkamp* (o. Fußn. 10), Rdnr. 747.
- ¹⁸ *Wessels/Hillenkamp* (o. Fußn. 10), Rdnr. 4.
- ¹⁹ *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf* (o. Fußn. 7), § 22 Rdnr. 1; *Krey/Hellmann* (o. Fußn. 16), Rdnr. 541; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT I, 10. Aufl. (2009), § 45 Rdnr. 1; *Dierlamm*, in: MünchKomm-StGB (o. Fußn. 2), § 266 Rdnr. 1; *Otto*, BT, 7. Aufl. (2005), § 54 Rdnr. 2; *Wittig* (o. Fußn. 4), § 20 Rdnr. 1.
- ²⁰ *Beulke*, in: Festschr. f. Eisenberg (o. Fußn. 4), S. 245ff. (248); *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf* (o. Fußn. 7), § 22 Rdnr. 68; *Krey/Hellmann* (o. Fußn. 16), Rdnr. 542; *Dierlamm*, in: MünchKomm-StGB (o. Fußn. 2), § 266 Rdnr. 21; *Perron*, in: *Schönke/Schröder* (o. Fußn. 17), § 266 Rdnr. 2.
- ²¹ *Jahn*, JuS 2009, 1144 (1145); *Mansdörfer*, JuS 2009, 114 (115); *Maurach/Schroeder/Maiwald* (o. Fußn. 19), § 45 Rdnr. 56.
- ²² *Mansdörfer*, JuS 2009, 114 (115); *Perron*, in: Festschr. f. Tiedemann, 2008, S. 737ff. (739); *Ransiek*, ZStW 116 (2004), 634 (640).
- ²³ Vgl. aber *Perron*, in: Festschr. f. Tiedemann (o. Fußn. 22), S. 737ff. (739).
- ²⁴ *Dierlamm* (o. Fußn. 2), § 266 Rdnr. 256; *Perron*, in: *Schönke/Schröder* (o. Fußn. 17), § 266 Rdnr. 53.
- ²⁵ *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf* (o. Fußn. 7), § 22 Rdnr. 12; *Rengier* (o. Fußn. 11), § 18 Rdnr. 5.
- ²⁶ *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf* (o. Fußn. 7), § 22 Rdnr. 13; *Kindhäuser* (o. Fußn. 16), § 34 Rdnr. 12; *Ransiek*, ZStW 116 (2004), 634 (661).
- ²⁷ *Krey/Hellmann* (o. Fußn. 16), Rdnr. 547.
- ²⁸ *Rengier* (o. Fußn. 11), § 18 Rdnr. 5a; *Rönnau*, JuS 2003, 232 (233, Fußn. 12).
- ²⁹ *Rengier* (o. Fußn. 11), § 18 Rdnrn. 6, 7.
- ³⁰ BGHSt 47, 148 (149) = NJW 2002, 1211.
- ³¹ *Jauernig/Jauernig*, BGB, 13. Aufl. (2009), § 177 Rdnr. 6.
- ³² *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf* (o. Fußn. 7), § 22 Rdnr. 34; *Rönnau*, in: Festschr. f. Kohlmann, 2003, S. 239ff. (248); *Wittig* (o. Fußn. 4), § 20 Rdnr. 37.
- ³³ *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf* (o. Fußn. 7), § 22 Rdnr. 32; *Krey/Hellmann* (o. Fußn. 16), Rdnr. 545.
- ³⁴ *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf* (o. Fußn. 7), § 22 Rdnr. 72; *Beulke*, in: Festschr. f. Eisenberg (o. Fußn. 4), S. 245ff. (256); *Hellmann* ZIS 2007, 433 (435); *Kindhäuser* (o. Fußn. 16), § 34 Rdnr. 15; *Rönnau*, ZStW 119 (2007), 887 (924); *Wessels/Hillenkamp* (o. Fußn. 10), Rdnr. 758; *Wittig* (o. Fußn. 4), § 20 Rdnr. 58.
- ³⁵ Bsp. bei *Fischer*, StGB, 57. Aufl. (2010), § 266 Rdnr. 23.
- ³⁶ *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf* (o. Fußn. 7), § 22 Rdnr. 68; *Krey/Hellmann* (o. Fußn. 16), Rdnr. 543; *Wessels/Hillenkamp* (o. Fußn. 10), Rdnr. 752.
- ³⁷ *Weber*, in: Festschr. f. Dreher (o. Fußn. 2), S. 555ff. (559); *Otto* (o. Fußn. 19), § 54 Rdnr. 19; a.A. *Ransiek*, ZStW 116 (2004), 634 (678); *Wittig* (o. Fußn. 4), § 20 Rdnr. 4.
- ³⁸ *Weber*, in: Festschr. f. Dreher (o. Fußn. 2), S. 555ff. (566).
- ³⁹ *BVerfG*, NJW 2010, 3209, m.Anm. *Saliger*, NJW 2010, 3195.
- ⁴⁰ *Maurach/Schroeder/Maiwald* (o. Fußn. 19), § 45 Rdnr. 39.
- ⁴¹ *Rönnau*, in: Festschr. f. Kohlmann (o. Fußn. 32), S. 239ff. (244); *ders.*, in: Festschr. f. Tiedemann (o. Fußn. 22), S. 713ff. (716).

- 42 *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf* (o. Fußn. 7), § 22 Rdnr. 58; *Kindhäuser* (o. Fußn. 16), § 34 Rdnr. 30; *Krey/Hellmann* (o. Fußn. 16), Rdnr. 555; *Ransiek*, ZStW 116 (2004), 634 (642); *Wittig* (o. Fußn. 4), § 20 Rdnr. 101.
- 43 BGHSt 24, 386 (388) = NJW 1972, 1904; *Wittig* (o. Fußn. 4), § 20 Rdnr. 104.
- 44 *Wittig* (o. Fußn. 4), § 20 Rdnrn. 115ff.; weitere Bsp. bei *Perron*, in: *Schönke/Schröder* (o. Fußn. 17), § 266 Rdnr. 26.
- 45 BGHSt 52, 182 (187) = NJW 2008, 1827; *Krey/Hellmann* (o. Fußn. 16), Rdnr. 564; *Rengier* (o. Fußn. 11), § 18 Rdnr. 10; *Wessels/Hillenkamp* (o. Fußn. 10), Rdnr. 770; vgl. aber *Jahn*, JuS 2009, 1144 (1145).
- 46 *Beulke*, in: Festschr. f. Eisenberg (o. Fußn. 4), S. 245ff. (250); *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf* (o. Fußn. 7), § 22 Rdnr. 63; *Kindhäuser* (o. Fußn. 16), § 34 Rdnr. 31; *Krey/Hellmann* (o. Fußn. 16), Rdnr. 566a; *Rengier* (o. Fußn. 11), § 18 Rdnr. 9.
- 47 *Perron*, in: *Schönke/Schröder* (o. Fußn. 17), § 266 Rdnr. 23a.
- 48 BGHSt 49, 147 (155) = NJW 2004, 2248 = JuS 2004, 1117 (*Kudlich*); *Wittig* (o. Fußn. 4), § 20 Rdnr. 97.
- 49 Bsp. bei *Perron*, in: *Schönke/Schröder* (o. Fußn. 17), § 266 Rdnr. 25.
- 50 *Perron*, in: *Schönke/Schröder* (o. Fußn. 17), § 266 Rdnr. 23a.
- 51 *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf* (o. Fußn. 7), § 22 Rdnr. 52; *Krey/Hellmann* (o. Fußn. 16), Rdnr. 549; *Perron*, in: *Schönke/Schröder* (o. Fußn. 17), § 266 Rdnr. 30; *Ransiek*, ZStW 116 (2004), 634 (642); *Rengier* (o. Fußn. 11), § 18 Rdnr. 18; *Wessels/Hillenkamp* (o. Fußn. 10), Rdnr. 769.
- 52 BGHSt 52, 323 (333) = NJW 2009, 89 = JuS 2009, 173 (*Jahn*); *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf* (o. Fußn. 7), § 22 Rdnr. 38; *Dierlamm*, in: MünchKomm-StGB (o. Fußn. 2), § 266 Rdnr. 151; *Kindhäuser* (o. Fußn. 16), § 34 Rdnr. 40; *Maurach/Schroeder/Maiwald* (o. Fußn. 19), § 45 Rdnr. 37; *Rengier* (o. Fußn. 11), § 18 Rdnr. 20.
- 53 *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf* (o. Fußn. 7), § 22 Rdnr. 41; *Dierlamm*, in: MünchKomm-StGB (o. Fußn. 2), § 266 Rdnr. 161; *Kindhäuser* (o. Fußn. 16), § 34 Rdnr. 49; *Rengier* (o. Fußn. 11), Rdnr. 20a.
- 54 *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf* (o. Fußn. 7), § 22 Rdnr. 43.
- 55 *Krey/Hellmann* (o. Fußn. 16), Rdnr. 548; *Perron*, in: *Schönke/Schröder* (o. Fußn. 17), § 266 Rdnr. 4; *Rengier* (o. Fußn. 11), Rdnr. 5.
- 56 *Maurach/Schroeder/Maiwald* (o. Fußn. 19), § 45 Rdnr. 50.
- 57 *Hellmann*, ZIS 2007, 433 (435); *Ransiek*, ZStW 116 (2004), 634 (648); *Wittig* (o. Fußn. 4), § 20 Rdnr. 44.
- 58 BGHSt 52, 323 (335) = NJW 2009, 89 = JuS 2009, 173 (*Jahn*); 54, 52 (57) = NJW 2009, 3666; *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf* (o. Fußn. 7), § 22 Rdnr. 70; *Beulke*, in: Festschr. f. Eisenberg (o. Fußn. 4), S. 245ff. (256); *Dierlamm*, in: MünchKomm-StGB (o. Fußn. 2), § 266 Rdnr. 176; *Hellmann*, ZIS 2007, 433 (439); *Hillenkamp*, NSTZ 1981, 161 (165); *Mansdörfer*, JuS 2009, 114 (116); *Murmann*, Jura 2010, 561 (564); *Ransiek*, ZStW 116 (2004), 634 (659); *Rengier* (o. Fußn. 11), § 18 Rdnr. 20c; *Rönnau*, ZStW 119 (2007), 887 (923); *ders.*, in: Festschr. f. Tiedemann (o. Fußn. 22), S. 713ff. (717); *Wittig* (o. Fußn. 4), § 20 Rdnr. 57.
- 59 *Ransiek*, ZStW 116 (2004), 634 (638, 646).
- 60 BGHSt 46, 30 = NJW 2000, 2364; 47, 148 = NJW 2002, 1211.
- 61 BGHSt 47, 187 = NJW 2002, 1585.
- 62 BGHSt 50, 331 = NJW 2006, 522 = JuS 2006, 379 (*Jahn*).
- 63 BGHSt 51, 100 = NJW 2007, 1760; 52, 323 = NJW 2009, 89 = JuS 2009, 173 (*Jahn*).
- 64 BGHSt 43, 293 = NJW 1998, 913.
- 65 Instr. *Rönnau*, in: Festschr. f. Kohlmann (o. Fußn. 32), S. 239ff.
- 66 BGHSt 31, 232 = NJW 1983, 1807; *BGH*, NSTZ 2010, 330 (332).

67 Perron, in: Festschr. f. Tiedemann (o. Fußn. 22), S. 737ff. (739).

68 BGHSt 51, 29 (31) = NJW 2006, 1984; *Beulke*, in: Festschr. f. Eisenberg (o. Fußn. 4), S. 245ff. (258); *Maurach/Schroeder/Maiwald* (o. Fußn. 19), § 45 Rdnr. 42; *Perron*, in: *Schönke/Schröder* (o. Fußn. 17), § 266 Rdnr. 47; *Wittig* (o. Fußn. 4), § 20 Rdnr. 135.

69 *Krey/Hellmann* (o. Fußn. 16), Rdnr. 567a; *Maurach/Schroeder/Maiwald* (o. Fußn. 19), § 45 Rdnr. 41; *Rengier* (o. Fußn. 11), § 18 Rdnr. 21; *Rönnau*, in: Festschr. f. Kohlmann (o. Fußn. 32), S. 239ff. (252); *Wessels/Hillenkamp* (o. Fußn. 10), Rdnr. 775.

70 BGHSt 31, 232 (234) = NJW 1983, 1807; 52, 323 (337) = NJW 2009, 89 = JuS 2009, 173 (*Jahn*); *BGH*, NSTZ 2010, 330 (331); *Ransiek*, ZStW 116 (2004), 634 (649); *Wittig* (o. Fußn. 4), § 20 Rdnr. 138.

71 Krit. zur Gleichsetzung m. dem Betrugsschaden *Mansdörfer*, JuS 2009, 114 (115).

72 BGHSt 47, 148 (156) = NJW 2002, 1211; 51, 100 (113) = NJW 2007, 1760; 52, 182 (188) = NJW 2008, 1827; *OLG Hamm*, NSTZ 2010, 334 (335); *OLG Hamburg*, NSTZ 2010, 335 (336) = JuS 2009, 1144 (*Jahn*); krit. *Beulke*, in: Festschr. f. Eisenberg (o. Fußn. 4), S. 245ff. (262); *Murmann*, Jura 2010, 561 (565); *Perron*, GA 2009, 219 (227); zust. *Ransiek*, ZStW 116 (2004), 634 (667).

73 *Maurach/Schroeder/Maiwald* (o. Fußn. 19), § 45 Rdnr. 47.

74 *Rengier* (o. Fußn. 11), § 18 Rdnr. 23a.

75 *Ransiek*, ZStW 116 (2004), 634 (638).

76 *Perron*, in: Festschr. f. Tiedemann (o. Fußn. 22), S. 737ff. (741); *Ransiek*, ZStW 116 (2004), 634 (659); *Rönnau*, in: Festschr. f. Tiedemann (o. Fußn. 22), S. 713ff. (731); *Wittig* (o. Fußn. 4), § 20 Rdnr. 150.

77 *Hanft*, Jura 2007, 58 (60).

78 BGHSt 31, 232 (235) = NJW 1983, 1807; *Beulke*, in: Festschr. f. Eisenberg (o. Fußn. 4), S. 245ff. (259); *Kindhäuser* (o. Fußn. 16), § 34 Rdnr. 43; *Krey/Hellmann* (o. Fußn. 16), Rdnr. 567b; *Otto* (o. Fußn. 19), § 54 Rdnr. 33; *Perron*, in: *Schönke/Schröder* (o. Fußn. 17), § 266 Rdnr. 46; *ders.*, in: Festschr. f. Tiedemann (o. Fußn. 22), S. 737ff. (740).

79 *Beulke*, in: Festschr. f. Eisenberg (o. Fußn. 4), S. 245ff. (254).

80 BGHSt 51, 100 (113) = NJW 2007, 1760.

81 BGHSt 52, 323 (337, 339) = NJW 2009, 89; krit. *Jahn*, JuS 2009, 173 (175); *Satzger*, NSTZ 2009, 297 (303); *Schlösser*, HRRS 2009, 19.

82 Krit. dazu *Mansdörfer*, JuS 2009, 114 (117).

83 BGHSt 47, 148 (157) = NJW 2002, 1211; *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf* (o. Fußn. 7), § 22 Rdnr. 78; *Perron*, in: Festschr. f. Tiedemann (o. Fußn. 22), S. 737ff. (746); *Ransiek*, ZStW 116 (2004), 634 (638).

84 BGHSt 51, 100 (121) = NJW 2007, 1760; 52, 182 (190) = NJW 2008, 1827; *OLG Hamburg*, NSTZ 2010, 335 (336) = JuS 2009, 1144 (*Jahn*).

85 *Beulke*, in: Festschr. f. Eisenberg (o. Fußn. 4), S. 245ff. (264); *Murmann*, Jura 2010, 561 (566); *Perron*, in: *Schönke/Schröder* (o. Fußn. 17), § 266 Rdnr. 50; *ders.*, GA 2009, 219 (231); *ders.*, in: Festschr. f. Tiedemann (o. Fußn. 22), S. 737ff. (748); *Ransiek*, NJW 2007, 1727 (1729); *ders.*, ZStW 116 (2004), 634 (640); *Rengier* (o. Fußn. 11), § 18 Rdnr. 23b; *Schünemann*, NSTZ 2008, 430 (433); *Wessels/Hillenkamp* (o. Fußn. 10), Rdnr. 779a.

86 *Jahn*, JuS 2009, 1144 (1145); *Mansdörfer*, JuS 2009, 114 (116); *Ransiek*, ZStW 116 (2004), 634 (660); *Rönnau*, in: Festschr. f. Tiedemann (o. Fußn. 22), S. 713ff. (732).

87 *Dierlamm*, in: MünchKomm-StGB (o. Fußn. 2), § 266 Rdnr. 238; *Rönnau*, in: Festschr. f. Tiedemann (o. Fußn. 22), S. 713ff. (732).

88 BGHSt 51, 100 (113) = NJW 2007, 1760.

89 BGHSt 52, 323 (337, 339) = NJW 2009, 89 = JuS 2009, 173 (*Jahn*).

90 *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf* (o. Fußn. 7), § 22 Rdnr. 85; *Maurach/Schroeder/Maiwald* (o. Fußn. 19), § 45 Rdnr. 55.

91 BGHSt 41, 224 (229) = NJW 1996, 65.

92 *Rengier*, AT, 2. Aufl. (2010), § 30 Rdnr. 15.

93 *Gropp*, AT, 3. Aufl. (2005), § 13 Rdnr. 116; *Rengier* (o. Fußn. 92), § 30 Rdnr. 20; § 45 Rdnr. 16; a.A. *Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder* (o. Fußn. 17), § 16 Rdnr. 18; *Heine*, in: *Schönke/Schröder* (o. Fußn. 17), Vorb. § 25 Rdnr. 32.

94 *Rengier* (o. Fußn. 92), § 19 Rdnrn. 52ff.

95 *Frister*, AT, 4. Aufl. (2009), 17/20; *Kindhäuser*, AT, 4. Aufl. (2009), § 17 Rdnr. 36; *Lackner/Kühl*, StGB, 26. Aufl. (2007), § 34 Rdnr. 2; *Roxin* (o. Fußn. 13), § 16 Rdnr. 68; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT, 5. Aufl. (2004), § 9 Rdnr. 103; a.A. *Heinrich*, AT I, 2. Aufl. (2010), Rdnr. 580; *Kühl*, AT, 6. Aufl. (2008), § 8 Rdnr. 132; *Perron*, in: *Schönke/Schröder* (o. Fußn. 17), § 34 Rdnr. 41b; *Wessels/Beulke*, AT, 40. Aufl. (2010), Rdnr. 443.

96 *Lackner/Kühl* (o. Fußn. 95), § 25 Rdnr. 4; *Rengier* (o. Fußn. 92), § 43 Rdnr. 18.

97 *Herzberg*, Täterschaft u. Teilnahme, 1977, S. 32; *Otto*, AT, 7. Aufl. (2004), § 21 Rdnr. 94; *Stratenwerth/Kuhlen* (o. Fußn. 95), § 12 Rdnr. 40.

98 *Roxin*, AT II, 2003, § 25 Rdnr. 271; *Wessels/Beulke* (o. Fußn. 95), Rdnr. 522; *Wittig* (o. Fußn. 4), § 20 Rdnr. 9.

99 *Herzberg* (o. Fußn. 97), S. 33.