

Christian Rieß*

Strafbarkeit von Geschäftsleitungen für die Nichtwahrnehmung erfolgsversprechender Geschäftsabschlüsse?

Abstract

In der jüngeren Vergangenheit ist die Bedeutung der Untreue im Wirtschaftsstrafrecht stetig gewachsen. Immer mehr Verhaltensweisen wurden als Verwirklichung des Tatbestands des § 266 StGB angesehen und für Geschäftsleitungen stieg die Gefahr, sich strafbar zu machen, stetig. Im folgenden Beitrag soll untersucht werden, ob sich Geschäftsleitungen nun auch durch die Nichtwahrnehmung erfolgsversprechender Geschäftsabschlüsse strafbar machen können. Vorgegangen wird dabei anhand der Tatbestandsmerkmale der Untreue, wobei das Hauptaugenmerk auf dem Vermögensnachteil liegt. In Bezug auf diesen ist insbesondere fraglich, inwieweit das Ausbleiben einer Vermögensmehrung einen untreuerelevanten Nachteil darstellen kann.

* Der Verfasser studiert im siebten Fachsemester Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Der Beitrag wurde im Wintersemester 2015/2016 im Rahmen des Praktikerseminars zum Unternehmensstrafrecht bei Prof. Dr. Gerhard Dannecker angefertigt.

I. Einleitung

Vielfach wird formuliert, die Untreue habe gerade Hochkonjunktur¹, es grasiere gar eine „Anwendungshypertrophie“² und auch die über 60 Jahre alte Behauptung *Mayers*, dass jenseits der klassischen Fälle niemand wisse, was Untreue eigentlich ist, wird einem immer wieder in Erinnerung gerufen.³ Unter dieser „Ausuferung“ der Untreue hätten insbesondere Geschäftsleitungen zu leiden: Da bei „nahezu jedem dubios erscheinenden Geschäftsgebaren“ ein Strafverfahren eröffnet werde,⁴ könnten sich Führungskräfte heutzutage nie mehr sicher sein, ob sie nicht im Falle des Misserfolgs sofort „ins Fahrwasser“ der Untreue geraten.⁵ Hält man sich diese Befürchtungen vor Augen, keimt unweigerlich die Frage auf, ob sich Geschäftsleitungen tatsächlich in diesem Ausmaß sorgen müssen. Um dem nachzugehen, soll in diesem Beitrag die Fragestellung, ob sich Geschäftsleitungen nun sogar aufgrund der Nichtwahrnehmung erfolgversprechender Geschäftsabschlüsse der Untreue schuldig machen können, untersucht werden.

Dann nämlich wären diese Befürchtungen wirklich nur noch schwer von der Hand zu weisen: Der Geschäftsführer könnte sich nicht mehr nur wegen Minderungen des betreuten Vermögens strafbar machen, sondern auch für das Ausbleiben von Vermögensmehrungen. Vor einem risikoreichen Geschäft droht dann ein Strafbarkeitsrisiko „von beiden Seiten“, sodass es nicht mehr möglich wäre, sich dem Strafbarkeitsrisiko zu entziehen, indem man „auf Nummer sicher“ geht und das Geschäft nicht abschließt. Schließlich könnte der Nichtabschluss genauso zu einer Strafbarkeit führen wie der Abschluss des Geschäfts. Da dies zu einer enormen Einengung des Handlungsspielraums des Geschäftsführers führte, kommt dieser Fragestellung eine nicht zu unterschätzende Tragweite zu.

¹ *Seier*, in: Bernsmann/Ulsenheimer, Bochumer Beiträge zu aktuellen Strafrechtsthemen, Geilen Symposium 2001, S. 145 f.; vgl. auch *Schünemann*, Der Bundesgerichtshof im Gestrüpp des Untreuetatbestands, NStZ 2006, 196 (196); *ders.*, Die „gravierende Pflichtverletzung“ bei der Untreue: dogmatischer Zauberhut oder taube Nuss?, NStZ 2005, 473 (473).

² *Beulke*, Wirtschaftslenkung im Zeichen des Untreuetatbestands, in: FS Eisenberg, 2009, S. 245 (246).

³ *Mayer*, Die Untreue, in: Materialien zur Strafrechtsreform, Band 1, Gutachten der Strafrechtslehrer, 1954, S. 337; vgl. auch *Fischer*, Der Gefährdungsschaden bei § 266 in der Rechtsprechung des BGH, StraFo 2008, 269 (269); *ders.*, Prognosen, Schäden, Schwarze Kassen, NStZ-Sonderheft 2009, 8 (8 f.).

⁴ *Beulke* (Fn. 2), S. 247; vgl. *Lesch*, Zweckwidrige Verwendung von Fraktionszuschüssen als Untreue?, ZRP 2002, 159 (161); *Matt*, Missverständnisse zur Untreue – Eine Betrachtung auch zum Verhältnis von (Straf-)Recht und Moral, NJW 2005, 389 (390).

⁵ *Beulke* (Fn. 2), S. 247.

Dementsprechend soll nun anhand der einzelnen Voraussetzungen des Untreuetatbestands in § 266 StGB untersucht werden, inwieweit eine Strafbarkeit beim Nichtabschluss eines erfolgsversprechenden Geschäfts in Betracht kommt. Ferner soll an den jeweils relevanten Stellen dargestellt werden, inwieweit man sich vom Untreuevorwurf entlasten kann.

II. Die Vermögensbetreuungspflicht

Sowohl in seiner Missbrauchs- als auch in seiner Treubruchsalternative setzt der Tatbestand der Untreue nach überwiegender Auffassung eine Vermögensbetreuungspflicht voraus.⁶ Dabei ist erforderlich, dass die Pflicht zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen der typische Inhalt des Verhältnisses zwischen Täter und Opfer und keine bloße Nebenpflicht einer schuldrechtlichen Vereinbarung ist.⁷ Im Rahmen dieser Pflicht muss dem Verpflichteten eine gewisse Selbstständigkeit eingeräumt sein, welche dann gegeben ist, wenn er nicht in der ihm vorgeworfenen Weise handeln musste, sondern auch anders hätte handeln können.⁸

Für Geschäftsleitungen von Personen- und Kapitalgesellschaften sind derartige Treupflichten grundsätzlich anerkannt.⁹ Allerdings ergeben sich für die jeweiligen Gesellschaftsformen Unterschiede hinsichtlich der Schutzrichtung der Treupflichten. So sind etwa die Geschäftsführer einer Personengesellschaft nur gegenüber den Gesellschaftern verpflichtet,¹⁰ während der Geschäftsführer einer GmbH nur der Gesellschaft als solcher gegenüber und nicht gegenüber den Gesellschaftern verpflichtet ist.¹¹ Auch ein Vorstandsmitglied einer AG ist nur der AG gegenüber verpflichtet.¹² Dies hat zwar keinen Einfluss auf das Bestehen einer Treupflicht, die Frage nach der Schutzrichtung gewinnt aber Bedeutung bei der Frage, ob ein taugliches Opfer der Untreue vorliegt.

⁶ BGHSt 24, 386 (387); *Dierlamm*, in: MüKo-StGB V, 2. Aufl. 2014, § 266 Rn. 31; *Hoyer*, in: Systematischer Kommentar StGB IV, 148. EL 2015, § 266 Rn. 11, 16 f.; *Krey/Hellmann/Heinrich*, Strafrecht BT 2, 17. Aufl. 2015, Rn. 793; *Rengier*, Strafrecht BT 1, 17. Aufl. 2015, § 18 Rn. 14; a.A. *Otto*, Strafrecht, 7. Aufl. 2005, § 54 Rn. 8 ff.

⁷ BGH, NStZ 1991, 489 (489); OLG Köln, NJW 1988, 3219 (3220).

⁸ BGH, NStZ 1983, 455 (455); NJW 1992, 250 (251).

⁹ *Arnold*, Untreue durch Schädigung des Unternehmens durch den Vorstand bzw. die Geschäftsführung, Jura 2005, 844 (845); *Perron*, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. 2014, § 266 Rn. 25.

¹⁰ *Kindhäuser*, Lehr- und Praxiskommentar, 6. Aufl. 2015, § 266 Rn. 36.

¹¹ BGHSt 51, 29 (32); *Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 9), § 266 Rn. 25.

¹² *Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 9), § 266 Rn. 25.

Insgesamt lässt sich aber festhalten, dass sich Geschäftsleitungen beim Umgang mit dem anvertrauten Vermögen von den Interessen des von ihnen geführten Unternehmens leiten lassen müssen.¹³ Insbesondere kommt ihnen dabei auch die für die vorliegende Untersuchung maßgebliche Pflicht, sich bietende Gelegenheiten zur Vermögensmehrung zu nutzen, zu,¹⁴ sodass die Untreuestrafbarkeit jedenfalls nicht am Vorliegen einer Vermögensbetreuungspflicht scheitert.

III. Die Pflichtverletzung

Problematischer gestaltet sich dann schon die Feststellung einer Pflichtverletzung. Bezüglich dieser ist zunächst einmal zu klären, welche der beiden Tatbestandsalternativen in Betracht kommt.

Die erste Alternative des § 266 Abs. 1 StGB – der sog. Missbrauchstatbestand – sieht als Tathandlung vor, dass der Täter eine ihm eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, missbraucht. Eine derartige Befugnis ist bei Geschäftsleitungen in aller Regel schon von Gesetzes wegen gegeben.¹⁵ Allerdings kann ein Missbrauch dieser Befugnis nur durch rechtsgeschäftliches oder hoheitliches Verhalten begangen werden.¹⁶ Da in dem bloßen Nichtabschluss eines Geschäfts kein derartiges Verhalten zu sehen ist, kommt die Missbrauchsalternative nicht in Betracht.

Die zweite Alternative des § 266 Abs. 1 StGB – der Treuebruchtatbestand – stellt jedoch niedrigere Anforderungen und verlangt lediglich die Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht. Dies erweist sich in Anbetracht des eben Gesagten zunächst einmal als wenig problematisch: Erkennt man die Pflicht, sich bietende Gelegenheiten zur Vermögensmehrung zu nutzen, an, so kann auch im Nichtabschluss eines erfolgversprechenden Geschäfts grundsätzlich eine Pflichtverletzung erblickt werden.

1. Erfordernis einer „gravierenden“ Pflichtverletzung

In der jüngeren *BGH*-Rechtsprechung wurde aber, insbesondere in Fällen der Bank- und Spendenuntreue, zudem das Erfordernis einer „gravierenden“

¹³ *Arnold* (Fn. 9), S. 846.

¹⁴ *Ebd.*, S. 848.

¹⁵ Vgl. für den AG-Vorstand: § 78 Abs. 1 S. 1 AktG; für den GmbH-Geschäftsführer: § 35 Abs. 1 S. 1 GmbHG; für den geschäftsführenden KG-Gesellschafter: § 161 Abs. 2 HGB; für den oHG-Gesellschafter: § 126 Abs. 1, 2 HGB; für den GbR-Gesellschafter: § 709 BGB. (Übersicht: *Waßmer*, in: *Graf/Jäger/Wittig*, 2011, § 266 Rn. 71).

¹⁶ *Duttge*, in: *Dölling/Duttge/Rössner*, 3. Aufl. 2013, § 266 Rn. 22; *Wessels/Hillenkamp*, *Strafrecht BT 2*, 38. Aufl. 2015, Rn. 753.

Pflichtverletzung aufgestellt.¹⁷ Ob eine solche vorliegt, sei im Wege einer einzelfallbezogenen „Gesamtschau“ anhand verschiedener Leitkriterien festzustellen.¹⁸ Zu diesen zählen die Unangemessenheit der vom Täter vorgenommenen Vermögenseinwirkung relativ zur Ertrags- und Vermögenslage des zu betreuenden Vermögensinhabers, die Verletzung von Informationspflichten, die Überschreitung interner Zuständigkeiten sowie die Motivation des Täters.¹⁹ Da sich die vorliegende Untersuchung aber auf Geschäftsleitungen bezieht, ist dies letztlich von untergeordneter Relevanz. Bei höheren Positionen sind regelmäßig weitreichende Beurteilungs- und Ermessensspielräume eingeräumt, was zur Folge hat, dass nach einhelliger Auffassung ein Pflichtverstoß sowieso erst angenommen werden kann, wenn die Grenzen dieser Spielräume nicht nur ausgereizt, sondern eindeutig überschritten worden sind.²⁰ Es muss also ohnehin schon eine gravierende Pflichtverletzung vorliegen, sodass es auf dieses Erfordernis nicht weiter ankommt.²¹

Allerdings gibt es in der Literatur vereinzelte Stimmen, die Geschäftsleitungen im Rahmen gesellschaftsrechtlicher Pflichtverletzungen über die Grenzen des unternehmerischen Entscheidungsspielraums hinaus noch eine „schmale Schutzzone“, die erst in Fällen der „evidenten Unvertretbarkeit“ endet, zugestehen wollen.²²

Ein derartiges Erfordernis erscheint jedoch schon in kriminalpolitischer Hinsicht äußerst bedenklich, da es letztlich auf die Propagierung eines Klassenstrafrechts hinausläuft.²³ Auch erscheint es schlicht impraktikabel: Die Grenzen des unternehmerischen Handlungsspielraums sind ohnehin schon sehr schwer bestimmbar; würde man ihnen nun ein weiteres – wohl noch schwerer bestimmbares – Kriterium nachlagern, würde der Tatbestand wohl endgültig seine Konturen verlieren.²⁴ Somit kann dieser Ansicht nicht zugestimmt werden und auf eine zusätzliche „Schutzzone“ ist zu verzichten.

¹⁷ BGHSt 46, 30 (34); 47, 148 (150 ff.); 47, 187 (197).

¹⁸ BGHSt 47, 187 (197); *LG Düsseldorf*, NJW 2004, 3275 (3280 f.).

¹⁹ BGHSt 47, 187 (197); *LG Düsseldorf*, NJW 2004, 3275 (3280 f.).

²⁰ *Perron*, Die Untreue nach der Grundsatzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts, in: FS Heinz, 2012, S. 796 (802); *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht AT, 4. Aufl. 2014, Rn. 165.

²¹ So wohl auch: *BGH*, NJW 2006, 453 (454 f.).

²² *Esser*, in: *AnwaltKommentar StGB*, 2. Aufl. 2015, § 266 Rn. 297a; ähnlich: *Ransiek*, Risiko, Pflichtwidrigkeit und Vermögensnachteil bei der Untreue, ZStW 116 (2004), 634 (677); *Saliger*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier*, 2. Aufl. 2014, § 266 Rn. 91.

²³ *Schünemann*, in: *Leipziger Kommentar IX*, 12. Aufl. 2012, § 266 Rn. 256.

²⁴ *Schünemann*, in: *Leipziger Kommentar IX* (Fn. 23), § 266 Rn. 256.

Nichtsdestotrotz bleibt festzuhalten, dass aufgrund des weiten unternehmerischen Handlungsspielraums letzten Endes hohe Anforderungen an eine Pflichtverletzung zu stellen sind.

2. Anforderungen an die Pflichtverletzung – Unternehmerischer Handlungsspielraum und *Business Judgement Rule*

Um dies näher zu veranschaulichen, soll nun konkretisiert werden, wie weit der unternehmerische Handlungsspielraum und damit der Bereich, in dem noch keine Pflichtverletzung vorliegt, reicht.

Hierzu ist zunächst festzustellen, dass unternehmerischer Erfolg ohne das Eingehen von Risiken nicht denkbar ist, was zur Folge hat, dass auch risikoreiche Geschäfte im Handlungsspielraum der Geschäftsleitung liegen müssen.²⁵ Alles andere würde verhindern, dass die Leitungsorgane Chancen mutig ergreifen und notwendige Veränderungen rechtzeitig anstoßen können.²⁶ Unter dem Begriff des „Risikos“ ist in diesem Zusammenhang „die Möglichkeit ungünstiger künftiger Entwicklungen“, die mit einer „erheblichen, wenn auch nicht notwendigerweise überwiegenden Wahrscheinlichkeit“ erwartet werden dürfen, zu verstehen.²⁷ Dabei ist hier im Hinblick auf den Untersuchungsgegenstand insbesondere darauf hinzuweisen, dass nicht nur die Gefahr, dass sich etwas Negatives ereignet, umfasst ist, sondern auch die Gefahr, dass eine erwartete positive Entwicklung ausbleibt.²⁸

Um den Rahmen, in dem risikoreiche Geschäfte noch keine Pflichtverletzung darstellen, abzustecken, hilft die in § 93 Abs. 1 S. 1 AktG gesetzlich verankerte *Business Judgement Rule*. Nach dieser handeln Vorstände und Geschäftsführer²⁹ so lange nicht pflichtwidrig, wie sie „die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters“ anwenden. Dies ist nach der gesetzlichen Umschreibung in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG dann der Fall, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise

²⁵ Vgl. BGHZ 135, 244 (253); 136, 133 (140); *Westermann/Paefgen*, Das Aktienrecht im Spiegel der 4. Auflage des Großkommentars, JZ 2003, 138 (139 f.).

²⁶ *Bosch/Lange*, Unternehmerischer Handlungsspielraum des Vorstandes zwischen zivilrechtlicher Verantwortung und strafrechtlicher Sanktion, JZ 2009, 225 (228).

²⁷ *Ebd.*

²⁸ Vgl. *Lange*, in: MüKo-HGB IV, 3. Aufl. 2013, § 289 Rn. 83 ff. zur Risikoberichterstattung.

²⁹ Trotz ihrer Verankerung im Aktienrecht gilt die *Business Judgement Rule* nicht allein für Vorstände und Aufsichtsräte einer AG, sondern auch für den GmbH-Geschäftsführer (vgl. BGHZ 152, 280 (280 ff.); *Haas/Ziemons*, in: BeckOK-GmbHG, Ed. 24, Stand: 15.8.2015, § 43 Rn. 105).

annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Informationen und zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.

Dementsprechend muss also zunächst eine „unternehmerische Entscheidung“ vorliegen. Der Begriff der „Entscheidung“ setzt dabei ein bewusstes Handeln oder Unterlassen des Leitungsorgans voraus.³⁰ Zu einer „unternehmerischen“ Entscheidung wird eine solche, wenn sie nach unternehmerischen Zweckmäßigkeit Gesichtspunkten getroffen wird und dabei eine gewisse Entscheidungsfreiheit eingeräumt ist.³¹

Annehmen, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln, darf das Organ, wenn es im Zeitpunkt der Entscheidung vernünftigerweise davon ausgehen durfte, den Unternehmenswert bzw. die Rentabilität des Unternehmens nachhaltig zu steigern.³² Diese subjektive Annahme genügt dabei; nicht erforderlich ist, dass die Entscheidung auch objektiv dem Wohle der Gesellschaft dient.³³

Allerdings muss die Entscheidung auch in der Annahme, auf Grundlage angemessener Information zu handeln, erfolgt sein. Dazu muss das Organ zunächst über Instrumentarien verfügen, durch die es mit den Informationen, die für eine sachgerechte Entscheidungsfindung erforderlich sind, versorgt werden kann.³⁴ Mit deren Hilfe muss dann eine mit Blick auf Zeit, Kosten und Nutzen angemessene Tatsachenbasis gebildet werden.³⁵ Sodann muss – darauf gründend – eine nachvollziehbare Entscheidung unter Ausnutzung sämtlicher Erkenntnisquellen getroffen werden.³⁶

Ferner muss das Organmitglied dabei auch im guten Glauben handeln.³⁷ Schließlich kann es nur dann schutzwürdig sein, wenn es auf die Richtigkeit der eigenen Handlung vertraut.³⁸

³⁰ *Bosch/Lange* (Fn. 26), S. 230; *Spindler*, in: MüKo-AktG II, 4. Aufl. 2014, § 93 Rn. 43.

³¹ *Krieger/Sailer-Coceani*, in: Schmidt/Lutter, 3. Aufl. 2015, § 93 Rn. 15; *Lutter*, Die Business Judgement Rule und ihre praktische Anwendung, ZIP 2007, 841 (843).

³² *Bosch/Lange* (Fn. 26), S. 230; *Spindler*, in: MüKo-AktG II (Fn. 30), § 93 Rn. 46 f.

³³ *Bosch/Lange* (Fn. 26), S. 230.

³⁴ *Freitag/Korch*, Die Angemessenheit der Information im Rahmen der Business Judgement Rule (§ 93 Abs. 1 Satz 2 AktG), ZIP 2012, 2281 (2284 f.); *Peters*, Angemessene Informationsbasis als Voraussetzung pflichtgemäßen Vorstandshandelns, AG 2010, 811 (812).

³⁵ *Böttcher*, Bankvorstandshaftung im Rahmen der Sub-Prime Krise, NZG 2009, 1047 (1049); *Grundeis/Werder*, Die Angemessenheit der Informationsgrundlage als Anwendungsvoraussetzung der Business Judgement Rule, AG 2005, 825 (829 ff.).

³⁶ *Bosch/Lange* (Fn. 26), S. 231.

³⁷ *Hauschka*, Grundsätze pflichtgemäßer Unternehmensführung, ZRP 2004, 65 (66 f.).

³⁸ *Bosch/Lange* (Fn. 26), S. 231.

Schlussendlich darf es auch keinen Sonderinteressen oder sachfremden Einflüssen unterliegen.³⁹ Da nur derjenige, der sich bei seiner Entscheidung frei von derartigen Einflüssen weiß, uneingeschränkt zum Wohle der Gesellschaft handeln kann, ist auch diese (umstrittene)⁴⁰ Voraussetzung anzuerkennen.⁴¹

Betrachtet man nun diese Voraussetzungen, so erkennt man, dass sich insbesondere sehr vorsichtige Geschäftsführer oder Vorstände wohl oftmals mithilfe der *Business Judgment Rule* vom Vorwurf der Pflichtwidrigkeit entlasten können. Können sie genau darlegen, aufgrund welcher Tatsachen und aufgrund welches Gedankengangs sie letztlich vom Geschäftsabschluss abgesehen haben, kann ihnen niemand einen Untreuevorwurf machen, sofern sie dabei gewissenhaft und rational vorgegangen sind. Dementsprechend sollte die Bedeutung des unternehmerischen Handlungsspielraums und der *Business Judgment Rule* im Hinblick auf die Pflichtverletzung nicht unterschätzt werden. Dies gilt insbesondere deshalb, weil die Grenzen des unternehmerischen Handlungsspielraums – wie oben dargestellt – nicht nur tangiert, sondern eindeutig überschritten werden müssen, damit eine Pflichtverletzung bejaht werden kann.

3. Auswirkung der Begehung durch Unterlassen

Fraglich ist im Rahmen der Pflichtverletzung des Weiteren, wie sich der Umstand auswirkt, dass beim Nichtabschluss eines Geschäfts nur eine Untreue durch Unterlassen in Betracht kommt.

a) Anwendbarkeit des § 13 Abs. 1 StGB

In der Literatur wird § 266 Abs. 1 Var. 2 StGB mehrheitlich als echtes Unterlassungsdelikt betrachtet,⁴² was zur Folge hat, dass die Anwendbarkeit des § 13 Abs. 1 StGB auf § 266 Abs. 1 Var. 2 StGB überwiegend verneint wird. Dies wird damit begründet, dass der Treubruchtatbestand bereits alle Voraussetzungen, die § 13 StGB für ein handlungsentsprechendes Unterlassungsdelikt aufstellt, enthalte.⁴³ So werde der abzuwendende Erfolg in Form des „Vermögensnachteils“ definiert.⁴⁴ Zudem stelle die Vermögensbetreuungspflicht eine besondere (Beschützer-)Garantenpflicht dar, sodass auch eine

³⁹ BegrRegE, BR-Drucks 3/05, S. 19 f.

⁴⁰ Krieger/Sailer-Coveani, in: Schmidt/Lutter (Fn. 31), § 93 Rn. 19.

⁴¹ Bosch/Lange (Fn. 26), S. 232.

⁴² Rengier (Fn. 6), § 18 Rn. 36; Wessels/Hillenkamp (Fn. 16), Rn. 765.

⁴³ Dierlamm, in: MüKo-StGB V (Fn. 6), § 266 Rn. 139; Güntge, Untreueverhalten durch Unterlassen, wistra 1996, 84 (88).

⁴⁴ Güntge (Fn. 43), S. 88.

solche im Rahmen des § 266 StGB schon tatbestandlich vorausgesetzt wird.⁴⁵ Auch lasse sich ein Unterlassen ohne Weiteres unter die verhaltensneutral umschriebene Tathandlung, die lediglich eine Pflichtverletzung fordert, subsumieren.⁴⁶

Die Rechtsprechung teilte diese Sichtweise ursprünglich,⁴⁷ ließ aber in späteren Entscheidungen die Anwendbarkeit des § 13 Abs. 1 StGB offen,⁴⁸ und wendete die Vorschrift im Fall *Siemens-Enel* im Jahr 2008 schließlich ausdrücklich an.⁴⁹ Da allerdings aufgrund der Vermögensbetreuungspflicht die Begründung einer Garantenpflicht keine Probleme bereitet, ist die Frage, ob § 13 Abs. 1 StGB anzuwenden ist oder nicht, für die Begründung der Strafbarkeit in aller Regel unerheblich.

b) Anwendbarkeit des § 13 Abs. 2 StGB

Bedeutung gewinnt die Frage allerdings im Rahmen der Strafzumessung, namentlich bei der Frage, ob die Strafe nach § 13 Abs. 2 StGB gemildert werden kann. Folgt man der Rechtsprechung und wendet § 13 Abs. 1 StGB an, so geht damit eine Anwendung des § 13 Abs. 2 StGB denknotwendig einher. Wendet man jedoch § 13 Abs. 1 StGB nicht an, so kommt allenfalls eine analoge Anwendung des § 13 Abs. 2 StGB in Betracht.

Gegen eine derartige Analogie wird vorgebracht, dass es schon an einer planwidrigen Regelungslücke mangle: Aus den Gesetzesmaterialien gehe hervor, dass sich der Gesetzgeber sowohl der Existenz echter Unterlassungsdelikte, als auch der Existenz sogenannter „doppeldeutiger“⁵⁰ Unterlassungsdelikte bewusst war.⁵¹ Dass er trotz dieses Bewusstseins die fakultative Strafmindermöglichkeit des § 13 StGB nicht für anwendbar erklärt hat, bringe zum Ausdruck, dass die jeweiligen Vorschriften des Besonderen Teils bezüglich ihres Strafrahmens als abschließend verstanden

⁴⁵ Kindhäuser, Strafrecht BT 2, 8. Aufl. 2014, § 34 Rn. 49; Maurach/Schroeder/Mainwald, Strafrecht BT 1, 10. Aufl. 2009, § 45 Rn. 44; Rengier (Fn. 6), § 18 Rn. 36.

⁴⁶ Güntge (Fn. 43), S. 88; Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen III, 4. Aufl. 2013, § 266 Rn. 64.

⁴⁷ BGH, JR 1983, 515 (515 f.); wistra 1988, 227 (230).

⁴⁸ BGHSt 36, 227 (228); BGH, wistra 1989, 345 (345 f.); StV 1998, 127 (127).

⁴⁹ BGHSt 52, 323 (334) = NJW 2009, 89 (91).

⁵⁰ Dabei handelt es sich um Delikte, bei denen die tatbestandlich umschriebene Verhaltensweise sowohl aktives Tun als auch Unterlassen umfasst (vgl. Güntge (Fn. 43), S. 89).

⁵¹ Vgl. Bockelmann, Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission Band 2, 1958, S. 277.

werden sollten.⁵²

Die alte Rechtsprechung, die noch ohne Anwendung des § 13 Abs. 1 StGB auskam, sah dies indes anders und schloss die Milderungsmöglichkeit nach § 13 Abs. 2 StGB nur bei solchen Tatbeständen aus, die einen eigenen Strafraumen auch für die Tatbestandsverwirklichung durch Unterlassen⁵³ vorsehen.⁵⁴ Delikten wie § 266 StGB, bei denen dies nicht der Fall ist, könne man hingegen nicht entnehmen, dass der Gesetzgeber den Strafraumen auch für die Begehung durch Unterlassen als abschließend verstand, sodass die gesetzgeberische Wertung, dass „unter sonst gleichen Umständen das Unterlassen der Abwendung des tatbestandsmäßigen Erfolgs weniger schwer wiegen kann als die Herbeiführung dieses Erfolges durch positives Tun“⁵⁵ über die Anwendung des § 13 Abs. 2 StGB zum Tragen kommen müsse.⁵⁶ Hiergegen wird teilweise vorgebracht, dass man eine etwaige geringere Strafwürdigkeit eines Unterlassens auch ohne Weiteres über den flexiblen Strafraumen des § 266 StGB berücksichtigen könne.⁵⁷ Dieser Argumentation wurde aber mit dem 6. StrRG, im Rahmen dessen die Untreue durch § 266 Abs. 2 StGB i.V.m. § 263 Abs. 3 StGB um Regelbeispiele erweitert wurde, der Boden entzogen.⁵⁸ Da bei Verwirklichung des Regelbeispiels die Mindeststrafe sechs Monate beträgt, kann man nicht mehr davon sprechen, dass der Richter „ohne Weiteres“ eine geringere Strafwürdigkeit eines Unterlassens berücksichtigen kann.⁵⁹

Somit ist hier – um der genannten gesetzgeberischen Wertentscheidung Rechnung zu tragen – die Ansicht der Rechtsprechung vorzuziehen. Eine Strafmilderung nach § 13 Abs. 2 StGB ist mithin möglich.

IV. Der Vermögensnachteil

Taterfolg der Untreue ist der Eintritt eines Vermögensnachteils. Trotz des unterschiedlichen Wortlauts wird dieser von der herrschenden Meinung

⁵² *Güntge* (Fn. 43), S. 89.

⁵³ Z.B. bei § 225 Abs. 1 StGB (böswillige Vernachlässigung der Sorgspflicht), § 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. g StGB (Nichtkenntlichmachen liegengebliebener Fahrzeuge), § 340 Abs. 1 StGB (Begehenlassen einer Körperverletzung), § 353b Abs. 2 (Gelangenlassen eines Dienstgeheimnisses) oder § 357 Abs. 1 StGB (Geschehenlassen einer rechtswidrigen Tat eines Untergebenen).

⁵⁴ BGHSt 36, 227 (228 f.) = NJW 1990, 332 (332 f.) = NStZ 1990, 77 (77).

⁵⁵ Protokolle des Sonderausschusses V, S. 1865 f.

⁵⁶ BGHSt 36, 227 (228 f.) = NJW 1990, 332 (332 f.) = NStZ 1990, 77 (77).

⁵⁷ *Manrach/Schroeder/Maiwald* (Fn. 45), § 45 Rn. 22.

⁵⁸ *Seier*, Der ungetreue Vereinsvorstand, JuS 2002, 237 (240).

⁵⁹ *Martin*, Bankuntreue, 2000, S. 57 f.; *Seier* (Fn. 58), S. 240.

genauso wie der Vermögensschaden beim Betrug verstanden.⁶⁰ Demnach stellt jede Vermögenseinbuße, die zu einer Minderung des wirtschaftlichen Gesamtwerts des betreuten Vermögens führt, einen Nachteil dar.⁶¹ Zu berücksichtigen ist dabei, dass dieser Nachteil nach der Formulierung des Gesetzes („[...]“ und dadurch dem, dessen [...]“⁶²) nur dann rechtserheblich ist, wenn er gerade auf der Pflichtverletzung basiert.⁶²

An dieser Stelle tritt die Hauptproblematik der vorliegenden Untersuchung zum Vorschein: Beim Nichtabschluss eines erfolgsversprechenden Geschäfts kommt als Nachteil nur das Ausbleiben einer Vermögensmehrung in Betracht. Ob überhaupt und unter welchen Voraussetzungen eine unterbliebene Vermögensmehrung einen Nachteil i.S.d. § 266 StGB begründen kann, wird vehement diskutiert. Im Wesentlichen stehen sich dabei zwei Ansätze gegenüber.

1. Erfordernis einer vermögenswerten Exspektanz

Nach der aktuell herrschenden Meinung kommt – ähnlich wie beim Betrug – in derartigen Fällen nur dann eine Strafbarkeit in Betracht, wenn sich die Gewinnerwartung bereits zu einer Exspektanz mit eigenem Vermögenswert konkretisiert hatte.⁶³ Das Vorliegen einer solchen muss sich dabei schon aus einer *ex ante*-Betrachtung im Zeitpunkt der Tathandlung ergeben. Der Nachteil liegt dann genau genommen nicht im Ausbleiben der Vermögensmehrung, sondern im Verlust bzw. der Verletzung dieser Exspektanz. Wann eine hinreichende Verdichtung der Gewinnerwartung vorliegt und man von einer Exspektanz sprechen kann, wird freilich innerhalb dieses Meinungsspektrums wiederum unterschiedlich beurteilt. Anerkannt ist aber jedenfalls, dass nicht an das bloße Ausbleiben einer Vermögensmehrung als solches angeknüpft werden kann. Genauso wie beim Betrug wird die Höhe des Schadens dann anhand eines „Vorher-Nachher-Vergleichs“ des Vermögens unmittelbar vor und unmittelbar nach der Tathandlung bestimmt.⁶⁴

⁶⁰ Hohmann/Sander, Strafrecht BT 1, 3. Aufl. 2011, § 16 Rn. 10; Rengier (Fn. 6), § 18 Rn. 49; Wessels/Hillenkamp (Fn. 16), Rn. 775.

⁶¹ Rengier (Fn. 6), § 18 Rn. 51.

⁶² *Ebd.*, § 18 Rn. 50.

⁶³ BGHSt 31, 232 (234); Arnold (Fn. 9), S. 848; Beulke (Fn. 2), S. 259; Schönemann, in: Leipziger Kommentar IX (Fn. 23), § 266 Rn. 167, 173, 176.

⁶⁴ Schönemann, in: Leipziger Kommentar IX (Fn. 23), § 266 Rn. 168, 173, 176.

2. Vergleich zur Vermögenslage bei hypothetisch pflichtgemäßem Verhalten

Eine andere Ansicht nimmt hingegen eine *ex post*-Betrachtung vor und vergleicht aus dieser Perspektive die tatsächlich bestehende Vermögenslage mit der, die bei hypothetisch pflichtgemäßem Verhalten eingetreten wäre.⁶⁵ Ist letztere höher, so sei ein Nachteil anzunehmen, auch wenn sich die Gewinnerwartung im Zeitpunkt der Tathandlung noch nicht zu einer Exspektanz konkretisiert hatte.⁶⁶ Dies zugrunde gelegt, wäre es grundsätzlich möglich, an das bloße Ausbleiben einer Vermögensmehrung anzuknüpfen.

3. Konsequenz

Der Unterschied der beiden Ansichten liegt also im Blickwinkel:⁶⁷ Während die herrschende Meinung den Nachteil *ex ante* bestimmt, bestimmt ihn die Mindermeinung *ex post*. Auf den ersten Blick erscheint es damit mithilfe der Mindermeinung deutlich leichter, zur Begründung eines Nachteils zu gelangen. Allerdings wird es auch häufig äußerst schwierig sein, zweifelsfrei festzustellen, wie genau sich das Vermögen bei pflichtgemäßem Verhalten entwickelt hätte und ob wirklich mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit eine Vermögensmehrung eingetreten wäre.⁶⁸

Nichtsdestotrotz werden die beiden Ansichten aber in zahlreichen Fällen zu verschiedenen Ergebnissen führen. So muss man nur an den Fall denken, dass ein Geschäft so erfolgsversprechend erscheint, dass man die damit verbundene Gewinnchance schon als Exspektanz bezeichnen kann, aber aller Erwartung zum Trotz dennoch schlecht gelaufen wäre. Nach ersterer Ansicht käme demnach eine Strafbarkeit in Betracht, nach letzterer nicht. Andererseits kann aber auch der umgekehrte Fall eintreten, dass ein wenig erfolgsversprechendes Geschäft doch höchst erfolgreich verlaufen wäre. Dann wäre das Ergebnis gerade umgekehrt.

⁶⁵ Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen III (Fn. 46), § 266 Rn. 96 ff.; ders., Pflichtverletzung und Schadenszurechnung bei der Untreue (§ 266 StGB), in: FS Lampe, 2003, S. 709 (722 ff.); Perron, Keine Unmittelbarkeit des Vermögensschadens, ausbleibender Gewinn als Nachteil – liegt der Untreue ein anderer Begriff des Vermögensschadens zugrunde als dem Betrug?, in: FS Frisch, 2013, S. 857 (865 ff.); Rengier (Fn. 6), § 18 Rn. 54.

⁶⁶ Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen III (Fn. 46), § 266 Rn. 96 ff.; ders., Pflichtverletzung und Schadenszurechnung bei der Untreue (§ 266 StGB), in: FS Lampe, 2003, S. 709 (722 ff.); Perron (Fn. 65), S. 865 ff.; Rengier (Fn. 6), § 18 Rn. 54.

⁶⁷ Perron (Fn. 20), S. 805.

⁶⁸ Ebd., S. 868.

Da es sich also auf das Ergebnis der Untreuestrafbarkeit in Konstellationen, die dem Untersuchungsgegenstand entsprechen, stark auswirken kann, soll im Folgenden – auch wenn das *Bundesverfassungsgericht* beide Ansichten als verfassungsrechtlich gleichwertig ansieht⁶⁹ – anhand der jeweils vorgebrachten Argumente untersucht werden, welcher Meinung der Vorzug zu geben ist.

a) *Argument des Rechtsgüterschutzes*

Ein Argument, das für die herrschende Meinung angeführt wird, ist, dass man nur bei Vorliegen einer Exspektanz sicher sagen kann, dass überhaupt ein Rechtsgut bestand, das verletzt werden kann.⁷⁰ Ein bloßer Verstoß gegen die Pflicht zur Gewinnerzielung könne allenfalls zivilrechtlich sanktioniert werden, solange aber noch kein schon bestehendes Rechtsgut verletzt werde, scheidet ein Rückgriff auf das Strafrecht insbesondere im Hinblick auf den *ultima ratio*-Gedanken aus.⁷¹ Fraglich ist jedoch, ob eine Exspektanz tatsächlich das einzige Rechtsgut ist, an das in derartigen Fällen angeknüpft werden kann. Ausgangspunkt der Beantwortung dieser Frage ist die Tatsache, dass das geschützte Rechtsgut der Untreue das Vermögen ist.⁷² Daran anknüpfend wird von der Gegenansicht argumentiert, dass zum Vermögen auch vermögenswerte Rechte zählen und zu diesen auch die vermögenswerten Ansprüche des Opfers gegen den Täter gehören.⁷³ Besteht also eine zivilrechtliche Pflicht zur Vermögenmehrung, so käme schon dieser Pflicht als solcher ein Vermögenswert zu, der bei Nichtnachkommen der Pflicht gemindert würde. Dieser Sichtweise ist zunächst zuzugeben, dass Forderungen genauso wie Exspektanzen vom wirtschaftlichen und von juristisch-ökonomischen Vermögensbegriff erfasst werden und somit zum von der Untreue geschützten Vermögen zählen.⁷⁴ Allerdings ergeben sich in diesem Zusammenhang zwei Probleme:

Erstens erscheint fraglich, ob diese Sichtweise nicht unausweichlich zu einer „Verschleifung“ von Pflichtverletzung und Nachteil führt, die – wie das

⁶⁹ BVerfGE 126, 170 (215 f.).

⁷⁰ Arnold (Fn. 9), S. 848; Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen III (Fn. 23), § 266 Rn. 173.

⁷¹ Schönemann, in: Leipziger Kommentar IX (Fn. 23), § 266 Rn. 173.

⁷² BVerfGE 120, 170 (200); Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen III (Fn. 46), § 266 Rn. 1.

⁷³ Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen III (Fn. 46), § 266 Rn. 97; Rengier (Fn. 6), § 18 Rn. 54.

⁷⁴ Vgl. Rengier (Fn. 6), § 13 Rn. 121 ff.

Bundesverfassungsgericht ausdrücklich festgestellt hat⁷⁵ – unter allen Umständen zu vermeiden ist.

Zweitens ist mit der Tatsache, dass auch die Verletzung eines Anspruchs einen untreuerelevanten Nachteil begründen kann, noch nicht gesagt, wie – davon ausgehend – die Brücke zur Schadensbestimmung durch einen Vergleich zur Vermögenslage bei hypothetisch pflichtgemäßem Verhalten geschlagen wird.

b) „Verschleifung“ der Tatbestandsmerkmale

In seiner Entscheidung vom 23.6.2010 hat das *Bundesverfassungsgericht* betont, dass Straftatbestände dergestalt auszulegen sind, dass jedem Tatbestandsmerkmal ein eigener Bedeutungsgehalt zukommt.⁷⁶ Eine Auslegung darf also nicht dazu führen, dass ein Merkmal in einem anderen aufgeht, also immer schon dann vorliegt, wenn auch das andere vorliegt.⁷⁷ Schließlich hätte der Gesetzgeber dieses Merkmal dann auch nicht selbstständig statuieren müssen.⁷⁸ Bei dem Nachteilsverständnis der letztgenannten Ansicht scheint genau dies aber auf den ersten Blick der Fall zu sein. So wird letztlich in der Vermögensbetreuungspflicht ein Anspruch des Opfers gegen den Täter gesehen, der bei Vorliegen einer Pflichtverletzung logischerweise immer „mitverletzt“ wird. Somit scheint es tatsächlich an dieser Stelle zu einer Verschleifung zu kommen.

Dem steht jedoch entgegen, dass die Bedeutung, die dem Begriff des Nachteils von dieser Ansicht zugemessen wird, an dieser Stelle noch nicht aufhört. Denn ein Nachteil wird nur angenommen, wenn neben der Verletzung des Anspruchs ein Vergleich mit der hypothetischen, bei pflichtgemäßem Verhalten bestehenden, Vermögenslage ergibt, dass in diesem Fall das Vermögen höher wäre.⁷⁹ Ob es tatsächlich dogmatisch „sauber“ ist, den Schaden auf diese Weise zu bestimmen, ist eine andere Frage. Jedenfalls lässt sich aber sagen, dass – auch wenn eine gewisse Überschneidung der Merkmale „Pflichtverletzung“ und „Nachteil“ nicht zu leugnen ist – die beiden Merkmale bei konsequentem Zudeuden dieser Ansicht nicht ineinander aufgehen.

⁷⁵ *BVerfG*, NStZ 2010, 626 Rn. 8.

⁷⁶ *BVerfG*, NStZ 2010, 626 Rn. 8.

⁷⁷ *BVerfG*, NStZ 2010, 626 Rn. 8.

⁷⁸ *BVerfG*, NStZ 2010, 626 Rn. 8.

⁷⁹ *Kindhäuser*, Pflichtverletzung und Schadenszurechnung bei der Untreue (§ 266 StGB), in: FS Lampe, 2003, S. 709 (724).

c) Vergleich zu hypothetisch pflichtgemäßem Verhalten

Allerdings muss nun geklärt werden, ob die Schadensbestimmung durch einen Vergleich zur Vermögenslage bei hypothetisch pflichtgemäßem Verhalten und damit der Grund, warum die beiden Merkmale nicht ineinander aufgehen, tatsächlich mit der Dogmatik der Untreue zu vereinbaren ist.

aa) Notwendigkeit einer untreuespezifischen Modifikation der Schadenskriterien?

Hierzu ist zuallererst der Frage nachzugehen, ob denn überhaupt Gründe vorliegen, die dafür sprechen könnten, die Schadenskriterien des Betrugs untreuespezifisch zu modifizieren und statt dem „Vorher-Nachher“-Vergleich einen Vergleich zu hypothetisch pflichtgemäßem Verhalten vorzunehmen. Wäre dies nicht der Fall, so wäre eine weitere Diskussion schließlich hinfällig. Allerdings gibt es drei Argumente, die für eine untreuespezifische Modifikation geltend gemacht werden.

(1) Pflichtwidrigkeitszusammenhang

Zunächst wird angeführt, dass der „Vorher-Nachher“-Vergleich nicht das Erfordernis, dass der Nachteil *gerade durch die Pflichtwidrigkeit* zugefügt werden muss, beachte.⁸⁰ Es müsse nämlich ein Pflichtwidrigkeitszusammenhang bestehen, der voraussetzt, dass die Vermögensminderung zwar nicht ausgeglichen wurde, aber bei pflichtgemäßem Handeln zumindest aller Wahrscheinlichkeit nach kompensiert worden wäre.⁸¹ Der Forderung nach einem Pflichtwidrigkeitszusammenhang ist grundsätzlich zuzustimmen, da insbesondere schon der Wortlaut des § 266 StGB („[...] und *dadurch* [...] Nachteil zufügt“) einen solchen nahelegt.⁸² Allerdings ist nicht ersichtlich, warum man diesen Pflichtwidrigkeitszusammenhang gerade in den Schadensbegriff implementieren und ihn nicht – wie sonst üblich – in der objektiven Zurechnung verorten sollte. Schließlich ist der Pflichtwidrigkeitszusammenhang allgemein ein – aus der Fahrlässigkeitsdogmatik stammendes – Zurechnungsinstitut.⁸³ Zwar besteht noch weitgehende Unklarheit darüber, inwieweit die

⁸⁰ Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen III (Fn. 46), § 266 Rn. 99; ders. (Fn. 79), S. 724.

⁸¹ Ebd.

⁸² Matt, in: Matt/Renzikowski, 1. Aufl. 2013, § 266 Rn. 147; Saliger, Gibt es eine Untreuemode? Die neuere Untreuedebatte und Möglichkeiten einer restriktiven Auslegung, HRRS 2006, 10 (22); Seier, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau, 4. Aufl. 2015, Kap. 2 – Untreue Rn. 209.

⁸³ Seier (Fn. 82), Kap. 2 – Untreue Rn. 209; vgl. dazu auch: Rengier, Strafrecht AT, 7. Aufl. 2015, § 52 Rn. 26 ff.

objektive Zurechnung bei der Untreue und allgemein im Besonderen Teil des StGB zu berücksichtigen ist,⁸⁴ allerdings sollte dies nicht dazu führen, Merkmale, die ihr grundsätzlich zuzuordnen sind, in andere hineinzuzuperpretieren und damit deren Konturen zu verwischen.

Diese Argumentation beruht somit zwar auf einer anerkennenswerten Prämisse, erweist sich aber darüber hinaus als nicht tragfähig.

(2) Wortlaut und Unrechtscharakter

Teilweise wird aber auch an den im Vergleich zum Betrug unterschiedlichen Wortlaut angeknüpft. Dass bei der Untreue von einem „Nachteil“ und beim Betrug von einem „Schaden“ gesprochen wird, sei kein Zufall, sondern vielmehr Ausdruck des unterschiedlichen Unrechtscharakters der beiden Delikte.⁸⁵ Allgemein sei unter dem Begriff des Nachteils ein/e „schlechte Eigenschaft; Verlust; Schaden; ungünstige Lage“ zu verstehen.⁸⁶ Schon daran, dass der Begriff des Schadens als Beispiel für einen Nachteil genannt wird, sei zu erkennen, dass es sich beim Nachteil um den weiteren Begriff handeln muss.⁸⁷ Bestätigt werde dies auch dadurch, dass der Schaden hingegen nur als ein/e „Verlust; Beeinträchtigung“ definiert wird.⁸⁸

Dass nun beim Betrug von einem „Schaden“ gesprochen wird, folge daraus, dass dessen zentrales Element eine Vermögensverschiebung sei, die das Opfer ent- und den Täter oder einen Dritten bereichert.⁸⁹ Schließlich setze eine solche eine Schädigung des Opfers als Zwischenschritt denknotwendig voraus.⁹⁰ Bei der Untreue reichten die spezifischen Schutzpflichten hingegen viel weiter und setzten nicht zwangsläufig eine derartige Schädigung voraus, sondern erfassten vielmehr auch die sorgfaltsgemäße Mehrung und Verwaltung des anvertrauten Vermögens.⁹¹ Um dem Rechnung zu tragen, müsse der sowieso schon weitere Begriff des Nachteils auch aus teleologischen Gründen weiter verstanden

⁸⁴ *Saliger* (Fn. 82), S. 21; *Schünemann*, Die „gravierende Pflichtverletzung“ bei der Untreue: dogmatischer Zauberhut oder taube Nuss?, NStZ 2005, 473 (475 f.).

⁸⁵ *Perron* (Fn. 65), S. 864 f.

⁸⁶ *Perron* (Fn. 65), S. 864; vgl. *Wahrig*, Deutsches Wörterbuch, 6. Aufl. 1997, Stichwort „Nachteil“.

⁸⁷ *Perron* (Fn. 65), S. 864 f.

⁸⁸ *Ebd.*; vgl. *Wahrig* (Fn. 86), Stichwort „Schaden“.

⁸⁹ *Perron* (Fn. 65), S. 865.

⁹⁰ *Ebd.*

⁹¹ *Ebd.*

werden und das Ausbleiben zukünftiger Gewinne erfassen, sofern diese bei pflichtgemäßem Verhalten eingetreten wären.⁹²

Dieser Schluss erscheint jedoch im Hinblick auf das Verschleifungsverbot bedenklich. Schließlich ist hier das wesentliche Argument, dass aufgrund der Weite des Begriffs der Pflichtverletzung auch der Begriff des Nachteils weiter ausgelegt werden muss, um alle in Betracht kommenden Pflichtverletzungen erfassen zu können. Schließt man aber derart von Tathandlung auf den Taterfolg, so führt dies doch unausweichlich dazu, dass der Taterfolg seine Funktion als weiteres Restriktionsmerkmal verliert und – wie es gerade vom Verschleifungsverbot untersagt wird – in der Tathandlung aufgeht.⁹³

Darüber hinaus könnte diese Argumentation auch nicht erklären, warum bei § 253 StGB auch von einem Nachteil und nicht von einem Schaden gesprochen wird, obwohl die Tathandlung bei der Erpressung nicht so weit wie bei der Untreue gefasst ist.⁹⁴

Somit kann dieser Argumentation nicht gefolgt werden, sodass auch dieser Begründungsansatz keine hinreichende Basis für eine untreuespezifische Modifikation des Schadensbegriffs darstellt.

(3) Erfassung strafwürdiger Fälle

Daneben wird aber auch darauf verwiesen, dass im Falle des Unterlassens der Vermögensbestand vor und nach der Tathandlung vielfach unverändert bliebe und somit der Untreuetatbestand in zahlreichen strafwürdig erscheinenden Fällen – wie z.B. dem Nichtanlegen von Mündelgeldern entgegen der Verpflichtung aus § 1806 BGB – nicht verwirklicht wäre.⁹⁵ Dem ist zuzugestehen, dass weitgehende Einigkeit besteht, dass derartige Fälle tatsächlich strafrechtlich sanktionierbar sein müssen, sodass es sich hierbei grundsätzlich um einen geeigneten Begründungsansatz handelt. Allerdings erkennen die Vertreter dieser Ansicht teilweise auch selbst an, dass man dieses Ergebnis eben auch über die Figur der schon vor der Tathandlung zum Vermögen zählenden Exspektanz erzielen kann.⁹⁶

⁹² *Ebd.*

⁹³ Zwar verbleibt hier dem Taterfolg ein eigener Anwendungsbereich; warum dem so ist, wird aber durch diese Argumentation nicht erklärt, sodass sie – für sich genommen – zu einer Verschleifung führen würde.

⁹⁴ Vgl. *Mitsch*, Strafrecht BT 2, 3. Aufl. 2015, S. 380 f.

⁹⁵ *Kindhäuser*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen III (Fn. 46), § 266 Rn. 97.

⁹⁶ *Ebd.*, Rn. 98.

Dementsprechend läuft die Frage, wie man den Vermögensvergleich vorzunehmen hat, letzten Endes auf die Frage hinaus, welcher der beiden Wege der dogmatisch zutreffendste ist. Dies soll im Folgenden untersucht werden.

bb) Unmittelbarkeitszusammenhang

Zur Beantwortung dieser Frage lässt sich zunächst die aktuell geführte Diskussion, ob es bei der Untreue – genauso wie beim Betrug – eines Unmittelbarkeitszusammenhangs zwischen schädigender Handlung und Vermögensnachteil bedarf, fruchtbar machen.⁹⁷ Bejaht man nämlich das Erfordernis eines Unmittelbarkeitszusammenhangs, so könnte man nur wie die herrschende Meinung die Vermögenslagen unmittelbar vor und unmittelbar nach der Tathandlung vergleichen, nicht aber, wie die Gegenansicht, einen Vergleich zur Situation bei hypothetisch pflichtgemäßem Verhalten vornehmen.⁹⁸ Dementsprechend ist an dieser Stelle zu klären, ob der beim Betrug anerkannte Unmittelbarkeitszusammenhang auch auf die Untreue zu übertragen ist.

Festzustellen ist dabei zunächst, dass das Unmittelbarkeitserfordernis beim Betrug dazu dient, den Selbstschädigungscharakter des Delikts zu unterstreichen.⁹⁹ Denn nur durch dieses Erfordernis wird sichergestellt, dass das Opfer auch wirklich selbst die notwendige Vermögensminderung herbeiführt. Relevanz gewinnt das Merkmal insbesondere dann, wenn es um Fragen der Abgrenzung von Selbst- und Fremdschädigungen, insbesondere um die Abgrenzung zwischen (Sach-)Betrug und Trickdiebstahl, geht.¹⁰⁰

Da es sich bei der Untreue aber um ein Fremdschädigungsdelikt handelt und sich mithin derartige Abgrenzungsfragen gar nicht erst stellen, schlagen jedenfalls die grundsätzlichen Erwägungen, auf denen die Notwendigkeit des Unmittelbarkeitszusammenhangs beim Betrug beruht, nicht auf die Untreue

⁹⁷ Vgl. hierzu: *Mosiek*, Nochmals: Zur Unmittelbarkeit des Untreueschadens – Zugleich Anmerkung zu BGH HRRS 2010 Nr. 1032, BGH HRRS 2011 Nr. 675, BGH HRRS 2011 Nr. 936, BGH HRRS 2011 Nr. 1153, BGH HRRS 2012 Nr. 781, HRRS 2012, 454 (454 ff.); *Rengier* (Fn. 6), § 18 Rn. 52a.

⁹⁸ *Perron* (Fn. 65), S. 858.

⁹⁹ *Jäger*, Die drei Unmittelbarkeitsprinzipien beim Betrug, JuS 2010, 761 (763); *Rengier* (Fn. 6), § 13 Rn. 67.

¹⁰⁰ *Krell*, Der Eingehungsschaden bei Betrug und Untreue – Zugleich Besprechung von BGH, Urt. v. 20.3. 2013 – 5 StR 344/12, NZWiSt 2013, 370 (377); *Perron* (Fn. 65), S. 862.

durch.¹⁰¹ Fraglich ist jedoch, ob es nicht andere Gründe gibt, die für eine Übertragung sprechen könnten.

Teilweise wird auf die systematische Nähe der Untreue zum Betrug, die insbesondere auch durch die gemeinsamen Regelbeispiele zum Ausdruck gebracht wird, verwiesen.¹⁰² Aufgrund dieser müsse mit einer Übertragung des Schadensbegriffs auf den Nachteilsbegriff auch eine Übertragung des Unmittelbarkeitskriteriums einhergehen.¹⁰³

Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass das Kriterium der Unmittelbarkeit bei § 263 StGB auf die Vermögenverfügung und nicht auf den Vermögensschaden bezogen ist, sodass es mit diesem nicht „mitübertragen“ werden kann.¹⁰⁴ Weiter erscheint es auch als zu kurz gegriffen, ein Kriterium aufgrund einer bloßen Strukturverwandtheit zu übertragen, ohne zu hinterfragen, ob damit überhaupt eines Zwecks gedient ist.¹⁰⁵

Ob dies der Fall ist, erscheint fraglich. Wie bereits festgestellt, lassen sich jedenfalls die beim Betrug verfolgten Zwecke nicht auf die Untreue übertragen. Jedoch wird teilweise angeführt, dass eine Übertragung des Unmittelbarkeitszusammenhangs ein geeignetes Mittel darstelle, um die verfassungsrechtlich nach Art. 103 Abs. 2 GG gebotene Eingrenzung des Untreuetatbestands voranzutreiben.¹⁰⁶

Dem ist zuzugestehen, dass sich eine gewisse Ausuferung des Untreuetatbestands nicht leugnen lässt und der Unmittelbarkeitszusammenhang auch zweifelsohne ein geeignetes Mittel darstellt, um eine präzisere Bestimmung des Zusammenhangs zwischen Tatverhalten und Taterfolg zu ermöglichen.¹⁰⁷ Insbesondere könnte damit auch der Gefahr entgegengewirkt werden, dass die Straflosigkeit des Untreueversuchs unterlaufen wird.¹⁰⁸

Allerdings ist genauso zu befürchten, dass diese Einschränkung dazu führen wird, dass der Gefährdungsschaden – um strafwürdig erscheinende Fälle wie

¹⁰¹ OLG Hamm, NJW 1982, 190 (192); Esser, in: *AnwaltKommentar StGB* (Fn. 22), § 266 Rn. 215; Waßmer, in: *Graf/Jäger/Wittig* (Fn. 15), § 266 Rn. 167.

¹⁰² Seier (Fn. 82), Kap. 2 – Untreue Rn. 221.

¹⁰³ Haft, *Absprachen bei öffentlichen Bauten und das Strafrecht*, NJW 1996, 238 (238).

¹⁰⁴ Strelczyk, *Die Strafbarkeit der Bildung schwarzer Kassen*, 2008, S. 185.

¹⁰⁵ *Ebd.*, S. 185 f.

¹⁰⁶ Esser, in: *AnwaltKommentar StGB* (Fn. 22), § 266 Rn. 215; auch das *Bundesverfassungsgericht* hat klargestellt, dass eine gewisse „Präzisierung“ des Untreuetatbestands notwendig ist: vgl. *BVerfG*, NStZ 2010, 626 (Rn. 3).

¹⁰⁷ Perron (Fn. 65), S. 858.

¹⁰⁸ Saliger, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier* (Fn. 22), § 266 Rn. 71.

z.B. den hochspekulativen Umgang mit Geldern des Geschäftsherrn doch noch erfassen zu können – ausgeweitet wird, womit unausweichlich neue Unsicherheiten bei der Anwendung der Untreue entstehen würden.¹⁰⁹ Ferner spricht allgemein gegen das Argument der Eingrenzung des Untreue-tatbestands, dass diesem aller Ausuferungsbefürchtungen zum Trotz die Funktion einer „Quasi-Generalklausel“ für wirtschaftliches Fehlverhalten zukommt, die er nur dann erfüllen kann, wenn eine gewisse Flexibilität bei der Anwendung verbleibt.¹¹⁰ Somit lässt sich festhalten, dass der Zweck der Präzisierung des Tatbestands zwar durchaus etwas für sich hat, aber für sich genommen noch nicht gewichtig bzw. überzeugend genug ist, um eine Übertragung des Unmittelbarkeitskriteriums zu rechtfertigen.

Es gibt jedoch noch weitere Argumente, die für eine Übertragung vorgebracht werden. So wird teilweise darauf verwiesen, dass eine Übertragung schon aufgrund der Strafgerechtigkeit geboten sei. Schließen seien im Rahmen der Saldierung anerkanntermaßen auch nur Vermögenszuflüsse, die unmittelbar auf die Tathandlung zurückgehen, als Kompensation zu berücksichtigen, sodass dies konsequenterweise auch für Vermögensabflüsse gelten müsse.¹¹¹

Dagegen wird jedoch vorgebracht, dass diese Argumentation einen entscheidenden „Haken“ habe: In vielen Fällen komme eine Kompensation durch einen Vermögensvorteil gar nicht erst in Betracht, sodass es fragwürdig erscheine, von diesem Rückschlüsse auf den Vermögensnachteil, der immer gegeben sein muss, zu ziehen.¹¹² Allerdings verkennt diese Argumentation, dass mit der Strafgerechtigkeit argumentiert wird. Da diese auch in Ausnahmefällen gewährleistet sein muss, erscheint es nicht als falsch, sondern sogar vielmehr als durchaus angebracht, vom Spezialfall auf das Allgemeine zu schließen.

Des Weiteren wird angeführt, dass schon der wirtschaftliche bzw. auch der auf diesem basierende juristisch-ökonomische Vermögensbegriff den Unmittelbarkeitszusammenhang erfordern.¹¹³ Da bei diesem „Chancen und Risiken einer stets ungewissen zukünftigen Entwicklung antizipiert und saldiert werden“ sei

¹⁰⁹ Perron (Fn. 65), S. 858.

¹¹⁰ Ebd., S. 859.

¹¹¹ Esser, in: AnwaltKommentar StGB (Fn. 22), § 266 Rn. 216; Mosiek, Neues zur Unmittelbarkeit des Untreueschadens – Zugleich Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 17. Juli 2009 – 5 StR 394/08 = HRRS 2009 Nr. 718, HRRS 2009, 565 (566); Saliger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 22), § 266 Rn. 62; Seier (Fn. 82), Kap. 2 – Untreue Rn. 221.

¹¹² Strelczyk (Fn. 104), S. 186.

¹¹³ Schönemann, in: Leipziger Kommentar IX (Fn. 23), § 266 Rn. 168.

eine Betrachtungsweise, die den Vermögensstand unmittelbar vor und nach der Vermögensverfügung vergleicht, notwendig.¹¹⁴

In der Tat überzeugt dies: Könnte man einfach an den bei hypothetisch pflichtgemäßem Verhalten bestehenden Vermögensbestand anknüpfen, wäre es nicht mehr notwendig „Chancen und Risiken einer stets ungewissen Zukunft“ einzupreisen und ein Teil des Bedeutungsgehalts des wirtschaftlichen Vermögensbegriffs würde leerlaufen. Es erscheint somit teleologisch geboten, den Vergleich unmittelbar vor und nach der Tathandlung vorzunehmen.

Da dieses Ergebnis auch die Strafgerechtigkeit gewährleistet und letztlich auch ein geeignetes Mittel zur besseren Konturierung des Untreuetatbestands darstellt, ist einer Übertragung des Unmittelbarkeitszusammenhangs insgesamt zuzustimmen.

Damit liegt ein gewichtiges Argument für die herrschende Meinung vor.

cc) Untergründende Rechtsprechung

Auch ein weiteres Argument spricht gegen die Mindermeinung. So stellte das – diese Ansicht zwar für verfassungsgemäß haltende – *Bundesverfassungsgericht* das Erfordernis auf, dass eine derart extensive Auslegung des Nachteilsbegriffs nur dann möglich wäre, wenn eine, diese untergründende, ständige Rechtsprechung vorläge.¹¹⁵ Es liegt aber mit RGSt 73, 283 (285) nur eine einzige Entscheidung (die auch noch in der Zeit des Nationalsozialismus erging) vor, die das Nachteilsverständnis der Mindermeinung stützen könnte, sodass man mitnichten von einer ständigen, diese Ansicht untergründenden, Rechtsprechung sprechen kann.¹¹⁶ Somit erscheint diese Ansicht auch in verfassungsrechtlicher Hinsicht bedenklich.

dd) Wortlaut

Auch der Wortlaut spricht gegen die Mindermeinung. Mit dem bisher Gesagten ist letztlich nur das Verständnis der allgemeinen Auffassung, dass der Begriff des Nachteils in § 266 StGB genauso wie der des Schadens in § 263 StGB zu verstehen ist, vereinbar. Betrachtet man nun aber die Tatsache, dass die Mindermeinung dazu führt, dass der entgangene Gewinn als untreuerelevanter

¹¹⁴ *Ebd.*; zu diesem Ergebnis kommt auch *Rengier* (Fn. 6), § 13 Rn. 155.

¹¹⁵ BVerfGE 126, 170 (197, 198 f., 206); siehe auch: *Schünemann*, in: Leipziger Kommentar IX (Fn. 23), § 266 Rn. 173.

¹¹⁶ *Schünemann*, in: Leipziger Kommentar IX (Fn. 23), § 266 Rn. 173; *ders.*, Der Begriff des Vermögensschadens als archimedischer Punkt des Untreuetatbestandes (Teil 1), *StraFo* 2010, 1 (4 ff.); *ders.*, Der Begriff des Vermögensschadens als archimedischer Punkt des Untreuetatbestandes (Teil 2), *StraFo* 2010, 477 (481 f.).

Nachteil bezeichnet wird, so ist das mit diesem Verständnis nur äußerst schwer in Einklang zu bringen. Ein Schaden meint eben, wie oben schon gesagt, einen „Verlust“ oder eine „Beeinträchtigung“. Beim entgangenen Gewinn bleibt indes nur eine positive Entwicklung aus, ein tatsächlicher Verlust oder eine Beeinträchtigung tritt aber gerade nicht ein.

Anders ist dies, wenn man der herrschenden Meinung folgt: Dann nämlich muss eine Exspektanz „verloren gehen“ oder „beeinträchtigt“ werden. Selbst wenn man nicht an den Begriff des Schadens, sondern nur an den des Nachteils anknüpfen würde, würde man wohl zum selben Ergebnis kommen. Nach allgemeinem Wortverständnis meint ein Nachteil eben nur den Eintritt eines negativen Ereignisses, nicht jedoch den Nichteintritt eines positiven. Somit erscheint die herrschende Meinung auch im Lichte des Wortlauts als wesentlich überzeugender.

ee) Ergebnis

Insgesamt sprechen damit sowohl die Unrechtsstruktur der Untreue, verfassungsrechtliche Gesichtspunkte und der Wortlaut für die herrschende Meinung, während die Mindermeinung nur wenige Argumente für sich beanspruchen kann. Somit ist der herrschenden Meinung zu folgen und die Verletzung einer vermögenswerten Exspektanz zu verlangen.

4. Bestimmung einer hinreichenden Exspektanz

Infolgedessen muss nun aber bestimmt werden, wann sich die Aussicht auf einen Gewinn hinreichend verdichtet hat, sodass man von einer Exspektanz, der ein eigener Vermögenswert zukommt, sprechen kann. Um einen ersten Anhaltspunkt zu gewinnen, sollen hierzu zunächst die gängigen Fallgruppen von Exspektanzen dargestellt werden.

a) Der sog. „Kick-Back“ als Grundfall

Gewissermaßen Prototyp für die Herausarbeitung von Exspektanzen im Rahmen der Untreue ist der Fall des sog. „Kick-Backs“.¹¹⁷ Dabei handelt es sich um Fälle, in denen der Treupflichtige bei Verhandlungen mit einem Dritten zunächst ein gewisses Entgelt x nennt, dann aber erkennt, dass der Dritte auch mit dem geringeren Betrag x minus y zufrieden wäre.¹¹⁸ Statt nun aber das Geschäft zu diesem günstigen Preis abzuschließen, schließt der Treupflichtige

¹¹⁷ Schönemann, in: Leipziger Kommentar IX (Fn. 23), § 266 Rn. 167.

¹¹⁸ Ebd.

das Geschäft dennoch zum Betrag x ab und lässt sich den Betrag y selbst als „Kick-Back“ auszahlen.¹¹⁹

In derartigen Fällen ist dann anerkannt, dass die Möglichkeit des Geschäftsabschlusses gegen das Entgelt in Höhe von x minus y eine vermögenswerte Exspektanz darstellt, die durch den Geschäftsabschluss zu einem höheren Entgelt zerstört wird.¹²⁰

b) Weitere Fallgruppen

Weiterhin ist das Vorliegen einer Exspektanz etwa dann anerkannt, wenn der Treupflichtige ein Grundstück, obwohl er es direkt hätte vom Eigentümer erwerben können, zu einem höheren Preis über einen Zwischenhändler erwirbt.¹²¹ Dies gilt selbst dann, wenn der Preis des Zwischenhändlers marktgerecht ist.¹²² Selbiges gilt, wenn ein Gelegenheitskunde ein Geschäft mit dem Treugeber abschließen will, der Treupflichtige dies aber vereitelt, indem er das Geschäft für sich selbst oder einen Dritten abschließt.¹²³ Des Weiteren schädigt der Treupflichtige eine Exspektanz, wenn er die sichere Aussicht bei einer öffentlichen Bauausschreibung den Zuschlag zu erhalten, vereitelt.¹²⁴

Andererseits wurde die Verletzung einer Exspektanz aber auch schon in der Abwerbung von Stammkunden gesehen, obwohl dabei die Gewinnerwartung noch nicht derart konkretisiert wie in den vorgenannten Beispielen ist.¹²⁵

c) Zwischenergebnis

Um nun die allgemeinen Voraussetzungen an eine Exspektanz herauszuarbeiten, sind zunächst die Gemeinsamkeiten und Unterschiede der genannten Fallgruppen eruieren.

Hierzu ist zunächst festzustellen, dass all diesen Beispielen gemein ist, dass jeweils eine konkrete und nicht bloß abstrakte Möglichkeit der Vermögenmehrung vorlag. In den meisten Fällen lagen Angebote vor, die auch tatsächlich hätten angenommen werden können, sodass nach den konkreten Umständen

¹¹⁹ *Ebd.*

¹²⁰ Daran ändert auch die Tatsache, dass der Treupflichtige den Betrag dann eigentlich nach § 667 BGB an den Treugeber herauszugeben hat, nichts. Die Verletzung bloßer Schuldnerpflichten stellt nämlich noch keine Treupflichtverletzung dar. (Vgl. *Momsen/Grützner*, Wirtschaftsstrafrecht, 2013, Kap. 5b Rn. 148).

¹²¹ BGH, NStZ 2000, 46 (46 f.).

¹²² BGH, NStZ 2000, 46 (46 f.).

¹²³ BGH, NJW 1965, 770 (770 ff.).

¹²⁴ BGHSt 17, 147 (148).

¹²⁵ RGSt 71, 333 (334).

des Einzelfalls eine Verbesserung der Vermögenslage auch wirklich hätte eintreten können. Dies gilt auch für das letztgenannte Beispiel: Da sich Stammkunden ja gerade dadurch auszeichnen, dass sie regelmäßig wiederkommen, besteht auch bezüglich dieser eine konkrete Möglichkeit der Vermögensmehrung, solange man ihrem Kommen nicht aktiv entgegenwirkt.

Gewisse Abweichungen ergeben sich aber bezüglich der Wahrscheinlichkeit des Eintritts einer Vermögensmehrung. Diesbezüglich ist zunächst zu sagen, dass eine Exspektanz jedenfalls dann vorliegen muss, wenn ein „sicher“ bevorstehender Vermögenszuwachs vereitelt wird. Daran, dass die meisten der genannten Fallgruppen dieses Erfordernis erfüllen, ist auch zu erkennen, dass es dabei keinen allzu großen Spielraum gibt. Insbesondere verlangt die Rechtsprechung heutzutage auch, dass die Aussicht derart konkretisiert sein muss, dass ihr die Verkehrsauffassung bereits einen messbaren wirtschaftlichen Wert beimisst.¹²⁶ Allerdings legt das letztgenannte Beispiel auch nahe, dass es Fälle geben kann, die unterhalb der Schwelle des „sicheren“ Vermögenszuwachses liegen. Dementsprechend gibt es auch eine Ansicht, die nicht die Vereitelung eines „sicher“ bevorstehenden Abschlusses voraussetzt, sondern nach der schon eine Sachlage, die „mit Wahrscheinlichkeit“ einen Vermögenszuwachs erwarten lässt, ausreicht.¹²⁷ Dieses Verständnis teilte insbesondere auch die frühere Rechtsprechung.¹²⁸

Ob man nun von einem „sicheren“ oder „höchst wahrscheinlichen“ Vermögenszuwachs spricht, scheint aber eher die Formulierung als das Ergebnis zu betreffen.¹²⁹ Denn entscheidend muss sein – so wie es die heutige Rechtsprechung auch zutreffend festgestellt hat – ob der Aussicht ein wirtschaftlich messbarer Wert zukommt. Sowohl nach dem wirtschaftlichen als auch nach dem juristisch-ökonomischen Vermögensbegriff zählen nämlich zum strafrechtlich geschützten Vermögen eben nur solche Gegenstände, denen auch ein wirtschaftlicher Wert zukommt.¹³⁰ Natürlich ist dieser Wert beim sicheren Bevorstehen eines Vermögenszuwachses höher als beim nur wahrscheinlichen; allerdings ist es nicht unüblich, dass auch nur wahrscheinliche positive Entwicklungen in den wirtschaftlichen Wert eines Gegenstands eingepreist werden. Insbesondere führt ja auch das wahrscheinliche Bevorstehen eines positiven Ereignisses in aller Regel zum Ansteigen des Aktienkurses des jeweiligen Unternehmens.

¹²⁶ BGHSt 17, 147 (148); BGH, GA 1978, 332 (333).

¹²⁷ Perron, in: Schönke/Schröder, 28. Aufl. 2010, § 266 Rn. 49.

¹²⁸ RGSt 38, 108 (109); 41, 373 (375); 51, 205 (209).

¹²⁹ Schönemann, in: Leipziger Kommentar IX (Fn. 23), § 266 Rn. 176.

¹³⁰ Hefendehl, in: MüKo-StGB V, 2. Aufl. 2014, § 263 Rn. 341, 353.

Dieses Beispiel zeigt aber schon, dass die Frage, ob man von einer Exspektanz sprechen kann oder nicht, stark von den Umständen des Einzelfalls abhängig ist, sodass man letzten Endes nicht um eine Abwägung der Gesamtumstände herumkommt. Bei dieser bietet es sich an – in Konsequenz des eben Gesagten – nach den folgenden drei Schritten vorzugehen:¹³¹

Zunächst muss festgestellt werden, dass eine konkrete und nicht bloß eine abstrakte Möglichkeit der Vermögensmehrung besteht. Dies ist nur dann der Fall, wenn nach den konkreten Umständen des Einzelfalls eine Verbesserung der Vermögenslage auch wirklich eintreten kann.¹³²

Daraufhin müssen sämtliche Faktoren, die die Wahrscheinlichkeit der Realisierung positiv oder negativ beeinflussen, herausgearbeitet werden, um aus ihnen eine Bewertung der Wahrscheinlichkeit ableiten zu können.¹³³

Dabei ist insbesondere bedeutsam, wie viele Zwischenschritte bis zur Realisierung der Exspektanz erforderlich sind und vor allem auch in wessen Machtbereich diese Schritte liegen. ¹³⁴ Dies führt dazu, dass die Wahrscheinlichkeit umso höher zu bewerten ist, je weniger Schritte notwendig sind und je mehr davon im Machtbereich des Vermögensinhabers liegen.

Ist sodann eine hinreichende Realisierungswahrscheinlichkeit nachgewiesen, ist eine wirtschaftliche Bewertung vorzunehmen, bei der zu fragen ist, ob der Grad der Wahrscheinlichkeit im konkreten Einzelfall eine Bewertung der Position als vermögenswert rechtfertigt.¹³⁵

d) Übertragung dieser Kriterien auf den Untersuchungsgegenstand

Somit sollte nun im Groben umrissen sein, wann eine vermögenswerte Exspektanz im Allgemeinen vorliegt. Nun soll versucht werden, diese Kriterien auf den Untersuchungsgegenstand zu übertragen und festzustellen, wann ein Geschäftsabschluss erfolgversprechend genug ist, um ihm einen eigenen Vermögenswert zuzuschreiben.

Wie gerade festgestellt, muss dazu zunächst einmal die konkrete Möglichkeit einer Vermögensmehrung bestehen. Dazu wird man voraussetzen müssen, dass dem jeweiligen Geschäftsleitungsorgan ein konkretes Angebot für einen Geschäftsabschluss vorliegt und es auch hinreichend befugt ist, dieses für das

¹³¹ Satzger, Probleme des Schadens beim Betrug, Jura 2009, 518 (520).

¹³² Ebd.

¹³³ Satzger, Probleme des Schadens beim Betrug, Jura 2009, 518 (520).

¹³⁴ Ebd.

¹³⁵ Ebd.

Unternehmen anzunehmen. Zudem darf auch nicht von vornherein ausgeschlossen sein, dass sich das Geschäft vermögensmehrend auswirkt.

Bezüglich des zweiten Schrittes ist zu klären, welche Faktoren die Wahrscheinlichkeit auf die Realisierung des Gewinns positiv bzw. negativ beeinflussen können.

Ein gewichtiges Indiz für eine hohe Wahrscheinlichkeit ist eine bereits bestehende Kalkulation, aus der hervorgeht, dass mit dem, was erworben werden soll, aller Erwartung nach ein Gewinn erzielt werden kann. Dies muss insbesondere dann gelten, wenn in der Vergangenheit in vergleichbaren Konstellationen bereits Gewinne erzielt wurden.

Ein weiteres Indiz kann die Tatsache sein, dass die Möglichkeit zu einem Geschäftsabschluss unterhalb des Marktpreises besteht. Dann ergibt sich schließlich schon unmittelbar nach dem Abschluss ein Vermögensüberschuss. In solchen Fällen ist dann aber zu fragen, warum ein Geschäft zu solch einem niedrigen Preis überhaupt möglich ist. Möglicherweise handelt es sich um einen unzuverlässigen Geschäftspartner, bei dem man nicht sicher sein kann, ob er die Leistung auch wirklich erbringt. Andererseits kann es sich aber auch um jemanden handeln, der gerade neu am Markt ist und versucht, sich über günstige Preise in den Markt zu drängen. Auch kann man das Glück haben, dass der Geschäftspartner gerade von einer Subvention profitiert und dadurch zu einem solch günstigen Angebot in der Lage ist.

Äußerst schwierig wird die Beurteilung des Kaufes von Aktien und sonstigen Wertpapieren sein, da die damit verbundenen Chancen und Risiken oftmals nur schwer durchschaubar sind. In aller Regel wird man aber wohl eine vermögenswerte Exspektanz beim Kauf von Aktien zum marktüblichen Preis ablehnen müssen. Schließlich sind in diesen schon die jeweiligen Chancen und Risiken eingepreist.

Insgesamt ergibt sich also eine Vielzahl einzelner Details, die in die Bewertung einfließen müssen. Eine pauschale Definition für das Vorliegen einer hinreichenden Realisierungswahrscheinlichkeit lässt sich somit unmöglich aufstellen. Mit den genannten Kriterien sollte aber zumindest ein Anhaltspunkt vorliegen, welche Kriterien inwieweit berücksichtigt werden können. Dass es darüber hinaus noch eine unüberschaubare Menge weiterer Kriterien gibt, versteht sich von selbst.

Bezüglich des dritten Schritts ergeben sich für die untersuchte Fallgruppe keine Besonderheiten. Anhand des Grades der Realisierungswahrscheinlichkeit muss der wirtschaftliche Wert der Gewinnaussicht ermittelt werden.

e) Ergebnis

Insgesamt lässt sich damit festhalten, dass hohe Anforderungen an das Bestehen einer Exspektanz zu stellen sind: Man muss die konkrete Möglichkeit haben, ein Geschäft abschließen zu können, das so lukrativ ist, dass schon der Abschlussmöglichkeit als solcher ein wirtschaftlicher Wert zukommt. An dieser hohen Hürde wird wohl in zahlreichen Fällen eine Untreuestrafbarkeit der Geschäftsleitungen scheitern.

V. Subjektiver Tatbestand

Weiterhin birgt auch der subjektive Tatbestand der Untreue Potenzial um eine mögliche Strafbarkeit der Geschäftsleitungen zu verhindern.

Dieser setzt nach § 15 StGB Vorsatz voraus, wobei, wie auch sonst üblich, Eventualvorsatz genügt.¹³⁶ An diesen sind aber – aufgrund der im Hinblick auf das Verfassungsrecht bedenklichen Weite des Tatbestands – hohe Anforderungen zu stellen.¹³⁷ Dieses Erfordernis, das schon seit langem ständige Rechtsprechung ist, wurde nun auch durch das *Bundesverfassungsgericht* bestätigt.¹³⁸ Dabei ist vor allem darauf hinzuweisen, dass dies insbesondere für den nicht eigennützig handelnden Täter gilt.¹³⁹ Dies führt dazu, dass sich Geschäftsführer, die aus bloßer Vorsicht vom Geschäftsabschluss absehen, auch oftmals über den fehlenden Vorsatz entlasten können werden.

Ferner ist auch auf subjektiver Ebene das Verschleifungsverbot zu beachten, was dazu führt, dass der Vorsatz zur Pflichtverletzung und zur Nachteilszufügung gesondert voneinander festzustellen ist.¹⁴⁰ Bezüglich beider Merkmale muss zumindest Eventualvorsatz vorliegen.

Folglich sind auch an den subjektiven Tatbestand hohe Anforderungen zu stellen, die in vielen Fällen einer Untreuestrafbarkeit entgegenstehen können.

¹³⁶ *Wittig*, in: BeckOK-StGB, Ed. 29, Stand: 1.12.2015, § 266 Rn. 47.

¹³⁷ *BGH*, NJW 1975, 1234 (1236); NJW 1983, 461 (461); NSTZ 2002, 648 (650).

¹³⁸ *BVerfG*, NJW 2009, 2370 (2373).

¹³⁹ *BGHSt* 47, 295 (302) = NSTZ 2002, 648 (650).

¹⁴⁰ *BGH*, NSTZ 2013, 715 (715 ff.); *Heger*, in: Lackner/Kühl, 28. Aufl. 2014, § 266 Rn. 19.

VI. Fazit

Nach alledem gelangt man zum Ergebnis, dass eine Untreuestrafbarkeit bei der Nichtwahrnehmung erfolversprechender Geschäftsabschlüsse zwar möglich ist, allerdings sehr viele und hohe Hürden überwunden werden müssen, damit es tatsächlich zu einer solchen kommt. Zudem verbleibt auch noch die Möglichkeit einer Strafmilderung nach § 13 Abs. 2 StGB. Solange man aber als Geschäftsführer gewissenhaft vorgeht und nicht bewusst Chancen auslässt, bei denen sich die Sicherheit des eintretenden Erfolgs geradezu aufdrängt, sollte man in der Lage sein, sich vor einer möglichen Untreuestrafbarkeit zu bewahren. Somit müssen auch die am Anfang dargelegten Bedenken relativiert werden. Dies gilt im Übrigen auch für die allgemeinen Befürchtungen, dass es zu einer „Anwendungshypertrophie“ der Untreue kommen könnte. Ein derart dramatisches Bild lässt sich nämlich durch die statistischen Daten nicht bestätigen: So wurden im Jahr 2014 23.571 Veruntreuungen nach §§ 266, 266a, 266b StGB polizeilich erfasst (wobei es nur 240 mal um Kapitalanlagegeschäfte ging) – das sind gerade einmal 2,4 % der 968.866 polizeilich erfassten Betrugsstraftaten.