

KAI ENSENBACH

Der Prognoseschaden bei der Untreue

*Studien und Beiträge
zum Strafrecht*

3

Mohr Siebeck

Studien und Beiträge
zum Strafrecht

Band 3



Kai Ensenbach

Der Prognoseschaden bei der Untreue

Vom ‚Gefährdungsschaden‘
zur wirtschaftlichen Prognose
anhand der Sicherheitslösung

Mohr Siebeck

Kai Ensenbach, geboren 1984; Studium der Rechtswissenschaften an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel; Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht der Universität Kiel, teilweise zudem am Institut für Kriminalwissenschaften; Rechtsreferendariat am Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht; seit 2015 Rechtsanwalt in einer mittelständischen Kanzlei in Kiel.

e-ISBN PDF 978-3-16-154440-8

ISBN 978-3-16-154296-1

ISSN 2364-267X (Studien und Beiträge zum Strafrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2016 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Vorwort

Die ‚schadensgleiche Vermögensgefährdung‘ – auch ‚Gefährdungsschaden‘ genannt – wird von vielen Seiten her seit je kritisch betrachtet. Dabei entstanden die Diskussionen im Wesentlichen am Beispiel des Betrugs; der Nachteil im Sinne des Untreuetatbestands wurde hier oftmals vernachlässigt. Befeuert besonders durch die *Kanther/Weyrauch*-Entscheidung des BGH (BGHSt 51, 100) hat sich dies in den letzten Jahren geändert und es entstand eine eigenständige Diskussion zu § 266 StGB. Teilweise konnte man sogar den Eindruck gewinnen, dass sich die Diskussion insgesamt verlagert. Den damit einhergehenden Perspektivenwechsel greift die vorliegende Arbeit auf, um mit dessen Hilfe neue Erkenntnisse für die Diskussion zu gewinnen. Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel hat die Arbeit im Mai 2015 als Dissertationsschrift angenommen. Das Manuskript berücksichtigt darüber hinaus Rechtsprechung und Schrifttum bis zum November 2015.

Erster Dank gilt selbstverständlich meinem Doktorvater Prof. *Dr. Manfred Heinrich*. Er hat nicht bloß die Entstehung dieser Arbeit hervorragend betreut, sondern mir dabei vertrauensvoll den nötigen zeitlichen und fachlichen Raum für selbstbestimmte Forschung jederzeit gerne überlassen. Darüber hinaus hat er mich stets als Mitarbeiter seines Lehrstuhls gefördert und unterstützt. Zu danken ist auch Prof. *Dr. Andreas Hoyer*. Er hat nicht nur das Zweitgutachten zügig erstellt, sondern war auch bereits während der Bearbeitung am äußerlichen wie auch inhaltlichen Fortschritt der Arbeit interessiert.

Ein besonderer Dank ist meiner Familie zu sagen. Ohne ihre Unterstützung einerseits und den prägenden Einfluss andererseits wäre diese Arbeit in der vorliegenden Form nicht möglich gewesen. Zu danken ist auch allen, die die Promotion und die Promotionszeit begleitet haben. Hervorzuheben sind dabei *Dr. Annik Lamshöft*, *Karin Schwensen* und *Dr. Rebecca Wolff*, die mich bei der Korrektur des Textes wertvoll unterstützt haben.

Keinesfalls zuletzt gilt mein Dank der Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung. Sie hat die Drucklegung der vorliegenden Dissertation freundlich gefördert.

Kiel, 30. Dezember 2015

Kai Ensenbach

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|-----------|
| Vorwort..... | V |
| Inhaltsverzeichnis..... | VII |
| | |
| Kapitel 1: Einleitung..... | 1 |
| <i>§ 1 Untersuchungsbedarf.....</i> | <i>2</i> |
| <i>§ 2 Gang der Untersuchung.....</i> | <i>3</i> |
| | |
| Kapitel 2: Gefährdung als „Nachteil“..... | 7 |
| <i>§ 1 Der Vermögensbezug von „Nachteil“.....</i> | <i>7</i> |
| <i>§ 2 Der wirtschaftliche Vermögens- und Schadensbegriff.....</i> | <i>9</i> |
| A. Die wirtschaftlichen Vermögensbegriffe..... | 10 |
| B. Die wirtschaftliche Schadenslehre..... | 11 |
| <i>§ 3 Bestimmtheitsgebot und (Vermögens-) Nachteil, Art. 103 Abs. 2 GG.....</i> | <i>14</i> |
| A. Anforderungen an die Gesetzesbestimmtheit..... | 15 |
| B. Bestimmtheit des Begriffs ‚Nachteil‘..... | 17 |
| C. Bestimmtheit des Begriffs ‚Vermögen‘..... | 19 |
| D. Ergebnis..... | 20 |
| <i>§ 4 Gefährdung als (Vermögens-)Nachteil unter dem Regime des wirtschaftlichen Vermögensbegriffs.....</i> | <i>20</i> |
| A. Wirtschaftlich-faktische Betrachtung..... | 23 |
| I. Beispiel: Kreditvergabe..... | 24 |
| II. Beispiel: Unordentliche Buchführung..... | 24 |
| III. Beispiel: Vermögensvermischung..... | 25 |
| IV. Kein Abhandenkommen eines „Stücks“ Vermögen?..... | 26 |

| | |
|--|----|
| V. Zwischenergebnis | 27 |
| B. Intersystematische Betrachtung | 28 |
| I. Vergleich mit der HGB-Bilanz | 28 |
| II. Vergleich mit dem Bewertungsgesetz (BewG)..... | 32 |
| III. Zwischenergebnis | 33 |
| C. Intrasystematische Betrachtung | 33 |
| I. Vergleich mit den Exspektanzen..... | 33 |
| II. Vergleich mit § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 Alt. 2 StGB..... | 34 |
| III. Schluss aus dem Missbrauchstatbestand des § 266 Abs. 1 Alt. 1 StGB..... | 37 |
| IV. Zwischenergebnis | 38 |
| D. Ergebnis..... | 38 |
| | |
| § 5 Analogieverbot und (Vermögens-)Nachteil aufgrund von ,Gefährdungsschäden', Art. 103 Abs. 2 GG..... | 39 |
| A. Verstoß gegen den gemäß Art. 103 Abs. 2 GG verbindlichen Willen des Gesetzgebers (<i>Naucke</i>) | 40 |
| I. Darstellung | 40 |
| II. Stellungnahme | 41 |
| B. Vermögensgefährdung als Analogie (<i>Watzka</i>)..... | 43 |
| I. Argument fehlender Bereicherung | 43 |
| II. Argument mangelnder Stoffgleichheit | 43 |
| III. Herleitung aus ungeschriebenen Tatbestandsmerkmalen..... | 44 |
| IV. Keine Übertragbarkeit auf die Untreue | 44 |
| C. Kein Verstoß gegen das Analogieverbot | 44 |
| I. Bedeutung des wirtschaftlichen Vermögensbegriffs | 45 |
| II. Einfluss der Allgemeinsprache | 46 |
| D. Weitere Kritik am Gefährdungsschaden | 46 |
| E. Ergebnis..... | 47 |
| | |
| Kapitel 3: Sinngehalt des Begriffs ‚Gefährdungsschaden‘ | 49 |
| | |
| § 1 Betrachtung des Wortes ‚Gefährdung‘ | 50 |
| | |
| § 2 Differenzierungsmerkmale zwischen den Begriffen ,Gefährdungsschaden‘ und ‚endgültiger Schaden‘ | 53 |
| A. Ausscheiden eines Vermögensgegenstandes?..... | 54 |
| B. ‚Gefährdungsschaden‘ als Wertverringerung um einen Teil? | 56 |
| C. ‚Gefährdungsschaden‘ als ‚verzögerter Schaden‘? | 58 |
| D. Das Prognoseelement | 59 |

| | |
|--|----|
| § 3 Zur Herkunft der Begriffswahl..... | 60 |
| A. Die ‚Gefährdung‘ in der früheren Rechtsprechung | 60 |
| I. Die Rechtsprechung des Preußischen Obertribunals und Sächsischen Oberappellationsgerichts..... | 60 |
| II. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts vor RGSt 16, 1 | 62 |
| III. Die Entscheidung RGSt 16, 1 | 64 |
| IV. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts nach RGSt 16, 1 | 65 |
| V. Zwischenergebnis | 70 |
| B. Cursorischer Einblick in die Literatur | 71 |
| C. Ergebnis..... | 77 |
| § 4 (Fehlende) Notwendigkeit einer Differenzierung | 78 |
| A. ‚Gefährdungsschaden‘ als Sonderkategorie | 78 |
| I. Die Ansicht von <i>Fischer</i> | 79 |
| II. Die Ansicht von <i>Schmitt</i> | 80 |
| III. Die Ansicht von <i>Küper</i> | 80 |
| IV. Die Ansicht von <i>Schünemann</i> | 81 |
| V. Die Ansicht von <i>Brüning</i> | 81 |
| VI. Zusammenfassung | 81 |
| B. Entbehrlichkeit des ‚Gefährdungsschadens‘ | 82 |
| I. Die Ansicht des 1. Strafsenats des BGH | 82 |
| II. Die Ansicht des 3. Strafsenats des BGH | 83 |
| III. Die Ansicht von <i>Nack</i> | 84 |
| IV. Die Ansicht von <i>Otto</i> | 85 |
| V. Die Ansicht von <i>Ransiek/Reichling</i> | 86 |
| VI. Zusammenfassung | 86 |
| C. Stellungnahme | 87 |
| I. Prognosen und ‚endgültige Schäden‘ | 87 |
| 1. Zum Argument des ‚zweiaktigen Gefährdungsschadens‘ | 87 |
| 2. Zu Bedenken aufgrund des ‚bloßen‘ Prognosecharakters..... | 89 |
| 3. Mangel geeigneter Kriterien zur Definition der Endgültigkeit | 89 |
| 4. Logische Inkonsistenz des ‚Gefährdungsschadens‘ | 91 |
| 5. Grundsätzlich keine Endgültigkeit der Rechtsgutsverletzung erforderlich..... | 92 |
| 6. Zwischenergebnis..... | 94 |
| II. Aspekte der Gesamtsaldierung..... | 95 |
| 1. Endgültigkeit beruht auf der Gesamtsaldierung | 95 |
| 2. Besonderheiten des § 266 Abs. 1 StGB | 96 |
| a) Einfluss des Missbrauchstatbestands, § 266 Abs. 1 Alt. 1 StGB | 96 |
| b) Besonderheiten im Rahmen der Gesamtsaldierung..... | 99 |

| | |
|--|-----|
| 3. „Der Vermögensschaden bedarf im Normalfall keiner Prognose“? | 100 |
| 4. Beachtlicher Saldierungszeitpunkt | 101 |
| 5. Zwischenergebnis..... | 101 |
| III. ‚Gefährdungsschaden‘ als Perspektivenwechsel | 102 |
| IV. Wider vermeidbare begriffliche Irreführung: Der Prognoseschaden | 104 |
| V. Ergebnis | 105 |
| | |
| Kapitel 4: Systematische Zusammenhänge des Tatbestandsmerkmals ‚Nachteil‘ | 107 |
| | |
| § 1 Unmittelbarkeit des Vermögensnachteils | 107 |
| A. Semantik von Unmittelbarkeit..... | 108 |
| B. Die (Un-)Bestimmtheit der ‚Unmittelbarkeit‘ | 108 |
| C. Meinungsstand zur Unmittelbarkeit bei der Untreue | 111 |
| I. Zeitliche Unmittelbarkeit..... | 112 |
| II. Handlungsunmittelbarkeit..... | 114 |
| D. Stellungnahme | 116 |
| I. Wortlautauslegung..... | 116 |
| II. Umkehrschluss zur Unmittelbarkeit des kompensierenden Vermögenszuflusses | 117 |
| III. Vergleichbarkeit mit der Vermögensverfügung | 118 |
| IV. Vorsatzargument aus §§ 16, 8 StGB | 121 |
| V. Vergleich mit dem Zivilrecht..... | 122 |
| VI. Adressatenproblem | 122 |
| VII. (Nahezu) Eliminierte Versuchsphase | 123 |
| VIII. Ergebnis: Kein Unmittelbarkeitserfordernis zwischen Pflichtverletzung und Vermögensabfluss | 123 |
| | |
| § 2 Unterschiede zwischen Betrug und Untreue – Differenzierung zwischen ‚Schaden‘ und ‚Nachteil‘? | 124 |
| A. Ausweitung aufgrund struktureller Unterschiede? | 125 |
| I. Ausweitung nach <i>Hillenkamp</i> | 125 |
| II. Extension aufgrund einer Wortlautbetrachtung | 126 |
| III. Weitere Extensionsansätze..... | 126 |
| B. Reduktion aufgrund struktureller Unterschiede? | 127 |
| I. Älteres Argument: Unterschiedliche Interessenlage | 127 |
| 1. Inhalt des Arguments | 127 |
| 2. Kritik..... | 127 |

| | |
|---|-----|
| II. Neuere Argumente..... | 128 |
| 1. Das Versuchs- und das Bestimmtheitsargument von <i>Dierlamm</i> | 128 |
| 2. Das Argument der Bereicherungsabsicht von <i>Matt/Saliger</i> | 128 |
| 3. Die Argumente im Einzelnen | 128 |
| a) Das Versuchsargument | 129 |
| aa) Inhalt des Arguments..... | 129 |
| bb) Kritik..... | 129 |
| b) Das Bestimmtheitsargument | 131 |
| aa) Inhalt des Arguments..... | 131 |
| bb) Kritik..... | 131 |
| c) Das Argument der Bereicherungsabsicht..... | 133 |
| aa) Inhalt des Arguments..... | 133 |
| bb) Kritik..... | 133 |
| C. Eigene Ansicht | 135 |
| I. Nähebeziehung zum fremden Vermögen | 135 |
| II. Die Unmittelbarkeitsprinzipien beim Betrug..... | 136 |

Kapitel 5: Meinungsstand zu Prognoseschäden bei Betrug und Untreue

139

| | |
|--|-----|
| § 1 Prognoseschäden beim Betrug | 139 |
| A. Die konkrete Gefahr nach der Rechtsprechung..... | 140 |
| I. Darstellung | 140 |
| II. Stellungnahme | 141 |
| 1. Der mangelnde Aussagewert von ‚konkrete Gefahr‘ | 141 |
| 2. Konkrete Gefahr des Vermögensverlustes als nicht hinreichende Bedingung..... | 143 |
| a) Konkrete Vermögensgefahr und konkrete Gefährungsdelikte | 143 |
| b) Konkrete Vermögensgefahr und Verletzungsdelikte | 144 |
| c) Möglichkeit von Fehlprognosen..... | 144 |
| 3. Mangelnde Berechnung des wirtschaftlichen Nachteils | 145 |
| 4. Zu den ‚drei Kriterien‘ | 145 |
| III. Ergebnis | 146 |
| B. Das „Herrschaftsmodell“ von <i>Schröder</i> | 147 |
| I. Darstellung | 147 |
| II. Stellungnahme | 148 |
| 1. Übertragbarkeit auf den Untreuetatbestand..... | 148 |
| a) Notwendige Modifikation der Herrschaftsformel | 148 |
| b) Keine ‚endgültige Schädigung‘ | 150 |

| | |
|--|-----|
| 2. Unmittelbarkeit als unbestimmtes Kriterium | 150 |
| 3. Bruch mit wirtschaftlicher Betrachtungsweise | 151 |
| 4. Das Versuchsargument | 152 |
| 5. Ungleiche Lösung der verschiedenen Prognosekonstellationen | 153 |
| III. Ergebnis | 154 |
| C. Die Vermittlungslehre von <i>Cramer</i> | 155 |
| I. Darstellung | 155 |
| II. Stellungnahme | 156 |
| 1. Entgrenzungsgefahr durch Beseitigungsansprüche | 156 |
| 2. Systematischer Widerspruch zur Täuschung | 158 |
| 3. Doppelwirkung des Anfechtungsrechts | 159 |
| 4. Ungleiche Lösung der verschiedenen Prognosekonstellationen | 159 |
| III. Ergebnis | 160 |
| D. Das relativierte Herrschaftsmodell von <i>Lenckner</i> | 160 |
| I. Darstellung | 160 |
| II. Stellungnahme | 162 |
| 1. Zur Abgrenzungsproblematik bei quantitativen Unterschieden | 162 |
| 2. Abgrenzung von Versuch und Vollendung – Bestimmtheitsgebot | 162 |
| 3. Wahrscheinlichkeitserwägungen und Unmittelbarkeit sind nicht identisch | 164 |
| 4. Prinzipienwechsel bei Betrachtung der Gegenrechte | 165 |
| 5. Das Anfechtungsrecht | 166 |
| III. Ergebnis | 167 |
| E. Das Unmittelbarkeitsprinzip von <i>Riemann</i> | 167 |
| I. Darstellung | 167 |
| II. Stellungnahme | 170 |
| 1. Übertragbarkeit auf die Untreue | 170 |
| 2. Systematische Unstimmigkeiten | 172 |
| 3. Das Versuchsargument | 172 |
| 4. Bruch mit wirtschaftlicher Betrachtungsweise | 173 |
| 5. Keine konsequente Durchführung | 173 |
| III. Ergebnis | 175 |
| F. Normativ geprägte Unmittelbarkeit nach <i>Lackner</i> | 175 |
| I. Darstellung | 175 |
| II. Stellungnahme | 177 |
| G. Das Modell der Vermeidemacht von <i>Hefendehl</i> | 178 |
| I. Darstellung | 178 |
| II. Stellungnahme | 180 |

| | |
|---|------------|
| 1. Betrug und Untreue als Verletzungsdelikte | 180 |
| 2. Viktimodogmatik als Leitmaßstab | 182 |
| 3. Prognoseproblematik..... | 185 |
| 4. Strukturell geminderte Vermeidemacht | 186 |
| III. Ergebnis | 187 |
| <i>§ 2 Prognoseschäden bei der Untreue.....</i> | <i>187</i> |
| A. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs | 188 |
| I. Frühere Rechtsprechung bis 2006 | 188 |
| II. Der 2. Strafsenat des BGH: „Schwach überschießende Innentendenz“ | 190 |
| 1. Darstellung..... | 190 |
| a) Das Kanther/Weyrauch-Urteil (BGHSt 51, 100) | 190 |
| b) Ausweitung auf alle Fälle des Prognoseschadens | 192 |
| c) Zustimmung des 5. Strafsenats am BGH | 194 |
| d) Ausweitung auf den dolus directus 2. Grades..... | 194 |
| e) Anschluss durch das OLG Hamburg | 195 |
| f) Erneutes Aufgreifen durch den 5. Strafsenat des BGH | 196 |
| 2. Stellungnahme..... | 196 |
| a) Der Gesetzeswortlaut | 197 |
| b) Die Motivation: Systematische Unterschiede zum Betrug | 198 |
| c) Mangelnde Vergleichbarkeit mit der Bereicherungsabsicht | 198 |
| d) Beweisprobleme bei voluntativen Vorsatzelementen | 200 |
| e) Keine Folgerichtigkeit | 201 |
| f) Versuch konstruktiv nicht denkbar | 202 |
| 3. Ergebnis | 202 |
| III. Der 1. Strafsenat des BGH: „Gefährdungsschaden als „Scheinproblem““ | 203 |
| 1. Darstellung..... | 203 |
| a) Die obiter dicta des 1. Strafsenats am BGH | 203 |
| b) Die Zustimmung des 3. Strafsenats am BGH | 204 |
| c) Abweichende Entscheidung des 1. Strafsenats des BGH zu § 370 AO..... | 205 |
| 2. Stellungnahme..... | 206 |
| a) Inkompatibilitäten zwischen Bilanzrecht und Strafrecht | 207 |
| aa) Die Informationsfunktion des HGB-Bilanzrechts | 207 |
| bb) Die Gläubigerschutzfunktion der Handelsbilanz..... | 208 |
| cc) Zum mangelnden Bestimmtheitsgewinn | 211 |
| dd) Unterschiedliche Maßstäbe auch innerhalb des Bilanzrechts..... | 211 |
| b) Modellcharakter des (Handels-)Bilanzrechts? | 212 |

| | |
|---|-----|
| 3. Ergebnis | 213 |
| B. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts | 213 |
| I. Darstellung | 213 |
| II. Stellungnahme | 216 |
| C. Untreuespezifische Ansätze des Schrifttums | 217 |
| I. „Unmittelbarkeitsprinzip“ von <i>Matt/Saliger</i> | 217 |
| 1. Darstellung | 217 |
| 2. Stellungnahme | 220 |
| a) Keine relevanten systematischen Unterschiede zum Betrug | 220 |
| b) Grundsätzliche Bedenken gegen die Unmittelbarkeit als Kriterium | 221 |
| c) Der Leitgedanke hinter dem Unmittelbarkeitsprinzip | 223 |
| d) Unmittelbares Ansetzen und Unmittelbarkeit der Vermögensverfügung | 225 |
| e) Zur Inkonsistenz des Ansatzes | 226 |
| 3. Ergebnis | 227 |
| II. Das Herrschafts- und Rücktrittsmodell von <i>Strelczyk</i> | 227 |
| 1. Darstellung | 227 |
| 2. Stellungnahme | 229 |
| a) Zum Leitgedanken <i>Strelczyks</i> | 229 |
| b) Wider das Herrschaftselement | 231 |
| c) Das Rücktrittselement als Zirkelschluss | 232 |
| d) Zur praktischen Unmöglichkeit, einen Prognoseschaden auszuweisen | 233 |
| e) Zur Inkonsistenz des Ansatzes | 234 |
| 3. Ergebnis | 235 |
| III. Evidenzkriterium anhand modellierenden Rückgriffs auf das Bilanzrecht | 235 |
| 1. Darstellung | 235 |
| 2. Stellungnahme | 236 |
| IV. Zueignungsorientierte Auslegung nach <i>Hoyer</i> | 237 |
| 1. Darstellung | 237 |
| 2. Stellungnahme | 239 |
| a) Unzulässiger Rückschluss vom subjektiven Tatbestand? | 239 |
| b) Zu den Gegenargumenten <i>Hefendehls</i> | 240 |
| c) Ähnlichkeitsprobleme aufgrund des wirtschaftlichen Vermögensbegriffs | 241 |
| d) Ähnlichkeitsprobleme aufgrund der (engen) Manifestationstheorie | 243 |
| 3. Ergebnis | 244 |

| | |
|--|-----|
| Kapitel 6: Die Sicherheitslösung..... | 245 |
| § 1 Maßstäbe einer Lösung | 248 |
| § 2 Prognosen..... | 249 |
| A. Prognosen im materiellen Strafrecht | 249 |
| I. Prognosen im Sanktionenrecht..... | 249 |
| II. Prognosen in den Straftatvoraussetzungen | 250 |
| 1. Prognosen bei konkreten und potentiellen Gefährungsdelikten | 251 |
| 2. Prognosen beim Notstand..... | 252 |
| 3. Prognosen bei den Fahrlässigkeits- und Unterlassungsdelikten | 253 |
| III. Erforderliche Sicherheit bei Fahrlässigkeits- und Unterlassungsdelikten..... | 255 |
| IV. Risikoerhöhungsgedanke bei den Fahrlässigkeitsdelikten | 257 |
| 1. Zum <i>in-dubio</i> -Argument | 257 |
| 2. Zum Argument der Verwandlung von Erfolgsdelikten in Gefährungsdelikte | 258 |
| 3. Fehlende systematische Vergleichbarkeit | 259 |
| V. Risikoerhöhungsgedanke bei den Unterlassungsdelikten | 260 |
| 1. Zum Garantienpflicht-Argument | 261 |
| 2. Zum § 323c-Argument | 261 |
| 3. Zum Versuchs-Argument | 262 |
| 4. Zum Gleichstellungs-Argument..... | 263 |
| 5. Ergebnis: Sichere Prognose bei den Unterlassungsdelikten notwendig..... | 266 |
| VI. Übertragung auf Vermögensprognosen..... | 267 |
| VII. Zwischenergebnis | 267 |
| B. Die Probleme der Wahrscheinlichkeiten..... | 267 |
| I. Das Problem der Wahrscheinlichkeitsberechnung | 267 |
| II. Unbestimmtheit von Wahrscheinlichkeiten..... | 271 |
| C. Die Wertbemessung | 273 |
| § 3 Die Definition des Prognoseschadens..... | 275 |
| § 4 Illustration durch Fallbeispiele | 276 |
| A. Kredituntreue | 276 |
| I. Die Fallgruppe..... | 276 |
| II. Die Linie der Rechtsprechung..... | 277 |
| III. Behandlung nach der Sicherheitslösung..... | 280 |

| | |
|--|-----|
| 1. Das Darlegungserfordernis | 281 |
| 2. Wahrscheinlichkeitsurteil anhand der gesamten Vermögenslage | 281 |
| 3. Keine Orientierung am Handelsbilanzrecht | 282 |
| B. Sonstige Risikogeschäfte | 282 |
| I. Die Fallgruppe | 282 |
| II. Die Linie der Rechtsprechung | 284 |
| III. Behandlung nach der Sicherheitslösung | 287 |
| 1. Zur ‚Spieler-Formel‘ | 288 |
| 2. Die Bürgschafts-Fälle | 289 |
| 3. Probleme der Nachteilermittlung und der ‚Mindestschaden‘ | 290 |
| C. Unordentliche Buchführung | 291 |
| I. Die Fallgruppe | 291 |
| II. Die Linie der Rechtsprechung | 292 |
| III. Behandlung nach der Sicherheitslösung | 294 |
| D. Auslösung behördlicher und sonstiger Folgen | 297 |
| I. Die Fallgruppe | 297 |
| II. Die Linie der Rechtsprechung | 298 |
| III. Behandlung nach der Sicherheitslösung | 303 |
| E. Verwahrung von Fremdgeld: Vermögensvermischung | 306 |
| I. Die Fallgruppe | 306 |
| II. Die Linie der Rechtsprechung | 307 |
| III. Behandlung nach der Sicherheitslösung | 311 |
| 1. Der drohende Zugriff durch Gläubiger | 311 |
| 2. Ausgleichsbereitschaft des Trenehmers | 313 |
| 3. Verwendung zu eigenen Zwecken | 313 |
| F. Preisgabe geheimer Informationen (am Beispiel von Ausschreibungen) | 313 |
| I. Die Fallgruppe | 313 |
| II. Die Linie der Rechtsprechung | 314 |
| III. Behandlung nach der Sicherheitslösung | 315 |
| G. Prozessrisiken | 317 |
| I. Die Fallgruppe | 317 |
| II. Die Linie der Rechtsprechung | 317 |
| III. Behandlung nach der Sicherheitslösung | 320 |
| H. Einrichtung von Schwarzen Kassen | 322 |
| I. Die Fallgruppe | 322 |
| II. Die Linie der Rechtsprechung | 323 |
| III. Behandlung nach der Sicherheitslösung | 328 |
| 1. Hinführung | 328 |
| 2. Dispositionsfreiheit und Dispositionsmöglichkeit | 329 |
| 3. Keine Kompensation durch Verwendung des Vermögens | 331 |

| | |
|--|-----|
| 4. Zwischenergebnis..... | 332 |
| 5. Schwarze Kassen in Privatwirtschaft und öffentlichem Haushalt | 333 |
| 6. Die Trienekens-Entscheidung (BGHSt 55, 266) | 333 |
| 7. Bloße Pflichterfüllung | 335 |
| I. Sonstige Fälle..... | 335 |
| I. Verjährenlassen einer Forderung | 335 |
| II. Missbrauch von Inhaber- und anderen Wertpapieren („Annahme eines Wechsels“) | 336 |
| § 5 Möglicher Inhalt der Prognose: Vorübergehende Vermögensminderungen..... | 338 |
| A. Als vorübergehend prognostizierte Beeinträchtigungen | 338 |
| B. Wider Erwarten vorübergehende Beeinträchtigungen..... | 341 |
| I. Nachträglicher Wegfall des Taterfolgs? | 341 |
| II. Rücktritt vom vollendeten Gefährdungsschaden nach <i>Weber</i> ? | 343 |
| Kapitel 7: Folgefragen..... | 349 |
| § 1 Die besonders schweren Fälle des § 266 Abs. 2 StGB i.V.m. § 263 Abs. 3 StGB | 349 |
| A. „Gefahr des Verlustes von Vermögenswerten“ | 349 |
| B. „Vermögensverlust großen Ausmaßes“ | 350 |
| I. Keine Berücksichtigung der reparatio damni | 351 |
| II. Ausschluss des Prognoseschadens?..... | 353 |
| 1. Der Gesetzeswortlaut | 353 |
| 2. Historische Auslegung | 355 |
| 3. Mangelnde Unterscheidbarkeit von Prognoseschäden und sonstigen Schäden | 356 |
| 4. Systematik..... | 357 |
| III. Ergebnis | 359 |
| § 2 Beginn der Verfolgungsverjährung, § 78a StGB | 360 |
| A. Überwiegende Ansicht: Verjährungsbeginn bei „Endgültigkeit“ | 361 |
| B. Die Kritik von <i>Dierlamm</i> | 362 |
| C. Die Kritik von <i>Cordes/Sartorius</i> | 364 |
| D. Maßstäbe für die Lösung..... | 366 |
| I. Argumente für den Verjährungsbeginn mit Prognoseschaden | 366 |
| II. Argumente für einen späteren Verjährungsbeginn | 368 |

| | |
|--|-----|
| E. Eigene Ansicht..... | 370 |
| I. Verjährungsbeginn mit äußerlicher Manifestation | 370 |
| II. Maßstäbe der äußerlichen Manifestation..... | 372 |
| 1. Prognosen auf Ebene des Vermögensabflusses | 372 |
| 2. Prognosen auf Ebene der Kompensation | 373 |
| 3. Jeweils erforderliche Prognose | 374 |
| 4. Sonderfall: Schwarze Kassen | 374 |
| III. Ergebnis | 374 |
| | |
| Kapitel 8: Zusammenfassung..... | 375 |
| | |
| § 1 Die Ergebnisse der Arbeit | 375 |
| | |
| § 2 Die Definition des Prognoseschadens | 383 |
| | |
| Literaturverzeichnis..... | 385 |
| | |
| Stichwortverzeichnis | 403 |

Kapitel 1

Einleitung

Die ‚schadensgleiche Vermögensgefährdung‘, vielfach auch ‚Gefährdungsschaden‘ genannt, gehört mindestens seit dem Jahr 1867 zum Repertoire der deutschen Rechtsprechung.¹ Das damalige Preußische Obertribunal bezeichnete sie allerdings etwas schlichter als „Vermögensgefährdung“². Das StGB in seiner heutigen Form trat erst vier Jahre später in Kraft.³ Die ‚Vermögensgefährdung‘ überlebte diesen großen Umbruch, denn fortan übernahm das Reichsgericht diese in seine Rechtsprechung. Auch die weitere Entwicklung in Rechtsprechung und Lehre hat sie überstanden und zählt heute zum (weitgehend) gesicherten Bestand des Vermögensstrafrechts. Diese Konstanz erstaunt und beeindruckt *prima facie*, wenn man sich vor Augen führt, dass der Betrug als zentraler Vermögensstraftatbestand des StGB seit dessen Inkrafttreten in § 263 Abs. 1 fordert, dass der Täter „das Vermögen eines anderen [...] beschädigt“ hat – und gerade nicht gefährdet. Kein anderes Bild entsteht beim Blick auf die Untreue gemäß § 266 Abs. 1 StGB in ihrer seit dem Jahr 1933 geltenden Fassung⁴. Sie erfordert einen „Nachteil“ – von einer Gefahr ist keine Rede.⁵ Auch zuvor, in der ursprünglichen Fassung aus dem Jahr 1871, forderte § 266 Abs. 1 StGB ein Handeln „zum Nachteile“ (Nr. 1 und Nr. 2) oder in Nr. 3, dass die Täter jene „benachteiligen“, deren Geschäfte sie zu besorgen hatten.⁶ Auch das preußische Strafgesetzbuch, das die Untreue in § 246 StGB regelte⁷, erwähnte die „Nachteile“ oder „benachteiligen“ als Taterfolg.⁸

¹ PrOT in Oppenhoff R 8, 238.

² PrOT in Oppenhoff R 11, 529.

³ RGBl. I 1871, S. 127.

⁴ RGBl. I 1933, S. 295.

⁵ Das gleiche Bild ergibt sich bei § 253 Abs. 1 StGB.

⁶ RGBl. I 1871, S. 127 (177 f.).

⁷ LK¹²-Schünemann StGB, § 266 Entstehungsgeschichte.

⁸ Siehe die Wiedergabe bei H. Mayer Untreue in: Materialien, S. 333 (335).

§ 1 Untersuchungsbedarf

Diese Besonderheit fordert schon *per se* zu näherer Untersuchung auf. Sicherlich mangelt es dabei nicht an Aufsätzen oder monographischen Arbeiten, die den Komplex der ‚schadensgleichen Vermögensgefährdungen‘ beleuchten, auch nicht aus neuerer Zeit.⁹ Die meisten Untersuchungen behandeln das Problem jedoch vorrangig aus der Perspektive des Betrugs. Vor allem die zentralen Monographien von *Cramer*, *Hefendehl* und *Riemann* widmen der Untreue in ihren Darlegungen nur wenig Raum.¹⁰ Mit solch einer Verschränkung des Blickwinkels geht stets die Gefahr einher, sich in Spezialfällen festzufahren oder in Sonderstrukturen zu verfangen und bei der Übertragung auf andere Strukturen gegebenenfalls ein übergeordnetes, allgemeineres Gefüge nicht mehr zu erblicken. Dies gilt gerade und umso mehr beim Vergleich mit dem Betrug, der insgesamt drei Tatbestandsmerkmale mit Vermögensbezug aufweist, davon mit der Vermögensverfügung und dem Vermögensschaden alleine zwei im objektiven Tatbestand. Hier kann eine ‚Betrugsbrille‘ den Blick auf das konkrete Problem gerade der Untreue verstellen, die nur über ein Merkmal mit Bezug zu den Vermögensbegriffen verfügt.

Noch mehr bedarf es eines neuen Blickwinkels vor dem Hintergrund, dass sich in jüngerer Zeit die Behauptung häuft, der Nachteil im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB sei von dem Vermögensschaden nach § 263 Abs. 1 StGB abzukoppeln. Diese Forderung beruht unter anderem auf dem besonders umfassenden Vagheitsbereich der Untreue und der Tatsache, dass sie – im Gegensatz zu den meisten Straftatbeständen – über keinen Unrechtskern verfügt, der sich intuitiv aus dem Gesetzeswortlaut erschließt. Dies führte zum mittlerweile berühmten Zitat *Hellmuth Mayers*: „Sofern nicht einer der klassischen alten Fälle der Untreue vorliegt, weiß kein Gericht und keine Anklagebehörde, ob § 266 vorliegt oder nicht. Man behilft sich meist damit, daß man § 266 heranzieht, wenn der Fall besonders schwerwiegend erscheint.“¹¹ Neueren Datums stellt *Ransiek* fest, „§ 266 StGB passt immer.“¹² Die Zitate bezogen sich noch vorrangig auf die Merkmale Vermögensbetreuungspflicht und Pflichtverletzung, gelten aber im gleichen Maße auch für den Nachteil.¹³ Auch bei ihm herrscht in der Praxis erhebliche Anwendungsunsicherheit. Insofern könnten für die Untreue tatsächlich vollkommen neue Strukturen

⁹ Vgl. dazu zuletzt *Hefendehl* Vermögensgefährdung, passim.

¹⁰ Siehe *Cramer* Vermögensbegriff, passim; *Hefendehl* Vermögensgefährdung, passim; *Riemann* Vermögensgefährdung, passim.

¹¹ *H. Mayer* Untreue in: *Materialien*, S. 333 (337).

¹² *Ransiek* ZStW 116 (2004), 634 (634). Dabei reicht entsprechende Kritik noch deutlich weiter, wenn beispielsweise von einer „völligen Konturlosigkeit“ (MüKo¹-*Dierlamm* StGB, § 266 Rn. 6) oder im Sinne schlichter Superlativierung gar von einer „Ruine des Rechtsstaats“ (*Albrecht* FS Hamm, S. 1 [7]) die Rede ist.

¹³ Kritisch zu entsprechender Übertragung *Schünemann* StraFo 2010, 1 (2).

notwendig sein, die dem größeren Vagheitsbereich des § 266 Abs. 1 StGB Rechnung tragen. Die bisherigen betrugsorientierten monographischen Abhandlungen wären daher für die Untreue jedenfalls besonders kritisch zu hinterfragen.

Zudem wollten jedenfalls *Cramer* und *Hefendehl* das Problem gewissermaßen ‚auf einen Streich‘ mittels eines komplett neuen Vermögensbegriffs lösen.¹⁴ Für die praktisch seit über 100 Jahren relevanten wirtschaftlich-fundierten Vermögensbegriffe¹⁵ dürften diese nur bedingt übertragbare Erkenntnisse zur Definition der ‚schadensgleichen Vermögensgefährdung‘ liefern.

Gerade das Ziel eines neuen Vermögensbegriffs verfolgt die vorliegende Arbeit nicht. Denn ein solches Vorgehen ist geeignet, wiederum den Blickwinkel auf das konkrete Problem zu verändern und die Fragestellung der wirtschaftlich-fundierten Vermögensbegriffe zu verstellen. Daher soll die Untersuchung konsequent aus der praktisch relevanten wirtschaftlich-fundierten Perspektive erfolgen. Zudem wird hier ausschließlich die Perspektive der Untreue eingenommen. Einerseits soll damit der bisherige Diskussionschwerpunkt verschoben werden und zugleich die These untersucht werden, ob die Untreue im Hinblick auf den Taterfolg vom Betrug abgekoppelt werden muss.

§ 2 Gang der Untersuchung

Zunächst (2. Kapitel) soll dazu möglichst abstrakt untersucht werden, warum die ‚schadensgleiche Vermögensgefährdung‘ in ihren klassischen Ausprägungen als bereits aktueller (Vermögens-)Nachteil verstanden werden kann und – so viel sei vorweg genommen – auch muss. Hierzu werden die klassischen Gefährdungskonstellationen auf Basis der wirtschaftlich-fundierten Vermögensbegriffe ebenso zu untersuchen sein wie die Frage, ob diese in systematischer Hinsicht als Nachteil erfasst werden dürfen. Nicht zuletzt im Hinblick auf die neuere Rechtsprechung des BVerfG zum Vermögensnachteil bei § 266 Abs. 1 StGB¹⁶ sind insoweit auch Untersuchungen unter den verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten des Bestimmtheitsgebots und des Analogieverbots erforderlich.

In einem weiteren Schritt (3. Kapitel) wird dann zu prüfen sein, was in phänomenologischer Hinsicht die sogenannte schadensgleiche Vermögensge-

¹⁴ So *Cramer* Vermögensbegriff und *Hefendehl* Vermögensgefährdung.

¹⁵ Überwiegend wird der Schritt zu den wirtschaftlich fundierten Vermögensbegriffen einer Entscheidung der Vereinigten Strafsenate des Reichsgerichts vom 14. Dezember 1910 zugeschrieben, RGSt 44, 230.

¹⁶ BVerfGE 126, 170; BVerfG StV 2010, 70.

fährdung auszeichnet. Bisher sind derartige Untersuchungen weitgehend unterblieben oder erfolgten nur beiläufig in der Weise, dass man ein bestimmtes Begriffsverständnis letztlich unterstellte. Allerdings kann nur begriffliche Klarheit im Rahmen der inhaltlichen Untersuchung zu widerspruchsfreien Ergebnissen führen. Dabei wird auch aus historischer Sicht dem Ursprung der ‚schadensgleichen Vermögensgefährdung‘ nachzugehen sein. Denn angesichts des langen Zeitraums, den die Kategorie bereits ihren Platz im Strafrecht hat, kann ein Blick auf die Ursprünge und (eventuelle) Entwicklungen erhellend auf die Fragestellung wirken. Ebenso wird der heutigen Berechtigung eines gesonderten Begriffs und seines exakten Zuschnitts auf den Grund zu gehen sein.

Sodann (4. Kapitel) wird dem Tatbestandsmerkmal ‚Nachteil‘ hinsichtlich seiner systematischen Einbettung in den Untreuetatbestand sowie dem Verhältnis zum Betrugsschaden nachzugehen sein. Diese Voruntersuchungen bilden eine wichtige Grundlage, um später die Voraussetzungen der tatbestandsmäßigen ‚schadensgleichen Vermögensgefährdung‘ zu erörtern. Einerseits wird zu klären sein, inwieweit der Vermögensnachteil mit der Pflichtverletzung verbunden sein muss. Vielfach wird ein besonderer Zusammenhang in Form einer Unmittelbarkeit gefordert; dies kann wiederum Rückwirkungen auf die Anforderungen an den Taterfolg entfalten. Andererseits werden das Verhältnis und die Unterschiede zum Betrug zu klären sein. Auf dieser Grundlage können später die anhand des Betrugs entwickelten Lösungen daraufhin untersucht werden, inwieweit sie mit der systematischen Struktur der Untreue in Einklang zu bringen sind.

Im folgenden Hauptteil der Arbeit (5. und 6. Kapitel) werden die Voraussetzungen der ‚schadensgleichen Vermögensgefährdung‘ zu ermitteln sein. Hierzu existieren bereits zahlreiche Ansätze – zunächst vor allem für den Betrug, mittlerweile auch speziell für die Untreue –, die jeweils kritisch zu untersuchen sein werden (5. Kapitel). Sodann (6. Kapitel) ist einerseits auf Basis der hierdurch gewonnenen Erkenntnisse sowie andererseits einer strafrechtssystematischen Untersuchung eine Lösung zu entwickeln, die ohne dogmatische Brüche erklärt, wann eine sogenannte schadensgleiche Vermögensgefährdung einen Vermögensnachteil im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB bedeutet. Dieser Ansatz soll anschließend anhand üblicher Fallgruppen der ‚schadensgleichen Vermögensgefährdung‘ bei der Untreue näher erläutert werden.

Schließlich (7. Kapitel) wird noch auf einzelne Folgefragen einzugehen sein, die im systematischen Zusammenhang mit der hiesigen Problemstellung stehen. Dies sind einmal die Regelbeispiele des § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 StGB i. V. m. § 266 Abs. 2 StGB, die jeweils einen Vermögensbezug aufweisen, und schließlich der Beginn der Verfolgungsverjährung, weil diese nach herrschender Meinung mit Eintritt einer ‚schadensgleichen Vermögensgefährdung‘ gerade noch nicht beginnen soll, sondern erst mit Eintritt eines endgültigen

Schadens. Insoweit wird zu untersuchen sein, ob diese These noch haltbar erscheint.

Kapitel 2

Gefährdung als „Nachteil“

§ 1 Der Vermögensbezug von „Nachteil“

Den tatbestandsmäßigen Erfolg beschreibt der Gesetzeswortlaut von § 266 Abs. 1 StGB lediglich mit den Worten, dass der Täter dem Geschädigten „Nachteil zufügt“. Insoweit beschreibt die Norm bloß das Verhältnis zweier Zustände zueinander, bei dem der spätere mit einer Verschlechterung einhergeht. Weiter konkretisiert der Gesetzestext nur hinsichtlich des Bezugssubjekts mit der Wendung, „dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat“. Schon das Bezugsobjekt lässt der Wortlaut offen und stünde damit der Auslegung nicht entgegen, den Tatbestand erfülle jeder Nachteil, welcher der geschützten Person entstanden ist. In diesem Fall wäre auch die reine Rufschädigung ein Taterfolg des § 266 Abs. 1 StGB.¹

Die heute² allgemeine Meinung sieht das Vermögen als geschütztes Rechtsgut des Untreuetatbestands an.³ Damit muss sich der beschriebene „Nachteil“ als Vermögensnachteil darstellen.⁴ Dies ergibt die systematische

¹ Vgl. auch Hachenburg-Kohlmann, GmbHG, vor § 82 Rn. 65.

² Insbesondere auf Grundlage der Fassung des Untreuetatbestands von 1871 wurde teilweise vertreten, auch die persönlichen Interessen des Treugebers seien zu berücksichtigen (H. Meyer Strafrecht, S. 632; ausführlich Ammon Untreue, S. 44 ff.). Aufgrund der nationalsozialistischen Ideologie wurde § 266 Abs. 1 StGB in der Fassung von 1933 als Verstatbestand interpretiert (Dahm in: Gürtner, Strafrecht BT, S. 448 ff.); einerseits ist diese Ideologie überwunden, andererseits gab die herrschende Meinung auch damals nie die Ansicht auf, das Vermögen sei einzig anerkanntes Schutzobjekt der Untreue (ebenso wenig de lege ferenda: vgl. Dahm in: Gürtner, Strafrecht BT, S. 454). Es ist auch nicht ersichtlich, dass § 266 StGB bei der Novelle von 1933 anders konzipiert war, vgl. nur Schäfer DJZ 1933, 789 (794).

³ BGHSt 50, 331 (342); 43, 293 (297); 14, 38 (47); 8, 254 (256 ff.); RGSt 16, 77 (79); Cramer Vermögensbegriff, S. 70; SK-Hoyer StGB, § 266 Rn. 1; NK⁴-Kindhäuser StGB, § 266 Rn. 1; Labsch Untreue, S. 318; H. Mayer Untreue, S. 143 ff.; Sch/Sch²⁹-Perron StGB, § 266 Rn. 1. Nur kumulativ sehen andere Autoren auch die Redlichkeit des Rechts- und Wirtschaftsverkehrs als mitgeschützt an, Bockelmann ZStW 79 (1967), 29 (32 f.); Dunkel GA 1977, 329 (334 f.); Luthmann NJW 1960, 419 (420); D. Meyer MDR 1971, 893 (894 f.). Zu weiteren Ansätzen, welche Rechtsgüter § 266 StGB zusätzlich schützen könnte, siehe SSW²-Saliger StGB, § 266 Rn. 1.

⁴ Vgl. nur Fischer⁶² StGB, § 266 Rn. 2.

Stellung des Untreuetatbestands im StGB.⁵ Er befindet sich bereits seit dem Jahr 1871 neben dem Betrug im 22. Abschnitt des Strafgesetzbuchs. Der Betrug seinerseits schützt das Vermögen.⁶ Indem der 22. Abschnitt den amtlichen Titel „Betrug und Untreue“ trägt,⁷ hat der Gesetzgeber einen systematischen Zusammenhang dieser Tatbestände kodifiziert. Dieser kann sich, mangels anderer identischer Voraussetzungen, nur darin niederschlagen, dass auch die Untreue (ausschließlich) vom Tatobjekt Vermögen ausgeht. Demnach spricht die Systematik des 22. Abschnitts des StGB dafür, den tatbestandlichen „Nachteil“ nur auf das Vermögen zu beziehen.

Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass die weiteren Tatbestandsmerkmale des § 266 Abs. 1 StGB seit der weiterhin geltenden Neufassung von 1933^{8,9} den Fokus auf das Vermögen lenken. Zunächst fordert der Wortlaut, dass den Täter die Pflicht trifft, „fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen“ und darüber hinaus als Tathandlung des sogenannten Missbrauchstatbestands definiert, dass er „die Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen“, missbraucht hat. Damit zeigen sowohl die Täterqualifikation sowie das Handlungsunrecht bereits einen deutlichen Bezug zum Vermögen. Das Erfolgsunrecht nunmehr (auch) auf andere Rechtsgüter zu erstrecken, bedeutete, den Sinnzusammenhang zwischen Handlungs- und Erfolgsunrecht zu lösen.

Zudem deutet auch § 266 Abs. 2 StGB den Vermögensschutz an. Mit seinem Verweis auf § 243 Abs. 2 StGB und § 248a StGB bezieht sich der Gesetzestext auf Normen, deren Inhalt mit dem Erfordernis der Geringwertigkeit allein das Vermögen betrifft.¹⁰ Auf nichts anderes deutet der Umstand hin, dass § 266 Abs. 2 StGB auch § 263 Abs. 3 StGB für entsprechend anwendbar erklärt. Alleine schon der Umstand, dass § 266 Abs. 2 StGB auf die strafschärfenden Regelbeispiele eines Delikts verweist, ließe sich schließen, dass der Gesetzgeber eine identische Schutzrichtung beabsichtigte. Den Vermögensbezug zeigen noch mehr § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2, 3 StGB auf, wenn diese Vermögensschädigungen besonderen Umfangs als (regelmäßig) unrechtfertig bezeichnen.

⁵ So schon RGSt 16, 77 (79) zu der ursprünglichen Fassung von 1871.

⁶ Vgl. nur BGHSt 16, 220 (221); Sch/Sch²⁹-Perron StGB, § 263 Rn. 1/2; LK¹²-Tiedemann StGB, vor § 263 Rn. 18. Zur Diskussion, ob daneben weitere Rechtsgüter von § 263 StGB geschützt werden, vgl. SK-Hoyer StGB, § 263 Rn. 1 ff.

⁷ So schon in der ursprünglichen Fassung des StGB von 1871, RGBl. 1871 I, S. 177.

⁸ Art. 1 Nr. 4 des Gesetzes zur Abänderung strafrechtlicher Vorschriften, RGBl. 1933 I, S. 295.

⁹ Siehe hierzu auch die Erläuterungen des damaligen Ministerialdirektors Schäfer DJZ 1933, 789 (794). Demnach soll die Untreue „die Fälle der strafwürdigen, treuwidrigen Vermögensschädigung [...] erfassen“.

¹⁰ So schon Labsch Untreue, S. 147.

Es existieren also zahlreiche Gründe, dass § 266 Abs. 1 StGB nur das Vermögen schützt. Abgesehen vom offenen Wortlaut bestehen keine gegenteiligen Indizien. Mithin erfordert § 266 Abs. 1 StGB, dass der „Nachteil“ im Vermögen eintritt.

§ 2 Der wirtschaftliche Vermögens- und Schadensbegriff

Ein Vermögensnachteil setzt denklogisch voraus, dass (jedenfalls zuvor) Vermögen vorlag.¹¹ Demgemäß ist im nächsten Schritt der Begriff Vermögen zu klären. Nachdem man zunächst überwiegend vom sogenannten juristischen Vermögensbegriff ausging,¹² vollzog das Reichsgericht spätestens¹³ in seiner Entscheidung der Vereinigten Strafsenate vom 14. Dezember 1910 die Wende zur wirtschaftlich fundierten Vermögensbestimmung.¹⁴ Mit dem „Begriff des rechtlich geschützten Vermögens“¹⁵, den die Rechtsprechung zuvor häufig verwendet hatte, werde „zwischen tatsächlichem (wirtschaftlichen) Schaden und Schaden im Rechtssinne ein Gegensatz hergestellt, der sich nicht aufrecht erhalten läßt“.¹⁶ „Der Vermögensbegriff ist in erster Linie ein Begriff des wirtschaftlichen Lebens“¹⁷ und der Schaden etwas „dem Menschen wirtschaftlich Fühlbares“¹⁸.

¹¹ So zu § 263 StGB: MüKo²-Hefendehl StGB, § 263 Rn. 293.

¹² Vgl. nur *Binding* BT I, S. 237 ff.; *Köstlin* Zeitschrift für Civilrecht und Prozess, Bd. 14 [1857], 294 (302); *Merkel* Krim. Abh. II, S. 98 ff. Die juristische Begriffsbestimmung war Ausgangspunkt weiterer Auseinandersetzungen, beispielsweise darüber, ob Vermögen als bloße Wertsumme oder Gesamtheit zu betrachten sei (vgl. dazu *Binding* BT I, S. 238; *Merkel* Eigentumsverletzungen, S. 766 f.). Inwieweit das Reichsgericht ursprünglich dem juristischen Vermögensbegriff folgte, lässt sich kaum mit Sicherheit sagen. Einerseits zog das Reichsgericht zur Bestimmung des Vermögensschadens die Vermögensrechte als solche und „schädigende Rechtsverletzungen“ heran (RGSt 11, 72 [76]), andererseits finden sich Urteile, die deutliche wirtschaftliche Elemente zeigen (RGSt 16, 1).

¹³ Teilweise sieht man den Ausgangspunkt des rein wirtschaftlichen Vermögensbegriffs bereits in deutlich früheren Entscheidungen. Beispielsweise geht *Hefendehl* davon aus, es sei ein Verdienst der bereits früheren Rechtsprechung, dem juristischen Vermögensbegriff eine konkludente Absage erteilt zu haben, indem Vermögensschaden und Vermögensgefährdung gleichgestellt wurden (*Hefendehl* Vermögensgefährdung, S. 50). Während der Ausgangspunkt der Rechtsprechung zur Vermögensgefährdung üblicherweise in der Plenarentscheidung RGSt 16, 1 von 1887 gesehen wird (vgl. nur *Riemann* Vermögensgefährdung, S. 33), meint *Hefendehl* diesen bereits im Jahr 1883 in der Entscheidung RGSt 9, 168 (dort S. 169 f.) zu erkennen, vgl. *Hefendehl* Vermögensgefährdung, S. 51 f. Zur eigenen Deutung der Rechtsprechung insoweit siehe ab S. 60.

¹⁴ RGSt 44, 230.

¹⁵ RGSt 44, 230 (232).

¹⁶ RGSt 44, 230 (233).

¹⁷ RGSt 44, 230 (233).

¹⁸ RGSt 44, 230 (233).

Seitdem dominieren wirtschaftlich fundierte Vermögensbegriffe in unterschiedlichsten Ausprägungen die strafrechtliche Praxis und Lehre. Diese wirtschaftliche Betrachtung liegt vorliegender Arbeit zugrunde.

A. Die wirtschaftlichen Vermögensbegriffe

Demnach zählen zum Vermögen alle geldwerten Güter unter Abzug der Verbindlichkeiten.¹⁹ Es erfasst also alle Positionen, denen im Wirtschaftsverkehr ein Geldwert zukommt. Das Vermögen stellt die Summe dieser Güter dar.²⁰ Mithin handelt es sich um eine einheitliche Gesamtheit. Über seinen Wert entscheiden objektiv wirtschaftliche Maßstäbe, also der Blickwinkel eines (verobjektivierten Dritten), sodass es mit dem Markt- bzw. Verkehrswert anzusetzen ist.²¹ Subjektive Maßstäbe sind demgegenüber grundsätzlich unbeachtlich.^{22, 23} Folglich fallen auch subjektive Rechte nur in das Vermögen, wenn und soweit sie einen wirtschaftlichen Wert aufweisen.²⁴ Damit kann auch jede andere Veränderung im Bestand der (Vermögens-)Rechte für sich isoliert den Vermögenswert nicht ändern.²⁵ Vermögensgegenstände werden ausschließlich nach ihrem wirtschaftlichen Potential bewertet, unabhängig

¹⁹ RGSt 44, 230 (233); BGHSt 34, 199 (203); 26, 346 (347); 16, 321 (325); 16, 220 (221); 3, 99 (102); 2, 364 (365); 1, 262 (264); *Bruns* Befreiung, S. 227 ff.; *ders.* FS Mezger, S. 335; *Krey/Hellmann/Heinrich* BT/2¹⁷, Rn. 613 ff. Mit geringfügigen Unterschieden in der Literatur *Maurach/Schroeder* BT I⁶, § 46.II.A.4b (Gesamtheit der Güter, die der Verfügungsgewalt einer Person unterliegen); *Blei* BT, § 61 V 1 („Gesamtheit der einer Person zustehenden wirtschaftlichen Werte“).

²⁰ BGHSt 16, 220 (221); *Blei* BT, § 61 V 2; *Fischer*⁶² StGB, § 263 Rn. 91. Dies ist notwendig, um die erstrebte Gesamtsaldierung bei der Berechnung des Schadens durchzuführen, LK¹⁰-*Lackner* StGB, § 263 Rn. 126.

²¹ BGHSt 30, 388 (390); 16, 220 (221 f.); *SSW²-Satzger* StGB, § 263 Rn. 199.

²² Vgl. nur grundlegend RGSt 16, 1 (4, 8 ff.) sowie BGHSt 54, 69 (122 f.); 16, 220 (221 f.); BGH NSTZ 2008, 96 (98); eine Ausnahme bilden demgegenüber die Fallgruppen des individuellen Schadenseinschlags, deren Vereinbarkeit mit dem wirtschaftlichen Vermögensbegriff überwiegend bezweifelt oder gar abgelehnt wird (vgl. ausführlich NK⁴-*Kindhäuser* StGB, § 263 Rn. 27, 256 ff.). Bereits in RGSt 16, 1 (7) ging die Rechtsprechung dagegen davon aus, diese Konstellationen begründeten durchaus einen wirtschaftlichen Minderwert.

²³ Anders dagegen mit unklarer dogmatischer Einordnung BGHSt 58, 205 (208 ff.): „intersubjektive Wertsetzung“. Es wird nicht ganz klar, ob die propagierte Wertbemessung eine materiell-rechtliche Ausnahme darstellt oder prozessual nach Art eines Anscheinsbeweises anzuwenden sein soll. Für die Untreue sei dieser intersubjektive Wert ohnehin nicht heranzuziehen (BGHSt 58, 205 [210]).

²⁴ Vgl. *Sch/Sch²⁹-Perron* StGB, § 263 Rn. 85; LK¹²-*Tiedemann* StGB, § 263 Rn. 154. Wird ein subjektives Recht dem Vermögen zugerechnet, findet dies seinen Grund konsequenterweise ausschließlich in dem Umstand, dass es einen wirtschaftlichen Wert aufweist.

²⁵ *Riemann* Vermögensgefährdung, S. 12; vgl. bspw. BGHSt 1, 262 (264) – Stundung, wobei hier mit der Durchsetzbarkeit der Forderung von einer Veränderung im rechtlichen Bestand gesprochen werden könnte.

davon, ob eine Rechtsposition (z.B. das Eigentum, eine Forderung, das Urheberrecht) betroffen ist.

Dieser rein wirtschaftliche Grundansatz ließ im Ausgangspunkt keine juristischen Wertungen zu.²⁶ Das führte dazu, dass auch rechtlich missbilligte Positionen unter das strafrechtliche Vermögen fielen, abhängig von der tatsächlichen Durchsetzbarkeit. Ganz überwiegend wird die rein wirtschaftliche Betrachtungsweise heute allerdings um eine normative Komponente erweitert, die diesen Umstand jedenfalls teilweise korrigieren soll. Diese Lehren²⁷ fragen – mit unterschiedlichem Inhalt²⁸ – danach, ob der objektive wirtschaftliche Wert rechtlich gebilligt ist.²⁹ Diese weitere Voraussetzung fungiert als zusätzlicher Filter, ob die wirtschaftlich werthaltige Position von der Strafrechtsordnung geschützt werden darf. Den wirtschaftlich fundierten Grundansatz des rein wirtschaftlichen Vermögensbegriffs berühren diese nicht, weshalb sie hier folglich nicht weiter von Interesse sind.

B. Die wirtschaftliche Schadenslehre

Der Nachteil muss also im wirtschaftlichen Vermögen des Treugebers entstanden sein. Indem die ganz herrschende Meinung die Grundsätze zur Schadensermittlung bei § 263 Abs. 1 StGB grundsätzlich auf den Untreuetatbestand überträgt,³⁰ bringt sie zum Ausdruck, dass die reine Disposition über das Vermögen noch keinen Nachteil begründet.³¹ Vielmehr muss eine Saldierung mit eventuellen Zuflüssen vorgenommen werden. Folgte man hingegen allein dem Wort „Nachteil“, wäre die Gegenthese durchaus denkbar. Diese Annahme ließe sich allerdings kaum mit dem wirtschaftlichen Vermögensbe-

²⁶ Die Rechtsprechung sprach wiederholt aus, es gebe „kein schlechthin schutzunwürdiges Vermögen“, BGHSt 8, 254 (256); vgl. auch RGSt 44, 230 (233); OGHSt 2, 193 (201).

²⁷ Zu den juristisch-ökonomischen Vermittlungslehren vgl. SK-*Hoyer* StGB, § 263 Rn. 92; *ders.* FS Samson, S. 339; Sch/Sch²⁹-*Perron* StGB, § 263 Rn. 82.

²⁸ Der Streit behandelt die Frage, inwieweit der rein wirtschaftliche Vermögensbegriff unter juristischen Gesichtspunkten zu korrigieren ist. Und zwar einerseits, in welcher Form die potenzielle Vermögensposition von der Rechtsordnung akzeptiert sein muss (vgl. dazu detailliert *Hoyer* FS Samson, S. 339 [340 f.]), sondern andererseits auch, ob die juristischen Wertungen nur die Vermögensposition selbst betreffen, oder auch der Verwendungszweck einzubeziehen ist (vgl. hierzu SSW²-*Satzger* StGB, § 263 Rn. 160 ff.).

²⁹ A/W-*Heinrich* BT³, § 20 Rn. 15 ff.; *Wessels/Hillenkamp* BT 2³⁷, Rn. 535; *Mitsch* BT II³, S. 306 f.; SSW²-*Satzger* StGB, § 263 Rn. 141; LK¹²-*Tiedemann* StGB, § 263 Rn. 132. Dazu zählt wohl auch die von *Cramer* (Vermögensbegriff, S. 100) vorgeschlagene Definition von Vermögen. Der BGH ließ in zahlreiche Entscheidungen normative Wertungen in die Vermögensberechnung einfließen, vgl. beispielsweise BGHSt 53, 199 (204); 31, 178 (179 f.); 20, 136 (137 f.); 4, 373.

³⁰ BGHSt 15, 342 (343 f.); BGH NJW 1975, 1234 (1235); MüKo²-*Dierlamm* StGB, § 266 Rn. 201; *Fischer*⁶² StGB, § 266 Rn. 115; SSW²-*Saliger* StGB, § 266 Rn. 53; vgl. zu den vereinzelt vertretenen anderer Ansichten ab S. 124.

³¹ Siehe nur RGSt 16, 1 (4).