

**Die Versuchsstrafbarkeit
der Untreue
de lege ferenda?**

Inaugural-Dissertation
zu Erlangung der Doktorwürde der
Juristischen Fakultät
der Eberhard-Karls-Universität Tübingen

vorgelegt von
Marek Vrzal
aus Brünn, Tschechien
2005

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

ISBN 3-89963-222-2

D 21

Dekan:	Prof. Dr. Martin Nettesheim
1. Berichterstatter:	Prof. Dr. Hans-Ludwig Günther
2. Berichterstatter:	Prof. Dr. Ulrich Weber

Tag der mündlichen Prüfung: 18. Juli 2005

© Verlag Dr. Hut, München 2005.
Sternstr. 18, 80538 München
Tel.: 089/66060798
www.dr.hut-verlag.de

Die Informationen in diesem Buch wurden mit großer Sorgfalt erarbeitet. Dennoch können Fehler, insbesondere bei der Beschreibung des Gefahrenpotentials von Versuchen, nicht vollständig ausgeschlossen werden. Verlag, Autoren und ggf. Übersetzer übernehmen keine juristische Verantwortung oder irgendeine Haftung für eventuell verbliebene fehlerhafte Angaben und deren Folgen.

Alle Rechte, auch die des auszugsweisen Nachdrucks, der Vervielfältigung und Verbreitung in besonderen Verfahren wie fotomechanischer Nachdruck, Fotokopie, Mikrokopie, elektronische Datenaufzeichnung einschließlich Speicherung und Übertragung auf weitere Datenträger sowie Übersetzung in andere Sprachen, behält sich der Verlag vor.

1. Auflage 2005

Druck und Bindung: printy, München (www.printy.de)

*meinem verstorbenen Großvater
Dr. B. Rujbr*

Vorwort

Diese Arbeit lag im Sommersemester 2005 der Juristischen Fakultät der Eberhard-Karls-Universität Tübingen als Dissertation vor. Rechtsprechung und Literatur wurden bis April 2005 berücksichtigt.

Herzlich danken möchte ich meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Hans-Ludwig Günther, für die Anregung des Themas, für die reibungslose Betreuung der Arbeit und für die schnelle Begutachtung.

Herrn Prof. Dr. Ulrich Weber danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Großer Dank gebührt auch meiner früheren Deutschlehrerin Frau Elke Widmayer für das mühevollen Korrekturlesen meiner Arbeit sowie meinem Kollegen und guten Freund Holger Kierstein für seine fachlichen Anregungen.

Meiner Lebensgefährtin Sylvie, die mich unzählige Male entbehren musste, danke ich sehr für Ihre große Geduld während der gesamten Zeit.

Größten Dank schulde ich meinen Eltern für die großzügige und liebevolle Unterstützung während meiner gesamten Studienzzeit, insbesondere in schwierigen Zeiten.

Inhaltsverzeichnis

<i>Abkürzungsverzeichnis</i>	IX
Einleitung und Problemstellung	1
I. Bedeutung der Untreue für das Vermögensstrafrecht.....	2
II. Aufgabenstellung	2
III. Gang der Untersuchung	3
1. Kapitel: Der Begriff des (Vermögens-) Nachteils des § 266 StGB	5
<i>A. Der strafrechtliche Vermögensbegriff</i>	7
I. Juristischer Vermögensbegriff.....	7
1. Definition und Begründung des juristischen Vermögensbegriffs.....	8
2. Auswirkungen der juristischen Vermögenslehre auf die Fälle der Vermögensgefährdung.....	8
3. Kritik am juristischen Vermögensbegriff.....	9
II. Wirtschaftlicher Vermögensbegriff.....	11
1. Definition und Begründung des wirtschaftlichen Vermögensbegriffs ...	11
2. Auswirkungen der wirtschaftlichen Vermögenslehre auf die Fälle der Vermögensgefährdung.....	12
3. Kritik am wirtschaftlichen Vermögensbegriff unter dem Gesichtspunkt der Vermögensgefährdung.....	13
4. Der dynamische Vermögensbegriff.....	14
III. Juristisch-ökonomischer Vermögensbegriff.....	14
1. Definition und Begründung des juristisch-ökonomischen Vermögensbegriffs.....	15
2. Auswirkungen der juristisch-ökonomischen Vermögenslehre auf die Fälle der Vermögensgefährdung	16

3. Kritik am juristisch-ökonomischen Vermögensbegriff	16
IV. Personaler Vermögensbegriff.....	17
1. Definition und Begründung des personalen Vermögensbegriffs	17
2. Auswirkungen der personalen Vermögenslehre auf die Fälle der Vermögensgefährdung.....	18
3. Kritik am personalen Vermögensbegriff.....	19
V. Ergebnis	19
 B. <i>Der Nachteilsbegriff des § 266 StGB</i>	20
I. Gleichsetzung von Schaden, § 263 StGB, und Nachteil, § 266 StGB.....	21
II. Definition des Nachteilsbegriffs.....	23
III. Auswirkung auf die Fälle der Vermögensgefährdung.....	24
IV. „Einschränkungsmodelle“.....	25
1. Die Auffassung der Rechtsprechung.....	26
2. Die Auffassung Schröders	26
3. Die Auffassung Lenckners.....	28
4. Die Auffassung Riemanns	29
5. Die Auffassung Hefendehls.....	30
6. Die Auffassung Cramers	31
 C. <i>Stellungnahme</i>	32
 2. Kapitel: Die Versuchsstrafbarkeit	35
A. <i>Stadien der Verbrechensverwirklichung</i>	35
I. Die Vollendung.....	36
1. Die Bestimmung der Vollendung einer Tat nach formellen Kriterien ...	36
2. Die Vollendung im Falle der Untreue, § 266 StGB	37
II. Die Beendigung	38

1. Die Bestimmung der Beendigung einer Tat nach formellen Kriterien...	39
2. Die Beendigung im Falle der Untreue, § 266 StGB.....	39
III. Der Versuch.....	40
1. Die Bestimmung des Versuchsstadiums nach formellen Kriterien.....	41
2. Der Versuchsbereich im Falle der Untreue, § 266 StGB.....	41
IV. Die Vorbereitung.....	43
1. Die Bestimmung des Vorbereitungsstadiums nach formellen Kriterien.....	44
2. Abgrenzung zwischen Vorbereitung und Versuch.....	44
3. Das Vorbereitungsstadium im Falle der Untreue, § 266 StGB.....	47
4. Stellungnahme.....	49
B. <i>Die Rechtsfolgen der Einführung einer Versuchsstrafbarkeit</i>	50
I. Vorverlagerung der Strafbarkeit.....	51
II. Rücktritt, § 24 StGB.....	51
1. Der Rechtsgrund der Strafflosigkeit des Versuchs beim Rücktritt.....	52
2. Auswirkungen des Rücktritts auf den Straftatbestand der „versuchten Untreue“.....	53
III. Strafmilderung, §§ 23 II, 49 I StGB.....	54
C. <i>Ergebnis</i>	55
3. Kapitel: Die Erforderlichkeit der Einführung einer Versuchsstrafbarkeit der Untreue	57
A. <i>Stellungnahmen zur Versuchsstrafbarkeit der Untreue</i>	57
B. <i>Fallanalyse</i>	58
I. Versuchspönalisierung der Rechtsprechung im Rahmen der Vollendung ... der Untreue?.....	58
1. <i>Der Fall Diestel (BGHSt 44, 376 ff.)</i>	59

a.	Die Begründung des 5. Strafsenats des Bundesgerichtshofs.....	60
aa.	Der Vertragsschluss als konkrete Vermögensgefährdung	60
bb.	„Rechtsschein“ und „erhebliches Prozessrisiko“	61
cc.	Fehlende Dispositionsfähigkeit	61
b.	Überprüfung der Argumentation des Bundesgerichtshofs.....	61
aa.	Der Vertragsschluss als konkrete Vermögensgefährdung?	62
bb.	„Rechtsschein“ kraft nichtigen Vertrages / „Prozessrisiko“	
	als konkrete Vermögensgefährdung?	64
cc.	Fehlende Dispositionsfähigkeit der Eigentümerin	
	als konkrete Vermögensgefährdung ?	65
c.	Zwischenergebnis.....	66
2.	<i>Der Submissionsuntreue – Fall (BayObLG NJW 1996, 268 ff.)</i>	67
a.	Die Auffassung des Bayerischen Obersten Landesgerichts	67
b.	Stellungnahme.....	68
c.	Zwischenergebnis.....	70
3.	<i>Herausgabe von Bieterlisten (BGH I Str 540/99 vom 09.11.1999)</i>	71
a.	Sachverhalt.....	71
b.	Die Auffassung des Landgerichts München I.....	72
c.	Stellungnahme und Zwischenergebnis	72
4.	<i>„Schwarze Kassen“ (BGH GA 1956, 154 ff.)</i>	74
a.	Die Auffassung der Rechtsprechung.....	74
b.	Stellungnahme.....	75
c.	Zwischenergebnis.....	77
5.	<i>Mangelhafte Dokumentation von Zahlungen (BGHSt 47, 8 ff.)</i>	78
a.	Die Auffassung des Landgerichts Bochum	78
b.	Die Auffassung des Bundesgerichtshofs.....	79
c.	Stellungnahme.....	80
d.	Zwischenergebnis.....	82
6.	<i>Vorschriftswidrige Herstellung von Wein</i>	
	<i>(BGH 2 Str 305/79 vom 03.08.1979)</i>	83
a.	Die Auffassung des Landgerichts Mainz	83
b.	Die Auffassung des Bundesgerichtshofs.....	84
c.	Stellungnahme.....	84
d.	Zwischenergebnis.....	85
7.	<i>Ergebnis der Fallanalyse</i>	85
II.	Subjektivierung objektiver Tatbestandsmerkmale.....	86

1. GmbH-Untreue-Fall (BGH NJW 1997, 66 ff.).....	88
2. Stellungnahme.....	89
III. Ergebnis.....	90
<i>C. Rechtsfolgen</i>	91
I. Sinn und Zweck von Art. 103 II GG, § 1 StGB.....	91
II. Auswirkungen des Gesetzlichkeitsprinzips.....	92
1. Rückwirkungsverbot – nulla poena sine lege praevia.....	93
2. Bestimmtheitsgebot – nulla poena sine lege certa.....	93
3. Verbot von Gewohnheitsrecht – nulla poena sine lege scripta.....	94
4. Analogieverbot – nulla poena sine lege stricta.....	95
III. Verstoß gegen das Analogieverbot ?.....	96
1. Die grammatische Auslegung.....	97
2. Die systematische Auslegung.....	99
3. Die subjektiv-historische Auslegung.....	100
4. Die objektiv-teleologische Auslegung.....	101
5. Zwischenergebnis.....	103
IV. Ergebnis.....	103
4. Kapitel: Die Versuchsstrafbarkeit der Untreue im österreichischen und schweizerischen Strafrecht	105
<i>A. Der Untreuetatbestand nach österreichischem Recht</i>	105
I. Die Versuchsstrafbarkeit der Untreue.....	106
II. Rechtsvergleichende Untersuchung.....	108
1. Entstehungsgeschichte.....	108
2. Gemeinsamkeiten.....	110
a. Die Subjekte.....	110

b.	Die Tathandlung	111
c.	Die Objekte	111
d.	Der subjektive Tatbestand	113
3.	Unterschiede	113
a.	Formelle Unterschiede	114
aa.	Der Treuebruchtatbestand	114
bb.	Die Vermögensbetreuungspflicht	115
cc.	Generelle Versuchsstrafbarkeit	116
dd.	Tätige Reue, § 167 öStGB	118
b.	Der Begriff des Vermögensnachteils	120
aa.	Der Nachteilsbegriff und seine Auswirkungen auf die Fälle der Vermögensgefährdung im österreichischen Strafrecht	120
bb.	Der Unmittelbarkeitszusammenhang	122
cc.	Ergebnis	123
c.	Der subjektive Tatbestand (Wissentlichkeit)	124
III.	Zusammenfassung der rechtsvergleichenden Untersuchung	125
IV.	Schlussfolgerungen und Ergebnis	127
B.	<i>Der Untreuetatbestand nach schweizerischem Recht</i>	129
I.	Die Versuchsstrafbarkeit der ungetreuen Geschäftsbesorgung	130
II.	Rechtsvergleichende Untersuchung	134
1.	Entstehungsgeschichte	134
2.	Gemeinsamkeiten	136
a.	Struktur	136
b.	Die Subjekte	137
aa.	Die ungetreue Geschäftsbesorgung als Sonderdelikt	137
bb.	Die Bestimmung des Täterkreises im Rahmen des Treuebruchtatbestandes, Art. 158 Ziff. 1 sStGB	138
cc.	Die Bestimmung des Täterkreises im Rahmen des Missbrauchtatbestandes, Art. 158 Ziff. 2 sStGB	140
c.	Die Tathandlung	141
d.	Die Objekte	143
aa.	Das geschützte Rechtsgut	144

bb. Der Vermögensbegriff.....	145
cc. Der Schadensbegriff.....	146
e. Der subjektive Tatbestand.....	148
3. Unterschiede.....	149
a. im Rahmen des Treuebruchstatbestandes.....	149
aa. Das Treueverhältnis.....	149
bb. Die Beaufsichtigung der Vermögensverwaltung gem. Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 sStGB.....	150
cc. Die Geschäftsführung ohne Auftrag gem. Art. 158 Ziff. 1 Abs. 2 sStGB.....	151
dd. Die Begründung der Treuepflicht durch faktische Verhältnisse	152
b. im Rahmen des Missbrauchstatbestandes.....	153
aa. Der Begriff des Missbrauchs.....	153
bb. Die Vermögensbetreuungspflicht.....	155
cc. Die Bereicherungsabsicht nach Art. 158 Ziff. 2 sStGB.....	156
c. Generelle Versuchsstrafbarkeit.....	157
d. Konkurrenzverhältnis der beiden Tatbestandsalternativen.....	159
III. Zusammenfassung der rechtsvergleichenden Untersuchung.....	160
IV. Ergebnis.....	162
5. Kapitel: Gesamtergebnis und Ausblick.....	164
Anhang.....	168
I. <i>Die relevanten gesetzlichen Bestimmungen (Österreich)</i>	168
§ 5 Vorsatz.....	168
§ 15 Strafbarkeit des Versuches.....	168
§ 16 Rücktritt vom Versuch.....	169
§ 34 Besondere Milderungsgründe.....	169
§ 41 Außerordentliche Strafmilderung bei Überwiegen der Milderungsgründe.....	169
§ 42 Mangelnde Strafwürdigkeit der Tat.....	170
§ 144 Erpressung.....	171
§ 146 Betrug.....	171

§ 167 Tätige Reue	171
<i>II. Die relevanten gesetzlichen Bestimmungen (Schweiz)</i>	<i>172</i>
Art. 9 Verbrechen und Vergehen	172
Art. 21 Unvollendeter Versuch. Rücktritt	172
Art. 22 Vollendeter Versuch. Tätige Reue	173
Art. 23 Untauglicher Versuch	173
Art. 35 Zuchthausstrafe	173
Art. 36 Gefängnisstrafe	173
Art. 39 Haftstrafe	174
Art. 65 Strafsätze	174
Art. 66 Strafmilderung nach freiem Ermessen	175
Art. 101 Die Übertretung	175
Art. 104 Bedingte Anwendbarkeit	175
Art. 106 Busse	175
Art. 146 Betrug	176
<i>Literaturverzeichnis</i>	<i>177</i>

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
Abk.	Abkürzung
Abs.	Absatz
a.F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
Alt.	Alternative
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	(schweizerisches) Bundesgericht
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache
BT	Besonderer Teil
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heißt
ders.	derselbe
etc.	et cetera
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
h.M.	herrschende Meinung
i.S.	im Sinne
insb.	insbesondere
iVm.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
JBl	Juristische Blätter

JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
LG	Landgericht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
n.F.	Neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenzeitschrift
NSZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
OGH	Österreichischer Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
öStGB	Österreichisches Strafgesetzbuch
PrStGB	Preußisches Strafgesetzbuch
Rdn.	Randnummer
RGBI	(deutsches) Reichsgesetzblatt
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RStGB	Reichsstrafgesetzbuch
SSt	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Strafsachen
sStGB	schweizerisches Strafgesetzbuch
StG	(österreichisches) Strafgesetz
StGB	(deutsches) Strafgesetzbuch
StRÄG 1987	Strafrechtsänderungsgesetz BG 22.12.1987 BGBl 1987/605
StrRG	Strafrechtsreformgesetz
u.a.	unter anderem
usw.	und so weiter
vgl.	vergleiche
Wistra	Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer und Strafrecht
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
Ziff.	Ziffer
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Einleitung und Problemstellung

Am 14.03.1997 wurde von Seiten der Bundesregierung der Entwurf eines Sechsten Gesetzes zur Reform des Strafrechts (6. StrRG) vorgelegt. Der Entwurf sollte an die fünf Strafrechtsreformgesetze aus den Jahren 1969 bis 1974 anknüpfen¹. Während der Allgemeine Teil des Strafgesetzbuches durch das 1. und 2. StrRG grundlegend erneuert worden ist, strebte der vorliegende Entwurf an, die bereits begonnenen Reformen des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches² soweit wie möglich abzuschließen.

Im Einzelnen wurden folgende Ziele verfolgt:

- Harmonisierung von Strafrahmen,
- Änderung, Ergänzung und Neufassung von Strafvorschriften, um den Strafschutz zu verbessern und die Rechtsanwendung zu erleichtern,
- Aufhebung nicht mehr zeitgemäßer oder entbehrlicher Strafvorschriften³.

Das Anliegen der Ergänzung und Neufassung von Strafvorschriften bestand darin, neben der Beseitigung von Auslegungsschwierigkeiten, der Anpassung veralteter Tatbestandsfassungen an heutige Erfordernisse und der Vereinheitlichung der Strafvorschriften in ihrem Aufbau und Sprachgebrauch auch Strafbarkeitslücken zu schließen⁴.

Unter diesem Gesichtspunkt wurde im Rahmen des Entwurfes vorgeschlagen, den Versuch der Körperverletzung, § 223 StGB, der Freiheitsberaubung, § 239 StGB, und der Untreue, § 266 StGB, unter Strafe zu stellen. Während im Falle der Körperverletzung und der Freiheitsberaubung mit Beschluss des 6. StrRG vom 14. November 1997 auch die Versuchsstrafbarkeit dieser Delikte eingeführt

¹ Zur Zielsetzung des Entwurfs vgl. BR-Drs. 164/97, S. 63 ff.

² Hierzu gehören das Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch vom 2. März 1974 (BGBl. I S. 469), das 5. StrRG vom 18 Juni 1974 (BGBl. I S. 1297) und eine Vielzahl von Änderungsgesetzen in Teilbereichen.

³ BR-Drs. 164/97, S. 1 ff., 63 ff.; BT-Drs. 13/8587, S. 1, 13/8991, S. 2.

⁴ BR-Drs. 164/97, S. 2, 64; Freund, ZStW 1997 (109. Band), S. 456 ff.

worden ist, wurde dem Vorschlag, den Versuch der Untreue unter Strafe zu stellen, nicht gefolgt⁵.

I. Bedeutung der Untreue für das Vermögensstrafrecht

Im Hinblick darauf, dass neben dem Betrug die Untreue in der Praxis der Strafgerichte im Bereich des Vermögensstrafrechts mittlerweile eine herausragende Stellung einnimmt und in der Kriminalstatistik für Wirtschaftsstraftaten den 3. Rang belegt⁶, wobei die Anzahl der erfassten Deliktsbegehungen bei der Untreue tendenziell stetig zunimmt⁷, muss man sich aufgrund der sich in letzter Zeit häufenden Anklagen wegen Untreue, insbesondere im Wirtschaftsbereich⁸, und der damit verbundenen Folgeprobleme für die Unternehmen sowie für deren Arbeitnehmer erneut fragen, warum ein solch wichtiges Delikt des Wirtschaftsstrafrechts keine Versuchsstrafbarkeit enthält.

II. Aufgabenstellung

Im Vordergrund der nachstehenden Untersuchung steht daher die Frage, inwieweit die Einführung einer Versuchsstrafbarkeit der Untreue als erforderlich einzustufen ist. Anhand einer ausführlichen Fallanalyse erfolgt zum einen eine Auseinandersetzung mit der sich gegen die Einführung einer Versuchsstrafbarkeit geäußerten Kritik von Seiten des Rechtsausschusses des Bundestags⁹ und der diesem zugrunde liegenden Stellungnahmen¹⁰, zum anderen wird verdeutlicht, welche Auswirkungen eine fehlende Versuchsstrafbarkeit der Untreue nach sich zieht. Ausführlichst wird dabei die sich in letzter Zeit immer häufiger

⁵ BT-Drs. 13/9064, S. 20.

⁶ Gütge, wistra 1996, S. 84, Joecks, § 266 Rdn. 5, Dierlamm, NStZ 1997, S. 534.

⁷ Vgl. Polizeiliche Kriminalstatistik Bundesrepublik Deutschland (PKS), hrsg. vom Bundeskriminalamt, <http://www.bka.de/index.html>: im Jahre 2001 wurden 10.455, im Jahre 2002 11.758 und im Jahre 2003 12.640 Untreuefälle erfasst.

⁸ Vgl. jüngst: Mannesmann-Prozess, Aktenzeichen: LG Düsseldorf XIV 5/03; Fall-Kohl, LG Bonn NStZ 01, 375 ff.

⁹ Vgl. hierzu Protokoll der 88. Sitzung des Rechtsausschusses, 13. Wahlperiode des Deutschen Bundestages am 4. Juni 1997.

¹⁰ Vgl. hierzu Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags, Sekretariat, Zusammenstellung der schriftlichen Stellungnahmen zur Anhörung des Rechtsausschusses am 4.6.1997 „Strafrechtsmodernisierung“ (als Anlage zum Protokoll der 88. Sitzung des Rechtsausschusses, 13. Wahlperiode des Deutschen Bundestages).

abzeichnende Tendenz der Rechtsprechung untersucht, den Begriff des Vermögensnachteils in verfassungsrechtlich bedenklicher Weise auszudehnen und damit den Zeitpunkt der Vollendung stark nach vorne zu verlagern, so dass eine „Versuchsstrafbarkeit durch die Hintertür“ im Raume steht¹¹.

III. Gang der Untersuchung

Demzufolge wird im 1. Kapitel der Begriff des Vermögensnachteils bei der Untreue, hier insbesondere unter dem Gesichtspunkt der schadensgleichen konkreten Vermögensgefährdung untersucht. Dabei werden auch die einzelnen Lösungsmodelle zur Einschränkung der schadensgleichen konkreten Vermögensgefährdung aufgezeigt, die dann im Rahmen der Fallanalyse (3. Kapitel) Anwendung finden.

Aufgrund der Einbeziehung der schadensgleichen konkreten Vermögensgefährdung in den Nachteilsbegriff wird der Vollendungszeitpunkt der Untreue vorverlagert und damit eine Abgrenzungsproblematik zum potentiellen Versuchsbereich der Untreue geschaffen. Im 2. Kapitel werden daher die Grundlagen der Versuchsstrafbarkeit im Zusammenhang mit dem Straftatbestand der Untreue dargelegt. Im Vordergrund stehen dabei die genaue Bestimmung und Abgrenzung der verschiedenen Stadien der Vorbereitung, des Versuchs, der Vollendung und der Beendigung, insbesondere im Hinblick auf den Untreuetatbestand, und die sich aus einer Versuchsstrafbarkeit ergebenden Rechtsfolgen. Beide Gesichtspunkte werden dann in der anschließenden Fallanalyse verwertet.

Im 3. Kapitel, das den Kern dieser Arbeit bildet, erfolgt die bereits erwähnte Fallanalyse, die sich zum einen mit den einzelnen Stellungnahmen, die sich gegen die Versuchsstrafbarkeit der Untreue richten, auseinandersetzt, zum anderen der Frage nachgeht, ob die Rechtsprechung die fehlende Versuchsstrafbarkeit der Untreue durch eine extensive Ausdehnung des Nachteilsbegriffs umgeht und damit eine „Versuchsstrafbarkeit durch die Hintertür“ schafft. Die aus dieser Vorgehensweise resultierenden Rechtsfolgen werden im Anschluss daran aufgezeigt.

¹¹ Dierlamm, NStZ 1997, 534 ff.; SK-Samson/Günther, § 266 Rdn. 45.

Im 4. Kapitel werden die Untreuetatbestände in anderen deutschsprachigen Strafrechtsordnungen, nämlich der Schweiz und Österreichs, untersucht. Im Vordergrund steht dabei die Frage, ob in der Schweiz und in Österreich eine Versuchsstrafbarkeit der Untreue vorgesehen ist. Anschließend werden Gemeinsamkeiten und Unterschiede der einzelnen Untreuevorschriften aufgezeigt. Dieser Rechtsvergleich dient einerseits der Klärung, ob die sich zwischen den einzelnen Rechtsordnungen ergebenden Diskrepanzen eine unterschiedliche Bewertung der Versuchsstrafbarkeit rechtfertigen können, andererseits der Feststellung, ob bestimmte, vorzugswürdige Gesichtspunkte im Rahmen der österreichischen und schweizerischen Untreuevorschriften auf den deutschen Untreuetatbestand übertragen werden könnten und auch sollten.

Den Abschluss dieser Arbeit bildet das 5. Kapitel, im Rahmen dessen eine Zusammenfassung und ein Ausblick erfolgen werden.

1. Kapitel: Der Begriff des (Vermögens-) Nachteils des § 266 StGB

Die Untreue, § 266 StGB, ist mit dem Eintritt eines Nachteils für das Vermögen des Geschäftsherrn vollendet¹². Der Begriff des „Nachteils“ gem. § 266 StGB erfasst daher nur Vermögensnachteile und somit keine Nachteile immaterieller Art¹³.

Dabei ist es notwendig zwischen dem Vermögensbegriff auf der einen Seite und dem Nachteils-/ Schadensbegriff auf der anderen Seite zu unterscheiden und diese auch getrennt voneinander zu untersuchen, da zunächst geklärt werden muss, ob die Disposition des Täters einen Gegenstand betrifft, der zum Vermögen des Opfers gehört, um anschließend der Frage nachzugehen, ob im konkreten Fall tatsächlich ein Nachteil/Schaden eingetreten ist¹⁴.

Nach der h.M. in Rechtsprechung und Literatur soll dem Begriff des Vermögensnachteils bei § 266 StGB dieselbe Bedeutung zukommen wie dem Begriff des Vermögensschadens beim Betrug¹⁵. Letzterer erfasst auch die konkrete, wirtschaftlich schon zu einer Minderbewertung des Vermögens führende Vermögensgefährdung, so dass diese auch einen Nachteil i.S.d. § 266 StGB begründen kann¹⁶. Für den Tatbestand der Untreue ist dies unter zwei Gesichtspunkten äußerst problematisch:

Zum einen stellt § 266 StGB kein Gefährdungsdelikt, sondern ein reines Verletzungsdelikt dar¹⁷, zum anderen beinhaltet der Tatbestand der Untreue keine Versuchsstrafbarkeit, so dass „die beim Betrug gegebene, vor allem

¹² Maurach/Schroeder/Maiwald, BT I, § 45 Rdn. 40; Mitsch, BT II § 8 Rdn. 34; Wesels/Hillenkamp, BT II, Rdn. 781.

¹³ Mitsch, BT II § 8 Rdn. 34; Rengier, BT I, § 18 Rdn. 21; Otto, BT, § 22 Rdn. 75.

¹⁴ Maurach/Schroeder/Maiwald, BT I, § 41 Rdn. 86.

¹⁵ Für die h.M.: BGHSt 15, 342 ff.; Maurach/Schroeder/Maiwald, BT I, § 45, Rdn. 41; LK-Schünemann, § 266 Rdn. 132, Tröndle/Fischer, § 266 Rdn. 59, Mitsch, BT II § 8 Rdn. 35; Lackner/Kühl § 266 Rdn. 17 ff.; Otto, BT, § 22 Rdn. 75.

¹⁶ BGHSt 40, 287, 296; Maurach/Schroeder/Maiwald, BT I, § 45, Rdn. 41; Schöнке/Schröder/Lenckner/Perron, § 266 Rdn. 45; Tröndle/Fischer, § 266 Rdn. 61.

¹⁷ Matt/ Saliger, Irrwege der Strafgesetzgebung, 217, 232; SK-Samson/Günther, § 266 Rdn. 45; Weber in FS-Dreher 555, 559 ff.

kriminalpolitisch bedeutsame Möglichkeit, die vom Täter bewirkte Vermögensgefährdung dem Versuchsbereich zuzuordnen“ und diesen somit zumindest wegen versuchter Tat zu bestrafen, entfällt¹⁸. In Fällen, die als strafwürdig zu erachten sind und im Rahmen derer „nur“ eine Vermögensgefährdung vorliegt, birgt die Einbeziehung einer Vermögensgefährdung in den Nachteilsbegriff der Untreue die Gefahr, dass die fehlende Versuchsstrafbarkeit des § 266 StGB durch eine extensive Auslegung des Vermögensnachteilsbegriffs umgangen wird.

Um verstehen zu können, warum letztlich auch Gefährdungssituationen nach Auffassung der h.M. einen Schaden und damit auch einen Nachteil beinhalten sollen, obwohl im Strafrecht die Gefährdung stets nur als Vorstufe einer später möglicherweise eintretenden Verletzung aufzufassen ist¹⁹, ist es zunächst erforderlich, sich mit den verschiedenen Vermögensbegriffen auseinanderzusetzen, da das Vorliegen eines Vermögensnachteils/ -schadens vom Verständnis des Vermögensbegriffs abhängt²⁰. Aus diesem Grund und zwecks klarerer Darstellung der Unterschiede zwischen den verschiedenen Vermögenslehren werden die Auswirkungen der einzelnen Vermögenslehren auf die Fälle der Vermögensgefährdung bereits im Rahmen des strafrechtlichen Vermögensbegriffs erläutert, obwohl die Problematik der Vermögensgefährdung den Nachteilsbegriff betrifft.

Dabei erfolgt die Erörterung des Vermögens- und Nachteilsbegriffs in erster Linie anhand des Betrugstatbestandes, da gerade dieser für die Begründung der gesamten Theorien zum Vermögensbegriff wie auch der einzelnen Einschränkungsmodelle zum Begriff der Vermögensgefährdung maßgeblich war. Ergibt sich dabei, dass bestimmte Gesichtspunkte auf den Straftatbestand der Untreue nicht unmittelbar Anwendung finden können, so wird ausdrücklich darauf eingegangen.

¹⁸ Riemann, Vermögensgefährdung, S. 157.

¹⁹ Cramer, Vermögensbegriff, S. 119.

²⁰ Cramer, Vermögensbegriff, S. 67.

A. Der strafrechtliche Vermögensbegriff

Der Vermögensbegriff ist bis heute umstritten, wobei zumindest darin überwiegende Einigkeit besteht, dass ein einheitlicher Vermögensbegriff für alle klassischen Vermögensdelikte - §§ 253, 263, 266 StGB - zu gelten hat²¹.

Begründet wird dies damit, dass Betrug, Erpressung und Untreue einheitlich das Vermögen als geschütztes Rechtsgut benennen und einen Vermögensnachteil (§§ 253, 266 StGB) bzw. einen Vermögensschaden (§ 263 StGB) als tatbestandsmäßigen Erfolg verlangen, so dass es aus systematischen Gründen und unter dem zentralen Aspekt der Einheitlichkeit der Rechtsordnung nicht einleuchtend wäre, für diese Delikte einen unterschiedlichen Vermögensbegriff aufzustellen²².

Welche Positionen strafrechtlich dem Vermögen zuzuordnen und somit schützenswert sind, hängt davon ab, welchem Vermögensbegriff gefolgt wird. Hierzu werden verschiedene Ansichten vertreten. Diese sowie deren Vor- und Nachteile werden im Nachfolgenden dargelegt. Darüber hinaus werden die Auswirkungen der einzelnen Vermögenslehren auf die Fälle der Vermögensgefährdung untersucht.

I. Juristischer Vermögensbegriff

Der im 19. Jahrhundert vorherrschende juristische Vermögensbegriff zeichnet sich durch eine enge Anbindung an die Rechtszuweisungen des Zivilrechts und des öffentlichen Rechts aus und rechnet zum Vermögen grundsätzlich alle subjektiven Rechte einer Person²³.

²¹ Schönke/Schröder/Cramer, § 263 Rdn. 78 b; Cramer, Vermögensbegriff, S. 115 ff.; Kühl, JuS 89, 505; Waßmer, Untreue bei Risikogeschäften, S. 107.

²² Cramer, Vermögensbegriff, S. 116; zustimmend auch: Matt/Saliger, Irrwege der Strafgesetzgebung, 217, 230/231; Hefendehl, Vermögensgefährdung und Exspektanzen, S. 84.

²³ SK-Hoyer, § 263 Rdn. 88; NK-Kindhäuser, § 263 Rdn. 21.

1. Definition und Begründung des juristischen Vermögensbegriffs

Nach dem juristischen Vermögensbegriff ist Vermögen die Summe der von der Rechtsordnung anerkannten und mit ihr durchsetzbaren Vermögensrechte und Vermögenspflichten ohne Rücksicht auf ihren wirtschaftlichen Wert²⁴. Demzufolge ist ein Vermögensschaden dann gegeben, wenn es zum Verlust eines solchen Rechts oder einer Belastung mit einer entsprechenden Verbindlichkeit kommt²⁵.

Begründet wird dieser Ansatz mit dem Ziel, Normwidersprüche, insbesondere zum Zivilrecht, zu vermeiden²⁶; denn das Zivilrecht und das öffentliche Recht seien als Zuteilungsordnungen zu verstehen, deren Aufgabe darin bestünde, verbindlich darüber zu entscheiden, unter welchen Voraussetzungen wirtschaftliche Positionen die Qualität von Vermögensbestandteilen gewinnen²⁷. Folglich fallen alle faktischen Positionen, an denen oder auf die ein Recht abstrakt nicht begründbar ist oder im konkreten Fall nicht besteht, wie etwa die Anwartschaften, die Arbeitskraft, der Besitz oder feste Geschäftsbeziehungen, nicht unter den Begriff des Vermögens, während wirtschaftlich völlig wertlose Vermögensrechte vom Vermögensbegriff erfasst werden²⁸.

2. Auswirkungen der juristischen Vermögenslehre auf die Fälle der Vermögensgefährdung

Basierend auf der Begründung des juristischen Vermögensbegriffs kommen seine Befürworter, hier insbesondere Binding, konsequenterweise zu dem Ergebnis, dass eine bloße Vermögensgefährdung keine Schädigung beinhalten könne, da sie „den Rechtsbestand intakt lässt“²⁹.

Im Rahmen dieser Problematik führt Binding an, dass der Betrug als „Rechtsraub“ zu verstehen sei, der dem Betrogenen die Möglichkeit nehme, sein Recht

²⁴ Binding, Lehrbuch BT 1, S. 238/239, 341 ff.; Gerland, Reichsstrafrecht, S. 560, 637.

²⁵ Binding, Lehrbuch BT 1, S. 353 ff.; Gerland, Reichsstrafrecht, S. 637 ff.

²⁶ Hefendehl, Vermögensgefährdung und Exspektanzen, S. 93.

²⁷ Gallas in FS-Schmidt, 401, 408.

²⁸ Nelles, Untreue, S. 349.

²⁹ Binding, Lehrbuch BT 1, S. 360.

geltend zu machen, mit der Folge, dass ein Vermögensschaden auf die Fälle des Rechtsverlustes beschränkt sei und damit ein Betrug nur in der Entziehung des Vermögensrechtes liegen könne³⁰.

Insoweit kann nicht bezweifelt werden, dass das subjektive Recht durch die Vermögensgefährdung regelmäßig nicht beeinträchtigt wird; so bleiben beispielsweise die Eigentumsverhältnisse an einem Grundstück unverändert, auch wenn der Buchberechtigte das ihm nicht gehörige Grundstück an einen Bösgläubigen veräußert und dieser aufgrund einer Täuschung des Grundbuchrichters als Eigentümer eingetragen wird³¹.

Andere Vertreter des juristischen Vermögensbegriffs wiederum bewerten zum einen die Gefährdung eines Vermögensgutes deswegen noch nicht als Schaden, weil die spätere Entwicklung nicht vorauszusehen sei und eine endgültige Vermögensbeschädigung nicht das Produkt „unerwarteter Ereignisse“ sein könne³², zum anderen wird angeführt, dass ein Vermögensschaden nur in einem „materiellen Verlust an Geld, Sachen oder Rechten“ bestehen könne, so dass die bloße Gefährdung des Vermögens aus dem Schadensbegriff herauszufallen habe³³.

Insgesamt kommen also die Befürworter des juristischen Vermögensbegriffs zu einer Ablehnung einer Einbeziehung der Vermögensgefährdung in den Vermögensschaden.

3. Kritik am juristischen Vermögensbegriff

Bereits die Auswirkungen der juristischen Vermögenslehre zeigen, dass diese auf der einen Seite sowohl in Fällen der Vermögensgefährdung als auch im Rahmen der „formlosen Vermögensmassen“³⁴, die sich noch nicht zu einem

³⁰ Binding, Lehrbuch BT I, S. 341.

³¹ Vgl. hierzu die Sachverhalte in RGSt 66, 371; Holtz, MDR 1979, 636; OLG Stuttgart NSTZ 1985, 371.

³² Schwarze, StGB § 263 Anm. 6, 7.

³³ Naucke, Betrug, S. 215.

³⁴ Maurach/Schroeder/Maiwald, BT I, § 41 Rdn. 92.

Recht verdichtet haben, als zu eng einzustufen ist³⁵ und zu unerwünschten Beschränkungen des Vermögensbegriffs führt³⁶.

Insoweit würde es zum einen zu unvertretbaren Lücken im Strafschutz führen, wenn all die am Wirtschaftsverkehr in großem Umfang teilnehmenden und schutzwürdigen Güter, die sich nicht auf subjektive, im Rechtsweg durchsetzbare Rechte oder Pflichten reduzieren lassen, wie z.B. die Arbeitskraft, das Geschäftsgeheimnis oder Exspektanzen, von vornherein aus dem Schutzbereich ausscheiden würden, so dass deren Beeinträchtigung straflos bleiben müsste³⁷; denn von einem Vermögensschaden/-nachteil im strafrechtlichen Sinne kann nur gesprochen werden, wenn der Nachteil unmittelbar aus der Verletzung eines strafrechtlich geschützten Vermögensgutes resultiert³⁸.

Zum anderen wird die juristische Vermögenslehre auch deswegen nicht den kriminalpolitischen Bedürfnissen gerecht, da sie nicht in der Lage ist, die bloße Gefährdung von Vermögenswerten als Schaden aufzufassen und damit eine ganze Anzahl für strafwürdig erachteter Fallgruppen nicht erfassen kann³⁹.

Auf der anderen Seite geht die juristische Vermögenslehre zu weit⁴⁰; denn bei dieser kommt es einzig darauf an, ob der Getäuschte ein Recht eingebüßt hat oder nach Binding das erhalten hat, was er beanspruchen konnte. Ob das betroffene Gut einen wirtschaftlichen Wert besitzt, spielt insoweit keine Rolle. Durch das Abstellen auf die isolierte Rechtseinbuße wird die Möglichkeit ausgeschlossen, „die Frage des Schadens danach zu beurteilen, ob das Opfer durch die Vermögensverfügung im Ergebnis ärmer geworden ist“⁴¹ und damit das gesamte Institut der Schadenskompensation hinfällig⁴². Dadurch wird der Schadensbegriff, da im Ergebnis die Sicht des Getäuschten entscheidend ist, subjektiviert und

³⁵ LK-Lackner, § 263 Rdn. 121.

³⁶ Riemann, Vermögensgefährdung, S. 11.

³⁷ LK-Lackner, § 263 Rdn. 121; Maurach/Schroeder/Maiwald, BT I, § 41 Rdn. 92.

³⁸ Cramer, Vermögensbegriff, S. 64.

³⁹ Riemann, Vermögensgefährdung, S. 11; Cramer, Vermögensbegriff, S. 121 ff.; SK-Hoyer, § 263 Rdn. 89; Hefendehl, Vermögensgefährdung und Exspektanzen, S. 99.

⁴⁰ LK-Lackner, § 263 Rdn. 121; NK-Kindhäuser, § 263 Rdn. 22.

⁴¹ LK-Lackner, § 263 Rdn. 121.

⁴² Hefendehl, Vermögensgefährdung und Exspektanzen, S. 99.

der Betrug (und somit auch die Untreue) von einem Vermögensdelikt in ein Delikt zum Schutze der Dispositionsfreiheit umgestaltet⁴³.

Diese gegen einen rein juristischen Vermögensbegriff aufgeführten Argumente hatten letztlich zur Folge, dass sich die Rechtsprechung von diesem abgewandt hat und dieser heute (so) auch nicht mehr vertreten wird⁴⁴.

II. Wirtschaftlicher Vermögensbegriff

Heute wird von Seiten der Rechtsprechung⁴⁵ und einem Teil der Literatur⁴⁶ der wirtschaftliche Vermögensbegriff vertreten. Mit der Plenarentscheidung von 1910⁴⁷ hat sich das Reichsgericht vom juristischen Vermögensbegriff abgewandt und den Schritt zum rein wirtschaftlichen Vermögensbegriff vollzogen⁴⁸.

1. Definition und Begründung des wirtschaftlichen Vermögensbegriffs

Während das Reichsgericht unter Vermögen „die Summe der geldwerten Güter einer Person“ verstand⁴⁹, bezeichnet der BGH das Vermögen als die „Summe aller geldwerten Güter nach Abzug der Verbindlichkeiten“⁵⁰.

Die Literatur wiederum weicht von diesen Definitionen nur in Nuancen ab:

So spricht Maurach/Schroeder von der „Gesamtheit der Güter, die der Verfügungsgewalt einer Person unterliegen⁵¹, während Blei das Vermögen als die „Gesamtheit der einer Person zustehenden wirtschaftlichen Werte“ charakteri-

⁴³ Cramer, Vermögensbegriff, S. 85; LK-Lackner, § 263 Rdn. 121.

⁴⁴ Tröndle/Fischer, § 263 Rdn. 54; Joecks, § 263 Rdn. 71; Riemann, Vermögensgefährdung, S. 12.

⁴⁵ U.a.: BGHSt 1, 262, 264; 15, 83, 86; 16, 220, 221.

⁴⁶ Krey/Hellmann, BT II, Rdn. 428, 433 - 435; Arzt/Weber, § 20 Rdn. 15; wohl auch Lackner/Kühl, § 263 Rdn. 33 ff.

⁴⁷ RGSt 44, 230 ff.

⁴⁸ Riemann, Vermögensgefährdung, S. 11; Schönke/Schröder/Cramer, § 263 Rdn. 80.

⁴⁹ RGSt 44, 230, 233.

⁵⁰ BGHSt 16, 220, 221.

⁵¹ Maurach/Schroeder BT I, § 46 II A 4 b.

siert⁵². Wessels wiederum interpretiert das Vermögen als „die Gesamtheit der wirtschaftlichen Güter einer Person“⁵³.

Basierend auf dieser wirtschaftlichen Betrachtungsweise erleidet einen Schaden nur, wer wirtschaftlich im Ergebnis tatsächlich ärmer wird⁵⁴.

Begründet wird dieser Ansatz zum einen damit, dass es unter Berücksichtigung des wirtschaftlichen Vermögensbegriffs kein strafrechtlich ungeschütztes Vermögen gibt, was insbesondere im Ganovenumfeld zur Schließung von Strafbarkeitslücken führt⁵⁵. Zum anderen soll es letztlich auch möglich sein, die bereits unter A. I. 3 aufgelisteten, wirtschaftlich bedeutenden Güter, die vom juristischen Vermögensbegriff nicht erfasst werden konnten, im Rahmen des Vermögensschadens zu berücksichtigen, was ein wirtschaftlich verstandener Vermögensbegriff möglich macht; denn durch die Anerkennung jeder wirtschaftlichen Position als einer Vermögensposition, der im Geschäftsverkehr ein wirtschaftlicher Wert beigemessen wird, wird jede messbare Beeinträchtigung des wirtschaftlichen Potentials als Vermögensschaden angesehen, ohne Rücksicht darauf, ob sie in einem Recht konkretisiert oder überhaupt der Konkretisierung fähig ist⁵⁶.

2. Auswirkungen der wirtschaftlichen Vermögenslehre auf die Fälle der Vermögensgefährdung

Die Konsequenz der rein wirtschaftlichen Betrachtungsweise ist, dass im Ergebnis jedwede Vermögensgefährdung einen Vermögensschaden beinhaltet⁵⁷; denn „die Kommerzialisierung der Vermögensgüter durch den wirtschaftlichen Vermögensbegriff hat notwendig dazu geführt, den Wert einer Sache, eines Rechtes oder eines sonstigen Vermögensobjektes grundsätzlich danach zu bestimmen, welchen Gegenwert es im Verkehr verkörpert. Von diesem Standpunkt aus ist es

⁵² Blei, BT, § 61 V 1.

⁵³ Wessels, BT II, § 13 II 4 a.

⁵⁴ LK-Lackner, § 263 Rdn. 122.

⁵⁵ NK-Kindhäuser § 263 Rdn. 27.

⁵⁶ Riemann, Vermögensgefährdung, S. 12; Cramer, Vermögensbegriff, S. 123; Hefendehl, Vermögensgefährdung und Exspektanzen, S. 94.

⁵⁷ Riemann, Vermögensgefährdung, S. 13; Cramer, Vermögensbegriff, S. 125.

konsequent, dem in seinem Bestand oder in der Möglichkeit seiner Realisierung gefährdeten Vermögensgegenstand einen geringeren Wert zuzusprechen als dem Ungefährdeten⁵⁸, da beispielsweise eine gegen einen insolventen Schuldner gerichtete Forderung nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten nie ihren Nominalwert erreicht⁵⁹. Daraus resultiert, dass die Vermögensgefährdung nach rein wirtschaftlicher Betrachtung nicht nur einem Vermögensschaden gleichzustellen ist, sondern einen solchen darstellt⁶⁰.

3. Kritik am wirtschaftlichen Vermögensbegriff unter dem Gesichtspunkt der Vermögensgefährdung

Diese sich aus der wirtschaftlichen Betrachtungsweise ergebende Gleichstellung der Gefährdung mit dem endgültigen Verlust wirtschaftlicher Werte begründet die Gefahr einer Überdehnung der Straftatbestände, da durch die Einbeziehung aller tatsächlichen Umstände in die Schadensberechnung auch ganz entfernte, abstrakte Gefahren für das Vermögen erfasst werden, ohne die Möglichkeit zu haben, eine Abstufung nach verschiedenen Gefährdungskriterien vorzunehmen⁶¹.

Konsequenz dieser „ins Uferlose führenden“ Gleichstellung ist zum einen, dass eine kriminalpolitische befriedigende Grenze zwischen strafwürdiger und nicht strafwürdiger Gefährdung und damit zwischen Versuch und Vollendung nicht gezogen werden kann⁶², zum anderen, dass Wertungswidersprüche in der Rechtsordnung, insbesondere zum Zivilrecht, entstehen, die so nicht hinnehmbar sind⁶³.

Insgesamt ist der wirtschaftlichen Vermögenslehre vorzuwerfen, dass sie es versäumt hat, im Bereich der Gleichsetzung von Vermögensgefährdung und Vermögensschaden eine Begrenzung des Vermögensschadens durch normative Kriterien vorzunehmen und damit eine dogmatisch und kriminalpolitisch zufried-

⁵⁸ Riemann, Vermögensgefährdung, S. 13; Cramer, Vermögensbegriff, S. 125.

⁵⁹ Cramer, Vermögensbegriff, S. 125.

⁶⁰ Hirschberg, Vermögensbegriff, S. 337.

⁶¹ Cramer, Vermögensbegriff, S. 130.

⁶² Cramer, Vermögensbegriff, S. 122.

⁶³ Schönke/Schröder/Cramer, § 263 Rdn. 80; SK-Hoyer, § 263 Rdn. 105.

den stellende Abgrenzung des Schadens vom Nichtschaden zu erreichen⁶⁴, was wiederum eine Aufweichung der Vermögensdelikte unter dem Gesichtspunkt notwendiger tatbestandlicher Bestimmtheit vermieden hätte⁶⁵.

4. Der dynamische Vermögensbegriff

Der so genannte dynamische Vermögensbegriff Eser⁶⁶ stellt lediglich eine „Spielart des wirtschaftlichen Vermögensbegriffs“ dar⁶⁷. Dabei will Eser das Vermögen nicht lediglich statisch auf den bereits vorhandenen Vermögensbestand, sondern dynamisch auch auf den Vermögenszuwachs erstrecken und damit eine Gleichsetzung der Vereitelung von Vermögenszuwachs mit der Vermögensschädigung erreichen⁶⁸.

Für den Bereich der Vermögensgefährdung ist der dynamische Vermögensbegriff unergiebig, da er insbesondere das Ziel eines stärkeren Schutzes der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit anstrebt⁶⁹, so dass sich für die Konstruktion der Vermögensgefährdung keine Besonderheiten zum wirtschaftlichen Vermögensbegriff ergeben⁷⁰.

III. Juristisch-ökonomischer Vermögensbegriff

Zwischen dem juristischen und dem rein wirtschaftlichen Vermögensbegriff steht der so genannte juristisch-ökonomische Vermögensbegriff, der von einem Teil der Rechtsprechung des preußischen Obertribunals und des Reichsgerichts⁷¹ bis zur Plenarentscheidung des RG von 1910⁷² vertreten wurde und im heutigen Schriftum wohl als h.M. einzustufen ist⁷³.

⁶⁴ Riemann, Vermögensgefährdung, S. 13.

⁶⁵ Cramer, Vermögensbegriff, S. 131.

⁶⁶ Eser, GA 1962, 289 ff.

⁶⁷ LK-Lackner, § 263 Rdn. 124; Nelles, Untreue, S. 413.

⁶⁸ Eser, GA 1962, 289, 295, 296; LK-Lackner, § 263 Rdn. 124.

⁶⁹ Eser, GA 1962, 289, 295, 296.

⁷⁰ Riemann, Vermögensgefährdung, S. 13 Fn. 45.

⁷¹ RGSt 16, 1 ff.; 19, 186, 190 ff.; 37, 30, 31.

⁷² RGSt 44, 230 ff.

⁷³ U.a.: Schönke/Schröder/Cramer, § 263 Rdn. 82; Tröndle/Fischer § 263 Rdn. 54; Maurach/Schroeder/Maiwald, BT I, § 41 Rdn. 99; LK-Tiedemann, § 263 Rdn. 132.

Zu beachten ist hier, dass seit der Plenarentscheidung RGSt 44, 230 ff. der BGH zwar den wirtschaftlichen Vermögensbegriff vertritt, allerdings im Rahmen einzelner Entscheidungen vom rein wirtschaftlichen Ansatz abgerückt ist und sich der juristisch-ökonomischen Vermittlungslehre bedient hat, ohne diese ausdrücklich zu benennen⁷⁴.

1. Definition und Begründung des juristisch-ökonomischen Vermögensbegriffs

Ausgangspunkt des juristisch-ökonomischen Vermögensbegriffs ist die wirtschaftliche Betrachtungsweise⁷⁵.

Danach scheiden subjektive Rechte ohne wirtschaftlichen Wert aus dem Vermögensbegriff aus, während wirtschaftlich wertvolle, aber noch nicht als subjektive Rechte ausgestattete Positionen zum Vermögen gehören, dies allerdings nur dann, wenn sie unter dem Schutz der Rechtsordnung stehen⁷⁶ bzw. mit deren Billigung oder ohne deren Missbilligung realisiert werden können⁷⁷.

Geschädigt ist danach nur derjenige, dessen „Ärmerwerden nicht gerade im Verlust einer ohnehin nicht geschützten oder missbilligten Position besteht“⁷⁸.

Der entscheidende Unterschied zum wirtschaftlichen Vermögensbegriff besteht also darin, dass die so genannten juristisch-ökonomischen Vermögenslehren „nicht jede wirtschaftlich wertvolle Position ohne Berücksichtigung ihrer rechtlichen Wertung gegen Betrug schützen wollen“⁷⁹, so dass diese Differenzen insbesondere bei den Exspektanzen und den nichtigen Forderungen zum Ausdruck kommen⁸⁰.

⁷⁴ BGHSt 4, 373; BGH NStZ 1987, 407.

⁷⁵ SK-Hoyer, § 263 Rdn. 92.

⁷⁶ Vgl. Franzheim, GA 1960, 269, 276, 277; Gutmann, MDR 1963, 3, 5; Foth, GA 1966, 33, 42 ff.

⁷⁷ Lenckner, JZ 1967, 105, 107; Cramer, JuS 1966, 472, 475; ders., Vermögensbegriff, S. 100.

⁷⁸ Riemann, Vermögensgefährdung, S. 14.

⁷⁹ Riemann, Vermögensgefährdung, S. 14.

⁸⁰ SK-Hoyer, § 263 Rdn. 92.

2. Auswirkungen der juristisch-ökonomischen Vermögenslehre auf die Fälle der Vermögensgefährdung

Dagegen ergeben sich bei Zugrundelegung des juristisch-ökonomischen Vermögensbegriffs für den Bereich der Vermögensgefährdung keine wesentlichen Unterschiede zum wirtschaftlichen Vermögensbegriff, da gerade die wirtschaftliche Betrachtungsweise, die auch dem juristisch-ökonomischen Vermögensbegriff immanent ist, die Möglichkeit eröffnet, die Vermögensgefährdung als einen Vermögensschaden/-nachteil zu erfassen⁸¹.

Jedoch fällt auf, dass es gerade die Vertreter der juristisch-ökonomischen Vermögenslehren⁸² sind, die sich darum bemühen, die „ins Uferlose“ gehende Gleichstellung von Vermögensgefährdung und Vermögensschaden zu begrenzen und Kriterien für die Abgrenzung des Schadens vom Nichtschaden in Gefährdungssituationen zu entwickeln. Wie diese Abgrenzung tatsächlich auszusehen hat und wann eine Vermögensgefährdung als Nachteil/Schaden zu bewerten ist, ist allerdings eine Frage des Nachteilsbegriffs und wird daher erst unter B. erläutert.

3. Kritik am juristisch-ökonomischen Vermögensbegriff

Gegen die juristisch-ökonomische Vermögenslehre wird eingewandt, dass sie zum einen zu sachlich unbegründeten Widersprüchen im Rahmen der Strafrechtsordnung führe, da der Diebstahl einer objektiv wertlosen fremden Sache von § 242 StGB erfasst und mit demselben Strafraum wie die §§ 263, 253 StGB bedacht wird, während der Betrug hinsichtlich einer objektiv wertlosen Sache straflos bleibt⁸³, zum anderen kriminalpolitisch verfehlt sei, da er Strafbarkeitslücken im Verhältnis zwischen Rechtsbrechern zulässt⁸⁴.

⁸¹ Cramer, Vermögensbegriff, S. 125; Riemann, Vermögensgefährdung, S. 14.

⁸² U.a.: Riemann, Vermögensgefährdung, S. 17; Cramer, Vermögensbegriff, S. 100, der zwar von einem sog. materialen Vermögens- und Schadensbegriff spricht, darunter allerdings im Ergebnis dasselbe versteht wie die juristisch-ökonomische Vermögenslehre; Lenckner JZ 1967, 105, 107.

⁸³ SK-Hoyer, § 263 Rdn. 110; NK-Kindhäuser, § 263 Rdn. 35, 39.

⁸⁴ Haft, BT, S. 211; Krey/Hellmann, BT II, Rd.433 - 435.

IV. Personaler Vermögensbegriff

Die Vertreter der so genannten personalen Vermögenslehre versuchen zwischen der formalen Schadensberechnung der juristischen Vermögenslehre und der abstrakten Schadensberechnung nach objektiven Wertmaßstäben einen Ausgleich zu schaffen, um insbesondere auch individuelle wirtschaftliche Belange berücksichtigen zu können⁸⁵.

1. Definition und Begründung des personalen Vermögensbegriffs

Dem personalen Vermögensbegriff zufolge ist unter Vermögen die wirtschaftliche Potenz des Vermögensträgers zu verstehen, die auf der Herrschaftsgewalt über solche Objekte beruht, die in der Rechtsgemeinschaft als Objekte des Wirtschaftsverkehrs angesehen werden⁸⁶.

Den Schwerpunkt der so genannten personalen Vermögenslehre sehen ihre Vertreter darin, der individuellen Dispositionsfreiheit des Menschen im Bereich wirtschaftlicher Betätigung stärkeren Schutz zu verleihen⁸⁷, um im Rahmen des Vermögensschadens nicht nur materiell nicht ausgeglichene Verluste gegenwärtiger Vermögensgüter, sondern auch Vermögensverfügungen zu berücksichtigen, die ihren wirtschaftlichen Zweck verfehlt haben, und zwar auch dann, wenn von vornherein mit einem materiellen Gegenwert überhaupt nicht zu rechnen war⁸⁸.

Demzufolge liegt ein Vermögensschaden nicht schon im Verlust eines Vermögenswertes, sondern erst im Ausbleiben des mit der Vermögensminderung erstrebten wirtschaftlichen Erfolges⁸⁹. Dabei braucht sich „die Verringerung der wirtschaftlichen Potenz nicht in einer Geldsumme auszudrücken“⁹⁰. Das entscheidende Kriterium für den Vermögensschaden ist daher die wirtschaftliche

⁸⁵ Bockelmann, BT I, S. 88; LK-Lackner § 263 Rdn. 124; NK-Kindhäuser § 263 Rdn. 49.

⁸⁶ Otto, BT, § 38 Rdn. 7; ders. Jura 1993, 424, 425; ders. Jura 2002, 606, 613; ders. Vermögensschutz, S. 34, 36; Jakobs, JuS 1977, 228, 230 ff.; Schmidhäuser BT, S. 112 ff.

⁸⁷ Schönke/Schröder/Cramer, § 263 Rdn. 81.

⁸⁸ Otto, Vermögensschutz, S. 64, 65.

⁸⁹ Otto, BT, § 51 Rdn. 54; ders., Jura 2002, 606, 613; Alwart, JZ 1986, 563, 565.

⁹⁰ Otto, BT, § 38 Rdn. 8.

Zweckverfehlung, nicht dagegen ein negativer Wertsaldo, der sich aus Minderung und Mehrung einzelner Vermögensbestandteile ergibt⁹¹.

2. Auswirkungen der personalen Vermögenslehre auf die Fälle der Vermögensgefährdung

Für den Bereich der Vermögensgefährdung ergeben sich im Hinblick auf die Bejahung eines Vermögensschadens im Ergebnis keine wesentlichen Unterschiede zur wirtschaftlichen bzw. juristisch-ökonomischen Vermögenslehre, da dem personalen Vermögensbegriff, genauso wie dem rein wirtschaftlichen und dem juristisch-ökonomischen Vermögensbegriff eine wirtschaftliche Betrachtungsweise zugrunde liegt, so dass nicht nur in der Minderung des Bestandes an Vermögensobjekten, sondern auch in der Minderung ihres Wertes, wovon auch die Vermögensgefährdung umfasst ist, ein Vermögensschaden liegen kann⁹².

Allerdings ist hierbei festzuhalten, dass Otto, einer der Hauptvertreter der personalen Vermögenslehre, die Konstruktion der schadensgleichen Vermögensgefährdung ablehnt⁹³. Seiner Meinung nach kann eine konkrete Vermögensgefährdung begriffsnotwendig als solche niemals ein Vermögensschaden sein, da die Gefahr eines Schadens nicht mit dem eingetretenen Schaden selbst identisch ist⁹⁴. Eine Vermögensgefährdung kann einem Schaden daher nicht gleichgestellt werden, wenn der Gesetzgeber eine Vermögensschädigung fordert⁹⁵.

Dennoch kommt Otto in den meisten Fällen zu denselben Ergebnissen wie die Vertreter des wirtschaftlichen bzw. juristisch-ökonomischen Vermögensbegriffs, da er zwar eine Gleichstellung von Gefährdung und Schaden ablehnt, allerdings die Gefährdungssituation als „echten“ Schaden begreift, so dass seine Auffassung im Vergleich zur herrschenden Ansicht zu keinem wesentlich sachlichen

⁹¹ Otto, BT, § 38 Rdn. 8; Küper, BT, S. 349.

⁹² Otto, BT, § 51 Rdn. 70; Otto, Jura 2002, 606, 614.

⁹³ Otto, Vermögensschutz, S. 275 ff.; Otto, BT, § 51 Rdn. 70; Otto, Jura 2002, 606, 614.

⁹⁴ Otto, BT, § 51 Rdn. 70; Otto, Jura 2002, 606, 614.

⁹⁵ Otto, Vermögensschutz, S. 275.

Unterschied im Sinne einer anderen Bewertung, sondern letztlich nur zu einem sprachlichen Unterschied führt⁹⁶.

3. Kritik am personalen Vermögensbegriff

Den Vertretern des personalen Vermögensbegriffs wird in erster Linie vorgeworfen, dass sie zum einen die ohnehin schon unbestimmte Methode der auch von den wirtschaftlichen Lehren im Prinzip anerkannten individuellen Schadensberechnung um zahlreiche Unsicherheitsfaktoren vermehren und damit ihre Resultate unvorhersehbar machen⁹⁷. Zum anderen beinhaltet das Abstellen auf die bloße Zweckverfehlung und damit die Sicht des Vermögensträgers die Gefahr einer weiteren Subjektivierung des Schadensbegriffs. Dies hätte zur Folge, dass der Betrug (und somit auch die Untreue) zu Delikten gegen die Dispositionsfreiheit umgewandelt werden würden⁹⁸.

V. Ergebnis

Als Zwischenergebnis lässt sich somit festhalten, dass sämtliche genannten Vermögenslehren Schwächen aufweisen und deshalb zur Kritik Anlass geben.

Die für die nachfolgende Untersuchung wichtige Frage, ob die Fälle der Vermögensgefährdung einen Vermögensnachteil/-schaden beinhalten können, wird einzig von Seiten der juristischen Vermögenslehre verneint.

Da diese im Rahmen des Vermögens nur subjektive Rechte berücksichtigt und somit wirtschaftlich wertvolle Güter, die sich allerdings nicht zu einem subjektiven Recht verdichtet haben, außer Acht lässt, wird sie der heutigen wirtschaftlichen Sicht nicht mehr gerecht und gilt in ihrer reinen Form daher heute nach einhelliger Meinung als überholt⁹⁹, so dass sie auch der nachfolgenden Untersuchung nicht zugrunde gelegt wird.

⁹⁶ So auch Riemann, Vermögensgefährdung, S. 23.

⁹⁷ LK-Lackner, § 263 Rdn. 124.

⁹⁸ SK-Hoyer, § 263 Rdn. 112; Schönke/Schröder/Cramer, § 263 Rdn. 81; NK-Kindhäuser, § 263 Rdn. 42.

⁹⁹ LK-Lackner, § 263 Rdn. 121; Krey/Hellmann, BT II, Rdn. 427.

Demgegenüber berücksichtigen alle anderen Vermögenslehren die Vermögensgefährdung, dies allerdings in unterschiedlichem Ausmaß: Während nach der rein wirtschaftlichen Vermögenslehre jede Vermögensgefährdung einen Vermögensschaden beinhalten kann, sind es überwiegend die Vertreter der Vermittlungslehren¹⁰⁰, die sich um eine Einschränkung der Vermögensgefährdung und damit um eine Abgrenzung des Schadens vom Nichtschaden in Gefährdungssituationen bemühen¹⁰¹.

Dadurch aber, dass der „Theorienstreit mehr der Klärung der Ausgangsposition als der Verfechtung abweichender Ergebnisse dient“¹⁰², wird im Rahmen der Fallanalyse von dem in der Rechtsprechung „fest verankerten und im großen und ganzen auch bewährten wirtschaftlichen Vermögensbegriff“ ausgegangen¹⁰³. Im Hinblick auf die Beschränkung der Fälle der Vermögensgefährdung werden allerdings sowohl die von den Vermittlungslehren vorgeschlagenen Lösungsmodelle als auch der von der Rechtsprechung gegangene Weg im Rahmen der Fallanalyse¹⁰⁴ berücksichtigt¹⁰⁵.

B. Der Nachteilsbegriff des § 266 StGB

Während bezüglich eines einheitlichen Vermögensbegriffs für alle klassischen Vermögensdelikte - §§ 253, 263, 266 StGB - überwiegende Einigkeit besteht¹⁰⁶, wird ein einheitlicher Schadens-/Nachteilsbegriff durchaus in Frage gestellt, wie in den nachfolgenden Ausführungen zu zeigen sein wird.

¹⁰⁰ U.a.: Riemann, Vermögensgefährdung, S. 17; Cramer, Vermögensbegriff, S. 100, der zwar von einem sog. materialen Vermögens- und Schadensbegriff spricht, darunter allerdings im Ergebnis dasselbe versteht wie die juristisch-ökonomische Vermögenslehre; Lenckner, JZ 1967, 105, 107.

¹⁰¹ Hierzu ausführlich dann unter B., da diese Problematik den Nachteils-/Schadensbegriff betrifft.

¹⁰² Maurach/Schröder BT I, § 46 II A 4; zustimmend auch LK-Lackner, § 263 Rdn. 120; Mitsch, BT II, § 7 Rdn. 80.

¹⁰³ LK-Lackner, § 263 Rdn. 123.

¹⁰⁴ Vgl. hierzu 3. Kapitel.

¹⁰⁵ Zu dieser Problematik im Nachfolgenden unter B.

¹⁰⁶ Schönke/Schröder/Cramer, § 263 Rdn. 78 b; Cramer, Vermögensbegriff, S. 115 ff.; Kühl, JuS 89, 505; Waßmer, Untreue bei Risikogeschäften, S. 107, Hefendehl, Vermögensgefährdung und Exspektanzen, S. 84/85.

I. Gleichsetzung von Schaden, § 263 StGB, und Nachteil, § 266 StGB.

Nach Auffassung der Rechtsprechung und der überwiegenden Ansicht im Schrifttum ist der Begriff „Nachteil“ in § 266 StGB weitgehend identisch mit dem Merkmal des Schadens in § 263 StGB¹⁰⁷.

Dies beruht auf der Annahme, dass Vermögen und Schaden im Strafrecht streng korrespondierende Größen sind¹⁰⁸. Da diese in einer inneren Abhängigkeit zueinander stehen, muss es aufgrund der Einheitlichkeit des Vermögensbegriffs aus denselben Gründen auch einen einheitlichen Schadens-/Nachteilsbegriff für die Delikte der Erpressung, des Betrugs und der Untreue geben¹⁰⁹.

Dieser pauschalen Gleichsetzung wird in unterschiedlicher, letztlich gegensätzlicher Weise widersprochen:

Auf der einen Seite wird von einem Teil der Literatur die Auffassung vertreten, dass der Begriff des Nachteils weiter sei als der des (Vermögens-) Schadens und daher umfassender ausgelegt werden müsse¹¹⁰.

Begründet wird dies zum einen damit, dass finanziell nicht messbare Minderungen des geschäftlichen Ansehens, z.B. einer GmbH oder AG, die nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise keinen (Vermögens-) Schaden darstellen, dennoch als Nachteil anzusehen seien¹¹¹, zum anderen damit, dass nur der Begriff „Nachteil“ das Ausbleiben einer Vermögensmehrung erfassen könne¹¹².

¹⁰⁷ Für die h.M.: BGHSt 15, 342 ff.; Maurach/Schroeder/Maiwald, BT I, § 45, Rdn. 41; LK-Schünemann, § 266 Rdn. 132, Tröndle/Fischer, § 266 Rdn. 59, Mitsch, § 8 Rdn. 35; Lackner/Kühl § 266 Rdn. 17 ff.

¹⁰⁸ Cramer, Vermögensbegriff, S. 117.; Hefendehl, Vermögensgefährdung und Expektanzen, S. 85.

¹⁰⁹ Cramer, Vermögensbegriff, S. 115 ff.; Hefendehl, Vermögensgefährdung und Expektanzen, S. 85; Hirschberg, Vermögensbegriff, S. 356.

¹¹⁰ AktG-Schmidt, § 294 AN 14; Hachenburg-Kohlmann, GmbHG (1984), vor § 82 Rdn. 65; Otto, JZ 1985, 69, 74; Hellmann, wistra 1989, 214, 217; Hillenkamp, NSTZ 1981, 161, 166.

¹¹¹ AktG-Schmidt, § 294 AN 14; Hachenburg-Kohlmann, GmbHG (1984), vor § 82 Rdn. 65.

¹¹² Hachenburg-Kohlmann, GmbHG (1984), vor § 82 Rdn. 72; Otto, JZ 1985, 69, 74; Hellmann, wistra 1989, 214, 217.

Hillenkamp wiederum fordert für den Bereich des strafbaren Risikogeschäftes zwecks größeren Schutzbedürfnisses des Untreueopfers eine Ausweitung des Nachteilsbegriffs in § 266 StGB gegenüber dem Schadensbegriff in § 263 StGB¹¹³.

Demgegenüber verlangt eine im Vordringen befindliche Auffassung, dass der Nachteilsbegriff des § 266 StGB enger ausgelegt werden müsse als der Begriff des Schadens in § 263 StGB¹¹⁴. Als Hauptargument wird die objektive Weite des Untreuetatbestandes angeführt; denn durch die zunehmende Ausweitung des Schadensbegriffs bei § 263 StGB wird aufgrund der dogmatischen Gleichsetzung von Schaden und Nachteil der ohnehin schon weite Untreuetatbestand in verfassungsrechtlich bedenklicher Weise noch weiter ausgedehnt¹¹⁵. Dadurch kann, da der Untreuetatbestand im Gegensatz zum Betrug und der Erpressung keine klaren Konturen in Form einer zumindest fixierten Tathandlung aufweist, jede nachteilige Einwirkung auf fremdes Vermögen den Untreuetatbestand erfüllen¹¹⁶. Um dieser bedenklich ausufernden Entwicklung Einhalt zu gebieten und den Erfolgswert der Untreue, nämlich die Zufügung eines (Vermögens-) Nachteils, nicht noch weiter aufzulösen, muss das Merkmal des (Vermögens-) Nachteils daher restringiert werden¹¹⁷.

Welcher Auffassung zu folgen ist, soll an dieser Stelle noch nicht entschieden werden, vielmehr soll sich die Vorzugswürdigkeit einer der drei Ansichten aus der im 3. Kapitel durchgeführten Fallanalyse selbst ergeben. Dabei wird dieser allerdings die Auffassung der h.M. zugrunde gelegt, da eine Untersuchung der von der Rechtsprechung entschiedenen Fälle, die auf der Gleichstellung des

¹¹³ Hillenkamp, NStZ 1981, 161, 166.

¹¹⁴ Insb.: Matt/Saliger, Irrwege der Strafgesetzgebung, 217, 230 ff.; Saliger, ZStW (112. Band) 2000, 563, 612; Dierlamm, NStZ 1997, S. 534/535; Weber in FS-Dreher, 555, 559 ff., Riemann, S. 157, SK-Samson/Günther, § 266 Rdn. 45; Labsch, Untreue, S. 318 ff.

¹¹⁵ Matt/Saliger, Irrwege der Strafgesetzgebung, 217, 230 ff.; Weber in FS-Dreher, 555, 559/560.

¹¹⁶ Matt/Saliger, Irrwege der Strafgesetzgebung, 217, 230 ff.; Weber in FS-Dreher, 555, 559/560; Dierlamm, NStZ 1997, S. 534/535.

¹¹⁷ Matt/Saliger, Irrwege der Strafgesetzgebung, 217, 230 ff.; Weber in FS-Dreher, 555, 559/560; Dierlamm, NStZ 1997, S. 534/535.

(Vermögens-) Nachteils in § 266 StGB und des (Vermögens-) Schadens in § 263 StGB basieren, vorgenommen wird.

II. Definition des Nachteilsbegriffs

Ausgehend von der Gleichstellung des Nachteilsbegriffs in § 266 StGB und des Schadensbegriffs in § 263 StGB und der Tatsache, dass der Schadensbegriff und damit auch der Nachteilsbegriff anhand des Betrugstatbestandes entwickelt wurden, ist daher zu klären, welcher Schadensbegriff dem Betrug zugrunde liegt.

Die h.M. geht dabei von einer objektiv-individuellen Betrachtungsweise aus¹¹⁸, die auf Grund der vorherigen Ausführungen auch für den Nachteilsbegriff des § 266 StGB zu gelten hat¹¹⁹.

Danach erleidet das Vermögen einen Schaden (Nachteil) dann, wenn sein wirtschaftlicher Gesamtwert infolge der Vermögensverfügung (bzw. im Falle der Untreue infolge einer pflichtwidrigen Handlung) vermindert wird, ohne dass diese Einbuße durch einen unmittelbaren Zuwachs voll ausgeglichen wird (Prinzip der Gesamtsaldierung)¹²⁰. Diese Vorgehensweise ist von der Rechtsprechung auf dem Gebiet des § 266 StGB dahingehend erweitert worden, dass hier ein „Nachteil“ schon dann auszuscheiden hat, wenn der Täter hinsichtlich der aus dem Untreueverhalten entstandenen gesetzlichen Ersatzansprüche jederzeit durch eigene flüssige Mittel ersatzfähig und ersatzbereit sei¹²¹.

Ergibt der Vergleich von Leistung und Gegenleistung keine wertmäßige Differenz, so ist dennoch nicht ausgeschlossen, dass ein Vermögensschaden vorliegen könnte, vielmehr kommt bei wirtschaftlicher Gleichwertigkeit dann die indivi-

¹¹⁸ Lackner/Kühl, § 263 Rdn. 37; Maurach/Schroeder/Maiwald, BT I, § 41 Rdn. 113.

¹¹⁹ Schönke/Schröder/Lenckner/Perron, § 266 Rdn. 40 ff.; Maurach/Schroeder/Maiwald, BT I, § 45 Rdn. 41.

¹²⁰ Tröndle/Fischer, § 263 Rdn. 71; Küper, BT, S. 356; LK-Lackner, § 263 Rdn. 143; BGHSt 16, 220, 221.

¹²¹ BGHSt 15, 342, 344; Waßmer, Untreue bei Risikogeschäften, S. 126 ff.; Wessels/Hillenkamp, BT II, Rdn. 776.

duelle Komponente des Schadensbegriffs in Form des so genannten individuellen oder persönlichen Schadenseinschlags zum Tragen¹²².

Unter Berücksichtigung des individuellen Schadenseinschlags liegt ein Schaden zum einen dann vor, „wenn einer Leistung zwar abstrakt gesehen eine gleichwertige Leistung gegenübersteht, diese aber für den Betroffenen nicht oder nicht in vollem Umfang brauchbar ist und er sie auch nicht in anderer zumutbarer Weise verwenden oder ohne Schwierigkeiten veräußern kann“¹²³, zum anderen auch dann, wenn er „zu vermögensschädigenden Maßnahmen genötigt wird oder infolge der Verpflichtung nicht mehr über die Mittel verfügen kann, die zur ordnungsmäßigen Erfüllung seiner Verbindlichkeiten oder sonst für eine seinen persönlichen Verhältnissen angemessene Wirtschafts- oder Lebensführung unerlässlich sind“¹²⁴.

III. Auswirkung auf die Fälle der Vermögensgefährdung

Ausgehend von der Maßgeblichkeit des Wertvergleichs (von Leistung und Gegenleistung bzw. von vertraglich vereinbarter und tatsächlich erbrachter Leistung) und der rein wirtschaftlichen Betrachtungsweise, dass jede Minderung des wirtschaftlichen Wertes einen Schaden beinhalten kann, ergibt sich nach Auffassung der h.M., dass ein Schaden nicht notwendig den tatsächlichen Verlust eines Vermögenswertes und damit eine effektive, rechnerisch nachweisbare Vermögensminderung voraussetzt; vielmehr ist auch eine konkrete Vermögensgefährdung als Vermögensschaden anzusehen, wenn sie nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise bereits eine Verschlechterung der gegenwärtigen Vermögenslage bedeutet¹²⁵.

Dies trifft insbesondere auf „unsichere Vermögenspositionen“ zu, wie etwa die anfechtbare, einredebehaftete, schwer beweisbare oder gegen einen insolventen Schuldner gerichtete Forderung, da diese unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten

¹²² LK-Lackner, § 263 Rdn. 156; Schönke/Schröder/Cramer, § 263 Rdn. 121; Mitsch, BT II, § 7 Rdn. 102.

¹²³ LK-Lackner, § 263 Rdn. 157; Schönke/Schröder/Cramer, § 263 Rdn. 121.

¹²⁴ BGHSt 16, 321; Küper, BT, S. 357; LK-Lackner, § 263 Rdn. 158.

¹²⁵ BGHSt 21, 112 ff.; 44, 376, 384; LK-Lackner, § 263 Rdn. 151; Schönke/Schröder/Cramer, § 263 Rdn. 143; Lackner/Kühl, § 263 Rdn. 40; Küper, BT, S. 357.

nie ihren Nominalwert erreichen und damit in ihrem wirtschaftlichen Wert geringer veranschlagt werden¹²⁶.

Folglich besteht nach Auffassung der h.M. zwischen einer schadensgleichen konkreten Vermögensgefährdung und einem effektiven Schaden, da beide nur „Erscheinungsformen des einem einheitlichen Maßstab unterliegenden Schadensbegriffs i.S. einer Wertminderung“¹²⁷ sind, kein qualitativer, sondern lediglich ein quantitativer Unterschied hinsichtlich des Grades der wirtschaftlichen Beeinträchtigung eines Vermögensgutes¹²⁸.

IV. „Einschränkungsmodelle“

Diese aus der rein wirtschaftlichen Betrachtungsweise resultierende Gleichstellung von Schaden und Gefährdung führt allerdings zu einer Vorverlagerung des Schadens¹²⁹, was schwerwiegende Konsequenzen nach sich zieht; denn durch die Einbeziehung der Gefährdung in den Schadens-/Nachteilsbegriff wird neben einer Ausdehnung des Anwendungsbereiches der §§ 253, 263, 266 StGB auch die Grenze zwischen Versuch und Vollendung verwischt und dadurch die Gefahr geschaffen, den Versuch der Vollendung gleichzustellen¹³⁰. Dies wiederum ist besonders problematisch für den Straftatbestand der Untreue, da dieser nach dem bisherigen Willen des Gesetzgebers keine Versuchsstrafbarkeit vorsieht¹³¹. Daher wird es nach allgemeiner Auffassung¹³² als erforderlich angesehen, eine Grenze zu ziehen zwischen einer Gefährdung, die noch die typische Situation des Versuchs darstellt, und einer Gefährdung, die einer Vermögensbeschädigung gleichkommt.

¹²⁶ Schönke/Schröder/Cramer, § 263 Rdn. 143; Cramer, Vermögensbegriff, S. 125.

¹²⁷ LK-Lackner, § 263 Rdn. 152.

¹²⁸ BGH wistra 91, 307; Cramer, Vermögensbegriff, S. 125; LK-Lackner, § 263 Rdn. 152; Tröndle/Fischer, § 263 Rdn. 94.

¹²⁹ Riemann, Vermögensgefährdung, S. 60.

¹³⁰ Schönke/Schröder/Cramer, § 263 Rdn. 143; Riemann, Vermögensgefährdung, S. 60.

¹³¹ Joecks, StV 2004, 16, 17; Matt/Saliger, Irrwege der Strafgesetzgebung, 217, 230 ff.;

Riemann, Vermögensgefährdung, S. 157; Dierlamm, NStZ 1997, 534, 535.

¹³² vgl. hierzu im Einzelnen unter IV. 1-6.

1. Die Auffassung der Rechtsprechung

In diesem Zusammenhang hat die Rechtsprechung als Abgrenzungskriterium die Erforderlichkeit einer konkreten schadensgleichen Vermögensgefährdung eingeführt¹³³.

Danach wird als wertmindernd und damit als Vermögensschaden nicht bereits jede entfernte Möglichkeit des Verlustes eines Vermögensgutes oder der Vereitelung eines Anspruchs anerkannt, sondern nur eine nach den Umständen des Einzelfalles nahe liegende Möglichkeit des endgültigen Verlustes¹³⁴. Unter Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse der Beteiligten und der besonderen Umstände des jeweiligen Falles muss also mit einem Verlust des gefährdeten Wirtschaftsgutes oder anderen wirtschaftlichen Nachteilen ernstlich zu rechnen sein¹³⁵.

Dadurch, dass die Rechtsprechung es jedoch unterlassen hat, die Voraussetzungen zu konkretisieren, wann „die nahe liegende Möglichkeit eines endgültigen Verlustes“ tatsächlich besteht bzw. „mit dem Verlust wirtschaftlicher Nachteile ernstlich zu rechnen ist“, haben sich zum einen innerhalb der Rechtsprechung Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen abstrakter und konkreter Vermögensgefährdung gebildet, zum anderen uneinheitliche, höchstrichterliche Entscheidungen ergeben¹³⁶. Die Folge dessen ist, dass von Seiten der Literatur Bemühungen unternommen werden, im Bereich der Vermögensgefährdung die Grenze zwischen Schaden und Nichtschaden genauer zu bestimmen¹³⁷.

2. Die Auffassung Schröders

Schröder sieht das zentrale Problem darin, dass durch die auf dem wirtschaftlichen Vermögensbegriff basierende Gleichstellung von Vermögensgefährdung

¹³³ RGSt 73, 61; BGHSt 3, 370, 372; 15, 83, 87 ff.; 21, 112, 113; 44, 376, 384.

¹³⁴ LK-Lackner, § 263 Rdn. 153; BGHSt 21, 112, 113.

¹³⁵ BGHSt 21, 112, 113.

¹³⁶ Neye, Untreue, S. 75; LK-Lackner, § 263 Rdn. 153; Riemann, Vermögensgefährdung, S. 49 ff.; die im 3. Kapitel durchgeführte Fallanalyse soll dies ebenfalls verdeutlichen.

¹³⁷ An dieser Stelle ist nochmals darauf hinzuweisen, dass auch die Restriktionsansätze in erster Linie auf die Fälle des Betruges ausgerichtet sind.

und Vermögensschaden die Tatvollendung in den Versuchsbereich vorverlegt und damit zugunsten der Tatvollendung der Bereich der Versuchsstrafbarkeit ungerechtfertigt eingeschränkt werde¹³⁸. Folglich müsse eine Grenze gezogen werden zwischen der Gefährdung, die noch die typische Situation des Versuchs darstellt, und derjenigen, die bereits einer Vermögensbeschädigung gleichkommt¹³⁹.

Eine Vermögensgefährdung sei einem Vermögensschaden dann gleichzusetzen, wenn der Getäuschte durch die Verfügung eine Lage geschaffen hat, in der der endgültige Verlust eines Vermögenswertes nicht mehr wesentlich von seinem Zutun abhängt¹⁴⁰. Dies konkretisiert Schröder dahingehend, dass er darauf abstellt, ob die gefährdende Reaktion des Getäuschten bzw. Genötigten dem Täter eine unmittelbare Zugriffsmöglichkeit auf das Vermögen des anderen verschafft¹⁴¹. Bedarf es dagegen für die Herbeiführung des Schadens noch weiterer Handlungen des Getäuschten oder anderer Personen, so bedeutet die Gefahr, demnächst die letztlich schädigende Verfügung zu treffen, noch keinen Vermögensschaden und ist daher nur dem Versuchsbereich zuzuordnen¹⁴².

Überträgt man diese Abgrenzungskriterien auf den Straftatbestand der Untreue, so ergibt sich, dass das Abgrenzungskriterium der „unmittelbaren Zugriffsmöglichkeit“ des Täters auf das Vermögen des Opfers als Anhaltspunkt für das Vorliegen einer schadensgleichen konkreten Vermögens im Falle der Untreue grundsätzlich versagen wird, da der „Vermögensbetreuungspflichtige“ zumeist von Beginn an eine unmittelbare Zugriffsmöglichkeit auf das Vermögen des Treuegebers hat. Folglich müsste man im Rahmen einer möglichen Untreuestrafbarkeit bereits zu einem sehr frühen Zeitpunkt von einer Vollendung ausgehen, was allerdings dem Ziel, nicht jede Gefährdung als Vermögensnachteil einzustufen, zuwiderlaufen würde.

¹³⁸ Schönke/Schröder, 17. Aufl., § 263 Rdn. 100; Schröder, JZ 1965, 513, 516.

¹³⁹ Schönke/Schröder, 17. Aufl., § 263 Rdn. 100.

¹⁴⁰ Schönke/Schröder, 17. Aufl., § 263 Rdn. 100.

¹⁴¹ Schröder, JZ 1965, 513, 516.

¹⁴² Schröder, JZ 1965, 513, 516. Zu beachten ist hier, dass Schröder in Schönke/Schröder, 17. Aufl., Rdn. 100 nur darauf abstellt, ob es noch weiterer Handlungen im Herrschaftsbereich des Getäuschten bedarf, während er in JZ 1965, 513, 516 sowohl auf mögliche Handlungen des Getäuschten als auch anderer Personen abstellt.

3. Die Auffassung Lenckners

Lenckner stimmt mit der Auffassung der Rechtsprechung und der h.M. in der Literatur insoweit überein, als er es auch für erforderlich hält, dass zur Bejahung einer Gleichstellung von Vermögensgefährdung und Vermögensschaden das Vorliegen einer konkreten Vermögensgefährdung notwendig ist¹⁴³.

Allerdings sieht auch er hier das Problem darin, dass von Seiten der Rechtsprechung nicht hinreichend klar bestimmt wurde, welche Anforderungen an die konkrete Vermögensgefährdung zu stellen sind, so dass sich daraus die Gefahr einer fortschreitenden Aufweichung des Vermögensschadensbegriffs und eines möglichen Verstoßes gegen den Bestimmtheitsgrundsatz ergibt¹⁴⁴. Folglich müsse der Begriff der Vermögensgefährdung auf einen engen, wenigstens relativ eindeutigen Kernbereich reduziert werden¹⁴⁵.

Lenckner versucht die konkrete Vermögensgefährdung dahingehend einzuschränken, dass diese nur dann einen Vermögensschaden beinhalten soll, wenn sich die Gefahr einer realen Einbuße von Vermögenswerten bereits so sehr verdichtet habe, dass diese nach einem objektiven Urteil praktisch schon jetzt endgültig „abgeschrieben“ werden müssen¹⁴⁶. Nur wenn der Täter also bereits eine Position erlangt hat, in der er den fraglichen Vermögenswert unmittelbar und ohne Schwierigkeiten realisieren kann, darf auf Seiten des Betroffenen, der diesen Wert zwar faktisch noch in seinem Vermögen hat, mit ihm aber vernünftigerweise nicht mehr rechnen kann, ein Vermögensschaden angenommen werden¹⁴⁷. In allen anderen Fällen dagegen kann es sich nur um die Gefahr eines Schadens, nicht aber um einen Schaden selbst handeln, so dass in diesen Fällen „nur“ von einem Versuch auszugehen ist¹⁴⁸.

¹⁴³ Lenckner, JZ 1971, 320, 321.

¹⁴⁴ Lenckner, JZ 1971, 320, 321.

¹⁴⁵ Lenckner, JZ 1971, 320, 321.

¹⁴⁶ Lenckner, JZ 1971, 320, 322.

¹⁴⁷ Lenckner, JZ 1971, 320, 322.

¹⁴⁸ Lenckner, JZ 1971, 320, 322.

An der Argumentation Lenckners ist zu erkennen, dass er - genauso wie Schröder - bemüht ist, der Abgrenzung von Versuch und Vollendung in Gefährdungssituationen klarere Konturen zu verschaffen.

4. Die Auffassung Riemanns

Riemann schließt sich im Ergebnis dem „Einschränkungsmodell“ Schröders an, versucht aber dieses auf sämtliche Fälle der Vermögensgefährdung zu übertragen. Seinen Schwerpunkt setzt er im Rahmen der Abgrenzung von Versuch und Vollendung und ist dabei bestrebt, die Grenze zwischen versuchter und vollendeter Tat zugunsten des Versuchsbereichs zu verschieben und die Vermögensgefährdung in weit stärkerem Maße als bisher nach den Grundsätzen des Versuchs zu beurteilen¹⁴⁹.

Darüber hinaus will Riemann durch eine stärkere Beachtung des „Unmittelbarkeitskriteriums“ der Vermögensgefährdung schärfere Konturen verschaffen¹⁵⁰. Damit das Unmittelbarkeitserfordernis durch die Gleichsetzung von Schaden und Vermögensgefährdung nicht seiner Funktionsfähigkeit beraubt wird, die darin besteht, den Kreis der Vermögensverfügungen, die zu einem Vermögensschaden führen, zu beschränken, verlangt Riemann eine so genannte „doppelte“ Unmittelbarkeit¹⁵¹. Dabei muss das Unmittelbarkeitserfordernis sowohl zwischen Vermögensverfügung und Vermögensgefährdung als auch zwischen Vermögensgefährdung und Vermögensschaden erfüllt sein, damit eine Vermögensgefährdung bejaht werden kann, die einen Vermögensschaden darstellt¹⁵².

Für den Straftatbestand der Untreue bedeutet dies, dass das Unmittelbarkeitserfordernis zwischen der pflichtwidrig erfolgten Tathandlung und der Vermögensgefährdung und zwischen der Vermögensgefährdung und dem Eintritt des Vermögensnachteils bestehen muss.

¹⁴⁹ Riemann, Vermögensgefährdung, S. 75 ff.

¹⁵⁰ Riemann, Vermögensgefährdung, S. 121 ff; dieser Auffassung sind u.a. auch: Haft, NJW 1996, 238; Saliger, ZStW (112. Band) 2000, 563, 576 ff.; Matt/Saliger, Irrwege der Strafgesetzgebung, 217, 235 ff.

¹⁵¹ Riemann, Vermögensgefährdung, S. 126 ff.

¹⁵² Riemann, Vermögensgefährdung, S. 127.

Eine „schadensdarstellende“ Vermögensgefährdung¹⁵³ ist demzufolge dann nicht gegeben, wenn es hinsichtlich der Herbeiführung eines endgültigen Schadens noch einer weiteren Handlung des Täters bedarf, da erst durch diese Handlung die Gefahr konkretisiert wird¹⁵⁴.

5. Die Auffassung Hefendehls

Hefendehl erkennt die Richtigkeit der „Einschränkungsmodelle“ Schröders und Lenckners an und versucht dieses fortzuentwickeln¹⁵⁵.

Bei der Beantwortung der Frage, wann eine Vermögensgefährdung einen Vermögensschaden darstellt, geht er dabei zunächst von einem von ihm selbst kreierten Vermögensbegriff aus. Danach wird der Begriff des Vermögens durch das so genannte Herrschaftsprinzip bestimmt, das „den Primat des Zivilrechts anerkennt“¹⁵⁶. Vermögen bedeute „immer Herrschaft des Menschen über andere Menschen oder über Gegenstände“, wobei diese nur durch das Recht hergestellt werden kann und als rechtmäßig anerkannte Macht zu verstehen sei¹⁵⁷. Der Vermögensbegriff sei daher „doch ein juristischer“, da „die (faktische) Macht des einzelnen in einem rechtlich geordneten Gemeinwesen im Recht begründet sein muß“¹⁵⁸.

Basierend auf der Definition des Vermögens als ein durch das Zivilrecht konstituiertes Herrschaftsprinzip wird auch die Bestimmung einer „schädigenden Vermögensgefährdung“¹⁵⁹ vorgenommen. Danach liegt eine Vermögensgefährdung, die einen Schaden beinhaltet, dann vor, wenn „das Vermögen¹⁶⁰, mit einem Vermögensgut zu seinem ursprünglichen Wert nach Belieben zu verfahren, eingeschränkt ist“¹⁶¹.

¹⁵³ Riemann, Vermögensgefährdung, S. 7; so bezeichnet Riemann die schadensgleiche Vermögensgefährdung.

¹⁵⁴ Riemann, Vermögensgefährdung, S. 127.

¹⁵⁵ Hefendehl, Vermögensgefährdung und Exspektanzen, S. 80, 128 ff.

¹⁵⁶ Hefendehl, Vermögensgefährdung und Exspektanzen, S. 115 ff.

¹⁵⁷ Hefendehl, Vermögensgefährdung und Exspektanzen, S. 116.

¹⁵⁸ Hefendehl, Vermögensgefährdung und Exspektanzen, S. 116/117.

¹⁵⁹ So bezeichnet Hefendehl die schadensgleiche, konkrete Vermögensgefährdung, S. 130.

¹⁶⁰ Im Sinne von „Möglichkeit“.

¹⁶¹ Hefendehl, Vermögensgefährdung und Exspektanzen, S. 128/129; ähnlich definiert Otto

Dagegen begründet eine Vermögensgefährdung dann keinen Vermögensschaden, wenn dem Bedrohten so genannte „Vermeidemachtmöglichkeiten“ zur Verfügung stehen, wenn also der Verlust eines Vermögenswertes noch von weiteren Handlungen aus dem Herrschaftsbereich des Bedrohten abhängt, so dass dieser gegebenenfalls in der Lage ist, die effektive Einbuße der Vermögensposition zu verhindern¹⁶².

Für den Straftatbestand der Untreue hat Hefendehls Ansatz zur Folge, dass eine vollendete Untreue - wie bei Schröders Lösungsmodell - zu einem sehr frühen Zeitpunkt vorliegen wird, da im Rahmen dieser der „Vermögensbetreuungspflichtige“ grundsätzlich von Beginn an einen unmittelbaren Zugriff auf das zu betreuende Vermögen hat, so dass es in vielen Fällen keiner weiteren Handlung des Bedrohten mehr bedürfen wird und diesem damit auch keine Vermeidemachtmöglichkeiten zur Verfügung stehen werden.

6. Die Auffassung Cramers

Im Gegensatz zu den bisherigen Auffassungen versucht Cramer das durch die Gleichstellung von Vermögensgefährdung und Vermögensschaden entstandene Problem der Grenzziehung zwischen der Gefährdung, die noch die typische Situation des Versuchs darstellt, und der Gefährdung, die einer Vermögensbeschädigung gleichkommt und damit eine Tatvollendung beinhaltet, im Wege eines rein zivilrechtlichen Ansatzes zu lösen¹⁶³. Danach soll eine Vermögensgefährdung nur dann als Nachteil zu bewerten sein, wenn auch die übrige Rechtsordnung¹⁶⁴ an die Gefährdung rechtliche Konsequenzen in Form von Schadensersatzansprüchen und Ansprüchen auf Beseitigung der Beeinträchtigung knüpft¹⁶⁵. Als Beispiel nennt Cramer etwa den Anspruch auf Berichtigung

in FS-Lackner, 715, 725 eine einen Schaden begründende Vermögensgefährdung: Eine Gefahr begründe dann einen Vermögensschaden, wenn die Gefahr eine objektiv feststellbare Minderung des aktuellen Vermögenswertes begründe, weil die durch ein Vermögenobjekt aktuell gewährleisteten Möglichkeiten, wirtschaftliche Macht auszuüben, nicht mehr garantiert erscheinen.

¹⁶² Hefendehl, Vermögensgefährdung und Exspektanzen, S. 129 ff.

¹⁶³ Cramer, Vermögensbegriff, S. 130 ff.

¹⁶⁴ Damit ist in erster Linie die Zivilrechtsordnung gemeint.

¹⁶⁵ Cramer, Vermögensbegriff, S. 131/132; Schönke/Schröder, § 263 Rdn. 143.

des Grundbuchs gem. § 894 BGB im Falle unrichtiger Eintragung und damit vorhandener Gefährdung des Eigentums¹⁶⁶. Nur dadurch, nämlich durch die Orientierung des Vermögensstrafrechts am Zivilrecht, könne der strafrechtliche Vermögensbegriff seine tatbestandliche Bestimmtheit und die durch ihn geprägten Vermögensdelikte ihre unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit notwendige Voraussehbarkeit zurückgewinnen¹⁶⁷.

C. Stellungnahme

Als Ergebnis der vorstehenden Betrachtungen kann festgehalten werden, dass erst der wirtschaftliche Vermögensbegriff und die sich aus diesem ergebende wirtschaftliche Betrachtungsweise bei der Ermittlung des Schadens dazu geführt haben, dass jede auch nur ganz entfernte abstrakte Gefahr für das Vermögen in die Schadensberechnung einbezogen werden kann.

Die Konsequenz dessen ist, dass es neben einer Ausweitung des Anwendungsbereiches der §§ 253, 263, 266 StGB beträchtliche Abgrenzungsprobleme zwischen der Gefährdung, die noch die typische Situation des Versuchs darstellt, und der Gefährdung, die einen Vermögensschaden beinhaltet und damit der Tatvollendung zuzuordnen ist, gibt¹⁶⁸.

Um diesen Abgrenzungsschwierigkeiten Herr zu werden, ist es daher notwendig, bestimmte Kriterien festzulegen, die diese Abgrenzung erleichtern und Rechtssicherheit schaffen. Diese sind sowohl von Seiten der Rechtsprechung als auch vom Großteil der Literatur - in unterschiedlicher Weise - geschaffen worden. Welcher Weg bzw. welches „Einschränkungsmodell“ nun den Vorzug verdient, ist allerdings nicht Aufgabe der vorliegenden Arbeit. Vielmehr werden die unter B. IV. aufgeführten „Einschränkungsmodelle“ der im 3. Kapitel durchgeführten Fallanalyse zugrunde gelegt und auf alle zu untersuchenden Fälle angewandt.

¹⁶⁶ Cramer, Vermögensbegriff, S. 131/132.

¹⁶⁷ Cramer, Vermögensbegriff, S. 132.

¹⁶⁸ So auch u.a.: Riemann, Vermögensgefährdung, S. 24; Cramer, Vermögensbegriff, S. 130.

Dabei ist zu beachten, dass die „Einschränkungsmodelle“ in erster Linie im Hinblick auf den Tatbestand des Betruges entwickelt wurden, so dass es bestimmte Abgrenzungskriterien gibt, die zum einen nicht unmittelbar auf den Untreuetatbestand angewandt werden können, zum anderen aber für den Fall der Untreue keine sichere Abgrenzung von konkreter und abstrakter Vermögensgefährdung mit dem Ziel, nicht jede Gefährdung als Vermögensnachteil einzustufen, gewährleisten können¹⁶⁹.

Jedoch ist allen Ansichten gemeinsam, dass sie die zentrale Problematik in der Abgrenzung von Versuch und Vollendung sehen und daher bestrebt sind, insoweit klarere Konturen zu schaffen.

Dabei versucht einzig Cramer die Abgrenzungsproblematik im Wege eines zivilrechtlichen Ansatzes und damit „quasi von außen“¹⁷⁰ zu lösen. Dieser ist jedoch abzulehnen, da das Kriterium eines zivilrechtlichen „Ausgleichsanspruchs“ zum einen nur in den wenigsten Fällen hilft¹⁷¹, zum anderen „würde das Strafrecht zu kurz greifen, wenn es sich ausschließlich an zivilrechtlichen Ausgleichsansprüchen orientieren würde“¹⁷².

Der Lösungsvorschlag Cramers schafft es zwar in den von ihm angeführten Fällen des Anspruchs auf Grundbuchberichtigung bei unrichtiger Eintragung, des Kondiktionsanspruchs hinsichtlich eines ohne Rechtsgrund abgegebenen abstrakten Schuldanerkenntnisses oder des Anspruchs auf Herausgabe eines der wahren Rechtslage widersprechenden Schuldscheins insbesondere die Einheit der Rechtsordnung zu wahren, jedoch fehlt es in den Fällen des Kreditbetruges, des Eingehungsbetruges oder des Unterlassens der Geltendmachung von Forderungen an einem zivilrechtlichen Ausgleichsanspruch¹⁷³. Greift Cramer dann beispielsweise in den Fällen des Eingehungsbetruges auf das Anfechtungsrecht nach § 123 BGB zurück als eine der Möglichkeiten zur Beseitigung der Beeinträchtigung, wird gerade die durch das Lösungsmodell propagierte Begrenzung

¹⁶⁹ Vgl. hierzu bereits unter IV. 2. 4. 5.

¹⁷⁰ Hefendehl, Vermögensgefährdung und Exspektanzen, S. 77.

¹⁷¹ Lenckner, JZ 1971, 320, 322 Fn. 11.

¹⁷² Hefendehl, Vermögensgefährdung und Exspektanzen, S. 79.

¹⁷³ Riemann, Vermögensgefährdung, S.54/55.

des Vermögensschadens durch das Zivilrecht zunichte gemacht, da der Getäuschte seine Erklärung immer anfechten kann¹⁷⁴.

Der nachfolgenden Fallanalyse wird daher der Lösungsvorschlag Cramers nicht zugrunde gelegt, vielmehr werden die Problemfälle der Untreue im Rahmen der schadensgleichen konkreten Vermögensgefährdung unter Berücksichtigung der fünf anderen „Einschränkungsmodelle“ untersucht.

¹⁷⁴ Lenckner, JZ 1971, 320, 322 Fn. 11; Riemann, Vermögensgefährdung, S. 56.

2. Kapitel: Die Versuchsstrafbarkeit

Die Einbeziehung der schadensgleichen konkreten Vermögensgefährdung in den Nachteilsbegriff führt, wie die vorherige Untersuchung und das Bemühen der Vertreter der einzelnen Einschränkungsmodelle gezeigt haben, zu erheblichen Problemen bei der Abgrenzung zwischen der Gefährdung, die noch die typische Situation des Versuchs darstellt, und der Gefährdung, die einer Vermögensbeschädigung gleichkommt und damit zur Tatvollendung führt.

Aus diesem Grund werden vor der Durchführung der Fallanalyse „die Grundlagen der Versuchsstrafbarkeit“ im Zusammenhang mit dem Straftatbestand der Untreue erörtert. Im Vordergrund steht dabei die genaue Bestimmung und Abgrenzung der verschiedenen Stadien der Vorbereitung, des Versuchs, der Vollendung und der Beendigung, gerade im Hinblick auf die Untreue. Denn zum einen gestaltet sich die Abgrenzung von Versuch und Vollendung aufgrund der Rechtsfigur der schadensgleichen konkreten Vermögensgefährdung als äußerst schwierig, zum anderen wurde von Seiten des deutschen Anwaltsvereins (DAV) eine Ablehnung der Einführung einer Versuchsstrafbarkeit der Untreue u.a. damit begründet, dass „die Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes durch die Einführung der Versuchsstrafbarkeit zu schwer lösbaren Abgrenzungsschwierigkeiten gegenüber bloßen Vorbereitungshandlungen führen würde“¹⁷⁵.

Des Weiteren werden die möglichen bestehenden Parallelen zu den „Einschränkungsmodellen“ sowie die Vor- und Nachteile eines Straftatbestandes, der auch eine Versuchsstrafbarkeit vorsieht, im Vergleich zu einem Straftatbestand, der nur die Vollendung der Tat unter Strafe stellt, aufgezeigt.

A. Stadien der Verbrechensverwirklichung

Jede vorsätzlich begangene Straftat durchläuft verschiedene Stufen der Willensverwirklichung¹⁷⁶. Ihr Weg führt vom Entschluss des Täters über die Vorberei-

¹⁷⁵ Kempf, Protokoll zu 13/88. Sitzung des Rechtsausschusses, S. 11; Zusammenstellung der schriftlichen Stellungnahmen zu 13/88. Sitzung des Rechtsausschusses, S. 110.

¹⁷⁶ Wessels/Beulke, AT, Rdn. 590.

tung, den Beginn der eigentlichen Ausführung, den Abschluss der Tatbestands- handlung und den Eintritt des Erfolges bis zur endgültigen Zielerreichung¹⁷⁷. Das Gesetz unterscheidet dabei je nach Grad der Realisierung des Tatplans und der sich intensivierenden Gefährdung des geschützten Rechtsgutes zwischen Vorbereitungshandlung, Versuch, Vollendung und Beendigung¹⁷⁸.

Im Hinblick auf den Tatbestand der Untreue und die Rechtsfigur der schadens- gleichen konkreten Vermögensgefährdung wird zunächst der Vollendungsbe- reich bestimmt, von dem aus dann die weiteren Stadien der Beendigung, des Versuchs und der Vorbereitung konkretisiert werden.

I. Die Vollendung

Die Bestimmung des Vollendungszeitpunkts ist insoweit von Bedeutung, als sie zum einen dazu dient, eine Abgrenzung zum Versuchsbereich, im Rahmen des- sen die Möglichkeit eines Rücktritts gem. § 24 StGB sowie einer Strafmilde- rung, §§ 23 II, 49 I StGB, gegeben ist, herzustellen, zum anderen aber auch eine Grenzlinie zum Beendigungszeitpunkt zu erzeugen, der insbesondere für den Beginn der Verjährung, § 78 a StGB, maßgeblich ist.

Für den hier in Frage stehenden Tatbestand der Untreue ist der Vollendungszeit- punkt insoweit von großer Bedeutung, als § 266 StGB als Vergehen, §§ 12 II, 23 I StGB, keine Versuchsstrafbarkeit vorsieht, so dass die Strafbarkeitsgrenze da- mit bei der Vollendung liegt¹⁷⁹.

1. Die Bestimmung der Vollendung einer Tat nach formellen Kriterien

Eine Tat ist vollendet und damit die Beendigung des Versuchsstadiums erreicht, wenn sämtliche Tatbestandsmerkmale erfüllt sind, unabhängig davon, welche Handlungen noch nach der Tatbestandsverwirklichung vorgenommen werden, und ohne Rücksicht darauf, ob das Gesamtgeschehen damit seinen Abschluss

¹⁷⁷ Joecks, vor § 22 Rdn. 2; SK-Rudolphi, vor § 22 Rdn. 1.

¹⁷⁸ Schönke/Schröder/Eser, vor § 22 Rdn. 1.

¹⁷⁹ Kühl, Jus 1979, 718, 720.

gefunden hat¹⁸⁰. Damit hängt die „formelle Vollendung“ allein von der Ausgestaltung des jeweiligen Tatbestandes ab, wie weit der Täter seinen verbrecherischen Entschluss verwirklichen muss, um ein vollendetes Delikt zu begehen¹⁸¹. Setzt der Tatbestand somit voraus, dass die Handlung zu einem bestimmten, räumlich-zeitlich abgrenzbaren Außenerfolg führt (Verletzungs- oder konkreter Gefährdungserfolg), so gehört zur Vollendung auch der Erfolgseintritt¹⁸².

2. Die Vollendung im Falle der Untreue, § 266 StGB

Für den Fall der Untreue bedeutet dies, dass die Untreue mit dem Eintritt eines durch die Tathandlung verursachten Nachteils vollendet ist, wofür jedoch eine Vermögensgefährdung genügen kann¹⁸³. Diese muss, wie bereits im 2. Kapitel, B. IV. dargelegt, zumindest als konkret einzustufen sein. Dies bejaht die Rechtsprechung dann, wenn mit dem Verlust des gefährdeten Wirtschaftsgutes oder anderen wirtschaftlichen Nachteilen ernstlich zu rechnen ist¹⁸⁴.

Diese vage Umschreibung wird von einigen Autoren in unterschiedlicher, wenngleich sehr ähnlicher Weise konkretisiert¹⁸⁵:

Während Schröder darauf abstellt, ob durch die Tathandlung des Täters eine unmittelbare Zugriffsmöglichkeit auf das Vermögen desjenigen, „dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat“, geschaffen wurde und einen Vermögensnachteil in Form einer schadensgleichen konkreten Vermögensgefährdung dann verneint, wenn die Herbeiführung des Schadens noch weiterer Handlungen bedarf¹⁸⁶, bejaht Lenckner eine konkrete Vermögensgefährdung dann, wenn nach objektivem Urteil der gefährdete Vermögenswert bereits zum Zeitpunkt der Gefährdung endgültig abgeschrieben werden muss, wenn er also unmittelbar und

¹⁸⁰ Tröndle/Fischer, § 22 StGB Rdn. 4; Lackner/Kühl, vor § 22 Rdn. 2.

¹⁸¹ SK–Rudolphi, vor § 22 Rdn. 6.; Schönke/Schröder/Eser, vor § 22 Rdn. 2.

¹⁸² Schönke/Schröder/Eser, vor § 22 Rdn. 2; Tröndle/Fischer, § 22 StGB Rdn. 4.

¹⁸³ Tröndle/Fischer, § 266 Rdn. 81; Schönke/Schröder/Lenckner/Perron, § 266 Rdn. 51.

¹⁸⁴ BGHSt 21, 112, 113.

¹⁸⁵ Vgl. hierzu im Einzelnen die im 1. Kapitel, B. IV. dargelegten „Einschränkungsmodelle“.

¹⁸⁶ Schröder, JZ 1965, 513, 516; Schönke/Schröder, 17. Aufl., Rdn. 100.

ohne Schwierigkeiten realisiert werden kann¹⁸⁷. Riemann wiederum vertritt im Grundsatz dieselbe Auffassung wie Schröder, verlangt aber zusätzlich, dass zur Bejahung einer konkreten Vermögensgefährdung und damit einer Vollendung der Untreue das Unmittelbarkeitserfordernis zwischen Tathandlung und Vermögensgefährdung und zwischen Vermögensgefährdung und Vermögensnachteil erfüllt sein muss¹⁸⁸. Nach Hefendehls Ausführungen liegt eine Vollendung der Untreue im Falle einer konkreten Vermögensgefährdung dann vor, wenn dem Bedrohten keine „Vermeidemachtmöglichkeiten“ zur Verfügung stehen, wenn also der Verlust eines Vermögenswertes nicht von weiteren Handlungen aus dem Herrschaftsbereich des Bedrohten abhängt, so dass dieser nicht mehr in der Lage ist, die effektive Einbuße der Vermögensposition zu verhindern¹⁸⁹.

Zusammenfassend lässt sich somit sagen, dass die Vollendung einer Untreue im Falle einer Vermögensgefährdung dann vorliegt, wenn die Vermögensgefährdung unmittelbar zu einem Vermögensnachteil führt und es zur endgültigen Vermögensseinbuße keiner weiteren Handlung des Bedrohten oder eines Dritten bedarf.

II. Die Beendigung

Die Bestimmung des Beendigungszeitpunktes dient lediglich dazu, das Ende der Vollendung einer Tat vom Beginn der Beendigung abzugrenzen.

Von Bedeutung ist dies insbesondere für die Strafverfolgungsverjährung, da diese, wie bereits unter I. dargelegt, gem. § 78 a StGB erst mit Eintritt der Beendigung zu laufen beginnt¹⁹⁰.

Darüber hinaus hat die Beendigungsphase sowohl eine strafschärfende Bedeutung, da bis zum Eintritt der Beendigung auch die Realisierung qualifizierender

¹⁸⁷ Lenckner, JZ 1971, 320, 322.

¹⁸⁸ Riemann, Vermögensgefährdung, S. 126; hier wurde das Unmittelbarkeitserfordernis auf die Untreue übertragen, da Riemann bei seinen Ausführungen von einem Betrug ausgeht; das Unmittelbarkeitserfordernis bejahen auch: Haft, NJW 1996, 238; Matt/Saliger, Irrwege der Strafgesetzgebung, 217, 235 ff.; Saliger, ZStW 2000 (112. Band), 563, 576 ff.

¹⁸⁹ Hefendehl, Vermögensgefährdung und Exspektanzen, S. 129 ff. (129, 132, 133, 136, 137).

¹⁹⁰ Kühl, JuS 1979, 718, 720; Joecks, vor § 22 Rdn. 3.

Umstände noch möglich ist, als auch eine für den Teilnehmer (Gehilfe oder Mittäter) strafbegründende Bedeutung, da bis zur Beendigung Gehilfen - und Mittäterschaftsbeiträge noch erfolgen können¹⁹¹.

1. Die Bestimmung der Beendigung einer Tat nach formellen Kriterien

Die Beendigung einer Tat tritt einerseits erst dann ein, wenn das Tatgeschehen über die eigentliche Tatbestandserfüllung hinaus seinen tatsächlichen Abschluss gefunden hat¹⁹², insbesondere sich etwaige mit der Tat verknüpften Absichten realisiert haben, andererseits kann eine Tat bereits dann beendet sein, wenn eine weitere Rechtsgutbeeinträchtigung ausgeschlossen ist, wie etwa beim endgültigen Verlust der Beute¹⁹³.

Dabei ist die Bestimmung des Beendigungszeitpunktes in engem Zusammenhang zur jeweiligen Deliktsstruktur, der konkreten Handlungsgestaltung und dem einschlägigen Straftatbestand zu sehen, mit dessen Sinn und Zweck der Beendigungsbegriff im Einklang stehen muss¹⁹⁴.

2. Die Beendigung im Falle der Untreue, § 266 StGB

Im Falle der Untreue reicht nach Auffassung der h.M.¹⁹⁵ für die Vollendung zwar eine schadensgleiche konkrete Vermögensgefährdung aus, für die Beendigung der Untreue ist allerdings die Realisierung dieser Gefährdung, d.h. der endgültige Vermögensverlust¹⁹⁶, entscheidend¹⁹⁷. Entsteht der Vermögensnachteil im Sinne des § 266 StGB erst durch verschiedene Ereignisse, vollzieht er sich also in mehreren Teilakten, so ist die Beendigung erst mit Verlust des letzten vom Vorsatz umfassten Vermögensnachteils gegeben¹⁹⁸.

¹⁹¹ Wessels/Beulke, AT Rdn. 591; Kühl, JuS 1979, 718, 720.

¹⁹² SK-Rudolphi, vor § 22 Rdn. 7; BayObLG NJW 1980, 412.

¹⁹³ BGH NJW 1985, 814.

¹⁹⁴ Wessels/Beulke, AT Rdn. 592; Lackner/Kühl, vor § 22 Rdn. 2.

¹⁹⁵ Vgl. hierzu bereits 1. Kapitel, B. III.

¹⁹⁶ Tröndle/Fischer, § 266 Rdn. 81; Schönke/Schröder/Lenckner/Perron, § 266 Rdn. 51.

¹⁹⁷ BGH NStZ 2001, 650; BGH NStZ 2003, 540, 541.

¹⁹⁸ BGH NStZ 2001, 650; BGH NStZ 2003, 540, 541.

Zusammenfassend lässt sich aus der Bestimmung des Vollendungs- und Beendigungszeitpunktes folgern, dass im Vergleich zum Wortlaut des § 266 StGB eine Vorverlagerung des Vollendungs-/Beendigungszeitpunktes erfolgt. Während nach dem Wortlaut des § 266 StGB eine vollendete Tat den Eintritt eines Vermögensnachteils voraussetzt, erfüllt dessen tatsächlicher Eintritt nach Auffassung der Rechtsprechung erst die Beendigungsphase, da die Vollendung der Tat bereits mit dem Eintritt einer schadensgleichen konkreten Vermögensgefährdung gegeben ist.

III. Der Versuch

Das Stadium des Versuchs muss zum einen von der Vorbereitungsphase abgegrenzt werden, da die Vorbereitung eines Delikts grundsätzlich straflos ist¹⁹⁹, während der Versuch eines Verbrechens stets und der Versuch eines Vergehens in den vom Gesetz ausdrücklich bestimmten Fällen bestraft wird, vgl. § 23 I StGB. Zum anderen muss, was für die vorliegende Untersuchung von entscheidender Bedeutung ist, der Versuch von der Vollendung abgegrenzt werden; denn bei Vergehen, für die keine Versuchsstrafbarkeit angeordnet ist, liegt die Strafbarkeitsgrenze bei der Vollendung²⁰⁰.

Letzteres ist insbesondere relevant für den hier in Frage stehenden Tatbestand der Untreue, da dieser auf der einen Seite keine Versuchsstrafbarkeit vorsieht, auf der anderen Seite die Konstruktion der schadensgleichen konkreten Vermögensgefährdung die Gefahr einer Ausweitung der Vollendung in den Versuchsbereich ermöglicht²⁰¹. Aus diesem Grund ist es notwendig, eine sehr genaue Abgrenzung der Deliktsstufen des Versuchs und der Vollendung im Rahmen der Untreue vorzunehmen, zumal bei fehlender Versuchsstrafbarkeit der Untreue auch die Möglichkeit eines Rücktritts gem. § 24 StGB sowie einer Strafmilderung gem. §§ 23 II, 49 I StGB abgeschnitten ist.

¹⁹⁹ Wessels/Beulke, AT, Rdn. 590; Schönke/Schröder/Eser, vor § 22 Rdn. 13.

²⁰⁰ Kühl, JuS 1979, 718, 720.

²⁰¹ Diese Gefahr erkennen auch Dierlamm, NSTZ 1997, 534 ff.; Matt/Saliger, Irrwege der Strafgesetzgebung, 217, 220, 234 ff.; Saliger, ZStW (112. Band) 2000, 563, 565 ff.; SK-Samson/Günther, § 266 Rdn. 45.

1. Die Bestimmung des Versuchsstadiums nach formellen Kriterien

Gem. § 22 StGB setzt der Versuch zum einen den Entschluss, eine Straftat zu begehen, zum anderen die Betätigung des Entschlusses durch Handlungen, die zumindest unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung ansetzen, voraus²⁰².

Im Unterschied zur Vollendung und Beendigung ist der Versuch die begonnene, aber nicht vollendete Tat, genauer die zwischen Vorbereitung und Vollendung einer vorsätzlichen Straftat liegende Handlung, die zwar den subjektiven Tatbestand vollständig, den objektiven aber nur teilweise verwirklicht oder dazu wenigstens unmittelbar ansetzt²⁰³.

Für die hier im Vordergrund stehende Abgrenzung des Versuchsstadiums von der formellen Vollendung ist daher allein entscheidend, ob sämtliche Merkmale des betreffenden Tatbestandes (schon) erfüllt sind. Ist dies zu verneinen, kommt nicht Vollendung, sondern allenfalls Versuch in Betracht²⁰⁴.

2. Der Versuchsbereich im Falle der Untreue, § 266 StGB

Im Regelfall bereitet die Abgrenzung des Versuchsbereichs von der Vollendung einer Straftat keine Schwierigkeiten²⁰⁵, da im Falle des Ausbleibens eines objektiven Tatbestandmerkmals von einer Versuchsstrafbarkeit auszugehen ist.

Im Falle der Untreue ist dies jedoch anders, da diese nach h.M.²⁰⁶ nicht erst mit dem tatsächlichen Eintritt eines Vermögensnachteils, sondern bereits mit dem Eintritt einer schadensgleichen konkreten Vermögensgefährdung vollendet ist. Mit der Rechtsfigur der schadensgleichen konkreten Vermögensgefährdung ist eine Vorverlagerung des Vollendungszeitpunktes erfolgt²⁰⁷. Die Bestimmung der Grenze, wann der Versuchsbereich aufhört und der Vollendungsbereich be-

²⁰² Lackner/ Kühl, § 22 Rdn. 1; Wessels/Beulke, AT, Rdn. 595.

²⁰³ Schönke/Schröder/Eser, vor § 22 Rdn. 12; Tröndle/Fischer, § 22 Rdn. 2.

²⁰⁴ Schönke/Schröder/Eser, vor § 22 Rdn. 12; Sonnen/Hansen-Siedler, JA 1988, 17, 22.

²⁰⁵ LK-Vogler, 10. Aufl., vor § 22 Rdn. 3.

²⁰⁶ Vgl. hierzu 1. Kapitel, B. III. IV.

²⁰⁷ Riemann, Vermögensgefährdung, S. 60.

ginnt, muss sich daher nach dem Zeitpunkt des Eintritts einer konkreten Vermögensgefährdung richten. Folglich wird an dieser Stelle der Versuchsbereich der Untreue unter Zugrundelegung der verschiedenen Ansichten von Schröder, Lenckner, Riemann, Hefendehl und letztendlich auch der Rechtsprechung zum Begriff der konkreten Vermögensgefährdung bestimmt²⁰⁸.

Geht man von der Umschreibung der Rechtsprechung hinsichtlich einer konkreten Vermögensgefährdung aus, so wird diese den potentiellen Versuch einer Untreue dann bejahen müssen, wenn mit dem Verlust des gefährdeten Wirtschaftsgutes ernsthaft noch nicht zu rechnen ist, der Täter aber bereits zur Tat unmittelbar angesetzt hat²⁰⁹.

Nach Schröders Ansatz wiederum wird eine versuchte Untreue dann vorliegen, wenn die Herbeiführung des Schadens noch weiterer Handlungen seitens des Geschädigten oder eines Dritten bedarf²¹⁰, während Lenckners Sichtweise von einer konkreten Vermögensgefährdung zur Folge hat, dass man eine Vollendung verneinen und den Versuchsbereich als erreicht ansehen muss, wenn der Vermögenswert zwar schon gefährdet ist, allerdings noch nicht unmittelbar und ohne Schwierigkeiten realisiert werden kann²¹¹.

Schließlich wird man unter Zugrundelegung der Auffassung Riemanns eine Versuchsstrafbarkeit der Untreue dann bejahen müssen, wenn entweder die Untreuehandlung nicht unmittelbar zur Vermögensgefährdung oder die Vermögensgefährdung nicht unmittelbar zum Vermögensnachteil führen wird²¹², während nach Hefendehls Ansatz nur der Versuchsbereich erreicht ist, wenn der Verlust des gefährdeten Vermögenswertes noch weiterer Handlungen aus dem Herrschaftsbereich des Bedrohten bedarf.

Mit Hilfe dieser Ansätze kann zumindest geklärt werden, wann der potentielle Versuchsbereich der Untreue aufhört und die Vollendungsphase beginnt. Wann

²⁰⁸ Vgl. hierzu 1. Kapitel, B. IV. und 2. Kapitel A. I. 2.

²⁰⁹ Wann der Täter unmittelbar zur Tat ansetzt und damit der Versuch beginnt, wird unter IV.2./3. dargelegt.

²¹⁰ Schröder, JZ 1965, 513, 516.

²¹¹ Lenckner, JZ 1971, 320, 322.

²¹² Das ist die Konsequenz seiner Ausführungen; Riemann, Vermögensgefährdung, S. 127.

wiederum der Versuchsbereich beginnt, hängt davon ab, wie das Stadium der Vorbereitung bestimmt wird.

IV. Die Vorbereitung

Das Stadium der Vorbereitung muss vom Versuchsbereich deshalb abgegrenzt werden, weil Vorbereitungshandlungen im Regelfall²¹³ straflos bleiben, während, wie bereits unter III. dargelegt, der Versuch eines Verbrechens stets, der Versuch eines Vergehens in den vom Gesetz ausdrücklich bestimmten Fällen strafbar sind, vgl. § 23 I StGB.

Begründet wird die grundsätzliche Straflosigkeit von Vorbereitungshandlungen zum einen damit, dass diese von der Vollendung so weit entfernt sind, dass sie das Rechtsgefühl der Allgemeinheit nicht ernstlich erschüttern können (Eindruckstheorie)²¹⁴, zum anderen damit, dass Vorbereitungshandlungen angesichts ihrer Tatbestandsferne formal so schwer umreibar und materiell vom Unrechtszentrum noch so weit entfernt sind, dass von einem Strafbedürfnis in aller Regel noch nicht die Rede sein kann²¹⁵.

Für den Straftatbestand der Untreue ist die Abgrenzung des Vorbereitungsstadiums vom Versuchsbereich im Gegensatz zur Abgrenzung des Versuchs von der Vollendung nicht von großer Bedeutung, da nach dem bisherigen Willen des Gesetzgebers eine Versuchsstrafbarkeit der Untreue nicht vorgesehen ist und sich somit die Frage nach der Strafbarkeit bzw. Straflosigkeit einer Tathandlung im Verhältnis von Versuch und Vorbereitung nicht stellt. Dennoch muss bereits an dieser Stelle eine Abgrenzung vorgenommen werden, um im Rahmen der späteren Fallanalyse zur Untreue die verschiedenen Stadien der Vorbereitung, des Versuchs und der Vollendung in den problematischen Fällen der Vermögensgefährdung genau bestimmen zu können.

²¹³ Ausnahmen sind die im Gesetz ausdrücklich genannten Fälle: §§ 80, 83, 87, 149, 152 a I Nr. 2, §§ 234 a III, 275, 310 StGB.

²¹⁴ LK-Vogler, 10. Aufl., vor § 22 Rdn. 6.

²¹⁵ LK-Hillenkamp, 11. Aufl., vor § 22 Rdn. 6.

1. Die Bestimmung des Vorbereitungsstadiums nach formellen Kriterien

Das Vorbereitungsstadium betrifft die vor dem Versuchsstadium liegende Tätigkeit, die zwar auf eine Tatbestandsverwirklichung hinzielt, aber noch nicht dazu unmittelbar ansetzt²¹⁶. In dieser Phase sollen die Vorbedingungen für die eigentliche Durchführung der geplanten Tat geschaffen, insbesondere die Ausführung der Tat ermöglicht oder erleichtert werden²¹⁷. Ein allgemeines Anzeichen für den vorbereitenden Charakter einer Handlung kann darin bestehen, dass die Fortführung der Tat noch einer „neuen Willensregung“ bedarf, dass die eigentliche Tatausführung noch in räumlicher und zeitlicher Ferne liegt und dass deshalb die Tatbestandsverwirklichung noch nicht nahegerückt ist²¹⁸. Typische Vorbereitungshandlungen sind das Herstellen und Besorgen von Tatwerkzeugen, das Aufsuchen des Tatorts und das Auskundschaften der Tatgelegenheit²¹⁹.

2. Abgrenzung zwischen Vorbereitung und Versuch

Die Abgrenzung zwischen Versuchs- und Vorbereitungshandlungen ist grundsätzlich unproblematisch, wenn der Täter bereits mit der tatbestandlichen Ausführungshandlung selbst begonnen hat, wie etwa mit dem „Wegnehmen“ bei § 242 StGB²²⁰. Schwierig wird die Abgrenzung dort, wo sich das Tätigwerden noch im Vorfeld der eigentlichen Tatbestandshandlung bewegt²²¹. Zur Lösung dieser Abgrenzungsproblematik werden verschiedene Theorien vertreten:

Nach der formell-objektiven Theorie ist die Grenze zum Versuch erst dann überschritten, wenn der Täter mit der tatbestandsmäßigen Handlung im strengen Sinne begonnen hat²²².

²¹⁶ Tröndle/Fischer, § 22 Rdn. 5; Lackner/ Kühl, vor § 22 Rdn. 3.

²¹⁷ Kühl, JuS 1979, 874; Treplin, ZStW 1964 (76. Band), 441, 460; Wessels/Beulke, AT, Rdn. 602.

²¹⁸ LK-Hillenkamp, 11. Aufl., vor § 22 Rdn. 5.

²¹⁹ Kühl, JuS 1979, 874; LK-Hillenkamp, 11. Aufl., vor § 22 Rdn. 5; Tröndle/Fischer, § 22 Rdn. 5.

²²⁰ Wessels/Beulke, AT, Rdn. 599.

²²¹ Haft, AT, S. 231; Wessels/Beulke, AT, Rdn. 599.

²²² v. Hippel II, S. 397 ff.; v. Liszt/Schmidt I, S. 305; RGSt 70, 151, 157.

Dagegen erfasst die so genannte materiell-objektive Theorie auch das tatbestandliche Vorfeld, indem sie alle Tätigkeitsakte zum Versuchsbereich zählt, die „vermöge ihrer notwendigen Zusammengehörigkeit mit der Tatbestandshandlung für die natürliche (objektive) Auffassung als deren Bestandteil erscheinen“²²³ oder die bereits eine „unmittelbare Gefährdung des geschützten Handlungsobjektes“ bewirken²²⁴.

Demgegenüber stellt die subjektive Theorie nicht auf die objektive Betrachtung, sondern allein auf das Vorstellungsbild des Täters ab²²⁵, was eine erhebliche Ausweitung der Versuchsstrafbarkeit bewirkt²²⁶. Nach dieser liegt ein Versuch dann vor, wenn der Täter „die letzte maßgebliche Entscheidung über das Ob der Tat gefällt, d.h. wenn „der Verbrechensvorsatz die Feuerprobe der kritischen Situation bestanden hat“²²⁷.

Dadurch, dass sich die einseitig objektiven Theorien als zu starr erweisen und die subjektiven hingegen zu weit vom Tatbestand weg in den Vorbereitungsbereich führen²²⁸, folgt die h.M. der so genannten „gemischt subjektiv-objektiven Theorie“²²⁹ bzw. der individuell-objektiven Theorie²³⁰.

Diese kombiniert, von der Vorstellung des Täters und der Unmittelbarkeit des Angriffs auf das geschützte Tatobjekt ausgehend, subjektive und objektive Kriterien und entspricht damit dem Wortlaut des § 22 StGB, nach welchem derjenige eine Straftat versucht, der „nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestands unmittelbar ansetzt“²³¹.

²²³ Frank, StGB § 43 II 2 b.

²²⁴ BGHSt 2, 380; 4, 270, 273; 4, 333, 334; 6, 98, 99.

²²⁵ RGSt 72, 66.

²²⁶ Wessels/Beulke, AT, Rdn. 599; Haft, AT, S. 231.

²²⁷ Bockelmann, JZ 1954, 468, 473.

²²⁸ Stratenwerth/Kuhlen, AT I, § 11 Rdn. 30 ff.; Schönke/Schröder/Eser, § 22 Rdn. 31.

²²⁹ Diese Bezeichnung benutzen z.B.: Wessels/Beulke, AT, Rdn. 599; Tröndle/Fischer, § 22 Rdn. 7.

²³⁰ Diese Bezeichnung benutzen z.B.: LK-Hillenkamp, 11. Aufl., § 22 Rdn. 61; Schönke/Schröder/Eser, § 22 Rdn. 32.

²³¹ Sonnen/Hansen-Siedler, JA 1988, 17, 18, 19; Wessels/Beulke, AT, Rdn. 599 ff.; Schönke/Schröder/Eser, § 22 Rdn. 32.

Nach der individuell-objektiven Theorie sind für die Abgrenzung von strafloser Vorbereitung und strafbarem Versuch drei Kriterien von entscheidender Bedeutung²³²:

- (1) Die Vorstellung des Täters von der Tat, die die Grundlage der Beurteilung bildet²³³.
- (2) Die Beziehung zum konkreten (vorgestellten) Tatbestand²³⁴, der der Bezugspunkt der jeweiligen Ausführungshandlung ist, so dass das Ansetzen auf die Verwirklichung eines Tatbestandsmerkmals gerichtet sein muss und nicht irgendein Ansetzen zur Straftat ausreichend ist²³⁵.
- (3) Schließlich muss die Versuchshandlung in einem unmittelbaren Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung bestehen²³⁶. Durch dieses Kriterium wird zwar einerseits der Versuchsbereich auf das tatbestandliche Vorfeld erstreckt, andererseits aber auch auf den unmittelbaren Vorbereich beschränkt²³⁷. Wann ein unmittelbares Ansetzen im konkreten Fall vorliegt, wird unterschiedlich beurteilt:

Während die Teilaktstheorie die Unmittelbarkeit des Ansetzens nur dann bejaht, wenn zwischen der schon entwickelten Tätigkeit und der eigentlichen Tatbestandshandlung „keine weiteren wesentlichen Teilakte mehr liegen“²³⁸, stellt die Gefährdungstheorie darauf ab, ob aus der Sicht des Täters das betroffene Rechtsgut bereits unmittelbar gefährdet ist²³⁹. Die Sphärentheorie wiederum sieht den Versuchsbeginn als gegeben an, wenn der Täter in die Schutzsphäre des Opfers eingedrungen und zwischen Tathandlung und erwartetem Erfolgsein-

²³² Schönke/Schröder/Eser, § 22 Rdn. 32; Sonnen/Hansen-Siedler, JA 1988, 17, 18.

²³³ Haft, AT, S. 231; Schönke/Schröder/Eser, § 22 Rdn. 33; Sonnen/Hansen-Siedler, JA 1988, 17, 18; Stratenwerth/Kuhlen, AT I, § 11 Rdn. 36.

²³⁴ Sonnen/Hansen-Siedler, JA 1988, 17, 18.

²³⁵ Schönke/Schröder/Eser, § 22 Rdn. 35; BGHSt 37, 294, 296 ff.

²³⁶ Tröndle/Fischer, § 22 Rdn. 9; Schönke/Schröder/Eser, § 22 Rdn. 36; Sonnen/Hansen-Siedler, JA 1988, 17, 18; Stratenwerth/Kuhlen, AT I, § 11 Rdn. 38.

²³⁷ Schönke/Schröder/Eser, § 22 Rdn. 39.

²³⁸ SK-Rudolphi, § 22 Rdn. 13; Rudolphi, JuS 1973, 20, 23.

²³⁹ Schönke/Schröder/Eser, § 22 Rdn. 39 ff.; Otto, AT § 18 Rdn. 27 ff.

tritt ein enger zeitlicher Zusammenhang festzustellen ist²⁴⁰. Da diese Ansichten in ihrer Ausschließlichkeit nicht allen Fallgestaltungen gerecht werden²⁴¹, vertreten die Rechtsprechung und die h.L. einen Kombinationsansatz²⁴²:

Nach diesem liegt ein unmittelbares Ansetzen dann vor, wenn der Täter eine Tathandlung vornimmt, die zwar noch nicht tatbestandsmäßig zu sein braucht, die allerdings nach dem Gesamtplan des Täters so eng mit der tatbestandlichen Ausführungshandlung verknüpft ist, dass sie bei ungestörtem Fortgang unmittelbar, d.h. ohne weitere wesentlichen Zwischenschritte, zur Verwirklichung des gesamten Straftatbestandes führen soll oder im unmittelbaren räumlichen und zeitlichen Zusammenhang mit ihr steht²⁴³. Das ist dann der Fall, wenn der Täter subjektiv die Schwelle zum „jetzt geht es los“ überschreitet und objektiv zur tatbestandsmäßigen Angriffshandlung ansetzt, so dass sein Tun ohne Zwischenakte in die Tatbestandserfüllung übergeht und damit das Angriffsobjekt konkret gefährdet erscheint²⁴⁴.

Für die Abgrenzung zwischen Vorbereitung und Versuch dient diese Abgrenzungsformel als allgemeiner Richtpunkt, der seine Konkretisierung durch die Anwendung des jeweiligen Tatbestandes erfährt²⁴⁵.

3. Das Vorbereitungsstadium im Falle der Untreue, § 266 StGB

Im konkreten Fall der Untreue ist für die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch und damit für die Bestimmung des unmittelbaren Ansetzens die Pflichtverletzung das ausschlaggebende Kriterium²⁴⁶, deren Bezugspunkt der Vermögensnachteil als Vollendungszeitpunkt ist.

²⁴⁰ Jakobs, AT, 25. Abschnitt, Rdn. 66 ff.; Roxin, JuS 1979, 1, 4 ff.

²⁴¹ Wessels/Beulke, AT, Rdn. 600 ff.

²⁴² Tröndle/Fischer, § 22 Rdn. 10; Wessels/Beulke, AT, Rdn. 601; Haft, AT, S. 231; BGHSt 26, 201, 203; 31, 178, 182; 43, 177, 179 ff.

²⁴³ Wessels/Beulke, AT, Rdn. 601; Tröndle/Fischer, § 22 Rdn. 10; BGHSt 26, 201, 203; 31, 178, 182; 43, 177, 179 ff.

²⁴⁴ BGHSt 30, 363, 364; 26, 201, 203; 28, 162, 163; Wessels/Beulke, AT, Rdn. 601.

²⁴⁵ Sonnen/Hansen-Siedler, JA 1988, 17, 19; Joecks, § 22 Rdn. 25; SK-Rudolphi, § 22 Rdn. 13; Lackner/Kühl, § 22 Rdn. 4; LK-Vogler, § 22 Rdn. 58.

²⁴⁶ Urbach, S. 153.

Demzufolge ist der potentielle Versuchsbeginn der Untreue im Falle einer konkreten Vermögensgefährdung (als frühester Vollendungszeitpunkt) dann anzunehmen, wenn der Täter eine Tathandlung in Form einer Pflichtverletzung vornimmt, die nach dem Gesamtplan des Täters bei ungestörtem Fortgang unmittelbar zu einer Situation führen wird,

- die den ernsthaften Eintritt eines Vermögensverlustes erwarten lässt²⁴⁷,
- die eine unmittelbare Zugriffsmöglichkeit auf das Vermögen des Gefährdeten schafft, so dass es keiner weiteren Handlung zum Eintritt des Vermögensverlustes bedarf²⁴⁸,
- die den gefährdeten Vermögenswert als bereits abgeschrieben erscheinen lässt²⁴⁹,
- die dem Bedrohten keine Vermeidemachtmöglichkeiten offenlässt²⁵⁰

oder die in einem unmittelbaren räumlichen und zeitlichen Zusammenhang zu den hier dargestellten Umschreibungen der konkreten Vermögensgefährdung steht.

Diese theoretische Festlegung des Versuchsbeginns wird anhand eines Beispiels verdeutlicht²⁵¹:

Der „Geschäftsbesorger“ inseriert in einer Zeitung und will dadurch Vermögenswerte, die er zu betreuen hat, zu ungünstigen Konditionen für seinen „Geschäftsherrn“ verkaufen. Dem „Geschäftsherrn“ gelingt es jedoch noch rechtzeitig einzugreifen, so dass der Plan des „Geschäftsbesorgers“ vereitelt wird.

²⁴⁷ So die Bestimmung des Versuchsbeginns unter Berücksichtigung der Ansicht der Rechtsprechung, vgl. hierzu 1. Kapitel B. IV. 1.

²⁴⁸ So die Bestimmung des Versuchsbeginns unter Berücksichtigung der Ansicht von Schröder und Riemann, 1. Kapitel B. IV. 2, 4.

²⁴⁹ So die Bestimmung des Versuchsbeginns unter Berücksichtigung der Ansicht von Lenckner, 1. Kapitel B. IV. 3.

²⁵⁰ So die Bestimmung des Versuchsbeginns unter Berücksichtigung der Ansicht von Hefendehl; 1. Kapitel B. IV. 5.

²⁵¹ Beispiel nach Urbach, Die ungetreue Geschäftsbesorgung gemäss Art. 158 StGB, S. 152.

In diesem Fall stellt das Inserat in der Zeitung eine Pflichtverletzung gegenüber dem „Geschäftsherrn“ dar, mit welcher der Versuch der Untreue beginnt. Vollendet wäre diese nach dem Tatplan des Täters dann, wenn Kaufverträge bezüglich des Verkaufs der Vermögenswerte mit Dritten abgeschlossen worden wären und damit ein Vermögensnachteil in Form einer schadensgleichen konkreten Vermögensgefährdung für den „Geschäftsherrn“ eingetreten wäre. Als Vorbereitungshandlungen kämen all diejenigen Vorkehrungen in Betracht, die für die Durchführung des Inserats erforderlich sind, wie z.B. die Zusammenstellung des Inserats.

Dieses Beispiel macht deutlich, dass das vom deutschen Anwaltsverein (DAV) gegen eine Einführung der Versuchstrafbarkeit der Untreue angeführte Argument, dass „die Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes durch die Einführung der Versuchstrafbarkeit zu schwer lösbaren Abgrenzungsschwierigkeiten gegenüber bloßen Vorbereitungshandlungen führen würde“²⁵², nicht sehr stichhaltig ist. Vielmehr stellt die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch ein allgemeines Problem dar, das nicht nur im Falle der Untreue, sondern auch bei anderen Straftatbeständen größere Schwierigkeiten bereiten kann.

4. Stellungnahme

Bei der Abgrenzung zwischen Vorbereitung und Versuch und den sich daraus ergebenden Abgrenzungsformeln fällt auf, dass die dort verwendeten Abgrenzungskriterien große Parallelen und Ähnlichkeiten zu den „Einschränkungsmodellen“ beinhalten, deren vorrangiges Ziel darin besteht, die Gefährdung, die noch die typische Situation des Versuchs darstellt, von derjenigen abzugrenzen, die einem Vermögensnachteil gleichkommt und damit zur Vollendung der Untreue führt.

Während der entscheidende Gesichtspunkt bei der Abgrenzung zwischen Vorbereitung und Versuch darin besteht, ob nach der Vorstellung des Täters eine Tat handlung *unmittelbar* zur Verwirklichung des gesamten Straftatbestandes führt,

²⁵² Kempf, Protokoll zu 13/88. Sitzung des Rechtsausschusses, S. 11; Zusammenstellung der schriftlichen Stellungnahmen zu 13/88. Sitzung des Rechtsausschusses, S. 110.

und in diesem Fall eine Versuchsstrafbarkeit bejaht wird, verlangen für das Vorliegen einer konkreten Vermögensgefährdung sowohl Schröder als auch Riemann die *unmittelbare* Zugriffsmöglichkeit auf das gefährdete Vermögen, wobei Riemann durch die Einführung der „doppelten Unmittelbarkeit“²⁵³ den Kreis der Vermögensgefährdungen, die einem Vermögensnachteil gleichgestellt werden sollen, noch mehr einschränken will.

Auch bei Lenckners und Hefendehls Auffassungen ist das Unmittelbarkeitserfordernis von Bedeutung, da ersterer eine schadensgleiche konkrete Vermögensgefährdung dann bejaht, wenn der Täter eine Position erlangt hat, in der er den fraglichen Vermögenswert *unmittelbar* und ohne Schwierigkeiten realisieren kann, letzterer von einer solchen dann ausgeht, wenn keine Vermeidemöglichkeiten seitens des Bedrohten bestehen, der Vermögenswert im Ergebnis also *unmittelbar* gefährdet ist.

Insgesamt lässt sich also zum einen festhalten, dass das Unmittelbarkeitskriterium bei beiden Abgrenzungsproblematiken eine entscheidende Rolle spielt, zum anderen, dass durch die Einbeziehung der konkreten Vermögensgefährdung in den Vermögensnachteilsbegriff die „Einschränkungsmodelle“ konsequenterweise eine Vorverlagerung des Vollendungszeitpunkts der Untreue beinhalten.

B. Die Rechtsfolgen der Einführung einer Versuchsstrafbarkeit

Im Anschluss an die genaue Bestimmung der einzelnen Stadien der Verbrechensverwirklichung, insbesondere des Versuchsbereichs der Untreue, werden im Vorfeld der im 3. Kapitel durchzuführenden Fallanalyse die grundsätzlichen Rechtsfolgen der Einführung einer Versuchsstrafbarkeit im Hinblick auf den Untreuestrafatbestand erörtert.

²⁵³ Vgl. hierzu bereits 1. Kapitel B. IV. 4.

I. Vorverlagerung der Strafbarkeit

Wie bereits unter A. III. 1 dargelegt wurde, beschreibt das Versuchsstadium die zwischen Vorbereitung und Vollendung einer vorsätzlichen Straftat liegende Handlung. Mit der Einführung einer Versuchsstrafbarkeit wird daher die Strafandrohung des jeweiligen Delikts auf das Vorfeld der Tatvollendung ausgedehnt²⁵⁴ und damit die Strafbarkeit des entsprechenden Deliktes vorverlagert²⁵⁵.

Im konkreten Fall der Untreue könnte dies zum einen zu einer noch größeren Ausweitung des Untreuetatbestandes führen²⁵⁶, zum anderen aber auch die Möglichkeiten der Strafverfolgung erhöhen²⁵⁷ und damit eine größere strafrechtliche Überprüfbarkeit insbesondere riskanter unternehmerischer Entscheidungen nach sich ziehen²⁵⁸, was im Rahmen der Fallanalyse noch zu prüfen sein wird²⁵⁹.

Auf der anderen Seite könnte jedoch die Einführung der Versuchsstrafbarkeit die Vollendungsstrafbarkeit der Untreue in dem Sinne „entlasten“, dass eine Großzahl der problematischen Fälle der schadensgleichen konkreten Vermögensgefährdung in den Versuchsbereich verlagert werden könnte und dadurch eine „Versuchsstrafbarkeit durch die Hintertür“²⁶⁰ vermieden werden würde.

II. Rücktritt, § 24 StGB

Obwohl die Versuchsstrafbarkeit eine Vorverlagerung der Strafbarkeit nach sich zieht, beinhaltet sie im Gegensatz zu den meisten Fällen der Vollendung²⁶¹ das

²⁵⁴ Versuch als Strafausdehnungsgrund, vgl. Maurach/Gössel/Zipf, AT II, § 39 Rdn. 16; LK-Hillenkamp, vor § 22 Rdn. 39.

²⁵⁵ Jakobs, AT, 25. Abschnitt Rdn. 1; Krey, AT II, Rdn. 394.

²⁵⁶ So im Ergebnis Matt/Saliger, Irrwege der Strafgesetzgebung, 217, 221 ff.

²⁵⁷ Stellungnahme des Deutschen Strafverteidiger e.V. zum 6. StrRG, S. 5 (nicht veröffentlicht).

²⁵⁸ Frenzel, Zusammenstellung der schriftlichen Stellungnahmen zu 13/88. Sitzung des Rechtsausschusses, S. 128.

²⁵⁹ vgl. 3. Kapitel.

²⁶⁰ Dierlamm, NSTZ 97, 534, 535.

²⁶¹ Rücktrittsbemühungen bei vollendetem Delikt können nur im Ausnahmefall der tätigen Reue Berücksichtigung finden, so z.B. bei §§ 83 a, 158, 163 II, 264 V, 306e, 314a, 320 StGB.

Privileg, sich der Strafbarkeit im Wege eines strafbefreienden Rücktritts, § 24 StGB, zu entziehen.

Warum der Rücktritt vom Versuch zur Straflosigkeit einer bereits als strafbar erachteten Handlung führt, obwohl beispielsweise in der schweizerischen Strafrechtsordnung „nur“ eine fakultative Strafbefreiung im Falle eines Rücktritts, § 21 II sStGB, vorgesehen ist²⁶², wird im Nachfolgenden kurz dargelegt.

1. Der Rechtsgrund der Straflosigkeit des Versuchs beim Rücktritt

Der Rücktritt vom Versuch stellt nach h.M. einen persönlichen Strafaufhebungsgrund dar²⁶³, da zum einen gem. § 24 StGB die Strafbarkeit der von dem Täter begangenen Straftat wieder aufgehoben wird, zum anderen der Rücktritt ein „besonderes persönliches Merkmal“ im Sinne des § 28 II StGB darstellt²⁶⁴.

Der Rechtsgrund für die Erlangung der Straffreiheit durch die Regelung des § 24 StGB wird unterschiedlich beurteilt:

Während nach der Theorie von der „goldenen Brücke“ (kriminalpolitischer Ansatz) dem Täter im Falle des Rücktritts durch die Straflosigkeit seines Versuchs eine „goldene Brücke zum Rückzug“ gebaut werden soll und dabei insbesondere der Opferschutz im Vordergrund steht²⁶⁵, begründet die so genannte Gnadentheorie oder Verdienstlichkeitstheorie die durch den Rücktritt erlangte Straffreiheit damit, dass die mit der Verhinderung des Erfolgseintritts erfolgte Rückkehr in die Legalität den Unwert des Versuchs und die negative Einwirkung des Täters auf das Rechtsbewusstsein der Allgemeinheit zum Teil wieder ausgleicht, so dass sich die Strafbedürftigkeit verneinen lässt²⁶⁶.

Die Strafzwecktheorie wiederum sieht den Grund für die Rücktrittsregelung darin, dass bei freiwilligem Rücktritt eine Bestrafung des Täters weder aus general-

²⁶² Trechsel/ Noll, AT I, S. 162.

²⁶³ BGH StV 82, 1; Wessels/Beulke, AT, Rdn. 626; Krey, AT II, Rdn. 456; Tröndle/Fischer, § 24 Rdn. 2.

²⁶⁴ Tröndle/Fischer, § 28 Rdn. 11 und vor § 32 Rdn. 17; Krey, AT II, Rdn. 457.

²⁶⁵ RGSt 73, 52, 60; Kudlich, JuS 1999, 241 ff.; Puppe, NSTZ 1984, 488, 490.

²⁶⁶ Jescheck/Weigand, AT, § 51 I 3; Schröder, JuS 1962, 81; Bockelmann, NJW 1955, 1420.

präventiven noch aus spezialpräventiven Gründen, d.h. weder zwecks Abhaltung des Täters von zukünftigen Straftaten noch zwecks Abschreckung anderer noch wegen Vergeltung des Schuldausgleichs, geboten ist²⁶⁷; denn dadurch, dass der Täter freiwillig von dem begonnenen Versuch absieht, zeigt sich, dass sein verbrecherischer Wille nicht so stark war, wie es zur Durchführung der Tat erforderlich gewesen wäre, so dass sich seine Gefährlichkeit, die zunächst im Versuch zum Ausdruck gekommen ist, nachträglich als wesentlich geringer erweist²⁶⁸.

Schließlich wird eine neuere Lehre von Herzberg, die so genannte Schuldertüfungstheorie, vertreten, nach welcher die Ratio der Strafbefreiung darin bestehe, dass die gesetzliche Strafdrohung sich erledige, wenn der Täter die Vollendung der Tat durch eine ihm zurechenbare Leistung verhindere und so die ihm obliegende, als Pflicht zur Wiedergutmachung verstandene „Schuld“ erfülle²⁶⁹.

2. Auswirkungen des Rücktritts auf den Straftatbestand der „versuchten Untreue“

Im Hinblick auf den Straftatbestand der Untreue bedeutet dies, dass mit der Einführung einer Versuchsstrafbarkeit zwar die Möglichkeit einer Vorverlagerung der Strafbarkeit bestünde, der Täter allerdings die Möglichkeit hätte, im Wege des Rücktritts Straffreiheit zu erlangen.

Dies wiederum könnte insbesondere bei unternehmerischen, risikobehafteten Entscheidungen, im Rahmen derer das Vorliegen eines Vermögensnachteils in Form einer schadensgleichen konkreten Vermögensgefährdung des Öfteren problematisch ist und von Seiten der Rechtsprechung auf Grund einer sehr weiten Auslegung dieses Begriffs im Rahmen der Vollendung bejaht wird²⁷⁰, von Vorteil sein, da im Falle der Einführung einer Versuchsstrafbarkeit gerade diese Fälle innerhalb der Versuchsstrafbarkeit Berücksichtigung finden könnten.

²⁶⁷ BGHSt 9, 48, 52; 14, 75, 80; SK-Rudolphi, § 24 Rdn. 4; Baumann/Weber/Mitsch, § 27 Rdn. 8; Krey, AT II, Rdn. 455.

²⁶⁸ BGHSt 9, 48, 52.

²⁶⁹ Herzberg in FS-Lackner, 325, 349, 350.

²⁷⁰ SK-Samson/Günther § 266 Rdn. 45; Weber in FS-Dreher, S.555, 559, 560; Dierlamm, NSTZ 1997, 534; vgl. hierzu im Einzelnen die Fallanalyse im 3. Kapitel.

Insoweit wäre ein Anreiz (im Sinne einer „goldenen Brücke“) für den Täter geschaffen, sich durch „Wiedergutmachungsleistungen“ Straffreiheit zu verschaffen und dadurch letztlich den ursprünglichen Zustand des gefährdeten Vermögens wiederherzustellen, was im Falle einer nur bestehenden Vollendungstrafbarkeit nicht möglich und aus der Sicht des Täters daher auch kaum vorstellbar ist.

III. Strafmilderung, §§ 23 II, 49 I StGB

Neben der Erlangung der Straffreiheit durch einen Rücktritt gem. § 24 StGB besteht im Falle einer Versuchsstrafbarkeit im Gegensatz zur alleinigen Vollendungstrafbarkeit eines Delikts die grundsätzliche Möglichkeit einer Strafmilderung gem. § 23 II, 49 I StGB.

Die h.M. geht im Rahmen des § 23 II StGB von einer fakultativen Strafmilderung aus²⁷¹, wobei in der Literatur²⁷² durchaus die Auffassung vertreten wird, die fakultative in eine obligatorische Strafmilderung umzudeuten, die Vorschrift also im Sinne eines Milderungszwanges zu interpretieren. Begründet wird dies unter anderem damit, dass die Strafe nicht mehr die gleiche sein könne wie bei der unter denselben erschwerenden Umständen eingetretenen Vollendung, da das Ausbleiben des Erfolges zu einer Verringerung des Strafbedürfnisses führen müsse²⁷³.

Allerdings wird man insoweit der h.M. zu folgen haben und eine Umdeutung der Kann- in eine ausnahmslose Mussvorschrift ablehnen müssen, da dieser Auffassung sowohl der eindeutige Wortlaut wie auch die Gesetzesgeschichte entgegenstehen, nach welcher die obligatorische Strafmilderung vom Gesetzgeber des Dritten Reiches bewusst durch die nur fakultative ersetzt und 1975 frei von Anlehnungen an das nationalsozialistische Willensstrafrecht nicht wieder hergestellt worden ist²⁷⁴.

²⁷¹ Lackner/Kühl, § 23 Rdn. 2; LK-Hillenkamp, § 23 Rdn. 7; BGHSt 16, 351; SK-Rudolphi, § 23 Rdn. 2.

²⁷² z.B. Schönke/Schröder/Eser, § 23 Rdn. 6.

²⁷³ Schönke/Schröder/Eser, § 23 Rdn. 6; LK-Vogler, 10. Aufl., § 23 Rdn. 9.

²⁷⁴ LK-Hillenkamp, 11. Aufl., § 23 Rdn. 19.

Nichtsdestotrotz enthalten in der Praxis fast alle Verurteilungen wegen Versuchstaten die Formel, dass die Strafe wegen Versuchs gemildert worden ist²⁷⁵, so dass im Falle der Versuchsstrafbarkeit zwar von einer fakultativen Strafmilderung auszugehen ist, diese sich allerdings im Regelfall strafmildernd auswirken wird.

Für den Fall der Untreue hat dies zur Folge, dass im Falle der Einführung der Versuchsstrafbarkeit neben der Möglichkeit der Erlangung von Straffreiheit durch Rücktritt ein weiterer Vorteil in Form einer im Regelfall zu erfolgenden Strafmilderung besteht. Dadurch würde sich auch für die Gerichte eine größere Flexibilität im Rahmen der Festlegung des Strafmaßes, insbesondere für die häufig umstrittenen Fälle der schadensgleichen konkreten Vermögensgefährdung, ergeben.

C. Ergebnis

Insgesamt hat sich Folgendes gezeigt:

- Die Einbeziehung der schadensgleichen konkreten Vermögensgefährdung in den Nachteilsbegriff löst die Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Vorbereitung und Versuch und insbesondere zwischen Versuch und Vollendung bei der Untreue aus.
- Diese Abgrenzungsproblematik ist kein spezifisches Problem der Untreue, sondern ein durchaus allgemeines Problem von „Gefährungsdelikten“, da diese eine Vorverlagerung des Vollendungszeitpunktes erfahren und zwischen abstrakter und konkreter Gefährdung nur ein „feiner“ Unterschied besteht.
- Eine Abgrenzung der einzelnen Stadien der Verbrechensverwirklichung ist im Falle der Untreue zwar schwierig, allerdings aufgrund der sich aus einer Versuchsstrafbarkeit der Untreue ergebenden Vorteile hinnehmbar:

²⁷⁵ Meyer, ZStW 1975 (87. Band), 598, 613.

- Aufgrund der Rechtsfigur der schadensgleichen konkreten Vermögensgefährdung ergeben sich oft erhebliche Schwierigkeiten bei der Bestimmung des Vollendungszeitpunkts. Allerdings entscheidet gerade diese mangels vorhandener Versuchsstrafbarkeit der Untreue über Freispruch oder Verurteilung.

Die Versuchsstrafbarkeit der Untreue würde insoweit der Schließung von Strafbarkeitslücken dienen, die sich aus der schwierigen Abgrenzung von abstrakter und konkreter Vermögensgefährdung ergeben. Auch könnten dann die problematischen Fälle der Vermögensgefährdung mehr in den Versuchsbereich der Untreue verlagert werden.

- Durch die Möglichkeit eines Rücktritts und der daraus resultierenden Erlangung von Straffreiheit würde ein Anreiz für den Täter geschaffen, die bereits eingetretene Gefährdung des Vermögens wiedergutzumachen.
- Schließlich hätte die Einführung einer Versuchsstrafbarkeit eine größere Flexibilität der Gerichte bei der Bestimmung des Strafmaßes zur Folge.

3. Kapitel: Die Erforderlichkeit der Einführung einer Versuchsstrafbarkeit der Untreue

Nachdem im 1. Kapitel herausgearbeitet wurde, welche Voraussetzungen an eine schadensgleiche konkrete Vermögensgefährdung zu stellen sind, und im Rahmen des 2. Kapitels u.a. die genaue Abgrenzung des Versuchsbereichs vom Vollendungsbereich im Falle der Untreue erfolgt ist, werden im 3. Kapitel die geschaffenen Grundlagen im Rahmen einer Fallanalyse verwertet.

Dabei steht die Frage im Vordergrund, ob die Einführung einer Versuchsstrafbarkeit der Untreue, § 266 StGB, erforderlich ist.

Mit dieser Frage hat sich bereits der Rechtsausschuss des Bundestags, der über den Entwurf des 6. StrRG zu beraten hatte, am 04.06.1997 im Rahmen der 88. Sitzung beschäftigt. Für die Einführung einer Versuchsstrafbarkeit der Untreue wurden u.a. von Seiten des Strafrechtsausschusses des Deutschen Anwaltsvereins (DAV)²⁷⁶, insbesondere von Eberhard Kempf vom DAV²⁷⁷, und vom Generalstaatsanwalt Alexander Frenzel²⁷⁸ größere Bedenken vorgebracht, die im Nachfolgenden untersucht werden.

A. Stellungnahmen zur Versuchsstrafbarkeit der Untreue

Generalstaatsanwalt Frenzel vertrat die Auffassung, dass es für die Einführung der Versuchsstrafbarkeit der Untreue kein praktisches Bedürfnis gebe, vielmehr im Falle einer Einführung der Versuchsstrafbarkeit die Gefahr bestehe, dass risikante unternehmerische Entscheidungen vermehrt der strafrechtlichen Prüfung unterzogen werden würden²⁷⁹.

²⁷⁶ Zusammenstellung der schriftlichen Stellungnahmen zu 13/88. Sitzung des Rechtsausschusses, S.109 ff.

²⁷⁷ Kempf, Protokoll zu 13/88. Sitzung des Rechtsausschusses, S. 11 ff.

²⁷⁸ Frenzel, Zusammenstellung der schriftlichen Stellungnahmen zu 13/88. Sitzung des Rechtsausschusses, S. 128.

²⁷⁹ Frenzel, Zusammenstellung der schriftlichen Stellungnahmen zu 13/88. Sitzung des Rechtsausschusses, S. 128.

Kempf vom DAV konkretisierte das fehlende praktische Bedürfnis, indem er darlegte, dass dem Anliegen (der Bundesregierung hinsichtlich der Einführung einer Versuchsstrafbarkeit) in der Praxis längst Rechnung getragen sei; denn dadurch, dass nach der Auffassung der Rechtsprechung der Vermögensnachteil in § 266 StGB entsprechend dem Vermögensschaden in § 263 StGB auch die konkrete Vermögensgefährdung umfasst, sei auch ein Teil der Versuchsstrafbarkeit in den Untreuetatbestand einbezogen²⁸⁰.

B. Fallanalyse

Diese Argumentation lässt Zweifel aufkommen. Denn zu klären ist, ob die Tendenz der Rechtsprechung nicht gerade dahingeht, durch eine extensive Interpretation des Vermögensnachteilsbegriffs, insbesondere im Falle einer konkreten Vermögensgefährdung, Strafbarkeitslücken zu schließen, die dadurch entstehen, dass der Untreuetatbestand keine Versuchsstrafbarkeit enthält.

Stellt sich heraus, dass letztlich Bereiche, die ausschließlich der Versuchsstrafbarkeit zuzuordnen sind, im Rahmen der Vollendung bestraft werden, muss im zweiten Schritt geprüft werden, ob diese Vorgehensweise der Rechtsprechung nicht contra legem ist, also insbesondere nicht einen Verstoß gegen Art. 103 II GG darstellt, da das Gesetz bis zum jetzigen Zeitpunkt keine Versuchsstrafbarkeit vorsieht und dieser Wille des Gesetzgebers auch nicht durch eine extensive Anwendung der Vollendungsstrafbarkeit „umgangen“ werden darf.

I. Versuchspönalisierung der Rechtsprechung im Rahmen der Vollendung der Untreue?

Demzufolge wird im weiteren Verlauf der Untersuchung sowohl anhand der aktuellen als auch der früheren Rechtsprechung geprüft, ob und inwieweit Vermögensgefährdungen, die weit im Vorfeld der Tatvollendung entstehen, daher nicht als konkrete, sondern nur als abstrakte Gefährdungen einzustufen sind und damit der Versuchsstrafbarkeit zuzuordnen wären, durch die Rechtsprechung im Rah-

²⁸⁰ Kempf, Protokoll zu 13/88. Sitzung des Rechtsausschusses, S. 11; Zusammenstellung der schriftlichen Stellungnahmen zu 13/88. Sitzung des Rechtsausschusses, S. 110 ff.

men der Vollendung der Untreue bestraft werden. Dabei werden bei der Beurteilung der Frage, ob eine schadensgleiche konkrete Vermögensgefährdung und damit eine vollendete Untreue vorliegt, den einzelnen, im Nachfolgenden zu untersuchenden Fällen neben der Auffassung der Rechtsprechung auch die im 1. Kapitel aufgezeigten „Einschränkungsmodelle“ von Schröder, Lenckner, Riemann und Hefendehl zugrunde gelegt.

1. Der Fall Diestel (BGHSt 44, 376 ff.)

Der erste Fall, der die Problematik der Ausweitung des Vollendungsbereichs der Untreue durch die Einbeziehung abstrakter Gefährdungsmomente aufzeigen wird, ist der Fall Diestel. Diesem lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Am 27.07.1990 kaufte der Angeklagte, seinerzeit stellvertretender Ministerpräsident und Minister des Innern der DDR, gemeinsam mit seiner Ehefrau von dem ihm damals unterstellten Ministerium ein ca. 3.500 m² großes Seegrundstück zum Preis von insgesamt 193.000 DM, obwohl der wirtschaftliche Wert des Grundstücks aufgrund der bereits am 1. Juli 1990 erfolgten Wirtschafts- und Währungsunion im Hinblick auf die bevorstehende Wiedervereinigung mindestens 770.000 DM betrug. Der Grundstückspreis basierte auf einem Sachverständigengutachten vom 25.07.1990, im Rahmen dessen der Grundstückspreis auf der Grundlage eines bis dato üblichen Bodenpreises von 9 DM pro m² ermittelt wurde. Der notarielle Kaufvertrag wurde am 27.07.1990 geschlossen, nachdem dem Angeklagten am selben Tag die dafür erforderliche Zustimmung des Ministers für Finanzen erteilt worden war. Allerdings wurde zunächst die nach der Grundstücksverkehrsordnung der DDR vom 15. Dezember 1977 noch ausstehende Genehmigung von Seiten des Landratsamtes mit Bescheid vom 20.09.1990 versagt, später aber dann auf Beschwerde des Angeklagten auf der Grundlage inzwischen geänderter Prüfungsvoraussetzungen 1992 (!) erteilt. Zwischenzeitlich hatte die Bundesrepublik Deutschland Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit des Kaufvertrages und Unterlassung eines Antrags auf Eintragung des Angeklagten als Eigentümer im Grundbuch erhoben, welcher im zweiten Anlauf vor dem Bezirksgericht in vollem Umfang stattgegeben wurde.

Eine Eintragung des Angeklagten und seiner Ehefrau als Eigentümer im Grundbuch erfolgte nicht.

Vor dem Landgericht Berlin scheiterte eine Verurteilung des Angeklagten wegen Untreue. Begründet wurde dies u.a. damit, dass weder ein Vermögensnachteil noch eine konkrete schadensgleiche Vermögensgefährdung eingetreten sei, da sowohl der Angeklagte als auch seine Ehefrau niemals als Eigentümer des Grundstücks in das Grundbuch eingetragen worden seien. Folglich käme allenfalls ein (strafloser) Versuch in Betracht²⁸¹.

Der 5. Strafsenat des BGH dagegen hatte einen Vermögensnachteil in Form einer konkreten schadensgleichen Vermögensgefährdung bejaht.

a. Die Begründung des 5. Strafsenats des Bundesgerichtshofs

Im Mittelpunkt der Ausführungen des BGH zum Vermögensnachteil steht die Frage nach dem Vorliegen einer schadensgleichen konkreten Vermögensgefährdung durch den Abschluss eines wirtschaftlich unausgewogenen Kaufvertrages. Der BGH bejaht diese Frage in Auseinandersetzung mit drei Aspekten:

aa. Der Vertragsschluss als konkrete Vermögensgefährdung

Nach Ansicht des BGH ist ein Nachteil im Sinne des § 266 StGB bereits darin zu sehen, dass mit dem Angeklagten und seiner Ehefrau ein wirtschaftlich unausgewogener Kaufvertrag geschlossen worden ist. Im Gegensatz zur Auffassung des Landgerichts stehe dem auch nicht entgegen, dass der Kaufvertrag noch einer staatlichen Genehmigung nach § 7 Grundstücksverkehrsordnung bedürftig habe.

Dies begründet er mit folgender hypothetischer Argumentation:

„Selbst wenn man davon ausginge“, dass der Umstand der Genehmigungsbedürftigkeit der Annahme „einer bereits mit Vertragsschluss eingetretenen schadensgleichen konkreten Vermögensgefährdung entgegenstände, so wäre die

²⁸¹ Vgl. BGHSt 44, 376, 379.

Tatvollendung“ hier „nur um wenige Monate hinausgeschoben worden“, da sich mit dem Einigungsvertrag ab dem 1.10.1990 die Prüfungskriterien für das Genehmigungsverfahren geändert hätten, insbesondere die Prüfungskompetenz der Genehmigungsbehörde hinsichtlich der preisrechtlichen Unbedenklichkeit des Kaufvertrages entfallen sei, so dass zumindest ab diesem Zeitpunkt keine Möglichkeit mehr bestand, die Wirksamkeit des Kaufvertrages an dem unangemessen niedrigen Kaufpreis scheitern zu lassen²⁸². Dementsprechend wurde dann im Jahre 1992 die Genehmigung auch erteilt.

bb. „Rechtsschein“ und „erhebliches Prozessrisiko“

Des Weiteren sieht der BGH einen wirtschaftlichen Nachteil darin, dass mit dem Vertragsschluss ein Rechtsschein erzeugt worden ist, „der das Ministerium des Innern bzw. die Bundesrepublik Deutschland als Rechtsnachfolgerin der DDR der Gefahr aussetzte, das Grundstück ohne einen adäquaten wirtschaftlichen Gegenwert zu verlieren“²⁸³. Daraus ergebe sich ein erhebliches Prozessrisiko, basierend auf der zu diesem Zeitpunkt im Umbruch befindlichen Rechts- und Wirtschaftslage²⁸⁴.

cc. Fehlende Dispositionsfähigkeit

Schließlich soll nach Auffassung des BGH ein Vermögensnachteil in Form einer konkreten schadensgleichen Vermögensgefährdung darin zu sehen sein, dass es dem Ministerium des Innern durch den Abschluss des Kaufvertrages bis zur endgültigen Klärung der Rechtslage nicht möglich war, den wirtschaftlichen Wert des Grundstücks zu nutzen²⁸⁵.

b. Überprüfung der Argumentation des Bundesgerichtshofs

Diese Argumentation des BGH ist nun auch unter Berücksichtigung der einzelnen „Einschränkungsmodelle“ zu überprüfen, da - wie bereits im 1. Kapitel, B.

²⁸² BGHSt 44, 376, 385.

²⁸³ BGHSt 44, 376, 386.

²⁸⁴ BGHSt 44, 376, 386.

²⁸⁵ BGHSt 44, 376, 386.

IV. dargelegt - die Umschreibung der konkreten Vermögensgefährdung von Seiten der Rechtsprechung recht unbestimmt ausfällt.

aa. Der Vertragsschluss als konkrete Vermögensgefährdung?

Bejaht der BGH bereits mit Abschluss des Grundstückskaufvertrages vom 27.07.1990 eine schadensgleiche konkrete Vermögensgefährdung, so ist diese Auffassung nach allen „Einschränkungsmodellen“ abzulehnen:

Geht man von Hefendehls Ansicht aus, nach welcher eine konkrete Vermögensgefährdung zu bejahen ist, wenn es seitens des Bedrohten keine Vermeidungsmöglichkeiten mehr gibt²⁸⁶, so stellt der Abschluss des Grundstückskaufvertrages noch keine konkrete Vermögensgefährdung dar; denn dadurch, dass zu diesem Zeitpunkt noch keine Genehmigung des Landratsamtes nach § 7 Grundstücksverkehrsordnung vorlag, besaß die DDR als Eigentümerin nach wie vor die Möglichkeit, den Vermögensverlust zu verhindern. Dass die Genehmigung dann später - zunächst - auch versagt wurde, zeigt, dass die Vermögensgefährdung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses „nur“ als abstrakt und nicht als konkret einzustufen ist.

Untermuert wird dieses Ergebnis durch die Auffassungen von Schröder, Lenckner und Riemann zum Vorliegen einer konkreten Vermögensgefährdung. Während Schröder eine konkrete Vermögensgefährdung nur dann bejaht, wenn der Täter eine *unmittelbare* Zugriffsmöglichkeit auf das fremde Vermögen hat²⁸⁷ und Lenckner in ähnlicher Weise argumentiert, indem er verlangt, dass der Täter den gefährdeten Vermögenswert *unmittelbar* und ohne Schwierigkeiten realisieren kann²⁸⁸, hebt Riemann ausdrücklich das *Unmittelbarkeitskriterium* zwischen Vermögensgefährdung und Vermögensnachteil als Voraussetzung für das Vorliegen einer konkreten Vermögensgefährdung hervor²⁸⁹. Nach letzterem ist eine

²⁸⁶ Hefendehl, Vermögensgefährdung und Expektanzen, S. 129 ff. (129, 132, 133, 136, 137); vgl. hierzu bereits im 1. Kapitel, B. IV. 5; LK-Schünemann, § 266 Rdn. 146.

²⁸⁷ Schröder, JZ 1965, 513, 516; vgl. hierzu bereits im 1. Kapitel, B. IV. 2.

²⁸⁸ Lenckner JZ 1971, 320, 322; vgl. hierzu bereits im 1. Kapitel, B. IV. 3.

²⁸⁹ Riemann, Vermögensgefährdung, S. 127; vgl. hierzu bereits im 1. Kapitel, B. IV. 4.

Vermögensgefährdung nur dann als konkret einzustufen, wenn sie unmittelbar in den effektiven Schaden (=Nachteil) übergehen kann²⁹⁰.

Vorliegend fehlt es an diesem Unmittelbarkeitszusammenhang zwischen Vermögensgefährdung und Vermögensnachteil. Ein solcher ist nämlich zu verneinen, wenn es für den Eintritt des Vermögensnachteils noch weiterer Handlungen des Geschädigten oder Dritter bedarf²⁹¹. In einem solchen Fall besteht lediglich nur die mittelbare Möglichkeit eines Schadenseintritts, so dass insgesamt nur eine abstrakte, jedoch keine konkrete Vermögensgefährdung gegeben ist²⁹².

Daraus folgt für den vorliegenden Fall, dass im Zeitpunkt des Vertragsschlusses - mangels erfolgter Genehmigung seitens der Behörde - nur eine abstrakte Vermögensgefährdung vorgelegen hat und damit ein Vermögensnachteil zu verneinen ist.

Auch das Abstellen auf einen späteren Zeitpunkt, nämlich auf den Zeitpunkt der Änderung der Genehmigungsvoraussetzungen (1.10.1990), vermag eine schadensgleiche konkrete Vermögensgefährdung nicht zu begründen. Zwar könnte der Wegfall der preisrechtlichen Prüfungscompetenz für die Bejahung einer konkreten Vermögensgefährdung sprechen; jedoch verkennt der BGH letztlich auch hier die von ihm formulierte Umschreibung einer schadensgleichen konkreten Vermögensgefährdung. Danach liegt eine solche dann vor, wenn „mit dem alsbaldigen Eintritt eines entsprechenden endgültigen Schadens zu rechnen ist“²⁹³. Von einem „alsbaldigen Eintritt“ eines Schadens kann jedoch nicht gesprochen werden, wenn zwar die preisrechtliche Prüfungscompetenz zum 1.10.1990 entfallen ist, allerdings die Neufassung der Grundstücksverkehrsordnung erst am 18.4.1991 in Kraft trat, so dass erst ab diesem Zeitpunkt neu über die Genehmigung entschieden werden konnte. Weiterhin spricht gegen einen „alsbaldigen Eintritt“ eines Schadens, dass das zuständige Landratsamt die Genehmigung erst am 20.9.1990 versagt hat, so dass am 1.10.1990 nicht damit ge-

²⁹⁰ Vertreten auch von: Haft, NJW 1996, S. 238; Matt/Saliger, Irrwege der Strafgesetzgebung, 217, 235 ff.; Saliger, ZStW 2000 (112. Band), 563, 577 ff.

²⁹¹ Schröder, JZ 1965, 513, 516; Lenckner, JZ 1971, 320, 322; Saliger, ZStW 2000 (112. Band), 563, 578.

²⁹² Saliger, ZStW 2000 (112. Band), 563, 578.

²⁹³ BGHSt 40, 287, 296; 21, 112 ff.

rechnet werden konnte, dass dieselbe Behörde die bereits von ihr abgelehnte Genehmigung sofort erteilen würde, vielmehr ein längeres Genehmigungsverfahren zu erwarten war²⁹⁴. Schließlich verkennt der BGH auch den bisweilen unbestrittenen Grundsatz, dass beim Eingehungsschaden im Rahmen eines nachteilhaften Vertragsschlusses allein die Umstände zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgeblich, nachträgliche Umstände dagegen unerheblich sind²⁹⁵.

Im Ergebnis kann also weder am 27.7.1990 (Abschluss des Kaufvertrages) noch am 1.10.1990 (Änderung der Prüfungskriterien für das Genehmigungsverfahren) von einer konkreten Vermögensgefährdung gesprochen werden, da zu diesem Zeitpunkt mit dem Verlust des Grundstücks noch nicht „ernsthaft zu rechnen“ war; denn die Herbeiführung des Schadenseintritts bedurfte zum einen noch weiterer Handlungen, zum anderen standen der Eigentümerin des Grundstücks „Vermeidemachtmöglichkeiten“ zur Verfügung.

Folglich kann unter dem Gesichtspunkt eines wirtschaftlich unausgewogenen Kaufvertrages nur von einer abstrakten Vermögensgefährdung gesprochen werden, die nur im Rahmen einer Versuchsstrafbarkeit Berücksichtigung hätte finden dürfen.

bb. „Rechtsschein“ kraft nichtigen Vertrages / „Prozessrisiko“ als konkrete Vermögensgefährdung?

Ein Vermögensnachteil in Form einer schadensgleichen konkreten Vermögensgefährdung kann auch nicht damit begründet werden, dass mit dem Rechtsschein eines wirksamen Kaufvertrages die Eigentümerin des Grundstücks (die DDR, später die Bundesrepublik Deutschland als ihre Rechtsnachfolgerin) der Gefahr ausgesetzt war, das Grundstück ohne einen adäquaten wirtschaftlichen Gegenwert zu verlieren.

Zwar kann eine solche Gefahr auf der Grundlage einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise und entsprechend der bisherigen Rechtsprechung einen Vermögens-

²⁹⁴ So das Argument von Saliger, ZStW (112. Band) 2000, 563, 578.

²⁹⁵ Tröndle/ Fischer, § 263 Rdn. 71; Schönke/Schröder, § 263 Rdn. 141.

nachteil begründen²⁹⁶, jedoch nicht in diesem Fall. Denn dadurch, dass der Angeklagte bekannt und der extrem niedrige Kaufpreis in der Vertragsurkunde dokumentiert war, war die Nichtigkeit des Grundstückskaufvertrages von Anfang an evident und konnte auch von der Eigentümerin ohne Schwierigkeiten bewiesen werden²⁹⁷, so dass weder aufgrund des Rechtsscheins eines Vertragsschlusses noch aufgrund eines erheblichen Prozessrisikos von einer konkreten Gefahr eines Eigentumsverlustes ausgegangen werden konnte²⁹⁸. Vielmehr liegt aufgrund der problemlosen Beweisbarkeit nur das allgemeine Risiko, einen Prozess führen zu müssen, vor. Dies reicht allerdings weder nach Ansicht der Rechtsprechung noch der Literatur zur Begründung einer schadensgleichen konkreten Vermögensgefährdung aus²⁹⁹.

Dass später ein zunächst erfolgreiches Zivilverfahren seitens des Angeklagten durchgeführt wurde, ändert an dieser Argumentation nichts, da der spätere Verlauf des Zivilverfahrens als nachträglicher Umstand für den Zeitpunkt des Vertragsschlusses als Bewertungsgrundlage für das Vorliegen eines Vermögensnachteils unerheblich ist³⁰⁰.

cc. Fehlende Dispositionsfähigkeit der Eigentümerin als konkrete Vermögensgefährdung ?

Schließlich kann die Bejahung einer schadensgleichen konkreten Vermögensgefährdung unter dem Gesichtspunkt der fehlenden Nutzungsmöglichkeit des Grundstücks seitens der Klägerin bis zur endgültigen Klärung der Rechtslage auch nicht überzeugen. Denn § 266 StGB ist sowohl nach Auffassung der Rechtsprechung als auch der Literatur ein reines Vermögensdelikt, das als solches „nur das Vermögen des Geschäftsherrn oder Treuegebers als Ganzes“ schützt, „nicht aber seine Dispositionsbefugnis“³⁰¹. Hier allerdings stellt der

²⁹⁶ BGHSt 21, 112, 114; 22, 88, 89.

²⁹⁷ Dies hat der BGH genauso festgestellt, BGHSt 44, 376, 385/386.

²⁹⁸ Saliger, ZStW (112. Band) 2000, 563, 578.

²⁹⁹ BGHSt 21, 112, 114; Otto, Jura 1991, 494, 496, Cramer, Vermögensbegriff, S. 128 ff.; Mitsch, § 7 Rdn. 105; Lackner/Kühl § 263 Rdn. 43; Lenckner, JZ 1971, 322 ff.; BGH JR 1990, 517.

³⁰⁰ Tröndle/Fischer, § 263 Rdn. 71; Schönke/Schröder/Cramer, § 263 Rdn. 141.

³⁰¹ BGHSt 43, 293, 297; Lackner/Kühl, § 266 Rdn. 1; LK-Schünemann, § 266 Rdn. 28; SK-

5. Strafsenat des BGH zwecks Begründung eines Vermögensnachteils auf die bloße Dispositionsfreiheit des Vermögensinhabers ab, was letztlich im Widerspruch zur eigenen Rechtsprechung steht.

c. Zwischenergebnis

Als Ergebnis lässt sich festhalten, dass im Fall Diestel „nur“ eine abstrakte Vermögensgefährdung vorlag, die dem Bereich der Versuchsstrafbarkeit zuzuordnen ist. Der Angeklagte hat mit der Zustimmung des Ministers für Finanzen am 26.7.1990 und dem Abschluss des Grundstückskaufvertrages vom 27.7.1990 Tathandlungen veranlasst bzw. vorgenommen, die zwar ein unmittelbares Ansetzen zur Verwirklichung der Tat (in Form einer schadensgleichen konkreten Vermögensgefährdung) begründen, die allerdings noch keine konkrete Vermögensgefährdung beinhalten, da die für die Wirksamkeit des Kaufvertrages notwendige Genehmigung nicht bzw. nicht in einem unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang zum Vertragsschluss erfolgt ist, so dass im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch ein wesentlicher Zwischenakt zur Bejahung einer konkreten Vermögensgefährdung gefehlt hatte.

Der Angeklagte hätte daher wegen versuchter Untreue bestraft werden müssen. Dadurch aber, dass eine solche Strafbarkeit nach dem bisherigen Willen des Gesetzgebers nicht vorgesehen ist, wäre ein Freispruch konsequent gewesen. Da jedoch sein Verhalten ohne Zweifel als strafwürdig anzusehen ist und ein Freispruch nach dem „Rechtsempfinden“ unbillig erscheinen würde, hat der 5. Strafsenat des BGH die durch die fehlende Versuchsstrafbarkeit entstandene Strafbarkeitslücke im Wege einer extensiven Auslegung der schadensgleichen konkreten Vermögensgefährdung geschlossen und damit im Ergebnis den Versuch der Untreue „unter dem Deckmantel“ der Vollendung bestraft.

2. Der Submissionsuntreue – Fall (BayObLG NJW 1996, 268 ff.)

Ein weiterer problematischer Fall hinsichtlich des Vorliegens einer schadensgleichen konkreten Vermögensgefährdung ist der Submissionsuntreue-Fall des Bay ObLG, dem folgender Sachverhalt zugrunde lag:

Der Angeklagte, der ein Ingenieurbüro betrieb, war 1985/1986 von öffentlichen Bauherrn beauftragt worden, für zwei Objekte hinsichtlich der Elektrotechnik/-installation u.a. die Genehmigungs- und Ausführungsplanung, die Vorbereitung der Vergabe sowie die Objektüberwachung zu übernehmen. Im Mai 1987 trat die Firma L an den Angeklagten heran und vereinbarte mit diesem gegen Zahlung von 5 % aus der Nettoauftragssumme die Bekanntgabe des Budgets und die Mitteilung der zur Angebotsabgabe aufzufordernden Firmen. Die Firma L gehörte zu einem seit Jahren bestehenden Kreis von Firmen, die Aufträge der öffentlichen Hand und von Großfirmen durch strafbare Handlungen unter sich aufteilten, indem sie Absprachen mit den ihnen bekannten „Konkurrenzfirmen“ durchführten, mit der Folge, dass diese entweder Nullgebote oder höhere Angebote als die zu schützende Firma - im vorliegenden Fall die Firma L - abgaben (so genannte Submissionsabsprachen).

So geschah es dann auch hier in den beiden Fällen mit dem Ergebnis, dass die Firma L bei den beiden Submissionen die billigste Anbieterin war, die Aufträge erhielt und der Angeklagte wie vereinbart 5% aus den Nettoauftragssummen bekam. Das AG München verurteilte ihn u.a. wegen fortgesetzter Untreue.

a. Die Auffassung des Bayerischen Obersten Landesgerichts

Das BayObLG bestätigte im Ergebnis die Verurteilung wegen Untreue. Hierbei begründete es das Vorliegen eines Vermögensnachteils damit, dass „durch die Bekanntgabe des Budgets bzw. der zur Angebotsabgabe aufzufordernden Firmen eine einem Vermögensnachteil gleichstehende konkrete Vermögensgefährdung der Auftraggeber ausgelöst wurde. Diese Bekanntgabe mache nämlich ein ordnungsgemäßes Funktionieren des Ausschreibungsverfahrens wegen der Möglichkeit von Angebotskartellen unmöglich. Damit sei die Gefahr eines gegenüber einem ordnungsgemäßen Ausschreibungsverfahren (zumindest um 5 %)

unvorteilhafteren Abschlusses durch die Auftraggeber gleichsam vorprogrammiert³⁰².

b. Stellungnahme

Diese Argumentation des BayObLG zur Bejahung eines Vermögensnachteils in Form einer schadensgleichen konkreten Vermögensgefährdung ist nicht haltbar, da sie im Ergebnis den Versuch der Untreue pönalisiert³⁰³.

Geht man zunächst bei der Beurteilung der Frage, ob vorliegend eine konkrete Vermögensgefährdung gegeben ist, von den Auffassungen Schröders, Lenckners und insbesondere Riemanns aus, so ist allen Ansichten gemeinsam, dass das Unmittelbarkeitskriterium bei der Bestimmung einer konkreten Vermögensgefährdung eine entscheidende Rolle spielt³⁰⁴.

Durch die Bekanntgabe des Budgets und die Mitteilung der zur Angebotsabgabe aufzufordernden Firmen seitens des Angeklagten trat allerdings kein unmittelbarer Nachteil beim Bauherrn ein, vielmehr entstand dieser erst durch das deliktische Verhalten der an der Absprache beteiligten Bieter und den daraufhin erfolgenden Abschluss mit dem scheinbar billigsten, in Wahrheit jedoch zu teuren Anbieter³⁰⁵. Basierend hierauf eröffnete also die Weitergabe der Informationen durch den Angeklagten an die Firma L nur die Möglichkeit zu einer konkreten Vermögensgefährdung (in Form eines Vertragsschlusses) gegenüber den Auftraggebern; denn das Zustandekommen einer Submissionsabsprache und eines möglicherweise für den Auftraggeber nachteilhaften Vertragsschlusses lag einzig allein in der Hand des Auftraggebers und des Anbietenden, nicht in der des Angeklagten³⁰⁶, so dass „der endgültige Verlust des Vermögenswertes noch wesentlich vom Zutun“ der Vertragsparteien abhing und der Täter damit noch keine „unmittelbare Zugriffsmöglichkeit auf das Vermögen“ des Auftraggebers

³⁰² BayObLG NJW 1996, 268, 271.

³⁰³ Dieser Ansicht auch: Haft, NJW 1996, 238; Matt/Saliger, Irrwege der Strafgesetzgebung, 217, 235 ff.; Saliger, ZStW (112. Band) 2000, 563, 584 ff.; LK-Schünemann, § 266 Rdn. 146; wohl auch SK-Samson/Günther, § 266 Rdn. 45.

³⁰⁴ Vgl. hierzu bereits im 1. Kapitel, B. IV; 2. Kapitel, A. IV. 4.

³⁰⁵ Haft, NJW 1996, 238.

³⁰⁶ Haft, NJW 1996, 238; Saliger, ZStW (112. Band) 2000, 563, 586.

erlangt hatte³⁰⁷. Da den Beteiligten somit zum Zeitpunkt der Weitergabe der Informationen durch den Angeklagten zu viele denkbare „Vermeidemachtmöglichkeiten“³⁰⁸ zur Verfügung standen, wie die noch rechtzeitige Aufklärung des Auftraggebers durch den Angeklagten, die Abstandnahme des Anbieters von der Submissionsabsprache, die Offenlegung der Absprache mit dem Angeklagten durch den Anbietenden sowie die eigene Ablehnung des Angebotes durch den Auftraggeber, konnte zu diesem Zeitpunkt „der in Frage stehende Vermögenswert nicht unmittelbar und ohne Schwierigkeiten realisiert werden“³⁰⁹. Die vom Angeklagten begangenen Handlungen in Form der Weitergabe der Informationen bezüglich des Budgets und der zum Angebot aufzufordernden Firmen beinhalteten daher noch keine schadensgleiche konkrete Vermögensgefährdung, sondern vielmehr nur eine abstrakte Vermögensgefährdung, die dem Versuchsbereich zuzuordnen ist³¹⁰, da sie erst den Vertragsschluss und die damit „nahe liegende Möglichkeit eines endgültigen Vermögensverlustes“³¹¹ vorbereiten sollten.

Stellt also das BayObLG zwecks Bejahung eines Vermögensnachteils in Form einer konkreten Vermögensgefährdung auf die Bekanntgabe der Submissionsinformationen ab, so erfolgt im Gegensatz zur bisherigen Rechtsprechung, die zur Begründung einer konkreten Vermögensgefährdung zumindest auf den Vertragsabschluss abstellte, eine Vorverlagerung des Vollendungszeitpunktes und damit eine Bestrafung wegen versuchter Untreue im Rahmen der Vollendung³¹².

³⁰⁷ Schröder, JZ 1965, 513, 516.

³⁰⁸ Dieser Begriff wird von Hefendehl in Vermögensgefährdung und Exspektanzen, S. 129 ff. (129, 132, 133, 136, 137) benutzt, der zwar auf die Vermeidemachtmöglichkeiten des Bedrohten, hier also des Auftraggebers, abstellt, allerdings dabei im Regelfall vom Bestandstatbestand ausgeht, vgl. hierzu im 1. Kapitel, B. IV. 5.

³⁰⁹ Lenckner, JZ 1971, 320, 322.

³¹⁰ Haft, NJW 1996, 238; Saliger, ZStW (112. Band) 2000, 563, 584, 586. Anm.: hier wäre es durchaus vertretbar, die Weitergabe der Informationen als eine reine Vorbereitungshandlung anzusehen, da bis zum Vertragsschluss noch weitere „Zwischenschritte“ erforderlich sein können, so dass die Weitergabe der Informationen nicht unmittelbar zu einer konkreten Vermögensgefährdung führen würde. Zur Durchführung einer genauen Abgrenzung von Versuch und Vorbereitung fehlen jedoch die erforderlichen Anhaltspunkte im Sachverhalt.

³¹¹ BGHSt 21, 112, 113.

³¹² Saliger, ZStW (112. Band) 2000, 563, 584.

Untermuert wird dies durch die Argumentation des BayObLG selbst. Denn mit der Formulierung, dass mit der Weitergabe der Informationen „die Gefahr eines ... unvorteilhafteren Abschlusses ... vorprogrammiert war“³¹³, wird zum einen eine typische Versuchssituation beschrieben, da diese als Vorstufe der Vollen- dung die Vollen- dung tatsächlich „vorprogrammiert“³¹⁴, zum anderen „ungewollt signalisiert, dass mit der Weitergabe der Informationen eine schadensgleiche konkrete Gefährdung eben gerade noch nicht eingetreten ist“³¹⁵.

c. Zwischenergebnis

Damit bestraft das BayObLG eine Tathandlung des Angeklagten, die, wie die Untersuchung gezeigt hat, als eine rein abstrakte Vermögensgefährdung dem Bereich des Versuchs zuzuordnen ist³¹⁶, im Rahmen der Vollen- dung und schafft somit innerhalb der vollendeten Tat eine Pönalisierung des Versuchs der Untreue. Diese Einbeziehung der abstrakten Vermögensgefährdung in den Vermö- gensnachteilsbegriff und die daraus resultierende Bestrafung der versuchten Untreue als vollendete Untreue widersprechen zum einen dem bisherigen Willen des Gesetzgebers, der die Erforderlichkeit einer Versuchsstrafbarkeit verneint hat³¹⁷, zum anderen der gesetzlichen Konzeption des § 266 StGB, der den Ein- tritt eines Vermögensnachteils verlangt und deshalb von der Rechtsprechung³¹⁸ wie auch der h.M. in der Literatur³¹⁹ als reines Vermögensdelikt und nicht als Delikt gegen bloßen Ungehorsam, Vertrauensbruch oder Verrat im Geschäfts- verkehr eingestuft wird³²⁰.

³¹³ BayObLG NJW 1996, 268, 271.

³¹⁴ Haft, NJW 1996, 238; Saliger, ZStW (112. Band) 2000, 563, 584, 585.

³¹⁵ Saliger, ZStW (112. Band) 2000, 563, 585.

³¹⁶ Wie bereits in Fn. 310 dargelegt, wäre es hier auch durchaus vertretbar, die Weitergabe der Informationen als eine reine Vorbereitungshandlung einzustufen, ähnlich die Vermu- tung von Haft, NJW 1996, 238.

³¹⁷ BT-Drs. 13/9064, S. 20.

³¹⁸ U.a.: BGHSt 43, 297.

³¹⁹ Tröndle/Fischer, § 266 Rdn. 2; Maurach/Schroeder/Maiwald, BT I, § 45 Rdn. 1; Schön- ke/Schröder/Lenckner/Perron, § 266 Rdn. 1.

³²⁰ Haft, NJW 1996, 238; Saliger, ZStW (112. Band) 2000, 563, 586.

3. Herausgabe von Bieterlisten (BGH 1 Str 540/99 vom 09.11.1999)

Einen weiteren Fall der Submissionsuntreue stellt die Begehung der Untreue durch die Herausgabe von Bieterlisten dar. Dieser wird vorliegend nur kurz erläutert, da bereits zuvor ein Fall zur Submissionsuntreue ausführlich analysiert wurde.

Allerdings erscheint eine weitere Erörterung insoweit notwendig, als die Entscheidung, die hinsichtlich der Untreuestrafbarkeit von der 6. Strafkammer des Landgerichts München I³²¹ in erster Instanz getroffen wurde und welcher ein nahezu identischer Sachverhalt wie der Entscheidung BayObLG NJW 1996, 268 ff.³²² zugrunde lag, durch einen Beschluss des 1. Strafsenats des BGH bestätigt wurde³²³, wobei die Begründung des Urteils Unterschiede aufweist.

a. Sachverhalt

Der Angeklagte T war bei S (einer staatlichen Behörde) beschäftigt und war mit der Organisation von Ausschreibungen für verschiedene Autobahnwerke sowie mit der organisatorischen Abwicklung der Bauvorhaben als Bauleiter betraut. Im Jahre 1988 trat der ebenfalls angeklagte Z an T heran und vereinbarte mit diesem die Herausgabe von „Bieterlisten“. Diese beinhalteten Namen von Firmen, die zur Abgabe eines Angebots bezüglich des jeweiligen Bauvorhabens eingeladen wurden. Diese benötigte Z, um im Anschluss daran so genannte Submissionsabsprachen³²⁴ mit den entsprechenden Firmen zu tätigen. Während T die Bieterlisten zu Beginn ohne Erlangung von Geldleistungen an Z weitergab, da er sich hiervon eine gewisse Arbeitserleichterung versprach, erhielt er erstmals ab 1987 Geldzahlungen in Höhe von 0,5 % der jeweiligen Auftragssumme, wenn tatsächlich eine Absprache zwischen den an den Ausschreibungen beteiligten Baufirmen organisiert werden konnte. Insgesamt ging T davon aus, dass der von den beteiligten Firmen abgesprochene Preis um 2 % höher lag als im echten

³²¹ Hierbei handelt es sich um eine unveröffentlichte Entscheidung; LG Mü I, AZ: 6 KLS 566 Js 410048/95.

³²² Vgl. hierzu bereits unter B. I. 2.

³²³ BGH wistra 2002, 61.

³²⁴ Vgl. zu diesem Begriff bereits unter B. I. 2.

Wettbewerb. Auch war T bekannt, dass in den allgemeinen Vertragsbedingungen der Autobahndirektion S ein pauschaler Schadensersatz in Höhe von 5 % der Auftragssumme für den Fall von Preisabsprachen vereinbart war, der jedoch mangels Offenlegung durch die betreffenden Firmen nicht verwirklicht werden würde.

b. Die Auffassung des Landgerichts München I

Das Landgericht München I verurteilte T u.a. wegen vollendeter Untreue. Das Vorliegen eines Vermögensnachteils begründete es damit, dass „allein schon die Bekanntgabe der Mitbieter zu einem Vermögensnachteil im Sinne des § 266 I StGB führe, weil bereits hierdurch den beteiligten Firmen die nahe liegende Möglichkeit eröffnet wurde, Absprachen zum finanziellen Schaden der Autobahndirektion durchzuführen“³²⁵. Diese Auffassung wurde vom BGH bestätigt³²⁶.

Worin der Schaden zu sehen war, erörterte das Landgericht München I im Rahmen der in diesem Urteil zuvor geprüften Betrugsstrafbarkeit. Zum einen wurde auf die Möglichkeit eines günstigeren Angebots abgestellt, zum anderen darauf, dass der dem Auftraggeber nach den zugrunde liegenden Vertragsbedingungen zustehende Schadensersatzanspruch durch dessen fehlende Kenntnis von der Absprache vereitelt wurde³²⁷.

c. Stellungnahme und Zwischenergebnis

Was den letzten Gesichtspunkt zur Feststellung eines Schadens anbelangt, so verkennt das LG München I, dass gerade durch die Pflichtverletzung in Form der Herausgabe der Bieterlisten ein Schadensersatzanspruch zugunsten des Auftraggebers und damit ein „Vermögensvorteil“ und kein Vermögensnachteil entstanden ist. Damit besteht zwischen der Pflichtverletzung in Form der Herausgabe der Bieterlisten und dem Vermögensnachteil in Form der Vereite-

³²⁵ LG Mü I, AZ: 6 KLS 566 Js 410048/95, S. 47.

³²⁶ BGH wistra 2000, 61.

³²⁷ LG Mü I, AZ: 6 KLS 566 Js 410048/95, S. 44 ff.

lung eines Schadensersatzanspruchs kein unmittelbarer, kausaler Zusammenhang³²⁸.

Wird bereits in der Herausgabe der Bieterlisten ein Vermögensnachteil in Gestalt einer konkreten Vermögensgefährdung wegen der Möglichkeit eines günstigeren Angebots gesehen, so wird verkannt, dass es hier gerade an der „Konkretheit“ der Vermögensgefährdung fehlt:

Vorliegend bestand in einer Fallkonstellation³²⁹ die Vorgehensweise der beteiligten Personen darin, dass T die Bieterliste an Z weitergab, dieser wiederum übertrug jene weiter an seinen Mitarbeiter X, der schließlich Absprachen zugunsten einer bestimmten Firma durchführen sollte. Erst als diese erfolgreich waren, stand die begünstigte Firma fest, die dann einen Vertrag mit dem jeweiligen Auftraggeber abschloss. Bereits an diesem Verlauf sieht man, dass die Herausgabe der Bieterlisten lediglich die Möglichkeit einer konkreten Vermögensgefährdung eröffnete, während letztere erst durch das deliktische Verhalten der an der Absprache beteiligten Bieter und des daraufhin erfolgten Vertragsschlusses tatsächlich eingetreten ist³³⁰. Will man dem Begriff der konkreten Vermögensgefährdung klarere Konturen verschaffen und diesen auch restriktiv auslegen, so kann man nicht bereits in der Herausgabe von Bieterlisten eine schadensgleiche konkrete Vermögensgefährdung sehen, da man ansonsten jede Art der Vermögensgefährdung und damit auch den Versuchsbereich pönalisieren würde. Dies ist jedoch im vorliegenden Fall nicht nur durch das Landgericht München I, sondern auch durch den bestätigenden Beschluss des 1. Strafsenats des BGH geschehen, so dass damit erneut die versuchte Untreue im Rahmen der Vollendung bestraft wurde.

³²⁸ Ähnlich sieht es auch der BGH im Rahmen des Betrugs. Er stellt fest, dass es sich bei dem Schadensersatzanspruch nur um eine mittelbare Folge der auf das Erlangen des Auftrags gerichteten Tat handelt, BGH wistra 2000, 61, 62.

³²⁹ In diesem vom LG Mü I entschiedenen Fall waren mehrere Untreuestraftaten verschiedener Personen angeklagt.

³³⁰ Zwecks Vermeidung von Wiederholungen wird hinsichtlich der näheren Begründung bezüglich des Vorliegens einer „nur“ abstrakten Vermögensgefährdung im Falle von Submissionsabsprachen auf die ausführliche Analyse in B. I. 2. b. verwiesen.

4. „Schwarze Kassen“ (BGH GA 1956, 154 ff.)

Bei der Bildung so genannter „schwarzer Kassen“ handelt es sich um die Fälle, im Rahmen derer die gem. § 266 StGB in Betracht kommenden Täter die von ihnen zu verwaltenden Gelder unter Missachtung haushaltsrechtlicher Vorschriften (bei staatlichen Geldern) oder firmeninterner Regelungen an eine Sonderkasse abführen, um aus dieser „schwarzen Kasse“ besondere Ausgaben zu finanzieren.

In BGH GA 1956, 154 ff. hatte der Angeklagte, der als Leiter einer Strafanstalt kraft Gesetzes und behördlichen Auftrags die Pflicht hatte, die Vermögensinteressen des Justizfiskus im Bereich der Strafanstaltsverwaltung wahrzunehmen, und dabei an die Haushaltsbestimmungen gebunden war, eine „schwarze Kasse“ aus dem Erlös von Schrottverkäufen gebildet, die er für dienstliche Zwecke benutzte.

Im Mittelpunkt der vorliegenden Untersuchung steht die Frage, ob bereits die Einrichtung einer solchen Sonderkasse unabhängig von ihrem Verwendungszweck eine schadensgleiche konkrete Vermögensgefährdung darstellt.

a. Die Auffassung der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung ist bei der Fallgruppe der Bildung „schwarzer Kassen“ nicht einheitlich.

Während der Erste und Fünfte Strafsenat des BGH darauf abstellten, welche Ausgaben aus der „schwarzen“ Kasse gedeckt werden und einen Vermögensnachteil in Form einer schadensgleichen Vermögensgefährdung nur dann bejahen, wenn die Gelder der Finanzierung haushaltsfremder Ausgaben dienen³³¹, vertraten das Reichsgericht³³² und der Zweite Senat des BGH in zwei Entscheidungen³³³ die Auffassung, dass bereits die Zuführung staatlicher Gelder an eine Sonderkasse als schädigende Vermögensgefährdung anzusehen sei, weil die

³³¹ Zitiert nach LK- Hübner, § 266 Rdn. 98 und Neye, Untreue, S. 74 mit Nachweisen un- veröffentlichter Entscheidungen; auch BGH NSTZ 1984, 549, 550.

³³² U.a.: RGSt 71, 155, 157 ff.

³³³ BGH GA 1956, 121, 122 ff.; BGH GA 1956, 154 ff.

staatlichen Gelder der allgemeinen dienstlichen Aufsicht entzogen werden, der Staat in seiner Verfügungsfreiheit über seine Mittel behindert wird und diese ihm dort fehlen, „wo sie hätten sein sollen“³³⁴. Die spätere Verwendung des Geldes für staatliche Zwecke stelle nur eine Wiedergutmachung des früheren Schadens dar, verhindere allerdings nicht dessen Eintritt³³⁵.

b. Stellungnahme

Der Auffassung des Reichsgerichts und des Zweiten Strafsenats des BGH kann insoweit nicht gefolgt werden.

Bei der Bildung „schwarzer Kassen“ ist zunächst zwischen dem Zeitpunkt, zu dem eine „schwarze Kasse“ eingerichtet wurde, und der späteren Verwendung der Gelder zu unterscheiden³³⁶.

Bei der Beurteilung der Frage, ob bereits die Einrichtung einer „schwarzen Kasse“ eine schadensgleiche konkrete Vermögensgefährdung beinhaltet, gehen gerade in Fallkonstellationen wie diesen, im Rahmen derer der Täter von Anfang an einen unmittelbaren Zugriff auf das zu verwaltende Geld hat und hierbei alleine verantwortlich ist, die „Einschränkungsmodelle“ Schröders, Lenckners und Hefendehls hinsichtlich der konkreten Vermögensgefährdung ins Leere³³⁷; denn hier hat der Täter stets von Beginn an „eine unmittelbare Zugriffsmöglichkeit auf das fremde Vermögen“³³⁸, kann auch ohne weiteres „den Vermögenswert unmittelbar und ohne Schwierigkeiten realisieren“³³⁹. Darüber hinaus stehen in diesen Fallkonstellationen dem Bedrohten im Regelfall keine „Vermeidemacht-

³³⁴ RGSt 71, 155, 157 ff.; BGH GA 1956, 121, 122 ff.; BGH GA 1956, 154 ff.

³³⁵ Dieser Auffassung auch: Tröndle/Fischer, § 266 Rdn. 71, 72.

³³⁶ Neye, S. 74, 75; Riemann, S. 158, 159; Hefendehl, Vermögensgefährdung und Exspektanzen, S. 291.

³³⁷ Dies resultiert daraus, dass die Restriktionsansätze in erster Linie im Hinblick auf die Fälle des Betruges entwickelt wurden und bei den Fallkonstellationen der Untreue übersehen wurde, dass diese im Gegensatz zum Betrug ein Fremdschädigungsdelikt ist, im Rahmen dessen der Täter grundsätzlich einen unmittelbaren Zugriff auf das fremde Vermögen hat.

³³⁸ So Schröders Ansicht zum Vorliegen einer konkreten Vermögensgefährdung, vgl. hierzu bereits im 1. Kapitel, B. IV. 2.

³³⁹ So Lenckners Auffassung zum Vorliegen einer konkreten Vermögensgefährdung, vgl. hierzu bereits im 1. Kapitel, B. IV. 3.

möglichkeiten“ zur Verfügung³⁴⁰, da der Täter selbständig über das Geld verfügt, d.h. keiner weiteren Weisung eines Dritten bedarf.

Allerdings können nicht bereits ein Verstoß gegen haushaltsrechtliche Vorschriften bzw. firmeninterne Regelungen und die Tatsache, dass eine Person einen unmittelbaren Zugriff auf das fremde Vermögen besitzt, einen Vermögensnachteil in Form einer schadensgleichen konkreten Vermögensgefährdung begründen³⁴¹, vielmehr muss dann auch tatsächlich eine konkrete Vermögensgefährdung vorliegen.

Geht man von der Formel des BGH aus, nach welcher eine schadensgleiche konkrete Vermögensgefährdung dann vorliegt, wenn „mit einem Verlust des gefährdeten Wirtschaftsgutes oder anderen wirtschaftlichen Nachteilen ernstlich zu rechnen ist“³⁴², so wird man in der Einrichtung einer „schwarzen Kasse“ noch keine schadensgleiche konkrete Vermögensgefährdung sehen können. Denn dadurch, dass das Geld aus der „schwarzen Kasse“ für dienstliche Zwecke eingesetzt wurde, die ohnehin hätten finanziert werden müssen, kann sich aufgrund der Kompensation von Leistung (Verlust des Geldes) und Gegenleistung (Sachwert der für dienstliche Zwecke angeschafften Güter) kein Vermögensnachteil ergeben³⁴³. Wenn in diesem Fall aber gar kein Vermögensnachteil eintreten kann, darf auch nicht die Gefahr, d.h. die Einrichtung der „schwarzen Kasse“ als Vorstufe eines Schadens, zur Begründung eines Vermögensnachteils herangezogen werden, da eine schadensgleiche konkrete Vermögensgefährdung die Realisierung des Schadens voraussetzt³⁴⁴. Daher kann zum Zeitpunkt der Bildung einer „schwarzen Kasse“ mit dem „Verlust des gefährdeten Wirtschaftsgutes nicht ernstlich gerechnet werden“.

³⁴⁰ So Hefendehls Auffassung zum Vorliegen einer konkreten Vermögensgefährdung, vgl. hierzu bereits im 1. Kapitel, B. IV. 5.

³⁴¹ Im Ergebnis auch: Riemann, Vermögensgefährdung, S. 158/159; Neye, Untreue, S. 74/75.

³⁴² BGHSt 40, 287, 296; BGHSt 21, 112, 113.

³⁴³ Riemann, Vermögensgefährdung, S. 158/159; Neye, Untreue, S. 74/75.

³⁴⁴ Riemann, Vermögensgefährdung, S. 158/159; Neye, Untreue, S. 74/75; Neye NSTZ 1981, 369, 372.

Untermuert werden kann dies durch das Unmittelbarkeitskriterium; denn nicht bereits die Einrichtung einer solchen „schwarzen Kasse“, sondern erst deren Zweckbestimmung kann unmittelbar daran in einen Vermögensnachteil einmünden.

Schließlich spricht gegen eine schadensgleiche konkrete Vermögensgefährdung durch die bloße Bildung einer schwarzen Kasse, dass diese Fallkonstellation nicht anders und strenger beurteilt werden darf als der Fall, wenn der Täter hinsichtlich pflichtwidrig verwandter Gelder jederzeit eigene flüssige Mittel „bereithält“, d.h. „ausgleichsfähig“ ist, und den Ersatz des Geldes so sicherstellen will, also auch „ausgleichswillig“ ist³⁴⁵. Wenn die Rechtsprechung³⁴⁶ in diesem Fall einen Vermögensnachteil verneint, so muss dies erst recht auch für den Fall gelten, dass der Täter die „schwarze“ Kasse entsprechend der Haushaltslage verwenden will (argumentum a fortiori)³⁴⁷.

c. Zwischenergebnis

Damit lässt sich im Ergebnis festhalten, dass die bloße Bildung „schwarzer Kas- sen“ nur eine abstrakte Vermögensgefährdung beinhaltet, die dem Versuchsbe- reich zuzuordnen ist, da das Verwalten des Geldes im Rahmen einer „schwarzen Kasse“ eine Tathandlung beinhaltet, die unmittelbar zu einer Situation führen kann³⁴⁸, die den Eintritt eines Vermögensverlustes ernsthaft erwarten lässt. Von einer konkreten Vermögensgefährdung könnte daher erst dann gesprochen wer- den, wenn sich der Zweck der „schwarzen Kasse“, also die Finanzierung haus- haltsfremder Ausgaben, durch Indizien bzw. Beweise in Form von Zeugenaussagen etc. nachweisen ließe, wenn also feststünde, dass ein sachfrem- der Zweck mit der „schwarzen Kasse“ verfolgt wird, ohne dass es zu einer Aus- gabe des Geldes aus der „schwarzen Kasse“ gekommen ist oder sein muss. Eine tatsächliche Vermögenseinbuße auf Seiten des Vermögensträgers würde wie-

³⁴⁵ Hefendehl, Vermögensgefährdung und Expektanzen, S. 291.

³⁴⁶ BGHSt 15, 342, 344; BGH NStZ 1982, 331 ff.; BGH wistra 1988, 191, 192.

³⁴⁷ LK-Schünemann, § 266 Rdn. 148.

³⁴⁸ Diese Situation wäre im Falle der Festlegung eines zweckwidrigen Gebrauchs der Gelder gegeben.

derum erst dann entstehen, wenn es tatsächlich zur Ausgabe und damit zum Verlust des Geldes gekommen ist.

5. Mangelhafte Dokumentation von Zahlungen (BGHSt 47, 8 ff.)

Ein weiterer problematischer Fall hinsichtlich der Abgrenzung einer Vermögensgefährdung, die noch die typische Situation des Versuchs darstellt, und einer Gefährdung, die einer Vermögensbeschädigung gleichkommt, stellt „die mangelhafte Dokumentation von Zahlungen“ dar, der folgender Sachverhalt zugrunde lag:

Der Angeklagte L, Betreiber eines Umzugsunternehmens, hatte mit Tochtergesellschaften der Firma K Rahmenverträge abgeschlossen. Als ein Beschäftigter der Firma K, der Angeklagte Dr. M, sich bereits im Vorruhestand befand, reaktivierte ihn die Firmenleitung wieder. Um den ungeschmälernten Erhalt seiner sozialversicherungsrechtlichen Ansprüche nicht zu gefährden, wurden die von Dr. M geleisteten Arbeitsstunden im Einverständnis mit einem Vorstandsmitglied der Firma K über den Angeklagten L abgerechnet. Dieser hat überhöhte Rechnungen gestellt und den Mehrbetrag an den Angeklagten Dr. M weitergeleitet.

a. Die Auffassung des Landgerichts Bochum

Das LG Bochum hat die Falschabrechnung als Untreue des Angeklagten Dr. M sowie als Beihilfe zur Untreue durch den Angeklagten L gewertet.

Begründet wurde dies damit, dass der der jeweiligen K-Firma entstandene Nachteil darin zu sehen sei, dass deren Vermögen durch diese Abrechnungspraxis gefährdet worden sei³⁴⁹. Obwohl der Angeklagte Dr. M über seine geleisteten Arbeiten dem Vorstand monatliche Aufstellungen vorgelegt habe, hätten die K-Firmen durch diese unkontrollierbare Art der Abrechnung die Erfüllung der Ansprüche der Angeklagten L und Dr. M nicht nachweisen können³⁵⁰.

³⁴⁹ BGHSt 47, 8, 9.

³⁵⁰ BGHSt 47, 8, 9.

b. Die Auffassung des Bundesgerichtshofs

Der 5. Strafsenat des BGH hob die Verurteilung der Angeklagten Dr. M und L wegen Untreue bzw. Beihilfe zur Untreue auf.

Hierzu führte der BGH aus, dass sich ein Nachteil im Sinne von § 266 I StGB nur dann ergeben könnte, wenn die K-Firmen unberechtigterweise ein zweites Mal auf die Begleichung der Forderungen in Anspruch genommen worden wären und sie den Beweis der Erfüllung aufgrund einer unzureichenden buchhalterischen Erfassung des Zahlungsflusses nicht hätten führen können³⁵¹. Allerdings reiche hierfür eine falsche Buchführung allein nicht aus³⁵². Nach ständiger Rechtsprechung könne in den Fällen unordentlicher Buchführung erst dann ein Nachteil im Sinne des § 266 StGB angenommen werden, wenn durch die fehlerhafte Buchführung die Durchsetzung berechtigter Ansprüche erheblich erschwert oder gar verhindert worden ist³⁵³. Dieser Ansatz müsse sinngemäß auch für die umgekehrte Sachverhaltskonstellation gelten, also für Fälle, in denen die unordentliche Buchführung die Geltendmachung ungerechtfertigter Ansprüche Dritter ermöglicht oder erleichtert³⁵⁴. Allerdings bedürfe es auch hier einer Einschränkung in dem Sinne, dass eine schadensgleiche konkrete Vermögensgefährdung nur dann vorliege, wenn aufgrund der Umstände des Einzelfalles mit einer ungerechtfertigten Doppelinanspruchnahme zu rechnen und aufgrund der unzureichenden Buchhaltung eine wesentliche Erschwerung der Rechtsverteidigung zu besorgen sei³⁵⁵.

Da aber solche Umstände im vorliegenden Fall nicht ersichtlich waren, hat der 5. Strafsenat des BGH die Verurteilung des Angeklagten Dr. M wegen Untreue und die des Angeklagten L wegen Beihilfe zu dieser Untreue aufgehoben.

³⁵¹ BGHSt 47, 8, 10.

³⁵² BGHSt 47, 8, 11.

³⁵³ BGHSt 47, 8, 11.

³⁵⁴ BGHSt 47, 8, 11.

³⁵⁵ BGHSt 47, 8, 11.

c. Stellungnahme

Im Vordergrund der nachfolgenden Untersuchung steht die Begründung des 5. Strafsenats des BGH, also die Frage, ob die Voraussetzungen, die bei einer erheblich erschwerten Durchsetzung berechtigter Ansprüche aufgrund einer unordentlichen Buchführung eine schadensgleiche konkrete Vermögensgefährdung begründen, auch im umgekehrten Fall, in dem die mangelhafte Dokumentation von Zahlungen eine erneute Inanspruchnahme durch den bereits befriedigten Gläubiger ermöglicht, eine solche begründen können.

Wie zuvor dargelegt, hat der 5. Strafsenat des BGH dies bejaht³⁵⁶.

Allerdings verkennt der BGH, dass es zwischen dem Fall der mangelhaften Dokumentation eigener Ansprüche und dem Fall mangelhafter Dokumentation von Zahlungen einen wesentlichen Unterschied gibt. Während im ersten Fall der Berechtigte bereits im Anschluss an eine fehlerhafte Dokumentation ernsthaft gehindert sein kann, seine Ansprüche geltend zu machen, sind in dem hier vorliegenden Fall mangelhafter Dokumentation von Zahlungen weitere Handlungen seitens des bereits befriedigten Gläubigers, nämlich in Form einer erneuten Geltendmachung des Anspruchs, und des Vermögensinhabers durch nochmalige Erfüllung des Anspruchs erforderlich, damit eine effektive Vermögenseinbuße eintreten kann. Ähnlich wie in den Submissionsuntreue-Fällen wird damit durch die mangelhafte Dokumentation von Zahlungen lediglich die eigentliche schadensverursachende Handlung des unberechtigten Gläubigers ermöglicht oder erleichtert³⁵⁷.

Im Zeitpunkt der mangelhaften Dokumentation kann daher weder davon gesprochen werden, dass „eine unmittelbare Zugriffsmöglichkeit auf das betroffene Vermögen“³⁵⁸ besteht, noch, dass die Vermögensgefährdung unmittelbar³⁵⁹ in einen Vermögensnachteil einmünden kann, da es hierfür noch einiger, auch deliktischer Handlungen seitens des bereits befriedigten Gläubigers bedarf. Folg-

³⁵⁶ BGHSt 47, 8, 11.

³⁵⁷ So auch Mosenheuer, NSTZ 2004, 179, 180.

³⁵⁸ Schröder, JZ 1965, 513, 516.

³⁵⁹ U.a.: Riemann, Vermögensgefährdung, S. 126; auch Haft, NJW 1996, 238, der ausdrücklich auf das Unmittelbarkeitskriterium abstellt.

lich konnte auch der Täter durch die unzureichende Buchführung „den fraglichen Vermögenswert noch nicht unmittelbar und ohne Schwierigkeiten realisieren“³⁶⁰, so dass die mangelhafte Dokumentation keine konkrete, sondern nur eine abstrakte Vermögensgefährdung beinhaltet.

Dieser Auffassung folgt im Ergebnis auch Mosenheuer, wobei er diese noch zusätzlich auf ein hypothetisches Argument stützt:

Er legt dar, dass sich der bereits befriedigte Gläubiger, der den Anspruch gegenüber dem Schuldner nochmals geltend macht und dabei die wahre Sachlage verschleiert, wegen Betruges gegenüber dem Schuldner, im Rahmen einer Klage wegen Prozessbetruges gegenüber dem zuständigen Gericht und im Falle des Drohens mit einer Klage gegenüber dem Schuldner wegen Erpressung strafbar machen würde³⁶¹. Wenn weitere Zwischenschritte erforderlich seien, um die Gefahr zu realisieren, und die weiteren Handlungen für sich genommen eine Strafbarkeit aus einem Vermögensdelikt begründen, so könne eine schadensbegründende Vermögensgefährdung nicht vorliegen³⁶². Die mangelhafte Dokumentation der Zahlung stelle vor dem Hintergrund dieses weiteren Geschehens lediglich eine Beihilfe zu diesen Delikten dar³⁶³.

Bei der Bewertung der Strafbarkeit des bereits befriedigten Gläubigers, der den Schuldner nochmals in Anspruch nimmt, übersieht Mosenheuer allerdings, dass sich dieser im Falle einer hier bestehenden Vermögensbetreuungspflicht nicht nur wegen Betruges, sondern auch wegen einer hierzu tateinheitlich begangenen, vollendeten Untreue strafbar machen kann³⁶⁴, während die veranlasste, fehlerhafte Dokumentation von Zahlungen lediglich eine Versuchs- bzw. eine Vorbereitungshandlung hierzu darstellt.

³⁶⁰ Lenckner, JZ 1971, 320, 322.

³⁶¹ Mosenheuer, NSTz 2004, 179, 180.

³⁶² Mosenheuer, NSTz 2004, 179, 181.

³⁶³ Mosenheuer, NSTz 2004, 179, 180.

³⁶⁴ Vgl. zur Problematik der Tateinheit von Untreue und Betrug: BGHSt 8, 254, 260; LK-Hübner § 266 Rdn. 107; Schönke/Schröder/Lenckner/Perron § 266 Rdn. 54.

d. Zwischenergebnis

Damit lässt sich im Falle der mangelhaften Dokumentation von Zahlungen und der daraus resultierenden möglichen Doppelinanspruchnahme seitens des bereits befriedigten Gläubigers als Ergebnis festhalten, dass die Angeklagten zwar zu Recht durch den 5. Strafsenat des BGH vom Vorwurf der Untreue bzw. der Beihilfe zur Untreue freigesprochen worden sind, allerdings die Begründung des BGH, wie die Untersuchung gezeigt hat, falsch war.

Entgegen seiner Auffassung kann sich eine Strafbarkeit wegen Untreue im Falle mangelhafter Dokumentation von Zahlungen auch dann nicht ergeben, wenn aufgrund konkreter Umstände mit einer wiederholten Inanspruchnahme zu rechnen ist; denn dadurch, dass weitere wesentliche Zwischenschritte in Form der erneuten Geltendmachung des Anspruchs und der daraufhin zu erfolgenden Zahlung notwendig waren, um die Gefahr zu realisieren, und die mangelhafte Dokumentation zu diesem Zeitpunkt noch keine unmittelbare Zugriffsmöglichkeit auf das fremde Vermögen bot, lag noch keine schadensgleiche konkrete Vermögensgefährdung vor³⁶⁵. Vielmehr ist die zum Zeitpunkt der mangelhaften Dokumentation erfolgte Vermögensgefährdung als abstrakt anzusehen, so dass die Annahme eines Schadens bereits zu einem so frühen Zeitpunkt eine „system- und gesetzeswidrige Aufwertung“ einer Vorbereitung- oder Versuchshandlung zu einem Vollendungsunrecht beinhaltet³⁶⁶.

Ob die mangelhafte Dokumentation dem Vorbereitungs- oder eher dem Versuchsstadium zuzuordnen ist, hängt von der Tätervorstellung hinsichtlich der konkreten Situation des Falles ab.

Wird nach dem Gesamtplan des Täters aufgrund der mangelhaften Dokumentation *unmittelbar* mit einer nochmaligen Inanspruchnahme desjenigen zu rechnen sein, der den Täter bereits befriedigt hat, und ein entsprechender Vorsatz des Täters nachgewiesen werden können, so liegt eine Tathandlung vor, die dem Versuchsbereich zuzuordnen ist. Da dies vorliegend nicht der Fall war³⁶⁷, stellte

³⁶⁵ Mosenheuer, NStZ 2004, 179, 181.

³⁶⁶ Mosenheuer, NStZ 2004, 179, 181.

³⁶⁷ So im Ergebnis auch der BGH 47, 8, 11.

die mangelhafte Dokumentation der Zahlungen eine reine Vorbereitungshandlung dar. Die - hier nicht erfolgte - Inanspruchnahme des Dritten wiederum stellt erst eine schadensgleiche konkrete Vermögensgefährdung dar, während die erneute Zahlung seitens des Vermögensträgers die endgültige Vermögenseinbuße beinhaltet.

Insgesamt lässt sich also erneut feststellen, dass die Argumentation des BGH die Bestrafung von Versuchs- und sogar Vorbereitungshandlungen im Rahmen der vollendeten Untreue ermöglicht.

6. Vorschriftswidrige Herstellung von Wein (BGH 2 Str 305/79 vom 03.08.1979)

Ein weiterer, problematischer Fall hinsichtlich des Vorliegens einer schadensgleichen konkreten Vermögensgefährdung und der damit in Verbindung stehenden Umgehung der fehlenden Versuchsstrafbarkeit der Untreue ist die vorschriftswidrige Herstellung von Wein. Diesem lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Angeklagte verfälschte als Kellermeister verschiedene Qualitätsweine, indem er ihnen Glycerin und/oder Glukose zusetzte. Diese Erzeugnisse brachte er mindestens zum Teil mit höheren Qualitätsbezeichnungen, als sie den Ursprungserzeugnissen zustanden, in den Verkehr.

a. Die Auffassung des Landgerichts Mainz

Die Strafkammer des LG Mainz verurteilte den Angeklagten u.a. wegen Betruges, nicht dagegen wegen Untreue. Sie vertrat die Auffassung, dass der Angeklagte mit seinem Verhalten der Kellerei keinen Nachteil zufügen wollte, vielmehr die Absicht hatte, die Einnahmen der Kellerei zu erhöhen und den jährlichen Umsatz zu steigern³⁶⁸.

³⁶⁸ BGH 2 Str 305/79, S. 5.

b. Die Auffassung des Bundesgerichtshofs

Im Einklang mit der Ansicht der Staatsanwaltschaft widersprach der 2. Strafsenat des BGH der Auffassung des Landgerichts Mainz mit folgender Begründung³⁶⁹:

Ein Nachteil im Sinne des § 266 StGB könne hier nicht schon deshalb verneint werden, weil die Kellerei beim Verkauf der Erzeugnisse keinen geringeren Preis erzielte, als dies bei einwandfreien Weinen der Fall gewesen wäre. Der Nachteil, den der Angeklagte der Kellerei zufügte, läge vielmehr darin, dass die von ihm behandelten Weine zu vorschriftswidrigen Erzeugnissen (§ 52 WeinG) wurden, die jederzeit anlässlich einer Kontrolle beanstandet werden konnten und dann mit dem entsprechenden Verlust für die Kellerei überhaupt nicht mehr verwendet oder verwertet werden durften (vgl. § 54 WeinG). Diese Gefahr wäre nach den Einwirkungen des Angeklagten auf die Erzeugnisse ständig vorhanden gewesen.

c. Stellungnahme

Der Ansicht des BGH sowie der Staatsanwaltschaft kann insoweit nicht zugestimmt werden. Stellen diese darauf ab, dass bereits in der pflichtwidrig fehlerhaften Herstellung von Wein, die das Risiko einer Beanstandung und damit den Verlust des Weines mangels Verkäuflichkeit nach sich zieht, ein Nachteil im Sinne einer schadensgleichen konkreten Vermögensgefährdung zu sehen ist, da die Gefahr einer Kontrolle ständig vorhanden war, so wird verkannt, dass die Möglichkeit einer Kontrolle des Weins und der daraus resultierenden Nichtverkäuflichkeit einzig eine abstrakte Gefahr begründet, die lediglich nur eine versuchte, de lege lata straflose Untreue nach sich zieht; denn eine solche Gefahr kann nach Ansicht des BGH nur dann einen Nachteil in Form einer schadensgleichen konkreten Vermögensgefährdung beinhalten, wenn mit dem Verlust des Weines aufgrund der Kontrolle ernsthaft zu rechnen war. Das wiederum setzt voraus, dass es Anhaltspunkte hätte geben müssen, die eine solche Kontrolle befürchten ließen.

³⁶⁹ BGH 2 Str 305/79, S. 6.

Solche Anzeichen wären beispielsweise dann gegeben, wenn der Wein der Kellerei regelmäßig kontrolliert worden wäre und daher damit „ernsthaft“ zu rechnen gewesen wäre, dass auch der fehlerhafte Wein entdeckt werden würde. Allerdings ist dies vorliegend nicht der Fall gewesen, vielmehr hatte der Angeklagte vier Jahre lang unbehelligt einen fehlerhaften Wein in den Verkehr gebracht, ohne dass dieser kontrolliert worden ist. Hierfür spricht auch die Formulierung des BGH, nach welcher der Wein anlässlich einer Kontrolle hätte beanstandet werden *können* und diese Gefahr ständig vorhanden gewesen sei³⁷⁰. Daraus ergibt sich, dass eine tatsächliche Beanstandung in den ganzen Jahren nie erfolgt ist.

Da also weder im Zeitpunkt der Herstellung noch im Zeitpunkt des Inverkehrbringens des Weins Anhaltspunkte vorhanden waren, die eine Kontrolle befürchten ließen, hätte der BGH im vorliegenden Fall nur eine abstrakte Vermögensgefährdung und damit allenfalls eine versuchte - straflose - Untreue annehmen dürfen, sofern ein entsprechender Vorsatz nachweisbar war.

d. Zwischenergebnis

Auch diese Entscheidung verdeutlicht erneut, welche Abgrenzungsschwierigkeiten die Rechtsprechung bei der Rechtsfigur der schadensgleichen konkreten Vermögensgefährdung hat und welche Konsequenzen dies für den Straftatbestand der Untreue nach sich zieht. Durch diese extensive Ausdehnung des Begriffs der schadensgleichen konkreten Vermögensgefährdung wird im Ergebnis die *de lege lata* straflose, versuchte Untreue bestraft.

7. Ergebnis der Fallanalyse

Insgesamt hat die Fallanalyse gezeigt, dass in allen untersuchten Fällen zwar strafwürdige Verhaltensweisen der Täter zu erkennen waren, diese allerdings nur den Tatbestand einer abstrakten, nicht den einer konkreten Vermögensgefährdung erfüllt haben, folglich auch nicht im Rahmen der Vollendung hätten bestraft werden dürfen, da diese Verhaltensweisen grundsätzlich dem Versuchs-

³⁷⁰ BGH 2 Str 305/79, S. 6.

bereich zuzuordnen sind. Durch eine extrem weite³⁷¹ und letztlich auch unrichtige Auslegung des Begriffs der schadensgleichen konkreten Vermögensgefährdung bestraft die Rechtsprechung die strafwürdigen Handlungen der Täter - letztlich wohl aus kriminalpolitischen Gesichtspunkten heraus und mangels vorhandener Versuchsstrafbarkeit - dennoch wegen vollendeter Untreue.

II. Subjektivierung objektiver Tatbestandsmerkmale

Neben der in der Untreuerechtsprechung deutlich sichtbaren Tendenz einer Qualifizierung abstrakter Gefährdungssituationen als schadensgleiche konkrete Vermögensgefährdungen und damit einer Pönalisierung des Versuchs im Rahmen der Vollendung der Untreue findet sich in der neueren Untreuejudikatur als zweite Form einer gesetzeswidrigen Versuchspönalisierung die so genannte Subjektivierung objektiver Tatbestandsmerkmale³⁷². Dabei bedient sich die Rechtsprechung im Rahmen eines vollendeten Delikts einer Vorgehensweise, die für das Vorliegen des objektiven Tatbestandes des Versuchs typisch ist³⁷³.

Die Subjektivierung objektiver Tatbestandsmerkmale beinhaltet die Problematik der Vermengung objektiver und subjektiver Tatbestandsmerkmale³⁷⁴. Hierbei wird von Seiten der Rechtsprechung versucht, vom subjektiven Tatbestand heraus Rückschlüsse auf das Vorliegen des objektiven Tatbestandes zu ziehen, obwohl im Rahmen eines vollendeten Deliktes „objektive Tatbestandsmerkmale durch objektive Tatsachen erfüllt werden müssen“, während „Subjektiva Gegenstand des subjektiven Tatbestandes und der Schuldebene sind“³⁷⁵.

Als Beispiel, das wegen seines Sachzusammenhangs einschlägig ist, ist die Subjektivierung des Schadensbegriffs im Rahmen des § 263 StGB durch die Recht-

³⁷¹ So auch: SK-Samson/Günther § 266 Rdn. 45; Matt/Saliger, Irrwege der Strafgesetzgebung, S. 230 ff.; Weber in FS-Dreher, S. 559 ff.

³⁷² Matt/Saliger, Irrwege der Strafgesetzgebung, 217, 237 ff.; Saliger, ZStW 2000 (112. Band), 563, 565 ff.; auch Riemann erwähnt dies unter „Subjektivierung des Schadensbegriffs“, Vermögensgefährdung, S. 65 ff.

³⁷³ Matt/Saliger, Irrwege der Strafgesetzgebung, 217, 237.

³⁷⁴ Matt/Saliger, Irrwege der Strafgesetzgebung, 217, 237.

³⁷⁵ Matt/Saliger, Irrwege der Strafgesetzgebung, 211, 237; Saliger, ZStW 2000 (112. Band), 563, 572.

sprechung zu nennen³⁷⁶. Wenn der BGH für die Vollendung des Eingehungsbeitrages zum Teil genügen lässt, dass der Täter die böse Absicht hatte, seine vertraglichen Pflichten nicht zu erfüllen³⁷⁷, dann besteht der Schaden des Opfers allein in der Absicht des Täters, künftig vermögensmindernd auf das Vermögen des Getäuschten einzuwirken³⁷⁸.

Dagegen ist diese Überlagerung von objektiven und subjektiven Merkmalen im Rahmen des objektiven Tatbestandes des Versuchs allgemein anerkannt. Den objektiven Tatbestand des Versuchs bildet das unmittelbare Ansetzen zur Verwirklichung des Tatbestandes, bei dessen Prüfung und Bestimmung die h.M. der so genannten „gemischt subjektiv-objektiven Theorie“ folgt³⁷⁹, die „von der Vorstellung des Täters und der Unmittelbarkeit des Angriffs auf das geschützte Tatobjekt ausgehend subjektive und objektive Kriterien kombiniert“³⁸⁰. Dies wiederum entspricht dem Wortlaut des § 22 StGB, nach welchem „eine Straftat versucht, wer nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt“. Zentraler Anknüpfungspunkt des unmittelbaren Ansetzens ist das Vorstellungsbild des Täters, ohne dass eine tatsächliche, konkrete Gefährdung des geschützten Rechtsgutes für das Vorliegen des objektiven Tatbestandes des Versuchs erforderlich wäre³⁸¹.

Im Rahmen der nachfolgenden Untersuchung wird anhand der Entscheidung BGH NJW 1997, 66 ff. gezeigt, dass das für die Bejahung des objektiven Tatbestandes des Versuchs erforderliche Vorstellungsbild des Täters von Seiten des BGH dazu verwendet wird, die Vollendung einer Untreue zu beweisen und damit auch zu begründen.

³⁷⁶ Riemann, Vermögensgefährdung, S. 65 ff.

³⁷⁷ BGH NJW 1953, 836.

³⁷⁸ Riemann, Vermögensgefährdung, S. 65 ff.

³⁷⁹ Vgl. hierzu bereits im 2. Kapitel, A. IV. 2.

³⁸⁰ Wessels/Beulke, Strafrecht AT, Rdn. 599; Joecks, § 22 Rdn. 13 ff.; Otto AT § 18 Rdn. 28 ff.

³⁸¹ Wessels/Beulke, Strafrecht AT, Rdn. 601; Joecks, § 22 Rdn. 23; Otto AT § 18 Rdn. 28 ff.

1. GmbH-Untreue-Fall (BGH NJW 1997, 66 ff.)

Der Entscheidung des 3. Strafsenats des BGH vom 10.7.1996 lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Angeklagte gründete am 28.11.1991 gemeinsam mit seiner Ehefrau und dem Zeugen P eine GmbH (Abk.: WUV-GmbH), die als Holding-Gesellschaft tätig werden sollte. Vom Stammkapital in Höhe von 100.000 DM hielt der Angeklagte neben seiner Ehefrau und P, dem ein Anteil von 15 % geschenkt wurde, 42,5 % des Stammkapitals, wobei er ab dem 7.5.1992 alleiniger Geschäftsführer der WUV-GmbH wurde. Am Tag der Gründung der WUV-GmbH kaufte diese von der Treuhand die S-GmbH zum Preis von 13,5 Millionen DM und wurde damit deren Alleingesellschafterin. Der Kaufpreis wurde in vollem Umfang durch Bankkredit finanziert. In der Folgezeit nutzte der Angeklagte seine dominierende Stellung als Geschäftsführer der WUV-GmbH auch innerhalb der S-GmbH dergestalt aus, dass er nicht nur dem Geschäftsführer der S-GmbH in allen wesentlichen Firmenangelegenheiten teilweise bis ins kleinste Detail gehende Anweisungen erteilte, sondern auch selbst in erheblichem Umfang die Vermögensangelegenheiten der S-GmbH wahrnahm. Anfang 1994 geriet die S-GmbH in Konkurs, nachdem der Angeklagte u.a. fünf ihm bzw. seiner Ehefrau gehörende Unternehmen zu einem um insgesamt 1,735 Millionen DM überhöhten Preis an die S-GmbH verkauft hatte, wobei diese Tathandlungen die Krisensituation nicht herbeigeführt, sondern lediglich vertieft haben.

Während das LG Chemnitz den Angeklagten wegen Untreue verurteilt hatte, hob der 3. Strafsenat des BGH das Urteil auf, mit der Begründung, dass die objektiven und subjektiven Feststellungen zum Wert der fünf gekauften Unternehmen rechtsfehlerhaft seien³⁸². Im Anschluss daran erteilte der Senat für das weitere Verfahren einige Hinweise³⁸³, wobei für die vorliegende Fragestellung nur die am Ende des Urteils zu findende Passage von Bedeutung ist³⁸⁴:

³⁸² BGH NJW 1996, 67.

³⁸³ BGH NJW 1996, 68 ff.

³⁸⁴ BGH NJW 1996, 69.

In dieser heißt es, dass „schließlich zu prüfen sein wird, ob das Gesamtverhalten des Angeklagten von der Tendenz geprägt war, die S-GmbH durch häufige Kapitalausschüttungen „auszuhöhlen“. Die verfahrensgegenständliche Tathandlung müsste dann nicht isoliert auf ihre Auswirkungen auf die GmbH hin untersucht werden, sondern wäre schon als Teil des von einer „Aushöhlungsabsicht“ getragenen Gesamtverhaltens rechtsmissbräuchlich“³⁸⁵.

2. Stellungnahme

An dieser Formulierung des BGH ist die unter II. dargelegte Subjektivierung objektiver Tatbestandsmerkmale - allerdings im Rahmen der Begründung einer vollendeten Untreue - deutlich erkennbar. Denn dadurch, dass im Falle des Vorliegens einer Aushöhlungsabsicht auf die Rechtsmissbräuchlichkeit des Gesamtverhaltens geschlossen werden soll, wird ein Abhängigkeitsverhältnis des objektiven Tatbestandes vom subjektiven begründet³⁸⁶. Darüber hinaus erfasst die Subjektivierung nicht nur ein objektives Tatbestandsmerkmal, sondern den gesamten objektiven Untreuetatbestand, d.h. sowohl die Untreuehandlung, in diesem Fall das pflichtverletzende Gesamtverhalten, als auch den Untreueerfolg, hier die Auswirkungen auf die S-GmbH³⁸⁷. Beide Gesichtspunkte sind wiederum typisch für das Vorliegen des objektiven Tatbestandes des Versuchs³⁸⁸, da im Rahmen dessen das Vorstellungsbild des Täters oft ein Indiz für die Begründung des objektiven Tatbestandes ist³⁸⁹.

Mit der Subjektivierung des objektiven Tatbestandes und dem daraus resultierenden Rückschluss auf ein rechtsmissbräuchliches Verhalten des Täters verfolgte der BGH das Ziel, den vermeintlich schwerer beweisbaren Kausalzusammenhang zwischen konkreter Tathandlung und dem Eintritt des Vermögensnachteils durch die vermeintlich leichter nachweisbare subjektive Gesamtverhaltenstendenz des Täters zu ersetzen³⁹⁰. Hierbei wird jedoch ver-

³⁸⁵ BGH NJW 1996, 69.

³⁸⁶ Saliger, ZStW (112. Band) 2000, 563, 567.

³⁸⁷ Saliger, ZStW (112. Band) 2000, 563, 568.

³⁸⁸ Matt/Saliger, Irrwege der Strafgesetzgebung, 217, 237.

³⁸⁹ Wessels/Beulke, AT, Rdn. 601.

³⁹⁰ Saliger, ZStW (112. Band) 2000, 563, 571.

kannt, dass objektive Tatbestandsmerkmale primär durch objektive Tatsachen nachgewiesen werden müssen³⁹¹.

Wenn ein Kausalzusammenhang daher nicht durch objektive Tatsachen nachgewiesen werden kann, dann muss mangels Vorliegens aller objektiven Tatbestandsmerkmale wegen Versuchs bestraft werden. Ist allerdings eine Versuchsstrafbarkeit für das in Frage stehende Delikt, in diesem Fall die Untreue, nicht vorgesehen, dann muss das Gericht konsequenterweise den Täter mangels Nachweisbarkeit des Kausalzusammenhangs freisprechen.

III. Ergebnis

Als Ergebnis lässt sich damit Folgendes festhalten:

In der Rechtsprechung zeichnet sich bei der Untreue die Tendenz ab, dass Verhaltensweisen von Tätern, die zwar als strafwürdig einzustufen sind, allerdings „nur“ abstrakte Vermögensgefährdungen beinhalten, im Rahmen der Vollen- dung bestraft werden, obwohl sie dem Versuchsbereich zuzuordnen sind und damit konsequenterweise mangels - de lege lata - vorhandener Versuchsstraf- barkeit straflos bleiben müssten.

Die fehlende Versuchsstrafbarkeit wird durch eine extensive, wenn auch zu weitgehende Auslegung der schadensgleichen konkreten Vermögensgefährdung überbrückt³⁹².

Des Weiteren werden, was anhand eines Falles zur GmbH-Untreue aufgezeigt wurde, Beweisschwierigkeiten im Rahmen des objektiven Tatbestandes durch die Subjektivierung objektiver Tatbestandsmerkmale überwunden, was ebenfalls ein typisches Merkmal für das Vorliegen des objektiven Tatbestandes des Ver- suchs ist.

Daraus resultiert, dass sich die Rechtsprechung, insbesondere in Fällen der schadensgleichen konkreten Vermögensgefährdung, Argumentationsmuster be-

³⁹¹ Saliger, ZStW (112. Band) 2000, 563, 572; Matt/Saliger, Irrwege der Strafgesetzgebung, 217, 237.

³⁹² So im Ergebnis auch Günther in FS-Weber, 311, 317.

dient, die letztlich „nur“ eine Versuchsstrafbarkeit begründen können, und durch eine Bestrafung des Täters aus vollendeter Untreue versucht, aus kriminalpolitischen Erwägungen heraus die Lücken im Rahmen des Untreuetatbestandes zu schließen, die durch die fehlende Versuchsstrafbarkeit der Untreue entstehen³⁹³.

C. Rechtsfolgen

Im Nachfolgenden wird untersucht, welche Konsequenzen und Schlussfolgerungen die von der Rechtsprechung praktizierte Bestrafung des Untreueversuchs im Rahmen der Vollendung nach sich zieht, insbesondere ob diese Vorgehensweise der Rechtsprechung im Hinblick auf den Begriff des Vermögensnachteils nicht einen Verstoß gegen Art. 103 II GG, 1 StGB beinhaltet.

I. Sinn und Zweck von Art. 103 II GG, § 1 StGB

Gem. § 1 StGB „kann eine Tat nur dann bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begonnen wurde“. Damit wird in § 1 StGB das in Art. 103 II GG festgeschriebene Gesetzlichkeitsprinzip wiederholt, das ein Bestandteil des in Art. 20 III GG enthaltenen Rechtsstaatsprinzips ist und die Rechtsstaatlichkeit der Strafrechtspflege garantieren soll (Garantiefunktion des Strafgesetzes)³⁹⁴.

Art. 103 II GG und § 1 StGB postulieren die auf Paul Johann Anselm von Feuerbach zurückgehende Formel „nullum crimen, nulla poena sine lege“ und beinhalten somit ein grundsätzliches, das gesamte Strafrecht beherrschendes Prinzip³⁹⁵.

Die Verfassungsgarantie des Art. 103 II GG dient dabei einem doppelten Zweck³⁹⁶:

³⁹³ Ähnlich auch Dierlamm, NSTZ 1997, 534, 535, der „eine Versuchsstrafbarkeit durch die Hintertür“ andeutet.

³⁹⁴ MüKo-Schmitz § 1 Rdn. 8; Gropp, AT, § 2 Rdn. 1; Umbach/Clemens, Art. 103 Rdn. 113.

³⁹⁵ Von Münch/Kunig, Art. 103 Rdn. 16; Gropp, AT, § 2 Rdn. 1; MüKo-Schmitz, § 1 Rdn. 1.

³⁹⁶ BVerfGE 71, 108, 114; BVerfG NJW 1995, 2776, 2777.

Zum einen soll Art. 103 II GG gewährleisten, dass jedermann vorhersehen kann, welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist³⁹⁷, d.h. dem Bürger soll die Grenze des straffreien Raumes klar vor Augen geführt werden, damit er sein Verhalten daran orientieren kann („Voraussehbarkeit“)³⁹⁸. Zum anderen soll Art. 103 II GG sicherstellen, dass nur der Gesetzgeber über die Strafe entscheidet³⁹⁹. Insoweit enthält Art. 103 II GG einen strengen Gesetzesvorbehalt, der es der vollziehenden und der rechtsprechenden Gewalt verwehrt, selbstständig über die Voraussetzungen einer Bestrafung zu entscheiden („Gesetzesvorbehalt“)⁴⁰⁰.

Daraus resultiert, dass einerseits kein Verbrechen als solches bestraft werden kann, wenn es nicht zuvor gesetzlich als Verbrechen (= Straftat nach heutigem gesetzlichen Sprachgebrauch) bezeichnet worden ist („nullum crimen sine lege“), andererseits es keine Strafe geben kann, wenn sie als solche nicht zuvor im Gesetz (hinreichend) bestimmt war („nulla poena sine lege“)⁴⁰¹.

„Dass auf diese Weise gelegentlich ein besonders raffiniertes, sozialschädliches und deshalb strafwürdiges Verhalten straflos bleibt, ist der Preis, den der Gesetzgeber für Willkürfreiheit und Rechtssicherheit (d.h. die Berechenbarkeit des Einsatzes staatlicher Strafgewalt) zahlen muss“⁴⁰².

II. Auswirkungen des Gesetzlichkeitsprinzips

Aus dem Gesetzlichkeitsprinzip ergeben sich vier in Verboten sich niederschlagende Auswirkungen⁴⁰³, von denen sich die ersten beiden in erster Linie an den Gesetzgeber, die letzten beiden an den Richter wenden⁴⁰⁴:

³⁹⁷ BVerfGE 25, 269, 285; Jarass/Pieroth, Art. 103 Rdn. 43.

³⁹⁸ BVerfGE 32, 346, 362; von Mangoldt/Klein/Starck/Nolte, Art. 103 Rdn. 102; Maurach/Zipf, AT I, § 10 Rdn. 9.

³⁹⁹ BVerfGE 71, 108, 114.

⁴⁰⁰ Umbach/Clemens, Art. 103 Rdn. 114; BVerfG NJW 1995, 2776, 2777.

⁴⁰¹ Von Münch/Kunig, Art. 103 Rdn. 16, 18.

⁴⁰² Roxin, AT I, § 5 Rdn. 3.

⁴⁰³ MüKo-Schmitz, § 1 Rdn. 23; Gropp, AT, § 2 Rdn. 7 ff.

⁴⁰⁴ Von Mangoldt/Klein/Starck/Nolte, Art. 103 Rdn. 97, 104; Roxin, AT I, § 5 Rdn. 7.

Das Rückwirkungsverbot, das Verbot unbestimmter Strafgesetze, das Verbot strafbegründenden und strafschärfenden Gewohnheitsrechts und das Analogieverbot.

1. Rückwirkungsverbot – nulla poena sine lege praevia

Das Rückwirkungsverbot - nulla poena sine lege praevia - ergibt sich aus Art. 103 II GG, § 1 StGB sowie hinsichtlich der Strafe auch aus § 2 I StGB⁴⁰⁵ und ist die älteste und schärfste Gewährleistung des Art. 103 II GG⁴⁰⁶.

Es beinhaltet zum einen das Gebot an den Gesetzgeber, weder ein in der Vergangenheit liegendes Verhalten nachträglich neu mit Strafe zu bedrohen noch eine bestehende Strafdrohung zu verschärfen⁴⁰⁷, zum anderen aber auch das Verbot an den Strafrichter, eine Strafnorm nicht rückwirkend anzuwenden⁴⁰⁸. Dabei gilt das Rückwirkungsverbot nur zu Lasten des Täters, während eine rückwirkende Rechtsanwendung zugunsten des Täters zulässig ist⁴⁰⁹.

Was den Schutzbereich des Rückwirkungsverbots anbelangt, so erfasst es nicht nur das gesamte materielle Strafrecht, sondern auch alle Sanktionen, die belastend sind und handlungsorientierend sein können⁴¹⁰.

2. Bestimmtheitsgebot – nulla poena sine lege certa

Das Bestimmtheitsgebot verpflichtet den Gesetzgeber, Straftatbestände in einer Art und Weise zu formulieren, dass es den Adressaten, an die sich die Strafnormen richten, möglich ist, das verbotene Verhalten eindeutig zu erkennen, und sie damit auch in der Lage sind, ihr Verhalten danach einzurichten⁴¹¹. Dieses Be-

⁴⁰⁵ Roxin, AT I, § 5 Rdn. 51.

⁴⁰⁶ Von Mangoldt/Klein/Starck/Nolte, Art. 103 Rdn. 117.

⁴⁰⁷ BVerfGE 25, 269, 286; 81, 132, 135.

⁴⁰⁸ Dreier/Schulze-Fielitz, Art. 103 Rdn. 42; Jarass/Pieroth, Art. 103 Rdn. 52.

⁴⁰⁹ MüKo-Schmitz § 1 Rdn. 29; Roxin, AT I, § 5 Rdn. 62.

⁴¹⁰ Von Mangoldt/Klein/Starck/Nolte, Art. 103 Rdn. 119.

⁴¹¹ Jarass/Pieroth, Art. 103 Rdn. 48; MüKo-Schmitz § 1 Rdn. 39.

stimmtheitsgebot gilt sowohl für die Voraussetzungen des verbotenen Verhaltens als auch für die Sanktionsandrohung⁴¹².

Da Strafgesetze als abstrakt-generelle Normen die Strafbarkeit eines Handelns nicht für den Einzelfall bestimmen können, ist es zulässig, wenn der Gesetzgeber unbestimmte, wertausfüllungsbedürftige Begriffe und Generalklauseln verwendet⁴¹³, sofern er „die Voraussetzungen der Strafbarkeit so konkret umschreibt, dass sich Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände aus dem Wortlaut ergeben oder jedenfalls durch Auslegung ermitteln lassen“⁴¹⁴.

3. Verbot von Gewohnheitsrecht – nulla poena sine lege scripta

Unter Gewohnheitsrecht versteht man einen auf Grund einer gleichmäßigen, länger andauernden Übung entstandenen Rechtssatz, der von den Beteiligten als verbindlich angesehen wird und daher allgemeine Anerkennung genießt⁴¹⁵.

Das Erfordernis einer lex scripta beinhaltet dabei die Vorgabe, dass die Strafbarkeit eines Verhaltens nur nach positivem Recht und nicht nach Gewohnheitsrecht beurteilt werden darf⁴¹⁶. Damit ist ein strafbegründendes und strafschärfendes Gewohnheitsrecht zu Lasten des Täters ausgeschlossen und die Bindung des Strafrichters an das Gesetz gewährleistet⁴¹⁷. Dass einige Bereiche der allgemeinen Strafrechtslehren von Seiten des Gesetzgebers offengelassen und der Entscheidung der Rechtsprechung überlassen werden, verstößt nicht gegen das Verbot strafbegründenden oder strafschärfenden Gewohnheitsrechts, da es sich hier nur um ein Auslegungsergebnis, nicht dagegen um Gewohnheitsrecht handelt⁴¹⁸.

⁴¹² Roxin, AT I, § 5 Rdn. 80; Schönke/Schröder/Eser § 1 Rdn. 23.

⁴¹³ BVerfGE 66, 337, 355; 92, 1, 12; Jarass/Pieroth, Art. 103 Rdn. 48.

⁴¹⁴ Von Mangoldt/Klein/Starck/Nolte, Art. 103 Rdn. 139; BVerfGE 92, 1, 12.

⁴¹⁵ SK-Rudolphi, § 1 Rdn. 17; MüKo-Schmitz § 1 Rdn. 24; Tröndle/Fischer § 1 Rdn. 9.

⁴¹⁶ MüKo-Schmitz § 1 Rdn. 24.

⁴¹⁷ Von Mangoldt/Klein/Starck/Nolte, Art. 103 Rdn. 136; Tröndle/Fischer § 1 Rdn. 9.

⁴¹⁸ Roxin, AT I, § 5 Rdn. 47; Lackner/Kühl § 1 Rdn. 3; Gropp AT § 2 Rdn. 8.

4. Analogieverbot – nulla poena sine lege stricta

Während das Bestimmtheitsgebot an den Gesetzgeber gerichtet ist⁴¹⁹, ist Adressat des Analogieverbotes der Richter⁴²⁰, der an das entsprechend formulierte Gesetz gebunden ist und somit das Bestimmtheitsgebot im Rahmen der Rechtspraxis zu beachten hat⁴²¹.

Aus Art. 103 II GG, § 1 StGB folgt, dass die Analogie - zu Lasten des Täters - als Mittel der Neuschöpfung und Ausdehnung von Strafvorschriften sowie der Verschärfung von Strafen und sichernden Maßregeln verboten ist⁴²². Der innere Grund des Analogieverbotes liegt ebenfalls darin, dass die Beurteilung der Strafwürdigkeit einer Zuwiderhandlung allein dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben soll⁴²³. Dabei hat das BVerfG in seiner neueren Rechtsprechung⁴²⁴ das Analogieverbot aus dem auch auf Art. 103 II GG, § 1 StGB basierenden Bestimmtheitsgrundsatz hergeleitet, der im Rahmen der Auslegung eines Strafgesetzes zu berücksichtigen ist, während das Analogieverbot dessen Anwendung betrifft⁴²⁵.

Der Begriff der Analogie ist hierbei nicht im engen technischen Sinne zu verstehen; ausgeschlossen ist vielmehr jede den Täter belastende⁴²⁶ Rechtsanwendung, die über den Inhalt einer gesetzlichen Sanktionsnorm und ihre mögliche Auslegung hinausgeht⁴²⁷. Bei der Auslegung eines Tatbestandsmerkmals ist der Gesetzestext selbst das maßgebende Kriterium. Der mögliche Wortsinn des Gesetzes markiert die äußerste Grenze zulässiger richterlicher Interpretation⁴²⁸.

⁴¹⁹ Gropp, AT, § 2 Rdn. 28; von Mangoldt/Klein/Starck/Nolte, Art. 103 Rdn. 104.

⁴²⁰ Roxin, AT I, § 5 Rdn. 7; MüKo-Schmitz, § 1 Rdn. 55.

⁴²¹ MüKo-Schmitz, § 1 Rdn. 55; von Mangoldt/Klein/Starck/Nolte, Art. 103 Rdn. 155.

⁴²² BVerfGE 71, 108, 114 ff.; LK-Gribbohm, § 1 Rdn. 73; MüKo-Schmitz, § 1 Rdn. 55.

⁴²³ Jeschek/Weigand, AT, § 15 III 2a.

⁴²⁴ BVerfGE 92, 1, 12.

⁴²⁵ Umbach/Clemens, Art. 103 Rdn. 134.

⁴²⁶ Gropp, AT, § 2 Rdn. 9.

⁴²⁷ BVerfGE 71, 108, 115; 73, 206, 234; 92, 1, 12.

⁴²⁸ BVerfGE, 71, 108, 115; 92, 1, 12.

Aus diesem Grund müssen die Gerichte zum Freispruch gelangen, wenn ein Verhalten von dem Wortlaut einer Strafnorm nicht erfasst ist⁴²⁹ oder die Auslegung eine Lücke ergibt⁴³⁰. Sollten besonders gelagerte Einzelfälle aus dem Anwendungsbereich einer Strafnorm herausfallen, obwohl sie in ähnlicher Weise strafwürdig erscheinen, scheidet eine Strafbarkeit aus. Dies hat das BVerfG ausdrücklich damit begründet, dass sich der Gesetzgeber beim Wort nehmen lassen muss⁴³¹. Es sei Sache des Gesetzgebers, ob er die sich aus einer möglichen Strafbarkeitslücke ergebende Lage bestehen lassen oder eine neue Regelung schaffen will⁴³². Insoweit sei es den Gerichten wegen des Gewaltenteilungsprinzips nicht gestattet, die Gesetzesnorm zu korrigieren bzw. einer neuen Entscheidung des Gesetzgebers vorzugreifen⁴³³.

III. Verstoß gegen das Analogieverbot ?

Nach den vorherigen Ausführungen zu den Auswirkungen des Gesetzlichkeitsprinzips kann die in der Fallanalyse aufgezeigte Vorgehensweise der Rechtsprechung einen Verstoß gegen Art. 103 II GG, 1 StGB nur im Hinblick auf das Analogieverbot beinhalten, zumal der vom Gesetzgeber gewählte Begriff des (Vermögens-) Nachteils eines der wenigen Tatbestandsmerkmale der Untreue ist, das nach dem Gesetzeswortlaut und aufgrund seines Erfolgsunwertes einigermaßen klare Konturen aufweist und damit auch dem Bestimmtheitsgebot gerecht wird⁴³⁴.

Im Nachfolgenden ist daher zu prüfen, ob die Rechtsprechung in den zuvor untersuchten Fällen nicht gegen das Analogieverbot verstoßen hat.

Das an den Richter gerichtete Analogieverbot⁴³⁵ ist dabei von der zulässigen Tatbestandsauslegung abzugrenzen⁴³⁶, die insoweit nicht nur zulässig, sondern

⁴²⁹ BVerfGE 71, 108, 116; 64, 389, 393; 47, 109, 124.

⁴³⁰ Jeschek/Weigand, AT, § 15 III 2 b.

⁴³¹ BVerfGE, 71, 108, 116.

⁴³² BVerfGE, 47, 109, 124; 71, 108, 116; 92, 1, 13.

⁴³³ BVerfGE, 71, 108, 116; 92, 1, 13.

⁴³⁴ Ähnlich auch Weber in FS-Dreher, 555, 559 ff.

⁴³⁵ MüKo-Schmitz, § 1 Rdn. 55; von Mangoldt/Klein/Starck/Nolte, Art. 103 Rdn. 104.

⁴³⁶ Schönke/Schröder/Eser § 1 Rdn. 24; MüKo-Schmitz, § 1 Rdn. 56.

auch erforderlich ist, da die im Gesetz verwendeten Begriffe nur selten eindeutig sind, so dass ihr konkreter Sinn im Wege der Auslegung ermittelt werden muss⁴³⁷.

Hierbei kommen folgende Auslegungsregeln zur Anwendung: Die grammatische, die systematische, die subjektiv-historische sowie die objektiv-teleologische Auslegung⁴³⁸.

1. Die grammatische Auslegung

Die grammatische Auslegung dient dazu, den Wortsinn einer Norm bzw. eines Tatbestandsmerkmals festzustellen⁴³⁹. Da der mögliche Wortsinn des Gesetzes die äußerste Grenze zulässiger richterlicher Interpretation markiert⁴⁴⁰, ist die grammatische Auslegung der Ausgangspunkt richterlicher Auslegung und daher als erste durchzuführen⁴⁴¹. Jede andere Auslegung muss sich innerhalb der Wortlautgrenze bewegen⁴⁴². Dabei ist der Wortsinn aus der Sicht des Bürgers, also eines Laien⁴⁴³, zu bestimmen, da Art. 103 II GG, § 1 StGB die Erkennbarkeit und Vorhersehbarkeit für den Normadressaten verlangt⁴⁴⁴.

Geht man vom Begriff des Vermögensnachteils und der in diesem Zusammenhang bestehenden Auffassung der h.M. aus, dass eine konkrete Vermögensgefährdung einem Vermögensnachteil (Vermögensschaden) gleichsteht⁴⁴⁵, so wird man im Wege der grammatischen Auslegung zu dem Ergebnis kommen müssen, dass eine Vermögensgefährdung begrifflich niemals einen Vermögensnachteil darstellen kann⁴⁴⁶. Denn eine Gefährdung beinhaltet nur das Drohen eines Nachteils/Schadens, nicht dagegen den Eintritt des Nachteils/Schadens selbst, so dass

⁴³⁷ Schönke/Schröder/Eser § 1 Rdn. 36; MüKo-Schmitz, § 1 Rdn. 65.

⁴³⁸ Schönke/Schröder/Eser § 1 Rdn. 37 ff.; MüKo-Schmitz, § 1 Rdn. 66.

⁴³⁹ Schönke/Schröder/Eser § 1 Rdn. 37; MüKo-Schmitz, § 1 Rdn. 67, 68.

⁴⁴⁰ BVerfGE 92, 1, 12.

⁴⁴¹ MüKo-Schmitz, § 1 Rdn. 68; von Mangoldt/Klein/Starck/Nolte, Art. 103 Rdn. 157; Schönke/Schröder/Eser § 1 Rdn. 37.

⁴⁴² MüKo-Schmitz, § 1 Rdn. 67.

⁴⁴³ Von Mangoldt/Klein/Starck/Nolte, Art. 103 Rdn. 157.

⁴⁴⁴ BVerfGE 71, 108, 115; Tröndle/Fischer § 1 Rdn. 12.

⁴⁴⁵ Vgl. hierzu 1. Kapitel B. III.

⁴⁴⁶ Otto, BT, § 51 Rdn. 70; ders., Jura 2002, 606, 614.

eine Vermögensgefährdung weder mit einem tatsächlich eingetretenen Vermögensnachteil identisch ist noch diesem gleichgestellt werden kann, wenn der Gesetzgeber eine Schädigung bzw. Nachteilszufügung fordert⁴⁴⁷. Nach „bürgerlichem“ Verständnis vom Begriff eines Vermögensnachteils/-schadens auf der einen Seite und einer Gefährdung des Vermögens auf der anderen Seite stellt somit eine konkrete Vermögensgefährdung lediglich die Vorstufe eines Vermögensnachteils bzw. der eigentlichen Rechtsgutsverletzung dar⁴⁴⁸.

Darüber hinaus wird gerade mit der Einordnung eines Sachverhaltes als bloße Vermögensgefährdung eingeräumt, dass eben noch kein Vermögensnachteil vorliegt, obwohl der Gesetzestext einen solchen verlangt und nicht eine Vermögensgefährdung⁴⁴⁹.

Dass in diesem Zusammenhang damit argumentiert wird, dass der Begriff der schadensgleichen Vermögensgefährdung missglückt, dieser allerdings dahingehend zu interpretieren sei, dass unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise eine konkrete Vermögensgefährdung einen echten Vermögensschaden darstellt⁴⁵⁰, ändert am Ergebnis der hier durchgeführten *grammatischen* Auslegung nichts, da im Rahmen dieser nur von den Begriffen des Vermögensnachteils und der von der Rechtsprechung verwendeten schadensgleichen konkreten Vermögensgefährdung auszugehen und dabei zu fragen ist, ob ein juristischer Laie unter einer schadensgleichen konkreten Vermögensgefährdung auch den tatsächlich eingetretenen Nachteil bzw. Schaden selbst versteht.

Dies allerdings muss verneint werden, insbesondere für die oben untersuchten Fälle, im Rahmen derer nicht einmal von einer konkreten Vermögensgefährdung gesprochen werden konnte.

⁴⁴⁷ In diesem Sinne auch auch: Otto, BT, § 51 Rdn. 70; ders., Jura 2002, 606, 614; Otto, Vermögensschutz, S. 275.

⁴⁴⁸ Zwecks Verdeutlichung dieser These ein plastisches Beispiel: die Gefährdung eines Menschen wird niemand als vollendeten Totschlag interpretieren. Dieser Ansicht auch: Labsch, Untreue, S. 321.

⁴⁴⁹ So auch die absolut h.M. im österreichischen Strafrecht; vgl. Kienapfel/Schmoller, BT II, § 146 Rdn. 155; Kienapfel, BT II, § 146 Rdn. 147 ff.

⁴⁵⁰ Otto, Jura 2002, 606, 614; Riemann, Vermögensgefährdung, S. 6 ff.; Peglau, wistra 2004, 7, 8.

2. Die systematische Auslegung

Dieses Ergebnis wird durch die systematische Auslegung bestätigt.

Diese verfolgt das Ziel, aus dem Zusammenhang, in dem ein bestimmter Tatbestand bzw. ein bestimmtes Tatbestandsmerkmal steht, auf die Bedeutung eines Tatbestandes bzw. eines Wortgebrauchs des Gesetzgebers zu schließen⁴⁵¹. Zu beachten ist dabei u.a. die Stellung einer Vorschrift im Gesetz, die Auswirkungen einer bestimmten Interpretation auf den Gehalt anderer Regelungen und die Bedeutung gleichlautender Ausdrücke in anderen Vorschriften⁴⁵².

Nicht ergiebig ist ein Vergleich mit den Vorschriften der §§ 253, 263 StGB, da nach Auffassung der h.M. dem Begriff des Vermögensnachteils in den §§ 253, 266 StGB dieselbe Bedeutung zukommt wie dem Begriff des Vermögensschadens in § 263 StGB⁴⁵³.

Vergleicht man dagegen den Begriff des Nachteils und der Gefährdung mit dem Gebrauch dieser Begriffe in anderen Vorschriften des StGB, so gelangt man zu der Erkenntnis, dass der Gesetzgeber durchaus zwischen einer tatsächlich eintretenden Rechtsgutverletzung, d.h. einem Nachteil, Schaden und Verlust, auf der einen Seite und der Gefährdung eines Rechtsguts auf der anderen Seite differenziert.

Beispielsweise wird sowohl in den §§ 93 ff. StGB als auch in den §§ 306 a ff. StGB und den §§ 315 ff. StGB ausdrücklich die Gefahr eines schweren Nachteils, die Gefahr einer Gesundheitsschädigung bzw. des Todes oder die Gefährdung von Leib, Leben oder Sachen von bedeutendem Wert als ausreichend für die Vollendung dieser Delikte gesehen, so dass diese Vorschriften auch als Gefährdungsdelikte eingestuft werden⁴⁵⁴.

⁴⁵¹ MüKo-Schmitz, § 1 Rdn. 70.

⁴⁵² Schönke/Schröder/Eser § 1 Rdn. 39.

⁴⁵³ So die h.M.: BGHSt 15, 342 ff.; Maurach/Schroeder/Maiwald, § 45 II, Rdn. 41; LK-Schünemann, § 266 Rdn. 132, Tröndle/Fischer, § 263 Rdn. 59, § 266 Rdn. 20, Mitsch, § 8 Rdn. 35; Lackner/Kühl § 266 Rdn. 17 ff.

⁴⁵⁴ Tröndle/Fischer, § 94 Rdn. 6; § 306 a Rdn. 1; § 315 Rdn. 2.

Demgegenüber stellt die Untreue nach einhelliger Meinung ein reines Verletzungs-⁴⁵⁵ bzw. Vermögensschädigungsdelikt⁴⁵⁶ und kein Vermögensgefährdungsdelikt dar, so dass aus dieser systematischen Gesamtschau gefolgert werden muss, dass der Gesetzgeber im Rahmen der Untreue eine konkrete Gefährdung des Vermögens für den Eintritt eines Vermögensnachteils und damit für die Vollendung einer Untreue nicht ausreichen lassen wollte. Die Praxis der Rechtsprechung ist somit auch nicht durch die systematische Auslegung gerechtfertigt.

3. Die subjektiv-historische Auslegung

Was allerdings das Ziel und der Wille des Gesetzgebers zum Zeitpunkt der Begründung der Untreuevorschrift, insbesondere im Hinblick auf den Begriff des Vermögensnachteils, war, ist im Wege der subjektiv-historischen Auslegung zu klären, die in erster Linie auf die verfügbaren Gesetzesmaterialien sowie die Entstehungsgeschichte eines Gesetzes oder einer Norm zurückgreift⁴⁵⁷.

Die heutige Deliktsstruktur des Untreuetatbestandes basiert auf dem Gesetz zur Änderung strafrechtlicher Vorschriften vom 26. Mai 1933⁴⁵⁸, das erstmals zwischen Missbrauchs- und Treuebruchstatbestand unterschied und beide Begehungsformen generell-abstrahierend formulierte⁴⁵⁹.

Dadurch jedoch, dass im Falle des § 266 StGB n.F. authentische Gesetzgebungsmaterialien, aus denen sich der Wille des historischen Gesetzgebers ableiten ließe, nicht existent sind⁴⁶⁰, geht die historische Auslegung ins Leere.

Stellt man hingegen auf die vor dem Gesetz zur Änderung strafrechtlicher Vorschriften vom 26. Mai 1933 bestehende Regelung des § 266 RStGB 1871 ab, die im Gegensatz zum heutigen § 266 StGB den Täterkreis kasuistisch und enume-

⁴⁵⁵ Matt/Saliger, Irrwege der Strafgesetzgebung, 217, 232; SK-Samson/Günther, § 266 Rdn. 45.

⁴⁵⁶ Weber in FS-Dreher 555, 559 ff; Wessels, BT II, Rdn. 748; Krause, Untreue, S. 367.

⁴⁵⁷ MüKo-Schmitz, § 1 Rdn. 72; Schönke/Schröder/Eser § 1 Rdn. 41.

⁴⁵⁸ RGBI I, 1933, 295, 297.

⁴⁵⁹ Schäfer, DJZ 1933, Sp. 789, 794, 795; SK-Samson/Günther, § 266 Rdn. 1.

⁴⁶⁰ Mayer, Zentralblatt für Handelsrecht, 1933, S. 145.

rativ auf bestimmte Personen- und Berufsgruppen sowie auf „Bevollmächtigte“ beschränkte⁴⁶¹, allerdings den Begriff des Nachteils ebenfalls beinhaltet, so gelangte Hellmuth Mayer im Rahmen seiner ausführlichen Analyse zur Untreue gem. § 266 RStGB 1871, die auch den geschichtlichen Hintergrund der Untreue eingehend untersucht hat, zu dem Ergebnis, dass eine bloße Gefährdung für das Vorliegen eines Vermögensnachteils nicht ausreichend ist⁴⁶². Er begründete dies u.a. damit, dass „man sonst praktisch dazu käme, das Versuchsstadium in die vollendete Handlung hineinzunehmen, was gerade deshalb bedenklich ist, weil bei Untreue der Versuch nicht strafbar ist“⁴⁶³.

Insgesamt lässt sich festhalten, dass die subjektiv-historische Auslegung des § 266 StGB n.F. hinsichtlich der Frage, ob nach dem historischen Willen des Gesetzgebers auch Vermögensgefährdungen vom Nachteilsbegriff umfasst sind, nicht ergiebig ist, allerdings unter Berücksichtigung der dem § 266 StGB n.F. vorhergehenden Regelung, nämlich des § 266 RStGB 1871, eher davon auszugehen ist, dass Vermögensgefährdungen im Rahmen des Vermögensnachteilsbegriffs des § 266 StGB keine Berücksichtigung finden sollten⁴⁶⁴.

4. Die objektiv-teleologische Auslegung

Da die historisch-subjektive Auslegung somit zu keinem eindeutigen Ergebnis führt und bei älteren Gesetzen, wie es auch die Untreue darstellt, der Wille des historischen Gesetzgebers mehr und mehr an Gewicht verliert, ist nun im Wege der objektiv-teleologischen Auslegung der objektivierte Wille des Gesetzgebers zu ermitteln⁴⁶⁵.

⁴⁶¹ SK-Samson/Günther, § 266 Rdn. 1; Weber in FS-Dreher 555, 557 ff.

⁴⁶² Mayer, die Untreue, S. 165.

⁴⁶³ Mayer, die Untreue, S. 165. Mayer schränkt dies allerdings insoweit ein, als er feststellt, dass eine Gefährdung, welche bereits den gegenwärtigen Geldwert des Vermögens mindert, in diesem Sinne bereits ein gegenwärtiger Schaden sei.

⁴⁶⁴ Dieser Auffassung sind auch Matt/Saliger, Irrwege der Strafgesetzgebung, 217, 234: „nach dem historischen und aktuellen Willen des Gesetzgebers ist davon auszugehen, dass vermögensgefährdende Handlungen als Untreue straflos bleiben sollen, wenn nicht objektiv ein Vermögensnachteil eingetreten...ist“.

⁴⁶⁵ Schönke/Schröder/Eser § 1 Rdn. 44.

Mit Hilfe dieser soll aus dem Gesetzestext aufgrund einer möglicherweise veränderten sozialen Situation seit Erlass der Norm ein anderer Sinn des Gesetzes gewonnen werden, als ihm der historische Gesetzgeber ursprünglich zugewiesen hat⁴⁶⁶. Demnach fragt die objektiv-teleologische Auslegung nach dem objektiven Sinn einer Norm in der Gegenwart und was mit der Norm unter Berücksichtigung der gegenwärtigen Fragen und Interessen vernünftigerweise bezweckt sein könnte⁴⁶⁷.

Stellt man dabei zunächst auf den Schutzzweck der Untreue ab⁴⁶⁸, welcher darin besteht, ausschließlich das Vermögen zu schützen⁴⁶⁹, so wird man unter Berücksichtigung der herrschenden wirtschaftlichen Betrachtungsweise, die sowohl dem Vermögensbegriff als auch dem Nachteilsbegriff zugrunde liegt, zu dem Ergebnis gelangen, dass auch Vermögensgefährdungen vom Begriff des Vermögensnachteils umfasst sind.

Vergegenwärtigt man sich andererseits jedoch, dass die Untreue ein reines Verletzungsdelikt ist und kein Vermögensgefährdungsdelikt darstellt⁴⁷⁰, so wird man wiederum eine Einbeziehung von Vermögensgefährdungen in den Begriff des Vermögensnachteils verneinen müssen. Legt man dem noch zugrunde, dass es nach allgemeiner Ansicht⁴⁷¹ dem Untreuetatbestand - im Gegensatz zum Betrug oder der Erpressung - an festen Konturen mangelt und diese Konturlosigkeit durch die Einbeziehung von Vermögensgefährdungen in den Vermögensnachteilsbegriff noch erheblich vergrößert wird, so wird man im Wege der objektiv-teleologischen Auslegung erneut eher zu dem Ergebnis gelangen, dass die vollendete Untreue zwecks Klarheit und Voraussehbarkeit für den Normadressaten Vermögensgefährdungen nicht umfassen sollte.

⁴⁶⁶ MüKo-Schmitz, § 1 Rdn. 76.

⁴⁶⁷ MüKo-Schmitz, § 1 Rdn. 76; Schönke/Schröder/Eser § 1 Rdn. 43.

⁴⁶⁸ Maurach/Zipf AT I, § 9 II Rdn. 21.

⁴⁶⁹ Schönke/Schröder/Lenckner § 266 Rdn. 1; LK-Hübner, § 266 Rdn. 19; SK-Samson/Günther, § 266 Rdn. 2.

⁴⁷⁰ Matt/Saliger, Irrwege der Strafgesetzgebung, 217, 232; SK-Samson/Günther, § 266 Rdn. 45.

⁴⁷¹ U.a.: Weber in FS-Dreher, 555, 559 ff.; Matt/Saliger, Irrwege der Strafgesetzgebung, 217, 230 ff.

Was jedoch eindeutig festgestellt werden kann, ist, dass es in den oben untersuchten Fällen, im Rahmen derer nur abstrakte Vermögensgefährdungen gegeben waren, weder dem historischen noch „dem objektivierten Willen des Gesetzgebers“⁴⁷² entspricht, diese im Rahmen der Vollendung zu bestrafen.

5. Zwischenergebnis

Im Ergebnis hat die Auslegung des § 266 StGB im Hinblick auf den Vermögensnachteilsbegriff gezeigt, dass die Bejahung eines Vermögensnachteils in den untersuchten Fällen gegen das Analogieverbot aus Art. 103 II GG, § 1 StGB verstoßen hat, da abstrakte Vermögensgefährdungen nach keiner Auslegungsmethode das Tatbestandsmerkmal des Vermögensnachteils erfüllen können.

Des Weiteren bestehen erhebliche Zweifel daran, ob im Allgemeinen Vermögensgefährdungen, d.h. auch konkrete Vermögensgefährdungen, im Rahmen des Vermögensnachteilsbegriffs und damit im Rahmen der Vollendung des § 266 StGB Berücksichtigung finden können. Gegen eine solche Einbeziehung sprechen insbesondere der Wortsinn des Vermögensnachteilsbegriffs wie auch der Sinn und Zweck der Vorschrift.

IV. Ergebnis

Insgesamt lässt sich damit Folgendes festhalten:

Die Figur der schadensgleichen konkreten Vermögensgefährdung und die fehlende Versuchsstrafbarkeit der Untreue führen dazu, dass abstrakte Gefährdungssituationen, die im Rahmen des Versuchs zu bestrafen wären, im Rahmen der Vollendung bestraft werden können und tatsächlich auch werden. Damit versuchen Gerichte - wohl aus kriminalpolitischen Erwägungen heraus - strafwürdige Verhaltensweisen zu erfassen, die allerdings bei konsequenter Anwendung der Gesetzesnorm straflos bleiben müssten, da nach dem bisherigen Willen

⁴⁷² Joecks, § 1 Rdn. 14.

des Gesetzgebers die Strafbarkeit von Handlungen, die das Vorfeld der Untreue betreffen⁴⁷³, nicht vorgesehen ist.

Im Rahmen der untersuchten Fälle hat die Rechtsprechung den Begriff des Vermögensnachteils sehr extensiv und letztlich unter Missachtung des Analogieverbotes so weit auslegt, dass sie im Ergebnis den Versuch der Untreue im Rahmen der Vollendung bestraft hat. Damit hat sie eine Versuchsstrafbarkeit unter dem Deckmantel der Vollendung geschaffen und somit auch das Gebot an die rechtsprechende und vollziehende Gewalt, dass die Begründung einer Strafbarkeit allein dem Gesetzgeber überlassen ist und „nur der Gesetzgeber über die Strafbarkeit entscheidet“⁴⁷⁴, missachtet.

Diese Vorgehensweise der Rechtsprechung ist zum einen insoweit „erforderlich“, um die sich aus einer fehlenden Versuchsstrafbarkeit der Untreue ergebenden Strafbarkeitslücken zu schließen⁴⁷⁵, zum anderen aber auch nur dadurch möglich, dass die Figur der schadensgleichen konkreten Vermögensgefährdung in den Begriff des Vermögensnachteils des § 266 StGB miteinbezogen wird. Wie die vorherige Untersuchung jedoch gezeigt hat, ist diese Praxis der Rechtsprechung aber nicht durch das Gesetz gedeckt und somit abzulehnen.

Vielmehr ist die Versuchsstrafbarkeit der Untreue im deutschen Strafrecht einzuführen⁴⁷⁶, um einer verfassungswidrigen Vorgehensweise der Rechtsprechung vorzubeugen. Eine solche könnte durch die Möglichkeit einer Einbeziehung der „problematischen Fälle“ der Vermögensgefährdung in den Versuchsbereich auch eine größere Klarheit und Voraussehbarkeit der Untreuevorschrift bewirken und im Ergebnis letztlich die Strafbarkeitslücken schließen, die von Seiten der Rechtsprechung im Wege einer sehr extensiven Auslegung des Vermögensnachteilsbegriffs behoben werden.

⁴⁷³ Damit ist der Versuchsbereich der Untreue gemeint.

⁴⁷⁴ BVerfGE 71, 108, 114; 47, 109, 120.

⁴⁷⁵ Nach Ansicht des BVerfG ist dies allerdings die Aufgabe des Gesetzgebers, BVerfGE, 47, 109, 124; 71, 108, 116; 92, 1, 13.

⁴⁷⁶ So im Ergebnis auch Günther in FS-Weber, 311, 317.

4. Kapitel: Die Versuchsstrafbarkeit der Untreue im österreichischen und schweizerischen Strafrecht

Nachdem die Fallanalyse gezeigt hat, dass die Einführung einer Versuchsstrafbarkeit der Untreue im deutschen Strafrecht erforderlich ist, steht im 4. Kapitel die Frage im Vordergrund, ob in anderen deutschsprachigen Strafrechtsordnungen, wie der Schweiz und Österreichs, die entsprechenden Untreuevorschriften eine Versuchsstrafbarkeit beinhalten.

Dabei werden zunächst die Parallelen und Unterschiede der österreichischen und schweizerischen Untreuevorschriften im Vergleich zum deutschen Untreuestrafatbestand dargestellt, um anschließend zu untersuchen, ob auf Grund der möglichen Gemeinsamkeiten eine Übertragung bestimmter, vorzugswürdiger Regelungen, hier in erster Linie einer eventuellen Versuchsstrafbarkeit der Untreue, möglich wäre oder ob die Unterschiede im Rahmen der einzelnen Untreuevorschriften doch so erheblich sind, dass eine Übertragbarkeit dieser Regelungen nicht gerechtfertigt erscheint.

A. Der Untreuetatbestand nach österreichischem Recht

Die nachfolgende Untersuchung beginnt mit dem Untreuetatbestand des österreichischen Strafrechts, der in § 153 öStGB geregelt ist und folgenden Inhalt hat:

Untreue, § 153 öStGB

(1) Wer die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, wissentlich missbraucht und dadurch dem anderen einen Vermögensnachteil zufügt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.

(2) Wer durch die Tat einen 2.000 Euro übersteigenden Schaden herbeiführt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren, wer einen 40.000 Euro übersteigenden Schaden herbeiführt, mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren zu bestrafen.

Dabei konzentriert sich der Rechtsvergleich auf den Grundtatbestand der Untreue, § 153 I öStGB, während die Qualifikation in § 153 II öStGB, die einzig Wertqualifikationen enthält⁴⁷⁷, unberücksichtigt bleibt, da sie für den Untersuchungszweck nicht von Bedeutung ist.

I. Die Versuchsstrafbarkeit der Untreue

Dadurch, dass die Versuchsstrafbarkeit der Untreue sowohl das zentrale Anliegen dieser Arbeit wie auch des Rechtsvergleichs ist, wird zunächst geprüft, ob der Versuch der Untreue nach dem öStGB überhaupt unter Strafe gestellt ist, um im Anschluss daran der Frage nachzugehen, ob der Rechtsvergleich eine andere Bewertung der Versuchsstrafbarkeit der Untreue rechtfertigen kann.

Eine Versuchsstrafbarkeit der Untreue ist im Rahmen des § 153 öStGB ausdrücklich nicht geregelt.

Über die Vorschrift des § 15 I öStGB⁴⁷⁸ ist allerdings der Versuch der Untreue strafbar. Gem. § 15 I öStGB „gelten die Strafandrohungen gegen vorsätzliches Handeln nicht nur für die vollendete Tat, sondern auch für den Versuch und für jede Beteiligung an einem Versuch“. Diese Norm dehnt somit die Strafbarkeit vorsätzlich begehbare Delikte auf das Versuchsstadium aus⁴⁷⁹. Damit ist klargestellt, dass der Versuch nicht nur bei bestimmten, sondern bei allen Vorsatzdelikten, also auch bei Vergehen, generell strafbar ist⁴⁸⁰. Des Weiteren ergibt sich aus der Bestimmung, dass das versuchte Delikt mit derselben Strafdrohung belegt ist wie das vollendete⁴⁸¹. Dass es beim Versuch geblieben ist und damit der

⁴⁷⁷ Kienapfel/Schmoller, BT II, § 153 Rdn. 110; Kienapfel, Grundriß, BT II, § 153 Rdn. 89.

⁴⁷⁸ Vgl. zum Wortlaut der gesetzlichen Vorschrift im Anhang, S. 168.

⁴⁷⁹ Burgstaller, JBl 1976, 113; Fuchs, AT I, 28. Kap. I.

⁴⁸⁰ Triffterer, AT, Kap. 15 A Rdn. 1; Fuchs, AT I, 28. Kap. IV 1 a; Kienapfel, AT, Z 21 Rdn. 11.

⁴⁸¹ WK-Hager-Massauer, § 15 Rdn. 8; Kienapfel, AT, Z 21 Rdn. 13.

Erfolgsunwert der Tat gegenüber einer vollendeten Tat geringer ist, kann im Rahmen des gesetzlich benannten Milderungsgrundes gem. § 34 I Nr. 13 öStGB⁴⁸² berücksichtigt werden⁴⁸³. Darüber hinaus gibt es als zusätzliches Korrektiv die Möglichkeit der außerordentlichen Strafmilderung gem. § 41 öStGB⁴⁸⁴ sowie die Erlangung von Straffreiheit bei Bagatelldelikten gem. § 42 öStGB⁴⁸⁵.

Die Versuchsstrafbarkeit eines Delikts ergibt sich somit aus der Kombination des § 15 öStGB mit dem jeweiligen Deliktsbestand des Besonderen Teils, so dass beide Paragraphen im Urteil anzuführen sind⁴⁸⁶. Für den Fall der Untreue bedeutet dies, dass sich eine Versuchsstrafbarkeit aus §§ 153 I, 15 I öStGB ergibt.

Bezugspunkt für die im Rahmen des Versuchs gem. § 15 II öStGB⁴⁸⁷ geforderte Ausführungsnähe ist bei der Untreue „jene missbräuchliche Rechtshandlung, die den Vermögensnachteil unmittelbar auslösen soll“⁴⁸⁸.

Als Beispiel wird das Fordern, Verabreden oder Annehmen von Schmiergeld durch einen Machthaber angeführt. Diese Handlungen stellen dann einen Versuch dar, wenn die schädigende Missbrauchshandlung unmittelbar nachfolgen soll⁴⁸⁹. Ist das nicht der Fall, so liegt nur eine straflose Vorbereitungshandlung vor. Vollendet ist die Untreue mit dem effektiven Eintritt der Vermögensnachteils⁴⁹⁰.

Als Ergebnis lässt sich somit festhalten, dass nach dem österreichischen Recht der Versuch der Untreue gem. §§ 153 I, 15 I öStGB strafbar ist.

⁴⁸² Vgl. zum Wortlaut der gesetzlichen Vorschrift im Anhang, S. 169.

⁴⁸³ Burgstaller, JBl 1976, 113; Fuchs, AT I, 28. Kap. IV 1 b.

⁴⁸⁴ Fuchs, AT I, 28. Kap. IV 1 b; vgl. zum Wortlaut der gesetzlichen Vorschrift im Anhang, S. 169.

⁴⁸⁵ Kienapfel, AT, Z 21 Rdn. 12; Foregger/Fabrizzy, § 42 Rdn. 1; vgl. zum Wortlaut der gesetzlichen Vorschrift im Anhang, S. 170.

⁴⁸⁶ Fuchs, AT I, 28. Kap. I.

⁴⁸⁷ Vgl. zum Wortlaut der gesetzlichen Vorschrift im Anhang, S. 168.

⁴⁸⁸ Kienapfel/Schmoller, BT II, § 153 Rdn. 111; vgl. auch Lewisch, BT I, S. 251.

⁴⁸⁹ Beck, S. 149; Kienapfel/Schmoller, BT II, § 153 Rdn. 111.

⁴⁹⁰ Kienapfel/Schmoller, BT II, § 153 Rdn. 111.

II. Rechtsvergleichende Untersuchung

Nachdem nun feststeht, dass das österreichische Strafrecht eine Versuchsstrafbarkeit der Untreue vorsieht, wird nachfolgend untersucht, welche Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen den Untreuevorschriften der beiden Strafrechtsordnungen bestehen. Anschließend wird der Frage nachgegangen, ob einerseits die bestehenden Diskrepanzen eine unterschiedliche Bewertung der Versuchsstrafbarkeit rechtfertigen können, andererseits bestimmte vorzugswürdigere Regelungen der österreichischen Untreuevorschrift nicht auch auf das deutsche Strafrecht übertragen werden könnten und sollten.

1. Entstehungsgeschichte

Dabei wird zunächst kurz auf die Entstehungsgeschichte des § 153 öStGB eingegangen, um zu klären, ob die Untreuevorschriften des österreichischen und deutschen Strafrechts „gemeinsame Wurzeln“ haben.

Die Untreue des österreichischen Strafrechts ist ein relativ junges Vermögensdelikt⁴⁹¹. Entstanden ist § 153 öStGB aus dem § 205 c des Österreichischen Strafgesetzes und stimmt fast wörtlich mit diesem überein⁴⁹². Letzterer wurde durch die Strafgesetznovelle 1931⁴⁹³ eingeführt⁴⁹⁴ und hatte folgenden Wortlaut⁴⁹⁵:

Untreue, § 205 c

Wer die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, in gewinnsüchtiger Absicht geflissentlich missbraucht und da-

⁴⁹¹ Kienapfel, Grundriß, BT II, § 153 Rdn. 1; Kienapfel/Schmoller, BT II, § 153 Rdn. 1.

⁴⁹² Leukauf/Steininger, § 153 Rdn. 1; WK-Liebscher, § 153 Rdn. 1.

⁴⁹³ BGBl für die Republik Österreich vom 15. Dezember 1931, 365, Bundesgesetz vom 1. Dezember 1931, betreffend strafrechtliche Bestimmungen gegen Untreue (Strafgesetznovelle 1931).

⁴⁹⁴ WK-Liebscher, § 153 Rdn. 1; Kingsley, Untreuerecht; S. 164/165, Kadecka, Gesammelte Aufsätze, S. 138.

⁴⁹⁵ An dieser Stelle wird nur der erste Absatz zitiert, da nur dieser für den geschichtlichen Hintergrund von Bedeutung ist.

durch dem anderen einen Vermögensnachteil zufügt, macht sich der Untreue schuldig.

Der einzige Unterschied zu § 153 I öStGB besteht darin, dass im Rahmen des subjektiven Tatbestandes eine gewinnsüchtige Absicht gefordert wurde. Dieses Tatbestandsmerkmal wurde allerdings später im Rahmen des Antikorruptionsgesetzes⁴⁹⁶ gestrichen. Das Adverb „geflossentlich“ wurde in § 153 I öStGB durch das Wort „wissentlich“ ersetzt und hatte dieselbe Bedeutung⁴⁹⁷.

Anlass für die Einführung des § 205 c des Österreichischen Strafgesetzes war die Erschütterung des Vertrauens in die österreichischen Geldinstitute durch das dubiose Verhalten eines Bankiers, der auf Kosten seiner Kommittenten gewagte Spekulationen mit Wertpapieren durchführte und dabei nicht nur diesen, sondern auch der österreichischen Gesamtwirtschaft einen schweren Schaden zufügte⁴⁹⁸. Da dieses Verhalten weder als Veruntreuung noch als Betrug bestraft werden konnte, wurde der im deutsch-österreichischen StG-Entwurf von 1927 entwickelte Tatbestand der Untreue als „lex Ehrenfest“ vorzeitig in Kraft gesetzt⁴⁹⁹.

Unmittelbares Vorbild des § 205 c des Österreichischen Strafgesetzes war der erste Absatz des § 348 des Strafgesetzentwurfes vom Jahre 1927⁵⁰⁰, der wiederum eine „der Kasuistik entkleidete Nachbildung und Fortbildung des § 266 des Deutschen Strafgesetzbuches in seiner ursprünglichen Fassung darstellte“⁵⁰¹.

§ 205 c des Österreichischen Strafgesetzes und insoweit auch § 153 öStGB als sein fast wörtlich übernommener Nachfolger gingen damit auf deutsche Vorbilder zurück⁵⁰².

⁴⁹⁶ BGBl für die Republik Österreich vom 5. Juni 1964, 116. Bundesgesetz vom 29. April 1964 über Strafbestimmungen zur Bekämpfung der Untreue und der Bestechlichkeit.

⁴⁹⁷ WK-Liebscher, § 153 Rdn. 22.

⁴⁹⁸ WK-Liebscher, § 153 Rdn. 1.

⁴⁹⁹ WK-Liebscher, § 153 Rdn. 1.

⁵⁰⁰ Kingsley, Untreuerecht, S. 165; Kadecka, Gesammelte Aufsätze, S. 138.

⁵⁰¹ Kadecka, Gesammelte Aufsätze, S. 138; gemeint ist § 266 des Strafgesetzbuches für das Deutsche Reich vom 15.5.1871.

⁵⁰² WK-Liebscher, § 153 Rdn. 1; Kadecka, Gesammelte Aufsätze, S. 138.

2. Gemeinsamkeiten

Somit stellt sich zunächst die Frage, welche Gemeinsamkeiten die Untreuevorschriften der beiden Strafrechtsordnungen im Rahmen ihrer heutigen Fassungen beinhalten.

a. Die Subjekte

Die Untreuevorschrift des österreichischen Strafgesetzbuches stellt wie die Untreue im deutschen Strafrecht ein Sonderdelikt dar⁵⁰³.

Während § 266 StGB des deutschen Strafgesetzbuches vom 15.5.1871⁵⁰⁴ noch einen abschließenden Katalog tauglicher Untreuetäter enthielt⁵⁰⁵, der bis zur Neufassung des § 266 StGB vom 26.5.1933 bestand⁵⁰⁶, beinhaltet sowohl § 153 öStGB wie auch § 266 StGB einen generalisierenden Täterbegriff.

Danach kann Untreue nur durch jene Personen begangen werden, denen eine Verfügungsbefugnis kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags oder Rechtsgeschäfts eingeräumt wurde⁵⁰⁷ bzw. die in einem besonderen Pflichtenverhältnis stehen⁵⁰⁸.

Unmittelbarer Täter der Untreue kann somit sowohl im österreichischen als auch im deutschen Recht nur der in diesem besonderen Pflichtenverhältnis stehende „Vollmachtsträger“ bzw. der „Machthaber“⁵⁰⁹ sein, während Außenstehende nur Teilnehmer sein können⁵¹⁰.

⁵⁰³ Kienapfel/Schmoller, BT II, § 153 Rdn. 18; Leukauf/Steininger, § 153 Rdn.2; Lewisch, BT I, S. 255; WK-Kirchbacher/ Presslauer, § 153 Rdn. 2; Tröndle/Fischer, § 266 Rdn. 79.

⁵⁰⁴ RGBI I, S. 127 ff., zitiert nach Nelles, S. 17.

⁵⁰⁵ Das Gesetz zählte u.a. folgende Berufsgruppen auf: z.B. Ziff. 1: Vormünder, Kuratoren, Güterpfleger, Sequester, Massenverwalter usw.

⁵⁰⁶ Kiefner in FS-Stree/Wessels, 1205, 1206; Nelles, Untreue, S. 17 ff.

⁵⁰⁷ Kienapfel/Schmoller, BT II, § 153 Rdn. 18, 27.

⁵⁰⁸ Leukauf/Steininger, § 153 Rdn. 2; Tröndle/Fischer, § 266 Rdn. 79.

⁵⁰⁹ Lewisch, BT I, S. 255; Kienapfel/Schmoller, BT II, § 153 Rdn. 27.

⁵¹⁰ Tröndle/Fischer, § 266 Rdn. 80; Leukauf/Steininger, § 153 Rdn. 2.

b. Die Tathandlung

Die Tathandlung des § 153 I öStGB besteht im Missbrauch der rechtlichen Vertretungsmacht über fremdes Vermögen⁵¹¹, d.h. in der im Verhältnis zum Vertretenen bestimmungswidrigen Ausübung oder Nichtausübung der Befugnis⁵¹².

Dabei muss die Tathandlung eine rechtsgeschäftliche Handlung oder eine sonstige Handlung mit rechtlichem Charakter beinhalten⁵¹³, wobei diese dann als missbräuchlich einzustufen ist, wenn der Täter im Rahmen seines rechtlichen Könnens gegen das interne Dürfen verstößt⁵¹⁴, d.h. etwas tut, wozu er zwar nach seiner Vertretungsmacht nach außen hin berechtigt war, es jedoch nach den Verpflichtungen im Innenverhältnis nicht durfte und hierdurch die Interessen des Vertretenen beeinträchtigt hat⁵¹⁵. Im Ergebnis muss der Täter also eine Handlung vornehmen, die infolge der Verletzung interner Schranken pflichtwidrig ist⁵¹⁶.

Insoweit stimmt die Tathandlung des § 153 öStGB mit der Tathandlung des Missbrauchstatbestands des § 266 I 1. Alt. StGB überein, der ebenfalls den „Missbrauch der eingeräumten Befugnis“ voraussetzt⁵¹⁷.

c. Die Objekte

Die Konsequenz der Tathandlung in Form des Befugnismissbrauchs muss ein kausaler und objektiv zurechenbarer Eintritt eines Vermögensnachteils als tatbestandlicher Erfolg sein⁵¹⁸.

Wie bei § 266 StGB ist einzig geschütztes Rechtsgut der Untreue nach § 153 öStGB das Vermögen des Machtgebers, während das für das Delikt charakteris-

⁵¹¹ Kienapfel/Schmoller, BT II, § 153 Rdn. 49.

⁵¹² Leukauf/Steininger, § 153 Rdn. 10.

⁵¹³ Kienapfel/Schmoller, BT II, § 153 Rdn. 50.

⁵¹⁴ Lewisch, BT I, S. 249; Kienapfel/Schmoller, BT II, § 153 Rdn. 59.

⁵¹⁵ Leukauf/Steininger, § 153 Rdn. 10.

⁵¹⁶ Lewisch, BT I, S. 249.

⁵¹⁷ Tröndle/Fischer, § 266 Rdn. 20; Lackner/Kühl, § 266 Rdn. 6.

⁵¹⁸ Kienapfel, Grundriß, BT II, § 153 Rdn. 63; Leukauf/Steininger, § 153 Rdn. 11; Kienapfel/Schmoller, BT II, § 153 Rdn. 81.

tische Vertrauensverhältnis kein zusätzliches selbständiges Rechtsgut darstellt⁵¹⁹.

Eine weitere Parallele zum deutschen Vermögensstrafrecht besteht darin, dass sich der Begriff des Vermögensnachteils in § 153 öStGB mit dem Begriff des Vermögensschadens beim Betrug, § 146 öStGB⁵²⁰, im Wesentlichen deckt⁵²¹.

Diesem liegt nach dem österreichischen Vermögensstrafrecht eine wirtschaftliche Betrachtungsweise zugrunde, so dass auch im Rahmen der §§ 146, 153 öStGB der wirtschaftliche Vermögensbegriff als herrschend gilt⁵²². Dabei legt die h.M. den wirtschaftlichen Vermögensbegriff weit aus und versteht darunter „die Gesamtheit aller wirtschaftlich ins Gewicht fallenden und rechnerisch feststellbaren Werte“⁵²³.

Für die Schadensberechnung gilt im Rahmen der §§ 146, 153 öStGB wie im deutschen Vermögensstrafrecht⁵²⁴ der Grundsatz der Gesamtsaldierung und Schadenskompensation⁵²⁵. Dabei wird für die Ermittlung des Vermögensnachteils ein Vergleich der Vermögenslage vor und nach der missbräuchlichen Handlung gezogen, wobei gleichzeitig zugegangene Vermögenswerte im Wege der Schadenskompensation schadensmindernd zu berücksichtigen sind⁵²⁶. Allerdings sind in die Saldierung nur die unmittelbaren Auswirkungen der jeweiligen Missbrauchshandlung miteinzubeziehen⁵²⁷. Ein Schaden bzw. Nachteil am Vermögen „des Machtgebers“ liegt demnach dann vor, wenn die Vermögenslage

⁵¹⁹ Schönke/Schröder/Lenckner/Perron, § 266 Rdn. 1; Tröndle/Fischer, § 266 Rdn. 2; Kienapfel, Grundriß, BT II, § 153 Rdn. 8; Kienapfel/Schmoller, BT II, § 153 Rdn. 12.

⁵²⁰ Vgl. zum Wortlaut der gesetzlichen Vorschrift im Anhang, S. 171.

⁵²¹ Kienapfel, Grundriß, BT II, § 153 Rdn. 63; Kienapfel/Schmoller, BT II, § 153 Rdn. 81.

⁵²² Kienapfel, Grundriß, BT II, § 146 Rdn. 119; Kienapfel/Schmoller, BT II, § 146 Rdn. 117.

⁵²³ EvBl 2003, 32; 2002, 218; WK-Kirchbauer/Presslauer, § 146 Rdn. 61; Kienapfel, Grundriß, BT II, § 146 Rdn. 119; Kienapfel/Schmoller, BT II, § 146 Rdn. 117.

⁵²⁴ Vgl. u.a.: Tröndle/Fischer, § 263 Rdn. 71; Lackner/Kühl, § 263 Rdn. 36; Schönke/Schröder/Lenckner/Perron, § 263 Rdn. 99.

⁵²⁵ WK-Kirchbauer/Presslauer, § 153 Rdn. 39.

⁵²⁶ Bertel/Schwaighofer, § 153 Rdn. 13; Leukauf/Steininger, § 153 Rdn. 12; Kienapfel/Schmoller, BT II, § 153 Rdn. 91.

⁵²⁷ Kienapfel/Schmoller, BT II, § 153 Rdn. 91.

nach der Tat ungünstiger ist als vorher, was der Fall ist, „wenn sich die Aktiven vermindert bzw. die Passiven erhöht haben“⁵²⁸.

Insoweit stimmen sowohl der Vermögensbegriff als auch die Schadensberechnung im Rahmen der §§ 146, 153 öStGB mit dem Vermögensbegriff und der Schadensberechnung bei den §§ 263, 266 StGB überein.

d. Der subjektive Tatbestand

Im Rahmen des subjektiven Tatbestandes hat die Untreuevorschrift des § 153 öStGB mit derjenigen des § 266 StGB gemeinsam, dass hinsichtlich des Vermögensnachteils Eventualvorsatz des Täters bestehen muss⁵²⁹.

„Wer weiß oder will, dass er pflichtwidrig handelt, ist rechtspolitisch richtig auch dann zu bestrafen, wenn er die Herbeiführung eines Vermögensnachteils für seinen Machtgeber zwar nicht geradezu will oder für gewiß hält, aber doch für möglich ansieht und mit dessen Eintritt einverstanden ist“⁵³⁰.

Glautb der Täter dagegen, dass sein Missbrauch keinen Schaden an den Rechtsgütern des Vertretenen herbeiführen wird, dann ist sein Verhalten mangels Eventualvorsatz auch nicht als Untreue strafbar⁵³¹.

3. Unterschiede

Nachdem nun die doch beachtlichen Parallelen des § 153 I öStGB zum Missbrauchstatbestand des § 266 I 1. Alt StGB dargelegt wurden, werden im Nachfolgenden die Unterschiede der beiden Untreuevorschriften aufgezeigt.

Im Vordergrund steht zum einen die Frage, ob diese eine unterschiedliche Bewertung der bereits festgestellten Versuchsstrafbarkeit, §§ 153 I, 15 I öStGB, im Vergleich zum deutschen Untreuetatbestand rechtfertigen können, zum anderen, ob bestimmte Gesichtspunkte der österreichischen Untreuevorschrift, insbesonde-

⁵²⁸ Leukauf/Steininger, § 146 Rdn. 33.

⁵²⁹ Kienapfel/Schmoller, BT II, § 153 Rdn. 98; Bertel/Schwaighofer, § 153 Rdn. 18.

⁵³⁰ Leukauf/Steininger, § 153 Rdn. 25.

⁵³¹ Lewisch, BT I, S. 254.

re beim Begriff des Vermögensnachteils, im Rahmen des § 266 I StGB Berücksichtigung finden sollten.

a. Formelle Unterschiede

Dabei wird zunächst auf die formellen Unterschiede sowohl im Rahmen der beiden Untreuevorschriften als auch im Rahmen der Gesetzssystematik der beiden Strafrechtsordnungen eingegangen.

aa. Der Treuebruchstatbestand

§ 205 c StG 1945 und damit auch sein fast wörtlich übernommener Nachfolger, § 153 I öStGB, gingen zwar auf deutsche Vorbilder zurück, übernahmen aber nicht deren „Treuebruchstheorie“⁵³².

Daraus resultiert, dass § 153 I öStGB als so genannter Missbrauchstatbestand ausgestaltet ist, und Untreue damit nur durch Zufügung eines Vermögensnachteils infolge des Missbrauchs rechtlicher Vertretungsmacht entstehen kann⁵³³. Geschützt werden soll das Vermögen des Machtgebers vor den Gefahren, die sich aus der Einräumung von Dispositionsbefugnissen an den Machthaber im Außenverhältnis ergeben können⁵³⁴.

Demgegenüber beinhaltet § 266 StGB sowohl einen Missbrauchstatbestand, § 266 I. 1. Alt. StGB, als auch einen Treuebruchstatbestand, § 266 I 2. Alt. StGB. Dieser sieht den Unrechtskern der Untreue in der vermögensschädigenden Verletzung rechtlicher oder tatsächlicher Fürsorgepflichten und betrifft die Risiken, die aus der Gewährung von Dispositionsbefugnissen im Innenverhältnis resultieren⁵³⁵. Demzufolge kann im Rahmen des Treuebruchstatbestandes jede vermögensschädigende Verletzung bloßer Vermögensbetreuungspflichten eine Strafbarkeit wegen Untreue begründen⁵³⁶.

⁵³² WK-Liebscher, § 153 Rdn. 1, 2.

⁵³³ Kadecka, Gesammelte Aufsätze, S. 140; Steininger, ÖJZ 1982, 589, 593.

⁵³⁴ Steininger, ÖJZ 1982, 589, 593.

⁵³⁵ Schönke/Schröder/Lenckner/Perron, § 266 Rdn. 2.

⁵³⁶ Tröndle/Fischer, § 266 Rdn. 38.

Dadurch erfährt der Tatbestand des § 266 StGB im Gegensatz zu § 153 öStGB eine erhebliche Erweiterung.

Diese Erweiterung wird allerdings insoweit relativiert, als sich die österreichische Rechtsprechung in zahlreichen Fällen⁵³⁷ einer Vorgehensweise bedient, die über den Missbrauchstatbestand hinausgeht⁵³⁸. Indem teilweise darauf abgestellt wird, dass der Missbrauch der eingeräumten Befugnis nicht nur einzelne Akte rechtlicher Natur, sondern die gesamte Geschäftsführungstätigkeit des Machthabers umfasst, wird die Untreue zu einer Art „Einheits- bzw. Gesamtdelikt“ umfunktioniert⁵³⁹. Insoweit wird nicht auf eine konkrete, missbräuchliche Rechtshandlung abgestellt, vielmehr werden Befugnismissbräuche sowie Treuwidrigkeiten tatsächlicher Art einheitlich behandelt⁵⁴⁰.

Durch diese Vorgehensweise wird der Treubruchstheorie eine Hintertür geöffnet⁵⁴¹ und damit die zu Beginn doch erheblich erscheinende Diskrepanz zwischen den beiden Untreuevorschriften relativiert.

bb. Die Vermögensbetreuungspflicht

Konsequenz des Vorliegens eines Treubruchstatbestandes gem. §266 I 2. Alt. StGB ist, dass dieser auch auf den Missbrauchstatbestand, § 266 I 1. Alt. StGB, „abfährt“⁵⁴²; denn nach der Auffassung der Rechtsprechung sowie der h.M. in der Literatur wird auch für den Missbrauchstatbestand eine besondere Vermögensbetreuungspflicht gefordert⁵⁴³. Danach liegt Untreue im Falle des Missbrauchs einer rechtsgeschäftlichen Verfügungsbefugnis dann vor, wenn die

⁵³⁷ SSt 39, 27; 38, 4; 29, 54; 22, 62.

⁵³⁸ Steininger, ÖJZ 1982, 589, 593.

⁵³⁹ Kienapfel, Grundriß, BT II, § 153 Rdn. 5; Kienapfel/Schmoller, BT II, § 153 Rdn. 8.

⁵⁴⁰ Steininger, ÖJZ 1982, 589, 593; Kienapfel, Grundriß, BT II, § 153 Rdn. 6; Kienapfel/Schmoller, BT II, § 153 Rdn. 9.

⁵⁴¹ Kienapfel, Grundriß, BT II, § 153 Rdn. 6; Kienapfel/Schmoller, BT II, § 153 Rdn. 9.

⁵⁴² So die Formulierung von Kienapfel/Schmoller, BT II, § 153 Rdn. 7.

⁵⁴³ BGHSt 24, 386, 387 ff.; 33, 244, 250; Tröndle/Fischer, § 266 Rdn. 6, 18; Mitsch, BT II, § 8 Rdn. 19; Arzt/Weber, BT, § 22 Rdn. 36, 68; Maurach/Schroeder/Maiwald, BT I, § 45 Rdn. 18.

Befugnis gerade zum Zwecke der Vermögensfürsorge erteilt worden ist⁵⁴⁴. Diese setzt drei einschränkende Kriterien voraus⁵⁴⁵:

Zunächst muss die Vermögensbetreuung eine Hauptpflicht darstellen, d.h. dass nur solche Rechtsbeziehungen eine Vermögensbetreuungspflicht begründen können, bei denen die Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen den Hauptgegenstand bildet⁵⁴⁶.

Zum anderen muss der Verpflichtete für die Erfüllung seiner Pflichten „einen gewissen Spielraum, eine gewisse Bewegungsfreiheit oder Selbständigkeit besitzen“⁵⁴⁷.

Schließlich muss es sich im Rahmen der Vermögensbetreuungspflicht um Pflichten handeln, „die sich ihrer Dauer nach über eine gewisse Zeit oder ihrem Umfang nach über bloße Einzelfälle hinaus erstrecken“⁵⁴⁸.

Insgesamt lässt sich damit feststellen, dass das Erfordernis einer Vermögensbetreuungspflicht für den Missbrauchstatbestand gem. § 266 I 1. Alt StGB im Vergleich zum Missbrauchstatbestand des § 153 I öStGB eine strafbarkeitsbeschränkende Wirkung besitzt⁵⁴⁹.

cc. Generelle Versuchsstrafbarkeit

Wie bereits unter A. I. dargelegt wurde, ist der Versuch des österreichischen Untreuetatbestandes gem. §§ 153 I, 15 I öStGB strafbar. Dabei beinhaltet das österreichische Strafrecht eine generelle Versuchsstrafbarkeit für alle vorsätzlich begangenen Delikte, also auch für Vergehen⁵⁵⁰. Diese wurde im Rahmen des Entwurfes zum österreichischen Strafgesetzbuch 1909 damit begründet, dass „das Unterbleiben der Vollendung auf einem völlig zufälligen Umstände beru-

⁵⁴⁴ Tröndle/Fischer, § 266 Rdn. 6.

⁵⁴⁵ Eine Eingrenzung der Vermögensbetreuungspflicht ist bereits durch die Entscheidung RGSt 69, 58 ff. erfolgt.

⁵⁴⁶ Tröndle/Fischer, § 266 Rdn. 28, 29; Arzt/Weber, BT, § 22 Rdn. 58.

⁵⁴⁷ BGHSt 13, 315; Tröndle/Fischer, § 266 Rdn. 28, 29; Arzt/Weber, BT, § 22 Rdn. 63.

⁵⁴⁸ RGSt 69, 58, 61 ff.; BGHSt 13, 315, 317.

⁵⁴⁹ Mitsch, BT II, § 8 Rdn. 19; Kienapfel/Schmoller, BT II, § 153 Rdn. 7; Beck, S. 256.

⁵⁵⁰ Fuchs, AT I, 28. Kap. IV 1 a; Kienapfel, AT, Z 21 Rdn. 11.

hen kann⁵⁵¹. In der Folgezeit wurde an der generellen Versuchsstrafbarkeit von Verbrechen und Vergehen festgehalten und dabei im Rahmen des vorbereitenden Entwurfs von 1964 angemerkt, dass es der Tradition des österreichischen Strafrechts und dem Rechtsempfinden entsprechen würde, wenn alle vorsätzlich begangenen Taten, also auch Vergehen, unabhängig von ihrer Schwere unter die Strafandrohung gestellt werden⁵⁵².

Demgegenüber sieht die deutsche Strafrechtsordnung in § 23 I StGB eine generelle Versuchsstrafbarkeit einzig für Verbrechen vor, während der Versuch eines Vergehens nur dann strafbar ist, wenn es das Gesetz ausdrücklich vorsieht. Diese in § 23 I StGB getroffene Differenzierung basiert darauf, dass das Preußische Strafgesetzbuch von 1851 den französischen code pénal von 1810 zum Vorbild hatte, der wiederum eine solche Regelung der Versuchsstrafbarkeit von Verbrechen und Vergehen vorsah⁵⁵³. Begründet wurde diese Differenzierung von den Verfassern des code pénal von 1810 zum einen damit, dass das Vorbereitungs- und Versuchsstadium eines Vergehens in der Regel nicht erkennbar seien, zum anderen mit dem fehlenden gesellschaftlichen Interesse an der Bestrafung eines Vergehensversuchs⁵⁵⁴. An dieser Argumentation orientierte sich im Ergebnis auch das Preußische Strafgesetzbuch von 1851 (§ 33 PrStGB), über welches die Regelung 1871 in das deutsche Reichsstrafgesetzbuch (§ 43 RStGB) gelangte⁵⁵⁵. In der Folgezeit wurde von Seiten des Gesetzgebers trotz nicht unerheblicher Kritik bis zur heutigen Regelung des § 23 StGB an dieser Kompromisslösung festgehalten⁵⁵⁶.

Diese doch erhebliche Diskrepanz im Rahmen der Versuchsstrafbarkeit von Vergehen zwischen den beiden Strafrechtsordnungen Österreichs und Deutschlands wird allerdings insoweit relativiert, als die in Deutschland vorgesehene Versuchsstrafbarkeit von Vergehen sicherlich nicht mehr - wie ursprünglich ge-

⁵⁵¹ Vorentwurf eines österreichischen Strafgesetzbuches 1909, Bemerkung zu § 13, S. 39.

⁵⁵² Entwurf eines Strafgesetzbuches, AT, 1964, vor § 15-17, S. 30.

⁵⁵³ LK-Hillenkamp, vor § 22 Rdn. 44; Meinecke, S. 13 ff.

⁵⁵⁴ Meinecke, S. 14; LK-Hillenkamp, vor § 22 Rdn. 44.

⁵⁵⁵ Meinecke, S. 14 ff.

⁵⁵⁶ Vgl. zu dieser Problematik, Meinecke, S. 17 ff.

dacht - die Ausnahme bildet⁵⁵⁷. Denn während im Jahre 1871 gerade einmal 19 Vergehen eine ausdrückliche Versuchsstrafbarkeit vorsahen, sind es mittlerweile 99 Vergehensstraftatbestände, deren Versuch unter Strafe gestellt ist, so dass damit 40 % aller Vergehen mittlerweile eine Versuchsstrafbarkeit beinhalten⁵⁵⁸.

Darüber hinaus sieht die österreichische Strafrechtsordnung im Rahmen des § 42 öStGB⁵⁵⁹ - im Gegensatz zum deutschen StGB - als notwendiges Korrektiv für die Entkriminalisierung von Bagatelldelikten vor, in besonders leichten Fällen die Strafe soweit zu mildern, dass sie ganz entfällt⁵⁶⁰. Dadurch wird den Gerichten letztlich auch die Möglichkeit eröffnet, einer Ausdehnung der Strafbarkeit durch eine generelle Versuchsstrafbarkeit von Vergehen entgegenzuwirken.

Insgesamt ergibt sich daraus, dass der auf den ersten Blick doch starke Unterschied im Rahmen der Versuchssystematik der beiden Strafrechtsordnungen insoweit kompensiert wird, als im deutschen Strafrecht durch die Einführung stets neuer Versuchsstrafbarkeiten von Vergehen⁵⁶¹ diese keine Ausnahme mehr darstellen und das österreichische Strafrecht mit § 42 öStGB wiederum die Möglichkeit hat, die generelle Versuchsstrafbarkeit von Vergehen zu beschränken.

dd. Tätige Reue, § 167 öStGB

Eine weitere Möglichkeit einer Restriktion der Strafbarkeit der Untreue beinhaltet § 167 öStGB⁵⁶², der den Fall der tätigen Reue regelt und der Entkriminalisierung des Vermögensstrafrechts dient⁵⁶³.

Die tätige Reue ist ein altes, „spezifisch österreichisches Rechtsinstitut“, dessen Anfänge sich bis zum Josephinischen StG von 1787 (§ 156 S. 3) zurückverfol-

⁵⁵⁷ Gold-Pfuhl, Zusammenstellung der schriftlichen Stellungnahmen zu 13/88. Sitzung des Rechtsausschusses, S. 88.

⁵⁵⁸ Schroeder, NJW 1999, 3612, 3613.

⁵⁵⁹ Vgl. zum Wortlaut der gesetzlichen Vorschrift im Anhang, S. 170.

⁵⁶⁰ Triffterer, AT, Kap. 20 Rdn. 69; Kienapfel, AT, Z 21 Rdn. 12.

⁵⁶¹ Das 6. StrRG hat beispielsweise fünf weitere Vergehen, §§ 223 II, 225 II, 235 III, 239 II, 340 II StGB unter Strafe gestellt.

⁵⁶² Vgl. zum Wortlaut der gesetzlichen Vorschrift im Anhang, S. 171.

⁵⁶³ Kienapfel, Grundriß, BT II, § 167 Rdn. 6.

gen lassen⁵⁶⁴. Bemerkenswert ist hierbei, dass diese Besonderheit des österreichischen Strafrechts in der Folgezeit durch § 167 StG 1803 und §§ 187 ff. StG 1852 ausgebaut und durch das öStGB und das StRÄG 1987 auf die heutige breite Deliktsbasis erweitert wurde⁵⁶⁵.

Die tätige Reue stellt einen besonderen und persönlichen Strafaufhebungsgrund dar, der nur für die Person Anwendung findet, die selbst die Voraussetzungen der Strafflosigkeit erfüllt⁵⁶⁶. Sie beseitigt in erster Linie bei Vermögensdelikten, im Rahmen derer eine Wiedergutmachung möglich ist, eine bereits eingetretene Strafbarkeit, und ist im Vergleich zum Rücktritt gem. § 16 öStGB⁵⁶⁷ erst ab Vollendung des verwirklichten Delikts möglich⁵⁶⁸. Voraussetzungen des persönlichen Strafaufhebungsgrundes der tätigen Reue sind „Reuefähigkeit des Delikts sowie rechtzeitige, „freiwillige“ und vollständige Schadensgutmachung“, deren Rechtsfolge die Erlangung von Straffreiheit trotz vollendeter Tat ist⁵⁶⁹.

Kriminalpolitisch wird die Erlangung von Straffreiheit durch tätige Reue zum einen damit begründet, dass bei Erfüllung deren Voraussetzungen der Strafzweck entfällt, d.h. eine Strafe weder aus spezial- und generalpräventiven Gründen noch der Gerechtigkeit wegen geboten ist (Strafzwecktheorie)⁵⁷⁰, zum anderen mit der Theorie der goldenen Brücke, nach welcher dem Täter ein Anreiz für die Wiedergutmachung oder Abwendung des Schadens geboten werden soll⁵⁷¹. Schließlich wird auch die so genannte Prämientheorie vertreten, nach welcher die Straffreiheit die Prämie „für das Einschlagen des Rückwegs zu einem den Erfordernissen des Gemeinschaftslebens angepassten Verhaltens ist“⁵⁷².

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass das österreichische Strafrecht selbst für den Fall der vollendeten Untreue eine Möglichkeit der Strafbefreiung durch Er-

⁵⁶⁴ WK-Liebscher, § 167 Rdn. 1; Kienapfel, Grundriß, BT II, § 167 Rdn. 1.

⁵⁶⁵ Kienapfel, Grundriß, BT II, § 167 Rdn. 1; WK-Liebscher, § 167 Rdn. 1.

⁵⁶⁶ WK-Kirchbauer/Presslauer, § 167 Rdn. 1; Triffterer, AT, Kap. 6 Rdn. 74.

⁵⁶⁷ Vgl. zum Wortlaut der gesetzlichen Vorschrift im Anhang, S. 169.

⁵⁶⁸ Triffterer, AT, Kap. 6 Rdn. 74; WK-Kirchbauer/Presslauer, § 167 Rdn. 2.

⁵⁶⁹ WK-Kirchbauer/Presslauer, § 167 Rdn. 11, 14; Bertel/Schwaighofer, § 167 Rdn. 1.

⁵⁷⁰ WK-Kirchbauer/Presslauer, § 167 Rdn. 9; Kienapfel, Grundriß, BT II, § 167 Rdn. 5.

⁵⁷¹ Leukauf/Steininger, § 167 Rdn. 2.

⁵⁷² Leukauf/Steininger, § 167 Rdn. 2; Kienapfel, Grundriß, BT II, § 167 Rdn. 5.

füllung der Voraussetzungen der tätigen Reue gem. § 167 öStGB bietet⁵⁷³, während die deutsche Strafrechtsordnung weder für die Vollendung noch für den Versuch der Untreue „eine goldene Brücke“ und damit einen Anreiz für eine Wiedergutmachung des Schadens enthält.

b. Der Begriff des Vermögensnachteils

Was das Tatbestandsmerkmal des Vermögensnachteils anbelangt, so wurde bereits festgestellt, dass im österreichischen Vermögensstrafrecht ebenfalls der wirtschaftliche Vermögensbegriff als herrschend angesehen und im Rahmen der Schadensberechnung auf dieselben Grundsätze (Prinzip der Gesamtsaldierung und der Schadenskompensation) wie im deutschen Strafrecht abgestellt wird⁵⁷⁴.

Allerdings gibt es beim Merkmal des Nachteils/Schadens zwei entscheidende Unterschiede, auf die im Folgenden näher einzugehen ist:

aa. Der Nachteilsbegriff und seine Auswirkungen auf die Fälle der Vermögensgefährdung im österreichischen Strafrecht

Die erste doch erhebliche Diskrepanz zwischen den beiden Rechtsordnungen besteht im Rahmen der Definition des Nachteilsbegriffs.

Während nach der h.M. in Deutschland jede Minderung des wirtschaftlichen Wertes einen Nachteil/Schaden beinhalten kann, ein Schaden damit nicht notwendigerweise den tatsächlichen Verlust eines Vermögenswertes und somit eine effektive, rechnerisch nachweisbare Vermögensminderung voraussetzt⁵⁷⁵, vertritt die in Österreich h.M. einen restriktiven Schadens-/ Nachteilsbegriff⁵⁷⁶.

⁵⁷³ Im Falle der versuchten Untreue besteht die Möglichkeit eines Rücktritts gem. § 16 öStGB.

⁵⁷⁴ vgl. unter A. II. 2. c.

⁵⁷⁵ Vgl. bereits im 1. Kap. B. II. und III.

⁵⁷⁶ Kienapfel/Schmoller, BT II, § 146 Rdn. 147; Kessel, JBl 1999, 12, 13.

Nach dieser begründet nur „jede effektiv eingetretene, in Geld bezifferbare Einbuße an Vermögenssubstanz bzw. jeder effektive Verlust an Vermögenssubstanz“ einen Vermögensnachteil⁵⁷⁷.

Für die problematische, im Rahmen dieser Untersuchung wichtige Frage, ob die Herbeiführung einer konkreten Vermögensgefährdung bereits einen Vermögensschaden bzw. Vermögensnachteil begründen und damit zur Bestrafung aus vollendetem Delikt führen kann, hat die Formel vom „effektiven Verlust an Vermögenssubstanz“ zur Folge, dass nach der in Österreich vertretenen h.M. reine Vermögensgefährdungen keinen Vermögensnachteil beinhalten und damit allenfalls eine Strafbarkeit wegen versuchter Untreue oder versuchten Betrugs nach sich ziehen können⁵⁷⁸.

Begründet wird dies zum einen damit, dass eine Gleichsetzung von konkreter Vermögensgefährdung und Vermögensschaden/Vermögensnachteil schon „terminologisch vermieden“ werden sollte, weil eben §§ 146, 153 öStGB eine Schädigung bzw. einen Vermögensnachteil und nicht nur eine Gefährdung des Vermögens fordern⁵⁷⁹. Mit der Einordnung eines Sachverhalts als bloße „Vermögensgefährdung“ werde daher bereits eingeräumt, dass gerade (noch) kein Vermögensschaden vorliege, so dass die Feststellung, dass eine Vermögensgefährdung und nicht bereits ein Vermögensschaden gegeben sei, nur den Versuch einer Untreue oder eines Betruges begründen kann⁵⁸⁰.

Zum anderen wird angeführt, dass eine Gleichstellung von konkreter Vermögensgefährdung und Vermögensschaden sowohl den Betrug als auch die Untreue in ein vom Gesetz nicht vorgesehenes Vermögensgefährdungsdelikt umfunktioniere, und es damit im Ergebnis zu einer Vorverlagerung des Vollen-

⁵⁷⁷ EvBl 2002, 218; EvBl 1997, 32; SSt 40, 30; 57, 42; 56, 61; Kienapfel/Schmoller, BT II, § 153 Rdn. 82 und § 146 Rdn. 146; WK- Kirchbacher/Presslauer, § 146 Rdn. 66; Lewisch, BT I, S. 251.

⁵⁷⁸ Kienapfel/Schmoller, BT II, § 153 Rdn. 87 und § 146 Rdn. 154 ff.; Kienapfel, Grundriß, BT II, § 153 Rdn. 68 und § 146 Rdn. 147 ff.; WK- Kirchbacher/Presslauer, § 146 Rdn. 76; Lewisch, BT I, S. 231 ff., 251.

⁵⁷⁹ Kienapfel/Schmoller, BT II, § 146 Rdn. 155.

⁵⁸⁰ Kienapfel/Schmoller, BT II, § 146 Rdn. 155, 157.

dungszeitpunkts zu Lasten des Deliktsversuchs kommen würde⁵⁸¹. Auch verweise eine solche Konstruktion die Grenzen zum Deliktsversuch⁵⁸².

Schließlich wird geltend gemacht, dass die Anerkennung einer schadensgleichen Vermögensgefährdung als Vermögensschaden „das überkommene österreichische System der Vermögensdelikte mit ihren festen Schadensgrenzen sprengen würde“, da sich „selbst konkrete Vermögensgefährdungen im voraus kaum abschätzen, geschweige denn ziffernmäßig berechnen lassen“⁵⁸³.

Aus der Ablehnung der Gleichstellung von Vermögensgefährdung und Vermögensnachteil/-schaden resultiert, dass beispielsweise in Fällen des gutgläubigen Eigentumserwerbs⁵⁸⁴, im Rahmen derer ein Prozess und damit der Verlust der Sache droht, „des Herauslockens eines Blankowechselakzepts“⁵⁸⁵ oder eines „vinkulierten Sparbuchs“⁵⁸⁶ der OGH im Gegensatz zur deutschen Rechtsprechung eine Vermögensschädigung in Form einer schadensgleichen konkreten Vermögensgefährdung und damit eine Bestrafung aus vollendetem Delikt verneint. Auch das Eingehen einer Verbindlichkeit stellt nach der in Österreich h.M. noch keinen Vermögensschaden dar, so dass der Eingehungsbetrug allenfalls als versuchter Betrug strafbar sein kann⁵⁸⁷.

bb. Der Unmittelbarkeitszusammenhang

Die zweite Abweichung besteht bei der Frage, in welchem Zusammenhang die jeweilige Tathandlung zum Eintritt der Vermögensnachteils stehen muss.

⁵⁸¹ Kienapfel, Grundriß, BT II, § 146 Rdn. 150.

⁵⁸² Beck, S. 134; im liechtensteinischen Vermögensstrafrecht wird dieselbe Auffassung zum Begriff des Vermögensnachteils vertreten wie im österreichischen Strafrecht.

⁵⁸³ Kienapfel, Grundriß, BT II, § 146 Rdn. 150.

⁵⁸⁴ SSt 53, 3.

⁵⁸⁵ EvBl 1996, 113.

⁵⁸⁶ JBl 1992, 726.

⁵⁸⁷ SSt 56, 61 (der Kreditbetrug ist nicht bereits mit Abschluss eines nachteilhaften Darlehensvertrages, sondern erst mit der Barauszahlung oder mit der Überweisung vollendet); WK- Kirchbacher/Presslauer, § 146 Rdn. 76; Lewisch, BT I, S. 231.

Im Falle des § 266 StGB wird „nur“ ein kausaler Zusammenhang zwischen der Untreuehandlung und dem Vermögensnachteil als ausreichend angesehen⁵⁸⁸. Nicht erforderlich ist dagegen, dass die Vermögensminderung durch die Untreuehandlung „unmittelbar“ herbeigeführt wurde⁵⁸⁹; denn der Begriff der Unmittelbarkeit stelle einzig ein „spezifisches Erfordernis des Betrugstatbestandes“ dar, das den Zusammenhang zwischen Vermögensverfügung und Vermögensschaden herstellen soll, während es dem Recht der Untreue fremd sei, so dass es hier nur auf den Ursachenzusammenhang zwischen Pflichtwidrigkeit und Nachteil ankomme⁵⁹⁰.

Dieser Auffassung wird im österreichischen Strafrecht nicht gefolgt. Im Rahmen der Untreue nach § 153 öStGB muss der Vermögensnachteil unmittelbar durch den Missbrauch der Vertretungsbefugnis und nicht erst durch weitere Handlungen des Vertretenen entstanden sein⁵⁹¹. Der Grund hierfür liegt darin, dass es sich bei § 153 öStB - wie allerdings auch bei § 266 StGB⁵⁹² - um ein Fremdschädigungsdelikt handelt, so dass die Veranlassung eines anderen zur Selbstschädigung allenfalls eine Erpressung gem. § 144 öStGB⁵⁹³ bzw. einen Betrug gem. § 146 öStGB begründen kann⁵⁹⁴.

cc. Ergebnis

Im Ergebnis lässt sich damit festhalten, dass es im Rahmen des Nachteils-/Schadensbegriffs im österreichischen Vermögensstrafrecht doch erhebliche Unterschiede zum deutschen Vermögensstrafrecht gibt. Diese bestehen darin, dass zum einen Vermögensgefährdungen keinen Vermögensnachteil und somit auch keine Strafbarkeit aus vollendetem, sondern allenfalls aus einem versuchten Delikt begründen können, zum anderen aber zwischen der Missbrauchshandlung

⁵⁸⁸ In dieser Ausdrücklichkeit OLG Hamm, NJW 1982, 190, 192; ansonsten ergibt sich diese Schlussfolgerung aus der Formulierung der jeweiligen Kommentierung z.B. bei Tröndle/Fischer, § 266 Rdn. 59; Schönke/Schröder/Lenckner/Perron, § 266 Rdn. 39.

⁵⁸⁹ OLG Hamm, NJW 1982, 190, 192.

⁵⁹⁰ OLG Hamm, NJW 1982, 190, 192.

⁵⁹¹ Lewisch, BT I, S. 251; Kienapfel/Schmoller, BT II, § 153 Rdn. 94.

⁵⁹² Wessels/Hillenkamp, BT II, § 18 Rdn. 748; Mitsch, BT II, § 8 Rdn. 9.

⁵⁹³ Vgl. zum Wortlaut der gesetzlichen Vorschrift im Anhang, S. 171.

⁵⁹⁴ Kienapfel/Schmoller, BT II, § 153 Rdn. 94.

und dem Eintritt des Vermögensnachteils ein Unmittelbarkeitszusammenhang bestehen muss.

c. Der subjektive Tatbestand (Wissentlichkeit)

Im Rahmen des subjektiven Tatbestandes muss genauso wie bei § 266 StGB ein zumindest bedingter Vorsatz hinsichtlich der Zufügung eines Vermögensnachteils gegeben sein⁵⁹⁵.

Darüber hinaus verlangt das österreichische Strafrecht das Erfordernis der Wissentlichkeit hinsichtlich des Befugnismissbrauchs⁵⁹⁶. Diese Restriktion wurde bereits im Rahmen des § 205 c öStG 1945 durch das gleichlautende Adverb „geflissentlich“ verwandt und dient als Einschränkung für den weit gefassten Begriff des Befugnismissbrauchs⁵⁹⁷.

Gem. § 5 III öStGB⁵⁹⁸ handelt der Täter dann wissentlich, wenn er den Umstand oder Erfolg, für den das Gesetz Wissentlichkeit voraussetzt, nicht bloß für möglich, sondern sein Vorliegen oder Eintreten für gewiss hält. Dabei wird für diese Vorsatzform ausschließlich auf das Wissen des Täters abgestellt⁵⁹⁹.

Nur wenn der Täter also weiß, dass seine nach außen hin wirksame Vertretungshandlung gegen das interne Dürfen verstößt, handelt er mit dem für die Untreue erforderlichen Vorsatz⁶⁰⁰. Die erforderliche Wissentlichkeit des Täters wird auch nicht dadurch ausgeschlossen, dass er irrig annimmt, der Geschäftsherr werde den Missbrauch nachträglich genehmigen⁶⁰¹.

Diese Begrenzung des Befugnismissbrauchs durch das Tatbestandsmerkmal der Wissentlichkeit hat zwar einerseits den Vorteil, dass „die Tätigkeit von Machthaber nicht infolge von Unsicherheiten über die Reichweite ihrer Befugnisse

⁵⁹⁵ Vgl. A. II. 2. d.

⁵⁹⁶ Kienapfel/Schmoller, BT II, § 153 Rdn. 98; Leukauf/Steininger, § 153 Rdn. 24.

⁵⁹⁷ WK-Liebscher, § 153 Rdn. 22.

⁵⁹⁸ Vgl. zum Wortlaut der gesetzlichen Vorschrift im Anhang, S. 168.

⁵⁹⁹ WK-Nowakowski, § 5 Rdn. 10.

⁶⁰⁰ Kienapfel/Schmoller, BT II, § 153 Rdn. 99; WK-Liebscher, § 153 Rdn. 22.

⁶⁰¹ Lewisch, BT I, S. 254; WK-Kirchbacher/Presslauer, § 153 Rdn. 43; Kienapfel/Schmoller, BT II, § 153 Rdn. 101; a.A.: Leukauf/Steininger, § 153 Rdn. 24.

gelähmt wird⁶⁰², andererseits führt sie in der Praxis zu beträchtlichen Beweisschwierigkeiten⁶⁰³. Konsequenz dessen ist, dass in vielen Fällen der Untreue („auch großen Stils“) dem Täter ein wissentlicher Befugnismissbrauch nicht nachgewiesen werden kann, so dass er straffrei bleibt, obwohl feststeht, dass er den Missbrauch ernstlich für möglich gehalten und sich damit abgefunden hat⁶⁰⁴.

Im Ergebnis lässt sich damit festhalten, dass es im Rahmen des subjektiven Tatbestandes des § 153 öStGB im Vergleich zu demjenigen des § 266 StGB ein zusätzliches Tatbestandsmerkmal der Wissentlichkeit gibt, das zwar eine Beschränkung des „fast uferlos weiten Begriffs des Befugnismissbrauchs“⁶⁰⁵ bewirkt, allerdings auch zu großen Strafbarkeitslücken führt, die auf Grund der erheblichen Beweisschwierigkeiten hinsichtlich dieses Tatbestandsmerkmals entstehen.

III. Zusammenfassung der rechtsvergleichenden Untersuchung

Die rechtsvergleichende Untersuchung zwischen dem Untreuetatbestand des österreichischen Strafrechts und demjenigen des deutschen Strafrechts hat Folgendes gezeigt:

Im Hinblick auf die zentrale Frage dieser Untersuchung, ob im österreichischen Strafrecht eine Versuchsstrafbarkeit der Untreue existent ist, ist festzuhalten, dass das österreichische Strafrecht eine Bestrafung wegen versuchter Untreue gem. §§ 153 I, 15 I öStGB vorsieht und sich diesbezüglich in der Praxis auch keine Schwierigkeiten ergeben⁶⁰⁶. In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass das österreichische Strafrecht auch mehr kriminalpolitische Aspekte für den Fall der Untreue vorsieht. Dies äußert sich darin, dass der Täter zum einen aufgrund einer vorhandenen Versuchsstrafbarkeit der Untreue die Möglichkeit hat, Straffreiheit im Wege eines Rücktritts gem. § 16 öStGB zu erlangen, zum ande-

⁶⁰² Kienapfel/Schmoller, BT II, § 153 Rdn. 100.

⁶⁰³ Steininger, ÖJZ 1982, 589, 595.

⁶⁰⁴ Steininger, ÖJZ 1982, 589, 595.

⁶⁰⁵ WK-Liebscher, § 153 Rdn. 22.

⁶⁰⁶ Im österreichischen Strafrecht wird die Versuchsstrafbarkeit der Untreue gar nicht problematisiert, was sicherlich auch mit dem restriktiven Schadensbegriff zusammenhängt.

ren selbige Rechtsfolge erreichen kann, wenn er im Falle der Vollendung die Voraussetzungen einer tätigen Reue gem. § 167 öStGB erfüllt.

Was den österreichischen Untreuetatbestand selbst anbelangt, so ist dieser mit dem Missbrauchstatbestand der Untreue im deutschen Strafrecht, § 266 I 1. Alt. StGB, nahezu identisch. Dies basiert auf dem gemeinsamen historischen Ursprung und dem daraus resultierenden, fast gleichen Wortlaut der beiden Untreuevorschriften.

Vergleicht man allerdings die Untreuestraftatbestände des § 153 I öStGB und des § 266 I StGB im Gesamten miteinander, so ist der österreichische Untreuetatbestand restriktiver gefasst:

Während der deutsche Untreuetatbestand sowohl den Missbrauch der eingeräumten Befugnis als auch die Verletzung bloßer Vermögensfürsorgepflichten beinhaltet, enthält der österreichische Untreuetatbestand nur einen Missbrauchstatbestand. Dieser auf den ersten Blick doch erhebliche Unterschied wird allerdings insoweit relativiert, als die österreichische Rechtsprechung in zahlreichen Entscheidungen dazu neigt, die Untreue in ein „Einheits- bzw. Gesamtdelikt“ umzufunktionieren, im Rahmen dessen auch Treuwidrigkeiten tatsächlicher Art erfasst werden und damit auch der Treuebruchstheorie ein Weg geebnet wird.

Eine weitere Einschränkung sieht § 153 I öStGB im Rahmen des Nachteilsbegriffs vor. Obwohl die h.M. in Österreich ebenfalls dem wirtschaftlichen Vermögensbegriff folgt, vertritt sie im Rahmen der §§ 144, 146, 153 öStGB im Gegensatz zur h.M. in Deutschland einen restriktiven Schadens- und Nachteilsbegriff. Danach liegt ein Schaden bzw. Nachteil dann vor, wenn ein „effektiver Verlust an Vermögenssubstanz“ eingetreten ist. Konsequenz dieser Definition des Schadens- bzw. Nachteilsbegriffs ist, dass konkrete Vermögensgefährdungen im Gegensatz zum deutschen Vermögensstrafrecht einen Schaden bzw. Nachteil und damit eine Bestrafung wegen vollendeter Tat nicht begründen können, vielmehr in diesen Fällen nur eine Strafbarkeit wegen Versuchs in Betracht kommt.

Zusätzlich wird im Rahmen des Vermögensnachteilsbegriffs zwischen der jeweiligen Untreuehandlung und dem Eintritt des Vermögensnachteils - im Gegensatz zum deutschen Strafrecht - nicht nur ein Kausal- sondern auch ein Unmittelbarkeitszusammenhang gefordert.

Innerhalb des subjektiven Tatbestandes erfährt der österreichische Untreuetatbestand durch das Erfordernis der Wissentlichkeit hinsichtlich des Befugnismissbrauchs eine weitere Beschränkung. Dies führt allerdings in der Praxis dazu, dass mangels Nachweisbarkeit dieses Merkmals der Täter in vielen Fällen („auch großen Stils“) Straffreiheit erlangt, obwohl er den Missbrauch billigend in Kauf genommen hat.

IV. Schlussfolgerungen und Ergebnis

Insgesamt hat die rechtsvergleichende Untersuchung gezeigt, dass es im Rahmen der Missbrauchstatbestände der beiden Untreuevorschriften Deutschlands und Österreichs keine entscheidenden Abweichungen gibt, die eine unterschiedliche Bewertung der Versuchsstrafbarkeit der Untreue rechtfertigen könnten. Vielmehr weisen beide so beachtliche Parallelen auf, dass eine gleiche Beurteilung der Versuchsstrafbarkeit der Untreue, zumindest für den Fall des Missbrauchstatbestands, die Konsequenz sein müsste.

Dass die österreichische Strafrechtsordnung eine generelle Versuchsstrafbarkeit von Vergehen vorsieht, vermag hieran nichts zu ändern. Denn im Rahmen der vorliegenden Arbeit geht es nicht um die gesetzssystematische Frage, ob zukünftig im deutschen Strafrecht für alle Vergehen eine generelle Versuchsstrafbarkeit bestehen sollte, sondern darum festzustellen, ob gerade für den Fall der Untreue eine Versuchsstrafbarkeit einzuführen ist und ob eine solche aus materiellrechtlicher Sicht in anderen deutschsprachigen Strafrechtsordnungen Schwierigkeiten bereitet⁶⁰⁷. Letzteres scheint aber nicht der Fall zu sein, da die

⁶⁰⁷ Dies wurde im Ergebnis von Seiten des Rechtsausschusses angenommen und führte zur Ablehnung einer Versuchsstrafbarkeit der Untreue, Deutscher Bundestag, 13. Wahlperiode, Rechtsausschuss, Protokoll der 88. Sitzung des Rechtsausschusses vom 4. Juni 1997, S. 11, 109 ff., 128.

Versuchsstrafbarkeit der Untreue im Rahmen des österreichischen Strafrechts überhaupt nicht problematisiert wird.

Grund hierfür wird in erster Linie die unterschiedliche Beurteilung des Nachteils-/ Schadensbegriffs sein, der in einem engen Zusammenhang zur Versuchsstrafbarkeit der Untreue steht. Während nach der h.M. in Deutschland der Nachteilsbegriff auch konkrete Vermögensgefährdungen erfasst, unter welche teilweise auch abstrakte Vermögensgefährdungen und damit Fälle des Untreueversuchs subsumiert werden⁶⁰⁸, vertritt die h.M. in Österreich einen restriktiven Nachteils- bzw. Schadensbegriff und bejaht dessen Vorliegen nur dann, wenn ein „effektiver Verlust an Vermögenssubstanz“ eingetreten ist⁶⁰⁹. Konsequenz dieses eng ausgelegten Nachteilsbegriffs ist, dass einerseits konkrete Vermögensgefährdungen keinen Vermögensnachteil darstellen und damit keine vollendete, sondern nur eine versuchte Untreue begründen können. Andererseits aber werden die dem deutschen Vermögensstrafrecht anhaftenden Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen der Gefährdung, die noch die typische Situation des Versuchs darstellt und damit im Falle der Untreue de lege lata straflos bleibt, und der Gefährdung, die einer Vermögensbeschädigung gleichkommt und somit eine vollendete Untreue nach sich zieht, beseitigt.

Aus dem Rechtsvergleich zum österreichischen Untreuetatbestand ergeben sich somit zwei miteinander zusammenhängende Gesichtspunkte, die sowohl aus rechtspolitischen und systematischen Gründen als auch zwecks Beseitigung der Abgrenzungsschwierigkeiten im Rahmen des Nachteils-/ Schadensbegriffs auf den Straftatbestand der Untreue in Deutschland zu übertragen sind:

Zum einen die Einführung einer Versuchsstrafbarkeit der Untreue, zum anderen die restriktive Auslegung des Nachteils-/ Schadensbegriffs und damit eine Verlagerung der Fälle der Vermögensgefährdung in den Versuchsbereich.

⁶⁰⁸ Vgl. hierzu ausführlich im 3. Kapitel.

⁶⁰⁹ Vgl. 4. Kap. A. II. 3. b.

B. Der Untreuetatbestand nach schweizerischem Recht

Im Anschluss an den Rechtsvergleich zum österreichischen Straftatbestand der Untreue wird nachfolgend der Untreuetatbestand des schweizerischen Strafrechts untersucht. Statt als Untreue wird dieser Tatbestand als einziger im deutschen Rechtskreis als „ungetreue Geschäftsbesorgung“ bezeichnet⁶¹⁰ und hat folgenden Inhalt:

Ungetreue Geschäftsbesorgung, Art. 158 sStGB

(1) Wer aufgrund des Gesetzes, eines behördlichen Auftrages oder eines Rechtsgeschäfts damit betraut ist, Vermögen eines anderen zu verwalten oder eine solche Vermögensverwaltung zu beaufsichtigen, und dabei unter Verletzung seiner Pflichten bewirkt oder zulässt, dass der andere am Vermögen geschädigt wird, wird mit Gefängnis bestraft.

Wer als Geschäftsführer ohne Auftrag gleich handelt, wird mit der gleichen Strafe belegt.

Handelt der Täter in der Absicht, sich oder einen anderen unrechtmäßig zu bereichern, so kann auf Zuchthaus bis zu fünf Jahren erkannt werden.

(2) Wer in der Absicht, sich oder einen anderen unrechtmäßig zu bereichern, die ihm durch das Gesetz, einen behördlichen Auftrag oder ein Rechtsgeschäft eingeräumte Ermächtigung, jemanden zu vertreten, missbraucht und dadurch den Vertretenen am Vermögen schädigt, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder mit Gefängnis bestraft.

(3) Die ungetreue Geschäftsbesorgung zum Nachteil eines Angehörigen oder Familiengenossen wird nur auf Antrag verfolgt.

Wie im Rahmen des Rechtsvergleichs zum österreichischen Untreuetatbestand liegt der Schwerpunkt der Untersuchung der ungetreuen Geschäftsbesorgung auf dem Grundtatbestand des Art. 158 sStGB.

⁶¹⁰ Urbach, Die ungetreue Geschäftsbesorgung, S. 15; Beck, S. 260.

I. Die Versuchsstrafbarkeit der ungetreuen Geschäftsbesorgung

Dabei wird auch hier zunächst der im Vordergrund stehenden Frage nachgegangen, ob die schweizerische Strafrechtsordnung eine Versuchsstrafbarkeit der ungetreuen Geschäftsbesorgung vorsieht. Erst wenn dies bejaht werden kann, werden die Gemeinsamkeiten und Unterschiede der beiden Untreuevorschriften aufgezeigt und anschließend im Wege eines Rechtsvergleichs geprüft, ob die sich aus diesem ergebenden Diskrepanzen eine unterschiedliche Bewertung der Versuchsstrafbarkeit der beiden Untreuevorschriften rechtfertigen können.

Ausdrücklich ist eine Versuchsstrafbarkeit der ungetreuen Geschäftsbesorgung im Rahmen des Art. 158 sStGB nicht geregelt.

Über die Vorschriften der Art. 21-23 sStGB⁶¹¹ ist allerdings der Versuch der ungetreuen Geschäftsbesorgung strafbar. Wie im österreichischen Strafrecht ist auch im schweizerischen Strafgesetzbuch die Versuchsstrafbarkeit im allgemeinen Teil des StGB für alle Delikte geregelt und generell für alle Vergehen sowie Verbrechen unter Strafe gestellt⁶¹².

Nach Art. 9 Abs. 1 sStGB⁶¹³ sind Verbrechen die mit Zuchthaus bedrohten Handlungen. Die Zuchthausstrafe ist wiederum in Art. 35 sStGB geregelt und ist die schwerste Freiheitsstrafe. Ihre kürzeste Dauer beträgt ein Jahr, die längste zwanzig Jahre. Soweit das Gesetz es ausdrücklich bestimmt, kann sie auch lebenslänglich sein, vgl. Art. 35 sStGB⁶¹⁴.

Vergehen wiederum sind nach Art. 9 Abs. 2 sStGB die mit Gefängnis als Höchststrafe bedrohten Handlungen. Die Gefängnisstrafe kann von drei Tagen bis zu drei Jahren andauern, vgl. Art. 36 sStGB⁶¹⁵.

Neben den Verbrechen und Vergehen enthält das schweizerische Strafgesetzbuch eine weitere Straftatart, die so genannten Übertretungen und beinhaltet

⁶¹¹ Der jeweilige anzuwendende Artikel ist abhängig von der jeweils verwirklichten Ver-
suchsart; vgl. zum Wortlaut der gesetzlichen Vorschriften im Anhang, S. 172 ff.

⁶¹² Stratenwerth, AT I, § 12 Rdn. 7.

⁶¹³ Vgl. zum Wortlaut der gesetzlichen Vorschrift im Anhang, S. 172.

⁶¹⁴ Vgl. zum Wortlaut der gesetzlichen Vorschrift im Anhang, S. 173.

⁶¹⁵ Vgl. zum Wortlaut der gesetzlichen Vorschrift im Anhang, S. 173.

damit eine Dreiteilung der Straftaten in Verbrechen, Vergehen und Übertretungen⁶¹⁶. Die Übertretungen sind in Art. 101 sStGB⁶¹⁷ geregelt und stellen all diejenigen Handlungen dar, die mit Haft oder Buße oder mit Buße allein bedroht sind. Die Haftstrafe ist die leichteste Freiheitsstrafe und kann von einem Tag bis zu drei Monaten andauern, vgl. Art. 39 sStGB⁶¹⁸, während die Buße im Falle einer Übertretung einen Höchstbetrag von 5000 Franken betragen kann, vgl. Art. 106 Abs. 1 sStGB⁶¹⁹. Übertretungen stellen beispielsweise der „Ungehorsam des Schuldners im Betreibungs- und Konkursverfahren“, Art. 323 sStGB, oder die „ordnungswidrige Führung der Geschäftsbücher“, Art. 325 sStGB, dar⁶²⁰. Nach Art. 104 Abs. 1 sStGB⁶²¹ ist der Versuch einer Übertretung nur in den vom Gesetz ausdrücklich bestimmten Fällen strafbar, so dass Art. 104 Abs. 1 sStGB die Grenzen der Strafbarkeit des Versuchs festlegt⁶²².

Die Qualifikation einer Tat als Verbrechen, Vergehen oder Übertretung richtet sich im schweizerischen Strafrecht allein nach der für den betreffenden Straftatbestand angedrohten Höchststrafe, ohne Rücksicht auf die nach den Grundsätzen über die Strafzumessung bzw. auf die nach dem besonderen Straf- und Maßnahmesystem des Jugendstrafrechts angeordnete konkrete Sanktion im Einzelfall⁶²³. Daraus resultiert für der Fall der ungetreuen Geschäftsbesorgung, dass der qualifizierte Treuebruchstatbestand nach Art. 158 Ziff. 1 Abs. 3 sStGB sowie der Missbrauchstatbestand nach Art. 158 Ziff. 2 sStGB als Verbrechen gelten, da die höchste Strafandrohung Zuchthaus bis zu fünf Jahren ist, während der Treuebruchstatbestand nach Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 sStGB in der Grundvariante lediglich ein Vergehen darstellt, da die Höchststrafe Gefängnis ist⁶²⁴. Da die ungetreue Geschäftsbesorgung somit - jeweils abhängig von der verwirklichten

⁶¹⁶ Während das schweizerische StGB damit eine so genannte Trichotomie beinhaltet, enthält das deutsche StGB eine Zweiteilung bzw. Dichotomie von Verbrechen und Vergehen, vgl. Schönke/Schröder/Eser, § 12 Rdn. 2 ff.; MüKo-Radtke, § 12 Rdn. 3.

⁶¹⁷ Vgl. zum Wortlaut der gesetzlichen Vorschrift im Anhang, S. 175.

⁶¹⁸ Vgl. zum Wortlaut der gesetzlichen Vorschrift im Anhang, S. 174.

⁶¹⁹ Vgl. zum Wortlaut der gesetzlichen Vorschrift im Anhang, S. 175.

⁶²⁰ Die Übertretungen sind in Art. 323-332 sStGB geregelt.

⁶²¹ Vgl. zum Wortlaut der gesetzlichen Vorschrift im Anhang, S. 175.

⁶²² Trechsel, vor Art. 21 Rdn. 8; Trechsel/Noll, AT I, S. 155.

⁶²³ Riklin, AT I, § 9 Rdn. 2; Rehberg, StGB, § 9.

⁶²⁴ Urbach, S. 150 Fn. 1008, 1009.

Tatbestandsvariante - entweder ein Vergehen oder ein Verbrechen ist, ist auch der Versuch der ungetreuen Geschäftsbesorgung nach Art. 21 Abs. 1 sStGB stets strafbar.

Was die Strafandrohung für die versuchte ungetreue Geschäftsbesorgung anbelangt, so sieht auch das schweizerische Strafgesetzbuch in Art. 21 ff. iVm. Art. 65 ff. sStGB eine Strafmilderung für den Fall eines Versuchs vor. Dabei richtet sich der jeweilige Strafmilderungsgrund nach der Art des Versuchs, vgl. Art. 21 ff. und Art. 65 ff. In den Art. 21-23 sStGB werden die verschiedenen Versuchsarten ausdrücklich erwähnt und einzeln geregelt:

Art. 21 sStGB⁶²⁵ beinhaltet den so genannten „unvollendeten Versuch“⁶²⁶. Dieser liegt dann vor, wenn der Täter mit der Ausführung der Tat begonnen hat, aber nicht alles getan hat, was nach seiner Vorstellung zur Vollendung erforderlich war, und dabei die Vollendung auch nicht eintritt⁶²⁷. Die mögliche Strafmilderung richtet sich nach Art. 65 sStGB⁶²⁸, vgl. Art. 21 Abs. 1 sStGB, wobei im Falle eines Rücktritts, Art. 21 Abs. 2 sStGB, der Richter von der Strafe absehen kann⁶²⁹. Für den konkreten Fall der ungetreuen Geschäftsbesorgung wird als Beispiel eines unvollendeten Versuchs das Inserat des Geschäftsführers genannt, im Rahmen dessen der Geschäftsführer Vermögenswerte seines Geschäftsherrn zu ungünstigen Konditionen anbietet, dieser allerdings noch rechtzeitig eingreifen kann, bevor es zur Veräußerung der Vermögenswerte kommt⁶³⁰.

⁶²⁵ Vgl. zum Wortlaut der gesetzlichen Vorschrift im Anhang, S. 172.

⁶²⁶ Dieser entspricht im deutschen Strafrecht dem unbeendeten Versuch.

⁶²⁷ Trechsel, StGB, Art 21 Rdn. 1; Rehberg/Donatsch, Strafrecht I, S. 108; Riklin, AT I, § 17 Rdn. 11.

⁶²⁸ Vgl. zum Wortlaut der gesetzlichen Vorschrift im Anhang, S. 174.

⁶²⁹ Dieser setzt einen entsprechenden Vorsatz und das Absehen von weiteren Handlungen aus eigenem Antrieb voraus. Im Gegensatz zum deutschen Strafrecht ist im Falle eines Rücktritts nur eine fakultative Strafmilderung vorgesehen, vgl. Trechsel/Noll, AT I, S. 162.

⁶³⁰ Vollmar, S. 122; Urbach, S. 152.

Art. 22 sStGB⁶³¹ regelt den „vollendeten Versuch“⁶³², welcher sich dadurch auszeichnet, dass der Täter alles getan hat, was er nach seiner Vorstellung tun musste, um die Tat zu vollenden⁶³³. Dabei kann sich die Strafmilderung je nach Verhalten des Täters entweder nach Art. 65 oder Art. 66 sStGB⁶³⁴, vgl. Art. 22 Abs. 1 und Abs. 2 sStGB richten⁶³⁵. Ein Beispiel für einen vollendeten Versuch einer ungetreuen Geschäftsbesorgung stellt der Auftrag des Geschäftsführers an eine Bank dar, Wertpapiere des Geschäftsherrn zu einem zu niedrigen Wert zu verkaufen. Der Verkauf kommt allerdings nicht zustande, da die Bank Rücksprache mit dem Geschäftsherrn nimmt⁶³⁶. Insoweit hat der Geschäftsführer alles nach seinem Tatplan Erforderliche getan, um den tatbestandsmäßigen Erfolg zu erreichen⁶³⁷.

In Art. 23 sStGB⁶³⁸ schließlich ist die Normierung des „untauglichen Versuchs“ zu finden, bei dem entweder Tatmittel oder Tatobjekt oder auch beide so beschaffen ist bzw. sind, dass die Tat überhaupt nicht durchgeführt werden kann⁶³⁹. Die für den untauglichen Versuch bestimmte Strafmilderung richtet sich nach Art. 66 sStGB, vgl. Art. 23 Abs. 1 sStGB, wobei der Richter im Falle eines Handelns des Täters aus grobem Unverstand „von einer Bestrafung Umgang nehmen kann“, vgl. § 23 Abs. 2 sStGB.

Als untaugliches Tatobjekt einer ungetreuen Geschäftsbesorgung wird beispielsweise der mit Schädigungsvorsatz erfolgte Verkauf von Vermögenswerten genannt, die nicht der Fürsorgepflicht des Täters unterstanden, wie es der Täter allerdings annahm, während ein untaugliches Tatmittel z.B. die vom Geschäfts-

⁶³¹ Vgl. zum Wortlaut der gesetzlichen Vorschrift im Anhang, S. 173.

⁶³² Dieser entspricht im deutschen Strafrecht dem beendeten Versuch.

⁶³³ Trechsel, StGB, Art. 22 Rdn. 1; Trechsel/Noll, AT I, S. 163; Rehberg/Donatsch, Strafrecht I, S. 108.

⁶³⁴ Vgl. zum Wortlaut der gesetzlichen Vorschrift im Anhang, S. 175.

⁶³⁵ Entfaltet der Täter vorsätzlich eine auf Erfolgsabwendung gerichtete Tätigkeit, wendet er dann den Erfolg tatsächlich ab und handelt er hierbei aus eigenem Antrieb, so liegt „tätige Reue“ nach Art. 22 II sStGB vor und die Strafmilderung erfolgt nach freiem Ermessen, vgl. Trechsel/Noll, AT I, S. 166/167.

⁶³⁶ Vollmar, S. 123; Urbach, S. 153.

⁶³⁷ Urbach, S. 153; Vollmar, S. 123.

⁶³⁸ Vgl. zum Wortlaut der gesetzlichen Vorschrift im Anhang, S. 173.

⁶³⁹ Riklin, AT I, § 17 Rdn. 17; Trechsel, StGB, § 23 Rdn. 1 ff.; Rehberg/Donatsch, Strafrecht I, S. 113 ff.

führer mit Schädigungsvorsatz durchgeführte Übertragung von Namensaktien des Geschäftsherrn durch „Tradition“⁶⁴⁰ darstellt⁶⁴¹.

Im Ergebnis lässt sich somit festhalten, dass der Versuch der ungetreuen Geschäftsbesorgung wie im österreichischen Strafrecht und im Gegensatz zum deutschen StGB stets strafbar ist.

II. Rechtsvergleichende Untersuchung

Nachdem das schweizerische Strafrecht eine Versuchsstrafbarkeit der ungetreuen Geschäftsbesorgung vorsieht, wird im Nachfolgenden untersucht, welche Gemeinsamkeiten und Unterschiede die beiden Untreuevorschriften aufweisen und ob die sich daraus ergebenden Divergenzen zum deutschen Straftatbestand der Untreue eine unterschiedliche Bewertung der Versuchsstrafbarkeit der Untreue rechtfertigen können.

1. Entstehungsgeschichte

Zu Beginn der rechtsvergleichenden Untersuchung wird kurz die Entstehungsgeschichte der ungetreuen Geschäftsbesorgung nach Art. 158 sStGB aufgezeigt und der Frage nachgegangen, ob der schweizerische und deutsche Untreuetatbestand „gemeinsame Wurzeln“ haben, wie es bereits für den österreichischen Straftatbestand der Untreue der Fall war.

„Die ungetreue Geschäftsbesorgung“ nach Art. 158 sStGB gibt es in dieser Form erst seit dem 1. Januar 1995⁶⁴². Bis zu diesem Zeitpunkt wurde „die Untreue“ des schweizerischen Strafrechts als „ungetreue Geschäftsführung“ bezeichnet und war in Art. 159 sStGB a.F. geregelt⁶⁴³. Der Grund für die Änderung der Marginalie bestand darin, dass eine Erweiterung der „ungetreuen

⁶⁴⁰ Zum rechtswirksamen Verkauf von Namensaktien ist ein Indossament erforderlich, vgl. Urbach, S. 154, Fn. 1035.

⁶⁴¹ Vollmar, S. 123/124; Urbach, S. 153/154.

⁶⁴² Donatsch, ZStrR 1996, 200, 201; Urbach, S. 17.

⁶⁴³ Stratenwerth, BT I, § 19 Rdn. 2; Botschaft, Bundesblatt 1991, Band II, S. 973.

Geschäftsführung“ erfolgt war⁶⁴⁴, und zwar zum einen durch eine Vergrößerung des Täterkreises im Rahmen des Treuebruchtatbestandes, vgl. Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 und 2 sStGB, zum anderen durch die Einführung des Missbrauchstatbestandes, Art. 158 Ziff. 2 sStGB⁶⁴⁵.

Art. 159 sStGB a.F. wiederum, der Vorgänger des heutigen Art. 158 sStGB, wurde am 21. Dezember 1937 erlassen⁶⁴⁶. Dabei diente bei der Begründung des schweizerischen Untreuetatbestandes die Untreuebestimmung des § 266 RStGB als Vorbild⁶⁴⁷. Im Unterschied zu § 266 RStGB wurde allerdings zum einen auf eine Enumeration des Täterkreises verzichtet und der Täterkreis mit einer Generalklausel umschrieben, zum anderen die Marginalie des Tatbestandes ohne ersichtlichen Grund geändert⁶⁴⁸.

Vor dieser Zeit, d.h. bevor im Jahre 1893/94 der erste Vorentwurf zu einem gesamt-schweizerischen Strafgesetzbuch erfolgt war⁶⁴⁹, orientierten sich die einzelnen Kantone der Schweiz und ihre Strafgesetzbücher im Rahmen des Untreuetatbestandes so stark am RStGB, dass einige Kantone, wie Solothurn und Neuenburg, die Untreuevorschrift des § 266 RStGB fast wörtlich übernahmen⁶⁵⁰.

Insgesamt lässt sich damit festhalten, dass die ungetreue Geschäftsbesorgung nach Art. 158 sStGB und der deutsche Untreuetatbestand, § 266 StGB, „einen gemeinsamen Ursprung“ aufweisen, wobei der schweizerische Straftatbestand der Untreue die deutschen Vorschriften zur Untreue größtenteils zum Vorbild hatte.

⁶⁴⁴ Botschaft, Bundesblatt 1991, Band II, S. 1047, Urbach, S. 17; Donatsch, ZStrR 1996, 200, 201 ff.

⁶⁴⁵ Urbach, S. 17; Beck, S. 260.

⁶⁴⁶ Urbach, S. 15.

⁶⁴⁷ Popp, ZBJV 1993, 283, 286; Vollmar, S. 13; Urbach, S. 15.

⁶⁴⁸ Vollmar, S. 13, 17; Urbach, S. 15.

⁶⁴⁹ Vollmar, S. 12; Kingsley, Untreuerecht, S. 179 ff.; Urbach, S. 15.

⁶⁵⁰ Kingsley, Untreuerecht, S. 173; Vollmar, S. 11 ff.; Urbach, S. 14/15.

2. Gemeinsamkeiten

Welche Gemeinsamkeiten die Untreuevorschriften der beiden Strafrechtsordnungen in ihren heutigen Fassungen beinhalten, wird nachfolgend zu klären sein.

a. Struktur

Der schweizerische Straftatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung beinhaltete bis zur Revision des Vermögensstrafrechts vom 17. Juni 1994 ausschließlich einen Treuebruchstatbestand, Art. 159 sStGB a.F.⁶⁵¹, dessen Grundtatbestand folgenden Inhalt hatte:

Die ungetreue Geschäftsführung, Art. 159 sStGB a.F.

Wer jemanden am Vermögen schädigt, für das er infolge einer gesetzlichen oder einer vertraglich übernommenen Pflicht sorgen soll, wird mit Gefängnis bestraft.

Mit Inkrafttreten der Revision am 1. Januar 1995 wurde der Straftatbestand der „Untreue“ in zweifacher Sicht stark verändert:

Zum einen wurde im Rahmen des Treuebruchstatbestandes, Art. 158 Ziff. 1 sStGB, im Vergleich zum Art. 159 sStGB a.F. der Täterkreis präzisiert und erweitert⁶⁵², indem die Begründung der Täterstellung konkretisiert wurde und als möglicher Täter nun auch derjenige in Betracht kommt, der mit der Beaufsichtigung der Verwaltung fremden Vermögens, Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 sStGB, und nicht nur mit der Verwaltung selbst betraut ist, sowie derjenige, der als Geschäftsführer ohne Auftrag, Art. 158 Ziff. 1 Abs. 2 sStGB, handelt⁶⁵³.

Zum anderen wurde in den Straftatbestand der schweizerischen „Untreue“ der so genannte Missbrauchstatbestand, Art. 158 Ziff. 2 sStGB, eingefügt⁶⁵⁴, mit wel-

⁶⁵¹ Honsell in FS-Schmid, 225, 230; Donatsch, ZStrR 1996, 200, 201 ff.

⁶⁵² Donatsch, ZStrR 1996, 200, 201; Urbach, S. 17.

⁶⁵³ Botschaft, Bundesblatt 1991, Band II, S. 1047 ff.

⁶⁵⁴ Stratenwerth, BT I, § 19 Rdn. 2; Urbach, S. 17.

chem das Ziel verfolgt wurde, die Ausdehnung des Treuebruchstatbestandes zu verhindern⁶⁵⁵.

Insgesamt sollte die Revision der damaligen ungetreuen Geschäftsführung gem. Art. 159 sStGB a.F. „das verpönte Verhalten genauer umschreiben und bestehende Lücken der geltenden Strafbestimmung schliessen“⁶⁵⁶. In Anbetracht der Veränderungen der ungetreuen Geschäftsbesorgung durch die Revision vom 17. Juni 1994 ist der heutige schweizerische Untreuetatbestand in formeller Hinsicht⁶⁵⁷ mit demjenigen des deutschen Strafrechts nahezu identisch⁶⁵⁸.

b. Die Subjekte

Was den inhaltlichen Vergleich der beiden Untreuevorschriften anbelangt, so wird zunächst darauf eingegangen, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, um als möglicher Täter einer ungetreuen Geschäftsbesorgung nach Art. 158 sStGB in Betracht zu kommen. Hierbei wird zunächst geklärt, ob die ungetreue Geschäftsbesorgung wie die Untreue im deutschen Strafrecht ein Sonderdelikt darstellt, der Täter also eine besondere strafbegründende Subjektsqualität haben muss⁶⁵⁹.

aa. Die ungetreue Geschäftsbesorgung als Sonderdelikt

Nach allgemeiner Meinung in der Schweiz wird die ungetreue Geschäftsbesorgung als echtes Sonderdelikt angesehen⁶⁶⁰, da hier der Täterkreis im Gegensatz zum so genannten gemeinen Delikt, das sich an die Allgemeinheit richtet⁶⁶¹,

⁶⁵⁵ Botschaft, Bundesblatt 1991, Band II, S. 1047.

⁶⁵⁶ Botschaft, Bundesblatt 1991, Band II, S. 1047.

⁶⁵⁷ Damit ist an dieser Stelle nur gemeint, dass der schweizerische Untreuetatbestand - genauso wie es bei der deutschen Untreue der Fall ist - in einen Treuebruchs- und einen Missbrauchstatbestand gegliedert ist, was wiederum beim österreichischen Tatbestand der Untreue nicht der Fall ist.

⁶⁵⁸ Ähnlich auch Honsell in FS-Schmid, 225, 230, der dabei allerdings feststellt, dass sich eine direkte Beeinflussung durch das deutsche Strafrecht nicht erkennen lässt.

⁶⁵⁹ Haft, AT, S. 196; Roxin, AT II, § 25 Rdn. 4.

⁶⁶⁰ Vollmar, S. 27 ff., 114; Urbach, S. 21.

⁶⁶¹ Rehberg/Donatsch, Strafrecht I, S. 71; Trechsel/Noll, AT I, S. 70.

durch eine Sondereigenschaft eingeschränkt wird⁶⁶². Bei beiden Tatbestandsalternativen der ungetreuen Geschäftsbesorgung besteht diese besondere Eigenschaft im Erfordernis einer bestimmten Ermächtigung durch den „Geschäftsherrn“⁶⁶³, so dass als Täter der ungetreuen Geschäftsbesorgung nur derjenige in Betracht kommt, der über eine solche Ermächtigung verfügt⁶⁶⁴.

bb. Die Bestimmung des Täterkreises im Rahmen des Treuebruchstatbestandes, Art. 158 Ziff. 1 sStGB

Im Rahmen des Treuebruchstatbestandes nach Art. 158 Ziff. 1 wird im Gegensatz zum Missbrauchstatbestand nach Art. 158 Ziff. 2 sStGB nicht von einer Ermächtigung, sondern von einem „betraut sein“ gesprochen, wobei zwecks einheitlicher Darstellung nachfolgend nur von Ermächtigung gesprochen wird⁶⁶⁵.

Als mögliche Täter des Treuebruchstatbestandes nennt das Gesetz den Vermögensverwalter, das Aufsichtsorgan und den Geschäftsführer ohne Auftrag, wobei die Ermächtigung zum Vermögensverwalter sowie zum Aufsichtsorgan kraft Gesetzes, kraft behördlichen Auftrags oder kraft Rechtsgeschäfts erfolgen kann⁶⁶⁶. Da jedoch nicht jeder, der aufgrund irgendeiner rechtlichen oder faktischen Beziehung zu einem fremden Vermögen der Gefahr ausgesetzt sein darf, sich nach Art. 158 Ziff. 1 sStGB strafbar zu machen, muss der Täter in einer besonderen Beziehung zum Vermögensinhaber bzw. zu dessen Vermögensinteressen stehen⁶⁶⁷, d.h. eine Fürsorgepflicht⁶⁶⁸ bzw. eine besondere Treuepflicht

⁶⁶² Urbach, S. 21; Vollmar, S. 114.

⁶⁶³ Im Falle der Geschäftsführung ohne Auftrag nach Art. 158 Ziff. 1 Abs. 2 spricht Urbach von einer so genannten „mutmaßlichen Ermächtigung oder Quasi-Ermächtigung“, S. 45 ff.

⁶⁶⁴ Urbach, S. 22.

⁶⁶⁵ Ähnlich auch Urbach, S. 26.

⁶⁶⁶ Urbach, S. 26 ff.; Trechsel, StGB, Art. 158 Rdn. 3, der vom „Rechtsgrund der Treuepflicht“ spricht.

⁶⁶⁷ Donatsch, ZStrR 1996, 200, 203.

⁶⁶⁸ BGE 97 IV 13, 95 IV 66, 88 IV 142; das Bundesgericht spricht von der Verletzung der Fürsorgepflicht; ähnlich auch Vollmer, S. 38 ff.; Rehberg, Strafrecht III, S. 160.

gegenüber dem „Geschäftsherrn“ innehaben⁶⁶⁹. Zur Konkretisierung dieser besonderen Beziehung zwischen Täter und Vermögensinhaber wird der Begriff des Geschäftsführers herangezogen⁶⁷⁰. Als Geschäftsführer wird derjenige angesehen, der „in tatsächlicher oder formell selbständiger und verantwortlicher Stellung im Interesse eines anderen für einen nicht unerheblichen Vermögenskomplex zu sorgen hat“⁶⁷¹.

Voraussetzung für die Begründung einer Tätereigenschaft nach dem Treuebruchstatbestand ist demzufolge neben einer „Ermächtigung“ kraft Gesetzes, eines behördlichen Auftrages oder eines Rechtsgeschäftes, dass

- der „Vermögensfürsorgepflichtige“ über eine qualifizierte Selbständigkeit verfügt⁶⁷², d.h. über nicht unerhebliche Vermögenswerte eigenständig verfügen darf⁶⁷³,
- die Vermögensverwaltung bzw. die Beaufsichtigung einer solchen zu den wesentlichen Pflichten des „Vermögensfürsorgepflichtigen“ gehört⁶⁷⁴, d.h. den eigentlichen Kern seiner Verpflichtungen bildet⁶⁷⁵, und
- die Vermögensinteressen, die er zu betreuen hat, als bedeutsam und von einigem Gewicht erscheinen müssen⁶⁷⁶.

Diese zusätzlichen Voraussetzungen, die den Täterkreis des Treuebruchstatbestandes der ungetreuen Geschäftsbesorgung beschränken sollen, sind nahezu identisch mit den Voraussetzungen, die im deutschen Recht zur Begründung einer Vermögensfürsorgepflicht/Vermögensbetreuungspflicht im Rahmen des Treuebruchstatbestandes gem. § 266 I 1. Alt. StGB gefordert werden. Dabei

⁶⁶⁹ Bernasconi in FS-Schmid, S. 257; Stratenwerth, BT I, § 19 Rdn. 5 ff.; Trechsel, StGB, Art. 158 Rdn. 2 ff., die den Ausdruck der besonderen Treuepflicht verwenden.

⁶⁷⁰ BGE 81 IV 279; Vollmar, S. 38 ff.; Urbach, S. 32 ff.; Stratenwerth, BT I, § 19 Rdn. 5 ff.; Trechsel, StGB, Art. 158 Rdn. 2 ff.

⁶⁷¹ Urbach, S. 32; Trechsel, StGB, Art. 158 Rdn. 2; BGE 120 IV 192; BGE 81 IV 279.

⁶⁷² Donatsch, ZStrR 1996, 200, 204; Schubarth/Albrecht, Art. 159 Rdn. 3.

⁶⁷³ Stratenwerth, BT I, § 19 Rdn. 6; Donatsch, ZStrR 2002, 1, 2.

⁶⁷⁴ Donatsch, ZStrR 1996, 200, 204.

⁶⁷⁵ Stratenwerth, BT I, § 19 Rdn. 7.

⁶⁷⁶ BGE 105 IV 312; Stratenwerth, BT I, § 19 Rdn. 8; Donatsch, ZStrR 1996, 200, 204.

wird auch hier versucht, dem Treuebruchstatbestand durch eine restriktive Interpretation der Vermögensbetreuungspflicht schärfere Konturen zu geben⁶⁷⁷.

Eine solche Vermögensbetreuungspflicht wird im deutschen Strafrecht dann als gegeben angesehen, wenn

- der Täter bei der Wahrnehmung von Fremdinteressen eine gewisse Selbständigkeit und Entscheidungsfreiheit aufweist⁶⁷⁸,
- die Vermögensbetreuungspflicht eine wesentliche, nicht nur beiläufige Vertragspflicht darstellt⁶⁷⁹, d.h. Hauptpflicht dieser Rechtsbeziehung ist⁶⁸⁰, und
- es sich um eine Pflicht von einiger Bedeutung handelt⁶⁸¹, also um eine solche, „die sich ihrer Dauer nach über eine gewisse Zeit oder ihrem Umfang nach über bloße Einzelfälle hinaus erstreckt“⁶⁸².

An dieser Darstellung lässt sich gut erkennen, welche grundlegenden Parallelen die schweizerischen und deutschen Vorschriften bei der Bestimmung des Täterkreises im Rahmen des Treuebruchstatbestandes aufweisen.

cc. Die Bestimmung des Täterkreises im Rahmen des Missbrauchstatbestandes, Art. 158 Ziff. 2 sStGB

Was den Adressatenkreis des Missbrauchstatbestandes nach Art. 158 Ziff. 2 sStGB anbelangt, so kann diesen derjenige erfüllen, der aufgrund einer gesetzlichen Bestimmung, aufgrund eines Auftrages oder aufgrund einer rechtsgeschäftlich eingeräumten Ermächtigung einen Dritten vertritt⁶⁸³.

Zum Täter des Missbrauchstatbestandes wird eine Person grundsätzlich dann, wenn sie „die Diskrepanz zwischen der Vertretungsbefugnis (interne Vollmacht) und der Vertretungsmacht (externe Vollmacht), d.h. die Diskrepanz zwischen

⁶⁷⁷ Otto, BT, § 54 Rdn. 20 ff.; Küper, BT, S. 350.

⁶⁷⁸ Küper, BT, S. 350; Arzt/Weber, § 22 Rdn. 63.

⁶⁷⁹ Krey, BT II, § 17 Rdn. 555; Otto, BT, § 54 Rdn. 20.

⁶⁸⁰ Arzt/Weber, § 22 Rdn. 58.

⁶⁸¹ Krey, BT II, § 17 Rdn. 554; Küper, BT, S. 350.

⁶⁸² RGSt 69, 58, 61 ff.; BGHSt 13, 315, 317.

⁶⁸³ Donatsch, ZStrR 1996, 200, 208; Urbach, S. 94.

dem „Dürfen“ (Vertretungsbefugnis) und dem „Können“ (Vertretungsmacht) ausnützt⁶⁸⁴.

Täter des Missbrauchstatbestandes ist somit in erster Linie der direkte Stellvertreter⁶⁸⁵, also eine Person, die aufgrund einer entsprechenden Ermächtigung eine rechtserhebliche Erklärung mit der Folge abgibt oder entgegennimmt, dass die Rechtsfolgen der Handlung beim Vertretenen eintreten⁶⁸⁶. Da eine solche Ermächtigung nur im Rahmen des Stellvertretungsrechts vorkommt, stellen die Anwendungsgrenzen des Stellvertretungsrechts auch die Grenze der Strafbarkeit bzw. der Täterschaft des Missbrauchstatbestandes dar⁶⁸⁷. Damit fallen „der Bote, die Vertragsparteien eines echten Vertrages zugunsten Dritter sowie Personen, welche Geschäfte lediglich vorbereiten, nicht aber abschließen, wie beispielsweise der „Mäkler“, aus dem Anwendungsbereich des Missbrauchstatbestandes heraus⁶⁸⁸.

Insoweit stimmt der Täterkreis des Missbrauchstatbestandes der ungetreuen Geschäftsbesorgung nach Art. 158 Ziff. 2 sStGB mit demjenigen der Untreue gem. § 266 I 1. Alt. StGB überein.

c. Die Tathandlung

Die Tathandlung im Rahmen der ungetreuen Geschäftsbesorgung besteht zunächst darin, dass der Täter entweder eine - jeweils für den konkreten Fall gesondert zu bestimmende⁶⁸⁹ - Fürsorgepflicht verletzt⁶⁹⁰ oder die durch die Ermächtigung eingeräumte Befugnis missbraucht⁶⁹¹. Während die Verletzung der Treuepflicht und damit die Erfüllung des Treuebruchstatbestandes sowohl durch rechtsgeschäftliches als auch durch rein tatsächliches Handeln erfolgen

⁶⁸⁴ Donatsch, ZStrR 1996, 200, 208; Stratenwerth, BT I, § 19 Rdn. 23.

⁶⁸⁵ Donatsch, ZStrR 1996, 200, 208.

⁶⁸⁶ Urbach, S. 114; Stratenwerth, BT I, § 19 Rdn. 23; Donatsch, ZStrR 1996, 200, 208.

⁶⁸⁷ Urbach, S. 117.

⁶⁸⁸ Donatsch, ZStrR 1996, 200, 208; Urbach, S. 117.

⁶⁸⁹ Stratenwerth, BT I, § 19 Rdn. 12; Bernasconi in FS-Schmid, 255, 258.

⁶⁹⁰ Schubarth/Albrecht, Art. 159 Rdn. 21; Vollmar, S. 38 ff.

⁶⁹¹ Urbach, S. 138.

kann⁶⁹², setzt der Missbrauch der eingeräumten Befugnis und damit der Missbrauchstatbestand ein rechtsgeschäftliches Handeln oder Unterlassen voraus⁶⁹³. „Allein der bloß tatsächliche Missbrauch einer Machtstellung, etwa durch Verbindung, Vermischung, Verarbeitung, Sachbeschädigung oder Zerstörung von Vermögenswerten, genügt demnach nicht“⁶⁹⁴.

Um den Kreis der vermögensschädigenden Verhaltensweisen einzugrenzen, werden für die in Betracht kommenden, tatbestandsrelevanten Pflichtverletzungen zwei Voraussetzungen gefordert⁶⁹⁵:

Zum einen muss der Täter die Pflichtverletzung in Ausübung seiner Funktion als Geschäftsführer bzw. Aufsichtsorgan oder als Vertreter begangen haben⁶⁹⁶, zum anderen muss der Schaden pflichtwidrig bewirkt sein⁶⁹⁷.

Pflichtwidrig handelt der Täter dann, wenn er gegen interne Absprachen mit dem Geschäftsherrn oder gegen gesetzliche Vorschriften, die für ihn im Rahmen seiner Stellung verbindlich sind, verstößt⁶⁹⁸, allgemeiner formuliert bedeutet Pflichtwidrigkeit „die negative Abweichung des tatsächlichen Verhaltens des Verletzers von einem bestimmten normativen Verhaltensmuster“⁶⁹⁹.

Um die Pflichtwidrigkeit einer Verhaltensweise bestimmen zu können, muss jedoch zunächst geklärt werden, welche Pflichten dem Täter im konkreten Fall obliegen⁷⁰⁰. Welche Pflichten der „Geschäftsbesorger“ innehat, hängt wiederum vom Gesetz und/oder von der zwischen Geschäftsherrn und „Geschäftsbesorger“ getroffenen privaten Vereinbarung ab⁷⁰¹. „Dabei können gesetzliche Bestimmungen, Statuten und Reglemente, vertragliche Absprachen und Pflichtenhefte, aber auch andere spezielle Weisungen des Geschäftsherrn“ sowie „allgemeine

⁶⁹² Stratenwerth, BT I, § 19 Rdn. 14; Vollmar, S. 71.

⁶⁹³ Urbach, S. 139.

⁶⁹⁴ Urbach, S. 140; andeutend: Botschaft, Bundesblatt 1991, Band II, S. 1049.

⁶⁹⁵ Donatsch, ZStrR 1996, 200, 210.

⁶⁹⁶ Vollmar, S. 70; Donatsch, ZStrR 1996, 200, 210.

⁶⁹⁷ Stratenwerth, BT I, § 19 Rdn. 13; Urbach, S. 48 ff., 138 ff.

⁶⁹⁸ Vollmar, S. 77.

⁶⁹⁹ Urbach, S. 49.

⁷⁰⁰ Stratenwerth, BT I, § 19 Rdn. 12; Urbach, S. 138.

⁷⁰¹ Bernasconi in FS-Schmid, S. 258/259.

Grundsätze des Geschäftsverkehrs zur Beurteilung des Umfangs der Pflichten herangezogen werden⁷⁰². Die Pflichtwidrigkeit einer Handlung kann damit erst nach Bestimmung des konkreten Umfangs der bestehenden Pflichten festgestellt werden⁷⁰³.

Aus dem Erfordernis der Pflichtwidrigkeit resultiert, dass Maßnahmen, die sich zwar schädigend auf das Vermögen des Geschäftsherrn auswirken, sich allerdings im Rahmen einer ordnungsgemäßen Geschäftsführung halten, den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung nicht erfüllen können⁷⁰⁴. Damit soll verhindert werden, dass geschäftliche Unternehmungen, die oftmals mit dem Risiko eines Verlustes verbunden sind, nicht allein wegen riskanter Dispositionen einer Strafverfolgung ausgesetzt werden⁷⁰⁵.

Insgesamt lässt sich somit festhalten, dass sowohl die Vorgehensweise bei der Bestimmung der Pflichtverletzung als auch die Anforderungen an die jeweilige Untreuehandlung mit den entsprechenden Regelungen des deutschen Untreuetatbestandes übereinstimmen.

d. Die Objekte

Im Anschluss an die Bestimmung der Tathandlung der ungetreuen Geschäftsbesorgung werden im Nachfolgenden „die Objekte“ der ungetreuen Geschäftsbesorgung behandelt. Dabei wird zunächst zu klären sein, ob die ungetreue Geschäftsbesorgung wie die Untreue gem. § 266 StGB ein reines Vermögensdelikt ist. Anschließend wird der Frage nachgegangen, was unter dem Begriff des Vermögens und des Schadens zu verstehen ist. Die Bestimmung dieser beiden Begriffe wurde wie im deutschen Strafrecht aus dem Tatbestand des Betrugs, Art. 146 sStGB⁷⁰⁶, entwickelt⁷⁰⁷.

⁷⁰² Vollmar, S. 77/78.

⁷⁰³ Stratenwerth, BT I, § 19 Rdn. 12; Bernasconi in FS-Schmid, S. 259.

⁷⁰⁴ Botschaft, Bundesblatt 1991, Band II, S. 1048; Stratenwerth, BT I, § 19 Rdn. 13.

⁷⁰⁵ Stratenwerth, BT I, § 19 Rdn. 13; Botschaft, Bundesblatt 1991, Band II, S. 1048.

⁷⁰⁶ Vgl. zum Wortlaut der gesetzlichen Vorschrift im Anhang, S. 176.

⁷⁰⁷ Stratenwerth, BT I, § 19 Rdn. 16; Donatsch, ZStrR 1996, 200, 216; Schubart/Albrecht, Art. 159 Rdn. 33.

aa. Das geschützte Rechtsgut

Die Bestimmung des geschützten Rechtsguts eines Delikts ist von zentraler Bedeutung, wenn es darum geht, den wahren Sinn eines Tatbestandes durch Auslegung zu ermitteln⁷⁰⁸. Bei der ungetreuen Geschäftsbesorgung stellt sich genauso wie bei der Untreue des österreichischen und deutschen Strafrechts die Frage, ob ausschließlich das Vermögen oder Treu und Glauben im Geschäftsverkehr oder gar beides geschützt werden⁷⁰⁹.

Während in jüngster Zeit insbesondere Donatsch die Auffassung vertritt, dass sowohl das Vermögen als auch das berechtigte Vertrauen in die Redlichkeit bzw. Treue des Geschäftspartners Schutzobjekte der ungetreuen Geschäftsbesorgung sind⁷¹⁰, sieht die h.M. in Rechtsprechung⁷¹¹ und Lehre⁷¹² das Vermögen ausschließlich als geschütztes Rechtsgut der ungetreuen Geschäftsbesorgung an. Begründet wird dies u.a. damit, dass „das Vertrauensverhältnis im Geschäftsverkehr nicht durch die Pönalisierung der ungetreuen Geschäftsbesorgung als solche, sondern nur in seiner Vermögensbeziehung geschützt wird“⁷¹³. Diese von Urbach angeführte Argumentation wiederum verweist auf die deutsche Strafrechtslehre⁷¹⁴. Diese sowie die deutsche Rechtsprechung vertreten ebenfalls die Auffassung, dass einzig geschütztes Rechtsgut der Untreue das Vermögen ist⁷¹⁵.

Im Ergebnis sind damit die herrschenden Ansichten in Deutschland und der Schweiz hinsichtlich der Frage, welches Rechtsgut im Rahmen der Untreue bzw. der ungetreuen Geschäftsbesorgung geschützt wird, kongruent.

⁷⁰⁸ Vollmar, S. 20; Urbach, S. 20; Maurach/Zipf, AT, § 19 II A 3; Jeschek, AT, § 26 I 2.

⁷⁰⁹ Vollmar, S. 20; LK-Schünemann, § 266 Rdn. 28; Schönke/Schröder/Lenckner/Perron, § 266 Rdn. 1.

⁷¹⁰ Donatsch, ZStrR 1996, 200, 202.

⁷¹¹ BGE 81 IV 232.

⁷¹² Schubarth/Albrecht, Art. 159 Rdn. 1; Urbach, S. 21; Vollmar, S. 21 ff.

⁷¹³ Urbach, S. 21.

⁷¹⁴ Urbach verweist insoweit auf LK-Schünemann, § 266 Rdn. 28.

⁷¹⁵ LK-Schünemann, § 266 Rdn. 28; Schönke/Schröder/Lenckner/Perron, § 266 Rdn. 1; Tröndle/Fischer, § 266 Rdn. 2; Maurach/Schroeder/Maiwald, § 45 Rdn. 1; BGHSt 43, 293, 297; 8, 254, 255 ff.

bb. Der Vermögensbegriff

Was den Vermögensbegriff anbelangt, so war in der schweizerischen Rechtsprechung⁷¹⁶ und Literatur⁷¹⁷ der wirtschaftliche Vermögensbegriff lange Zeit herrschend. Nach diesem umfasst das Vermögen die Summe aller geldwerten Güter⁷¹⁸.

Dadurch, dass der wirtschaftliche Vermögensbegriff „den juristischen Aspekt der Schutzwürdigkeit der betroffenen Vermögenswerte ausblenden muss“⁷¹⁹ und damit zu großen Wertungswidersprüchen zwischen dem Zivilrecht und dem Strafrecht führt⁷²⁰, setzt sich zunehmend im schweizerischen Strafrecht der juristisch-wirtschaftliche Vermögensbegriff durch⁷²¹, dem sich mittlerweile auch das Bundesgericht angeschlossen hat⁷²². Als Vermögen wird danach „die Summe der rechtlich geschützten wirtschaftlichen Werte“ bezeichnet⁷²³. Ausgangspunkt bildet dabei der ökonomische Wert, doch werden anders als beim rein wirtschaftlichen Vermögensbegriff nur Werte zum Vermögen gerechnet, die zivilrechtlich geschützt sind⁷²⁴.

Im Vergleich zum deutschen Strafrecht lässt sich feststellen, dass im Rahmen des Vermögensbegriffs der einzige „kleine“ Unterschied darin besteht, dass das Bundesgericht im Gegensatz zum BGH ausdrücklich den juristisch-wirtschaftlichen Vermögensbegriff vertritt, während der BGH zwar nach wie vor von einem rein wirtschaftlichen Vermögensbegriff ausgeht, allerdings im Rahmen einzelner Entscheidungen vom rein wirtschaftlichen Ansatz abgerückt ist und sich dabei der juristisch-ökonomischen Vermittlungslehre bedient hat,

⁷¹⁶ BGE 69 IV 77; 81 IV 280.

⁷¹⁷ Schwander ZStrR 1962, 334, 335 ff.; Rehberg, Strafrecht III, S. 62, 136 ff.; Ardinay, ZStrR 1970, 225, 240.

⁷¹⁸ Stratenwerth, BT I, § 15 Rdn. 43; Niggli, Eigentum, S. 75.

⁷¹⁹ Niggli, Eigentum, S. 74 ff., 95 ff.; Stratenwerth, BT I, § 15 Rdn. 44.

⁷²⁰ Stratenwerth, BT I, § 15 Rdn. 44; Urbach, S. 68.

⁷²¹ Stratenwerth, BT I, § 15 Rdn. 45; Urbach, S. 68/69; Trechsel, Art. 146 Rdn. 20 ff.

⁷²² BGE 117 IV 148.

⁷²³ Trechsel, Art. 146 Rdn. 20; BGE 117 IV 148; Stratenwerth, BT I, § 15 Rdn. 45; Urbach, S. 69.

⁷²⁴ BGE 117 IV 148; Stratenwerth, BT I, § 15 Rdn. 45; Urbach, S. 69.

ohne diese ausdrücklich zu benennen⁷²⁵. Was die h.M. in der deutschen Literatur anbelangt, so vertritt diese wie diejenige des schweizerischen Strafrechts ebenfalls den juristisch-ökonomischen Vermögensbegriff⁷²⁶.

cc. Der Schadensbegriff

Wie bereits unter d. kurz angeführt wurde, sind für die Bestimmung des Schadensbegriffs sowie des Vermögensbegriffs - wie im deutschen Strafrecht - die diesbezüglich zum Betrug entwickelten Grundsätze maßgebend⁷²⁷.

Danach liegt ein Schaden dann vor, wenn der Täter durch seine Handlung bzw. Unterlassung „eine Verminderung der Aktiven“ oder „eine Vermehrung der Passiven“ im Vermögen des Geschäftsherrn bewirkt hat⁷²⁸. Dabei muss sich bei der ungetreuen Geschäftsbesorgung die Schädigung auf jenes Vermögen beziehen, für das der Täter zu sorgen verpflichtet war⁷²⁹. Bei der Ermittlung des Schadens werden die „effektive Gesamtvermögenslage“ und die „hypothetische Vermögenslage“ ohne das schädigende Ereignis miteinander verglichen⁷³⁰. Ein Schaden ist wiederum zu verneinen, wenn durch dieselbe Handlung der Schaden wieder vollständig ausgeglichen wird⁷³¹.

Für die im Rahmen dieser Untersuchung wichtige Frage, ob eine schadensgleiche Vermögensgefährdung einen Schaden darstellen kann, wird im schweizerischen Strafrecht, wie bereits bei den Grundsätzen der Schadensermittlung, dieselbe Auffassung vertreten wie sie in Deutschland vorherrschend ist:

Dabei wird zunächst klargestellt, dass die ungetreue Geschäftsbesorgung ein Verletzungs- und kein Gefährdungsdelikt ist⁷³². Aus diesem Grund stellt die

⁷²⁵ Vgl. hierzu BGHSt 4, 373; BGH NSTZ 1987, 407.

⁷²⁶ Schönke/Schröder/Cramer, § 263 Rdn. 82; Tröndle/Fischer § 263 Rdn. 54; Maurach/Schroeder/Maiwald, § 41 Rdn. 99; LK-Tiedemann, § 263 Rdn. 132.

⁷²⁷ Donatsch, ZStrR 1996, 200, 216; Urbach, S. 71; Vollmar, S. 83.

⁷²⁸ Ardinay, ZStrR 1970, 225, 241; Schwander, ZStrR 1962, 334, 345; Donatsch, ZStrR 2002, 1, 20.

⁷²⁹ Vollmar, S. 83; Urbach, S. 66.

⁷³⁰ Urbach, S. 71; Ardinay, ZStrR 1970, 225, 242; Schwander, ZStrR 1962, 334, 350.

⁷³¹ Schwander, ZStrR 1962, 334, 348; Vollmar, S. 84.

⁷³² Donatsch, ZStrR 1996, 200, 216; Urbach, S. 73; Vollmar, S. 89.

bloße Gefährdung des Vermögens noch keine Schädigung⁷³³, sondern nur die erhöhte Wahrscheinlichkeit einer künftigen Vermögensschädigung dar⁷³⁴.

Dennoch ist für die Bejahung eines Schadens „keine definitive Verletzung der Vermögensinteressen“ erforderlich, vielmehr wird insoweit eine schadensgleiche bzw. erhebliche Vermögensgefährdung als ausreichend angesehen⁷³⁵.

Auch im schweizerischen Strafrecht wird das Problem der Abgrenzung zwischen einer „unbeachtlichen“ Vermögensgefährdung und einer schadensgleichen Vermögensgefährdung gesehen und als äußerst schwierig bewertet⁷³⁶. Eine schadensgleiche Vermögensgefährdung soll dann vorliegen, wenn die Gefährdung so erheblich ist, dass sich das Vermögen unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten als vermindert darstellt⁷³⁷. Das ist zum einen dann der Fall, „wenn die Gefährdung im Rahmen einer ordentlichen Bilanzierung durch Wertberichtigung oder Rückstellung berücksichtigt werden muss“⁷³⁸, zum anderen, „wenn die Verhinderung des drohenden endgültigen Verlusts nicht mehr im Machtbereich des Geschäftsherrn liegt“, dieser also den drohenden Vermögensschaden nicht verhindern kann⁷³⁹.

Trotz dieser Abgrenzungskriterien hat die neuere schweizerische Rechtsprechung bereits bei einer relativ geringen Gefährdung einen Vermögensschaden angenommen⁷⁴⁰.

Insbesondere Schubarth kommt zu dem Ergebnis, dass das Bundesgericht in diesen Entscheidungen schon bei einer abstrakten Möglichkeit eines Schadenseintritts einen Vermögensschaden bejaht, ohne dies ausdrücklich zu erwähnen⁷⁴¹. Als Beispiel führt er den Verkauf einer gestohlenen Sache an einen gutgläubigen

⁷³³ Botschaft, Bundesblatt 1991, Band II, S. 1049.

⁷³⁴ Schwander, ZStrR 1962, 334, 347; Urbach, S. 73.

⁷³⁵ BGE 121 IV 104; Donatsch, ZStrR 1996, 200, 216; Stratenwerth, BT I, § 15 Rdn. 54; Ardinay, ZStrR 1970, 225, 247.

⁷³⁶ Schwander, ZStrR 1962, 334, 347; Urbach, S. 74; Donatsch, ZStrR 1996, 200, 216.

⁷³⁷ Stratenwerth, BT I, § 15 Rdn. 54; Vollmar, S. 89.

⁷³⁸ Urbach, S. 74; Vollmar, S. 89.

⁷³⁹ Urbach, S. 74 mit Verweis auf deutsches Recht.

⁷⁴⁰ Vgl. hierzu z.B. BGE 121 IV 26; 121 IV 104; 120 IV 122.

⁷⁴¹ Schubarth, Vermögensschaden, S. 73 ff.

Dritten⁷⁴² an, bei welchem stets von einem Vermögensschaden des Erwerbers ausgegangen wird, obwohl der dem Eigentümer zustehende Eigentumsanspruch in den meisten Fällen nicht durchsetzbar sein wird, weil der Eigentümer gar nicht weiß, wo sich die gestohlene Sache befindet⁷⁴³. Da deren Auffinden vom Zufall abhängt, ist „nach allgemeinem Rechtsempfinden keine erhebliche Vermögensgefährdung“, sondern „jede theoretisch-abstrakte Möglichkeit“, dass der Käufer die gestohlene Sache dem Eigentümer wieder herausgeben müssen, für die Annahme einer Vermögensschädigung ausreichend⁷⁴⁴.

An dieser Darstellung kann man erkennen, dass die Rechtsfigur der schadensgleichen bzw. „erheblichen“ Vermögensgefährdung und die damit zusammenhängende Abgrenzung zur „bloßen“ Gefährdung der schweizerischen Rechtsprechung dieselben großen Schwierigkeiten bereitet wie den deutschen Gerichten. Allerdings ist die Grenzziehung insoweit von entscheidender Bedeutung, als sie über Schuld- oder Freispruch entscheidet⁷⁴⁵, was wiederum für den Tatbestand der deutschen Untreue, § 266 StGB, noch einschneidender ist, da das deutsche Strafgesetzbuch im Gegensatz zum schweizerischen keine Versuchsstrafbarkeit der Untreue vorsieht.

Insgesamt lässt sich festhalten, dass der Schadensbegriff im schweizerischen Strafrecht demjenigen des deutschen Rechts entspricht, insbesondere mindestens dieselbe weite Auslegung erfährt wie der deutsche Schadens-/ Nachteilsbegriff.

e. Der subjektive Tatbestand

Was den subjektiven Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung betrifft, so stimmt dieser mit demjenigen der deutschen Untreue insoweit überein, als der Treuebruchs- sowie der Missbrauchstatbestand Eventualvorsatz hinsichtlich aller objektiven Tatbestandsmerkmale, d.h. bezüglich der Ermächtigung, der

⁷⁴² BGE 121 IV 26.

⁷⁴³ Schubarth, Vermögensschaden, S. 73.

⁷⁴⁴ Schubarth, Vermögensschaden, S. 73/74.

⁷⁴⁵ Vollmar, S. 89; Schwander, ZStrR 1962, 334, 347.

Pflichtverletzung, des Vermögensschadens und des Kausalzusammenhangs zwischen Handlung und Schädigung⁷⁴⁶, erfordern⁷⁴⁷.

3. Unterschiede

Nachdem nun die vorhergehenden Ausführungen gezeigt haben, welche großen Parallelen die ungetreue Geschäftsbesorgung nach Art. 158 sStGB und die Untreue gem. § 266 StGB aufweisen, wird nachfolgend auf die zwischen den beiden Vorschriften bestehenden Unterschiede eingegangen. Hierbei steht wie im Rahmen des Rechtsvergleichs zum österreichischen Strafrecht die Frage im Vordergrund, ob die zwischen den beiden Untreuevorschriften bestehenden Diskrepanzen trotz der vielen Übereinstimmungen eine unterschiedliche Bewertung der Versuchsstrafbarkeit rechtfertigen können und welche Schlussfolgerungen insgesamt hieraus zu ziehen sind.

a. im Rahmen des Treubruchstatbestandes

Bei genauer Betrachtung der Treubruchstatbestände der beiden Strafrechtsordnungen fällt auf, dass der deutsche Treubruchstatbestand im Gegensatz zum schweizerischen einen weiteren „Rechtsgrund“ für die Begründung einer Vermögensbetreuungspflicht aufweist.

aa. Das Treueverhältnis

Neben dem Gesetz, dem Auftrag und dem Rechtsgeschäft wird im Rahmen des deutschen Treubruchstatbestandes auch das Treueverhältnis als möglicher Entstehungsgrund einer solchen besonderen Treuepflicht genannt, vgl. § 266 I 2. Alt. StGB. Mit dem Treueverhältnis sollen, da das Gesetz, der behördliche Auftrag und das Rechtsgeschäft die möglichen *Rechtsgründe* der Treuepflicht darstellen, in erster Linie Beziehungen rein tatsächlicher Art erfasst werden⁷⁴⁸.

⁷⁴⁶ Urbach, S. 79 ff., 141 ff.

⁷⁴⁷ Trechsel, Art. 158 Rdn. 14, 22; Stratenwerth, BT I, § 19 Rdn. 18, 24.

⁷⁴⁸ BGHSt 6, 67; Arzt/Weber, § 22 Rdn. 50.

Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass kein rechtswirksames Betreuungsverhältnis zur Begründung einer Treuepflicht bestehen muss⁷⁴⁹.

Demzufolge liegt ein Treueverhältnis zum einen dann vor, wenn ein rechtlicher Pflichtbegründungsakt (z.B. Vertrag) von vornherein unwirksam ist⁷⁵⁰, die Parteien aber dennoch ihre geschäftlichen Beziehungen fortführen, zum anderen, wenn das Rechtsverhältnis zwar zu Beginn bestanden hat, aber später erloschen ist⁷⁵¹.

Im Vergleich zum Missbrauchstatbestand, § 266 I 1. Alt. StGB sowie Art. 158 Ziff. 2 sStGB, und zum schweizerischen Treuebruchstatbestand nach Art. 158 Ziff. 1 sStGB schafft das in § 266 I 2. Alt. StGB enthaltene Treueverhältnis eine tatbestandliche Erweiterung zur Begründung einer Treuepflicht⁷⁵².

Diese im Rahmen des § 266 I 2. Alt. StGB bestehende große Erweiterung hinsichtlich des potentiellen Täterkreises des Treuebruchstatbestandes wird im schweizerischen Recht allerdings durch drei Gesichtspunkte kompensiert⁷⁵³:

bb. Die Beaufsichtigung der Vermögensverwaltung gem. Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 sStGB

Mit der Revision vom 17. Juni 1994 wurde der Täterkreis des schweizerischen Treuebruchstatbestandes insoweit vergrößert, als sich ab dem 1. Januar 1995 neben dem Vermögensverwalter auch das Aufsichtsorgan und der Geschäftsführer ohne Auftrag nach Art. 158 Ziff. 1 sStGB strafbar machen können⁷⁵⁴.

Konsequenz der neu eingeführten Tatbestandsvariante der „Beaufsichtigung der Vermögensverwaltung“, Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 2. Alt. sStGB, ist, dass der Täterkreis nun auch Personen erfasst, die im Rahmen des Art. 159 sStGB a.F. „bei

⁷⁴⁹ Seier/Martin, JuS 2001, 874, 878; Krey/Hellmann, BT II, § 17 Rdn. 549.

⁷⁵⁰ Z.B. wenn ein Rechtsverhältnis wegen Geschäftsunfähigkeit unerkannt unwirksam gewesen ist.

⁷⁵¹ Rengier, BT I, § 18 Rdn. 18; Mitsch, BT II, § 8 Rdn. 38; Arzt/Weber, § 22 Rdn. 52.

⁷⁵² Mitsch, BT II, § 8 Rdn. 38; ähnlich auch Tröndle/Fischer, § 266 Rdn. 31.

⁷⁵³ Ähnlich auch Beck, S. 263, nach welchem die Alternative „Geschäftsführung ohne Auftrag“, Art. 158 Ziff. 1 Abs. 2 sStGB, das fehlende Treueverhältnis kompensiert.

⁷⁵⁴ Donatsch, ZStrR 1996, 200, 202; Urbach, S. 17.

Annahme einer Garantienststellung mangels Geschäftsführeigenschaft“ nicht als Täter, sondern allenfalls als Teilnehmer einer ungetreuen Geschäftsführung, begangen durch Unterlassen, bestraft werden konnten⁷⁵⁵.

Als potentielle Täter kommen insbesondere Mitglieder des Verwaltungsrates einer Aktiengesellschaft sowie Mitglieder einer Vormundschaftsbehörde in Betracht⁷⁵⁶.

cc. Die Geschäftsführung ohne Auftrag gem. Art. 158 Ziff. 1 Abs. 2 sStGB

Die Einbeziehung der „Geschäftsführung ohne Auftrag“, Art. 158 Ziff. 1 Abs. 2 sStGB, in den Täterkreis des Treuebruchstatbestandes verfolgte wiederum das Ziel, die Fälle zu erfassen, die weder unter den Tatbestand des Betruges noch unter den der Veruntreuung fallen⁷⁵⁷. Dass die Geschäftsführung ohne Auftrag in einem separaten Absatz aufgeführt ist, wird damit begründet, dass es sich im Rahmen dieser nicht um eine Ermächtigung wie beim Vermögensverwalter bzw. Aufsichtsorgan handelt, vielmehr der Geschäftsführung ohne Auftrag eine so genannte „mutmaßliche“ oder auch „Quasi-Ermächtigung“ zugrunde liegt⁷⁵⁸.

Als Beispiel für eine Geschäftsführung ohne Auftrag im Sinne des § 158 Ziff. 1 Abs. 2 sStGB werden der Vermögensverwalter, der über den Tod seines Auftraggebers hinaus ohne Vollmacht zum Schaden der Erben weiter tätig ist, oder der Erbe, der über ein in Wertpapieren angelegtes Vermögen zum Nachteil seiner Miterben verfügt, genannt⁷⁵⁹.

Diese Tatbestandsalternative nach Art. 158 Ziff. 1 Abs. 2 sStGB beinhaltet auch eine Erweiterung gegenüber dem deutschen Treuebruchstatbestand nach § 266 I 2. Alt. StGB. Denn eine „Geschäftsführung ohne Auftrag begründet im Rahmen des § 266 StGB für sich allein kein Treueverhältnis, das die Grundlage für eine

⁷⁵⁵ Urbach, S. 44; Donatsch, ZStrR 1996, 200, 207.

⁷⁵⁶ Botschaft, Bundesblatt 1991, Band II, S. 1048; Trechsel, Art. 158 Rdn. 11.

⁷⁵⁷ Botschaft, Bundesblatt 1991, Band II, S. 1048; Urbach, S. 46; Donatsch, ZStrR 1996, 200, 207.

⁷⁵⁸ Urbach, S. 45/46.

⁷⁵⁹ Donatsch, ZStrR 1996, 200, 208; Botschaft, Bundesblatt 1991, Band II, S. 1048.

Verurteilung wegen Untreue bilden könnte⁷⁶⁰. Allerdings kann im Einzelfall Untreue „durch eine ungetreue Geschäftsführung ohne Auftrag“ begangen werden, „wenn zwischen dem Geschäftsherrn und Geschäftsführer aus anderen Gründen ein sozial-ethisches Treueverhältnis besteht, das den Anlaß und die Grundlage für die Geschäftsführung ohne Auftrag bildet“⁷⁶¹. Im Falle der Geschäftsführung ohne Auftrag kommt daher eine Bestrafung nach § 266 I 2. Alt. StGB nur „unter dem Gesichtspunkt einer Überschreitung eines tatsächlich erteilten Auftrages in Betracht“⁷⁶².

Da der schweizerische Treuebruchstatbestand die Fälle der Geschäftsführung ohne Auftrag ohne jegliche Einschränkungen als Untreue erfasst, geht er in dieser Hinsicht weiter als der deutsche Treuebruchstatbestand und kompensiert damit auch das in § 266 I 2. Alt. StGB enthaltene fehlende Treueverhältnis⁷⁶³.

dd. Die Begründung der Treuepflicht durch faktische Verhältnisse

Schließlich vertritt Urbach zusätzlich noch die Ansicht, dass die Begründung einer Ermächtigung und einer aus dieser resultierenden Treuepflicht nicht nur durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft erfolgen muss, sondern auch auf einem im Gesetz nicht genannten faktischen Verhältnis basieren kann⁷⁶⁴.

Voraussetzung hierfür sei, dass neben dem Vorliegen der Vermögensverwalter- bzw. Geschäftsführereigenschaft oder der Funktion eines Aufsichtsorgans auch eine tatsächliche Übernahme dieser Position erfolgt ist⁷⁶⁵.

Auf faktische Verhältnisse soll im Falle von Rechtsumgehungen abgestellt werden, also dann, „wenn eine rechtliche Konstruktion missbräuchlich verwendet wird, um formell eine Strafbarkeit zu umgehen“⁷⁶⁶. Als Beispiel nennt Urbach

⁷⁶⁰ BGH LM Nr. 21 zu § 266.

⁷⁶¹ BGH LM Nr. 21 zu § 266.

⁷⁶² LK-Schünemann, § 266 Rdn. 112; BGHSt 8, 149.

⁷⁶³ Vgl. hierzu auch Beck, S. 263.

⁷⁶⁴ Urbach, S. 31.

⁷⁶⁵ Urbach, S. 31.

⁷⁶⁶ Urbach, S. 31.

„den Fall eines formell als Organ einer Gesellschaft vorgeschobenen Strohmanns, dessen sich ein faktischer Leiter dieses Unternehmens bedient“⁷⁶⁷.

Insgesamt lässt sich damit festhalten, dass die Erweiterung, die der deutsche Treuebruchstatbestand durch die Begründung der Treuepflicht kraft eines rein tatsächlichen Treueverhältnisses erfährt, im Rahmen des schweizerischen Treuebruchstatbestandes insbesondere durch die Einführung der Tatbestandsalternative der Geschäftsführung ohne Auftrag nach Art. 158 Ziff. 1 Abs. 2 sStGB kompensiert wird⁷⁶⁸.

b. im Rahmen des Missbrauchstatbestandes

Was den schweizerischen Missbrauchstatbestand nach Art. 158 Ziff. 2 sStGB anbelangt, so weist dieser sowohl im Rahmen des objektiven als auch im Rahmen des subjektiven Tatbestandes Unterschiede zu seinem deutschen Pendant auf.

aa. Der Begriff des Missbrauchs

Der erste Gesichtspunkt, der beim schweizerischen Missbrauchstatbestand im Vergleich zum deutschen Missbrauchstatbestand, § 266 I 1. Alt. StGB, eine Diskrepanz aufweist, ist der Begriff des Missbrauchs.

Missbrauch einer kraft Gesetzes, behördlichen Auftrages oder Rechtsgeschäfts eingeräumten Befugnis im Sinne des § 266 I 1. Alt. StGB liegt nach der h.M. in Deutschland dann vor, wenn der Täter seine Befugnis im Außenverhältnis rechtswirksam gebraucht, obwohl er im Innenverhältnis nicht dazu befugt war⁷⁶⁹, mit anderen Worten stellt ein Missbrauch der eingeräumten Befugnis ein Handeln im Rahmen eines rechtsverbindlich wirkenden Könnens unter Überschreitung des im Innenverhältnis einzuhaltenden rechtlichen Dürfens dar⁷⁷⁰.

⁷⁶⁷ Urbach, S. 31.

⁷⁶⁸ So auch Beck, S. 263.

⁷⁶⁹ Rengier, BT I, § 18 Rdn. 3; Labsch, S. 59/60; Maurach/Schroeder/Maiwald, BT I, § 45 Rdn. 19.

⁷⁷⁰ Wessels/Hillenkamp, BT II, § 18 Rdn. 753; Tröndle/Fischer, § 266 Rdn. 9; Maurach/Schroeder/Maiwald, BT I, § 45 Rdn. 19; Otto, BT, § 54 Rdn. 12.

Nach h.M. ist dies der einzig mögliche Anwendungsbereich des § 266 I 1. Alt. StGB, so dass zum Täterkreis des Missbrauchstatbestandes nicht diejenigen gehören, die zwar zu Geschäften der fraglichen Art ermächtigt waren, im konkreten Fall aber ihre Vollmacht überschritten, d.h. zivilrechtlich ohne Vollmacht und damit im Verhältnis zum Geschäftsherrn unwirksam handelten⁷⁷¹.

Diese Beschränkung der Strafbarkeit auf rechtswirksames Handeln wird für den schweizerischen Missbrauchstatbestand, insbesondere von Donatsch und Urbach, verneint⁷⁷².

Begründet wird dies zum einen mit dem Wortlaut des Missbrauchstatbestandes⁷⁷³. Denn dadurch, dass sich der Missbrauchstatbestand nicht durch eine Ermächtigung, „Vertretungswirkungen auszulösen“, sondern durch eine Ermächtigung, „jemanden zu vertreten“, charakterisiere, sei eine ausschließliche Beschränkung der Strafbarkeit beim Missbrauchstatbestand auf rechtswirksames Handeln nicht zwingend⁷⁷⁴. Vielmehr könne auch derjenige den Missbrauchstatbestand erfüllen, dessen Geschäftsherr dem Dritten die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts entgegenhalten kann⁷⁷⁵.

Zum anderen wird angeführt, dass es Sinn und Zweck der Regelung ist, nicht nur den geringfügigen, sondern auch den „krassen Missbrauch der Ermächtigung“, d.h. den Fall „der vollmachtlosen Vertretung bei grundsätzlich erteilter Ermächtigung“, zu erfassen⁷⁷⁶.

Schließlich spricht für diese Auffassung auch der im Rahmen der Botschaft für den Missbrauchstatbestand erwähnte Anwendungsfall des Vereinskassierers, der aus der Vereinskasse seine Schulden bezahlt⁷⁷⁷.

⁷⁷¹ Mitsch, BT II, § 8 Rdn. 24; Labsch, Untreue, S. 307; Maurach/Schroeder/Maiwald, BT I, § 45 Rdn. 19; Wessels/Hillenkamp, BT II, § 18 Rdn. 753; Tröndle/Fischer, § 266 Rdn. 20; SK-Samson/Günther, § 266 Rdn. 6.

⁷⁷² Donatsch, ZStrR 1996, 200, 208 ff.; Urbach, S. 121 ff.

⁷⁷³ Donatsch, ZStrR 1996, 200, 209.

⁷⁷⁴ Urbach, S. 122; Donatsch, ZStrR 1996, 200, 209.

⁷⁷⁵ Urbach, S. 122; Donatsch, ZStrR 1996, 200, 209.

⁷⁷⁶ Donatsch, ZStrR 1996, 200, 209/210.

⁷⁷⁷ Botschaft, Bundesblatt 1991, Band II, S. 1047.

Der schweizerische Missbrauchstatbestand erfasst somit nicht nur ein Handeln im Rahmen eines rechtsverbindlich wirkenden Könnens unter Überschreitung des im Innenverhältnis einzuhaltenden rechtlichen Dürfens⁷⁷⁸, sondern auch jene Fälle, im Rahmen derer der Täter aus eigenem Interesse seine Vollmacht überschreitet oder im Wege einer Kollusion oder eines Insigengeschäfts vorgeht und damit den Vertretenen nicht wirksam binden kann⁷⁷⁹. Voraussetzung ist allerdings, dass der Täter zu „Rechtshandlungen der fraglichen Art“ befugt war, sein Tätigwerden somit „im Konnex mit der erteilten Ermächtigung“ stand⁷⁸⁰.

Im Ergebnis bedeutet dies, dass der Adressatenkreis des schweizerischen Missbrauchstatbestandes nach Art. 158 Ziff. 2 sStGB weiter gefasst ist als derjenige des deutschen Missbrauchstatbestandes gem. § 266 I 1. Alt. StGB.

bb. Die Vermögensbetreuungspflicht

Ein weiterer Unterschied im Rahmen des Missbrauchstatbestandes besteht darin, dass die Rechtsprechung⁷⁸¹ und die h.L.⁷⁸² in Deutschland im Gegensatz zur schweizerischen Strafrechtslehre nicht nur für den Treuebruchstatbestand, § 266 I 2. Alt. StGB, sondern auch für der Missbrauchstatbestand, § 266 I 1. Alt. StGB, das Vorliegen einer Vermögensbetreuungspflicht fordern⁷⁸³.

Begründet wird dies zum einen mit dem Wortlaut des § 266 StGB⁷⁸⁴, zum anderen damit, dass an die speziellere Form der Untreue, § 266 I 1. Alt. StGB, keine geringeren Anforderungen als an die allgemeinere zu stellen sind⁷⁸⁵. Entschei-

⁷⁷⁸ So im Rahmen des deutschen Missbrauchstatbestandes, z.B. Wessels/Hillenkamp, BT II, § 18 Rdn. 753; Tröndle/Fischer, § 266 Rdn. 9; Maurach/Schroeder/Maiwald, BT I, § 45 Rdn. 19; Otto, BT, § 54 Rdn. 12.

⁷⁷⁹ Donatsch, ZStrR 1996, 200, 209/210.

⁷⁸⁰ Urbach, S. 122; Donatsch, ZStrR 1996, 200, 209/210.

⁷⁸¹ BGHSt 24, 386, 387; 33, 244, 250.

⁷⁸² Vgl. u.a. Wessels/Hillenkamp, BT II, § 18 Rdn. 749 ff.; Krey/Hellmann, BT II § 17 Rdn. 542; Tröndle/Fischer, § 266 Rdn. 6; Hübner, JZ 1973, 407 ff.

⁷⁸³ Zum Inhalt der Vermögensbetreuungspflicht vgl. hierzu bereits unter II. 2. b. bb.

⁷⁸⁴ Damit ist gemeint, dass die Wendung „... und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreiben hat ...“ sich auf beide Tatbestandsalternativen bezieht, vgl. zu diesem philologischen Argument insbesondere Hübner, JZ 1973, 407, 410 ff.; auch BGHSt 24, 386, 387.

⁷⁸⁵ Wessels, BT II, § 18 Rdn. 750.

dend für eine Einbeziehung der Vermögensbetreuungspflicht in den Missbrauchstatbestand ist allerdings, dass durch diese restriktive Auslegung der Anwendungsbereich des § 266 StGB begrenzt und damit einer Ausuferung des § 266 StGB entgegengewirkt wird⁷⁸⁶. Andernfalls bestünde im Falle eines bloßen Vertragsbruchs die Gefahr einer Bestrafung wegen Untreue⁷⁸⁷. Dies wiederum spricht auch dafür, im Rahmen beider Tatbestandsalternativen dieselben Anforderungen an die Vermögensbetreuungspflicht zu stellen⁷⁸⁸.

Damit lässt sich als Ergebnis des Vergleichs der beiden Missbrauchstatbestände festhalten, dass der deutsche Missbrauchstatbestand gem. § 266 I 1. Alt. StGB durch das Erfordernis einer Vermögensbetreuungspflicht im Vergleich zum schweizerischen Missbrauchstatbestand nach Art. 158 Ziff. 2 sStGB eine weitere Einschränkung im Rahmen des objektiven Tatbestandes erfährt.

cc. Die Bereicherungsabsicht nach Art. 158 Ziff. 2 sStGB

Der subjektive Tatbestand des schweizerischen Missbrauchstatbestandes ist dagegen im Vergleich zu seinem deutschen Pendant enger ausgestaltet.

Während § 266 I 1. Alt. StGB nur einen Eventualvorsatz hinsichtlich aller objektiven Tatbestandsmerkmale erfordert⁷⁸⁹, verlangt der subjektive Tatbestand des schweizerischen Missbrauchstatbestandes neben einem solchen noch zusätzlich eine Bereicherungsabsicht als notwendige Voraussetzung zur Erfüllung des Art. 158 Ziff. 2 sStGB⁷⁹⁰.

Obwohl im Vernehmlassungsverfahren die fehlende Möglichkeit einer Bestrafung des nicht in Absicht handelnden Täters kritisiert worden ist, wurde aus

⁷⁸⁶ Maurach/Schroeder/Maiwald, BT I, § 45 Rdn. 18; Lackner/Kühl, § 266 Rdn. 4; Krey/Hellmann, BT II § 17 Rdn. 542.

⁷⁸⁷ BGHSt 24, 386, 388; Maurach/Schroeder/Maiwald, BT I, § 45 Rdn. 18.

⁷⁸⁸ Wessels/Hillenkamp, BT II, § 18 Rdn. 750; Krey/Hellmann, BT II § 17 Rdn. 542; Tröndle/Fischer, § 266 Rdn. 6; Maurach/Schroeder/Maiwald, BT I, § 45 Rdn. 18.

⁷⁸⁹ Vgl. hierzu bereits unter II. 2. e.

⁷⁹⁰ Urbach, S. 142; Stratenwerth, BT I, § 19 Rdn. 24.

kriminalpolitischen Gründen am Erfordernis der Bereicherungsabsicht im Rahmen des Missbrauchstatbestandes festgehalten⁷⁹¹.

Dabei wird allerdings der Begriff der Bereicherungsabsicht weiter ausgelegt als es im deutschen Strafrecht der Fall ist. Während beispielsweise im Rahmen des § 263 StGB das Vorliegen einer „Absicht“ erfordert, dass es dem Täter darauf ankommen muss, den Vermögensvorteil zu erlangen⁷⁹², reicht nach der Auffassung des BGer eine Eventualabsicht aus⁷⁹³. Danach ist es nicht erforderlich, dass der Täter nur handelt, um sich einen unrechtmäßigen Vorteil zu verschaffen, vielmehr genügt es, dass er mit der Möglichkeit des Erwerbes eines solchen Vorteils rechnet und damit einverstanden ist⁷⁹⁴.

Durch das Erfordernis einer Bereicherungsabsicht enthält damit der subjektive Tatbestand des Art. 158 Ziff. 2 sStGB im Vergleich zu § 266 I 1. Alt. StGB zwar ein zusätzliches restriktives Element, jedoch wird diese Beschränkung insoweit relativiert, als das Merkmal der „Bereicherungsabsicht“ von Seiten des Bundesgerichts viel weiter als im deutschen Strafrecht ausgelegt wird.

c. Generelle Versuchsstrafbarkeit

Ein weiterer Unterschied zwischen den beiden hier zu untersuchenden Strafrechtsordnungen ergibt sich im Bereich der Versuchssystematik.

Unter B. I. wurde bereits festgestellt, dass sich die Versuchsstrafbarkeit der ungetreuen Geschäftsbesorgung aus Art. 158 iVm. Art. 21-23 sStGB ergibt. Dies beruht u.a. auch auf dem Umstand, dass das schweizerische Strafgesetzbuch wie das österreichische Strafrecht eine generelle Versuchsstrafbarkeit für alle Vergehen und Verbrechen beinhaltet⁷⁹⁵. Die Grenze der Versuchsstrafbarkeit bilden die Übertretungen, Art. 101 sStGB, die nur in den im Gesetz ausdrücklich benannten Fällen strafbar sind⁷⁹⁶.

⁷⁹¹ Botschaft, Bundesblatt 1991, Band II, S. 1049; Urbach, S. 142.

⁷⁹² Tröndle/Fischer, § 263 Rdn. 110; Wessels/Hillenkamp, BT II, § 13 Rdn. 579.

⁷⁹³ BGE 102 IV 83; 101 IV 207; 72 IV 125; Trechsel, vor Art. 137 Rdn. 10; Urbach, S. 89.

⁷⁹⁴ BGE 101 IV 207; 69 IV 80; 72 IV 125.

⁷⁹⁵ Stratenwerth, AT I, § 12 Rdn. 7.

⁷⁹⁶ Trechsel, vor Art. 21 Rdn. 8.

Der Grund für eine generelle Versuchsstrafbarkeit von Vergehen und Verbrechen bestand zunächst darin, dass in der Schweiz die Auffassung vertreten wurde, dass der Unterscheidung von Verbrechen und Vergehen „kein brauchbares Unterscheidungskriterium zu Grunde liegt“⁷⁹⁷. Vielmehr sei die Einteilung künstlich, da zwar zwischen beiden Deliktsarten ein quantitativer Unterschied bestehe, der im herkömmlichen Sprachgebrauch zum Ausdruck kommt, ein qualitativer Unterschied jedoch nicht vorhanden sei⁷⁹⁸. In der Folgezeit wurde die generelle Versuchsstrafbarkeit von Verbrechen und Vergehen auf den „subjektiven Standpunkt“ des sStGB zurückgeführt⁷⁹⁹ und damit begründet, dass es den Erfordernissen des Rechtsgüterschutzes und des Schuldprinzips entspreche, dass nicht nur die vollendete, sondern auch die versuchte Straftat in einem gewissen Umfang strafrechtlich erfasst wird⁸⁰⁰.

Demgegenüber beinhaltet die entsprechende deutsche Regelung des § 23 I StGB nur eine generelle Versuchsstrafbarkeit für Verbrechen, während der Versuch eines Vergehens nur in den vom Gesetz ausdrücklich benannten Fällen strafbar ist. Zurückzuführen ist dies darauf, dass die deutsche Regelung des § 23 I StGB den französischen code pénal von 1810 zum Vorbild hatte⁸⁰¹.

Wie beim Rechtsvergleich zum österreichischen Strafrecht wird dieser auf den ersten Blick doch große Unterschied im Rahmen der Versuchssystematik der beiden Strafrechtsordnungen insoweit kompensiert, als zum einen die Versuchsstrafbarkeit von Vergehen im Rahmen des deutschen Rechts nicht mehr die Ausnahme bildet⁸⁰², zum anderen im schweizerischen Strafrecht nicht jedwedes strafwürdige Verhalten, das im Versuch stecken bleibt, bestraft wird, da die ge-

⁷⁹⁷ Stooss, Vorentwurf 1893, Motive, S. 8.

⁷⁹⁸ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches, Einleitende Bemerkungen, Anm. 5, S. 7.

⁷⁹⁹ Meinecke, S. 21.

⁸⁰⁰ Thormann/Overbeck, Vorb. Art. 21-23 Rdn. 2.

⁸⁰¹ LK-Hillenkamp, vor § 22 Rdn. 44; vgl. hierzu bereits unter A. II. 3. a. cc.

⁸⁰² Vgl. zu diesem Argument bereits unter A. II. 3. a. cc.; Gold-Pfuhl, Zusammenstellung der schriftlichen Stellungnahmen zu 13/88. Sitzung des Rechtsausschusses, S. 88; diese Schlussfolgerung ergibt sich aber auch aus dem Überblick Schroeders über die Entwicklung der Versuchsstrafbarkeit von Vergehen, NJW 1999, 3612, 3613.

nerelle Versuchsstrafbarkeit zumindest nicht die Übertretungen nach Art. 101 iVm. Art. 104 sStGB erfasst.

Entscheidend ist aber auch hier, dass es vorliegend nicht um die gesetzssystematische Frage geht, ob eine generelle Versuchsstrafbarkeit von Vergehen eingeführt werden sollte, sondern darum festzustellen, ob die zwischen den Untreuetatbeständen der beiden Strafrechtsordnungen bestehenden materiellrechtlichen Diskrepanzen eine unterschiedliche Bewertung der Versuchsstrafbarkeit der Untreue rechtfertigen können. Dies muss allerdings verneint werden; denn auf Grund der bereits festgestellten großen Gemeinsamkeiten, insbesondere im Rahmen des Nachteils-/Schadensbegriffs und im Hinblick auf die gleiche tatbestandliche Weite der beiden Untreuevorschriften, und der wenigen, durchaus zu vernachlässigenden Unterschiede ist aus materiellrechtlicher Sicht eine unterschiedliche Beurteilung der Versuchsstrafbarkeit der beiden Untreuevorschriften nicht zu rechtfertigen.

d. Konkurrenzverhältnis der beiden Tatbestandsalternativen

Was das Konkurrenzverhältnis der beiden Tatbestandsalternativen zueinander anbelangt, so wird dieses im Rahmen der deutschen und schweizerischen Strafrechtsordnung unterschiedlich beurteilt.

Nach der h.M. in Deutschland ist der Missbrauchstatbestand ein Spezialfall (lex specialis) des Treuebruchs, so dass er diesen grundsätzlich verdrängt⁸⁰³. Begründet wird dies damit, dass sowohl der Missbrauch als auch der Treuebruch gleichermaßen einen Vermögensnachteil und eine identische Vermögensbetreuungspflicht verlangen, sich allerdings im Täterhandeln insoweit unterscheiden, als der Missbrauchstatbestand den Bereich der tauglichen Pflichtverletzungshandlungen enger zieht als der Treuebruchstatbestand⁸⁰⁴.

Hinsichtlich des Konkurrenzverhältnisses der beiden Tatbestandsalternativen der ungetreuen Geschäftsbesorgung ergibt sich bereits daraus, dass der schweizeri-

⁸⁰³ Wessels/Hillenkamp, BT II, § 18 Rdn. 749; Krey/Hellmann, BT II § 17 Rdn. 542; Tröndle/Fischer, § 266 Rdn. 6, 86; Maurach/Schroeder/Maiwald, BT I, § 45 Rdn. 11.

⁸⁰⁴ Mitsch, BT II, § 8 Rdn. 15; Arzt/Weber, BT, § 22 Rdn. 79.

sche Missbrauchstatbestand keine Vermögensbetreuungspflicht bzw. eine „Geschäftsführereigenschaft“ voraussetzt, dass der Missbrauchstatbestand, Art. 158 Ziff. 2 sStGB, nicht ein Spezialfall (*lex specialis*) des Treuebruchs, Art. 158 Ziff. 1 sStGB, sein kann⁸⁰⁵. Vielmehr wird die Auffassung vertreten, dass die Anforderungen an einen Täter des Treuebruchstatbestandes höher sind, als an denjenigen der Missbrauchsalternative, da Art. 158 Ziff. 2 sStGB auch Fälle erfasst, im Rahmen derer der Täter nur zum Abschluss eines einzigen Rechtsgeschäftes ermächtigt ist, also die hohen Anforderungen einer „Geschäftsführereigenschaft“ nicht erfüllt⁸⁰⁶. Demgegenüber beinhaltet die Geschäftsführerstellung immer auch eine Ermächtigung zur Vertretung im Sinne des Missbrauchstatbestandes⁸⁰⁷. Aus diesem Grund stelle die Treuebruchsvariante den spezielleren Tatbestand dar⁸⁰⁸.

III. Zusammenfassung der rechtsvergleichenden Untersuchung

Die rechtsvergleichende Untersuchung der Untreuevorschriften der beiden Strafrechtsordnungen hat insgesamt Folgendes gezeigt:

Hinsichtlich der zentralen Frage, ob die schweizerische Untreuevorschrift auch eine Versuchsstrafbarkeit vorsieht, ist festzuhalten, dass der Versuch der ungetreuen Geschäftsbesorgung nach Art. 158 iVm. Art. 21-23 sStGB unter Strafe gestellt ist.

Was die Entstehungsgeschichte des Art. 158 sStGB und des Art. 159 sStGB a.F. anbelangt, so diene bei der ursprünglichen Begründung des schweizerischen Untreuetatbestandes die deutsche Untreuebestimmung des § 266 RStGB als Vorbild. Mit der Revision des Vermögensstrafrechts vom 17. Juni 1994 wurde neben dem bereits bestehenden Treuebruchstatbestand, Art. 158 Ziff. 1 sStGB,

⁸⁰⁵ So im Ergebnis Urbach, S. 156 ff.; Stratenwerth, BT I, § 19 Rdn. 22; Donatsch, ZStrR 1996, 200, 218.

⁸⁰⁶ Stratenwerth, BT I, § 19 Rdn. 22; Urbach, S. 156; Donatsch, ZStrR 1996, 200, 218.

⁸⁰⁷ Urbach, S. 156; Stratenwerth, BT I, § 19 Rdn. 22.

⁸⁰⁸ Urbach, S. 157; im Ergebnis auch Donatsch, ZStrR 1996, 200, 218. Dadurch, dass der Missbrauchstatbestand aber eine Bereicherungsabsicht voraussetzt, die im Rahmen des Grundtatbestandes der Treuebruchsalternative nicht gefordert ist, wird man den Treuebruchstatbestand nicht als *lex specialis* zum Missbrauchstatbestand ansehen können.

der Missbrauchstatbestand, Art. 158 Ziff. 2 sStGB, eingeführt und damit im Ergebnis eine nahezu identische Struktur der Untreuevorschrift⁸⁰⁹, wie sie auch die entsprechende deutsche Regelung kennt, geschaffen.

In materieller Hinsicht weist die ungetreue Geschäftsbesorgung, Art. 158 sStGB, sehr große Parallelen zur Untreue gem. § 266 StGB auf:

Bei der Bestimmung des Täterkreises wird beim Treuebruchstatbestand gefordert, dass der Täter in einer besonderen Beziehung zum Vermögensinhaber stehen muss, d.h. eine Fürsorgepflicht innehat, deren Konkretisierung über die „Geschäftsführereigenschaft“ erfolgt. Deren Voraussetzungen wiederum stimmen nahezu mit denen überein, die an die Vermögensbetreuungspflicht im Rahmen des deutschen Treuebruchstatbestandes gestellt werden.

Eine weitere, für diese Untersuchung wichtige Gemeinsamkeit stellt auch der Schadensbegriff der ungetreuen Geschäftsbesorgung dar. Wie im deutschen Recht reicht auch im schweizerischen für den Eintritt eines Schadens eine schadensgleiche bzw. erhebliche Vermögensgefährdung aus. Allerdings bereitet die Abgrenzung zwischen einer „bloßen Vermögensgefährdung“ und einer schadensgleichen Vermögensgefährdung den schweizerischen Gerichten dieselben Schwierigkeiten wie den deutschen, wobei auch die neuere schweizerische Rechtsprechung dazu neigt, die abstrakte Möglichkeit eines Schadenseintritts als Vermögensschaden zu werten.

Was die Diskrepanzen zwischen den beiden Untreuevorschriften anbelangt, so sind diese als unerheblich einzustufen:

Im Rahmen des Treuebruchstatbestandes besteht der einzige Unterschied darin, dass die deutsche Regelung neben dem Gesetz, dem Auftrag und dem Rechtsgeschäft auch das Treueverhältnis als möglichen Entstehungsgrund einer Vermögensbetreuungspflicht nennt und damit den objektiven Tatbestand des Treuebruchs weiterfasst als die schweizerische Regelung. Allerdings wird dies insbesondere durch den im Rahmen der Revision vom 17. Juni 1994 neu einge-

⁸⁰⁹ Damit ist die Unterteilung in einen Treuebruchs- und einen Missbrauchstatbestand gemeint, die wiederum die österreichische Strafrechtsordnung nicht kennt.

fürten zweiten Absatz, nämlich die Geschäftsführung ohne Auftrag nach Art. 158 Ziff. 1 Abs. 2 sStGB, weitgehend kompensiert.

Hinsichtlich des Missbrauchstatbestandes ist mit dem Erfordernis der Bereicherungsabsicht zwar der subjektive Tatbestand der schweizerischen Regelung enger gefasst als das deutsche Pendant, allerdings weist im Rahmen des objektiven Tatbestandes § 266 I 1. Alt. StGB durch die enge Auslegung des Missbrauchsbegriffs und das Erfordernis einer Vermögensbetreuungspflicht restriktive Elemente auf, die wiederum der objektive Tatbestand des Art. 158 Ziff. 2 sStGB nicht enthält. Basierend auf diesem Gesamtvergleich zwischen den beiden Missbrauchsregelungen ergibt sich, dass weder der schweizerische noch der deutsche Missbrauchstatbestand als enger oder weiter einzustufen sind, vielmehr beide einschränkende Merkmale beinhalten.

IV. Ergebnis

Insgesamt hat die rechtsvergleichende Untersuchung der Untreuevorschriften der Schweiz und Deutschlands gezeigt, dass diese nahezu identisch sind, insbesondere beide die gleiche „Tatbestandsweite“ aufweisen. Auch erfolgt beim schweizerischen Untreuetatbestand durch eine Einbeziehung von Vermögensgefährdungen in den Schadensbegriff eine Vorverlagerung des Vollendungszeitpunktes. In einzelnen Entscheidungen des Bundesgerichts reicht sogar die abstrakte Möglichkeit eines Vermögensschadens für die Bejahung eines solchen aus. Dennoch ist eine Versuchsstrafbarkeit der Untreue im Rahmen der schweizerischen Strafrechtsordnung vorgesehen. Und dies ist der einzig bedeutende Unterschied zwischen den beiden Untreuevorschriften.

Dass dadurch die Gefahr einer Bestrafung „sozialadäquaten Verhaltens bei Risikogeschäften“ entstehen könnte, die einzelnen Stadien der Verbrechensverwirklichung im Falle der Untreue schwer abzugrenzen sind und der Nachweis des subjektiven Tatbestandes Probleme bereiten könnte, wie von Seiten des Rechtsausschusses des deutschen Bundestages vermutet wurde⁸¹⁰, scheint der

⁸¹⁰ Deutscher Bundestag, 13. Wahlperiode, Rechtsausschuss, Protokoll der 88. Sitzung des Rechtsausschusses vom 4. Juni 1997, S. 11 ff., S. 109 ff.; S. 128.

schweizerischen Strafrechtslehre - wie die Untersuchung gezeigt hat - keine Schwierigkeiten zu bereiten.

Die im schweizerischen Strafrecht vorgesehene generelle Versuchsstrafbarkeit aller Verbrechen und Vergehen vermag eine unterschiedliche Bewertung der Versuchsstrafbarkeit der beiden Untreuevorschriften auch nicht zu rechtfertigen, da das Hauptanliegen des Rechtsvergleichs allein darin bestand zu klären, ob im Rahmen eines Untreuetatbestandes einer anderen deutschsprachigen Strafrechtsordnung, welcher wiederum große Parallelen zum deutschen Untreuetatbestand aufweist, eine Versuchsstrafbarkeit der Untreue aus materiellrechtlicher Sicht zu Schwierigkeiten führt und somit eher abzulehnen ist. Die Untersuchung hat allerdings gezeigt, dass dies nicht der Fall ist, vielmehr weder die schweizerische Rechtsprechung noch die Lehre gegen eine Versuchsstrafbarkeit einer ungetreuen Geschäftsbesorgung Bedenken äußern.

Dagegen ergeben sich im Rahmen des Schadensbegriffs dieselben Abgrenzungsprobleme wie im deutschen Strafrecht, was sicherlich Anlass dazu gibt, die Richtigkeit der Einbeziehung der Rechtsfigur der schadensgleichen Vermögensgefährdung in den Schadensbegriff - zumindest für den Tatbestand der Untreue - in Zweifel zu ziehen.

5. Kapitel: Gesamtergebnis und Ausblick

Eine Einführung der Versuchsstrafbarkeit der Untreue ist nach dem Verlauf der gesamten Untersuchung de lege ferenda erforderlich und notwendig.

Dabei ist zunächst zu berücksichtigen, dass es im Rahmen der Untreue zwei Komponenten gibt, die eng miteinander zusammenhängen:

Auf der einen Seite den potentiellen Versuch einer Untreue, auf der anderen Seite den Begriff des Vermögensnachteils, der nach Ansicht der h.M. auch die schadensgleiche konkrete Vermögensgefährdung erfasst und damit zur Vorverlagerung des Vollendungszeitpunkts führt.

Die im 3. Kapitel durchgeführte Fallanalyse hat gezeigt, dass dieser Rechtsbegriff und dessen vage Umschreibung durch die Rechtsprechung dazu führen, dass einerseits eine eindeutige Grenzziehung zwischen einer Gefährdung, die noch die typische Situation des Versuchs darstellt, und einer Gefährdung, die einer Vermögensbeschädigung gleichkommt, kaum möglich ist, andererseits der Begriff der schadensgleichen Vermögensgefährdung von Seiten der Rechtsprechung dazu ausgenutzt wird, eine „Versuchsstrafbarkeit der Untreue durch die Hintertür“⁸¹¹ zu schaffen. Denn im Rahmen der untersuchten Fälle hat die Rechtsprechung Verhaltensweisen, die zwar strafwürdig erschienen und aus kriminalpolitischen Gesichtspunkten auch zu bestrafen waren, allerdings nur abstrakte, dem Versuchsbereich der Untreue zuzuordnende Vermögensgefährdungen beinhaltet, durch eine extensive Auslegung des Nachteilsbegriffs im Rahmen der Vollendung bestraft. Dadurch wurde von Seiten der Rechtsprechung die durch die fehlende Versuchsstrafbarkeit entstandene Strafbarkeitslücke geschlossen und im Ergebnis eine Versuchsstrafbarkeit der Untreue unter dem Deckmantel einer Vollendung geschaffen. Mit dieser Vorgehensweise verstieß allerdings die Rechtsprechung in den untersuchten Fällen einerseits gegen das Analogieverbot aus Art. 103 II GG, § 1 StGB, andererseits hat sie sich über

⁸¹¹ So bereits die Vermutung von Dierlamm, NSTZ 1997, S. 534, 535.

das Gebot an die rechtsprechende und vollziehende Gewalt, dass „nur der Gesetzgeber über die Strafbarkeit entscheidet“⁸¹², hinweggesetzt.

Daraus ergeben sich zwei Schlussfolgerungen:

(1) Die Versuchsstrafbarkeit der Untreue ist einzuführen⁸¹³.

Denn diese hätte einerseits zur Folge, dass es zu einer „Entlastung“ der Vollendungsstrafbarkeit der Untreue kommen würde, da die Rechtsprechung sämtliche problematischen Fälle der Vermögensgefährdung in den Versuchsbereich verlagern könnte und dabei im Rahmen ihrer Entscheidungen flexibler wäre, d.h. nicht nur zwischen einer Verurteilung aus vollendetem Delikt oder einem Freispruch entscheiden müsste⁸¹⁴.

Dies könnte insbesondere bei unternehmerischen, risikobehafteten Entscheidungen, bei denen das Vorliegen eines Vermögensnachteils in Form einer schadensgleichen konkreten Vermögensgefährdung oftmals große Schwierigkeiten bereitet und von Seiten der Rechtsprechung auf Grund einer sehr weiten Auslegung dieses Begriffs im Rahmen der Vollendung bejaht wird⁸¹⁵, von großem Vorteil sein, da im Falle der Einführung einer Versuchsstrafbarkeit gerade diese Fälle innerhalb der Versuchsstrafbarkeit Berücksichtigung finden könnten.

Andererseits hat eine Versuchsstrafbarkeit der Untreue unter kriminalpolitischen Gesichtspunkten den Vorteil, dass der Täter die Möglichkeit erhält, im Wege des Rücktritts nach § 24 StGB Straffreiheit zu erlangen. Dadurch wird für den Täter ein Anreiz geschaffen, durch „Wiedergutmachungsleistungen“ den ursprünglichen Zustand eines gefährdeten Vermögens wiederherzustellen. Diese Möglichkeit ist im Falle einer nur bestehenden Vollendungsstrafbarkeit nicht gegeben, so dass der Täter eine solche Vorgehensweise nicht in Erwägung ziehen wird. Dass insbesondere im Falle der Untreue eine solche Vorstellung bzw. ein solcher Gedankenvorgang des Täters nicht fern liegend ist, beruht darauf,

⁸¹² BVerfGE 71, 108, 114; 47, 109, 120.

⁸¹³ So im Ergebnis auch Günther in FS-Weber, 311, 317.

⁸¹⁴ Ähnlich auch Riemann, Vermögensgefährdung, S. 157.

⁸¹⁵ SK-Samson/Günther § 266 Rdn. 45; Weber in FS-Dreher, S.555, 559, 560; Dierlamm, NSTZ 1997, 534; vgl. hierzu im Einzelnen die Fallanalyse im 3. Kapitel.

dass Taten im Rahmen der Vermögensstraftatbestände „oft von langer Hand geplant“ sind und „aus einem Komplex verschiedener Handlungsstränge“⁸¹⁶ bestehen, so dass der Täter hinreichend Zeit hat, die Abkehr von seiner zur Vollendung führenden Tathandlung in Erwägung zu ziehen. Darüber hinaus wäre die Möglichkeit einer solchen „Wiedergutmachung“ im Rahmen von Vermögensgefährdungen, insbesondere in den Fällen der Untreue, die oftmals mit sehr hohen Vermögensschäden für die Opfer in Verbindung stehen⁸¹⁷, gerade unter Opferschutzgesichtspunkten sinnvoll.

Auch hat der Rechtsvergleich zum schweizerischen Vermögensstrafrecht gezeigt, dass trotz der Einbeziehung der Fälle von Vermögensgefährdungen in den Nachteils- bzw. Schadensbegriff eine Versuchsstrafbarkeit der Untreue möglich ist und die in diesem Zusammenhang bestehenden Abgrenzungsschwierigkeiten, hinsichtlich derer der Rechtsausschuss des deutschen Bundestags Bedenken äußerte⁸¹⁸, auch lösbar sind.

Schließlich würde die Einführung einer Versuchsstrafbarkeit der Untreue eine Einheitlichkeit der Rechtsordnung innerhalb der Eigentums- und Vermögensdelikte bewirken.

(2) Der Nachteilsbegriff der Untreue ist restriktiv auszulegen.

Dabei steht einer einschränkenden Definition des Nachteilsbegriffs eine wirtschaftliche Betrachtungsweise, wie sie im Rahmen des Vermögensstrafrechts herrschend ist, nicht im Wege. Dies zeigt der Rechtsvergleich zur österreichischen Strafrechtsordnung. Auch hier vertritt die h.M. einen wirtschaftlichen Vermögensbegriff und stellt im Rahmen der Schadensberechnung auf dieselben Grundsätze ab, wie es auch im deutschen Strafrecht üblich ist. Dennoch wird hier von Seiten der h.M. ein restriktiver Nachteils- und Schadensbegriff vertreten.

⁸¹⁶ Urbach, S. 151/152; Beck, S. 148.

⁸¹⁷ So auch das Argument des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung, BR-Drs. 164/97, S. 147 sowie BT-Drs. 13/8587, S. 43.

⁸¹⁸ Deutscher Bundestag, 13. Wahlperiode, Rechtsausschuss, Protokoll der 88. Sitzung des Rechtsausschusses vom 4. Juni 1997, S. 11 ff., S. 109 ff.; S. 128.

Entsprechend dieser Auffassung ist auch der Nachteilsbegriff für die Untreue in Deutschland dahingehend zu definieren, dass ein Vermögensnachteil erst dann vorliegt, wenn „ein effektiver Verlust an Vermögenssubstanz“ eingetreten ist.

Konsequenz dessen wäre, dass sämtliche Fälle von Vermögensgefährdungen innerhalb der Versuchsstrafbarkeit der Untreue Berücksichtigung finden würden. Dass dies unter Umständen mit einer „rein“ wirtschaftlichen Betrachtungsweise und den dieser zugrunde liegenden Bilanzierungsgesichtspunkten nicht im Einklang stehen könnte, ist angesichts der Vorteile dieser Vorgehensweise hinnehmbar.

Denn dadurch wird die äußerst schwierige Abgrenzung zwischen konkreter und abstrakter Vermögensgefährdung⁸¹⁹, die durch die Einbeziehung der konkreten Vermögensgefährdung in den Vermögensnachteilsbegriff entstanden ist und im Rahmen der Untreue nach bisherigem Recht über Freispruch und Verurteilung entscheidet, obsolet. Dies wiederum führt zu einer größeren Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit im Falle der Strafbarkeit wegen vollendeter Untreue und schafft innerhalb der Untreueregung zumindest für das Tatbestandsmerkmal des Nachteils klare Konturen.

⁸¹⁹ Diese Probleme ergeben sich überall dort, wo eine Gleichstellung von Vermögensgefährdung und Vermögensnachteil/-schaden erfolgt. Dies hat insbesondere auch der Rechtsvergleich zum schweizerischen Strafrecht gezeigt, vgl. 4. Kapitel, B. II. 2. d. cc.

Anhang

I. Die relevanten gesetzlichen Bestimmungen (Österreich)

§ 5 Vorsatz

- (1) Vorsätzlich handelt, wer einen Sachverhalt verwirklichen will, der einem gesetzlichen Tatbild entspricht; dazu genügt es, daß der Täter diese Verwirklichung ernstlich für möglich hält und sich mit ihr abfindet.
- (2) Der Täter handelt absichtlich, wenn es ihm darauf ankommt, den Umstand oder Erfolg zu verwirklichen, für den das Gesetz absichtliches Handeln voraussetzt.
- (3) Der Täter handelt wissentlich, wenn er den Umstand oder Erfolg, für den das Gesetz Wissentlichkeit voraussetzt, nicht bloß für möglich hält, sondern sein Vorliegen oder Eintreten für gewiß hält.

§ 15 Strafbarkeit des Versuches

- (1) Die Strafdrohungen gegen vorsätzliches Handeln gelten nicht nur für die vollendete Tat, sondern auch für den Versuch und für jede Beteiligung an einem Versuch.
- (2) Die Tat ist versucht, sobald der Täter seinen Entschluß, sie auszuführen oder einen anderen dazu zu bestimmen (§ 12), durch eine der Ausführung unmittelbar vorangehende Handlung betätigt.
- (3) Der Versuch und die Beteiligung daran sind nicht strafbar, wenn die Vollendung der Tat mangels persönlicher Eigenschaften oder Verhältnisse, die das Gesetz beim Handelnden voraussetzt, oder nach der Art der Handlung oder des Gegenstands, an dem die Tat begangen wurde, unter keinen Umständen möglich war.

§ 16 Rücktritt vom Versuch

- (1) Der Täter wird wegen des Versuches oder der Beteiligung daran nicht bestraft, wenn er freiwillig die Ausführung aufgibt oder, falls mehrere daran beteiligt sind, verhindert oder wenn er freiwillig den Erfolg abwendet.
- (2) Der Täter wird auch straflos, wenn die Ausführung oder der Erfolg ohne sein Zutun unterbleibt, er sich jedoch in Unkenntnis dessen freiwillig und ernstlich bemüht, die Ausführung zu verhindern oder den Erfolg abzuwenden.

§ 34 Besondere Milderungsgründe

- (1) Ein Milderungsgrund ist es insbesondere, wenn der Täter
 13. trotz Vollendung der Tat keinen Schaden herbeigeführt hat oder es beim Versuch geblieben ist.

§ 41 Außerordentliche Strafmilderung bei Überwiegen der Milderungsgründe

- (1) Überwiegen die Milderungsgründe die Erschwerungsgründe beträchtlich, und besteht begründete Aussicht, daß der Täter auch bei Verhängung einer das gesetzliche Mindestmaß unterschreitenden Freiheitsstrafe keine weiteren strafbaren Handlungen begehen werde, so kann erkannt werden:
 1. wenn die Tat mit lebenslanger Freiheitsstrafe bedroht ist oder wenn sie mit Freiheitsstrafe von zehn bis zu zwanzig Jahren oder mit lebenslanger Freiheitsstrafe bedroht ist, auf Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr;
 2. wenn die Tat zwar nicht mit lebenslanger Freiheitsstrafe, aber mit Freiheitsstrafe von mindestens zehn Jahren bedroht ist, auf Freiheitsstrafe nicht unter sechs Monaten;
 3. wenn die Tat mit Freiheitsstrafe von mindestens fünf Jahren bedroht ist, auf Freiheitsstrafe nicht unter drei Monaten;

4. wenn die Tat mit Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr bedroht ist, auf Freiheitsstrafe nicht unter einem Monat;
 5. wenn die Tat mit geringerer Freiheitsstrafe bedroht ist, auf Freiheitsstrafe von mindestens einem Tag.
- (2) Unter den Voraussetzungen des Abs. 1 Z. 3 und 4 muß jedoch auf Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten erkannt werden, wenn die Tat den Tod eines Menschen zur Folge gehabt hat (§ 7 Abs. 2), mag dieser Umstand auch schon die Strafdrohung bestimmen.
- (3) Die §§ 43 und 43a StGB können auch angewendet werden, wenn auf eine Freiheitsstrafe von mehr als zwei beziehungsweise drei, aber nicht mehr als fünf Jahren erkannt wird oder zu erkennen wäre, sofern die Milderungsgründe die Erschwerungsgründe beträchtlich überwiegen und begründete Aussicht besteht, dass der Täter auch bei Verhängung einer solchen Strafe keine weiteren strafbaren Handlungen begehen werde.

§ 42 Mangelnde Strafwürdigkeit der Tat

Ist die von Amts wegen zu verfolgende Tat nur mit Geldstrafe, mit nicht mehr als drei Jahren Freiheitsstrafe oder mit einer solchen Freiheitsstrafe und Geldstrafe bedroht, so ist die Tat nicht strafbar, wenn

1. die Schuld des Täters gering ist,
2. die Tat keine oder nur unbedeutende Folgen nach sich gezogen hat oder, sofern sich der Täter zumindest ernstlich darum bemüht hat, die Folgen der Tat im wesentlichen beseitigt, gutgemacht oder sonst ausgeglichen worden sind und
3. eine Bestrafung nicht geboten ist, um den Täter von strafbaren Handlungen abzuhalten oder der Begehung strafbarer Handlungen durch andere entgegenzuwirken.

§ 144 Erpressung

- (1) Wer jemanden mit Gewalt oder durch gefährliche Drohung zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nötigt, die diesen oder einen anderen am Vermögen schädigt, ist, wenn er mit dem Vorsatz gehandelt hat, durch das Verhalten des Genötigten sich oder einen Dritten unrechtmäßig zu bereichern, mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen.
- (2) Die Tat ist nicht rechtswidrig, wenn die Anwendung der Gewalt oder Drohung als Mittel zu dem angestrebten Zweck nicht den guten Sitten widerstreitet.

§ 146 Betrug

Wer mit dem Vorsatz, durch das Verhalten des Getäuschten sich oder einen Dritten unrechtmäßig zu bereichern, jemanden durch Täuschung über Tatsachen zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung verleitet, die diesen oder einen anderen am Vermögen schädigt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.

§ 167 Tätige Reue

- (1) Die Strafbarkeit wegen Sachbeschädigung, Datenbeschädigung, Störung der Funktionsfähigkeit eines Computersystems, Diebstahls, Entziehung von Energie, Veruntreuung, Unterschlagung, dauernder Sachentziehung, Eingriffs in fremdes Jagd- oder Fischereirecht, Entwendung, Betrugs, betrügerischen Datenverarbeitungsmissbrauchs, Erschleichung einer Leistung, Notbetrugs, Untreue, Geschenkkannahme durch Machthaber, Förderungsmissbrauchs, Wuchers, betrügerischer Krida, Schädigung fremder Gläubiger, Begünstigung eines Gläubigers, grob fahrlässige Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen, Vollstreckungsvereitelung und Hehlerei wird durch tätige Reue aufgehoben.

- (2) Dem Täter kommt tätige Reue zustatten, wenn er, bevor die Behörde (§ 151 Abs. 3) von seinem Verschulden erfahren hat, wenngleich auf Andringen des Verletzten, so doch ohne hierzu gezwungen zu sein,
1. den ganzen aus seiner Tat entstandenen Schaden gutmacht oder
 2. sich vertraglich verpflichtet, dem Verletzten binnen einer bestimmten Zeit solche Schadensgutmachung zu leisten. In letzterem Fall lebt die Strafbarkeit wieder auf, wenn der Täter seine Verpflichtung nicht einhält.
- (3) Der Täter ist auch nicht zu bestrafen, wenn er den ganzen aus seiner Tat entstandenen Schaden im Zug einer Selbstanzeige, die der Behörde (§ 151 Abs. 3) sein Verschulden offenbart, durch Erlag bei dieser Behörde gutmacht.
- (4) Der Täter, der sich um die Schadensgutmachung ernstlich bemüht hat, ist auch dann nicht zu bestrafen, wenn ein Dritter in seinem Namen oder wenn ein anderer an der Tat Mitwirkender den ganzen aus der Tat entstandenen Schaden unter den im Abs. 2 genannten Voraussetzungen gutmacht.

II. Die relevanten gesetzlichen Bestimmungen (Schweiz)

Art. 9 Verbrechen und Vergehen

- (1) Verbrechen sind die mit Zuchthaus bedrohten Handlungen.
- (2) Vergehen sind die mit Gefängnis als Höchststrafe bedrohten Handlungen.

Art. 21 Unvollendeter Versuch. Rücktritt

- (1) Führt der Täter, nachdem er mit der Ausführung eines Verbrechens oder eines Vergehens begonnen hat, die strafbare Tätigkeit nicht zu Ende, so kann er milder bestraft werden (Art. 65).

- (2) Führt er aus eigenem Antriebe die strafbare Tätigkeit nicht zu Ende, so kann der Richter von einer Bestrafung wegen des Versuches Umgang nehmen.

Art. 22 Vollendeter Versuch. Tätige Reue

- (1) Wird die strafbare Tätigkeit zu Ende geführt, tritt aber der zur Vollendung des Verbrechens oder des Vergehens gehörende Erfolg nicht ein, so kann der Täter milder bestraft werden (Art. 65).
- (2) Hat der Täter aus eigenem Antriebe zum Nichteintritt des Erfolges beigetragen oder den Eintritt des Erfolges verhindert, so kann der Richter die Strafe nach freiem Ermessen mildern (Art. 66).

Art. 23 Untauglicher Versuch

- (1) Ist das Mittel, womit jemand ein Verbrechen oder ein Vergehen auszuführen versucht, oder der Gegenstand, woran er es auszuführen versucht, derart, dass die Tat mit einem solchen Mittel oder an einem solchen Gegenstände überhaupt nicht ausgeführt werden könnte, so kann der Richter die Strafe nach freiem Ermessen mildern (Art. 66).
- (2) Handelt der Täter aus Unverstand, so kann der Richter von einer Bestrafung Umgang nehmen.

Art. 35 Zuchthausstrafe

Die Zuchthausstrafe ist die schwerste Freiheitsstrafe. Ihre kürzeste Dauer ist ein Jahr, die längste Dauer 20 Jahre. Wo das Gesetz es besonders bestimmt, ist sie lebenslänglich.

Art. 36 Gefängnisstrafe

Die kürzeste Dauer der Gefängnisstrafe ist drei Tage. Wo das Gesetz nicht ausdrücklich anders bestimmt, ist die längste Dauer drei Jahre.

Art. 39 Haftstrafe

(1) Die Haftstrafe ist die leichteste Freiheitsstrafe. Ihre kürzeste Dauer ist ein Tag, die längste Dauer drei Monate.

Ist im Gesetz neben der Gefängnisstrafe wahlweise Busse angedroht, so kann der Richter statt auf Gefängnis auf Haft erkennen.

(2) Die Haftstrafe wird in einer besondern Anstalt vollzogen, jedenfalls aber in Räumen, die nicht dem Vollzug anderer Freiheitsstrafen oder von Massnahmen dienen.

(3) Der Haftgefangene wird zur Arbeit angehalten. Es ist ihm gestattet, sich angemessene Arbeit selbst zu beschaffen. Macht er von dieser Befugnis keinen Gebrauch, so ist er zur Leistung der ihm zugewiesenen Arbeit verpflichtet.

Wenn es die Umstände rechtfertigen, kann er ausserhalb der Anstalt mit Arbeit beschäftigt werden, die ihm zugewiesen wird.

Art. 65 Strafsätze

Findet der Richter, die Strafe sei zu mildern, so erkennt er:

statt auf lebenslängliches Zuchthaus: auf Zuchthaus von mindestens zehn Jahren;

statt auf Zuchthaus mit besonders bestimmter Mindestdauer: auf Zuchthaus;

statt auf Zuchthaus: auf Gefängnis von sechs Monaten bis zu fünf Jahren;

statt auf Gefängnis mit besonders bestimmter Mindestdauer: auf Gefängnis;

statt auf Gefängnis: auf Haft oder Busse.

Art. 66 Strafmilderung nach freiem Ermessen

- (1) Wo das Gesetz eine Strafmilderung nach freiem Ermessen vorsieht, ist der Richter an die Strafart und das Strafmass, die für Verbrechen oder Vergehen angedroht sind, nicht gebunden.
- (2) Der Richter ist aber an das gesetzliche Mindestmass der Strafart gebunden.

Art. 101 Die Übertretung

Übertretungen sind die mit Haft oder Busse oder mit Busse allein bedrohten Handlungen.

Art. 104 Bedingte Anwendbarkeit

- (1) Versuch und Helferschaft werden nur in den vom Gesetz ausdrücklich bestimmten Fällen bestraft.
- (2) Die Einweisung in eine der in den Artikeln 43, 44 und 100bis genannten Anstalten, die Entziehung der elterlichen Gewalt und eines Amtes der Vormundschaft, das Verbot, einen Beruf, ein Gewerbe oder ein Handelsgeschäft zu betreiben, die Landesverweisung und die öffentliche Bekanntmachung des Urteils sind nur in den vom Gesetz ausdrücklich bestimmten Fällen zulässig.

Art. 106 Busse

- (1) Bestimmt es das Gesetz nicht ausdrücklich anders, so ist der Höchstbetrag der Busse 5000 Franken.
- (2) Handelt der Täter aus Gewinnsucht, so ist der Richter an diesen Höchstbetrag nicht gebunden.
- (3) Die Probezeit für die Löschung des Eintrags im Strafregister nach Artikel 49 Ziffer 4 beträgt ein Jahr.

Art. 146 Betrug

- (1) Wer in der Absicht, sich oder einen andern unrechtmässig zu bereichern, jemanden durch Vorspiegelung oder Unterdrückung von Tatsachen arglistig irreführt oder ihn in einem Irrtum arglistig bestärkt und so den Irrenden zu einem Verhalten bestimmt, wodurch dieser sich selbst oder einen andern am Vermögen schädigt, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder mit Gefängnis bestraft.
- (2) Handelt der Täter gewerbsmässig, so wird er mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren oder mit Gefängnis nicht unter drei Monaten bestraft.
- (3) Der Betrug zum Nachteil eines Angehörigen oder Familiengenossen wird nur auf Antrag verfolgt.

Literaturverzeichnis

- Aktiengesetz, Kommentar W. Gadow, E. Heinichen, E. Schmidt, W. Schmidt, O. Weipert; 1. Auflage; Berlin, 1939
zitiert: AktG-Bearbeiter
- Alwart, Heiner Über die Hypertrophie eines Unikums (§ 265a StGB), JZ 1986, S. 563 ff.
- Ardinay, Henri Der Betrug nach dem schweizerischen Strafgesetzbuch, ZStrR 86. Band (1970), S. 225 ff.
- Arzt, Gunther/
Weber, Ulrich Strafrecht, Besonderer Teil, Bielefeld 2000
zitiert: Arzt/Weber, BT
- Baumann, Jürgen/
Weber, Ulrich/
Mitsch, Wolfgang Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Auflage, Bielefeld 2003
zitiert: Baumann/Weber/Mitsch, AT
- Beck, Robert Gregor Die Untreue nach dem liechtensteinischen Strafgesetzbuch, Dissertation, Zürich 1997
zitiert: Beck
- Bernasconi, Paolo Die strafrechtliche Verantwortlichkeit im Rahmen der Vermögensverwaltung und der Anlageberatung, in: Wirtschaft und Strafrecht, Festschrift für Niklaus Schmid zum 65. Geburtstag, Zürich 2001, S. 255 ff.
zitiert: Bernasconi in FS-Schmid
- Bertel, Christian/
Schwaighofer, Klaus Österreichisches Strafrecht, Besonderer Teil I, §§ 75 bis 168a StGB, 5. Auflage, Wien, New York 1998
zitiert: Bertel/Schwaighofer, BT I
- Binding, Karl Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, Erster Band, Leipzig 1902
zitiert: Binding, Lehrbuch BT I

- Blei, Hermann Strafrecht II, Besonderer Teil, 12. Auflage, München 1983
zitiert: Blei, BT
- Bockelmann, Paul Strafrecht, Besonderer Teil 1, Vermögensdelikte, 2. Auflage, München 1982
zitiert: Bockelmann, BT I
- ders. Zur Abgrenzung der Vorbereitung vom Versuch, JZ 1954, S. 468 ff.
- ders. Wann ist der Rücktritt vom Versuch freiwillig? NJW 1955, S. 1417 ff.
- Burgstaller, Manfred Der Versuch nach § 15 StGB, JBl 1976, S. 113 ff.
- Cramer, Peter Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht, Berlin/Zürich 1968
zitiert: Cramer, Vermögensbegriff
- ders. Grenzen des Vermögensschutzes im Strafrecht – OLG Hamburg, NJW 1966, 1525; JuS 1966, S. 472 ff.
- Deutsche Strafverteidiger e.V. Stellungnahme des Deutschen Strafverteidiger e.V. zum Entwurf eines Sechsten Gesetzes zur Reform des Strafrechts (6. StrRG) Gesetzentwurf der Bundesregierung (BR-Drucks. 164/97), (nicht veröffentlicht)
zitiert: Stellungnahme des Deutschen Strafverteidiger e.V. zum 6. StrRG
- Dierlamm, Alfred Untreue – ein Auffangtatbestand?, NStZ 1997, S. 534 ff.
- Donatsch, Andreas Aspekte der ungetreuen Geschäftsbesorgung nach Art. 158 StGB, ZStrR 114. Band (1996), S. 200 ff.
- ders. Aspekte der ungetreuen Geschäftsbesorgung gemäss Art. 158 Ziff. 1 StGB in der Aktiengesellschaft unter besonderer Berücksichtigung der Delegation von Kompetenzen durch den Verwaltungsrat, ZStrR 120. Band (2002), S. 1 ff.

- Dreier, Horst
Grundgesetz Kommentar, Band III, Art. 83 – 146,
Tübingen 2000
zitiert: Dreier/Bearbeiter
- Eser, Albin
Die Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Bewe-
gungsfreiheit als Betrugsschaden, GA 1962, S.
289 ff.
- Foregger, Egmont/
Fabrizy, Ernst Eugen
Strafgesetzbuch, StGB samt ausgewählten Neben-
gesetzen, Kurzkomentar, 7. Auflage, Wien 1999
zitiert: Foregger/Fabrizy
- Foth, Heinrich
Betrug und illegales Rechtsgeschäft, GA 1966,
S. 33 ff.
- Frank, Reinhard
Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst
dem Einführungsgesetz, 18. Auflage, Tübingen
1931
zitiert: Frank, StGB
- Franzheim, Horst
Zur Strafbarkeit des Komplizen – und Dirnen-
lohnbetruges – Ein Beitrag zum Begriff des
Vermögensschadens,
GA 1960, S. 269 ff.
- Frenzel, Alexander
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages, Sek-
retariat, Zusammenstellung der schriftlichen Stel-
lungnahmen zur Anhörung des Rechtsausschusses
am 4.6.1997 „Strafrechtsmodernisierung“ S. 128
(als Anlage zum Protokoll der 88. Sitzung des
Rechtsausschusses, 13. Wahlperiode des Deut-
schen Bundestages)
zitiert: Frenzel, Zusammenstellung der schriftli-
chen Stellungnahmen zu 13/88. Sitzung des
Rechtsausschusses, S. 128.
- Freund, Georg
Stellungnahme eines Arbeitskreises von Straf-
rechtslehrern zum Entwurf eines 6. Gesetzes zur
Reform des Strafrechts, ZStW 1997 (109. Band),
S. 455 ff.

- Fuchs, Helmut Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Grundlagen und Lehre von der Straftat, 6. Auflage, Wien 2004
zitiert: Fuchs, AT I
- Gallas, Wilhelm Der Betrug als Vermögensdelikt: in Festschrift für Eberhard Schmidt zum Geburtstag 1961, Göttingen, 2. Auflage, 1971, S. 401 ff.
zitiert: Gallas in FS-Schmidt
- Gerland, Heinrich B. Deutsches Reichsstrafrecht, 2. Auflage, Berlin und Leipzig 1932
zitiert: Gerland, Reichsstrafrecht
- Gold-Pfuhl, Gisela Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages, Sekretariat, Zusammenstellung der schriftlichen Stellungnahmen zur Anhörung des Rechtsausschusses am 4.6.1997 „Strafrechtsmodernisierung“ S. 83 ff. (als Anlage zum Protokoll der 88. Sitzung des Rechtsausschusses, 13. Wahlperiode des Deutschen Bundestages)
zitiert: Gold-Pfuhl, Zusammenstellung der schriftlichen Stellungnahmen zu 13/88. Sitzung des Rechtsausschusses, S. 88
- Gropp, Walter Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, 2001
zitiert: Gropp, AT
- Güntge, Georg-Friedrich Untreueverhalten durch Unterlassen, wistra 1996, S. 84
- Günther, Hans-Ludwig Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag, 18. September 2004; herausgegeben von Bernd Heinrich, Eric Hilgendorf, Wolfgang Mitsch, Detlev Sternberg-Lieben; Bielefeld 2004
zitiert: Günther in FS-Weber
- Gutmann, Alexander Der Vermögensschaden beim Betrug im Lichte der neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung (I), MDR 1963, S. 3 ff.

- Honsell, Heinrich
Entwicklungstendenzen im strafrechtlichen Vermögensschutz, in: Wirtschaft und Strafrecht, Festschrift für Niklaus Schmid zum 65. Geburtstag, Zürich 2001, S. 225 ff.
zitiert: Honsell in FS-Schmid
- Hübner, Engelbert
Scheckkartenmißbrauch und Untreue, JZ 1973, S. 407 ff.
- Jakobs, Günther
Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Auflage, Berlin, New York 1991
zitiert: Jakobs, AT
- ders.
Die objektiv-individuelle Schadensermittlung beim Betrug – OLG Köln, NJW 1976, 1222; in: JuS, S. 228 ff.
- Jarass, Hans D./
Pieroth, Bodo
Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 7. Auflage, München 2004
zitiert: Jarass/Pieroth
- Jescheck, Hans-Heinrich/
Weigand, Thomas
Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Berlin 1996
zitiert: Jescheck/Weigand, AT
- Joecks, Wolfgang
Strafgesetzbuch - Studienkommentar - 5. Auflage, München 2004
zitiert: Joecks
- ders.
Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 7.5.2002, StV 2004, 16; in: StV 2004, S. 17
- Kadecka, Ferdinand
Gesammelte Aufsätze, zu seinem 85. Geburtstag ausgewählt, herausgegeben von: Theodor Rittler und Friedrich Nowakowski, Innsbruck 1959
zitiert: Kadecka, Gesammelte Aufsätze
- Kempf, Eberhard
Protokoll der 88. Sitzung des Rechtsausschusses vom 4. Juni 1997, 13. Wahlperiode des Deutschen Bundestages, S. 11 ff.
zitiert: Kempf, Protokoll zu 13/88. Sitzung des Rechtsausschusses, S. 11 ff.

- Kessel, Jörn Belastung mit einer Verbindlichkeit als Betrugschaden?, JBl 1999, S. 12 ff.
- Kiefner, Hans Zur zivilrechtlichen Genealogie des Mißbrauchstatbestands (§ 266 StGB) in Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, herausgegeben von Wilfried Küper, Jürgen Welp, Heidelberg 1993, S. 1205 ff.
zitiert: Kiefner in FS-Stree/Wessels
- Kienapfel, Diethelm Grundriß des österreichischen Strafrechts, Besonderer Teil, Band II, Delikte gegen Vermögenswerte, 3. Auflage, Wien 1993
zitiert: Kienapfel, BT II
- Kienapfel, Diethelm Grundriß des österreichischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Wien 1998
zitiert: Kienapfel, AT
- Kienapfel, Diethelm/
Schmoller, Kurt Studienbuch, Strafrecht, Besonderer Teil, Band II, Delikte gegen Vermögenswerte, Wien 2003
zitiert: Kienapfel/Schmoller, BT II
- Kingsley, Ralph E. Das Unreuerecht Deutschlands, Österreichs und der Schweiz in rechtsgeschichtlicher, rechtsdogmatischer und rechtspolitischer Darstellung, Lüneburg 1945
zitiert: Kingsley, Untreuerecht
- Krause, Friedrich-Wilhelm Materialien zur Strafrechtsreform, rechtsvergleichende Arbeiten, 2. Band, Besonderer Teil, „Die Untreue“, Bonn 1955
zitiert: Krause, Untreue
- Krey, Volker Deutsches Strafrecht; Allgemeiner Teil, Band 2; Stuttgart, Berlin, Köln, 2001
zitiert: Krey, AT II
- Krey, Volker/
Hellmann, Uwe Strafrecht Besonderer Teil, Band 2, Vermögensdelikte, 13. Auflage, Stuttgart, 2002
zitiert: Krey/Hellmann BT II

- Leukauf, Otto/
Steininger, Herbert
Das neue österreichische Strafrecht, zweiter Teil,
Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Auflage, Ei-
senstadt 1979
zitiert: Leukauf/Steininger
- Lewisch, Peter
Strafrecht, Besonderer Teil I, §§ 75 bis 168 a
StGB,
2. Auflage, Wien 1999
zitiert: Lewisch, BT I
- Liszt, Franz von/
Schmidt, Eberhard
Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Erster Band,
Einleitung und Allgemeiner Teil, 26. Auflage,
Berlin und Leipzig 1932
zitiert: v. Liszt/Schmidt I
- Mangoldt, Hermann v./
Klein, Friedrich/
Starck, Christian
Das Bonner Grundgesetz, Band 3: Art. 79 – 146,
4. Auflage, München 2001
zitiert: von Mangoldt/Klein/Starck/Bearbeiter
- Matt, Holger/ Saliger Frank
„Straflosigkeit der versuchten Untreue“, in: Irrwe-
ge der Strafgesetzgebung, Frankfurt, 1999,
S. 217 ff.
zitiert: Matt/Saliger, Irrwege der Strafgesetzge-
bung
- Maurach, Reinhart/
Schroeder, Friedrich-Christian
Strafrecht, Besonderer Teil, Teilband 1, 6. Aufla-
ge, Heidelberg/Karlsruhe 1977
zitiert: Maurach/Schroeder, BT I
- Maurach, Reinhart/
Schroeder, Friedrich-Christian/
Maiwald Manfred
Strafrecht, Besonderer Teil, Teilband 1, 9. Aufla-
ge, Heidelberg 2003
zitiert: Maurach/Schroeder/Maiwald, BT I
- Maurach, Reinhart/
Zipf, Heinz
Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 1, 8. Aufla-
ge, Heidelberg 1992
zitiert: Maurach/Zipf, AT I
- Mayer, Hellmuth
Die Untreue im Zusammenhang der Vermögens-
verbrechen, München/Berlin/Leipzig 1926
zitiert: Mayer, die Untreue

- ders. Die Untreue nach der Strafrechtsnovelle vom 26. Mai 1933 insbesondere in ihren Beziehungen zum Handelsrecht, Zentralblatt für Handelsrecht, 1933, S. 145 ff.
zitiert: Mayer, Zentralblatt für Handelsrecht, 1933
- Meinecke, Donata Die Gesetzssystematik der Versuchsstrafbarkeit von Verbrechen und Vergehen im StGB, Dissertation, Berlin 2000
zitiert: Meinecke
- Meyer, Jürgen Kritik an der Neuregelung der Versuchsstrafbarkeit, ZStW 1975 (87. Band), S. 598 ff.
- Mitsch, Wolfgang Strafrecht, Besonderer Teil 2, Vermögensdelikte (Kernbereich)/ Teilband 1, 2. Auflage, Berlin, Heidelberg 2003
zitiert: Mitsch, BT II
- Mosenheuer, Andreas Untreue durch mangelhafte Dokumentation von Zahlungen ?, in: NStZ 2004, S. 179 ff.
- Münch, Ingo v./
Kunig, Philip Grundgesetz-Kommentar, Band 3, Art.70-146, 3. Auflage, München 1996
zitiert: von Münch/Kunig
- Münchener Kommentar
zum Strafgesetzbuch Band 1, §§ 1-51 StGB, herausgegeben von Wolfgang Joecks und Klaus Miebach, München 2003
zitiert: MüKo-Bearbeiter
- Naucke, Wolfgang Zur Lehre vom strafbaren Betrug. Ein Beitrag zum Verhältnis von Strafrechtsdogmatik und Kriminologie, Berlin 1964
zitiert: Naucke, Betrug
- Nelles, Ursula Untreue zum Nachteil von Gesellschaften: zugleich ein Beitrag zur Struktur des Vermögensbegriffs als Beziehungsbegriff; Berlin 1991
zitiert: Nelles, Untreue
- Neye, Hans-Werner Untreue im öffentlichen Dienst, Köln, Berlin, Bonn, München, 1981
zitiert: Neye, Untreue

- ders. Die „Verschwendung“ öffentlicher Mittel als strafbare Untreue, NStZ 1981, S. 369 ff.
- Niggli, Marcel Alexander Das Verhältnis von Eigentum, Vermögen und Schaden nach schweizerischem Strafrecht, Dissertation Zürich 1992
zitiert: Niggli, Eigentum
- Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch Band V, Besonderer Teil, §§ 263-358, 9. Lieferung (28.2.2001) hrsg. von: Neumann, Ulfrid; Puppe, Ingeborg; Schild, Wolfgang
zitiert: NK-Bearbeiter
- Otto, Harro Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte, 6. Auflage, Berlin/ New York, 2002
zitiert: Otto, BT
- ders. Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 5. Auflage, Berlin/ New York 1996
zitiert: Otto, AT
- ders. Die neue Rechtsprechung zum Betrugstatbestand, Jura 2002, S. 606 ff.
- ders. Vermögensgefährdung, Vermögensschaden und Vermögenswertminderung, Jura 1991, S. 494 ff.
- ders. Betrug bei rechts- und sittenwidrigen Rechtsgeschäften, Jura 1993, S. 424 ff.
- ders. Die neuere Rechtsprechung zu den Vermögensdelikten – Teil 2, JZ 1985, S. 69 ff.
- ders. Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes, Berlin 1970
zitiert: Otto, Vermögensschutz
- ders. Schadenseintritt und Verjährungsbeginn, in: Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987, Berlin, New York 1987, S. 715 ff.
zitiert: Otto in FS-Lackner

- Peglau, Jens Die Regelbeispiele des § 263 Abs. 3 Nr. 2 StGB, wistra 2004, S. 7 ff.
- Popp, Peter Vertragsverletzung als strafbare Untreue, ZBJV Band 129 (1993), S. 283 ff.
- Puppe, Ingeborg Der halbherzige Rücktritt, NStZ 1984, S. 488 ff.
- Rehberg, Jörg StGB, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 15. Auflage, Zürich 1999
zitiert: Rehberg, StGB
- ders. Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, 5. Auflage, Zürich 1990
zitiert: Rehberg, Strafrecht III
- Rehberg, Jörg/
Donatsch, Andreas Strafrecht I, Verbrechenslehre, 7. Auflage, Zürich 2001
zitiert: Rehberg/Donatsch, Strafrecht I
- Rengier, Rudolf Strafrecht, Besonderer Teil I, Vermögensdelikte, 6. Auflage, München 2003
zitiert: Rengier, BT I
- Riemann, Thomas Vermögensgefährdung und Vermögensschaden, Heidelberg 1989
zitiert: Riemann, Vermögensgefährdung
- Riklin, Franz Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Verbrechenslehre, Zürich 1997
zitiert: Riklin, AT
- Roxin, Claus Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 3. Auflage, München 1997
zitiert: Roxin AT I
- ders. Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band II, München 2003
zitiert: Roxin AT II
- ders. Tatenschluß und Anfang der Ausführung beim Versuch, JuS 1979, S. 1 ff.

- Rudolphi, Hans-Joachim Zur Abgrenzung zwischen Vorbereitung und Versuch -OLG Celle, NJW 1972, 1823; in : JuS 1973, S. 20 ff.
- Saliger, Frank „Wider die Ausweitung des Untreuetatbestandes“, ZStW (112. Band) 2000, S. 563 ff.
- Schäfer, Ernst Das Gesetz zur Abänderung strafrechtlicher Vorschriften vom 26. Mai 1933, DJZ 1933, Sp. 789 ff.
- Schmidhäuser, Eberhard Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Auflage, Tübingen 1983
zitiert: Schmidhäuser BT
- Schönke, Adolf/
Schröder, Horst Strafgesetzbuch Kommentar, 17. Auflage, München 1974 und 26. Auflage, München, 2001
zitiert: Schönke/Schröder/Bearbeiter
- Schroeder, Friedrich-Christian Das neue Bild des Strafgesetzbuches, NJW 1999, S. 3612 ff.
- Schröder, Horst Grundprobleme des Rücktritts vom Versuch, JuS 1962, S. 81 ff.
- Schubarth, Martin Vermögensschaden durch Vermögensgefährdung, Le droit pénal et ses liens avec les autres branches du droit, Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Gauthier, ZStrR 114 (1996), S. 71 ff.
zitiert: Schubarth, Vermögensschaden
- Schubarth, Martin/
Albrecht, Peter Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Besonderer Teil, 2. Band: Delikte gegen das Vermögen, Art. 137-172, Bern 1990
zitiert: Schubarth/Albrecht
- Schwander, Vital Vermögen, Vermögensschädigung, Bereicherung, ZStrR 78. Band (1962), S. 334 ff.
- Schwarze, Friedrich Oskar von Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 5. Auflage, Leipzig 1884
zitiert: Schwarze, StGB

- Seier, Jürgen/
Martin, Susanne Die Untreue (§ 266 StGB), JuS 2001, S. 874 ff.
- Sonnen, Bernd-Rüdeger/
Hansen-Siedler, Thomas Die Abgrenzung des Versuchs von Vorbereitung und Vollendung, JA 1988, S. 17 ff.
- Steininger, Herbert Typische Erscheinungsformen der Wirtschaftskriminalität und ihre Bekämpfung, ÖJZ 1982, S. 589 ff.
- Stooss, Carl Motive zu dem Vorentwurf eines Schweizerischen Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil, Basel, Genf 1893
zitiert: Stoos, Vorentwurf 1893, Motive
- Stratenwerth, Günter Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 2. Auflage, Bern 1996
zitiert: Stratenwerth, AT I
- ders. Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I, Straftaten gegen Individualinteressen, 5. Auflage, Bern 1995
zitiert: Stratenwerth, BT I
- Stratenwerth, Günter/
Kuhlen, Lothar Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 5. Auflage, Köln, Berlin, München 2004
zitiert: Stratenwerth/Kuhlen, AT I
- Systematischer Kommentar zum StGB Band II, Besonderer Teil (§§ 201-266b), Stand: 39. Lieferung, 5. Auflage (Dezember 1996), Loseblattausgabe, herausgegeben von Rudolphi, Hans-Joachim; Horn, Eckhard; Samson Erich; Günther, Hans-Ludwig. Hoyer, Andreas; Rogall, Klaus; Stein, Ulrich; Wolter, Jürgen; Wolters Gereon
zitiert: SK-Bearbeiter
- Thormann, Philipp/
von Overbeck, Alfred Das Schweizerische Strafgesetzbuch, Erster Band, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-110, Zürich 1940
zitiert: Thormann/Overbeck

- Trechsel, Stefan Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2. Auflage, Zürich 1997
zitiert: Trechsel
- Trechsel, Stefan/
Noll, Peter Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit, 4. Auflage, Zürich 1994
zitiert: Trechsel/Noll, AT I
- Treplin, Heinrich Der Versuch - Grundzüge des Wesens und der Handlung, ZStW 1964, 76. Band, S. 441 ff.
- Triffterer, Otto Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Wien, New York 1994
zitiert: Triffterer, AT
- Tröndle, Herbert/
Fischer Thomas Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 52. Auflage, München 2004
zitiert: Tröndle/Fischer
- Umbach, Dieter C./
Clemens, Thomas Grundgesetz, Mitarbeiterkommentar und Handbuch, Band II, Heidelberg 2002
zitiert: Umbach/Clemens
- Urbach, Guido Die ungetreue Geschäftsbesorgung gemäss Art. 158 StGB, Dissertation, Zürich 2002
zitiert: Urbach
- Vollmar, Alex Die ungetreue Geschäftsführung (Art. 159 StGB), Dissertation, Zürich 1978
zitiert: Vollmar
- Waßmer, Martin Paul Untreue bei Risikogeschäften, Heidelberg 1997
zitiert: Waßmer, Untreue bei Risikogeschäften
- Weber, Ulrich „Überlegungen zur Neugestaltung des Untreuestrafrechts“, in: Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag am 29.04.1977, herausgegeben von Hans-Heinrich Jescheck und Hans Lüttger, Berlin 1977
zitiert: Weber in FS-Dreher

- Wessels, Johannes Strafrecht, Besonderer Teil 2, 5. Auflage, Heidelberg, Karlsruhe 1982
zitiert: Wessels, BT II
- Wessels, Johannes/
Beulke, Werner Strafrecht, Allgemeiner Teil, 33. Auflage, Heidelberg 2003
zitiert: Wessels/Beulke, AT
- Wessels, Johannes/
Hillenkamp, Thomas Strafrecht, Besonderer Teil 2, 27. Auflage, Heidelberg 2004
zitiert: Wessels/Hillenkamp, BT II
- Wiener Kommentar zum
Strafgesetzbuch 1. Auflage, herausgegeben von Egmont Foregger/
Friedrich Nowakowski, Band 1: §§ 1-98; Band 2:
§§ 99-321, Wien 1979;
2. Auflage, herausgegeben von Höpfel, Frank/
Ratz,
Eckart, 24. Lieferung, §§ 146-155, 25. Lieferung,
§§ 156-168 a, Wien 2001
zitiert: WK-Bearbeiter