

Risikogeschäfte und Untreuestrafbarkeit*

Von Prof. Dr. Uwe Hellmann, Potsdam

§ 266 StGB ist geradezu der „Prototyp“ der klassischen Wirtschaftsstraftat, sind doch vor allem Täter mit „weißem Kragen“ so in die Vermögenssphäre eines anderen einbezogen, dass sie fremdes Vermögen – quasi von innen heraus – aushöhlen und hohe Schäden herbeiführen können.¹ Zwar ist die Notwendigkeit des strafrechtlichen Schutzes vor Schädigungen durch Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht nicht zweifelhaft, in der Strafrechtspraxis wird der Untreuetatbestand aber zunehmend als „Allzweckwaffe“ gegen – bisweilen nur vermeintlich pflichtwidrige – Verhalten, die in irgendeiner Weise das Vermögen des Geschäftsherrn vermindert haben, eingesetzt. Besondere Schwierigkeiten bereitet die Grenzziehung zwischen erlaubter Betätigung im Wirtschaftsleben unter Einsatz fremden Vermögens und strafbarer Untreue, wenn das Geschäft mit dem Risiko eines finanziellen Verlustes behaftet ist.

I. Typen von Risikogeschäften

Unser Thema bedarf der Präzisierung. Der Begriff des Risikogeschäfts wird zwar in fast allen Lehrbüchern und Kommentaren sowie in zahlreichen Entscheidungen und Abhandlungen zur Untreue verwendet, er ist aber durchaus schillernd und nur schwer präzise zu beschreiben. Anknüpfend an die betriebswirtschaftliche Entscheidungslehre versteht *Hillenkamp*² darunter „eine geschäftliche Disposition, die eine Fehlentscheidung sein kann“. *Lenckner/Perron*³ halten diese Definition für zu weitgehend, weil die Möglichkeit eines Fehlschlags geschäftlicher Dispositionen immer gegeben sei, und schränken deshalb Risikogeschäfte auf Konstellationen ein, in denen die „Prognose, ob die fragliche Maßnahme zu einem Gewinn oder Verlust führt, mit einem erhöhten Maß an Ungewissheit belastet ist“. In einer älteren Entscheidung forderte auch der BGH ein gesteigertes Risiko, das vorliege, wenn die Gefahr eines Verlustgeschäftes wahrscheinlicher ist als die Aussicht auf Gewinnzuwachs.⁴ Ein jüngst veröffentlichtes Urteil⁵ verzichtet dagegen – wie *Hillenkamp* – auf ein besonderes Gefährdungspotenzial und betrachtet als Risikogeschäfte alle Geschäfte, „die für den Treugeber das Risiko des Vermögensverlustes beinhaltet“.

Die nähere Betrachtung dieser Definitionen ergibt jedoch, dass sie keinen bestimmten Geschäftstyp beschreiben, sondern alle Handlungen und Unterlassungen erfassen, die das betreute Vermögen gewissen Gefährdungen aussetzen. Dabei kann es sich um ganz unterschiedliche Konstellationen handeln:

* Der Autor ist Inhaber eines Lehrstuhls für Strafrecht, insbesondere Wirtschaftsstrafrecht, an der Universität Potsdam.

¹ *Seier*, in: Achenbach/Ransiek, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 2004, V 2 Rn. 5 ff.

² NSTZ 1981, 161 (165).

³ In: *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 266 Rn. 20.

⁴ BGH NJW 1975, 1234 (1236).

⁵ BGH StV 2004, 424.

1. Vorleistungsgeschäfte

Der klassische Fall des Risikogeschäfts ist die Kreditvergabe.⁶ Sie birgt in aller Regel Gefahren für das Vermögen des Kreditgebers, weil es im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bzw. der Ausreichung des Darlehens unsicher ist, ob der Darlehensnehmer in der Lage sein wird, die Kreditsumme – und die Zinsen – bei Fälligkeit zurück zu zahlen. Ebenso liegt es bei anderen Verträgen, die keinen sofortigen Leistungsaustausch, sondern eine Vorleistungspflicht eines Vertragspartners begründen. Übereignet z.B. der Verkäufer eine Sache unter Einräumung einer Frist zur Zahlung des Kaufpreises, so geht er das Risiko ein, den Kaufpreisanspruch nicht durchsetzen zu können, weil der Käufer insolvent wird. Auf diese Konstellation trifft die Beschreibung des BGH zu, ein Risikogeschäft liege vor, wenn die Erwartung künftiger Vorteile einen Nachteil schon bei seiner Entstehung ausgleichen und wirtschaftlich aufheben kann.⁷ Zum Teil wird daraus gefolgert, Risikogeschäfte seien – nur – solche Geschäfte, deren Ausgang aus tatsächlichen Gründen ungewiss ist, künftig erwartete Vorteile bereits eingetretene oder noch eintretende Nachteile aber unter bestimmten Voraussetzungen kompensieren können.⁸ Es handelt sich wegen der Vorleistung also im Zeitpunkt der Weggabe des Vermögensgegenstandes an sich um ein wirtschaftlich unausgeglichenes, also nachteiliges Geschäft, das in der Erwartung eingegangen wird, der Nachteil werde durch ein zukünftiges Ereignis, die Erfüllung des vertraglichen Anspruchs, ausgeglichen bzw. in einen Gewinn verwandelt.

2. Spekulationsgeschäfte

Zu den Risikogeschäften werden auch Börsen-, Termin- und andere Spekulationsgeschäfte gezählt.⁹ Sie sind allerdings aus anderen Gründen als Vorleistungsgeschäfte riskant, denn in der Regel werden die Spekulationsobjekte – Wertpapiere, Devisen, Terminkontrakte, Optionen usw. – zum Börsen- oder Marktpreis erworben, sodass es sich im Zeitpunkt des Vertragsschlusses um ein wirtschaftlich ausgeglichenes Geschäft handelt. Bei einer ungünstigen Entwicklung des Börsen- bzw. Marktpreises kann aber – nachträglich – ein Verlust eintreten.

3. Sanktionsfälle

Wiederum andere Gefahren für das betreute Vermögen bergen Verhaltensweisen, die wegen ihrer Verbotenheit finanzielle Sanktionen gegen den „Begünstigten“ nach sich ziehen können. So wird z.B. die Untreuestrafbarkeit von Schmier-

⁶ BGHSt 46, 30 (34); 47, 148 (149); *Hellmann/Beckemper*, Wirtschaftsstrafrecht, 2004, Rn. 215.

⁷ BGH NJW 1975, 1234 (1235).

⁸ *Krüger*, NJW 2002, 1178 (1180).

⁹ RGSt 53, 194; BGH GA 1977, 342; *Schünemann*, in: Jähne/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 11. Aufl. 1992, § 266 Rn. 97; *Seier* (Fn. 1), Rn. 316.

geldzahlungen im Profifußball¹⁰ und der verdeckten Parteienfinanzierung¹¹ unter diesem Terminus diskutiert. Im Wirtschaftsstrafrecht kommen insbesondere Fälle in Betracht, in denen wegen einer Straftat eines Unternehmensmitarbeiters das aus der Straftat von dem Unternehmen Erlangte dem Verfall unterliegt. Wegen der Geltung des Bruttoprinzips kann das dazu führen, dass nicht nur der erzielte (Netto-)Gewinn, sondern auch zu dessen Erlangung eingesetztes Vermögen des Unternehmens für verfallen erklärt wird. So lag es z.B. in einem vom BGH entschiedenen Fall, in dem der Verfall der gesamten Verkaufserlöse aus strafbaren Embargoverstößen (§ 34 Abs. 4 AWG), also ohne Berücksichtigung der Kosten für die Herstellung und den Transport der Waren, angeordnet wurde.¹² Von den beiden zuvor beschriebenen Konstellationen unterscheiden sich die „Sanktionsfälle“ dadurch, dass der Nachteil nicht notwendig in einem unmittelbaren Zusammenhang mit dem riskanten „Geschäft“ steht. Isoliert betrachtet kann dieses sogar einen größeren Vorteil als ein legales Geschäft erbringen, z.B. weil der Vertragspartner wegen der Verbotenheit des Geschäfts bereit ist, einen Preis zu zahlen, der über dem Marktpreis liegt.

4. Investitionsfälle

Eine gewisse Ähnlichkeit mit diesen Sanktionsfällen weisen die ebenfalls zu den Risikogeschäften gezählten Investitionen in Werbung, Forschung und Lagerhaltung sowie Unterverkäufe¹³ auf. Sie verfolgen das Ziel, vorteilhafte (Folge-)Geschäfte zu bewirken, die einen Gewinn versprechen. Der erwartete Vermögenszuwachs bildet also nicht die Kehrseite des Risikogeschäfts, sondern er soll aus anderen Geschäften resultieren. Ob sich die Investitionen finanziell rechnen, ist jedoch ungewiss. Isoliert betrachtet können sie wirtschaftlich ausgeglichen sein, wie dies z.B. bei Ausgaben für Werbung, Forschung und Lagerhaltung der Fall ist, aber auch – wie Unterverkäufe – nachteilig. Zu den Investitionsfällen gehört im Übrigen auch die Zahlung von Bestechungsgeldern in der Erwartung, dass der Bestochene eine für das betreute Vermögen finanziell vorteilhafte Entscheidung treffen wird.

5. Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Risikogeschäftstypen

Die genannten Arten der Risikogeschäfte stimmen darin überein, dass jedenfalls das endgültige wirtschaftliche Ergebnis aus tatsächlichen Gründen ungewiss ist, sie sich also als Fehlentscheidung herausstellen können. Insofern sind sie

Risikogeschäfte i.S.d. von *Hillenkamp* vorgeschlagenen Definition. Ob sie mit einem erhöhten Maß an Ungewissheit belastet sind, wie dies von *Lenckner/Perron* gefordert wird, ließe sich dagegen nur in jedem konkreten Fall feststellen. Nach welchen Kriterien – normativen oder tatsächlichen – dies zu geschehen hätte, bleibt aber offen. Ein erhöhtes Risiko könnte in den Sanktionsfällen einerseits – normativ – damit begründet werden, dass ein illegales Geschäft gerade wegen der Gefahr einer Sanktionsverhängung generell besondere wirtschaftliche Gefahren birgt. Andererseits ließe sich argumentieren, dass es auf die tatsächliche Entdeckungsfahr ankomme, die Einordnung als Risikogeschäft also davon abhängt, wie „geschickt“ der Täter die Spuren seines Tuns verwischt hat. Ob eine mit solchen Unsicherheiten behaftete Definition des Risikogeschäfts hilfreich ist, erscheint zweifelhaft.

Die Risikogeschäftstypen unterscheiden sich allerdings auch nicht unerheblich. In den Vorleistungs- und Spekulationsfällen können sich die wirtschaftlichen Nachteile in dem Geschäft selbst realisieren, entweder indem ein künftiger Vorteil, nämlich die vereinbarte Gegenleistung, ausbleibt bzw. geringer als erwartet eintritt, oder indem der Wert der Gegenleistung auf Grund einer nachträglichen Entwicklung sinkt und sich das zunächst ausgeglichene oder sogar vorteilhafte Rechtsgeschäft deshalb letztlich als nachteilig erweist. In den Sanktions- und Investitionsfällen resultieren die Gefahren für das betreute Vermögen dagegen nicht unmittelbar aus den wirtschaftlichen Unsicherheiten des Geschäfts, sondern daraus, dass es nachteilige Folgen auslösen kann oder erwartete vorteilhafte Folgen ausbleiben.

Ob diese Unterschiede für den Untreuetatbestand relevant sind und bei welchem Tatmerkmal sie sich ggf. auswirken, ist damit zwar nicht gesagt, sie legen eine differenzierende Untersuchung aber zumindest nahe.

II. Risikogeschäfte als Missbrauch einer Verpflichtungs- oder Verfügungsbefugnis

Einschlägige Tathandlung scheint in unseren Konstellationen der Missbrauch einer Verpflichtungs- oder Verfügungsbefugnis zu sein, legt doch schon der Begriff des Risikogeschäfts ein rechtsgeschäftliches Handeln nahe.

1. Rechtswirksamkeit des Risikogeschäfts

Die nähere Betrachtung ergibt jedoch, dass nicht in allen Fällen die Missbrauchsalternative angewendet werden kann. Ein Befugnismissbrauch liegt nach h.M. bekanntlich vor, wenn der Täter sich im Rahmen des ihm im Außenverhältnis zu Dritten eingeräumten „rechtlichen Könnens“ hält, aber die ihm im Innenverhältnis zum Vertretenen gezogenen Grenzen seines „rechtlichen Dürfens“ überschreitet.¹⁴ Daraus wird

¹⁰ BGH NJW 1975, 1234 ff.; *Bringewat*, JZ 1977, 667 ff.; für unanwendbar auf diese Konstellation halten die Regeln des Risikogeschäfts dagegen *Schreiber/Beulke*, JuS 1977, 656 (658).

¹¹ *Velten*, NJW 2000, 2852 ff.; nach Auffassung von *Krüger*, NJW 2002, 1178 (1180), handelt es sich dagegen nicht um ein Risikogeschäft „im Sinne überkommener Untreuedogmatik“.

¹² BGHSt 47, 369 ff.

¹³ *Seier* (Fn. 1), V 2 Rn. 317 mit Nachw.

¹⁴ BGHSt 5, 61 (63); BGH wistra 1988, 191 f.; *Krey/Hellmann*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 14. Aufl. 2005, Rn. 545; *Schünemann* (Fn. 9), § 266 Rn. 32; a.A. *Arzt*, in: *Frisch* (Hrsg.), Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag, 1978, S. 365 ff.; *Seier/Martin*, JuS 2001, 874 (876).

überwiegend gefolgert, das (Verpflichtungs- bzw. Verfügungs-)Geschäft müsse rechtswirksam sein.¹⁵ Vorleistungs-, Spekulations- und Investitionsgeschäfte werden – die Einräumung der konkreten Befugnis durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft vorausgesetzt – in der Regel in rechtlich wirksamer Weise erfolgen. Besteht die „Investition“ jedoch in der Bestechung eines Amtsträgers oder eines Angestellten oder Beauftragten eines geschäftlichen Betriebes, so sind die „Rechtsgeschäfte“ (Vereinbarung und Übereignung des Bestechungsgeldes) wegen Verstoßes gegen §§ 331 ff. StGB bzw. § 299 StGB gem. § 134 BGB nichtig. Auch in den Sanktionskonstellationen werden die Rechtsgeschäfte wegen Nichtigkeit auf Grund des Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten (§ 138 BGB) häufig unwirksam sein. Nach h.M. würde die Missbrauchsalternative dann ausscheiden, sodass diese Risikogeschäftsart allenfalls der Treubruchsalternative des § 266 StGB unterfallen würde. Die Gegenmeinung verzichtet jedoch auf das Erfordernis eines im Außenverhältnis wirksamen Rechtsgeschäfts und befürwortet stattdessen eine „strafrechtsautonome“ Bestimmung des Missbrauchs, wonach alle vorsätzlichen Schädigungen fremden Vermögens genügen, die der Täter im Zusammenhang mit seiner besonderen Machtstellung begeht.¹⁶ Dieser – auf kriminalpolitische Argumente gestützte – Standpunkt muss hier nicht im Einzelnen diskutiert werden, zumal die behaupteten Strafbarkeitslücken¹⁷ in den Bestechungs- und Sanktionsfällen nicht auftreten, wenn sie der Treubruchsalternative zugewiesen werden. Zustimmung verdient im Übrigen die h.M., denn der Täter, der unwirksame Rechtsgeschäfte tätigt, missbraucht eben nicht die ihm eingeräumten – rechtlichen – Befugnisse, wie es § 266 Abs. 1, 1. Alt. StGB voraussetzt, sondern die aus der Einräumung der besonderen Rechtsmacht resultierende – faktische – Möglichkeit zur Einwirkung auf das fremde Vermögen.

Der Missbrauchstatbestand ist somit nur auf solche Risikogeschäfte anwendbar, die den Vermögensinhaber rechtswirksam verpflichten oder rechtswirksam über sein Vermögen verfügen. In den wirtschaftsstrafrechtlich relevanten Vorleistungs-, Spekulations- und Investitionskonstellationen wird dies regelmäßig der Fall sein, weil diese Risikogeschäfte von den Leitungspersonen des Unternehmens, z.B. dem Geschäftsführer einer GmbH, dem Vorstand einer AG oder dem Prokuristen vorgenommen werden, denen die erforderliche Rechtsmacht durch Gesetz oder Rechtsgeschäft verliehen ist.

2. Bestimmung des rechtlichen Dürfens im Innenverhältnis

Die Feststellung der Befugnisgrenzen im Innenverhältnis, also des „rechtlichen Dürfens“, begegnet bei Risikogeschäften, insbesondere solchen im Wirtschaftsleben, besonderen Schwierigkeiten, weil es sich in der Regel um Rechtsgeschäfte

handelt, die trotz der Gefahren für das betreute Vermögen grundsätzlich erlaubt oder sogar erwünscht bzw. im Geschäftsleben notwendig sind. Das liegt vor allem für die Vorleistungs- und Investitionsfälle auf der Hand. So ist die Vergabe eines Darlehens durch eine Bank nahezu immer mit einem gewissen wirtschaftlichen Risiko behaftet, dennoch gehört es zu den Aufgaben der Mitarbeiter der Kreditabteilung, Kredite zu gewähren. Ausgaben für Forschung, Entwicklung oder Werbung sind häufig erforderlich, um ein wettbewerbsfähiges Produkt auf den Markt und an den Kunden zu bringen. Selbst die Tätigkeit von Spekulationsgeschäften kann zulässig sein, bisweilen bildet sie sogar den Hauptgegenstand der Vermögensbetreuung, z.B. bei dem Manager eines Aktien- oder Immobilienfonds. Allein der Umstand, dass es sich um ein Risikogeschäft handelt, erlaubt deshalb häufig keinen Rückschluss auf das Vorliegen eines Missbrauchs der Machtstellung, und zwar u.U. selbst dann nicht, wenn das Geschäft in hohem Maße riskant ist.

a) Ist der Vermögensinhaber eine natürliche Person und hat diese die Grenzen im Innenverhältnis ausdrücklich bestimmt, so ist grundsätzlich ihr Wille maßgeblich. Daraus folgt einerseits, dass der Vermögensverwalter seine Befugnisse missbraucht, wenn er ein auf Grund seiner Rechtsmacht im Außenverhältnis wirksames Risikogeschäft gegen den Willen des Vermögensinhabers vornimmt. Andererseits scheidet eine Missbrauchsuntreue aus, wenn er mit dem konkreten Risikogeschäft einverstanden ist. Zum Teil wird angenommen, das Einverständnis schließe eine Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht aus,¹⁸ die auch der Missbrauchstatbestand voraussetze. Nach zutreffender Auffassung fehlt es dagegen an einem Missbrauch der Verpflichtungs- bzw. Verfügungsbefugnis, denn im Falle des Einverständnisses des Vermögensinhabers mit dem riskanten Geschäft ist es auch im Innenverhältnis erlaubt.¹⁹

Die Bezeichnung als tatbestandsausschließendes Einverständnis²⁰ ist jedoch irreführend, weil § 266 StGB – im Gegensatz zu den Tatbeständen, bei denen sie ansonsten benutzt wird – nicht notwendig ein Handeln gegen bzw. ohne den Willen des Rechtsgutsinhabers voraussetzt. Hinzu kommt, dass bei diesen Tatbeständen, z.B. bei Nötigungs- und Freiheitsberaubungsdelikten oder Hausfriedensbruch, der entgegenstehende Wille rein tatsächlicher Natur ist und dies deshalb auch für das Einverständnis gilt, es also auch bei Willensmängeln beachtlich ist, wenn nur der über die natürliche Willensfähigkeit verfügende Rechtsgutsinhaber bewusst zustimmt.²¹ Das Vorliegen eines Missbrauchs richtet sich

¹⁵ Labsch, Jura 1987, 411 (413); Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2007, § 266 Rn. 6; Mitsch, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2/1, 2. Aufl. 2003, § 8 Rn. 24.

¹⁶ Arzt (Fn. 14), S. 365, 368, 370, 375; ihm folgend Schünemann (Fn. 9), § 266 Rn. 32 ff.

¹⁷ Nach Schünemann (Fn. 9), § 266 Rn. 32, erfasst der Treubruchstatbestand die Fälle der eigennützigen Treuhand nicht.

¹⁸ Arzt/Weber, Strafrecht, Besonderer Teil, 2000, § 22 Rn. 70; Tröndle/Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 54. Aufl. 2007, § 266 Rn. 24; Wessels/Hillenkamp, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 29. Aufl. 2006, Rn. 758.

¹⁹ BGHSt 34, 379 (384); BGH NZG 2000, 307; Mitsch (Fn. 15), § 8 Rn. 29.

²⁰ So Arzt/Weber (Fn. 18), § 22 Rn. 70; Wessels/Hillenkamp (Fn. 18), Rn. 758.

²¹ Siehe nur Krey, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Rn. 620; Wessels/Beulke, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 36. Aufl. 2006, Rn. 366 ff.

dagegen nach dem *rechtlichen* Dürfen, deshalb setzt die Wirksamkeit des Einverständnisses die Einwilligungsfähigkeit des Vermögensinhabers und eine willensmangelfreie Entscheidung voraus.²² Ein Einverständnis, dessen Tragweite der geschäftlich unerfahrene Vermögensinhaber im Gegensatz zum Vermögensverwalter nicht korrekt einzuschätzen vermag, verschafft diesem somit im Innenverhältnis keine Befugnis zur Vornahme des Risikogeschäfts,²³ das gilt erst recht, wenn der Vermögensinhaber über die tatsächlichen Gefahren getäuscht wurde. Für die strafrechtliche Bewertung der strafrechtlichen Wirksamkeit ist es im Übrigen unerheblich, dass dessen irrtums- oder täuschungsbedingte Willenserklärung zivilrechtlich gem. §§ 119, 123 BGB lediglich anfechtbar ist.

Bei Risikogeschäften im Wirtschaftsleben wird es sich jedoch häufig um Fälle handeln, in denen eine juristische Person des bürgerlichen Rechts (GmbH, Aktiengesellschaft, Genossenschaft, rechtsfähiger Verein, rechtsfähige Stiftung), bisweilen auch eine juristische Person des öffentlichen Rechts (Körperschaft, selbständige Anstalt, selbständige Stiftung) Inhaber des Vermögens ist. Eine juristische Person kann ihren Willen nicht selbst, sondern nur durch ihre – aus natürlichen Personen bestehenden – Organe äußern. Grundvoraussetzung für die Beachtlichkeit der Untersagung oder Genehmigung eines Risikogeschäfts ist, dass diese Willensäußerung überhaupt zu den Befugnissen des Organs gehört. Fehlt ihm die Kompetenz, eine solche Entscheidung zu treffen, so ist das Verbot bzw. die Zustimmung im Innenverhältnis, also in der Beziehung der Geschäftsführung zur juristischen Person, irrelevant mit der Folge, dass ein Risikogeschäft trotz Untersagung durch das Organ erlaubt oder im Falle der Zustimmung missbräuchlich sein kann. Die Zulässigkeit des Risikogeschäfts ist dann zu beurteilen, wie in den Fällen, in denen der Vermögensinhaber sich nicht geäußert hat.

Es ist somit die Kompetenzverteilung zwischen den Organen der betroffenen juristischen Person nach Maßgabe des Gesellschaftsrechts zu ermitteln. Verdeutlicht sei dies am Beispiel der Aktiengesellschaft und der GmbH, den in der Praxis wichtigsten juristischen Personen. Bei der Tätigkeit eines Risikogeschäfts handelt es sich um eine Maßnahme der Geschäftsführung, für die gem. § 77 AktG der Vorstand der AG zuständig ist; Geschäftsführungsmaßnahmen dürfen dem Aufsichtsrat gem. § 111 Abs. 4 S. 1 AktG nicht übertragen werden, und auch die (Aktionärs-)Hauptversammlung entscheidet nach § 119 Abs. 2 AktG über Fragen der Geschäftsführung nur, wenn der Vorstand dies verlangt. Grundsätzlich bildet also der Vorstand den Willen der AG, soweit es sich um Maßnahmen der Geschäftsführung handelt. Nach § 111

Abs. 4 S. 2 AktG kann die Satzung der AG oder der Aufsichtsrat jedoch festlegen, dass bestimmte Arten von Geschäften nur mit seiner Zustimmung vorgenommen werden dürfen. Für diese Fälle ist also der Aufsichtsrat das maßgebliche Willensbildungsorgan der AG, jedenfalls soweit er dem Geschäft zustimmt. Verweigert er seine Zustimmung, so kann der Vorstand nämlich gem. § 111 Abs. 4 S. 3 AktG verlangen, dass die Hauptversammlung entscheidet. Der zustimmende Beschluss erfordert eine Mehrheit von mindestens drei Viertel der abgegebenen Stimmen (§ 111 Abs. 4 S. 4 AktG). Willensäußerungen des Aufsichtsrats oder der Hauptversammlung zu Risikogeschäften konkretisieren das rechtliche Dürfen des Vorstands im Innenverhältnis somit nur nach Maßgabe des Gesellschaftsrechts. Auch bei einer GmbH gehören Risikogeschäfte zu den Maßnahmen, die an sich in die Zuständigkeit des bzw. der Geschäftsführer(s) fallen. Die Gesellschafter dürfen aber grundsätzlich in alle Geschäftsführungsangelegenheiten eingreifen, also bestimmte Geschäfte untersagen, aber auch deren Vornahme durch die Geschäftsführung anordnen.²⁴ In einer extremen Ausübung des Weisungsrechts durch einen Gesellschafter kann im Einzelfall sogar eine versteckte Übertragung von Geschäftsführerbefugnissen auf den Gesellschafter gesehen werden.²⁵

Für die Zustimmung eines – zuständigen – Organs zu Risikogeschäften gelten die oben beschriebenen Wirksamkeitsvoraussetzungen, sodass insbesondere durch Irrtum oder Täuschung beeinflusste Einverständniserklärungen unwirksam sind und die Vornahme des Risikogeschäfts deshalb trotz Zustimmung einen Befugnismissbrauch darstellen kann. Fraglich ist, ob dies auch der Fall ist, wenn die von dem zuständigen Organ erteilte, willensmangelfreie Zustimmung selbst gesetz- oder pflichtwidrig ist. Auf den ersten Blick scheint es einleuchtend zu sein, dass z.B. ein nach § 241 AktG – zivilrechtlich – nichtiger Beschluss der Hauptversammlung auch im Rahmen der Untreuestrafbarkeit irrelevant ist. Bei näherer Betrachtung scheidet jedoch eine generelle Übertragung der aktienrechtlichen Nichtigkeitsgründe in das Strafrecht aus, da sie zum Teil den Schutz der Gläubiger oder öffentlicher Interessen bezwecken (vgl. § 241 Nr. 3 AktG). Auch die Nichtigkeit des Beschlusses wegen Sittenwidrigkeit nach § 241 Nr. 4 AktG muss nicht notwendig dem Schutz des Vermögens der Gesellschaft dienen.²⁶ Die Bestimmung der Befugnisse des Vermögensverwalters im Innenverhältnis zur juristischen Person setzt daher lediglich eine willensmangelfreie Entscheidung des zuständigen Organs voraus, ohne dass es auf deren zivilrechtliche Wirksamkeit ankommt. Das bedeutet allerdings nicht, dass ein solches Einverständnis die Untreuestrafbarkeit des Vermögensver-

²² BGH NStZ 1997, 124 (125); *Hentschke*, Der Untreueschutz der Vor-GmbH vor einverständlichen Schädigungen, 2002, S. 104; *Seier* (Fn. 1), V 2 Rn. 87; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 18), Rn. 758 ff.

²³ *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 18), Rn. 759; a.A. *Schünemann* (Fn. 9), § 266 Rn. 100, der Untreue nur bejaht, wenn der Geschäftsherr wegen eines Irrtums über die Schadensfolge als vorsatzloses Werkzeug anzusehen wäre.

²⁴ *Altmeyden*, in: ders./Roth, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), Kommentar, 5. Aufl. 2005, § 37 Rn. 3 ff., 14; *Hentschke* (Fn. 22), S. 98; *Lutter/Hommelhoff*, GmbH-Gesetz, Kommentar, 16. Aufl. 2004, § 37 Rn. 1, 17 f.

²⁵ BGH NJW 1997, 66 (67).

²⁶ *Hentschke* (Fn. 22), S. 135.

walters immer beseitigt,²⁷ denn ausnahmsweise kann eine Geschäftsführungsmaßnahme trotz der Zustimmung des Organs eine Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht darstellen. So liegt es z.B., wenn der Geschäftsführer einer GmbH ein Risikogeschäft vornimmt, welches das Stammkapitalerhaltungsgebot des § 30 Abs. 1 GmbHG verletzt bzw. die Liquidität oder die Existenz der Gesellschaft gefährdet.²⁸ Einschlägig ist dann aber nicht der Missbrauchs-, sondern der Treubruchstatbestand.²⁹ Auch die Mitglieder des Organs können sich im Übrigen wegen einer Treubruchuntreue strafbar machen, wenn sie selbst treuwidrig handeln,³⁰ denn sie trifft ebenfalls eine Pflicht zur Betreuung des Vermögens der juristischen Person.³¹ Die treuwidrige Zustimmung führt konsequenterweise zu einer strafbaren Beteiligung an der Untreue des Vorstands bzw. des Geschäftsführers.³² Ob Mitäterschaft, Anstiftung oder Beihilfe vorliegt, ist nach den allgemeinen Grundsätzen zu entscheiden.

b) Häufig werden jedoch sowohl generelle Anweisungen des Vermögensinhabers bzw. des zuständigen Organs als auch eine ausdrückliche Zustimmung zur Vornahme des konkreten Risikogeschäftes fehlen. Wenig hilfreich ist in diesen Konstellationen der Rückgriff auf die vage Leerformel, um Untreue handele es sich, wenn das Risikogeschäft nicht mehr dem Verhalten eines ordentlichen Geschäftsmannes, sondern dem Gebaren eines Spielers entspreche.³³ Auch die Vorschläge, zur Bestimmung der Befugnisgrenzen generell auf eine gewisse Höhe des Risikos abzustellen und bei einer hohen³⁴ bzw. überwiegenden³⁵ Wahrscheinlichkeit der Gewinnaussicht einen Befugnismissbrauch abzulehnen, über-

zeugen nicht. Zum einen wird eine gesicherte Prognose der Chancen und Gefahren eines Geschäftes oft gar nicht möglich sein und zum anderen gibt es durchaus Wirtschaftszweige, in denen das Eingehen kaum kalkulierbarer oder besonders hoher Risiken üblich oder notwendig ist. Eine andere Auffassung zieht unter Berufung auf zahlreiche gesetzliche Regelungen, die diesen Maßstab verwenden, z.B. § 93 Abs. 1 S. 1 AktG für die Vorstandsmitglieder der AG oder § 43 Abs. 1 GmbHG für den Geschäftsführer der GmbH, die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsführers als Maßstab heran.³⁶ Dabei wird jedoch übersehen, dass nur ausnahmsweise das Innenverhältnis zwingend durch das Gesetz bestimmt wird, nämlich dann, wenn der Vermögensinhaber zur Vermögenssorge nicht selbst in der Lage ist, wie dies z.B. bei Minderjährigen der Fall ist,³⁷ ansonsten ist der Wille des Vermögensinhabers bzw. seiner Organe maßgeblich. Deshalb ist auch der These zu widersprechen, es sei eine „objektive ex-ante-Sicht auf den Zeitpunkt der Handlung“ anzustellen und eine Untreuehandlung anzunehmen, wenn das Eingehen des Risikos sich nach dem Inhalt des Treueverhältnisses formell (z.B. wegen fehlender betriebswirtschaftlicher Planung, Umgehung von Zustimmungserfordernissen, Missachtung von Rechtsvorschriften, unzureichende Informationsauswertung, Unterlassen von Kontrollen) oder materiell (z.B. Abhängigkeit der Erfolgsprognose von bloßen Zufällen, bewusste Einbeziehung des Insolvenzrisikos) „als offenkundig unvertretbar“ erweist.³⁸

Wenn eine ausdrückliche Äußerung des Vermögensinhabers bzw. des Organs fehlt, so ist deshalb nach zutreffender Auffassung der mutmaßliche Wille anhand der Gesamtumstände zu ermitteln.³⁹ Ein „mutmaßliches Einverständnis“ schließt also – wie das erklärte – bereits die Tatbestandsmäßigkeit aus, nicht erst die Rechtswidrigkeit.⁴⁰

Gesetzliche Vorschriften über die anzuwendende Sorgfalt und andere Pflichten sind dennoch nicht irrelevant, denn sie können mangels sonstiger Anhaltspunkte einen Rückschluss auf den mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn ermöglichen, da er im Zweifel ein gesetzmäßiges Verhalten des Vermögensverwalters wünschen wird. Ein Indiz für das vermutlich konsenterte Risiko kann zudem die Wahrscheinlichkeit der Gewinnerzielung darstellen; je geringer die Gefahren des Verlustes sind, desto eher wird der Geschäftsherr in der Regel mit einem Risikogeschäft einverstanden sein.

c) Auf unsere Risikogeschäftstypen angewendet, bedeutet dies:

Die Tätigkeit von Vorleistungsgeschäften wird zumeist ausdrücklich genehmigt sein und stellt deshalb grundsätzlich keinen Befugnismissbrauch dar. So liegt es z.B. bei der Vergabe von Krediten durch eine Bank oder Sparkasse. Die zu beachtenden Grenzen können sich aus bankinternen Richtlinien für die Modalitäten der Darlehensgewährung ergeben, z.B. über die Mitwirkung anderer Mitarbeiter bei der Be-

²⁷ OLG Hamm wistra 1999, 350 (353), für die „ungetreue“ Zustimmung der Mitgliederversammlung eines Vereins; *Schünemann* (Fn. 9), § 266 Rn. 100; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 18), Rn. 761; vgl. auch BGHSt 30, 247 (249); OLG Hamm NJW 1982, 190 (192), für zustimmende Beschlüsse des Studentenparlaments zur Wahrnehmung des allgemeinpolitischen Mandats durch den AstA.

²⁸ BGH StV 2004, 425 ff., für den Fall der ungesicherten Anlage von Vermögenswerten der GmbH; für „verdeckte Gewinnausschüttungen“ mit Einverständnis der Gesellschafter BGHSt 35, 333 (338); BGH JR 1997, 336 (339); *Schmid*, in: Müller-Gugenberger/Bieneck (Hrsg.), *Wirtschaftsstrafrecht, Handbuch des Wirtschaftsstraf- und Ordnungswidrigkeitenrechts*, 4. Aufl. 2006, § 31 Rn. 83; kritisch *Seier* (Fn. 1), V 2 Rn. 272 ff.; gegen eine Begrenzung der Dispositionsbefugnis der Gesellschafter im Falle liquiditäts- oder existenzgefährdender Vermögensverlagerungen *Hentschke* (Fn. 22), S. 128 ff.

²⁹ *Hellmann/Beckemper* (Fn. 6), Rn. 348; offen gelassen in BGHSt 34, 379 (389).

³⁰ BGH NJW 1997, 66 (67).

³¹ *Hentschke* (Fn. 22), S. 136 ff., für die Gesellschafter einer GmbH.

³² Vgl. *Seier* (Fn. 1), V 2 Rn. 275.

³³ BGH GA 1977, 342 (343); NJW 1975, 1234 (1236).

³⁴ RGSt 71, 333 (334); *Schreiber/Beulke*, JuS 1977, 658 (660).

³⁵ BGH NJW 1975, 1234 (1236).

³⁶ Siehe nur *Schünemann* (Fn. 9), § 266 Rn. 94 ff. m.w.N.

³⁷ *Lenckner/Perron* (Fn. 3), § 266 Rn. 20.

³⁸ *Tröndle/Fischer* (Fn. 18), § 266 Rn. 44 f.

³⁹ *Hillenkamp*, NSTZ 1981, 161 (167).

⁴⁰ *Schünemann* (Fn. 9), § 266 Rn. 157.

schlussfassung, die Höhe von Sicherheiten oder deren Bewertung. Die Nichteinhaltung solcher Vorschriften ist ein Befugnismissbrauch i.S.d. § 266 Abs. 1, 1. Alt. StGB. Fehlen konkrete Regelungen, so ist das konsentiertere Risiko unter Berücksichtigung der Gesamtumstände zu ermitteln. Der BGH hat einen Katalog tatsächlicher Umstände aufgestellt, die für eine nicht ausreichende Risikoprüfung durch den Entscheidungsträger sprechen,⁴¹ und zwar die Verletzung von Informationspflichten, Fehlen der erforderlichen Befugnis, Machen unrichtiger oder unvollständiger Angaben gegenüber Mitverantwortlichen oder zur Aufsicht befugten Personen, Nichteinhaltung der vorgegebenen Zwecke, Überschreiten der Höchstkreditgrenzen und eigennütziges Handeln. Die Kreditvergabe ohne die erforderliche Befugnis bzw. unter Überschreitung der Höchstkreditgrenzen stellen jedoch nicht lediglich Indizien für eine Nichteinhaltung der Befugnisgrenzen im Innenverhältnis dar, sondern in diesen Fällen liegt unzweifelhaft ein Missbrauch vor. Besonderes Gewicht kommt bei der Darlehensvergabe – wie bei allen Vorleistungsgeschäften – der Pflicht zu einer sorgfältigen Risikoanalyse zu.⁴² Dazu gehört vor allem die eingehende Prüfung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Kreditnehmers. § 18 Abs. 1 S. 1 Kreditwesengesetz (KWG) schreibt im Übrigen ausdrücklich vor, dass ein Kreditinstitut eine Kreditsumme von mehr als 750.000 € oder 10 % des haftenden Eigenkapitals des Instituts nur gewähren darf, wenn es sich von dem Kreditnehmer die wirtschaftlichen Verhältnisse, insbesondere durch Vorlage der Jahresabschlüsse, offen legen lässt. Das KWG regelt zwar an sich die Außenbeziehungen der Kredit- (und Finanzdienstleistungs-) Institute,⁴³ in ihm kommen aber auch bankübliche Grundsätze zum Ausdruck, deren Beachtung die Bank – bei Fehlen einer abweichenden Willensäußerung – erwartet. In der Regel wird deshalb die Kreditvergabe unter Verletzung des § 18 Abs. 1 S. 1 KWG einen Befugnismissbrauch darstellen.⁴⁴ Der Vermögensverwalter kann allerdings auch auf andere Weise als durch Einsichtnahme in den Jahresabschluss seiner Informationspflicht nachkommen,⁴⁵ wenn es sich um gleichwertige Informationsquellen handelt.⁴⁶ Die Informationspflicht gilt selbstverständlich nicht nur bei der Vergabe von „Großkrediten“, bei geringeren Darlehenssummen sind die Anforderungen jedoch weniger streng.

Für die auf der Grundlage dieser Risikoanalyse zu treffende Entscheidung lassen sich keine präzisen Vorgaben machen, zumal die Risiken bei verschiedenen Darlehensgeschäften unterschiedlich sind. Bei der Gewährung eines Kre-

dit zum Erwerb eines Grundstücks oder von Waren wird das akzeptable Risiko eines teilweisen oder gar vollständigen Ausfalls eher gering sein, zumal der Vermögensverwalter es durch die Anforderung von Sicherheiten, z.B. Grundpfandrechten, Sicherungsübereignung oder Bürgschaft minimieren kann und muss. Sanierungs- oder Geschäftsgründungskredite sind dagegen generell mit größeren Risiken behaftet und können deshalb auch bei einer erheblichen Verlustgefahr zulässig sein. Dem Vermögensverwalter ist dann ein relativ weiter Entscheidungsspielraum einzuräumen, den er erst überschreitet, wenn die Darlehensgewährung wirtschaftlich unverträglich ist.⁴⁷ Hielt sich die Entscheidung für die Kreditvergabe innerhalb dieser Grenze, so scheidet ein Missbrauch aus, auch wenn der Kredit später Not leidend werden sollte. Entsprechende Pflichten zur Risikoanalyse sind auch bei anderen Vorleistungsgeschäften zu beachten. So wird sich der Vermögensverwalter vor der Lieferung der Kaufsache von einigem Wert unter Einräumung einer Zahlungsfrist in der Regel Informationen über die Bonität des Vertragspartners verschaffen müssen, z.B. durch Einsichtnahme in das Handelsregister, Einholung einer Schufa-Auskunft usw.

Spekulationsgeschäfte eines Vermögensverwalters werden nur ausnahmsweise zulässig sein, und zwar zum einen, wenn sein Tätigkeitsbereich gerade solche Geschäfte umfasst, wie dies z.B. bei dem Manager eines Aktien- oder Immobilienfonds, einem Kapitalanlageberater oder dem Leiter der Devisenabteilung einer Bank der Fall ist, und zum anderen, wenn der Vermögensinhaber einem konkreten Spekulationsgeschäft ausdrücklich zustimmt. Liegt eine grundsätzliche Erlaubnis zu solchen Geschäften vor, wird in aller Regel ein Missbrauch dieser Befugnis nicht festzustellen sein. Den Vermögensverwalter trifft zwar ebenfalls die Pflicht, sich umfassend über die relevanten Umstände zu informieren, sodass bei Aktiengeschäften nicht nur die den Emittenten betreffenden betriebswirtschaftlichen Daten, z.B. Umsatz, Ertrag oder Dividendenveränderungen, sondern auch gesellschaftsexterne Umstände, wie Fusionsangebote anderer Unternehmen oder die Einleitung eines Strafverfahrens gegen Vorstandsmitglieder wegen unternehmensbezogener Straftaten, und Marktdaten, d.h. Informationen über die Rahmenbedingungen von Märkten, z.B. die geldpolitischen Entscheidungen der Zentralbanken oder die Steuergesetzgebung, zu berücksichtigen sind. Die sich aus diesen Informationen ergebenden Schlussfolgerungen entziehen sich aber weitgehend einer Überprüfung, zumal Maßstäbe für die Beurteilung der „Richtigkeit“ einer Anlageentscheidung fehlen.

Investitionsgeschäfte gehören dagegen – wie Vorleistungsgeschäfte – häufig zum üblichen und erlaubten Geschäftsgebaren, entweder weil der Vermögensinhaber sie ausdrücklich bzw. konkludent billigt oder weil es sich um wirtschaftlich vernünftige Ausgaben im Rahmen kaufmännischen Unternehmertums handelt. Der BGH zieht die im Innenverhältnis zum Vermögensinhaber zu beachtenden Grenzen sehr weit. Ein Missbrauch liegt danach erst vor,

⁴¹ BGHSt 46, 30 (34).

⁴² *Hellmann/Beckemper* (Fn. 6), Rn. 217 ff.; *Seier* (Fn. 1), V 2 Rn. 325.

⁴³ Kritisch zur Herleitung von Pflichten bei der Kreditvergabe aus dem KWG deshalb *Seier* (Fn. 1), V 2 Rn. 242 f.

⁴⁴ BGH wistra 1985, 190; BGHSt 47, 148 (150 ff.); *Nack*, in: *Müller-Gugenberger/Bieneck* (Fn. 28), § 66 Rn. 40.

⁴⁵ *Dierlamm/Links*, NSTz 2000, 656; *Knauer*, NSTz 2002, 399 (400); *Marxen*, EWiR, § 266 StGB 2/02; *Otto*, WuB I E 6-1.02.

⁴⁶ BGHSt 46, 30 (32); 47, 148 (152); *Klauten*, DStR 2002, 1190; *Seier* (Fn. 1), V 2 Rn. 243.

⁴⁷ *Lenckner/Perron* (Fn. 3), § 266 Rn. 20; *Seier* (Fn. 1), V 2 Rn. 245, 325; *Wäßner*, Untreue bei Risikogeschäften, 1997, S. 74.

wenn der Vermögensverwalter „bewusst und entgegen den Regeln kaufmännischer Sorgfalt eine äußerst gesteigerte Verlustgefahr auf sich nimmt, nur um eine höchst zweifelhafte Gewinnaussicht zu erhalten“.⁴⁸

III. Risikogeschäfte als Treupflichtverletzungen

In den Sanktions- und Bestechungsfällen scheidet – wie dargelegt – die Missbrauchsalternative aus, weil die Geschäfte wegen ihrer Gesetz- oder Sittenwidrigkeit im Außenverhältnis unwirksam sind. Durch die Vornahme eines solchen Geschäfts verletzt der Vermögensverwalter seine Vermögensbetreuungspflicht jedoch jedenfalls dann, wenn der Vermögensinhaber nicht ausdrücklich zugestimmt hat. Die Ablehnung der Pflichtwidrigkeit wegen „Geschäftsüblichkeit“ scheidet generell aus, mögen Gesetzesverstöße – z.B. Zahlung von Bestechungsgeldern zur Erlangung eines Auftrages – auch tatsächlich in der Branche häufig vorkommen, denn es kann nicht unterstellt werden, dass der betroffene Vermögensinhaber mit einem solchen Verhalten ebenfalls einverstanden wäre. Die Höhe des Risikos ist unerheblich, sodass eine Treupflichtverletzung selbst dann gegeben ist, wenn nur eine geringe Entdeckungsgefahr besteht und lediglich geringfügige finanzielle Sanktionen drohen. Es ist also davon auszugehen, dass der Vermögensinhaber ausschließlich rechtmäßige Geschäfte billigt.

Eine Treupflichtverletzung des Vermögensverwalters scheidet dagegen aus, wenn der Vermögensinhaber bzw. das zuständige Organ in Kenntnis der möglichen vermögensrelevanten Konsequenzen zustimmt. Das Einverständnis wirkt also – wie bei der Missbrauchsalternative – tatbestandsausschließend. Beschränkungen der Wirksamkeit der Zustimmung im Verhältnis zum Vermögensverwalter resultieren aus der Verbotenheit des Geschäftes nicht, da sie die Befugnis des Vermögensinhabers, über sein Vermögen zu disponieren, nicht berührt. Es versteht sich allerdings von selbst, dass das Einverständnis die Strafbarkeit des Vermögensverwalters nur wegen Untreue ausschließt, nicht dagegen wegen Straftaten, die er durch die Vornahme des Geschäftes verwirklicht, z.B. Bestechung, Wirtschaftsbestechung, Verstoß gegen das AWG usw., denn über deren Schutzgüter kann der Vermögensinhaber nicht wirksam verfügen.

Würde die finanzielle Sanktion eine juristische Person als Vermögensinhaberin treffen und hat das zuständige Organ dem rechts- oder sittenwidrigen Geschäft zugestimmt, so gelten die oben zur Wirksamkeit des Einverständnisses bei der Missbrauchsalternative dargelegten Grundsätze. Eine Treupflichtverletzung des Vermögensverwalters liegt also vor, wenn das mit einem Sanktionsrisiko behaftete Geschäft trotz der willensmangelfreien Zustimmung des zuständigen Organs Vermögensinteressen der juristischen Person beeinträchtigt, über die auch das Organ nicht disponieren darf, was insbesondere der Fall ist, wenn die Verhängung der drohenden Sanktion das Stammkapital der GmbH oder die Liquidität bzw. die Existenz der Gesellschaft gefährden würde.

⁴⁸ BGH StV 2004, 424 f., für Geschäfte, die der „allgemeinen Marktpflege und auch der allgemeinen Gewinnerzielung“ dienen.

IV. Vermögensbetreuungspflicht

Eine Vermögensbetreuungspflicht, die nach h.M. für beide Alternativen des § 266 StGB erforderlich ist,⁴⁹ wird bei Risikogeschäften im Wirtschaftsleben zumeist vorliegen, zumal sie in der Regel von Geschäftsführern, Vorständen, Prokuristen usw. vorgenommen werden, zu deren Hauptpflichten gerade die Wahrnehmung der Vermögensinteressen des Unternehmens gehört und denen ein Spielraum zu eigenen Entscheidungen im Umgang mit dem fremden Vermögen eingeräumt ist.⁵⁰

V. Vermögensnachteil

Die Untreuehandlung des vermögensbetreuungspflichtigen Vermögensverwalters muss einen Nachteil des Vermögensinhabers, d.h. einen Schaden verursachen. Der Nachteil bei der Untreue ist nach h.M. in ähnlicher Weise zu ermitteln wie der Schaden beim Betrug, und zwar indem der Wert des Vermögens vor und nach bzw. infolge der Untreuehandlung festgestellt wird.⁵¹ Ergibt der Vergleich einen negativen Saldo, so liegt ein Nachteil vor.

a) Vereinzelt wird die Geltung dieser Grundsätze bei Risikogeschäften allerdings abgelehnt und ein Schaden bereits angenommen, wenn der Vermögensverwalter gegen die „risikopolitische“ Anordnung des Vermögensinhabers verstoßen habe; ob die Verlustgefahr durch eine verdichtete Gewinnchance ausgeglichen werde, sei unerheblich.⁵² Das Opfer sei bei der Untreue durch die Auslieferung der Dispositionsmacht an den Täter ungeschützter als beim Betrug, deshalb sollten die im Innenverhältnis auferlegten Bindungen den Schadensbegriff stärker mitbestimmen. Nur wenn aus besonderen Gründen die Gefahr des Verlustes gar nicht bestehe, scheidet die Strafbarkeit aus, weil es sich schon nicht um ein Risikogeschäft handle.

Diese Sicht ist mit § 266 StGB jedoch unvereinbar, denn sie reduziert den objektiven Tatbestand – gegen den Wortlaut der Vorschrift – bei Risikogeschäften auf den Befugnismissbrauch bzw. den Treubruch, da eine gewisse Gefahr des Vermögensverlustes jedem Risikogeschäft innewohnt. § 266 StGB ist aber ein Vermögensverletzungsdelikt. Dem steht nicht entgegen, dass – wie beim Betrug – eine „schadensgleiche Vermögensgefährdung“ genügt. Eine solche liegt zwar schon – aber auch nur – dann vor, wenn das Vermögen bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtung bereits durch den Vertragsschluss wegen der Minderwertigkeit des Gegenleis-

⁴⁹ BGHSt 24, 386 (387); Krey/Hellmann (Fn. 14), Rn. 542; Lackner/Kühl (Fn. 15), § 266 Rn. 4; Mitsch (Fn. 15), § 8 Rn. 19; Wessels/Hillenkamp (Fn. 18), Rn. 750. A.A. Heimann-Trosien, JZ 1976, 549 (550 f.); Otto, Grundkurs Strafrecht, Besonderer Teil, 7. Aufl. 2005, § 54 Rn. 7 ff.

⁵⁰ Siehe nur Krey/Hellmann (Fn. 14), Rn. 566 ff.; Tröndle/Fischer (Fn. 18), § 266 Rn. 29; Wessels/Hillenkamp (Fn. 18), Rn. 769 ff.

⁵¹ BGHSt 15, 342 (343); 16, 220 (221); BGH NJW 1975, 1234 (1235); Hellmann/Beckemper (Fn. 6), Rn. 353; Schünemann (Fn. 9), § 266 Rn. 136.

⁵² Hillenkamp, NSTZ 1981, 161 (166 f.).

tungsanspruchs negativ verändert wird. Diese Minderung ist somit bei Risikogeschäften im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände festzustellen.

c) Eine andere Auffassung spricht sich für einen eigenständigen, von dem des Betruges abweichenden Vermögensbegriff bei der Untreue aus.⁵³ Maßgeblich sei nicht der „Tauschwert“, sondern der „Wert des gesamten Vermögens in seiner Funktion“ (für den Vermögensinhaber), das mehr sei als die Summe seiner Einzelteile. Deshalb sei das von der h.M. angewendete Verfahren der Einzelbewertung nach „Posten“ verfehlt.⁵⁴

Schon die Herleitung dieser These überzeugt jedoch nicht. Das Argument, für einen eigenständigen Vermögensbegriff des § 266 StGB, der sich an der Widmung des Vermögens durch seinen Inhaber orientiert, spreche, dass er schließlich der vor Untreue Geschützte sei, beschreibt keine Eigentümlichkeit der Untreue, da auch andere Vermögensdelikte den Schutz des Vermögensinhabers bezwecken. Die weitere Behauptung, der Schadensbegriff werde dadurch nicht subjektiviert, weil sich der Schaden nicht aus der Sicht des Vermögensinhabers ergebe, sondern die Eignung des Vermögens zum individuellen Zweck objektiv zu bestimmen sei, vermag zudem den Vorwurf nicht zu entkräften, dass § 266 StGB dadurch seinen Charakter als Vermögensdelikt verliert und zu einem Straftatbestand umgedeutet wird, der die Verletzung der Dispositionsfreiheit schützt. Ein Schaden läge nämlich selbst dann vor, wenn der Vermögensverwalter einen Vermögensbestandteil entgegen seiner Widmung zu einem – objektiv bestimmten – individuellen Zweck gegen eine wertvollere „eintauscht“, z.B. indem er zur Warenproduktion bestimmte Mittel zum Erwerb eines Kunstwerks unter dem Marktpreis verwendet und dadurch den Wert des Gesamtvermögens erheblich erhöht. Dennoch einen Nachteil des Vermögensinhabers anzunehmen, ist mit dem Wortlaut – und dem Zweck – des § 266 StGB nicht zu vereinbaren. Hinzu kommt, dass die ohnehin nicht immer deutlichen Konturen des Untreuetatbestandes durch die Bemessung des Wertes des Vermögens nach der individuellen Zweckbestimmung noch unschärfer würden. In der Praxis würde die propagierte objektive Bestimmung des individuellen Zwecks bedeuten, dass der Richter seine Vorstellung von einer „zweckrichtigen“ Verwendung des Vermögens zur Anwendung bringt. Es muss deshalb bei der Bemessung der einzelnen Vermögensbestandteile nach ihrem Marktwert bleiben.

d) Daher kann der Streit über die zum geschützten Vermögen zählenden Bestandteile bei der Untreue und damit auch bei Risikogeschäften relevant werden, insbesondere dann, wenn der Täter illegal erworbenes Vermögen für das Geschäft einsetzt, z.B. indem er einem Dritten aus Straftaten erlangtes Geld als Darlehen gibt. Bei Anwendung des juristisch-ökonomischen Vermögensbegriffs⁵⁵ würde Untreue in diesen Konstellationen generell mit der Begründung ausscheiden, dass es sich um einen Vermögensbestandteil hande-

le, der nicht unter dem Schutz der Rechtsordnung stehe. Nach dem – vorzugswürdigen – wirtschaftlichen Vermögensbegriff⁵⁶ gehören dagegen auch solche Gegenstände zum Vermögen, sodass ein Schaden des Vermögensinhabers und damit die Strafbarkeit des Vermögensverwalters wegen Untreue in Betracht kommen.

e) In den Vorleistungsfällen besteht der Nachteil nicht schon in der Weggabe des Vermögensbestandteils, ohne dass die vereinbarte Gegenleistung unmittelbar in das Vermögen zurückfließt, sondern es ist – wie beim Eingehungsbetrug – zu prüfen, ob der vertragliche Anspruch einen wirtschaftlichen Wert darstellt, der die Minderung des Vermögens kompensiert.⁵⁷ Ist dies der Fall, so scheidet Untreue aus, selbst wenn der Vermögensverwalter durch das Eingehen des Vorleistungsgeschäftes seine Befugnisse missbraucht hat und die vereinbarte Gegenleistung später ausbleibt. Bei der missbräuchlichen Kreditvergabe liegt ein Nachteil der Bank vor, wenn der Rückzahlungsanspruch im Zeitpunkt des Darlehensvertragsschlusses bzw. spätestens bei Ausreichung der Darlehensvaluta minderwertig ist.⁵⁸ Steht die Bonität des Kreditnehmers jedoch außer Zweifel, so scheidet Untreue aus, und zwar nicht – wie der BGH⁵⁹ behauptet –, weil der Zusammenhang zwischen der Pflichtwidrigkeit und dem Vermögensnachteil fehlt, sondern weil der Vermögensinhaber keinen Nachteil erleidet. Allerdings wird bei Kreditgeschäften regelmäßig ein Schaden gegeben sein, weil der Rückzahlungsanspruch – gerade wegen des Risikos – nicht denselben Wert haben wird wie das ausgereichte Darlehen. In entsprechender Weise ist bei anderen Vorleistungsgeschäften zu entscheiden.

Aber selbst wenn mangels entsprechender Werthaltigkeit des Gegenanspruchs eine Minderung des betreuten Vermögens vorliegt, scheidet bei § 266 StGB ein Nachteil aus, wenn der Täter willens, bereit und in der Lage ist, einen eventuell eintretenden Verlust auszugleichen.⁶⁰ Ersatzfähigkeit und -willigkeit müssen jedoch kumulativ gegeben sein.

f) Die Verlustgefahr ist bei Spekulationsgeschäften eine andere. Erwirbt der Vermögensverwalter das Spekulationsobjekt – Devisen, Aktien, Optionen usw. – zum Markt- bzw. Börsenpreis, so fließt ein Gegenwert in Höhe des weggegebenen Vermögensbestandteils zurück, sodass es sich im Zeitpunkt der Vornahme um ein wirtschaftlich ausgeglichenes Geschäft handelt, der Vermögensinhaber also unmittelbar keinen Nachteil erleidet. In der Regel wird jedoch eine gewisse Vermögensminderung schon daraus resultieren, dass für den Erwerb des Spekulationsobjekts Aufwendungen, z.B. Maklergebühren, anfallen, in das betreute Vermögen also nur

⁵⁶ BGHSt 8, 254 (256); OLG Düsseldorf NJW 1988, 922 (923); *Arzt/Weber* (Fn. 18), § 20 Rn. 91; *Krey/Hellmann* (Fn. 14), Rn. 433 ff.

⁵⁷ Siehe nur *Schünemann* (Fn. 9), § 266 Rn. 138, 149, m.w.N.; a.A. *Hillenkamp*, NStZ 1981, 161 (166 f.).

⁵⁸ BGHSt 47, 148 (157); *Hellmann/Beckemper* (Fn. 6), Rn. 222.

⁵⁹ BGHSt 46, 30 (34).

⁶⁰ BGHSt 15, 342 (344); *Schünemann* (Fn. 9), § 266 Rn. 139. A.A. *Lenckner/Perron* (Fn. 3), § 266 Rn. 42.

⁵³ *Velten*, NJW 2000, 2852 (2854), Fn. 17.

⁵⁴ *Velten*, NJW 2000, 2852 (2855).

⁵⁵ Z.B. *Lackner/Kühl* (Fn. 15), § 263 Rn. 35; *Mitsch* (Fn. 15), § 7 Rn. 84; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 18), Rn. 535.

ein um diesen Betrag geringerer Gegenwert zurückfließt. Auf jeden Fall besteht aber die Gefahr, dass der Wert des Spekulationsobjekts anschließend sinkt und dadurch das betreute Vermögen – u.U. erheblich – vermindert wird.

Daraus resultieren zwei Fragen, nämlich zum einen, ob die Vermögensminderung in Höhe der Aufwendungen durch die Gewinnchance ausgeglichen, und zum anderen, ob trotz Erlangung eines wirtschaftlichen Äquivalents ein Schaden wegen der Verlustgefahr angenommen werden kann. Beide Fragen sind jedenfalls für „reguläre“ Spekulationsgeschäfte, d.h. solche, bei denen der Vermögensverwalter nicht über „Insiderwissen“ verfügt, zu verneinen, da eine seriöse Einschätzung der konkreten Gewinn- bzw. Verlustwahrscheinlichkeit nicht möglich ist. Die spätere Preis- bzw. Kursentwicklung kann nicht einmal als Indiz für die Chancen und Risiken im Zeitpunkt der Tätiung des Spekulationsgeschäfts herangezogen werden, weil nicht verlässlich beurteilt werden kann, welche Umstände für die Entwicklung maßgeblich und ob sie bereits bei Vornahme des Geschäfts vorhanden waren oder nachträglich entstanden sind. Relevant für die Wertbemessung eines Vermögensgegenstandes ist somit allein der Marktpreis im Zeitpunkt des Erwerbs des Spekulationsobjekts.⁶¹ Daraus folgt einerseits, dass eine Gewinnchance die durch die Aufwendungen für den Erwerb des Spekulationsobjekts eingetretene unmittelbare Vermögensminderung nicht kompensiert, andererseits aber auch, dass bei Vornahme eines wirtschaftlich ausgeglichenen Spekulationsgeschäfts selbst eine besonders hohe Verlustgefahr keinen tatbestandsmäßigen Schaden bewirkt.

Der BGH⁶² hat dennoch einen Vermögensnachteil bei einem Spekulationsgeschäft angenommen, „wenn der Täter nach Art eines Spielers bewusst und entgegen den Regeln kaufmännischer Sorgfalt eine aufs äußerste gesteigerte Verlustgefahr auf sich nimmt, nur um eine höchst zweifelhafte Gewinnaussicht zu erlangen“. Diese These folgert aus Gesichtspunkten, die – allenfalls – für den Befugnismissbrauch relevant sind, das Vorliegen eines Vermögensnachteils, der wegen der „starken Gefährdung“ bereits mit dem Abschluss des einzelnen Spekulationsgeschäftes eintrete. Eine schadensgleiche Vermögensgefährdung liegt bei einem Erwerb des Spekulationsobjektes zum Marktpreis jedoch nicht vor. Die Diskussion, unter welchen Voraussetzungen eine Vermögensgefährdung einem Schaden gleichsteht, wird zwar vornehmlich beim Betrug geführt, sie ist aber auch für die Untreue relevant. Weitgehende Einigkeit besteht inzwischen darüber, dass eine abstrakte Gefährdung nicht genügt, sondern eine konkrete Gefahr des endgültigen Verlustes eines Vermögensbestandteils erforderlich ist, die dann vorliege, wenn der Täter einen Kausalverlauf in Gang gesetzt hat, der unumkehrbar auf eine Wertminderung des Vermögens zu-

läuft.⁶³ Dem wird jedoch zu Recht entgegengehalten, dass eine generelle Gleichsetzung einer Vermögensgefährdung mit einem Schaden „schon terminologisch fragwürdig“ und deshalb eine differenzierende Betrachtung angebracht ist.⁶⁴ Betrug – und Untreue – sind keine Vermögensgefährdungs-, sondern Vermögensverletzungsdelikte, sodass der Taterfolg nur dann vorliegt, wenn das Vermögen durch die Tathandlung bereits eine negative Veränderung erfahren hat.⁶⁵ Das ist bei einem Erwerb des Spekulationsobjekts zum Marktpreis gerade nicht der Fall.

Auf den ersten Blick scheint es jedoch anders zu liegen, wenn der Vermögensverwalter bei Vornahme des Geschäfts Kenntnis von „Insiderinformationen“, also nicht öffentlich bekannten Umständen hat, die geeignet sind, im Falle ihres Bekanntwerdens den Börsen- oder Marktpreis erheblich zu beeinflussen (vgl. § 13 WpHG). Die Ersetzung des durch den Marktpreis repräsentierten Werts des Spekulationsobjekts durch den „wahren“ Wert scheidet dennoch aus, da – außer dem Marktpreis – keinerlei Kriterien für die „richtige“ Wertbemessung vorhanden sind.⁶⁶ Eine Korrektur dieses Ergebnisses ist auch nicht unter Berufung auf die Lehre vom individuellen Schadenseinschlag⁶⁷ möglich, weil ein Spekulationsobjekt für den Vermögensinhaber brauchbar ist, selbst wenn er den Einsatz seines Vermögens zu diesem Zweck nicht wünscht.

g) Die Sanktionsfälle ähneln den Spekulationskonstellationen darin, dass die Saldierung von Leistung und Gegenleistung keinen Nachteil ergibt, sondern das Geschäft wirtschaftlich ausgeglichen ist oder sogar einen – u.U. erheblichen – Gewinn erbringt. So liegt es z.B. in dem oben geschilderten Embargofall. Die Verbotenheit des Geschäfts, welche die Sanktion auslösen kann, ist gerade der Grund für die Bereitschaft des Geschäftspartners, die geschäftliche Beziehung einzugehen und häufig auch dafür, einen über dem Marktpreis liegenden Preis zu zahlen.

Ein Nachteil ließe sich deshalb wiederum nur annehmen, wenn die Möglichkeit der späteren Verhängung einer finanziellen Sanktion gegen das betreute Vermögen eine schadensgleiche Vermögensgefährdung darstellen würde. Das LG Bonn hat dies für die verdeckte Parteienfinanzierung („Fall Helmut Kohl“) als „nicht generell ausgeschlossen“ bezeichnet, freilich ohne sich endgültig festzulegen.⁶⁸ Eine schadensgleiche Vermögensgefährdung ist jedenfalls dann gegeben, wenn das Vermögen durch das Geschäft unmittelbar mit einem zivil- oder öffentlich-rechtlichen Anspruch belastet ist, denn ein solcher Anspruch mindert das Vermögen bei wirt-

⁶¹ BGHSt 8, 46 (49); *Hoyer*, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 7. Aufl., 60. Lieferung, Stand: Februar 2004, § 263 Rn. 199 ff.; *Mitsch* (Fn. 15), § 7 Rn. 2.

⁶² GA 1977, 342 (343).

⁶³ Z.B. *Hoyer* (Fn. 61), § 263 Rn. 235; *Mitsch* (Fn. 15), § 7 Rn. 97; *Schünemann* (Fn. 9), § 266 Rn. 146.

⁶⁴ *Kindhäuser*, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 3. Aufl. 2006, § 263 Rn. 188.

⁶⁵ BGH wistra 1995, 222; *Kindhäuser* (Fn. 64), § 263 Rn. 188; *Krey/Hellmann* (Fn. 14), Rn. 449; *Lackner*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Fn. 9), 10. Aufl. 1978, § 263 Rn. 160, 173, 223.

⁶⁶ *Hellmann/Beckemper* (Fn. 6), Rn. 167, 170.

⁶⁷ Dazu *Hoyer* (Fn. 61), § 263 Rn. 203 ff. m.w.N.

⁶⁸ LG Bonn NJW 2001, 1736 (1739).

schaftlicher – und rechtlicher – Betrachtung bereits. So liegt es z.B., wenn der Vertragspartner aus dem Geschäft gegen den Vermögensinhaber einen Schadensersatzanspruch erwirbt oder wenn der Vermögensverwalter eine Lieferung an einen Geschäftspartner im EG-Ausland steuerlich als umsatzsteuerfreie innergemeinschaftliche Lieferung nach § 6a Umsatzsteuergesetz behandelt, die Voraussetzungen der Umsatzsteuerbefreiung jedoch nicht gegeben sind, sodass das Geschäft unter Berücksichtigung des Schadensersatzanspruchs bzw. Hinzurechnung der vom Lieferanten zu entrichtenden Umsatzsteuer, die dieser von dem Vertragspartner nicht erhalten hat, einen finanziellen Verlust erbringt. In diesen Konstellationen steht die Vermögensminderung somit bereits bei Vornahme des Geschäfts fest. Es handelt sich also in Wahrheit gar nicht um Risikogeschäfte, denn diese sind dadurch gekennzeichnet, dass im Zeitpunkt ihrer Vornahme noch nicht feststeht, ob sie eine wirtschaftliche Fehlentscheidung darstellen. Zu einem Risikogeschäft werden sie nicht dadurch, dass die Realisierung des Schadens von der Geltendmachung der Ansprüche durch den Vertragspartner oder den Staat abhängt.

In den Sanktionsfällen ist das betreute Vermögen dagegen noch nicht mit einem bereits bestehenden Anspruch belastet, sondern es besteht lediglich die Möglichkeit, dass später – nach Aufdeckung des verbotenen Verhaltens – nachteilige Rechtsfolgen verhängt werden. Eine in der Literatur vertretene Auffassung, die einen „Gefährdungsschaden“ auch bei der „nahe liegenden Gefahr rechtlicher Nachteile mit vermögensmindernder Folge“ bejaht,⁶⁹ scheint dennoch in diesen Konstellationen einen Nachteil anzunehmen. Bei den als Belege für diese These angeführten Entscheidungen – pflichtwidrig fehlerhafte Herstellung einer Ware mit dem Risiko der behördlichen Beanstandung und daraus folgender Unverkäuflichkeit⁷⁰ sowie Gefahr der Aberkennung des steuerlichen Status der Gemeinnützigkeit eines Vereins⁷¹ – handelt es sich jedoch ebenfalls um Fälle, in denen die Vermögensminderung schon eingetreten ist, denn die verkehrsunfähige Ware ist wertlos bzw. die Gemeinnützigkeit des Vereins ist entfallen. Die Realisierung des Nachteils hängt lediglich davon ab, dass die Behörde den Sachverhalt aufdeckt und daraus die – zutreffenden – rechtlichen Konsequenzen zieht.

Die Sanktionskonstellationen liegen dagegen anders, denn die Vornahme des verbotenen Geschäfts hat unmittelbar keine vermögensmindernde Wirkung, sondern diese tritt erst – und nur dann – ein, wenn die Rechtsfolge verhängt wird. Das gilt z.B. für die Anordnung des Verfalls in unserem Embargofall. Zwar ist die Rechtsnatur des Verfalls strittig. Die Rechtsprechung betrachtet ihn auch nach der Umstellung auf das Bruttoprinzip als Maßnahme eigener Art, die der Gewinnabschöpfung dient.⁷² Nach der – zutreffenden – Gegenmeinung gilt dies jedoch nur hinsichtlich des Nettogewinns; soweit über den Tatgewinn hinaus das in die Tat eingeflosse-

ne Vermögen entzogen wird, ist der Verfall dagegen eine strafähnliche Sanktion.⁷³ Nach beiden Auffassungen handelt es sich bei dem Verfall – im Gegensatz zu einem Schadensersatzanspruch des Opfers – aber nicht um einen Anspruch, der schon mit Tatbegehung entsteht und deshalb das Vermögen des Betreuten unmittelbar mindert, denn der Verfall setzt nach § 73 Abs. 1 S. 1 StGB die Anordnung durch das Gericht voraus. Die gerichtliche Entscheidung ist für den Verfall also konstitutiv, zumal das Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen auf die grundsätzlich obligatorische Anordnung nach Maßgabe des § 73c StGB verzichten kann, wenn sie eine unbillige Härte bedeuten würde. Das betreute Vermögen wird folglich nicht unmittelbar durch die Untreue des Vermögensverwalters vermindert, sondern erst durch die gerichtliche Anordnung. Die bloße Gefahr, dass dies später tatsächlich geschieht, verletzt das Vermögen noch nicht „schadensgleich“.⁷⁴

h) Quasi spiegelbildlich zu dem Befund bei den Sanktionskonstellationen haben in den Investitionsfällen bei der Schadensermittlung die nicht unmittelbar durch die Investition erworbenen Chancen auf zukünftigen Gewinn und die später tatsächlich eingetretenen – oder ausgebliebenen – Vermögenszuflüsse außer Betracht zu bleiben. Ob das Investitionsgeschäft nachteilig ist, ist also durch den Vergleich des Wertes des eingesetzten Vermögens mit dem Wert der dadurch – unmittelbar – erlangten Gegenleistung zu ermitteln. Einerseits bedeuten Aufwendungen für Forschung, Werbung oder Lagerhaltung, die dem Marktpreis entsprechen, selbst dann keinen Schaden, wenn die Chance, dass sie sich durch spätere gewinnbringende Geschäfte amortisieren, gering erscheint. Andererseits schließt es den Nachteil nicht aus, dass die Investition einen zukünftigen Gewinn verspricht oder sich ihre Vorteilhaftigkeit nachträglich sogar erweist, wenn der Vermögensverwalter die Werbe-, Forschungs- oder Lagerhaltungsleistungen zu einem den Wert übersteigenden Preis einkauft. Das gilt ebenfalls für Untereisverkäufe, da der Wert der Gegenleistung unter dem Marktwert der Ware liegt.

Steht der Investition keine Gegenleistung gegenüber oder besitzt diese keinen marktmäßigen Wert, wie dies insbesondere bei der Zahlung von Bestechungsgeldern der Fall ist, so ist ein Vermögensschaden gegeben. Die Bereitschaft des Bestochenen, die „Unrechtsvereinbarung“ einzuhalten und

⁶⁹ Tröndle/Fischer (Fn. 18), § 266 Rn. 63.

⁷⁰ BGH bei Holtz, MDR 1979, 988.

⁷¹ OLG Hamm wistra 1999, 350 (354).

⁷² BGH NJW 1995, 2235; NSTZ 2001, 312; NJW 2002, 2257 (2258); BGHSt 47, 369 (373).

⁷³ Hellmann/Beckemper (Fn. 6), Rn. 922; Herzog, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2005, Bd. 1, Vor § 73 Rn. 8; Lackner/Kühl (Fn. 15), § 73 Rn. 4b.

⁷⁴ A.A. Schwind, NSTZ 2001, 349 (353), allerdings hinsichtlich des Verlustes des Anspruches auf staatliche Mittel und der Pflicht zur Abführung rechtswidrig erlangter Parteispenden, die nach § 23a Abs. 1 Parteiengesetz a.F. bereits mit der rechtswidrigen Erlangung oder Verwendung der Spende bzw. fehlender Veröffentlichung im Rechenschaftsbericht entstanden. § 31b S. 1 PartG n.F. bestimmt jedoch ausdrücklich, dass nunmehr der Anspruch gegen die Partei nach § 23a Abs. 4 erst mit Feststellung der Unrichtigkeit des Rechenschaftsberichts durch den Bundestagspräsidenten entsteht.

dadurch das Vermögen zu vermehren, hat konsequenterweise außer Betracht zu bleiben,

VI. Vorsatz

Der Vorsatz des Vermögensverwalters muss den Befugnismissbrauch bzw. die Treupflichtverletzung, das Vorliegen einer Vermögensbetreuungspflicht und den Schaden umfassen; *dolus eventualis* genügt.⁷⁵ Wegen der Weite des objektiven Tatbestandes stellt die Rechtsprechung strenge Anforderungen an den Nachweis des Vorsatzes, insbesondere wenn der Täter nicht eigensüchtig gehandelt hat.⁷⁶

a) Der Vorsatz bei der Missbrauchsuntreue erfordert insbesondere die Kenntnis des Täters von der Begrenzung seiner Befugnisse im Innenverhältnis. Ihm muss also die ausdrückliche Beschränkung durch den Vermögensinhaber bzw. das Organ – falls eine solche gegeben ist – bekannt sein bzw. er muss – bei deren Fehlen – einen entgegenstehenden mutmaßlichen Willen wenigstens für möglich gehalten haben. Der Nachweis des Vorsatzes bereitet in der Praxis nicht selten einige Schwierigkeiten,⁷⁷ bei gravierenden Verletzungen der Informations- und Prüfungspflichten und einer erheblich über dem allgemeinen Risiko liegenden Gefährdung des Gegenanspruchs liegt bei Vorleistungsgeschäften aber die Annahme nahe, dass der Vermögensverwalter die Überschreitung des konsentierten Risikos erkannt hat.⁷⁸ Entsprechendes gilt bei – nicht ausdrücklich untersagten – Investitionsgeschäften. Bei Spekulationsgeschäften ohne ausdrückliche Zustimmung wird der Täter es sogar in aller Regel jedenfalls für möglich halten, dass der Vermögensinhaber nicht einverstanden ist.

b) Bei Treupflichtverletzungen gehört das Bewusstsein der Pflichtwidrigkeit zum Vorsatz.⁷⁹ Zum Teil wird jedoch behauptet, es genüge, dass der Täter die der Pflichtwidrigkeit zugrunde liegenden Tatsachen gekannt und zutreffend eingeordnet habe, die unrichtige Bewertung dagegen einen für den Vorsatz irrelevanten Verbotsirrtum darstelle.⁸⁰ Gegen die Begründung, die Pflichtwidrigkeit sei kein normatives Tatbestandsmerkmal, sondern ein gesamtatbewertendes Merkmal, bestehen jedoch Bedenken, da die Tathandlung in einer Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht, also gerade in der Pflichtwidrigkeit des Verhaltens besteht. Der Täter muss diese deshalb wenigstens laienhaft („Parallelwertung in der Laiensphäre“) erfasst haben. Bei den Risikogeschäften, die der Treubruchsalternative unterfallen, wird dies allerdings in der Regel der Fall sein. In den Sanktions- und Bestechungsfällen liegt dies auf der Hand, weil der Vermögensverwalter die Gesetzwidrigkeit kennen und es jedenfalls für möglich halten wird, dass der Vermögensinhaber solche Verstöße nicht billigt. Bei Treupflichtverletzungen durch Beeinträchti-

gung des Stammkapitals der GmbH bzw. der Liquidität oder Existenz der Gesellschaft durch das Risikogeschäft, muss der Geschäftsführer diesen Umstand erkennen. Die Pflichtwidrigkeit seines Verhaltens wird ihm dann regelmäßig bewusst sein.

c) Der Schädigungsvorsatz bei Vorleistungsgeschäften erfordert, dass der Täter die Möglichkeit der Minderwertigkeit des Gegenanspruchs in Betracht zieht. Die Fehlvorstellung, der Vertragspartner sei zahlungsfähig und -bereit schließt also den Untreuevorsatz aus. Gravierende Verletzungen der Informations- und Prüfungspflichten legen jedoch wiederum die Annahme nahe, dass der Täter zumindest bedingten Schädigungsvorsatz hatte.

In den Spekulationsfällen kommt Untreue – wie dargelegt – ohnehin nur in Betracht, wenn der Vermögensverwalter das Spekulationsobjekt zu einem Preis über dem Marktwert erwirbt. Dies muss dem Täter bewusst sein, um vorsätzlich zu handeln. Das gilt entsprechend bei „regulären“ Investitionsgeschäften.

In den Sanktionsfällen stellt sich die Vorsatzfrage nicht, da sie schon objektiv keine Untreue darstellen.

VII. Zusammenfassung

Risikogeschäfte sind somit nur in engen Grenzen als Untreue strafbar:

Vorleistungsgeschäfte erfüllen die Voraussetzung der Missbrauchsuntreue, wenn der Vermögensverwalter gegen den erklärten oder mutmaßlichen Willen des Vermögensinhabers handelt und der Wert des Gegenanspruchs geringer ist als der Wert des weggegebenen Vermögensbestandteils. Trotz Zustimmung des Organs liegt die Treubruchsalternative vor, wenn das Vorleistungsgeschäft das Stammkapital der GmbH beeinträchtigt bzw. deren Existenz oder Liquidität gefährdet.

Spekulations- und Investitionsgeschäfte gegen den erklärten oder mutmaßlichen Willen des Vermögensinhabers stellen zwar einen Befugnismissbrauch dar, ein Schaden liegt aber nur vor, wenn der Vermögensverwalter das Spekulationsobjekt zu einem Preis über dem Marktpreis erwirbt bzw. die Investition ihren Preis nicht wert ist. Die Zahlung eines Bestechungsgeldes erfüllt in aller Regel die Voraussetzungen des Treubruchstatbestandes. § 266 StGB scheidet nur aus, wenn der Vermögensinhaber bzw. das zuständige Organ zugestimmt hat.

In den Sanktionsfällen verletzt der Vermögensverwalter zwar seine Vermögensbetreuungspflicht, wenn er ohne Zustimmung des Vermögensinhabers bzw. des zuständigen Organs handelt. Die Untreuestrafbarkeit scheidet aber, weil die Gefahr der späteren Verhängung der finanziellen Sanktion keine schadensgleiche Vermögensgefährdung darstellt.

⁷⁵ BGH NJW 1975, 1234 (1236); *Tröndle/Fischer* (Fn. 18), § 266 Rn. 77.

⁷⁶ BGH NJW 1991, 990 (991).

⁷⁷ Vgl. *Kühne*, StV 2002, 198.

⁷⁸ BGHSt 47, 148 (157).

⁷⁹ BGHSt 34, 379 (390); BGH NJW 1991, 990 (991); NStZ 1986, 455 (456); *Lackner/Kühl* (Fn. 15), § 266 Rn. 19.

⁸⁰ *Schünemann* (Fn. 9), § 266 Rn. 153 ff.; ihm zustimmend *Tröndle/Fischer* (Fn. 18), § 266 Rn. 77.