



Jong-Jin Cha (Autor)

Die Restriktion des Untreuetatbestandes im deutschen Strafrecht

mit Blick auf den Untreuetatbestand im koreanischen Strafrecht



Internationale
Göttinger Reihe

RECHTSWISSENSCHAFTEN

Jong-Jin Cha

**Die Restriktion des Untreuetatbestandes
im deutschen Strafrecht**

mit Blick auf den Untreuetatbestand
im koreanischen Strafrecht

Band 79



Cuvillier Verlag Göttingen
Internationaler wissenschaftlicher Fachverlag

<https://cuvillier.de/de/shop/publications/7632>

Copyright:

Cuvillier Verlag, Inhaberin Annette Jentsch-Cuvillier, Nonnenstieg 8, 37075 Göttingen, Germany

Telefon: +49 (0)551 54724-0, E-Mail: info@cuvillier.de, Website: <https://cuvillier.de>



1. Kapitel:

Schwierigkeiten des Untreuetatbestandes und Versuch einer Restriktion

A. Einleitung

Wer sich an eine Untersuchung der Untreuedogmatik macht, wird unschwer feststellen, dass die Literatur zum objektiven Tatbestand des § 266 StGB recht umfangreich ist. Obwohl die meisten Publikationen die Unbestimmtheit des § 266 StGB kritisieren, eine grenzlose Ausdehnung des Untreuetatbestands fürchten und ihn entsprechend restriktiv auszulegen versuchen, bleibt der Untreuetatbestand wie hinter einem Schleier verborgen. Das Ziel der Auseinandersetzung hinsichtlich der Untreuedogmatik besteht daher darin, eine sowohl dogmatisch konsistente als auch kriminalpolitisch angemessene Judikatur zu entwickeln. Die Diskussion, die auf diesem Weg geführt wird, ist jedoch noch sehr breit. Im vorliegenden ersten Kapitel dieser Untersuchung werden einige Positionen zu dieser Unüberschaubarkeit der Restriktionsversuche im objektiven Bereich dargestellt. Damit wird die Notwendigkeit angedeutet, das Feld der Auseinandersetzung bei diesem Thema zu verlagern.

B. Bestimmung des Täterkreises anhand der Vermögensbetreuungspflicht

I. Missbrauchstatbestand

1. Entstehungsgründe der Verfügungs- und Verpflichtungsbefugnis

Die Untreue ist ein Sonderdelikt, das nur ein qualifizierter Täter, nicht jede Person täterschaftlich begehen kann. Beim Untreuetatbestand muss der Täter eine Sonderstellung in Bezug auf das fremde Vermögen haben. Dabei ist es gleichgültig, ob der Missbrauchs- oder der Treubruchtatbestand vorliegt. Nach dem Gesetzeswortlaut des § 266 Abs. 1 StGB setzt diese Sonderstellung beim Missbrauchstatbestand die durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis voraus, über fremdes Vermögen zu verfügen (Verfügungsbefugnis) oder einen



anderen zu verpflichten (Verpflichtungsbefugnis). Als Paradebeispiele der vom Gesetz eingeräumten Befugnis kommen z. B. die Eltern gegenüber ihren Kindern (§ 1626 BGB), Testamentsvollstrecker (§ 2205 BGB), Vormunde (§ 1793 BGB), Betreuer (§ 1896 BGB), Handlungsbevollmächtigte (§ 54 HGB), Insolvenzverwalter (§ 80 InsO) oder Gerichtsvollzieher (§§ 753, 814 ff. ZPO) in Betracht. In behördlichem Auftrag handeln beispielsweise staatlich bestellte Treuhänder, Liquidatoren oder Inkassobeamte etc. Befugnisse kraft Rechtsgeschäfts werden hingegen beispielsweise im Rahmen der Verfügungsermächtigung (§ 185 BGB), der Vertretungsmacht von Bevollmächtigten (§ 164 BGB), der Prokura (§§ 48–53 HGB) oder der Organe von Gesellschaften etc. ausgeübt.

2. Erfordernis der Vermögensbetreuungspflicht auch im Missbrauchstatbestand

a) Meinungsstand

Hinsichtlich der Bestimmung des Täterkreises ist es besonders umstritten, ob der Missbrauchstatbestand eine Vermögensbetreuungspflicht erfordert, wie sie der Treubruchtatbestand voraussetzt. Auf dem Weg der Auseinandersetzungen hat die „Scheckkarten-Entscheidung“ des BGH im Jahr 1972¹⁰ einen wichtigen Wendepunkt markiert. In dieser Entscheidung hat der BGH die Untreuestrafbarkeit eines Scheckkarteninhabers, der mit einem durch eine Scheckkarte garantierten, aber ungedeckten Scheck seine Sparkasse belastet hatte, mit der Begründung verneint, dass für beide Alternativen eine Vermögensfürsorgepflicht, welche die Betreuung fremder Vermögensinteressen von einiger Bedeutung beinhaltet, vorauszusetzen ist. Daran fehle es aber im Verhältnis eines Scheckkarteninhabers zu seiner Sparkasse oder seiner Bank grundsätzlich.¹¹ Ferner nehme zwar eine Sparkasse oder eine Bank die Vermögensinteressen ihrer Kunden wahr, aber nicht umgekehrt der Kunde Vermögensinteressen einer Sparkasse oder einer Bank.¹²

Dieser „Scheckkarten-Entscheidung“ folgt die sog. monistische Lehre, die heute der herrschenden Auffassung in Rechtsprechung¹³ und Schrifttum¹⁴ entspricht. Ihr zufolge sei die Vermögens-

¹⁰ BGHSt 24, 386 ff.

¹¹ Vgl. BGHSt 24, 386, 387.

¹² Vgl. BGHSt 24, 386, 387.

¹³ BGHSt 24, 386; 33, 244, 250; BGH wistra 1991, 305, 307.

¹⁴ MK-Dierlamm, §266 Rn.21; NK-Kindhäuser, §266 Rn.26; Lackner/Kühl, StGB, §266 Rn. 4; Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf Strafrecht BT, §22 Rn.68;

Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht BT 1, § 45 II Rn. 18; Rengier, Strafrecht BT I, § 18



betreuungspflicht nicht nur für den Treubruch-, sondern auch für den Missbrauchstatbestand erforderlich. Hierbei wird grundsätzlich davon ausgegangen, dass die beiden Alternativen einen einheitlichen Unrechtskern bergen, der an der Formulierung „dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat“ zu erkennen ist. Da sich diese Aussage nicht allein auf den Treubruchtatbestand, sondern auch den Missbrauchstatbestand bezieht, folgt das Ergebnis zwingend aus der richtigen Gesetzesanwendung.¹⁵ In diesem Sinne erscheint es konsequent, den Missbrauchstatbestand als einen speziell geregelten Unterfall des Treubruchtatbestands aufzufassen.¹⁶ Nach dieser Ansicht dient ferner die Vermögensbetreuungspflicht, die mit gleichem Inhalt für beide Alternativen gilt, der Einschränkung des Täterkreises nicht nur beim Treubruchtatbestand, sondern in gleicher Weise und mit gleicher Intensität auch beim Missbrauchstatbestand.¹⁷

Davon abweichende Meinungen werden mit verschiedenen Akzenten vertreten. Einige Autoren sind der Meinung, dass die beiden Alternativen voneinander unabhängig seien und die Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des Treubruchtatbestands keineswegs für den Missbrauchstatbestand gefordert werde.¹⁸ Andere Auffassungen konzedieren zwar, dass der oben genannte Relativsatz für beide Alternativen von Bedeutung sei, legen aber den Inhalt der Vermögensbetreuungspflicht für beide unterschiedlich aus. Demnach soll die Sonderstellung beim Missbrauchstatbestand immer schon dann vorliegen, wenn dem Täter die Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis im Interesse des Vermögensinhabers, d. h. zu einem fremdnützigem Handeln, übertragen¹⁹ oder eine im Außenverhältnis wirksame Befugnis zur Verfügung oder Verpflichtung eingeräumt worden ist.²⁰

Rn. 14; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, § 20 Rn. 749 f.; *Fabricius*, NStZ 1993, 414, 415; *Kohlmann*, JA 1980, 228, 229; *Schreiber/Beulke*, JuS 1977, 656, 657; *Vormbaum*, JuS 1981, 19, 20.

¹⁵ LK-*Hübner*, 10. Aufl., § 266 Rn. 5.

¹⁶ So MK-*Dierlamm*, § 266 Rn. 16.

¹⁷ MK-*Dierlamm*, § 266 Rn. 16; *Eisele*, Strafrecht BT II Rn. 878; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, § 20 Rn. 750; SK-*Samson/Günter*, § 266 Rn. 4f.

¹⁸ *Arzt*, Bruns-FS, S. 382; *Kargl*, ZStW 113(2001), 565, 589.

¹⁹ *Schönke/Schröder-Perron*, StGB, § 266 Rn. 2; *Mitsch*, Strafrecht BT 2, S. 363f.; *Schlüchter*, JuS 1984, 675; *Seelmann*, JuS 1982, 914, 917.

²⁰ *Labsch*, Jura 1987, 343, 345 ff.; auch *Otto*, Strafrecht BT, § 54 Rn. 11.



Darüber hinaus wird im Hinblick auf die Einschränkung des Täterkreises die Meinung vertreten, dass der relativ präzise formulierte Missbrauchstatbestand einer solchen Restriktion gar nicht bedürfe.²¹ Stattdessen kritisiert sie in Bezug auf die herrschende Meinung, dass die Unwägbarkeiten der am Einzelfall orientierten Kategorie „Betreuungspflicht“ den einzigen rechtsstaatlich gefestigten Bereich des § 266 StGB, nämlich das auf einen bestimmbareren Täterkreis eingegrenzte Missbrauchsverhalten, in den Hintergrund drängen würde.²² Kritisiert wird zudem, dass durch die „Scheckkarten-Entscheidung“ des BGH eine gravierende Strafbarkeitslücke bewirkt werde und infolgedessen eine Neuregelung des § 266b durch den Gesetzgeber überfällig sei, um diese Strafbarkeitslücke zu schließen.²³

b) Stellungnahme

Den beiden Tatbestandsalternativen liegen drei Entstehungsgründe als Quelle der untretespezifischen Pflichtenstellung zugrunde: Gesetz, behördlicher Auftrag und Rechtsgeschäft. Im Schrifttum wird die Meinung überwiegend vertreten, dass diese drei gemeinsamen Wurzeln ohne Bedeutungsunterschied gleichermaßen für die beiden Tatbestandsalternativen gelten.²⁴ Neben den gemeinsamen Entstehungsgründen kann sich die untretespezifische Pflichtenstellung beim Treubruchtatbestand auch aus einem Treueverhältnis ergeben. Da das tatsächliche Treueverhältnis nicht der Oberbegriff der Pflichtenbegründung ist²⁵, sondern beide nebeneinander stehen, scheint im Hinblick auf die Täterqualifizierung die Auffassung, der Missbrauchstatbestand sei präziser formuliert, nur insoweit gerechtfertigt, als die Pflichtenstellung aus dem Treueverhältnis in Frage gestellt wird. Bei der Überprüfung der Untretestrafbarkeit wird empfohlen, zunächst den relativ präzise formulierten Missbrauchstatbestand zu untersuchen,²⁶ da der Treubruchtatbe-

²¹ Vgl. *Labsch*, Jura 1987, 343, 345 ff.; *Mitsch*, Strafrecht BT 2, S. 363f.; *Otto*, Strafrecht BT, § 54 Rn. 11.

²² Vgl. *Kargl* ZStW 113(2001), 565, 589.

²³ Vgl. *Labsch*, Jura 1987, 343, 345; auch *Otto*, Strafrecht BT, § 54 Rn. 11.

²⁴ *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht BT, § 22 Rn. 48; *MK-Dierlamm*, § 266 Rn. 143; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht BT 1, § 45II Rn. 24; *LK-Schünemann*, 12. Aufl., § 266 Rn. 60.

²⁵ So *Ransiek*, ZStW 116(2004), 634, 641.

²⁶ So *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht BT, §22 Rn.80; *Kindhäuser*, Strafrecht BTII Rn.27; *Krey/Hellmann*, Strafrecht BT, § 17 Rn. 564; *Labsch*, Jura 1987, 343, 346; *Mitsch*, Strafrecht BT 2, S. 371.



stand bei einem fehlgeschlagenen rechtsgeschäftlichen Handeln des Täters als sog. Auffangnorm fungiere.²⁷ In der Tat kann der Treuebruchtatbestand Anwendung finden, wenn der Täter, der eine Vertretungsbefugnis über das Vermögen eines anderen hat, lediglich durch ein tatsächliches Einwirken auf fremdes Vermögen oder ein Unterlassen einen Vermögensnachteil hervorruft. Aber es ist sorgfältig zu prüfen, ob die präzisere Bestimmtheit des Missbrauchstatbestands wirklich auf einem exakt abgegrenzten Täterkreis beruht. Nur wenn das der Fall ist, kann die Meinung, der relativ präzise formulierte Missbrauchstatbestand bedürfe einer Restriktion durch die Vermögensbetreuungspflicht gar nicht, gerechtfertigt werden. Dabei müssen Tatsubjekt einerseits und Tathandlung andererseits als voneinander selbstständige Merkmale gesondert geprüft werden.

Somit ist zu beachten, dass die untreuespezifische Pflichtenstellung sich nicht auf die Frage bezieht, ob das durch den Täter vorgenommene Rechtsgeschäft nichtig war oder wie der Täter sich bei Pflichtverletzungen verhält. Die Frage, ob der Täter eine untreuerelevante Sonderstellung hat, muss vor der Bewertung der Pflichtwidrigkeit aufgeklärt werden. Es scheint daher widersprüchlich, in Fällen, in denen der Missbrauchstatbestand wegen eines fehlgeschlagenen rechtsgeschäftlichen Handelns des Täters verneint wird, zur Anwendung des Treuebruchtatbestands erneut die Vermögensbetreuungspflicht zu überprüfen. Bereits in vielen Fällen, in denen der Täter eine Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis innehat, bereitet die Täterqualifizierung Schwierigkeiten, etwa bei den Tätigkeiten von Bankkassierern,²⁸ den Verwaltern von Fahrkartenschaltern der Eisenbahn²⁹ oder zuletzt den Vermietern.³⁰ Da letztendlich nur eine Pflichtverletzung desjenigen von Bedeutung ist, der eine Sonderstellung über fremdes Vermögen im Sinne des § 266 StGB innehat, ist die Frage entscheidend, ob die aus der Rechtsbeziehung zwischen dem Täter und dem Vermögensinhaber resultierende Stellung des Täters zum fremden Vermögen untreuespezifisch ist.

Maßgebend für die Bestimmung der Vermögensbetreuungspflicht sind Inhalt und Umfang der sog. Treuabrede, wie sie sich aus dem zugrundeliegenden rechtlichen Verhältnis, den getroffenen Vereinbarungen und deren Auslegung ergibt.³¹ Daher kann auch die Vermögensbetreuungspflicht nur durch die Auslegung des zugrundeliegenden Treueverhältnisses ermittelt werden, und

²⁷ Vgl. *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht BT, § 22 Rn. 80; auch *Mitsch*, Strafrecht BT 2, S. 371.

²⁸ BGH wistra 1989, 60 ff.

²⁹ BGHSt 13, 315 ff.

³⁰ BGHSt 41, 224 ff.

³¹ BGHSt 1, 186, 189 f.; 47, 295, 297; *Rengier*, Strafrecht BT I, § 18 Rn. 16.



zwar sowohl beim Missbrauchs- als auch beim Treubruchtatbestand. Diese Frage ist häufig in denjenigen Fällen von Bedeutung, in denen die Befugnis nicht durch „Gesetz oder behördlichen Auftrag“, sondern durch „Rechtsgeschäft“, insbesondere in Austauschverhältnissen, erteilt wird. In diesen Fällen ist zwar der Wille der Beteiligten nicht an einem Geschäftsbesorgungsverhältnis ausgerichtet, aber dem Täter kann eine rechtliche Befugnis oder eine tatsächliche Zugriffsmöglichkeit auf fremdes Vermögen gegeben werden. Dabei kann die Vermögensbetreuungspflicht als ein Kriterium zur restriktiven Auslegung eine wichtige Rolle spielen. Der BGH hat bekanntlich schon in der „Scheckkarten-Entscheidung“, in der der Täter eine rechtliche Verpflichtungsbefugnis hatte und durch Rechtsgeschäfte die Befugnis missbrauchte, mangels der Sonderstellung die Untreue eines Scheckkarteninhabers verneint.³² Auch in der „Tankkarten-Entscheidung“, in der es um die missbräuchliche Verwendung einer sog. Tankkarte ging, die der Arbeitgeber einem angestellten Kraftfahrer zur Betankung der Arbeitsfahrzeuge überlassen hat, wurde die Untreuestrafbarkeit mit der Begründung verneint, dass es nicht ersichtlich sei, dass die Angeklagten im Rahmen eingeräumter Entscheidungsspielräume selbständig und eigenverantwortlich über wesentliche Einzeldispositionen im Sinne eines „auch anders handeln dürfen“ entscheiden könnte.³³

Daraus resultiert, dass die Kriterien zur restriktiven Auslegung der Vermögensbetreuungspflicht auch beim Missbrauchstatbestand eine entscheidende Rolle spielen können und müssen. Wenn das zugrundeliegende rechtliche Verhältnis nicht untreuetyisch ist und damit Inhalt und Umfang der Treueabrede nicht genau eruiert werden können, lässt sich stets die Frage nach dem Täterkreis des § 266 StGB stellen. Dabei kann der Maßstab „Vermögensbetreuungspflicht“ zur restriktiven Auslegung des Täterkreises sowohl beim Missbrauchs-, als auch beim Treubruchtatbestand hilfreich sein.

II. Treubruchtatbestand

1. Allgemeines

Der Treubruchtatbestand wird dadurch erfüllt, dass der Täter die ihm kraft Gesetzes, behördlichen Auftrages oder Rechtsgeschäftes, aber auch kraft eines Treueverhältnisses obliegende

³² BGHSt 24, 386, 387.

³³ Vgl. OLG Celle NStZ 2011, 218, 219.



Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat, einen Nachteil zufügt. Anders als beim Missbrauchstatbestand kann die untreuerelevante Sonderstellung des Täters somit auch auf einem Treueverhältnis beruhen. Gemeint sind sicherlich nicht ethisch-moralische Verpflichtungen aus Verwandtschaft oder Freundschaft, auch nicht Schadensabwendungspflichten aufgrund von Ingerenz.³⁴ Diese Pflichtentstehungsgründe reichen unter Berücksichtigung der Sonderstellung über fremdes Vermögen für die Qualifizierung des Untreuetäters nicht aus. Vielmehr muss die Vermögensbetreuungspflicht aus Treueverhältnissen als eine Sonderstellung über fremdes Vermögen qualifiziert werden. Es geht bei der Vermögensbetreuungspflicht infolge von Treueverhältnissen somit nicht um eine Erweiterung der inhaltlichen Kriterien, sondern um deren konsequente Anwendung auf strafrechtlich begründete Pflichtenstellungen.³⁵

Dabei ist zuerst an diejenige Fallgruppe zu denken, in der durch das Rechtsverhältnis eine Fürsorgepflicht bestanden hat, die aber erloschen ist. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn ein Vormund nach Beendigung der Vormundschaft Mündelgelder für sich verwendet.³⁶ In derartigen Fällen bedarf es jedoch im Übrigen gar nicht des Rückgriffs auf das tatsächliche Treueverhältnis, weil eine sinnvolle Auslegung des ursprünglich bestehenden Rechtsverhältnisses zu dem Ergebnis führt, dass die Verantwortlichen auch noch im Abwicklungsstadium an rechtliche Pflichten gebunden sind.³⁷ In einer weiteren Fallgruppe kann auch ein beabsichtigtes, aber fehlgeschlagenes Rechtsverhältnis eine Vermögensbetreuungspflicht nur dann begründen, wenn aufgrund des tatsächlichen oder mutmaßlichen Willens der Beteiligten und der tatsächlichen Pflichtenübernahme ein faktisches, fremdnütziges Herrschaftsverhältnis über fremdes Vermögen entstanden ist.³⁸ Schließlich kann bei dem sog. faktischen Organ eine Vermögensbetreuungs-

³⁴ Schönke/Schröder-Perron, StGB § 266 Rn. 30.

³⁵ Fischer, StGB, § 266 Rn. 40.

³⁶ RGSt 45, 434 ff.; auch BGHSt 8, 149 ff.; OLG Stuttgart, JZ 1973, 739 ff.; BGH NSTz 1997, 124 ff.

³⁷ Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht BT, § 22 Rn. 52; Eisele, Strafrecht BT II Rn. 886; zuletzt in Rechtsprechung siehe BGH wistra 2011, 397.

³⁸ Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht BT, § 22 Rn. 54; Fischer, StGB § 266 Rn. 42; Schönke/Schröder-Perron, StGB, § 266 Rn. 30.



pflicht auch nur dann begründet werden, wenn die faktische Organtätigkeit von den Gesellschaftern oder dem maßgebenden Gesellschaftsgremium geduldet wird.³⁹

Es ist jedoch zu beachten, dass die angesprochene Unsicherheit der Täterqualifizierung beim Untreuetatbestand nicht nur im Hinblick auf die Pflichtstellungsgründe aus dem tatsächlichen Treueverhältnis besteht. Dies stellt nur die Spitze des Eisbergs dar. Das Problem ist vielmehr im gesamten Bereich des Untreuetatbestands verbreitet. Angesichts der Schwierigkeiten bei der Bestimmung des Täterkreises besteht die berechtigte Sorge, dass die Formulierung des Untreuetatbestandsmerkmals zu weit oder sogar bis ins Uferlose ausgelegt und dadurch möglicherweise jede Vertragsverletzung pönalisiert wird. Einige Strafrechtswissenschaftler vertreten sogar die Auffassung, dass der Tatbestand der Untreue, insbesondere der Treubruchtatbestand, mit dem Bestimmtheitsgebot nach Art. 103 Abs. 2 GG unvereinbar sei.⁴⁰

Um den Verdacht einer mangelnden Verfassungsmäßigkeit und die Unsicherheit bei der Rechtsanwendung zu beseitigen, versuchen Rechtsprechung und Lehre seit Langem, diesen Tatbestand restriktiv auszulegen und ihm dadurch eine einigermaßen klar umrissene Kontur zu verleihen. Bereits das Reichsgericht hat in Bezug auf die Vermögensbetreuungspflicht leitende Kriterien vorgeschlagen. So hat es verkündet, dass

„an Pflichten oder Pflichtenkreise gedacht ist, die sich ihrer Dauer nach über eine gewisse Zeit oder ihrem Umfang nach über bloße Einzelfälle hinaus erstrecken, so dass der Verpflichtete für ihre Erfüllung einen gewissen Spielraum, eine gewisse Bewegungsfreiheit oder Selbständigkeit hat.“⁴¹

Die Kriterien des ehemaligen Reichsgerichts sind mittlerweile in der Rechtsprechung des BGH einzelfallbezogen fortentwickelt⁴² und auch in der Literatur mit unterschiedlichen Akzentuierungen für die Restriktion der Vermögensbetreuungspflicht einbezogen worden.⁴³

³⁹ *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht BT, §22 Rn.54; auch *Schönke/Schröder-Perron*, StGB, § 266 Rn. 20.

⁴⁰ Vgl. *Kargl*, ZStW 113 (2001), 565, 589; auch *MK-Dierlamm*, § 266 Rn. 3; *Ignor/Sättele*, Hamm-FS, S. 211 ff.; dagegen ausdrücklich *BVerfGE* 126, 170, 208 ff.; auch *Ransiek*, ZStW 116(2004), 634, 640 ff.

⁴¹ *RGSt* 69, 58, 61f.

⁴² *BGHSt* 1, 186, 188; 4, 170, 172; 13, 315, 317; 22, 190, 191; 33, 244, 250.

⁴³ Statt Vieler *MK-Dierlamm*, § 266 Rn. 30ff.; *LK-Schünemann*, 12. Aufl., §266 Rn. 75ff.



2. Fremdnützigkeit der Vermögenssorge als Hauptpflicht

Bekanntlich ist fremdes Vermögen das Angriffsobjekt der beiden Tatbestandsalternativen.⁴⁴ Es kann auch nicht bestritten werden, dass der wesentliche Inhalt sowohl der Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis bei der ersten Alternative als auch der Vermögensbetreuungspflicht bei der zweiten Alternative die Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen sein muss. Es versteht sich von selbst, dass die Eltern Sorge für das Vermögen ihrer Kinder tragen (§ 1626 I 2 BGB), der Vormund die Pflicht hat, für das Vermögen des Mündels zu sorgen (§ 1793 BGB), und der Insolvenzverwalter sich nach dem Grundsatz der „par conditio creditorum“, also der gleichmäßigen und bestmöglichen Gläubigerbefriedigung (§ 80 InsO), verhalten soll. Das Wesen der Vermögensbetreuungspflicht lässt sich auch anhand des Geschäftsbesorgungsvertrags verdeutlichen, der durch das Rechtsgeschäft begründet worden ist.⁴⁵ Nach Auffassung des BGH ist unter dem Geschäftsbesorgungsvertrag die selbstständige Tätigkeit wirtschaftlicher Art zu verstehen, für die ursprünglich der Geschäftsherr selbst zu sorgen hatte, die ihm aber von einem anderen (dem Geschäftsführer) abgenommen wurde.⁴⁶ Das Merkmal der Geschäftsbesorgung für einen anderen ist dagegen nicht erfüllt, wenn der Aufgabenkreis des Geschäftsherrn mithilfe des Vertragspartners überhaupt erst geschaffen werden soll.⁴⁷ Kennzeichnend ist somit die Fremdnützigkeit. Dafür genügt allerdings weder die Pflicht als solche, einen Vertrag zu erfüllen, noch die einem Vertrag innewohnende allgemeine Pflicht, auf die Interessen des Partners gebührende Rücksicht zu nehmen (vgl. § 242 BGB).⁴⁸

Darüber hinaus muss diese fremdnützige Vermögensbetreuungspflicht auch als eine Hauptpflicht im Innenverhältnis zwischen Täter und Vermögensinhaber bestehen. Der Rechtsprechung nach erfordert der Treubruchtatbestand, dass die Pflicht zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen mithin „typischer“ und „hauptsächlicher“ Inhalt des den Täter mit dem Vermögensinhaber verbindenden Verhältnisses sein muss.⁴⁹ Demnach genießen nur solche Rechtsbeziehungen den

⁴⁴ NK-Kindhäuser, § 266 Rn. 43; Lackner/Kühl, StGB, § 266 Rn. 3; Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht BT 1, § 45 II Rn. 1.

⁴⁵ Zu dem Charakter der Vermögensbetreuungspflicht als Geschäftsbesorgung Eisele, Strafrecht BT II Rn. 889; Haas, Die Untreue, S. 39; Krey/Hellmann/Heinrich, Strafrecht BT, § 17 Rn. 798; Otto, Strafrecht BT, § 54 Rn. 20.

⁴⁶ BGHZ 45, 225, 229.

⁴⁷ BGHZ 45, 225, 229.

⁴⁸ BGHSt 1, 186, 188; 22, 190, 191; 33, 244, 250; OLG Celle NStZ 2011, 218.

⁴⁹ LG Mainz NJW 2001, 906.



Schutz des § 266, bei denen die Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen den Hauptgegenstand bildet.⁵⁰

Im Hinblick auf die genannten Kriterien sind zunächst die eigennützigen Rechtsverhältnisse, insbesondere schuldrechtliche Austauschverhältnisse wie Kauf,⁵¹ Reise-,⁵² Arbeits-⁵³ und Darlehensverträge, aus dem Anwendungsbereich auszuklammern.⁵⁴ In diesen Austauschverhältnissen erhält zwar jeder Beteiligte gewisse Möglichkeiten, auf fremdes Vermögen zuzugreifen, was den Anschein erweckt, als könnte der Täter eine Vermögensbetreuungspflicht haben. Aber die damit verbundenen Pflichten sind nicht hauptsächlich und fremdnützig, sondern eigennützig bzw. nur beiläufig oder reflektorisch. Vielmehr kommt es jedem Beteiligten in erster Linie darauf an, das eigene Vermögen zu erhalten oder zu mehren. Die das Vermögen des anderen Teils berührende eigene Leistung wird nur deshalb erbracht, um die Gegenleistung des anderen zu erhalten.⁵⁵ Nur mit der strikten Anforderung der Fremdnützigkeit der Vermögenssorge als Hauptpflicht lässt es sich vermeiden, die Nichterfüllung oder Verletzung von Leistungs- oder allgemeinen, auf Treu und Glauben beruhenden Schuldnerpflichten schlechthin als Untreue mit Strafe zu bedrohen.⁵⁶

3. Selbstständigkeit mit Handlungs- bzw. Entscheidungsspielraum

Ein wichtiges Kriterium für die Begründung der Vermögensbetreuungspflicht ist der Grad der Selbstständigkeit bei der Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen. Nach der Auffassung des ehemaligen Reichsgerichts müsste der Verpflichtete für ihre Erfüllung einen gewissen Spielraum, eine gewisse Bewegungsfreiheit oder Selbstständigkeit haben.⁵⁷ Demnach wird in der Regel eine rein „mechanische“ Tätigkeit wie bloße Botentätigkeit als solche oder die Erledigung untergeordneter Einzelaufträge nicht dazugezählt.⁵⁸ Auf der gleichen Linie hat der BGH zu einem Fall, bei dem eine Behördenschreibkraft von Antragstellern Geld für die Beschaffung von

⁵⁰ BGHSt 1, 186, 188 f.; 22, 190, 191; 33, 244, 250; *Rengier*, Strafrecht BT I, § 18 Rn. 16.

⁵¹ BGHSt 9, 84, 87; 22, 190, 191.

⁵² BGHSt 28, 20, 23 ff.

⁵³ BGHSt 3, 289, 294; 4, 170, 172; 5, 187, 188 f.; 6, 314, 318.

⁵⁴ BGH GA 1977, 18, 19; zu weiteren Beispielen aus den Rechtsprechungen siehe MK-*Dierlamm* § 266 Rn. 56 ff.

⁵⁵ *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht BT, § 22 Rn. 58.

⁵⁶ BGHSt 28, 20, 23.

⁵⁷ RGSt 69, 58, 60.

⁵⁸ RGSt 69, 58, 62.



Stempelmarken entgegennahm, ausgeführt. So zeige schon die Ausdrucksweise des Gesetzes im § 266 StGB, dass es sich bei der Untreue nur um die Verletzung eines solchen Treueverhältnisses handeln kann, das den Täter gerade zur Betreuung von Vermögensinteressen des Treugebers verpflichte, wobei es sich stets um Beziehungen von einigem Gewicht und um Pflichten oder Pflichtenkreise von gewisser Bedeutung handeln muss, die dem Verpflichteten außerdem einen gewissen Spielraum, eine gewisse Bewegungsfreiheit oder Selbstständigkeit gerade bei der Betreuung dieses Vermögensinteresses lasse.⁵⁹

Im Schrifttum besteht zwar Einigkeit darüber, dass die Selbstständigkeit eine notwendige Voraussetzung der untreuespezifischen Vermögensbetreuungspflicht ist.⁶⁰ Ihre Konkretisierung ist jedoch noch umstritten. Die herrschende Meinung stellt bei der Feststellung der Selbstständigkeit auf die Wahlfreiheit zwischen verschiedenen Handlungsalternativen ab. Dabei geht es um die Frage, ob und gegebenenfalls welche Handlungsalternativen dem Betreuer jeweils erlaubt sind.⁶¹ Dagegen wird eingewandt, dass die Abgrenzung nicht danach zu erfolgen hätte, was der Täter darf, sondern danach, was er kann.⁶² Hierbei ist somit die Abwesenheit von Kontrolle entscheidend, wobei unter Kontrolle nicht die Frage einer nachträglichen Überprüfung, sondern die gleichzeitige Steuerung und Überwachung zu verstehen ist.⁶³

4. Dauer und Umfang der Aufgabe

Dauer und Umfang der Tätigkeit des Täters nehmen als Indizien für die Vermögensbetreuungspflicht in der Rechtsprechung nur eine geringe Bedeutung ein.⁶⁴ Aber weder der Umfang des von der Handlung betroffenen Vermögens noch die Dauer der Tätigkeit sind Umstände, die für sich allein bereits die Qualifikation für eine Vermögensbetreuungspflicht begründen können.⁶⁵ Diese

⁵⁹ Vgl. BGHSt 3, 289, 293 f. unter Berufung auf RGSt 69, 58; 69, 279; auch BGHSt 4, 170, 172; 13, 315, 317; BGH NSTz 1983, 455; BGH NJW 1991, 2574.

⁶⁰ Fischer, StGB, § 266 Rn. 37; NK-Kindhäuser, § 266 Rn. 47ff.; SK-Samson/Günter, § 266 Rn. 28; Schönke/Schröder-Perron, StGB, § 266 Rn. 23b; Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht BT, § 22 Rn. 63; Eisele, Strafrecht BT II Rn. 846ff.; Otto, Strafrecht BT, § 54 Rn. 21f.

⁶¹ So LK-Hübner, 10. Aufl., § 266 Rn. 5; auch MK-Dierlamm, § 266 Rn. 50; NK-Kindhäuser, § 266 Rn. 50; Otto, Strafrecht BT, § 54 Rn. 22; Kretschmer, JR 2008, 348, 350.

⁶² LK-Schünemann, 12. Aufl., § 266 Rn. 86.

⁶³ LK-Schünemann, 12. Aufl., § 266 Rn. 86.

⁶⁴ BGHSt 13, 315, 317; BGH wistra 1992, 66.

⁶⁵ Mitsch, Strafrecht BT2, S. 376f.; Schönke/Schröder-Perron, StGB, § 266 Rn. 23b; SK-Samson/Günter, § 266 Rn. 31; Kindhäuser, FS-Lampe, S. 716.



Kriterien können allenfalls als ein schwaches Indiz fungieren.⁶⁶ In der Rechtsprechung sind sie kaum als hauptsächlicher Grund für die Bejahung oder Verneinung der Vermögensbetreuungspflicht beurteilt worden.

5. Kritische Würdigung

Es ist zweifelhaft, ob ein restriktiver Ansatz unter der Anwendung der in der Rechtsprechung und der Literatur überwiegend anerkannten Kriterien effektiv und konsistent funktioniert. Hinsichtlich der Fremdnützigkeit der Vermögensfürsorge als Hauptpflicht ist insbesondere auch der Fall einer Mietkaution zu bedenken, bei dem der Vermieter die Kaution nicht gemäß der gesetzlichen Verpflichtung nach § 550b Abs. 2 BGB a. F. getrennt von seinem Vermögen und zum üblichen Zinssatz anlegt.⁶⁷ Dabei geht es um die Frage, ob die in § 550 b Abs. 2 Satz 1 BGB a. F. konstituierte Anlegungspflicht oder eine gleichartige vertragliche Vereinbarung eine Pflicht im Sinne des § 266 I Alt. 2 StGB, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, darstellt. Im Schrifttum ist die untreuespezifische Sonderstellung des Vermieters gegenüber dem Mieter umstritten.⁶⁸ Diese Frage wird zwar auch in der Rechtsprechung unterschiedlich beurteilt,⁶⁹ aber vor kurzem hat der BGH in einer Entscheidung die Vermögensbetreuungspflicht bejaht⁷⁰ und dies in einer weiteren Entscheidung fortgesetzt.⁷¹

In den letzten zwei Entscheidungen wurde die Anlagepflicht aus § 550b Abs. 2 Satz 1 BGB a. F. als eine fremdnützige Pflicht zur Vermögenswahrnehmung betrachtet.⁷² Demnach stellt die in § 550b Abs. 2 Satz 1 BGB a. F. enthaltene Regelung lediglich einen Ausgleich zwischen dem

⁶⁶ *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht BT, § 22 Rn. 66; *Saliger* JA 2007, 326, 328.

⁶⁷ BGHSt 41, 224 ff.

⁶⁸ Verneinend *Bosch*, JA 2008, 658, 660; *Satzger*, Jura 1998, 570, 575; *ders.*, JA 1998, 926, 928 f.; *Saliger*, JA 2007, 326, 328; *Sowada*, JR 1997, 28, 31 f.; dagegen bejahend *Fischer*, StGB, § 266 Rn. 36; *Pauly*, ZMR 1996, 417; *Rengier*, Strafrecht BT I, § 18 Rn. 26; *LK-Schünemann*, 12. Aufl., § 266 Rn. 147. Im umgekehrten Fall hat das BayObLG die Vermögensbetreuungspflicht des Mieters gegenüber dem Vermieter bejaht (*wistra* 1997, 157 ff.); ablehnend *Satzger*, JA 1998, 926, 928 f.

⁶⁹ Bejahend AG Frankfurt/Main NJW 1988, 3029; OLG Frankfurt/Main ZMR 1990, 342; LG Achen WuM 1989, 292; LG Hamburg MDR 1990, 269; LG München I NStZ 1991, 134; verneinend OLG Düsseldorf ZMR 1989, 264; ZMR 1993, 576; LG Bonn NStZ 1993, 343.

⁷⁰ BGHSt 41, 224 ff.

⁷¹ BGHSt 52, 182 ff. (aber nur für Wohnraummiete, nicht für Gewerberaummiете)

⁷² BGHSt 41, 224 ff.; BGHSt 52, 182 ff.



Sicherungsbedürfnis des Vermieters auf der einen und dem Schutzbedürfnis des Mieters auf der anderen Seite her und sollte dabei insbesondere den Rückzahlungsanspruch des Mieters im Falle einer Zahlungsunfähigkeit des Vermieters vor dem Zugriff durch dessen Gläubiger schützen.⁷³ Aber in dieser Entscheidung hat der BGH mit der Begründung die Anlagepflicht für die Vermögensbetreuungspflicht gehalten, dass mit der Ausgestaltung der Mietkautionsüberlassung als einer neuen Rechtsfigur im Bürgerlichen Gesetzbuch der Gesetzgeber durch gesetzliche Regelung die Pflicht des Vermieters, die Kaution in bestimmter Weise anzulegen, zu einem wesentlichen und nicht nur beiläufigen Gegenstand der gegenseitigen Rechtsbeziehungen zwischen Vermieter und Mieter erhoben hätte.⁷⁴ Deshalb sei ein zivilrechtlicher Charakter der Anlagepflicht als eine Nebenpflicht des Vermieters bedeutungslos.⁷⁵ In einer weiteren Entscheidung hat der BGH diese Auffassung bestätigt. Dabei wurde betont, dass sich die Vermögensbetreuungspflicht aus den Sonderregeln für die Wohnraummiete (§ 550b Abs. 2 Satz 1 BGB a. F.) ergibt, also keine durch Rechtsgeschäft, sondern eine durch Gesetz begründete Vermögensbetreuungspflicht darstellt.⁷⁶ Somit kann die Vermögensbetreuungspflicht nicht für die Gewerberaummiete gelten, weil die gesetzlichen Regelungen über die Anlage von Mietkautionen sich allein auf Mietverhältnisse über Wohnraum beziehen.⁷⁷

Die Anlagepflicht nach § 551 Abs. 3 BGB (§ 550b Abs. 2 BGB a. F.) gilt für den Vermieter nur dann, wenn Vermieter und Mieter eine Vereinbarung über die Mietkaution getroffen haben. Die Pflicht des Vermieters ist also nur ein unselbstständiger Annex der Mietkautionsabrede.⁷⁸ In dieser Hinsicht, d. h., wenn die Anlagepflicht als solche nicht isoliert betrachtet wird, kann die Anlagepflicht des Vermieters kaum als fremdnützig qualifiziert werden.⁷⁹ Schließlich ist die Mietkautionsvereinbarung ihrem Wesen nach ein Sicherungsmittel für den Vermieter im betreffenden Mietvertrag. Unter einer Mietkaution wird eine Sicherheitsleistung des Mieters für künftige Ansprüche des Vermieters aus dem Mietverhältnis und dessen Abwicklung, aber auch aus der Nachforderung von Betriebskosten verstanden.⁸⁰ Der BGH hat diesen eigennützigen Charakter der Mietkaution in einen fremdnützigen umgestaltet.

⁷³ BGHSt 41, 224, 228.

⁷⁴ Vgl. BGHSt 41, 224, 228.

⁷⁵ Vgl. BGHSt 41, 224, 228f.

⁷⁶ BGHSt 52, 182, 184.

⁷⁷ BGHSt 52, 182, 185.

⁷⁸ Satzger, Jura 1998, 570, 573.

⁷⁹ Auch Bosch, JA 2008, 658, 659; Kretschmer, JR 2008, 348, 350; Rönnau, NStZ 2009, 632, 634; Satzger, Jura 1998, 570, 573; ders., JA 1998, 926, 928 f.; OLG Bonn NStZ 1993, 343.

⁸⁰ Palandt/Weidenkaff, BGB, vor § 535 Rn. 121.



Wie jedoch schon in der Rechtsprechung vielfach explizit erklärt wurde, muss die Pflicht zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen „typischer“ und „hauptsächlicher“ Inhalt des den Täter mit dem Vermögensinhaber verbindenden Verhältnisses sein.⁸¹ Für die Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 StGB reicht die Gleichrangigkeit zwischen eigen- und fremdnützigen Interessen im Grunde genommen nicht aus.⁸² Außerdem ist die Auffassung des BGH fragwürdig, eine rechtsgeschäftliche Mietkautionsvereinbarung der beteiligten Parteien könnte eine Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 StGB begründen, wenn sich die Vertragspartner nicht nur über die Zahlung einer Kautions an sich, sondern auch über deren besondere Anlageform geeinigt hätten.⁸³ Damit hat der BGH die Möglichkeit eröffnet, dass eine vertragliche Nebenpflicht eine Vermögensbetreuungspflicht begründen kann. Danach, sofern eine gesetzliche Bestimmung fehlt, bedarf es gerade im Rahmen von Austauschverhältnissen einer ausdrücklichen Vereinbarung, die den Vertragsschließenden insoweit zu einer besonderen Vermögensfürsorge zugunsten des anderen Vertragspartners verpflichtet. Selbst wenn die Vertragspartner ausdrücklich diese Vermögensbetreuungspflicht vertraglich vereinbaren, kann sie aus der vertraglichen Vereinbarung allein nicht abgeleitet werden.⁸⁴ Wichtig ist nicht die Frage, ob diese Pflicht im Gesetz vorgeschrieben ist oder von den beteiligten Parteien explizit vereinbart wurde, sondern ob sie anhand strafrechtlicher Kriterien als eine Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 StGB qualifiziert werden kann. Läge es in der Macht der Vertragspartner, jede noch so unbedeutende Pflicht zur Vermögensbetreuungspflicht aufzuwerten, wäre der grenzenlosen Kriminalisierung von Vertragsverstößen als Untreue Tür und Tor geöffnet.⁸⁵

Das Kriterium „Selbstständigkeit“ stellt sich in der Rechtsprechung noch unübersichtlicher dar. Das Selbstständigkeitserfordernis wird in der Judikatur oft bis hin zu schlichter Bedeutungslosigkeit verwässert,⁸⁶ was dazu führte, dass die Vermögensbetreuungspflicht trotz des fehlenden selbstständigen Entscheidungsspielraums bejaht wurde. In einer Entscheidung, in der es um die Untreue des Verwalters eines Fahrkartenschalters ging, der die Tageseinnahmen täglich an die

⁸¹ LG Mainz NJW 2001, 906.

⁸² *Saliger*, JA 2007, 326, 328.

⁸³ Vgl. BGHSt 52, 182, 187.

⁸⁴ LK-*Schünemann*, 12. Aufl., § 266 Rn. 88; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht BT 1, § 45 II Rn. 31; NK-*Kindhäuser*, § 266 Rn. 45; *Rönnau*, NStZ 2009, 632, 634.

⁸⁵ Vgl. *Rönnau*, NStZ 2009, 632, 634; auch *Satzger*, Jura 1998, 570, 573.

⁸⁶ Auch So *Schönke/Schröder-Perron*, StGB, § 266 Rn. 24; *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht BT, § 22 Rn. 64.



Sammelkasse abzuliefern hat,⁸⁷ wurde für die solchermaßen extensive Auslegung entgegen der herrschenden Meinung, die unter dem Kriterium „Selbstständigkeit“ eine Wahlfreiheit versteht, argumentiert:

*„Wollte man in dieser Möglichkeit ein wesentliches Merkmal der Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen sehen, so würde von solcher Wahrnehmung nur bei Geschäftsführern von Unternehmen und selbstständigen Verwaltern von einigermaßen umfangreichen Vermögen gesprochen werden können, nicht aber z. B. bei der Tätigkeit des Kassierers einer Bank, der nur auf Grund schriftlicher Anweisungen Auszahlungen vor- und Einzahlungen annimmt“.*⁸⁸

Außerdem wurde die Vermögensbetreuungspflicht beispielsweise bei einem Bankkassierer,⁸⁹ bei Rechtsanwälten und Notaren, die Gelder nach Eintritt ganz bestimmter Voraussetzungen aus- oder zurückzahlen haben, und bei denjenigen, denen Scheckkarte und Geheimzahl überlassen wurden, um einen ganz bestimmten Betrag für den Berechtigten aus dem Geldautomaten zu holen, angenommen.⁹⁰ In dem Mietkautionsfall hat der BGH klargestellt, dass das Kriterium der eingegengten Handlungsfreiheit des Verpflichteten dazu dient, die Vermögensbetreuung im Sinne des Untreuetatbestands von solchen „Diensten der Handreichung“ abzugrenzen, wie sie etwa von Kellnern, Lieferungsausträgern, Chauffeuren und Boten erbracht werden.⁹¹ Das Einkassieren, Verwalten und Abliefern von Geld für den Arbeitgeber sei insbesondere dann als Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen im Sinne des § 266 StGB zu betrachten, wenn der Kassierer zur Kontrolle der Einnahmen und ihrer Ablieferungen Bücher zu führen, Quittungen zu erteilen und Wechselgeld herauszugeben hat.⁹² Dabei wird das Kriterium „Selbstständigkeit“, das auf den Umfang des dem Täter eingeräumten Spielraums verweist, durch das Fehlen von Kontrolle und die Möglichkeit ersetzt, ohne eine gleichzeitige Steuerung und Überwachung durch den Treugeber auf dessen Vermögen zuzugreifen.⁹³

⁸⁷ BGHSt 13, 315 ff.

⁸⁸ Vgl. BGHSt 13, 315, 318.

⁸⁹ BGH wistra 1989, 60 ff.

⁹⁰ OLG Hamm wistra 2003, 356 ff.

⁹¹ BGHSt 41, 224, 229.

⁹² Vgl. BGHSt 13, 315, 318; 18, 312, 313; BGH wistra 1989, 60, 61; so auch LK-Schünemann, 12. Aufl., § 266 Rn. 86; Fischer, StGB, § 266 Rn. 37.

⁹³ BGH wistra 2008, 427, 428; auch LK-Schünemann, 12. Aufl., § 266 Rn. 85; Fischer, StGB, § 266 Rn. 37.