

§ 266 StGB: Untreue:

A. Allgemeines:

I. Merkmale:

- 1. Fremdschädigungsdelikt**
- 2. Sonderdelikt (Vermögensbetreuungspflicht)**
- 3. 2 TB:** 1. Mißbrauchtatbestand
2. Treueburchtatbestand

II. Rechtsgut:

Ist das Vermögen.

daher: Begriff des „Nachteils“ in § 266 genauso zu verstehen wie „Vermögensschaden“ bei § 263.

III. Regelbeispiele:

Verweis auf die des Betruges, § 266 II, 263 III

IV. keine Versuchsstrafbarkeit!:

Daher z.T. der Versuch, (vermeintliche) Strafbarkeitslücken durch extensive Auslegung zu schließen;

aber h.M. grdl. trotzdem einig, dass der (zu) weit gefasste Wortlaut des § 266 StGB restriktiv auszulegen ist

V. § 266 ist Schutzgesetz iSd. § 823 III!

VI. Problemüberblick:

1. Kann ein wegen Sitten-/Gesetzeswidrigkeit *nichtiges Rechtsgeschäft eine Treuepflicht begründen?*
2. Wie bedeutsam muss die *Treuepflicht bei Missbrauchsuntreue* gewesen sein?
3. Hat auch der *Erklärungsbote* eine Verfügungs- / Verpflichtungsmacht iSd. § 266?
4. Inwieweit sind *Risikogeschäfte* unter die Missbrauchsuntreue zu fassen?
5. Anforderungen an die *Vermögensbetreuungspflicht?*
6. Treuepflicht bei Teilnahme *Merkmal iSd. § 28 I StGB* und dadurch doppelte
7. Milderung nach § 27 II und § 28 I?
8. § 266 auch echtes Unterlassensdelikt oder erst über § 13 I mit Folge einer fakultativen Strafmilderung nach § 13 II?
9. *Konkurrenzverhältnis von § 246 u. § 266?*

B. Aufbauschema:

<u>Missbrauchstatbestand, 266 I 1. Alt:</u>	<u>Treubruchstatbestand, 266 I 2. Alt:</u>
A. Tatbestand	A. Tatbestand
<u>I. obj. TB:</u>	<u>I. obj. TB</u>
1. <u>Tathandlung:</u>	1. <u>Tathandlung</u>
a. <i>Verfügungs-/Verpflichtungsbefugnis</i> für fremdes Vermögen	a. <i>Vermögensbetreuungspflicht</i>
b. <i>Missbrauch</i> dieser Befugnis	b. <i>Pflichtverletzung</i>
c. <i>Vermögensbetreuungspflicht</i> (str)	
2. <u>Taterfolg:</u> eine dem zu betreuenden Vermögen <i>durch den Missbrauch</i> zugefügter <i>Nachteil</i>	2. <u>Taterfolg:</u> eine dem zu betreuenden Vermögen <i>durch die Pflichtverletzung</i> zugefügter <i>Nachteil</i>
<u>II. subj. Tb.:</u> Vorsatz bzgl. 1. U. 2.	<u>II. subj Tb.:</u> Vorsatz bzgl. 1. U. 2.
B. Rwi / Schuld	B. Rwi / Schuld
C. eventuell Strafantrag gem. §§ 266II, 247, 248a	C. eventuell Strafantrag gem. §§ 266II, 247, 248a
D. Regelbeispiele gem. §§ 266 II, 263 II	D. Regelbeispiele gem. §§ 266 II, 263

C. Verhältnis Missbrauch / Untreue

Verhältnis wichtig für die Frage, ob Vermögensbetreuungspflicht auch für Missbrauchsuntreue vorliegen muss

1. M.M: Missbrauchs- u. Treuebruch-TB sind selbständige Delikte

- arg:
1. Der Satzteil „... und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat, ...“ sei nur Hinweis darauf, dass Geschädigter u. betreuter Vermögenseigentümer identisch sein müssten
 2. Zudem bestehe die Ausuferungsgefahr nur bei der Treuebruch-Alternative

2. MM: MissbrauchTB setzt zwar Vermögensbetreuungspflicht voraus, an die aber geringere Anforderungen als an die Pflicht beim Treuebruch zu stellen sind. Ausreichend sei schon, wenn dem Täter die Verpflichtungs- / Verfügungsbefugnis im Interesse des Vermögensinhabers, also eine fremdnützige Dispositionsbefugnis eingeräumt sei

arg: ???

3. h.M.: Missbrauchsalternative ist lex specialis zu Treuebruchalternative, daher setzt auch der Missbrauchuntreue dieselbe Treuepflicht wie der Treuebruchs-TB voraus.

- arg:
- a. Syntax/Satzbau des § 266: Relativsatz „dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat“ bezieht sich auf beide Alternativen;
 - b. zudem kann nur mit einem engen Begriff der Vermögensbetreuungspflicht einer Ausuferung des Missbrauchs-TB begegnet werden.
 - c. schließlich macht gerade die Verletzung dieser Pflicht den spezifischen Unrechtsgehalt der Untreue aus

daher:

Missbrauch ist lex specialis und muss daher immer vor dem Treuebruchs-TB geprüft werden!!!

D. Missbrauchsuntreue

I. Verpflichtungs- / Verfügungsbefugnis

Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten (+),
wenn:

zivilrechtl. Vorschriften, die Vertretungsmacht einräumen, einschlägig sind, z.B.

- §§ 164 ff BGB
- § 1626 BGB
- 2205 BGB
- 1357 I BGB

nicht ausreichend: bloße Möglichkeit, Dritten gutgläubig Eigentum zu verschaffen!

Streitig, ob Botenvollmacht ausreichend:

1. **Meinung:** Botenvollmacht begründet nie eine Verpflichtungs-/ Verfügungsbefugnis
iSd. § 266 I

arg: nur rechtsgeschäftliches (vertragliches) Handeln komme für das TB „Verpflichten“ in
Betracht, der Bote übermittelt aber nur eine fremde rechtsgeschäftliche Erklärung, denn § 266 sei
An der zivilrechtl. Begriffen „Verfügen“ u. „Verpflichten“ ausgerichtet.

2. **Meinung:** auch Bote soll iSd. Des § 266 I „verpflichten“ können, wenn ihm vom
Täter eine Rechtsstellung eingeräumt wird, die ihm erlaubt, fremdes
Vermögen in rechtsgültiger Weise zu beeinträchtigen

arg:

II. Zur Tathandlung: Missbrauch der Befugnis:

Missbrauch = 1. rechtsgeschäftliches oder hoheitliches Handeln

**2. durch das im Außenverhältnis das rechtl. Dürfen im Innenverhältnis
überschritten wird**

daher:

der Missbrauchs-TB ist immer ein „**Drei-Personen-Stück**“

Zu 1.:

nicht ausreichend: rein tatsächliches Handeln (z.B. als Bote, siehe oben)

Zu 2.:

Voraussetzung für Missbrauch:

**Das rechtliche Können im Außenverhältnis reicht weiter als das
rechtliche Dürfen im Innenverhältnis**

Missbrauchs-TB kommt daher regelmäßig in Betracht bei:

- a. nach außen kundgemachte Innenvollmacht des Vertreters
- b. gesetzlich festgelegter Vertretungsumfang, der im Innenverhältnis jedoch
begrenzt ist (zB. *Prokurist*, §§ 49 I, 50 I HGB; *Handlungsbevollmächtigter*, 54 HGB),
wenn der Vertreter das rechtliche Dürfen überschreitet (sog. **Missbrauchsfälle**)

beachte aber:

wenn **ein Kollusionsfall vorliegt** (Vertreter u. Dritter wirken in Schädigungs-

absicht ggü dem Vertretenen zusammen), scheidet **mangels wirksamer Verfügung** (§ 138 I BGB!) zumindest die Missbrauchsvariante mangels Missbrauchshandlung aus!!!

Problemfall „Risikogeschäfte“:

Nach zutreffender Auffassung ist zu differenzieren nach dem Innenverhältnis:

z.B. ist es für einen Börsenmakler durchaus normal, Risikogeschäfte zu tätigen, während es für einen Vormund, der das Vermögen eines Mündels betreut, eine Verletzung seiner Verfügungsbefugnis und seiner Vermögensbetreuungspflicht darstellt.

III. Vermögensbetreuungspflicht

Streit siehe oben bei Verhältnis Missbrauch/Treuebruch

Definition:

Vermögensbetreuungspflicht = 1. Geschäftsbesorgung für einen anderen in einer nicht ganz unbedeutenden Angelegenheit
2. mit einem Aufgabenkreis von einigem Gewicht
3. und einem gewissen Grad an Verantwortlichkeit

Zu 1.:

Bsp:

Zahlung mit eurocheque, obwohl er von seiner Bank dazu angehalten worden war, wegen seines Minus auf dem Konto keine cheques mehr zu verwenden; Zwar Missbrauch, aber keine Untreue, da nur die Bank gegenüber dem Kunden und nicht der Kunde gegenüber der Bank Vermögensbetreuungs- pflichten hat; (hier aber Strafbarkeit aus § 266b StGB!)

E. Treubruchsalternative:

I. Vermögensbetreuungspflicht:

Strenge Anforderungen:

1. Hauptpflicht
2. Täter muss Spielraum für Eigenverantwortlichkeit haben
3. Schlichte Vertragsverletzung genügt insbesondere nicht

Streitig ist aber, ob diese Anforderungen bloße Indizien (so die Rspr.) oder wie Tatbestandsmerkmale verbindliche Richtlinien (so teilweise in der Lit.) sind.

Nicht ausreichend:

- Auskunftspflicht des Verkäufers nach § 444; der Verkäufer hat id.R. keine Vermögensbetreuungspflichten ggü dem Käufer!
- Anzeigepflicht des Mieters nach § 545 BGB
- andere Nebenpflichten ...

Bsp:

Schalterbeamter verschenkt eine Fahrkarte.

A. Missbrauchsuntreue:

(-), da rechtliches Können für Verschenken fehlt (rechtliches Können nur hinsichtlich des Verkaufes; Möglichkeit des gutgläub. Erwerbs reicht nicht!)

B. Treubruchsalternative:

1. Vermögensbetreuungspflicht:

- a. **BGH:** Indizien:
- **Selbständigkeit des Täters**
 - **Bedeutung der Pflichtposition**
 - **Höhe der anvertrauten Werte**
 - **Dauer der Tätigkeit usw.**

b. **Lit:** fordert eine Art Garantiepflicht für fremdes Vermögen, allgemeines Schädigungsverbot reicht nicht aus

Täter muss in der Sphäre des Opfervermögens stehen

Das ist der Fall, wenn

- **Spielraum des Täters für selbständige Entscheidungen**
- **Wirtschaftliche Bedeutung der Tätigkeit**
- **usw. wie bei Rspr. außer Dauer der Tätigkeit**

Streit regelmäßig nicht zu entscheiden, da gleiche Ergebnisse, wobei allerdings Rspr. tendentiell weiter als Lit. (restriktiver!)

2. Problem: faktisches Treueverhältnis

allgemeine Auffassung: wenn Nichtigkeit lediglich auf Formfehlern beruht (dann faktisches Treueverhältnis (+))

Streitig, wenn es aus Gründen der rechtlichen Missbilligung nichtig ist (z.B. § 138 BGB: Sittenwidrige Positionen):

1. BGH/h.L.:

Untreue auch hier möglich, da auch zwischen Ganoven kein rechtsfreier Raum bestehen könne („**Ganovenuntreue**“); auch dem Ganoven soll nicht gestattet sein, sich an einer – zwar rechtswidrig erlangten, aber trotzdem vermögenswerten – Position zu vergreifen

2. m.M.: **Einheit der Rechtsordnung:** die Vermögensbetreuungspflicht resultiert aus einer (zu meist zivl.) Sonderbindung; eine solche Sonderbindung auch dort anzunehmen, wo eine solche rechtl. Missbilligt wird, verstößt gegen die Einheit der Rechtsordnung

II. Tathandlung: Verletzung einer Vermögensfürsorgepflicht

Dies ist eine Pflicht im Innenverhältnis!

Problem: echtes oder unechtes Unterlassensdelikt?

d.h., ob bei Treubruch § 13 I und damit auch die fakultative Strafmilderung nach § 13 II StGB in Betracht kommt oder ob es sich insoweit auch um ein echtes Unterlassensdelikt handelt:

1. **h.L.:** § 13 I, II nicht anwendbar, d.h. § 266 I 2. Alt ist **echtes Unterlassensdelikt**

2. **Rspr.:** § 266 I 2. Alt zwar echtes Unterlassensdelikt, **aber § 13 II analog**

Streit nicht abschließend geklärt; arg: ???

F. Erfolg beider Alternativen

Vermögensnachteil = Vermögensschaden iSd. § 263 !!!

(bei **Untreue im öffentlichen Dienst** ist fraglich, ob schon der Verstoß gegen haushaltsrechtliche Normen eine Untreue begründen kann; insbesondere auch ein Problem des Schadens)

G. Subjektiver Tatbestand

Nur Vorsatz, keine Bereicherungsabsicht wie etwa beim Betrug!!!

F. Täterschaft / Teilnahme:

Nur der, den die Sonderpflicht trifft, kann Täter sein; auch subjektive Einstellung (animus auctoris) kann hierüber nicht hinweghelfen!!!

Problem bei Teilnahme.

Sonderpflicht = besonderes, persönliches Merkmal iSd. § 28 I?

1. **h.M.: (+)**, bei Gehilfe daher doppelte Strafmilderung nach § 27 I und § 28 I!

arg: Pflicht ist täter- und nicht tatbezogen, da sie nicht nur durch die besondere Zugriffsmöglichkeit, sondern auch durch die Nähe des Täters zum Treugeber gekennzeichnet ist.

2. **m.M.: (-)**;

arg: Pflicht tat- und nicht täterbezogen, da Grund für die Täterbeschränkung allein die besondere Anfälligkeit des Vermögens gegenüber Personen ist, die mit bestimmten Dispositionsmöglichkeiten ausgestattet sind.

H. Konkurrenzen

I. Verhältnis veruntreuende Unterschlagung / Untreue

Streitig:

1. § 246 tritt im Wege der Konkurrenzen hinter § 266 zurück
2. § 246 wird schon tatbestandlich von § 266 I verdrängt
3. Idealkonkurrenz, da § 266 zwar die Vermögensentziehung, nicht aber die mit der Unterschlagung begangene Vermögensverschiebung erfasse
4. § 246 ist Auffang-TB zu den übrigen Vermögensdelikten

arg: ???

II. Betrug / Untreue

Wenn während des Betruges schon Treuepflicht bestand oder wenn neben dem durch den Betrug herbeigeführten Nachteil durch die Untreue noch ein weiterer Schaden zugefügt wird: Idealkonkurrenz

Die einem Betrug nachfolgende Untreue ist mitbestrafte Nachtat
Anders herum genauso!

Tatmehrheit, wenn ein Vorteil noch nicht durch die Untreue, sondern erst durch einen nachfolgenden Betrug erlangt

III. Diebstahl/Hehlerei / Untreue

Idealkonkurrenz