

# Untreue (§ 266 StGB) – Grundzüge

Rechtsanwalt Benjamin Lanz, Greifswald

Der Straftatbestand der Untreue nach § 266 StGB zählt zum absoluten Kernbereich des Wirtschaftsstrafrechts. Spektakuläre Gerichtsverfahren wie das gegen Thomas Middelhoff, zur Bremer Vulkan AG oder rund um die Insolvenz der Nürburgring GmbH haben diese strafrechtliche Regelung außerdem einer breiten Öffentlichkeit bekannt gemacht.

Der folgende Beitrag soll die Voraussetzungen einer Untreue im Allgemeinen umreißen und anhand von Beispielen Risiken aufzeigen.

Nach § 266 StGB macht sich strafbar, wer *"die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, missbraucht oder die ihm kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eines Treueverhältnisses obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt."*

Aus diesem Wortlaut werden zwei Tatalternativen abgeleitet. Zum einen gibt es eine "Missbrauchsvariante" (§ 266 Abs. 1 1. Alt. StGB) und zum anderen die "Treubruchvariante" (§ 266 Abs. 1 2. Alt. StGB).

Zur Vermeidung von, in diesem Rahmen unnötigen akademischen Streitigkeiten, werden zunächst die drei wesentlichen Voraussetzungen einer Strafbarkeit nach § 266 StGB genannt.

1. Das Bestehen einer Vermögensbetreuungspflicht bzw. Vermögensfürsorgepflicht,
2. der Missbrauch einer Befugnis oder eine Pflichtwidrigkeit in Bezug auf einer Pflicht im Sinne der Nr. 1 und
3. die Nachteilszufügung (Schaden).

## Die Vermögensbetreuungs- bzw. Fürsorgepflicht

Da die möglichen Konstellationen, in denen eine Vermögensbetreuungs- oder Fürsorgepflicht bestehen kann, schier unendlich sind, soll nur auf bestimmte Bereiche eingegangen werden. Die größte Gruppe bilden selbstverständlich die Vertretungsorgane von juristischen Personen des privaten Rechts. Neben den Geschäftsführern und Prokuristen sowie Vorständen, bestehen auch für Aufsichtsratsmitglieder teilweise umfangreiche Pflichten im Hinblick auf die Vermögenssorge.<sup>1</sup> Diese ergeben sich neben den gesetzlichen Regelungen (z.B. AktG oder GmbHG) auch aus den vertraglichen Regelungen mit dem Unternehmen.

Ebenso betroffen sind die, durch einen gesetzlichen Einsetzungsakt zur Vermögenssorge Berufene. Hierzu zählen beispielsweise Nachlassverwalter, Insolvenzverwalter oder auch der Vormund. Bei diesen ist das unerkannte Risiko einer Untreuestrafbarkeit insofern gering, als dass der gesetzliche Rahmen ihrer Tätigkeit

---

<sup>1</sup> BGH, Beschluss vom 26.11.2015 - 3 StR 17/15 -, zitiert nach [www.bundesgerichtshof.de](http://www.bundesgerichtshof.de).

regelmäßig eng ist. Demnach liegen Straftaten regelmäßig in einer deutlichen Übertretung dieser Regeln.

Eine weitere Gruppe betrifft Befugnisträger des öffentlichen Rechts. Neben den "klassischen" Konstellationen, in denen beispielsweise Gelder zweck- und damit pflichtwidrig verwendet werden<sup>2</sup>, kommt eine Strafbarkeit hier auch dann in Betracht, wenn wirtschaftlich vorteilhafte Handlungen für das Vermögen des Dritten (z.B. einer Gemeinde) nicht vorgenommen werden. Zur Illustration soll auf die auch von *Beukelmann*<sup>3</sup> zitierte Entscheidung des Bundesgerichtshofes<sup>4</sup> eingegangen werden. Hier hatte der Bundesgerichtshof u.a. ausgeführt, dass bereits die mit einem Vertragsschluss verknüpfte Erwartung von Gewerbesteuererträgen und/oder dem Erhalt bzw. der Schaffung von Arbeitsplätzen als Vermögensvorteil anzusehen sei. Damit setzt der Bundesgerichtshof öffentliche Entscheidungsträger denen der Privatwirtschaft gleich und stellt klar, dass auch die pflichtwidrige Nichtvornahme wirtschaftlich vorteilhafter Rechtsgeschäfte den Tatbestand der Untreue erfüllen kann.

Weiterhin ist es denkbar, dass auch durch vertragliche Vereinbarungen Vermögensbetreuungs- bzw. Sorgepflichten übernommen werden. Allerdings kann sich aus der Verletzung dieser nur dann eine Strafbarkeit ergeben, wenn die Vermögensbetreuungspflicht eine Hauptpflicht darstellt.<sup>5</sup>

Die letzte zu erwähnende -weil hochgradig relevante- Gruppe betrifft den sogenannten faktischen Geschäftsführer, also denjenigen, der ohne formell zum Geschäftsführer bestellt worden zu sein, die Geschäfte einer juristischen Person ganz oder teilweise führt. Der Bundesgerichtshof hat hierfür bereits "eine überragende Stellung in der Geschäftsführung"<sup>6</sup> oder ein "Übergewicht" des faktischen gegenüber dem formellen Geschäftsführer gefordert. Nach Ansicht des Bundesgerichtshofes kann auch in diesen -rein faktischen- Verhältnissen eine Vermögensbetreuungspflicht übernommen werden<sup>7</sup> wobei zur Feststellung einer solchen Pflicht die Gesamtumstände zu würdigen sind.

### **Missbrauch und Fürsorgepflicht**

Wie bereits der Begriff "Missbrauch" klärt, ist es notwendig, dass der Täter die Befugnis hat, über fremdes Vermögen zu verfügen oder entsprechende Verpflichtungen einzugehen. Strafrechtlich relevant ist dann der Missbrauch dieser Befugnis. Dementsprechend wird die Missbrauchsvariante des § 266 StGB weitestgehend dadurch charakterisiert, dass ein rechtsgeschäftliches Handeln im Rahmen des rechtlichen Könnens eine Überschreitung der Kompetenzen im Innenverhältnis darstellt.<sup>8</sup>

---

<sup>2</sup> zu diesen Voraussetzungen lesenswert: BGH, Urteil vom 04. November 1997 – 1 StR 273/97 –, zitiert nach juris.

<sup>3</sup> in: Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, 2. Auflage, § 18, Rn. 8.

<sup>4</sup> BGH, Urteil vom 29. Januar 1997 – 2 StR 633/96 –, zitiert nach juris.

<sup>5</sup> so auch: BGH, Urteil vom 13. Juni 1985 – 4 StR 213/85 –, zitiert nach juris.

<sup>6</sup> BGH, Urteil vom 22. September 1982 – 3 StR 287/82 –, zitiert nach juris.

<sup>7</sup> BGH, Beschluss vom 07. November 1996 – 4 StR 423/96 –, zitiert nach juris.

<sup>8</sup> *Joecks* in: Studienkommentar-StGB, 8. Auflage, § 266, Rn. 18 mit weiteren Nachweisen; *Beukelmann* in: Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, 2. Auflage, § 18, Rn. 8; BGH, Urteil vom 16. Dezember 2010 – 4 StR 492/10 –, zitiert nach juris, dort Rn. 9.

Dem Wortlaut des § 266 Abs. 1 1. Alt. StGB folgend, kann sich die Befugnis zur Verfügung über fremdes Vermögen oder Verpflichtung eines Anderen aus dem Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft ergeben. *Fischer*<sup>9</sup> trifft es, wenn er die Befugnis allgemein als "eine -zugleich das Innenverhältnis gestaltende- rechtliche Legitimierung der nach außen wirkenden Macht über fremdes Vermögen" beschreibt. Demnach ist die Befugnis an der Rechtsmacht, wirksam über Vermögensrechte eines anderen zu verfügen oder ihn wirksam gegenüber Dritten zu derartigen Verfügungen zu verpflichten, zu messen. Hiervon sind sowohl rechtsgeschäftliches als auch hoheitliches Handeln erfasst.<sup>10</sup>

Neben der Befugnis zur Besorgung fremder Vermögensinteressen wird für die Missbrauchsalternative diskutiert, ob auch eine Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht vorliegen muss. *Fischer*<sup>11</sup> macht es sich insofern einfach, als dass er -mit Verweis auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes- die Verletzung einer Pflicht zur fremdnützigen Vermögensbetreuung zum Unrechtskern der Regelung erklärt und somit die Missbrauchsalternative zum "überflüssigen" Spezialfall der umfassenderen Treubruchsalternative macht. Ebenfalls aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes<sup>12</sup> leitet *Beukelmann*<sup>13</sup> eine differenzierte Ansicht ab. Er unterscheidet insoweit zwischen einer Vermögensbetreuungspflicht die die Missbrauchsalternative qualifiziert und einer lediglich im Innenverhältnis bestehenden Pflicht zur Vermögenssorge, welche beim Treubruchtatbestand ausreichen soll.

Im Ergebnis dürfte diese Unterscheidung jedoch rein akademischer Natur sein, da auch die differenzierte Ansicht die Missbrauchsalternative als einen speziellen Fall des Treubruchtatbestands ansieht. In der Praxis wird auf eine Unterscheidung deshalb weitestgehend verzichtet.<sup>14</sup>

Lässt sich eine Vermögensbetreuungs- oder Vermögensfürsorgepflicht feststellen, stellt sich die Frage ob diese verletzt wurde, der Betroffene also pflichtwidrig gehandelt hat. *Beukelmann*<sup>15</sup> beschreibt die Pflichtwidrigkeit als Inkongruenz zwischen den Verhaltensanforderungen und dem konkreten Handeln oder Unterlassen des Treupflichtigen. Es stellt sich somit wiederum die Frage, welche Verhaltensanforderungen im jeweiligen Einzelfall bestanden. Es dürfte auch dem juristischen Laien ersichtlich sein, dass wenn auf jedwede Verletzung einer Pflicht abgestellt werden würde (was zum Teil geschieht), der Tatbestand schier grenzenlos würde. Besonders ärgerlich ist, es, dass insoweit eine Koppelung mit Fahrlässigkeitskriterien stattfindet, dass also bereits das Außerachtlassen der im (Geschäfts-)Verkehr erforderlichen Sorgfalt zu einer Pflichtverletzung im Sinne des § 266 StGB führt. Zur, deshalb notwendigen Einschränkung des Tatbestandsmerkmals der Pflichtverletzung werden verschiedene Ansätze diskutiert wobei eine Darstellung hier unter anderem deshalb unterbleibt, weil der 3. Strafsenat in einer aktuellen

---

<sup>9</sup> StGB, 61. Auflage, § 266, Rn. 14.

<sup>10</sup> *Fischer*, aaO, Rn. 10 mit weiteren Nachweisen.

<sup>11</sup> aaO, Rn. 6a.

<sup>12</sup> BGH, Urteil vom 06. Dezember 2001 – 1 StR 215/01 –, zitiert nach juris, dort Rn. 16.

<sup>13</sup> aaO, Rn. 8.

<sup>14</sup> so auch: *Fischer*, aaO, Rn. 23.

<sup>15</sup> aaO, Rn. 40.

Entscheidung<sup>16</sup> die Forderung nach einer "gravierenden Pflichtverletzung" aufgegeben hat und es nur noch bei der Einschränkung über die Forderung nach einem funktionalen Zusammenhang zwischen Verletzungshandlung und der übernommenen Vermögensbetreuungspflicht<sup>17</sup> verbleibt. Abschließend sei darauf hingewiesen, dass nach zutreffenden Ansichten<sup>18</sup> hinsichtlich der Pflichtwidrigkeit eine Zivilrechtsakzessorietät besteht, weshalb ein zivilrechtlich zulässiges Verhalten im Regelfall nicht strafbar ist. Umgekehrt besteht dieser Zusammenhang nicht, da ein zivilrechtlich pflichtwidriges Verhalten nicht zwingend auch den strafrechtlichen Schutzbereich verletzt.

### **Exkurs: Die Einwilligung des Vermögensinhabers**

Eine äußerst praxisrelevante Frage betrifft die Einwilligung des Vermögensinhabers. Da die Pflichtwidrigkeit Tatbestandsmerkmal sowohl der Missbrauchs- als auch der Treubruchalternative ist, lässt ein Einverständnis des Treugebers eine Strafbarkeit entfallen.<sup>19</sup> Während dieser Grundsatz im Wesentlichen als gefestigt bezeichnet werden kann, stellt die Rechtsprechung hohe Anforderungen an die Wirksamkeit einer derartigen Einwilligung. Nur beispielsweise sei auf eine Entscheidung des dritten Strafsenats hingewiesen, in der eine Pflichtwidrigkeit des Geschäftsführerverhaltens auch für den Fall der Zustimmung des Gesellschafters angenommen wurde, da diese unter Missbrauch der Gesellschafterstellung erfolgt sei.<sup>20</sup>

Das bedeutet, ist die Zustimmung bereits pflichtwidrig, kann sie nicht zu einem Ausschluss des Tatbestands führen. Ebenso schädlich sind -ersichtlich- das Erschleichen der Zustimmung oder jedwede Willensmängel beim Zustimmenden. Hierbei sind hohe Anforderungen zu stellen, so dass immer dazu zu raten ist, die Zustimmenden im Vorfeld schriftlich und -wenn möglich- vollumfänglich über die Gründe und die Reichweite der geplanten Handlungen zu informieren. Hinsichtlich der Frage wer der jeweiligen Handlung zustimmen muss und in welchen Fällen dies überhaupt tatbestandsausschließend wirkt, besteht in Bezug auf Kapitalgesellschaften keine Einigkeit.

Während es bei Personengesellschaften weitgehend geklärt ist, dass nur die Zustimmung aller Gesellschafter eine Pflichtwidrigkeit ausschließt und zur Einschränkung die Aufklärung der Gesellschafter zu prüfen ist<sup>21</sup> wird die Zustimmungsfähigkeit bei Kapitalgesellschaften weiter eingeschränkt.<sup>22</sup> Für die hiesigen Zwecke soll es bei einer kurzen Zusammenfassung der aktuelleren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes bleiben. Sowohl in der Entscheidung zur Bremer Vulkan AG<sup>23</sup> als auch in weiteren, hier nicht explizit zitierten Entscheidungen findet sich der Bezug zur Existenzgefährdung der Gesellschaft. Demnach führt eine Zustimmung nicht zu einem Tatbestandsausschluss, wenn hierdurch die Existenz der

---

<sup>16</sup> BGH, Beschluss vom 26.11.2015 - 3 StR 17/15 -, zitiert nach [www.bundesgerichtshof.de](http://www.bundesgerichtshof.de).

<sup>17</sup> BGH in: *wistra* 2001, S. 305.

<sup>18</sup> z.B. *Fischer*, aaO, Rn. 59.

<sup>19</sup> zutreffend: *Fischer*, aaO, Rn. 90 mit umfangreichen weiteren Nachweisen.

<sup>20</sup> BGH, Urteil vom 29. Mai 1987 – 3 StR 242/86 –, zitiert nach *juris*, dort 1. Leitsatz.

<sup>21</sup> so z.B. BGH, Urteil vom 12. Mai 1989 – 3 StR 55/89 –, zitiert nach *juris*, dort Rn. 15.

<sup>22</sup> Eine schöne Darstellung der Positionen und der Entwicklung dieser Diskussion findet sich auch bei *Fischer*, aaO, Rn. 93b ff.

<sup>23</sup> BGH, Urteil vom 13. Mai 2004 – 5 StR 73/03 –, zitiert nach *juris*.

Gesellschaft gefährdet wird. Dies kann z.B. bei einer Beeinträchtigung des Stammkapitals der Gesellschaft<sup>24</sup> oder beim Entzug notwendiger Betriebsmittel der Fall sein.<sup>25</sup> Abschließend sei darauf hingewiesen, dass die Zustimmung des Mehrheitsgesellschafters oder der Mehrheit der Gesellschafter nicht ausreicht, sondern das Einverständnis der Gesamtheit der Gesellschafter notwendig ist.<sup>26</sup>

### Zum Vermögensnachteil

Der Begriff des Vermögensnachteils wird im Wesentlichen wie bei dem Betrug nach § 263 StGB beschrieben. Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofes führt dazu in einer aktuellen Entscheidung aus:

*"Ein Vermögensnachteil im Sinne von § 266 StGB ist durch einen (Wert)Vergleich des gesamten betroffenen Vermögens vor und nach der beanstandeten Verhaltensweise des vermögensbetreuungspflichtigen Täters zu bestimmen (vgl. BGH, Beschlüsse vom 17. August 2006 - 4 StR 117/06, NStZ-RR 2006, 378, 379; vom 26. November 2015 - 3 StR 17/15, BGHSt 61, 48 ff.; siehe auch Beschlüsse vom 18. Februar 2009 - 1 StR 731/08, BGHSt 53, 199; vom 14. April 2011 - 2 StR 616/10, NStZ 2011, 638; vom 23. Februar 2012 - 1 StR 586/11, NStZ 2013, 38, 39 Rn. 15). Maßgeblich ist der Vergleich des Vermögenswerts unmittelbar vor und nach den pflichtwidrigen Verhaltensweisen zu Lasten des bzw. der betroffenen Vermögen (vgl. BGH, Beschlüsse vom 18. Februar 2009 - 1 StR 731/08, BGHSt 53, 199; vom 14. April 2011 - 2 StR 616/10, NStZ 2011, 638; vom 23. Februar 2012 - 1 StR 586/11, NStZ 2013, 38, 39 Rn. 15)."*<sup>27</sup>

---

<sup>24</sup> BGH, Urteil vom 06. Mai 2008 – 5 StR 34/08 –, zitiert nach juris.

<sup>25</sup> Beukelmann, aaO, Rn. 61 mit weiteren Nachweisen.

<sup>26</sup> BGH, Urteil vom 27. August 2010 – 2 StR 111/09 –, zitiert nach juris, dort Rn. 36.

<sup>27</sup> BGH, Beschluss vom 08. März 2017 – 1 StR 540/16 –, Rn. 9, juris.