NStZ
Neue Zeitschrift
für Strafrecht

Sonderdruck aus NStZ Sonderheft 2009

Richter am BGH Prof. Dr. Thomas Fischer

Prognosen, Schäden, Schwarze Kassen

Aktuelle Diskussionen im Untreue- und Betrugsstrafrecht

Verlag C. H. Beck · München · Frankfurt am Main

Richter am BGH Prof. Dr. Thomas Fischer

Prognosen, Schäden, Schwarze Kassen

Aktuelle Diskussionen im Untreue- und Betrugsstrafrecht

Der folgende Beitrag versteht sich als Teil der aktuellen Diskussion, die im Anschluss an die Entscheidungen des 2. Strafsenats des BGH[1] zum Kanther-Fall (BGHSt 51, 100 = NStZ 2007, 583) und zum Siemens-Fall (BGHSt 52, 323 = NStZ 2009, 95) in der Literatur, aber auch zwischen Senaten des Gerichts geführt wird. Soweit er Aufsätze verwertet, die zum Zeitpunkt des Umbruchs noch nicht erschienen waren, danke ich den Verfassern herzlich für die Vorab-Überlassung der Manuskripte. Gewidmet ist der Beitrag Herrn Richter am BGH Dr. Klaus Miebach, dem langjährigen zuverlässigen Motor dieser Zeitschrift, dem stets freundlichen, gesprächsbereiten und aufgeschlossenen Kollegen, mit den besten Wünschen für einen erfüllten Ruhestand!

I. Konjunkturen

Ein Bonmot *Hellmuth Mayers* hat Konjunktur: Wer derzeit über Untreue schreibt, lässt den Hinweis auf *Mayers* 55 Jahre alte Behauptung nicht aus[2], jenseits klassischer Fälle wisse niemand, was Untreue sei. Vorteilhaft kann man so den Nachweis profunder juristischer Bildung mit dem Bekenntnis zur liberal-rechtsstaatlichen Form verbinden[3]. Zwar wissen außerhalb des jeweiligen Kernbereichs auch wenige, was Mord aus niedrigen Beweggründen, Freiheitsberaubung, Nötigung, Betrug, Straßenverkehrsgefährdung oder Gewässerverunreinigung ist. Dem Tatbestand der Untreue aber hängt die Unschärfe seines Randbereichs[4] besonders schwer am Halse, namentlich da er in seiner heutigen Form im Grundsatz von den Nazis eingeführt wurde[5] und überdies einer freien Entfaltung der Geschäftstüchtigkeit besonders hinderlich sein kann. Der Umstand, dass der Tatbestand seit 70 Jahren von den Gerichten ausgelegt, angewandt, konkretisiert und eingegrenzt wird, vermag das Missfallen seit einigen Jahren kaum mehr zu mildern.

Konjunktur hat auch die Anrufung des Bestimmtheitsgrundsatzes des Art. 103 II GG, § 1 StGB, gegen den Untreuetatbestand und seine praktische Anwendung[6], zuletzt besonders auch gegen den Begriff des „Schadens" (Nachteils) in seiner Auslegung durch die (höchstrichterliche) Rechtsprechung. Mit Zunahme von Erfahrung und Distanz lässt in der Regel die Neigung nach, verfassungsrechtliche Normen im rechtspolitischen Tagesgeschäft abzunutzen. Daher könnte erstaunen, dass es gerade besonders erfahrene Strafverteidiger und nebenberuflich mit Strafverteidigung befasste Hochschullehrer sind, die vermehrt auf ihrer Ansicht nach unlösbare Anwendungsprobleme des Untreuetatbestands und auf die Dringlichkeit seiner (gesetzlichen) Einschränkung hinweisen. Allerdings ist damit (auch) die Frage des *Interesses* angesprochen. Das *BVerfG* hat jedenfalls im Grundsatz die Bedenken gegen die Vorschrift und ihre Auslegung durch den *BGH* nicht geteilt: Beschluss vom 10. 3. 2009 – 2 BvR 1980/07.

Finanz- und Wirtschaftskrise haben neue Probleme der Strafrechtsgeltung aufgeworfen oder alte in neuem Gewand aktualisiert. Im Kernbereich des Vermögensstrafrechts, namentlich §§ 263, 266 StGB, vollziehen sich möglicherweise folgenreiche Diskussionen. Die Rechtsprechung des *BGH* ist in einem Maß in Bewegung geraten, das in der Literatur zutreffend als „eher heftig" bezeichnet wurde[7]. Dabei verbinden sich wirtschaftlich und kriminologisch zusammenhängende Phänomene in interessanter, bisher ungewohnter Weise; etwa Verfolgung von Korruption und Vermögensschutz; Managerstrafbarkeit und Anlegerschutz; Betrugs- und Untreuestrafbarkeit und Finanzkrise. Der *2. Strafsenat* des *BGH* hat in den Grundsatz-Entscheidungen zum *Kanther*-Fall[8] und zum *Siemens*-Fall[9] neue Akzente namentlich in der Bestimmung des Schadens-Begriffs gesetzt. Sie sind in der Literatur auf Zustimmung[10], vielfach aber auch auf Kritik[11] gestoßen. Der *1. Strafsenat* ist ihnen in 2 Leitsatz-Entscheidungen[12] (in nicht tragenden Erwägungen[13]) ausdrücklich entgegen getreten[14].

1) Der *Verf.* ist Mitglied dieses *Senats* und war an beiden Entscheidungen beteiligt.

2) Auch der *Verf.* nicht; vgl. StraFo 2008, 269 Fn 10.

3) Am Rande sei in Erinnerung gebracht, dass *Mayer*, Verteidiger im *Hitler*-Prozess 1924, damals die Wiedereinführung der Monarchie forderte. Zur Biografie vgl. *Willsch* Hellmuth Mayer (1895–1980), 2008.

4) Die fotografische Metapher ist seit *Tröndle/Fischer* 49. Aufl., § 331 Rn 18, ins Repertoire kritischer Besprechungen der Korruptions-Tatbestände aufgenommen. Die Schlussfolgerung einer verfassungswidrigen Unbestimmtheit der §§ 331 ff., 299 *insgesamt* trägt sie freilich nicht.

5) Gesetz v. 26. 5. 1933 (RGBl I, 295). Zur Gesetzesgeschichte vgl. LK-*Schünemann* § 266 Vorb.

6) Beispielhaft *Bernsmann* Alles Untreue? Skizzen zu Problemen der Untreue nach § 266 StGB, GA 2007, 219; *ders.*, Untreue und Korruption – Der BGH auf Abwegen, GA 2009, H. 5; *Brandts/Seier* Zur Untreue des Vertragsarztes, in FS Herzberg, 2008, S. 811 ff.; *Beulke* Wirtschaftlenkung im Zeichen des Untreuetatbestands in FS Eisenberg, 2009, S. 245, 266 f.; MK-*Dierlamm* § 266 Rn 43 ff.; *Hamm* Kann der Verstoß gegen Treu und Glauben strafbar sein?, NJW 2005, 1993; *Ignor/Sättele* Pflichtwidrigkeit und Vorsatz bei der Untreue (§ 266 StGB) am Beispiel der sog. Kredituntreue. Zugleich ein Beitrag zum Bestimmtheitsgebot des Art. 103 II GG, in FS Hamm, 2008, S. 211 ff.; *Kargl* Die Missbrauchskonzeption der Untreue, ZStW 113 (2001), 565, 589 f.; *Kempf* Bestechende Untreue?, in FS Hamm, 2008, S. 255; *Knauer* NStZ 2009, 151, 153; LK-*Schünemann* § 266 Rn 31; *Volk* Untreue und GesellschaftsR. Ein Dschungelbuch, in FS Hamm, 2008, S. 803. Zurückhaltender *Perron* Bemerkungen zum Gefährdungsschaden bei der Untreue, in FS Tiedemann, 2008, 737; *Ransiek* Pflichtwidrigkeit und Vermeidbarkeit bei der Untreue, ZStW 116 (2004), 634, 640 ff.; *ders.* NJW 2009, 95; *Rönnau* Einrichtung „schwarzer" (Schmiergeld-)Kassen in der Privatwirtschaft – eine strafbare Untreue?, in FS Tiedemann, 2008, S. 713; *Weber* Untreue durch Verursachung straf- und bußgeldrechtlicher Sanktionen, in FS Seebode, 2008, S. 437; *ders.* Zum bedingten Vorsatz bei der vermögensgefährdenden Untreue. Bemerkungen zum Kanther-Urteil des BGH, in FS Eisenberg, 2009, S. 371. Einen Verstoß gegen Art. 103 II GG nahm schon an *Labsch* Untreue (§ 266). Grenzen und Möglichkeiten einer Deutung, 1983, S. 177 ff.

7) *Kempf* „Schwarze Kassen": Effektiver Schaden?, in FS Volk, 2009, S. 231.

8) Urt. v. 18. 10. 2006 – 2 StR 499/05, *BGHSt* 51, 100 = NJW 2007, 1760 = NStZ 2007, 583.

9) Urt. v. 29. 8. 2008 – 2 StR 587/07, *BGHSt* 52, 323 = NJW 2009, 89 = NStZ 2009, 95.

10) Zu *BGHSt* 51, 100 vgl. *Schünemann* NStZ 2007, 430; zu *BGHSt* 52, 323 vgl. *Ransiek* NJW 2009, 95.

11) Zu *BGHSt* 51, 100 vgl. *Bernsmann* etwa GA 2007, 219; *Ransiek* NJW 2007, 1727; *Saliger* NStZ 2007, 545; *Schlösser* StV 2008, 548; *Perron* NStZ 2008, 517; *Weber* Zum bedingten Vorsatz bei der vermögensgefährdenden Untreue, in FS Eisenberg, 2009, S. 371; zu *BGHSt* 52, 323 vgl. *Bernsmann* Untreue und Korruption – der BGH auf Abwegen, GA 2009, H. 5; *Brüning/Wimmer* ZJS 2009, 94; *Satzger* „Schwarze Kassen" zwischen Untreue und Korruption, NStZ 2009 (Heft 6); *Schlösser* Der Schaden der Siemens-Entscheidung, HRRS 2009, 19; *Kempf* (o. Fn 7), S. 231 ff.

12) Beschl. v. 20. 3. 2008 – 1 StR 488/07, NJW 2008, 2451 = NStZ 2008, 457; und v. 18. 2. 2009 – 1 StR 731/08, zur Veröff. in *BGHSt* vorgesehen.

13) Krit. hierzu (im Hinblick auf NJW 2008, 2451) *Beulke/Witzigmann* JR 2008, 430, 432; *Rübenstahl* NJW 2008, 2454; *Klötzer/Schilling* StraFo 2008, 305 f.; *Bernsmann* GA 2009, H. 5. Ob es im Beschl. v. 18. 2. 2009 – 1 StR 731/08 auf die Erwägungen zur Vermögensgefährdung ankam, erscheint nicht sicher: Das dort abgeurteilte Schneeballsystem war von vornherein ausschließlich auf die betrügerische Einwerbung von „Anlagen" ausgerichtet; eine Anlagetätigkeit sollte gar nicht stattfinden. Auch nach bisherigen Kriterien war daher wohl nicht von einer „bloßen Vermögensgefährdung" zu sprechen.

14) Vgl. dazu auch einerseits *Nack* StraFo 2008, 277; andererseits *Fischer* StraFo 2008, 269; sowie jetzt *Schmitt* Zur Untreue durch Kreditbewilligung, in FS Nobbe, 2009, S. 1009.

Aus der Wirklichkeit wird Widersprüchliches gemeldet. *Beulke* hat, wie andere vor ihm, kürzlich mit Nachdruck dargelegt, im Hinblick auf § 266 StGB grassiere eine „Anwendungshypertrophie"[15], so dass „bei nahezu jedem dubios erscheinenden Geschäftsgebaren" Strafverfahren wegen Untreue eröffnet würden. Führungskräfte von Wirtschaftsunternehmen könnten heute „nie sicher wissen, ob sie in Fällen des Misserfolgs in das Fahrwasser des Untreuetatbestands geraten"[16]. Auf allen Ebenen werde § 266 zu weit ausgelegt, „nahezu jede Vermögensgefährdung" werde als Schaden angesehen; der *BGH* habe gar eine Beweislastumkehr zu Lasten beschuldigter *Kick-Back*-Empfänger eingeführt[17]. Im uralten Bemühen des Menschen, bei Unglücken aller Art sorgenvoll nach dem Warum zu fragen und in seiner Verzweiflung auf die Suche nach einem Schuldigen zu gehen[18], „dirigieren heute die Strafverfolgungsorgane das Orchester der Marktteilnehmer"[19].

Diese dramatische Situationsbeschreibung wird durch die statistischen Daten nicht bestätigt. So haben etwa für das Jahr 2006 die PKS 10 385 Fälle polizeilich erfasster Untreue-Taten, die Rechtspflegestatistik 2147 Verurteilungen registriert[20] (zum Vergleich aus der PKS: 954 277 registrierte Fälle des Betrugs. Darunter waren 327 052 Fälle des Waren- und Warenkreditbetrugs, 26 900 Fälle des Sozialleistungsbetrugs, aber nur 25 Fälle des Börsenspekulationsbetrugs. Verurteilt wurden wegen Vermögensstraftaten insgesamt: 332 506 Personen). Massenverurteilungen von Managern, Unternehmern oder Bankiers sind weder vor noch seit Beginn der Finanzkrise bekannt geworden. Im Gegenteil: Nachdem binnen kürzester Frist etwa 300 000 Mio. Euro von Konten deutscher Anleger verschwunden waren, haben die Vorstände der beteiligten Geldhäuser auf Pressekonferenzen bekannt, alle hätten „Fehler gemacht"; sie seien einfach zu gutgläubig gewesen[21]. Die „verzweifelte Suche nach einem Schuldigen" scheint abgebrochen. Auch der Einbruch der Konjunktur ist nicht darauf zurückzuführen, dass Geschäftsführer und Vorstände wegen Korruption oder Untreue verfolgt wurden oder angesichts der Weite des § 266 StGB keine Investitionsentscheidungen mehr treffen mochten.

Es ist, vorläufig zusammenfassend, zu bezweifeln, dass die vielfach erhobenen Klagen über eine „Hypertrophie" des Untreuestrafrechts[22] und über die angebliche Unberechenbarkeit der Grenze zwischen sozial erwünschter Geschäftstüchtigkeit und kriminellem Unrecht zutreffen. Gleichermaßen ist die Behauptung zu bezweifeln, mit Methoden strafrechtlicher Dogmatik seien die Probleme des Pflichtwidrigkeits- oder Schadens-Begriffs in §§ 266, 263 StGB[23] nicht (mehr) zu lösen. Im Hinblick auf die praktische Bedeutung und Aktualität der Thematik soll hier anhand von 4 Problemkreisen eine Präzisierung der eigenen Position versucht werden.

II. Untreue zu Lasten juristischer Personen

Juristische Personen des öffentlichen wie des privaten Rechts sind selbstständige Träger von Vermögensrechten und daher durch § 266 StGB geschützt. Angriffe auf das geschützte Rechtsgut können nicht nur durch Außenstehende, sondern gerade auch von innen, also durch Gesellschafter oder Bedienstete der Juristischen Person erfolgen.

1. *Einrichtung verdeckter (Schmiergeld-)Kassen*

Im *Siemens*-Fall (*BGHSt* 52, 323), aber auch schon im *Kanther*-Fall (*BGHSt* 51, 100) des 2. *Strafsenats* ging es jeweils um die Einrichtung oder Unterhaltung sog. „schwarzer Kassen". Hinsichtlich ihrer Gestaltung und ihrer Zwecke unterschieden sich beide Fälle; es soll hier aus Raumgründen nur das Problem der Schmiergeld-Kasse im Bereich privatwirtschaftlicher Unternehmen (*BGHSt* 52, 323) behandelt werden. Dabei ist – vorbehaltlich weiterer Ausführungen namentlich zur Schadens-Bestimmung (vgl. dazu unten III und IV) – zunächst davon auszugehen, dass nach den zu Grunde liegenden Feststellungen die Angeklagten der *Siemens-AG* ohne Kenntnis und entgegen ausdrücklicher Weisung des Vorstands Geldmittel vorenthielten und auf verschleierten Drittkonten verwalteten, um sie bei Gelegenheit zu Bestechungszwecken im Zusammenhang mit der Akquisition von Aufträgen für die AG[24] zu verwenden; in 2 Fällen waren solche Bestechungen im Ausland auch erfolgreich durchgeführt worden[25].

Der vom 2. *Strafsenat* vertretenen Ansicht, es habe sich bei der Führung der Kassen um durch Unterlassen begangene Treuwidrigkeiten i. S. des § 266 I StGB gehandelt[26], ist entgegen gehalten worden, es habe schon deshalb an einer Pflichtwidrigkeit gefehlt, weil die verdeckten Kassen „letztlich" im Interesse der Treuhänderin geführt und die dort verwalteten Mittel für die AG im Ergebnis vorteilhaft eingesetzt wurden[27]. Mit diesem Einwand kann die Pflichtwidrigkeit des Handelns[28] nicht bestritten werden; auch nicht mit dem Vorwurf einer „Simplifizierung des zivilrechtlichen Pflichtenprogramms"[29]. Denn es dürfte jedenfalls im Ergebnis außer Frage stehen, dass den leitenden Angestellten einer AG, dem u. a. die kaufmännische Leitung eines selbstständigen Unternehmensteils obliegt, gegenüber seiner Arbeitgeberin grundsätzlich die § 266 I unterfallende Pflicht trifft, der AG zustehende erhebliche Geldmittel herauszugeben, von deren verborgenem Vorhandensein er erfährt, und diese Mittel nicht für mögliche zukünftige Verwendungen auf verschleierte Drittkonten zu transferieren oder dort zu verwalten. Das gilt unabhängig davon, ob der Treupflichtige irgendwelche dem Treugeber „nützliche" Ziele anstrebt. Etwas anderes kann sich im Einzelfall nur aus dem *konkreten* Treueverhältnis selbst ergeben. In Betracht kommt hier insbesondere eine (ausdrückliche, konkludente oder mutmaßliche) Einwilligung.

---

15) *Beulke* (o. Fn 6), S. 345, 346.
16) O. Fn 4, S. 247.
17) O. Fn 4, S. 262, 268.
18) O. Fn 4, S. 266.
19) O. Fn 4, S. 268.
20) Davon betrafen 345 Fälle (PKS) Untreue bei Kapitalanlagen.
21) Die Pointe besteht in der Antwort auf die Frage, *wem gegenüber* diese unvorstellbare, jenseits aller Rationalität liegende Gläubigkeit an leere Versprechungen gezeigt wurde: *Sich selbst gegenüber.*
22) So nachdrücklich auch wieder *Bernsmann* GA 2009, H. 5, unter A. I.
23) Oder des Vorteils-Begriffs in §§ 299, 331 ff. StGB.
24) Damit mittelbar auch zur Erhöhung des Umsatzes der eigenen Abteilung mit damit verbundenen, hier aber nicht näher festgestellten Vorteilen. In entsprechenden Fällen ist insbesondere an Provisionen und Boni zu denken. Hinzu kommen Vorteile aus der Verwaltung der verdeckten Kassen selbst, wenn diese bestimmte Größen erreicht haben; die Selbstgenehmigung von Reise-, Bewirtungs- und Übernachtungsspesen pflegt in solchen Fällen großzügig gehandhabt zu werden.
25) Zum festgestellten Sachverhalt im Einzelnen vgl. *BGHSt* 52, 323, 325 ff. = NStZ 2009, 95, 96 f.
26) *BGHSt* 52, 323, 332 ff. = NStZ 2009, 95, 97 f., Rn 35 ff.
27) Vgl. schon *Dierlamm* Untreue – ein Korruptionsdelikt?, in FS Widmaier, 2008, S. 607.
28) Auf die Kritik an der Annahme von Unterlassen (§ 13 StGB) durch den *Senat* (*BGHSt* 52, 323, 333 f. = NStZ 2009, 95, 97 Rn 37 f.), etwa bei *Satzger* „Schwarze Kassen" zwischen Untreue und Korruption, NStZ 2009, H. 6, unter III. 2, kann hier nicht näher eingegangen werden. S. dazu aber auch noch unten V. 3.
29) *Satzger* (o. Fn 28), III. 2. e. Ähnlich *Knauer* NStZ 2009, 151, 152 f.

2. *Einwilligung*

Im konkreten Fall kam weder die Annahme einer Einwilligung noch die einer mutmaßlichen Einwilligung durch den Gesamtvorstand der AG in Betracht[30], denn der Vorstand der AG hatte den Tätern ausdrücklich untersagt, Schmiergeldzahlungen zu leisten; davon war selbstverständlich auch die Unterhaltung „schwarzer Kassen" zu diesem *Zweck* umfasst[31]. Die in der Literatur verschiedentlich geäußerte Annahme, diese Untersagung sei nicht ernst gemeint gewesen[32], ist rein spekulativ; der *Senat* musste (und durfte) sich darauf nicht einlassen. Da ein Verbot ausdrücklich ausgesprochen war, fehlte auch eine Grundlage für eine evtl. denkbare *mutmaßliche* Einwilligung. Ein solche kann sich jedenfalls nicht aus allgemeinen Überlegungen ergeben, wonach „in Zeiten einer Wirtschaftskrise" nicht auszuschließen sei, dass Treugeber „solche Geschäfte nicht unbedingt missbilligen"[33].

Der Umstand, dass die Täter „das Unternehmensinteresse im wahrscheinlich größtmöglichen Umfang befördert" haben[34], kann für die Pflichtwidrigkeit aus mindestens zwei Gründen keine Rolle spielen: Zum einen obliegt es dem Treugeber bzw. dessen zuständigen Organen zu bestimmen, welches Interesse mit seinen Mitteln zu befördern ist. Ebenso wie nicht Vorstände von politischen Parteien (als nicht rechtsfähigen Vereinen) deren Vermögensmittel gegen oder ohne den Willen der zuständigen Organe verbergen oder einsetzen dürfen, weil sie der Ansicht sind, besser als die Parteifreunde zu wissen, für was das Geld verwendet werden soll[35], kann sich aus guten Absichten eines privatwirtschaftlich leitenden Angestellten eine Befugnis ergeben, seinem Arbeitgeber heimlich hohe Geldbeträge zu entziehen, weil er meint, diese bei Gelegenheit dem Unternehmensinteresse förderlich einsetzen zu können.

Zum anderen ergibt sich aus *normativen* Gründen aus der Absicht, mit veruntreuten Geldmitteln *Straftaten* im (wirtschaftlichen) Interesse eines Unternehmens zu begehen, keine (rechtlich anerkennenswerte) mutmaßliche Einwilligung oder Rechtfertigung für die Entziehung von Unternehmensvermögen. Die Frage, ob der Vorstand als das zweifellos für eine Einwilligung der AG allein zuständige Organ[36] gem. § 76 I AktG überhaupt wirksam einwilligen könnte, hat der 2. *Strafsenat* ausdrücklich offen gelassen[37]. Ihre Problematik insb. im Hinblick auf die Bindung aus § 93 I 1 (i.V.m. Abs. 2 S. 1) AktG wird deutlich, wenn man sich die Fallkonstellation etwas spektakulärer denkt: Darf der Vorstand einer AG in die Verwendung von Unternehmensmitteln zur Bezahlung von Auftragsmorden an Konkurrenz-Managern einwilligen? Darf der Vorstand beschließen, zur Erhöhung der Umsatzrendite ohne Kenntnis von Aufsichtsrat und Hauptversammlung einige Millionen Euro in den Handel mit Heroin zu investieren? Es drängt sich auf, dass der Umstand allein, dass § 266 StGB das *Vermögen*, nicht aber die Volksgesundheit, das Leben von Menschen oder die Reinheit des Wettbewerbs schützt, nicht ausreicht, entsprechende Verfügungen (durch das zuständige Organ) für *pflichtgemäß* zu halten. Entgegen manchen Behauptungen (auch des Gerichts selbst) vertritt auch der *BGH* keinen „rein wirtschaftlichen" Vermögensbegriff[38]; die Ansprüche von Kokainhändlern, Prostituierten und Auftragsmördern sind nach ständ. Rechtsprechung durch § 263 oder § 253 StGB gerade nicht geschützt.

III. Schaden und Gefährdungsschaden

Verschiedentlich ist dem *BGH* entgegen gehalten worden, statt Korrekturen im subjektiven Bereich vorzunehmen, solle er lieber den objektiven Tatbestand der Untreue einschränken und die so genannte schadensgleiche Vermögensgefährdung vom Tatbestand ausnehmen[39], die mit Art. 103 II GG nicht vereinbar sei[40].

So einfach ist die Sache indes nicht. Die schadensgleiche Vermögensgefährdung ist nicht eine (bestimmtheitswidrige) willkürliche Erfindung der Rechtsprechung[41], durch welche der Anwendungsbereich der Tat-Vollendung des § 266 StGB (wie der §§ 253, 263 StGB) in den Raum der Vorbereitung oder des (bei § 266 StGB nicht strafbaren) Versuchs „vorverlegt" wurde, weil man Motive der Strafwürdigkeit an die Stelle dogmatisch zutreffender Grenzbestimmungen setzen wollte. Die Figur des Gefährdungsschadens ist vielmehr im Begriff des *Gesamt*-Vermögensschadens angelegt: Betrachtet man – mit allen Vorbehalten gegen eine solche Verkürzung[42] – als Objekt einer tatbestandlichen Handlung den Gesamtbestand des einem Rechtssubjekt zugeordneten Vermögens, also die in Geld ausgedrückte Summe der von der Rechtsordnung anerkannten Güter[43], sind in dieser Bestimmung, gleich ob sie „rein wirtschaftlich" oder „juristisch-wirtschaftlich" getroffen wird, für die Schadensentstehung sowohl das Prinzip der *Kompensation* als auch das des *Gefährdungsschadens* enthalten; auf die *Namen* dieser Phänomene kommt es nicht an. Vermögenszuwachs und Vermögensabnahme stellen sich unter tatsächlich-wirtschaftlichem Blickwinkel, erst recht aber in normativer Perspektive, nicht als trennscharf abgegrenzte Gegensätze von Plus und Minus (Eins und Null) dar, sondern als prozesshafte Verläufe mit Übergangs- und Überschneidungsphasen[44].

Hierauf, nicht auf einer wortlautwidrigen Auslegung der §§ 263, 266 StGB als Gefährdungsdelikte beruht die Annahme der Rechtsprechung des *RG* und des *BGH*, ein

30) Vgl. *BGHSt* 52, 323, 335 = NStZ 2009, 95, 98 Rn 40 f.

31) O. Fn 30, Rn 41; a. A. *Rönnau* Einrichtung „schwarzer" (Schmiergeld-)Kassen in der Privatwirtschaft – eine strafbare Untreue?, in FS Tiedemann, 2008, S. 713, 721 Fn 38; *ders.* StV 2009, H. 5, unter I. 3.; unklar insoweit *Knauer* NStZ 2009, 151, 153 mit Fn 31.

32) Vgl. etwa *Saliger/Gaede* Rückwirkende Ächtung der Auslandskorruption und Untreue als Korruptionsdelikt – Der Fall Siemens als Startschuss in ein entgrenztes internationalisiertes WirtschaftsstrafR?, HRRS 2008, 57, 67.

33) *Bernsmann* GA 2009, H. 5, unter A. I.

34) O. Fn 33.

35) Vgl. *LG Bonn* NStZ 2001, 375 (Fall *Kohl*); *BGHSt* 51, 100 (Fall *Kanther/Weyrauch*).

36) Ausf. und überzeugend dazu *Rönnau* Untreue zu Lasten juristischer Personen und Einwilligungskompetenz der Gesellschafter, in FS Amelung, 2009, S. 247, 261 ff. Einschränkend in Bezug auf den *Siemens*-Fall aber *ders.* StV 2009, H. 5 unter I. 3.

37) *BGHSt* 52, 323, 335 = NStZ 2009, 95, 98 Rn 40.

38) Vgl. dazu *Fischer* § 263 Rn 64 ff.; SK-*Hoyer* § 263 Rn 94 ff., 99; LK-*Tiedemann* § 263 Rn 130.

39) Vgl. etwa *Beulke* in FS Eisenberg, 2009, S. 245, 264; *Kempf* Bestechende Untreue?, in FS Hamm, 2008, S. 255, 265; *Bernsmann* GA 2007, 219, 229 ff.

40) Vgl. *Bernsmann* GA 2007, 219, 229; MüKo-*Dierlamm* § 266 Rn 186 f., 195.

41) *RGSt* 16, 1; 16, 77; *BGHSt* 15, 24, 27; 16, 220, 221; 23, 300, 303; 34, 394, 395; 48, 354, 356.

42) Freilich muss die Wissenschaft sich ernsthaft fragen lassen, welchen *Wert* eine Dogmatik noch hat, deren Ausdifferenzierung sich auch bei aufgeschlossenem Bemühen jedem praktisch orientierten Überblick entzieht, weil schon die Klärung von Grundbegriffen sich in abundanten monografischen Reflexionen von „Schulen" verliert.

43) Vgl. S/S-*Lenckner/Perron* 27. Aufl. § 263 Rn 82; § 266 Rn 39; SK-*Samson/Günther* § 263 Rn 92 ff., 108 ff., 118; LK-*Tiedemann* § 263 Vorb. Rn 30 ff.; MüKo-*Hefendehl* § 263 Rn 293 ff., 340 ff.

44) Vgl. für den Betrugsschaden treffend *Perron* Probleme und Perspektiven des Untreuetatbestandes, GA 2009, 219, 227 f.: „... ein mehraktiger, längerer Geschehensstrang, bei dem sich die Vermögensverschiebung schrittweise realisiert und der Übergang des betroffenen Wertes von der einen auf die andere Seite nicht an einer einzigen Stelle festgemacht werden kann." Ähnlich MüKo-*Hefendehl* § 263 Rn 559 ff.

Schaden (Nachteil), d.h. eine Vermögensminderung könne nicht erst beim „endgültigen" Verschwinden eines geldwerten Gegenstands aus dem Vermögensbestand, sondern bereits bei einer „konkreten Gefahr" vorliegen, die sich derart verdichtet hat, dass der Geldwert des Gesamtvermögens als verringert angesehen werden kann. Man kann den so genannten Gefährdungsschaden daher ebenso wenig einfach „abschaffen" wie den Begriff der vermögenswerten Expektanz: Von einer vagen Aussicht auf Vermögensmehrung z.B. durch Erwerb einer Sache über konkretisierende Vertragsverhandlungen, Abschluss einer Vereinbarung bis zur Vertragserfüllung durch Übereignung durchläuft das begünstigte Vermögen, je nach den Umständen des Einzelfalls, eine Vielzahl teilweise tatsächlich schwer abgrenzbarer Phasen wirtschaftlich-normativer „Zunahme"[45]. Rechte sind in einer kapitalistischen Wirtschaftsordnung geldwert. Wie viel Vermögenszuwachs ihr Erwerb oder Innehaben, wie viel Vermögensverlust ihre Einschränkung, Behinderung oder Aufgabe bedeuten, hängt von zahlreichen, oft unwägbaren und in ihrem Verlauf kaum quantifizierbaren tatsächlichen und rechtlichen Umständen ab. Bei einer betrügerischen Einwirkung mit dem Ziel der Übereignung einer Sache (Warenbetrug) verringert sich das Vermögen des getäuschten Eigentümers regelmäßig nicht in einem Moment um den Gesamtwert der Sache; über die erste Kontaktaufnahme mit einer nur allgemeinen Rechtsgutsgefährdung konkretisiert der Vermögensverlust sich vielmehr sukzessive; erst mit dem Abschluss der Übereignung und der Sicherung durch den Täter ist sie – normativ – beendet. Es liegt auf der Hand, dass diese – hier beispielhaft einfach geschilderten – Verläufe um ein Vielfaches komplizierter, auch ex ante unkalkulierbarer sind, wenn es etwa um Beeinträchtigung oder Erwerb von Ansprüchen oder Aussichten, risikobestimmte Geschäfte oder normativ geprägte Zurechnungen etwa bei gesetz- oder sittenwidrigen Geschäften geht.

Zutreffend ist die Annahme des *1. Strafsenats* in den Entscheidungen NJW 2008, 2451[46] und 1 StR 731/08[47], der Gefährdungsschaden sei „eigentlich" ein *wirklicher* Schaden[48]. Alles andere wäre auch überraschend[49], denn es würde bedeuten, dass die Rechtsprechung – unter Zustimmung jedenfalls weiter Teile der Wissenschaft – seit 130 Jahren gesetz- und verfassungswidrig bloße Gefährdungen von Rechtsgütern als deren Verletzung abgeurteilt hätte. Es handelt sich „im Wesentlichen um eine Frage der Formulierung"[50]; der Begriff des Gefährdungsschadens bezeichnet eine „Berechnungsmethode" des Schadens[51]. Aus dem Umstand, dass die §§ 263, 266, vom Versuch abgesehen, nur die Verursachung „echter" Schäden, also tatsächlicher quantitativer Einbußen bestrafen, lässt sich aber entgegen der Ansicht des *1. Strafsenats* wohl nicht ableiten, der Begriff des Gefährdungsschadens sei „entbehrlich"[52], wenn man damit mehr ausdrücken will als eine terminologische Vereinfachung. Denn der Begriff stellt das Wesen der §§ 263, 266 (§ 253) StGB als Erfolgsdelikte nicht in Frage, sondern zieht die Konsequenzen daraus, dass der Schadensverlauf von der abstrakten Gefährdung bis zum unwiederbringlichen Verlust ein (quantitativer) *Prozess* ist[53]. Die Lehre von der schadensgleichen Vermögensgefährdung ist, ebenso wie der saldierende Gesamtvermögensvergleich, „eine wichtige *Konsequenz* des wirtschaftlichen Vermögensbegriffs"[54], nicht dessen systemwidrige Aufweichung. Man kann daher auch den in einer konkreten Vermögensgefährdung liegenden Schaden zwar möglicherweise anders *nennen*, ihn aber nicht einfach – zwecks „Restriktion" – aus den Tatbeständen des Vermögensstrafrechts ausnehmen[55] oder seine Probleme beseitigen, indem man jeden Eingehungsbetrug in einen (quasi vorgezogenen) Erfüllungsbetrug und jede negative Prognose in einen (endgültigen) Verlust in Höhe ihrer jeweiligen (vermutlichen) Verwirklichungsquote *umdefiniert*[56].

Gegen eine *Identität* von Gefährdungs- und „End"-Schaden spricht im Übrigen auch die Rechtsprechung zum Begriff des Vermögensverlusts großen Ausmaßes in § 266 II i.V.m. § 263 III Nr. 2[57]: Ein bloßer Gefährdungsschaden kann danach einen solchen Verlust nicht begründen, da dem Begriff des Verlusts „eine gewisse Endgültigkeit" eigen sei und *hier* (!) eine Schadenswiedergutmachung „tatbestandsunerheblich" sei[58]. Das erscheint mit der Ansicht nicht ohne weiteres vereinbar, beim Begriff des Gefährdungsschadens handle es sich um eine überflüssige, „verschleiernde Bezeichnung" für einen *End*-Schaden[59]. Auch die ständige Rechtsprechung zur *Verjährung* des Gefährdungsschadens[60] spricht gegen die schlichte „Überflüssigkeit" der Bezeichnung und stellt zutreffend auf den Prozesscharakter und den Sinnzusammenhang der Schädigung ab.

Bertram Schmitt hat zutreffend darauf hingewiesen[61], dass alle Berechnungsexempel für Vermögenseinbußen anhand von bankwirtschaftlich oder bilanzrechtlich orientierten Wertberichtigungs-Grundsätzen nichts daran ändern, dass es sich bei den Verlusten durch „Gefährdung" (wie bei den Gewinnen durch Expektanzen) doch stets (nur) um *Prognosen* handelt, deren Bewertung sich laufend dynamisch ändert[62]. Das gilt selbst in den vom *1. Strafsenat* angeführten einfachen Fällen des Kreditbetrugs oder der Kredituntreue, in denen es um relativ übersichtliche Wertberichtigungen von Geldforderungen geht. Es gilt erst recht in Fällen mit stark normativem Einschlag oder in Fällen, in denen „überholende" Kausalketten eine Rolle spielen. Dazu ein Beispielsfall aus dem Bereich der Kredituntreue[63].

---

45) Vgl. im Einzelnen MüKo-*Hefendehl* § 263 Rn 340 ff.

46) 1 StR 488/07 v. 20. 3. 2008, NStZ 2008, 457; Anm. *Beulke/Witzigmann* JR 2008, 430; *Klötzer/Schilling* StraFo 2008, 305; *Peglau* wistra 2008, 430, 432; *Rübenstahl* NJW 2008, 2454.

47) Beschl. v. 18. 2. 2009, zur Veröff. in *BGHSt* vorgesehen.

48) Dazu auch *Nack* StraFo 2008, 277, 279.

49) Daher ebenso z.B. schon *Otto* JZ 1985, 69, 72; *ders.* in FS Lackner, 1987, S. 715, 723; vgl. auch *Baumanns* JR 2005, 227 f.; MüKo-*Hefendehl* § 263 Rn 541 ff. mwN.

50) MüKo-*Hefendehl* § 263 Rn 543.

51) Vgl. *Fischer* StraFo 2008, 269, 271; *ders.* 56. Aufl., § 266 Rn 59, § 263 Rn 94.

52) Beschl. v. 18. 2. 2009 – 1 StR 731/08, Rn 12; NJW 2008, 2451, 2452; *Nack* StraFo 2008, 277, 279.

53) Vgl. *BGH* wistra 1991, 307 f.; *Otto* JZ 1993, 657 f.; LK-*Tiedemann* § 263 Rn 168; auch *Schmitt* Zur Untreue durch Kreditbewilligung, in FS Nobbe, 2009, S. 1009, 1023.

54) *Arzt/Weber* StrafR BT, § 20 Rn 97.

55) So wohl MüKo-*Dierlamm* § 266 Rn 195.

56) So wohl im Erg. der *1. Strafsenat* in den genannten Entscheidungen.

57) *BGHSt* 48, 354, 357 ff. (*1. Senat*). Ebenso *BGH* NStZ 2002, 547 (*3. Senat*); wistra 2007, 111 (*2. Senat*); NStZ 2006, 223 (*5. Senat*); vgl. auch *BGH* wistra 2007, 183, 184 (*4. Senat*).

58) *BGHSt* 48, 354, 358.

59) Beschl. v. 18. 2. 2009 – 1 StR 731/08, Rn 15.

60) Verjährungsbeginn erst ab „endgültigem" Schadenseintritt: Zu § 266 vgl. *BGH* NStZ 2001, 650; 2003, 540 f. (zu § 263 vgl. *BGHSt* 19, 342, 344; 32, 236, 243).

61) *Schmitt* in FS Nobbe, 2009, S. 1009, 1023.

62) Ähnlich *Kempf* „Schwarze Kassen": Effektiver Schaden?, in FS Volk, 2009, unter I. 3. 9; ebenso noch *Nack* in *Müller-Gugenberger/Bieneck* WirtschaftsstrafR, 4. Aufl., § 266 Rn 97: Aus dem Abstellen auf den Zeitpunkt der Darlehensgewährung folge „zwangsläufig (!), dass der Schaden ... nur ein Gefährdungsschaden sein kann."

63) Er ist – unter weitgehender Abwandlung – einem Urteil nachgebildet, über dessen Anfechtung voraussichtlich demnächst der *3. Strafsenat* des *BGH* entscheiden wird (3 StR 576/08). Zur Kredituntreue vgl. das Beispiel bei *Nack* StraFo 2008, 277, 279.

Ausgangs-Sachverhalt: Unternehmen *S* beantragt bei der Bank *G* einen Großkredit. Es folgen längere Verhandlungen. Eine den bankrechtlichen Vorgaben entsprechende Prüfung von Bonität und Risiko erfolgt auf Grund von bewusster Nachlässigkeit des Vorstandsmitglieds *T* während dieser Zeit nicht. *G* gibt auf der Grundlage der unzureichenden Informationen schließlich eine Kreditzusage mit einem Vorbehalt nachträglicher Änderung maßgeblicher Umstände. Erst als *S* auf Auszahlung drängt, veranlasst *T* (Abwandlung: der inzwischen zuständige *V*) nun eine sorgfältige Prüfung. Diese ergibt, dass gegen die Kreditgewährung keine Bedenken bestehen. Jetzt erfolgt die Valutierung.

Alternative 1: Die nachträgliche Prüfung unterbleibt ebenfalls. Der Kredit wird ausgehändigt und fällt später aus.

Alternative 2: Die nachträgliche Prüfung unterbleibt; der Kredit wird ausgehändigt, von S aber vertragsgemäß bedient und zurückgezahlt.

Alternative 3: Die nachträgliche Prüfung wird durchgeführt und ergibt ein negatives Ergebnis; der Kredit wird nicht gewährt.

Folgt man im Ausgangsfall der vom *1. Strafsenat* skizzierten[64] Linie, so wäre der Zeitpunkt der Kreditzusage wohl als „maßgeblicher Zeitpunkt" anzusehen und bezogen auf diesen Zeitpunkt eine „echte" Schädigung der *G* festzustellen: Der Zusage als „Vermögensverfügung"[65] steht zu diesem Zeitpunkt eine nach Maßgabe bankenwirtschaftlicher Grundsätze minderwertige Chance zukünftigen Erwerbs (Tilgung; Zinsen) gegenüber. Dabei würde es sich nicht um eine „schadensgleiche Gefährdung", sondern um einen „echten" Schaden handeln. Die Geschehnisse nach dem Zeitpunkt der Zusage wären für die Untreue-Strafbarkeit des *T* ohne Belang; weder durch die nachträgliche Prüfung noch durch die bedenkenfreie Valutierung des Kredits oder durch dessen planmäßige Rückzahlung würde sich am *„endgültigen"* Schaden etwas ändern.

Der Unterschied zur Alternative 3 dürfte danach Relevanz allenfalls für die Strafzumessung haben. Die Alternativen 1 und 2 werfen einen Blick insbesondere auf die Feststellung der *Schadenhöhe*: Es wäre zu klären, ob der „endgültige" Ausfall des Kredits oder seine Rückzahlung an dem *T* zuzurechnenden Schuldumfang noch etwas ändern können. Weitere schwierige Probleme werfen Fragen der Kausalität, des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs und des subjektiven Tatbestands auf.

Das intuitive Urteil, es „könne nicht sein", dass *T* in *allen* Fällen wegen Untreue (zum Zeitpunkt der Kreditzusage) strafbar sei, lässt sich, auch dogmatisch vertretbar, darauf stützen, dass es sich bei der Kreditvergabe um einen einheitlichen wirtschaftlichen (Lebens-)Vorgang handelt, dessen künstliches Auseinanderreißen zu kaum vertretbaren Ergebnissen führt. Das gilt namentlich, wenn man sich klar macht, dass neben den Zeitpunkten der Kreditzusage und der Kreditauszahlung in der Lebenswirklichkeit eine Vielzahl weiterer Zeitpunkte gefunden werden können, in denen (Vor-)Entscheidungen getroffen, Handlungen vorgenommen oder unterlassen werden, welche zu einer *sukzessiven* Beeinträchtigung des Rechtsguts „Vermögen" führen.

IV. Der Vorsatz des Gefährdungsschadens

Hinsichtlich des erforderlichen Vorsatzes in Fällen der Untreue mit „schadensgleicher Vermögensgefährdung" sind vom *1.* und *2. Strafsenat* des *BGH* unterschiedliche Positionen vertreten worden: Der *2. Strafsenat* hat im Fall *BGHSt* 51, 100 (Fall *Kanther/Weyrauch*) entschieden, bei einer („nur") schadensgleichen Vermögensgefährdung reiche der bedingte Vorsatz der *Gefährdung* nicht aus, auch wenn diese sich bereits als tatbestandlicher *Schaden* darstelle; vielmehr müsse sich das voluntative Moment des bedingten Vorsatzes auch auf den endgültigen Vermögensverlust beziehen[66]. Der *1. Strafsenat* ist dem in einem mit einem Leitsatz versehenen *obiter dictum* ausdrücklich entgegen getreten[67] und hat seine abweichende Ansicht im Beschluss vom 18. 2. 2009[68] (zu einem Fall des Anlagebetrugs) mit einer weiteren Leitsatzentscheidung bekräftigt. Die Tatsache, dass 2 *Senate* des *BGH* in Einzelfragen unterschiedlicher Ansicht sind und sich hierüber in einem offenen Diskussionsprozess auseinandersetzen, ist möglicherweise ungewöhnlich, gewiss aber nicht verwerflich; Aufregung darüber[69] ist nicht veranlasst. Die Diskussion, jedenfalls soweit sie entscheidungserheblich ist[70], wird zur Annäherung oder zur Entscheidung im dafür vorgesehenen Weg führen.

1. Direkter und bedingter Vorsatz

Nach Ansicht des *1. Strafsenats* ist der Begriff der konkreten Vermögensgefährdung „entbehrlich", denn bei präziser Begriffsverwendung ergebe sich, dass die so genannte konkrete Vermögensgefährdung sich in Wirklichkeit als ein bereits unmittelbar mit der Tathandlung (!) eingetretener Vermögensnachteil darstelle[71]. Der Täter, der die *Möglichkeit* des Vermögens-*Verlustes*, also die bislang „Gefährdung" genannte Minderwertigkeit des Anspruchs seines Vertragspartners kennt, handelt danach mit *direktem* Vorsatz[72]. Dies führt jedenfalls in einer Vielzahl von Fällen zu der Folgerung, dass es auf Anforderungen an den *bedingten* End-Schädigungsvorsatz nicht ankommt, da das Inkaufnehmen der Vermögens-"Gefährdung" in Wahrheit stets ein *direkter* Vorsatz der Vermögens-*Schädigung* ist[73]. Gegen diesen „frappierend einfach"[74] erscheinenden Gedanken lassen sich einige Bedenken formulieren:

a) Der erste Einwand bezieht sich auf die bisherige Rechtsprechung, auf welche der *1. Strafsenat* Bezug nimmt: Im Fall *BGHSt* 46, 30 hat dieser *Senat* zu einem Fall der Kredituntreue dargelegt, der Täter müsse (bei pflichtwidriger Kreditgewährung) die Gefährdung des Rückzahlungsanspruchs „erkennen und (!) billigen". Nach *allgemeinen* Regeln liege „die Billigung des Erfolgs" nahe, „wenn der Täter ein Vorhaben trotz äußerster Gefährlichkeit durchführt"; diese Regeln ließen sich jedoch nicht ohne Weiteres auf Fälle offenen, mehrdeutigen Geschehens übertragen[75]. Diese Ausführungen sind auch bei weiter Deutung mit den Darlegungen in NJW 2008, 2451 wohl nicht vereinbar. Denn auf eine Billigung der „Gefährdung" (die der *Senat* jetzt „verschleiernde Bezeichnung" nennt[76]) kann es schlechterdings nicht ankommen, wenn schon das „Erkennen" der Gefahr des

64) NJW 2008, 2451, 2452; 1 StR 731/08, Rn 10 ff.

65) 1 StR 731/08, Rn 11.

66) Ebenso NStZ 2007, 704, 705 (*2. Strafsenat*); so auch der *5. Strafsenat* in NStZ 2008, 455 f.

67) NJW 2008, 2451, 2452.

68) 1 StR 731/08. Dass die Ausführungen dort tragend sind, könnte im Hinblick darauf fraglich sein, dass dem Täter offenbar von vornherein Möglichkeit und Absicht einer seriösen Anlage der betrügerisch erlangten Mittel fehlten; vielmehr waren die auf Grund der täuschenden Versprechungen an ihn gezahlten Geldmittel für die getäuschten Anleger mit der Zahlung endgültig verloren. Von einer „Gefährdung" konnte hier wohl keine Rede sein; daher waren die Überlegungen des *Senats* zum „Risikogeschäft" (bei § 266!) möglicherweise nicht erforderlich.

69) Vgl. etwa *Bernsmann* GA 2009, H. 5, unter A. I. Etwas zurückhaltender *Knauer* NStZ 2009, 151.

70) Vgl. oben Fn 13.

71) NJW 2008, 2451, 2452; bezogen auf „pflichtwidrige Risikogeschäfte".

72) O. Fn 71.

73) Vgl. auch *Nack* StraFo 2008, 277, 281; dazu *Schmitt* in FS Nobbe, 2009, S. 1009, 1022 f.

74) *Schmitt* (o. Fn 73).

75) *BGHSt* 46, 30, 34 f.

76) Beschl. v. 18. 2. 2009 – 1 StR 731/08, Rn 15.

Forderungsausfalls ein *direkter* Schädigungsvorsatz sein soll.

Dies trifft noch mehr auf den Fall *BGHSt* 47, 148 zu. Dort hat der *1. Strafsenat* – wiederum für die Kredituntreue – ausgeführt, es sei „ein *bedingter* Schädigungsvorsatz ... in Betracht zu ziehen", da der Täter „die Minderwertigkeit des Rückzahlungsanspruchs ... *gekannt* hat"[77]. Das Billigungselement des bedingten Vorsatzes müsse sich in diesem Fall „nur auf die schadensgleiche Vermögensgefährdung beziehen". Der „Grad der Wahrscheinlichkeit des *Erfolgseintritts* (!)" könne zwar für sich allein nicht schon den bedingten Vorsatz beweisen; dieser liege aber bei vom Täter „erkannter (!) höchster Gefährdung" nahe[78].

Das ist mit den Ausführungen in den Entscheidungen NJW 2008, 2451 und 1 StR 731/08 nicht vereinbar, jedenfalls aber widersprüchlich. Denn der *Senat* geht offenkundig von einer Unterscheidung zwischen Vermögens-*Gefährdung* und Untreue-*Erfolg* aus und befasst sich mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen bei Kenntnis (!) des Täters von der „höchsten Gefährdung" des Vermögens ein *bedingter* Schädigungs-Vorsatz als bewiesen anzusehen sei. Das ist aber nicht damit vereinbar, dass man die Vermögensgefährdung für eine „verschleiernde Bezeichnung" und „überflüssige Rechtsfigur" hält und bei Inkaufnahme einer konkreten Gefährdung stets einen *direkten* Schädigungsvorsatz als gegeben ansieht.

In beiden genannten Entscheidungen hat der *1. Strafsenat* zwar bei der Feststellung des objektiven Schadens die „konkrete Gefährdung" zum Zeitpunkt der Verfügung (hier: Kreditgewährung) betrachtet, hinsichtlich des (bedingten!) Vorsatzes aber gerade *nicht* allein auf den Geldwert dieser „Gefahr", sondern ausdrücklich auf „den Erfolgseintritt", also den sog. *Endschaden* abgestellt. Er hat damit eine Betrachtung vorgenommen, welcher er nach seinen neuen Entscheidungen „nicht folgen will, (da sie) der bisherigen Dogmatik widerspricht"[79].

Der *5. Strafsenat* hat (für den bedingten Vorsatz des Anlagebetrugs) ähnlich und fast gleich lautend entschieden[80]: Das Wissenselement des bedingten Vorsatzes der konkreten Vermögensgefährdung müsse sich (nur) auf die Minderwertigkeit der Rückzahlungsforderung des Anlegers beziehen. Auch für das Wollenselement komme es nur auf die Gefährdungslage, nicht auf den endgültigen Verlust an. Je größer die vom Täter erkannte Gefährdung sei, desto näher liege der Schluss, dass er *diese Gefährdung* auch billige. In Wirtschaftsstrafsachen könne aber „das Wollenselement nicht ausschließlich (!) aus der Perspektive der Schadenswahrscheinlichkeit betrachtet werden"[81]; vielmehr komme es auf eine Gesamtwürdigung des Einzelfalls, u. a. auch auf die Motive und die Interessenlage des Täters an. Der *Senat* hat das angefochtene Urteil aufgehoben, weil nicht hinreichend geklärt sei, wann die Angeklagten die Vermögensgefährdung der Anleger *erkannt* hatten; dies sei aber Voraussetzung für die Feststellung, sie hätten sie „gebilligt". Man wird nicht annehmen wollen, der *5. Strafsenat* halte die positive *Kenntnis* eines objektiven Tatbestandsmerkmals für die Voraussetzung eines hierauf bezogenen *bedingten* Vorsatzes[82]. Daher muss man auch hier fragen, was mit „Billigung der Gefährdung" und mit den „Motiven des Täters" gemeint ist. Es ist insgesamt zu konstatieren, dass der *Täterblick* auf den „Endschaden" und die Anknüpfung des *Gefährdungs*-Vorsatzes an diesen in den – beispielhaft – genannten Entscheidungen nicht so weit außerhalb der Betrachtung des *BGH* gestanden haben, wie dies die neueren Entscheidungen des *1. Strafsenats*[83] behaupten.

b) Der zweite Einwand betrifft die praktische Auswirkung: Zwar hat der *1. Strafsenat* die Möglichkeit eines (nur) bedingten Schädigungs-Vorsatzes nicht ausdrücklich aufgegeben, in der Entscheidung 1 StR 731/08 (zu § 263 StGB) auf das voluntative Element des billigenden Inkaufnehmens bei „Gefährdung des Rückzahlungsanspruchs" sogar wieder hingewiesen[84]. Es wird dabei aber nicht ganz klar, unter welchen Voraussetzungen ein solcher Vorsatz überhaupt noch anzunehmen sein soll. Jedenfalls in Fällen des § 266 StGB fällt das Erkennen der Möglichkeit einer *Pflichtwidrigkeit* regelmäßig mit der Kenntnis der Möglichkeit eines Vermögensverlusts zusammen. Für den bedingten Vorsatz bleibt damit wenig Raum: „Streng genommen bedarf es in diesen Fällen ... nicht des Instituts des bedingten Vorsatzes"[85]. Das dürfte, zumindest im praktischen Ergebnis, eine ganz erhebliche Ausweitung der Strafbarkeit zur Folge haben[86].

c) Der dritte Einwand schließlich betrifft den Kern des veränderten Schadens-Verständnisses und richtet sich gegen eine hierin möglicherweise liegende begriffs-jurisprudentische Verkürzung: Da sich jede (*konkrete*) Gefährdung des Vermögens rechtlich „als Schaden darstellt", scheint es für die subjektive Tatbestandsseite auf eine Unterscheidung gar nicht mehr anzukommen. Wenn ein Zustand sich als Schaden „darstellt", dann *ist* er ein Schaden; wer eine *Möglichkeit* des Verlustes in Kauf nimmt, die er kennt, hat regelmäßig direkten, nicht bedingten Vorsatz, so dass es auf das Inkaufnehmen „streng genommen" gar nicht ankommt; und wenn es denn ein Schaden *ist*, dass die Erfüllung eines Anspruchs gefährdet ist, so kommt es darauf, ob er tatsächlich erfüllt wird oder ausfällt, nicht an[87].

Damit werden aber der Umstand der *Prozesshaftigkeit* der Schadensentstehung[88] und der soziale Sinnzusammenhang des insoweit einheitlichen Vorgangs außer Betracht gelassen. Der tatsächliche Vorsatz des Täters richtet sich nämlich, jedenfalls in einer Vielzahl von Fallgestaltungen, nicht auf die Entstehung eines normativen Wertberichtigungsbedarfs oder auf die Entstehung der *Möglichkeit* einer endgültigen Schädigung, die dann gar nicht eintritt. Der Täter des Betrugs muss, da die erstrebte Bereicherung dem Schaden „stoffgleich" sein muss und die Absicht einer nur *möglichen* Bereicherung nicht ausreicht, jedenfalls einen wirklichen Schaden und nicht nur dessen Möglichkeit wollen. Bei der Untreue entfällt zwar das Erfordernis der Bereicherungsabsicht. Damit ist aber, entgegen der bisher ohne Weiteres unterstellten Annahme, noch nicht entschieden, dass es auf die subjektive Einstellung des Täters im Hinblick auf einen „endgültigen" Schaden überhaupt nicht ankomme. Vielmehr erweisen sich inso-

77) *BGHSt* 47, 148, 156, 157.
78) *BGHSt* 47, 148, 157.
79) NJW 2008, 2451, 2452.
80) *BGHSt* 48, 331, 346 f.
81) *BGHSt* 48, 331, 347.
82) Vgl. auch Beschl. v. 4. 2. 2009 – 5 StR 260/08: Die Kenntnis aller Umstände des pflichtwidrig überhöhten Risikos des Kreditausfalls belege den *bedingten* Vorsatz der Schädigung.
83) NJW 2008, 2451, 2452.
84) 1 StR 731/08, Rn 17.
85) *Nack* StraFo 2008, 277, 278; krit. dazu u. a. *Kempf* in FS Volk, 2009, unter I. 3. b.
86) So auch *Schmitt* in FS Nobbe, S. 2009, 1023.
87) Vgl. oben Beispiels-Alternativen 1, 2 und 3. So auch NJW 2008, 2451, 2452: „Der Tatbestand der Untreue entfällt auch nicht wieder, wenn die Darlehensforderung später doch bedient wird."
88) Vgl. dazu auch MüKo-*Hefendehl* § 263 Rn 478 ff. (teilw. zu Besonderheiten des § 263).

weit gerade die nachdrücklichen Ausführungen des *1. Strafsenats* in (*BGHSt* 47, 148, 156) als lebensnah und auch dogmatisch nicht fern liegend: Die Kenntnis von der Möglichkeit eines Vermögensverlusts ist nicht stets gleichzusetzen mit der billigenden Inkaufnahme eines solchen Ergebnisses. Hieraus hat die *Kanther*-Entscheidung des *2. Strafsenats* die Konsequenz gezogen. Das mag als „der bisherigen Dogmatik widersprechend"[89], als „dogmatisch fragwürdig"[90] oder als überflüssig[91] kritisiert werden. Es bietet gleichwohl, im Gegensatz zu allen – angeblich dogmatisch „widerspruchsfreien" – Vorschlägen einer „Begrenzung im objektiven Tatbestand", eine praktikable und ohne Zweifel verfassungskonforme[92] Möglichkeit, die systembedingt großen Schwierigkeiten des (*objektiven*) Schadens-Begriffs besser und vor allem auch praktikabler als bisher in den Griff zu bekommen.

2. Bewertung des Gefährdungsschadens

Den Vertretern einer angeblich näher liegenden „objektiven Restriktion"[93] ist noch Folgendes entgegen zu halten:

a) Allenthalben wird darauf hingewiesen, es habe die Rechtsprechung den objektiven Tatbestand der Untreue durch Anerkennung der so genannten schadensgleichen Vermögensgefährdung „erweitert"[94]. Wenn das stimmen würde, müsste gezeigt werden, dass *vor* einer solchen Erweiterung ein Rechtszustand bestanden hat, in dem der „Gefährdungsschaden" genannte Zustand *nicht* als tatbestandlicher Schaden angesehen wurde. Das ist nicht ersichtlich. Die Lehre von den vermögenswerten Anwartschaften (Expektanzen) als Teil des Vermögens[95] ist in der Wissenschaft im Grundsatz seit jeher[96] ebenso anerkannt worden wie ihre – notwendige (vgl. oben) – Kehrseite, nämlich „die Anerkennung der Vermögensgefährdung als Nachteil, wenn sie zu einer gegenwärtigen Minderbewertung des Vermögens(stückes) führt"[97]. Es „steht fest, dass im Wirtschaftsleben bloße Gefährdungen (!) bereits unmittelbare Vermögensrelevanz haben können"[98]. Die „konkrete Vermögensgefährdung" stellt daher keine Erfindung der Rechtsprechung dar, sondern ist notwendiger Bestandteil jedes heute vertretenen Vermögens(schadens-)begriffs; dass sie keine „bloße Gefahr", sondern eine *wirkliche* Vermögenseinbuße ist, ist keine neue Entdeckung des *1. Strafsenats*, sondern Stand von Rechtsprechung und Lehre seit 100 Jahren. Vertreter einer „kritischen" Position, die das „Konstrukt der Vermögensgefährdung" an sich oder jedenfalls seine Anwendung im Bereich des § 266 für „verfassungsrechtlich bedenklich" halten[99], verkennen dies und fallen auf den bloßen *Namen* eines Sachverhalts herein, an den sodann, in typisch begriffs-jurisprudentischer Weise, komplizierte Deduktionen geknüpft werden. In Wahrheit geht es seit jeher nicht darum, *ob* die so genannte konkrete Vermögensgefährdung ein „wirklicher" Schaden ist, sondern *wann* sie dies ist, wie man das feststellt und warum sie (mit Recht!) immer noch „Gefährdung" heißt.

Die Behauptung, der „echte" Bewertungs-Schaden, dessen Erkenntnis die Figur der schadensgleichen Vermögensgefährdung überflüssig und bei dieser Gelegenheit gleich auch den bedingten Vorsatz „entbehrlich" machen soll, lasse sich problemlos mit Hilfe banküblicher Bewertungs- und bilanzrechtlicher Wertberichtigungs-Grundsätze feststellen[100] erklärt mit bemerkenswerter Leichtigkeit etwas zur tatbestandlich zwingenden Notwendigkeit, was in der Praxis sowohl der Tatgerichte als auch des *BGH* praktisch nie vorkommt. Bewertungen des Ausfallrisikos durch „Kreditwürdigkeitsgutachten"[101]; Prognosegutachten über die Wahrscheinlichkeiten von Forderungsausfällen oder Risikoverwirklichungen sind in der Praxis so gut wie unbekannt. Verurteilungen mit der Feststellung, der Täter habe „jedenfalls" eine konkrete Vermögensgefährdung – in welcher Höhe auch immer – verursacht, werden vom *BGH* nicht aufgehoben, obgleich das Fehlen der Feststellung des Schuldumfangs dies eigentlich gebieten müsste.

Schon bei einer rein wirtschaftlichen Betrachtung ist eine exakte quantitative Bewertung eines Schadensrisikos oder auch nur die Angabe zutreffender Parameter für eine Schätzung[102] mehr, als die Tatrichter heute in 95% aller Betrugs- und Untreuefälle zu leisten bereit[103] und der *BGH* durchzusetzen gewillt ist. Erst recht schwierig wird es, wenn *normative* Gesichtspunkte der Schadensfeststellung eine Rolle spielen.

b) Schließlich: Die Annahme (des *1. Strafsenats*), ein „Endschaden" sei für den Tatbestand der Untreue objektiv und subjektiv gleichgültig; die konkrete Gefährdung stelle auch für den subjektiven Tatbestand den allein maßgebenden Zeitpunkt dar, und jede Kenntnis der (nahe liegenden) Möglichkeit eines Vermögensverlusts sei ein *direkter* Vorsatz der Schadensverursachung, führt zu einer explosionsartigen Ausweitung des – bislang zumindest in einer Grauzone belassenen – strafbaren Bereichs und des von Amts wegen zu verfolgenden Dunkelfelds: *Millionen* von Geschäften werden monatlich getätigt in dem Bewusstsein, sich hinsichtlich der eigenen zukünftigen Leistungsfähigkeit nicht ganz sicher zu sein. Niemand fragt hier nach dem bedingten Betrugsvorsatz, wenn die Ware bezahlt, der Kredit bedient, die Miete überwiesen wird. Auf dieses gute Ende käme es aber nach h. M. gar nicht an, denn Betrug oder Untreue wären ja – mit *direktem* Vorsatz – längst begangen, die glückliche Vertragserfüllung wäre allenfalls strafmildernde Schadens-Wiedergutmachung. Erst recht gilt das im engeren Bereich der Wirtschaft: Risikogeschäfte sind die Hefe, welche den Teig des Kapitalismus treibt. Es ist fern liegend anzunehmen, dass die Vorstände oder Aufsichtsräte der deutschen Privatbanken, Landesbanken, Sparkassen und Volksbanken, Mana-

89) NJW 2008, 2451, 2452.

90) *Bernsmann* GA 2007, 219, 230; *Perron* NStZ 2008, 517; *Saliger* NStZ 2007, 545; *Schlösser* StV 2008, 548; auch *Weber* Zum bedingten Vorsatz bei der vermögensgefährdenden Untreue, in FS Eisenberg, 2009, S. 371, 374 f.

91) *Nack* StraFo 2008, 277, 280 f.

92) *BVerfG* Beschl. v. 10. 3. 2009 – 2 BvR 1980/07, BA S. 15.

93) Vgl. auch MüKo-*Dierlamm* § 266 Rn 195; *Kempf* Bestechende Untreue?, in FS Hamm, 2008, S. 255, 265.

94) Ausf. z. B. MüKo-*Dierlamm* § 266 Rn 195; vgl. auch NK-*Kindhäuser* § 266 Rn. 110 ff.; *Satzger* NStZ 2009, H. 6, unter III. 4.

95) Vgl. etwa LK-*Schünemann* § 266 Rn 135.

96) Vgl. beispielhaft etwa *Schönke* StGB, 2. Aufl. (1943), § 266 Anm. IV, § 263 Anm. VI. 3. c; LK, 4. Auflage (1929), § 266 Anm. 3, § 263 Anm. 6.

97) LK-*Schünemann* § 266 Rn 146; allg. Ansicht. Vgl. z. B. auch LK-*Tiedemann* § 263 Rn 135, 168: Es „kann nicht bezweifelt werden, dass neben dem völligen Verlust einer Vermögensposition auch ihre *Gefährdung* eine Vermögensminderung und damit einen Vermögensschaden darstellen kann."

98) MüKo-*Hefendehl* § 263 Rn 533.

99) MüKo-*Dierlamm* § 266 Rn 195.

100) So insb. *Nack* StraFo 2008, 277, 278 ff.; Beschl. v. 18. 2. 2009 – 1 StR 731/08, Rn 13; ähnlich NJW 2008, 2451, 2452; vgl. auch MüKo-*Hefendehl* § 263 Rn 569 ff. (Kreditbewertung).

101) MüKo-*Hefendehl* § 263 Rn 572.

102) Nach *BGH* NJW 2008, 2451, 2452 „muss (der Geldwert des Risikos) ... bewertet, letztlich geschätzt werden."

103) Vgl. auch *Perron* GA 2009, 219, 229 f.: Die Tatgerichte sind mit der Feststellung des subjektiven Tatbestands „vielfach deutlich überfordert". Hieran ändert sich schwerlich etwas, wenn man sie dazu auffordert, die *International Accounting Standards* sowie „die Institute des Bilanzrechts" anzuwenden, was „kaufmännischer Alltag" sei (1 StR 731/08, Rn 13). Dagegen auch *Beulke/Witzigmann* JR 2008, 430, 433.

ger von Zweckgesellschaften und Hedgefonds und Konstrukteure von *Collaterated Dept Obligations* in den vergangenen 10 Jahren nicht *positiv gewusst* haben, dass man aus lauter Schrott-Krediten *unmöglich* Triple-A-Ratings basteln kann, ohne dass dies eine Gefährdung des Vermögens der Anlagekäufer mit sich bringen könnte, die diese möglicherweise in ihrer Konkretheit nicht erkannt hatten. Es ist daher – insoweit ist *Bernsmann*[104] zuzustimmen – schwer nachvollziehbar, wieso die h. M., die die *Kanther*-Entscheidung des 2. *Strafsenats* als allzu restriktiven Systembruch kritisiert und sich für Betrug und Untreueschaden mit der Kenntnis der Möglichkeit eines Verlustes begnügen will, nicht längst begonnen hat, in großer Zahl die Profiteure des wundersamen finanzwirtschaftlichen Perpetuum Mobile wegen Untreue oder Betrugs zu verfolgen, bei denen, zurückhaltend ausgedrückt, seit jeher erhebliche Indizien für das Billigen der „Gefährdung" sprachen[105].

3. Tätige Reue?

Ulrich Weber hat einen interessanten Vorschlag zur Begrenzung des Anwendungsbereichs von § 266 StGB gemacht[106]: Um die vom 2. *Strafsenat* angewandte „aus dem hergebrachten dogmatischen Rahmen fallende inkongruente Vorsatzkonstruktion" zu vermeiden, hat er vorgeschlagen, auf die (vollendete) Untreue bei schadensgleicher Vermögensgefährdung die Regeln über die *Tätige Reue* entsprechend anzuwenden, also im Wege der („verfassungskonformen"?) Auslegung einen Quasi-Rücktritt von der vollendeten Untreue einzuführen.

Dieser Vorschlag scheint auf den ersten Blick faszinierend, da er sich auf vertraute Rechtsfiguren stützt. Er ist freilich auch Einwänden ausgesetzt: Zum einen ist nicht ohne weiteres erkennbar, warum eine richterrechtliche Analogie der Vorschriften über Tätige Reue hier weniger überraschend oder systemwidrig sein sollte als eine Erstreckung des voluntativen Vorsatzelements auf den schädigenden *Gesamt*-Vorgang. Zum anderen spiegelt oder verstärkt eine solche Lösung das grundsätzliche Missverständnis bei der Konstruktion der schadensgleichen Vermögensgefährdung; sie setzt an der Vorstellung an, diese sei eigentlich noch gar kein „wirklicher" Schaden, und knüpft hieran neue dogmatische Folgerungen. Das ist im Grundsatz ohne Zweifel zulässig, hält sich aber auch im Instrumentarium des Hergebrachten: Es sind oft gerade solche Verknüpfungen von Sonderfällen mit allgemeiner Systematik, die zur immer weiteren Wucherung und Unübersichtlichkeit der Dogmatik führen. Die Praktikabilität schließlich ist zweifelhaft, da, anders als im Regelfall des Rücktritts vom Versuch, die Strafbarkeit meist über lange Zeiträume der „Gefährdung" in der Schwebe bleiben müsste. Damit käme aber wohl das dogmatische Gebäude wieder ins Wanken: Wenn die wertmindernde „Gefährdung" ein strafbarer *Schaden* (und nicht nur dessen Versuch) *ist*, besteht kaum ein sachlicher Grund, die Strafverfolgung davon abhängig zu machen, ob der Verlust irgendwann wieder ausgeglichen wurde, also Wiedergutmachung eingetreten ist. Man *könnte* freilich, andererseits, auch weitergehende Gemeinsamkeiten sehen: Die analoge Anwendung Tätiger Reue würde die vermögensgefährdende Untreue im Ergebnis zum (bloßen) Versuch herabstufen. Die Lösung des 2. *Strafsenats* ist davon nicht sehr weit entfernt, differenziert aber etwas feiner und ist, nach bisheriger Beurteilung und entgegen pessimistischen Horrorvisionen[107], in der Praxis übersichtlicher.

4. Beweisanforderungen

Der 2. *Strafsenat* will – selbstverständlich – nicht „die Verfolgung der Wirtschaftskriminalität weitgehend leer laufen lassen"[108]. Er versucht vielmehr, ohne die üblichen, reflexhaft auf *Begriffe* reagierenden dogmatischen Scheuklappen Konsequenzen daraus zu ziehen, dass Vermögensbegriff und Tätersicht, Anknüpfung des Rechtsguts an zivilrechtliche Vorfragen, sozialer Handlungssinn und Prozesscharakter von Vermögensverschiebungen in vielen Fallgruppen nicht widerspruchsfrei miteinander vereinbar sind und dass diese Probleme auch nach 75-jähriger Forschung der Strafrechtswissenschaft und fast 60-jähriger Bemühung des *BGH* fortbestehen[109]. Die „schwach überschießende Innentendenz"[110], die der *Senat* mit dem Erfordernis einer Billigung des „endgültigen" Vermögensverlusts in (manchen) „Fallgruppen" des § 266 StGB eingeführt hat, *verlagert* entgegen der Kritik nicht (angeblich unschwer lösbare) Begriffs-Probleme und auch nicht bislang im objektiven Tatbestand gelöste Feststellungs-Probleme in den Bereich des subjektiven Tatbestands.

Eine „übermäßige" Einschränkung des Untreue-Tatbestands ist nicht zu befürchten. Schon in der *Kanther*-Entscheidung hat der *Senat* darauf hingewiesen[111], dass Fälle, in welchen die höchste Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts auf der Hand liegt und die Schadensvermeidung sich nurmehr auf vage Hoffnungen stützen kann, nicht erfasst sind. Insoweit wäre auch darüber nachzudenken, dass die Rechtsprechung (insbesondere des *1. Strafsenats*[112]) zu den „besonders erhöhten Anforderungen" an den (*bedingten*!) Schädigungsvorsatz beim *Gefährdungs*-Schaden wohl Kriterien der Beweiswürdigung und Tatsachen-Feststellung („Anforderungen" an die Feststellung) mit dogmatischen Kategorien („Voraussetzungen" des Vorsatzes) vermischt; das führt zu einer bloßen *Schein*-Einschränkung des Tatbestands, deren Vorhersehbarkeit, Gleichmäßigkeit und Zuverlässigkeit keinesfalls höher einzuschätzen sind als bei der vom 2. *Strafsenat* vorgeschlagenen Prüfung, ob sich das voluntative Moment des bedingten Vorsatzes (auch) auf die endgültige Verwirklichung einer aktuell bereits wertmindernden „Gefährdung" beziehe. Die *rechtlichen* Anforderungen an Gegenstand und Stärke des (bedingten) Vorsatzes können bei Betrug und Untreue keine anderen oder „höheren" sein als bei jedem anderen Tatbestand. Möglicherweise[113]

---

104) *Bernsmann* GA 2009, H. 5, A. I.

105) Wenn in zu diesem Zweck gegründeten Zweckgesellschaften deutscher Banken das Volumen der Anlagen in *Collaterated Dept Obligations* (*CDO*), d. h. im Hinblick auf statistisch prognostizierte Ausfallraten zusammengefasste ihrerseits handelsfähige Verbriefungen von *Asset Backed Securities* (*ABS*), letztlich also Wetten auf faule Hypothekenkredite in den USA, ein Mehrfaches des Stammkapitals der haftenden Bank betrug, so wird man den im Nachhinein beteuerten angeblichen guten Glauben an das Schneeballsystem mit erheblicher Skepsis betrachten müssen.

106) *Weber* Rücktritt vom vermögensgefährdenden Betrug, in FS Tiedemann, 2008, S. 637; *ders.*, Zum bedingten Vorsatz bei der vermögensgefährdenden Untreue, in FS Eisenberg, 2009, S. 370.

107) Etwa: *Bernsmann* GA 2007, 219, 230; *Nack* StraFo 2008, 277, 281; *Beulke* in FS Eisenberg, 2009, S. 245, 264: Die Restriktion durch den 2. *Strafsenat* sei dogmatisch alles andere als überzeugend, denn „jeder erfahrene Verteidiger weiß: Der Ausgang des Verfahrens wird völlig unvorhersehbar, wenn die Notbremse erst im subjektiven Tatbestand gezogen wird." Mit *Dogmatik* hat dieser Einwand allerdings eher wenig zu tun.

108) So aber *Nack* StraFo 2008, 277, 281.

109) Der Attitude des etwas gönnerhaft-professoralen „gut gemeint", die der *Kanther*-Entscheidung (*BGHSt* 51, 100) in Besprechungen zuteil wurde, mangelt es angesichts der zugleich angebotenen *eigenen* Lösungen meist an Überzeugungskraft.

110) *Bernsmann* GA 2007, 219, 230.

111) *BGHSt* 51, 100, 122, Rn 65 = NStZ 2008, 583, 587, Rn 22.

112) Vgl. nur: *BGHSt* 46, 30; 47, 148; aber auch *BGHSt* 48, 331 (*5. Strafsenat*); weitere Nachw. bei *Fischer* StGB § 263 Rn 106 a, 106 b.

113) Nach Ansicht des *Verf.* vorerst: Sicher.

hat der Vorschlag des 2. *Strafsenats* doch noch etwas wohlwollende Prüfung verdient.

V. Untreue durch Unterhalten verdeckter Kassen

Ein weiterer Schwerpunkt von Erörterungen zu § 266 StGB ist derzeit der Teil der *Siemens*-Entscheidung, der sich mit der Schadensentstehung durch die von den Angeklagten unterhaltenen verdeckten Kassen befasst. „Schwarze Kassen sind strafbar", meldete hierzu nicht ein Boulevardblatt, sondern der *Betriebsberater*[114]. Die Aufregung ist erheblich[115], die Liste der dem *Senat* vorgehaltenen Verkennungen lang; manche sind gar „bis zur Irritation überrascht"[116]. Es sollen hier aus Platzgründen nur einige Ansatzpunkte der Kritik herausgehoben werden:

1. *Schutz der Dispositionsfreiheit?*

Der *Senat* hat in der *Siemens*-Entscheidung ausgeführt, der Strafbarkeit der Unterhaltung der verdeckten Kassen könne nicht entgegen gehalten werden, „eine bloße Einschränkung der Dispositionsmöglichkeit" der geschädigten Treugeberin dürfe nicht als Schaden angesehen werden[117]. Hiergegen sind in der Literatur nachdrückliche Einwendungen erhoben worden:

Brüning/Wimmer meinen[118], eine juristische Person könne nur durch ihre Organe über ihr Vermögen disponieren; dies seien die leitenden Angestellten; dass diese über das Vermögen disponierten, sei also „ein normaler Zustand". Dieses Argument verfehlt den Kern der Sache. Näher daran scheint der Einwand etwa von *Schlösser*[119]; *Bernsmann*[120], *Jahn*[121] oder *Satzger*[122] zu liegen, die „Dispositionsmöglichkeit" sei kein legitimes Rechtsgut des § 266; der *Senat* habe „die Tür zu einer neuerlichen Ausweitung des § 266 StGB aufgestoßen"[123]; er „entferne sich vom Vermögensschutz als einzig anerkanntem Rechtsgut des § 266"[124] und stelle entgegen der ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung „bloße Kompetenzüberschreitungen" unter Strafe[125]. Auch diese Vorwürfe treffen ihren Gegenstand aus jedenfalls zwei Gründen nicht:

a) Der Rechtssatz, die „bloße Einschränkung der Dispositionsmöglichkeit" stelle keinen vollendeten Vermögensschaden dar, stammt aus der Rechtsprechung zu „Staubsaugervertreter"-Fällen, also aus dem Zusammenhang des sog. persönlichen Schadenseinschlags: Wer täuschungsbedingt von seinen Spargroschen einen großen Staubsauger kauft, obgleich er eine Einraumwohnung bewohnt und schon einen Staubsauger besitzt[126], erleidet keinen Schaden, wenn die Maschine ihren Preis wert ist[127]. Mit anderen Worten: Bis auf Fälle des persönlichen Schadenseinschlags[128] ist selbstverständlich die „bloße" tatsächliche Möglichkeit, über das (weiterhin eigene) Vermögen zu disponieren, durch §§ 263, 266 StGB nicht geschützt[129]; solches hat der 2. *Strafsenat* auch nicht behauptet. Das steht aber der Erkenntnis nicht entgegen, dass „die Möglichkeit zur Disposition" zum Kern des Vermögens gehört[130]: Unter anderem weil dies so ist, stellt § 242 eine hervorgehobene Form der Einschränkung der Dispositionsmöglichkeit unter Strafe, gelten Pfändungsbeschlüsse, bau- oder denkmalrechtliche Auflagen als unangenehme Eingriffe in das Vermögen. Wer durch Täuschung dazu gebracht wird, den Besitz an einem Vermögensgegenstand aufzugeben, wird sich schwerlich damit trösten lassen, durch den Besitz eines ihm unbekannten Hehlers an einem unbekannten Ort sei „bloß" seine Dispositionsmöglichkeit eingeschränkt. Erst recht gilt dies z. B. für einen Arbeitgeber, von dessen Bankkonto ein Prokurist erhebliche Geldsummen auf sein Privatkonto auf den *Cayman Islands* überweist. Damit nähern wir uns dem Sachverhalt des *Siemens*-Urteils.

b) Anders als in der Frühphase der „Schwarzen Kassen" der hessischen CDU[131] waren die der Treugeberin im Fall *Siemens* entzogenen Geldmittel nicht etwa auf Bankkonten der Treugeberin „verborgen" und dieser daher im Grundsatz zugänglich. Vielmehr wurden sie von den Angeklagten oder dritten Tätern auf speziell zu diesem Zweck eingerichteten Konten Dritter, insbesondere juristischer Personen ausländischen Rechts, oder auf eigenen Konten im Ausland verborgen. Die Sache lag daher nicht anders, als wenn ein Rechtsanwalt oder Notar ihm zugehende Fremdgelder pflichtwidrig nicht auf ein Anderkonto, sondern auf das ausländische Privatkonto seiner Gattin leitet. Den geschädigten Mandanten mitzuteilen, eine Verurteilung wegen Untreue sei ausgeschlossen, da sie gegen die ständige Rechtsprechung verstoßen würde, wäre vorschnell.

2. *Schadensverhindernde Kompensation?*

Breiten Raum nimmt in den Besprechungen des *Siemens*-Urteils die Entscheidung des *Senats* ein, für die Entstehung eines Vermögensschadens i. S. von § 266 StGB sei es unerheblich, ob und dass die verborgenen Geldmittel von den Tätern zur korruptiven Erlangung von Aufträgen für die Treugeberin verwendet werden sollten oder verwendet wurden, die später tatsächlich zu einem erheblichen Gewinn führten[132]. Die Kritik wendet hiergegen ein, § 266 StGB diene nicht der Verfolgung oder Verhinderung von Korruption[133]; die Entscheidung reiße einen einheitlichen Vorgang auseinander und berücksichtige sinnwidrig nicht den Verwendungszweck der „schwarzen Kasse"[134] oder jedenfalls die spätere „Kompensation" durch einen

114) *Wybitul* Entscheidungsreport, BB 2009, 111.

115) *Brüning/Wimmer* ZJS 2008, 95, 97; *Dierlamm* Untreue – ein Korruptionsdelikt?, in FS Widmaier, 2009, S. 607; *Kempf* Schwarze Kassen: Effektiver Schaden?, in FS Volk, 2009, S. 231; *Satzger* „Schwarze Kassen" zwischen Untreue und Korruption, NStZ 2009, H. 6; *Schlösser* Der Schaden der Siemens-Entscheidung, HRRS 2009, 19.

116) *Jahn* JuS 2009, 173, 175.

117) *BGHSt* 52, 323, 338 f. = NStZ 2009, 95, 98 f. Zur Problematik bei „schwarzen Kassen" im öffentlichen Bereich vgl. u. a. *BGH* NStZ 2001, 248 (*5. Strafsenat*): „Ein Nachteil kann bereits dann eintreten, wenn öffentliche Gelder einer haushaltsrechtlichen Kontrolle entzogen werden und damit letztlich der freien Verfügung des Disponierenden unterliegen (*BGHSt* 40, 287, 296 f.)."

118) ZJS 2009, 94, 98.

119) *Schlösser* Der Schaden der Siemens-Entscheidung, HRRS 2009, 19, 23 f.

120) *Bernsmann* Untreue und Korruption – der BGH auf Abwegen, GA 2009, H. 5.

121) *Jahn* JuS 2009, 173, 175; im Anschluss daran ebenso *Knauer* NStZ 2009, 151, 153.

122) *Satzger* NStZ 2009, H. 6, unter III. 4.

123) *Jahn* (o. Fn 121).

124) *Satzger* (o. Fn 122).

125) *Schlösser* (o. Fn 119).

126) Entfällt.

127) Vgl. *Fischer* § 263 Rn 85.

128) O. Fn 12, Rn 86.

129) Zu § 266 etwa *BGHSt* 47, 295, 301.

130) *BGHSt* 52, 323, 339 = NStZ 2009, 95, 99. Vgl. dazu auch *Rönnau* StV 2009, H. 5, unter I. 4. b.

131) *BGHSt* 51, 100 = NStZ 2007, 583.

132) Zum Sachverhalt insoweit im Einzelnen *BGHSt* 52, 323, 325 ff.

133) Vgl. noch unten V. 4.

134) Vgl. zur Verwendungszweckabhängigkeit ausführlich schon *Saliger* Parteiengesetz und StrafR, 2005, S. 422 ff.; *ders.* Parteiuntreue durch schwarze Kassen und unrichtige Rechenschaftsberichte, NStZ 2007, 545 ff.; *Saliger/Gaede* Rückwirkende Ächtung der Auslandskorruption und Untreue als Korruptionsdelikt – der Fall Siemens als Startschuss in ein entgrenztes internationalisiertes WirtschaftsstrafR?, HRRS 2008, 57.

Unternehmensgewinn in mehrfacher Höhe der zunächst vorenthaltenen Gelder[135].

Die Kritik überzeugt nicht. Sie nimmt den vom *Senat* zu entscheidenden Sachverhalt nicht stets zutreffend zur Kenntnis. Das beginnt schon beim Begriff der „Schwarzen Kasse": Diese wird teilweise bezeichnet als „Gelder, die unter Missachtung bestimmter Pflichten vor dem Vermögensinhaber verborgen gehalten werden und deren beabsichtigte Verwendung in Beziehung zur beruflichen Tätigkeit desjenigen steht, der die Gelder verbirgt"[136]; andere nennen sie „Liquiditätsdepot" oder „Sonderfonds"[137]. Weit verbreitet ist eine Verwendung des Begriffs für Kassen, die ein Vermögensinhaber selbst getrennt von der offiziellen Buchhaltung seines Betriebs zum Zweck der Steuerhinterziehung führt. All dies trifft den vom *Senat* entschiedenen Fall nicht. Die *Siemens AG* war nicht „Inhaberin" der von den Angeklagten verwalteten Gelder; sie hatte allenfalls einen Herausgabeanspruch gegen die Täter. Es wurde nicht (von oder für die AG) „Liquidität" vorgehalten, und es kam auch nicht auf die Beziehung des Verwendungszwecks zur beruflichen Tätigkeit der *Täter* an.

Erstaunlich ist, dass Autoren, die eine „Kompensation" des Vermögensabflusses (sofern das Vorenthalten von 12 Mio CHF und mehreren Mio. Euro als solcher anerkannt wird) auf das Argument stützen, es sei auf das „Gesamtgeschäft" abzustellen, teilweise *zugleich* die Rechtsansicht des *Senats* kritisieren, es komme für den bedingten Untreuevorsatz auf die Billigung des „Endschadens" an (vgl. oben). Auch dies legt den Eindruck nahe, dass die Kritik bisweilen reflexhaft auf bestimmte *Reiz*-Themen oder -begriffe reagiert.

Seit jeher ist anerkannt, dass eine schadensverhindernde Kompensation nur insoweit in Betracht kommt, als der Vermögensminderung eine *unmittelbare* Vermögensmehrung entgegensteht. Das beschränkt sich zwar nicht auf synallagmatische Gegenleistungen[138]; unstreitig dürfte aber sein, dass weder ein aus der Tat selbst entstehender Schadensersatzanspruch[139] noch irgendwelche mittelbaren, unkonkreten, nur mehr oder minder wahrscheinlichen zukünftigen Vorteile als kompensationsfähige „unmittelbare" Vermögensmehrungen gegengerechnet werden können. Im *Siemens*-Fall hat der 2. *Strafsenat* hierzu auf der Grundlage der rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen ausgeführt, es seien zum Zeitpunkt des Vermögensverlusts weder die vage Chance auf einen *möglicherweise* später einmal durch Korruption zu erzielenden Gewinn noch gar die bloße *Absicht* der Täter, die der Treugeberin entzogenen Mittel für einen solchen Zweck zu nutzen, als zur Kompensation geeignete gegenwärtige Vermögensvorteile anzusehen gewesen[140]. Dem ist, vor dem Hintergrund der ständigen Rechtsprechung[141] und der h. M. in der Literatur[142], wenig mehr hinzuzufügen. Die Ansicht *Schlössers*, der *Senat* habe „unterschlagen (!), dass die Siemens AG schon mit Einrichtung respektive Führung der verdeckten Kassen unmittelbar respektive gleichzeitig etwas, nämlich die Absicht (!), die Geldmittel bei späterer Gelegenheit im Interesse der Treugeberin einzusetzen, zurück erhielt und diese Verwendungsabsicht sehr werthaltig war"[143], ist wirtschaftlich und normativ schwer nachzuvollziehen. Eine *Absicht*, bei irgendeiner in unbestimmter Zukunft liegenden Gelegenheit mit Hilfe von der Treugeberin entzogenem Geld möglicherweise Bestechungstaten zu begehen, begehen zu lassen oder zu erleichtern, die unter derzeit noch nicht absehbaren Umständen zu einem für die Treugeberin in unbekannter Höhe vorteilhaften Geschäft unbekannten Inhalts, Orts und Umfangs führen könnten, ist offenkundig kein gegenwärtiger Vermögenswert. Sie kann mit einer objektiven Sachlage, bei der ein Vermögenszuwachs mindestens in der Höhe des Vermögensnachteils „mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist"[144], beim besten Willen nicht gleichgesetzt werden.

3. *Endgültiger oder Gefährdungs- oder gar kein Schaden?*

Uneinigkeit herrscht darüber, ob und wenn ja: welche Art von Vermögensschaden das (pflichtwidrige) Unterhalten einer verdeckten Kasse zum Zweck der Korruption zugunsten einer juristischen Person verursacht. In der Diskussion über die *Siemens*-Entscheidung geht hinsichtlich dieser Frage, vorsichtig ausgedrückt, manches durcheinander[145]. Das liegt vor allem daran, dass die Mehrzahl der Autoren, die sich dazu geäußert haben, den Umstand, dass hier nicht die AG selbst (durch ihre Organe) die verdeckten Kassen eingerichtet oder unterhalten hat, wohl nicht zutreffend zugrunde legen. In erstaunlich unbefangener Weise wird dieser vom *LG* rechtsfehlerfrei festgestellte Sachverhalt in der Literatur dahin umgedeutet, dass es der Vorstand „schon gewusst haben wird"[146]. In der Wissenschaft kann man sich die Fälle, die man gern einmal lösen möchte, selbst basteln; in der Wirklichkeit des Revisionsrechts geht dies nicht. Deshalb hat man, wenn man die *Siemens*-Entscheidung diskutieren will, von der Feststellung auszugehen, dass die Täter der AG die erheblichen Geldmittel ohne Kenntnis, ohne (hypothetischen) Willen und entgegen ausdrücklicher Weisung des Vorstands entzogen oder vorenthielten (vgl. oben II) und sich hierüber auch nicht etwa irrten.

Die Variante, dass überhaupt kein Schaden entstanden ist, scheidet nach dem oben 2 zur Kompensation Gesagten aus. Allerdings ist im Hinblick darauf, dass der 2. *Strafsenat* den Schwerpunkt des Unrechts im *Unterlassen* der Offenbarung und Weiterleitung gesehen hat, die

---

135) Vgl. insb. *Satzger* NStZ 2009, H. 6; *Bernsmann* GA 2009, H. 5; *Kempf* in FS Volk, 2009, S. 231, 243 f.; *Knauer* NStZ 2009, 151, 153; vgl. auch *Schünemann* NStZ 2008, 430, 433. Bedenken möglicherweise auch bei *Perron* GA 2009, 219, 229.

136) Vgl. z. B. *Satzger* NStZ 2009, H. 6, unter II. 1 mwN.

137) *Bernsmann* GA 2009, H. 5, unter A. I.

138) Vgl. im Einzelnen etwa *S/S-Cramer/Perron* § 263 Rn 106 f.; LK-*Schünemann* § 266 Rn 137 ff.; MüKo-*Hefendehl* § 263 Rn 455 ff.

139) *BGH* NJW 1965, 703, 705.

140) *BGHSt* 52, 323, 338 = NStZ 2009, 95, 98, Rn 45.

141) Vgl. etwa *BGHSt* 31, 232, 234; 32, 22; 40, 287, 295; 43, 293, 297 f.; 47, 295, 302; *BGH* NStZ 1999, 353, 354; NStZ-RR 2007, 201.

142) Vgl. dazu auch NK-*Kindhäuser* § 263 Rn 306 ff.; *Walter* in FS Herzberg, 2008, S. 763 ff.

143) *Schlösser* HRRS 2009, 19, 24.

144) *BGH* NJW 1975, 1234 (Bundesliga-Skandal).

145) So meint etwa *Schlösser* HRRS 2009, 19, 24, die vom 2. *Strafsenat* vorgenommene Abkehr von der Ansicht, es handle sich hier (nur) um eine „konkrete Vermögensgefährdung" (*BGHSt* 52, 323, 338, Rn. 46), führe dazu, dass eine *Kompensation* durch Gegenrechnung der späteren Vorteile nicht mehr möglich sei. Das zeigt, dass der Begriff der „schadensgleichen Vermögensgefährdung" wohl nicht verstanden ist und tatsächlich davon ausgegangen wird, es habe sich (bisher) um ein *Gefährdungs*-Delikt gehandelt. Tatsächlich hat eine (schadensverhindernde) Kompensation mit der Frage, zu welchem *Zeitpunkt* man einen (wirklichen!) Schaden feststellt, nichts zu tun. Vgl. dazu im Einzelnen oben III.

146) So gehen etwa *Brüning/Wimmer* ZJS 2009, 94, 97 f., *Schlösser* HRRS 2009, 19, 24, und *Bernsmann* GA 2009, H. 5, unter A. I, jedenfalls im Ergebnis ersichtlich davon aus, die „Schwarze Kasse" werde vom Unternehmen (jedenfalls: „im Unternehmen") geführt. *Satzger* (NStZ 2009, H. 6, unter II. 3) beschreibt die Problematik der „Schwarzen Kasse" – bezogen auf den *Siemens*-Fall – wie folgt: „... stellt sich häufig die Frage, worin nun eigentlich der ‚Schaden' liegen solle. Zu einem materiellen und rechnerisch feststellbaren Mittelabfluss kommt es regelmäßig nicht." *Jahn* (JuS 2009, 173, 175) legt dar, es habe der Treugeberin „lediglich die Kontrollmöglichkeit und Dispositions*befugnis* (!)" gefehlt.

Kritik erhoben worden, damit werde den Angeklagten das „bloße" Unterlassen einer Vermögens-*Mehrung* zum Vorwurf gemacht[147]. Das ist nicht richtig: Es wäre nur dann plausibel, wenn die (Unterlassungs-)Täter selbst zu einem früheren Zeitpunkt die verdeckten Kassen eingerichtet hätten. Dann wäre unter *Konkurrenz*-Gesichtspunkten zu berücksichtigen, dass selbstverständlich nicht für das Verursachen und das Nicht-Wiedergutmachen desselben Schadens eine doppelte Bestrafung erfolgen kann[148]. Das war im Fall aber gerade nicht festgestellt. Dass einen treupflichtigen Angestellten auch dann die Verpflichtung trifft, einen Gegenstand an seinen Treugeber herauszugeben, wenn ein *Dritter* ihn zuvor entzogen hat, ist nahe liegend, denn es handelt sich um einen selbstständigen, der Vermögensbetreuungspflicht unterliegenden Anspruch des Treugebers[149]. Die Annahme, ein Vermögensverwalter, der auf seinem Privatkonto zu seiner freudigen Überraschung ein Guthaben von 1 Mio. Euro vorfindet, das ein wohlmeinender Kollege aus Mitteln des betreuten Vermögens dorthin überwiesen hat, sei straflos, wenn er das Geld nicht zurück gibt, ist zumindest mutig.

Zu klären bleibt, ob es sich um einen („bloßen") Gefährdungsschaden gehandelt haben könnte. Insoweit ist zunächst auf das oben III Ausgeführte zu verweisen: Der Gefährdungsschaden ist keine *qualitativ* andere Art des Vermögensschadens, sondern eine Bezeichnung für eine bestimmte Berechnungsmethode zu einem bestimmten *Zeitpunkt* der Schadensentstehung. Nach bislang wohl ganz überwiegend akzeptierter Auffassung liegt es nahe, eine („schadensgleiche") *Gefährdung* anzunehmen, wenn der Zugriff des Vermögensinhabers auf ein Vermögensstück bereits in einer „konkret" gefährlichen Weise *gelockert*, aber noch nicht „endgültig" aufgehoben ist[150]. Angewandt auf die Problematik der verdeckten Kasse: Solange Geldmittel oder andere Vermögensstücke *formell* im Eigentum oder Vermögen des Treugebers verbleiben und von diesem, wenn er ihren Ort kennen würde, ohne Weiteres „zurück geholt" werden könnten, wird man von einem „endgültigen" Verlust nicht sprechen. Das war im Fall *BGHSt* 51, 100 etwa in der Frühphase der „Schwarzen Kasse" der hessischen CDU gegeben, als die verdeckten Mittel auf *Konten der Partei* gelagert waren[151]. Das ist mit einer Lage nicht gleichzusetzen, in der ein Täter Vermögensstücke des Geschädigten in einer Weise erlangt hat, die diesem weder tatsächlich noch rechtlich mehr einen unmittelbaren Zugriff erlauben. Soweit Besprechungen des *Siemens*-Urteils ohne Weiteres unterstellen, auf Konten juristischer Personen ausländischen Rechts festgestellte Guthaben seien solche der geschädigten AG gewesen[152], ist dies eine Betrachtung, die den rechtlichen Kern des Problems verfehlt.

Wenn ein Unternehmer, Geschäftsführer oder Vorstand eines Unternehmens auf *dessen* Konten heimlich eine „schwarze" Kasse führt, in der er Geld für zukünftige Verwendungen sammelt, so mag dies § 370 AO unterfallen, berührt § 266 StGB aber zunächst nicht. Wenn ein Angestellter Kontenbelege oder Bücher fälscht, um ohne Wissen des Vorstands eine demnächst eingehende Zahlung auf sein privates Konto umzuleiten, von dem er zukünftig Bestechungsgelder zahlen will, um Provisionen und Boni zu erlangen, wird man dies, je nach Konkretisierung der Zugriffsmöglichkeit, als konkrete Vermögensgefährdung und damit (vollendeten) Gefährdungs-Schaden ansehen können. Wenn schließlich das Geld auf dem Privatkonto des Angestellten angekommen, von dort auf Konten Dritter weiter überwiesen und vor den Unternehmensorganen erfolgreich verschleiert ist, besteht kein sinnvoller Grund mehr, den eingetretenen Zustand „Gefährdung" des Vermögens zu nennen, nur weil nach dem Täterplan das Unternehmen möglicherweise in der Zukunft einmal Einnahmen haben wird. Der Schaden ist „endgültig". Die letztgenannte Differenzierung hatte der 2. *Strafsenat* im *Kanther*-Urteil nicht vorgenommen; er hat sich insoweit in der *Siemens*-Entscheidung korrigiert[153].

Diese Entscheidung war insoweit eine korrigierende und präzisierende Fortentwicklung des *Kanther*-Urteils; es kann keine Rede davon sein, sie definiere im Widerspruch dazu „die Grundlagen der Schadensbegründung neu"[154]. Soweit hiergegen eingewandt worden ist, ein „Endschaden" komme nicht in Betracht, da die vorenthaltenen Mittel ja an die Treugeberin „zurückgeflossen" sein oder hätten „zurückfließen" sollen[155], wird schon übersehen, dass von einem „Rückfluss" in keinem Fall die Rede sein kann: Auch nach dem Täterplan sollten die Mittel nicht an die Treugeberin zurückgegeben, sondern im Gegenteil bei späterer Gelegenheit in Geldumschlägen an irgendwelche präsumtiv bestechlichen Ganoven ausgehändigt werden. Die „Rückgabe" stellte sich somit allenfalls als Saldo möglicherweise in ferner Zukunft abzuschließender Geschäfte dar. Dies sieht *Kempf*[156] durchaus zutreffend. Er wendet jedoch ein, es habe sich bei Mittel-Entziehung und Mittel-Verwendung um ein „einheitliches Geschäft" gehandelt. Wäre dies so, so hätte er mit seiner Schlussfolgerung, es liege (allenfalls) eine konkrete Vermögensgefährdung vor, wohl Recht. „Einheitlichkeit" des Vorgangs würde aber voraussetzen, dass die sich entsprechenden Elemente, mithin auch die „Gegenleistung", bereits im

147) Vgl. u. a. *Satzger* NStZ 2009, H. 6, unter III. 2. e; *Beulke* in FS Eisenberg, 2009, S. 245, 259; *Knauer* NStZ 2009, 151, 152; *Rönnau* StV 2009, H. 5, unter I. 1. Auch die gegen die Entscheidung *BGHSt* 52, 323 eingelegte Verfassungsbeschwerde stellt darauf ab.

148) Auch dies hält *Satzger* (NStZ 2009, H. 6, unter III. 4. d) dem *Senat* vor: Er nehme eine „nicht rechtfertigbare Kumulation von Schadensposten" vor. Wenn das stimmen würde, müsste es natürlich gleichermaßen für *jede* Konstruktion eines „Gefährdungsschadens" gelten.

149) Zutr. dazu schon *Ransiek* NJW 2009, 95, 96; a. A. *Knauer* NStZ 2009, 151, 152; wohl auch *Rönnau* StV 2009, H. 5.

150) Übersicht bei MüKo-*Hefendehl* § 263 Rn 535 ff., 563 ff.

151) Vgl. *BGHSt* 51, 100, 101, Rn 4.

152) Vgl. *Satzger* NStZ 2009, H. 6, unter III. 4. c: „Das Geld befindet sich grundsätzlich noch im Herrschaftsbereich des Geschäftsherrn und zudem regelmäßig (?) in den Händen eines von diesem mit weit reichenden Vollmachten ausgestatteten (?) Vermögensverwalters." Mit dem *Siemens*-Fall (*BGHSt* 52, 323) hat dieser Sachverhalt wenig zu tun. Deshalb erstaunt die Gewissheit, mit welcher er *Satzger* als Nachweis der Beurteilung dient, der 2. *Strafsenat* habe sich „vom Vermögensschutz als Rechtsgut des § 266" sowie „von den Anschauungen der Praxis" entfernt (a. a. O., III. 4. c und V).

153) *BGHSt* 52, 323, 338, Rn. 46. Die Bezeichnung als „Weiterführung" ist daher keineswegs, wie *Knauer* meint (NStZ 2009, 151), „zynisch" (ähnlich *Jahn* JuS 2009, 173, 175).

154) So *Satzger* NStZ 2009, H. 6, unter III. 4. c. Unzutreffend ist auch der ahnungsvolle Hinweis *Jahns* (JuS 2009, 173, 175), nachdem der 1. *Strafsenat* gegen die Vorsatz-Anforderung des *Kanther*-Urteils „entschiedenen Widerstand angekündigt" habe (gemeint ist *BGH* NJW 2008, 2451), habe der 2. *Strafsenat* im Fall *Siemens* davon ausgehen müssen, dass „die Anrufung des *Großen Senats* erforderlich werden könnte – mit ungewissem Ausgang", wenn er an seiner Rechtsansicht festhalte. Das geht schon deshalb fehl, weil der „entschiedene Widerstand" des 1. *Strafsenats* ausdrücklich als obiter dictum formuliert und gar nicht entscheidungserheblich war (vgl. § 132 II, III 1 GVG). Es geht weiterhin fehl, weil der 2. *Strafsenat* seine Rechtsansicht ersichtlich gar nicht aufgegeben hat (*BGHSt* 52, 323, 336, Rn 42); es kam nur aus tatsächlichen Gründen hierauf nicht an. Das missversteht auch *Rönnau* StV 2009, H. 5, unter I, 4.

155) So insb. *Bernsmann* GA 2009, H. 5, unter A. I; *Satzger* NStZ 2009, H. 6, unter III. 4. d; *Schlösser* HRRS 2009, 19, 24: Die Vermögensinhaberin habe ihre „vollständige Rechtsposition zurückerhalten"; es habe sich bei der schwarzen Kasse um einen der „Gebrauchsanmaßung" ähnlichen, vorübergehenden Zustand gehandelt.

156) *Kempf* in FS Volk, 2009, S. 231, 242 f.

Zeitpunkt des Mittelabflusses hinreichend konkretisieren ließen. Das könnte etwa bei pflichtwidrigem Mittelabzug für ein bestimmtes, bereits aktuelles Projekt mit konkretisierter Gewinnerwartung der Fall sein. Es fehlt daran aber bei der Anlage oder Unterhaltung von jeder Kontrolle und Zugriffsmöglichkeit des Treugebers entzogenen „Depots", die unter Umständen jahrelang *vergessen*[157] oder ungenutzt bleiben (sollen).

4. Korruptions-Bekämpfung durch Untreue-Strafbarkeit?

Aufregung hat schließlich der Umstand verursacht, dass nach der Entscheidung des *2. Strafsenats* im *Siemens*-Fall zwar die Führung der zum Zweck der späteren Korruption angelegten verdeckten Kassen, nicht aber die Bestechung selbst strafbar war[158]. Daran ist der Vorwurf geknüpft worden, der *Senat* wolle Schwierigkeiten der Korruptionsverfolgung auf dem „Umweg" über § 266 StGB umgehen[159]. Diese Analyse macht mit erstaunlicher Unbefangenheit die *Straftäter-Logik* sich zu eigen und zur Grundlage dogmatischer Schlussfolgerungen. Es mag zwar sein, dass im Hinblick auf die *Siemens*-Entscheidung des *2. Strafsenats* mancherorts Unruhe und Sorge ausgebrochen sind, weil viele noch auf verdeckten Kassen und „Liquiditätsdepots" zur „Landschaftspflege" sitzen[160] und sich vor der „Hypertrophie" der Untreueverfolgung fürchten. Dies ist freilich nicht ein Problem des Strafrechts, sondern der Täter. Weder das Leben noch das Recht schreiben Korruptionstätern vor, Bestechungen mittels veruntreuten, gestohlenen, geraubten oder sonst illegal erlangten Gelds zu begehen. Strafverfolgung von Diebstahl, Raub oder Untreue kann daher allenfalls als *Nebeneffekt* eine Erschwerung von Korruptionstaten mit sich bringen; die Zahlung von Schmiergeldern ist selbstverständlich nicht *als solche* als Untreue anzusehen[161]. Der Vorwurf, die Handhabung des Untreuetatbestands durch den *BGH* führe zur Verhinderung oder Erschwerung der Bestechung im geschäftlichen Verkehr, mag aus Sicht von Bestechungstätern menschlich nahe liegen; als rechtswissenschaftliche Position ist er substanzlos[162]. Bestechung ist strafbar; Untreue ebenfalls.

VI. Fazit

1. Ergebnisse

a) Schwarze Kassen sind *manchmal* strafbar. Ihre Einrichtung durch den Vermögensinhaber selbst freilich mag die Steuerbehörde interessieren, hat aber mit Untreue nichts zu tun. Dasselbe gilt grundsätzlich, wenn zuständige Organe juristischer Personen, also Geschäftsführer oder Vorstände, solche Kassen einrichten (lassen). Ihrer Befugnis sind freilich normative Grenzen gesetzt: Die Zweckbestimmung ist auch für § 266 StGB *nicht* unerheblich: Wenn ein AG-Vorstand geheime Kassen führt, um Gewerkschafter zu schmieren[163], Konkurrenzfirmen oder Mitarbeiter verwanzen oder mittels *Trojanern* ausforschen oder Manager der Konkurrenz bedrohen oder ermorden zu lassen, ist dies auch nach § 266 StGB strafbar.

b) Angestellte unterhalb der Geschäftsleitungs-Ebene machen sich nach § 266 StGB strafbar, wenn sie aus Unternehmensmitteln gespeiste, vor dem Arbeitgeber verborgene verdeckte Kassen einrichten oder führen, auch wenn diese (auch) dem Zweck dienen, bei sich bietender Gelegenheit durch Zahlung von Schmiergeldern wirtschaftlich voraussichtlich günstige Aufträge für den Treugeber zu akquirieren. Der Schaden ist mit der Einrichtung der Kasse oder dem Unterlassen ihrer Herausgabe vollendet. Es handelt sich nicht um einen sog. „Gefährdungsschaden".

c) Eine „Abschaffung" des sog. Gefährdungsschadens ist nicht möglich, wenn nicht der Vermögensbegriff selbst ganz neu begründet werden soll. Die Einführung einer Versuchsstrafbarkeit oder die Anwendung von Regeln der Tätigen Reue würden an den damit zusammenhängenden Problemen kaum etwas ändern, sondern sie im Gegenteil noch verschärfen. Der Gefährdungsschaden lässt sich, entgegen der Ansicht des *1. Strafsenats*, nicht dadurch leichter handhaben, dass man ihn zu einem „Endschaden" umdefiniert. Als aktuelle Vermögensminderung anzusehende Zustände („Gefährdungen") sind nicht nur dann feststellbar, wenn sich nach bank- oder bilanzrechtlichen Regeln ein „Bewertungsschaden" ausrechnen lässt. Die Berechnung eines solchen Schadens ist, abgesehen von einfachen Fällen etwa des Kreditbetrugs, schwierig und unsicher und kann, entgegen der Ansicht des *1. Strafsenats*, von den Tatgerichten in der Masse der Verfahren nicht geleistet werden.

2. Perspektiven

a) Bei Anwendung der vom *1. Strafsenat* dargelegten[164] Kriterien für den *direkten* Vorsatz eines Vermögens-*Endschadens* wäre mit einer außerordentlichen Ausweitung der Strafbarkeit wegen Betrugs und Untreue zu rechnen, da schon die Kenntnis der (nahe liegenden) Möglichkeit eines Vermögensverlusts regelmäßig die Annahme eines direkten Schädigungs-Vorsatzes begründen würde. Die vom *2. Strafsenat* vorgeschlagene, auf den *Prozess*-Charakter der Schadensentstehung abstellende Einschränkung des bedingten Schädigungs-Vorsatzes sollte nicht schon wegen „Ungewöhnlichkeit" scheitern. Sie steht nicht alternativ zu einer – unter Verkennung des Schadens-Begriffs geforderten – „Abschaffung" des Gefährdungsschadens und könnte eine praktikable Lösung schwieriger Fallkonstellationen bieten.

b) Wer derzeit (bereits) auf verdeckten Kassen zur Schmiergeldzahlung, Ausstattung der eigenen Abteilung, Akquisition von Aufträgen zwecks Erhöhung von Boni und Provisionen usw. „sitzt", hat sich mit gewisser Wahrscheinlichkeit (bereits) strafbar gemacht. Dass er dies wusste oder in Kauf nahm, zeigen in der Regel schon die Maßnahmen der Verschleierung. Die Kassen sollten daher schleunigst aufgelöst und der Schaden wieder gutgemacht werden (§§ 46, 46 a StGB).

---

157) Eine der Schattenkassen im *Siemens*-Fall war nach den Feststellungen zeitweise nur noch einer einzigen (pensionierten) Person bekannt. Auch im Fall *Kanther/Weyrauch* ruhten die Mittel jahrzehntelang auf gut verschleierten ausländischen Konten. Ein plötzlicher Todesfall im Kreise der am Schluss betagten Täter hätte die „Depots" auf Dauer im tiefen Keller Liechtensteinischer Banken verschwinden lassen.

158) Zur Anwendung des § 299 StGB im Fall vgl. *BGHSt* 52, 323, 339 ff. Rn 50 ff.; zur Anwendung des § 334 StGB ebda. S. 344 ff. Rn 64 ff.

159) Ausdrücklich *Satzger* NStZ 2009, H. 6, unter V.: Der *Senat* entferne sich von dem § 266 StGB allein legitimierenden Schutzgut, „... und dies alles, um (!) letztlich ‚korruptionsnahes' Verhalten bestrafen zu können." Ähnlich, wenn auch nicht so pejorativ gefärbt, *Bernsmann* GA 2009, H. 5, unter A. II. Vgl. auch schon den (fragenden) Titel von *Kempf* Bestechende Untreue?, in FS Hamm, 2008, S. 255.

160) So, wohl zutr., *Bernsmann* GA 2009, H. 5, unter A. I.

161) So (miss)versteht wohl *Dierlamm* (Untreue – ein Korruptionsdelikt?, in FS Widmaier, 2008, S. 607 ff.) die *BGHSt* 52, 323 zu Grunde liegende Entscheidung des *LG Darmstadt*.

162) Wenn, was in fernen Gegenden der Welt vorkommen soll, die Konkurrenz zwischen Unternehmen mittels Erpressung, Vandalismus oder gar Auftragsmord ausgefochten wird, so wird man schwerlich der Verfolgung dieser Taten vorhalten können, sie solle am Ende gar der Bekämpfung kriminellen Wettbewerbs dienen. Zur Erinnerung: *Al Capone* ist 1931 nicht wegen Mordes, sondern wegen Steuerhinterziehung verurteilt worden.

163) Stichwort: Fall *Hartz*.

164) *BGH* NJW 2008, 2451, 2452; Beschl. v. 18. 2. 2009 – 1 StR 731/08.

c) Es mag nicht ganz zufällig sein, dass die aktuelle Diskussion über die Grenzen von Untreue und Betrug – und parallel: die um die Einführung eines Absprachever-fahrens im Strafprozess – mit der Finanzkrise zusammentreffen, die um die gerade noch zu ewigem Reichtum entschlossene Welt fährt und tausend mal zehntausend Millionen Euro verbrennt. Viele Kreditnehmer, Geldhändler und „Anlage"-Verkäufer mögen Sorge haben, dass man ihren Beteuerungen, sie hätten ganz bestimmt keinen (bedingten) Vorsatz des Betrugs oder der Untreue gehabt, da sie die Finanzprodukte und Investitionen, die sie verkauften oder finanzierten, selbst gar nicht verstanden (!) hätten, nicht glaubt. Diese Sorge ist berechtigt. Es bleibt abzuwarten, welche Konsequenzen gezogen werden.