

## Entscheidungsanmerkung

### Vermögensnachteil i.S.d. § 266 StGB beim Einrichten einer verdeckten Kasse – Fall Siemens

1. Schon das Entziehen und Vorenthalten erheblicher Vermögenswerte unter Einrichtung von verdeckten Kassen durch leitende Angestellte eines Wirtschaftsunternehmens führt zu einem endgültigen Nachteil i.S.v. § 266 Abs. 1 StGB; auf die Absicht, das Geld im wirtschaftlichen Interesse des Treugebers zu verwenden, kommt es nicht an (Weiterführung von BGHSt 51, 100).

2. Der Senat hält seine im Urteil vom 18.10.2006 – 2 StR 499/06 – (BGHSt 51, 100 [113 f.]) vertretene Auffassung, dass das „bloße“ Führen einer verdeckten Kasse nur eine schadensgleiche Vermögensgefährdung begründet, nicht mehr aufrecht (nicht amtlicher Leitsatz).

StGB §§ 266, 299 a.F.; IntBestG Art. 2 § 1 Nr. 2

BGH, Urt. v. 29.8.2008 – 2 StR 587/07

#### I. Einleitung

Thomas Rotsch hat jüngst festgestellt: „Der Tatbestand der Untreue ist in der Praxis wie in der Lehre unbeliebt.“<sup>1</sup> Trotz dieser Unbeliebtheit hat die Untreue i.S.d. § 266 StGB in den letzten Jahren Karriere gemacht. Dies belegen zahlreiche Wirtschaftsstrafverfahren, die aufgrund der prominent besetzten Anklagebanken in den Fokus der Öffentlichkeit rückten. Als Beispiele hierfür sind das Strafverfahren gegen Altbundeskanzler Helmut Kohl, das Mannesmann-Verfahren sowie die hessische Parteispendenaffäre zu nennen. In diese Aufzählung reiht sich nunmehr nahtlos das hier zu besprechende „Siemens-Urteil“ ein.

Gem. § 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 und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat, Nachteil zufügt.

Die Untreue setzt demnach im objektiven Tatbestand drei Tatbestandsmerkmale voraus:

- die Vermögensbetreuungspflicht, die die Untreue zum Sonderdelikt qualifiziert,
- die Pflichtverletzung in Form der Missbrauchs- oder Treubruchsuntreue sowie
- den Vermögensnachteil, der auf der Pflichtverletzung beruhen muss.

Im subjektiven Tatbestand verlangt die Untreue lediglich Vorsatz, und – anders als der Betrug gem. § 263 StGB – gerade keine Bereicherungsabsicht, was gelegentlich von Studierenden übersehen wird. Zu bedenken ist auch, dass der Versuch der Untreue – im Gegensatz zum versuchten Betrug – nicht mit Strafe bedroht ist.

<sup>1</sup> Rotsch, ZJS 2008, 610.

Während in den oben genannten Wirtschaftsstrafverfahren das Merkmal der Vermögensbetreuungspflicht und damit die Tätertauglichkeit grundsätzlich keine Schwierigkeiten bereitet,<sup>2</sup> stehen vielmehr die Tatbestandsmerkmale „Pflichtverletzung“ und „Vermögensnachteil“ im Zentrum des juristischen Interesses. Dies gilt auch für das hier zu besprechende Urteil des 2. Senats des BGH. Aus diesem Grund sind zunächst die Voraussetzungen dieser Tatbestandsmerkmale insbesondere unter Berücksichtigung der bisherigen BGH-Rechtsprechung zu klären, bevor das Urteil dargestellt und bewertet wird.

Die weiteren dem Urteil zugrunde liegenden Probleme des § 299 StGB a.F. sowie des Amtsträgerbegriffs i.S.d. Art. 2 § 1 Nr. 2 IntBestG sollen im Folgenden mangels Examensrelevanz ausgeklammert werden.

#### 1. Pflichtverletzung

§ 266 Abs. 1 StGB enthält zwei Tatbestandsvarianten: den Missbrauchstatbestand i.S.d. § 266 Abs. 1 Var. 1 StGB sowie den Treubruchstatbestand gem. § 266 Abs. 1 Var. 2 StGB. Beide Tatbestände verlangen eine sog. Pflichtverletzung und setzen das Vorliegen einer Vermögensbetreuungspflicht voraus.<sup>3</sup> Während sich der Missbrauchstatbestand dadurch auszeichnet, dass der Täter für eine andere Person im Außenverhältnis rechtlich wirksam handelt und dabei seine Befugnisse im Innenverhältnis überschreitet, bezieht sich der Treubruchstatbestand ausschließlich auf das Innenverhältnis und lässt jede Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht ausreichen.

Einigkeit herrscht weiter darüber, dass ein an sich pflichtwidriges Verhalten des Trenehmers den objektiven Tatbestand der Untreue dann nicht erfüllen kann, wenn das Verhalten von einem wirksamen Einverständnis des Treugebers getragen wird. Folgt man der herkömmlichen Differenzierung zwischen tatbestandsausschließendem *Einverständnis* einerseits und rechtfertigender *Einwilligung* andererseits, so ist eine Einwilligung bei der Untreue nicht denkbar, weil die Zustimmung des Vermögensinhabers bereits die Pflichtverletzung und damit den Tatbestand entfallen lässt. Gleichwohl ist darauf hinzuweisen, dass sowohl der BGH als auch Teile der Literatur die Zustimmung des Vermögensinhabers als Einwilligung bezeichnen, auch wenn sie tatbestandsausschließend verstanden wird.<sup>4</sup>

Anerkannt ist weiterhin, dass die Pflichtverletzung i.S.d. § 266 StGB durch ein Unterlassen begangen werden kann. Streit herrscht aber darüber, ob § 13 Abs. 1 StGB in diesen Fällen Anwendung finden muss oder nicht. Die wohl über-

<sup>2</sup> Vgl. auch Saliger, HRSS 2006, 10 (12); zur Problematik der Vermögensbetreuungspflicht vgl. Rotsch, ZJS 2008, 610 (611 f.).

<sup>3</sup> Die h.L. verlangt auch für die Missbrauchsuntreue als strafbegründendes Merkmal die Vermögensbetreuungspflicht, vgl. Wessels/Hillenkamp, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 31. Aufl. 2008, Rn. 752.

<sup>4</sup> Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2007, § 266 Rn. 20; Lenckner/Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 266 Rn. 21.

wiegende Ansicht betrachtet § 266 StGB als echtes Unterlassungsdelikt mit der Folge, dass das pflichtwidrige Unterlassen direkt unter § 266 StGB subsumiert werden kann, ohne dass es eines Rückgriffs auf § 13 StGB bedarf.

Allerdings ist hier nicht der Raum, um sich mit der Dogmatik der echten bzw. unechten Unterlassungsdelikte näher zu befassen. Dies ist auch nicht erforderlich. Denn die die Vermögensbetreuungspflicht i.S.d. § 266 StGB begründende Herrschaftsbeziehung führt ohnehin immer zur Annahme einer Garantenstellung i.S.d. § 13 Abs. 1 StGB und auch diejenigen, die sich nicht auf § 13 StGB stützen, wenden jedenfalls die fakultative Strafmilderung nach § 13 Abs. 2 StGB analog an.<sup>5</sup>

## 2. Vermögensnachteil

Des Weiteren verlangt der Tatbestand des § 266 StGB, dass ein Vermögensnachteil beim Treugeber eingetreten ist. Der Begriff des Vermögensnachteils entspricht dabei dem Merkmal des Vermögensschadens i.S.d. §§ 263, 253 StGB und wird im Wege der Saldierung festgestellt.<sup>6</sup> Dabei wird das Vermögen des Treugebers vor und nach Vornahme der Pflichtverletzung des Treuehmers verglichen. Ein Vermögensnachteil ist demnach anzunehmen, wenn sich das Vermögen nach einer pflichtwidrigen Handlung verringert hat. Wird dem Täter hingegen ein pflichtwidriges Unterlassen vorgeworfen, so kann der Vermögensnachteil auch darin bestehen, dass aufgrund dieser Pflichtverletzung keine Vermögensmehrung eingetreten ist.<sup>7</sup>

Auf der Basis des Saldierungsprinzips liegt demnach kein Vermögensschaden vor, wenn ein durch den Treuehmer verursachter Vermögensverlust durch Zuflüsse jeglicher Art vollständig, gleichzeitig und unmittelbar kompensiert wird. Eine Ausnahme von dieser Betrachtung lässt die Rechtsprechung aber zu, wenn nach einem wirtschaftlich vernünftigen Gesamtplan ein Handlungsbündel auf einen einheitlichen Erfolg so angelegt ist, dass dieser nicht anders als über zunächst nachteilige Maßnahmen erreicht werden kann.<sup>8</sup> Ferner lässt der BGH den Schaden entfallen, wenn der Täter eigene Mittel bereithält, um den Schaden auszugleichen und auch Willens ist, dies zu tun.<sup>9</sup>

Da der Versuch der Untreue nicht mit Strafe bedroht ist, markiert der Zeitpunkt des Schadenseintritts nicht nur die Grenze zur Deliktvollendung, sondern auch die Grenze der Strafbarkeit. Als ausreichend für die Begründung eines Schadens wird dabei, wie beim Betrug, der Eintritt einer konkre-

ten Vermögensgefährdung angesehen. Dieser liegt vor, wenn eine wirtschaftliche Betrachtung ergibt, dass ein auf dem Vermögen ruhendes Gefährdungspotential den Wert mindert.<sup>10</sup> Als Beispiele aus der Rechtsprechung für einen solchen Gefährdungsschaden sind etwa das Verschweigen einer effektiven Vollstreckungsmöglichkeit durch den Gerichtsvollzieher oder die falsche oder unordentliche Buchführung zu nennen, wenn dadurch Ansprüche in ihrer Durchsetzung erschwert wurden.<sup>11</sup>

Auch die Bildung sog. schwarzer Kassen begründet auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung einen Gefährdungsschaden. Eine schwarze Kasse zeichnet sich dadurch aus, dass sie dem Treugeber zwar verborgen bleibt, ihre Mittel aber im Interesse, jedoch ohne Einfluss des Treugebers eingesetzt werden sollen.<sup>12</sup> In der sog. Kanther-Entscheidung begründete der BGH den Eintritt einer schadensgleichen Vermögensgefährdung durch die Bildung einer schwarzen Kasse damit, dass der Treuehmer „nach seinem Gutdünken eigenmächtig und unkontrolliert“ über die Mittel verfügen konnte und sie als geheimen und keiner Zweckbindung unterliegenden Dispositionsfonds nutzte, aus dem, je nach selbst eingeschätztem Bedarf, Mittel entnommen werden konnten.<sup>13</sup> Der Kontrollverlust, der dadurch entsteht, dass der Täter die Mittel nicht zu einem bestimmten Zweck verwenden muss, sondern sie vielmehr nach eigenem Ermessen einsetzen kann, stellt also das maßgebliche Kriterium für den Eintritt der schadensgleichen Vermögensgefährdung dar. Dabei betonte der 2. Senat aber auch, dass die Beeinträchtigung der Dispositionsbefugnis des Geschäftsherrn allein nicht ausreicht, um einen Vermögensnachteil i.S.d. § 266 StGB zu begründen.

Die Rechtsfigur des Gefährdungsschadens ist der Kritik ausgesetzt, dass sie den Anwendungsbereich des § 266 StGB zu weit ausdehnt und damit eine vom Gesetz nicht vorgesehene Versuchsstrafbarkeit einführt. Der 2. Senat hat daher in der Kanther-Entscheidung versucht, bei Vorliegen eines Gefährdungsschadens den Tatbestand im subjektiven Bereich zu begrenzen, und zwar in der Weise, „dass der bedingte Vorsatz eines Gefährdungsschadens nicht nur die Kenntnis des Täters von der konkreten Möglichkeit eines Schadenseintritts und das Inkaufnehmen dieser Gefahr voraussetzt, sondern darüber hinaus eine Billigung der Realisierung dieser Gefahr“<sup>14</sup>. Dabei ist jedoch darauf hinzuweisen, dass der 2. Senat diese subjektive Einschränkung gerade nicht auf den Fall der Unterhaltung einer schwarzen Kasse bezog, sondern insoweit bedenkenlos eine Untreue angenommen hat.<sup>15</sup>

In der Literatur wurde kritisiert, dass der BGH aus der Untreue ein „Delikt mit (schwach) überschießender Innen-

<sup>5</sup> Schönemann, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 11. Aufl. 1998, § 266 Rn. 161.

<sup>6</sup> Lackner/Kühl (Fn. 4), § 266 Rn. 17; Kindhäuser, in: ders./Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2005, § 266 Rn. 96; Lenckner/Perron (Fn. 4), § 266 Rn. 39 f.

<sup>7</sup> Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 55. Aufl. 2008, § 266 Rn. 60.

<sup>8</sup> Lenckner/Perron (Fn. 4), § 266 Rn. 41 mit Nachweisen zur Rspr.

<sup>9</sup> BGHSt 15, 342 (344).

<sup>10</sup> Vgl. Rotsch, ZStW 117 (2005), 577, der von „Gefahr minderwertiger Kompensation“ spricht (a.a.O., S. 586).

<sup>11</sup> RGSt 71, 31 (Vollstreckungsmöglichkeit); BGHSt 20, 304; NSTZ 1996, 540 (Buchführung).

<sup>12</sup> Fischer (Fn. 7), § 266 Rn. 70.

<sup>13</sup> BGHSt 51, 100 (108).

<sup>14</sup> BGHSt 51, 100, 121.

<sup>15</sup> Die Einschränkung bezog sich vielmehr auf die Vermögensgefährdung, die durch die Einreichung unrichtiger Rechenschaftsberichte eintrat, vgl. BGHSt 51, 100 (120 ff.).

tendenz<sup>16</sup> mache, wenn eine schadensgleiche Vermögensgefährdung in Betracht kommt. Auch der 1. Senat hat sich kürzlich gegen die beschriebene Restriktion des subjektiven Tatbestandes ausgesprochen. Er geht stattdessen davon aus, dass „sich die bei pflichtwidrigen Risikogeschäften sog. konkrete Vermögensgefährdung in Wirklichkeit als ein bereits unmittelbar mit der Tathandlung eingetretener Vermögensnachteil darstellt“.<sup>17</sup> Da der Täter die Umstände, die diesen tatbestandlichen Vermögensnachteil begründen, kenne, handele er sogar mit direktem Vorsatz.<sup>18</sup>

## II. Die Entscheidung

### 1. Sachverhalt (vereinfacht)

Der Angeklagte ist leitender Angestellter bei der Siemens AG und einer von vier sog. „Bereichsvorständen“ einer Siemens-unternehmenssparte, die für den Bau von Kraftwerken zuständig ist. Als „Bereichsvorstand“ ist der Angeklagte unmittelbar unter der Ebene des („Zentral“-)Vorstandes der Siemens-AG tätig. Ihm obliegt u.a. die kaufmännische Leitung seines Geschäftsbereiches sowie die Umsetzung der Compliance-Vorschriften. Trotz dieser Compliance-Vorschriften existiert in dem betroffenen Geschäftsbereich ein etabliertes System von Bestechungsgeldern, die auf einem liechtensteinischen Kontengeflecht sowie in sog. „schwarzen Kassen“ in der Schweiz verwaltet werden. Nachdem der Angeklagte vom ursprünglichen Verwalter des Kontengeflechts und der Kassen anlässlich dessen Pensionierung über die Existenz der Gelder informiert wurde, stellt er diese nicht als Aktiva in die Buchführung ein und offenbart die Existenz der Gelder auch nicht dem ahnungslosen Zentralvorstand der Siemens-AG. Dabei ist die allgemeine Existenz schwarzer Kassen nicht nur dem Angeklagten, sondern auch zahlreichen weiteren Mitarbeitern der Siemens-AG bekannt.

Als der italienische Energiekonzern Enel Aufträge im Volumen von 132,5 Millionen € und 205,6 Millionen € zur Lieferung von Gasturbinen europaweit ausschreibt, besticht der Angeklagte Angestellte dieses Energiekonzerns mit Zahlungen in Millionenhöhe, um zugunsten von Siemens auf die Auftragsvergabe Einfluss zu nehmen. Zur Durchführung der Zahlung bedient er sich des liechtensteinischen Kontengeflechts sowie der schwarzen Kassen in der Schweiz.

Die Siemens-AG erwirtschaftet aus den beiden Aufträgen einen Gesamtgewinn in Höhe von 103,8 Millionen € vor Steuern.

### 2. Rechtliche Würdigung

Der 2. Strafsenat des BGH bestätigt die Verurteilung des Angeklagten wegen Untreue, bezeichnet die rechtliche Begründung der Vorinstanz (LG Darmstadt) aber als nicht tragfähig. Ferner rügt das Gericht die Strafzumessungserwägungen der ersten Instanz, auf die jedoch im Folgenden nicht näher eingegangen werden soll.

Ausgangspunkt des strafrechtlich relevanten Verhaltens bildet nach Ansicht des BGH das pflichtwidrige Unterlassen des Angestellten, der Siemens AG als Vermögensinhaberin die Existenz der verdeckten Geldmittel zu offenbaren. „Zum Kernbereich der Vermögensbetreuungspflicht des Angeklagten als für die kaufmännische Leitung des Geschäftsbereiches verantwortlichem Bereichsvorstand gehörte es offensichtlich, seiner Arbeitgeberin bislang unbekannt, ihr zustehende Vermögenswerte in erheblicher Höhe zu offenbaren und diese ordnungsgemäß zu verbuchen. Diese Pflicht hat der Angeklagte verletzt.“<sup>19</sup> Im Gegensatz zur Vorinstanz sieht der 2. Strafsenat „das Schwergewicht der Pflichtwidrigkeit nicht bei einzelnen Verwaltungs- oder Verschleierungshandlungen des Angeklagten [...], sondern schon in dem Unterlassen der Offenbarung durch ordnungsgemäße Verbuchung der Geldmittel.“ Daher sei an „ein Handeln durch Unterlassen gem. § 13 Abs. 1 StGB anzuknüpfen.“<sup>20</sup>

Weiter diskutiert der BGH, ob die Pflichtwidrigkeit durch eine Einwilligung des Treugebers ausgeschlossen werden könnte. Dies verneint das Gericht. Eine ausdrückliche oder stillschweigende Einwilligung des Zentralvorstandes habe nicht festgestellt werden können.<sup>21</sup> Für die Annahme einer konkludenten Billigung oder einer mutmaßlichen Einwilligung sei kein Raum. „Soweit die Verteidigung des Angeklagten geltend gemacht hat, es habe sich bei den entsprechenden Compliance-Vorschriften um eine ‚bloße Fassade‘ gehandelt, der kein ernst gemeintes Verbot zugrunde gelegen habe, widerspricht dies den Feststellungen, deren Rechtsfehlerhaftigkeit die Revision nicht aufgezeigt hat.“<sup>22</sup>

Schließlich geht der 2. Strafsenat davon aus, dass ein Vermögensnachteil i.S.d. § 266 StGB bereits dadurch verursacht wurde, dass der Angeklagte das „Geldvermögen der Siemens AG in den verdeckten Kassen führte und der Treugeberin auf Dauer vorenthielt“.<sup>23</sup> Insoweit komme es auch nicht mehr auf die Voraussetzungen einer schadensgleichen Vermögensgefährdung an.<sup>24</sup> Vielmehr sei bereits ein endgültiger Vermögensschaden eingetreten, indem der Angeklagte seiner Arbeitgeberin die Vermögensteile auf Dauer vorenthielt und diese auf die verborgenen Vermögenswerte keinen Zugriff mehr habe vornehmen können.<sup>25</sup> Die Verwendung der entzogenen und auf verdeckten Konten geführten Gelder sei lediglich eine Schadensvertiefung.

Auch „die Absicht, die Geldmittel – ganz oder jedenfalls überwiegend – bei späterer Gelegenheit im Interesse der Treugeberin einzusetzen, insbesondere um durch verdeckte Bestechungszahlungen Aufträge für sie zu akquirieren und ihr so mittelbar zu einem Vermögensgewinn zu verhelfen“<sup>26</sup>, ändere nichts daran, dass sie keinen Zugriff auf die verdeck-

<sup>16</sup> Bernsmann, GA 2007, 219 (230).

<sup>17</sup> BGH NSTz 2008, 457.

<sup>18</sup> BGH NSTz 2008, 457 (458).

<sup>19</sup> BGH, Urt. v. 29.8.2008 – 2 StR 587/07, Rn. 37.

<sup>20</sup> BGH, Urt. v. 29.8.2008 – 2 StR 587/07, Rn. 38.

<sup>21</sup> BGH, Urt. v. 29.8.2008 – 2 StR 587/07, Rn. 41.

<sup>22</sup> BGH, Urt. v. 29.8.2008 – 2 StR 587/07, Rn. 41.

<sup>23</sup> BGH, Urt. v. 29.8.2008 – 2 StR 587/07, Rn. 43.

<sup>24</sup> BGH, Urt. v. 29.8.2008 – 2 StR 587/07, Rn. 42.

<sup>25</sup> BGH, Urt. v. 29.8.2008 – 2 StR 587/07, Rn. 42, 46.

<sup>26</sup> BGH, Urt. v. 29.8.2008 – 2 StR 587/07, Rn. 43.

ten Gelder gehabt habe, um diese nach Maßgabe eigener Zweckmäßigkeitserwägungen einzusetzen. Dadurch sei der Treugeberin die Dispositionsmöglichkeit über das Vermögen entzogen worden und „die Möglichkeit zur Disposition über das eigene Vermögen gehört zum Kern der von § 266 StGB geschützten Rechtsposition.“<sup>27</sup>

Außerdem müsse auch die normative Erwägung Berücksichtigung finden, dass „dieser Vorteil nur durch einen seinerseits gesetzes- oder sittenwidrigen und ggf. strafbaren Einsatz der Mittel erzielt werden könnte.“<sup>28</sup> Ferner stelle die „vage Chance, aufgrund des Mitteleinsatzes zu Bestechungszwecken später einmal einen möglicherweise im Ergebnis wirtschaftlich vorteilhaften Vertrag abzuschließen, noch gar die bloße Absicht des Täters, die entzogenen Mittel für solche Zwecke zu verwenden“<sup>29</sup> keinen zur Kompensation geeigneten gegenwärtigen Vermögensvorteil dar.

Schließlich konstatiert der BGH, dass der spätere Verbrauch der verdeckten Vermögenswerte angesichts des Fortdauerns der Tatbestandsverwirklichung durch Unterlassen keine neue Tat darstelle.<sup>30</sup>

### III. Die Bewertung der Entscheidung

Die Entscheidung verdient – soweit sie die Ausführungen zur Pflichtverletzung betrifft – Zustimmung. Die strafrechtlichen Würdigungen zum Vermögensnachteil vermögen jedoch nicht zu überzeugen.

#### 1. Pflichtverletzung

Zu Recht geht der BGH davon aus, dass die mangelnde Offenbarung und die damit verbundene Unterhaltung der schwarzen Kassen eine Unterlassungstat ist. Denn im Gegensatz zur Kanther-Entscheidung<sup>31</sup> hat der Angeklagte die schwarzen Kassen im vorliegenden Fall nicht selbst (aktiv) gebildet, sondern das Kontengeflecht von seinem Vorgänger lediglich übernommen. Strafrechtlich ist ihm daher vorzuwerfen, dass er es unterlassen hat, dieses Kontengeflecht zu offenbaren, und damit gegen Buchführungs- und Bilanzierungsvorschriften verstoßen hat.

Ferner ist es verständlich, dass sich der BGH nicht näher mit der Frage auseinandersetzt, ob möglicherweise ein Einverständnis des Geschäftsherrn die Pflichtverletzung tatbestandlich entfallen lässt. Zwar drängt sich bei einem so ausgefeilten System schwarzer Kassen tatsächlich die Frage auf, ob es sich bei den Compliance-Vorschriften nicht um eine bloße Fassade handelte, dem kein ernstgemeintes Bestechungsverbot zugrunde liegt. Allerdings ist der BGH als Revisionsgericht an die Tatsachenfeststellungen der Vorinstanz gebunden, und da Anhaltspunkte für eine Sachrüge in

Form der Darstellungsrüge<sup>32</sup> nicht vorlagen, gab es für den BGH keine Möglichkeit, die Frage näher zu erörtern.

#### 2. Vermögensnachteil

Im Hinblick auf die Ausführungen zum Vermögensschaden verlässt der 2. Senat seinen bisher vertretenen Standpunkt und meint nunmehr, dass die Unterhaltung einer schwarzen Kasse keine schadensgleiche Vermögensgefährdung, sondern vielmehr einen endgültigen Vermögensverlust begründet. Dieser Annahme ist mit großen Bedenken entgegenzutreten.

Einigkeit besteht darüber, dass die Untreue ein Verletzungs- und kein Gefährdungsdelikt ist. Daher kann eine reine Vermögensgefährdung nie den Tatbestand des § 266 StGB erfüllen, und zwar unabhängig davon, wie konkret diese ist.<sup>33</sup> Der Tatbestand des § 266 StGB verlangt also immer eine tatsächlich eingetretene Vermögensminderung. Diese setzt aber nicht zwingend einen endgültigen Vermögensverlust voraus, sondern kann bereits dann vorliegen, wenn sich eine Minderung der Vermögenswerte aufgrund eines drohenden endgültigen Vermögensverlustes errechnen lässt. Jede so ermittelte Vermögensminderung ist daher ein tatsächlicher Vermögensschaden.<sup>34</sup> Dies ändert jedoch nichts an dem Umstand, dass man zwischen solchen Sachverhalten differenzieren muss, bei denen die künftige Entwicklung des Vermögens bereits feststeht, und solchen, bei denen die Vermögensentwicklung noch nicht abgeschlossen ist.<sup>35</sup> Von einem endgültigen Vermögensverlust kann man nur dann sprechen, wenn der Ausgang der Vermögensentwicklung endgültig feststeht und eine Gesamtsaldierung aller Vermögenswerte eine Vermögenseinbuße ergibt. Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall durch die Unterhaltung der schwarzen Kasse nicht erfüllt. Allein der Umstand, dass die schwarzen Kassen vor der offiziellen Buchführung verborgen blieben, führt noch nicht zu einem endgültigen Vermögensverlust. Denn die Geldmittel werden dadurch nicht wirtschaftlich wertlos. Dies gilt umso mehr, wenn man bedenkt, dass die Geldwerte als Teil des Unternehmenssystems eingesetzt werden sollten, um

<sup>32</sup> Das Revisionsgericht kann die tatrichterlichen Feststellungen und Beweiswürdigungen im Wege der Sachrüge überprüfen, wenn die Urteilsgründe insoweit widersprüchlich, lückenhaft oder unklar sind oder sie gegen Denkgesetze oder anerkannte Erfahrungssätze verstoßen.

<sup>33</sup> Fischer, StraFo 2008, 269 (271).

<sup>34</sup> Insoweit verdient die Annahme des 1. Senats Zustimmung, dass letztlich jede tatbestandsmäßige Vermögensgefährdung ein tatsächlicher Vermögensschaden ist, vgl. BGH NStZ 2008, 457 (458).

<sup>35</sup> Vgl. dazu Schünemann, NStZ 2008, 430 (432), der zu Recht darauf hinweist, dass ein Verzicht auf die begriffliche Differenzierung zwischen Vermögensschaden und Vermögensgefährdung die Gefahr begründet, dass ein Vermögensnachteil i.S.d. § 266 StGB voreilig angenommen wird, wenn die Vermögensentwicklung noch offen ist. Durch die begriffliche Nivellierung von Vermögensschaden und Vermögensgefährdung werden letztlich die vom 2. Senat aufgestellten Restriktionen im subjektiven Tatbestand bei Vorliegen eines Gefährdungsschadens umgangen.

<sup>27</sup> BGH, Urt. v. 29.8.2008 – 2 StR 587/07, Rn. 47.

<sup>28</sup> BGH, Urt. v. 29.8.2008 – 2 StR 587/07, Rn. 44.

<sup>29</sup> BGH, Urt. v. 29.8.2008 – 2 StR 587/07, Rn. 45.

<sup>30</sup> BGH, Urt. v. 29.8.2008 – 2 StR 587/07, Rn. 49.

<sup>31</sup> Hier hatte der BGH ebenfalls die Annahme einer Unterlassungstat befürwortet, obgleich die Täter die schwarzen Kassen zuvor (aktiv) gebildet hatten, zur Kritik vgl. Saliger, NStZ 2007, 545 (546 f.).

das Vermögen der Siemens-AG zu mehren. Jede schwarze Kasse bleibt damit ein werthaltiger Teil des Unternehmensvermögens.<sup>36</sup>

Einen endgültigen Vermögensverlust könnte man nur dadurch begründen, dass man die Zugriffsbeschränkung auf die Vermögenswerte der schwarzen Kassen und den damit verbundenen Entzug der Dispositionsmöglichkeit als Vermögenseinbuße wertet.

Die Annahme, dass die Einschränkung der Dispositionsfreiheit einen Vermögensschaden begründet, vermag aber nicht zu überzeugen. Dies gilt insbesondere dann, wenn es sich bei der Treugeberin um ein Wirtschaftsunternehmen in Form einer juristischen Person handelt. Diese kann nur durch ihre Organe über ihre Vermögenswerte disponieren. Die Dispositionsbefugnis ist damit notwendigerweise auf leitende Angestellte zu übertragen, die im Rahmen ihrer Zuständigkeiten über die Verwendung der einzelnen Vermögenswerte eigenständig entscheiden müssen.<sup>37</sup> Der Umstand, dass der Angeklagte nach der Maßgabe eigener Zweckmäßigkeitserwägungen entschieden, ist in einem Wirtschaftsunternehmen also ein normaler Zustand und vermag keinen endgültigen Vermögensverlust zu begründen.

Darüber hinaus ist zu bezweifeln, dass die Dispositionsfreiheit zum Kern der von § 266 StGB geschützten Rechtsposition gehört. Die Untreue kann nicht losgelöst vom Vermögensschutz betrachtet werden. Denn ansonsten mutierte der Tatbestand „zu einem Delikt zum Schutze von Kompetenzüberschreitungen“<sup>38</sup>. Würde jede die Dispositionsfreiheit einschränkende Kompetenzüberschreitung nicht nur das Merkmal der Pflichtverletzung, sondern zugleich den Vermögensnachteil begründen, so entzöge man dem Tatbestandsmerkmal „Vermögensnachteil“ seine eigenständige Funktion. Die Tathandlung ließe dann ohne weitere Prüfung einen Rückschluss auf den Taterfolg zu.<sup>39</sup>

Selbst wenn man davon ausginge, dass man das Rechtsgut „Vermögen“ nicht um seiner selbst Willen schützt, sondern nur um dem Rechtsgutsinhaber ein Mittel zur Entfaltung seiner Handlungsfreiheit zu geben, so ist die Handlungsfreiheit der Treugeberin durch die Bildung der schwarzen Kassen nicht beschränkt. Der Handlungszweck eines Wirtschaftsunternehmens besteht allein in der Maximierung seines Profits. Der Umfang der Handlungsfreiheit hängt also von der wirtschaftlichen Potenz des Rechtsgutsinhabers ab. Diese ist aber durch die Bildung der schwarzen Kassen – wie bereits dargelegt – nicht geschwächt. Dies gilt erst recht, wenn man bedenkt, dass die Gelder zur Gewinnmaximierung und damit zur Stärkung der wirtschaftlichen Potenz eingesetzt werden sollten.

Einen Vermögensschaden, und zwar in Form einer Vermögensgefährdung, könnte man allenfalls dadurch konstruieren,

dass man annimmt, der Unterhaltung einer schwarzen Kasse ist das Risiko eines Vermögensverlustes schon deswegen immanent, weil damit grundsätzlich die Gefahr verbunden ist, dass der Vermögensinhaber später durch Strafzahlungen – im Falle der Aufdeckung der Schmiergeldzahlungen – geschädigt wird.<sup>40</sup> Diese Sichtweise würde aber den gesetzgeberischen Willen, den Versuch der Untreue straflos zu belassen, konterkarieren. Denn zwischen der Unterhaltung einer schwarzen Kasse und einer möglichen schädigenden Strafzahlung mangelt es nicht nur an einer zeitlichen Nähe von Pflichtverletzung und Schadenseintritt. Es fehlt vielmehr auch an der Unmittelbarkeit einer konkreten Vermögensgefahr. Dieses Merkmal verlangt, dass sich nur aufgrund solcher Gefährdungslagen eine Vermögensminderung errechnen und damit konkrete schadensgleiche Vermögensgefahr begründen lässt, die unmittelbar in einen Güterverlust umschlagen können.<sup>41</sup> Diese Voraussetzung ist aber allein durch die Unterhaltung einer schwarzen Kasse nicht erfüllt. Erst die Auszahlung der Schmiergelder an sich vermag eine solche Gefahr zu begründen.

#### IV. Ausblick

Das vorliegende „Siemens-Urteil“ sollte nicht nur von Studierenden des wirtschaftsstrafrechtlichen Schwerpunkts im Auge behalten werden. Ein vertrauter Umgang mit den Grundzügen dieser Entscheidung dürfte sich insbesondere für den mündlichen Teil der Staatsprüfung als nützlich erweisen. Gleichwohl kann die Entscheidung auch dazu dienen, Basiswissen der Untreuestrafbarkeit zu überprüfen. Dabei sollten den Studierenden insbesondere die Grundlagen der Dogmatik zur schadensgleichen Vermögensgefährdung bekannt sein. Dies gilt vor allem für den Umstand, dass der 2. Senat in der Kanther-Entscheidung die Bildung einer schwarzen Kasse als schadensgleiche Vermögensgefährdung ansah, während er nunmehr davon ausgeht, dass die Bildung einer schwarzen Kasse einen endgültigen Vermögensschaden begründet.

Wiss. Assistentin Dr. Janique Brüning, Hamburg/Greifswald,  
Wiss. Mitarbeiterin Nadine Sophie Wimmer, LL.B., Hamburg

<sup>36</sup> Vgl. auch *Schlösser*, HRRS 2009, 19 (25); a.A. *Ransiek*, NJW 2009, 95.

<sup>37</sup> *Rönnau*, in: Sieber u.a. (Hrsg.), Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag, 2008, S. 713 (734).

<sup>38</sup> *Matt*, NJW 2005, 389 (391).

<sup>39</sup> So auch *Schlösser*, HRRS 2009, 19 (27).

<sup>40</sup> Auf diese Weise versuchte das LG Darmstadt eine Vermögensgefährdung zu begründen, vgl. dazu *Saliger/Gaede*, HRRS 2008, 57 (59); *Schünemann*, NStZ 2008, 431 (432).

<sup>41</sup> *Saliger*, HRRS 2006, 10 (20).