

Examensfall: Der untreue Betreuer*

Von Prof. Dr. Thomas Rotsch, Gießen**

Die wesentlichen Probleme des auf BGHSt 48, 354 = BGH NJW 2003, 3717 basierenden Sachverhaltes sind: 1. Erfordernis einer Vermögensbetreuungspflicht bei den Tathandlungsvarianten des Untreuetatbestandes; 2. Erfordernis einer „gravierenden“ Pflichtverletzung i.R.d. § 266 StGB; 3. Gefährdungsschaden bei der Untreue; 4. Regelbeispiel „Vermögensverlust großen Ausmaßes“ i.S.d. § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 Var. 1 StGB.

Sachverhalt

A ist Amtsrat bei der Stadtverwaltung K. Im Rahmen einer (genehmigten) Nebentätigkeit übernimmt er berufsmäßig Betreuungen. Zu den von ihm betreuten Personen gehört auch die 85jährige, an einem hirnorganischen Psychosyndrom leidende O, für die A auch die Vermögenssorge wahrnimmt. Da die Barmittel der Betreuten nahezu aufgebraucht sind und A sich in immensen Finanznöten befindet, verfällt er auf die Idee, eines der im Eigentum der O stehenden Grundstücke „gewinnbringend“ zu verkaufen. Nachdem die zuständige Rechtspflegerin R des Betreuungsgerichts die Genehmigung des beabsichtigten Grundstücksverkaufs in Aussicht gestellt hat, überredet A seinen Bekannten B, sich als Strohkäufer zur Verfügung zu stellen. Mit notariellem Vertrag verkauft A sodann als amtlich bestellter Betreuer der O – vorbehaltlich der Genehmigung des Betreuungsgerichts – das besagte Grundstück zum Kaufpreis von 50.000 € an B. A und B ist bekannt, dass es sich bei dem Grundstück trotz seiner Ausweisung im Grundbuch als Landwirtschaftsfläche um hochwertiges Bauland handelt. Der tatsächliche Wert des Grundstücks beläuft sich zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses auf 500.000 €.

Als R die Lage des Grundstücks in einem Wohngebiet auffällt, bittet sie A zu einem persönlichen Gespräch. Im Rahmen dieses Gesprächs erklärt A bewusst wahrheitswidrig, er habe bereits mit der Stadt K geklärt, dass das verkaufte Grundstück wegen Nichteinhaltbarkeit der Bebauungslinien kein Bau- oder Bauerwartungsland sei. Im Vertrauen auf die Richtigkeit dieser Angaben des A erteilt R die erforderliche Genehmigung.

Wenige Tage später erzählt A dem B von der Genehmigung und übergibt ihm 50.000 € in bar zur Begleichung des

Kaufpreises. A „investiert“ diese 50.000 € aus seinem eigenen Vermögen. Absprachegemäß zahlt B das Geld noch am selben Tag bei der Bank der O auf deren Konto ein.

Kurze Zeit darauf weist das Vermessungsamt der Stadt K das Betreuungsgericht darauf hin, dass es sich bei dem Grundstück um ein offensichtlich erheblich unter Wert verkauftes Baugrundstück handle. Daraufhin fordert R den A unter Fristsetzung auf, die Frage der Baulandqualität umgehend beim Vermessungsamt zu klären und gegebenenfalls den Grundstückskaufvertrag anzufechten und rückabzuwickeln. In der Folge dessen kommt es noch vor Eintragung des B als Eigentümer in das Grundbuch zur notariellen Rückabwicklung des Kaufvertrages. Kurz darauf verstirbt B.

Bearbeitervermerk

Beurteilen Sie die Strafbarkeit des A!

Lösung

Hinweis: Es ist zwar grds. auch denkbar, die Geschehnisse des 1. und 3. Tatkomplexes in einer Prüfung zusammenzufassen. Allerdings wäre eine solche gemeinsame Prüfung sehr unübersichtlich. Es bietet sich daher an, den Fall in drei Tatkomplexe zu untergliedern, weil sich im Sachverhalt ein dementsprechend gestuftes Verfahren abspielt. So lassen sich die Wirkungen der einzelnen Rechtsakte sauber trennen.

1. Tatkomplex: Der Abschluss des Grundstückskaufvertrages

I. Untreue, § 266 Abs. 1 Var. 1 StGB

Durch den als Betreuer der O getätigten Verkauf an den als Strohkäufer eingesetzten B könnte A die ihm durch Gesetz eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, missbraucht und sich deshalb wegen Untreue gem. § 266 Abs. 1 Var. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

a) A könnte dadurch, dass er als amtlich bestellter Betreuer der O – vorbehaltlich der Genehmigung des Betreuungsgerichts – das besagte Grundstück mit notariellem Vertrag zum Kaufpreis von 50.000 € an B verkaufte, eine ihm zukommende Pflicht zur Betreuung des Vermögens der O dadurch verletzt haben, dass er die ihm durch Gesetz eingeräumte Befugnis, einen anderen zu verpflichten, missbraucht hat.

Hinweis: Die Darstellungen zur Prüfungsreihenfolge i.R.d. § 266 StGB gehen auseinander. Nach h.A. unterscheiden § 266 Abs. 1 Var. 1 und Var. 2 StGB sich dadurch, dass zwar jeweils eine Vermögensbetreuungspflicht vorausgesetzt wird, bei der spezielleren Missbrauchsuntreue i.S.d. § 266 Abs. 1 Var. 1 StGB deren Verletzung aber gerade durch Missbrauch der dem Täter durch Gesetz, behördlich

* Vorabveröffentlichung aus Rotsch, Strafrechtliche Klausurenlehre, [Verlag Vahlen, Academia Iuris, Lehrbücher der Rechtswissenschaft, München 2013](#) (erscheint im April). Bei dem Beitrag handelt es sich um Fall 16 des Buches; für die Genehmigung der Publikation danke ich dem Verlag und insb. Frau *Bärbel Smakman* ganz herzlich.

** Der Autor ist Inhaber der Professur für Deutsches, Europäisches und Internationales Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Umweltstrafrecht der Justus-Liebig-Universität Gießen sowie Direktor des Kriminalwissenschaftlichen Instituts und Leiter des CCC – Center for Criminal Compliance ebda. Er ist Begründer, Mitherausgeber und Schriftleiter der ZJS (www.zjs-online.com) und der ZIS (www.zis-online.com).

chen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumten Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, erfolgt. Systematisch kann es sich daher anbieten, im Rahmen der Tathandlung zunächst das Vorliegen der Vermögensbetreuungspflicht und anschließend deren Verletzung durch den Missbrauch im soeben genannten Sinne zu erörtern, vgl. ausführlich *Rotsch*, ZJS 2008, 610 (615), mit entsprechendem Aufbauschema. Anders z.B. *Wittig*, Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. 2011, § 20 Rn. 18. Siehe auch noch den Hinweis auf dieser Seite, re. Spalte unten.

aa) Nachdem lange Zeit äußerst umstritten war, ob auch § 266 Abs. 1 Var. 1 StGB eine Vermögensbetreuungspflicht voraussetzt, bejaht die h.A.¹ im Anschluss an das Scheckkartenurteil des BGH² diese Frage heute. Die Frage muss freilich hier letztlich dann nicht entschieden werden, wenn A jedenfalls eine Vermögensbetreuungspflicht innehat.

Hinweis: Im Falle der Treubruchsvariante ergibt sich die Erforderlichkeit einer Vermögensbetreuungspflicht unmittelbar aus dem Gesetz. Dort muss sie also auf jeden Fall geprüft werden. Ob eine solche Vermögensbetreuungspflicht allerdings bei der Missbrauchsuntreue gem. § 266 Abs. 1 Var. 1 StGB ebenfalls vorausgesetzt wird, ist noch immer nicht unumstritten. Während man früher überwiegend davon ausging, dass die beiden Tatbestandsvarianten eigenständig nebeneinander bestehen und eine Vermögensbetreuungspflicht daher nur beim Treubruchstatbestand erforderlich ist (sog. dualistische Auffassung),³ gehen seit der sog. „Scheckkarten-Entscheidung“⁴ die Rechtsprechung⁵ und im Anschluss daran auch die mittlerweile h.A. im Schrifttum⁶ davon aus, dass der Missbrauchstatbestand einen speziellen Ausschnitt des Treubruchstatbestandes erfasst und aus diesem Grunde ebenfalls eine Vermögensbetreuungspflicht voraussetzen muss (sog. monistische Lehre). Die verschiedenen Ansichten müssen im Gutachten allerdings – wie stets – nur dann ausführlich diskutiert werden, wenn es auf die Streitentscheidung ankommt. Da A eine Vermögensbetreuungspflicht innehat und dies auch unproblematisch festgestellt werden kann, kann man hier

die Frage, ob es einer solchen Pflicht im Rahmen der Missbrauchsvariante überhaupt bedarf, gut dahinstehen lassen. Diskutiert werden muss der Streit hingegen, wenn der Täter *keine* Vermögensbetreuungspflicht innehat, da die Ansichten dann zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen. Die h.A. liest den Satzteil aus der Var. 2 des § 266 StGB zu Recht in Var. 1 hinein: „Zu betreiben haben“ ist ein synonyme Ausdruck für „zur Betreuung verpflichtet sein“.⁷ Daher umfasst richtigerweise auch der Missbrauchstatbestand eine Vermögensbetreuungspflicht.⁸ Für diese Ansicht spricht auch die aus einer solchen Gleichstellung folgende Konsequenz, dass der aufgrund seiner bedenklichen Konturenlosigkeit⁹ kritisierte Tatbestand der Untreue durch dieses Merkmal eingeschränkt werden kann, sowie die Tatsache, dass die beiden Untreuetatbestände in ihrem Unrechtsgehalt durch das gemeinsame Merkmal angenähert werden, wodurch sich das für beide gleichermaßen geltende Strafmaß rechtfertigt.¹⁰ Die Gegenauffassung¹¹ hat freilich den Wortlaut auf ihrer Seite, nach dem nur in der zweiten Variante des § 266 StGB von einer „Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen“, die Rede ist.

Gegenstand der Vermögensbetreuungspflicht muss die Geschäftsbesorgung für einen anderen in einer nicht ganz unbedeutenden Angelegenheit mit einem Aufgabenkreis von einigem Gewicht und einem gewissen Grad von Verantwortlichkeit sein.¹² Indem der zum Betreuer der O bestellte A deren Vermögenssorge wahrnimmt, hat er eine Vermögensbetreuungspflicht inne.

Hinweis: Die h.A. verbindet die Vermögensbetreuungspflicht regelmäßig mit der Verleihung der (Verpflichtungs- oder Verfügungs-)Befugnis. Auch wenn die Befugnis gerade das Instrument zur Erfüllung der Vermögensbetreuungspflicht darstellt¹³, müssen die Entstehung der Pflicht und der Inhalt der Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis nicht notwendig zusammenfallen (Bsp.: Prokura. Ihre Erteilung erfolgt durch Rechtsgeschäft [§ 48 HGB], der Umfang der dadurch eingeräumten Verfügungs- und Verpflichtungsbefugnis folgt aber aus dem Gesetz [§§ 49 f. HGB]).

Da A eine Vermögensbetreuungspflicht innehatte, kann folglich offen bleiben, ob eine solche zur Verwirklichung des Missbrauchstatbestandes überhaupt erforderlich ist.

¹ Vgl. nur *Saliger*, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2009, § 266 Rn. 6 m.w.N.

² BGHSt 24, 386.

³ Vgl. RGSt 69, 58 (59); 69, 279 (280); BGH NJW 1953, 1600 (1601); BGH NJW 1954, 1616.

⁴ BGHSt 24, 386.

⁵ Vgl. BGHSt 33, 244 (250); 35, 224; 47, 187 (192); 50, 331 (342); BGH NJW 2006, 453 (454).

⁶ Vgl. *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2011, § 266 Rn. 4; *Hoyer*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 123. Lfg., Stand: Juli 2010, § 266 Rn. 18; *Kindhäuser*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 3. Aufl. 2010, § 266 Rn. 22 ff.; *Dierlamm*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2006, § 266 Rn. 21.

⁷ *Mitsch*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2/1, 2. Aufl. 2003, § 8 Rn. 19.

⁸ BGHSt 24, 386; 33, 244; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 35. Aufl. 2012, Rn. 750. Vgl. auch noch die Nachw. bei *Mitsch* (Fn. 7), § 8 Rn. 19 in Fn. 59.

⁹ *Fabricius*, NSTZ 1993, 414 (415).

¹⁰ *Mitsch* (Fn. 7), § 8 Rn. 19.

¹¹ Z.B. *Otto*, Grundkurs Strafrecht, Besonderer Teil, 7. Aufl. 2005, § 54 Rn. 5.

¹² *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 8), Rn. 752 m.w.N.

¹³ *Mitsch* (Fn. 7), § 8 Rn. 19.

bb) A müsste diese Vermögensbetreuungspflicht verletzt haben, indem er eine ihm eingeräumte Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis missbraucht hat.

(1) Damit stellt sich zunächst die Frage, ob A eine Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis Zustand.

Verfügungsbefugnis bedeutet die Rechtsmacht, durch rechtsgeschäftliches Handeln im eigenen Namen wirksam über fremdes Vermögen verfügen, also Verfügungswirkungen an einem fremden Vermögen auslösen zu können.¹⁴ Die Verpflichtungsbefugnis verleiht ebenfalls die rechtliche Macht zur Vornahme rechtsgeschäftlicher Handlungen, deren Wirkungen einen anderen betreffen. Während die Verfügungsbefugnis objektbezogen ist, ist die Verpflichtungsbefugnis subjektbezogen. Wird von ihr Gebrauch gemacht, so wird hierdurch ein anderer als der rechtsgeschäftlich Handelnde in die Position eines Schuldners gedrängt.¹⁵ Wichtigstes Beispiel der Verpflichtungsbefugnis ist die Vertretungsmacht; eine solche gesetzliche Vertretungsmacht ergibt sich aus § 1902 BGB. Als Betreuer war A daher grds. die Befugnis kraft Gesetzes eingeräumt, O vermögensrechtlich zu verpflichten.

Allerdings könnte bereits der Umfang der gesetzlichen Vertretungsmacht des A beschränkt gewesen sein. Die gesetzliche Vertretungsmacht des Betreuers wird durch eine Reihe von betreuungsgerichtlichen Genehmigungsvorbehalten eingeschränkt; in Betracht kommt hier eine Einschränkung durch die Genehmigungspflichtigkeit von Grundstücksgeschäften gem. § 1821 BGB, die für den Betreuer gem. § 1908i Abs. 1 S. 1 BGB entsprechend gilt. Nach § 1821 Abs. 1 Nr. 4 BGB bedarf auch der Betreuer zur Eingehung einer Verpflichtung zu einer Verfügung über ein Grundstück der Genehmigung. Gem. § 1829 Abs. 1 S. 1 BGB (i.V.m. § 1908i Abs. 1 S. 1 BGB) hängt die Wirksamkeit eines ohne die erforderliche Genehmigung des Betreuungsgerichts geschlossenen Vertrages von der nachträglichen Genehmigung des Betreuungsgerichts ab. Bis dahin ist der Vertrag schwebend unwirksam.¹⁶ Diese Genehmigung wurde zwar zwischenzeitlich durch R erteilt; ihr Erfordernis könnte aber schon der Befugnis des A entgegenstehen, eine schuldrechtliche Belastung mit einer Verbindlichkeit überhaupt schaffen zu können.

Man wird allerdings davon ausgehen müssen, dass die (auf Gesetz beruhende) Verpflichtungsbefugnis i.S.d. § 266 StGB gem. § 1902 BGB auch dann gegeben ist, wenn die Vornahme des in Frage stehenden Rechtsgeschäftes von der Genehmigung Dritter – hier des Betreuungsgerichts – abhängig ist. Denn da sich die Befugnis nur dadurch auszeichnet, dass der Täter die Macht zur Vornahme von Rechtsakten besitzt, die rechtliche Wirkungen entfalten können,¹⁷ ist auch in der von einer (nachträglichen) Genehmigung abhängigen Schaffung von Verbindlichkeiten bereits eine Befugnis i.S.d. Untreueatbestandes zu sehen.

Hinweis: Wer – mit entsprechender Argumentation vertretbar – eine andere Ansicht vertritt, muss an dieser Stelle auf § 266 Abs. 1 Var. 2 StGB „umblenden“.

Außerdem führt auch die Erteilung der Genehmigung noch nicht zur Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes, diese hängt vielmehr weiterhin gem. § 1829 Abs. 1 S. 2 BGB (i.V.m. § 1908i Abs. 1 S. 1 BGB) davon ab, dass der Betreuer dem Vertragspartner von dieser Genehmigung Mitteilung macht. Es hängt also letztlich allein von dem Betreuer ab, ob es zur wirksamen Begründung von Vertragspflichten kommt. Auch deshalb wird man zu dem Ergebnis kommen müssen, dass es an der vom Untreueatbestand vorausgesetzten Verpflichtungsbefugnis bei A nicht fehlt.

(2) A müsste die ihm eingeräumte Befugnis, O zu verpflichten, missbraucht haben. Missbrauch setzt zunächst voraus, dass die zu würdigende Handlung ein „Gebrauch“ der Befugnis ist.¹⁸ Der Täter muss die der Befugnis immanente Rechtsmacht also ausüben. Wie oben bereits erörtert, zeichnet die Befugnis sich dadurch aus, dass der Täter die Macht zur Vornahme von Rechtsakten besitzt, die rechtliche Wirkungen entfalten. Befugnisgebrauch kann daher nur rechtsgeschäftliches Handeln sein.¹⁹ Da A als gesetzlicher Vertreter O dazu verpflichtet hat, ihr Eigentum an dem Grundstück zu übertragen, hat er seine Verpflichtungsbefugnis i.S.d. Untreueatbestandes ausgeübt, also seine Befugnis gebraucht („Handeln im Rahmen des rechtlichen Könnens im Außenverhältnis“).

Problematisch ist allerdings, dass der notarielle Vertrag mit seinem Abschluss noch gar nicht wirksam wurde. Zum einen war der Vertrag gem. § 1829 Abs. 1 S. 1 BGB (i.V.m. § 1908i Abs. 1 S. 1 BGB) schwebend unwirksam. Dieser schwebend unwirksame Vertrag kann frühestens mit Mitteilung der erteilten Genehmigung an den Vertragspartner wirksam werden, vgl. § 1829 Abs. 1 S. 2 BGB (i.V.m. § 1908i Abs. 1 S. 1 BGB).

Hinweis: Wir befinden uns im 1. Tatkomplex. Abzustellen ist daher auf den Abschluss des notariellen Vertrages. Dass R den Vertrag zu einem späteren Zeitpunkt genehmigt hat, wird erst im 3. Tatkomplex bedeutsam.

Zwar wird der Vertrag aufgrund der zivilrechtlichen Rückwirkungsfiktion ex tunc wirksam; solche zivilrechtlichen Rückwirkungsfiktionen können aber für die Beurteilung der Strafbarkeit, für die es auf die tatsächlichen Verhältnisse im Tatzeitpunkt ankommt, keine Bedeutung haben.

Zum ändern wurde O durch A auch nicht wirksam verpflichtet. Denn A hat mit B kollusiv zusammengewirkt, um zum Nachteil der O das Grundstück unter Wert zu verkaufen und sodann gewinnbringend weiter zu veräußern. Es ist unbestritten, dass derjenige, der seine Vertretungsmacht dadurch missbraucht, dass er in kollusivem Zusammenwirken mit dem Vertragspartner zum Nachteil des Vertretenen handelt, kein

¹⁴ Mitsch (Fn. 7), § 8 Rn. 17.

¹⁵ Mitsch (Fn. 7), § 8 Rn. 17.

¹⁶ Wagenitz, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 8, 6. Aufl. 2012, § 1829 Rn. 6.

¹⁷ I.d.S. wohl Mitsch (Fn. 7), § 8 Rn. 21.

¹⁸ Mitsch (Fn. 7), § 8 Rn. 21.

¹⁹ Güntge, wistra 1996, 84 (85); Wessels/Hillenkamp (Fn. 8), Rn. 753.

wirksames Rechtsgeschäft tätigt. Ein solcher Vertrag ist vielmehr sittenwidrig i.S.d. § 138 BGB und daher nichtig.²⁰

Es fragt sich, ob in einem solchen Fall, in dem das abgeschlossene Rechtsgeschäft nicht wirksam ist, überhaupt eine Tathandlung i.S.d. Missbrauchstatbestandes vorliegt. Die Frage ist umstritten.

Nach h.A. setzt die Tathandlung des Befugnisgebrauchs dies in der Tat voraus.²¹ Missbrauch der Befugnis verlange zunächst die Ausübung der Befugnis in rechtlich wirksamer Weise.²² Freilich wird entgegen der h.A. z.T. behauptet, die Notwendigkeit der Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts führe den Missbrauchstatbestand „ad absurdum“.²³ Denn in diesem Fall werde der schlimmste Fall des Missbrauchs, nämlich das bewusste Zusammenwirken des Täters mit dem Geschäftsgegner zum Schaden des vertretenen Vermögens, vom Tatbestand nicht erfasst.²⁴ Diese Ansicht verkennt, dass der Erfolg der Tathandlung – das Zustandekommen eines wirksamen Rechtsgeschäftes – gerade die spezifische Bestimmung und Wirkung einer Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis und die Konsequenz ihrer ordnungsgemäßen Ausübung ist: Sie verschafft dem Befugnisinhaber die Macht, rechtswirksame Rechtsgeschäfte zu tätigen, obwohl das Rechtsgeschäft in sachlicher oder persönlicher Hinsicht in einen für ihn fremden Rechtskreis eingreift und daher ohne die Befugnis nur von dem „Herrn“ dieses Rechtskreises wirksam vorgenommen werden könnte. Diese Ausdehnung der Macht zur Herbeiführung rechtlicher Wirkungen über ein Objekt oder gegenüber einem Subjekt auf einen Außenstehenden muss in der tatbestandsmäßigen Handlung zum Ausdruck kommen. Andernfalls ist die Handlung kein Gebrauch der Befugnis und damit auch kein Missbrauch. Befugnisüberschreitendes Handeln erfüllt daher nach richtiger h.M. den Missbrauchstatbestand nicht.²⁵

b) Da der Missbrauchstatbestand die Wirksamkeit des vom Täter getätigten Rechtsgeschäftes voraussetzt und es hieran fehlt, kann A sich nicht gem. § 266 Abs. 1 Var. 1 StGB strafbar gemacht haben.

Hinweis: Die gegenteilige Ansicht wird heute kaum noch vertreten und lässt sich an sich auch nur überzeugend vertreten, wenn man der dualistischen Theorie folgt. Lässt man aber auch unwirksame Geschäfte ausreichen, ist ein Missbrauch der Verpflichtungsbefugnis schon mit Abschluss des notariellen Vertrages zu bejahen und im Wei-

teren der Eintritt eines Vermögensnachteils zu diskutieren. Ob dieser bereits im Abschluss eines – hier sogar unwirksamen – Vertrages gesehen werden kann, ist zweifelhaft. Denn beim Eingehungsbetrug, für den der Begriff des Gefährdungsschadens ursprünglich entwickelt wurde, wird ja gerade damit argumentiert, dass der Getäuschte sich bereits durch Eingehung eines wirksamen Vertrages schuldrechtlich verpflichtet. Besteht aber keine schuldrechtliche Verpflichtung, ist fraglich, ob das Vermögen allein durch Vertragsschluss bereits gefährdet ist. S. dazu noch unten 3. Tatkomplex, II. 1. b) bb) (= S. 82).

2. Ergebnis

Eine Strafbarkeit des A wegen Untreue gem. § 266 Abs. 1 Var. 1 StGB durch den Abschluss des Grundstückskaufvertrages scheidet aus.

II. Untreue, § 266 Abs. 1 Var. 2 StGB

1. Objektiver Tatbestand

a) A ist tauglicher Täter, da er kraft Gesetzes – § 1902 BGB (s.o.) – zur Wahrnehmung der Vermögensinteressen der O verpflichtet war. Der für die Vermögensbetreuungspflicht vorausgesetzte Handlungs-, Entscheidungs- und Ermessensspielraum²⁶ steht A deshalb zu, weil es das Betreuungsrecht in entsprechender Anwendung der Grundsätze des Vormundschaftsrechts vollständig dem Betreuer überlässt, ob er es zum Vertragsschluss kommen lässt, er also die Befugnis hat, bei seinen vermögensbezogenen Maßnahmen eine gewisse Selbständigkeit, Bewegungsfreiheit und Eigenverantwortlichkeit auszuschöpfen.²⁷

b) Als Betreuer ist A gem. § 1901 Abs. 2 S. 1 BGB gehalten, „die Angelegenheiten des Betreuten so zu besorgen, wie es dessen Wohl entspricht“. Das Grundstück der O, das einen tatsächlichen Wert von 500.000 € besaß, an einen Strohkäufer zu einem Preis von 50.000 € zu verkaufen – offensichtlich, um es später selbst zu einem wesentlich höheren Preis verkaufen zu können und so für sich einen entsprechenden Gewinn zu machen –, liegt nicht im (finanziellen) Wohl der Betreuten. Damit hat A eine Handlung vorgenommen, die im Widerspruch zu seiner Treuepflicht steht. Eine Pflichtverletzung und damit die vom Treubruchstatbestand vorausgesetzte Tathandlung liegt vor.

In der Rechtsprechung des BGH wird teilweise zusätzlich verlangt, dass die Pflichtverletzung gravierend sein muss.²⁸ Diese Einschränkung der Untreuestrafbarkeit wird vom Schrifttum begrüßt.²⁹

Hinweis: Methodisch handelt es sich dabei um eine teleologische Reduktion, die ihre Grundlage im ultima ratio-

²⁰ Statt aller *Schramm*, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, § 164 Rn. 99 i.V.m. Rn. 107.

²¹ *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 60. Aufl. 2013, § 266 Rn. 27.

²² *Mitsch* (Fn. 7), § 8 Rn. 24.

²³ *Arzt*, in: Frisch/Schmid (Hrsg.), Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag, 1978, S. 365. Im selben Sinne *Schünemann*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 7, 11. Aufl. 2005, § 266 Rn. 32-34.

²⁴ *Schünemann* (Fn. 23), § 266 Rn. 32.

²⁵ *Mitsch* (Fn. 7), § 8 Rn. 24.

²⁶ *Mitsch* (Fn. 7), § 8 Rn. 42.

²⁷ BGHSt 3, 289 (294); *Perron*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 266 Rn. 23a.

²⁸ BGHSt 47, 148 (150); 47, 187; jüngst wieder BGH NStZ 2011, 403 (405). Anders aber der 3. Strafsenat, vgl. BGHSt 50, 331 (343 ff.).

²⁹ Jüngst *Wagner*, ZIS 2012, 28 (33) m.w.N.

Grundsatz hat. Da sich diese hier ausschließlich zugunsten des Täters auswirkt, verstößt ein solches Vorgehen nicht gegen Art. 103 Abs. 2 GG.³⁰ Anders kann die Situation sich aber darstellen, wenn z.B. Rechtfertigungs-, Entschuldigungs- und Straffreistellungsgründe teleologisch reduziert werden.³¹

Fraglich ist, ob die Pflichtverletzung des A als gravierend einzustufen ist. Hierauf scheint zunächst die potenzielle Schadenshöhe schließen zu lassen.

Hinweis: Hier sollten Sie vorsichtig formulieren, weil die Frage, ob ein Vermögensnachteil vorliegt und – bejahendenfalls – wie hoch dieser ist, ja gerade noch nicht geprüft worden ist. Das ist hier freilich deshalb unschädlich, weil dem Argument der Schadenshöhe an dieser Stelle keine Relevanz zukommen kann, vgl. sogleich den Text.

Allerdings zeigen die §§ 248a, 263 Abs. 3 i.V.m. § 266 Abs. 2 StGB, dass die mögliche Schadenshöhe – erst – i.R.d. Strafzumessung relevant wird. Dann darf sie aber nicht bereits bei der Frage nach der Tatbestandsmäßigkeit eine Rolle spielen (vgl. auch § 46 Abs. 3 StGB).³²

Allerdings ist der Pflichtverstoß aufgrund der Einschaltung des Scheinkäufers und des Missbrauchs der staatlichen Institutionen durch A als gravierend anzusehen. Demnach kommt es auf die Frage, ob dieses einschränkende Korrektiv notwendig ist, im vorliegenden Fall nicht an; ihre Beantwortung kann unterbleiben.

c) Durch den Grundstücksverkauf müsste A der O einen Nachteil zugefügt haben. Man ist sich weitgehend einig darüber, dass zum einen mit Nachteil nur ein Vermögensnachteil gemeint sein kann,³³ zum andern dieser Vermögensnachteil mit dem Vermögensschaden i.S.d. Betruges identisch ist.³⁴ Das bedeutet, dass i.R.d. § 266 StGB von demselben Vermögensbegriff und demselben Schadensbegriff auszugehen ist wie bei § 263 StGB.³⁵ Fraglich ist nun, ob im vorliegenden Fall ein Vermögensnachteil in diesem Sinne eingetreten ist, da es zur Übertragung des Grundstücks und der Eintragung des neuen Eigentümers in das Grundbuch nicht gekommen ist.

aa) Grds. genügt i.R.d. § 263 StGB auch ein sog. „Gefährdungsschaden“.³⁶ Nach dem soeben zum Vermögensnachteil

bei der Untreue Gesagten muss dies also im Tatbestand des § 266 StGB ebenso sein. Danach liegt ein Vermögensnachteil nicht nur dann vor, wenn ein Vergleich der tatsächlich erfüllten Verpflichtungen ergibt, dass die Gegenleistung wirtschaftlich weniger wert ist als die Leistung (der O), sondern auch dann, wenn es – wie hier – lediglich zum Abschluss des Vertrages gekommen ist, die gegenseitigen Leistungen also noch nicht ausgetauscht sind und dem entsprechend erst die Gefahr besteht, dass das Vermögen des Opfers letztlich tatsächlich beschädigt wird.

Hinweis: Es ist also durchaus zutreffend, wenn in diesen Fällen in Anlehnung an die Terminologie i.R.d. § 263 StGB („Eingehungsbetrug“) von einer „Eingehungsuntreue“ gesprochen wird, vgl. *Rotsch*, wistra 2004, 300 (301), in der Besprechung des dem Sachverhalt zugrunde liegenden Urteils.

Sofern man keinen rein juristischen Vermögensbegriff und dem entsprechend keinen rein subjektiven Schadensbegriff vertritt – was heute niemand mehr tut – gilt dies für alle Vermögens- bzw. Schadensbegriffe (rein wirtschaftlich oder juristisch-ökonomisch und rein objektiv oder individuell-objektiv), so dass es insoweit keiner Stellungnahme bedarf.

Hinweis: Zumind. aber die obige Klarstellung im Text ist von einem guten Bearbeiter zu erwarten.

Da der Kaufvertrag zwischen O (vertreten durch A) und B über das Grundstück der O zu einem um 450.000 € zu niedrigeren Kaufpreis bereits geschlossen war, bestand eine Gefährdung für das Vermögen der O, nämlich das Risiko, für ein 500.000 € wertiges Grundstück nur eine Gegenleistung im Wert von 50.000 € zu erhalten. Diese „Gefahr minderwertiger Kompensation“³⁷ ist grds. geeignet, einen Vermögensschaden zu begründen.

Hinweis: Dabei ist zu beachten, dass es hierbei nicht – wie man vielfach liest – um eine schadensgleiche Gefährdung geht; vielmehr ist die Gefährdung unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten der Schaden. Deshalb spricht man genauer vom „Gefährdungsschaden“.³⁸ Die Frage ist umstritten.

bb) Fraglich ist aber, ob die Gefahr für das Vermögen der O „groß“ genug war, um bereits von einem Vermögensschaden sprechen zu können. Um die Strafbarkeit wegen Betruges bzw. wegen Untreue nicht zu weit in das Versuchs- oder gar Vorbereitungsstadium zu verlagern, wird gemeinhin behauptet, dass es für die Annahme eines vollendeten Deliktes nicht ausreicht, wenn durch den Vertragsabschluss irgendeine Gefahr begründet worden ist.

³⁰ *Wagner*, ZIS 2012, 28 (33) m.w.N.

³¹ Vgl. zu solchen Konstellationen *Wagner*, ZJS 2011, 465 (472, 474 zu § 127 StPO); *ders.*, ZJS 2009, 419 (423 zu § 24 StGB).

³² S. *Saliger*, HRRS 2006, 10 (19 f.); *Wagner*, ZIS 2012, 28 (33).

³³ *Mitsch* (Fn. 7), § 8 Rn. 34.

³⁴ BGHSt 35, 333; *Perron* (Fn. 27), § 266 Rn. 39. Zweifel jüngst bei *Saliger* (Fn. 1), § 266 Rn. 53, in Bezug auf den Nachteilsbegriff (nicht jedoch in Bezug auf den Vermögensbegriff, a.a.O., Rn. 51).

³⁵ *Schünemann* (Fn. 23), § 266 Rn. 132.

³⁶ Vgl. nur *Samson/Günther*, in: *Wolter* (Fn. 6), § 263 Rn. 166 ff. m.w.N.

³⁷ *Rotsch*, ZStW 117 (2005), 577 (586).

³⁸ Klarstellend *Rotsch*, in: *Joecks/Ostendorf/Rönnau/Rotsch/Schmitz* (Hrsg.), *Recht – Wirtschaft – Strafe*, Festschrift für *Erich Samson*, 2010, S. 141 (S. 156 in Fn. 83).

Hinweis: Im Falle des Betruges droht sonst, dass Versuchskonstellationen als vollendete Taten begriffen werden mit der Konsequenz, dass ein Rücktritt vom Versuch ausgeschlossen ist. Bei der Untreue steht der Versuch schon gar nicht unter Strafe, was durch eine Vorverlagerung des Nachteils umgangen zu werden droht.

(1) Die Rechtsprechung verlangt häufig und insbesondere auch in neueren Entscheidungen, dass eine *konkrete* Vermögensgefährdung bestand. Danach soll ein Vermögensschaden schon, aber auch erst dann vorliegen, wenn eine nach den Umständen des Einzelfalles naheliegende Möglichkeit des „endgültigen Verlustes“ besteht.³⁹ Für den vorliegenden Fall hat der BGH entschieden, dass die Vermögensgefährdung der O sich erst nach der Erteilung der vormundschaftlichen Genehmigung des notariellen Vertrages konkretisiert habe.⁴⁰

(2) Auch die Literatur versucht im Hinblick auf das Analogieverbot des Art. 103 Abs. 2 GG einer Ausuferung des Vermögensschadensbegriffs entgegenzutreten. Auch wird zu Recht darauf hingewiesen, dass die Vorverlagerung des Vollendungszeitpunktes die Strafflosigkeit des Versuchs bei der Untreue konterkariert.⁴¹ Daher soll die Vermögensgefährdung nur dann konkret genug sein und damit einen Vermögensschaden darstellen können, wenn das Opfer seinen Vermögenswert zwar noch nicht „real“ übertragen, ihn aber „praktisch“ schon jetzt – ohne äquivalente wirtschaftliche Kompensation – ganz oder teilweise eingebüßt habe.⁴² Umgekehrt wird verlangt, dass der Täter bereits eine Position erlangt hat, „in der er den fraglichen Vermögenswert unmittelbar und ohne Schwierigkeiten realisieren kann“.⁴³ Hänge der Eintritt des endgültigen „realen“ Vermögensschadens davon ab, dass der Getäuschte durch weitere Handlungen auf sein Vermögen einwirken müsse, so sei erst das Versuchsstadium erreicht.⁴⁴

Auch unter Zugrundelegung dieser Ansicht kommt man zu dem Ergebnis, dass frühestens nach Erteilung der Genehmigung durch das Betreuungsgericht eine für die Annahme eines Vermögensschadens hinreichend konkrete Vermögensgefährdung vorlag.

Hinweis: Die Erteilung der Genehmigung erfolgt jedoch erst am Ende des 2. Tatkomplexes. Untergliedert man wie hier den Sachverhalt, kann sie erst im 3. Tatkomplex, also zu dem Zeitpunkt, in dem R die Genehmigung erteilt und A dem B dies mitgeteilt hat, Berücksichtigung finden.

Eine Entscheidung zwischen den Auffassungen ist nicht erforderlich.

cc) Ein Vermögensnachteil i.S.d. § 266 Abs. 1 StGB liegt damit nicht vor.

Hinweis: Damit kann auch die Frage, ob ein Unmittelbarkeitszusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Nachteil erforderlich ist,⁴⁵ dahinstehen. Auch muss nicht zu der Frage Stellung genommen werden, ob die über die Annahme eines Gefährdungsschadens im objektiven Tatbestand bewirkte Strafbarkeitsausdehnung über eine Modifikation des Vorsatzes kompensiert werden muss (so der 2. Senat des BGH in BGHSt 51, 100 [120 ff.]). Diese Rechtsprechung wurde auch durch die Siemens-Entscheidung nicht aufgegeben: Der 2. Senat hat dort lediglich keinen Gefährdungs-, sondern einen endgültigen Vermögensschaden angenommen, weshalb die Vorsatzrestriktion nicht erforderlich war. Im Übrigen hält der 2. Senat aber an der Differenzierung zwischen Gefährdungs- und endgültigem Schaden und der Vorsatzmodifikation bei ersterem fest [klarstellend Fischer, in: Bannenberg/Jehle (Hrsg.), Wirtschaftskriminalität, 2010, S. 3 (S. 20)]. Der 1. Senat hingegen lehnt die Figur des Gefährdungsschadens insgesamt ab und hält damit auch jegliche Vorsatzmodifikationen für überflüssig [vgl. BGH, Beschl. v. 20.3.2008 – 1 StR 488/07, Rn. 3 ff. = NSTZ 2008, 457; BGH, Beschl. v. 13.4.2011 – 1 StR 94/10, Rn. 61]].

2. Ergebnis

Auch eine Strafbarkeit gem. § 266 Abs. 1 Var. 2 StGB durch den Abschluss des Grundstückskaufvertrages scheidet damit aus.

III. Ergebnis zum 1. Tatkomplex

Durch den Abschluss des Grundstückskaufvertrages hat A sich nicht strafbar gemacht.

2. Tatkomplex: Das Gespräch mit R

I. Betrug, § 263 Abs. 1 StGB

A könnte jedoch einen Betrug gegenüber R zum Nachteil der O begangen haben, indem er R dazu brachte, die betreuungsgerichtliche Genehmigung zu erteilen.

1. Objektiver Tatbestand

a) A hat R über die Baulandqualität des Grundstücks und somit über eine Tatsache getäuscht.

b) R hat sich dementsprechend geirrt.

c) Fraglich ist, ob in der betreuungsgerichtlichen Genehmigung des Grundstückskaufvertrages durch R eine Verfügung i.S.d. Betrugstatbestandes gesehen werden kann. Vermögensverfügung ist jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen, das unmittelbar vermögensmindernd wirkt.⁴⁶

aa) Es stellt sich zunächst die Frage, ob eine dem Betrugsstatbestand entsprechende Verfügung durch R überhaupt vorgenommen werden konnte. Zwar müssen beim Betrug Getäuschter und Verfügender identisch sein, weil es sonst an der vorausgesetzten Kausalbeziehung zwischen Irrtum und Vermögensverfügung fehlen würde. Dagegen brauchen Verfü-

³⁹ BGHSt 21, 112 (113).

⁴⁰ BGH NJW 2003, 3717 (3718) = BGHSt 48, 354 (356 ff.).

⁴¹ Etwa *Mansdörfer*, JuS 2009, 114 (115) m.w.N.

⁴² *Hoyer* (Fn. 6), § 263 Rn. 234 f.

⁴³ *Lenckner*, JZ 1971, 320 (322).

⁴⁴ *Lackner*, in: Jescheck/Ruß/Willms (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 6, 10. Aufl. 1988, § 263 Rn. 153.

⁴⁵ Dazu *Wagner*, ZIS 2012, 28 (35).

⁴⁶ Vgl. *Cramer/Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 27), § 263 Rn. 55.

gender und Geschädigter nicht identisch zu sein; denn dass die Täuschung eines anderen zwecks Schädigung eines Dritten nicht nur kausal möglich, sondern auch praktisch häufig ist, liegt auf der Hand. Damit nun aber der Betrugstatbestand nicht zu einem konturenlosen Delikt mittelbarer Schädigung durch ein irregeleitetes Werkzeug wird – also die Grenze zum Diebstahl in mittelbarer Täterschaft verwischt wird –, wird für den Betrug durch fremdschädigende Verfügung eine ganz bestimmte Verfügungsfähigkeit des Getäuschten über das Vermögen des Opfers gefordert. Dies gilt im Wesentlichen auch für den Forderungsbetrug.⁴⁷

Freilich liegt das danach vorausgesetzte Näheverhältnis unstreitig jedenfalls dann vor, wenn der Verfügende die rechtliche Befugnis hat, Rechtsänderungen mit unmittelbarer Wirkung für das fremde Vermögen vorzunehmen oder kraft hoheitlicher Stellung Anordnungen darüber zu treffen.⁴⁸ Sollte R also bereits eine solchermaßen umschriebene rechtliche Befugnis gehabt haben, stellte sich der Streit um die Anforderungen an das Näheverhältnis zwischen Verfügendem und Getäuschem schon nicht.

Hinweis: Immer wieder liest man in Klausuren, in denen es um die Prüfung eines Dreiecksbetruges geht, eine ohne weiteres vorgenommene Erörterung der verschiedenen Theorien, die zur Bestimmung der Voraussetzungen des Näheverhältnisses zwischen Getäuschem und Geschädigtem vertreten werden. Dabei wird dann regelmäßig übersehen, dass Verfügungen, zu denen der Getäuschte durch den später Geschädigten im Vorfeld durch Rechtsgeschäft ermächtigt worden ist bzw. zu denen der Getäuschte durch Gesetz oder kraft seiner hoheitlichen Stellung befugt war, unproblematisch sind. Solche Verfügungen genügen der zwischen Vermögensinhaber und getäuschem Verfügenden vorausgesetzten besonderen Beziehung nach *allen* Ansichten! Die sog. Befugnistheorie zeichnet sich lediglich dadurch aus, dass sie – im Unterschied zu den anderen Ansichten ([faktische] Nähetheorie, [normative] Lagertheorie) – den Dreiecksbetrug auf diese Fallgruppe beschränkt (deutlich i.d.S. und richtig z.B. *Satzger*, in: *Satzger/Schmitt/Widmaier* [Hrsg.], *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 2009, § 263 Rn. 128). Wenn aber schon nach der Befugnistheorie ein für den Dreiecksbetrug vorausgesetztes Näheverhältnis gegeben ist, besteht richtigerweise schon kein Streit; in diesen Fällen erübrigt sich eine Problematisierung.

R ist als zuständige Rechtspflegerin (vgl. § 3 Nr. 2 lit. b RPfIG i.V.m. § 271 Nr. 3 FamFG) des Betreuungsgerichts befugt, die gem. § 1821 Abs. 1 Nr. 4 BGB (i.V.m. § 1908i Abs. 1 S. 1 BGB) erforderliche Genehmigung zu dem Grundstückskaufvertrag zu erteilen. Sie war daher kraft Gesetzes und ihrer hoheitlichen Stellung befugt, Anordnungen über das Vermögen der O zu treffen. Da daher bereits eine rechtliche Befugnis

gegeben ist, kommt es nicht auf die Frage an, ob schon das faktische Verfügen-Können ausreicht.

bb) Problematisch ist aber weiterhin, ob das Handeln der R – die Erteilung der Genehmigung – auch unmittelbar vermögensmindernd gewirkt hat. I.R.d. hier einschlägigen Eingehungsbetruges, in dem der Schaden allenfalls in einem sog. Gefährdungsschaden bestehen kann (s.o.), besteht die hiervon zu unterscheidende Minderung bereits in der Belastung mit einer Verbindlichkeit. Dieser Belastung mit einer Verbindlichkeit kommt unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten ein gewisser Wert zu; nur und erst dann, wenn der wirtschaftliche Wert der Gegenleistung hinter diesem Wert zurückbleibt, kann ein Vermögensschaden (= Gefährdungsschaden) angenommen werden. Während also die Gegenüberstellung von Leistungswert und Gegenleistungswert – die Saldierung – eine Frage (erst) des Schadens ist, muss es vorab überhaupt zu einer Minderung des in Frage stehenden Vermögens gekommen sein. Die Wirksamkeit des von A als gesetzlicher Vertreter der O abgeschlossenen Grundstückskaufvertrags hängt gem. § 1829 Abs. 1 S. 1 BGB (i.V.m. § 1908i Abs. 1 S. 1 BGB) grds. von der nachträglichen Genehmigung des Betreuungsgerichts ab. Gem. § 1829 Abs. 1 S. 2 BGB (i.V.m. § 1908i Abs. 1 S. 1 BGB) wird aber die Genehmigung dem Vertragspartner gegenüber erst dann wirksam, wenn sie ihm durch den Betreuer mitgeteilt wird. Wenn aber die Genehmigung erst mit dieser Mitteilung wirksam wird, kann auch O erst in diesem Zeitpunkt rechtlich wirksam verpflichtet worden sein. Selbst dann also, wenn man davon ausgehen wollte, dass mit der Mitteilung der Genehmigung von A an B der Vertrag wirksam geworden wäre, mithin hierdurch eine die Minderung des Vermögens der O begründende rechtlich wirksame Verpflichtung entstanden wäre, so hätte doch nicht R diese Minderung unmittelbar herbeigeführt. Wenn nämlich erst noch eine weitere Handlung eines anderen nötig ist, um eine Vermögensminderung herbeizuführen, so fehlt es an der Unmittelbarkeit der betreffenden Verfügung.⁴⁹

cc) Damit hat R nicht unmittelbar vermögensmindernd auf das Vermögen der O eingewirkt. Eine Verfügung i.S.d. Betrugstatbestandes liegt nicht vor.

2. Ergebnis

Eine Strafbarkeit gem. § 263 Abs. 1 StGB wegen Dreiecksbetruges gegenüber R zum Nachteil der O scheidet aus.

II. Versuchter Betrug, §§ 263 Abs. 1, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 Var. 2 StGB

Eine Strafbarkeit wegen versuchten Betruges scheidet ebenfalls aus, da davon auszugehen ist, dass es A als jemand, der berufsmäßig Betreuungen übernahm, bekannt gewesen ist, dass die Genehmigung der R nicht unmittelbar zur Wirksamkeit des Grundstückskaufvertrages führen konnte. Damit fehlte ihm aber der Vorsatz hinsichtlich der Unmittelbarkeit der Verfügung der R.

⁴⁷ *Hillenkamp*, 40 Probleme aus dem Strafrecht, Besonderer Teil, 11. Aufl. 2009, 30. Problem unter Beispiele (3.).

⁴⁸ Vgl. *Lackner* (Fn. 44), § 263 Rn. 110.

⁴⁹ BGHSt 14, 170 (171).

3. Tatkomplex: Die Mitteilung der Genehmigung an B

I. § 266 Abs. 1 Var. 1 StGB

A könnte sich jedoch wegen Untreue gem. § 266 Abs. 1 Var. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er B von der durch R erteilten Genehmigung Mitteilung machte.

1. Tatbestand

a) A müsste seine Vermögensbetreuungspflicht verletzt haben, indem er die ihm eingeräumte Befugnis missbrauchte.

aa) A hatte eine Vermögensbetreuungspflicht inne; ihm war auch gesetzlich die Befugnis eingeräumt, O rechtlich zu verpflichten (s.o.).

bb) Ob A seine Vermögensbetreuungspflicht durch Missbrauch seiner Befugnis verletzte, hängt, wie oben bereits festgestellt, davon ab, ob das von ihm getätigte Rechtsgeschäft wirksam war. Zwar wird der genehmigte Grundstückskaufvertrag an sich gem. § 1829 Abs. 1 S. 1 i.V.m. S. 2 BGB (i.V.m. § 1908i Abs. 1 S. 1 BGB) durch Mitteilung der Genehmigung an den Vertragspartner grds. wirksam. Aufgrund des kollusiven Zusammenwirkens von A und B, das zur Nichtigkeit des Vertrages gem. § 138 BGB geführt hat, kann diese Rechtsfolge hier aber nicht eingreifen. Da der Vertrag mithin nicht wirksam wurde, hat A also O auch nicht wirksam verpflichtet. A kann demnach auch durch die Mitteilung der Genehmigung an B keinen Missbrauch i.S.d. § 266 Abs. 1 Var. 1 StGB begangen haben.

2. Ergebnis

Auch durch die Mitteilung der Genehmigung kann A sich nicht wegen Untreue gem. § 266 Abs. 1 Var. 1 StGB strafbar gemacht haben.

II. Untreue, § 266 Abs. 1 Var. 2 StGB

In Betracht kommt aber eine Strafbarkeit wegen Untreue gem. § 266 Abs. 1 Var. 2 StGB durch dieselbe Handlung.

1. Objektiver Tatbestand

a) A müsste seine Vermögensbetreuungspflicht – durch irgendeine faktische Handlung – verletzt haben.

aa) A hatte eine Vermögensbetreuungspflicht inne (s.o. 1. Tatkomplex, II. 1. a).

bb) Indem A dem B mitteilte, dass R – aufgrund der Vor Spiegelung des Vorliegens der Voraussetzungen der Genehmigungserteilung durch A – eine Genehmigung für die Vollziehung des Grundstücksvertrages erteilt hatte, hat A gegen seine Pflichten i.R.d. Durchführung der Betreuung gem. § 1901 Abs. 2 S. 1 BGB verstoßen, da die Abwicklung des Vertrages nicht dem Wohl der O entsprach. Er hat damit seine Vermögensbetreuungspflicht verletzt.

b) Fraglich ist, ob ein Vermögensnachteil der O eingetreten ist. Grds. genügt ein Gefährdungsschaden (s.o.). Allerdings muss es sich bei der Gefahr für das Vermögen des Opfers um eine konkrete Gefahr handeln, s.o.

aa) Der BGH hat in dem diesem Fall zugrunde liegenden Urteil – freilich ohne nähere Begründung – eine konkrete Gefährdung des Vermögens in dem Zeitpunkt angenommen,

in dem die Genehmigung durch das Betreuungsgericht erteilt war.⁵⁰

bb) Unabhängig davon, ob dieser Ansicht zuzustimmen ist – oben i.R.d. Prüfung des Dreiecksbetruges wurde bereits festgestellt, dass die Genehmigungserteilung durch R als deren Verfügung noch nicht einmal zu einer unmittelbaren Vermögensminderung geführt hat, also erst recht keine konkrete Vermögensgefahr begründet haben kann –, kommt eine Vermögensgefährdung als Gefährdungsschaden zumindest in dem Zeitpunkt in Betracht, in dem A dem B Mitteilung von der Genehmigung durch R machte. Freilich ändert diese Mitteilung nichts an der Nichtigkeit des Vertrages (s.o.), so dass man auf die Idee kommen könnte, das Vermögen der O sei nicht gefährdet. Ob eine Vermögensgefährdung vorliegt, richtet sich aber nicht nach der rechtlichen Wirksamkeit des abgeschlossenen Vertrages, sondern nach der Wahrscheinlichkeit, mit der O – trotz der Nichtigkeit – ihr Vermögen verliert. Besteht insoweit eine konkrete Gefahr, liegt ein Vermögensnachteil vor. Eine solche konkrete Gefahr wird sich aber nach den Angaben im Sachverhalt nicht bestreiten lassen: O ist 85 Jahre alt und offensichtlich so krank, dass sie ihre eigenen Geschäfte nicht mehr besorgen kann. Die Versuche des A, mittels eines „Verkaufs“ an einen Strohkäufer seine finanziellen Sorgen zu beseitigen, sind lediglich durch Zufall – offenbar durch einen aufmerksamen Mitarbeiter des Vermesungsamtes – ans Licht gekommen. Damit wird man von einer hinreichend konkreten Vermögensgefährdung ausgehen müssen. Ein Vermögensnachteil i.S.d. Untreuetatbestandes liegt vor.

c) Kausalität zwischen der Tathandlung und dem Erfolg im Sinne der *conditio*-Formel ist gegeben.

d) Der eingetretene Erfolg – der hier in einer konkreten Gefährdung besteht – kann dem A auch objektiv zugerechnet werden. Folglich kann dahinstehen, ob es eines solchen Zurechnungszusammenhangs überhaupt bedarf.⁵¹

2. Subjektiver Tatbestand

A handelte vorsätzlich.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

4. Besonders schwerer Fall (Regelbeispiele, §§ 266 Abs. 2, 263 Abs. 3 S. 2 StGB)

Es könnte ein besonders schwerer Fall der Untreue vorliegen. In Betracht kommen über die Verweisung in § 266 Abs. 2 StGB die benannten Fälle der §§ 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 Var. 1 („Vermögensverlust großen Ausmaßes“), Nr. 3 („eine andere

⁵⁰ BGH NJW 2003, 3717 (3718) = BGHSt 48, 354 (356 ff.) mit Anm. Rotsch, wistra 2004, 300.

⁵¹ Dagegen jüngst wieder BGH NSTZ 2011, 403 (406); dem offenbar zust. Bittmann, wistra 2011, 343 (344); für einen Zurechnungszusammenhang hingegen etwa Saliger, HRRS 2006, 10 (21 ff.); Jahn, JuS 2011, 1133 (1135 f.); Brand, NJW 2011, 1751 (1752); Wagner, ZIS 2012, 28 (35).

Person in wirtschaftliche Not bringt“) und Nr. 4 („unter Missbrauch seiner Stellung als Amtsträger“) StGB.

a) Zunächst stellt sich schon die Frage, ob eine Verweisung auf Regelbeispiele in anderen Tatbeständen, wie sie sich in § 266 Abs. 2 StGB findet, überhaupt verfassungsrechtlich zulässig ist.⁵² Das hat zunächst zur Voraussetzung, dass das betreffende Regelbeispiel in § 263 Abs. 3 StGB auf die Vorschrift anwendbar ist, die auf § 263 Abs. 3 StGB verweist. Jedenfalls dort, wo dies der Fall ist, wird man von der Zulässigkeit der Verweisungstechnik ausgehen müssen.⁵³ Dies gilt für § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 StGB sicher nicht, weil die in diesem Regelbeispiel normierten Voraussetzungen gerade den Grundtatbestand der Untreue begründen und eine weitere Berücksichtigung gegen das Doppelverwertungsverbot verstieße.⁵⁴ Hingegen wird man für §§ 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 Var. 1 und Nr. 3 StGB davon ausgehen müssen, dass diese auch den Unrechtsgehalt des Untreuetatbestandes betreffen und diesen gegenüber dem Grundtatbestand so weit erhöhen, dass von der grds. Möglichkeit, einen dieser benannten besonders schweren Fälle der Untreue verwirklichen zu können, ausgegangen werden kann.⁵⁵

b) Damit kommt zunächst das Regelbeispiel des § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 Var. 1 StGB also auch für die Untreue grds. in Betracht. A müsste mithin einen „Vermögensverlust großen Ausmaßes“ herbeigeführt haben.

Hinweis: I.R.d. folgenden Diskussion wird von den Bearbeitern natürlich weder die dezidierte Kenntnis der hier aufgeführten Einzelauffassungen noch die Kenntnis der Gesetzgebungsgeschichte des § 263 Abs. 3 StGB verlangt. Wichtig ist nur, dass das Problem erkannt und eigenständig argumentiert wird.

I.R.d. Strafzumessung stellen sich dabei – möglicherweise – zwei Probleme: Zunächst ist zu klären, ab welcher Höhe ein Verlust „großen Ausmaßes“ vorliegt. Anschließend ist danach zu fragen, ob ein „Vermögensverlust“ i.S.d. Regelbeispiels bei der hier einschlägigen „Eingehungsuntreue“ – bei der ja lediglich ein „Gefährdungsschaden gegeben ist – überhaupt in Betracht kommt.

Hinweis: Im Folgenden gibt es zwei Möglichkeiten, die Prüfung aufzubauen, indem man entweder zuerst die Frage der Bedeutung des Begriffs „Vermögensverlust“ oder zunächst die Problematik des „großen Ausmaßes“ erläutert. Systematischer ist an sich die zuerst genannte Vorgehensweise, da das Ausmaß ein relativer Begriff ist, der sich auf das Substantiv des Vermögensverlusts bezieht. Auf dem Boden der ganz h.M. – die in den Eingehungsfällen

die Möglichkeit, das Regelbeispiel des § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 Var. 1 StGB zu verwirklichen, zutreffend ablehnt, dazu ausführlich unten im Text – kommt man dann aber gar nicht mehr dazu, die Frage des „großen Ausmaßes“ zu erörtern. Mit der hier gewählten umgekehrten Vorgehensweise lassen sich beide Fragen diskutieren. Man muss dann bei der Formulierung nur klarstellen, dass die Erörterungen zum großen Ausmaß sich auf einen in Frage stehenden Vermögensverlust i.S.d. § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 Var. 1 StGB beziehen.

aa) Fraglich ist also zunächst, ob hier ein Verlust „großen Ausmaßes“ vorliegt.

(1) Zum Teil wurde in der Literatur davon ausgegangen, ein großes Ausmaß sei bereits dann erreicht, wenn der Schaden den Betrag von 10.000 € überschreitet.⁵⁶ Da der Schaden der O hier wirtschaftlich gesehen jedenfalls deutlich höher liegt, hat A nach dieser Auffassung einen Vermögensverlust großen Ausmaßes herbeigeführt. Die Strafe erhöhte sich dann auf Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren.

(2) Der BGH ist der Ansicht, dass ein Vermögensverlust großen Ausmaßes jedenfalls dann nicht vorliegt, wenn er „wertmäßig den Betrag von 50.000 € nicht erreicht“.⁵⁷ Aus dem Zusammenhang seiner Aussagen ergibt sich, dass der BGH damit nicht nur – wie man aufgrund der Formulierungen meinen könnte – eine negative Aussage dahingehend treffen wollte, bis zu welcher Höhe ein Verlust großen Ausmaßes jedenfalls nicht vorliegt, sondern vielmehr tatsächlich davon ausgeht, dass *ab* einem eingetretenen Schaden in Höhe von 50.000 € von einem Verlust großen Ausmaßes auszugehen ist.⁵⁸ Dieser Ansicht ist mittlerweile auch die h.M. in der Literatur.⁵⁹

Freilich ist zu beachten, dass die Höhe eines bloßen Gefährdungsschadens nicht – wie sonst üblich – einfach durch Saldierung der Vermögenswerte erreicht werden kann. Denn die Tatsache, dass die Vermögensposition des Opfers gerade noch nicht endgültig verloren ist, muss in die Schadenssumme „hineingerechnet“ werden.⁶⁰ Bei einer Differenz von 450.000 Euro zwischen dem tatsächlichen Wert des Grundstücks und dem vertraglich vereinbarten Kaufpreis wird man aber selbst unter Berücksichtigung dieses Umstands davon ausgehen müssen, dass die maßgebliche Grenze von 50.000 Euro im vorliegenden Fall überschritten ist. Auch nach Ansicht des BGH liegt damit ein Vermögensverlust großen Ausmaßes vor.

Hinweis: Sie sollten die Grenze des BGH von 50.000 € kennen. Dies ist, auch für eine sehr gute Bearbeitung, ausreichend. Die Feinheit, dass der Verlust etwas geringer

⁵² Zur „kapitalen Fehlleistung des Gesetzgebers“ *Schünemann* (Fn. 23), § 266 Rn. 177.

⁵³ So wohl auch *Cramer/Perron* (Fn. 46), vor §§ 263 Rn. 17 ff.; *Schünemann* (Fn. 23), § 266 Rn. 177.

⁵⁴ Vgl. *Schünemann* (Fn. 23), § 266 Rn. 177; *Cramer/Perron* (Fn. 46), vor §§ 263 Rn. 17 ff.

⁵⁵ So auch *Cramer/Perron* (Fn. 46), vor §§ 263 Rn. 17 ff.; *Schünemann* (Fn. 23), § 266 Rn. 177.

⁵⁶ Vgl. *Rotsch*, ZStW 117 (2005), 577 (597).

⁵⁷ BGH NJW 2004, 169 (170).

⁵⁸ *Rotsch*, ZStW 117 (2005), 577 (597 f.).

⁵⁹ Vgl. *Rotsch*, ZStW 117 (2005), 577 (603 f.); *Kindhäuser* (Fn. 6), § 263 Rn. 394; *Satzger*, in: *Satzger/Schmitt/Widmaier* (Fn. 1), § 263 Rn. 303.

⁶⁰ Vgl. ausf. *Rotsch*, ZStW 117 (2005), 577 (587 f.). Ebenso *Hefendehl*, in: *Joecks/Miebach* (Fn. 6), § 263 Rn. 775; *Satzger* (Fn. 59), § 263 Rn. 304.

ist, da es sich hier um einen Gefährdungsschaden handelt, wird nicht als bekannt vorausgesetzt werden müssen. Auch für eine sehr gute Bearbeitung wird man daher genügen lassen dürfen, wenn Sie den Schaden hier mit 450.000 € beziffern.

Hinweis: Der Gedanke spielt grds. natürlich auch im Rahmen derjenigen Literaturansicht eine Rolle, die eine Grenze von 10.000 Euro für ausschlaggebend hält. Er kann daher selbstverständlich bereits dort ins Feld geführt werden, wovon hier nur deshalb abgesehen worden ist, weil die Grenze von 10.000 Euro im vorliegenden Fall ganz deutlich überschritten ist.

(3) Was die Höhe des „großen Ausmaßes“ angeht, liegt ein solches hier nach allen genannten Ansichten vor. I.R.d. Festlegung einer vernünftigen Schadenssumme stellt sich aber außerdem die Frage, ob die von allen Auffassungen zugrunde gelegte Prämisse, der Schaden müsse objektiv – und nicht etwa aus der Sicht des Opfers (oder Täters) – bestimmt werden, zutrifft.

Bei flüchtiger Betrachtung scheint die in Übereinstimmung mit der ganz h.L.⁶¹ getroffene Aussage des BGH, „der Begriff des Vermögensverlustes großen Ausmaßes ist nach objektiven Gesichtspunkten zu bestimmen“,⁶² mit dem individuell-objektiven Schadensbegriff zu kollidieren. Denn auf dem Boden dieser überwiegenden Ansicht werden i.R.d. so genannten „individuellen Schadenseinschlags“ durchaus opferorientierte Prinzipien⁶³ berücksichtigt. Wenn insoweit i.R.e. kasuistischen Schadenstypik auf die mangelnde individuelle Verwendbarkeit der Sache,⁶⁴ den Liquiditätsverlust beim Opfer⁶⁵ bzw. den Zwang zu vermögensschädigenden Folgemaßnahmen⁶⁶ abgestellt wird, so dient diese Kasuistik freilich lediglich zur Korrektur des Inhalts des Schadensbegriffs,⁶⁷ und zwar auch nur in den Fällen, in denen Leistung und Gegenleistung sich objektiv entsprechen, also an sich – nach rein wirtschaftlicher Betrachtung – kein Schaden vorliegt.⁶⁸ Dagegen geht es hier allein um die Frage der Schadenshöhe. Will man die Anwendung dieses Regelbeispiels aber nicht von den persönlichen Einschätzungen des Täters oder des Opfers⁶⁹ abhängig machen, wird man in der Tat bei der Be-

rechnung der maßgeblichen Schadenshöhe objektive Maßstäbe zugrunde zu legen haben. Dafür sprechen auch systematische Erwägungen.⁷⁰ In Regelbeispiel Nr. 3 wird vorausgesetzt, dass der Täter eine andere Person in wirtschaftliche Not gebracht hat. Wenn es also insoweit auf die persönliche Situation des Opfers ankommen soll, wird man davon ausgehen können, dass der Gesetzgeber auch in Nr. 2 Var. 1 eine andere Formulierung benutzt hätte, hätte er nicht auf ein nach objektiven Kriterien zu bestimmendes großes Ausmaß abstellen wollen.

Man wird daher der h.A. zustimmen und die fragliche Schadenssumme nach objektiven Gesichtspunkten bestimmen müssen.

(4) A hat – immer vorausgesetzt, dass der Vermögensverlust einen Gefährdungsschaden überhaupt erfasst – jedenfalls einen Vermögensverlust „großen Ausmaßes“ herbeigeführt.

Hinweis: Die Frage, nach welchen objektiven Wertmaßstäben sich die Festlegung des „großen Ausmaßes“ richtet, muss daher nicht mehr beantwortet werden. Über sie ließe sich wiederum trefflich streiten. So könnte man zunächst auf die Idee kommen, von einem – etwa mit Hilfe von Statistiken ermittelten – „durchschnittlichen“ Betrugsschaden auszugehen und diesem mit einem ebenfalls noch näher zu bestimmenden Wert zu multiplizieren.⁷¹ Eine solche Vorgehensweise ist aus mehreren Gründen nicht überzeugend. Zum einen bergen Statistiken schon grds. kaum handhabbare Probleme, zum andern ist völlig unklar, auf welche Statistik – PKS!? – abgestellt werden soll. Entscheidend gegen eine solche Vorgehensweise spricht aber die Tatsache, dass sie nicht von der Festlegung eines Wertes – des Multiplikators nämlich – entbindet, von dem selbst nicht klar ist, wie er gewonnen werden soll. Systematische Erwägungen helfen ebenfalls nicht viel weiter. Der von der Rechtsprechung⁷² gezogene Vergleich zum Subventionsbetrug gem. § 264 StGB überzeugt nicht, weil dort regelmäßig wesentlich höhere Summen in Rede stehen. Der Rückgriff etwa auf die Regelbeispiele der §§ 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 Var. 2 bzw. Nr. 3 StGB trägt ebenfalls nicht, weil es sich bei den dort normierten Voraussetzungen („eine große Zahl von Menschen“, „wirtschaftliche Not“) ihrerseits um hochgradig unbestimmte und ausfüllungsbedürftige Begriffe handelt, über deren Inhalt man sich ebenfalls nicht einig ist. Vertritt man auch hier richtigerweise die Auffassung, dass die Auslegung tatbestandspezifisch zu erfolgen hat, scheidet auch ein Rückgriff auf andere Straftatbestände – etwa § 370 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 AO (Verkürzung von Steuern „in großem Ausmaß“) – aus. Damit fragt sich, ob die Vorschrift überhaupt noch verfassungskonform ausgelegt werden kann. Sofern eine im Ergebnis verfassungskonforme Auslegung möglich ist, so ist sie jeder anderen, zur Verfassungswidrigkeit führen-

⁶¹ Vgl. *Cramer/Perron* (Fn. 46), § 263 Rn. 188c; *Tiedemann*, in: *Jähne/Laufhütte/Odersky* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch*, Leipziger Kommentar, Bd. 6, 11. Aufl. 2005, § 263 Rn. 298; *Kindhäuser* (Fn. 6), § 263 Rn. 454; *Fischer* (Fn. 21), § 263 Rn. 215; *Lackner/Kühl* (Fn. 6), § 263 Rn. 66; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 8), Rn. 594.

⁶² BGH NJW 2004, 169 (170).

⁶³ *Eser*, *Strafrecht*, Bd. 4, 4. Aufl. 1983, Fall 13 A 4.

⁶⁴ BGHSt 16, 321. Vgl. auch schon RGSt 16, 1.

⁶⁵ BGHSt 21, 384.

⁶⁶ S. ebenfalls BGHSt 21, 384.

⁶⁷ Vgl. *Eser* (Fn. 63), Fall 13 A 4.

⁶⁸ Vgl. schon RGSt 16, 1.

⁶⁹ Vgl. etwa das praxisbezogene Beispiel bei *Arzt/Weber*, *Strafrecht*, Besonderer Teil, 2000, § 20 Rn. 135: „Der Täter kann sich nicht darauf berufen, dass für sein Opfer, eine

Großbank, der Verlust von ein paar Millionen nach eigener Betrachtung ‚peanuts‘ seien.“

⁷⁰ Vgl. z.B. *Kindhäuser* (Fn. 6), § 263 Rn. 454.

⁷¹ Vgl. etwa *Fischer* (Fn. 21), § 263 Rn. 215.

⁷² BGH NJW 2004, 169 (171).

den, vorzuziehen.⁷³ Eine solche Möglichkeit besteht vorliegend, und zwar in doppelter Hinsicht. Zum einen können i.R.e. historischen Auslegung die Schadenssummen, bei denen die Rechtsprechung schon früher von einem sehr hohen Schaden gesprochen hat, zugrunde gelegt werden.⁷⁴ Denn ausschlaggebend für die Anwendung des Ausnahmestrafrahmens des § 263 Abs. 3 StGB a.F. war primär ebenfalls die Schadenshöhe. Wenn nunmehr die Schadenshöhe allein entscheidend sein soll, spricht wenig dafür, von der damaligen Rechtsprechung wesentlich abzuweichen. Zum andern lassen sich auch genetische Auslegungsgesichtspunkte gegen die Verfassungswidrigkeit der Vorschrift anführen. Denn auch in der Gesetzesbegründung war schon von einem festen Betrag – 100.000 DM – die Rede.⁷⁵ Lässt sich aber unter Rückgriff auf die Gesetzesmaterialien und bisherige Rechtsprechung ein Wert ermitteln, dann kann – und muss – dieser Wert gewissermaßen in das Gesetz hineingelesen werden. Damit spricht viel dafür, mit der mittlerweile h.M. davon auszugehen, dass erst ab einer Schadenssumme von 50.000 € ein Verlust großen Ausmaßes in Betracht kommt.

bb) Der Gefährdungsschaden, den A durch den Abschluss des Grundstückskaufvertrages kausal verursacht hat, kann aber nur dann einen Vermögensverlust i.S.d. Regelbeispiels darstellen, wenn der Verlust von Vermögen dessen Gefährdung mitumfasst. Ob dies der Fall ist, ist umstritten.

(1) Eine in der Literatur vereinzelt vertretene Ansicht geht von der Gleichstellung der Begriffe Vermögensschaden und Vermögensverlust aus.⁷⁶ Auf dem Boden der zum Vermögensschadensbegriff vertretenen ganz h.A. folgt daraus, dass A bereits durch die Gefährdung des Vermögens der O einen Vermögensverlust i.S.d. Regelbeispiels herbeigeführt haben kann.

(2) In dem Urteil des BGH vom 7.10.2003, das dem vorliegenden Sachverhalt zugrunde liegt, hat der BGH sich der h.L. angeschlossen und vertritt nun wie diese die Auffassung, dass das Merkmal des Vermögensverlustes demjenigen des Vermögensschadens nicht entspricht.⁷⁷ Begründet wird dies vor allem mit dem Wortlaut der Norm: Der Schaden sei etwas anderes als der Verlust, über diese Wortlautschränke könne man sich nicht hinwegsetzen.⁷⁸ Vielmehr müsse der Verlust tatsächlich eingetreten sein.⁷⁹

⁷³ Zum Vorrang verfassungskonformer Auslegung vgl. *Larenz, Methodenlehre*, 1983, S. 215 ff.; BVerfGE 59, 336 (350).

⁷⁴ So ausdrücklich bereits BGH NJW 2001, 2485 (2486). Ebenso BGH NJW 2004, 169 (171).

⁷⁵ BT-Drs. 13/8587, S. 43. Vgl. auch *Peglau, wistra* 2004, 7 (9).

⁷⁶ *Tiedemann* (Fn. 61), § 263 Rn. 298. Ebenso *Peglau, wistra* 2004, 7. Nicht ganz deutlich („inkonsequent“) *Satzger* (Fn. 59), § 263 Rn. 304.

⁷⁷ BGH NJW 2003, 3717 (3718) = BGHSt 48, 354 (356 ff.). Ebenso bereits zuvor z.B. *Fischer* (Fn. 21), § 263 Rn. 122; *Cramer/Perron* (Fn. 46), § 263 Rn. 188c.

⁷⁸ BGH NJW 2003, 3717 (3718) = BGHSt 48, 354 (356 ff.).

⁷⁹ BGH NJW 2003, 3717 (3718) = BGHSt 48, 354 (356 ff.).

(3) Die in diesem Zusammenhang von *Joecks* geäußerte Ansicht, der Schaden müsse endgültig sein, um einen Verlust darstellen zu können, kann aus der Diskussion ausgeschieden werden, da sie sich tatsächlich erst mit den Anforderungen an den eingetretenen Schaden befasst (Endgültigkeit), die h.M. und *Tiedemann* sich aber über die vorgelagerte Frage streiten, ob der Schaden tatsächlich eingetreten sein muss oder ob für die Annahme eines Verlustes auch bereits die Gefährdung des Vermögens ausreicht.

(4) Auf dem Boden des geltenden Rechts wird man der h.M. zustimmen müssen.⁸⁰

(a) Zwar spricht die Entstehungsgeschichte der Vorschrift eindeutig für die Gegenansicht. Denn nach den Materialien zum 6. StrRG von 1998 hat der Gesetzgeber ausdrücklich eine Gleichstellung von Schaden und Verlust gewollt.⁸¹ Weshalb der eindeutige Wille des Gesetzgebers im Wortlaut der Vorschrift keinen Niederschlag gefunden hat, ist unerfindlich.

(b) Unter systematischen Gesichtspunkten stellt sich zunächst die Frage, auf welche Regelung hier vergleichsweise abgestellt werden soll. Da das Regelbeispiel grds. „tatbestandspezifisch“ ausgelegt werden muss, hilft ein Abstellen auf Vorschriften, die in einem anderen Regelungszusammenhang stehen, nicht weiter. Einen Anhaltspunkt für die Auslegung bietet aber § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 Var. 2 StGB, nach der es genügt, dass der Täter in der Absicht gehandelt hat, durch die fortgesetzte Begehung von Betrug eine große Zahl von Menschen in die Gefahr des Verlustes von Vermögenswerten zu bringen. Abgesehen davon, dass nicht einleuchtet, weshalb es bereits genügen soll, dass der Täter insoweit absichtlich handelt, spricht aber die Tatsache, dass hier die Gefahr des Verlustes von Vermögenswerten hinreicht, dafür, dass in Var. 1 eine Gefährdung gerade nicht ausreichen soll. Denn man wird davon ausgehen können, dass der Gesetzgeber zumindest im Rahmen ein und desselben Gesetzgebungsverfahrens in Var. 1 ebenfalls von „Gefahr“ gesprochen hätte, hätte er eine solche für die Annahme des Regelbeispiels genügen lassen wollen.

(c) Die teleologische Auslegung deutet freilich wieder in die entgegengesetzte Richtung. Zwar spricht kriminalpolitisch viel für eine Herausnahme der Vermögensgefährdung aus dem Vermögensschadensbegriff des Grundtatbestandes und damit die Begrenzung der Vorverlagerung des Vollendungszeitpunktes. Wenn aber die ganz h.M. aufgrund der Anbindung an einen jedenfalls grds. wirtschaftlichen Vermögensbegriff einen Vermögensschaden auch schon im Falle bloßer Vermögensgefährdung bejaht, spricht teleologisch nichts dafür, die bloße Gefährdung des Vermögens nicht auch beim Vermögensverlust genügen zu lassen. Wenn die schweren Fälle des Betruges mit höherer Strafdrohung belegt werden sollen, ist also danach zu fragen, ob bei der bloßen Gefahr eines Vermögensverlustes großen Ausmaßes ein solcher Fall vorliegen kann. Das ist aber ganz unbestreitbar: So kann etwa die wirtschaftliche Handlungsfähigkeit eines Unternehmens bereits durch die mittels Anlagebetrügereien herbeigeführte bloße Belastung mit erheblichen Forderungen bei gleichzeitiger Gefahr minderwertiger Kompensation so weit eingeschränkt sein,

⁸⁰ Zum Folgenden *Rotsch, ZStW* 117 (2005), 577.

⁸¹ BT-Drs. 13/8587, S. 10, 43, 64, 85.

dass die Insolvenz droht.⁸² Weshalb hier das Regelbeispiel des § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 Var. 1 StGB nicht einschlägig sein soll, leuchtet nicht ein.

(d) Letztendlich steht einer Gleichstellung der Begriffe „Vermögensschaden“ und Vermögensverlust“ aber der Wortlaut entgegen. Sofern der Wortlaut der Norm nämlich eindeutig⁸³ ist, können andere entgegenstehende Auslegungsmethoden (hier die genetische und teleologische) keine Wirkung entfalten.⁸⁴ In grammatischer Hinsicht aber ist der Verlust etwas anderes als der Schaden. Das gilt im Hinblick auf die Gesetzessprache ebenso wie in alltagssprachlicher Hinsicht. So wird in Rechtsprechung und Literatur der Begriff des Verlustes schon bislang enger als derjenige des Schadens verstanden. Während es sich bei dem Verlust um einen „tatsächlichen“ handeln, dieser ein „effektiver“, eingetretener Schaden sein müsse, umfasse der Schaden gerade auch den noch nicht „endgültig“ eingetretenen Verlust, also etwa auch die Gefährdung i.R.d. Eingehungsbetruges.⁸⁵ Auch alltagssprachlich streitet der Begriff des Verlustes für ein anderes Verständnis als derjenige des Schadens. Zum einen versteht man unter Schaden gemeinhin die Beeinträchtigung einer Sache, die freilich nicht notwendig zu deren Verlust führen muss. Zu einem Schaden führt der Verlust zwar regelmäßig, aber nur mittelbar. Das liegt daran, dass eine verlorene Sache regelmäßig Bestandteil einer übergeordneten Gattung ist, die durch den Verlust ihres Bestandteils geschädigt wird. Verliert man etwa einen Geldschein, so muss dieser selbst dadurch nicht notwendig beschädigt werden, der (mittelbare) Schaden tritt aber im Vermögen des Eigentümers ein, da dieses um den Wert des Geldscheines verringert ist. Der Schaden ist also der im Vergleich zum Verlust umfassendere Begriff. Allerdings muss der Verlust einer Sache nicht notwendig (mittelbar) zu einem Schaden führen, auch wenn dies regelmäßig so sein wird. Denn umgangssprachlich spricht man durchaus auch dann von Verlust, wenn das Verlieren positive Folgen hat. Aus alledem folgt jedenfalls, dass die Begriffe Schaden und Verlust nicht gleichgesetzt werden können. Dass der Gesetzgeber etwas anderes gewollt hat und die Regelung wenig sinnvoll ist, muss dann unberücksichtigt bleiben.⁸⁶

Diesem Ergebnis lässt sich auch nicht entgegenhalten, der Wortlaut habe bei Regelbeispielen keine zwingende Bedeutung. Denn richtigerweise gilt die Wortlautbindung des Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB grds. auch für die Rechtsfol-

genseite.⁸⁷ Gerade die schon per se berechtigter Kritik⁸⁸ ausgesetzten Regelbeispiele der „besonders schweren Fälle“ bedürfen einer objektivierten, erkennbaren Wertung des Gesetzgebers.⁸⁹ Wo diese – wie hier – im Wortlaut keinen Ausdruck gefunden hat, lässt sich auch i.R.v. Rechtsfolgenvorschriften nicht der eindeutige (konträre) Wille des Gesetzgebers und der bessere Sinn über eine sprachlich verunglückte, aber un-zweideutige Regelung stellen.

Somit hat A das Regelbeispiel des § 266 Abs. 2 i.V.m. § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 Var. 1 StGB nicht verwirklicht, weil in dem von ihm verursachten Vermögensschaden kein Vermögensverlust liegt.

b) Darüber hinaus kommt die Verwirklichung des Regelbeispiels des § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 StGB in Betracht. Das setzt voraus, dass A eine andere Person in wirtschaftliche Not gebracht hat. Diese Voraussetzung ist gegeben, wenn eine Person in eine Lage versetzt wird, in der sie in ihrer wirtschaftlichen Lebensführung objektiv so eingeengt ist, dass sie auch lebenswichtige Aufwendungen nicht mehr bestreiten kann.⁹⁰ Das kommt aber schon grds. nicht in Betracht: A hat (nur) „eines der im Eigentum der O stehenden Grundstücke verkauft“; offensichtlich gehören der O also weitere Grundstücke, die einen Vermögenswert haben. Darüber hinaus wären der 85jährigen O immerhin 50.000 € zugekommen. Und schließlich ist es zur Abwicklung des Verkaufs nicht gekommen; da wenigstens der besonders schwere Fall i.S.d. Nr. 3 aber objektiv verlangt, dass eine andere Person tatsächlich in wirtschaftliche Not gebracht worden ist, scheidet die Verwirklichung dieses Regelbeispiels schon deshalb aus.

5. Zwischenergebnis

A hat sich wegen Untreue gem. § 266 Abs. 1 Var. 2 StGB strafbar gemacht.

Ergebnis

A hat sich (erst) durch die Mitteilung der Genehmigung an B wegen Untreue (aber nur) gem. § 266 Abs. 1 Var. 2 StGB strafbar gemacht.

Hinweis: (Nur) Sofern man von einer Gleichstellung der Begriffe „Vermögensschaden“ und „Vermögensverlust“ ausgeht, ist A aus dem Strafrahmen des besonders schweren Falles der Untreue gem. §§ 266 Abs. 2, 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 Var. 1 StGB zu bestrafen.

⁸² Vgl. auch *Peglau*, *wistra* 2004, 7 (8).

⁸³ Freilich weist etwa *Larenz* (Fn. 73), S. 219, zu Recht darauf hin, dass schon diese Feststellung das Ergebnis einer Auslegung ist.

⁸⁴ Zur umstrittenen „Rangfolge“ der Auslegungsmethoden s. etwa *Kaufmann/Hassemer*, *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 1994, S. 30, 165. Vgl. zur „unübersteigbaren Grenze“, die der Wortsinn einer Vorschrift der Auslegung zieht, *BVerfGE* 105, 135 (152 ff.).

⁸⁵ S. *BGH NJW* 2003, 3717 (3719) = *BGHSt* 48, 354 (357 f.).

⁸⁶ Insoweit zutreffend *Joecks*, *StV* 2004, 17. Im Ergebnis ebenso *BGH NJW* 2003, 3717 (3719) = *BGHSt* 48, 354 (358 f.).

⁸⁷ *Schmitz*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, § 1 Rn. 52. Zust. auch der *BGH NJW* 2003, 3717 (3718) = *BGHSt* 48, 354 (357).

⁸⁸ Vgl. *Schmitz* (Fn. 87), § 1 Rn. 54 m.w.N. in Fn. 177.

⁸⁹ I.d.S. auch *Joecks*, *StV* 2004, 17. Vgl. auch *Hassemer/Kargl*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen*, *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 3. Aufl. 2010, § 1 Rn. 74.

⁹⁰ *Otto* (Fn. 11), § 51 Rn. 109.