

## Schwerpunktbereich

Dr. Thomas Schröder\*

# Spenden auf Kosten des Hauses

<https://doi.org/10.1515/jura-2018-0146>

## SACHVERHALT

Ein deutsches Strafgericht stellt bei seiner noch am selben Tag rechtskräftig werdenden Verurteilung des Claudio-Giovane Müller (M) am 22. 08. 2016 folgenden Sachverhalt fest:

Der Vorstand der »Fußballschuh AG« (F AG) verabschiedet jährlich ein Spendenbudget zur Unterstützung des Kinderfußballs i. H. v. EUR 100.000. M, Mitarbeiter der F AG, erhielt im Jahr 2009 den Auftrag, das Budget zu verwalten und die Spenden im Rahmen des Beschlusses nach eigenem Ermessen zu verteilen. Neben dieser neuen Aufgabe war M bereits mit der Leitung der Buchhaltung und der Verwaltung des Pensionsfonds der F AG betraut.

Ebenfalls im Jahr 2009 gründete M, der bereits zuvor privat im Breitensport für Kinder engagiert war, als alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer eine auf diesem Gebiet tätige Gesellschaft – die »Kindersport gemeinnützige GmbH« (K gGmbH) –, die umgehend vom Finanzamt als gemeinnützig anerkannt wurde. Seinen Arbeitgeber informierte er in der Folge nicht über seine Tätigkeit für die K gGmbH. Als Geschäftsführer der K gGmbH führte M sein privates soziales Engagement fort.

M, dem die Herrschaft von »König Fußball« in Deutschland insgeheim schon länger zuwider war, entschloss sich Ende des Jahres 2014 dazu, seine Funktion als Spendenverwalter bei der F AG einmalig zugunsten der K gGmbH zu nutzen. Im Dezember 2014 überwies er daher mit taggleichem Zahlungseingang (»Blitz-Überweisung«) EUR 6.000 vom Spendenkonto der F AG auf das Spendenkonto der K gGmbH. Nach Zahlungseingang befanden sich damit insgesamt EUR 100.000 auf diesem Konto der K gGmbH. Den Betrag von EUR 6.000 hob M ab und verbrauchte das Bargeld in den nächsten Wochen, wie geplant, für kostenlose Kindersportkurse und Sportfreizeiten in zahlreichen Sportarten (außer Fußball).

Anfang 2015 erstellte M auf Briefpapier der K gGmbH die jährliche Spendenquittung für die F AG (für das Jahr 2014 über EUR 6.000) und vermerkte darin zur Verwendung – wahrheitswidrig –: »für unsere Kinderfußballgruppen«. Die Spendenquittung unterzeichnete M, anders als sonst, nur mit seinem Nachnamen, um dem für die Eingangsprüfung von Spendenquittungen zuständigen Buchhalter (B) der F AG zu verheimlichen, dass er, M, zugleich Geschäftsführer der K gGmbH ist. M war nämlich bewusst, dass sein Untergebener B anderenfalls die – für Rückforderungen allein zuständige – Rechtsabteilung über dieses Verdachtsmoment aufklären würde und in der Folge alles hätte »auffliegen« können. Insbesondere befürchtete M für diesen Fall Regressforderungen der F AG gegen ihn und die K gGmbH. Tatsächlich versah B die bald darauf eingegangene Spendenquittung nach einer Durchsicht mit dem Stempel »geprüft und für richtig befunden« und gab keine Verdachtsmeldung an die Rechtsabteilung ab.

### Aufgabe 1:

Prüfen Sie die Strafbarkeit des M gemäß dem StGB für die Vorgänge ab Dezember 2014.

### Fortsetzung

Zwei Tage nach dem Urteil werden dem zuständigen Staatsanwalt (StA) neue Informationen zugetragen, aus denen mit überwiegender Wahrscheinlichkeit hervorgeht, dass M jedenfalls bereits in den Jahren 2009 (EUR 60.000 am 12.11.) und 2011 (EUR 7.000 am 25.08.) jeweils eine Blitz-Überweisung aus dem Spendenbudget der F AG an die K gGmbH vorgenommen und die Mittel in der Folge plangemäß für anderen Sport als Kinderfußball aufgebraucht hatte. StA ermittelt außerdem, dass M bereits im Jahr 2009 den R, einen Freund und Rechtsanwalt, in seine Pläne eingeweiht und um Rat für ein entsprechendes, auf möglichst viele Jahre angelegtes Konzept gebeten hatte, um in Zukunft Teile des Spendenbudgets – ggf. auch hohe Beträge – unauffällig seinen Vorstellungen entsprechend verwenden zu können. R war es gewesen, der ihm daraufhin die Gründung der K gGmbH und den falschen Verwendungsvermerk auf den jährlichen Spendenquittungen empfohlen hatte.

---

\*Kontaktperson: Thomas Schröder, Akad. Rat a. Z. und Habilitand am Institut für deutsches, europäisches und internationales Strafrecht und Strafprozessrecht (Prof. Dr. Gerhard Dannecker), Heidelberg.

**Aufgabe 2:**

Prüfen Sie für die Vorgänge in den Jahren 2014, 2011 und 2009 die Strafbarkeit des R gemäß dem StGB und gehen Sie dabei auch auf etwaige Verjährungsprobleme ein.

**Fortsetzung**

Es sei zunächst unterstellt, dass R für die drei Vorgänge (2009, 2011, 2014) noch im Jahr 2016 rechtskräftig verurteilt worden ist. Kurz darauf werden neue Unterlagen bekannt, die auch für das Jahr 2013 eine von M veranlasste Überweisung von F AG an K gGmbH in Höhe von EUR 9.000 belegen.

**Aufgabe 3:**

Inwieweit könnten verfahrensrechtliche Grundrechte verletzt sein, wenn die Staatsanwaltschaft für das Geschehen im Jahr 2013 jeweils einen Strafbefehl gegen M und R beantragen sollte?

**LÖSUNGSVORSCHLAG****Aufgabe 1**

**I. Gewerbsmäßige Untreue, §§ 266, 263  
Abs. 3 S. 2 Nr. 1 StGB<sup>1</sup>, zulasten der F AG  
durch Überweisung von EUR 6.000 auf das  
Konto der K gGmbH**

**1. Objektiver Tatbestand**

Das Verhalten des M könnte die Missbrauchsalternative des § 266 erfüllen.

**a) Tathandlung des Missbrauchstatbestandes****aa) Missbrauch einer Verpflichtungs- oder Verfügungsbefugnis**

Nach einer weitgehend akzeptierten Kurzbeschreibung erfüllt derjenige den Missbrauchstatbestand, der sein rechtliches Können im Außenverhältnis gebraucht und dabei missbräuchlich über sein rechtliches Dürfen im Innenverhältnis hinausgeht.<sup>2</sup>

M war im Rahmen seines Dienstverhältnisses mit der F AG per Innenvollmacht die Befugnis eingeräumt, die

F AG auf dem Gebiet des gemeinnützigen Kinderfußballs durch Schenkungsversprechen zu verpflichten. M ist qua Außenvollmacht dazu befugt, durch Zahlungsaufträge an das Kreditinstitut der F AG gemäß § 675 f Abs. 2 BGB über das Guthaben auf deren Spendenkonto zu verfügen<sup>3</sup> und konnte damit die – zunächst formunwirksamen (vgl. § 518 BGB) – Versprechen erfüllen. Der Auftrag des Vorstandes an M sah allerdings explizit vor, allein den Fußball zu unterstützen. Durch das Abweichen von dieser Zweckbestimmung hat M seine arbeitsvertraglichen Pflichten verletzt.

Durch sein dienstpflichtwidriges Verhalten müsste M rechtswirksam für die F AG gehandelt haben. Schädigende Handlungen, die außerhalb des »rechtlichen Könnens« liegen und aus diesem Grund gegenüber dem Vermögensinhaber rechtlich unwirksam sind, sind vom Missbrauchstatbestand nicht erfasst.<sup>4</sup> Insoweit sind hier zwei mögliche Rechtshandlungen des M zu unterscheiden: zum einen ein im Überweisungsvorgang liegendes konkludent erklärtes Schenkungsversprechen der F AG an die K gGmbH und zum anderen die Verfügung über die im Rahmen des Zahlungsdienstvertrages bestehenden Valuta bei dem Kreditinstitut der F AG.

**(1) Schenkungsversprechen**

Auch wenn man Formwirksamkeit gem. § 518 Abs. 1 BGB oder eine Heilung gem. § 518 Abs. 2 BGB unterstellt, erscheint ein wirksames Schenkungsversprechen fraglich. Zweifelhaft ist bereits, ob M durch die Überweisung überhaupt ein obligatorisches Rechtsgeschäft – oder lediglich dessen Anschein (vgl. § 117 BGB) – bewirken wollte. M konnte nämlich den von ihm angestrebten Eindruck legalen Verhaltens bereits durch ein Scheingeschäft erzielen. Sein eigentliches Handlungsziel, die Bereicherung der K gGmbH, konnte M aufgrund seiner Kontovollmacht unabhängig von einem rechtsgültigen Schenkungsversprechen erreichen. Eine gültige Willenserklärung war daher nicht nötig, um den gewollten Rechtserfolg zu erzielen.<sup>5</sup> Die Nichtigkeit für das – gemäß § 177 Abs. 1 BGB ohnehin schwebend unwirksame – Geschäft ergibt sich im Übrigen

<sup>3</sup> M wird eine Vollmacht über das Spendenkonto der F AG nur im Rahmen einer Außenvollmacht erteilt worden sein, da kein Kreditinstitut im Hinblick auf eigene Haftungsrisiken Aufträgen, die allein aus einer angeblichen Innenvollmacht resultieren, Folge leisten würde.

<sup>4</sup> BGHSt 50, 299, 313; Fischer, StGB, 65. Aufl. 2018, § 266 Rn. 25.

<sup>5</sup> Zu diesem Ausschlusskriterium für das Vorliegen eines Scheingeschäfts siehe BGH NJW-RR 2007, 1209, 1210; Jauernig/Mansel, BGB, 16. Aufl. 2015, § 117 Rn. 2f.

<sup>1</sup> Alle Paragraphen ohne weitere Bezeichnung sind solche des StGB.

<sup>2</sup> BGH NJW 1995, 1535, Rengier, BT I, 20. Aufl. 2018, § 18 Rn. 6.

daraus, dass M eine gemäß § 181 BGB verbotene Mehrvertretung (als Vertreter der F AG sowie der K gGmbH) vornahm und eine Befreiung hiervon nicht ersichtlich ist. Schließlich ist das etwaige In-sich-Geschäft ohnehin als Fall der Kollusion einzuordnen: Hätte M die Schenkungsvereinbarung mit einem eingeweihten, personenverschiedenen Geschäftsführer der K gGmbH getroffen, so läge ein Fall bewussten Zusammenwirkens von Vertreter und Geschäftsgegner zum Nachteil des Vertretenen vor, weshalb die Vereinbarung gemäß § 138 BGB sittenwidrig und damit nach ganz h.M.<sup>6</sup> nichtig ist. Somit ist entweder mit Blick auf § 117 BGB oder den kollusiven Charakter des vorgenommenen In-sich-Geschäfts festzuhalten, dass die F AG durch das Schenkungsversprechen nicht wirksam verpflichtet worden ist.

## (2) Zahlungsauftrag an das Kreditinstitut der F AG

Die Erfüllung von Schenkungsversprechen im bargeldlosen Zahlungsverkehr erfolgt nicht zwischen den Parteien der obligatorischen Vereinbarung, sondern unter Einschaltung der jeweiligen kontoführenden Banken. Konnte M wirksam über das Spendenkonto der F AG verfügen, so hat eine wirksame Veränderung des Kontokorrents unabhängig davon stattgefunden, dass die F AG eventuell die Erhöhung der Valuta auf dem Konto der K gGmbH von dieser kondizieren kann. Gegen die F AG steht ihrem Kreditinstitut bei wirksamer Anweisung durch M i. S. d. § 665 BGB ein Anspruch auf Aufwendungsersatz gemäß § 670 BGB zu, der im Rahmen der Saldierung zu einem entsprechend reduzierten Kontoguthaben der F AG führt. Deshalb ist – soweit wirksam – in dem Zahlungsauftrag des M an das Kreditinstitut der F AG grundsätzlich eine rechtsgeschäftliche Verfügung im Sinne des § 266 zu sehen (vgl. § 765 u BGB). Fragen der Kollusion oder des In-Sich-Geschäfts stellen sich insoweit nicht, da Erklärungsempfänger eben nicht M selbst ist, sondern das Kreditinstitut, das die wahren Hintergründe des Zahlungsauftrags nicht kennt und auch nicht kennen musste. Damit hat M durch den Zahlungsauftrag wirksam über das Vermögen der F AG verfügt.

### bb) Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht

Nach ganz h.M. setzt der Missbrauchs- ebenso wie der Treubruchstatbestand eine in ihren Anforderungen identische Vermögensbetreuungspflicht voraus.<sup>7</sup> Darunter ist ein

<sup>6</sup> Zum Streitstand MüKo-BGB/Schubert, 7. Aufl. 2015, § 164 Rn. 212 m. w. N.

<sup>7</sup> BGHSt 33, 244, 250; NK-WSS/Jahn/Ziemann, 2017, § 266 StGB Rn. 2; Wessels/Hillenkamp, BT 2, 40. Aufl. 2017, Rn. 750; a. A. Schönlke/

Treueverhältnis gehobener Art mit Pflichten von einigem Gewicht zu verstehen, die nicht in allen Einzelheiten vorgegeben sind, sondern zu deren Erfüllung dem Täter eine gewisse Selbstständigkeit gerade bei der Betreuung der fremden Vermögensinteressen eingeräumt ist. Die fremdnützig ausgerichtete Fürsorgepflicht muss dabei im Zentrum der Sonderbeziehung stehen.<sup>8</sup> Die Betreuung des Spendenbudgets der F AG betrifft die Verwaltung fremden Vermögens. Diese Aufgabe hatte allein schon im Hinblick auf das zur Verfügung stehende Budget und die zum Tatzeitpunkt bestehende Dauer dieser Aufgabenzuweisung ein gewisses Gewicht. Zwar unterlag M bei der Verteilung des Budgets der Zweckbindung durch den Vorstandsbeschluss, doch konnte er innerhalb dieses Rahmens eigenständig darüber entscheiden, welche Einrichtungen er in welcher Höhe bedenken wollte. Einer Untreue steht nicht entgegen, dass M neben der Verwaltung des Spendenbudgets noch zwei weitere Aufgaben im Unternehmen hatte, also auf den ersten Blick und bei isolierter Betrachtung der Auftrag, das Spendenbudget zu verwalten, nicht seine Hauptpflicht gegenüber der F AG darstellte. Die anderen Tätigkeiten betreffen ebenfalls in einem für § 266 hinreichenden Umfang die Verwaltung (und im Fall des Pensionsfonds auch: Mehrung) fremden Vermögens in leitender Funktion und mit ausreichendem Ermessensspielraum. M war mithin vermögensbetreuungspflichtig i. S. d. § 266.

Durch die Zahlungsanweisung hat M eine Untreuehandlung i. S. d. Missbrauchsvariante begangen.

### b) Vermögensnachteil

Dem Treugeber müsste durch die Tathandlung ein Nachteil entstanden sein.

Wie bei § 263 ist der Schaden im Wege der Saldierung festzustellen.<sup>9</sup> Die Zahlungsanweisungen des M haben das Kontoguthaben der F AG reduziert (s. o.). Hieraus resultierende Regressansprüche der F AG gegen die K gGmbH und gegen M selbst stellen keine unmittelbare Kompensation dar, da es sich um eine nachträgliche Beseitigung des Schadens handelt.<sup>10</sup>

Zu beachten ist aber, dass der F AG auch bei pflichtgemäßer Spendenverteilung durch M keine wirtschaftliche

Schröder/Perron, StGB, 29. Aufl. 2014, § 266 Rn. 11; Otto, BT, 7. Aufl. 2005, § 54 Rn. 7 ff.

<sup>8</sup> BVerfGE 126, 170, 208 ff.; BGH NJW 2018, 1330; NK-WSS/Jahn/Ziemann (Fn. 7), § 266 StGB Rn. 67; Wessels/Hillenkamp (Fn. 7), Rn. 770.

<sup>9</sup> BGHSt 47, 295, 301; Fischer (Fn. 4), § 266 Rn. 115.

<sup>10</sup> Siehe dazu BGHSt 53, 199, 201 f.; Graf/Jäger/Wittig/Dannecker, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2017, § 263 StGB Rn. 91 m. w. N.

Kompensation zufließen sollte, da es sich – anders als etwa beim Sponsoring – nicht um ein Austauschgeschäft, sondern eine bewusste Vermögensweggabe handelt, der – abgesehen von teilweise erfolgreicher steuerlicher Kompensation – lediglich unbestimmte Reputations- und Kundenbindungsvorteile gegenüberstehen.

Dieser Umstand muss einem Schaden für personale und funktionale Vermögenslehren<sup>11</sup> nicht entgegenstehen, denn hiernach ist ein Vermögensnachteil schon immer dann gegeben, wenn der mit dem Vermögensabfluss verfolgte Zweck aufgrund der Pflichtwidrigkeit des Täterverhaltens verfehlt wird.<sup>12</sup> Danach ist hier von einem Vermögensnachteil i. S. d. § 266 auszugehen, weil in Höhe von EUR 6.000 der von der F AG verfolgte Zweck, die unentgeltliche Bereicherung gemeinnützig tätiger Kinderfußballgruppen, verfehlt wurde.

Für die Anhänger eines wirtschaftlichen und wirtschaftlich-ökonomischen Vermögensbegriffs dagegen müsste sich bei einseitigen Zuwendungen stets ein Vermögensschaden aus dem Umstand ergeben, dass keine wirtschaftlich messbare Kompensation zufließt. Die wohl h. M. bejaht allerdings auch für § 266 die Anwendung der sog. Zweckverfehlungslehre, wonach einseitige Vermögensminderungen auch durch die Erreichung ideeller, sozialer oder nur mittelbar wirtschaftlicher Zwecke kompensiert werden können.<sup>13</sup> Hieraus entsteht allerdings – wie für § 263<sup>14</sup> – das Problem, ob nicht durch die umfassende Berücksichtigung der Zuwendungsmotive der Charakter der §§ 263, 266 als Vermögensdelikte verloren geht. Insbesondere stellt sich die Frage, ob nicht Zuwendungen, die immerhin im Rahmen der anerkannten »Gattung« der Zuwendungszwecke bleiben, unter normativen Gesichtspunkten (insbesondere im Bemühen, vermeintliche Rechtsgutsverfälschungen zu vermeiden) zum Abschluss eines Schadens führen müssen.

Je nachdem, wie konkret die individuelle Zweckbestimmung im Rahmen der §§ 263, 266 Berücksichtigung finden soll<sup>15</sup>, kann ein Vermögensnachteil entweder bejaht oder verneint werden, da M zwar nicht die Zweckbestimmung des Vorstands berücksichtigt, aber das Spendenbudget immerhin einem sozialen Zweck im Rahmen des

Kindersports zugeführt hat. Die evidenten Interessen der F AG an der Förderung allein des Fußballs sprechen letztlich dafür, bei Zugrundelegung der Zweckverfehlungslehre einen Vermögensnachteil anzunehmen.

Nach einer Minderheitsansicht ist die Übertragung der für § 263 entwickelten Zweckverfehlungslehre auf § 266 abzulehnen, da es sich um ein spezifisches Problem der Betrugstatbestandes handele.<sup>16</sup> Unter Untreuengesichtspunkten ändere der Umstand, dass der Täter einen »anderen guten Zweck« befördert hat, nichts daran, dass diese Wohltat dem vom Tatopfer verfolgten anderweitigen karitativen Ziel nicht dienlich sei und die hierfür bereit gestellten Mittel verloren seien. Auch in der Rechtsprechung zur öffentlichen Haushaltsuntreue sei entsprechend anerkannt, dass eine Nachteilszufügung bereits in der Verringerung zweckgebundener Mittel ohne vollständige Zweckerreichung liegen kann.<sup>17</sup> Es bestünden insoweit keine entscheidenden Unterschiede zu Mittelverwendungsentscheidungen im Rahmen der »Verfassung« einer AG.<sup>18</sup>

Damit ist es möglich, unabhängig von der »Zweckverfehlungslehre« zu einer tatbestandlichen Vermögenseinbuße der F AG zu gelangen, so dass eine Entscheidung des Meinungsstreits dahinstehen kann: Der Vermögensnachteil trat durch die Überweisung auf das Konto der K gGmbH ein, da M als alleiniger Verfügungsberechtigter fest entschlossen war, die Gelder alsbald zweckwidrig einzusetzen und ein Entdeckungsrisiko in der Zwischenzeit nicht nennenswert war.

## 2. Subjektiver Tatbestand

M handelte vorsätzlich.

## 3. Rechtswidrigkeit und Schuld

M handelte rechtswidrig und schuldhaft.

## 4. Gewerbsmäßige Untreue

M könnte gewerbsmäßig gehandelt haben, § 266 Abs. 2 i. V. m. § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Alt. 1. Hierfür muss der Täter in der Absicht handeln, sich durch die wiederholte Tatbegehung eine fortlaufende Einnahmequelle von einiger

<sup>11</sup> Zu den verschiedenen Vermögensbegriffen Graf/Jäger/Wittig/Dannecker (Fn. 10), § 263 StGB Rn. 78 ff.

<sup>12</sup> Geerds, *JURA* 1994, 311; Otto (Fn. 7), § 51 Rn. 53 ff.; dazu mit Blick auf die Untreue NK/Kindhäuser, StGB, 5. Aufl. 2017, § 266 Rn. 104.

<sup>13</sup> BGHSt 47, 187; Gerhold, Zweckverfehlung und Vermögensschaden, 1988, S. 54, 75 f.; Graf/Jäger/Wittig/Waßmer (Fn. 10), § 266 StGB Rn. 189.

<sup>14</sup> Zur Übersicht siehe Wessels/Hillenkamp (Fn. 7), Rn. 554 ff.

<sup>15</sup> Zu dieser Problematik der Konkretisierung der Zweckverfehlungslehre MüKo-StGB/Hefendehl, 2. Aufl. 2014, § 263 Rn. 727.

<sup>16</sup> LK/Schünemann, StGB, 12. Aufl. 2012, § 266 Rn. 175.

<sup>17</sup> Vgl. BGH NJW 2003, 2179, 2181; LK/Schünemann (Fn. 16), § 266 Rn. 235; Bittmann, NStZ 1998, 495, 497.

<sup>18</sup> LK/Schünemann (Fn. 16), § 266 Rn. 235.

Dauer und einigem Gewicht zu verschaffen.<sup>19</sup> Nach dem Sachverhalt fehlt es jedoch bereits an der Wiederholungsabsicht, so dass schon aus diesem Grund das Regelbeispiel nicht verwirklicht ist.

**Ergebnis:** M hat sich der Untreue zulasten der F AG gemäß § 266 Abs. 1 schuldig gemacht. Der Missbrauchstatbestand verdrängt dabei als speziellere Regelung den ebenfalls verwirklichten Treubruchstatbestand.<sup>20</sup>

## II. Untreue, § 266, zulasten der K gGmbH durch die Überweisung

M ist als Geschäftsführer der K gGmbH dieser gegenüber vermögensbetreuungspflichtig. Diese Pflicht könnte er dadurch verletzt haben, dass er einen Zufluss von Mitteln der F AG bewirkte, obwohl ihm die Umstände bekannt waren, die diesen Geldtransfer zu einer strafbaren Untreue zulasten der F AG machten. Fraglich ist allerdings, worin konkret die Pflichtverletzung bestand.

### 1. »Kontaminierung« des Spendenkontos der K gGmbH

Nach jüngerer Rechtsprechung des BGH soll bereits ein Anteil von jedenfalls 5,9 % Buchgeld illegaler Herkunft auf einem Konto (hier: EUR 6.000) genügen, um das gesamte Guthaben (hier also EUR 100.000) zu einem »Gegenstand« i. S. v. § 261 Abs. 1 S. 1 – und damit (zunächst) verkehrsunfähig – werden zu lassen.<sup>21</sup> Allerdings hat M lediglich eine einfache Untreue und mithin keine Katalogvortat des § 261 begangen (gemäß § 261 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 a muss die Untreue gewerbs- oder bandenmäßig begangen worden sein). M hat daher die Handlungsfähigkeit der K gGmbH insoweit nicht beeinträchtigt.

### 2. Verstoß gegen die Legalitätspflicht

In Betracht kommt ferner ein Verstoß gegen die Legalitätspflicht, die zu den gesellschaftsrechtlichen »Kardinalpflichten« eines Geschäftsführers gehört.<sup>22</sup> Fraglich ist allerdings, ob die zulasten der F AG verwirklichte Untreue

eine hinreichende Rechtsgutsbezogenheit aufweist, denn § 266 schützt zwar das Vermögen, im konkreten Fall aber eben das Vermögen der F AG und nicht das der K gGmbH. Es erscheint daher nicht möglich, aus der Verwirklichung des § 266 zulasten der F AG ohne Weiteres eine Untreue des M zulasten der K gGmbH abzuleiten.<sup>23</sup>

### 3. Mögliche Auslösung von Vermögenseinbußen für die K gGmbH

Ein Pflichtenverstoß könnte sich indes aus der Auslegung des Treueverhältnisses zwischen Geschäftsführer und Gesellschaft selbst ergeben. Insbesondere könnte dem Treuepflichtigen untersagt sein, seinen Geschäftsherren Schadensersatzforderungen und sonstigen negativen Rechtsfolgen aufgrund eigener Rechtsverstöße des Treuenehmers auszusetzen. Hierin ist kein verfassungsrechtlich angreifbarer Rückschluss vom (Gefährdungs-)Schaden auf den Pflichtverstoß zu sehen<sup>24</sup>, denn im Rahmen der Untreue lässt sich die Pflichtwidrigkeit durchaus dem die Treuepflicht prägenden Schädigungsverbot entnehmen.<sup>25</sup> Auch das sog. Verschleifungsverbot ist nicht berührt, denn es untersagt allein, aus dem Vorliegen des Schadens unmittelbar auf eine Pflichtverletzung zu schließen, nicht aber, Pflichtverletzung und Nachteil aus ein und demselben Umstand herzuleiten.<sup>26</sup>

Für eine mit Blick auf Schadensrisiken bestimmte Pflichtwidrigkeit ist zunächst zu klären, welche Rechtsfolgen der K gGmbH überhaupt drohen. Erst in einem etwaigen zweiten Schritt kann dann ermittelt werden, ob und ggf. nach welchen Kriterien sich die abstrakt drohende Rechtsfolgenpalette bereits zum Zeitpunkt der Tathandlung zu einem Vermögensbetreuungspflichtverstoß verdichtet haben kann.

M's Verhalten kann für die K gGmbH insbesondere zur Folge haben, dass ihr die Gemeinnützigkeit aberkannt wird<sup>27</sup>, dass die F AG im Falle der Kondizierung der EUR 6.000 Rechtshängigkeitszinsen auf den erlangten Geldbetrag ab Gutschrift auf dem Konto der K gGmbH erhebt, dass eine Verbandsgeldbuße gemäß § 30 OWiG verhängt oder sogar die Auflösung der K gGmbH (§ 62 GmbHG) verfügt wird, und schließlich, dass Reputations-

<sup>19</sup> BGH NST-RR 2018, 109, 110; Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Bosch (Fn. 7), Vor §§ 52 ff. Rn. 95.

<sup>20</sup> Fischer (Fn. 4), § 266 Rn. 6 ff., 194.

<sup>21</sup> BGH NJW 2015, 3254.

<sup>22</sup> BGH NJW 2011, 88; MüKo-GmbHG/Fleischer, 2. Aufl. 2016, § 43 Rn. 21, 31.

<sup>23</sup> Siehe dazu auch BGH NJW 2011, 88, 92; kritisch insoweit Fischer (Fn. 4), § 266 Rn. 60 ff.

<sup>24</sup> So aber MüKo-GmbHG/Fleischer (Fn. 22), § 43 Rn. 31.

<sup>25</sup> LK/Schünemann (Fn. 16), § 266 Rn. 184.

<sup>26</sup> BVerfGE 126, 170; Krell, NSTZ 2014, 62, 65.

<sup>27</sup> OLG Hamm wistra 1999, 354; a. A. OLG Celle bei Jahn, JuS 2013, 179 im Hinblick auf die fehlende Unmittelbarkeit dieses Nachteils.

schäden zu einer unfreiwilligen Aufgabe der Geschäftstätigkeit führen.

Es ist allerdings sehr umstritten und noch weitgehend ungeklärt<sup>28</sup>, ob und inwieweit mögliche Sanktionierungen und Schadensersatzpflichten der juristischen Person allein die Annahme einer Pflichtverletzung tragen können. Zum Teil wird das frühe Eingreifen des § 266 in dieser Konstellation abgelehnt, falls es für die Vermögensgefährdung noch der Willensentschließung<sup>29</sup> eines Dritten bedarf oder diesem ein Entschließungs- oder Auswahlermessen eingeräumt ist<sup>30, 31</sup>. Diese Problemstellung muss allerdings nicht abschließend erörtert werden, falls der Tatbestand der Untreue wegen eines Einverständnisses des M entfallen sollte.

#### 4. Tatbestandsausschließendes Einverständnis durch M

Die Gesellschafter können als Eigentümer grundsätzlich über die Geschicke einer GmbH entscheiden. Es erscheint daher naheliegend, dass eine Pflichtwidrigkeit der von M veranlassten Überweisung schon deshalb entfällt, weil M als Geschäftsführer-Gesellschafter nicht gegen oder ohne seinen eigenen Willen tätig gewesen sein kann. Eine unzulässige Selbstbefreiung von § 266 ist darin prinzipiell nicht zu sehen, da die »Ein-Mann-GmbH« und damit auch die intrapersonale Interaktion zwischen Gesellschafter und Geschäftsführer grundsätzlich vom Recht anerkannt wird.

Fraglich und umstritten ist allein, ob dem Prinzipal insoweit Schranken gesetzt sind. Während die h. M. (»eingeschränkte Gesellschaftertheorie«<sup>32</sup>) jedenfalls Beeinträchtigungen des Stammkapitals und sonstige konkret existenzgefährdende Eingriffe im Hinblick auf die rechtliche Eigenständigkeit der GmbH der Disposition der Eigentümer entzieht<sup>33</sup>, ist die Gegenmeinung (»strenge Gesellschaftertheorie«<sup>34</sup>) der Auffassung, dass die Existenz

der GmbH nur abhängig vom Willen ihrer Eigentümer gesichert und der z. T. angeführte Gläubigerschutz nicht Angelegenheit des § 266 sei. Diese Diskussion muss hier allerdings nicht vertieft werden, da sich dem Sachverhalt keine Angaben dazu entnehmen lassen, dass etwaige Regressforderungen und staatliche Sanktionen gegen die K gGmbH (sowie etwaige Reputationsverluste) zur Gefährdung ihrer Existenz führten. Mithin entfällt der Tatbestand des § 266 wegen eines konkludent erklärten und wirksamen Einverständnisses des M.

**Ergebnis:** M hat sich nicht wegen Untreue zulasten der K gGmbH strafbar gemacht.

### III. Geldwäsche, § 261 Abs. 1 und 9 S. 3, durch Ausgeben der EUR 6.000

M ist zwar tauglicher Täter für eine (Eigen-)Geldwäsche durch Verteilen der bei der K gGmbH eingegangenen Gelder (vgl. § 261 Abs. 9 S. 2 und 3), doch fehlt es an einer tauglichen Vortat (s. o.).

### IV. Unterschlagung, § 246 Abs. 1, an den EUR 6.000 durch Ausgeben des Geldes

Bei den Geldscheinen müsste es sich um ein taugliches Tatobjekt handeln. Bei der Auszahlung übereignete die Bank der F AG das Bargeld an die K gGmbH, vertreten durch ihren Geschäftsführer M. Im Zeitpunkt seiner Übereignung an diverse Kindersportinitiativen befand sich das Bargeld damit im Alleineigentum der K gGmbH und war mithin eine für M fremde bewegliche Sache.

Zweifelhaft ist jedoch, ob die Zueignungsakte des M rechtswidrig sind. Zunächst besteht in der Übereignung der Barmittel an andere Kindersportinitiativen keine Selbstzueignung durch M, denn diesem Verhalten kommt nicht der Erklärungswert zu, dass M die Gelder zunächst – anmaßend – seinem eigenen Vermögen einverleibt hätte. M handelt bei diesen Übereignungen vielmehr im Rahmen der Geschäftsführertätigkeit für die K gGmbH, so dass in seinem Übereignungsangebot allein eine Erklärung über Gelder der Gesellschaft zu sehen ist. Die Drittzueignung an den Geldempfänger erfüllt den Tatbestand der Unterschlagung ebenfalls nicht, da insoweit von einer tatbestands-

<sup>28</sup> So SSW-StGB/Saliger, 3. Aufl. 2016, § 266 Rn. 93.

<sup>29</sup> SK/Hoyer, StGB, Stand: 148. EGL, Dez. 2014, § 266 Rn. 107.

<sup>30</sup> SSW-StGB/Saliger (Fn. 28), § 266 Rn. 94; Graf/Jäger/Wittig/Waßmer (Fn. 10), § 266 StGB Rn. 175a f.; Jahn, JuS 2011, 1133, 1134.

<sup>31</sup> Weitere Einschränkungsansätze bei MüKo-StGB/Dierlamm (Fn. 15), § 266 Rn. 198; C. Jäger, FS Otto, 2007, 593, 601 ff.; Schönke/Schröder/Perron (Fn. 7), § 266 Rn. 45 b; LK/Schünemann (Fn. 16), § 266 Rn. 184.

<sup>32</sup> Benennungen der Meinungs-lager nach LK/Schünemann (Fn. 16), § 266 Rn. 249.

<sup>33</sup> BGHSt 49, 147, 157; 54, 52, 57; Rengier, BT I (Fn. 2), § 18 Rn. 43; LK/Schünemann (Fn. 16), § 266 Rn. 252; Graf/Jäger/Wittig/Waßmer (Fn. 10), § 266 StGB Rn. 147 ff.

<sup>34</sup> Weber, FS Seebode, 2008, 437, 441 f.; Fischer (Fn. 4), § 266 Rn. 99; NK-WSS/Jahn/Ziemann (Fn. 7), § 266 StGB Rn. 39; SSW-StGB/Saliger

(Fn. 28), § 266 Rn. 106; Momsen/Grützner/Schramm, Wirtschaftsstrafrecht, 2013, Kap. 5 B. Rn. 87.

ausschließenden Einwilligung des Alleingesellschafters der K GmbH, also des M selbst, auszugehen ist.

**Ergebnis:** M hat sich durch das Ausgeben der EUR 6.000 nicht wegen Unterschlagung gemäß § 246 Abs. 1 strafbar gemacht.

## V. Hehlerei, § 259 Abs. 1, an den EUR 6.000 durch Ausgeben des Geldes

Eine Strafbarkeit wegen Hehlerei ist ausgeschlossen, da M Täter der Vortat ist und zudem nicht M, sondern die K GmbH eine Erhöhung ihrer Forderung gegen ihre Hausbank erlangt hat.

## VI. Urkundenfälschung, § 267 Abs. 1 Var. 1, durch Unterzeichnen der Spendenquittung mit »Müller«

Bei der Spendenquittung handelt es sich um eine Urkunde. Fraglich ist, ob diese Urkunde dadurch falsch wurde, dass M sie nicht mit seinem vollen Namen, sondern lediglich mit »Müller« unterzeichnet hat. Eine Urkunde ist unecht, wenn sie nicht von demjenigen stammt, der aus ihr als Aussteller hervorgeht.<sup>35</sup> Als Aussteller gilt nach der im Grundsatz anerkannten sog. Geistigkeitstheorie dabei nicht, wer die Urkunde körperlich hergestellt hat, sondern wer sich nach außen hin als Urheber zu der Erklärung bekennt und sich diese geistig zurechnen lassen muss.<sup>36</sup> Danach spricht viel dafür, als Erklärenden nicht den M selbst, sondern die K GmbH anzusehen. Erklärungen nämlich, die die Organe einer juristischen Person für diese abgeben, sind grundsätzlich als Erklärungen der jeweiligen Vereinigung anzusehen; diese ist also selbst Ausstellerin der Urkunde.<sup>37</sup> Die Unwahrheit der Erklärung schließt eine wirksame Vertretung im Grundsatz nicht aus, die Grenze der Zurechnung bilden nach h. M. allein Fälle der – hier nicht gegebenen – Kollusion.<sup>38</sup> Mithin sind vermeintlicher und tatsächlicher Aussteller, nämlich die K GmbH, identisch. Eine unechte Urkunde ist nicht gegeben. Auf die Frage, ob es sich bei der Verkürzung der Unterschrift auf den Nachnamen »Müller« um eine gemäß § 267 strafbare

Identitätstäuschung handeln könnte, kommt es damit nicht an.<sup>39</sup>

**Ergebnis:** M hat sich durch die Unterschrift auf der Spendenquittung nicht wegen Urkundenfälschung, § 267 Abs. 1 Var. 1, strafbar gemacht.

## VII. Betrug, § 263 Abs. 1, gegenüber B zulasten der F AG durch Übersendung einer Spendenquittung mit falschen Angaben über die Mittelverwendung und der Unterschrift »Müller«

### 1. Objektiver Tatbestand

#### a) Täuschung

M müsste B getäuscht, also unwahre Angaben über Tatsachen getroffen haben.<sup>40</sup> M erklärte in der Spendenerklärung ausdrücklich wahrheitswidrig, die EUR 6.000 seien für Kinderfußball verwendet worden. Mithin liegt eine Täuschung vor. Ungeachtet der unüblichen Unterschrift kommt dagegen der Signatur des M (»Müller«) bei Zugrundelegung eines objektivierten Empfängerhorizonts grundsätzlich nicht der Erklärungsgehalt zu, nicht Claudio-Giovane Müller zu sein. Allerdings kann mit der h. M.<sup>41</sup> gleichwohl auch insoweit ein Täuschungsverhalten bejaht werden, da sie selbst einzelne wahre Tatsachenbehauptungen unter § 263 subsumiert, wenn der Täter (wie hier M) die Eignung einer Erklärung, einen Irrtum hervorzurufen, planmäßig einsetzt, also die Irrtumserregung nicht die bloße Folge, sondern der Zweck der Handlung ist.<sup>42</sup>

#### b) Irrtum

B unterlag einer entsprechenden Fehlvorstellung, da er bei Prüfung der Spendenquittung zu dem Schluss kam, die Angaben zur Verwendung der Spendengelder seien rich-

<sup>35</sup> BGHSt 41, 117, 121; Rengier, BT II, 19. Aufl. 2018, § 33 Rn. 5.

<sup>36</sup> BGHSt 13, 382, 385; Rengier, BT II (Fn. 35), § 32 Rn. 9.

<sup>37</sup> BGHSt 17, 11, 13; MüKo-StGB/Erb (Fn. 15), § 267 Rn. 130.

<sup>38</sup> BGH wistra 1986, 109; OLG Stuttgart NJW 1981, 1223; Lackner/Kühl/Heger, StGB, 28. Aufl. 2014, § 267 Rn. 19; a. A. MüKo-StGB/Erb (Fn. 15), § 267 Rn. 133.

<sup>39</sup> Zum Streitstand SSW-StGB/Wittig (Fn. 28), § 267 Rn. 64 ff. m. w. N.

<sup>40</sup> Zum Begriff der Täuschung Schönke/Schröder/Perron (Fn. 7), § 263 Rn. 6 m. w. N.

<sup>41</sup> BGHSt 47, 1; BGH NSTZ-RR 2004, 110; SSW-StGB/Satzger (Fn. 28), § 263 Rn. 34; Loos, JR 2002, 77, 78.

<sup>42</sup> Wer diese subjektive Lösung mit guten Gründen ablehnt (so etwa Krack, ZIS 2014, 536, 538 f. m. w. N.), kann allerdings insoweit zu einer Täuschung durch Unterlassen gelangen, da M wegen seiner Vermögensbetreuungspflicht und aus Ingerenz dazu verpflichtet ist, einen Irrtum des B aufzuklären. Diese grundsätzlich gebotene Offenbarung ist dem (Vor-)Täter auch zumutbar, vgl. Graf/Jäger/Wittig/Dannecker (Fn. 10), § 263 StGB Rn. 448 m. w. N.

tig, und ferner davon ausging, dass die K gGmbH nicht von M geführt werde.

Allerdings könnte einem Irrtum i. S. d. § 263 hier entgegenstehen, dass dem Vorgesetzten des B, nämlich dem M, die tatsächlichen Umstände bekannt waren. Für arbeitsteilige Entscheidungsprozesse wird unter den Stichworten »Wissenszurechnung« und/oder »objektive Zurechnung« zunehmend diskutiert, wie es sich auf § 263 auswirkt, dass zwar nicht der unmittelbare Täuschungsadressat, wohl aber sein Vorgesetzter oder ein Vertretungsorgan die wahrheitswidrige Erklärung durchschaut hat oder bereits zuvor in das Geschehen eingeweiht war.<sup>43</sup> Die Kriterien im Einzelnen sind dabei umstritten<sup>44</sup> und die Problematik erscheint noch nicht ausreichend geklärt<sup>45</sup>. Jedenfalls soll die Kenntnissnahme höherer Stellen im Unternehmen nach weit verbreiteter und – soweit ersichtlich – bislang unwidersprochen gebliebener Auffassung § 263 nicht entgegenstehen, wenn der Täuschende und diejenigen Personen im Unternehmen, denen die Unwahrheit der Erklärung bekannt ist, kollusiv zum Nachteil der geschädigten Organisation zusammenwirken und die Vertretungsorgane die wahren Umstände zum Zeitpunkt der Verfügung nicht bereits kennen oder durchschauen.<sup>46</sup> Zur Begründung wird teilweise angeführt, dass die Wissenszurechnung insoweit durch die Beteiligung gemäß den §§ 25 ff. überspielt werde<sup>47</sup>; andere betonen, dass sich das Verhalten der eingeweihten Person nicht mehr als eigenes Handeln der Organisation begreifen lasse, sondern Fremdschädigungscharakter habe<sup>48</sup>. Dieser Grundsatz muss erst recht Anwendung finden, wenn die Kollusion nicht als Schädigungsabrede zwischen mehreren Beteiligten erfolgt, sondern eine Person (also den M) betrifft. Die Kenntnis des M von der wahren Verwendung der Spenden steht

einem tatbestandsrelevanten Irrtum des B daher nicht entgegen.

### c) Vermögensverfügung des B

Fraglich ist, ob B eine Vermögensverfügung vorgenommen hat, also ein Handeln, Dulden oder Unterlassen, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt.<sup>49</sup> Nach dem Sachverhalt war nicht er, sondern allein die Rechtsabteilung dazu befugt, Entscheidungen über Rückforderungen zu treffen. Daher erscheint es auf den ersten Blick zweifelhaft, in seiner unterlassenen Mitteilung an die Rechtsabteilung über Verdachtsmomente bereits eine unmittelbare Minderung des Vermögens der F AG zu sehen. Wäre eine aktive Mitteilung des B an die Rechtsabteilung notwendig, damit diese sich gegen eine Rückforderung entscheidet, so erschiene es jedenfalls erheblich begründungsbedürftig, in dieser Handlung des B bereits eine unmittelbare Vermögensminderung und schadensgleiche konkrete Vermögensgefährdung der F AG zu erblicken. Auch auf die in der Lehre bereits entwickelte Möglichkeit »mehraktiger Verfügungen«<sup>50</sup> kann hier nicht direkt zurückgegriffen werden, weil das dort schadensbegründende »Aus-der-Hand-Geben« des weiteren Prozesses erkennbar auf aktive Geschehensabläufe zugeschnitten ist. Mithin könnte ein Betrug des M durch positives Tun nur noch konstruierbar sein, falls man bereit ist, das Dogma der Personenidentität zwischen Irrenden und Verfügenden für bestimmte organisationale Abläufe aufzugeben.<sup>51</sup>

Doch wird eine solche Gleichstellung von Tun und Unterlassen dem Umstand nicht gerecht, dass bei einer durch das täuschungsbedingte Unterlassen hierarchisch selbst unterer und unterster Mitarbeitererebenen mit keinen oder nur ganz geringen Entscheidungsbefugnissen erteilten Erlangung von rückforderungsrelevanten Informationen bei den eigentlich zuständigen Stellen bereits ein greifbarer Vermögensnachteil entstehen kann. Der Umstand, dass Forderungen durch ihre unterlassene Realisierung abgewertet werden können, ergibt sich unabhängig von Fragen der Verität und Bonität vor allem daraus, dass die Kenntnis einer eigenen Forderung einen wertbildenden Faktor darstellt<sup>52</sup> und B infolge der Täuschungshandlung nunmehr der unzutreffenden Überzeugung ist,

<sup>43</sup> Dazu BGH NSTZ 2006, 623, 624; BGH JZ 2008, 522, 523; LK/Tiedemann (Fn. 16), § 263 Rn. 82; Rengier, BT I (Fn. 2), § 13 Rn. 53 ff.; Brand/Vogt, wistra 2007, 408 ff.; Eisele, JZ 2008, 524 ff.; Schuhr, ZStW 123 (2011), 517 ff.; kritisch NK/Kindhäuser (Fn. 12), § 263 Rn. 179 ff. und SSW-StGB/Satzger (Fn. 28), § 263 Rn. 136: allein aus viktimodogmatischer Sicht plausibel.

<sup>44</sup> Vgl. Brand/Vogt, wistra 2007, 408; Eisele, JZ 2008, 524; Schuhr, ZStW 123 (2011), 517.

<sup>45</sup> So auch Rengier, BT I (Fn. 2), § 13 Rn. 53; Wessels/Hillenkamp (Fn. 7), Rn. 527.

<sup>46</sup> BayObLG NSTZ 2002, 91; Schönke/Schröder/Perron (Fn. 7), § 263 Rn. 41a; Matt/Renzikowski/Saliger, StGB, 2013, § 263 Rn. 103; LK/Tiedemann (Fn. 16), § 263 Rn. 82; Rengier, BT I (Fn. 2), § 13 Rn. 56; Eisele, JZ 2008, 524, 526; Brand/Vogt, wistra 2007, 408, 415.

<sup>47</sup> LK/Tiedemann (Fn. 16), § 263 Rn. 82; ähnlich Schönke/Schröder/Perron (Fn. 7), § 263 Rn. 41a (der Mitarbeiter trete auf die Seite des Täters).

<sup>48</sup> Rengier, BT I (Fn. 2), § 13 Rn. 56; Brand/Vogt, wistra 2007, 408, 415.

<sup>49</sup> BGHSt 14, 170; 50, 175; Momsen/Grützner/Schröder (Fn. 34), Kap. 5 A. Rn. 59.

<sup>50</sup> Dazu Matt/Renzikowski/Saliger (Fn. 46), § 263 Rn. 123; SSW-StGB/Satzger (Fn. 28), § 263 Rn. 190; Ordner, NZWiSt 2016, 228; Schuhr, ZStW 123 (2011), 517.

<sup>51</sup> Siehe Schuhr, ZStW 123 (2011), 517, 534 f.

<sup>52</sup> Zu diesen Fragen Bublitz/Gehrman, wistra 2004, 126, 130 ff.

dass der F AG keine Rückforderung der Spenden zustehe. Der Wert möglicher Regressansprüche der F AG ist daher insofern gemindert worden, als B täuschungsbedingt nicht mehr mit der Existenz eines solchen Anspruchs rechnet und daher durch Unterlassen verfügt hat.<sup>53</sup>

Ferner ist B zwar nicht für die endgültige Entscheidung über Rückforderungen zuständig, doch steht er deshalb nicht außerhalb der Organisation der F AG im Rahmen des Finanzmanagements. Zudem weist B jedenfalls nach allen zur Bestimmung der Mindestanforderungen für einen »Dreiecksbetrug« vertretenen Ansichten<sup>54</sup> die nötige Nähe zum Vermögen der F AG auf.

#### d) Vermögensschaden

Es stellt sich die Frage, ob in der aufgrund der Täuschung unterbliebenen Geltendmachung von Kondiktionsansprüchen ein gegenüber dem durch die Untreue entstandenen Nachteil eigenständiger Vermögensschaden gesehen werden kann. Wie bereits dargelegt [VII. 1. c)], ist der Rückforderungsanspruch der F AG dadurch, dass B seine Möglichkeitsvorstellung hinsichtlich solcher etwaiger Forderungen täuschungsbedingt auf ein allenfalls abstraktes Niveau beschränkt hat, weiter entwertet worden. Darin liegt grundsätzlich ein eigenständiger und damit tatbestandlicher Vermögensschaden.<sup>55</sup> Für die hier erörterte Konstellation des sog. Sicherungsbetrugs<sup>56</sup> wird jedoch von manchen angezweifelt, dass überhaupt der Tatbestand des § 263 erfüllt ist: Mangels Kenntnis vom Täter und von den Umständen der Vortat komme dem Restitutionsanspruch schon im Zeitpunkt der Täuschungshandlung regelmäßig gar kein Vermögenswert zu.<sup>57</sup> Es handele

sich vielmehr um eine vage Exspektanz, deren täuschungsbedingte Vereitelung auch sonst nicht vom Betrugstatbestand geschützt werde.<sup>58</sup> Diese prinzipiell bedenkenwerten Einwände betreffen jedoch nicht die hier vorliegende Fallgestaltung eines Sicherungsbetrugs, denn der Rückforderungsanspruch der F AG war zu dem Zeitpunkt, als B die Spendenquittung prüfte, durchaus wertvoll: Der mögliche Schuldner (nämlich die K gGmbH) war bekannt und die F AG hatte ein Kontrollsystem gerade dafür etabliert, um bei Unregelmäßigkeiten weitere Nachforschungen anstellen und Spenden eventuell zurückfordern zu können. Ein Vermögensschaden der F AG ist daher gegeben.

#### 2. Subjektiver Tatbestand

M handelte vorsätzlich und in der Absicht, die K gGmbH – stoffgleich – zu bereichern.<sup>59</sup> Der erstrebte Vermögensvorteil war rechtswidrig, was M auch bewusst war.

#### 3. Rechtswidrigkeit und Schuld

M handelte rechtswidrig und schuldhaft.

#### 4. Konkurrenzen: Verhältnis des Betruges zur Untreue

M hat sich eines Betruges, § 263 Abs. 1, gegenüber B zu lasten der F AG durch Übersendung einer Spendenquittung mit falschen Angaben über die Mittelverwendung und der Unterschrift »Müller« schuldig gemacht.

Mit Blick auf den durch die Untreue bereits verursachten Vermögensnachteil kommt allerdings dem Betrugschaden qualitativ kein eigenständiges Gewicht zu<sup>60</sup>, da sich der erneute Angriff noch gegen dasselbe Objekt richtet, in einem funktionalen Zusammenhang zur Untreue steht und die rechtswidrig geschaffene Lage nicht mehr als aufrechterhält. Der Sicherungsbetrug tritt daher als mitbestrafte Nachtat<sup>61</sup> hinter die Untreue zurück.

<sup>53</sup> Wer eine Vermögensverfügung durch B ablehnt, hat zu erörtern, ob M einen Betrug durch Unterlassen gegenüber der Rechtsabteilung begangen hat. Die von der h.M. eingeforderte positive Fehlvorstellung wenigstens in Form »sachgedanklichen Mitbewusstseins« (BGH wistra 2009, 433, 434; Matt/Renzikowski/Saliger (Fn. 46), § 263 Rn. 90; SSW-StGB/Satzger (Fn. 28), § 263 Rn. 124 f.; a. A. NK/Kindhäuser (Fn. 12), § 263 Rn. 170 ff.) kann den Mitarbeitern dort aber kaum unterstellt werden und käme einer Fiktion gleich.

<sup>54</sup> Zum Überblick vgl. statt vieler SSW-StGB/Satzger (Fn. 28), § 263 Rn. 191 ff.

<sup>55</sup> Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht BT, 3. Aufl. 2015, § 20 Rn. 144. Die Tatbestandlichkeit des Sicherungsbetrugs wird im Übrigen zumeist ohne nähere Begründung vorausgesetzt, vgl. BGH NSTZ 1993, 591; Fischer (Fn. 4), § 263 Rn. 233; Rengier, BT I (Fn. 2), § 263 Rn. 270.

<sup>56</sup> Zum Begriff SSW-StGB/Satzger (Fn. 28), § 263 Rn. 357 ff.

<sup>57</sup> Otto, JZ 1993, 652, 662; Sickor, GA 2007, 590, 595; zustimmend Wessels/Hillenkamp (Fn. 7), Rn. 599. Ohne nähere Begründung hat auch der BGH bisweilen einen Sicherungsschaden ausgeschlossen; BGHSt 17, 205; BGH NJW 1984, 501 (für eine Sicherungserpressung).

<sup>58</sup> Sickor, GA 2007, 590, 595.

<sup>59</sup> Auch in der Abwehr eines Anspruchs kann ein erstrebter Vorteil liegen, vgl. Rengier, BT I (Fn. 2), § 13 Rn. 237.

<sup>60</sup> Damit ist also nicht die Tatbestandlichkeit des Sicherungsschadens angesprochen, sondern seine Qualität gegenüber der Vortat allein unter Konkurrenz Gesichtspunkten, vgl. Sickor, GA 2007, 590, 597.

<sup>61</sup> Zu den Voraussetzungen dieser Form der Konsumtion SSW-StGB/Eschelbach (Fn. 28), § 52 Rn. 22; Matt/Renzikowski/Saliger (Fn. 46), § 263 Rn. 338 ff.

**Ergebnis:** M hat sich nicht wegen Betruges, § 263 Abs. 1, gegenüber B zulasten der F AG strafbar gemacht.

### VIII. Begünstigung, § 257 Abs. 1, durch Versenden der unzutreffenden Spendenquittung

Die Selbstbegünstigung ist nicht vom Tatbestand erfasst und eine Strafbarkeit des M wegen Begünstigung, § 257 Abs. 1, daher ausgeschlossen.

### IX. Strafvereitelung, § 258 Abs. 1, durch dieselbe Handlung

Auch die Vereitelung ausschließlich der eigenen Bestrafung ist bereits nicht vom Tatbestand des § 258 Abs. 1 erfasst und M daher nicht wegen Strafvereitelung strafbar.

### X. Ergebnis für die erste Aufgabe

Durch die Überweisung von EUR 6.000 auf das Konto der K gGmbH hat sich M wegen Untreue, § 266 Abs. 1 Alt. 1, zulasten der F AG strafbar gemacht.

#### Aufgabe 2

## A. Strafbarkeit des R hinsichtlich Tathandlungen des M im Jahr 2014

### I. Gemeinschaftlich begangene Untreue, §§ 266, 25 Abs. 2, zulasten der F AG durch Beratung des M

Eine Mittäterschaft ist bereits deshalb ausgeschlossen, weil R – anders als M – keine Betreuungspflicht für das Vermögen der F AG innehatte. Er kann das Sonderdelikt des § 266<sup>62</sup> damit nicht verwirklichen.

### II. Anstiftung zur Untreue, §§ 266, 26, durch Empfehlungen zur Verschleierung der tatsächlichen Mittelverwendung

Eine teilnahmefähige Haupttat des M liegt vor (s.o). Es könnte sogar eine gewerbsmäßige Untreue des M gemäß § 266 Abs. 2 i. V. m. § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Alt. 1 gegeben sein, da die StA nunmehr die Erkenntnis gewonnen hat, dass seine Untreuetaten auf Wiederholung angelegt waren. Diese Fragestellung bedarf allerdings keiner näheren Erörterung, da es sich bei der Gewerbsmäßigkeit um ein sog. strafmodifizierendes besonderes persönliches Merkmal i. S. d. § 28 Abs. 2 handelt<sup>63</sup>, so dass der Strafrahmen für R insoweit unabhängig – und damit unter weiterer Lockerung des Grundsatzes der limitierten Teilnahmeakzessorietät – davon zu bestimmen ist, ob M gewerbsmäßig handelte oder nicht.

Fraglich ist, ob R den M noch zu seiner Untreuehandlung anstiften konnte. »Bestimmen« ist wenigstens das Hervorrufen des Tatentschlusses.<sup>64</sup> Von einem nicht mehr zur Tat bestimmaren »omnimodo facturum« soll regelmäßig auch dann auszugehen sein, wenn die zu begehende Straftat bereits feststand und sich der Täter lediglich noch nicht bezüglich der Tatmodalitäten festgelegt hat.<sup>65</sup> Dem Sachverhalt zufolge war M bereits fest entschlossen, Teile des Spendenbudgets für wohltätige Zwecke außerhalb des Bereichs des Kinderfußballs zu verwenden. Jedoch soll eine generell zur Tat entschlossene Person noch zur Tat zu bestimmen sein, wenn es noch eines entscheidenden Anstoßes bedarf, um zur konkreten Tat zu schreiten.<sup>66</sup> M's Plan ging bereits über eine generelle Tatbereitschaft hinaus, da die wesentlichen Dimensionen des Unrechts nicht mehr von den Empfehlungen des R abhängen und seine Vorschläge an M die konkret ausgeführte Tat nicht zu einem aliud gegenüber den bereits festgelegten Tatumrissen machten. Vielmehr gab R dem M ein noch fehlendes Mittel zur Planumsetzung in die Hand, dass die äußeren Tatbedingungen des »Wie« der Tat verbesserten, nicht mehr aber M dahingehend beeinflussten, ob er überhaupt eine Untreue zulasten der F AG begehen sollte. Ein »Bestimmen« im Sinne des § 26 scheidet daher aus.

<sup>63</sup> Graf/Jäger/Wittig/Hoffmann-Holland/Singelnstein (Fn. 10), § 28 StGB Rn. 24.

<sup>64</sup> BGHSt 45, 373; Fischer (Fn. 4), § 26 Rn. 3.

<sup>65</sup> BGH NStZ-RR 1996, 1; MüKo-StGB/Joelck, 3. Aufl. 2017, § 26 Rn. 47.

<sup>66</sup> BGHSt 45, 373; Schönke/Schröder/Heine/Weißer (Fn. 7), § 26 Rn. 6.

<sup>62</sup> Vgl. statt vieler NK-WSS/Jahn/Ziemann (Fn. 7), § 266 StGB Rn. 39.

**Ergebnis:** R hat sich durch seine Ratschläge an M nicht wegen Anstiftung zur Untreue, §§ 266, 26, strafbar gemacht.

### III. Beihilfe zur Untreue, §§ 266, 27, durch dieselbe Handlung

#### 1. Objektiver Tatbestand

R müsste dem M zu dessen vorsätzlich und rechtswidrig begangenen Untreue Hilfe geleistet haben. Auch wer mit einer im Schrifttum vertretenen Ansicht über die bloße Förderung der Haupttat hinaus verlangt, dass der Gehilfenbeitrag ursächlich für den konkreten Taterfolg geworden sein muss<sup>67</sup>, kann hier an einer tatbestandlichen Hilfeleistung nicht zweifeln. Der zwischen den Tatbeteiligten erörterte Erfolg in seiner konkreten Gestalt, nämlich die Überweisung der Gelder auf eine tatsächlich karitativ tätige gGmbH, ist Konsequenz der Empfehlungen des R im Sinne der *Conditio-sine-qua-non*-Formel wie auch der Lehre von der gesetzmäßigen Bedingung. Die sog. Rat-Beihilfe des R<sup>68</sup> wirkte sich dabei zum einen auf die konkrete Ausgestaltung der Tat aus, zum anderen bestärkte sie den Tatentschluss des M als psychische Beihilfe, da M nun davon ausgehen konnte, ein langfristig erfolgreiches Veruntreuungsmodell mit geringer Entdeckungswahrscheinlichkeit gefunden zu haben.

#### 2. Subjektiver Tatbestand

R müsste mit zumindest *dolus eventualis* hinsichtlich der von M begangenen Straftat und einer eigenen Hilfeleistung hierzu gehandelt haben. R war bewusst, durch seine Ratschläge einen wesentlichen Unterstützungsbeitrag zu den strafrechtlich relevanten Handlungen des M zu leisten; auf diesen »Freundschaftsdienst« kam es ihm auch an. Jedenfalls im Jahr 2009 hatte der von M eingeweihte R auch sehr genaue Vorstellungen von den wesentlichen Unrechtsdimensionen der Haupttat. Diskutabel erscheint allein, ob R im Zeitpunkt der Konsultation auch noch Vorsatz hinsichtlich der im Jahr 2014 begangenen Straftat unterstellt werden kann, da sein »Beratungsgespräch« immerhin fünf Jahre zuvor stattgefunden hat. Hierfür spricht zum einen, dass M bei der Tat im Jahr 2014 vollständig im Rahmen des

von R angeregten Vorgehens geblieben ist, und zum anderen, dass R im Jahr 2009 bestens darüber informiert war, dass M nicht nach einer Verschleierungsmöglichkeit für ein einmaliges »Abzweigen« von Geldern suchte, sondern gerade um Rat für ein auf Dauer angelegtes Modell bat.<sup>69</sup> Auch die Untreuetat im Jahr 2014 war daher vom Gehilfenvorsatz des R umfasst.

#### 3. Tatbestandsausschluss wegen »berufsneutralen Verhaltens« des R?

Fraglich ist, ob das Verhalten des Rechtsanwalts R im Hinblick auf den insbesondere für die Beihilfe breit diskutierten Ausschluss »neutraler Handlungen« – insbesondere berufstypischen Verhaltens – gleichwohl tatbestandslos sein könnte.<sup>70</sup> Zu dieser Problemstellung existiert ein schwer überschaubares Meinungsspektrum<sup>71</sup>, das objektive und subjektive Einschränkungsvorschläge sowie Kombinationen dieser Ansätze<sup>72</sup> enthält. Zu einer greif- und handhabbaren Restriktion im objektiven Tatbestand führen – im Gegensatz zu der nur wenig hilfreichen Formel von der »professionellen Adäquanz«<sup>73</sup> – etwa Überlegungen, wonach der Bereich berufsadäquaten Verhaltens jedenfalls dann verlassen ist, wenn ein legales Anschlussverhalten praktisch ausgeschlossen erscheint.<sup>74</sup> Die h. M. favorisiert dagegen eine abgestufte Lösung auf Vorsatzebene: Weiß der Gehilfe sicher, dass das Verhalten des Haupttäters ausschließlich auf eine Straftatbegehung abzielt, so sei eine Einschränkung der Gehilfenverantwortung ausgeschlossen. Soweit er lediglich *dolus eventualis* bzgl. einer Tatausübung aufweist, sei erst die Unterstüt-

<sup>67</sup> Zum Streitstand *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, 47. Aufl. 2017, Rn. 818.

<sup>68</sup> Zu ihren Erscheinungsformen *Kühl*, AT, 8. Aufl. 2017, § 20 Rn. 225; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 67), Rn. 819.

<sup>69</sup> Zu den dogmatischen wie praktischen Schwierigkeiten, die Grenzen des Gehilfenvorsatzes bei einem durch Ratbeihilfe auf längere Dauer errichteten kriminellen Geschäftsmodell zu bestimmen, *Schuhr*, NZWiSt 2017, 265, 271 f.

<sup>70</sup> Die Notwendigkeit einer restriktiven Sonderdogmatik ablehnend etwa *Beckemper*, JURA 2001, 163 (169); *Niedermair*, ZStW 107 (1995), 507, 543 f.; in diese Richtung auch BGHSt 50, 331.

<sup>71</sup> *Rengier*, AT, 9. Aufl. 2017, § 45 Rn. 105. Einen Überblick bieten z. B. *Hillenkamp/Cornelius*, 32 Probleme aus dem Strafrecht, AT, 15. Aufl. 2017, 28. Problem (S. 228 ff.).

<sup>72</sup> *Kudlich*, Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten, 2004, S. 439 ff., 467 ff.

<sup>73</sup> *Hassemer*, wistra 1995, 41, 81, 85; zur Kritik am Begriff des professionell Üblichen vgl. *Roxin*, AT II, 2003, § 26 Rn. 232 ff., *NK/Dam-ecker/Schröder* (Fn. 12), § 299 a Rn. 130.

<sup>74</sup> *Rackow*, Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts, 2007, S. 206 ff.; *Roxin* (Fn. 73), § 26 Rn. 223; *Schumann*, Strafrechtliches Handlungsunrecht, 1986, S. 57; *Wohlens*, NSTz 2000, 169, 174 f.

zung eines erkennbar tatgeneigten Täters strafbar.<sup>75</sup> Nach keinem dieser Ansätze kann R's Verhalten als tatbestandslos bewertet werden, denn seine konkreten Ratschläge waren notwendig für die von M umgesetzten Untreue- und Betrugspläne und außerhalb dieses Rahmens unbrauchbar. R sah es zudem als sicher voraus, dass M die konkretisierten Pläne in die Tat umsetzen würde.

#### 4. Rechtswidrigkeit und Schuld

R handelte rechtswidrig und schuldhaft.

#### 5. Bestimmung des Strafrahmens

R handelte nicht gewerbsmäßig, so dass eine Strafschärfung gemäß § 266 Abs. 2 i. V. m. § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Alt. 1 und §§ 27, 28 Abs. 2 nicht in Betracht kommt.

Die Strafe des R ist dagegen gemäß §§ 28 Abs. 1 i. V. m. 49 Abs. 1 zu mildern, da die Vermögensbetreuungspflicht des M ein besonderes persönliches Merkmal i. S. d. § 14 darstellt, das die Strafbarkeit begründet und bei R fehlt.

Die Strafe des R könnte schließlich wegen § 27 Abs. 2 S. 2 sogar doppelt zu mildern sein, falls sich seine Gehilfenstellung nicht ausschließlich aus dem Fehlen einer qualifizierten Pflichtenstellung ergibt, sondern auch nach allgemeinen Maßstäben als bloße Teilnahme einzuordnen ist. Anderenfalls ist eine Mehrfachmilderung unzulässig, weil sie auf demselben Umstand wie die Milderung gemäß §§ 28 Abs. 1, 49 Abs. 1 beruhen würde.<sup>76</sup> Zwar hat sich R durch seine Vorschläge in beachtlicher Weise in die spätere Ausgestaltung der Untreue- und Betrugstaten des M eingebracht, doch handelt es sich nicht um derart die Tat prägende Beiträge im Vorbereitungsstadium, dass es angemessen erschiene, auf die fehlende Mitwirkung im Ausführungsstadium zu verzichten und mit der h. L. einen Fall »funktionaler Tatherrschaft«<sup>77</sup> anzunehmen. Bereits im gleichberechtigten Gespräch mit M kam R keine Organisations- und Planungsherrschaft zu. Danach verlor R jede Einflussmöglichkeit auf M, da eine weitere Kommunikation für die Taten nicht notwendig war und die Beziehung

der beiden allgemein nicht durch ein Über-/Unterordnungsverhältnis gekennzeichnet war. Schließlich dürfte auch die Rechtsprechung, nicht zuletzt angesichts des geringen Eigeninteresses des R an der Tat, bei Anwendung der von ihr zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme favorisierten »normativen Kombinationstheorie«<sup>78</sup> nicht zu einem Tatbeitrag mittäterschaftlichen Charakters gelangen. Mithin ist § 49 Abs. 1 gemäß §§ 27 Abs. 2 S. 2, 28 Abs. 1 zweifach zugunsten des R anzuwenden.

**Ergebnis:** Durch seine Ratschläge an M hat sich R einer Beihilfe zur Untreue, §§ 266, 27, schuldig gemacht.

### IV. Begünstigung, § 257, durch dieselbe Tathandlung

#### 1. Tatbestand

Eine vorsätzliche rechtswidrige Vortat liegt vor. Das Erfordernis der Vortat bedeutet dabei nicht, dass die auf Vorteilssicherung zielende Hilfeleistungshandlung erst nach einer begangenen Tat vorgenommen sein muss. Entscheidend ist nicht der Zeitpunkt, in dem die Begünstigungshandlung erfolgt, sondern wann und worauf sie sich auswirkt.<sup>79</sup>

Ein tatbestandliches Hilfeleisten liegt in jeder Handlung, die objektiv geeignet ist und subjektiv mit der Tendenz vorgenommen wird, die durch die Vortat erlangten Vorteile gegen Entziehung zu sichern.<sup>80</sup> Insbesondere der Ratschlag des R, auf der Spendenquittung eine wahrheitswidrige Verwendung der Zuwendung anzugeben, war objektiv geeignet, der K gGmbH und damit dem sie beherrschenden M die durch die Untreue erlangten Vorteile gegen Rückforderungen abzusichern und erfolgte auch subjektiv mit dieser Tendenz. Für die nähere Bestimmung der tatbestandlichen Hilfeleistung und zugleich des Verhältnisses von § 257 zu § 27 ist allerdings nochmals auf den Zeitpunkt der Hilfeleistung zurückzuzukommen: Soweit sich – wie hier – die Hilfe noch auf die Tatbegehung auswirkt, soll nach einer Auffassung tatbestandlich allein Beihilfe, nicht aber Begünstigung in Betracht kommen.<sup>81</sup>

Zum letztlich gleichen Ergebnis (keine Strafbarkeit wegen § 257) kommt auch ein anderer Ansatz, demzufolge

<sup>75</sup> BGHSt 36, 107, 112; BGH wistra 2014, 176, 178 f.; zustimmend etwa *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 67), Rn. 825; *LK/Schünemann*, 12. Aufl. 2007, § 27 Rn. 17 ff.

<sup>76</sup> BGH NSZ 1981, 299; BGH wistra 1988, 303; *NK/Kett-Straub* (Fn. 12), § 50 Rn. 25; *MüKo-StGB/Dierlamm* (Fn. 15), § 266 Rn. 286.

<sup>77</sup> Siehe *SSW-StGB/Murmann*, (Fn. 28), § 25 Rn. 42; *Schönke/Schröder/Heine/Weißer* (Fn. 7), 25 Rn. 67 ff.; jeweils m. w. N.; a. A. *Roxin* (Fn. 73), § 25 Rn. 198, 204 ff.

<sup>78</sup> Begriff von *Roxin* (Fn. 73), § 25 Rn. 22.

<sup>79</sup> *NK/Altenhain* (Fn. 12), § 257 Rn. 13; *Schönke/Schröder/Stree/Hecker* (Fn. 7), § 257 Rn. 6.

<sup>80</sup> BGH NJW 1971, 526; *Schönke/Schröder/Stree/Hecker* (Fn. 7), § 257 Rn. 11.

<sup>81</sup> *Schönke/Schröder/Stree/Hecker* (Fn. 7), § 257 Rn. 5.

aber die psychische Beihilfe tatbestandlich auch den Tatbestand der Begünstigung verwirklichen kann – der Strafbarkeitsausschluss erfolgt sodann über § 257 Abs. 3 S. 1.<sup>82</sup> Der letztere Ansatz überzeugt, denn es ist weder den Formulierungen noch den Teloi der §§ 27, 257 zu entnehmen, dass ein Ratschlag, der sich sowohl auf die Tat selbst als auch auf die spätere Vorteilssicherung auswirkt, zu tatbestandlicher Exklusivität führen müsste. Die Regelung des § 257 Abs. 3 erfasst vielmehr auch diesen Sachverhalt. Eine Hilfeleistung im Sinne des § 257 liegt daher vor.

R handelte vorsätzlich und mit Vorteilssicherungsabsicht.

## 2. Rechtswidrigkeit und Schuld

R handelte rechtswidrig und schuldhaft.

## 3. Strafausschluss, § 257 Abs. 3

R ist gemäß § 257 Abs. 3 nicht wegen Begünstigung zu bestrafen, da er bereits als Gehilfe an der Vortat beteiligt war.

**Ergebnis:** R ist nicht wegen Begünstigung, § 257, strafbar.

## V. Beihilfe zur Geldwäsche des M, §§ 261 Abs. 1 und Abs. 9 S. 3; 27

Das Ausgeben der Gelder durch M kann nur dann eine gemäß § 261 Abs. 1, 9 S. 3 strafbare (Eigen-)Geldwäsche – und damit eine für R teilnahmefähige Haupttat – darstellen, wenn man die vorangegangene Straftat des M als gewerbsmäßige Untreue bewertet (nur dann ist eine taugliche Vortat für Geldwäsche gegeben, vgl. § 261 Abs. 1 S. 2 Nr. 4a). Die für gewerbsmäßiges Handeln notwendige Eigennützigkeit<sup>83</sup> ist für M allerdings zweifelhaft. Zwar hat der BGH auch mittelbare Vorteile genügen lassen, etwa weil die Gelder in eine vom Täter beherrschte Gesellschaft fließen sollen<sup>84</sup> oder weil er »über die Verwendung des Geldes – ob für sich oder für andere, aus welchen Gründen auch immer – nach eigenen selbstbestimmten Vorstellungen verfügen«<sup>85</sup> kann. Dieses weite Verständnis der Gewerbsmäßigkeit kann aber für § 266

nicht überzeugen, da ihr Auftreten – anders als für den in Bezug genommenen Betrugstatbestand – für die Untreue eher untypisch ist.<sup>86</sup> Vielmehr reicht es sogar an eine gemäß § 46 Abs. 3 unzulässige Doppelverwertung<sup>87</sup> heran, dem Täter einer Untreue strafscharfend vorzuhalten, er habe sich deshalb nicht fremd-, sondern eigennützig verhalten, weil er, um wohlätig wirken zu können, zunächst eine eigenständige, treuwidrige und vermögensschädigende Verfügungsmacht über entsprechende Gelder habe erlangen müssen. Eine für Geldwäsche taugliche Katalogvortat liegt mangels Gewerbsmäßigkeit der Untreue daher nicht vor.

**Ergebnis:** R hat sich nicht wegen Beihilfe zur Geldwäsche, §§ 261, 27, strafbar gemacht.

## B. Strafbarkeit des R hinsichtlich der Tathandlungen des M im Jahr 2011

### Beihilfe zur Untreue, §§ 266, 27

#### 1. Schuldhaftige Verwirklichung der rechtswidrigen Tat

Auch für das Jahr 2011 hat sich R durch seine Ratschläge an M einer Beihilfe zur Untreue, §§ 266, 27, schuldig gemacht, denn es ergeben sich keine Änderungen zu dem für das Jahr 2014 begutachteten Sachverhalt.

#### 2. Eintritt der Verfolgungsverjährung?

Allerdings könnte einer Strafverfolgung des R hinsichtlich der Tathandlungen des M im Jahr 2011 das Verfahrenshindernis der Verfolgungsverjährung entgegenstehen, § 78 Abs. 1. Die Verjährungsfrist für die Untreue beträgt fünf Jahre, § 78 Abs. 3 Nr. 4. Für den Teilnehmer vorgesehene Strafmilderungen sind dabei unbeachtlich, § 78 Abs. 4. Gemäß § 78a S. 1 beginnt die Verjährung, sobald die Tat beendet ist. Mit »Tat« ist auch für den Teilnehmer die Begehung der Haupttat gemeint<sup>88</sup>, denn gemäß § 78a

<sup>82</sup> BGH NStZ 2008, 516, NK/Altenhain (Fn. 12), § 257 Rn. 13.

<sup>83</sup> BGH NStZ 2014, 85; Fischer (Fn. 4), Vor § 52 Rn. 61 a.

<sup>84</sup> BGH wistra 2009, 350.

<sup>85</sup> BGH NStZ 2014, 85.

<sup>86</sup> Zur Kritik an der Verweisung des § 266 Abs. 2 auf § 263 Abs. 3 siehe SSW-StGB/Saliger (Fn. 28), § 266 Rn. 134; Wessels/Hillenkamp (Fn. 7), Rn. 786.

<sup>87</sup> MüKo-StGB/Dierlamm (Fn. 15), § 266 Rn. 301.

<sup>88</sup> BGHSt 20, 227; MüKo-StGB/Joelckes (Fn. 65), § 27 Rn. 108.

S. 2 beginnt die Verjährung erst mit dem Erfolgseintritt, wenn ein zum Tatbestand gehörender Erfolg erst später eintritt. Der Erfolg der Beihilfe ist die vorsätzliche, rechtswidrige Haupttat. Sie kann erst existieren, sobald der Haupttäter jedenfalls das Versuchsstadium erreicht hat. Daher ist ein erhebliches zeitliches Auseinanderfallen von Teilnahmehandlung und Verjährungsbeginn durchaus denkbar.<sup>89</sup> Umstritten ist allerdings, auf welche Haupttat genau abzustellen ist.

#### a) Die herrschende Meinung

Die wohl überwiegende Auffassung geht davon aus, dass in Fällen, in denen durch eine Handlung Beihilfe zu mehreren selbständigen Haupttaten geleistet wird, die Verjährung der Beihilfe erst mit dem Abschluss der letzten Haupttat beginnt.<sup>90</sup> Dies ergebe sich daraus, dass die Beihilfe auch dann nur eine einheitliche Tat darstelle, wenn sie sich auf mehrere Haupttaten beziehe.<sup>91</sup> Nach dieser Auffassung begann die Verjährungsfrist auch für die Beihilfehandlungen des R im Jahr 2011 erst im Dezember 2014, also mit Beendigung der letzten Untreuetat des M. Eine Verfolgungsverjährung ist daher im August 2016 noch nicht eingetreten.

#### b) Die Gegenauffassung

Nach anderer Ansicht unterliegt die Beihilfe einer eigenständigen Verjährung hinsichtlich jeder einzelnen Haupttat, so dass die Verjährungsfrist für die Beihilfe gem. § 78 a zeitlich gestaffelt mit der Beendigung der jeweiligen Haupttat zu laufen beginnt. Im Hinblick auf die »Blitzüberweisung« im Jahr 2011, also den taggleichen Eingang auf dem Spendenkonto der K gGmbH, kann davon ausgegangen werden, dass die Untreuetat des M am 25. 8. 2011 beendet war. Denn mit Durchführung der Transaktion hatte sich der Vermögensnachteil für die F AG vollständig realisiert.<sup>92</sup> Für die Verjährungsfristberechnung gilt mangels hier einschlägiger besonderer Regelungen (wie z. B. §§ 42, 43 StPO) Folgendes: Die Verjährungsfrist endet mit Ablauf des Tages, der seiner kalendermäßigen Bezeichnung nach dem Tag vorausgeht, auf den das für den Ver-

jährungsbeginn maßgebliche Ereignis fällt.<sup>93</sup> Da M die Untreuetat am 25. 8. 2011 beendet hat, tritt die Verjährung am 24. 8. 2016 um 24 Uhr ein. Auch nach dieser »Einzellösung« besteht daher noch keine Verfolgungsverjährung.

#### c) Zwischenergebnis

Eine Stellungnahme ist nicht vonnöten: Nach beiden Auslegungsalternativen ist das Verfahrenshindernis der Verfolgungsverjährung gemäß § 78 Abs. 1 nicht gegeben.

**Ergebnis:** R hat sich auch hinsichtlich der Untreuetat des M im Jahr 2011 der Beihilfe schuldig gemacht; Verjährungsprobleme bestehen insoweit nicht.

## C. Strafbarkeit des R hinsichtlich der Tathandlungen des M im Jahr 2009

### Beihilfe zur Untreue in einem besonders schweren Fall im Jahr 2009, §§ 266, 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 Alt. 1, 27

Erneut stellen sich Fragen der Verfolgungsverjährung. Für die h. M. allerdings kann sich kein anderes Ergebnis als bereits zuvor ergeben: Die Verjährungsfrist beginnt auch für die Beihilfe zu Tathandlungen im Jahr 2009 erst mit Beendigung der letzten Haupttat im Dezember 2014. Es liegt keine Verjährung vor.

Nach der Gegenauffassung jedoch kann die Beihilfe zur Untreue des M im Jahr 2009 wegen der am 11. 11. 2014 um 24 Uhr eingetretenen Verfolgungsverjährung nicht mehr geahndet werden. Zwar hat M im Jahr 2009 einen Vermögensverlust großen Ausmaßes herbeigeführt (§§ 266 Abs. 2, 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 Alt. 1)<sup>94</sup>, doch sind Regelbeispiele für die Berechnung der Verjährungsfrist gemäß § 78 Abs. 4 unbeachtlich. Ferner ist kein Fall der Verjährungsunterbrechung (§ 78c) einschlägig: Zum einen dürften Ermittlungsmaßnahmen, die zur Unterbrechung der Verjährung hätten führen können, allenfalls ab Dezember 2014, also zu spät, erfolgt sein. Zum anderen wurde den Ermittlungsbehörden erst am 24. 8. 2016 bewusst, dass R ebenfalls an den Straftaten zulasten der F AG beteiligt gewesen sein könnte. Etwaige verjährungsunterbrechende Ermittlungsmaßnahmen gegen M haben gemäß § 78c Abs. 4 keinen Einfluss auf die Verjährung bzgl. R. Schließlich

<sup>89</sup> MüKo-StGB/Joecks (Fn. 65), § 27 Rn. 108.

<sup>90</sup> Fischer (Fn. 4), § 78 a Rn. 4; NK/Saliger (Fn. 12), § 78 a Rn. 30; Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Bosch (Fn. 7), § 78 a, Rn. 9 f.; MüKo-StGB/Wulf, 2. Aufl. 2015, § 376 AO Rn. 47 f.

<sup>91</sup> M. Jäger, wistra 2000, 340, 344, 347.

<sup>92</sup> Zum Verjährungsbeginn bei § 266 vgl. BGH NSTZ 2003, 540; MüKo-StGB/Dierlamm (Fn. 15), § 266 Rn. 284.

<sup>93</sup> MüKo-StGB/Mitsch, 3. Aufl. 2016, § 78 Rn. 20.

<sup>94</sup> Nach ständiger Rechtsprechung ist die Grenze bei EUR 50.000 anzusetzen, vgl. BGHSt 48, 360; NK-WSS/Heger/Petzsche (Fn. 7), § 263 StGB Rn. 157.

dürfte auch die Beihilfe des R zu dem im Folgejahr (2010) begangenen Sicherungsbetrag des M zulasten der F AG unter Zugrundelegung der Gegenauffassung spätestens Ende 2015 verjährt sein.

Damit ist zu entscheiden, welche Interpretation des Tatbegriffs in § 78a überzeugender ist. Zwar erscheint es mit der h. M. auf den ersten Blick wenig sachgerecht, eine nach dem materiellen wie prozessualen Tatbegriff einheitliche Tat des R für das Verjährungsrecht zu zerlegen. Gleichwohl muss mit Blick auf das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot (Art. 20 Abs. 3 GG)<sup>95</sup> eine solche Sonderdogmatik hingenommen werden. Anderenfalls nämlich könnten Verjährungsfristen für Haupttat und Beihilfe derart auseinanderfallen, dass z. B. Haupttaten bereits verjährt sind, während für die Beihilfehandlung die Verjährungsfrist noch nicht einmal zu laufen begonnen hat.<sup>96</sup> Die Verjährung wäre insoweit auch gar nicht rechtssicher bestimmbar. Staatsanwaltschaften könnten etwa die Ermittlungen gegen den Gehilfen eines Serienräubers mit der Perspektive darauf ruhen lassen, dass der noch nicht gefasste Haupttäter noch einmal mit der ihm vom Gehilfen überlassenen Schusswaffe zur Tat schreitet und damit den Strafverfolgungsbehörden die Möglichkeit eröffnet, auch für weit zurückliegende Raubüberfälle gegen den Gehilfen vorzugehen, obwohl die betreffende Haupttat bereits verjährt ist. Für die h. M. bleibt nur die »schwächste aller strafrechtlichen Konstruktionen«<sup>97</sup> übrig, nämlich die eventuelle tatrichterliche Verneinung des Gehilfenvorsatzes im Strafurteil bzgl. sehr weit in der Zukunft liegender (Serien-)Straftaten des Haupttäters. Diese Schlechterstellung der schwächeren Beteiligungsform bei der Verfolgungsverjährung ist aber letztlich nicht akzeptabel.

**Ergebnis:** Einer Verfolgung der Beihilfehandlung des R hinsichtlich der Untreuestraftat des M im Jahr 2009 steht das Verfahrenshindernis der Verjährung entgegen.

### Aufgabe 3

## A. Strafbefehl gegen M

Ein gegen M ergehender Strafbefehl für die im Jahr 2013 begangene Untreue über EUR 9.000 könnte das **Verfahrensgrundrecht »ne bis in idem« gemäß Art. 103 Abs. 3 GG** verletzen. Danach darf niemand wegen derselben Tat auf Grund der allgemeinen Strafgesetze mehrmals bestraft werden. Da der rechtskräftige Strafbefehl gemäß § 410 Abs. 3 StPO einem rechtskräftigen Urteil gleichsteht, läge jedenfalls in dem Erlass des Strafbefehls durch den Richter eine Verletzung von Art. 103 Abs. 3 GG, falls dieselbe Tat bereits Gegenstand der strafrechtlichen Verurteilung des M am 22. 8. 2016 gewesen sein sollte. Allerdings dürfte der Staatsanwalt den Strafbefehl schon nicht gemäß § 407 Abs. 1 S. 2 StPO beantragen, denn Art. 103 Abs. 3 GG enthält über seinen Wortlaut hinaus ein Strafverfolgungsverbot, mithin ein von Amts wegen zu beachtendes Verfahrenshindernis.<sup>98</sup>

Der Umfang des »Ne bis in idem-Grundsatzes« richtet sich nach der Reichweite des einschlägigen Tatbegriffs. Es besteht Übereinstimmung darüber, dass nicht der Tatbegriff der §§ 52 ff., sondern eine faktische Betrachtungsweise (»**prozessuale Tat**«) ausschlaggebend sein soll (wobei eine einheitliche Handlung i. S. d. § 52 stets auch eine einheitliche prozessuale Tat darstellt<sup>99</sup>). Unter Tat im prozessualen Sinne ist ein geschichtlicher Vorgang, ein historisches oder konkretes Vorkommnis zu verstehen, das sich von anderen ähnlichen oder gleichartigen unterscheidet und nach natürlicher Auffassung einen einheitlichen Lebensvorgang darstellt, dessen getrennte Aburteilung in verschiedenen erstinstanzlichen Verfahren als unnatürliche Aufspaltung empfunden würde.<sup>100</sup> Entscheidend ist dabei die Herausarbeitung überzeugender Fallgruppen nach Kriterien wie Tatort, Tatzeit, Tatobjekt und Angriffsrichtung<sup>101</sup>, wobei letzte Rechtssicherheit nach Auffassung des BGH – auch im Hinblick auf die Berücksichtigung der Einzelfallgerechtigkeit – nicht erzielt werden könne.<sup>102</sup>

<sup>98</sup> BVerfGE 3, 248, 251; BGHSt 5, 323, 328; Maunz/Dürig/Schmidt-Aßmann, GG, 75. EGL, Sept. 2015, Art. 103 Abs. 3 Rn. 301; SSW-StPO/Beulke, 2014, Einl. Rn. 96, 328.

<sup>99</sup> St. Rspr.; vgl. statt vieler BGHSt 41, 385, 389; Meyer-Goßner/Schmitt/Meyer-Goßner, StPO, 60. Aufl. 2017, § 264 Rn. 6.

<sup>100</sup> BVerfGE 56, 22, 28; BGHSt 35, 60, 62; 49, 359, 362; Beulke, Strafprozessrecht, 13. Aufl. 2016, Rn. 513; Kühne, Strafprozessrecht, 9. Aufl. 2015, Rn. 641.

<sup>101</sup> Beulke (Fn. 100), Rn. 513.

<sup>102</sup> BGH StV 1985, 181; BGHSt 43, 252, 255; dazu Beulke (Fn. 100), Rn. 513.

<sup>95</sup> Das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot (Art. 103 Abs. 2 GG) dagegen soll für Verjährungsvorschriften nicht einschlägig sein, BVerfG NStZ 2000, 251; LK/Dannecker (Fn. 75), § 1 Rn. 237.

<sup>96</sup> LG Oldenburg, wistra 2005, 69, 70, Überlegungen von M. Jäger, wistra 2000, 340, 344, 347 aufgreifend; Joecks/Jäger/Randt/Joecks, Steuerstrafrecht, 8. Aufl. 2015, § 376 Rn. 14, 59; Pelz, wistra 2001, 11.

<sup>97</sup> Schuhr, NZWiSt 2017, 265, 271.

Seit der faktischen Aufgabe der konkurrenzrechtlichen Figur der fortgesetzten Handlung durch den BGH im Jahr 1994<sup>103</sup> bewirkt die Rechtskraft des Strafurteils bzgl. einzelner Elemente einer Serie von Straftaten nicht mehr den Verbrauch der Strafklage für alle vor der Urteilsverkündung liegenden Einzelakte, da eine Übertragung des Grundsatzes materiell-rechtlicher auf prozessuale Tateinheit nicht mehr in Betracht kommt. Vielmehr ist der Strafklageverbrauch bei Serienstraftaten nach den o. g. allgemeinen Regeln zu bestimmen<sup>104</sup>, zumal sich im vorliegenden Fall wegen des größeren zeitlichen Abstandes zwischen den einzelnen Untreuetaten auch die Annahme tatbestandlicher Handlungseinheit i. S. v. »Bewertungseinheiten« oder die (exzessive) Anwendung der Figur der natürlichen Handlungseinheit (jeweils mit der Folge auch prozessualer Tateinheit) verbietet. Bei Subsumtion der vorliegenden Fallkonstellation unter den Begriff der prozessualen Tat spricht entscheidend gegen eine Tat im prozessualen Sinne, dass immerhin ca. ein Jahr zwischen der abgeurteilten Tat (2014) und der neu aufgedeckten (2013) vergangen ist, so dass die erhebliche zeitliche Zäsur letztlich einem einheitlichen historischen Lebensvorgang entgegensteht. Art. 103 Abs. 3 GG ist daher durch ein Strafbefehlsverfahren gegen M nicht berührt.

**Ergebnis:** Der Erlass eines Strafbefehls gegen M für das Geschehen im Jahr 2013 verletzt dessen verfahrensrechtlichen Grundrechte nicht.

## B. Strafbefehl gegen R

Auch R könnte durch einen Strafbefehl wegen seiner Beihilfe zu der von M im Jahr 2013 begangenen Untreue in

dem Verfahrensgrundrecht »ne bis in idem« gemäß Art. 103 Abs. 3 GG verletzt sein.

Im Unterschied zu M ist hier zu beachten, dass i. S. d. §§ 52 ff. eine Teilnahmehandlung zu mehreren real konkurrierenden Haupttaten für den Teilnehmer stets nur eine Handlung im natürlichen Sinne darstellt.<sup>105</sup> Die von M begangenen Haupttaten stellen daher aus Sicht des R eine strafbare Beihilfe i. S. d. § 52 zu mehreren Untreuestraftaten dar. Als das Strafgericht daher R für seine Beratung des M in einem der anderen Jahre rechtskräftig verurteilte, hat es über den Lebenssachverhalt seiner Unterstützungshandlung für M strafrechtlich abschließend befunden. In einem etwaigen Strafbefehl gegen R wegen Beihilfe zu der von M im Jahr 2013 begangenen Untreue würde daher der bereits durch die Verurteilung aufgearbeitete Vorgang (nämlich seine Unterstützungshandlung) erneut zum Gegenstand der strafrechtlichen Ahndung gemacht, obwohl es sich sowohl nach dem materiell-rechtlichen wie nach dem prozessualen Tatbegriff um dieselbe Tat handelt. Dieses Vorgehen aber ist durch Art. 103 Abs. 3 GG untersagt.

**Ergebnis:** Der Erlass eines Strafbefehls gegen R für seine Beihilfe zu der Untreuetat des M im Jahr 2013 würde R's verfahrensrechtliches Grundrecht aus Art. 103 Abs. 3 GG verletzen und ist daher unzulässig.

**Hinweis:** Der Sachverhalt wurde im Sommersemester 2017 als Hausarbeit in der strafrechtlichen Fortgeschrittenenübung an der Universität Heidelberg ausgegeben. Der Fall ist der Problematik der Steuerberaterverantwortlichkeit für Steuerhinterziehungsmodelle (aktuell bekannt z. B. durch die „Panama Papers“ oder die „Cum-ex-Geschäfte“) nachgebildet und stellt deren Übertragung in den Pflichtfachstoff dar. Aus 246 Bearbeitungen ergab sich ein Notendurchschnitt von 6,9 Punkten. 13% der Bearbeiter erbrachten keine ausreichende Leistung, 17% erreichten 10 Punkte („vollbefriedigend“) oder mehr. Die zwei besten Arbeiten wurden jeweils mit 15 Punkten („gut“) bewertet.

<sup>103</sup> BGHSt (GrS) 40, 138.

<sup>104</sup> Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 67), Rn. 1078 ff.; Kühne (Fn. 100), Rn. 645 ff.; Beulke (Fn. 100), Rn. 522; L/R/Stuckenberg, StPO, 26. Aufl. 2012, § 264 Rn. 67.

<sup>105</sup> BGHSt 49, 306, 316; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 67), Rn. 1062; Rengier, AT (Fn. 71), § 56 Rn. 79.