

1. Sachverhalt

A ist vormundschaftsgerichtlich bestellter Betreuer der 85jährigen B, die an einer schweren hirnnorganischen Erkrankung leidet. Da für ihre Versorgung Geld beschafft werden muss, plant er den Verkauf eines ihrer Grundstücke. Es ist im Grundbuch als landwirtschaftliche Fläche ausgewiesen. Tatsächlich handelt es sich aber, wie A weiß, um hochwertiges Bauland. Um das Grundstück mit Gewinn für sich selbst verwerten zu können, schaltet er C als Strohmännlein ein. In Vertretung der B schließt A mit C einen notariellen Kaufvertrag ab. Darin ist ein Kaufpreis von 6.000 Euro vorgesehen, während das Grundstück tatsächlich 170.000 Euro wert ist. Das Vormundschaftsgericht genehmigt in Unkenntnis der Grundstücksqualität den Vertrag. Auf Grund eines Hinweises des Vermessungsamtes unterbleibt jedoch die Eintragung des C in das Grundbuch. Es kommt zur Rückabwicklung des Kaufvertrages. – Strafbarkeit des A?

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Der Fall verlangt die Klärung von Fragen, die das Merkmal des Vermögensnachteils bei der Untreue betreffen. Sie haben Bedeutung für das Ob und das Wie der Bestrafung.

Als Tathandlung gem. § 266 Abs. 1 StGB liegt der **Missbrauch einer gesetzlich eingeräumten Befugnis** vor,

Mai 2004 Bauland-Fall

Untreue / Betrug / Vermögensgefährdung als Vermögensschaden / Regelbeispiele für besonders schwere Fälle / Vermögensverlust großen Ausmaßes

§§ 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 Alt. 1, 266 Abs. 2 StGB

Leitsatz des Gerichts: Wird bereits durch den Abschluss eines Austauschvertrages ein Nachteil im Sinne einer schadensgleichen Vermögensgefährdung bewirkt, so ist ein „Vermögensverlust großen Ausmaßes“ im Sinne des Regelbeispiels für den besonders schweren Fall einer Untreue wie auch eines Betruges erst dann herbeigeführt, wenn der Geschädigte seine vertraglich geschuldete Leistung erbracht hat.

BGH, Urt. v. 7. 10. 2003 – 1 StR 212/03; veröffentlicht unter www.bundesgerichtshof.de (abgekürzt wiedergegeben in NStZ 2004, 95.)

über fremdes Vermögen zu verfügen.¹ Denn A machte durch den Abschluss des Kaufvertrages im Außenverhältnis von seiner gesetzlichen Vertretungsmacht als Betreuer Gebrauch und überschritt dabei die für das Innenverhältnis geltende Grenze, keine für die betreute Person nachteiligen Rechtsgeschäfte zu tätigen. Auch bestand für ihn als Betreuer im Verhältnis zu B eine Vermögensbetreuungspflicht.

Weniger glatt als die bisherige Prüfung verläuft die Untersuchung des Merkmals des **Vermögensnachteils**, das dem Merkmal des Vermögensschadens beim Betrug entspricht². Vor einer tatsächlichen Vermögenseinbuße blieb B bewahrt. Das könnte Anlass geben, eine vollendete Untreue zu verneinen

¹ Näher zur Tatbestandsprüfung bei § 266 Abs. 1 StGB unten 4.

² Vgl. zum Verhältnis von Nachteil und Schaden *Lackner / Kühl*, StGB, 24. Aufl. 2001, § 266 Rn. 17 mit Hinweisen auch zur abweichenden Mindermeinung.

und mit der Prüfung einer versuchten Untreue fortzufahren. Was aus zwei Gründen fatal wäre. Erstens: Der Versuch einer Untreue ist gar nicht strafbar.³ (Es geht also um Strafbarkeit oder Straflosigkeit.) Zweitens: Es zeigt sich ein bedauerlicher Mangel an Kenntnissen über das Merkmal des Schadens.

Die ganz überwiegende Auffassung in Rechtsprechung und Lehre erstreckt den Anwendungsbereich des Schadensmerkmals auf bestimmte Fälle der **Vermögensgefährdung**.⁴ Bei wirtschaftlicher Betrachtung, so wird gesagt, ist ein Vermögen auch schon dann geschädigt, wenn es konkret gefährdet ist. Das soll insbesondere für den Abschluss nachteiliger Verträge⁵ gelten, weil mit einer Durchsetzung des Anspruchs im Rechtswege gerechnet werden müsse. Man spricht in diesem Zusammenhang von einer „schadensgleichen Vermögensgefährdung“⁶. Ein verunglückter Sprachgebrauch, denn das Analogieverbot verbietet es, unter das Merkmal des Schadens auch den Fall der Schadensgleichheit zu subsumieren. Besser wäre: schadensbegründende Vermögensgefährdung.⁷

Die Gegenauffassung⁸, die einen Grund für eine Bestrafung nicht zu erkennen vermag, wenn letztlich nichts passiert ist, findet wenig Gehör. Ihre Warnung vor einer Überdehnung der Strafgewalt, die von der h. M. gewis-

sermaßen durch die Vordertür hinausgewiesen worden ist, kommt aber durch die Hintertür wieder herein. Nämlich dann, wenn besonders hart bestraft werden soll, weil besonders Schlimmes passiert ist. § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB stuft als besonders schweren Fall die **Herbeiführung eines Vermögensverlustes großen Ausmaßes** ein. Über § 266 Abs. 2 StGB ist die Vorschrift auch im Untreuebereich anzuwenden. Sollte die Erweiterung des Schadensbegriffs auf Vermögensgefährdungen auch für das Merkmal des Vermögensverlustes gelten, so würde ein Strafraum von sechs Monaten bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe zur Verfügung stehen, ohne dass es zu einer realen Minderung des Vermögens gekommen sein muss.

Die h. M. hat Mühe dieser Konsequenz auszuweichen. Wer die Vermögensgefährdung als wirtschaftlich messbares Minus einstuft, gerät in Verlegenheit, wenn er begründen soll, dass dieses Minus kein Verlust ist. Im Übrigen sprechen auch Praktikabilitätsgründe für die Gleichung Verlust = Schaden (unter Einschluss der Vermögensgefährdung): Die Übertragung der Schadensdogmatik auf den Begriff des Verlustes würde die Rechtsanwendung vereinfachen.

Kommen wir zurück zu unserem Fall. Die durch den Abschluss des Kaufvertrages und die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts herbeigeführte Vermögensgefährdung⁹ begründet nach h. M. einen Vermögensnachteil im Sinne von § 266 Abs. 1 StGB. A könnte dadurch auch das Regelbeispiel der Herbeiführung eines Vermögensverlustes großen Ausmaßes verwirklicht haben. Die Differenz zwischen dem ver-

³ Da Untreue ein Vergehen ist (s. § 12 Abs. 2 StGB), hängt die Versuchsstrafbarkeit gem. § 23 Abs. 1 StGB von einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung ab. Sie fehlt bei § 266 StGB.

⁴ Zusammenfassende Darstellungen bei *Küper*, Strafrecht BT, 5. Aufl. 2002, S. 361 – 364; *Rengier*, Strafrecht BT I, 6. Aufl. 2003, § 13 Rn. 83 – 91.

⁵ Beim Betrug geht es um Fälle des sog. Eingehungsbetruges; vgl. dazu *Wessels / Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, 26. Aufl. 2003, Rn. 539.

⁶ Ein stets wiederkehrender Begriff, den auch der BGH im Leitsatz der hier besprochenen Entscheidung verwendet.

⁷ So auch *Küper* (Fn. 4), S. 361.

⁸ *Naucke*, StV 1985, 187; mit Einschränkungen auch *Otto*, Strafrecht BT, 6. Aufl. 2002, § 51 Rn. 70.

⁹ Der BGH macht in der Entscheidung darauf aufmerksam, dass nicht schon, wie das Landgericht meinte, mit dem Vertragsschluss, sondern wegen des Zustimmungserfordernisses erst mit der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts eine ausreichend konkrete Vermögensgefährdung eingetreten ist; s. S. 8 des Urteils vom 7. 10. 2003, Az: 1 StR 212/03.

einbarten Preis und dem tatsächlichen Grundstückswert war dafür groß genug: Die Wertgrenze, die zumeist bei 50.000 Euro angesetzt wird,¹⁰ war mit 164.000 Euro deutlich überschritten. Da es aber nur zu einer Vermögensgefährdung kam, hängt die Anwendbarkeit des Regelbeispiels davon ab, ob auch darin ein Verlust gesehen werden kann.

Der Meinungsstand dazu ist disparat. Überwiegend wird unter Berufung auf den Unterschied der Wörter auch ein Unterschied in der Sache angenommen.¹¹ Eine Vermögensgefährdung könne zwar einen Schaden, nicht aber einen Verlust begründen. Dieser müsse tatsächlich eingetreten sein. Teilweise wird sogar eine endgültige Vermögens-einbuße verlangt; eine Wiedergutmachung oder Regressansprüche müssten ausgeschlossen sein.¹² Demgegenüber tritt eine nicht unbedeutende Mindermeinung vor allem aus praktischen Erwägungen für eine Gleichsetzung von Verlust und Schaden ein.¹³

Der BGH konnte sich in vorangegangenen Entscheidungen einer Stellungnahme enthalten.¹⁴ Nun musste er Farbe bekennen.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Anders als die Vorinstanz verneint der BGH einen besonders schweren Fall der Untreue gem. § 266 Abs. 2 i. V. m. § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB. Das Ergebnis begründet er mit Argumenten, die sich zur Hauptsache der **grammatikalischen und der systematischen Auslegungsmethode** bedienen.

¹⁰ Z. B. BGH, NStZ 2004, 155; *Cramer* in Schönke / Schröder, StGB, 26. Aufl. 2001, § 263 Rn. 188 c; *Kindhäuser*, LPK-StGB, § 263 Rn. 227; *Rengier* (Fn. 4), § 13 Rn. 119; anders *Tröndle / Fischer*, StGB, 51. Aufl. 2003, § 263 Rn. 122: 10.000 Euro.

¹¹ Z. B. *Cramer* (Fn. 10), § 263 Rn. 188 c; *Tröndle / Fischer* (Fn. 10), § 263 Rn. 122.

¹² *Joecks*, StGB, 4. Aufl. 2003, § 263 Rn. 126.

¹³ *Tiedemann* in LK, StGB, 11. Aufl., § 263 Rn. 298; *Peglau*, wistra 2004, 7, 8.

¹⁴ Zuletzt BGH NStZ 2002, 547.

Zunächst also Wortlaut und Sprachgebrauch: „Verlust“ sei enger als „Schaden“ zu verstehen; der Begriff habe die „Bedeutung einer gewissen Endgültigkeit“¹⁵.

Dann zur Systematik. Für eine enge Auslegung des Verlustbegriffes spreche, dass das Gesetz in derselben Vorschrift an unmittelbar nachfolgender Stelle zwischen Verlust und Gefahr unterscheide. (Das zweite in § 263 Abs. 3 Nr. 2 StGB genannte Regelbeispiel betrifft den Fall, dass der Täter in der Absicht gehandelt hat, die Gefahr des Verlustes von Vermögenswerten für eine große Zahl von Menschen herbeizuführen.)

Kurz geht der BGH noch auf die historische Auslegung ein. Die Sichtung der Gesetzesmaterialien ergebe ein Patt. Zwar sei eine Absicht des Gesetzgebers, das Regelbeispiel enger zu fassen, nicht hervorgetreten. Es gebe aber auch keine Hinweise darauf, dass trotz des Unterschiedes in der Bezeichnung eine Gleichbehandlung von Verlust und Schaden beabsichtigt gewesen sei.

Die Überlegung, dass es doch praktischer sei, Verlust und Schaden einheitlich auszulegen, verwirft der BGH unter Hinweis auf sein Wortlautargument und die Gesetzesbindung im Strafrecht gem. Art. 103 Abs. 2 GG, die auch für den Rechtsfolgenbereich gelte.

Das Resultat wird folgendermaßen auf den Fall umgesetzt. „Liegen ... Verpflichtungen zugrunde, muss auf Seiten des Geschädigten Erfüllung eingetreten sein, wenn das Merkmal des ‚herbeigeführten Vermögensverlustes‘ gegeben sein soll. Beim Abschluss eines Grundstückskaufvertrages ist die Erbringung der ausbedungenen Leistung, hier also die Eintragung des neuen Eigentümers im Grundbuch erforderlich.“¹⁶

Nachdem der BGH die Voraussetzungen des Regelbeispiels verneint hat, macht er noch darauf aufmerksam,

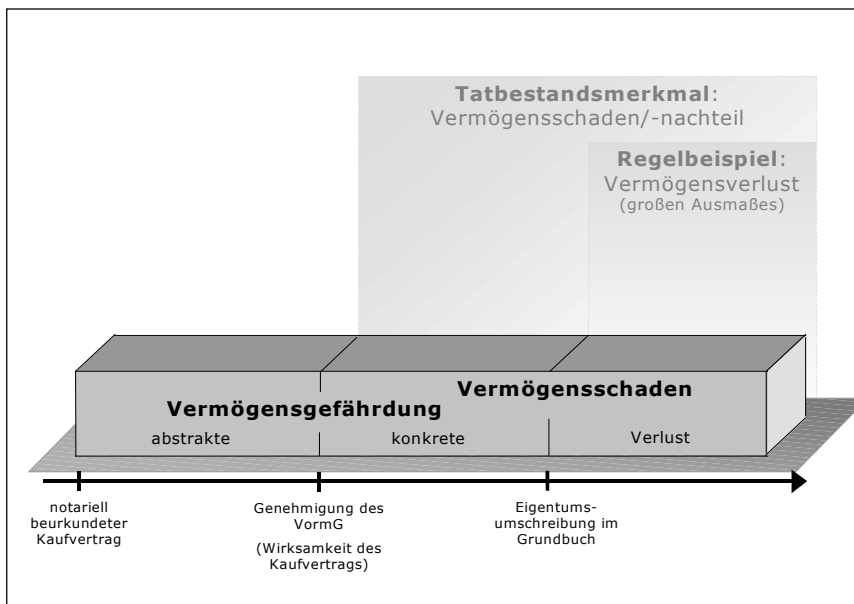
¹⁵ S. 11 des Urteils v. 7. 10. 2003, Az.: 1 StR 212/03.

¹⁶ S. 13 des Urteils v. 7. 10. 2003, Az.: 1 StR 212/03.

dass wegen der besonderen Tatumstände, insbesondere wegen des Betreuungsverhältnisses, ein unbenannter besonders schwerer Fall anzunehmen sein könnte. Darüber wird nach Zurückverweisung der Sache eine andere landgerichtliche Kammer zu entscheiden haben.

Übrigens: Dass eine Vermögensgefährdung jedenfalls ein Schaden sein kann, ist für den BGH so selbstverständlich, dass er darüber kein Wort verliert. Wir haben es also mittlerweile mit einem Dogma¹⁷ zu tun.

Abschließend soll eine Grafik den wesentlichen Inhalt der Entscheidung festhalten.



4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Der Fall bietet juristischen Azubis mehrfach Gelegenheit zum Üben und zum Lernen.

Geübt werden sollte an ihm der Umgang mit dem schwierigen, aus zwei Alternativen bestehenden **Untreuetatbestand**. Stets ist zunächst der Missbrauchstatbestand in Betracht zu ziehen, der nach ganz h. M. einen speziellen Anwendungsfall des Treu-

bruchstatbestandes darstellt.¹⁸ Dieser Sichtweise entspricht es, das Gesetz so zu lesen, dass nicht nur für den Treubruch, sondern auch für den Missbrauch die Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht verlangt wird.¹⁹ Vom Missbrauchstatbestand sollte zumindest die für seine Struktur kennzeichnende Kurzformel bekannt sein: Ausnutzen des rechtlichen Könnens im Außenverhältnis unter Überschreiten des rechtlichen Dürfens im Innenverhältnis.²⁰ Auf den vorliegenden Fall passt sie geradezu perfekt, wie wir bereits gezeigt haben.²¹

Gut geeignet ist der Fall auch, um sich in **vermögensstrafrechtlicher Begrifflichkeit** zu üben.²² Dafür sollte bekannt sein, dass der Vermögensnachteil bei § 266 StGB dem Vermögensschaden bei § 263 StGB entspricht. Der wirtschaftliche Prüfungsansatz bahnt den Weg zu einer Einbeziehung bloßer – allerdings konkreter – Vermögensgefährdungen in den Schadensbegriff. Das Hauptanwendungsfeld bilden nicht ausgeführte Vertragsschlüsse. Auch in dieser Beziehung hat unser Fall etwas Typisches.

Hinzu tritt jetzt die **Differenzierung zwischen Schaden und Verlust**, die nach der Entscheidung des BGH daraus hervorgeht, dass konkrete Vermögensgefährdungen zwar einen Schaden, nicht aber einen Verlust begründen können.

¹⁷ Nach dem Fremdwörterduden ein „starrer Lehrsatz“.

¹⁸ Vgl. zum Tatbestandsaufbau aus der Sicht der h. M. *Wessels / Hillenkamp* (Fn. 5), Rn. 749 f.

¹⁹ Anders eine Mindermeinung, die daher die Tatbestände als echte Alternativen behandelt; vgl. etwa *Otto* (Fn. 8), § 54 Rn. 7 – 11.

²⁰ Näher dazu *Küper* (Fn. 4), S. 338 f.

²¹ Oben 2.

²² Vgl. auch dazu schon oben 2.

Diese Problematik sollte an der richtigen Stelle eingearbeitet werden: Regelbeispiele sind jenseits von Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld unter der Rubrik „Strafzumessung“ zu erörtern!²³

Zwei Unterschiede zur BGH-Entscheidung ergeben sich, wenn man sich den Fall als Klausuraufgabe denkt. Anders als in der Praxis muss nach einer Verneinung des Regelbeispiels nicht noch der Frage nachgegangen werden, ob vielleicht ein unbenannter besonders schwerer Fall vorliegt.²⁴ Für eine Antwort werden vielfältige Informationen benötigt, die ein dürrer Klausurfall nicht zu bieten vermag. Andererseits könnte die Frage aufgeworfen werden, ob A wegen eines Versuchs im Hinblick auf den besonders schweren Fall gem. § 266 Abs. 2 i. V. m. § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB zu bestrafen ist. In der besonderen Fallkonstellation kann man sich kurz fassen. Da der Versuch der Untreue nicht mit Strafe bedroht ist, kann auch nicht wegen versuchter Untreue im besonders schweren Fall bestraft werden. Die Untersuchung endet also in einem frühen Stadium der Vorprüfung. Eine eingehendere Prüfung wäre in einem vergleichbaren Betrugsfall angebracht, weil § 263 Abs. 2 StGB den Versuch für strafbar erklärt. Das beliebte Thema „Versuch als besonders schwerer Fall“²⁵ sollte hier vertieft erörtert werden. Gut vertretbar ist ein grundsätzlich ablehnender Standpunkt, der darauf verweist, dass die Versuchsvorschriften ihrem Wortlaut nach allein auf Tatbestände, nicht aber auf Strafzumessungsvorschriften anwendbar sind.²⁶ Ein spezieller Ablehnungsgrund lässt sich systematisch herleiten. Der Unterschied zur zweiten Alternative in §

263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 StGB, die Absicht genügen lässt, würde eingeebnet werden, wenn die Anwendung des erhöhten Strafrahmens auch möglich wäre, falls der Täter einen Vermögensverlust großen Ausmaßes herbeiführen wollte, ohne dass ihm das gelungen ist.

Die Praxis wird dankbar dafür sein, dass die Entscheidung im Grundsätzlichen für Klarheit sorgt. Es ist aber nicht zu erwarten, dass damit sämtliche Probleme erledigt sind. Die wirtschaftliche Betrachtungsweise, die allseits für die Schadens- und Verlustermittlung als maßgeblich gilt, verhindert scharfe Grenzziehungen. Eignet sie sich einerseits dazu, die Gefährdung zum Schaden zu deklarieren, so kann sie andererseits das Gewicht einer erbrachten Leistung, die nach Ansicht des BGH einen Verlust begründet, so mindern, dass gefragt werden kann, ob wirklich ein Verlust vorliegt. Nehmen wir den Fall eines uneingeschränkt realisierbaren vertraglichen Rücktrittsrechts. Oder denken wir an die Situation, dass ein betrügerischer Vorgang vollständig unter polizeilicher Beobachtung und Kontrolle abläuft, so dass für den Täter keine Aussicht besteht, die Leistung zu behalten. Ein letztes Wort ist mit der Entscheidung also nicht gesprochen.

5. Kritik

Der BGH hat gut daran getan, jedenfalls beim Merkmal des Vermögensverlustes die Bremse zu ziehen. Wenn schon die Erstreckung des Schadens auf die Vermögensgefährdung zu einem kaum noch angreifbaren Dogma geworden ist, so sollte jedenfalls das Regelbeispiel der Herbeiführung eines Verlustes großen Ausmaßes freigehalten werden von einer Überspannung der Strafgewalt mittels des Gefährdungsgedankens.

Die Argumentation des BGH erscheint uns aber noch unvollständig. Ein wichtiger Einwand gegen die Anerkennung einer bloßen Vermögensgefährdung als Vermögensverlust fehlt. Er ergibt sich daraus, dass nach allgemei-

²³ Vgl. zu Prüfungsfragen im Zusammenhang mit Regelbeispielen *Rengier* (Fn. 4), § 3 Rn. 3.

²⁴ So auch *Rengier* (Fn. 4), § 3 Rn. 3.

²⁵ Eingehend dazu im Zusammenhang mit § 243 StGB *Wessels / Hillenkamp* (Fn. 5), Rn. 201 – 209.

²⁶ So z. B. *Marxen*, *Kompaktkurs Strafrecht AT*, 2003, S. 193 f.; *Rengier* (Fn. 4), Rn. 28.

ner Ansicht ein bestimmter Geldbetrag – zumeist werden 50.000 Euro genannt²⁷ – die Grenze zum Verlust großen Ausmaßes markiert. Bei Vermögensgefährdungen lässt sich aber nicht mit der erforderlichen Eindeutigkeit feststellen, ob diese Grenze überschritten ist. Nehmen wir den vorliegenden Fall. Wäre das Grundstück unwiederbringlich verloren gewesen, so hätte B eine Vermögenseinbuße von 164.000 Euro erlitten. Welcher Fehlbetrag soll dafür angesetzt werden, dass die Einbuße nur drohte? Die Hälfte, ein Viertel, ein Zehntel? Gefahren haben es an sich, dass sie schwer kalkulierbar sind. Feste Wertgrenzen machen jedoch eine klare Kalkulation nötig.

(Dem Text liegt ein Entwurf von Katharina Tessmann zugrunde. Die Grafik hat Nicola Pridik entworfen.)

Der „Bauland-Fall“ ist der **50. Fall des Monats**. Wie wär's mit einem Glückwunsch über unser Feedback-Formular? Wir würden uns freuen!

²⁷ S. oben 2. mit Fn. 10.