

Untreue durch schwarze Kassen in der Privatwirtschaft

Eine stringente dogmatische Analyse einer kontrovers diskutierten Fallgruppe

Richard Schröder*

Abstract: Die Fallgruppe der schwarzen Kasse ist eine der umstrittensten des Untreuetatbestandes und ein „Klassiker“ des Wirtschaftsstrafrechts. Dennoch zeichnet sich weiterhin Bewegung ab, wie BGH NStZ 2018, 105 ff. und BGH wistra 2019, 190 ff. verdeutlichen. Aus diesem Grunde lohnt es sich, die Grundsätze dieser Fallgruppe klar und kritisch anhand der zentralen Entscheidungen herauszustellen und anders als die Rechtsprechung, zwischen den relevanten Anknüpfungspunkten streng zu differenzieren.

A. Einleitung

Die Fallgruppe der schwarzen Kassen ist u.a. durch Parteispendenaffären und Schmiergeldskandale seit längerer Zeit Gegenstand kontroverser Diskussionen. Bei einer solchen Kasse handelt es sich um einen Bestand von Geldern, der unter Verletzung von Pflichten gebildet wurde, verborgen gehalten wird, dessen beabsichtigte Verwendung in Beziehung zum Unternehmen steht und für die Erlangung von Vorteil eingesetzt werden soll.¹ Teil der Diskussion ist die große Weite des Untreuetatbestandes. So sei sie ein Delikt, das „immer passt“², bzw. „passend gemacht wird“³. Zu klären ist, ob die Rechtsprechung verlässliche Lösungen generiert, die die restriktiven Anforderungen des BVerfG⁴ wahren oder ob eine Ausweitung der Strafbarkeit erfolgt und man so das Orchester der Marktteilnehmer dirigiert.⁵

* Der Autor ist wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Europäisches Strafrecht und Rechtsphilosophie, Prof. Dr. *Kleszczewski* an der Universität Leipzig.

¹ Vgl. *Weimann*, Strafbarkeit der Bildung schwarzer Kassen, 1996, S. 12 f.; *Saliger*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 5. Aufl. 2021, § 266 Rn. 95.

² *Ransiek*, ZStW 116 (2004), 634; s. auch *Schinemann*, StraFo 2010, 1 (2).

³ *Dierlamm*, in: FS Widmaier, 2008, S. 607.

⁴ Vgl. BVerfG NJW 2010, 3209 (3211 ff.).

⁵ *Beulke*, in: FS Eisenberg, 2009, S. 245 (268); a.A. *Fischer*, NStZ Sonderheft 2009, 8 (9).

Weiterhin darf die Untreue nicht für fremde Zwecke missbraucht werden. Es wird der Vorwurf erhoben, dass die Untreue als Korruptionsvorfelddelikt benutzt würde. Der „Kampf gegen die Korruption wird nun vor allem mit dem Degen der Untreue geführt, der das Florett der Korruptionsdelikte nahezu erübrigen könnte.“⁶ Bekämpfung von mangelnder Moral, dubiosen Verhaltens oder kriminalpolitisch unerwünschten Phänomen⁷ kann dann nicht Aufgabe der Untreue sein, wenn man sich vom Vermögensschutz entfernt.

Ob die Frage nach der Untreuestrafbarkeit als angemessene Lösung einer Quadratur des Kreises gleichkommt, wird die nachfolgende Untersuchung zeigen. Für die Betrachtung ist zwischen Errichtung, Unterhaltung und Verwendung der Kasse zu unterscheiden.

B. Errichtung schwarzer Kassen als strafbare Untreue

Da schwarze Kassen i.d.R. ein Phänomen der „Führungsetagen“ darstellen, die umfangreiche Entscheidungsfreiheit besitzen, wird in den Betrachtungen von einer Vermögensbetreuungspflicht ausgegangen. Die Untersuchung der Strafbarkeit wird sich auf die Pflichtverletzung und den Vermögensnachteil konzentrieren.

I. Pflichtverletzung

Das Merkmal der Pflichtverletzung birgt vor allem im Kontext der schwarzen Kassen verschiedene Probleme in sich. Dies ist u.a. durch eine fehlende Handlungs- bzw. Tätigkeitsbeschreibung in § 266 Abs. 1 StGB bedingt.⁸

1. Differenzierung zwischen Missbrauch und Treubruch

I.R.d. Missbrauchstatbestandes handelt der Täter kraft seiner Befugnis, die sich aus Gesetz, Auftrag oder Rechtsgeschäft ergeben kann, nach außen wirksam, überschreitet aber die Grenzen im Innenverhältnis.⁹ Die Wirksamkeit im Außenverhältnis ist u.a. nur der Fall, wenn er wirksam Verträge abschließen kann (z.B. ein Konto eröffnen), ihm dies aber nach dem Innenverhältnis nicht gestattet ist. Durch die weitrei-

⁶ *Saliger/Gaede, HRRS 2008, 57 (66)*; vgl. auch *Satzger, NStZ 2009, 297 (298)*.

⁷ *Beulke*, in: FS Eisenberg, 2009, S. 245 (266); *Schünemann, StraFo 2010, 477 (479)*.

⁸ *Dierlamm*, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. 2019, § 266 Rn. 3; *Fischer, StGB*, 68. Aufl. 2021, § 266 Rn. 5.

⁹ *Kindhäuser*, in: NK-StGB, 5. Aufl. 2017, § 266 Rn. 86; *Rengier, Strafrecht BT I*, 22. Aufl. 2020, § 18 Rn. 6.

chende Vertretungsbefugnis einiger Täter (bspw. alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer) ist zumeist der Missbrauchstatbestand einschlägig.¹⁰ Werden Scheinrechnungen für die Bildung der Kasse eingereicht, die aber gem. § 117 BGB nichtig sind, so kommt der Missbrauchstatbestand nicht in Betracht.¹¹

Die Verwirklichung des Treuebruchtatbestandes ist sowohl durch rechtsgeschäftliches als auch tatsächliches Handeln möglich.¹² Grds. anerkannt ist, dass auch gesetzes- und sittenwidrige Verhältnisse faktische Treueverhältnisse darstellen.¹³

Eine Unterscheidung ist danach zu treffen, ob die Handlung des Täters im Außenverhältnis wirksam ist. Ist sie unwirksam, so kommt der Treuebruchtatbestand in Betracht. Die Rechtsprechung lässt vielmals offen, welche der Alternativen erfüllt ist.¹⁴

2. Pflichtwidriges Verhalten

Gerade durch die weite Alternative des Treuebruchtatbestandes ist das pflichtwidrige Verhalten genau zu bestimmen und auf klare und evidente Verstöße zu beschränken.¹⁵ § 266 Abs. 1 StGB ist grds. akzessorisch zur Gesamtrechtsordnung, d.h. die Pflichtverletzung knüpft an außerstrafrechtliche Normen und Wertungen an. Dies ist für die Pflichtverletzung notwendige¹⁶, aber nicht hinreichende¹⁷ Bedingung. Es ist darauf zu achten, dass in die Untreue keine Schutzzwecke hineingetragen werden, die nicht (mehr) dem Vermögensschutz dienen.¹⁸ Deshalb müssen die außerstrafrechtlichen Normen zumindest mittelbar vermögensschützend sein.¹⁹ Die Prüfung ist aus diesem Grund zweizuteilen: zunächst ist die außerstrafrechtliche Pflichtverletzung zu bestimmen, anschließend der Vermögensbezug festzustellen.²⁰ Des Weiteren ist erforderlich, dass die Pflichtverletzung gravierend ist.²¹

¹⁰ Rönna, in: FS Tiedemann, 2008, S. 713 (716).

¹¹ BGH wistra 2019, 190 (191); Tsagkaraki, Bildung der sog. „schwarzen Kassen“, 2013, S. 67; Weimann, Strafbarkeit der Bildung schwarzer Kassen, S. 45.

¹² Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 266 Rn. 35.

¹³ BGHSt 8, 254 (256 ff.) Rn. 10; Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. 2018, § 266 Rn. 10; Wessels/Hillenkamp/Schuh, Strafrecht BT II, 43. Aufl. 2020, § 20 Rn. 774.

¹⁴ BGHSt 52, 323 (333) – Siemens-ENEL-Fall.

¹⁵ BVerfG NJW 2010, 3209 (3215) Rn. 111; Saliger, NJW 2010, 3195 (3197).

¹⁶ BVerfG NJW 2010, 3209 (3213).

¹⁷ Beulke, in: FS Eisenberg, S. 245 (252).

¹⁸ Saliger, NJW 2010, 3195 (3197); vgl. auch Beulke, in: FS Eisenberg, S. 245 (257 f.).

¹⁹ BGHSt 55, 288 (300 f.); vgl. auch Satzger, NSTZ 2009, 297 (300).

²⁰ Vgl. Saliger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, § 266 Rn. 33 ff.; Tsagkaraki, Bildung der sog. „schwarzen Kassen“, S. 83.

²¹ BGHSt 47, 148 (150); Fischer, StGB, § 266 Rn. 61.

Die verletzte Pflicht kann sich aus einer rechtsgeschäftlichen Vereinbarung ergeben, auch ist ein Verstoß gegen Compliance-Regeln²² denkbar. Problematisch ist, dass die Regeln oft Schmiergeldzahlungen verbieten, die Errichtung der schwarzen Kasse diese aber nur vorbereitet.²³ Besonders relevant sind Verstöße gegen Buchführungspflichten, die sich u.a. aus §§ 238 ff. HGB (vollständig, richtig, zeitgerecht und geordnet), §§ 140 ff. AO, § 41 Abs. 1 GmbHG und § 91 Abs. 1 AktG ergeben. Zwar sollen die Buchführungspflichten die Gläubiger schützen;²⁴ sie dienen auch dem Schutz des Unternehmens, insb. als Information über dessen finanzielle Lage.²⁵ Die Errichtung einer schwarzen Kasse kommt selten ohne Buchführungsverstöße aus. Nicht- und Falschbuchungen stellen gravierende Pflichtverletzungen dar.²⁶ Die Verletzung von Buchführungsvorschriften soll auch einen Sorgfaltspflichtverstoß begründen.²⁷ Fraglich ist, ob die Sorgfaltspflicht rein wirtschaftlich zu bestimmen ist, sodass profitables Handeln nicht pflichtwidrig ist oder ob normative Gesichtspunkte hinzutreten müssen. Wäre letzteres nicht der Fall, so könnte die Nichterrichtung einer schwarzen Kasse pflichtwidrig sein, wenn daraus Gewinn resultieren würde. Es kommt darauf an, dass sich Geschäftsführer und Vorstand im gesetzlichen Rahmen bewegen.²⁸

3. Einverständnis des Treugebers

Ein wirksames Einverständnis des Treugebers schließt die Pflichtwidrigkeit aus.²⁹ Es lässt sich jedoch bereits nicht ohne Schwierigkeiten bestimmen, wer dieses Einverständnis zu erklären hat, da die einzelnen juristischen Personen unterschiedlich organisiert sind. Als erster Schritt ist das Einverständnis von der zuständigen Stelle zu erklären, was sich maßgebend nach der Organisation der Willensbildung beim Geschäftsherrn richtet.³⁰

Läge ein ausdrückliches Einverständnis vor, so wird man gar nicht von einer schwarzen Kasse sprechen können. Es wird vertreten, dass die Zustimmung nicht wirksam

²² Satzger, NStZ 2009, 297 (300).

²³ Knauer, NStZ 2009, 151 (153); Tsagkaraki, Bildung der sog. „schwarzen Kassen“, S. 97.

²⁴ Ballwieser, in: MüKo-HGB, 4. Aufl. 2020, § 238 Rn. 1; Morck/Drüen, in: Koller/Kindler/Roth/Drüen, HGB, 9. Aufl. 2019, § 238 Rn. 7.

²⁵ Ballwieser, in: MüKo-HGB, § 238 Rn. 1; Rönnau, in: FS Tiedemann, S. 713 (722); ders., StV 2009, 246 (247); Weimann, Strafbarkeit der Bildung schwarzer Kassen, S. 70.

²⁶ BGH NJW 2010, 3458 (3460) Rn. 32; Rönnau, StV 2009, 246 (247).

²⁷ Fischer, StGB, § 266 Rn. 82; Tsagkaraki, Bildung der sog. „schwarzen Kassen“, S. 100.

²⁸ BGH NJW 2010, 3458 (3460); Rönnau, in: FS Tiedemann, S. 713 (725 ff.).

²⁹ BGHSt 52, 323 (335); BGH NJW 2006, 522 (525); BGH wistra 2019, 190 (191); Bernsmann, GA 2007, 219 (221); Fischer, StGB, § 266 Rn. 90.

³⁰ Saliger/Gaede, HRRS 2008, 57 (69).

ist, wenn sie für sich pflichtwidrig ist.³¹ Die Schutzrichtung der Untreue ist indes das Vermögen, sodass nicht jeder Unwirksamkeitsgrund ausreichen kann. Die Untreue ist gerade keine Superverbotsnorm.³² Insbesondere bei großen Unternehmen wird es zudem schwierig sein, die Zustimmung aller Anteilseigner oder Gesellschafter wegen drohender Schäden zu erlangen.³³ Auch eine systematische Begünstigung durch „das Verschließen der Augen“ ist denkbar. Dem können aber bspw. Compliance-Regeln entgegenstehen, die den Willen des Unternehmens äußern, keine Schmiergelder zu zahlen oder vorbereitende Handlungen i.d.S. vorzunehmen.³⁴ Auch komme nach der Rechtsprechung, bei einer AG die Genehmigung des Vorstandes für eigenes Handeln i.R.d. laufenden Geschäftsführung nicht in Betracht, wenn es pflichtwidrig ist.³⁵ Insg. stellt ein Einverständnis aber die Ausnahme dar.

II. Vermögensnachteil

Durch die Pflichtverletzung muss ein Vermögensnachteil hervorgerufen werden. Dieser tritt ein, wenn das treuwidrige Verhalten nicht zu einer durch Zuwachs ausgeglichenen Minderung des wirtschaftlichen Gesamtwertes führt (Gesamtsaldierung).³⁶

Nach dem wirtschaftlichen Vermögensbegriff ist das Vermögen die Summe aller geldwerten Güter nach Abzug der Verbindlichkeiten.³⁷ Der juristisch-ökonomische Vermögensbegriff definiert das Vermögen als alle wirtschaftlichen Güter, die unter dem Schutz der Rechtsordnung stehen.³⁸ Da die Rechtsordnung kein schlichtweg schutzunwürdiges Vermögen kennt und eine wirtschaftliche Betrachtungsweise zwingend geboten ist, überzeugt der wirtschaftliche Vermögensbegriff.³⁹

³¹ BGHSt 55, 266 (278); BGH wistra 2019, 190 (192); *Brammsen/Apel*, WM 2010, 781 (786); *Fischer*, StGB, § 266 Rn. 92.

³² *Bernsmann*, GA 2009, 296 (306); *Rönnau*, in: FS Tiedemann, S. 713 (718 f.); *Saliger/Gaede*, HRRS 2008, 57 (69).

³³ *Rönnau*, in: FS Tiedemann, S. 713 (720).

³⁴ *Brammsen/Apel*, WM 2010, 781 (786); *Rönnau*, StV 2009, 246 (247 f.).

³⁵ BGH NJW 2010, 3458 (3461 f.).

³⁶ St. Rspr., BGH NStZ 2004, 205 (206); BGH NStZ 2018, 105 (107); BGH wistra 2019, 190 (192) m.w.N.; *Brettel/Schneider*, Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. 2021, § 3 Rn. 402 f.; *Dierlamm*, in: MüKo-StGB, § 266 Rn. 202.

³⁷ BGHSt 3, 99 (102); BGH NJW 1961, 1876.

³⁸ *Mitsch*, Strafrecht BT II, 3. Aufl. 2015, S. 307; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Strafrecht BT II, § 13 Rn. 532.

³⁹ Vgl. BVerfG NJW 2009, 2370 (2371); *Dierlamm*, in: MüKo-StGB, § 266, Rn. 205.

1. Rechtsprechung zum Vermögensnachteil bei schwarzen Kassen

Die Rechtsprechung zur Fallgruppe der schwarzen Kassen hat sich in neuerer Zeit erheblich verändert.⁴⁰ Sie soll insb. anhand der drei zentralen Entscheidungen nachvollzogen werden:

Im *Kanther*-Fall sei der Vermögensnachteil dadurch entstanden, dass der Täter sich die Möglichkeit verschafft hat, die „Vermögenswerte als geheimen, keiner tatsächlichen Zweckbindung unterliegenden und jeder Kontrolle durch den Berechtigten entzogenen Dispositionsfonds zu nutzen“ und über die Mittelverwendung „nach eigenem Gutdünken“ zu bestimmen.⁴¹

Die Beschränkung der Dispositionsbefugnis allein könne einen Vermögensnachteil noch nicht begründen. Es müsse zumindest „eine konkrete, vom Berechtigten nicht zu kontrollierende und nur noch im Belieben des Täters stehende Möglichkeit des endgültigen Vermögensverlustes“ hinzutreten. Das Vorenthalten und der Einsatz „nach Maßgabe eigenen Gutdünkens und vorgeblich besserer Beurteilung zur Förderung von Zwecken, welche den Tätern förderwürdig erschienen, mindere den objektiven wirtschaftlichen Wert der Forderung für den Berechtigten und begründe daher einen Vermögensnachteil [in Form einer schadensgleichen Vermögensgefährdung].“⁴²

Nach der Rechtsprechung des BGH in der *Siemens*-Entscheidung tritt ein endgültiger Vermögensverlust bereits durch die Vorenthaltung der Vermögenswerte auf Dauer ein.⁴³ Der BGH bricht damit mit der Auffassung, die er noch im Fall *Kanther* vertreten hatte, auch wenn er im Leitsatz angibt, dass diese Entscheidung als die Weiterführung von *Kanther* zu verstehen ist.⁴⁴ Nach „korrigierter“ Auffassung des BGH gehöre die Möglichkeit zur Disposition über das Vermögen zum Kern des geschützten Rechtsgutes des § 266 Abs. 1 StGB.⁴⁵ Dabei sei die Absicht des Täters, die Mittel im Interesse des Treugebers einzusetzen, nicht zu berücksichtigen. Die vage Chance, einen später im Ergebnis wirtschaftlich vorteilhaften Vertrag abzuschließen,

⁴⁰ Zusammenfassung bei BGH NZWist 2020, 318 (320).

⁴¹ BGHSt 51, 100 (113).

⁴² BGHSt 51, 100 (113 f.).

⁴³ BGHSt 52, 323 (336); zuletzt BGH NZWist 2020, 318 (320); zust. *Hoven*, NStZ 2014, 646.

⁴⁴ BGHSt 52, 323 (323, 338), s. auch BGHSt 55, 266 (282). Die *Siemens*-Entscheidung als Korrektur der *Kanther*-Entscheidung sehend *Fischer*, NStZ-Sonderheft 2009, 8 (18). Die „Weiterführung“ als zynisch bezeichnend: *Knauer*, NStZ 2009, 151. *Tsagkaraki*, Bildung der sog. „schwarzen Kassen“, S. 234: Weiterführung nur in Bezug auf Verwendungszweckunabhängigkeit.

⁴⁵ BGHSt 52, 323 (339); anders wohl BGH NStZ 2018, 105 (107): nicht die Dispositionsfreiheit ist geschützt.

stelle keine Kompensation dar.⁴⁶ Diese Entscheidung wurde durch das BVerfG gebilligt, allerdings stellt es drauf ab, dass im Unterhalten der Kasse die Vereitelung einer Vermögensmehrung (Exspektanz) zu erblicken ist.⁴⁷

In einer anders gelagerten Konstellation, dem Fall *Trienekens*, entschied ebenfalls der 2. Senat. Die Besonderheit zum *Siemens*-Fall war hier, dass der Täter nicht ein Angestellter, sondern der alleinvertretungsberechtigte Geschäftsführer bzw. Vorstand war, sodass die vorherigen Grundsätze nicht ohne weiteres übertragbar seien. Ein endgültiger Vermögensnachteil werde deshalb durch die Ausgestaltung der Kasse begründet und ist nicht nur bzgl. abgeflossener Gelder anzunehmen. Dies wurde damit begründet, dass die AG keinen eigenen Auszahlungsanspruch hatte, keine Kontrolle durch die Organe und keine Sicherung gegen eigenmächtige Zugriffe Dritter bestanden.⁴⁸

2. Kritische Betrachtung der Rechtsprechung zur Ermittlung einer angemessenen Lösung

a) Endgültiger Vermögensnachteil

Es ist begründungsbedürftig, warum eine schwarze Kasse bereits im Moment ihrer Einrichtung für den Treugeber einen endgültigen Nachteil darstellen soll.

aa) Endgültiger Vermögensnachteil durch Entzug der Dispositionsmöglichkeit

(1) Wenn der BGH für den Vermögensnachteil eine Entziehung auf Dauer⁴⁹ verlangt, so bleibt er Kriterien für eine Bestimmung dieser Dauerhaftigkeit schuldig. Wenn man Dauerhaftigkeit mit Endgültigkeit gleichsetzt, so dürfte der Entziehungszeitraum nicht bestimmbar sein.⁵⁰ Dies widerspricht der Intention, mit der schwarze Kassen errichtet werden. Die Mittel sollen später im Interesse des Vermögensinhabers eingesetzt werden oder an diesen zurückfließen, aber nicht dauerhaft bzw. endgültig verloren sein.⁵¹ Auch lässt sich dies zum Zeitpunkt der Bildung noch nicht sicher einschätzen.⁵² Die Unsicherheit einer zukünftigen Entwicklung kann allenfalls als Vermögensgefährdung eingeordnet werden, nicht aber als Totalverlust. Riskiertes Vermögen ist nicht unbedingt verlorenes.⁵³ Anders wäre dies nur zu beurteilen,

⁴⁶ BGHSt 52, 323 (337 f.).

⁴⁷ BVerfGE 126, 170 (213, 216); abl. *Saliger*, NJW 2010, 3195 (3197).

⁴⁸ BGHSt 55, 266 (282 f.); zust. BGH NStZ 2014, 646.

⁴⁹ Vgl. BGHSt 52, 323 (336).

⁵⁰ *Evers*, Verhältnis des Vermögensnachteils zum Vermögensschaden, 2018, Rn. 291.

⁵¹ Vgl. *Tsagkaraki*, Bildung der sog. „schwarzen Kassen“, S. 236.

⁵² *Rönnau*, StV 2009, 246 (249); *Satzger*, NStZ 2009, 297 (303).

⁵³ *Saam*, HRRS 2015, 345 (347); *Schlösser*, HRRS 2009, 19 (24).

wenn von Anfang an eine ewige Kasse gebildet werden soll.⁵⁴ Wenn der BGH die Absichten des Täters als nicht maßgebend erachtet, so bleibt unklar, wie vor der Mittelverwendung die Bildung ohne die Verwendungsabsicht beurteilt werden soll.⁵⁵ Wenn man für die Dauerhaftigkeit den Verlust von Kenntnis und Zugriffsmöglichkeit ausreichen lässt, so ist diese bereits mit der Errichtung gegeben. Dies kann dann aber nicht überzeugen, wenn die Kasse nach zwei oder zehn Tagen entdeckt würde. Hier kann man keinesfalls von einer dauerhaften Entziehung sprechen.⁵⁶

(2) Indem der BGH auf die formale Zuordnung des Vermögens abstellt und wirtschaftliche Gesichtspunkte außer Acht lässt, kehrt er (teilw.) zum juristischen Vermögensbegriff zurück.⁵⁷

Nach dem juristischen Vermögensbegriff kennzeichnet das Vermögen alle subjektiven Vermögensrechte und -pflichten einer Person unabhängig von ihrem wirtschaftlichen Wert.⁵⁸ Der juristische Vermögensbegriff wird heute überwiegend abgelehnt.⁵⁹ So kann er zum einen werthaltige Güter des Wirtschaftsverkehrs, die keine Rechte sind, wie bspw. die Arbeitskraft, nicht erfassen. Auf der anderen Seite bezieht er Rechte mit ein, die wirtschaftlich wertlos sind, sodass es zwar zu einer Rechtseinbuße, aber nicht zu einem Vermögensverlust kommt.

Nach den Vorgaben des BVerfG dürfen die normativen Gesichtspunkte nicht die wirtschaftlichen Überlegungen verdrängen.⁶⁰ Stellt man nur auf den tatsächlichen Verlust des Gegenstandes ab, ohne eine Saldierung vorzunehmen, so tritt genau dieser Fall ein. Dies ist unter der Prämisse zu sehen, dass der Markt auch das verborgene Vermögen dem Treugeber noch zurechnet,⁶¹ der Treunehmer es als Vermögen des Treugebers weiterhin anerkennt und in dessen Sinne verwenden will. Der Entzug macht das Vermögen nicht wertlos und ist nicht mit dem Fall vergleichbar, dass der

⁵⁴ *Saliger*, NStZ 2010, 545 (548).

⁵⁵ *Kempf*, in: FS Hamm, 2009, S. 255 (265 ff.); *Saliger*, in: Esser et al., Wirtschaftsstrafrecht, 2017, § 266 Rn. 99.

⁵⁶ *Rönnau*, StV 2009, 246 (249); so a. *Evers*, Verhältnis des Vermögensnachteils zum Vermögensschaden, Rn. 292.

⁵⁷ *Saliger*, in: Esser et al., Wirtschaftsstrafrecht, § 266 Rn. 99; *Schneider*, NZWist 2020, 322; *Schünemann*, in: LK-StGB, 12. Aufl. 2012, § 266 Rn. 180; *ders.*, StraFo 2010, 1 (9); *Weimann*, Strafbarkeit der Bildung schwarzer Kassen, S. 122.

⁵⁸ RGSt 16, 1 (3); 37, 30 (31); *Binding*, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, BT I, 2. Aufl. 1902, S. 238 ff.

⁵⁹ Vgl. *Hefendehl*, in: MüKo-StGB, § 263 Rn. 367 ff.; *Kindhäuser*, in: NK-StGB, § 263 Rn. 19 ff.; *Kleszczewski*, Strafrecht BT, 2016, § 9 Rn. 14.

⁶⁰ BVerfG NJW 2010, 3209 (3215); vgl. BGH wistra 2019, 190 (192) m.w.N.

⁶¹ *Evers*, Verhältnis des Vermögensnachteils zum Vermögensschaden, Rn. 286; *Satzger*, NStZ 2009, 297 (303); a.A. *Hoven*, in: Fischer et al., Vermögensschaden, 2017, S. 205, die den Entzug als wirtschaftlich identisch mit dem Verlust ansieht.

Täter „in die Kasse greift“, um das Geld für sich selbst zu verwenden.⁶² Es ist eine eingehende wirtschaftliche Betrachtungsweise vorzunehmen, die sich nicht bei der Nachteilsfeststellung darin erschöpfen kann, dass das Vermögen verschleiert ist und dem Vermögensinhaber aktuell der Zugriff fehlt.

(3) Das Kriterium der Dispositionsmöglichkeit für sich weist im Hinblick auf die moderne Wirtschaft eine weitere Schwäche auf. Die ökonomischen Prozesse sind durch Arbeitsteilung und ein Auseinanderfallen von Vermögensinhaberschaft und Dispositionsmacht geprägt.⁶³ Der leitende Angestellte muss Kenntnis vom Vermögensgegenstand haben, der Inhaber kann häufig gar nicht wissen, wo sich der Gegenstand befindet und möchte dies auch nicht.⁶⁴ I.R.d. Zurechnung ist auf die Kenntnis derjenigen Person abzustellen, die die Geschäftsführungsbefugnis besitzt bzw. der Entscheidungsfreiheit eingeräumt wurde. Der Wert des Vermögens definiert sich nach dem Wissen der zuständigen Person, die erfahrungsgemäß zuverlässig ist.⁶⁵ Solange der Geschäftsherr seine Verwaltungsmacht nicht in Anspruch nehmen will, liegt nur die Missachtung einer abstrakten Anweisung vor.⁶⁶ Es handelt sich um eine bewusste Delegation. Der Vermögensinhaber wird dadurch nicht schlechter gestellt, da es dem Treuenehmer zusteht, Vermögensinteressen selbstständig wahrzunehmen. Die Delegation ist mit einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung vergleichbar, sodass die Kontrollaufgabe dem Geschäftsherrn zuzurechnen ist.⁶⁷ Zu berücksichtigen ist auch, dass das Vermögen keiner strengen Zweckbindung unterliegt. Wenn der Angestellte das Unternehmen wirtschaftlich binden kann, so ist es ihm auch möglich, Geld zu transferieren. Solange der Mitarbeiter loyal ist, hat der Treugeber über sein Organ wirtschaftlich die Herrschaft über das Vermögen.⁶⁸ Auch wenn hier an die Stelle der tatsächlichen Zugriffsmöglichkeit die Loyalität des Angestellten tritt, so kann dies allenfalls eine Gefährdung des Vermögens, nicht aber seinen Totalverlust begründen.⁶⁹ Es besteht nur die Gefahr einer zweckwidrigen Verwendung, die aber eine abstrakte Gefahr darstellt. Zudem stellt die Gefahr einer zweckwidrigen

⁶² Rönna, StV 2009, 246 (249).

⁶³ Beulke, in: FS Eisenberg, S. 245.

⁶⁴ Saam, HRRS 2009, 345 (349); Satzger, NStZ 2009, 297 (303). Nach BGH NStZ 2018, 105 (108) liegt dann keine relevante Vermögensminderung vor, wenn sich die Gremien Kenntnis verschaffen können.

⁶⁵ Rönna, StV 2009, 246 (250).

⁶⁶ Schönemann, in: LK-StGB, § 266 Rn. 180.

⁶⁷ Kindhäuser, in: NK-StGB, § 266 Rn. 121b; Saliger/Gaede, HRRS 2008, 57 (71); vgl. auch Satzger, NStZ 2009, 297 (303).

⁶⁸ Saam, HRRS 2009, 345 (347); Schönemann, StraFo 2010, 1 (9).

⁶⁹ Vgl. auch Brüning/Wimmer, ZJS 2009, 94 (98). Zu weitgehend hier Schönemann, in: LK-StGB, § 266 Rn. 180, der nicht einmal eine Beeinträchtigung der Verfügungsmacht annimmt, solange der Mitarbeiter loyal ist; offenlassend BGH wistra 2019, 190 (194).

Verwendung kein spezifisches Problem einer schwarzen Kasse dar, sondern kann in allen Fällen auftreten, wo einer anderen Person Dispositionsmacht über das eigene Vermögen eingeräumt wird.⁷⁰

(4) Der Entzug der Dispositionsmöglichkeit ist bereits Merkmal der Pflichtwidrigkeit. Wenn dieser Umstand allein den Vermögensnachteil begründen könnte, so wären das Merkmal der Pflichtwidrigkeit und das des Nachteils identisch. Dies würde zu einer Verschleifung der Tatbestandsmerkmale führen, die verfassungswidrig wäre.⁷¹ Der reine Handlungsunwert, der Entzug der Kontroll-, Prüfungs- und Verfügungsmöglichkeit, kann für die Begründung des Nachteils nicht ausreichen.⁷² Ansonsten kommt es zu einer Verdoppelung der betriebsinternen Faktoren, d.h. es finden sowohl bei der Pflichtverletzung als auch bei der Nachteilsbestimmung nur Faktoren aus dem Innenverhältnis von Treugeber und -nehmer Berücksichtigung. Vielmehr müssen noch andere Faktoren, namentlich bereichsexterne, Anwendung finden, die für sich aber nur eine Gefährdung begründen können.⁷³

(5) Teilw. werden Parallelen zu Diebstahl und Unterschlagung gezogen. Vermögensdelikte sind mit den Eigentumsdelikten aber bereits hinsichtlich ihrer Schutzrichtung nicht vergleichbar.⁷⁴ Auch kommen Diebstahl und Unterschlagung nicht ohne die (Verwendungs-)Absicht des Täters aus.⁷⁵

Nach *Fischer* ist die Situation des Entzuges der Dispositionsfreiheit mit der für ein Opfer vergleichbar, dessen Gegenstand sich bei einem unbekanntem Hehler befindet.⁷⁶ Allerdings ist der Angestellte oder gar das Organ mit einem Hehler nicht vergleichbar. Diese Personen, die einen eigenen Entscheidungsspielraum besitzen, ha-

⁷⁰ Vgl. *Mansdörfer*, JuS 2009, 114 (116); *Rönnau*, StV 2009, 246 (249); *Tsagkaraki*, Bildung der sog. „schwarzen Kassen“, S. 236.

⁷¹ BVerfG NJW 2010, 3209 (3215).

⁷² *Saliger*, Parteiengesetz und Strafrecht, 2005, S. 420; *ders.*, in: Esser et al., Wirtschaftsstrafrecht, § 266 Rn. 99; *ders.*, NStZ 2007, 545 (547); *ders./Gaede*, HRRS 2008, 57 (70); vgl. a. *Dierlamm*, in: FS Widmaier, S. 607 (610); *Evers*, Verhältnis des Vermögensnachteils zum Vermögensschaden, Rn. 295: Dispositionsbeeinträchtigung bereits zwingende Folge der Kompetenzüberschreitung und damit Zusammenfallen von Handlungs- und Erfolgsunwert.

⁷³ Vgl. *Saliger*, Parteiengesetz und Strafrecht, S. 421 ff.

⁷⁴ Vgl. *Saam*, HRRS 2015, 345 (347): Vermögen hat keinen Ausschließungscharakter gegenüber Dritter; a.A. *Hoven*, in: Fischer et al., Vermögensschaden, S. 205, die den Diebstahlsbestand als eine spezielle Art des Dispositionsschutzes sieht.

⁷⁵ Vgl. *Saliger*, FS Samson, 2010, S. 455 (463); *ders.*, in: Esser et al., Wirtschaftsstrafrecht, § 266 Rn. 99.

⁷⁶ *Fischer*, NStZ Sonderheft 2009, 8 (16).

ben weiterhin Zugriff auf die Vermögenswerte in der Kasse (sodass keine Enteignung vorliegt).⁷⁷ Es ist deshalb unzutreffend, dass dem Treugeber jede Möglichkeit zur Verfügung entfällt, wenn er keine Kenntnis mehr besitzt, da ein Zugriff über den Treuenehmer als Teil des Unternehmens auf die Kasse gegeben ist.⁷⁸ Die Behauptung des Endschadens wurzelt allein auf dem temporären Fehlen der Involviertheit der betreffenden Organe.⁷⁹

(6) So sei auch danach zu unterscheiden, ob sich das Vermögen noch im Unternehmen befindet, sodass die Rückholung uneingeschränkt möglich wäre oder ob es schon in einen unternehmensexternen Bereich verbracht wurde.⁸⁰ Es kann aber keine Rolle spielen, ob das Vermögen formal noch zuzuordnen ist, vielmehr muss es wirtschaftlich betrachtet werden.⁸¹

Hierbei ist entscheidend, ob das Vermögen dem Treugeber wirtschaftlich zuzuordnen ist, es kommt nicht auf die Zugriffsmöglichkeit an. Wenn sich das Vermögen noch im Unternehmen befindet oder auf den Namen des Unternehmens geführt wird, dann hat der Vermögensinhaber immer darauf Zugriff, sodass die Dispositionsmöglichkeit besteht und nicht nur bei Aufklärung erlangt werden könnte.

(7) Ein weiterer Aspekt ist die Konsequenz, die aus dem Totalverlust resultieren würde. Wäre das Vermögen bereits mit der Entziehung wertlos, so wäre diesem der strafrechtliche Schutz genommen und es könnte von den Beteiligten straflos veruntreut werden.⁸² Dies kann aus der Sicht des Opfers keines Falls überzeugen.

(8) Mit dem Entzug der Dispositionsmöglichkeit kann grds. noch kein endgültiger Vermögensnachteil begründet werden.

bb) Endgültiger Vermögensnachteil durch die Ausgestaltung der Kasse

Im Fall *Trienekens* war das zuständige Organ die verfügende Person, sodass die Dispositionsmöglichkeit noch in den Händen des Vermögensinhabers (vermittelt durch das Organ) lag. Deshalb begründet der BGH den endgültigen Vermögensschaden

⁷⁷ Vgl. *Perron*, in: Fischer et al., Vermögensschaden, S. 193 f., der ein Gedankenexperiment zu einer um Rechte und Forderungen erweiterten Unterschlagung vornimmt und dort ebenfalls an einer Unterschlagung i.R.d. *Siemens-Falles* zweifelt.

⁷⁸ So aber *Fischer*, StGB, § 266, Rn. 139.

⁷⁹ *Schünemann*, in: LK-StGB, § 266 Rn. 180.

⁸⁰ *Fischer*, NSTZ Sonderheft 2009, 8 (18); s. auch *Perron*, in: Schönke/Schröder, § 266 Rn. 45c.

⁸¹ *Hoven*, in: Fischer/Hoven et al., Vermögensschaden, S. 206; vgl. auch *Rönnau*, in: FS Tiedemann, S. 713 (729).

⁸² *Kindhäuser*, in: NK-StGB, § 266 Rn. 121b; *Rönnau*, StV 2009, 246 (250); *Schlösser*, HRRS 2009, 19 (25).

durch die Ausgestaltung der Kasse, da ein eigener Anspruch der Gesellschaft auf die Mittel fehle, die Kasse gegen eigenmächtige Zugriffe nicht gesichert und die ordnungsgemäße Verwaltung zu bezweifeln war.⁸³ Dies führt aber zu einer Strafbarkeit hypothetischer Unzuverlässigkeit und macht die Untreue zu einem Delikt zum Schutz vor möglicherweise illoyalen oder unzuverlässigen Mitarbeitern.⁸⁴ Nur weil eine Sicherung vor Zugriffen oder ein eigener Auszahlungsanspruch fehlt, ist deshalb die Kasse nicht wertlos. Durch das Organ wird die Verfügungsgewalt an die Gesellschaft vermittelt. Die Erwägungen des BGH stellen typische Gefährdungslagen aus dem betreuungsexternen Bereich dar, die aber keinen endgültigen Vermögensnachteil begründen können, sondern nur eine schadensgleiche Vermögensgefährdung. Solange das Geld nicht durch einen Zugriff Dritter etc. tatsächlich verloren ist, ist ein endgültiger Vermögensnachteil abzulehnen. Ansonsten „eskaliert“ der wirtschaftliche Vermögensbegriff zu einem moralischen.⁸⁵

cc) Zwischenergebnis

Die Betrachtungen zeigen, dass die Annahme eines endgültigen Vermögensnachteils unter der Begründung, dass die Dispositionsmöglichkeit entzogen oder die Kasse eine bestimmte Ausgestaltung erfahren hat, keine angemessene Lösung sein kann, um eine strafbare Untreue durch die Bildung schwarzer Kassen zu begründen. Es sind aber Fälle denkbar, bei denen ein endgültiger Vermögensnachteil möglich ist. Dies kann zum einen durch die Figur des persönlichen oder individuellen Schadenserschlags⁸⁶ der Fall sein, wenn bereits durch die Errichtung der Kasse z.B. der Treugeber in wirtschaftliche Schwierigkeiten gebracht wird oder Dispositionen wie eine Kreditaufnahme vornehmen muss. Entstehen durch die Errichtung der Kasse Gebühren und Kosten, die durch den Treugeber zu tragen sind, so sind diese Mittel verloren. Ob diesen eine Kompensation entgegensteht, ist anhand verschiedener Faktoren zu bestimmen, auf die im Folgenden noch genauer einzugehen sein wird.

b) Schadensgleiche Vermögensgefährdung

Auch wenn durch die Errichtung einer schwarzen Kasse in den seltensten Fällen ein endgültiger Vermögensnachteil begründet werden kann, so ist doch eine schadensgleiche Vermögensgefährdung denkbar.

⁸³ BGH NJW 2010, 3458 (3462); so a. BGH wistra 2019, 190 (194); BGH NZWist 2020, 318 (320).

⁸⁴ Evers, Verhältnis des Vermögensnachteils zum Vermögensschaden, Rn. 299 f.

⁸⁵ Schünemann, in: LK-StGB, § 266 Rn. 179; offenlassend, ob die Loyalität die Annahme eines Vermögensschadens ausschließen kann, BGH wistra 2019, 190 (194).

⁸⁶ Dierlamm, in: MüKo-StGB, § 266, Rn. 208; Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, § 266 Rn. 43; Saliger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, § 266 Rn. 79; Schünemann, in: LK-StGB, § 266 Rn. 175.

aa) Allgemeine Voraussetzungen

Eine schadensgleiche Vermögensgefährdung liegt vor, wenn durch die Gefährdung nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise bereits eine gegenwärtige Minderung des Vermögenswertes eingetreten ist.⁸⁷ Diese Gefährdung muss konkret sein. D.h. die Gefahr des endgültigen Verlustes ist bereits so groß, dass dies schon jetzt eine Minderung des Vermögens zur Folge hat.⁸⁸ Der Gefährdungsschaden ist deshalb nicht nur eine drohende, sondern eine bereits eingetretene Vermögensminderung.⁸⁹ Auch wenn eine konkrete Gefährdung vorliegt, muss diese noch nicht zu einem Vermögensnachteil führen. Nach dem Prinzip der Gesamtsaldierung kann der Vermögensminderung eine Vermögensmehrung gegenüberstehen.⁹⁰ Die Kompensation ist eine Frage des Einzelfalles, die auch vom Maß der Gefährdung abhängig ist (bspw. dem Entdeckungsrisiko), der die Gewinnchancen gegenüber zu stellen sind.⁹¹ Nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise sind i.R.d. Gesamtsaldierung als Kompensation alle Positionen einzubeziehen, die als Gegenleistung in Betracht kommen.⁹² Dies hat das Ziel, solche Handlungen nicht zu kriminalisieren, die keine realen Schäden hervorrufen.⁹³ Auch deliktisch bzw. pflichtwidrig erlangtes Vermögen ist zu berücksichtigen.⁹⁴ Dies folgt aus der wirtschaftlichen Beurteilung, ansonsten würde diese durch andere rechtliche oder moralische Wertungen ersetzt und die Untreue zu einem Delikt zur Bekämpfung von Korruption oder Durchsetzung von Moral in der Wirtschaft umfunktioniert werden.⁹⁵ Unter dieser Prämisse geht es fehl, wenn der BGH im *Siemens*-Urteil als Kompensation Vermögenswerte ausschließt, die unter gesetzes- oder sittenwidrigem, ggf. strafbarem Einsatz erlangt worden sind.⁹⁶ Das BVerfG hat klargestellt, dass normative Gesichtspunkte nicht die wirtschaftlichen Überlegungen verdrängen dürfen.⁹⁷ Deshalb ist die Beschränkung auf Geschäfte, die nicht nach §§ 134, 138 BGB nichtig sind, nicht haltbar.⁹⁸ Folglich sind nach wirtschaftlicher

⁸⁷ BVerfG NJW 2009, 2370 (2372); BVerfG NJW 2010, 3209 (3218 f.); *Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 266 Rn. 45; *Saliger*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, § 266 Rn. 82; *Schünemann*, in: LK-StGB, § 266 Rn. 178.

⁸⁸ BGHSt 48, 354 (357); 52, 182 (188); vgl. *Dierlamm*, in: MüKo-StGB, § 266 Rn. 212.

⁸⁹ BVerfG NJW 2010, 3209 (3219).

⁹⁰ *Dierlamm*, in: MüKo-StGB, § 266, Rn. 206 m.w.N.; *Fischer*, NSTZ Sonderheft 2009, 8 (10).

⁹¹ *Rönnau*, StV 2009, 246 (251).

⁹² Vgl. *Schünemann*, in: LK-StGB, § 266 Rn. 168.

⁹³ *Saliger/Gaede*, HRRS 2008, 57 (74).

⁹⁴ BGH NJW 1975, 1234 (1235); *Schlösser*, HRRS 2009, 19 (27).

⁹⁵ *Schünemann*, StraFo 2010, 477 (479); vgl. auch BGH wistra 2019, 190 (193).

⁹⁶ BGHSt 52, 323 (337).

⁹⁷ BVerfG NJW 2010, 3209 (3215); Es ist deshalb inkonsequent, dass eine Beanstandung der *Siemens*-Entscheidung in diesem Punkt unterblieben ist.

⁹⁸ So aber *Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 266 Rn. 45c.

Betrachtungsweise als mögliche Kompensation alle erlangten Vermögenswerte anzusehen.⁹⁹

Die Vermögensgefährdung als Grenzfall des Vermögensnachteils hat bei § 266 Abs. 1 StGB besondere Bedeutung. Im Gegensatz zum Betrug entscheidet sich hier das „Ob“ der Strafbarkeit, die Abgrenzung zum straflosen Versuch.¹⁰⁰ Hier besteht die Gefahr, dass zu weite Gefährdungslagen einbezogen werden, was eine unzulässige Vorverlagerung in den Bereich des Versuches bedeutet.¹⁰¹

bb) Vermögensgefährdung

(1) Vom BGH wurde im Fall *Kanther* eine schadensgleiche Vermögensgefährdung angenommen, weil der Täter sich die Möglichkeit verschafft, die „Vermögenswerte als geheimen, keiner tatsächlichen Zweckbindung unterliegenden und jeder Kontrolle durch den Berechtigten entzogenen Dispositionsfonds zu nutzen“ und über die Mittelverwendung „nach eigenem Gutdünken“ zu bestimmen.¹⁰² Da die Möglichkeit des endgültigen Vermögensverlustes vom Berechtigten nicht zu kontrollieren war und nur noch im Belieben des Täters stand, war die Vermögensgefährdung konkret. Diese Entscheidung des BGH betraf das Vermögen einer politischen Partei – dies ist mit der Situation in der Privatwirtschaft nur bedingt vergleichbar. Währenddessen das Vermögen in einer Partei einer Zweckbindung unterliegt, die von den jeweiligen Gremien exakt bestimmt wird und die politischen Parteien durch das Parteiengesetz besonderen Regeln unterworfen sind, besteht in der Privatwirtschaft Dispositionsfreiheit, die von den Organen (in Grenzen) beliebig delegiert werden kann. Dies betrifft insb. den Umstand, dass der leitende Angestellte i.R. seiner Zuständigkeit selbst über die Zwecke entscheiden kann, für die das Vermögen eingesetzt wird. Die Rechtsprechung, aber schließt von der Existenz der Kasse auf die zweckwidrige Verwendung.¹⁰³ Handeln nach Gutdünken ist aber nicht mit dem Handeln zum Besten des Unternehmens bei Eigenständigkeit gleichzusetzen.¹⁰⁴ Wenn es auf Grund der Ei-

⁹⁹ In diese Richtung nun BGH wistra 2019, 190 (193). Anders *Hoven*, in: Fischer et al., Vermögensschaden, S. 211, die die Gesetzeswidrigkeit als faktisches Indiz für die Risikoträchtigkeit und Vagheit der Kompensation ansieht. Dem ist entgegenzuhalten, dass die Kompensation nach einer ex-ante Betrachtung zu beurteilen ist und nicht von einer Kompensationsgefahr in der Form ausgegangen werden kann, dass die Kompensation dadurch ausgeschlossen wäre.

¹⁰⁰ *Mansdörfer*, JuS 2009, 114 (115); *Schünemann*, in: LK-StGB, § 266 Rn. 179.

¹⁰¹ BVerfG NJW 2009, 2370 (2372).

¹⁰² BGHSt 51, 100 (113); vgl. auch BGHSt 40, 287 (295 f.).

¹⁰³ *Saam*, HRRS 2015, 345 (347); *Saliger*, Parteiengesetz und Strafrecht, S. 411; *Tsagkaraki*, Bildung der sog. „schwarzen Kassen“, S. 198.

¹⁰⁴ *Saliger/Gaede*, HRRS 2008, 57 (71).

genständigkeit auf die Kenntnis des jeweiligen Angestellten ankommt und der Treugeber den Verbleib eines einzelnen Vermögensgegenstandes oft gar nicht wissen kann (und will), so kann die ausgeübte Eigenständigkeit nicht als „Gutdünken“ diffamiert werden.¹⁰⁵ Vielmehr muss hier der Umstand hinzutreten, dass der Treuehmer i.S.d. Unternehmens handeln will. Ansonsten liegt ein Schluss von der Pflichtwidrigkeit, dem Entzug der Dispositionsmacht, auf den Vermögensnachteil in Form des Gefährdungsschadens vor. Die Betrachtung würde sich im reinen Handlungsunwert erschöpfen.¹⁰⁶ Der Vermögensnachteil muss eigenständig bestimmt werden und eine tatsächliche Minderung durch die Gefährdung eingetreten sein.

(2) Diese ist zum einen möglicherweise darin zu sehen, dass die Dispositionsmöglichkeit für sich selbst werthaltig ist. Wenn man das Vermögen als Grundlage der Freiheitsbetätigung ansieht, so besitzen Kenntnis und Zugriffsmöglichkeit auf die Vermögensteile für sich genommen einen eigenen wirtschaftlichen Wert.¹⁰⁷ Dieser kann aber niemals den Umfang des gesamten Vermögensteiles annehmen. Anders ausgedrückt: Der Verlust des wirtschaftlichen Nutzungspotenzials würde am Markt einen Preisabschlag, nicht aber den Totalverlust bedeuten.¹⁰⁸ Um das wirtschaftliche Nutzungspotential überhaupt beurteilen zu können, muss neben dem abstrakten Merkmal der Verfügbarkeit der Mittel die Verwendungsabsicht treten. Der Treuehmer will die Mittel subjektiv gerade im Unternehmensinteresse einsetzen und tritt bzgl. der Mittel als Treuhänder auf.¹⁰⁹

(3) Dieser Sichtweise wird vorgeworfen, dass sie zu einer Zwangsverwaltung oder Bevormundung des Treugebers führe, auch würde es eine Subjektivierung des objektiven Tatbestandes bedeuten. Dem ist entgegenzuhalten, dass der Treugeber dem Treuehmer selbst „die Tür geöffnet“¹¹⁰ und ihm die Möglichkeit zum Zugriff auf sein Vermögen überlassen hat. Der Vorwurf der Subjektivierung verkennt, dass der Figur der schadensgleichen Vermögensgefährdung eine materielle Versuchsstruktur zugrunde liegt und sie ein Vorgang in der Zeit ist, der ohne die Verwendungsabsicht nicht prognostiziert werden kann.¹¹¹ Deshalb sind die Ziele des Treuehmers zu berücksichtigen. Eine konkrete Gefahr ist daher erst anzunehmen, wenn er andere, insb. eigene Ziele verfolgt, die nicht im Unternehmensinteresse sind. Die Realisierung der

¹⁰⁵ *Saam*, HRRS 2015, 345 (349).

¹⁰⁶ *Saliger*, FS Samson S. 455 (463 f.), *ders./Gaede*, HRRS 2008, 57 (70); *Tsagkaraki*, Bildung der sog. „schwarzen Kassen“, S. 207.

¹⁰⁷ *Rönnau*, StV 2009, 246 (249); in diese Richtung wohl a. BGH NStZ 2018, 105 (108).

¹⁰⁸ *Brammsen/Apel*, WM 2010, 781 (785).

¹⁰⁹ Vgl. *Evers*, Verhältnis des Vermögensnachteils zum Vermögensschaden, Rn. 291; *Rönnau*, StV 2009, 246 (249).

¹¹⁰ *Weimann*, Strafbarkeit der Bildung schwarzer Kassen, S. 131.

¹¹¹ *Rönnau*, in: FS Tiedemann, S. 713 (731 ff.); *Saliger/Gaede*, HRRS 2008, 57 (70).

Gefahr muss wahrscheinlich sein. Dies ist dann nicht der Fall, wenn die Gefahr durch den Einsatz für den Treugeber überhaupt nicht eintreten kann (vergleichbar mit einem untauglichen Versuch).¹¹² Ziel eines Unternehmens ist die Gewinnmaximierung.¹¹³ Wird die Kasse ausschließlich dazu verwendet, so dient sie der Vermögenserhaltung.¹¹⁴ Durch die zweckkonforme Verwendung i.S.d. Unternehmens trifft der Täter Vorkehrungen, die die Vermögensgefahr ausschließen. Dies hat zur Folge, dass bei einer ex-ante Betrachtung ein effektiver Güterverlust nie eintreten kann.¹¹⁵ Folglich muss eine konkrete Gefährdung durch andere Umstände begründet werden.

(4) Eine Gefährdung könnte aus dem Prinzip des individuellen Schadenseinschlages folgen. Wenn die Entziehung für den Treugeber bedeutet, dass er sich gezwungen sehen wird, z.B. in Zukunft einen Kredit aufzunehmen, so kann dieser Umstand bereits im Zeitpunkt der Errichtung der Kasse eine Gefährdung darstellen.¹¹⁶

(5) Selbst wenn durch die spätere Verwendung der Mittel ein lukrativer Auftrag akquiriert würde, so steht dieser Gewinn unter dem Risiko der Einziehung und der Treugeber könnte sich Sanktionen, Rückforderungs- und Schadensersatzansprüchen ausgesetzt sehen. Diese Gefahr muss konkret sein. Da die Aufdeckung der Kasse aber ungewiss und bei Ansprüchen, aber auch bei Sanktionen¹¹⁷ eine Geltendmachung bzw. Verhängung notwendig ist, ist die notwendige Konkretetheit nicht gegeben.¹¹⁸

(6) Wie bereits unter dem Punkt des „endgültigen Vermögensnachteils“ angesprochen, kann es nicht nur auf Kriterien aus dem Treueverhältnis ankommen, vielmehr müssen bereichsexterne Kriterien Berücksichtigung finden. Da es sich bei der schadensgleichen Vermögensgefährdung um eine Prognoseentscheidung handelt, ist die objektive Verlustgefahr mit einzubeziehen. Dies kann aus einem möglichen Zugriff

¹¹² [Saam, HRRS 2015, 345 \(348\)](#); [Saliger](#), Parteiengesetz und Strafrecht, S. 422, 424.

¹¹³ [Evers](#), Verhältnis des Vermögensnachteils zum Vermögensschaden, Rn. 293; [Schlösser, HRRS 2009, 19 \(23\)](#).

¹¹⁴ [Schünemann](#), NStZ 2008, 430 (433).

¹¹⁵ [Saliger](#), Parteiengesetz und Strafrecht, S. 424; *ders.*, in: FS Samson, S. 455 (463).

¹¹⁶ [Schlösser, HRRS 2009, 19 \(27\)](#).

¹¹⁷ [Saliger](#) unterscheidet hier zwischen self-executing Sanktionen und solchen, die noch im Ermessen der jeweiligen Behörde stehen, vgl. [Saliger](#), Parteiengesetz und Strafrecht, S. 130; *ders.*, NStZ 2007, 545 (549). Darauf kann es aber nicht ankommen, da vorheriger notwendiger Zwischenschritt die Aufdeckung ist und so nur eine abstrakte Gefahr vorliegt.

¹¹⁸ [Dierlamm](#), in: FS Widmaier, S. 607 (614); [Ransiek](#), NJW 2007, 1727 (1729). Bzgl. der Einziehung gehen [Saliger/Gaede, HRRS 2008, 57 \(73 f.\)](#) von einer schadensgleichen Kompensationsgefahr aus. Da eine solche nicht zu berücksichtigen ist, scheidet für eine Gefährdung die Einziehung aus.

durch Gläubiger des Trenehmers auf die Mittel, der Kontroll- und Verfügungsmöglichkeit von Dritten, der Unzuverlässigkeit von Treuhändern oder des Trenehmers selbst, einer unsicheren Geldanlage oder einem hohem Entdeckungsrisiko folgen.¹¹⁹ Wenn einzelne Punkte aus dieser nicht abschließenden Aufzählung vorliegen, so ist das Vermögen mit Risiken behaftet, die eine Wertminderung darstellen und das Vermögen bereits konkret gefährden.

cc) Mögliche Kompensationen

(1) Auf die Frage der Kompensation kommt es nur dann an, wenn eine konkrete Gefährdung vorliegt. Auch wenn die Mittelverwendungsabsicht einen werthaltigen Faktor¹²⁰ darstellt, so ist das Vermögen trotz deren Berücksichtigung bei der Gefährdung durch andere Faktoren gemindert, sodass sie nicht durch eine doppelte Anwendung noch kompensierend wirken kann. Sie kann nicht noch eine Exspektanz¹²¹ zugrunde des Trenehmers darstellen. Wenn später die geplante Verwendung gelingt, so erlangt der Treugeber seine Vermögensposition vollständig zurück.¹²²

(2) Will man allerdings die Mittelverwendungsabsicht nicht als gefährdungsausschließendes Moment ansehen, so ist i.R.d. zutreffenden verwendungszweckabhängigen Lesart auf die reale Mittelverwendung abzustellen. Das Manipulationsgeschäft ist als ein einheitliches wirtschaftliches Geschehen zu qualifizieren. Der Errichtung einer schwarzen Kasse und der späteren (beabsichtigten) Verwendung liegt ein Gesamtplan zugrunde, für den mehrere Verfügungen notwendig sind. Gerade in einem etablierten System sind verschiedene Aktionsstufen notwendig.¹²³ Sonst wird ein einheitliches Geschehen künstlich aufgespalten. Auch ist das Herauslösen des Geldes grds. nicht zentrales Motiv des Täterhandelns. Vielmehr handelt es sich nur um eine Vorbereitungshandlung und ein notwendiges Durchgangsstadium.¹²⁴ Bei einem solchen wirtschaftlichen Gesamtvorgang kann nicht ohne zwischenzeitlichen Verlust ein Gewinn erzielt werden. Dies ist aber nur dann anzunehmen, wenn der Gewinn mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist. Dann handeln die Akteure nicht als Spieler, sondern gehen planvoll vor und überblicken das Geschehen

¹¹⁹ Vgl. *Saliger*, Parteiengesetz und Strafrecht, S. 422, 427; *Satzger*, NStZ 2009, 297 (303 f.); *Schlösser*, HRRS 2009, 19 (26); *Weimann*, Strafbarkeit der Bildung schwarzer Kassen, S. 134.

¹²⁰ Siehe *Saliger*, in: FS Samson, S. 455 (463).

¹²¹ Verwendungsabsicht als Exspektanz einordnend: *Schlösser*, HRRS 2009, 19 (24 f.); *Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 266 Rn. 45c; a.A. *Brammsen/Apel*, WM 2010, 781 (784 f.); *Fischer*, NStZ Sonderheft 2009, 8 (17).

¹²² *Schlösser*, HRRS 2009, 19 (24).

¹²³ *Kempf*, in: FS Volk, 2009, S. 231 (242); *Rönnau*, StV 2009, 246 (250); *Saliger/Gaede*, HRRS 2008, 57 (75).

¹²⁴ *Kempf*, in: FS Volk, S. 231 (242).

aufgrund ihrer Erfahrung und Qualifikation.¹²⁵ Allerdings ist es vorzugswürdiger, bei der Errichtung der Kasse auf die Verwendungsabsicht abzustellen und diese Betrachtung für den Punkt der tatsächlichen Verwendung der Mittel fruchtbar zu machen. Der Einwand, dass zwischen Errichtung und Verwendung Jahre liegen können,¹²⁶ ist nicht ganz von der Hand zu weisen, auch ist die Auftragsakquise in vielen Fällen noch ungewiss.¹²⁷ Dies ist anders, wenn die Kasse unmittelbar vor dem Geschäft errichtet wird.

(3) Nach dem BGH ist das Vorhandensein der Mittel nicht mit dem Fall vergleichbar, in denen ein Treuepflichtiger eigene Mittel bereithält, um den Nachteil auszugleichen.¹²⁸ Aufgrund der altruistischen Motive des Treuepflichtigen ist nicht daran zu zweifeln, dass er die Mittel herausgeben wird.¹²⁹ Wenn eben schon eigene Mittel ausreichen, dann müssen erst Recht die Mittel zu dieser Fallgruppe gezählt werden, die der Treuepflichtige immer als solche des Treuegebers angesehen hat und jederzeit in voller Höhe zurückfließen lassen kann.¹³⁰ Wenn der BGH eigene Mittel verlangt, so verkennt er die wirtschaftliche Betrachtungsweise und stellt nur auf die formale Eigentümerstellung ab.¹³¹ Deshalb ist dem Bestand der Kasse eine kompensatorische Wirkung zuzuschreiben.¹³²

dd) Zwischenergebnis

Durch die Berücksichtigung der Verwendungsabsicht bei der Beurteilung, ob eine konkrete Gefahr vorliegt, ist eine solche in den meisten Fällen der Errichtung einer schwarzen Kasse ausgeschlossen. Sollte dies einmal nicht der Fall sein, so dienen die Ausführungen zur Kompensation dazu, dass trotz Vorliegen einer Gefährdung ein Vermögensnachteil in bestimmten Einzelfällen nichtsdestotrotz ausscheiden kann. Indem der BGH in seiner Betrachtung den Vollendungszeitpunkt weit nach

¹²⁵ BGH NJW 1975, 1234 (1235 f.); *Rönnau*, StV 2009, 246 (250); *Saliger/Gaede*, HRRS 2008, 57 (75); a.A. *Hoven*, in: Fischer et al., Vermögensschaden, S. 210.

¹²⁶ *Fischer*, NSStZ Sonderheft 2009, 8 (19).

¹²⁷ *Hoven*, in: Fischer et al., Vermögensschaden, S. 210.

¹²⁸ BGHSt 52, 323 (337); zust. *Fischer*, StGB, § 266 Rn. 134. Kein Schaden, wenn der Täter eigene Mittel zum Ausgleich zur Verfügung hat: BGHSt 15, 342 (344); *Dierlamm*, in: MüKo-StGB, § 266, Rn. 209; *Heger*, in: Lackner/Kühl, § 266 Rn. 17.

¹²⁹ *Saam*, HRRS 2009, 345 (347). *Hefendehl*, Vermögensgefährdung und Expektanzen, 1994, S. 291: Ausgleichswille und -fähigkeit liegt regelmäßig vor. *Saliger*, Parteiengesetz und Strafrecht, S. 423: rein spekulativ, bei Entdeckung bleibt dem Täter keine andere Wahl.

¹³⁰ *Dierlamm*, in: MüKo-StGB, § 266, Rn. 248: Bei keiner Verlustgefahr und Möglichkeit des Mittelrückflusses fehlt es an einer Minderung.

¹³¹ *Satzger*, NSStZ 2009, 297 (302 f.).

¹³² Ausführlich *Saliger*, Parteiengesetz und Strafrecht, S. 422 ff.

vorn verlagert, kann er keine Unmittelbarkeit für Kompensationen annehmen.¹³³ Die Lösung des BGH kann nicht überzeugen. Gerade bei der schadensgleichen Vermögensgefährdung bedarf es der Berücksichtigung der Verwendungsabsicht, um entgegenzuwirken, dass die Untreue uferlos wird und zum Gefährdungsdelikt mutiert.¹³⁴

C. Unterhaltung schwarzer Kassen als strafbare Untreue

I. Pflichtverletzung

In der *Siemens*-Entscheidung wurde wie bei *Kanther* auf ein Unterlassen abgestellt: Auf das Unterlassen der Offenbarung der Existenz der Kasse. Die Offenbarung und Verbuchung unbekannter Mittel sei Teil des Kernbereichs der Vermögensbetreuungspflicht gewesen.¹³⁵ Die Besonderheit beim *Siemens*-Fall war hier, dass der Angestellte die Kasse nicht errichtet, sondern nur übernommen und weitergeführt hatte. Ein schwerpunktmäßiges Abstellen auf ein Unterlassen der Offenlegung kann bei schwarzen Kassen überzeugen, die über viele Jahre geheim gehalten werden, andererseits stellen Verwaltungs- und Verschleierungshandlungen ein aktives Tun dar.¹³⁶ Ob Tun oder Unterlassen (und damit die Anwendung von § 13 Abs. 2 StGB) vorliegt, ist eine Frage des Einzelfalles.

II. Vermögensnachteil

1. Zunächst ist danach zu differenzieren, ob bereits ein Vermögensnachteil durch die Bildung der Kasse eingetreten ist. Ist dies nicht der Fall, so ist das Vermögen wirtschaftlich noch dem Treugeber zuzuordnen. Aus einer personellen Auswechslung des Verwalters kann noch kein Nachteil folgen.¹³⁷ Dies kann ausnahmsweise nach der Verwendungsabsicht oder bereichsexternen Faktoren anders sein, wenn das Vermögen dadurch gefährdet wird.

2. Die größte Schwäche weist die *Siemens*-Entscheidung bei der Bestimmung des Nachteiles auf. Wenn der BGH annimmt, dass dieser bereits mit der Bildung vollständig eingetreten sei, hier aber nur auf eine Weiterführung abstellen kann, so wird der Taterfolg zeitlich vor der Tathandlung gezogen. Es müsste ein zusätzlicher Nachteil durch das Verhalten des Trenehmers entstehen.¹³⁸ Allerdings ändert sich die Situation für den Treugeber nicht, sodass kein Nachteil vorliegt.

¹³³ [Schlösser, HRRS 2009, 19 \(23\)](#).

¹³⁴ Vgl. [Beulke](#), in: FS Eisenberg, S. 245 (262).

¹³⁵ BGHSt 52, 323 (334).

¹³⁶ Vgl. [Rönnau](#), StV 2009, 246.

¹³⁷ [Saam, HRRS 2015, 345 \(351\)](#).

¹³⁸ [Satzger, NStZ 2009, 297 \(302\)](#).

3. Nach dem BVerfG liegt durch die Endgültigkeit des Mittelentzuges eine aktive Vereitelung einer konkreten vermögenswerten Exspektanz vor¹³⁹, der Betreuende habe auch die Pflicht zur Vermögensmehrung. Wie sich Vermögen, das noch dem Treugeber zuzuordnen ist und nicht verloren ist, durch die Verschleierung zu einer bloßen Exspektanz verwandeln soll, ist unerklärlich.¹⁴⁰ Wenn man nur an ein Hinzu-denken eines pflichtgemäßen Verhaltens für die Begründung eines Vermögensbestandteiles anknüpft, so kommt dies einer Fiktion gleich.¹⁴¹ Nach hier vertretener Ansicht ändert sich an der Zuordnung des Vermögens durch die Unterhaltung der Kasse nichts. Es ist nicht entwertet und nach wie vor Vermögen des Treugebers.

4. Entstehen durch die Verwaltung Kosten, für die der Treugeber keine wirtschaftlichen Vorteile erlangt, so stellen diese Einbußen einen Vermögensnachteil dar.

D. Verwendung schwarzer Kassen als strafbare Untreue

Die Verwendung muss nicht zwangsläufig einen Vermögensnachteil begründen. Zu prüfen ist, ob sie tatsächlich wirtschaftlich nachteilig war.¹⁴² Hier sei auf die Ausführungen zur Kompensation verwiesen. Gerade das Verwendungsgeschäft muss ein einheitliches Geschäft darstellen, bei dem alle erlangten Vorteile einzubeziehen sind. Auch ist die Verwendung der Gelder z.B. zu Schmiergeldzahlungen kein spezifisches Untreueunrecht, sondern fällt unter die Korruptionsdelikte. Wurden durch die schwarzen Kassen Steuern nicht abgeführt, so ist eine Strafbarkeit insb. nach der AO zu prüfen.

E. Angemessene Lösung?

Auf der Suche nach einer angemessenen Lösung muss man verschiedene Faktoren im Blick haben. Die Lösung sollte dogmatisch stimmig sein, die zu pönalisierenden Fälle erfassen und gleichzeitig die strafunwürdigen Fälle trennscharf abgrenzen, dem Rechtsgut Vermögen gerecht werden und die Vorgaben des GG wahren. Diese Aufgabe ist, wenn überhaupt, nicht einfach zu bewältigen.

Zusammenfassend ist der Rechtsprechung dahingehend entschieden entgegenzutreten, als dass eine strafbare Untreue bei schwarzen Kassen nur in Ausnahmefällen angenommen werden kann. Die Modifikation des Rechtsgutes Vermögen durch Ziele wie die Bekämpfung von unlauterem Wettbewerb oder Korruption verwässert

¹³⁹ BVerfG NJW 2010, 3209 (3216 f.); *Ransiek*, NJW 2009, 89 (96).

¹⁴⁰ *Saliger*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, § 266 Rn. 97; *ders.*, NJW 2010, 3195 (3197).

¹⁴¹ *Rönnau*, StV 2009, 246 f.

¹⁴² BVerfG NJW 2010, 3209 (3215); *Saliger*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, § 266 Rn. 97.

die Untreue.¹⁴³ Für viele Fehlleistungen im Geschäftsleben stellt das Zivilrecht ein geeignetes und hinreichendes Wiedergutmachungs- und Ahndungsinstrumentarium dar,¹⁴⁴ sodass es des „scharfen Schwerts“ des Strafrechts nicht bedarf. Das BVerfG hat klargestellt, dass nur der Gesetzgeber zur Entscheidung über die Strafbarkeit berufen ist. Durch die Ausdehnungen der Rechtsprechung beim Vermögensbegriff oder bei der schadensgleichen Vermögensgefährdung wird diese Prämisse negiert. Ein weiterer Punkt ist die „Kehrtwendung“, die der BGH von der *Kanther-* zu den *Siemens-* und *Trienekens-*Entscheidungen innerhalb von gerade einmal drei Jahren vollzogen hat. Dies lässt berechtigterweise die Frage nach der Halbwertszeit von BGH-Entscheidungen aufkommen.¹⁴⁵

¹⁴³ Satzger, NStZ 2009, 297 (303); Ransiek, NJW 2009, 89 (95): Wozu braucht man Bestechungstatbestände, wenn im Vorfeld § 266 StGB greift.

¹⁴⁴ Beulke, in: FS Eisenberg, S. 245 (252); Saliger, Parteiengesetz und Strafrecht, S. 425.

¹⁴⁵ Vgl. Fischer, StraFo 2008, 269 (277).