

Manuel Köchel, Frankfurt a.M.

## **Eirini Tsagkaraki: Die Bildung der sog. „schwarzen Kassen“ als strafbare Untreue gemäß § 266 StG**

**Schriften zum Strafrecht, Band 249, Duncker & Humblot, Berlin 2013, 293 Seiten**

Eirini Tsagkaraki hat seine Monographie der Frage gewidmet, inwieweit die Implementierung einer sog. „schwarzen Kasse“ als strafbare Untreue nach § 266 StGB zu werten ist. Die Arbeit wurde im März 2012 von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur sind dabei bis Ende Februar 2012 berücksichtigt.

Nicht selten wurde diese Fallkonstellation der Untreue als „Prüfstand des dogmatischen Untreuetatbestandes“ bezeichnet. Sämtliche Entscheidungen sowohl im Bereich der öffentlichen Verwaltung, der Parteienlandschaft und zu guter Letzt der Privatwirtschaft haben nicht nur die Weichen für den Umgang mit dieser Thematik für im rein Tatsächlichen gesorgt, sondern auch die dogmatische Frage nach der Reichweite der Figur der „schadensgleichen Vermögensgefährdung“ aufgeworfen. Als Annex geht es im selben Atemzug um die Fragen, inwieweit die Schadensbegriffe bei § 266 StGB und § 263 StGB identisch sind und inwiefern die Sanktion einer schwarzen Kasse als Mittel der Korruptionsdelikte verwendet werden kann. Dies wird häufig insofern relevant, als die dort gesammelten Gelder für strafrechtlich relevante Anschlussbestechungen genutzt werden und jene relevanten Vorfeldhandlungen aus kriminologischer, rechtspolitischer und wirtschaftsethischer Sicht nur unzureichend strafrechtlich verfolgbar sind. Problematisch wird diese Konstruktion eines Gefährdungsschadens, wenn dieser noch in Einklang mit dem ohnehin sehr weiten Tatbestand der Untreue kombiniert werden soll. Vor diesem Hintergrund untersucht der Verf. die Bildung der sog. „schwarzen Kasse“ als strafbare Untreue.

## I. Inhalt

Der Bogen der Untersuchung reicht insoweit von einer Begriffsbestimmung der schwarzen Kasse, über die unterschiedlichen Erscheinungsformen im öffentlichen, parteipolitischen und privatwirtschaftlichen Sektor, die Motive zur Implementierung derartiger schwarzer Kassen bis hin zu einer vertieften Auseinandersetzung mit den einzelnen Tatbestandsmerkmalen. Abgerundet wird die Arbeit mit dem Vorschlag, die Einschränkung des Gefährdungsschadens bei der Bildung von schwarzen Kassen über die Faktoren der Rückgabefähigkeit und -willigkeit zu lösen.

Zutreffend beschränkt der Verf. (S. 57-110) die Untersuchung zu Beginn nicht nur auf den im Fokus der Praxis und Wissenschaft stehenden Untreuenachteil in Gestalt eben jenes Gefährdungsschadens, sondern setzt sich gleichsam kritisch mit den übrigen objektiven Tatbestandsmerkmalen auseinander. Ausdrücklich ausgespart wurden Überlegungen zur späteren Verwendung der beiseite geschafften Gelder sowie mit der Einrichtung einhergehende staatliche Sanktionen bei Aufdeckung selbiger, sei es in Gestalt des Parteiengesetzes oder des Ordnungswidrigkeitentatbestandes des § 30 OWiG. An dieser Stelle hätte noch ein kurzer – auch in der Literatur angesprochener – Hinweis auf die fehlende Möglichkeit, das Phänomen der schwarzen Kasse über legale zivilrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten einzudämmen, plaziert werden können.

Ausgehend von dem Zwischenergebnis, dass die Bildung schwarzer Kassen in den häufigsten Fällen nur eine Untreue in Gestalt der Treubruchshandlung nach § 266 Abs. 1 Alt. 2 StGB darstellt (S. 75), leitet die Erläuterung des Merkmals der Pflichtverletzung i.S.d. § 266 StGB den ersten Schwerpunkt der Arbeit ein. Zutreffend beschränkt der Verf. anfangs den Kreis der vermögensbetreuungspflichtigen Personen anhand des Indizienkatalogs der Rechtsprechung sowie einer fallgruppenbasierten Systematisierung in der Literatur. Ausgehend von diesem – aufgrund der erforderlichen Vermögensbetreuungspflicht – überschaubaren Täterkreis wären vertiefendere Ausführungen zur Teilnehmerstrafbarkeit – statt des bloßen Verweises auf eine in Betracht kommende Gehilfenstrafbarkeit – wünschenswert gewesen. Neben der Tatsache, dass Personen wie Liquidatoren bzw. Abwickler, aber auch Steuerberater, Hauptbuchhalter u.a. in der Aufzählung keine Erwähnung finden, wäre ein kurzer Hinweis in den Fußnoten zu der Problematik der Einrichtung einer schwarzen Kasse im Wege einer Gremienentscheidung selbstverständlich nicht geboten, aber doch immerhin der Vollständigkeit halber wünschenswert gewesen.

Eine Fundgrube an Problemquellen bietet zunächst das Merkmal der Pflichtverletzung. Nachsehen kann man es dem Verf. daher, wenn nicht jeder Einzelaspekt en détail besprochen wird. Ungeachtet dessen hätte die eine oder andere Thematik einer vertieften Erörterung bedurft. Die Frage nach der Tatbestandsverwirklichung durch aktives Tun oder Unterlassen wird zunächst abstrakt aufgeworfen, (S. 86 ff.) um im weiteren Verlauf sowohl anhand der „Kanter“- als auch anhand der „Siemens/ENEL“-Entscheidung die konkreten Begehungsweise zu bewerten. Zutreffend differenziert der Verf. (S. 104 f.) zwischen den jeweiligen Umständen der Einzelfälle (neue Implementierung oder nur bloße Übernahme der schwarzen Kasse, aktive Verschleierungshandlungen oder bloße passive Verwaltungsmaßnahmen, usw.), wenn sich die Rechtsprechung einer Konstruktion über die Unterlassungsstrafbarkeit bedient hat. Zu kurz gegriffen scheint jedoch der bloße Verweis auf die Kommentierung bei *Fischer*, welcher bei längerfristigen Taten und zwischenzeitlichem Wechsel von Tatbeteiligten das Schwergewicht der Pflichtverletzung in dem Unterlassen der pflichtgemäßen Offenbarung gegenüber dem Treugeber und der Einstellung in die Buchführung sieht und nicht in den einzelnen eben angesprochenen Verschleierungs- und Verwaltungsmaßnahmen. Zwar werden einzelne abweichende Meinungen im Schrifttum in den Fußnoten mit erwähnt. Eine argumentative Auseinandersetzung mit denselbigen findet leider nicht statt. Vor dem Hintergrund, dass der Gesichtspunkt der Tatbegehung nicht unwesentliche andere strafrechtlich relevante Folgen nach sich zieht, wäre eine kurze dogmatische Aufarbeitung hilfreich gewesen.

So erkennt der Verf. an anderer Stelle (S. 102) die Brisanz dieser Qualifizierung, wenn die Betrachtung aus einem Blickwinkel des Unterlassens heraus im Rahmen der Strafverfolgungsverjährung als „nicht haltbar“ deklariert wird. Aufgrund der fortwährenden Deliktsverwirklichung könne die Beendigung der Tat i.S.d. § 78a StGB stetig nach hinten verschoben wer-

den und so die absolute Verjährungsfrist aus den Angeln heben. Neben diesen verjährungsrechtlichen Unwägbarkeiten wirft jene Unterlassungskonstruktion gleichsam beweisrechtliche Nachteile des Täters hervor. Aus konkurrenzrechtlicher Sicht stellt sich die Anschlussfrage, inwieweit für jede einzelne schwarze Kasse auch eine einheitliche Tat angenommen werden müsste. Schließlich hätte man auch insoweit Stellung nehmen können, ab welchem Zeitpunkt von einer Vollendung des Unterlassens gesprochen werden kann. Würde man diesbezüglich auf die erste Möglichkeit einer Kontobewegung abstellen, so käme man in Schwierigkeiten überhaupt einen straflosen Unterlassungsversuch zu konstruieren.

Auf der Basis dieser Überlegungen wäre daher eine Auseinandersetzung mit den einschlägigen Untersuchungen (bspw. *Welp*, Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung oder *Kühl*, Die Beendigung des vorsätzlichen Begehungsdelikts) in diesem Kontext angebracht gewesen. Dann hätte man auch den kurzen Hinweis auf das Strukturproblem des Untreuetatbestands (S. 60) weiter aufgreifen können und anhand des Verhältnisses zwischen Handlungs- und Erfolgsunrecht dieses auf etwaige iterative Handlungsverläufe übertragen können. So greift der wissenschaftliche Diskurs in diesem Bereich leider etwas knapp.

Äußerst sorgfältig recherchiert ist dagegen der Hauptschwerpunkt der Arbeit. Mit einer Einleitung zu den unterschiedlichen Vermögensbegriffen i.S.d. §§ 263, 266 StGB arbeitet der Verf. zunächst die allgemeine Entwicklung der Rechtsprechung hinsichtlich der „schadensgleichen Vermögensgefährdung“ bzw. des „Gefährdungsschadens“ heraus, um im Anschluss daran die Besonderheiten des Untreuetatbestandes näher zu erörtern. Über die Charakteristika der Unbestimmtheit des objektiven Tatbestandes, des Fehlens einer Bereicherungsabsicht und der Straflosigkeit des Untreueversuchs gelangt der Verf. zu den unreue-spezifischen Einschränkungansätzen im Rahmen des Gefährdungsschadens, um im Einklang mit Teilen der Literatur (S. 165 ff.) verschiedene Restriktionsansätze herauszuarbeiten und gleichzeitig die Identität der Begriffe des Vermögensschadens in § 263 StGB und § 266 StGB aufzugeben. Beginnend mit dem täterorientierten Einschränkungansatz über die operorientierten, die zivilrechtsorientierten bis hin zum Unmittelbarkeitskriterium, untersucht der Verf. jedes dieser Instrumentarien sorgfältig auf seine Belastbarkeit. Wegen der soeben erwähnten Spezifika besteht für die Untreue im Verhältnis zum Betrug die verschärfte Gefahr der Vorverlagerung der Strafbarkeit. Demzufolge greift der Verf. zu Recht insbesondere auf unreue-spezifische Restriktionsbestrebungen zurück. Der renommierteste Vertreter unter diesen Bemühungen ist der Versuch über das Merkmal der Unmittelbarkeit. Entgegen dem Prinzip der „doppelten Unmittelbarkeit“ im Rahmen des Betrugs sollen hinsichtlich des Vorliegens einer Vermögensgefährdung i.S.d. § 266 StGB drei Voraussetzungen vorliegen müssen. Im Wesentlichen lassen sich diese wie folgt formulieren:

- Die Gefährdung und die Nachprüfbarkeit derselben müssen sich aus objektiv feststellbaren Tatsachen ermitteln lassen,
- die Vermögensgefährdung muss als unmittelbare Folge der pflichtwidrigen Untreuehandlung in einem effektiven Schaden münden und
- schließlich muss sich der Vermögensschaden zeitlich gesehen unmittelbar (d.h. nicht alsbald) der Vermögensgefährdung anschließen.

Diese Einschränkungskriterien hat auch das Bundesverfassungsrecht in seinem Beschluss vom 10.03.2009 hervorgehoben. Der Verf. hält jedoch in Einklang mit anderen Stimmen in der Literatur das Kriterium der Unmittelbarkeit gleichsam für nicht geeignet, den Gefährdungsschaden i.S.d. § 266 StGB hinreichend belastbar zu konkretisieren. Allein abstrakte Gefährdungen werden über dieses Merkmal ausgesiebt. Zu weitreichenderen Einschränkungen sei das Kriterium aber ebenfalls nicht geeignet (S. 184). Aufgegriffen wird die Entwicklung, das Auseinanderfallen der Schadensdogmatik bei Betrug und Untreue weiter fortzuführen, um entgegen des operorientierten Einschränkungmodells beim Betrug eine „eigenständige täterorientierte Einschränkungslösung“ für die Untreue zu finden (S. 188). Dies insbesondere deshalb, da die bisherigen Lösungsansätze das Problem des Eintritts eines Vermögensnachteils in Form des Gefährdungsschadens durch die Bildung einer schwarzen Kasse nicht zufriedenstellend erfassen konnten.

Sowohl der überwiegende Teil der Literatur als auch die Rechtsprechung gehen von einer Verwendungszweckabhängigen Lesart der Bildung sog. schwarzer Kassen aus. Hauptau-

genmerk der Argumentationsmuster liegt dabei zum einen entweder in der subjektiven Vorstellung des Täters oder in der objektiven Verwendung der beiseite geschafften Gelder zu einem späteren Zeitpunkt. Beabsichtigt also der Täter zum einen oder verwendet der Täter zum anderen tatsächlich die Mittel im Sinne der Vorstellung des Treugebers, so soll ein Gefährdungsschaden regelmäßig ausscheiden. Verknüpft wird dieser Verwendungsvorbehalt von anderen Stimmen in der Literatur mit der Überlegung, ob der Delinquent gleichsam ausgleichsbereit und -fähig sei (S. 220 ff.). Nachdem diese Überlegungen aber nach Auffassung des Verf. nicht durchwegs überzeugen können und die Rechtsprechung mithin die Dispositionsbefugnis als zusätzliches Rechtsgut mit in den Tatbestand hineinliest, tritt das Bedürfnis einer weiteren Einschränkung offen zutage (S. 240 ff.).

Zu Beginn dieses eigenständigen Ansatzes wird der grundlegende Ausgangsgedanke entwickelt. Da die ständige Rechtsprechung einen Vermögensschaden und damit eine Strafbarkeit aus § 266 StGB ablehnt, wenn der Täter entsprechende eigene flüssige Mittel zum Ausgleich der Vermögensminderung bereithält und willens ist, diese ggf. auch zum Ersatz zu nutzen, sei dieser Grundgedanke aufgrund der Besonderheiten des Untreuetatbestandes auch für die Problematik der schwarzen Kassen heranzuziehen. Zwar legen sowohl der BGH als auch das BVerfG dar, dass dieser Ansatz für die Fallgruppe der schwarzen Kasse nicht gelten könne, da in diesen Fällen der Treupflichtige lediglich das Vermögen des Treugebers bereithält. Entgegen dieser Überlegung könne nach Auffassung des Verf. der Fall, dass sich die Gelder sogar noch in der Kasse des Arbeitgebers befinden, jedoch nicht strenger beurteilt werden, als die Konstellation, in welcher der Täter die Mittel außerhalb des Vermögensstamms des Treugebers bereithält.

Auf dieser Basis setzt der Verf. an, um über die Merkmale der Ausgleichsfähigkeit und -willigkeit, die von ihm für die Bildung der schwarzen Kasse entscheidenden Faktoren der Rückgabefähigkeit und -willigkeit zu begründen und einer kritischen Prüfung zu unterziehen. Dabei ist von der objektiven Rückgabefähigkeit auszugehen, wenn der Täter „jederzeit unmittelbaren Zugriff auf die verborgenen, noch in der schwarzen Kasse vorhandenen Geldmittel hat“. Das Kriterium der subjektiven Rückgabewilligkeit sei dann anzunehmen, wenn der Täter „jederzeit die Absicht hat, die verborgenen, noch in der schwarzen Kasse vorhandenen Geldmittel im Interesse des Vermögensinhabers zu verwenden“ (S. 251). Der wesentliche Unterschied zu den bisher vorgeschlagenen Einschränkungsmodellen liegt darin begründet, dass die objektiven und subjektiven Kriterien in ein ausgewogenes Verhältnis gestellt werden und damit sämtlichen Untreuespezifika (Unbestimmtheit des Tatbestands, Strafflosigkeit der versuchten Untreue, usw.) hinreichend Rechnung getragen wird. Mit einer abschließenden Überlegung fordert der Verf. in Einklang mit anderen Stimmen eine gesetzgeberische Reaktion in Form der Einführung eines direkten statt eines bedingten Vorsatzes (S. 263). Neben den praktischen Schwierigkeiten, die sich beim Nachweis desselbigen ergeben würden, hat der Gesetzgeber bis dato allerdings noch nicht korrigierend eingegriffen, wenn es darum geht, die subjektiven Voraussetzungen des § 266 StGB zu verschärfen.

## II. Darstellung

Schon aus der Gliederung wird ersichtlich, wie sorgfältig recherchiert die Arbeit ist. Aufgrund der Fülle der zu der Problematik ergangenen Urteile und der sich daran anschließenden wissenschaftlichen Aufarbeitung, ist es nicht verwunderlich, wenn die Arbeit an einigen Stellen etwas an der Oberfläche verbleibt. Ungeachtet dessen wäre es zumindest im Rahmen der bereits oben angesprochenen Problemfelder wünschenswert gewesen, den interessierten Leser mittels zusätzlichen Ausführungen auf diese Randbereiche wenigstens hinzuweisen. Der Übersichtlichkeit halber wäre es unter formalen Gesichtspunkten noch hilfreich gewesen, die Binnenverweise in den Fußnoten mit der entsprechenden Seitenzahl zu versehen, so würde sich der zusätzlich erforderliche Blick in das Inhaltsverzeichnis noch erübrigen.

## III. Fazit

In erster Linie die Ausführungen zur Pflichtverletzung und die ausführliche Darstellung des Vermögensnachteils in Gestalt des Vermögensschadens verdeutlichen, dass der dogmatische Prozess der Strafrechtswissenschaft bei der Bildung und Fortführung von schwarzen Kassen noch alles andere als abgeschlossen ist. Daher trifft die Arbeit den Kern der aktuellen wissenschaftlichen Diskussion und wer sich mit dieser Thematik vertieft auseinandersetzen

möchte, kommt um einen Blick in diese Arbeit nicht umher. Alleiniger Schönheitsfehler ist die fehlende Erwähnung von vermeintlichen Randproblemen, welche die ansonsten umfassende Auseinandersetzung abgerundet hätten. Obwohl an einigen Passagen noch etwas tiefer hätte recherchiert werden können, kann die lesenswerte und sehr detaillierte Dissertation den wissenschaftlichen Diskurs in jedem Fall bereichern. Insbesondere der neue Einschränkungansatz hinsichtlich der Rückgabefähigkeit und -willigkeit sollte auf seine Praxistauglichkeit hin überprüft werden. So überzeugend der neu entwickelte Einschränkungansatz auch ist, werden erst künftige Entscheidungen zeigen, ob die Gerichte von einer verwendungszweckunabhängigen Betrachtung abweichen und zumindest langfristig eine kohärente und belastbare Lösung über die hier vorgeschlagenen Faktoren finden werden.