

Schriften zum Strafrecht

Band 249

**Die Bildung der sog.
„schwarzen Kassen“ als strafbare
Untreue gemäß § 266 StGB**

Von

Eirini Tsagkaraki



Duncker & Humblot · Berlin

EIRINI TSAGKARAKI

Die Bildung der sog. „schwarzen Kassen“
als strafbare Untreue gemäß § 266 StGB

Schriften zum Strafrecht

Band 249

Die Bildung der sog.
„schwarzen Kassen“ als strafbare
Untreue gemäß § 266 StGB

Von

Eirini Tsagkaraki



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München
hat diese Arbeit im Jahre 2012 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2013 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: L101 Mediengestaltung, Berlin
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0558-9126

ISBN 978-3-428-14139-5 (Print)

ISBN 978-3-428-54139-3 (E-Book)

ISBN 978-3-428-84139-4 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Für meinen Großvater

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München im März 2012 als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung sind bis Ende Februar 2012 berücksichtigt.

An dieser Stelle möchte ich mich bei meinem Doktorvater Prof. Dr. jur. Dr. jur. h. c. Klaus Volk für seine hilfreichen Diskussionen und Anregungen und die gleichzeitige große Freiheit, die er mir bei der Wahl des Themas und der Entstehung der Arbeit gewährte, bedanken. Mein besonderer Dank gilt auch Herrn Prof. em. Dr. jur. Dr. jur. h. c. mult. Bernd Schünemann für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Diese Arbeit wäre nicht ohne stetige moralische und finanzielle Unterstützung meiner Eltern, Giannis Tsagkarakis und Katia Tsagkaraki, zustande gekommen. Herzlicher Dank richtet sich ebenfalls an meine Schwester, Marianna Tsagkaraki.

Mein Dank richtet sich auch an Antonis Papaioannou für seine liebevolle Unterstützung, sein Verständnis und seine Geduld. Ebenso danke ich meinen geliebten Freunden aus Griechenland Persi Mavraki, Vagelis Petropoulos und Vasiliki Tsouri, die zum Gelingen dieser Arbeit in jeder Hinsicht beigetragen haben.

Herzlich bedanken möchte ich mich schließlich bei meinem Großvater, Manolis Saridakis. Ihm ist diese Arbeit gewidmet.

Athen, im April 2013

Eirini Tsagkaraki

Inhaltsverzeichnis

Problemstellung und Gang der Untersuchung	21
A. Schwarze Kassen in rechtstatsächlicher Hinsicht	23
I. Der Begriff „schwarze Kassen“	23
1. Definition der schwarzen Kassen	23
2. Unterscheidung zwischen der Bildung und Verwendung schwarzer Kassen	27
II. Die Erscheinungsformen der schwarzen Kassen	28
1. Schwarze Kassen im engeren Sinn	28
2. Schwarze Konten	29
3. Treuhand(ander)konten als Unterfall der schwarzen Konten	30
III. Die Bildung schwarzer Kassen im öffentlichen, parteipolitischen und privatwirtschaftlichen Bereich	31
1. Die Bildung schwarzer Kassen in der öffentlichen Verwaltung	31
a) Die Bildung schwarzer Kassen als Fallgruppe der sog. „Haushalts- oder Amtsuntreue“	32
b) Die Bildung schwarzer Kassen im öffentlichen Bereich in der Rechtsprechung	34
2. Die Bildung schwarzer Kassen im parteipolitischen Bereich	37
a) Die Bildung schwarzer Kassen als Erscheinungsform der sog. „Parteienuntreue“	38
b) Die Bildung schwarzer Kassen in den politischen Parteien in der Rechtsprechung	40
aa) Der sog. „Fall Kohl“	41
bb) Der sog. „Fall Kanther“	41
3. Die Bildung schwarzer Kassen in der Privatwirtschaft	43
a) Die schwarzen Kassen in privaten Unternehmen	43
b) Die Bildung schwarzer Kassen im privatwirtschaftlichen Bereich in der Rechtsprechung	43
aa) Die ersten Urteile betreffend die schwarzen Kassen in privaten Unternehmen	44
bb) Der sog. „Fall Siemens/ENEL“	45
cc) Der sog. „Kölner Müllskandal“	47
IV. Die Motive zur Bildung schwarzer Kassen	48
1. Motive zur Bildung schwarzer Kassen in der öffentlichen Verwaltung	48
2. Motive zur Bildung schwarzer Kassen in den politischen Parteien	50
3. Motive zur Bildung schwarzer Kassen in der Privatwirtschaft	51

a)	Einrichtung der schwarzen Kassen zu zukünftigen „nützlichen Aufwendungen“ (sog. „Schmiergeldzahlungen“, „Kick-Back“-Zahlungen)	51
b)	Einrichtung der schwarzen Kassen zu verdeckten Parteispenden	54
c)	Weitere Motive zur Einrichtung schwarzer Kassen in privaten Unternehmen	55
V.	Ergebnisse der kriminologischen Untersuchung der schwarzen Kassen	55
B.	Die Bildung schwarzer Kassen als Untreue gem. § 266 StGB	57
I.	Der Untreuetatbestand – Geschütztes Rechtsgut und Deliktscharakter	57
II.	Die Bildung einer schwarzen Kasse als Untreuehandlung i. S. d. § 266 StGB	62
1.	Die Tatbestandsalternativen der Untreue gem. § 266 StGB	62
2.	Die Missbrauchsuntreue gem. § 266 I 1. Alt. StGB	63
a)	Die Befugnis i. S. d. § 266 I 1. Alt. StGB	64
aa)	Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis	64
bb)	Befugnis über fremdes Vermögen	65
cc)	Entstehungsgründe der Befugnis	65
b)	Die Missbrauchshandlung i. S. d. § 266 I 1. Alt. StGB	66
3.	Die Treubruchsuntreue gem. § 266 I 2. Alt. StGB	68
a)	Das Treueverhältnis	68
b)	Die Treubruchshandlung i. S. d. § 266 I 2. Alt. StGB	70
4.	Die Einordnung schwarzer Kassen in die Tatbestandsvarianten der Untreue	70
a)	Die Entstehungsgründe der Befugnis bzw. Vermögensbetreuungspflicht bei der Bildung schwarzer Kassen	70
b)	Die Bildung einer schwarzen Kasse als Missbrauchs- oder Treubruchshandlung	71
5.	Zwischenergebnis	74
III.	Die Vermögensbetreuungspflicht i. S. d. § 266 StGB	75
1.	Die Bestimmung der Vermögensbetreuungspflicht des § 266 StGB	75
2.	Die vermögensbetreuungspflichtigen Personen bei der Bildung schwarzer Kassen	78
3.	Zwischenergebnis	81
IV.	Die Pflichtverletzung i. S. d. § 266 StGB durch die Bildung schwarzer Kassen	81
1.	Die Pflichtverletzung i. S. d. § 266 StGB	81
a)	Die asymmetrische Zivilrechtsakzessorietät des Strafrechts.	82
b)	Der Zusammenhang von interner Machtstellung (Vermögensbetreuungspflicht) und konkreter Pflichtverletzung	84
c)	Das Erfordernis der gravierenden Pflichtverletzung	85
d)	Die Tatbestandsverwirklichung durch Tun oder Unterlassen	86
e)	Das (mutmaßliche) Einverständnis des Vermögensinhabers.	88

2. Das pflichtwidrige Verhalten bei der Bildung schwarzer Kassen gem. § 266 StGB	90
a) Die durch die Bildung schwarzer Kassen verletzten Pflichten bzw. Vorschriften	91
aa) Der Verstoß gegen haushaltsrechtliche Vorschriften im öffentlichen Bereich	92
bb) Der Verstoß gegen das PartG, die Parteisatzung und/oder die Spendenabrede im parteipolitischen Bereich	93
cc) Der Verstoß gegen zivilrechtliche Pflichten bzw. Vorschriften im privatwirtschaftlichen Bereich	95
(1) Verstoß gegen rechtsgeschäftliche Vereinbarungen	95
(2) Verstoß gegen unternehmensinterne Compliance- Regelungen	96
(3) Verstoß gegen Buchführungs- und Bilanzierungs- vorschriften (§§ 238 ff. HGB bzw. §§ 140 ff. AO)	97
(4) Verstoß gegen das Handeln eines ordentlichen Geschäftsmannes (§ 93 Abs. 1 S. 1 AktG bzw. § 43 Abs. 1 GmbHG)	99
b) Bildung schwarzer Kassen – eine Untreuehandlung durch Tun oder Unterlassen?	101
aa) Der sog. „Fall Kanther“	101
bb) Der sog. „Fall Siemens/ENEL“	102
cc) Stellungnahme	104
c) Ausschluss der Pflichtverletzung durch die Bildung schwarzer Kassen beim (mutmaßlichen) Einverständnis des Vermögens- inhabers	105
aa) Die sog. „Schattenkassen“	105
bb) Das Einverständnis des Vermögensinhabers mit der Bildung schwarzer Kassen	106
cc) Das mutmaßliche Einverständnis des Vermögensträgers mit der Bildung schwarzer Kassen	108
dd) Das hypothetische Einverständnis des Vermögensträgers mit der Bildung schwarzer Kassen	109
d) Zwischenergebnis	110
V. Der Vermögensnachteil i. S. d. § 266 StGB bei der Bildung schwarzer Kassen	111
1. Vermögensbegriff, Vermögensnachteil und Gefährdungsschaden ...	112
a) Der Vermögensbegriff i. S. d. §§ 263, 266 StGB	112
aa) Juristischer Vermögensbegriff	114
bb) Wirtschaftlicher Vermögensbegriff	115
cc) Juristisch-ökonomischer Vermögensbegriff bzw. juristisch- ökonomische Vermittlungslehre	116
dd) Personalener Vermögensbegriff	119
ee) Dynamischer Vermögensbegriff	121

ff)	Vermögensbestandteile bzw. Vermögenspositionen	
	im Einzelnen	122
	(1) Unumstrittene Vermögensbestandteile bzw. -positionen .	122
	(2) Zweifelhafte Vermögensbestandteile bzw. -positionen . .	123
	(3) Die Bedeutung des Vermögensbegriffs für den Gefähr-	
	dungsschaden und die Bildung schwarzer Kassen	125
gg)	Stellungnahme	128
hh)	Zwischenergebnis	131
b)	Der Vermögensschaden i. S. d. § 263 StGB bzw. der Vermögens-	
	nachteil i. S. d. § 266 StGB	132
aa)	Vermögensschaden und Vermögensnachteil	133
bb)	Die Ermittlung des Vermögensschadens	135
	(1) Die objektive Schadensbeurteilung	135
	(2) Das subjektive Korrektiv	137
	(a) Der individuelle Schadenseinschlag	138
	(b) Die Zweckverfehlungslehre	139
cc)	Zwischenergebnis	140
c)	Die Vermögensgefährdung bzw. der Gefährdungsschaden i. S. d.	
	§§ 263, 266 StGB	141
aa)	Der Gefährdungsschaden als Vermögensnachteil i. S. d.	
	§§ 263, 266 StGB	142
	(1) Der Gefährdungsschaden bei §§ 263, 266 StGB.	142
	(2) Der Gefährdungsschaden gem. § 266 StGB im Hinblick	
	auf die Besonderheiten der Untreue	145
	(a) Die Unbestimmtheit des objektiven Tatbestandes . .	145
	(b) Das Fehlen einer Bereicherungsabsicht	146
	(c) Die Strafflosigkeit des Untreueversuchs	147
bb)	Die konkrete schadensgleiche Vermögensgefährdung in der	
	Rechtsprechung	149
	(1) Das Erfordernis der „Konkretheit“	150
	(2) Die jüngste Rechtsprechung des BVerfG	
	(Beschluss vom 10.03.2009)	153
	(3) Die neueste Kontroverse zwischen den BGH-Senaten	
	zum Gefährdungsschaden	157
	(a) Das Urteil des 2. Senats des BGH	
	vom 18.10.2006.	158
	(b) Die weiteren Entscheidungen des 2. Senats	161
	(c) Die Fortsetzung der subjektiven Lösung durch	
	den 5. Senat	162
	(d) Die Gegenansicht des 1. Senats	162
	(e) Ergebnis	165
cc)	Der Gefährdungsschaden in der Literatur –	
	Die Einschränkungsansätze im Einzelnen	165

(1) Der Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG durch die Annahme des Gefährdungsschadens als Vermögensnachteil	166
(a) Die Ansicht von Naucke	166
(b) Die Ansicht von Otto	167
(2) Täterorientierte Einschränkungsansätze: die (fehlende) Beherrschbarkeit des Täters – Die Ansicht von Seelmann	169
(3) Opferorientierte Einschränkungsansätze: die (fehlende) Beherrschbarkeit des Opfers	171
(a) Die Ansicht von Lackner	171
(b) Die Ansicht von Schroeder	172
(c) Die Ansicht von Lenckner	173
(4) Zivilrechtsorientierte Einschränkungsansätze	175
(a) Die Ansicht von Cramer	175
(b) Die Ansicht von Hefendehl	177
(5) Die Unmittelbarkeit als Einschränkungskriterium – Die Ansicht von Riemann	179
(6) Untreuespezifische Einschränkungsansätze des Gefährdungsschadens	180
(a) Das Prinzip der Unmittelbarkeit bei § 266 StGB ..	181
(aa) Die Ansicht von Matt und Saliger	181
(bb) Die Ansicht von Dierlamm	182
(cc) Die Kritik an der Unmittelbarkeit als Eingrenzungskriterium	183
(b) Die objektive Zurechnung bei § 266 StGB	184
(c) Die Ansicht von Werner	185
dd) Bedürfnis nach einer eigenständigen Einschränkungslösung bei der Untreue	187
ee) Zwischenergebnis	188
2. Der Eintritt des Vermögensnachteils in Form des Gefährdungsschadens durch die Bildung einer schwarzen Kasse gem. § 266 StGB	192
a) Die Übertragbarkeit der betrugs- und unreuespezifisch entwickelten Einschränkungsansätze auf die Bildung schwarzer Kassen	193
b) Die frühere Rechtsprechung zur Bildung schwarzer Kassen	197
aa) Die Annahme einer Vermögensgefährdung bei der Bildung schwarzer Kassen – Die verwendungszweck(un)abhängige Lehre	197
(1) Die verwendungszweckunabhängige Linie der Rechtsprechung	199
(a) Die Rechtsprechung des Reichsgerichts	199
(b) Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes	201

(2) Die verwendungszweckabhängige Linie der Rechtsprechung	203
(3) Die Rechtsprechung im „Fall Kohl“	204
bb) Kritische Würdigung der verwendungszweckunabhängigen Linie der Rechtsprechung	206
(1) Die Entziehung der Kontroll-, Prüfungs- und Verfügungsmöglichkeiten des Vermögensinhabers	206
(2) Die unordentliche Buchführung	207
(3) „Die Gelder fehlten dort, wo sie hätten sein sollen“	208
c) Der Meinungsstand in der Lehre – Die im Hinblick auf die schwarzen Kassen entwickelten Einschränkungsansätze	209
aa) Die Ablehnung des Gefährdungsschadens durch die Bildung schwarzer Kassen – Die Ansicht von Neye und Riemann	209
bb) Die verwendungszweckunabhängige Linie der Recht- sprechung in der Literatur	211
cc) Die verwendungszweckabhängige Linie der Rechtsprechung in der Literatur	214
(1) Die Ansicht von Saliger	215
(2) Andere Anhänger der verwendungszweckabhängigen Lehre	217
dd) Die Ausgleichsbereitschaft und -fähigkeit	220
(1) Die Ansicht von Hefendehl	220
(2) Die Ansicht von Schönemann	222
ee) Die Verlustgefahr – Die Ansicht von Weimann	222
ff) Strelczyks Versuchs- und Rücktrittslösung	223
gg) Die objektive Zurechnung – Die Ansicht von Mansdörfer ..	225
hh) Die Zugriffsmöglichkeit des Vermögensinhabers – Die Ansicht von Perron	226
d) Die neuere Rechtsprechung im „Fall Kanther“	226
aa) Der Beschluss des LG Wiesbaden vom 25.03.2002	227
bb) Der Beschluss des OLG Frankfurt a. M. vom 12.01.2004	228
cc) Das Urteil des LG Wiesbaden vom 18.04.2005	228
dd) Das Urteil des 2. Senats des BGH vom 18.10.2006	229
(1) Die Annahmen des 2. Senats	229
(2) Die Kritik der Literatur an den Annahmen des 2. Senats	230
3. Der Eintritt des Vermögensnachteils in Form des endgültigen Vermögensschadens durch die Bildung einer schwarzen Kasse nach § 266 StGB	231
a) Die Rechtsprechung im „Fall Siemens/ENEL“	231
aa) Das Urteil des 2. Senats des BGH vom 29.08.2008	231
bb) Die Kritik der Lehre	233
cc) Der Beschluss des BVerfG vom 23.06.2010	237

b) Die Rechtsprechung im „Kölner-Müllskandal“ – Das Urteil des 2. Senats des BGH vom 27.08.2010	239
4. Eigener Lösungsvorschlag – Rückgabefähigkeits- und Rückgabe- willigkeitsmodell	240
a) Der Vermögensnachteil bei der Bildung schwarzer Kassen	240
aa) Die Ablehnung des effektiven Vermögensschadens durch die Bildung einer schwarzen Kasse	240
bb) Die Annahme des Gefährdungsschadens durch die Bildung einer schwarzen Kasse	240
cc) Bedürfnis nach einer Einschränkungslösung bei der Bildung schwarzer Kassen im Hinblick auf den Gefährdungsschaden	241
b) Die Einschränkung des Gefährdungsschadens bei der Bildung einer schwarzen Kasse unter Zugrundelegung der Rückgabe- fähigkeit und -willigkeit	242
aa) Die Ausgleichsfähigkeit und -willigkeit beim Untreue- tatbestand	242
bb) Die Rückgabefähigkeit und -willigkeit bei der Bildung schwarzer Kassen	243
(1) Die Ausgleichsfähigkeit und -willigkeit bei der Bildung schwarzer Kassen in der Literatur und Rechtsprechung	243
(2) Die Rückgabefähigkeit und -willigkeit bei der Bildung schwarzer Kassen	245
(a) Die Rückgabefähigkeit des Treupflichtigen bei der Bildung schwarzer Kassen	245
(b) Die Rückgabewilligkeit des Treupflichtigen bei der Bildung schwarzer Kassen	247
(aa) Der Verwendungszweck des Treupflichtigen als Rückgabewilligkeit bei der Bildung schwarzer Kassen.	247
(bb) Die Notwendigkeit der Berücksichtigung des Verwendungszwecks des Treupflichtigen	248
(cc) Die Einwände gegen die Berücksichtigung des Verwendungszwecks des Treupflichtigen	249
(α) Die Berücksichtigung des Verwendungs- zwecks führt zu einer starken Subjektivie- rung des Vermögensnachteils	249
(β) Die zweckmäßige Verwendungsabsicht des Treupflichtigen kann den Eintritt des Vermögensnachteils nicht stets ausschließen.	250
(γ) Die Nachweisschwierigkeiten bei der Berücksichtigung des Verwendungszwecks	250
(3) Ergebnis	251
cc) Die Abgrenzung des Rückgabefähigkeits- und Rückgabe- willigkeitsmodells von anderen Einschränkungsansätzen . . .	251

(1) Die Abgrenzung von Hefendehls Einschränkungsansatz	252
(2) Die Abgrenzung von Schünemanns Einschränkungsansatz	252
(3) Die Abgrenzung von Saligers Einschränkungsansatz	253
dd) Die Vereinbarkeit des Rückgabefähigkeits- und Rückgabewilligkeitsmodells mit den Untreuebesonderheiten und der Bildung schwarzer Kassen	253
(1) Die Untreue als ein (reines) Vermögensdelikt	253
(2) Die Untreue als ein Erfolgsdelikt – Das Erfordernis „betreuungsexternalen“ Einschränkungskriterien	254
(3) Die Untreue als ein Verletzungsdelikt	255
(4) Die Untreue als ein Fremdschädigungsdelikt – Das Erfordernis einer „täterorientierten“ Einschränkungslösung	256
(5) Die Unbestimmtheit des objektiven Untreuetatbestandes	257
(6) Das Fehlen einer Bereicherungsabsicht	257
(7) Die Straflosigkeit der versuchten Untreue	258
(8) Die Berücksichtigung des Verwendungszwecks des Treupflichtigen	259
(9) Die Allgemeingültigkeit des Rückgabefähigkeits- und Rückgabewilligkeitsmodells	259
ee) Die Auswirkung des Rückgabefähigkeits- und Rückgabewilligkeitsmodells auf typische Fälle der Bildung schwarzer Kassen	260
VI. Der subjektive Untreuetatbestand bei der Bildung schwarzer Kassen	261
1. Der subjektive Tatbestand bei § 266 StGB	261
2. Die subjektive Tatseite der Bildung schwarzer Kassen	263
3. Einführung eines direkten Schädigungsvorsatzes durch eine Gesetzesänderung	263
Zusammenfassung und Ausblick der Untersuchung	265
Literaturverzeichnis	268
Sachwortverzeichnis	291

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
ähnl.	ähnlich
AktG	Aktiengesetz
Alt.	Alternative
a. M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung
AO	Abgabenordnung
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil des Strafrechts
Aufl.	Auflage
ausf.	ausführlich
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
Bd.	Band
Beschl.	Beschluss
Bespr.	Besprechung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidung des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BHO	Bundshaushaltsordnung
BMV	Bundesministerium für Verteidigung
BND	Bundesnachrichtendienst
BT	Besonderer Teil des Strafrechts
BT-Drucks	Drucksache des Bundestags
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts

bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CDU	Christlich Demokratische Union Deutschlands
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
dies.	dieselbe
Diss.	Dissertation
DM	Deutsche Mark
DR	Deutsches Recht
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
f., ff.	folgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
GS	Gedächtnisschrift
Habil.	Habilitationsschrift
HGB	Handelsgesetzbuch
HGrG	Haushaltsgrundsätzegesetz
h. L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
HRRS	Onlinezeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht
Hrsg.	Herausgeber, herausgegeben
HWSt	Handbuch für Wirtschaftsstrafrecht
i. Erg.	im Ergebnis
i. e. S.	im engeren Sinne
i. H. v.	in Höhe von
insbes.	insbesondere
InsO	Insolvenzordnung
i. S. d.	im Sinne des/der
i. S. v.	im Sinne von/vom

i. V. m.	in Verbindung mit
i. w. S.	im weiteren Sinne
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KJ	Kritische Justiz
krit.	kritisch
KWG	Kreditwesengesetz
LG	Landgericht
Lit.	Literatur
LK	Leipziger Kommentar
m. a. W.	mit anderen Worten
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m. E.	meines Erachtens
Mio.	Millionen
MüKo	Münchener Kommentar
m. w. H.	mit weiteren Hinweisen
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NStZ-RR	NStZ-Rechtsprechungs-Report Strafrecht
OLG	Oberlandesgericht
PartG	Parteiengesetz
RG	Reichsgericht
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
Rn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Satz/Seite
s.	siehe
sog.	sogenannte(r)
SSW	Satzger/Schmitt/Widmaier Kommentar zum StGB

StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
str.	streitig
StraFo	Strafverteidiger Forum
StV	Strafverteidiger
s. u.	siehe unten
u. a.	unter anderem
Urt.	Urteil
usw.	und so weiter
u. U.	unter Umständen
v.	von/vom
v. a.	vor allem
vgl.	vergleiche
wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WSt	Wirtschaftsstrafrecht
ZakDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
z. B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsstrafrecht
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
zust.	zustimmend

Problemstellung und Gang der Untersuchung

In den letzten Jahren steht die Untreue im Mittelpunkt des Vermögensstrafrechts. Affären wie das „Mannesmann-Verfahren“, der „Bremer Vulkan“, die Parteispendenaffäre (die Fälle „Kohl“ und „Kanter“), der „Kölner Müllskandal“ und der „Siemens/ENEL-Fall“ haben die Aufmerksamkeit der Medien auf sich gezogen.

Wegen seiner Weite wirft der Untreuetatbestand komplexe Fragen auf, die Literatur und Rechtsprechung klarstellen müssen. Seit Jahrzehnten versuchen die Theoretiker und die Strafgerichte in erster Linie hohe Anforderungen an die Vermögensbetreuungspflicht zu stellen, um den objektiven Untreuetatbestand (vor allem den Treubruchtatbestand) restriktiv auszulegen und die Vereinbarkeit des § 266 StGB mit Art. 103 II GG sicherzustellen. Keine Einigkeit besteht außerdem in Literatur und Rechtsprechung darüber, wann eine Gefahr für das fremde Vermögen durch das pflichtwidrige Verhalten des Treunehmers als Gefährdungsschaden i. S. d. § 266 StGB einzustufen ist. Eine typische Fallgruppe des Gefährdungsschadens im Sinne des Untreuetatbestandes bildet die Einrichtung und Unterhaltung schwarzer Kassen.

Die vorliegende Arbeit beschränkt sich auf die Untreuestrafbarkeit der Bildung schwarzer Kassen. Weder die spätere Verwendung der schwarzen Kassen noch die Auslösung von staatlichen finanziellen Sanktionen gegen den Vermögensträger (d. h. gegen politische Parteien nach dem Parteiengesetz oder gegen private Unternehmen nach § 30 OWiG) infolge der Bildung schwarzer Kassen sind Gegenstand der vorliegenden Untersuchung.

Die Untreuestrafbarkeit der Bildung schwarzer Kassen wird seit Anfang des letzten Jahrhunderts diskutiert. Die Strafgerichte haben sich seit jeher mit schwarzen Kassen in der öffentlichen Verwaltung befasst. Anfang des 21. Jahrhunderts hat die Strafjustiz die Bildung schwarzer Kassen auch im parteipolitischen Bereich festgestellt. In jüngster Zeit gewinnt aber wegen der Siemens-Schmiergeldaffäre die Bildung schwarzer Kassen im privatwirtschaftlichen Bereich zunehmend an Bedeutung.

Im Mittelpunkt der langjährigen Diskussion zur Strafbarkeit der schwarzen Kassen steht die Frage, ob ihre bloße Bildung und Unterhaltung einen Gefährdungsschaden im Sinne des Untreuetatbestandes darstellt. Diese Frage hat wegen der Siemens-Affäre in neuester Zeit höchste Aktualität erlangt.

Der Zweite Senat des BGH führte in seiner Entscheidung vom 29.08.2008 im Fall Siemens aus, dass bei der bloßen Einrichtung einer schwarzen Kasse bereits ein echter Vermögensschaden eingetreten sei. Der überwiegende Teil der Lehre erhebt – vor allem im Hinblick auf das durch § 266 StGB geschützte Rechtsgut – Bedenken gegen die Feststellungen des Zweiten Senats. Trotz der Kritik der Lehre fasste der BGH in einem neuen Urteil vom 27.08.2010 die Bedeutung seines Urteils im Fall Siemens erneut zusammen.

Der erste Teil der Untersuchung widmet sich den schwarzen Kassen in rechtstatsächlicher Hinsicht. Sein Ziel besteht darin, das Phänomen der schwarzen Kassen zu beschreiben, bevor ihre Untreuestrafbarkeit untersucht wird. Zunächst werden die schwarzen Kassen definiert und anschließend wird ihre Bildung in der öffentlichen Verwaltung, in den politischen Parteien sowie in der Privatwirtschaft behandelt.

Im zweiten Teil der Arbeit wird die Untreuestrafbarkeit der Bildung schwarzer Kassen eingehend untersucht. Im ersten Kapitel wird die Deliktsnatur der Untreue klargestellt. Anschließend wird die Bildung einer schwarzen Kasse in den Missbrauchs- oder den Treubruchstatbestand eingeordnet. Im dritten Kapitel wird der Kreis der vermögensbetreuungspflichtigen Personen bestimmt, die eine schwarze Kasse einrichten können. Einen Schwerpunkt der Problematik bildet im vierten Kapitel die Festlegung der Pflichtverletzung i. S. d. § 266 StGB. Hier wird eine Vielzahl von Fragen erörtert, beispielsweise welche Vorschriften bzw. Pflichten durch die Einrichtung einer schwarzen Kasse verletzt werden.

Das Schwergewicht der Untersuchung wird aber im fünften Kapitel auf die Bestimmung des Vermögensnachteils durch die Einrichtung einer schwarzen Kasse gelegt. Nach einer Auseinandersetzung mit dem Meinungsstand bezüglich des Gefährdungsschadens bei den Vermögensdelikten werden die vorhandene Rechtsprechung sowie die Literaturmeinungen zu den schwarzen Kassen eingehend analysiert und kritisch behandelt. Anschließend wird ein eigenständiges im Hinblick auf die Bildung schwarzer Kassen entwickeltes Einschränkungsmo- dell vorgestellt, das die Ergebnisse der Auseinandersetzung mit dem Gefährdungsschaden bei der Untreue im Allgemeinen und bei der Bildung schwarzer Kassen im Besonderen berücksichtigt.

A. Schwarze Kassen in rechtstatsächlicher Hinsicht

Bei der Untersuchung der Untreuestrafbarkeit der Bildung „schwarzer Kassen“ (auch: „Sonderkassen“, „Sonderfonds“¹) ist es zweckmäßig, dieses Phänomen in erster Linie in rechtstatsächlicher Hinsicht zu beschreiben. Man fragt sich zuerst, was mit dem Begriff „schwarze Kasse“ gemeint ist. Die Erscheinungsformen der schwarzen Kassen, die Bereiche, in denen sie existieren, sowie die Motive, aus denen man sich zu ihrer Bildung entschließt, sind auch von grundlegender Bedeutung.

I. Der Begriff „schwarze Kassen“

Die Begriffsbestimmung der schwarzen Kassen soll der erste Schritt bei der Untersuchung der vorliegenden Problematik sein. Im Anschluss daran ist zwischen den Phasen der schwarzen Kassen zu unterscheiden, die von strafrechtlicher (untreuespezifischer) Relevanz sind, nämlich ihre Bildung und Verwendung.

1. Definition der schwarzen Kassen

Die Untreuestrafbarkeit der Bildung schwarzer Kassen wurde seit jeher viel diskutiert, aber es war nicht ausdrücklich geklärt, was man unter dem Begriff „schwarze Kasse“ zu verstehen hatte².

Die früheren höchstrichterlichen Entscheidungen des Reichsgerichts und anschließend des Bundesgerichtshofs verwendeten den Begriff „schwarze Kasse“, ohne zu klären, was darunter gefasst wurde³.

¹ BGH, GA 1956, 121, 122; LG Wiesbaden, NJW 2002, 1510, 1510; *Bernsmann*, GA 2007, 219, 231; *ders./Gatzweiler*, Verteidigung bei Korruptionsfällen, Rn. 699; *Bruns*, ZakDR 1941, 268, 269; *Dierlamm*, in: MüKo StGB, § 266 Rn. 212; *Fischer*, § 266 StGB Rn. 75; *Kindhäuser*, LPK, § 266 StGB Rn. 91; *Krekeler/Werner*, Unternehmer und Strafrecht, Rn. 1176; *Rönnau*, in: FS-Tiedemann, S. 713; *Sax*, JZ 1977, 743, 749; *Schünemann*, in: LK, § 266 StGB Rn. 148; *Seier*, in: Achenbach/Ransiek, Wirtschaftsstrafrecht, V 2 Rn. 191; *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht, § 4 Rn. 154.

² Vgl. *Weimann*, Schwarze Kassen, S. 2.

³ RG, HRR 1936 Nr. 1601; RGSt 75, 227; BGH, GA 1956, 154; BGH, NSTz 1984, 549; BGH, wistra 1992, 266; hierzu auch *Weimann*, Schwarze Kassen, S. 2 ff.; *Rönnau*, in: FS-Tiedemann, S. 713, Fn. 2.