

E n t s c h e i d u n g s a n m e r k u n g

Untreue bei Inkassovollmacht eines Versicherungsmaklers

1. Soweit keine Pflicht besteht, treuhänderisch verwaltete Gelder einem Anderkonto zuzuführen, begründet die Tatsache, dass die Gelder auf einem Konto des Treuhänders mit dessen anderen Verbindlichkeiten verrechnet werden und der Treuhänder deshalb zur Leistung außer Stande ist, keine Pflichtwidrigkeit im Sinne des Untreuetatbestandes; eine solche Auslegung verstößt gegen das Verschleifungsverbot.

2. Eine Untreue durch Unterlassen kann jedoch darin liegen, dass ein Versicherungsmakler, der Versicherungsprämien treuhänderisch für die Versicherung verwaltet, nicht fristgemäß an diese abführt. (Leitsätze des Bearbeiters)

StGB § 266

BGH, Beschl. v. 3.12.2013 – 1 StR 526/13¹

I. Sachverhalt und Entscheidung des Landgerichts²

Zwischen dem Versicherungsunternehmen X und der Versicherungsnehmerin F bestanden vier Verträge, die von dem als selbständiger Versicherungsmakler tätigen Angeklagten (A) durchgeführt wurden. Dieser besaß eine Inkassovollmacht für die Einziehung der Versicherungsprämien von F bzw. deren Tochterunternehmen. Die Prämien waren zwar immer zum 1. Januar des jeweiligen Jahres fällig; A war jedoch berechtigt, die Beträge in verschiedene Teilrechnungen aufzuspalten und geltend zu machen. Für die unterschiedlichen Versicherungsarten waren ihm von X unterschiedliche Fälligkeitstermine eingeräumt worden, zu denen er die Prämien – nach Abzug seiner Provision – an X weiterzuleiten hatte.

Für das Jahr 2011 beliefen sich die Versicherungsprämien auf eine Gesamtsumme von 1.325.267,32.- €. Diesen Betrag machte A in 20 Einzelrechnungen gegenüber F bzw. deren Tochterunternehmen geltend. Dabei gab er die Daten eines seiner allgemeinen Geschäftskonten an. Die Prämien wurden sämtlich auf dieses Konto überwiesen. Da das Konto – wie auch die übrigen Konten des A – durchgängig ein Negativsaldo aufwies, kam es jedoch nicht zur Weiterleitung der Gelder an X.

Das Landgericht verurteilte A wegen Untreue in sieben Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren. Die Pflichtverletzung sah es darin, dass A die Prämien nicht auf ein Anderkonto, sondern auf sein allgemeines Geschäftskonto hatte überweisen lassen.

¹ Die Entscheidung ist im Internet abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=6302f597ffc44a277fc76b75541beb5a&nr=66613&pos=0&anz=1&Blank=1.pdf> sowie veröffentlicht in HRRS 2014 Nr. 98; wistra 2014, 139; ZWH 2014, 231; sowie NSTZ 2014, 158 m. Anm. Krehl.

² Nach der Wiedergabe bei BGH, Beschl. v. 3.12.2013 – 1 StR 526/13, Rn. 1 ff., 14.

II. Entscheidung des BGH

Der BGH hob die Entscheidung des Landgerichts auf. Eine Pflicht zur Zuführung anvertrauter Gelder auf ein Anderkonto³ lasse sich dem Vertragsverhältnis zwischen X und A gerade nicht entnehmen.⁴ Bestehe eine solche Pflicht nicht, könne eine Pflichtwidrigkeit i.S.d. § 266 Abs. 1 StGB auch nicht daraus hergeleitet werden, dass es auf dem allgemeinen Geschäftskonto zur Vermischung und Verrechnung der Beträge der Versicherungsprämien mit Verbindlichkeiten des A komme.⁵ Denn dann würde der Sache nach die Pflichtwidrigkeit allein mit der Unfähigkeit des A begründet, die vereinnahmten Geldern aus eigenen liquiden Mitteln an X auskehren zu können; bei einer solchen Betrachtung gingen dann aber Pflichtwidrigkeit und Vermögensnachteil ineinander auf, was gegen das aus Art. 103 Abs. 2 GG folgende Verschleifungs- und Entgrenzungsverbot verstoße.⁶

Eine Verurteilung wegen Untreue durch Unterlassen in Form des Treuebruchtatbestandes gem. § 266 Abs. 1 Var. 2 StGB komme jedoch in Betracht, weil A die Gelder nicht zum jeweiligen Fälligkeitszeitpunkt an X weitergeleitet habe.⁷ Seine fehlende Leistungsfähigkeit stehe dem nicht entgegen; nach dem Rechtsgedanken der *omissio libera in causa* habe A für Liquidität im Fälligkeitszeitpunkt Sorge zu tragen.⁸ Diese Pflichtverletzung führe zu einem Vermögensnachteil in Höhe der Gesamtjahresprämien abzüglich der Provision des A.⁹ Da die Untreue durch Unterlassen begangen worden sei, finde die Strafmilderungsmöglichkeit gem. § 13 Abs. 2 StGB Anwendung.¹⁰

III. Anmerkung

Die Entscheidung verdient weder im (End-)Ergebnis noch hinsichtlich der Begründung Zustimmung:

1. Vermögensbetreuungspflicht

Nach mittlerweile¹¹ ganz überwiegender Auffassung in Literatur und Rechtsprechung ist eine Vermögensbetreuungspflicht im Rahmen beider Tathandlungsvarianten des Untreuetatbestandes erforderlich.¹² Der *Senat* bejaht eine solche Pflicht

³ Dabei handelt es sich um eine besondere Form des Treuhänderkontos, für das spezielle AGB der Banken gelten; vgl. *Had-ding/Häuser*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Hrsg.), *Bankrechts-Handbuch*, Bd. 1, 4. Aufl. 2011, § 37 Rn. 9, § 38. Näher dazu unter III. 2. a).

⁴ BGH, Beschl. v. 3.12.2013 – 1 StR 526/13, Rn. 6 f.

⁵ BGH, Beschl. v. 3.12.2013 – 1 StR 526/13, Rn. 8.

⁶ BGH, Beschl. v. 3.12.2013 – 1 StR 526/13, Rn. 8.

⁷ BGH, Beschl. v. 3.12.2013 – 1 StR 526/13, Rn. 10.

⁸ BGH, Beschl. v. 3.12.2013 – 1 StR 526/13, Rn. 11.

⁹ BGH, Beschl. v. 3.12.2013 – 1 StR 526/13, Rn. 14.

¹⁰ BGH, Beschl. v. 3.12.2013 – 1 StR 526/13, Rn. 15.

¹¹ Seit der sog. Scheckkarten-Entscheidung, BGH, Urt. v. 26.7.1972 – 2 StR 62/72 = BGHSt 24, 386.

¹² Vgl. etwa BGH, Urt. v. 13.6.1985 – 4 StR 213/85, Rn. 25 = BGHSt 33, 244 (250); BGH, Urt. v. 25.2.1988 – 1 StR 466/87 = BGHSt 35, 224; OLG Hamm, Urt. v. 15.6.1977 – 4 Ss 363/76 = NJW 1977, 1834 (1835); OLG Köln, Urt. v. 22.11.

des A im Anschluss an das Landgericht mit wenigen Worten unter Verweis auf die „Art der Einbindung des Angeklagten in die Durchführung der Versicherungsverträge“.¹³

Insoweit wären nähere Ausführungen wünschenswert gewesen. Denn wenn man die Anforderungen, die an das Vorliegen einer Vermögensbetreuungspflicht gestellt werden, einerseits und die rechtliche Stellung des A andererseits betrachtet, zeigt sich, dass die Annahme einer Vermögensbetreuungspflicht keineswegs selbstverständlich ist:

a) Anforderungen an das Vorliegen einer Vermögensbetreuungspflicht

Wann eine außerstrafrechtliche Pflicht als Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des Untreuetatbestandes angesehen werden kann, ist im Einzelnen umstritten; einige wenige Kriterien hierfür scheinen jedoch mittlerweile konsentiert zu sein:¹⁴ So muss es sich zunächst um eine Pflicht handeln, die einen *Vermögensschutz* bezweckt.¹⁵ Das allein ist aber nicht ausreichend; erforderlich ist eine qualifizierte Pflichtenstellung in Bezug auf eine *fremde* Vermögensmasse.¹⁶ Die Pflicht zur Vermögensfürsorge darf sich nicht nur beiläufig aus dem betroffenen Rechtsverhältnis ergeben, sondern muss einen *Hauptbestandteil* desselben darstellen.¹⁷ Sie muss explizit vereinbart worden sein; allgemeine Sorgfalts- und Rücksichtnahmepflichten genügen nicht.¹⁸ Entscheidend ist, dass dem Treupflichtigen ein Spielraum für eigenverantwortliche Entscheidungen über das Vermögen eingeräumt wird und er frei

von Einwirkungsmöglichkeiten des Vermögensinhabers agieren kann.¹⁹

b) Rechtsstellung des Versicherungsmaklers

Es gibt zwei Arten von Versicherungsvermittlern: Versicherungsmakler und Versicherungsvertreter (vgl. § 59 Abs. 1 VVG, § 34d Abs. 1 S. 1 GewO). Dabei steht ein *Versicherungsvertreter* auf der Seite des *Versicherers*, in dessen Auftrag er gewerbsmäßig Versicherungsverträge vermittelt oder abschließt (vgl. § 59 Abs. 2 VVG). Der *Versicherungsmakler* hingegen ist nicht gegenüber dem Versicherer vertraglich gebunden und gehört dem Lager des *Versicherten* an (vgl. § 59 Abs. 3 S. 1 VVG).²⁰ Seine Hauptaufgabe besteht darin, für den Versicherungsschutz des Versicherungsnehmers Sorge zu tragen.²¹

Im Rahmen eines Versicherungsvertragsverhältnisses wird – wie hier – dem Versicherungsmakler regelmäßig von Seiten des Versicherers eine Inkassovollmacht eingeräumt. Diese hat zur Folge, dass die Zahlung der Prämien durch den Versicherungsnehmer an den Makler hinsichtlich der Leistungsverpflichtung gegenüber dem Versicherer befreiend wirkt (§§ 362 Abs. 2, 185 BGB).²² Umgekehrt ergibt sich aus diesem Einziehungsauftrag ein Anspruch des Versicherungsunternehmens gegen den Makler auf Herausgabe der Prämien gem. § 667 Var. 2 i.V.m. § 675 Abs. 1 BGB.²³

c) Vermögensbetreuungspflicht des Versicherungsmaklers in Bezug auf das Vermögen des Versicherers

Die Rechtsstellung des Versicherungsmaklers lässt daran zweifeln, dass diesem eine Vermögensbetreuungspflicht gegenüber dem Versicherer zukommt. Sein eigentliches Pflichtverhältnis besteht mit dem Versicherungsnehmer und dient dessen Interessen. Mit dem Versicherer verbindet ihn ausschließlich die Inkassoabrede. Gegenstand dieses Pflichtverhältnisses ist zwar eine Vermögensmasse; sein Zweck ist jedoch nicht – zumindest nicht vorrangig – der Schutz des Vermögens des Versicherers, sondern der Schutz des Leistungsanspruchs des Versicherungsnehmers. Daher lässt sich bereits die Vermögensschutzrichtung des Pflichtverhältnisses anzweifeln. Bedenken bestehen außerdem dahingehend, dass die Betreuung des Vermögens für den Versicherer eine Hauptpflicht des Versicherungsmaklers darstellt, weil sich diese bestenfalls reflexhaft aus dem Umgang mit Geldmitteln, die dem Versicherer zustehen, ergibt und einen untergeordneten Aspekt seiner Tätigkeit darstellt. Zudem kann von der für die Annahme einer Vermögensbetreuungspflicht notwendigen Selbstständigkeit der Verfügung über die betroffene Vermögensmasse kaum eine Rede sein. Zwar hat einerseits der Versiche-

1977 – Ss 397/77 = NJW 1978, 713 f.; OLG Köln, Urt. v. 6.10.1987 – Ss 292/87 = NJW 1988, 3219; *Fabricius*, NStZ 1993, 414 (415); *Knauth*, NJW 1983, 1287 (1289); *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2014, § 266 Rn. 4; *Dierlamm*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 2. Aufl. 2014, § 266 Rn. 31. Eine andere Auffassung vertritt vornehmlich *Schiinemann*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 9/1, 12. Aufl. 2012, § 266 Rn. 18 f.

¹³ BGH, Beschl. v. 3.12.2013 – 1 StR 526/13, Rn. 5.

¹⁴ Dazu etwa BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09 = BVerfGE 126, 170 (208 ff.); BGH, Beschl. v. 1.4.2008 – 3 StR 493/07 = wistra 2008, 427 (428) m.w.N.; BGH, Beschl. v. 5.3.2013 – 3 StR 438/12 = NStZ 2013, 407; *Saliger*, HRRS 2006, 10 (17); jew. m.w.N.

¹⁵ Vgl. aus der jüngeren Vergangenheit die beiden Entscheidungen des *Senats*: BGH, Beschl. v. 13.9.2010 – 1 StR 220/09, Rn. 35 f. = BGHSt 55, 288 (300 f.); BGH, Beschl. v. 13.4.2011 – 1 StR 94/10, Rn. 25 = BGHSt 56, 203 (211) m. Anm. *M. Wagner*, ZIS 2012, 28.

¹⁶ Vgl. BGH, Beschl. v. 5.3.2013 – 3 StR 438/12 = NStZ 2013, 407.

¹⁷ Vgl. BGH, Beschl. v. 5.3.2013 – 3 StR 438/12 = NStZ 2013, 407.

¹⁸ Vgl. BGH, Beschl. v. 5.3.2013 – 3 StR 438/12 = NStZ 2013, 407.

¹⁹ Vgl. BGH, Beschl. v. 5.3.2013 – 3 StR 438/12 = NStZ 2013, 407.

²⁰ Vgl. nur *Matusche-Beckmann*, in: Beckmann/Matusche-Beckmann (Hrsg.), Versicherungsrechts-Handbuch, 2. Aufl. 2009, § 5 Rn. 196 m.w.N.

²¹ Vgl. *Matusche-Beckmann* (Fn. 20), § 5 Rn. 196 m.w.N.

²² Vgl. *Matusche-Beckmann* (Fn. 20), § 5 Rn. 322 m.w.N.

²³ BGH, Urt. v. 21.12.2005 – III ZR 9/05 = BGHZ 165, 298 (301).

rer keine Möglichkeit, auf die Konten des Maklers einzuwirken; andererseits sind diesem aber auch keinerlei Spielräume eingeräumt. Ihm werden fixe Fristen vorgegeben, zu denen er die Prämien abzuliefern hat. Er besitzt keinerlei Rechte, zwischenzeitlich über die Mittel zu verfügen (z.B. sie nach seinem Einschätzungsermessen gewinnbringend anzulegen). Von einer Selbständigkeit, die etwa derjenigen eines Vorstandes einer AG oder eines Insolvenzverwalters vergleichbar wäre, kann daher keine Rede sein.

Daher sprechen viele gute Gründe gegen die Annahme einer Vermögensbetreuungspflicht. Die genannten Bedenken werden genährt durch den Befund, dass der Versicherungsmakler letztlich ein Vertreter des Versicherungsnehmers ist; diesen trifft aber anerkanntermaßen keine Vermögensbetreuungspflicht gegenüber dem Versicherer.²⁴ Warum den Vertreter stärkere Pflichten treffen sollten als den originären Schuldner, ist nicht ersichtlich.

2. Pflichtverletzung

Selbst wenn man – anders als hier – von einer Vermögensbetreuungspflicht des Versicherungsmaklers ausgeht, ist damit noch nicht ausgesagt, dass diese auch im Sinne des Untreuetatbestandes verletzt wurde.

a) Unterlassen der Einrichtung und Verwendung eines Anderkontos

Wie der *Senat* zutreffend ausführt, bestand keine Pflicht zur Einrichtung eines Anderkontos. Eine gesetzliche Pflicht zur Einrichtung eines solchen Kontos, wie sie etwa § 54b BeurkG für Notare vorsieht, besteht für Versicherungsmakler nicht. Nach den Darlegungen des *Senats* ließ sich den einzelnen rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen auch keine entsprechende vertragliche Pflicht entnehmen.²⁵ Darauf kann sich demnach der Vorwurf der Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht nicht stützen.

Selbst wenn sich eine solche vertragliche Pflicht feststellen ließe, ist fraglich, ob diese faktisch überhaupt umsetzbar wäre. Denn die Banken achten darauf, keine Anderkonten für solche Kunden einzurichten, die nicht gesetzlich dazu verpflichtet sind und keiner entsprechenden staatlichen Aufsicht unterliegen.²⁶ Eine gesetzliche Pflicht besteht nicht; zudem ist für Versicherungsmakler nur eine sehr stark eingeschränkte staatliche Aufsicht vorgesehen,²⁷ die mit der Aufsicht für die Berufsgruppen, die verpflichtend ein Anderkonto führen müssen, nicht vergleichbar ist. Vor diesem Hintergrund wäre eine entsprechende vertragliche Pflicht zur Verwendung eines Anderkontos möglicherweise sogar unwirksam.

b) Verrechnung der Versicherungsprämien mit Verbindlichkeiten

Die Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht könnte jedoch darin zu sehen sein, dass die Prämien bei der Einzahlung auf das Geschäftskonto des A mit den dieses Konto belastenden Verbindlichkeiten verrechnet wurden.

Krehl – Richter am 2. *Strafsenat* des BGH – führt aus, hierin könne in der Tat eine Pflichtverletzung gesehen werden.²⁸ Auf eine eventuelle Pflicht zur Zuführung des treuhänderisch verwalteten Geldes auf ein Anderkonto komme es gerade nicht an.²⁹ Vielmehr liege in jeder Verfügung über Fremdmittel zu eigenen Zwecken eine treuwidrige Pflichtverletzung.³⁰ Dies gelte insbesondere bei Gutschrift der Prämien auf einem überzogenen Privatkonto.³¹ Es sei „unbestreitbarer Kern“ der Pflicht eines Treuhänders, Fremdgelder nicht anzutasten.³²

Das vermag nicht zu überzeugen. Seine Argumentation, dass die Zuführung treuhänderisch verwalteten Geldes auf ein Privatkonto und die Verwendung zu eigenen Zwecken stets treuwidrig sei, mag zwar zutreffen. Welcher Erkenntnisgewinn sich hieraus ergeben soll, wird jedoch nicht deutlich, da die Gelder – jedenfalls nach den Ausführungen des 1. *Strafsenats* – gerade nicht auf einem Privatkonto des A, sondern auf seinem allgemeinen Geschäftskonto eingingen. Darin liegt aber gerade keine Verwendung zu eigenen Zwecken i.S.d. § 668 BGB i.V.m. § 675 Abs. 1 BGB,³³ weshalb ein pauschales Abstellen auf die Verrechnung fehl am Platz ist. Führt man sich nämlich vor Augen, dass es sich um das Geschäftskonto des A handelte, bedeutete die Argumentation *Krehls* nämlich, dass durch den Untreuetatbestand im Umkehrschluss faktisch doch die Pflicht zur Führung eines Anderkontos etabliert würde. Dieses Schluss ist unhaltbar, stehen ihm doch der Grundsatz der Akzessorietät des Strafrechts sowie der deutlich aus dem Gesetz hervorgehende Wille des Gesetzgebers entgegen.

Dies scheint auch der 1. *Strafsenat* vor Augen zu haben, der eine Pflichtverletzung durch die Verrechnung im Ergebnis zutreffend ablehnt.³⁴ Nicht zu überzeugen vermag hingegen seine Begründung, eine solche Annahme einer Pflichtverletzung verstoße gegen das Verschleifungsverbot.^{35, 36} Zum einen setzte diese Argumentation voraus, dass bereits im Zeitpunkt der Verrechnung ein Vermögensnachteil vorliegt. Dazu macht der *Senat* keine Ausführungen. Zum anderen scheint der *Senat* zu verkennen, dass das Verschleifungsverbot nur diejenigen Fälle erfasst, in denen ein Tatbestands-

²⁸ *Krehl*, NStZ 2014, 159 (169).

²⁹ *Krehl*, NStZ 2014, 159 (169).

³⁰ *Krehl*, NStZ 2014, 159 (169).

³¹ *Krehl*, NStZ 2014, 159 (169).

³² *Krehl*, NStZ 2014, 159 (169).

³³ Zutreffend *Schmidt*, NStZ 2013, 498 (499) m.w.N., der die Differenzierung zwischen Geschäfts- und Privatkonten allerdings erst im Rahmen seiner Ausführungen zum Vermögensnachteil anspricht.

³⁴ BGH, Beschl. v. 3.12.2013 – 1 StR 526/13, Rn. 8.

³⁵ Dazu allgemein etwa *Bittmann*, wistra 2013, 1 ff.

³⁶ BGH, Beschl. v. 3.12.2013 – 1 StR 526/13, Rn. 8.

²⁴ Vgl. nur *Perron*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 266 Rn. 53.

²⁵ BGH, Beschl. v. 3.12.2013 – 1 StR 526/13, Rn. 6 f.

²⁶ Vgl. nur *Hadding/Häuser* (Fn. 3), § 37 Rn. 9 m.w.N.

²⁷ *Matusche-Beckmann* (Fn. 20), § 5 Rn. 261 ff. m.w.N.

merkmal abstrakt so ausgelegt wird, dass ihm neben den anderen Merkmalen kein eigenständiger Anwendungsbereich verbleibt. Es hindert jedoch nicht, dass ein und derselbe tatsächliche Umstand im konkreten Einzelfall bei der Subsumtion unter mehrere verschiedene Tatbestandsmerkmale zum Tragen kommt und deshalb diese Merkmale jeweils für sich als erfüllt anzusehen sind.³⁷

c) Unterlassen der fristgerechten Abführung der Prämien an den Versicherer

Als letzter möglicher Anknüpfungspunkt für eine Pflichtverletzung im Sinne des Untreuetatbestandes verbleibt damit die Nichtabführung des um die Provision verringerten Betrages an den Versicherer im Fälligkeitstermin. Hieran will der 1. Strafsenat eine Untreuestrafbarkeit knüpfen.³⁸ Die fehlende Leistungsfähigkeit des A im Fälligkeitszeitpunkt sei insoweit unbeachtlich, da er nach dem Rechtsgedanken der *omissio libera in causa* diese sicherzustellen habe.³⁹

Diese Argumentation greift nicht durch. Der Geldtreuhänder hat – anders als der gewöhnliche Geldschuldner – gerade nicht seine generelle Liquidität sicherzustellen.⁴⁰ Bestehen keine anderweitigen Sicherungsmechanismen – wie etwa die Verpflichtung zur Verwendung eines Anderkontos – trägt der Auftraggeber (hier: die X) grundsätzlich das Risiko des Untergangs des treuhänderisch verwalteten Geldes (z.B. Insolvenz der Bank).⁴¹

Folgte man hier dem Senat, würde damit eine allgemeine strafbewehrte Liquiditätspflicht etabliert; ein Ergebnis, das schwerlich zu überzeugen vermag. Es entspricht auch nicht der Realität des wirtschaftlichen Geschäftsverkehrs. Im Regelfall trägt jeder selbst das Risiko der Leistungsfähigkeit seines Geschäftspartners. Solange dieser nicht über seine Leistungsfähigkeit täuscht (dann greift ggf. § 263 StGB ein), liegt es in der Verantwortung eines jeden selbst, sich davon zu überzeugen, dass der Vertragspartner in der Lage ist, seinen Verbindlichkeiten auch nachzukommen (ist er dies nicht, wird der Gläubiger teilweise durch die §§ 283 ff. StGB geschützt). Der Versicherer trägt das Risiko, dass der Versicherungsnehmer liquide ist. Warum sich daran etwas ändern sollte, wenn der Versicherungsnehmer einen Mittelsmann einschaltet, ist nicht ersichtlich. Die Inkassovollmacht verschiebt lediglich die Quelle des Risikos, nicht aber das Risiko selbst. Es war die Entscheidung der X, A eine Inkassovollmacht einzuräumen. Da ihr bewusst gewesen sein muss oder zumindest hätte sein müssen, dass diesen keine Verpflichtung zur Verwendung eines Anderkontos traf, wurde keinerlei schutzwürdiger Vertrauenstatbestand geschaffen, der für X eine höhere Zahlungszuverlässigkeit des A signalisiert hätte.

³⁷ Zutreffend *Bittmann*, wistra 2013, 1 (2).

³⁸ BGH, Beschl. v. 3.12.2013 – 1 StR 526/13, Rn. 10.

³⁹ BGH, Beschl. v. 3.12.2013 – 1 StR 526/13, Rn. 11.

⁴⁰ Vgl. nur BGH, Urt. v. 21.12.2005 – III ZR 9/05 = BGHZ 165, 298 (301).

⁴¹ Vgl. BGH, Urt. v. 14.7.1958 – VII ZR 99/57 = BGHZ 28, 123 (128); BGH, Urt. v. 21.12.2005 – III ZR 9/05 = BGHZ 165, 298 (301 f.).

Diese grundsätzliche Risikoverteilung darf nicht durch das Strafrecht unterlaufen werden. Dies gilt erst recht, wenn dazu eine Rechtsfigur herangezogen wird, deren dogmatische Legitimität nur schwer begründbar ist.⁴²

d) Exkurs: Gravität der Pflichtverletzung

Dass der Senat nicht auf die Richtigkeit des Ergebnisses bedacht war, sondern lediglich nach Wegen gesucht hat, das von ihm favorisierte Ergebnis (zumindest vermeintlich) zu begründen, zeigt sich daran besonders deutlich, dass er nicht auf die Frage nach der Gravität der Pflichtverletzung eingeht. Der Senat selbst hatte dieses Restriktionskriterium ursprünglich in die Diskussion eingebracht⁴³ und – nachdem der 3. Strafsenat dieses zwischenzeitlich verworfen hatte,⁴⁴ woraufhin in der Literatur bereits gemutmaßt wurde, dass die Rechtsfigur der Gravität der Pflichtverletzung „ihr ephemeres Dasein in der Judikatur ausgehaucht“ habe⁴⁵ – kürzlich wieder aufleben lassen,⁴⁶ was von Seiten der Literatur begrüßt wurde.⁴⁷

Der vorliegende Sachverhalt hätte jeden Anlass geboten, mit dem Kriterium der Gravität der Pflichtverletzung zu operieren und seine Leistungsfähigkeit zu demonstrieren. Dies gilt umso mehr, als der Senat die Pflichtverletzung auf das nicht fristgerechte Abführen der Prämien stützt. Ob der bloße Fristverstoß – eine Unmöglichkeit späterer Leistung aufgrund von Insolvenz des Maklers wird jedenfalls nicht mitgeteilt – eine derart schwerwiegende Pflichtverletzung darstellt, dass sie kriminalstrafrechtlich sanktioniert werden soll und darf, scheint mehr als fragwürdig. Dass der Senat auf diese Fragen jedoch überhaupt nicht eingeht, macht deutlich, dass das Restriktionskriterium der Gravität der Pflichtverletzung für ihn offenbar kein dogmatisch richtiges und zwingendes Erfordernis des Untreuetatbestandes darstellt, sondern lediglich einen *deus ex machina*, der jederzeit herbeigerufen werden kann, wenn seine Dienste zur Absicherung des kriminalpolitisch gewünschten Ergebnisses genutzt werden sollen.

IV. Zusammenfassung

Die vorliegende Entscheidung⁴⁸ macht deutlich, dass der BGH auch nach der Ermahnung des Bundesverfassungsgerichts zur restriktiven Auslegung den Untreuetatbestand nach wie vor äußerst unvorsichtig und mehr auf vermeintlich kriminalpolitisch überzeugende Ergebnisse als auf dogmatische Stimmig-

⁴² Kritisch zur *omissio libera in causa Samson*, in: Stratenwerth u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974, 1974, S. 579 ff.

⁴³ Vgl. BGH, Urt. v. 15.11.2001 – 1 StR 185/01 = BGHSt 47, 148 (150); BGH, Urt. v. 6.12.2001 – 1 StR 215/01 = BGHSt 47, 187 (197).

⁴⁴ Vgl. BGH, Urt. v. 21.12.2005 – 3 StR 470/04, Rn. 33 ff. = BGHSt 50, 331 (343 ff.).

⁴⁵ So äußerst bildhaft *Schünemann*, NStZ 2006, 196 (197).

⁴⁶ Vgl. BGH, Beschl. v. 13.4.2011 – 1 StR 94/10, Rn. 30 = BGHSt 56, 203 (213).

⁴⁷ So etwa *M. Wagner*, ZIS 2012, 28 (33 f.).

⁴⁸ Das gilt auch für die Anmerkung von *Krehl*, NStZ 2014, 159.

keit bedacht handhabt. Darüber kann auch nicht hinweggetäuscht werden, indem an einer unpassenden Stelle mit dem Verschleifungsverbot argumentiert wird, um den Anschein zu erwecken, man berücksichtige die verfassungsgerichtlichen Vorgaben. Wünschenswert wäre vielmehr eine systemkonforme Auslegung, die die Wertung des Zivilrechts mitberücksichtigt, anstatt sie mittels des Untreuetatbestandes zu unterlaufen.

Wiss. Mitarbeiter Markus Wagner, Gießen