

B u c h r e z e n s i o n

Sven Gerry Gähler, Der Gefährdungsschaden im Untreuetatbestand, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2016, 391 S., € 99,-.

Der Gefährdungsschaden im Untreuetatbestand gemäß § 266 Abs. 1 StGB ist ein Problemfeld, das in den vergangenen Jahren nicht nur die einschlägige Literatur, sondern vor allem auch die höchstrichterliche Rechtsprechung mehrfach beschäftigt hat. Auch der *Autor* weist in seiner Einführung (S. 21 f.) zutreffend darauf hin, dass aufgrund der Vielzahl öffentlichkeitswirksamer Strafverfahren der Eindruck entstehen könne, der Untreuetatbestand sei zum zentralen Delikt des Wirtschaftsstrafrechts avanciert. Dies mag insbesondere mit der oftmals einhergehenden Schadenssumme sowie (teilweise kumulierend) mit dem Bekanntheitsgrad der Beschuldigten einhergehen (S. 21). In dieses Themenfeld hat sich der *Autor* mit seinem nachfolgend zu rezensierenden Werk begeben.

Das Werk enthält auf 369 Seiten fünf Kapitel und beginnt – nach der Einführung sowie der Darstellung des Gangs der Untersuchung im ersten Kapitel – mit der Darstellung der neueren Rechtsprechung und der Grundlagen des § 266 StGB. Bereits in diesem zweiten Kapitel (S. 29 ff.) wird deutlich, dass das Institut des Gefährdungsschadens in hohem Maße durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts¹ bzw. des Bundesgerichtshofes² geprägt ist. Durch die umfangreiche Rechtsprechungsübersicht, die der *Autor* im zweiten Kapitel bietet (insb. ab S. 56 ff.), wird dem Leser eine umfassende Kenntnis der maßgeblichen Rechtsprechung ermöglicht, die für das weitere Verständnis der Ausführungen des *Autors* unabdingbar ist. Insoweit sei beispielhaft auf die Darstellung der für den Untreuetatbestand prägenden Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 23.6.2010³ oder aber auf die Darstellung der Entscheidung des Bundesgerichtshofs im Verfahren WestLB/Sengera⁴ verwiesen (S. 59 ff. bzw. S. 80 ff.).

Im dritten Kapitel (S. 113 ff.) widmet sich der *Autor* den dogmatischen Grundlagen des End- und Gefährdungsschadens. Hierbei gelingt es ihm, zunächst die Problematik des Zeitpunkts der Nachteilsfeststellung überzeugend darzulegen (S. 115 ff.). Insoweit wird zutreffend die Parallele zur Schadensfeststellung beim Betrug gemäß § 263 StGB gezogen (S. 116). Der maßgebliche Zeitpunkt der Feststellung wird

vom *Autor* sodann richtigerweise auf den Zeitpunkt der Vollendung der pflichtwidrigen Handlung gelegt und ist aus der ex-ante-Perspektive festzustellen (S. 117). Im weiteren Fortgang des dritten Kapitels behandelt der *Autor* die Frage der Legitimität des Gefährdungsschadens (Teil B., S. 131 ff.), die sich – so zutreffend vom *Autor* erkannt – als Konsequenz des primär wirtschaftlich orientierten Vermögens- und Nachteilsbegriffs zeigt.

Im vierten Kapitel (S. 181 ff.) erfolgt eine kritische Würdigung der in der Literatur und Rechtsprechung vertretenen Ansichten zur Problematik des Gefährdungsschadens. In diesem Zusammenhang bietet der *Autor* einen umfassenden Überblick (S. 182 f.). Dem Leser wird es hierdurch ermöglicht, die gesamte Bandbreite der geäußerten Ansichten kennenzulernen. Einen weiteren Schwerpunkt des vierten Kapitels bilden die Abhandlungen des *Autors* zum Rekurs auf bilanzielle Methoden der Wertfeststellung (S. 192 ff.). In diesem Zusammenhang behandelt der *Autor* zunächst die Problematik einer (etwaigen) Inkompatibilität strafrechtlicher und bilanzrechtlicher Prinzipien nach dem Handelsgesetzbuch (S. 192 ff.), bevor er sodann zutreffend die Frage aufwirft, ob ein Rekurs auf bilanzielle Berechnungsmethoden zu einem Gewinn an Bestimmtheit bei der Konturierung des Gefährdungsschadens führt (S. 197 ff.).⁵ Dieses Problemfeld beleuchtet der *Autor* insbesondere auch aus Praktikabilitätsgründen (S. 209 ff.) und kommt in einem Zwischenfazit (S. 211) zu dem Ergebnis, dass der (alleinige) Rückgriff auf das Bilanzrecht als Konkretisierungsinstrument für die Nachteilsfeststellung im Rahmen des § 266 StGB in der insbesondere von der Rechtsprechung vertretenen und angewendeten Form nicht überzeugen kann. Dieses kann allenfalls – wie der *Autor* vertritt – als Orientierungs- und Begründungshilfe bei der Nachteilsfeststellung herangezogen werden (S. 217 f.). Insoweit hält der *Autor* nach Darstellung der in der Literatur vertretenen täterorientierten (S. 227 ff.) und opferorientierten Restriktionsansätze (S. 239 ff.) sowie des Unvertretbarkeits- oder Evidenzkriteriums (S. 250 ff.) eine verfassungsrechtlich gebotene Konturierung des Gefährdungsschadens durch ein Unmittelbarkeitskriterium (hierzu S. 266 ff.) für vorzugswürdig.

Das fünfte Kapitel (S. 285 ff.) ist der Konkretisierung des Gefährdungsschadens anhand von Fallgruppen gewidmet. In diesem Zusammenhang stellt der *Autor* zunächst das Auslösen von Sanktionsrisiken als Fall des drohenden substantiellen Vermögensabflusses (S. 285 ff.) sowie die Kredituntreue als Fallgruppe des Ausbleibens eines Vermögenszuflusses (S. 317 ff.) vor. Insbesondere hinsichtlich der zuletzt genannten Fälle der Kredituntreue diskutiert der *Autor* eine Einschränkung des Gefährdungsschadens bei Eingehungsgeschäften (S. 327 ff.) und kommt zutreffend zu dem Ergebnis, dass ein Gefährdungsschaden auch in Fällen der Eingehunguntreue angenommen werden kann (S. 333). Die Darstellung

¹ Insoweit sei auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, Urte. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 105/09 und 491/09 = BVerfGE 126, 170 verwiesen.

² Beispielhaft seien BGH, Beschl. v. 13.9.2010 – 1 StR 220/09 = BGHSt 55, 288; Beschl. v. 13.4.2011 – 1 StR 94/10 = BGHSt 56, 203 sowie Urte. v. 18.10.2006 – 2 StR 499/05 = BGHSt 51, 100 erwähnt.

³ BVerfG, Urte. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 105/09 und 491/09 = BVerfGE 126, 170.

⁴ BGH, Urte. v. 13.8.2009 – 3 StR 576/08 = BeckRS 2009, 24828. Diese Entscheidung wird besprochen von *Smok*, FD-StrafR 2009, 290495, sowie von *Mediger*, EWiR 2010, 31.

⁵ Zum Thema auch *Dierlamm*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 2. Aufl. 2014, § 266 Rn. 211 ff.; sowie *Wittig*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.12.2016, § 266 Rn. 44 ff.

der Feststellungserfordernisse betreffend den Endschaden im Falle der Kredituntreue stellt einen weiteren Schwerpunkt der Ausführungen des *Autors* im fünften Kapitel dar (S. 334 ff.). Nachdem der *Autor* zunächst die zeitliche Komponente der Feststellung des Endschadens behandelt (S. 334 ff.), kommt er sodann zu dem Ergebnis (S. 342), dass als relevanter Zeitpunkt für die Annahme eines Endschadens grundsätzlich das Ausbleiben eines kompensierenden substantiellen Vermögenszuflusses bei Fälligkeit des Rückerstattungsanspruchs anzusehen ist. Unter Gliederungspunkt „V.“ (S. 359 ff.) werden weitere, der Kredituntreue sowie dem Auslösen von Sanktionsrisiken ähnlich gelagerte Fallkonstellationen behandelt, wobei sich der *Autor* insoweit auf die pflichtwidrige Darlehensauskehr durch einen Notar und auf die unordentliche Buchführung als Fall des Ausbleibens eines Vermögenszuflusses (S. 360) beschränkt.

Die Darstellung des Instituts des Gefährdungsschadens anhand von Fallgruppen rundet den Eindruck des Werkes von einer überzeugenden Darstellung des Themenkomplexes ab, da es dem Leser insbesondere durch die Darstellung im fünften Teil des Werkes möglich ist, die zuvor erlangten Erkenntnisse insbesondere zu den dogmatischen Grundlagen des Gefährdungsschadens bei der Untreue fallbezogen anzuwenden.

In der anschließend folgenden Zusammenfassung kommt der *Autor* zutreffend zu dem Ergebnis (S. 367 ff.), dass der Untreuetatbestand zwar – entsprechend der zitierten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts – verfassungsgemäß ist, gleichwohl aber einer restriktiven untreuenspezifischen Auslegung insbesondere im Hinblick auf das Institut des Gefährdungsschadens bedarf. Dies entspricht wohl der in Rechtsprechung und Literatur überwiegenden Auffassung.⁶ Daneben kommt der *Autor* richtigerweise zu dem Ergebnis, dass auch im Rahmen des § 266 StGB von einem wirtschaftlichen Vermögensbegriff auszugehen ist, dieser aber aufgrund der strafbarkeitseinschränkenden Korrektur des Gefährdungsschadens und der Festlegung eines vollendeten Schadenseintritts wirtschaftlich normativ zu betrachten ist.

Das Institut des Gefährdungsschadens ist mit dem *Autor* (S. 368) als ein Fall eines konstruktiv-dogmatischen Dualismus aufzufassen. Der *Autor* führt überzeugend aus, dass dies auf einer Verlustdependenz auf der einen und der Schadensqualität auf der anderen Seite beruht. Zugleich weist der *Autor* darauf hin, dass sich aus diesem Umstand zumindest auf den ersten Blick widersprüchliche Eigenschaften des Gefährdungsschadens ergeben, wenn der Gefährdungsschaden zunächst abhängig von der Bestimmung des Endschadens, gleichwohl aber als eigenständige Abbildung einer wirtschaftlichen Vermögensverringerung aufzufassen ist.

Das Werk von *Gähler* stellt eine im höchsten Maße geeignete Darstellung der relevanten Diskussionsansätze betreffend das Problemfeld des Gefährdungsschadens dar. Dem *Autor* kann zu dieser hervorragenden Leistung nur gratuliert werden, insbesondere, da es ihm gelingt, die Probleme rund um die Feststellung des Gefährdungsschadens eingehend aufzuzeigen. Die vorstehend aufgezeigte vermeintliche Widersprüchlichkeit des Instituts des Gefährdungsschadens in Form der Abhängigkeit vom Endschaden sowie der Eigenständigkeit des Gefährdungsschadens als Vermögensnachteil bieten ein in hohem Maße interessantes Problemfeld, das der *Autor* äußerst überzeugend bearbeitet hat.

Dr. Julian Engel, Großmaircheid

⁶ *Dierlamm* (Fn. 5), § 266 Rn. 226; zur restriktiven Handhabung des Instituts des Gefährdungsschadens siehe auch *Kindhäuser*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 3, 4. Aufl. 2013, § 266 Rn. 111; *Wittig* (Fn. 5), § 266 Rn. 44; *Beukelmann*, in: *Dölling/Duttge/Rössner* (Hrsg.), *Handkommentar, Gesamtes Strafrecht*, 4. Aufl. 2017, § 266 Rn. 25 ff.