

Vermögensbetreuungspflicht bei der Verwendung von Besserungsscheinen

Von Dr. Oliver Sahan, Hamburg, Dr. Andreas Minkoff, München*

I. Einführung

Ein wesentlicher Meilenstein in der Erfolgsgeschichte von McDonald's ist im Jahr 1948 zu finden. Nach einer mehrwöchigen Pause wiedereröffneten die Brüder Maurice und Richard McDonald ihr bis dato mäßig erfolgreiches Grillrestaurant in Kalifornien unter Neueinführung eines revolutionären Schnellimbiss- und Selbstbedienungskonzepts, das auf den Verkauf von nur wenigen Produkten ausgelegt war. Zehn Jahre später gab es in den USA bereits mehr als 100 Restaurants der Marke McDonald's. Bevor diese im Anschluss auch den Rest der Welt wie im Sturm eroberte, veräußerten die Brüder ihre Rechte an Namen und Konzept für 2,7 Millionen US-Dollar.

Es handelt sich um ein außergewöhnliches Beispiel für eine nicht untypische Situation. Ein Gründer verkauft sein vielversprechendes Unternehmen an einen Investor. Das künftige Potential des Unternehmens wird auch von dem Investor naturgemäß zumindest für möglich erachtet, andernfalls würde die Investitionsentscheidung kaum getroffen werden. Zugleich wird der Investor selten bereit sein, diese mögliche Entwicklung bei der Kaufpreisermittlung (umfassend) zu berücksichtigen. Eine interessengerechte Lösung kann hier in der Gewährung eines Besserungsscheins bzw. der Aufnahme einer Mehrerlösklausel in den Kaufvertrag bestehen. Hierbei räumt der Käufer des Unternehmens dem Verkäufer die Möglichkeit ein, an dem möglichen Mehrerlös im Rahmen einer späteren Weiterveräußerung des Unternehmens oder Teilen hiervon zu partizipieren.¹ Je nach Einzelfallkonstellation und Interessenlage kann eine solche Beteiligung verschiedenartig ausgestaltet sein.² Denkbar sind etwa zeitliche Befristungen, mit fortlaufender Zeit abnehmende Beteiligungsquoten, Mindestschwellen betreffend den Weiterveräußerungspreis oder Ähnliches. Strukturell sind Besserungsscheine daher verwandt mit sogenannten Earn-Out-Klauseln.³ Bei Letztgenannten partizipiert der Verkäufer des Unternehmens aber nicht an einem nachfolgenden Wiederverkauf, sondern direkt an der weiteren Unternehmensentwicklung, typischerweise etwa an den Unternehmensgewinnen.⁴

Ebenso vielseitig wie die Ausgestaltungsmöglichkeiten sind die Motive der beteiligten Parteien sowie die Verwen-

dungssituationen.⁵ Denn freilich kommen Besserungsscheine auch außerhalb umfangreicher Unternehmensübertragungen in Betracht. Denkbar sind sie gleichermaßen bei der Veräußerung von bloßen Unternehmensanteilen, etwa in Form von Aktien oder Anteilen einer GmbH.⁶ Aber auch andere Gegenstände können unter Gewährung von Besserungsscheinen veräußert werden.⁷

Werden derartige Klauseln im Wirtschaftsleben vereinbart, wird der (Erst-)Verkäufer naturgemäß ein großes Interesse an einer möglichst ertragreichen Weiterveräußerung durch den (Erst-)Käufer (zugleich Zweitverkäufer) haben. Typischerweise sind die Interessen beider Parteien daher deckungsgleich. Nicht ausgeschlossen werden können aber Sachverhaltskonstellationen, in den die Interessen im weiteren Verlauf nicht (mehr) deckungsgleich sind. So könnte bei einem befristeten Besserungsschein der Zweitverkäufer die Zweitveräußerung so weit hinauszögern wollen, dass eine Beteiligung des Erstverkäufers wegen Zeitablaufes entfällt.⁸ Zudem kann es durch anderweitige Abreden des Zweitverkäufers mit dem Zweitkäufer dazu kommen, dass nicht der eigentlich maximal erlösbare Kaufpreis vereinbart wird und damit auch die Beteiligung des Erstverkäufers hinter der objektiv eigentlich erwartbaren Summe zurückbleibt. Es folgt die Frage, wie die Nichtvornahme der schnellstmöglichen bzw. ertragreichsten Weiterveräußerung rechtlich einzuordnen ist.

Nicht nur unter zivilrechtlichen Gesichtspunkten gilt es hier, mögliche Pflichtverletzungen des Zweitverkäufers zu prüfen. Auch aus Sicht des Strafrechts können derartige Fallkonstellationen Risiken entfalten. Im Fokus dabei abermals die wirtschaftsstrafrechtliche „Allzweckwaffe“ des Untreuetatbestandes gemäß § 266 StGB.⁹ Wie der Einsatz von Besserungsscheinen bei Unternehmens- oder Aktienübertragungen im Lichte der Untreue zu beurteilen ist, wurde soweit ersichtlich bisher nicht diskutiert oder gar höchst-

⁵ Vgl. hierzu auch *König* (Fn. 1), § 14 Rn. 38.

⁶ Vgl. etwa OLG Hamm, Urte. v. 14.6.2007 – 27 U 213/04 = BeckRS 2008, 04663.

⁷ Zum regulierenden Einsatz von Mehrerlösklauseln im Rahmen von Privatisierungsverträgen siehe BGH, Urte. v. 8.11.2002 – V ZR 78/02 = VIZ 2003, 240; zum Einsatz bei kommunalen Grundstückskaufverträgen BGH, Urte. v. 16.3.2018 – V ZR 306/16 = BeckRS 2018, 13731; OLG Karlsruhe, Urte. v. 9.2.2012 – 9 U 144/11 = NJOZ 2013, 374; OLG Celle, Urte. v. 29.5.2008 – 8 U 239/07 = NJOZ 2008, 3419.

⁸ Zu Manipulationsrisiken wegen Zeitablaufs bei Earn-Out-Klauseln *Werner*, DStR 2012, 1662 (1664); siehe auch *Hört-nagl/Zwirner/Busch*, in: *Hettler/Stratz/Hört-nagl* (Hrsg.), Beck'sches Mandatshandbuch Unternehmenskauf, 2. Aufl. 2013, § 5 Rn. 55; *Hilgard*, BB 2010, 2912 (2916).

⁹ Vgl. zum Begriff *Hellmann*, ZIS 2007, 433 (433); *Perron*, GA 2009, 219 (222); *Mitsch*, JuS 2011, 97 (97); *Jahn/Ziemann*, in: *Leitner/Rosenau* (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2017, § 266 StGB Rn. 35.

* Die Autoren sind Rechtsanwälte der Wirtschaftsstrafrechtskanzlei ROXIN Rechtsanwälte LLP an den Standorten Hamburg und München.

¹ *König*, in: *Kiem* (Hrsg.), Kaufpreisregelungen beim Unternehmenskauf, 2. Aufl. 2018, § 14 Rn. 38 f.; *Ziegenhain*, in: *Meyer-Sparenberg/Jäckle* (Hrsg.), Beck'sches M&A-Handbuch, 2017, § 13 Rn. 55 ff.

² Vgl. zu Beispielen *Schmidt-Hern/Behme*, NZG 2012, 81 (82 f.).

³ *Werner*, DStR 2012, 1662 (1663).

⁴ *König* (Fn. 1), § 14 Rn. 1 ff.; *Ziegenhain* (Fn. 1), § 13 Rn. 51 ff.; *Hilgard*, BB 2010, 2912 (2912 ff.).

terlich entschieden. Die somit angezeigte Prüfung der Fragestellung führt zu einer umfassenden Betrachtung der Anforderungen an eine Vermögensbetreuungspflicht, da sich hierbei an zahlreichen Stellen Diskussionspotentiale ergeben. Damit sind die strafrechtlichen Auswirkungen des Einsatzes von Besserungsscheinen zugleich geeigneter Anlass, die Voraussetzungen einer Vermögensbetreuungspflicht im Allgemeinen zu umzeichnen und insbesondere die gebotenen Restriktionen zu betonen. Ein besonderes Augenmerk soll dabei auf den bereits entwickelten Grundsätzen der höchstgerichtlichen Rechtsprechung liegen.

II. Allgemeines zum Untreuetatbestand

Dabei empfiehlt sich ein vorangestellter Kurzüberblick zu allgemeinen Grundlagen des Untreuetatbestandes. Bei § 266 Abs. 1 StGB handelt es sich um eine Norm zum Schutz des Vermögens. Das geschützte Rechtsgut ist ausschließlich das Vermögen des Treugebers.¹⁰ Ausdrücklich nicht geschützt durch § 266 StGB sind hingegen erstens das Vertrauen in die Redlichkeit des Rechts- und Wirtschaftsverkehrs,¹¹ zweitens das Vertrauen des Treugebers oder Geschäftsherrn als solches¹² sowie drittens die Dispositionsfreiheit des Treugebers oder Geschäftsherrn über die Verwendung seines Vermögens.¹³

Überdies ist nur solches Vermögen des Geschäftsherrn geschützt, das fremder Hand anvertraut wurde.¹⁴ Allgemein lässt sich der Unrechtsgehalt damit beschreiben als Fehlgebrauch einer Herrschaft über fremdes Vermögen,¹⁵ genauer gesagt als die vorsätzlich pflichtwidrige und mit Vermögensnachteilen verbundene Ausübung einer anvertrauten internen Machtstellung in einer fremden Vermögenssphäre durch den Treuehner.¹⁶ Es geht folglich um die spezifische Verbindung von Angriffsmittel (nämlich eine Pflichtverletzung) und Angriffsweg (nämlich von innen) auf das Vermögen des Geschäftsherrn.¹⁷ Die Vermögensschädigung durch Pflicht-

verletzung ohne eine derartig interne Machtstellung ist damit von § 266 StGB nicht erfasst.

Der Wortlaut der Norm eröffnet dabei im Grundsatz einen sehr weitreichenden Anwendungsraum, der seit jeher bekanntlich zu verfassungsrechtlichen Bedenken führt.¹⁸ Trotz der erheblichen Unbestimmtheit des Tatbestandes wird die Strafnorm allerdings auch vor dem Hintergrund des Bestimmtheitsgebotes aus Art. 103 Abs. 2 GG als verfassungskonforme Strafvorschrift angesehen.¹⁹ Namentlich das Bundesverfassungsgericht hält die Norm mit der Verfassung für „noch zu vereinbaren“.²⁰ Dabei stellt das Bundesverfassungsgericht zunächst fest, dass der Untreuetatbestand in beiden Tatbestandsvarianten sehr abstrakt formuliert und daher dem reinen Wortlaut nach von großer Weite ist.²¹ Entsprechend hoch sei seine Auslegungsfähigkeit und -bedürftigkeit.²² Dass die Norm vor diesem Hintergrund als noch mit dem Grundgesetz vereinbar anzusehen ist, liegt ersichtlich an der Überzeugung des Bundesverfassungsgerichts, wonach die in diesem Bereich erfolgte Rechtsprechung geeignet ist, „den Anwendungsbereich des Untreuetatbestands im Sinne der dahinterstehenden Schutzkonzeption zu begrenzen“.²³ Das Bundesverfassungsgericht fordert vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Garantien die Rechtsprechung damit zu einer Auslegung des § 266 StGB auf, die den Anforderungen des Bestimmtheitsgebotes Rechnung trägt. Mit dem dort formulierten „Gebot restriktiver und präzisierender Auslegung des Tatbestandes“ werden ausdrücklich zwei Elemente gefordert, nämlich

- erstens eine *restriktive* Auslegung der Tatbestandsmerkmale des § 266 StGB, sowie
- zweites eine *präzisierende* Auslegung der Tatbestandsmerkmale des § 266 StGB.²⁴

Während das erste Element betont, den Anwendungsbereich des Untreuetatbestandes auf Fälle der Verletzung besonders herausgehobener Pflichten einzugrenzen, weist das zweite Element auf die Aufgabe der Rechtsprechung hin, durch Formulierung klarer Kriterien den Tatbestand der Untreue so zu präzisieren, dass für jedermann die Grenzen der Strafbarkeit klar erkennbar sind. In der Kommentarliteratur wird mit

¹⁰ BGH, Urt. v. 4.11.1997 – 1 StR 273/97 = NStZ 1998, 514 (515); BGH, Urt. v. 23.5.2002 – 1 StR 372/01 = NJW 2002, 2801 (2803); Saliger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 3. Aufl. 2017, § 266 Rn. 1; Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 64. Aufl. 2017, § 266 Rn. 2.

¹¹ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08 u.a., Rn. 86 = NJW 2010, 3209 (3212); Fischer (Fn. 10), § 266 Rn. 1; Waßmer, in: Graf/Jäger/Wittig (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2017, § 266 StGB Rn. 9.

¹² Saliger (Fn. 10), § 266 Rn. 1; Waßmer (Fn. 11), § 266 StGB Rn. 9.

¹³ BGH, Urt. v. 4.11.1997 – 1 StR 273/97 = NStZ 1998, 514 (515); BGH, Urt. v. 23.5.2002 – 1 StR 372/01 = NJW 2002, 2801 (2803); Saliger (Fn. 10), § 266 Rn. 1; Waßmer (Fn. 11), § 266 StGB Rn. 9.

¹⁴ Schünemann, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 9/1, 12. Aufl. 2012, § 266 Rn. 23.

¹⁵ Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2017, § 20 Rn. 3.

¹⁶ Saliger (Fn. 10), § 266 Rn. 3.

¹⁷ Saliger (Fn. 10), § 266 Rn. 3.

¹⁸ Vgl. statt aller Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 266 Rn. 1a.

¹⁹ BVerfG, Beschl. v. 10.3.2009 – 2 BvR 1980/07 = NJW 2009, 2370 (2370 f.); BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08 u.a., Rn. 85 = NJW 2010, 3209 (3212).

²⁰ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08 u.a., Rn. 85 = NJW 2010, 3209 (3212).

²¹ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08 u.a., Rn. 92 = NJW 2010, 3209 (3213).

²² BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08 u.a., Rn. 92 = NJW 2010, 3209 (3213).

²³ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08 u.a., Rn. 110 = NJW 2010, 3209 (3215); hierzu auch Perron (Fn. 18), § 266 Rn. 1a.

²⁴ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08 u.a., Rn. 76, 80, 85, 118, 123 = NJW 2010, 3209 (3211 ff.).

Blick auf diese Vorgaben des Bundesverfassungsgerichtes von einem an die Rechtsprechung adressierten allgemeinen Präzisierungsgebot gesprochen.²⁵

III. Die Tatbestandsalternativen des § 266 Abs. 1 StGB bei der Verwendung von Besserungsklauseln

Dies vorausgeschickt folgt die Frage, ob Pflichtverletzungen im Zusammenhang mit Besserungsklauseln von einer der beiden Tatbestandsalternativen des § 266 Abs. 1 StGB erfasst werden können.

Der Missbrauchstatbestand des § 266 Abs. 1 Alt. 1 StGB verlangt eine wirksam eingeräumte Befugnis des Täters, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, während beim Treuebruchtatbestand die Pflicht zur Wahrung fremder Vermögensinteressen genügt. Unter dieser Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, wird gemeinhin eine Rechtsstellung verstanden, die den Täter nach außen in den Stand setzt, Vermögensrechte eines anderen wirksam zu ändern, zu übertragen oder aufzuheben oder ihn mit Verbindlichkeiten zu belasten.²⁶ Der Missbrauchstatbestand soll damit Fälle erfassen, in denen Verfügungsberechtigte einer anderen (juristischen oder natürlichen) Person im Rahmen ihres rechtlichen Könnens gegenüber Dritten ihr rechtliches Dürfen gegenüber dem Betroffenen verletzen. Hauptanwendungsfälle sind damit vor allem vertretungsberechtigte Organe wie geschäftsführende Gesellschafter von Personengesellschaften oder Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer von Kapitalgesellschaften. In Betracht kommen überdies Prokuristen und Handelsvertreter, aber auch sonstige Bevollmächtigte.²⁷

Zu beachten ist dabei, dass sich die Befugnis schon nach dem Wortlaut der Norm auf fremdes Vermögen beziehen muss. Fremd ist Vermögen in diesem Sinne, wenn es sich zumindest auch im Eigentum einer anderen natürlichen oder juristischen Person befindet.²⁸ Maßgeblich ist hierfür eine streng materiell-rechtliche Beurteilung.²⁹ Wirtschaftliche Gesichtspunkte sind damit unerheblich.³⁰

Die Grundkonstellation des Einsatzes von Besserungsscheinen betrifft Fallkonstellationen, in denen es zunächst zur vollständigen Übertragung des Kaufgegenstandes kommt. Dieser wird damit typischerweise sofort Bestandteil des Vermögens des Erstkäufers. Damit hat der Erstkäufer im Rahmen seiner Handlungen allenfalls Vermögensinteressen des Erstverkäufers zu berücksichtigen, was in den Anwendungsbereich der Treuebruchalternative des § 266 Abs. 1

Alt. 2 StGB fällt. Eine Befugnis zur Verfügung über das Vermögen des Erstverkäufers wird dem Erstkäufer aber typischerweise nicht eingeräumt.

In den Fokus rückt damit die Erfüllung der Merkmale der zweiten Tatbestandsalternative des § 266 Abs. 1 StGB und damit die des Treuebruchtatbestandes. Als genereller Aufgangtatbestand innerhalb des Untreuetatbestandes käme der Treuebruchalternative zumindest dem Wortlaut nach eine erhebliche Anwendungsreichweite zu.³¹ Sofern das Bundesverfassungsgericht und der Bundesgerichtshof mit Blick auf die Verfassungskonformität der Norm zur restriktiven Auslegung der Tatbestandsmerkmale mahnen, gilt dies wegen des weiten Wortlautes erst Recht für den Treuebruchtatbestand im Sinne des § 266 Abs. 1 Alt. 2 StGB.³²

Der objektive Treuebruchtatbestand verlangt die Erfüllung von drei Voraussetzungen, die kumulativ gegeben sein müssen:

- das Vorliegen einer Vermögensbetreuungspflicht zwischen dem Täter und dem Geschädigten,
- die Verletzung dieser Vermögensbetreuungspflicht sowie
- ein durch diese Pflichtverletzung kausal und zurechenbar entstandener Vermögensnachteil beim Geschädigten.

Nachstehend soll dabei vor allem das erste Merkmal in den Fokus gerückt werden. Das Bestehen einer Vermögensbetreuungspflicht zwischen dem Täter und dem Geschädigten ist zugleich oftmals die entscheidende Voraussetzung einer Untreuestrafbarkeit. Über den Wortlaut der Norm hinaus wird heute dabei weitgehend einhellig angenommen, das Merkmal der Vermögensbetreuungspflicht umschreibe eine notwendige Voraussetzung für beide Tatbestandsalternativen des § 266 Abs. 1 StGB.³³

IV. Das Bestehen einer Vermögensbetreuungspflicht des Zweitverkäufers gegenüber dem Erstverkäufer

Mit dem Begriff der Vermögensbetreuungspflicht umschreiben Rechtsprechung und Literatur die im Normtext des § 266 Abs. 1 Alt. 2 StGB erwähnte „Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen“.³⁴

Für die Beurteilung der Vermögensbetreuungspflicht sind zwei Schritte erforderlich. Zum ersten ist zu bestimmen, ob und worin die Grundlage eines Pflichtenverhältnisses überhaupt bestehen kann, ob also zum Beispiel eine vertragliche Beziehung zwischen den Beteiligten vorliegt. Sodann kann

²⁵ *Saliger* (Fn. 10), § 266 Rn. 4; *Waßmer* (Fn. 11), § 266 StGB Rn. 31; *Schünemann* (Fn. 14), § 266 Rn. 27.

²⁶ *Perron* (Fn. 18), § 266 Rn. 4.

²⁷ Vgl. hierzu auch die Auflistung bei *Waßmer* (Fn. 11), § 266 StGB Rn. 71 ff.

²⁸ *Waßmer* (Fn. 11), § 266 StGB Rn. 60.

²⁹ *Dierlamm*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 2. Aufl. 2014, § 266 Rn. 35.

³⁰ *Perron* (Fn. 18), § 266 Rn. 6; *Dierlamm* (Fn. 29), § 266 Rn. 35; vgl. auch schon BGH, Urt. v. 8.5.1951 – 1 StR 171/51, Rn. 8 = BGHSt 1, 186 (187 f.).

³¹ *Fischer* (Fn. 10), § 266 Rn. 5.

³² *Saliger* (Fn. 10), § 266 Rn. 24: „[...] ergibt sich für die Treuebruchsuntreue in verschärftem Maße die Notwendigkeit einer restriktiven Auslegung.“

³³ Vgl. nur BGH, Urt. v. 22.11.2005 – 1 StR 571/04, Rn. 8 = NSTZ 2006, 221 (222); *Wittig*, in: v. Heintschel-Heinegg/Stöckel (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.5.2018, § 266 Rn. 14; *Waßmer* (Fn. 11), § 266 StGB Rn. 29 f.

³⁴ Ganz einhellige Begriffsverwendung; siehe stellvertretend nur BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08 u.a., Rn. 109 = NJW 2010, 3209 (3214).

erst in einem zweiten Schritt beurteilt werden, ob dieses Pflichtenverhältnis auch die Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen im geforderten Ausmaß beinhaltet, so dass hieraus eine Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 StGB erwächst.

Ausweislich des Normtextes kann eine Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 StGB kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eines Treueverhältnisses entstehen. Weitere Beschreibungen zu diesen vier möglichen Grundlagen einer Vermögensbetreuungspflicht enthält das Gesetz jedoch nicht. Im Rahmen von Besserungsscheinen kommt als Grundlage einer Vermögensbetreuungspflicht die entsprechende vertragliche Vereinbarung und damit ein Rechtsgeschäft in Betracht.

Allein das Bestehen einer rechtsgeschäftlichen Beziehung auf erster Stufe begründet für sich dabei wie beschrieben noch keine Vermögensbetreuungspflicht im erforderlichen Sinne. Die rechtsgeschäftliche Beziehung muss auf zweiter Stufe ausweislich des Normtextes vielmehr gerade die Pflicht für eine Partei festlegen, die Vermögensinteressen einer anderen Partei wahrzunehmen. Kriterien zur Beurteilung der Frage, ob eine rechtsgeschäftliche Beziehung die Pflicht zur Wahrnehmung der Vermögensinteressen einer anderen Partei beinhaltet, hat der Gesetzgeber nicht weiter bestimmt und die Findung von geeigneten Abgrenzungsmerkmalen damit der Rechtsprechung und Wissenschaft überlassen.

Aufgrund des Gebotes der restriktiven Auslegung des Treuebruchtatbestandes und vor dem Hintergrund des verfassungsrechtlich verankerten Bestimmtheitsgebotes sowie des ultima-ratio-Prinzips sind an das Vorliegen einer solchen Pflicht zur Wahrung fremder Vermögensinteressen hohe Anforderungen zu stellen.³⁵ Gefordert wird deshalb eine besonders qualifizierte Pflichtenstellung zu dem fremden Vermögen.³⁶ Der Bundesgerichtshof hat hierbei in seiner ständigen Rechtsprechung Kriterien entwickelt, die als Anhaltspunkte herangezogen und im Wege einer Gesamtbeurteilung gewichtet werden.³⁷ Die langjährige Entwicklung dieser heute in der strafgerichtlichen Praxis gefestigten Merkmale ist der entscheidende Grund für die Annahme des Bundesverfassungsgerichtes, wonach der Tatbestand trotz der weiten Formulierung verfassungsgemäß ist.³⁸ Dabei ist zu betonen, dass sich auch der Bundesgerichtshof der Maßgaben des Bundesverfassungsgerichts aufgrund dessen exponierter Stellung als Hüter der Verfassung ausweislich § 31 Abs. 1 BVerfGG zu unterwerfen hat.

In der Vergangenheit wurden durch den Bundesgerichtshof insbesondere nachstehende Kriterien herangezogen, um

das Vorliegen einer Vermögensbetreuungspflicht zu beurteilen:

- die Fremdnützigkeit der Pflichtenbindung,
- die Selbstständigkeit des Geschäftsherrn,
- die Signifikanz der Pflichten innerhalb der Rechtsbeziehung – wobei mit Blick auf die Bezeichnung des Kriteriums präzisierend darauf hinzuweisen ist, dass das Bundesverfassungsgericht hierbei von der Pflicht als „Hauptgegenstand der Rechtsbeziehung“ spricht,³⁹
- Umfang und Dauer der Tätigkeit des Geschäftsherrn sowie schließlich
- das Fehlen von Kontrollrechten.

Übertragen auf die Rechtsbeziehungen im Falle von Besserungsscheinen sprechen zunächst zwei Indizien für das Vorliegen einer Vermögensbetreuungspflicht. Zum einen verfügt der Zweitverkäufer üblicherweise über ein ganz erhebliches Ausmaß an Selbstständigkeit, da der Erstverkäufer typischerweise nicht in die Entscheidung über den maßgeblichen Zweitvertragsschluss eingebunden sein wird. Zum anderen wird der Erstverkäufer auch kaum Einblicke in die maßgeblichen Geschäftstätigkeiten des Zweitverkäufers haben, somit ist auch das Fehlen von Kontrollrechten in entsprechenden Fallgestaltungen die Regel. Beides führt zu einer besonderen Verletzlichkeit des Erstverkäufers mit Blick auf dessen vermögensrechtliche Interessen. Und es soll gerade Aufgabe des Untreuetatbestandes sein, eine besondere Verletzlichkeit des Vermögensinhabers zu schützen, da er seine wirtschaftlichen Interessen in fremde Hände legt und daher auf die Redlichkeit des Beauftragten angewiesen ist.⁴⁰

Allein aus der Erfüllung der beiden genannten Kriterien wird sich jedoch noch kein abschließendes Urteil über das Vorliegen einer Vermögensbetreuungspflicht ergeben können. Denn vor allem auch mit Blick auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes kann bei dem oben genannten Kriterienkatalog nicht von einer Auflistung gleichrangiger Kriterien gesprochen werden oder gar davon, dass die Erfüllung einzelner Merkmale bereits zur Tatbestandserfüllung genügen würde. Das Bundesverfassungsgericht führt in seiner Rechtsprechung aus, dass „der Untreuetatbestand den Vermögensinhaber im Gegensatz zu anderen Vermögensdelikten vor Schädigungen „von innen heraus“ bewahren soll“.⁴¹ Entscheidend ist damit nicht allein, ob eine Verletzlichkeit des betroffenen Vermögensinhabers gegeben ist. Vielmehr macht das Bundesverfassungsgericht klar, dass die Verletzlichkeit gerade darauf beruhen muss, dass ein Dritter das Vermögen des Betroffenen „von innen heraus“ schädigen kann. Das Bundesverfassungsgericht stellt dabei ausdrücklich fest, dass es einer inhaltlich besonders herausgehobenen

³⁵ Wittig (Fn. 15), § 20 Rn. 84, 94.

³⁶ Fischer (Fn. 10), § 266 Rn. 33.

³⁷ Wittig (Fn. 33), § 266 Rn. 29; Saliger (Fn. 10), § 266 Rn. 10.

³⁸ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08 u.a., Rn. 106 = NJW 2010, 3209 (3214): „[...] die die Rechtsprechung in langjähriger Praxis umgesetzt und die sich in ihrer tatbestandsbegrenzenden Funktion als tragfähig erwiesen hat.“ Schünemann (Fn. 14), § 266 Rn. 27 f.

³⁹ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08 u.a., Rn. 109 = NJW 2010, 3209 (3214).

⁴⁰ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010, 2 BvR 2559/08 u.a., Rn. 87 = NJW 2010, 3209 (3212), mit Verweis auf Perron, GA 2009, 219 (223).

⁴¹ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08 u.a., Rn. 87 = NJW 2010, 3209 (3212), mit Verweis auf Schünemann, NStZ 2005, 473 (474).

Pflicht zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen bedarf.⁴² Und hierfür sei in „erster Linie [maßgeblich], ob die fremdnützige Vermögensfürsorge den Hauptgegenstand der Rechtsbeziehung bildet *und* ob dem Verpflichteten bei deren Wahrnehmung ein gewisser Spielraum, eine gewisse Bewegungsfreiheit oder Selbstständigkeit, mit anderen Worten die Möglichkeit zur verantwortlichen Entscheidung innerhalb eines gewissen Ermessensspielraums verbleibt.“⁴³ Diese Abgrenzung durch die Rechtsprechung ist es, die in den Augen des Bundesverfassungsgerichts den Anwendungsbereich des Untreuetatbestands im Sinne der dahinterstehenden Schutzkonzeption zu begrenzen vermag und daher für dessen Verfassungsmäßigkeit sorgt.⁴⁴

Die Feststellung einer Verletzlichkeit etwa wegen des Fehlens von Kontrollrechten kann damit nicht losgelöst angeführt werden, um die maßgebliche und geforderte Schädigung von innen heraus zu begründen, die das eigentliche Strafbarkeitserfordernis beschreibt. Aus diesem Grund verneinte der Bundesgerichtshof das Bestehen einer Vermögensbetreuungspflicht eines Kreditkarteninhabers gegenüber dem Kreditkartenunternehmen.⁴⁵ Denn trotz der gegebenen Selbstständigkeit des Kreditkarteninhabers beim täglichen Einsatz der Karte und der insoweit fehlenden Kontrolle des Kreditkartenunternehmens, kann im Fall des missbräuchlichen (weil ungedeckten) Karteneinsatzes nicht von der Schädigung des Kreditkartenunternehmens „von innen heraus“ gesprochen werden. Die Wahrung der Vermögensinteressen des Kreditkartenunternehmens ist trotz deren vermögenswirksamer Betroffenheit im Falle des Kartenmissbrauchs nicht der wesentliche Inhalt des Vertragsverhältnisses zwischen Kreditkarteninhaber und Kreditkartenunternehmen und damit auch nicht Hauptpflicht.⁴⁶

Mit den Worten des Bundesverfassungsgerichts sind daher vor allem folgende Entscheidungsprinzipien anzulegen, um die Frage nach dem Vorliegen einer Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 StGB zu beurteilen:⁴⁷

- Gefordert wird zunächst eine *fremdnützige Vermögensfürsorge*⁴⁸, so dass Tätigkeiten im eigenen Interesse oder zu übergeordneten Zwecken ausscheiden.

- Ferner erforderlich ist, dass die Pflicht zur Betreuung fremden Vermögens der typische und wesentliche Inhalt der fremdnützigen Geschäftsbesorgung ist, das heißt, die Pflicht zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen muss der *Hauptgegenstand*⁴⁹ des zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses sein.

Ausweislich der Rechtsprechung kann zudem Indiz für das Bestehen einer Vermögensbetreuungspflicht sein, dass der Täter die Möglichkeit zu einer eigenverantwortlichen und *selbstständigen Entscheidung*⁵⁰ innerhalb eines nicht unbedeutenden Pflichtenkreises innehat.

Die vorgenannten Kriterien tragen der erforderlichen Eingrenzung des Anwendungsbereichs des Tatbestandes Rechnung. Geprägt ist die Anwendung des Untreuetatbestandes damit von dem Grundsatz, dass nicht jedes zivilrechtlich begründete Rechtsverhältnis zwischen zwei Parteien eine Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 StGB entfaltet, selbst wenn die zivilrechtliche Pflicht die Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen betrifft.⁵¹ Gerade das charakteristische Innenverhältnis zwischen Vermögensinhaber und Vermögensverwalter kennzeichnet also die Vermögensbetreuungspflicht.⁵² Daran anknüpfend ist mit Blick auf die genannten Kriterien nach Auffassungen in der rechtswissenschaftlichen Kommentarliteratur auch grundsätzlich die Annahme kumulativer Mindestvoraussetzungen angezeigt.⁵³ Insbesondere die Maßgeblichkeit der Pflicht zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen als *Hauptgegenstand des Rechtsverhältnisses* zeigt sich schon dadurch, dass der Bundesgerichtshof und ihm folgend andere Gerichte in konkreten Fällen eine Strafbarkeit mit der schlichten Begründung ablehnten, es liege keine solch herausgehobene Pflicht zur Vermögensfürsorge vor und/oder eine solche sei nicht fremdnützig, ohne anschließend überhaupt nur zu prüfen, ob nicht andere Hilfskriterien wie etwa die Selbstständigkeit oder fehlende Kontrollrechte für die Begründung einer Vermögensbetreuungspflicht sprechen können.⁵⁴

⁴² BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08 u.a., Rn. 109 = NJW 2010, 3209 (3214 f.).

⁴³ So ausdrücklich BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08 u.a., Rn. 109 = NJW 2010, 3209 (3214 f.); *Hervorhebung* durch die Verf.

⁴⁴ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08 u.a., Rn. 110 = NJW 2010, 3209 (3215); Fischer (Fn. 10), § 266 Rn. 5; Schönemann (Fn. 14), § 266 Rn. 27 f.

⁴⁵ BGH, Urt. v. 13.6.1985 – 4 StR 213/85 = NJW 1985, 2280 (2282).

⁴⁶ BGH, Urt. v. 13.6.1985 – 4 StR 213/85 = NJW 1985, 2280 (2282).

⁴⁷ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08 u.a., Rn. 109 = NJW 2010, 3209 (3214 f.).

⁴⁸ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08 u.a., Rn. 109 = NJW 2010, 3209 (3214 f.).

⁴⁹ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08 u.a., Rn. 109 = NJW 2010, 3209 (3214 f.).

⁵⁰ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08 u.a., Rn. 109 = NJW 2010, 3209 (3214 f.).

⁵¹ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08 u.a., Rn. 109 = NJW 2010, 3209 (3214 f.).

⁵² Saliger (Fn. 10), § 266 Rn. 9.

⁵³ Wittig (Fn. 373), § 266 Rn. 29.

⁵⁴ Vgl. stellvertretend für die umfangreiche Rechtsprechung BGH, Beschl. v. 15.7.2010 – 4 StR 164/10 = NStZ-RR 2011, 276 (277); BGH, Urt. v. 25.5.2010 – VI ZR 205/09 = NJW 2010, 2948 (2949 f.); BGH, Beschl. v. 2.4.2008 – 5 StR 354/07 = NJW 2008, 1827 (1828); BGH, Urt. v. 4.11.1988 – 1 StR 480/88 = NStZ 1989, 72 (72 f.); BGH, Urt. v. 13.6.1985 – 4 StR 213/85 = NJW 1985, 2280 (2282); BGH, Urt. v. 6.3.1984 – 5 StR 997/83 = BeckRS 1984, 31113768; BGH, Urt. v. 3.5.1978 – 3 StR 30/78 = NJW 1978, 2105 (2106); BGH, Urt. v. 5.7.1968 – 5 StR 262/68 = NJW 1968, 1938 (1938); BGH, Urt. v. 13.12.1960 – 1 StR 446/60 = JurionRS 1960, 11953; OLG Düsseldorf, Beschl. v.

1. Grundsätzliches zur fremdnützigen Vermögensfürsorge als Hauptgegenstand der Rechtsbeziehung

Erste Voraussetzung für die Annahme einer Vermögensbetreuungspflicht ist damit das Vorliegen eines fremdnützig typisierten Schuldverhältnisses, in welchem der Verpflichtung des Handelnden Geschäftsbesorgungscharakter zukommt.⁵⁵ Der Untreuetatbestand beschreibt damit eine Schädigung von innen heraus, nicht aber von außen.⁵⁶ Der Täter muss in Wahrnehmung fremder Interessen handeln und dem Betreuten dabei einen Nachteil zufügen.⁵⁷ Maßgeblich ist dabei die Zwecksetzung der übernommenen Verpflichtung und damit die Frage, in wessen Interesse der Täter die ihm eingeräumte Dispositionsbefugnis über Vermögenswerte grundsätzlich einsetzen soll.⁵⁸ Dabei muss die wahrgenommene Tätigkeit nicht ausschließlich im fremden Interesse erfolgen. Insofern ist es ausreichend, wenn es sich um eine Tätigkeit handelt, die eben auch fremdnützig ist.⁵⁹ Dennoch genügt es nicht, wenn fremde Vermögensinteressen lediglich mittelbar tangiert werden: der Bezug einer Verpflichtung zu fremden Vermögensinteressen macht diese nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts noch nicht zu einer Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 StGB.⁶⁰ Es bedarf damit wenn auch nicht ausschließlicher Fremdnützigkeit, so zumindest einer überwiegenden Fremdnützigkeit der Vermögensfürsorge als Hauptpflicht.⁶¹ Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für den Umgang mit fremdem Vermögen kann daher nur denjenigen treffen, dem primär – und nicht nur bei Gelegenheit einer eigennützigen Vermögenstransaktion – Dispositionsbefugnisse zur Organisation fremden Vermögens eingeräumt wurden.⁶²

Damit wird auch klar, dass die beiden genannten Kriterien „Fremdnützigkeit“ und „Hauptgegenstand der Rechtsbeziehung“ nicht losgelöst voneinander beurteilt werden können. Fehlt es gänzlich an der Berührung fremder Vermögensinteressen, wird zwar dies allein schon zum Ausscheiden einer Vermögensbetreuungspflicht führen. Andererseits ist bei der Feststellung einer Tätigkeit, die auch fremdnützige Elemente aufweist, zu prüfen, ob die Pflicht zur Wahrung der fremden Vermögensinteressen auch den Hauptgegenstand der Rechtsbeziehung darstellt.

23.11.1983 – 5 Ss 437/83 = NJW 1984, 810 (812); LG Mainz, Beschl. v. 13.11.2000 – 1 Qs 257/00 = NJW 2001, 906 (906 f.).

⁵⁵ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08 u.a., Rn. 108 = NJW 2010, 3209 (3214); *Fischer* (Fn. 10), § 266 Rn. 38.

⁵⁶ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08 u.a., Rn. 87 = NJW 2010, 3209 (3212); *Kindhäuser*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafrechtsgesetzbuch*, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 266 Rn. 31.

⁵⁷ *Dierlamm* (Fn. 29), § 266 Rn. 47.

⁵⁸ *Dierlamm* (Fn. 29), § 266 Rn. 43.

⁵⁹ *Perron* (Fn. 18), § 266 Rn. 28.

⁶⁰ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08 u.a., Rn. 109 = NJW 2010, 3209 (3214).

⁶¹ *Saliger* (Fn. 10), § 266 Rn. 11.

⁶² So *Kindhäuser* (Fn. 56), § 266 Rn. 33.

Die Wahrung der fremden Vermögensinteressen müsste also das typische und wesentliche Merkmal der zu Grunde liegenden vertraglichen Beziehung darstellen. An dieser Stelle manifestiert sich das Gebot der restriktiven Auslegung des Tatbestandes in besonderer Weise. Allgemeine schuldrechtliche Verpflichtungen im Rahmen von Vertragsverhältnissen zwischen Parteien – und dabei insbesondere Austauschverhältnisse⁶³ – genügen nach den Grundsätzen der Rechtsprechung gerade nicht, um eine Vermögensbetreuungspflicht zu begründen.⁶⁴ Der bloße Vertragsbruch soll nicht unter Strafe gestellt werden.⁶⁵ Es bedarf vielmehr einer inhaltlich besonders herausgehobenen Pflicht.⁶⁶

Der Bundesgerichtshof hat in seiner Rechtsprechungshistorie unterschiedliche Begrifflichkeiten verwendet, um dieses Kriterium zu beschreiben. Maßgeblich ist jedenfalls, dass es sich nicht um eine nachrangige Pflicht, sondern um eine zentrale Pflichtenstellung handeln muss. Mit den Worten des Bundesverfassungsgerichts muss diese Pflicht zur Wahrung fremder Vermögensinteressen den „Hauptgegenstand der Rechtsbeziehung“ bilden.⁶⁷

Ursprung einer solchen Pflicht können auch hier die im Rahmen des Verkaufs geschlossenen Vereinbarungen zwischen Letztverkäufer und Erstverkäufer sein und damit der Abschluss eines Kaufvertrages unter Gewährung einer Besserungsklausel für den Fall des Weiterverkaufs. Ob dieser Vertrag überhaupt eine Pflicht zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen begründet hat, ergibt sich aus der Anwendung der zivilrechtlichen Regelungen. Ist nach zivilrechtlicher Würdigung schon keine entsprechende Pflicht zu begründen, kann eine solche erst recht keine strafbewehrte Hauptpflicht im Sinne des § 266 StGB darstellen. Ist indes eine solche Pflicht zivilrechtlich gegeben, entscheidet ein Strafgericht sodann nach dem Grundsatz der Strafrechtsautonomie unter freier und eigenständiger Zugrundelegung der durch die Rechtsprechung entwickelten Kriterien, ob diese Pflicht einen Hauptgegenstand der zugrundeliegenden Rechtsbeziehung im Sinne des § 266 StGB darstellt.

2. Die grundlegende Beurteilung von Besserungsscheinen anhand der Rechtsprechungshistorie

Bei der Auswertung der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist wie erwähnt zwar festzustellen, dass der konkrete Fall einer Mehrerlösklausel bei Unternehmensübertragungen im Kontext des Straftatbestandes der Untreue gemäß § 266 StGB ersichtlich noch nicht entschieden wurde. Allerdings existieren Entscheidungen des Bundesgerichtshofes, die vergleichbare Problemstellungen oder solche mit gar vergleichsweise

⁶³ *Fischer* (Fn. 10), § 266 Rn. 36a.

⁶⁴ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08 u.a., Rn. 109 = NJW 2010, 3209 (3214).

⁶⁵ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08 u.a., Rn. 109 = NJW 2010, 3209 (3214).

⁶⁶ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08 u.a., Rn. 109 = NJW 2010, 3209 (3214); *Fischer* (Fn. 10), § 266 Rn. 35.

⁶⁷ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08 u.a., Rn. 109 = NJW 2010, 3209 (3214 f.).

gesteigerter Rechtsposition eines Verkäufers zum Gegenstand haben und damit Rückschlüsse auf die Beurteilungsparameter erlauben, die das oberste deutsche Strafgericht zur Prüfung der Tatbestandsverwirklichung heranzieht.

a) Weiterveräußerung von landwirtschaftlichem Gerät mit (Mehr-)Erlösabführabrede

So hatte der Bundesgerichtshof einen Sachverhalt zu beurteilen, der den Erwerb von landwirtschaftlichen Geräten betraf.⁶⁸ Ein Landwirt erwarb dabei von einem Unternehmer einen Schlepper samt Pflug. Den Kaufpreis in Höhe von circa 14.000 DM entrichtete der Landwirt jedoch nicht in bar. Die Parteien vereinbarten stattdessen, dass der Landwirt dem Unternehmer vier gebrauchte Maschinen als Gegenleistung überlassen sollte. Der Unternehmer sollte diese Maschinen sodann weiterveräußern. Vereinbart wurde, dass ein möglicher Mehrerlös aus den Weiterverkäufen dem Landwirt zufließen sollte, während ein Mindererlös zu Lasten des Unternehmers gegangen wäre. Mit anderen Worten gab die Partei eines Kaufvertrages der anderen Partei Gegenstände hin, wobei Mehrerlösansprüche aus Weiterverkäufen versprochen wurden. Der Bundesgerichtshof verneinte in diesem Fall das Vorliegen einer Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 StGB: „Der Kaufvertrag als solcher konnte eine Vermögensfürsorgepflicht zwischen den Vertragsparteien nicht begründen. Das ist in der Rechtsprechung anerkannt [...]. Auch die Verpflichtung, nunmehr den Verkaufserlös unmittelbar an B. oder an dessen Sparkasse zu überweisen, ging nicht über die jedem Kaufvertrag eigentümliche schuldrechtliche Verpflichtung auf Zahlung des Kaufpreises hinaus.“⁶⁹ Mit seiner knappen Stellungnahme verdeutlicht der Bundesgerichtshof, dass ein Kaufvertrag grundsätzlich nicht geeignet ist, Vermögensbetreuungspflichten zwischen den Parteien zu begründen. Denn im Rahmen von Kaufverträgen besteht keine Hauptpflicht, das Vermögen des Vertragspartners zu schützen.⁷⁰ Die Hauptpflicht des Käufers besteht in der Zahlung des Kaufpreises. Auch die Gewährung von Vermögenswerten unter Vereinbarung einer Mehrerlösabrede führte in dem beschriebenen Fall wie gezeigt zur Feststellung des Bundesgerichtshofes, wonach eine ausreichend besondere Hauptpflicht des Käufers zur Fürsorge über das Vermögen des Verkäufers nicht bestehe. Bei dieser Feststellung beließ es der Bundesgerichtshof im Übrigen. Dass der Weiterver-

käufer einen erheblichen Ermessensspielraum und der Landwirt mutmaßlich keinerlei Kontrollrechte hatte, war somit für den Bundesgerichtshof ohne Bedeutung. Wie bereits erörtert, führt die Feststellung einer fehlenden fremdnützigen Hauptpflicht zur Vermögensfürsorge in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes grundsätzlich ohne Weiteres zur Ablehnung einer Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 StGB.⁷¹ Die Rechtsprechung folgt damit dem Postulat des Bundesverfassungsgerichts, das eben diese fremdnützige Hauptpflicht zur Vermögensfürsorge in den Fokus rückt, um strafbare Schädigungen „von innen heraus“ und straffreies Verhalten voneinander abzugrenzen.

b) Eigentumsvorbehalt

Anlässlich eines weiteren Falles hatte der Bundesgerichtshof einen Sachverhalt zu entscheiden, in dem ein Verkäufer – anders als im typischen Fall einer Besserungsklausel, in dem der Erstverkäufer den Kaufgegenstand vollständig übertragen hat und sich lediglich eine Beteiligung an einem möglichen späteren Mehrerlös versprechen ließ – seine Vermögensgüter nicht einmal vollständig übertragen, sondern einer anderen Partei lediglich zum eigenverantwortlichen Weiterverkauf überlassen hatte.⁷² Anders als im vorliegenden Fall verblieben die übergebenen Vermögenswerte damit in dem entschiedenen Fall sogar im Eigentum des ursprünglichen Vermögensinhabers. Der Empfänger hatte sodann die Aufgabe, die Waren zu verkaufen und den Verkaufserlös an den Eigentümer abzuführen. Der Bundesgerichtshof nahm in der Folge ein sogenanntes Konditionsgeschäft an und damit einen bedingten Kaufvertrag mit Eigentumsvorbehalt und dem Recht zum Weiterverkauf.⁷³ Sodann stellte der Senat fest, dass selbst ein derartiges Vertragsverhältnis, in dem eine Weiterverwertung fremden Eigentums erfolgte, für sich allein eine Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 StGB nicht auszulösen vermag.⁷⁴

Der Bundesgerichtshof geht dabei in Fällen des Eigentumsvorbehaltes grundsätzlich vom Fehlen einer Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 StGB aus. In derartigen Fällen behält sich der Verkäufer das Eigentum bis zur abschließenden Zahlung durch den Käufer vor, überlässt diesem aber bereits den Besitz an der Ware. Wenn dieser die Ware weiterveräußert und den Verkaufserlös abredewidrig nicht an den Erstverkäufer abführt, begeht er zwar eine zivilrechtliche Pflichtverletzung. Mangels Vorliegen einer Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 StGB liegt indes keine Untreuestrafbarkeit vor:

⁶⁸ Zum Folgenden BGH, Urt. v. 13.12.1960 – 1 StR 446/60 = JurionRS 1960, 11953.

⁶⁹ BGH, Urt. v. 13.12.1960 – 1 StR 446/60 = JurionRS 1960, 11953.

⁷⁰ Vgl. hierzu auch BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08 u.a. = NJW 2010, 3209 (3215): „Die gefestigte Rechtsprechung in diesem Bereich ist geeignet, den Anwendungsbereich des Untreuetatbestands im Sinne der dahinterstehenden Schutzkonzeption zu begrenzen. Auf ihrer Grundlage steht zudem für einen großen Teil von Lebenssituationen von vornherein fest, dass eine Strafbarkeit nach dem Untreuetatbestand nicht in Betracht kommt. Dies gilt etwa für alle Vertragspartner in gewöhnlichen Austauschverträgen wie Kauf- oder Werkverträgen [...]“

⁷¹ Siehe hierzu bereits die umfangreichen Rechtsprechungsnachweise oben in Fn. 54.

⁷² Zum Folgenden BGH, Beschl. v. 23.12.1986 – 1 StR 626/86 = JurionRS 1986, 12016.

⁷³ BGH, Beschl. v. 23.12.1986 – 1 StR 626/86 = JurionRS 1986, 12016.

⁷⁴ BGH, Beschl. v. 23.12.1986 – 1 StR 626/86 = JurionRS 1986, 12016; ebenso OLG Düsseldorf, Beschl. v. 24.11.1997 – 5 Ss 342/97 = NJW 1998, 690 (691); ausführlich auch Wittig/Reinhart, NSTZ 1996, 467.

„Der Senat hat bereits in seinen unveröffentlichten Entscheidungen v. 13.3.1952 – 5 StR 163/52, v. 15.5.1953 – 5 StR 627/52, v. 24.9.1953 – 5 StR 240/53 und v. 7.1.1955 – 5 StR 390/54 ausgesprochen, daß ein Käufer auch dann nicht die vertragliche Hauptpflicht hat, Vermögensinteressen des Verkäufers wahrzunehmen, wenn dieser sich das Eigentum an der Ware vorbehalten und den Käufer ermächtigt hat, sie in eigenem Namen weiter zu veräußern, und wenn der Käufer es übernommen hat, den Erlös jeweils an den Verkäufer abzuführen.“⁷⁵

Auch hier begnügt sich das Gericht im Übrigen mit der Feststellung der fehlenden Hauptpflicht, um eine Strafbarkeit gemäß § 266 StGB abzulehnen.

c) Factoring

Ob ein Kaufvertrag aufgrund ergänzender Nebenabreden dennoch eine Vermögensbetreuungspflicht begründen kann, hatte der Bundesgerichtshof überdies in einem Fall zu beurteilen, der einen Factoring-Vertrag zum Gegenstand hatte.⁷⁶ Ein Reiseunternehmen hatte an ein Kreditinstitut Ansprüche aus Beförderungsverträgen mit einem Großkunden verkauft und abgetreten. In dem Vertrag war vereinbart, dass Zahlungen mit schuldbefreiender Wirkung seitens des Kunden ausschließlich an die Bank erfolgen sollten. Weiter sollte das Reiseunternehmen Zahlungen auf angekaufte Forderungen, die bei ihr eingingen, als Treuhänderin für die Bank entgegennehmen und sie unverzüglich mit den Zahlungsbelegen weiterleiten. Gleiches sollte für beim Reiseunternehmen eingehende Schecks gelten. Dennoch lösten Vorstandsmitglieder eingehende Schecks in der Folge zugunsten des eigenen Unternehmens ein, wo die Gutschriften auch verbraucht wurden. Der Bundesgerichtshof lehnte die Annahme einer strafbaren Untreue der betroffenen Vorstandsmitglieder ab. Dabei stellt das Gericht fest, dass Kaufverträge grundsätzlich weder für den Käufer noch für den Verkäufer Treuepflichten im Sinne des § 266 StGB begründen. Auch im Fall der Pflicht zur Weiterleitung vereinnahmter Gelder erachtete der Bundesgerichtshof eine solche Wesentlichkeit der Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen als nicht gegeben.

d) Kommissionsgeschäfte

Zu anderen Ergebnissen kommt der Bundesgerichtshof in seiner Rechtsprechung erst bei Kommissionsverhältnissen. Unter Verweis auf die Kommentarliteratur hält der Bundesgerichtshof das Vorliegen einer Vermögensbetreuungspflicht bei Kommissionsgeschäften ohne Nennung von Gründen zumindest für möglich.⁷⁷ Gemäß § 383 HGB ist Kommissionär, „wer es gewerbsmäßig übernimmt, Waren oder Wertpapiere für Rechnung eines anderen [des Kommittenten] in eigenem Namen zu kaufen oder zu verkaufen.“ Kommissionsgeschäfte kommen also dann in Betracht, wenn ein ge-

werblicher Geschäftspartner bei einem von ihm beabsichtigten Kauf oder Verkauf am Markt nicht selbst im eigenen Namen in Erscheinung treten, sondern unter Umständen anonym bleiben will.⁷⁸ Nach dem Wesen des Kommissionsvertrages gibt der Kommittent das Eigentum an dem Kommissionsgut nicht auf, sondern überträgt dem Kommissionär nur den Besitz an der Ware, die dieser verwahren und verkaufen muss.⁷⁹ Anders als im Fall der bloßen Stellvertretung kommt bei einem Verkauf des Kommissionsgutes durch einen Kommissionär an einen Dritten aber ein Vertrag zustande, der alleine den Kommissionär, nicht aber den Kommittenten berechtigt und verpflichtet.⁸⁰ Dieses Ausführungsgeschäft ist damit grundsätzlich unabhängig von dem Kommissionsverhältnis, welches die Rechtsbeziehung zwischen Kommissionär und Kommittenten regelt.⁸¹ Mutmaßlicher Grund für die Annahme einer Vermögensbetreuungspflicht des Kommissionärs gegenüber dem Kommittenten dürfte insbesondere auch sein, dass das Kommissionsgeschäft und die dabei bestehenden Pflichten im HGB umfangreich und detailliert geregelt sind. Allerdings betont der Bundesgerichtshof zugleich, dass für die Annahme eines Kommissionsgeschäfts eine Weisungsbefugnis des eigentlichen beziehungsweise ursprünglichen Verkäufers erforderlich ist. Das Fehlen jeder Weisungsbefugnis schließt die Annahme eines Kommissionsverhältnisses in diesem Sinne hingegen ohne weiteres aus.⁸²

e) Verwertung von Sicherheiten

Schließlich lohnt der Blick auf die Rechtsprechung zur Verwertung von Sicherheiten. Verwiesen werden kann dabei auf eine Entscheidung des Bundesgerichtshofes aus dem Jahre 1978. Zunächst betont der Bundesgerichtshof hier, dass zur Begründung einer Vermögensbetreuungspflicht über die Erfüllung der Pflichten aus einfachen Austauschverhältnissen hinaus gerade auch die Besorgung fremder Vermögensangelegenheiten in nicht unwesentlichem Umfang anvertraut worden sein muss.⁸³ Erforderlich sei die Besorgung eines Geschäfts für einen anderen.⁸⁴ An dieser Stelle ist zu unterstreichen, dass der Sachverhalt das Verhältnis zwischen einem Sicherungsnehmer und einem Sicherungsgeber betraf. Anders als im Fall der Vermögensübertragung mit Besorgungsschein, hat der Sicherungsgeber grundsätzlich die Erwartung, das übertragene Vermögen – also die Sicherheit – bei Erledigung des Sicherungsbedürfnisses vollständig zurück zu erlangen. Dass dies für die Einordnung der Pflichten-

⁷⁵ BGH, Urt. v. 5.7.1968 – 5 StR 262/68 = NJW 1968, 1938.

⁷⁶ Zum Folgenden BGH, Urt. v. 4.11.1988 – 1 StR 480/88 = NSZ 1989, 72 (72 f.).

⁷⁷ BGH, Beschl. v. 23.12.1986 – 1 StR 626/86, Rn. 4 = JurionRS 1986, 12016.

⁷⁸ Häuser, in: Schmidt (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 4. Aufl. 2018, § 383 Rn. 5.

⁷⁹ Häuser (Fn. 78), § 383 Rn. 87.

⁸⁰ Häuser (Fn. 78), § 383 Rn. 61.

⁸¹ Häuser (Fn. 78), § 383 Rn. 61.

⁸² BGH, Urt. v. 19.2.1975 – VIII ZR 175/73 = NJW 1975, 776 (777); BGH, Beschl. v. 23.12.1986 – 1 StR 626/86, Rn. 4 = JurionRS 1986, 12016; Häuser (Fn. 78), § 383 Rn. 52.

⁸³ BGH, Urt. v. 28.2.1978 – 1 StR 671/77, Rn. 23 = JurionRS 1978, 12252.

⁸⁴ BGH, Urt. v. 28.2.1978 – 1 StR 671/77, Rn. 23 = JurionRS 1978, 12252.

stellung des Sicherungsnehmers betreffend das Sicherungsgut als fremdnützige Vermögensbetreuungspflicht anders zu werten ist als der Fall einer endgültigen Übertragung etwa von Aktien an den Zweitverkäufer, liegt auf der Hand.

Ohnehin stellte der Bundesgerichtshof aber fest, dass selbst in diesem Fall eines Sicherungsverhältnisses jedenfalls grundsätzlich keine Vermögensbetreuungspflicht vorliegt.⁸⁵ Erst recht muss dies dann für den Fall der Übertragung von Aktien ohne Erhalt eines umfassenden Rückübertragungsanspruches gelten. Nur ausnahmsweise sah der Bundesgerichtshof dies im dortigen Fall anders, was an der Besonderheit der Übersicherung lag. Da das Sicherungsgut einen Wert von über 630.000 DM hatte, die zu sichernde Forderung aber lediglich 140.000 DM betrug, lag ein Fall der Übersicherung vor, durch den der Sicherungsnehmer neben seinem „eigenen Sicherungsinteressen in ganz besonderem Maße auch das Interesse der Zedentin an einer ordnungsmäßigen Abwicklung des Sicherungsverhältnisses wahrzunehmen [hatte], also im Falle der Verwertung des Sicherungsguts vor allem dem Vertrauen der Sicherungsgeberin auf wirtschaftlich vernünftige Verwertungsmaßnahmen und auf Abführung des die gesicherte Forderung überschreitenden Erlöses Rechnung zu tragen.“⁸⁶

Nur aufgrund dieser eklatanten Übersicherung wich der Bundesgerichtshof augenscheinlich von dem Grundsatz ab, wonach der Sicherungsnehmer grundsätzlich allein im eigenen Interesse (oder jedenfalls im überwiegend eigenen Interesse) handelt und daher keine Vermögensbetreuungspflicht vorliegt. Dieses erhebliche Missverhältnis war ursächlich für die „in ganz besonderem Maße“ bestehende Fremdverpflichtung. Im Fall der typischen Besserungsklausel ist zu berücksichtigen, dass meist ein Beteiligungsanspruch des Erstverkäufers am Erlös des Zweitverkaufs jedenfalls unterhalb von 50 % in Betracht kommt, während der Zweitverkäufer im Rahmen des Verkaufs meist den Großteil für sich selbst erlöst. Dies ist mit der Pflichtenstellung im Rahmen der Übersicherung nicht vergleichbar. Der Zweitverkäufer handelt nach wie vor im überwiegend eigenen Interesse. Selbst wenn man eine Pflicht zur Wahrnehmung vernünftiger Anstrengungen zum Verkauf der Aktien zum bestmöglichen Preis durch den Zweitverkäufer annehmen würde, so wäre eine derartige Pflicht daher jedenfalls nach den augenscheinlichen Bewertungskriterien des Bundesgerichtshofes nicht als „in ganz besonderem Maße“ bestehende Pflicht anzusehen, wie es bei einem Verkauf von Gegenständen der Fall ist, bei dem ein Dritter zu über 75 % partizipiert.

f) Ableitungen für den Einsatz von Besserungsscheinen

Mit Blick auf die Ausgangsfrage maßgeblich ist zunächst, ob auf Grundlage einer kaufvertraglichen Verbindung mit Mehrerlösklausel ein *fremdes Geschäft* vorgenommen wird, wenn es zur Weiterveräußerung kommt. In derartigen Fällen ist jedoch von einem Handeln des Wiederverkäufers im originär

eigenen Interesse auszugehen. Redliches Motiv eines Käufers etwa von Aktien unter Gewährung eines Besserungsscheins ist es, bei der Durchführung einer Drittveräußerung die für ihn selbst bestmögliche Verkaufsentscheidung zu treffen. Mögen die Interessen des Berechtigten eines Besserungsscheins aufgrund einer prozentualen Gewinnbeteiligung auch gleichlaufend sein, so handelt der Wiederverkäufer der Anteile dennoch in seinem eigenen Interesse. Erst recht muss dies gelten, wenn der weit überwiegende Teil des Verkaufserlöses ohnehin bei ihm verbleibt. Die Interessenlage ist damit nicht vergleichbar mit Konstellationen, in denen etwa ein Vermögensverwalter Vermögensanlagen für seine Kunden aussucht und mit Kundengeldern in diese investiert. Eine derartige Geschäftsbesorgung ist der Vertragsgestaltung bei Besserungsscheinen typischerweise nicht zu entnehmen.

Allein die Partizipation des Erstverkäufers am Wiederverkauf genügt als isolierter Faktor jedenfalls nicht zur Begründung einer Vermögensbetreuungspflicht. Anderenfalls wäre jede Entscheidung eines Arbeitgebers, die nicht zwingend den Gewinn des Unternehmens fördert, als strafbare Untreuehandlung anzusehen, würden in dem Unternehmen ergebnisabhängige Vergütungsmodelle zugunsten der Belegschaft existieren. Die wirtschaftliche Beteiligung des Berechtigten eines Besserungsscheins ist bloßer Reflex einer möglichst gewinnbringenden Weiterveräußerung durch den Wiederverkäufer, wobei dieser grundsätzlich im eigenen Interesse das bestmögliche Ergebnis erzielt. Das Handeln im eigenen Interesse durch den Wiederverkäufer ist überdies gerade Grundlage der weiten Verbreitung von Mehrerlösklauseln oder Earn-Out-Konstruktionen. Aufgrund der originären eigenen Interessenslage des Käufers an einem möglichst teuren Weiterverkauf oder möglichst hohen Erträgen nach Erwerb bedarf der Verkäufer und Berechtigte eines Besserungsscheins gerade keiner ausdrücklichen Regelungen, die den Käufer zur besonderen Wahrnehmung der Interessen des Verkäufers verpflichten. Anders mag dies bei originären Treuhandverhältnissen sein. Hier besteht regelmäßig die Gefahr auseinanderlaufender Interessen zwischen Treugeber und Treuhänder, so dass die explizite Vereinbarung einer ausdrücklich fremdnützigen Hauptpflicht des Treuhänders zur Wahrung der Vermögensinteressen des Treugebers für dessen Schutz gerade erforderlich ist. Im Fall eines Besserungsscheins bestehen indes typischerweise keine gegenläufigen Interessen zwischen den Vertragsparteien, so dass sich schon mangels einer Notwendigkeit keine Hauptpflicht zur Wahrung fremder Vermögensinteressen konstituieren lässt. Jedenfalls die geforderte *überwiegende* Fremdnützigkeit kann vor diesem Hintergrund nicht angenommen werden.

Dies folgt schließlich auch aus der zivilrechtlichen Einordnung einer Mehrerlösklausel. Als Preisnebenabrede stellt diese einen Bestandteil der Zahlungspflichten des Käufers dar. Die Wahrnehmung der Pflichten aus der Mehrerlösklausel – nämlich die Weiterleitung eines Anteils an dem Veräußerungserlös im Falle einer Drittveräußerung – geschieht wie auch die sonstige Kaufpreiszahlung in Wahrnehmung der Pflichten aus einem synallagmatischen Austauschverhältnis und damit im originär eigenen Interesse. Dies gilt auch dann, wenn ausdrücklich oder konkludent fremdnützige Neben-

⁸⁵ BGH, Urt. v. 28.2.1978 – 1 StR 671/77, Rn. 23 = JurionRS 1978, 12252.

⁸⁶ BGH, Urt. v. 28.2.1978 – 1 StR 671/77, Rn. 23 = JurionRS 1978, 12252.

pflichten vertraglich vereinbart worden sind.⁸⁷ Wer im Rahmen von schuldrechtlichen Vertragsbeziehungen eigene Interessen im Wirtschaftsleben verfolgt, kann nicht zugleich zur fremdnützigen Vermögensfürsorge verpflichtet sein.⁸⁸ Der Letztverkäufer hat somit nicht für den Erstverkäufer zu handeln, sondern gegebenenfalls an diesen zu leisten. Dies stellt keine ausreichende Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen in diesem Sinne dar.⁸⁹

Erst recht kommt man zur Nichterfassung des Einsatzes von Besserungsscheinen im Rahmen des § 266 StGB, wenn man nicht allein das Merkmal der Fremdnützigkeit untersucht, sondern insofern weitergefasst die Rechtsprechung zur Frage des Vorliegens einer überwiegend fremdnützigen Vermögensfürsorgepflicht als Hauptgegenstand der Rechtsbeziehung zwischen den Parteien heranzieht. Der Bundesgerichtshof lehnte das Bestehen einer Vermögensbetreuungspflicht – wie dargelegt – insbesondere in dem vergleichbaren Fall der Weiterveräußerung des landwirtschaftlichen Gerätes ab, in dem ein Kaufvertrag über Sachen unter Vereinbarung von Mehrerlösabreden geschlossen wurde. Darüber hinaus verneint der Bundesgerichtshof die Annahme einer Vermögensbetreuungspflicht in vergleichbaren Fällen selbst dann, wenn bei dem Betroffenen noch eigene dingliche Rechtspositionen verblieben sind. Erst Recht spricht dies gegen die Annahme einer Untreuestrafbarkeit, wenn der Erstkäufer von Beginn an die uneingeschränkte dingliche Berechtigung erwirbt und der Erstverkäufer diese damit verliert. Ob daneben eine Selbstständigkeit oder fehlende Kontrollrechte existieren, ist für den Bundesgerichtshof in seinen Entscheidungen offenkundig nicht maßgeblich. Allein das Fehlen einer fremdnützigen Hauptpflicht zur Vermögensfürsorge führt vielmehr ohne Weiteres zur Ablehnung einer Strafbarkeit.

Auch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zu Kommissionsgeschäften führt zu keiner anderen Beurteilung. Denn für die Annahme eines Kommissionsverhältnisses ist das Bestehen einer Weisungsbefugnis des Erstverkäufers erforderlich. Das Fehlen jeder Weisungsbefugnis schließt die Annahme eines Kommissionsverhältnisses hingegen ohne weiteres aus.⁹⁰ Solange es bei der Vereinbarung eines Besserungsscheins an entsprechenden Weisungsrechten fehlt, kann daher von einem entsprechenden Schutz nicht ausgegangen werden. Damit führt auch die Rechtsprechung zu Kommissionsgeschäften nicht zur Annahme einer Vermögensbetreuungspflicht.

⁸⁷ Dierlamm (Fn. 29), § 266 Rn. 49.

⁸⁸ Dierlamm (Fn. 29), § 266 Rn. 49.

⁸⁹ Vgl. hierzu auch BGH, Urt. v. 6.3.1984 – 5 StR 997/83 = BeckRS 1984, 31113768 im Falle der pflichtwidrigen Nichtweiterleitung von eingehenden Zahlungen an eine kreditgewährende Bank. Auch hier verneinte der Bundesgerichtshof trotz vermögenswirksamer Betroffenheit der Bank das Bestehen einer fremdnützigen Vermögensbetreuungspflicht: „Dabei hatten die Angeklagten nicht für die Bank zu handeln, sondern an die Bank zu leisten.“

⁹⁰ BGH, Urt. v. 19.2.1975 – VIII ZR 175/73 = NJW 1975, 776 (777); BGH, Beschl. v. 23.12.1986 – 1 StR 626/86 = JurionRS 1986, 12016.

3. Einzelfallbezogene Strafbarkeitsrisiken bei besonderen vertraglichen Ausgestaltungen

Unübersehbar ist, dass sich die gefundenen Feststellungen auf der Ebene des Grundsätzlichen bewegen. Es wurde jedoch bereits eingangs festgestellt, dass die Ausgestaltung von Besserungsscheinen vielfältig sein kann. Die zivilrechtliche Vertragsautonomie ebnet hier den Weg für weitreichende Möglichkeiten. Sofern die Beurteilung des Bestehens einer Vermögensbetreuungspflicht der zivilrechtlichen Ausgestaltung der Rechtsbeziehung durch die beteiligten Personen Rechnung tragen muss, folgt die Frage, ob sich aus der besonderen Ausgestaltung von Besserungsscheinen nicht im Einzelfall doch Strafbarkeitsrisiken ergeben. Schon gezeigt wurde etwa, dass im Falle der besonderen Verteilung von Erlösquoten andere Ableitungen denkbar sind. Würde ein Besserungsschein derart ausgestaltet sein, dass der Erstverkäufer auch im Rahmen der Zweiveräußerung im Verhältnis zum Zweiverkäufer weit überwiegend am Verkaufserlös partizipiert, so könnte mit Blick auf die Rechtsprechung zu Übersicherungsfällen tatsächlich das Vorliegen einer Vermögensbetreuungspflicht angenommen werden. Aber auch abseits derart außergewöhnlicher Vereinbarungen ist nicht auszuschließen, dass die Parteien durch weitergehende Abreden die Grundlagen für einen strafrechtlichen Schutz legen.

a) Rechtsprechung zu Mietkautionen

Auch hier soll der Blick in die Rechtsprechungshistorie zur Erkenntnisgewinnung herangezogen werden. Die bisher dargestellten Entscheidungen zeigen deutlich in eine Richtung. Die vielfach betonten Restriktionen scheinen der Einbeziehung von Besserungsscheinen in die Untreuestrafbarkeit deutlich entgegenzustehen. Nicht ausgeblendet werden dürfen aber natürlich auch die Entscheidungen, in deren Rahmen die Betonung von Restriktionen weit weniger energisch erfolgte. Sehr weitgehend ist die Rechtsprechung bekanntermaßen etwa mit Bezug auf Mietkautionen. Dementsprechend waren diese Entscheidungen des Bundesgerichtshofes auch teils heftiger Kritik ausgesetzt.⁹¹ Für die Beurteilung von Besserungsscheinen ist jedoch von Interesse, ob sich aus dieser eher extensiven Rechtsprechung doch Risikopotentiale für den Verwender von Mehrerlösklauseln ergeben.

Bedeutsam war in diesem Zusammenhang die Entscheidung des Bundesgerichtshofes von 1995. Gegenstand dieser Entscheidung war die Frage nach dem Bestehen einer Vermögensbetreuungspflicht eines Vermieters betreffend die durch einen Mieter überlassene Mietkaution. Auch dabei stellte der Bundesgerichtshof zunächst fest, dass Vermieter und Mieter bei der Erfüllung der Mehrzahl ihrer gesetzlichen und vertraglichen Pflichten grundsätzlich nicht die Vermögensinteressen ihres Vertragspartners zu betreiben haben.⁹² Hinsichtlich der Mietkaution nahm der Bundesgerichtshof jedoch eine Ausnahme an und bejahte das Vorliegen einer Vermögensbetreuungspflicht. Dabei ist aber zum einen fest-

⁹¹ Vgl. zur Kritik nur Saliger (Fn. 10), § 266 Rn. 11.

⁹² BGH, Beschl. v. 23.8.1995 – 5 StR 371/95 = NJW 1996, 65 (65).

zustellen, dass es anders als im Fall der Gewährung eines Besserungsscheins um eine Fallgestaltung ging, in der eine Partei Vermögenswerte in der grundsätzlichen Erwartung hingab, diese wieder vollständig zurückzuerhalten. Vor allem aber begründete der Bundesgerichtshof die Annahme einer Vermögensbetreuungspflicht damit, dass der Gesetzgeber mit der expliziten Regelung in § 550b Abs. 2 S. 1 BGB in der damals geltenden Fassung, die Kautions in bestimmter Weise anzulegen, diese Pflicht „zu einem wesentlichen und nicht nur beiläufigen Gegenstand der gegenseitigen Rechtsbeziehungen zwischen Vermieter und Mieter erhoben“ hatte.⁹³ Diese ausdrückliche Bezeichnung der Pflicht führte somit in diesem Fall dazu, ausnahmsweise von Bestehen einer Vermögensbetreuungspflicht auszugehen.

Verdeutlicht wurde diese Marschroute in einer Entscheidung des Bundesgerichtshofes aus dem Jahre 2008. Auch hier ging es um die Frage der Vermögensbetreuungspflicht im Kontext von Mietkautionen. Im Unterschied zur vorgenannten Entscheidung handelte es sich aber nicht um Wohnraummietverträge, sondern um Gewerbemietverträge. Auf diese fand die entsprechende gesetzliche Regelung jedoch keine Anwendung. In der Folge verneinte der Bundesgerichtshof mangels ausdrücklicher Anordnung einer entsprechenden Pflicht auch das Vorliegen einer Vermögensbetreuungspflicht.⁹⁴ Etwas anderes hätte nur dann gelten können, wenn die Parteien in der vertraglichen Grundlage ausdrücklich und explizit die maßgeblichen Pflichten vereinbart und beschrieben hätten.⁹⁵ Da dies nicht erfolgt war, verneinte der Bundesgerichtshof in diesem Fall die Strafbarkeit.⁹⁶ Ob entsprechende Pflichten in sonstiger Weise aus dem Vertragsverhältnis abzuleiten waren, spielte für den Bundesgerichtshof mangels ausdrücklicher Vereinbarung explizit keine Rolle:

„Selbst wenn sich aus der Kautionsvereinbarung nämlich entsprechende Nebenpflichten ergeben sollten [...], führt dies nicht zur Annahme einer durch Rechtsgeschäft begründeten Vermögensbetreuungspflicht. Allgemeine schuldrechtliche Pflichten aus einem Vertragsverhältnis genügen für sich genommen nicht [...]. Dies gilt grundsätzlich selbst dann, wenn es sich um Rücksichtnahme- oder Sorgfaltspflichten zu Gunsten des Vertragspartners handelt [...]. Vertragliche Pflichten müssen, um eine Vermögensbetreuungspflicht begründen zu können, im besonderen Maße den Interessen des Vertragspartners dienen und gerade deshalb vereinbart worden sein. Die vereinbarte Regelung muss – als rechtsgeschäftlich eingegangene Vermögensbetreuungspflicht – mithin zu Gunsten des geschützten Vertragspartners Elemente einer Geschäftsbesorgung aufweisen [...]. Das bedeutet, dass sich die Vertragspartner nicht nur über die Zahlung einer Kautions an sich, sondern auch über deren besondere Anlageform

geeignet haben müssen. Vereinbaren die Parteien eines gewerblichen Mietverhältnisses eine besondere Sicherung nicht ausdrücklich und bringen dadurch nicht zum Ausdruck, dass der Vermieter im Hinblick auf die Kautions treuhänderische Pflichten zu übernehmen habe, kann deshalb nicht von der Annahme einer rechtsgeschäftlichen Vermögensbetreuungspflicht ausgegangen werden.“⁹⁷

b) Ableitungen für den Einsatz von Besserungsscheinen

Die Frage, ob fremdnützigen Vermögensfürsorgepflichten innerhalb einer rechtsgeschäftlich begründeten Rechtsbeziehung die erforderlich herausgehobene Stellung zukommt, macht der Bundesgerichtshof in seiner Rechtsprechung also entscheidend davon abhängig, in welcher Form, in welchem Ausmaß und wie detailliert diese Pflichten beschrieben sind. Existiert etwa eine gesetzliche Regelung, die den Inhalt der Pflicht und die Art und Weise der geschuldeten Pflichtenerfüllung detailliert beschreibt, ist nach Ansicht des Bundesgerichtshofes das Vorliegen einer ausreichend klaren und detaillierten Beschreibung möglich.⁹⁸ Fehlt es hingegen – wie beim Einsatz von Besserungsscheinen – an einer solch detaillierten und ausführlichen Pflichtenbeschreibung im Gesetz oder resultieren die Pflichten ohnehin allein aus vertraglichen Vereinbarungen, so fordert der Bundesgerichtshof, dass die Parteien diese Pflichten, deren Ausmaß und deren wesentliche Inhalte *ausdrücklich* im Vertrag festgehalten haben.⁹⁹ Nur im Falle der ausdrücklichen Vereinbarung und Umschreibung von fremdnützigen Vermögensfürsorgepflichten können solche als Hauptgegenstand der Rechtsbeziehung angesehen werden.¹⁰⁰ Konkludente Pflichtvereinbarungen sind hingegen in Anwendung dieser Rechtsprechung nicht geeignet, um innerhalb der Rechtsbeziehung eine derart herausgehobene Stellung einzunehmen.

Die dezidierte Ausgestaltung von Pflichten in den vertraglichen Abreden kann vor diesem Hintergrund durchaus geeignet sein, Indizien für die Annahme einer Vermögensbetreuungspflicht zu setzen. Möchte der Erstverkäufer einen entsprechenden Schutz bewirken, kann er seine Rechtsposition also durch ausführliche Festschreibungen von Pflichten auch in strafrechtlicher Hinsicht stärken. In Betracht kommen etwa die Festlegung von Berichtspflichten, von Auswahlparametern, von zeitlichen Vorgaben, von Vetorechten oder aber auch von einem Mindestmaß an konkret messbaren Weiterveräußerungsbemühungen.

4. Zwischenergebnisse

Nach Maßgabe der höchstrichterlich bestimmten Anforderungen an das Bestehen einer Vermögensbetreuungspflicht

⁹³ BGH, Beschl. v. 23.8.1995 – 5 StR 371/95 = NJW 1996, 65 (65).

⁹⁴ BGH, Beschl. v. 2.4.2008 – 5 StR 354/07, Rn. 16 = NJW 2008, 1827 (1828).

⁹⁵ BGH, Beschl. v. 2.4.2008 – 5 StR 354/07, Rn. 16 = NJW 2008, 1827 (1828).

⁹⁶ BGH, Beschl. v. 2.4.2008 – 5 StR 354/07, Rn. 16, 17 = NJW 2008, 1827 (1828).

⁹⁷ BGH, Beschl. v. 2.4.2008 – 5 StR 354/07, Rn. 15, 16 = NJW 2008, 1827 (1828).

⁹⁸ BGH, Beschl. v. 23.8.1995 – 5 StR 371/95 = NJW 1996, 65 (65).

⁹⁹ BGH, Beschl. v. 2.4.2008 – 5 StR 354/07, Rn. 16 = NJW 2008, 1827 (1828).

¹⁰⁰ BGH, Beschl. v. 2.4.2008 – 5 StR 354/07, Rn. 16 = NJW 2008, 1827 (1828).

kommt das Vorliegen einer solchen mit Blick auf das Erfordernis der fremdnützigen Vermögensfürsorge als Hauptgegenstand der Rechtsbeziehung beim Einsatz von Besserungsscheinen grundsätzlich nicht in Betracht. Entscheidend sind dabei die Beurteilungsmaßstäbe, die im Rahmen der Beurteilung von Kaufverträgen entwickelt wurden. Denn letztendlich schließen die Parteien einen Kaufvertrag. Im Rahmen von Kaufverträgen besteht jedoch wie gezeigt keine Hauptpflicht, das Vermögen des Vertragspartners zu schützen. Die Hauptpflicht des Käufers besteht in der Zahlung des Kaufpreises. Eine allgemeine vertragliche Pflicht, auf die Vermögensinteressen des Vertragspartners Rücksicht zu nehmen, genügt insoweit gerade nicht.

Allenfalls im Falle besonderer Umstände hält der Bundesgerichtshof das Bestehen von Vermögensbetreuungspflichten auch auf Grundlage von Kaufverträgen für denkbar. Erforderlich ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes dabei eine Gesamtbetrachtung des konkreten Einzelfalls. Vor diesem Hintergrund ist entscheidend, ob eine Pflicht zur Schaffung von Erlösbeteiligungen zugunsten des Erstverkäufers in einer Weise geschaffen wird, dass insoweit von einer Pflicht zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen als Hauptgegenstand der Rechtsbeziehung im beschriebenen Sinne gesprochen werden kann. Der möglichst gewinnbringende Verkauf steht nach erkennbarer beidseitiger Parteierwartung hingegen im Eigeninteresse des Zweitverkäufers, so dass von einer fremdnützigen Hauptpflicht insofern nicht ausgegangen werden kann. Überhaupt spricht der Verzicht auf die ausdrückliche Festschreibung konkreter Pflichteninhalte nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes gerade gegen die Annahme eines insofern bestehenden Hauptgegenstandes der Rechtsbeziehung.¹⁰¹ Treffen die Vertragspartner keine ausdrückliche Vereinbarung und bringen sie damit nicht zum Ausdruck, dass der Vermögensempfänger solch besonderen Pflichten zu übernehmen habe, könne nicht von der Annahme einer rechtsgeschäftlichen Vermögensbetreuungspflicht ausgegangen werden.¹⁰²

Auf der anderen Seite ist damit aber zugleich denkbar, etwaige Zusatzvereinbarungen im Rahmen des Besserungsscheins zur Begründung einer Vermögensbetreuungspflicht heranzuziehen. Je detaillierter eine Pflichtenfestschreibung ist, desto eher wird es zur Begründung einer Vermögensbetreuungspflicht kommen. Erst recht gilt dies, wenn der Erstverkäufer überproportional am Wiederveräußerungserlös beteiligt wird.

5. Entscheidungsspielraum

Das ebenfalls erwähnte Kriterium des Entscheidungsspielraums soll bei alledem nicht vollends ausgeblendet werden. Allerdings manifestiert sich hier die Schwierigkeit, Besserungsscheine mit dem Straftatbestand der Untreue in Verbindung zu bringen. In ihrer Reinform entfalten Besserungs-

scheine bei Verzicht auf nähere Regelungen ein erhebliches Maß an Selbstständigkeit. Auf der anderen Seite führt diese durch mangelnde Pflichtenbeschreibung bedingte freie Hand des Zweitverkäufers jedoch wie gezeigt dazu, dass die Wahrung fremder Vermögensinteressen gerade nicht als Hauptgegenstand der Rechtsbeziehung anzusehen ist. Will man dies wiederum durch enge vertragliche Vorgaben vermeiden, wird die Annahme des erforderlichen Entscheidungsspielraums erschwert.

Auf jeden Fall verbietet es sich, vom Vorliegen eines Entscheidungsspielraums gerade auf das Vorliegen einer Hauptpflicht zu schließen. Vielmehr wäre dies ein unzulässiger Zirkelschluss, der die Vorgabe des Bundesverfassungsgerichts unterläuft, *neben* der Selbstständigkeit sei eine überwiegend fremdnützige Hauptpflicht zur Vermögensbetreuung erforderlich. Würde man isoliert auf das Ausmaß der Selbstständigkeit und der fehlenden Kontrollmöglichkeiten abstellen, um eine Hauptpflicht zu begründen, wäre eine solche gerade in den Fällen gegeben, in denen der mutmaßlich Geschädigte nur im ganz geringen Ausmaß schützenswerte Interessen an Vermögenswerten eines anderen hat und dieser daher denknötwendig befugt ist, eigenständig und ohne Kontrolle zu agieren. Die Annahme von Vermögensbetreuungspflichten in solchen Fällen widerspricht der Konzeption des § 266 StGB, wonach die Pflicht zur Betreuung fremden Vermögens Hauptgegenstand der Rechtsbeziehung sein muss. Dies kann sich daher nicht im Wesentlichen nach dem Grad der Selbstständigkeit bemessen. Vielmehr stellt die Selbstständigkeit ein unabhängiges Merkmal dar, das nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts neben der Frage der fremdnützigen Hauptpflicht zusätzlich herangezogen werden muss, um die Frage nach dem Bestehen einer Vermögensbetreuungspflicht zu beurteilen: „Von maßgeblicher Bedeutung ist dabei in erster Linie, ob die fremdnützige Vermögensfürsorge den Hauptgegenstand der Rechtsbeziehung bildet *und* ob dem Verpflichteten bei deren Wahrnehmung ein gewisser Spielraum [...] verbleibt.“¹⁰³

V. Fazit

Da mit dem Kriterium der überwiegend fremdnützigen Vermögensfürsorgepflicht als Hauptgegenstand der Rechtsbeziehung – beziehungsweise den beiden darin enthaltenen Kriterien der Fremdnützigkeit sowie des Bestehens einer entsprechenden Pflicht als Hauptgegenstand der Rechtsbeziehung – das konstituierende Merkmal zur Annahme einer Vermögensbetreuungspflicht beim Einsatz von Besserungsscheinen zumeist nicht gegeben ist, scheidet eine Strafbarkeit nach § 266 StGB aus. Einzig die Kriterien der Selbstständigkeit und der damit verbundenen, fehlenden Kontrollrechte sind im Regelfall erfüllt. Dies kann aber für sich allein keinesfalls ausreichen, um eine Vermögensbetreuungspflicht im geforderten Sinne zu begründen. Verwiesen werden kann dabei auf zahlreiche Entscheidungen, in denen der Bundesgerichtshof bei Fehlen einer fremdnützigen Hauptpflicht ohne weiteres

¹⁰¹ BGH, Beschl. v. 2.4.2008 – 5 StR 354/07, Rn. 16 = NJW 2008, 1827 (1828).

¹⁰² BGH, Beschl. v. 2.4.2008 – 5 StR 354/07, Rn. 16 = NJW 2008, 1827 (1828).

¹⁰³ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08 u.a., Rn. 109 = NJW 2010, 3209 (3214 f.), *Hervorhebung* im Zitat durch die *Verf.*

die Strafbarkeit gemäß § 266 StGB verneint sowie auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zu Kreditkarteninhabern, die bei missbräuchlicher Verwendung ihrer Karten trotz Bestehen weitreichender Selbstständigkeit beim Einsatz ihrer Karten keiner Vermögensbetreuungspflicht unterliegen.¹⁰⁴

Zu einem anderen Ergebnis kann man in Einzelfällen gelangen, sofern eine konkrete Festschreibung von spezifischen Pflichten erfolgt. Wer beim Einsatz von Besserungsscheinen einen strafrechtlichen Schutz erhalten möchte, sollte daher auf eine möglichst weitreichende Festlegung vermögensschützender Einzelpflichten achten. Die zivilrechtliche Vertragsautonomie schafft hier die Möglichkeit, durch entsprechende Gestaltungen auch strafrechtliche Vermögensbetreuungspflichten zu schaffen. Zu achten ist dabei allerdings auf den Verbleib von Entscheidungsspielräumen zugunsten des Zweitverkäufers. Zu enge Vorgaben könnten mangels Selbstständigkeit des Trenehmers als Kontraindikation einer Vermögensbetreuungspflicht gewertet werden.

¹⁰⁴ BGH, Urt. v. 13.6.1985 – 4 StR 213/85 = NJW 1985, 2280 (2282).