

terlassenen Geltendmachung etwaiger Regressansprüche gegenüber dem Angekl. Dr. Sch und dem vom Angekl. N erstrehten Vermögensvorteil. Nach alledem können die Schuldansprüche keinen Bestand haben.

7 3. Auf Grund der getroffenen Feststellungen hat sich der Angekl. N aber an einer durch den Angekl. Dr. Sch zum Nachteil der TKK begangenen Untreue (§ 266 I StGB) beteiligt.

8 a) Tathandlung der Untreue des Angekl. Dr. Sch nach § 266 I StGB ist seine im Außenverhältnis wirksame, aber im Verhältnis zum Geschäftsherrn bestimmungswidrige Ausübung der Befugnis zur Vermögensverfügung oder Verpflichtung (Missbrauchstarbestand). Nach den Prinzipien des kassenärztlichen Abrechnungssystems handelt der Vertragsarzt bei Ausstellung einer Verordnung – wie ausgeführt – als Vertreter der Krankenkasse, indem er an ihrer Stelle das Rahmenrecht des einzelnen Versicherten auf medizinische Versorgung konkretisiert. Der Kassenarzt darf allerdings den materiellen (und formellen) Rahmen der kassenärztlichen Versorgung nicht verlassen (vgl. nur BSGE 73, 271, 278, 281 f. = NZS 1994, 507). Er darf deshalb Leistungen, die jenseits der Bandbreite offener Wertungen nach den Regeln der ärztlichen Kunst (vgl. *Schwerdtfeger* NZS 1998, 97, 101) eindeutig nicht notwendig, nicht ausreichend oder unzumutbar sind, nicht verordnen (§§ 12 I 2, 70 I 2 SGB V). Verschreibt der Kassenarzt dennoch ein Medikament zu Lasten der Krankenkasse, obwohl er weiß, dass er die Leistung – wie hier i. S. des § 12 I SGB V nicht bewirken darf, missbraucht er diese ihm vom Gesetz eingeräumten Befugnisse ...

Anm. d. Schriftl.: Zu BSGE 77, 194 = NJW 1996, 2450 (I. S.), s. die Anm. *Spieß* SGB 1996, 660. Zu BGHZ 89, 250 = NJW 1984, 1820 s. die Anm. *Lüke* SGB 1985, 305. Zu BGHSt 47, 1 = NJW 2001, 2187 = NSZ 2001, 430 s. die Anm. *Baier* JABl 2002, 364; *Loos* JR 2002, 75; *Kräch* JZ 2002, 610. Zu BGH NJW 1995, 539 s. die Anm. *Rudolphi* NSZ 1995, 289.

Verölk. Gal

8.† Regelbeispiel für besonders schweren Fall der Untreue – Vermögensverlust großen Ausmaßes

StGB §§ 263 III 2 Nr. 2 Alt. 1, 266 II

Wird bereits durch den Abschluss eines Austauschvertrags ein Nachteil im Sinne einer schadensgleichen Vermögensgefährdung bewirkt, so ist ein „Vermögensverlust großen Ausmaßes“ im Sinne des Regelbeispiels für den besonders schweren Fall einer Untreue wie auch eines Betrugs erst dann herbeigeführt (§ 263 III 2 Nr. 2 Alt. 1 i. V. mit § 266 II StGB), wenn der Geschädigte seine vertraglich geschuldete Leistung erbracht hat.

BGH, *Urt. v. 7. 10. 2003 – 1 StR 212/03 (LG Augsburg)* (Abgedruckt mit Sachverhalt und Gründen in NSZ 2004, 95)

Anmerkung: Der Angekl. hatte seine Funktion als Betreuer einer an einem hirnorganischen Psychosyndrom leidenden Seniorin missbraucht, um nach Wegfall der liquiden Mittel ein Grundstück der Betreuten seiner Lebensgefährtin für nur 38 000 DM zukommen zu lassen, obwohl die Immobilie 347 000 DM wert war. Durch Eingriff des Vormundschaftsgerichts kam es zu einer Rückabwicklung des Kaufvertrages noch vor der Eintragung der Lebensgefährtin.

Der Senat verneint die Anwendung eines schweren Falles nach § 266 i. V. m. § 263 III Nr. 2 Alt. 1 (bei einem nicht erörterten Abs. 3 Nr. 3), da der „Vermögensverlust großen Ausmaßes“ nicht bejaht werden könne. Das Merkmal „Vermögensverlust“ sei enger zu verstehen als die Merkmale des Vermögensnachteils oder Vermögensschadens nach § 266 bzw. § 263 StGB. Es setze einen „endgültigen Verlust“ voraus, vorliegend sei es nur zu einer Vermögensgefährdung gekommen, die dem Merkmal aus verfassungsrechtlichen

Gründen nicht unterfallen könne. Der Gesetzgeber habe die Begriffe „Vermögensschaden“ und „Vermögensverlust“ wohl für weitgehend austauschbar gehalten. Dennoch verbiete sich schon sprachlich die Angleichung an die Tatbestandsmerkmale Schaden oder Nachteil. Vermögensgefährdungen, so folgert der Senat, könnten daher nie unter den Tatbestand des § 263 III Nr. 2 Alt. 1 fallen.

Hiergegen sind begründete Zweifel naheliegend. Im Detail: Der Wortlaut des § 263 I StGB spricht nicht von Vermögensschaden, sondern davon, dass der Täter Vermögen „beschädigt“. Man könnte sagen, das klinge nicht mehr oder weniger endgültig wie „Verlust“. Auch in § 283 I Nr. 2 StGB („Verlust- oder Spekulationsgeschäfte“) hat die Verwendung des Merkmals nicht dazu geführt, dass jemand angenommen habe, dem Verlust wohne etwas Endgültiges inne oder schließe die Vermögensgefährdung aus.

Weiterhin hat der 3. Senat des BGH ausgeführt, der schwere Fall des Betrugs nach § 263 III Nr. 2 Alt. 1 StGB n. F. „setze nicht voraus, dass der Geschädigte eine bleibende Vermögenseinbuße erleidet“, der Vermögensschaden müsse nur eingetreten, nicht aber von Dauer sein (Beschl. v. 7. 5. 2002 – 3 StR 48/02, wistra 2002, 339 – NSZ 2002, 547, vom 1. Senat zitiert). Ob die Vermögensgefährdung unter das neue Merkmal falle, ließ der 3. Senat ausdrücklich offen.

Bekanntlich gilt nicht jede Vermögensgefährdung als Betrug, sondern nur die schadensgleiche Vermögensgefährdung. Im konkreten Fall hätte es sich angeboten, die Position zu übernehmen, dass ohne Eintragung als Eigentümer noch gar kein messbarer Vermögenswert übergegangen ist, selbst wenn, was das Urteil offen lässt, eine Vormerkung eingetragen worden wäre (vgl. OLG Stuttgart Beschl. v. 8. 6. 2001 – ZW 68/01, wistra 2001, 398). Man wäre dann zu einer Verurteilung wegen Versuchs gelangt.

Nach einer anderen Entscheidung des 3. Senats für das zweite Regelbeispiel des § 263 III Nr. 2 (Gefahr des Vermögensverlustes bei einer großen Zahl von Menschen) ist der Tatbestand erfüllt, wenn diese Gefahr nur in einem Fall eingetreten ist (Beschl. v. 9. 11. 2000 – 3 StR 371/00, wistra 2001, 59 f.). Das ist systematisch eine Ausdehnung.

§ 263 III Nr. 2 enthält die Alternativen „Vermögensverlust ... herbeigeführt“ und „Absicht ... in die Gefahr des Verlustes von Vermögenswerten zu bringen“. In der 2. Variante ist der strafrechtliche Schutz sprachlich doppelt vorverlagert („Absicht“ und „Gefahr“). Das ist bedenklich, weil der Versuch zu einem schweren Fall erhoben wird. Nähme man den Text somit wörtlich, wäre die 1. Variante extrem eng, die 2. unverhältnismäßig weit (vgl. zum Diskussionsstand auch *Tröndle/Fischer* 50. Aufl., § 263 Rn 49, 50), beides wäre verunglückt, weil kriminalpolitisch nicht begründbar.

Die neuen gesetzgeberischen Begriffe (Vermögensverlust, Vermögenswerte etc.) wurden, wie der 1. Senat und der 3. Senat (Beschl. v. 7. 5. 2002) übereinstimmend feststellen, im Gesetzgebungsverfahren keineswegs gewählt, um Neues zu schaffen. Sie führen dazu, dass der Vermögensschaden nunmehr durch die Begriffe „Nachteil“, „Vermögen beschädigt“ und „Verlust“ gekennzeichnet ist. Bei den ersten beiden Begriffen wurde die Vermögensgefährdung nie aus sprachlichen oder wortlogischen Gründen ausgeschlossen. Beim dritten spricht auch kein striktes Argument für eine solche beengende Auslegung.

Die sprachlichen Innovationen des Gesetzgebers („verlust großen Ausmaßes, Verlust von Vermögenswerten“) müssen also nicht zwingend dazu führen, die traditionelle und bewährte Struktur des Vermögensstrafrechts aufzubrechen. Besser wäre es allerdings, in den Tatbeständen der §§ 263 und 266 StGB die anerkannten Begriffe „Vermögensschaden“, „konkrete schadensgleiche Vermögensgefährdung“ und „hoher Schaden“ einheitlich zu fassen und die Verwebung von Versuch und schwerem Fall aufzuheben.

Rechtsanwalt Dr. Volker Gallandi,  
Gorxheimertal bei Weinheim/Bergstraße