

103. Kann die Amtsunterschlagung nach §§ 350, 351 StGB. zugleich (§ 73 StGB.) den Tatbestand der Untreue nach § 266 StGB. n. F. erfüllen? Aus welchem Gesetz ist im Falle der Bejahung die Strafe zu entnehmen? Liegt bei Verletzung des § 351 StGB. stets ein besonders schwerer Fall i. S. d. § 266 Absf. 2 StGB. vor?

II. Straffenat. Ur. v. 10. Oktober 1935 g. L. 2 D 647/35.

I. Landgericht Frankfurt a. D.

Gründe:

Der Angeklagte war im Jahre 1932 von der Gemeinde S. auf Privatdienstvertrag angestellt und mit den Aufgaben eines Kassierers und Gemeindefassentendanten betraut worden; als solcher hat er Steuerbeträge, die teils der Gemeinde, teils dem Staate gehörten, in Höhe von 20637 RM. unterschlagen und zur Verdeckung die

Steuerbücher nicht ordnungsmäßig geführt. Er wurde deshalb durch das angefochtene Urteil wegen schwerer Untreue nach § 266 Abs. 2 StGB. in Tateinheit mit schwerer Amtsunterschlagung nach §§ 350, 351 StGB. zu einer Zuchthausstrafe sowie zu einer Geldstrafe verurteilt.

Die allgemeine Sachrüge legt dem Revisionsgericht die Verpflichtung auf, zu prüfen, ob die Strafkammer den Angeklagten mit Recht auch der schweren Untreue nach § 266 Abs. 2 StGB. in Tateinheit mit den §§ 350, 351 StGB. schuldig gesprochen hat.

1. Die Rechtslage unter der Geltung des § 266 StGB. alter Fassung.

Obwohl in der Rechtslehre überwiegend die Auffassung vertreten wurde, daß sich das Bevollmächtigtenverhältnis nicht auf das öffentliche Recht stützen könne, hat das RG. in ständiger Rechtsprechung daran festgehalten, daß ein Vollmachtsverhältnis i. S. d. § 266 Abs. 1 Nr. 2 StGB. a. F. auch dann nicht ausgeschlossen sei, wenn die Verfügungsgewalt im öffentlichen Recht beruhe, sofern sie nur die Befugnis zur rechtsgeschäftlichen Vertretung in bezug auf fremdes Vermögen in sich schließe. (RGKpr. Bd. 4 S. 683, Bd. 8 S. 694; RGSt. Bd. 15 S. 41, Bd. 24 S. 109, Bd. 39 S. 385, Bd. 56 S. 101, Bd. 61 S. 1, 228, Bd. 62 S. 174, Bd. 64 S. 43, Bd. 65 S. 277, 401; RGUrt. v. 3. Dezember 1934 - 3 D 1088/34 = JW. 1935 S. 530 Nr. 34.)

Von dieser Grundlage ausgehend hat das RG. Eisenbahnbeamte, Bürgermeister, Gerichtsvollzieher und andere (unmittelbare und mittelbare) Beamte als Bevollmächtigte i. S. d. § 266 Abs. 1 Nr. 2 StGB. a. F. angesehen und wegen Untreue verurteilt, wenn sie über Forderungen oder andere Vermögensstücke ihres Auftraggebers absichtlich zu dessen Nachteil, sei es rechtsgeschäftlich, sei es tatsächlich (RGSt. Bd. 66 S. 289), verfügt hatten. Für das RG. war dabei die Erwägung mitbestimmend, daß sich unter den Strafvorschriften über Verbrechen und Vergehen im Amt (§§ 331 flg.) keine dem § 266 StGB. entsprechende Bestimmung finde und daß nicht beabsichtigt sein könne, die Untreue in dem mit einer besonderen Treupflicht verbundenen Beamtenverhältnis nur diensstrafrechtlich zu ahnden, während Nichtbeamte, die eine Treupflicht verletzen, der härteren öffentlichen Strafe anheimfallen (vgl. RGSt. Bd. 15 S. 41, 42).

In der Entscheidung RGSt. Bd. 61 S. 228, 231 flg. ist Tateinheit zwischen § 266 Abs. 1 Nr. 2 StGB. a. F. und § 350 StGB. als möglich angenommen worden; es handelte sich dort aber nicht, wie im vorliegenden Falle, um Untreue zum Nachteil des Staates oder einer Gemeinde, sondern um Untreue zum Nachteil eines anderen Auftraggebers, ebenso in den Entscheidungen v. 23. April 1931 3 D 123/31 (= JW. 1931 S. 3559 Nr. 22) und v. 14. Juli 1933 1 D 745/33 (= JW. 1933 S. 2654 Nr. 22). Dagegen ist in der Entscheidung v. 8. November 1929 1 D 253/29 die Frage erörtert worden, ob Untreue nach § 266 Abs. 1 Nr. 2 StGB. zum Nachteil des Staates in Tateinheit mit Amtsunterschlagung gegeben sei. Die Frage wurde verneint, aber nur deshalb, weil der Staat dem angeklagten Beamten zur Einhebung der unterschlagenen Steuerbeträge keine Vollmacht gegeben habe; der Angeklagte hatte sich nämlich vom Sachbearbeiter Unterschriften auf Steuerkarten erschlichen und damit Steuerbeträge eingehoben. Aus der Begründung der Entscheidung muß aber geschlossen werden, daß der Senat die Tateinheit zwischen Untreue zum Nachteil des Staates und Amtsunterschlagung an sich für rechtlich möglich gehalten hat.

Der erkennende Senat hat es in der Entscheidung RGSt. Bd. 60 S. 311 gebilligt, daß ein Gemeindebeamter, den das Jugendamt als amtlichen Vormund bestellt hatte, wegen Unterschlagung von Mündelvermögen nicht nach § 266 Abs. 1 Nr. 1 StGB., sondern nur nach §§ 350, 351 StGB. verurteilt worden war. Die Entscheidung hat für die jetzt streitige Frage trotz des ersten Anscheins keine Bedeutung; denn sie sieht als tatbestandlich erfüllt nur die §§ 350, 351 StGB. an und konnte schon deshalb keine Tateinheit mit § 266 StGB. annehmen; auch bezieht sie sich nur auf § 266 Abs. 1 Nr. 1 StGB. a. F.

Daß die Rechtsprechung zu dem alten § 266 StGB. mit der Frage der Tateinheit zwischen Untreue und Amtsunterschlagung zum Nachteil des Staates nur selten befaßt worden ist, wird darauf zurückzuführen sein, daß es in den meisten Fällen der Amtsunterschlagung zum Nachteil des Staates an der für die Annahme der Untreue damals nötigen Bevollmächtigung zur rechtsgeschäftlichen Vertretung gefehlt haben wird.

2. Die Rechtslage unter der Geltung des § 266 neuer Fassung.

Der seit dem 1. Juni 1933 geltende neue § 266 StGB. bestimmt, daß beim Mißbrauchtatbestand die Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen, und beim Treubruchtatbestand die Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, auch auf behördlichem Auftrag beruhen kann. Nach der oben erwähnten, dem Gesetzgeber bekannten Rechtsprechung des RG. kann es nicht zweifelhaft sein, daß ein „behördlicher Auftrag“ auch dann anzunehmen ist, wenn kein Sonderauftrag vorliegt, sondern die Ausübung der fraglichen Geschäfte zu den Befugnissen und Pflichten eines übertragenen Amtes gehört.

Die Fassung des neuen § 266 StGB. ist, wie von amtlicher Seite hervorgehoben worden ist (DfZ. 1934 S. 794, 795), „bewußt weit gezogen worden, um das „Schiebertum“ und die „Korruption“ mit dem gebotenen Nachdruck bekämpfen und die Fälle der strafwürdigen treuwidrigen Vermögensschädigung möglichst lückenlos erfassen zu können“. Darüber, ob die neue Bestimmung auch neben den Vorschriften des Beamtensonderrechts der §§ 331 flg. StGB., insbesondere neben §§ 350, 351 gelten soll, hat sich der Gesetzgeber nicht geäußert. Aus dem Wortlaut des Gesetzes und der Entwicklung der Rechtsprechung muß das aber geschlossen werden, wenn dieser Annahme nicht besondere Gründe entgegenstehen.

a) Zunächst kommt der Einwand in Betracht, daß der § 266 auf Beamte deshalb keine Anwendung finde, weil für sie das Sonderstrafrecht der §§ 331 flg. StGB. gelte. (Vgl. Hellmuth Mayer Die Untreue 1926 S. 258; Schwinge Das neue Untreuestrafrecht 1933 S. 59.) Dieser Einwand ist schon durch die oben behandelte Rechtsprechung des RG. zum alten § 266 widerlegt worden, findet aber anscheinend eine Stütze in der Entscheidung des ersten Senats v. 24. November 1934 1 D 453/33 (= JW. 1934 S. 428 Nr. 27). Nach dieser Entscheidung soll, soweit der Tatbestand des § 356 StGB. erfüllt ist, daneben für die Anwendung einer etwa gleichzeitig vorliegenden Untreue kein Raum sein; zur Begründung wird ausgeführt, daß § 356 die schwerere Strafdrohung enthalte und als die gegen einen besonderen Personenkreis gerichtete Strafbestimmung mangels eines entgegenstehenden verständigen Grundes die gleichzeitige Annahme von Untreue nach § 266 a. F. ausschließe. Der Entscheidung kann, abgesehen davon, daß sie nur für den alten § 266 gilt, für die Frage, ob Tateinheit zwischen § 266 n. F. und §§ 350, 351 zulässig ist, keine Bedeutung beigegeben werden.

Das Sonderrecht der §§ 350, 351 StGB steht zu § 266 StGB nicht in dem Verhältnis der Gesetzesinheit wie etwa die durch das Gef. v. 26. Mai 1933 aufrechterhaltenen Untreuebestimmungen der Nebengesetze, z. B. § 312 StGB. (vgl. Art. III, IV und V des Gef.; RGSt. Bd. 37 S. 25, Bd. 47 S. 45). Denn die §§ 350, 351 enthalten nur den Unterschlagungs-, nicht den Untreuetatbestand, worauf das RG. schon in RGSt. Bd. 15 S. 41, 42 hingewiesen hat. Auch ist das allgemeine Treueverhältnis, das den Staat mit allen seinen Beamten verbindet, ein anderes als das Treueverhältnis des § 266, das zwischen dem Staat und nur gewissen seiner Beamten besteht und besonders gestaltet ist. Das allgemeine Treueverhältnis verpflichtet z. B. sämtliche Staatsbeamte, sich nicht bestechen zu lassen oder keine Amtsunterschlagung nach §§ 350, 351 StGB. zu begehen; es begründet aber weder die Befugnis, über staatliches Vermögen zu verfügen, noch die Pflicht, staatliche Vermögensinteressen wahrzunehmen. Nur wo diese Befugnis oder diese Pflicht gegeben ist, liegt das besondere Treueverhältnis des § 266 StGB. vor.

Die Entscheidung war aber z. Bt. ihrer Erlassung insofern gerechtfertigt, als § 356 StGB. gegenüber § 266 die schwerere Strafandrohung enthielt; es lag also damals kein sachlicher Grund vor, auch noch den § 266 StGB. anzuwenden. Heute ist es gerade umgekehrt; denn § 266 n. F. bestimmt in Abs. 2, daß in besonders schweren Fällen an die Stelle der Gefängnisstrafe Zuchthaus bis zu zehn Jahren tritt. Außerdem muß auf Geldstrafe erkannt werden. Würde man also heute noch der Entscheidung folgen, so hätten die Personen des § 356 StGB. das Vorzugsrecht, daß sie für einen schweren Parteiverrat, der sich auch als schwere Untreue darstellt, nur mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren statt mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren und Geldstrafe bestraft werden könnten. Das widerspräche aber offensichtlich der Absicht des Gesetzgebers und dem Rechtsempfinden des Volkes.

So wenig § 356 als Sondergesetz die Anwendung des § 266 StGB. ausschließt, so wenig ist das bei den §§ 350, 351 StGB. anzunehmen. Das ergibt sich nicht nur aus den vorstehenden Ausführungen darüber, daß keine Gesetzesinheit gegeben ist, sondern weiterhin daraus, daß auch hier die gegenteilige Annahme zu unannehmbaren Folgen führen würde. Denn es könnte dann z. B. ein Angeklagter, der kraft seines Amtes (behördlichen Auftrags) eingenommene Steuern

in ganz hohen Beträgen und in besonders arglistiger Weise unterschlägt, dabei aber nicht den § 351 StGB. verletzt, bei Nichtanwendung des § 266 Abs. 2 StGB. nach § 350 StGB. nur mit Gefängnis bestraft werden. Hätte derselbe Beamte aber die Steuern nicht unterschlagen, sondern nur zum Nachteil des Fiskus nicht eingehoben — etwa weil er gewußt hätte, daß der zahlungsfähige Schuldner fliehen wird — so müßte dieser Beamte nach § 266 Abs. 2 StGB. mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren und Geldstrafe bestraft werden.

Solche Widersprüche kommen im Gesetze manchmal vor. Sie können aber dann nicht als notwendig zu tragende Lücke oder als Wille des Gesetzgebers angesehen werden, wenn dieser die Absicht zu erkennen gegeben hat, „Schiebertum“ und „Korruption“ mit allen Mitteln zu bekämpfen. Dieser Wille des Gesetzgebers würde durch die Annahme, daß § 350 als Sonderrecht den § 266 StGB. ausschliesse, vereitelt werden; „Schiebertum“ und „Korruption“ können auch bei Beamten vorkommen. Daß § 350 StGB. mit § 133 StGB. (W. Bd. 68 S. 216), mit § 263 StGB. (RGSt. Bd. 52 S. 163, 166) und mit § 267 StGB. (RGUrt. v. 22. Juni 1933 3 D 656/33 = JW. 1933 S. 1956 Nr. 14) in Tateinheit stehen kann, ist anerkannt. Für das Verhältnis des neuen § 266 zu den §§ 350, 351 StGB. wird jetzt dasselbe gelten müssen.

b) Die Anwendung des § 266 neben §§ 350, 351 kann auch nicht deshalb als unzulässig oder unnötig angesehen werden, weil der untreue Beamte, soweit das Sonderrecht nicht ausreicht, dienststrafrechtlich bestraft werden könne und in Gehalt und Ruhegehalt vom Staate abhängt. Diese Auffassung hat das RG. schon durch die Rechtsprechung zum alten § 266 StGB. abgelehnt (RGSt. Bd. 15 S. 41, 42); sie ist gegenüber dem neuen § 266 noch weniger angebracht.

c) Es ist weiter zu prüfen, ob § 266 im Falle der §§ 350, 351 StGB. dann unanwendbar ist, wenn der Beamte die Unterschlagung in Ausübung staatshoheitlicher Befugnisse begeht (vgl. Schwinge S. 59). Der Auffassung, daß § 266 nur für den bürgerlichrechtlichen Verkehr des Staates gelte, kann nicht beigetreten werden. Das durch Ausübung der Hoheit erlangte und beschädigte Vermögen des Staates ist in strafrechtlicher Hinsicht kein anderes als das durch bürgerlichrechtliche Handlungen erlangte und

beschädigte. Es ist nicht zu erkennen, warum es gegen den Zweck des absichtlich ganz allgemein gefaßten und auf Beamte ausgedehnten § 266 verstoßen soll, wenn sich der Staat durch ihn auch gegen Schädigung durch Ausübung hoheitlicher Befugnisse seiner Beamten schützen will.

d) Dafür, daß der Gesetzgeber dem § 266 auch Geltung für Untreuehandlungen von Beamten hat einräumen wollen, spricht weiter folgende Erwägung. In den Entwürfen zu einem deutschen StGB. vom Jahre 1919 (§ 174), vom Jahre 1925 (§ 127) und vom Jahre 1927 (§ 131) sowie in dem Entwurf nach den Beschlüssen des Reichstages vom Jahre 1930 (§ 131) war vorgesehen, daß bei der Amtsunterschlagung in besonders schweren Fällen auf Zuchthaus bis zu zehn Jahren solle erkannt werden können. Auch die Verhängung der Zuchthausstrafe bei der Untreue war schon in den Entwürfen vorgesehen. Wenn der Gesetzgeber nun die Zuchthausstrafe nur bei der Untreue eingeführt hat, so ist anzunehmen, daß er das getan hat, weil er davon ausging, daß die Untreuebestimmungen auch für Beamte gelten würden. Dafür, daß der Gesetzgeber diesen Gedanken gehabt hat, spricht der Wortlaut des Gesetzes, die Entwicklung der Rechtsprechung und die Unmöglichkeit der Annahme, daß die Untreue der Beamten bevorzugt werden sollte.

3. Das Ergebnis ist hiernach, daß die Anwendung des § 266 StGB. neben den §§ 350, 351 StGB. bei der Amtsunterschlagung nicht ausgeschlossen ist. Zu demselben Ergebnis ist auch schon der erste Straffenat gekommen, wenn er in RGSt. Bd. 69 S. 63 allgemein ausführt: „Hiernach greift allerdings die strafbare Untreue weit in das Gebiet der Unterschlagung, insbesondere von anvertrautem Gut, hinein, und es wird auch der § 350 StGB. in weitem Umfang seiner Bedeutung entkleidet“. Der vierte Straffenat hat die Frage, ob im Falle der Amtsunterschlagung nach §§ 350, 351 StGB. zum Nachteil des Staates oder einer Gemeinde gegebenenfalls Lateinheit mit Untreue anzunehmen ist, in den Urteilen v. 30. Juli 1935 4 D 614/35 und v. 10. September 1935 4 D 792/35 ohne nähere Begründung bejaht. Hierzu sei aber hervorgehoben, daß auch künftig die §§ 350, 351 StGB. ihre selbständige Bedeutung in allen den Fällen behalten, in denen neben der Amtsunterschlagung nicht der Tatbestand der Untreue erfüllt ist. Unterschlägt z. B. ein Beamter Gelder, die er zwar in amtlicher Eigenschaft, aber nicht

kraft seines Amtes (behördlichen Auftrages), sondern wie im Falle der oben erwähnten Entscheidung v. 8. November 1929 1 D 253/29 durch Machenschaften erlangt hat, so liegt keine Untreue vor. Ist aber Untreue gegeben, so sind ihre Tatbestandsmerkmale, insbesondere auch der innere Tatbestand (RGSt. Bd. 68 S. 371, 374), neben dem Tatbestande der Amtsunterschlagung stets besonders festzustellen, ebenso die Gründe, aus denen ein besonders schwerer Fall angenommen wird (RGUrt. v. 31. Mai 1935 4 D 400/35 = JW. 1935 S. 2137 Nr. 12).

4. Sind durch dieselbe Handlung (§ 73 StGB.) sowohl die §§ 350, 351 StGB. als auch der § 266 verletzt, so bedarf es mit Rücksicht darauf, daß die Zuchthausstrafe des § 266 nur „für besonders schwere Fälle“ angedroht ist, einer Untersuchung, aus welchem Gesetz die Strafe festzusetzen ist. Der Senat hält in dieser Hinsicht an seiner Entscheidung RGSt. Bd. 59 S. 214, 217 Nr. 3 fest (vgl. hierzu auch RGSt. Bd. 58 S. 240, 241 und Bd. 60 S. 230). Sie geht dahin, daß die Strafe aus dem Gesetz entnommen werden muß, das allgemein die höchste Strafe androht. Das ist hier der § 266 StGB. Wenn die Untreue dadurch, daß für besonders schwere Fälle Zuchthaus angedroht ist, auch nicht zum Verbrechen wird (RGSt. Bd. 59 S. 214, 217, Bd. 60 S. 111, 115, Bd. 68 S. 385, 391, Bd. 69 S. 49, 164, 168, 169), so ist sie doch gegenüber § 350 offensichtlich und gegenüber § 351 StGB. wegen der notwendigen Geldstrafe mit einer höheren Strafe bedroht als das Verbrechen der Amtsunterschlagung. Die Strafe muß deshalb nach § 266 StGB. festgesetzt werden, gleichviel ob ein schwerer Fall vorliegt oder nicht. Ein solcher ist nicht stets schon dann anzunehmen, wenn der Tatbestand des § 351 StGB. erfüllt ist (§ 351 Abs. 2 StGB.).

5. Auf den vorliegenden Fall angewendet, ist das Ergebnis folgendes: Die Strafkammer hat den Angeklagten mit Recht auch der schweren Untreue schuldig gesprochen; sie hat das zwar nicht im einzelnen näher begründet; aber die tatsächlichen Feststellungen ergeben, daß sich der Angeklagte neben der Amtsunterschlagung nach §§ 350, 351 StGB. auch der schweren Untreue nach § 266 StGB., und zwar in der Form des Treubruches, schuldig gemacht hat. Er war kraft seines Amtes und der ihm zugewiesenen Dienstaufgabe verpflichtet, die eingegangenen Steuerbeträge in die Kasse zu bringen und die Eingänge zu

buchen; er hätte damit die Vermögensinteressen des Staates und der Gemeinde bei der Steuereinhebung wahrzunehmen. Diese Pflicht hat er bewußt dadurch verletzt, daß er die amtlich eingenommenen Steuerbeträge in der Höhe von 20637 RM. unterschlagen hat; dadurch ist dem Staat und der Gemeinde Nachteil zugefügt worden. Es ist auch nicht zu beanstanden, daß mit Rücksicht auf die Höhe des unterschlagenen Betrages und aus den weiteren Gründen, die die Strafkammer anführt, ein besonders schwerer Fall angenommen worden ist. Die Strafe war deshalb aus § 266 Abs. 2 zu entnehmen.