

## **2. Teil: Schutz eines Individualrechtsguts**

### **§ 5: Schutz des Vermögens (Teil 4)**

Weitere Fallgruppen der Untreue, in denen die Feststellung der Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht und vor allem des Vermögensschadens sowie des diesbezüglichen Vorsatzes Probleme bereiten, sind die Haushaltsuntreue, die Bildung schwarzer Kassen sowie das Sponsoring.

#### **4. Haushaltsuntreue**

Als Haushaltsuntreue werden Fälle bezeichnet, in denen Gelder aus öffentlichen Haushalten (Bundes-, Landes- oder auch Kommunalebene) pflichtwidrig ausgegeben werden und dadurch ein Vermögensschaden entsteht. Ausgangspunkt dieser Fallgruppe sind verschiedene öffentlich-rechtlich geregelte Haushaltsgrundsätze (nachfolgend unter a]). Bei einem Verstoß gegen diese Pflichten bereitet insbesondere die Feststellung eines Vermögensnachteils Probleme. Bloße Dispositionsinteressen werden nämlich von § 266 StGB gerade nicht geschützt.

## a) Pflichtverletzung

Entsprechende Vermögensbetreuungspflichten für die Amtsträger können sich aus dem Haushaltsrecht ergeben. Voraussetzung dafür ist, dass sie nach ihrem Aufgabengebiet selbstständig über öffentliches Vermögen verfügen können (*Wittig* § 20 Rn. 114). Die Vermögensbetreuungspflicht wird durch bestimmte haushaltsrechtliche Grundsätze konturiert, insbesondere das **Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit** (§ 6 HGrG [Haushaltsgrundsätze-gesetz], § 7 BHO [Bundeshaushaltsordnung], § 7 LHO [Landeshaushaltsordnung]) sowie das **Gebot der sachlichen und zeitlichen Bindung der Haushaltsmittel** (§ 27 HGrG, § 45 BHO, § 45 LHO). Auf kommunaler Ebene werden diese Grundsätze durch §§ 77 I, II, 91 II 2 GemO konkretisiert, wonach Gemeinden den Haushalt so zu führen haben, dass sie zur stetigen Aufgabenerfüllung in der Lage sind und bei Geldanlagen auf ausreichende Sicherheiten achten müssen. Daraus ergibt sich ein allgemeines Spekulationsverbot für Gemeinden (s. BGH NJW 2018, 177, 178 zur bayerischen Gemeindeordnung). Etwaige Verstöße gegen die haushaltsrechtlichen Grundsätze begründen regelmäßig eine Pflichtverletzung im Sinne des § 266 StGB.

Beispiel: Eine kleine Gemeinde verstößt gegen den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit, wenn sie ein Theater baut, obwohl von vornherein nicht mit einer adäquaten Auslastung zu rechnen ist (*Tiedemann* Rn. 753).

*Hinweis: Neben den genannten Haushaltsvorschriften kommt grundsätzlich auch der Verstoß gegen andere Rechtsnormen als Anknüpfungspunkt für eine Pflichtverletzung in Betracht. Voraussetzung ist dabei allerdings, dass der Norm vermögensschützender Charakter zukommt (siehe etwa BGH NJW 2016, 2585, 2595 m.w.N.). Aus diesem Grund stellt eine Missachtung unionsrechtlicher Beihilfevorschriften (Art. 107 ff. AEUV) durch Hoheitsträger keine untreuerelevante Pflichtverletzung dar, denn die besagten Vorschriften schützen nicht den*

---

*nationalen Haushalt, sondern sie bezwecken den Schutz des europäischen Binnenmarktes vor Wettbewerbsverzerrungen (dazu BGH NJW 2016, 2585, 2595).*

## **b) Vermögensnachteil**

Die eigentlichen Probleme dieser Fallgruppe stellen sich bei der Frage nach dem Vorliegen eines Vermögensnachteils, da § 266 StGB wie gesehen allein das Vermögen und nicht die bloße Dispositionsfreiheit des Haushaltsgebers schützt. Diesbezüglich kann man differenzieren:

### **aa) Unproblematischer Fall: Verwendung des öffentlichen Vermögens für private Zwecke**

In diesen Fällen ergibt eine Bilanzierung ohne Weiteres einen negativen Saldo für die öffentliche Kasse, ein Vermögensnachteil ist daher zu bejahen. *Beispiele*: private Fahrt mit Dienstwagen; Verwendung öffentlicher Repräsentationsmittel für Bewirtung privater Gäste; Erwerb eines Dienst-PCs für rein privaten Gebrauch (MüKo/Dierlamm § 266 Rn. 262).

### **bb) Problematische Fälle: Verwendung des Vermögens für öffentliche Zwecke**

Schwierigkeiten bereiten dagegen die Fälle, in denen die öffentlichen Mittel zwar für hoheitliche Zwecke verwendet werden, bei denen aber gleichwohl ein Verstoß gegen haushaltsrechtliche Grundsätze zu bejahen ist.

Die Diskussion ist im Einzelnen sehr facettenreich und stellt insofern eher ein Spezialthema dar. Die nachfolgenden Ausführungen zielen daher bewusst allein darauf ab, ein Grundverständnis für die dogmatischen Probleme dieser Fallgruppe beim Untreuetatbestand zu fördern.

Als Beispiel soll nochmals ein Verstoß gegen den haushaltsrechtlichen Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit dienen: Dieser wäre z.B. dann verletzt, wenn ein vermögensbetreuungspflichtiger Leiter einer kleinen Behörde einen völlig überzogenen Repräsentationsaufwand betreiben würde; etwa: Verwendung von Hoheitsmitteln zur Ausstattung des Dienstzimmers mit luxuriösen Designermöbeln oder teuren Kunstwerken (MüKo/Dierlamm § 266 Rn. 263). Geht man davon aus, dass diese Luxusgegenstände zum Marktpreis erworben wurden, ergibt nun eine Gesamtsaldierung von Leistung und Gegenleistung allerdings auf den ersten Blick *keinen negativen Saldo*. Die Objekte sind mit anderen Worten ihr Geld wert.

Allein aus dem Verstoß gegen den haushaltsrechtlichen Grundsatz der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit kann ebenfalls kein Vermögensschaden abgeleitet werden: Sähe man dies anders, würde man entgegen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Merkmale der Pflichtverletzung und des Vermögensnachteils „verschleifen“.

Damit ist allerdings noch nicht gesagt, dass in den Fällen der Verschwendung von öffentlichen Haushaltsmitteln eine Untreuestrafbarkeit zwingend ausscheidet. Denkbar erscheint eine Anwendung der für den Betrugstatbestand entwickelten Grundsätze des sog. **individuellen Schadenseinschlages**. Danach könnte man also etwa einen Schaden bejahen, wenn die Anschaffungen für dienstliche Zwecke *völlig unbrauchbar* bzw. *nutzlos* sind (vgl. LK/Schünemann § 266 Rn. 234). Im genannten Beispielsfall könnte man einen Schaden dann allenfalls

---

mit der Erwägung begründen, dass übertriebene Luxusmöbel für den hoheitlichen Zweck einer *adäquaten* Repräsentation völlig ungeeignet sind.

Der **BGH** bejaht einen persönlichen Schadenseinschlag bei der Untreue zudem auch dann, „wenn die Dispositionsfähigkeit des Haushaltgesetzgebers in schwerwiegender Weise beeinträchtigt wird und er durch den Mittelaufwand insbesondere in seiner politischen Gestaltungsbefugnis beschnitten wird“ (BGHSt 43, 293, 299). Mit diesem Ansatz ließe sich jedenfalls vom Grundsatz her in den Fällen der Mittelverschwendung ein Schaden bejahen, wobei allerdings nicht ganz klar ist, wann eine solche „schwerwiegende Beeinträchtigung“ der Dispositionsbefugnis gegeben sein soll.

Diese Fallgruppe hat der BGH letztlich an seine Rechtsprechung zum persönlichen Schadenseinschlag beim *Betrug* angelehnt: Dort soll ein Schaden nämlich auch dann gegeben sein, wenn das Opfer infolge der Verpflichtung in seiner Verfügungsbefugnis derart beschränkt wird, dass es nicht mehr die Mittel zur Verfügung hat, die zur Aufrechterhaltung einer *angemessenen Wirtschafts- oder Lebensführung unerlässlich* sind (grundlegend BGHSt 16, 321, 328; kritisch etwa MüKo/Hefendehl § 263 Rn. 815 ff.). Vergleichbar damit soll es bei der Untreue auf die Beschränkung der *politischen Gestaltungsbefugnis* ankommen. Diese Rechtsprechung ist indes zu kritisieren. Zunächst lässt sich die Konstellation der Haushaltsuntreue schon vom Ausgangspunkt her nicht mit dem persönlichen Schadenseinschlag beim Betrug vergleichen, da der Staat nicht in gleicher Weise wie eine Privatperson von den Folgen eines Geschäftsschlusses getroffen werden kann. Er kann sich nämlich grundsätzlich durch Steuern oder Kreditaufnahmen refinanzieren (LK/Schünemann § 266 Rn. 234). Im Übrigen gibt diese Rechtsprechung eine bilanzielle Betrachtung völlig preis und benennt insbesondere keinen konkret messbaren Schaden. Sie vermischt letztlich den Schutz des Vermögens mit demjenigen bloßer Dispositionsinteressen.

## 5. Schwarze Kassen

Bei der Bildung schwarzer Kassen werden Geldmittel des Treugebers dem gewöhnlichen Geldkreislauf entzogen und außerhalb dieses Kreislaufs liegenden Konten, Kassen oder Treuhändern zugeführt. Ein Beispiel ist der Fall Siemens (KK 1 ff.).

Hauptproblem ist die Frage, ob bereits *die Einrichtung bzw. Führung* einer schwarzen Kasse einen Vermögensnachteil begründen kann.

### a) Pflichtverletzung

Hier kommt es auf die Vermögensbetreuungspflichten des jeweiligen Trenehmers an. Im Grundsatz wird man jedoch davon ausgehen können, dass der Entzug von Vermögen durch die Bildung einer schwarzen Kasse im obigen Sinne eine Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht darstellt. Für einen Amtsträger, der über öffentliche Haushaltsmittel verfügt, ergibt sich dies aus den haushaltsrechtlichen Pflichten, für eine für ein privates Wirtschaftsunternehmen handelnde Person aus den einschlägigen Buchführungs- und Bilanzierungs- sowie Compliance-Vorschriften.

Anders verhält es sich, wenn ein – u.U. auch stillschweigend erteiltes – Einverständnis des Treugebers vorliegt. Ist das Einverständnis wirksam, lässt es die Pflichtverletzung entfallen.

## b) Vermögensnachteil

### Entwicklungslinien der Rechtsprechung:

Der BGH hat den mit der Bildung einer schwarzen Kasse für den Berechtigten verbundenen Verlust der Verfügungs- und Kontrollmöglichkeiten über die Vermögenswerte zunächst als *schädigende Vermögensgefährdung* eingestuft (etwa BGHSt 51, 100, 113 ff. – Fall Kanther/Weyrauch). In der gleichen Entscheidung nahm der BGH eine Begrenzung im *subjektiven Tatbestand* vor: Bei einem Gefährdungsschaden genüge nicht die Kenntnis von der konkreten Möglichkeit eines Schadenseintritts, sondern der Täter müsse sich auch mit der *Realisierung* dieser Gefahr abfinden (BGHSt 51, 100, 120 ff.; bestätigt in BGH NStZ 2013, 715, 716).

Im Fall Siemens (BGHSt 52, 323, 336 ff.) hat der 2. Strafsenat dagegen in der Entziehung und Vorenthaltung von Vermögenswerten bereits einen *endgültigen Vermögensnachteil* gesehen. Denn der Treugeber könne nicht mehr auf das Vermögen zugreifen. Die Möglichkeit zur Disposition über das eigene Vermögen gehöre aber „zum Kern der von § 266 StGB geschützten Rechtsposition“. Auch der Umstand, dass die Geldmittel zur Bestechung von Entscheidungsträgern und somit letztlich zur Akquise von Aufträgen verwendet werden sollten, ändere nichts daran. Es fehle an einer *unmittelbaren* schadensverhindernden Kompensation. Bei diesem Ansatz ist also der durch die Schmiergeldzahlungen erhoffte Vermögenszuwachs als unbeachtliche Schadenswiedergutmachung einzustufen. Diese Rechtsprechungslinie wurde vom BVerfG nicht beanstandet (BVerfGE 126, 170, 212 ff.).

In einer weiteren Entscheidung (BGHSt 55, 266, 282 ff. – Trienekens) blieb der 2. Strafsenat seiner Linie treu und bejaht einen endgültigen Vermögensschaden.

---

### **Kritik:**

Kritikwürdig ist zunächst die vom BGH im Fall Kanther gewählte Einschränkung im subjektiven Tatbestand. Diese dogmatische Konstruktion, die eine unterschiedliche Behandlung des Vorsatzes in Bezug auf den Vermögensschaden bei Untreue und Betrug zur Folge hat, erscheint verfehlt. Wie bereits im Rahmen der Risikogeschäfte dargelegt (KK 174), müssen notwendige Einschränkungen des Tatbestandes der Untreue beim objektiven Vermögensschaden durch eine Konturierung mittels eines bilanzorientierten Ansatzes und der Einbeziehung der Struktur des betreuten Vermögens vorgenommen werden.

Davon abgesehen ist bereits fraglich, ob die Einrichtung schwarzer Kassen also solche bei Wirtschaftsunternehmen das objektive Tatbestandsmerkmal eines Vermögensnachteils erfüllt:

Man könnte Folgendes einwenden: Wenn bei einem Wirtschaftsunternehmen, dessen Ziel die Gewinnerwirtschaftung bzw. -maximierung ist, von einem Treupflichtigen eine schwarze Kasse ausschließlich für solche Zwecke eingerichtet wird, kann dies keinen Vermögensnachteil, sondern nur eine straflose Missachtung der *Dispositionsbefugnis* des Geschäftsherrn begründen.

Richtigerweise ist daher streng zwischen der *Einrichtung* einer schwarzen Kasse und der *nachfolgenden Verwendung der Gelder* zu unterscheiden. Die bloß formale Dezimierung des Vermögensbestandes reicht nicht für eine schädigende Vermögensgefährdung. Denn haushaltsrechtliche oder firmenrechtliche Bestimmungen haben nicht per se Vermögensrelevanz. Zur Lösung sind vielmehr die Grundsätze der Fallgruppe „Ausgleichsfähigkeit und -willigkeit“ heranzuziehen. Und hier wird man dann einen Vermögensnachteil verneinen müssen, sofern sich im Moment der Kontrolle durch den potenziell Geschädigten ein werthaltiger Anspruch aktiviert. Ob eine Sicherungsmöglichkeit präventiver oder repressiver Natur ist, kann in den Fällen keine Rolle



---

spielen, in denen sich uno actu mit dem formal entstehenden Nachteil ein kompensierender Ersatzanspruch einstellt. Denn in diesem Fall ist zu keinem Zeitpunkt die Hypothese der Verwertbarkeit von Vermögensgegenständen eines bestimmten Gesamtwertes tangiert und damit das Vermögen nicht beeinträchtigt.

In einer neueren Entscheidung setzt sich der BGH in einen gewissen Widerspruch zu seiner bisherigen Rechtsprechung (BGH NStZ 2018, 105; ausführlich zu diesem Fall *Kraatz* JR 2018, 400). Hier ging es nicht um eine schwarze Kasse, sondern einen sog. *Schwarzbestand*: Ein Angestellter der Handwerkskammer hatte mehrfach bei der Firma K Geräte bestellt. Diese Käufe hatte die Handwerkskammer allerdings nicht genehmigt. Daher wurden die Zahlungen für die Geräte über gefälschte Rechnungen über Reparaturen und andere Bestellungen abgewickelt, für die die Kammer Mittel bereitgestellt hatte. Die Geräte wurden von K an die Kammer geliefert und wurden in der Abteilung des Angestellten, der die Bestellungen aufgegeben hatte, zur Arbeit eingesetzt.

Der BGH urteilte, dass mit Lieferung der Geräte (die ihren Preis wert waren) eine ausgleichende Gegenleistung erfolgt und damit der Handwerkskammer kein Schaden entstanden sei. Parallel zum Fall der schwarzen Kassen könnte man nun zwar argumentieren, dass die Kammer von der Existenz der Geräte *keine Kenntnis* hatte und daher faktisch nicht darüber verfügen konnte, weswegen ihr ein Schaden entstanden sein müsste. Genau diese Argumentation lehnt der BGH aber ab. Denn, so betont er ausdrücklich, die Untreue schütze nicht die Dispositionsfreiheit, sondern das Vermögen. Die unterschiedliche Behandlung zu der Fallgruppe der schwarzen Kassen rechtfertige sich damit, dass hier zumindest die *Möglichkeit der Kenntnisverschaffung* bestanden habe. Eine wirkliche Abkehr von der früheren Rechtsprechung des BGH ist daher angesichts dieser expliziten Differenzierung wohl nicht zu erwarten.

## 6. Sponsoring

### a) Allgemeines

Beim Sponsoring werden Zahlungen (oder andere vermögenswerte Gegenstände) durch Unternehmen zur Förderung von Personen, Gruppen und Organisationen in sportlichen, kulturellen, kirchlichen oder ähnlichen bedeutsamen gesellschaftspolitischen Bereichen vergeben. Damit werden in der Regel eigene unternehmensbezogene Ziele der Werbung oder Öffentlichkeitsarbeit verfolgt. Sponsoringmaßnahmen sind im Ausgangspunkt rechtlich zulässig und weit verbreitet, man denke nur an Sponsoring im Zusammenhang mit Fußballmannschaften. Es stellt sich daher die Frage nach der Grenzziehung: Wann überschreiten Sponsoringaktivitäten die Grenze des Erlaubten und erlangen strafrechtliche Relevanz?

Die nachfolgenden Bemerkungen beschränken sich – hier systematisch passend – auf eine potenzielle Untreuestrafbarkeit. Es sei allerdings darauf hingewiesen, dass Sponsoringmaßnahmen auch im Zusammenhang mit bestimmten anderen Straftatbeständen diskutiert werden; zum Beispiel: Fällt die Einladung von Amtsträgern zu an sich kostenpflichtigen sportlichen oder kulturellen Ereignissen unter die §§ 331 ff. StGB? (dazu etwa *Wittig* § 27 Rn. 61a).

## b) Pflichtverletzung im Sinne des § 266 StGB

Bei Sponsoringaktivitäten besteht das zentrale dogmatische Problem des § 266 StGB in der Bestimmung einer Pflichtverletzung. Dem Vorstand einer Aktiengesellschaft oder dem Geschäftsführer einer GmbH wird ein weiterer Handlungsspielraum zugebilligt. In diesen Spielraum fällt auch die Vergabe von Spenden oder die Förderung von Sport, Kunst, Wissenschaft und des Sozialwesens.

Nach einer Grundsatzentscheidung des BGH (BGHSt 47, 187 = NStZ 2002, 322) soll die Grenze hierfür bei unvertretbaren Entscheidungen liegen. Nach Ansicht des BGH genüge zur Verwirklichung des Untreuetatbestandes nicht jede gesellschaftsrechtliche Pflichtverletzung, sondern nur eine gravierende. Ob dies der Fall sei, bestimme sich nach einer Gesamtschau verschiedener Kriterien, wie der Verbindung zwischen dem Geförderter und dem Unternehmensgegenstand, sachgerechten Motiven (was z.B. bei der Verfolgung rein persönlicher Präferenzen nicht der Fall sei), dem möglichen Nutzen für das Ansehen des Unternehmens, der Angemessenheit des Zuwendungsvolumens im Hinblick auf die Vermögenslage des Unternehmens und der innerbetrieblichen Transparenz.

### Kritik:

Problematisch ist insbesondere die vom BGH gewählte Formulierung, wonach die Verwirklichung von § 266 StGB eine gravierende Pflichtverletzung voraussetze. Die vom BGH genannten Kriterien umschreiben aber letztlich allein den *gesellschaftsrechtlichen Ermessensspielraum* (LK/Schünemann § 266 Rn. 97). Vor diesem Hintergrund ist das postulierte Erfordernis einer gravierenden Pflichtverletzung irreführend und überflüssig.

---

Die entscheidende Weichenstellung erfolgt vielmehr im Gesellschaftsrecht: Überschreitet also z.B. der Vorstand einer AG den von §§ 76, 93 AktG gewährten Ermessensspielraum, liegt eine Pflichtverletzung im Sinne des § 266 StGB vor (in diesem Sinne nunmehr auch BGH NJW 2017, 578, 579).

### c) Vermögensschaden

Das Erfordernis eines Vermögensschadens wird für die Fälle des Sponsorings in Kommentierungen gewöhnlich nicht explizit thematisiert. Ausgangspunkt sollte – wie auch sonst – eine bilanzielle Betrachtung sein: Man darf also aus der Pflichtverletzung nicht eo ipso einen Vermögensnachteil folgern, sondern muss diesen eigenständig feststellen. Dabei ist im Ausgangspunkt auch zu berücksichtigen, dass Sponsoringaktivitäten als Werbemaßnahmen dienen und somit auch Vermögenszuwächse bedingen können. Regelmäßig wird es sich dabei aber um bloße (unsichere) Erwerbssaussichten handeln, denen keine Vermögensrelevanz zukommt. Insofern können die zum Sponsoring verbrauchten Vermögensbestandteile einen negativen Saldo begründen.

## 7. AT-Schwerpunkt 5: Faktische Geschäftsführung

### a) Einordnung des Fragenkreises

Gemeint sind hiermit Fallkonstellationen, in denen jemand ohne formell wirksame Bestellung faktisch Funktionen eines Unternehmensorgans ausübt.

Das Problem einer faktischen Betrachtungsweise stellt sich in verschiedenen Zusammenhängen des Besonderen Teils des Strafrechts: So gibt es beispielsweise einige Sondertatbestände, die (nur) von einem „Geschäftsführer“ (z.B. § 82 I Nr. 1 GmbHG), einem „Mitglied des Vertretungsorgans“ (§ 15a IV i.V.m. I InsO) oder von einem „Mitglied des Vorstands“ (etwa § 399 Abs. 1 Nr. 1 AktG) verwirklicht werden können. In diesen Fällen stellt sich die Frage, wie sich beispielsweise eine Unwirksamkeit des formalen Bestellungsakts auswirkt: Genügt es also z.B. für die Täterqualität „Vorstandsmitglied“, dass jemand trotz unwirksamer Bestellung faktisch wie ein Vorstandsmitglied agiert (vgl. dazu Spindler/Stilz/Hefendehl, § 399 AktG Rn. 31 ff.)?

Auch für die hier interessierenden Fälle der **Untreuestrafbarkeit** entfaltet die Frage nach einer faktischen Betrachtungsweise Relevanz: Es ist insbesondere zu klären, ob und unter welchen Voraussetzungen faktisch agierende Organe eine *Vermögensbetreuungspflicht* innehaben können. Zur besseren Veranschaulichung nachfolgender Beispielsfall.

### b) Beispielsfall

G ist Geschäftsführerin und alleinige Gesellschafterin einer kleinen GmbH, die sich auf Tiefbauarbeiten spezialisiert hat. Treibende Kraft hinter allem ist allerdings ihr Ehemann (E): Dieser hat sich in der Vergangenheit

bereits einen Ruf als „Bankrotteur“ erworben und möchte daher – zum Schutz des Unternehmens – nach außen hin nicht in Erscheinung treten. Faktisch wird das Unternehmen aber von ihm geleitet.

Zu einem Zeitpunkt, in dem es dem Unternehmen sehr gut geht, veranlasst er die G zur Überweisung eines größeren Geldbetrages auf das private Konto von G und E, um in Zukunft privat durch einen „Notgroschen“ abgesichert zu sein.

Infolgedessen wird das Stammkapital (§ 30 GmbHG) der Gesellschaft unterschritten. Zu einer finanziellen Krise des Unternehmens (Zahlungsunfähigkeit, Überschuldung) kommt es allerdings nicht.

Strafbarkeit von G und E gem. § 266 StGB?

### c) Lösung

#### **Strafbarkeit der G**

##### **§ 266 I Var. 1 StGB**

Zunächst könnte man an die Missbrauchsvariante (§ 266 I Var. 1) denken. G hat als Geschäftsführerin gesetzlich geregelte Geschäftsführungsbefugnisse (vgl. § 35 GmbHG) und kann daher auch in diesem Rahmen über das Vermögen der GmbH verfügen. Voraussetzung des Missbrauchstatbestandes ist nach überwiegender Ansicht, dass ein im Außenverhältnis *wirksames rechtsgeschäftliches Handeln* vorliegt.

Im Beispielsfall ist bereits fraglich, ob überhaupt ein rechtsgeschäftliches Handeln vorliegt: Hätte G das Geld nicht überwiesen, sondern – als Bargeld – aus einem Tresor entnommen, käme unzweifelhaft nur die Treubruchvariante in Betracht. Insbesondere liegen auch keine Anhaltspunkte dafür vor, dass im Zuge der Überweisung zugleich konkludent ein Rechtsgeschäft als schuldrechtliche causa abgeschlossen wurde. Aber selbst wenn man ein rechtsgeschäftliches Handeln bejaht, scheitert die Missbrauchsvariante an dessen rechtlicher Wirksamkeit: Auch eine Alleingesellschafterin unterliegt dem Verbot des Selbstkontrahierens (§ 35 III 1 GmbHG i.V.m. § 181 BGB). Es liegen keine Anhaltspunkte für eine wirksame Befreiung von diesem Verbot vor.

### § 266 I Var. 2 StGB

G könnte aber den Treubruchtatbestand verwirklicht haben. Als Geschäftsführerin ist sie gegenüber der GmbH treupflichtig. Nichts anderes ergibt sich aus dem Umstand, dass sie letztlich eine „Strohfrau“ ihres Ehegatten darstellt. Ihr obliegen nämlich als wirksam bestellter Geschäftsführerin gesetzlich geregelte Befugnisse und Pflichten, die durch das faktische Agieren des E nicht in Frage gestellt werden.

Da G *kein die Zahlung rechtfertigender Anspruch* gegenüber der GmbH Zustand, stellt die Überweisung auf das Privatkonto eine Pflichtverletzung dar. Insbesondere konnte G – trotz ihrer Stellung als Alleingesellschafterin – kein wirksames tatbestandsausschließendes Einverständnis erteilen. Nach der zutreffenden *eingeschränkten Gesellschaftertheorie* (KK 165 f.) können nämlich auch die Gesellschafter nicht die Zustimmung zu solchen vermögensschädigenden Handlungen erteilen, die gegen zwingende Kapitalerhaltungsvorschriften verstoßen. Ein solcher Verstoß liegt hier vor, da die Überweisung laut Sachverhalt zu einer Unterschreitung des Stammkapitals (§ 30 GmbHG) führt.

---

G handelte auch vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft. → § 266 I Var. 2 StGB (+)

## Strafbarkeit des E

### §§ 266 I Var. 2, 25 II StGB

E könnte ebenfalls den Treubruchtatbestand verwirklicht haben. Fraglich ist, ob er gegenüber dem Gesellschaftsvermögen treupflichtig ist. Dies könnte deswegen der Fall sein, weil er bei einer **faktischen Betrachtungsweise** maßgeblich die Geschicke der Gesellschaft lenkt (faktischer Geschäftsführer).

Nach der *Rechtsprechung* ist auch ein **faktischer Geschäftsführer** unter folgenden Voraussetzungen tauglicher Täter des Treubruchtatbestandes: Der Betreffende hat die Geschäftsführung mit dem Einverständnis der Gesellschafter (ohne förmliche Bestellung) faktisch übernommen und er nimmt hierbei im Verhältnis zum formalen Geschäftsführer eine überragende Stellung ein bzw. ihm kommt zumindest ein deutliches Übergewicht zu (siehe etwa BGH NJW 2013, 624, 625 m.w.N.).

Diese Voraussetzungen sind im Beispielsfall erfüllt: E ist die treibende Kraft hinter dem Unternehmen. Er hat G letztlich nur als „Strohfrau“ vorgeschickt, damit er selbst nicht mit der GmbH in Verbindung gebracht wird. G ist als Gesellschafterin damit auch einverstanden.

Der Rechtsprechung ist jedenfalls im Ergebnis zuzustimmen:

Vom Ausgangspunkt her bereitet die Einbeziehung einer faktischen Betrachtungsweise bei § 266 I Var. 2 eher geringe Schwierigkeiten, da die Vermögensbetreuungspflicht bereits vom Wortlaut her nicht nur auf Gesetz,



behördlichem Vertrag oder Rechtsgeschäft, sondern auch auf einem (faktischen) Treueverhältnis beruhen kann. Des Weiteren sind die vom BGH genannten Kriterien für einen faktischen Geschäftsführer auch sachlich überzeugend: Denn bei Vorliegen dieser Voraussetzungen verfügt der Betreffende über eine *Herrschaftsposition* in Bezug auf die Gesellschaft, die vermögensschädigendes Handeln ermöglicht und somit das Vorliegen einer Vermögensbetreuungspflicht *material* zu begründen vermag (vgl. dazu auch *Hefendehl* ZIP 2011, 601, 604 f.).

Auch die weiteren Voraussetzungen der Untreue liegen vor: Dass die Überweisung nicht von E, sondern von G veranlasst wurde, ist unschädlich, da ein gemeinsamer Tatplan vorliegt der gem. § 25 II StGB eine Handlungszurechnung gestattet. Vgl. im Übrigen die vorstehenden Ausführungen zu G.

→ §§ 266 I Var. 2, 25 II StGB (+)

**Hinweis:** Laut *Bearbeitungshinweis* war nur § 266 StGB zu prüfen. Etwaige Insolvenzdelikte (etwa § 283 StGB) sind ohnehin eher fernliegend, da es laut Sachverhalt trotz der Verringerung des Stammkapitals nicht zu einer wirtschaftlichen Krise (Überschuldung, eingetretene oder drohende Zahlungsunfähigkeit) der Gesellschaft gekommen ist.

#### d) Verhältnis von materialer Fundierung zu Pflichtenposition

Wie der vorstehende Beispielsfall gezeigt hat, lässt sich eine faktische Betrachtungsweise im Falle der Untreue inhaltlich untermauern. Maßgebliche Bedeutung kommt dabei – wie gesehen – aber auch dem Umstand zu, dass § 266 I Var. 2 bereits tatbestandlich (*faktische*) *Treuverhältnisse* erfasst. Aufgrund dieser Besonderheit kann die faktische Betrachtungsweise keinesfalls bedenkenlos auf andere Straftatbestände übertragen werden, sondern es gilt vielmehr die *jeweilige Tatbestandsstruktur* zu berücksichtigen. Um dies am Beispiel der Insolvenzverschleppung (§ 15a IV, I InsO) zu illustrieren (näher *Hefendehl* ZIP 2011, 601, 605): Unter gewissen Voraussetzungen (Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung) sind u.a. Mitglieder des Vertretungsorgans einer juristischen Person zur Stellung eines Eröffnungsantrags verpflichtet (§ 15a I InsO). Man könnte nun darüber nachdenken, in Bezug auf „Mitglieder des Vertretungsorgans“ eine faktische Betrachtungsweise zugrunde zu legen, so dass beispielsweise nicht wirksam bestellte Vorstandsmitglieder einer AG, die gleichwohl mit einer Herrschaftsposition ausgestattet sind, als taugliche Täter anzusehen wären. Dies würde indes vernachlässigen, dass das Organmitglied gem. § 15a I InsO zur Stellung des *Eröffnungsantrags* für das Insolvenzverfahren verpflichtet ist. Das *Insolvenzrecht* verlangt hierfür eine formal existierende Pflichtenstellung. Einem (lediglich) faktischen Organ steht diese Möglichkeit zur Stellung des Insolvenzantrages hingegen nicht zu.

Im Beispielsfall der Insolvenzverschleppung vermag also die materiale Fundierung nicht die formal vorausgesetzte Pflichtenstellung zu substituieren. Eine faktische Betrachtungsweise ist daher abzulehnen (was jedoch teilweise auch angenommen wird).

## 8. AT-Schwerpunkt 6: Kausalität bei Gremienentscheidungen

### a) Allgemeines

Im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts stellt sich mitunter das Problem, dass Entscheidungen von Gremien (also letztlich Personenmehrheiten) getroffen werden; man denke nur an Vorstandsmitglieder einer AG oder an eine GmbH, die über mehrere Geschäftsführer verfügt.

Diskutiert werden diese Fallgestaltungen unter dem – hier auch als Überschrift gewählten – Topos der Kausalität bei Gremienentscheidungen. Den Begriff der *Kausalität* in diesem Kontext kann man zunächst nochmals präzisieren, genaugenommen gilt es nämlich zwei Kausalitätsaspekte zu unterscheiden (*Satzger* Jura 2014, 186, 191):

*Zum einen* kann problematisch sein, ob der Gremienbeschluss *für den tatbestandlichen Erfolg* ursächlich geworden ist. Dieser Aspekt wird hier nicht weiter vertieft, denn insofern stellen sich grundsätzlich keine anderen Probleme, als wenn man sich an die Stelle des Beschlusses die Handlung einer einzelnen Person denkt.

*Zum anderen* kann die (Vor-)Frage Schwierigkeiten bereiten, ob das Abstimmungsverhalten einzelner Mitglieder des Gremiums *für das Zustandekommen des Beschlusses* kausal geworden ist. Auf diesen Problemkreis wird nachfolgend eingegangen, wobei die facettenreiche Diskussion nur in Grundzügen dargestellt werden kann.

## b) Beispielsfall

Zur besseren Veranschaulichung wird nachfolgend ein Beispielsfall gebildet. Dieser stellt den Grundfall dar, an dem zwei Konstellationen eines Abstimmungsverhaltens illustriert werden sollen.

Der Vorstand (bestehend aus 5 Mitgliedern) einer AG beschließt pflichtwidrig die Vergabe eines nicht hinreichend abgesicherten Großkredits. Laut Satzung ist dazu eine einfache Stimmenmehrheit erforderlich. Im Zeitpunkt der Kreditvergabe ist der Anspruch auf Rückzahlung des Darlehens mit 30 % der Darlehensvaluta zu bilanzieren.

Strafbarkeit der zustimmenden Vorstandsmitglieder gem. § 266 StGB?

### 1. Konstellation: 3 Vorstandsmitglieder stimmen für den Beschluss, 2 dagegen

In dieser Konstellation ist die Strafbarkeit gem. § 266 I Var. 1 StGB weitgehend unproblematisch.

Vorstände haben eine gesetzlich eingeräumte Verfügungs- bzw. Verpflichtungsbefugnis, vgl. §§ 76 ff. AktG. Einschlägig ist die Missbrauchsvariante; dass die Kreditvergabe pflichtwidrig erfolgte, betrifft zunächst nur das Innenverhältnis der Vorstände gegenüber der Gesellschaft, die Wirksamkeit im Außenverhältnis ist also dadurch nicht tangiert. Zudem ist ein Vermögensnachteil zu bejahen, da eine Bilanzierung einen negativen Saldo ergibt (der Wert des Rückzahlungsanspruchs beträgt nur 30 % der ausgezahlten Darlehensvaluta).

Schließlich ist insbesondere auch das Abstimmungsverhalten aller zustimmenden Vorstandsmitglieder für das *Zustandekommen des Beschlusses kausal geworden*. Insofern führt selbst die *conditio-sine-qua-non*-Formel (zur Kritik an dieser: <http://strafrecht-online.org/problemfelder/at/tb/kausalitaet/theorien/>) zwangsläufig zu

einem korrekten Ergebnis: Man kann nämlich keine der Stimmen wegdenken, ohne dass der Erfolg (= Gremienbeschluss) entfiel. Genaugenommen handelt es sich dabei um einen Fall der sog. *kumulativen Kausalität*. Das typische Lehrbuchbeispiel für die Konstellation der kumulativen Kausalität ist das Verabreichen mehrerer für sich genommen nicht letaler Giftdosen, die aber zusammenaddiert (kumulativ) den Tod des Opfers bewirken (etwa *Rengier* AT § 13 Rn. 34). Nichts anderes gilt im hier besprochenen Fall der Gremienentscheidung: Denn auch hier führen nur die drei Stimmen zusammengenommen (kumulativ) zum Zustandekommen des Beschlusses.

## **2. Konstellation: 4 Vorstandsmitglieder stimmen für den Beschluss, 1 dagegen**

Die 2. Konstellation ist dadurch gekennzeichnet, dass der Beschluss mit einer größeren Mehrheit getroffen wird als für dessen Zustandekommen erforderlich gewesen wäre (dafür hätten bereits 3 Stimmen ausgereicht). Die gleichen Kausalitätsprobleme stellen sich demzufolge auch dann, wenn noch mehr Stimmen für den Beschluss gestimmt hätten (also wenn alle 5 Vorstände zugestimmt hätten).

Wendet man nun die *conditio-sine-qua-non*-Formel an, so könnte jedes der vier zustimmenden Vorstandsmitglieder einwenden, dass gerade seine Stimme für das Zustandekommen des Beschlusses gar nicht erforderlich gewesen sei. Man könnte also eine einzelne Stimme wegdenken, ohne dass der Erfolg entfiel. Im Ergebnis ist allerdings anerkannt, dass eine Verneinung der Kausalität unbillig wäre. Die Begründungen zur Bejahung des Ursachenzusammenhangs sind allerdings unterschiedlich:

- Teilweise wird auch diese Konstellation als Fall der **kumulativen Kausalität** angesehen. Jede Stimme bewirke erst gemeinsam mit den anderen das Zustandekommen des Beschlusses. Der Umstand, dass

mehr Stimmen als nötig abgegeben wurden, sei unschädlich, da der Erfolg in seiner *konkreten Gestalt* (also der Beschluss mit dieser bestimmten Stimmenmehrheit) auf das Abstimmungsverhalten aller Zustimmenden zurückzuführen sei.

Kritik: Stellt man auf die Relevanz für das tatbestandlich geschützte Rechtsgut ab, so kommt es allein auf das *Zustandekommen* eines Beschlusses an, und nicht auf dessen *konkrete Gestalt*. Die über die erforderliche Mehrheit hinausgehenden Stimmen haben sich somit letztlich nicht auf die Tatbestandsverwirklichung ausgewirkt (vgl. *Satzger* Jura 2014, 186, 192).

- Eine andere Ansicht sieht hier einen Fall der sog. **alternativen Kausalität**. Der klassische Lehrbuchfall hierfür ist das durch mehrere Täter unabhängig voneinander erfolgte Verabreichen von Gift, wobei jede Giftdosis für sich gesehen schon tödlich ist (*Rengier* AT § 13 Rn. 27). Wendet man hierauf die *conditio-sine-qua-non*-Formel an, würde diese eigentlich zu einer Verneinung der Kausalität führen, da die Handlung eines Täters hinweggedacht werden kann (die von einem weiteren Täter verabreichte Giftdosis hätte zur Erfolgsherbeiführung genügt), ohne dass der Erfolg entfiele.

Aus diesem Grund wird in den Fällen der alternativen Kausalität eine Korrektur der *conditio-sine-qua-non*-Formel vorgeschlagen: Von mehreren Erfolgsbedingungen, die zwar alternativ, aber nicht kumulativ hinweggedacht werden können, ohne dass der Erfolg entfiele, ist jede für den Erfolg kausal (*Rengier* AT § 13 Rn. 28). Überträgt man dies nun auf Kollegialentscheidungen, so erzielt man auf den ersten Blick sachgerechte Ergebnisse. Um dies am Ausgangsfall zu illustrieren:

Man kann zwar jede der 4 befürwortenden Stimmen einzeln alternativ wegedenken, ohne dass der Erfolg (= Beschluss) entfiere, nicht hingegen die Stimmen kumulativ.

Kritik: Im Unterschied zu den klassischen Fällen der alternativen Fällen besteht bei Gremienentscheidungen eine Besonderheit: Während die Standardfälle dadurch charakterisiert sind, dass jede einzelne der alternativen Bedingungen *für sich gesehen den Erfolg verursachen könnte* (jede Giftdosis ist für sich gesehen tödlich), ist dies bei Gremienentscheidungen anders. Hier reicht eine einzelne befürwortende Stimme *noch nicht für das Zustandekommen eines Beschlusses aus* (im Beispielsfall wären *drei Stimmen* erforderlich). Dieser Aspekt wird vernachlässigt, wenn man allein auf den Aspekt der alternativen Kausalität abstellt (*Satzger JA 2014, 186, 193*).

#### ▪ **Kombination von kumulativer und alternativer Kausalität**

Um die Kritik des vorangehenden Ansatzes zu entkräften, wird teilweise auch eine Kombination aus kumulativer und alternativer Kausalität vorgeschlagen: Der Aspekt der *kumulativen Kausalität* kann erklären, dass (im Beispielsfall) mindestens 3 befürwortende Stimmen für das Zustandekommen des Beschlusses erforderlich sind. Zwischen der *ausschlaggebenden mehrheitsbegründenden Stimme* (also der 3. Stimme, von wem auch immer sie abgegeben wird) und einer darüber hinausgehenden weiteren positiven Stimme kann der Aspekt der *alternativen Kausalität* fruchtbar gemacht werden: Diese Stimmen können zwar alternativ, nicht aber kumulativ wegedacht werden.

Dieser Ansatz vermag das Problem derzeit am plausibelsten zu lösen.

- **Konstruktion einer Mittäterschaft (§ 25 II StGB)**

Teilweise wird das Problem schließlich auch durch einen Rückgriff auf eine Mittäterschaft gelöst (so etwa die Rspr. im Lederspray-Fall). Bejaht man eine solche, werden die Handlungen (und somit das Abstimmungsverhalten) der jeweiligen Mittäter gegenseitig *zugerechnet*. Das Problem, dass die Stimme einer einzelnen Person für den Mehrheitsbeschluss nicht erforderlich war, stellt sich insofern also nicht: Dem Betreffenden werden nämlich die Stimmen der anderen Gremiumsmitglieder zugerechnet und der Beschluss war insgesamt wiederum für die Tatbestandsverwirklichung ursächlich.

Kritik:

Dieser Ansatz hilft aber jedenfalls bei Fahrlässigkeitsdelikten nicht weiter, da eine fahrlässige Mittäterschaft nach überwiegender Ansicht nicht anzuerkennen ist. Im Übrigen darf das Konstrukt nicht dazu verleiten, das Kausalitätsproblem durch eine vorschnelle Bejahung von Mittäterschaft zu umgehen: Diese kann nur angenommen werden, wenn tatsächlich ein gemeinsamer Tatplan besteht und die Betreffenden die funktionelle Tatherrschaft innehaben.

**Hinweis:** Zum hier nicht behandelten Sonderproblem der Stimmenthaltung siehe etwa *Wittig* § 6 Rn. 48; *Satzger* Jura 2014, 186, 194 f.



## **Schlagwörter zur Wiederholung:**

- I. Haushaltsuntreue – Die Grundsätze des individuellen Schadenseinschlags
- II. Schwarze Kassen – Vermögensnachteil, wenn das Geld nur umgebucht wird?
- III. Sponsoring – gravierende Pflichtverletzung
- IV. Vermögensbetreuungspflicht des faktischen Geschäftsführers?
- V. Kausalität bei Gremienbeschlüssen

## **Literatur- und Rechtsprechungshinweise:**

### **Zur Haushaltsuntreue:**

BGH NJW 2016, 2585

BVerfG NJW 2013, 365, 368

*Kieth* NStZ 2005, 529-534

*Schünemann* StV 2003, 463-471

### **Zu schwarzen Kassen:**

*Bernsmann* GA 2009, 296-313

*Hefendehl* Vermögensgefährdung und Exspektanzen (1994), S. 287 ff.

*Rönnau* StV 2009, 246-251

*Satzger* NStZ 2009, 297-306

BVerfG NJW 2010, 3209

*Achenbach/Ransiek/Rönnau/Seier* S. 853 ff.

### **Zum Sponsoring:**

BGHSt 47, 187 = BGH NSTz 2002, 322-326 mit Anmerkung *Beckemper*

MüKo/*Dierlamm* § 266 Rn. 266

### **Zur faktischen Betrachtungsweise/faktischen Geschäftsführung:**

*Hefendehl* ZIP 2011, 601, 604 f.

*Spindler/Stilz/Hefendehl*, Aktiengesetz, 3. Aufl. 2015, § 399 AktG Rn. 31 ff.

LK/*Schünemann* § 266 Rn. 246

### **Zur Kausalität bei Gremienbeschlüssen:**

*Satzger* Jura 2014, 186

*Kudlich/Oğlakcioğlu* Rn. 136 ff.