

Goethe-Universität Frankfurt a.M.  
PD Dr. Frank Zimmermann – Entlastungsprofessur Strafrecht



# Kolloquium: Das Strafrecht als Mittel zur Kontrolle der Politik im demokratischen Rechtsstaat

Sommersemester 2019



Strafrecht zur Kontrolle der Politik

25. Mai 2019

## Einheit VI: Der Untreuetatbestand

### 1. Überblick

Einerseits gibt (gab?) es Zweifel an der Anwendung des § 266 StGB auf Amtsträger (und Politiker):

*„Die Unterstellung des Beamten unter § 266 führt also zu einer Einmischung der Justiz in die Verwaltung [...]“. Zudem könnte das Mittel der „Strafanzeige auch bei Parteikämpfen demokratischer Parteien zu üblen Mißbräuchen genutzt werden.“ „Wenn der Strafrichter nachprüfen darf, ob ein Beamter unberechtigterweise Rücklagen oder unberechtigt Haushaltstitelüberschreitungen veranlasst hat, so bewegt sich der Strafrichter auf einem Gebiet, zu dessen Beurteilung ihm jede Sachkunde fehlt [...]“*

*Hellmuth Mayer, Materialien zur Strafrechtsreform, 1. Band., 1954, S. 333 (351)*

Zumindest dieses zweite Argument überzeugt nicht: Ein solcher Mangel an Sachkunde besteht in vielen speziellen Rechtsgebieten – man denke nur an die Rolle des § 266 StGB im Aktien- / GmbH-Recht oder an die Verknüpfungen der §§ 324 ff. mit dem Verwaltungsrecht.

Andere sehen hingegen § 266 StGB als (nur nicht treffend gefasstes, aber im Grunde notwendiges) Mittel zur Ahndung „politischer“ Straftaten, die zulasten einer Vielzahl von Bürgern begangen werden.

*Wolfgang Naucke, Der Begriff der politischen Wirtschaftsstraftat, 2012, S. 51 ff. (v.a. S. 57)*

PD Dr. Frank Zimmermann – Entlastungsprofessur Strafrecht

## Einheit VI: Der Untreuetatbestand

### 1. Überblick

#### § 266 StGB – Tatbestandsstruktur:

##### I. Tatbestandsmäßigkeit

###### 1. Objektiver Tatbestand

###### Var. 1: Missbrauchstatbestand

- a) Missbrauch einer Befugnis
- b) h.M.: Verletzung Vermögensbetreuungspflicht
- c) Vermögensschaden

###### Var. 2: Treubruchstatbestand

- a) Verletzung Vermögensbetreuungspflicht
- b) Vermögensschaden

###### 2. Subjektiver Tatbestand

##### II. Rechtswidrigkeit

##### III Schuld

##### IV. Regelbeispiele gem. § 266 II iVm §§ 263 III, 243 II

*Argument: Zusatz „dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat“ bei Merkmal des Vermögensschadens bezieht sich auf beide TB-Varianten.*

## Einheit VI: Der Untreuetatbestand

### 2. Der Missbrauchstatbestand

→ Missbrauch der Befugnis, für den Treugeber zu verfügen bzw. ihn zu verpflichten = „**Handeln im Rahmen des rechtlichen Könnens (Außenverhältnis) bei Überschreitung des rechtlichen Dürfens (Innenverhältnis)**“.

→ Knüpft an Recht der **zivilrechtlichen Stellvertretung** an; Missbrauchstatbestand setzt stets ein im Außenverhältnis wirksames Handeln (= im Rahmen des rechtlichen Könnens) voraus.

→ Kann nur einschlägig sein, wenn ein **wirksames Rechtsgeschäft** abgeschlossen wurde.

→ Für politische Entscheidungsträger ist die Missbrauchsvariante daher interessant, soweit sie Vertretungsmacht ausüben (sonst: Treubruchsvariante), wie insbesondere der durch den Bürgermeister repräsentierte Gemeindevorstand (§ 71 I 2 HGO) oder der durch den Landrat repräsentierte Kreisausschuss (§ 45 I 2 HKO).

→ **P: Wie wirken sich kommunalrechtliche Zuständigkeitsbeschränken auf laufende Angelegenheiten u.Ä. aus (vgl. etwa § 70 II HGO)?**

## Einheit VI: Der Untreuetatbestand

### 2. Der Missbrauchstatbestand

→ **st. Rspr. des BGH:** Es handelt sich dabei um Beschränkungen im Innenverhältnis (NJW 1980, 117 f.: BaWü; BGHZ 92, 164, 169: NRW; BGHZ 97, 224, 226: Saarland)

Arg.: Klarheit und Verlässlichkeit im Rechtsverkehr – was noch eine laufende Angelegenheit ist, ist stark einzelfallabhängig (Größe und finanzielle Ausstattung der Gemeinde) und daher für den Vertragspartner der Gemeinde kaum erkennbar.

→ **Anders aber das BayObLG:** Es handle sich um eine Beschränkung der Vertretungsmacht im Außenverhältnis (BayObLGZ 1952, 271, 273)

Arg.: effektiver Schutz der Gemeinde vor nachteiligen Verfügungen

→ BGHZ 213, 30, Rn. 12 ff. (2016): Verwerfung dieses bayerischen Sonderweges

→ Aber: 2018 Einschreiten des bayerischen Gesetzgebers durch Ergänzung des Art. 38 I BayGO:  
 „(1) <sup>1</sup>Der erste Bürgermeister vertritt die Gemeinde nach außen. <sup>2</sup>Der Umfang der Vertretungsmacht ist auf seine Befugnisse beschränkt.“

→ Bei Überschreitung kein wirksames Rechtsgeschäft und daher kein Fall des Missbrauchstatbestands!

PD Dr. Frank Zimmermann – Entlastungsprofessur Strafrecht

## Einheit VI: Der Untreuetatbestand

### 3. Die Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht

= **spezifisch vermögensbezogene Pflichtenstellung, „deren wesentlicher Inhalt die Besorgung eines (zumindest auch) fremdnützigen Geschäfts mit eigenem Entscheidungsspielraum ist“**

vgl. NK/Kindhäuser, § 266 Rn. 36

#### a) Verpflichtungsadressaten:

- Bürgermeister und Landräte
- Finanzminister bzgl. des Staatshaushalts (BGHSt 61, 48, 69)
- sonstige Minister bzgl. des ihrem Haus unterstehenden Budgets / Vermögens (BGHSt 44, 376)
- Abgeordnete bzgl. der von ihnen selbst verwalteten Haushaltstöpfle (z.B. für Büromittel) => Soyka, JA 2011, 566 ff.: „Goldfüllergier“
- Fraktionsvorsitzende bzgl. des Fraktionsvermögens (BGHSt 60, 94)
- Parteivorsitzende und –kassierer bzgl. des Parteivermögens (BGHSt 60, 94)
- **P: Vermögensbetreuungspflicht von Gemeinderäten?**

PD Dr. Frank Zimmermann – Entlastungsprofessur Strafrecht

## Einheit VI: Der Untreuetatbestand

### 3. Die Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht – speziell im Kontext von Parteifinanzen

→ **e.A. (Lit.):** Mitglieder des Gemeinderats haben keine Vermögensbetreuungspflicht

Arg.: Pflichtenstellung ist umfassender Art, aber nicht spezifisch vermögensbezogen.

→ **h.M.:** Mitglieder des Gemeinderats haben Vermögensbetreuungspflicht

Arg.: Finanzhoheit der Gemeinde ist für Selbstverwaltung zentral; dementsprechend ist der sorgsame Umgang mit Gemeindevermögen auch eine prägende Komponente im Pflichtenkreis der Gemeinderäte („ohne Geld ist alles nichts“).

#### b) Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht – spezifischer Vermögensbezug:

→ **Nicht jedes Fehlverhalten eines Vermögensbetreuungspflichtigen begründet eine Untreuestrafbarkeit!**

Bsp.: Frustrierter Bürgermeister wirft in Gemeinderatssitzung Stuhl an die Wand => Sachbeschädigung, aber keine Untreue (so jedenfalls die ganz h.M.).

→ § 266 StGB ist nur einschlägig, wenn ein Verhalten gerade die Vermögensbetreuungspflicht verletzt.

## Einheit VI: Der Untreuetatbestand

### 3. Die Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht – speziell im Kontext von Parteifinanzen

– s. zunächst **BGHSt 55, 288, 300 f. (Siemens-Betriebsrat)**: Ein vermögensbetreuungspflichtiger Siemens-Mitarbeiter finanzierte aus Unternehmensmitteln eine Wahlliste für den Siemensbetriebsrat, um eine bestimmte Mehrheit im Betriebsrat sicherzustellen (strafbar gem. § 119 I Nr. 1 BetrVG). BGH: Diese Norm des BetrVG diene nicht dem Schutz des Unternehmensvermögens, der Verstoß dagegen sei deshalb nicht untreuerelevant.

– hierauf aufbauend **BGHSt 56, 203, 211 und 60, 94 (Parteispenden)**: Verstoß gegen die Vorschriften des PartG über den Umgang mit Parteispenden (der hohe Strafzahlungen zulasten der Partei auslösen kann) sei als solcher nicht untreuerelevant, weil die Vorschriften Transparenz- und Demokratieziele verfolgen, nicht aber dem Schutz des Parteivermögens dienen.

ABER: Wenn die betreffende Partei u.a. zur Vermeidung solcher Strafzahlungen Vorschriften in ihre Satzung aufnimmt, welche die Organe zur Einhaltung der PartG-Vorschriften verpflichtet, konkretisiere diese Satzungsnorm die Vermögensbetreuungspflicht; ein Verstoß sei daher untreuerelevant.

## Einheit VI: Der Untreuetatbestand

### 3. Die Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht – speziell im Kontext von **Parteifinanzen**

Folge: Die Parteisatzung wird zum Vehikel, mit dessen Hilfe die (an sich nicht vermögensschützenden) Vorschriften des PartG doch Anknüpfungspunkt für § 266 sein können.

- S. außerdem (nochmals) **BGHSt 60, 94 bzgl. Fraktionsmitteln**: Der Partei- und Fraktionsvorsitzende der CDU in Rheinland-Pfalz hatte Gelder, die der Landtag der CDU-Fraktion für Parlamentsarbeit zur Verfügung gestellt hatte, zur Finanzierung eines Wahlkampfkonzepts für die Partei genutzt (= rechtlich „Spende“ der Fraktion an die Partei). BGH: Nicht nur Untreue zulasten der Partei (wegen Verstoßes gegen vermögensschützende Satzungsvorschriften, s.o.), sondern tateinheitlich auch Untreue zulasten der CDU-Fraktion. Hierfür stellte der BGH auf einen Verstoß gegen das Landesfraktionsgesetz und verfassungsrechtliche Wertungen ab.

⇔ Ob diese Regelungen dem Schutz des Fraktionsvermögens dienen (zw.), ließ er außen vor.

Folge: Erfordernis eines Vermögensbezugs der Pflichtverletzung im Einzelnen nicht geklärt.

- Beachte zudem: Normalerweise schließt bei § 266 das **Einverständnis** des Treugebers den TB aus. BGH leitet aus öffentlich-rechtlichen Vorschriften (PartG, FraktionsG) aber Einwilligungsschranke ab!

## Einheit VI: Der Untreuetatbestand

### 3. Die Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht – „**Business Judgment Rule**“

#### **Nürburgring-Fall:**

Der Finanzminister von Rheinland-Pfalz, Deubel, war kraft seines öffentlichen Amtes Aufsichtsratsvorsitzender in einer staatlich kontrollierten GmbH, welche die Umgestaltung des Nürburgrings zu einem Vergnügungspark organisieren sollte. Für das Vorhaben sollten private Investoren geworben werden; um dies zu realisieren, wurde ein komplexes Geflecht von Firmen unter Beteiligung teils dubioser Partner geschaffen. Deubel wurde erstinstanzlich wegen Untreue verurteilt, u.a. weil er in Vertretung der GmbH Provisionszahlungen an nicht vertrauenswürdige Partner zugestimmt hatte.

- BGH bejahte Vermögensbetreuungspflicht Deubels ggü der GmbH und sah in der Bewilligung der Provisionszahlung auch eine Verletzung dieser vermögensbezogenen Pflicht.
- ABER: BGH wies zugleich auf die grundsätzliche unternehmerische Entscheidungsfreiheit hin und zeigte damit für andere Fälle eine wichtige Grenze des § 266 auf:

## Einheit VI: Der Untreuetatbestand

### 3. Die Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht – „Business Judgment Rule“

→ rechtliche Grundlagen dieser unternehmerischen Entscheidungsfreiheit = Business Judgment Rule (auch als unternehmerisches oder Geschäftsleiterermessen bezeichnet):

#### § 93 AktG:

(1) <sup>1</sup>Die Vorstandsmitglieder haben bei ihrer Geschäftsführung die **Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters** anzuwenden. <sup>2</sup>Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.

#### § 43 GmbHG:

(1) Die Geschäftsführer haben in den Angelegenheiten der Gesellschaft die **Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes** anzuwenden.

**unternehmerische Entscheidung** = rechtlich nicht gebunden, geprägt durch Unsicherheit bzw. Prognoseelement

**angemessene Information** = abhängig von Situation und Gewicht der Entscheidung; → h.L.: Abwägungsspielraum

**annehmen durfte** = Ex-ante-Perspektive (Beurteilungsspielraum!) → h.M.: zusätzlich Gutgläubigkeit + Fehlen von Interessenkonflikten

PD Dr. Frank Zimmermann – Entlastungsprofessur Strafrecht

## Einheit VI: Der Untreuetatbestand

### 3. Die Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht – „Business Judgment Rule“

#### BGHSt 61, 48 ff.:

„[...] muss dem Geschäftsführer einer GmbH bei der Leitung der Geschäfte des Unternehmens ein **weiter Handlungsspielraum** zugebilligt werden, ohne den eine unternehmerische Tätigkeit schlechterdings nicht denkbar ist. Dazu gehört neben dem **bewussten Eingehen geschäftlicher Risiken** grundsätzlich auch die Inkaufnahme der **Gefahr, bei der wirtschaftlichen Betätigung Fehlbeurteilungen und Fehleinschätzungen zu unterliegen. Eine Pflichtverletzung liegt erst dann vor, wenn die Grenzen, in denen sich ein von Verantwortungsbewusstsein getragenes, ausschließlich am Unternehmenswohl orientiertes, auf sorgfältiger Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen beruhendes unternehmerisches Handeln bewegen muss, überschritten sind, die Bereitschaft, unternehmerische Risiken einzugehen, in unverantwortlicher Weise überspannt wird oder das Verhalten des Vorstands aus anderen Gründen als pflichtwidrig gelten muss.** Diese zum Aktienrecht entwickelten, mittlerweile als sog. **Business Judgement Rule** in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG kodifizierten Grundsätze gelten in gleicher Weise für den Geschäftsführer einer GmbH [...] und sind auch **Maßstab für das Vorliegen einer Pflichtverletzung im Sinne von § 266 Abs. 1 StGB** [...]“

PD Dr. Frank Zimmermann – Entlastungsprofessur Strafrecht

## Einheit VI: Der Untreuetatbestand

### 3. Die Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht – „Business Judgment Rule“

- BGH behandelte Minister Deubel wie „normalen“ GmbH-Geschäftsführer, ohne Rücksicht auf die Verquickung seiner Position mit dem Amt des Finanzministers (in der Sache konsequent: Wenn sich der Staat zivilrechtlicher Formen wie einer GmbH bedient, muss er die dafür geltenden Regeln beachten).
- **Übertragbarkeit dieser Business Judgment Rule auf (bestimmte) politische Entscheidungen** (s. schon *Mansdörfer*, DVBl. 2010, 479, 481)? Argumente dafür:
- Gerade der Fall Deubel zeigt, dass eine klare Trennung zwischen politischen und unternehmerischen Entscheidungen nicht möglich ist: Seine Funktion in der GmbH diene ja gerade dazu, deren Maßnahmen an die Vorstellungen der Politik zu koppeln und zugleich politische Verantwortung dafür zu begründen.
  - Politische Entscheidungen können unternehmerischen Entscheidungen vergleichbar sein (d.h. mit Prognoseelement, Zeitdruck) – Bsp.: Gemeinde bietet sich die Chance, ein für die Ortsentwicklung wichtiges Grundstück zu kaufen; um privatem Investor zuvorkommen wird Kauf zugestimmt, obwohl etwaige Kosten für Altlastensanierung noch nicht im Einzelnen geklärt sind. → Fallen diese Kosten dann doch höher aus, stellt die schnelle Entscheidung keine untreuerelevante Pflichtverletzung dar.