

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

30. Mai 2019

Einheit VI: Der Untreuetatbestand

4. Der Vermögensschaden – Überblick

- **§ 266 StGB ist Vermögensdelikt, setzt Vermögensschaden voraus.**
- **Vermögensbegriff:** im Ausgangspunkt wirtschaftlich zu bestimmen, nach h.M. aber in gewissen Grenzen normativ zu korrigieren (Bsp.: „Ganovenuntreue“).

Bzgl. des hier interessierenden Staatsvermögens war str., ob es überhaupt unter den Schutz der Vermögensdelikte im StGB fällt – Arg.: Es handle sich hierbei um bloßes Umlaufvermögen, der Staat verteile für seine Bürger um, habe aber keine eigenen Interessen am Vermögen.

Diese Ansicht ist überholt: Der Staat kann sparen und Prioritäten bei der Verwendung seiner Mittel setzen wie ein Privater. Dass er letztlich nur im Namen seiner Bürger handelt, ändert ebenfalls nichts, da er über eine eigenständige rechtliche Körperschaft ist ⇔ vgl. auch die Behandlung von juristischen Personen des Privatrechts, die ebenfalls i.E. für ihre Gesellschafter handeln und natürlich trotzdem Vermögensträger i.S.d. StGB sind.

PD Dr. Frank Zimmermann – Entlastungsprofessur Strafrecht

Einheit VI: Der Untreuetatbestand

4. Der Vermögensschaden – Überblick

▪ Feststellung eines Vermögensschadens:

1. regelmäßig: **Saldierung**

→ Vergleich des Vermögens vor / nach Pflichtverletzung: **Kompensation durch Zufluss?**

Verglichen wird die Vermögenslage vor und nach der konkret geprüften (bei § 266: pflichtwidrigen) Verfügung. Da gerade bei großen Vermögen der Bestand permanent im Fluss ist (Bsp.: ein Internethändler hat jede Sekunde Einnahmen und Ausgaben), kommt es nur auf das einzelne Austauschgeschäft an. Für die Schadensermittlung ist deshalb darauf abzustellen, ob mit einem pflichtwidrig verursachten Abfluss aus dem Vermögen in zurechenbarer Weise ein Zufluss (= eine Kompensation) verbunden war. Deren Wert (und nur dieser) ist demjenigen des Abflusses gegenüberzustellen; ist der Wert der Kompensation mindestens so hoch wie derjenige des Abflusses, liegt kein Vermögensschaden vor.

→ grds. ausreichend für den Eintritt eines Vermögensschadens ist dabei eine bereits hinreichend konkrete, greifbare („bezifferbare“) **Vermögensgefährdung**

Einheit VI: Der Untreuetatbestand

4. Der Vermögensschaden – Überblick

▪ Feststellung eines Vermögensschadens:

1. regelmäßig: **Saldierung**

Hintergrund: Wie der Begriff des Vermögens selbst ist auch dessen Schädigung im Ausgangspunkt ökonomisch zu verstehen. Der wirtschaftliche Wert eines Gegenstands kann aber schon gemindert sein, bevor diese Minderung sich in einer spürbaren Einbuße manifestiert. Merkhilfe: hypothetischer Verkaufserlös – z.B. würde für ein Grundstück, auf dem kürzlich ein Lkw mit Chemikalien verunglückt ist, nicht mehr derselbe Preis bezahlt wie vor dem Unfall; ein Buchhalter müsste es dementsprechend in seiner Vermögensaufstellung schon jetzt niedriger taxieren (selbst wenn ein Verkauf noch gar nicht konkret geplant ist). Es handelt sich deshalb bei der Figur der Vermögensgefährdung auch nicht um eine (wegen des Analogieverbots inakzeptable) Erweiterung auf fiktive Schäden, sondern schlicht um eine besondere Erscheinungsform des Vermögensschadens.

Einheit VI: Der Untreuetatbestand

4. Der Vermögensschaden – Überblick

▪ Feststellung eines Vermögensschadens:

1. regelmäßig: **Saldierung**

Gleichwohl ist die Figur des Vermögensschadens **problematisch**: Zum einen führt sie zu einer Vorverlagerung der Strafbarkeit auf einen Zeitpunkt, wo der Schadenseintritt noch gar nicht effektiv spürbar geworden ist (Bsp.: Anlageberater erwirkt für Kunden abredewidrig höchst spekulatives Aktienpaket, dessen Wert am nächsten Tag drastisch sinkt => Schaden [+], auch wenn möglicherweise bis zum Zeitpunkt des Verkaufs der Wert wieder ins Plus dreht). Das ist bei § 266 StGB noch problematischer als bei § 263, weil der Versuch der Untreue straflos ist; diese Wertung des Gesetzgebers darf nicht unterlaufen werden. Zum anderen wohnt der Figur der Vermögensgefährdung die Tendenz inne, bereits aus der Treuepflichtverletzung auch einen Schaden abzuleiten (etwa wenn in obigem Bsp. selbst ohne Kursveränderung allein aus dem spekulativen Charakter der Wertpapiere ein Verlustrisiko „einzupreisen“ wäre und deshalb eine Vermögensgefährdung bejaht würde).

Einheit VI: Der Untreuetatbestand

4. Der Vermögensschaden – Überblick

▪ Feststellung eines Vermögensschadens:

1. regelmäßig: **Saldierung**

Aus diesen Gründen hat das **BVerfG** in einer grundlegenden Entscheidung aus dem Jahr 2010 (BVerfGE 126, 170 ff.) Einschränkungen gefordert: Würde allein aus der Pflichtverletzung bereits ein Schaden abgeleitet, verlöre dieses TB-Merkmal seine strafbarkeitsbegrenzende Funktion. Ein solches „Hinausinterpretieren“ eines TB-Merkmals entspreche einer täterbelastenden Analogie und sei gem. Art. 103 II GG unzulässig (**Verschleifungsverbot**; ebenso zu § 263 StGB BVerfGE 130, 1 ff., Rn. 162).

→ Schadenseintritt darf nicht durch überwiegend normative Erwägungen „konstruiert“ werden; um dem vorzubeugen, ist ein Schaden in Gestalt einer Vermögensgefährdung regelmäßig (außer bei ganz eindeutigen Sachverhalten) zu **beziiffern**.

Einheit VI: Der Untreuetatbestand

4. Der Vermögensschaden – Überblick

2. ggf.: individueller Schadenseinschlag

→ Schon seit der Melkmaschinen-Entscheidung des BGH (BGHSt 16, 321 ff.; zu § 263 StGB) ist anerkannt, dass selbst bei wirtschaftlich ausgeglichenen Geschäften – wenn also die Saldierungsmethode nicht zur Feststellung eines Schadens führt – ein Vermögensschaden aus individuellen Umständen abgeleitet werden kann. Arg.: Der wirtschaftliche Wert eines Vermögensgegenstands lässt sich nicht rein objektiv und für alle Personen gleich bestimmen, sondern es ist auch sein Nutzen für den konkreten Inhaber zu berücksichtigen, dessen Vermögen die Vermögensdelikte des StGB gerade schützen sollen. Es ist also zu prüfen, ob die Kompensation des Vermögensabflusses für den Vermögensinhaber individuell werthaltig ist.

→ Fallgruppen:

- Gegenstand ist für den vertraglich vorausgesetzten Zweck unbrauchbar und auch sonst nicht in zumutbarer Weise zu verwenden (Bsp.: Melkmaschine ist zwar ihren Preis wert, aber für den Hof viel zu klein und nur unter Verlust weiterzuverkaufen)

Einheit VI: Der Untreuetatbestand

4. Der Vermögensschaden – Überblick

2. ggf.: individueller Schadenseinschlag

- Vermögensinhaber wird zu weiteren, vermögensschädigenden Maßnahmen gezwungen (Bsp.: Aufnahme eines hochverzinslichen Darlehens wird notwendig)
 - Vermögensinhaber verfügt nicht mehr über die Mittel, die zur ordnungsgemäßen Erfüllung seiner Verpflichtungen und zu einer seinen persönlichen Verhältnissen angemessenen Wirtschafts- oder Lebensführung unerlässlich sind
- Diese Figur des individuellen Schadenseinschlags findet wegen des Gleichlaufs des TB-Merkmals „Vermögensschaden“ bei §§ 263 und 266 grds. auch bei der Untreue Anwendung.
- Problematisch ist sie, weil sie dazu tendiert, nicht mehr den wirtschaftlichen Bestand des Vermögens zu schützen, sondern bereits die Dispositionsfreiheit des Vermögensinhabers, d.h. dessen Freiheit, mit seinem Vermögen in einer ihm genehmen Weise zu verfahren. Daher wurden nach BVerfGE 126, 170 ff. vermehrt Zweifel an der Verfassungskonformität dieser Figur geäußert (s. dazu näher unten).

Einheit VI: Der Untreuetatbestand

4. Der Vermögensschaden – Überblick

3. ggf.: **Gedanke der Zweckverfehlung / Zweckerreichung**

→ Eine weitere Form der Schadensermittlung stellt darauf ab, ob der (soziale) Zweck des jeweiligen Geschäfts erreicht wurde. Bsp.: „Bettelbetrug“ – A schenkt dem vermeintlich obdachlosen O 10 Euro; in Wahrheit ist O Millionär => nach h.M. Schaden (+), weil A zwar bewusst die 10 Euro ohne Gegenleistung verschenkt hat, der von ihm damit verfolgte soziale Zweck aber verfehlt wurde (a.A.: bewusste Vermögensminderung ist niemals Schaden).

→ Auch diese Figur lässt sich grds. auf § 266 übertragen.

→ Str. ist aber, wie sie sich auswirken darf:

Im obigen Bsp. schließt der Gedanke der Zweckerreichung einen nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten (bei jeder Schenkung / Spende) zu bejahenden Schaden aus und begrenzt damit die Strafbarkeit.

Nach a.A. aber soll diese Figur auch dazu dienen, bei wirtschaftlich ausgeglichenen Geschäften einen Schaden erst zu begründen.

PD Dr. Frank Zimmermann – Entlastungsprofessur Strafrecht

Einheit VI: Der Untreuetatbestand

4. Der Vermögensschaden – Überblick

3. ggf.: **Gedanke der Zweckverfehlung / Zweckerreichung**

Bsp.: A kauft zu marktkonformem Preis ein Gemälde, von dem er meint, es stamme von einem mundmalenden Künstler; ihm geht es dabei v.a. darum diesen zu unterstützen. In Wahrheit handelt es sich jedoch um ein „normales“, handgemaltes Gemälde.

→ Hätte selbe problematische Tendenz wie der individuelle Schadenseinschlag, d.h. Verschiebung des Schutzgutes von §§ 263, 266 hin zu bloßen Affektionsinteressen und nicht des Vermögensbestandes.

PD Dr. Frank Zimmermann – Entlastungsprofessur Strafrecht

Einheit VI: Der Untreuetatbestand

4. Der Vermögensschaden – Haushaltsuntreue

BGHSt 43, 293 ff.:

Am Staatstheater Stuttgart, das aus dem Landeshaushalt finanziert wird, ist Generalintendant I für die Haushaltsplanung und –umsetzung verantwortlich. I verfolgt die Strategie, das Theater zu internationalem Renommee zu führen. Er engagiert zu diesem Zweck hoch angesehene Schauspieler und nimmt eine neue Spielstätte ins Programm. Die dafür anfallenden Ausgaben sind zwar jeweils der Gegenleistung marktangemessen, überschreiten aber die im Landeshaushalt für das Theater vorgesehenen Mittel deutlich, so dass der Theaterbetrieb über die Jahre (gleich einer „Bugwelle“) ein immer größeres Defizit vor sich herschiebt. Letztlich entsteht so für das Jahr 1990 ein Loch im Theaterhaushalt von ca. fünf Millionen DM, welches das Land Baden-Württemberg im Folgejahr durch einen Nachtragshaushalt ausgleichen muss.

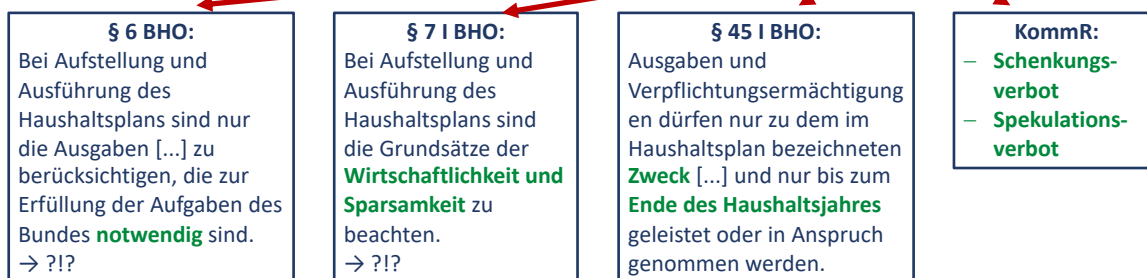
→ LG verurteilte wegen Untreue; Pflichtverletzung = Verstoß gegen Haushaltsvorgaben (Überziehung), Vermögensschaden = dadurch eingetretene Belastung des Landeshaushalts.

Einheit VI: Der Untreuetatbestand

4. Der Vermögensschaden – Haushaltsuntreue

→ BGHSt 43, 293 ff.:

„Untreue im Sinne des § 266 StGB kann auch bei **Verstößen gegen haushaltsrechtliche Vorgaben oder Prinzipien** gegeben sein [...].“



e.A. (Lit.): haushaltswidrige Zahlung = stets indiv. wertlos bzw. zweckwidrig ⇔ Paradefall von „Verschleifung“!

Einheit VI: Der Untreuetatbestand

4. Der Vermögensschaden – Haushaltsuntreue

→ **BGHSt 43, 293 ff.:**

„Als Tathandlung kommt aber auch hier nur die einzelne vermögensmindernde Verfügung in Betracht. Deshalb kommt es grundsätzlich nicht auf das Gesamtergebnis der Wirtschaftsperiode an; vielmehr muß die einzelne Untreuehandlung darauf untersucht werden, ob der Mitteleinsatz pflichtwidrig war und deshalb zu einem Vermögensnachteil geführt hat, weil er zweckwidrig oder sonst dem betreuten Vermögen nachteilig war.“

- Es bleibt also bei der „Einzelbetrachtung“, d.h. es ist zu prüfen, ob die einzelne pflichtwidrige Handlung außer dem Vermögensabfluss auch einen kompensationsfähigen Zufluss herbeigeführt hat.
- Hier: Die von I „eingekauften“ Leistungen waren zwar für die finanziellen Verhältnisse des Theaters zu teuer, stellten aber trotzdem jeweils eine marktkonforme Kompensation dar.

Einheit VI: Der Untreuetatbestand

4. Der Vermögensschaden – Haushaltsuntreue

→ **BGHSt 43, 293 ff.:**

*„Die Pflichtwidrigkeit der Verfügung über das zu betreuende Vermögen allein ist ebensowenig ein Vergehen der Untreue wie die irrumsbedingte Verfügung des Getäuschten schon zur Bejahung des Betrugs führt. [...] Daß gegen haushaltsrechtliche Vorschriften verstoßen wurde, genügt nach der systematischen Stellung im Gesetz und vor allem nach dem Wortlaut der Vorschrift nicht, um einen sich bereits aus der Verausgabung öffentlicher Mittel ergebenden Vermögensnachteil zu begründen. **Es gibt keinen Tatbestand der Haushaltsuntreue, der allein die Pflichtwidrigkeit haushaltswidriger Verfügungen mit Strafe bedroht.**“*

- Damit nahm der BGH im Grunde genommen die spätere BVerfG-Entscheidung zum Verschleifungsverbot bei § 266 StGB vorweg: Es darf nicht die Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht schon für sich genommen eine Strafbarkeit begründen, sondern nach der Wertung des Gesetzgebers bedarf es zusätzlich des Eintritts eines Vermögensschadens.
- In der Folge jedoch übertrug der BGH erstmals die Grundsätze des individuellen Schadenseinschlags auf § 266 StGB und wandelte sie im Hinblick auf Haushaltsverstöße ab:

Einheit VI: Der Untreuetatbestand

4. Der Vermögensschaden – Haushaltsuntreue

BGHSt 43, 293 ff.:

„Liegt ein **zweckwidriger Einsatz öffentlicher Mittel** vor, so kann darin bereits eine Nachteilszufügung liegen, weil die zweckgebundenen Mittel verringert wurden, ohne daß der Zweck erreicht wurde [...]. Entspricht der Mitteleinsatz dagegen grundsätzlich den vorgegebenen Zwecken – nur darum geht es hier nach den bisherigen Feststellungen – und ist die durch Einsatz öffentlicher Mittel erzielte Gegenleistung gleichwertig, so ist eine Haushaltsüberschreitung nicht ohne weiteres Untreue. [...]

Ungeachtet der Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung kommt Haushaltsuntreue in Betracht, wenn durch die Haushaltsüberziehung eine wirtschaftliche gewichtige Kreditaufnahme erforderlich wird, wenn die Dispositionsfähigkeit des Haushaltgesetzgebers in schwerwiegender Weise beeinträchtigt wird und er durch den Mittelaufwand insbesondere in seiner politischen Gestaltungsbefugnis beschnitten wird.“

- Kritik: Nach e.A. macht dies die Figur der Haushaltsuntreue faktisch gegenstandslos (*Schünemann*, StV 2003, 463 ff. – lesen!), weil sie die Hürden dafür zu hoch ansetzt. Zudem sei es sachwidrig, die für Private entwickelten Kriterien von BGHSt 16, 321 auf öffentliche Haushalte zu übertragen, da diese wesentlich leichter an Kredite kommen und zur Not durch Steuern zusätzliche Einnahmen generieren können.

PD Dr. Frank Zimmermann – Entlastungsprofessur Strafrecht

Einheit VI: Der Untreuetatbestand

4. Der Vermögensschaden – Haushaltsuntreue

BGHSt 43, 293 ff.:

- Einwand: Spätestens seit der Finanzkrise weiß man, dass auch öffentliche Haushalte Schwierigkeiten haben können, sich durch Kredite zu refinanzieren. Etwaige zusätzliche Steuereinnahmen können genauso wenig eine Rolle spielen wie die Möglichkeit eines Privaten, (z.B. durch die Aufnahme einer besser vergüteten Arbeit) einen Vermögensnachteil auszugleichen.
- Kritik: Nach a.A. dehnte die Bugwellen-Entscheidung die Strafbarkeit zu weit aus und machte sie zudem von Kriterien abhängig, die Art. 103 II GG nicht gerecht werden: Die vom BGH in Anlehnung an BGHSt 16, 321 gebildeten Fallgruppen lassen sich kaum sinnvoll voneinander trennen; ab welcher Größenordnung die politische Gestaltungsfähigkeit tatsächlich betroffen ist, ist kaum sicher zu sagen. Zudem stellte der BGH mit Dispositionsfähigkeit und Gestaltungsbefugnis im Kern nur noch auf das Dispositionsrecht des Staates ab, nicht mehr auf den Bestandsschutz des Vermögens (s. schon die Kritik am individuellen Schadenseinschlag).

PD Dr. Frank Zimmermann – Entlastungsprofessur Strafrecht

Einheit VI: Der Untreuetatbestand

4. Der Vermögensschaden – Haushaltsuntreue

Fall Schäch:

Bürgermeister S hat über mehrere Jahren dem Gemeinderat durch verschiedene Haushaltstricks vorgegaukelt, dass die Gemeinde wirtschaftlich gut dastehe. In Wahrheit jedoch war das Limit für sog. Kassenkredite, welches in der Haushaltssatzung auf drei Millionen Euro festgesetzt war, zum Teil erheblich überschritten. In Unkenntnis dieses Umstands beschloss der Gemeinderat die Durchführung von Baumaßnahmen, die auf der Grundlage der Darstellungen des S ohne Kreditaufnahme hätten realisiert werden können. Um die Maßnahmen trotz der nicht vorhandenen Mittel umsetzen zu können, nahm S (erneut) zusätzliche Kassenkredite von mehreren Millionen Euro auf. Dieses Vorgehen verstieß nicht nur gegen die in der Haushaltssatzung bestimmte Obergrenze, sondern war auch deshalb unzulässig, weil Kassenkredite nicht zur Finanzierung von derlei Investitionen eingesetzt werden dürfen. Aus den aufgenommenen Kassenkrediten resultierten Zinsverpflichtungen der Gemeinde in insgesamt sechsstelliger Höhe.

→ LG verurteilte gem. § 266; BGH hielt diese Entscheidung aufrecht.

Einheit VI: Der Untreuetatbestand

4. Der Vermögensschaden – Haushaltsuntreue

→ Anknüpfungspunkt für Schaden: Zinsverpflichtung; allerdings hatte die Gemeinde hierfür im Gegenzug etwas erlangt (nämlich Liquidität, die ihr ohne Darlehen nicht zur Verfügung gestanden hätte) und die Zinsen waren auch marktkonform = nach wirtschaftlichen Kriterien schadensausschließende Kompensation (+)

→ **BVerfG NJW 2013, 365 ff.:**

„Die mit einer Darlehensaufnahme begründeten Zinsverpflichtungen können [...] in verfassungsrechtlich zulässiger Weise als Nachteil im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB gewertet werden, wenn der Kreditbetrag für den Kreditnehmer gemessen an den genannten Kriterien subjektiv wertlos ist [...]. Das Verschleifungsverbot wäre danach in der vorliegenden Konstellation jedenfalls dann nicht verletzt, wenn die wirtschaftliche Wertlosigkeit der Kreditaufnahme auf die konkrete finanzielle Situation der Gemeinde gestützt würde [...].“

→ Die Figur des individuellen Schadenseinschlags ist – grds. – verfassungskonform, und zwar auch in der Fallvariante der Haushaltsuntreue. Von großer Bedeutung sind aber die vom BVerfG im Folgenden aufgestellten Beschränkungen:

Einheit VI: Der Untreuetatbestand

4. Der Vermögensschaden – Haushaltsuntreue

→ Argumentation des LG zum Schadenseintritt: Gemeinderat hätte Baumaßnahmen in Kenntnis der wahren Kassenlage zurückgestellt / in anderer Form beschlossen => stellte ersichtlich ab auf BGH-Kriterien in der Bugwellen-Entscheidung (Beschneidung der „politischen Gestaltungsbefugnis“)

→ **BVerfG:**

„Damit erörterte [das LG] bei der Darlegung eines Nachteils (auch) einen Eingriff der Beschwerdeführer in die Dispositionsfreiheit des Gemeinderats. Dies führt in die Nähe einer unzulässigen Verschleifung der Tatbestandsmerkmale der Pflichtverletzung und des Vermögensnachteils. [...] Es bleibt unklar, ob das LG [...] den Vermögensnachteil maßgeblich daraus abgeleitet hat, dass der Gemeinderat in seiner Dispositionsfreiheit eingeschränkt wurde, weil er aufgrund der pflichtwidrigen Aufnahme der Kassenkredite unzutreffend davon ausging, die beschlossenen Investitionen ohne weitere Kreditaufnahme finanzieren zu können. Letzteres würde das Bestimmtheitsgebot verletzen, weil das Tatbestandsmerkmal des Nachteils unter Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG in dem der Pflichtwidrigkeit aufgegangen wäre [...].“

→ Individueller Schadenseinschlag muss über die finanzielle Situation der Körperschaft begründet werden (Bsp.: Gemeinde ist so überschuldet, dass sie keine zusätzlichen Zinsen tragen kann)!