

## **Einführungsfall zu § 266 StGB<sup>1</sup>**

Der A war bei der Siemens AG kaufmännischer Vorstand des Bereichs »Automation and Drives«. In dieser Eigenschaft veranlasste er Scheinzahlungen in Millionenhöhe an die Arbeitnehmervereinigung „Arbeitsgemeinschaft Unabhängiger Betriebsangehöriger“ (AUB), die zu einer schlagkräftigen, aber arbeitgeberfreundlichen Organisation aufgebaut werden sollte, um insbesondere bei Betriebsratswahlen den Einfluss der IG Metall zurückzudrängen. Dass sein Verhalten möglicherweise bußgeldrelevante Folgen zulasten der Siemens AG zeitigen könnte, hatte A nicht bedacht  
Strafbarkeit nach § 266 StGB?<sup>2</sup>

### **§ 119 Betriebsverfassungsgesetz - Straftaten gegen Betriebsverfassungsorgane und ihre Mitglieder**

(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer  
1. eine Wahl des Betriebsrats, der Jugend- und Auszubildendenvertretung, der Bordvertretung, des Seebetriebsrats oder der in § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 oder 5 bezeichneten Vertretungen der Arbeitnehmer behindert oder durch Zufügung oder Androhung von Nachteilen oder durch Gewährung oder Versprechen von Vorteilen beeinflusst, ...

### **§ 20 BetrVG - Wahlschutz und Wahlkosten**

(1) <sup>1</sup>Niemand darf die Wahl des Betriebsrats behindern. <sup>2</sup>Insbesondere darf kein Arbeitnehmer in der Ausübung des aktiven und passiven Wahlrechts beschränkt werden.

(2) Niemand darf die Wahl des Betriebsrats durch Zufügung oder Androhung von Nachteilen oder durch Gewährung oder Versprechen von Vorteilen beeinflussen.

### **§ 76 AktG - Leitung der Aktiengesellschaft**

(1) Der Vorstand hat unter eigener Verantwortung die Gesellschaft zu leiten.

### **§ 78 AktG – Vertretung der Aktiengesellschaft**

(1) <sup>1</sup>Der Vorstand vertritt die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich

---

<sup>1</sup> Fall nach BGH NStZ 2011, 37 = JuS 2011, 183 (*Jahn*)

<sup>2</sup> Strafbarkeit nach § 370 AO (Steuerhinterziehung) war gegeben, da die Zahlungen an die AUB nicht als Betriebsausgaben abziehbar waren.

## **§ 93 AktG - Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder<sup>3</sup>**

(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. ...

(2) <sup>1</sup>Vorstandsmitglieder, die ihre Pflichten verletzen, sind der Gesellschaft zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens als Gesamtschuldner verpflichtet. <sup>2</sup>Ist streitig, ob sie die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt haben, so trifft sie die Beweislast. ....

### **I. Missbrauchstatbestand (§ 266 I, 1. Alt. StGB) durch Zahlung an ABU:**

#### **Tatbestand:**

##### **objektiver TB:**

- durch Rechtsgeschäft eingeräumte Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis über fremdes Vermögen: (+)

- Vermögensfürsorgepflicht: (+)

- Missbrauch dieser Befugnis:<sup>4</sup>

→ durch Zahlung an ABU: → Überschreiten des „Dürfens“?:

- Bei AG: Umfang und Grenzen der Vermögensbetreuungspflichten der Organe → nach Maßgabe der §§ 76, 93, 116 AktG

- Verstoß gegen § 119 I Nr. 1 iVm § 20 BetrVerfG:

- aber: asymmetrische Akzessorietät:

- zivilrechtlich zulässiges Verhalten kann strafrechtlich nicht verboten sein

- aber: kein zwingendes strafrechtliches Verbot<sup>5</sup> infolge bloßer Zivilrechtswidrigkeit<sup>6</sup>; zusätzlich erforderlich (str.): Unvertretbarkeit der Entscheidung / gravierende Pflichtverletzung

---

<sup>3</sup> § 116 AktG - Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder

<sup>1</sup>Für die Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder gilt § 93 mit Ausnahme des Absatzes 2 Satz 3 über die Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder sinngemäß. ....

<sup>4</sup> Missbrauch = Handeln im Rahmen des rechtlichen Könnens unter Überschreitung des rechtlichen Dürfens.

<sup>5</sup> Umzusetzen über § 266 I StGB.

<sup>6</sup> Untreue will keine beliebigen Vertragsverletzungen pönalisieren.

- vorliegend wesentlich: § 266 als *Vermögensdelikt!*
- Pflichtenverstoß (= Missbrauch): „(nur) „wenn die verletzte Rechtsnorm ihrerseits ... vermögensschützenden Charakter für das zu betreuende Vermögen hat“ (BGH)
- § 119 BetrVerfG: „...dient allein dem Schutz der Wahl und der Funktionsfähigkeit der im Gesetz aufgeführten betriebsverfassungsrechtlichen Organe“ (BGH)

Fazit: Missbrauch (-)

[ - Vermögensnachteil bei dem zu betreuenden Vermögen:

- *Auszahlung des Geldes*
- evtl. ausgeglichen<sup>7</sup> durch finanzielle Vorteile infolge der Zusammenarbeit mit AUB (als konkrete Erwerbssaussicht [und nicht nur vage Chance]) ? ]

## **II. Treubruchstatbestand (§ 266 I, 2 Alt. StGB) infolge möglicher Bußgeldverursachung (§ 30 OWiG) zulasten Siemens AG :**

### **objektiver TB:**

- Vermögensfürsorgepflicht: (+); s.o.
- Verletzung dieser Pflicht: (+) . → jedes Verhalten genügt<sup>8</sup>

Problem: Anders als bei § 263 StGB<sup>9</sup> wird beim Untreue-TB keine „Unmittelbarkeit“ zwischen Pflichtverletzung und Vermögensschaden verlangt

→ Lösung:

- Zurechnung aller kausal bewirkten Vermögensnachteile (sofern Vorsatz - s.u.)
- oder TB-Restriktionsversuche:

---

<sup>7</sup> Vg. BVerfG NJW 2010, 3209, 3215: „[115] Normative Gesichtspunkte können bei der Feststellung eines Nachteils durchaus eine Rolle spielen. Sie dürfen aber, soll der Charakter der Untreue als Vermögensdelikt und Erfolgsdelikt bewahrt bleiben, wirtschaftliche Überlegungen nicht verdrängen. So kann beispielsweise die Verwendung des anvertrauten Vermögens zu verbotenen Zwecken nicht per se als nachteilsbegründend angesehen werden; vielmehr bleibt es auch in solchen Fällen erforderlich, zu prüfen, ob das verbotene Geschäft – wirtschaftlich betrachtet – nachteilhaft war.“

<sup>8</sup> Insoweit spielt also die Schutzrichtung von § 119 BetrVerfG keine Rolle: Bußgelderverhängung nach § 30 OWiG zu vermeiden = Pflicht mit vermögensschützendem Charakter.

<sup>9</sup> Dort notwendig zur Abgrenzung von Betrug und „listigem“ Diebstahl.

→ keine objektive Zurechnung des Vermögensnachteils<sup>10</sup> mangels Unmittelbarkeitszusammenhangs<sup>11 12</sup>

- Vermögensnachteil bei dem zu betreuenden Vermögen: (+)
  - aber: Vermögensgefährdung infolge BVG-widrigen Verhalten bereits hinreichend schadens<sup>13</sup> gleich?<sup>14 15</sup>

### **subjektiver TB:**

- fehlender Vorsatz hinsichtlich Schadensrealisierung<sup>16</sup>!

---

<sup>10</sup> Hierzu AnwK-StGB-Esser § 266 Rn. 210-220.

<sup>11</sup> So AnwK-StGB-Esser § 266 Rn. 216-218: Entscheidend ist, mit welcher Intensität/Wahrscheinlichkeit die Pflichtwidrigkeit des Täters das Handeln Dritter (hier: der Bußgeldbehörde) herausfordert hat.

Präziser *Saliger* NSTZ 2007, 545: Realisierung der Gefahr darf nicht noch von weiteren Handlungen des Täters, des Opfers oder Dritter (hier: Bußgeldbehörde) abhängen.

<sup>12</sup> Vgl. auch BGH NJW 2009, 3173, 3175: Keine Unmittelbarkeit, da „Aufdeckung der Tat (als) ... Zwischenschritt“.

<sup>13</sup> IdR ist der entsprechende Schaden zu beziffern:

Nach BGH-Rspr. kann sich in z.B. Fällen der Kreditvergabe ein Gefährdungsschaden bereits aus der Minderwertigkeit des Rückzahlungsanspruchs gegenüber der ausgereichten oder auszureichenden Darlehensvaluta ergeben (vgl. BGHSt 47, 148, 157 = NJW 2002, 1211).

Insoweit aber - um das TB-Merkmal des Vermögensnachteils sowie die Straflosigkeit des Versuchs nicht leerlaufen zu lassen - einschränkend BVerfG NJW 2010, 3209, 3220: „[151] Um eine derartige verfassungswidrige Überdehnung des Untreuetatbestands in den Fällen des Gefährdungsschadens zu vermeiden, ist es notwendig – aber auch ausreichend –, die bereits dargelegten Maßgaben für die präzisierende und restriktive Auslegung des Nachteilsmerkmals strikt zu beachten. Danach sind auch Gefährdungsschäden von den Gerichten in wirtschaftlich nachvollziehbarer Weise festzustellen. Anerkannte Bewertungsverfahren und -maßstäbe sind zu berücksichtigen; soweit komplexe wirtschaftliche Analysen vorzunehmen sind, wird die Hinzuziehung eines Sachverständigen erforderlich sein. Die im Falle der hier vorzunehmenden Bewertung unvermeidlich verbleibenden Prognose- und Beurteilungsspielräume sind durch vorsichtige Schätzung auszufüllen. Im Zweifel muss freigesprochen werden.“

<sup>14</sup> Dies hängt zum einen von der Aufdeckungswahrscheinlichkeit, zum anderen von der Wahrscheinlichkeit der Sanktionierung ab (Opportunitätsprinzip bei Bußgeldverhängung: § 47 OWiG).

<sup>15</sup> Zur „Schadensgleichheit“ vgl. die Zusammenfassung bei BVerfG NJW 2010, 3209, 3218: „[138] Die Annahme eines Gefährdungsschadens setzt nach gefestigter Rechtsprechung voraus, dass das Vermögen des Opfers durch die Tathandlung konkret gefährdet wird. Eine abstrakte Gefährdungslage reiche nicht aus. Vielmehr sei unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalls festzustellen, ob die Betroffenen mit wirtschaftlichen Nachteilen ernstlich zu rechnen hätten, der Eintritt eines Schadens also naheliegend sei, so dass der Vermögenswert auf Grund der Verlustgefahr bereits gegenwärtig gemindert werde (vgl. nur BGHSt 48, 354, 357 = NJW 2003, 717; BGHSt 51, 100, 113 = NJW 2007, 1760; BGHSt 52, 182, 188 = NJW 2008, 1827; ...).“

- evtl. aber Vorsatz hinsichtlich „schadensgleicher“ Vermögensgefährdung:
  - Problem: Ist „überschießender“ Vorsatz hinsichtlich Gefährdungsrealisierung zu fordern?<sup>17</sup>

## Anhang

### § 266 StGB: Gefährdungsschaden und Schädigungsvorsatz

*Beispiel: Sparkassenleiter A schließt ohne nähere Risikoprüfung einen Kreditvertrag iHv 250.000 € mit der in wirtschaftlichen Schwierigkeiten befindlichen X-GmbH; als die Sparkasse ihre Forderung an die Y-Bank veräußern will, bietet diese ihr angesichts der fehlenden Bonität und nicht vorhandener Sicherheiten seitens der X-GmbH nur 25.000 € als Kaufpreis.*

Abwandlung: *A glaubte, zu einem derartigen Vorgehen befugt zu sein*

	obj. Tatbestand	subj. Tatbestand
V-Schaden:	konkrete Gefährdung Schadenseintritt	← Vorsatz ← Vorsatz ??

### § 266 I, 1. bzw. 2. Alt.:

**Tatbestand:**

**objektiv:**

...

**Vermögensnachteil** (=Vermögensschaden [iSv § 263 StGB!?!])

(+) bei „schadensgleicher (also konkreter<sup>18</sup>) Vermögensgefährdung“

**subjektiv:** Vorsatz

---

<sup>16</sup> Infolge rechtskräftiger Bußgeldverhängung.

<sup>17</sup> Als allgemeines Problem, vgl. Strafrecht - Vertiefung (zu § 266 StGB) – Folie Gefährdungsschaden und Schädigungsvorsatz (hier als Anhang).

<sup>18</sup> Restriktionsvorschlag von Saliger (NStZ 2007, 545) → Unmittelbarkeitskriterium: Realisierung der Gefahr darf nicht noch von weiteren Handlungen des Täters, des Opfers oder Dritter abhängen.

→ Vermögensnachteil<sup>19</sup>:

- Kongruenz von obj/subj. TB: Vorsatz bezüglich konkreter Vermögensgefährdung genügt (also auch dolus eventualis [!])

- so der 1. Strafsenat<sup>20</sup>:

- konkrete Vermögensgefährdung = Vermögensschaden (im Beispiel: Rückzahlungsanspruch nach kaufmännischen Grundsätzen minderwertig = ubr. Vermögensnachteil in der Differenz von nominalem Wert und Wert der berechtigten Forderung);
- auch spätere Rückzahlung ließe Vollendung nicht nachträglich entfallen
- keine Überdehnung: in dubio gilt auch insoweit + erhöhte Anforderungen an Vorsatz-Nachweis bei fehlender Bereicherungsabsicht [!?]
- anderenfalls ließe Verfolgung von Wirtschaftskriminalität leer, da Billigung des Ausfalls der Forderung idR nicht zu beweisen [!]

- Täter muss auch die Realisierung der Gefahr in Form des Eintritts des Vermögensverlustes zumindest billigen (ggf. in der Form des Sich-Abfindens mit dem Eintritt eines ihm unerwünschten Erfolges)

- so der 2. Strafsenat<sup>21</sup>:

- anderenfalls würde § 266 von einem Verletzungs- in ein Gefährdungsdelikt umgewandelt (und damit zugleich die Vollendungsstrafbarkeit zu lasten des straflosen Versuchs ausgeweitet)
- anders als bei § 263 könne die Vollendungsstrafbarkeit weder durch eine selbstschädigende Mitwirkung des Opfers (V-Vfg.) noch durch die Bereicherungsabsicht eingegrenzt werden
- Definition der konkreten Vermögensgefährdung nicht bestimmt genug (Art. 103 II GG!)
- Gefährdungsschaden nicht ohne Gefahr des endgültigen Vermögensverlustes denkbar
- Verjährung beginnt auch im Falle der schadensgleichen V-Gefährdung ggf. erst mit Realisierung dieser Gefahr im Schaden<sup>22</sup>
- Lösung des strafrechtlichen V-Schadensbegriffs von (zivilrechtlichen) bilanztechnischen Kategorien: kein unzulässiger Widerspruch zu § 263 StGB: Relativität der Rechtsbegriffe
- Beweiswürdigung zur Feststellung der Vorsatz-Elemente auch sonst der Praxis vertraut

---

<sup>19</sup> Hierzu zuletzt: Fischer<sup>57</sup>, § 266 Rn. 177 ff.

<sup>20</sup> BGH NJW 2008, 2451, 2452 sowie Nack (Vorsitzender des 1. Strafsenats), StraFo 2008, 277 ff.

<sup>21</sup> BGHStE 51, 100, 121; NStZ 2007, 704; zust. BGH JR 08, 344; s.a. Fischer ([Kommentator sowie] Mitglied des 2. Strafsenats), StraFo 2008, 269 ff.

<sup>22</sup> BGH NStZ 2003, 540; vgl. § 78a StGB: Beendigung der Tat.

## Zur Abwandlung:

### **§ 266 StGB und ein Irrtum des Täters über die Pflichtwidrigkeit seines Verhaltens**

Zur Erinnerung:

- **Tatbestandsirrtum:** § 16 I 1 StGB → Vorsatz- Ausschluss (§ 16 I 2 StGB → keine fahrlässige Untreue [§ 15 StGB]!)
- **Unrechtsirrtum:** § 17 StGB → Schuldausschluss nur bei Unvermeidbarkeit

-----

Fehlvorstellung über **Pflichtwidrigkeit** iSv § 266 StGB:

→ Bezugspunkt:

- § 266 I, 1. Alt. StGB: Missbrauch (rechtliches Dürfen)
- § 266 I, 1. Alt. StGB: Treue-Pflicht-Verletzung

**Behandlung**<sup>23</sup>:

- (1) MM<sup>24</sup>: als gesamttatbewertende Merkmale<sup>25</sup> → Konsequenz<sup>26</sup>:
- (nur!) hinsichtlich der tatsächlichen Umstände: Vorsatz erforderlich
  - unzutreffende Bewertung: ~~Vorsatz~~ → nur § 17 StGB

(2) hL<sup>27</sup> und BGH<sup>28</sup> : als **normatives TB-Merkmal**

- Sachverhaltskenntnis + „Parallelwertung in der Laiensphäre“<sup>29</sup> müssen vorliegen
- also TB-Irrtum nicht nur bei Fehlvorstellungen über tatsächliche Umstände<sup>30</sup>, sondern auch infolge fehlerhafter

<sup>23</sup> Überblick bei: AnwK-StGB-Esser § 266 Rn. 231-234.

<sup>24</sup> LK-Schünemann § 266 Rn. 153, NK-Kindhäuser § 266 Rn. 122, sowie OLG Düsseldorf, NJW 2004, 3275, 3285 (als Vorinstanz im „Mannesmann“-Verfahren).

<sup>25</sup> Wie die „Verwerflichkeit“ iSv § 240 StGB: Hierin überschneiden sich Unrechtsbegründung (=TB-Merkmal) und Unrechtsbewertung (= ReWi).

<sup>26</sup> Vgl. Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben, § 15 Rn. 22.

<sup>27</sup> MK-StGB-Dierlamm § 266 Rn. 239; Schönke/Schröder-Perron § 266 Rn. 49.

<sup>28</sup> NJW 2006, 522, 531 (Mannesmann-Verfahren); ebenso BGHStE 51, 100, 119 (»schwarze« Parteikasse: Kanther-Verfahren)

<sup>29</sup> Mitvollzug der außerstrafrechtlichen Wertung in laienhafter Form.

<sup>30</sup> Z.B.: GmbH-Geschäftsführer kennt einen für ihn verbindlichen, das fragliche Geschäft untersagenden Gesellschafter-Beschluss nicht; oder: Dem Täter war bei einer Kreditvergabe die faktische Insolvenz des Schuldners grob fahrlässig unbekannt.

rechtlicher Wertung<sup>31</sup> möglich

---

<sup>31</sup> Z.B.: Täter glaubt irrig, dass sein Verhalten im Einklang mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes bzw. Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften (iSv § 43 I GmbHG bzw. § 93 I 1 AktG [beachte aber insoweit auch § 93 I 2 AktG: Geschäftsleiters: *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*] als Konkretisierungsmaßstab für das „rechtliche Dürfen“ bei fehlender Einzelvorgabe) steht.