

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

11. Juni 2019

Einheit VI: Der Untreuetatbestand

5. Anwendung auf einzelne Fallgestaltungen

Fall Deubel:

Finanzminister D bewilligt Landesbürgschaften für ein privates Unternehmen U, welche – dies sei unterstellt – nach dem EU-Wettbewerbsrecht unzulässige Beihilfen darstellen. Auf diese Weise sichert das Land zu 100% Kredite ab, die es U ermöglichen, stille Beteiligungen an verschiedenen anderen privaten Unternehmen zu erwerben, welche am Projekt „Nürburgring“ beteiligt sind. Diese Geldflüsse sollen nach der Vorstellung des D einen drohenden Baustopp bei dem Projekt abwenden, was jedenfalls für eine gewisse Zeit auch gelingt. Wegen der prekären Lage des Vorhabens und der Schwierigkeit, private Investoren zu finden, besteht ein erhebliches Risiko, dass die Bürgschaften später tatsächlich in Anspruch genommen werden.

Strafbarkeit des D gem. § 266 StGB?

PD Dr. Frank Zimmermann – Entlastungsprofessur Strafrecht

Einheit VI: Der Untreuetatbestand

5. Anwendung auf einzelne Fallgestaltungen

→ 1. Anknüpfungspunkt für Pflichtverletzung:

„Durch die jeweils hundertprozentige Absicherung der von der ISB GmbH gewährten Darlehen könnte er gegen die Vorschriften zum Vollzug der Landeshaushaltsordnung (VV-LHO) verstoßen haben. Gemäß **§ 39 Ziff. 5 Satz 2 VV-LHO** dürfen Bürgschaften nicht übernommen werden, wenn mit hoher Wahrscheinlichkeit mit der Inanspruchnahme des Landes zu rechnen ist. [...]

Sollte ein Verstoß gegen § 39 Ziff. 5 Satz 2 VV-LHO vorliegen, könnte gegebenenfalls auch zu erwägen sein, ob D. zusätzlich pflichtwidrig den aus § 5 Abs. 1 Landeshaushaltsgesetz 2007/2008 bzw. Landeshaushaltsgesetz 2008/2009 folgenden **Parlamentsvorbehalt** umging [...]

= Pflichtverletzung des D als Anknüpfungspunkt für Untreuestrafbarkeit (+)

Einheit VI: Der Untreuetatbestand

5. Anwendung auf einzelne Fallgestaltungen

→ 2. Anknüpfungspunkt für Pflichtverletzung:

„Soweit die Strafkammer demgegenüber eine Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht durch einen Verstoß gegen den haushaltsrechtlichen **Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit** (§ 7 LHO) angenommen hat, ist sie im Ansatz zutreffend davon ausgegangen, dass ein solcher grundsätzlich eine untreuerelevante Pflichtwidrigkeit darstellen kann [...]

§ 7 I BHO:

Bei Aufstellung und Ausführung des Haushaltsplans sind die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu beachten.

→ zwei Ausprägungen: Minimalprinzip (möglichst geringer Mitteleinsatz zur Erreichung eines vorgegebenen Ziels) und Maximalprinzip (Erreichung möglichst weitreichender Ziele mit vorgegebenen Mitteln)

→ BGH: Grundsätzlich ebenfalls tauglicher Anknüpfungspunkt für untreuerelevante Pflichtverletzung; a.A. teils die Literatur: Der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit sei zu unbestimmt, um an seine Missachtung strafrechtliche Folgen zu knüpfen.

Einheit VI: Der Untreuetatbestand

5. Anwendung auf einzelne Fallgestaltungen

→ 2. Anknüpfungspunkt für Pflichtverletzung:

„Der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit soll die bestmögliche Nutzung der öffentlichen Ressourcen sicherstellen [...] **Inhaltliche Aufgabenprioritäten lassen sich aus dem Wirtschaftlichkeitsgebot jedoch nicht ableiten**; dieses trifft [...] keine Aussage über das verfolgte Ziel [...]; es ist mithin zwar eine **Verfahrensmaxime, aber kein Maßstab, der an das politisch-gestalterische Ziel anzulegen ist** [...] **Schließlich stellt das Gebot [...] nur einen äußeren Begrenzungsrahmen des bestehenden Entfaltungs- und Gestaltungsspielraums dar und verhindert nur solche Maßnahmen, die mit den Grundsätzen vernünftigen Wirtschaftens schlicht unvereinbar sind.**“

- Die Entscheidung über das „Ob“ einer Maßnahme lässt sich nicht anhand des Wirtschaftlichkeits- und Sparsamkeitsgrundsatzes messen. ⇔ Anderenfalls wäre praktisch jede politische Entscheidung (die fast immer Auswirkungen auf den Haushalt haben) einer strafgerichtlichen Kontrolle unterworfen.
- Denkbar wäre dies evtl. mittels des Grundsatzes der Notwendigkeit (so BGH). Aber: Nach h.M. stellt dieser nur eine besondere Ausprägung des Wirtschaftlichkeits- und Sparsamkeitsgrundsatzes dar.
- Beachte die Parallele zur unternehmerischen Entscheidungsfreiheit (business judgment rule)!

PD Dr. Frank Zimmermann – Entlastungsprofessur Strafrecht

Einheit VI: Der Untreuetatbestand

5. Anwendung auf einzelne Fallgestaltungen

→ 3. Anknüpfungspunkt für Pflichtverletzung:

„Soweit die Strafammer angenommen hat, dass in dem von den Beteiligten gewählten Vorgehen ein **Verstoß gegen die europarechtlichen Vorschriften zur Gewährung von Beihilfen (Art. 107 ff. AEUV)** lag [...], ist sie zutreffend davon ausgegangen, dass dies keine untreuerelevante Pflichtverletzung darstellte. **Nicht jeder Verstoß gegen die Rechtsordnung begründet zugleich eine im Sinne von § 266 Abs. 1 StGB relevante Pflichtverletzung.** Der erforderliche untreuespezifische Zusammenhang liegt vielmehr nur dann vor, wenn der unmittelbar verletzte Rechtsnorm selbst **vermögensschützender Charakter** zukommt.“

Art. 107 AEUV

(1) Soweit in den Verträgen nicht etwas anderes bestimmt ist, sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen. [...]

PD Dr. Frank Zimmermann – Entlastungsprofessur Strafrecht

Einheit VI: Der Untreuetatbestand

5. Anwendung auf einzelne Fallgestaltungen

→ hierzu der BGH:

„In der Nichtbeachtung der Art. 107 ff. AEUV lag auch nicht deshalb ein Verstoß gegen das haushaltsrechtliche Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit, weil eine europarechtswidrige Ausgabe nicht geleistet werden dürfe und damit zwangsläufig haushaltsrechtliche Wirtschaftlichkeitsgrundsätze verletze. [...]

Die Unwirtschaftlichkeit einer Maßnahme der öffentlichen Hand verstößt nicht zwangsläufig gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot, weil dieses nur eine relative Betrachtung gemessen am selbst nicht zu bewertenden, mit der Leistung verfolgten Zweck verlangt [...]; sie bewirkt auch nicht ohne weiteres einen Verstoß gegen den Grundsatz der Notwendigkeit (§ 6 BHO, § 6 LHO). Aus diesem Grunde stehen beide Haushaltsgebote [...] auch nicht der Gewährung von mit dem EU-Recht vereinbaren Beihilfen (Art. 107 Abs. 2 und 3 AEUV) entgegen“

= Kombination von Art. 107 ff. AEUV
+ Wirtschaftlichkeit / Sparsamkeit

Einheit VI: Der Untreuetatbestand

5. Anwendung auf einzelne Fallgestaltungen

→ BGH:

„Das neue Tatgericht wird auch zu prüfen haben, ob sich D. wegen **Anstiftung zur Untreue durch die Mitangeklagten M. und/oder W.** [= vermögensbetreuungspflichtige Vertreter der kreditgebenden Bank] strafbar gemacht hat. Insbesondere unter dem Gesichtspunkt, dass gegen das Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV verstößende Rechtsgeschäfte gemäß § 134 BGB unwirksam sein können [...], wird zu prüfen sein, inwieweit **bewusst Leistungen rechtsgrundlos oder ohne rechtswirksame Absicherung erbracht** wurden“

= Durch die „Hintertür“: Zahlung anlässlich eines nichtigen Rechtsgeschäfts = treuwidrig

- Insbesondere aber forderte der BGH, die **Schadensproblematik** weiter aufzuklären = v.a. Werthaltigkeit der im Gegenzug für die Bürgschaften / Kredite gegebenen Sicherheiten zu prüfen
- Aufhebung und Zurückverweisung trotz der (s.o.) bereits festgestellten Treuepflichtverletzung; seither wurde noch kein neuer Termin für die Hauptverhandlung bestimmt.

Einheit VI: Der Untreuetatbestand

5. Anwendung auf einzelne Fallgestaltungen

Der Fall „Aufbauphase Ost“ (BGH NStZ 2001, 248):

Nach der Wiedervereinigung war in den Jahren 1992 und 1993 im Haushalt Brandenburgs ein Topf dafür vorgesehen, übergangsweise die Kosten privater Pflegedienste für chronisch Kranke zu finanzieren, bis die Krankenkassen diese Aufgabe übernehmen würden. Weil im zuständigen Sozialministerium Personal und Vorkenntnisse fehlten, wurde mit den Geldern ein privates Gesundheitsinstitut engagiert, das sich gegen Honorar um die Auswahl der Pflegedienste und die Vertragsabwicklung kümmerte. Wegen Verzögerungen bei der Umsetzung wurden die Mittel für 1992 erst im Oktober jenes Jahres an das Institut ausgezahlt, obwohl klar war, dass sie bis zum Jahresende nicht mehr verbraucht werden würden, und obwohl sie haushaltsrechtlich nicht auf das Folgejahr übertragbar waren. Der Abschluss von Verträgen mit Pflegedienstleistern war zu diesem Zeitpunkt aber bereits absehbar. Entsprechend wurde im Dezember 1993 mit Restmitteln verfahren. Für 1994 war aber ein entsprechender Haushaltsansatz gar nicht mehr vorgesehen.

Strafbarkeit des verantwortlichen Staatssekretärs S gem. § 266 StGB?

Einheit VI: Der Untreuetatbestand

5. Anwendung auf einzelne Fallgestaltungen

Lösungshinweise zum Fall „Aufbauphase Ost“:

- Keine Untreue durch Auszahlung von Honorar an Gesundheitsinstitut, selbst wenn Haushaltstitel nicht ausdrücklich ein solches Honorar abdeckte: In Anbetracht der fehlenden hauseigenen Ressourcen nicht pflichtwidrig, i.Ü. wurde Abfluss durch marktconforme Gegenleistung des Instituts kompensiert.
- Untreue durch „Verschiebung“ von Haushaltsmitteln in das Jahr 1993? Verstieß eigentlich gegen den Grundsatz der zeitlichen Bindung (Jährigkeit) = Mittel dürfen nur in dem vom Haushaltsplan angelegten Jahr ausgegeben werden, was am Ende übrig bleibt, dient ggf. dazu, den Haushalt an anderer Stelle auszugleichen (Gesamtdeckung). Aber BGH: Keine untreuerelevante Pflichtverletzung, weil die Verwendung der Mittel im Jahr 1993 auch noch einem vom Haushaltsgesetzgeber gewollten Zweck diente (auch 1993 waren noch Ausgaben für die Pflegedienste vorgesehen) => Abstellen auf materielle Interessen des Haushaltsträgers, nicht auf eher „formalen“ Gesichtspunkt der zeitlichen Bindung.

Einheit VI: Der Untreuetatbestand

5. Anwendung auf einzelne Fallgestaltungen

Lösungshinweise zum Fall „Aufbauphase Ost“:

- Untreue durch „Verschiebung“ von Haushaltsmitteln in das Jahr 1994? Verstieß nicht nur gegen den Grundsatz der zeitlichen Bindung, sondern auch gegen denjenigen der sachlichen Bindung = Mittel dürfen nur zu den im Haushaltsplan angegebenen Zwecken eingesetzt werden (sichert Budgethoheit des Parlaments). Da 1994 keine Ausgaben mehr für Pflegedienste vorgesehen waren, infolge der Verschiebung aber erst 1994 hierfür ausgegeben wurden = grds. Pflichtverletzung (+).
- Aber: Vermögensschaden zweifelhaft, da Staat für die Mittel im Gegenzug die Dienstleistungen der Pflegedienste „einkaufte“; auch Zweckverfehlung nach BGH zweifelhaft, da Ausgabe im materiellen Interesse des Landes gelegen habe; jedenfalls Vorsatz des S bzgl. Vermögensschädigung (-).
- Entscheidung zeigt somit deutlich Bestrebungen des BGH, Untreuestrafbarkeit nicht ausufern zu lassen und das Vorliegen eines Vermögensschadens von den materiellen Interessen des Haushaltsgesetzgebers her zu bestimmen.

Einheit VI: Der Untreuetatbestand

5. Anwendung auf einzelne Fallgestaltungen

Der Fall „Holzbackofen“ (BGH NJW 2003, 2179 ff.):

Im Haushalt Brandenburgs sind zur Förderung des ländlichen Raums Mittel für Subventionen vorgesehen. Bezweckt wird damit v.a., die Nachfrage nach Wirtschaftsgütern zu steigern. Nach dem einschlägigen Haushaltsrecht können nur solche Projekte gefördert werden, die noch nicht begonnen worden sind. Der verantwortliche Landwirtschaftsminister L sorgt dafür, dass aus diesen Geldern der Bau zweier Holzbacköfen in einer traditionell-dörflichen Schaubackstube bewilligt wird. Diese Backstube liegt auf einem Grundstück der Familie des L und wird von einer GbR betrieben, an der mehrere Verwandte des L beteiligt sind. Später stellt sich heraus, dass zu dem Zeitpunkt, als L sich für das Projekt stark gemacht hat, der Bau bereits begonnen war, was L auch wusste. Mit der Subvention wird anschließend die Rechnung für die Lieferung und den Einbau der Öfen bezahlt.

Strafbarkeit des L gem. § 266 StGB?

Einheit VI: Der Untreuetatbestand

5. Anwendung auf einzelne Fallgestaltungen

Lösungshinweise zum Fall „Holzbackofen“:

- Pflichtverletzung lag hier wegen der geschickt gewählte Konstruktion nach BGH / Vorinstanz nicht in der Auszahlung der Subvention an einen Betrieb, an dem L mittelbar beteiligt war, sondern nur in dem Verstoß gegen das Verbot bereits begonnene Vorhaben zu fördern.
- Teil der Literatur: Dies sei rein formaler Verstoß, der deshalb (auf der Linie der Entscheidung „Aufbauphase Ost“) als Anknüpfungspunkt für § 266 auszuscheiden habe.
- Aber: Wenn Subvention auch der Wirtschaftsförderung durch Generierung von Nachfrage nach wirtschaftlichen Gütern dienen sollte, lässt sich dem Verbot auch ein materieller Gehalt beimessen: Durch die Forderung eines schon begonnenen Vorhabens wird keine zusätzliche Nachfrage geschaffen, d.h. der materielle Subventionszweck verfehlt. => Pflichtverletzung i.S.d. § 266 (+)
- Vermögensschaden: Hier Subvention = keine Gegenleistung, in Betracht kommt nur nichtwirtschaftliche Kompensation durch Zweckerreichung. Aber: Da Subventionszweck verfehlt (-), Strafbarkeit gem. § 266 (+)

PD Dr. Frank Zimmermann – Entlastungsprofessur Strafrecht

Einheit VI: Der Untreuetatbestand

5. Anwendung auf einzelne Fallgestaltungen

→ Weitere (reale) Fälle zur Diskussion:

- **Ankauf von Steuer-CDs (unterstellt: ohne passenden Haushaltstitel)**

Wenn durch das Geschäft illegal erlangte Daten erworben wurden: Pflichtwidrigkeit grds. (+), da Staat seine Mittel nicht zu verbotenen Zwecken einsetzen darf.

Aber: Vermögensschaden und diesbzgl. Vorsatz (-), weil im Gegenzug Daten erworben werden, die (zumindest nach Vorstellung des politischen Entscheidungsträgers) eine größere Summe an Steuernachzahlungen einbringen werden. Diese Gelder als solche waren für den Staat auch nutzbar und nicht zweckwidrig.

PD Dr. Frank Zimmermann – Entlastungsprofessur Strafrecht

Einheit VI: Der Untreuetatbestand

5. Anwendung auf einzelne Fallgestaltungen

→ Weitere (reale) Fälle zur Diskussion:

– Fall Puigdemont

Vorwurf der spanischen Behörden: Puigdemont habe öffentliche Gelder für die Durchführung des vom spanischen Verfassungsgericht verbotenen und für verfassungswidrig erklärten Unabhängigkeitsreferendums ausgegeben

⇒ Wenn man diese Wertung teilt (Frage des spanischen Verfassungsrechts, andere Entscheidung läge aus dt. Perspektive wohl näher), dient die Ausgabe verbotenen Zwecken = Pflichtverletzung.

⇒ Die im Gegenzug erhaltenen Leistungen (Wahlscheine etc.) sind wegen der Verfassungswidrigkeit des Referendums für den Haushaltsgeber subjektiv wertlos = individueller Schadenseinschlag (+) [a.A. natürlich vertretbar]