

# Wiederholung und Vertiefung im Schwerpunktbereich – Wirtschaftsstrafrecht: Untreue durch Vorstandsmitglieder einer AG zum Nachteil einer abhängigen GmbH BGHSt 49, 147 („Bremer Vulkan“)

Von Prof. Dr. **Thomas Rotsch**, Augsburg

## Amtliche Leitsätze:

**1. Investitionsbeihilfen begründen grundsätzlich keine Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB, es sei denn, der Empfänger hat zugleich über den Subventionszweck hinausgehende Vermögensinteressen des Subventionsgebers zu beachten.**

**2. In einem Konzern verletzen die Vorstandsmitglieder der beherrschenden Aktiengesellschaft jedenfalls dann ihre Vermögensbetreuungspflicht gegenüber einer abhängigen GmbH, wenn deren Vermögenswerte in einem solchen Umfang ungesichert im Konzern angelegt werden, dass im Fall ihres Verlustes die Erfüllung von Verbindlichkeiten der Tochtergesellschaft oder deren Existenz gefährdet wäre.**

[...]

StGB § 266 Abs. 1

BGH, Urt. v. 13.5.2004 – 5 StR 73/03

## Sachverhalt (vereinfacht):

Der Angeklagte H war Vorstandsvorsitzender der BVV-AG, eines Werftenverbundes, die über zwei Tochter-GmbHs (MTW und VWS) Werften in Ostdeutschland betrieb. Diese Werften hatte die BVV-AG zuvor von der damaligen Treuhandanstalt erworben. In den Erwerbsverträgen wurden sowohl für die MTW wie auch die VWS zum Zweck der Standort- und Arbeitsplatzsicherung erhebliche Investitionsbeihilfen durch die Treuhandanstalt zugesichert und schließlich auch ausgezahlt. Bedingt durch die allgemeinen wirtschaftlichen Schwierigkeiten im Schiffbau befand die BVV-AG sich in der Folgezeit ständig in einer angespannten finanziellen Situation. Da die beiden Ostwerften aufgrund der gewährten Investitionsbeihilfen über erhebliche Liquiditätsreserven verfügten, wurden sie von der Konzernspitze in ein konzernweites „Cash-Management-System“ einbezogen. Damit sollte gewährleistet werden, dass finanzielle Reserven der beiden Tochter-GmbHs dem gesamten Konzern zugute kommen. Nach anfänglichen Erfolgen bei der Konsolidierung der finanziellen Situation des Gesamtkonzerns kam es immer wieder zu Rückschlägen aufgrund von Forderungsausfällen, bis schließlich das Konkursverfahren eröffnet werden musste. Bis dahin waren rund 850 Millionen DM aus den beiden Ostwerften abgeflossen.

Zur Veranschaulichung des Sachverhaltes siehe Schaubild 1, unten S. 614.

Das Landgericht verurteilte H jeweils wegen Untreue gem. § 266 Abs. 1 StGB zum Nachteil der beiden Ostwerften. Der 5. Strafsenat des BGH schließt sich dem im Ergebnis, nicht aber in der Begründung an.

## I. Einführung

Der Tatbestand der Untreue ist in der Praxis wie in der Lehre unbeliebt. Das hat seinen Grund unter anderem in dem problematischen Verhältnis der beiden Tatvarianten der Untreue zueinander. Im vorliegenden Fall kommt die Verquickung mit dem Gesellschaftsrecht – es geht um einen Fall der sog. „Konzernuntreue“ – hinzu. Will man sich den Inhalt und die Bedeutung der Entscheidung des BGH klar machen, bietet es sich an, in mehreren Schritten vorzugehen. Zunächst sind noch einmal die grundsätzlichen Voraussetzungen des Untreuetatbestandes zu klären (unter II.). Dabei wird sich zeigen, dass das Verhältnis von § 266 Abs. 1 Var. 1 und Var. 2 StGB und damit der Untreuetatbestand sich insgesamt nur verstehen lässt, wenn man die Tathandlungen der beiden Varianten zueinander ins rechte Verhältnis setzt (vgl. Schaubild 2). Erst im Anschluss daran lässt sich die Frage nach der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Vorstandsmitgliedes einer Aktiengesellschaft wegen Untreue zum Nachteil einer abhängigen GmbH beantworten (unter III.). Schließlich soll – unter IV. – die Bedeutung des Urteils und seine Relevanz für das Studium kurz bewertet werden. Unter V. finden sich sodann weiterführende Literaturhinweise. Dabei ist wichtige und unbedingt lesenswerte Literatur zum Tatbestand der Untreue insgesamt (unter 1.), zu der vorliegenden Entscheidung des BGH (unter 2.), zur weiteren Vertiefung (unter 3.) und schließlich zur Einübung der Fallbearbeitung (unter 4.) genannt.

## II. Die Voraussetzungen der Untreue im Sinne des § 266 StGB

§ 266 StGB ist Sonderdelikt. Damit kann sich als Täter der Untreue nur derjenige strafbar machen, der selbst vermögensbetreuungspflichtig ist.<sup>1</sup> Gerade an diesem Merkmal der Vermögensbetreuungspflicht entzündet sich aber Streit: So behauptet ein beachtlicher Teil der Literatur, dass diese zwar in Var. 2 – der sog. Treubruchsvariante –, nicht aber in Var. 1 – dem Missbrauchstatbestand – vorausgesetzt sei.<sup>2</sup> Die mittlerweile herrschende Meinung geht aber zu Recht davon aus, dass grundsätzliche Strafbarkeitsvoraussetzung in beiden Varianten des Untreuetatbestandes die Vermögensbetreuungspflicht ist.<sup>3</sup> Legt man diese Ansicht zugrunde, lässt der

<sup>1</sup> Vgl. *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 31. Aufl. 2008, Rn. 781.

<sup>2</sup> Vertreten etwa von *Schünemann*, in: *Jähnke/Laufhütte/Odersky* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 11. Aufl. 2003, § 266 Rn. 11 ff.; *Otto*, Grundkurs Strafrecht, Besonderer Teil, 7. Aufl. 2005, § 54 Rn. 7 ff.

<sup>3</sup> BGHSt 24, 386 (387); 33, 244 (250); BGH wistra 1991, 305 (307); *Arzt/Weber*, Strafrecht, Besonderer Teil, 2000, § 22 Rn. 68; *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 55. Aufl. 2008, § 266 Rn. 6, 18; *Lackner/Kühl*, Straf-

Tatbestand der Untreue sich jedenfalls grundsätzlich recht einfach systematisieren: Der speziellere<sup>4</sup> Missbrauchstatbestand unterscheidet sich vom Treubruchstatbestand zunächst einmal dadurch, dass zwar hier wie dort *Tathandlung* die *Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht* ist, diese Verletzung zur Erfüllung des Missbrauchstatbestandes aber gerade im Wege des Missbrauchs der dem Täter eingeräumten Verfügungs- bzw. Verpflichtungsbefugnis stattfinden muss.<sup>5</sup> Für die Verwirklichung des Treubruchstatbestandes hingegen genügt jedes – auch faktische – Verhalten.<sup>6</sup> Die auf die eine oder andere Weise verwirklichte Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht muss dann den tatbestandlichen Erfolg Vermögensnachteil herbeigeführt haben, der grundsätzlich dem aus dem Betrugstatbestand bekannten Vermögensschaden entspricht.

Im Überblick lässt sich dies wie folgt darstellen:

Zum Prüfungsaufbau des § 266 StGB siehe *Schaubild 2*, unten S. 615.

### III. BGHSt 49, 147: Die Entscheidung des 5. Senats vom 13.5.2004

#### 1. Das Urteil: Inhalt und Analyse

Der BGH beantwortet in seiner Entscheidung in erster Linie die Frage nach der strafrechtlichen Haftung von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft wegen Untreue zum Nachteil einer abhängigen GmbH. Mit der Bejahung der Strafbarkeit wegen Untreue legt er die Reichweite des strafrechtlichen Schutzes des Gesellschaftsvermögens großzügig fest. Dreh- und Angelpunkt des Urteils ist dabei die Bejahung der Vermögensbetreuungspflicht. Darüber hinaus birgt das Urteil einige weitere spannende Fragen, von denen freilich nur die genannte im Fokus des wissenschaftlichen Interesses steht. Sie bildet daher auch hier den Schwerpunkt der Betrachtung (unter a). Im Anschluss hieran soll aber zumindest noch kurz auf ein etwas verstecktes Problem im Zusammenhang mit dem von den Richtern ohne großes Aufheben bejahten Vermögensnachteil eingegangen werden (unter b).

#### a) Die Frage nach dem Bestehen der Vermögensbetreuungspflicht

Für den BGH stellt die entscheidende Frage bei der Begründung der Strafbarkeit des Vorstandsmitglieds einer Aktiengesellschaft wegen Untreue die Existenz der Vermögensbetreu-

ungspflicht dar. Zwar wäre Adressat einer solchen Pflicht zur Fürsorge über fremdes Vermögen zunächst die AG selbst; gem. § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB ließe sie sich jedoch auf den Vorstandsvorsitzenden H erstrecken, der damit selbst Täter einer Untreue sein kann.

aa) Anders als noch das Landgericht meinen die Richter des 5. Senats die Vermögensbetreuungspflicht nicht bereits aus den mit der Treuhandanstalt geschlossenen Erwerbsverträgen herleiten zu können.

bb) Richtig erkennt der BGH auch, dass eine Vermögensbetreuungspflicht sich auch nicht aus den in den Erwerbsverträgen enthaltenen Subventionszusagen ergeben kann, denn eine solche „[...] setzt regelmäßig ein Rechtsverhältnis voraus, das auf die Betreuung fremder Vermögensangelegenheiten gerichtet ist [...]. Eine solche Treuebeziehung wird sich prinzipiell bei fremdnützigen Schuldverhältnissen ergeben. Deshalb wird die Treupflicht auch als ‚fremdnützig typisiertes Schuldverhältnis‘ verstanden (vgl. Lenckner/Perron, in Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl. § 266 Rdn. 23a). Es wird sogar verlangt, dass die Treupflicht eine Art Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat (vgl. BGH GA 1977, 18, 19). Anders ist dies beim Subventionsempfänger. Dieser wird nicht fremdnützig tätig. Vielmehr wird nach der Zielsetzung der Subventionsleistung die eigene Wertschöpfung des Empfängers gefördert. Insoweit nimmt er kein fremdes, sondern letztlich ein eigenes Geschäft wahr.“<sup>7</sup>

Ein Fall, in dem eine vom BGH für möglich gehaltene Ausnahme von diesem Grundsatz zu machen sei – wenn nämlich der Subventionsempfänger zugleich Vermögensinteressen seines Treugebers zu beachten habe<sup>8</sup> – liegt hier nicht vor.

cc) Nach Ansicht des BGH kommt nach den Feststellungen des Landgerichts aber eine Vermögensbetreuungspflicht unter dem Gesichtspunkt des sog. „existenzgefährdenden Eingriffs“ in Frage. Dem Angeklagten als Organ der Alleingesellschafterin BVV-AG „kann nämlich gegenüber dem beherrschten Unternehmen insoweit eine Treupflicht zukommen, als [er] dem beherrschten Unternehmen nicht Vermögenswerte in einem Umfang entziehen [durfte], welcher die Existenzfähigkeit des Unternehmens gefährdete.“<sup>9</sup>

Dabei stellen die Richter – in Übereinstimmung mit der bis dahin ergangenen höchstrichterlichen Zivilrechtsprechung<sup>10</sup> – zunächst klar, dass der Gesellschaft mit Zustimmung sämtlicher Gesellschafter zwar grundsätzlich Vermögenswerte entzogen werden könnten, weil die Gesellschaft gegenüber ihren Gesellschaftern keinen Anspruch auf ihren ungeschmälernten Bestand habe. Daher seien solche Verfügungen, die in Übereinstimmung mit dem Vermögensinhaber erfolgten, grundsätzlich nicht pflichtwidrig im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB.<sup>11</sup> Allerdings gebe es einen Bereich, der der Dispositionsmöglichkeit der Gesellschafter entzogen sei, weil Interes-

gesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2007, § 266 Rn. 4; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 9. Aufl. 2003, § 45 Rn. 18; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 10. Aufl. 2008, § 18 Rn. 2, 8. Vgl. auch *Kindhäuser*, in: ders./Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafrechtsgesetzbuch, 2. Aufl. 2005, § 266 Rn. 34.

<sup>4</sup> BGH JR 1983, 515; *Samson/Günther*, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafrechtsgesetzbuch, 5. Aufl., 39. Lieferung, Stand: Dezember 1996, § 266 Rn. 3 ff.

<sup>5</sup> Deutlich und richtig *Mitsch*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, Tb. 1, 2. Aufl. 2002, § 8 Rn. 15.

<sup>6</sup> *Mitsch* (Fn. 5), § 8 Rn. 46.

<sup>7</sup> BGHSt 49, 147 (155).

<sup>8</sup> BGHSt 49, 156 unter Hinweis auf BGH GA 1977, 18 (19).

<sup>9</sup> BGHSt 49, 157.

<sup>10</sup> Vgl. BGHZ 151, 181 (186 f.).

<sup>11</sup> Ebenso auch bereits BGH wistra 2003, 344 (346 f.); NJW 2003, 2996 (2998).

sen anderer oder öffentliche Interessen betroffen seien.<sup>12</sup> Ein solcher Fall liegt nach Auffassung des BGH hier vor: „Der Zweck einer Kapitalgesellschaft erschöpft sich nämlich nicht in einer bloßen Vermögensanlage für die Gesellschafter. Jedenfalls wenn die Gesellschaft eine eigene wirtschaftliche Tätigkeit aufgenommen hat, handelt sie unter eigener Rechtspersönlichkeit als Wirtschaftssubjekt im Geschäftsverkehr und wird Träger von Rechten und Pflichten. Dies läßt gleichzeitig Schutzelemente entstehen, die sicherstellen, daß die Gesellschaft die Essentialien einhält, die für das Funktionieren des Wirtschaftskreislaufs unerlässlich sind und auf die der Rechtsverkehr vertrauen können muß. Dementsprechend hat die Rechtsprechung eine Vermögensverfügung dann gegenüber der Gesellschaft als treuwidrig und wirkungslos angesehen, wenn die Verfügung geeignet ist, das Stammkapital der Gesellschaft zu beeinträchtigen [...]. Eine entsprechende Pflicht, die Gesellschaft nicht existenzbedrohend zu beeinträchtigen, trifft nicht nur den Geschäftsführer als das vertretungsberechtigte Organ, sondern in gleicher Weise den beherrschenden Alleingesellschafter [...].“<sup>13</sup>

Zwar läßt der BGH letztlich offen, ob eine solche – zivilrechtliche – Existenzhaltungspflicht für sich hinreicht, eine strafrechtliche Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB annehmen zu können.<sup>14</sup> Jedenfalls im konkreten Fall sieht der BGH weitere Besonderheiten, die für ihn zur Annahme einer Vermögensbetreuungspflicht führen: „Die Vermögenswerte der Ostwertfen befanden sich innerhalb des Konzerns. Diese standen entweder als Festgeldanlagen dem Konzern bzw. seinen Tochtergesellschaften zur Verfügung oder waren in das Cash-Management-System einbezogen, was materiell die Gewährung eines Darlehens bedeutete [...]. Damit befanden sich die Gelder in der ausschließlichen Einflußsphäre des Konzerns. Insoweit war die BVV-AG, die als Alleingesellschafterin über die Gelder nur in den oben gesteckten Schranken verfügen durfte, rechtlich gehalten, eine andauernde Sicherung der Gelder zu gewährleisten. [...] Erreicht der Vermögenstransfer ein solches Ausmaß, daß die Erfüllung der eigenen Verbindlichkeiten des einlegenden Konzernmitglieds im Falle eines Verlusts der Gelder gefährdet wäre, dann trifft die Muttergesellschaft eine Vermögensbetreuungspflicht, die Rückzahlung der Gelder – etwa durch ausreichende Besicherung – zu gewährleisten.“

Die für die Konzernmutter auf diesem Wege begründete Vermögensbetreuungspflicht wird sodann H nach § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB zugerechnet. Nach Ansicht des BGH hat er sich daher wegen Untreue gem. § 266 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

#### b) Die Frage nach dem Eintritt des Vermögensnachteils

Für offenbar völlig unproblematisch halten der BGH und offensichtlich auch die im Anschluss an die Entscheidung ergangene Literatur die Frage nach der – von der Prüfung der Vermögensbetreuungspflicht zu unterscheidenden – Begründung des Vermögensnachteils. In Wahrheit ist diese Frage so

einfach und ohne weiteres nicht zu beantworten. Insoweit in Übereinstimmung mit dem Landgericht<sup>15</sup> geht der BGH – wenn auch im Rahmen der Begründung des Merkmals der Vermögensbetreuungspflicht<sup>16</sup> – davon aus, dass spätestens ab dem Zeitpunkt, zu dem die Gelder der Ostwertfen nicht mehr gesichert gewesen seien, ein Nachteil im Sinne einer „schadensgleichen Vermögensgefährdung“ vorgelegen habe (vgl. auch die Formulierung des 2. Leitsatzes, oben S. 610). Ein solcher Gefährdungsschaden<sup>17</sup> wird von der ganz herrschenden Meinung im Rahmen des Betruges wie auch im Rahmen der Untreue auf dem Boden einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise zu Recht dann für ausreichend gehalten, wenn er „hinreichend konkret“ ist.<sup>18</sup> Damit ist gemeint, dass unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten ein Schaden bzw. Nachteil im Sinne der §§ 263, 266 StGB bereits dann vorliegt, wenn der in Frage stehende Vermögensgegenstand zwar noch nicht endgültig verloren ist, die Gefährdung des Vermögens aber praktisch schon einer wirtschaftlichen Wertminderung gleichkommt.<sup>19</sup> In strafrechtsdogmatischer Hinsicht soll so gewährleistet sein, dass das Erfolgsdelikt als konkretes Gefährdungsdelikt Erfolgsdelikt bleibt und nicht über die Zulassung einer nur abstrakten – also wirtschaftlich gesehen noch weit entfernten – Gefahr des Verlustes zum abstrakten Gefährdungsdelikt und damit zum reinen Tätigkeitsdelikt wird.<sup>20</sup>

Es fragt sich, ob der BGH dieser sonst auch von ihm mitgetragenen Restriktion im vorliegenden Urteil noch gerecht wird. Denn wenn die Vermögensbetreuungspflicht für den Zeitpunkt der „schadensgleichen Vermögensgefährdung“ im gerade beschriebenen Sinne begründet wird, so scheint der BGH auch den Eintritt des Tatbestandserfolgs des Vermögensnachteils auf diesen Zeitpunkt zu beziehen. Wie beim sog. Eingehungsbetrag liegt dann auch bei der Untreue bereits vor Eintritt des endgültigen Vermögensverlusts eine vollendete Tat vor. Ob freilich eine in wirtschaftlicher Hinsicht hinreichend konkrete Vermögensgefährdung bereits dann eingetreten ist, wenn die Vermögenswerte der abhängigen GmbH „in einem solchen Umfang ungesichert im Konzern angelegt werden, dass [erst!] im Falle ihres Verlusts die Existenz der Tochtergesellschaft gefährdet wäre“ (oben S. 610, 2. Leitsatz am Ende), erscheint doch fraglich. Denn wenn vor den Eintritt der Gefährdung der Existenz der GmbH der Verlust ihrer liquiden Mittel gesetzt wird, dann ist die (hinreichend konkrete) Gefährdung gerade noch nicht eingetreten. Jedenfalls im vorliegenden Fall gerät die Auslegung des

<sup>15</sup> Vgl. die Schilderung in BGHSt 49, 153.

<sup>16</sup> BGHSt 49, 161.

<sup>17</sup> Zur Terminologie vgl. Rotsch, ZStW 117 (2005), 586 („Gefahr minderwertiger Kompensation“). Ebenso jetzt Küper, Strafrecht, Besonderer Teil, 7. Aufl. 2008, S. 385.

<sup>18</sup> Küper (Fn. 17), S. 384 m.w.N.

<sup>19</sup> Noch immer lesenswert Eser, Strafrecht IV, 4. Aufl. 1983, S. 138 A 34.

<sup>20</sup> Zum Unterschied zwischen Tätigkeits- und Erfolgsdelikt einerseits und Gefährdungs- sowie Verletzungsdelikt andererseits vgl. Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 10 Rn. 102 ff.; § 10 Rn. 123 f.

<sup>12</sup> BGHSt 49, 158.

<sup>13</sup> BGHSt 49, 158.

<sup>14</sup> BGHSt 49, 160. In diesem Sinne zuvor BGHZ 149, 10 (17 f.).

Untreuetatbestandes damit in gefährliche Nähe zur Konstruktion eines abstrakten Gefährdungsdelikts.

Davon abgesehen vermengt der BGH auf diese Weise die Begründung der Vermögensbetreuungspflicht als konstitutives Element der Sonderdeliktseigenschaft der Untreue mit der Frage nach der Begründung des Vermögensnachteils, also dem Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolges.<sup>21</sup>

## 2. Einwände der Literatur

Die Literatur hat die Auffassung des BGH, auch im Konzern habe der herrschende Gesellschafter die Eigeninteressen einer abhängigen GmbH zu achten und dürfe gebundenes Vermögen nicht beeinträchtigen, im Wesentlichen mitgetragen.<sup>22</sup> Freilich wird insbesondere eingewandt, dass in dem vom BGH entschiedenen Fall in Wahrheit nicht die Besonderheiten des Cash-Management-Systems im Rahmen der Begründung der Vermögensbetreuungspflicht ausschlaggebend seien, sondern es schlicht um die Gesellschafterstellung gehe.<sup>23</sup> Das ändert freilich nichts daran, dass auch diese Literaturansicht im Ergebnis zur Annahme einer Vermögensbetreuungspflicht und damit zur Strafbarkeit wegen Untreue gem. § 266 Abs. 1 StGB gelangt.<sup>24</sup>

Grundlegender ist der in der Literatur geäußerte Einwand, dass mit der Ansicht des BGH letztlich nicht der Schutz der GmbH um ihrer selbst willen vor dem Zugriff ihrer Gesellschafter, sondern vielmehr Gläubigerschutz gewährleistet werde.<sup>25</sup> Die Interessen der Gläubiger fielen aber nach einhelliger Ansicht nicht unter den Schutzbereich des § 266 StGB.<sup>26</sup> Eine Strafbarkeit wegen Untreue lässt sich nach dieser Ansicht nur in den Fällen begründen, in denen dem Eingriff in das GmbH-Vermögen nicht sämtliche Gesellschafter zugestimmt haben. Der strafrechtliche Schutz vor existenzgefährdenden Eingriffen, die mit Zustimmung der Gesellschafter erfolgen, sei vielmehr über § 283 StGB zu gewährleisten.<sup>27</sup> Diese Ansicht hat in der Tat für sich, dass die Gefahr besteht, über den Schutz der Gläubigerinteressen den Tatbestand des § 266 StGB in ein abstraktes Gefährungsdelikt umzudeuten (s.o.).<sup>28</sup>

## IV. Bedeutung des Urteils, Relevanz für das Studium

Bei dem vorliegenden Urteil handelt es sich um die strafrechtliche Bestätigung und Fortentwicklung der zivilrechtlichen Parallelentscheidung BGHZ 149, 10 („Bremer Vulkan“), die sich ihrerseits auf die vorangegangene strafrechtliche Judikatur (BGHSt 35, 333) bezieht. Die Anwendungs-

voraussetzungen des zivilrechtlichen Rechtsinstituts des „existenzvernichtenden Eingriffs“ (hierzu auch insbes. BGHZ 151, 61; 151, 181) werden in das Strafrecht übertragen und unter dem Stichwort des „existenzgefährdenden Eingriffs“ zur Begründung der Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB herangezogen. Die terminologische Abweichung erklärt der BGH mit dem Umstand, dass für den strafrechtlichen Schadens- bzw. Nachteilsbegriff die „schadensgleiche Gefährdung“ ausreicht.<sup>29</sup>

Für die Strafbarkeit wegen Untreue in gesellschaftsrechtlichem Zusammenhang ist zunächst zweierlei wichtig: Zum einen wird die Pflicht, die Gesellschaft nicht existenzbedrohend zu beeinträchtigen, auf den Alleingesellschafter erstreckt. Zum anderen werden über die Annahme einer Vermögensbetreuungspflicht mittelbar die Gläubiger der Gesellschaft geschützt. Denn wenn über die Annahme einer Strafbarkeit wegen Untreue der Entzug der Haftungsmasse der Gesellschaft sanktioniert wird, kommt dieser Schutz letztlich auch den Gläubigern der Gesellschaft zugute. Das muss man nicht gutheißen, wird auf diese Weise doch der Anwendungsbereich des § 266 Abs. 1 StGB auch auf solche Personen erstreckt, denen gegenüber regelmäßig gerade keine Vermögensbetreuungspflicht besteht.<sup>30</sup>

Mittlerweile hat freilich der *II. Zivilsenat* des BGH in der sog. „Trihotel“-Entscheidung die zivilrechtliche „Existenzvernichtungshaftung“ auf eine neue Grundlage gestellt.<sup>31</sup> Nunmehr wird die Haftung des Gesellschafters ausdrücklich über § 826 BGB als *Innenhaftung* gegenüber der Gesellschaft ausgestaltet.<sup>32</sup> Soweit eine solche sittenwidrige Schädigung i.S.d. § 826 BGB eine Untreue gem. § 266 StGB begründen kann, bleibt abzuwarten, wie die strafrechtliche Diskussion sich im Anschluss hieran entwickelt.

## V. Literaturhinweise

1. Zum Tatbestand der Untreue: *Mitsch*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, Tb. 1, 2. Aufl. 2002, § 8.
2. Zur Entscheidung des BGH: *Kasiske*, wistra 2005, 81; *Kutzner*, NSTZ 2005, 271; *Pfeiffer*, JA 2005, 95; *Ransiek*, wistra 2005, 121.
3. Zur Vertiefung: *Kindhäuser*, in: Dölling u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag, 2003, S. 709; *Radtke*, GmbHR 1998, 311 (1. Teil), 361 (2. Teil); *Rönnau/Hohn*, NSTZ 2004, 113. Vgl. auch die Nachweise bei *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 31. Aufl. 2008, § 18 Rn. 756 in Fn. 32.
4. Zur Fallbearbeitung: *Seier*, JuS 2002, 237; *Kudlich*, PdW Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 2. Aufl. 2007, Fälle 192-199.

<sup>21</sup> Ebenso geht der BGH im sog. „Kanter“-Urteil vor, vgl. BGH NJW 2004, 1760. Unkritisch insoweit *Ransiek*, NJW 2004, 1727 (1728).

<sup>22</sup> Vgl. insbes. *Ransiek*, wistra 2005, 121; *Tiedemann*, JZ 2005, 45.

<sup>23</sup> So ausdrücklich *Ransiek*, wistra 2005, 124. Vgl. auch *Radtke*, GmbHR 1998, 361 (367).

<sup>24</sup> *Ransiek*, wistra 2005, 125.

<sup>25</sup> *Kasiske*, wistra 2005, 83.

<sup>26</sup> *Kasiske*, wistra 2005, 85 mit Nachweisen in Fn. 47.

<sup>27</sup> *Kasiske*, wistra 2005, 85.

<sup>28</sup> Vgl. auch *Radtke*, GmbHR 1998, 364.

<sup>29</sup> BGHSt 49, 159.

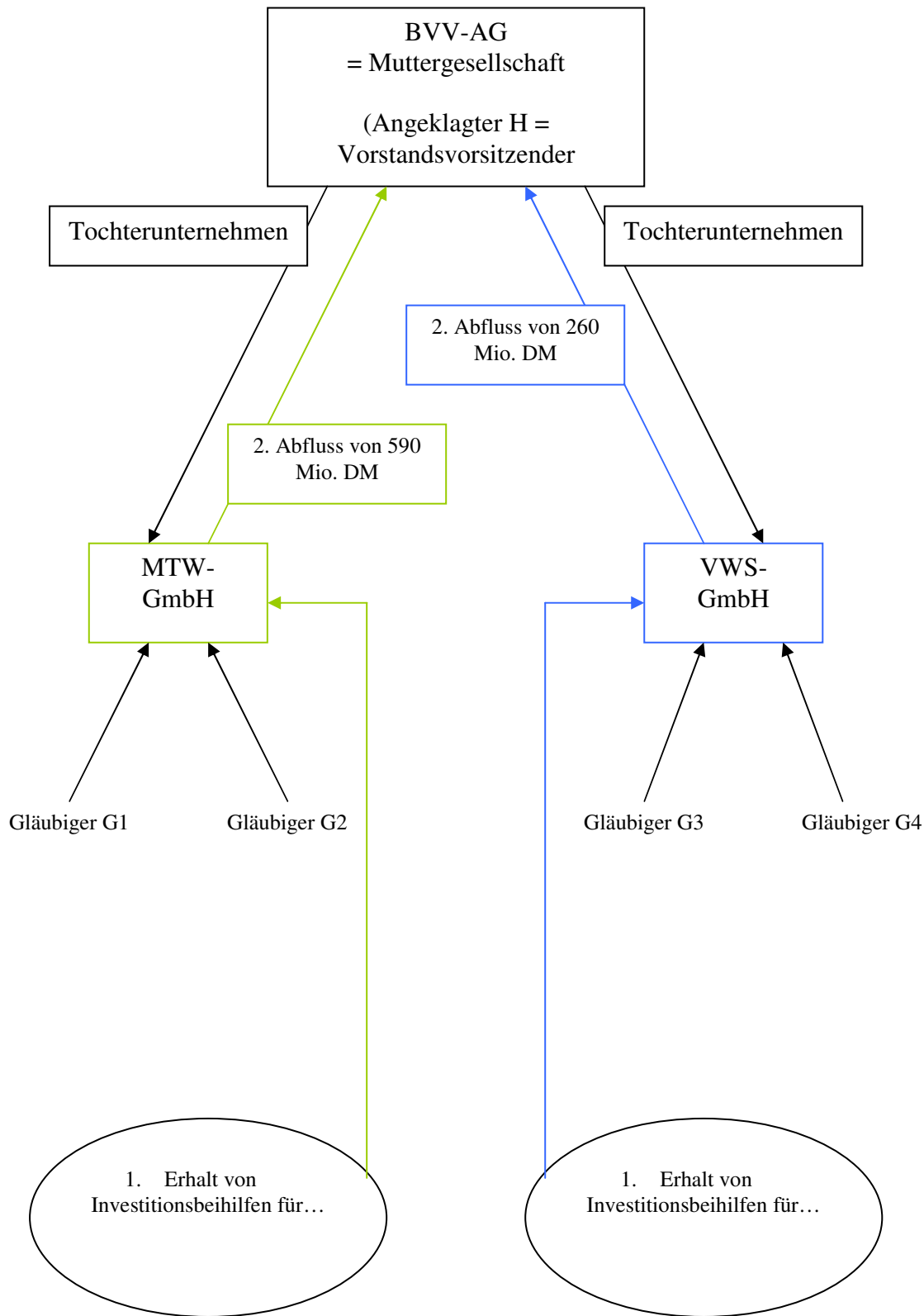
<sup>30</sup> *Kudlich*, JuS 2004, 1119. Weiterhin konsequent in dieser Richtung aber der BGH, vgl. BGH wistra 2006, 265; BGH JR 2008, 384.

<sup>31</sup> BGH, Ur. v. 16.7.2007 – II ZR 3/04 = BGHZ 173, 246.

<sup>32</sup> BGHZ 173, 246 (252 Rn. 17); *Witt*, DNotZ 2008, 219 (223); a.A. schon für das Zivilrecht z.B. *Schanze*, NZG 2007, 681 (685); *Rubner*, Konzern 2007, 635 (644 f.).

Schaubild 1

Zur Veranschaulichung: Der Sachverhalt im Überblick



*Schaubild 2*

**Prüfungsaufbau § 266 StGB – Untreue**

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

a) Missbrauchstatbestand: § 266 Abs. 1 Var. 1 StGB (h. M.: lex specialis)

aa) Tathandlung: Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht *durch*

Missbrauch der erteilten Verfügungs-/Verpflichtungsbefugnis

(1) Vermögensbetreuungspflicht (nach h. A. erforderlich)

H. M.: Geschäftsbesorgung für einen anderen in einer nicht ganz unbedeutenden Angelegenheit mit einem Aufgabenkreis von einigem Gewicht und einem gewissen Grad von Verantwortlichkeit
--

(2) Verletzung der VBP durch Missbrauch der Verfügungs- /Verpflichtungsbefugnis

- Verfügungs-/Verpflichtungsbefugnis bzgl. fremden Vermögens

→ durch Gesetz, behördlichen Auftrag, Rechtsgeschäft

- Missbrauch

→ Überschreiten des rechtlichen Dürfens im Rahmen des rechtlichen Könnens

bb) Taterfolg: Vermögensnachteil (≈ Vermögensschaden i.S.d. § 263 StGB)

b) Treubruchstatbestand: § 266 Abs. 1 Var. 2 StGB

aa) Tathandlung: Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht *durch*

jedes – auch faktische – Verhalten

(1) Vermögensbetreuungspflicht

(2) Verletzung der VBP

→ durch rechtliches oder faktisches Verhalten

bb) Taterfolg: Vermögensnachteil

2. Subjektiver Tatbestand

II. Rechtswidrigkeit

III. Schuld