



# Strafbare Untreue (§ 266 StGB) im Kultur- und Theaterbetrieb

Insbesondere zur sogenannten Haushaltsuntreue

**Dr. Christoph Knauer**

Rechtsanwalt und Strafverteidiger in München; Lehrbeauftragter für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München, Autor zahlreicher Veröffentlichungen zu strafrechtlichen Themen

**Dr. Erik Buhlmann**

Rechtsanwalt und Strafverteidiger in München

Inhalt	Seite
1. Einführung	3
1.1 Das Risiko der strafrechtlichen Verfolgung	3
1.2 Fallbeispiele	3
2. Der Tatbestand des § 266 StGB	5
2.1 Grundlagen	5
2.2 Vermögensbetreuungspflicht	6
2.3 Der Missbrauchstatbestand	7
2.4 Der Treubruchstatbestand	9
2.5 Verletzung der Treuepflicht	9
2.6 Nachteilszufügung	10
2.7 Vorsatz	11
2.8 Täterschaft und Teilnahme	12
3. Die sogenannte Haushaltsuntreue	12
3.1 Grundsatz: Haushaltswidrigkeit nicht gleich Haushaltsuntreue	12
3.2 Eindeutig erfasste Fälle	13
3.3 Nicht erfasste Fälle	17
3.4 Problematische Fälle	17
3.5 Die Grundsätze der Entscheidung des Bundesgerichtshofes im <i>Bugwellenfall</i>	19
3.6 Konkretisierung der <i>Bugwellenentscheidung</i> im <i>Holzbackofenfall</i>	21
3.7 Beurteilung	23



## I 1 Grundlagen des öffentlichen Haushaltrechts

Bei knapper werdenden finanziellen Ressourcen ergibt sich immer häufiger ein Konflikt zwischen den Grundsätzen des öffentlichen Haushaltsrechts bzw. der Haushaltsführung und den künstlerisch bedingten Vorstellungen der Kulturschaffenden. Dieser kann in einem Verstoß gegen das Haushaltsrecht münden. Dem Verstoß liegt zwar nicht zwingend eine strafrechtlich relevante Handlung zugrunde, jedoch kann eine strafbare Untreue seitens des Entscheidungsträgers der Kultureinrichtung in Betracht kommen. Der nachfolgende Beitrag legt dar, welche Tatbestandsvoraussetzungen gemäß § 266 StGB für eine Strafbarkeit vorliegen müssen und dient als Orientierung zur Vermeidung einer solchen. Dabei wird berücksichtigt, dass eine Kultureinrichtung ebenso privatrechtlich wie öffentlich-rechtlich organisiert sein kann.



# 1. Einführung

## 1.1 Das Risiko der strafrechtlichen Verfolgung

In den letzten Jahren ist es zunehmend zu Strafverfahren gegen Verantwortliche in öffentlichen Kulturbetrieben wegen Veruntreuungen gekommen.

Die Folgen einer Verurteilung wegen **Untreue** können für die Betroffenen erheblich sein. Der Untreuetatbestand (§ 266 I StGB) sieht als Rechtsfolge eine Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder eine Geldstrafe vor. Aber selbst wenn es letztlich gar nicht zu einer Verurteilung kommt, kann ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren zu einer existentiellen Bedrohung werden: Wenn sich das Verfahren etwa gegen den Intendanten eines Opernhauses wendet, so mögen sich politische Entscheidungsträger schon durch den bestehenden Untreueverdacht dazu „genötigt“ sehen, sich von ihm „zu trennen“. Jedenfalls aber wird ein erhebliches Interesse der Presse nicht ausbleiben.

## 1.2 Fallbeispiele

Zuvor mögen vier Beispiele verdeutlichen, um welche Konstellationen sich die Probleme der Untreue in Kulturbetrieben ranken können. Der erste Fall ist zwar fiktiv, zeigt aber eine „klassische“ Konstellation der Untreue. Die folgenden drei Fälle waren bereits Gegenstand von Entscheidungen des Bundesgerichtshofs (BGH).



Fall 1: *Geschäftsführerfall*:

Der für die kulturellen Belange einer Kultur-GmbH zuständige Geschäftsführer (G) nimmt, obwohl ihm dies nach dem Geschäftsführervertrag untersagt und einem anderen (nämlich dem Finanzgeschäftsführer) vorbehalten ist, ein Darlehen auf. Die Rückzahlungsverpflichtung aus dem Darlehensvertrag (Zins und Tilgung) übersteigt die finanzielle Leistungsfähigkeit der GmbH bei Weitem.



Fall 2: *Kulturamtsleiterfall* (BGH-Urteil, 1.8.1984 – 2 StR 341/84<sup>1</sup>):

Der Leiter des Kulturamtes (K) einer Kleinstadt hatte vornehmlich die Aufgabe, die Veranstaltungen für die städtische Kulturhalle zu organisieren und die Künstler auszuzahlen. Er entwickelte jährlich ein Veranstaltungskonzept, aufgrund dessen der Etat für die Halle und die übrigen städtischen Veranstaltungsorte festgesetzt wurden. Weil aber oftmals im Haushalt bestimmte Künstler bzw. Veranstaltungen mit einer feststehenden Gagensumme eingeplant waren, kam es zu Problemen: In dem Zeitraum zwischen Verabschiedung des Haushalts und dem Auftritt der Künstler waren diese aufgrund einer von K nicht vorhergesehenen Popularitätssteigerung wesentlich teurer geworden.

Um die Mehrkosten auszugleichen, wählte K folgenden Weg: Gegen Ende des Kassenjahres war in anderen Haushaltstiteln, die K ebenfalls zu verwalten hatte,



## I 1 Grundlagen des öffentlichen Haushaltrechts

noch Geld vorhanden. Da es haushaltstechnisch nicht zulässig war, die Mittel einfach umzubuchen, ließ K von zuvor häufig beauftragten Firmen unrichtige Rechnungen ausstellen, die einen noch nicht erschöpften Haushaltstitel belasteten. Anschließend ließ er den Rechnungsgegenwert in bar abholen und führte ihn direkt über eine „schwarze Kasse“ dem Etat der Halle zu. In anderen Fällen überwies er ihn an die rechnungstellenden Firmen und holte dort das Geld wieder ab, um es dem Etat der Halle zuzuführen.



Fall 3: *Bugwellenfall* (BGH-Urteil, 4.11.1997 – 1 StR 273/97<sup>2</sup>): In diesem Verfahren waren der Generalintendant der württembergischen Staatstheater G sowie der Verwaltungsdirektor und Beauftragte für den Haushalt Q angeklagt. Gegenstand des Verfahrens war die zeitliche Überschreitung des im Haushaltsplan festgelegten Haushalts der württembergischen Staatstheater für das Jahr 1990 (knapp 105 Mio. DM) um 5, 1 Mio. DM. Das Land musste das Geld in einem Nachtragshaushalt (ohne Kreditaufnahme) aufbringen. G war aufgrund seines Dienstvertrages „*verpflichtet, die Haushaltsgrundsätze einzuhalten*“. Obwohl der Haushalt von 1985 bis 1990 kontinuierlich erhöht worden war, kam es jährlich zu Überschreitungen. G und Q erkannten auch im November 1989 die Möglichkeit, dass der Haushalt für das Jahr 1990 um mehrere Millionen überschritten werden würde. Dennoch wurden erst im November 1990 erste Einsparungsvorschläge erarbeitet. Trotz alledem wurde eine neue Spielstätte bezogen, für die keine Mittel vorhanden waren. Nachdem ein Mitarbeiter einen Kassenstopp veranlasst hatte, wies G (weil er eine feste Zusage für einen Sponsorenvertrag erhalten hatte) den Mitarbeiter an, die „*zur Aufrechterhaltung des Proben- und Spielbetriebes erforderlichen Zahlungen sowie sonstige unabwendbare Zahlungen zu leisten*“. In Zweifelsfällen sei die Genehmigung von Q einzuholen.

Seine Bezeichnung als *Bugwellenprozess* verdankt das Verfahren also den über mehrere Jahre erfolgten überplanmäßigen Ausgaben, die nicht über einen Nachtragshaushalt, sondern aus Mitteln des jeweils nächsten Haushaltsjahres finanziert wurden. Die nicht gedeckten Kosten hatten Q und G wie eine Bugwelle von Haushaltsjahr zu Haushaltsjahr vor sich hergeschoben.<sup>3</sup>



Fall 4 *Holzbackofenfall* (BGH-Urteil, 8.4.2003 – 5 StR 448/02<sup>4</sup>): Gegenstand dieses Verfahrens war die Frage der Haushaltsuntreue bei zweckentsprechender Subventionsgewährung unter Verstoß gegen Vergaberichtlinien: Angeklagt waren der damalige Minister im brandenburgischen Ministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten (MELF) Z, sowie der damalige Leiter des im MELF für Förderpolitik zuständigen Referats D. Diese kamen im Januar 1997 im Rahmen der in Berlin stattfindenden „Internationalen Grünen Woche 1997“ überein, das von der Familie Z seit 29.11.1996 auf ihrem bäuerlichen Anwesen in S. betriebene Projekt „Holzbackofen“ zu fördern. Nach der dafür maßgeblichen *Richtlinie über die Gewährung von Zuwendungen für die Förderung der Entwicklung des ländlichen Raumes* vom 14.10.1994 (*ELR-Richtlinie*) sowie nach Ziffer 1.3 der Verwaltungsvorschriften zu § 44 der Landeshaushaltsordnung (LHO) durften entsprechende Zuwendungen jedoch nur für



## I 1 Grundlagen des öffentlichen Haushaltrechts

solche Projekte bewilligt werden, die noch nicht begonnen worden waren. Der Angeklagte Z veranlasste daher im März 1997 die Vorstandsmitglieder des für eine entsprechende Förderung zuständigen Fördervereins, einen Formularantrag auf Gewährung einer Zuwendung nach der *ELR-Richtlinie* blanko, auch ohne Angabe von Zeit und Ort der Antragstellung, zu unterschreiben. Der Angeklagte D genehmigte daraufhin am 22.4.1997 den vorzeitigen Beginn der Maßnahme des Fördervereins. Das entsprechende Schreiben ließ er auf den 22.1.1997 zurückdatieren. Nach vollständiger Ausfüllung wurde der Antrag dem zuständigen Amt für Agrarordnung zugeleitet, wo er am 22.5.1997 einging. Als zu fördernde Maßnahme war die „*Wiedereinrichtung und Betreibung einer traditionell-dörflichen Holzbackstube mit integrierter Landschaftspflege*“ angegeben. Insbesondere sollten Umbauarbeiten und der Erwerb und Einbau neuer Backöfen gefördert werden. Am 20.8.1997 wurde dem Verein nach Zustimmung durch D vom für die Förderung zuständigen Amt für Agrarordnung eine Zuwendung in Höhe von 488.768 DM gewährt.

## 2. Der Tatbestand des § 266 StGB

### 2.1 Grundlagen

Der **Tatbestand der Untreue** ist bedauerlicherweise **sehr unklar formuliert**. Über die Auslegung herrscht deshalb in Literatur und Rechtsprechung oft Uneinigkeit. Weitgehend einig ist man sich bislang zumindest darüber, dass die Vorschrift zur Gruppe der **Vermögensdelikte** zählt, also allein das Vermögen schützt.<sup>5</sup> Ist ein Schaden für das jeweils betroffene Vermögen nicht nachweisbar, tritt eine Strafbarkeit nach § 266 I StGB nicht ein. (vgl. 2.6)

Die jüngsten Ausführungen des Bundesgerichtshofs zur Einrichtung, Unterhaltung und Verwendung schwarzer Kassen im Rahmen seiner ersten Entscheidung im sogenannten *Siemens-Skandal*<sup>6</sup> lassen jedoch eine Ausweitung des Schutzzwecks vom reinen Vermögensschutz auf den Schutz der allgemeinen Dispositionsfreiheit besorgen. Eine solche Ausweitung des Schutzzwecks wäre auch für die hier interessierenden Fälle der Haushaltsuntreue von Bedeutung. (vgl. 3.2) § 266 I StGB unterscheidet zwei Alternativen: Den **Missbrauchstatbestand** und den **Treubruchstatbestand**.

Die erste Alternative des Tatbestands ist bezüglich der Tathandlung mit den Worten umschrieben: „*Wer die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, missbraucht [...]*“.

Die zweite Alternative lautet: „*Wer [...] die ihm Kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eines Treueverhältnisses obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt [...]*“.



## I 1 Grundlagen des öffentlichen Haushaltrechts

## 2.2 Vermögensbetreuungspflicht

**Täter** der Untreue kann in beiden Alternativen nur derjenige sein, der die im Gesetz näher umschriebene Pflichtenstellung innehat.

Obwohl die erste Alternative auf den ersten Blick die „*Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen*“ dem Wortlaut nach nicht enthält, ist doch mittlerweile anerkannt, dass für beide Alternativen eine inhaltsgleiche **Vermögensbetreuungspflicht** erforderlich ist<sup>7</sup> (monistische Untreuetheorie<sup>8</sup>).

Hierfür spricht bei genauerer Betrachtung der Vorschrift bereits der Wortlaut des § 266 StGB, wonach sich das Merkmal „*dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat*“ am Ende des Tatbestands befindet und sich somit konsequenterweise auf beide Tatbestandsalternativen bezieht. Darüber hinaus ist das Merkmal der Vermögensbetreuungspflicht dem für beide Tatbestandsalternativen unstreitig erforderlichen Merkmal der Nachteilszufügung unmittelbar vorangestellt („*dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat, Nachteil zufügt*“), wodurch ebenfalls zum Ausdruck kommt, dass der Gesetzgeber den Missbrauchs- und Treubruchstatbestand gerade nicht unterschiedlich ausgestalten wollte.

Dieser Argumentation ist nach jahrzehntelangem Streit schließlich auch der Bundesgerichtshof in seiner Grundsatzentscheidung zum sogenannten *Scheckkarten-Fall*<sup>9</sup> gefolgt. In dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt hatte ein Sparkassenkunde bei diversen Banken auf seine Sparkasse gezogene, durch eine Scheckkarte garantierte, aber ungedeckte Schecks eingelöst und dadurch die ihm kraft Rechtsgeschäfts (Girovertrag) eingeräumte Befugnis, einen anderen (die Sparkasse) zu verpflichten (Einlösungsgarantie der Sparkasse gegenüber dritten Banken), missbraucht. Der BGH hat dennoch die Erfüllung des Missbrauchstatbestandes verneint und zur Begründung ausgeführt, dass für beide Untreuealternativen, also insbesondere auch für den Missbrauchstatbestand, eine qualifizierte Vermögensbetreuungspflicht erforderlich sei. Eine solche Pflicht bestehe bei einem gewöhnlichen Girovertrag jedoch ausschließlich im Verhältnis der Bank zu ihrem Kunden und nicht umgekehrt.

Diese in zahlreichen weiteren Entscheidungen des Bundesgerichtshofs<sup>10</sup> manifestierte Auffassung hat sich zwischenzeitlich auch der Gesetzgeber zu Eigen gemacht und die damit einhergehende Strafbarkeitslücke im Rahmen des 2. WiKG vom 15.5.1986 (BGBl. I S. 721) durch die Einfügung des § 266 b StGB (*Missbrauch von Scheck- und Kreditkarten*) geschlossen.

Die somit heute als ganz herrschende Meinung anzusehende *monistische Untreuetheorie* verdient auch in der Sache Zuspruch. Denn der Untreuetatbestand gewährleistet gerade keinen strafrechtlichen Rundumschutz.<sup>11</sup> Nur durch das Merkmal der Vermögensbetreuungspflicht lässt sich die aufgrund des sehr unbestimmt und an der Grenze zur Verfassungsmäßigkeit<sup>12</sup> formulierten Tatbestands gebotene Restriktion der Untreuestrafbarkeit gewährleisten.



## I 1 Grundlagen des öffentlichen Haushaltrechts

Die Unterscheidung zwischen **Missbrauchstatbestand** (vgl. 2.3) und **Treubruchstatbestand** (vgl. 2.4) ist somit heute weitgehend obsolet. Für beide Tatbestandsalternativen ist eine qualifizierte Vermögensbetreuungspflicht erforderlich, die letztlich den alleinigen Anknüpfungspunkt für eine Untreuestrafbarkeit bildet. Eine solch qualifizierte Vermögensbetreuungspflicht trifft selbstverständlich das Leitungspersonal jeglicher Kulturbetriebe, egal welcher Rechtsform: Intendanten, Verwaltungs- und kaufmännische Direktoren sowie andere Leitungsbeamte mit vermögensrechtlichen Aufgaben bei der Verwaltung öffentlicher Mittel ebenso wie den Geschäftsführer einer GmbH. Denn auch wenn in der GmbH der Haushalt nach bürgerlichem Recht selbst verwaltet wird, handelt es sich doch für den Geschäftsführer um fremdes Vermögen im Sinne des Untreuetatbestands. Für künstlerisches Leitungspersonal kann es aber eine seltene Ausnahme geben: Wenn die Pflicht, die Vermögensbetreuung des Kulturbetriebs wahrzunehmen, lediglich eine völlig untergeordnete Rolle spielt, weil z. B. der kaufmännische Leiter die Letztentscheidung über jede einzelne Ausgabe hat, kann die Vermögensbetreuungspflicht des künstlerischen Leiters minimal sein. Nur wenn diese eine gewisse Relevanz hat, unterfällt sie dem Tatbestand des § 266 I StGB.<sup>13</sup>

Die **Vermögensbetreuungspflicht** trifft allerdings nicht nur Mitglieder der Leitungsebene des Theaters. Entscheidend für die Eingrenzung des potentiell betroffenen Kreises ist vielmehr, dass die Pflicht zur Betreuung des Vermögens eine Hauptpflicht des Betreffenden darstellt. Auch der Angestellte, der für die Tageskasse zuständig ist, kann also Täter einer Untreue sein. Dies gilt jedenfalls dann, wenn er das durch den Verkauf der Eintrittskarten eingenommene Geld zu verwalten und nach Ende der Arbeitszeit korrekt abzurechnen hat.<sup>14</sup>

Die Vermögensbetreuungspflicht muss aber eben von einiger Erheblichkeit sein: Die Selbständigkeit, Bewegungsfreiheit und Verantwortlichkeit des Verpflichteten sowie Dauer, Umfang und Art der Tätigkeit sind hierbei wesentliche Kriterien. Keine Vermögensbetreuungspflicht hat deshalb die Kassenkraft, die das Geld unter Aufsicht eines unmittelbaren Vorgesetzten nur einnimmt und verausgabt, ohne es selbständig zu verwalten und ohne für die korrekte Abrechnung verantwortlich zu sein.<sup>15</sup> Ebenso fehlt sie bei rein mechanischen Tätigkeiten und bloßen „*Diensten der Handreichung*“, wie sie von Boten und Lieferanten erbracht werden, denen etwa das bloße Abholen oder Abliefern von Waren im Einzelnen vorgegeben ist.<sup>16</sup> Der Beleuchter, Requisiteur oder Techniker hat also in der Regel keine Vermögensbetreuungspflicht, obwohl er natürlich mit Gegenständen arbeitet, die dem Vermögen des Theaters zugeordnet sind.

### 2.3 Der Missbrauchstatbestand

Die 1. Alternative des § 266 I StGB sieht als Tathandlung vor, dass der Täter eine ihm „*durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, missbraucht* [...]“. Diese Verfügungs- und Verpflichtungsbefugnis beinhaltet mit anderen Worten, dass der Täter in den Stand gesetzt ist, Vermögensrechte eines



## I 1 Grundlagen des öffentlichen Haushaltrechts

anderen wirksam zu ändern, zu übertragen oder aufzuheben oder diesen mit Verbindlichkeiten zu belasten.<sup>17</sup> Wie bereits im vorangegangenen Abschnitt gezeigt wurde, wird diese Vorschrift insoweit ergänzend ausgelegt, als neben der bloßen Verfügungsbefugnis auch die Vermögensbetreuungspflicht erforderlich ist.

Die Befugnis kann beruhen auf Gesetz, behördlichem Auftrag oder Rechtsgeschäft. Häufig liegt sogar eine Mischung dieser Beruhensgrundlagen vor. Dies zeigt sich auch bei den hier interessierenden verschiedenen Kulturbetrieben. So obliegen beim **Regiebetrieb**, der – ohne dass ihm eine eigene Rechtspersönlichkeit zukäme – in die öffentlich-rechtliche Verwaltung integriert ist, die laufenden Geschäfte in der Regel dem obersten Beamten. In der Kommune ist dies der Bürgermeister oder Oberbürgermeister. Er überträgt üblicherweise einen Teil der laufenden Geschäfte, nämlich die des Theaterbetriebs selbst, an die Theaterleitung.<sup>18</sup> Dies wird mit der Erteilung der nötigen Vertretungsvollmachten verbunden. Durch diesen behördlichen Auftrag gehen aber auch die gesetzlich normierten Pflichten bezüglich des öffentlichen Haushaltswesens auf den Beauftragten über.

Häufig wird zusätzlich vertraglich („*durch Rechtsgeschäft*“) vereinbart, welche Pflichten die Leitung des Kulturbetriebs trifft. So wurde im oben referierten Fall der *Bugwellenentscheidung* mit dem Intendanten vertraglich vereinbart, dass er die Haushaltsgrundsätze einzuhalten habe.

Es kann sich aber auch in einem privatrechtlich organisierten Betrieb die Vermögensbetreuungspflicht aus dem Gesetz ergeben. So folgt bei der GmbH (vgl. *Geschäftsführerfall*) die Vermögensverfügungsbefugnis aus den §§ 6, 35 GmbHG und die spezifische Vermögensfürsorgepflicht aus § 43 GmbHG.

Beim Missbrauchstatbestand kommt es entscheidend auf das nach außen rechtswirksame Handeln des Täters an. Die auch im Innenverhältnis (also zwischen dem Befugnisgeber und dem Verfügenden) zulässige Verfügung bzw. Verpflichtung ist natürlich nicht strafbar. Der 1. Alternative des § 266 I StGB unterfällt das Verhalten nur, wenn der Befugnisgeber, also diejenige (juristische oder natürliche) Person, über deren Vermögen der Täter verfügt, im Innenverhältnis besondere Schranken gezogen hat und diese mit dem abgeschlossenen Geschäft überschritten werden.

**Definition**

**Missbrauch** ist also jede im Außenverhältnis zwar wirksame, gegenüber dem Befugnisgeber aber bestimmungswidrige Ausübung der eingeräumten Verfügungs- oder Verpflichtungsmacht. Der Täter muss im Rahmen seines rechtlichen Könnens das rechtliche Dürfen überschreiten.<sup>19</sup>



**Beispiel:** Typisch hierfür ist wiederum der *Geschäftsführerfall* (vgl. 1.2): Zwar stellt das Verbot, ein Darlehen aufzunehmen, eine Beschränkung der Vertretungsmacht des G im Innenverhältnis dar. Diese Beschränkung einzuhalten, ist G auch verpflichtet (vgl. § 37 I GmbHG). Jedoch entfaltet diese keine rechtli-





## I 1 Grundlagen des öffentlichen Haushaltrechts

che Wirkung gegenüber dritten Personen (§ 37 II GmbHG). G hat also im Rahmen seines rechtlichen Könnens das Dürfen überschritten und damit die Tathandlung des Missbrauchstatbestandes erfüllt.

### 2.4 Der Treubruchstatbestand

Die 2. Alternative des § 266 I StGB verlangt lediglich die Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht. Sie ist damit weiter gefasst als der eben dargestellte Missbrauchstatbestand. Die 2. Alternative kann auch durch ein rein „*tatsächliches, rechtlich unwirksames Handeln*“ des Täters erfüllt sein. Die Vermögensbetreuungspflicht muss sich aus einem Treueverhältnis qualifizierter Art ergeben.

Zunächst einmal kann dieses Treueverhältnis auf den gleichen außerstrafrechtlichen Grundlagen beruhen wie beim Missbrauchstatbestand (Gesetz, behördlicher Auftrag, Rechtsgeschäft). In einem Treueverhältnis stehen also einerseits alle bereits oben beim Missbrauchstatbestand genannten Pflichtenträger. Andererseits kann aber auch ein rein faktisches Verhältnis zugrunde liegen. So steht auch der sogenannte faktische Geschäftsführer in einem Treueverhältnis bezüglich des Vermögens der GmbH.

#### Definition

Ein **faktischer Geschäftsführer** ist eine Person, die statt des lediglich als „Strohmann“ bestellten Geschäftsführers die Geschäfte der GmbH wesentlich bestimmt, ohne selbst als Geschäftsführer bestellt zu sein.<sup>20</sup>

Ein Treueverhältnis kann auch bejaht werden, wenn ein ursprünglich bestehendes Rechtsverhältnis zwar beendet ist, aber gewisse Treupflichten noch nachwirken.<sup>21</sup> Wenn also der bereits fristlos gekündigte Verwaltungsdirektor, bevor die Kündigung im Hause bekannt wird, einem Untergebenen gegenüber eine Vermögensverfügung anweist, so kann darin unter Umständen eine Untreue liegen (eine Nachteilszufügung vorausgesetzt; s. u.).

Da es beim Treubruchstatbestand lediglich auf die faktische Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht ankommt, werden hier auch im Außenverhältnis untersagte, also unwirksame Verfügungen erfasst. Zwar ist ein gegen die Vorschriften des Haushaltsrechts verstoßendes Rechtsgeschäft nicht aus § 134 BGB nichtig. Ein besonders krasser Verstoß kann aber gegen die „*guten Sitten*“ verstoßen, wodurch das Geschäft nach § 138 I BGB nichtig sein kann.<sup>22</sup> Diese **Nichtigkeit** kann aber an der Erfüllung des Treubruchstatbestandes nichts ändern.

### 2.5 Verletzung der Treuepflicht

Die Verletzung der Treuepflicht kann sowohl in **eigennützigem** als auch in **fremdnützigem Verhalten** liegen, wenn der Täter die Übertragung der Geschäftsbesorgung nicht oder nicht ordnungsgemäß ausführt.



## I 1 Grundlagen des öffentlichen Haushaltrechts



**Beispiel:** Zur eigennützigen Begehung zählt etwa die Verwendung des anvertrauten Geldes als Sicherheit für eigene Kredite.<sup>23</sup> Auch die Annahme einer gesetzlich oder vertraglich nicht vorgesehenen „Abgeltung“ für nicht in Anspruch genommenen Urlaub durch den Treupflichtigen kann den Untreuetatbestand erfüllen.

Uneigennützig ist der Treubruch in den hier in Mitten stehenden Fällen sogenannter Haushaltsuntreue: Etwa durch die Bildung schwarzer Kassen (*Kulturamtsleiterfall*) oder durch die zweckwidrige Verwendung von Mitteln. Auf diese Konstellationen wird im Einzelnen noch zurückzukommen sein.

## 2.6 Nachteilszufügung

Entscheidende weitere Voraussetzung für beide Alternativen ist die Zufügung eines Nachteils für das zu betreuende Vermögen gegenüber dem Treugeber oder dem Vermögensinhaber. Dieser Nachteil wird festgestellt durch den Vergleich des Vermögensbestands vor der Untreuehandlung mit demjenigen nach der Untreuehandlung (*Saldierung*). Bleibt Letzterer hinter dem Ausgangswert zurück, ist ein untreuerelevanter Schaden gegeben. Wird eine eingetretene Vermögenseinbuße demgegenüber durch eine aus der Untreuehandlung resultierende, gleichwertige Gegenleistung kompensiert, scheidet eine Strafbarkeit gemäß § 266 StGB grundsätzlich aus.

Neben den Fällen der Minderung des zu betreuenden Vermögens besteht ein Vermögensnachteil zudem auch im Unterlassen einer gebotenen Vermögensmehrung, wie z. B. der Geltendmachung eines Anspruchs.

Darüber hinaus ist allgemein anerkannt, dass auch ohne eine endgültige Vermögensminderung ein untreuerelevanter Nachteil dann vorliegt, wenn das Vermögen des Treugebers derart gefährdet ist, dass die Gefährdung bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise bereits zu einer Minderbewertung der gegenwärtigen Vermögenslage führt („*schadensgleiche Vermögensgefährdung*“, oft auch als „*Gefährdungsschaden*“ bezeichnet).<sup>24</sup>

Die Konstruktion der **schadensgleichen Vermögensgefährdung** wurde ursprünglich im Rahmen der Schadensdogmatik des Betrugs entwickelt, ist jedoch nach herrschender Meinung auf den Nachteilsbegriff des § 266 StGB zu übertragen.<sup>25</sup> Hintergrund dieser Entwicklung ist das seit jeher bestehende kriminalpolitische Bedürfnis an der strafrechtlichen Erfassung aller Fälle, in denen eine Pönalisierung wünschenswert erscheint. Hierzu zählen insbesondere auch Teile derjenigen Fälle, in denen einer Leistung grundsätzlich eine gleichwertige Gegenleistung gegenübersteht, die aber gleichwohl dazu führen, dass der Betroffene durch das Geschäft in wirtschaftliche Bedrängnis gerät. Auf der anderen Seite sind einer beliebigen Ausweitung des Schadensbegriffs dadurch Grenzen gesetzt, dass Betrug und Untreue grundsätzlich nur gegen das Vermögen selbst gerichtete Straftaten erfassen und der bloße Angriff auf die Verfügungsfreiheit demgegenüber nach



## I 1 Grundlagen des öffentlichen Haushaltrechts

der Grundkonzeption des StGB nur gegen Gewalt oder Drohung geschützt ist (§ 240 StGB).

Dieses Spannungsverhältnis hat der 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofs in seiner Grundsatzentscheidung zum sogenannten *Melkmaschinenfall*<sup>26</sup> dahingehend aufgelöst, dass bei Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung bzw. einer bloßen Einschränkung der Verfügungsfreiheit eine schadensgleiche Vermögensgefährdung nur dann angenommen werden kann, wenn darüber hinaus der Betroffene die angebotene bzw. erhaltene Leistung nicht oder nicht in vollem Umfang zu dem vertraglich vorausgesetzten Zweck verwenden kann<sup>27</sup>, durch die eingegangene Verpflichtung zu vermögensschädigenden Maßnahmen genötigt wird<sup>28</sup> oder infolge der Verpflichtung nicht mehr über die Mittel verfügen kann, die zur Erfüllung seiner sonstigen Verpflichtungen oder sonst für eine seinen persönlichen Verhältnissen angemessene Lebensführung unerlässlich sind.<sup>29</sup>

Danach liegt in unserem *Geschäftsführerfall* (Fall 1) die Nachteilszufügung in der Gefährdung des Vermögens der GmbH: Zwar ist ein per Saldo messbarer Schaden mit Abschluss des Darlehensvertrags scheinbar noch nicht eingetreten, vielmehr wird bei Auszahlung der Darlehenssumme durch die Bank das Vermögen der GmbH scheinbar erst einmal vermehrt. Da aber die Rückzahlungsverpflichtungen (Zins und Tilgung) die Leistungsfähigkeit der GmbH übersteigen, liegt ein Vermögensschaden zumindest in Form einer schadensgleichen Vermögensgefährdung vor.

Ausgehend von den Grundsätzen des *Melkmaschinenfalls* und unterstützt durch die Tatsache, dass sich das Untreuestrafrecht aufgrund der Unbestimmtheit des Tatbestands stark an der Kasuistik orientieren muss, um noch irgendwie vorhersehbar zu sein, haben sich im Laufe der Jahre mehrere Fallgruppen der schadensgleichen Vermögensgefährdung herausgebildet<sup>30</sup>, zu denen u. a. die im Folgenden interessierende Haushaltsuntreue zählt. Gerade die Frage der Nachteilszufügung stellt eines der zentralen Probleme der Haushaltsuntreue dar. Auf die dortigen Ausführungen sei hier verwiesen. (vgl. Kapitel 3.2)

### 2.7 Vorsatz

Die Untreue gemäß § 266 StGB ist nur strafbar, wenn der Täter vorsätzlich handelt. Nach gebräuchlicher Formel bedeutet Vorsatz das „*Wissen und Wollen*“ der objektiven Tatbestandsmerkmale.<sup>31</sup> Bezüglich der Untreuehandlung muss der Täter sich also seines Missbrauchs oder seiner Pflichtwidrigkeit bewusst sein. Er muss wissen, dass sein Verhalten das Vermögen seines Auftraggebers schädigt, und er muss dies auch wollen.

**Vorsatz fehlt** beispielsweise, wenn der zuständige Verwaltungsbeamte, der hierfür nicht zuständig ist, nur versehentlich eine außer Verhältnis stehende Gage an den Künstler überweist. Eine strafbare Untreue liegt in solchen Fällen nicht vor.



## 2.8 Täterschaft und Teilnahme

Täter kann nur derjenige sein, der die oben (vgl. 2.2) ausführlich erörterte Vermögensbetreuungspflicht bzw. die erforderliche Sonderbeziehung zum Geschädigten innehat. Dennoch können sich auch andere natürliche Personen strafbar machen, nämlich durch **Beteiligung an der Untreue**. Insofern kommen **Anstiftung** (§ 26 StGB) und **Beihilfe** (§ 27 StGB) in Betracht.



**Beispiel:** Zu nennen wäre hier etwa ein beratendes Gremium, wie das Kuratorium oder der Beirat einer kulturellen Einrichtung, etwa einer Stadttheater-GmbH. Man nehme an, dieses Gremium sei selbst nicht entscheidungsbefugt, sondern habe vor allem hinsichtlich der künstlerischen Planung und der Öffentlichkeitsarbeit beratende Funktion gegenüber der Geschäftsführung. Eine Vermögensbetreuungspflicht der Mitglieder des Gremiums liegt also nicht vor. Wenn dieses Gremium nun den Geschäftsführer bei dessen Untreuehandlungen z. B. dabei unterstützt, die veruntreuten Gelder der Öffentlichkeit und den Gesellschaftern gegenüber als künstlerisch notwendige Ausgaben zu deklarieren, so liegt in dem zugrundeliegenden Beschlussverhalten eine Beihilfe zur Untreue durch die Gremienmitglieder. Hat das Gremium den Entschluss zur Untreue erst veranlasst, also den Treupflichtigen hierzu „bestimmt“, so liegt Anstiftung vor.<sup>32</sup>

## 3. Die sogenannte Haushaltsuntreue

Nach der Darstellung der Grundlagen des Untreuetatbestands können nun die besonderen Probleme der sogenannten Haushalts- oder Amtsuntreue betrachtet werden.

### 3.1 Grundsatz: Haushaltswidrigkeit nicht gleich Haushaltsuntreue

„*Es gibt keinen Tatbestand der Haushaltsuntreue, der alleine die Pflichtwidrigkeit haushaltswidriger Verfügungen mit Strafe bedroht.*“ Dieses Zitat aus der oben dargestellten *Bugwellenentscheidung* des BGH<sup>33</sup> macht deutlich, dass der pure Verstoß gegen das Haushaltsrecht bzw. die Grundsätze der Haushaltsführung (vgl. Beitrag I 1.1, Kap. 3 und I 1.2, Kap. 7) gemäß § 266 I StGB nicht strafbar ist. Vielmehr muss auch bezogen auf die konkret nachgewiesene pflichtwidrige Verfügung ein Vermögensnachteil der öffentlichen Hand nachgewiesen werden.

In diesem Urteil heißt es deshalb auch: „*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.*“



## I 1 Grundlagen des öffentlichen Haushaltrechts

In der neuesten mit unserer Thematik befassten Entscheidung hat der BGH<sup>34</sup> diesen Grundsatz erneut bestätigt und nochmals explizit festgestellt, dass „[...] *nicht jeder Verstoß gegen haushaltsrechtliche Vorschriften einen Vermögensnachteil (begründet).*“

Dennoch kann man bei der Haushaltsuntreue nicht einfach argumentieren, ein Vermögensschaden liege in diesen Fällen nie vor, da das Vermögen in der Regel der öffentlichen Hand wieder zugeführt werde. Denn bei der Haushaltsuntreue liegt stets nur uneigennütziges Verhalten des Intendanten, Verwaltungsdirektors, Fördervereins etc. vor. So war es in unseren Fällen *Kulturamtsleiter* (Fall 2) und *Bugwelle* (Fall 3), in denen die Haushaltswidrigkeit immer nur zur Finanzierung der jeweiligen Kulturprojekte diente. Im einen Fall wurden also die Veranstaltungen der städtischen Halle und im anderen die Aufführungen der Stuttgarter Staatsoper mit den haushaltsrechtswidrigen Mitteln finanziert. Wendete man also ganz naiv das oben gezeigte Saldierungsprinzip an, so könnte man einen Vermögensschaden auch verneinen. Dies wäre mit dem Argument erreichbar, dass die durch die haushaltswidrige Verfügung erhaltene Gegenleistung „gleichwertig“ war, weil im *Kulturamtsleiter*- und im *Bugwellenfall* die engagierten Künstler bzw. die erworbenen Gegenstände „ihr Geld wert“ waren. Ein Nachteil für das jeweilige Vermögen liege also gar nicht vor, da es *vor* der Untreuehandlung genauso hoch wie *nach* der Untreuehandlung gewesen sei.

So einfach liegen die Dinge aber nicht. In gewissem Umfang ist anerkannt, dass für die Beurteilung des Vermögensnachteils bei der Haushaltsuntreue auch (aber eben nicht nur) der Aspekt der *Verfälschung des Staatswillens*<sup>35</sup> bzw. die Erhaltung der Dispositionsfreiheit des Haushaltsgesetzgebers<sup>36</sup> eine Rolle spielt.

Im Folgenden soll deutlich werden, wo die Rechtsprechung die bisher noch undeutliche Grenze zwischen bloßer Haushaltswidrigkeit und Haushaltsuntreue zu ziehen versucht.

### 3.2 Eindeutig erfasste Fälle

Eindeutige Fälle einer strafbaren Untreue durch haushaltswidriges Verhalten sind:

- der vollständig zweckwidrige Einsatz öffentlicher Mittel
- die Bildung schwarzer Kassen

Der **vollständig zweckwidrige Einsatz öffentlicher Mittel** richtet deshalb einen Schaden an, weil die zweckgebundenen Mittel verringert werden, ohne dass der haushaltsrechtlich vorgesehene Zweck erreicht wird.<sup>37</sup> Nach dem bisher Gesagten ist die sich ergebende Strafbarkeit klar: Es geht nicht um uneigennütziges Verhalten, bei dem lediglich gegen die Grundsätze des Haushaltsrechts verstoßen wird, sondern um den direkten Entzug von Vermögen ohne adäquate Gegenleistung.



## I 1 Grundlagen des öffentlichen Haushaltrechts



**Beispiel:** Zu nennen sind hier gänzlich nutzlose Aufwendungen, wie etwa die Verwendung zweckgebundener Mittel für eine Sylvesterparty der Mitarbeiter<sup>38</sup>. Auch die Bezahlung erhöhter Preise an einen Lieferanten bei Vereinbarung von Rückzahlungen an die Person des Verfügenden fällt in diese Kategorie (dieses korrupte Verhalten wird teils mit dem Euphemismus „Kick-back“ bezeichnet). Hier erwächst dem öffentlichen Vermögensträger kein wirtschaftlich gleichwertiger Vorteil.<sup>39</sup>

Strafbare Untreue liegt aber eben auch bei der **Bildung schwarzer Kassen** vor. Wie bereits angedeutet, hat die Rechtsprechung zur Einrichtung, Unterhaltung und Verwendung schwarzer Kassen durch die jüngsten Ausführungen des BGH im Rahmen seiner ersten Entscheidung im *Siemens-Skandal*<sup>40</sup> eine entscheidende Änderung erfahren, die letztlich auch für die hier inmitten stehende Haushaltsuntreue nicht folgenlos bleiben wird.

So hatte die Rechtsprechung bisher die Bildung schwarzer Kassen als Unterfall der schadensgleichen Vermögensgefährdung angesehen. In unserem Fall 2 (vgl. 1.2) hatte der Kulturamtsleiter die Finanzierung einiger Veranstaltungen über eine solche schwarze Kasse getätigt. Wiewohl die Gelder letztlich dem dafür vorgesehenen Zweck, nämlich der Finanzierung der kulturellen Veranstaltungen der Stadt zuflossen, lag hier ein Nachteil in Form einer schadensgleichen Vermögensgefährdung schon durch die Einrichtung dieser Kasse vor. Denn diese entzieht den Vermögensposten zunächst dem ordnungsgemäßen Zugriff durch den Vermögensinhaber. Dies begründet die Gefahr, dass der Täter nach eigenem Gutdünken eigenmächtig und unkontrolliert über die Mittel verfügen kann. So besteht z. B. das Risiko, dass Dritte, etwa private Gläubiger des Täters, auf die Kasse zugreifen können.

Eine solche Subsumtion unter die Konstruktion der schadensgleichen Vermögensgefährdung ist jedoch aus mehreren Gründen problematisch.

Zum einen bleibt das Vermögen durch die Bildung einer schwarzen Kasse grundsätzlich im Unternehmen vorhanden und ist dort lediglich dem Bestimmungsrecht des Treugebers entzogen. Bereits im *Kulturamtsleiterfall* hatte der BGH daher Zweifel am Vorliegen eines Gefährdungsschadens für diejenigen Fälle geäußert, in denen keine Anhaltspunkte für die Unzuverlässigkeit der betroffenen Person bestehen.<sup>41</sup> Die Besonderheit bestand in diesem Fall allerdings darin, dass ein Teil der Gelder durch die Überweisung an die Steller der fingierten Rechnungen kurzzeitig den Unternehmensbereich verlassen hatten und der Kulturamtsleiter nach der Auffassung des Senats nicht ausschließen konnte, dass die Rückerlangung der Gelder letztlich verhindert oder doch zumindest deutlich erschwert werden könnte.<sup>42</sup>

Zum anderen ist die Konstruktion der schadensgleichen Vermögensgefährdung in Bezug auf den Tatbestand der Untreue insgesamt kritisch zu betrachten, da es sich hierbei faktisch um eine Vorverlagerung des Vollendungszeitpunkts in das Versuchstadium handelt. Da jedoch der Untreueversuch, anders als der Versuch des



## I 1 Grundlagen des öffentlichen Haushaltrechts

Betrugs (§ 263 Abs. 2 StGB), straflos ist, ist insoweit eine äußerst restriktive Handhabung angezeigt.<sup>43</sup> Erschwerend kommt zudem hinzu, dass dem Untreuetatbestand im Vergleich zum Betrug auch das subjektive Korrektiv der Bereicherungsabsicht fehlt und der Untreuetatbestand ohnehin an der Grenze zur Verfassungsmäßigkeit formuliert ist.<sup>44</sup>

Dieses kriminalpolitische Bedürfnis hat der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs letztlich in seiner Entscheidung zum Fall *Kanther/Wehrauch*<sup>45</sup>, dem die Bildung schwarzer Kassen durch Verantwortliche einer politischen Partei zugrunde lag, umgesetzt und eine Einschränkung der Strafbarkeit durch Verschärfung der Anforderungen an den Untreuevorsatz vorgenommen: „*Nach Ansicht des Senats ist der Tatbestand der Untreue in Fällen der vorliegenden Art im subjektiven Bereich dahingehend zu begrenzen, dass der bedingte Vorsatz eines Gefährdungsschadens nicht nur Kenntnis des Täters von der konkreten Möglichkeit eines Schadenseintritts und das Inkaufnehmen dieser konkreten Gefahr voraussetzt, sondern darüber hinaus eine Billigung der Realisierung dieser Gefahr, sei es auch nur in der Form, dass der Täter sich mit dem Eintritt des ihm unerwünschten Erfolges abfinde.*“<sup>46</sup>

Die Beschränkung auf „*Fälle der vorliegenden Art*“ hat der BGH in späteren Entscheidungen aufgegeben und die genannten subjektiven Einschränkungen auf alle Fälle der schadensgleichen Vermögensgefährdung ausgedehnt.<sup>47</sup>

Diese wünschenswerte Einschränkung wenigstens des subjektiven Tatbestands hätte auch maßgebliche Bedeutung für die Strafbarkeit der Haushaltsuntreue gehabt. Wenn nämlich letztlich die Gelder aus der schwarzen Kasse zweckentsprechend hätten verwendet werden sollen, könnte eine Billigung der Realisierung der Gefahr durch den Betroffenen gerade nicht angenommen werden. Letztlich wären danach auch die noch im *Kulturamtsleiterfall* für strafbar erachteten Fälle straflos, in denen der Betroffene sicher mit der Rückführung der Gelder durch die Steller der fingierten Rechnungen gerechnet hatte und sich ihm auch nichts Gegenteiliges hätte aufdrängen müssen.

Nachdem die Entscheidung zum Fall *Kanther/Wehrauch* jedoch von Anfang an auf vehementen Widerstand insbesondere des 1. Strafsenats des BGH<sup>48</sup> gestoßen ist, hat der 2. Strafsenat seine einschränkende Rechtsprechung in seiner Entscheidung zum Fall *Siemens/ENEL*<sup>49</sup> wieder aufgegeben und – im Gegenteil – die bisher bestehende Rechtslage sogar deutlich verschärft. Der 2. Strafsenat sieht nunmehr in der Bildung schwarzer Kassen nicht mehr nur eine bloße Vermögensgefährdung, sondern bereits einen vollendeten Schadenseintritt. Zur Begründung hat der 2. Senat in Rz. 43 seiner Entscheidung ausgeführt: „*Indem der Angeklagte Geldvermögen der Siemens AG in den verdeckten Kassen führte und der Treugeberin auf Dauer vorenthielt, entzog er diese Vermögensteile seiner Arbeitgeberin endgültig. Diese konnte auf die verborgenen Vermögenswerte keinen Zugriff nehmen. Die Absicht, die Geldmittel [...] im Interesse der Treugeberin einzusetzen [...], ist hierfür ohne Belang.*“



## I 1 Grundlagen des öffentlichen Haushaltrechts

In Rz. 47 heißt es weiter: „Die Möglichkeit zur Disposition über das eigene Vermögen gehört zum Kern der von § 266 StGB geschützten Rechtsposition.“

Allein in der **Einrichtung und Unterhaltung einer schwarzen Kasse** liegt danach ein endgültiger Schaden und somit eine **vollendete Untreue**. Auf die Frage, zu welchem Zweck die Gelder aus der schwarzen Kasse verwendet werden sollen, kommt es nicht an. Sogar die Absicht, damit dem Treugeber zu einem Vermögensgewinn zu verhelfen, ist ohne Belang. Im Ergebnis definiert der BGH damit das Schutzgut der Untreue neu. Handelte es sich bisher um ein reines Vermögensdelikt, ist nunmehr eine Tendenz hin zum „*Entscheidungsfreiheitsgefährdungsdelikt*“<sup>50</sup> bzw. hin zum Schutz auch der reinen Dispositionsfreiheit gegeben. Die damit verbundene Ausweitung der Strafbarkeit ist insbesondere im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG höchst bedenklich.

Die konkreten Auswirkungen der Entscheidung auf die korrespondierenden Fälle der Haushaltsuntreue bleiben abzuwarten. Die Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung durch den BGH ist offenkundig von der rechtspolitischen Motivation einer effektiven Korruptionsbekämpfung getragen<sup>51</sup>, so dass sie nicht zwingend unreflektiert auf den Bereich der Haushaltsuntreue übertragen werden kann. Auch deutet der 2. Strafsenat in Rz. 45 der *Siemens-Entscheidung* selbst an, dass sich im Bereich der Haushaltsuntreue aufgrund der dort relevanten Fragen der Zweckerreichung etwas anderes ergeben könne. Nimmt man jedoch konsequent durch die Einrichtung der schwarzen Kasse bereits einen Vollendungsschaden an, stellt eine eventuelle spätere Zweckerreichung gerade keinen gegenwärtigen, schadenskompensierenden Vorteil dar. Eine Strafbarkeit wegen Untreue wird bei der Bildung schwarzer Kassen daher auch in den Fällen der Haushaltuntreue unvermeidbar sein.

Selbst wenn die Gelder verdeckt zwischen zwei verschiedenen Behörden ein und desselben Vermögensträgers verschoben werden, kommt Untreue in Frage.<sup>52</sup> Wenn also etwa ein Verantwortlicher im Kultusministerium an die Staatsoper aus unverbrauchten Ausgabeermächtigungen eines für gänzlich andere Aufgaben gedachten Titels Gelder überweist, die in der Oper dann auf ein für allgemeine Ausgaben vorgesehenes Konto eingestellt werden, so kann darin eine strafbare Untreue liegen: Zum einen können die Gelder nicht mehr für den Zweck verwendet werden, dem sie gewidmet sind. Zum anderen aber birgt die verdeckte Überweisung der Mittel die Gefahr, dass diese zweckwidrig und nach eigenem Gutdünken (und unter Hintanstellung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit) verwendet werden, weil sie keiner Kontrolle und Transparenz mehr unterworfen sind.

Anders kann dies allerdings bei den unten noch zu behandelnden Fällen eines Verstoßes gegen die sachliche Bindung der Haushaltsmittel innerhalb derselben Verwaltungseinheit liegen. (vgl. 3.5)





### 3.3 Nicht erfasste Fälle

#### Nicht vom Untreuetatbestand des § 266 StGB erfasst werden:

- bloße Haushaltsüberziehungen
- letztlich folgenlose Haushaltswidrigkeiten

Bei der bloßen **Haushaltsüberziehung** wird seitens des Treupflichtigen nicht manipuliert. Es werden lediglich öffentliche Mittel zum haushaltsrechtlich vorgesehenen Zweck, aber über den dafür vorgesehenen Betrag hinaus verwandt. Es handelt sich also um überplanmäßige Ausgaben (vgl. Beitrag I 1.2., Kap. 7): Werden diese alsbald den für die Nachtragsbewilligung zuständigen Stellen mitgeteilt, so liegt bereits der Tatbestand des § 266 I StGB nicht vor. Im Übrigen fehlt es auch am Vorsatz.

Dies gilt auch für die Fälle der letztlich irrelevanten Haushaltswidrigkeit. Eine Strafbarkeit lässt sich also dann ausschließen, wenn Mittel zwar entgegen Haushaltsrecht, aber doch für die Erfüllung von Aufgaben verwendet werden, die der Vermögensträger ohnehin wahrnehmen musste. Ihm wird damit sogar die sonst unumgängliche Inanspruchnahme anderweitiger dafür im Haushaltsplan bewilligter Mittel erspart.<sup>53</sup>



**Beispiel:** So liegt es bei einer notwendigen Reparatur eines Transportfahrzeugs. Mögen deren Kosten auch weit über die dafür im Haushaltsplan vorgesehenen Mittel hinausgehen, entfällt doch die Strafbarkeit bereits dann, wenn die nachträgliche Bewilligung durch die zuständige Stelle mit Sicherheit zu erwarten ist. Denn bei Nichterfolgen der Reparatur hätte im nächsten Haushalt entweder diese Reparatur oder gar ein neues Fahrzeug eingeplant werden müssen.

### 3.4 Problematische Fälle

Schwieriger sind bezüglich ihrer Strafbarkeit folgende **Verstöße gegen das Haushaltsrecht** einzuordnen, nämlich:

- gegen die sachliche Bindung der Haushaltsmittel
- gegen die zeitliche Bindung der Haushaltsmittel
- gegen die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit

Der **Verstoß gegen die sachliche Bindung der Haushaltsmittel** ist abzugrenzen von der oben bereits dargestellten zweckwidrigen Mittelverwendung im weiteren Sinne. Während dort Mittel dem öffentlichen Haushalt letztlich (entweder vollständig oder zumindest vorübergehend) entzogen werden, geht es hier um den Fall, dass grundsätzlich zur Verwaltungsaufgabe gehörende Einrichtungen in ein und derselben Verwaltungseinheit aus einem dafür nicht vorgesehenen Titel bezahlt werden. Es wurde bereits gezeigt, dass dieses Verhalten dann nicht strafbar ist, wenn ein Nachtragshaushalt mit Sicherheit hätte genehmigt werden müssen.



## I 1 Grundlagen des öffentlichen Haushaltrechts

Andererseits haben wir schon gesehen, dass die verdeckte Verschiebung von Geldern zwischen zwei Verwaltungseinheiten des gleichen Vermögensträgers strafbar ist.

Ein **Verstoß gegen die zeitliche Bindung der Haushaltsmittel** liegt vor, wenn, wie im Fall des Stuttgarter Staatstheaters, Verbindlichkeiten eingegangen werden, die aus den Mitteln des laufenden Haushaltsjahres nicht mehr getragen werden können. Die Rechnungen werden dann also lange liegen gelassen, um sie aus Mitteln des folgenden Haushaltsjahres begleichen zu können.

Problematisch hinsichtlich einer Strafbarkeit aus § 266 I StGB sind schließlich **Verstöße gegen die allgemeinen haushaltsrechtlichen Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit**. Hier werden Gelder zwar im Rahmen der haushaltsrechtlich vorgeschriebenen Zweckbestimmung und Mittelveranschlagung verwendet. Jedoch wird dieser Zweck insofern nur unzureichend erfüllt, als z. B. Ämterpatronage betrieben wird, überhöhte Preise bezahlt oder bloße Luxusanschaffungen getätigt werden.

Der Fall der **Ämterpatronage** oder **Günstlingswirtschaft** ist besonders intrikat. Hier wird ein (Partei-)Günstling bei einer Stellenbesetzung den qualifizierteren Bewerbern vorgezogen. Doch ist die strafrechtliche Beurteilung aus zwei Gründen schwierig: Zum einen wird etwa bei der Verpflichtung eines künstlerischen Leiters oder Theaterintendanten schwer nachweisbar sein, dass der bevorzugte tatsächlich eine geringere Qualifikation aufweist als seine Mitbewerber. Denn die berufliche Qualifikation ist im künstlerischen Bereich nicht eine rein objektive Frage der Ausbildung und des beruflichen Werdegangs, sondern eben auch und vor allem Frage der subjektiven Einschätzung des Kandidaten durch den jeweiligen Betrachter, seien dies nun die Feuilletons der Tageszeitungen, das Publikum oder die zur Entscheidung berufenen Künstler oder Politiker. Nur in äußersten Grenzfällen wird es also einmal feststellbar sein, dass der Eingestellte aufgrund einer persönlichen Beziehung zu einem Entscheidungsträger eingestellt wurde, wiewohl ihm die Qualifikation für die Tätigkeit fehlt.

Man wird hier deshalb ausnahmsweise schon beim objektiven Tatbestand der Untreue die innere Einstellung des Entscheidungsträgers nicht außer Acht lassen können.



**Beispiel:** Entscheidet sich also etwa der zuständige Politiker gegen den ausdrücklichen Rat seiner künstlerischen Berater und auch gegen die eigene Überzeugung, nicht den hervorragend ausgewiesenen und international anerkannten Künstler zum Intendanten des Opernhauses zu berufen, sondern für das bisher ohne jede Erfahrung in der Leitung von künstlerischen Einrichtungen gebliebene Mitglied der eigenen Partei, ist Untreue denkbar. Genauso mag Untreue in Frage kommen, wenn in einem Staatstheater gegen die eigene künstlerische Überzeugung nicht der hervorragend ausgebildete und hochbegabte Tenor,



## I 1 Grundlagen des öffentlichen Haushaltrechts

sondern der mit wenigen Gesangsstunden kaum befähigte Sohn des Generalmusikdirektors eine Rolle erhält.

Doch hier zeigt sich das zweite Problem der strafrechtlichen Beurteilung von Günstlingswirtschaft: Wie soll nämlich der Vermögensschaden nachgewiesen werden, der durch die Einstellung des Minderqualifizierten entstanden sein müsste? Es ist ja kaum ermittelbar, ob das Publikum dem Kulturbetrieb wegen dieses Günstlings fernbleibt, oder weil es mit der allgemeinen künstlerischen Ausrichtung, den einzelnen Ausstellungen und Inszenierungen etc. nicht einverstanden ist. Die zur Feststellung des Vermögensschadens notwendige Saldierung (vgl. 2.5) ist hier kaum durchführbar.

Aus diesem Grund wird es also kaum je zu einer strafrechtlichen Verurteilung wegen Untreue bei Ämterpatronage kommen, was natürlich nicht bedeuten soll, dass solche für den jeweiligen Entscheidungsträger wenig schmeichelhaften Verhaltensweisen nicht dienst- bzw. arbeitsrechtliche Folgen haben können.

Es bleiben also als problematische Fälle noch die oben genannten weiteren Fälle von Verstößen gegen die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit sowie die Verstöße gegen die sachliche und zeitliche Bindung der Haushaltsmittel.

### 3.5 Die Grundsätze der Entscheidung des Bundesgerichtshofs im *Bugwellenfall*

Zur Lösung der verbleibenden Problemkonstellationen lassen sich zunächst die vom BGH in der mehrfach erwähnten *Bugwellenentscheidung* (BGHSt 43, S. 293 ff.) aufgestellten Grundsätze heranziehen.

Der BGH hat in dieser nicht unumstrittenen Entscheidung, wie es in einem Kommentar des Intendanten Nix heißt, „[...] einer vorzustellenden *Kriminalisierung von Theaterintendanten entgegengewirkt*.“<sup>54</sup> Ein „*Ende der Haushaltsuntreue*“, wie teilweise apostrophiert, läutet das Urteil aber keineswegs ein.

Denn der 1. Strafsenat des BGH betätigt zunächst einmal die ständige Rechtsprechung, wonach Untreue im Sinne des § 266 StGB auch bei Verstößen gegen haushaltsrechtliche Vorgaben gegeben sein kann.

Allerdings hält es der Senat für erforderlich, nicht pauschal auf das Gesamtergebnis der Wirtschaftsperiode abzustellen, sondern jede einzelne Handlung darauf zu untersuchen, ob der Mitteleinsatz pflichtwidrig war und deshalb zu einem Vermögensnachteil geführt hat, weil er zweckwidrig oder sonst dem betreuten Vermögen nachteilig war. Den Blick alleine auf das Haushaltsjahr, nicht jedoch auf die einzelne Ausgabe zu richten, hält das Gericht also für unzulässig.



## I 1 Grundlagen des öffentlichen Haushaltrechts

Der Senat stellt nunmehr mit der oben (vgl. 3.1) bereits zitierten Sentenz den wichtigen Grundsatz auf, dass nicht jeder Verstoß gegen Haushaltsrecht bereits den Tatbestand der Untreue erfüllen könne. Denn Untreue als Vermögensdelikt erfordere stets den Nachweis eines Vermögensnachteils. Die Urteilsgründe stellen nunmehr auf die hier schon getroffene Unterscheidung von zweckwidriger Mittelverwendung und grundsätzlich zweckentsprechender Mittelverwendung ab. Während erstere bereits deshalb Untreue sein könne, weil zweckgebundene Mittel verringert würden, sei im zweiten Fall einer Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung nicht ohne Weiteres Untreue gegeben.

Es wird noch einmal betont, dass die Feststellung der Gleichwertigkeit, also die Frage, ob die Leistung der Gegenleistung entspreche, im Bereich staatlicher Subventionen oder staatlicher Kunstförderung problematisch sei. Entscheidend sei (wie oben gezeigt) eine Saldierung, also anders gesagt die Frage, ob die durch die beanstandete Verfügung ergangene Leistung ihren Preis wert sei. Das Gericht trifft unter Verweis auf ein früheres Urteil<sup>55</sup> die tröstliche Feststellung, dass ein Vermögensnachteil nicht schon deshalb vorliege, weil das Geld für kulturelle Zwecke ausgegeben wurde. Im konkreten Fall seien also die Haushaltsüberschreitungen unmittelbar den damit verknüpften Einnahmeausfällen, Ausfällen von Sponsorenleistungen, Vertragsstrafen „und dergleichen mehr“ gegenüberzustellen. Dies ist – wie wir bereits gesehen haben – ein schwieriges Unterfangen, weil man nur selten festzustellen in der Lage sein wird, dass Einnahmeausfälle auf ein konkretes Ereignis zurückgehen.

Dies erkennt dann offenbar auch der Senat und kommt zur wohl entscheidenden Passage seiner Urteilsgründe: Ein Vermögensnachteil komme nämlich unter besonderen Voraussetzungen auch dann in Betracht, wenn Leistung und Gegenleistung gleichwertig seien. Ein solcher Nachteil sei insbesondere dann zu bejahen, wenn der betroffene Vermögensinhaber durch die Verfügung mangels ausreichender Liquidität in Zahlungsschwierigkeiten gerate, er die erforderlichen Mittel durch eine hoch zu verzinsende Kreditaufnahme aufbringen müsse oder wenn er durch die Verfügung sonst in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit weitgehend beeinträchtigt werde.

Dieser Gedanke ist nicht neu. Der BGH greift insoweit auf seine im *Melkmaschinenfall* (vgl. 2.6) entwickelten Grundsätze zurück. Übertragen auf die Haushaltsuntreue bedeute dies, dass die Grenze von der haushaltsrechtlichen Kompetenzüberschreitung zur strafbaren Untreue nach folgender Regel zu treffen ist: „*Ungeachtet der Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung kommt strafbare Untreue in Betracht, wenn durch die Haushaltsüberziehung eine wirtschaftlich gewichtige Kreditaufnahme erforderlich wird, wenn die Dispositionsfähigkeit des Haushaltgebers in schwerwiegender Weise beeinträchtigt wird und er durch den Mittelaufwand insbesondere in seiner politischen Gestaltungsbefugnis beschnitten wird.*“



## I 1 Grundlagen des öffentlichen Haushaltrechts

Im konkreten Sachverhalt der Überschreitung der zeitlichen Bindung der Mittel an der Stuttgarter Staatsoper hält der Senat das Vorliegen solcher Umstände für nicht naheliegend. Die Sache wurde an die Vorinstanz zurückverwiesen, die das Verfahren einstellte.<sup>56</sup>

### 3.6 Konkretisierung der *Bugwellenentscheidung* im *Holzbackofenfall*

Diese vom 1. Strafsenat in der *Bugwellenentscheidung* herausgearbeiteten Grundsätze hat der 5. Strafsenat des BGH im *Holzbackofenfall*<sup>57</sup> ausdrücklich bestätigt und darüber hinaus entsprechend konkretisiert.

Der 5. Senat übernimmt zunächst wörtlich die oben zitierte Passage, nach welcher ungeachtet der Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung strafbare Untreue dann in Betracht kommt, wenn durch die Haushaltsüberziehung die Dispositionsfähigkeit des Haushaltsgebers in schwerwiegender Weise beeinträchtigt wird und er durch den Mittelaufwand insbesondere in seiner politischen Gestaltungsbefugnis beschnitten wird.<sup>58</sup>

Während sich die *Bugwellenentscheidung* insoweit jedoch mit der pauschalen Feststellung begnügt, das Vorliegen solcher Umstände liege im zu entscheidenden Fall nicht nahe, stellt sich der 5. Strafsenat zunächst die Frage, ob die im konkreten Fall verletzte haushaltsrechtliche Vorgabe überhaupt dem Schutz der Dispositionsfreiheit bzw. der politischen Gestaltungsfreiheit dient oder nicht.<sup>59</sup>

Der Senat orientiert sich damit an der auch in zahlreichen anderen Bereichen des StGB sowie in der StPO fruchtbar gemachten *Schutznormtheorie*. Nur, wenn die verletzte Norm auch dem Schutz des durch die Verletzung geschädigten Rechtsguts dient, kommt eine entsprechende Strafbarkeit in Betracht.

Für den konkreten Sachverhalt hat der Senat diese Frage bejaht und insoweit ausgeführt: „Die haushaltsrechtliche Regelung, grundsätzlich nur begonnene Projekte durch Subventionen zu fördern, stützt die Gestaltungsfreiheit des öffentlichen Subventionsgebers. Dieser kann so bei der Vergabe von Haushaltsmitteln unbeeinflusst durch einen vorherigen, möglicherweise wirtschaftlich riskanten Einsatz von Mitteln durch den Subventionsantragsteller die Subventionswürdigkeit eines Projekts, insbesondere auch im Vergleich zu anderen förderungswürdigen Projekten und unter Berücksichtigung der Gesamtheit der zur Verfügung stehenden Fördermittel, sachlich prüfen.“<sup>60</sup>

Der Senat misst der Vergaberichtlinie somit nicht nur eine formelle, sondern darüber hinaus auch eine materielle Bedeutung bei, die für die Berechtigung zum Erhalt einer Subvention konstitutive Bedeutung hat. Dass die Wiedereinrichtung und Betreibung der Holzbackstube grundsätzlich von der Zweckbestimmung der Fördermittel umfasst war, kann danach keine Rolle spielen. Konsequenterweise



## I 1 Grundlagen des öffentlichen Haushaltrechts

führt der Senat daher in Rz. 18 der Entscheidung in der Folge weiter aus: „*Wer aber die (materiellen) Voraussetzungen für die Leistung einer Subvention nicht erfüllt, hat auf sie keinen Anspruch; wie nahe sein Handeln dem gesetzgeberischen Motiv sonst kommt, ist ohne Bedeutung.*“

Wird die Subvention dennoch bewilligt, sei daher „[...] *die Staatskasse in Höhe der unberechtigten Leistung geschädigt.*“

Entsprechend des bereits dargestellten Grundsatzes, nach dem eine Strafbarkeit ausscheidet, wenn zweifelsfrei eine Nachtragsbewilligung erfolgt wäre (vgl. 3.3; *Kulturamtsleiterfall* Rz. 18), erkennt jedoch auch der 5. Senat eine Ausnahme von den dargestellten Grundsätzen für diejenigen Fälle an, in denen dem Antragsteller für die unberechtigte Leistung „[...] *fraglos eine Ausnahmegenehmigung [...] zu erteilen und ihm danach die Subventionsmittel zweifelsfrei zu gewähren gewesen wären.*“

Im konkreten Fall sah der BGH die Erteilung einer solchen Ausnahmegenehmigung als eher fern liegend an. Indem der BGH der Vergaberichtlinie eine materielle Bedeutung beimisst und insoweit die Tatsache unberücksichtigt lässt, dass das geförderte Projekt grundsätzlich von der Zweckbestimmung der Fördermittel umfasst war, lässt er unzweifelhaft die Tendenz erkennen, den Verstoß gegen eine Vergaberichtlinie bei zweckentsprechender Subventionsgewährung der vollständig zweckwidrigen Verwendung von Haushaltsmitteln gleichzustellen. In diesem Fall ist jedoch, wie bereits dargestellt, stets von einer strafbaren Untreue auszugehen. Dies erkennt der BGH offenkundig auch selbst und führt in Rz. 19 der Entscheidung dementsprechend aus: „*Vorliegend kommt zudem eine Nachteilszufügung durch die Verringerung zweckgebundener Mittel ohne vollständige Zweckerreichung in Betracht.*“

Abschließend setzt sich der Senat noch mit der Frage auseinander, wie sich die Tatsache auswirkt, dass der Zuwendungsbescheid später nicht aufgehoben (§ 48 VwVfG) bzw. widerrufen (§ 49 VwVfG) worden ist. Der Senat hat diesen Umstand als für die Tatbestandserfüllung unbeachtlich eingestuft und insoweit in Rz. 20 der Entscheidung ausgeführt: „*Schließlich ist ein Schaden bzw. Vermögensnachteil auch nicht etwa [...] deshalb zu verneinen, weil der Zuwendungsbescheid später nicht widerrufen worden ist. Für die Gewährung einer Subvention und ihre Rückforderung können unterschiedliche Voraussetzungen gegeben sein. Die Zurückforderung kann aus ganz anderen legalen Motiven – hier etwa, weil entstandene Arbeitsplätze nicht gefährdet werden sollten (vgl. UA S. 21) – als aufgrund eines ursprünglich bestehenden Anspruchs auf Subventionsgewährung unterbleiben.*“

Dieser Entscheidung ist unabhängig von der für die unterbliebene Rückforderung maßgeblichen Motivlage zuzustimmen. Denn nach der allgemeinen Betrugs- und Untreuedogmatik entfällt eine entsprechende Strafbarkeit nicht deswegen, weil der durch eine Tat verursachte Schaden nachträglich wegfällt oder wiedergutge-



## I 1 Grundlagen des öffentlichen Haushaltrechts

macht wird. Insoweit ist die Frage der Dauerhaftigkeit des Schadens bzw. der Schadenswiedergutmachung ausschließlich eine Frage der Strafzumessung. Eine tatbestandsausschließende Wirkung entfaltet auch das Einverständnis des Treugebers nur dann, wenn es bereits bei der Vornahme des Geschäfts vorgelegen hat.<sup>61</sup>

### 3.7 Beurteilung

Die *Bugwellenentscheidung* wurde in der Folge teils heftig kritisiert.<sup>62</sup> Diese Kritik ist insofern berechtigt, als man sich eine deutlichere dogmatische Präzisierung gewünscht hätte. Die Entscheidung macht es den Kulturschaffenden nicht eindeutig verständlich, wann sie sich im Bereich der strafbaren Untreue bewegen. Insbesondere sind die genannten Kriterien „*wirtschaftlich gewichtige Kreditaufnahme*“, „*schwerwiegende Beeinträchtigung der Dispositionsbefugnis*“ und „*Beschneidung insbesondere der politischen Gestaltungsbefugnis*“ wohl nicht bestimmt genug, um dem Praktiker eine konkrete Grenzziehung in jedem Fall zu ermöglichen.

Zwar bemüht sich der 5. Senat im *Holzbackofenfall* gegenüber der *Bugwellenentscheidung* um eine gewisse Konkretisierung, beschränkt diese im Ergebnis jedoch auf die Frage des Schutzzwecks der verletzten haushaltsrechtlichen Vorgaben. Eine konkrete Äußerung dahingehend, in welchen Fällen eine solche Verletzung eine schwerwiegenden Beeinträchtigung der Dispositions- bzw. politischen Gestaltungsbefugnis zur Folge hat, lässt sich auch dem *Holzbackofenfall* nicht entnehmen. Dies ist letztlich der Tatsache geschuldet, dass bei dem dort verfahrensgegenständlichen Betrag von rund einer halben Million Euro eine schwerwiegende Beeinträchtigung in der Tat nahe liegt und sich nähere Ausführungen damit erübrigen.

Dennoch machen beide Entscheidungen eines deutlich: Handelt es sich nun um einen Fall des Verstoßes gegen die sachliche oder zeitliche Bindung der Haushaltsmittel oder aber einen Verstoß gegen die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit – nach Ansicht des BGH können jedenfalls nur gravierende Folgen die Grenze des für die Tatbestandsmäßigkeit im Sinne des § 266 StGB erforderlichen Vermögensschadens überschreiten. Dies wird durch die Betonung auf die erforderliche gewichtige Kreditaufnahme und die schwerwiegende Beeinträchtigung der Dispositionsbefugnis ebenso deutlich wie durch das Abstellen auf die Notwendigkeit einer Beschneidung sogar der politischen Gestaltungsfreiheit des Haushaltsgebers (ein freilich äußerst zweifelhaftes Kriterium – denn die politische Gestaltungsfreiheit mag ja selbst bei erheblicher Schadenszufügung unbeeinträchtigt bleiben, soweit sie Entscheidungen für die Zukunft betrifft).

In den Bereich der Strafbarkeit fallen damit neben den dargestellten verschleiern den Haushaltsverstößen wie der Bildung schwarzer Kassen in erster Linie solche Verstöße gegen das Haushaltsrecht, die in der Folge erhebliche Auswirkungen auf die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Haushaltsgebers haben. Im *Bugwellenfall*, in dem eine Überschreitung des Einzelhaushalts um wenige Prozent erfolgte,



## I 1 Grundlagen des öffentlichen Haushaltrechts

so dass der Haushalt ohne Kreditaufnahme ausgeglichen werden konnte, liegt dies, anders als im *Holzbackofenfall*, in der Tat fern.

Nur für den Haushalt ohne Kreditaufnahme nahezu ruinöse Verstöße dürften nach den Kriterien des Bundesgerichtshofs unter § 266 StGB fallen.

Etwas anderes gilt freilich weiterhin für die Fälle der vollständig zweckwidrigen Mittelverwendung (also Entziehung des Vermögenswerts aus dem öffentlichen Vermögen). Insoweit hat die Entscheidung des 5. Senats im *Holzbackofenfall* die bedenkliche Tendenz erkennen lassen, den Verstoß gegen haushaltsrechtliche Vorgaben auch bei grundsätzlich zweckentsprechender Mittelverwendung der zweckwidrigen Verwendung von Haushaltsmitteln gleichzustellen. Die Entscheidung lässt daher befürchten, dass die Schwelle der Strafbarkeit gemäß § 266 StGB für den Bereich der Haushaltsuntreue in Zukunft deutlich niedriger angesetzt werden soll, als noch in der *Bugwellenentscheidung*. Die weitere Entwicklung der Rechtsprechung bleibt insoweit abzuwarten.

So oder so soll selbstverständlich nicht gesagt sein, dass die nach den im Laufe dieses Beitrags ermittelten Kriterien aus dem Bereich der Strafbarkeit herausfallenden Haushaltswidrigkeiten unproblematisch sind. Sie bleiben verwerflich und werfen nicht nur ein schlechtes Licht auf den Handelnden, sondern können dienst- aber auch zivilrechtlich erhebliche Konsequenzen nach sich ziehen.

## Anmerkungen und Quellennachweise

- <sup>1</sup> Abgedruckt in: Neue Stuttgarter Zeitung (NStZ) 1984, S. 549 ff.
- <sup>2</sup> Abgedruckt in: BGHSt 43, S. 293 ff. und Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1998, S. 913.
- <sup>3</sup> Bittmann, in: NStZ 1998, S. 495.
- <sup>4</sup> Abgedruckt in: NJW 2003, S. 2179 ff.
- <sup>5</sup> BGHSt 43, S. 297; Lackner, K.; Kühl, K. (2007): Strafgesetzbuch. 26. Auflage, München, § 266, Rn. 1; Fischer, T. (2009): Strafgesetzbuch. 56. Auflage, München, § 266, Rn. 2.
- <sup>6</sup> BGH, in: NStZ 2009, S. 95 ff.
- <sup>7</sup> Grundlegend BGHSt 24, S. 387; vgl. Lackner, K.; Kühl, K. (2007): Strafgesetzbuch. 26. Auflage, München, § 266, Rn. 4 m. w. N.
- <sup>8</sup> Vgl. ausführlich dazu und zu den Gegenauffassungen, die sich im Ergebnis nicht durchsetzen konnten: LK-Schünemann, B. (2006): 11. Auflage, § 266 Rn. 8 ff.; Münchener Kommentar (2006): StGB. 1. Auflage, München, § 266, Rn. 13 ff., jeweils m. w. N.
- <sup>9</sup> BGHSt 24, S. 368 ff.
- <sup>10</sup> Vgl. z. B. BGHSt 33, S. 244 (*Kreditkartenfall*); BGH, in: Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht (wistra) 1991, S. 307.
- <sup>11</sup> Münchener Kommentar (2006): StGB. 1. Auflage, München, § 266, Rn. 21.
- <sup>12</sup> Vgl. Knauer, Ch., in: NStZ 2009, S. 151.





## I 1 Grundlagen des öffentlichen Haushaltrechts

- <sup>13</sup> Hohmann, O., Sander, G. M. (2000): Strafrecht. Besonderer Teil 1, München, § 16, Rn. 8 f.
- <sup>14</sup> Vgl. den ähnlich gelagerten *Eisenbahnerfall*: BGHSt 13, S. 315.
- <sup>15</sup> BGH, in: NSTZ 1983, S. 455.
- <sup>16</sup> BGHSt 41, S. 229.
- <sup>17</sup> Hohmann, O., Sander, G. M. (2000): Strafrecht. Besonderer Teil 1, München, § 16, Rn. 13 ff.
- <sup>18</sup> Dies kann auch mittelbar erfolgen. Beispielsweise können die Kompetenzen zunächst auf den Kulturamtsleiter und dann von diesem auf die Theaterleitung übertragen werden. Vgl. Kunz, Ch. (1999): Praxishandbuch Theaterrecht. München, 2. Kapitel, Rn. 3.
- <sup>19</sup> Hohmann, O.; Sander G. M. (2000): Strafrecht. Besonderer Teil 1, München, § 16, Rn. 19; Lackner, K.; Kühl, K. (2007): Strafgesetzbuch. 26. Auflage, München, § 266, Rn. 6.
- <sup>20</sup> Vgl. Dierlamm, J., in: NSTZ 1996, S. 153.
- <sup>21</sup> Hohmann, O.; Sander, G. M. (2000): Strafrecht. Besonderer Teil 1, München, § 16, Rn. 26.
- <sup>22</sup> Heinrichs, H. (2009), in: Palandt, O.: BGB. 68. Auflage, München, § 134, Rn. 18.
- <sup>23</sup> BGH, in: wistra 1988, S. 191 f.
- <sup>24</sup> Wobei die Zufügung des Nachteils verstanden wird als gleichbedeutend mit dem Vermögensschaden beim Betrug, § 263 StGB. Vgl. Fischer, T. (2009): Strafgesetzbuch. 56. Auflage, München, § 266, Rn. 59 ff., 60, 72.
- <sup>25</sup> Münchener Kommentar (2006): StGB. 1. Auflage, München, § 266, Rn. 186.
- <sup>26</sup> BGHSt 16, S. 321 ff.
- <sup>27</sup> BGH, wie Anm. 26, Rz. 8, 14.
- <sup>28</sup> BGH, wie Anm. 26, Rz. 18.
- <sup>29</sup> BGH, wie Anm. 26, Rz. 19.
- <sup>30</sup> Vgl. dazu im Einzelnen: Münchener Kommentar (2006): StGB. 1. Auflage, München, § 266 Rn. 188.
- <sup>31</sup> Fischer, T. (2009): Strafgesetzbuch. 56. Auflage, München, § 15, Rn. 3. Die Einzelheiten, insbesondere zur Abgrenzung von (bewusster) Fahrlässigkeit und (bedingtem) Vorsatz, sind dabei heillos umstritten.
- <sup>32</sup> Zu den umfangreichen Problemen solcher Gremienentscheidungen: vgl. Knauer, Ch. (2001): Die Kollegialentscheidung im Strafrecht. München.
- <sup>33</sup> BGHSt 43, S. 29.
- <sup>34</sup> BGH, in: NSTZ 2003, S. 541 ff.; NJW 2003, S. 2179 ff.
- <sup>35</sup> Schönemann, B. (1998), in: Jähne, B.; Laufhütte, H. W.; Odersky, W. (Hrsg.): Leipziger Kommentar zum StGB. 11. Auflage, 27. Lieferung, Berlin, New York.
- <sup>36</sup> Volk, K. (1998): Stichwort „Haushaltsuntreue“, in: Krekler, W.; Tiedemann, K.; Ulsenheimer, K.; Weinmann, G. (Hrsg.): Handwörterbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts. Heidelberg, S. 3; ähnlich nun auch: BGHSt 43, S. 299: „*schwerwiegende Beeinträchtigung der Dispositionsfreiheit des Haushaltsgesetzgebers*“
- <sup>37</sup> BGHSt 19, S. 37 ff.; 43, 298.



## I 1 Grundlagen des öffentlichen Haushaltrechts

- <sup>38</sup> Beispiel nach: Lenckner, Th.; Perron, W. (2006), in: Schönke, A.; Schröder, H.: StGB. 27. Auflage, München, § 266, Rn. 43. Die umstrittene Frage, ob damit die beim Betrug diskutierte Zweckverfehlungslehre auch bei § 266 anwendbar ist, sei hier offengelassen.
- <sup>39</sup> Vgl. Bienek, K., in: wistra 1998, S. 249.
- <sup>40</sup> BGH, in: NStZ 2009, S. 95 ff.
- <sup>41</sup> BGH, wie Anm. 40, Rz. 23.
- <sup>42</sup> BGH, wie Anm. 40, Rz. 22.
- <sup>43</sup> So auch Jahn, M., in: Juristische Schulung (JuS) 2009, S. 174.
- <sup>44</sup> Vgl. Knauer, Ch., in: NStZ 2009, S. 151.
- <sup>45</sup> BGHSt 51, S. 100.
- <sup>46</sup> BGH, wie Anm. 45, Rz. 63.
- <sup>47</sup> BGHSt 52, S. 182; BGH, in: NStZ 2007, S. 704.
- <sup>48</sup> BGH, in: NStZ 2008, S. 457.
- <sup>49</sup> BGH, in: NStZ 2009, S. 95 ff.
- <sup>50</sup> Jahn, M., in: JuS 2009, S. 173, 176; ähnlich auch Rönnau, Th., in: StV 2009, S. 246 ff.
- <sup>51</sup> Vgl. Knauer, Ch., in: NStZ 2009, S. 151; ähnlich auch Jahn, M., in: JuS 2009, S. 173, 175.
- <sup>52</sup> BGHSt 40, S. 291 ff.
- <sup>53</sup> BGHSt 40, S. 295.
- <sup>54</sup> Nix, Ch., in: Neue Justiz (NJ) 1998, S. 326.
- <sup>55</sup> BGH, in: NStZ 1986, S. 455 f.
- <sup>56</sup> Zu recht als „phantasievoll“ bezeichnet Bittmann, F. (1998), in: NStZ 1998, S. 495, die Tatsache, dass die Einstellung „gegen Verzicht auf einen noch offenen Abfindungsanspruch“ erfolgte – eine solche Verknüpfung zwischen Einstellung des Strafverfahrens und einem vertraglichen Abfindungsanspruch dürfte nicht nur ungewöhnlich, sondern auch unzulässig sein.
- <sup>57</sup> BGH, in: NJW 2003, S. 2179 ff.
- <sup>58</sup> BGH, wie Anm. 56, Rz. 17.
- <sup>59</sup> BGH, wie Anm. 56, Rz. 17.
- <sup>60</sup> BGH, wie Anm. 56, Rz. 17.
- <sup>61</sup> Münchener Kommentar (2006): StGB. 1. Auflage, München, § 266 Rn. 129, 176.
- <sup>62</sup> Vgl. nur Bienek, K., in: wistra 1998, S. 249 ff.; Bittmann, F., in: NStZ 1998, S. 495 ff.; Brauns, U., in: Juristische Rundschau (JR) 1998, S. 381 ff.; Nix, Ch., in: NJ 1998, S. 325.