

## **2. Teil: Schutz eines Individualrechtsguts**

### **§ 5: Schutz des Vermögens (Teil 4)**

Weitere Fallgruppen der Untreue, in denen die Feststellung der Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht und vor allem des Vermögensschadens sowie des diesbezüglichen Vorsatzes Probleme bereiten, sind die Haushaltsuntreue, die Bildung schwarzer Kassen sowie das Sponsoring.

#### **4. Haushaltsuntreue**

Als Haushaltsuntreue werden Fälle bezeichnet, in denen Gelder aus öffentlichen Haushalten (Bundes-, Landes- oder auch Kommunalebene) pflichtwidrig ausgegeben werden und dadurch ein Vermögensschaden entsteht. Ausgangspunkt dieser Fallgruppe sind verschiedene öffentlich-rechtlich geregelte Haushaltsgrundsätze (nachfolgend unter a]). Bei einem Verstoß gegen diese Pflichten bereitet insbesondere die Feststellung eines Vermögensnachteils Probleme. Bloße Dispositionsinteressen werden nämlich von § 266 StGB gerade nicht geschützt.

## a) Pflichtverletzung

Entsprechende Vermögensbetreuungspflichten für die Amtsträger können sich aus dem Haushaltsrecht ergeben. Voraussetzung dafür ist, dass sie nach ihrem Aufgabengebiet selbstständig über öffentliches Vermögen verfügen können (*Wittig* § 20 Rn. 126). Die Vermögensbetreuungspflicht wird durch bestimmte haushaltsrechtliche Grundsätze ausgestaltet, insbesondere das **Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit** (§ 6 HGRG [Haushaltsgrundsätzegesetz], § 7 BHO [Bundeshaushaltsordnung], § 7 LHO [Landeshaushaltsordnung]) sowie das **Gebot der sachlichen und zeitlichen Bindung der Haushaltsmittel** (§ 27 HGRG, § 45 BHO, § 45 LHO). Auf kommunaler Ebene werden diese Grundsätze durch §§ 77 I, II, 91 II 2 GemO konkretisiert, wonach Gemeinden den Haushalt so zu führen haben, dass sie zur stetigen Aufgabenerfüllung in der Lage sind und bei Geldanlagen auf ausreichende Sicherheiten achten müssen. Daraus ergibt sich ein allgemeines Spekulationsverbot für Gemeinden (s. BGH NJW 2018, 177, 178 zur bayerischen Gemeindeordnung). Etwaige Verstöße gegen die haushaltsrechtlichen Grundsätze begründen regelmäßig eine Pflichtverletzung im Sinne des § 266 StGB.

Beispiel: Eine kleine Gemeinde verstößt gegen den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit, wenn sie ein Theater baut, obwohl von vornherein nicht mit einer adäquaten Auslastung zu rechnen ist (*Tiedemann* Rn. 753).

Vereinzelt fordert der BGH auch im Rahmen der Haushaltsuntreue eine gravierende Pflichtverletzung (BGH NJW 2020, 628, 629). Denn das Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit verpflichte nicht „zur Kostensenkung um jeden Preis“, ein Amtsträger müsse also nicht stets das kostengünstigste Angebot wählen, sondern habe ein Ermessen. Die dem bereits an anderer Stelle entgegengebrachte Kritik (KK 164 f.) gilt auch hier:

Sofern die haushaltsrechtlichen Vorschriften dem Amtsträger ein Ermessen gewähren, ist zu prüfen, ob er sich im Rahmen dessen bewegt hat. Bei Überschreitung des Ermessensraumes besteht aber kein Bedürfnis mehr, nur gravierende Pflichtverletzungen als ausreichend anzusehen.

*Hinweis: Neben den genannten Haushaltsvorschriften kommt grundsätzlich auch der Verstoß gegen andere Rechtsnormen als Anknüpfungspunkt für eine Pflichtverletzung in Betracht. Voraussetzung ist dabei allerdings, dass der Norm vermögensschützender Charakter zukommt (siehe etwa BGH NJW 2016, 2585, 2595 m.w.N.). Aus diesem Grund stellt eine Missachtung unionsrechtlicher Beihilfevorschriften (Art. 107 ff. AEUV) durch Hoheitsträger keine untreuerelevante Pflichtverletzung dar, denn die besagten Vorschriften schützen nicht den nationalen Haushalt, sondern sie bezwecken den Schutz des europäischen Binnenmarktes vor Wettbewerbsverzerrungen (dazu BGH NJW 2016, 2585, 2595).*

## **b) Vermögensnachteil**

Die eigentlichen Probleme dieser Fallgruppe stellen sich bei der Frage nach dem Vorliegen eines Vermögensnachteils, da § 266 StGB wie gesehen allein das Vermögen und nicht die bloße Dispositionsfreiheit des Haushaltsgebers schützt. Diesbezüglich kann man differenzieren:

### **aa) Unproblematischer Fall: Verwendung des öffentlichen Vermögens für private Zwecke**

In diesen Fällen ergibt eine Bilanzierung ohne Weiteres einen negativen Saldo für die öffentliche Kasse, ein Vermögensnachteil ist daher zu bejahen. *Beispiele*: private Fahrt mit Dienstwagen; Verwendung öffentlicher Repräsentationsmittel für Bewirtung privater Gäste; Erwerb eines Dienst-PCs für rein privaten Gebrauch (MüKo/Dierlamm § 266 Rn. 262).

## bb) Problematische Fälle: Verwendung des Vermögens für öffentliche Zwecke

Schwierigkeiten bereiten dagegen die Fälle, in denen die öffentlichen Mittel zwar für hoheitliche Zwecke verwendet werden, bei denen aber gleichwohl ein Verstoß gegen haushaltsrechtliche Grundsätze zu bejahren ist.

Die Diskussion ist im Einzelnen sehr facettenreich und stellt insofern eher ein Spezialthema dar. Die nachfolgenden Ausführungen zielen daher bewusst allein darauf ab, ein Grundverständnis für die dogmatischen Probleme dieser Fallgruppe beim Untreuetatbestand zu fördern.

Als Beispiel soll nochmals ein Verstoß gegen den haushaltsrechtlichen Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit dienen: Dieser wäre z.B. dann verletzt, wenn ein vermögensbetreuungspflichtiger Leiter einer kleinen Behörde einen völlig überzogenen Repräsentationsaufwand betreiben würde; etwa: Verwendung von Hoheitsmitteln zur Ausstattung des Dienstzimmers mit luxuriösen Designermöbeln oder teuren Kunstwerken (MüKo/Dierlamm § 266 Rn. 263). Geht man davon aus, dass diese Luxusgegenstände zum Marktpreis erworben wurden, ergibt nun eine Gesamtsaldierung von Leistung und Gegenleistung allerdings auf den ersten Blick *keinen negativen Saldo*. Die Objekte sind mit anderen Worten ihr Geld wert.

Allein aus dem Verstoß gegen den haushaltsrechtlichen Grundsatz der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit kann ebenfalls kein Vermögensschaden abgeleitet werden: Sähe man dies anders, würde man entgegen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Merkmale der Pflichtverletzung und des Vermögensnachteils „verschleifen“.

Damit ist allerdings noch nicht gesagt, dass in den Fällen der Verschwendung von öffentlichen Haushaltsmitteln eine Untreuestrafbarkeit zwingend ausscheidet. Denkbar erscheint eine Anwendung der für den Betrugstatbestand entwickelten Grundsätze des sog. **individuellen (persönlichen) Schadenseinschlages**. Danach

könnte man also etwa einen Schaden bejahen, wenn die Anschaffungen für dienstliche Zwecke *völlig unbrauchbar* bzw. *nutzlos* sind (vgl. LK/Schünemann § 266 Rn. 234). Im genannten Beispielsfall könnte man einen Schaden dann allenfalls mit der Erwägung begründen, dass übertriebene Luxusmöbel für den hoheitlichen Zweck einer *adäquaten* Repräsentation völlig ungeeignet sind.

Der **BGH** bejaht einen persönlichen Schadenseinschlag bei der Untreue zudem auch dann, „wenn die Dispositionsfähigkeit des Haushaltgesetzgebers in schwerwiegender Weise beeinträchtigt wird und er durch den Mitelaufwand insbesondere in seiner politischen Gestaltungsbefugnis beschnitten wird“ (BGHSt 43, 293, 299). Mit diesem Ansatz ließe sich jedenfalls vom Grundsatz her in den Fällen der Mittelverschwendung ein Schaden bejahen, wobei allerdings nicht ganz klar ist, wann eine solche „schwerwiegende Beeinträchtigung“ der Dispositionsbefugnis gegeben sein soll.

Diese Fallgruppe hat der BGH letztlich an seine Rechtsprechung zum persönlichen Schadenseinschlag beim *Betrug* angelehnt: Dort soll ein Schaden nämlich auch dann gegeben sein, wenn das Opfer infolge der Verpflichtung in seiner Verfügungsbefugnis derart beschränkt wird, dass es nicht mehr die Mittel zur Verfügung hat, die zur Aufrechterhaltung einer *angemessenen Wirtschafts- oder Lebensführung unerlässlich* sind (grundlegend BGHSt 16, 321, 328; kritisch etwa MüKo/Hefendehl § 263 Rn. 815 ff.). Vergleichbar damit soll es bei der Untreue auf die Beschränkung der *politischen Gestaltungsbefugnis* ankommen.

Diese Rechtsprechung ist indes zu kritisieren. Zunächst lässt sich die Konstellation der Haushaltsuntreue schon vom Ausgangspunkt her nicht mit dem persönlichen Schadenseinschlag beim Betrug vergleichen, da der Staat nicht in gleicher Weise wie eine Privatperson von den Folgen eines Geschäftsschlusses getroffen werden kann. Er kann sich nämlich grundsätzlich durch Steuern oder Kreditaufnahmen refinanzieren (LK/Schünemann § 266

---

Rn. 234). Im Übrigen gibt diese Rechtsprechung eine bilanzielle Betrachtung völlig preis und benennt insbesondere keinen konkret messbaren Schaden. Sie vermischt letztlich den Schutz des Vermögens mit demjenigen bloßer Dispositionsinteressen.

## 5. Schwarze Kassen

Bei der Bildung schwarzer Kassen werden Geldmittel des Treugebers dem gewöhnlichen Geldkreislauf entzogen und außerhalb dieses Kreislaufs liegenden Konten, Kassen oder Treuhändern zugeführt. Ein Beispiel ist der Fall Siemens (KK 1 f.).

Hauptproblem ist die Frage, ob bereits die Einrichtung bzw. Führung einer schwarzen Kasse einen Vermögensnachteil begründen kann.

### a) Pflichtverletzung

Hier kommt es auf die Vermögensbetreuungspflichten des jeweiligen Trenehmers an. Im Grundsatz wird man jedoch davon ausgehen können, dass der Entzug von Vermögen durch die Bildung einer schwarzen Kasse im obigen Sinne eine Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht darstellt. Für einen Amtsträger, der über öffentliche Haushaltsmittel verfügt, ergibt sich dies aus den haushaltsrechtlichen Pflichten, für eine für ein privates Wirtschaftsunternehmen handelnde Person aus den einschlägigen Buchführungs- und Bilanzierungs- sowie Compliance-Vorschriften.

---

Anders verhält es sich, wenn ein – u.U. auch stillschweigend erteiltes – Einverständnis des Treugebers vorliegt. Ist das Einverständnis wirksam, lässt es die Pflichtverletzung entfallen.

## b) Vermögensnachteil

### Entwicklungslinien der Rechtsprechung:

Der BGH hat den mit der Bildung einer schwarzen Kasse für den Berechtigten verbundenen Verlust der Verfügungs- und Kontrollmöglichkeiten über die Vermögenswerte zunächst als *schädigende Vermögensgefährdung* eingestuft (etwa BGHSt 51, 100, 113 ff. – Fall Kanther/Weyrauch). In der gleichen Entscheidung nahm der BGH eine Begrenzung im subjektiven Tatbestand vor: Bei einem Gefährdungsschaden genüge nicht die Kenntnis von der konkreten Möglichkeit eines Schadenseintritts, sondern der Täter müsse sich auch mit der *Realisierung* dieser Gefahr abfinden (BGHSt 51, 100, 120 ff.; bestätigt in BGH NStZ 2013, 715, 716; dazu bereits KK 168 f.).

Im Fall Siemens (BGHSt 52, 323, 336 ff.) hat der 2. Strafsenat dagegen in der Entziehung und Vorenthaltung von Vermögenswerten bereits einen *endgültigen Vermögensnachteil* gesehen. Denn der Treugeber könne nicht mehr auf das Vermögen zugreifen. Die Möglichkeit zur Disposition über das eigene Vermögen gehöre aber „zum Kern der von § 266 StGB geschützten Rechtsposition“. Auch der Umstand, dass die Geldmittel zur Bestechung von Entscheidungsträgern und somit letztlich zur Akquise von Aufträgen verwendet werden sollten, ändere nichts daran. Es fehle an einer *unmittelbaren* schadensverhindernden Kompensation. Bei diesem Ansatz ist also der durch die Schmiergeldzahlungen erhoffte Vermögenszuwachs als unbeachtliche Schadenswiedergutmachung einzustufen. Diese Rechtsprechungslinie wurde vom BVerfG nicht beanstandet (BVerfGE 126, 170, 212 ff.).

---

In weiteren Entscheidungen (BGHSt 55, 266, 282 ff. – Trienekens; BGH BeckRS 2018, 37760) blieb der BGH seiner Linie treu und bejaht einen endgültigen Vermögensschaden.

**Kritik:** Kritikwürdig ist zunächst die vom BGH im Fall Kanther gewählte Einschränkung im subjektiven Tatbestand. Diese dogmatische Konstruktion, die eine unterschiedliche Behandlung des Vorsatzes in Bezug auf den Vermögensschaden bei Untreue und Betrug zur Folge hat, erscheint verfehlt. Wie bereits im Rahmen der Risikogeschäfte dargelegt (KK 168 f.), müssen notwendige Einschränkungen des Tatbestandes der Untreue beim objektiven Vermögensschaden durch eine Konturierung mittels eines bilanzorientierten Ansatzes und der Einbeziehung der Struktur des betreuten Vermögens vorgenommen werden.

Davon abgesehen ist bereits fraglich, ob die Einrichtung schwarzer Kassen also solche bei Wirtschaftsunternehmen das objektive Tatbestandsmerkmal eines Vermögensnachteils erfüllt:

Man könnte Folgendes einwenden: Wenn bei einem Wirtschaftsunternehmen, dessen Ziel die Gewinnerwirtschaftung bzw. -maximierung ist, von einem Treupflichtigen eine schwarze Kasse ausschließlich für solche Zwecke eingerichtet wird, kann dies keinen Vermögensnachteil, sondern nur eine straflose Missachtung der *Dispositionsbefugnis* des Geschäftsherrn begründen.

Richtigerweise ist daher streng zwischen der *Einrichtung* einer schwarzen Kasse und der *nachfolgenden Verwendung der Gelder* zu unterscheiden. Die bloß formale Dezimierung des Vermögensbestandes reicht nicht für eine schädigende Vermögensgefährdung. Denn haushaltsrechtliche oder firmenrechtliche Bestimmungen haben nicht per se Vermögensrelevanz. Zur Lösung sind vielmehr die Grundsätze der Fallgruppe „Ausgleichsfähigkeit und -willigkeit“ heranzuziehen. Und hier wird man dann einen Vermögensnachteil verneinen müs-



sen, sofern sich im Moment der Kontrolle durch den potenziell Geschädigten ein werthaltiger Anspruch aktiviert. Ob eine Sicherungsmöglichkeit präventiver oder repressiver Natur ist, kann in den Fällen keine Rolle spielen, in denen sich uno actu mit dem formal entstehenden Nachteil ein kompensierender Ersatzanspruch einstellt. Denn in diesem Fall ist zu keinem Zeitpunkt die Hypothese der Verwertbarkeit von Vermögensgegenständen eines bestimmten Gesamtwertes tangiert und damit das Vermögen nicht beeinträchtigt.

In einer neueren Entscheidung setzt sich der BGH in einen gewissen Widerspruch zu seiner bisherigen Rechtsprechung (BGH NSTz 2018, 105; ausführlich zu diesem Fall *Kraatz* JR 2018, 400). Hier ging es nicht um eine schwarze Kasse, sondern einen sog. *Schwarzbestand*: Ein Angestellter der Handwerkskammer hatte mehrfach bei der Firma K Elektronikartikel und Leuchtmittel bestellt. Diese Käufe hatte die Handwerkskammer allerdings nicht genehmigt. Daher wurden die Zahlungen dafür über gefälschte Rechnungen über Reparaturen und andere Bestellungen abgewickelt, für die die Kammer Mittel bereitgestellt hatte. Die Artikel wurden von K an die Kammer geliefert und wurden in der Abteilung des Angestellten, der die Bestellungen aufgegeben hatte, zur Arbeit eingesetzt.

Der BGH urteilte, dass mit Lieferung der Artikel (die ihren Preis wert waren) eine ausgleichende Gegenleistung erfolgt und damit der Handwerkskammer kein Schaden entstanden sei. Parallel zum Fall der schwarzen Kassen könnte man nun zwar argumentieren, dass die Kammer von der Existenz der Artikel *keine Kenntnis* hatte und daher faktisch nicht darüber verfügen konnte, weswegen ihr ein Schaden entstanden sein müsste. Genau diese Argumentation lehnt der BGH aber ab. Denn, so betont er ausdrücklich, die Untreue schützt nicht die Dispositionsfreiheit, sondern das Vermögen. Die unterschiedliche Behandlung zu der Fallgruppe der schwarzen Kassen rechtfertigt sich damit, dass hier zumindest die *Möglichkeit der Kenntnisverschaffung* bestanden

---

habe. Eine wirkliche Abkehr von der früheren Rechtsprechung des BGH ist damit angesichts dieser expliziten Differenzierung wohl nicht verbunden. Das bestätigt auch das neuere Urteil BGH BeckRS 2018, 37760.

→ Einen erweiterten Überblick des Meinungsstandes bietet das Problemfeld *Schwarze Kassen*: <http://strafrecht-online.org/problemfelder/bt/266/obj-tb/schw-kassen/>

## 6. Sponsoring

### a) Allgemeines

Beim Sponsoring werden Zahlungen (oder andere vermögenswerte Gegenstände) durch Unternehmen zur Förderung von Personen, Gruppen und Organisationen in sportlichen, kulturellen, kirchlichen oder ähnlichen bedeutsamen gesellschaftspolitischen Bereichen vergeben. Damit werden in der Regel eigene unternehmensbezogene Ziele der Werbung oder Öffentlichkeitsarbeit verfolgt. Sponsoringmaßnahmen sind im Ausgangspunkt rechtlich zulässig und weit verbreitet, man denke nur an Sponsoring im Zusammenhang mit Fußballmannschaften. Es stellt sich daher die Frage nach der Grenzziehung: Wann überschreiten Sponsoringaktivitäten die Grenze des Erlaubten und erlangen strafrechtliche Relevanz?

Die nachfolgenden Bemerkungen beschränken sich – hier systematisch passend – auf eine potenzielle Untreuestrafbarkeit. Es sei allerdings darauf hingewiesen, dass Sponsoringmaßnahmen auch im Zusammenhang mit bestimmten anderen Straftatbeständen diskutiert werden; zum Beispiel: Fällt die Einladung von Amtsträgern zu an sich kostenpflichtigen sportlichen oder kulturellen Ereignissen unter die §§ 331 ff. StGB? (dazu etwa *Wittig § 27 Rn. 61a*).

## b) Pflichtverletzung im Sinne des § 266 StGB

Bei Sponsoringaktivitäten besteht das zentrale dogmatische Problem des § 266 StGB in der Bestimmung einer Pflichtverletzung. Dem Vorstand einer Aktiengesellschaft oder dem Geschäftsführer einer GmbH wird ein weiterer Handlungsspielraum zugebilligt. In diesen Spielraum fällt auch die Vergabe von Spenden oder die Förderung von Sport, Kunst, Wissenschaft und des Sozialwesens.

Nach einer Grundsatzentscheidung des BGH (BGHSt 47, 187 = NStZ 2002, 322) soll die Grenze hierfür bei unvertretbaren Entscheidungen liegen. Nach Ansicht des BGH genüge zur Verwirklichung des Untreuetatbestandes nicht jede gesellschaftsrechtliche Pflichtverletzung, sondern nur eine *gravierende*. Ob dies der Fall sei, bestimme sich nach einer Gesamtschau verschiedener Kriterien, wie der Verbindung zwischen dem Geförderter und dem Unternehmensgegenstand, sachgerechten Motiven (was z.B. bei der Verfolgung rein persönlicher Präferenzen nicht der Fall sei), dem möglichen Nutzen für das Ansehen des Unternehmens, der Angemessenheit des Zuwendungsvolumens im Hinblick auf die Vermögenslage des Unternehmens und der innerbetrieblichen Transparenz.

**Kritik:** Problematisch ist insbesondere die vom BGH gewählte Formulierung, wonach die Verwirklichung von § 266 StGB eine *gravierende* Pflichtverletzung voraussetze. Die vom BGH genannten Kriterien umschreiben letztlich allein den *gesellschaftsrechtlichen Ermessensspielraum* (LK/Schünemann § 266 Rn. 97). Vor diesem Hintergrund ist das postulierte Erfordernis einer gravierenden Pflichtverletzung irreführend und überflüssig. Die entscheidende Weichenstellung erfolgt vielmehr im Gesellschaftsrecht: Überschreitet also z.B. der Vorstand einer AG den von §§ 76, 93 AktG gewährten Ermessensspielraum, liegt eine Pflichtverletzung im Sinne

---

des § 266 StGB vor (in diesem Sinne nunmehr auch BGH NJW 2017, 578, 579; dazu bereits KK 164 f., vertiefend sogleich AT-Schwerpunkt 3).

### c) **Vermögensschaden**

Das Erfordernis eines Vermögensschadens wird für die Fälle des Sponsorings in Kommentierungen gewöhnlich nicht explizit thematisiert. Ausgangspunkt sollte – wie auch sonst – eine bilanzielle Betrachtung sein: Man darf also aus der Pflichtverletzung nicht eo ipso einen Vermögensnachteil folgern, sondern muss diesen eigenständig feststellen. Dabei ist im Ausgangspunkt auch zu berücksichtigen, dass Sponsoringaktivitäten als Werbemaßnahmen dienen und somit auch Vermögenszuwächse bedingen können. Regelmäßig wird es sich dabei aber um bloße (unsichere) Erwerbssausichten handeln, denen keine Vermögensrelevanz zukommt. Insofern können die zum Sponsoring verbrauchten Vermögensbestandteile einen negativen Saldo begründen.

## 7. AT-Schwerpunkt 3: Akzessorietät im Wirtschaftsstrafrecht

### a) Einführung

Akzessorietät meint die Abhängigkeit eines rechtlichen Umstands von einem anderen rechtlichen Umstand. Die wohl bekannteste Akzessorietät im Strafrecht ist die limitierte Akzessorietät der Teilnahme: Eine Bestrafung wegen Anstiftung oder Beihilfe ist davon abhängig, dass eine vorsätzliche rechtswidrige Haupttat vorliegt (§§ 26, 27 I StGB).

Darüber hinaus finden sich Akzessorietätsverhältnisse in zahlreichen Bereichen des Wirtschaftsstrafrechts. Mit Tatbeständen des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts sollen wirtschaftliche Prozesse gesteuert werden. Dazu muss das Strafrecht die wirtschaftlichen Begebenheiten aber nicht immer selbst definieren, sondern kann auf bestehende Ge- und Verbote im Wirtschaftsrecht zurückgreifen. Ob sich jemand strafbar macht, hängt dann von Wertungen in außerstrafrechtlichen Rechtsgebieten ab.

Besonders deutlich zeigt sich das an Blankettgesetzen, wenn also das Strafgesetz zur Beschreibung des Tatbestands auf eine andere Norm verweist (näher in § 7 der Vorlesung). Aber auch bislang behandelte Konstellationen im Vermögensstrafrecht bieten Beispiele hierfür. So greift der BGH zur Ermittlung eines Schadens im Rahmen des Abrechnungsbetrugs auf die streng formale Betrachtungsweise des Sozialversicherungsrechts zurück und macht den Vermögensschaden damit von sozialversicherungsrechtlichen Erwägungen abhängig. Auch die Untreue ist akzessorisch geprägt. Bestimmt man, ob der Täter eine Vermögensbetreuungspflicht innehatte und diese verletzt hat, kann oftmals auf zivilrechtliche Vorschriften abgestellt werden (z.B. die des Gesellschaftsrechts).

Dabei stellt sich das Problem, wie weit derartige Akzessorietätsverhältnisse reichen. Mit anderen Worten: Wie sehr darf sich das Strafrecht bei der Ermittlung strafwürdigen Unrechts an den Bewertungen durch andere Rechtsgebiete orientieren? Und wie sehr muss es umgekehrt das strafwürdige Unrecht autonom, also aufgrund eigener Maßstäbe, bestimmen?

### b) Asymmetrische Akzessorietät

Klar ist zunächst, dass ein anderweitig erlaubtes Verhalten nicht strafbar sein kann. Für ein Verhalten, das in der Rechtsordnung erlaubt ist, kann das Strafrecht also keine Sanktionen vorsehen. Umgekehrt gilt aber auch: Nicht alles, was außerstrafrechtlich verboten ist, kann zugleich auch durch das Strafrecht bewehrt werden. Wäre jede noch so kleine Pflichtverletzung auch strafbar, liefe das der ultima-ratio-Funktion des Strafrechts entgegen. Die Akzessorietät im Wirtschaftsstrafrecht ist daher asymmetrisch (*Kudlich/Oğlakcioğlu* Rn. 339; *Lüderssen* FS Eser [2005] S. 163, 170).

### c) Ungefiltertes Übernehmen außerstrafrechtlicher Wertungen?

Schwierig ist es dagegen zu bestimmen, inwiefern im Einzelfall an außerstrafrechtliche Bewertungen angeknüpft werden kann. Problematisch ist insofern, dass andere Rechtsgebiete oft auf grundlegend anderen Wertungen aufbauen als das schuld- und rechtsgutsorientierte Strafrecht. So werden im Zivilrecht etwa Form- und Verfahrensvorschriften viel stärker betont (z.B. §§ 311b, 1904 BGB). Außerstrafrechtliche Bewertungen dürfen daher nicht vorschnell für das Strafrecht übernommen werden. Ansonsten besteht die Gefahr, dass das strafrechtliche Unrecht verkannt und reines Pflichtverletzungs- bzw. Ungehorsamsunrecht sanktioniert wird (*Greco* GA 2019, 684, 695 f.; vgl. darüber hinaus die grundlegende Kritik von *Schünemann* ZIS 2012, 183, 189 ff.). Hierin läge ein eklatanter Verstoß gegen die Aufgabe des Strafrechts, Rechtsgüter zu schützen.

In diese Gefahr gerät beispielsweise die Schadensbestimmung des BGH beim ärztlichen Abrechnungsbetrug: Der BGH stellt darauf ab, ob nach dem Sozialversicherungsrecht ein Anspruch des behandelnden Arztes gegen die Kassenärztliche Vereinigung besteht. Ist das nicht der Fall, soll ein Schaden entstanden sein. Dagegen wird der Einwand erhoben, dass auf diese Weise das Rechtsgut des Betrugs, das Vermögen, ignoriert wird (KK 120; dazu, dass aber dennoch ein Schaden begründet werden kann, KK 121 und sogleich).

#### d) Notwendigkeit eines Filters

Es muss daher ein Filter zwischen die außerstrafrechtliche und strafrechtliche Bewertung geschaltet werden. Das macht der BGH etwa, indem er für die Untreue regelmäßig eine *gravierende* Pflichtverletzung fordert. Die bloße Verletzung zivilrechtlicher Pflichten soll für sich genommen also nicht genügen. Um strafwürdiges Unrecht annehmen zu können, muss die Verletzung darüber hinausgehen und evident sein. Allerdings haben die bisherigen Ausführungen zur Untreue bereits gezeigt, dass in hohem Maße unklar ist, wie dies zu bestimmen ist. Dieser Filter erweist sich letztlich als inhaltlich leer (*Greco GA 2019, 684, 700; Leite GA 2018, 580, 584 f.*).

Stattdessen bietet es sich an, auf bestehende strafrechtliche Kategorien zurückzugreifen. Das Strafrecht dient dem Schutz von Rechtsgütern. Mit dieser Aufgabe existiert bereits ein geeignetes Kriterium, um außerstrafrechtliche Bewertungen auf ihre Übernahme zu strafrechtlichen Zwecken zu prüfen (vgl. *Greco GA 2019, 684, 703 f.*). Es ist somit stets danach zu fragen, ob das jeweils geschützte Rechtsgut berührt wird.

Bei Prüfung der Tatbestände des Betrugs und der Untreue muss man sich deshalb stets dessen vergewissern, dass eine vorsätzliche Schädigung fremden Vermögens erforderlich ist. Beim Abrechnungsbetrugs kann deshalb nicht allein durch Abstellen auf die streng formale Betrachtungsweise des Sozialversicherungsrechts ein Schaden angenommen werden. Es muss vielmehr überprüft werden, ob tatsächlich ein Angriff auf fremdes

---

Vermögen vorliegt. Mit dem normativ-ökonomischen Vermögensbegriff kann die Vermögensrelevanz gezeigt und damit ein Schaden angenommen werden (KK 121).

Bei der Untreue hilft das Merkmal der gravierenden Pflichtverletzung nicht weiter. Im Fokus der Prüfung, ob eine Vermögensbetreuungspflicht verletzt wurde, muss dagegen stehen, ob aus der Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht eine Gefahr für das Vermögen resultiert. Nur dann kann das strafrechtliche Unrecht der Untreue verwirklicht sein.

*Hinweis:* Die Akzessorietät des Strafrechts kann auch normentheoretisch betrachtet werden. Es geht dabei um die Trennung eines Strafgesetzes in Sanktions- und Verhaltensnorm, vgl. dazu *Kindhäuser/Zimmermann* Strafrecht AT, § 2 Rn. 2 ff.; *Bräutigam-Ernst* Die Bedeutung von Verwaltungsvorschriften für das Strafrecht (2010) S. 313 ff. Ferner kann unter Akzessorietät auch die rein begriffliche Akzessorietät verstanden werden, dazu *MüKo/Schmitz* Vor § 324 Rn. 43 f.



## 8. AT-Schwerpunkt 4: Faktische Geschäftsführung

### a) Einordnung des Fragenkreises

Gemeint sind hiermit Fallkonstellationen, in denen jemand ohne formell wirksame Bestellung faktisch Funktionen eines Unternehmensorgans ausübt.

Das Problem einer faktischen Betrachtungsweise stellt sich in verschiedenen Zusammenhängen des Besonderen Teils des Strafrechts: So gibt es beispielsweise einige Sondertatbestände, die (nur) von einem „Geschäftsführer“ (z.B. § 82 I Nr. 1 GmbHG), einem „Mitglied des Vertretungsorgans“ (§ 15a IV i.V.m. I InsO) oder von einem „Mitglied des Vorstands“ (etwa § 399 Abs. 1 Nr. 1 AktG) verwirklicht werden können. In diesen Fällen stellt sich die Frage, wie sich beispielsweise eine Unwirksamkeit des formalen Bestellungsakts auswirkt: Genügt es also z.B. für die Täterqualität „Vorstandsmitglied“, dass jemand trotz unwirksamer Bestellung faktisch wie ein Vorstandsmitglied agiert (vgl. dazu Spindler/Stilz/Hefendehl § 399 AktG Rn. 31 ff.)?

Auch für die hier interessierenden Fälle der **Untreuestrafbarkeit** entfaltet die Frage nach einer faktischen Betrachtungsweise Relevanz: Es ist insbesondere zu klären, ob und unter welchen Voraussetzungen faktisch agierende Organe eine *Vermögensbetreuungspflicht* innehaben können. Zur besseren Veranschaulichung nachfolgender Beispielsfall.

### b) Beispielsfall

G ist Geschäftsführerin und alleinige Gesellschafterin einer kleinen GmbH, die sich auf Tiefbauarbeiten spezialisiert hat. Treibende Kraft hinter allem ist allerdings ihr Ehemann (E): Dieser hat sich in der Vergangenheit

bereits einen Ruf als „Bankrotteur“ erworben und möchte daher – zum Schutz des Unternehmens – nach außen hin nicht in Erscheinung treten. Faktisch wird das Unternehmen aber von ihm geleitet.

Zu einem Zeitpunkt, in dem es dem Unternehmen sehr gut geht, veranlasst er die G zur Überweisung eines größeren Geldbetrages auf das private Konto von G und E, um in Zukunft privat durch einen „Notgroschen“ abgesichert zu sein.

Infolgedessen wird das Stammkapital (§ 30 GmbHG) der Gesellschaft unterschritten. Zu einer finanziellen Krise des Unternehmens (Zahlungsunfähigkeit, Überschuldung) kommt es allerdings nicht.

Strafbarkeit von G und E gem. § 266 StGB?

## c) Lösung

### Strafbarkeit der G

#### § 266 I Var. 1 StGB

Zunächst könnte man an die Missbrauchsvariante (§ 266 I Var. 1) denken. G hat als Geschäftsführerin gesetzlich geregelte Geschäftsführungsbefugnisse (vgl. § 35 GmbHG) und kann daher auch in diesem Rahmen über das Vermögen der GmbH verfügen. Voraussetzung des Missbrauchstatbestandes ist weiterhin, dass ein im Außenverhältnis *wirksames rechtsgeschäftliches Handeln* vorliegt.

Im Beispielsfall ist bereits fraglich, ob überhaupt ein rechtsgeschäftliches Handeln vorliegt: Hätte G das Geld nicht überwiesen, sondern – als Bargeld – aus einem Tresor entnommen, käme unzweifelhaft nur die Treu-

bruchvariante in Betracht. Insbesondere liegen auch keine Anhaltspunkte dafür vor, dass im Zuge der Überweisung zugleich konkludent ein Rechtsgeschäft als schuldrechtliche causa abgeschlossen wurde. Aber selbst wenn man ein rechtsgeschäftliches Handeln bejaht, scheitert die Missbrauchsvariante an dessen rechtlicher Wirksamkeit: Auch eine Alleingesellschafterin unterliegt dem Verbot des Selbstkontrahierens (§ 35 III 1 GmbHG i.V.m. § 181 BGB). Es liegen keine Anhaltspunkte für eine wirksame Befreiung von diesem Verbot vor.

### § 266 I Var. 2 StGB

G könnte aber den Treubruchtatbestand verwirklicht haben. Als Geschäftsführerin ist sie gegenüber der GmbH treupflichtig. Nichts anderes ergibt sich aus dem Umstand, dass sie letztlich eine „Strohfrau“ ihres Ehegatten darstellt. Ihr obliegen nämlich als wirksam bestellter Geschäftsführerin gesetzlich geregelte Befugnisse und Pflichten, die durch das faktische Agieren des E nicht in Frage gestellt werden.

Da G *kein die Zahlung rechtfertigender Anspruch* gegenüber der GmbH Zustand, stellt die Überweisung auf das Privatkonto eine Pflichtverletzung dar. Insbesondere konnte G – trotz ihrer Stellung als Alleingesellschafterin – kein wirksames tatbestandsausschließendes Einverständnis erteilen. Nach der zutreffenden *eingeschränkten Gesellschaftertheorie* (KK 159 f.) können nämlich auch die Gesellschafter nicht die Zustimmung zu solchen vermögensschädigenden Handlungen erteilen, die gegen zwingende Kapitalerhaltungsvorschriften verstoßen. Ein solcher Verstoß liegt hier vor, da die Überweisung laut Sachverhalt zu einer Unterschreitung des Stammkapitals (§ 30 GmbHG) führt.

G handelte auch vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft. → **§ 266 I Var. 2 StGB (+)**

## Strafbarkeit des E

### §§ 266 I Var. 2, 25 II StGB

E könnte ebenfalls den Treubruchtatbestand verwirklicht haben. Fraglich ist, ob er gegenüber dem Gesellschaftsvermögen treupflichtig ist. Diese Täterqualifikation ist nicht wechselseitig zurechenbar. Sie könnte aber deshalb auch bei E vorliegen, weil er bei einer **faktischen Betrachtungsweise** maßgeblich die Geschicke der Gesellschaft lenkt (faktischer Geschäftsführer).

Nach der Rechtsprechung ist auch ein **faktischer Geschäftsführer** unter folgenden Voraussetzungen tauglicher Täter des Treubruchtatbestandes: Der Betreffende hat die Geschäftsführung mit dem Einverständnis der Gesellschafter (ohne förmliche Bestellung) faktisch übernommen und er nimmt hierbei im Verhältnis zum formellen Geschäftsführer eine überragende Stellung ein bzw. ihm kommt zumindest ein deutliches Übergewicht zu (siehe etwa BGH NJW 2013, 624, 625 m.w.N.).

Diese Voraussetzungen sind im Beispielsfall erfüllt: E ist die treibende Kraft hinter dem Unternehmen. Er hat G letztlich nur als „Strohfrau“ vorgeschickt, damit er selbst nicht mit der GmbH in Verbindung gebracht wird. G ist als Gesellschafterin damit auch einverstanden.

Der Rechtsprechung ist jedenfalls im Ergebnis zuzustimmen:

Vom Ausgangspunkt her bereitet die Einbeziehung einer faktischen Betrachtungsweise bei § 266 I Var. 2 eher geringe Schwierigkeiten, da die Vermögensbetreuungspflicht bereits vom Wortlaut her nicht nur auf Gesetz, behördlichem Vertrag oder Rechtsgeschäft, sondern auch auf einem (faktischen) Treueverhältnis beruhen kann. Des Weiteren sind die vom BGH genannten Kriterien für einen faktischen Geschäftsführer auch sachlich

überzeugend: Denn bei Vorliegen dieser Voraussetzungen verfügt der Betreffende über eine *Herrschaftsposition* in Bezug auf die Gesellschaft, die vermögensschädigendes Handeln ermöglicht und somit das Vorliegen einer Vermögensbetreuungspflicht *material* zu begründen vermag (vgl. dazu auch *Hefendehl* ZIP 2011, 601, 604 f.).

Auch die weiteren Voraussetzungen der Untreue liegen vor: Dass die Überweisung nicht von E, sondern von G veranlasst wurde, ist unschädlich, da ein gemeinsamer Tatplan vorliegt der gem. § 25 II StGB eine Handlungszurechnung gestattet. Vgl. im Übrigen die vorstehenden Ausführungen zu G.

→ §§ 266 I Var. 2, 25 II StGB (+)

*Hinweis: Laut Bearbeitungshinweis war nur § 266 StGB zu prüfen. Etwaige Insolvenzdelikte (etwa § 283 StGB) sind ohnehin eher fernliegend, da es laut Sachverhalt trotz der Verringerung des Stammkapitals nicht zu einer wirtschaftlichen Krise (Überschuldung, eingetretene oder drohende Zahlungsunfähigkeit) der Gesellschaft gekommen ist.*

#### d) Verhältnis von materialer Fundierung zu Pflichtenposition

Wie der vorstehende Beispielsfall gezeigt hat, lässt sich eine faktische Betrachtungsweise im Falle der Untreue inhaltlich untermauern. Maßgebliche Bedeutung kommt dabei – wie gesehen – aber auch dem Umstand zu, dass § 266 I Var. 2 bereits tatbestandlich (faktische) Treuverhältnisse erfasst. Aufgrund dieser Besonderheit

---

kann die faktische Betrachtungsweise keinesfalls bedenkenlos auf andere Straftatbestände übertragen werden, sondern es gilt vielmehr die jeweilige Tatbestandsstruktur zu berücksichtigen. Um dies am Beispiel der Insolvenzverschleppung (§ 15a IV, I InsO) zu illustrieren (näher *Hefendehl* ZIP 2011, 601, 605): Unter gewissen Voraussetzungen (Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung) sind u.a. Mitglieder des Vertretungsorgans einer juristischen Person zur Stellung eines Eröffnungsantrags verpflichtet (§ 15a I InsO). Man könnte nun darüber nachdenken, in Bezug auf „Mitglieder des Vertretungsorgans“ eine faktische Betrachtungsweise zugrunde zu legen, so dass beispielsweise nicht wirksam bestellte Vorstandsmitglieder einer AG, die gleichwohl mit einer Herrschaftsposition ausgestattet sind, als taugliche Täter anzusehen wären. Dies würde indes vernachlässigen, dass das Organmitglied gem. § 15a I InsO zur Stellung des *Eröffnungsantrags* für das Insolvenzverfahren verpflichtet ist. Das *Insolvenzrecht* verlangt hierfür eine formal existierende Pflichtenstellung. Einem (lediglich) faktischen Organ steht diese Möglichkeit zur Stellung des Insolvenzantrages hingegen nicht zu.

Im Beispielsfall der Insolvenzverschleppung vermag also die materiale Fundierung nicht die formal vorausgesetzte Pflichtenstellung zu substituieren. Eine faktische Betrachtungsweise ist daher abzulehnen (was jedoch teilweise auch angenommen wird).

## **IV. Strafbare Werbung (§ 16 UWG)**

### **1. Allgemeines**

§ 16 UWG wird neben anderen Strafnormen (z.B. § 298 StGB) zu den sog. Wettbewerbsdelikten gezählt. Diese Deliktsform ist dadurch gekennzeichnet, dass Verhaltensweisen unter Strafe gestellt sind, die Gefahren für einen fairen (lauteren) marktwirtschaftlichen Wettbewerb hervorrufen. Daneben gibt es aber auch Ordnungswidrigkeitentatbestände, die einen Schutz des Wettbewerbs bezwecken, etwa § 81 GWB. Allgemeines Ziel dieser Vorschriften ist es, den Wettbewerb als Innovationsmotor und Marktregulierungssystem von unlaute-rem Verhalten freizuhalten. Dennoch steht hinter diesen Normen regelmäßig zumindest auch das Vermögen als Rechtsgut. Es wird etwa das Vermögen der Verbraucher oder der Geschäftsinhaber geschützt, weshalb eine Einordnung bei den vermögensschützenden Normen sinnvoll erscheint.

§ 16 UWG enthält zwei verschiedene Straftatbestände, nämlich die strafbare irreführende Werbung (§ 16 I UWG) sowie die strafbare progressive Kundenwerbung (§ 16 II UWG).

## 2. Geschütztes Rechtsgut

### a) eine Ansicht: Orientierung an § 1 UWG

Denkbar ist zunächst, das Rechtsgut anhand der in § 1 UWG genannten Zwecksetzungen zu bestimmen (Achenbach/Ransiek/Rönnau/Ebert-Weidenfeller 3. Teil Kap. 4 Rn. 11). Danach bestehen mehrere Schutzobjekte:

- Schutz der Mitbewerber; Problem der Relevanz: tatsächliche Auswirkung unlauterer Werbung auf Konkurrenten ist kaum messbar.
- Schutz der Verbraucher
- Schutz sonstiger Marktteilnehmer
- Schutz des Interesses der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb

### b) h.M.: von § 1 UWG unabhängige Bestimmung des Rechtsguts

Überwiegend wird eine von § 1 UWG unabhängige Bestimmung des Rechtsguts präferiert. Dafür spricht, dass die Bestimmung des Schutzguts an den Wortlaut des jeweiligen Straftatbestandes anknüpfen sollte und nicht an allgemeine mit dem Gesetz verfolgte Zwecksetzungen (*Wittig* § 33 Rn. 5).

- Davon ausgehend wird der Schutzzweck des § 16 UWG wohl überwiegend im Schutz der Mitbewerber und der Dispositionsfreiheit der Verbraucher gesehen; der Schutz des Wettbewerbs sei bloßer Schutzreflex (*Wittig* § 33 Rn. 5).



- Teilweise wird aber auch der Zweck des § 16 UWG primär im Schutz des Vermögens der Verbraucher vor vermögensschädigenden oder zweckverfehlten Vermögensverfügungen durch irreführende Werbung gesehen (*Hellmann* Rn. 456).

### c) **Stellungnahme**

Der Wortlaut des § 16 UWG deutet zwar auch auf einen Vermögensschutz hin (vgl. § 16 I UWG: *günstiges Angebot*), ist aber andererseits nicht darauf beschränkt, ein Vermögensschaden ist gerade nicht Voraussetzung. Insofern soll § 16 UWG gerade über den Betrugstatbestand hinausgehen, er schützt nicht nur vor *schädigenden*, sondern auch vor *zweckverfehlten* Vermögensverfügungen. Damit wird neben dem Vermögen auch die Dispositionsfreiheit ausschnittsweise geschützt.

## 3. § 16 I UWG – strafbare irreführende Werbung

### a) **Überblick über den Tatbestand**

#### aa) **Objektiver Tatbestand**

- Angabe (Tatsachen, nicht reine Werturteile)
- unwahr, wenn objektiv falsch (auch unvollständig, wenn Anschein der Vollständigkeit)
- zur Irreführung geeignet

- Adressatenkreis: Nach h.M. durchschnittlich informierter und verständiger Verbraucher, der der Werbung eine situationsadäquate Aufmerksamkeit entgegenbringt (Erbs/Kohlhaas/Diemer § 16 UWG Rn. 35 f.)
- Gesamtwürdigung der Umstände erforderlich
- nicht nötig: erfolgte Täuschung, Eignung genügt
- nicht nötig: Schaden
- in öffentlicher Bekanntmachung bzw. in öffentlichen Mitteilungen für einen größeren Personenkreis, d.h. an jedermann/unbestimmte Zahl von Empfängern gerichtet.

## bb) Subjektiver Tatbestand

- Eventualvorsatz und Absicht, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen
- Absicht meint nach h.M. *dolus directus* 1. Grades (aber str.).
- Aus dem Merkmal der Absicht, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen, ergibt sich nach der Rspr., dass das Gesetz einen wirtschaftlichen *Zusammenhang zwischen der (irreführenden) Werbeaussage und dem beworbenen Produkt* verlangt (BGHSt 52, 227, 236 = BGH NJW 2002, 3415, 3416). Dieser fehlt beispielsweise, wenn ein Zeitschriftenwerber nicht über die von ihm angebotenen Produkte, sondern durch Vortäuschen einer Behinderung über seine persönlichen Verhältnisse irreführt (Köhler/Bornkamm/Fedderson/Bornkamm, UWG, § 16 Rn. 21).

## b) Verhältnis zum Betrug

- Ein Betrug wird in vielen Fällen zugleich erfüllt sein. Bei der Frage nach dem Konkurrenzverhältnis wirkt sich auch der Streit um das geschützte Rechtsgut aus: Sähe man als Schutzgut allein das Vermögen an, träte § 16 I UWG konsequenterweise hinter § 263 StGB zurück. Anders ist dies, wenn man weitere Schutzobjekte anerkennt (etwa Schutz der Dispositionsfreiheit): In diesem Fall ist von Tateinheit auszugehen.
- § 16 I UWG erfordert jedoch gerade nicht den Eintritt eines Vermögensschadens und kann daher auch erfüllt sein, wenn die Voraussetzungen des § 263 StGB nicht vorliegen.
- Bei Täuschungen gegenüber *Einzelpersonen* kommt nur § 263 StGB in Betracht (zur Erinnerung: § 16 I UWG verlangt eine „öffentliche Bekanntmachung“ oder eine „Mitteilung, die für einen größeren Adressatenkreis bestimmt ist“).

## c) § 16 I UWG – Beispielfall

### aa) Sachverhalt

A betreibt in der Innenstadt von Freiburg ein (schlecht laufendes) Teppichgeschäft. Zur Werbung von Kunden stellt er einige Exemplare im Schaufenster aus, die er folgendermaßen bewirbt:

---

„Echter handgeknüpfter Perserteppich – wegen Umbauarbeiten jetzt stark reduziert“. An dem Teppich befindet sich eine Preisauszeichnung mit 900 € (diesen Betrag ist der Teppich auch tatsächlich wert). Deutlich erkennbar ist noch der angebliche ursprüngliche Preis von 5000 €, der mit einem roten Stift durchgestrichen wurde.

Den Preis von 5000 € hat A allerdings nie ernstlich verlangt.

Verleitet durch den unschlagbaren Preis, erwirbt K diesen Teppich. Strafbarkeit des A?

## **bb) Strafrechtliche Würdigung**

### § 263 StGB – Betrug

A spiegelt dem K vor, dass für den Teppich ursprünglich tatsächlich ein Verkaufspreis von 5000 € vorgesehen war und täuscht ihn somit über eine Tatsache.

Bei K wird durch die Anpreisung auch ein diesbezüglicher Irrtum hervorgerufen.

Eine Vermögensverfügung liegt hier im Abschluss des Vertrages und der anschließenden Zahlung des Kaufpreises.

Ein Schaden liegt aber nicht vor, da eine Gegenüberstellung der Vermögensverhältnisse vor und nach der Verfügung keinen negativen Saldo ergibt, der Teppich ist schließlich sein Geld wert.

Ergebnis: A hat sich nicht gem. § 263 StGB strafbar gemacht.

---

## § 16 I UWG – Strafbare Werbung

Da der ursprüngliche Preis tatsächlich nie verlangt wurde, liegt eine objektiv unwahre Angabe vor.

Die Anpreisung war auch geeignet, einen verständigen Durchschnittsverbraucher (vgl. zu diesem Maßstab: *Tiedemann* Rn. 854 ff.) in die Irre zu führen, und somit „irreführend“ i.S.v. § 16 I UWG. Insbesondere muss ein aufmerksamer Verbraucher auch nicht davon ausgehen, dass der angebliche Ursprungspreis in Anbetracht der sehr starken Preisreduzierung nie wirklich verlangt wurde. Nach der Lebenserfahrung kann es durchaus vorkommen, dass Einzelstücke aus Werbegründen zu extrem reduzierten Preisen angeboten werden.

Die Teppiche mit der Preisbezeichnung waren in dem Schaufenster eines Ladengeschäfts ausgestellt. Dies fällt jedenfalls unter die Variante „Mitteilung an einen größeren Personenkreis“ (dazu *Köhler/Bornkamm/Feddersen/Bornkamm*, UWG, § 16 Rn. 15 f.).

Bezüglich der Merkmale des obj. Tatbestandes handelte A zumindest mit Eventualvorsatz. Zudem wollte er zu Verkaufszwecken gerade den Anschein eines besonders günstigen Angebots erwecken. Er handelte also diesbezüglich mit dem erforderlichen *dolus directus* 1. Grades. Insbesondere liegt auch der wirtschaftliche *Zusammenhang zwischen der (irreführenden) Angabe und dem beworbenen Produkt* vor (vgl. dazu bereits oben KK 202 sowie *Köhler/Bornkamm/Feddersen/Bornkamm*, UWG, § 16 Rn. 21), denn A will gerade über den Preis des Produktes irreführen.

A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

Ergebnis: A hat sich somit gem. § 16 I UWG strafbar gemacht.

## 4. § 16 II UWG – progressive Kundenwerbung

### a) Allgemeines

Bei progressiver Kundenwerbung ist das Kettenelement strafbarkeitsbegründender Faktor. Laien werden als Multiplikatoren in den Vertrieb eingespannt, bis der Markt irgendwann gesättigt ist und die Kunden am Ende der Kette auf ihren Waren sitzen bleiben, ohne Chance, die versprochenen besonderen Vorteile zu erhalten.

### b) Überblick über den Tatbestand

#### aa) Objektiver Tatbestand

(1) Täter nach § 16 II UWG ist derjenige, der die entsprechende Tathandlung unternimmt.

- Der Haupttäter setzt die Werbung in Gang und betreibt das System (Veranstalter).
- Personen hingegen, die Opfer der Werbung geworden sind, sind als notwendige Teilnehmer straflos.
- Problem der Reichweite des § 16 II UWG:
  - Werden sämtliche Angeworbenen, die als Nutznießer des Systems dieses selbst aktiv fördern und ihrerseits werben, damit zu Subunternehmern und (Mit-)Tätern?
  - Im Ergebnis muss die Strafbarkeit auf Nutznießer des Systems beschränkt werden, die über die notwendige Teilnahme hinaus tätig geworden sind.

(2) Tätigwerden im geschäftlichen Verkehr

- 
- Dies ist jede selbstständige, wirtschaftliche Zwecke verfolgende Tätigkeit als Teilnahme am Geschäftsleben.
  - Tätigkeit muss nicht erfolgreich sein (abstraktes Gefährdungsdelikt).
  - Ausreichend ist der Versuch des Anwerbens (reines Unternehmensdelikt, KK 209).

(3) Anzuwerbende müssen Verbraucher i.S.v. § 13 BGB sein (§ 2 II UWG).

(4) durch das Versprechen besonderer Vorteile

- Vorteile sind sämtliche vermögenswerte Leistungen (Prämien, Provisionen, verbilligter Warenbezug oder ein Preisnachlass).
- Ausreichend ist, den Vorteil zu versprechen (die Zusage der künftigen Gewährung genügt); tatsächliche Zuwendungen sind nicht erforderlich.
- Die besonderen Vorteile stellen das Lockmittel dar, den Kunden in das Werbe- und Vertriebssystem einzuspannen.

(5) zur Abnahme von Waren, Dienstleistungen oder Rechten veranlasst werden

- Psychische Beeinflussung des Abnehmers durch das Versprechen besonderer Vorteile dafür, dass er als Erstkunde Zweitkunden wirbt, die wiederum einen Bonus dafür erhalten, dass sie weitere Abnehmer anwerben.

## (6) Kettenelement

- Weitere Voraussetzung ist, dass der Erstkunde des Veranstalters durch das Versprechen besonderer Vorteile im Fall der Werbung weiterer Kunden (Zweitkunden), die ihrerseits nach der Art dieser Werbung derartige Vorteile für eine entsprechende Werbung weiterer Abnehmer (Drittkunden) erlangen sollen, veranlasst wird.
- Nach der Art der Vertriebsform unterscheidet man – ohne dass dies Auswirkungen auf die strafrechtliche Bewertung hätte – gewöhnlich **Pyramiden- und Schneeballsysteme**:
  - Beim **Pyramidensystem** schließen die vom Veranstalter geworbenen Erstkunden gleichlautende Verträge mit den Zweitkunden, die Zweitkunden mit den Drittkunden usw.
  - Beim **Schneeballsystem** schließt der Veranstalter selbst auch mit den Zweitkunden, Drittkunden usw. die Kaufverträge. Wendet man dies beispielhaft auf den nachfolgenden Sachverhalt (KK 209) an, so käme dort also der Kaufvertrag über den Staubsauger z.B. zwischen einem Drittkunden und A zustande. Die Erstkunden, Zweitkunden (usw.) werden also nur als Vermittler für den Veranstalter tätig.

### bb) Subjektiver Tatbestand

Dolus eventualis ist ausreichend.



## cc) Unternehmensdelikt

Bei § 16 II UWG handelt es sich um ein Unternehmensdelikt („Wer es im geschäftlichen Verkehr unternimmt [...]“) im Sinne von § 11 I Nr. 6 StGB. Der Tatbestand des § 16 II UWG ist demnach bereits ab Versuchsbeginn verwirklicht.

## c) Typische Konstellation

**Beispielhaft** ist die folgende Konstellation:

A verkauft mehreren Erstkunden Staubsauger (Wert: 40 €) zum Preis von 100 €. Er verspricht den Erstkunden, dass sie für **jeden geworbenen Zweitkunden eine Provision von 10 €** erhalten werden. Die gleiche Provision sollen dann auch die Zweitkunden für die **Werbung von Drittkunden** usw. erhalten.

Problem: Der Veranstalter (A) und die ersten Vertriebs Ebenen haben gute Verdienstmöglichkeiten:

- A verkauft die Staubsauger deutlich über Wert (Gewinnmarge jeweils 60 €).
- An den durch die Abnehmer neu geworbenen Kunden verdient A jeweils 50 € (von der genannten Gewinnmarge i.H.v. 60 € sind noch die von ihm zu zahlenden 10 € Provision abzuziehen).
- Die ersten Vertriebs Ebenen (zumindest Erstkunden, Zweitkunden) können – je nach Marketinggeschick – gut an den Provisionen für die geworbenen Neukunden verdienen.

**aber:** Relativ schnell ist der Markt für die entsprechenden Staubsauger gesättigt. Die unteren Vertriebs Ebenen haben einen überbelegten Staubsauger und können den Anschaffungspreis nicht durch Provisionen amortisieren.

Um dies zu verdeutlichen:

Im Beispielsfall muss jeder geworbene Kunde sechs weitere Kunden anwerben, um seinen Schaden auszugleichen. Er erleidet nämlich durch den Kauf des Staubsaugers einen Verlust von 60 € (Kaufpreis minus Wert) und erhält pro Kundenwerbung eine Provision i.H.v. 10 €.

Unterstellt man beispielsweise, der geschäftstüchtige **A habe 1.000 Erstkunden** geworben,

- dann müsste jeder Erstkunde zum Schadensausgleich jeweils 6 Zweitkunden anwerben (erfordert insgesamt 6.000 Zweitkunden).
- Jeder der 6.000 Zweitkunden muss seinerseits 6 Drittkunden anwerben (dies erfordert 36.000 Drittkunden).
- Die 36.000 Drittkunden benötigen zum Schadensausgleich 216.000 Viertkunden, die Viertkunden 1.296.000 Fünftkunden, die Fünftkunden 7.776.000 Sechstkunden und die Sechstkunden benötigen 46.656.000 Siebtkunden etc.

Erschwerend kommt hinzu, dass ggf. relativ schnell eine **Marktsättigung** eintritt. Während es also u.U. relativ leicht ist, die ersten 3.000 Kunden zu werben, finden sich ab dann möglicherweise kaum noch Kaufinteressenten.

## **Wiederholungs- und Vertiefungsfragen**

- I. Über welche dogmatische Figur kann bei der Haushaltsuntreue ein Schaden begründet werden?
- II. Entsteht ein Vermögensnachteil, wenn Geld eines Unternehmens in eine schwarze Kasse umgebucht wird?
- III. Muss die erforderte Pflichtverletzung in Fällen des Sponsoring eine gravierende sein?
- IV. Was versteht man unter der Akzessorietät des Strafrechts?
- V. Hat ein bloß faktischer Geschäftsführer eine Vermögensbetreuungspflicht?
- VI. Wie ist das Verhältnis von § 263 StGB und § 16 I UWG?
- VII. Worin besteht das grundlegende Problem von Schneeball- und Pyramidensystemen?

---

## Literatur- und Rechtsprechungshinweise

### **a) zur Haushaltsuntreue**

BGH NJW 2016, 2585

BVerfG NJW 2013, 365, 368

*Kiethe* NStZ 2005, 529

*Schünemann* StV 2003, 463

### **b) zu schwarzen Kassen**

*Bernsmann* GA 2009, 296

*Hefendehl* Vermögensgefährdung und Exspektanzen (1994), S. 287 ff.

*Rönnau* StV 2009, 246

*Satzger* NStZ 2009, 297

BVerfG NJW 2010, 3209

*Achenbach/Ransiek/Rönnau/Seier/Lindemann* 5. Teil Kap. 2 Rn. 416 ff.

*Kudlich/Ođlakciođlu* Rn. 432 ff.

**c) zum Sponsoring**

BGHSt 47, 187 = BGH NStZ 2002, 322-326 mit Anmerkung *Beckemper*

MüKo/*Dierlamm* § 266 Rn. 266

**d) zur Akzessorietät des Wirtschaftsstrafrechts**

*Greco* GA 2019, 684

*Lüderssen* FS Eser (2005), S. 163

**e) zur faktischen Betrachtungsweise/faktischen Geschäftsführung**

*Hefendehl* ZIP 2011, 601, 604 f.

*Spindler/Stilz/Hefendehl*, Aktiengesetz, 3. Aufl. 2015, § 399 AktG Rn. 31 ff.

LK/*Schünemann* § 266 Rn. 246

**f) zu § 16 UWG**

*Momsen/Grützner/Hegmanns* Wirtschaftsstrafrecht (2013) Kapitel 7 Rn. 62–114

*Tiedemann* Rn. 849–874