

Entscheidungskommentare

Rechtsanwalt Dr. Hans-Jörg Odenthal, Köln

Zum „gravierenden Pflichtenverstoß“ bei der Untreue

Anm. zu OLG Hamm, Urt. v. 21.08.2012 – III-4 RVs 42/12

- 1. Der Tatbestand der Untreue setzt einen gravierenden Pflichtenverstoß voraus.**
- 2. Die Einwilligung des Vermögensinhabers lässt den Tatbestand des § 266 StGB entfallen.**
- 3. Ein Irrtum über die Einwilligung ist Tatbestandsirrtum i.S. des § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB.**

OLG Hamm, Urt. v. 21.08.2012 – III-4 RVs 42/12

Zum Sachverhalt: I. Der Angeklagte, der Geschäftsführer der Wohn- und T Z1, einem gemeinnützig ausgerichteten Wohnungsunternehmen der Stadt Z2, ist, wurde durch Urteil des Amtsgerichts Münster vom 05. Mai 2010 wegen Untreue in 4 Fällen zu einer Gesamtgeldstrafe von 80 Tagessätzen zu je 200,00 € verurteilt. Nach den Feststellungen des amtsgerichtlichen Urteils war der Angeklagte für die Planung und Durchführung sog. Besichtigungsfahrten der Aufsichtsratsmitglieder der Wohn- und T2 Z1, überwiegend Ratsmitglieder der Stadt Z2, in den Jahren 2004 bis 2007 nach Utrecht/Rotterdam, Leipzig/Dessau, Lübeck und Litauen verantwortlich, die keinen konkret messbaren Nutzen für die Gesellschaft gehabt, sondern vielmehr der Erbauung der Aufsichtsratsmitglieder gedient hätten. Der Angeklagte habe damit die ihm als Geschäftsführer treffende Pflicht zur Betreuung fremden Vermögens verletzt und der Gesellschaft einen Schaden von insgesamt 53.294,29 € an Reise- und Stornierungskosten (Reise Litauen) zugefügt.

Das Landgericht Münster hat die dagegen gerichtete Berufung der Staatsanwaltschaft Münster (mit dem Ziel der Verurteilung zu einer höheren Strafe) verworfen und den Angeklagten auf seine Berufung hin unter Aufhebung des Urteils des Amtsgerichts Münster vom 05. Mai 2010 freigesprochen.

Die Strafkammer hat detaillierte Feststellungen zum Teilnehmerkreis, dem inhaltlichen und zeitlichen Ablauf der jeweiligen Besichtigungsfahrten und den dabei im Einzelnen angefallenen Kosten für An- und Abreise, Kost, Logis, Eintrittsgelder etc. getroffen. Die Fahrt nach Litauen im Jahre 2007 ist kurzfristig abgesagt worden, so dass insoweit nur Stornierungskosten angefallen sind. Wegen der Einzelheiten wird insoweit auf die Urteilsgründe Bezug genommen. Die Höhe der Aufwendungen insgesamt hat die Strafkammer, ähnlich wie das Amtsgericht, mit 53.556,09 € festgestellt.

Aufgrund der getroffenen Feststellungen ist die Strafkammer zu der Auffassung gelangt, dass die Fahrten trotz der naturgemäß enthaltenen touristischen Elemente ganz vorrangig sachdienlichen Zwecken gedient hätten, nämlich sowohl der fachlichen Information und Fortbildung der Aufsichtsratsmitglieder als auch der Verbesserung des Arbeitsklimas; das gelte nicht nur für die Fahrten als solche, sondern letztlich auch für die einzelnen Programmpunkte. Die Auswahl der Reiseziele sei stets im Hinblick auf laufende oder künftige Aufgaben und Vorhaben der Wohn- und T2 erfolgt. Ein evidenter und daher strafbarer Pflichtenverstoß i. S. d. § 266 StGB lasse sich da-

her nicht feststellen. Dagegen spreche auch nicht der Umstand, dass sich einige der Reisetilnehmer durch die Fahrten als Ausgleich für ehrenamtlich geleistete Arbeit belohnt gefühlt hätten; das subjektive Empfinden Einzelner sei kein Beleg für die Intension des Angeklagten, die Gesellschaft pflichtwidrig zu schädigen.

Gegen dieses Urteil wendet sich die Staatsanwaltschaft Münster mit der Revision, mit der die Verletzung materiellen Rechts gerügt wird.

Es sei nicht Aufgabe eines Geschäftsführers einer städtischen Wohnbaugesellschaft, Fahrten für Aufsichtsratsmitglieder durchzuführen, bei denen es nicht um Fortbildung gehe, die vielmehr der Kategorie Ausflug einzuordnen seien, und damit Einfluss auf ein Kontrollorgan zu nehmen. Dieses Verhalten sei evident pflichtwidrig.

Die Generalstaatsanwaltschaft ist der Revision der Staatsanwaltschaft mit ergänzenden Ausführungen beigetreten. Es sei davon auszugehen, „dass auch einfache Reisen mit dominierendem Ausflugscharakter - wie die hier durchgeführten - den Tatbestand des § 266 StGB erfüllen“. [...]

Aus den Gründen: II. Die Revision der Staatsanwaltschaft ist zulässig, aber unbegründet. [...]

Der Senat folgt der eingehenden Argumentation der Strafkammer, wonach die getroffenen Feststellungen dem - rechtlich nicht zu beanstandenden - Schluss erlauben, dass die durchgeführten Fahrten durch sachdienliche Zwecke - Information und Fortbildung der Aufsichtsratsmitglieder im Hinblick auf aktuelle bzw. anstehende Bauvorhaben - dominiert wurden und damit trotz der unverkennbaren bzw. unvermeidbaren touristischen Elemente ein gravierender Pflichtverstoß des Angeklagten nicht vorliegt.

Die Argumentation der Staatsanwaltschaft und der Generalstaatsanwaltschaft fußt demgegenüber auf der Prämisse, es habe sich bei den fraglichen Fahrten um Ausflüge mit Belohnungscharakter gehandelt. Damit wird, wie zu Recht von der Verteidigung reklamiert, im Kern in unzulässiger Weise die tatrichterliche Beweiswürdigung angegriffen. Zwingende Anhaltspunkte für den eindeutig privaten Ausflugscharakter der fraglichen Reisen wie Bordell- und Spielbankbesuche oder die Mitnahme von Ehepartnern hat die Strafkammer nicht feststellen können, dagegen aber mit eingehender und nachvollziehbarer Begründung das Vorliegen zahlreicher Umstände, die den sach- bzw. fachdienlichen Zweck belegen.

Auch der rechtliche Ansatz der Kammer, dass nur gravierende Pflichtverstöße den Tatbestand des § 266 StGB erfüllen, hält rechtlicher Überprüfung stand. Dies entspricht der bisherigen Rechtsprechung des 1. und 3. Strafsenats des Bundesgerichtshofs (BGHSt 47 148, 150; 47, 187; 49, 147). Soweit der 3. Strafsenat auch einfache Verstöße als ausreichend für die Begründung der Strafbarkeit angesehen hat (BGHSt 50, 331, 336, 343 ff „Mannesmannentscheidung“), lässt sich diese Ansicht nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 22.06.2010 (NJW 2010, 3209 ff) nach Überzeugung des Senats nicht mehr aufrechterhalten. Das Bundesverfassungsgericht hat unter anderem folgendes zu dieser Frage ausgeführt.

Auch das Merkmal der Pflichtwidrigkeit hat die höchstrichterliche Rechtsprechung in fallgruppenspezifischen Obersätzen hinreichend in einer Weise konkretisiert, die die Vorhersehbarkeit der Strafbarkeit im Regelfall sichert. Voraussehbarkeit der Strafdrohung und Kohärenz der Rechtsordnung stehen in engem Zusammenhang. Die Ziele dementsprechender Auslegung müssen von Verfassungs wegen darin bestehen, die Anwendung des Untreuetatbestands auf Fälle klarer und deutlicher (evidenter) Fälle pflichtwidrigen Handelns zu beschränken, Wertungswidersprüche zur Ausgestaltung spezifischer Sanktionsregelungen zu vermeiden und den Charakter des Untreuetatbestands als eines Vermögensdelikts zu bewahren. Die (Fort-)Entwicklung geeigneter dogmatischer Mittel zu diesem Ziel obliegt in erster Linie den Strafgerichten und hier vornehmlich den Revisionsgerichten. Diese müssen im Interesse der Berechenbarkeit und Voraussehbarkeit der Rechtsanwendung in wichtigen Anwendungsbereichen des Untreuetatbestands diesen durch fallgruppenspezifische Obersatzbildung unter Berücksichtigung der genannten Kriterien handhabbar machen.

Für eine fallgruppenspezifische Obersatzbildung finden sich in der jüngeren Rechtsprechung des BGH verschiedene Beispiele (vgl. etwa BGHSt 47, 187 = NJW 2002, 1585 zum Sponsoring; BGHSt 46, 30 = NJW 2000, 2364 und BGHSt 47, 148 = NJW 2002, 1211 zur Kreditvergabe, näher dazu unten III 3 a; BGHSt 50, 331 = NJW 2006, 522 zur Prämienverteilung durch Aktiengesellschaften). Tatbestandsbegrenzende Funktion hat auch die jüngere Rechtsprechung, die eine Pflichtverletzung i.S. des § 266 StGB nur dann bejaht, wenn sie gravierend ist (vgl. BGHSt 47, 148, 152 = NJW

2002, 1211; BGHSt 47, 187 = NJW 2002, 1585; s. aber auch BGHSt 50, 331, 343 ff. = NJW 2006, 522, BGH NJW 2006, 453, 454 ff., aus dem Schrifttum vgl. zustimmend Kutzner, NJW 2006, 3541, 3543; ablehnend Beckemper, NStZ 2002, 324, 326, Sauer, wistra 2002, 465). Der gegen die Rechtsprechung erhobene Einwand, dass sich dem Wortlaut des Tatbestands das Erfordernis einer gravierenden Pflichtverletzung nicht entnehmen lasse (Schünemann, NStZ 2005, 473, 475), überzeugt angesichts der dargelegten Notwendigkeit einer Beschränkung (Restriktion) des sehr weiten Wortlauts nicht.“

Ausgehend von diesen Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts hat die Strafkammer den zutreffenden Rahmen für die Beurteilung der Pflichtwidrigkeit des Verhaltens des Angeklagten gewählt. [...]

3. Ergänzend weist der Senat noch auf folgendes hin:

Selbst wenn man von einer gravierenden Pflichtwidrigkeit des Angeklagten hätte ausgehen müssen, folgt daraus nicht ohne weiteres die Strafbarkeit nach § 266 StGB. Denn der Straftatbestand wird grundsätzlich durch das Einverständnis des Treugebers (= Vermögensinhabers) ausgeschlossen (Fischer, StGB 59. Aufl. § 266 Rn. 90 mwN). Aufgrund der Feststellungen des Landgerichts liegt es nahe, von einem solchen Einverständnis der Stadt Münster auszugehen. Sowohl dem vormaligen Stadtdirektor, als auch dem Oberbürgermeister und dem Ältestenrat war die Praxis der bereits von den Vorgängern des Angeklagten organisierten Besichtigungsfahrten bekannt. Bedenken wurden zu keinem Zeitpunkt erhoben. Vielmehr wurden die Fahrten in eine „Positivliste“ der Veranstaltungen aufgenommen, für die den Teilnehmern Verdienstaussfall gewährt werden konnte. Damit kann von einem konkludenten Einverständnis ausgegangen werden.

Jedenfalls wird man ein hypothetisches Einverständnis - zumindest nach den Grundsätzen „in dubio pro reo“ - nicht ausschließen können. Denn nach den vom Landgericht getroffenen Feststellungen wird man davon ausgehen müssen, dass wenn der Angeklagte bei der Stadt Z2 um die Genehmigung der Fahrten nachgesucht hätte, eine solche auch erfolgt wäre. Für diese Einschätzung sprechen auch die Feststellungen am Ende des landgerichtlichen Urteils. Danach ist davon auszugehen, dass nach den seit dem 1. Juli 2011 geltenden „Corporate Governance Kodex“ der Stadt Z2 für Informationsfahrten der Aufsichtsräte städtischer Unternehmen diese nicht den heutigen Willen widersprechen würden. Daraus kann geschlossen werden, dass dies auch in der Vergangenheit nicht der Fall war. Dass eine solche Einwilligung ihrerseits gesetzeswidrig und damit unwirksam wäre (vgl. Fischer aaO Rn 92 mwN), ist nicht zu erkennen. Es bleibt auch einem öffentlich rechtlichen Vermögensträger unbenommen, in einem gewissen Rahmen „Belohnungen“ für eine ehrenamtliche Tätigkeit zu gewähren.

Jedenfalls ließe sich ein Irrtum des Angeklagten über das Vorliegen einer solchen (hypothetischen) Einwilligung nicht mit der erforderlichen Sicherheit ausschließen. Dieser würde gem. § 16 I 1 StGB den Vorsatz und damit die Strafbarkeit entfallen lassen.

Anmerkung:

„Lustreisen“

1. Das Urteil des OLG Hamm betrifft einen Sachverhalt, der in den letzten Jahren unter dem Schlagwort „Lustreisen“ die Justiz beschäftigt und zur Einleitung zahlreicher Ermittlungsverfahren gegen Geschäftsführer und Aufsichtsratsmitglieder kommunaler Versorgungsbetriebe geführt hat. Dabei geht es um die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen sich diese Personen wegen der Organisation von bzw. der Teilnahme an Informationsfahrten des Aufsichtsrates mit mehr oder weniger ausgeprägtem touristischen Begleitprogramm wegen Untreue strafbar machen können. In dem vom OLG Hamm entschiedenen Fall war der Geschäftsführer einer kommunalen Wohnungsbaugesellschaft vom Amtsgericht wegen der Durchführung mehrerer Aufsichtsratsfahrten, die nach Einschätzung des Gerichts keinen konkret messbaren Nutzen für die Gesellschaft gehabt, sondern vielmehr der Erbauung der Aufsichtsratsmitglieder gedient hätten, wegen Untreue verurteilt worden. Auf seine Berufung hin hatte das Landgericht ihn mit der Begründung freigesprochen, dass mit den Fahrten trotz touristischer Elemente vorrangig sachdienliche Zwecke verfolgt worden seien und sich jedenfalls ein evidenter und daher strafbarer Pflichtverstoß nicht feststellen lasse. Dem hat sich das OLG Hamm angeschlossen und den Freispruch bestätigt. Zudem hat der Senat aus der Kenntnis des Oberbürgermeisters und des Ältestenrates der Stadt von den durch den Angeklagten organisierten Fahrten auf ein tatbestandausschließendes Einverständnis des Vermögensinhabers geschlossen.

Keine vorhersehbaren Kriterien für die Pflichtwidrigkeit

2. Die Ausführungen dazu, dass der Angeklagte sich nicht pflichtwidrig verhalten habe, weil die Aufsichtsratsfahrten vorrangig „sachdienlichen Zwecken“ gedient hätten, scheinen auf den ersten Blick eine typische Einzelfallentscheidung zu begründen, bei der die Frage, ob sich der Treuenehmer pflichtwidrig im Sinne des Untreuetatbestandes verhalten hat, von der Subsumtion abhängt, ob die Fahrten wegen ihres touristischen Begleitprogramms vorwiegend „der Erbauung der Aufsichtsratsmitglieder“ (Amtsgericht) oder vorrangig, „sowohl der fachlichen Information und Fortbildung der Aufsichtsratsmitgliedern als auch der Verbesserung des Arbeitsklimas“ (Landgericht) gedient haben, also einer Bewertung des Reiseprogramms anhand der Kategorien „sachdienlich“ oder „nicht sachdienlich“. Tatsächlich ist diese Entscheidung aber ein weiterer Beleg dafür, dass es der Rechtsprechung zum Treuebruchtatbestand der Untreue noch nicht einmal im Ansatz gelingt, in denjenigen Fällen, in denen der Treuenehmer nicht gegen ihm vom Treugeber ausdrücklich auferlegten Pflichten verstößt, sondern der Pflichtverstoß aus einer Verletzung der allgemeinen kaufmännischen Sorgfaltspflichten (§§ 347 HGB, 43 GmbHG, 93 AktG) abgeleitet wird,¹ auch nur annähernd vorhersehbare Kriterien für die Beurteilung der Pflichtwidrigkeit zu entwickeln.

Die Subsumtion von Amts- und Landgericht beruht – trotz des unterschiedlichen Ergebnisses – auf demselben unausgesprochenen Vorverständnis, dass der die Fahrten organisierende Geschäftsführer nur pflichtgemäß handelt, wenn die Informationsvermittlung im Vordergrund steht. Dabei bleibt die rechtlich entscheidende Vorfrage, woraus sich das nämlich ergeben soll, unbeantwortet.

a) Die Pflichtverletzung kennzeichnet die Tathandlung und damit den Unrechtsgehalt des Treuebruchtatbestandes.² Ohne sie würde sich der Tatbestand in der Verursachung eines Nachteils im Vermögen des Treugebers durch den Treuenehmer erschöpfen, also in einem schlichten Kausalzusammenhang, der eine strafrechtliche Sanktion nicht zu rechtfertigen vermöchte. Im Hinblick auf den Gewährleistungsgehalt von Art. 103 Abs. 2 GG bedarf das Pflichtwidrigkeitsmerkmal klarer Konturen. Insbesondere darf es nicht in einer Weise ausgelegt werden, dass es mit dem selbständig neben ihm stehenden Merkmal der Verursachung eines Nachteils verschleift.³ Inhalt und Umfang der Pflicht müssen dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis entnommen werden.⁴ Die Pflichten eines Geschäftsführers ergeben sich aus den für das jeweilige Rechtsverhältnis einschlägigen Rechtsätzen, Geschäftsordnungen, vertraglichen Regelungen, namentlich dem Anstellungsvertrag, und Einzelanweisungen. Der Inhaber des geschützten Vermögens hat es also in der Hand, die dem Geschäftsführer als Treuenehmer obliegenden Pflichten so detailliert zu regeln, wie es ihm erforderlich erscheint. Verstößt der Geschäftsführer gegen eine ihm auferlegte, zumindest auch vermögensbezogene⁵ Pflicht und schädigt er hierdurch das ihm anvertraute Vermögen, ist der Untreuetatbestand regelmäßig erfüllt.

b) Aus den Sorgfaltsgeneralklauseln des Gesellschaftsrechts können im Einzelfall weitere Pflichten abgeleitet werden.⁶ Diese sind als Anknüpfungspunkt für die Bestimmung einer Vermögensbetreuungspflicht i.S.d. 266 StGB jedoch nur dann mit dem strafrechtlichen Bestimmtheitsgebot vereinbar, wenn und soweit durch eine fallgruppenspezifische Konkretisierung die Vorhersehbarkeit der Strafbarkeit im Regelfall gesichert ist.⁷ Hiervon ist die Rechtsprechung, die die Bindung an das Bestimmtheitsgebot zugunsten eines sich am Rechtsempfinden des jeweiligen Rechtsanwenders orientierenden case law aufgegeben hat,⁸ weit entfernt. Sie verstrickt sich in Einzelfallentscheidungen, deren Sachverhalte euphemistisch als „Fallgruppen“ bezeichnet werden. Abgrenzungsprobleme in Randbereichen eines Tatbestandsmerkmals, also die Notwendigkeit, in Grenzfällen zu entscheiden, ob ein Verhalten noch nicht oder schon die Schwelle zur Strafbarkeit überschreitet, gibt es zwar auch bei anderen Straftatbeständen, ohne dass deshalb deren Vereinbarkeit mit dem Bestimmtheitsgebot zweifelhaft wäre. Bei dem Treuebruchtatbestand der Untreue sind diese Abgrenzungsprobleme aber nicht auf Randbereiche der Norm beschränkt, sondern betref-

¹ Vgl. dazu Schönke/Schröder/Perron, StGB, 28. Aufl., § 266 Rn. 19 b.

² MüKo-StGB/Dierlamm, § 266 Rn. 151; SSW/StGB-Saliger, § 266 Rn. 31.

³ BVerfGE 126, 170 (211) = NSTZ 2010, 626 Rn. 8.

⁴ BGHSt 8, 271 (272); Müller-Gugenberger/Bieneck/Schmidt, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl., § 31 Rn. 133.

⁵ S. zu dieser Einschränkung BGHSt 56, 203; 55, 288 Rn. 34 ff. m. krit. Anm. Brand, JR 2011, 400; SSW/StGB-Saliger, § 266 Rn. 32 ff.

⁶ Vgl. Schönke/Schröder/Perron, StGB, 28. Aufl., § 266 Rn. 36.

⁷ BVerfGE 126, 170 (210 f.).

⁸ LK-StGB/Schünemann, 12. Aufl., § 266 Rn. 99 spricht von einer „unsortierten Kriterienvielfalt“.

*Informationsvermittlung
muss nicht im Vordergrund
stehen*

*Weiter Ermessensspielraum
des Geschäftsführers*

*Sparsamkeitsgebot im
Bereich der öffentlichen
Daseinsvorsorge*

fen in denjenigen Fällen, in denen aus der allgemeinen kaufmännischen Sorgfaltspflicht konkrete Handlungspflichten abgeleitet werden, die nicht unter eine von der Rechtsprechung bereits entwickelte Fallgruppe fallen oder hieraus wenigstens abgeleitet werden können, sondern erst im Einzelfall vom Strafrichter formuliert werden, den Kern des Unrechtstatbestandes. Dieser von der Rechtsprechung beschrittene Irrweg wird nicht dadurch besser, dass er im Fall des OLG Hamm zu dem richtigen Ergebnis geführt hat.

c) Gremienfahrten müssen nicht überwiegend oder gar ausschließlich der Informationsvermittlung dienen. Mit ihrer Durchführung werden i.d.R. verschiedene Zwecke verfolgt, die sich überlagern und nicht trennscharf voneinander abgegrenzt werden können: Neben der Informationsvermittlung kann die Förderung des Gedankenaustausches zwischen den Gremienmitgliedern außerhalb des engen zeitlichen und sachlichen Korsetts förmlicher Gremiensitzungen bezweckt sein. Hinzu kommt die Stärkung des Gemeinschaftsgefühls der Teilnehmer im Interesse einer vertrauensvollen und sachlichen Zusammenarbeit sowohl innerhalb des Gremiums als auch mit der Geschäftsführung. Ein weiterer Aspekt kann die Anerkennung der von den Gremienmitgliedern für das Unternehmen geleisteten Tätigkeit und damit die Förderung ihrer Motivation sein. Der unternehmensbezogene Nutzen solcher Gremienfahrten beurteilt sich also ganz überwiegend anhand „weicher“ Kriterien. Welche Zwecke innerhalb dieses Motivbündels wie gewichtet und in welcher Weise sie umgesetzt werden, liegt im Ermessen des Geschäftsführers,⁹ der hierbei allerdings die ihm vom Geschäftsherrn gemachten Vorgaben zu beachten hat. Dieser hat es in der Hand, dem Geschäftsführer durch entsprechende Anweisungen Grenzen zu setzen. Macht er von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch, hat der Geschäftsführer einen weiten Handlungs- und Ermessensspielraum. Diesen hat das Strafrecht zu akzeptieren. Es ist nicht Aufgabe des Strafrichters, seine Vorstellungen an die Stelle der Vorstellungen des Geschäftsherrn zu setzen und die Durchführung der von ihm als „unangemessen“ empfundenen Fahrten zu sanktionieren. Deshalb fehlt der von den Vorinstanzen des besprochenen Urteils vorgenommenen Bewertung der Fahrten nach der Ausrichtung ihres Programms am Ziel der Informationsvermittlung eine tragfähige normative Grundlage, weil sie den Maßstab für die Beurteilung des Handelns des Geschäftsführers nicht dem der Vermögensbetreuungspflicht zugrunde liegenden Rechtsverhältnis, also den für ihn geltenden geschriebenen oder ungeschriebenen Regeln des Unternehmens und der im Unternehmen gelebten Praxis, sondern einem Vorverständnis entnimmt, das sich von dem für den Geschäftsführer in dem Unternehmen konkret geltenden Pflichtenkatalog entfernt.

d) Eine Pflichtverletzung kann sich allerdings auch aus einem Verstoß gegen das auch für privatrechtlich strukturierte Gesellschaften der öffentlichen Daseinsvorsorge geltende Sparsamkeitsgebot ergeben, das ein allgemeines Prinzip der Haushaltsführung im öffentlichen Bereich darstellt.¹⁰ Der Geschäftsführer einer solchen Gesellschaft darf daher nicht auf deren Kosten einen unverhältnismäßigen Aufwand betreiben.¹¹ Unverhältnismäßig sind Luxusreisen, deren Programm keinen hinreichenden Bezug zu den Aufgaben des Aufsichtsrates aufweist oder bei denen der private Charakter, zum Beispiel wegen der Teilnahme von Ehepartnern der Gremienmitglieder, eindeutig im Vordergrund steht. Hierfür lagen im vorliegenden Fall aber keine Anhaltspunkte vor, wie sich aus der im Urteil des OLG Hamm zitierten Bewertung der Fahrten durch die Generalstaatsanwaltschaft als „einfache Reise mit dominierendem Ausflugscharakter“ ergibt. Der von der Staatsanwaltschaft angenommene „dominierende Ausflugscharakter“ allein reicht aber eben wegen des Ermessensspielraums, der dem Geschäftsführer, sofern ihm vom Geschäftsherrn keine konkreten Vorgaben für die Durchführung solcher Gremienfahrten gemacht worden, bei der Gewichtung und der Umsetzung der mit ihnen verfolgten Zwecke zugestanden werden muss, für das strafrechtliche Pflichtwidrigkeitsurteil nicht aus.

3. Dass sich der Geschäftsführer in dem vom OLG Hamm entschiedenen Fall mit der Durchführung der Fahrten innerhalb des ihm zustehenden Ermessensspielraums gehalten und gegen keine ihm obliegende Pflichten verstoßen hat, wird auch daran deutlich, dass nach den Feststellungen des Landgerichts sowohl dem Oberbürgermeister als auch dem Ältestenrat der Stadt die schon von den Vorgängern des Angeklagten organisierten Fahrten bekannt waren und von diesen gebilligt wurden. Das OLG Hamm hat hieraus auf ein tatbe-

⁹ BGHZ 135, 244 (253); BGHSt 47, 187 (192).

¹⁰ Vgl. BGH, NStZ 2008, 87; *Bieneck*, wistra 1998, 249.

¹¹ Vgl. OLG Hamm, NStZ 1986, 119 m. Anm. *Molketin*, NStZ 1987, 369 (zu Repräsentationsaufwendungen).

standausschließendes Einverständnis der Stadt als Inhaberin des gestützten Vermögens geschlossen. Richtigerweise dürfte diese Kenntnis und Billigung schon die Pflichtverletzung als Tathandlung ausschließen. Die Unterscheidung zwischen dem die Tathandlung kennzeichnenden Merkmal der Pflichtverletzung und der Pflichtwidrigkeit der Tatbestandsverwirklichung, die durch das Einverständnis des Inhabers des geschützten Vermögens ausgeschlossen wird, ist nicht nur von dogmatischem Interesse, sondern kann u.U. auch praktische Auswirkungen haben. Ein tatbestandsausschließendes Einverständnis des Geschäftsherrn kann nämlich bei Personengesellschaften oder juristischen Personen jedenfalls in der Regel nur angenommen werden, wenn alle Inhaber des geschützten Vermögens oder das von ihnen hierfür bestimmte und sachlich zuständige Gremium ihr Einverständnis erklärt haben.¹² Demgegenüber kann für die Beurteilung der dem Geschäftsführer obliegenden Pflichten schon die Kenntnis und Billigung seines Verhaltens durch Repräsentanten des geschützten Vermögens unterhalb der Schwelle des Einverständnisses aller Vermögensinhaber und ohne eine Einhaltung des für die Bildung eines einheitlichen Gesellschaftswillens vorgeschriebenen Verfahrens genügen.

4. Der besprochene Fall zeigt schließlich, dass der Versuch, den Treuebruchtatbestand durch die „verschwommene“¹³ Einschränkung seines Anwendungsbereiches auf gravierende Pflichtverletzungen¹⁴ auf klare und eindeutige Fälle pflichtwidrigen Handelns zu beschränken und dadurch die erforderliche Bestimmtheit zu geben, zur Begrenzung des Tatbestandes ungeeignet ist.¹⁵ Denn wenn schon die Frage, ob eine Pflichtverletzung vorliegt, nicht anhand eines konkreten, für den Treuenehmer geltenden Pflichtenkatalogs, sondern danach beurteilt wird, ob der jeweilige Rechtsanwender das Verhalten des Treuenehmers als mit der allgemeinen kaufmännischen Sorgfaltspflicht noch oder nicht (mehr) vereinbar hält, kann es keine objektivierbaren Kriterien dafür geben, wann der auf diese Weise begründete Pflichtverstoß als gravierend oder nicht gravierend eingestuft wird. Die schon theoretisch schwierige Unterscheidung zweier Ebenen, auf deren erster geprüft wird, ob eine einfache Pflichtverletzung vorliegt, wobei Beurteilungsgrundlage hierfür die für das jeweilige Rechtsverhältnis einschlägigen gesetzlichen und vertraglichen Pflichten sein sollen, bevor auf einer zweiten, genuin strafrechtlichen untersucht wird, ob ein Verstoß gegen einen engen, unzweifelhaften Kern vorliegt, jenseits dessen jedes wirtschaftlich irgendwie sinnvolle Handeln hingenommen werden muss, schwimmt jedenfalls praktisch. Dementsprechend hatte im vorliegenden Fall das Amtsgericht keine Probleme, den von ihm aus dem als sachwidrig empfundenen Programm der „Besichtigungsfahrten“ begründeten Pflichtverstoß als „evident pflichtwidrig“ einzustufen, während umgekehrt das Landgericht aufgrund seiner Einschätzung, dass die Fahrten sachdienliche Zwecke erfüllt hätten, schon keinen Pflichtverstoß und folgerichtig erst recht keinen gravierenden erkennen konnte. Daran zeigt sich, dass die vermeintliche Einschränkung des Tatbestandes durch die Begrenzung auf gravierende Pflichtverstöße nur eine inhaltsleere Floskel darstellt, die den Tatbestand tatsächlich nicht einschränkt, sondern nur zur Bestätigung eines auf einer Vorstufe begründeten Pflichtwidrigkeitsurteils herangezogen wird. Normative Kriterien für die Gewichtung einer Pflichtwidrigkeit als gravierend oder nicht gravierend fehlen jedenfalls weitgehend. Das erklärt, warum dieses Merkmal von der Rechtsprechung auch nicht konsequent berücksichtigt, sondern nur von Fall zu Fall angewendet wird.¹⁶

¹² Vgl. BGHSt 50, 331 (342); Fischer, StGB, 59. Aufl., § 266 Rn. 93; MüKo-StGB/Dierlamm, § 266 Rn. 132 ff.; SK-StGB/Hoyer, § 266 Rn. 57.

¹³ LK-StGB/Schünemann, 12. Aufl., § 266 Rn. 57.

¹⁴ BGHSt 46, 30; 47, 148; 47, 187 (197).

¹⁵ LK-StGB/Schünemann, § 266, Rn. 93 ff.; SK-StGB/Hoyer, § 266 Rn. 57.

¹⁶ Fischer, StGB, 59. Aufl., § 266 Rn. 61; LK-StGB/Schünemann, § 266 Rn. 98.