

Entscheidungskommentare

Rechtsanwältin Dr. Tine Golombek, Berlin

BGH, Urteil v. 10.7.2013 – 1 StR 532/12 („Hochseeschleppergeschäft“) – Keine Strafbarkeit der Geschäftsführer ei- ner Komplementär-GmbH nach § 299 Abs. 1 StGB wegen Geschäftsinhaber- Stellung zum Zeitpunkt der „Unrechtsver- einbarung“

Das zu besprechende Urteil wirft verschiedene Fragen im Zusammenhang mit §§ 299 und 266 StGB auf. Es bietet Anlass, sich noch einmal Gedanken über Grundlegendes im Zusammenhang mit beiden Straftatbeständen zu machen, wobei der Schwerpunkt hier auf Aspekten der Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr gelegt werden soll.

Die Angeklagten waren im Februar 2012 vom Landgericht Augsburg wegen Untreue zu Haftstrafen verurteilt worden, weil sie im Zusammenhang mit der Auftragsvergabe des Baus dreier Hochseeschlepper an eine Cuxhavener Werft für die von ihnen vertretenen Einschiffsgesellschaften jeweils um EUR 2 Mio. erhöhte Rechnungsbeträge akzeptiert hatten. Einen Großteil der Beträge hatten die Angeklagten selbst vereinnahmt. Ihre Revisionen waren mit einer Verfahrensrüge erfolgreich. Die Revisionen der Staatsanwaltschaft, mit denen die unterbliebene Verurteilung der Angeklagten wegen Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr in zwei Fällen beanstandet wurde, blieben ohne Erfolg.

I. Sachverhalt

Dem Urteil des BGH liegt – nach den landgerichtlichen Feststellungen und Wertungen – folgender Sachverhalt zugrunde:

Die beiden Angeklagten waren im Hochseeschleppergeschäft tätige Reeder. Seit 2005 betrieben sie den Bau der drei Hochseeschlepper „Taurus“, „Janus“ und „Ursus“ in sogenannten Einschiffsgesellschaften in der Rechtsform von GmbH & Co. KGs, die als Publikumsgeellschaften konzipiert waren. Als Komplementärin fungierte in allen drei Einschiffsgesellschaften die im März 2005 gegründete AHT-GmbH, deren Geschäftsführer und – neben anderen – Mitgesellschafter die Angeklagten waren. Die Angeklagten waren daneben Kommanditisten der Einschiffsgesellschaften.

Bereits im Jahr 2004 hatten Gespräche zwischen den Angeklagten und dem früheren Mitangeklagten E stattgefunden, der bei der Werft M-AG für den Bau von Hochseeschleppern zuständig war. Dabei war man übereingekommen, dass im Fall der Auftragserteilung an ein Konsortium bestehend aus M-AG und Mw-GmbH die beiden Angeklagten je EUR 750.000,00 pro Schiff erhalten sollten. E sollte EUR 500.000,00 je Schiff für die „organisatorische Umsetzung der Vereinbarung“ erhalten. Inhalt der in diesem Zusammenhang abgeschlossenen – und seitens des Konsortiums vom nicht vertretungsbefugten E unterzeichneten – „Memoranda of Understanding“ war, dass das Konsortium zur Zahlung eines „owner's discount“ i.H.v. EUR 750.000,00 pro Schiff an jeden der beiden Angeklagten verpflichtet sein sollte; die Mw-GmbH sollte nach Abschluss eines „finder's fee agreement“ EUR 500.000,00 je Schiff an ein zwischengeschaltetes Unternehmen zahlen, das den Betrag abzüglich einer Provision an E weiterleiten sollte.

Im Januar 2005 schloss die T-GmbH & Co. KG – noch im Gründungsstadium und vor Beitritt weiterer Kommanditisten – mit dem Konsortium einen Vertrag über den Bau des Hochseeschleppers „Taurus“. Dabei wurde die T-GmbH & Co. KG noch von ihrer damaligen Komplementärin, der H-GmbH vertreten, deren Geschäftsführer und alleinige Gesellschafter die Angeklagten waren. Im August 2005 schlossen auch die J-GmbH & Co. KG und die U-GmbH & Co. KG, ebenfalls noch in Gründung und vertreten durch die AHT-GmbH, Verträge mit dem Konsortium über den Bau von „Janus“ bzw. „Ursus“. In Umsetzung der zwischen den Angeklagten und E getroffenen Vereinbarung wurden in der internen Kostenkalkulation des Konsortiums für den Bau der Schlepper jeweils Leerpositionen aufgenommen bzw. reale Positionen gezielt zu hoch angesetzt und so der Betrag von EUR 2 Mio. je Schiff, der an die Angeklagten und E fließen sollte, auf den von den Einschiffsgesellschaften zu zahlenden Werklohn aufgeschlagen.

Jeweils erst nach Abschluss der Schiffsbauverträge, nämlich im März (T-GmbH & Co. KG) bzw. September (J- und U-GmbH & Co. KG) 2005 wurden die Gesellschaftsverträge der Einschiffsgesellschaften errichtet und traten weitere Kommanditisten bei. Dabei ließen sich die Angeklagten die zuvor mit dem Konsortium abgeschlossenen Schiffsbauverträge von den übrigen Kommanditisten genehmigen, ohne diesen gegenüber jedoch die mit E getroffene Abrede offenzulegen.

Jeweils kurz vor Fertigstellung der Schlepper wurden die vereinbarten Beträge von den Angeklagten (bzw. für E: von dem zwischengeschalteten Unternehmen) gegenüber der Konsortin Mw-GmbH in Rechnung gestellt und von dieser beglichen. Nach Übergabe der Schlepper wurde der gesamte Werklohn – einschließlich des darin enthaltenen Anteils von EUR 2 Mio. pro Schiff – im Auftrag der Angeklagten von den Einschiffsgesellschaften an die Konsortin M-AG ausgezahlt.

Zu den Eigentümerstrukturen der auftragserteilenden Einschiffsgesellschaften im Zeitpunkt der Fertigstellung der Schlepper und Zahlung des Werklohns hatte das Landgericht folgende Feststellungen getroffen:

Die beiden Angeklagten hielten gemeinsam mit der TH GmbH & Co. KG, die sie als Geschäftsführer von deren Komplementär-GmbH vertraten, insgesamt 65% der Kommanditan-

teile der jeweiligen Einschiffsgesellschaften.¹ Die verbleibenden 35% wurden von angeworbenen Kommanditisten gehalten. Die AHT GmbH als Komplementärin jeder der drei Einschiffsgesellschaften war weder am Vermögen noch am Gewinn und Verlust beteiligt, für die Kommanditisten war dagegen eine Gewinn- und Verlustbeteiligung im Verhältnis ihrer Einlage vereinbart.

II. Urteilsgründe

1. Entscheidung des BGH zu § 299 Abs. 1 StGB

Der BGH ist dem Landgericht Augsburg darin gefolgt, dass der Sachverhalt eine Verurteilung der Angeklagten wegen Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr nicht rechtfertigt:

Zwar würden die Feststellungen Anhaltspunkte dafür bieten, dass Verhaltensweisen seitens der Angeklagten vorgelegen hätten, die „an sich“ als tatbestandsmäßiges Verhalten gemäß § 299 Abs. 1 StGB in Betracht kämen. Auch sei das Konsortium gegenüber anderen Wettbewerbern bei der Auftragsvergabe für den Bau der Hochseeschlepper bevorzugt worden.

Eine Strafbarkeit der Angeklagten scheidet jedoch aus, weil diese im Jahr 2004, als sie die Vereinbarung mit E trafen und damit Vorteile forderten bzw. sich versprechen ließen, noch keine tauglichen Täter i.S.d. § 299 Abs. 1 StGB gewesen seien.

a) Fehlende Täterqualität der Angeklagten im Zeitpunkt des Versprechens von Vorteilen

Der Tatbestand beschränke den Täterkreis ausdrücklich auf Angestellte und Beauftragte eines geschäftlichen Betriebs, so dass die Vorteilsannahme des Betriebsinhabers hinsichtlich seines eigenen Betriebs vom Tatbestand nicht erfasst werde. Da der Tatbestand bereits mit dem Fordern, Sich-versprechen-Lassen oder Annehmen des Vorteils vollendet sei, müsse die Stellung als Angestellter oder Beauftragter im Zeitpunkt der Tathandlung vorliegen.

Daran fehle es, weil die Angeklagten, als sie im Jahr 2004 die („Unrechts“-)Vereinbarung mit E geschlossen hätten, (noch) keine Angestellten oder Beauftragten eines geschäftlichen Betriebs gewesen seien, sondern als gemeinsam handelnde Alleingesellschafter einer GbR als Betriebsinhaber anzusehen gewesen seien.

Würden aber, so der Senat, Verhaltensweisen, die „an sich“ unter die Tathandlungen des Forderns bzw. Sich-versprechen-Lassens fassbar wären, vor der Begründung der erforderlichen Täter Eigenschaft vorgenommen, handele es sich nicht um strafatbestandsmäßiges Verhalten.

b) Annahme von Vorteilen für vergangene Bevorzugung nur tatbestandsmäßig, wenn Bevorzugung Gegenstand einer ihrerseits tatbestandsmäßigen Unrechtsvereinbarung war

Weiterhin würde sich auch aus der späteren Annahme der Vorteile durch Vereinnahmung der in 2004 versprochenen Geldbeträge kurz vor Fertigstellung der Schlepper in den Jahren 2007 und 2008 keine Strafbarkeit der Angeklagten nach § 299 Abs. 1 StGB ergeben.

Zwar seien die Angeklagten zu diesem Zeitpunkt – entgegen der Auffassung des Landgerichts – als Geschäftsführer der Komplementärin AHT-GmbH, an der neben den Angeklagten noch weitere Gesellschafter beteiligt gewesen seien – taugliche Täter des § 299 Abs. 1 StGB gewesen. Der Tatbestand setze jedoch grundsätzlich eine Unrechtsvereinbarung dergestalt voraus, dass der Vorteil als Gegenleistung für eine künftige unlautere Bevorzugung angenommen werde. Die Annahme eines Vorteils für in der Vergangenheit liegende Bevorzugungen werde deshalb nur dann von § 299 Abs. 1 StGB erfasst, wenn diese Bevorzugungen bereits Gegenstand einer Unrechtsvereinbarung gewesen seien, die ihrerseits tatbestandsmäßig gewesen sei, an der der Vorteilsannehmende also bereits als tauglicher Täter einer Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr mitgewirkt habe. Angesichts der Entschei-

¹ Hinweise auf die Frage nach der prozentualen Verteilung dieser Beteiligung zwischen den Angeklagten und der TH GmbH & Co. KG und/oder darauf, ob die Angeklagten auch an der TH GmbH & Co. KG beteiligt waren, enthält das Urteil nicht.

derung des Gesetzgebers für die Beschränkung des Kreises der gemäß § 299 Abs. 1 StGB tauglichen Täter könne auf das Vorliegen der Tätereigenschaft bereits zum Zeitpunkt der Unrechtsvereinbarung grundsätzlich nicht verzichtet werden.

2. Hinweise des BGH zu § 266 StGB

Das Landgericht hatte das Geschehen als Untreue in drei Fällen gewertet. Aus seiner Sicht bestand der Vermögensnachteil in den von den Angeklagten veranlassten Zahlungen des Werklohns in voller Höhe, obwohl diese vor dem Hintergrund der Schmiergeldabreden in Höhe von jeweils EUR 2 Mio. sittenwidrig im Sinne von § 138 BGB gewesen seien.

Allerdings war das Landgericht nicht von einem Vermögensnachteil in Höhe der jeweils vollen EUR 2 Mio. ausgegangen, sondern hatte einen Nachteil im Sinne des Untreuetatbestandes nur insoweit angenommen, als die Kommanditanteile der angeworbenen Kommanditisten betroffen waren. Vor diesem Hintergrund hatte es den Nachteil unter Zugrundelegung der festgestellten Beteiligungsquote der angeworbenen Kommanditisten von 35% auf EUR 700.000,00 je Schiff beziffert.

Mit der Zurückverweisung gab der Senat dem neuen Tatgericht auch einige Anmerkungen zum Tatbestand des § 266 StGB mit auf den Weg.

So weist der Senat darauf hin, dass es für das Bestehen eines Vermögensnachteils nicht der Feststellung der Teilnichtigkeit infolge von Sittenwidrigkeit bedürfe. Maßgeblich sei allein die Frage, ob die Vermögensminderung in Gestalt der Begleichung der Werklohnforderungen in ihrer jeweiligen Gesamthöhe seitens der Einschiffsgesellschaften in vollem Umfang durch die Erlangung von Eigentum und Besitz an den Hochseeschleppern wirtschaftlich ausgeglichen werde. Vor diesem Hintergrund läge ein Vermögensnachteil selbst dann vor, wenn von zivilrechtlich wirksamen Verträgen auszugehen wäre.

Auch nutzt der Senat die Gelegenheit, seine Rechtsprechung zum Bezugspunkt des Vermögensnachteils im Sinne von § 266 StGB bei Personengesellschaften zu bekräftigen. Dabei stellt er heraus, dass die Kommanditgesellschaft keine juristische Person sei und ein Vermögensnachteil daher stets nur angenommen werden könne, wenn „gleichzeitig das Vermögen der Gesellschafter berührt“ sei. Dass der Gesetzgeber der Kommanditgesellschaft eine Rechtsstellung verliehen habe, die der Selbstständigkeit einer juristischen Person in weitem Umfang entsprechen möge, ändere daran nichts.

III. Analyse

Die bisher erschienenen Anmerkungen zur Hochseeschlepper-Entscheidung² konzentrieren sich auf die Untreue-Aspekte. Auch die Ausführungen des BGH zu § 299 StGB verdienen aber Aufmerksamkeit, zumal sie Anlass dafür bieten, noch einmal über die Auslegung des – freilich in seiner heutigen Fassung schon seit längerem nicht mehr den unionsrechtlichen Vorgaben entsprechenden³ – § 299 StGB nachzudenken.

1. Entscheidung des BGH zu § 299 Abs. 1 StGB

Die Autoren der genannten Anmerkungen stimmen dem BGH uneingeschränkt darin zu, dass eine Strafbarkeit nach § 299 Abs. 1 StGB ausscheidet, wenn zum Zeitpunkt der Tathandlung der Vorteilsannehmer kein Angestellter oder Beauftragter eines geschäftlichen Betriebs ist.⁴ So einleuchtend dies unter strafrechtsdogmatischen Gesichtspunkten auf den ersten Blick erscheint, so schnell stellt sich allerdings ein gewisses Unbehagen ein: Das „Ergebnis“ der Unrechtsvereinbarung, nämlich die (um den persönlichen Vorteil für die Ange-

² Brand, NJW 2013, 3594; Wessing, NZG 2014, 97.

³ Zur ausstehenden Reform des Tatbestandes in jüngerer Zeit Walther, WiJ 2012, 236; Wolf, CCZ 2014, 29. Durch den kürzlich von der Großen Koalition vorgelegten Gesetzentwurf zur Änderung des Tatbestandes der Abgeordnetenbestechung (BT-Drucks. 18/476) ist wieder Bewegung in die Diskussion gekommen. Forderungen dahingehend, die Koalition möge in diesem Zusammenhang ihren Gesetzentwurf aus dem Jahr 2007 neu in den Bundestag einbringen (Wolf, Legal Tribune Online v. 20.02.2014 [<http://www.lto.de/recht/hintergruende/h/bestechung-abgeordnete-korruption-entwurf-gesetz/2/>]) ist allerdings vehement zu widersprechen: Die in dem Entwurf vorgeschlagene Neufassung des § 299 StGB enthielt zu viele Mängel (vgl. dazu etwa Rönnau/Golombek, ZRP 2007, 193). Einen durchdachteren Vorschlag macht Walther, WiJ 2012, 236, 245.

⁴ Brand, NJW 2013, 3594, 3595; Wessing, NZG 2014, 97.

klagen) zu teuer eingekaufte Leistung, trifft ja hier später das Unternehmen (den „geschäftlichen Betrieb“), dessen (Allein-)Inhaber die Angeklagten zu diesem Zeitpunkt nicht mehr sind.

a) Berechtigung der Nichterfassung des Geschäftsinhabers von § 299 Abs. 1 StGB

Es stellt sich damit die Frage, ob das – zugegeben: durch die Formulierung des Tatbestandes vorgegebene – Ergebnis, dass in dieser Konstellation die Angeklagten nicht wegen Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr belangt werden konnten, unter Rechtsguterwägungen zutreffend erscheint.

Um sich ihr zu nähern, soll noch einmal an den Grund dafür erinnert werden, dass der Geschäftsinhaber vom Täterkreis des § 299 Abs. 1 StGB ausgeschlossen ist und ausgeschlossen sein muss. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass im Zusammenhang mit der Entscheidung einmal wieder „Bedauern“ darüber geäußert wurde, dass der Prinzipal „de lege lata nicht zum Täterkreis des § 299 Abs. 1 StGB“ gehört.⁵

Eine „Bestechung“ des Geschäftsinhabers unter Strafe zu stellen, wäre aber falsch.

§ 299 StGB hat seine Berechtigung als Straftatbestand darin, dass er das Funktionieren eines marktwirtschaftlichen Leistungswettbewerbs vor unsachgerechten Verzerrungen schützt. Ein Risiko unsachgerechter Verzerrungen besteht, wenn eine Bezugsentscheidung von jemandem getroffen wird, den das wirtschaftliche Ergebnis der Bezugsentscheidung nicht (unmittelbar) tangiert, weil er nicht derjenige ist, der die Gegenleistung für das Bezogene erbringen muss.⁶ Erhält er einen persönlichen Vorteil, kann er geneigt sein, eine im Vergleich zu anderen „schlechtere“ bzw. teurere Leistung einzukaufen. Die „Bestechung“ des Geschäftsinhabers birgt strukturell keine Gefahr solcher Verzerrungen,⁷ weil die Bezugsentscheidung allein ihn trifft und er deshalb – von seiner wirtschaftlichen Vernunft ausgehend – keine Entscheidung treffen wird, bei der er einer zu teuren Leistung den Vorzug gibt, nur weil sie in eine Leistung an seinen Betrieb und eine Leistung an ihn persönlich „aufgeteilt“ wird. § 299 StGB beschränkt sich deshalb völlig zu Recht darauf, die Gewährung von Vorteilen an Nicht-Geschäftsinhaber-Entscheidungsträger bzw. Annahme von Vorteilen durch diese unter Strafe zu stellen.

Sofern noch in jüngerer Zeit teilweise weiterhin die Einbeziehung des Geschäftsinhabers in den Tatbestand gefordert wird,⁸ ist dies allenfalls verständlich, wenn man davon ausgeht, dass die betreffenden Autoren Konstellationen von „Absatzförderungsprämien“ im Auge haben. Gemeint sind solche Fälle – oder strukturell vergleichbare –, in denen einem Händler vom Hersteller Vorteile dafür gewährt werden, dass er seinen Kunden bestimmte Produkte „empfiehlt“.⁹ Der Gedanke, dass es hier unerheblich ist, ob der Händler selbst oder einer seiner Angestellten die „Prämie“ einstreicht, mag vordergründig nachvollziehbar sein.¹⁰ Die Forderung danach, den Geschäftsinhaber in den Kreis der tauglichen Täter des § 299 Abs. 1 StGB einzubeziehen, geht insoweit aber jedenfalls an der Sache vorbei. Auch diesen Fällen liegt mit der Konstellation, dass ein Dritter (Händler), der Entscheidungen des Betroffenen (Kunden) beeinflussen kann, vom Geschäftspartner (Hersteller) persönliche Vorteile dafür

⁵ Brand, NJW 2013, 3594, 3595.

⁶ Im juristischen Schrifttum in jüngerer Zeit ausführlich etwa von *Tippelskirch*, GA 2012, 574, 581 f. („*fehlende Anreizkompatibilität*“), die allerdings im Rahmen ihres Konzepts (Wirtschaftskorruption als Gefährdung von Kooperationschancen) *Informationsdefizite* als zweite Problemkonstellation beschreibt.

⁷ Im Grundsatz zutreffend etwa *Dannecker*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen*, StGB, 4. Aufl. 2013, § 299 Rn. 27 (dann aber unsachgerecht einschränkend in Rn. 27a); *Rönnau*, StV 2009, 302, 304.

⁸ Etwa *Braasch*, in: *Kliche/Thiel* (Hrsg.), *Korruption: Forschungsstand, Prävention, Probleme*, 2011, S. 234, 244 ff.; *Dannecker*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen*, StGB, 4. Aufl. 2013, § 299 Rn. 21; in der Tendenz wohl auch *Fischer*, StGB, 61. Aufl. 2014, § 299 Rn. 8a (Nichteinbeziehung des Geschäftsinhabers „rechtspolitisch zweifelhaft“); *Bürger*, wistra 2003, 130; *Röske/Böhme*, wistra 2011, 445, 445 f.

⁹ Hierzu ausführlich von *Tippelskirch*, GA 2012, 574, 583 ff., die allerdings auch zutreffend darauf hinweist, dass von einer allgemeinen Erwartungshaltung des Kunden, der Händler sei objektiver Sachwalter seiner Verbraucherinteressen, nicht auszugehen ist bzw. eine solche Erwartungshaltung jedenfalls nicht strafrechtlich schützenswert sei.

¹⁰ Wenn auch im Ergebnis wohl nicht zutreffend: Dem Händler selbst (= Geschäftsinhaber) wird – anders als möglicherweise seinem Angestellten – in erster Linie im Interesse der Kundenbindung daran gelegen sein, seinen Kunden das „beste“ Produkt anzubieten, und er wird seine Entscheidung dementsprechend daran orientieren, ob das Preis-Leistungs-Verhältnis „stimmt“.

gewährt bekommt, dass er seinen Einfluss auf bestimmte Weise ausübt, nämlich im Kern die „Principal-agent“-Problematik zugrunde, wobei „Prinzipal“ hier allerdings *der Kunde* ist.

Nachdenken müssten die Befürworter einer Strafbarkeit solcher Konstellationen dementsprechend nicht über die Notwendigkeit der Einbeziehung des Geschäftsinhabers in den Tatbestand, sondern vielmehr über den Begriff des „Beauftragten“ und den des „geschäftlichen Betriebes“ bzw. darüber, ob es wünschenswert wäre, wenn § 299 StGB neben „Agenten“ mit tatsächlicher Entscheidungsmacht auch solche mit lediglich faktischem Einfluss auf (Bezugs-)Entscheidungen erfassen würde, und nicht nur Unternehmen („geschäftliche Betriebe“) vom Tatbestand erfasst würden, sondern daneben Verbraucher.¹¹ Erfasst wären dann auch Konstellationen, in denen derjenige, der Vertrauen von Kunden genießt, dieses Vertrauen um einen persönlichen Vorteil willen durch unsachgemäße „Empfehlungen“ missbraucht. Ob hier tatsächlich ein Strafbedürfnis besteht, ist freilich eine ganz andere – und im Grundsatz zu verneinende¹² – Frage.

b) Schutzlücke durch die auf die Handlung „als Angestellter / Beauftragter“ fokussierende Tatbestandsformulierung

Zurück zum Fall: Unter dem Blickwinkel der „Principal-agent“-Problematik bestand in der der Hochseeschlepper-Entscheidung zugrunde liegenden Konstellation durchaus die Gefahr einer Wettbewerbsverzerrung. Es streitet nämlich zumindest eine Vermutung dafür, dass die Angeklagten dem Konsortium bei der Auftragsvergabe den Vorzug gaben, weil sie davon persönlich profitierten, während die damit verbundene Tatsache, dass die Leistung zu teuer – und damit unter Außerkraftsetzung marktwirtschaftlicher Kriterien – eingekauft wurde, die Einschiffsgesellschaften treffen würde, die als Publikumsgesellschaften konzipiert waren, deren Inhaber also (auch) Dritte werden sollten. Unter Rechtsgutsgesichtspunkten kann es aber nur darauf ankommen, ob die Folgen der Bezugsentscheidung Dritte treffen oder jedenfalls von Dritten mitgetragen werden, oder ob eine Bezugsentscheidung *allein* den Vorteilsannehmenden trifft. Nur in letzterem Fall handelt es sich um eine für den Leistungswettbewerb strukturell ungefährliche „Geschäftsinhaberbestechung“, weil sich der Entscheidende – von seiner wirtschaftlichen Vernunft ausgehend – allein am Wertverhältnis von Leistung und Gegenleistung orientieren wird, während im ersten Fall die Gegenleistung, die für die um seinen persönlichen Vorteil „verteuerte“ Leistung zu erbringen ist, nicht (allein) sein eigenes Vermögen tangiert.¹³

Trotzdem ist der Auffassung des Senats, die Angeklagten seien nicht nach § 299 Abs. 1 StGB strafbar, zuzustimmen. Die – auf die Handlung fokussierende – Formulierung des Tatbestandes, nach der jemand „als Angestellter [...] einen Vorteil für sich fordern [...]“ muss, lässt – ungeachtet der sich hier offenbarenden Schutzlücke¹⁴ – keine abweichende Interpretation zu.¹⁵ (Etwas anderes wäre denkbar, wenn die Formulierung stattdessen – auf den Erfolg fokussierend – etwa: „einen Vorteil für sich als Angestellten...“ lauten würde.)

c) Unsachgerechte Orientierung des BGH an Alleingesellschaftereigenschaft bei Aussage über die „grundsätzliche“ Täterqualität des Geschäftsführers einer Komplementär-GmbH

In Fällen, in denen das Ergebnis nicht aufgrund der Tatbestandsfassung vorgegeben ist, wäre allerdings eine konsequentere Ausrichtung am Rechtsgutsgedanken wünschenswert. Unter diesem Blickwinkel ist die – beiläufige – Aussage des BGH zur „grundsätzlichen“ Täterqualität der Angeklagten im Zeitpunkt der Gewährung der Vorteile (auch wenn sie *im Ergebnis* richtig ist) zu kritisieren. Die Wertung des BGH, nach der die Angeklagten als Geschäftsführer der Komplementärin AHT-GmbH grundsätzlich taugliche Täter des § 299

¹¹ So wohl auch Dannecker, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 4. Aufl. 2013, § 299 Rn. 27a.

¹² Differenzierend von Tippelskirch, GA 2012, 574, 584 f.

¹³ Zugegeben: Je stärker der Vorteilsannehmende von der Bezugsentscheidung betroffen ist, je mehr Anteile er also beispielsweise an dem von ihm vertretenen Unternehmen hält, desto geringer wird die Gefahr sein, dass er seine Entscheidung an unsachgerechten Kriterien ausrichtet.

¹⁴ In diese Richtung auch Dannecker, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 4. Aufl. 2013, § 299 Rn. 19.

¹⁵ Dannecker, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 4. Aufl. 2013, § 299 Rn. 19; vgl. etwa auch Rönau, in: Achenbach/Ransiek (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. 2012, Kap. III 2 Rn. 10 m.w.N.: Das Angestelltenverhältnis muss im Zeitpunkt der Unrechtsvereinbarung schon bestanden haben.

Abs. 1 StGB gewesen seien, weil an der Komplementärin neben den Angeklagten noch weitere Gesellschafter beteiligt gewesen seien,¹⁶ trifft nämlich nicht den Kern:

Die vom BGH nicht näher begründete Aussage rührt daher, dass der – an sich richtige – Grundsatz, nach dem der Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH, wenn er Alleingesellschafter ist, als Geschäftsinhaber einzuordnen ist, während er in dem Fall, dass es neben ihm weitere Gesellschafter gibt, „Angestellter“ i.S.d. § 299 StGB ist, unbesehen auf die Komplementär-GmbH einer GmbH & Co. KG übertragen wird. Dies führt zu dem Ergebnis, dass der Geschäftsführer einer Komplementär-GmbH sich nur dann nach § 299 Abs. 1 StGB strafbar machen kann, wenn er nicht Alleingesellschafter der Komplementärin ist.¹⁷ Das geht in die falsche Richtung. Maßgeblich kann nämlich auch hier nur sein, ob der Handelnde eine Entscheidung trifft, die vermögensmäßig allein ihn trifft, oder ob (neben ihm) andere die Rechnung zahlen müssen. Letzteres kann unabhängig davon der Fall sein, ob der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH deren Allein- oder nur Mit- bzw. überhaupt kein Gesellschafter ist.¹⁸ In beiden Fällen wird die Bezugsentscheidung nämlich die *GmbH & Co. KG* betreffen.

Konkret war hier – wie häufig – die Komplementärin am Vermögen und an Gewinn und Verlust der Einschiffsgesellschaften überhaupt nicht beteiligt. Insoweit traf der Bezugsvorgang wirtschaftlich zunächst die Kommanditisten als vermögensmäßig beteiligte Gesellschafter. Für diese hatten die Angeklagten (wenn sie denn bereits zum Zeitpunkt der „Unrechtsvereinbarung“ in dieser Position gewesen wären) als Geschäftsführer der Komplementär-GmbH und damit gleichzeitig „faktische“ Geschäftsführer der GmbH & Co. KG eine durch die persönliche Vorteilsgewährung beeinflusste Entscheidung getroffen (und auf ihr Vermögen stellt der BGH dann ja auch im Rahmen der Gedanken zum Untreuetatbestand ab). Dass die Gefahr einer Wettbewerbsverzerrung in einer solchen Konstellation unabhängig davon besteht, ob die Entscheidungsträger alleinige oder nur Mitgesellschafter der Komplementär-GmbH und rechtlich nicht Geschäftsführer der KG, sondern nur Geschäftsführer von deren Geschäftsführerin sind, ist offensichtlich. Die Begriffe des „Angestellten“ bzw. des „Beauftragten“ können insoweit nicht in einem engen gesellschaftsrechtlichen Sinne verstanden werden.

Am Rande sei in diesem Zusammenhang angemerkt, dass die Annahme, der Komplementär einer „einfachen“ KG sei als persönlich haftender Gesellschafter Geschäftsinhaber und könne sich daher nicht nach § 299 Abs. 1 StGB strafbar machen,¹⁹ vor dem Hintergrund des Dargestellten äußerst zweifelhaft ist. Entscheidend ist auch insoweit allein, dass weitere Gesellschafter vorhanden sind und die Entscheidungen des geschäftsführenden Komplementärs damit wirtschaftlich nicht nur ihn betreffen.²⁰

2. Hinweise des BGH zu § 266 StGB

Die Anmerkungen des Senats zum Tatbestand der Untreue haben andere bereits eingehend diskutiert²¹, sodass sie hier nur noch kurz angesprochen werden sollen. Der erste im Urteil behandelte Aspekt (Bezifferung des Vermögensnachteils bei sog. Kick-Back-Zahlungen) war im konkreten Fall wohl eher unproblematisch. Was den zweiten Problemkreis – Untreue im Kontext von Personengesellschaften – betrifft, stößt die Rechtsprechung des BGH, die er in der Hochseeschlepper-Entscheidung weiter aufrecht erhält, schon seit längerem auf Kritik in der strafrechtlichen Literatur.

¹⁶ So vermutlich auch der Ansatz der Staatsanwaltschaft, die ihre Revision auf die Fälle „Janus“ und „Ursus“ beschränkt hatte, bei denen die Einschiffsgesellschaften bei Abschluss der Schiffsbauverträge von der AHT-GmbH vertreten worden waren (deren nur *Mit*-Gesellschafter die Angeklagten waren), während beim Vertragsschluss betreffend „Taurus“ die betreffende Einschiffsgesellschaft noch von der H-GmbH vertreten worden war (deren Alleingesellschafter die Angeklagten waren).

¹⁷ *Wessing*, NZG 2014, 97 bemängelt stattdessen, dass der BGH sich nicht mit der Kritik an der „unterschiedlichen Behandlung derselben Person bei faktisch gleichen Verhältnissen“ („Straffreiheit des Komplementärs als Betriebsinhaber und Strafbarkeit des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH“) auseinandersetzt.

¹⁸ Richtig daher *Krick*, in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2014, § 299 Rn. 8: Auch der geschäftsführende Alleingesellschafter einer GmbH, die Komplementärin einer GmbH & Co. KG ist, kommt als Täter des Abs. 1 in Betracht.

¹⁹ *Fischer*, StGB, 61. Aufl. 2014, § 299 Rn. 8a; *Dannecker*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 4. Aufl. 2013, § 299 Rn. 21, 27; *Bürger*, wistra 2003, 130, 132; *Wessing*, NZG 2014, 97.

²⁰ Richtig *Krick*, in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2014, § 299 Rn. 8.

²¹ *Brand*, NJW 2013, 3594; *Wessing*, NZG 2014, 97.

a) Konkrete Bezifferung des Vermögensnachteils bei sog. Kick-Back-Zahlungen

Gegenstand der Entscheidung waren Kick-Back-Zahlungen. Dabei erteilten die beiden Angeklagten für die Einschiffsgesellschaften Aufträge zum Bau der Hochseeschlepper, für die gemäß der Absprachen mit dem Auftragnehmer um jeweils EUR 2 Mio. überhöhte Werklöhne zu zahlen waren. Nach der Zahlung der überhöhten Werklöhne flossen diese Beträge dann an die Angeklagten zurück.

Bekanntermaßen besteht nach dem Urteil des BVerfG aus dem Jahr 2010²² das Erfordernis, im Rahmen einer Verurteilung nach § 266 StGB den Vermögensnachteil konkret zu beziffern. Im Zusammenhang mit Kick-Back-Zahlungen bedarf es daher genauer Feststellungen, um welchen Betrag die vom Auftraggeber geleistete Zahlung den wirtschaftlichen Wert des Anspruchs auf die Gegenleistung übersteigt.

Unproblematisch ist eine solche Bezifferung aber dann, wenn sich aus den tatrichterlichen Feststellungen klar ergibt, welchen Betrag der Auftraggeber ohne die „Schmiergeldabrede“ zu zahlen verpflichtet gewesen wäre. So lag der Fall wohl auch hier.

b) Vermögensrechtlicher Bezugspunkt für die Bestimmung des Nachteils bei Personengesellschaften

Streitpotential bietet das Urteil im Hinblick auf die Frage, auf wessen Vermögen bei der Bestimmung des Vermögensnachteils abzustellen ist, wenn die Untreue zu Lasten einer Personengesellschaft begangen wird.

Der BGH vertritt den Standpunkt, dass die Veranlassung der Zahlung des Werklohns, der aufgrund der Vereinbarung mit E jeweils um EUR 2 Mio. überhöht war, lediglich zu einem Vermögensnachteil in Höhe von jeweils EUR 700.000,00 geführt habe, weil dies der prozentualen Beteiligungsquote der nicht an der Abrede beteiligten Mitkommanditisten entspreche. Konstruktiv stellt der Senat insoweit darauf ab, dass hinsichtlich der Gesellschaftsanteile der Angeklagten und der TH-GmbH & Co. KG die Annahme eines Vermögensnachteils aufgrund des Einverständnisses der Angeklagten ausgeschlossen sei, während sich die übrigen Kommanditisten mit den Schmiergeldzahlungen nicht einverstanden erklärt hätten. Das Gesellschaftsvermögen der Personengesellschaft, also die Summe ihrer Vermögensbestandteile, ist danach nicht relevanter Bezugspunkt für die Bestimmung des Vermögensnachteils. Vielmehr soll allein die Frage maßgeblich sein, ob die Pflichtverletzung auch das Vermögen der einzelnen Gesellschafter „berührt“. Hintergrund dieser Spruchpraxis ist die Tatsache, dass den – zwar rechtsfähigen – Personengesellschaften die eigene „Rechtspersönlichkeit“ fehlt.

Diese Rechtsprechung, an der der BGH seit längerem festhält,²³ ist allerdings fragwürdig. Bereits die – in der vorliegenden Entscheidung erneut verwendete – Formulierung, nach der „eine Schädigung des Vermögens einer KG“ lediglich zu einem strafatbestandsmäßigen Vermögensnachteil führen kann, als sie „gleichzeitig“ das Vermögen der Gesellschafter berührt, macht ja deutlich, dass das Gesellschaftsvermögen als solches ohne weiteres geschädigt sein kann. Wieso soll es nicht den Schutz des § 266 StGB genießen?

Ohne hier abschließend Stellung nehmen zu können: Es dürfte gute Argumente dafür geben, rechtsfähige Personengesellschaften insoweit den Kapitalgesellschaften gleichzustellen.

Eine Personengesellschaft kann – nicht anders als eine AG oder GmbH – von einer Untreuehandlung stärker betroffen sein, als sich dies in der Schädigung des Vermögens der Gesellschafter im Verhältnis ihrer Anteile abbildet, wenn und weil sie als solche aufgrund des Mittelentzugs in der Verfolgung des Gesellschaftszwecks eingeschränkt wird. Das trifft dann mittelbar wieder die Gesellschafter.

²² BVerfGE 126, 170 = BVerfG NJW 2010, 3209.

²³ Vgl. BGH NSTZ 2013, 38, 38 f.; BGH NJW 1987, 1710; BGH wistra 1984, 71; zahlreiche weitere Nachweise bei *Dierlamm*, in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2014, § 266 Rn. 201.

Die Tatsache, dass bei Kapitalgesellschaften die Haftung grundsätzlich auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt ist, rechtfertigt keine unterschiedliche Behandlung.²⁴ Zwar wird sie teilweise als Argument dafür angeführt, dass das Gesellschaftsvermögen einer Kapitalgesellschaft – anders als das einer Personengesellschaft mit unbeschränkter Haftung der bzw. einzelner Gesellschafter – eines besonderen Schutzes auch gegen den Zugriff der Gesellschafter bedürfe. Bei § 266 StGB geht es aber nicht um den Schutz von Gläubigerinteressen, sondern allein um Vermögensschutz.²⁵

Die Konstruktion des BGH, nach der hinsichtlich der Quote, die der Beteiligung von Gesellschaftern entspricht, die mit der Untreuehandlung einverstanden waren bzw. sie selbst ausgeführt haben, kein Vermögensnachteil anzunehmen ist, widerspricht zudem den gesellschaftsrechtlichen Regelungen. Der Gesellschafter einer GbR, OHG oder KG kann nach §§ 719 Abs. 1 BGB, 105 Abs. 3, 161 Abs. 2 HGB über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen nicht verfügen. Misst man – wie der BGH – dem Einverständnis des einzelnen Gesellschafters Bedeutung für die Schadenshöhe bei, kommt dies der Anerkennung eines Verzichts auf einen Schadensbruchteil und damit einer Verfügung über den Vermögensbruchteil nahe, die zivilrechtlich ausgeschlossen ist.²⁶

Es wäre vor diesem Hintergrund konsequenter, entsprechend dem gesellschaftsrechtlichen Trend zur Angleichung rechtsfähiger Personengesellschaften an juristische Personen²⁷ bei der Frage des Vermögensnachteils i.S.d. § 266 StGB Kapital- und rechtsfähigen Personengesellschaften gleich zu behandeln.²⁸

²⁴ *Grunst*, BB 2001, 1537, 1539.

²⁵ BVerfGE 126, 170, 200 = BVerfG NJW 2010, 3209, 3212; BGH NJW 2000, 154, 155; BGHSt 43, 293, 297 = BGH NSTZ 1998, 514, 515; *Fischer*, StGB, 61. Aufl. 2014, § 266 Rn. 2 mit zahlreichen Nachweisen; vgl. im Zusammenhang mit der Kritik an der Rechtsprechung zur Einschränkung der Zustimmungsfähigkeit durch Gesellschafter etwa auch *Fischer*, StGB, 61. Aufl. 2014, § 266 Rn. 99; *Seier*, in: Achenbach/Ransiek (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. 2012, Kap. V 2 Rn. 320 ff.

²⁶ *Grunst*, BB 2001, 1537, 1539.

²⁷ Anlass des Beitrags von *Grunst*, BB 2001, 1537 war die Entscheidung des BGH zur Rechtsfähigkeit der Außen-GbR, vgl. BGH BB 2001, 374 = BGH NJW 2001, 1056.

²⁸ So etwa *Brand*, NJW 2013, 3594; in der Tendenz auch *Bittmann/Richter*, wistra 2005, 51, 54 (mit Verweis darauf, dass den Umständen des Einzelfalls bei der Strafzumessung Rechnung getragen werden könnte); weiterhin *Grunst*, BB 2001, 1537; *H. Schäfer*, NJW 1983, 2850, 2851.