

Professor Dr. Christian Koenig und Dr. Matti Meyer*

EU-Beihilfenkontrolle und nationales Strafrecht

Der Beitrag untersucht die Strafbarkeit EU-beihilfenrechtswidrigen Verhaltens von Amtswaltern nach § 266 StGB. Die Autoren legen dar, dass das EU-Beihilfenregime der Art. 107 ff. AEUV auf Grund seines supranationalen Anwendungsvorrangs und trotz seiner wettbewerbsrechtlichen Zweckrichtung auch im Rahmen der haushaltsrechtlichen Verfügungs- und Verpflichtungsbefugnisse der Amtswalter sowie der Wirtschaftlichkeitsgrundsätze bei der Auslegung der Untreuetatbestände nach § 266 I Var. 1 und 2 StGB anzuwenden ist. Im Ergebnis wird aufgezeigt, dass sich die untreuerelevante Pflichtwidrigkeit der Gewährung von europarechtswidrigen staatlichen Beihilfen aus einem Verstoß gegen – unmittelbar vermögensschützende – haushaltsrechtliche Grundsätze (Fall der Haushaltsuntreue) ergibt.

I. „Beihilfenuntreue“ – ein Tatbestand im EU-Rechtsumfeld

Der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union normiert in den Art. 107–109 die EU-Beihilfenkontrolle als Bestandteil des EU-Wettbewerbsrechts. Art. 107 I AEUV erklärt

„staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen“.

Art. 108 III 1 AEUV verpflichtet die Mitgliedstaaten, die Kommission rechtzeitig über die Einführung oder Umgestaltung von Beihilfen zu informieren (Notifizierungsgebot). Nach Art. 108 III 3 AEUV dürfen – den Verbotstatbestand des Art. 107 I AEUV erfüllende – Beihilfenmaßnahmen nicht durchgeführt werden, bevor die Kommission diesbezüglich einen abschließenden Genehmigungsbeschluss erlassen hat (Durchführungsverbot). Nach ständiger Rechtsprechung des BGH begründet dieses Durchführungsverbot gem. Art. 108 III 3 AEUV ein gesetzliches Verbot iSv § 134 BGB und führt zur Nichtigkeit dagegen verstoßender Verträge¹ – eine höchstrichterliche Dezision, die im Rahmen der haushaltsrechtlichen Verfügungs- und Verpflichtungsbefugnisse von Amtswaltern auch bei der Auslegung der Untreuetatbestände nach § 266 I Var. 1 und 2 StGB zu berücksichtigen ist.

Den Bestimmungen der Art. 107 ff. AEUV kommt für den Schutz des Binnenmarkts vor Wettbewerbsverfälschungen eine ebenso große Bedeutung zu wie den Grundfreiheiten der Art. 28 ff. AEUV und den unternehmensbezogenen Kartell- und Missbrauchsverbotsnormen der Art. 101 bzw. Art. 102 AEUV sowie der Fusionskontrolle. Denn staatliche Beihilfen können den Wettbewerb empfindlich beeinträchtigen und die Wettbewerbsgleichheit zwischen den Unternehmen durch die Gewährung wirtschaftlicher Vorteile zu Gunsten einzelner Unternehmen stören.²

Da die haushaltsrechtlichen Verfügungs- und Verpflichtungsbefugnisse von Amtswaltern den entscheidenden normativen Dreh- und Angelpunkt in der deutschen Rechtsordnung für „staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte“ (Art. 107 I AEUV) Beihilfenmaßnahmen bilden, müssen die EU-Beihil-

fenregeln und insbesondere das Durchführungsverbot (Art. 108 III 3 AEUV) auf Grund ihres supranationalen Anwendungsvorrangs auch auf die haushaltsrechtlichen Mechanismen einwirken, um unionsrechtswidrige Zustände innerstaatlich praktisch wirksam zu vermeiden.

Wenn nach Art. 108 III 3 AEUV Beihilfenmaßnahmen nicht durchgeführt werden dürfen, bevor die Kommission diesbezüglich einen abschließenden Genehmigungsbeschluss erlassen hat, könnte ein Verstoß gegen dieses Durchführungsverbot in Bezug auf § 266 StGB, insbesondere im Fall der Haushaltsuntreue, einen normativen Anknüpfungspunkt für die persönliche Verantwortlichkeit der für den Staat handelnden Personen begründen. Während die Gewährung rechtswidriger Beihilfen primär die begünstigten Unternehmen in Form von Rückforderungen bedroht, würde die strafbewehrte Verantwortlichkeit der politischen Akteure deren Sensibilität gegenüber möglicherweise beihilfeninfinzierten öffentlichen Investitionsentscheidungen schärfen. Sofern die Gewährung von (nach Art. 108 III 3, 107 I AEUV) rechtswidrigen Beihilfen die Tatbestandsmerkmale des § 266 StGB erfüllt, ließe sich – in Anlehnung an den Begriff der Haushaltsuntreue – treffend von einer *Beihilfenuntreue* sprechen.

Im Rahmen der Finanz- und Staatsschuldenkrise wurde die EU-Kommission innerhalb der Beihilfenkontrolle in erheblichem Maße positiv gestaltend tätig, indem sie von der in Art. 7 IV VO (EG) Nr. 659/1999 vorgesehenen Möglichkeit, „eine Positiventscheidung mit Bedingungen und Auflagen [zu] verbinden“, extensiv Gebrauch machte.³ Durch die im Zuge dieser Krise aufgeworfene Frage nach den politischen, wirtschaftlich, haftungs- und strafrechtlich verantwortlichen Akteuren rückte mittelbar auch das Beihilfenrecht in den Fokus. Zwar ließ infolge der Beruhigung des Bankensektors die diesbezügliche Inanspruchnahme des Beihilfenrechts nach. Die Frage nach der persönlichen Verantwortlichkeit für fehlgeschlagene staatliche Finanzengagements in einer System- oder Unternehmenskrise ist jedoch aktuell geblieben und wird nunmehr in anderen Sektoren außerhalb des Finanz- und Bankensektors ebenso aufgeworfen. Beihilfenrechtliches und medienwirksames Aufsehen erregen häufig über- oder fehldimensionierte Infrastrukturprojekte. Die Verurteilung eines ehemaligen rheinland-pfälzischen Finanzministers infolge der „Nürburgring-Affäre“⁴ bietet einen Anlass, den Fragen zu strafrechtlichen Folgen von massiven EU-Beihilfenrechtsverstößen nachzugehen – selbst wenn die Staatsanwaltschaft in der Anklage und das LG Koblenz in seinem Urteil vom 16.4.2014 manifesten beihilfenrechtlichen Fragen weitgehend aus dem Weg gegangen sind und sich auf haushaltsrechtliche Verstöße bezogen haben.

* Der Autor Koenig, LL. M. (LSE), ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) der Universität Bonn, der Autor Meyer ist wissenschaftlicher Referent am ZEI.

1 StRspr seit BGH, EuZW 2003, 444 (445); NVwZ 2004, 636 (637); zuletzt bestätigt durch BGHZ 196, 254 = EuZW 2013, 753 Rn. 34.

2 Koenig/Schreiber, EU-Wettbewerbsrecht, 2010, 251.

3 Vgl. Koenig/Soltész, WM 2013, 145.

4 LG Koblenz, Urt. v. 16.4.2014 – 2050 Js 37425/10.

II. § 266 StGB als Tatbestandsanknüpfung für beihilfenrechtswidriges Verhalten

Die Untreue sieht mit dem Missbrauchstatbestand (§ 266 I Var. 1 StGB) und dem Treubruchtatbestand (§ 266 I Var. 2 StGB) zwei tatbestandliche Alternativen vor, die grundsätzlich für eine Subsumtion beihilfenrechtswidrigen Verhaltens in Betracht kommen.

1. Missbrauchstatbestand (§ 266 I Var. 1 StGB)

Tathandlung des Missbrauchstatbestands (§ 266 I Var. 1 StGB) ist der Missbrauch der Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten.

a) *Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis.* Zunächst muss dem Täter eine Rechtsstellung eingeräumt sein, kraft welcher er nach außen wirksam die Vermögensrechte eines anderen ändern, übertragen oder aufheben (verfügen) respektive diesen mit Verbindlichkeiten belasten (verpflichten) kann.⁵ Klassische Beispiele von Verfügungen sind die Übereignung, die Belastung mit einem Pfandrecht oder der Erlass einer Forderung; demgegenüber reicht ein rein tatsächliches Einwirken auf fremdes Vermögen nicht aus.⁶ Typische Verpflichtungsgeschäfte sind der Abschluss eines gegenseitigen Vertrags, etwa eines Kaufvertrags, das Schuldanerkenntnis und die Übernahme einer Bürgschaft.⁷ Einige dieser Verfügungs- und Verpflichtungsgeschäfte stellen zugleich typische staatliche Beihilfeninstrumente dar (zB Bürgschaften oder Grundstücksverkäufe).

Im Rahmen der Bestimmung der EU-beihilfenrechtlichen Zulässigkeit bieten die – den Beihilfenverbotstatbestand des Art. 107 I AEUV – konkretisierenden Mitteilungen der Kommission (zB die „Bürgschaftsmittlung“⁸ und die „Grundstücksmittlung“⁹) den staatlichen Leistungsgewährungen eine Orientierungshilfe, die die EU-beihilfenrechtskonforme Gestaltung entsprechender Rechtsgeschäfte ermöglicht. Darüber hinaus hat die Kommission Konkretisierungen für einzelne Sektoren (zB Breitband, Rundfunk etc) sowie für einzelne Beihilfzwecke (zB Regionalbeihilfen, Forschung und Entwicklung etc) erarbeitet und diese in unterschiedlichen Formen (insbesondere Mitteilungen, Unionsrahmen oder Leitlinien) veröffentlicht.¹⁰ Ferner werden mit der auf Grund von Art. 109 AEUV erlassenen Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung (AGVO) bestimmte staatliche Beihilfenmaßnahmen, die insbesondere einen spürbaren Beitrag zur Schaffung von Arbeitsplätzen, Innovation oder zur Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit in Europa leisten, von der Anmeldepflicht und Genehmigungspflicht nach Art. 108 III 1 bzw. 3 AEUV freigestellt.¹¹

Dieses komplexe Geflecht aus bloßen (selbst nicht außenrechtsverbindlichen) Auslegungshilfen in Bezug auf den Beihilfentatbestand des Art. 107 I AEUV (Mitteilungen), Selbstbindungsakten der Kommission in Bezug auf ihr Genehmigungsermessen nach Art. 107 III AEUV (Unionsrahmen, Leitlinien) und der sekundärrechtlichen Gruppenfreistellungsverordnung bestimmt vorgelagert die Anwendung des Durchführungsverbots (Art. 108 III 3 AEUV). Und eben dieses Durchführungsverbot begrenzt bei *rechtsgeschäftlichem Handeln* im Sinne eines absoluten Gewährungsverbots maßgeblich auch die Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnisse der Amtswalter nach § 266 I StGB. Für die rechtsgeschäftliche Beihilfengewährung kommt somit allenfalls der Treubruchtatbestand als tauglicher Anknüpfungspunkt innerhalb des § 266 StGB in Betracht. Denn im Innenverhältnis fehlt es in Bezug auf mittels Rechtsgeschäft gewährten rechtswidrigen Beihilfen bereits an einer entsprechenden Verfügungs- bzw. Verpflichtungsbefugnis des Amtswalters; dieses durch das Durchführungsverbot ausgelöste mangelnde rechtliche Können offenbart sich für die rechtsgeschäftliche Beihilfengewährung gerade im Lichte der Nichtigkeitsrechtsprechung des BGH.¹²

Demgegenüber kann die hoheitliche Beihilfengewährung per Verwaltungsakt den Missbrauchstatbestand verwirklichen. Denn die Befugnis, über fremdes Vermögen verfügen oder einen anderen verpflichten zu können, betrifft einzig und allein die rechtliche Möglichkeit, Vermögensrechte eines anderen wirksam übertragen, aufheben, belasten oder ändern oder ihn Dritten gegenüber wirksam zu solchen Verfügungen verpflichten zu können.¹³ Während lediglich die gegen Art. 107, 108 III 3 AEUV verstoßende rechtsgeschäftliche Beihilfengewährung durch Vertrag gem. § 134 BGB in der Regel nichtig ist,¹⁴ bleibt eine entsprechende Beihilfengewährung mittels Subventionsbescheid zwar rechtswidrig, aber gerade wirksam (soweit die Voraussetzungen des § 44 VwVfG nicht vorliegen).¹⁵

Die weitere Prüfung des Missbrauchstatbestands betrifft somit ausschließlich beihilfeinfiziertes hoheitliches Handeln. Eine mögliche Diskrepanz in der strafrechtlichen Beurteilung beihilfeinfizierter Rechtshandlungen abhängig von ihrer Rechtsnatur ist der Dogmatik des § 266 StGB geschuldet und jedenfalls unter dem Gesichtspunkt hinnehmbar, dass durch die Auffangwirkung des Treubruchtatbestands Strafbarkeitslücken ausgeschlossen werden.

Soweit die EU-Beihilfenregeln und insbesondere das Durchführungsverbot (Art. 108 III 3 AEUV) auf Grund ihres supranationalen Anwendungsvorrangs bei rechtsgeschäftlichem Handeln auf die haushaltsrechtlichen Mechanismen einwirken und bereits das rechtliche Können im Außenverhältnis begrenzen, kann die Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis bei hoheitlichem Handeln grundsätzlich gem. § 266 I StGB aus Gesetz, behördlichem Auftrag oder Rechtsgeschäft folgen. Die Befugnis muss rechtswirksam im Verhältnis zum Berechtigten begründet worden sein.¹⁶ Rechtsgeschäftlich wird die Befugnis durch Erteilung einer Vollmacht (§ 167 BGB) oder einer Verfügungsermächtigung (§ 185 BGB) begründet.¹⁷ Als Beispiele einer Befugniserteilung im Wege des behördlichen Auftrags wird neben der Ernennung von Finanzbeamten¹⁸ auch auf die Wahl von Bürgermeistern oder Landräten abgestellt.¹⁹ Sofern ein Ge-

5 Perron in Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 266 Rn. 4.

6 Perron in Schönke/Schröder (o. Fn. 5), § 266 Rn. 15.

7 Perron in Schönke/Schröder (o. Fn. 5), § 266 Rn. 15.

8 Kommission, Mitteilung über die Anwendung der Art. 87 und 88 des EG-Vertrags auf staatliche Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften, ABl. 2008 C 155, 10.

9 Kommission, Mitteilung betreffend Elemente staatlicher Beihilfe bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand, ABl. 1997 C 209, 3.

10 S. Koenig/Schreiber (o. Fn. 2), 253.

11 Die AGVO stellt folgende Gruppen von Beihilfen von der Anmeldepflicht und Genehmigungspflicht frei: Regionalbeihilfen, Beihilfen für kleine und mittlere Unternehmen (KMU) in Form von Investitionsbeihilfen, Betriebsbeihilfen und Beihilfen zur Erschließung von KMU-Finanzierungen, Umweltschutzbeihilfen, Beihilfen für Forschung und Entwicklung und Innovation, Ausbildungsbeihilfen, Einstellungs- und Beschäftigungsbeihilfen für benachteiligte Arbeitnehmer und Arbeitnehmer mit Behinderungen, Beihilfen zur Bewältigung der Folgen bestimmter Naturkatastrophen, Sozialbeihilfen für die Beförderung von Einwohnern entlegener Gebiete, Beihilfen für Breitbandinfrastrukturen, Beihilfen für Kultur und die Erhaltung des kulturellen Erbes, Beihilfen für Sportinfrastrukturen und multifunktionale Freizeitinfrastrukturen und Beihilfen für lokale Infrastrukturen.

12 Vgl. die Nachw. o. Fn. 1.

13 MüKoStGB/Dierlamm, 2. Aufl. 2014, § 266 Rn. 33.

14 Vgl. o. Fn. 1.

15 BVerwGE 138, 322 = NVwZ 2011, 1016.

16 NK-StGB/Kindhäuser, 4. Aufl. 2013, § 266 Rn. 82.

17 BeckOK StGB/Wittig, 23. Ed. 22.7.2013, § 266 Rn. 8.3.

18 MüKoStGB/Dierlamm (o. Fn. 13), § 266 Rn. 38.

19 Fischer, StGB, 61. Aufl. 2014, § 266 Rn. 17; die Wahl von Abgeordneten und Gemeinderatsmitgliedern dagegen ist grundsätzlich kein behördlicher Auftrag, zum abweichenden Ausnahmefall OLG Koblenz, NJW 1999, 3277 = NStZ 1999, 564 (565).

setz unmittelbar, das heißt ohne dass ein weiterer Verleihungsakt erforderlich ist, eine Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis einräumt, so besteht diese kraft Gesetzes iSd § 266 I StGB.²⁰ Eine Befugnis kraft Gesetzes soll zum Beispiel Ministern zukommen.²¹

b) *Vermögensbetreuungspflicht*. Der Missbrauchstatbestand des § 266 I Var. 1 StGB setzt das Vorliegen einer Vermögensbetreuungspflicht des Befugnisinhabers voraus, die inhaltlich mit der des Treubruchtatbestands (§ 266 I Var. 2 StGB) übereinstimmt.²² Somit gelten die nachfolgend für die hoheitliche Beihilfengewährung herausgestellten Grundsätze für den praktisch bedeutsameren Fall der rechtsgeschäftlichen Beihilfengewährung entsprechend.

Die Vermögensbetreuungspflicht postuliert die Pflicht des Täters zur selbstständigen Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen von einiger Bedeutung im Interesse des Geschäftsherrn.²³ Im Zuge dieser restriktiven Auslegung der Vermögensbetreuungspflicht soll ein verfassungsmäßiges Maß an Bestimmtheit des objektiven Tatbestands des § 266 I StGB gewährleistet werden.²⁴

Mithin genügt die allgemeine Treuepflicht von Beamten ebenso wenig zur Annahme einer Vermögensbetreuungspflicht wie die arbeitsvertraglichen Nebenpflichten von Angestellten im öffentlichen Dienst.²⁵ Maßgeblich ist vielmehr, dass der öffentlich Bedienstete nach der konkreten Ausformung seines Dienstverhältnisses in der oben genannten Art und Weise zur Vermögenssorge verpflichtet ist; das Vorliegen einer Vermögensbetreuungspflicht hat der BGH etwa für Finanzbeamte²⁶ hinsichtlich des Steueraufkommens, soweit diesen eine eigene Entscheidungsbefugnis zuteil wird, für Bürgermeister²⁷ und Landräte,²⁸ im Hinblick auf das in die Rechtsträgerschaft eines Ministeriums fallende Grundvermögen für Minister²⁹ sowie gegenüber Schulen und Schulträgern für Schulleiter bejaht.³⁰

Die Vermögensbetreuungspflicht kann gem. § 266 I StGB kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder – insofern von den oben genannten Befugnisquellen abweichend – kraft eines Treueverhältnisses bestehen. Letzteres umfasst faktische Treueverhältnisse, die dem Täter (nur) die tatsächliche Herrschaftsmacht über das fremde Vermögen vermitteln, da beispielsweise das zu Grunde liegende Rechtsverhältnis nichtig bzw. beendet ist oder die Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnisse auf Grund des supranationalen Anwendungsvorrangs des Durchführungsverbots bereits a priori begrenzt sind.³¹ Faktische Treueverhältnisse werden somit im Rahmen der rechtsgeschäftlichen Beihilfengewährung innerhalb des Treubruchtatbestands (§ 266 I Var. 2 StGB) relevant, da der Missbrauchstatbestand die Rechtswirksamkeit der Begründung der Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis im Innenverhältnis voraussetzt.³²

c) *Missbrauch der Befugnis*. Der Missbrauch der Befugnis liegt in der Verletzung einer gegenüber dem Vermögensinhaber bestehenden Pflicht durch die Vornahme einer rechtlich wirksamen Verfügung oder Verpflichtung, anders gewendet: Missbrauch ist das Überschreiten des rechtlichen Dürfens im Innenverhältnis im Rahmen des rechtlichen Könnens im Außenverhältnis.³³

aa) *Rechtliches Können (Außenverhältnis)*. Das rechtliche Können erfasst grundsätzlich nur solche Handlungen, die im Verhältnis zum Inhaber des betreuten Vermögens Rechtswirkung entfalten, gleich ob es sich dabei um Rechtsgeschäfte oder Hoheitsakte handelt.³⁴ Da nämlich schon dem Wortsinn

nach in jedem Befugnismissbrauch zugleich ein Befugnisgebrauch liegen muss, können Rechtsgeschäfte und Hoheitsakte, die im Außenverhältnis keine Rechtswirkung entfalten sowie rein tatsächliche Handlungen nicht den Missbrauchstatbestand – wohl aber den Treubruchtatbestand – erfüllen.³⁵ Ob der Täter die Verpflichtung oder Verfügung im Einzelfall im Außenverhältnis wirksam vornehmen konnte, bestimmt sich zunächst nach der Reichweite der ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumten Befugnis.³⁶ Hierbei sind Rechtsvorschriften zu berücksichtigen, die im Interesse des Schutzes des Rechtsverkehrs trotz Überschreitung des rechtlichen Dürfens im Innenverhältnis gegenüber Dritten die Unwirksamkeit der Beschränkung des Umfangs der Vertretungsmacht normieren.³⁷ Zu nennen sind etwa § 49 I und § 126 II HGB. Neben den Vorschriften über die (wirksame) Stellvertretung sind ferner solche rechtshindernden und rechtsvernichtenden Vorschriften zu prüfen, die die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts bzw. die Nichtigkeit des Hoheitsakts insgesamt begründen können. Folglich scheidet zum Beispiel bei einem Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot, der gem. § 134 BGB zur Nichtigkeit des Vertrags führt, ein Missbrauch der Befugnis aus. Ebenso gilt dies für den Erlass eines Verwaltungsakts, der die Voraussetzungen des § 44 VwVfG erfüllt und somit nichtig ist.

bb) *Überschreitung des rechtlichen Dürfens (Innenverhältnis)*. Das Innenverhältnis wird nach Inhalt und Umfang durch die Vermögensbetreuungspflicht determiniert.³⁸ Der Täter überschreitet die Grenze des rechtlichen Dürfens, wenn er gegen seine im Innenverhältnis bestehende Vermögensbetreuungspflicht verstößt.³⁹ Allerdings gibt der Untreuetatbestand weder über den Inhalt noch über den Umfang der Vermögensbetreuungspflicht Aufschluss, so dass nicht schon aus der Strafnorm des § 266 I StGB folgt, wann ein Missbrauch der Befugnis bzw. eine Vermögenspflichtverletzung vorliegt.⁴⁰ Sowohl Inhalt als auch Umfang der Vermögens-

20 Perron in Schönke/Schröder (o. Fn. 5), § 266 Rn. 8, der freilich auch den Bürgermeister als kraft Gesetzes befugt ansieht.

21 Fabricius, NStZ 1993, 414 (416).

22 Gefestigte Rspr. des BGH, s. nur BGH, NJW 2006, 453 = NStZ 2006, 221 (222); aA bzgl. der inhaltlichen Übereinstimmung Perron in Schönke/Schröder (o. Fn. 5), § 266 Rn. 11.

23 BeckOK StGB/Wittig (o. Fn. 17), § 266 Rn. 29.

24 NK-StGB/Kindhäuser (o. Fn. 16), § 266 Rn. 32; Zweifel an der Vereinbarkeit des § 266 StGB mit Art. 103 II GG bestehen dennoch fort, s. zB Lesch, DRiZ 2004, 135.

25 LG Dresden, NStZ 2006, 633 (634); Coenen, Die Strafbarkeit von Verstößen gegen das Haushaltsrecht bei der Bewirtschaftung öffentlicher Mittel, 2000, 22 mwN.

26 BGH, NStZ 1998, 91.

27 Zuletzt BGH, NStZ 2007, 579 (580).

28 BGH, NStZ-RR 2006, 307.

29 BGHSt 44, 376 = NJW 1999, 1489 (1490).

30 Eine ausführliche Kasuistik gibt MüKoStGB/Dierlamm (o. Fn. 13), § 266 Rn. 68 ff.

31 Vgl. BeckOK StGB/Wittig (o. Fn. 17), § 266 Rn. 27.

32 NK-StGB/Kindhäuser (o. Fn. 16), § 266 Rn. 82.

33 NK-StGB/Kindhäuser (o. Fn. 16), § 266 Rn. 86.

34 LK-StGB/Schünemann, 12. Aufl. 2012, § 266 Rn. 46.

35 So die ganz hM, stellv. für viele Fischer (o. Fn. 19), § 266 Rn. 24; aA LK-StGB/Schünemann (o. Fn. 34), § 266 Rn. 46; Missbrauch setze nicht die Wirksamkeit des rechtsgeschäftlichen Handelns voraus.

36 Vgl. BGHSt 8, 149 (150) = NJW 1955, 1643 (1644).

37 Vgl. etwa BGHSt 50, 299 = NJW 2006, 925 = NStZ 2006, 210 (213); Verstoß gegen § 138 BGB; BGH, NStZ 2007, 579 (580); Verstoß gegen § 67 II 2 BbgGO iVm §§ 177 ff. BGB.

38 NK-StGB/Kindhäuser (o. Fn. 16), § 266 Rn. 92.

39 BGH, NJW 1984, 2539 (2540); NK-StGB/Kindhäuser (o. Fn. 16), § 266 Rn. 92.

40 Freilich bedarf auch die Subsumtion von Tatbestandsmerkmalen anderer Delikte des Rückgriffs auf die vorstrafrechtliche Rechtsordnung, im Rahmen der Untreue beschäftigt indes gerade die Ausfüllung des – aus diesem Grund problematisch zu nennenden – Tatbestandsmerkmals der Pflichtverletzung regelmäßig die Gerichte.

betreuungspflicht ergeben sich im Rahmen des Missbrauchstatbestands aus dem sie begründenden Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft.⁴¹ Die Reichweite der Innenberechtigung richtet sich stets nach dem zwischen Täter und Vermögensinhaber bestehenden Rechtsverhältnis.⁴² Dabei muss zur Feststellung der Pflichtwidrigkeit eines Verhaltens im Innenverhältnis auf außerstrafrechtliche Normen abgestellt werden, soweit diese das zu Grunde liegende Rechtsverhältnis ausformen.⁴³ Terminologisch wird diesbezüglich – mit im Einzelnen voneinander abweichenden Ansichten hinsichtlich des Umfangs – von der Akzessorität der Untreue gesprochen.⁴⁴

Gegen die Vorgaben der Art. 107–109 AEUV kann auf unterschiedliche Weise verstoßen werden. So wird eine Beihilfe missbräuchlich angewendet, wenn die Beihilfe unter Verstoß gegen eine – nur von der EU-Kommission zu erlassende – Vereinbarkeitsentscheidung im Vorverfahren, eine Positiventscheidung oder eine mit Bedingungen und Auflagen versehene Entscheidung der EU-Kommission verwendet wird.⁴⁵ Rechtswidrig sind Beihilfen, die gänzlich ohne Notifizierung, unter Verstoß gegen das Durchführungsverbot oder trotz einer Negativentscheidung der EU-Kommission gewährt werden.⁴⁶ Dabei gilt das Durchführungsverbot für alle Maßnahmen, die Beihilfen darstellen können (sog. „Kann-Beihilfen“).⁴⁷

Fraglich ist allerdings, ob darin stets auch eine Pflichtverletzung im Innenverhältnis zu sehen ist, namentlich, ob eine Akzessorität der Untreue auch im Verhältnis zu den Art. 107, 108 AEUV anzunehmen ist. In diesem Fall wäre – sofern ein öffentlich Bediensteter grundsätzlich einer Vermögensbetreuungspflicht unterliegt – das Verbot, europarechtswidrige Beihilfen zu gewähren, stets Bestandteil dieser Vermögensbetreuungspflicht.

Das punctum saliens liegt folglich in der Frage, unter welchen Voraussetzungen außerstrafrechtliche Normen in das zu Grunde liegende Rechtsverhältnis einbezogen werden und folglich Verstöße gegen diese außerstrafrechtlichen Normen eine untreuerelevante Pflichtverletzung darstellen. Zur Beantwortung dieser Frage hat der BGH im so genannten AUB/Schelsky-Beschluss⁴⁸ im Rahmen eines obiter dictum maßgeblich auf den Schutzzweck des § 266 StGB abgestellt. Der Telos des § 266 StGB wurzelt im Vermögensschutz, so dass eine Normverletzung in der Regel nur dann iSv § 266 StGB pflichtwidrig ist, wenn die verletzte Rechtsnorm wenigstens mittelbar vermögensschützenden Charakter für das zu betreuende Vermögen hat.⁴⁹ Für die Annahme eines mittelbar vermögensschützenden Charakters für das zu betreuende Vermögen hat es der BGH allerdings nicht genügen lassen, dass eine vermögensschützende Vorschrift, wie zum Beispiel die in § 93 AktG enthaltene Legalitätspflicht, reflexartig mitverletzt wird.⁵⁰ Folglich gilt für den Missbrauchstatbestand, dass nicht jede im Innenverhältnis rechtswidrige Handlung zugleich eine untreuerelevante Überschreitung des rechtlichen Dürfens darstellt. Im Lichte dieser Rechtsprechungslinie hat der BGH wegen des fehlenden vermögensschützenden Charakters des § 25 PartG aF das Vorliegen einer untreuerelevanten Pflichtverletzung verneint.⁵¹

Diese Rechtsprechung des BGH zur Relevanz von außerstrafrechtlichen Normen für die Pflichtwidrigkeit darf jedoch nicht dahingehend missverstanden werden, dass bei einem Verstoß gegen eine nicht vermögensschützende Drittnorm die Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht per se ausscheidet.⁵² Maßgeblich für die Pflichtwidrigkeit bleibt vielmehr auch in diesem Fall, ob der Täter eine ihn im konkreten Fall

treffende, das Vermögen des Treugebers schützende, Pflicht verletzt hat.⁵³ Obwohl dieses Ergebnis an sich auf der Hand liegt, sah sich der BGH im so genannten Telekom-Spitzel-Urteil⁵⁴ zu einer ausdrücklichen Klarstellung veranlasst.⁵⁵ Der Täter, ein leitender Angestellter der Deutschen Telekom AG, hatte ein Unternehmen im Namen der Deutschen Telekom AG mit der Überwachung von Mobil- und Festnetztelefonen mehrerer Personen beauftragt und sich dadurch gem. § 206 I StGB wegen Verletzung des Fernmeldegeheimnisses strafbar gemacht. Eine strafbare Untreue wurde durch den BGH mit der Begründung, dass der Täter zu Lasten der Deutschen Telekom AG die Zahlung auf die nichtigen Vergütungsansprüche dieses Unternehmens veranlasste, festgestellt.⁵⁶

(1) *Kein vermögens- bzw. haushaltsschützender Zweck der Art. 107 ff. AEUV.* Die Wettbewerbsregeln der Art. 101 ff. AEUV dienen der Herstellung und Erhaltung eines Raums wirtschaftlicher Handlungsfreiheit.⁵⁷ Die Verwirklichung des Binnenmarkts ist nach Art. 3 III EUV der nachhaltigen Entwicklung Europas auf der Grundlage einer „in hohem Maße wettbewerbsfähige[n] soziale[n] Marktwirtschaft“ verpflichtet. Zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist dabei ein System, das den Wettbewerb vor Verfälschungen schützt⁵⁸ und welches in den Art. 101 ff. AEUV primärrechtlich verankert ist. Da das Beihilferegime des AEUV nicht darauf abzielt, staatliches Vermögen zu schützen, fehlt ihm somit ein unmittelbar vermögensschützender Charakter. Allerdings verpflichtet Art. 108 III 3 AEUV die Mitgliedstaaten zur Rückforderung rechtswidriger Beihilfen und die Art. 10 ff. VerFO eröffnen der Kommission bei rechtswidrigen Beihilfen die Möglichkeit, den betreffenden Mitgliedstaat zu veranlassen, alle notwendigen Maßnahmen zu ergreifen und die Bei-

41 Im Rahmen des Treubruchtatbestands gegebenenfalls auch aus einem Treuverhältnis; NK-StGB/Kindhäuser (o. Fn. 16), § 266 Rn. 92, 63.

42 BeckOK StGB/Wittig (o. Fn. 17), § 266 Rn. 18.

43 Vgl. Kubiciel, NStZ 2005, 353 (354); Rojas, Grundprobleme der Haushaltsuntreue, 2011, 113 mwN.

44 So beispielsweise Perron in Schönke/Schröder (o. Fn. 5), § 266 Rn. 18: „Gesamtrechtsakzessorität“; zum Verhältnis des Strafrechts zum Zivilrecht s. etwa BeckOK StGB/Wittig (o. Fn. 17), § 266 Rn. 18.a.2: „limitierte Zivilrechtsakzessorität“; LK-StGB/Schünemann (o. Fn. 34), § 266 Rn. 94: „sektorale Zivilrechtsakzessorität“.

45 Vgl. Koenig/Schreiber (o. Fn. 2), 295 mwN.

46 Heidenbain, HdB des Europäischen Beihilfenrechts, 2003, § 32 Rn. 24.

47 Ghazarian, European State Aid Law Quarterly (EStAL) 1/2014, p. 106, 109.

48 BGHSt 55, 288 = NJW 2011, 88 mit Anm. Bittmann, NJW 2011, 96 – AUB/Schelsky.

49 BGHSt 55, 288 = NJW 2011, 88 (92).

50 BGHSt 55, 288 = NJW 2011, 88 (92); vgl. dazu Krell, NStZ 2014, 62 (63).

51 BGHSt 56, 203 = NJW 2011, 1747 (1749) mit krit. Anm. Brand, NJW 2011, 1751 – CDU-Parteispenden; gleichwohl gelangt der BGH auch hier zur Annahme einer Pflichtwidrigkeit, indem er diese auf den Verstoß gegen parteiinterne Vorschriften gründet.

52 Eingehend hierzu und zur Bedeutung von „Drittnormen“ für die Untreue Krell, NStZ 2014, 62 (63) und passim.

53 Vgl. Fischer (o. Fn. 19), § 266 Rn. 60 a f.

54 BGH, NJW 2013, 401.

55 Dabei hatte der BGH schon im CDU-Parteispenden-Beschluss entsprechend judiziert, BGHSt 56, 203 = NJW 2011, 1747.

56 BGH, NJW 2013, 401 Rn. 31.

57 Vgl. Koenig/Schreiber (o. Fn. 2), 1.

58 Protokoll über den Binnenmarkt und den Wettbewerb (Protokoll Nr. 27), ABl. 2007 C 306, 156. Dieses Protokoll – und damit auch das Ziel des Wettbewerbsschutzes – ist gem. Art. 51 EUV Bestandteil des Unionsprimärrechts. Mit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon ist das Ziel der Schaffung eines Systems, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarkts vor Verfälschungen schützt, von prominenter Stelle (ex Art. 3 I Buchst. g EG) in das „Protokoll über den Binnenmarkt und den Wettbewerb“ verschoben worden. Zu einer durchgreifenden Änderung der Anwendung der Wettbewerbsregeln wird dies indes nicht führen, vgl. Behrens, EuZW 2008, 193; zweifelnd Lippert, DVBl 2009, 492 (498 f.).

hilfe vom Empfänger zurückzufordern (Art. 14 Verfo). Da durch die Gewährung einer rechtswidrigen Beihilfe die öffentlichen Haushalte belastet werden, wird diese Belastung im Wege der Rückforderung ausgeglichen. Die mit der Rückforderung der Beihilfe stets einhergehende nachträgliche Kompensation abgeflossener Haushaltsmittel ließe sich somit für einen mittelbar vermögensschützenden Charakter des Beihilferegimes argumentativ ins Feld führen.

Ferner hat der BGH im Telekom-Spitzel-Urteil angenommen, dass trotz des Verstoßes gegen eine nicht vermögensschützende Primärnorm die Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht in der Begleichung einer nichtigen Forderung und somit in einer rechtsgrundlosen Zahlung gesehen werden kann.⁵⁹ Gleiches muss auch für die rechtswidrige Beihilfengewährung und den damit einhergehenden Verstoß gegen das Durchführungsverbot des Art. 108 III 3 AEUV gelten. Hinsichtlich der Pflichtwidrigkeit bestehen keine Unterschiede zwischen dem Missbrauchs- und dem Treubruchtatbestand, so dass auf beihilfeinfinanziertes *rechtsgeschäftliches Handeln* dieses Urteil bereits anwendbar ist, da in diesen Fällen bei Verstößen gegen das Durchführungsverbot des § 108 III 3 AEUV iVm § 134 BGB von der Nichtigkeit der beihilfeinfinanzierten Vertragsbestandteile ausgegangen werden muss. Im Rahmen der rechtsgeschäftlichen Beihilfegewährung lässt sich ein Verstoß gegen die Vermögensbetreuungspflicht – innerhalb der Prüfung des Treubruchtatbestands – bereits aus der Begleichung einer nichtigen Forderung herleiten.

(2) *Rückgriff auf landes- bzw. bundeshaushaltsrechtliche Wirtschaftlichkeits- und Sparsamkeitsbestimmungen.* Ungeachtet des möglichen (mittelbar) vermögensschützenden Charakters der Art. 107, 108 AEUV kann sich die Pflichtwidrigkeit der Gewährung einer europarechtswidrigen Beihilfe aus einem Verstoß gegen – unmittelbar vermögensschützende – haushaltsrechtliche Grundsätze ergeben (Fall der Haushaltsuntreue). Denn die im Haushaltsplan enthaltenen Bewirtschaftungsbefugnisse werden insbesondere durch den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit (§ 6 HGrG; §§ 7 I, 34 II BHO)⁶⁰ limitiert,⁶¹ so dass auch an sich nach dem jeweiligen Haushaltsplan bewirtschaftungsbefugte Amtswalter hiergegen verstoßen können.⁶² Im Gegensatz zum Beihilfenrecht sind Haushaltsgrundsätze, die den rechtmäßigen Umgang mit öffentlichen Mitteln vorgeben, unmittelbar vermögensschützend. Dies gilt insbesondere für die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit, denn die haushaltsrechtlichen Wirtschaftlichkeitsgrundsätze (zB der des § 7 BHO) zielen darauf ab, ein möglichst günstiges Verhältnis zwischen Ressourceneinsatz und Nutzen zu erreichen.⁶³ Der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz umfasst zwei Prinzipien: das Ergiebigkeitsprinzip und das Sparsamkeitsprinzip.⁶⁴

Das Ergiebigkeitsprinzip (auch Maximalprinzip) besagt, dass Mittel in einer Weise zu nutzen sind, mit der ein optimales Ergebnis erreicht wird.⁶⁵ Das Sparsamkeitsprinzip (auch Minimalprinzip) besagt, dass ein Ergebnis in einer Weise zu erreichen ist, die einen möglichst geringen Mitteleinsatz erforderlich macht.⁶⁶ Dieses im Rahmen der einzelnen haushaltsrechtlichen Wirtschaftlichkeitsgrundsätze zur Anwendung gelangende so genannte „ökonomische Prinzip“⁶⁷ ist ebenso innerhalb des Art. 107 I AEUV fest verankert. Denn für die Beurteilung des Begünstigungscharakters einer Beihilfe stellt der EuGH allein auf die *ökonomische Wirkung* einer Maßnahme ab.⁶⁸

Im Rahmen der Prüfung des Art. 107 I AEUV ist eine staatliche Maßnahme dann als Begünstigung anzusehen, wenn das Unternehmen eine *Leistung ohne angemessene, das heißt marktübliche, Gegenleistung* (Kompensation) erlangt.⁶⁹ Den zentralen materiellen Vergleichsmaßstab zur Bestimmung der Marktangemessenheit des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung bildet der so genannte „market economy investor“ oder auch „private investor“, den sowohl Kommis-

sion als auch EuGH heranziehen.⁷⁰ Innerhalb des „market economy investor“- bzw. „private investor“-Tests ist jeweils zu prüfen, ob die staatliche Kapitalzufuhr unter Bedingungen erfolgte, die für einen hypothetischen privaten Vergleichsinvestor, der an einer langfristigen Rendite orientiert ist (etwa eine Bank), als Kapitalgeber unter normalen marktwirtschaftlichen Voraussetzungen akzeptabel wären.⁷¹ Somit implizieren die Verneinung des Begünstigungsmerkmals im Tatbestand des Art. 107 I AEUV und die Einhaltung der haushaltsrechtlichen Wirtschaftlichkeitsgrundsätze unisono das Vorliegen eines Marktgleichgewichts und die Abwesenheit von Wohlfahrtsverlusten.

Mithin muss die Auslegung der haushaltsrechtlichen Wirtschaftlichkeitsgrundsätze auch dem Maßstab des „market economy investor“ nach Art. 107 I AEUV entsprechen. Denn eine EU-beihilferechtswidrige öffentliche Ausgabe darf nicht geleistet werden und muss damit zwangsläufig haushaltsrechtliche Wirtschaftlichkeitsgrundsätze verletzen. Konkrete Bedeutung können somit innerhalb der haushaltsrechtlichen Wirtschaftlichkeitsgrundsätze die konkretisierenden Mitteilungen der Kommission (zB die „Bürgerschaftsmittteilung“ und die „Grundstücksmittteilung“) erlangen, die als Orientierungshilfe herangezogen werden können, da diese das auch den haushaltsrechtlichen Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit immanente ökonomische Prinzip konkretisieren. Die Gewährung einer europarechtswidrigen Beihilfe verletzt somit zugleich die im Innenverhältnis bestehende Vermögensbetreuungspflicht des Amtswalters. Diese Verletzung kommt sowohl im Rahmen der hoheitlichen wie auch der rechtsgeschäftlichen Beihilfegewährung (im Rahmen des Treubruchtatbestands) zum Tragen.

2. Treubruchtatbestand (§ 266 I Var. 2)

Wie bereits aufgezeigt, unterfallen Beihilfen, die durch einen gem. § 134 BGB iVm Art. 107, 108 III 3 AEUV (iVm § 59 I VwVfG) nichtigen und damit unwirksamen privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Vertrag gewährt werden, nicht dem Missbrauchstatbestand.⁷² Insoweit kommt jedoch eine Strafbarkeit nach dem weiter gefassten Treubruchtatbestand in Betracht.⁷³ Dieser setzt gem. § 266 I Var. 2 StGB voraus, dass der Täter eine ihm

„kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eines Treueverhältnisses obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt“.

59 BGH, NJW 2013, 401 Rn. 31.

60 Die Landshaushaltsordnungen und das Kommunalhaushaltsrecht enthalten entsprechende Vorschriften.

61 Gröpl, Haushaltsrecht und Reform, 2001, 115 f.

62 LK-StGB/Schünemann (o. Fn. 34), § 266 Rn. 236.

63 Vgl. Gröpl, Bundshaushaltsordnung/Landshaushaltsordnung (BHO/LHO), 2011, § 7 Rn. 9.

64 Gröpl (o. Fn. 63), § 7 Rn. 6.

65 VV-BHO Nr. 1 zu § 7 BHO.

66 VV-BHO Nr. 1 zu § 7 BHO.

67 So auch Heller, Haushaltsgrundsätze für Bund, Länder und Gemeinden: Handbuch zum Management der öffentlichen Finanzen, 2. Aufl. 2010, 234 Rn. 711.

68 EuGH, Slg. 1974, 709 Rn. 26 – Italien/Kommission; EuGH, Slg. 1987, 901 = NJW 1987, 3072 Rn. 8 – Deufil.

69 S. zum Begünstigungsmerkmal auch Koenig/Schreiber (o. Fn. 2), 222 ff.

70 EuGH, ECLI:EU:C:1991:142 = Slg. 1991, I-1603 = BeckRS 2004, 76186 Rn. 19 ff. – Alfa Romeo; EuGH, Slg. 1991, I-1433 = BeckRS 2004, 73091 Rn. 20 ff. – ENI-Lanerossi; EuG, verb. Rs. T-129/95, T-2/96 u. T-97/96, Slg. 1999, II-17 Rn. 104 ff. – Neue Maxhütte Stahlwerke und Lech-Stahlwerke; EuGH, Slg. 2003, I-4035 = EuZW 2003, 368 – Selego; Kommission, ABl. 2002 L 66, 36 Rn. 21 – Alitalia.

71 Für eine ausführliche Darstellung des „private investor“-Tests mit Anwendungsbeispielen s. Koenig/Schreiber (o. Fn. 2), 224 ff.

72 Vgl. hierzu o. II 1 c aa.

73 So die ganz hM, stellvertretend für viele Fischer (o. Fn. 19), § 266 Rn. 24.

Eine wirksame Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis der Amtswalter, die bei beihilfeinfiziertem rechtsgeschäftlichen Handeln mit Blick auf den supranationalen Anwendungsvorhang des Durchführungsverbots gerade nicht besteht, ist nicht erforderlich; stattdessen genügt es, dass der Täter vermögensbetreuungspflichtig ist.⁷⁴

Abweichend vom Missbrauchstatbestand kann die Vermögensbetreuungspflicht im Rahmen des Treubruchtatbestands auch auf faktischen Treueverhältnissen fundieren. Ein solches liegt vor, wenn dem Treuepflichtigen – beispielsweise weil bei rechtsgeschäftlichem Handeln die Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnisse auf Grund des Durchführungsverbots a priori bereits maßgeblich begrenzt sind – lediglich eine tatsächliche Herrschaftsmacht über das fremde Vermögen eingeräumt wurde.⁷⁵ Tathandlung des Treubruchtatbestands kann dementsprechend jedes rechtsgeschäftliche oder tatsächliche Verhalten sein, welches die Vermögensbetreuungspflicht verletzt.⁷⁶ Somit ist auch die Beihilfegewährung auf der Grundlage eines nichtigen Vertrags als rein tatsächliches Verhalten taugliche Tathandlung der Untreue in der Alternative des Treubruchtatbestands. Hinsichtlich der Pflichtwidrigkeit bestehen keine Unterschiede zum Missbrauchstatbestand, so dass die oben entwickelten Maßstäbe im Rahmen des Rückgriffs auf landes- bzw. bundeshaushaltsrechtliche Wirtschaftlichkeits- und Sparsamkeitsbestimmungen gelten.⁷⁷

3. Nachteil

Infolge des treuwidrigen Verhaltens des Täters muss demjenigen, dessen Vermögensinteressen jener zu betreuen hat, ein Nachteil entstanden sein. Der Begriff des Nachteils entspricht dem Schadensbegriff des § 263 StGB.⁷⁸ Demnach liegt ein Vermögensschaden vor, wenn sich aus dem Vergleich der Vermögenslage vor und nach der schädigenden Handlung ein negativer Saldo ergibt.⁷⁹ Um den der Schadensberechnung zu Grunde liegenden Vermögensbegriff besteht – wie im Rahmen des Betrugstatbestands – Streit.⁸⁰ Der BGH geht im Grundsatz von einem wirtschaftlichen Schadensbegriff aus, wonach das Vermögen „die Summe der geldwerten Güter einer Person“ ist.⁸¹ Fehlt es trotz des Verstoßes gegen Haushaltsrecht nach der Betrachtung anhand einer Gesamtsaldierung an einem Schaden, weil etwa der Vermögensabfluss durch eine wirtschaftlich gleichwertige Gegenleistung kompensiert wurde, scheidet eine (Haushalts-)Untreue aus.⁸² Bei einem Verstoß gegen Art. 107, 108 III AEUV scheidet das Vorliegen einer wirtschaftlich gleichwertigen Gegenleistung aus, da eine Beihilfe iSd Art. 107 I AEUV tatbestandlich das Fehlen einer äquivalenten Gegenleistung voraussetzt.⁸³ Mit der Gewährung einer unionsrechtswidrigen Beihilfe geht daher regelmäßig ein Vermögensschaden für den öffentlichen Haushalt, aus welchem die Beihilfe gewährt wird, einher. Der Vermögensschaden besteht in Höhe des so genannten „Beihilfeäquivalents“. Dass rechtswidrige Beihilfen vom Beihilfeempfänger zurückzufordern sind, vermag an diesem Ergebnis nichts zu ändern. Demgegenüber würde bei rechtmäßigen Beihilfen eine Strafbarkeit bereits an der fehlenden Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht scheitern.

III. Subjektiver Tatbestand: Vorsatz (§ 15 StGB)

Auf der subjektiven Tatbestandsseite setzt die Strafbarkeit wegen Untreue gem. § 15 StGB Vorsatz bezüglich aller objektiv verwirklichten Tatbestandmerkmale voraus, wobei ein bedingter Vorsatz genügt. Allerdings sind gerade für die Fälle, dass der Täter mit Eventualvorsatz oder uneigennützig

handelt, strenge Anforderungen an den Untreuevorsatz zu stellen.⁸⁴ Erforderlich ist auch in diesen Fällen, dass dem Täter die Pflichtwidrigkeit seines Handelns bewusst ist. Grundet diese auf dem Verstoß gegen außerstrafrechtliche Normen, muss der Täter deren Bedeutung für seine Pflichtenstellung im Innenverhältnis – jedenfalls im Rahmen einer Parallelwertung in der Laiensphäre – zutreffend erkannt haben.⁸⁵ Auf staatliche Beihilfen bezogen bedeutet dies, dass der Vorsatz bezüglich der Pflichtwidrigkeit dann anzunehmen ist, wenn der öffentlich Bedienstete sich darüber bewusst ist, sich mit seiner Handlung in Widerspruch zu den unionsrechtlichen Beihilfevorschriften und damit dem im Haushaltsrecht verankerten Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu setzen. Davon ist jedenfalls auszugehen, wenn der öffentlich Bedienstete den Charakter der Maßnahme als Beihilfe erkennt bzw. hiervon in Kenntnis gesetzt wird. Sofern ein internes oder extern eingeholtes Rechtsgutachten vorliegt, das jedenfalls die Notifizierungsbedürftigkeit der Beihilfe aufzeigt, liegt darin ein starkes Indiz für den Vorsatz bezüglich der Pflichtwidrigkeit, soweit der Täter in Kenntnis eines solchen Gutachtens entgegen dem Durchführungsverbot des Art. 108 III 3 AEUV eine bei der Kommission notifizierungspflichtige Beihilfe dennoch gewährt.

Gleiches gilt für den Fall, dass die Kommission nach Beihilfegewährung ein förmliches Prüfverfahren einleitet, der Täter hiervon Kenntnis erlangt und nach einem Eröffnungsbeschluss weitere Beihilfen aktiv gewährt bzw. schon gewährte Beihilfen nicht zurückfordert. Auch an dieser Stelle bildet das unionsrechtliche Durchführungsverbot abermals den strafrechtsrelevanten Dreh- und Angelpunkt.

IV. Fazit

Die Untreue sieht mit dem Missbrauchstatbestand (§ 266 I Var. 1 StGB) und dem Treubruchtatbestand (§ 266 I Var. 2 StGB) zwei tatbestandliche Alternativen vor, die für eine Subsumtion EU-beihilfenrechtswidrigen Verhaltens in Betracht kommen. Strafgerichte können dem EuGH sowohl die für den Missbrauchs- bzw. Treubruchtatbestand relevanten Fragen zur Auslegung der EU-beihilfenrechtlichen Tatbestandsmerkmale nach Art. 107 I AEUV als auch des Durchführungsverbots (Art. 108 III 3 AEUV) zur Vorabentscheidung nach Art. 267 AEUV vorlegen. Darüber hinaus können Strafgerichte die Kommission als sachverständigen Beistand (*amicus curiae*) anrufen und diese um mündliche oder schriftliche Stellungnahmen zur Anwendung der Art. 107, 108 AEUV ersuchen. ■

74 Zu Inhalt, Umfang und Entstehung der Vermögensbetreuungspflicht vgl. II 1 b.

75 BeckOK StGB/Wittig (o. Fn. 17), § 266 Rn. 27.

76 Kindhäuser, Lehr- und Praxiskommentar StGB, 6. Aufl. 2015, § 266 Rn. 75, 78.

77 S. hierzu o. II 1 c bb.

78 Vgl. nur BVerfG, NJW 2009, 2370 (2371).

79 So schon BGHSt 16, 220 (221) = NJW 1961, 1876; BVerfGE 126, 170 = NJW 2010, 3209 (3214).

80 BeckOK StGB/Wittig (o. Fn. 17), § 266 Rn. 39.

81 RGSt 44, 230 (233); vom BGH in stRspr übernommen – wenn auch inzwischen singulärerweise modifiziert – seit BGHSt 2, 364 = NJW 1952, 833; zur Entwicklung des wirtschaftlichen Vermögensbegriffs des BGH s. Wessels/Hillenkamp, Strafrecht BT 2, 36. Aufl. 2013, Rn. 534 ff.

82 BGH, NStZ 2001, 248 (251).

83 Vgl. v. Wallenberg/Schütte in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV, 52. EL 2014, Art. 107 AEUV Rn. 52.

84 BGH, NJW 1975, 1234 (1236); BVerfG, NJW 2009, 2370 (2372) mwN.

85 Wessels/Hillenkamp (o. Fn. 81), Rn. 781.