

# Die Untreue-Strafbarkeit eines Limited-Directors, § 266 StGB, insbesondere im Lichte des Europäischen Strafrechts\*

Von Privatdozent Dr. Edward Schramm, Würzburg/Tübingen und Akad. Mitarbeiter Patrick Hinderer, Tübingen\*\*

*This article addresses – in light of the recent lead-decision of the Federal High Court of Justice (Bundesgerichtshof, BGH) – the criminal responsibility of the managing director of a company registered in a foreign EU member state under the German „breach of trust“ statute (Untreue). Next to jurisdictional queries (§§ 3 et seq. German Penal Code, StGB) and questions about the general concept of the German „breach of trust“ statute as well as about the possibility to discontinue proceedings according to § 153a German Code of Criminal Procedure (StPO), this contribution focuses on the influence of European Law on the case decided by the BGH. In particular, the traditional notion that managing directors of such companies must not violate German criminal law when acting in Germany seems debatable in light of the ECJ jurisprudence in „Daily Mail“, „Centros“ und „Inspire Art“ on the Freedom of Establishment as set out in Artt. 49, 54 TFEU. Up until today, the prevailing approach holds that neither the foreign corporate structure nor the European Freedom of Establishment opposes the criminal prosecutions e.g. under the German fraud or breach of trust statute. However, this must no longer be accepted for granted.*

*Der vorliegende Beitrag beschäftigt sich mit der – nunmehr vom BGH erstmals beantworteten – Frage, inwiefern sich der Geschäftsleiter einer EU-Auslandsgesellschaft, die in Gestalt einer Private Limited Company auftritt, nach deutschem Strafrecht wegen einer Untreue (§ 266 StGB) strafbar machen kann. Neben Aspekten des Strafanwendungsrechts (§§ 3 ff. StGB), der Tatbestandsstruktur des § 266 StGB und einer etwaigen Verfahrenseinstellung nach § 153a StPO stehen die unionsrechtlichen Implikationen der Fallkonstellation im Zentrum. Insbesondere vor dem Hintergrund der EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit i.S.d. Art. 49, 54 AEUV in der Rechtsprechungsreihe „Daily Mail“, „Centros“ und „Inspire Art“ zu Anfang des Jahrtausends erscheint die bisherige Vorstellung, wonach die im Inland handelnden Geschäftsleiter einer Auslandsgesellschaft ebenso wenig gegen deutsche Strafvorschriften verstoßen dürfen wie sonst hierzulande agierende Personen, als diskussionswürdig. Bislang ging man weitgehend davon aus, dass der strafrechtlichen Verfolgung etwa wegen des Verdachts auf Betrug oder Untreue weder die ausländische Unternehmensform noch die Niederlassungsfreiheit entgegensteht. Doch wird man dies nicht ohne weiteres als selbstverständlich ansehen können.*

## I. Entscheidung und Problemaufriss

Es war nur eine Frage der Zeit, bis der BGH sich mit der Frage beschäftigen würde, ob überhaupt eine Untreue zum Nachteil einer Limited vorstellbar ist und, falls dies zu bejahen ist, unter welchen Voraussetzungen dies der Fall sein kann. Der 5. Strafsenat hat hierzu in seinem Urteil zentrale Aussagen getroffen, die überwiegend Zustimmung verdienen, teilweise aber auch diskussionswürdig sind und Anlass zu

über den Einzelfall hinausgehenden Überlegungen geben. Mit der vorliegenden Entscheidung erreicht die Limited allerdings in einer „exotischeren“ Form die höchstrichterliche Strafrechtsprechung, als die Entscheidung keine englische Limited betrifft, sondern vielmehr eine solche, die auf den Britischen Jungferninseln – englisch: British Virgin Islands (BVI) – gegründet wurde. Für die BVI-Limited gelten offensichtlich andere gesellschaftsrechtliche Regeln als für die englische Limited, was bei der Bestimmung der strafrechtlichen Treuepflichten zu berücksichtigen ist.

Die strafrechtliche Behandlung der Limited und ihrer Geschäftsleiter in ihrer am häufigsten auftretenden Form, der englischen private company limited by shares, wird in der strafrechtlichen Literatur seit wenigen Jahren diskutiert, beginnend mit dem grundlegenden Beitrag von Rönnau aus dem Jahre 2005.<sup>1</sup> Auch die Rechtsprechung – soweit ersichtlich namentlich das AG Stuttgart<sup>2</sup> als erstes Gericht – hatte bereits darüber zu befinden, ob sich der Director einer solchen englischen Gesellschaft mit begrenzter Haftung wegen eines Bankrottdelikts i.S.d. §§ 283 ff. StGB und wegen Untreue gemäß § 266 StGB strafbar machen kann. Ohne Ausführungen zur Niederlassungsfreiheit hat das AG Stuttgart beides (auch) für den (faktischen) Geschäftsführer einer Limited nach englischem Recht bejaht. Hinsichtlich der hier nun in den Mittelpunkt gerückten Frage nach der Anwendbarkeit des § 266 StGB steht man grundsätzlich jedoch neben einer „strafrechtlichen“ außerdem vor einer „verfassungsrechtlichen“ sowie vor einer „europarechtlichen“ Frage.<sup>3</sup>

\* Zugleich Anmerkung zu BGH, Urt. v. 13.4.2010 – 5 StR 428/09.

\*\* Privatdozent Dr. Edward Schramm, Universität Tübingen, vertritt im Wintersemester 2009/10 und Sommersemester 2010 den Lehrstuhl von Prof. Dr. Dr. Eric Hilgendorf an der Justus-Maximilians-Universität Würzburg. Patrick Hinderer ist als Akademischer Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. Dr. Kristian Kühn tätig und promoviert zum Thema „Insolvenzstrafrecht und EU-Niederlassungsfreiheit am Beispiel der private company limited by shares“.

<sup>1</sup> Rönnau, ZGR 2005, 832; vgl. sodann Hinderer, Insolvenzstrafrecht und EU-Niederlassungsfreiheit am Beispiel der englischen private company limited by shares (erscheint im Laufe des Jahres); Kienle, GmbHR 2007, 696; Radtke, GmbHR 2008, 729; ders., EuZW 2009, 404; Schlösser, wistra 2006, 81; Schumann, DB 2004, 743; ders., ZIP 2007, 1189; Hoffmann, in: Sandrock/Wetzler (Hrsg.), Deutsches Gesellschaftsrecht im Wettbewerb der Rechtsordnungen, 2004, S. 227 ff.; Weiß, Strafbare Insolvenzverschleppung durch den Director einer Ltd., 2009, passim; Worm, Die Strafbarkeit eines directors einer englischen Limited nach deutschem Strafrecht, 2009, passim.

<sup>2</sup> AG Stuttgart wistra 2008, 226 mit zust. Anm. Schumann, 229.

<sup>3</sup> So bei Radtke, GmbHR 2008, 729 (730).

Die erste, die „strafrechtliche“ Frage ergibt sich aus der Struktur des § 266 StGB.<sup>4</sup> Wie auch aus dem Urteil ersichtlich, ist zu entscheiden, ob eine Vermögensbetreuungspflicht zwischen der Limited und „ihrem“ Director überhaupt rechtswirksam zustande kommen kann. Dies ist nicht der Fall, wenn man, so wie das Tatgericht, davon überzeugt ist, dass eine Limited – zumindest diejenige, um die es konkret in der Entscheidung ging – keine Rechtsfähigkeit besitzt. Ferner ist zu untersuchen, auf das Recht welchen Staates zur Konkretisierung dieser etwaigen Pflicht abzustellen ist, sollte man die Rechtsfähigkeit der Limited – wie vorliegend der BGH – bejahen.

Die zweite, die „verfassungsrechtliche“ Frage der Anwendbarkeit des § 266 StGB betrifft die Bedenken im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit dem Gesetzlichkeitsprinzip des Art. 103 Abs. 2 GG bzw. des § 1 StGB, sollte ermittelt werden, dass das Tatbestandsmerkmal der Vermögensbetreuungspflicht durch das Recht des Herkunftsstaates der Gesellschaft, im vorliegenden Fall der BVI-Limited durch das dort geltende Recht, auszufüllen ist. Zweifel drängen sich dabei hinsichtlich der gesetzlichen Bestimmtheit einer Ausfüllung eines Straftatbestands durch ausländisches Recht ebenso auf wie hinsichtlich des Parlamentsvorbehalts.

Schließlich stellt sich drittens aus „europarechtlicher“ Sicht die Frage, ob eine Anwendung des nationalen Strafrechts auf Geschäftsleiter von EU-Auslandsgesellschaften nicht möglicherweise die durch Artt. 49, 54 AEUV europarechtlich garantierte Niederlassungsfreiheit in unzulässiger Weise beschränkt. Insbesondere das Problem, ob in der Anwendung des § 266 StGB eine unzulässige Beschränkung der Niederlassungsfreiheit zu sehen ist, was letztlich nur der EuGH abschließend klären können wird,<sup>5</sup> erlangt damit Bedeutung für den vorliegenden Beitrag.<sup>6</sup>

## II. Die Probleme im Einzelnen

### 1. Tatbestandsimmanente Beschränkung und internationales Strafrecht

Da die Untreue gemäß § 266 StGB nach ganz h.M. ein Vermögensdelikt darstellt<sup>7</sup> und damit ein Individualrechtsgut schützt, weist sie, wie grundsätzlich alle vom StGB erfassten

Individualrechtsgüter, keine tatbestandsimmanente Begrenzung auf einen Schutz von inländischen Rechtsgütern auf.<sup>8</sup> Soweit zusätzlich die Voraussetzungen deutscher Strafanwendung gegeben sind, gelten auch die Individualrechtsgüter von ausländischen natürlichen oder juristischen Personen als inländische Rechtsgüter.<sup>9</sup>

Ob auf einen Lebenssachverhalt mit Auslandsbezug das deutsche Strafrecht Anwendung findet oder nicht, ergibt sich aus dem innerstaatlichen Strafanwendungs-, Strafgewalts- bzw. Geltungsbereichsrecht der §§ 3-7 StGB. Diese einseitigen Kollisionsnormen legen den Umfang der innerstaatlichen Strafgewalt fest,<sup>10</sup> indem sie den Anwendungsbereich deutschen Strafrechts für Taten, die Beziehungen zum Ausland aufweisen, begrenzen.<sup>11</sup> § 3 StGB verwirklicht den sog. Gebietsgrundsatz als Hauptprinzip<sup>12</sup> und beschränkt die Geltung des Strafrechts auf das Staatsgebiet und damit auf solche Taten, die innerhalb des Raumes begangen werden, der staatlicher Souveränität unterliegt. Wo die Tat begangen ist, bestimmt sich nach § 9 Abs. 1 StGB, wonach der Tätigkeits- bzw. Erfolgsort überall dort gegeben ist, wo der Täter gehandelt, d.h. wo er eine Tätigkeit vorgenommen hat, die auf die Tatbestandsverwirklichung gerichtet ist (1. Var. des Abs. 1) bzw. im Falle des Unterlassens hätte handeln müssen (2. Var. des Abs. 1), sowie dort, wo sich der Erfolg dieser Handlung realisiert (Var. 3 des Abs. 1) oder realisieren sollte (Var. 4 des Abs. 1).

Die maßgeblichen pflichtwidrigen Überweisungen hat der Angeklagte von Hamburg aus über sein Konto bei der Da. Bank in Hamburg vorgenommen, weshalb der BGH, ebenso wie bereits das Tatgericht, von einem inländischen Handlungsort, und damit einer Anwendbarkeit des StGB ausgegangen ist. Zwar wäre eine Normativierung des Handlungsorts bei normativen Tatbestandsmerkmalen, wie etwa innerhalb der Untreue bezüglich der Treuepflichtverletzung, durchaus denkbar. Entscheidend wäre dann nicht, wo tatsächlich die Handlung, die die Treuepflichtverletzung begründet, vorgenommen wurde, sondern vielmehr der „Ort“ der Rechtsordnung, nach der sich die Pflichtverletzung normativ bestimmt; dies wären hier die British Virgin Islands. Dann würde das Ergebnis lauten, dass deutsches Strafrecht nicht anwendbar wäre, sondern nur dasjenige der BVI.

<sup>4</sup> Zur Struktur der Untreue gemäß § 266 StGB vgl. *Schramm*, Untreue und Konsens, 2005, S. 31 ff.

<sup>5</sup> Vgl. *Altenhain/Wietz*, NZG 2008, 569 (572) insb. zur Ausstrahlungswirkung des Referentenentwurfs zum Internationalen Gesellschaftsrecht auf das Wirtschaftsstrafrecht.

<sup>6</sup> Mit treffender – allgemeiner gefasster – Fragestellung *Hoffmann* (Fn. 1), S. 227 ff.: „Reichweite der Niederlassungsfreiheit: bis in das Strafrecht?“.

<sup>7</sup> H.M.; vgl. BGHSt 43, 293 (297); *Kindhäuser*, in: ders./Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 3. Aufl. 2010, Bd. 1, § 266 Rn. 1; *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2010, § 266 Rn. 1; *Schünemann*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 8, 12. Aufl. 2009, § 266 Rn. 28; eingehend *Schramm* (Fn. 4), S. 24 ff.

<sup>8</sup> Vgl. *Werle/Jeßberger*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Fn. 7), Vor §§ 3-7 Rn. 271 u. 274; dazu auch *Hinderer* (Fn. 1), Kap. 3 A, jeweils m.w.N.

<sup>9</sup> *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 4. Aufl. 2010, § 6 Rn. 1.

<sup>10</sup> Statt vieler *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 1996, S. 163; a.M. *Lemke*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 7), Vor §§ 3-7 Rn. 1, der die §§ 3-9 StGB als deutsches Recht i.S. eines konstitutiven Teils der primären Strafnorm sieht.

<sup>11</sup> *Lackner/Kühl* (Fn. 7), Vor §§ 3-7 Rn. 1; *Makarov*, in: Bachof (Hrsg.), Tübinger Festschrift für Eduard Kern, 1968, S. 253 (S. 257); *Satzger*, in: ders./Schmitt/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2009, Vor §§ 3-7 Rn. 1.

<sup>12</sup> H.M.; *Lackner/Kühl* (Fn. 7), § 3 Rn. 1; *Satzger* (Fn. 11), § 3 Rn. 1.

So reizvoll ein solches Gedankenspiel auch ist, wäre das Ergebnis indes nicht überzeugend. Zwar bemisst sich die Treuepflicht inhaltlich nach der Gründungstheorie, hier dem Recht der Britischen Jungferninseln. Gleichwohl steht im Mittelpunkt der Treuepflichtverletzung das Versagen des Treuenehmers. Dieser kann eine Pflichtverletzung, hier die Treuepflichtverletzung gegenüber einer Limited, letztlich an jedem Ort dieser Erde begehen. Der Vermögensschaden hingegen bezieht sich auf den Treugeber als Inhaber des Treueanspruchs. Daher spricht alles dafür, als lokalen Anknüpfungspunkt für die Tathandlung i.S.d. 1. und 2. Alt. des § 9 Abs. 1 StGB den Ort zu wählen, an dem der Treuepflichtige sich aufgehalten hat, als er gehandelt (bzw. etwas unterlassen) hat, und für den Erfolgsort i.S.d. 3. Alt. des § 9 Abs. 1 StGB bei einer geschädigten juristischen Person denjenigen Ort als maßgeblich anzusehen, an dem gesellschaftsrechtlich ihr Sitz ist. Andernfalls würden zudem die Unterschiede zwischen den beiden eigenständigen objektiven Tatbestandsmerkmalen der Treuepflichtverletzung und des Vermögensschadens verwischt: nicht jede Treuepflichtverletzung löst einen Vermögensschaden aus, und nicht jeder Vermögensschaden beruht auf einer Treuepflichtverletzung. Es trifft daher im vorliegenden Fall zu, Hamburg als den Handlungs-ort anzusehen.

## 2. Anwendung der Niederlassungsfreiheit der Artt. 49, 54 AEUV auf BVI-Limiteds

Die drei Begründungsansätze, mit denen das LG Hamburg eine Untreuestrafbarkeit des Angeklagten verneint hatte, wurden vom BGH zutreffend widerlegt: Nicht nur zwischen den Mitgliedstaaten der EU, sondern auch zwischen ihnen und der ihr assoziierten überseeischen Länder und Hoheitsgebiete wie etwa den Jungferninseln gelten die Bestimmungen und Verfahrensregeln der primärrechtlich garantierten Niederlassungsfreiheit der Artt. 49, 54 AEUV, und zwar unter Ausschluss jeder Diskriminierung. Dies bestimmt der seit 1.12.2009 geltende AEUV in seinem Art. 199 Nr. 5 unter Anknüpfung an die gleichlautende Vorläuferbestimmung in Art. 183 Nr. 5 EGV. Man könnte im vorliegenden Urteil auch von einer „Quasi-EU-Auslandsgesellschaft“ sprechen. Im Wege gemeinschaftsrechts- bzw. unionsrechtskonformer Interpretation nationalen Rechts ist daher für die Entscheidung, welches Gesellschaftsrecht auf eine Limited, die auf den Virgin Islands gegründet wurde, anzuwenden ist, auf die Gründungstheorie abzustellen.

### a) Keine Bedeutung der „off-shore-Firma“-Eigenschaft

Der BGH wollte auch nicht der Argumentation des LG Hamburg folgen, nach der hier eine andere gesellschaftsrechtliche Bewertung angezeigt gewesen wäre, weil es sich bei der Limited nur um eine „off-shore-Firma“ gehandelt habe, die keinen Sitz in der EU unterhalte und deren Überweisungen an den Geschäftspartner über die Moskauer Firma vorgenommen wurden. Mit dem Begriff der „off-shore-Gesellschaft“, der kein juristischer terminus technicus ist, sondern unternehmerische Betätigung „fern der Küste“ meint, werden vor allem Unternehmensgründungen auf den kleinen Inseln der ehemaligen britischen Kolonien bezeichnet, die sich stetig

wachsender Beliebtheit als Steuerparadiese auch bei Deutschen erfreuen.<sup>13</sup> Neben den Cayman Islands, Panama, den Bahamas und den Bermudas zählen eben die Britischen Jungferninseln zu solchen Steueroasen. „Off-shore-Gesellschaften“ zeichnen sich sodann dadurch aus, dass der Sitz der Firma in einem dieser Steuerparadiese liegt, die eigentliche Geschäftstätigkeit aber in einem anderen Land, im vorliegenden Fall in Deutschland bzw. in Russland, stattfindet; die Limited fungiert insofern nur als Briefkastenfirma. Für den BGH ändert dieser Umstand aber zu Recht an der primär-unionsrechtlich indizierten Anwendung der Gründungstheorie auch für „off-shore-Limiteds“ nichts, selbst wenn sie nicht im Limited-Mutterland England oder einem anderen EU-Mitgliedstaat, sondern auf einer der ehemaligen britischen Kolonialinseln gegründet worden sind.

### b) Nichtigkeit nur bei missbräuchlicher Ausnutzung der Niederlassungsfreiheit

Ebenso einleuchtend hat der BGH die Frage einer möglichen Nichtigkeit der Limited und missbräuchlichen Ausnutzung der Niederlassungsfreiheit beantwortet. Wer die BVI-Limited in den Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit miteinbezieht, hat die dazu Anfang des Jahrtausends ergangene Rechtsprechungsreihe des EuGH zu beachten.<sup>14</sup> In seinem „Inspire Art“-Urteil hat der EuGH unter Verweis auf seine Ausführungen im „Centros“-Urteil<sup>15</sup> festgestellt, dass Staatsangehörige eines Mitgliedstaats, die eine Gesellschaft gründen möchten, diese wegen der durch den Vertrag garantierten Niederlassungsfreiheit im EU-Binnenmarkt in dem Mitgliedstaat, dessen gesellschaftsrechtliche Vorschriften ihnen die größten Freiheiten lassen, errichten und anschließend in anderen Mitgliedstaaten Zweigniederlassungen gründen dürfen.<sup>16</sup> Die Rechts- und Parteifähigkeit dieser Gesellschaften sind im Zuzugsstaat anzuerkennen, auch wenn dort strengere Voraussetzungen an die Erlangung der Rechts- und Parteifähigkeit gestellt werden sollten. Darüber hinaus stellt der EuGH fest, dass der Umstand, dass eine Gesellschaft in dem Mitgliedstaat, in dem sie ihren Sitz hat, keine Tätigkeit entfaltet und ihre Tätigkeit ausschließlich oder hauptsächlich im Mitgliedstaat ihrer Zweigniederlassung ausübt, noch kein missbräuchliches und betrügerisches Verhalten darstellt, das es dem Zuzugs-Mitgliedstaat erlauben würde, auf die betreffende Gesellschaft die Gemeinschaftsvorschriften über das Niederlassungsrecht nicht anzuwenden.<sup>17</sup>

Kommt man zum Ergebnis, dass die Niederlassungsfreiheit auch für die BVI-Limited gilt, so kann nach Würdigung der EuGH-Rechtsprechung zu den Artt. 49, 54 AEUV im vorliegenden Fall nur von Rechtsfähigkeit ausgegangen wer-

<sup>13</sup> Vgl. Radtke, GmbHR 2008, 729.

<sup>14</sup> Eine ausführliche Darstellung der Judikate des EuGH „Segers“ bis „Cartesio“ findet sich bei Hinderer (Fn. 1), Kap. 1 B, m.w.N.

<sup>15</sup> EuGH NJW 1999, 2027 (2028) Rn. 27 („Centros“).

<sup>16</sup> EuGH NJW 2003, 3331 (3334) Rn. 138 („Inspire Art“).

<sup>17</sup> EuGH NJW 1987, 571 Rn. 16 („Segers“); NJW 1999, 2027 Rn. 29 („Centros“); NJW 2003, 3331 (3334) Rn. 139 („Inspire Art“).

den. Denn, wie vom BGH zutreffend erkannt, „belegen die Feststellungen keine missbräuchliche Ausnutzung der hier assoziationsrechtlich modifizierten Niederlassungsfreiheit durch Umgehung mitgliedstaatlicher Bestimmungen oder Erschleichen einer Rechtsstellung“. Auch wenn ein Unternehmen von vorneherein erheblich weniger oder gar keine Steuern und Abgaben abführen möchte, kann es im Übrigen wirtschaftlich in beträchtlichem Umfang tätig sein und dabei eine Tätigkeit entfalten, die von der Rechtsordnung nicht zu beanstanden ist. Die Limited handelte – auf der Grundlage eines beachtlichen Gesellschaftsvermögens – hier offensichtlich sehr erfolgreich mit der luxuriösen und hochpreisigen Unterhaltungselektronik von Bang und Olufsen.

### 3. Konsequenzen für die Tatbestandsvoraussetzungen des § 266 StGB

#### a) Gründungstheorie vs. Sitztheorie bei der Herleitung der Vermögensbetreuungspflicht

Ob der Director einer Limited vermögensbetreuungspflichtig gegenüber der Limited ist, kann, wenn man die Gründungstheorie des EuGH und des BGH in Zivilsachen ernst nimmt, nur auf der Grundlage des ausländischen Gesellschaftsrechts entschieden werden. Dass sich für den Geschäftsleiter einer EU-Auslandsgesellschaft diese Vermögensbetreuungspflichten grundsätzlich nach dem Gesellschaftsrecht bzw. den gesellschaftsrechtlichen Vorgaben des Herkunftsstaates bestimmen, ergibt sich wiederum aus der bisherigen Rechtsprechung des EuGH (u.a. „Centros“, „Überseering“ und „Inspire Art“) aus der Niederlassungsfreiheit der Artt. 49, 54 AEUV und der daraus abgeleiteten „gesellschaftsrechtlichen Kollisionsnorm“: Eine EU-Auslandsgesellschaft ist auch im Zuzugsstaat grundsätzlich nach ihrem Gründungsrecht zu behandeln.

Auch das Merkmal der untreuerechtlichen Pflichtwidrigkeit des Directors gegenüber „seiner“ Limited ist also grds. durch die Anforderungen, die sich aus dem Gesellschaftsrecht des Gründungsstaates ergeben, auszufüllen. Strafbar wegen Untreue gemäß § 266 StGB kann sich auch der BVI-Limited-Director demnach nur machen, wenn § 266 StGB die Verletzung einer Pflicht aus dem Gesellschaftsrecht der BVI-Limited unter Strafe stellt. *Schlösser* spricht – bei der englischen Limited – „bildlich“ von einer „(Sanktions-) Hülle“ des § 266 StGB, „deren Inhalt durch englisches Gesellschaftsrecht ausgefüllt wird“.<sup>18</sup>

Wollte man diesen Bezugspunkt der Treuepflicht nicht anerkennen, müsste geklärt werden, welches Gesellschaftsrecht sonst als Grundlage herangezogen werden müsste. Es versteht sich von selbst, dass nicht der Weg gegangen werden kann, in diesem Fall auf jeden rechtlichen Bezugspunkt zu verzichten und die Treuepflichten rechtsschöpferisch „freihändig“ (oder möglicherweise sogar „faktisch“ innerhalb

eines tatsächlichen Treueverhältnisses nach dem vierten Merkmal in der Treubruchsalternative des § 266 Abs. 1 StGB) zu bestimmen. Aber auch die Vorstellung, für den Fall des faktischen Firmensitzes in Deutschland den Limited-Director wie einen GmbH-Geschäftsführer zu behandeln und demnach sein Verhalten an den Maßstäben der GmbH zu messen, also auf diesen GmbH-Recht direkt oder zumindest analog anzuwenden, wäre nach der höchst- und europarichterlich festgestellten Präferenz der Gründungstheorie gegenüber der Sitztheorie unvereinbar mit dem Europa- und Gesellschaftsrecht. Eine solche entsprechende Anwendung bei § 266 StGB wäre im Falle einer analogia in malam partem nicht nur verfassungsrechtlich problematisch. Sie wäre darüber hinaus auch mit der insoweit akzessorischen Natur der untreuerechtlichen Treuepflicht unvereinbar: Das Treueverhältnis bemisst sich nach den rechtlichen Beziehungen im Innenverhältnis, und diese werden hier nicht „nach gusto“ bestimmt, sondern definiert durch das Recht der Limited nach dem International Business Act der British Virgin Island.

Dieses würde auch für die Frage eines etwaigen tatbestandsausschließenden Einverständnisses den Maßstab liefern: Entscheidend hierfür ist, wer nach den gesellschaftsrechtlichen Vorgaben die Dispositionsbefugnis über das Gesellschaftsvermögen besitzt. Bei mehreren Gesellschaftern bestimmt sich dies nach der innergesellschaftlichen Kompetenzverteilung, zumindest im vergleichbaren Fall einer GmbH deutschen Rechts, was im Regelfall bedeutet, dass die Mehrheit der Gesellschafter einer Maßnahme, die an sich pflichtwidrig wäre, zustimmen muss, um sie ihrer Pflichtwidrigkeit zu entkleiden.<sup>19</sup> Der Konsens nur mit einem Teil der Gesellschafter wäre, sofern Einstimmigkeit vorausgesetzt wird, zwar ein strafmildernder Faktor, würde aber an der Tatbestandsmäßigkeit nichts ändern.

Soweit der BGH zur Abstützung des Ergebnisses auf die fehlende Einbeziehung des Limited-Directors in den Normkomplex des GmbH-Gesetzes insbesondere im Rahmen des § 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG hinweist, ist anzumerken, dass seit Inkrafttreten der jüngsten GmbH-Reform durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23. Oktober 2008 (BGBl. I 2026) nunmehr auch der Director einer Limited insolvenzantragspflichtig ist. Die Antragspflicht bemisst sich nach § 15a InsO; das GmbHG enthält insofern weiterhin keine Regelungen für Limiteds und ist nicht für diese gedacht.

#### b) Vereinbarkeit der Konkretisierung durch ausländisches Recht mit Art. 103 Abs. 2 GG

Eine Treuepflichtverletzung kann indes nur derjenige begehen, der die rechtlichen Pflichten kennt, die ihm auferlegt sind. Nun mag man sich bei einer Limited die Frage stellen, ob der Director immer weiß, wie das Gesellschaftsrecht des Staates ausgestaltet ist, in dem er seine Limited gegründet hat, und insbesondere zu welchem Verhalten er verpflichtet ist. Einem GmbH-Geschäftsführer dürfte es deutlich leichter fallen, an die einschlägigen Gesetze und gesellschaftsrechtliche Literatur zu gelangen, sich das nötige Wissen durch

<sup>18</sup> *Schlösser*, wistra 2006, 81 (86); so auch die h.M.: *Hellmann/Beckemper*, Fälle zum Wirtschaftsstrafrecht, 2007, Rn. 465; *Hinderer* (Fn. 1), Kap. 3 B I; *Radtke*, GmbHR 2008, 729 (734); *Rönnau*, ZGR 2005, 832 (838); *Worm* (Fn. 1), S. 115.

<sup>19</sup> Vgl. *Schramm* (Fn. 4), S. 125.

Selbststudium zu erschließen oder an entsprechende Rechtsauskünfte durch deutsche Rechtsanwälte zu kommen. Aber jeder, der eine Limited im Ausland gründet, weiß, dass er sich rechtlich nicht im rechtsfreien Raum bewegt, sondern an die rechtlichen Vorgaben des jeweiligen Gesellschaftsrechts gebunden ist und insbesondere das Gesellschaftsvermögen nicht ohne weiteres schädigen darf. Diese Bindung an das fremde Recht wird ihm bereits durch die Formalitäten, die zu beachten, und die rechtlichen Voraussetzungen, die für die Gründung einer Limited zu erfüllen sind, vermittelt. Dies gilt ungeachtet des Umstands, dass Unternehmensgründer häufig dabei durch externe Dienstleister unterstützt werden, welche die Arbeit für sie (gegen gutes Geld) erledigen.

Mit der Pflichtwidrigkeit oder Treuwidrigkeit i.S.d. § 266 StGB, die auf außerstrafrechtliche Pflichten des Treuepflichtigen verweist, hat der deutsche Gesetzgeber das zentrale Unrechtsmerkmal des strafbaren Verhaltens bei der Untreue gemäß § 266 StGB im Kern selbst bestimmt.<sup>20</sup> Dabei ist insbesondere im Vergleich zu den auf das Handelsrecht verweisenden Tatbestandsvarianten der §§ 283 ff. StGB festzustellen, dass die Pflichtwidrigkeit nicht zwingend eine (inländische oder ausländische) „gesetzliche“ Verpflichtung voraussetzt. *Rönnau* stellt insofern zutreffend fest, dass die „konkrete *Quelle* und *Qualität* der pflichtbegründenden *Norm*“ nach dem Wortlaut des § 266 StGB „offen“ bleibe.<sup>21</sup> Die Treuepflicht bzw. Pflichtwidrigkeit kann daher ebenso auf (privat-)autonomen Gestaltungen der Parteien des Rechtsverhältnisses beruhen<sup>22</sup> wie auch auf ausländischem Gesellschaftsrecht, dessen Maßgeblichkeit der Täter für seine konkrete wirtschaftliche Betätigung selbst gewählt hat.<sup>23</sup>

Zwar lässt sich angesichts dieser rechtlichen Struktur darüber spekulieren, ob nicht im Gefolge der gesellschaftsrechtlichen Gründungstheorie eine Art „strafrechtliche Gründungstheorie“ zu entwickeln und gesetzlich zu verankern wäre, die, in Anlehnung an oder in Analogie zur gesellschaftsrechtlichen Gründungstheorie, auch die strafrechtliche Ahndung von Verstößen gegen die Pflichten aus dem Gründungsrecht allein nach dem Strafrecht des Staates, in dem die Firma gegründet wurde, bemisst. So wäre eine konsequente strafrechtliche Akzessorietät und die „Einheit der Rechtsordnung“ gewährleistet. Das deutsche Strafrecht bliebe bei der rechtlichen Bewertung genauso außen vor wie das deutsche Gesellschaftsrecht, von der damit verbundenen Entlastung der deutschen Strafjustiz ganz zu schweigen, darf diese doch nur deutsche Straftatbestände anwenden. Doch de lege lata führt kein Weg daran vorbei, dass das deutsche Strafrecht im Allgemeinen nach den Vorgaben des § 9 StGB und dem Prinzip des Schutzes von Individualrechtsgütern sowie der

Tatbestandsstruktur des § 266 StGB im Besonderen bei Schädigungen von Limiteds durch Directors einschlägig ist.<sup>24</sup>

### c) *Gesellschaftsrecht der British Virgin Islands*

Wäre der einschlägige Pflichtenkatalog für die englische Limited noch „relativ einfach“ auszumachen – bis zur Neuregelung des Companies Act 2006 traf die Directors hauptsächlich eine Reihe unkodifizierter Treuepflichten (*fiduciary duty*) gegenüber der Limited,<sup>25</sup> in den Sec. 171 ff. CA 2006 findet sich nunmehr ein kodifizierter Pflichtenkatalog<sup>26</sup> –, steht man im Fall der BVI-Limited vor größeren Problemen. Ein solcher kodifizierter Pflichtenkatalog lässt sich nämlich dem vom BGH auch genannten IBC Act, dem British Virgin Islands International Business Company Act, nicht entnehmen. Die bisher versäumte Ermittlung der gesetzlichen Grundlage für die Vermögensbetreuungspflicht des Directors gegenüber seiner BVI-Limited, hat das LG damit zwingend nachzuholen.

Es würde jedoch den Rahmen dieser Urteilsanmerkung sprengen, das Gesellschaftsrecht der Virgin Islands, namentlich zur Limited, darstellen zu wollen. Der IBC Act, der sich offenbar an neuseeländischem Recht orientiert, lässt hier noch keinen eindeutigen Schluss zu. Doch wenn der Limited-Director einer BVI-Limited auch nur annähernd dem einer englischen Limited entspricht und der Ausdruck „Director“ den Funktionen eines deutschen GmbH-Geschäftsführers nahe kommt,<sup>27</sup> spricht vieles dafür, auch eine Vermögensbetreuungspflicht des Directors anzunehmen. Dann wäre von einer dem Director gegenüber „seiner“ BVI-Limited obliegenden gesetzlichen oder unkodifizierten Vermögensbetreuungspflicht auszugehen – ähnlich der bereits genannten englischen *fiduciary duty*.

Im Anschluss daran wäre in einem zweiten Schritt zu klären, welche Rechte und Pflichten ein solcher Director hat, wozu, wie der BGH bemerkt, auch die Satzungen und sonstigen Vereinbarungen der Gesellschafter und Directors heranzuziehen sind. Es erscheint nicht ausgeschlossen, dass der Angeklagte möglicherweise sogar einen Anspruch auf den von ihm eigenmächtig überwiesenen Betrag von 1,2 Mio. EUR hatte. Zumindest hat der Mitgesellschafter selbst zuvor erhebliche Geldbeträge von den Firmenkonten abgezweigt, woraus sich möglicherweise Ansprüche des Angeklagten ergaben, die er eventuell auf der Grundlage eines (vom BGH angedeuteten) „Durchgriffsanspruchs“ selbst verwirklichen konnte und die schon die Pflichtwidrigkeit entfallen ließen. Denkbar erscheint auch, dass der Täter Ansprüche gegen die Limited oder den Mitgesellschafter im Wege einer „Selbsthilfeuntreue“ verwirklicht hat, die möglicherweise nicht die interne Pflichtwidrigkeit der Vorgehensweise beseitigt, wo-

<sup>20</sup> *Radtke*, GmbHR 2008, 729 (735).

<sup>21</sup> *Rönnau*, ZStW 119 (2007), 887 (903); vgl. auch *Samson/Günther*, in: Rudolphi/Horn/Günther/Samson (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 39. Lfg., Stand: Dezember 1996, § 266 Rn. 33.

<sup>22</sup> *Radtke*, GmbHR 2008, 729 (735); *Rönnau*, ZStW 119 (2007), 887 (903).

<sup>23</sup> *Radtke*, GmbHR 2008, 729 (736).

<sup>24</sup> Vgl. auch *Altenhain/Wietz*, NZG 2008, 569.

<sup>25</sup> Vgl. zur alten Rechtslage des CA 1985: *Just*, Die englische Limited in der Praxis, 2. Auflage, 2006, Rn. 157 ff.; *Maul/Schmidt*, BB 2003, 2297.

<sup>26</sup> Vgl. ausführlich zum englischen Recht *Ladiges/Pegel*, DStR 2007, 2069; dazu auch *Hinderer* (Fn. 1), Kap. 3 C.

<sup>27</sup> Zur Unterscheidung von Director und Geschäftsführer *Hinderer* (Fn. 1), Kap. 2 B I 1.

möglich aber den Schaden, sofern nach dem Prinzip der Gesamtsaldierung der Abfluss an Gesellschaftsvermögen durch das Freiwerden von einer Verbindlichkeit kompensiert wird. All dies lässt das erstinstanzliche Urteil offen. Die Wirtschaftsstrafkammer des LG Hamburg, an das die Sache zurückverwiesen wurde, wird sich daher genauer mit dem Recht der Virgin Islands beschäftigen müssen.

*d) Praktisches Vorgehen bei der Ermittlung ausländischen Rechts*

Dem Tatgericht stehen dazu verschiedene Möglichkeiten zur Verfügung, ausländisches Gesellschafts- und Strafrecht zu ermitteln.<sup>28</sup> Anders als die Zivilprozessordnung (§ 293 ZPO) enthält die StPO allerdings keine expliziten Regelungen dazu, in welcher verfahrensrechtlichen Form fremdes Recht (auch in Gestalt strafrechtsvergleichender Erwägungen) in den Prozess eingebracht werden kann. Im Strafverfahren kann, wie bereits das Reichsgericht im Jahre 1911 festgestellt hat,<sup>29</sup> auf der Grundlage der Bestimmungen zum Sachverständigen, mithin den §§ 72 ff. StPO, ein Gutachten über den Inhalt oder die Anwendung ausländischen Rechts in Auftrag gegeben werden, wenn der Richter nicht selbst die entsprechende Sachkunde besitzt; die Gegenansicht, wonach die Existenz von Rechtsnormen nicht Inhalt des Sachverständigenbeweises sein könne, hat sich nicht durchsetzen können.<sup>30</sup> Diese Gutachten werden in erster Linie bei Wissenschaftlern an rechtswissenschaftlichen Universitätsinstituten oder an den Max-Planck-Instituten (für das Strafrecht beim Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg i. Br.) eingeholt.

Darüber hinaus ist es dem Richter unbenommen, sich durch gerichtsinterne Information (etwa durch Internetrecherchen, Literaturstudium oder die Einholung von Auskünften bei kundigen Kollegen) seine Kenntnisse über das anzuwendende ausländische Recht zu verschaffen. Schließlich gibt es die Möglichkeit, in einem formlosen Verfahren Auskünfte von Privatpersonen, von in- und ausländischen Behörden, insbesondere von in- und ausländischen Botschaften und Konsulaten, von Ministerien, Ämtern wie etwa dem Bundeskriminalamt oder rechtswissenschaftlichen (Universitäts-) Instituten einzuholen. Bei komplexen Fragestellungen werden allerdings formlose Kurzauskünfte wegen des damit verbundenen Risikos defizitärer Rechtsanwendung für eine angemessene Behandlung der Problematik nicht genügen, sondern ein Gutachten erforderlich sein.

<sup>28</sup> Vgl. dazu *Schramm*, Die Verwendung strafrechtsvergleichender Erkenntnisse in der Rechtsprechung des BVerfG und BGH, in: Beck/Burchard/Fateh-Moghadam (Hrsg.), Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung, 2010 (erscheint demnächst).

<sup>29</sup> RG Recht 1911 Nr. 2267.

<sup>30</sup> *Meyer-Göbner*, Strafprozessordnung, Kommentar, 52. Aufl. 2009, Vor § 72 Rn. 6; *Senge*, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 6. Aufl. 2008, Vor § 72 Rn. 1.

*4. Einschränkung der Niederlassungsfreiheit der Artt. 49, 54 AEUV*

Nicht eingegangen ist der BGH im vorliegenden Fall auf die Möglichkeit, dass eine sog. (echte) Kollision<sup>31</sup> zwischen dem deutschen Strafrecht und dem Gemeinschaftsrecht der Artt. 49, 54 AEUV vorliegen könnte. Aufgrund des Neutralisierungsprinzips,<sup>32</sup> welches sich aus dem Vorrang des Gemeinschaftsrechts ergibt,<sup>33</sup> würde eine solche Kollision faktisch den Anwendungsbereich der Strafnorm bereits auf der Tatbestandsebene einschränken.

Dass der etwaige abschreckende Charakter einer „potenziellen strafrechtlichen Verantwortlichkeit“, eine unzulässige Beschränkung der Niederlassungsfreiheit darstellen kann, wird zwar teilweise bezweifelt,<sup>34</sup> ist aber nach der EuGH-Rechtsprechung zur Gemeinschaftsrechtswidrigkeit von Wirtschaftsstrafnormen und im Hinblick auf das Verhältnis von Gemeinschaftsrecht und nationalem Strafrecht (Neutralisierungsprinzip bzw. Vorrangregel) zu bejahen.<sup>35</sup> Im Fall der Anwendung des deutschen Strafrechts auf einen Limited-Director soll dabei in einem ersten Schritt untersucht werden müssen, ob das Verhalten, das vom deutschen Recht unter Strafe gestellt wird, auch nach dem Recht des Herkunftsstaates strafbar wäre. Eine absolute Identität soll dabei nicht gefordert werden können, sondern ausreichend soll sein, dass das gleiche Schutzanliegen mit gleichen Mitteln im Herkunftsland verfolgt wird. Sollte jedoch vom Herkunftsrecht im Einzelfall ein geringeres Schutzniveau für ausreichend erachtet werden, dürfte nur der Maßstab des Herkunftsrechts gelten – eine Rechtfertigung der Anwendung wäre notwendig.<sup>36</sup> Anders formuliert: Das Schutzniveau im Zuzugsstaat müsste angepasst werden, um nicht in die Niederlassungsfreiheit einzugreifen.

Für die englische Limited wäre ein Vergleich mit den Strafvorschriften des seit dem 15.1.2007 geltenden Fraud Act 2006, mit dem die englischen Betrugsstraftatbestände und der Untreuestraftatbestand grundlegend reformiert wurden, anzustellen. Soweit mit den Sec. 2 und Sec. 3 FA 2006 Verhaltensweisen erfasst werden, die eine strukturelle Ähnlichkeit mit dem Betrug gemäß § 263 StGB aufweisen, handelt es sich beim Betrug bzw. der Untreue durch Missbrauch einer Vertrauensposition gemäß Sec. 4 FA 2006 (*fraud by abuse of position*) um eine der deutschen Untreue gemäß § 266 StGB

<sup>31</sup> Grundlegend EuGHE, 1979, 646 (669) („Cassis de Dijon“); vgl. nur *Hecker*, Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. 2007, § 9 Rn. 10 m.w.N.

<sup>32</sup> Dazu *Satzger*, Die Europäisierung des Strafrechts, 2001, S. 478 ff. („Neutralisierung deutscher Strafvorschriften“).

<sup>33</sup> *Hecker* (Fn. 31), § 9 Rn. 11, 13 („Vorrangregel“).

<sup>34</sup> *Schlösser*, wistra 2006, 81 (85): „kann [...] (wohl) nicht von einer unzulässigen Beschränkung ausgegangen werden.“

<sup>35</sup> Vgl. *Hoffmann* (Fn. 1), S. 227, (S. 245 f.) mit Verweis auf *Tiedemann*, NJW 1993, 23 (24) m.w.N. aus der EuGH-Rechtsprechung.

<sup>36</sup> *Hoffmann* (Fn. 1), S. 246 (S. 247); *Worm* (Fn. 1), S. 147; beide aber mit dem Erfordernis des Gesellschaftsrechtsbezugs.

ähnliche bzw. vergleichbare Vorschrift.<sup>37</sup> Sec. 4 FA 2006 ist aber der deutschen Untreuestrafbarkeit gemäß § 266 StGB erheblich vorgelagert,<sup>38</sup> eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit der Artt. 49, 54 AEUV durch die Anwendung der Untreuestrafbarkeit gemäß § 266 StGB i.V.m. Sec. 171 ff. daher nicht anzunehmen.<sup>39</sup>

Ein solcher Vergleich müsste auch mit dem Recht der Virgin Islands angestellt werden. Dabei lässt sich bei cursori-scher Überprüfung des British Virgin Islands Criminal Code kein dem im englischen Fraud Act enthaltenen Straftatbestand Sec. 4 FA 2006 vergleichbarer Straftatbestand ersehen, was bedeuten könnte, dass eben kein vergleichbares Niveau des Vermögensschutzes auf den British Virgin Islands gilt, sodass ein Straftatbestand, der dieses Schutzniveau erhöht, nur zur Anwendung gelangen kann, wenn eine Rechtfertigung nach europarechtlichen Maßstäben gelingt.

Auch dazu hat sich der EuGH in der Rechtssache „Inspire Art“ geäußert:<sup>40</sup> „Nach der Rechtsprechung des EuGH sind nationale Maßnahmen, die die Ausübung der durch den EG-Vertrag garantierten Grundfreiheiten behindern oder weniger attraktiv machen können, gerechtfertigt, wenn vier Voraussetzungen erfüllt sind: Sie müssen in nicht diskriminierender Weise angewandt werden, sie müssen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein, sie müssen zur Erreichung des verfolgten Ziels geeignet sein, und sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist (vgl. EuGH [...] EuZW 1993, 322 Rdnr. 32 – Kraus; [...] NJW 1996, 579 [...] – Gebhard; [...] NJW 1999, 2027 [...] – Centros).“ Der EuGH hat damit die Voraussetzungen des sog. „Vier-Konditionen-Tests“ der Rechtfertigung von Maßnahmen, die die Niederlassungsfreiheit beschränken, aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses postuliert.<sup>41</sup>

Insbesondere die zweite Voraussetzung, das Vorliegen zwingender Gründe des Allgemeininteresses, die Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit rechtfertigen können und primärrechtlich weder geregelt noch begrenzt sind, scheint hier problematisch.<sup>42</sup> Zwar hat der EuGH im Hinblick auf die Beschränkung der Niederlassungsfreiheit von Auslandsgesellschaften in den Rechtssachen „Centros“, „Überseering“ und „Inspire Art“ den Schutz von Gläubigern bereits ausdrücklich als zwingenden Grund des Allgemeininteresses anerkannt, hier steht jedoch nicht der Gläubigerschutz im Vordergrund, sondern der Schutz des Vermögens des Treu-

gebers,<sup>43</sup> also der Gesellschaft. Insofern ist bereits fraglich, ob die zweite Voraussetzung des Vier-Konditionen-Tests bejaht werden kann. Sollte diese zu verneinen sein, im Schutz des Vermögens des Treugebers also kein zwingendes Interesse der Allgemeinheit erkannt werden, dann wäre die Anwendung einer beschränkenden Strafvorschrift nach dem „Vier-Konditionen-Test“ nicht möglich.<sup>44</sup> Die Anwendung des § 266 StGB auf den Director wäre ausgeschlossen.

Auch für den Fall, dass hier ein solch zwingendes Interesse angenommen werden sollte, ist eine Rechtfertigung nach dem „Vier-Konditionen-Test“ nicht gesichert. Denn damit wären alle Straftatbestände des Zuzugsstaats, die auf eine EU-Auslandsgesellschaft angewendet werden sollen, im Rahmen der vierten und letzten Voraussetzung, der „Erforderlichkeit“, am Recht des Herkunftsstaates zu messen. Dies würde in der Praxis – siehe nur das vorliegende Urteil – zu kaum tragbaren Ergebnissen führen und folgt wegen Art. 49 Abs. 2 AEUV weder aus der Niederlassungsfreiheit oder aus der einschlägigen EuGH-Rechtsprechung noch scheint dies mit den Verträgen über die Europäische Union<sup>45</sup> und dem Lissabon-Urteil<sup>46</sup> des BVerfG vereinbar. Vielmehr bietet sich für das Strafrecht eine weitere Beschränkung der Reichweite der Niederlassungsfreiheit an.<sup>47</sup> Mit dem „Lissabon-Urteil“ vom 30.6.2009 hat das BVerfG insofern auch eine „konkrete materielle Schranke der Integration“ hinsichtlich des Straf- und Strafprozessrechts „errichtet“, da „Entscheidungen über das materielle und formelle Strafrecht seit jeher als besonders sensibel für die demokratische Selbstgestaltungsfähigkeit eines Verfassungsstaates [...] gelten“.<sup>48</sup> Die Strafrechtspflege ist nach Ansicht des BVerfG, „[...] was die Voraussetzungen der Strafbarkeit [...] anbelangt, von kulturellen, historisch gewachsenen, auch sprachlich geprägten Vorverständnissen und von den im deliberativen Prozess sich bildenden Alternativen abhängig, die die jeweilige öffentliche Meinung bewegen“.<sup>49</sup> Weiter heißt es im Urteil: „Die Entscheidung über

<sup>37</sup> *Grau/Airey/Frick*, BB 2009, 1426 (1429); *Worm* (Fn. 1), S. 186 ff.

<sup>38</sup> *Grau/Airey/Frick*, BB 2009, 1426 (1429): „immense Vorverlagerung der Strafbarkeit“.

<sup>39</sup> Vgl. *Worm* (Fn. 1), S. 188; zum gleichen Ergebnis kommt *Hinderer* (Fn. 1), Kap. 3 C.

<sup>40</sup> EuGH NJW 2003, 3331 (3334) Rn. 133 („Inspire Art“).

<sup>41</sup> Ausführlich und kritisch zu diesem „strengen“ Vier-Konditionen-Test: *Hinderer* (Fn. 1), Kap. 2 C II 2. Zur konsequenten Anwendung *Worm* (Fn. 1), S. 207 ff.

<sup>42</sup> *Eidenmüller*, in: ders. (Hrsg.), *Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht*, 2004, § 3 Rn. 22, 23.

<sup>43</sup> H.M.; vgl. BGHSt 43, 293 (297); *Kindhäuser* (Fn. 7), § 266 Rn. 1; *Lackner/Kühl* (Fn. 6), § 266 Rn. 1; *Schünemann* (Fn. 7), § 266 Rn. 28; eingehend *Schramm* (Fn. 4), S. 245.

<sup>44</sup> Vgl. auch *Worm* (Fn. 1), S. 210 f.

<sup>45</sup> Zuletzt Vertrag von Lissabon, Konsolidierte Fassung des Vertrags über die Europäische Union v. 7.2.1992 (ABl. Nr. C 191 S. 1). Die Bundesrepublik Deutschland hat mit Wirkung vom 15.10.2008 durch Gesetz v. 8.1.2008 (BGBl. II S. 1038) dem Vertrag von Lissabon zugestimmt; Inkrafttreten am 1.12.2009, siehe die Bek. v. 13.11.2009 (BGBl. II S. 1223).

<sup>46</sup> BVerfG NJW 2009, 2267.

<sup>47</sup> Zu den Gründen *Sieber*, ZStW 105 (2009), 1 ff. („kein umfassendes Konzept“); vgl. auch *Tiedemann*, NJW 1993, 23; jeweils m.w.N.; krit. zum „Plädoyer für den Erhalt sog. nationaler Strafrechtskulturen“ *Vogel*, Europäisches Gemeinschaftsrecht und deutsches Strafrecht, S. 119 ff., sowie ausführlich zu „Entwicklungstendenzen bei der Strafrechtsharmonisierung“ *ders.*, GA 2003, 314 (320 ff. und 332 ff.).

<sup>48</sup> BVerfG NJW 2009, 2267 (2274) Rn. 252, 355 ff. mit Bespr. *Kottmann/Wohlfahrt*, ZaöRV 69 (2009), 443 (460).

<sup>49</sup> BVerfG NJW 2009, 2267 (2274) Rn. 253 mit Verweis auf *Weigend*, ZStW 105 (1993), 774 (785).

strafwürdiges Verhalten, über den Rang von Rechtsgütern und den Sinn und das Maß der Strafandrohung ist vielmehr in besonderem Maße dem demokratischen Entscheidungsprozess überantwortet [...]. Eine Übertragung von Hoheitsrechten über die intergouvernementale Zusammenarbeit hinaus darf in diesem grundrechtsbedeutsamen Bereich nur für bestimmte grenzüberschreitende Sachverhalte unter restriktiven Voraussetzungen zu einer Harmonisierung führen; dabei müssen grundsätzlich substantielle mitgliedstaatliche Handlungsfreiräume erhalten bleiben [...].<sup>50</sup>

Wird i.R.d. Erforderlichkeitsprüfung des „Vier-Konditionen-Tests“ gefragt, ob nicht ein milderes Mittel zur Erreichung des Zwecks zur Verfügung stünde, also der Herkunftsstaat ein milderes Mittel – milderes Strafrecht oder gar eine zivilrechtliche Maßnahme – zur Erreichung des gleichen Ziels für ausreichend erachtet,<sup>51</sup> bietet sich nach Ansicht der Autoren hier eher eine negative Unverhältnismäßigkeitsprüfung an.<sup>52</sup> Zu prüfen sollte sein, ob die Maßnahme nicht unangemessen, d.h. unverhältnismäßig im engeren Sinn ist, bzw. nicht gegen das Übermaßverbot verstößt. Die Strafnorm darf insofern nicht außer Verhältnis zum Zweck respektive zum Ziel der Maßnahme stehen, wobei eine Abwägung zwischen dem Nutzen der Maßnahme und den durch die Maßnahme herbeigeführten Beeinträchtigungen vorzunehmen ist.

Für das Gläubigerschutzrecht stellt *Altmeyen* nach der hier vertretenen Ansicht im Ergebnis, jedoch mit anderer Herleitung bzw. Begründung, zu Recht fest: „Deutsche Gerichte werden [...] durch die Niederlassungsfreiheit nicht verpflichtet, vor einer Anwendung deutschen Gläubigerschutzrechts das ausländische Recht auf seine Funktionsäquivalenz und auf ein gleichwertiges Schutzniveau zu prüfen.“<sup>53</sup>

Es spricht vieles dafür, diesen Grundsatz auch auf die deutschen Straftatbestände zum Schutz des Vermögens zu erstrecken und die eben zitierte Feststellung zu verallgemeinern: Deutsche Gerichte werden durch die Niederlassungsfreiheit nicht verpflichtet, vor einer Anwendung deutschen Vermögensstrafrechts das ausländische Recht auf seine Funktionsäquivalenz und auf ein gleichwertiges Schutzniveau zu prüfen. Zu beachten ist aber das Übermaßverbot.

##### 5. Einstellung des Verfahrens nach § 153a StPO

Der BGH rät mit Blick darauf, dass die Tat praktisch keinen Inlandsbezug gehabt habe, sondern sich vielmehr als eine eigenmächtig vorgenommene Beuteteilung unter ausländischen Straftätern darstelle, zu einer alsbaldigen Einstellung des Verfahrens. Es sei „ein überaus schonender Einsatz justizieller Ressourcen durch die Strafverfolgungsbehörden angezeigt“.

<sup>50</sup> Zur „zunehmenden Akzeptanz“ der Mitgliedstaaten hinsichtlich der Strafrechtsharmonisierung vgl. aber *Vogel*, GA 2003, 314 (320 ff.).

<sup>51</sup> *Alber*, GmbHR 2003, 302 ff.

<sup>52</sup> Zur Modifikation des „Vier-Konditionen-Tests“ bzw. zur gebotenen Restriktion der Niederlassungsfreiheit ausführlich *Hinderer* (Fn. 1), Kap. 2 C II 2.

<sup>53</sup> *Altmeyen/Wilhelm*, DB 2004, 1083 (1088); so auch *Borges*, ZIP 2004, 733 (741 f.); *Ulmer*, NJW 2004, 1201 (1208).

Doch muss man schon bezweifeln, ob der Inlandsbezug hier wirklich so schwach war, wie der BGH meint. Immerhin hat der Angeklagte laut Urteil eine Wohnung in Hamburg; seine Bankgeschäfte und die maßgebliche Überweisung in Höhe von 1,2 Mio. € tätigte er von Hamburg aus; seine Bank war ebenfalls in Hamburg, und die Limited hatte faktisch ihren Sitz in Hamburg: Die hochwertige Unterhaltungselektronik wurde vom dänischen Hersteller erst nach Hamburg geliefert und dann in den Ostblock exportiert.

Doch selbst wenn man den Inlandsbezug als schwach einstuft, stellt sich die Frage, ob eine Verfahrenseinstellung nach § 153a StPO oder gar nach § 153 StPO – nur um eine solche kann es sich hier ganz offensichtlich handeln – noch dem Gebot schuldangemessener Strafe gerecht wird. Vorausgesetzt, dass der Angeklagte keinen Anspruch auf die 1,2 Mio. € hatte, würde es sich um eine Untreue in einem besonders schweren Fall gemäß § 266 Abs. 2 i.V.m. § 263 Abs. 3 S. 2 Alt. 1 StGB handeln. Denn es wäre ein Schaden eingetreten, der das zweiundzwanzigfache des Betrags von 50.000 € beträgt, ab dem man einen Vermögensverlust großen Ausmaßes nach § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB annimmt.<sup>54</sup> In solchen besonders schweren Fällen beträgt die Mindestfreiheitsstrafe sechs Monate bis zu zehn Jahre. Selbst wenn hier der nicht intensive Inlandsbezug zu einer erheblichen Unrechts- und Schuldminderung führen könnte, welche die Indizwirkung des Regelbeispiels widerlegt, dürfte bei einer solchen Schadenshöhe die Schwere der Schuld einer Einstellung des Verfahrens nach § 153a StPO entgegenstehen. Eine Verfahrenseinstellung nach § 153 StPO wegen geringer Schuld dürfte noch ferner liegen.

Abgesehen davon muss man sich unter dem Gesichtspunkt des *ne bis in idem* über eine weitere Konsequenz einer Verfahrenseinstellung nach § 153a StPO im Klaren sein. Diese ist zwar im vorliegenden Fall ohne Bedeutung, da die Britischen Jungferninseln nicht Mitglied der EU sind und auch nicht zu den Mitgliedstaaten des Schengener Durchführungsabkommens zählen. Das Doppelbestrafungsverbot, das auch in Art. 50 der Europäischen Grundrechtecharta verankert ist und damit für die Europäische Union gemäß Art. 6 Abs. 1 EUV Verbindlichkeit erlangt hat,<sup>55</sup> kann aber praktische Relevanz erlangen, wenn etwa eine Untreue zum Nachteil einer im Vereinigten Königreich gegründeten Limited zur Diskussion steht. Zwar ist das Vereinigte Königreich einschließlich Nordirland kein Schengen-Mitgliedstaat, aber auf Antrag durch einen Beschluss des Ministerrats in das Schengener Durchführungsabkommen auch hinsichtlich Art. 54 SDÜ einbezogen worden.<sup>56</sup>

Eine Verfahrenseinstellung nach § 153a StPO gilt als gerichtliche Verurteilung i.S.d. Art. 54 SDÜ, d.h. sie könnte aufgrund des damit verbundenen (beschränkten) Strafklageverbrauchs (§ 153a Abs. 1 S. 5 StPO) in einem anderen Schengen-Land bzw. insoweit kooperierenden Land wie etwa England nicht nochmals bestraft werden, sofern der Beschul-

<sup>54</sup> *Lackner/Kühl* (Fn. 7), § 263 Rn. 66.

<sup>55</sup> Vgl. etwa *Heger*, ZIS 2009, 407.

<sup>56</sup> Vgl. Art. 1 des Beschlusses des Rats vom 29. 5. 2000, Abl. 2000 L 131/43; vgl. *Rübenstahl/Krämer*, HRRS 2003, S. 65.



digte die Auflagen und Weisungen erfüllt hat.<sup>57</sup> Sogar eine richterliche Verfahrenseinstellung nach § 153 Abs. 2 StPO – nicht jedoch eine solche nach § 153 Abs. 1 StPO – soll eine rechtskräftige Verurteilung darstellen.<sup>58</sup> Damit würde das Wirtschaftsstrafverfahren zwar „elegant“ beendet, aber zumindest in solchen Fällen, in denen ein sehr großer Vermögensnachteil eingetreten sein sollte, mit einer unvertretbar milden nichtstrafrechtlichen Sanktion enden bzw. sogar sanktionslos bleiben. Täter könnten sich dadurch veranlasst sehen, für von ihnen geplante Vermögensverschiebungen zum Nachteil einer EU-Auslandsgesellschaft sich Deutschland als Handlungsort auszusuchen.

---

<sup>57</sup> Vgl. EuGH NJW 2003, 1173 („Gözutök/Brügge“); dazu ausführlich *Eser/Burchard* in: Geppert/Dehnicke, (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Karlheinz Meyer, 1990, S. 499 ff.; siehe auch *Hecker* (Fn. 31), § 13 Rn. 31 ff.; z.T. krit. *Ambos*, Internationales Strafrecht, 2006, § 12 Rn. 42 ff. – Über das Verhältnis von Art. 50 GRC zu Art. 54 SDÜ, insb. zur Frage, ob es für die Anwendung des Doppelbestrafungsverbots künftig nicht mehr auf das zusätzliche Erfordernis eines Vollstreckungselements ankommt; vgl. einerseits *Heger* (Fn. 55), der dies bejaht, andererseits *Satzger* (Fn. 9), § 10 Rn. 68, der ein Vollstreckungselement für unverzichtbar hält.

<sup>58</sup> So die h.M.; vgl. nur *Ambos* (Fn. 57), § 12 Rn. 48; *Hecker* (Fn. 31), § 13 Rn. 41.