

Studien zum Wirtschaftsstrafrecht – Neue Folge 3

## Untreue durch Stellenbesetzungen

Zugleich ein Beitrag zur Pflichtwidrigkeitsdogmatik

von  
Paul Krell

1. Auflage

Nomos Baden-Baden 2015

Verlag C.H. Beck im Internet:  
[www.beck.de](http://www.beck.de)

ISBN 978 3 8487 2295 2

Paul Krell

# Untreue durch Stellenbesetzungen

Zugleich ein Beitrag zur Pflichtwidrigkeitsdogmatik



**Nomos**

Studien zum Wirtschaftsstrafrecht – Neue Folge

herausgegeben von

Professor em. Dr. Dr. h.c. mult. Klaus Tiedemann,  
Universität Freiburg i. Br.

Professor em. Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schönemann,  
Ludwig-Maximilians-Universität München

Professor Dr. Thomas Rönnau,  
Bucerius Law School Hamburg

Band 3

Paul Krell

# Untreue durch Stellenbesetzungen

Zugleich ein Beitrag zur Pflichtwidrigkeitsdogmatik



**Nomos**

**Die Deutsche Nationalbibliothek** verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Mannheim, Univ., Diss., 2014

ISBN 978-3-8487-2295-2 (Print)

ISBN 978-3-8452-6399-1 (ePDF)

1. Auflage 2015

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2015. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

## Inhaltsverzeichnis

Einführung: Nepotismus, Ämterpatronage und ihre Folgen	17
1. Teil: Eingrenzung, Gang und Grundlagen der Untersuchung	25
§ 1 Begriffsbestimmungen, Eingrenzung und Gang der Untersuchung	25
A. Personalwirtschaftliche Begriffsbestimmungen	25
B. Eingrenzung der Untersuchung	27
C. Gang der Untersuchung	28
§ 2 Grundzüge des Untreuetatbestands	29
A. Zum Schutzzweck des § 266 StGB	29
B. Zur Besorgnis einer Überkriminalisierung und einer „Untreuemode“	30
C. Der taugliche Täterkreis	32
I. Anwendbarkeit des § 266 StGB auf Amtsträger	32
II. Das Verhältnis von Missbrauchs- und Treuebruchtatbestand	33
III. Die Vermögensbetreuungspflicht	33
IV. Zwischenergebnis	35
D. Missbrauch und Treuebruch	35
I. Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis	36
II. Auseinanderfallen von rechtlichem Können und rechtlichem Dürfen	36
III. Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts	37
E. Fazit und weiterer Gang der Untersuchung	39
2. Teil: Stellenbesetzungen als tatbestandliche Untreuehandlung	40
§ 3 Das herrschende Pflichtwidrigkeitsverständnis	40
A. Die „Pflichtwidrigkeit“ als Oberbegriff	40
B. Akzessorietät der Pflichtwidrigkeit	41
I. Negative Akzessorietät	42
II. Asymmetrische Akzessorietät	42
III. Positive Akzessorietät	42
C. Probleme eines akzessorischen Pflichtwidrigkeitskonzepts	43

*Inhaltsverzeichnis*

I.	Uferlosigkeit der akzessorischen Primärrechtsordnung	44
II.	Unbestimmte Primärrechtsordnung	45
III.	Umstrittene Primärrechtsordnung	46
D.	Lösungsansätze	47
I.	Funktionaler Zusammenhang	47
II.	Beschränkung auf rechtsgutsbezogene Pflichten	48
1.	Strafrechtsdogmatische Bedeutung der Rechtsgutsbezogenheit	49
2.	Intensität der Rechtsgutsbezogenheit	49
a)	Unmittelbarer beziehungsweise alleiniger Vermögensschutz	49
b)	Mittelbarer Vermögensschutz	50
c)	Faktischer Vermögensschutz	50
d)	Kritik	51
E.	Fazit	52
§ 4	Gesetzeswidrige Stellenbesetzungen	52
A.	Leistungsprinzip und Bestenauslese (Art. 33 Abs. 2 GG)	54
I.	Normzweck des Leistungsprinzips	54
II.	Vermögensschutz	55
1.	Subjektiv-rechtliche Dimension	55
2.	Objektiv-rechtliche Dimension	56
a)	Schutzzweckintensität der Qualitätssicherungsgarantie	57
b)	Qualitätssicherungsgarantie und Vermögensschutz	58
B.	Personalvertretungs- und Betriebsverfassungsrecht	59
C.	Haushaltsrecht	61
I.	Funktionen des Haushaltsrechts	62
1.	Finanzpolitische Funktion	62
2.	Politische Funktion	63
3.	Wirtschaftspolitische Funktion	64
II.	Allgemeiner Vermögensschutz des Haushaltsrechts	64
III.	Einzelne Haushaltsgrundsätze und deren Vermögensschutz	65
1.	Der Grundsatz der Spezialität	66
a)	Sachliche und zeitliche Bindung	66
b)	Vermögensschutz	67
2.	Der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit	67
a)	Grundlagen des Gebotes der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit	69

b)	Wirtschaftlichkeit als Bewertung eines Entscheidungsprozesses	70
c)	Prinzip der Optimierung oder Theorie der brauchbaren Entscheidung	70
d)	Konsequenzen für die Untreuerrelevanz	71
D.	Fazit	72
§ 5	Kritik des herrschenden Pflichtwidrigkeitsverständnisses	73
A.	Beitrag zur Entgrenzung des Pflichtwidrigkeitsmerkmals	73
I.	Zur Genese der Akzessorietät	74
II.	Zweifelhafte Grenzziehungen	76
1.	Einheit der Rechtsordnung	76
2.	Ultima-ratio-Grundsatz	78
B.	Die verzeichnete Bedeutung der Gesetzesverstöße und ihre Folgen	80
I.	Die Gesetzesverstöße werden überbewertet	80
1.	Primär- und Drittnormen	80
2.	Beispiele für überbewertete Vorschriften	81
3.	Bedenkliche Rückschlüsse auf Restriktionsansätze	82
II.	Die Treueabrede wird unterbewertet	83
III.	Die daraus entstehenden Problemverlagerungen	84
C.	Schwierigkeiten bei der Eingrenzung der Primärordnung	86
I.	Übertragbarkeit des Schutzzweckdogmas	86
II.	Die Problemlage bei der Untreue	87
D.	Fazit	89
§ 6	Eigener Ansatz: folgenbezogene Pflichtwidrigkeit	90
A.	Vorüberlegungen	90
I.	Regel- und folgenbezogene Pflichtwidrigkeit	91
II.	Die dem Untreuetatbestand zugrundeliegende Verhaltensnorm	92
B.	Pflichtwidrigkeit als Schaffung eines rechtlich missbilligten Risikos	94
I.	Das Erfordernis eines rechtlich relevanten Risikos	94
1.	Zur Dogmengeschichte der Risikoschaffung	94
2.	Risikoschaffung und Untreue	96
II.	Beschränkung auf tatbestandlich relevante Risiken	98
1.	Ungefährliches Verhalten ist nicht pflichtwidrig	99
2.	Die Rückkoppelung der Pflichtwidrigkeit an den Vermögensnachteil	100
3.	Exkurs: Risikoeignung beim Betrug	101
4.	Folgenbezogene Pflichtwidrigkeit und Gesetzeswortlaut	103



*Inhaltsverzeichnis*

a)	Vermögen, Vermögensinteressen und Dispositionsfreiheit	103
b)	Missbrauchstatbestand	104
III.	Die Missbilligung des Risikos	105
1.	Verhältnismäßigkeitsprinzip	105
2.	Grundrisiko	106
3.	Rückkoppelung der Missbilligung an die Treueabrede	106
4.	Abgrenzung von erlaubten und missbilligten Risiken	107
5.	Rückschlußfehler	108
IV.	Weitere Präzisierung des Handlungsunwerts	109
V.	Zwischenfazit	110
C.	Konsequenzen des folgenbezogenen Pflichtwidrigkeitskonzepts	111
I.	Verzicht auf einen strafbarkeitsbegründenden Regelverstoß	111
II.	Kein unnötiges Restriktionsbedürfnis	112
III.	Loslösung vom Schutzzweckdenken	113
IV.	Beurteilung der konkreten Pflichtwidrigkeit	113
D.	Mögliche Einwände gegen das hier vertretene Modell	114
I.	Keine weitergehende Untreuestrafbarkeit	114
II.	Kein Verstoß gegen das Verschleifungsverbot	116
E.	Fazit	117
§ 7	Stellenbesetzungen als rechtlich missbilligte Risikoschaffung	118
A.	Das Grundrisiko bei Stellenbesetzungen	118
B.	Personalwirtschaftslehre als vorrechtliche Risikolimitierung	118
I.	Personalbedarfsplanung	120
II.	Personalauswahl	123
1.	Anforderungsprofil als Grundlage der Personalauswahl	123
2.	Eignungsdiagnostik	126
a)	Sondernormen und Risikolimitierung	127
b)	Die DIN 33430	128
c)	Pflichtwidrige Eignungsdiagnostik	130
3.	Personalauswahlentscheidung	130
III.	Nichtberücksichtigung besser geeigneter Bewerber	133
C.	Weitere Eingrenzung durch eine strafrechtliche Höhenmarke?	135
I.	Zur so genannten „gravierenden“ Pflichtverletzung	136
II.	Gravierend pflichtwidrige Stellenbesetzungen?	137
D.	Auslösung von Ansprüchen gegen den Geschäftsherrn	139

I.	Ausgleichsansprüche wegen Stellenbesetzungen	139
1.	Amtshaftung	139
2.	Haftung wegen Einstellungsdiskriminierung nach dem AGG	139
II.	Auslösung von Ausgleichsansprüchen als Untreuehandlung	140
1.	Meinungsstand	141
a)	Ausgleichsansprüche (nur) als Problem des Vermögensnachteils	141
b)	Schutzzweck der anspruchsbegründenden Vorschrift	141
c)	Differenzierung nach dem deliktischen Sinnbezug	142
d)	Stellungnahme	142
2.	Weitere Präzisierung	144
a)	Einschränkung über die Risikotoleranz	144
b)	Einschränkung über den funktionalen Zusammenhang	145
c)	Einschränkung über die Zurechenbarkeit	145
d)	Zwischenfazit	146
3.	Fazit	146
D.	Vergleich mit positiv-akzessorischer Pflichtwidrigkeit	147
E.	Fazit	148
3. Teil:	Vermögensnachteil durch Stellenbesetzungen	150
§ 8	Nachteil bei fehlender Eignung	150
A.	Nachteil durch Abschluss des Arbeitsvertrags	151
I.	Arbeitsvertrag als Gefährdungsschaden	151
1.	Konkretheit der Vermögensgefährdung	153
2.	Unmittelbarkeit des Schadens	153
3.	Beherrschbarkeit der Gefahr	154
4.	Orientierung an den Regeln des Bilanzrechts	154
5.	Konsequenzen	155
II.	Arbeitsrechtliche Vermeidemacht des Geschäftsherrn	156
III.	Unwirksame Arbeitsverträge	158
1.	Das fehlerhafte Arbeitsverhältnis	158
2.	Kenntnis des Geschäftsherrn von der Unwirksamkeit	158
3.	Fehlende Kenntnis des Geschäftsherrn von der Unwirksamkeit	159
IV.	Das Leistungsversprechen in der Gesamtsaldierung	160

*Inhaltsverzeichnis*

1.	Die versprochene Arbeitsleistung als (einziger) Bezugspunkt	160
	a) Die materiell-rechtliche Irrelevanz der später erbrachten Leistung	160
	b) Zum Indizwert der später tatsächlich erbrachten Leistung	161
2.	Bewertung des Leistungsversprechens	163
	a) Keine Saldierung anhand abstrakter „Marktwerte“	164
	b) Bewertung anhand der vertraglich zugesagten Leistung	166
	c) Der Leistungsmaßstab im Arbeitsrecht	166
	d) Nicht quantifizierbare Effekte in der Kompensation	168
	e) Wirtschaftliche Ausgeglichenheit trotz fehlender Eignung	170
3.	Fazit	171
V.	Höhe des Vermögensnachteil	171
	1. Zur Notwendigkeit, die Nachteilshöhe exakt zu bestimmen	171
	2. Höhe des Nachteils durch Abschluss eines Arbeitsvertrags	174
	a) Tatsächlich erbrachte Arbeitsleistung	174
	b) Grenzen der Zurechenbarkeit des Nachteils	175
	c) Nachteilshöhe bei ausbleibender Vertragsabwicklung	176
VI.	Verfahrensrechtliche und praktische Feststellung des Nachteils	178
VII.	Fazit	179
B.	Nachteil wegen tatsächlich erbrachter, minderwertiger Leistung	179
C.	Fazit	181
§ 9	Nachteil unabhängig von der Eignung	182
	A. Eignungsunabhängige Faktoren	182
	B. Nachteil bei fehlendem Personalbedarf	187
	I. Zur Lehre vom individuellen Schadenseinschlag	187
	II. Übertragbarkeit auf die Untreue	190
	III. Fehlender Personalbedarf als Vermögensnachteil	191
	C. Nachteil durch Nichteinstellung eines besseren Bewerbers	192
	I. Die Kritik von Lindenschmidt	194
	II. Stellungnahme	194

1.	Zur Bewertbarkeit der menschlichen Leistungsfähigkeit	194	
2.	Irrelevanz später erbrachter Leistung für eine mögliche Anwartschaft	196	
3.	Ausbleibende Vermögensmehrung als Nachteil	196	
	a) Konkretheit der Erwerbssaussicht	197	
	b) Normativierende Auffassungen	198	
	c) Vermögensmehrungspflicht	199	
	d) Konsequenzen für die Nichteinstellung besserer Bewerber	199	
4.	Fazit	200	
D.	Der Vermögensnachteil bei der Haushaltsuntreue	200	
	I. Gleichbehandlung von öffentlichem und privatem Vermögen	202	
	II. Zweckverfehlungslehre	204	
	1. Funktion der Zweckverfehlungslehre beim Betrug	205	
		a) Betrug als unbewusstes Selbstschädigungsdelikt	205
		b) Zweckverfehlung als fehlende Kompensation	206
	2. Übertragbarkeit des Zweckverfehlungsgedankens auf die Untreue	207	
	III. Individueller Schadenseinschlag	208	
		1. Subjektive Unbrauchbarkeit der Gegenleistung	208
		2. Wirtschaftliche Gesamtbetrachtung	208
	IV. Fazit	210	
E.	Nachteil durch Auslösung von Ausgleichsansprüchen	210	
	I. Meinungsstand	211	
	II. Stellungnahme	211	
	III. Ausgleichsansprüche bei Stellenbesetzungen	212	
		1. Haftung wegen Einstellungsdiskriminierung nach dem AGG	212
		2. Amtshaftung	213
F.	Fazit	214	
4. Teil:	Vorsatz und Irrtum bei Stellenbesetzungen	215	
§ 10	Untreuevorsatz	215	
A.	Pflichtwidrigkeitsvorsatz	216	
	I. Der Streit um den Pflichtwidrigkeitsvorsatz	216	
	II. Vorsatzanforderungen bei folgenbezogener Pflichtwidrigkeit	218	
		1. Vorsatz hinsichtlich der Risikoschaffung	218

*Inhaltsverzeichnis*

2. Vorsatz hinsichtlich der Risikomissbilligung	219
B. Schädigungsvorsatz	221
C. Verhältnis von Pflichtwidrigkeits- und Schädigungsvorsatz	223
§ 11 Vorsatz und Irrtümer bei Stellenbesetzungen	224
A. Allgemeine Anforderungen an den Vorsatz bei Stellenbesetzungen	224
B. Irrtümer im Zusammenhang mit Stellenbesetzungen	225
I. Irrtümer im tatsächlichen Bereich	225
1. Irrtum über die Eignung	225
2. Sonstige Irrtümer über die Entscheidungsgrundlage	226
3. Irrtum über das Einverständnis	226
4. Irrtum über die „Schadensrealisierung“	227
II. Irrtümer im rechtlichen Bereich	227
1. Irrtum über die Pflichtwidrigkeit als solche	227
2. Irrtum über die Entstehung von Ausgleichsansprüchen	228
C. Fazit	229
Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	230
Literaturverzeichnis	235