JURA

JURISTISCHE AUSBILDUNG

Herausgeber

Dagmar Coester-Waltjen
Dirk Ehlers
Klaus Geppert
Jens Petersen
Helmut Satzger
Friedrich Schoch
Klaus Schreiber

Aufsätze

Untreue (§ 266 StGB) und Risikogeschäfte*

Von Prof. Dr. Uwe Murmann, Göttingen

»Risikogeschäfte sind die Hefe, welche den Teig des Kapitalismus treibt«¹. Sie sind nicht grundsätzlich unerwünscht oder gar rechtlich verboten. Wird jedoch – wie im modernen Wirtschaftsleben üblich – fremdes Geld für riskante Geschäfte eingesetzt, so setzen die Interessen des Vermögensinhabers der Risikofreude rechtliche Grenzen. Der Verlauf dieser Grenzen und die (strafrechtlichen) Konsequenzen ihrer Überschreitung sind von beträchtlicher Bedeutung für das Wirtschaftsleben – und dementsprechend umstritten.

I. Zu den Hintergründen der aktuellen Diskussion

Das Problem der Untreue nach § 266 StGB bei riskanten Geschäften gehört zu den am intensivsten diskutierten des Wirtschaftsstrafrechts². Die Gründe dafür sind vielfältig.

Um sie zu verstehen, muss man sich zunächst die Struktur und den Schutzzweck des Straftatbestandes in Erinnerung rufen: § 266 Abs. 1 StGB (lesen!) vertypet zwei Begehungsformen, nämlich den sogenannten Missbrauchstatbestand (»wer die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, missbraucht«) und den Treubruchstatbestand (wer »die ihm kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eines Treueverhältnisses obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt«). Während ersterer sich dadurch auszeichnet, dass der Täter unter Verletzung seiner Pflichten gegenüber dem Vermögensinhaber das Vermögen durch eine rechtlich wirksame Verpflichtung oder Verfügung schädigt³, fehlt es beim Treubruchstatbestand an einem rechtlich wirksamen Verhalten. In Betracht kommen auch rein tatsächlich schädigende Handlungen, etwa schlicht der Griff in die Kasse. Nach Auffassung der Rechtsprechung und des überwiegenden Teils der Literatur stellt der Missbrauchstatbestand im Verhältnis zum Treubruchstatbestand einen Spezialfall dar⁴. Damit einher geht die Annahme, die Vermögensbetreuungspflicht (»dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat«) sei nicht nur für die Erfüllung des Treubruchstatbestands, sondern auch für die Erfüllung des Missbrauchstatbestands vorausgesetzt⁵. Rechtsgut des § 266 StGB ist das fremde Vermögen⁶, das gegen Angriffe »von innen heraus«⁷ geschützt werden soll. Die Pflichtenstellung des Täters gegenüber dem geschützten Vermögen stellt also kein zusätzliches Rechtsgut dar, sondern ihre Verletzung kennzeichnet lediglich das Angriffsmittel⁸. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Täter sich oder einen Dritten bereichern will: § 266 StGB ist ein reines Fremdschädigungsdelikt, kein Vermögensverschiebungsdelikt.

Damit sind bereits zentrale Gründe für die Bedeutung von § 266 StGB für die strafrechtliche Haftung von Entscheidungsträgern im Unternehmen angesprochen: Viele Unternehmen sind rechtlich in der Weise strukturiert, dass als Vermögensträger eine juristische Person fungiert, die durch ihre Organe handelt. So

handelt die Aktiengesellschaft durch ihren Vorstand (§ 76 Abs. 1 AktG) und die GmbH durch ihre Geschäftsführer (§ 35 GmbHG). Ein sonst in Untreuefällen diskutiertes Hauptproblem, nämlich die Frage nach dem Bestehen einer Vermögensbetreuungspflicht, stellt sich hier praktisch nicht. Denn die Vermögensbetreuungspflicht, die man als Garantenpflicht für fremdes Vermögen mit dem Inhalt einer überwiegend fremdnützigen Geschäftsbesorgung charakterisieren kann⁹, steht beim Vorstandsmitglied wie auch beim Geschäftsführer grundsätzlich außer Zweifel¹⁰. Nicht anders liegt es regelmäßig in Personenhandelsgesellschaften (OHG, KG), wenn Geschäftsführungsaufgaben auf Personen übertragen sind, die nicht Gesellschafter sind (vgl. §§ 48 ff. [i. V. m. § 161 Abs. 2] HGB).

Mit dem Auseinanderfallen von Vermögensträger einerseits und für diesen Vermögensträger handelnder – vermögensbetreuungspflichtiger – Person andererseits, ist gewissermaßen die Ausgangslage für die Verwirklichung des Untreuetatbestandes gegeben¹¹. Weiterhin bedarf es freilich einer Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht, die den Handlungsunwert des § 266 StGB ausmacht. Die Vermögensbetreuungspflicht kann durch eine den Vermögensinhaber rechtlich bindende (Missbrauchstatbestand) oder nicht bindende Handlung (Treubruchstatbestand) verletzt werden. Als Pflichtverletzung kommt grundsätzlich jeder Umgang mit dem Vermögen in Betracht, bei dem

* Es handelt sich um die für Ausbildungszwecke überarbeitete Fassung eines Vortrags, den Verf. am 7. 10. 2009 im Rahmen eines deutsch/koreanischen Symposiums am Korean Institute for Criminology in Seoul gehalten hat. – Manuskriptschluss 28. 11. 2009.

1 FISCHER, NStZ-Sonderheft für Klaus Miebach 2009, 15.

2 Für die Einordnung als Wirtschaftsdelikt sprechen der potentielle Täterkreis (»white collar crime«), die Höhe der Schadenssumme und die tatsächliche und rechtliche Komplexität der Fälle in ihren Bezügen zum Wirtschaftsleben; vgl. etwa SALIGER, in: SSW-StGB, 1. Aufl. 2009, § 266 Rdn. 5.

3 DIERLAMM, in: MüKo-StGB, 1. Aufl. 2006, § 266 Rdn. 121; LENCKNER/PERRON, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 27. Aufl. 2006, § 266 Rdn. 17. Gegen das Erfordernis der rechtlichen Wirksamkeit aber SCHÜNEMANN, NStZ 2006, 202 f.

4 BGHSt 24, 386; 33, 244, 250; 35, 244; 46, 30; 47, 187; 50, 331, 342; RENGIER, BT I, 11. Aufl. 2009, § 18 Rdn. 2; WESSELS/HILLENKAMP, 31. Aufl. 2008, Rdn. 749.

5 SALIGER, in: SSW-StGB, § 266 Rdn. 6.

6 So die ganz h. M., vgl. DIERLAMM, in: MüKo-StGB, § 266 Rdn. 1; KÜHL, Strafgesetzbuch, 26. Aufl. 2007, § 266 Rdn. 1; LENCKNER/PERRON, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, § 266 Rdn. 1.

7 SCHÜNEMANN, in: Leipziger Kommentar, 11. Aufl. 1998, § 266 Rdn. 1; vgl. schon BINDING, Lehrbuch BT Teil I, 2. Aufl. Leipzig 1902, § 92 II, S. 397.

8 SALIGER, in: SSW-StGB, § 266 Rdn. 1.

9 LENCKNER/PERRON, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, § 266 Rdn. 23 a; SALIGER, HRRS 2006, 17; DERS., in: SSW-StGB, § 266 Rdn. 11.

10 Vgl. BRAMMSEN, wistra 2009, 86; SALIGER, HRRS 2006, 12.

11 PERRON, GA 2009, 222; SCHÜNEMANN, in: Leipziger Kommentar, § 266 Rdn. 1.

die Gefahr eines Nachteils für das betreute Vermögen besteht. Jede risikobehaftete Entscheidung, also praktisch nahezu jede unternehmerische Entscheidung, weist damit auf den ersten Blick eine wesentliche Voraussetzung der Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht auf.

Damit ist ein weiterer, häufig genannter Grund für die Relevanz von § 266 StGB in Zusammenhang mit unternehmerischen Entscheidungen angesprochen¹²: Es wird gesagt, § 266 StGB weise so unklare Konturen auf, dass kaum beurteilt werden könne, welches Verhalten dem Tatbestand unterfalle und welches nicht¹³. Dieser Befund wird häufig mit der Behauptung verbunden, jedes als unredlich oder inkorrekt empfundene Verhalten könne unter § 266 StGB subsumiert werden¹⁴; die Untreue sei zu einem »Auffangtatbestand für geschäftliches Missmanagement« geworden¹⁵; die Vorschrift schaffe unübersehbare Strafbarkeitsrisiken. Diese Kritik wird regelmäßig verbunden mit der Forderung nach restriktiver Interpretation der Norm¹⁶. Diskutiert wird auch die Frage, ob § 266 StGB noch mit dem Bestimmtheitsgebot aus Art. 103 Abs. 2 GG vereinbar ist¹⁷.

Rechtstatsächlich weist die verstärkte Wahrnehmung kriminellen Verhaltens von Führungskräften zu Lasten des Unternehmens auf weitreichende Veränderungen der Verhältnisse in der deutschen Gesellschaft hin: Das Verhalten von Führungskräften ist in die öffentliche Kritik geraten. Es ist der Eindruck entstanden, die Leistungen dieses Personenkreises rechtfertigten nicht die explosionsartig gestiegenen Gehälter¹⁸. Dieses Missverhältnis wird mit Blick auf stagnierende Gehälter der Arbeitnehmer als sozial unerträglich empfunden, was durch die hereinbrechende Wirtschaftskrise weiter verstärkt worden ist¹⁹. Und schließlich sind Fehlentscheidungen mit erheblichen wirtschaftlichen Schäden, gerade auch im Zusammenhang und als Auslöser der Wirtschaftskrise, bekannt und öffentlich diskutiert worden. Spätestens in solchen Diskussionen wird dann auch deutlich, dass die Bürger längst keine Chance mehr haben, die wirtschaftlichen Verhältnisse und Vorgänge zu durchschauen²⁰. Diese Undurchsichtigkeit von Zusammenhängen, die für die individuellen Existenzbedingungen der Bürger – etwa für den Erhalt von Arbeitsplätzen – von erheblicher Relevanz sind, kann nur durch Vertrauen in die professionell am Marktgeschehen beteiligten Akteure kompensiert werden. Aber gerade dieses Vertrauen in die selbstregulierenden Kräfte des Marktes, in dem tüchtige Geschäftsleute durch ihr eigenes Gewinnstreben zugleich dem Gemeinwohl dienen, ist geschwunden. Das folgt schon daraus, dass der moderne Manager nicht die persönlichen Risiken des Selbständigen trägt. Insgesamt steht der Öffentlichkeit das Bild des geldgierig sich selbst bedienenden Managers vor Augen, der aus dem Untergang des zugrunde gerichteten Unternehmens als reicher Mann hervorgeht.

Es steht mit diesem eklatanten Ansehensverlust der wirtschaftlichen Eliten in unserem Lande in engem Zusammenhang, dass Staatsanwaltschaften und Polizei die Scheu verloren haben, gegen Führungskräfte zu ermitteln²¹, was dann wieder zu entsprechender Resonanz in den Medien und zu weiterem Ansehensverlust führt.

Ob die Manager damit die modernen Opfer gesellschaftlicher Rachsucht für schicksalhafte Ereignisse, also nur Sündenböcke, sind²², oder ob sich in neuerer Zeit der Blick für kriminelles Managerhandeln geschärft hat und solches Fehlverhalten vielleicht auch tatsächlich häufiger vorkommt als früher²³, lässt sich nicht abschließend beurteilen. Liest man aber etwa die Sachverhaltsfeststellungen zum Fall Mannesmann²⁴, so muss man zur Kenntnis nehmen, wie hemmungslos ein früherer Vorstandsvorsitzender ohne tragfähigen sachlichen Grund Millionenbeträge verlangt und auch vom Aufsichtsrat bewilligt bekommen hat. Liest man dann weiter, dass die beteiligten Spitzenmanager auch nur eine Sekunde lang glauben konnten, der Betreffende könne über die Auszahlung einer Prämie an sich selbst ein Stimmrecht ausüben, dann kann an einer enthemmten Selbstbedienungsmentalität jedenfalls in diesem Fall kaum Zweifel bestehen.

In der rechtswissenschaftlichen Diskussion fällt eine auf den ersten Blick überraschende Aufgeregtheit über die strafrechtliche Haftung von Managern auf. Eigentlich sollte man meinen, dass gerade die tendenziell strafkritischen Stimmen mit Befriedigung die neue Bereitschaft registrieren, Kriminalität der Mächtigen theoretisch und praktisch verstärkt in den Blick zu nehmen, nachdem früher häufig der Vorwurf laut geworden war, die Justiz konzentriere sich zu sehr auf die unteren Gesellschaftsschichten²⁵. Nunmehr scheint sich geradezu ein wissenschaftli-

cher Lobbyismus zugunsten der Führungsetagen herauszubilden, wobei sich freilich vor allem publizierende Strafverteidiger aus naheliegenden Gründen besonders hervortun^{26, 27}. Es geht die Sorge um, wirtschaftliches Handeln werde gelähmt, wenn Staatsanwaltschaften darüber wachen, dass Manager ihre Entscheidungsspielräume nicht überschreiten²⁸. Der Umfang und die Methoden einer Auslegung, die den Rahmen unternehmerischen Handelns nicht unangemessen einengt, sind allerdings umstritten. Die Relevanz dieses Streits, auch für die Studierenden, folgt nicht zuletzt daraus, dass die verschiedenen Strafsenate des BGH bei der Interpretation von § 266 StGB in den Fällen der Risikogeschäfte zum Teil unterschiedliche Auffassungen vertreten. Zur Verdeutlichung des Meinungsstandes ist es zunächst erforderlich, den Begriff der Risikogeschäfte zu klären und anhand von Fällen zu illustrieren (II.), um sodann die unterschiedlichen dogmatischen Ansatzpunkte für eine Behandlung der Risikogeschäfte aufzuzeigen (III.–V.). Ein vollständiges Bild verlangt weiterhin die Einbeziehung strafprozessualer Gegebenheiten (VI.). Abschließend soll ein kurzes Fazit gezogen werden (VII.).

II. Der Begriff des »Risikogeschäfts« – Beispiele aus der Rechtsprechung

Es herrscht keine Klarheit darüber, wie (potentiell untreuerelevante) Risikogeschäfte zu definieren sind²⁹. Teilweise wird ein Handeln verlangt, bei dem ein gesteigertes, über das Übliche hinausgehendes Maß an Ungewissheit über die Auswirkungen des Handelns für das betreute Vermögen vorausgesetzt ist³⁰. Ein besonders weites Verständnis lässt hingegen bereits jedes mit wirtschaftlichen Risiken behaftete Geschäft ausreichen. Diese Definition erscheint sinnvoller³¹, da die Frage nach der unerlaubten Riskantheit eines Geschäfts sich nicht allein an der Größe des eingegangenen Risikos entscheidet. Das ist besonders deutlich dort, wo der Vermögensinhaber dem Vermögensbetreu-

12 SALIGER, HRRS 2006, 15.

13 BEULKE, in: FS für Eisenberg, 2009, S. 246 f.; PERRON, GA 2007, 223 ff.; siehe schon RGSt 69, 58, 62 mit einer zeitgenössischen Interpretation des in nationalsozialistischer Zeit reformierten (Gesetz zur Abänderung strafrechtlicher Vorschriften vom 26. 5. 1933; RGBL. I 295), im Kern bis heute unveränderten § 266 StGB: Der Gesetzgeber habe »darauf verzichten wollen, die Rechtsprechung an starre Rechtsbegriffe zu binden«. Abweichend SCHÜNEMANN, NSTZ 2005, 474.

14 BEULKE, in: FS für Eisenberg, 2009, S. 246.

15 ULSSENHEIMER, Arztstrafrecht in der Praxis, 4. Aufl. 2008, 15/2; vgl. auch PERRON, GA 2009, 219, 222: »Allzweckwaffe gegen alle denkbaren Varianten wirtschaftlichen Fehlverhaltens«.

16 Vgl. z. B. RÖNNAU, ZStW 119 (2007), 887, 909; SALIGER, in: SSW-StGB, § 266 Rdn. 4.

17 Vgl. BERNSMANN, GA 2009, 296 f.; GRIBBOHM, JuS 1965, 391; eingehend LABSCH, Untreue (§ 266 StGB). Grenzen und Möglichkeiten einer neuen Deutung, 1983, S. 177 ff. Zu Recht für Verfassungsmäßigkeit die h. M. RANSIEK, ZStW 116 (2004), 641 ff.; SALIGER, in: SSW-StGB, § 266 Rdn. 4.

18 Zur Höhe von Vorstandsvergütungen vgl. ADAMS, in: FS für Carl Christian von Weizsäcker, 2003, S. 300 ff.

19 Umgekehrt haben Manager sich auf den Standpunkt gestellt, die Kritik an ihren Gehältern sei Ausfluss von »Sozialneid«.

20 Dazu und zu den Folgen HASSEMER, wistra 2009, 169 f.

21 BEULKE, in: FS für Eisenberg, 2009, S. 245; RÖNNAU, ZStW 119 (2007), 888.

22 In diesem Sinne etwa BEULKE, in: FS für Eisenberg, 2009, S. 266.

23 Zur statistischen Entwicklung anhand der Polizeilichen Kriminalstatistik RÖNNAU, ZStW 119 (2007), 889.

24 BGH, JZ 2006, 560, 565; insoweit nicht abgedruckt in BGHSt 50, 331.

25 Vgl. FISCHER, StraFo 2008, 270.

26 Vgl. die Aufzählung bei SALIGER, HRRS 2006, 11.

27 FISCHER, NSTZ-Sonderheft für Klaus Miebach 2009, 9; SCHÜNEMANN, NSTZ 2005, 474.

28 Vgl. z. B. BEULKE, in: FS für Eisenberg, 2009, S. 247 f., 268; FISCHER, StraFo 2008, 272.

29 Überblick über Definitionsversuche und Fallgruppen bei HELLMANN, ZIS 2007, 433 f.; eingehend WASSMER, Untreue bei Risikogeschäften, 1997, S. 5 ff.

30 LENCKNER/PERRON, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, § 266 Rdn. 20; SALIGER, in: SSW-StGB, § 266 Rdn. 47.

31 Siehe WASSMER, Untreue bei Risikogeschäften, 1997, S. 10.

ungspflichtigen schon solche Handlungen untersagt, die verhältnismäßig wenig riskant sind (näher III. 1.).

Geht man also von der weiten Definition des Risikogeschäfts aus, so ist z. B. schon jede vertraglich vereinbarte Vorausleistung ein Risikogeschäft, weil die Erbringung der Gegenleistung mit Unsicherheiten behaftet ist. Risikobehaftet ist z. B. jede Warenlieferung auf Rechnung (sog. »Warenkredit«). Offenkundig kann die begriffliche Festlegung die Antwort auf die Frage nach der Strafbarkeit nicht präjudizieren; es geht gerade um die Abgrenzung von straflosen zu strafbaren Risikogeschäften.

Die Rechtsprechung wurde mit Risikogeschäften insbesondere im Zusammenhang mit der Vergabe von Krediten durch Banken oder Sparkassen befasst. So hatte jeweils der 1. Strafsenat des BGH³² über die Behandlung von Konstellationen zu entscheiden, bei denen Vorstandsmitglieder von Sparkassen Kredite an Personen bzw. Unternehmen bewilligt hatten, deren Bonität zweifelhaft war. Ausgehend von der Einsicht, dass jede Kreditvergabe risikobehaftet ist, hält der BGH die Bewilligung eines Kredits erst dann für pflichtwidrig, wenn die erforderliche Abwägung zwischen Chancen und Risiken eines Kreditgeschäfts nicht sorgfältig erfolgt ist. Erst »gravierende Verstöße gegen die bankübliche Informations- und Prüfungspflicht« sollen die Pflichtverletzung im Sinne von § 266 StGB begründen. Der BGH hat folgende »tatsächliche Anhaltspunkte« genannt, die dafür sprechen können, dass eine Risikoprüfung nicht ordnungsgemäß erfolgt ist³³:

- Informationspflichten werden vernachlässigt
- Der Entscheidungsträger handelt ohne die erforderliche Befugnis
- Im Zusammenhang mit der Kreditgewährung werden unrichtige oder unvollständige Angaben gegenüber Mitverantwortlichen oder zur Aufsicht befugten Personen gemacht
- Vorgegebene Zwecke werden nicht eingehalten
- Höchstkreditgrenzen werden überschritten
- Der Entscheidungsträger handelt eigennützig³⁴

Durch die Bezugnahme auf diese Anhaltspunkte entlastet der BGH § 266 StGB von inhaltlichen Fragen und verlagert die Beurteilung der Ordnungsmäßigkeit einer Kreditentscheidung auf die Einhaltung eines Verfahrens³⁵. So werden den Entscheidungsträgern Bewertungsspielräume eingeräumt, die freilich dort an Grenzen stoßen, wo das Ergebnis evident unvertretbar ist³⁶.

Unter dem Aspekt der Risikoentscheidung sind auch Ausgaben von Unternehmen für Zwecke der Werbung oder der Imagepflege zu beurteilen³⁷. Auch insoweit ist klar, dass der wirtschaftliche Nutzen solcher Ausgaben mit erheblichen Unsicherheiten belastet ist. Ebenso klar ist, dass daraus nicht etwa ein Verbot z. B. des Sponsoring folgt. Auch insoweit erkennt der BGH einen weiten Ermessensspielraum des Entscheidungsträgers an. In seiner grundlegenden Entscheidung zur Zulässigkeit von Spenden an einen Sportverein hat der BGH eine Strafbarkeit nach § 266 StGB von einer »gravierenden Pflichtverletzung« abhängig gemacht, deren Vorliegen sich nach »einer Gesamtschau insbesondere der gesellschaftsrechtlichen Kriterien« beurteilen soll. Im Rahmen dieser Gesamtschau soll folgenden Umständen Bedeutung zukommen³⁸:

- Fehlende Nähe der Zuwendung zum Gegenstand des Unternehmens
- Unangemessenheit der Zuwendung im Hinblick auf die Ertrags- und Vermögenslage des Unternehmens³⁹
- Fehlende innerbetriebliche Transparenz der Entscheidung für eine Zuwendung und deren Umsetzung
- Das Vorliegen sachwidriger Motive, insbesondere die Verfolgung rein persönlicher Präferenzen

Ersichtlich hält der BGH hier teils materielle Kriterien für maßgeblich (wie z. B. die Unangemessenheit der Zuwendung), misst aber auch der Einhaltung bzw. Nichteinhaltung eines ord-

nungsgemäßen Verfahrens (z. B. der innerbetrieblichen Transparenz) Bedeutung zu. Die Kriterien und insbesondere das von einer »Gesamtschau« abhängige Vorliegen einer »gravierenden Pflichtverletzung« machen aber jedenfalls das – vom BGH auch betonte – Bestreben deutlich, den weiten unternehmerischen Entscheidungsspielraum zu respektieren.

Investitionen in die Zukunft von ungewisser Werthaltigkeit stellen auch *Anreizzahlungen für Leitungspersonen* dar. Der BGH hatte im berühmten Mannesmann-Verfahren über nachträglich gewährte Anerkennungsprämien zu entscheiden. Zuständig für die Entscheidung über Vorstandsbezüge ist bei der Aktiengesellschaft der Aufsichtsrat, der nach § 87 AktG nur »angemessene« Bezüge bewilligen darf. Eine Beurteilung der Höhe der Prämien im Lichte der »Angemessenheit« musste der BGH in diesem Fall allerdings gar nicht mehr anstellen. Da aufgrund der feindlichen Übernahme durch Vodafone klar war, dass die begünstigten Vorstandsmitglieder nicht mehr weiter für das Unternehmen tätig sein würden, war eine Anreizwirkung für die Zukunft von vornherein ausgeschlossen. Der BGH führt deshalb aus, die Leistungen seien »ohne jeden Nutzen«, also »Verschwendung des anvertrauten Gesellschaftsvermögens« gewesen⁴⁰.

Auch die gegenwärtige Wirtschaftskrise bietet Anlass, über eine Untreuestrafbarkeit aufgrund von riskanten Geschäften nachzudenken: Viele Bankenvetreter haben mittlerweile erklärt, man habe die Qualität der gehandelten, letztlich notleidend gewordenen Papiere nicht einschätzen können, aber dem Druck des Marktes folgend dennoch »mitgemacht«. Die Eingehung unabsehbarer Risiken zu Lasten des verwalteten Vermögens könnte ein von § 266 StGB erfasstes Risikogeschäft darstellen⁴¹.

III. Kriterien für die Beurteilung der Pflichtwidrigkeit

1. Die Zivilrechtsakzessorität des § 266 StGB

Ausgangspunkt für die Beantwortung der Frage, ob eine unternehmerische Entscheidung pflichtwidrig im Sinne des § 266 StGB ist, muss die Einsicht in den Charakter des Strafrechts als einer Sekundärordnung sein, die Verbote nicht begründet, sondern an sie anknüpft⁴².

32 BGHSt 46, 30; 47, 148; vgl. nunmehr auch BGH, wistra 2010, 21.

33 BGHSt 46, 30, 34.

34 Der Gesichtspunkt der (Un-) Eigennützigkeit erscheint nicht unproblematisch, da es auf ihn nach dem Tatbestand gerade nicht ankommt; RANSIEK, ZStW 116 (2004), 640.

35 RANSIEK, ZStW 116 (2004), 675; kritisch KUBICIEL, NSTz 2005, 356, mit der Erwägung, das gesellschaftsrechtliche Verfahren nicht per se darauf hinauslaufen, die Interessen von Geschäftsführung und Eigentümern zum Ausgleich zu bringen, und deshalb nicht unbedingt inhaltliche Richtigkeit versprechen. Kritisch auch HASSEMER ZRP 2009, 222: Die »Prozeduralisierung« sei »ein naheliegender, aber gefährlicher Ausweg bei der Feststellung von Strafbarkeit. Das Unrecht wird nicht ermittelt, beschrieben und begründet, sondern indiziert, vermutet; es verliert seine greifbare Substanz, es verblasst«.

36 RANSIEK, ZStW 116 (2004), 674, 677.

37 Jedenfalls auf der Basis des hier zugrunde gelegten weiten Verständnisses von »Risikogeschäften«; dagegen z. B. SALIGER, in: SSW-StGB, § 266 Rdn. 47.

38 BGHSt 47, 187.

39 Dazu kritisch BRAMSEN, wistra 2009, 88; SALIGER, HRRS 2006, 19 f. m. w. N.

40 BGHSt 51, 331, 337, 340 f.

41 BERNSMANN, GA 2009, 298; FISCHER, StraFo 2008, 272 in Fn. 35; DERS., NSTz-Sonderheft für Klaus Miebach 2009, 15; GALLANDI, wistra 2009, 44; ablehnend BRÜNING/SAMSON, ZIP 2009, 1092, soweit sich die Entscheidungsverantwortlichen auf positive Bewertungen von Rating-Agenturen stützen konnten; dort S. 1092 ff. auch zu weiteren möglichen Anknüpfungspunkten für eine Strafbarkeit nach § 266 StGB.

42 Der vielfach betonte akzessorische Charakter von § 266 StGB (RANSIEK, ZStW 116 [2004], 644 f.; RÖNNAU, ZStW 119 [2007], 887, 903 ff.), ist so gesehen keine Besonderheit; vgl. auch MURMANN, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, 2005, S. 307 ff.; LÜDERSSEN, in: FS für Eser, 2005, S. 163.

Dahinter steht folgendes *normentheoretische Konzept*: Die Straftatbestände des Besonderen Teils wenden sich unmittelbar nur an den Richter, dem sie vorgeben, welcher Strafraum bei einem bestimmten Fehlverhalten eröffnet ist. Der Täter verletzt den Straftatbestand nicht, sondern erfüllt ihn! Die Norm, gegen die der Täter verstößt, muss folglich den strafrechtlichen Tatbeständen vorgelagert sein (Primärnorm). Solche, dem Strafrecht vorgelagerten sogenannten »Verhaltensnormen« sind teils gesetzlich normiert (z. B. die Vorschriften der Straßenverkehrsordnung), vielfach aber auch nicht positivrechtlich geregelt (z. B. die Sorgfaltsanforderungen, die im häuslichen Bereich etwa zum Schutz von Gästen einzuhalten sind). Es ist eine (im verfassungsrechtlichen Rahmen, insbesondere unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes) vom Gesetzgeber zu entscheidende Frage, welche Verhaltensnormenverstöße unter Strafe gestellt werden (vgl. z. B.: die Straflosigkeit der fahrlässigen Sachbeschädigung)⁴³.

Aus dem sekundären Charakter des Strafrechts folgt, dass ein Verhalten jedenfalls dann nicht § 266 StGB unterfallen kann, wenn es nach der jeweiligen Primärordnung, insbesondere nach den Regeln des Zivil- oder Gesellschaftsrechts, erlaubt ist (Einheit der Rechtsordnung)⁴⁴.

Die Erlaubtheit wiederum hängt grundsätzlich von den im Innenverhältnis zwischen dem Inhaber des Vermögens und dem Vermögensbetreuungspflichtigen getroffenen Absprachen ab⁴⁵. Das folgt daraus, dass Rechtsgut des § 266 StGB das Vermögen ist, welches grundsätzlich der Disposition seines Inhabers unterliegt. Relativ unproblematisch lässt sich der Pflichtenkreis des Vermögensbetreuungspflichtigen also dort bestimmen, wo ihn der Vermögensinhaber explizit festgelegt hat. Hat der Vermögensinhaber also schon vergleichsweise wenig riskante Geschäfte untersagt, so liegt in der Zuwiderhandlung gegen diese Vorgabe bereits ein unerlaubtes Risikogeschäft. Ist der Vermögensinhaber umgekehrt sogar mit hochriskanten Geschäften einverstanden, etwa mit dem Erwerb hochspekulativer Papiere, so ist die Vornahme entsprechender Handlungen nicht pflichtwidrig.

Freilich sind die gesetzlichen Grenzen der Dispositionsmacht zu berücksichtigen (z. B. § 1642 BGB bei Anlage des Vermögens von Kindern)⁴⁶. Nach h. M. soll der Wille der wirtschaftlich Berechtigten einer juristischen Person irrelevant sein, wenn diese in existentieller Weise von einer Entscheidung betroffen ist. Praktisch bedeutsam ist dies vor allem für die GmbH: Der BGH steht auf dem Standpunkt, dass ein Verhalten des Geschäftsführers trotz Zustimmung der Gesellschafter (als der wirtschaftlichen Eigentümer) der GmbH pflichtwidrig im Sinne von § 266 StGB ist, wenn das Stammkapital entgegen § 30 GmbHG angegriffen oder die Existenz oder Liquidität der Gesellschaft gefährdet wird⁴⁷. Richtig ist das nicht: § 266 StGB dient allein dem Schutz des Vermögens, welches zur Disposition der Eigentümer der GmbH, also der Gesellschafter steht. Die Interessen am Erhalt des Gesellschaftskapitals und an der Existenz der Gesellschaft werden nicht durch § 266 StGB, sondern durch gläubigerschützende Tatbestände, etwa des Insolvenzstraftrechts (§ 283 ff. StGB) erfasst⁴⁸.

Fehlen konkrete Vorgaben zum Umgang mit dem anvertrauten Vermögen, so wäre es vorschnell, sogleich auf allgemeine Maßstäbe, wie den des ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsführers (vgl. § 93 Abs. 1 S. 1 AktG, § 43 Abs. 1 GmbHG) abzustellen. Da es auch dort, wo der Wille des Vermögensinhabers nicht explizit gemacht wurde, für die Pflichten des Vermögensbetreuungspflichtigen immer noch auf die Übereinstimmung mit dem Willen des Vermögensinhabers ankommt, ist in solchen Fällen dessen *mutmaßlicher Wille* zu erforschen⁴⁹. Ein etwa bestehendes mutmaßliches Einverständnis ist nicht Rechtfertigungsgrund, sondern steht bereits der Tatbestandsmäßigkeit des Verhaltens entgegen⁵⁰. Der Weg über den mutmaßlichen Willen trägt freilich vor allem einer methodischen Einsicht Rechnung: Fehlen Anhaltspunkte für den tatsächlichen Willen des Vermögensinhabers, so ist zu dessen Ermittlung letztlich doch auf allgemeine Maßstäbe zurückzugreifen. Denn es ist anzunehmen, dass der Vermögensinhaber bei Fehlen gegenteiliger Anhaltspunkte vom Vermögensbetreuungspflichtigen das erwartet,

was einer ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsführung entspricht. Dahinter steht die Annahme, dass bei Einhaltung dieses Maßstabs die unterschiedlichen Interessen in angemessener Weise zum Ausgleich gebracht werden.

Die Feststellung der allgemeinen Vorgaben für einen sorgfältigen Umgang mit dem anvertrauten Vermögen stellt das Zentralproblem des Untreuetatbestandes dar⁵¹. Das gilt insbesondere bei der Vornahme von Risikogeschäften. Maßstabbildend sind die Normen der Primärordnung, also insbesondere des – geschriebenen oder ungeschriebenen – Zivil- und Gesellschaftsrechts.

Ergeben sich aus der Primärordnung eindeutige Vorgaben zum Schutz des Vermögens, etwa die Pflicht zu einer bestimmten Form der Geldanlage⁵², so begründet eine Abweichung von diesen Vorgaben zum Nachteil des Vermögensinhabers regelmäßig (vorbehaltlich zusätzlicher spezifisch strafrechtlicher Restriktionen; dazu unten 2.), eine Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht nach § 266 StGB.

Schwierigkeiten macht hingegen die Beurteilung solcher Verhaltensweisen, die sich nach den Normen der Primärordnung nicht ohne weiteres als erlaubt oder unerlaubt qualifizieren lassen. Hier wird teilweise aus dem Bestreben nach restriktiver Auslegung abgeleitet, solche Unsicherheiten stünden der Annahme einer Pflichtverletzung entgegen⁵³. Überzeugend ist das nicht: Der Grundsatz »in dubio pro reo« findet für die Beantwortung von Rechtsfragen keine Anwendung. Es liegt in der Verantwortung der Strafgerichte, auch zivilrechtliche Vorfragen in der Sache zu entscheiden (vgl. § 262 StPO)⁵⁴. Orientiert sich der Täter an einer für ihn günstigeren (falschen) Rechtsauffassung, so sind – wie sonst auch – Irrtumsregeln anzuwenden (§§ 16, 17 StGB)⁵⁵.

Dagegen überzeugt es nicht, wenn *Beulke* es für »geradezu absurd« hält, »den Bürger für ein Verhalten, das von Zivilgerichten und/oder Zivilrechtslehrern als erlaubt eingestuft wird, strafrechtlich zu belangen. Ist eine zivil- oder öffentlich-rechtliche Primärnorm derart unbestimmt oder vieldeutig, dass unklar ist, ob bestimmte Verhaltensweisen als pflichtwidrig einzustufen sind, kann es dem Bürger strafrechtlich nicht zum Vorwurf gemacht werden, wenn er sich für eine dieser Verhaltens-

43 BVerfG, NJW 2008, 1137, 1138. Der Frage, ob auch der intendierte Rechtsgüterschutz der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers Grenzen setzt (sog. »kritische Funktion des Rechtsgutsbegriffs«), braucht hier nicht nachgegangen werden; dazu in kritischer Auseinandersetzung mit dem BVerfG CORNILS, ZJS 2009, 87 ff.; GRECO, ZIS 2008, 234 ff.; HÖRNLE, NJW 2008, 2085 ff.; NOLTENIUS, ZJS 2009, 15 ff.

44 Z. B. BRAMMSEN, wistra 2009, 85, 87; SALIGER, HRRS 2006, 14.

45 Vgl. BGHSt 50, 331, 342 f.; HELLMANN, ZIS 2007, 434 ff.; eingehend WASSMER, Untreue bei Risikogeschäften, 1997, S. 32 ff.

46 SALIGER, in: SSW-StGB, § 266 Rdn. 48; vgl. auch FISCHER, NSTZ-Sonderheft für Klaus Miebach 2009, 11, 20 zum Problem der Wirksamkeit der Einwilligung in eine strafbare Verwendung von Vermögensbestandteilen.

47 BGHSt 49, 147, 158.

48 Zutreffend LENCKNER/PERRON, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, § 266 Rdn. 21 b; dort Rdn. 21 c auch zur Übertragung der Überlegungen auf die Aktiengesellschaft.

49 FEIGEN, in: FS für Rudolphi, 2004, S. 448.

50 HELLMANN, ZIS 2007, 437; SALIGER, in: SSW-StGB, § 266 Rdn. 45.

51 Vgl. PERRON, GA 2009, 219, 225; RÖNNAU, ZStW 119 (2007), 887, 908.

52 Vgl. z. B. § 551 Abs. 3 BGB bzgl. der Pflicht zur verzinslichen Anlage von Mietkautionen bei der Wohnraummiete. Der BGH hält den Vermieter gegenüber dem Mieter für vermögensbetreuungspflichtig; BGHSt 41, 224, 227 ff.

53 BEULKE, in: FS für Eisenberg, 2009, S. 251 f.

54 BGHSt 50, 331, 338; RÖNNAU, ZStW 119 (2007), 913 ff., DERS., NSTZ 2006, 218, 220.

55 Freilich ist gerade bei Fehlvorstellungen bezogen auf normative Tatbestandsmerkmale die Abgrenzung von Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum außerordentlich problematisch; vgl. dazu BGH, JZ 2006, 560, 567 f. (Mannesmann-Urteil; insoweit nicht abgedruckt in BGHSt 50, 331).

alternativen entscheidet⁵⁶. Damit wird eine in der Sache nicht begründbare Sonderdogmatik für § 266 StGB gefordert. Bei jeder fahrlässigen Körperverletzung sind die Gerichte darauf angewiesen, dem Strafrecht vorgelagerte Verhaltensnormen zu konturieren, d. h. anzugeben, ob ein bestimmtes Verhalten in Richtung auf das Rechtsgut der körperlichen Integrität nicht nur gefährlich, sondern unerlaubt gefährlich ist. Die Antwort auf diese Frage kann (gerade auch wenn die Gefahr aus der Sphäre eines Unternehmens kommt, es etwa um Verkehrssicherungspflichten geht) außerordentlich schwierig und auch umstritten sein. Geschriebene Primärnormen werden hier vielfach nicht existieren. Es wäre aber »geradezu absurd« die Tatbestandserfüllung deshalb auszuschließen, weil die Ablehnung einer Pflichtverletzung vertretbar ist. (Und ganz nebenbei bemerkt: Kapitalkräftige Beschuldigte finden fast immer einen fachkundigen Gutachter, der selbst merkwürdigste Auffassungen vertritt und damit eben auch »vertretbar« macht.) Orientiert sich der Bürger an einer von dem für die Entscheidung seines Falles zuständigen Gerichts abweichenden Rechtsauffassung, so liegt ein Irrtumsproblem vor und es ist dogmatisch nicht überzeugend, mit Blick auf unerwünschte Strafbarkeitsrisiken eine allgemeinen Grundsätzen zuwiderlaufende Verlagerung in den objektiven Tatbestand zu propagieren⁵⁷.

2. Das Erfordernis einer »gravierenden Pflichtverletzung«

Verschiedentlich ist in Rechtsprechung⁵⁸ und Literatur⁵⁹ die Auffassung vertreten worden, allein die Rechtswidrigkeit am Maßstab der Primärordnung begründe noch keine Pflichtverletzung im Sinne von § 266 StGB. Diese Vorschrift setze vielmehr eine *gravierende* Pflichtverletzung voraus.

Für diese vom 1. Strafsenat des BGH⁶⁰ (siehe schon oben II.) entwickelte spezifisch strafrechtliche Haftungsvoraussetzung lässt sich vor allem anführen, dass andernfalls die unternehmerische Entscheidungsfreiheit und die Bereitschaft zur Eingehung von Risiken durch die Angst vor strafrechtlicher Haftung gelähmt würden. Der 3. Strafsenat des BGH hat das Erfordernis der gravierenden Pflichtverletzung dagegen – zu Recht – zurückgewiesen⁶¹: Der unternehmerische Ermessensspielraum werde bereits im Rahmen der Primärordnung hinreichend berücksichtigt. Und konkret bezogen auf die Mannesmann-Entscheidung⁶²: Schon im aktienrechtlichen Erfordernis der »Angemessenheit« der Vorstandsvergütung (§ 87 AktG) sei ein weiter unternehmerischer Spielraum berücksichtigt. Ergänzend ist zu bemerken, dass gerade das Recht der Aktiengesellschaft den unternehmerischen Entscheidungsspielraum auch durch allgemeine Vorschriften (§ 93 Abs. 1 S. 2 AktG⁶³) schützt. Es gibt demnach keinen Anlass für eine nochmalige Haftungsbegrenzung im Bereich des Strafrechts.

IV. Anforderungen an den Vermögensnachteil: die »schadensgleiche Vermögensgefährdung«

Verletzt der Täter seine Vermögensbetreuungspflicht durch die Vornahme eines riskanten Geschäfts, so liegt es in der Natur dieser Fälle, dass zunächst noch offen ist, ob sich das geschaffene Risiko auch realisiert oder noch einmal »alles gut geht«. Man könnte sich nun auf den Standpunkt stellen, der für die Erfüllung von § 266 StGB vorausgesetzte »Vermögensnachteil« sei erst dann eingetreten, wenn sich das Risiko für das betreute Vermögen realisiert hat⁶⁴. Ist dies nicht der Fall, so läge allenfalls ein, bei § 266 StGB nicht strafbarer, Versuch vor.

Die h. M. ist freilich anderer Auffassung: Schon die konkrete Gefährdung des Vermögens mindere dessen wirtschaftlichen Wert und stelle deshalb einen Schaden dar⁶⁵. Die pflichtwidrig riskante Handlung fällt danach mit dem Vermögensnachteil zusammen⁶⁶. Hintergrund dieser sogenannten »schadensgleichen Vermögensgefährdung« ist ein im Kern wirtschaftlicher Vermögensbegriff, wonach zum Vermögen die Gesamtheit der geldwerten Güter einer natürlichen oder juristischen Person, abzüglich der Verbindlichkeiten, gehört⁶⁷. Dieses Vermögen kann bereits durch Risiken belastet und damit vermindert werden.

Der Umgang der Rechtsprechung mit der »schadensgleichen

Vermögensgefährdung« hat allerdings erhebliche Kritik gefunden. So schreibt jüngst *Beulke*⁶⁸: »Der inflationäre Rückgriff der Rechtsprechung auf die Rechtsfigur der schadensgleichen Vermögensgefährdung ist die wohl bedauernswerteste Fehlentwicklung der Rechtsprechung in den letzten Jahrzehnten im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts«. Diese führe angesichts der Weite des § 266 StGB zu »unerträglichen Unsicherheiten«. Und: »Die als Verletzungsdelikt konzipierte Untreue wird dadurch contra legem in ein konkretes Gefährdungsdelikt umgewandelt; die Entscheidung des Gesetzgebers, den Versuch der Untreue – anders als beim Betrug – nicht unter Strafe zu stellen, wird unterlaufen.«

Zu Recht verweist diese Kritik auf die Gefahr, das geschützte Vermögen seiner Konturen zu berauben⁶⁹. Die Attraktivität der Figur der »schadensgleichen Vermögensgefährdung« für die Rechtsprechung resultiert aus einer Reduzierung der Anforderungen an die genaue Bezifferung des Schadens⁷⁰. Die Gefahr konturloser Ausdehnung ist im *Begriff* der »schadensgleichen Vermögensgefährdung« angelegt, der einen Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot (Art. 103 Abs. 2 GG) impliziert⁷¹: § 266 StGB verlangt den *Eintritt* eines Vermögensnachteils. Eine »Schadensgleichheit« im Sinne einer bloßen Äquivalenz zu einem tatsächlich eingetretenen Schaden kann danach keinesfalls ausreichen⁷². Andererseits dürfte aber auch kaum ein Zweifel daran bestehen, dass bereits eine Gefahr für das Vermögen dessen Wert im Wirtschaftsverkehr mindern kann⁷³. Gerade mit Blick auf die Komplexität der Verhältnisse des modernen Wirtschaftsverkehrs wäre es nicht sachgerecht, die Anfälligkeit des Vermögens gegen Gefährdungen zu ignorieren und den Schutzbereich des § 266 StGB auf abschließend realisierte Schäden zu verengen. Der Gesetzgeber hat dieser Einsicht im Untreuetatbestand sogar durch die Missbrauchsalternative »einen anderen zu verpflichten« Rechnung getragen⁷⁴. Kurz: Lediglich auf den *Begriff* der »schadensgleichen Vermögensgefährdung« ist zu verzichten. Eine Gefahrenlage kann aber durchaus bereits einen

56 BEULKE, in: FS für Eisenberg, 2009, S. 251 f.

57 So aber BEULKE, in: FS für Eisenberg, 2009, S. 252.

58 BGHSt 47, 148, 149 f., 152 f.; 47, 187, 197.

59 Z. B. DIERLAMM, StraFo 2005, 402 ff.; LÜDERSSEN, in: FS für Lampe, 2003, S. 729.

60 BGHSt 47, 148, 149 f., 152 f.; 47, 187, 197.

61 BGHSt 50, 331, 343 f.; BGH, wistra 2010, 21, 23 f.

62 Vgl. auch RÖNNAU, ZStW 119 (2007), 909 ff.; SCHÜNEMANN, NStZ 2005, 476; DERS., NStZ 2006, 197.

63 Diese sogenannte business judgement rule lautet: »Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln«.

64 So ansatzweise BERNSMANN, GA 2007, 230; NAUCKE, StV 1985, 187.

65 BRAMSEN, wistra 2009, 85, 89; NACK, StraFo 2008, 277, 278; RANSIEK, ZStW 116 (2004), 634, 659 ff.

66 Zur »Verschleifung von Tathandlung und Taterfolg als Strukturproblem« SALIGER, in: SSW-StGB, § 266 Rdn. 8; DERS., HRRS 2006, 14; SCHÜNEMANN, NStZ 2005, 475, meint, bei der Bankuntreue seien Pflichtwidrigkeit und Schaden »im Grunde genommen nur zwei Seiten derselben Medaille«.

67 FISCHER, Strafgesetzbuch, 56. Aufl. 2009, § 263 Rdn. 54 f.

68 BEULKE, in: FS für Eisenberg, 2009, S. 262; vgl. auch PERRON, GA 2009, 227 ff.

69 Beispiele bei SALIGER, HRRS 2006, 12 f.

70 BOSCH, JA 2009, 549 f.; DERS., wistra 2001, 257 ff.; vgl. auch FISCHER, NStZ-Sonderheft für Klaus Miebach 2009, 15.

71 Vgl. BGH, NJW 2009, 2390, 2391; BERNSMANN, GA 2007, 229; BRAMSEN, wistra 2009, 89; FISCHER, Strafgesetzbuch, 56. Aufl. 2009, § 263 Rdn. 94; NAUCKE, StV 1985, 187. Dass darin letztlich kein Verfassungsverstoß liegt (BVerfG, NStZ 2009, 560) folgt daraus, dass der irreführende Begriff einen sachlich berechtigten Inhalt aufweist; dazu der Text.

72 OTTO, in: FS für Lackner, 1987, S. 723; RANSIEK, NJW 2007, 1727, 1729.

73 So wie umgekehrt Expektanzen den Wert des Vermögens erhöhen können; CRAMER/PERRON, in: Schöne/Schröder, Strafgesetzbuch, § 263 Rdn. 87 ff.

74 SALIGER, in: SSW-StGB, § 266 Rdn. 67.

Vermögensschaden begründen. Dass sich dieser Schaden bei Realisierung der Gefahr noch ausweiten kann, macht dann lediglich einen quantitativen Unterschied⁷⁵.

Auf diesen Standpunkt hat sich neuerdings dezidiert der 1. Strafsenat des BGH gestellt⁷⁶: Die Diskussion um die schadensgleiche Vermögensgefährdung verspreche keinen Erkenntnisgewinn, weil bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise auch der drohende Schaden einen Vermögensnachteil darstellen müsse. Dieser Schaden lasse sich auch berechnen⁷⁷. Mit dem Verzicht auf die Figur der »schadensgleichen Vermögensgefährdung« werde der Gefahr einer Überdehnung des Tatbestandes »durch Einbeziehung nur abstrakter Risiken« entgegengewirkt⁷⁸.

V. Anforderungen an den subjektiven Tatbestand

Es entspricht allgemeinen dogmatischen Grundsätzen, dass sich der Vorsatz auf alle Umstände beziehen muss, deren Vorliegen für die Erfüllung des objektiven Tatbestands vorausgesetzt ist. Liegt das tatbestandsmäßige Verhalten in der Eingehung eines riskanten Geschäfts, welches das Vermögen mit Verlustrisiken belastet und damit bereits einen Nachteil für das betreute Vermögen begründet, so muss sich der Vorsatz folglich auf die unerlaubt riskante Handlung und deren wirtschaftliche Relevanz beziehen⁷⁹. Weiß der Täter um diese Umstände, so liegt direkter Vorsatz vor, auch wenn dem Täter die nachteiligen Auswirkungen seines Verhaltens nicht recht sein mögen. Geht er lediglich von der Möglichkeit unerlaubt riskanten Verhaltens bzw. eines Vermögensnachteils aus, so genügt als voluntatives Vorsatzelement, dass er diese Umstände billigend in Kauf nimmt⁸⁰. Ausreichend ist also, wenn sich der Täter mit dem von ihm geschaffenen, das Vermögen belastenden Risiko abfindet⁸¹. Der Vorsatz muss sich nicht auf die Realisierung dieses Risikos beziehen.

Von diesen Grundsätzen ist jüngst der 2. Strafsenat des BGH abgewichen⁸².

Das Urteil betrifft den in der Öffentlichkeit intensiv diskutierten Fall des Parteifunktionärs Kanther, der in dieser Eigenschaft Vermögenswerte seiner Partei auf ausländische Konten transferierte, so dass sie nicht im Rechenschaftsbericht der Partei auftauchten. Die darin liegende Pflichtwidrigkeit veranlasste den Präsidenten des Deutschen Bundestags zur Rückforderung staatlicher Förderbeträge in Millionenhöhe. Als Anknüpfungspunkt des Untreuevorwurfs kommt hier u. a. das durch die Verschleierung geschaffene Risiko von Rückforderungen in Betracht.

Da Kanther sowohl um die Verschleierung des Parteivermögens als auch um die staatlichen Rückforderungsansprüche wusste, hätte eigentlich die sichere Kenntnis des eingegangenen Risikos für die Annahme von direktem Vorsatz gesprochen⁸³. Der BGH dagegen hat nicht nur akzeptiert, dass das Landgericht von *dolus eventualis* ausgegangen ist⁸⁴, sondern hat auch dessen Anforderungen für § 266 StGB modifiziert: Erforderlich sei nicht nur die Billigung der Gefährdung, sondern »darüber hinaus eine Billigung der Realisierung dieser Gefahr, sei es auch nur in der Form, dass der Täter sich mit dem Eintritt des ihm unerwünschten Erfolges abfindet«⁸⁵.

Hintergrund dieser Einschränkung der Untreuestrafbarkeit im subjektiven Tatbestand ist das Bemühen um ein restriktives Verständnis von § 266 StGB. Bei Risikogeschäften werde der Tatbestand »in Richtung auf ein bloßes Gefährdungsdelikt« ausgeweitet⁸⁶. Mit der Anerkennung einer »konkreten Vermögensgefährdung« als Schaden werde die Abgrenzung zum – nicht strafbaren – Versuch problematisch⁸⁷. Schließlich fehle eine Strafbarkeitseinschränkung im subjektiven Bereich, wie sie beim Betrug (§ 263 StGB) mit der Bereicherungsabsicht gegeben sei. Deshalb hält es der Senat für gerechtfertigt, an die Erfüllung des subjektiven Tatbestandes Anforderungen zu stellen, die im objektiven Tatbestand kein Pendant aufweisen.

Folgt man dieser Auffassung, so dürfte der Anwendungs-

bereich der Untreue deutlich eingeschränkt sein⁸⁸. Die Lösung ist aber, wie *Beulke* zu Recht festhält, »in dogmatischer Hinsicht alles andere als überzeugend«⁸⁹. Ihr wird die Grundlage entzogen, wenn man (wie oben IV. dargestellt) mit dem 1. Strafsenat der Auffassung ist, dass sich der Gefährdungsschaden lediglich in quantitativer, nicht aber in qualitativer Hinsicht vom endgültig realisierten Schaden unterscheidet. Die behauptete Nähe zu einem bloßen Gefährdungsdelikt erweist sich dann als Fehl intuition. Auch ist nicht ersichtlich, warum es Sache der Rechtsprechung sein soll, die gesetzgeberische Entscheidung, § 266 StGB im Unterschied zu § 263 StGB nicht als Delikt mit überschießender Innentendenz auszugestalten, zu korrigieren. Konsequenz – und zu Recht! – hält der 1. Strafsenat des BGH deshalb daran fest, dass es auf die Billigung eines eventuellen Endschadens nicht ankommt⁹⁰.

VI. Ergänzende Bemerkungen zum Strafprozess

Das bisher gezeichnete Bild von den strafrechtlichen Risiken bei wirtschaftlich riskanten Entscheidungen wäre ohne einen Blick auf das Strafverfahren noch nicht vollständig. Die vielfältigen Bemühungen darum, dem Untreuetatbestand klarere Konturen zu geben, werden nämlich strafprozessual auf unterschiedliche Weise unterlaufen:

- 75 Zutreffend FISCHER, NStZ-Sonderheft für Klaus Miebach 2009, 11 ff., 14 f. Vgl. auch (jeweils am Fall des Eingehungsbetruges) KREY, Strafrecht BT II, 15. Aufl. 2008, Rdn. 448; OTTO, Strafrecht BT, 7. Aufl. 2005; SATZGER, JURA 2009, 526; SEYFERT, JuS 1997, 34; vgl. schon OLG Hamm, GA 1957, 121, 122.
- 76 BGH, NJW 2008, 2451, 2452; NJW 2009, 2390 (die letztgenannte Entscheidung betraf allerdings einen Betrugsfall). Im gleichen Sinne etwa auch BRAMMSEN, wistra 2009, 89; NACK, StraFo 2008, 278 ff.
- 77 Die prozessuale Umsetzung dieser Berechnung kann freilich Probleme bereiten; dazu der BGH, NJW 2009, 2390, 2391: »Wenn eine genaue Feststellung zur Schadenshöhe zum Zeitpunkt der Vermögensverfügung nicht möglich ist, wird der Tatrichter im Hinblick auf die Besonderheiten des Strafrechts Mindestfeststellungen zu treffen haben. ... Dies kann durch Schätzung im Rahmen des dabei eingeräumten Beurteilungsspielraums geschehen«. Kritisch insoweit BOSCH, JA 2009, 549 f.
- 78 BGH, NJW 2009, 2390, 2391.
- 79 Vgl. WEBER, in: FS für Eisenberg, 2009, S. 372.
- 80 So die übliche Formel zum *dolus eventualis* nach der Rechtsprechung. Die herrschende Lehre meint sachlich das gleiche mit dem Erfordernis der »Ernstnahme« des Erfolgsintritts. Zusammenfassend zu den unterschiedlichen Auffassungen zum Eventualvorsatz etwa WESSELS/BEULKE, Strafrecht AT, 38. Aufl. 2008, Rdn. 214 ff.
- 81 BGHSt 47, 148, 157.
- 82 BGHSt 51, 100; ebenso BGH, NStZ 2007, 704.
- 83 Zutreffend RANSIEK, NJW 2007, 1727, 1729; am Beispiel der Kredituntreue KÜHNE, StV 2002, 199; NACK, StraFo 2008, 277, 278; ähnlich BERNSMANN, GA 2007, 219, 229. Vgl. auch den 1. Strafsenat des BGH, NJW 2008, 2451, 2452.
- 84 Das LG Wiesbaden hatte »wenigstens bedingten Vorsatz« in Bezug auf den Gefährdungsschaden angenommen, obwohl es davon ausgegangen war, dass die Angeklagten von der Gefahr wussten. Der BGH hat nicht dies beanstandet, sondern die Annahme des voluntativen Elements des *dolus eventualis* zurückgewiesen; BGHSt 51, 100, 118 ff. Man könnte diese Vorgehensweise dahingehend interpretieren, dass die Billigung der Risikorealisation auch bei direktem Vorsatz bezogen auf das eingegangene Risiko verlangt wird (wogegen aber die Ausführungen von FISCHER, NStZ-Sonderheft für Klaus Miebach 2009, 13 f., sprechen).
- 85 BGHSt 51, 100, 121.
- 86 BGHSt 51, 100, 121.
- 87 BGHSt 51, 100, 123.
- 88 BERNSMANN, GA 2007, 230; BEULKE, in: FS für Eisenberg, 2009, 264. Dass dieser Aspekt – und nicht dogmatische Konsistenz – im Vordergrund steht, wird letztlich auch aus den Ausführungen von FISCHER, NStZ-Sonderheft für Klaus Miebach 2009, 13 f., hinreichend deutlich.
- 89 BEULKE, in: FS für Eisenberg, 2009, S. 264; in diesem Sinne auch BERNSMANN, GA 2007, 230; WEBER, in: FS für Eisenberg, 2009, S. 375. Bedenken in Hinblick auf die Handhabung in der Praxis bei PERRON, GA 2009, 230 f.
- 90 BGH, NJW 2009, 2390, 2391; in diesem Sinne auch NACK, StraFo 2008, 280 f.

Zunächst entfällt der Bedarf nach präziser und begründeter Subsumtion eines Sachverhalts unter § 266 StGB in den praktisch häufigen Fällen, in denen das Verfahren aus Gründen der *Opportunität* eingestellt wird. In Betracht kommen solche Einstellungen u. a. bei Geringfügigkeit (§ 153 StPO) und in Fällen, in denen das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung durch eine Auflage oder Weisung beseitigt werden kann (§ 153 a StPO). In Wirtschaftsstrafverfahren spielt insbesondere die Einstellung nach § 153 a StPO gegen eine Geldauflage eine wichtige Rolle. So wurden im Mannesmann-Fall die verschiedenen Verfahren schließlich gegen Geldauflagen in Millionenhöhe eingestellt⁹¹. Da die Einstellung nicht anfechtbar ist⁹², bleibt der Weg zu einer höchstrichterlichen Klärung einer Rechtsfrage regelmäßig versperrt⁹³.

Wird das Verfahren nicht eingestellt, bedeutet das noch nicht notwendig, dass das Gericht den Fall in seinen dogmatischen Feinheiten durchdringen muss. Dies ist, jedenfalls faktisch, eine Folge der gerade in Wirtschaftsstrafverfahren um sich greifenden Praxis der *Absprachen*. Die seit 4. 8. 2009 gesetzlich verankerte Möglichkeit der Verständigung über ein Geständnis bei gleichzeitiger Zusicherung eines bestimmten Strafraums, innerhalb dessen die konkrete Strafe zu verhängen ist (§ 257 c StPO)⁹⁴, dient gerade bei rechtlich und tatsächlich schwierigen Fällen der Entlastung der Gerichte. Auch bei der Absprache kommt es regelmäßig – trotz rechtlicher Zulässigkeit der Einlegung eines Rechtsmittels (vgl. § 302 Abs. 1 S. 2 StPO) – nicht zu einer Kontrolle durch die höchstrichterliche Rechtsprechung, weil die Beteiligten mit dem ausgehandelten Resultat des Prozesses zufrieden sind.

VII. Fazit

1. Riskantes Verhalten im Geschäftsverkehr kann als Untreue strafbar sein. Es gibt – sowohl auf der Ebene des objektiven als auch des subjektiven Tatbestands – keinen Anlass, ein spezifisch strafrechtliches »Managerprivileg« zu etablieren. Die weiten unternehmerischen Entscheidungsspielräume, die auch in strafrechtlicher Hinsicht zu respektieren sind, schützen hinreichend

vor Überkriminalisierungen. Freilich ist in der Praxis sehr sorgfältig zu prüfen, ob diese Entscheidungsspielräume überschritten sind und ob aus einer Risikoentscheidung bereits ein Vermögensnachteil (nicht nur eine abstrakte Gefährdung) resultiert.

2. Die vielfach geäußerte Sorge über die Konturlosigkeit von § 266 StGB findet weniger hinsichtlich des materiellen Rechts, als vielmehr mit Blick auf den prozessualen Umgang mit komplexen wirtschaftsstrafrechtlichen Sachverhalten ihre Berechtigung: Durch Opportunitätseinstellungen und Absprachen werden rechtlich und tatsächlich komplexe Sachverhalte auf mehr oder minder ungeklärter Tatsachen- und Rechtsgrundlage in weitgehend formloser Weise erledigt. Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat praktisch kaum noch Gelegenheit, die Auslegung durch die Untergerichte zu beeinflussen. Von dieser Seite droht die größte Gefahr für die Strafrechtspflege, und zwar gerade in Wirtschaftsstrafsachen.

3. Diese Gefahr ist umso ernster zu nehmen, als sie geeignet ist, alte Vorurteile gegen die Strafjustiz wieder zu beleben: Opportunitätseinstellungen und abgesprochene Urteile erwecken in der Öffentlichkeit den Eindruck einer Privilegierung von wohlhabenden Tätern. Die Eingangs angesprochenen gesellschaftlichen Spannungen werden damit durch die Strafjustiz am Ende nicht entschärft, sondern drohen sogar umgekehrt geradezu verstärkt zu werden.

⁹¹ Im Einzelnen wurden den Angeklagten folgende Zahlungsaufgaben gemacht: Prof. Dr. Funk: 1 Mio. EUR; Zwickel: 60.000 EUR; Ladberg: 12.500 EUR; Dr. Esser: 1,5 Mio. EUR; Dr. Ackermann: 3,2 Mio. EUR. Ein weiteres Beispiel ist der »Fall Kohl«, LG Bonn, NStZ 2001, 375 ff.; vgl. dazu umfassend SALIGER, Parteiengesetz und Strafrecht, 2003; zu Recht kritisch gegenüber der Einstellung mit Blick auf die Unklarheit von Rechtsfragen BEULKE/FAHL, NStZ 2001, 426, 428.

⁹² Vgl. § 172 Abs. 2 S. 3 StPO bei Einstellung durch die Staatsanwaltschaft und §§ 153 Abs. 2 S. 4; 153 a Abs. 2 S. 4 StPO bei Einstellung durch das Gericht.

⁹³ Im Mannesmann-Fall konnte der BGH sich nur deshalb zu zentralen Rechtsfragen äußern, weil die Einstellung erst nach einer Zurückverweisung durch den BGH (§ 354 Abs. 2 StPO) erfolgt war.

⁹⁴ Dazu eingehend – und kritisch – MURMANN, ZIS 2009, 526 ff.