

„Untreuestrafrecht 2.0“

Theoretische und systematische Grundlagen der Dogmatik des § 266 StGB im Rechtsstaat

Von RiOLG Prof. Dr. **Matthias Jahn**, Wiss. Mitarbeiter Dr. **Sascha Ziemann**, Frankfurt/Main*

„Sofern nicht einer der klassischen Fälle der Untreue vorliegt, weiß kein Gericht und keine Anklagebehörde, ob § 266 vorliegt oder nicht.“¹ Dieser Satz ist derart in die Tiefenstruktur des deutschen Wirtschaftsstrafrechts eingedrungen, dass ihm nur schwer zu entkommen ist. Selbst diejenigen, die die Allgegenwärtigkeit des Bonmots beklagen,² müssen bei realistischer Analyse eingestehen, dass es die Lage weitgehend zutreffend charakterisiert.³ Wenn aber die Wirklichkeitsbeschreibung, die Hellmuth Meyers mehr als sechs Jahrzehnte altem Lehrsatz zugrunde liegt, auch heute noch im Kern richtig ist, besteht in Theorie und Praxis weiterhin ein Bedürfnis nach konzeptionellen Überlegungen zur rechtsstaatlichen Konturierung des Untreuetatbestands. Von diesem Erkenntnisinteresse lässt sich der nachfolgende Beitrag zu den Grundlagen einer rechtsstaatlichen Dogmatik der Untreuestrafbarkeit⁴ leiten.

Zum Gedenken an *Klaus Lüderssen* (1932-2016)

I. Einführende Überlegungen zum Schutzzweck des § 266 StGB

Der Untreuetatbestand ist – darüber ist man sich zumindest im Ausgangspunkt einig – ein reines Vermögensdelikt. § 266 StGB schützt den Inhaber eines Vermögens vor schädigenden Maßnahmen einer mit dessen Verwaltung oder Kontrolle beauftragten Person. Dass bei einer Schädigung im Einzelfall gleichzeitig Vertrauen beim sozialen Kontakt enttäuscht werden kann, mag zutreffen. Mit dem Rechtsgut des § 266 StGB hat dies allerdings unmittelbar nichts zu tun.⁵ Das De-

likt bestraft keine Pflichtverletzungen im sozialen Nahraum, sondern Vermögensbeschädigungen.

Die Schutzbedürftigkeit fremden Vermögens ist vor allem Folge der organisationsökonomischen Trennung von Eigentumsinhaberschaft einerseits und Verwaltung bzw. Kontrolle des Eigentums andererseits. Der Tatbestand trägt daher in institutionentheoretischer Sicht dem Prinzipal-Agent-Konflikt Rechnung.⁶ Die Nachteilsgeneigtheit dieser abstrakten Interessendivergenz für den Vermögensinhaber hat auch das BVerfG in seinem Junibeschluss⁷ mit Recht als zentrale legitimatorische Grundlage des Straftatbestandes herausgestellt.⁸ Dies begründet die normativ herausgehobene Stellung des Straftatbestandes im Gesamtzusammenhang des Wirtschaftsstrafrechts. Die Mechanik der Arbeitsteilung zeigt sich insbesondere in Kapitalgesellschaften wie beispielsweise der AG, bei der an die Stelle der früheren Eigenkontrolle des Eigentümerunternehmers die Fremdkontrolle durch angestellte Unternehmer (Vorstand) und bestellte Aufsichtspersonen (Aufsichtsrat) tritt.⁹ Erst diese Erweiterung des mit Verwal-

Vertrauen auf die Einhaltung der (Vermögensstraf-)Rechtsordnung und unterscheidet sich damit nicht kategorial von der heute h.M.

⁶ Ähnliche Konzeptionen finden sich bei *Lüderssen*, StV 2009, 486 (492); *Rönnau*, ZStW 119 (2007), 887 (892); *Beulke*, in: Müller/Sander/Válková (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Eisenberg zum 70. Geburtstag, 2009, S. 245; *Tiedemann*, in: Jescheck (Hrsg.), Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989, 1989, S. 319; *Mansdörfer*, Zur Theorie des Wirtschaftsstrafrechts, 2011, Rn. 347 ff.; *Saliger*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2014, § 266 Rn. 3; *Kindhäuser*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 4. Aufl. 2013, § 266 Rn. 3.

⁷ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08 u.a. = BVerfGE 126, 170 = NJW 2010, 3209 (insb. 3212 ff. Rn. 85 ff.). Zum Leitcharakter dieses Beschlusses siehe *Saliger* NJW 2010, 3195; *ders.* (Fn. 6), § 266 Rn. 4 („bahnbrechen[d]“); *Jahn*, JZ 2011, 340 (346, „Grundsatzentscheidung“); zur rechtmethologischen Bedeutung der Entscheidung ausführlich *U. Neumann*, in: Fahl/Müller/Satzger/Swoboda (Hrsg.), Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe, Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, 2015, S. 197. Zurückhaltender etwa *M. Krüger*, NSTZ 2011, 369 (372): „Alter Wein in neuen Schläuchen“.

⁸ Nach BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08 u.a. = BVerfGE 126, 170 = NJW 2010, 3209 (3212 Rn. 88), ist das Anliegen des Gesetzgebers „angesichts des die moderne Wirtschaft prägenden Auseinanderfallens von Vermögensinhaberschaft und beauftragter Verfügungsmacht (Management) von hoher und zunehmender aktueller Bedeutung“.

⁹ Zu dieser Entwicklung siehe klassisch *Berle/Means*, The Modern, Corporation and Private Property, 1932; aus der

* Die Verf. sind Co-Direktor bzw. Wiss. Mitarbeiter des Instituts für das Gesamte Wirtschaftsstrafrecht (IGW) der Goethe-Universität Frankfurt.

¹ *H. Mayer*, Die Untreue, in: Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. 1: Gutachten der Strafrechtslehrer, 1954, S. 333 (337). Der Text befindet sich heute, was seine Dignität noch unterstreichen mag, im Bundesarchiv (BArch, B 141/3361).

² *Fischer*, NSTZ-Sonderheft Miebach 2009, 8.

³ Vgl. *Fischer* StraFo 2008, 269 Fn. 10. Auch *Erstverf.* hat sich hier einzureihen, vgl. *Jahn* JuS 2006, 379.

⁴ Gekürzter Vorabdruck des Grundlagenteils der im Erscheinen begriffenen Kommentierung in: *Leitner/Rosenau* (Hrsg.), Nomos Kommentar Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2016, § 266 Rn. 4-38. Den beiden Herausgebern *Werner Leitner* und *Henning Rosenau* ist für die freundliche Kooperation ebenso zu danken wie dem Nomos Verlag, Baden-Baden – insbesondere unserer Lektorin *Anke Tröltzsch* –, für die Vorabdruckgenehmigung.

⁵ Statt vieler *Fischer*, in: *Jahn/Nack* (Hrsg.), Gegenwartsfragen des europäischen und deutschen Strafrechts, 2012, S. 73 (S. 74). A.A. im Wesentlichen nur *Dunkel* GA 1977, 329 (334 f.). Die Konzeption von *R. Reiß*, Das „Treueverhältnis“ des § 266 StGB, 2014, S. 224, betont hingegen das abstrakte

tung und Kontrolle fremden Eigentums betrauten Personalbestandes lässt zusätzliche strafrechtliche Schutzerfordernisse für das fremdbetreute Vermögen entstehen.¹⁰ Nur hierhin liegt der berechtigte inhaltliche Kern des im Übrigen absichts- und effektiv gewählten Sprachbildes des seinerzeitigen Senatsvorsitzenden *Tolksdorf* bei der mündlichen Urteilsbegründung im Mannesmann/Vodafone-Revisionsverfahren, die Vorstände seien mit Blick auf das Vermögen der AG „nicht Gutsherren, sondern Gutsverwalter.“¹¹

II. Zur Regelungsstruktur des Untreuetatbestands

1. Akzessorischer Charakter – Grundlagen und Konsequenzen

a) Grundlagen akzessorischen Untreuestrafrechts

Der Umfang der strafbewehrten Pflichten zur fremdnützigen Vermögensbetreuung ergibt sich aus dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis des zivilrechtlichen Primärrechts, z.B. des Gesellschaftsrechts, oder des öffentlich-rechtlichen Primärrechts, z.B. des Finanzaufsichtsrechts oder Haushaltsrechts.¹² § 266 StGB ist damit akzessorisch konstruiert: Die Strafbarkeit setzt notwendig ein pflichtwidriges Handeln auf der außerstrafrechtlichen Primärrechtsebene voraus. Ist das Handeln schon auf der Ebene der Bezugsrechtsmaterie pflichtgemäß, führt dies nach allgemeiner Auffassung zu einem Ausschluss der Strafbarkeit (sog. negative Akzessorität). Deshalb gilt: Zivilrechtlich, öffentlich-rechtlich usw. zulässiges und wirksames Verhalten kann strafrechtlich nicht

verboten sein. Aber auch ein pflichtwidriges Handeln auf Primärrechtsebene schlägt nicht automatisch auf die strafrechtliche Bewertung durch (sog. asymmetrische Akzessorität). Deshalb folgt kein zwingendes strafrechtliches Verbot allein aus der Primärrechtswidrigkeit eines Verhaltens.

b) Die primärrechtliche Ausgangslage

aa) Die prozessuale Entscheidungsverantwortung des Strafgerichts

Wann dabei ein Verhalten als pflichtmäßig oder pflichtwidrig anzusehen ist, ist durch das Strafgericht in eigener (straf-)prozessualer Verantwortung (§ 262 Abs. 1 StPO)¹³ aber nach außerstrafrechtlichen, d.h. primärrechtlichen Kriterien zu beurteilen. Damit sind freilich auch Gestaltungsobliegenheiten der übrigen Verfahrensbeteiligten, allen voran der Strafverteidigung, für das materiell-strafrechtlich richtige Ergebnis angesprochen. Der Beitrag forensisch erfahrener Wirtschaftsstrafverteidiger für die Entwicklung der Untreuedogmatik kann dabei nicht hoch genug eingeschätzt werden.¹⁴ Neben den von außen schwer zu ermessenden innerprozessualen Interventionswirkungen legt darüber eine Fülle von Aufsätzen und Kommentierungen wissenschaftlich ausgewiesener Verteidiger in den letzten zwei Jahrzehnten beredtes Zeugnis ab. Die Wurzeln einer Praxis und Theorie verbindenden Wirtschaftsstrafverteidigung reichen freilich bis in das frühe 20. Jahrhundert zurück¹⁵.

Die Akzessorität des Untreuestrafrechts ist eine Rechtsakzessorität – sie ist keine Gerichtsakzessorität und auch keine Wissenschaftsakzessorität.¹⁶ Das Strafgericht unterliegt insbesondere auch in tatsächlicher Hinsicht, etwa hinsichtlich der Tatsachenfeststellungen, keinen Bindungs-

deutschen Literatur zur rechtlich verfassten Korporation grds. *Pross*, Manager und Aktionäre in Deutschland, 1965; *Ott*, Recht und Realität der Unternehmenskooperation, 1977, S. 162 ff.

¹⁰ *Schünemann*, ZIS 2012, 183; *ders.*, in: Freund/Murmann/Bloy/Perron (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, 2013, S. 837 (839 f.). Der Zusammenhang mit der White Collar-Kriminologie ist offensichtlich, vgl. nur *Heinrich*, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl. 2015, § 22 Rn. 8 u. § 19 Rn. 8 ff.

¹¹ Zur Kritik an der teils schiefen Bildersprache der Untreuedogmatik *Volk*, in: Dölling/Götting/Meier/Verrel (Hrsg.), Verbrechen – Strafe – Resozialisierung, Festschrift für Heinz Schöch zum 70. Geburtstag am 20. August 2010, 2010, S. 369 (370). Nach zutreffender Analyse von *Engelmann*, Rechtstheorie 46 (2015), 1 (21), handelt es sich im Übrigen um eine „argumentationsersetzende persuasive Metapher“.

¹² Das ist als Grundstruktur unstreitig, vgl. BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08 u.a. = BVerfGE 126, 170 = NJW 2010, 3209 (3213 Rn. 96); BGH, Beschl. v. 13.9.2010 – 1 StR 220/09 = BGHSt 55, 288 = NJW 2011, 88 (91) mit insoweit zustimmender Anm. *Jahn*, JuS 2011, 183 (184); *Volk*, in: Michalke (Hrsg.), Festschrift für Rainer Hamm zum 65. Geburtstag am 24.12.2008, 2008, S. 803; *Heinrich* (Fn. 10), § 22 Rn. 69a; *Saliger* (Fn. 6), § 266 Rn. 31; *S. Höfler*, Terminologische und inhaltliche Unterschiede zwischen Zivil- und Strafrecht, dargestellt an ausgewählten Beispielen im Rahmen der Untreue und Urkundenfälschung, 2009, S. 40 f.

¹³ Die prozessuale Entscheidungsverantwortung des Strafgerichts betonen zutreffend auch *Wohlens*, ZStW 123 (2011), 791 (802, 804 f.); *Rönnau*, ZStW 119 (2007), 887 (913 ff.), und *ders.*, NSTZ 2006, 218 (220); zuzf. *Dinter*, Der Pflichtwidrigkeitsvorsatz der Untreue, 2012, Rn. 198 ff.

¹⁴ Zur Verteidigung in Wirtschaftsstrafsachen allg. *Krekeler*, wistra 1983, 280; *Lüderssen*, StV 1990, 415 (418); *Knierim*, in: Volk (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch, Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, 2. Aufl. 2014, § 7; *Krekeler*, in: Brüßow/Gatzweiler/Krekeler/Mehle (Hrsg.), Strafverteidigung in der Praxis, 4. Aufl. 2007, § 21, sowie die Typologie bei *Jahn*, StV 2014, 40 (42). Speziell zur Verteidigung beim Vorwurf der Untreue *Beukelmann*, in: Volk (a.a.O.), § 18, und *Quedenfeld/Richter*, in: Bockemühl (Hrsg.), Handbuch des Fachanwalts Strafrecht, 6. Aufl. 2014, 6. Teil 5. Kap. Rn. 239 ff.

¹⁵ Sie fanden in *Max Alsberg* einen ersten, herausragenden Exponenten, siehe z.B. *ders.*, Wirtschaftsstrafrecht als Problem der Gesetzgebung, Praxis und Wissenschaft, 1931; zu ihm siehe nur die Edition von Taschke (Hrsg.), *Max Alsberg*, 2. Aufl. 2013; *Jahn*, NZWiSt 2014, 58.

¹⁶ Ebenso *Samson*, in: Gesellschaftsrechtliche Vereinigung (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2004, 2005, S. 109 (112); *Rönnau*, NSTZ 2006, 218 (220); *ders.*, ZStW 119 (2007), 887 (913); *Saliger* (Fn. 6), § 266 Rn. 31a.

wirkungen durch primärrechtliche Gerichtsentscheidungen (§ 262 Abs. 1 StPO).¹⁷ Allerdings ist das Strafgericht in Ausübung pflichtgemäßem Ermessens befugt, das Verfahren zu Gunsten einer solchen Entscheidung auszusetzen (§ 262 Abs. 2 StPO). Reicht in Fällen der Aufklärung wirtschaftlicher Sachverhalte die Sachkunde des Strafgerichts nicht aus, wie etwa im Rahmen der Feststellung ausländischer (Zivil-) Rechts oder der Schadensbeurteilung, hat sich das Gericht sachverständiger Hilfe zu bedienen (*argumentum e contrario* § 244 Abs. 4 S. 1 StPO). Dies stellt angesichts der – inhaltlich berechtigten – Imperative der Judikatur des BVerfG die Praxis vor Herausforderungen, denn die zur Begründung der Pflichtverletzung und des Vermögensnachteils bei Risikogeschäften bis zum Jahr 2010 geläufigen Vereinfachungen sind seit BVerfGE 126, 170 von Verfassungen wegen unzulässig.¹⁸ An ihre Stelle tritt das Gebot quasi-bilanzieller Schadensbewertung. *Hefendehl*¹⁹ hat diese Entwicklung aufgegriffen und die Frage aufgeworfen, ob sich das Untreue- hin zu einem Sachverständigenstrafrecht bewege. Sie ist im Grundsatz zu bejahen²⁰ – mit allen prozessualen Konsequenzen für das Ermittlungs- und Hauptverfahren von der Auswahl des Sachverständigen (Nr. 70 Abs. 1 RiStBV²¹) bis hin zu der Frage,

¹⁷ Nach h.M. gilt § 262 Abs. 2 StPO nicht nur für zivilrechtliche, sondern in entsprechender Anwendung auch für öffentlich-rechtliche Vorfragen, vgl. nur *Stuckenberg*, in: Erb u.a. (Hrsg.), *Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, Bd. 6/2, 26. Aufl. 2013, § 262 Rn. 6. Einzige Ausnahme sind Entscheidungen mit Gestaltungswirkung vgl. *Schlüchter/Velten*, in: Wolter (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, GVG und EMRK*, Bd. 5, 4. Aufl. 2012, § 262 Rn. 7; *Eschelbach*, in: Graf (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar, Strafprozeßordnung*, Stand: 1.2.2016, § 262 Rn. 3, 11.

¹⁸ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08 u.a. = BVerfGE 126, 170 = NJW 2010, 3209 (3215 Rn. 114). Zum früheren Rechtszustand *Waßmer*, *Untreue bei Risikogeschäften*, 1997, S. 74 ff.

¹⁹ *Hefendehl*, *wistra* 2012, 325.

²⁰ *Jahn*, in: *Schiedek/Rönnau* (Hrsg.), *Wirtschaftsstrafrecht: Plage oder Gewinn für den Standort Deutschland?*, 2013, S. 19 (26).

²¹ Der Bericht der Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens, 2015, S. 37, online unter:

https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/Abchlussbericht_Reform_StPO_Kommission.pdf (11.7.2016),

der der *Erstverf.* angehört hat, empfiehlt, die Anhörung des Beschuldigten vor der Auswahl des Sachverständigen durch das Gericht und die Staatsanwaltschaft ausdrücklich im Gesetz zu verankern. Der BMJV-Referentenentwurf eines Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens v. 27.5.2016. S. 5

(https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Gesetz_zur_effektiveren_und_praxistauglicheren_Ausgestaltung_des_Strafverfahrens.html) greift das mit § 73 Abs. 3 StPO-RefE mit Recht auf, macht aber mit

welche Folgen für die Anwendung des § 257c StPO aus der angewachsenen Komplexität der Schadensfeststellung resultieren.²²

bb) Die materielle Entscheidungsverantwortung des Strafgerichts

Neben den damit angedeuteten Beschwerlichkeiten untreuestrafrechtlicher Sachaufklärung im Prozess stellt auch die materiell-wirtschaftsstrafrechtliche Entscheidungsfindung eine Herausforderung dar. Schwierig wird die Entscheidungsfindung insbesondere dann, wenn es die Strafgerichte mit den Ambivalenzen und Schattierungen der zu würdigenden unternehmerischen Entscheidung zu tun bekommen. Diese Ambivalenzen können empirische oder normative Ursachen haben.²³

(1) Ambivalenzen unternehmerischer Entscheidungen

(a) Empirische Ambivalenzen

Eine empirische Ambivalenz der zu bewertenden unternehmerischen Entscheidung kann sich daraus ergeben, dass die zugrundeliegende unternehmerische Entscheidung unter Unsicherheitsbedingungen erfolgte und sich daher als Prognose- und Abwägungsentscheidung darstellt. Das strafprozessuale Auffangbecken dieses Typs von Ambivalenz ist der Grundsatz freier richterlicher Beweiswürdigung (§ 261 StPO). Er erlaubt es nach dem heutigen Verständnis dem Tatgericht, eine Überzeugung zu den aus der Entscheidung unter Unsicherheit erwachsenden Konsequenzen für die Tatbestandserfüllung zu entwickeln, die nur in einem verhältnismäßig schmalen Korridor revisionsgerichtlichem Zugriff unterliegt.²⁴

dem einschränkenden Merkmal der Verfahrensverzögerung in Satz 2 eine untunliche Konzession an den plakativen Gesetzestitel: „Vor der Auswahl eines Sachverständigen ist dem Beschuldigten Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Dies gilt nicht, wenn der Gegenstand der Untersuchung ein häufig wiederkehrender, tatsächlich gleichartiger Sachverhalt ist oder wenn eine Gefährdung des Untersuchungszwecks oder eine Verzögerung des Verfahrens zu besorgen ist.“

²² *Fischer* (Fn. 5), S. 73 (76); *Jahn*, *JZ* 2011, 340 (347); *Jahn/Kudlich*, in: *Schneider* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung*, Bd. 2, 2016, § 257c Rn. 104 (Bsp.: Verzicht auf die Stellung von Beweisanträgen bei Einigung von Verteidigung und Staatsanwaltschaft auf einen bestimmten Finanzmarkt-Sachverständigen).

²³ Ähnlich *Rönnau*, in: *Jahn/Nack* (Fn. 5), S. 57 (63 ff.); *Francuski*, *Prozeduralisierung im Wirtschaftsstrafrecht*, 2014, S. 109 ff., mit der Unterscheidung von normativen, zeitlichen und kognitiven Defiziten unternehmerischer Entscheidungen.

²⁴ Siehe nur – zugleich aus Sicht der Praxis – *Sander*, in: Erb u.a. (Fn. 17), § 261 Rn. 177 ff. Die dadurch beförderte Gegenbewegung ist die vermehrte Schaffung von Vermutungs- und Beweislastregeln im materiellen Wirtschaftsstrafrecht, siehe nur *Puschke*, in: *Hefendehl* (Hrsg.), *Empirische Erkenntnisse, dogmatische Fundamente und kriminalpolitischer Impetus*, Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Ge-

(b) Normative Ambivalenzen

Eine normative Ambivalenz der zu bewertenden unternehmerischen Entscheidung kann sich zum Beispiel ergeben aus der Komplexität des außerstrafrechtlichen Primärrechts: Sie kann aus der Unübersichtlichkeit des ökonomischen Feldes selbst folgen²⁵, aber ebenso aus der Komplexität seiner juristischen Bestellung, etwa wegen des Ineinandergreifens von Normen verschiedener Rechtsgebiete (öffentliches Recht, Privatrecht), verschiedener Rechtsquellen (privates Recht) oder sogar verschiedener Rechtsordnungen (ausländisches privates Recht), der interpretativen Offenheit des außerstrafrechtlichen Primärrechts,²⁶ z.B. bei den Sorgfaltsgeneralklauseln des Gesellschaftsrechts (z.B. die Sorgfalt des Vorstands nach § 93 Abs. 1 S. 1 AktG) oder der Unvollständigkeit des außerstrafrechtlichen Primärrechts,²⁷ z.B. im Antikorruptions-²⁸ oder Parteienrecht.²⁹ Hier geraten die Strafgerichte in eine Lückenfüllerrolle bei der Bewältigung der primärrechtlichen Fragestellung³⁰ – und die Beschuldigten werden sprichwörtlich zu Lücken-Büßern.³¹

burtstag, 2005, S. 647; Lüderssen/Jahn, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 1, 26. Aufl. 2006, Einl. M Rn. 18; Campos Nave, Rechtsstaatliche Regeltreue?, 2012, S. 38.

²⁵ Die das Strafrecht und seine Anwender jedenfalls nicht selten überfordernde Komplexität der Wirtschaft hebt z.B. hervor Volk (Fn. 12), S. 804. Speziell zum Bsp. der Finanzmarktkrise Lüderssen, in: Kempf/Lüderssen/Volk (Hrsg.), Die Finanzkrise, das Wirtschaftsstrafrecht und die Moral, 2010, S. 15 ff., und Deiters, in: Kempf/Lüderssen/Volk (a.a.O.), S. 132 (138 f.), sowie allg. Janssen, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 7, 2. Aufl. 2015, § 54a KWG Rn. 2 ff.; Lindemann, Voraussetzungen und Grenzen legitimen Wirtschaftsstrafrechts, 2012, S. 11 ff.; anderer Akzent aber bei Schröder, Handbuch Kapitalmarktstrafrecht, 3. Aufl. 2015, Rn. 1139 ff.; ders., ZBB 2010, 280; Fischer, ZStW 123 (2011), 816; Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. 2014, § 20 Rn. 56a ff.; Kasiske, in: Schünemann (Hrsg.), Die sogenannte Finanzkrise – Systemversagen oder global organisierte Kriminalität?, 2010, S. 13 (speziell für Investments in CDOs via Zweckgesellschaften).

²⁶ Siehe hierzu BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08 u.a. = BVerfGE 126, 170 = NJW 2010, 3209 (3213 Rn. 97).

²⁷ Zu diesem Gesichtspunkt ebenfalls BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08 u.a. = BVerfGE 126, 170 = NJW 2010, 3209 (3213 Rn. 91).

²⁸ Am Beispiel der Auslandsbestechung Saliger/Gaede, HRRS 2008, 57 (60 ff.).

²⁹ Kritisch Hamm, NJW 2005, 1993 (1994); Saliger, Parteiengesetz und Strafrecht, 2005, S. 39 ff.

³⁰ Perron, GA 2009, 219 (222); von einer „zivilrechtsgestaltenden Kraft des Strafrechts“ spricht Schramm, Untreue und Konsens, 2005, S. 160 f., am Bsp. des Falls „Bremer Vulkan“. Tiedemann (Fn. 6), S. 328, möchte die Fälle „ungesichert[e] Rechtsentwicklungen“ und „vorläufige[r] Über-

(2) Bewältigung der Ambivalenzen unternehmerischer Entscheidungen

(a) Bewältigung empirischer Ambivalenzen

Was die Problematik der unternehmerischen Entscheidung unter Unsicherheitsbedingungen angeht, so hat das Primärrecht hierauf zum Teil reagiert, insofern den Entscheidungsverantwortlichen bei unternehmerischen Entscheidungen ein weiter Beurteilungs- und Ermessensspielraum zugestanden wird.³² Dies wird damit gerechtfertigt, „dass unternehmerische Entscheidungen regelmäßig auf Grund einer zukunftsbezogenen Gesamtabwägung von Chancen und Risiken getroffen werden müssen, die wegen ihres Prognosecharakters die Gefahr erst nachträglich erkennbarer Fehlbeurteilungen enthält.“³³ Dem ist mit der Maßgabe beizutreten, dass die Anwendung des zutreffenden Grundsatzes in der Strafverfolgungspraxis leider noch zu oft unter dem Rückschaufehler (hindsight bias) leidet.³⁴ Verbal wird zwar in polizeilichen Schlussberichten, wesentlichen Ermittlungsergebnissen und Eröffnungsbeschlüssen die Zukunftsbezogenheit aus der Perspektive ex ante betont. Die dabei zur Anwendung kommenden Maßstäbe sind aber im Vorverständnis des Rechtsanwenders nicht selten durch die Gewissheit des ex post festgestellten wirtschaftlichen Schadens kontaminiert. So

gangszonen des Zivil- und Wirtschaftsrechts“ gar „als [noch] nicht strafbewehrt“ ansehen; kritisch dazu aber Rönnau, ZStW 119 (2007), 887 (916): dies sei wirtschaftsstrafrechtlich „nicht hinnehmbar“.

³¹ Vor einem „Durchgriff des Strafrechts“ warnt Lüderssen, in: Ebert/Rieß/Roxin (Hrsg.), Festschrift für Ernst-Walter Hanack zum 70. Geburtstag am 30. August 1999, 1999, S. 487 (489); ebenso – wiederum am Beispiel der Finanzmarktkrise – vor einer „experimentell[en]“ Anwendung des Strafrechts, ders., StV 2009, 486 (494); allg. Janssen (Fn. 25), § 54a KWG Rn. 4; Kölbel, GA 2002, 403 (409): Gefahr „überschießende[n] Strafrecht[s]“.

³² Für den Vorstand der AG siehe BGH, Urte. v. 22.11.2005 – 1 StR 571/04 = NStZ 2006, 221 (222); BGH, Urte. v. 6.12.2001 – 1 StR 215/01 = BGHSt 47, 187 = NJW 2002, 1585 (1586); OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29.4.2015 – III-1 Ws 429/14 = BeckRS 2015, 09347 m. Anm. Jahn JuS 2015, 850 (851); für den Aufsichtsrat einer AG siehe BGH, Urte. v. 21.12.2005 – 3 StR 470/04 = BGHSt 50, 331 = NJW 2006, 522 (523) m. insoweit zust. Anm. Jahn JuS 2006, 379 (381). Zusammenfassend Esser, in: Leipold/Tsambikakis/Zöllner (Hrsg.), AnwaltKommentar StGB, 2. Aufl. 2015, § 266 Rn. 68 ff; Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 266 Rn. 19b; Mansdörfer (Fn. 6), Rn. 376 ff.; Ibold, Unternehmerische Entscheidungen als pflichtwidrige Untreuehandlungen, 2011, S. 95 ff., 248 ff.

³³ BGH, Urte. v. 21.12.2005 – 3 StR 470/04 = BGHSt 50, 331 = NJW 2006, 522 (523).

³⁴ Siehe Altenburg, BB 2015, 323 (325 f.); Brüning/Samson, ZIP 2009, 1089 (1092); Natkemper, Die Untreuestrafbarkeit des Vorstands einer Aktiengesellschaft, 2013, S. 76 ff., 121 f.; und aus verhaltensökonomischer Perspektive Steinbeck/Lachenmaier, NJW 2014, 2086 (2089 ff.).

wird trotz zutreffender Obersätze der Kern der Botschaft der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Entscheidung unter Unsicherheit dennoch verfehlt. Nicht überall, wo Rauch ist, ist – im Wirtschaftsleben – auch Feuer.

Der Beurteilungs- und Ermessensspielraum der Entscheidungsverantwortlichen ist selbstverständlich nicht grenzenlos. So soll die Grenze überschritten sein, wenn sich das unternehmerische Handeln etwa des Vorstands außerhalb dessen bewegt, was von einem „von Verantwortungsbewusstsein getragene[n], ausschließlich am Unternehmenswohl orientierte[n], auf sorgfältiger Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen beruhende[n] unternehmerische[n] Handeln“ zu erwarten ist.³⁵ Das ist in der Theorie richtig. Durch die hoch verdichtete Kumulation von unbestimmten Rechts- und wertausfüllungsbedürftigen Leitbegriffen des Unternehmens- und Gesellschaftsrechts taugt die Formel in der Praxis aber auch zu – verdeckten – Moralisierungen und Ethisierungen im Gewande kunstgerechter Subsumtion. Bei ihnen werden die impliziten Wertungen und Vorverständnisse der Rechtsanwenders über die gute Ordnung des Wirtschaftslebens unter dem Dach eines vordergründig objektiven Maßstabs doch wieder prädominant.³⁶

Gesetzliche Anerkennung haben diese Grundsätze gleichwohl zum Beispiel im wirtschaftsstrafrechtlich besonders bedeutsamen Bereich des Aktienrechts erfahren. Das ist bei isolierter Betrachtung der Primärrechtsebene akzeptabel, wird aber bei zuweilen in der Judikatur etwa wertverhangener Relokation in den Kontext des Wirtschaftsstrafrechts problematisch. Nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG sind solche unternehmerischen Entscheidungen aus dem Bereich des aktienrechtlich Pflichtwidrigen ausgenommen, bei denen das Vorstandsmitglied „vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln“ (§ 93 Abs. 1 S. 2 AktG, sog. Business Judgement Rule³⁷). Einige Stimmen in der Literatur³⁸ wollen

die dem Aktienrecht entstammende Regel auch als allgemeinen Rechtsgrundsatz zur Pflichtenkonkretisierung und ggf. Haftungsfreistellung bei unternehmerischen Entscheidungen heranziehen. Neben eher globalen methodischen Topoi wie der Einheit der Rechtsordnung spricht für die Wirkungserstreckung auch auf das Strafrecht trotz mancher Missbrauchspotentiale die Sachnähe eines Entscheidungsmaßstabs, der der Eigenrationalität des Wirtschaftslebens entnommen ist. Diese Diskussion ist noch im Fluss, muss aber gerade im Kontext des Untreuestrafrechts zukünftig weiter geführt werden.

(b) Bewältigung normativer Ambivalenzen

(aa) Auslegung und Bestimmtheitsgrundsatz

Bei der Bewältigung normativer Ambivalenzen hat die Rechtsanwendung auf das übliche Instrumentarium der normsatzkonkretisierenden und normsatzergänzenden Auslegung am Maßstab des Primärrechts zurückzugreifen.³⁹ Die methodengerechte Rechtsanwendung verlangt deshalb vom Rechtsanwender, im Rahmen der Anwendung der hergebrachten Auslegungsanones⁴⁰ auch die Judikate der fachgerichtlichen Rechtsprechung und die Lehren der Wissenschaft argumentativ zu berücksichtigen (nicht notwendig: zu befolgen).

Besondere Probleme können sich aus der interpretativen Offenheit des außerstrafrechtlichen Primärrechts ergeben, etwa in Gestalt der Sorgfaltsgeneralklauseln des Gesellschaftsrechts. Das wusste *Hellmuth Mayer* schon vor mehr als sechs Jahrzehnten. Von ihm stammt der eingangs dieses Beitrags aufgegriffene Ausspruch, „sofern nicht einer der klassischen Fälle der Untreue vorliegt, weiß kein Gericht und

³⁵ BGH, Urt. v. 21.12.2005 – 3 StR 470/04 = BGHSt 50, 331 = NJW 2006, 522 (523); *Ibold* (Fn. 32), S. 249 f.

³⁶ Dazu – jeweils aus hier weiterführender rechtsvergleichender Perspektive (Überblick dazu bei *Foffani*, in: Sieber/Dannecker/Kindhäuser/Vogel/Walter [Hrsg.], *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht, Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstat-sachen*, Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag, 2008, S. 767) – *B. Vogel*, *Grenzen eines beweisfunktionalen Strafrechts, Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum Aussageverlust materiellen Rechts bei Betrug und Untreue in England und Deutschland*, 2014, S. 99 ff., und *D. Schilling*, *Fragmentarisch oder umfassend? Wege strafrechtlichen Zugriffs bei der Veruntreuung fremden Vermögens am Beispiel des deutschen und des italienischen Untreuestrafrechts*, 2009, S. 189 ff.

³⁷ Eingeführt 2005 und zunächst richterrechtlich entwickelt (BGH, Urt. v. 21.4.1997 – II ZR 175/95 = BGHZ 135, 244 = NJW 1997, 1926); zur Frage der Übertragbarkeit auf einen GmbH-Geschäftsführer *Fleischer*, NZG 2011, 521 (523 ff.). Zur strafrechtlichen Umsetzung der ARAG-Garmenbeck-Leitlinien *Hart-Hönig*, in: *Deutscher Anwaltverein (Hrsg.), Strafverteidigung im Rechtsstaat, 25 Jahre Arbeitsgemein-*

schaft Strafrecht des Deutschen Anwaltvereins, 2009, S. 530 (537 f., 550 f.); *Leitner*, *StraFo* 2010, 323 (325); *Taschke*, NZWiSt 2012, 89 (90); *Knauer*, ZWH 2012, 41 (44 ff.); *Jahn*, ZWH 2012, 477 (479); *Lindemann* (Fn. 25), S. 110 ff.; *Adick*, *Organuntreue (§ 266 StGB) und Business Judgement*, 2010, S. 47 ff.; *Esser* (Fn. 32), § 266 Rn. 7.

³⁸ *Esser* (Fn. 32), § 266 Rn. 72 f.; *Lindemann* (Fn. 25), S. 117 ff. (mit der Folge des Wegfalls der objektiven Zurechnung); *Nöckel*, *Grund und Grenzen eines Marktwirtschaftsstrafrechts*, 2012, Rn. 315 (mit deutlicher Kritik an der „in ökonomischer Denkweise nur wenig erfahrenen Strafjustiz“). Skeptisch hingegen *Fischer*, ZStW 123 (2011), 816 (825): nur „Gegenindiz“ für ordnungsgemäßes kaufmännisches Verhalten.

³⁹ Grundlegend BVerfG, *Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08 u.a.* = BVerfGE 126, 170 = NJW 2010, 3209 (3211 Rn. 81).

⁴⁰ Für das Strafrecht siehe nur *Hassemer/Kargl*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2013*, § 1 Rn. 104 ff.; *v. Heintschel-Heinegg*, in: *Graf (Fn. 17)*, § 1 Rn. 13 ff.; für das Strafprozessrecht *Lüderssen/Jahn* (Fn. 24), Einl. M Rn. 34 ff.

keine Anklagebehörde, ob § 266 vorliegt oder nicht.⁴¹ Soweit die Anwendbarkeit solchen unbestimmten bzw. unterbestimmten außerstrafrechtlichen Primärrechts grundsätzlich in Frage gestellt wird, etwa auf der argumentativen Grundlage des strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes (Art. 103 Abs. 2 GG), so ist dieser Vorstoß zurückzuweisen. Der strafrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz findet nach allgemeiner Meinung, an der festzuhalten ist, keine Anwendung auf die Normen des außerstrafrechtlichen Primärrechts.⁴² Letzteres unterliegt damit – wie auch sonst – nur dem allgemeinen rechtsstaatlichen Gebot der Normenklarheit und Bestimmtheit (Art. 20 Abs. 3 GG).⁴³

(bb) Verfassungsmäßigkeit und Überlegungen de lege ferenda

Anwendung findet der strafrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 103 Abs. 2 GG) aber natürlich auf den Untreuetatbestand selbst. Das BVerfG⁴⁴ hat durch seine Leitentscheidung vom 23.6.2010 eine lange Diskussion entschieden, indem es § 266 StGB entgegen mancher sehr beachtlicher Kritik im Schrifttum⁴⁵ für strafrechtlich hinreichend bestimmt und damit angesichts der ihn konkretisierenden Rechtsprechung im Ganzen für verfassungsgemäß erklärt hat. Damit ist gleichzeitig aus ganz unterschiedlichen Richtungen kommenden Überlegungen de lege ferenda zur Reform des § 266

⁴¹ H. Mayer (Fn. 1), S. 337. Die Einschätzung wird der Sache nach aufgenommen von Dahs, NJW 2002, 272 (273), und Lesch/Hüttemann/Reschke, NSStZ 2015, 609, mit der Qualifikation des § 266 StGB als der „rechtlich schwierigsten Norm im Besonderen Teil des StGB“ sowie bei Schünemann, NSStZ 2005, 473 („Untreue [...] ohne Übertreibung [...] das dunkelste und verworrenste Kapitel des Besonderen Teils“), und radikalisiert bei P.-A. Albrecht, in: Michalke (Fn. 12), S. 1 (7): Untreue als „Ruine des Rechtsstaats“.

⁴² So auch BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08 u.a. = BVerfGE 126, 170 = NJW 2010, 3209 (3211 Rn. 74). Auch das strafrechtliche Analogieverbot findet keine Anwendung auf das außerstrafrechtliche Primärrecht; anders freilich, wenn – umgekehrt – das Zivilgericht Strafrecht anwendet, vgl. BGH, Urt. v. 24.2.1978 – I ZR 79/76 = NJW 1978, 1856.

⁴³ Statt vieler BVerfG, Beschl. v. 8.5.1988 – 2 BvR 579/84 = BVerfGE 78, 205 = NJW 1988, 2593 (2594).

⁴⁴ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08 u.a. = BVerfGE 126, 170 = NJW 2010, 3209 (3212 Rn. 85 ff), vorher bereits 2. Kammer des Zweiten Senats in BVerfG, Beschl. v. 10.3.2009 – 2 BvR 1980/07 = NJW 2009, 2370 m. Anm. Jahn, JuS 2009, 859 (861).

⁴⁵ Bernsmann, GA 2007, 219; Kargl, ZStW 113 (2001), 565; Ignor/Sättele, in: Michalke (Fn. 12), S. 211; R. Hamm, NJW 2005, 1993; Dierlamm, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 2. Aufl. 2014, § 266 Rn. 3; H. Mayer (Fn. 1), S. 333 (345); Labsch, Untreue, 1983, S. 189; zusammenfassend Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 63. Aufl. 2016, § 266 Rn. 5 m.w.N.

StGB, die seit dem E 1962⁴⁶ und dem AE-Wirtschaftsstrafataten 1977⁴⁷ auf eine jahrzehntelange Tradition zurückblicken können,⁴⁸ rechtspolitisch die Dringlichkeit etwas abhandeln gekomen.⁴⁹ Die noch verbliebenen „Gewissheitsverluste im Untreuestrafrecht“⁵⁰ dürften im Wege der Auslegung in den Griff zu bekommen sein.

c) Die untreuestrafrechtlichen Konsequenzen

Ob und inwieweit diese primärrechtliche Bewertung auf die strafrechtliche Bewertung durchschlägt, also etwa eine außer-

⁴⁶ Siehe den Gesetzesvorschlag in BT-Drs. IV/650, S. 54 f., 433 ff. (§ 263 [Untreue] E 1962):

„(1) Wer damit betraut ist,

1. Vermögen eines anderen

a) als vertretungsberechtigtes Organ einer juristischen Person oder als Mitglied eines solchen Organs,

b) als Vormund, Pfleger, Testamentsvollstrecker, Nachlassverwalter, Konkursverwalter oder Treuhänder oder

c) sonst kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags oder Rechtsgeschäfts

zu verwalten oder

2. eine solche Vermögensverwaltung zu beaufsichtigen, und dem anderen absichtlich oder wissentlich einen Vermögensnachteil dadurch zufügt, daß er die Verwaltung oder die Aufsicht pflichtwidrig führt, wird mit Gefängnis bis zu drei Jahren oder mit Straftaft bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer sonst damit betraut ist, Vermögensangelegenheiten eines anderen durch Abschluß von Rechtsgeschäften für dessen Rechnung zu besorgen und ihm

1. absichtlich einen Vermögensnachteil dadurch zufügt, daß er über Mittel oder Gegenstände, die er zur Besorgung solcher Angelegenheiten oder bei deren Besorgung, erlangt, pflichtwidrig verfügt oder daß er die ihm übertragenen Geschäfte sonst pflichtwidrig führt, oder

2. durch eine solche Handlung wissentlich einen Vermögensnachteil zufügt, um sich oder einen Dritten zu bereichern.

(3) Die Absätze 1 und 2 sind auch dann anzuwenden, wenn die Rechtshandlung, die der Betrauung zugrunde liegt, unwirksam ist.“

Zur Kritik am E 1962 H.-W. Winter, Die Regelung der Untreue in § 263 E 62 und ihr Verhältnis zur Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs zu § 266 n.F. StGB, 1968; G. Haas, Die Untreue (§ 266 StGB), Vorschläge de lege ferenda und geltendes Recht, 1997, S. 121 ff.

⁴⁷ Siehe AE-StGB BT (Straftaten gegen die Wirtschaft), 1977, S. 127 f., allerdings ohne konkreten Vorschlag, „obwohl an der Reformbedürftigkeit gerade dieses Tatbestandes kein Zweifel bestehen kann“.

⁴⁸ Siehe Weber, in: Jescheck/Lüttger (Hrsg.), Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag am 29. April 1977, 1977, S. 555; D. Schilling (Fn. 36), S. 257 f., sowie Labsch (Fn. 45), S. 216 mit konkreter Regelungsempfehlung (zur deren Kritik G. Haas [Fn. 46], S. 129 ff.).

⁴⁹ A.A.: Heinrich (Fn. 10), § 22 Rn. 67.

⁵⁰ Jahn, JZ 2011, 340 (345), in terminologischer Anknüpfung an Haverkate, Gewissheitsverluste im juristischen Denken, 1977, S. 112 ff.

strafrechtliche Pflichtwidrigkeit die Strafbarkeit begründet oder eine außerstrafrechtliche Pflichtgemäßheit die Strafbarkeit ausschließt, ist ebenfalls – prozessual autonom – durch das Strafgericht zu entscheiden. Die Antwort auf diese Frage bestimmt sich nach strafrechtlichen Kriterien.

aa) Zur strafbarkeitsausschließenden Wirkung primärrechtlicher Pflichtgemäßheit

Die Frage der strafbarkeitsausschließenden Wirkung einer primärrechtlichen Pflichtgemäßheit wird größtenteils – und mit Recht – bejaht. Ist das in Rede stehende Verhalten des Trenehmers aus strafgerichtlicher Sicht außerstrafrechtlich pflichtgemäß, ist eine untreu strafrechtliche Verantwortlichkeit ausgeschlossen (sog. negative Akzessorietät).⁵¹

Bei der Frage, welche argumentative Güte die Bewertung der primärrechtlichen Lage als „pflichtgemäß“ aufweisen muss, wird vereinzelt gefordert, dass nicht erst das „eindeutig“ erlaubte Verhalten, sondern bereits das „vertretbar“ erlaubte Verhalten die untreu strafrechtliche Verantwortlichkeit ausschließen müsse.⁵² Soweit damit geringere Argumentationsanforderungen verbunden werden, kann dem in dieser Allgemeinheit nicht gefolgt werden. Es ist nicht ersichtlich, anhand welchen inhaltlichen Maßstabs zwischen der Ein- und Mehrdeutigkeit der Rechtslage unterschieden werden könnte. Dass eine Rechtsansicht von zumindest einer Person⁵³ oder immerhin von nicht nur einer Person⁵⁴ vertreten wird, vermag nichts an der Möglichkeit zu ändern, dass die Rechtsansicht gleichwohl primärrechtlich materiell unvertretbar ist und damit keine Grundlage der Sachentscheidung darzustellen vermag. Nicht überzeugend ist es auch, bei umstrittenen primärrechtlichen Fragen ganz auf eine inhaltliche Entschei-

dung zu verzichten und zu Gunsten des Beschuldigten zu entscheiden.⁵⁵ Zum einen ist die Anwendung der Entscheidungsregel des Zweifelssatzes (in dubio pro reo) auf bestimmte Fragen der Beweiswürdigung beschränkt und findet unstreitig⁵⁶ keine Anwendung auf die Gesetzesauslegung. Zum anderen ist der Verzicht auf eine inhaltliche Entscheidung der Rechtslage auch mit der grundgesetzlichen Pflicht der Strafgerichte zur Rechtsanwendung – nämlich: als rechtssprechende Gewalt Recht auch zu sprechen (Art. 20 Abs. 3 GG) – nur schwerlich zu vereinbaren⁵⁷.

Entscheidend dürfte nach dem soeben Gesagten vielmehr sein, dass die Entscheidung für die primärrechtliche Erlaubtheit die nach den anerkannten Argumentationsregeln am besten begründbare – und damit regelmäßig die normtextnächste – Entscheidung ist. Die Ausfüllung der hierdurch eröffneten Argumentationsräume ist juristisches Alltagsgeschäft und bietet dem Rechtsanwender natürlich auch argumentativen Raum für interessen- und grundrechtssensible Rekonstruktionen der primärrechtlichen Lage.⁵⁸ Weitere Argumentationsräume dürften sich auf Ebene des subjektiven Tatbestandes⁵⁹ und auf Ebene der Schuld in Gestalt des Verbotssirrtums eröffnen.

bb) Zur strafbarkeitsbegründenden Wirkung primärrechtlicher Pflichtwidrigkeit; Konkretisierung durch den Offensichtlichkeitsmaßstab

Auf zwar weit überwiegende⁶⁰ und berechnete, aber nicht gänzlich unumstrittene⁶¹ Ablehnung stößt die Frage der straf-

⁵¹ *Seibt/Schwarz*, AG 2010, 304; *Lüderssen*, in: *Kempf/Lüderssen/Volk* (Hrsg.), *Ökonomie versus Recht im Finanzmarkt?* 2011, S. 241 (299); *Saliger* (Fn. 6), § 266 Rn. 31; *Matt*, in: *Matt/Renzikowski* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 2013, § 266 Rn. 47, 55; *Lindemann* (Fn. 25), S. 105; *Bräunig*, *Untreue in der Wirtschaft*, 2011, S. 89; ähnlich *Fischer* (Fn. 45), § 266 Rn. 59 (Ausschluss i.d.R.); *Schünemann*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 9/1, 12. Aufl. 2012, § 266 Rn. 94 („sektorale Akzessorietät“); siehe auch BVerfG, *Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08 u.a.* = BVerfGE 126, 170 = NJW 2010, 3209 (3213 Rn. 96): „Die aus zivil- oder öffentlich-rechtlichen Normen folgende Pflichtwidrigkeit des Handelns ist als notwendige Voraussetzung der Untreue strafbarkeit klar bezeichnet. Ihre Bestimmung im Einzelfall bringt jedoch nicht unerhebliche Unsicherheiten mit sich“.

⁵² Vor allem *Dierlamm*, *StraFo* 2005, 397 (400), und *ders.*, (Fn. 45), § 266 Rn. 173: „Was zivilrechtlich vertretbar ist, kann nicht zugleich strafbar sein“. Dazu auch *Beulke* (Fn. 6), S. 251 f.; *Lüderssen*, in: *Hoyer/Müller/Pawlik/Wolter* (Hrsg.), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, 2006, S. 569 (570 ff.).

⁵³ So *Zech*, *Untreue durch Aufsichtsratsmitglieder einer Aktiengesellschaft*, 2007, S. 216.

⁵⁴ So *Seibt/Schwarz*, AG 2010, 301 (308).

⁵⁵ Ebenfalls vorgeschlagen bei *Dierlamm* (Fn. 45), § 266 Rn. 173; siehe auch *Lüderssen*, in: *Arnold/Burkhardt/Gropp/Heine/Koch/Lagodny/Perron/Walther* (Hrsg.), *Menschenrechtliches Strafrecht, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, 2005, S. 163 (178): „Wenn die außerstrafrechtlichen Normen [...] nichts Exaktes hergeben, so ist das nicht heilbar.“ – Zuweilen führt die Unklarheit der Rechtslage auch zu einem prozessualen Unterlassen, etwa im Wege einer Verfahrenseinstellung nach § 153a StPO; zu Recht kritisch – am Bsp. des Falles Helmut Kohl – *R. Hamm*, *NJW* 2001, 1694.

⁵⁶ Allgemeine Meinung; siehe nur BGH, *Urt. v. 16.12.1959 – 4 StR 484/59 = BGHSt 14, 68 = NJW 1960, 540 (541)*; BGH, *Beschl. v. 5.7.2011 – 3 StR 444/10 = NStZ-RR 2011, 312 (313)*; *Ott*, in: *Hannich* (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 7. Aufl. 2013, § 261 Rn. 60 f.; *Sander* (Fn. 24), § 261 Rn. 105.

⁵⁷ Siehe *Sachs*, in: *Sachs* (Hrsg.), *Grundgesetz, Kommentar*, 7. Aufl. 2014, Art. 20 Rn. 162. Wie hier *Vogel/Hocke*, *JZ* 2006, 568 (569); *Rönnau*, *ZStW* 119 (2007), 887 (915): keine „Auslegungs- und Anwendungsblockade im Strafrecht“.

⁵⁸ Zu den zivilrechtlichen Rechtspflichten von Führungskräften bei unsicherer Rechtslage und deren Bewältigung im Wege der Einführung einer sog. „Legal Judgement Rule“ de lege ferenda *Buck-Heeb*, *BB* 2013, 2247; *Hasselbach/Ebbinghaus*, *AG* 2014, 873.

⁵⁹ Ebenso *Rönnau*, *ZStW* 119 (2007), 887 (915); skeptischer *Beulke* (Fn. 6), S. 252.

⁶⁰ *Lüderssen*, in: *Dölling* (Hrsg.), *Jus humanum, Grundlagen des Rechts und Strafrecht, Festschrift für Ernst-Joachim*

barkeitsbegründenden Wirkung einer primärrechtlichen Pflichtwidrigkeit. Sie ist nach dieser Ansicht zwar eine notwendige, aber noch keine hinreichende Bedingung einer Strafbarkeit wegen Untreue (sog. asymmetrische Akzessorietät).

Hieraus ergibt sich zwanglos die Forderung an die Strafgerichte, über die primärrechtliche Pflichtwidrigkeit hinaus eine spezifische strafrechtliche Unrechtsqualität festzustellen. Begriff und Inhalt dieses strafrechtsspezifischen Gravitätsmerkmals sind aber in den Einzelheiten noch immer umstritten. Ein großer Teil der Rechtsprechung⁶² verwendet seit

Lampe zum 70. Geburtstag, 2003, S. 727 (729); *ders.*, in: Arnold u.a. (Fn. 55), S. 163 (170); *ders.*, in: Kempf u.a. (Fn. 51), S. 241 (299); *Dierlamm*, StraFo 2005, 397 (398); *ders.* (Fn. 45), § 266 Rn. 174; *Kudlich/Oğlakcioğlu*, Wirtschaftsstrafrecht, 2014, Rn. 339; *Saliger* (Fn. 6), § 266 Rn. 31; *Matt* (Fn. 51), § 266 Rn. 47, 55; *Esser* (Fn. 32), § 266 Rn. 75 ff.; *Hoffmann*, Untreue und Unternehmensinteresse, 2010, S. 32 f.; ähnlich *Fischer* (Fn. 45), § 266 Rn. 59 (Verletzung des „strafrechtlichen Schutzbereich[s]“), sowie *Kraatz*, ZStW 123 (2011), 447 (450); *Kubiciel*, NStZ 2005, 353 (354), und *Bräunig*, Untreue in der Wirtschaft, 2011, S. 91. Siehe auch BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08 u.a. = BVerfGE 126, 170 = NJW 2010, 3209 (3215 Rn. 111): „Die Ziele dementsprechender Auslegung müssen von Verfassungen wegen darin bestehen, die Anwendung des Untreuetatbestands auf Fälle klarer und deutlicher [evidenter] Fälle pflichtwidrigen Handelns zu beschränken, Wertungswidersprüche zur Ausgestaltung spezifischer Sanktionsregelungen zu vermeiden und den Charakter des Untreuetatbestands als eines Vermögensdelikts zu bewahren“.

⁶¹ A.A. insbesondere – und damit für eine (mehr oder weniger) nicht-asymmetrische Akzessorietät gegenüber dem Primärrecht – *Wohlers*, ZStW 123 (2011), 791 (801): „Wenn die Primärrechtsordnung bestimmte Verhaltensweisen für unzulässig erklärt, dann hat das Strafrecht auch diese Wertung zu übernehmen“, allerdings mit einem Vorbehalt beim Vorliegen „strafrechtsspezifischer Gesichtspunkte“. Eine gänzlich orthodexe nicht-asymmetrische Akzessorietät vertritt hingegen *Michaelsen*, Abweichungen vom Deutschen Corporate Governance Kodex und von § 161 AktG als Pflichtverletzung im Sinne der Untreue, 2011, S. 127 ff., mit dem Fazit auf S. 184: „Jeder Rechtsverstoß im Rahmen der Organtätigkeit ist eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue“; dagegen zu Recht *Klüppelberg*, Die Untreuestrafbarkeit des Vorstands bei Verstößen gegen den deutschen Corporate-Governance-Kodex und § 161 AktG, 2014, S. 297.

⁶² Aus der jüngeren Spruchpraxis besonders prominent LG Hamburg, Urt. v. 9.7.2014 – 608 KLS 12/11, BeckRS 2015, 09104: „Die (Fort-)Entwicklung geeigneter dogmatischer Mittel zu diesem Ziel obliegt in erster Linie den Strafgerichten und hier vornehmlich den Revisionsgerichten. Diese müssen im Interesse der Berechenbarkeit und Voraussehbarkeit der Rechtsanwendung in wichtigen Anwendungsbereichen des Untreuetatbestands diesen durch fallgruppenspezifische Obersatzbildung unter Berücksichtigung der genannten Kriterien handhabbar machen“.

einiger Zeit, in Abkehr vom Mannesmann/Vodafone-Urteil BGHSt 50, 331,⁶³ den Begriff der gravierenden Pflichtverletzung. Das Kriterium wurde für unternehmerische Entscheidungen ausführlicher entwickelt,⁶⁴ zeitgleich und später aber auch auf andere Konstellationen ausgedehnt, nämlich Schwarze Kassen⁶⁵, Parteispenden⁶⁶ und Kreditvergaben⁶⁷. Das Gravierende einer Pflichtverletzung bestimmt sich nach dieser Rechtsprechung auf Grundlage einer „Gesamtschau insbesondere gesellschaftsrechtlicher Kriterien“,⁶⁸ wobei vor allem folgende vier Gesichtspunkte eine Rolle zugesprochen wird: die „fehlende Nähe zum Unternehmensgegenstand“, die „Unangemessenheit im Hinblick auf die Ertrags- und Vermögenslage“, die „fehlende innerbetriebliche Transparenz“ und das „Vorliegen sachwidriger Motive“ wie etwa die „Verfolgung rein persönlicher Präferenzen.“⁶⁹

Dieser maßgeblich vom 1. Strafsenat des BGH entwickelten vierteiligen Kriterienkatalog schlägt sich zugleich strafprozessual in gesteigerten Mindestanforderungen an die tatrichterliche Überzeugungsbildung (§ 261 StPO) nieder. Sachferne, Unangemessenheit, Intransparenz und Sachwidrigkeit sind deshalb durch eingehende und vor dem Hintergrund unternehmerischer Freiheit besonders vorsichtige Beweiswürdigung in den Urteilsgründen zu fixieren; diese unterliegt

⁶³ In BGH, Urt. v. 21.12.2005 – 3 StR 470/04 = BGHSt 50, 331 (343) = NJW 2006, 522 (526), hieß es noch: „Soweit die Strafkammer meint, bei risikoreichen unternehmerischen Entscheidungen setze die Annahme einer tatbestandsmäßigen Untreue zusätzlich eine ‚gravierende‘ Pflichtverletzung voraus [...] kann dem nicht gefolgt werden.“ In BGHSt 47, 148, sei nur eine gravierende Verletzung von spezifischen Informations- und Prüfungspflichten vorausgesetzt worden, bei BGHSt 47, 187, handele es sich um eine Einzelfallentscheidung im Zusammenhang mit Unternehmensspenden, die nicht auf alle Pflichtverletzungen übertragen werden könne. Diese schon seinerzeit vom angezielten Ergebnis geleiteten, in der Sache nicht überzeugenden Differenzierungen und eigenwilligen Lesarten entgegenstehender BGH-Judikate durch den 3. Strafsenat (kritisch *Jahn*, JuS 2006, 379 [380]) sind vor dem Hintergrund des mit BVerfGE 126, 170 seit 2010 erreichten Standes an verfassungsrechtlicher Sensibilisierung vor dem Hintergrund des Art. 103 Abs. 2 GG „overruled“. Zur Entwicklung der Judikatur siehe auch *Saliger* (Fn. 6), § 266 Rn. 40.

⁶⁴ BGH, Urt. v. 6.12.2001 – 1 StR 215/01 = BGHSt 47, 187 = NJW 2002, 1585 (1587).

⁶⁵ BGH, Urt. v. 27.8.2010 – 2 StR 111/09 = BGHSt 55, 266 = NJW 2010, 3458 (3461).

⁶⁶ BGH, Beschl. v. 13.4.2011 – 1 StR 94/10 = BGHSt 56, 203 = NStZ 2011, 403.

⁶⁷ BGH, Urt. v. 15.11.2001 – 1 StR 185/01 = BGHSt 47, 148.

⁶⁸ BGH, Urt. v. 6.12.2001 – 1 StR 215/01 = BGHSt 47, 187 = NJW 2002, 1585 (1587).

⁶⁹ BGH, Urt. v. 6.12.2001 – 1 StR 215/01 = BGHSt 47, 187 = NJW 2002, 1585 (1587); dem folgend LG Düsseldorf, Urt. v. 22.7.2004 – XIV 5/03 = NJW 2004, 3275 (3280 f.), vgl. Rn. 30.

in den üblichen Maßstäben⁷⁰ auch der Kontrolle durch das Revisionsgericht.

Dieser Linie der Rechtsprechung ist grundsätzlich zuzustimmen. Das BVerfG hat mit Recht betont, dass das Auslegungsziel der Fachgerichte im Lichte des Art. 103 Abs. 2 GG „von Verfassungen wegen darin bestehen [muss], die Anwendung des Untreuetatbestands auf Fälle klarer und deutlicher [evidenter] Fälle pflichtwidrigen Handelns zu beschränken [...]“. Es hat deshalb die Rechtsfigur der gravierenden Pflichtverletzung als allgemeines Restriktionskriterium anerkannt.⁷¹ Nicht zu folgen ist daher einer restriktiven Deutung der verfassungsgerichtlichen Maßgaben im Anschluss an die überholten Differenzierungen in BGHSt 50, 331 (Mannesmann/Vodafone) in dem Sinne, dass nur die Fallgruppen des Sponsorings und der Kreditvergabe erfasst seien.⁷² Die spätestens seit 2010 inhaltlich fest etablierte Rechtsprechungslinie, der sich die Fachgerichte auch nicht verschlossen haben (vgl. § 31 BVerfGG),⁷³ hat in großen Teilen des Schrifttums Beifall gefunden.⁷⁴ Die an ihr seither geübte Antikritik in einem anderen Teil der Wissenschaft⁷⁵ überzeugt nicht, weil sie den gegen den Offensichtlichkeitsmaßstab zielenden Einwand der Unbestimmtheit des Kriteriums letztlich gegen den Grundrechtsträger wendet. Das Gravitätskriterium wird nicht selten⁷⁶ mit weiteren, inhaltlich freilich ähnlichen Kriterien

wie insbesondere dem Maßstab der wertungsmäßigen Evidenz oder Unvertretbarkeit verknüpft. Darin liegt jedoch regelmäßig kein echter Widerspruch zur Rechtsprechung, sondern eher ihre Ausformung und -ziselierung. Der verbleibende Dissens zwischen den unterschiedlichen Positionen dürfte daher letztlich nur noch die Frage betreffen, ob sich eine untreuerelevante Vermögensschädigung betreuten fremden Vermögens schon aus einer Überschreitung des zivilrechtlichen Ermessensspielraums ergibt⁷⁷ (sog. pflichtimmanente Kriterien⁷⁸), oder ob sie sich erst durch die zusätzliche Überschreitung eines strafrechtlichen Bereichs andererseits konstituiert⁷⁹ (sog. pflichttranszendente Kriterien).

Die Beantwortung der theoretisch interessanten Fragestellung hängt davon ab, ob es zwischen Immanenz und Transzendenz in einem durch den Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung zumindest mitgeprägten Umfeld überhaupt einen fühlbaren Unterschied geben kann. Das ist unseres Erachtens zweifelhaft. Eine nähere Überprüfung in dem hier zur Verfügung stehenden Rahmen scheitert daran, dass es auch dem Bezugskriterium der „Einheit“ der Rechtsordnung an begrifflicher und inhaltlicher Kontur ermangelt.⁸⁰ Auch mehr als acht Jahrzehnte nach *Engischs* Antrittsvorlesung, „schwebt mit Bezug auf das Einheitsprinzip noch alles in schwankender Erscheinung.“⁸¹ So liegt es mit dem Unterschied beider Deutungen des Untreuetatbestandes. Die häufig bemühte Formel „Was im Zivilrecht erlaubt ist, darf im Strafrecht nicht verboten sein“ bietet eine nur trügerische (eben: rein normlogische) Sicherheit, kann doch mit gleichem Recht gesagt werden, dass gilt: „Was im Strafrecht verboten ist, darf im Zivilrecht nicht erlaubt sein“. Die Auflösung dieser Gleichursprünglichkeit von Erlaubnis und Verbot ist damit keine normlogische, sondern eine Wertungsfrage, deren Beantwortung von vielen Faktoren abhängig ist, was hier nicht weiter ausgeführt werden kann.⁸² Die praktischen Auswirkungen dieses Problems dürften allerdings bei Lichte betrach-

⁷⁰ Statt vieler *Sander* (Fn. 24), § 261 Rn. 182.

⁷¹ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08 u.a. = BVerfGE 126, 170 = NJW 2010, 3209 (3215 Rn. 111 f.).

⁷² A.A. *Schramm*, in: Momsen/Grützner (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht, 2013, 5. Kap. B Rn. 55.

⁷³ BGH, Urt. v. 28.5.2013 – 5 StR 551/11 = NStZ 2013, 715; OLG Hamm, Beschl. v. 21.8.2012 – III-4 RVs 42/12 = NStZ-RR 2012, 374 (374 f.) m. Anm. *Tsambikakis*, ZWH 2012, 458; zustimmend *Jahn*, JuS 2014, 82 (84): „Mit dem Urteil des 5. Strafsenats ist das Evidenzprinzip bei der Pflichtverletzung i.S. des § 266 Abs. 1 nach dessen brücker Ablehnung durch den 3. Strafsenat in der Mannesmann-Entscheidung nun erfreulicherweise auch beim BGH voll rehabilitiert“.

⁷⁴ *Lüderssen* (Fn. 60), S. 729; *Trüg*, NStZ 2013, 717 f.; *Theile*, ZIS 2011, 616 (628); *Ransiek*, ZStW 116 (2004), 635 (643); *Eisele*, Strafrecht, Besonderer, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Rn. 899; *Dierlamm* (Fn. 45), § 266 Rn. 176 ff., und *Matt* (Fn. 51), § 266 Rn. 51 ff, 76 ff.

⁷⁵ *Beckemper*, NStZ 2002, 324 (326); *Hoyer*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 148. Lfg., Stand: Dezember 2014, § 266 Rn. 56 f.; *Beukelmann*, in: Dölling/Duttge/Rössner (Hrsg.), Handkommentar, Gesamtes Strafrecht, 3. Aufl. 2013, § 266 Rn. 18; *Schünemann* (Fn. 51), § 266 Rn. 95 ff. (aber auch Rn. 113); *ders.*, ZIS 2012, 183 (188 ff.); *ders.*, NStZ 2005, 473 (475 f.).

⁷⁶ *Saliger*, ZWH 2014, 75 f.; *ders.* (Fn. 6), § 266 Rn. 42a; *ders.*, HRRS 2006, 10 (20): „Eine Pflichtverletzung ist [...] gravierend, wenn sie evident unvertretbar und willkürlich ist, wenn sie [...] nicht mehr als eine im materiellen Unternehmensinteresse liegende Entscheidung gedacht werden kann.“ Zust. oder jedenfalls mit vergleichbarer Zielrichtung *Kubiciel*, NStZ 2005, 353 (360); *Deiters*, ZIS 2006, 152 (158); *Rönnau*, ZStW 119 (2007), 887 (917 f. Fn 122);

Bittmann, NStZ 2011, 361 (364 Fn 36); *Schramm* (Fn. 72), 5. Kap. B. Rn. 55; *Fischer* (Fn. 45), § 266 Rn. 61 a.E., und *Perron* (Fn. 32), § 266 Rn. 19b.

⁷⁷ So ist z.B. für *Schünemann* keine „zusätzlich[e] strafrechtlich[e] Höhenmarke des Unrechts“ erforderlich, *ders.*, NStZ 2005, 473 [476]; *ders.*, Organuntreue, Das Mannesmann-Verfahren als Exempel?, 2010, S. 29; *ders.* (Fn. 51), § 266 Rn. 94.

⁷⁸ Formulierung von *Fischer* (Fn. 45), § 266 Rn. 61 a.E.

⁷⁹ So z.B. *Matt* (Fn. 51), § 266 Rn. 51: „evidente Unvertretbarkeit“ aufgrund „strafrechtsautonomer untreuenspezifischer Gesamtbewertung“.

⁸⁰ Überzeugend *K. Schmidt*, in: Schmidt (Hrsg.), Vielfalt des Rechts – Einheit der Rechtsordnung?, 1994, S. 9 f.; *D. Felix*, Einheit der Rechtsordnung, 1998, S. 5 ff, 142 ff.

⁸¹ *Engisch*, Die Einheit der Rechtsordnung, 1935, S. 2.

⁸² Rechtsgeschichtlich mag der Hinweis genügen, dass etwa das republikanische Rom, das Ämterpositionen kollegial besetzte, für den Fall, dass der „eine gebietet, der andere aber verbietet“, das Verbot dem Gebot vorgehen ließ (*Mommsen*, Römisches Staatsrecht, Bd. 1, 2. Aufl. 1876, S. 255).

tet für die gerichtliche Alltagspraxis weitgehend zu vernachlässigen sein.

2. Kasuistische Begriffsbildung in der Rechtspraxis

Das Untreuestrafrecht wird seit langem und in hohem Maße durch die (höchstrichterliche) Rechtspraxis bestimmt, die eine nur schwer systematisierbare und teilweise unvereinbare Kasuistik unreuestrafrechtlicher Fallgruppen herausgebildet hat. Das ist eine beinahe zwingende Folge der Vagheit des Untreuetatbestands.⁸³ Auf der anderen Seite entwickeln Fallgruppen rasch ihr dogmatisches Eigenleben.⁸⁴ Es gab und gibt Bereiche, in denen die Staatsanwaltschaft bei Anklageerhebung oder die Verteidigung vor dem Tatgericht gut beraten ist, die Rechtsprechung des für sie im Einzelfall zuständigen Revisionssenats des BGH (und ggf. ergänzend öffentliche Vorträge von Richtern dieses Senats) ins Kalkül zu ziehen, sei es – um nur zwei Beispiele zu nennen – bei Anklage weitere, eher versteckt liegender Steuerstraftaten mit der Perspektive der Zuständigkeitsbegründung beim 1. Strafsenat des BGH oder bei Beweisanträgen zur subjektiven Tatseite.⁸⁵ In seiner Grundsatzentscheidung von 2010 hat das BVerfG⁸⁶ die Befugnis und Aufgabe der Rechtspraxis zur Konkretisierung und Fortentwicklung des Untreuetatbestands anerkannt (sog. „Präziserungsgebot“). Durch fallgruppenspezifische Obersatzbildung leiste die Rechtspraxis einen wichtigen Beitrag zur Voraussehbarkeit der Strafdrohung und Kohärenz der Rechtsordnung.⁸⁷ Die gegenwärtigen Kasuistiken unterscheiden allerdings teils nach der Art der wirtschaftlichen Unternehmung,⁸⁸ z.B. Kreditvergaben, Risikogeschäfte, bei der Problematik Schwarzer Kassen etc., teils aber auch nach dem Wirtschaftszweig, in dem die Unternehmung stattfand, z.B. im Kapitalmarkt⁸⁹ oder im Gesundheitswesen⁹⁰ etc. Das weckt nach wie vor Zweifel, ob der Konkretisierungsauftrag des Präziserungsgebots durch die fachgerichtliche Judikatur erfüllt worden ist.⁹¹

⁸³ So auch *Rönnau*, ZStW 119 (2008), 887 f.; *D. Schilling* (Fn. 36), S. 184.

⁸⁴ *Jahn*, JuS 2009, 173 (174).

⁸⁵ Die besondere Prägung durch die (ggf. regionale) Rechtspraxis gilt auch allgemein für das Wirtschaftsstrafrecht. Für einen Überblick über dessen Entwicklung auf Grundlage höchstgerichtlicher Leitentscheidungen siehe *Taschke*, NZWiSt 2012, 9, 41, 89.

⁸⁶ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08 u.a. = BVerfGE 126, 170 = NJW 2010, 3209 (3211/3215 Rn. 81).

⁸⁷ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08 u.a. = BVerfGE 126, 170 = NJW 2010, 3209 (3215 Rn. 111 f).

⁸⁸ Siehe etwa *Seier*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2015, 5. Teil Kap. 2 Rn. 225 ff., mit einem „Lexikon besonderer Untreue-Konstellationen im Wirtschaftsleben“.

⁸⁹ Vgl. *Park*, JuS 2007, 621 f.; ausführlich *Zieschang*, in: *Park* (Hrsg.), Handkommentar, Kapitalmarktstrafrecht, 3. Aufl. 2013, § 266 Rn. 42 ff.

⁹⁰ *Dannecker/Bülte*, NZWiSt 2012, 81; *Esser* (Fn. 32), § 266 Rn. 315 ff.

⁹¹ Kritischer Überblick bei *Kudlich*, ZWH 2011, 1 (2 ff.).

III. Schluss: Kriminalpolitische Bedeutung als Seismograf des Wirtschaftsstrafrechts und Herausforderungen eines Untreuestrafrechts 2.0

Mit einem Anteil von (nur!) 0,1 % an der Gesamtkriminalität im Jahre 2015 verursachte Untreuedelinquenz in diesem Zeitraum nach den veröffentlichten Zahlen einen Schaden von 510 Mio. €. ⁹² Obwohl damit nach den Rechtstatsachen nur einen Bruchteil der Wirtschaftskriminalität erfassend, ist dessen ungeachtet festzuhalten, dass sich der Untreuetatbestand in den letzten Jahrzehnten zu dem Schlüsseldelikt des modernen Wirtschaftsstrafrechts entwickelt hat.⁹³ Das amalgamiert in dem geflügelten Wort *Ransieks*, „Untreue passt immer“⁹⁴. Die Entwicklung der Vorschrift hin zur „Allzweckwaffe“⁹⁵ illustriert, dass § 266 StGB als Seismograf des Wirtschaftsstrafrechts zwar nach den eben genannten Zahlen nicht quantitativ, sehr wohl aber qualitativ das Bild der Strafverfolgung in der Anschauung der deutschen Öffentlichkeit entscheidend mitprägt. Zwei Gesichtspunkte treffen dabei im Untreuestrafrecht auf nicht immer glückliche Weise zusammen: die gestiegene kriminalpräventive Bedeutung des unreuestrafrechtlichen Vermögensschutzes im Kontext arbeitsteilig organisierter Verwaltung bzw. Kontrolle von Eigentum einerseits und die zunehmende kriminal- und wirtschaftspolitische Funktionalisierung der Strafvorschrift andererseits.

Der Untreuetatbestand wird in den letzten zwei Jahrzehnten zunehmend zu kriminal- und wirtschaftspolitischen Zwecken in Anspruch genommen. Es kommen hierbei wiederum zwei Entwicklungen zusammen. Einerseits ist zu beobachten, dass sich der Adressatenkreis des unreuestrafrechtlichen Vermögensschutzes in hohem Maße erweitert hat, indem nun auch, durchaus im wohlverstandenen Interesse der Vermögensinhaber, die „Großen und Mächtigen“ im wirtschaftlichen Milieu der „oberen Zehntausend“ unter den Vermögensverwaltern ins Visier genommen werden.⁹⁶ Andererseits gibt es eine Tendenz der Rechtsprechung, unter dem Banner der Untreue vermögensfremde Rechtsgüter und Interessen in den Einzugsbereich des 22. Abschnitts des StGB zu brin-

⁹² Polizeiliche Kriminalstatistik 2015, BKA 2016, Tabelle 7, Schlüssel 521000; ausführlich *Heinrich* (Fn. 10), § 22 Rn. 6. Für das Jahr 2014 wurde an gleicher Stelle noch ein Betrag von 1,59 Mrd. € angegeben; das bedeutet einen Rückgang um $\frac{2}{3}$ innerhalb eines Jahres. Diese Volatilität der empirischen Eingangsdaten erstaunt.

⁹³ Ähnlich *Schünemann* (Fn. 10), S. 838 ff.; *ders.* (Fn. 51), § 266 Rn. 2: Charakteristisches Wirtschaftsverbrechen der postmodern-spätkapitalistischen Gesellschaft; ähnlich *Kudlich/Oğlactioğlu* (Fn. 60), Rn. 327 f.; *Seier* (Fn. 88), 5. Teil Kap. 2 Rn. 1.

⁹⁴ *Ransiek*, ZStW 116 (2004), 634.

⁹⁵ *Perron*, GA 2009, 219 (222); krit. auch *Sven Thomas*, in: *Hanack* (Hrsg.), Festschrift für Peter Rieß zum 70. Geburtstag am 4. Juni 2002, 2002, S. 795 (806); *Bernsmann*, GA 2009, 296; *Jahn*, JuS 2009, 1144 (1145); *Wittig* (Fn. 25), § 20 Rn. 5; differenzierend *Rönnau*, StV 2009, 246. A.A. *Fischer*, NStZ-Sonderheft Miebach 2009, 8.

⁹⁶ *Ransiek*, ZStW 116 (2004), 634 (636); *Jahn*, JuS 2009, 1144 (1145).

gen.⁹⁷ So etwa, wenn die Schutzinteressen von Arbeitnehmern⁹⁸, Gläubigern⁹⁹ oder Minderheitsgesellschaftern¹⁰⁰ verfolgt werden, aber auch, wenn vertraglich nicht vorgesehene Millionenzahlungen an Manager nicht als Vergütung, sondern, da sie ohne sichtbare Gegenleistung erfolgten, als ungetreue Verschwendung von Gesellschaftsvermögen ausgeflaggt werden.¹⁰¹

Diese Inanspruchnahme zu kriminal- und wirtschaftspolitischen Zwecken wird unterschiedlich aufgenommen. Manche halten dieses (hier sog.) Untreuestrafrecht 2.0 trotz¹⁰² oder gerade wegen¹⁰³ seiner Unterbestimmtheit für nahezu unentbehrlich.¹⁰⁴ Einige Stimmen halten die Anwendungs-

⁹⁷ So auch *Bernsmann*, StV 2013, 403 (406).

⁹⁸ *M. Hoffmann* (Fn. 60), S. 254 ff.

⁹⁹ Etwa BGH, Urt. v. 13.5.2004 – 5 StR 73/03 = BGHSt 49, 147 = NJW 2004, 2248 (2252 f.); zu Recht abl. *Beulke* (Fn. 6), S. 257 f.; *D. Krause*, JR 2006, 51 (53); *Kraatz*, ZStW 123 (2011), 447 (475 f.); *Kudlich/Oğlakcioğlu* (Fn. 60), Rn. 345; *Schramm* (Fn. 72), Rn. 87; *Matt* (Fn. 51), § 266 Rn. 99 ff.; *Dierlamm* (Fn. 45), § 266 Rn. 19a, 21b; *Saliger* (Fn. 6), § 266 Rn. 86, und *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen (Hrsg.), Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung: GmbHG, Kommentar, 8. Aufl. 2015, § 43 Rn. 171 ff. Ausführlich *R.P. Anders*, Untreue zum Nachteil der GmbH, 2012, S. 105 ff.; *M. Hoffmann* (Fn. 60), S. 71 ff. Zu der BGHSt 49, 147 nachfolgenden Entwicklung *Radtke/Hoffmann*, GA 2008, 535; *Hellmann/Beckemper*, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2013, Rn. 906 ff., und *Lamann*, Untreue in der GmbH, 2006, S. 61 ff.

¹⁰⁰ BGH, Urt. v. 27.8.2010 – 2 StR 111/09 = BGHSt 55, 266 = NJW 2010, 3458 (3461).

¹⁰¹ BGH, Urt. v. 21.12.2005, 3 StR 470/04 = BGHSt 50, 331 = NJW 2006, 522 (524); *Tiedemann*, in: Heinrich/Hilgendorf/Mitsch/Sternberg-Lieben (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag, 18. September 2004, 2004, S. 319; *Mansdörfer* (Fn. 6), Rn. 392 ff.; *Dittrich*, Die Untreuestrafbarkeit von Aufsichtsratsmitgliedern bei der Festsetzung überhöhter Vorstandsvergütungen, 2007, S. 187 ff.; siehe dazu bereits *Jahn*, JuS 2006, 379 (381): „Für die Praxis ist das Urteil noch von weit größerer Bedeutung. Ermittlungsverfahren gegen Führungskräfte der deutschen Wirtschaft wegen Untreue dürften in den nächsten Jahren deutlich zunehmen“.

¹⁰² Insbesondere *Schünemann* verteidigt seit längerem die Untreue in zahlreichen Publikationen gegenüber den im Schrifttum verbreiteten Vorbehalten und sieht sie sogar als „schärfer konturiert“ an „als der bis heute von jeder Grundsatzkritik freie Betrugstatbestand“, *ders.*, NStZ 2005, 473 (474). Unzureichend sei freilich die dogmatische „Ausarbeitung eines klaren Unrechtskonzepts“ (a.a.O.). Das ist, um das Mindeste zu sagen, auch heute noch zutreffend.

¹⁰³ Tendenziell *Englisch*, NJW 2005, 2974: „Der kriminologisch gut begründete Ansatz der Ubiquität von Kriminalität kommt den Verfolgern [zu denen der *Autor* von Berufs wegen gehört – Anm. d. Verf.] [...] zu Hilfe und kann sich im Rahmen der Untreue besondere Verdienste erwerben.“

¹⁰⁴ *Seier* (Fn. 88), 5. Teil Kap. 2 Rn. 20.

praxis einer solchen Vorschrift sogar für den Lackmest der „Systemgerechtigkeit eines strafrechtlichen Vermögensschutzes“¹⁰⁵ und sehen die jüngere Untreuejudikatur als legitimen Ausdruck eines „umgekehrte[n] Klassenstrafrecht[s]“¹⁰⁶ oder „Oberschichtsstrafrechts“¹⁰⁷. Höchst konsequent weitergeführt wird dieser Gedanke in *Nauckes* Konstruktion eines „politischen Wirtschaftsstrafrechts“. Der Bürger solle dieses freiheitsschützende Strafrecht für Güter, Dienstleistungen und Finanzprodukte gegen die überwältigende Macht der Wirtschaftskleptokratie „zu Hilfe rufen können“.¹⁰⁸ Jedenfalls Elemente dieses Makrocriminalitätsrechts hätten schon die Strafverfahren um Parteispenden, Schwarze Kassen oder kompensationslose Anerkennungsprämien bereichert.¹⁰⁹ § 266 StGB sei vorläufig aber nicht mehr als ein Notbehelf bis zu jenem Zeitpunkt, von dem an geeignete Tatbestände de lege ferenda in Anlehnung an das StGB-Staatsschutzstrafrecht installiert seien.

Entgegen dieser affirmativen Begriffsverwendung ist nicht nur ein umgekehrtes, sondern jedes Klassenstrafrecht ein Zerrbild des Verfassungsstaates, der auf einer freiheitlich-demokratischen Grundordnung vom Typus des Grundgesetzes beruht.¹¹⁰ Der Instrumentalisierung der Untreue zu beliebigen „moralische[n], politische[n], gesellschaftliche[n] und andere[n]“ Zwecken¹¹¹ ist daher ebenso eine Absage zu ertei-

¹⁰⁵ *Saliger* (Fn. 6), § 266 Rn. 3; *ders.*, HRRS 2006, 10 (17).

¹⁰⁶ In üblicher, argumentativ etwas eindimensionaler Stoßrichtung verwendet *Schünemann*, NStZ 2005, 473 (476), das Klassenargument: „Die vom LG Düsseldorf [im Fall Mannesmann/Vodafone – Anm. d. Verf.] praktizierte Maxime läuft deshalb auf den Satz hinaus, dass man ein anvertrautes Vermögen, wenn es sehr groß ist, ohne strafrechtliche Sanktion rechtswidrig schädigen darf – ein Satz, der nicht nur in sich eklatant unhaltbar ist, sondern auch beim Vergleich mit der unnachsichtigen Bestrafung eines Diebstahls auch nur des geringsten Gegenstandes des Betriebsvermögens auf pure Klassenjustiz hinausläuft.“ Differenzierter zum konkreten Verfahren *Cappel*, Grenzen auf dem Weg zu einem europäischen Untreuestrafrecht, Das Mannesmann-Verfahren und § 266 StGB als Beispiele eines expansiven Wirtschaftsstrafrechts, 2009, S. 27 ff.

¹⁰⁷ *Schünemann*, in: Kühne/Miyazawa (Hrsg.), Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen in Japan und Deutschland, 2000, S. 15; ihm folgend *Rönnau*, ZStW 119 (2007), 887 (891 f.).

¹⁰⁸ *Naucke*, Der Begriff der politischen Wirtschaftsstraftat, Eine Annäherung, 2012, S. 101. Dagegen etwa *Jahn*, wistra 2013, 41 f.; *Kubiciel*, ZIS 2013, 53 (59); *C. Becker*, StV 2013, 347 (348); mit besonderer Schärfe *Bung*, in: Jeßberger/Kaleck/Singelstein (Hrsg.), Wirtschaftsvölkerstrafrecht, 2015, S. 129 ff.

¹⁰⁹ *Naucke* (Fn. 108), S. 52 ff.

¹¹⁰ Das sollte spätestens seit der zutreffenden Auseinandersetzung mit der Klassenideologie in BVerfG, Beschl v. 17.8.1956 – 1 BvB 2/51 = BVerfGE 5, 85 (331 f.), unstrittig sein.

¹¹¹ *Matt*, NJW 2005, 389 (390); *Volhard*, in: Prittwitz/Baurmann/Günther/Kuhlen/Merkel/Nestler/Schulz (Hrsg.),

len wie der teleologischen Erweiterungen eines so verstandenen Normbereichs hin zu einem wirtschaftlichen „Entscheidungsfreiheitsgefährdungsdelikt“.¹¹² Der Tendenz, den Tatbestand der Untreue und seine Derivate im Nebenstrafrecht unter sozialpolitischen Vorzeichen als Allroundtalent des Wirtschaftsstrafrechts zur „Bekämpfung“ jeglichen als strafwürdig empfundenen Verhaltens zu funktionalisieren, ist deshalb auch *de lege ferenda* nachdrücklich entgegenzutreten.

Festschrift für Klaus Lüderssen, 2002, S. 673 (681), „Untreuemode“; *Beulke* (Fn. 6), S. 266 ff.; *Theile*, ZIS 2011, 616 (618 ff.); *Braum*, KritV 2004, 67 (68); *Dahs*, NJW 2002, 272 (273); zusammenfassend *D. Schilling* (Fn. 36), S. 243 f.

¹¹² *Jahn*, JuS 2009, 173 (175).