

Die Strafbarkeit der Untreue

Prof. Dr. Heinrich Honsell, Zürich/Salzburg

1. Die „Untreuemode“

Günter Roth hat im Münchener Kommentar eine vorzügliche Kommentierung zu § 242 BGB verfasst. Die nuancierten und abgewogenen Fallgruppen zum Prinzip von Treu und Glauben haben höchstes dogmatisches Niveau. Der Grundsatz durchzieht das ganze Privatrecht und gilt nach überwiegender Meinung auch im öffentlichen Recht.¹ Kein Zivilrechtler käme aber auf die Idee, § 242 BGB mit dem Strafrecht zu assoziieren oder gar, einen Verstoß gegen Treupflichten mit einer Geld- oder Freiheitsstrafe zu ahnden.

Was umgekehrt das Strafrecht mittels unterstellter zivilrechtlicher Vermögensfürsorge- und Treupflichten inzwischen an strafbaren Untreuetatbeständen entwickelt hat, ist weit über das Zivilrecht hinaus und kann nicht als Zeichen von Rechtskultur gewertet werden.

Verurteilungen von Managern wegen Untreue haben eine regelrechte Konjunktur, so dass man geradezu von einer „Untreuemode“ gesprochen hat.² Auch wenn Manager Fehler machen und Fehlentwicklung z.B. im Bankensektor eine weltweite Finanzkrise ausgelöst haben, ist es zu einfach nach dem Staatsanwalt zu rufen. Im Rahmen vertraglicher Rechtsverhältnisse sollte man sich im Grundsatz auf das zivilrechtliche Instrumentarium beschränken und den Staatsanwalt nur bei klar kriminellen Handlungen bemühen.

In Deutschland Österreich und der Schweiz existieren Strafnormen, die das Vermögen schützen sollen, die Untreue nach § 266, dStGB, § 153 öStGB und Art. 156 chStGB. Obgleich es sich um Strafrechtstatbestände handelt, ist die Ausuferung dieser Normen doch ein beunruhigendes Phänomen des heutigen Privat- und Wirtschaftsrecht und so hoffe ich, dass die nachfolgenden Ausführungen das Interesse des Jubilars wecken.

¹ Die neue Schweizer Bundesverfassung hat dies in Art. 5 Abs. 3 und 9 BV sogar als Verfassungsgrundsatz kodifiziert.

² SALIGER, Gibt es eine Untreuemode? HRRS 2006, 10 ff., der die Frage allerdings verneint; s. auch K. SCHMIDT, Intellektuelle Moden und Zeitgeistabhängigkeit in Recht und Rechtswissenschaft, GS Mayer-Maly (2011).

2. Die Tatbestände in Deutschland Österreich und der Schweiz

Nach § 153 öStGB macht sich der Untreue schuldig „wer die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, wissentlich missbraucht und dadurch dem anderen einen Vermögensnachteil zufügt“. Das österreichische Strafrecht kennt nur den *Missbrauchstatbestand* während die deutsche und die schweizerische Norm daneben noch weitergehend einen *Treubruchtatbestand* enthalten, die Verletzung einer Verpflichtung zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen.³ Namentlich diesen zweiten Tatbestand kennzeichnet eine gefährliche Weite und Unbestimmtheit. Infolge der (zu) weiten Interpretation des Missbrauchstatbestandes im österreichischen Strafrecht bestehen im Ergebnis allerdings kaum Unterschiede zu Deutschland und der Schweiz.

Der deutsche Straftatbestand des § 266 dStGB lautet: *Wer die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, mißbraucht oder die ihm kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eines Treueverhältnisses obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat, Nachteil zufügt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.*

Eine ähnliche Bestimmung enthält § 158 chStGB.⁴

Der weite Treubruchtatbestand des § 266 dStGB wurde in Deutschland schon im Mai 1933 von den Nazis eingeführt⁵, denen vorgeblich die Treue wichtig war, ein Begriff, mit dem sie viel Schindluder⁶ getrieben haben. Nach dem Krieg hat man diese Norm leider nicht wieder aufgehoben. Lediglich die Strafverschärfung bei „Schädigung des Volkswohls“ – einen

³ § 266 StGB D und § 158 StGB CH.

⁴ *Wer aufgrund des Gesetzes, eines behördlichen Auftrages oder eines Rechtsgeschäfts damit betraut ist, Vermögen eines andern zu verwalten oder eine solche Vermögensverwaltung zu beaufsichtigen, und dabei unter Verletzung seiner Pflichten bewirkt oder zulässt, dass der andere am Vermögen geschädigt wird, wird mit Gefängnis bestraft.*

Wer als Geschäftsführer ohne Auftrag gleich handelt, wird mit der gleichen Strafe belegt.

Handelt der Täter in der Absicht, sich oder einen andern unrechtmässig zu bereichern, so kann auf Zuchthaus bis zu fünf Jahren erkannt werden.

Wer in der Absicht, sich oder einen andern unrechtmässig zu bereichern, die ihm durch das Gesetz, einen behördlichen Auftrag oder ein Rechtsgeschäft eingeräumte Ermächtigung, jemanden zu vertreten, missbraucht und dadurch den Vertretenen am Vermögen schädigt, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder mit Gefängnis bestraft. Näher dazu HONSELL Entwicklungstendenzen im strafrechtlichen Vermögensschutz, FS N. Schmid (2001) 225 ff.

⁵ Gesetz zur Änderung strafrechtlicher Vorschriften v. 26. 5. 1933 (RGBl I 295); Zur Geschichte der Vorschrift s. etwa LeipzigerKomm/SCHÜNEMANN (1995) StGB Vorbem. zu § 266 Rn 5.

⁶ Z.B. der von Himmler eingeführte SS-Wahlspruch „Unsere Ehre heißt Treue“

typischen NS-Straftatbestand – hat man beseitigt⁷. Vor der Einführung dieser generalklauselartigen Norm durch die NS-Gesetzgebung kamen in kasuistischer Weise nur enumerativ und abschliessend genannte Berufe oder Tätigkeiten für das Tatbild der Untreue in Betracht, wie „Vormünder, Kuratoren, Masseverwalter, Feldmesser, Mäkler“ usw.⁸.

Das Auffällige an dem Tatbestand ist, dass er auf jede Handlungsbeschreibung verzichtet und mit der sog. Vermögensbetreuungspflicht ein Blankett enthält, das auf außerstrafrechtliche Normen verweist.⁹

3. Das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot (nulla poena sine lege) und das deutsche Bundesverfassungsgericht

Hier nun, so sollte man meinen, kommt der Satz nulla poena sine lege ins Spiel. Er gehört zusammen mit dem verwandten Rückwirkungsverbot (nulla poena sine lege praevia) und dem Analogieverbot (nulla poena sine lege stricta et certa) zu den Justizgrundrechten. Der Grundsatz ist in Art. 103 Abs. 2 GG kodifiziert und wird nicht nur als Gesetzesvorbehalt verstanden, sondern auch i.S.d. Bestimmtheitsgrundsatzes als Forderung nach einer lex clara et certa. Er findet sich weiter in Art. 7 EMRK sowie in § 1 östStG. und Art. 1 chStGB. Freilich darf man den Grundsatz und den in ihm manifestierten Glauben an eine exakte ex ante Bestimmbarkeit von Straftatbeständen nicht überschätzen. Auch wenn man einzuräumen bereit ist, dass sich die zulässige extensive Auslegung von der verbotenen Analogie mit Hilfe des Kriteriums des möglichen Wortsinns (sog. Wortlautgrenze¹⁰) nicht exakt trennen lässt¹¹, bleibt das Analogieverbot geltendes Verfassungsrecht und eine notwendige Sicherung gegen Richterwillkür.

Das deutsche Bundesverfassungsgericht paralyisiert freilich diesen Grundsatz, indem es an die Bestimmtheit nur ganz geringe Anforderungen stellt und § 266 dStGB für verfassungsgemäß erklärt. Dies freilich mit einer kuriosen Begründung. Nach einem Beschluss vom 23. Juni 2010¹² genügt der Untreuetatbestand noch den Anforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG. Das Regelungskonzept des Gesetzgebers in § 266 Abs. 1 StGB habe

⁷ 3. Strafrechtsänderungsgesetz (BGBl I 735, Art. 11).

⁸ Vgl. § 266 StGB a.F. v. 15.5. 1871 in RGBl 1871, 127.; dazu etwa KINGSLEY, Das Untreuerrecht Deutschlands, Österreichs und der Schweiz (Diss. Basel 1934) 50 ff.

⁹ Vgl. statt aller FISCHER Komm. StGB (56. Aufl. 2009) § 266 Rn 5.

¹⁰ Dazu zuletzt KLATT, Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation (2004).

¹¹ So sind z.B. die Versuche der Rechtsprechung zur Auslegung von § 224 Abs. 1 Nr. 2 dtStGB wenig überzeugend, wo es heißt: „Wer die Körperverletzung ... mittels einer Waffe oder eines anderen gefährlichen *Werkzeugs* ... begeht“. Einerseits soll ein Schuh ein Werkzeug sein (BGHSt 30,376) andererseits soll das Analogieverbot einer Anwendung der Vorschrift entgegenstehen, wenn jemand mit nacktem Hintern auf eine heiße Herdplatte gesetzt wird (RGSt 24, 372). Wenig einleuchtend war auch die Einführung eines Tatbestand“ der „Entziehung von elektrischer Energie“ (§248c dStGB, § 132 öStGB, Art. 132 chStGB), die man für nötig hielt, weil man sich durch das Analogieverbot gehindert sah, den Fall unter den Diebstahl zu subsumieren, weil Strom keine bewegliche Sache sei.

¹² BVerfG AZ 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09.

zwar im Interesse eines wirksamen und umfassenden Vermögensschutzes zu einer sehr weit gefassten und verhältnismäßig unscharfen Strafvorschrift geführt. Der Untreuetatbestand lasse jedoch das zu schützende Rechtsgut ebenso klar erkennen wie die besonderen Gefahren, vor denen der Gesetzgeber dieses mit Hilfe des Tatbestandes bewahren wolle. § 266 Abs. 1 StGB lasse eine konkretisierende Auslegung zu, die die Rechtsprechung in langjähriger Praxis umgesetzt und die sich in ihrer tatbestandsbegrenzenden Funktion grundsätzlich als tragfähig erwiesen habe.

Difficile satiram non scribere: Das Gericht hat den Sinn des Satzes missverstanden, der ja gerade verlangt, dass die Norm selbst hinreichend determiniert ist, weshalb es nicht genügt, wenn sie erst im Wege einer richterlichen Auslegung konkretisiert werden muss, welche die Maßstäbe von woanders her nimmt und die noch vager ist als eine Analogie. Die konkretisierende Auslegung erinnert an die vom Bundesverfassungsgericht seit Jahrzehnten geübte Grundrechtsauslegung durch Konkretisierung einer Wertordnung,¹³ die jedenfalls dem Satz *nulla poena sine lege* in keiner Weise gerecht würde. Wenn mit anderen Worten im besonderen Teil des Strafrechts sogar eine Analogie in *malam partem* verboten ist, so kommt eine richterliche Rechtsfortbildung an Hand von Kriterien, die sich nicht der Norm selbst entnehmen lassen noch weniger in Betracht. Die rechtsstaatliche Insuffizienz einer Strafnorm wird nicht deshalb tolerabel, weil sich - was übrigens zu bezweifeln ist.- eine konkretisierende Auslegung, welche die Rechtsprechung in langjähriger Praxis umgesetzt habe, in ihrer tatbestandsbegrenzenden Funktion grundsätzlich als tragfähig erweise. Wenn das genügen würde, könnte jede Verfassungswidrigkeit wegen Unbestimmtheit durch eine tatbestandsbegrenzende richterliche Konkretisierung geheilt werden, eine ganz unhaltbare These. Die h.L. ist gleichwohl dem Bundesverfassungsgericht gefolgt und hat die Verfassungsmässigkeit von § 266 dStGB bejaht.¹⁴

Das Bundesverfassungsgericht zieht in anderem Zusammenhang die Grenzen einer vom Analogieverbot nicht tangierten, noch zulässigen Auslegung viel enger. In BVerfG 92, 1, 6 – Sitzblockade II¹⁵ hat es eine ständige Rsp. des BGH¹⁶ aufgehoben, wonach auch eine Sitzblockade Gewalt iSv § 240 Abs. 1 darstellen und als Nötigung qualifiziert werden konnte. Eine solche erweiternde Auslegung des Gewaltbegriffs in § 240 Abs. 1 StGB verstoße gegen das Analogieverbot von Art. 103 Abs. 2 GG. Diese Entscheidung ist auf nahezu einhellige Kritik gestoßen.¹⁷ Nach BGHSt 23, 46 setzte Gewalt im Sinn von § 240 Abs. 1 StGB nicht den "unmittelbaren Einsatz körperlicher Kräfte" voraus. Es genügte vielmehr, dass der Täter

¹³ Vgl. dazu HONSELL, Wächter oder Herrscher, Das BVerfG zwischen Recht und Politik, ZIP 2009, 1689 ff.

¹⁴ Vgl. zB Maunz/Dürig/SCHMIDT-ARMANN Art. 103 II GG Rn 178 ff.; LK-SCHÜNEMANN § 266 Rn 31; FISCHER § 266 StGB Rn 5.

¹⁵ In BVerfGE 73, 206, 256 (Sitzblockade I) war der Entscheid noch 4:4 ausgegangen und die Verfassungsbeschwerde abgewiesen worden.

¹⁶ BGHSt 23, 46.

¹⁷ Vgl. etwa SCHROEDER JuS 1995, 875, 878; KREY JR 1995, 265.- Immerhin bejaht BVerfGE 104, 92, 9 (Sitzblockade III) Gewalt, wenn sich die Demonstranten anketten („Errichten einer physischen Barriere“).

"nur mit geringem körperlichen Kraftaufwand einen psychisch determinierten Prozess beim Opfer in Lauf setzt". Fraglos handelt es sich dabei noch um extensive Auslegung und nicht um (verbotene) Analogie.

Im Verfassungsrecht gibt es kein Gebot einer *lex clara et certa* wie im Strafrecht. Dennoch ist es nicht ohne Ironie, wenn ausgerechnet das Bundesverfassungsgericht, das selbst permanent die vagesten und unbestimmtesten Grundrechte „konkretisiert“ hier das Fachgericht über die richtige Grenzziehung zwischen extensiver Auslegung und Analogie belehrt und dabei der Auslegung so enge Grenzen zieht.¹⁸ Im Übrigen ist es verfehlt, das Demonstrationsrecht mit dem Recht auf Sitzblockaden anzureichern. Was das Urteil in der Praxis der Polizeiarbeit bedeutet, kann man z.B. an den Demonstrationen gegen die Castortransporte sehen, die für die Polizei eine Provokation und eine Zumutung sind, ganz zu schweigen von den enormen Kosten der gewaltigen Polizeiaufgebote, die zum Wegtragen der Blockierer notwendig sind.

Wenn auch nicht erwartet werden kann, dass das Bundesverfassungsgericht seine verfehltete Entscheidung zum Treubruchtatbestand zurücknimmt, so sollte doch der Gesetzgeber die verfehltete Norm korrigieren.

4. Überdehnung des Treubruchtatbestandes

Wenngleich im Grundsatz Einigkeit besteht, dass nicht jede Verletzung einer Vermögensfürsorgepflicht strafbar macht, ist doch eine praktikable Bestimmung tatbestandsmässiger Vermögensfürsorgepflichten bislang nicht gelungen. Den Treubruchtatbestand kennzeichnet eine gefährliche Weite und Unbestimmtheit, die elementare rechtsstaatliche Erfordernisse missachtet.

Fragwürdige Beispiele finden sich vor allem in Deutschland, wo eine reichhaltige Kasuistik besteht. Untreue liegt z.B. vor, wenn ein Anwalt keine ordentliche Buchführung hat und Mandantengelder nicht rechtzeitig weitergeleitet werden¹⁹ oder auf ein debitorisch geführtes Konto gelangen und von der Bank nicht freigegeben werden; wenn der Anwalt eine Klientenforderung verjähren lässt²⁰, oder wenn ein Geschäftsführer ein ungünstiges Geschäft abschliesst²¹ oder Vermögenswerte verkommen lässt²²; wenn unordentliche Geschäftsbücher zur Gefährdung von Ansprüchen führen können²³. Auch die Gewährung von

¹⁸ Vgl. HONSELL ZIP 2009, 1689 ff.

¹⁹ RGSt 73, 287; BGH NJW 1960, 1629; BGH wistra 1988, 192.

²⁰ BGH NJW 1983, 461.

²¹ SK-StGB-SAMSON/ GÜNTHER Rn 40; jedenfalls dann, wenn gegen die Grundsätze eines ordentlichen Kaufmanns verstossen wird: SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER Rn 21.

²² W. SCHMID in: Müller-Gugenberger/Bieneck Wirtschaftsstrafrecht (3. Aufl. 2000) § 31 Rn 112; BGE 102 IV 90: Verderbenlassen eines Käselagers.

²³ LeipzKomm/SCHÜNEMANN Rn 135; W. SCHMID Rn 111.

Sanierungskrediten oder der Abschluss von Spekulationsgeschäften wurden als Untreue qualifiziert. Untreue wird sogar diskutiert beim Abschluss von Vergleichen über Rechtsstreitigkeiten.²⁴ Gewährt der Vorstand einer 100-prozentigen Tochtergesellschaft auf Veranlassung der Konzerngesellschaft dieser ein Darlehen zu Konditionen, die dem Drittvergleich (arm's-length-principle) nicht standhalten, die also günstiger sind als am Markt, so handelt es sich um eine verdeckte Gewinnausschüttung. Da der Vorstand den Sachverhalt kennt, handelt er nach der im Strafrecht herrschenden Schuldtheorie vorsätzlich. Dass er nicht an das Verbot der verdeckten Gewinnausschüttung gedacht hat, hilft ihm nichts, denn dies betrifft nach h.L. das fehlende Unrechtsbewusstsein oder den Verbotsirrtum, der in der Regel nicht entschuldigt wird, weil nur selten angenommen wird, dass er nicht vermeidbar war i.S.v. § 17 dStGB.

Die Beispiele könnten leicht vermehrt werden. Für Risikogeschäfte lassen sich einheitliche Regeln nicht aufstellen, denn es liegt auf der Hand, dass z.B. der Vorstand oder Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft mehr darf als ein Vormund. Zu weit geht die deutsche Judikatur auch, wenn sie Untreue bejaht, sobald die Verlustgefahr größer ist als die Gewinnaussicht,²⁵ was natürlich wieder ex post beurteilt wird, wo man immer klüger ist. Selbstverständlich darf ein Vermögensverwalter auch risikoträchtige Geschäfte abschliessen, wenn diese dem Risikoprofil des Auftraggebers entsprechen;²⁶ er muss es sogar, wenn er einen entsprechenden Auftrag hat.

Der zu weite Tatbestand droht nicht nur Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern, Managern und Vermögensverwaltern. Er wurde auch dazu benutzt, Politiker nach Ablauf ihrer Amtszeit strafrechtlich zu verfolgen, wie die Beispiele des österreichischen Ministers Franz Olah und des deutschen Bundeskanzlers Helmut Kohl zeigen. Der Vorwurf der Staatsanwaltschaft Bonn gegen Kohl lautete, „dass er gegen die originäre Pflicht eines Parteivorsitzenden“ verstossen habe, „das Vermögen seiner Partei zu betreuen“. Das ist exakt der unsinnige NS-Tatbestand. Nach der alten und richtigen Auffassung beging Treubruch nicht, wer ein Vermögen nicht richtig betreut, sondern, wer es *veruntreut*, indem er Geld, das ihm anvertraut ist, auftragswidrig für sich oder Dritte verwendet. Kohl hat Parteigeld nicht Dritten unerlaubt zugewendet und schon gar nicht in die eigene Tasche gesteckt. Er hat nur die Spender nicht genannt und dadurch gegen das Parteiengesetz verstossen, wodurch Strafzahlungen der Partei ausgelöst wurden. Das Parteiengesetz sieht aber keine Strafe für Parteimitglieder vor. Sie sollte auch nicht auf dem Umweg über die Untreue konstruiert werden.

²⁴ Vgl. FISCHER § 266 StGB Rn 42 mNw.

²⁵ BGH NJW 1975, 1234; 1984, 801; wistra 1982, 150; ablehnend zu Recht FISCHER § 266 StGB Rn 44; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER § 266 StGB Rn 20; enger BGHR StGB § 266 Abs. 1 Vorsatz 2, Risikogeschäft; BGH Golddammers Archiv 1977, 342 f.

²⁶ Vgl. HONSELL OR BT (9. Aufl. 2010) 329 mit weiteren Nachweisen.

5. Die Untreue, ein Vorsatz- oder ein Fahrlässigkeitsdelikt ?

Alle Welt scheint sich einig, dass die Untreue kein Fahrlässigkeits-, sondern ein Vorsatzdelikt ist und beantwortet die in der Überschrift gestellte Frage mit Kopfschütteln. Dennoch liegt – wie sogleich zu zeigen sein wird – in den meisten der heute strittigen Fälle nur Fahrlässigkeit vor.

Die deutsche Judikatur erkannte zunächst die Gefährlichkeit der von den Nazis eingeführten Erweiterung und betonte deshalb immer wieder, es müsse der Vorsatz besonders sorgfältig geprüft werden²⁷. Dagegen hat man eingewandt, dass die Prüfung der subjektiven Tatseite bei der Untreue nicht sorgfältiger sein müsse als bei anderen Normen. Die zu weite Ausdehnung des Treubruchtatbestandes müsse durch den Gesetzgeber und bei dessen Untätigkeit durch restriktive Interpretation seiner Merkmale korrigiert werden und nicht durch besondere Anforderungen an den Vorsatz.²⁸ Zum Unternehmensrecht hat der Bundesgerichtshof desöfteren betont, die Anwendung des § 266 StGB müsse auf gravierende Verstöße beschränkt werden.²⁹ Doch soll dies bei risikobehafteten unternehmerischen Unterscheidungen wieder nicht gelten.³⁰ Die Besonderheit des Treubruchtatbestandes liegt darin, dass er mit der Pflichtverletzung ein deontisches Merkmal enthält, auf welches sich der Vorsatz erstrecken muss. Jedenfalls der Theorie nach gehört also das Bewusstsein der Pflichtwidrigkeit zum Vorsatz.³¹ Eine fahrlässige Pflichtverletzung reicht nicht, denn es ist nicht möglich vorsätzlich eine auf Vermeidung von Fahrlässigkeit gerichtete Sorgfaltspflicht zu verletzen. Richtiger Ansicht nach ist der Tatbestand nur verwirklicht, wenn der Täter die Pflichtverletzung wissentlich und willentlich begeht; er muss sie also kennen und wollen. Der fahrlässig Handelnde hat die Pflichtverletzung weder gekannt noch gewollt, er hätte sie lediglich kennen müssen.

Freilich wird dies in der Praxis oft ignoriert oder übersehen und Vorsatz unbesehen unterstellt. Man lässt es genügen, wenn sich der Vorsatz nur auf die Handlung selbst bezieht, die eine Pflichtverletzung darstellt, und nicht auf die Subsumption dieser Handlung unter „Pflichtverletzung“. Denn sonst könnte man sich quasi mit einer lockeren Einstellung exkulpieren und der berühmte Rechtsblinde würde prämiert. Zudem wäre es in der Praxis schwierig festzustellen bzw. zu beweisen, ob jemand das Verhalten als Pflichtverletzung erkannt hat oder nicht.

²⁷ So schon RGSt 76, 116; BGHSt 3, 24; BGH Goldammers Archiv 1956, 155; NJW 1975, 1236; 1979, 2414; NSTZ 1986, 456; wistra 1988, 352 u. öfter.

²⁸ SK-StGB/SAMSON/GÜNTHER § 266 Rn 50; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER StGB § 266 Rn 50; LeipzKomm/SCHÜNEMANN Rn 151 ff.

²⁹ Etwa BGHSt 47, 148, 150; 49, 147, 155 ff.

³⁰ BGHSt 50, 331, 336 (Mannesmann/Vodafone) – wo freilich auch Bereicherungsabsicht zur Diskussion stand; zahlreiche Nachweise bei FISCHER Rn 40.

³¹ BGHSt 9, 360; 34, 379, 390 BGH NJW 1990, 3219 f. u. öfter weil Nw. bei FISCHER Rn 77.

Das rührt daher, dass nach der sog. Schuldtheorie des Strafrechts der Vorsatz nicht entfällt, wenn das Bewusstsein der Rechts- bzw. Pflichtwidrigkeit fehlt. Es liegt dann ein Verbotsirrtum vor, der regelmäßig für „vermeidbar“ (§ 17 dStGB, Art. 20 chStGB) oder „nicht entschuldbar“ (§ 9 öStGB) gehalten wird, weshalb die Strafbarkeit nicht entfällt. Der Vorsatz bezieht sich jetzt nur noch auf die äußere Tathandlung und die dem Täter allenfalls vorwerfbare Fahrlässigkeit wird zum unbeachtlichen, vermeidbaren Verbotsirrtum.

Nach der im Zivilrecht herrschenden Vorsatztheorie gehört zum Vorsatz auch das Bewusstsein der Rechts- oder Pflichtwidrigkeit, so dass der Vorsatz entfällt, wenn dieses fehlt.

Die Ausweitung des Tatbestands würde vermieden, wenn man, wie bei Betrug und Diebstahl, auch bei der Untreue eine Bereicherungs- oder Zueignungsabsicht verlangen würde. Ein schutzwürdiges Interesse an der Strafbarkeit von Treuepflichtverletzungen ohne Bereicherungs- oder wenigstens Schädigungsabsicht ist in der Regel nicht anzuerkennen. Wenn der Täter nicht handelt, um sich oder Dritte zu bereichern, kann eine Vorsatztat nur noch vorliegen, wenn er den Destinatär der Vermögensfürsorgepflicht schädigen will. Solche Fälle sind aber ausgesprochen selten, ja singulär. In Wahrheit handelt deshalb der Täter in der Masse der Fälle nicht vorsätzlich, sondern fahrlässig. Wenn man hier überhaupt eine Strafbarkeit befürwortet, darf jedenfalls der Strafraum nicht der gleiche sein wie bei den Bereicherungsdelikten Diebstahl oder Betrug. In allen Fällen sind es aber fünf Jahre.³²

An diesem Befund ändert sich auch nichts dadurch, dass man gewöhnlich fordert, der Vorsatz müsse den Vermögensnachteil umfassen,³³ wobei sogar schon eine Vermögensgefährdung genügen soll.³⁴ Freilich fehlt selten der Hinweis, dass *dolus eventualis* genügt, was das Einfallstor der Strafbarkeit auch in Fällen der Fahrlässigkeit ist, weil zwischen Eventualvorsatz und grober Fahrlässigkeit nach den Kriterien der h.L. keine klare Grenze besteht. Mit bedingtem Vorsatz handelt, wer den schädigenden Erfolg als möglich erkennt und (billigend) in Kauf nimmt. Bewusste (grobe) Fahrlässigkeit soll dagegen vorliegen, wenn der Handelnde hofft, der Schaden werde nicht eintreten. Die beiden Fälle werden mit den Formeln umschrieben „es wird schon gutgehen“ und „na wenn schon“, die häufig zu Unrecht als Frank'sche Formeln³⁵ bezeichnet werden. Das ähnelt dem Unterschied zwischen einem Pessimisten und einem Optimisten (das Glas ist noch halb voll – es ist schon halb leer) und ist keine brauchbare Anknüpfung für unterschiedliche Rechtsfolgen.

³² Differenzierend und folgerichtig droht Art. 158 chStGB bis zu fünf Jahre nur bei Vorliegen einer Bereicherungsabsicht an.

³³ Z.B. BGH NSTZ 1999, 353; 2002, 262; FISCHER § 266 N 77b.

³⁴ Leipziger Komm-SCHÜNEMANN § 266 Rn 146 ff. mNw. FISCHER § 266 Rn 77b mNw.

³⁵ Zu den Originalformeln s. FRANK, Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz (18. Aufl.1931) § 59 Anm. V.

Das Fehlen einer klaren Abgrenzung ist problematisch, weil Vorsatz und Fahrlässigkeit rechtsethisch und psychologisch nicht vergleichbar sind. Sie wird gleichwohl verwendet, weil sie dem Richter einen breiten Beurteilungsspielraum eröffnet, was insbesondere eine Rolle spielt, wenn Vorsatz nahe liegt, aber als internes Faktum zwar unterstellt, aber oft nicht bewiesen werden kann. Die grobe Fahrlässigkeit wird so zum Auffangtatbestand für nicht beweisbaren Vorsatz. Das erinnert an die Verdachtsstrafen des Mittelalters. Im Übrigen entscheidet die deutsche Judikatur bei Risikogeschäften, dass der Vorsatz nicht schon deshalb entfällt, weil der Täter hofft, es werde ein endgültiger Schadenseintritt abgewendet. Damit verlässt sie die alte Abgrenzung und stellt Fälle bewusster Fahrlässigkeit unter den *dolus eventualis*.

Auch der Hinweis auf die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns oder auf die sog. Business Judgment Rule³⁶ zeigen, dass es in Wahrheit Fälle der Fahrlässigkeit sind, die hier zum Gegenstand eines strafrechtlichen Vorwurfs gemacht werden. Auch eine Begehung der Untreue durch Unterlassung wird häufig angenommen,³⁷ obwohl die Unterlassung strukturell eher fahrlässig erfolgt.

Noch bedenklicher ist aber, dass die Frage, ob eine privatrechtlich relevante Pflichtverletzung vorliegt, von den Strafrichtern beurteilt wird. So muss sich der Gesellschaftsrechtler heute von den Strafrechtlern belehren lassen, welche Pflichten der Vorstand einer Aktiengesellschaft hat. Dadurch wächst die Gefahr von Fehlurteilen durch Überdehnung des Treubruchtatbestands.

Für das Zivilrecht ist festzuhalten, dass Vertragsverletzungen zu Schadensersatz verpflichten, aber nicht strafbar machen.³⁸ Dies gilt im Grundsatz sogar für einen vorsätzlichen Vertragsbruch. Sanktionen für die Nichteinhaltung von Verträgen gehören ins Zivilrecht, nicht ins Strafrecht. Die Vertragsverletzung hat nur (aber immerhin) eine Schadenersatzpflicht zur Folge.

6. Unbestimmte und zu weite Tatbestände auch in der Schweiz und Österreich

Auch für die Schweiz muss man fragen, ob Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB dem *nulla poena sine lege*-Grundsatz von Art. 31 I BV Rechnung trägt; denn der Straftatbestand ist nicht im Gesetz selbst festgelegt, wenn sich die Strafbarkeit erst durch Rückgriff auf unbestimmte und nicht kodifizierte Grundsätze einer ordnungsgemässen Geschäftsbesorgung ergibt. Schon gar nicht lässt sich dann sagen, dass „das Gesetz die Tat ausdrücklich mit Strafe

³⁶ Zum Antagonismus zwischen Business Judgment Rule und der Anwendung von § 266 StGB durch die Gerichte s. FEDDERSEN, FS Laufs (2006) 1169 ff.

³⁷ Beispiele bei FISCHER Rn 38a mNw.

³⁸ Man hat in diesem Zusammenhang auch auf das Verbot der Schuldhaft in Art. 59 III der alten chBV hingewiesen, vgl. DONATSCH StrRZ 114 (1996); SCHULTZ 131 (1995) 840.

bedroht“ wie es Art. 1 StGB verlangt. Zwar ist zuzugeben, dass das Wort „ausdrücklich“ eine gewisse *crux*³⁹ darstellt und dass an die Bestimmtheit keine zu hohen Anforderungen gestellt werden sollten. Doch fordert das Gesetz jedenfalls eine präzise Umschreibung der Tatbestände⁴⁰. Art. 158 Ziff. 1 StGB erfüllt diese Voraussetzung nicht.

Schließlich wird auch in Österreich die Untreue von der Judikatur übermässig ausgeweitet, obwohl es hier nur den Missbrauchstatbestand gibt. An die Stelle der Pflichtverletzung tritt der Befugnismissbrauch. Das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit gehört nach öst. h.L. nicht zum Vorsatz.. Dies wird indes für § 153 nicht gelten können, der einen wissentlichen Missbrauch voraussetzt. Wiederum lässt man es aber genügen, wenn jemand wissentlich und willentlich eine Maßnahme setzt, die fremdes Vermögen tangiert. Dabei kommen alle Arten von Rechtshandlungen in Betracht, wie Gewährung von Preisnachlässen⁴¹, Anerkennnisse⁴², Vorauszahlungen⁴³, Kreditvergabe⁴⁴ usw.⁴⁵ Wird die Rechtshandlung (ex post) als Befugnismissbrauch qualifiziert, so wird der Tatbestand der Untreue bejaht. Damit ist man im Ergebnis wiederum bei der Strafbarkeit einer in Wahrheit bloß fahrlässigen Pflichtverletzung. Dafür einige Beispiele: Als Befugnismissbrauch gelten z.B. „Sponsoring; Parteispenden, Mäzenatentum, Geschenke, Repräsentation usw.“ durch den Vorstand einer AG oder den Geschäftsführer einer GmbH, wenn sie nicht „verkehrsadäquat“ sind.⁴⁶ Über die Strafbarkeit bzw. die Vorwerfbarkeit des Rechtsirrtums entscheidet also die Verkehrsadäquanz. Untreue kann schließlich durch pflichtwidriges Unterlassen begangen werden.⁴⁷ Auch der Abschluss von Risiko- oder Spekulationsgeschäften werden fallweise als Untreue qualifiziert.

7. Ausblick

Zahlreiche Entscheidungen bejahen Untreue, obgleich der Vorsatz die Verletzung der Vermögensfürsorgepflicht umfassen muss, weil insoweit das Unrechtsbewusstsein einfach unterstellt bzw. ein unbeachtlicher Verbotsirrtum angenommen wird. In Wahrheit liegt vielfach nur Fahrlässigkeit vor. Fahrlässige Pflichtverletzungen waren aber in der Rechtsgeschichte nie strafbar und eine fahrlässige Vermögensschädigung begründet im außervertraglichen Bereich nach heute immer noch gültigem Recht im Grundsatz nicht einmal eine zivilrechtliche Schadenersatzpflicht.⁴⁸ Sie mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren

³⁹ H.L. s. nur TRECHSEL Komm. StGB Art. 1 N 22 mNw.

⁴⁰ Nach TRECHSEL aaO. N 20 nur de lege ferenda .

⁴¹ OGH SSSt 54/42.

⁴² OGH SSSt 57/45.

⁴³ OGH JBI 1989, 330.

⁴⁴ OGH 11=s 106/96.

⁴⁵ Weiteres in Wiener Komm-KIRCHBACHER/PRESSLAUER (2. Aufl. 2009) § 153 StGB Rz 21.

⁴⁶ S. Wiener Komm-KIRCHBACHER/PRESSLAUER (2. Aufl. 2009) § 153 StGB Rz 35; KIENAPFEL/SCHMOLLER BT § 153 Rz 79.

⁴⁷ Wiener Komm-KIRCHBACHER/PRESSLAUER (2. Aufl. 2009) § 153 StGB Rz 30 mit Hinweis auf SSSt 54/42.

⁴⁸ Ausführlich dazu HONSELL, Entwicklungstendenzen im strafrechtlichen Vermögensschutz, FS N. Schmid (2001) 225 ff.

zu ahnden, ist vollends abwegig. Die Höhe der Strafe orientiert sich nämlich an den vorsätzlichen Bereicherungsdelikten wie Betrug (§ 263 dStGB) oder Diebstahl (§ 242 dStGB) usw., die ebenfalls eine Höchststrafe von fünf Jahren bei einfacher Tatbegehung vorsehen. De lege ferenda sollte man, von klaren und enumerativ aufgezählten Missbrauchsfällen abgesehen, die Untreue wieder auf das „unredlichen Antastens in gewinnsüchtiger Absicht“⁴⁹ beschränken, in dem auf anvertrautes Vermögen gegriffen wird, um sich selbst oder Dritte zu bereichern.

⁴⁹ Der Begriff der *contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia* entstammt der römischen Definition des weitgefassten *furtums*, das nicht nur den Diebstahl umfasste, sondern auch Fälle der Unterschlagung, des Betruges oder der Untreue; s. Paulus Dig. 47, 2, 1, 3, der sich auf Naturrecht beruft (*lege naturali prohibitum*).