

Der Unternehmer und die Strafgerichtsbarkeit – Beschränkungen der Unternehmerfreiheit durch den Straftatbestand der Untreue¹

ANDRÉ-M. SZESNY²

Es ist nicht zu leugnen, dass Verfahren wegen des Verdachts der Untreue gegen Vorstands- und Geschäftsführungsmitglieder in den vergangenen Jahren zumindest „gefühl“ zugenommen haben. Zumindest sind sie öffentlichkeitswirksamer geworden. Einen jüngsten Höhepunkt bildete das Verfahren gegen Thomas Middelhoff, der in seiner Zeit als Vorstandsmitglied der Arcandor AG Unternehmensvermögen verschwendet, teilweise auch eigennützig verbraucht habe. Er wurde wegen Untreue (§ 266 StGB) verurteilt. Und auch der Zivilprozess gegen den ehemaligen Siemens-Vorstand Heinz-Joachim Neubürger, der zu einer Verurteilung zur Zahlung von Schadenersatz führte³, ist in diesem Zusammenhang zu nennen. Denn das Urteil fußt im Wesentlichen auf der Erwägung, dass EUR 2,15 Mio. aufgrund eines mutmaßlich unwirksamen Beratervertrages an einen Empfänger in Nigeria gezahlt wurde, was wiederum eine strafrechtlich relevante Untreue im Sinne von § 266 StGB darstellen kann. Zu einem Straf-

¹ Die Ausführungen basieren auf dem Vortrag, den der Verf. anlässlich der 5. Bitburger Gespräche am 21. November 2014 in München gehalten hat. Der Vortragsstil wurde unter Beifügung der relevanten Nachweise aus Rechtsprechung und Schrifttum beibehalten.

² Dr. André-M. Szesny, LL.M. ist Rechtsanwalt und Partner der Wirtschaftskanzlei Heuking Kühn Lüer Wojtek und Lehrbeauftragter für Wirtschaftsstrafrecht an der Hochschule Fresenius in Köln. Er berät und verteidigt Unternehmen und Einzelpersonen in strafrechtlichen Angelegenheiten. Zudem berät er bei der Einführung von Compliance-Strukturen zur Vermeidung betriebsbezogener Straftaten. Er ist unter a.szesny@heuking.de erreichbar.

³ *LG München*, Urteil vom 10.12.2013 – 5 HKO 1387/10 mit Anmerkungen *Dann WiJ* 2015, 38 ff.

verfahren wird es indes nicht mehr kommen, da Neubürger inzwischen verstorben ist.

Der Untreuetatbestand beschränkt die Unternehmerfreiheit – allerdings nicht für den Eigentümer des Unternehmens. Adressat des Untreuetatbestandes ist derjenige, den der Eigentümer des Unternehmens dazu auserkoren hat, dessen Geschäfte zu führen – zum Wohle des Unternehmens und mit dem Ziel der Gewinnmaximierung. Die Übertragung dieser Verantwortung ist ein Vertrauensbeweis: Der Eigentümer legt sein Unternehmen in die Hände des Vorstands bzw. des Geschäftsführers – so wie ein Treugeber einem Treuhänder sein Vermögen anvertraut. Zentrales Merkmal des Untreuetatbestandes ist daher auch die Verletzung einer Pflicht, das Vermögen des Treugebers zu betreuen.

Von dem Vertreter der Anwaltschaft, insbesondere einem Angehörigen der Gilde der Wirtschaftsstrafverteidiger, erwartet das Publikum nun heftigen Widerspruch zu den Thesen meines Vorredners. Um es vorweg zu nehmen: Ich werde diese Erwartung nur teilweise erfüllen. Die Rechtsprechung, die den zugegebenermaßen weiten und reichlich abstrakten Straftatbestand der Untreue anhand konkreter Einzelfälle mit Leben füllt, gibt dem Rechtsunterworfenen wie auch dem Rechtsanwender Leitlinien an die Hand, an denen dieser sich im geschäftlichen Alltag orientieren kann. Diese Rechtsprechung möchte ich nachfolgend skizzieren. Der im Titel dieser Veranstaltung angesprochene „Würgegriff“ ergibt sich allerdings im Stadium des Ermittlungsverfahrens, also lange bevor geklärt ist, ob sich der Strafvorwurf bestätigt. Hier wird der durch die Weite des Untreuetatbestandes eröffnete Auslegungsspielraum von Strafverfolgungsbehörden genutzt, einen Anfangsverdacht zu bejahen, der wiederum Voraussetzung ist für empfindliche strafprozessuale Maßnahmen. Diese reichen vom Herausgabeverlangen von Unterlagen (§ 95 StPO) über Vernehmungen von Zeugen (§§ 52 ff. StPO) und Beschuldigten (§ 136 StPO) sowie Durchsuchungen und Sicherstellung von Beweismitteln (§§ 102 f.; §§ 94, 98 StPO) bis – bei Vorliegen weiterer Voraussetzungen – hin zur Anordnung von Untersuchungshaft (§ 114 StPO). Der Untreuetatbestand bietet hier erhebliches Risikopotential auch und erst recht für legal Handelnde – diesen wird im Ermittlungsverfahren nämlich zunächst regelmäßig nur Böses unterstellt. Darauf möchte ich im zweiten Teil meiner Ausführungen zu sprechen kommen.

I. Der Untreuetatbestand in der Rechtsprechung – eine willkürliche Auswahl konkreter Anwendungsfälle

1. Einführung

Der Untreuetatbestand sieht sich vielfacher Kritik im Schrifttum ausgesetzt; regelmäßig wurde und wird die hinreichende Bestimmtheit (Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB) dieses Tatbestandes angezweifelt. Diese Bedenken hat das Bundesverfassungsgericht vor nicht allzu langer Zeit verworfen:⁴ Es müsse sichergestellt werden, dass der Gesetzgeber auch im Strafrecht in der Lage bleibt, der Vielgestaltigkeit des Lebens Herr zu werden. Deshalb könne er nicht jeden Straftatbestand bis ins Letzte ausführen, weil ansonsten die Gefahr bestünde, dass die Gesetze zu starr und kasuistisch würden und dem Wandel der Verhältnisse oder der Besonderheit des Einzelfalls nicht mehr gerecht werden könnten.⁵ Es sei – so das Bundesverfassungsgericht – unvermeidlich, dass in Einzelfällen zweifelhaft sein kann, ob ein Verhalten noch unter den gesetzlichen Tatbestand fällt oder nicht.⁶ Der Untreuetatbestand genüge in seiner geltenden Fassung dem Bestimmtheitsgebot daher *noch*.⁷ Angesichts der Notwendigkeit einer Beschränkung des sehr weiten Wortlauts des § 266 StGB seien strafbare Fälle der Untreue jedoch auf gravierende, also evidente Pflichtverletzungen zu beschränken.⁸ Über die mutmaßlich unzulässige Weite des Untreuetatbestandes zu lamentieren, ist für den Praktiker und den Unternehmer vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung also wenig zielführend. Der Unternehmer muss sich mit der jetzigen Rechtslage auseinandersetzen.

Die Strafbarkeit wegen Untreue setzt voraus, dass der Entscheider eine ihn gegenüber dem Unternehmen treffende Vermögensbetreuungspflicht verletzt und dem Unternehmen hieraus ein Schaden entsteht. Eine solche Vermögensbetreuungspflicht gegenüber dem Unternehmen kommt zunächst der Geschäftsführung bzw. dem Vorstand zu. Als Täter einer Untreue kommen aber auch Mitglieder des Aufsichtsrates sowie Angestellte in Betracht, denen für einen bestimmten Bereich eine gewisse Budgetverantwortung übertragen ist. Dass der

⁴ BVerfGE NJW 2010, 3209 ff.

⁵ BVerfG NJW 2010, 3209, 3210; vgl. BVerfGE 14, 245, 251.

⁶ BVerfG NJW 2010, 3209, 3210.

⁷ BVerfG NJW 2010, 3209, 3212.

⁸ BVerfG NJW 2010, 3209, 3214.

sich selbst bereichernde „Griff in die Kasse“ ungetreu ist, liegt auf der Hand. Aber Untreue kennt keine Selbst- oder Drittbereicherungskomponente; Eigen- oder Fremdnützigkeit der Tat ist also nicht vorausgesetzt. Damit bestraft Untreue letztlich – und höchst vereinfacht formuliert – die Verschwendung von Vermögensteilen des Treugebers. Virulente Frage ist demnach, unter welchen Umständen gescheiterte oder riskante unternehmerische Entscheidungen als vermögensbetreuungspflichtig i. S. des § 266 StGB zu qualifizieren sind. Werden der unternehmerischen Freiheit hier unzumutbare Fesseln angelegt?

Der Bundesgerichtshof hat in einer Vielzahl von Entscheidungen den Untreuetatbestand geschärft. Für den Unternehmer bietet sich aus nachfolgenden – ganz willkürlich und ohne Anspruch auf Vollständigkeit herausgegriffenen – Entscheidungen eine gewisse Orientierung:

a) Weiter Ermessensspielraum (ARAG/Garmenbeck)

Unternehmertum ist risikobehaftet. Investitionen in Geschäftsideen, in den Ausbau des Unternehmens, den Aufbau neuer Geschäftsbereiche, die Erschließung neuer Kundengruppen, also Verwendung des Unternehmensvermögens, sollen sich letztlich zugunsten des Unternehmens auszahlen. Jeweils geht der Unternehmer hier in Vorleistung. Das mit den Ausgaben verfolgte Ziel kann freilich auch scheitern. Fehlinvestitionen sind natürlich nicht verboten, geschweige denn strafbar. Der Abschluss eines mit einem Risiko behafteten Geschäfts ist nicht schon wegen des Risikos als solchem oder wegen des Eintritts eines Verlustes strafbar. Wirtschaftlich vernünftige Ausgaben im Rahmen kaufmännischen Unternehmerteils dürfen nicht ohne weiteres pönalisiert werden,⁹ auch wenn sie sich im Nachhinein als nicht zielführend erweisen.

Ein insoweit grundlegendes Urteil hat der *II. Zivilsenat* des Bundesgerichtshofs im Jahr 1997 mit seiner ARAG/Garmenbeck-Entscheidung gefällt: In deutlichen Worten hat der Bundesgerichtshof dem Aufsichtsrat die Pflicht zugeschrieben, das Bestehen von Schadensersatzansprüchen einer Aktiengesellschaft gegenüber ihren Vorstandsmitgliedern eigenverantwortlich zu prüfen.¹⁰ Anders gewendet bedeutet dies, dass der Aufsichtsrat seine aktienrechtlichen Pflichten

⁹ BGH, Urt. v. 04.02.2004 – 2 StR 355/03 = StV 2004, 424.

¹⁰ BGH NJW 1997, 1926 (Leitsatz 2).

verletzt, wenn er die Prüfung von Schadenersatzansprüchen gegenüber Vorstandsmitgliedern unterlässt. Ein solches Unterlassen kann auch eine strafbare Untreue begründen, sofern diese aktienrechtliche Pflichtverletzung als besonders schwerwiegend anzusehen ist.¹¹

Hinsichtlich der Frage, wann der Aufsichtsrat von einer Pflichtverletzung des Vorstandes ausgehen muss, hat der *Senat* Grundsätze aufgestellt, die eine gewisse Leuchtturmfunktion für die Überprüfung unternehmerischer Entscheidungen haben. Danach muss dem Vorstand für die Leitung der Geschäfte der Aktiengesellschaft ein weiter Handlungsspielraum zugebilligt werden, ohne den unternehmerisches Handeln schlechterdings nicht denkbar ist.¹² Hierzu gehöre neben dem bewussten Eingehen geschäftlicher Risiken grundsätzlich auch die Gefahr von Fehlbeurteilungen und Fehleinschätzungen, der jeder Unternehmensleiter, mag er auch noch so verantwortungsbewusst handeln, ausgesetzt ist.¹³ Eine Schadenersatzpflicht – und damit auch Strafbarkeit wegen Untreue – komme erst dann in Betracht, „wenn die Grenzen, in denen sich ein von Verantwortungsbewusstsein getragenes, ausschließlich am Unternehmenswohl orientiertes, auf sorgfältiger Ermittlungen der Entscheidungsgrundlagen beruhendes unternehmerisches Handeln bewegen muss, deutlich überschritten sind, die Bereitschaft, unternehmerische Risiken einzugehen, in unverantwortlicher Weise überspannt worden ist oder das Verhalten des Vorstands aus anderen Gründen als pflichtwidrig gelten muss.“¹⁴ Entsprechendes gilt für Geschäftsführungsorgane in anderen Gesellschaftsformen, wobei dort die gesellschaftsvertraglichen Vorgaben das maßgebliche Leitkriterium für die Frage der Überschreitung von Kompetenzen sind.

Auch im Strafrecht hat das Diktum des *II. Zivilsenats* erhebliche Bedeutung: So nimmt etwa der *3. Strafsenat* unter Bezugnahme auf die ARAG/Garmenbeck-Entscheidung ein pflichtwidrig riskantes Handeln, dessen Folgen einen anderen treffen, an, wenn der Handelnde den ihm gezogenen Rahmen nicht einhält, insbesondere die Grenzen des verkehrsblichen Risikos überschritten hat.¹⁵ Und dieser Rahmen ist – wie im Urteil des *II. Zivilsenats* gesehen – weit zu zie-

¹¹ Vgl. hierzu oben I. 1.; BVerfG NJW 2010, 3209, 3214.

¹² BGH NJW 1997, 1926 (Leitsatz 2).

¹³ BGH NJW 1997, 1926, 1927.

¹⁴ BGH NJW 1997, 1926, 1928.

¹⁵ BGH, Urt. v. 04.02.2004 – 2 StR 355/03 = StV 2004, 424.

hen. Überschreitungen hat die Rechtsprechung in folgenden Fällen festgestellt:

b) Vergütungsentscheidungen (Mannesmann/Vodafone)

Der Bundesgerichtshof erkennt in im Dienstvertrag des Mitarbeiters nicht vereinbarten Sonderzahlungen (Boni) für eine ohnehin geschuldete Leistung eine treupflichtwidrige Verschwendung des anvertrauten Gesellschaftsvermögens, wenn die Zahlung ausschließlich belohnenden Charakter hat und der Gesellschaft keinen zukunftsbezogenen Nutzen bringen kann. Hintergrund der Entscheidung sind opulente Sonderzahlungen an die im Zuge der Übernahme der Telekommunikationssparte der Mannesmann AG durch die britische Vodafone Group ausscheidende Vorstandsmitglieder. Derartige Sonderzahlungen seien bereits dem Grunde nach unzulässig, ohne dass es auf die Frage ankommt, ob die Gesamtbezüge des begünstigten Vorstandsmitglieds unter Einschluss der Sonderzahlung nach den Grundsätzen des § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG der Höhe nach noch als angemessen beurteilt werden könnten.¹⁶ Der Bundesgerichtshof wertete derartige Sonderzahlungen als strafbare Untreue und verwies die Angelegenheit zurück zum Landgericht Düsseldorf, das die Angeklagten zuvor freigesprochen hatte. Zu einer Verurteilung kam es dennoch nicht: Das Landgericht stellte die Verfahren gegen Zahlung von Geldauflagen ein.

c) Kreditvergabe (Landesbank Berlin u. a.)

In Bezug auf Fälle gescheiterter Kreditengagements liest sich eindrücklich in einer jüngeren Entscheidung Bundesverfassungsgerichts: „[G]erade ‚klassische‘ Vermögensbetreuungsverhältnisse wie das zwischen der Bank und ihrem Vorstand können sich durch erhebliche Handlungsspielräume des Treupflichtigen auszeichnen, zu denen das Eingehen von Verlustrisiken ganz selbstverständlich gehört. Kommt es etwa durch Ausfall eines Kredits zu einem Vermögensschaden, so rechtfertigt dies für sich genommen noch nicht den Schluss auf ein unerlaubtes und strafwürdiges Handeln des für die Kreditvergabe verantwortlichen Vorstands.“¹⁷ Die Rechtsprechung nimmt eine

¹⁶ BGH, Urteil vom 21.12.2005 – 3 StR 470/04 – Rz. 19 (Mannesmann/Vodafone).

¹⁷ BVerfG NJW 2010, 3209, 3214.

Pflichtverletzung der Entscheidungsträger in Kreditinstituten dann an, wenn diese ihre bankübliche Informations- und Prüfungspflicht bezüglich der wirtschaftlichen Verhältnisse des Kreditnehmers gravierend verletzt haben.¹⁸ Eine solche Pflichtverletzung muss anhand aller dafür maßgeblichen Umstände geprüft werden, da jede Kreditbewilligung ihrer Natur nach ein mit einem Risiko behaftetes Geschäft ist. Wurde diese Abwägung sorgfältig vorgenommen, kann eine Pflichtverletzung nicht deshalb angenommen werden, weil das Engagement später notleidend werde.¹⁹ Der Bundesgerichtshof hat in Bezug auf die Vergabe von Großkrediten klargestellt, dass für eine Verletzung der sich aus § 18 Satz 1 KWG ergebenden Informationspflicht allein die Annahme einer Pflichtverletzung im Sinne des Untreuetatbestandes jedoch nicht genügt.²⁰ Tatsächliche Anhaltspunkte dafür, dass die Risikoprüfung nicht ausreichend war, sieht der Bundesgerichtshof in der Vernachlässigung von Informationspflichten, in der nicht erforderlichen Befugnis der Entscheidungsträger, in unrichtigen oder unvollständigen Angaben der Entscheidungsträger gegenüber Mitverantwortlichen oder zur Aufsicht befugten oder berechtigten Personen im Zusammenhang mit der Kreditgewährung, in der Nichteinhaltung des vorgegebenen Zwecks, in der Überschreitung von Höchstgrenzen und in eigennützigem Handeln der Entscheidungsträger.²¹ Auch hier hat der Bundesgerichtshof dem Rechtsanwender im Kreditwesen eine sehr konkrete Checkliste an die Hand gegeben, anhand derer er seine Entscheidung auf rechtliche Zulässigkeit überprüfen kann und die ihn in die Lage versetzt, abschätzen zu können, wie groß das Risiko der Strafverfolgung, jedenfalls aber der zivilrechtlichen Haftung infolge seiner Entscheidung ist.

d) Finanzielle Ausstattung einer Tochtergesellschaft in wirtschaftlich angespannter Lage (Kinowelt)

Die finanzielle Ausstattung einer Tochtergesellschaft durch die Holding stellt dann eine strafbare Untreue dar, wenn ein den Zahlungen zugrunde liegendes Sanierungskonzept erkennbar gescheitert ist.²²

¹⁸ BGHSt 47, 148, 150; BGH NJW 2000, 2364, 2365; BGH NJW 2002, 1211; BVerfG NJW 2010, 3209, 3217.

¹⁹ BGHSt 46, 30, 33; BVerfG NJW 2010, 3209, 3217.

²⁰ BGH NJW 2000, 2364, 2365.

²¹ BGH NJW 2000, 2364, 2365.

²² BGH NJW 2006, 453 (Kinowelt).

Der Angeklagte hatte eine von ihm gegründete Sportwelt-Beteiligungsgesellschaft mbH in die von ihm ebenfalls als Vorstand geführte Kinowelt-Gruppe einzubringen. Die Kinowelt-Gruppe, die zunächst mit 10 % an der Sportwelt beteiligt war, geriet sodann allerdings in finanzielle Schwierigkeiten, weshalb letztendlich eine Übernahme der Sportwelt nicht mehr in Betracht kam. Gleichwohl überwies der Angeklagte von einem Konto der Kinowelt jeweils sechsstellige Beträge an die Sportwelt. Der Bundesgerichtshof sah hierdurch die äußersten Grenzen unternehmerischer Entscheidungsfreiheit überschritten. Das Ziel der Integration der Sportwelt in die Kinowelt-Gruppe und die Verfolgung der darin liegenden Geschäftschancen waren zunächst immer schwieriger zu realisieren und letztlich gänzlich gescheitert. Damit war der Übernahme der Sportwelt der Boden entzogen. In dieser Situation waren weitere Investitionen in die Sportwelt nicht mehr vertretbar.²³

e) Schwarze Kassen (Siemens/Enel)

Wer außerhalb des Buchungskreises des Unternehmens schwarze Kassen vorhält, um Sonderausgaben hieraus zu tätigen, verwirklicht den Tatbestand der Untreue. Dies hat der 2. *Strafsenat* des Bundesgerichtshofs entschieden. Er bestätigte die Verurteilung eines leitenden Angestellten, ein sog. „Bereichsvorstand“, dem bekannt war, dass „ein etabliertes System zur Leistung von Bestechungsgeldern (sogenannten nützlichen Aufwendungen) [existierte], und zwar zunächst in Gestalt eines Geflechts von Nummernkonten bei diversen liechtensteinischen Banken, die auf die Namen verschiedener anderer Unternehmen und liechtensteinischer Stiftungen lauteten.“ Die auf diesen Konten lagernden, bei zuvor durchgeführten Projekten nicht aufgebrauchten Gelder hatten in der offiziellen Buchhaltung des Unternehmens keinen Niederschlag gefunden. Sie wurden vielmehr zur Abwicklung verdeckter Überweisungen für nützliche Aufwendungen – Bestechungsgelder – verwendet; verbliebene Guthaben wurden teilweise auf andere Konten außerhalb des Buchungskreises des Wirtschaftsunternehmens überführt und ebenfalls für nützliche Aufwendungen verwendet. Der *Senat* stellte fest, dass schon das Entziehen und Vorenthalten erheblicher Vermögenswerte unter Einrichtung von verdeckten Kassen durch leitende Angestellte eines Wirtschafts-

²³ BGH NJW 2006, 453, 455.

unternehmens zu einem endgültigen Schaden im Sinne von § 266 Abs. 1 StGB führt. Auf die Absicht, das Geld im wirtschaftlichen Interesse des Treugebers – also des Unternehmens – zu verwenden, komme es dabei nicht an.²⁴ Schon kurz zuvor hatte der Bundesgerichtshof das pflichtwidrige Entziehen und Vorenthalten von Vermögenswerten unter Einrichtung einer treuhänderisch verwalteten „schwarzen Kasse“ durch Verantwortliche einer politischen Partei (im Zusammenhang mit dem CDU-Spendenskandal) ebenfalls als einen Nachteil im Sinne von § 266 Abs. 1 StGB erkannt.²⁵

f) Sponsoring von Kunst und Kultur

In seiner berühmten „Sponsoring-Entscheidung“ hat der Bundesgerichtshof klargemacht, dass auch Zuwendungen aus dem Vermögen einer Aktiengesellschaft, denen nicht unmittelbar ein wirtschaftlicher Gegenwert gegenübersteht, zulässig sein können. Dies betraf insbesondere Zuwendungen zur Förderung von Kunst, Wissenschaft, Sozialwesen oder Sport, also sog. Sponsoring. Eine den Untreuetatbestand erfüllende gravierende²⁶ Pflichtverletzung im Zusammenhang mit derartigen Zuwendungen müsse anhand gesellschaftsrechtlicher Kriterien geprüft werden. Bedeutsam seien dabei fehlende Nähe der Zuwendung zum Unternehmensgegenstand, Unangemessenheit im Hinblick auf die Ertrags- und Vermögenslage, fehlende innerbetrieblich Transparenz sowie Vorliegen sachwidriger Motive, namentlich Verfolgung rein persönlicher Präferenzen.²⁷ Jedenfalls dann, wenn bei der Vergabe sämtliche dieser Kriterien erfüllt sind, liege eine Pflichtverletzung im Sinne des § 266 StGB vor.²⁸ Mit diesen vier Kriterien hat der Bundesgerichtshof durchaus verlässliche und konkrete Leitlinien formuliert, anhand derer Sponsoring-Entscheidungen einer rechtlichen Prüfung unterzogen werden können.

g) Unordentliche Buchführung

Dass eine mangelhafte Dokumentation von Zahlungen oder eine unordentliche Buchführung als Untreue zu qualifizieren sein kann, hat

²⁴ BGH NJW 2009, 89 (Leitsatz 1).

²⁵ BGH NJW 2007, 1760 (Leitsatz 2).

²⁶ BGH NJW 2002, 1585 (Leitsatz 1) = BGHSt 47, 187.

²⁷ BGH NJW 2002, 1585 (Leitsatz 2).

²⁸ BGH NJW 2002, 1585 (Leitsatz 3).

der Bundesgerichtshof ebenfalls festgestellt: Zwar kann eine lückenhafte oder falsche Buchführung oder Abrechnung, die es wahrscheinlich macht, dass die Geltendmachung begründeter Ansprüche unterbleibt, allein eine Strafbarkeit wegen Untreue nicht begründen.²⁹ Eine mangelhafte Dokumentation von Zahlungen kann nur dann eine im Sinne des Untreuetatbestands relevante Vermögensgefährdung begründen, wenn im Einzelfall mit einer doppelten Inanspruchnahme zu rechnen und aufgrund der unzureichenden Buchhaltung eine wesentliche Erschwerung der Rechtsverteidigung zu besorgen ist.³⁰ Wer also seine Buchhaltung nicht derart führt, dass er Ansprüche seiner Gesellschaft gegenüber Dritten nicht durchsetzen kann, handelt vermögensbetreuungspflichtwidrig und führt hierdurch einen Nachteil im Sinne des Untreuetatbestandes herbei.³¹ Entsprechendes gilt dem Bundesgerichtshof zufolge auch für die umgekehrte Sachverhaltskonstellation: Erleichtert eine fehlerhafte Buchführung die Geltendmachung ungerechtfertigter Ansprüche Dritter, begründet dies zwar nicht per se einen Nachteil für das Unternehmen. Wenn aufgrund der Umstände des Einzelfalls allerdings mit einer doppelten Inanspruchnahme zu rechnen ist, droht Strafbarkeit.³²

II. Die Anwendung des Untreuetatbestandes im Ermittlungsverfahren

Das Bundesverfassungsgericht hat in der bereits zitierten Entscheidung klargestellt, dass aus dem Eintritt eines Schadens nicht auf eine Pflichtverletzung geschlossen werden darf – an sich eine Selbstverständlichkeit, die sich in der Gerichtspraxis aber abgeschliffen hat. Zudem hat das Bundesverfassungsgericht deutlich gemacht, dass der Untreuetatbestand nur auf gravierende Pflichtverletzungen Anwendung findet und nicht auf jede Verfehlung, die gesellschafts- oder sonst zivilrechtlich relevant ist. Das ist natürlich zu begrüßen.

Doch im Ermittlungsverfahren gilt: „Untreue passt immer.“³³ Denn dem Beschuldigten wird zu Beginn der Ermittlungen zunächst

²⁹ BGH NJW 1966, 261, 262; BGH NJW 2001, 3638.

³⁰ BGH NJW 2001, 3638 (Leitsatz 1).

³¹ BGH NJW 2001, 3638, 3640.

³² BGH NJW 2001, 3638, 3640; BGH NSZ 2004, 559.

³³ *Ransiek* ZStW 2004, 634.

nur das Schlimmste unterstellt: Die Ermittlungshypothese lautet im Widerspruch zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nämlich, dass dort, wo ein Schaden eintritt, auch ein justizialer Fehler passiert sein *muss*.

Das war etwa in der Finanzkrise zu beobachten: Der Ausfall verbriefter Hypothekenzertifikate, die von der US-amerikanischen Bank Lehman Brothers ausgegeben wurden, führte verständlicherweise zu erheblichem Unmut in Anlegerkreisen, die sich über die Werthaltigkeit ihrer Anlagen getäuscht fühlten. Zivilklagen und Betrugsverfahren waren die Folge. Aber auch die Kreditinstitute selbst traf es böse: Bankvorstände, unter deren Verantwortung Engagements ihrer Bank in Lehman-Zertifikaten mit Eigenmitteln erfolgte, sahen sich angesichts des Totalausfalls dieser Anlage Schadenersatzklagen ausgesetzt. Angesichts des gescheiterten Investments waren schnell auch die Strafverfolgungsbehörden tätig: Sie vermuteten Veruntreuung von Bankvermögen. Warum? Weil die Banken sich ausschließlich auf die Bewertung der Anlage durch Ratingagenturen verlassen hatten, nicht aber selbst die Substanz der Zertifikate geprüft haben, soweit es ihnen möglich war. Ich selbst habe interne Ermittlungen in einem von der Finanzkrise bis an den Rand der Existenz gebeutelten Kreditinstitut durchgeführt und musste erfahren, dass keiner der die Anlageentscheidung durchführenden Mitarbeiter mir die genaue Struktur der Anlageprodukte substantiiert erläutern konnte.³⁴ Die Staatsanwaltschaft hatte vor dem Hintergrund des Totalausfalls des Engagements einen Anfangsverdacht der Untreue zwar bejaht und die Ermittlungen aufgenommen. Sicherstellung von Beweismaterial und Vernehmungen folgten – begleitet von unangenehmen Pressemeldungen. Das Verfahren wurde aber eingestellt, weil ein Schädigungsvorsatz, den die Untreuestrafbarkeit erfordert, nicht nachweisbar war (und auch nicht vorlag). Für die Betroffenen waren die Ermittlungen, die noch nicht einmal von Durchsuchungen oder weiteren einschneidenden Maßnahmen begleitet waren, eine erhebliche psychische Belastung.

Dies gilt umso mehr, wenn aufgrund eines Anfangsverdachts in Grundrechte von Personen und Unternehmen eingegriffen wird:

³⁴ Zu internen Ermittlungen als Bestandteil von kapitalmarktrechtlicher Compliance *Rübenstahl/Idler* in: Szesny/Kuthe, Kapitalmarkt Compliance, 2014, Kap. 32; *Szesny* in: Knierim/Rübenstahl/Tsambikakis, Internal Investigations – Ermittlungen in Unternehmen, 2012, Kap. 30.

Durchsuchung von Wohn- und Geschäftsräumen, die Beschlagnahme von Dokumenten (inklusive der vorläufigen Sicherstellung umfassenden Datenmaterials, unabhängig davon, ob dies beweisrelevant ist oder nicht³⁵), die Vernehmung von Zeugen und Beschuldigten oder gar die Verhaftung von Tatverdächtigen, die sodann Wochen oder gar Monate in Untersuchungshaft verbringen müssen, bedeuten einschneidende und im negativen Sinne unvergessliche Ereignisse im Leben der Betroffenen. Diese sind dem Strafverfahren typisch – und damit auch in Verfahren wegen Untreue an der Tagesordnung.

Die eingangs dieses Beitrags dargestellte und vom Bundesverfassungsgericht ausgesprochene Notwendigkeit der Beschränkung des Untreuetatbestandes darf nicht erst im Rahmen der rechtlichen Prüfung durch den Richter im Rahmen der Hauptverhandlung stattfinden. Sie muss ihren Niederschlag bereits im frühesten Stadium des Ermittlungsverfahrens finden. Herrin des Ermittlungsverfahrens ist die Staatsanwaltschaft. Diese muss, was sich aus § 152 Abs. 2 StPO ergibt, bei zureichenden tatsächlichen Anhaltspunkten für eine Straftat einschreiten, also ermitteln. In diesem Zeitpunkt besteht allenfalls die *Möglichkeit*, dass eine Straftat begangen wurde; für eine Durchsuchung oder die Vernehmung von Zeugen ist also noch nicht einmal eine *Wahrscheinlichkeit* erforderlich. Insbesondere im Hinblick auf die Weite des Untreuetatbestandes, die Vielgestaltigkeit der möglichen Sachverhaltskonstellationen, den weiten Ermessensspielraum für unternehmerische Entscheidungen und die Funktion des Strafrechts als *ultima ratio*, als letztes Mittel staatlichen Eingreifens, müssen Strafverfolgungsbehörden zurückhaltend ermitteln. Bis zum Nachweis der Schuld des Beschuldigten gilt die Unschuldsvermutung. Dass oftmals das Gegenteil der Fall ist, entspricht der Erfahrung des Verteidigers. Der nicht selten zur Bejahung eines Anfangsverdachts bemühte Begriff der „kriminalistischen Erfahrung“ ist blutleer, sagt er doch nichts anderes, als dass ein *prima facie* neutraler Umstand wie etwa ein gescheitertes Kreditengagement von Strafverfolgungsbehörden gleichsam „prophylaktisch“ als strafbare Untreue bewertet wird. Warum? Weil es irgendeiner nicht nachgewiesenen Regel (der sog. „kriminalistischen Erfahrung“) entspricht, dass Banken ihre Kredite sorglos vergeben. Dann ist die Ermittlungslawine nicht mehr aufzuhalten. Und die Rechtsprechung von der „gravierenden Pflichtverletzung“ ergraut zur mauen Theorie – denn die Vor-

³⁵ Vgl. dazu Szesny WiJ 2012, 228 ff. (abrufbar unter www.wi-j.de).

verurteilung durch Geschäftspartner, Kunden und soziales Umfeld ist mit dem Bekanntwerden der Vorwürfe perfekt. Wo Rauch ist, ist auch Feuer. Kommen dann in Zeiten von Kürzungen in den Landeshäushalten, die vor der Justiz nicht haltmachen, „Verzögerungen, Desinteresse, Überlastung, bürokratische Strukturen, Missverständnisse“³⁶ hinzu, lassen sich Kollateralschäden kaum noch vermeiden. Zeitnot und Ermittlungseffizienz, „Punktesysteme“ bei der Abarbeitung der Fälle und „Erfolgsdruck“ sind die Feinde sorgfältiger Ermittlungsarbeit. Letztere darf gerne zur Anklage und zur Verurteilung führen – in den von der Rechtsprechung konturierten Fällen und ihnen in ihrem Unwertgehalt vergleichbaren Fällen der Untreue. Ansonsten begründet das Ermittlungsverfahren den dieser Tagung namensgebenden „Würgegriff“ des Rechts, dem der Unternehmer sich in offenen, auslegungsbedürftigen Tatbeständen wie der Untreue ausgesetzt sieht. Es wäre daher zu begrüßen, wenn nicht erst das Bundesverfassungsgericht, sondern auch die sich mit der Überprüfung strafprozessualer Maßnahmen in erster Instanz befassenden Amts- und Landgerichte die gebotene restriktive Auslegung des Untreuetatbestands schon bei der Feststellung des Anfangsverdachts beachten würden. Das ist bislang nicht ausreichend der Fall.

³⁶ Fischer, in: DIE ZEIT online, abrufbar unter <http://www.zeit.de/2014/10/staatsanwaltschaft-fall-edathy/komplettansicht> (zuletzt abgerufen am 8. März 2015).