

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

HENNING RADTKE

I. Einleitende Thesen

1. § 266 StGB nimmt die Unternehmensfreiheit nicht in den Würgegriff. Auch beschränkt der Untreuetatbestand nicht die Freiheit des Unternehmers; jedenfalls nicht über diejenigen Grenzen hinaus, die unternehmerischer Tätigkeit durch die Gesamtrechtsordnung ohnehin und notwendigerweise gesetzt sind.

2. Der Untreuetatbestand in der Anwendung auf unternehmerische Tätigkeit sichert lediglich außerstrafrechtliche Verhaltensregeln des Umgangs eines Treupflichtigen bei wirtschaftlicher Betätigung mit für ihn fremdem Vermögen durch eine strafrechtliche Sanktionsdrohung ab. Anders formuliert: Was bei unternehmerischer Tätigkeit nach Maßgabe der jeweils dafür maßgeblichen Teilrechtsordnung, etwa dem Gesellschaftsrecht, erlaubt ist, kann sich nicht als strafbare Untreue gemäß § 266 StGB erweisen.

3. Der Straftatbestand der Untreue sichert die Inhaber des Rechtsguts Vermögen vor Vermögensbeeinträchtigungen, die aus vorsätzlichen pflichtwidrigen Verhaltensweisen derjenigen Personen hervorgehen, denen gerade die Wahrung fremden Vermögens anvertraut ist. Dieses Vermögensschutzes bedarf es vor dem Hintergrund der tatsächlichen Bedingungen unseres Wirtschaftssystems in besonderem Maße. § 266 StGB schützt insoweit vor allem vor denjenigen Risiken, die sich – wie es das Bundesverfassungsgericht zum Ausdruck gebracht

hat¹ – aus der mittlerweile bei unternehmerischer Tätigkeit charakteristischen Trennung von Vermögensinhaberschaft einerseits und Vermögensverwaltung andererseits ergeben. Im Hinblick darauf ist der Untreuetatbestand nicht nur verfassungsrechtlich legitimierbar, sondern ein unverzichtbarer Baustein im System des strafrechtlichen Vermögensschutzes.²

Diese einleitenden Thesen gilt es nachfolgend mit wenigen Erwägungen zu begründen. Bei diesen Erwägungen wird die akzessorische Natur des Untreuetatbestandes im Vordergrund stehen. Ihr kommt bei dem Gedanken zum Verhältnis von Unternehmerfreiheit und Untreuestrafrecht eine besondere Bedeutung zu. Vor dem Hintergrund des Generalthemas „Unternehmerfreiheit“ schicke ich den Ausführungen zur Akzessorietät knappe Bemerkungen zum Verhältnis von „Unternehmerfreiheit“ und Untreuestrafrecht voraus.

II. § 266 StGB als Straftatbestand zum Schutz des Vermögens

„Der Untreuetatbestand soll den Vermögensinhaber im Gegensatz zu anderen Vermögensdelikten vor Schädigungen ‚von innen heraus‘ bewahren (...); der Straftatbestand der Untreue wirkt der besonderen Verletzlichkeit des Vermögensinhabers, der seine wirtschaftlichen Interessen in fremde Hände legt und auf die Redlichkeit des Beauftragten angewiesen ist, entgegen (...). Das gesetzgeberische Anliegen ist angesichts des die moderne Wirtschaft prägenden Auseinanderfallens von Vermögensinhaberschaft und beauftragter Verfügungsmacht (Management) von hoher und zunehmender aktueller Bedeutung (...). Dementsprechend existieren Straftatbestände, die ‚ungetreue‘ Handlungen von Gesellschaftsorganen und anderen Vermögensverwaltern erfassen, mit im Einzelnen unterschiedlicher Ausgestaltung in zahlreichen europäischen Rechtsordnungen (vgl. Cappel, Grenzen auf dem Weg zu einem europäischen Untreuestrafrecht, 2009, S. 187 ff.)“.³

Die zitierten Sätze stammen aus dem Beschluss des 2. Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 23. Juni 2010,⁴ in dem grundlegend

¹ BVerfGE 126, 170, 201; siehe auch *Saliger* in Satzger/Schluckbier/Widmaier, StGB, 2. Aufl., § 266 Rn. 3 mwN. sowie *Radtke* GmbHR 2010, 1121 ff.

² Vgl. *Altvater* DRiZ 2004, 134; *Rönnau* ZStW 119 (2007), S. 887, 890 ff.; *Saliger* aaO, § 266 Rn. 4 mwN.

³ BVerfGE 126, 170, 201.

⁴ BVerfGE 126, 170 ff.

die Verfassungsmäßigkeit des § 266 StGB und seiner Auslegung durch die fachgerichtliche, sprich strafgerichtliche Rechtsprechung geprüft worden ist. Mir geht es allerdings im Rahmen meiner Erwägungen nicht vorrangig um die Frage der Verfassungsmäßigkeit des Untreuetatbestandes. Bedeutsam für den hier behandelten Kontext sind die Ausführungen über den Schutzzweck des § 266 StGB und die knappen Erörterungen über die Notwendigkeit des Schutzes von Vermögen vor Schädigungen „von innen heraus“. Nochmals der entscheidende Satz aus dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts:

„Das gesetzgeberische Anliegen ist angesichts des die moderne Wirtschaft prägenden Auseinanderfallens von Vermögensinhaberschaft und Vermögensverwaltung von hoher und zunehmender aktueller Bedeutung.“⁵

Die Frage nach dem Verhältnis zwischen „Unternehmerfreiheit“ und Untreuestrafrecht stellt sich nur dann, wenn unternehmerische Tätigkeit mit – vergrößernd formuliert – fremdem Geld erfolgt. Wer sich wirtschaftlich unternehmerisch ausschließlich mit eigenem Vermögen betätigt, unterliegt bei der Verwendung keinen spezifischen außerstrafrechtlichen Bindungen und damit auch keiner strafrechtlichen Verantwortlichkeit nach dem Untreuetatbestand. Das klingt banal; dennoch lohnt es, sich den angesprochenen Aspekt noch einmal bewusst zu machen. Die Strafdrohung des § 266 StGB knüpft ausschließlich an Verhaltensregeln im Umgang mit fremden Vermögen an. Dass wirtschaftliche bzw. unternehmerische Tätigkeit unter den aktuellen Bedingungen unserer Wirtschaft durch das „Auseinanderfallen von Vermögensinhaberschaft und Vermögensverwaltung“ geprägt ist, erklärt die häufig so empfundene Bedeutung des Untreuetatbestandes im Rahmen unternehmerischer Tätigkeit. Beschränkungen der „Unternehmerfreiheit“, die nicht bereits aus der maßgeblichen Teilrechtsordnung resultieren, gehen damit aber nicht einher. Wer sich allerdings entschließt, wirtschaftlich unternehmerisch tätig zu werden und dabei bisheriges privates Vermögen in ein „Sondervermögen“, etwa ein Gesellschaftsvermögen, einzubringen, muss sich bei dem Umgang mit diesem Vermögen aber an den Rechtsregeln festhalten lassen, die für das „Sondervermögen“ maßgeblich sind.⁶

⁵ BVerfGE 126, 170, 201.

⁶ Ausführlicher dazu bereits *Radtke GmbHR* 1998, 311 ff. und 361 ff.

III. § 266 StGB als akzessorischer Straftatbestand

Das leitet über zu den Erwägungen über die akzessorische Natur des Untreuetatbestandes. § 266 StGB ist bezüglich der Bestimmung des Täterkreises und vor allem der Ausfüllung der Tathandlung weitgehend akzessorisch. Für die Erläuterung beschränke ich mich auf Akzessorietät bei der Tathandlung.

Das zentrale Merkmal des tatbestandlichen Verhaltens der strafrechtlichen Untreue ist – sowohl bei der Missbrauchs- als auch bei der Treubruchsvariante – die Pflichtwidrigkeit des Verhaltens des für fremdes Vermögen zuständigen Täters. Für das, was als pflichtwidrig im Verhältnis zu dem Inhaber des zu betreuenden Vermögens zu bewerten ist, hält das Strafrecht keine eigenen Wertungen bereit. Die Beurteilung der strafrechtlichen Pflichtwidrigkeit hängt im Grundsatz vielmehr von dem außerstrafrechtlichen Pflichtenmaßstab ab, der das Verhältnis zwischen dem Vermögensbetreuungspflichtigen und dem betroffenen Vermögen bestimmt.⁷

Im Verhältnis zwischen den Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft und der Gesellschaft bzw. dem Gesellschaftsvermögen gibt – bei Fehlen spezieller Regelungen – Art. 93 Abs. 1 Satz 1 AktG den Maßstab vor, nämlich die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters. Die Ausfüllung dieses Maßstabs bestimmt wiederum das Gesellschaftsrecht, nicht das Strafrecht. Handelt es sich um Verhaltensweisen mit unternehmerischem Ermessen des Vorstandes der Aktiengesellschaft, so gilt die *business judgement rule* des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG. Untreuestrafrechtlich mangelt es an der Pflichtwidrigkeit, wenn sich das Vorstandshandeln innerhalb des gesellschaftsrechtlich eröffneten Spielraums hält. Nichts anderes ist in zahlreichen Entscheidungen der Strafsenate des Bundesgerichtshofs zum Ausdruck gebracht worden, in denen von dem Erfordernis einer „gravierenden Pflichtverletzung“ geschrieben worden ist.⁸ Was nicht nach Maßgabe der einschlägigen außerstrafrechtlichen

⁷ Näher Radtke/Hoffmann GA 2008, 535 ff. mit zahlreichen Nachweisen.

⁸ Siehe den Überblick bei Hoffmann, Untreue und Unternehmensinteresse, 2010, S. 37 ff. mwN; siehe jüngst auch BGH, Urteil vom 28. Mai 2013 – 5 StR 551/11, NStZ 2013, 715 – 717 LS 1: „Eine Pflichtwidrigkeit ist nur dann tatbestandsmäßig i.S.d. § 266 StGB, wenn sie klar und evident ist und zudem schwer wiegt.“

Regelungsmaterie pflichtwidrig ist, kann damit auch nicht pflichtwidrig im strafrechtlichen Sinne sein.

IV. § 266 StGB und das Unternehmensinteresse

Die Unternehmerfreiheit kann aber unter einem anderen Aspekt des Untreuestraftatbestandes betroffen sein, den ich zum Abschluss noch ansprechen möchte. Es geht um die Möglichkeiten und Grenzen der Dispositionsbefugnis des betroffenen Vermögensinhabers über das geschädigte Vermögen. Konkreter: Vor allem bei der Untreue von Organen einer Kapitalgesellschaft zu Lasten des Vermögens der Gesellschaft ergeben sich Konstellationen, in denen ein an sich – nach den vorgenannten Maßstäben – pflichtwidriges Verhalten des Leitungsorgans mit Zustimmung des Vermögensinhabers bzw. des für die grundlegende Vermögensdisposition in der Gesellschaft zuständigen Organs erfolgt. Erweist sich diese Zustimmung als rechtlich wirksam, entfallen die Pflichtwidrigkeit und damit die Strafbarkeit des Leitungsorgans.⁹ Darüber besteht im Grundsatz Konsens.

Jedenfalls bei Untreuehandlungen zu Lasten von Kapitalgesellschaften sind der Disposition über das betroffene Gesellschaftsvermögen aber Grenzen gesetzt. Zumindest dann, wenn sich die Zustimmung des dispositionsbefugten Organs der Gesellschaft zu dem pflichtwidrigen Verhalten des Leitungsorgans sich gegenüber der Gesellschaft selbst als ihrerseits pflichtwidrig erweist, ist die Zustimmung nicht wirksam.¹⁰ Ob das der Fall ist richtet sich u. a. wiederum nach der Pflichtenbindung, der das zur Disposition befugte Organ selbst unterliegt. Auch insoweit geht es aber wiederum um Grenzen, die durch außerstrafrechtliche Regelungen der unternehmerischen Tätigkeit mit „fremdem“ Geld gesetzt werden. Ein originär strafrechtlichen Würgegriff an den Hals der Unternehmerfreiheit gibt es nicht.

⁹ *Saliger* aaO., § 266 Rn. 45 ff.

¹⁰ BGHSt 55, 266, 278 – 280 Rn. 34 – 36 mwN.; ausführlich *Hoffmann* aaO., S. 150 ff.