

Der Straftatbestand der Untreue (§ 266 StGB) in europäischer Perspektive: Ein Fall europäischer Entkriminalisierung?

Die »Parteispendenaffäre um Altkanzler Kohl«, die »VW-Affäre«, der »Berliner Bankenskandal« und das »Mannesmann-Verfahren« teilen zwei grundlegende Gemeinsamkeiten: Jedem der Fälle wurde einerseits ein gesteigertes öffentliches Interesse entgegen gebracht. Andererseits konnte in strafrechtlicher Hinsicht jeweils der Untreuestraftatbestand als Hauptdarsteller ausgemacht werden. Der Ausgang der Verfahren wird von der Öffentlichkeit hingegen selten als positiv wahrgenommen.

Als die Richter des Landgerichtes Düsseldorf, die Staatsanwaltschaft und die Angeklagten sich im sogenannten Mannesmann-Fall beispielsweise darauf einigten, dass das Verfahren gegen Zahlung einer Geldauflage in Höhe von insgesamt € 5,76 Millionen nach § 153a StPO einzustellen sei¹, machte sich in der Öffentlichkeit schnell Enttäuschung über diese Entscheidung breit, hatte man doch zu großen Teilen gehofft, diesmal endlich auch die »Großen mit den Mitteln des Strafrechts hängen« zu können.²

Eine derartige Erwartungshaltung kommt nicht von ungefähr, hat das Strafrecht doch in den letzten Jahren zunehmend an Konjunktur gewonnen und dient es mittlerweile nach kriminologischer Einschätzung mehr denn je als allumfassendes Steuerungsmittel zur Lösung gesellschaftlicher Problemlagen.³ Dass das Strafrecht diesem Erwartungsdruck in der Mehrzahl der Fälle nicht gewachsen ist, wird von der Politik dabei ignoriert. Der strafrechtliche Steuerungsanspruch beschränkt sich keineswegs ausschließlich auf den nationalen Rechtskreis, sondern ist mittlerweile zu einem europäischen Problem geworden, bei dem die Rechtssicherheit des Normadressaten in großem Maße nicht mehr gewährleistet zu sein scheint. Der Straftatbestand der Untreue bietet dafür ein Beispiel.

Der Mannesmann-Fall soll daher zunächst als Einführung in die Problematik der strafrechtlichen Lenkung gesellschaftlicher oder wirtschaftlicher Zusammenhängen mittels des Untreueparagrafen dienen (A). Hieran anschließend wird sich mit der Legitimation einer etwaigen Ausweitung von § 266 StGB auseinandergesetzt (B). Untersucht man die Untreue schließlich auf europäischer Ebene, werden große Unterschiede im Bereich der Gesetzgebung, aber auch im Bereich der Rechtsprechung deutlich (C). Dies wirft abschließend die Frage auf, welche Perspektive eine europaweite Harmonisierung auf diesem Gebiet haben könnte (D).

1 Pressemitteilung des Landgerichts Düsseldorf vom 29. Nov. 2006 (Nr. 09/2006, abrufbar unter: <http://www.lg-duesseldorf.nrw.de/>); vgl. auch: FAZ vom 30. Nov. 2006, S. 1, 13 »Mannesmann-Prozess ohne Urteil beendet«.

2 Siehe hierzu u.a.: SZ vom 25./26. Nov. 2006, S. 1, 2 »Ackermann kauft sich frei«; Bild vom 25. Nov. 2006, S. 2 »Ackermann zahlt 3,2 Mio! Mannesmann-Prozess vorbei?«.

3 So u.a.: Braum KritV 2004, 67; Albrecht, Kriminologie, 3. Auflage (2005) § 1 S. 1; praktische Beispiele hierzu bei: Voß S. 135 ff, in: H. Peters (Hrsg.), Muss Strafe sein? (1993).

A. Der Mannesmann-Fall als Beispiel strafrechtlicher Steuerungsmöglichkeiten

Wie flexibel man die Mittel des Strafrechts einsetzen kann, lässt sich hervorragend am Sachverhalt des Mannesmann-Verfahrens⁴ und den daraufhin ergangenen gerichtlichen Entscheidungen demonstrieren.

I. Drei Gerichte – drei Meinungen

Nachdem die Staatsanwaltschaft Düsseldorf ursprünglich eine Strafverfolgung abgelehnt hatte, nahm sie im März 2001 auf Druck der Generalstaatsanwaltschaft doch die Ermittlungen wegen des Verdachts der Untreue auf und erhob nach zweijährigen Untersuchungen Anklage vor dem Landgericht Düsseldorf.⁵

Dieses stellte in seinem Urteil fest, dass die Prämienzahlungen gegen § 87 I AktG verstoßen habe, diese Aktienrechtswidrigkeit jedoch in den meisten Fällen nicht für eine Strafbarkeit nach § 266 StGB ausreiche, da die Pflichtwidrigkeit insoweit auch »gravierend« hätte sein müssen. Nur in einem Fall lag nach Ansicht der Richter trotzdem eine solche vor, jedoch hätten sich die Angeklagten hinsichtlich dieser Prämiengewährung in einem »unvermeidbaren Verbotsirrtum« nach § 17 StGB befunden.⁶

Zu einer völlig anderen Beurteilung des Sachverhalts kommt der BGH im Revisionsverfahren. Nach Ansicht der Richter komme es – entgegen vorheriger Entscheidung⁷ – vorliegend nämlich nicht auf das Merkmal der »gravierenden Pflichtverletzung« an, so dass letztlich bereits ein aktienrechtswidriges Verhalten für eine Strafbarkeit ausreichend sein soll.⁸

Zu einem endgültigen richterlichen Urteil sollte es schließlich nicht kommen, da die Staatsanwaltschaft sich in Absprache mit den Richtern des LG Düsseldorf – an welches vom BGH zurückverwiesen wurde – und den verfahrensbeteiligten Personen dazu entschlossen hatte, dass Verfahren gegen Zahlung einer Geldauflage nach § 153a StPO einzustellen. In einer Stellungnahme des Gerichts hieß es, dass die Zahlungen dazu geeignet seien, das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung zu beseitigen und

4 Vgl. hinsichtlich des gesamten Sachverhalts ausführlich: Hüffer BB 2003, Beilage Nr. 7 S. 2 ff; Schünemann, Organuntreue – Das Mannesmann-Verfahren als Exempel? (2004) S. 45 ff; Loeck, Strafbarkeit des Vorstandes der Aktiengesellschaft wegen Untreue (2006) S. 122; Dittrich, Die Untreuestrafbarkeit von Aufsichtsratsmitgliedern bei der Festsetzung überhöhter Vorstandsvergütungen S. 152 ff; FAZ vom 22. Dezember 2005, Seite 3 »Chronik der Mannesmann-Affäre«; Manager-Magazin.de vom 18. Oktober 2004, »Mannesmann/Vodafone – Chronik einer Übernahmeaffäre«; siehe auch: Knipp, Der Deal (2007).

5 Im Laufe der Ermittlungen wurden die Medien von der Staatsanwaltschaft gezielt zur Erreichung bestimmter Ermittlungsziele missbraucht, so dass es im Laufe des Ermittlungsverfahrens sogar zu einer Amtshaftungsklage kam. Vgl. hierzu: Neuling HRRS 2006, 94, 95 f; siehe auch: OLG Düsseldorf NJW 2005, 1791 ff. Vgl. zum Ablauf der Ereignisse bis hin zur Klageerhebung: FAZ vom 22. Dezember 2005, Seite 3 »Chronik der Mannesmann-Affäre«; Manager-Magazin.de vom 18. Oktober 2004, »Mannesmann/Vodafone – Chronik einer Übernahmeaffäre«.

6 LG Düsseldorf NJW 2004, 3275 ff.

7 Vgl. insoweit: BGH St 47, 148 ff (»Kreditvergabe«-Entscheidung); BGH StV 2002, 137 ff (»Spenden«-Entscheidung).

8 BGH NJW 2006, 522 ff.

die über dieses Verfahren hinausgehenden Rechtsfragen durch das Urteil des BGH geklärt worden seien.⁹

II. Die Steuerungsfunktion des Strafverfahrens

Die jeweiligen rechtlichen Problempunkte des Mannesmann-Verfahrens sind in der Literatur bereits hinlänglich diskutiert worden, so dass sie hier lediglich nochmal in der gebotenen Kürze zusammengefasst werden sollen.¹⁰

1. Das aktienrechtliche Kernproblem des Falls

Die Kernproblematik im Mannesmann-Fall drehte sich vorwiegend um die Auslegung von § 87 I AktG, an dessen Maßstab sich die Vergütung von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft zu orientieren hat. Eine genaue gesetzliche Regelung hinsichtlich nachträglicher Anerkennungsprämien und deren zulässiger Höhe existiert nicht. Folgt man der gesellschaftsrechtlichen Literatur, so scheinen nachträgliche Prämienzahlungen jedenfalls vom Anwendungsbereich der Norm gedeckt zu sein.¹¹

Der BGH indes hat diese Frage zumindest für den Fall verneint, in dem von den Prämien keine Anreizwirkung mehr für die Zukunft ausgehen kann. Auf die Höhe der Zahlungen komme es dabei überhaupt nicht an, so dass die Richter im konkreten Fall auch keinerlei Stellung hierzu beziehen mussten.¹² Durch diese Haltung wurde die Botschaft des Gerichts klar: Die Kernfrage des Falls – nämlich: Sind nachträgliche Prämienzahlungen in astronomischer Höhe möglich? – sollte nicht mit den eigentlich zuständigen Mitteln des Gesellschaftsrechts gelöst werden, sondern es sollte vorliegend ein Exempel mit den Mitteln des Strafrechts statuiert werden.

2. Die Steuerung des »Teilsystems Wirtschaft« durch § 266 StGB?

Der weitere Verfahrensablauf zeigt jedoch, dass das Strafrecht dieser herkulesartigen Steuerungsaufgabe nicht gewachsen ist.

⁹ Pressemitteilung des Landgerichts Düsseldorf vom 29. Nov. 2006 (Nr. 09/2006).

¹⁰ Vgl. zu den aktienrechtlichen Problemen ausführlich u.a.: Kort DStR 2007, 1127 ff; Brand AG 2007, 681 ff; Hoffmann-Becking NZG 2006, 127 ff; Spindler ZIP 2006, 349 ff; Kort AG 2006, 106 ff; Peltzer ZIP 2006, 205 ff; Fleischer DB 2006, 542 ff; Säcker/Boesche BB 2006, 897 ff; Bauer/Arnold DB 2006, 546 ff; Kort NZG 2006, 131 ff; Jahn ZIP 2006, 738 ff; Fleischer DStR 2005, 1279 ff (Teil 1), 1318 ff (Teil 2); Fonk NZG 2005, 248 ff; Kort NJW 2005, 333 ff; Brauer/Dreier NZG 2005, 57 ff; Brauer NZG 2004, 502 ff; Wollburg ZIP 2004, 646 ff; Lange AuR 2004, 83 ff; Hüffer BB 2003, Beilage Nr. 7 S. 2 ff. Vgl. zu den strafrechtlichen Problemen ausführlich u.a.: Saliger/Sinner ZIS 2007, 476 ff; Nehm StV 2007 549 ff; Götz NJW 2007, 419 ff; Ransiek NJW 2006, 814 ff; Hohn wistra 2006, 161 ff; Schünemann NSTz 2006, 196 ff; Daniels ZRP 2004, 270 ff; Jahn ZRP 2004, 179 ff; Braum KritV 2004, 67 ff; Rönnau/Hohn NSTz 2004, 113 ff; Dittrich, Die Untreuestrafbarkeit von Aufsichtsratsmitgliedern bei der Festsetzung überhöhter Vorstandsvergütungen (2006); Zech, Untreue durch Aufsichtsratsmitglieder einer Aktiengesellschaft (2006).

¹¹ Fleischer DB 2006, 542, 543; Spindler ZIP 2006, 349, 351 f; Bauer/Arnold DB 2006, 546, 547; Ransiek NJW 2006, 814, 815.

¹² BGH NJW 2006, 522, 524 f.

Unverständlicherweise verzichtete der BGH bei der Prüfung von § 266 StGB zunächst auf das Merkmal der »gravierenden Pflichtverletzung«, obwohl er selbst in vorangegangenen Entscheidungen ausgeführt hatte, dass eine gesellschaftsrechtliche Pflichtverletzung noch nicht für eine Strafbarkeit ausreiche.¹³ Es ist nicht ersichtlich, warum diese erhöhten Anforderungen nun im Mannesmann-Fall nicht mehr gelten sollen. Da die Untreue eine hohe Konnexität zu zivil- und gesellschaftsrechtlichen Normen aufweist, ergibt sich die Notwendigkeit höherer strafrechtlicher Anforderungen bereits aus der bestehenden »(asymmetrische) Akzessorität« von § 266 StGB. Akzessorität bedeutet in diesem Zusammenhang einerseits, dass es grundsätzlich zu keiner Strafbarkeit kommen kann, wenn nicht gleichzeitig auch ein zivilrechtlicher Verstoß vorliegt. Aus dem strafrechtlichen »ultima ratio«-Prinzip muss sich jedoch auch ergeben, dass nicht jeder zivil- oder gesellschaftsrechtliche Verstoß zwingend eine Strafbarkeit zur Folge hat. Dies muss umso mehr dann gelten, wenn die außerstrafrechtliche Norm eine Vielzahl von Auslegungsmöglichkeiten bietet.¹⁴ Demzufolge wäre es im Mannesmann-Verfahren notwendig gewesen, herauszustellen, dass an das Strafrecht höhere Anforderungen zu stellen sind, als an das allgemeine Aktienrecht.

Die selektive Anwendung des Merkmals »gravierende Pflichtverletzung« durch den BGH zeigt zudem, dass sich das Untreuestrafrecht zunehmend zum »Case Law« entwickelt, anstatt dem Normadressaten klare Tatbestandsstrukturen anzubieten.¹⁵ Die Regelung kann vielmehr vielfältig eingesetzt werden und dient daher gegenwärtig als wirtschaftliches Steuerungsinstrument.

3. Die »Kunstfigur« des Verbotsirrtums

Auch an der Anwendung von § 17 StGB durch das LG Düsseldorf lassen sich die Probleme ermessen, die das Strafrecht aufwirft, wenn man es als »Kommunikationsmedium« und Steuerungsmittel missbraucht. Vor allem im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts dient die Regelungsfigur des »unvermeidbaren Verbotsirrtums« oftmals dazu, die gesetzgeberischen Ungenauigkeiten im Umgang mit dem verfassungsrechtlich verankerten Bestimmtheitsgebot zu kompensieren,¹⁶ um letztlich nicht jedes Verhalten,

13 BGH NJW 2006, 522, 526. Vgl. zu den Anforderungen an eine »gravierende Pflichtverletzung«: BGHSt 47, 148 ff.; BGH StV 2002, 137 ff. In der Literatur ist das Merkmal umstritten, da oftmals das Fehlen einer hinreichenden Definition beklagt wird. Daher ablehnend u.a.: Weber, in: Festschrift für Eduard Dreher S. 555, 566; Zech, aaO S. 217. Zustimmend jedoch u.a.: Tröndle/Fischer, Kommentar zum StGB, 54. Auflage (2007) § 266 Rn 40; Braum KritV 2004, 67, 73 f.; Rönau/Hohn NStZ 2004, 113, 118; Dierlamm StraFo 2005, 397, 403; Jahn ZRP 2004, 179, 182 f.

14 Vgl. hierzu ausführlich: Lüderssen, in: Festschrift für Albin Eser S. 163, 170 f.; in diese Richtung auch: Spindler ZIP 2006, 349, 350 f.

15 Siehe hinsichtlich der großen Zahl von Einzelfallentscheidungen im Bereich von § 266 StGB u.a.: Tröndle/Fischer, aaO § 266 Rn 35 ff.

16 Die wirtschaftsstrafrechtliche Expansion und die damit einhergehenden Bestimmtheitsprobleme für den Normadressaten zeigen sich vor allem in der häufigen Verwendung von Blankettgesetzen, in der Einbeziehung leichtfertigen Verhaltens (z.B. §§ 264 IV, 261 V StGB) oder in der Kriminalisierung von Gefährdungslagen (z.B. §§ 264, 265b StGB). Vgl. ausführlich zu den Expansionsproblemen der Tatbestände Subventionsbetrug, Insiderhandel, Korruption und Geldwäsche: Braum, Europäische Strafgesetzlichkeit S. 477 ff.

das in den Anwendungsbereich eines expansiven Wirtschaftsstraftatbestandes fällt, zu kriminalisieren.¹⁷ Für den Normadressaten ergeben sich hierbei jedoch in zweierlei Hinsicht Probleme. Einerseits ist er im Vorfeld der Handlung oftmals nicht mehr in der Lage vorherzusehen, welches Verhalten strafwürdig ist und welches nicht. Andererseits kann man – so das Verhalten denn kriminalisiert wird – faktisch nicht mehr von einem Irrtum über das Bestehen von rechtlichen Regeln sprechen, wenn unklar ist, ob ein bestimmtes Handeln tatsächlich kriminalisiert wird. Daher sind auch die Anwendungskriterien von § 17 StGB in derartigen Fällen im höchsten Maße unbestimmt. Die Folge ist, dass der Normadressat hier zum Spielball exekutiven und judikativen Verhaltens werden kann.¹⁸

Im Urteil des LG Düsseldorf entsteht der Eindruck, dass es weniger darauf ankam festzustellen, ob sich die angeklagten Personen tatsächlich geirrt haben, als vielmehr darauf, die eigenen Zweifel an der Richtigkeit des Strafverfahrens zu beseitigen. Nicht anders kann im Rahmen der »Vermeidbarkeitsprüfung« die Aussage verstanden werden, dass eine neutrale Auskunft hinsichtlich der Aktienrechtmäßigkeit der Prämien wohl eher ergeben hätte, dass die Bonuszahlungen zulässig seien.¹⁹ Diese Aussage ist zwar zutreffend, jedoch dann besonders gewagt, wenn die Richter selbst in aktienrechtlicher Hinsicht das genaue Gegenteil vertreten.²⁰

Dementsprechend kann man bei der Beurteilung des § 17 StGB nur zu dem Ergebnis kommen, dass er im Mannesmann-Fall lediglich als »Notausgang« aus dem fälschlicherweise eingeleiteten Strafverfahren diene. Die Anwendung des Verbotsirrtums belegt aber auch, dass der Straftatbestand der Untreue als ein Mittel zur Steuerung des »Teilsystems Wirtschaft« untauglich ist.

4. Die Informalisierung des Strafverfahrens nach § 153a StPO

Dass das Mannesmann-Verfahren schließlich über § 153a StPO eingestellt wurde,²¹ hat bei der Mehrzahl der Strafrechtler keine große Verwunderung hervorgerufen, ist doch diese Norm in prozessualer Hinsicht wohl diejenige, die in Wirtschaftsstrafverfahren am häufigsten zur Anwendung kommt.²² Auf Grund eines erhöhten Erledigungsdrucks, der vor allem mit der enormen Ausweitung der (wirtschafts-) strafrechtlichen Regelungen zusammenhängt, sind die Strafverfolgungsorgane zunehmend gezwungen, auf informelle Verfahrenserledigungen wie beispielsweise § 153a StPO

17 Vgl. hierzu: Naucke, in: Festschrift für Claus Roxin S. 503, 516 f.

18 Kritisch zu dieser Vorgehensweise Naucke: »Wenn man nicht weiß, was ein Gesetz regelt, (etwa § 261 StGB), wenn man also nicht weiß, wie die Gerichte entscheiden werden, liegt kein Fall des Irrtums vor. Es geht dann beim Täter um Prognosen, wie die Gerichte wohl entscheiden werden, nicht um Verfehlen des Wissens, wie die Gerichte nach dem Gesetz zu entscheiden haben.« (Naucke, in: Festschrift für Claus Roxin S. 503, 516).

19 So ausdrücklich: LG Düsseldorf NJW 2004, 3275, 3285.

20 Vgl.: LG Düsseldorf NJW 2004, 3275, 3276 ff.

21 Siehe: Pressemitteilung des Landgerichts Düsseldorf vom 29. Nov. 2006.

22 Vgl. hinsichtlich der häufigen Anwendung von § 153a StPO im Wirtschaftsstrafrecht: Albrecht, Kriminologie §17 S. 189, § 30 S. 293; siehe speziell für das Mannesmann-Verfahren auch: Saliger/Sinner ZIS 2007, 476, 478.

zurückzugreifen.²³ Dabei ist das Problem, dass der von einem Strafverfahren Betroffene zunehmend der staatsanwaltschaftlichen Entscheidungsmacht ausgeliefert ist. Faktisch stellen nämlich die Einstellungsentscheidungen nach § 153a StPO nichts anderes als ein »staatsanwaltschaftliches Urteil« dar, so dass die Exekutive im extremsten Fall zum Richter über sich selbst wird. Eine hinreichende Kontrolle ist hierbei oftmals nicht mehr gewährleistet und grundlegende Verfahrensrechte des Betroffenen bleiben in einer Vielzahl der Fälle auf der Strecke.²⁴

Demnach setzt sich für den Fall Mannesmann die Erkenntnis durch, dass die Einstellung gegen eine Geldauflage in Höhe von insgesamt € 5,76 Millionen de facto als »Geldstrafe« gewertet werden muss. Dass der strafrechtliche Rahmen – insbesondere die vom BGH geforderte Klärung der subjektiven Tatbestandsseite²⁵ – überhaupt nicht gerichtlich gelöst wurde, erscheint vorliegend nebensächlich. Wichtig war, das Strafrecht als ein »Kommunikationsmedium« zu nutzen, das Lösungen für komplexe Problemlagen anbietet. Diese Lösungen sind aber nur scheinbare. Dass auf diese Weise in der Öffentlichkeit eine Erwartungshaltung geschürt wurde, die das Strafrecht – spätestens durch die allgemein als Enttäuschung empfundene Verfahrenseinstellung nach § 153a StPO²⁶ – nicht erfüllen konnte, spielte keine Rolle.²⁷ Ein derartiges Szenario hätte sich die Strafverfolgungsbehörden und Gerichte ersparen können, wenn sie die Problembereiche des Falls – nämlich die aktienrechtliche Rechtmäßigkeit exorbitant hoher Bonuszahlungen – auch im Bereich des Aktienrechts gelöst und nicht versucht hätte, einen wirtschaftlichen Zusammenhang strafrechtlich zu lösen.

B. Das Legitimationsproblem eines expansiven Untreuestrafatbestandes

Wie kaum ein zweiter Tatbestand des besonderen Teils des StGB sah sich der Untreue-strafatbestand seit seinem Bestehen Kritik ausgesetzt.²⁸ Die Kritik an der Norm fängt bei der Unbestimmbarkeit des Adressatenkreises bzw. der Untreuehandlung an²⁹

23 Vgl. zu dieser Problematik, welche in der Literatur als »Informalisierung« beschrieben wird ausführlich: Ludwig-Mayerhofer, Das Strafrecht und seine administrative Rationalisierung – Kritik der informalen Justiz (1998) S. 25 ff; Albrecht, Kriminologie, aaO § 18 S. 192.

24 Vgl. zu dieser Problematik ausführlich: Ludwig-Mayerhofer, aaO S. 34 ff; Albrecht KritV 1988, 182, 193 ff.

25 Vgl. hierzu: BGH NJW 2006, 522, 531.

26 Siehe hierzu: SZ vom 25./26. Nov. 2006, S. 1, 2 »Ackermann kauft sich frei«; Bild vom 25. Nov. 2006, S. 2 »Ackermann zahlt 3,2 Mio! Mannesmann-Prozess vorbei?«.

27 Kritisch zur Anwendung von § 153a StPO im Fall Mannesmann auch: Saliger/Sinner ZIS 2007, 476 ff.

28 So bereits Hellmuth Mayer: »Sofern nicht einer der klassischen alten Fälle der Untreue vorliegt, weiß kein Gericht und keine Anklagebehörde, ob § 266 vorliegt oder nicht.« (Mayer, Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. I, S. 337). Siehe kritisch zu § 266 u.a. auch: Seier, in: Bochumer Beiträge zu aktuellen Strafrechtsthemen, Geilen-Symposium S. 145; Saliger ZStW 112 (2000), 563; Kargl ZStW 113 (2001), 565, 589; Schünemann, in: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 11. Auflage (2003) § 266 Rn 1; Ransiek ZStW 116 (2004), 634.

29 Einen Überblick über die strukturellen Probleme von § 266 StGB bietet: Saliger HRRS 2006, 10, 11 ff (m.w.N.).

und zieht sich durch bis zum Vermögensschaden, der dem Tatbestand durch die Einbeziehung der schadensgleichen Vermögensgefährdung eine zusätzliche Ausweitung verschafft³⁰.

Gerade die Ausweitung des Tatbestandsmerkmals des Vermögensschadens führt in der Praxis oftmals dazu, dass die Personengruppen, die bei ihren Handlungen zu einem gewissen Risiko gezwungen werden (idR Vorstände, Geschäftsführer), oftmals die Grenze des strafrechtlichen Bereichs nicht mehr abschätzen können, da es mitunter nur vom wirtschaftlichen Gelingen der risikobehafteten Handlung abhängt, ob die betroffene Person in den Bereich des Untreuestraftatbestandes fällt oder nicht. Dies wird dadurch verstärkt, dass in subjektiver Hinsicht keinerlei besondere Schädigungs- oder Bereicherungsabsicht verlangt wird. Hierdurch wird jedoch letztlich der Handlungsspielraum der Wirtschaftsteilnehmer in großem Maße eingeschränkt.³¹

Diese Expansion des Tatbestandes führt in der Praxis einerseits dazu, dass Strafverfolgungsbehörden sehr leicht Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts der Untreue einleiten können, da die Voraussetzungen hierfür entsprechend niedrig sind. Sie hat andererseits aber auch zur Konsequenz, dass die Gerichte wegen der unklaren Voraussetzungen eine Untreuestrafbarkeit immer seltener feststellen können. Dies wiederum hat zur Folge, dass die Strafverfahren auf diesem Sektor in großer Zahl nach § 153a StPO ein »informelles« Ende finden, wie die Beispiele »Mannesmann-Fall«³² bzw. »Parteispendenaffäre um Altkanzler Kohl«³³ gezeigt haben.³⁴ Eine Rechtssicherheit des Normadressaten ist bei derartigen Verfahrensabläufen schwerlich gewährleistet, so dass sich zwangsläufig die Frage nach einer Legitimation hierfür stellt.

I. Historisches Legitimationsproblem

Dass der Untreuestraftatbestand mittlerweile eine derartige Expansion erfahren hat, kommt nicht von ungefähr. Vielmehr ist diese Erkenntnis untrennbar mit dem Ursprung der Norm und dem Zweck ihrer Erschaffung in Zusammenhang zu bringen. Vordergründig um einen Streit zwischen »Missbrauchs- und Treubruchtheorie« zu beseitigen,³⁵ kreierte der nationalsozialistische Gesetzgeber im Jahr 1933 eine neue Untreuenorm, in der einerseits beide Theorien miteinander vereinigt wurden, jedoch auch

30 Vgl. u.a.: BGH St 44, 377, 384; Tröndle/Fischer, aaO § 266 Rn 56 ff; Lenckner/Perron, in: Schönke/Schröder, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 27. Auflage (2006) § 266 Rn 45; kritisch zum Vermögensschaden bei § 266 StGB u.a.: Saliger HRRS 2006, 10, 12; Dierlamm NStZ 1997, 534, 535.

31 Vgl. hierzu auch: Laskos, Die Strafbarkeit wegen Untreue bei Kreditvergabe (2001) S. 176, der sich mit Untreue im Zusammenhang von Risikogeschäften iRe Marktwirtschaft beschäftigt und zu dem Schluss kommt, dass »die Straffreiheit von Geschäften mit einem angemessenen Risiko essentielle Voraussetzung jedes Wirtschaftens ist. Andernfalls würde § 266 StGB jeden Unternehmergeist vernichten«.

32 Pressemitteilung des Landgerichts Düsseldorf vom 29. Nov. 2006 (Nr. 09/2006).

33 Siehe: Beschluss des LG Bonn vom 28. Feb. 2001 (Az.: 27 AR 2/01).

34 Kritisch zur häufigen Anwendung von § 153a StPO im Zusammenhang mit der Untreue u.a.: Hamm NJW 2001, 1694 ff; Saliger GA 2005, 155 ff; Saliger/Sinner ZIS 2007, 476, 481.

35 Vgl. zu diesem Streit: Weber, in: Festschrift für Eduard Dreher S. 555, 557 ff.

die bisher bestehende kasuistische Umschreibung des Täterkreises zugunsten einer allgemein abstrakten Täterkreismuschreibung aufgegeben wurde. Die Folge war eine erhebliche Ausweitung des Tatbestandes.³⁶ Die kriminalpolitische Konsequenz des nun gesetzlich normierten, sehr weiten Treubruchtatbestandes war, dass der Täterkreis von jetzt an unüberschaubar groß war und Strafbarkeitslücken praktisch nicht mehr auftraten. Diese Zielrichtung wurde von den Schöpfern der 1933 neu formulierten Untreuenorm³⁷ auch in keiner Weise verhehlt.³⁸ Dadurch war es mit den Mitteln des Strafrechts nun ohne weiteres möglich, gesellschaftliche Vorgänge zu kontrollieren und vor allem sehr einfach gegen finanzkräftige politische Gegner vorgehen zu können oder zumindest strafrechtliche Ermittlungsverfahren gegen diese einzuleiten.³⁹ Dementsprechend umfangreich setzte fortan auch die Rechtsprechung § 266 RStGB in sämtlichen Lebensbereichen ein.⁴⁰

Die Ausweitung der Untreuenorm passte zu einem politischen Konzept, innerhalb dessen das Strafrecht als Korrektiv oder Machtmittel diente, um den Staat – der in erster Linie ein »exekutiver Verwaltungsstaat war«⁴¹ – vor äußeren negativen Einflüssen abzusichern. Das Strafrecht war eine notwendige Waffe, die der Staat flexibel gegen jeden einsetzen konnte, der in der Lage war, den Bestand des totalen Souveräns zu gefährden.⁴² Ziel des damaligen Gesetzgebers war es, einer »Auflösungs- und Erweichungstendenz des Strafrechts entgegenzuwirken und den autoritären Charakter des neuen Staates zu betonen«, welcher dem Strafrecht eine erzieherische Aufgabe zukommen lassen wollte.⁴³ Die materiellen und prozessrechtlichen Formen, die Kennzeichen rechtsstaatlicher Strukturen sind, wurden als »lebensfremd« dargestellt und sollten zurückgedrängt werden, um den Richtern mehr Flexibilität bei der Durchsetzung des moralgeprägten Willensstrafrechts zuzugestehen.⁴⁴ Durch die Ausweitung der

36 Kritisch zu dieser Ausweitung nach der Gesetzesänderung: Kargl ZStW 113 (2001), S. 565, 568 f.

37 Als mutmaßlicher Verfasser gilt Ernst Schäfer; siehe dazu: Schwinge/Siebert, Der neue Untreuetatbestand in strafrechtlicher und zivilrechtlicher Beleuchtung (1933) S. 12 ff, 21.

38 So sagte *Ernst Schäfer* in einer Stellungnahme zur Neuformulierung des § 266 RStGB: »...die Fassung ist bewusst weit gezogen, um das Schiebertum und die Korruption mit Nachdruck bekämpfen zu können.« Vgl.: Schäfer DJZ 1933, 794, 795.

39 Dahn NJW 2002, 272, 273.

40 Einerseits wurde die Norm im Bereich des Wirtschaftslebens eingesetzt: z.B. für Vorstandsmitglieder einer AG (RG St 68, 210 ff) oder Notare (RG St 71, 295 ff, RG St 70, 166 ff). Andererseits kam § 266 RStGB auch in sämtlichen anderen Lebensbereichen zur Anwendung: z.B. gegen Volksschullehrer (RG St 71, 95 ff), gegen Familienangehörige (RG St 79, 205 ff, RG St 71, 324 ff) und v.a. gegen Personen, denen eine bestimmte Treupflicht gegenüber dem Staat zukam (RG St 71, 155 ff (staatliche Angestellte); RG St 72, 193 ff. (Inhaber von Poststellen); RG St 72, 347 ff (Amtsuntreue)).

41 So: Schmitt, Verfassungsrechtliche Aufsätze, in: Legalität und Legitimität S. 263 ff, der den Staat vorwiegend als Verwaltungsstaat beschrieb. Um dessen Bestand zu garantieren, war es notwendig, der Exekutive einen größtmöglichen Handlungsspielraum zu gewähren, was sich am leichtesten durch expansive Gesetze realisieren ließ.

42 Vgl. kritisch mit Verweis auf nationalsozialistische Literatur: Braum, aaO S. 342 ff.

43 So ausdrücklich: Schaffstein ZStW 53 (1934), 603, 606 ff.

44 Vgl.: Schaffstein ZStW 53 (1934), 603, 607.

strafrechtlichen Normen und den gleichzeitigen Verlust der richterlichen Kontrolle schaffte der nationalsozialistische Gesetzgeber Strukturen, die es dem Staat ermöglichten, nahezu sämtliche Lebensabläufe zu regulieren. Die Freiheit des Einzelnen wurde vernichtet. Jeder, der sich fortan gegen das Regime wenden wollte, konnte mit den Waffen des Strafrechts bekämpft werden. Das Strafrecht mutierte in dieser Zeit wirklich zum »Feindstrafrecht«.⁴⁵

Dass dieses ideologieverzerrte Strafrecht ein bedenkliches Bild abgibt, versteht sich beinahe von selbst, doch muss – gerade im Hinblick auf die momentane Umgangspraxis mit dem Untreuestraftatbestand – die Frage gestellt werden, ob sich diese strafrechtliche Steuerungs- bzw. Kontrollfunktion bis heute geändert hat. Nach wie vor besteht mit den Mittel der expansiven Untreuenorm die Möglichkeit, in vielen Fällen des Wirtschaftslebens Ermittlungsverfahren einzuleiten, die dann regelmäßig über § 153a StPO eingestellt werden.⁴⁶ Hierdurch wird der Staatsanwaltschaft ein derart flexibler Handlungsspielraum zugestanden, der dem Normadressaten kaum noch eine Möglichkeit gibt, die staatlichen Eingriffe generell und deren Ausmaß im Speziellen vorherzusehen.

Gerade mit Blick auf den Ursprung von § 266 StGB erscheint es bedenklich, den staatlichen Einrichtungen heute ähnliche – nicht kontrollierbare – Steuerungs- und Eingriffsmöglichkeiten zu gewähren, die der nationalsozialistische Gesetzgeber ins Leben gerufen hat.⁴⁷

II. Ökonomisches Legitimationsproblem

Auch vor einem wirtschaftlichen Hintergrund könnten Legitimationsprobleme eines expansiven Untreuestraftatbestandes bestehen. Dies ergibt sich daraus, dass § 266 StGB als Teil des Wirtschaftsstrafrechts mit dem diesem zugrunde liegenden Wirtschaftssystem der »sozialen Marktwirtschaft« zu verknüpfen ist. Dieses in Westeuropa vorherrschende System ist grundsätzlich freiheitlich orientiert.⁴⁸ Die sich an diesem Punkt zu stellende Frage muss also lauten, wie weit der staatliche Einfluss in einem freiheitlichen Wirtschaftssystem sein darf bzw. wie weit (wirtschafts-) strafrechtliche Regelungen formuliert sein dürfen.

⁴⁵ Siehe hierzu auch: Braum, aaO S. 343 f.

⁴⁶ So zuletzt im Mannesmann-Verfahren (vgl. oben).

⁴⁷ Kritisch zur Strafrechtsanwendung im Nationalsozialismus auch: Albrecht, Vergessene Freiheit, 2. Auflage (2006) S. 37 ff.

⁴⁸ Vgl. grundsätzlich zum Modell der »sozialen Marktwirtschaft«: Erhard/Müller-Armack, Soziale Marktwirtschaft – Ordnung der Zukunft (1972) S. 49; siehe auch: Lampert/Bossert, Die wirtschafts- und Sozialordnung der Bundesrepublik Deutschland im Rahmen der Europäischen Union, 15. Auflage (2004) S. 81 ff. Vgl. zur verfassungsrechtlichen Einkleidung des Wirtschaftsmodells: Huber DöV 1956, 135 ff, 172 ff, 200 ff; Bottke wistra 1991, 1, 3 (m.w.N.).

Sowohl nach klassischem rechtsphilosophischem⁴⁹, als auch nach ökonomischem⁵⁰ Freiheitsverständnis kommen dem Staat in einer freiheitlich orientierten Gesellschaft die Aufgaben zu, das Individuum vor möglichen Rechtsverletzungen Dritter zu schützen und diese unter Umständen zu ahnden. Nur zu diesem Zweck gibt der Einzelne seine Freiheit in die Hände des Staates. Hieraus ergibt sich, dass der Staat nach traditionellem Verständnis in keinem anderen Fall in die Freiheitssphäre des Individuums eingreifen darf. Vor allem darf die Macht des Staates nicht dahingehend ausgedehnt werden, dass das staatliche Handeln den Einzelnen übermäßig und unvorhergesehen trifft.⁵¹ Die Konsequenz, die sich daraus für die Strafgesetze ergeben müsste, ist eindeutig. Das Strafrecht unterliegt dem »ultima ratio« Prinzip, was bedeutet, dass es niemals zum Einsatz kommen darf, wenn dem Staat anderweitige – z.B. zivil- oder verwaltungsrechtliche – Sanktionen zur Verfügung stehen. Muss der Staat trotzdem auf die Mittel des Strafrechts zurückgreifen, darf er sich nach freiheitlichem Verständnis nur auf diejenigen Gesetze berufen, die für den Normadressaten im Vorfeld hinreichend bestimmt waren, d.h. dieser im Vorfeld seines Handelns bereits absehen konnte, dass er hierfür mit strafrechtlichen Konsequenzen zu rechnen hat.⁵²

Die Praxis im heutigen Wirtschaftsstrafrecht ist jedoch eine andere. Expansive Tatbestände wie §§ 266, 264 StGB, die Korruptionstatbestände oder die Straftatbestände zum Insiderhandel, aber auch die zunehmende »Informalität« im Strafverfahren⁵³ dienen in der Praxis dazu, dem Staat in großer Zahl Zugriffsmöglichkeiten in den Frei-

49 Vgl. hier bspw.: Charles-Louis de S. Montesquieu, *Vom Geist der Gesetze* (Reclam Ausgabe, übersetzt von Kurt Weigand) S. 210: »Freiheit bedeutet nicht, dass man machen kann, was man will. In einem Staat, dass heißt einer mit Gesetzen ausgestatteten Gesellschaft, kann Freiheit lediglich bedeuten, dass man zu tun vermag, was man wollen soll, und nicht zu tun gezwungen wird, was man nicht wollen soll.«; Jean-Jacques Rousseau, *Der Gesellschaftsvertrag oder Die Grundsätze des Staatsrechts* (1762, Reclam Ausgabe, übersetzt von Hans Brockard und Eva Pietzcker) S. 5: »Der Mensch ist frei geboren, und überall liegt er in Ketten. Mancher hält sich für den Herrn seiner Mitmenschen und ist trotzdem mehr Sklave als sie. Wie hat sich diese Umwandlung zugetragen? Ich weiß es nicht. Was kann ihr Rechtmäßigkeit verleihen? Diese Frage glaube ich beantworten zu können.«; Immanuel Kant, *Metaphysik der Sitten*, AA VI, S. 237: »Freiheit ist Unabhängigkeit von eines anderen nötiger Willkür.«

50 Vgl. hier bspw.: John Locke, *The Second Treatise of Government* (1689, Reclam Ausgabe, übersetzt von Dorothee Tidow) S. 95 ff, 114 ff, der Leben, Freiheit und Eigentum als höchste Werte des menschlichen Lebens festsetzte. Die staatliche Aufgabe würde einzig darin bestehen, diese Werte zu sichern. Darüberhinaus sei ein staatliches Eingreifen in gesellschaftliche Vorgänge nicht vorgesehen; Adam Smith, *Der Wohlstand der Nationen* (1776), nach dem der gesellschaftliche Wohlstand in einem System der natürlichen Freiheit am besten zu erreichen ist, da die Verfolgung privater Interessen stets auch die Interessen der Allgemeinheit fördert; John Stuart Mill, *On Liberty* (Anthenäum-Verlag, übersetzt von Achim v. Borries), für den der »einzige befugte Grund der Menschheit, einzeln oder vereint, sich in die Handlungsfreiheit eines ihrer Mitglieder einzumischen, sich selbst zu schützen ist«.

51 Vgl. Albrecht, *Vergessene Freiheit*, aaO S. 24 ff.

52 Vgl. hierzu u.a.: Albrecht/Hassemer/Voß, *Rechtsgüterschutz durch Entkriminalisierung* (1992) S. 50 f; Hefendehl NJ 2006, 17.

53 Hierzu: Ludwig-Mayerhofer, aaO S. 25 ff; Albrecht, *Kriminologie*, aaO § 18 S. 192.

heitsbereich der Wirtschaftsteilnehmer zu gewähren und somit gesellschaftliche Zusammenhänge kontrollieren zu können.⁵⁴ Auch hat der Mannesmann-Fall gezeigt, dass der strafrechtliche »ultima ratio« Gedanke in der Rechtspraxis zunehmend entwertet und auch bereits dann auf das Strafrecht zurückgegriffen wird, wenn die außerstrafrechtliche Rechtslage alles andere als geklärt ist.⁵⁵ Für den Wirtschaftsteilnehmer bedeutet das im extremsten Fall, dass nahezu jede risikobehaftete Handlung in den strafrechtlichen Bereich hineingezogen werden kann, auch wenn dies im Vorfeld der Handlung noch nicht absehbar war. Hierdurch wird die unternehmerische Handlungsfreiheit aber in einer Weise eingeschränkt, die dem klassisch liberalen Wirtschaftsverständnis nicht mehr entspricht. Der Staat kann sich im Bereich des Wirtschaftslebens mittlerweile nicht mehr lediglich auf seine freiheitsschützende Funktion beschränken, sondern mit Hilfe von expansiven Tatbeständen nahezu jedes wirtschaftliche Verhalten strafrechtlich steuern. Eine ökonomische Legitimation besteht hierfür gleichwohl nicht.

C. Der Untreueparagraf im europäischen Vergleich

Kommt man nach der Untersuchung von § 266 StGB im Zusammenhang mit dem Mannesmann-Fall zu der niederschmetternden Erkenntnis, dass sich eine faktische Legitimation für die Ausweitung des Untreuestrafrechts nur schwer finden lässt, kann man vor dem Hintergrund eines zusammenwachsenden Europas nun die Frage stellen, ob die Expansionsproblematik für § 266 StGB exklusiv gilt.

Im Wesentlichen lassen sich in Europa zwei Modelle des Untreuestrafrechts unterscheiden.

I. Das deutschsprachige Untreuemodell

Einerseits existiert in einigen europäischen Rechtssystemen ein § 266 StGB vergleichbarer allgemeiner Untreuestraftatbestand.

Hierbei ist vor allem der *schweizerische* Tatbestand der »ungetreuen Geschäftsbesorgung«, Art. 158 SchwStGB, mit der deutschen Norm nahezu identisch. Dementsprechend werden auch hier die gleichen Bedenken im Hinblick auf die Bestimmtheit des Tatbestandes angeführt, wie bei § 266 StGB.⁵⁶

Ebenfalls allgemeine Untreueregelungen finden sich in den Rechtsordnungen von *Österreich* (§ 153 ÖStGB) und *Liechtenstein* (§ 153 LStGB), wobei hier der entscheidende Unterschied zum deutschen Untreuestraftatbestand darin liegt, dass es lediglich eine dem Missbrauchstatbestand (§ 266 I 1. Alt. StGB) vergleichbare Variante gibt, so dass die sich durch den weiten Treubruchtatbestand (§ 266 I 2. Alt. StGB) ergebenden Bestimmtheitsprobleme⁵⁷ erst gar nicht auftreten können. Jedoch ist § 153 ÖStGB zu-

⁵⁴ Kritisch speziell zu den genannten Tatbeständen: Braum, aaO S. 477 ff.

⁵⁵ Vgl. oben die Ausführungen zum »Mannesmann-Fall«.

⁵⁶ Vgl. für Art. 158 SchwStGB: Donatsch ZStrR 114 (1996), 200, 220.

⁵⁷ Vgl. hierzu v.a.: Kargl ZStW 113 (2001), 565, 570 ff, 589.

sätzlich noch dahingehend eingeschränkt, dass in subjektiver Hinsicht nicht bereits »dolos eventualis« ausreicht, sondern der Missbrauch »wissentlich« geschehen muss.⁵⁸

Neben den genannten Normen finden sich allgemeine Untreueregelnungen auch in den *skandinavischen* Strafrechtsregelungen. Allerdings weisen auch hier die jeweiligen Untreuenormen im Vergleich zu § 266 StGB tatbestandseinschränkende Unterscheidungen auf. Die vergleichbaren Tatbestände in Finnland (§ 5 des 36. Kapitels des finnischen Strafgesetzes) und Schweden (§ 5 des 10. Kapitels schwedisches Kriminalgesetzbuch) kennen ebenfalls lediglich eine Missbrauchsalternative, wohingegen die Untreueregelnungen in Norwegen (§ 275 norwegisches StGB) und Dänemark (§ 280 dänisches StGB) zwar beide Varianten enthalten, in subjektiver Hinsicht vom Täter jedoch eine spezielle Bereicherungsabsicht erfordern.

II. Das französisch-romanische Untreuemodell

In anderen Rechtssystemen ist die Untreue hingegen spezialgesetzlich geregelt.

Der *französische* Code Pénal stellt die reine Schädigung von Vermögenswerten, die der deutsche Untreuestraftatbestand erfasst, nicht unter Strafe.⁵⁹ Derartige Normen finden sich jedoch mit der Regelungsfigur der *abus de biens sociaux* im französischen Code de Commerce.⁶⁰ Die wichtigsten Vorschriften hierbei sind Art. 241-3, Nr. 4 und 5 Code de Commerce für die *société à responsabilité limitée* (S.A.R.L., vergleichbar mit der deutschen GmbH) und Art. 242-6, Nr. 2 und 3 Code de Commerce für die *société anonyme* (S.A., vergleichbar mit der deutschen AG).⁶¹ Der Vorteil gegenüber § 266 StGB ist hier einerseits, dass der Kreis tauglicher Täter genau bestimmt ist.⁶² Andererseits erhalten die französischen Regelungen eine Einschränkung dadurch, dass vom Täter in subjektiver Hinsicht eine bestimmte Vorteilsabsicht verlangt wird, was dem Tatbestand eine beschränkende Kontur verleihen soll.⁶³ Hierdurch wird jedenfalls verhindert, dass die vermögensbetreuungspflichtige Person – z.B. im Falle von Risiko-

58 Vgl. zu § 153 ÖStGB und den Einschränkungen im Vergleich zum deutschen Tatbestand: Kirchenbacher/Presslauer, in: Wiener Kommentar zum österreichischen Strafgesetzbuch, 2. Auflage (2002) § 153 Rn 42 f; Pfeifer, in: Salzburger StGB-Kommentar – System und Praxis (2006) § 153 Rn 39 ff.

59 Siehe hierzu: Tiedemann, in: Leipziger Kommentar, aaO § 263 Rn 63 ff; grundsätzlich zu den strafrechtlich geschützten Rechtsgütern der beiden Systeme: Bacigalupo in: Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts – Symposium für Klaus Tiedemann (1994) S. 201, 204.

60 Der Code de Commerce hat die strafrechtlichen Vorschriften des »Loi du 24. Juillet 1966 sur les sociétés commerciales« übernommen. Dieses »Gesetz betreffend die Handelsgesellschaften« hatte in Art. 425-4, 437-3 spezielle untreuerechtliche Regelungen für die S.A.R.L. und die S.A.. Die Normen sind in Original und Übersetzung abgedruckt bei: Anders ZStW 114 (2002), 467, 470 (zugleich auch eine Einleitung in die Rechtsfigur der *abus de biens sociaux*).

61 Ein Überblick hierzu ist zu finden bei: Stasiak, Droit Pénal des Affaires (2005) S. 204 f.

62 So spricht bspw. Art. 242-6 Nr. 2 und 3 Code de Commerce für die *société anonyme* ausdrücklich nur vom »Präsident, den Mitgliedern des Verwaltungsrates und den Generaldirektoren« als tauglichen Tätern.

63 Stasiak, aaO, S. 214.

geschäften – völlig zufällig und unerwartet in den strafrechtlichen Bereich gezogen wird. Der Vorteil der spezialgesetzlichen Regelung ist weiterhin, dass hiervon eine bessere Präventivwirkung ausgeht, da die handelnden Personen mit den Regelungen im Normalfall besser vertraut sind, als mit den allgemeinen Strafnormen.⁶⁴

Ähnlich dem französischen Recht gibt es auch im *luxemburgischen* Gesellschaftsrecht eine Regelung hinsichtlich des *abus de biens sociaux*, wobei hier keine Unterscheidung zwischen den einzelnen Gesellschaftsformen gemacht wird, sondern Art. 171-1 Sociétés Commerciales⁶⁵ auf sämtliche Gesellschaftsformen angewendet werden kann.

Auch in *Spanien* sind Regelungen auf mehrere Bereiche verteilt. Neben einigen Tatbeständen im Bereich der Amtsdelikte (*Título XIX: Delitos contra la Administración Pública*, Art. 404 ff. Código Penal) existieren die untreuerechtlichen Regelungen vorwiegend in den speziell gesellschaftsrechtlichen Strafvorschriften (*De los delitos societarios*, Art. 290 – 297 Código Penal). Der Vorteil ist hier analog zum französischen Recht, dass der potentielle Täterkreis genau bestimmt ist und von diesem in subjektiver Hinsicht zudem eine Vorteilsabsicht verlangt wird, was dem Tatbestand eine zusätzliche Kontur verleiht.

In *Italien* hat sich der Gesetzgeber ebenfalls dazu entschieden, das Untreuestrafrecht spezialgesetzlich zu regeln und als taugliche Täter lediglich »Verwalter, Generaldirektoren und Liquidatoren« der Gesellschaft einzubeziehen (Art. 2634 Codice civile). In subjektiver Hinsicht wird von den Tätern ebenfalls eine Bereicherungsabsicht verlangt und auch der Vermögensschaden muss »absichtlich« herbeigeführt werden. Als »höchste Hürde« des Tatbestandes muss jedoch das Strafantragserfordernis gesehen werden, wonach die Handlung nur auf Initiative der verletzten Person verfolgt werden kann.⁶⁶ Insgesamt ist die italienische Regelung – trotz der positiv zu berücksichtigenden entkriminalisierenden Tendenzen – in einem zweifelhaften Licht zu betrachten, da sie – wie eine Vielzahl weiterer Entkriminalisierungsgesetze auch – von der Regierung Berlusconi im Jahr 2002 erlassen wurde. Die dort erlassenen Gesetze sind vielfach auf Kritik gestoßen. Der Vorwurf besteht darin, dass die erlassenen Gesetze vor allem darauf abzielten, den Regierungsmitgliedern und ihnen nahe stehenden einflussreichen Wirtschaftsteilnehmern zu nützen.⁶⁷ Auch hinsichtlich der gesellschaftsrechtlichen Untreuenorm besteht der Verdacht, dass diese allenfalls eine symbolische Norm und wegen der hohen Anforderungen in ihrem Anwendungsbereich beschränkt sei.⁶⁸

64 Hierzu: Tiedemann, in: Festschrift für Herbert Tröndle S. 319, 320; Tiedemann, in: Schloz-Kommentar zum GmbH-Gesetz mit Nebengesetzen und Anhang zum Konzernrecht, 8. Auflage (1995) Vor §§ 82 ff Rn 11.

65 Sociétés Commerciales – Loi du 10 août 1915 (Gesetz vom 10. August 1915 über die Handelsgesellschaften).

66 Vgl. zu den italienischen Untreueeregeln: Foffani, Le Infedeltà, in: Il nuovo diritto penale societario, S. 245 ff.

67 Vgl. hierzu ausführlich: Stuth KJ 2003, 256, 258 ff.

68 Hierzu kritisch: Mazzacupa, Gli artt. 2634 e 2635 c.c.: diritto penale 'simbolico' o necessaria 'frammentarietà' dell'intervento punitivo, in: La corruzione tra privati, Acquaroli / Foffani (Hrsg.) S. 349 ff.

Zusammenfassend zeigt jedenfalls dieser kurze Einblick in die ausgewählten Untreuenormen, dass die europäische Gesetzeslage keineswegs als einheitlich zu bewerten ist.

III. Die unterschiedlichen Untreurechtsprechungen

Auch die Rechtsprechung hinsichtlich vergleichbarer Fallgestaltungen scheint auf europäischer Ebene ein unterschiedliches Bild abzugeben.

In der *Schweiz* haben beispielsweise die ehemaligen Vorstandsvorsitzenden des Unternehmens ABB nach ihrem Ausscheiden zunächst Bonuszahlungen in Höhe von umgerechnet 233 Millionen Schweizer Franken erhalten, wovon letztlich jedoch ein erheblicher Teil wieder zurückgezahlt wurde.⁶⁹ Nach intensiven Auseinandersetzungen mit dem Sachverhalt entschied die Staatsanwaltschaft, dass keine Anklage wegen Untreue (Art. 158 SchwStGB) erhoben werden könne, da es sich bei Bonuszahlungen grundsätzlich um ein gesellschaftsrechtliches Problem handele, welches jedenfalls dann nicht mit den Mitteln des Strafrechts bekämpft werden könne, wenn eine entsprechende Genehmigung des Organs vorliege, gesetzlich oder statutarisch besondere Vermögenswerte betroffen seien oder der Fortbestand der Gesellschaft gefährdet sei. Die strafrechtliche Beurteilung müsse in jedem Fall strikt von zivilrechtlichen, rechtspolitischen oder moralischen Fragen getrennt werden.⁷⁰

Auch in *Spanien* wurde der Vorstandsvorsitzende und weitere Vorstandsmitglieder des Kreditunternehmens »Banco Santander Central« nicht strafrechtlich dafür belangt, dass sie zwei ausscheidenden Vorstandsmitgliedern von »Banco Santander« und »Banco Central Hispano« nach der Fusion Bonuszahlungen in Höhe von € 164 Millionen gewährten. Das *Tribunal Supremo* (oberster Gerichtshof von Spanien) entschied vorliegend, dass eine Strafbarkeit wegen Veruntreuung nach Art. 295 Código Penal nicht in Betracht kommen könne, da die Frage der Zulässigkeit von Abfindungszahlungen prinzipiell eine gesellschafts- bzw. finanzrechtliche sei und das Strafrecht hier von strikt getrennt werden müsse.⁷¹

69 Auf Initiative eines ABB-Großaktionärs einigten sich die Beteiligten schließlich darauf, dass insgesamt 137 Millionen Schweizer Franken zurückgezahlt werden sollten. Siehe zum gesamten Sachverhalt: Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft Zürich, S. 2 ff (Az: B-1/2002/31); vgl. auch: Wolfgang Hirn, Manager-Magazin.de vom 28.03.2002; siehe auch: Pressemitteilung von ABB vom 10.3.2002, veröffentlicht auf www.abb.com (»ABB einigt sich mit Barnevik und Lindahl«).

70 Vgl. zur Begründung der Einstellung: Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft Zürich, S. 26 ff (Az: B-1/2002/31); siehe zur Begründung der Staatsanwaltschaft Zürich zur Einstellungsentscheidung im Fall ABB auch: NZZ vom 6.10.2005, »Managerlöhne als Privatsache«; Tagesanzeiger vom 5.10.2005, »Barnevik: Verfahren eingestellt«.

71 Vgl. hierzu: El Tribunal Supremo, Sentencia Audiencia Nacional num. 15/2005 (Sala de lo Penal, Sección 3a), de 13 abril: »En el seno del principio de la libertad de empresa, si es posible se contrata a los mejores, que, a su vez, perciben retribuciones muy elevadas por desarrollar su función. Y en este punto, el Tribunal, y mucho menos un Tribunal Penal, no puede suplir los mecanismos de funcionamiento del mercado financiero.« Siehe aus der Presse zum Fall »Banco Santander Central« auch: BBC News vom 14.4.2005; CNBC vom 1.3.2006 (jeweils online abrufbar).

Alleine diese beiden Beispielsfälle zeigen, dass auf europäischer Ebene die im Fall Mannesmann gewährten Bonuszahlungen auch in der Höhe nicht als außergewöhnlich anzusehen sind. Für Unsicherheit muss jedoch die Tatsache sorgen, dass in Deutschland die Möglichkeit einer strafrechtlichen Regulierung solcher Zahlungen in Erwägung gezogen wird, wohingegen andere Rechtskreise ausdrücklich auf das Gesellschaftsrecht als geeignetes Regelungsinstrument verweisen.

D. Annäherungen an eine europäische Untreuregelung

Gerade vor dem Hintergrund eines immer stärker zusammenwachsenden Europas stellt sich daher die Frage, ob es geboten sein könnte, die divergierenden Untreuevorschriften zu harmonisieren.

I. Notwendigkeit einer Rechtsangleichung im Bereich des Untreuestrafrechts

Durch die Öffnung der europäischen Grenzen auf Grund der Verträge von Maastricht und Amsterdam und die hierdurch gewonnene Freizügigkeit ist – zumindest nach vielerorts vertretener Ansicht – ein erhöhtes Kriminalitätsrisiko vor allem im Bereich des Wirtschaftslebens entstanden, dem durch die Harmonisierung strafrechtlicher Regelungen entgegengewirkt werden soll.⁷²

In erster Linie hat die europäische Strafrechtsharmonisierung – im Bereich der dritten Säule der Europäischen Union – bisher auf prozessualer Ebene stattgefunden, was sich beispielsweise am Schengener Durchführungsübereinkommen (Schengen II – SDÜ), sowie der Einrichtungen der Strafverfolgungsinstitutionen Europol, Eurojust oder OLAF zeigt.⁷³ Jedoch besteht nach Art. 31 I e) EUV auch die Möglichkeit, die materiellen Vorschriften in bestimmten Bereichen⁷⁴ zu harmonisieren, wobei der Katalog keinesfalls als abschließend anzusehen ist, sondern nach herrschender Literatur weit ausgelegt werden soll, so dass eine Strafrechtsangleichung auf EU-Ebene letztlich für sämtliche Kriminalitätsbereiche möglich sein könnte.⁷⁵

Auch auf Ebene der Europäischen Gemeinschaft (erste Säule der Europäischen Union) wird zunehmend eine Harmonisierung der strafrechtlichen Regelungen vorangetrieben, wie die Richtlinien gegen die Geldwäsche⁷⁶ und die Richtlinie gegen den

⁷² Vgl. hierzu: Wasmeier ZStW 116 (2004), 320; Pieth ZStW 109 (1997), 756.

⁷³ Zum Ganzen: Hecker, Europäisches Strafrecht (2005) § 5 Rn 30 ff, 56 ff; vgl. grundlegend zur Harmonisierung nach den Europäischen Verträgen und den damit zusammenhängenden Problemen – im Hinblick auf fehlende Rechtsschutzmöglichkeiten – auch: Braum, aaO S. 398 ff; Hecker, aaO § 5 Rn 110 ff.

⁷⁴ Ausdrücklich genannt sind in Art. 31 I e) EUV die organisierte Kriminalität, der Terrorismus und der illegale Drogenhandel.

⁷⁵ Vgl. Hecker, aaO § 11 Rn 84 ff (m.w.N.); Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht (2004) § 8 Rn 42 ff.

⁷⁶ Richtlinie des Rates vom 10. Juni 1991 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zweck der Geldwäsche (91/308/EWG), ABl. Nr. L 166/77; Richtlinie 2001/97/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Dezember 2001.

Insiderhandel⁷⁷ zeigen. Angleichungsvorschriften nach den Regeln des EG-Vertrages sind nach den Art. 3 I h), 94 ff EGV dann möglich, wenn sie der Errichtung oder dem Funktionieren des gemeinsamen Binnenmarktes dienen.

Genau hier könnte möglicherweise auch der Ansatz für eine Harmonisierungsmaßnahme der unterschiedlichen europäischen Untreuevorschriften liegen. Zwar rechtfertigen allein die bestehenden Unterschiede hinsichtlich der rechtlichen Untreueregelungen für sich noch keine auf Art. 3 I h), 94 ff EGV gestützte Harmonisierungsmaßnahme. Die Divergenzen führen jedoch dazu, dass sich die Rechtssicherheit hinsichtlich einer möglichen Untreuestrafbarkeit – vor allem im Hinblick auf Risikoentscheidungen – in den einzelnen europäischen Ländern massiv unterscheidet. Dementsprechend sind vermögensbetreuungspflichtige Personen in Ländern mit einem weiten Untreuetatbestand zwangsläufig zu defensivem Wirtschaftshandeln gezwungen, wollen sie nicht Gefahr laufen, sich wegen Untreue strafbar zu machen. Da jedoch mit einer erhöhten Risikobereitschaft marktwirtschaftlich oftmals auch ein höherer Erfolg zu erreichen ist, führen die unterschiedlichen Untreuevorschriften dazu, dass die Binnenmarktvoraussetzungen in den einzelnen Ländern verschieden sind. Um dem – zumindest für die EU-Mitgliedstaaten – entgegenzuwirken, könnte es geboten sein, die Untreueregelungen zum Zwecke des »Funktionierens des Gemeinsamen Marktes« (Art. 3 I h) EGV) zu harmonisieren.

Auch im Hinblick auf den »ne bis in idem« Grundsatz, der für eine Vielzahl von europäischen Staaten in Art. 54 des Schengener Durchführungsübereinkommens (SDÜ) geregelt ist,⁷⁸ könnten sich Probleme der unterschiedlichen Untreuetatbestände ergeben. Hier wurden durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zwar Leitlinien dafür vorgegeben, wann eine Tat als »rechtskräftig abgeurteilt« gelten soll.⁷⁹ Abschließende Kriterien – die beispielsweise im Fall einer Einstellung wegen des Fehlens eines hinreichenden Tatverdachts gelten – wurden jedoch nicht geschaffen.⁸⁰ Konstruiert man nun für die Untreue, deren Hauptanwendungsbereich das Unternehmensrecht ist, einen staatenübergreifenden Sachverhalt, bei dem die Risikoentscheidung eines Managers ihre negative Auswirkung in mehreren Ländern entfacht, besteht die Gefahr, dass – wegen der unterschiedlichen materiellen Auffassung – der Fall in einem Land wegen fehlendem hinreichenden Untreuetatverdacht eingestellt wird, die Strafverfolgungsbehörden in einem anderen Land den Fall jedoch zur Anklage bringen wollen. Hierbei könnten dann – wegen der an diesem Punkt unklaren

77 Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2003 betreffend die Begriffsbestimmung und die Veröffentlichung von Insiderinformationen und die Begriffsbestimmung der Marktmanipulation.

78 Vgl. zum »ne bis in idem« Grundsatz auf europäischer Ebene: Ligeti, *Strafrecht und strafrechtliche Zusammenarbeit in der Europäischen Union* (2005) S. 95 ff (m.w.N.).

79 Vgl. insoweit die Entscheidung zum Fall »Gözütok/Brügge«, wonach unter das Merkmal »rechtskräftig abgeurteilt« nicht lediglich Verurteilungen und Freisprüche, sondern z.B. auch Verfahrenseinstellungen gegen Geldauflagen zu fassen sind: EuGH vom 11. Feb. 2003 (C-187/01) = EuGH NJW 2003, 1173 f.

80 Vgl. daher kritisch: Kühne JZ 2003, 305 ff; Kudlich JA 2004, 193, 195; Vogel/Norouzi JuS 2003, 1059, 1061; Radtke/Busch NStZ 2003, 281, 283 ff; weniger kritisch aber die offenen Fragen anmerkend: Stein NJW 2003, 1162, 1164.

Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes – Unstimmigkeiten mit dem Grundsatz des »Doppelbestrafungsverbot« entstehen. Diese könnte man letztlich dadurch beseitigen, dass man bereits die materiellen Untreuevorschriften in den einzelnen Ländern einander angleicht.

II. Perspektiven einer europäischen Untreuevorschrift

Bereits diese knappen Einblicke in den Europäischen Rechtskreis haben gezeigt, dass die unterschiedlich ausgestalteten europäischen Untreuetatbestände bei Fallgestaltungen mit transnationalem Bezug zu Rechtssicherheitsproblemen einerseits und zu Problemen im Hinblick auf grundsätzliche Verfahrensprinzipien andererseits führen können. Gerade § 266 StGB ist hierbei dazu geeignet, beim Normadressaten ein erhöhtes Maß an Rechtsunsicherheit hervorzurufen. Man wird sich jedoch nicht der Tatsache verschließen können, dass vor allem das Unternehmensrecht zukünftig einen noch stärkeren internationalen Bezug bekommen wird, was die Notwendigkeit hervorruft, für die Marktteilnehmer in den unterschiedlichen Ländern eine annähernd gleiche Rechtssicherheit herzustellen.

Erste Schritte zur Harmonisierung des europäischen Untreuestrafrechts wurden bereits durch die Arbeitsgruppe des *Freiburger-Symposiums* mit den sogenannten »Europa-Delikten« gemacht, die als Anregung für die EU-Kommission bzw. die einzelnen Ländern dienen sollten, die wirtschaftsstrafrechtlichen Regelungen einander anzugleichen.⁸¹ Interessant ist dabei, dass man hier auf einen allgemeinen Untreuestraftatbestand verzichten und auf gesellschaftsrechtliche bzw. bank- und börsenrechtliche Sondertatbestände zurückgreifen wollte.⁸²

Unglücklicherweise wurden die eingeleiteten Schritte in der jüngeren Vergangenheit nicht konsequent weiterverfolgt. Möglichkeiten einer Harmonisierung der Untreue bieten bisher jedenfalls sowohl der EG-Vertrag⁸³, als auch der EU-Vertrag⁸⁴. Auch nach in Kraft treten des am 13. Dezember 2007 unterzeichneten Vertrages von Lissabon im Jahre 2009 dürfte die rechtliche Möglichkeit der Angleichung der materiellen Vorschriften gewährleistet sein. Zwar wird dann die bisherige Säulenstruktur der Europäischen Union aufgegeben, wodurch das Kompetenzproblem zwischen erster und dritter Säule zukünftig entfällt.⁸⁵ Jedoch ergibt sich aus Art. 69b I (1, 3) Vertrag

81 Siehe hierzu Klaus Tiedemann im Vorwort von: Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union, Freiburger-Symposium.

82 Siehe zu sämtlichen Tatbeständen der »Europa-Delikte« den Anhang von: Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union, Freiburger-Symposium.

83 Ggf. gestützt auf Art. 94, 95 EGV, wie die Beispiele der Geldwäscherichtlinien (Richtlinie des Rates vom 10. Juni 1991 (91/308/EWG), ABl. Nr. L 166/77; Richtlinie 2001/97/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Dezember 2001) und der Richtlinie zum Insiderhandel (Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2003) zeigen.

84 Durch eine »weite Auslegung« von Art. 31 I e) EUV, siehe hierzu: Vgl. Hecker, aaO § 11 Rn 84 ff (m.w.N.); Satzger, aaO § 8 Rn 42 ff.

85 Siehe zum bisherigen Kompetenzproblem zwischen erster und dritter Säule für den Bereich der Strafrechtsharmonisierung ausführlich: Hecker, aaO § 4 Rn 83 ff (m.w.N.).

von Lissabon⁸⁶ zukünftig die Möglichkeit, bei Erforderlichkeit auch Kriminalitätsbereiche zu harmonisieren, die außerhalb der Katalogstraftaten von Art. 69b I (2) Vertrag von Lissabon liegen. Dies muss konsequenterweise dann auch für das Untreuestrafrecht gelten.

Ließ sich also eine Rechtsgrundlage für eine Harmonisierungsmaßnahme finden, wird man zwangsläufig mit der Frage der Ausgestaltung einer solchen Norm konfrontiert werden. Hierbei würde es darauf ankommen, sich wieder des Begriffs der Freiheit und deren Bedeutung für das gegenwärtige Wirtschaftssystem zu besinnen. Wirtschaftliche Freiheit kann für die Marktteilnehmer nur dann erreicht werden, wenn die strafrechtlichen Regelungen gerade nicht als Steuerungsmittel für sämtliche gesellschaftlichen und politischen Zusammenhänge dienen bzw. dienen können. Es kann nicht Aufgabe des Strafrechts sein, jedes unternehmerische Risiko beliebig sanktionieren zu können. Vielmehr ist strafrechtliche Zurückhaltung geboten, um den im Wirtschaftsleben tätigen Personen die Möglichkeit zu geben, durch ein kalkuliertes Risiko einen ökonomischen Fortschritt zu erreichen.⁸⁷

Für einen europäischen Untreuetatbestand würde das bedeuten, dass er in einer möglichst restriktiven Form formuliert werden müsste und so für den Normadressaten in hohem Maße kalkulierbar wäre. Daher würden sich unter anderem – wie von den »Europa-Delikten« vorgeschlagen – eine spezialgesetzliche Regelung, die Einbeziehung nur »tatsächlicher Vermögensschäden« und das Erfordernis einer speziellen »Vorteils- bzw. Bereicherungsabsicht«, wie es in diversen internationalen Untreueregelungen verlangt wird, als Restriktionsmerkmale anbieten, um zu gewährleisten, dass nur die wirklich rechtsverletzenden Handlungen in den Bereich der Untreue gezogen würden.

Europa steht jedenfalls erst am Anfang eines Entwicklungsprozesses, von dem zwangsläufig auch die materiellen Strafnormen betroffen sein werden. Noch hat man die Chance, die Harmonisierung der Untreueregelungen auf einem freiheitsorientierten Fundament aufzubauen, welches die strafrechtliche Aufgabe einzig als »ultima ratio« und nicht als universale Steuerung versteht. Es bleibt die Hoffnung, dass man sich die Chance nicht durch die Schaffung oder Beibehaltung expansiver Untreueregelungen verbaut.

86 Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 13. Dez. 2007.

87 So auch: Otto, Anmerkungen zum strafrechtlichen Schutz des Finanzwesens und der Handelsgesellschaften (Art. 49-56 ED), in: Freiburger-Symposium (2002) S. 535, 563.