



Charlotte Dobers

***Freifahrtschein* für Vermögende?**

Die Ausgleichsfähigkeit und Ausgleichsbereitschaft
des Treupflichtigen und ihre Auswirkungen
auf die Untreuestrafbarkeit gemäß § 266 StGB

A. Einleitung

I. Fragestellung und Ziel der Untersuchung

Der Straftatbestand der Untreue gemäß § 266 StGB lässt sich allgemein als die vorsätzliche Verletzung der Pflicht zur Betreuung von fremdem Vermögen mit der Folge eines Nachteils für dieses charakterisieren.¹ Nach der langjährigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs macht sich nicht wegen Untreue strafbar, wer zum Ersatz des Geldes, über das er rechtswidrig verfügt, eigene Mittel ständig bereithält.² Dafür muss der Treupflichtige jederzeit ausgleichsfähig und uneingeschränkt ausgleichsbereit sein.

Wir alle sind „Kinder unserer Zeit“ und in den Zeiten von Finanzmarkt-, Wirtschafts-, Schulden- und Eurokrise mag es doch zumindest auf einen ersten, flüchtigen Blick verwunderlich anmuten, dass der Bundesgerichtshof denjenigen, die ausreichend vermögend sind, einen „Freifahrtschein“ dafür ausstellt, mit anvertrauten Fremdgeldern nach Belieben bis zur Grenze der eigenen Möglichkeiten zu verfahren. Der „Freifahrtschein“ gilt zwar nur bei vorhandener subjektiver Ausgleichsbereitschaft des Treupflichtigen neben seiner objektiven Ausgleichsfähigkeit. Liegen jedoch diese beiden Voraussetzungen im Zeitpunkt der relevanten Handlung vor, kommt eine Untreuestrafbarkeit nach Auffassung der Rechtsprechung nicht in Betracht und der Treupflichtige ist nicht strafbar. Der auf den Vermögensschutz gerichtete Straftatbestand, dem sich die vorliegende Arbeit widmet, ist kein geringerer als die „Superverbotnorm“³ des deutschen Strafgesetzbuches: Die Untreue gemäß § 266 StGB. Den beiden in § 266 Abs. 1 StGB enthaltenen Tatbeständen des Missbrauchs und des Treubruchs ist gemein, dass durch die pflichtwidrige Handlung demjenigen, dessen Vermögensinteressen der Täter zu betreuen hat, ein Vermögensnachteil zugefügt werden muss.⁴ Der Vermögensschutz ist heute in der wirtschaftlichen Praxis mehr denn je erforderlich.⁵ Notwendig sind aber auch dessen Grenzen. Jede Vermögenssorge kann

1 *Dierlamm*, MüKo-StGB, § 266 Rn. 1.

2 Statt aller BGHSt 15, 342, 344; umfassende Nachweise unter B.I.

3 *Rönnau*, ZStW 119 (2007), 887, 925.

4 Siehe den Wortlaut der Norm; der Nachteil ist der Erfolg der Tathandlung; statt aller BGHR § 266 Nachteil 17; zwischen den beiden Tatbestandsalternativen wird im Folgenden nur bei Bedarf unterschieden, was meist nicht erforderlich ist, da der Erfolg derselbe ist.

5 So *Matt*, NJW 2005, 389, 389.

zu wirtschaftlichen Nachteilen führen und dem kaufmännischen Geschäft ist im Besonderen ein Risikomoment immanent.⁶ Somit kann nicht jedes vermögensschädigende Verhalten untreuerelevant sein. Rechtsprechung und Literatur hatten sich daher schon früh mit der schwierigen Abgrenzung von straflosem und strafbarem Verhalten zu befassen. Dies ist auch dem Umstand geschuldet, dass der Wortlaut des § 266 StGB sehr weit gefasst ist. Dem Richter kommt die Aufgabe zu, den Tatbestand durch Auslegung schärfer zu konturieren.⁷ Jedes einzelne Tatbestandsmerkmal der Untreue ist Gegenstand zahlreicher Problemkomplexe und Streitigkeiten und im Laufe der Jahre setzte sich die Rechtsprechung mit allen Tatbestandsmerkmalen intensiv auseinander.⁸ Der Untreuetatbestand erfuhr ein solches Maß an Prägung und Weiterentwicklung seitens der Rechtsprechung, dass er schon als ein „legislatorisches Monstrum“⁹ betitelt wird. Ein großer Teil der Veröffentlichungen aus der Literatur, die sich der Untreue schon nahezu inflationär widmet, ist auf die Einschränkung des von der Rechtsprechung mit „allgegenwärtigen Expansionstendenzen“¹⁰ bedachten Untreuetatbestands und damit auf die Begrenzung der Strafbarkeit gerichtet.¹¹ Im Fall der von der Rechtsprechung eingeführten Berücksichtigungsfähigkeit von Ausgleichsfähigkeit und -bereitschaft des Treupflichtigen, die über Jahre hinweg weiterentwickelt sowie verfestigt wurde und mittlerweile langjährige Praxis ist, und der daraus resultierenden Straflosigkeit könnte man annehmen, dass dieser generellen Forderung nach einer restriktiven Anwendung des Untreuetatbestands Genüge getan würde. Dennoch erhoben und erheben sich aus der Literatur immer wieder Stimmen, deren Kritik an der Berücksichtigung von Ausgleichsfähigkeit und -bereitschaft des Treupflichtigen an unterschiedlichen Punkten ansetzt. Einwände gegen das „Ob“ der Berücksichtigung von Ausgleichsfähigkeit und -bereitschaft sind ebenso zu finden wie vehemente Kritik an der systematischen Verortung der Berücksichtigung. Zudem finden sich neben Hinweisen auf die praktische Bedeutung auch

6 Vgl. *Waßmer*, Risikogeschäft, 24.

7 Dies fordert unter anderem aufgrund der „gefährlichen Weite“ *Bockelmann*, Strafrecht BT/1, 138.

8 Zur Entwicklung der jeweiligen Schwerpunkte in der Dogmatik von der Vermögensbetreuungspflicht hin zur Pflichtverletzung und dem Vermögensnachteil siehe statt vieler *Saliger*, S/S/W-StGB, § 266 Rn. 5.

9 *Schünemann*, NStZ 2005, 473, 473.

10 *So Rönnau*, ZStW 119 (2007), 887, 902.

11 Eine lesenswerte Zusammenstellung von schlagwortartiger Kritik am Untreuetatbestand findet sich bei *Schünemann*, StraFo 2010, 1, 2; im Fokus der Kritik steht auch die Unbestimmtheit des Tatbestands und die ausufernde Kasuistik.

Erweiterungsvorschläge für diese Fallgruppe. Allerdings ist eine umfassende wissenschaftliche Auseinandersetzung bisher, soweit ersichtlich, nicht erfolgt.¹² Die vorliegende Arbeit hat zum Ziel, diese Lücke zu schließen und die Berücksichtigung von Ausgleichsfähigkeit und -bereitschaft des Treupflichtigen im Rahmen der Untreue kritisch und umfassend zu untersuchen. Die Untersuchung gewinnt an Bedeutung vor dem Hintergrund, dass § 266 StGB nicht mehr nur als schwierig anzuwendender Tatbestand, „sondern als wichtiger kriminalpolitischer Brennpunkt mit hoher symbolischer Bedeutung (...)“¹³ gilt. So sei die Prognose gewagt, dass nicht nur der juristische Laie – würde er gefragt werden – auf die von der Rechtsprechung vorgenommene Berücksichtigung von Ausgleichsfähigkeit und Ausgleichsbereitschaft spontan wohl eher mit dem Empfinden von Ungerechtigkeit, als mit bedingungsloser Zustimmung reagieren würde.¹⁴

§ 266 StGB zählt zum Kern des Wirtschaftsstrafrechts und es ist eine „wissenschaftliche Selbstverständlichkeit“¹⁵ dass das Wirtschaftsstrafrecht kein Sonderstrafrecht ist. Daher muss sich die Berücksichtigungsfähigkeit von Ausgleichsfähigkeit und -bereitschaft selbstverständlich an der allgemeinen Dogmatik messen lassen. Die Bedeutung der Dogmatik für das Wirtschaftsstrafrecht ist immens, verleiht sie diesem doch Kontur und Schärfe und ermöglicht auf diese Weise auch Restriktionen. Andernfalls würde das Strafrecht zum Vollstrecker des Zivilrechts. Dogmatische Präzisierung ist stets geboten.¹⁶ Mit den Worten *Roxins* ist es gerade die Aufgabe strafrechtsdogmatischer Arbeit, die „Problemlösung improvisierender Willkürlichkeit [zu] entziehen (...)“¹⁷

Ziel dieser Arbeit ist eine abschließende Klärung der Frage, ob und wie die Ausgleichsfähigkeit und -bereitschaft des Treupflichtigen im Rahmen der Prüfung der Untreuestrafbarkeit zu berücksichtigen sind. Hervorzuheben ist die praktische Bedeutung des Ergebnisses bezüglich des „Ob“ einer Berücksichtigung, geht es hier doch elementar um Strafbarkeit oder Straflosigkeit. Das gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass bei der Untreue keine Versuchsstrafbarkeit besteht. Im

12 Siehe aber *Wittig*, FS-Imme Roxin, 375 ff. mit einer Untersuchung mit Blick auf die schwarzen Kassen.

13 *Fischer*, StraFo 2008, 269, 269.

14 Dafür wäre eine umfassende empirische Untersuchung erforderlich.

15 *Jäger*, FS-Otto, 593, 608.

16 Vgl. im Zusammenhang mit der Formel d.Rspr. von der „gravierenden Pflichtverletzung“ die Forderung von *Schünemann*, NStZ 2005, 473, 476; *Englisch*, NJW 2005, 2974, 2074 spricht davon, dass in systematischer Hinsicht das Feld der Untreue noch nicht vollständig abgegrast sei.

17 *Roxin*, FS-Welzel, 447, 475.

weiteren Verlauf setzt sich die Arbeit schwerpunktmäßig mit der Untersuchung des „Wie“ einer Berücksichtigungsfähigkeit auseinander. Insoweit wird vor allem ein dogmatischer Gewinn zu erzielen sein, wenn es darum geht, die Berücksichtigung von Ausgleichsfähigkeit und -bereitschaft nicht nur (kriminalpolitisch) angemessen zu behandeln, sondern gerade auch auf dogmatisch konsistenten Grund zu stellen.¹⁸

II. Gang der Untersuchung und Begriffsklärung

Die Arbeit untergliedert sich im Folgenden in die drei Hauptteile B. bis D. und schließt mit einer Zusammenfassung in Teil E. Teil B. widmet sich in zwei Abschnitten der bisher zur Fragestellung ergangenen Rechtsprechung. Neben einer chronologischen Übersicht über die veröffentlichten Urteile und Gerichtsbeschlüsse im Abschnitt B.I. wird im Abschnitt B.II. eine umfassende Analyse dieser Rechtsprechung vorgenommen. Zwei große Fragenkomplexe stehen dann im Zentrum der weiteren Untersuchungen in Teil C. und Teil D. Im zentralen Teil C. wird die Legitimation einer Berücksichtigung von Ausgleichsfähigkeit und -bereitschaft im Rahmen der Untreue eingehend untersucht. Es wird zu prüfen sein, ob an der Berücksichtigung von Ausgleichsfähigkeit und -bereitschaft des Treupflichtigen festgehalten werden kann und sollte, mithin ob die Berücksichtigung legitimierbar ist. Dies erfolgt aus unterschiedlichen Richtungen und Ansätzen, beginnend mit dem Rechtsgüterschutz (C.I.) und den Auslegungskriterien (C.II.), gefolgt von Überlegungen vor dem Hintergrund des Subsidiaritäts- und des *ultima-ratio*-Prinzip (C.III.). Straftheoretische Überlegungen (C.IV.) werden ebenso in die Untersuchung einbezogen wie eine Betrachtung aus der Opferperspektive (C.V.). Auch das Spannungsverhältnis zwischen Recht und Moral (C.VI.) wird neben praktischen Erwägungen (C.VII.) beleuchtet. Zudem wird die Untersuchung der Legitimation auch von einem vergleichenden Blick in das Steuerstrafrecht (C.VIII.) und einem rechtsvergleichenden Ansatz (C.IX.) flankiert. Der sich anschließende Teil D. widmet sich den Fragen der Ausgestaltung der Berücksichtigung von Ausgleichsfähigkeit und -bereitschaft. Das erfolgt wiederum in zwei Abschnitten. Im ersten Abschnitt wird unter D.I. die Frage der systematischen Verortung einer Antwort zugeführt. Diese Untersuchung orientiert sich denklogisch am Prüfungsaufbau und der Struktur der Untreue, wobei

18 Siehe *Schünemann*, StraFo 2010, 1, 3; beachte auch die Ausführungen von *Wittig*, FS-Imme Roxin, 375, 390 zur Notwendigkeit „sich immer wieder den Grundlagen seines Faches zu vergewissern und auch scheinbar Selbstverständliches kritisch und auch hartnäckig zu hinterfragen.“

fünf Ansätzen nachgegangen (D.I.1–5) und das Auffinden einer zweckfunktionalen Lösung angestrebt wird. Daran anschließend werden im zweiten Abschnitt unter D.II. die Anforderungen, die an die Ausgleichsfähigkeit und -bereitschaft zu stellen sein sollten, zusammengetragen und erläutert. Dies erfolgt spezifisch vor dem Hintergrund der gefundenen bevorzugten systematischen Verortung und der sich daraus bietenden Möglichkeiten. Die Arbeit schließt im Teil E. mit einer Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse und einem Fazit.

Die Ausgleichsfähigkeit und Ausgleichsbereitschaft des Treupflichtigen werden in Rechtsprechung und Literatur teilweise auch als Ersatzbereitschaft und Ersatzfähigkeit bezeichnet. Aus Gründen der Klarheit und Einheitlichkeit werden in der folgenden Arbeit nur die Begriffe Ausgleichsfähigkeit und Ausgleichsbereitschaft verwendet, selbstredend außer in davon abweichenden direkten Zitaten.