

LOStA a.D. Rechtsanwalt Folker Bittmann, Köln

Waldvogel, Dominik Stefan: Untreue und Transparenz - Eine Intervention zur Prozeduralisierung der lex lata (§ 266 StGB)

Berlin 2020, zugleich Münchener Dissertation
Sommersemester 2019, 409 Seiten, 99,90 Euro

I. Waldvogel macht kein Hehl aus seinem Ansinnen: Er ist ein Fan der Prozeduralisierung der Strafbarkeit wegen Untreue. Er sagt aber zugleich vollkommen ehrlich: § 266 StGB lässt sich nicht prozeduralisierend interpretieren. Muss man also fast 350 Seiten lesen, wenn das Ergebnis bereits in der Einführung offenbart wird? Die Antwort hängt vom Ziel des Lesers ab: Der eilige Praktiker wird sich der Lektüre nicht näher widmen, weil er sich keine unmittelbar anwendbaren Ergebnisse für seinen beruflichen Alltag verspricht – die tatsächlich vorhandene dokumentierende Befassung mit relevanten Themen würde ihn also überraschen, aber auch wiederum bestätigen, denn Waldvogel übt Kritik an strategischen Entscheidungen der Judikatur. Wer sich jedoch für Gedanken interessiert, die hinter geltenden Vorschriften stehen oder Ansatzpunkte für deren Fortentwicklung enthalten, wird die Ausführungen mit Gewinn zur Kenntnis nehmen, denn Waldvogels Leistung besteht in argumentativer Herleitung seines angestrebten Ziels.

Wer denken kann, muss seine Belesenheit nicht erst in einem überbordenden Quellenapparat nachweisen. Waldvogel verfügt über einen ebenso erstaunlichen wie erfreulich weiten Blick und hat seine Nachweise deutlich erkennbar unter qualitativen Gesichtspunkten ausgewählt. Dabei beschränkte er sich nicht nur auf die gängige juristische Literatur, sondern zog auch eher schwer Zugängliches hinzu ebenso wie ausländische und Quellen aus anderen Gebieten wie der Wirtschaftswissenschaft, der Systemtheorie und der Soziologie. Dies zeugt genauso wie sein Ton, diszipliniert definierte und

verwendete Begrifflichkeit sowie die gesamte Darstellungsweise von erstaunlicher Souveränität. Allerdings: Ob wirklich alle den Tatbestand konturierenden Kriterien, die Waldvogel näher betrachtete, prozeduralen Charakter tragen, ist doch eher fraglich.

II. Die zentrale und teils hergeleitete, teils als zutreffend vorausgesetzte These besteht (nach der Formulierung des Rezensenten) im Segen der Transparenz. Darüber lässt sich trefflich streiten. Das Bespiegeln des eigenen Ichs in Fernsehsendungen und sozialen Medien, etliche Reaktionen auf unbequeme Wahrheiten, die Dauer manch eines notwendigen Prozesses über eine Legislaturperiode hinaus und das generalisierende Misstrauen in durchaus gebotene Diskretion belegen die Möglichkeit dunkler Seiten von Transparenz. Ihre präventive und sehr wohl hilfreiche Funktion auf den Gebieten der Korruption und des Wirtschaftens auf Kosten Dritter bleibt trotzdem unbestritten. Es kommt halt auf die Dosierung des Ob, Wann und Wie an.

1. Ein ausschließlich prozeduraler Untreuetatbestand wie-se nach Waldvogel folgende Kriterien auf: (1) Das alleinige Handlungsunrecht läge in der Nichteinhaltung der gesetzlich geregelten Prozedur bzw. des prozeduralen Kriteriums. (2) Wird die Prozedur bzw. das prozedurale Kriterium eingehalten, so läge kein Handlungsunrecht vor. (3) Auf den Eintritt oder Nichteintritt eines Erfolgsunrechts käme es nicht an.

Der Unterschied zum geltenden § 266 StGB wird damit auf den ersten Blick deutlich: Ein derartiger prozeduraler Untreuetatbestand wäre kein Vermögensdelikt mehr, sondern wäre weit im Vorfeld einer Vermögensschädigung angesiedelt. Diese Konsequenz muss man im Auge behalten, befürworte man eine derartige Umgestaltung oder lehne sie ab. Die Erleichterung in der Handhabung liegt ebenso auf der Hand wie die damit verbundene Pönalisierung einer (ggf. sehr bürokratisch-technischen) Vorgehensweise. Der Kreativität und Gestaltungsfreude würde eine solche Regelung zweifelsfrei nicht dienlich sein.

Es hieße jedoch, Waldvogel gründlich misszuverstehen, unterstellte man ihm ein derartiges Plädoyer nach dem Motto: Das Verfahren ist alles, das Vermögen ist nichts. Er sieht vielmehr deutlich die Gefahren reiner prozeduraler, auf Transparenz abstellender Untreuestrafbarkeit: Kriminalisierung

material getreuen und Entkriminalisierung material ungetreuen Handelns. Dass die Legitimierbarkeit einer solchen Regelung in einem utilitaristisch geprägten Strafrecht zu bejahen ist und einfacher zu handhaben ist, sei hier nicht bezweifelt. Darin liegt jedoch noch keine Antwort auf die Frage nach der Sinnhaftigkeit einer derartigen Gestaltung. Dass Waldvogel zunächst wirklich meinte (S. 30 f.), seine Arbeit führe zu einem solch bejahenden Ergebnis, bestreite ich. Träfe diese seine Selbsteinschätzung zu, so würde ich ihn gründlich missverstehen.

2. Der Annahme, Waldvogel verlange als fundamentalistische Kehrtwende, an die Stelle des § 266 StGB als Vermögensdelikt solle eine reine prozedurale Strafnorm treten, tritt er selbst entschieden entgegen. Er verlangt zwar für den Treubruchtatbestand (die Beschränkung darauf dürfte kaum mit dessen nach überwiegendem Verständnis bestehender Funktion als Grundnorm vereinbar sein) eine Prozeduralisierung anhand des Transparenzmerkmals sowohl in strafbefreiender als auch in strafbegründender Hinsicht, dies aber lediglich als Annex zum bestehenden und insoweit unveränderten Untretuetatbestand (S. 34 f.). Dies bestätigt sein abschließender Formulierungsvorschlag für einen neuen § 266 Abs. 1a StGB, der sowohl Straffreiheit bei Einhaltung der mit dem Treugeber vereinbarten Transparenzregeln als auch Bestrafung bei deren Verletzung vorsieht, letzteres allerdings nur, wenn speziell dadurch ein Nachteil eingetreten ist (S. 366).

a) Die Notwendigkeit einer zur Straffreiheit führenden Prozeduralisierung leitet Waldvogel aus dem Streben ab, dem Vermögensbetreuungspflichtigen einen safe harbour zu bieten. Das ist verständlich, ja geboten. Es fragt sich jedoch, inwieweit die Normierung der Einhaltung prozeduraler Transparenzregeln über die die Business judgement rule anerkennende forensische Praxis hinausreichte. Versteht man letztere nicht allein als formale Ablaufregel, sondern verlangt eine zunächst ergebnisoffene Prüfung, so bietet sie gegenüber rein formalisierter Strafbefreiung zwei Vorteile: Zum einen wird nicht jeder kleinste Formalverstoß zur unüberwindlichen Hürde für Straffreiheit und zum anderen würde vermieden, mit formaler Korrektheit materiale Rechtsverletzungen, nämlich absehbare Nachteile im betreuten Vermögen, zu rechtfertigen. Ob der Bedarf nach prozeduralisierten Transparenzregeln wächst, wenn man wie Waldvogel auf dem Boden der strengen Gesellschaftertheorie die Rechtsprechung zur Unwirksamkeit rechtswidriger Einwilligung des Vermögensträgers ablehnt (wofür es gute Argumente gibt), bedürfte genauerer Prüfung.

b) Die Pönalisierung der Verletzung prozeduraler Vorschriften soll nach Waldvogels Vorschlag das Herbeiführen eines Vermögensnachteils voraussetzen. Auch insoweit ist jedoch zweifelhaft, ob damit eine leichtere Handhabbarkeit als bisher verbunden wäre. Das wäre der Fall, reichte die Missachtung eines jeden, noch so detailliert vorgeschriebenen Verfahrensschritts aus und genügte Kausalität i.S.d. *conditio-sine-qua-non*-Formel. Obwohl der neue Tatbestand erst bei kumuliertem Vorliegen beider Umstände eingreifen soll, läge darin eine drastische Ausweitung bürokratischer und ausnahmslos strafbewehrter Erfordernisse, im Ergebnis also eine massive Ausweitung der Strafbarkeit. Will man dies sinnvollerweise vermeiden, so führt dies aber zu einer Frage zurück, um deren Antwort auch im geltenden Recht gerungen

wird: Wann liegt eine vermögensbezogene Pflichtverletzung vor? Hinzu käme die Notwendigkeit, die rein naturwissenschaftlich verstandene Kausalität juristisch einzudämmen. Auch darum bemühen sich Praxis und Wissenschaft bereits jetzt. Dabei hat sich jedenfalls gezeigt, dass die Reduzierung auf adäquate Kausalität allein die Konkretisierungsbedürfnisse nicht befriedigt und Ersatz oder Ergänzung mittels Zurechnung jedenfalls noch keine konsentierten Kriterien hervorgebracht hat.

III. 1. Wiewohl Waldvogels *Conclusio* letztlich belegt, dass eine Lösung der Sachfragen auch in Dilemmasituationen, d.h. solchen, die eine Lösung erfordern, obwohl einschlägige Beurteilungskriterien nicht aufklärbar sind, nicht in Umgehungsstrategien gefunden werden kann, würde es den tiefgreifenden Gedankengängen Waldvogels keineswegs gerecht, seine Überlegungen pauschal zu verwerfen oder für irrelevant zu erklären. Allein schon die Anerkennung gewisser kriminogener Konstellationen als Dilemmasituation zeugt von einem Realismus, der Juristen nicht immer eigen ist, zumal solchen nicht, die an die Allmacht der Verrechtlichung glauben oder zumindest so tun. Das Eingeständnis gewisser Grenzen des einer Regelung Offenstehenden sowohl im Allgemeinen als auch mit konkret zur Verfügung stehenden Mitteln im Besonderen eröffnet demgegenüber Räume zur Entwicklung alternativer und – vielleicht – zielführender Wege.

Die Erkenntnis, erst die eingetretene Verletzung eines Rechtsguts zu pönalisieren, setze in bestimmten Situationen in einem zu späten Stadium ein, führte zur Implementierung nicht nur konkreter, sondern auch abstrakter Gefährdungsdelikte. Die im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung angesiedelte Strafbarkeit der Missachtung bestimmter Schritte im Entscheidungsprozess, also das Ansetzen innerhalb der Phase von der Idee bis zu deren vollständiger Realisierung, kann durchaus probat sein. Von dieser Möglichkeit sollte jedoch nur sehr spezifisch und ohne Generieren unerwünschter Nebenwirkungen Gebrauch gemacht werden, um sowohl die Strafbarkeit ungefährlichen Verhaltens als auch die Minimierung gebotenen Rechtsgüterschutzes zu vermeiden.

2. Für die weitere Diskussion nicht nur *de lege ferenda*, sondern bereits für das geltende Recht, bietet die Arbeit wertvolle Anregungen und setzt Impulse, die aufgenommen werden sollten. Themen des § 266 StGB, die noch nicht oder zumindest nicht vollständig befriedigend gelöst sind, beleuchtet Waldvogel in seiner Untersuchung zur Genüge, stichwortartig skizziert mit Relevanz von Compliance-Regeln, Reichweite des Einverständnisses, Vermögensbezug der tatbestandsrelevanten Pflichtverletzung, deren erforderlicher Schweregrad und Bestimmung des Gefährdungsschadens.

IV. Der Transparenzgedanke schlägt sich keineswegs allein in Verfahrensregeln nieder. Er konstituiert vielmehr bereits das Grundverhältnis, welches die Pflicht des Treuehmers begründet, mit dem Vermögen des Treuegebers in dessen Interesse umzugehen. Beteiligt sind (unabhängig vom Zustandekommen) immer mindestens zwei nicht (mehr) Alleinbefugte. Ein Treuverhältnis ist ohne Aufgabenteilung nicht denkbar. Diese wiederum verlangt neben Vertrauen und gegenseitiger Rücksichtnahme zwingend ein irgendwie geartetes aufeinander Eingehen – und damit jedenfalls ein Minimum an Trans-

parenz. Jedem Treuverhältnis wohnt demnach eine im Kern unvermeidliche und unabdingbare Transparenzkomponente inne. Fraglich ist folglich nicht das „Ob“, sondern gestaltbar allein ihr „Wie“.

1. a) Kann Transparenz nicht hinweggedacht werden, ohne damit zugleich der Strafbarkeit wegen Untreue den Boden zu entziehen, so ist sie als solche material konstituierender Teil des den Untreuetatbestand erst begründenden Grundverhältnisses und damit der Vermögensbetreuungspflicht. Nur die konkreten Anforderungen an dieses Qualitätsmerkmal unterscheiden sich je nach Ausgestaltung des Treuverhältnisses.

b) Transparenz zwischen Treuneher und Treugeber stellt sich nicht von allein ein. Vielmehr bedarf es eines Zwischenglieds. Es enthält per se eine verfahrensrechtliche Funktion, handele es sich um eine „lange Leine“ mit alleiniger, kaum ausgeprägter nachträglicher Rechenschaftspflicht oder um kleinteilige Verfahrens- und Kontrollregeln. Ungeachtet seiner konkreten Ausgestaltung bleibt das Zwischenglied jedoch immer nur Mittel und wird sub specie Vermögensschutz nie eigener Zweck. Das hindert allerdings den Gesetzgeber nicht prinzipiell, einem bestimmten Abschnitt des Zwischenglieds (z.B. mittels Schaffung eines Vorfeldtatbestands) einen eigenen Zweck beizulegen – falls er es denn für geboten erachten sollte.

c) Agiert der Treupflichtige jahrelang intransparent und schert sich dabei um keinerlei Offenbarungspflicht, so macht er sich trotzdem nicht wegen Untreue strafbar, leitet ihn stets seine im Treuverhältnis konstituierte Vermögensbetreuungspflicht. Umgekehrt bewahrt ihn keine noch so große Offenheit gegenüber dem Treugeber vor Strafe, wenn er seine eigenen Interessen denen des Geschäftsherrn überordnet. Der Hinweis auf 15 % Vermittlungsprovision, S. 364 des Emissionsprospekts, und die auf der Homepage veröffentlichten Vermittler, unter denen auch sein Name aufgelistet ist, schaffen Transparenz, besagen aber nichts über Wahrung oder Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht: Beides bleibt denkbar – und hängt auch nicht allein von der Entwicklung des zu betreuenden Vermögens ab.

2. a) Den Beurteilungsmaßstab bildet der Inhalt des Treuverhältnisses. Im Vordergrund der Fachdiskussion stehen insoweit schwerpunktmäßig die formalen Anforderungen topischer Natur (Hauptpflicht, Gestaltungsspielraum, Freiheit von vorheriger Kontrolle, Bedeutung für den Vermögensträger). Jedoch wird der genaue Inhalt der Vermögensbetreuungspflicht allzu häufig erst unter den Gesichtspunkten der nachfolgenden Tatbestandsmerkmale der Pflichtwidrigkeit oder gar erst des Nachteils thematisiert. Beide beeinflussen dann den Meinungsbildungsprozess auch zum Inhalt der logisch vorgelagerten Vermögensbetreuungspflicht. Das birgt die Gefahr, deren einzelne Fäden im so entstandenen Knäuel nicht mehr zu erkennen.

b) Beispielhaft zeigt sich das an der Diskussion um die Dispositionsbefugnis. Sie ist trotz der von Saliger propagierten, jedenfalls im Kern hilfreichen Differenzierung zwischen selbständigem und mitumfassten unselbständigem Schutz als integraler Bestandteil des Eigentums festgefahren. Untreuerichtlich ist es der Inhalt der Vermögensbetreuungspflicht, der die Rechtstellung des Treuneherers konturiert. Sie beschränkt sich in Bezug auf seine Dispositionsbefugnis von vornherein auf das, was ihm der Eigentümer eingeräumt hat. Überschreitet er die ihm gesetzten Grenzen, so verletzt er das Treuverhältnis.

Nicht irgendeine Theorie, sondern das konkrete Treuverhältnis setzt daher den Maßstab. Ist es auf Sicherung und -mehrung ausgerichtet, so beschränkt es sich auf den bloßen Wert des Vermögens. Verfolgt das Treuverhältnis hingegen einen darüber hinausgehenden Zweck, so erstreckt sich der Untreueschutz auch auf diesen, z.B. vor Umschichtung der der Alterssicherung dienenden Konten in einen wertgleichen Sportwagen oder des Betriebes in Gold während des Krankenhausaufenthalts des Inhabers.

V. Die hier angedeuteten weiterreichenden Assoziationen schmälern nicht die Bedeutung der Arbeit Waldvogels zum Transparenzgedanken. Seine Erkenntnisse verlangen vielmehr Berücksichtigung in der zukünftigen wissenschaftlichen, forensischen und gesetzgeberischen Debatte über Reichweite, Ausgestaltung und Grenzen des § 266 StGB.