

Veranstaltungen und politische Diskussion

Allgemeines Wirtschaftsstrafrecht

Wis. Mit. Fynn Wenglarczyk*, Frankfurt a.M.

Tagungsbericht zur 11. WisteV Herbsttagung am 29. Oktober 2021 „Untreue – gebändigt?“

Untreue. Da geht es nicht mehr, wie nach der damaligen Fassung vom 1. Januar 1872, nur um Angehörige heute kaum noch bekannter Berufe – „Feldmesser“, „Wäger“, „Güterleute“ oder „Schauer“. Zwar ist der Untreuetatbestand in seiner aktuellen Fassung (§ 266 Abs. 1 StGB) auch heute noch als Sonderdelikt ausgestaltet. Die Beschränkung auf bestimmte Berufe ist aber entfallen. Als Täter kommt in Betracht, wer eine besondere Verantwortung für die materiellen Güter einer anderen Person, also eine Vermögensbetreuungspflicht innehat. Und so geht es dieser Zeiten auch um Architekten, Betreuer, Compliance-Officer, Geschäftsführer, Hausverwalter, Insolvenzverwalter, öffentliche Bedienstete, wie z.B. (Ober-)Bürgermeister, aber auch um Notare, Sparkassenvorstände, Vertragsärzte, Wirtschaftsprüfer u.v.m.¹ – von A bis W ist eigentlich jeder und jede mit dabei. Der Untreuetatbestand hat sich auch wegen dieser Erweiterung des potentiellen Täterkreises zum Schlüssel delikt des modernen Wirtschaftsstrafrechts und zur Zentralnorm wirtschaftsstrafrechtlicher Regulierung entwickelt.² Um es mit Worten *Ransieks* auszudrücken: „Untreue passt immer“.³ Das könnte man positiv verstehen, ist so aber wohl nicht gemeint. Denn schon *H. Mayer* wusste: „(...) sofern nicht einer der klassischen Fälle der Untreue vorliegt, weiß kein Gericht und keine Anklagebehörde, ob § 266 vorliegt oder nicht.“⁴ Dass Untreue, dass ein Straftatbestand nämlich irgendwie immer passt, obwohl (oder vielleicht auch gerade weil) niemand weiß, ob § 266 StGB vorliegt oder nicht, ist mit Blick auf die Anforderungen an die Bestimmtheit der „Strafbarkeit“ (Art. 103 Abs. 2 GG) problematisch. Sogar so problematisch, dass es im Jahr 2010 das BVerfG auf den Plan rief. Mit seinem im 126. Band verewigten Grundsatzbeschluss⁵ bemühte es sich insoweit um eine Eingrenzung des Tatbestandes durch das Verschleifungsgebot als rote Auslegungslinie und die Beschränkung auf Fälle klarer und deutlicher, evidenter Pflichtverletzung. Nur unter diesen Vorzeichen konnte das *Gericht* den Tatbestand insgesamt (noch) für verfassungsgemäß erklären.

Was hat sich seitdem in der Strafjustiz getan? Wie ist es nun, elf Jahre später, in Zeiten von Fiskal-, Vertragsarzt- und Haushaltsuntreue etwa durch kommunale Zinsswap-Spekulationen um die Anwendung und Auslegung des Untreuetatbestands in der Rechtsprechung bestellt? Angesichts einer uneinheitlichen und erratischen höchstrichterlichen Rechtsprechung, beispielsweise in Bezug auf den Anwendungsbereich des Merkmals der gravierenden Pflichtverletzung auch außerhalb des Bereichs unternehmerischer Entscheidungen, liegt es nahe zu fragen: „Untreue – gebändigt?“ Und genau um diese Frage ging es bei der 11. WisteV-Herbsttagung, die am 29. Oktober 2021 an der Bucerius Law School (Hamburg) als Präsenzveranstaltung stattfand. Mit Vorträgen von RiBGH *Dr. Christina Pernice*, Prof. *Dr. Frank Saliger* und RA *Dr. Till Soyka* (Prof. *Dr. Beckemper* musste krankheitsbedingt kurzfristig absagen) wurden ausgehend vom genannten BVerfG-Beschluss Entwicklungen in

* Fynn Wenglarczyk ist wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Rechtstheorie (Prof. Dr. Matthias Jahn) an der Goethe-Universität Frankfurt. Seine aktuellen Forschungsschwerpunkte sind das Unternehmensstrafrecht, insbesondere seine prozessualen Bezüge.

¹ Vgl. zur Vermögensbetreuungspflicht die Darstellung nach Berufsgruppen bei Jahn/Ziemann, in: Leitner/Rosenau (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht Kommentar, 2. Aufl. 2022, § 266 Rn. 72.

² NK-WSS/Jahn/Ziemann, in: Leitner/Rosenau (Hrsg.), 2. Aufl. 2022, § 266 Rn. 35, 40.

³ Ransiek, ZStW 116 [2004], 634.

⁴ H. Mayer, in: BMJ (Hrsg.), Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. 1: Gutachten der Strafrechtslehrer, 1954, S. 333 (337).

⁵ BVerfGE 126, 170 = NJW 2010, 3209.

der strafgerichtlichen Rechtsprechung der letzten Jahre identifiziert und aus rechtsdogmatischer wie rechtspraktischer Sicht problematisiert. Die Auswahl der Referentinnen und Referenten ließ für eine Tagung zur Untreue keine Wünsche offen und dürfte sowohl für Teilnehmende aus der (Straf-)Rechtswissenschaft als auch für Teilnehmende aus der Praxis Impulse zum Weiterdenken gegeben haben.

Dass die Tagung als Präsenzveranstaltung stattfand, ist nach fast zwei Jahren häufig nur virtueller Zusammenkunft schwarzer Kacheln im digitalen Raum etwas Besonderes und deshalb erwähnenswert. Etwas Besonderes war auch das Grußwort des Mitveranstalters RA Meyer-Lohkamp, der aus aktuellem Anlass – das Urteil des polnischen Verfassungsgerichtshofs vom 7. Oktober 2021 – eine schriftliche, an die Tagungsteilnehmenden adressierte Erklärung von *Mikołaj Pietrzak*, dem *Dean of the Warsaw Bar Association* verlas, die mit folgendem Appell endete: „The principles of mutual trust and mutual recognition require that many civil, commercial and criminal judicial decisions issued by courts throughout Europa must be respected and executed by authorities in other EU states. This system risks falling apart if judgements are issued by a court in an EU state in which the independence of judiciary is under constant attack. So I encourage you today to continue your defence and support for the independence of the judiciary in Poland for the benefit not only of Poles but all other EU citizens.“

Nach weiteren Grußworten durch den Gastgeber und Mitveranstalter Prof. Dr. Gaede ging RiBGH Dr. Pernice in ihrem Vortrag „*Das gehört sich nach wie vor nicht ...*“ auf die Entwicklung der Untreue-Rechtsprechung seit dem Grundsatzbeschluss des BVerfG ein. Sie wies eingangs darauf hin, dass der Untreuetatbestand trotz seines weit gefassten Wortlaufs entlang des im Beschluss aufgestellten Maßstabs des Verschleifungsgebots noch dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG und dem Wesentlichkeitsgrundsatz genüge. Zu berücksichtigen sei aber auch, dass das *Gericht* ein Gebot zur Konkretisierung und Präzisierung des Untreuetatbestandes an die Rechtspraxis adressiert habe, dem sich die Strafgerichte durch Fallgruppenbildung bemühten nachzukommen. Anschließend erörterte Dr. Pernice die konkreten Maßgaben des Grundsatzbeschlusses für die (Auslegung der) einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 266 Abs. 1 StGB. Hierfür bemühte sie einige Sachverhalte, in denen die Rechtsprechung nach 2010 beispielsweise eine Vermögensbetreuungspflicht und eine evidente Pflichtverletzung anerkannt habe. In diesem Zusammenhang ging sie auch auf eine Entscheidung des BGH vom 22.7.2010 (III ZR 293/09 = NJW 2010, 3243) ein, nach der eine Vermögensbetreuungspflicht und eine entsprechende Pflichtverletzung eines Notars für den Fall angenommen wurde, dass im Rahmen eines Beurkundungsverfahrens konkrete Anhaltspunkte für wirtschaftliche Schäden einer Vertragspartei bestünden und der Notar dies auch wisse. Ihrer persönlichen Ansicht nach sei die Entscheidung nicht überzeugend, da der Notar neutral zwischen den Parteien stünde, eine Vermögensbetreuungspflicht i.S.d. § 266 Abs. 1 StGB aber eine enge Beziehung zu einem Treugeber voraussetze. Im Hinblick auf das Tatbestandsmerkmal des Vermögensnachteils stellte Dr. Pernice die Frage in den Raum, ob es einen Gefährdungsschaden mit Blick auf den Wortlaut der Entscheidung des BVerfG, wonach ein Gefährdungsschaden dann vorliege, wenn „(...) der Eintritt des Schadens so naheliegend erscheint, dass der Vermögenswert aufgrund der Verlustgefahr bereits gemindert ist“ [*Herv. d. Verf.*], überhaupt gebe. Bereits wegen dieser Formulierung und der Tatsache, dass auch der Gefährdungsschaden eine konkrete Bezifferung erfordere, so Dr. Pernice, könne man bezweifeln, dass es die Figur der Vermögensgefährdung überhaupt gebe.

In der späteren Diskussion wies Dr. Pernice auf Nachfrage noch einmal darauf hin, dass sie verstehen könne, dass die ausgehend vom unscharfen Wortlaut des § 266 StGB uneinheitliche Rechtsprechung etwa im Bereich der Fiskaluntreue (hier ging es konkret um BGH NJW 2020, 628 – Detektivkosten der Stadt Homburg) für die Beratungspraxis gerade im Hinblick auf die präventive Einschätzung des strafrechtlichen Risikos wirtschaftlicher Unternehmungen unbefriedigend sei, man sich aber eben nur kasuistisch annähern könne. In diesem Zusammenhang wies Prof. Dr. Rönnau darauf hin, dass es in anderen Rechtsordnungen häufig nur bereichsspezifische Untreuetatbestände gebe. Wolle man im deutschen Strafrecht weiterhin einen allgemeinen Untreuetatbestand, müsse man verbleibende Zweifel in Bezug auf die Unbestimmtheit in Kauf nehmen. Zu der Frage, ob man denn überhaupt einen allge-

meinen Untreuetatbestand benötige, äußerte Prof. Dr. Saliger, dass es sich bei § 266 StGB um einen wichtigen Tatbestand für die Strafgerechtigkeit handle, weil er auch Machtfragen flankiere und im Unterschied zu vielen anderen Tatbeständen nicht nur auf die Unterschichten abziele. So wundere es auch nicht, dass durchaus auch „organisierte Kritik“ mächtiger Einflussgruppen gegen den Untreuetatbestand zu beobachten sei.

Prof. Dr. Saliger wies in seinem Vortrag „Ist das jetzt etwa alles kein Problem? Die Entwicklung der Untreue – ein Grund zur Freude?“ zunächst darauf hin, dass die Untreue in der universitären Lehre in den vergangenen Jahren eine Aufwertung erfahren habe, was auch darauf zurückgeführt werden könne, dass sie an der Bucerius Law School stärkeren Eingang in die strafrechtliche Ausbildung erhalten habe. Seinen Vortrag gliederte er dann in die Darstellung einiger rechtstatsächlicher Entwicklungen zur Untreue, Entwicklungstendenzen und „Moden“ sowie einigen Anwendungsfeldern in der Praxis, wozu u.a. die Abgrenzung von Untreue und Steuerdelikten, die Konsolidierung der Vermögensbetreuungspflicht und Unklarheiten beim Merkmal der Pflichtverletzung (Stichworte: Sparsamkeit und Spielraum) im Zentrum standen:

Im Hinblick auf – laut Kriminalstatistik – sinkende Fallzahlen wies Prof. Dr. Saliger darauf hin, dass es in den letzten Jahren kein großes Untreueverfahren gegeben habe, das medial für Aufsehen gesorgt hätte. Mannesmann und HSH-Nordbank seien insoweit die letzten großen Verfahren gewesen und diese hätten bereits aufgrund der faktischen Belastungen für die angeklagten Manager im und durch das Verfahren wohl auch eine erhebliche generalpräventive Abschreckungswirkung entfalten können. Bezüglich der Entwicklungstendenzen identifizierte Prof. Dr. Saliger einen Langzeittrend hin zur Weiterentwicklung des Fallgruppenrechts und die wissenschaftliche Diskussion neuer Fallgruppen (Investmentuntreue, politische Untreue, Vereinsuntreue etc.). In der Strafjustiz sei zudem nach wie vor die Tendenz zu beobachten, unternehmerische Risikoentscheidungen nachträglich an § 266 StGB zu überprüfen. Diesen anhaltenden Entwicklungen stehe eine abebbende Entwicklung einiger Fragen gegenüber, wie etwa die nach der Übertragung der hypothetischen Einwilligung auf die Untreue, bei der sich Saliger selbst gegen eine Übertragung mit dem Argument aussprach, dass im Medizinstrafrecht eine krasse Informationsasymmetrie bestehe – der Arzt wisse alles, der Patient nichts –, was nicht auf das Verhältnis Treugeber/Treuehmer übertragen werden könne. Kritisch äußerte er sich anschließend bezüglich der Tendenz, die Unbestimmtheit des Tatbestandes in wissenschaftlichen Arbeiten zum Anlass zu nehmen, mit Hilfe grundlegender Überlegungen das Gesetz mehr oder weniger offen und vor allem am Gesetz vorbei zu korrigieren und wies hier u.a. auf Arbeiten hin, die für eine erweiterte Missbrauchstheorie oder der Einführung eines § 266 Abs. 2 StGB de lege ferenda plädierten.

Im zweiten Teil seines Vortrags ging Prof. Dr. Saliger auf einige Anwendungsfelder in der Praxis ein. Er wies in Bezug auf die Vermögensbetreuungspflicht zunächst darauf hin, dass bereits Schönemann richtig erkannt habe, dass es sich dabei um einen Typusbegriff handle, an den man sich eben nur annähern könne, weshalb die kasuistische Fallgruppenbildung auch methodisch der einzig gangbare Weg zur Konkretisierung sei. Im Folgenden standen die noch immer bestehenden Unklarheiten im Zusammenhang mit der Pflichtverletzung entlang der Aspekte Sparsamkeitsgebot, Spielraum und gravierender Pflichtverletzung im Zentrum. Hinsichtlich bestehender Unklarheiten im Zusammenhang mit der Pflichtverletzung ging Prof. Dr. Saliger zunächst auf die HSH-Nordbank-Entscheidung des BGH ein und erörterte die Möglichkeit einer zweistufigen Prüfung, also einer primär- und außerstrafrechtlichen auf der ersten und einer systemimmanenten, als strafrechtliche „Höhenmarke“ zu verstehenden auf zweiter Stufe. In diesem Zusammenhang wies er darauf hin, dass sich das Urteil zwar für eine einstufige Prüfung ausspreche, tatsächlich aber anders vorgehe, was den Normanwendenden ratlos zurücklasse. Im Anschluss ging Prof. Dr. Saliger auf einige Aspekte der Haushaltsuntreue und der Frage der Maßstäbe einer (gravierenden) Pflichtverletzung ein: Er stellte dar, dass auch der haushaltsrechtliche Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit einen großen (strafrechtsfreien) Entscheidungsspielraum beinhalte. Dieser sei etwa in BGH 5 StR 553/19 (= NJW 2021, 1473), BGH 4 StR 561/17 (= NStZ RR 2018, 349) und BGH 1 StR 194/18 (= NJW 2019, 378) auch (an)erkannt worden, allerdings rekurierten die Entscheidungen nicht auf das strafrechtsspezifische Gravitätsmerkmal. Insoweit identifizierte er bestehende Unklarheiten in Bezug auf die Reichweite des Merkmals der gravieren-

den Pflichtverletzung und stellte die Frage, ob die Nichterwähnung auf Nachlässigkeit oder Evidenz zurückzuführen sei.

Nachdem Prof. Dr. Saliger noch weitere neue dogmatische Entwicklungen in der Rechtsprechung aufgriff, wie u.a. das Konnexitätserfordernis im Zusammenhang mit kommunalen Spekulationsgeschäften zur Konkretisierung des Pflichtwidrigkeitsmerkmals oder der entlang der Entscheidung BGH 6 StR 282/20 (= StV 2021, 716) bestehenden Möglichkeit, die Vermögensbetreuungspflicht delegieren zu können, wies er schließlich noch auf strukturelle Anwendungsprobleme in der Praxis hin. Seiner Ansicht nach steigere die zunehmende tatsächliche und rechtliche Komplexität der Untreuesachverhalte die Verständnisproblematik bei den Tatgerichten, was die Neigung zu einfachen, aber unzutreffenden Lösungen wie etwa in BGH 1 StR 194/18 (NJW 2019, 378) fördere.

Die durch die Funktion als BGH-Richterin und Strafrechtswissenschaftler gekennzeichneten Perspektiven auf die Entwicklungen im Kontext des Untreuetatbestandes wurden am Abend durch einen Vortrag von RA Dr. Till Soyka um einen Blickwinkel ergänzt, der sich den aufgeworfenen Fragen aus einer primär beratenden Funktion näherte. Was den Aspekt der Beratung angehe, so Dr. Soyka, sei dabei zunächst einmal darauf hinzuweisen, dass Strafverteidigung heute nicht mehr nur repressive, im Bereich des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts vielmehr und vor allem die präventive Beratung und Einschätzung strafrechtlicher Risiken von wirtschaftlichen Vorhaben sei. Diese Feststellung machte die Formulierung seines Vortrags: „Aber wirtschaftlich sollte es schon irgendwie sein ...“ Fiskaluntreue – wo liegen die Grenzen?“ und den methodischen Zugang sofort nachvollziehbar. Häufig, so Dr. Soyka, werde an ihn die Fragestellung herangetragen, ob eine bestimmte Auftragsvergabe ein Untreuerisiko berge, weswegen er seinen Vortrag ausgehend von der Frage der Bestimmung der Pflichtwidrigkeit bei „zu teuren“ Auftragsvergaben konzipierte. Nach den zuvor gehaltenen Vorträgen war dabei eigentlich schon klar: Im Fahrwasser weiterhin bestehender Unklarheiten in Bezug auf das Merkmal der Pflichtverletzung schwimmen die Unsicherheiten bei der Beratung nicht in ruhigen Binnengewässern. Unklarheiten und daraus resultierende Herausforderungen bei der Beratung zeigte Dr. Soyka dann auch eindrucksvoll entlang der BGH-Entscheidung zum Sparsamkeitsgrundsatz bei kostspieligen und über dem Marktdurchschnitt liegenden Detektivkosten für die Stadt Homburg (NJW 2020, 628) und zweier fiktiver Fälle auf. Mit Blick auf die zitierte BGH-Entscheidung machte er darauf aufmerksam, wie schwierig es sei, höchstrichterlichen Judikaten zur Pflichtwidrigkeit bei der Fiskaluntreue konkrete Antworten auf die Frage zu entnehmen, welche Geschäfte strafrechtlich (noch) als vertretbar eingestuft werden könnten. In Bezug auf den haushaltsrechtlichen Grundsatz der Wirtschaftlichkeit entschied der BGH in der zitierten Entscheidung etwa, dass es gerade „bei der Beauftragung einer Detektei durch die öffentliche Hand (...) ganz wesentlich auf Faktoren wie Seriosität, Auftreten am Markt, Größe, Dauer des Bestehens“ ankomme und ein evidenter Pflichtverstoß dann fernliege, wenn der „öffentliche Auftraggeber diesen Faktoren gegenüber dem Preis den Vorrang“ gebe, der Preisvergleich mithin nicht allein über die Frage des Pflichtverstoßes entscheide. Zwar entstehe mit dieser Öffnung hin zur Berücksichtigung weiterer Faktoren insoweit auch Argumentationsspielraum für die Verteidigung, es gehe damit aber auch Rechtsunsicherheit einher, die in der auf Prävention orientierten Beratung schwierig zu handhaben sei. Wenn es in der zitierten Entscheidung BGH NJW 2020, 628 (629 Tz. 20) dann aber auch noch laute, dass eine „gravierende Pflichtverletzung (...) angesichts der Besonderheiten der beauftragten Dienstleistung (noch) nicht“ [Herv. d. Verf.] belegt sei, lasse das die Rechts(beratungs)praxis zudem mit der Frage allein, wann das denn der Fall gewesen sei und was man daraus für andere Fallgestaltungen mitnehmen könne.

Wenn hier aus Gründen begrenzten Raumes auch nur eine subjektive Auswahl erörterter Aspekte auf der 11. WisteV-Herbsttagung getroffen werden konnte, ist eines hoffentlich zum Ausdruck gekommen: Die Herbsttagung „Untreue – gebändigt?“ hat einmal mehr gezeigt, dass Veranstaltungen der *Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung e.V.* nicht nur ein nettes *Get-together* sind, bei dem der weitere Tagungsablauf gelegentlich auch schon einmal als „Störung“ empfunden werden könne, wie es ein Professor aus Heidelberg kürzlich auf einer Tagung in Linz ausgedrückt hat, sie geben auch inhaltliche Einblicke und Impulse für die Praxis, bilden weiter und inspirieren zum Nachdenken.