

Schriften zum Strafrecht

---

Band 360

# Untreue und Transparenz

Eine Intervention zur Prozeduralisierung  
der lex lata (§ 266 StGB)

Von

Dominik Stefan Waldvogel



Duncker & Humblot · Berlin

DOMINIK STEFAN WALDVOGEL

Untreue und Transparenz

Schriften zum Strafrecht

Band 360

# Untreue und Transparenz

Eine Intervention zur Prozedualisierung  
der lex lata (§ 266 StGB)

Von

Dominik Stefan Waldvogel



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München  
hat diese Arbeit im Jahre 2019 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten  
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten  
© 2020 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Satz: 3w+p GmbH, Rimpf  
Druck: CPI buchbücher.de gmbh, Birkach  
Printed in Germany

ISSN 0558-9126  
ISBN 978-3-428-15856-0 (Print)  
ISBN 978-3-428-55856-8 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

*Meinen Eltern*



## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2019 vom Promotionsausschuss der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Dissertation angenommen. Das Manuskript wurde im August 2016 fertiggestellt; Rechtsprechung und Literatur konnten, von punktuellen Aktualisierungen vor Drucklegung abgesehen, bis August 2016 berücksichtigt werden. Das Promotionsverfahren wurde mit der mündlichen Prüfung am 26. Juni 2019 abgeschlossen.

Mein Dank gebührt an erster Stelle meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Joachim Vogel, welcher bis zu seinem tragischen Unfalltod die Dissertation betreut hat und mir vor und während meiner Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl in Tübingen und München stets für anregende und kritische Diskussionen zur Verfügung gestanden hat. Seiner Förderung verdanke ich sehr viel. Mein Dank gebührt daneben Herrn Prof. Dr. Helmut Satzger, der die Betreuung der Dissertation nach dem Tod von Prof. Dr. Joachim Vogel, RiOLG, übernommen hat und meinem bereits eingeschlagenem Weg und meinen Ideen stets offen gegenüber stand. Für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens bin ich außerdem Frau Prof. Dr. Petra Wittig verbunden.

Herrn Prof. Dr. Hans-Jürgen Kerner danke ich für seine Anregungen und Diskussionen zum kriminologischen Teil der Arbeit. Prof. Frank Emmert bin ich zu Dank verpflichtet für die Ermöglichung und Betreuung meines Forschungsaufenthalts an der Indiana University Robert H. McKinney School of Law in Indianapolis, USA.

Entscheidende Unterstützung erhielt ich auch von Prof. Dr. Christoph Burchard: Ohne die Diskussionen mit ihm wäre die Arbeit um viele Ideen ärmer.

Ferner danke ich der Stiftung der Deutschen Wirtschaft für die finanzielle und ideelle Unterstützung während meiner Promotionszeit.

Schließlich gebührt besonderer Dank meinen Eltern, die meinen Weg bis hierhin ermöglicht und zu jedem Zeitpunkt uneingeschränkt unterstützt und begleitet haben. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

München, im September 2020

*Dominik Waldvogel*



# Inhaltsverzeichnis

## **Einführung: Forschungshypothese, Gang der Untersuchung und Transparenzmerkmal**

§ 1 Die Wahl des Themas .....	23
§ 2 Obligatorisches zu § 266 StGB .....	24
§ 3 Die Forschungshypothese .....	26
A. Kriminologischer und ökonomischer Hintergrund .....	26
B. Analyse des § 266 StGB de lege lata .....	27
C. Prozeduralisierung des § 266 StGB de lege ferenda .....	30
§ 4 Weitere Ziele der Untersuchung: Kriminologie, Prozeduralisierung und system- theoretische Analyse des Wirtschaftsstrafrechts .....	31
A. Kriminologische Untersuchung von Einzeltatbeständen des Wirtschafts- strafrechts .....	31
B. Prozeduralisierung und systemtheoretische Analyse des Wirtschaftsstraf- rechts .....	31
§ 5 Der Gang der Untersuchung .....	32
A. Kapitel 1 .....	32
B. Kapitel 2 .....	33
C. Kapitel 3 .....	34
D. Fazit .....	34
§ 6 Begriffliche Grundlegung .....	35
A. Das Transparenzmerkmal .....	35
I. Etymologie .....	35
1. Transparenz als naturwissenschaftlicher Begriff .....	36
2. Transparenz in Politik und volkswirtschaftlichem Kontext .....	36
3. Transparenz in der Rechtswissenschaft .....	36
II. Bezugspunkte der Transparenz .....	37
1. Transparenz als doppelt relativer Begriff .....	37
2. Akteure einer Untreuetat .....	37
III. Transparenz als eröffnete Informationsmöglichkeit .....	38
IV. Zur Frage, wer Transparenz herstellt .....	39
V. Transparenzhandlung vs. Transparenzerfolg .....	39

VI. Interne vs. externe Transparenz .....	39
VII. Transparenz und Kontrolle .....	40
VIII. Anforderungen an Transparenz .....	40
B. Untreue-Terminologie .....	41
C. Prozeduralitäts-Terminologie .....	41
I. Prozeduralität als Rechtskategorie .....	41
II. Hypothetische Prozeduralität .....	42

### *Kapitel 1*

## **Grundlegung: Der Zusammenhang zwischen Untreue und Transparenz** 44

§ 1 Die Grundlage der Forschungshypothese: Der Wirkungszusammenhang zwischen Untreue und Transparenz .....	44
A. Begrifflichkeit: Wirkungszusammenhang .....	44
B. Die tatsächliche Prämisse eines Wirkungszusammenhangs .....	44
C. Die inhaltliche Bestimmung des Wirkungszusammenhangs .....	45
I. Wirkungszusammenhang und Untreueprävention .....	45
II. Wirkungszusammenhang als minus zur Kausalität .....	46
III. Multikausaler Erklärungsansatz und Wahrscheinlichkeitsaussage .....	47
IV. Wirkungszusammenhang als Reziprozität .....	47
D. Entscheidung für das Transparenzmerkmal .....	48
§ 2 Die Struktur des Untreuetatbestandes .....	48
A. Gesamthistorische Entwicklung .....	48
I. Untreuetat als römisch-rechtliches <i>furtum</i> oder <i>peculatus</i> .....	49
II. Art. 170 Peinliche Halsgerichtsordnung Kaiser Karls V. ....	50
III. Das Zeitalter Matthias Berlichs .....	53
IV. von Carpzov – eine dogmatische Weiterentwicklung .....	55
V. Der Einfluss des Naturrechts .....	58
VI. Der Kleinschrod'sche Diebstahlsbegriff .....	60
VII. Die Entwicklung der Gesetzgebung im 18. Jahrhundert .....	61
VIII. Der Einfluss von Feuerbachs .....	62
IX. Die Entwicklungen im 19. Jahrhundert .....	64
B. Bedeutung der historischen Entwicklung für den Wirkungszusammenhang .....	65
I. Kompensation der Trennung von Vermögen und Verwaltung .....	65
II. Opfermitverantwortung .....	67
III. Intransparenz als Strafschärfungsgrund .....	71
IV. Gesamtergebnis der historischen Entwicklung der Untreue .....	73

C. Der heutige Tatbestand des § 266 StGB .....	74
I. Kriminologische Erklärung des Wirkungszusammenhangs .....	74
1. Vorgehensweise .....	74
2. Die Kriminologie der Untreue in der Literatur .....	75
3. Untreue und die Systematisierung der Wirtschaftsstraftaten .....	77
4. Untreue als Wirtschaftskriminalität .....	80
a) Die Begriffsbestimmung der Wirtschaftskriminalität .....	80
aa) Wirtschaftskriminalität als Kriminalität und die Akzessorietät zum materiellen Strafrecht .....	81
bb) Sutherland – white-collar crime .....	82
cc) Die Systematik des Strafgesetzbuches .....	83
dd) § 74c Abs. 1 StGB und § 30 Abs. 4 Nr. 5b AO .....	83
ee) Schadens- oder opferbezogene Begriffsbestimmung .....	84
ff) Kombination verschiedener Definitionen .....	85
gg) Wirtschaftskriminalität im engeren und weiteren Sinne .....	85
b) Eigene Definition .....	85
aa) Funktionalität der Definition .....	85
bb) § 74c Abs. 1 Nr. 6a GVG .....	87
cc) Kriterium des Vertrauensbruchs .....	88
dd) Strafrechtsdogmatischer Definitionsansatz .....	88
ee) Wirtschaftsstraftat und Vermögensdelikt .....	89
ff) Korruptionskriminalität .....	89
gg) Prämissen für die weitere Untersuchung .....	90
c) Erkenntnisse der täterbezogenen Theorien .....	91
aa) „Earning and burning money“ .....	91
bb) Neutralisierungstechniken .....	92
d) Erkenntnisse der tatbezogenen Theorien .....	93
aa) Das „fraud triangle“ .....	93
bb) Das Leipziger Verlaufsmodell wirtschaftskriminellen Han- delns .....	93
cc) Der „routine activity approach“ .....	94
dd) Schlussfolgerungen zum Wirkungszusammenhang .....	95
ee) Der rational choice approach .....	97
ff) Die principal agent theory .....	99
e) Erkenntnisse der opferbezogenen Theorien .....	100
aa) Kontrollvakuum bei selbständigen Rechtspersönlichkeiten .....	102
bb) Verflüchtigte Opfereigenschaft – Jedermannsrecht zur vorläu- figen Festnahme bei der Untreue? .....	103
cc) Scheinlegale Einkleidung der Tathandlungen .....	105

f) Eigener Ansatz: materiell-rechtliche Besonderheiten des Untreue- tatbestandes	106
aa) Zur Idiosynkrasie der Untreue	107
bb) Schlussfolgerungen anhand der Idiosynkrasie der Untreue	108
(1) Die Untreue als Kontaktdelikt	108
(2) Intransparenz als Kriterium einer Vermögensbetreuungs- pflicht	110
(3) Indifferenz der Tathandlung der Untreue	110
(4) Indifferenz des Taterfolgs der Untreue	112
(5) Überindividuale Opfer	113
(6) Rational choice theory trotz fehlender Bereicherungsab- sicht als Tatbestandsmerkmal	114
(7) Untreue als special opportunity crime	115
cc) Systemtheoretischer Erklärungsansatz	115
(1) Systemfunktionale Definition von Wirtschaftsstrafrecht	116
(2) Transparenz als transpersonale mediatisierte Kommunika- tion	116
(3) Das Untreuesystem	116
(4) Autopoiesis des Untreuesystems	117
II. Praxis der Strafverfolgung	118
1. Hohe Latenz	119
2. Komplexe Sachverhaltskonstellationen	120
III. Metaebene	121
§ 3 Zusammenfassung der Ergebnisse	123

## *Kapitel 2*

<b>Rechtstatsächliche Analyse des § 266 StGB in Bezug auf prozedurale Elemente der Strafbarkeit</b>	125
§ 1 Einführung	125
§ 2 Zum Begriff prozeduralen Untreurechts	126
A. Wortlaut „prozedural“	126
B. Prozeduralität im Alltagsleben	127
C. Vorläufige Arbeitshypothese	128
§ 3 Prozedurales Strafrecht bei Andreas Eicker	128
A. Rechtstechnische Instrumente prozeduralen Rechts	128
B. Kritik an Eickers Konzeption prozeduralen Strafrechts	129

- § 4 Das Konzept des „rechtsfreien Raums“ bei Arthur Kaufmann ..... 130
  - A. Wertungspaare des Rechts als Disjunktionen ..... 131
  - B. Prozedurales Recht als Rechtsanwendungsregeln ..... 132
  - C. Der Grund für den „rechtsfreien Raum“ ..... 132
  
- § 5 Prozedurales Strafrecht bei Albin Eser ..... 133
  - A. Das Unrecht als Prozeduralisierungsobjekt ..... 133
  - B. Prozeduralisierung als Substitution eines materialen Kriteriums ..... 134
  - C. Entmaterialisierung des Unrechts ..... 135
  - D. Zum Nutzen prozeduralen Strafrechts bei Eser ..... 135
  - E. Zusammenfassung: Esers Verständnis prozeduralen Strafrechts ..... 136
  
- § 6 Prozedurales Strafrecht bei Winfried Hassemer ..... 136
  - A. Hassemers Standpunkt Mitte der 1990er Jahre ..... 136
  - B. Der Einfluss Niklas Luhmanns auf Hassemers Standpunkt ..... 137
  - C. Zu den Vorzügen prozeduralen Strafrechts bei Hassemer ..... 138
  - D. Zusammenfassung der Konzeption prozeduralen Strafrechts Hassemers ..... 140
  
- § 7 Eigene Definition von (hypothetischer) Prozeduralität bei der Untreue ..... 140
  - A. Differenzierung zwischen „Ob“ und „Warum“ einer Prozeduralität ..... 141
  - B. Notwendigkeit einer eigenen Definition ..... 141
  - C. Prozeduralität ..... 142
    - I. Die Goldene Regel und der kategorische Imperativ ..... 143
      - 1. Goldene Regel und kategorischer Imperativ als bloße Verhaltensanleitungen ..... 144
      - 2. Verallgemeinerung der Prozeduralität der Prinzipien ..... 145
    - II. Relativität der Prozeduralität ..... 146
    - III. Das Prozeduralisierungsobjekt ..... 147
    - IV. Prozeduralität des Entscheidungskriteriums ..... 148
      - 1. Bestimmung der „Andersartigkeit“ des Entscheidungskriteriums .... 148
      - 2. Zeitliche Entwicklung des Rechts ..... 149
      - 3. Prozeduralisierung als Vorgang ..... 149
      - 4. Bezugspunkt als Voraussetzung für Prozeduralität ..... 150
  - D. Das Untreuesystem ..... 150
    - I. Der Tatbestand des § 266 Abs. 1 StGB als Entscheidungsschema ..... 150
    - II. Die Systemtheorie Luhmanns ..... 151
      - 1. Systemtheorie und Definition von prozeduralem Strafrecht ..... 152
      - 2. Intersystemische Einwirkungsmöglichkeiten und Prozeduralität .... 152
      - 3. Im Rahmen der eigenen Definition von prozeduralem Untreuestrafrecht relevante Grundannahmen der Systemtheorie ..... 152
        - a) Selektion ..... 153
        - b) Code und Programm ..... 154

c) Der Untreuecode und das Untreueprogramm .....	155
4. (Hypothetische) Prozeduralität als Veränderung der System-Umwelt-Differenz auf Grund intersystemischer Irritationen .....	157
III. Kriterien der Strafbarkeitsentscheidung .....	160
IV. Zwischenergebnis .....	160
E. Prozeduralisierungsindizien .....	160
I. Dilemmasituationen .....	161
II. Tatbestandlich angelegte Prozeduralisierungstendenzen des § 266 Abs. 1 StGB .....	161
F. Legitimität einer Prozeduralisierung .....	163
G. Ergebnis: Definition prozeduralen Untreurechts .....	164
§ 8 Untersuchung des § 266 StGB auf hypothetische Prozeduralität .....	164
A. Untersuchungsgegenstand .....	164
B. Zusammenfassung und wichtige Begriffe .....	165
I. Prozeduralisierungsobjekt .....	165
II. Entscheidungskriterium .....	166
III. Entscheidungsschema .....	166
IV. Strafbarkeitsentscheidung .....	166
V. Arbeitsdefinition von Prozeduralisierung .....	167
C. Geschütztes Rechtsgut des § 266 StGB .....	167
D. Einzelne Fallkonstellationen .....	168
I. Risikogeschäfte .....	168
1. Die Business Judgment Rule im Aktienrecht .....	169
a) Das ARAG/Garmenbeck-Urteil – unternehmerisches Ermessen ..	170
b) Die gesetzlich normierte Business Judgment Rule .....	171
c) Anwendungsvoraussetzung der Business Judgment Rule in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG .....	171
d) Tatbestandsvoraussetzungen der Business Judgment Rule .....	172
e) Die Rechtsfolge der Business Judgment Rule .....	173
f) Handlungsdirektive – Beweislast .....	174
g) Die strafrechtliche Wirkung der Business Judgment Rule, limitierte Zivilrechtsakzessorietät der Untreue .....	176
h) Prozeduralität der Business Judgment Rule .....	178
2. Risikoüberwachungssysteme .....	180
a) Kreditgewährung .....	180
b) Die Pflichtverletzung bei der Kreditgewährung .....	181
c) Die Publizitätspflicht des § 18 S. 1 KWG .....	181
d) Die Entscheidung BGHSt 46, 30 .....	181
aa) Inhalt der Entscheidung .....	181
bb) Zur (hypothetischen) Prozeduralität .....	184

e) Die Entscheidung BGHSt 47, 148 (Fortführung von BGHSt 46, 30)	186
aa) Inhalt der Entscheidung	186
bb) Zur Prozeduralität	189
cc) Materiale Voraussetzungen von Transparenz als prozedurales Entscheidungskriterium	190
3. Spekulationsgeschäfte und Investitionsentscheidungen	191
a) Investitionen in Asset-Backed-Securities	191
b) Fristentransformation als Pflichtverletzung	192
c) Indiz einer hypothetischen Prozeduralisierung	193
4. Zusammenfassung	194
II. Unternehmensspenden/Sponsoring (gravierende Pflichtverletzung)	194
1. Die Entscheidung BGHSt 47, 187 („SSV Reutlingen“ – gravierende Pflichtverletzung)	194
a) Sachverhalt der Entscheidung	194
b) Die rechtliche Würdigung des Bundesgerichtshofs	196
c) Zur hypothetischen Prozeduralität	198
aa) Hypothetisch prozedurales Entscheidungskriterium der gra- vierenden Pflichtverletzung	198
bb) Prozeduralität der „gravierenden Pflichtverletzung“: Die Ent- scheidungskriterien der privaten Präferenz und innerbetriebli- chen Transparenz	199
2. Die Entscheidung BGHSt 50, 331 „Mannesmann-Urteil“	201
a) Inhalt der Entscheidung	201
b) Zur hypothetischen Prozeduralität	202
III. Schwarze Kassen als Untreue	203
1. Die Entscheidung BGHSt 52, 323 („Siemens“)	204
a) Sachverhalt der Entscheidung	204
b) Das Urteil des Bundesgerichtshofs	205
c) Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts	207
d) Zur hypothetischen Prozeduralität der Entscheidung des Bundes- gerichtshofs	208
aa) Hypothetische Prozeduralisierung der Pflichtverletzung	208
bb) Hypothetische Prozeduralisierung des Vermögensnachteils	209
cc) Hypothetisch prozedurales Entscheidungskriterium: Transpa- renz	211
IV. Vermögensentzug einer Gesellschaft mit Zustimmung der Gesellschafter – Verstoß gegen Buchführungspflichten	212
1. Die Entscheidung BGHSt 35, 333 – Normativierung des Schadens- begriffs	212
a) Sachverhalt der Entscheidung	212
b) Zur hypothetischen Prozeduralität von BGHSt 35, 333	213

2. Die Entscheidung BGHSt 49, 147 – Bremer Vulkan .....	214
a) Zur Problematik des Einverständnisses .....	218
aa) Die Zustimmungsfähigkeit .....	218
bb) Die Wirkung der Zustimmung .....	219
cc) Aufgedrängter Vermögensschutz bei beschränkt haftenden Rechtspersönlichkeiten .....	221
dd) Argumentum a maiore ad minus: Gründungs- und Auflö- sungsfreiheit beschränkt haftender Rechtspersönlichkeiten ...	222
ee) Strafrechtlicher Gläubigerschutz und Interessentheorie .....	223
b) Zur hypothetischen Prozeduralität .....	225
V. Criminal Compliance und Untreue .....	226
1. Untreuestrafbarkeit durch Compliance-Verstöße .....	227
a) Untreue durch Verstoß gegen unternehmensinterne Compliance- Regeln .....	228
aa) Repetierende Compliance-Regeln .....	228
bb) Neue (verfahrensmäßige) Compliance-Regeln .....	228
cc) Untreue durch unterlassene Etablierung eines Compliance- Systems .....	229
b) BGHSt 54, 44 – Garantspflicht des Compliance Officers .....	231
2. Der Deutsche Corporate Governance Kodex .....	232
3. Vermögensnachteil bei der Verletzung von Compliance-Regeln .....	234
4. Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs .....	234
5. Compliance als Strafmilderungsgrund .....	235
6. Fazit .....	236
7. Hypothetische Prozeduralität .....	236
VI. Strafprozessuale Aspekte .....	236
1. Die Verständigung im Strafprozess .....	237
3. Wege der vorzeitigen Beendigung des Strafverfahrens .....	241
4. Strafzumessung .....	242
VII. Die „Pflichtverletzung“ bei der Untreue .....	242
1. Das Problem des Wortlauts des § 266 Abs. 1 StGB .....	242
2. Einschränkung auf „gravierende Pflichtverletzungen“ .....	243
3. Entmaterialisierung des Tatbestandsmerkmals der Pflichtverletzung; Vermögensbezug der Pflichtverletzung .....	244
4. Die Verschleifung von Pflichtverletzung und Vermögensnachteil ...	245
5. Die hypothetische Prozeduralität des Tatbestandsmerkmals der „Pflichtverletzung“ .....	245
VIII. Der Vermögensnachteil .....	246
1. Die schadensgleiche Vermögensgefährdung .....	247
a) Die schadensgleiche Vermögensgefährdung als notwendige Kon- sequenz des wirtschaftlichen Vermögensbegriffs .....	248

- b) Inkonsequenzen der Anwendung der Lehre der schadensgleichen Vermögensgefährdung ..... 249
      - c) Hypothetische Prozeduralität der schadensgleichen Vermögensgefährdung ..... 250
    - 2. Die Untreue als vermeintliches zeitliches Distanzdelikt ..... 251
      - a) Der Begriff des zeitlichen Distanzdelikts ..... 251
      - b) Entstehung eines effektuierten Vermögensnachteils als dynamischer Prozess? ..... 251
      - c) Prozeduralisierung bei geringer zeitlicher Distanz zwischen Untreuehandlung und endgültigem Schadenseintritt ..... 252
      - d) Konsequenz: Kritik an der Untreuerechtsprechung unter dem Topos der Vorverlagerung der Strafbarkeit bei fehlender Versuchstrafbarkeit verfehlt ..... 253
    - 3. Hypothetische Prozeduralität des Nachteils bei der Untreue ..... 256
  - IX. § 266 StGB als „Auffangtatbestand“ ..... 257
    - 1. Die Entwicklung im Siemens-Fall ..... 259
    - 2. Strafprozessuale Maßnahmen ..... 260
      - a) Der Schaden als Verdachtsgrundlage ..... 261
      - b) Die Untreue als strafprozessualer „Türöffner“ ..... 262
    - 3. Hypothetische Prozeduralität ..... 263
  - X. Der subjektive Tatbestand des § 266 Abs. 1 StGB ..... 263
  - E. Ergebnis: Hypothetische Prozeduralität der Untreue ..... 265
- § 9 Ergebnis: Systematisierung der Kritik an der Untreue in Praxis und Theorie ..... 267

*Kapitel 3*

**Vorschläge zu einer lex ferenda** 268

- § 1 Ausgangspunkt ..... 268
- § 2 US-amerikanisches Recht ..... 269
  - A. Einführung, US-amerikanisches Recht als Grundlage des Rechtsvergleichs ..... 269
    - I. Transparenz in den USA ..... 270
      - 1. Der Freedom of Information Act ..... 270
      - 2. Dokumentation und externe Transparenz ..... 271
    - II. Criminal Law Theory ..... 271
      - 1. Utilitarianism – John Rawls ..... 272
      - 2. An Economic Theory of the Criminal Law – Richard Posner ..... 274
      - 3. Malum prohibitum und malum in se crimes ..... 275
      - 4. Limitation to malum prohibitum crimes ..... 275
        - a) Amendment VIII – United States v. Bajakajian ..... 276

b) Amendment VIII – USA PATRIOT Act	277
c) Amendment V	278
d) Zur Prozeduralität von malum prohibitum crimes	279
5. „Carrot and stick“ approach	279
6. Corporate criminal liability und criminal strict liability	280
a) Corporate criminal liability	280
b) Criminal strict liability – underlying concept	281
c) Zur Prozeduralität	281
III. Transparency and white-collar crime	281
1. Sutherland	281
2. Die geschichtliche Entwicklung bis zur Weltfinanzkrise	283
3. Die großen „accounting scandals“ in den USA	283
B. Sarbanes-Oxley Act 2002	285
I. Die Ziele des Sarbanes-Oxley Acts	286
II. Dogmatische Analyse	287
1. Strafbarkeit von inchoate behavior	288
a) Obstruction of justice offenses	289
b) Zur Prozeduralität	290
2. Technische bzw. situative Prävention	290
a) Trennung von Bilanzprüfung und Beratung – Buchprüfer als gatekeeper	291
b) Kontrolle der Kontrollsysteme	291
c) Rechtsanwälte als gatekeeper	292
d) Prävention durch (externe) Transparenz	293
e) Zur Prozeduralität	293
C. Transparenz als „defense“	294
I. Federal sentencing guidelines	294
1. Compliance als Strafmilderungsgrund	295
2. Zur Prozeduralität	296
II. „Safe harbor“ regulations	296
1. Business judgment rule	296
2. Corporate minutes	297
3. Pretrial diversion agreements	298
D. Schlussfolgerungen	300
§ 3 Geldwäschestrafrecht	301
A. Der Begriff der „Geldwäsche“	302
B. Typologiebildung im Geldwäscherecht	303
I. Trade based money laundering	303
II. Gatekeeper-Berufsgruppen	303
III. Offshore Finanzplätze	304

IV. Informelle Geldtransfersysteme . . . . .	304
V. Intransparente geschäftliche Organisationsformen . . . . .	304
VI. Finanzmarktprodukte . . . . .	305
VII. Typologien . . . . .	305
C. Die EG-/EU-Geldwäscherichtlinien und das Geldwäschebekämpfungsgesetz . . .	305
D. Der risk based approach im Geldwäscherecht . . . . .	307
I. Sinn der Typologiebildung im Geldwäscherecht . . . . .	307
II. Novellierung des GwG und risk based approach . . . . .	307
III. Schlussfolgerungen für die lex ferenda . . . . .	308
§ 4 Straflosigkeit des Schwangerschaftsabbruchs, § 218a StGB . . . . .	308
§ 5 Notwendigkeit einer Prozeduralisierung und Eignung des Transparenzmerkmals als prozedurales Entscheidungskriterium . . . . .	309
A. Systemtheoretische Überlegungen . . . . .	314
B. Die Koppelung von Rechts- und Wirtschaftssystem . . . . .	316
C. BVerfGE 126, 170 als Prozeduralisierungsauftrag? . . . . .	317
I. Bedeutung der Entscheidung . . . . .	317
II. Grundlegender Inhalt der Entscheidung . . . . .	317
1. Zum Bestimmtheitsgrundsatz . . . . .	318
2. Auslegung des § 266 StGB im Allgemeinen . . . . .	319
III. Konkretisierungsbedarf . . . . .	319
1. Intransparenz des Taterfolgs . . . . .	319
2. Entstehung des Vermögensnachteils als dynamischer Prozess . . . . .	320
3. Tatbestandliche Unbestimmtheit des § 266 StGB . . . . .	320
a) Unbestimmtheit des § 266 StGB . . . . .	320
b) Konsequenzen der Unbestimmtheit . . . . .	321
c) Fazit . . . . .	322
IV. Bildung von Fallgruppen (gefestigte komplexe Obersätze) . . . . .	322
V. Keine Verschleifung von Tatbestandsmerkmalen . . . . .	324
VI. Die Pflichtverletzung als komplexes normatives Tatbestandsmerkmal . . . .	325
VII. Fazit . . . . .	325
1. Zur (hypothetischen) Prozeduralität der Untreue . . . . .	326
2. Verfassungsmäßigkeit der hypothetisch prozeduralen Handhabung des § 266 StGB auf Grund beschränkter verfassungsgerichtlicher Prüfungsmaßstabes . . . . .	326
3. Verfassungsmäßigkeit im Sinne der Bestimmtheit des § 266 StGB durch hypothetisch prozedurale Handhabung . . . . .	327
4. Prozeduralisierungsgebot . . . . .	327

§ 6 Alternativkonzepte .....	328
A. Lösung über Einwilligungs- bzw. Einverständnisdogmatik – antizipiertes Einverständnis .....	328
B. Zivilrechtlich-akzessorische Prozeduralisierung .....	330
C. Prozeduralität auf Rechtsfolgenreite: Strafrahmenverschiebung und Strafzumessung .....	331
I. Strafmilderung gemäß § 49 Abs. 1 StGB .....	331
II. Analoge Anwendung der Vorschriften zur tätigen Reue .....	332
1. Systematisierung der Delikte der tätigen Reue (im Wirtschaftsstrafrecht) .....	332
2. Analoge Anwendung bei Transparenz bei § 266 StGB .....	333
III. Fazit zu einer Lösung auf Rechtsfolgenreite .....	338
D. Berücksichtigung von Transparenz im Rahmen der Strafzumessung – sentencing guidelines auch in Deutschland? .....	338
I. Strafzumessung im engeren Sinne .....	338
II. Sentencing guidelines im deutschen Strafrecht? .....	339
III. Fazit .....	340
E. Strafprozessuale Lösung .....	340
I. Die Möglichkeiten der Einstellung des Verfahrens nach §§ 153, 153b StPO .....	341
II. Die Möglichkeit der Einstellung des Verfahrens nach § 153a StPO .....	342
III. Lösung über Strafantragserfordernis .....	344
F. Zurechnungslösung .....	345
I. Bei Transparenz: Erlaubtes Risiko .....	345
II. Risikoverringerungslehre – Risikoerhöhungslehre .....	347
G. Abstraktes Gefährdungsdelikt .....	348
§ 7 Legitimation einer gesetzlichen Prozeduralisierung bei § 266 StGB .....	348
A. Herkömmliche Schranken des Strafrechtsgesetzgebers .....	349
I. Verfassungsrecht .....	350
1. Strafe als ultima ratio .....	350
2. Nulla poena sine lege .....	352
3. Nemo tenetur se ipsum accusare .....	352
II. Strafrechtssimmanente Schranken – systemkritischer Rechtsgutsbegriff .....	353
B. Utilitaristische Legitimation und strafrechtsdogmatische Konsequenzen .....	354
I. Keine Entmaterialisierung des Rechtsguts .....	355
II. Utilitaristischer Ansatz – Transparenz als Rechtsgut .....	356
C. Grenzen von Transparenz – nicht: Datenschutz .....	357
§ 8 Konkreter Vorschlag einer <i>lex ferenda</i> .....	359
A. In strafbefreiender Hinsicht .....	359
B. In strafbegründender Hinsicht .....	360

C. Detailfragen .....	360
I. Bestimmung des Prozeduralisierungsobjekts: Pflichtverletzung .....	360
II. Transparenz bei natürlichen Personen .....	362
III. Transparenz bei juristischen Personen .....	362
IV. Drittwirkung von Transparenz .....	362
V. Inhaltliche Reichweite der Transparenz .....	363
1. Relevante Informationen als Entscheidungsgrundlage .....	363
2. Beurteilungsmöglichkeit der Risiken und Chancen .....	363
3. Überprüfung der Entscheidungsgrundlage – „kreative Transparenz“ .....	363
VI. Vorherige Transparenz vs. nachträgliche Transparenz .....	364
VII. Starre gesetzliche Anordnung vs. Entscheidung des Treugebers .....	365
VIII. Eingeschränkte Zurechnung des Vermögensnachteils .....	365
D. Formulierungsvorschlag .....	366
§ 9 Zusammenfassung .....	366
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	368
<b>Stichwortverzeichnis</b> .....	407



# **Einführung: Forschungshypothese, Gang der Untersuchung und Transparenzmerkmal**

Die vorliegende Arbeit stellt eine Intervention zur Prozeduralisierung des Untreuetatbestands, § 266 StGB,<sup>1</sup> anhand des Merkmals der Transparenz dar. Auf Grund einer historischen, kriminologischen und systemtheoretischen Analyse und nach Systematisierung der Kritik an der Untreue *de lege lata* stellt die Untersuchung ein Konzept eines prozeduralen Untreuestrafrechts im Rahmen einer *lex ferenda* vor und soll nicht zuletzt Vorbildfunktion für die Prozeduralisierung weiterer Delikte des Wirtschaftsstrafrechts haben.

## **§ 1 Die Wahl des Themas**

Den Ausgangspunkt dieser Arbeit bildet das so genannte „*Siemens-Urteil*“<sup>2</sup> des Bundesgerichtshofs aus dem Jahr 2008. Bei der Auseinandersetzung mit der Entscheidung stellten sich Fragen, zu denen die Besprechungsliteratur bislang schwieg. Im Wesentlichen war es die simple Frage, warum die Tatsache, dass es sich um „schwarze“<sup>3</sup> Kassen handelte, im Ergebnis dafür ausschlaggebend sein konnte, eine vollendete Untreuestrafbarkeit durch die Nichtaufdeckung zu bejahen. Der Angeklagte hatte schwarze Kassen zu weiterverwalten, die andere eingerichtet hatten. Er unterließ es, diese aufzudecken. Alleine die Nichtaufdeckung der schwarzen Kassen reichte im Ergebnis für den Bundesgerichtshof aus, eine Strafbarkeit wegen vollendeter Untreue zu begründen.

Warum kann die durchaus viel diskutierte Tatsache, dass es sich um *schwarze* Kassen handelte, ausschlaggebend sein, eine vollendete Untreuestrafbarkeit zu begründen; warum werden schwarze Kassen strafrechtlich anders beurteilt als offen (wem gegenüber?) geführte Kassen? Im besonderen Teil des Strafgesetzbuchs finden sich gerade keine Tatbestandsmerkmale, die die „Verborgenheit“, das „Verdecktsein“ oder „Verstecktsein“ von Vermögen explizit betreffen, insbesondere nicht im Tatbestand der Untreue gemäß § 266 Abs. 1 StGB. Auf der Suche nach Antworten, warum es offensichtlich dennoch strafrechtlich einen Unterschied macht, wenn

---

<sup>1</sup> In der zur Zeit der Erstellung dieser Arbeit gültigen Fassung des 6. StrRG, verkündet am 26. Januar 1998 (BGBl. 1998 I 164), in Kraft getreten am 1. April 1998.

<sup>2</sup> BGHSt 53, 323.

<sup>3</sup> Im Folgenden ohne Anführungszeichen.

Vermögen in schwarzen Kassen verwaltet wird, anstelle es in offen geführter Buchhaltung zu dokumentieren, fanden sich weitere Urteile in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, die eine erste Hypothese zuließen: die Hypothese, dass Intransparenz – in irgendeiner Form – schon *de lege lata* einen starken Einfluss auf die Untreuestrafbarkeit haben könnte. Methodisch wurde dies – und als zweite Hypothese – als das *Ergebnis* einer fiktiven bzw. hypothetischen, *de lege lata* so nicht existierenden Prozeduralisierung des Untreuetatbestandes eingeordnet. Bei näherer Betrachtung der allgemein am Tatbestand des § 266 StGB geübten Kritik, insbesondere aber auch der Kritik an einzelnen Urteilen des Bundesgerichtshofes, ergab sich die dritte Hypothese dieser Arbeit: Ein Gutteil der Kritik könnte sich dahingehend systematisieren lassen, dass schon heute der Tatbestand der Untreue durch die Rechtsprechung (*contra legem*) hypothetisch prozedural, d. h. vom *Ergebnis* her betrachtet prozedural gehandhabt wird.

## § 2 Obligatorisches zu § 266 StGB

Die Einführung dieser Arbeit beginnt fast schon selbstverständlich<sup>4</sup> wie beinahe jede Monographie, wissenschaftliche Abhandlung, manches Urteil, nicht zuletzt auch wie das Bundesverfassungsgericht in seinem Grundsatzurteil zur Verfassungsmäßigkeit des Untreuetatbestands,<sup>5</sup> mit einer umfassenden Sammlung apodiktischer Kritiken, geflügelter Worte und Rechtsaphorismen zur – an dieser Stelle schon das erste Beispiel: wohl „rechtlich schwierigsten Norm im besonderen Teil des StGB“<sup>6</sup>.

Begonnen wird zumeist mit dem ältesten diesbezüglichen Zitat, dem Diktum *Mayers* aus dem Jahre 1954: „Sofern nicht einer der klassischen alten Fälle der Untreue<sup>7</sup> vorliegt, weiß kein Gericht und keine Anklagebehörde, ob § 266 vorliegt oder nicht“<sup>8</sup>, gefolgt sogleich, jedoch seltener zitiert, von dessen Fortsetzung: „Man behilft sich meist damit, daß man § 266 mit heranzieht, wenn der Fall besonders schwerwiegend erscheint.“<sup>9</sup> Laut *Schünemann* muss die Untreue „ohne Übertreibung als das dunkelste und verworrenste Kapitel des Besonderen Teils qualifiziert wer-

<sup>4</sup> *Saliger*, Wider die Ausweitung des Untreuetatbestandes, in: ZStW 2000, 563; *Schünemann*, Wider verbreitete Irrlehren zum Untreuetatbestand, in: ZIS 2012, 183.

<sup>5</sup> BVerfGE 126, 170 [176 f.].

<sup>6</sup> *Dahs*, § 266 StGB – allzuoft missverstanden, in: NJW 2002, 272 [273].

<sup>7</sup> Wohl gemeint sind die Fallgruppen des § 266 RStGB i. d. F. von 1871.

<sup>8</sup> *Mayer*, Die Untreue, in: Materialien zur Strafrechtsreform, S. 333 [337]; dem zustimmend: *Weber*, Überlegungen zur Neugestaltung des Untreuestrafrechts, in: FS Dreher 1977, S. 555 [559]; *Dierlamm*, Untreue – ein Auffangtatbestand?, in: NStZ 1997, 534 [536] und *Hillenkamp*, Risikogeschaft und Untreue, in: NStZ 1981, 161 m.w.N.; ablehnend: *Schünemann*, Wider verbreitete Irrlehren zum Untreuetatbestand, in: ZIS 2012, 183 [185 Fn. 19].

<sup>9</sup> *Mayer*, Die Untreue, in: Materialien zur Strafrechtsreform, S. 333 [337].

den“ und stelle im Bezug auf die Schädigung fremden Vermögens von innen heraus nicht *ultima*, sondern „*sola ratio*“ zum Rechtsgüterschutz dar.<sup>10</sup> *Seier* spricht in Bezug auf die Untreue von einer „vielfach nicht nachvollziehbaren, ja fast willkürlich anmutenden Anwendungspraxis“ und „einer Norm von kaum zu überbietender Vagheit und Konturenlosigkeit“;<sup>11</sup> er charakterisiert die Untreue als eine „Allzweckwaffe“.<sup>12</sup> *Dahs* kritisiert, die Wurzeln der Untreue seien „einem Zeitgeist [verhaftet], zu dessen Grundelementen eine [später pervertierte] Gradlinigkeit und Redlichkeit des deutschen Menschen gehörte“.<sup>13</sup> *Matt* spricht die seiner Meinung nach in der Praxis bestehenden „Missverhältnisse zur Untreue“ als einen „Übergriff der Moral“ auf den Bereich des Strafrechts an, der jeden „unangemessen empfundenen Umgang mit Geld und Vermögen“ in den Bereich des Untreuetatbestands rücke.<sup>14</sup> *Hamm* ist der Meinung, dass § 266 StGB „wegen seiner Konturen- und Uferlosigkeit gefährlich nahe an die Unbestimmtheit einer Generalklausel heranreicht“.<sup>15</sup> In diese Richtung geht auch das Urteil *Lüderssens*, für den die Untreue ein „Beispiel für die Ausreizung generalklauselartiger Straftatbestände“ bildet.<sup>16</sup> *Kiethe* hält § 266 StGB für „bedenklich unbestimmt“;<sup>17</sup> *Perron* ihn gar für „nicht tolerierbar“<sup>18</sup> sowie für ein „breites Bett [...] und eine Gans, die für Wissenschaft und Strafverteidiger goldene Eier beschert“.<sup>19</sup> *Rönnau* bezeichnet den § 266 StGB als eine „Superverbotnorm“.<sup>20</sup> *Albrecht* beschert § 266 StGB das Etikett, „Ruine des Rechtsstaates“<sup>21</sup> zu sein, sodass es letztlich nicht weiter verwundern kann, dass der Untreue wegen der Behauptung, dass § 266 StGB „immer passt“<sup>22</sup> eine „Anwendungshypertrophie“<sup>23</sup> oder „Mode“<sup>24</sup> unterstellt wird.

---

<sup>10</sup> *Schünemann*, in: LK-StGB, § 266 Rn. 1.

<sup>11</sup> *Seier*, Die Untreue in der Rechtspraxis, in: Geilen-Symposium 2001, S. 145.

<sup>12</sup> *Seier*, Die Untreue als „Allzweckwaffe“, in: Kohlmann/Nestler/Seier/Walter/Walther/Weigend, Entwicklungen und Probleme des Strafrechts an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, S. 105 f.

<sup>13</sup> *Dahs*, § 266 StGB – allzuoft missverstanden, in: NJW 2002, 272 [273].

<sup>14</sup> *Matt*, Missverständnisse zur Untreue, in: NJW 2005, 389 f.; so auch: *Lesch*, Zweckwidrige Verwendung von Fraktionszuschüssen als Untreue?, in: ZRP 2002, 159 [161].

<sup>15</sup> *Hamm*, Kann der Verstoß gegen Treu und Glauben strafbar sein?, in: NJW 2005, 1993.

<sup>16</sup> *Lüderssen*, Soziale Marktwirtschaft, Finanzmarktkrise und Wirtschaftsstrafrecht, in: Kempf/Lüderssen/Volk (Hrsg.), Die Handlungsfreiheit des Unternehmers, S. 21 [22].

<sup>17</sup> *Kiethe*, Die zivil- und strafrechtliche Haftung von Vorstandsmitgliedern eines Kreditinstituts für riskante Kreditgeschäfte, in: WM 2003, 861 [867].

<sup>18</sup> *Perron*, Probleme und Perspektiven des Untreuetatbestandes, in: Jahresband der Juristischen Studiengesellschaft 2008, 45 [64].

<sup>19</sup> *Perron*, Probleme und Perspektiven des Untreuetatbestandes, in: GA 2009, 219 [220].

<sup>20</sup> *Rönnau*, Einrichtung „schwarzer“ (Schmiergeld-)Kassen in der Privatwirtschaft – eine strafbare Untreue?, in: FS Tiedemann 2008, S. 713 [719].

<sup>21</sup> *Albrecht*, In Treue gegen die Untreue, in: FS Hamm 2008, S. 1 [7].

<sup>22</sup> *Ransiek*, Risiko, Pflichtwidrigkeit und Vermögensnachteil bei der Untreue, in: ZStW 2004, 634; bzw. *Bernsmann*, Alles Untreue?, in: GA 2007, 219.