

Strafrechtliche Abhandlungen

Neue Folge · Band 159

Untreue und Konsens

Von

Edward Schramm



Duncker & Humblot · Berlin

Edward Schramm · Untreue und Konsens

Strafrechtliche Abhandlungen · Neue Folge

Begründet von Dr. Eberhard Schmidhäuser (†)
em. ord. Prof. der Rechte an der Universität Hamburg

Herausgegeben von Dr. Dr. h. c. (Breslau) Friedrich-Christian Schroeder
ord. Prof. der Rechte an der Universität Regensburg

in Zusammenarbeit mit den Strafrechtslehrern der deutschen Universitäten

Band 159

Untreue und Konsens

Von

Edward Schramm



Duncker & Humblot · Berlin

Zur Aufnahme in die Reihe empfohlen
von Professor Dr. Dr. Kristian Kühl, Tübingen

Die Juristische Fakultät der Eberhard-Karls-Universität Tübingen
hat diese Arbeit im Jahre 2003/2004 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

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

D 21

Alle Rechte vorbehalten
© 2005 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme und Druck:
Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0720-7271
ISBN 3-428-11564-3

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☉

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

Meinen Eltern

Vorwort

Die Abhandlung wurde der Juristischen Fakultät der Eberhard-Karls-Universität Tübingen im Wintersemester 2003/2004 als Dissertation vorgelegt. Rechtsprechung und Schrifttum sind bis April 2004 berücksichtigt.

Herr Prof. Dr. Theodor Lenckner regte die Arbeit an und betreute sie. Herr Prof. Dr. Dr. Kristian Kühl übernahm die abschließende Förderung und Erstbegutachtung. Ihnen danke ich hierfür herzlich.

Herrn Prof. Dr. Ulrich Weber gilt für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens mein aufrichtiger Dank, und ebenso Herrn Prof. Dr. Dr. h. c. Friedrich-Christian Schroeder für die Aufnahme der Arbeit in diese Schriftenreihe. Roland Seeger, Jochen Herkle und Martin Idler, die beiden treuen Mitstreiter des Doktorandenkolloquiums am Lehrstuhl von Prof. Kühl, sowie Dr. Ken Eckstein danke ich in freundschaftlicher Verbundenheit für ihre überaus wertvollen Anregungen. Dank schulde ich in besonderer Weise schließlich Dr. Stefanie Wentzell, die mich in der entscheidenden Phase der Promotion begleitet hat.

Die Dissertation wurde 2004 mit dem Promotionspreis der Eberhard-Karls-Universität Tübingen für die Juristische Fakultät ausgezeichnet.

Tübingen, im Mai 2004

Edward Schramm

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	21
<i>1. Kapitel</i>	
Die dogmatischen Grundlagen	24
A. Grundfragen der Untreue	24
I. Das Rechtsgut des § 266 StGB	24
II. Das typisierte Unrecht	31
1. Die Tatmodalitäten	31
2. Der Status der Freiheit nach außen und innen	33
III. Vermögensbetreuung und Vermögenswahrnehmung	34
1. Die Bedeutung der Vermögensbetreuungspflicht für die Missbrauchs- und Treubruchsvariante	34
2. Die Bedeutung der Vermögenswahrnehmungspflicht für die Treubruchsvariante	38
3. Die dunkle Entstehungsgeschichte	42
4. Definitionen	45
B. Die verbrechenssystematische Einordnung der Einwilligung bei der Untreue ..	46
I. Die allgemeine Abgrenzung von Einverständnis und Einwilligung	46
II. Der entstehungsgeschichtliche Kontext	51
III. Die Zuordnung beim Missbrauchstatbestand	52
1. Gesetzliche Verpflichtungs- und Verfügungsbefugnisse	53
2. Vertretungs- und Verpflichtungsbefugnisse durch behördlichen Auftrag	55
3. Rechtsgeschäftlich eingeräumte Vertretungs- und Verpflichtungsbefugnisse	57
IV. Die Zuordnung beim Treubruchstatbestand	57
1. Die ersten drei Alternativen der Treubruchsuntreue	57
2. Das tatsächliche Treueverhältnis	58

V. Die unterschiedlichen Formen der vorherigen Zustimmung	61
1. Einverständnis und Weisung	61
2. Einwilligung und Begründung des Innenverhältnisses sowie Änderungsver- einbarung	63
C. Die Einwilligung in die Untreue im Kontext der personalen Unrechtslehre	64
I. Objektive Zurechenbarkeit – Prinzip der Eigenverantwortung	65
II. Handlungs- und Sachverhaltsunwert	67
III. Unterlassungen	69
D. Täterschaft und Teilnahme	70
I. Der täterschaftliche Status des unwirksam Konsentierenden	70
1. Die allgemeine Abgrenzung	70
2. Einheitstäterbegriff	71
II. Treupflicht als strafbegründendes Merkmal	73

2. Kapitel

Der Träger der Dispositionsbefugnis	74
A. Natürliche Personen	74
I. Unbeschränkte Geschäftsfähigkeit	74
II. Beschränkte Geschäftsfähigkeit	75
III. Geschäftsunfähige	79
IV. Die familienrechtliche Betreuung	79
1. Zustimmung des Betreuten	79
2. Zustimmung des Betreuers	80
B. Gesamthandsgemeinschaften und Bruchteilsgemeinschaften	80
I. Gesamthandsgemeinschaften	80
1. Die zivilrechtliche Vermögens- und Haftungsstruktur	80
2. Der treupflichtige Personenkreis und die Möglichkeit der Missbrauchs- untreue	82
3. Der Kreis der Geschädigten und Dispositionsbefugnis	83
4. Bankrott bei Konsens	85
a) Anwendbarkeit des § 14 StGB?	86
b) Die GmbH & Co KG	87
II. Bruchteilsgemeinschaften	88

C. Juristische Personen des Privatrechts	88
I. Der eingetragene Idealverein	88
1. Der treupflichtige Personenkreis	88
2. Die Mitgliederversammlung als dispositionsbefugtes Organ	90
3. Die rechtswidrige Einwilligung	91
a) Verstöße gegen die Satzung	91
b) Irrelevanz des Gläubigerschutzes	93
c) Einverständnis durch Satzungsänderung	95
aa) Formale Satzungsänderung	95
bb) Faktische Abweichung von der Satzung	96
d) Mehrheitsverhältnisse bei rechtswidrigem Beschluß	98
aa) Satzungswidrige Beschlüsse	98
bb) Gesetzeswidrige Beschlüsse	98
II. Die Stiftung des bürgerlichen Rechts	100
1. Struktur	100
2. Treupflicht	100
3. Einverständnis	102
III. Die GmbH	102
1. Die praktische Relevanz	102
2. Treupflicht der Organe	103
a) Der Geschäftsführer und mehrköpfige Organe	103
b) Der faktische Geschäftsführer	104
c) Der Aufsichtsrat	106
3. Die umstrittenen Einwilligungsfälle und ihre gesellschaftsrechtliche Bewertung	107
a) Sog. „verdeckte Gewinnausschüttungen“ an Gesellschafter	107
b) Offene Ausschüttungen bzw. offene Zuwendungen an die Gesellschafter	110
c) Rückzahlung eigenkapitalersetzender Darlehen	111
d) Existenzvernichtender oder -gefährdender Eingriff	112
4. Die strafrechtliche Bewertung	113
a) Der Regelungsgehalt des § 81a GmbHG	113
b) Die Rechtsprechung nach 1970	116
aa) „Grundsätze eines ordentlichen Kaufmanns“	116
bb) Konkrete Existenzgefährdung für die Gesellschaft als Einwilligungsgrenze	117
cc) Die GmbH als Komplementärin einer GmbH & Co KG	118

c)	Gleichklang von Gesellschaftsrecht und Strafrecht?	119
d)	Zivilrechtlicher Pflichtverstoß als notwendige Bedingung	122
e)	Kaum verschleierter Gläubigerschutz	122
f)	Uneingeschränkte Verfügungsmacht der Gesellschafter bei Beachtung der innergesellschaftlichen Kompetenzverteilung	123
aa)	Die Gesellschafter als „wirtschaftliche Eigentümer“ der GmbH	124
bb)	Formale Wirksamkeitsvoraussetzungen eines Einverständnisses	125
cc)	Exkurs: Besonderheiten bei einer GmbH als öffentliches Unter- nehmen	126
g)	Keine Treupflicht der Gesellschafter	127
h)	Das Insolvenzstrafrecht als richtiger Anknüpfungspunkt	128
i)	Funktionale Betrachtung des § 14 StGB	129
IV.	Die Aktiengesellschaft	132
1.	Der treupflichtige Personenkreis	132
a)	Der Vorstand	132
b)	Der Aufsichtsrat	133
c)	Aktiengesellschaft; Aktionäre; Societas Europae	134
2.	Treupflichtverletzungen	135
3.	Möglichkeiten eines Einverständnisses	141
a)	Verhältnis Vorstand – Aufsichtsrat	141
b)	Verhältnis Vorstand – Aktionärsversammlung	142
c)	Verhältnis Aktionäre – Vorstand	144
V.	Die Genossenschaften	145
VI.	Der Konzern	147
1.	Begriff des Konzerns	147
2.	Der aktienrechtliche Konzern	148
a)	Die abhängige AG im Vertragskonzern	148
aa)	Die treupflichtigen Personen beim herrschenden Unternehmen	149
bb)	Treupflicht des beherrschten Unternehmens	150
cc)	Die Träger der Dispositionsbefugnis beim beherrschten Unter- nehmen	151
dd)	Die Träger der Dispositionsbefugnis beim herrschenden Unter- nehmen	152
b)	Die abhängige AG im einfachen faktischen AG-Konzern	152
aa)	Struktur	153
bb)	Die treupflichtigen Personen	153
cc)	Dispositionsbefugnis	154

c) Der qualifiziert faktische AG-Konzern	154
aa) Struktur	154
bb) Treuenehmer	155
cc) Dispositionsbefugnis	156
3. Der GmbH-Konzern	156
a) Der GmbH-Vertragskonzern	156
b) Der „qualifiziert faktische GmbH-Konzern“: § 266 StGB als Ersatz für fehlendes GmbH-Konzernrecht	158
aa) Struktur nach dem „Bremer Vulkan“-Urteil	159
bb) Das herrschende Unternehmen bzw. seine Organe als faktisch Treu- pflichtige	161
cc) Der Geschäftsführer der abhängigen GmbH	162
dd) Eigeninteresse der GmbH als Dispositionsgrenze?	162
c) Der einfache faktische GmbH-Konzern	163
4. Der Personengesellschaftskonzern	164
a) Die faktisch konzernierte Personengesellschaft	165
aa) Der Kreis der Treupflichtigen	166
bb) Dispositionsbefugnis	166
b) Schlicht abhängige Personengesellschaften	167
D. Juristische Personen des Öffentlichen Rechts	168
I. Die Körperschaften des öffentlichen Rechts	168
II. Die Anstalten des öffentlichen Rechts	171
III. Die Stiftungen des öffentlichen Rechts	172
1. Begriff und Stiftungsverfassung	172
2. Möglichkeiten des Einverständnisses	173

3. Kapitel

Kundgabe, Form, Verfahren

A. Kundgabe	175
I. Der Theorienstreit bei der Einwilligung	175
II. Die Lösungsansätze bei § 266 StGB	177
1. Tatbestandsbezogene Betrachtungsweise	177

2. Normativer Bezugspunkt des Einverständnisses	178
3. Informationsquelle und Rechtssicherheit	179
4. Der Erklärungsadressat	180
B. Formvorschriften	181
I. Außerstrafrechtliche Formvorschriften	181
II. Zur Relevanz der Warnfunktion	182
III. Formverstoß als Indiz für Willensmangel	184
C. Verfahrensvorschriften	184
<i>4. Kapitel</i>	
Der Zeitpunkt des Konsenses	186
A. Die vorherige Zustimmung	185
B. Die Zustimmung während der Tatbegehung	187
C. Die widerrufenen Zustimmung	187
I. Der Widerruf	187
II. Der mutmaßliche Widerruf eines Einverständnisses	188
D. Die nachträgliche Zustimmung	189
I. Das überkommene Dogma	189
II. Die nachträgliche Zustimmung im Kontext täterfreundlichen Verhaltens des Opfers	191
1. Schutz des Opfers	191
2. Bagatelldogma und Aussöhnung	192
3. Vermeidung eines Berufsverbots	193
4. Billigung des Täterverhaltens	194
III. Zur Relevanz der ex-tunc- und ex-nunc-Wirkung	195
1. Die Unterscheidung	195
a) Privatrechtliche Genehmigungen	199
b) Die öffentlichrechtliche Genehmigung von Rechtsgeschäften	196
2. Die strafrechtliche Relevanz der nachträglichen Genehmigung mit rückwirkender Kraft	197
a) Kein Unrechtsausschluß	197
b) Sinn und Zweck der Genehmigung	198

c) Sachlicher Strafaufhebungsgrund	201
aa) Disponibilität des Strafanspruchs	202
bb) Generalpräventive Erwägungen	203
cc) Spezialpräventive Aspekte	204
dd) Absolute (retributive) Straftheorien	205
d) Parallelen zur behördlichen Genehmigung	206
3. Rechtsfolgen bei der nachträglichen Genehmigung ohne Rückwirkung	206

5. Kapitel

Willensmängel, Sittenwidrigkeit und Drittinteressen 208

A. Willensmängel	208
I. Irrelevanz der dogmatischen Einordnung	209
II. Gewalt und Drohung	210
1. Gewalt	210
2. Drohung	211
a) Anknüpfung an § 123 BGB	211
b) Notstandsähnliche Lage beim Opfer	212
c) Nötigung als Maßstab	213
III. Täuschung	214
1. Gegenstand des täuschungsbedingten Irrtums	214
2. Rechtsgutsbezogene „Motiv“-Irrtümer	215
3. Sonstige Motivirrtümer	218
4. Täuschung durch Unterlassen	219
IV. Irrtum	220
1. Inhalts-, Erklärungs-, Eigenschaftsirrtümer	220
2. Unrichtige persönliche Beurteilungen	221
3. Irrtümer aufgrund unterlassener Aufklärung	222
V. Auswirkungen von Willensmängeln auf den Vorsatz	222
B. Sittenwidrigkeit	223
I. Sittenwidrigkeit der Tat	224
II. Sittenwidrigkeit der Einwilligung oder der Umstände ihres Zustandekommens	225
C. Drittinteressen	225

6. Kapitel

Der mutmaßliche Konsens	227
A. Das mutmaßliche Einverständnis	227
I. Weisungsfälle	228
II. Der mutmaßliche Wille beim Risikogeschäft	230
III. Dualismus Tatbestandssausschluss – Rechtfertigung	234
B. Die mutmaßliche Einwilligung	235
I. Die Konstellationen	235
II. Die Relation zu anderen Rechtfertigungsgründen	236
1. Geschäftsführung ohne Auftrag	236
2. Rechtfertigender Notstand und erlaubtes Risiko	239
3. Einwilligung	240
III. Die inhaltliche Festlegung des mutmaßlichen Willens	241
1. Der Maßstab	241
2. Irrtümer	242
3. Behandlung des Irrtums	243

7. Kapitel

Reform der Untreue und europarechtliche Aspekte	245
A. Reform der Untreue in Deutschland	245
I. Die Gesetzesänderungen seit 1933	246
1. Die Einführung von Regelbeispielen durch das 6. StRG	247
2. Die Abschaffung von Sondertatbeständen	249
II. Mögliche Reformansätze	251
1. Begrenzung des Täterkreises	251
a) Gefahr der Kasuistik	251
b) Das Merkmal der Geschäftsbesorgung im Tatbestand	253
c) Der schweizerische Tatbestand der „ungetreuen Geschäftsbesorgung“	254
2. Rückkehr zu Sondertatbeständen	256
a) Positiver präventiver Effekt	256
b) Vorbilder im europäischen Ausland	257
aa) Österreich und Schweiz	257
bb) Frankreich	258

cc) Spanien und Portugal	260
dd) Russische Föderation	261
3. Genauere Umschreibung der einzelnen Pflichtverstöße	262
4. Beschränkung nur auf die Missbrauchsuntreue	264
5. Aufnahme eines Merkmals „unbefugt“	265
6. Einschränkung des subjektiven Tatbestands	265
a) Einfügung einer Bereicherungsabsicht	265
b) Absichtliche bzw. wissentliche Tatbestandsverwirklichung	266
B. Europabezogene Untreuetatbestände	267
I. Die Strafgesetzgebungskompetenz der EU im Lichte des EG-Vertrags und des EU-Verfassungsentwurfs	268
1. EG-Vertrag	267
2. Europäische Verfassung	270
II. Untreue zum Nachteil des EU-Vermögens	272
1. Der strafrechtliche Corpus Juris zum Schutz von EU-Finanzinteressen	272
2. Das Grünbuch der Kommission	274
III. Europaweite Untreuetatbestände	275
1. Harmonisierungsvorschläge des „Freiburg-Symposiums“ für Handelsgesellschaften, das Kreditwesen und Börsenwesen	275
2. Die untreueähnlichen Harmonisierungsentwürfe im Einzelnen	276
a) Die ungetreue Geschäftsführung, Art. 45 Europa-Delikte	276
b) Verletzung des Stammkapitals, Art. 46 Europa-Delikte	281
c) Untreue bei Kreditgewährung, Art. 50 Europa-Delikte	282
d) Untreue durch Wertpapierleistungen, Art. 54 Europa-Delikte	283
3. Europaweite Regelung der Einwilligung	284
Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	285
Literaturverzeichnis	289
Sachwortverzeichnis	306

Abkürzungsverzeichnis

AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
ÄndG	Änderungsgesetz
Bad.-Württ.	Baden-Württemberg
BB	Betriebs-Berater
BBG	Bundesbeamtengesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BRRG	Beamtenrechtsrahmengesetz
BT-Drs.	Verhandlungen des Deutschen Bundestages. Drucksachen
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
CJ	Corpus Juris
CJF	Corpus Juris Florenz
DepotG	Depotgesetz
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DStR	Deutsches Steuerrecht
EG	Europäische Gemeinschaft
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EU	Europäische Union
EU-VerfE	Entwurf einer Verfassung für Europa
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EWiV	Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
Fs.	Festschrift
GA	Archiv für Strafrecht, begründet von Goldammer
GBI.	Gesetzblatt
GemO	Gemeindeordnung
GenG	Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau

GS	Gedächtnisschrift
GVBl.	Gesetz- und Ordnungsblatt
HGB	Handelsgesetzbuch
HWiStr	Handwörterbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts
InsO	Insolvenzordnung
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KWG	Kreditwesengesetz
LdR	Lexikon des Rechts
LG	Landgericht
LKrO	Landkreisordnung
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NBBGBl.	Bundes-Gesetzblatt des Norddeutschen Bundes
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NSZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RStGB	Reichsstrafgesetzbuch
SE	Societas Europaea
SoldatenG	Gesetz über die Rechtsstellung der Soldaten
StGB	Strafgesetzbuch
StiftungsG	Stiftungsgesetz
StPO	Strafprozeßordnung
StraFo	Strafverteidigerforum
StRG	Strafrechtsreformgesetz
StV	Strafverteidiger
wistra	Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht
WM	Wertpapier-Mitteilungen
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZStR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Einleitung

Das deutsche Strafgesetzbuch enthält bis heute weder Regelungen über allgemeine Grundsätze der Einwilligung noch trifft es im Zusammenhang mit einzelnen Tatbeständen – von den Ausnahmen des § 216 StGB und § 228 StGB abgesehen – irgendwelche Aussagen über das „Ob“ und das „Wie“ einer strafbarkeitsausschließenden Zustimmung des Verletzten. Bereits 1919 äußerte Richard Honig im Zuge der Reform des Reichsstrafgesetzbuchs sein Befremden über das Schweigen des Gesetzes: „Wer die Streitfragen kennt, die sich in Theorie und Rechtsprechung an die ‚Einwilligung des Verletzten‘ knüpfen, den muß das Schweigen, mit dem der Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch das Einwilligungsproblem übergeht, mit schweren Bedenken erfüllen“.¹ Indes hat selbst das für die letzte grundlegende Reform des Allgemeinen Teils zentrale 2. Strafrechtsreformgesetz von 1969 als auch zuvor bereits der Alternativ-Entwurf des StGBs von 1966 auf eine allgemeine Einwilligungsbestimmung verzichtet, da sich die Voraussetzungen der Einwilligung einer generalisierenden und allgemein vertypten Umschreibung entzogen.² Die Einwilligung des Verletzten bleibt im deutschen Strafrecht, auch am Beginn des 21. Jahrhunderts, ein Gegenstand richterlicher Rechtsfortbildung und eine „Domäne der Strafrechtswissenschaft“ (Amelung)³ zugleich.

Wendet man sich, wie es in der vorliegenden Arbeit geschehen soll, den Einwilligungsfragen im Zusammenhang mit der Untreuevorschrift, § 266 StGB, zu, so rückt namentlich ein besonderes Problem in das Blickfeld, das den Gegenstand zahlreicher Urteile und wissenschaftlicher Untersuchungen bildet: Nicht selten treten in der Praxis Fallkonstellationen auf, in denen der Geschäftsführer einer GmbH mit Zustimmung der Gesellschafter das Stammkapital der Gesellschaft antastet und dadurch die Insolvenz des Unternehmens heraufbeschwört. Hier stellt sich dann die Frage, ob die vorherige Zustimmung der Anteilseigner dem Verhalten des Täters die Untreuerelevanz zu nehmen vermag oder ob die gesellschaftsrechtlichen Beschränkungen der Dispositionsbefugnis auch für das Strafrecht verbindlich sind und die im Übrigen bejahte strafbarkeitsausschließende Wirkung einer solchen Zustimmung beseitigen. Die Schwierigkeiten für die in diesem Zusammenhang interessierende Auslegung des Untreuetatbestands entstanden nicht zuletzt dadurch,

¹ Honig, Vorwort.

² Vgl. LK-Hirsch, Vorbem. § 32 Rn. 92, 128.

³ Amelung, Grundrechtsgut, S. 1. – Auch in der weit überwiegenden Zahl der EU-Mitgliedsländer ist die (mutmaßliche) Einwilligung nicht geregelt; vgl. dazu Dannecker, Freiburg-Symposium, S. 165 ff.

dass der Gesetzgeber von 1963 bis 1975 sukzessive die gesellschaftsrechtlichen Untreuetatbestände (etwa § 294 AktG, § 81a GmbHG) mit der Begründung aufgehoben hat, es bedürfe ihrer nicht mehr, da ihr Anwendungsbereich mit dem des § 266 StGB identisch sei und folglich dieser ohne weiteres die Funktion der aufgehobenen Vorschriften übernehme. Inwieweit jedoch die Hypothese des Gesetzgebers und mancher Teile des Schrifttums, dass die bisher von den gesellschaftsrechtlichen Untreuetatbeständen erfassten Sachverhalte nunmehr Fälle des § 266 StGB seien, wirklich zutreffend ist, wird auch in dieser Untersuchung erörtert werden;⁴ denn diese Annahme berührt auch die in diesem Zusammenhang maßgebliche Frage nach der Möglichkeit und den Grenzen einer strafbarkeitsausschließenden Zustimmung von Gesellschaftern zu Handlungen eines vertretungsberechtigten Organs oder sonst Treupflichtigen.

Auf diesen speziellen, praktisch sehr bedeutsamen Komplex beschränken sich jedoch nicht die Bezüge, die sich bei einer Betrachtung der Einwilligung im Kontext der Untreue ergeben. Den Gegenstand der vorliegenden Untersuchung bilden vielmehr *alle zentralen* Bedingungen, die erfüllt sein wollen, wenn ein Handeln des Trenehmers im Konsens mit demjenigen, dessen Vermögensinteressen durch § 266 StGB geschützt werden, die Untreuestrafbarkeit des fraglichen Geschehens beseitigen soll, die ohne eine solche Billigung ohne weiteres zu bejahen wäre. Damit einher geht die Frage, auf welcher dogmatischen Ebene im Verbrechenaufbau ein solcher zustimmender Wille im Rahmen der Untreue zu lokalisieren ist, was auch eine Analyse der tatbestandlichen Struktur voraussetzt.

Aus der Entstehungsgeschichte des § 266 StGB nebst derjenigen seiner Vorgänger sowie der wenigen Änderungen der Vorschrift seit ihrem Erlass ergeben sich insoweit keine Anhaltspunkte für eine Lösung der auftretenden Probleme, da sich der Gesetzgeber – soweit ersichtlich – mit der Fragestellung des Ob und des Wie einer Einwilligung im Rahmen der Untreue nicht beschäftigt hat.⁵ Insoweit vermag nur eine – am im Rahmen der Treubruchsvariante des § 266 StGB sehr weitgehenden Wortlaut ausgerichtete – systematische und teleologische Interpretation unter Einbeziehung der allgemeinen Grundsätze der Einwilligungsdogmatik Lösungsansätze für die auftretenden Streitpunkte zu geben. Unter diesen Prämissen soll im Folgenden das Thema der Einwilligung in die Untreue in den umfassenden Sinn *aller* Formen des *Konsenses* von Treugeber und Treuehmer einschließlich der mutmaßlichen und nachträglichen Einwilligung behandelt werden. Um dieser Themenstellung Ausdruck zu verleihen, sind die mannigfaltigen Facetten der Übereinstimmung von „Täter“ und „Opfer“ bei der Untreue mit dem freilich eher ungewohnten, dafür aber weiten Begriff des *Konsenses* im Titel dieser Untersuchung umschrieben worden.

So wird im *1. Kapitel* zunächst analysiert werden, wie § 266 StGB strukturiert ist und inwiefern die (vorherige) Zustimmung des durch die Vorschrift geschützten

⁴ Vgl. dazu das *2. Kapitel C. III*.

⁵ Vgl. das *1. Kapitel B. II.* und zur Genese des heutigen § 266 StGB vgl. *1. Kapitel A. III. 3.*

Vermögenssträgers erst als ein Rechtfertigungsgrund einzustufen ist oder ob nicht das Unrecht des fraglichen Geschehens deshalb entfällt, weil bereits der objektive Tatbestand des § 266 StGB nicht verwirklicht ist und daher die Rechtfertigungsebene gar nicht mehr in das Blickfeld des Interesses gerät. Dem schließt sich die Betrachtung der Einwilligung im Lichte der Unrechtslehre sowie von Problemen der Beteiligung an einer Untreue an. Das 2. *Kapitel* behandelt die Frage, welchem Personenkreis die Dispositionsbefugnis über das Vermögen zusteht, wobei hier die aktuelle und besonders umstrittene Problematik der Untreue im Bereich von Kapitalgesellschaften vertieft erörtert wird. Im 3. *Kapitel* soll untersucht werden, welche Anforderungen an die Kundgabe, das Verfahren und die Form der Zustimmungserklärung gestellt werden müssen. Im Mittelpunkt des 4. *Kapitels* stehen die Diskussion des überkommenen Grundsatzes, dass nur eine Zustimmung im Zeitpunkt der Tatbegehung die Strafbarkeit beseitigt, und die Erörterung der Bedeutsamkeit nachträglicher Genehmigungen für die Untreue. Thema des 5. *Kapitels* wird sein, in welchem Umfang die Willensmängel der Täuschung, des Zwangs und des Irrtums die strafbarkeitsausschließende Wirkung der Einwilligung aufheben, und ob die Sittenwidrigkeit und andere Drittinteressen der Einwilligung ihre Wirksamkeit nehmen können. Im 6. *Kapitel* wird analysiert, in welchem Rahmen und auf welcher verbrechenssystematischen Ebene der mutmaßlichen Einwilligung bei § 266 StGB Bedeutung beigemessen werden kann. Auf der Grundlage der bis dahin gewonnenen Erkenntnisse wird schließlich im abschließenden 7. *Kapitel* eine Stellungnahme dazu abgegeben, inwieweit kriminalpolitische und verfassungsrechtlich begründete Forderungen berechtigt sind, die auf eine Reform der Untreuevorschrift abzielen. Am Ende dieses Kapitels und der Arbeit soll ein Ausblick auf mögliche untreuerelevante Reformen ermöglicht werden, die derzeit unter dem Schlagwort der Europäisierung des Strafrechts diskutiert werden, namentlich hinsichtlich der Einführung vergleichbarer untreuereähnlicher Vorschriften zum Schutz der EU-Finzen sowie zum Zwecke einer Rechtsvereinheitlichung in den EU-Mitgliedsstaaten, wobei sich auch hier die Frage nach der Bedeutung eines *volenti non fit iniuria*⁶ stellen wird.

⁶ Seit jeher wird die Einwilligung mit diesem Rechtsaphorismus verbunden. Die lateinische Formel ist einer Ausführung von *Ulpian* (Domitius Ulpianus, 170–228 n. Chr.) in den *Digesten* entlehnt: „nulla iniuria est, quae in volentem fiat“; D. 47. 10. 1. 5.; vgl. *Honig*, S. 1 f.; *Roxin*, AT I, § 13 Rn. 1 m. w. N.