

Unternehmensstrafrecht

Stud. iur. Jacob H. Knieler*, Hamburg

Ungelöste Probleme der Einwilligung bei der Untreue (§ 266 Abs. 1 StGB) zu Lasten von Kapitalgesellschaften

I. Einleitung

„Das Criminalrecht hat zu thun mit dem natürlichen Menschen, als einem denkenden, wollenden, fühlenden Wesen. Die juristische Person aber ist kein solches, sondern nur ein Vermögen habendes Wesen, liegt also ganz außer dem Bereich des Criminalrechts. Ihr reales Dasein beruht auf dem vertretenden Willen bestimmter einzelner Menschen, der ihr, in Folge einer Fiction, als ihr eigener Wille angerechnet wird. Ein solche Vertretung aber, ohne eigenes Wollen, kann überall nur im Civilrecht, nie im Criminalrecht, beachtet werden.“¹ *Fried-*

* Preisträger des diesjährigen Aufsatzwettbewerbs der WiJ

¹ *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Band 2, 1840, S. 312.

rich Carl von Savigny dürfte von der Befürchtung, dass eines Tages juristische Personen als taugliche Täter einer Straftat angesehen würden, zu diesen Zeilen motiviert worden sein. Man wird Savigny freilich kein Unrecht tun, wenn man seine Aussage heranzieht, um auf dogmatische Schwierigkeiten bei der strafrechtlichen Einwilligung in Straftaten zulasten juristischer Personen aufmerksam zu machen. Denn dem geneigten Leser wird nicht verborgen bleiben, dass der Wille, den Savigny der juristischen Person abspricht, schon begrifflich im Wort „Einwilligung“ vorausgesetzt wird.

Dieser erste Befund soll Anlass geben, sich mit den dogmatisch reizvollen Einwilligungsfragen bei Straftaten zulasten juristischer Personen zu beschäftigen. Auf diese ist anhand des Tatbestandes der Untreue (§ 266 Abs. 1 StGB) einzugehen, wobei der Blick im Wesentlichen auf die GmbH gerichtet werden wird. Zunächst ist die Einwilligungskompetenz der GmbH-Gesellschafter bei vermögensschädigenden Handlungen kurz darzustellen (B.), um sodann auf die Spezialprobleme, die sich bei der Zustimmung von Minderheitsgesellschaftern (C.) und bei einer nur hypothetischen Zustimmung (D.) ergeben, einzugehen.

II. Der Streit um die Einwilligungsbefugnis der GmbH-Gesellschafter

Anerkannt ist, dass GmbH-Gesellschafter grundsätzlich in Vermögensschädigungen einwilligen können; eine solche „Einwilligung“ schließt die Untreue bereits tatbestandlich aus.² In welchem Umfang allerdings ein wirksames Einverständnis in Vermögensschädigungen möglich ist, ist Gegenstand eines heftig geführten Streits. Die Grundpositionen stellen sich wie folgt dar:

Nach der *eingeschränkten Gesellschaftertheorie*³, der nunmehr in ständiger Rechtsprechung auch der BGH folgt⁴, sind die Gesellschafter grundsätzlich dispositionsbefugt und können jeder Vermögensschädigung zustimmen, allerdings nur bis zur Grenze eines Verstoßes gegen Kapitalerhaltungsvorschriften (§§ 30 ff. GmbHG)⁵ oder eines die Existenz der Gesellschaft vernichtenden Eingriffs. Die *strenge Gesellschaftertheorie*⁶ verzichtet auf diese Grenzen und hält eine Zustimmung stets für wirksam.

Das schlagende Argument gegen die eingeschränkte Gesellschaftertheorie ist dasjenige der unzulässigen Rechtsgutsvertauschung.⁷ § 30 Abs. 1 GmbHG schützt Gläubigerinteressen,⁸ die über den allein das Treugebervermögen schützenden⁹ § 266 StGB gerade nicht verteidigt werden sollen. Es wird daher zutreffend befürchtet, dass mit der Übernahme der § 30 ff. GmbHG in den Untreuetatbestand systemwidrig ein „Gläubigerschutzdelikt“¹⁰ geschaffen wird.

Die eigene Rechtspersönlichkeit der GmbH erlaubt nicht, eigene Vermögensinteressen der GmbH statt derjenigen der Gläubiger als geschützt anzusehen und so die Rechtsgutsvertauschung zu kaschieren.¹¹ Auch Gläubigerschutzvorschriften wie etwa § 43 Abs. 3 S. 3 GmbHG entziehen den Gesellschaftern ihre grundsätzliche Dispositionsbefugnis an den Vermö-

² Statt vieler Fischer StGB, 68. Auflage 2021, § 266 Rn. 90.

³ LK/Schünemann StGB, Band 9, 12. Auflage 2012, § 266 Rn. 252 f.; Lackner/Kühl/Heger StGB, 29. Auflage 2018, § 266 Rn. 20a; BeckOK/Wittig StGB, 50. Edition (Stand: 01.05.2021), § 266 Rn. 27; NK/Kindhäuser StGB, 5. Auflage 2017, § 266 Rn. 71; AnwK/Escher StGB, 3. Auflage 2020, § 266 Rn. 151; Graf/Jäger/Wittig/Waßmer StGB, 2. Auflage 2017, Rn. 150 ff.; Flum, Der strafrechtliche Schutz der GmbH gegen Schädigungen mit Zustimmung der Gesellschafter, 1990, S. 135 ff.; jetzt auch Achenbach/Ransiek/Rönnau/Seier/Lindemann, 5. Auflage 2019, 5. Teil 2. Kap. Rn. 332.

⁴ BGHSt 35, 333; BGHSt 49, 147.

⁵ Zu den Auswirkungen von Verstößen gegen Kapitalerhaltungsvorschriften auf die Einordnung der Pflichtverletzung als „gravierend“ bzw. „grob“ Knieler HRRS 2020, 401, 408 f.

⁶ Schönke/Schröder/Perron StGB, 30. Auflage 2019, § 266 Rn. 21b; SK/Hoyer StGB, Band V, 9. Auflage 2019, § 266 Rn. 73; MüKo/Dierlamm StGB, 3. Auflage 2019, § 266 Rn. 155 ff.; Fischer StGB § 266 Rn. 99; Achenbach/Ransiek/Rönnau/Seier, 4. Auflage 2015, 5. Teil 2. Kap. Rn. 332 ff.; Rönnau FS Amelung, S. 247, 264; ders. ZStW 2007, 887, 925; Beulke FS Eisenberg, S. 245, 257 f.; Schramm, Untreue und Konsens, 2005, S. 122 ff.; Birkholz, Untreuestrafbarkeit als strafrechtlicher „Preis“ der beschränkten Haftung, 1998, S. 294 f.

⁷ Schönke/Schröder/Perron StGB § 266 Rn. 21b; MüKo/Dierlamm StGB § 266 Rn. 158; Fischer StGB § 266 Rn. 99; Rönnau FS Amelung, S. 247, 260 f.; Beulke FS Eisenberg, S. 245, 258; Schramm, Untreue und Konsens, S. 122 f.

⁸ Altmeyden GmbHG, 10. Auflage 2021, § 30 Rn. 1; im strafrechtlichen Kontext Rönnau FS Amelung, S. 247, 261; dies zugestehend Achenbach/Ransiek/Rönnau/Seier/Lindemann 5. Teil 2. Kap. Rn. 332.

⁹ Knieler HRRS 2020, 401, 405.

¹⁰ MüKo/Dierlamm StGB § 266 Rn. 158.

¹¹ Schönke/Schröder/Perron StGB § 266 Rn. 21b; Fischer StGB § 266 Rn. 99; SK/Hoyer StGB § 266 Rn. 68; MüKo/Dierlamm StGB § 266 Rn. 156; Rönnau FS Amelung, S. 247, 260 f.; Beulke FS Eisenberg, S. 245, 258.

genswerten der GmbH nicht.¹² Denn den Anteilseignern ist in der Gesellschafterversammlung kraft umfassender Weisungskompetenz (vgl. § 37 Abs. 1 GmbHG) eine Art Allzuständigkeit überantwortet; ihnen kommt eine vollumfängliche „Interessendefinitionsmacht“ in Bezug auf die Gesellschaft zu.¹³ Die formal-juristische Vermögensinhaberschaft der GmbH ändert also nichts daran, dass die wirtschaftlichen Eigentümer des Vermögens die Gesellschafter sind.¹⁴

III. Mehrheitsbeschlüsse und die Behandlung von Minderheitsgesellschaftern

Die in der Literatur angestellten Überlegungen stehen zumeist unter der Prämisse, dass im Gesellschafterkreis Einvernehmen über eine Vermögensverfügung der Gesellschaft hergestellt werden kann oder von vornherein nur ein Alleingesellschafter vorhanden ist. Die Problematik der gesellschaftsgerichtlichen Einwilligung kann sich aber auch in Fällen stellen, in denen eine Gesellschaftermehrheit eine vermögensschädigende Handlung gegen eine opponierende Minderheit durchsetzt. Zu dieser Dimension der Problematik sollen im Folgenden die vertretenen Ansichten dargestellt werden (I.), bevor eine eigene Ansicht entwickelt wird (II.).

1. Vertretene Ansichten

Der Bundesgerichtshof verhält sich in zwei Judikaten¹⁵ nur vage zu der Problematik; die Kommentarliteratur behandelt das Problem bisher spärlich oder gar nicht. Es darf daher als weitgehend ungelöst bezeichnet werden.

Eine Ansicht lehnt eine Einwilligung durch Mehrheitsbeschluss kategorisch ab, bleibt eine Begründung dafür aber schuldig.¹⁶

Eine weitere Ansicht will zwischen nichtigen und anfechtbaren Gesellschafterbeschlüssen differenzieren. Erstere könnten stets keine tatbestandsausschließende Wirkung entfalten, bei Letzteren käme es darauf an, ob sie erfolgreich angefochten werden.¹⁷

Der BGH hat in Sachen „Kölner Müll II“ festgehalten, dass entweder die Zustimmung aller Gesellschafter oder ein Mehrheitsbeschluss des diese repräsentierenden Gremiums erforderlich sei. Ob ein solcher Gesellschafterbeschluss die Formalien der §§ 47 ff. GmbHG einhalten müsse, wurde explizit offengelassen. Jedenfalls müsse eine „inhaltliche Befassung“ der Minderheitsgesellschaft mit der Sachfrage gewährleistet sein.¹⁸ Diese Formulierung wurde im Schrifttum verschiedentlich zustimmend aufgegriffen, teils ohne die vom BGH offengelassene Frage zu adressieren,¹⁹ während vereinzelt das Erfordernis eines förmlichen Beschlusses nach §§ 47 ff. GmbHG knapp verlangt wird.²⁰ Bereits im „Mannesmann-Verfahren“ hatte der BGH zur Frage eines Mehrheitsbeschlusses²¹ Stellung genommen und eine „Zustimmung aller Anteilseigner (...) oder der diese repräsentierenden Hauptversammlung“²² gefordert. Diese unklare Formulierung wurde überwiegend dahingehend interpretiert, dass die Hauptversammlung nicht einstimmig beschließen muss.²³

¹² Schönke/Schröder/Perron StGB § 266 Rn. 21b; Fischer StGB § 266 Rn. 99; Birkholz, Untreuestrafbarkeit, S. 279 ff.

¹³ Rönnaus FS Amelung, S. 247, 256 f., 261.

¹⁴ Fischer StGB § 266 Rn. 99; Schönke/Schröder/Perron StGB § 266 Rn. 21b; K. Schmidt NJW 2001, 3577, 3580, der feststellt, dass es mit einem Eigeninteresse der Gesellschaft „nicht weit her ist“; ähnlich BGHZ 119, 257, 262.

¹⁵ BGHSt 50, 331, 342 f.; 55, 266 Rn. 36.

¹⁶ Fischer StGB § 266 Rn. 95; Krekler/Werner, Unternehmer und Strafrecht, 2006, S. 315. Die dortigen Verweise (etwa auf BGHSt 55, 266 Rn. 36 und Lackner/Kühl/Kühl StGB, 25. Auflage, § 266 Rn. 20) sind sämtlich unzutreffend.

¹⁷ Vonnemann GmbHR 1988, 329, 333 f.

¹⁸ BGHSt 55, 266 Rn. 36.

¹⁹ MüKo/Dierlamm StGB § 266 Rn. 155; Lackner/Kühl/Heger StGB § 266 Rn. 20a; AnwK/Esner StGB § 266 Rn. 150; unentschieden BeckOK/Wittig StGB § 266 Rn. 27.1.

²⁰ Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Auflage 2017, Rn. 395; Schönke/Schröder/Perron StGB § 266 Rn. 21; ausführlicher Brand/Kanzler ZWH 2012, 1 f.; für die mehrgliedrige GmbH zuvor schon Busch, Konzernuntreue, 2004, S. 147 f.; knapp Richter GmbHR 1984, 137, 144; Lichtenwimmer (in: Untreueschutz der GmbH gegen den übereinstimmenden Willen der Gesellschafter?, 2008, S. 180) lässt eine form- und fristgerechte Ladung der Minderheitsgesellschaft genügen, damit deren Teilnahme- und Einflussmöglichkeit gesichert wird; unklar LK/Schünemann StGB § 266 Rn. 254.

²¹ Im Fall ging es um eine AG.

²² BGHSt 50, 331, 343.

²³ Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht, Rn. 395.

Nach einer vierten Betrachtungsweise sei das Einverständnis materiell zu bestimmen. Es komme nicht darauf an, ob den Formvorschriften der §§ 47 ff. GmbHG Genüge getan ist. Es bedürfe lediglich einer tatsächlichen Willensübereinstimmung bei der erforderlichen Mehrheit der Gesellschafter.²⁴

2. Eigene Position

Es ist somit zu diskutieren, ob und bejahendenfalls unter welchen Voraussetzungen ein Mehrheitseinverständnis genügt.

a) Möglichkeit des Einverständnisses durch Gesellschaftermehrheit

Dass ein Mehrheitsbeschluss grundsätzlich tauglich ist, ein tatbestandsausschließendes Einverständnis herbeizuführen, ergibt sich aus dem Gesetz selbst: Im GmbH-Recht gilt das Mehrheitsprinzip, § 47 Abs. 1 GmbHG. Ein Grund, dieses Mehrheitsprinzip nicht auch im Strafrecht anzuwenden, ist nicht ersichtlich.²⁵ Mehr noch: Einem zivilrechtlich wirksamen Gesellschafterbeschluss die Geltung im Strafrecht zu versagen, käme in Konflikt mit dem Grundsatz der Zivilrechtsakzessorietät²⁶ der Untreue. Die Auffassung, welche Mehrheitsbeschlüssen pauschal die strafrechtliche Relevanz versagen will, ist daher abzulehnen.

Entgegenzutreten ist auch der Ansicht, die bei anfechtbaren Beschlüssen die strafrechtlichen Rechtsfolgen davon abhängig machen will, ob der Beschluss auch tatsächlich durch erfolgreiche Anfechtung *ex post* beseitigt wird. Denn indem die Strafbarkeit erst eintritt, wenn der Beschluss angefochten wird, wird nach Tatbegehung ein mit Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB unverträglicher Schwebezustand geschaffen.²⁷ Die Strafbarkeit wäre überdies in das Belieben eines Dritten gestellt, was das StGB jedoch jenseits der Antragsdelikte nicht vorsieht. §§ 266 Abs. 2, 248a StGB sind insoweit als abschließende Regelung zu respektieren.²⁸

b) Voraussetzungen des Einverständnisses

Zu entscheiden ist daher, ob für das tatbestandsausschließende Einverständnis durch eine Gesellschaftermehrheit die bloß faktische, materielle Willensübereinkunft der erforderlichen Mehrheit genügt oder ob ein den §§ 47 ff. GmbHG entsprechender Beschluss von Nöten ist.

aa) Argument der Rechtsgutsvertauschung

Das Kernargument der Vertreter einer materiellen Theorie lautet wie folgt: Die gesellschaftsrechtlichen Formalitätserfordernisse dürften nicht in das Strafrecht übertragen werden, denn diese Minderheitenschutzvorschriften nähmen das Partizipationsinteresse des einzelnen Gesellschafters in den Blick. Die Untreue hingegen schütze das Vermögen der Gesellschaft, weshalb sich die §§ 47 ff. GmbHG nicht mit dem Schutzzweck des § 266 StGB vertrügen. Es wird also erneut ein Argument der Rechtsgutsvertauschung in Stellung gebracht.²⁹ Diese Argumentation vermag jedoch nicht zu überzeugen.

bb) Mittelbarer Vermögensschutz durch §§ 47 ff. GmbHG

Der Schutz des Vermögens „der Gesellschaft“ meint, dass letztlich in Wahrheit das wirtschaftliche Vermögen des Gesellschafters als Teil der Gesellschaftergesamtheit geschützt wird. Denn bezweckt ist nicht der Schutz der juristischen Person, sondern der Schutz des wirtschaftlichen Eigentümers, also der Gesellschafter.

²⁴ Schramm, Untreue und Konsens, S. 125; Hoffmann, Untreue und Unternehmensinteresse, 2004, S. 197; Gaede, Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht statt hypothetischer Einwilligung, 2014, S. 71 f.; Satzger/Schluckebier/Widmaier/Saliger StGB, 5. Auflage 2020, § 266 Rn. 60; Saliger FS Roxin II, S. 1053, 1071 f.; ähnlich Ransiek FS Kohlmann, S. 207, 216 f.

²⁵ Saliger FS Roxin II, S. 1053, 1069.

²⁶ Knieler HRRS 2020, 401, 403 m. w. N.

²⁷ Flum, Schädigungen mit Zustimmung, S. 185 f.; Hoffmann, Untreue und Unternehmensinteresse, S. 192 f.

²⁸ Flum, Schädigungen mit Zustimmung, S. 186 Fn. 66 und gleichsinnig Hoffmann, Untreue und Unternehmensinteresse, S. 193.

²⁹ So bei Flum, Schädigungen mit Zustimmung, S. 106; Schramm, Untreue und Konsens, S. 125; Hoffmann, Untreue und Unternehmensinteresse, S. 196 f.; Gaede, Medizinstrafrecht, S. 71 f.; Satzger/Schluckebier/Widmaier/Saliger StGB § 266 Rn. 60; Saliger FS Roxin II, S. 1053, 1067 f.; differenzierend Busch, Konzernuntreue, S. 147 f.

Diese Vermögensinteressen der (Minderheits-)Gesellschafter werden mittelbar³⁰ über die Vorschriften der §§ 47 ff. GmbHG geschützt.³¹ Zwar ist das vordergründige *Telos* dieser Normen, die Partizipationsinteressen eines jeden einzelnen Gesellschafters zu wahren.³² Doch die gesetzlich verbürgten Partizipationsmöglichkeiten sind kein Selbstzweck. Sie sollen Gelegenheit bieten, Einfluss auf die Vermögensdispositionen der GmbH zu nehmen, denn die Formalisierung von Mehrheitsentscheidungen und das Recht eines jeden Gesellschafters, mit seinen Anliegen gehört zu werden, dienen der „Richtigkeitsgewähr“ dieser Entscheidungen.³³ Die von § 266 StGB geschützte Rechtsposition erschöpft sich nicht in der Bestandserhaltung des Vermögens; sie gewährt vielmehr auch und gerade das Recht, über dieses selbst zu disponieren.³⁴ Genau diese Teilnahme an der gemeinsamen Vermögensdisposition sollen die Minderheitenschutzvorschriften gewährleisten. Nähme man an, Partizipationsgarantien seien eine reine Formsache, die mit tatsächlicher Einflussnahme und realen Vermögensinteressen der schützenswerten Minderheit in keinerlei Zusammenhang stehen, verkümmerte der Minderheitenschutz zu einem bloßen Torso. Dass dies den gesetzgeberischen Vorstellungen nicht entsprechen kann, liegt auf der Hand: Ohne einen effektiven Minderheitenschutz erleidet organschaftliche Herrschaft ein erhebliches Legitimationsdefizit,³⁵ was auch Vertreter der Gegenansicht einräumen müssen.³⁶ Die Formalisierung des Entscheidungsfindungsprozesses ist Grundvoraussetzung für die Bildung eines Organwillens.³⁷ Sein eigenes Vermögen dergestalt in einen Verband einzubringen, dass andere per Mehrheitsbeschluss darüber verfügen können, ist im denktheoretischen Ausgangspunkt zunächst ein bemerkenswerter Vorgang. Dieser erhält erst durch die hohen Anforderungen an Mehrheitsbeschlüsse Legitimität und Dignität: Mehrheitsprinzip und Minderheitenschutz sind „zwei Seiten einer Medaille“. ³⁸ Wiedemann hält sogar fest, dass der Minderheitenschutz eine „rechtsethisch notwendige Ergänzung des Mehrheitsprinzips“³⁹ sei.

Es wird daher offenbar: Minderheitenschutz ist keinesfalls „bloßer Formalismus“⁴⁰, sondern *conditio sine qua non* des Mehrheitsprinzips. Er harmoniert auch mit dem Rechtsgut des § 266 StGB, da er die Gelegenheit der Einflussnahme auf vermögensrelevante Maßnahmen sicherstellen will. Unausgesprochen erkennen das auch der BGH und die ihm folgenden Stimmen in der Literatur an:⁴¹ Denn wer fordert, dass die Minderheit zumindest mit einer Sache befasst worden sein müsse, hebt letztlich nur eine abgeschwächte Varianz des Minderheitenschutzes aus der Taufe und speist diese in den Tatbestand der Untreue ein. Zwischen diesem im Gesetzeswortlaut keine Stütze findenden Ansatz und der konsequenten Übertragung der Erfordernisse der §§ 47 ff. GmbHG besteht kein qualitativer, sondern nur ein quantitativer Unterschied. Der Reflex, dem Minderheitenschutz auch im Rahmen der Untreue Geltung zu verschaffen, ist begrüßenswert, es spricht allerdings dann auch nichts mehr dagegen, sich strikt an den nach gesetzgeberischer Wertung vorgesehenen Schutzmechanismen der §§ 47 ff. GmbHG auszurichten.

cc) Plausibilitätskontrolle

Es bleibt anzumerken, dass Fälle wie derjenige, den der BGH in Sachen „Kölner Müll II“ zu entscheiden hatte, die Notwendigkeit einer strafrechtlichen Flankierung der Minderheitenschutzvorschriften zu Tage treten lassen: Im Fall wurden durch den Mehrheitsgesellschafter unter planmäßiger Verschleierung gegenüber dem Minderheitsgesellschafter Vermögensnachteile verursacht. Die materielle Betrachtungsweise könnte Fälle, in denen Vermögen verschwendet wird, ohne dass die Minderheitsgesellschafter davon überhaupt Kenntnis er-

³⁰ Ein mittelbarer Vermögensschutz ist ausreichend für die Beachtlichkeit im Rahmen von § 266 StGB, *Knieler HRRS* 2020, 401, 406 m. w. N. auch zur Gegenansicht.

³¹ Anders *Hoffmann*, Untreue und Unternehmensinteresse, S. 196; dies übernehmend *Saliger FS Roxin II*, S. 1053, 1068.

³² *Altmeppen GmbHG* § 48 Rn. 1; *Scholz/Seibt GmbHG*, 12. Auflage 2020, § 51 Rn. 1.

³³ *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Auflage 2002, S. 468; dem folgend BGH NJW 1988, 411, 412.

³⁴ Eindringlich BGHSt 52, 323 Rn. 47.

³⁵ *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 467.

³⁶ *Saliger FS Roxin II*, S. 1053, 1068.

³⁷ *Busch*, Konzernuntreue, S. 147.

³⁸ *Blath RNotZ* 2017, 218, 219.

³⁹ *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Band 1, 1. Auflage 1980, S. 405.

⁴⁰ So aber *Saliger FS Roxin II*, S. 1053, 1068; **dagegen** *Scholz/Seibt GmbHG* § 51 Rn. 1.

⁴¹ Auch *Saliger FS Roxin II*, S. 1053, 1065 weist darauf hin, dass die Theorie des BGH einem (wenn auch abgeschwächten) formalen Ansatz folgt.

langen, weil die schädigenden Handlungen gezielt vor diesen geheim gehalten werden, nicht nach § 266 StGB bestrafen. Hier scheint aber der Einsatz auch des Strafrechts als *Ultima Ratio* angebracht,⁴² zumal Bagatelverstößen über die Heilungsvorschrift des § 51 Abs. 3 GmbHG und gegebenenfalls über die Heilung durch Rügeverzicht⁴³ begegnet werden kann.⁴⁴

3. Zwischenergebnis

Ein Einverständnis durch eine GmbH-Gesellschaftermehrheit ist auch jenseits der Einstimmigkeit möglich. Voraussetzung hierfür ist allerdings die Beachtung der Minderheitenschutzvorschriften der §§ 47 ff. GmbHG.

IV. Das hypothetische Einverständnis

Für all das bereits Ausgeführte gilt, dass ein tatbestandsausschließendes Einverständnis schon im Tatzeitpunkt vorliegen muss; eine nachträgliche Genehmigung lässt die Strafbarkeit nicht entfallen.⁴⁵ Dabei genügt ein rein innerlich verbleibendes, natürliches Einverständnis nicht.⁴⁶ Erforderlich ist eine zustimmende Willenserklärung.⁴⁷ Dies lässt in Fällen, in denen dieser Anforderung nicht entsprochen wurde, die Handlungen eines Treuehmers jedoch vom hypothetischen Willen des Treugebers gedeckt scheinen, die Frage nach einem „hypothetischen Einverständnis“ aufkommen.

1. Zum Rechtsinstitut der hypothetischen Einwilligung

Wollte man solch ein hypothetisches Einverständnis auf ein rechtstechnisches Gerüst stellen, so könnte man sich der Dogmatik der im Kontext des Arztrechts entwickelten hypothetischen Einwilligung bedienen. Hierbei handelt es sich um ein umstrittenes Rechtsinstitut, das von der Rechtsprechung geprägt⁴⁸ und im Schrifttum auf Zustimmung⁴⁹, aber auch auf – teils vehemente⁵⁰ – Ablehnung⁵¹ gestoßen ist.

a) Grundgedanke, Rechtsfolge und Kritik

Der Anwendungsbereich der hypothetischen Einwilligung betrifft Fälle, in denen keine oder eine (meist aufgrund ungenügender ärztlicher Aufklärung) unwirksame (Patienten-)Einwilligung vorliegt, die der Rechtsgutsinhaber allerdings auch bei Kenntnis der tatsächlichen Sachlage (dann wirksam) abgegeben hätte.⁵² Es wird angenommen, dass die hypothetische Einwilligung den normativen Zurechnungszusammenhang auf Ebene der Rechtswidrigkeit entfallen lässt.⁵³

Das Bedürfnis nach einer hypothetischen Einwilligung wird überwiegend mit der Notwendigkeit einer Kompensation der anspruchsvollen ärztlichen Aufklärungspflichten begründet. Nach der Rechtsprechung stellt nämlich auch ein ärztlicher *lege artis*-Eingriff einen tatbestandlichen Körperverletzungserfolg dar;⁵⁴ eine Rechtfertigung kommt im Wesentlichen

⁴² Dagegen Saliger FS Roxin II, S. 1053, 1069.

⁴³ Siehe dazu Gehrlein/Born/Simon/Teichmann GmbHG, 5. Auflage 2021, § 51 Rn. 23; Scholz/Seibt § 51 GmbHG Rn. 31.

⁴⁴ Dieser muss allerdings vor der Tathandlung erklärt werden, da sonst die Strafbarkeit in das Belieben eines Dritten gestellt wäre, siehe dazu unter III.2.a).

⁴⁵ Statt vieler MüKo/Dierlamm StGB § 266 Rn. 143.

⁴⁶ NK/Kindhäuser StGB § 266 Rn. 67; Dehne-Niemann ZStW 2019, 363, 367.

⁴⁷ Saliger/Gaede HRRS 2008, 57, 69.

⁴⁸ BGH NStZ 1996, 34; NStZ-RR 2004, 16; 2007, 340; NStZ 2012, 205; NJW 2013, 1688.

⁴⁹ Kuhlen FS Roxin I, S. 331, 333, 345; ders. FS Müller-Dietz, S. 431, 435; ders. JR 2004, 227 ff.; ders. JZ 2005, 713 ff.; Rönnau JZ 2004, 801, 802; Böcker JZ 2005, 925, 926 ff.; Beulke medstra 2015, 67, 72 ff.; Rosenau FS Maiwald, S. 683, 698, 700; Satzger/Schluckebier/Widmaier/Rosenau StGB Vor. §§ 32 ff. Rn. 53.

⁵⁰ Besonders leidenschaftlich opponieren NK/Paeffgen/Zabel StGB Vor. §§ 32 ff. Rn. 168a ff. gegen die hypothetische Einwilligung.

⁵¹ Gaede, Medizinstrafrecht, *passim*; Puppe GA 2003, 764 ff.; Sowada NStZ 2012, 1, 8, 10; Böse ZIS 2016, 495 ff., Schönte/Schröder/Sternberg-Lieben StGB § 223 Rn. 40h; Sternberg-Lieben FS Beulke, S. 299, 301 ff.; Saliger FS Beulke, S. 257, 264 ff.; M. Schmidt, Die Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung und ihre Übertragbarkeit auf die Untreue, 2018, S. 173 ff., der die Entwicklung freilich für nicht mehr aufhaltbar hält; jetzt auch LK/Rönnau StGB, Band 3, 13. Auflage 2019, Vor. §§ 32 ff. Rn. 231 ff.

⁵² LK/Rönnau StGB Vor. §§ 32 ff. Rn. 230.

⁵³ Rönnau StV 2011, 753, 756; Kuhlen FS Müller-Dietz, S. 431, 436; in diese Richtung inzwischen auch BGH NJW 2013, 1688, 1689.

⁵⁴ RGSt 25, 375, 377 ff.; BGHSt 11, 111, 112; 16, 309, 310; 45, 219, 221.

nur durch eine Patienteneinwilligung nach ordnungsgemäßer Aufklärung in Betracht. Es geht also darum, eine Überpönlisierung bei kunstgerechten Eingriffen zu verhindern.⁵⁵ Daneben wird betont, dass schon die Einheit der Rechtsordnung gebiete, die hypothetische Einwilligung im Strafrecht anzuerkennen, da strafrechtlich nicht verboten sein könne, was zivilrechtlich erlaubt ist.⁵⁶

Hierbei wird aber übersehen, dass eine vollständige Kongruenz beider Rechtsgebiete gar nicht zu erreichen sein dürfte: Die hypothetische Einwilligung wird im Zivilrecht von sorgsam abschichtenden Darlegungs- und Beweislastregeln flankiert, die zum Teil für den Arzt sehr belastend wirken. Im Strafrecht müsste hingegen der *in-dubio*-Grundsatz Anwendung finden, sodass die strafrechtliche Entlastungswirkung deutlich raumgreifender wäre als die zivilrechtliche.⁵⁷

Außerdem unterläuft die hypothetische Einwilligung den Grundsatz der Unbeachtlichkeit einer nachträglichen Genehmigung,⁵⁸ da durch ein *ex-post*-Rückschlussverfahrens⁵⁹ zeitlich nachgelagerte Umstände zur Ermittlung des hypothetischen Willens im Zeitpunkt der Verletzungshandlung herangezogen werden.

Während der (mutmaßlichen) Einwilligung Freiheits- und Autonomiegedanken zugrunde liegen,⁶⁰ erfordert die hypothetische Einwilligung gerade keinen aktuellen Willen des Rechtsgutsinhabers und nimmt vielmehr eine selbstbestimmungsfeindliche normative Fremdzuschreibung vor.⁶¹ Durch die Anwendung der hypothetischen Einwilligung wird außerdem die Subsidiarität der mutmaßlichen Einwilligung unterlaufen, die gerade den Vorrang des tatsächlichen und geäußerten Willens schützen soll.⁶²

Daher bestehen bereits durchgreifende Bedenken gegen die Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung als solche.

2. Anwendbarkeit auf die Untreue

Dennoch stellt sich Frage, ob bei der Untreue ein hypothetisches Einverständnis anzuerkennen ist. Denn zum einen könnte aufgrund der besonderen Interessenslage bei der Untreue das Bedürfnis für eine hypothetische Zustimmung gegeben sein (dazu sogleich). Zum anderen könnte, wenn man sich dem Faktum stellt, dass die ständige Rechtsprechung die hypothetische Einwilligung anerkennt, dann jedenfalls zu fordern sein, die Rechtsfigur konsequenterweise auch auf andere Tatbestände wie die Untreue zu übertragen.⁶³ Ob eine solche Übertragung möglich ist, ist bislang ungeklärt. Das OLG Hamm hat dies in nicht tragenden Erwägungen beiläufig angenommen.⁶⁴ In der Literatur wird die Übertragbarkeit vereinzelt befürwortet⁶⁵, aber überwiegend abgelehnt.⁶⁶ Es ist terminologisch vorzugswürdig, in

⁵⁵ Beulke medstra 2015, 67, 72 ff.; diese Motivationslage der Rechtsprechung darstellend Rönna JuS 2014, 882, 883; Fischer StGB Vor. § 32 Rn. 4b; Sternberg-Lieben FS Beulke, S. 299, 306; kritisch zu dieser NK/Paeffgen/Zabel StGB Vor. §§ 32 ff. Rn. 168a, die mutmaßen, der BGH wolle sein „schlechtes Gewissen“ für die ansonsten strengen Maßstäbe beim ärztlichen Heileingriff beruhigen.

⁵⁶ Rosenau FS Maiwald, S. 683, 698; Satzger/Schluckebier/Widmaier/Rosenau StGB Vor. §§ 32 ff. Rn. 53; Beulke medstra 2015, 67, 73.

⁵⁷ Sowada NStZ 2012, 1, 7; Sternberg-Lieben FS Beulke, S. 299, 304 f.; Saliger FS Beulke, S. 257, 266; NK/Paeffgen/Zabel StGB Vor. §§ 32 ff. Rn. 168a.

⁵⁸ Sowada NStZ 2012, 1, 6; LK/Rönna StGB Vor. §§ 32 ff. Rn. 231b; Saliger FS Beulke, S. 257, 261; im Untreuekontext Gaede, Medizinstrafrecht, S. 70 f.; Anders, Untreue zum Nachteil der GmbH, 2012, S. 116; Satzger/Schluckebier/Widmaier/Saliger StGB § 266 Rn. 58; Dehne-Niemann ZStW 2019, 363, 399; dagegen Satzger/Schluckebier/Widmaier/Rosenau StGB Vor. §§ 32 ff. Rn. 53.

⁵⁹ Saliger FS Beulke, S. 257, 261; Anders, Untreue zum Nachteil der GmbH, S. 115.

⁶⁰ Gaede, Medizinstrafrecht, S. 18 ff.; Dehne-Niemann ZStW 2019, 363, 394 f.; Sowada NStZ 2012, 1, 7; Anders, Untreue zum Nachteil der GmbH, 2021, S. 115; Saliger FS Beulke, S. 257, 265.

⁶¹ LK/Rönna StGB Vor. §§ 32 ff. Rn. 231c; Gaede, Medizinstrafrecht, S. 18.

⁶² Gaede, Medizinstrafrecht, S. 18 f.; Puppe ZIS 2016, 366, 368 f.; Böse ZIS 2016, 495 f.; Sowada NStZ 2012, 1, 7; Saliger FS Beulke, S. 257, 261; LK/Rönna StGB Vor. §§ 32 ff. Rn. 231c; Schönte/Schröder/Sternberg-Lieben StGB § 223 Rn. 40h; speziell im Kontext der Übertragbarkeit auf die Untreue M. Schmidt, Hypothetische Einwilligung, S. 287 ff.; Anders, Untreue zum Nachteil der GmbH, S. 115 f.; Dehne-Niemann ZStW 2019, 363, 394 f.; dagegen Kuhlen FS Müller-Dietz, S. 431, 442 f.; ders. JZ 2005, 713 f.; früher auch Rönna JZ 2004, 801, 803.

⁶³ So Edlbauer/Irrgang JA 2010, 786, 789.

⁶⁴ OLG Hamm NStZ-RR 2012, 374, 375.

⁶⁵ So zuerst Rönna StV 2011, 753, 756; Achenbach/Ransiek/Rönna/Seier, 4. Auflage 2015, 5. Teil, 2. Kap. Rn. 211; Walischewski FS Feigen, S. 293, 314 ff.; Graf/Jäger/Wittig/Waßmer StGB, § 266 Rn. 144a; Edlbauer/Irrgang JA 2010, 786, 790; wohl auch Tsambikakis ZWH 2012, 458.

⁶⁶ Gaede, Medizinstrafrecht, S. 70 f.; Anders, Untreue zum Nachteil der GmbH, S. 115 f.; Sturm, Die hypothetische Einwilligung, S. 225 ff.; M. Schmidt, Hypothetische Einwilligung, *passim*, Ergebnis auf S. 372; Saliger FS Beulke, S. 257, 267 f.; Satzger/Schluckebier/Widmaier/Saliger StGB § 266 Rn. 58; Schönte/Schröder/Perron StGB § 266

Anlehnung an die besondere Zustimmungsdogmatik der Untreue von einem hypothetischen Einverständnis statt von einer hypothetischen Einwilligung zu sprechen.⁶⁷

a) Ausgangsüberlegung

Bei unbefangener Betrachtung scheint es zunächst naheliegend, eine Übertragbarkeit der hypothetischen Einwilligung auf die Untreue zu befürworten. Ein arztrechtlicher Sonderrechtfertigungsgrund wäre zumindest begründungsbedürftig, und die Verallgemeinerungsfähigkeit der hypothetischen Einwilligung scheint jedenfalls nicht ausgeschlossen, sodass sie auch für andere Erfolgsdelikte gelten könnte.⁶⁸

Das gilt besonders für den Tatbestand der Untreue, weil eine Restriktion aufgrund des weiten Wortlauts vor dem Hintergrund von Art. 103 Abs. 2 GG geboten ist.⁶⁹ Und auch der Blick auf die Interessenlagen in der Rechtspraxis legt scheinbar das Bedürfnis für eine hypothetische Einwilligung nahe: Vergegenwärtigt man sich beispielsweise⁷⁰ die Gemengelage bei der Bildung einer „schwarzen Kasse“, so fällt auf, dass der Täter nach seiner Vorstellung regelmäßig uneigennützig handeln und das Fortkommen des Unternehmens anstreben wird. Folglich liegt es nahe, dass Gesellschafter im Einzelfall mit einer „schwarzen Kasse“ einverstanden sein könnten.⁷¹ Ein etwaiger Verstoß gegen Antikorruptionsvorschriften steht der Wirksamkeit einer (hypothetischen) Einwilligung nach richtiger Auffassung nicht entgegen, denn damit würde der Schutzzweck des § 266 StGB entsteht.⁷² Doch auch bei konsequenter Anwendung der anerkannten Einwilligungsdogmatik lässt sich eine wirksame Zustimmung nicht konstruieren: Ein formal erteiltes Einverständnis der Gesellschafter wird regelmäßig nicht vorliegen, ein mutmaßliches Einverständnis scheidet unter Subsidiaritätsgesichtspunkten aus.⁷³ Dennoch verbleiben Zweifel, ob bei einer – insoweit folgerichtigen – Verurteilung tatsächlich die Verletzung des Vermögens als einzig geschütztes Rechtsgut der Untreue oder nicht vielmehr die Verletzung der Rechtsgüter, deren Schutz eigentlich den Korruptionsvorschriften überantwortet ist, sanktioniert wird. Nachdenklich stimmen dürfte insofern Deutschlands lobende Erwähnung im Antikorruptions-Arbeitsgruppenbericht der OECD bezüglich „Germany’s pragmatic approach to prosecute and sanction foreign bribery with a range of criminal offences other than the foreign bribery offence“. ⁷⁴ Das hypothetische Einverständnis könnte hier Abhilfe schaffen und das Entstehen einer „Superverbotnorm“⁷⁵ verhindern. Die Folgen wären gravierend: Im Arztstrafrecht kann bei entfallendem Erfolgsunrecht auf eine Versuchsstrafbarkeit zurückgegriffen werden. Da die Untreue diese nicht kennt, ließe sich verbleibendes Handlungsunrecht nicht abbilden.⁷⁶

b) Stellungnahme

Um festzustellen, ob sich das Konstrukt der hypothetischen Einwilligung mit den dogmatischen Eigentümlichkeiten der Untreue verträgt, soll sich im Folgenden der Strukturbestandteile der hypothetischen Einwilligung im Arztstrafrecht vergewissert werden (a), um sodann die Funktionsäquivalente im Untreuetatbestand zu ermitteln (b). Auf dieser Basis soll an-

Rn. 21; aus der Rechtsprechung LG Kleve, Beschl. v. 21.10.2010 – 120 QS 79/10; jetzt auch LK/Rönnau StGB Vor. §§ 32 ff. Rn. 232; Achenbach/Ransiek/Rönnau/Seier/Lindemann 5. Teil 2. Kap. Rn. 211.

⁶⁷ Rönnau StV 2011, 753, 756; M. Schmidt, Hypothetische Einwilligung, S. 201 Fn. 885.

⁶⁸ Dehne-Niemann ZStW 2019, 363, 365; Fischer StGB Vor. § 32 Rn. 4c f.; dies explizit befürwortend Kuhlen FS Müller-Dietz, S. 431, 444, 451.

⁶⁹ Ausführlich und instruktiv Knieler HRRS 2020, 401 ff.

⁷⁰ Weitere Beispiele für einen denkbaren Anwendungsbereich des hypothetischen Einverständnisses bei der Untreue bei M. Schmidt, Hypothetische Einwilligung, S. 209 ff.

⁷¹ Tsagkaraki, Die Bildung der sog. „schwarzen Kassen“ als strafbare Untreue gemäß § 266 StGB, 2013, S. 108; M. Schmidt, Hypothetische Einwilligung, S. 222 f.

⁷² Rönnau ZStW 2007, 887, 923 ff.; ders. FS Tiedemann, S. 713, 718 f.; ähnlich Schramm, Untreue und Konsens, S. 143 f.; anders aber BGHSt 50, 331, 342.

⁷³ Rönnau FS Tiedemann, S. 713, 719; Tsagkaraki, Schwarze Kassen, S. 108.

⁷⁴ Antikorruptions-Bericht der Arbeitsgruppe der OECD zu Deutschland vom 17.3.2011, S. 4 (<https://bit.ly/30zRbU0>, zuletzt aufgerufen am 19.09.2021).

⁷⁵ Zu diesem inzwischen etablierten Begriff siehe etwa Knieler HRRS 2020, 401, 406.

⁷⁶ LK/Rönnau StGB Vor. §§ 32 ff. Rn. 232; Dehne-Niemann ZStW 2019, 363, 396; M. Schmidt, Hypothetische Einwilligung, S. 276, 279 f.; Anders, Untreue zum Nachteil der GmbH, S. 115; Achenbach/Ransiek/Rönnau/Seier/Lindemann 5. Teil 2. Kap. Rn. 211.

schließlich ein Strukturvergleich angestellt werden, um zu untersuchen, ob eine Übertragung der hypothetischen Einwilligung auf die Untreuedogmatik möglich ist (c).

aa) Strukturbestandteile der hypothetischen Einwilligung im Arztstrafrecht

Im Ausgangspunkt ist jede ärztliche Heilbehandlung eine tatbestandliche Körperverletzung. Die Strafbarkeit entfällt erst durch die Einwilligung des Patienten. Wirksam einwilligen kann der Patient nur, wenn er vollständig über die Heilbehandlung aufgeklärt wurde (vgl. § 630d BGB f.), denn über das ihm Unbekannte kann sich der Patient keinen wirklichen Willen bilden.⁷⁷ Kann nun aber mangels Aufklärung ein wirklicher Wille nicht gebildet werden, wird mittels hypothetischer Einwilligung ein Wille fingiert, sofern davon auszugehen ist, dass der Patient einen entsprechenden tatsächlichen Willen gebildet hätte, wenn er aufgeklärt worden wäre.

Die hypothetische Einwilligung findet nur auf *lege-artis*-Eingriffe Anwendung. Eine präzise Definition findet sich in den Judikaten des BGH nicht. Er hebt nur hervor, dass ein Heileingriff *de lege artis* erfolgte, wenn er nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft durchgeführt wurde.⁷⁸ Aus dem *Telos* dieser Einschränkung der hypothetischen Einwilligung lässt sich aber unschwer eine präzisere Definition herleiten. Es soll verhindert werden, dass sich der Arzt vom Risiko des Fehlgehens eines Heileingriffes selbst bei schwersten handwerklichen Fehlern mit der Verteidigung, der Patient hätte bei gehöriger Belehrung gewiss eingewilligt, freizeichnen kann.⁷⁹ Die Definition sollte mithin wie folgt lauten: Eine Heilbehandlung erfolgt *de lege artis*, wenn sie zu einer Gesundheitsverbesserung führte oder wenn sie, im Falle eines Fehlschlags, nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft ausgeführt wurde.⁸⁰

bb) Strukturvergleich zur Untreue

Im Folgenden sollen zu den dargestellten dogmatischen Strukturen die entsprechenden Parallelen bei der Untreue aufgezeigt werden.

i) Vergleich zum Willensbildungserfordernis

Während im Arztstrafrecht jede einzelne ärztliche Maßnahme der Einwilligung bedarf, muss der Treuenehmer nicht für jede Entscheidung die Zustimmung des Geschäftsherrn einholen.⁸¹ Er verfügt als Vermögensbetreuungspflichtiger notwendigerweise über ein gewisses Maß an Selbstständigkeit.⁸² Dieses Phänomen lässt sich als eine Art antizipierte Zustimmung des Geschäftsherrn beschreiben.⁸³ Er räumt seinem Treuenehmer eine Dispositionsbefugnis über ihm zustehende Rechtsgüter ein, die nicht vor jedem Tätigwerden des Treuenehmers aktualisiert werden muss und vor dem Hintergrund des Selbstständigkeitserfordernisses und maßstabsbildender Figuren wie etwa der weiten *Business Judgment Rule* (§ 93 Abs. 1 S. 2 AktG) stets einen gewissen Umfang aufweist.⁸⁴ Auf einen aktuellen übereinstimmenden Willen des Treugebers zu einer bestimmten Maßnahme kommt es daher gar nicht an, solange sich der Treuenehmer innerhalb des Rahmens seiner Vermögensbetreuungspflicht hält. Nur wenn er ihre Grenzen überschreiten will, muss er sich dafür vorher eine Zustimmung des Geschäftsherrn einholen.⁸⁵

ii) Funktionsäquivalent der *lege-artis*-Einschränkung

Der tatbestandliche Erfolg der Körperverletzung findet sein systematisches Äquivalent bei der Untreue im Erfolg des Vermögensnachteils. Im Schrifttum wird zutreffend darauf hin-

⁷⁷ BGHZ 169, 364 Rn. 7; BGHSt 16, 309, 310; BeckOK/Eschelbach StGB § 223 Rn. 8; Spickhoff NJW 2006, 2075.

⁷⁸ BGH NStZ-RR 2007, 340, 341.

⁷⁹ Im Fall war der Patient infolge grober Fehler des Arztes verstorben, sodass „nicht ernsthaft in Zweifel gezogen werden“ konnte, dass der Arzt für die Todesfolge strafrechtlich einzustehen habe, so Bosch JA 2008, 70, 71.

⁸⁰ Dadurch wird nicht jeder erfolgreiche Heileingriff legitimiert, denn es bleibt zu prüfen, ob der Patient bei hypothetischer Betrachtung auch in den erfolgreichen Heileingriff eingewilligt hätte. Zu dennoch damit einhergehenden Autonomiebeschränkungen oben schon kritisch unter IV.1.a).

⁸¹ Schönke/Schröder/Perron StGB § 266 Rn. 21; M. Schmidt, Hypothetische Einwilligung, S. 358 f.; Sturm, Die hypothetische Einwilligung, S. 233.

⁸² Fischer StGB § 266 Rn. 37 m.w.N.

⁸³ AnwK/Esner StGB § 266 Rn. 157.

⁸⁴ Lackner/Kühl/Heger StGB § 266 Rn. 9 m.w.N.

⁸⁵ M. Schmidt, Hypothetische Einwilligung, S. 358 f.; AnwK/Esner StGB § 266 Rn. 157.

gewiesen, dass sich insoweit strukturelle Unterschiede ergeben: Um die Autonomie des Patienten zu schützen, stellt auch eine Verbesserung des Gesundheitszustandes einen tatbestandlichen Erfolg dar, während eine Vermögensmehrung dazu führt, dass die Untreue schon tatbestandlich ausscheidet.⁸⁶

Da die Gesundheitsverbesserung auch den ersten Teil der o.g. Definition der *lege-artis*-Einschränkung ausmacht, lässt sich diese Überlegung hierher übertragen: Der Treuenehmer handelt also jedenfalls „*de lege artis*“, wenn er eine Vermögensmehrung herbeiführt. Der zweite Definitionsbestandteil des kunstgerechten Eingriffes ist das Einhalten des Standes der medizinischen Wissenschaft. Dieser determiniert den Rahmen, innerhalb dessen ein Arzt sich redlicherweise bewegen darf. Der Rahmen, innerhalb dessen ein Treuenehmer sich redlicherweise bewegen darf, wird durch den Umfang der Vermögensbetreuungspflicht abgesteckt. Funktional entspricht also der Stand der medizinischen Wissenschaft dem Umfang der Vermögensbetreuungspflicht. Während zum Schutz des Patienten mit dem Stand der medizinischen Wissenschaft ein objektives Kriterium aufgebaut wird, um die Argumentation zu verschließen, der Patient hätte in eine nicht kunstgerechte Behandlung eingewilligt, erfolgt die Bestimmung der Vermögensbetreuungspflicht subjektiv nach dem Willen des Geschäftsherrn.⁸⁷

cc) Abgleich

Die soeben aufgezeigten Funktionsäquivalente sind nun vergleichend dahingehend zu analysieren, ob eine Übertragung der Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung möglich ist.

i) Willensbildungserfordernis

In der Literatur wird verschiedentlich darauf hingewiesen, dass die hypothetische Einwilligung gerade entwickelt wurde, um ausufernde Aufklärungspflichten zu neutralisieren.⁸⁸ Diesem Befund ist zuzustimmen, er kann aber noch präziser formuliert werden: Die hypothetische Einwilligung wurde entwickelt, weil beim ärztlichen Heileingriff die Besonderheit besteht, dass vor jedem Eingriff eine *tatsächliche Zustimmung* des Patienten gegeben sein muss, welche nur angenommen werden kann, wenn weitreichenden Aufklärungspflichten genügt wird.⁸⁹ Bei dieser Betrachtung wird die systematische Entsprechung im Untreuekontext offenbar: Eine tatsächliche Zustimmung des Treuenehmers vor jeder Handlung des Treugebers ist gerade nicht erforderlich. Die Legitimation der hypothetischen Einwilligung, nämlich das mit strengen Aufklärungspflichten versehene Zustimmungserfordernis vor *jedem* Eingriff, ist bei der Untreue, bei der ein Einverständnis *nur* eingeholt werden muss, wenn der Rahmen der Vermögensbetreuungspflicht überdehnt werden soll, also hinfällig.⁹⁰ Das Restriktionserfordernis bei der Untreue besteht aus einem anderen Grund, nämlich wegen des unbestimmten Gesetzeswortlauts.⁹¹ Schon die Grundprämisse der hypothetischen Einwilligung verträgt sich folglich nicht mit der Dogmatik der Untreue.

ii) Lege-artis-Erfordernis

Noch gravierender sind jedoch die Friktionen in Bezug auf die *lege-artis*-Einschränkung der hypothetischen Einwilligung, die man – wollte man die hypothetische Einwilligung mit dem Gleichbehandlungsargument⁹² auf die Untreue übertragen – konsequenterweise übernehmen müsste. Unter Zugrundelegung der o.g. Funktionsäquivalente würde die auf die Untreue übertragene *lege-artis*-Beschränkung nur dann ein wirksames hypothetisches Einverständnis nicht verhindern, wenn entweder eine Vermögensmehrung erzielt wurde oder sich der Treuenehmer innerhalb seiner Vermögensbetreuungspflicht bewegt hat. Dann wäre aber in jedem Fall ein Tatbestandsmerkmal des § 266 StGB nicht erfüllt, sodass ohnehin Straflo-

⁸⁶ LK/Rönnau StGB Vor. §§ 32 ff. Rn. 232; Sturm, Die hypothetische Einwilligung, S. 236 f.

⁸⁷ Hierzu M. Schmidt, Hypothetische Einwilligung, S. 348 ff.

⁸⁸ LK/Rönnau StGB Vor. §§ 32 ff. Rn. 232; Saliger FS Beulke, S. 257, 268; Rosenau FS Maiwald, S. 683, 699; M. Schmidt, Hypothetische Einwilligung, S. 359.

⁸⁹ Ebenso Schönke/Schröder/Perron StGB § 266 Rn. 21.

⁹⁰ M. Schmidt, Hypothetische Einwilligung, S. 359 f.

⁹¹ LK/Rönnau StGB Vor. §§ 32 ff. Rn. 232; M. Schmidt, Hypothetische Einwilligung, S. 367 f.

⁹² Zum Begriff Sturm, Die hypothetische Einwilligung, S. 234. Es wird argumentiert, die hypothetische Einwilligung privilegieren gleichheitswidrig Ärzte, wenn sie auf das Medizinstrafrecht beschränkt bliebe, so etwa Rönnau StV 2011, 753, 756; Walischewski FS Feigen, S. 293, 315; Edlbauer/Irrgang, JA 2010, 786, 790.

sigkeit eintritt. Überträgt man die *lege-artis*-Beschränkung daher sinngemäß, hat ein hypothetisches Einverständnis von vornherein keinen Anwendungsbereich.⁹³

Plastisch wird dies, wenn man die Normbefehle ausformuliert: „Du sollst keinen ärztlichen Heileingriff vornehmen, es sei denn, der Patient hätte hypothetisch eingewilligt, sofern du eine Gesundheitsverbesserung herbeiführst oder dich innerhalb des Standes der medizinischen Wissenschaft bewegst.“ So weit, so logisch. Tut man dasselbe hingegen für die Untreue, so ergibt sich Folgendes:

„Du sollst nicht pflichtwidrig einen Vermögensnachteil herbeiführen, es sei denn, der Treugeber hätte hypothetisch eingewilligt, sofern du eine Vermögensmehrung herbeiführst oder dich pflichtgemäß verhältst.“ Dieser Satz ist eine *contradictio in adiecto*.

c) Zwischenergebnis

Der Übertragung der hypothetischen Einwilligung steht schon ihr mit der Dogmatik der Untreue unvereinbare Grundgedanke entgegen. Aufgrund einer sinngemäßen Übertragung der *lege-artis*-Beschränkung hätte sie überdies von vornherein keinen Anwendungsbereich, sie liefe vollständig ins Leere. Sie ist daher abzulehnen.

d) Übertragung des Ergebnisses auf die Ausgangsüberlegung

Die Ablehnung der hypothetischen Einwilligung hat bei den „schwarzen Kassen“ die Konsequenz, dass damit in den meisten Fällen der letzte Ausweg aus der Strafbarkeit wegfallen dürfte. Die Plausibilität des gefundenen Ergebnisses lässt sich anhand dieses Beispiels gut illustrieren: Die eigenmächtige Bildung „schwarzer Kassen“ ist keine geschäftliche Maßnahme, die einem *lege-artis*-Standard genügt, sie führt außerdem zu einem Vermögensnachteil.⁹⁴ Unter Wertungsgesichtspunkten vergleichbare medizinrechtliche Konstellationen könnte die hypothetische Einwilligung nie erfassen; es ist daher nur folgerichtig, auch bei der Untreue zu diesem Ergebnis zu kommen. Dieses deckt sich im Übrigen mit der tatsächlich zu vermutenden Interessenslage: Vielen Gesellschaftern wird die Bildung „schwarzer Kassen“ aufgrund drohender Sanktionen und Imageschäden nicht genehm sein.⁹⁵ Einem Rechtsinstitut, das aufgrund der oben dargestellten Beweisschwierigkeiten einen solchen Willen ggf. unterstellt, ist nicht näher zu treten.

V. Summa

Ein tatbestandsausschließendes Einverständnis durch Mehrheitsbeschluss ist in der GmbH möglich, wenn ein den §§ 47 ff. GmbHG entsprechender Gesellschafterbeschluss herbeigeführt wird.

Das schon grundsätzlich bedenkliche Rechtsinstitut der hypothetischen Einwilligung darf aus strukturellen Gründen und mangels Anwendungsbereiches nicht auf die Untreue übertragen werden.

⁹³ Andeutungsweise Schönke/Schröder/Perron StGB § 266 Rn. 21, der feststellt, dass ein hypothetisches Einverständnis nur Verhaltensweisen legitimieren könnte, die gerade nicht „kunstgerecht“ erfolgen.

⁹⁴ BGHSt 52, 323 Rn. 42 ff.; 55, 266 Rn. 40 ff.

⁹⁵ Rönau FS Tiedemann, S. 713, 720.