

## E n t s c h e i d u n g s a n m e r k u n g

### Untreue durch gesetzeswidrige Wahlkampffinanzierung – Konzept „Wahlsieg 2006“

**Da der Untreuetatbestand den Zweck hat, das dem Treupflichtigen anvertraute fremde Vermögen zu schützen, ist die Vermögensbetreuungspflicht des § 266 Abs. 1 StGB zwar in der Regel nicht verletzt, wenn der Vermögensinhaber sein Einverständnis mit der vermögensschädigenden Pflichtverletzung erklärt hat; eine nachträgliche Genehmigung genügt dagegen nicht. (Leitsatz des Verf.).**

StGB §§ 46, 203, 266 Abs. 1

BGH, Urt. v. 11.12.2014 – 3 StR 265/14<sup>1</sup>

#### I. Einführung

Die folgende Anmerkung widmet sich nur einem Teilaspekt der sehr ausführlichen und in vielerlei Hinsicht beachtlichen Entscheidung. Behandelt werden soll die im oben angegebenen Leitsatz des Verf. – wörtlich dem Urteil entnommene (Rn. 31) – ausgeführte temporale Voraussetzung an ein tatbestandsausschließendes Einverständnis. Die hier interessierende Passage droht in der Fülle der vom 3. Strafsenat des BGH behandelten Fragen schier unterzugehen, reaktualisiert aber eine seit langem diskutierte Frage, welcher hier erneut nachgegangen werden soll, insbesondere unter Einbeziehung von – in der Entscheidung nicht enthaltenen – Berührungspunkten zur rechtfertigenden Einwilligung und rechtfertigenden Genehmigung sowie zum Strafzumessungsrecht.

Hingegen hier nicht näher vertieft, sondern nur kurz in ihrer Bedeutung hervorgehoben werden sollen die Ausführungen des BGH zum subjektiven Tatbestand des Betrugs (Rn. 66), zur mitbestraften Nachtat (Rn. 60), zur Vermögensbetreuungspflicht eines Fraktionsvorsitzenden einer Landtagsfraktion (Rn. 25 ff.) und zur Pflichtverletzung i.S.d. § 266 Abs. 1 StGB (Rn. 29), zur Vermögensrelevanz der Pflichten nach PartG (Rn. 38 ff.) sowie zum Vermögensnachteil (Rn. 48 ff.) und zur Anwendbarkeit des § 28 Abs. 1 StGB bzgl. der Vermögensbetreuungspflicht (Rn. 63). Die Zweifelhaftheit der Verneinung eines mutmaßlichen Einverständnisses unter Hinweis auf die „eindeutigen gesetzlichen und verfassungsrechtlichen Vorgaben“ erläutert *Altenburg*.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Das Urteil ist online abrufbar unter:

<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=28a56b5c07fde951be64c6d411abee46&nr=70781&pos=0&anz=1> und abgedruckt in NJW 2015, 1618 (m. Anm. *Altenburg*, NJW 2015, 1624), sowie in StV 2015, 439 und wistra 2015, 311.

<sup>2</sup> *Altenburg*, NJW 2015, 1624.

#### II. Das tatbestandsausschließende Einverständnis i.R.d. § 266 Abs. 1 StGB

Das tatbestandsausschließende Einverständnis ist nach st. Rspr.<sup>3</sup> und h.L.<sup>4</sup> zu unterscheiden von einer (bloß) rechtfertigenden Einwilligung, auch wenn eine beachtliche Auffassung im Schrifttum<sup>5</sup> jede Einwilligung als Tatbestandsausschluss einordnet. Diese Grundentscheidung ist angesichts der z.T. abweichenden Voraussetzungen von Einverständnis und Einwilligung<sup>6</sup> auch nicht rein akademisch. Dass die Zustimmung des Rechtsgutsträgers zur Handlung des Vermögensbetreuungspflichtigen i.R.d. § 266 Abs. 1 StGB, wenn die noch zu erörternden Voraussetzungen vorliegen, bereits den objektiven Tatbestand entfallen lässt und nicht erst die Rechtswidrigkeit<sup>7</sup>, entspricht der st. Rspr.<sup>8</sup> und der h.L.<sup>9</sup> In der Tat wird durch ein Einverständnis i.R.d. Missbrauchstatbestands durch den Vermögensinhaber das rechtliche Dürfen an das rechtliche Können des Vermögensbetreuungspflichtigen angepasst; auch beim Treuebruchtatbestand lässt sich insofern nicht von einer Pflichtverletzung sprechen.

Eine andere Frage ist, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit ein wirksames Einverständnis angenommen werden kann. Grundsätzlich werden verlangt<sup>10</sup>: Disponibilität des Rechtsguts, Verfügungsberechtigung und ein natürlicher innerer und freier Wille zur Preisgabe des Rechtsguts, und zwar bei der Tathandlung. Rspr.<sup>11</sup> und h.L.<sup>12</sup> modifizieren diese allgemeinen Anforderungen bei § 266 Abs. 1 StGB jedoch: Zwar ist die Rechtsfolge die eines Einverständnisses, allerdings müssen angesichts des bei § 266 StGB normativen und nicht nur tatsächlichen Charakters des Einverständnisses die strengeren Voraussetzungen der Einwilligung eingehalten werden. Dies betrifft v.a. die Willensmangelfreiheit<sup>13</sup> (vgl. etwa eine mangelnde geschäftliche Erfahrung des Vermögensinhabers). Viel diskutiert sind die Gren-

<sup>3</sup> Vgl. nur BGHSt 23, 1.

<sup>4</sup> Siehe nur *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 62. Aufl. 2015, Vor § 32 Rn. 3b; *Heinrich*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2014, Rn. 440 ff.

<sup>5</sup> Siehe z.B. *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 13 Rn. 12 ff.

<sup>6</sup> Zusammenfassend *Kindhäuser*, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 6. Aufl. 2015, Vor § 13 Rn. 168 ff.; 193 ff.

<sup>7</sup> So aber noch BGHSt 9, 203; offengelassen in BGHSt 30, 247.

<sup>8</sup> Vgl. OLG Hamm NJW 1986, 2653; BGHSt 34, 221; 34, 379; BGH NStZ 1997, 124; BGH NJW 1998, 2836; BGH NJW 2000, 154; BGH NJW 2003, 2996; BGHSt 49, 147 (Bremer Vulkan); 50, 331; 52, 323 (Siemens); 54, 52; BGH NJW 2009, 2225; BGHSt 55, 266 (Trienekens); BGH NStZ-RR 2012, 80; OLG Hamm NStZ-RR 2012, 374; BGH NJW 2013, 3590 (Hochseeschlepper).

<sup>9</sup> Siehe nur *Eisele*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Rn. 865; *Fischer* (Fn. 4), § 266 Rn. 92.

<sup>10</sup> Vgl. *Heinrich* (Fn. 4), Rn. 444 ff.

<sup>11</sup> Siehe BGH NStZ 1997, 124.

<sup>12</sup> Siehe *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 38. Aufl. 2015, Rn. 758 ff.; *Eisele* (Fn. 9), Rn. 865.

<sup>13</sup> *Eisele* (Fn. 9), Rn. 865.

zen des Einverständnisses aufgrund Gesetzes- oder Pflichtwidrigkeit.<sup>14</sup> Besonders und nachgerade klassisch umkämpft ist die Dispositionsbefugnis der GmbH-Gesellschafter (insbesondere bei der Ein-Mann-GmbH).<sup>15</sup> Bedenklich ist die mit der h.M. verbundene Anreicherung des durch den Untreueatbestand gewährleisteten Vermögensschutzes um Aspekte des Gläubigerschutzes („Existenzgefährdung“), dem die §§ 283 ff., 288 StGB dienen.<sup>16</sup>

### III. Bedeutung der nachträglichen Zustimmung (Genehmigung) für die Straftatvoraussetzungen?

Dass der 3. Strafsenat in einer nachträglichen Zustimmung (Genehmigung) kein tatbestandsausschließendes Einverständnis (und keine rechtfertigende Einwilligung) sieht, entspricht der bisherigen Rspr.<sup>17</sup> und der ganz h.L.<sup>18</sup>

<sup>14</sup> Zusammenfassend *Fischer* (Fn. 4), § 266 Rn. 92; aus der Rspr. vgl. BGHSt 31, 232; 50, 331 (Mannesmann); 52, 323 (Siemens); 55, 266 (Trienekens).

<sup>15</sup> Hierzu *Kindhäuser* (Fn. 6), § 266 Rn. 56 ff.; *Reiß*, wistra 1989, 81; *Hellmann*, wistra 1989, 214; *Muhler*, wistra 1994, 283; *Müller-Christmann/Schnauder*, JuS 1998, 1080; *Krekeler/Werner*, StraFo 2003, 374; *Piel*, NStZ 2006, 550; *Radtke*, GA 2008, 535; *Livonius*, wistra 2009, 91; aus der Rspr. vgl. RGSt 42, 278; 71, 353; BGHSt 3, 23; 3, 32; 9, 203; 28, 371; 30, 127, BGH NStZ 1982, 465; BGH NStZ 1984, 118; OLG Hamm NJW 1986, 2653; BGHSt 34, 379; 35, 333; BGH NJW 1992, 250; BGH NJW 1993, 1278; OLG München NJW 1994, 3112; BGH NStZ 1995, 185; BGH NJW 1997, 66; BGH NJW 2000, 154; BGH NJW 2003, 2924; BGH NJW 2003, 2996; BGH NStZ 2003, 545; BGHSt 49, 147 (Bremer Vulkan) mit Anm. *Rotsch*, ZJS 2008, 610; BGH NStZ-RR 2005, 86; BGHSt 51, 29; BGH NStZ-RR 2007, 79; BGHSt 53, 24; 54, 52; BGH NJW 2009, 2225; BGH NStZ 2009, 153; BGHSt 55, 266 (Trienekens); BGH StV 2010, 80; BGH NJW 2012, 2366; BGH NStZ-RR 2012, 80; BGH NStZ 2013, 715; BGH NStZ-RR 2013, 345.

<sup>16</sup> Ausführlich *Hoyer*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 123. Lfg., Stand: Juli 2010, § 266 Rn. 71 ff.

<sup>17</sup> BGH, Urt. v. 26.7.1960 – 1 StR 248/60; BGH, Urt. v. 18.11.1975 – 1 StR 588/75; OLG Hamm NJW 1986, 2653; BGHSt 50, 331 (Mannesmann).

<sup>18</sup> Z.B. *Eisele* (Fn. 9), Rn. 866; *Hoyer* (Fn. 16), § 266 Rn. 58; *Kindhäuser*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 4. Aufl. 2013, § 266 Rn. 66; *Dierlamm*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 2. Aufl. 2014, § 266 Rn. 143; *Wittig*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 10.9.2015, § 266 Rn. 21; *Schünemann*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 9/1, 12. Aufl. 2012, § 266 Rn. 124, 198; *Seier*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2015, 5. Teil, 2. Kap. Rn. 94; ausführlich zum Ganzen *Schramm*, Untreue und Konsens, 2005, S. 189 ff.

Freilich wird der Unbeachtlichkeit einer Genehmigung mit gewichtigen Argumenten entgegengetreten,<sup>19</sup> wenn auch auf anderer Ebene.

*Weber* weist insbesondere auf die ex-tunc-Wirkung der Genehmigung gem. § 184 Abs. 1 BGB hin („Die nachträgliche Zustimmung [Genehmigung] wirkt auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück, soweit nicht ein anderes bestimmt ist.“).<sup>20</sup> Er plädiert unter Hinweis darauf, dass die Genehmigung des Berechtigten der unbefugten Verfügung ihre Strafbedürftigkeit nehme, für die Anerkennung eines Strafaufhebungsgrundes.<sup>21</sup> Ihm folgt *Schramm*<sup>22</sup> u.a. aus folgenden Gründen: Erstens disponiere der Verletzte in strafrechtlich anzuerkennender Weise über den Strafanspruch; zweitens erweise sich die Tat ausweislich generalpräventiver, spezialpräventiver und retributiver Aspekte nicht (mehr) als sanktionsbedürftig. Drittens verweist er auf Parallelen zur behördlichen Genehmigung, hier hält er bei nachträglicher Genehmigung ebenfalls einen Strafaufhebungsgrund für einschlägig – ebenso bei Handeln gegen eine Anordnung oder Untersagung, welche nach Tatbegehung aufgehoben wird.

Freilich ist die Behandlung des wirksamen (vgl. § 43 Abs. 2 VwVfG: „Ein Verwaltungsakt bleibt wirksam, solange und soweit er nicht zurückgenommen, widerrufen, anderweitig aufgehoben oder durch Zeitablauf oder auf andere Weise erledigt ist.“), aber rechtswidrigen belastenden Verwaltungsakts<sup>23</sup> im Umweltstrafrecht strittig.<sup>24</sup> Die h.M.<sup>25</sup> geht von einer strengen Verwaltungsakzessorietät aus und stellt auf die formale Wirksamkeit nach § 43 VwVfG ab. Die Gegenauffassung<sup>26</sup> kritisiert insbesondere die Pönalisierung des

<sup>19</sup> *Weber*, in: Duttge/Geilen/Meyer-Goßner (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Ellen Schlüchter, 2002, S. 243 (244, 250 ff.); *Schramm* (Fn. 18), S. 189 ff.

<sup>20</sup> Vgl. ferner die §§ 142 Abs. 1, 185 Abs. 2, 263 Abs. 2, 375, 389, 1923 Abs. 2 und 1953 Abs. 1 BGB.

<sup>21</sup> *Weber* (Fn. 19), S. 250 ff.

<sup>22</sup> *Schramm* (Fn. 18), S. 201 ff.

<sup>23</sup> Hierzu *Otto*, Grundkurs Strafrecht, Besonderer Teil, 6. Aufl. 2005, § 82 Rn. 10; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 16. Aufl. 2015, § 47 Rn. 17; monografisch *Scheele*, Zur Bindung des Strafrichters an fehlerhafte Genehmigungen im Umweltstrafrecht, 1993.

<sup>24</sup> Siehe *Bock*, in: Graf/Jäger/Wittig (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2011, Vor § 324 Rn. 21.

<sup>25</sup> *Fischer* (Fn. 4), vor § 324 Rn. 7; *Dölling*, JZ 1985, 461 (466); *Laufhütte/Möhrenschrager*, ZStW 92 (1980), 921; *Rogall*, GA 1995, 299 (309); vgl. auch BGHSt 23, 86 (93); BGHSt 31, 314 (315).

<sup>26</sup> *Saliger*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2014, Vor § 324 Rn. 31; *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2014, § 325 Rn. 9; *Heghmanns*, Grundzüge einer Dogmatik der Straftatbestände zum Schutz von Verwaltungsrecht oder Verwaltungshandeln, 2000, S. 312, 354; *Otto* (Fn. 23), § 82 Rn. 10, der für einen persönlichen Strafausschließungsgrund eintritt, wenn der Täter das Rechtsgut nicht beeinträchtigt und

bloßen Verwaltungsungehorsams: es würde kein sozialschädlicher Eingriff in Umweltrechtsgüter bestraft. Vor dem Hintergrund des auch sachlich begründeten administrativen Rechtsgutsaspekts der Umweltdelikte<sup>27</sup> besteht für eine solche vom Gesetzgeber nicht vorgesehene Lockerung der Verwaltungsaktsakzessorietät aber kein hinreichender Anlass. Auch steht eine bloße Genehmigungsfähigkeit dem tatsächlichen Verwaltungsakt nicht gleich.<sup>28</sup> Dies gilt auch dann, wenn die Verwaltungsbehörde zur Erteilung der Erlaubnis verpflichtet war.<sup>29</sup> Anzuführen ist wiederum der sachlich begründbare administrative Rechtsgutsaspekt.

I.R.d. § 266 StGB liegt insofern aber eine gänzlich andere Lage vor, als die Norm dem Schutz des anvertrauten Individualvermögens dient<sup>30</sup> und daher nicht die Absicherung vorgeschriebener Verfahren, sondern die Privatautonomie in den Blick zu nehmen ist.<sup>31</sup> Die für das Umweltstrafrecht nicht angängige Strafaufhebung gewinnt so bei einem Delikt gegen ein persönliches Rechtsgut an Überzeugungskraft, ist doch nicht zu verkennen, dass die nachträgliche Zustimmung einer unberechtigten Verfügung gerade die Privatautonomie verwickelt: Der Inhaber bzw. Sachwalter des tangierten Rechtsguts bringt mit seiner Genehmigung zum Ausdruck, er bewerte das Verhalten des Täters nicht als so schwerwiegend, dass es nicht hingenommen werden könnte.<sup>32</sup> Dass der Gedanke des Strafrechts als ultima ratio ohnehin für eine erstrecht-Berücksichtigung zivilrechtlicher ex-tunc-Wirksamkeiten spricht, versteht sich von selbst. Das zweifelhafte Strafbedürfnis dürfte in der Praxis in der Anwendung strafprozessualer Remeduren tagtäglich zum Ausdruck kommen.

#### IV. Bedeutung der nachträglichen Zustimmung (Genehmigung) für die Straftatrechtsfolgen

Die im Rahmen der ganz h.M. liegende lapidare Äußerung des BGH zur Irrelevanz der nachträglichen Zustimmung für die Straftatvoraussetzungsseite darf nicht den Blick dafür verstellen, dass eine solche dennoch unstrittig beträchtliche

das auch wusste, bzw. einen Strafaufhebungsgrund nach Aufhebung des rechtswidrigen Verwaltungsakts.

<sup>27</sup> Bock (Fn. 24), Vor § 324 Rn. 11.

<sup>28</sup> Bock (Fn. 24), Vor § 324 Rn. 33; BGHSt 37, 21 (28 f.); OLG Köln wistra 1991, 74; Ransiek, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 18), § 324 Rn. 27; Kindhäuser (Fn. 6), § 324 Rn. 11; Breuer, NJW 1988, 2072 (2079); Rogall, NStZ 1992, 561 (565); Tiedemann/Kindhäuser, NStZ 1988, 337 (343); a.A. Otto, Jura 1995, 134 (141); Brauer, Die strafrechtliche Behandlung genehmigungsfähigen, aber nicht genehmigten Verhaltens, 1998, S. 64, 118.

<sup>29</sup> Lackner/Kühl (Fn. 26), § 324 Rn. 10b; a.A. Saliger (Fn. 26), Vor § 324 Rn. 34; Schünemann, wistra 1986, 235 (241); Bloy, ZStW 100 (1988), 485 (505): Tatbestandsausschluss; Rudolphi, NStZ 1984, 197 f: Rechtfertigung; Heine/Hecker, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, Vor § 324 Rn. 19 f.: Strafaufhebung.

<sup>30</sup> Statt aller Eisele (Fn. 9), Rn. 855.

<sup>31</sup> Vgl. auch Weber (Fn. 19), S. 252.

<sup>32</sup> Weber (Fn. 19), S. 252; vgl. auch Schramm (Fn. 18), S. 201 ff.

materiellrechtliche Bedeutung hat, nämlich für die Rechtsfolge der Unterbrechung sub specie § 46 StGB (und § 267 Abs. 3 S. 1 StPO).

Die nachträgliche Zustimmung wirkt anerkanntermaßen – nicht nur bei der Untreue gem. § 266 StGB<sup>33</sup>, sondern allgemeingültig für alle Delikte gegen Individualrechtsgüter<sup>34</sup> – jedenfalls i.R.d. § 46 StGB strafmildernd und gehört somit zu den Umständen, die für die Zumessung der Strafe (mit-) bestimmend sein müssen.

Die sachliche Richtigkeit des strafmildernden Charakters folgt aus der Nähe dieser Fallgestaltung zu einem anerkannten Rechtfertigungsgrund, nämlich der rechtfertigenden Einwilligung; entsprechendes hat erst recht für das tatbestandsausschließende Einverständnis zu gelten.<sup>35</sup> Die Einwilligung, auch wenn sie aufgrund ihrer zeitlich bedingten Unwirksamkeit nur *ex nunc* wirkt, mindert den Unrechtsgehalt der Rechtsgüterverletzung<sup>36</sup>, die Langzeitwirkung der Rechtsgüterverletzung<sup>37</sup> entfällt dadurch, dass der Rechtsgutsinhaber das Geschehene nunmehr billigt.

Dies mindert erstens die Schuld i.S.d. § 46 Abs. 1 S. 1 StGB, zweitens reduziert sich das spezial- und generalpräventive Einwirkungsbedürfnis nach Maßgabe des § 46 Abs. 1 S. 2 StGB. Mithin sind sämtliche Strafzwecke betroffen, gerade auch im Lichte des Rechtsgüter- und Opferschutzes. Jedenfalls handelt es sich bei der Genehmigung um einen Umstand, der i.S.d. § 46 Abs. 2 S. 1 StGB für den Täter spricht. Der Katalog des § 46 Abs. 2 S. 2 StGB ist nicht abschließend, so dass es dahinstehen kann, ob die nachträgliche Zustimmung des Geschädigten bzw. seines Vertreters die „Auswirkungen der Tat“ betrifft oder ein Erwägungsgrund *sui generis*<sup>38</sup> ist.

Anerkannt strafmildernd wirkt die nachträgliche Genehmigung auch im Umweltstrafrecht<sup>39</sup>, wo dies angesichts des verwaltungsakzessorischen Charakters von besonderer Bedeutung ist (was letztlich für alle Strafrechtsgebiete mit Zivil- oder Verwaltungsrechtsakzessorietät gilt).

Die strafmildernde Wirkung nachträglicher Zustimmung bei der Untreue bildet bei alledem nur einen Unterfall der Strafmilderung aufgrund unvollkommenen Einverständnisses bzw. unvollkommener Einwilligung. Der Unwirksamkeit aufgrund Nichterfüllung des zeitlichen Erfordernisses – Erklärung vor der Tat – stehen andere Wirksamkeitsmängel gleich. Im Bereich der Untreue betrifft dies v.a. das unwirk-

<sup>33</sup> Dierlamm (Fn. 18), § 266 Rn. 299; Schünemann (Fn. 18), § 266 Rn. 198; Schramm (Fn. 18), S. 191, 194.

<sup>34</sup> Fischer (Fn. 4), § 46 Rn. 57; Lackner/Kühl (Fn. 26), § 46 Rn. 35; ausführlich Hillenkamp, Vorsatztat und Opferverhalten, 1981, S. 245 (auch m.w.N. aus der älteren Literatur); Maeck, Opfer und Strafzumessung, 1983, S. 68.

<sup>35</sup> Vgl. Fischer (Fn. 4), § 46 Rn. 57; Lackner/Kühl (Fn. 26), § 46 Rn. 35.

<sup>36</sup> Hillenkamp (Fn. 34), S. 245.

<sup>37</sup> Maeck (Fn. 34), S. 68.

<sup>38</sup> Vgl. nur Theune, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 2, 12. Aufl. 2006, § 46 Rn. 232.

<sup>39</sup> Siehe nur Bock (Fn. 24), Vor § 324 Rn. 34; Alt, in: Joecks/Miebach (Fn. 18), § 324 Rn. 122 m.w.N.

same Einverständnis des Vermögensinhabers einer juristischen Person.

BGH NSTZ 1995, 185 (186): „Die Zustimmung aller Gesellschafter zu den Verfügungen des Geschäftsführers kann jedoch für die Strafzumessung bedeutsam sein.“

BGHSt 50, 331 (343; Mannesmann): „Das Einverständnis eines zukünftigen Alleinaktionärs ist somit für den Schuldanspruch ohne Bedeutung, kann aber – je nach den Umständen – als den Unrechtsgehalt erheblich mindernder Faktor die Strafzumessung beeinflussen.“

Dies entspricht auch der einhelligen Lehre.<sup>40</sup>

Auch über die Untreue hinaus kommt der rechtlich unwirksamen Zustimmung des Geschädigten – sei es als Einverständnis oder als Einwilligung – in Rspr.<sup>41</sup> und Lehre<sup>42</sup> unstrittig strafmildernde Wirkung zu, da bei derart konsensual disponierendem Opferverhalten die Tat in milderem Licht erscheinen<sup>43</sup> muss, lässt sich doch bei einem teilweise verwirklichten Rechtfertigungsgrund<sup>44</sup> von einem geringeren Grad der Rechtswidrigkeit und somit von gemildertem Unrecht sprechen.

OLG Koblenz BA 39, 483: „Ein Mitverschulden oder eine (unwirksame) Einwilligung des Mitfahrers kann sich jedoch günstig bei der Strafzumessung und Prüfung einer Strafaussetzung zur Bewährung auswirken (Ls. 2).“ S. 484: „[...] hat die Generalstaatsanwaltschaft wie folgt Stellung genommen: Zwar ist die Strafzumessung Sache des Tatrichters, [...]. Dennoch ist der Tatrichter nicht völlig frei in seiner Wertung und der Niederlegung der Strafzumessungserwägungen in den Urteilsgründen. Er ist vielmehr verpflichtet, die der Zumessung zugrunde liegenden Erwägungen darzulegen. Erforderlich ist zwar keine Aufzählung sämtlicher Strafzumessungsgründe. Gemäß § 267 Abs. 3 StPO muss das Urteil jedoch die für die Strafe bestimmenden Umstände enthalten. Zu diesen Gründen gehört u.a. eine nicht unerhebliche Mitschuld des Verletzten oder eine Einwilligung, selbst wenn sie unwirksam ist [...]. Es ist auch nicht auszuschließen, dass das Schöffengericht bei Beachtung eines Mitverschuldens/Einwilligung zu einer für den Angeklagten günsti-

geren Strafzumessung gelangt wäre. Ein Mitverschulden/Einwilligung ist auch bei Beantwortung der Frage bedeutsam, ob die Verteidigung der Rechtsordnung die Vollstreckung einer verhängten Freiheitsstrafe gebietet [...]. Diese Ausführungen sind zutreffend. Der Senat schließt sich ihnen an und verweist ergänzend auf die höchstrichterliche Rechtsprechung [...].“

Ferner exemplifiziert sei dies an einer aufgrund § 228 StGB unwirksamen Einwilligung.<sup>45</sup>

BGHSt 49, 166 (176 f. m.w.N.): „Darüber hinaus wird die zur Entscheidung berufene Schwurgerichtskammer bei einer Verurteilung wegen Körperverletzung mit Todesfolge die Möglichkeit einer Strafmilderung auf Grund der nicht rechtfertigenden, aber tatsächlich immerhin vorliegenden Einwilligung zu bedenken haben.“

Selbst bei mangelnder Einverständnisfähigkeit darf die Einverständniserklärung bei der Strafzumessung nicht außen vor bleiben.<sup>46</sup>

Drei Verknüpfungen zu anderen gesicherten Strafzumessungserwägungen verdeutlichen den evident strafmildernden und mithin erörterungspflichtigen Charakter der Genehmigung:

Erstens steht die nachträgliche Zustimmung in gewisser Nähe zu der ebenfalls anerkannt strafmildernden, da das Strafbedürfnis mindernden nachträglichen Aussöhnung oder Verzeihung<sup>47</sup>, was auch dem Rechtsgedanken des § 46a StGB entspricht.

Zweitens lässt sich die nachträgliche Zustimmung einordnen in den Zusammenhang der Schadenswiedergutmachung<sup>48</sup>, sorgt doch zwar nicht der Täter, aber der Geschädigte selbst dafür, dass der rechtlich missbilligte Zustand beendet wird. Gesichert ist, dass eine Schadenswiedergutmachung i.R.d. § 266 StGB – wobei dasselbe wie bei § 263 StGB gilt, aber auch bzgl. anderer Delikte – weder tatbestandsausschließend noch rechtfertigend wirkt.<sup>49</sup> Ebenso gesichert ist allerdings, dass die Schadensbeseitigung als zwingender Strafmilderungsgrund berücksichtigt werden muss, und zwar sowohl speziell i.R.d. § 266 StGB<sup>50</sup> als auch ganz allge-

<sup>40</sup> Siehe nur Perron, in: Schönke/Schröder (Fn. 29), § 266 Rn. 21a; Maeck (Fn. 34), S. 69 f.

<sup>41</sup> BGHSt 49, 166 (176f.); BGH bei Dallinger, MDR 1969, 194; OLG Koblenz BA 39, 484; BGH NSTZ-RR 2009, 72.

<sup>42</sup> Fischer (Fn. 4), § 46 Rn. 59 f.; Jescheck/Weigend, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 334; Stree/Kinzig, in: Schönke/Schröder (Fn. 29), § 46 Rn. 24; Stree/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder (Fn. 29), § 228 Rn. 24 sowie § 227 Rn. 10; Streng, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, § 46 Rn. 64 und 185; Theune (Fn. 38), § 46 Rn. 232; Miebach, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl. 2012, § 46 ? Rn. 138; Hillenkamp (Fn. 34), S. 240 ff.; Maeck (Fn. 34), S. 56 ff., insbesondere S. 69 f.; Geppert, ZStW 83 (1971), 947 (997 ff.); Dölling, GA 1984, 71 (92 f.).

<sup>43</sup> Vgl. BGH StV 1986, 149.

<sup>44</sup> Vgl. Jescheck/Weigend (Fn. 42), S. 334: „Strafmilderung bei nur teilweise gegebener Rechtfertigung“.

<sup>45</sup> Siehe nur Miebach (Fn. 42), § 46 Rn. 138; Stree/Kinzig (Fn. 42), § 46 Rn. 24; Jescheck/Weigend (Fn. 42), S. 334.

<sup>46</sup> Vgl. BGH NSTZ-RR 2009, 72 – Einverständnis eines Kindes in sexuelle Handlung –, zust. zitiert von Streng (Fn. 42), § 46 Rn. 64.

<sup>47</sup> Vgl. ausführlich Schramm (Fn. 18), S. 192 ff. m.w.N., u.a. mit Hinweis auf OGHSt 3, 140.

<sup>48</sup> Hierzu etwa Streng (Fn. 42), § 46 Rn. 57; speziell zur Untreue siehe auch Wittig (Fn. 18), § 266 Rn. 58; Schäfer/Sander/van Gemmeren, Praxis der Strafzumessung, 5. Aufl. 2012, Rn. 683 ff., 1700.

<sup>49</sup> Siehe nur Perron (Fn. 29), § 263 Rn. 120.

<sup>50</sup> Siehe BGH wistra 2007, 257 (258); BGH wistra 2007, 343 (344); BGH StV 2005, 426; BayObLG NJW 1995, 2120; Dierlamm (Fn. 18), § 266 Rn. 209, 299; Wittig (Fn. 18), § 266 Rn. 58; Schäfer/Sander/van Gemmeren (Fn. 48), Rn. 683 ff., 1700.

mein<sup>51</sup>. Dieser Rechtsgedanke lässt sich auch den §§ 46a und 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 StGB sowie den Regelungen zur tätigen Reue (z.B. § 142 Abs. 4 StGB) entnehmen.<sup>52</sup> Strafmildernd wirkt bereits das bloße Bemühen (§ 46 Abs. 2 S. 2 StGB, vgl. auch § 46a StGB<sup>53</sup>), umso beträchtlicher ist das strafmildernde Gewicht bei teilweise und erst recht bei vollständiger Schadenswiedergutmachung, mindert doch die erfolgreiche Schadensbeseitigung den Erfolgsunwert der Tat.<sup>54</sup> Es handelt sich um eine Rückgängigmachung der „Auswirkungen der Tat“ i.S.d. § 46 Abs. 2 S. 2 StGB. Ohne weiteres ist bei vollständigen Schadenswiedergutmachungen den Interessen des Rechtsgüter- und Opferschutzes Genüge getan, die Schuld i.S.d. § 46 Abs. 1 S. 1 StGB ist deutlich verringert, das dem Präventionsgedanken geschuldete Einwirkungsbedürfnis reduziert sich beträchtlich, hat sich doch die Tat für den Täter ersichtlich nicht „gelohnt“. Angesichts des direkten Rechtsbezugs einer Schadensminderung oder gar -aufhebung reduziert eine solche den Erfolgsunwert entscheidend.<sup>55</sup> Zu beachten ist dabei auch, dass derartige Schadenswiedergutmachungen in der Strafpraxis nicht eben häufig sind. Die Art und Weise der Schadenswiedergutmachung spielt für die Auswirkungen der Tat und damit das geminderte Erfolgsunrecht keine Rolle.

Drittens wird die Genehmigung bisweilen in einem Atemzug genannt mit dem Gesichtspunkt des Opfermitverschuldens bzw. der Opfermitverursachung (eine solche wirkt ebenfalls anerkanntermaßen strafmildernd<sup>56</sup>). Beiden zu erörternden strafmildernden Erwägungen liegt zugrunde, dass das Tatopfer vor oder nach der Tat<sup>57</sup> ein Verhalten aufweist, welches die Tat weniger strafbedürftig erscheinen lässt, selbst wenn (entgegen vielfältigen viktimodogmatischen Bestrebungen der Lehre) die Strafbarkeit nicht entfällt. Wenn bereits Leichtsinns des Geschädigten strafmildernd wirkt<sup>58</sup>, dann muss dies für eine ex-post-Aufhebung des Unrechtszustands, wie dies bei der nachträglichen Zustimmung der Fall ist, erst recht und in gesteigertem Maße gelten.

*Prof. Dr. Dennis Bock, Kiel*

<sup>51</sup> BGH NStZ-RR 2006, 373; BGH NStZ 2008, 452 (453); BGH, Beschl. v. 16.10.2008 – 5 StR 482/08; BGH StV 1991, 549; *Theune* (Fn. 38), § 46 Rn. 214; *Streng* (Fn. 42), § 46 Rn. 57; *Miebach* (Fn. 42), § 46 Rn. 103.

<sup>52</sup> *Fischer* (Fn. 4), § 46 Rn. 47; *Horn*, in: *Wolter* (Fn. 16), § 46 Rn. 143.

<sup>53</sup> Siehe auch *Theune* (Fn. 38), § 46 Rn. 214.

<sup>54</sup> Vgl. *Theune* (Fn. 38), § 46 Rn. 214.

<sup>55</sup> Vgl. v. *Heintschel-Heinegg*, in: v. *Heintschel-Heinegg* (Fn. 18), § 46 Rn. 52.

<sup>56</sup> *Fischer* (Fn. 4), § 46 Rn. 59 f.; vgl. auch *Wittig* (Fn. 18), § 266 Rn. 58; *Theune* (Fn. 38), § 46 Rn. 227 ff.; *Hillenkamp*, StV 1989, 532; *ders.*, StV 1989, 150.

<sup>57</sup> Vgl. *Theune* (Fn. 38), § 46 Rn. 229; *Stree/Kinzig* (Fn. 42), § 46 Rn. 24.

<sup>58</sup> Siehe nur *Fischer* (Fn. 4), § 46 Rn. 59.