

# Grundlagen Gesamte Strafrechtswissenschaft

Alexander Cappel

## Grenzen auf dem Weg zu einem europäischen Untreuestrafrecht

Das Mannesmann-Verfahren und § 266 StGB  
als Beispiele eines expansiven Wirtschaftsstrafrechts

Herausgegeben von  
Regina Harzer

4



**PETER LANG**

Internationaler Verlag der Wissenschaften

# Inhaltsverzeichnis

|                                                                                                                   |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Abkürzungsverzeichnis .....                                                                                       | 19 |
| Einleitung .....                                                                                                  | 25 |
| 1. Kapitel: Der Mannesmann-Fall als Beispiel wirtschaftsstrafrechtlicher Tendenzen im Umgang mit § 266 StGB ..... | 27 |
| A. Der zugrunde liegende Sachverhalt und die gerichtlichen Ausführungen .....                                     | 27 |
| I. Der Fall Mannesmann .....                                                                                      | 27 |
| II. Die gerichtlichen Entscheidungen zum Fall .....                                                               | 29 |
| 1. Das Urteil des LG Düsseldorf vom 22. Juli 2004 .....                                                           | 30 |
| a. Die formell aktienrechtliche Wirksamkeit der Zahlungen .....                                                   | 30 |
| b. Die materiell aktienrechtliche Wirksamkeit der Zahlungen .....                                                 | 30 |
| c. Die strafrechtlichen Ausführungen des LG Düsseldorf .....                                                      | 32 |
| 2. Das Urteil des Bundesgerichtshofes vom 21. Dezember 2005 .....                                                 | 33 |
| 3. Die Verfahrenseinstellung nach § 153a StPO durch das LG Düsseldorf vom 29. November 2006 .....                 | 34 |
| B. Die aktienrechtlichen Probleme des Mannesmann-Falls .....                                                      | 35 |
| I. Die Vergütung des AG-Vorstandes nach § 87 I AktG .....                                                         | 36 |
| 1. Die Vergütungsmodelle im Rahmen des § 87 I AktG .....                                                          | 36 |
| a. Fixe Bezüge .....                                                                                              | 36 |
| b. Variable Bezüge .....                                                                                          | 36 |
| 2. Exkurs: Die Bedeutung des Deutschen Corporate Governance Kodex .....                                           | 38 |
| 3. Die einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 87 I AktG .....                                                        | 39 |
| a. Aufgaben des Vorstandsmitgliedes .....                                                                         | 39 |
| (1) Leistung ist im Rahmen des § 87 I AktG nicht berücksichtigt .....                                             | 40 |
| (2) Leistung ist im Rahmen des § 87 I AktG zu berücksichtigen .....                                               | 40 |
| (3) Eigene Stellungnahme .....                                                                                    | 41 |
| (4) Die Möglichkeiten der Leistungsberücksichtigung bei § 87 I AktG .....                                         | 42 |
| b. Die Lage der Gesellschaft .....                                                                                | 43 |
| c. Die Angemessenheit der Vorstandsbezüge .....                                                                   | 44 |
|                                                                                                                   | 11 |

|                                                                                                               |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| d. Die Reichweite der Vergütungskompetenz des Aufsichtsrates _____                                            | 45 |
| e. Die Übertragung der Vergütungsentscheidung an einen Ausschuss _____                                        | 45 |
| 4. Die formellen Erfordernisse bei der Vorstandsvergütung _____                                               | 46 |
| 5. Die Folgen eines möglichen Verstoßes gegen § 87 I (1) AktG _____                                           | 46 |
| II. Die Schwachstellen der Urteile des LG Düsseldorf und des BGH im aktienrechtlichen Teil _____              | 47 |
| 1. Exkurs: Die äußeren Einflüsse bei der Urteilsfindung _____                                                 | 47 |
| 2. Die diskussionswürdigen Punkte im gesellschaftsrechtlichen Teil _____                                      | 48 |
| a. Die rechtliche Qualifizierung von „Appreciation Awards“ _____                                              | 49 |
| b. Der „Aufgabenbegriff“ im Rahmen des § 87 I AktG _____                                                      | 49 |
| c. Die leistungsbezogene Möglichkeit einer Vertragsänderung gem. § 311 I 2. Alt. BGB im Fall Mannesmann _____ | 51 |
| d. Das Unternehmensinteresse im Bezug auf die Anreiz- und Werbewirkung von Anerkennungsprämien _____          | 53 |
| (1) Die Anreizkomponente im Fall Mannesmann _____                                                             | 53 |
| (2) Die generelle Notwendigkeit einer Anreizwirkung bei Anerkennungsprämien _____                             | 55 |
| e. Die Überprüfung der Höhe der Anerkennungsprämien _____                                                     | 57 |
| (1) Die angemessene Höhe der Vergütung _____                                                                  | 58 |
| (2) Exkurs: Möglichkeit der Regulierung durch die Einführung einer Höchstgrenze _____                         | 60 |
| (3) Exkurs: Ausreichende Transparenz bei den Zahlungen _____                                                  | 62 |
| f. Die besondere Stellung von Aufsichtsratsmitglied Zwickel bei der Abstimmung _____                          | 63 |
| g. Die formellen Gesichtspunkte bei den Prämienzahlungen _____                                                | 64 |
| 3. Die gesellschaftsrechtliche Schlussfolgerung aus den Urteilen _____                                        | 65 |
| C. Die strafrechtlichen Probleme des Mannesmann-Falls _____                                                   | 66 |
| I. Die Schwachstellen der Urteile des LG Düsseldorf und des BGH im strafrechtlichen Teil _____                | 66 |
| 1. Die Verwischung der Grenzen von Aktienrecht und Strafrecht _____                                           | 66 |
| 2. Die Notwendigkeit einer „gravierenden Pflichtverletzung“ _____                                             | 69 |
| a. „Kreditvergabe“-Entscheidung – BGH St 47, 148 ff _____                                                     | 69 |
| b. „Spenden“-Entscheidung – BGH StV 2002, 137 ff _____                                                        | 70 |
| c. „Kinowelt“-Entscheidung – BGH NJW 2006, 453 ff _____                                                       | 70 |
| d. Die Unterschiede und Gemeinsamkeiten zum Fall Mannesmann _____                                             | 71 |
| 3. Die Suche nach einem Vermögensschaden _____                                                                | 76 |

|                                                                                                                                |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 4. Eine mögliche Einverständniserklärung von Vodafone und seine Auswirkungen _____                                             | 79  |
| 5. Das Problem eines möglichen Irrtums und dessen rechtlicher Bewertung _____                                                  | 82  |
| a. Der Verbotsirrtum generell _____                                                                                            | 83  |
| b. Die Irrtumsabgrenzung im Rahmen von § 266 StGB _____                                                                        | 85  |
| c. Die Irrtumsproblematik bei Mannesmann _____                                                                                 | 89  |
| d. Irrtum über das Einverständnis der Aktionäre _____                                                                          | 92  |
| 6. Die Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme bei den einzelnen Beteiligten _____                                       | 94  |
| 7. Die Verfahrenseinstellung nach § 153a StPO _____                                                                            | 96  |
| a. Die generelle Möglichkeit einer Einstellung nach § 153a StPO _____                                                          | 96  |
| b. Die Einstellung im Fall Mannesmann _____                                                                                    | 98  |
| II. Die Auswirkung der medialen Berichterstattung auf den Fall und die Beteiligten _____                                       | 100 |
| D. Die Zusammenfassung der Bewertung im Fall Mannesmann _____                                                                  | 104 |
| <br>2. Kapitel: Die Dogmatik des § 266 StGB und seine Problemfelder _____                                                      | 107 |
| A. Allgemeine Ausführungen zum Untreuetatbestand des § 266 StGB _____                                                          | 107 |
| I. Historische Entwicklung des Untreueparagrafen _____                                                                         | 108 |
| 1. Die Aufsplitterung der Untreuenormen in den verschiedenen Regionen vor der Schaffung des Reichsstrafgesetzbuches 1871 _____ | 108 |
| 2. Die Untreue nach dem Reichsstrafgesetzbuch vom 15.5.1871 _____                                                              | 109 |
| 3. Die Neuformulierung der Untreuenorm 1933 _____                                                                              | 111 |
| 4. Die Sondertatbestände des Untreuestrafrechts und deren sukzessive Auflösung _____                                           | 112 |
| II. Die Untreuenorm in ihrer heutigen Fassung _____                                                                            | 113 |
| 1. Deliktscharakter _____                                                                                                      | 113 |
| 2. Der Missbrauchstatbestand _____                                                                                             | 114 |
| 3. Der Treubruchtatbestand _____                                                                                               | 115 |
| 4. Das Verhältnis von Missbrauchs- und Treubruchtatbestand _____                                                               | 116 |
| 5. Vermögensnachteil _____                                                                                                     | 118 |
| 6. Subjektives Element _____                                                                                                   | 118 |
| 7. Die üblichen Anwendungsbereiche der Untreue _____                                                                           | 119 |
| B. Die dogmatischen Problemfelder des § 266 StGB _____                                                                         | 119 |
| I. Die strukturellen Probleme des Untreueparagrafen _____                                                                      | 120 |
| 1. Sukzessiver Verlust der strukturierten Prüfungsreihenfolge _____                                                            | 120 |
| 2. Künstliche Schaffung einer Versuchsstrafbarkeit? _____                                                                      | 122 |

|                                                                                                                           |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 3. Weitere Herabsetzungen der Anforderungen an den Vermögensschaden _____                                                 | 125 |
| 4. Bestimmtheitsprobleme im Rahmen der Untreuehandlung _____                                                              | 126 |
| a. § 266 StGB – Nach der herrschenden Meinung mit dem Bestimmtheitsgebot vereinbar _____                                  | 126 |
| b. Wie vielseitig darf ein den Bestimmtheitsanforderungen genügendes Strafgesetz sein? _____                              | 128 |
| (1) Legitimation und Bedeutung der Akzessorität _____                                                                     | 128 |
| (2) Die Akzessorität im Rahmen der Untreue _____                                                                          | 130 |
| 5. Zuschreibung einzelner Tatbestandsmerkmale _____                                                                       | 133 |
| II. Die Konsequenzen der strukturellen Probleme des Untreueparagaphen _____                                               | 134 |
| 1. Die Untreue als Einstiegsmöglichkeit in wirtschaftsstrafrechtliche Ermittlungsverfahren _____                          | 135 |
| 2. Die „Case-Law“ Tendenz des modernen Untreuestrafrechts _____                                                           | 135 |
| 3. Die besondere Problemgruppe der Risikogeschäfte im Rahmen der Untreue _____                                            | 136 |
| 4. Missbrauch für politische Zwecke _____                                                                                 | 137 |
| C. Zusammenfassung der Untreueproblematik _____                                                                           | 138 |
| 3. Kapitel: Strafrechtsexpansion – Legitimationsprobleme anhand historischer und ökonomischer Problemlagen _____          | 141 |
| A. Die Tendenz eines „zuschreibungsorientierten“ (Wirtschafts-) Strafrechts _____                                         | 141 |
| I. Die wirtschaftsstrafrechtliche Rechtssetzung im Allgemeinen _____                                                      | 142 |
| II. Expansionstendenzen des modernen (Wirtschafts-) Strafrechts _____                                                     | 144 |
| 1. Die Ausdehnung des Strafrechts allgemein _____                                                                         | 145 |
| 2. Subventionsbetrug (§ 264 StGB) _____                                                                                   | 146 |
| 3. Geldwäsche (§ 261 StGB) _____                                                                                          | 148 |
| 4. Korruption _____                                                                                                       | 150 |
| 5. Insiderhandel _____                                                                                                    | 151 |
| 6. Die Informalisierung des Wirtschaftsstrafrechts _____                                                                  | 152 |
| III. Zwischenfazit: Die Bestätigung der „Expansionsthese“ _____                                                           | 156 |
| IV. Exkurs: Die verfassungsrechtlichen Probleme des modernen Wirtschaftsstrafrechts _____                                 | 157 |
| B. Die Legitimationsprobleme eines expansiven Untreuetatbestandes mit Blick auf die historischen Erfahrungen _____        | 159 |
| C. Das expansive Strafrecht und dessen Auswirkungen auf die persönliche Freiheit vor einem ökonomischen Hintergrund _____ | 164 |
| I. Das Modell der sozialen Marktwirtschaft _____                                                                          | 164 |

|      |                                                                                                                        |     |
|------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| II.  | Der (wirtschafts-) strafrechtliche Einfluss im Rahmen einer freiheitlich orientierten Wirtschaftsordnung               | 166 |
| 1.   | Die Bedeutung der Freiheit in der Rechts- und Wirtschaftsordnung                                                       | 166 |
| a.   | Die rechtliche Freiheit                                                                                                | 167 |
| b.   | Die ökonomische Freiheit                                                                                               | 169 |
| c.   | Zusammenfassung der Bedeutung der Freiheit und der Bezug zum Wirtschaftsstrafrecht                                     | 170 |
| 2.   | Die Aufgabe der Strafgesetze                                                                                           | 171 |
| 3.   | Das Legitimationsproblem der expansiven Wirtschaftsstrafgesetze vor dem Hintergrund einer liberalen Wirtschaftsordnung | 173 |
| III. | Exkurs: Die Strafrechtsprinzipien als Instrument der Freiheitssicherung                                                | 178 |
| 1.   | Das Prinzip der Strafgesetzlichkeit                                                                                    | 178 |
| 2.   | Das Schuldprinzip                                                                                                      | 180 |
| 3.   | Das Verhältnismäßigkeitsprinzip                                                                                        | 181 |
| 4.   | Das Legalitätsprinzip                                                                                                  | 182 |
| 5.   | Das Prinzip des gesetzlichen Richters                                                                                  | 183 |
| 6.   | Die Strafrechtsprinzipien als Schutz vor Expansion                                                                     | 183 |
| D.   | Fazit: Eine hinreichende Legitimation für expansive Wirtschaftsstrafgesetze ist nicht ersichtlich                      | 184 |
| 4.   | Kapitel: Rechtsvergleichende Betrachtung der Untreue                                                                   | 187 |
| A.   | Die Untreue in anderen Rechtssystemen                                                                                  | 187 |
| I.   | Das deutschsprachige Modell                                                                                            | 188 |
| 1.   | Die Untreueregelungen in der Schweiz                                                                                   | 188 |
| a.   | Schweiz: Art. 158 SchwStGB                                                                                             | 188 |
| b.   | Der Fall ABB als Beispiel für eine andere Sichtweise                                                                   | 190 |
| 2.   | Die Untreueregelungen in Österreich                                                                                    | 194 |
| 3.   | Die Untreue in den skandinavischen Ländern                                                                             | 196 |
| II.  | Das französisch-romanische Modell                                                                                      | 198 |
| 1.   | Frankreich und Luxemburg                                                                                               | 198 |
| 2.   | Spanien                                                                                                                | 202 |
| 3.   | Italien                                                                                                                | 205 |
| III. | Exkurs: Die anglo-amerikanischen Lösungsansätze hinsichtlich untreuerelevanter Handlungen                              | 208 |
| IV.  | Zusammenfassung der unterschiedlichen Modelle im Vergleich zu § 266 StGB                                               | 210 |
| V.   | Exkurs: Die Erkenntnisse der unterschiedlichen Untreuemodelle für den Fall Mannesmann                                  | 213 |

|                                                                                                                                                      |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| B. Die unterschiedliche Bewertung untreuerechtlich-relevanter Sachverhalte im Hinblick auf eine europäische Strafrechtsharmonisierung                | 216 |
| I. Der Grund für eine europäische Strafrechtsharmonisierung und die damit verbundenen Probleme                                                       | 216 |
| II. Die bisherigen Überlegungen zur Harmonisierung der Untreue (die sogenannten „Europa-Delikte“)                                                    | 219 |
| III. Die gemeinschaftsrechtliche Verpflichtung zur Schaffung einheitlicher Untreueregelungen                                                         | 222 |
| 1. Der unterschiedliche Umgang mit untreuerelevanten Fallgestaltungen als möglicher Verstoß gegen die Grundfreiheiten des europäischen Binnenmarktes | 222 |
| a. Allgemeine Ausführungen zur Grundfreiheit des europäischen Binnenmarktes                                                                          | 222 |
| b. Mögliche Probleme im Zusammenhang mit den europäischen Untreuetatbeständen                                                                        | 223 |
| 2. Die Auswirkungen der „Inspire Art“ Entscheidung auf die verschiedenen Untreuetatbestände                                                          | 224 |
| 3. Die unterschiedlichen Untreueregelungen als möglicher Problempunkt für den „ne bis in idem“ Grundsatz                                             | 225 |
| a. Allgemeine Ausführungen zum „ne bis in idem“ Grundsatz                                                                                            | 226 |
| b. Der „ne bis in idem“ Grundsatz in der Rechtsprechung des EuGH und die möglichen Konsequenzen für das Untreuestrafrecht                            | 227 |
| (1) „Rechtskräftig abgeurteilt“                                                                                                                      | 227 |
| (2) „Dieselbe Tat“                                                                                                                                   | 229 |
| C. Fazit: Die europarechtliche „Zwickmühle“                                                                                                          | 230 |
| 5. Kapitel: Alternativen zum bisherigen Untreuetatbestand                                                                                            | 233 |
| A. Mögliche Grundlagen für eine europaweite Harmonisierungsmaßnahme                                                                                  | 234 |
| I. Harmonisierungsmaßnahmen nach den Regelungen des EG-Vertrages?                                                                                    | 235 |
| II. Harmonisierungsmaßnahmen nach den Regelungen des EU-Vertrages?                                                                                   | 238 |
| III. Harmonisierungsmaßnahmen nach in Kraft treten des Vertrages von Lissabon                                                                        | 239 |
| B. Ausgestaltungsmöglichkeiten eines europäischen Vorschlages anhand der Überlegungen zu § 266 StGB                                                  | 240 |
| I. Beschränkung auf den Missbrauchstatbestand                                                                                                        | 240 |
| II. Die Einschränkungsmöglichkeiten im Bereich der Pflichtverletzung                                                                                 | 241 |

|                                                                                                                                   |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. Funktionaler Zusammenhang zwischen Vermögensbetreuungspflicht und Pflichtverletzung                                            | 242 |
| 2. Die Einschränkung im Falle des Vorliegens bestimmter Konstellationen eines „Risikogeschäftes“                                  | 243 |
| 3. Die Einschränkung durch eine genauere Bestimmung der Untreuehandlung                                                           | 244 |
| a. Exkurs: Die bisherige Anwendung des Merkmals der „gravierenden Pflichtverletzung“                                              | 245 |
| (1) Die Voraussetzungen im Rahmen einer „gravierenden Pflichtverletzung“                                                          | 246 |
| (a) Unangemessenheit im Hinblick auf die Ertrags- und Vermögenslage                                                               | 246 |
| (b) Fehlende Nähe zum Unternehmensgegenstand                                                                                      | 246 |
| (c) Innerbetriebliche Transparenz                                                                                                 | 247 |
| (d) Überschreitung der eigenen Kompetenz                                                                                          | 247 |
| (e) Die praktische Umsetzung der vom BGH aufgestellten Kriterien                                                                  | 247 |
| (2) Die Folgen der uneinheitlichen Anwendung des Merkmals „gravierende Pflichtverletzung“                                         | 249 |
| b. Die Möglichkeit der Normierung des Merkmals der „gravierenden Pflichtverletzung“                                               | 251 |
| III. Die Einschränkung durch eine genauere Bestimmung des „Täterkreises“                                                          | 253 |
| IV. Die Einschränkungsmöglichkeiten im Bereich des Vermögensschadens                                                              | 255 |
| V. Die Einschränkungsmöglichkeiten über die „objektive Zurechnung“                                                                | 256 |
| VI. Die Einschränkungsmöglichkeiten auf subjektiver Tatbestandsseite                                                              | 257 |
| 1. Der Einschränkungsvorversuch der Rechtsprechung                                                                                | 257 |
| 2. Die Einschränkung durch die Einfügung einer „Bereicherungsabsicht“ bei § 266 StGB                                              | 259 |
| 3. Die Einschränkung durch die explizite Einfügung eines bestimmten Vorsatzgrades hinsichtlich der objektiven Tatbestandsmerkmale | 261 |
| VII. (Wieder-) Einführung von gesellschaftsrechtlichen Sondertatbeständen                                                         | 261 |
| C. Europarechtliche Erkenntnisse aus den bestehenden Änderungsmöglichkeiten für § 266 StGB                                        | 264 |

|                      |     |
|----------------------|-----|
| Zusammenfassung      | 267 |
| Anhang               | 273 |
| Literaturverzeichnis | 279 |