

OAGW 12

Stefan Hoof

## **Kompensationsmöglichkeiten innerhalb des Untreuenachteils**

Zur Bedeutung von Vermögenszuflüssen für den  
Taterfolg in § 266 StGB



**unipress**

Osnabrücker Abhandlungen  
zum gesamten Wirtschaftsstrafrecht

Band 12

Herausgegeben von

Hans Achenbach, Ralf Krack, Hero Schall, Roland Schmitz  
und Arndt Sinn

Stefan Hoof

# **Kompensationsmöglichkeiten innerhalb des Untreuenachteils**

Zur Bedeutung von Vermögenszuflüssen für den  
Taterfolg in § 266 StGB

V&R unipress

Universitätsverlag Osnabrück

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

ISSN 2198-6347

ISBN 978-3-8470-0829-3

Weitere Ausgaben und Online-Angebote sind erhältlich unter: [www.v-r.de](http://www.v-r.de)

**Veröffentlichungen des Universitätsverlags Osnabrück  
erscheinen im Verlag V&R unipress GmbH.**

© 2018, V&R unipress GmbH, Robert-Bosch-Breite 6, D-37079 Göttingen / [www.v-r.de](http://www.v-r.de)  
Alle Rechte vorbehalten. Das Werk und seine Teile sind urheberrechtlich geschützt.  
Jede Verwertung in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlages.

---

# Inhalt

|  |    |
|--|----|
| Vorwort . . . . .                            | 15 |
| A. Einleitung . . . . .                      | 17 |
| I. Problemstellung . . . . .                 | 19 |
| II. Aktualität der Problemstellung . . . . . | 20 |
| III. Gang der Bearbeitung . . . . .          | 21 |
| B. Grundlegung . . . . .                     | 23 |
| I. Grundfragen . . . . .                     | 23 |
| 1. Verfassungsmäßigkeit . . . . .            | 24 |
| 2. Rechtsgut der Untreue . . . . .           | 26 |
| 3. Verletzungshandlung . . . . .             | 28 |
| 4. Tatbestandsfunktion . . . . .             | 28 |
| 5. Restriktionsbedürfnis . . . . .           | 31 |
| 6. Geschütztes Vermögen . . . . .            | 33 |
| a) Vermögensverständnis . . . . .            | 34 |
| (aa) Meinungsbild . . . . .                  | 34 |
| (bb) Stellungnahme . . . . .                 | 36 |
| (cc) Zusammenfassung . . . . .               | 37 |
| b) Gewinnerwartungen . . . . .               | 37 |
| (aa) Meinungsbild . . . . .                  | 38 |
| (bb) Stellungnahme . . . . .                 | 39 |
| (cc) Ausblick . . . . .                      | 40 |
| (dd) Zusammenfassung . . . . .               | 41 |
| 7. Zwischenfazit . . . . .                   | 41 |
| II. Tatbestandsmerkmale . . . . .            | 41 |
| 1. Pflichtenstellung . . . . .               | 42 |
| 2. Handlungsunrecht . . . . .                | 43 |
| a) Tathandlungen . . . . .                   | 43 |
| b) Restriktionsansätze . . . . .             | 44 |

|  |    |
|--|----|
| c) Einverständnis . . . . .                                  | 47 |
| d) Zusammenfassung . . . . .                                 | 47 |
| 3. Vermögensnachteil . . . . .                               | 47 |
| a) Nachteilsberechnung . . . . .                             | 49 |
| (aa) Grundsatz der Gesamtsaldierung . . . . .                | 50 |
| (bb) Zeitpunkt der Saldierung . . . . .                      | 51 |
| (cc) Berechnungsperspektive . . . . .                        | 52 |
| (1) Objektivierte ex-ante-Betrachtung . . . . .              | 53 |
| (2) Korrigierte ex-post-Betrachtung . . . . .                | 53 |
| (3) Stellungnahme . . . . .                                  | 54 |
| (4) Zusammenfassung . . . . .                                | 54 |
| (dd) Berechnungsmaßstab . . . . .                            | 55 |
| (ee) Verrechnungsgröße . . . . .                             | 56 |
| (ff) Präzisierung- und Quantifizierungserfordernis . . . . . | 58 |
| (gg) Vollständige Realisierung . . . . .                     | 60 |
| (hh) Endgültige Realisierung . . . . .                       | 60 |
| (ii) Zusammenfassung . . . . .                               | 61 |
| b) Sonderfragen des Vermögensabflusses . . . . .             | 61 |
| (aa) Unmittelbarkeitsbeziehung . . . . .                     | 61 |
| (1) Meinungsbild . . . . .                                   | 62 |
| (2) Stellungnahme . . . . .                                  | 63 |
| (3) Zusammenfassung . . . . .                                | 64 |
| (bb) Gefahren als Vermögensabfluss . . . . .                 | 64 |
| (1) Meinungsbild . . . . .                                   | 64 |
| (2) Stellungnahme . . . . .                                  | 66 |
| (3) Zwischenfazit . . . . .                                  | 69 |
| (cc) Zusammenfassung . . . . .                               | 70 |
| 4. Subjektiver Tatbestand . . . . .                          | 70 |
| III. Zwischenergebnisse . . . . .                            | 70 |
| C. Vermögensvorteile in der Nachteilsberechnung . . . . .    | 73 |
| I. Einleitung . . . . .                                      | 73 |
| II. Begriffsbestimmung . . . . .                             | 74 |
| III. Vermögensverständnis . . . . .                          | 75 |
| 1. Einleitung . . . . .                                      | 75 |
| 2. Rechtsprechung . . . . .                                  | 76 |
| 3. Literaturstimmen . . . . .                                | 77 |
| 4. Stellungnahme . . . . .                                   | 79 |
| 5. Zusammenfassung . . . . .                                 | 83 |
| IV. Berechnungszeitraum . . . . .                            | 84 |
| 1. Einleitung . . . . .                                      | 84 |

|  |     |
|--|-----|
| 2. Einzel- und Gesamtbetrachtung . . . . .                               | 85  |
| a) Einzelbetrachtung . . . . .   | 85  |
| b) Gesamtbetrachtung . . . . .   | 86  |
| c) Stellungnahme . . . . .   | 87  |
| d) Zusammenfassung . . . . .   | 90  |
| 3. Unmittelbarkeitsprinzip auf Vorteilsseite . . . . .                   | 90  |
| a) Rechtsprechung . . . . .  | 91  |
| b) Literaturstimmen . . . . .  | 92  |
| c) Stellungnahme . . . . .   | 93  |
| d) Zwischenfazit . . . . .   | 94  |
| 4. Zusammenfassung . . . . .   | 94  |
| V. Normativierung auf Vorteilsseite . . . . .                            | 95  |
| 1. Zweckverfehlungslehre . . . . .                                       | 95  |
| a) Einseitige Mittelhingabe . . . . .                                    | 96  |
| b) Gleichwertiger Mittelaustausch . . . . .                              | 96  |
| c) Öffentliche Mittel . . . . .  | 97  |
| d) Stellungnahme . . . . .   | 97  |
| e) Zusammenfassung . . . . .   | 99  |
| 2. Normativierung zulasten des Trenehmers . . . . .                      | 99  |
| a) Meinungsbild . . . . .  | 100 |
| b) Stellungnahme . . . . .   | 101 |
| c) Zusammenfassung . . . . .   | 102 |
| 3. Normativierung zugunsten des Trenehmers . . . . .                     | 102 |
| a) Bargeld und Forderungen . . . . .                                     | 103 |
| b) Vorleistungsfälle . . . . .   | 104 |
| c) Zwischenfazit . . . . .   | 106 |
| 4. Zusammenfassung . . . . .   | 107 |
| VI. Vorteilschancen als Vermögenszufluss . . . . .                       | 107 |
| 1. Einleitung . . . . .  | 107 |
| 2. Ausgangslage <i>Bundesligaskandal</i> . . . . .                       | 108 |
| a) Kurzsachverhalt . . . . .   | 108 |
| b) Position des LG Bielefeld . . . . .                                   | 108 |
| c) Standpunkt des BGH – 4. Strafsenat . . . . .                          | 109 |
| d) Literaturstimmen zum <i>Bundesligaskandal</i> . . . . .               | 110 |
| e) Stellungnahme . . . . .   | 112 |
| f) Zusammenfassung . . . . .   | 112 |
| 3. Entwicklung der Rechtsprechung . . . . .                              | 113 |
| a) Vom <i>Bundesligaskandal</i> bis zum <i>Siemens-Komplex</i> . . . . . | 113 |
| (aa) BGH, Beschluss vom 02. 10. 1981 – 2 StR 544/81 . . . . .            | 113 |
| (bb) BGH, Beschluss vom 02. 07. 1997 – 2 StR 228/97 . . . . .            | 114 |
| (cc) BGH, Beschluss vom 17. 08. 2006 – 4 StR 117/06 . . . . .            | 114 |



|  |     |
|--|-----|
| (dd) Zwischenfazit . . . . .                             | 115 |
| b) <i>Siemens-Komplex</i> – 2. Strafsenat . . . . .      | 115 |
| (aa) Inhalt der Entscheidung . . . . .                   | 115 |
| (bb) Einordnung . . . . .                                | 116 |
| c) <i>VW-Affäre</i> – 5. Strafsenat . . . . .            | 117 |
| d) Rechtsprechung des BVerfG . . . . .                   | 117 |
| e) <i>Siemens/AUB</i> – 1. Strafsenat . . . . .          | 118 |
| f) <i>HSH Nordbank</i> – 5. Strafsenat . . . . .         | 119 |
| g) Zwischenfazit . . . . .                               | 119 |
| 4. Literaturstimmen . . . . .                            | 120 |
| a) Grundsätzliches zur Annahme einer Expektanz . . . . . | 120 |
| b) Unredliche Vorteilschancen . . . . .                  | 121 |
| c) Wahrscheinlichkeitsgrade . . . . .                    | 122 |
| (aa) Meinungsbild . . . . .                              | 122 |
| (bb) Stellungnahme . . . . .                             | 123 |
| d) Verwendungsabsichten . . . . .                        | 124 |
| e) Stellungnahme . . . . .                               | 125 |
| 5. Zusammenfassung . . . . .                             | 126 |
| VII. Immaterielle Vermögenswerte . . . . .               | 126 |
| 1. Berücksichtigungsfähigkeit . . . . .                  | 127 |
| a) Meinungsbild . . . . .                                | 128 |
| b) IAS/IFRS . . . . .                                    | 129 |
| c) Stellungnahme . . . . .                               | 130 |
| 2. Zusammenfassung . . . . .                             | 132 |
| VIII. Wirtschaftlicher Wert von Vorteilen . . . . .      | 133 |
| 1. Einleitung . . . . .                                  | 133 |
| 2. Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts . . . . . | 133 |
| 3. Bedeutung von Sachverständigen . . . . .              | 134 |
| 4. Bedeutung anderer Disziplinen . . . . .               | 136 |
| (aa) Bilanzrecht – HGB . . . . .                         | 136 |
| (bb) Bilanzrecht – IAS/IFRS . . . . .                    | 138 |
| (cc) Stellungnahme . . . . .                             | 139 |
| (dd) Zusammenfassung . . . . .                           | 140 |
| 5. Strafrechtliche Wertermittlung . . . . .              | 140 |
| a) Preis, Marktpreis und wirtschaftlicher Wert . . . . . | 141 |
| b) Marktwert / Verkehrswert . . . . .                    | 141 |
| c) Zeitwert nach IAS/IFRS . . . . .                      | 143 |
| d) Schwarzmarktwert . . . . .                            | 144 |
| e) Preisbindung / Festgesetzte Preise . . . . .          | 145 |
| f) Preisbildungsverfahren . . . . .                      | 145 |
| g) Fehlender Vergleichsmarkt . . . . .                   | 146 |

|  |     |
|--|-----|
| h) Individualisierung durch den Treugeber . . . . .                      | 147 |
| (aa) Meinungsbild . . . . .  | 148 |
| (bb) Stellungnahme . . . . .   | 148 |
| (cc) Zusammenfassung . . . . .   | 149 |
| i) Bemakelte Vorteile . . . . .  | 149 |
| j) Individueller Schadenseinschlag . . . . .                             | 152 |
| (aa) Rechtsfigur . . . . .   | 152 |
| (bb) Stellungnahme . . . . .   | 153 |
| (cc) Zusammenfassung . . . . .   | 154 |
| k) Zwischenfazit . . . . .   | 154 |
| l) Zusammenfassung . . . . .   | 156 |
| 6. Sonderfall: Forderungswert . . . . .                                  | 156 |
| a) Nominalwert . . . . .   | 158 |
| (aa) Meinungsbild . . . . .  | 158 |
| (bb) Stellungnahme . . . . .   | 158 |
| b) Wirtschaftlicher Wert einer Forderung . . . . .                       | 159 |
| (aa) Forderungsverkauf . . . . .   | 159 |
| (bb) Erfüllungswahrscheinlichkeit . . . . .                              | 160 |
| (cc) Bonität und Zahlungswille des Schuldners . . . . .                  | 161 |
| (dd) Sicherheiten . . . . .  | 162 |
| c) Bewertung des Beispielfalls . . . . .                                 | 163 |
| d) Zusammenfassung . . . . .   | 164 |
| 7. Sonderfall: Wert von Vorteilschancen . . . . .                        | 164 |
| a) Meinungsbild . . . . .  | 165 |
| b) Stellungnahme . . . . .   | 165 |
| c) Relevanz einer Vorteilschance . . . . .                               | 168 |
| (aa) Erwartung zukünftigen wirtschaftlichen Nutzens . . . . .            | 169 |
| (bb) Rechtliche Durchsetzbarkeit . . . . .                               | 169 |
| (cc) Faktische Beherrschung . . . . .                                    | 169 |
| (dd) Absichten des Treuehmers . . . . .                                  | 170 |
| (ee) Definition . . . . .  | 172 |
| d) Zusammenfassung . . . . .   | 173 |
| 8. Zwischenfazit . . . . .   | 173 |
| IX. Zwischenergebnisse . . . . .   | 175 |
| D. Kompensationsfelder . . . . .   | 179 |
| I. Einleitung . . . . .  | 179 |
| II. Unmittelbarer Austausch . . . . .                                    | 180 |
| III. Befreiung von einer Verbindlichkeit . . . . .                       | 181 |
| 1. Inhalt der Fallgruppe . . . . .                                       | 181 |
| 2. Wirtschaftlicher Wert der Befreiung von einem Prozessrisiko . . . . . | 182 |

|   |     |
|---|-----|
| 3. Erfüllung vor Fälligkeit . . . . .                 | 184 |
| a) Meinungsbild . . . . .                             | 185 |
| b) Stellungnahme . . . . .                            | 185 |
| c) Zusammenfassung . . . . .                          | 189 |
| 4. Fehlende Erfolgsaussichten einer Klage . . . . .   | 189 |
| a) Meinungsbild . . . . .                             | 190 |
| b) Stellungnahme . . . . .                            | 190 |
| c) Zwischenfazit . . . . .                            | 193 |
| 5. Zusammenfassung . . . . .                          | 193 |
| IV. »Nichtige Forderungen« . . . . .                  | 194 |
| 1. Meinungsbild . . . . .                             | 194 |
| 2. Stellungnahme . . . . .                            | 196 |
| a) Befreiung von einer Expektanz . . . . .            | 196 |
| b) Verrechnung mit Vorleistungen . . . . .            | 199 |
| 3. Zusammenfassung . . . . .                          | 200 |
| V. Ansprüche gegen den Treuehmer . . . . .            | 201 |
| 1. Grundsatz . . . . .                                | 201 |
| 2. Ausgleichsfähigkeit und -willigkeit . . . . .      | 201 |
| a) Systematische Einordnung . . . . .                 | 202 |
| (aa) Meinungsbild . . . . .                           | 202 |
| (bb) Stellungnahme . . . . .                          | 203 |
| b) Kritik an der Rechtsfigur . . . . .                | 205 |
| c) Stellungnahme . . . . .                            | 206 |
| (aa) Vermögenszufluss . . . . .                       | 206 |
| (bb) Werthaltigkeit . . . . .                         | 207 |
| (cc) Zinsverlust . . . . .                            | 208 |
| (dd) Zwischenfazit . . . . .                          | 210 |
| (ee) Normative Korrektur . . . . .                    | 210 |
| d) Ersatzbereitschaft Dritter . . . . .               | 211 |
| 3. Zusammenfassung . . . . .                          | 212 |
| VI. Erweiterung des finanziellen Spielraums . . . . . | 212 |
| 1. Einleitung . . . . .                               | 212 |
| 2. Beispiel <i>Schäch</i> . . . . .                   | 213 |
| a) Kurzsachverhalt . . . . .                          | 213 |
| b) Rechtsprechung . . . . .                           | 213 |
| c) Kritik der Literatur . . . . .                     | 214 |
| 3. Stellungnahme . . . . .                            | 214 |
| 4. Zusammenfassung . . . . .                          | 216 |
| VII. Zwischenergebnisse . . . . .                     | 216 |

|  |     |
|--|-----|
| E. Ausgewählte Einzelfälle . . . . .                             | 219 |
| I. Einleitung . . . . .  | 219 |
| II. Vorüberlegungen . . . . .                                    | 220 |
| III. Interne Gefälligkeiten . . . . .                            | 221 |
| 1. Nachträgliche Anerkennungsprämien (»Mannesmann«) . . . . .    | 222 |
| a) Kurzsachverhalt . . . . .                                     | 222 |
| b) Entscheidungen . . . . .                                      | 222 |
| c) Stellungnahme . . . . .                                       | 223 |
| d) Zusammenfassung . . . . .                                     | 224 |
| 2. Bevorteilung von Betriebsräten (»VW-Affäre«) . . . . .        | 224 |
| a) Kurzsachverhalt . . . . .                                     | 225 |
| b) Vermögensnachteil . . . . .                                   | 226 |
| (aa) Komplex 1: »Sonderboni« . . . . .                           | 226 |
| (1) Entscheidungen . . . . .                                     | 226 |
| (2) Literaturansichten . . . . .                                 | 227 |
| (3) Zwischenfazit . . . . .                                      | 229 |
| (4) Stellungnahme . . . . .                                      | 229 |
| i. Wirtschaftlichkeit des angestrebten Verhaltens . . . . .      | 230 |
| ii. Faktische Beherrschbarkeit . . . . .                         | 232 |
| iii. Einzelbetriebsrat / Gesamter Betriebsrat . . . . .          | 233 |
| iv. Evidenzkontrolle . . . . .                                   | 234 |
| (5) Zwischenfazit . . . . .                                      | 235 |
| (bb) Komplex 2: »Lustreisen« . . . . .                           | 236 |
| (cc) Gesamtschau . . . . .                                       | 237 |
| c) Zusammenfassung . . . . .                                     | 238 |
| 3. Aufbau einer Arbeitnehmervertretung (»Siemens/AUB«) . . . . . | 239 |
| a) Kurzsachverhalt . . . . .                                     | 239 |
| b) Vermögensnachteil . . . . .                                   | 240 |
| (aa) Entscheidungen . . . . .                                    | 241 |
| (1) LG Nürnberg-Fürth . . . . .                                  | 241 |
| (2) BGH – 1. Strafsenat . . . . .                                | 242 |
| (3) Bewertung der Entscheidungen . . . . .                       | 242 |
| (bb) Literatur . . . . .   | 243 |
| (cc) Stellungnahme . . . . .                                     | 244 |
| c) Zusammenfassung . . . . .                                     | 246 |
| 4. Vergütung »ehrenamtlicher« Arbeit (»DJV«) . . . . .           | 247 |
| a) Kurzsachverhalt . . . . .                                     | 247 |
| b) Vermögensnachteil . . . . .                                   | 247 |
| (aa) Entscheidungen . . . . .                                    | 247 |
| (bb) Stellungnahme . . . . .                                     | 248 |
| c) Zusammenfassung . . . . .                                     | 251 |

|      |   |     |
|------|---|-----|
| 5.   | »Gehaltsanpassung« (»Wasserverband«)                        | 251 |
| a)   | Kurz Sachverhalt  | 251 |
| b)   | Vermögensnachteil   | 252 |
| (aa) | Entscheidungen  | 252 |
| (bb) | Stellungnahme   | 252 |
| (1)  | Vorleistung   | 254 |
| (2)  | Nachleistung  | 254 |
| (3)  | Zusätzlicher Ausgleich                                      | 255 |
| c)   | Zwischenfazit   | 255 |
| 6.   | Zusammenfassung   | 255 |
| IV.  | »Verbotene« Geschäfte                                       | 256 |
| 1.   | Einleitung  | 256 |
| 2.   | »Erfüllung« nichtiger Forderungen (»Telekom-Spitzelaffäre«) | 256 |
| a)   | Kurz Sachverhalt  | 257 |
| b)   | Entscheidungen  | 257 |
| c)   | Stellungnahme   | 257 |
| d)   | Zusammenfassung   | 261 |
| 3.   | Schmiergeldzahlungen (»Siemens«)                            | 261 |
| a)   | Problemaufriss  | 262 |
| (aa) | Vorleistung   | 263 |
| (bb) | Nachzahlung   | 264 |
| b)   | Kurz Sachverhalt  | 264 |
| c)   | Vermögensnachteil   | 264 |
| (aa) | Meinungsbild  | 265 |
| (bb) | Stellungnahme   | 267 |
| 4.   | Zusammenfassung   | 268 |
| V.   | »Schwarze Kassen«   | 268 |
| 1.   | Neuere Rechtsprechung                                       | 269 |
| a)   | <i>Siemens</i>  | 270 |
| (aa) | Kurz Sachverhalt  | 270 |
| (bb) | Landgericht Darmstadt                                       | 270 |
| (cc) | BGH – 2. Strafsenat   | 270 |
| (dd) | Bundesverfassungsgericht                                    | 271 |
| b)   | <i>Kölner Müllskandal</i>                                   | 272 |
| (aa) | Kurz Sachverhalt  | 272 |
| (bb) | Entscheidung  | 272 |
| c)   | Zusammenfassung   | 272 |
| 2.   | Literatur   | 273 |
| 3.   | Stellungnahme   | 277 |
| a)   | Vermögensabfluss  | 278 |
| b)   | Vermögenszufluss  | 279 |

---

|   |     |
|---|-----|
| aa) Expektanz auf Rückzahlung . . . . .                   | 279 |
| bb) Faktische Expektanz auf zukünftige Vorteile . . . . . | 280 |
| (cc) Werthaltigkeit . . . . .                             | 282 |
| c) Einordnung der BGH-Rechtsprechung . . . . .            | 282 |
| 4. Zusammenfassung . . . . .                              | 283 |
| VI. Zwischenergebnisse . . . . .                          | 283 |
| <br>  |     |
| F. Fazit . . . . .  | 287 |
| <br>  |     |
| Literaturverzeichnis . . . . .                            | 293 |



---

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2017 vom Fachbereich Rechtswissenschaften der Universität Osnabrück als Dissertation angenommen. Die mündliche Prüfung fand am 14. September 2017 statt. Entscheidungen aus der Rechtsprechung und erschienene Literatur konnten bis kurz nach diesem Zeitpunkt Berücksichtigung finden.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater *Prof. Dr. Roland Schmitz* für die mir eröffneten Möglichkeiten, ihn über mehrere Jahre als wissenschaftlicher Mitarbeiter unterstützen, selbstständig promovieren und mich fachlich wie persönlich weiterentwickeln zu dürfen. Ich werde diese Zeit immer in sehr guter Erinnerung behalten. Weiter danke ich *Prof. Dr. Ralf Krack* für die Übernahme der Zweitkorrektur und die vertrauensvolle Zusammenarbeit bei der Betreuung des LL.M. Wirtschaftsstrafrecht.

Mein weiterer Dank gilt den Herausgebern der Schriftenreihe Osnabrücker Abhandlungen zum gesamten Wirtschaftsstrafrecht für die Aufnahme dieser Arbeit. Zudem danke ich allen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des Instituts für Wirtschaftsstrafrecht für die gemeinsame und mich prägende Zeit an der Universität Osnabrück.

Ohne die Unterstützung meiner Familie und meines privaten Umfeldes wäre der erfolgreiche Abschluss dieser Arbeit nicht möglich gewesen. Mein herzlichster Dank gebührt meinen Eltern *Ingrid* und *Günter*, meinem Bruder *Simon* und meiner Ehefrau *Christin*.

Münster, im Mai 2018

*Stefan Hoof*





---

## A. Einleitung

»In Betracht kommt aber auch,  
dass bei methodengerechter Auslegung  
ein Verhalten nicht strafbewehrt ist, obwohl  
es vom Wortlaut des Strafgesetzes erfasst sein könnte.«<sup>1</sup>

Die Untreue in § 266 StGB ist ein Straftatbestand, der ob seiner Weite stetigen Anlass zur rechtswissenschaftlichen Diskussion gibt. Viele Fragen rund um den Tatbestand der Untreue sind nach wie vor ungeklärt, was sich in einer Vielzahl höchstrichterlicher Entscheidungen äußert und aus einem nicht enden wollenden Fluss von Veröffentlichungen<sup>2</sup> ableiten lässt. Dies liegt zum einen daran, dass zahlreiche Sachverhalte aufgrund der zum Teil vorhandenen Prominenz der an ihnen Beteiligten das Licht der Öffentlichkeit fanden, zum anderen an der – durch die Globalisierung begünstigten – Vielzahl neuerer Fallgestaltungen, mit denen sich Wissenschaft und Praxis zuvor nicht zu befassen hatten.<sup>3</sup> Seit jüngerer Zeit, befeuert durch die Grundsatzurteile des BVerfG<sup>4</sup> und eine einheitliche Rechtsprechung, bildet das Tatbestandsmerkmal des Vermögensnachteils den von *Schünemann* treffend bezeichneten »archimedischen Punkt«<sup>5</sup> der Auseinandersetzung um die Untreue.

Spätestens durch die mediale Begleitung großer Wirtschaftsskandale, spektakulärer Prozesse gegen exponierte Mitarbeiter großer Wirtschaftskonzerne und der darauffolgenden Urteile – sofern es zu selbigen überhaupt kam und nicht ein »Deal« das Verfahren vorzeitig beendete – ist die Untreueproblematik auch im Bewusstsein der allgemeinen Öffentlichkeit angekommen. Dabei wurde durchaus deutlich, wie selbstverständlich, umfangreich und teils auch auf sehr verschlungenen Wegen Vermögenswerte inner- und außerbetrieblich an Kontrollorganen vorbeitransferiert werden, um Vermögensvorteile für den Vermögensinhaber zu generieren. Die prozessuale Aufarbeitung offenbarte eine lange Zeit im Verborgenen wirkende wirtschaftliche Realität und eine zuvor kaum geahnte Professionalisierung, was strafrechtlich in der viel beachteten

---

1 BVerfG NJW 2010, 3209, 3211.

2 Vgl. nur die Literaturangaben in der einschlägigen Kommentarliteratur, beispielhaft LK/*Schünemann*, § 266, »Schrifttum« vor Rn. 1, MüKo-Dierlamm, § 266, »Schrifttum« vor Rn. 1, Fischer, § 266, Rn. 1a.

3 Vgl. hierzu *Saliger*, HRRS 2006, 10 ff.

4 Insbesondere BVerfG NJW 2010, 3209.

5 *Schünemann*, StraFo 2010, S. 1, 2.

Entscheidung des 2. Strafsenats zu den schwarzen Kassen bei *Siemens*<sup>6</sup> gipfelte. Wenig später zeigte die Bevorteilung eines einzelnen Betriebsrates in der sogenannten *VW-Affäre*<sup>7</sup> oder auch der Aufbau einer Arbeitnehmervertretung im Komplex *Siemens/AUB*<sup>8</sup> exemplarisch, dass »kreative Verhaltensweisen« zur Gewinnmaximierung kaum als exotische Einzelfälle, sondern durchaus als Teil üblichen Wirtschaftens anzusehen sind. Und dies auch und gerade in Konzernstrukturen, die sich über die Einführung großer Compliance-Abteilungen als redliche Wirtschaftler profilieren wollen und durch die mediale Aufmerksamkeit und interne Struktur in erhöhtem Maße einer öffentlichen wie internen Kontrolle ausgesetzt sind. Eine Vielzahl der exponierten Fallgestaltungen verbindet, dass die Hingabe von Kapital oder eines sonstigen Vorteils, welcher aus dem Vermögen des Treugebers unter Umgehung gesetzlicher oder unternehmensinterner Vorgaben herausgelöst wurde, in erster Linie im Interesse des Unternehmens getätigt wurde und nicht selten zu beträchtlichen wirtschaftlichen Vorteilen für die »betroffenen« Unternehmen geführt hat.

Ein anschauliches Beispiel bietet der Fall *Siemens/AUB*, in welchem dem später Angeklagten die Fortführung eines verborgenen Aufbaus einer arbeitgeberfreundlichen Arbeitnehmervertretung (»AUB«) als Gegenstück zur als zu mächtig empfundenen IG Metall vorgeworfen wurde. Hierbei ließen sich für den BGH nicht nur der Mittelabfluss in Millionenhöhe, sondern auch folgende Umstände feststellen:

»Die langjährige Unterstützung bei Aufbau, Stabilisierung und Erhalt der AUB hatte für die Siemens-AG erhebliche wirtschaftliche Vorteile: Durch die Zusammenarbeit des Angekl. S mit den Leitern der Personalabteilungen konnten interessierte »zukunfts-fähige« Mitarbeiter gefunden werden, denen verdeutlicht werden konnte, dass eine Kandidatur als Betriebsrat für die AUB auch für sie selbst mit Vorteilen im Hinblick auf einen Aufstieg in der Organisation der Siemens-AG verbunden war. An den Standorten, an denen die AUB im Betriebsrat vertreten war, konnte auf betrieblicher Ebene eine Vielzahl von Vereinbarungen geschlossen werden, die aus Arbeitgebersicht erhebliche wirtschaftliche Vorteile einbrachten und firmenstrategische Maßnahmen erleichterten.«<sup>9</sup>

In derartigen Konstellationen mit wirtschaftlich zumindest im Ergebnis vorteilhaften Geschäften herrschte und herrscht auf Seiten der »Täter« daher auch nicht nur allgemeines Unverständnis, sondern wohl ehrliche Verwunderung<sup>10</sup>, warum gerade sie für die von ihnen veranlassten Zahlungen – obgleich eine zum Teil offensichtliche Praxis zur Verwendung derart »nützlicher Aufwendungen«

6 BGH wistra 2009, 61 (»Siemens«), vgl. hierzu unten E. IV. 3.

7 BGH wistra 2009, 468 (»VW-Affäre«), vgl. hierzu unten E. III. 2.

8 BGH wistra 2010, 484 (»Siemens/AUB«), vgl. hierzu unten E. III. 3.

9 BGH wistra 2010, 484, 486 Rn. 17 (»Siemens/AUB«).

10 So *Saliger/Gaede* HRRS 2008, 57, 75.

innerhalb einer bestimmten Wirtschaftsriege existierte und hierdurch teils große Gewinne oder Vorteile realisiert werden konnten – strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden sollten. Und dies ausgerechnet über die Untreue, die gerade als Kernschutztatbestand für das Vermögen des Treugebers gilt, welches auf den ersten Blick durch die Handlungen der im Interesse des Vermögensinhabers Handelnden ja gar nicht beeinträchtigt erscheint. Verunsicherung dürfte zudem bei einer Vielzahl der am Wirtschaftsverkehr Beteiligten herrschen, seien es Wettbewerber oder Vertragspartner, die sich mit identischen oder ähnlichen Geschäftspraktiken derzeit noch im »Dunkelfeld« befinden und nun wegen wirtschaftlich eigentlich als fruchtbar erkannter Verhaltensweisen ebenfalls den insoweit widersprüchlichen Vorwurf der Nachteilszufügung fürchten müssen.

Eine derartige Verwunderung oder Verunsicherung ist zunächst nachvollziehbar, da der über die Untreue nach allgemeiner Ansicht zumindest primär bezweckte individuelle Vermögensschutz<sup>11</sup> in derartigen Fällen doch leerzulaufen scheint – zumindest, wenn vornehmlich wirtschaftliche Kriterien den Beurteilungsmaßstab bilden und jahrelang durch das Handeln der später Angeklagten beträchtliche Vorteile generiert oder aufrechterhalten wurden. Aus strafrechtlicher Sicht rückt auf dieser Basis eine Problemstellung der Untreue in den Mittelpunkt, die in der Rechtswissenschaft bisher verhältnismäßig wenig Beachtung gefunden hat. Namentlich die Frage nach den Voraussetzungen zur Kompensation eines Vermögensabflusses durch einen Vermögenszufluss im Rahmen der Prüfung eines Nachteils gemäß § 266 StGB.

## I. Problemstellung

Nach hiesiger Ansicht ist noch nicht hinreichend geklärt – obwohl originärer Bestandteil einer kritischen Auseinandersetzung um den Vermögensnachteil –, wie vermögensmehrende Zuflüsse im vorher durch eine Untreuehandlung angegriffenen Vermögen des Treugebers festzustellen und zu berücksichtigen sind. Hierbei gilt es vor allem zu ergründen, nach welchen Verfahren und anhand welcher Kriterien sie im Rahmen der Nachteilsbestimmung zu bewerten sind. Denn da eine Versuchsstrafbarkeit nicht existiert, entscheidet sich am Erfolgseintritt, ob ein treuwidriges Verhalten mit Strafe bedroht ist oder sich vielleicht »nur« in arbeitsrechtlicher Hinsicht als pflichtwidrig darstellt oder gar lediglich als moralisch anrühlig entpuppt. Dem übergeordnet steht zusätzlich auch die Frage im Raum, wie sich das in einer globalisierten Welt- und Wirtschaftsordnung ein wenig antiquiert wirkende Strafrecht mit seinem bezweckten indivi-

---

11 Vgl. hierzu unten B. I. 4.

duellen Vermögensschutz in einem vorherrschend durch die politischen und gesellschaftlichen Rahmenbedingungen geprägten Wirtschaftsleben überhaupt (noch) behaupten kann.

## II. Aktualität der Problemstellung

Die Problemstellung ist von hoher Aktualität und praktischer Relevanz. Zunächst einmal bringen Strafverfolgungsbehörden in beachtenswerter Regelmäßigkeit weiterhin wirtschaftsstrafrechtlich relevante Zusammenhänge ans Licht, in denen trotz pflichtwidriger Handlungen im Sinne der Untreue der private Nutzen der Handelnden nicht Primärzweck war, sondern der Nutzen des Unternehmens oder sonstigen Vermögensinhabers mindestens mit im Vordergrund stand. Auf die vielfältigen Fallkonstellationen und Problemstellungen sucht die Rechtswissenschaft fieberhaft nach Antworten, denn in der Bewertung des konkreten Einzelfalls oder einer bestimmten Fallgruppe ist eine allgemeine Linie bisher kaum erkennbar.

Die Rechtsprechung hat im Rahmen des seit jeher sehr weit gefassten Wortlautes auf zwei Ebenen den Anwendungsbereich des Untreuetatbestandes erweitert<sup>12</sup>, ohne sich nach hiesiger Ansicht mit den Fragen der Vermögensvorteile unter Beachtung der Tatbestandsfunktion ausreichend auseinanderzusetzen. So erkennt die Rechtsprechung beispielsweise die Figur der sogenannten schadensgleichen Vermögensgefährdung als Vermögensabfluss im Sinne des § 266 StGB an, was zu einer Erweiterung strafbaren Verhaltens im Vorfeld eines vollständigen Vermögensabflusses führt.<sup>13</sup> Demgegenüber vertrat die Rechtsprechung zu Fragen der Kompensation zuvor festgestellter Vermögensabflüsse lange Zeit eine eher restriktive Linie und lehnte eine Kompensation vielfach ohne nähere Auseinandersetzung oder pauschal aus normativen Gesichtspunkten ab.<sup>14</sup> Schon die oberflächliche Behandlung ist rechtsstaatlich bedenklich, was das *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG) in seiner viel beachteten Grundlagenentscheidung<sup>15</sup> zu drei besonderen Untreuekonstellationen deutlich unterstrich. Gerade für den Bereich der Kompensation sah das BVerfG hierbei einen weiterhin bestehenden Konkretisierungsbedarf<sup>16</sup>, dessen Befriedigung durch höchstrichterliche Rechtsprechung zu erfolgen habe und bisher nicht geleistet wurde.

---

12 Anders *Schünemann*, der aus unterstellter Unsicherheit der Rechtsprechung eine restriktive Subsumtion ableitet, vgl. FS Imme Roxin, 341, 342f.

13 Vgl. hierzu unten B. II. 3. b) bb).

14 Vgl. hierzu unten C. V. 2.

15 BVerfG NJW 2010, 3209.

16 BVerfG NJW 2010, 3209, 3214.

### III. Gang der Bearbeitung

Diese Untersuchung orientiert sich zum Auftakt an einer klassischen strafrechtlichen Prüfung des Tatbestandes der Untreue, ist aber grundsätzlich fokussiert auf die Bedeutung zufließender Vermögensvorteile. Mit der notwendigen Fokussierung einher geht die Absage an eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem Tatbestand seit jeher immanenter Problemfelder wie der Verfassungsmäßigkeit, der Pflichtenstellung, der Qualität der Pflichtverletzung oder der Anforderungen an ein Einverständnis.

Nach der Beantwortung einiger wesentlicher Vorfragen wird deswegen maßgeblich das Merkmal des Vermögensnachteils herausgearbeitet, woran sich ein spezieller Blick auf Vermögensvorteile allgemein, einzelne Vorteile im Speziellen und eine abschließende Überprüfung aktueller Fallgestaltungen anschließen. In der Schlussbetrachtung werden die Untersuchungsergebnisse thesenartig zusammengeführt. Hieraus ergeben sich die folgenden fünf Kapitel:

Im 1. *Kapitel* (B.) werden die Merkmale des § 266 StGB im Überblick betrachtet und Einzelaspekte mit grundlegender Bedeutung für die Kompensation von Vermögensabflüssen herausgestellt. Das Hauptaugenmerk liegt auf dem übergeordneten Tatbestandsmerkmal Vermögensnachteil, in dem die Kompensation letztlich anzusiedeln ist. Dieses Kapitel dient der Entwicklung von Prämissen, wodurch alle für den Problembereich Kompensation relevanten Vorfragen bereits skizziert und ihre Bedeutung für die weitere Betrachtung aufgezeigt werden.

Im 2. *Kapitel* (C.) werden die Anforderungen an den Vermögenszufluss im Rahmen der Nachteilsberechnung insgesamt und damit die allgemeinen Voraussetzungen einer Kompensation untersucht. Im Mittelpunkt steht die Berücksichtigungsfähigkeit von Vermögenspositionen und die diese maßgeblich mitprägende Wertermittlung für unterschiedliche Arten von Vermögenszuflüssen.

Im 3. *Kapitel* (D.) wird die bis dahin allgemein gehaltene Untersuchung anhand von in Rechtsprechung und Literatur bereits anerkannten Vermögenszuflüssen präzisiert. Der Fokus liegt auf streitig diskutierten Kompensationsfeldern, welche innerhalb der Nachteilsberechnung im Einzelfall immer wieder eine wesentliche Rolle spielen.

Im 4. *Kapitel* (E.) werden die gefundenen Ergebnisse anhand relevanter Fallgestaltungen überprüft. Dabei geht es nicht allein um eine Einzelfallbetrachtung oder deren individuelle Lösung, sondern auch um die Überprüfung der herausgearbeiteten Kriterien auf ihre potentielle Allgemeingültigkeit.

Im 5. *Kapitel* (F.) wird auf der Grundlage der zuvor herausgearbeiteten Prämissen und Ergebnisse ein die Untersuchung abschließendes Fazit gezogen.



---

## B. Grundlegung

Am Beginn einer jeden Untersuchung steht die Grundlegung. Diese ist auch und gerade bei fokussiertem Blick auf die Bedeutung von Vermögenszuflüssen und im Angesicht des Umfangs der rechtswissenschaftlichen Auseinandersetzung rund um den § 266 StGB unerlässlich, da unterschiedliche Auffassungen zu den Anforderungen an eine kompensierende Wirkung von Vermögenszuflüssen ihren Ursprung gerade im Grundverständnis des Tatbestands der Untreue haben. Lange Zeit drehte sich die rechtswissenschaftliche Diskussion des Untreuetatbestandes vorwiegend um das Verhältnis der beiden Tathandlungsalternativen zueinander, um das Bestehen einer Treupflicht und – vor allem – um deren Verletzung. In jüngerer Zeit rückte mit dem Nachteil zunehmend auch der Taterfolg der Untreue in den Fokus. Die Diskussion wird dabei laufend flankiert von kritischen Stimmen, ob § 266 StGB überhaupt verfassungsgemäß ist. Im Folgenden werden zunächst allgemeine Fragestellungen zum Untreuetatbestand beleuchtet (I.), dann die Struktur des Tatbestandes überblicksartig erfasst (II.) und abschließend Prämissen (III.) für die weitere Untersuchung theseartig zusammengefasst.

### I. Grundfragen

Zu den elementaren Grundfragen eines jeden Straftatbestandes zählt seine Verfassungsmäßigkeit (1.), wobei die Betrachtung hier auf die Vereinbarkeit mit dem Bestimmtheitsgrundsatz aus Art. 103 Abs. 2 GG beschränkt bleiben soll. Hinzu kommt die Bestimmung des von ihm geschützten Rechtsguts (2.) und der mit Strafe bedrohten Art seiner Verletzung (3.). Anhand eines genaueren Blickes auf den Wirkungskreis der Norm lässt sich sodann die Tatbestandsfunktion (4.) sowie ein mögliches Restriktionsbedürfnis (5.) und dessen inhaltliche Ausgestaltung (6.) ableiten. Zum Abschluss dieser Grundlegung wird die Frage aufgeworfen, wie das von der Norm des § 266 StGB geschützte Rechtsgut (7.) im Konkreten mit Leben zu füllen ist.



## 1. Verfassungsmäßigkeit

Auf Grund seiner sehr weiten Fassung und der zumindest »relativen Unschärfe«<sup>17</sup> wird die Verfassungsmäßigkeit des § 266 StGB mit Blick auf das Bestimmtheitsgebot des Öfteren kritisch gesehen<sup>18</sup> und zuweilen auch verneint<sup>19</sup>. Von der *Gegenansicht*<sup>20</sup> wurde und wird § 266 StGB in seiner aktuellen Fassung<sup>21</sup> allerdings als verfassungsgemäß erachtet. Gestützt wird dies vor allem auf die Annahme, dass der grundsätzlich weite Tatbestand durch Auslegung in höchstrichterlicher Rechtsprechung und Wissenschaft konkretisiert werden kann – und wurde<sup>22</sup> – und dadurch dem Bestimmtheitsgebot hinreichend genüge getan werde. Vereinfachend wird auch vorgebracht, dass es zum Untreuetatbestand in seiner jetzigen Form keine Alternative gebe<sup>23</sup> – was isoliert betrachtet natürlich kein taugliches Argument für die Annahme einer Verfassungsmäßigkeit des Untreuetatbestandes darstellen kann.

Das *Bundesverfassungsgericht* erteilte dem Untreuetatbestand in seinem »wirkungsmächtigen«<sup>24</sup> *Beschluss vom 23. Juni 2010*<sup>25</sup> unter Bekräftigung obiger Argumentation das verfassungsrechtliche Plazet. In den Gründen holte der Senat zunächst weit aus und erläuterte Grundlagen des Bestimmtheitsgebots.<sup>26</sup> Allgemein stellte er fest, dass auf Grund der Weite eines Tatbestandes bestehende Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit durch eine gefestigte, höchstrichterliche Rechtsprechung entkräftet werden könnten.<sup>27</sup> Hierauf aufbauend formulierten die Verfassungshüter allgemeine Prüfungsanforderungen an die Strafgerichte.<sup>28</sup> So gelte es, den Willen des zur Entscheidung über die Strafbarkeit berufenen Gesetzgebers zu achten und seine Einschätzungen nicht über eine entsprechende Rechtsprechung zu korrigieren. Daher dürfe die Auslegung der Tatbestände – auch wenn sie sich noch innerhalb des Wortsinns befindet – nicht dazu führen, dass die durch den Gesetzgeber vorgenommene Eingrenzung strafbaren Ver-

17 BVerfG NJW 2010, 3209, 3212.

18 HWSt-Seier Rn. 18 ff. m. w. N.; Hamm, NJW 2001, 1694, 1696; M/R-Matt, § 266, Rn. 5 m. w. N.

19 Labsch, Untreue, S. 177 ff., 201 f.; Kargl, ZStW 2001, 576, 589 f.; Lesch, DRiZ 2004, 135.

20 Statt vieler vgl. nur S/S/W-Saliger, § 266, Rn. 4, sowie Fischer, § 266, Rn. 5 jeweils m. w. N.; im Anschluss an BVerfG NJW 2010, 3209 nunmehr wohl auch MüKo-Dierlamm, § 266, Rn. 1.

21 Zur Entstehungsgeschichte vgl. LK/Schünemann, § 266, vor Rn. 1.

22 A. A. Seier, Geilen-Symposium S. 153; zweifelnd Sch/Sch/Perron, § 266, Rn. 1.

23 Vgl. Rönau, ZStW 2010, 299, 323 f.; zust. LK/Schünemann § 266, Rn. 28; ähnlich: Becker, HRRS 2010, 383, 385; hierzu auch HWSt-Seier, Rn. 20.

24 Begriff nach Saliger, ZIS 2011, 902, dort auch mit Nachweisen zu anderweitigen Einordnungen.

25 BVerfG NJW 2010, 3209; vgl. hierzu die kritische Auseinandersetzung von Perron, FS Heinz, 706.

26 BVerfG, NJW 2010, 3209, 3210, Rn. 68 ff.

27 BVerfG, NJW 2010, 3209, 3211, Rn. 75.

28 BVerfG, NJW 2010, 3209, 3211, Rn. 76 ff.

haltens wieder aufgehoben werde oder einzelne Tatbestandsmerkmale so weit ausgelegt würden, dass sie vollständig in einem anderen Merkmal aufgingen (»Verschleifungsverbot«<sup>29</sup>). Auf dieser Basis sah das *Bundesverfassungsgericht* den § 266 StGB als mit Art. 103 Abs. 2 GG noch vereinbar an, da dieser hinreichend restriktiv und präzisierend ausgelegt werden könne.<sup>30</sup>

Der hinter der Auffassung des *BVerfG* stehende Gedanke, es sei möglich, anfänglich unbestimmte Tatbestände nachträglich mithilfe einer im Folgenden gefestigten Rechtsprechung bestimmen zu können, ist ein schwieriger Spagat.<sup>31</sup> Aus der Feststellung, dass ein Tatbestand durch konkretisierende Auslegung hinreichend bestimmt wurde, mag sich ergeben, dass aktuell ein verfassungskonformer Zustand der Rechtsanwendung herrscht. Dass dies so bleibt, ist jedoch gerade im Hinblick auf den Untreuetatbestand keineswegs sicher, weil die Rechtsprechung die Grenzen der Auslegung lange Zeit immer weiter ausgelotet<sup>32</sup> und dadurch Strafbarkeitsräume beträchtlich erweitert hat. Auch ist fraglich, ob die mit einer überbordenden, einzelfallorientierten Rechtsprechung naturgemäß fortschreitende Ausdifferenzierung einzelner Tatbestandsmerkmale wirklich zu einem Zustand geführt hat<sup>33</sup> oder überhaupt führen kann, in dem die Rechtsunterworfenen noch in zumutbarer Weise erkennen können, ob die tatsächlichen Voraussetzungen für die in der Rechtsnorm ausgesprochene Rechtsfolge vorliegen.<sup>34</sup> Wird nicht vielmehr ein erst durch konkretisierende Auslegung hinreichend bestimmter Straftatbestand durch eine im Folgenden immer feinere Verzweigung im Ergebnis unbestimmt? Wird nicht sogar eine erhöhte Bestimmtheit, im Sinne einer Nachvollziehbarkeit für den Rechtsunterworfenen, gerade durch geringere Ausdifferenzierung erreicht? Was bleibt dann gerade bei höchst umstrittenen Normen noch übrig von der Prämisse einer möglichen nachträglichen Bestimmung eines im Grundsatz unbestimmten Tatbestandes durch konkretisierende Auslegung? Diese Fragen stehen auch nach der vermeintlichen Grundsatzentscheidung des *BVerfG* zur Untreue weiter im

---

29 Vgl. hierzu auch *LK/Schünemann*, § 266, Rn. 163, der die Gefahr weniger in einer Verschleifung der Merkmale der Untreue als in einer »inhaltlichen Entleerung des Schadensbegriffs« sieht.

30 *BVerfG*, *NJW* 2010, 3209, 3212, Rn. 85.

31 Grundsätzlich ablehnend daher *MüKo-Schmitz*, § 1, Rn. 47, welcher darin für die Rechtsprechung einen »Freibrief für den Verstoß gegen Art. 103 Abs. GG und § 1« (StGB) sowie die Aufhebung der Gewaltenteilung erblickt; ebenso *Seier*, *Geilen-Symposium*, 156, für den sich ein Hoffen auf die höchstrichterliche Rechtsprechung schon deshalb verbietet, »weil die wirklich heiklen Fälle, die Fälle aus der Grauzone, oftmals infolge vorheriger Verfahrenserledigung, den BGH nicht erreichen.«

32 Vgl. *Saliger*, *ZStW* 2000, 563, 589 ff.

33 Krit. *Saliger*, *HRRS* 2006, 10, 15.

34 Vgl. nur *BVerfGE* 75, 329, 341 m.w.N.; *BVerfG* *NJW* 2010, 3209, 3210.

Raum, so dass die Diskussion um die Verfassungsmäßigkeit nur kurz verebben dürfte.<sup>35</sup>

Eine tiefere Auseinandersetzung kann hier jedoch nicht geleistet werden, weshalb die vom BVerfG angenommene (derzeitige) Verfassungskonformität der vorliegenden Untersuchung als Prämisse zugrunde liegt.

## 2. Rechtsgut der Untreue

Die Existenz und Anwendung einer Strafnorm wird durch den mit ihr bezweckten Schutz eines Rechtsguts legitimiert und ihr Anwendungsbereich durch das zu schützende Rechtsgut limitiert.<sup>36</sup> Im Rahmen der Untreue gilt dies insbesondere für den tatbestandlich zwingend geforderten Nachteil und dadurch mittelbar auch für die Berücksichtigung von Vermögenszuflüssen als Teil der Nachteilsberechnung.<sup>37</sup>

Rechtsgut der Untreue ist nach allgemeiner Ansicht ausschließlich das Vermögen.<sup>38</sup> Das tragende Argument ist die systematische Stellung des Untreue-tatbestandes im gleichen Abschnitt wie der Betrug, der ebenfalls nur das Vermögen als solches schützt.<sup>39</sup> Für diese Schutzrichtung spricht zudem, dass sich der Gesetzgeber gerade auch von der Untreue die Bekämpfung von Vermögensschäden verspricht.<sup>40</sup>

Kein Schutzgut des § 266 StGB ist nach *herrschender Meinung*<sup>41</sup> die bloße *Dispositionsfreiheit* über das Vermögen. Diese soll weder Teil des geschützten Vermögens noch zusätzliches Schutzgut sein. Dem ist zuzustimmen, da die Dispositionsfreiheit eines Vermögensinhabers, also die Freiheit einer Person,

35 Vgl. dazu auch Perron, FS Heinz, 796, 801, der es für möglich hält, dass ein anders besetzter Senat in Zukunft strengere Maßstäbe anlegen und den Gesetzgeber zum Tätigwerden zwingen wird, siehe auch Sch/Sch-Perron, § 266, Rn. 1.

36 Sehr str., vgl. hierzu Seher in: Hefendehl, Rechtsgutstheorie, 39ff. m.v.w.N.

37 Vgl. hierzu unten B. II. 3. a).

38 BVerfG NJW 2010, 3209, 3212; BGHSt 43, 293, 297; BGH wistra 2002, 344, 345; BGH NJW 2006, 522, 525 (»Mannesmann«); BGH wistra 2010, 484, 489 (»Siemens/AUB«); Fischer, § 266, Rn. 2; Lackner/Kühl, § 266, Rn. 1; Sch/Sch-Perron, § 266, Rn. 1; MüKo-Dierlamm, § 266, Rn. 1; NK/Kindhäuser, § 266, Rn. 1; HWSt-Seier, Rn. 10; LK/Schünemann, § 266, Rn. 23; S/S/W-Saliger, § 266, Rn. 1 jeweils m.w.N.; vgl. auch die Herleitung bei Nelles, Untreue, 290ff.

39 BGHSt 16, 220, 221 (»Zellwollhosen«), MüKo-Hefendehl, § 263, Rn. 1 ff.; G/J/W-Waßmer, § 266, Rn. 9; Nelles, Untreue, 283.

40 Vgl. BT-Drucksache 13/8587, S. 43.

41 Für die h. M.: BVerfG NJW 2010, 3209, 3212; BGHSt 43, 293, 297; BGH wistra 2003, 344, 347; MüKo-Dierlamm, § 266, Rn. 1; Sch/Sch-Perron, § 266, Rn. 1; S/S/W-Saliger, § 266, Rn. 1; M/R-Matt, § 266, Rn. 1; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn. 747 m.w.N.; a. A.: wohl BGH wistra 2009, 61, 65 (»Siemens«), Hillenkamp, NSTZ 81, 161, 166 (für das Risikogeschäft).

über Vermögenspositionen bestimmen zu können, als Beziehung bzw. Zugriffsmöglichkeit des Vermögensinhabers zum Inhalt seines Vermögens zu verstehen ist und daher kein eigenständiger Bestandteil des Vermögens selbst sein kann. Die Schutzwürdigkeit der Freiheit, nach eigenem Ermessen über das eigene Vermögen zu verfügen oder verfügen zu lassen, findet ihren Ausdruck vielmehr in der zusätzlich erforderlichen Pflichtwidrigkeit des Treunehmerhandelns. Wäre die Dispositionsfreiheit demgegenüber ein selbstständiger Teil des geschützten Vermögens, würde mit deren Verletzung in Form der pflichtwidrigen Handlung der tatbestandliche Erfolg eintreten. Dem Tatbestandsmerkmal »Nachteil« käme dann keine eigenständige Bedeutung mehr zu. Beide Tatbestandsmerkmale wären unzulässig verschliffen.

Aus demselben Grund ist auch das *Vertrauen in die Pflichttreue des Trenehmers*<sup>42</sup> kein eigenständiges Rechtsgut. Zwar steckt gerade in rechtsgeschäftlich erteilten Befugnissen großes Vertrauen des Treugebers in die Person des Trenehmers, doch vermag ein Vertrauensbruch allein, sofern kein darüber hinausgehender »Nachteil« eintritt, noch keine Strafbarkeit gemäß § 266 StGB zu begründen, da sich in dem Vertrauensbruch allein die Pflichtwidrigkeit des Handelns ausdrückt.

Weitere denkbare Rechtsgüter wie die *Befriedigungsinteressen von Gläubigern*<sup>43</sup> oder der *Schutz des Rechts- und Wirtschaftsverkehrs im Allgemeinen*<sup>44</sup> – als Ausdruck allgemeiner Interessen Dritter – sind auch nicht als zusätzliche Rechtsgüter mitgeschützt. Der Gesetzgeber hat die Schutzrichtung der Untreue mittels der im Innenverhältnis geforderten Beziehungen zwischen Treunehmer und Treugeber und dessen Vermögen erkennbar vom Schutz des allgemeinen Rechts- und Wirtschaftsverkehrs abgegrenzt. Hätte der Gesetzgeber auch den Wettbewerb oder die am Wettbewerb Beteiligten unmittelbar schützen wollen, so hätte er diese Ziele im Tatbestand des § 266 StGB kenntlich machen müssen. Zuzuerkennen ist zwar, dass der Untreuetatbestand über den Schutz des Vermögens des Treugebers mittelbar auch die Interessen Dritter schützt. Da dies aber nur ein gesellschaftlich nützlicher »Nebeneffekt« ist, begründet eine isolierte Verletzung der Interessen Dritter ohne gleichzeitige Verletzung des Treugebervermögens keine Untreuestrafbarkeit.

Rechtsgut der Untreue ist ausschließlich das individuelle Vermögen des Treugebers.

---

42 Luthmann, NJW 1960, 419, 420; Meyer, Jus 1973, 214, 215; vgl. hierzu auch S/S/W-Saliger, § 266, Rn. 1; Nelles, Untreue, 285f.

43 Ausdrücklich ablehnend BGH NJW 2000, 154; Otto, Strafrecht BT, § 54, Rn. 2.

44 Dunkel GA 1977, 334f.; Luthmann, NJW 1960, 419, 420; anders: MüKo-Dierlamm, § 266, Rn. 1; vgl. auch Bockelmann ZStW 1967, 32f., welcher die Unredlichkeit des Trenehmers in den Mittelpunkt rückt.

### 3. Verletzungshandlung

Für eine Verletzung des geschützten Rechtsguts Vermögen erfordert § 266 StGB mit dem Missbrauch oder Treubruch<sup>45</sup> eine bestimmte Art der Verletzungshandlung. In den geforderten Varianten kommt das spezifische Unrecht der Untreue als Angriff des Täters »von innen heraus«<sup>46</sup> auf das für den Täter fremde Vermögen zum Ausdruck. Diese Konstruktion erklärt, warum sich die rechtswissenschaftliche Diskussion in nahezu unüberschaubarem Umfang um die Voraussetzungen der Sonderstellung des Täters zum geschützten Vermögen<sup>47</sup> und um die Angriffsmodalitäten<sup>48</sup> dreht. Da diese Frage den Kern der Untersuchung lediglich tangiert, sei nur angemerkt, dass auch aus der vorgenommenen Eingrenzung der Angriffsmodalität erkennbar wird, dass die Untreue gerade keinen Universalschutz für das Vermögen einer Person verkörpert, sondern selektiv ausgerichtet ist.<sup>49</sup>

### 4. Tatbestandsfunktion

§ 266 StGB – und auch § 263 StGB – verkörpern als Kerntatbestände den Vermögensschutz im StGB<sup>50</sup> und damit eines der wesentlichen Anliegen des deutschen Strafrechts. Das Umfeld, in dem beide Tatbestände in einer heutzutage globalisierten Welt – gerade im wirtschaftlichen Bereich – wirken sollen, unterliegt dabei einem stetigen und immer schnelleren Wandel, was die Rechtsanwender und Rechtsunterworfenen laufend vor neue Probleme stellt.

Gerade für den Untreuetatbestand hat die wirtschaftliche Entwicklung der vergangenen Jahrzehnte erhebliche Auswirkungen. Heutzutage räumen Vermögensinhaber im Zuge der fortschreitenden Globalisierung zwangsläufig vielfältige Zugriffsmöglichkeiten ein und setzen ihr Vermögen dadurch – gerade in komplexen Wirtschaftsstrukturen – in erhöhtem Maße der Gefahr eines schnellen und – für die Vermögensinhaber – vielfach unkontrollierbaren Eintritts eines Vermögensnachteils aus.<sup>51</sup> Gleichzeitig besteht auf Grund der enor-

45 Vgl. hierzu unten B. II. 2. a).

46 *Schünemann*, NStZ 2005, 473, 474; im Anschluss BVerfG NJW 2010, 3209, 3212.

47 Vgl. nur die scheinbar endlosen Auflistungen in der einschlägigen Kommentarliteratur, bspw. LK/*Schünemann*, § 266, Rn. 127ff., MüKo-*Dierlamm*, § 266, Rn. 68ff., *Fischer*, § 266, Rn. 47ff.

48 Zu den diskutierten qualitativen Anforderungen vgl. unten B. II. 2. b).

49 Vgl. auch MüKo-*Dierlamm*, § 266, Rn. 2.

50 Vgl. Heintschel/Heinegg-*Wittig*, § 266, Rn. 1 m.w.N.

51 Vgl. *Perron* GA 2009, 219, 223, Sch/Sch-*Perron*, § 266, Rn. 1, der auf die besondere Verletzlichkeit des Vermögensinhabers verweist; im Anschluss BVerfG NJW 2010, 3209, 3212; vgl. auch S/S/W-*Saliger*, § 266, Rn. 3, der in der besonderen Schutzbedürftigkeit einen ei-

men Vielzahl sich in Bewegung befindlicher Vermögenspositionen und der teilweise großen Vermögenskonzentration auf einzelne Vermögensinhaber in erhöhtem Maße die Gefahr eines quantitativ großen Nachteils. Auf der anderen Seite liegt jedoch gerade in derartig diversifizierten Strukturen für den Treugeber vielfach auch das große Potential einer erheblich positiven wirtschaftlichen Entwicklung in kurzer Zeit. Da in einem arbeitsteilig ausgerichteten Wirtschaftsleben untreuerelevante Beziehungen zwischen Treugebern, Treupflichtigen und dem jeweiligen Vermögen der Treugeber an der Tagesordnung sind, ist deshalb leicht nachvollziehbar, warum die praktische Bedeutung des § 266 StGB stetig zugenommen hat<sup>52</sup> – und weiter zunehmen wird.

Die Funktion des § 266 StGB soll für *Saliger*<sup>53</sup> deswegen heutzutage darin bestehen, »die aus der für moderne Wirtschaftssysteme (Arbeitsteilung) charakteristischen Trennung von Vermögensinhaberschaft und Vermögensverwaltung resultierenden Vermögensrisiken durch eine pflichtwidrige Vermögensverwaltung strafrechtlich zu minimieren«. Für eine derartige Funktion des historisch gewachsenen Tatbestandes spricht die durch den Gesetzgeber vorgenommene Veränderung des § 266 StGB von einem ursprünglich im Hinblick auf den potentiellen Täterkreis und dessen strafbare Handlungen sehr selektiv gefassten Tatbestand<sup>54</sup> hin zu seiner heutzutage sehr allgemein formulierten und einer weiten Auslegung zugänglichen Fassung.

Infolge einer daraus resultierenden, immanenten Unterbestimmtheit, die durch eine extensive Auslegung aller Tatbestandsmerkmale<sup>55</sup> und damit natürlicherweise verbundenen Anwendungshäufung eher verstärkt als begrenzt wurde, wird der Tatbestand mittlerweile nicht ganz zu Unrecht als zur »Allzweckwaffe«<sup>56</sup> oder zum »Vehikel«<sup>57</sup> verkommenes Instrument der Justiz gegen alle möglichen Formen potentiell wirtschaftsstrafrechtlichen Handelns kriti-

---

genständigen Strafgrund der Untreue entdeckt; oder LK/*Schünemann*, § 266, Rn. 1, wonach die Untreue eine aus viktimodogmatischen Aspekten schutzlose Rechtsgutsflanke des Rechtsgutsträgers schützen solle.

52 Vgl. hierzu S/S/W-*Saliger*, § 266, Rn. 5; LK/*Schünemann*, § 266, Rn. 3; NK/*Kindhäuser*, § 266, Rn. 3 a.E.; A/W/*Heinrich/H*, § 22, Rn. 6; anders: *Fischer*, § 266, Rn. 3.

53 Vgl. S/S/W-*Saliger*, § 266, Rn. 3.

54 Vgl. zur Geschichte LK/*Schünemann*, § 266, vor Rn. 1.

55 Nur beispielhaft genannt seien die frühzeitige bzw. ausufernde Annahme einer Pflichtentstellung (vgl. statt vieler die Auflistung in LK/*Schünemann*, § 266, Rn. 127–162 [!] von »A« wie »Abgeordneter« bis »Z« wie »Zugführer«), die frühzeitige Annahme einer Pflichtverletzung (wie der Verstoß gegen ein allgemeines Schädigungsverbot [§ 93 Abs. 1 Satz 1 AktG], vgl. BGH NJW 2006, 522, 523 [Mannesmann]), oder auch die Berücksichtigung von Gefährdungsschäden (vgl. hierzu BVerfG NJW 2010, 3209, 3218, Rn. 136ff.).

56 Z. B. *Seier*, in: *Entwicklungen und Probleme des Strafrechts*, S. 105 ff.

57 So *Hamann* zum Fall Middelhoff (Landgericht Essen – Urteil v. 14. 11. 2014 – 35 KIS 14/13): »Es ist das Vehikel, um Manager eigentlich für etwas anderes zu bestrafen. Im Falle Middelhoffs ist es sein Misserfolg«, in: *Zeit Online* v. 14. 11. 2014, <http://www.zeit.de/wirtschaft/2014-11/middelhoff-arcandor-essen-langericht> – zuletzt abgerufen am 30. 11. 2017.