

Beiträge zum Wirtschaftsstrafrecht

---

Band 4

**Der Vermögensnachteil  
in der Untreue – Möglichkeit  
einer Kompensation durch rechtlich  
missbilligte Vorteile**

**Eine Untersuchung vor dem Hintergrund  
der neueren Entwicklung der Rechtsprechung**

**Von**

**Judith Maurer**



**Duncker & Humblot · Berlin**

JUDITH MAURER

Der Vermögensnachteil in der Untreue – Möglichkeit  
einer Kompensation durch rechtlich missbilligte Vorteile

# Beiträge zum Wirtschaftsstrafrecht

Herausgegeben von  
Nikolaus Bosch und Nina Nestler

Band 4

# Der Vermögensnachteil in der Untreue – Möglichkeit einer Kompensation durch rechtlich missbilligte Vorteile

Eine Untersuchung vor dem Hintergrund  
der neueren Entwicklung der Rechtsprechung

Von

Judith Maurer



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät  
der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg hat diese Arbeit  
im Jahre 2021 als Dissertation angenommen.

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.

Alle Rechte vorbehalten  
© 2022 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Satz: 3w+p GmbH, Rimpau  
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach  
Printed in Germany

ISSN 2700-189X (Print) / 2700-1903 (Online)  
ISBN 978-3-428-18495-8 (Print)  
ISBN 978-3-428-58495-6 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

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

*Für Antje und Matthias*



## **Vorwort**

Diese Arbeit lag im Sommersemester 2021 der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg vor. Die Arbeit wurde im April 2021 fertiggestellt. Das Rigorosum fand am 12. Juli 2021 statt. Rechtsprechung und erschienene Literatur konnten bis zu diesem Zeitpunkt berücksichtigt werden.

Meinem Doktorvater *Professor Dr. Dr. h.c. Walter Perron* möchte ich für die Übernahme und Betreuung der Arbeit, die wertvolle Diskussion, seine Anregungen und seine stete Bereitschaft zu persönlicher Hilfestellung besonders danken. Er hat mir die Freiheit gelassen, mich fachlich und letztlich auch persönlich selbstständig weiterzuentwickeln. Gleichzeitig konnte er bei Bedarf die Entwicklung dieser Arbeit durch neue Denkanstöße stets voranbringen.

*Professor Dr. Gerson Trüg* danke ich für die Erstattung des Zweitgutachtens.

Mein persönlicher Dank gilt den Herausgebern der Schriftenreihe „Beiträge zum Wirtschaftsstrafrecht“ für die Aufnahme meiner Arbeit in diese Reihe.

Nicht zuletzt möchte ich *meinen Eltern* für die fortlaufende Unterstützung während meines gesamten Lebenswegs danken. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet. Ohne sie und die Unterstützung meines privaten Umfelds wäre der erfolgreiche Abschluss dieser Arbeit und meiner Ausbildung im Allgemeinen nicht denkbar gewesen. Mein Dank gebührt deshalb auch *Jonas, Benjamin, Alexander und Hannah*.

Hamburg, im August 2021

*Judith Maurer*



# **Inhaltsverzeichnis**

## *Teil 1*

### **Einführung in die Problematik** 19

A. Einleitung .....	19
B. Gang der Bearbeitung .....	22

## *Teil 2*

### **Analyse der uneinheitlichen Rechtsprechung zum Vermögensnachteil** 23

A. BGH (4. Strafsenat), NJW 1975, 1234 ff. – „Bundesliga-Entscheidung“ .....	23
B. BGH (2. Strafsenat), NStZ 2009, 95 ff. – „Siemens/Enel“ .....	25
C. BVerfG, NJW 2010, 3209 ff. – „Grundsatzentscheidung“ .....	27
D. BGH (2. Strafsenat), NJW 2010, 3458 ff. – „Trienekens“ .....	28
E. BGH (1. Strafsenat), NJW 2011, 88 ff. – „Siemens/AUB“ .....	29
F. BGH (2. Strafsenat), NJW 2013, 401 ff. – „Telekom-Spitzelaffäre“ .....	31
G. BGH (1. Strafsenat), BeckRS 2018, 37760 – „Arzneimittel/Russlandgeschäft“ .....	32
H. Zwischenfazit .....	35

## *Teil 3*

### **Die Grundlagen zum Tatbestand der Untreue** 36

A. Grundsatzfragen des Untreuetatbestands .....	36
I. Strafwürdigkeit .....	36
II. Geschütztes Rechtsgut .....	37
III. Grundsätzlich einheitliche Betrachtung des Vermögensstrafrechts .....	38
IV. Untreue als Auffangtatbestand? .....	38
V. Verschleifungsverbot .....	39

B. Tatbestandsmerkmale .....	40
I. Besondere Pflichtenstellung gegenüber fremdem Vermögen – Täterqualifikation .....	40
II. Pflichtwidrige Handlung .....	42
1. Missbrauch .....	42
2. Treubruch .....	43
a) Art der Pflicht .....	43
b) Pflichtwidrigkeit .....	44
aa) Gravierende Pflichtverletzung .....	44
bb) Spezifisch vermögensschützende Betreuungspflicht .....	46
3. Einverständnis des Treugebers .....	47
III. Vermögensnachteil .....	49
1. Vermögensbegriff .....	50
a) Juristischer Vermögensbegriff .....	50
b) Wirtschaftlicher Vermögensbegriff .....	50
c) Juristisch-ökonomischer Vermögensbegriff .....	51
d) Integrierter Vermögensbegriff .....	51
e) Nach der Entscheidung des BVerfG .....	52
f) Einschätzung .....	52
2. Feststellung der Minderung .....	53
a) Prinzip der Gesamtsaldierung .....	53
b) Besonderheiten des Untreue-Tatbestands .....	54
aa) Unterlassen der Gewinnmehrung: Verlust von Expektanzen .....	54
bb) Berechnung des Nachteils .....	57
cc) Berechnungsmethode .....	57
(1) Vorher-Nachher-Vergleich .....	57
(2) Hypothetischer Sollzustand (korrigierte ex post-Betrachtung) .....	58
(3) Nach dem BVerfG .....	59
(4) Einschätzung .....	59
c) Kausalität und Zurechnung .....	62
aa) Pflichtwidrigkeit .....	63
bb) Unmittelbarkeit des Vermögensabflusses .....	64
(1) Keine Übertragbarkeit des Betrugs-Spezifikums der Unmittelbarkeit .....	64
(2) Unmittelbar entstehender Vermögensabfluss zur Begrenzung .....	65
(3) Einschätzung .....	66
cc) Schutzzweck der Norm .....	68
3. Sonderproblem: Vermögensgefährdung .....	70
4. Personalisierung des Vermögensnachteils .....	75
5. Kompensation .....	75
IV. Subjektiver Tatbestand: Vorsatz .....	75
V. Schlussfolgerung: „Verengung“ auf zwei Tatbestandsmerkmale .....	77

*Teil 4*

<b>Grundsätze der Bestimmung der Kompensation bei illegalem Vermögenseinsatz</b>	79
A. Generelle Bedeutung der Kompensation im Wirtschaftsstrafrecht und Definition . . . . .	79
B. Voraussetzung für die Anerkennung einer Kompensation . . . . .	80
I. Wirtschaftliche Gleichwertigkeit von Vermögensabfluss und Vermögenszufluss . . . . .	80
1. Bestimmung einer Werthaltigkeit: Der Vermögensbegriff auf Vorteilsseite . . . . .	80
a) Juristisch-ökonomischer Vermögensbegriff . . . . .	81
b) Rein wirtschaftlicher Vermögensbegriff . . . . .	82
c) Einschätzung . . . . .	84
d) Zwischenergebnis . . . . .	89
2. Wertminderung bei rechtlicher Missbilligung . . . . .	89
a) Grundsatz: Anwendung einer Wertminderung . . . . .	89
aa) Abgrenzung individueller Schadenseinschlag . . . . .	90
bb) Berücksichtigte Minderungsfaktoren . . . . .	90
(1) Aufdeckungs- und Sanktionsrisiko . . . . .	90
(2) „Reduzierung auf Null“: Fehlende Nutzbarkeit . . . . .	91
(3) Einpreisung durch die Parteien . . . . .	92
(4) Einschätzung und Anwendung . . . . .	93
b) Vorliegend zu untersuchende Fälle . . . . .	94
c) Grundvoraussetzung: Risiko des Wertabflusses . . . . .	95
d) Konkrete Berechnung der Wertminderung . . . . .	95
aa) Anforderungen an das Entdeckungs- und Verlustrisiko . . . . .	95
(1) Hoof: Unterschiedliche Betrachtung . . . . .	96
(2) 4. Strafsenat (Bundesliga-Entscheidung): 51% . . . . .	96
(3) Schreiber/Beulke: Hohe Wahrscheinlichkeit . . . . .	98
(4) Ransiek: In dubio pro reo . . . . .	99
(5) Velten: Wie bei Risikogeschäften . . . . .	100
(6) Saliger/Gaede: Kritik an der „schadensgleiche[n] Kompensations-gefährdung“ . . . . .	102
(7) Burger: Eigene Saldierung . . . . .	104
(8) Zwischenergebnis . . . . .	105
bb) Beurteilungszeitpunkt: Ex ante/Ex post . . . . .	106
cc) Bewertung der Kompensationseinbuße durch das Entdeckungsrisiko . . . . .	107
(1) Relation zwischen Kompensationsgefährdung und effektivem Wertverlust . . . . .	107
(2) Unmittelbarkeit der drohenden Minderung? . . . . .	108
(3) Konkrete Beizifferung . . . . .	110
(4) Heranziehung des Bilanzrechts? . . . . .	111

(5) Anwendung auf die vorliegende Konstellation .....	113
(a) Sanktionshöhe .....	113
(aa) Einziehung .....	113
(bb) Bußgeld nach OWiG .....	115
(cc) Zwischenergebnis .....	116
(b) Entdeckungswahrscheinlichkeit .....	117
e) Zwischenergebnis: Keine Minderung .....	118
II. Unterschiedliche Auswirkung verschiedener Nichtigkeitsgründe? .....	118

### *Teil 5*

#### **Konkrete Faktoren zur Wertbestimmung illegal erlangter Vermögensvorteile 121**

A. Feststellung des konkreten Vermögenszuflusses .....	121
I. Zurechnung kompensationsfähiger Vermögenszuflüsse .....	121
1. Kausalität/Unmittelbarkeit .....	122
2. Einzel-/Gesamtbetrachtung .....	124
a) Meinungsstand .....	124
b) Einschätzung .....	126
3. Sonderfall: Ansprüche gegen den Treuhänder? .....	128
a) (Schadens-)Ersatzansprüche .....	128
b) Ausgleichsfähiger und -bereiter Treuhänder .....	128
c) Einschätzung .....	130
d) Zeitabhängiger Zinsschaden .....	132
II. Werthaltigkeit des Vermögenszuflusses .....	134
1. Relevante Vermögensbestandteile .....	135
a) Allgemeine Positionen .....	135
b) Expektanzen auf Zuflusseite .....	135
aa) Unterschiedliche Betrachtung bei Abfluss und Zufluss? .....	135
(1) Unterschiedliche Betrachtung .....	136
(2) Einheitliche Behandlung .....	138
(3) Einschätzung .....	140
bb) Spiegelbildliche Behandlung: Verhältnis zur Vermögensgefährdung ..	143
2. Wertbestimmung des Vermögenszuflusses .....	144
a) Exakte Bezifferung auch des Vorteils? .....	145
b) Rückgriff auf Sachverständige .....	147
c) Bilanzrecht .....	149
aa) Anwendung in der Grundsatzentscheidung .....	149
bb) Kein „bilanzrechtsakzessorisches“ Vermögen .....	151
cc) Die relative Bilanzwahrheit .....	152

dd) Eignung einzelner Bewertungsgrundsätze .....	154
(1) Bewertungsgrundsätze des HGB .....	154
(2) Bewertungsgrundsätze der IFRS .....	156
ee) Einschätzung .....	157
ff) Sonderproblem: Zweifelssatz .....	160
gg) Fazit .....	161
d) Konkrete strafrechtliche Wertbestimmung der zugeflossenen Position .....	161
aa) Zufluss allgemeiner Positionen .....	161
(1) „Marktwert“ eines Vermögensgegenstands .....	162
(a) Grundsatz .....	162
(b) Bewertungsperspektive .....	164
(2) IFRS 13: Bemessung des beizulegenden Zeitwerts .....	165
(3) Illegale Positionen – „Schwarzmarktwert“ .....	165
(4) Singuläre Ereignisse .....	168
(5) Zwischenfazit .....	171
bb) Zufluss von Forderungen und Expektanzen .....	171
(1) Rechtlich abgesicherte Expektanz .....	172
(a) Nennwert der Forderung .....	173
(b) Konkreter wirtschaftlicher Wert .....	174
(aa) Marktwert einer Forderung? .....	174
(bb) Singuläres Ereignis – Einbringlichkeit der Forderung .....	175
(cc) Zwischenergebnis .....	177
(2) Faktisch abgesicherte Expektanz .....	177
(a) Sonderproblem: Beherrschbarkeit durch den Treuhänder .....	178
(b) Zwischenergebnis .....	179
(c) Marktwert einer faktischen Expektanz? .....	180
(d) Singuläres Ereignis: Wahrscheinlichkeit der Realisierung .....	180
(3) Zwischenfazit für die Bewertung von Expektanzen .....	183
cc) Zwischenfazit für die Wertbestimmung von Vermögenszuflüssen .....	183
e) Exkurs: Folgerung für die Beizifferung der Kompensationsgefährdung .....	184
B. Punktuelle Normativierung trotz wirtschaftlichem Vermögensbegriff? .....	186
I. Zulasten des Treuhämers .....	186
1. Das Einrichten schwarzer Kassen .....	186
a) Die Entwicklung der BGH-Rechtsprechung .....	187
b) Kritische Prüfung der Rechtsprechung .....	188
aa) Vermögensabfluss .....	189
(1) Einrichtung der schwarzen Kasse .....	189
(a) Totalverlust durch Aussortierung der Gelder .....	189
(b) Kein Vermögensabfluss durch Aussortierung .....	190

(c) Einschätzung . . . . .	191
(2) Zinsschaden . . . . .	195
(3) Konkrete Ausgestaltung – Zugriff Dritter . . . . .	195
(4) Zusammenfassung . . . . .	197
bb) Vermögenszufluss/Kompensation . . . . .	198
(1) Chance auf zukünftige Zuflüsse . . . . .	198
(a) Verwendungabsicht des Treuhänders – vermögenswerte Ex- spektanz? . . . . .	198
(b) Rechtliche Missbilligung der erlangten Chance? . . . . .	203
(c) Zwischenergebnis . . . . .	204
(2) Rückgabefähigkeit und -bereitschaft . . . . .	204
c) Zusammenfassung . . . . .	207
2. Individueller Schadenseinschlag . . . . .	208
3. Zweckverfehlung . . . . .	212
a) Einseitiger Vermögensabfluss . . . . .	212
b) Gegenseitiger gleichwertiger Mittelaustausch . . . . .	212
c) Einschätzung . . . . .	213
4. Zwischenergebnis . . . . .	215
II. Zugunsten des Treuhänders . . . . .	216
1. Bewertung immaterieller Vermögenspositionen – Ausnahme von der Geld- wertsaldierung? . . . . .	216
a) Immaterielle Vermögenspositionen . . . . .	216
b) Bewertung nach den obigen Grundsätzen? . . . . .	217
c) Vermögenswerte Exspektanz . . . . .	218
d) Abweichung von der Geldwertsaldierung – Geldwertäquivalentes Vorteils- bestimmungsinstrument? . . . . .	219
e) Lösung über die Pflichtwidrigkeit . . . . .	220
f) Zwischenergebnis . . . . .	221
2. Befreiung von einer Verbindlichkeit . . . . .	222
3. Vorleistung . . . . .	223
III. Zwischenergebnis . . . . .	224
C. Exkurs: Folge für den Vorsatz . . . . .	224

## Teil 6

<b>Schlussfolgerungen für die dargestellte Rechtsprechung</b>	227
Entscheidung .....	228
1 .....	231

C. BVerfG-Grundsatzentscheidung .....	234
D. Trienekens .....	237
E. Siemens/AUB .....	238
F. Telekom-Spitzelaffäre .....	241
G. Arzneimittel/Russlandgeschäft .....	244
H. Abschließende Kritik .....	248

*Teil 7***Fazit dieser Arbeit**

251

<b>Literaturverzeichnis</b> .....	256
<b>Internetquellen</b> .....	267
<b>Sachwortverzeichnis</b> .....	268

## Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
a. E.	am Ende
AG	Aktiengesellschaft (Rechtsform)
AG	Die Aktiengesellschaft – Zeitschrift für deutsches, europäisches und internationales Aktien-, Unternehmens- und Kapitalmarktrecht
BeckOK BGB	Beck'scher Online-Kommentar BGB
BeckOK GG	Beck'scher Online-Kommentar GG
BeckOK OWiG	Beck'scher Online-Kommentar OWiG
BeckOK StGB	Beck'scher Online-Kommentar StGB
BeckRS	Beck-online Rechtsprechung
Beck'scher Bilanz-Komm	Beck'scher Bilanz-Kommentar
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
Bruns-FS	Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
Dreher-FS	Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag am 29. April 1977
DStR	Deutsches Steuerrecht
f.	folgende
ff.	fortfolgende
Fischer/Hoven	Dogmatik und Praxis des strafrechtlichen Vermögensschadens, Hrsg. Fischer, Thomas/Hoven, Elisa
Frisch-FS	Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems – Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
Graf/Jäger/Wittig- <i>Bearbeiter</i>	Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
Hamm-FS	Festschrift für Rainer Hamm zum 65. Geburtstag am 24. Februar 2008
Heinz-FS	Festschrift für Wolfgang Heinz zum 70. Geburtstag
Henssler/Strohn	Gesellschaftsrecht, Beck'sche Kurzkommentare, Band 62
h. L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
HRRS	Onlinezeitschrift für Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht
HWSt- <i>Bearbeiter</i>	Handbuch Wirtschaftsstrafrecht
i. E.	im Ergebnis
i. H. d.	in Höhe des/der

Imme Roxin-FS	Festschrift für Imme Roxin
i. R. d.	im Rahmen des/der
i. S. d.	im Sinne des/der
i. w. S.	im weiteren Sinne
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Karlsruher Kommentar OWiG	Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
Karlsruher Kommentar StPO	Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung
Kindhäuser-FS	Festschrift für Urs Kindhäuser zum 70. Geburtstag
Kohlmann-FS	Festschrift für Günter Kohlmann zum 70. Geburtstag
Lackner-FS	Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987
Lackner/Kühl- <i>Bearbeiter</i>	Lackner/Kühl Strafgesetzbuch
Lampe-FS	Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag
LK- <i>Bearbeiter</i>	Strafgesetzbuch – Leipziger Kommentar
LK(10.Aufl.)- <i>Bearbeiter</i>	Strafgesetzbuch – Leipziger Kommentar, in der 10. Auflage, Berlin 1988
Lüderssen-FS	Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002
Michalski/Heidinger/ Leible/J. Schmidt, GmbHG	Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), Hrsg. Heidinger, Andreas u. a.
Momsen/Grützner- <i>Bearbeiter</i>	Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Handbuch für die Unternehmens- und Anwaltspraxis, Hrsg. Momsen, Carsten/Grützner, Thomas
MüKo AktG- <i>Bearbeiter</i>	Münchener Kommentar zum Aktiengesetz
MüKo- <i>Bearbeiter</i>	Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch
MüKo BGB- <i>Bearbeiter</i>	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
MüKo HGB- <i>Bearbeiter</i>	Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch
Müller-Dietz-FS	Grundfragen staatlichen Strafens – Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NK- <i>Bearbeiter</i>	Nomos Kommentar Strafgesetzbuch
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZWiSt	Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht
PKS	Polizeiliche Kriminalstatistik
Puppe-FS	Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion – Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag
Rissing-van Saan-FS	Festschrift für Ruth Rissing-van Saan zum 65. Geburtstag am 25. Januar 2011
S.	Seite oder Satz

Samson-FS	Recht – Wirtschaft – Strafe, Festschrift für Erich Samson zum 70. Geburtstag
Sch/Sch-Bearbeiter	Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar
Seebode-FS	Festschrift für Manfred Seebode zum 70. Geburtstag am 15. September 2008
SK-Bearbeiter	SK-StGB – Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch
S/S/W-Bearbeiter	Strafgesetzbuch Kommentar, Hrsg. Satzger, Helmut/Schluckebier, Wilhelm
StGB	Strafgesetzbuch
StraFo	Strafverteidiger Forum
St. Rspr.	Ständige Rechtsprechung
StV	Strafverteidiger, Zeitschrift
Tiedemann-FS	Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht – Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtsstatsachen – Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag
vgl.	vergleiche
Volk-FS	In dubio pro libertate: Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag
Weber-FS	Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag, 18. September 2004
wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
WM	Wertpapiermitteilungen – Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WPg	Die Wirtschaftsprüfung
ZiS	Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik
ZstW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZWH	Zeitschrift für Wirtschaftsstrafrecht und Haftung im Unternehmen

## Teil I

# Einführung in die Problematik

## A. Einleitung

Die Untreue stellt in der heutigen Wirtschaftsordnung den zentralen strafrechtlichen Tatbestand dar. Denn das moderne Wirtschaftssystem funktioniert arbeitsteilig. Die den Markt beherrschenden Großunternehmen sind meist als juristische Person organisiert, sodass die Vermögensinhaberschaft und die Vermögensverwaltung auseinanderfallen. In diesem Zusammenhang bietet der Untreuetatbestand Schutz vor einer vorsätzlichen, pflichtwidrigen und mit Vermögensnachteilen verbundenen Ausübung der anvertrauten internen Machtstellung in der fremden Vermögensphäre.<sup>1</sup> Es wird also vor einem Vermögensangriff „von innen heraus“<sup>2</sup> geschützt.

Die Globalisierung der Wirtschaft und ein stark wettbewerbsorientiertes Marktumfeld setzen die Wirtschaftsteilnehmer unter Druck und begünstigen es, dass immer „kreativere“ Wege der Gewinnsteigerung gefunden werden. Dies hat zum einen dazu geführt, dass die Rechtsprechung immer neue und bis dahin unbekannte Konstellationen rechtlich bewerten muss. Zum anderen hat sich gezeigt, dass der Untreuetatbestand aufgrund seiner abstrakten Formulierung häufig der einzige – zumindest dem Wortlaut nach – einschlägige Tatbestand ist. Die Untreue konnte so genutzt werden, um „das traditionelle Unterschichtsstrafrecht durch ein Oberschichtsstrafrecht zu ergänzen“.<sup>3</sup>

In diesem Zusammenhang ist eine Vielzahl von Fällen öffentlich bekannt geworden, in denen leitende Angestellte von bekannten Großunternehmen Gelder in enormer Höhe auf illegale Weise ausgesondert und eingesetzt haben, um so den Gewinn ihrer „Geschäftsherren“ zu maximieren. Das Ausmaß, die Verbreitung und die Selbstverständlichkeit dieser Praxis riefen berechtigter Weise große Empörung hervor. So waren mehrere Vereine der Fußballbundesliga<sup>4</sup>, führende Politiker<sup>5</sup> und

---

<sup>1</sup> S/S/W-Saliger, § 266 Rn. 3.

<sup>2</sup> Schünemann, in: NStZ 2005, 473, 474; so auch Saliger, in: HRRS 2006, 10, 17 m. w. N.

<sup>3</sup> Vgl. Schünemann, in: Leipziger Praxiskommentar, Rn. 44 m. w. N.

<sup>4</sup> Vgl. BGH, NJW 1975, 1234 ff.

<sup>5</sup> BGH, NJW 2007, 1760 ff. (Kanther); LG Bonn, NStZ 2001, 375 ff. (Kohl).

bekannte Wirtschaftsunternehmen wie Siemens<sup>6</sup> oder VW<sup>7</sup> in derartige Skandale verstrickt.

Dies hat zu einer Vielzahl von BGH-Entscheidungen geführt, die sich mit dem Tatbestand der Untreue beschäftigten (wenn es nicht zu einer vorzeitigen Beendigung durch Einstellungen oder zu Verständigungen kam). Diese Entscheidungen lassen allerdings keine einheitliche Rechtsprechungslinie erkennen.<sup>8</sup> Dies mag vor allem an den sehr unterschiedlichen Fallkonstellationen liegen, da eine Vermögensschädigung „von innen heraus“ in den verschiedensten Zusammenhängen auftreten kann.

Auch das BVerfG hat in diesem Zusammenhang eine *Grundsatzentscheidung*<sup>9</sup> zur Vereinbarkeit des Untreuetatbestands mit dem Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG gefällt. Hierin urteilte es den Tatbestand der Untreue als verfassungsgemäß, betonte allerdings die Notwendigkeit einer präzisierenden Auslegung durch die Rechtsprechung.<sup>10</sup>

Auch in den für die vorliegende Arbeit relevanten Fällen handelt es sich meist um Konstellationen der sogenannten „Organuntreue i. w. S.“.<sup>11</sup> Der potentielle Untreuetäter (*Treuhnehmer*) ist demnach entweder ein Organ einer juristischen Person im zivilrechtlich strikten Sinne oder ein leitender Angestellter mit großem Handlungsspielraum. Diese leitenden Angestellten versuchen häufig, den Profit des Unternehmens (*Treugeber*) „um jeden Preis“ – auch auf rechtlich verbotene Weise – zu steigern. In den hier untersuchten Fällen werden daher weder die besondere Pflichtenstellung, noch die Verletzung einer Pflicht besonders problematisch sein. Auch ein zumindest bedingter Vorsatz dürfte meist zu bejahen sein. Die Frage der Untreuestrafbarkeit entscheidet sich dann letztlich vorrangig an dem Tatbestandsmerkmal des Vermögensnachteils. Bei einer Vielzahl der beschriebenen „Organuntreue“-Konstellationen ist dabei zu berücksichtigen, dass der handelnde Angestellte im (vermeintlichen) Interesse des Unternehmens agiert. Er gibt zwar Unternehmensvermögen unter Verstoß gegen rechtliche Vorgaben aus. Diese Ausgaben generieren teilweise aber wirtschaftlich betrachtet erhebliche Vorteile für das betreffende Unternehmen.

In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass das Tatbestandsmerkmal des Vermögensnachteils aus zwei Komponenten besteht. Es muss ein Vermögensabfluss stattgefunden haben und dieser darf nicht durch gleichzeitig zugeflossene Vorteile ausgeglichen worden sein. Es kommt also darauf an, ob im Wege einer Gesamtsaldierung letztlich ein negativer Saldo „übrigbleibt“. Es ist daher in den darge-

<sup>6</sup> BGH, NStZ 2009, 95 ff. und BGH, NJW 2011, 88 ff.

<sup>7</sup> BGH, NJW 2010, 92 ff.

<sup>8</sup> Siehe zur detaillierten Auseinandersetzung mit der uneinheitlichen höchstrichterlichen Rechtsprechung unten, S. 22 ff.

<sup>9</sup> BVerfG, NJW 2010, 3209 ff.

<sup>10</sup> BVerfG, NJW 2010, 3209, 3212 ff.

<sup>11</sup> Schünemann, in: StraFo 2010, 1, 2.

stellten Fällen der „Organuntreue“ zu klären, ob die illegal erlangten Vorteile, die wirtschaftlich gesehen einen Vermögenswert haben, die vorangegangene Weggabe von legalen Unternehmensgeldern kompensieren kann und daher ein Vermögensnachteil insgesamt zu verneinen wäre. Hierbei handelt es sich letztlich um die Frage, welches Vermögensverständnis innerhalb des kompensierenden Vermögenszuflusses anzuwenden ist.

Hierzu gibt der Wortlaut der Untreue keine Auskunft. Es kommt daher, auch nach Ansicht des BVerfG<sup>12</sup>, auf eine präzisierende Auslegung durch die Rechtsprechung an.

Es wird in dieser Arbeit zu zeigen sein, dass die Rechtsprechung dem, in Bezug auf die Beurteilung vermögensmehrender Zuflüsse, bisher nicht nachgekommen ist. Zwar hatten die Strafsenate des BGH in den letzten Jahren eine Fülle von potentiellen Untreuekonstellationen aus dem Wirtschaftsleben zu beurteilen.<sup>13</sup> Innerhalb der Prüfung des Vermögensnachteils haben sich die Strafsenate allerdings auf den Vermögensabfluss konzentriert und dem Vermögenszufluss keine eigenständige Bedeutung zuerkannt. Sie haben keine einheitlichen Beurteilungskriterien oder Bewertungsverfahren entwickelt, wonach ein potentieller, werthaltiger Vermögenszufluss verlässlich bestimmt werden könnte. Dies ist problematisch, da die Schadenskompensation anerkannter Teil des Nachteilsmerkmals ist und bei ihrer Bejahung eine Strafbarkeit zu verneinen wäre.<sup>14</sup> Denn die Untreue ist ein reines Erfolgsdelikt, in dem der Vermögensnachteil zwingendes Tatbestandsmerkmal und damit strafbegründend ist.

Die relevanten Vermögenszuflüsse wurden in den Urteilen häufig pauschal und mit normativer Begründung aufgrund ihrer illegalen Erlangung abgelehnt, ohne dass eine eingehende Auseinandersetzung mit dem tatsächlichen Wert der erlangten Zuflüsse stattgefunden hat. Dieses Vorgehen wurde der wirtschaftlichen Wirklichkeit häufig nicht gerecht. Es wurde dem BGH in diesem Zusammenhang vorgeworfen, er schütze mit dieser Rechtsprechung die Redlichkeit des Wirtschaftsverkehrs und nicht das individuelle Vermögen.<sup>15</sup>

In einer neueren Entscheidung hat sich allerdings der 1. Strafsenat<sup>16</sup> eingehender mit der wirtschaftlichen Bedeutung illegal erlangter Vorteile beschäftigt, sodass die Frage der berücksichtigungsfähigen Vermögenszuflüsse bzw. des geltenden Vermögensbegriffs auf Kompensationsseite aktuell erneut aufgeworfen wurde.

Dies soll in der vorliegenden Arbeit zum Anlass genommen werden, einheitliche, stringente und abstrakte Beurteilungskriterien für Vermögenszuflüsse zu erarbeiten.

---

<sup>12</sup> BVerfG, NJW 2010, 3209, 3212 ff.

<sup>13</sup> Siehe beispielsweise die untersuchten Fälle ab S. 22 ff.

<sup>14</sup> Vgl. BVerfG, NJW 2010, 3209, 3214; Sch/Sch-Perron, § 266 Rn. 41 m. w. N.; MüKo-Dierlamm, § 266 Rn. 206; vgl. NK-Kindhäuser, § 266 Rn. 103, 106.

<sup>15</sup> Siehe hierzu unten, S. 22 ff.

<sup>16</sup> Siehe hierzu unten, S. 32 ff.