

# Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis.....	XIX
<b>A. Einleitung.....</b>	<b>1</b>
I.    Fragestellung und Ziel der Untersuchung.....	1
II.    Gang der Untersuchung und Begriffsklärung.....	4
<b>B. Die Rechtsprechung.....</b>	<b>7</b>
I.    Entwicklung der Rechtsprechung.....	7
1.    RG vom 13.07.1936 – RGSt 70, 321 .....	7
a) Sachverhalt .....	7
b) Urteilsgründe.....	7
2.    RG vom 27.07.1939 – RGSt 73, 283 .....	8
a) Sachverhalt .....	8
b) Urteilsgründe.....	8
3.    BGH vom 16.12.1960 – BGHSt 15, 342 .....	9
a) Sachverhalt .....	9
b) Urteilsgründe.....	9
4.    BGH vom 06.02.1961 – BGHSt 15, 372 .....	10
a) Sachverhalt .....	10
b) Urteilsgründe.....	10
5.    KG vom 12.10.1964 – NJW 1965, 703 .....	10
a) Sachverhalt .....	10
b) Beschlussgründe.....	11
6.    BayObLG vom 20.07.1965 – NJW 1966, 116.....	12
a) Sachverhalt .....	12
b) Urteilsgründe.....	12
7.    OLG Stuttgart vom 21.02.1968 – NJW 1968, 1340 .....	12
a) Sachverhalt .....	12
b) Urteilsgründe.....	12
8.    KG vom 22.07.1971 – NJW 1972, 218 (Klarstellung zu KG vom 12.10.1964 – NJW 1965, 703).....	13
a) Sachverhalt .....	13
b) Urteilsgründe.....	13
9.    BayObLG vom 13.03.1973 – JZ 1973, 325 .....	13
a) Sachverhalt .....	13
b) Urteilsgründe.....	14

10.	BGH vom 06.04.1982 – NStZ 1982, 331.....	14
a)	Sachverhalt .....	14
b)	Urteilsgründe .....	14
11.	BGH vom 03.11.1982 – MDR 1983, 281 .....	15
12.	BGH vom 28.01.1983 – NJW 1983, 1807.....	15
13.	BGH vom 27.01.1988 – BGHR Nachteil 8 zu § 266 StGB .....	15
a)	Sachverhalt .....	15
b)	Urteilsgründe.....	15
14.	OLG Karlsruhe vom 30.08.1989 – NStZ 1990, 82.....	16
a)	Sachverhalt .....	16
b)	Beschlussgründe.....	16
15.	OLG Celle vom 03.04.1990 – MDR 1990, 846 .....	17
a)	Sachverhalt .....	17
b)	Beschlussgründe.....	17
16.	BGH vom 02.08.1990 – wistra 1990, 352 .....	17
a)	Sachverhalt .....	17
b)	Urteilsgründe .....	17
17.	BGH vom 13.12.1994 – NStZ 1995, 223.....	18
a)	Sachverhalt .....	18
b)	Beschlussgründe.....	18
18.	BGH vom 07.05.1997 – NStZ-RR 1997, 298.....	19
a)	Sachverhalt .....	19
b)	Urteilsgründe .....	19
19.	BGH vom 30.10.2003 – NStZ-RR 2004, 54.....	19
a)	Sachverhalt .....	19
b)	Beschlussgründe .....	20
20.	OLG Karlsruhe vom 26.04.2004 – wistra 2005, 399 .....	21
a)	Sachverhalt .....	21
b)	Urteilsgründe .....	21
21.	KG vom 23.03.2007 – NJW 2007, 3366.....	21
a)	Sachverhalt .....	21
b)	Urteilsgründe .....	22
22.	BGH vom 02.04.2008 – BGHSt 52, 182 .....	22
a)	Sachverhalt .....	22
b)	Urteilsgründe .....	22
23.	BGH vom 29.08.2008 – BGHSt 52, 323 .....	23
a)	Sachverhalt .....	23
b)	Urteilsgründe .....	23
II.	Analyse der Rechtsprechung .....	24
1.	Typische Sachverhaltskonstellationen .....	25

2. Verortung von Ausgleichsfähigkeit und Ausgleichsbereitschaft seitens der Rechtsprechung.....	26
3. Anforderungen an Ausgleichsfähigkeit und Ausgleichsbereitschaft.....	28
a) Ausgleichsfähigkeit .....	29
b) Ausgleichsbereitschaft .....	30
c) Kenntniserlangung.....	31
4. Ausnahmen und Einschränkungen .....	31
a) Ersatzbereitschaft Dritter .....	32
b) Bloß nachträgliche Schadenswiedergutmachung .....	33
c) Verschleierung / Manipulation / Versäumnis / Ordentlicher Gerichtsweg .....	34
d) Keine Wende der Rechtsprechung .....	36
5. Rechtliche Konsequenz: Folgenrelevanz der Rechtsprechung .....	36
a) Straflosigkeit des grundsätzlich pflichtwidrigen Verhaltens.....	37
b) Hypothetische Überlegungen zum subjektiven Tatbestand .....	38
c) Bedeutung eines Tatbestandsirrtums nach § 16 Abs. 1 S. 1 StGB .....	39
d) Auswirkungen eines Vorsatzwechsels.....	40
e) Nachträgliches Unmöglichwerden der Erfüllung der Ausgleichspflicht .....	41
6. Zwischenergebnis .....	43
 C. Legitimation der Berücksichtigung von Ausgleichsfähigkeit und Ausgleichsbereitschaft .....	45
I. Rechtsgüterschutz.....	46
1. Die originäre Aufgabe des Strafrechts .....	47
2. Daseinsberechtigung des § 266 StGB .....	49
3. Bedeutung von Ausgleichsfähigkeit und Ausgleichsbereitschaft.....	49
4. Zwischenergebnis .....	52
II. Auslegungskriterien.....	52
1. Wortlaut.....	52
a) Formulierung der Ausgleichsfähigkeit und Ausgleichsbereitschaft .....	52
b) Nachteil.....	53
c) Sonstige Tatbestandsmerkmale .....	54

2.	Sinn und Zweck .....	54
3.	Historie .....	57
4.	Systematik.....	60
	a) Grundlagen .....	60
	b) Ausgleichsfähigkeit und Ausgleichsbereitschaft im Rahmen von § 263 StGB .....	61
	c) Anonymer Betrugstäter versus bekannter Untreuetäter.....	62
	aa) Strukturelle Unterschiede.....	62
	bb) Folgerung.....	64
5.	Restriktive Auslegung als begrüßenswerte Tendenz und Aufgabe der Praxis .....	67
6.	Zwischenergebnis .....	69
III.	Subsidiaritäts- und <i>ultima-ratio</i> -Prinzip .....	70
1.	Grundlagen .....	70
	a) Subsidiaritätsprinzip .....	70
	b) Ultima-ratio-Prinzip.....	71
2.	Folgerung.....	72
	a) Zivilrechtliche Ausgleichsansprüche .....	72
	b) Unabhängigkeit von eventuellen Rechtspflichten.....	73
	c) Kein Erfordernis in spezial- oder generalpräventiver Hinsicht.....	74
	d) Bedürfnis eines sozialethischen Tadels .....	74
	e) Adressat des Subsidiaritäts- und <i>ultima-ratio</i> -Prinzips .....	75
3.	Zwischenergebnis .....	76
IV.	Straftheoretische Überlegungen.....	77
1.	Täterprofil.....	78
	a) Anhaltspunkte .....	78
	b) Vorwurf des bloßen Freikaufens .....	81
2.	Gründe des staatlichen Strafens vor dem Hintergrund relativer Straftheorien und die Bedeutung für den Normbefehl.....	84
	a) Grundlagen .....	84
	b) Normbefehl .....	85
	c) Einfluss der Berücksichtigung von Ausgleichsfähigkeit und Ausgleichsbereitschaft .....	86
3.	Soziale Kontrolle abseits von formeller Strafe .....	87
	a) Grundlagen .....	88
	b) Exkurs: Empirische Untersuchungen zu informellen Reaktionen.....	89

c)	Bedeutung für den ausgleichsfähigen und ausgleichsbereiten Treupflichtigen.....	90
4.	Zwischenergebnis .....	92
V.	Aspekte aus Treugeberperspektive .....	93
1.	Vereinfachter Ausgleich.....	93
2.	Strafverfolgung und Geheimhaltungsinteresse .....	95
3.	Bagatelle.....	96
4.	Berufsverbot des Treupflichtigen .....	97
5.	Zwischenergebnis .....	98
VI.	Spannungsverhältnis zwischen Recht und Moral.....	99
1.	Ansatz zur Begriffsklärung.....	100
a)	Versuch einer Definition .....	101
b)	Eklatante Unterschiede und Grenzziehung .....	101
2.	Spannungsverhältnis.....	102
a)	Strafbare Untreue gemäß § 266 StGB versus moralische Urteile .....	103
b)	Der getrübte Blick der Moral.....	104
3.	Zwischenergebnis .....	105
VII.	Praktische Erwägungen.....	106
1.	Gefahr von Schutzbehauptungen .....	107
2.	Beweis im Prozess und sonstige Auswirkungen.....	107
3.	Zwischenergebnis .....	108
VIII.	Vergleichender Blick in das Steuerstrafrecht.....	110
1.	Grundlagen .....	110
2.	Gemeinsamkeiten und Unterschiede .....	111
a)	Hintergrund .....	111
b)	Zeitpunkt .....	112
c)	Nachzahlung .....	112
d)	Rechtliche Folgen für den Handelnden.....	113
e)	Sonstige Wirkungen und die Reparabilität .....	114
f)	Motive .....	116
3.	Zwischenergebnis .....	117
IX.	Rechtsvergleichende Überlegungen .....	119
1.	Schweiz .....	120
a)	Veruntreuung von Vermögenswerten gemäß Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 SchwStGB.....	120
aa)	Voraussetzungen.....	120
(1)	Objektiver Tatbestand .....	120
(2)	Subjektiver Tatbestand .....	121

bb)	Unterschiede / Gemeinsamkeiten zu § 266 StGB.....	122
cc)	Weiterführender Hinweis zu § 246 Abs. 1, 2 StGB.....	123
(1)	Allgemein.....	123
(2)	Verhältnis zu § 266 StGB .....	124
dd)	Zwischenergebnis .....	125
b)	Ungetreue Geschäftsbesorgung gemäß	
	Art. 158 SchwStGB.....	125
aa)	Treubruch gemäß Art. 158 Ziff. 1 SchwStGB.....	126
(1)	Objektiver Tatbestand .....	126
(2)	Subjektiver Tatbestand .....	127
bb)	Missbrauch gemäß Art. 158 Ziff. 2 SchwStGB.....	127
(1)	Objektiver Tatbestand .....	127
(2)	Subjektiver Tatbestand.....	128
cc)	Die Bereicherungsabsicht im Besonderen .....	128
dd)	Vergleichbarkeit und Fazit.....	128
(1)	Vergleichbarkeit der Tatbestände allgemein .....	128
(2)	Vergleichbarkeit der Berücksichtigung von Ausgleichsfähigkeit und Ausgleichsbereitschaft.....	130
c)	Zwischenergebnis.....	131
2.	Österreich .....	131
a)	Untreue gemäß § 153 ÖStGB.....	131
aa)	Voraussetzungen und Besonderheiten .....	131
bb)	Vergleichbarkeit .....	133
(1)	Vergleichbarkeit der Tatbestände allgemein .....	133
(2)	Vergleichbarkeit der Berücksichtigung von Ausgleichsfähigkeit und -bereitschaft.....	133
b)	Zwischenergebnis.....	136
3.	Zwischenergebnis .....	137
X.	Ergebnis zur Legitimation der Berücksichtigung von Ausgleichsfähigkeit und Ausgleichsbereitschaft.....	137
D.	Ausgestaltung der Berücksichtigung von Ausgleichsfähigkeit und Ausgleichsbereitschaft .....	141
I.	Systematische Verortung im Untreuetatbestand .....	141
1.	Verortung in der Pflichtverletzung .....	142
2.	Verortung im Vermögensnachteil .....	143
a)	Grundlagen des Vermögensnachteils im Sinne von § 266 StGB .....	144
aa)	Vermögensbegriff .....	144
bb)	Objektiv-individueller Nachteilsbegriff.....	146

cc)	Gefährdungsschaden.....	147
dd)	Die Berechnungsmethode: Das Prinzip der Gesamtsaldierung und die nachteilsverhindernde Kompensation.....	149
(1)	Erster Schritt.....	149
(2)	Zweiter Schritt.....	150
(a)	Kompensationsgeeigneter Vorteil .....	150
(b)	Vollwertigkeit.....	151
(c)	Unmittelbarkeit auf der Vorteilsseite .....	151
(d)	Zeitliche Perspektive .....	153
(e)	Maßgebliche Saldierungsregeln .....	153
ee)	Zwischenergebnis .....	153
b)	Berücksichtigung von Ausgleichsfähigkeit und Ausgleichsbereitschaft .....	154
aa)	Über die Restriktionsansätze des Gefährdungsschadens .....	154
bb)	Über einen eventuellen Ausgleichsanspruch im Wege der Kompensation.....	155
(1)	Überprüfung bei Erforderlichkeit einer Gesamtsaldierung.....	156
(a)	Vollwertiger Vorteil .....	156
(aa)	Generelle Berücksichtigungsfähigkeit von Ansprüchen .....	157
(bb)	Bedeutung der Realisierbarkeit.....	157
(i)	Vergleichbare Rechtsprechung zu § 263 StGB.....	158
(ii)	Ausgleichsfähigkeit und -bereitschaft als wirtschaftlicher Wert.....	160
(iii)	Folgerung und Saldierung.....	161
(b)	Zwischenergebnis .....	163
(c)	Exkurs.....	164
(aa)	Fallgruppe: Aufrechnung.....	164
(bb)	Fallgruppe: Eigenmächtige Kreditaufnahme .....	166
(d)	Zwischenergebnis bei Erforderlichkeit einer Gesamtsaldierung.....	166
(2)	Berücksichtigungsfähigkeit von Schadensersatzansprüchen auf der Vorteilsseite für die Kompensation .....	167
(a)	Die Judikatur zur Berücksichtigungsfähigkeit von Schadensersatzansprüchen im Rahmen von § 266 StGB.....	167

(aa) Entstehen eines zivilrechtlichen Schadensersatzanspruchs .....	169
(bb) Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266 Abs. 1 StGB .....	169
(cc) Folgerung .....	171
(b) Widerspruch zur Argumentation bei § 263 Abs. 1 StGB .....	172
(c) Vergleich zu § 266b StGB .....	176
(d) Kriminalpolitische Argumentation .....	178
(e) Gesamtbetrachtungslehre statt Einzelbetrachtung des Nachteilsausgleichs .....	179
cc) Zwischenergebnis .....	180
c) Vorliegen eines Verspätungsschadens .....	180
d) Zwischenergebnis zur Verortung im Vermögensnachteil .....	182
3. Verortung im subjektiven Tatbestand .....	183
4. Verortung als Einverständnis oder als mutmaßliche Einwilligung .....	185
a) Tatbestandsausschließendes Einverständnis .....	185
aa) Grundlagen .....	185
bb) Berücksichtigung von Ausgleichsfähigkeit und Ausgleichsbereitschaft .....	188
cc) Zwischenergebnis .....	188
b) Rechtfertigende mutmaßliche Einwilligung .....	188
aa) Grundlagen .....	189
bb) Berücksichtigung von Ausgleichsfähigkeit und Ausgleichsbereitschaft .....	190
cc) Kritik .....	193
(1) Vorheringe Befragung .....	193
(2) Entgegenstehender Wille .....	196
(3) Mutmaßlicher Wille .....	197
(4) Praktische Erwägungen .....	200
dd) Zwischenergebnis .....	201
c) Nachträgliches Einverständnis .....	202
d) Verzeihung .....	203
5. Verortung in der Verbindung zwischen Pflichtverletzung und Vermögensnachteil .....	204
a) Grundlagen .....	205
aa) Kausalität .....	205
bb) Objektive Zurechnung .....	206

(1)	Grundsätzliche Bedeutung für das Vorsatzdelikt.....	207
(a)	Rechtsprechung.....	207
(b)	Schrifttum.....	208
(c)	Historische Entwicklung und Begründungsansätze .....	208
(2)	Bedeutung für § 266 StGB .....	210
(a)	Vorangegangene Entwicklung bei § 266 StGB.....	211
(b)	Anwendbarkeit auf den Untreuetatbestand .....	212
(aa)	Wortlaut .....	212
(bb)	Sinn und Zweck der Lehre der objektiven Zurechnung .....	212
(cc)	Struktureller Vergleich zum Fahrlässigkeitsdelikt.....	213
(c)	Zwischenergebnis .....	214
(3)	Grundformel, Elemente und Umfang.....	215
(a)	Schaffung einer rechtlich relevanten Gefahr.....	216
(b)	Fehlende Gefahrrealisierung – Pflichtwidrigkeitszusammenhang .....	219
(c)	Schutzzweckzusammenhang.....	220
(d)	Unmittelbarkeitszusammenhang .....	221
(4)	Zwischenergebnis zu den Voraussetzungen und dem Umfang der objektiven Zurechnung .....	221
b)	Berücksichtigung von Ausgleichsfähigkeit und Ausgleichsbereitschaft .....	222
aa)	Risikoverringerung.....	222
bb)	Rechtlich relevante Gefahrschaffung und Realisierung im engeren Sinne .....	223
c)	Konsequenzen und Vorteile.....	227
aa)	Konsequenzen .....	227
bb)	Vorteile.....	229
d)	Zwischenergebnis .....	230
6.	Ergebnis zur Verortung der Ausgleichsfähigkeit und Ausgleichsbereitschaft im Tatbestandsaufbau der Untreue .....	230
II.	Inhaltliche Anforderungen und Konsequenzen .....	231
1.	Anforderungen an Ausgleichsfähigkeit und Ausgleichsbereitschaft.....	233
a)	Ausgleichsfähigkeit .....	233
aa)	Grundfall .....	233
bb)	Kurzfristig zur Verfügung stehende Mittel .....	233
cc)	Sicherheiten .....	234
b)	Ausgleichsbereitschaft .....	235

aa)	Grundfall .....	235
bb)	Positive und negative Indizien der Ausgleichsbereitschaft.....	235
cc)	Wirkung .....	236
dd)	Notwendigkeit besonderer Motive oder Absichten .....	237
c)	Notwendigkeit eines tatsächlichen Ausgleichs.....	238
d)	Kenntnisserlangung des Treugebers.....	239
e)	Verhältnis der Anforderungen zueinander.....	239
2.	Besondere Fallgruppen.....	240
a)	Ersatzbereitschaft Dritter und deren gestellte Sicherheiten.....	240
aa)	Liquide Mittel Dritter.....	241
bb)	Sicherheiten Dritter .....	243
b)	Mittelbeschaffung bei Bedarf.....	243
aa)	Mittelbeschaffung vor Tatbegehung.....	244
(1)	Bewilligt und bereitgestellt .....	244
(2)	Bewilligt, aber noch nicht bereitgestellt.....	245
bb)	Mittelbeschaffung nach Tatbegehung .....	245
3.	Zwischenergebnis .....	246
E.	Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse und Fazit.....	247