

Inhaltsverzeichnis

Kapitel I	Einleitung	21
A.	Einführung	21
B.	Gang der Untersuchung	26
Kapitel II	Die neuere Rechtsprechung und die Grundlagen des § 266 StGB	29
A.	Zum Tatbestand der Untreue	29
I.	Rechtsgut und Strafzweck des § 266 StGB	30
II.	Zum Vermögens-, Schadens- und Nachteilsbegriff	32
1.	Das Verhältnis des Vermögensbegriffs zum Begriff des Schadens und Nachteils	32
2.	Der Vermögensbegriff im Rahmen des § 263 StGB und § 266 StGB	33
a)	Der juristische Vermögensbegriff	34
b)	Der personale Vermögensbegriff	35
c)	Die ökonomischen Vermögensbegriffe	36
d)	Die primär wirtschaftliche Betrachtung als Grundlage des Vermögensbegriffs	41
3.	Zur wirtschaftlichen Schadens- bzw. Nachteilslehre	41
a)	Wirtschaftliche Nachteilslehre und Deliktscharakter der Untreue	41
b)	Zum Antagonismus von „wirtschaftlichen“ und „normativen“ Gesichtspunkten	43
III.	Zur unterschiedlichen Bestimmung von Vermögens- schaden und Vermögensnachteil	46
1.	Tatbestandliche Weite und „chronische Unterbestimmtheit“ des § 266 StGB	48
2.	Das Strukturproblem der Tatbestandsverschleifung	52
3.	Die Straflosigkeit der versuchten Untreue	53
4.	Zwischenfazit	54
IV.	Fazit	55

B. Die Rechtsprechung zum Gefährdungsschaden	55
I. Die Konturierung des Gefährdungsschadens in der Rechtsprechung bis 2006 – das Kriterium der Konkretheit einer Gefahr	56
II. Die Rechtsprechung seit dem Urteil „Kanter/Weyrauch“	58
1. Der Rückgriff auf betriebswirtschaftliche Methoden nach der Rechtsprechung des BVerfG zum Gefährdungsschaden	58
a) Der Beschluss des 1. BGH-Strafsenats vom 18.2.2009 – BGH 1 StR 731/08	58
b) Die Entscheidung des BVerfG vom 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 105/09, 491/09	59
aa) Zu den allgemeinen verfassungsrechtlichen Anforderungen	59
bb) Die Entscheidung zum Berliner Bankenskandal – BGH 5 StR 260/08	61
c) Folgende Entscheidungen des BVerfG zur Thematik des Gefährdungsschadens	63
d) Aufgreifen und Fortführen der verfassungsgerichtlichen Vorgaben in der Rechtsprechung	65
aa) Der Fall „Siemens/AUB“ – 1 StR 220/09	66
bb) Der Beschluss vom 14.4.2011 – 2 StR 616/10	67
cc) Die Entscheidung des 1. BGH-Strafsenats im Fall „Kölner Spendenaffäre“ – 1 StR 94/10	68
e) Zwischenfazit zur Rechtsprechung des BVerfG	69
2. Die Vorsatzlösung in der Rechtsprechung des 2. und 5. BGH-Strafsenats	71
a) Das Urteil „Kanter/Weyrauch“ – BGH 2 StR 499/05	72
b) Weiterführung und Bestätigung der Vorsatzlösung – BGH 2 StR 469/06 und BGH 2 StR 153/09	73
c) Die Vorsatzlösung in der Rechtsprechung des 5. BGH-Strafsenats	75
d) Zur Relevanz der Vorsatzlösung nach der Rechtsprechung des BVerfG	76
3. Die Entbehrlichkeitslösung in der Rechtsprechung des 1. und 3. BGH-Strafsenats	77
a) Das obiter dictum des 1. BGH-Strafsenats – BGH 1 StR 488/07	77

b) Der Beschluss des 1. BGH-Strafsenats vom 18.2.2009 – BGH 1 StR 731/08	78
c) Der Fall „WestLB/Sengera“ – BGH 3 StR 576/08	80
d) Das „al-Qaida“-Urteil – BGH 3 StR 552/08	81
e) Der Beschluss vom 20.10.2009 – BGH 3 StR 410/09	84
f) Die Entbehrlichkeitslösung nach der Rechtsprechung des BVerfG	84
4. Das Unmittelbarkeitserfordernis in der neueren Rechtsprechung	85
a) Zu den Bedeutungsebenen des Unmittelbarkeits- erfordernisses	85
b) Das obiter dictum in der „Compliance“- Entscheidung vom 17.7.2009 – BGH 5 StR 394/08	87
c) Das Unmittelbarkeitserfordernis in der weiteren Rechtsprechung	89
d) Die Entscheidung des 1. BGH-Strafsenats im Fall „Kölner Spendenaffäre“ – 1 StR 94/10	90
e) Die weitere Rechtsprechung im Zusammenhang mit einem Unmittelbarkeitszusammenhang in § 266 StGB	94
aa) Die Entscheidung des 4. BGH-Strafsenats vom 28.7.2011 – 4 StR 156/11	94
bb) Die Entscheidung des 2. BGH-Strafsenats vom 7.9.2011 – 2 StR 600/10	95
cc) Der Beschluss des OLG Celle vom 23.8.2012 – 1 Ws 248/12	95
f) Zwischenfazit zu einem Unmittelbarkeitsprinzip	97
5. Der Kriterienkatalog nach dem Beschluss des BVerfG vom 10.3.2009	98
6. Die Rechtsprechung in Fällen „schwarzer Kassen“	99
a) Das Urteil „Kanter/Weyrauch“ – BGH 2 StR 499/05	100
b) Das Urteil zum Fall „Siemens/ENEL“ – BGH 2 StR 587/07	101
c) Die Entscheidung des BVerfG zum Fall „Siemens/ ENEL“ – 2 BvR 2559/08, 105/09, 491/09	103
d) Das Urteil des 2. BGH-Strafsenats im Fall „Trienekens“ - 2 StR 111/09	104

Inhaltsverzeichnis

e) Zur Relevanz der Rechtsprechung in Fällen „schwarzer Kassen“	105
III. Fazit	109
C. Folgerungen für die weitere Untersuchung	111
Kapitel III Zu den dogmatischen Grundlagen des End- und Gefährdungsschadens	113
A. Zum Zeitpunkt der Saldierung und einem Unmittelbarkeits- kriterium auf Nachteils- und Kompensationsebene	113
I. Problemaufriss und Fragestellung	113
II. Zum Zeitpunkt der Nachteilsfeststellung	115
1. Festlegung auf eine ex ante-Perspektive aus § 16 Abs. 1 StGB	115
2. Zur Übertragbarkeit der Saldierungsgrundsätze aus § 263 StGB	116
3. Zur Begründung einer Nachteilsfeststellung ex post aus § 8 StGB	117
4. Die Begründung des Saldierungszeitpunktes vor dem Hintergrund der wirtschaftlichen Betrachtungsweise	118
a) Das Risiko der paradoxalen Verschleifung	119
b) Erhebliche Rechtsunsicherheit in Fällen langfristiger Vermögensanlagen	119
c) Zur Funktion des Vermögensnachteils als Taterfolg	121
d) Folgen einer Aufgabe der ex ante-Perspektive im Verhältnis zu § 263 StGB	122
5. Konkretisierung der ex ante-Perspektive durch ein Unmittelbarkeitskriterium auf Nachteilsseite	123
a) Zur Begründung eines Unmittelbarkeitsprinzips auf Nachteilsseite	123
b) Zu einer Unmittelbarkeit als Element der objektiven Zurechnung	125
c) Zum zeitlichen Kriterium eines Unmittelbarkeits- prinzips auf Vorteils- und Nachteilsseite	128
III. Fazit	130

B. Endscha­den und Gefährdungsscha­den – zugleich zur Legiti­mität des Gefährdungsscha­dens	131
I. Zur Legiti­mität des Gefährdungsscha­dens	131
1. Der Gefährdungsscha­den als tatbestandlicher Nachteil	131
2. Zur Prozesshaftigkeit der Scha­densentstehung	133
3. Zur Identi­tät von Gefährdungsscha­den und späterem Scha­den	134
4. Zur Terminologie	135
5. Zur Bedeutung eines Endscha­dens	137
II. Der Endscha­den in Rechtsprechung und Literatur	138
1. Anerkennung und Ausgestaltung eines Endscha­dens in Rechtsprechung und Literatur	139
2. Die Ablehnung des Endscha­dens durch Wahl	142
3. Kritische Würdigung und Umgrenzung des Endscha­dens	144
a) Die prognostische Wertfeststellung als Wesensmerkmal der Gefährdungskonstellationen	145
b) Der Bezugspunkt im Rahmen einer prognostischen Nachteilsfeststellung	146
aa) Der prognostische Referenzpunkt in Fällen von Vermögensgefährdungen	147
bb) Zur Frage nach dem entscheidenden Differenzierungskriterium	150
c) Die substanzielle Vermögensbewegung als Kriterium des Endscha­dens	151
aa) Die Begründung einer Verbindlichkeit als materieller Bezugspunkt	151
bb) Die substantielle Vermögensbewegung und eine Differenzierung der Scha­densverläufe	153
cc) Die Mitberücksichtigung von Ausgleichs­ansprüchen als Problem einer solchen Differenzierung	155
d) Zur Berücksichtigungsfähigkeit von Ausgleichs­rechten	157
aa) Zur Kompensationstauglichkeit von Scha­dens­ersatzansprüchen und bereicherungsrechtlichen Ausgleichs­ansprüchen	159
(1) Zum Unmittelbarkeitsprinzip auf Kompensationsebene	160

(2) Der nachträgliche Schadensausgleich als Basis einer normativen Einschränkung	161
(3) Zur Ausgleichsbereitschaft des Täters bei § 266 StGB	165
bb) Zu weiteren Gegenrechten und Interventionsmöglichkeiten	167
e) Zwischenfazit und Konsequenzen	171
4. Ergebnis und Folgen für die weitere Untersuchung	172
III. Zu weiteren Grundlagen des Gefährdungsschadens	174
1. Saldierungsprinzip und Fallgruppendifferenzierung	174
2. Der dogmatisch-konstruktive Dualismus als wesentliches Merkmal des Gefährdungsschadens	177
C. Fazit zu den dogmatischen Grundlagen von End- und Gefährdungsschaden	178
Kapitel IV Kritische Würdigung der in Literatur und Rechtsprechung vertretenen Ansichten	181
A. Kritische Würdigung der Rechtsprechung	181
I. Die Tendenz in der Rechtsprechung zur Emanzipation des Gefährdungs- vom Endschaden	181
II. Zur Entbehrlichkeitslösung – zugleich zu einem „Vermögensverlust großen Ausmaßes“	182
1. Die Differenzierung zwischen End- und Gefährdungsschaden	183
2. Inkonsequenz der Entbehrlichkeitslösung im Rahmen des § 263 Abs. 3 Nr. 2 Var. 1 StGB	184
a) Zur Ausklammerung des Gefährdungsschadens aus § 263 Abs. 3 Nr. 2 Var. 1 StGB	185
b) Der Endschaden als „Verlust“ in § 263 Abs. 3 Nr. 2 Var. 1 StGB	189
3. Die Verjährung nach § 78a StGB	190
4. Zwischenfazit	191
III. Der Rückgriff auf betriebswirtschaftliche Methoden	192
1. Zum Rekurs auf bilanzielle Methoden der Wertfeststellung	192
a) Zur Inkompatibilität strafrechtlicher und bilanzrechtlicher Prinzipien nach HGB	192

b) Zum Vorwurf der fehlenden Maßstäbe in bestimmten Fallgruppen	196
c) Zur Konturierung des Gefährdungsschadens durch bilanzielle Wertfeststellungen	197
aa) Die bilanzielle Forderungsbewertung	197
bb) Die Bildung und Bewertung von Rückstellungen	201
d) Folgerung für die strafrechtliche Nachteilsfeststellung	205
aa) Defizite eines Bilanzrechtsrekurses in dogmatischer Hinsicht	205
bb) Zur Praxistauglichkeit eines solchen Ansatzes	209
e) Zwischenfazit	211
2. Zu weiteren Methoden der Wertfeststellung	211
a) Zu weiteren betriebswirtschaftlichen Bewertungsmethoden	211
b) Zum Rückgriff auf den Überschuldungsstatus	214
c) Fazit zu den weiteren betriebswirtschaftlich orientierten Methoden	216
3. Zwischenfazit	217
IV. Zur Vorsatzlösung des 2. und 5. BGH-Strafsenats	218
V. Fazit	222
B. Kritische Würdigung der in der Literatur vertretenen Ansichten	222
I. Die älteren Auffassungen in der Literatur	223
II. Zur Annahme von Endschäden seitens der Literatur	225
1. Der Kompensationsmangelschaden in Fällen von „Risikogeschäften“ nach Küper	225
2. Kritische Würdigung dieser Ansicht	226
III. Zu den täterorientierten Restriktionsansätzen	227
1. Täterbezogene Modelle unter Rekurs auf Kriterien der Versuchsdogmatik	227
a) Das Herrschafts- und Rücktrittsmodell nach Strelczyk	227
b) Kritik an den versuchsorientierten Lösungsansätzen	228
aa) Der Endschaden als notwendiger Referenzzeitpunkt bei der Anwendung versuchsdogmatischer Aspekte	228

bb) Das Problem einer trennscharfen Abgrenzung bei einer Bezugnahme auf den Endschaden	230
cc) Kritik am Herrschafts- und Rücktrittsmodell Strelczyks	231
c) Strafbefreiender Rücktritt von der vermögens- gefährdenden (vollendeten) Untreue nach Weber	234
d) Kritik an der Ansicht Webers	234
e) Zwischenfazit zu diesen Restriktionsansätzen	235
2. Das täterorientierte Herrschaftsmodell Seelmanns	236
a) Kritische Würdigung	237
b) Zwischenfazit	239
IV. Zu den opferorientierten Restriktionsansätzen	239
1. Das opferorientierte Herrschaftsmodell Schröders	240
a) Die Kritik Lackners an Schröders Herrschaftsmodell	241
b) Die Kritik Hefendehls an Schröders Herrschaftsmodell	243
2. Weitere opferorientierte Ansätze	244
3. Bilanzrechtliche Konkretisierung der Vermeidemacht des Geschädigten	246
4. Generelle Kritik an einer Bestimmung des Gefährdungsschadens ausschließlich aus der Perspektive des Geschädigten	247
5. Zwischenfazit	249
V. Das Unvertretbarkeits- oder Evidenzkriterium	250
1. Das Evidenzkriterium nach Becker	250
2. Das erweiterte Kriterium nach Gaede	251
3. Kritische Würdigung	251
a) Die Parallele zu weiteren strafrechtlichen Normen – zugleich zu einer materiellrechtlichen Begründung aus Art. 103 Abs. 2 GG	252
aa) Die Begründung des Evidenzkriteriums in weiteren strafrechtlichen Normen	252
bb) Die Potentielle Friktion mit der Rechtsprechung des BVerfG	254
cc) Die Begründung eines materiellrechtlichen Evidenzkriteriums	258
b) Das Evidenzkriterium als Objektivierung bilanzieller Wertfeststellungen	260

c) Der Zweifelssatz als prozessuales Argument für ein Evidenzkriterium	261
d) Die praxisbezogenen Auswirkungen	262
4. Fazit zur Anwendung des Evidenz-, bzw. Unvertretbarkeitskriteriums	265
VI. Die Konturierung des Gefährdungsschadens unter Anwendung eines Unmittelbarkeitskriteriums	266
1. Die verschiedenen Ansätze eines Unmittelbarkeitskriteriums	266
a) Das Unmittelbarkeitsprinzip nach Riemann	266
b) Das untreuespezifische Unmittelbarkeitskriterium nach Saliger und Matt	267
c) Das Unmittelbarkeitserfordernis nach der Rechtsprechung des 5. BGH-Strafsenats	269
2. Kritische Würdigung des Unmittelbarkeitsprinzips	270
a) Zur allgemeinen Kritik an einem Unmittelbarkeitskriterium	270
b) Zu den dogmatischen Grundlagen eines untreuespezifischen Unmittelbarkeitskriteriums	272
aa) Dogmatische Grundlagen eines Unmittelbarkeitserfordernisses in § 263 StGB und die Übertragbarkeit auf den Untreuetatbestand	273
(1) Zur Annahme eines Unmittelbarkeitskriteriums als Element der objektiven Zurechnung	273
(2) Zur weiteren Kritik	274
bb) Die Straflosigkeit des Untreueversuchs und eine materiale Versuchslösung	275
cc) Die Verlustdependenz und die Prozesshaftigkeit der Nachteilsentstehung	277
dd) Zur Berücksichtigung der verschiedenen Perspektiven	279
ee) Zwischenfazit	280
3. Probleme in der Ausgestaltung eines Unmittelbarkeitskriteriums	280
C. Fazit und Folgerungen für die weitere Untersuchung	283

Kapitel V	Konkretisierung anhand von Fallgruppen des Gefährdungsschadens	285
A.	Das Auslösen von Sanktionsrisiken als Fall des drohenden substantiellen Vermögenabflusses	285
I.	Zur Umgrenzung der relevanten Fallkonstellationen	285
II.	Zur Restriktion durch ein Unmittelbarkeitsprinzip als Konkretisierung des Gefährdungsschadens	288
III.	Die nähere Ausgestaltung eines Unmittelbarkeitskriteriums	290
1.	Zur einer Einschränkung des Unmittelbarkeitskriteriums	291
2.	Zur Frage der Wahrscheinlichkeit der Zwischenschritte	293
3.	Zur Relevanz der Tataufdeckung als weiterer Zwischenschritt	295
a)	Die Bedeutung der Tatentdeckung vor dem Hintergrund der Grundlagen des Unmittelbarkeitsprinzips	296
b)	Zu einer normativen Unbeachtlichkeit der Tatentdeckung	299
aa)	Zu der normativen Überlegung Webers	299
bb)	Differenzierung zwischen formell-prozessualen und materiellen Bedingungen der Schadensgenese	300
c)	Zur Feststellung der Aufdeckungswahrscheinlichkeit	302
4.	Der Endschaden in Fällen eines Nachteils durch Sanktionsrisiken – zugleich zu weiteren möglichen Zwischenakten	302
a)	Der Endschaden wird durch die Sanktionsverhängung selbst bewirkt	303
b)	Der Endschaden wird erst durch weitere Handlungen herbeigeführt	304
c)	Folgen für eine Differenzierung zwischen End- und Gefährdungsschaden	307
5.	Die zeitlichen Distanz als weiteres Kriterium eines Unmittelbarkeitszusammenhangs	307
a)	Zum Ursprung eines zeitlichen Kriteriums im Rahmen des § 266 StGB	308

b) Zur fehlenden Ausdifferenzierung dieser Anforderung	310
c) Zur Kritik an einem zeitlichen Kriterium	311
IV. Fazit zu den Fällen der Sanktionsrisiken	313
V. Weitere ähnlich gelagerte Fallgruppen	315
B. Die Kredituntreue als Fallgruppe des Ausbleibens eines Vermögenszuflusses	317
I. Der Gefährdungsschaden bei Eingehungsgeschäften	317
1. Problemaufriss und Meinungsbild	317
2. Zur Begründung eines Gefährdungsschadens im Fall von Eingehungsgeschäften	320
3. Zur Ausgestaltung eines Unmittelbarkeitsprinzips in Fällen der Eingehungsuntreue	324
a) Die Unbeachtlichkeit weiterer Zwischenschritte in Fällen von Eingehungsgeschäften	325
b) Einschränkung des Gefährdungsschadens bei Eingehungsgeschäften	327
aa) Verbleibende Relevanz der Zwischenakte aufgrund einer Vermeidemacht des Vermögensinhabers	327
bb) Zur Übertragung dieser Einschränkung auf § 266 StGB	329
c) Zu einem Gefährdungsschaden in Fällen der Kreditusage	331
4. Zwischenfazit	333
II. Der Endschaden im Fall der Kredituntreue	334
1. Die zeitliche Fixierung eines Endschadens als Problem	334
2. Kritische Würdigung der möglichen Zeitpunkte	335
a) Zur Verjährung der Forderung als Zeitpunkt des Endschadens	335
b) Zum Zeitpunkt der Fälligkeit oder der Uneinbringlichkeit	336
aa) Die Fälle tilgungsfreier Darlehen	337
bb) Die Fälle von Tilgungsdarlehen	340
c) Der Endschaden bei Bestehen von Sicherheiten	342
3. Zwischenfazit	342

III. Die Feststellung des Gefährdungsschadens im Fall der Kredituntreue	342
1. Zur Konkretisierung des Gefährdungsschadens durch ein Unmittelbarkeitskriterium	344
a) Die Problematik eines Unmittelbarkeitskriteriums in Fällen der Kredituntreue	344
b) Zur Anwendung eines Unmittelbarkeitsprinzips als Konkretisierungskriterium	346
aa) Zur Eigenmächtigkeit der Zwischenschritte als Differenzierungskriterium	346
bb) Zur Wahrscheinlichkeit der Zwischenakte	348
cc) Zur Verwertbarkeit und Werthaltigkeit bestehender Sicherheiten	349
c) Zu einem zeitlichen Kriterium des Unmittelbarkeitsprinzips	350
d) Folgerung für die Grenzen des Restriktionspotentials eines Unmittelbarkeitskriteriums	351
2. Der Rückgriff auf ein Evidenzkriterium in Fällen der Kredituntreue	353
a) Zur Anwendung des Evidenz- oder des erweiterten Kriteriums	353
b) Zur Ausgestaltung eines Evidenzkriteriums nach Becker	355
IV. Fazit zu den Fällen der Kredituntreue	358
V. Weitere ähnlich gelagerte Fallkonstellationen	359
1. Die pflichtwidrige Darlehensauskehr durch einen Notar	359
2. Die unordentliche Buchführung als Fall des Ausbleibens eines Vermögenszuflusses	360
a) Der Endschaden in Fällen unordentlicher Buchführung	361
b) Zur Feststellung des Gefährdungsschadens	362
C. Fazit	363
Zusammenfassung	367
Literaturverzeichnis	371