

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	24
B. Begriff und Erscheinungsformen des Kick-Back	26
I. Begriffserklärung	26
1. Grundstruktur des Kick-Back und Kritik zum Begriff des „Rückvergütungsrabatts“	26
2. Abgrenzung zur „Schwarze-Kassen-Untreue“	28
3. Ursachenübersicht	29
II. Versuch einer Definition	30
III. Veranschaulichendes Beispiel	30
IV. Übersicht über verschiedene Erscheinungsformen des Kick-Back	30
1. „Einkäufersituation“	31
2. „Spiegelbildsituation“	31
3. „Bonusmeilenaffäre“	32
4. Kick-Back-Praktiken von Rechtsanwälten, Steuerberatern und Insolvenzverwaltern	32
5. Franchisebereich	32
6. Wertpapierbereich	33
C. Die Strafbarkeit des Täters des Kick-Back in der „Grundkonstellation“ nach § 266 StGB	34
I. Übersicht	34
II. Strafwürdigkeit des Kick-Back ausgehend von Schutzgut und Deliktscharakter des § 266 StGB	34
1. Darstellung des Schutzguts des § 266 StGB im Allgemeinen	34
a) Mindermeinung im Schrifttum	35
b) Herrschende Ansicht	35
2. Deliktscharakter der Untreue	36
3. Konsequenzen für die Kick-Back-Problematik	37
III. Restriktive Auslegung des Untreuetatbestandes	37
1. Allgemeines	37
2. Konsequenz für die Kick-Back-Problematik	38
IV. Zwischenergebnis	38
V. Die Einordnung des Kick-Back unter den Missbrauchs- oder Treubruchstatbestand	38
1. Überblick	38
2. Allgemeine Darstellung des Missbrauchstatbestands (§ 266 I 1. Alt. StGB)	39
3. Allgemeine Darstellung des Treubruchstatbestandes (§ 266 I 2. Alt. StGB)	40
4. Verhältnis der Tatbestände zueinander	41

a)	Meinung, die den Missbrauchs- und Treubruchstatbestand als selbständig ansieht	41
b)	Meinung, die den Missbrauchstatbestand als Spezialfall des Treubruchstatbestandes ansieht	41
c)	Stellungnahme	42
d)	Konsequenzen für den Aufbau	42
4.	Subsumption des Grundfalls des Kick-Back unter den Missbrauchstatbestand	42
	a) Verpflichtungs- oder Verfügungsbefugnis	43
	aa) Befugnisse kraft Gesetzes	43
	bb) Behördlicher Auftrag	43
	cc) Rechtsgeschäft	43
	dd) Subsumption des Beispielsfalls	44
	b) Missbrauchshandlung	44
	aa) Definition	44
	bb) Zivilrechtsakzessorietät	44
	(1) Die Meinung von Schünemann und Arzt	45
	(2) Die herrschende Meinung in der Literatur	46
	(3) Stellungnahme	46
	(4) Die Rechtsfigur der Kollusion	47
	(5) Evidenter Missbrauch der Vertretungsmacht	50
	(6) Zusammenfassung und Subsumption des Beispielsfalls	51
5.	Subsumption des Grundfalls des Kick-Back unter den Treubruchstatbestand (§ 266 Abs.1 2.Alt. StGB)	52
	a) Allgemeines zur Vermögensbetreuungspflicht	52
	aa) Begriff des Treueverhältnisses	52
	bb) Konsequenz für die Kick-Back-Problematik	53
	cc) Begriff der Vermögensbetreuungspflicht	53
	dd) Der Streit über das Erfordernis der gravierenden Pflichtverletzung	55
	ee) Konsequenz für die Kick-Back-Problematik	56
	ff) Subsumption des Beispielsfalls	57
	b) Kick-Back-Sonderproblem: Welches Verhalten des Täters ist für die Vermögensbetreuungspflichtverletzung relevant?	58
	aa) Das Nichtabführen des Schmiergelds	59
	(1) Die Meinung der Rechtsprechung und die herrschende Meinung in der Literatur	59
	(2) Stellungnahme	60
	(3) Konsequenz für die Kick-Back-Problematik	60
	bb) Probleme der Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht durch Abschluss eines	60

	Geschäftes mit Kick-Back-Abrede	61
6.	Zusammenfassung zu Punkt C.V.	61
VI.	Die Abgrenzung zwischen Tun und Unterlassen beim Grundfall des Kick-Back	62
1.	Problemaufriss	62
2.	Die Abgrenzung zwischen Tun und Unterlassen im Allgemeinen	63
3.	Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen beim Kick-Back	64
a)	Das Grundsatzurteil des BGH in NJW 1983, 1807	64
b)	Interpretation der Rechtsprechung	64
c)	Eigene Lösung	66
aa)	Lösung nach der Schwerpunktmethode	66
bb)	Lösung nach Energie- und Kausalitätskriterium	68
d)	Subsumption des Beispielsfalls	68
4.	Ergebnis zu Punkt C. VI.	68
a)	Konsequenzen für die Verletzung der spezifischen Vermögensbetreuungspflicht	69
b)	Klarstellung der strafrechtlich relevanten Verletzung nach hM	69
c)	Die Position von <i>Rönnau</i>	69
d)	Die Entscheidung des BGH in NStZ 2002, S. 648 = NJW 2002, 2801	71
e)	Subsumption des Beispielsfalles	72
VII.	Der Vermögensnachteil beim Kick-Back-Grundfall	72
1.	Problemaufriss und Gang der Untersuchung	72
2.	Die unterschiedlichen Vermögensbegriffe	73
a)	Überblick	73
b)	Juristischer Vermögensbegriff	74
aa)	Begriffsdarstellung	74
bb)	Kritik	74
c)	Rein wirtschaftlicher Vermögensbegriff	76
aa)	Begriffsdarstellung	76
bb)	Position der Rechtsprechung	77
cc)	Kritik	78
d)	Juristisch – ökonomischer Vermittlungslehre	79
aa)	Begriffsdarstellung	79
bb)	Kritik	80
e)	Personalier Vermögensbegriff	80
aa)	Begriffsdarstellung	80
bb)	Kritik	82
cc)	Variation durch den funktionalen Vermögensbegriff	82
f)	Der dynamische Vermögensbegriff	82
aa)	Begriffsdarstellung	82
bb)	Kritik	83

g) Der integrierte Vermögensbegriff	83
aa) Begriffsdarstellung	83
bb) Kritik	84
h) Unterschiede zwischen den Vermögensbegriffen der §§ 263, 266 StGB?	84
3. Die Einordnung der Exspektanz unter die Vermögensbegriffe	85
a) Überblick	85
b) Begriff der personalisierten Exspektanz mit Abgrenzung zur Marktexaspektanz	85
aa) Personalisierte Exspektanz	85
bb) Marktexaspektanz in Abgrenzung zum Marktwert	86
cc) Marktexaspektanz und Kick-Back	87
c) Zur Klarstellung: Relevanz der personalisierten Exspektanz für den Kick-Back anhand des Beispielsfalles	88
d) Erforderlicher Konkretisierungsgrad der Exspektanz unter Berücksichtigung der verschiedenen Vermögensbegriffe	89
aa) Ablehnende Meinungen zur Exspektanz auf der Grundlage des juristischen Vermögensbegriffes	89
bb) Ablehnende Meinungen zur Exspektanz auf der Grundlage des wirtschaftlichen Vermögensbegriffes	90
cc) Die Entwicklung der Rechtsprechung	92
(1) RGSt 6, 75	92
(2) RGSt 13, 8	92
(3) RGSt 16, 1	92
(4) RGSt 23, 55	92
(5) RGSt 26, 227	93
(6) RGSt 38, 108	93
(7) BGHSt 2, 364	94
(8) BGHSt 17, 147	94
(9) BGHSt 20, 143	94
(10) BGH NJW 1983, 1807	95
(11) BGH wistra 1984, 109; BGH NStZ 1989, 228; BGH wistra 1995, 61; BGH NStZ 233; BGH NStZ 2003, 540	95
(12) BGH JR 2005, 114 = BGHSt 49, 317 = BGH NJW 2005, 300; BGH, NJW 2006, 925	97
(13) Lösung des Beispielsfalles nach der Linie der Rechtsprechung	99
dd) Literaturansichten mit Nuancierungen und Parallelen zum Ansatz der Rechtsprechung	101

(1)	Die Meinung von <i>Hoyer und Samson</i>	101
(2)	Die Meinung von <i>Schreiber und Beulke</i>	102
(3)	Die Meinung von <i>Lackner und Tiedemann</i>	103
(4)	Die Meinung von <i>Cramer/Perron</i> und <i>Lenckner/Perron</i>	103
ee)	Alternative Literaturmeinungen abweichend vom Vermögensbegriff der Rechtsprechung	103
	(1) Die Meinung von <i>Otto</i> auf der Basis des personalen Vermögensbegriffes und Vergleich deren Ergebnisse mit denen des BGH	103
	(2) Die Einordnung der Exspektanz unter den dynamischen Vermögensbegriff <i>Esers</i>	106
	(3) Die Meinung von <i>Schünemann</i> und <i>Hefendehl</i> auf der Basis des integrierten Vermögensbegriffes	107
	(4) Das Expektanzmodell von <i>Szebrowski</i>	110
e)	Kritik zu den Lösungen von Rechtsprechung und Literatur zur Einordnung der Exspektanz unter den Vermögensbegriff	111
aa)	Kritik zu den Vertretern des juristischen Vermögensbegriffes und der ursprünglichen Rechtsprechung des RG	112
bb)	Kritik zu den ablehnenden Meinungen zur Exspektanz auf Grundlage des wirtschaftlichen Vermögensbegriffes	113
cc)	Kritik an der älteren Rechtsprechung (bis BGHSt 17, 147)	115
dd)	Kritik an der aktuellen Rechtsprechung des BGH (BGH wistra 1984, 109; BGH NStZ 1989, 228; BGH wistra 1995, 61; BGH NStZ 2003, 540, BGHSt 49, 317; BGH NJW 2006, 925)	117
ee)	Kritik zu den Literaturansichten mit Nuancierungen und Parallelen zum Ansatz der Rechtsprechung	120
ff)	Kritik zu den alternativen Literaturmeinungen abweichend vom Vermögensbegriff der Rechtsprechung	121
	(1) Die Meinung von <i>Otto</i>	121
	(2) Die Meinung von <i>Eser</i>	121
	(3) Die Meinung von <i>Schünemann</i>	122
	(4) Die Meinung von <i>Hefendehl</i>	123
	(5) Die Meinung von <i>Szebrowski</i>	124
4.	Zwischenergebnis	125

5.	Eigene Lösung zum Vermögensnachteil beim Kick-Back	126
	a) Übersicht	126
	b) Allgemeine Klarstellung des Vermögensbegriffes	126
	aa) Faktor 1 : wirtschaftlicher Wert der Vermögensposition/ Ausscheiden ideeller Positionen	127
	bb) Faktor 2 : Einschränkungen für gesetzwidrige und sittenwidrige Positionen / Gesichtspunkt der Einheit der Rechtsordnung	130
	cc) Faktor 3: Vermeidemachtmöglichkeiten/ Ausschluss von Störfaktoren	131
	dd) Zusammenfassung	133
	c) Besonderheiten der Expektanz beim Kick-Back und Einordnung derselben unter die gefundenen Ergebnisse	134
	aa) Übersicht	134
	bb) Sachlicher Konkretisierungsgrad beim Kick-Back / Faktor 1	135
	cc) Personaler Konkretisierungsgrad / Faktor 3	140
	dd) Keine Wertberechnungen der Expektanz im Rahmen des Merkmal des Nachteils	141
	ee) Schwächen des Bewertungspunktverfahrens	141
	ff) Entscheidender Vorteil des Bewertungspunktverfahrens	143
	d) Darstellung des eigenen Vermögensbegriffes	144
	e) Das Thema der Schadenskompensation beim Kick-Back	145
	aa) Problemstellung und Lösung der Rechtsprechung und Literatur	145
	bb) Eigene Ansicht	146
	f) Kurze Zusammenfassung zum Thema des Vermögensschadens beim Kick-Back	146
VIII.	Der subjektive Tatbestand des § 266 Abs.1 StGB im Kick-Back-Grundfall	147
	1. Allgemeines zum subjektiven Tatbestand der Untreue	147
	2. Der Vorsatz im Kick-Back-Fall	148
IX.	Rechtswidrigkeit und Pflichtwidrigkeit beim Kick-Back	149
	1. Allgemeine Voraussetzungen der Einwilligung in § 266 StGB und Abgrenzung zwischen Pflichtwidrigkeit und Rechtswidrigkeit	150
	2. Anforderungen an das Einverständnis	151
	a) Grundlegendes zum Einverständnis	151
	b) Parallelen des Einverständnisses bei § 266 StGB zur rechtbefähigenden Einwilligung	151

c) Das fehlende Erklärungserfordernis	153
d) Das so genannte mutmaßliche Einverständnis	153
3. Rechtfertigungsgründe für den Kick-Back	154
4. Entschuldigungsgründe beim Kick-Back	155
X. Überlegungen zur Strafzumessung in Kick-Back-Fällen	155
1. Regelbeispiel des §§ 266 Abs.2 StGB iVm § 263 Abs. 3 StGB	155
2. Strafzumessungswägungen nach § 46 StGB	156
a) Beweggründe, Ziele und Gesinnung des Täters	156
b) Die verschuldeten Auswirkungen der Tat – Wertberechnung von Exspektanzen	157
aa) Faktor 1 : Höhe der Gewinnerwartung	158
bb) Höhe der Verwirklichungswahrscheinlichkeit	159
cc) Vereinfachung der Schadensfeststellung in klar strafbaren Kick-Back-Fällen : BGH NJW 2006, 925 – „Kölner Müllskandal“	159
D. Die Strafbarkeit des Teilnehmers beim Kick-Back-Grundfall –	
§§ 266, 26, 27 und § 299 Abs. 2 StGB	161
I. Allgemeines	161
II. Teilnahme an § 266 StGB	161
1. Teilnahme durch Schmiergeldzahlung	161
a) § 26 StGB	161
b) § 27 StGB	163
2. Teilnahme durch Unterlassen	163
III. Die Strafbarkeit des Schmiergeldzahlers nach § 299 Abs. 2 StGB	164
1. Vorteil und Bevorzugung	164
2. Der Meinungsstreit über das Merkmal der Unlauterkeit	165
3. Eigene Lösung	167
E. Kick-Back-Sonderprobleme abweichend vom Kick-Back-Grundfall	168
I. Schadensgleiche Vermögensgefährdung beim Kick-Back	168
1. Schadensgleiche Vermögensgefährdung beim Kick-Back-Grundfall	168
2. Vermögensgefährdung bei Kompensation	169
II. Strafbarkeit des Kick-Back-Zahlenden ohne Autorisation – OLG Hamm NJW 1968, 1940	170
1. Überblick	170
2. Sachverhalt (gekürzt, aktualisiert und leicht geändert)	170
3. Rechtliche Würdigung	171
a) Missbrauch	171
b) Vermögensbetreuungspflicht	171
c) Nachteil und übrige Voraussetzungen	171
4. Konsequenzen für die Kick-Back-Problematik	171

III.	Kick-Backs im Unrechtsmilieu	173
1.	Problemübersicht	173
2.	Vermögensbetreuungspflicht im Unrechtsmilieu	173
3.	Die gesetzwidrige Expektanz als strafrechtlich geschütztes Vermögen	174
a)	Grundsatz für bestehende Vermögenswerte	174
b)	Übertragung auf die Expektanz und der Zeitpunkt deren Entstehens	176
c)	Zusammenfassung der eigenen Position	178
IV.	Irrtümer beim Kick-Back	178
1.	Der Tatbestandsirrtum nach § 16 StGB	178
a)	Irrtum über die Pflicht zur Vermögensbetreuung	179
b)	Irrtum über die Nachteilszufügung	179
c)	Irrtum über die Pflichtwidrigkeit	180
aa)	Darstellung des Problems in der Literatur	180
bb)	Das Urteil des Bundesgerichtshofs im „Mannesmann“-Verfahren (NJW 2006, 522)	181
cc)	Eigene Position	182
2.	Der Verbotsirrtum nach § 17 StGB	185
V.	Unterlassensstrafbarkeit eines Vermögensbetreuungspflichtigen durch Nichtverhinderung einer Kick-Back-Handlung	186
1.	Überblick	186
2.	Anforderungen an das Verhalten des Vermögensbetreuungspflichtigen	186
a)	Grundsätzliches	186
b)	Anforderungen an die Pflicht zur Erfolgsabwendung im Rahmen des § 266 StGB und die Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit	187
3.	Die Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme	188
a)	Überblick und Darstellung der Ansichten in Rechtsprechung und Literatur	188
b)	Stellungnahme	189
4.	Veranschaulichendes Beispiel	190
5.	Zusammenfassung	192
VI.	Spezifische Kick-Back-Probleme bei Kapitalgesellschaften und Personengesellschaften	193
1.	Überblick	193
2.	Strafbarkeit von Kollegialorganen	193
a)	Unterlassensstrafbarkeit des Vorstands der AG oder kollegialer Geschäftsführer der GmbH bei Nichtverhinderung einer Kick-Back-Handlung	194
b)	Gewährung von Kick-Back-Zahlungen an Dritte durch Beschluss eines Kollegialorgans	196
c)	Empfang von Kick-Back-Zahlungen durch	

	Kollegialorgane – Schädigung fremden Vermögens	196
3.	Das Einverständnis bei Personengesellschaften	198
4.	Das Einverständnis bei Kapitalgesellschaften	199
a)	Strenge Körperschaftstheorie	201
b)	Eingeschränkte Körperschaftstheorie	201
c)	Eingeschränkte Gesellschaftertheorie	202
d)	Strenge Gesellschaftertheorie	203
e)	Stellungnahme	203
5.	Sonderfall der Ein-Mann-GmbH	205
VII.	Kick-Back unter Einschaltung eines Dritten – Das „Saudi-Arabien-Panzergeschäft“ (BGHSt 49, 317)	206
1.	Problemlage und Sachverhalt	206
2.	Die Entscheidung des BGH	207
3.	Stellungnahme	208
a)	Vermögensnachteil durch Expektanzvernichtung	208
b)	Untreuenachteil durch nachträgliche Verschiebung der bezahlten Gelder	208
c)	Einfluss der Einschaltung eines Dritten auf die Strafbarkeit	210
VIII.	Der Kick-Back zu wettbewerbswidrigen Zwecken – eine strafe Sondersituation?	210
1.	Problemdarstellung	211
2.	Die Auffassung von <i>Bernsmann</i>	211
3.	Stellungnahme	211
4.	Ergebnis	213
F.	Die Strafbarkeit des Täters in der „Spiegelbildsituation	214
I.	Darstellung der Spiegelbildsituation	214
II.	Besprechung der Vermögensbetreuungspflicht	214
III.	Besprechung des Vermögensnachteils	215
G.	Die Strafbarkeit des Täters in der „Bonusmeilenaffäre	216
I.	Beispiel zur Bonusmeilenaffäre	216
II.	Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht bei der Bonusmeilenaffäre	216
III.	Ergebnis	218
H.	Die Strafbarkeit von Rechtsanwälten, Steuerberatern und Insolvenzverwaltern bei Kick-Backs	219
I.	Einführung in die Problematik	219
II.	Handeln des Beraters in der Sphäre des Verletzten	219
III.	Umfang der Vermögensfürsorgepflicht	220
	1. Darstellung der Grundlagen der Vermögensbetreuungspflicht eines Rechtsanwalts mit Beispiel aus der Rechtsprechung	

des BGH	220
2. Kritik zur Position des BGH	221
3. Zwischenergebnis	222
IV. Der Rat als Tathandlung	222
1. Rechtsberatung und Vermögensbetreuungspflicht	222
2. Rechtsberatung und Vermögensnachteil	225
I. Strafbarkeit im Franchisebereich	226
I. Darstellung des Fallbeispiels „Apollo-Optik	226
II. Strafbarkeit nach § 266 StGB	226
1. Vermögensbetreuungspflicht	226
2. Vermögensnachteil	228
J. Strafbarkeit im Wertpapierbereich	229
I. Überblick	229
II. Strafrechtliche Relevanz im Hinblick auf § 266 StGB	229
1. „Brokersituation	229
2. „Depotkonstellation	230
K. Relevanz der Kick-Back-Zahlungen für § 263 StGB	232
I. Überblick	232
II. Kick-Backs bei Ausschreibungen	232
1. Submissionsbetrug	232
2. Strafbarkeit des Kick-Back-Empfängers beim Submissionsbetrug	234
3. Strafbarkeit des Kick-Back-Zahlers beim Submissionsbetrug	237
III. Betrug zu Lasten des Geschäftspartners	237
IV. Betrug zu Lasten des Geschäftsherrn	238
V. Ergebnis zu § 263 StGB	238
L. Zusammenfassung und konkrete neue Ergebnisse	239