

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 Exspektanzen	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

**Grundsätze der Bestimmung der Kompensation
bei illegalem Vermögenseinsatz**

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 Bezifferung	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 Treuenehmer?	128
a) (Schadens-)Ersatzansprüche	128
b) Ausgleichsfähiger und -bereiter Treuenehmer	128
c) Einschätzung	130
d) Zeitabhängiger Zinsschaden	132
II. Werthaltigkeit des Vermögenszuflusses	134
1. Relevante Vermögensbestandteile	135
a) Allgemeine Positionen	135
b) Exspektanzen auf Zuflussseite	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
(c) Zwischenergebnis	177
(2) Faktisch abgesicherte Expektanz	177
(a) Sonderproblem: Beherrschbarkeit durch den Treuehmer	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 Bezifferung der Kompensationsgefährdung	184
B. Punktuelle Normativierung trotz wirtschaftlichem Vermögensbegriff?	186
I. Zulasten des Treuehmers	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 Aussonderung der Gelder	189
(b) Kein Vermögensabfluss durch Aussonderung	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) Verwendungsabsicht des Trenehmers – vermögenswerte Exspektanz?	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 Trenehmers	216
1. Bewertung immaterieller Vermögenspositionen – Ausnahme von der Geldwertsaldierung?	216
a) Immaterielle Vermögenspositionen	216
b) Bewertung nach den obigen Grundsätzen?	217
c) Vermögenswerte Exspektanz	218
d) Abweichung von der Geldwertsaldierung – Geldwertäquivalentes Vorteilsbestimmungsinstrument?	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

Schlussfolgerungen für die dargestellte Rechtsprechung	227
A. Bundesliga-Entscheidung	228
B. Siemens/Enel	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

Literaturverzeichnis	256
Internetquellen	267
Sachwortverzeichnis	268