



Charlotte Dobers

Freifahrtschein für Vermögende?

Die Ausgleichsfähigkeit und Ausgleichsbereitschaft
des Treupflichtigen und ihre Auswirkungen
auf die Untreuestrafbarkeit gemäß § 266 StGB

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	XIX
A. Einleitung.....	1
I. Fragestellung und Ziel der Untersuchung	1
II. Gang der Untersuchung und Begriffsklärung.....	4
B. Die Rechtsprechung.....	7
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) Kenntnisserlangung.....	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