

## \* Verfassungsrechtliche Anforderungen an den strafrechtlichen Untreuetatbestand

GG Art. 103 II; StGB § 266 I

**1. Der Untreuetatbestand des § 266 I StGB ist mit dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 II GG zu vereinbaren.**

**2. Die Rechtsprechung ist gehalten, Unklarheiten über den Anwendungsbereich von Strafnormen durch Präzisierung und Konkretisierung im Wege der Auslegung nach Möglichkeit auszuräumen (Präzisierungsgebot).**

**3. Der in Art. 103 II GG zum Ausdruck kommende strenge Gesetzesvorbehalt erhöht die verfassungsgerichtliche Kontrolldichte.**

BVerfG, *Beschluss* vom 23. 6. 2010 - 2 BvR 2559/08 u.a.

<b>NJW-Übersicht</b>	<b>Rdnrn.</b>
Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerden	<b>65f.</b>
Teilweise Begründetheit	<b>68ff.</b>
<b>Anforderungen des Bestimmtheitsgrundsatzes (Art. 103II GG) an den Gesetzgeber</b>	<b>69–76</b>
<b>Anforderungen des Art. 103II GG an die Rechtsprechung</b>	<b>77–84</b>
<b>Vereinbarkeit des § 266I StGB mit Art. 103II GG</b>	<b>85ff.</b>
Vermögen als geschütztes Rechtsgut	86–92
Treubruchstatbestand	93f.
Missbrauchstatbestand	95
Pflichtverletzung	96f.
Eintritt eines Nachteils	98–104
Subjektive Voraussetzungen	105
Konkretisierte Auslegung durch die Rechtsprechung	106–115
<b>Rechtsanwendung in den Ausgangsfällen</b>	<b>116ff.</b>
<i>LG Darmstadt</i> (verfassungsgemäß)	117–126
<i>LG Kassel</i> (verfassungsgemäß)	127ff.
<i>LG Berlin</i> (verfassungswidrig, da Vermögensschaden [Gefährdungsschäden] nicht hinreichend konkret ermittelt)	129–159
Keine Prüfung des Art. 1012 GG	160

### **Zum Sachverhalt:**

Die Bf. sind wegen Untreue zu Bewährungsstrafen verurteilt worden. Sie rügten die Verletzung von Art. 103 II GG.

§ 266 StGB lautet in der heute gültigen Fassung der Neubekanntmachung vom 13. 11. 1998 (BGBl I, 3322):

**§ 266. Untreue.** (1) Wer die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, mißbraucht oder die ihm kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eines Treueverhältnisses obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat, Nachteil zufügt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) § 243 II und die §§ 247, 248a und 263 III gelten entsprechend.

§ 266 I StGB umfasst zwei Tatbestände, die üblicherweise als Missbrauchstatbestand (§ 266 I Var. 1: Wer ... missbraucht) und Treubruchtatbestand (§ 266 I Var. 2: Wer ... die ihm obliegende Pflicht ... verletzt) bezeichnet werden. Der Halbsatz „und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat, Nachteil zufügt“, ist nach einhelliger Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum auf beide Tatbestandsvarianten zu beziehen.

Der Bf. zu I war als leitender Angestellter der S-AG von 1991 bis zum 30. 6. 2004 einer der vier Vorstände des Geschäftsbereichs „Power Generation“ (im Folgenden: S-PG); in der Hierarchieebene befand er sich unmittelbar unter dem (Zentral-)Vorstand der S-AG. Er war u.a. für die praktische Umsetzung der Compliance-Vorschriften des Unternehmens verantwortlich, nach denen auch unterhalb der Schwelle der Strafbarkeit der Einsatz von Bestechungsgeldern im geschäftlichen Verkehr untersagt war. Im Geschäftsbereich der S-PG existierte jedoch – wie nach den landgerichtlichen Feststellungen dem Bf., nicht jedoch dem Zentralvorstand bekannt war – ein etabliertes System zur Zahlung von Bestechungsgeldern (sog. nützliche Aufwendungen), wobei die hierfür vorgesehenen Mittel auf verborgenen Konten im Ausland lagerten und in der offiziellen Buchhaltung des Geschäftsbereichs S-PG keinen Niederschlag gefunden hatten. Dem Bf. war die Kontrolle über diese Gelder von Vorgängern im Unternehmen übertragen worden. Ein späterer Mitangekl. des Bf. war mit der Verwaltung der Konten und der Abwicklung verdeckter Überweisungen befasst. Im Rahmen der Akquirierung zweier Aufträge in den Jahren 1999 und 2000 (Projekte „L“ und „R“) veranlasste der Bf., dass an Funktionsträger des italienischen E-Konzerns Schmiergelder in Millionenhöhe überwiesen wurden, nachdem die S-AG die Aufträge entsprechend vorher getroffener Absprachen erhalten hatte. Weder der Bf. noch sein späterer Mitangekl. zogen eigene finanzielle Vorteile aus den beiden durch die Bestechungszahlungen zu Stande gekommenen Aufträgen.

Das LG Darmstadt würdigte das Verhalten des Bf. als Bestechung im geschäftlichen Verkehr (§ 299 II StGB) in zwei Fällen, in einem Fall in Tateinheit mit Untreue, und als einen weiteren Fall der Untreue und sprach deswegen mit Urteil vom 14. 5. 2007 eine Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren aus, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wurde. Auf die Revision des Bf. änderte der 2. Strafsenat des BGH die Entscheidung des LG mit Urteil vom 29. 8. 2008 (BGHSt 52, 323 = NJW 2009, 89) im Schuldpruch dahin ab, dass der Bf. (ausschließlich) der Untreue in zwei Fällen schuldig sei. Im Strafausspruch hob der BGH das Urteil auf und verwies das Verfahren an

eine andere *Strafkammer* des *LG Darmstadt* zurück. Eine neue Entscheidung über den Strafausspruch ist bislang nicht ergangen.

Nach Auffassung des *BGH* hat sich der Bf. der Untreue in Form des Treubruchtatbestands durch Unterlassen schuldig gemacht.

Der Bf. zu II war als Vorstand der Betriebskrankenkasse (BKK) H... P... in Kassel tätig. In dieser Funktion bewilligte er zwei Bediensteten – seinen späteren Mitangekl. – über mehrere Jahre hinweg Prämien, die praktisch zu einer Verdopplung des Gehalts der beiden Mitangekl. führten und deutlich von der üblichen Prämienpraxis abwichen, wonach lediglich einmalige Zahlungen über einen bestimmten Betrag erbracht wurden, die üblicherweise das Monatsgehalt eines Beschäftigten nicht überstiegen. Nach den Feststellungen des *LG* erhielten die beiden Mitangekl. hierdurch jeweils über 100 000 Euro zusätzlich zu ihren vergleichsweise hohen Gehältern und der gesondert erfolgten Vergütung von Überstunden. Eigene finanzielle Vorteile zog der Bf. aus seinem Verhalten nicht.

Das *LG Kassel* verurteilte den Bf. mit Urteil vom 1. 11. 2007 zu Einzelfreiheitsstrafen von jeweils einem Jahr, die zusammen mit einer nicht verfahrensgegenständlichen Verurteilung wegen Begünstigung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und neun Monaten führten, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wurde. Das *LG* wertete die Bewilligung der Prämien durch den Bf. als groben Verstoß gegen den Grundsatz der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit nach § 4 IV SGB V und auf dieser Grundlage als Untreue in zwei Fällen, wobei jeweils sowohl der Missbrauchs- als auch der Treubruchtatbestand erfüllt seien.

Dem Antrag des Generalbundesanwalts entsprechend verwarf der *BGH* die Revision des Bf. mit Beschluss vom 17. 12. 2008 gem. § 349 II StPO.

Die Bf. zu III 1 bis 5 waren Vorstände der *B-H-AG* (im Folgenden: *BH*) und in dieser Funktion auch mit der Vergabe von Krediten an die seit Anfang der 1990er Jahre aufgebaute *A-* Unternehmensgruppe befasst. Deren Geschäftsmodell bestand darin, über rechtlich selbstständige Objektgesellschaften Plattenbauwohnungen in den neuen Ländern zu

BVerfG: * Verfassungsrechtliche Anforderungen an den strafrechtlichen Untreuetatbestand(NJW 2010, 3209)	3210
---	------

erwerben, zu sanieren und in Eigentumswohnungen umzuwandeln. Hierbei erhielt die Unternehmensgruppe von Anfang an Darlehen der *BH*; die Summe der Kredite stieg bis September 1997 auf 810 Mio. DM an. Nachdem es im Sommer 1999 zu erheblichen Zahlungsrückständen gekommen war, entschlossen sich die Bet. zum Zweck der Abwendung einer Insolvenz der *A-* Gruppe zur Fortführung des Engagements unter neuen, im angefochtenen Urteil nicht weiter ausgeführten Rahmenbedingungen (sog. Nießbrauchsmodell).

Gegenstand der angefochtenen Verurteilung der Bf. durch das *LG Berlin* (Urt. v. 31. 3. 2007) ist die Bewilligung eines Kredits für den Ankauf des Plattenbauobjekts „P II“ in Höhe von 19589000 DM an die hierfür vorgesehene Objektgesellschaft *P-KG* i.G. im Oktober 1996. Wegen dreier weiterer Kreditentscheidungen im Mai 1996, Dezember 1996 und Juli 1997 bezüglich strukturell vergleichbarer Bauvorhaben waren die Bf. angeklagt, wurden insoweit aber rechtskräftig freigesprochen. Eine gegen die Bf. gerichtete Schadensersatzklage wegen der Kreditbewilligung vom Juli 1997 wurde mit rechtskräftigem Urteil des *KG* vom 22. 3. 2005 (14 U 248/03, BeckRS 2005, 05974) abgewiesen.

Durch die Kreditbewilligung im Fall „P II“ sah die *Strafkammer* den Untreuetatbestand in Form des Missbrauchstatbestands als erfüllt an. Sie verhängte deswegen gegen die Bf. zu III 1, 2 und 3 Freiheitsstrafen von einem Jahr und vier Monaten, gegen die erst zu einem späteren Zeitpunkt mit dem A-Engagement befassten Bf. zu III 4 und 5 Freiheitsstrafen von einem Jahr. Die Vollstreckung aller Strafen wurde zur Bewährung ausgesetzt.

Dem Antrag des Generalbundesanwalts entsprechend verwarf der 5. *Strafsenat* des *BGH* die Revisionen der Bf. durch Beschluss vom 4. 2. 2009 (5 StR 260/08, BeckRS 2009, 05305) gem. § 349 II StPO.

Auf die Verfassungsbeschwerden hin hat das *BVerfG* entschieden: Der Beschluss des *BGH* vom 4. 2. 2009 und das Urteil des *LG Berlin* vom 21. 3. 2007 verletzen die Bf. zu III 1, 2, 3, 4 und 5 in ihrem Recht aus Art. 103 II GG. Die Entscheidungen werden aufgehoben. Das Verfahren wird an das *LG Berlin* zurückverwiesen.

Im Übrigen wurden die Verfassungsbeschwerden zurückgewiesen.

#### **Aus den Gründen:**

**[65]** B. Die Verfassungsbeschwerden der Bf. zu I und II sind zulässig.

**[66]** Die Verfassungsbeschwerde der Bf. zu III 1 bis 5 ist jedenfalls insoweit zulässig, als sie die Verletzung des Art. 103 II GG rügt. Entgegen der Auffassung des Generalbundesanwalts haben die Bf. insofern den Rechtsweg ordnungsgemäß und in einer dem Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde entsprechenden Weise erschöpft. Der Grundsatz der Subsidiarität ändert nichts daran, dass die Beteiligten eines gerichtlichen Verfahrens im Allgemeinen nicht gehalten sind, verfassungsrechtliche Erwägungen und Bedenken vorzutragen (vgl. BVerfGE 112, 50 [60ff.] = NJW 2005, 1413 m.w. Nachw.).

**[67, 68]** C. Die Verfassungsbeschwerden der Bf. zu I und II sind unbegründet. Die Verfassungsbeschwerde der Bf. zu III 1 bis 5 ist begründet; die gegen sie ergangenen, mit der Verfassungsbeschwerde angegriffenen Entscheidungen verletzen Art. 103 II GG.

**[69]** I. Art. 103 II GG gewährleistet, dass eine Tat nur bestraft werden kann, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde. Die Bedeutung dieser Verfassungsnorm erschöpft sich nicht im Verbot der gewohnheitsrechtlichen oder rückwirkenden Strafbegründung. Art. 103 II GG enthält für die Gesetzgebung ein striktes Bestimmtheitsgebot sowie ein damit korrespondierendes, an die Rechtsprechung gerichtetes Verbot strafbegründender Analogie (st. Rspr., vgl. BVerfGE 14, 174 [185] = NJW 1962, 1339; BVerfGE 73, 206 [234] = NJW 1987, 43; BVerfGE 75, 329 [340] = NJW 1987, 3175). Diese Garantien dienen einem doppelten Zweck:

**[70]** Einerseits soll sichergestellt werden, dass der Gesetzgeber selbst abstrakt-generell über die Strafbarkeit entscheidet. Insoweit enthält Art. 103 II GG einen strengen Gesetzesvorbehalt, der es der vollziehenden und der rechtsprechenden Gewalt verwehrt, die normativen Voraussetzungen einer Bestrafung festzulegen (vgl. BVerfGE 75, 329 [341] = NJW 1987, 3175 m.w. Nachw.). Der Gesetzgeber übernimmt mit der Entscheidung über strafwürdiges Verhalten die demokratisch legitimierte Verantwortung für eine Form hoheitlichen Handelns, die zu den intensivsten Eingriffen in die individuelle Freiheit zählt; es ist eine grundlegende Entscheidung, in welchem Umfang und in welchen Bereichen ein politisches Gemeinwesen gerade das Mittel des Strafrechts als Instrument sozialer Kontrolle einsetzt (vgl. BVerfGE 123, 267 [408] = NJW 2009, 2267).

**[71]** Andererseits geht es um den rechtsstaatlichen Schutz des Normadressaten: Jedermann soll vorhersehen können, welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist. Art. 103 II GG hat insofern freiheitsgewährleistende Funktion (vgl. BVerfGE 75, 329 [341] = NJW 1987, 3175 m.w. Nachw.).

**[72]** a) Für den Gesetzgeber enthält Art. 103 II GG in seiner Funktion als Bestimmtheitsgebot dementsprechend die Verpflichtung, wesentliche Fragen der Strafwürdigkeit oder Straffreiheit im demokratisch-parlamentarischen Willensbildungsprozess zu klären und die Voraussetzungen der Strafbarkeit so konkret zu umschreiben, dass Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände zu erkennen sind und sich durch Auslegung ermitteln lassen (vgl. BVerfGE 75, 329 [340f.] = NJW 1987, 3175). Die allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätze, dass der Gesetzgeber im Bereich der Grundrechtsausübung alle wesentlichen Entscheidungen selbst treffen (vgl. BVerfGE 101, 1 [34] = NJW 1999, 3253; BVerfGE 108, 282 [312] = NJW 2003, 3111) und dass er Rechtsvorschriften so genau fassen muss, wie dies nach der Eigenart der zu ordnenden Lebenssachverhalte mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist (Grundsatz der Normenklarheit, vgl. BVerfGE 93, 213 [238] = NJW 1996, 709), gelten danach für den besonders grundrechtssensiblen Bereich des materiellen Strafrechts besonders strikt. Das Bestimmtheitsgebot verlangt daher, den Wortlaut von Strafnormen so zu fassen, dass die Normadressaten im Regelfall bereits anhand des Wortlauts der gesetzlichen Vorschrift voraussehen können, ob ein Verhalten strafbar ist oder nicht (vgl. BVerfGE 48, 48 [56f.] = NJW 1978, 1423; BVerfGE 92, 1 [12] = NJW 1995, 1141).

**[73]** Allerdings muss der Gesetzgeber auch im Strafrecht in der Lage bleiben, der Vielgestaltigkeit des Lebens Herr zu werden (BVerfGE 28, 175 [183]; BVerfGE 47, 109 [120] = NJW 1978, 933). Müsste er stets jeden Straftatbestand bis ins Letzte ausführen, anstatt sich auf die wesentlichen für die Dauer gedachten Bestimmungen über Voraussetzungen, Art und Maß der Strafe zu beschränken, bestünde die Gefahr, dass die Gesetze zu starr und kasuistisch würden und dem Wandel der Verhältnisse oder der Besonderheit des Einzelfalls nicht mehr gerecht werden könnten (vgl. BVerfGE 14, 245 [251] = NJW 1962, 1563).

**[74]** Wegen der gebotenen Allgemeinheit und der damit zwangsläufig verbundenen Abstraktheit von Strafnormen ist es unvermeidlich, dass in Einzelfällen zweifelhaft sein kann, ob ein Verhalten noch unter den gesetzlichen Tatbestand fällt oder nicht. Das Bestimmtheitsgebot bedeutet nicht, dass der Gesetzgeber gezwungen wäre, sämtliche Straftatbestände ausschließlich mit unmittelbar in ihrer Bedeutung für jedermann erschließbaren deskriptiven Tatbestandsmerkmalen zu

BVerfG: \* Verfassungsrechtliche Anforderungen an den strafrechtlichen Untreuetatbestand(NJW 2010, 3209)

3211

umschreiben. Es schließt die Verwendung wertausfüllungsbedürftiger Begriffe bis hin zu Generalklauseln im Strafrecht nicht von vornherein aus (vgl. BVerfGE 48, 48 [56f.] = NJW 1978, 1423; BVerfGE 92, 1 [12] = NJW 1995, 1141; ferner BVerfGE 75, 329 [341f.] = NJW 1987, 3175). Der Gesetzgeber kann Tatbestände auch so ausgestalten, dass zu ihrer Auslegung auf außerstrafrechtliche Vorschriften zurückgegriffen werden muss. Dies führt, soweit es sich nicht um Normen zur Ausfüllung eines strafrechtlichen Blanketts handelt, nicht dazu, dass auch die betreffenden außerstrafrechtlichen Vorschriften am Bestimmtheitsgebot des Art. 103 II GG zu messen wären (vgl. BVerfGE 78, 205 [213] = NJW 1988, 2593).

**[75]** Welchen Grad an gesetzlicher Bestimmtheit der einzelne Straftatbestand haben muss, lässt sich nach alledem nicht allgemein sagen (BVerfGE 28, 175 [183]). Deshalb ist im Wege einer wertenden Gesamtbetrachtung unter Berücksichtigung möglicher Regelungsalternativen zu entscheiden, ob der Gesetzgeber seinen Verpflichtungen aus Art. 103 II GG im Einzelfall nachgekommen ist. Zu prüfen sind die Besonderheiten des jeweiligen Straftatbestands einschließlich der Umstände, die zu der gesetzlichen Regelung führen (BVerfGE 28, 175 [183]), wobei der Gesetzgeber die Strafbarkeitsvoraussetzungen umso genauer festlegen und präziser bestimmen muss, je schwerer die von ihm angedrohte Strafe ist (BVerfGE 75, 329 [342] = NJW 1987, 3175). Auch der Kreis der Normadressaten ist von Bedeutung (BVerfGE 48, 48 [57] = NJW 1978, 1423).

**[76]** Soweit es nach der Rechtsprechung des *BVerfG* in Grenzfällen ausnahmsweise genügt, wenn lediglich das Risiko einer Bestrafung erkennbar ist (vgl. BVerfGE 48, 48 [56f.] = NJW 1978, 1423; BVerfGE 92, 1 [12] = NJW 1995, 1141), trägt dies der Unvermeidbarkeit von Randunschärfen Rechnung. Verfassungsrechtliche Bedenken, die die Weite eines Tatbestands(-merkmals) bei isolierter Betrachtung auslösen müsste, können zudem durch weitgehende Einigkeit über einen engeren Bedeutungsinhalt, insbesondere durch eine gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung, entkräftet werden (vgl. BVerfGE 26, 41 [43] = NJW 1969, 1759; BVerfGE 87, 209 [226f.] = NJW 1993, 1457; BVerfGE 92, 1 [18] = NJW 1995, 1141). Allein die Tatsache, dass ein Gesetz bei extensiver, den möglichen Wortlaut ausschöpfender Auslegung auch Fälle erfassen würde, die der parlamentarische Gesetzgeber nicht bestrafen wollte, macht das Gesetz nicht verfassungswidrig, wenn und soweit eine restriktive, präzisierende Auslegung möglich ist (vgl. BVerfGE 87, 399 [411] = NJW 1993, 581).

**[77]** Für die Strafgerichte enthält der Satz „nulla poena sine lege“ Verpflichtungen in mehrfacher Hinsicht.

**[78]** Der Gesetzgeber und nicht der Richter ist zur Entscheidung über die Strafbarkeit berufen (vgl. BVerfGE 71, 108 [116] = NJW 1986, 1671; BVerfGE 92, 1 [19] = NJW 1995, 1141). Der Gesetzgeber hat zu entscheiden, ob und in welchem Umfang er ein bestimmtes Rechtsgut, dessen Schutz ihm wesentlich und notwendig erscheint, gerade mit den Mitteln des Strafrechts verteidigen will. Den Gerichten ist es verwehrt, seine Entscheidung zu korrigieren (BVerfGE 92, 1 [13] = NJW 1995, 1141). Sie müssen in Fällen, die vom Wortlaut einer Strafnorm nicht mehr gedeckt sind, zum Freispruch gelangen und dürfen nicht korrigierend eingreifen (vgl. BVerfGE 64, 389 [393] = NJW 1984, 225). Dies gilt auch dann, wenn infolge des Bestimmtheitsgebots besonders gelagerte Einzelfälle aus dem Anwendungsbereich eines Strafgesetzes herausfallen, obwohl sie ähnlich strafwürdig erscheinen mögen wie das pönalisierte Verhalten. Es ist dann Sache des Gesetzgebers zu entscheiden, ob er die Strafbarkeitslücke bestehen lassen oder durch eine neue Regelung schließen will (BVerfGE 92, 1 [13] = NJW 1995, 1141). Aus dem Erfordernis gesetzlicher Bestimmtheit folgt anerkanntermaßen ein Verbot analoger oder gewohnheitsrechtlicher Strafbegründung. Dabei ist „Analogie“ nicht im engeren technischen Sinn zu verstehen; ausgeschlossen ist vielmehr jede Rechtsanwendung, die – tatbestandsausweitend – über den Inhalt einer gesetzlichen Sanktionsnorm hinausgeht, wobei der mögliche Wortlaut als äußerste Grenze zulässiger richterlicher Interpretation aus der Sicht des Normadressaten zu bestimmen ist (st. Rspr., vgl. BVerfGE 71, 108 [115] = NJW 1986, 1671; BVerfGE 82, 236 [269] = NJW 1991, 91; BVerfGE 92, 1 [12] = NJW 1995, 1141).

**[79]** Dementsprechend darf die Auslegung der Begriffe, mit denen der Gesetzgeber das unter Strafe gestellte Verhalten bezeichnet hat, nicht dazu führen, dass die dadurch bewirkte Eingrenzung der Strafbarkeit im Ergebnis wieder aufgehoben wird. Einzelne Tatbestandsmerkmale dürfen also auch innerhalb ihres möglichen Wortsinns nicht so weit ausgelegt werden, dass sie vollständig in anderen Tatbestandsmerkmalen aufgehen, also zwangsläufig mit diesen mitverwirklicht werden (Verschleifung oder Entgrenzung von Tatbestandsmerkmalen; vgl. BVerfGE 87, 209 [229] = NJW 1993, 1457; BVerfGE 92, 1 [16f.] = NJW 1995, 1141).

**[80]** In Betracht kommt aber auch, dass bei methodengerechter Auslegung ein Verhalten nicht strafbewehrt ist, obwohl es vom Wortlaut des Strafgesetzes erfasst sein könnte. Auch in einem solchen Fall darf ein nach dem Willen des Gesetzgebers strafloses Verhalten nicht durch eine Entscheidung der Gerichte strafbar werden (vgl. BVerfGE 87, 209 [224] = NJW 1993, 1457 m.w. Nachw.). Vielmehr haben die Gerichte dies zu respektieren und erforderlichenfalls durch restriktive Auslegung eines weiter gefassten Wortlauts der Norm sicherzustellen (vgl. BVerfGE 82, 236 [270f.] = NJW 1991, 91; BVerfGE 87, 399 [411] = NJW 1993, 581), im Ergebnis also freizusprechen.

**[81]** Art. 103 II GG enthält zudem Vorgaben für die Handhabung weit gefasster Tatbestände und Tatbestandselemente. Die Gerichte dürfen nicht durch eine fernliegende Interpretation oder ein Normverständnis, das keine klaren Konturen mehr erkennen lässt, dazu beitragen, bestehende Unsicherheiten über den Anwendungsbereich einer Norm zu erhöhen, und sich damit noch weiter vom Ziel des Art. 103 II GG entfernen (vgl. BVerfGE 71, 108 [121] = NJW 1986, 1671; BVerfGE 87, 209 [224ff., 229] = NJW 1993, 1457; BVerfGE 92, 1 [19] = NJW 1995, 1141). Andererseits ist die Rechtsprechung gehalten, verbleibende Unklarheiten über den Anwendungsbereich einer Norm durch Präzisierung und Konkretisierung im Wege der Auslegung nach Möglichkeit auszuräumen (Präzisierungsgebot). Besondere Bedeutung hat diese Pflicht bei solchen Tatbeständen, die der Gesetzgeber im Rahmen des Zulässigen durch Verwendung von Generalklauseln verhältnismäßig weit und unscharf gefasst hat. Gerade in Fallkonstellationen, in denen der Normadressat nach dem gesetzlichen Tatbestand nur noch die Möglichkeit einer Bestrafung erkennen kann und in denen sich erst auf Grund einer gefestigten Rechtsprechung eine zuverlässige Grundlage für die Auslegung und Anwendung der Norm gewinnen lässt (vgl. BVerfGE 26, 41 [43] = NJW 1969, 1759; BVerfGE 45, 363 [371f.] = NJW 1977, 1815), trifft die Rechtsprechung eine besondere Verpflichtung, an der Erkennbarkeit der Voraussetzungen der Strafbarkeit mitzuwirken). Sie kann sich auch in über die allgemeinen Grundsätze des Vertrauensschutzes (vgl. dazu BVerfGE 74, 129 [155f.]

BVerfG: \* Verfassungsrechtliche Anforderungen an den strafrechtlichen Untreuetatbestand(NJW 2010, 3209)

3212

= NJW 1987, 1689; BVerfGE 122, 248 [277f.] = NJW 2009, 1469) hinausgehenden Anforderungen an die Ausgestaltung von Rechtsprechungsänderungen niederschlagen.

**[82]** Bei der verfassungsrechtlichen Überprüfung, ob die Strafgerichte diesen aus Art. 103 II GG folgenden Vorgaben gerecht geworden sind, ist das *BVerfG* nicht auf eine Vertretbarkeitskontrolle beschränkt. Der in Art. 103 II GG zum Ausdruck kommende strenge Gesetzesvorbehalt erhöht die verfassungsgerichtliche Kontrolldichte. Sowohl die Überschreitung der Grenzen des Strafgesetzes als auch die Konturierung und Präzisierung ihres Inhalts betreffen die Entscheidung über die

Strafbarkeit und damit die Abgrenzung von Judikative und Legislative. Für die Klärung der insoweit aufgeworfenen Fragen ist das *BVerfG* zuständig.

**[83]** Stützen die Gerichte insbesondere ihre Auslegung und Anwendung der Strafnorm auf ein gefestigtes Verständnis eines Tatbestandsmerkmals oder der Norm insgesamt, prüft das *BVerfG* das Bestehen eines solchen gefestigten Verständnisses in vollem Umfang nach (vgl. BVerfGE 92, 1 [18] = NJW 1995, 1141; BVerfGE 92, 1 [23ff.] = NJW 1995, 1141 – abw. M.). Entsprechendes gilt, wenn die Strafbarkeit nach einer weit gefassten Norm mittels gefestigter komplexerer Obersätze eingegrenzt wird, wie sie etwa bei der Bildung von Fallgruppen und auf diese bezogene Spezifizierungen der Anforderungen der Strafrechtsnorm anzutreffen sind. Das *BVerfG* prüft insoweit, ob die Gerichte bei Anwendung und Auslegung der Strafnorm bei den bislang entwickelten, die Norm konkretisierenden Obersätzen geblieben sind, gegebenenfalls ob sie diese im Rahmen der Strafnorm folgerichtig weiterentwickelt und ob sie sie der Würdigung des konkreten Falls zu Grunde gelegt haben.

**[84]** Dagegen wird ein – gegebenenfalls in höchstrichterlichen Obersätzen – gefestigtes Normverständnis einer inhaltlichen Kontrolle durch das *BVerfG* nur in dem Sinne unterzogen, dass es nicht evident ungeeignet zur Konturierung der Norm sein darf (vgl. BVerfGE 26, 41 [43] = NJW 1969, 1759 mit – nur verstärkendem – Hinweis darauf, dass die gefestigte Auslegung „allgemein anerkannt“ sei). Insoweit werden – ebenso wie hinsichtlich der Anwendung der gegebenenfalls durch Obersätze konturierten und präzisierten Strafnorm – grundsätzlich keine Fragen des Verfassungsrechts aufgeworfen. Die verfassungsgerichtliche Kontrolle strafgerichtlicher Entscheidungen am Maßstab des Art. 103 II GG berührt nicht die Verantwortung der Gerichte, namentlich des *BGH*, für die Auslegung und Anwendung des Strafrechts.

**[85]** II. Nach diesen Maßstäben ist der Untreuetatbestand in seiner geltenden Fassung mit dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 II GG noch zu vereinbaren. § 266 I StGB lässt ein Rechtsgut ebenso klar erkennen wie die besonderen Gefahren, vor denen der Gesetzgeber dieses mit Hilfe des Tatbestands schützen will (1). Vor diesem Hintergrund kann der Tatbestand trotz seiner Weite und damit einhergehenden relativen Unschärfe (2) hinreichend restriktiv und präzisierend ausgelegt werden, um den unter dem Gesichtspunkt ausreichender Bestimmtheit bestehenden Bedenken angemessen Rechnung zu tragen (3).

**[86]** a) § 266 I StGB schützt das Vermögen im Sinne der Gesamtheit der geldwerten Güter einer Person (vgl. BGHSt 43, 293 [297] = NJW 1998, 913; *BGH*, NJW 2000, 154 [155] = NZG 2000, 307; Fischer, StGB, 57. Aufl. [2010], § 266 Rdnr. 2; *Kühl*, StGB, 26. Aufl. [2007], § 266 Rdnr. 1; *Lenckner/Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl. [2006], § 266 Rdnr. 1; *Schünemann*, in: LK-StGB, Bd. 7, 11. Aufl. [1998], § 266 Rdnr. 28). Damit ist das Rechtsgut klar bezeichnet. Wenn – vereinzelt – die Auffassung vertreten wird, dass auch das (individuelle oder kollektive) Vertrauen in die Redlichkeit des Rechts- und Wirtschaftsverkehrs geschützt werde (vgl. etwa *Dunkel*, GA 1977, 329 [334f.]), handelt es sich allenfalls um einen ergänzenden Aspekt, der insbesondere nichts daran ändert, dass „Nachteil“ im Sinne des Tatbestands nur ein „Vermögensnachteil“ sein kann (vgl. Fischer, § 266 Rdnr. 110; *Kühl*, § 266 Rdnr. 16).

**[87]** Der Untreuetatbestand soll den Vermögensinhaber im Gegensatz zu anderen Vermögensdelikten vor Schädigungen „von innen heraus“ bewahren (*Schünemann*, NStZ 2005, 473 [474]); der Straftatbestand der Untreue wirkt der besonderen Verletzlichkeit des

Vermögensinhabers, der seine wirtschaftlichen Interessen in fremde Hände legt und auf die Redlichkeit des Beauftragten angewiesen ist, entgegen (*Perron*, GA 2009, 219 [223]).

**[88]** Das gesetzgeberische Anliegen ist angesichts des die moderne Wirtschaft prägenden Auseinanderfallens von Vermögensinhaberschaft und beauftragter Verfügungsmacht (Management) von hoher und zunehmender aktueller Bedeutung (vgl. *Kindhäuser*, in: NK-StGB, Bd. 2, 2. Aufl. [2005], § 266 Rdnr. 3). Dementsprechend existieren Straftatbestände, die „ungetreue“ Handlungen von Gesellschaftsorganen und anderen Vermögensverwaltern erfassen, mit im Einzelnen unterschiedlicher Ausgestaltung in zahlreichen europäischen Rechtsordnungen (vgl. *Cappel*, Grenzen auf dem Weg zu einem europäischen Untreuestrafrecht, 2009, S. 187ff.).

**[89]** Auf diesem Hintergrund wie auch in Anbetracht der vor das Jahr 1933 zurückreichenden Geschichte des Tatbestands (vgl. dazu nur *Mayer*, Die Untreue im Zusammenhang der Vermögensverbrechen, 1926) können die der Untreuestrafbarkeit zu Grunde liegenden Wertungen nicht als nationalsozialistisches Gedankengut angesehen werden. Der Umstand, dass der Begriff der Treue, wie in der der Stellungnahme des Generalbundesanwalts angesprochen (...), im Nationalsozialismus missbraucht worden ist, führt nicht zu einer anderen Beurteilung. Die mehrfache Befassung des Deutschen Bundestags mit dem Untreuetatbestand seit 1949 zeigt, dass der demokratische Gesetzgeber sich die Norm in ihrer geltenden Fassung zu eigen gemacht hat.

**[90]** Das Regelungskonzept des Gesetzgebers hat – im Interesse eines wirksamen und umfassenden Vermögensschutzes – zu einer sehr weit gefassten und verhältnismäßig unscharfen Strafvorschrift geführt.

**[91]** Der Gesetzgeber hat weitgehend darauf verzichtet, Sondertatbestände für einzelne Treuhandverhältnisse zu schaffen, wie sie sich beispielsweise früher in § 294 des Aktiengesetzes fanden oder heute in manchen ausländischen Rechtsordnungen bestehen (vgl. dazu *Cappel*, Grenzen auf dem Weg zu einem europäischen Untreuestrafrecht, 2009, S. 198ff.). Die wichtigste Ausnahme stellen die Tatbestände des § 266a und des § 266b StGB als gesetzgeberische Reaktionen auf die gebotene restriktive Handhabung des Untreuetatbestands seitens der Rechtsprechung dar. Der Anwendungsbereich des Untreuetatbestands erstreckt sich in der heutigen Praxis daher auf so unterschiedliche Bereiche wie die Kreditgewährung durch Bankvorstände (BGHSt 46, 30 = NJW 2000, 2364; BGHSt 47, 148 = NJW 2002, 1211), die Prämiengewährung durch Vorstände öffentlicher oder privater Unternehmen (s. auch BGHSt 50, 331 = NJW 2006, 522), die haushaltswidrige Verwendung öffentlicher Mittel (BGHSt 43, 293 = NJW 1998, 913), Verstöße gegen parteirechtliche

BVerfG: \* Verfassungsrechtliche Anforderungen an den strafrechtlichen Untreuetatbestand(NJW 2010, 3209)

3213

Regelungen (BGHSt 51, 100 = NJW 2007, 1760) oder bestimmte Erscheinungsformen der Korruption (vgl. – neben der hier angegriffenen Entscheidung – BGHSt 52, 323 = NJW 2009, 89; *BGH*, NJW 1975, 1234; BGHSt 54, 39 = NJW 2009, 3248). Die Strafbarkeit wegen Untreue tritt damit neben die Straftatbestände spezieller Regelwerke wie der des Kreditwesengesetzes (§§ 54ff. KWG), des Aktiengesetzes (§ 399ff. AktG) und des Parteiengesetzes (§ 31d PartG) oder stellt den einzigen strafrechtlichen Ansatzpunkt dar, wo Sonderregelungen fehlen wie im Falle des Haushaltsrechts (vgl. dazu *Coenen*, Die Strafbarkeit von Verstößen gegen das Haushaltsrecht bei der Bewirtschaftung öffentlicher Mittel, 2000) oder – bis zur Verabschiedung des Gesetzes zu dem Protokoll vom 27. 9. 1996 zum Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der

Europäischen Gemeinschaften vom 10. 9. 1998 (BGBl II, 2340) und des Gesetzes zu dem Übereinkommen vom 17. 12. 1997 über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr vom 10. 9. 1998 (BGBl II, 2327) – bei manchen Erscheinungsformen der Bestechung mit Auslandsbezug (vgl. dazu *Saliger/Gaede*, HRRS, 2008, S. 57 [60ff.]).

**[92]** Folge dieser Konzeption ist, dass der Untreuetatbestand in beiden Varianten sehr abstrakt formuliert und von großer Weite ist. Entsprechend hoch ist seine Auslegungsfähigkeit und -bedürftigkeit.

**[93]** Den Adressatenkreis des Treubruchtatbestands (§ 266 I Var. 2 StGB) kennzeichnet das Gesetz im Gegensatz zur Fassung des Untreuetatbestands von 1871 ausschließlich durch eine Definition von hohem Abstraktionsgrad: Entscheidend ist die Pflicht, fremde Vermögensinteressen „wahrzunehmen“ oder zu „betreuen“. Beide Ausdrücke weisen in ihrem Bezug auf fremde Vermögensinteressen auf ein – vermögensbezogenes – Handeln für jemand anderen oder in Rücksichtnahme auf jemand anderen hin. Aus dem Wortsinn wird danach – lediglich – deutlich, dass der Tatbestand eine Beziehung des Täters zum (potenziell) Geschädigten voraussetzt, die eine besondere, über die für jedermann geltenden Pflichten zur Wahrung der Rechtssphäre anderer hinausgehende Verantwortung für dessen materielle Güter mit sich bringt. Damit ergibt sich ein dem bloßen Wortlaut nach ausgesprochen weiter möglicher Anwendungsbereich. Wie bereits das *RG* mit Urteil vom 14. 12. 1934 (RGSt 69, 58 [60f.]) ausgeführt hat, *kann* man hierunter

**[94]** alle Aufgabenkreise und Tätigkeiten verstehen, die eine Einwirkung irgendwelcher Art (durch Handlung, Duldung, Unterlassung) auf das Vermögen oder auf Vermögensteile eines anderen zum Gegenstand haben, hierzu nötig oder dienlich sind ... Aus dem Wortlaut des Gesetzes lässt sich gegen eine so weitgehende Auslegung nichts Zwingendes entnehmen. Er lässt sich selbst auf ganz untergeordnete Auftrags- und Dienstverhältnisse, ja sogar noch auf einen großen Teil der Botendienste anwenden.

**[95]** Bei der vom Missbrauchstatbestand (§ 266 I Var. 1 StGB) vorausgesetzten Befugnis des Täters, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, handelt es sich zwar um im juristischen Sprachgebrauch exakt definierte (vgl. Fischer, § 266 Rdnrn. 10ff.; eingehend *Schünemann*, in: LK-StGB, § 266 Rdnrn. 37ff., 46) und auch dem Verständnis durch Rechtsunkundige durchaus zugängliche Begriffe. Doch ist danach auch der Kreis möglicher Adressaten des Missbrauchstatbestands weit, umfasst er doch beispielsweise Scheck- und Kreditkarteninhaber im Verhältnis zur Bank oder zum Kreditkartenunternehmen.

**[96]** Das zentrale Merkmal der Verletzung einer Pflicht zur Wahrnehmung und Betreuung fremder Vermögensinteressen bzw. des Missbrauchs rechtlicher Befugnisse ist nicht nur für sich genommen weit, sondern knüpft zusätzlich an außerstrafrechtliche Normkomplexe und Wertungen an, die das Verhältnis zwischen dem Vermögensinhaber und dem Vermögensverwalter im Einzelnen gestalten und so erst den Inhalt der – strafbewehrten – Pflicht und die Maßstäbe für deren Verletzung festlegen (zur Akzessorietät des Tatbestands vgl. *Beulke*, in: Festschr. f. Ulrich Eisenberg, 2009, S. 245 [250]; *Hohmann*, ZIS 2007, 38; *Rönnau*, ZStW [2006], 887 [905]). Die aus zivil- oder öffentlich-rechtlichen Normen folgende Pflichtwidrigkeit des Handelns ist als notwendige

Voraussetzung der Untreuestrafbarkeit klar bezeichnet. Ihre Bestimmung im Einzelfall bringt jedoch nicht unerhebliche Unsicherheiten mit sich.

**[97]** Das Pflichtwidrigkeitsmerkmal erschöpft sich nicht nach Art eines Blankettmerkmals in der Weiterverweisung auf genau bezeichnete Vorschriften (vgl. *Kubiciel*, NStZ 2005, 353 [357ff.]; *Rönnau*, ZStW [2006], 887 [904]; zur verfassungsrechtlichen Problematik von Blanketttatbeständen vgl. nur BVerfGE 75, 329 = NJW 1987, 3175); es handelt sich vielmehr um ein komplexes normatives Tatbestandsmerkmal (vgl. BVerfGE 78, 205 [213] = NJW 1988, 2593; *Kubiciel*, NStZ 2005, 353 [357ff.]; *Rönnau*, ZStW [2006], 887 [904]). Zunächst stellt sich dem Normanwender die Frage, welche außerstrafrechtlichen Bestimmungen zur Beurteilung der Pflichtwidrigkeit heranzuziehen sind. Sodann stellt sich die Frage nach der Auslegung der relevanten Normen, unter denen sich Vorschriften von erheblicher Unbestimmtheit oder generalklauselartigen Charakters befinden können, da sich dem Normtext des § 266 I StGB Anforderungen an die Bestimmtheit der in Bezug genommenen Normen nicht entnehmen lassen; verwiesen sei insofern nur beispielhaft auf die im Fall der Bf. zu III 1 bis 5 teilweise einschlägigen Bestimmungen der §§ 76, 93, 111, 116 AktG (vgl. dazu BGHSt 47, 187 [192] = NJW 2002, 1585; BGHSt 50, 331 [336] = NJW 2006, 522; *Kindhäuser*, in: NK-StGB § 266 Rdnr. 58). Die resultierenden Auslegungsschwierigkeiten erhöhen sich, wenn dem Verpflichteten – wie im Fall der zitierten Normen des Aktiengesetzes – eigene Entscheidungsspielräume mit abstrakt schwer zu bestimmenden Grenzen eingeräumt werden (vgl. § 93 I 1 und 2 AktG; dazu BGHSt 47, 187 [193ff.] = NJW 2002, 1585; vgl. auch BGHZ 135, 244 = NJW 1997, 1926; Hüffer, AktG, 9. Aufl. [2010], § 93 Rdnrn. 1, 4a).

**[98]** Der Untreuetatbestand setzt weiter den Eintritt eines Nachteils voraus. Der Begriff des Nachteils für das betroffene Vermögen hat zwar einen allgemein verständlichen Bedeutungsgehalt (vgl. *BVerfG [2. Kammer des Zweiten Senats]*, NJW 2009, 2370 Rdnr. 24), bereitet aber gerade im Kontext des § 266 I StGB spezifische Auslegungsschwierigkeiten.

**[99]** Dem umgangssprachlichen Wortsinn nach ist „Nachteil“ ein „Schaden, Verlust, ungünstige Lage“ (*Wahrig*, Dt. Wörterb., 8. Aufl. [2008], S. 1047) „etwas, was sich für jemanden gegenüber einem anderen negativ auswirkt, ihn beeinträchtigt, ihm schadet“ (*Duden*, Dt. Universalwörterb., 5. Aufl. [2003], S. 1120) oder „ein als Minderung, Verschlechterung erscheinendes Übel, überhaupt Schaden, Verlust, Abbruch, Beeinträchtigung“ (vgl. *Jacob und Wilhelm Grimm*, Dt. Wörterb., Bd. 7, Nachdruck 1984, Sp. 184f.). Ein Vermögensnachteil i.S. des § 266 I StGB setzt mithin zwingend einen Vergleich zweier Vermögenslagen voraus, bei dem sich eine Differenz ergeben muss (vgl. *Riemann*, Vermögensgefährdung und Vermögensschaden, 1989, S. 6).

**[100]** Konturen verleiht das Nachteilsmerkmal dem § 266 I StGB vor allem dadurch, dass das Gesetz ausnahmslos den tatsächlichen Eintritt des Nachteils fordert, da der Gesetzgeber den Versuch der Untreue nicht unter Strafe gestellt

BVerfG: \* Verfassungsrechtliche Anforderungen an den strafrechtlichen Untreuetatbestand(NJW 2010, 3209)

3214

hat. Die Untreue stellt also ein reines Verletzungserfolgsdelikt oder Bestandsschutzdelikt dar, das ein Erfolgsunrecht voraussetzt (vgl. *Perron*, in: Festschr. f. Klaus Tiedemann, 2008, S. 737 [740]; *Rönnau*, StV 2009, 246). Bleibt der Eintritt eines Schadens ungewiss, wenn auch möglich, so ist folglich nach dem Grundsatz „in dubio pro reo“ freizusprechen.

**[101]** Gleichwohl wirft das Nachteilsmerkmal Auslegungsfragen von erheblicher Bedeutung auf.

**[102]** Zum einen geht aus dem Wortlaut nicht eindeutig hervor, ob das Gesetz mit dem durch pflichtwidriges oder missbräuchliches Handeln zugefügten Nachteil die Differenz meint, die sich bei einem Vergleich der Vermögenslage vor und nach der beanstandeten Handlung ergibt, oder die Differenz zwischen den sich in den Fällen pflichtgemäßen oder pflichtwidrigen Verhaltens ergebenden Vermögenssalden. Unterschiedliche Ergebnisse können sich dabei vor allem dann ergeben, wenn dem Betroffenen – wie dem Bf. zu I – mit der Nichtoffenbarung von dem Treugeber verborgenen Vermögen beziehungsweise der unterbliebenen Rückführung von „verloren geglaubtem“ Vermögen eine pflichtwidrige Unterlassung vorgeworfen wird. In diesen Fällen hängt die Strafbarkeit von der Art des Vermögensvergleichs und damit davon ab, wie man die Wendung „und dadurch ... Nachteil zufügt“ versteht.

**[103]** Konkretisierungsbedarf kann sich auch aus der Tatsache ergeben, dass es sich beim Vermögen als Rechtsgut und Bezugspunkt des anzustellenden Vergleichs nicht um einen der sinnlichen Wahrnehmung unmittelbar zugänglichen Gegenstand handelt, sondern um eine wirtschaftliche Größe, deren Umfang zu einem bestimmten Zeitpunkt sich erst aus einer Bewertung ergibt. In deren Rahmen bedarf es der Entscheidung, welche Vermögenspositionen in die Wertbestimmung einfließen und wie deren Wert zu ermitteln ist. Hierbei können normative Erwägungen eine Rolle spielen, die unter Umständen die Eigenständigkeit des Nachteilsmerkmals gegenüber dem Pflichtwidrigkeitsmerkmal in Frage stellen und eine Konturierung des Nachteilsbegriffs zusätzlich erschweren. Das zeigt sich beispielsweise bei den Fragen, in welchem Umfang vom Treupflichtigen verursachte Wertzuwächse eingetretene Verluste kompensieren können (vgl. etwa *BGH*, NStZ 1986, 455 [456]; *Kühl*, § 266 Rdnr. 17b) und unter welchen Umständen Ausgleichsansprüche gegen den Täter ausnahmsweise schadensmindernd zu berücksichtigen sind (vgl. *BGHSt* 15, 342 [343f.] = *NJW* 1961, 685; *Dierlamm*, in: *MünchKommStGB*, Bd. 4, 2006, § 266 Rdnr. 184 m.w. Nachw.; *Fischer*, § 266 Rdnr. 168; *Waßmer*, *Untreue bei Risikogeschäften*, 1997, S. 126ff.). Ferner ist zu bedenken, dass es sich bei der Entstehung von Vermögensnachteilen oder -schäden im Allgemeinen um einen dynamischen Prozess handelt (vgl. *Fischer*, *NStZ-Sonderheft* 2009, S. 8 [12]), dessen Beurteilung stark davon abhängen kann, welcher Zeitpunkt der Untersuchung zu Grunde gelegt wird.

**[104]** Schließlich beschränkt das Nachteilerfordernis die Strafbarkeit wegen Untreue zwar auf Fälle, in denen ein bestimmter Handlungserfolg in Form einer messbaren Vermögenseinbuße vorliegt, trifft damit aber keine von der Frage nach der Pflichtwidrigkeit zu lösende eigenständige Aussage über die Strafwürdigkeit. Denn gerade „klassische“ Vermögensbetreuungsverhältnisse wie das zwischen der Bank und ihrem Vorstand können sich durch erhebliche Handlungsspielräume des Treupflichtigen auszeichnen, zu denen das Eingehen von Verlustrisiken ganz selbstverständlich gehört. Kommt es etwa durch Ausfall eines Kredits zu einem Vermögensschaden, so rechtfertigt dies für sich genommen noch nicht den Schluss auf ein unerlaubtes und strafwürdiges Handeln des für die Kreditvergabe verantwortlichen Vorstands (vgl. *BGHSt* 46, 30 [34] = *NJW* 2000, 2364; *Albrecht*, in: *Festschr. f. Rainer Hamm*, 2008, S. 1 [3]).

**[105]** Über die genannten Merkmale hinaus enthält der Untreuetatbestand keine weiteren beschränkenden Voraussetzungen. Er stellt auch im subjektiven Bereich keine hohen Anforderungen: Hinsichtlich sämtlicher objektiver Tatbestandsmerkmale muss lediglich bedingter Vorsatz vorliegen. Der Tatbestand setzt weder eine Schädigungsabsicht voraus, die der Tatbestand in seiner Fassung von 1871 dem Wortlaut nach noch verlangte (vgl. *Perron*, in: *Jahresband der*

Juristischen Studiengesellschaft 2008, S. 45 [61]; allerdings legte das *RG* den Ausdruck „absichtlich“ in diesem Fall als gleichbedeutend mit „vorsätzlich“ aus: Es genüge das Bewusstsein, dass die betreffende Handlung dem geschützten Vermögen nachteilig sei; vgl. *RG*, GA 36 [1888], 400 [401]), noch erfordert er – wie beispielsweise der Betrugstatbestand – eine (selbst- oder drittbezogene) Bereicherungsabsicht des Täters (vgl. *BVerfG* [2. Kammer des Zweiten Senats], NJW 2009, 2370 Rdnr. 35; BGHSt 51, 100 [121] = NJW 2007, 1760).

**[106]** Der Untreuetatbestand lässt eine konkretisierende Auslegung zu, die die Rechtsprechung in langjähriger Praxis umgesetzt und die sich in ihrer tatbestandsbegrenzenden Funktion als tragfähig erwiesen hat.

**[107]** Hinsichtlich des Adressatenkreises der Norm ist schon das *RG* davon ausgegangen, dass nach dem Willen des Gesetzgebers der Bereich der strafbaren Untreue nicht „ins Ungemessene erweitert“ werden sollte. Dem Gesetz könne und müsse hinsichtlich des Treubruchtatbestands entnommen werden (vgl. RGSt 69, 58 [61f.]), dass

**[108]** an Pflichten oder Pflichtenkreise gedacht ist, die sich ihrer Dauer nach über eine gewisse Zeit oder ihrem Umfang nach über bloße Einzelfälle hinaus erstrecken, so dass der Verpflichtete für ihre Erfüllung einen gewissen Spielraum, eine gewisse Bewegungsfreiheit oder Selbstständigkeit hat, mag auch ein solcher Pflichtenkreis an Bedeutung und Umfang hinter dem eines Vormunds, eines Testamentsvollstreckers oder anderer Vermögensverwalter im eigentlichen Sinne mehr oder weniger zurückbleiben und sich mehr einer einzelnen Geschäftsbesorgung im Sinne des bürgerlichen Rechtes nähern.

**[109]** Dementsprechend ist in Rechtsprechung und Lehre heute anerkannt, dass allein der Bezug einer Verpflichtung zu fremden Vermögensinteressen sie noch nicht zur Vermögensbetreuungspflicht i.S. des § 266 I Var. 2 StGB macht. Die Pflicht, einen Vertrag zu erfüllen, genügt danach als solche ebenso wenig wie die allgemeine vertragliche Nebenpflicht (vgl. §§ 241 II, 242, 311 II BGB), auf die (Vermögens-)Interessen des Partners Rücksicht zu nehmen; der bloße Vertragsbruch soll nicht unter Strafe stehen. Vielmehr wird verlangt, dass den Täter eine inhaltlich besonders herausgehobene Pflicht zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen trifft (vgl. BGHSt 1, 186 [188f.]; Fischer, § 266 Rdnr. 35; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht Besonderer Teil, Teilbd. 1, 9. Aufl. [2003], S. 584). Die Rechtsprechung entscheidet im Wege einer Gesamtbetrachtung, ob es sich bei den einer Person übertragenen Aufgaben um Angelegenheiten handelt, denen die Bedeutung der Wahrnehmung von Vermögensinteressen zukommt. Von maßgeblicher Bedeutung ist dabei in erster Linie, ob die fremdnützige Vermögensfürsorge den Hauptgegenstand der Rechtsbeziehung bildet und ob dem Verpflichteten bei deren Wahrnehmung ein gewisser Spielraum, eine gewisse Bewegungsfreiheit oder

BVerfG: \* Verfassungsrechtliche Anforderungen an den strafrechtlichen Untreuetatbestand(NJW 2010, 3209)

3215

Selbstständigkeit, mit anderen Worten die Möglichkeit zur verantwortlichen Entscheidung innerhalb eines gewissen Ermessensspielraums verbleibt (vgl. BGHSt 1, 186 [188f.]; BGHSt 3, 289 [294]; BGHSt 4, 170 [172] = NJW 1953, 1272; BGHSt 13, 315 [317] = NJW 1960, 53; w. Nachw. bei *Dierlamm*, in: MünchKomm-StGB, § 266 Rdnr. 44; Fischer, § 266 Rdnr. 29). Eine solcherart qualifizierte Stellung ist nach der Rechtsprechung Voraussetzung nicht nur des Treubruch-, sondern auch des Missbrauchstatbestands, so dass insbesondere die abredewidrige Nutzung von

Scheck- und Kreditkarten aus dem Anwendungsbereich des Untreuetatbestands herausfällt (vgl. BGHSt 24, 386; BGHSt 33, 244 = NJW 1985, 2280).

**[110]** Die gefestigte Rechtsprechung in diesem Bereich ist geeignet, den Anwendungsbereich des Untreuetatbestands im Sinne der dahinterstehenden Schutzkonzeption zu begrenzen. Auf ihrer Grundlage steht zudem für einen großen Teil von Lebenssituationen von vornherein fest, dass eine Strafbarkeit nach dem Untreuetatbestand nicht in Betracht kommt. Dies gilt etwa für alle Vertragspartner in gewöhnlichen Austauschverträgen wie Kauf- oder Werkverträgen oder für Arbeitnehmer, deren Tätigkeitsbereich keine spezifischen Bezüge zum Vermögen ihres Arbeitgebers aufweist (vgl. Fischer, § 266 Rdnr. 49 Stichwort „Arbeitnehmer“). Auf der anderen Seite ist ein Kernbereich auszumachen, innerhalb dessen keine ernstlichen Zweifel bestehen, dass eine Vermögensbetreuungspflicht besteht und dass mithin auch eine Strafbarkeit nach dem Treubruchtatbestand möglich ist; das gilt insbesondere für die Vorstände von privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Körperschaften hinsichtlich des Vermögens der von ihnen vertretenen Institutionen (vgl. nur Fischer, § 266 Rdnr. 36 Stichworte „Bankvorstand“, „Behördenleiter“, „Vereinsvorstand“, „Vorstandsmitglieder“; *Kiethel*, WM 2003, 861 [867]).

**[111]** Auch das Merkmal der Pflichtwidrigkeit hat die höchstrichterliche Rechtsprechung in fallgruppenspezifischen Obersätzen hinreichend in einer Weise konkretisiert, die die Vorhersehbarkeit der Strafbarkeit im Regelfall sichert. Voraussehbarkeit der Strafdrohung und Kohärenz der Rechtsordnung stehen in engem Zusammenhang. Die Ziele dementsprechender Auslegung müssen von Verfassungs wegen darin bestehen, die Anwendung des Untreuetatbestands auf Fälle klarer und deutlicher (evidenter) Fälle pflichtwidrigen Handelns zu beschränken, Wertungswidersprüche zur Ausgestaltung spezifischer Sanktionsregelungen zu vermeiden und den Charakter des Untreuetatbestands als eines Vermögensdelikts zu bewahren. Die (Fort-)Entwicklung geeigneter dogmatischer Mittel zu diesem Ziel obliegt in erster Linie den Strafgerichten und hier vornehmlich den Revisionsgerichten. Diese müssen im Interesse der Berechenbarkeit und Voraussehbarkeit der Rechtsanwendung in wichtigen Anwendungsbereichen des Untreuetatbestands diesen durch fallgruppenspezifische Obersatzbildung unter Berücksichtigung der genannten Kriterien handhabbar machen.

**[112]** Für eine fallgruppenspezifische Obersatzbildung finden sich in der jüngeren Rechtsprechung des *BGH* verschiedene Beispiele (vgl. etwa BGHSt 47, 187 = NJW 2002, 1585 zum Sponsoring; BGHSt 46, 30 = NJW 2000, 2364 und BGHSt 47, 148 = NJW 2002, 1211 zur Kreditvergabe, näher dazu unten III 3 a; BGHSt 50, 331 = NJW 2006, 522 zur Prämienverteilung durch Aktiengesellschaften). Tatbestandsbegrenzende Funktion hat auch die jüngere Rechtsprechung, die eine Pflichtverletzung i.S. des § 266 StGB nur dann bejaht, wenn sie gravierend ist (vgl. BGHSt 47, 148 [152f.] = NJW 2002, 1211; BGHSt 47, 187 [197] = NJW 2002, 1585; s. aber auch BGHSt 50, 331 [343ff.] = NJW 2006, 522; *BGH*, NJW 2006, 453 [454f.] = NStZ 2006, 221; aus dem Schrifttum vgl. zustimmend *Kutzner*, NJW 2006, 3541 [3543]; ablehnend *Beckemper*, NStZ 2002, 324 [326]; *Sauer*, wistra 2002, 465). Der gegen die Rechtsprechung erhobene Einwand, dass sich dem Wortlaut des Tatbestands das Erfordernis einer gravierenden Pflichtverletzung nicht entnehmen lasse (*Schünemann*, NStZ 2005, 473 [475]), überzeugt angesichts der dargelegten Notwendigkeit einer Beschränkung (Restriktion) des sehr weiten Wortlauts nicht. Der Einwand der Bf. zu III 1 bis 5, hier würden nur weitere Wertungsspielräume eröffnet, deren Folgen im Einzelfall

unvorhersehbar seien, verkennt, dass sich gravierende Pflichtverletzungen nur dann werden bejahen lassen, wenn die Pflichtverletzung evident ist.

**[113]** Im Falle des Nachteilsmerkmals muss die Auslegung den gesetzgeberischen Willen beachten, dieses Merkmal als selbstständiges neben dem der Pflichtverletzung zu statuieren; sie darf daher dieses Tatbestandsmerkmal nicht mit dem Pflichtwidrigkeitsmerkmal verschleifen, d.h., es in diesem Merkmal aufgehen lassen (zu dieser Gefahr vgl. *Saliger*, ZStW 112 [2000], 563 [610]; *ders.*, HRRS 2006, 10 [14]). Deswegen und um das Vollendungserfordernis zu wahren, sind eigenständige Feststellungen zum Vorliegen eines Nachteils geboten. Von einfach gelagerten und eindeutigen Fällen – etwa bei einem ohne Weiteres greifbaren Mindestschaden – abgesehen, werden die Strafgerichte den von ihnen angenommenen Nachteil der Höhe nach beziffern und dessen Ermittlung in wirtschaftlich nachvollziehbarer Weise in den Urteilsgründen darlegen müssen.

**[114]** Eine gebotene konkrete Ermittlung des Nachteils darf insbesondere nicht aus der Erwägung heraus unterbleiben, dass sie mit praktischen Schwierigkeiten verbunden ist. Wenn und soweit in der wirtschaftlichen Praxis geeignete Methoden zur Bewertung von Vermögenspositionen entwickelt worden sind, müssen die Gerichte diese – gegebenenfalls über die Hinzuziehung eines Sachverständigen – auch ihrer Beurteilung zu Grunde legen. Dabei geht es darum, die Schadensfeststellung auf eine sichere Grundlage zu stellen, sie rational nachvollziehbar zu machen und sich zu vergewissern, ob im Einzelfall eine hinreichend sichere Grundlage für die Feststellung eines Vermögensnachteils überhaupt existiert oder ob man sich in einem Bereich bewegt, in dem von einem zahlenmäßig fassbaren Schaden noch nicht die Rede sein kann. Soweit Unsicherheiten verbleiben, ist unter Beachtung des Zweifelssatzes der (Mindest-)Schaden im Wege der Schätzung zu ermitteln (vgl. BGHSt 30, 388 [390] = NJW 1982, 1165; *BGH*, NJW 2008, 2451 [2452]; BGHSt 53, 199 = NJW 2009, 2390 = NSTZ 2009, 330 [331]; *BGH*, NSTZ 2010, 329).

**[115]** Normative Gesichtspunkte können bei der Feststellung eines Nachteils durchaus eine Rolle spielen. Sie dürfen aber, soll der Charakter der Untreue als Vermögensdelikt und Erfolgsdelikt bewahrt bleiben, wirtschaftliche Überlegungen nicht verdrängen. So kann beispielsweise die Verwendung des anvertrauten Vermögens zu verbotenen Zwecken nicht per se als nachteilsbegründend angesehen werden; vielmehr bleibt es auch in solchen Fällen erforderlich, zu prüfen, ob das verbotene Geschäft – wirtschaftlich betrachtet – nachteilhaft war.

**[116]** III. Den danach zu stellenden Anforderungen an die Auslegung des § 266 I StGB genügen die gegen die Bf. zu I und II ergangenen Entscheidungen, nicht jedoch das gegen die Bf. zu III 1 bis 5 ergangene Urteil des *LG Berlin* vom

BVerfG: \* Verfassungsrechtliche Anforderungen an den strafrechtlichen Untreuetatbestand(NJW 2010, 3209)

3216

21. 3. 2007 sowie der die hiergegen gerichtete Revision verwerfende Beschluss des *BGH* vom 4. 2. 2009.

**[117]** Im Fall des Bf. zu I hat der *BGH* die Verursachung eines tatbestandsmäßigen Nachteils in Höhe der vom Bf. übernommenen, auf schwarzen Kassen im Ausland lagernden Gelder darin gesehen, dass der Bf. diese Gelder, die für den Konzern aus Sicht des *BGH* wirtschaftlich bereits verloren waren, nicht an den Konzern herausgegeben, sondern auf Dauer weiter verborgen hat, nachdem er den Zugriff hierauf erhalten hatte. Diese Sichtweise begegnet weder dem Grunde (a) noch der Höhe nach (b) von Verfassungs wegen Bedenken.

**[118]** Es ist sowohl mit dem Wortlaut des § 266 I StGB als auch mit dem Gebot restriktiver und präzisierender Auslegung des Tatbestands zu vereinbaren, dass der *BGH* im Verhalten des Bf. dem Grunde nach die Zufügung eines eigenständigen Nachteils erkannt hat. Dies entspricht der verfassungsrechtlich unbedenklichen ständigen Rechtsprechung des *BGH* zur Schadensberechnung bei der Vereitelung von Gewinnaussichten.

**[119]** (1) Grundsätzlich soll der Vermögensnachteil als Taterfolg der Untreue nach heutiger Rechtsprechung und herrschender Lehre durch einen Vergleich des gesamten Vermögens vor und nach der beanstandeten Verfügung unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten geprüft werden (vgl. *BGHSt* 47, 295 [301f.] = *NJW* 2002, 2801; *BGH*, *NStZ-RR* 2006, 378 [379] = *NJW* 2007, 1373 L, jew. m.w. Nachw.; *Dierlamm*, in: *MünchKomm-StGB*, § 266 Rdnr. 178; Fischer, § 266 Rdnr. 115; *Kühl*, § 266 Rdnr. 17; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, S. 587). Das *RG* hatte demgegenüber teilweise die Formulierung verwendet, der Nachteil sei festzustellen „durch Vergleich des Vermögens, das der Geschädigte ohne den Befugnismissbrauch oder ohne die Pflichtverletzung des Täters hätte, mit dem Vermögen, das er infolge einer dieser Handlungen oder Unterlassungen hat“ (vgl. *RGSt* 73, 283 [285]; Hervorhebung hinzugefügt).

**[120]** Die Rechtsprechung hat stets einen Nachteil auch in Fällen angenommen, in denen das Handeln des Täters dazu führt, dass sich konkrete, gesicherte Aussichten auf Vermögensmehrung – das Schrifttum spricht von „Anwartschaften“ oder „Exspektanzen“ – nicht realisieren (vgl. *Schünemann*, § 266 Rdnr. 135; *Hefendehl*, *Vermögensgefährdung und Exspektanzen*, 1994, S. 25ff.). So hat schon das *RG* beispielsweise den aus dem Unterlassen einer verzinslichen Anlage von Geldern resultierenden Zinsausfallschaden als tatbestandsrelevanten Nachteil anerkannt (vgl. *RG*, *GA* 36 [1888], 400) der *BGH* bejaht in ständiger Rechtsprechung die Erfüllung des Untreuetatbestands, wenn der Täter die Möglichkeit eines besonders vorteilhaften Vertragsschlusses des Vermögensinhabers mit einem Dritten dadurch vereitelt, dass er sich von dem Dritten für den Fall des Vertragsschlusses eine Zuwendung versprechen lässt, die der Dritte aus dem vom Vermögensinhaber zu leistenden – entsprechend erhöhten – Entgelt bestreitet (so genannte Kick-back-Zahlung, vgl. etwa *BGHSt* 31, 232 = *NJW* 1983, 1807; *BGHSt* 50, 299 [314f.] = *NJW* 2006, 925; *BGH*, *wistra* 1984, 109; *BGH*, *NStZ* 2003, 540 [541] = *NJW* 2003, 3498 L; *BGHSt* 54, 39 = *NJW* 2009, 3248).

**[121]** Im Schrifttum wird diese Rechtsprechung überwiegend so gedeutet, dass sie lediglich dem bereits gegenwärtigen Vermögenswert gesicherter Gewinnaussichten Rechnung trage und daher nicht mit einer Abweichung von dem bei der Nachteilsfeststellung zu Grunde zu legenden „Vorher-nachher-Vergleich“ verbunden sei (vgl. etwa *Schünemann*, in: *LK-StGB*, § 266 Rdnr. 135; *Dierlamm*, in: *MünchKomm-StGB*, § 266 Rdnr. 185; Literaturüberblick bei *Hefendehl*, S. 33ff.). Diese Betrachtung wahrt den Gleichklang mit der Schadensberechnung beim Betrug, wo nach herrschender Ansicht ein Schaden ebenfalls nur in einer Minderung des vor der täuschungsbedingten Verfügung vorhandenen Vermögens bestehen kann (vgl. nur Fischer, § 263 Rdnrn. 88ff.). Andere Autoren betonen demgegenüber den Unterschied zum Betrugstatbestand, der darin liege, dass die Vermögensbetreuungspflicht des § 266 I StGB auch die Mehrung des geschützten Vermögens beinhalten könne; soweit das der Fall sei, stellten auch entgangene Gewinne entsprechend § 252 BGB einen Schaden dar. In diesen Fällen sei als untreuerelevante Vermögensminderung abweichend von der „Vorher-nachher-Betrachtung“ die Nichterfüllung des

gegen den Täter bestehenden Anspruchs zu sehen (vgl. *Kindhäuser*, in: NK-StGB, § 266 Rdnrn. 97, 101; *Rengier*, Strafrecht Besonderer Teil I, 9. Aufl. [2007], S. 308).

**[122]** Verfassungsrechtlich ist zunächst festzuhalten, dass sich beide genannten dogmatischen Ansätze mit dem Wortlaut des § 266 I StGB vereinbaren lassen; dieser schließt es für sich genommen nicht aus, die nachteilsbegründende Differenz durch Vergleich des nach dem pflichtwidrigen Verhalten bestehenden Istzustands nicht mit dem status quo ante, sondern mit dem im Falle pflichtgemäßen Handelns bestehenden Sollzustand festzustellen.

**[123]** Auch das Gebot einer restriktiven und präzisierenden Auslegung des Untreuetatbestands steht weder den von der Rechtsprechung erzielten Ergebnissen noch den hierfür gegebenen Begründungsansätzen entgegen. Die Annahme, dass auch Chancen und Gewinnaussichten Vermögensrelevanz und -wert haben, entspricht alltäglichen wirtschaftlichen Erfahrungen, die sich etwa bei den Auswirkungen positiver Gewinnprognosen auf Aktienkurse zeigen; ihr korrespondiert die negative Berücksichtigung erwarteter Verluste bei der Figur des Gefährdungsschadens (dazu s. unten 3 b aa). Wenn demgegenüber die Berücksichtigung erwarteter Vermögenszuwächse in der Rechnungslegung bilanzrechtlich unzulässig ist, ist dies eine Konsequenz des das Handelsbilanzrecht beherrschenden Vorsichtsprinzips, welches im Interesse des Verkehrsschutzes eine Unter- einer möglichen Überbewertung vorzieht (vgl. *Großfeld*, BilanzR, 3. Aufl. [1998], Rdnrn. 166ff., 172; s. auch *Baumbach/Hopt/Merkt*, HGB, 33. Aufl. [2008], § 252 Rdnrn. 10ff., 13ff.) und insofern von einer rein wirtschaftlichen Betrachtungsweise gerade abweicht. Unter diesen Umständen ist es eine – für die verfassungsrechtliche Beurteilung nicht entscheidende – Frage der dogmatischen Konstruktion und Formulierung, ob man in der hier angesprochenen Fallgruppe von einer Zerstörung bereits vorhandener Anwartschaften mit Vermögenswert spricht oder den Blick eher auf die Differenz zwischen dem am Ende des pflichtwidrigen Verhaltens stehenden Istzustand und dem Sollzustand lenkt, der bei pflichtgemäßem Verhalten eingetreten wäre. Wird die letztere Perspektive gewählt, ist allerdings verstärkt darauf zu achten, dass der eigenständige strafbarkeitseinschränkende Charakter des Nachteilsmerkmals gewahrt bleibt.

**[124]** Entgegen der Auffassung der Bf. konnte der *BGH* den Eintritt eines Nachteils im vorliegenden Fall unter Anwendung dieser Grundsätze feststellen, ohne dass dem verfassungsrechtliche Bedenken entgegenstünden. Entscheidend für die Bejahung des Nachteils war für den 2. *Strafsenat* ersichtlich (vgl. *BGHSt* 52, 323 [336f.] = *NJW* 2009, 89) die Endgültigkeit und Dauerhaftigkeit, mit der sich der Bf.

BVerfG: \* Verfassungsrechtliche Anforderungen an den strafrechtlichen Untreuetatbestand(*NJW* 2010, 3209)

3217

für die Aufrechterhaltung der schwarzen Kassen und gegen deren Offenlegung und Rückführung entschieden hatte. Hierin lässt sich das Element der Vereitelung sehen, das der Generalbundesanwalt betont hat und welches der Bf. vermisst. Alternativ lässt sich auf einen Vergleich der resultierenden Vermögenslage der S-AG mit der im Falle pflichtgemäßer Offenlegung und Rückführung bestehenden Lage abstellen. Die Annahme eines Nachteils war in der vorliegenden Konstellation auch nicht unvorhersehbar. Die Figur eines Vermögensnachteils durch nachhaltige Beibehaltung eines Systems schwarzer Kassen war in der Rechtsprechung des *BGH* vielmehr deutlich angelegt (vgl. *BGHSt* 51, 100 = *NJW* 2007, 1760 Rdnrn. 41ff.).

**[125]** Der *BGH* hat den Schaden der Höhe nach wirtschaftlich nachvollziehbar und somit verfassungsrechtlich unbedenklich auf die volle Summe der vom Bf. übernommenen und auf den

schwarzen Kassen belassenen Gelder beziffert, konkret also auf (mindestens) die später in den Fällen *L* und *R* entnommenen Schmiergeldzahlungen von 2,65 Mio. Euro, 2,987 Mio. Euro und 483990 US-Dollar.

**[126]** Soweit dem die Prämisse zu Grunde liegt, dass die in den schwarzen Kassen vorhandenen Gelder vor deren Übernahme durch den Bf. für die *S-AG* wirtschaftlich keinen Wert mehr darstellten, verkennen die hiergegen angeführten Argumente des Bf. die Besonderheiten des Einzelfalls. Die Konten, auf denen sich die Gelder befanden, lauteten – wie der *BGH* (*BGHSt* 52, 323 [325f.] = *NJW* 2009, 89, 333f.) betont hat – nicht auf die *S-AG*, sondern auf die Namen verschiedener anderer Unternehmen und liechtensteinischer Stiftungen, so dass die *S-AG* rechtlich keinen Anspruch auf Auszahlung gegen die beteiligten Banken hatte, sondern allenfalls gegen die an der Einrichtung der schwarzen Kassen beteiligten Mitarbeiter hätte vorgehen können. Ersatzansprüche gegen die Täter selbst sind jedoch nach völlig herrschender Auffassung bei der Nachteilsfeststellung grundsätzlich nicht zu berücksichtigen (vgl. *Dierlamm*, in: *MünchKomm-StGB*, § 266 Rdnr. 184 m.w.Nachw.; *Fischer*, § 266 Rdnr. 168; *Waßmer*, *Untreue bei Risikogeschäften*, 1997, S. 126ff.). Diese Ausnahme von der grundsätzlich gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise ist aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden, weil sie ersichtlich der Regelungskonzeption des § 266 I StGB und dem Willen des Gesetzgebers entspricht; es wäre widersprüchlich, wegen des Bestehens eines Schadensersatzanspruchs einen Schaden zu verneinen (vgl. *Ransiek*, *ZStW* [2004], 634 [663f.]). Es war auch nicht verfassungsrechtlich geboten, den vorliegenden Fall solchen Konstellationen gleichzustellen, in denen die Rechtsprechung einen tatbestandsmäßigen Nachteil verneint hat, weil der Täter jederzeit bereit und fähig war, den Fehlbetrag aus eigenen flüssigen Mitteln vollständig auszugleichen (vgl. nur *BGHSt* 15, 342 [343f.] = *NJW* 1961, 685; *BGH*, *NStZ-RR* 2004, 54).

**[127]** Auch im Fall des Bf. zu II haben *LG* und *BGH* den Untreuetatbestand in verfassungsrechtlich unbedenklicher Weise angewendet; insbesondere ist die Auslegung des Pflichtwidrigkeitsmerkmals entgegen der Auffassung des Bf. nicht zu beanstanden. Sie hält sich innerhalb des Wortlauts der Norm und genügt auch den Anforderungen an dessen restriktive Auslegung. Damit scheidet zugleich eine Verletzung des allgemeinen Willkürverbots nach Art. 3 I GG aus.

**[128]** Die Einhaltung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit nach § 4 IV SGB V gehörte zu den vermögensrelevanten Pflichten des Bf. im Verhältnis zu der von ihm vertretenen Krankenkasse. Das *LG Kassel* hat das Eingrenzungsgebot gewahrt, indem es die Untreuestrafbarkeit ersichtlich auf evidente und schwerwiegende Verstöße gegen diesen Grundsatz jenseits der bestehenden Entscheidungsspielräume des Bf. (vgl. *BSGE* 55, 277 [279]; *BSG*, *Urt. v.* 29. 2. 1984 – 8 RK 27/82; *Hoyningen-Huene*, *BB* 1991, 1345 [1347ff.]) beschränkt hat. So führt das Urteil aus, dass „von Relevanz im Bereich des Untreuetatbestands nur deutliche Verstöße sein können, die ... ohne Weiteres erkennbar sind“, da der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit „in § 4 IV SGB V normiert, aber nicht weiter konkretisiert“ werde. Eine darüber hinausgehende Auseinandersetzung mit der jüngeren Rechtsprechung des *BGH* zum Erfordernis eines gravierenden Charakters der Pflichtverletzung war nicht geboten. Angesichts der die Handlungsspielräume des Bf. begrenzenden Grundsatzkompetenz des Verwaltungsrats und der Umstände des Einzelfalls musste die *Kammer* auch ihre Auffassung, dass ein hinreichend qualifizierter Verstoß tatsächlich vorliege, nicht in stärkerem Umfang begründen als tatsächlich geschehen.

**[129]** Das gegen die Bf. zu III 1 bis 5 ergangene Urteil des *LG Berlin* vom 21. 3. 2007 ist im Hinblick auf das Nachteilsmerkmal mit den dargelegten verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Auslegung des § 266 I StGB nicht zu vereinbaren; entgegen der Auffassung des *BGH* lässt sich auch nicht ausschließen, dass die Verurteilung der Bf. auf dem Verstoß beruht.

**[130]** Keinen verfassungsrechtlichen Bedenken begegnen das Urteil des *LG* und der Beschluss des *BGH* allerdings, soweit sie zu dem Ergebnis kommen, dass die Bf. mit der (zivilrechtlich wirksamen) Bewilligung des Kredits im Fall P II die ihnen als Vorstandsmitglieder nach §§ 76, 82, 93 AktG obliegende Pflicht, die Vermögensinteressen der *BH-AG* wahrzunehmen, verletzt haben.

**[131]** Die *Strafkammer* hat ihrer Bewertung die vom *BGH* entwickelten Maßstäbe zur Beurteilung der Pflichtwidrigkeit von Kreditvergabeentscheidungen zu Grunde gelegt. Danach entspricht es anerkannten bankkaufmännischen Grundsätzen, Kredite nur nach umfassender und sorgfältiger Bonitätsprüfung zu gewähren; eine Pflichtverletzung i.S. des § 266 StGB liegt vor, wenn die Entscheidungsträger bei der Kreditvergabe ihre bankübliche Informations- und Prüfungspflicht bezüglich der wirtschaftlichen Verhältnisse des Kreditnehmers gravierend verletzt haben (*BGHSt* 47, 148 [150] = *NJW* 2002, 1211). Der *BGH* präzisiert dies dahingehend, der Schluss, eine Kreditbewilligung sei pflichtwidrig gewesen, setze voraus, dass sich das Tatgericht eingehend mit allen dafür maßgeblichen Umständen, insbesondere den Vermögensverhältnissen des Kreditnehmers, der beabsichtigten Verwendung des Kredits und den Aussichten des geplanten Geschäfts, auseinandersetze. Jede Kreditbewilligung sei ihrer Natur nach ein mit einem Risiko behaftetes Geschäft. Bei einer Kreditvergabe seien auf der Grundlage umfassender Information diese Risiken gegen die sich daraus ergebenden Chancen abzuwägen. Sei diese Abwägung sorgfältig vorgenommen worden, könne eine Pflichtverletzung nicht deshalb angenommen werden, weil das Engagement später notleidend werde (*BGHSt* 46, 30 [33f.] = *NJW* 2000, 2364).

**[132]** Tatsächliche Anhaltspunkte dafür, dass die Risikoprüfung nicht ausreichend vorgenommen worden ist, können sich nach Auffassung des *BGH* insbesondere daraus ergeben, dass die Informationspflichten vernachlässigt wurden, die Entscheidungsträger nicht die erforderliche Befugnis besaßen, im Zusammenhang mit der Kreditgewährung unrichtige oder unvollständige Angaben gegenüber Mitverantwortlichen oder zur Aufsicht befugten oder berechtigten Personen gemacht werden, die vorgegebenen Zwecke nicht eingehalten

BVerfG: * Verfassungsrechtliche Anforderungen an den strafrechtlichen Untreuetatbestand( <i>NJW</i> 2010, 3209)	3218
---	------

wurden, die Höchstkreditgrenzen überschritten wurden oder die Entscheidungsträger eigennützig handelten (vgl. *BGHSt* 46, 30 [34] = *NJW* 2000, 2364). Anhaltspunkte für eine untreuerelevante Pflichtverletzung sollen sich ferner daraus ergeben können, dass die in § 18 S. 1 KWG normierte Pflicht, die Offenlegung der wirtschaftlichen Verhältnisse zu verlangen, nicht erfüllt wurde, auch wenn die Informationspflichten, deren Vernachlässigung eine Pflichtwidrigkeit im Sinne des Untreuetatbestands begründe, und die Pflicht nach § 18 KWG nicht vollständig deckungsgleich seien. Zur weiteren Erläuterung der banküblichen Sorgfaltspflichten bei der Kreditwürdigkeitsprüfung, welche die Grenzen des rechtlichen Dürfens von Bankleitern bei der Kreditvergabe konkretisierten, greift der *BGH* auch auf die zu § 18 KWG ergangenen Rundschreiben der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (früher: Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen) zurück (vgl. *BGHSt* 47, 148 [150ff.] = *NJW* 2002, 1211).

**[133]** Diese Maßstäbe genügen den dargelegten verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Auslegung des Merkmals der Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht. Sie machen die Verletzung einer im Innenverhältnis zwischen der Bank und deren Leitern (im Falle einer Aktiengesellschaft: deren Vorstandmitgliedern) bestehenden Pflicht zur notwendigen, nicht aber hinreichenden Voraussetzung für die Feststellung einer Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des Untreuetatbestands. Insbesondere hält sich die typisierende Annahme des *BGH*, dass es zu den Pflichten eines Bankleiters gehört, die Einhaltung der gegen die Bank im Außenverhältnis bindenden Vorschrift einschließlich der dazu ergangenen Ausführungsbestimmungen sicherzustellen, in dem von § 266 I StGB eröffneten Auslegungsrahmen. Auch der spezifische Vermögensbezug der § 18 KWG zu entnehmenden Pflichten liegt auf der Hand. Die Norm dient jedenfalls faktisch dem Schutz des Vermögens der Bank, unabhängig von der Frage, in wessen Interesse dies letztendlich liegt (vgl. dazu § 4 IV FinDAG; *Bock*, in: *Boos/Fischer/Schulte-Mattler*, KWG, 3. Aufl. [2008], § 18 Rdnr. 3; *Knauer*, NStZ 2002, 399 [401]; *Laskos*, Die Strafbarkeit wegen Untreue bei der Kreditvergabe, 2001, S. 34).

**[134]** Die vom *BGH* entwickelten Maßstäbe haben den Untreuetatbestand im Hinblick auf Kreditbewilligungen ausreichend konkretisiert (vgl. *Dierlamm/Links*, NStZ 2000, 656; *Gallandi*, *wistra* 2001, 281) und gewährleisteten die Vorhersehbarkeit der Strafdrohung. Eine darüber hinausgehende Präzisierung ist jedenfalls anlässlich des vorliegenden Falls entgegen der Auffassung der Bf. verfassungsrechtlich nicht erforderlich. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass die Untreuestrafbarkeit im Zusammenhang mit Kreditbewilligungen einen Personenkreis betrifft, bei dem nach Ausbildung und Erfahrung die für die fallbezogene Anwendung der rechtlichen Standards nötigen Fachkenntnisse vorausgesetzt werden können (vgl. BVerfGE 48, 48 [57] = NJW 1978, 1423). Dass die vom *BGH* genannten Kriterien für die Pflichtwidrigkeit ersichtlich keinen zwingenden, abschließenden Katalog darstellen, sondern vielmehr Indizien, deren Indizwirkung im Übrigen auch widerlegt werden kann (vgl. *Knauer*, NStZ 2002, 399 [400]), folgt aus der Entscheidung des Gesetzgebers gegen eine detaillierte Tatbestandsstruktur, derzufolge Raum für die Berücksichtigung von Besonderheiten des Einzelfalls bleiben muss.

**[135]** Weder auf der Grundlage des Beschwerdevorbringens noch anderweitig ist zu erkennen, dass die *Strafkammer* bei der Prüfung des konkreten Sachverhalts von den dargelegten Grundsätzen abgewichen wäre.

**[136]** Die Auslegung und Anwendung des Nachteilsmerkmals durch das *LG Berlin* erweist sich dagegen als verfassungswidrig. Bei der Feststellung eines Vermögensnachteils hat die *Strafkammer* auf die Rechtsfigur des Gefährdungsschadens zurückgegriffen. Diese dogmatische Konstruktion ist unter dem Blickwinkel des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebots zwar nicht grundsätzlich zu beanstanden, doch müssen die bereits dargelegten verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Auslegung des Untreuetatbestands (hier: des Nachteilsmerkmals) auch fallbezogen gewahrt bleiben. Daran fehlt es vorliegend.

**[137]** (1) Der Dogmatik der schadensgleichen Vermögensgefährdung oder des Gefährdungsschadens – die Begriffe werden im Folgenden synonym verwendet – liegt die Annahme zu Grunde, dass bei wirtschaftlicher Betrachtung unter bestimmten Umständen bereits die Gefahr eines zukünftigen Verlusts eine gegenwärtige Minderung des Vermögenswerts und damit einen vollendeten Schaden oder Nachteil i.S. der §§ 263, 266 StGB darstellen kann (vgl.

bereits Beschluss der *Vereinigten Strafsenate des RG* vom 20. 4. 1887, RGSt 16, 1 [11]; dazu *Fischer*, StraFo 2008, 269 [270]).

**[138]** Die Annahme eines Gefährdungsschadens setzt nach gefestigter Rechtsprechung voraus, dass das Vermögen des Opfers durch die Tathandlung konkret gefährdet wird. Eine abstrakte Gefährdungslage reiche nicht aus. Vielmehr sei unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalls festzustellen, ob die Betroffenen mit wirtschaftlichen Nachteilen ernstlich zu rechnen hätten, der Eintritt eines Schadens also naheliegend sei, so dass der Vermögenswert auf Grund der Verlustgefahr bereits gegenwärtig gemindert werde (vgl. nur BGHSt 48, 354 [357f.] = NJW 2003, 3717; BGHSt 51, 100 [113] = NJW 2007, 1760; BGHSt 52, 182 [188] = NJW 2008, 1827; *BayObLG*, Beschl. v. 20. 7. 1995 – 4 StR RR 4/95; *OLG Hamm*, Beschl. v. 29. 4. 1999 – 2 Ws 71/99; *OLG Karlsruhe*, NStZ 1990, 82 [84]; *OLG Stuttgart*, NJW 1971, 64; w. Nachw. bei *Fischer*, § 266 Rdnrn. 150ff.; *Kindhäuser*, in: NK-StGB, § 266 Rdnr. 110).

**[139]** Auch im Schrifttum ist die Kategorie des Gefährdungsschadens dem Grundsatz nach weitestgehend anerkannt (vgl. nur *Fischer*, § 266 Rdnr. 150; *Kindhäuser*, in: NK-StGB, § 266 Rdnr. 110; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, S. 587f.; *Schünemann*, in: LK-StGB, § 266 Rdnr. 146). Allerdings findet sich auch verbreitet Kritik an den Bestimmungsansätzen der Rechtsprechung und ihrer Handhabung im Einzelfall; insbesondere in jüngerer Zeit wird immer wieder geltend gemacht, dass die Rechtsprechung den Bereich schadensgleicher Gefährdung zu weit ausgedehnt habe (vgl. etwa *Albrecht*, S. 1 [2f.]; *Dierlamm*, in: MünchKomm-StGB, § 266 Rdnrn. 186, 195; *Otto*, JZ 1985, 69 [72]; *ders.*, JZ 1993, 652 [657]; *Samson/Günther*, in: SK-StGB, § 266 Rdnr. 45 [Dez. 1996]; *Weber*, in: *Arzt/Weber*, Strafrecht Besonderer Teil, 2. Aufl. [2009], S. 700f.). Zur besseren Eingrenzung wird beispielsweise vorgeschlagen, darauf abzustellen, ob und inwieweit die Gefährdungslage aus Sicht des Opfers noch beherrschbar ist (vgl. *Schünemann*, in: LK-StGB, § 266 Rdnr. 146), oder das Vorliegen einer schadensgleichen Vermögensgefährdung nach zivilrechtlichen Kriterien zu beurteilen, insbesondere danach, ob sich die Gefahr für ein Vermögensgut so weit verdichtet habe, dass das Zivilrecht einen Schadensersatz-, Beseitigungs- oder Kondiktionsanspruch gewähre (vgl. *Cramer*, Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht, 1968, S. 130ff.). Andere Autoren halten eine Vermögensgefährdung nur dann für hinreichend

BVerfG: \* Verfassungsrechtliche Anforderungen an den strafrechtlichen Untreuetatbestand(NJW 2010, 3209)

3219

konkret und schadensgeeignet, wenn sie (als Folge der Pflichtwidrigkeit) unmittelbar in den effektiven Schaden übergehen kann (vgl. *Matt/Saliger*, in: Irrwege der Strafgesetzgebung, 1999, S. 217 [236]; *Matt*, NJW 2005, 389 [391]; zu der Problematik unter dem Gesichtspunkt der objektiven Zurechnung ferner *Perron*, in: Festschr. f. Klaus Tiedemann, 2008, S. 737 [744]). Schließlich werden die genannten Kriterien auch kombiniert (vgl. *Dierlamm*, in: MünchKomm-StGB, § 266 Rdnrn. 165ff.; ausführliche Übersicht zum Meinungsstand bei *Hefendehl*, S. 49ff.).

**[140]** Mit der Gleichsetzung von Schaden und Gefährdung (unter bestimmten Umständen und in gewissem Umfang) tragen Rechtsprechung und Schrifttum der Tatsache Rechnung, dass sich in einem marktorientierten Wirtschaftssystem die Preise über den Mechanismus von Angebot und Nachfrage bilden und dass sich daher auch die Zukunftserwartungen der Marktteilnehmer auf den erzielbaren Preis und damit den Wert von Gegenständen auswirken (vgl. *Fischer*, NStZ-Sonderheft 2009, S. 8 [11]).

**[141]** Diese grundlegende Tatsache hat ihren Niederschlag auch in den Bewertungsvorschriften des Bilanzrechts gefunden (zu dessen Bedeutung in diesem Zusammenhang vgl. eingehend *Hefendehl*, S. 169ff., 448, 454f.). So sieht § 253 IV HGB im Interesse einer realitätsgerechten Bewertung vor, bei Vermögensgegenständen des Umlaufvermögens (ausgehend von deren Anschaffungs- oder Herstellungskosten, vgl. § 253 I 1 HGB) Abschreibungen vorzunehmen, um diese mit dem niedrigeren Wert anzusetzen, der sich aus einem Börsen- oder Marktpreis am Abschlussstichtag ergibt. Ist ein Börsen- oder Marktpreis nicht festzustellen und übersteigen die Anschaffungs- oder Herstellungskosten den Wert, der den Vermögensgegenständen am Abschlussstichtag beizulegen ist, so ist auf diesen Wert abzuschreiben. Der niedrigere beizulegende Wert i.S. des § 253 IV HGB wird durch die geschätzte Höhe des mit Wahrscheinlichkeit zufließenden Betrags bestimmt; dabei ist die Erfassung der den jeweiligen Vermögensgegenständen individuell anhaftenden Risiken und gegebenenfalls der damit zusammenhängenden künftigen Aufwendungen (z. B. Beitreibungskosten) erforderlich (vgl. *Ellrott/Ring*, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, 6. Aufl. [2006], § 253 HGB Rdnr. 567).

**[142]** Hieraus ergibt sich ohne Weiteres, dass es mit der wirtschaftlichen Praxis und mit dem – unter dem Blickwinkel des Bestimmtheitsgebots maßgebenden – allgemeinen Sprachgebrauch in Einklang stehen kann, bei Bestehen der konkreten Gefahr eines künftigen Verlusts bereits einen gegenwärtigen Nachteil anzunehmen. Dies ist nicht in sich widersprüchlich, sondern Folge der spezifischen Eigenart des Rechtsguts „Vermögen“. Ein solcher Ansatz stellt auch nicht die vom Gesetzgeber vorausgesetzte Unterscheidung zwischen „bloßer Gefahr“ einerseits und gegenwärtigem Nachteil andererseits (dazu oben II 2 b cc [1]) grundsätzlich in Frage: Die (negative) Wertberichtigung ist die Konsequenz aus einem erkannten Risiko; sie ist weder mit diesem Risiko noch gar mit dem wahrscheinlich erwarteten zukünftigen Verlust selbst identisch. Letzteres wird augenfällig bei der Schadenshöhe. Diese hängt von dem prognostizierten Risiko ab und wird daher in aller Regel den vollen nominellen Wert des verlustgefährdeten Vermögensgegenstands nicht erreichen; zwischen dem erwarteten Schaden und dem gegenwärtigen besteht also regelmäßig ein quantitativer Unterschied (vgl. BGHSt 53, 199 = NJW 2009, 2390 = NStZ 2009, 330 [331]; *Schmitt*, BKR 2006, 125 [130]; *Riemann*, Vermögensgefährdung und Vermögensschaden, 1989, S. 7). Die Ausdrücke „Gefährdungsschaden“ oder „schadensgleiche Vermögensgefährdung“ weisen mithin in der Sache nicht etwa auf eine richterrechtlich geschaffene besondere Kategorie von Gefährdungsdelikten hin; sie bezeichnen vielmehr eine nicht drohende, sondern eingetretene Vermögensminderung (vgl. *Fischer*, StraFo 2008, 269 [271]; *Brüning/Wimmer*, ZJS 2009, 94 [97]; *Otto*, JZ 1985, 69 [72]; *ders.*, JZ 1993, 652 [658]; zur Frage, ob angesichts dessen die Terminologie glücklich ist, vgl. einerseits *Ransiek*, ZStW [2004], 634 [668], sowie BGHSt 53, 199 = NJW 2009, 2390 = NStZ 2009, 330 [331], und *BGH*, NJW 2008, 2451 [2452] = NStZ 2008, 457, andererseits *Beulke/Witzigmann*, JR 2008, 430 [433]; *Fischer*, StraFo 2008, 269 [275f.]).

**[143]** Zu den Vermögensgegenständen des Umlaufvermögens, für die gem. § 253 IV 1, 2 HGB eine Abschreibungspflicht auf einen am Abschlussstichtag niedrigeren „beizulegenden Wert“ besteht, zählen nach § 340e I 2 HGB grundsätzlich alle durch Banken ausgereichte Kredite (vgl. *Schneider*, BB 1995, 2155). Ist auf Grund fehlender Bonität des Schuldners und fehlender Sicherheiten konkret erkennbar, dass mit einem teilweisen oder vollständigen Forderungsausfall zu rechnen ist, muss folglich eine Einzelwertberichtigung gebildet oder sogar eine Direktabschreibung

vorgenommen werden (vgl. *Fischer/Sittmann-Haury*, IRZ 2006, 217 [222]), so dass das Vermögen der Bank bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtung bereits durch den Vertragsschluss (die verbindliche Kreditzusage) wegen der Minderwertigkeit des Gegenleistungsanspruchs negativ verändert wird (vgl. BGHSt 53, 199 = NJW 2009, 2390 = NStZ 2009, 330 [331]; *Hellmann*, ZIS 2007, 433 [439f.]; *Martin*, Bankuntreue, 2000, S. 122; *Nack*, NJW 1980, 1599 [1600]; *ders.*, StraFo 2008, 277 [279]; *Ransiek*, ZStW [2004], 634 [668f.]; *Schmitt*, BKR 2006, 125 [130]).

**[144]** Dementsprechend geht der *BGH* davon aus, dass sich in Fällen der Kreditvergabe ein Gefährdungsschaden bereits aus der Minderwertigkeit des Rückzahlungsanspruchs gegenüber der ausgereichten oder auszureichenden Darlehensvaluta ergeben kann (vgl. BGHSt 47, 148 [157] = NJW 2002, 1211; *Schmitt*, BKR 2006, 125 [130]; *Hellmann*, ZIS 2007, 433 [440]). Diese Auffassung liegt auch der Schadensermittlung im vorliegenden Fall zu Grunde. Ihr lässt sich nicht das von den Bf. (ähnlich *Klötzer/Schilling*, StraFo 2008, 303 [306]) für absurd gehaltene Ergebnis entgegenhalten, dass sich tatsächlich in höherem Maße als erwartet erfolgende Rückzahlungen nicht mehr schadensmindernd auswirken; eine unvorhersehbare glückliche nachträgliche Entwicklung ist nicht geeignet, die wirtschaftliche Minderwertigkeit zu einem bestimmten Zeitpunkt – die sich, soweit erkannt, bei einer Veräußerung der betreffenden Vermögenswerte voll auswirken würde – nachträglich zu beseitigen.

**[145]** Auch wenn mithin keine prinzipiellen verfassungsrechtlichen Einwände gegen die Anwendung der dogmatischen Figur des Gefährdungsschadens auf den Untreuetatbestand – auch und gerade in Fällen der Kreditvergabe – bestehen, so ist doch festzustellen, dass damit die Gefahr einer Überdehnung des Tatbestands in erhöhtem Maße verbunden ist.

**[146]** Bewertung und Wertberichtigung von Forderungen gehören zum kaufmännischen Alltag (vgl. BGHSt 53, 199 = NJW 2009, 2390 = NStZ 2009, 330 [331] m. umfangr. Nachw.; *Nack*, StraFo 2008, 277 [280]). Gleichwohl können sie im Einzelfall – insbesondere in den Fällen der Kreditvergabe – komplexe wirtschaftliche Analysen erfordern. Der

BVerfG: \* Verfassungsrechtliche Anforderungen an den strafrechtlichen Untreuetatbestand(NJW 2010, 3209)

3220

niedrigere „beizulegende Wert“ i.S. des § 253 IV HGB ist bei Forderungen regelmäßig nicht auf einen Markt- oder Börsenpreis zurückführbar, sondern ergibt sich aus der Einbringlichkeit der Forderung am Bilanzstichtag (vgl. *Wimmer/Kusterer*, DStR 2006, 2046). Zu ermitteln ist also der Barwert der voraussichtlich erzielbaren künftigen Zins- und Tilgungszahlungen (vgl. *Fischer/Sittmann-Haury*, IRZ 2006, 217 [223]; *Wimmer/Kusterer*, DStR 2006, 2046 [2048]; v. *Heynitz/Jörg*, BC 2003, 97 [98]) unter Berücksichtigung der Bonität des Kreditnehmers und der Rendite des Kredits (vgl. *Schneider*, BB 1995, 2155; zur Bonitätsbewertung *Wimmer/Kusterer*, DStR 2006, 2046 [2047]) sowie aller Umstände, die den Forderungseingang zweifelhaft erscheinen lassen (vgl. *Ellrott/Ring*, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, § 253 HGB Rdnrn. 569ff.). Auch verwertbare Sicherheiten und etwaige Rückgriffsmöglichkeiten sind bei der Bestimmung des Ausfallrisikos zu berücksichtigen (vgl. *Ellrott/Ring*, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, § 253 HGB Rdnrn. 569ff.; v. *Heynitz/Jörg*, S. 98). Die Bankpraxis ist gehalten, Arbeitsanweisungen zu erstellen, die dokumentieren, anhand welcher Kriterien Einzelwertberichtigungen zu erfolgen haben; die von der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht festgelegten Mindestanforderungen an das Risikomanagement der Kreditinstitute sehen vor, dass die Institute beispielsweise im Wege eines institutsinternen Forderungsbewertungsverfahrens Kriterien

festzulegen haben, auf deren Grundlage unter Beachtung der angewandten Rechnungslegungsnormen Wertberichtigungen, Abschreibungen und Rückstellungen für das Kreditgeschäft zu bilden sind (Rundschreiben 15/2009 vom 14. 8. 2009, unter BTO 1. 2; zu Beispielen für Wertberichtigungsgrundsätze vgl. *Nack, StraFo* 2008, 277 [280]).

**[147]** Demgegenüber hält die Rechtsprechung in den Fällen des Gefährdungsschadens eine konkrete Feststellung der Schadenshöhe nach anerkannten Bewertungsmaßstäben nicht durchweg für erforderlich.

**[148]** Vielmehr geht die Rechtsprechung verbreitet davon aus, dass ein Gefährdungsschaden bei Durchführung von Risikogeschäften wie der Kreditvergabe dann vorliegen soll, wenn „Geschäfte betrieben werden, die von dem Gebot kaufmännischer Sorgfalt weit abweichen, indem einer aufs Äußerste gesteigerten Verlustgefahr nur eine höchst zweifelhafte Aussicht auf einen günstigen Verlauf gegenübersteht, durch die der Beschuldigte wie beim Glücksspiel ‚alles auf eine Karte setzt‘“ (vgl. RGSt 61, 211 [213]; RGSt 66, 255 [262]; *Nack, NJW* 1980, 1599 [1602]), oder wenn der Täter „nach Art eines Spielers bewusst und entgegen den Regeln kaufmännischer Sorgfalt eine aufs äußerste gesteigerte Verlustgefahr auf sich nimmt, nur um eine höchst zweifelhafte Gewinnaussicht zu erlangen“ – wobei sich eine eindeutige, allgemeine, für jeden Einzelfall gültige Bewertungsregel kaum festlegen lasse (vgl. *BGH, NJW* 1975, 1234 [1236]; vgl. ferner *Laskos, S.* 97ff., 104ff.). Liegen diese Kriterien vor, dann wird die Forderung mit ihrem Nominalbetrag als Vermögensnachteil in Form einer Vermögensgefährdung eingestuft, die wegen des hohen Ausfallrisikos schadensgleich ist. Bei der Strafzumessung wird aber auf den „echten“ Schaden abgestellt, indem schuld mindernd bewertet wird, dass „nur“ ein Gefährdungsschaden vorgelegen hat (vgl. *Nack, StraFo* 2008, 277 [280]). Zu Gunsten des Verzichts auf eine Quantifizierung des Gefährdungsschadens werden die mit einer Bewertung verbundenen praktischen Schwierigkeiten angeführt, die auch durch den Einsatz von Sachverständigen nicht ohne Weiteres zu bewältigen seien (vgl. *Nack, StraFo* 2008, 277 [280]; *Fischer, NStZ-Sonderheft* 2009, S. 8 [12]).

**[149]** Der Verzicht auf eine eigenständige Ermittlung des Nachteils, wozu angesichts der Schwierigkeiten der Beurteilung bei Kreditvergaben in der Regel die Konkretisierung des Schadens der Höhe nach anhand üblicher Maßstäbe des Wirtschaftslebens gehört, begegnet durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken. Er ist geeignet, die eigenständige strafbarkeitsbegrenzende Funktion des Nachteilsmerkmals zu unterlaufen, indem an die Stelle der vom Gesetzgeber gewollten wirtschaftlichen Betrachtung eine weitgehend normativ geprägte Betrachtungsweise tritt, wie die zitierten Formeln der Rechtsprechung (weite Abweichung von den Geboten kaufmännischer Sorgfalt, Handeln nach Art eines Spielers) zeigen. Ein eigenständiger, über das Merkmal der Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht hinausgehender Gehalt des Nachteilsmerkmals ist bei solcher Auslegung nicht mehr zu erkennen; es findet eine „Verschleifung“ der Tatbestandsmerkmale entgegen der gesetzgeberischen Intentionen statt (vgl. *Albrecht, S.* 1 [2f.]; *Dierlamm, in: MünchKomm-StGB, § 266 Rdnr.* 6).

**[150]** Damit wird die Entscheidung des Gesetzgebers gegen die Versuchsstrafbarkeit unterlaufen. Erst die konkrete wirtschaftliche Auswirkung macht eine zukünftige Verlustgefahr zu einem gegenwärtigen Schaden. Wird auf die nachvollziehbare, in der Regel zahlenmäßig zu belegende Ermittlung und Benennung des („Gefährdungs“-)Schadens verzichtet, besteht die Gefahr einer allgemeinen und undifferenzierten Gleichsetzung von (zukünftiger) Verlustgefahr und (gegenwärtigem) Schaden (vgl. *Otto, JZ* 1985, 69 [72]; *ders., JZ* 1993, 652 [657];

*Aldenhoff/Kuhn*, ZIP 2004, 103 [106]). Nur eine nachvollziehbare Darlegung und Ermittlung des Schadens auch in seinem Ausmaß kann verhindern, dass eine Bestrafung wegen (vollendeter) Untreue auch dann erfolgt, wenn Verlustwahrscheinlichkeiten so diffus sind oder sich in so niedrigen Bereichen bewegen, dass der Eintritt eines realen Schadens ungewiss, wenn auch möglich bleibt (vgl. *Dierlamm*, NStZ 1997, 534 [535]; *Ransiek*, ZStW [2004], 634 [661]). Dementsprechend sind sowohl im Schrifttum als auch in der Rechtsprechung des *BGH* bereits Bedenken geäußert worden, dass die Übertragung des ursprünglich für die Bestimmung des Vermögensschadens in Sonderfällen des Betrugs entwickelten Begriffs der schadensgleichen Vermögensgefährdung auf die Auslegung des Nachteilsbegriffs in § 266 I StGB im Ergebnis zu einer Ausweitung des ohnehin schon äußerst weiten Tatbestands der Untreue in Richtung auf ein bloßes Gefährdungsdelikt führen könne (vgl. *Dierlamm*, in: MünchKomm-StGB, § 266 Rdnrn. 186, 195; Fischer, § 266 Rdnr. 159 m.w. Nachw.; *Samson/Günther*, in: SK-StGB, § 266 Rdnr. 45 [Dez. 1996]; BGHSt 51, 100 [121ff.] = NJW 2007, 1760).

**[151]** Um eine derartige verfassungswidrige Überdehnung des Untreuetatbestands in den Fällen des Gefährdungsschadens zu vermeiden, ist es notwendig – aber auch ausreichend –, die bereits dargelegten Maßgaben für die präzisierende und restriktive Auslegung des Nachteilsmerkmals strikt zu beachten. Danach sind auch Gefährdungsschäden von den Gerichten in wirtschaftlich nachvollziehbarer Weise festzustellen. Anerkannte Bewertungsverfahren und -maßstäbe sind zu berücksichtigen; soweit komplexe wirtschaftliche Analysen vorzunehmen sind, wird die Hinzuziehung eines Sachverständigen erforderlich sein. Die im Falle der hier vorzunehmenden Bewertung unvermeidlich verbleibenden Prognose- und Beurteilungsspielräume sind durch vorsichtige Schätzung auszufüllen. Im Zweifel muss freigesprochen werden.

BVerfG: \* Verfassungsrechtliche Anforderungen an den strafrechtlichen Untreuetatbestand(NJW 2010, 3209)

3221

**[152]** Die Entscheidungen des *LG* und des *BGH* verletzen das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 II GG, weil sie im Fall P II einen Vermögensschaden angenommen haben, obwohl keine den verfassungsrechtlichen Anforderungen entsprechende Feststellungen zu dem Nachteil getroffen wurden, der durch die pflichtwidrige Kreditvergabe der Bf. verursacht worden sein könnte.

**[153]** Es kann hier dahinstehen, ob sich die konkrete Schadensfeststellung des *LG* noch im Rahmen der gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung hielt. Denn auch die höchstrichterliche Rechtsprechung wäre von Verfassungs wegen gehindert, die Entscheidung des Gesetzgebers zur eigenständigen Bedeutung des Tatbestandsmerkmals „Nachteil“ zu missachten. Gegen Bestimmtheitsanforderungen aus Art. 103 II GG hat die angegriffene Entscheidung des *LG* deshalb verstoßen, weil sie den als Nachteil geforderten Vermögensschaden nicht hinreichend konkret ermittelt, sondern letztlich aus der angenommenen Pflichtwidrigkeit wertend gewonnen hat.

**[154]** Wie auch der *BGH* festgestellt hat, war die Annahme völliger Wertlosigkeit der Darlehensrückzahlungsforderung bei ausschließlicher Inrechnungstellung der Grundsicherheiten durch das *LG* verfehlt. Die Bedenken des *BGH* gegen die Schadensbestimmung des *LG* gründen erkennbar in den folgenden Ermittlungsdefiziten: Nachdem das Geschäftsmodell der Darlehensnehmerin die Rückzahlung des Kredits aus den mit den finanzierten Objekten erzielten Miet- und Veräußerungseinnahmen vorsah, hätte ermittelt werden müssen, welche konkreten Gewinnaussichten für die Darlehensnehmerin zum Zeitpunkt der Kreditbewilligung bestanden und wie diese sich auf die Werthaltigkeit der Kreditforderung auswirkten. Tatsächlich sind schon die

Anknüpfungstatsachen für eine solche Berechnung dem landgerichtlichen Urteil nicht zu entnehmen; Feststellungen zur tatsächlichen Höhe der Mieteinnahmen zum Zeitpunkt der Kreditbewilligung fehlen ebenso wie Aussagen zu den nach seinerzeitiger Sichtweise realistisch zu erwartenden künftigen Entwicklungen. Lückenhaft sind selbst die Angaben zum nominellen Wert der Kreditforderung; die *Strafkammer* ist insofern vom reinen Rückzahlungsanspruch ausgegangen, ohne eine klare Aussage zur Höhe der Zinsen zu treffen, obwohl diese im Rahmen einer wirtschaftlichen Berechnung zu berücksichtigen gewesen wären (vgl. *Nack*, *StraFo* 2008, 277 [279]). Im Übrigen hätte die Berechnung des Forderungswerts eine Auseinandersetzung mit banküblichen Bewertungsverfahren erfordert und war daher offensichtlich ohne Hinzuziehung eines Sachverständigen nicht zu leisten.

**[155]** Wenn das *LG* sich für die Annahme der völligen Wertlosigkeit der Rückzahlungsforderung demgegenüber ausdrücklich auf die zur Frage der Pflichtwidrigkeit gemachten Feststellungen beruft und daraus eine „aufs Äußerste gesteigerte Verlustgefahr bei einer nur höchst zweifelhaften Aussicht auf einen günstigen Verlauf, mithin eine über das allgemeine Risiko bei Kreditgeschäften hinausgehende höchste Gefährdung“ folgert, verdeutlicht dies im konkreten Fall die mit der Aufgabe einer Schadensfeststellung nach wirtschaftlichen Kriterien einhergehende Verschleifung der Tatbestandsmerkmale, die den eigenständigen Gehalt des Nachteilsmerkmals aufgibt. Damit wird die tatbestandsbegrenzende Funktion des Nachteils in § 266 I StGB unter Verletzung von Art. 103 II GG verkürzt.

**[156]** Der *BGH* hat gleichwohl dem Urteilszusammenhang entnommen, dass sich dies auf die Feststellung eines Vermögensnachteils und auf die Bemessung von dessen Ausmaß im Ergebnis nicht zum Nachteil der Bf. ausgewirkt habe und dass das Urteil des *LG* nicht auf diesem Mangel beruhe. Die diesbezüglichen Erwägungen lassen sich nicht anders als dahin verstehen, dass auch der *BGH* die eigenständige Bedeutung sowie die die Strafbarkeit begrenzende Funktion des Tatbestandselements „Nachteil“ in § 266 I StGB nicht hinreichend berücksichtigt und seinen Blick auf die Erfüllung des Pflichtwidrigkeitsmerkmals verengt hat.

**[157]** Der *BGH* sieht eine i.S. des § 266 StGB tatbestandsrelevante Vermögensgefährdung darin, dass die Bf. mit der Kreditgewährung ein allzu weitgehendes Risiko eingegangen seien, weil – anders als bei den anderen angeklagten Kreditgewährungen (L III, S) – kein ausreichender Sicherheitsspielraum vorhanden gewesen sei. Dieses von ihnen erkannte Risiko habe sich dann in einer entsprechenden Vermögensgefährdung niedergeschlagen, die nach außen deutlich geworden sei (unter Hinweis auf Leerstand, Wertberichtigungen und Einstellung weiterer Rückzahlungen). Hiernach bestehe unter Berücksichtigung der pflichtwidrig von den Bf. eingegangenen Risiken (Gefahr einer Negativentwicklung des Geschäftskonzepts im Zusammenhang mit den Plattenbauten bei mindestens überaus knapper Modernisierungskalkulation mit fehlenden Kapitalreserven; Hintergrund einer unmittelbar zuvor abgelehnten Kreditgewährung) im Ergebnis kein Zweifel daran, dass ein grundlegend abweichender zutreffender Ansatz der Bestimmung des Nachteils insoweit kein günstigeres Ergebnis für die Bf. erbracht hätte. Hierzu führt der *BGH* weiter aus: „Dies gilt angesichts der festgestellten gesamten Negativentwicklung auch in Anbetracht der gebotenen Berücksichtigung einer Haftung auch anderer A-Objekte für den der Verurteilung zu Grunde liegenden Kredit. Dies steht vor dem Hintergrund, dass die Pflichtwidrigkeit des eingegangenen Risikos maßgeblich am Umfang des Gesamtengagements der Bank mit A-Krediten, für die sich weitestgehend auch keine Konsortialbank finden ließ, zu messen ist.“ Der vom *LG*

ausgeurteilte Untreuevorwurf sei im Ergebnis zu Recht letztlich darin zu finden, dass die als Vorstandsmitglieder der Bank verantwortlichen Bf. zu einem Zeitpunkt, als dies wirtschaftlich noch vertretbar gewesen sei, unter Vernachlässigung erkannter deutlicher Risiken und Negierung vielfältiger Warnungen pflichtwidrig die Kreditgewährung für das A-Gesamtprojekt fortsetzten, anstatt pflichtgemäß das Engagement durch Verweigerung weiterer Kredite ohne weitere Nachweise zu positiver Entwicklung des Gesamtkonzepts zu begrenzen.

**[158]** Wegen der unzureichenden Ermittlungen des *LG*, auf die der *BGH* zudem lediglich ausschnittsweise und schlagwortartig Bezug nimmt, fehlen hier handgreiflich die Voraussetzungen für die Feststellung eines konkreten Schadens durch den *BGH*.

**[159]** Das Urteil des *LG* ist daher wegen Verstoßes gegen Art. 103 II GG aufzuheben; gleiches gilt für den Beschluss des *BGH*, mit dem der Grundrechtsverstoß perpetuiert worden ist. Die Sache ist an das *LG Berlin* zurückzuverweisen (§ 95 II BVerfGG).

**[160]** IV Einer Prüfung der Verfassungsbeschwerde der Bf. zu III 1 bis 5 unter dem Gesichtspunkt des Art. 101 I 2 GG bedarf es nicht, nachdem die Verfassungsbeschwerde bereits unter dem Gesichtspunkt des Art. 103 II GG in vollem Umfang Erfolg hat.

---

#### **Anm. d. Schriftltg.:**

Die Entscheidung wird besprochen von *Saliger*, NJW 2010, 3195 (in diesem Heft). – Zur Problematik der Verfassungswidrigkeit des § 266 StGB vgl. *Hamm*, NJW 2001, 1694; *Lesch*, DRiZ 2004, 135. Zur Vermögensgefährdung als Nachteil i.S. des Untreuetatbestands vgl. *Mansdörfer*, JuS 2009, 114.

---

#### **Parallelfundstellen:**

BeckRS 2010, 51599 ♦ BeckRS 9998, 42788 ♦ EWiR 2010, 657 (m. Anm. Frisch, Stefan) ♦ GWR 2010, 422 (m. Anm. Dr. iur. h. c. Gerhard Strate) ♦ JA 2011, 66 (m. Anm. Professor Dr. Hans Kudlich) ♦ NStZ 2010, 626 ♦ NZG 2010, 1143 ♦ WM 2010 Heft 35, 1663 ♦ LSK 2010, 360435 (Ls.) ♦ BVerfGE 126, 170 ♦ EuGRZ 2010, 656 ♦ JR 2011, 273 ♦ StV 2010, 564 ♦ ZBB 2010, 428 ♦ ZBB 2010, 428 L ♦ ZIP 2010, 1596