

## Entscheidungsanmerkung

**Zur Untreue eines directors gegenüber einer in einem off-shore-Staat gegründeten Limited und zur Verfassungsmäßigkeit des § 266 StGB**

**1. Eine nach dem Recht der British Virgin Islands wirksam gegründete Limited fällt in den Geltungsbereich der für die Überseeischen Gebiete assoziationsrechtlich modifizierten Niederlassungsfreiheit nach Artt. 49, 54 AEUV. Nach der deshalb anzuwendenden Gründungstheorie ist eine solche Gesellschaft rechtsfähig.**

**2. Im Falle einer Limited als EU-Auslandsgesellschaft ist zur Bestimmung der Pflichten der Geschäftsleitung im Rahmen des § 266 Abs. 1 StGB auf das ausländische Gesellschaftsrecht zurückzugreifen. Die deshalb gebotene Anwendung des Gründungsstatus einer EU-Auslandsgesellschaft ist mit dem Bestimmtheitsgebot vereinbar. (Leitsätze der Bearbeiterin)**

StGB § 266

BGH, Urt. v. 13.4.2010 – 5 StR 428/09\*

### I. Einleitung

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit eines directors einer in einem Mitgliedstaat gegründeten Limited beschäftigt die Wissenschaft seit einigen Jahren<sup>1</sup> und ist Gegenstand gleich mehrerer Dissertationen<sup>2</sup> geworden. Nach der Rechtsprechung des EuGH sind in anderen Mitgliedstaaten gegründete Limiteds nach dem Recht des Gründungslandes rechtsfähig. Deshalb richten sich alle Rechtsbeziehungen der Gesellschafter und der Geschäftsleitung zur Gesellschaft nach dem Recht des Mitgliedstaates, in dem die Gesellschaft gegründet wurde. Das führt naturgemäß zu Problemen bei der Anwendung deutscher Strafrechtsvorschriften, die normative Tatbestandsmerkmale enthalten, die nur mittels des Gesellschaftsrechts ausgelegt werden können. Erstmals musste nun der BGH darüber entscheiden, ob sich der director einer auf den British Virgin Islands gegründeten Limited wegen Untreue strafbar macht, wenn er der Gesellschaft Vermögenswerte entzieht. Wegen der vom EuGH vorgeschriebenen Fremdrechtsanwendung ist diese Frage nur zu beantworten, indem das Recht des Gründungsstaates – hier also das Recht der Limited nach dem International Business Act der British

\* BGH wistra 2010, 268.

<sup>1</sup> Angestoßen hat die Diskussion Rönna, ZGR 2005, 832. Zu weiteren Literaturhinweisen Schramm/Hinderer, ZIS 2010, 494 Fn. 1.

<sup>2</sup> Hinderer, Insolvenzstrafrecht und EU-Niederlassungsfreiheit am Beispiel der englischen private company limited by shares (erscheint demnächst); Pattberg, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Directors einer englischen Limited in Krise und Insolvenz, 2010; Weiß, Strafbare Insolvenzverschleppung durch den Director einer Ltd., 2009; Worm, Die Strafbarkeit eines directors einer englischen Limited nach deutschem Strafrecht, 2009.

Virgin Islands – herangezogen wird, weil sich die Ausfüllung der Merkmale der Vermögensbetreuungspflicht und der Pflichtwidrigkeit nach diesem Act richten. Daraus folgt aber auch, dass der Fall, so wie er geschehen ist, schwerlich Gegenstand einer Klausur oder mündlichen Prüfung sein kann. Der entscheidende 5. Senat hat sich in dem vorliegenden Urteil aber nicht nur zu der Rechtsfähigkeit einer off-shore-Gesellschaft geäußert, sondern zudem die Vereinbarkeit des Untreuetatbestandes mit dem Bestimmtheitsgrundsatz überprüft. Deshalb ist das Urteil auch für Studierende von Interesse.

### II. Sachverhalt

Die beiden russischen Staatsangehörigen A und T gründeten mit Hilfe eines Agenten eine Limited mit Sitz in Tortola nach dem Recht der British Virgin Islands, wo auch die Eintragung in das Handelsregister erfolgte. A und T waren zu gleichen Anteilen Gesellschafter und directors der Gesellschaft. Geschäftszweck war der Export hochwertiger Unterhaltungselektronik des Herstellers Bang und Olufsen aus Deutschland nach Russland unter Umgehung dortiger Einfuhr-, Umsatz- und Ertragssteuern. Nach einem Zerwürfnis zwischen A und T, begann T damit, Bargelder in Höhe von mehreren Millionen Euro für eigene Zwecke zu verwenden, ohne A davon zu informieren. Die Aufforderung des A, gegen eine Abstandszahlung die Gesellschaft zu verlassen, ignorierte T. A überwies sich deshalb von Hamburg aus insgesamt 1,8 Mio. Euro von den Konten der Limited auf seine privaten Konten in Österreich. Das Landgericht hatte über die Strafbarkeit des A wegen Untreue zu Lasten der Limited zu urteilen.

### III. Der Freispruch des Landgerichts Hamburg

Das Urteil des 5. Senats enthält einen bemerkenswerten Hinweis an die Wirtschaftsstrafkammer, an die das Verfahren zurückverwiesen wird: Es sei in einem Fall, in dem zwei nichtdeutsche Straftäter sich nach im Ausland begangenen Straftaten gegenseitig schädigen, darüber nachzudenken, ob der Fall eingestellt werden könne. In der Tat mag es angesichts stets beklagter knapper Ressourcen befremdlich erscheinen, dass die deutsche Justiz bis hoch zur Revisionsinstanz mit einem Fall beschäftigt ist, dessen einziger Inlandsbezug die im Inland vorgenommene Überweisung ist.<sup>3</sup> Das deutsche Strafrecht ist aber über § 9 Abs. 1 StGB anwendbar, weil A in Hamburg die Überweisung vorgenommen hat und deshalb der Handlungsort in Deutschland liegt.<sup>4</sup> Das mag Motivation für das Landgericht gewesen sein, das Verfahren zügig zu beenden und zwar mit einem Freispruch. Den begründet die Erstinstanz gleich mehrfach. Zum einen fehle es schon an der Vermögensbetreuungspflicht des A gegenüber der Gesellschaft, weil die Gesellschaft ein „pseudolegales Scheinkonstrukt“ und nicht etwa ein kaufmännischer Betrieb gewesen sei. Weiter fehle es aber auch an der Rechtsfähigkeit

<sup>3</sup> Vgl. aber auch Schramm/Hinderer, ZIS 2010, 494 (501) die auf einen stärkeren Inlandsbezug hinweisen, als es dieser Hinweis des 5. Senats glauben lässt.

<sup>4</sup> Ausführlich zum Handlungsort i.S.d. § 9 Abs. 1 StGB Rotsch, ZIS 2010, 168.

der Limited, weil diese keinen Sitz in der Europäischen Union hatte. Jedenfalls aber sei das Verhalten durch Notwehr gerechtfertigt gewesen, weil T kurz davor gewesen sei, sich das gesamte Vermögen zuzueignen.

#### IV. Die Entscheidung

##### 1. Vermögensbetreuungspflicht gegenüber einer zur Begehung von Straftaten gegründeten Gesellschaft

Nach zutreffender ganz herrschender Meinung<sup>5</sup> setzen sowohl der Missbrauchs- als auch der Treuebruchstatbestand eine Vermögensbetreuungspflicht voraus, die auf Gesetz, behördlichem Auftrag oder Rechtsgeschäft beruhen kann. Voraussetzung für die Vermögensbetreuungspflicht ist die Besorgung einer nicht unbedeutenden Angelegenheit und eine Fürsorgepflicht mit Gewicht und einem gewissen Grad der Eigenverantwortlichkeit.<sup>6</sup> Weiter muss die Pflicht, für das Vermögen zu sorgen, Hauptaufgabe und nicht nur Nebenpflicht sein.<sup>7</sup> Die Vermögensbetreuungspflicht der Geschäftsleitung gegenüber der Gesellschaft ergibt sich aus dem Gesellschaftsvertrag und den gesellschaftsrechtlichen Vorgaben.<sup>8</sup> In casu bedeutet dies, dass sich die Treuepflicht des A aus den Gesellschaftsverhältnissen und dem Gesellschaftsrecht der British Virgin Islands herleitet. Nach Ansicht des Landgerichts kam es hier aber darauf gar nicht an, weil die Limited von vornherein nur den Zweck hatte, beim Export der Elektronikartikel Steuern zu hinterziehen.

Diese Argumentation lehnt an eine Diskussion über ein Phänomen, das als sog. „Ganovenuntreue“<sup>9</sup> bezeichnet wird, an. In der Rechtsprechung<sup>10</sup> und der Literatur<sup>11</sup> ist umstritten, ob eine Betreuungspflicht ausscheidet, wenn der Absprache

gesetzes- oder sittenwidrige Beziehungen zu Grunde liegen. Einigkeit herrscht nur darüber, dass es keine Untreue ist, wenn der Täter einen rechtswidrigen Auftrag *nicht* ausführt.<sup>12</sup> Aber die Rechtsprechung bejaht eine Untreue z.B., wenn der Täter Gelder, die aus Bestechungen herrühren, absprachewidrig verwendet.<sup>13</sup> Es fehle hier weder an der Vermögensbetreuungspflicht noch am Vermögensnachteil. Die Rechtsordnung kenne im Bereich der Vermögensdelikte allgemein weder wegen seiner Herkunft noch seiner Entstehung oder Verwendung schutzunwürdiges Vermögen.<sup>14</sup> Auch unter Ganoven dürfe kein rechtsfreier Raum bestehen. Der Verlust ganz oder z.T. deliktisch erworbenen Vermögens stelle deshalb einen Vermögensnachteil i.S.d. § 266 StGB dar. Ein Teil der Literatur<sup>15</sup> bestreitet dies. Gesetzes- oder sittenwidrige Rechtsverhältnisse könnten eine Vermögensbetreuungspflicht nicht begründen, weil derjenige, dem das Vermögen anvertraut worden ist, aufgrund der nichtigen Abrede in keinem anderen Verhältnis zu dem Vermögen stehe als ein beliebiger Dritter.<sup>16</sup> Es komme außerdem zu Widersprüchen in der Gesamtrechtsordnung, wenn kriminell erlangte Gewinne strafrechtlich geschützt seien. Es könne schwerlich die Aufgabe der Rechtsordnung sein, kriminelle Machenschaften strafrechtlich abzusichern.<sup>17</sup> Eine Absprache unter Rechtsbrechern sei deshalb nicht geeignet, eine Betreuungspflicht zu begründen.

Ähnlich argumentiert das Landgericht hier, indem es darauf hinweist, dass eine Vermögensbetreuungspflicht nicht habe entstehen können, weil die Gesellschaft nicht ordnungsgemäß am Wirtschaftsleben teilhaben sollte und deshalb nichtig sei. Im Grunde kehrt es damit von der Linie der Rechtsprechung ab, zwischen Rechtsverbrechern keinen rechtsfreien Raum entstehen zu lassen. In der Konsequenz bedeutet die Ansicht des Landgerichts, dass dem Verteidiger eines wegen Untreue angeklagten Mandanten zu raten ist, auf dessen kriminelle Energie hinzuweisen und dass man gar nicht vorhatte, mit einer gegründeten Gesellschaft auch legale Geschäfte vorzunehmen. Zudem täten sich schwierige Abgrenzungsfragen auf, weil sich die Folgefrage anschließt, wann eine Gesellschaft „nur noch“ kriminellen Zwecken diene. Wäre danach z.B. auch ein Unternehmen, das seine Aufträge nur oder doch überwiegend durch Bestechungszahlungen erlangt, nicht mehr rechtsfähig und damit nichtig?

Zutreffend erklärt der 5. Senat deshalb dem Versuch der Erinstanz, hier eine Untreue abzulehnen, eine Absage. Die Limited sei Vertragspartner des Elektronikartikelherstellers gewesen und habe eine effektive wirtschaftliche Geschäftstätigkeit ausgeübt. Dass auch beabsichtigt war, russische Ein-

<sup>5</sup> BGHSt 22, 190 (191); 24, 386 (387); 33, 244 (250); *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 57. Aufl. 2010, § 266 Rn. 6; *Krey/Hellmann*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 15. Aufl. 2008, Rn. 542; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 32. Aufl. 2009, Rn. 750; *Saliger*, in: Satzger/Schmitt/Widmaier, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2009, § 266 Rn. 6; a.A. *Heghmanns*, Strafrecht für alle Semester, Besonderer Teil, 2009, Rn. 1607; *Schünemann*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 7, 11. Aufl. 1998 § 266 Rn. 11 ff.

<sup>6</sup> *Krey/Hellmann* (Fn. 5), Rn. 554; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 5), Rn. 752.

<sup>7</sup> BGHSt 1, 186 (189).

<sup>8</sup> Für Aufsichtsorgane *Seier*, in: Achenbach/Ransiek (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. 2008, Kap. V Abschn. 2 Rn. 133.

<sup>9</sup> *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 5), Rn. 774.

<sup>10</sup> BGHSt 20, 145; BGH NStZ-RR 1999, 184; zust. *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2007, § 266 Rn 10; *Kühl*, JuS 1989, 505 (512); *Schünemann* (Fn. 5), § 266 Rn 65.

<sup>11</sup> *Dierlamm*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2006, § 266 Rn. 146 ff.; *Lenckner/Perron*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 266 Rn. 31; *Saliger* (Fn. 5), § 266 Rn. 28.

<sup>12</sup> BGHSt 8, 254 (258); 20, 145; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 5), Rn. 774; *Seier* (Fn. 8), Kap. V Abschn. 2 Rn. 137.

<sup>13</sup> BGH NStZ-RR 1999, 184 (186).

<sup>14</sup> BGHSt 8, 254 (256).

<sup>15</sup> *Dierlamm* (Fn. 11), Rn. 148; *Kindhäuser*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 3. Aufl. 2010, § 266 Rn 41 f.; *Lenckner/Perron* (Fn. 11), Rn. 31.

<sup>16</sup> *Lenckner/Perron* (Fn. 11), § 266 Rn. 31.

<sup>17</sup> *Seier* (Fn. 8), Kap. V Abschn. 2 Rn. 140.

fuhragaben zu verkürzen, ändere nichts daran, dass es sich um eine rechtsfähige Gesellschaft mit eigenem Gesellschaftsvermögen handele. Eine Vermögensbetreuungspflicht kann sich deshalb aus dem Gesellschaftsvertrag und dem Gesellschaftsrecht der British Virgin Island ergeben.

## 2. Rechtsfähigkeit der Limited

Nach der Rechtsprechung des EuGH<sup>18</sup> garantiert die Niederlassungsfreiheit es den Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates, im EU-Binnenmarkt eine Gesellschaft zu gründen und später in einem anderen Mitgliedstaat die Eintragung einer Zweigniederlassung zu veranlassen. Es ist den Mitgliedstaaten danach untersagt, Regelungen zu erlassen, welche die Ausübung der Niederlassungsfreiheit dadurch beschränken, dass sie die Eintragung einer Zweigniederlassung von bestimmten Voraussetzungen, z.B. dem Mindestkapital oder der Haftung der Gesellschafter, abhängig machen. Die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft sei auch dann anzuerkennen, wenn unterschiedlich strenge Voraussetzungen für deren Entstehen in den einzelnen Staaten existieren. Es sei im Übrigen unerheblich, aus welchem Grund ein Staatsangehöriger eines Mitgliedstaates sich für die Gründung einer Gesellschaft in einem anderen Staat entscheide, selbst wenn die Tätigkeit ausschließlich im Mitgliedstaat der Niederlassung ausgeübt wird. Das Recht, sich auf die Niederlassungsfreiheit zu berufen, ist danach erst dann ausgeschlossen, wenn ein Missbrauch vorliegt.

In casu ist der Gründungsstaat allerdings kein Mitgliedstaat der EU, sondern eine „off-shore-Firma“, also ein auf den ehemaligen britischen Kolonien gegründetes Unternehmen. Der BGH<sup>19</sup> weist aber darauf hin, dass die British Virgin Islands nach Artt. 198, 199 Nr. 5, 203 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union in Verbindung mit Anhang II in den Geltungsbereich der Niederlassungsfreiheit einbezogen sind. Es gilt also die assoziationsrechtlich modifizierte Niederlassungsfreiheit. Nach der Rechtsprechung des EuGH wäre die Rechtsfähigkeit der Limited nach dem Recht der British Virgin Island deshalb nur ausgeschlossen, wenn die Gründung auf der ehemaligen englischen Kolonie missbräuchlich gewesen wäre. Das verneint der *Senat*. Allein der Umstand, dass Steuerhinterziehungen im erheblichen Umfang von Anfang an geplant waren, führe nicht dazu, einen Missbrauch der Niederlassungsfreiheit zu bejahen. Dem ist zuzustimmen. Da wie oben festgestellt, die Rechtsfähigkeit einer Gesellschaft nicht davon abhängig gemacht werden kann, dass anlässlich der Geschäftstätigkeit Straftaten verübt werden sollen, kann diese Tatsache auch nicht dazu herangezogen werden, die Wahl des Gründungsstaates als missbräuchlich zu werten.

Der Tatrichter ist deshalb gezwungen, die Treuepflicht und dessen Verletzung nach dem Recht der British Virgin Islands zu beurteilen. Das führt nicht nur zu der berechtigten

Frage, ob der Untreuetatbestand für den Rechtsanwender überhaupt noch handhabbar ist,<sup>20</sup> sondern lässt sogar Zweifel an der Vereinbarkeit des § 266 StGB mit dem verfassungsrechtlich garantierten Bestimmtheitsgebot aufkommen. In der Literatur<sup>21</sup> wird seit einiger Zeit diskutiert, ob der Treuebruchtatbestand die Forderungen des Bestimmtheitsgebotes<sup>22</sup> erfüllt. Letztlich greifen diese Bedenken aber nicht. Das BVerfG<sup>23</sup> weist richtig darauf hin, dass das Strafrecht nicht darauf verzichten könne, allgemeine Begriffe zu verwenden, weil diese unentbehrlich seien, die Vielschichtigkeit des Lebens zu erfassen. § 266 StGB findet Anwendung in allen Lebenssachverhalten, in denen fremdes Vermögen einem Dritten anvertraut ist. Er hat deshalb die kaum zu überschauende Aufgabe, eine unübersehbare Fülle an möglichen Konstellationen zu regeln. Die Unbestimmtheit rührt dabei nicht davon her, dass die strafrechtlichen Begriffe nicht ausgelegt werden können, sondern eine Vielzahl von Regelungen unterschiedlicher Verkehrskreise einzubeziehen sind, die mal mehr, mal weniger eindeutig sind. Es wird hier wohl mit der Literatur mit einem gewissen Pragmatismus festzuhalten sein, dass eine ideale Strafvorschrift faktisch unmöglich ist.<sup>24</sup>

Bei der Beurteilung der Untreuestrafbarkeit des directors einer Limited besteht aber die Sondersituation, dass es nicht das deutsche, sondern ein ausländisches Gesellschaftsrecht ist, das dem Tatbestand seinen Inhalt gibt.<sup>25</sup> Ein Teil der Literatur<sup>26</sup> bestreitet deshalb die Verfassungsmäßigkeit der Fremdrechtsanwendung. Neben einem Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot wird auch eine Verletzung des Demokratieprinzips angenommen. Wegen des blankettartigen Charakters des § 266 StGB<sup>27</sup> müssten die Vorschriften des Zivil- und Gesellschaftsrechts in den Tatbestand „hineingelesen“ werden. Dies setze aber voraus, dass diese Regeln vom deutschen Gesetzgeber erlassen werden müssten, weil ansonsten nicht mehr der deutsche, sondern ein ausländischer Gesetzgeber über den Umfang des Strafrechts bestimme.

Diese Bedenken teilt der *Senat* nicht. Aus dem Untreuetatbestand ließen sich noch vollständige abstrakt-generelle Verhaltensweisen ableiten. Das normative Merkmal der Pflichtwidrigkeit könne einfachgesetzlich oder vertraglich bzw. durch Satzung konkretisiert werden. Diese Regelungen

<sup>20</sup> *Altenhain/Wietz*, NZG 2008, 569 (572).

<sup>21</sup> *Arzt*, in: Frisch/Schmid (Hrsg.), Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag, 1978, S. 367; *Gribbohm*, JuS 1965, 389 (391); *Kargl*, ZStW 113 (2001), 565.

<sup>22</sup> Grundsätzlich zur Erosion des Bestimmtheitsgrundsatzes im Strafrecht *Rotsch*, ZJS 2008, 132.

<sup>23</sup> BVerfGE 71, 108 (115); 73, 206 (235); 75, 329 (341).

<sup>24</sup> *Rentrop*, Untreue und Unterschlagung (§§ 266 und 246 StGB), 2007, S. 286. Vgl. auch *Ransiek*, ZStW 116 (2004), 634 (646): „Daraus folgt auch die Erkenntnis, dass von § 266 StGB nicht viel zu erwarten ist“.

<sup>25</sup> *Radtke*, GmbH 2008, 729 (734); *Ransiek/Hüls*, ZGR 2009, 157 (175).

<sup>26</sup> *Altenhain/Wietz*, NZG 2008, 569 (572); *Mosiek*, StV 2008, 94 (98); *Rönnau*, ZGR 2005, 832 (856).

<sup>27</sup> *Rönnau/Hohn*, NStZ 2004, 113 f.

<sup>18</sup> EuGH, Urt. v. 30.9.2003 – C-167/01 („Inspire Art“) = NJW 2003, 3331 (3334), siehe auch EuGH, Urt. v. 9.3.1999 – C-212/97 („Centros“) = NJW 1999, 2017 (2018).

<sup>19</sup> So schon BGH NJW 2004, 3706 (3707).

seien aber nicht Teil des Strafrechts, sondern dienen nur als Grundlage für die strafrechtliche Bewertung. Damit unterlägen sie nicht dem Bestimmtheitsgrundsatz. Im Übrigen sei auch das Demokratieprinzip nicht verletzt, weil die Strafvorschrift als solche unberührt bleibe. Damit setze der deutsche Gesetzgeber Grund und Grenzen der Strafvorschrift, das ausländische Recht liefere dagegen nur einen Maßstab zur Auslegung.

### 3. Notwehr gegen das Verhalten des T?

Der Annahme des Landgerichts, zumindest sei A aber gerechtfertigt gewesen, erwidert der *Senat* mit knappen Worten, dass es hier schon an einem Angriff durch die Limited (!) fehle. Auch andere Rechtfertigungsgründe schieden aus.

## V. Würdigung

Die Beurteilung der Strafbarkeit eines directors einer Limited ist deshalb so schwierig, weil nicht nur strafrechtliche Grundsätze, sondern auch solche des Europa- und des Verfassungsrechts zu berücksichtigen sind.<sup>28</sup> Die Vorgaben des EuGH, nach dem das ausländische Recht anzuwenden ist, sind eindeutig. Es ist zu begrüßen, dass der *Senat* in der Fremdrechtsanwendung zur Auslegung der Tatbestände der Untreue weder einen Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz noch gegen das Demokratieprinzip sieht. Es handelt sich bei § 266 StGB um einen vollständigen Tatbestand und nicht etwa um einen Blanketttatbestand, der durch das ausländische Recht ausgefüllt wird. Die Merkmale der Vermögensbetreuungspflicht und der Pflichtwidrigkeit sind normative Tatbestandsmerkmale, die lediglich unter Berücksichtigung des ausländischen Rechts ausgelegt werden. Wie der *Senat* richtig feststellt, ist es deshalb bedenkenlos – wie dies z.B. auch i.R.d. § 242 StGB bei dem Merkmal der Fremdheit der Sache geschieht – die Vermögensbetreuungspflicht und die Pflichtwidrigkeit anhand des Fremdrechts zu bestimmen.<sup>29</sup>

Aber jenseits dieser Sonderkonstellation hat der 5. *Senat* in aller Deutlichkeit klargestellt, dass seiner Ansicht nach der Untreuetatbestand nicht gegen den Bestimmtheitsgrundsatz verstößt. Bekanntlich hat das BVerfG<sup>30</sup> jüngst über die Verfassungswidrigkeit des Untreuetatbestandes, und zwar konkret über die Verletzung des Bestimmtheitsgrundsatzes durch das Tatbestandsmerkmal des Vermögensnachteiles, entschieden. Der *Senat* hat einen Verstoß abgelehnt, weil die Rechtsprechung hinreichende Vorgaben für die Auslegung enthalte. Auch die Bewertung der schadensgleichen Vermögensgefährdung als Vermögensnachteil sei mit dem Bestimmtheitsgrundsatz vereinbar. Gegenwärtig sind weitere Verfassungsbeschwerden<sup>31</sup> anhängig, in denen geklärt werden soll, ob der Untreuetatbestand und dessen Auslegung und Anwendung in verschiedenen Einzelfällen gegen den Bestimmtheitsgrundsatz verstößt. Konkret wird danach gefragt, ob die Verurteilungen wegen Schmiergeldzahlungen durch Mitarbeiter der

Siemens AG und wegen der Kreditvergabe der Berlin-Hannoverschen Hypothekenbank verfassungsgemäß waren.

Der 5. *Strafsenat* hat mit dem vorliegenden Urteil ein deutliches Zeichen gesetzt, indem es den Untreuetatbestand nicht nur generell für verfassungsgemäß hält, sondern sogar die umstrittene Fremdrechtsanwendung für mit dem Bestimmtheitsgebot und dem Demokratieprinzip vereinbar erklärt.

*Privatdozentin Dr. Katharina Beckemper, Leipzig*

<sup>28</sup> Radtke, GmbHR 2008, 729 (730).

<sup>29</sup> Hellmann/Beckemper, Fälle zum Wirtschaftsstrafrecht, 2007, Rn. 469.

<sup>30</sup> BVerfG NStZ 2009, 560.

<sup>31</sup> 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09.