

Entscheidungsanmerkung

Zur Verfassungsmäßigkeit der Untreue

1. Der Untreuetatbestand des § 266 Abs. 1 StGB ist mit dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 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 (Präzisierungsgesetz).

3. Der in Art. 103 Abs. 2 GG zum Ausdruck kommende strenge Gesetzesvorbehalt erhöht die verfassungsgerichtliche Kontrolldichte.

StGB § 266

*BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09*¹

I. Einführung

Der Tatbestand der Untreue gehört bei Studierenden sicherlich zu den unbeliebtesten Tatbeständen.² Das nicht ohne Grund: Jedes Merkmal dieser Norm ist umstritten und eine Systematik kaum noch auszumachen. Die Kasuistik erscheint inzwischen unüberschaubar und nicht jede Entscheidung ist mit vorhergegangenen immer kompatibel.

Auch in der Rechtsprechung herrscht inzwischen große Unsicherheit über die Auslegung des § 266 StGB. Lediglich in klassischen Fallkonstellationen lässt sich noch eindeutig sagen, ob die Strafbarkeit wegen Untreue zu bejahen ist oder nicht. Jeder neue Fall – und sei er auch nur in Nuancen von bereits entschiedenen Fällen unterschiedlich – birgt potenzielle Überraschungen. Dass z.B. die Bildung schwarzer Kassen nach der neueren Rechtsprechung des BGH³ eine strafbare Untreue sein würde, konnte vor dem Urteil keineswegs mit Sicherheit prognostiziert werden.⁴

Wenn aber schon Juristen den Anwendungsbereich des Tatbestandes nur schwer umgrenzen können, kommen Zweifel daran auf, ob der Normbefehlsempfänger dem Tatbestand das verbotene Verhalten überhaupt noch entnehmen kann. Es ist deshalb nicht erstaunlich, dass in der Literatur darüber diskutiert wird, ob § 266 StGB mit dem Bestimmtheitsgrund-

satz zu vereinbaren ist.⁵ Manche Autoren lassen es an Deutlichkeit ihrer Sicht dabei nicht fehlen: Das sei ersichtlich nicht der Fall.⁶

Art. 103 Abs. 2 GG gewährleistet, dass eine Tat nur bestraft werden kann, wenn die Strafbarkeit zum Tatzeitpunkt gesetzlich bestimmt war. Dabei geht es auch um den Schutz des Normadressaten, der vorhersehen können soll, welches Verhalten mit Strafe bedroht ist.⁷ Strafrechtliche Tatbestände müssen also dergestalt formuliert sein, dass sie die Voraussetzungen der Strafbarkeit konkret beschreiben und den Anwendungsbereich der Norm klar umreißen.⁸ Dieser Grundsatz steht im Spannungsverhältnis mit dem Erfordernis, Tatbestände so abstrakt zu halten, dass sie auf eine Vielzahl, z.T. für den Gesetzgeber nicht vorhersehbare Lebenssachverhalte anwendbar sein müssen.⁹ Um kasuistische, starre Regelungen zu vermeiden, muss sich der Gesetzgeber oftmals abstrakter und allgemeiner Begriffe bedienen. Generalklauseln und wertungsausfüllende Begriffe sind deshalb nicht von vornherein ausgeschlossen.¹⁰ Soweit die Konkretisierung des Bestimmtheitsgrundsatzes durch das BVerfG.¹¹

Diese Grundsätze wendet der 2. Senat im vorliegenden Beschluss auf die Untreue an, um zu überprüfen, ob der Tatbestand dem Bestimmtheitsgrundsatz noch entspricht. Dabei äußert er sich gleich zu zwei Problemen der Untreue. Zum einen stellt er Grundsätze für die Bestimmung der Tathandlung des Treuebruchtatbestandes – das pflichtwidrige Verhalten – auf, bei deren Beachtung eine Verfassungswidrigkeit des § 266 StGB nicht zu befürchten sei.¹² Zum anderen hält er die sog. schadensgleiche Vermögensgefährdung¹³ für verfassungsgemäß, wenn sein Ausmaß wirtschaftlich bestimmt wird.

Dieses Verdikt ist mit Spannung erwartet worden. Aber es sei die Frage erlaubt, welche Alternative zu dieser Entscheidung das BVerfG hatte. Die Abschaffung der Untreue dürfte schwerlich gewollt sein, weil es geradezu Charakteristikum des modernen Wirtschaftslebens ist, dass ein Vermögensbetreuungspflichtiger die Geschäfte für den Vermögensinhaber führt. Im Ergebnis ist der Beschluss deshalb sicherlich

¹ Abgedruckt in NJW 2010, 3209 = NSTz 2010, 626 m. Anm. Becker, HRRS 2010, 383; Radtke, GmbHR 2010, 1121; Saliger, NJW 2010, 3195; Schlösser, HRRS 2010, 424; Wessing, NZG 2010, 1121.

² Rotsch, ZJS 2008, 610.

³ BGHSt 52, 323; vgl. dazu die Besprechung Brünig, ZJS 2009, 94. Siehe auch Hellmann/Beckemper, Fälle zum Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. 2010, Rn. 8; Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 2010, § 20 Rn. 139. Bestätigt nunmehr von BGH NJW 2010, 3458 = NSTz 2010, 700 m. Anm. Hoffmann, GmbHR 2010, 1150.

⁴ Siehe aber auch BGHSt 51, 100, der eine solche Rechtsprechung anlegte.

⁵ Die Verfassungsmäßigkeit konstatieren aber Saliger, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2009, § 266 Rn. 4; Ransiek, ZStW 116 (2004), 640.

⁶ Dierlamm, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2005, § 266 Rn. 3; Kargl, ZStW 113 (2001), 565; Lesch, DRiZ 2004, 135.

⁷ BVerfGE 75, 329 (341).

⁸ Siehe aber auch Ransiek, Gesetz und Lebenswirklichkeit, 1989, S. 17 ff.

⁹ BVerfGE 28, 175 (183); 47, 109 (120).

¹⁰ BVerfGE 92, 1 (12).

¹¹ Lesenswert Paeffgen, StraFo 2007, 442.

¹² Zu diesem Problem statt vieler Wessels/Hillenkamp, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 33. Aufl. 2010, Rn. 769.

¹³ Die zur schadensgleichen Vermögensgefährdung und der wirtschaftlichen Bestimmung des konkreten Schadens erschienene Literatur ist inzwischen kaum noch zu überblicken. Eine knappe Einführung mit zahlreichen Nachweisen findet sich bei Wessels/Hillenkamp (Fn. 12), Rn. 775a.

richtig. Um dieses Ergebnis zu begründen, behilft sich der 2. Senat mit einer „Ja-Aber“-Argumentation. Auf der einen Seite stellt er die Bedeutung des Bestimmtheitsgrundsatzes deutlich heraus. In einem zweiten Schritt hält er diesen aber bei § 266 StGB gewahrt, weil es Aufgabe der Rechtsprechung sei, den Inhalt des Tatbestandes weiter zu konkretisieren.

II. Sachverhalt

Das BVerfG hat drei Verfassungsbeschwerden zusammengefasst. In allen drei Fällen sind die Angeklagten wegen Untreue verurteilt worden.

1. Der erste Beschwerdeführer war als leitender Angestellter in der S. AG einer der vier Vorstände des Geschäftsbereichs Power Generation.¹⁴ Er war unter anderem für die Umsetzung der Compliance-Vorschriften des Unternehmens tätig, welche die Zahlung von Bestechungsgeldern ausnahmslos verboten. Dennoch existierte in dem Geschäftsbereich ein etabliertes System zur Zahlung von Bestechungsgeldern. Die dafür erforderlichen Mittel befanden sich auf verborgenen Konten im Ausland und waren in der offiziellen Buchhaltung der S. AG nicht erfasst. Verantwortlich für diese Konten war u.a. der Beschwerdeführer. Im Jahre 1999 und 2000 veranlasste er die Überweisung von Bestechungsgeldern an Funktionsträger des italienischen E-Konzerns. Finanzielle Vorteile aus den daraufhin zustande kommenden Aufträgen hatte der Beschwerdeführer nicht.

Das Landgericht Darmstadt¹⁵ verurteilte den Beschwerdeführer wegen Bestechung im geschäftlichen Verkehr in zwei Fällen in einem Fall in Tateinheit mit Untreue. Der 2. Strafsenat¹⁶ änderte den Schuldspruch dahin ab, dass der Beschwerdeführer sich ausschließlich wegen Untreue in zwei Fällen schuldig gemacht habe.

2. Der zweite Beschwerdeführer war Vorstand einer Betriebskrankenkasse.¹⁷ Er bewilligte zwei Bediensteten über mehrere Jahre hinweg Prämien, die praktisch eine Verdoppelung des Gehalts bewirkten. Diese Bewilligung widersprach der üblichen Prämienpraxis, die lediglich einmalige Zahlungen vorsah. Das Landgericht Kassel verurteilte den Beschwerdeführer wegen Untreue in zwei Fällen, weil er durch die überhöhten Zahlungen dem Wirtschaftlichkeitsgebot zuwider gehandelt habe. Der BGH verwarf die Revision des Beschwerdeführers mit Beschluss nach § 349 Abs. 2 StPO.

3. Die Beschwerdeführer im dritten Fall waren Vorstände der BHH-Bank und in dieser Funktion u.a. mit der Vergabe von Krediten an eine Unternehmensgruppe befasst, die Plattenbauwohnungen in den neuen Ländern erwarb, sanierte und danach in Eigentumswohnungen umwandelte.¹⁸ Insgesamt gewährten die Beschwerdeführer Kredite in Höhe von 810

Mio. DM. Wegen der Gewährung eines dieser Kredite in Höhe von 19.589.000 DM wurden die Beschwerdeführer vom Landgericht Berlin wegen Untreue verurteilt. Die Kammer begründete ihre Entscheidung damit, dass die Beschwerdeführer in gravierender Weise gegen ihre Pflicht zur ordnungsgemäßen Buchführung nach § 18 KWG verstoßen hätten, weil die eingereichten Unterlagen zu den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen der Kreditnehmerin unvollständig gewesen und ungenügend ausgewertet worden seien.¹⁹ Eine sachdienliche Abwägung der Chancen und Risiken habe deshalb nicht stattgefunden, vielmehr sei eine zu optimistische Marktentwicklung zu Grunde gelegt worden. Des Weiteren haben die Beschwerdeführer die Kreditvergabe dem zuständigen Kreditausschuss nicht offen gelegt.

Durch diese Pflichtverletzung sei ein Vermögensnachteil in Form der schadensgleichen Vermögensgefährdung in Höhe von 3.029.000 DM eingetreten. Dies entsprach dem Betrag, den das Landgericht für ungesichert erachtete. Die gegen diese Verurteilung eingereichte Revision verwarf der 5. Strafsenat.²⁰

III. Die Verfassungsbeschwerden

1. Der Beschwerdeführer zu 1 macht geltend, die Annahme der Untreue durch das Einrichten schwarzer Kassen widerspreche dem Analogieverbot, weil es zu einer zeitlichen Vorverlagerung der Strafbarkeit komme, wenn ein Vermögensnachteil schon durch das Verbergen von Geldern des Unternehmens angenommen werde.²¹ Dies habe der Gesetzgeber nicht gewollt, weil er die versuchte Untreue nicht mit Strafe bedroht habe.

2. Der Beschwerdeführer zu 2 wendet sich gegen die Auslegung des Tatbestandsmerkmals der Pflichtwidrigkeit. Der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit verbiete lediglich Zahlungen, die mit diesem Grundsatz vollkommen unvereinbar seien.²² Eine grobe Pflichtverletzung liege aber nicht in jedem Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot, weil dem Vermögensbetreuungspflichtigen ein Entscheidungsspielraum verbleibe.

3. Sowohl das Pflichtwidrigkeits-, als auch das Nachteilsmerkmal greifen die Beschwerdeführer im dritten Fall an.²³ Bei Kreditgeschäften sei nicht vorhersehbar, wann eine strafbare Pflichtverletzung vorliege.²⁴ Daran hätte auch das vom BGH eingeführte Erfordernis der gravierenden Pflichtverletzung nichts geändert. Die Verurteilung sei hier lediglich

¹⁹ Vgl. dazu auch BGHSt 46, 30 (34); didaktisch bei *Hellmann/Beckemper*, Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. 2010, Rn. 235 ff.

²⁰ BGH wistra 2009, 189.

²¹ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09, Rn. 44 ff.

²² BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09, Rn. 46.

²³ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09, Rn. 47 ff.

²⁴ Allgemein zur Vermögensgefährdung bei Kreditgeschäften *Hellmann/Beckemper* (Fn. 12), Rn. 332; *Hellmann*, ZIS 2007, 433.

¹⁴ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09, Rn. 24 ff.

¹⁵ LG Darmstadt CCZ 2008, 37.

¹⁶ BGHSt 52, 323.

¹⁷ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09, Rn. 29 ff.

¹⁸ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09, Rn. 32 ff.

auf eine Gesamtschau der Umstände der Kreditvergabe gestützt worden. Daneben sei auch das Merkmal des Vermögensnachteils zu unbestimmt. § 266 StGB verlange einen endgültigen Vermögensnachteil, nicht lediglich eine Wahrscheinlichkeit seines Eintritts. Das zeige sich auch daran, dass die Strafkammer die gleichen Tatsachen und Wertungen zum Beleg für den Vermögensnachteil herangezogen habe wie für die Feststellung der Pflichtwidrigkeit. Letztlich sei die Verurteilung deshalb nicht mehr das Ergebnis einer Subsumtion, sondern einer Gesamtwürdigung der Umstände.

IV. Die Entscheidung

Der 2. Senat hat die gegen die Verurteilungen gerichteten Verfassungsbeschwerden in den beiden erstgenannten Fällen als unbegründet zurückgewiesen. Im dritten Fall hat er den Beschluss des BGH und das Urteil des LG Berlin wegen Verletzung des Rechts der Beschwerdeführer aus Art. 103 Abs. 2 GG aufgehoben und die Sache an das Landgericht zurückgewiesen.

1. Bestimmtheitsgebot im Strafrecht

Der Senat läutet seine Entscheidung mit grundsätzlichen Erwägungen zu Inhalt und Bedeutung des Bestimmtheitsgebots ein.²⁵ Der Gesetzgeber sei verpflichtet, wesentliche Fragen der Strafbarkeit zu klären, so dass die Voraussetzungen der Strafbarkeit durch eine Auslegung ermittelt werden können. Die konkreten Folgerungen aus dem Bestimmtheitsgrundsatz schränkt der Senat aber gleich wieder ein. Es lasse sich nämlich nicht abstrakt sagen, welchen Grad gesetzlicher Bestimmtheit ein einzelner Tatbestand haben müsse.²⁶ Diese Feststellung erfordere eine Gesamtschau der Umstände der jeweiligen Strafvorschrift. Ein Kriterium, das dabei Beachtung finden könne, sei z.B., welche alternative Regelung sich anbiete.

Das Bestimmtheitsgebot gibt aber auch Vorgaben für die Rechtsprechung.²⁷ Da nur der Gesetzgeber befugt ist, über die Strafbarkeit zu entscheiden, müssten sich die Gerichte in den gesetzlichen Grenzen, die insbesondere durch den Wortlaut gesteckt werden, halten. Das habe nicht nur zur Folge, dass einzelne Merkmale nicht über ihren Wortlaut hinaus ausgelegt werden, sondern verbiete auch eine Auslegung, die nicht mehr trennscharf zwischen den vom Gesetz vorgegebenen Merkmalen unterscheidet, sondern diese „verschleift“.²⁸

Die Entscheidung enthält einen ausdrücklichen Appell an die Rechtsprechung: Diese dürfe durch eine fern liegende Auslegung nicht zur Unsicherheit über die Auslegung einer Norm beitragen. Sie sei vielmehr gehalten, den Anwendungsbereich durch Präzisierung und Konkretisierung klar zu

bestimmen.²⁹ Wenn der Gesetzgeber also gezwungen ist, sich wertungsbedürftigen Begriffen zu bedienen, müsse die Rechtsprechung durch eine klare Rechtsprechungslinie für Rechtssicherheit sorgen. Ob die Strafgerichte dieser Aufgabe in einer den Anforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG entsprechenden Weise gerecht geworden sind, unterliege im Übrigen auch der verfassungsrechtlichen Überprüfung.

2. Vereinbarkeit des § 266 StGB mit dem Bestimmtheitsgrundsatz

Diesen allgemeinen Grundsätzen zufolge entspreche der Untreuetatbestand noch dem Bestimmtheitsgrundsatz, weil alle vorausgesetzten Merkmale hinreichend bestimmbar seien.³⁰

Das gelte in erster Linie für die Vermögensbetreuungspflicht.³¹ Dieses Merkmal sei durch die Rechtsprechung ausreichend konkretisiert worden, was sich daran zeige, dass es sowohl eine Gruppe an Fallgestaltungen gebe, bei denen eine Vermögensbetreuungspflicht nicht vorliegt – wie etwa bei gewöhnlichen Austauschverträgen –, aber auch eine solche, bei denen keine ernstlichen Zweifel daran bestehen, dass eine Vermögensbetreuungspflicht zu bejahen sei – z.B. bei Vorstandsmitgliedern oder Bankvorständen.

Gleiches sei auch beim Merkmal der Pflichtwidrigkeit zu konstatieren, weil die Rechtsprechung durch die Bildung von Fallgruppen zu einer Konkretisierung beigetragen habe.³² Grundsätzlich müsse der Rechtsanwender die Pflichtwidrigkeit durch Heranziehung außerstrafrechtlicher Normen bestimmen. Diese seien zwar bisweilen selbst nur wenig bestimmt – insbesondere, wenn sie dem Normadressaten eigene Entscheidungsräume zugestehen, wie z.B. § 93 Abs. 1 AktG. Um den Strafbarkeitsbereich in solchen Fällen zu beschränken, wird in der neueren Rechtsprechung behauptet, dass eine schlichte Pflichtwidrigkeit durch den Verstoß gegen eine außerstrafrechtliche Norm nicht ausreiche, sondern der Pflichtenverstoß darüber hinaus gravierend sein müsse.³³ Dem stimmt das BVerfG zu mit dem Argument, die Unsicherheit des Tatbestandes werde durch dieses zusätzliche Merkmal begrenzt. Diese Ansicht ist mehr als bedauerlich, weil kaum einsichtig ist, dass es zu einer größeren Bestimmtheit einer Norm führt, wenn zusätzliche Merkmale eingeführt werden, die das Gesetz gerade nicht enthält.³⁴ Zumal das den Rechtsanwender vor die Schwierigkeit stellt, nicht nur heraus zu finden, ob er gegen eine Norm – etwa des Gesellschafts-

²⁵ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09, Rn. 69 ff.

²⁶ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09, Rn. 75.

²⁷ Siehe dazu kritisch *Dierlamm* (Fn. 6), § 266 Rn. 5.

²⁸ BVerfGE 92, 1 (16).

²⁹ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09, Rn. 81.

³⁰ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09, Rn. 106.

³¹ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09, Rn. 107 ff.

³² BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09, Rn. 111.

³³ BGHSt 47, 148 (152); 187 (197); einschränkend BGHSt 50, 331 (343).

³⁴ *Beckemper*, NStZ 2002, 324 (326); *Sauer*, wistra 2002, 465; *Schünemann*, NStZ 2005, 473.

rechts – verstößt, sondern darüber hinaus, ob er dies in einer gravierenden Art und Weise tut.

Überzeugen kann aber die Mahnung des *Senats*, dass es nicht zu einer Verschleifung der beiden Merkmale Pflichtwidrigkeit und Vermögensnachteil kommen darf.³⁵ Bei der Subsumtion ist trennscharf zwischen diesen beiden Merkmalen zu differenzieren. Nicht nur in studentischen Arbeiten, sondern bisweilen auch in der Rechtsprechung³⁶ und der Literatur³⁷ wird vorschnell von der Pflichtwidrigkeit auf den Vermögensnachteil – im Einzelfall aber auch umgekehrt vom Vermögensnachteil auf die Pflichtwidrigkeit – geschlossen. Das hält der *Senat* ausdrücklich für unzulässig. Deshalb seien vom Tatrichter konkrete Ermittlungen über die genaue Schadenshöhe anzustellen. Dabei sei im Zweifel auf in der wirtschaftlichen Praxis vorhandene Bewertungsmaßstäbe – gegebenenfalls unter Heranziehung eines Sachverständigen – zurückzugreifen. Das BVerfG fordert also eine streng wirtschaftliche Betrachtungsweise, nach der ein Nachteil nicht schon vorliegt, wenn das Vermögen abredewidrig eingesetzt wurde, sondern eine rein wirtschaftliche Schlechterstellung verlangt wird.

3. Entscheidung über die Verfassungsbeschwerden im Einzelnen

a) Vermögensnachteil bei der Errichtung von schwarzen Kassen

Bereits die Entziehung von Vermögen aus dem Unternehmen durch Überweisung auf unternehmensfremde Konten stellt nach dem BVerfG einen Vermögensnachteil dar. Das Unternehmen habe keinen Anspruch auf Auszahlung gegen die Bank, sondern hätte allenfalls gegen die Mitarbeiter vorgehen können, welche diese Konten eingerichtet haben.³⁸ Ein solcher Schadensersatzanspruch sei aber eine nicht zu berücksichtigende Kompensation. Wegen der fehlenden Zugriffsmöglichkeit des Unternehmens auf die Vermögenswerte seien diese für das Unternehmen wirtschaftlich wertlos gewesen. Damit liege ein endgültiger Vermögensnachteil vor.

³⁵ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09, Rn. 113. Ebenso bereits *Rotsch*, ZJS 2008, 610 (613).

³⁶ Ein prominentes Beispiel für die Vermischung von Vermögensbetreuungspflicht und der Pflichtwidrigkeit enthält BGHSt 49, 147 („Bremer Vulkan“), vgl. hierzu *Rotsch*, ZJS 2008, 610. Man wird wohl auch die Einführung der „gravierenden“ Pflichtwidrigkeit darauf zurückführen können, dass die Rechtsprechung in Untreudefällen wegen Kreditvergabe die Feststellung des Vermögensnachteils auf eben diese gravierende Pflichtwidrigkeit zu stützen versucht und damit beide Merkmale vermengt. So überzeugend *Schünemann*, NStZ 2005, 473 (475).

³⁷ *Schmitt*, BKR 2006, 125 (130) für den Vermögensnachteil bei Kreditgewährungen.

³⁸ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09, Rn. 126.

b) Pflichtwidrigkeit beim Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot

Auch im zweiten Fall hält das BVerfG die Verfassungsbeschwerde für unbegründet. Das Gebot der Wirtschaftlichkeit, das sich für den Beschwerdeführer als Vorstand einer Krankenkasse aus § 4 Abs. 4 SGB V ergibt, sei eine hinreichend konkretisierte vermögensrelevante Pflicht gegenüber der Krankenkasse.³⁹ Das LG Kassel habe bei der hier vorgenommenen deutlichen Überschreitung der üblichen Prämienhöhe verfassungsrechtlich unbedenklich eine deutliche Verletzung dieses Grundsatzes und damit eine Pflichtwidrigkeit i.S.d. § 266 StGB angenommen.

c) Vermögensnachteil bei Vergabe ungesicherter Kredite

Für begründet hielt das BVerfG die Verfassungsbeschwerde im dritten Fall. An der Konstruktion der schadensgleichen Vermögensgefährdung hält der *Senat* dabei aber fest.⁴⁰ Er fordert lediglich eine konkrete Bezifferung des Schadens, die im vorliegenden Fall gefehlt habe.

Die schadensgleiche Vermögensgefährdung, die vorliege, wenn das Vermögen des Opfers durch die Tathandlung konkret gefährdet sei, sei von der Rechtsprechung insoweit konkretisiert worden, dass sich ihre Reichweite voraussehen lasse. Es sei nämlich im Bilanzrecht anerkannt, dass eine Forderung abzuschreiben sei, wenn sich ihre Werthaltigkeit – etwa wegen der fehlenden Bonität des Schuldners – negativ verändere. Daraus folge, dass der Begriff Nachteil nach dem allgemeinen Sprachgebrauch auch eine Vermögensgefährdung sein könne, wenn nach wirtschaftlichen Grundsätzen eine negative Wertberichtigung vorgenommen werden müsste.

Die Verfassungsbeschwerde sei im konkreten Fall dennoch begründet, weil das Landgericht es versäumt habe, die Schadenshöhe hinreichend festzustellen.⁴¹ Die Annahme, dass der gesamte ungesicherte Teil des Kredites völlig wertlos sei, genüge den Anforderungen an die Feststellung eines Vermögensnachteils jedenfalls nicht. Die völlige Wertlosigkeit sei im Übrigen auch nicht aus der Pflichtwidrigkeit zu folgern, weil eine solche Vorgehensweise die Merkmale verschleife und so deren eigenständige Bedeutung missachte.

V. Würdigung

Die Erkenntnisse, die der Studierende, aber auch die Rechtspraxis aus diesem Beschluss ziehen kann, lassen sich nur schwer extrahieren. Auf der einen Seite weist der 2. *Senat* sehr deutlich auf die Bedeutung des Bestimmtheitsgebots hin. Gleichzeitig betont er aber, dass das Strafrecht nicht darauf verzichten könne, allgemeine Begriffe zu verwenden, weil diese unentbehrlich seien, um die Vielschichtigkeit des Lebens zu erfassen und es letztlich Aufgabe der Rechtsprechung

³⁹ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09, Rn. 128.

⁴⁰ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09, Rn. 137 ff.

⁴¹ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09, Rn. 145 ff.

sei, einer Norm mit ausfüllungsbedürftigen Begriffen die notwendigen Konturen zu geben. Der *Senat* selbst räumt ein, dass sich die Anforderungen an die Bestimmtheit einer Norm auch daraus ergeben, welche Regelungsalternativen der Gesetzgeber hat. Im Falle der Untreue existieren diese wohl kaum. Weil § 266 StGB in allen Lebenssachverhalten Anwendung findet, in denen fremdes Vermögen einem Dritten anvertraut ist, muss er notwendigerweise mit allgemeinen Begriffen auskommen. Die Untreue regelt eine unübersehbare Fülle an möglichen Konstellationen; eine Norm, die gleichzeitig bestimmter, aber auch noch in der Lage ist, all diese Fallgestaltungen zu erfassen, ist nur schwer denkbar. Ganz pragmatisch ist deshalb zu konstatieren, dass eine ideale Strafvorschrift faktisch unmöglich ist.⁴² Diesen sachlichen Gegebenheiten musste sich auch das BVerfG beugen, weil die Alternative – die Abschaffung der Untreue – wohl nicht ernstlich in Betracht kommt. Wünschenswert wäre lediglich gewesen, dass der 2. *Senat* dies deutlicher herausgestellt hätte.⁴³ Eines dürfte jedenfalls kaum Streitig sein: die hehre Vorstellung vom Bestimmtheitsgrundsatz, nach der jeder Bürger zur Zeit der Tat abschätzen kann, ob sein Verhalten von einem Tatbestand erfasst ist, dürfte bei der Untreue an der Lebenswirklichkeit scheitern. Ob dies in der Sache ein Aufgeben⁴⁴ oder eine stillschweigende Einschränkung des Bestimmtheitsgrundsatzes ist,⁴⁵ soll an dieser Stelle offen bleiben.

Der Beschluss wird die Diskussion nicht beenden, sondern lediglich beeinflussen, weil der *Senat* der Rechtsprechung einen klaren Auftrag gegeben hat, die einzelnen Merkmale der Untreue weiter zu konkretisieren. Die Maßstäbe sind aber festgelegt: Die schadensgleiche Vermögensgefährdung dürfte als etabliert gelten, gleichzeitig aber auch die wirtschaftliche Betrachtungsweise zu ihrer Bestimmung. Das BVerfG hat sich damit im Ergebnis der Linie des 1. *Strafsenats* angeschlossen, der eine schadensgleiche Vermögensgefährdung ausdrücklich als Schaden anerkannt hat und sogar auf die Benennung als Gefährdung verzichten möchte. Dies ist aber nach der Rechtsprechung des 1. *Strafsenats*⁴⁶ nur haltbar, wenn ein solcher Schaden wirtschaftlich – gegebenenfalls unter Heranziehung der Regeln des Bilanzrechts – genau berechnet wird. Inwieweit dies in der Praxis wirklich möglich ist, wird die Zukunft zeigen. Die wirtschaftliche Betrachtungsweise setzt aber der Ausuferung des Konstrukts der schadensgleichen Vermögensgefährdung die notwendigen Grenzen.

Die nächsten Jahre werden zeigen, welche weiteren Eingrenzungen des § 266 StGB durch die Rechtsprechung erfahren wird. Als erster Fingerzeig dürfte das Urteil des 1. *Strafsenats*⁴⁷ gelten, der eine Pflichtwidrigkeit nur annimmt, wenn die verletzte Norm – zumindest auch – vermögensschützenden Charakter hat.⁴⁸

Prof. Dr. Katharina Beckemper, Leipzig

⁴² *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“.

⁴³ Allgemein zur unausgesprochenen Erosion des Bestimmtheitsgrundsatzes *Rotsch*, ZJS 2008, 132.

⁴⁴ So *Dierlamm* (Fn. 6), § 266 Rn. 5.

⁴⁵ Vgl. dazu *Rotsch*, ZJS 2008, 132.

⁴⁶ BGH NJW 2009, 2389 = NStZ 2009, 330; vgl. dazu die Besprechung von *Brüning*, ZJS 2009, 300; siehe ferner *Ransiek/Reichling*, ZIS 2009, 315.

⁴⁷ BGH NJW 2011, 88 = NStZ 2011, 37.

⁴⁸ Vgl. dazu schon *Kubiciel*, NStZ 2005, 353 (355), der mahnt, außerstrafrechtlichen Normen ohne Vermögensbezug strafbarkeitsbegründende Wirkung zu verschaffen.