

Nadja Nunner\*

## Das Bestimmtheitsgebot am Beispiel der Strafbarkeit der Untreue

### Abstract

Das Bestimmtheitsgebot soll gewährleisten, dass der Gesetzgeber über die Strafbarkeit eines Verhaltens entscheidet und dass der Normadressat Tragweite und Anwendungsbereich einer Norm aus dem Gesetz erkennen kann. Dies wird insbesondere beim Straftatbestand der Untreue vielfach bezweifelt. Im Mittelpunkt der Diskussion steht die Frage, ob § 266 StGB noch mit dem Bestimmtheitsgebot vereinbar ist, oder ob die Norm für verfassungswidrig erklärt werden muss. Der folgende Beitrag setzt sich mit dieser Streitfrage auseinander, legt bestehende Zweifel näher dar und erörtert die einzelnen Restriktionsversuche der Literatur und Rechtsprechung. Zuletzt wird die Entscheidung des *BVerfG* vom 23.6.2010 umfassend dargestellt, die sich ausdrücklich mit der Verfassungsmäßigkeit der Untreue beschäftigt hat.

---

\* Die Verfasserin ist Studentin der Rechtswissenschaft an der Universität Augsburg mit dem Schwerpunkt „Kriminalwissenschaften“. Der nachfolgende Beitrag entstand im Rahmen der Examensseminararbeit im Wintersemester 2015/2016.

## I. Einleitung

Der Straftatbestand der Untreue zählt nicht nur unter den Studierenden zu den unbeliebtesten Normen des StGB. Auch in Rechtsprechung und Literatur herrschen große Differenzen bei der Auslegung und Anwendung des § 266 StGB. Bereits im Jahre 1954 stellte *Mayer* fest: „Sofern nicht einer der klassischen alten Fälle der Untreue vorliegt, weiß kein Gericht und keine Anklagebehörde, ob § 266 StGB vorliegt oder nicht“.<sup>1</sup> Diese Ungewissheit ist darauf zurückzuführen, dass der Inhalt bei der Mehrheit der Tatbestandsmerkmale der Strafvorschrift umstritten und aufgrund der jeweiligen Weite unpräzise ist. Es entsteht daher aufgrund der inzwischen unüberschaubaren Kasuistik der Eindruck, dass § 266 StGB immer einschlägig sei. Nun drängt sich die Frage auf, wie ein derartiger Tatbestand mit dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot aus Art. 103 Abs. 2 GG vereinbar sein kann. Schließlich soll diese Rechtssicherheit schaffen, sodass der Bürger bereits durch das Gesetz die Strafbarkeit eines bestimmten Verhaltens erkennen kann. Das Beispiel der Strafbarkeit der Untreue erweckt den Anschein, dass das Bestimmtheitsgebot selbst in der Praxis nicht immer konsequent umgesetzt wird. Hat *Schünemann* mit seiner Behauptung, das Bestimmtheitsgebot erweise sich als „Trugbild“<sup>2</sup>, also Recht? Stellt es tatsächlich den Tiefpunkt des Gesetzlichkeitsprinzips dar?<sup>3</sup> Ob das Bestimmtheitsgebot in der Praxis seine erwünschte Wirkung entfaltet, soll im Rahmen der folgenden Arbeit anhand der Strafbarkeit der Untreue erörtert werden. Hierzu wird zuerst ein Überblick über das Bestimmtheitsgebot gegeben, bevor anschließend der Schwerpunkt auf der Frage nach der Vereinbarkeit des Untreuetatbestands mit dem Bestimmtheitsgebot liegt. Dabei wird insbesondere der Grund für die Unbestimmtheit des Tatbestands erläutert und anschließend eine Entscheidung des *BVerfG* umfassend dargestellt, welches sich explizit mit der Frage nach der Verfassungsmäßigkeit von § 266 StGB beschäftigt hat.

## II. Das Verbot unbestimmter Strafgesetze und Strafen

### 1. Das Gesetzlichkeitsprinzip – *Nulla poena sine lege*

Der Satz „*nulla poena sine lege*“, zu Deutsch „keine Strafe ohne Gesetz“, ist ein grundlegendes rechtsstaatliches Prinzip, das nicht nur in § 1 StGB, sondern auch in Art. 103 Abs. 1 GG, Art. 7 Abs. 1 S. 1 EMRK und Art. 49 Abs. 1 S. 1 GRCh niedergeschrieben ist. Nach dem Gesetzlichkeitsprinzip kann eine Tat

<sup>1</sup> *Mayer*, Die Untreue, in: Materialien zur Strafrechtsreform, 1. Band, Gutachten der Strafrechtslehre, 1954, S. 333.

<sup>2</sup> *Schünemann*, Nulla poena sine lege? Rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht, 1978, S. 3.

<sup>3</sup> *Ebd.*, S. 6.

nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde. Bei Verletzungen dieses Prinzips kann der Betroffene – aufgrund des Verfassungsrangs von Art. 103 Abs. 2 GG – gegen die Entscheidungen der Strafjustiz Verfassungsbeschwerde einlegen (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 90 Abs. 1, Abs. 2 BVerfGG).<sup>4</sup> *v. Liszt* bezeichnete das Gesetzlichkeitsprinzip deswegen als „Bollwerk des Staatsbürgers gegenüber der staatlichen Allgewalt, gegenüber der rücksichtslosen Macht der Mehrheit“.<sup>5</sup>

*a) Die Intention des Gesetzlichkeitsprinzips*

Das Gesetzlichkeitsprinzip soll zum einen dem Staatsbürger Rechtssicherheit bieten, sodass dieser sich durch das Gesetz über die Strafbarkeit und Strafflosigkeit eines Verhaltens informieren kann.<sup>6</sup> Dadurch soll der Einzelne eigenverantwortlich entscheiden können und vor staatlicher Willkür geschützt werden.<sup>7</sup> Zudem dient es dem Demokratieprinzip, dessen Ausfluss auch das Prinzip der Gewaltenteilung ist, welches sicherstellt, dass nur der Gesetzgeber über die Strafbarkeit eines Verhaltens zu entscheiden hat.<sup>8</sup> Diese freiheitsgewährleistende und kompetenzwahrende Funktion wird durch die Tatsache gesichert, dass Art. 103 Abs. 2 GG einen strengen Gesetzesvorbehalt enthält, welcher die Strafgerichte auf die Rechtsanwendung beschränken soll.<sup>9</sup>

*b) Ausprägungen des Art. 103 Abs. 2 GG*

Aus dem Gesetzlichkeitsprinzip lassen sich vier Einzelprinzipien ableiten: Das Verbot von Gewohnheitsrecht, das Rückwirkungsverbot, das Bestimmtheitsgebot und das Analogieverbot.<sup>10</sup> In der folgenden Arbeit wird ausschließlich auf das Bestimmtheitsgebot als eines der wichtigsten Gebote des Gesetzlichkeitsprinzips näher eingegangen.

## 2. Das Bestimmtheitsgebot – *nulla poena sine lege certa*

Wie Art. 103 Abs. 2 GG bereits erkennen lässt, muss die Strafbarkeit einer Tat gesetzlich *bestimmt* sein. Dahinter verbirgt sich das Bestimmtheitsgebot, welches

<sup>4</sup> *Kublen*, Das Gesetzlichkeitsprinzip in der deutschen Praxis, in: Das Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht, 2013, S. 45 f.; *Rengier*, Strafrecht AT, 8. Aufl. 2016, § 4 Rn. 8.

<sup>5</sup> *v. Liszt*, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Band II, 1905, S. 80.

<sup>6</sup> *Kaspar*, Strafrecht AT, 2015, Rn. 21.

<sup>7</sup> *Roxin*, Strafrecht AT I, 4. Aufl. 2006, § 5 H Rn. 67.

<sup>8</sup> BVerfGE 105, 135 (153); *Nolte*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck III, 6. Aufl. 2010, Art. 103 Abs. 2 Rn. 140.

<sup>9</sup> BVerfGE 126, 170 (196).

<sup>10</sup> *Degenhart*, in: Sachs-GG, 7. Aufl. 2014, Art. 103 Rn. 53.

primär an den Gesetzgeber adressiert ist und sowohl für die Strafbarkeitsvoraussetzungen einer Norm als auch für die Strafandrohung gilt.<sup>11</sup>

*a) Inhalt und Funktion*

Die doppelte Funktion des Gesetzlichkeitsprinzips (Rechtssicherheit/Orientierungssicherheit des Bürgers und Wahrung des Gewaltenteilungsprinzips) ist auch das Fundament des daraus abgeleiteten Bestimmtheitsgebots. Daneben bildet der Bestimmtheitsgrundsatz die Grundlage der generalpräventiven Wirkung von Gesetzen, da der Staatsbürger nur bei präzisen Normen das verbotene Verhalten erkennen und sich über die bei einer Verletzung drohende Strafe informieren kann.<sup>12</sup> Nur ein bestimmtes Gesetz kann den notwendigen motivierenden Druck hervorrufen, die Begehung der Straftat zu unterlassen.<sup>13</sup> Dem Gesetzgeber obliegt daher die Aufgabe, die Voraussetzungen der Strafbarkeit so präzise zu formulieren, dass der Normadressat die Tragweite und den Anwendungsbereich der Norm bereits aus dem Gesetz selbst erkennen kann.<sup>14</sup> Dies darf jedoch nicht dahingehend verstanden werden, dass der Gesetzgeber alle Strafnormen mit exakt fassbaren Tatbestandsmerkmalen umschreiben und bis ins kleinste Detail ausformulieren muss. Die Forderung nach einem derartigen Strafgesetz ist unrealistisch und rechtstheoretisch überholt. Zum anderen haben sich die Gesetzgebungstechniken dahingehend verändert, dass beispielsweise zunehmend unbestimmte Begriffe oder auch Blankettnormen verwendet werden.<sup>15</sup> Die Verwendung von wertausfüllungsbedürftigen Begriffen oder Generalklauseln wird hierbei nicht generell durch das Bestimmtheitsgebot ausgeschlossen.<sup>16</sup> Auch im Strafrecht muss das rechtsprechende Organ die Möglichkeit haben, der Vielgestaltigkeit des Lebens Rechnung zu tragen, sodass auf die Verwendung von normativen Begriffen nicht verzichtet werden kann.<sup>17</sup> Andernfalls wären die Gesetze zu starr und kasuistisch mit der Konsequenz, dass die Gesetze dem Wandel der Verhältnisse oder den Besonderheiten des Einzelfalls nicht mehr gerecht werden könnten

<sup>11</sup> BVerfGE 20, 269 (285 f.); *Schmitz*, in: MüKo-StGB I, 2. Aufl. 2011, § 1 Rn. 39; *Schünemann* (Fn. 2), S. 6.

<sup>12</sup> *Dannecker*, in: LK-StGB I, 12. Aufl. 2007, § 1 Rn. 179; *Roxin*, Der Grundsatz der Gesetzesbestimmtheit im deutschen Strafrecht, in: Hilgendorf, Das Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht, 2013, S. 111 (115); *Krabl*, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs zum Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht (Art. 103 Abs. 2 GG), 1986, S. 25.

<sup>13</sup> *Krabl* (Fn. 12), S. 25.

<sup>14</sup> BVerfGE 48, 48 (56 f.); 92, 1 (12); *BVerfG*, NJW 2003, 1030 (1030).

<sup>15</sup> *Kublen*, Zum Verhältnis von Bestimmtheitsgebot und Analogieverbot, in: FS Otto, 2007, S. 89 (95).

<sup>16</sup> BVerfGE 48, 48 (56 f.); 92, 1 (12).

<sup>17</sup> BVerfGE 87, 399 (407); 92, 1 (12); *BVerfG*, NJW 2003, 1030 (1030).

und es zu kriminalpolitisch höchst unglücklichen Ergebnissen kommen würde.<sup>18</sup> Die Verwendung von unbestimmten Begriffen oder Generalklauseln ist aber nur zulässig, sofern der Sinn und Geltungsbereich der Strafnorm zumindest noch durch Auslegung ermittelt werden kann.<sup>19</sup> Dennoch kann nicht bestritten werden, dass es dadurch im Einzelfall zweifelhaft sein kann, ob ein Verhalten noch unter den gesetzlichen Tatbestand fällt oder nicht.

*b) Probleme bei der Umsetzung*

Die eben dargestellte Theorie entspricht nicht immer der Realität: Es ist zwar anerkannt und unbestritten, dass ein unbestimmtes Strafgesetz für verfassungswidrig erklärt werden muss, in der Praxis ist die Verfassungsmäßigkeit einer Strafnorm vom *BVerfG* jedoch nur in einzelnen Ausnahmefällen verneint worden.<sup>20</sup> Vielmehr lassen sich einige Strafnormen mit stark wertausfüllungsbedürftigen und unpräzisen Begriffen ausmachen (z.B. die Vermögensbetreuungspflicht bei der Untreue). Aufgrund der Tatsache, dass sich also trotz des Bestimmtheitsgebots unbestimmte und weit gefasste Tatbestände im deutschen Strafgesetzbuch finden lassen, wird Art. 103 Abs. 2 GG von *Schünemann* auch als „Trugbild“<sup>21</sup> bezeichnet.

Dass bis jetzt kaum eine Strafnorm für verfassungswidrig erklärt wurde, liegt teilweise auch daran, dass der Begriff „Bestimmtheit“ selbst sehr unbestimmt und mehrdeutig ist.<sup>22</sup> Der Wortlaut des Art. 103 Abs. 2 GG sagt nichts über den Grad der Exaktheit der Beschreibung aus.<sup>23</sup> Es lässt sich auch nicht allgemein festlegen, welchen Grad an gesetzlicher Bestimmtheit eine Strafnorm haben muss, da dies vielmehr eine Frage des konkreten Einzelfalls ist.<sup>24</sup> Ob ein Strafgesetz dem Bestimmtheitsgebot genügt oder diesem widerspricht, wird dementsprechend kontrovers beantwortet. So hat beispielsweise das *BVerfG* sogar den früheren Straftatbestand des „grogen Unfugs“ als verfassungsgemäß erachtet (§ 360 Nr. 11 StGB a.F.).<sup>25</sup>

---

<sup>18</sup> BVerfGE 14, 245 (251).

<sup>19</sup> *BVerfG*, NJW 2003, 1030 (1030).

<sup>20</sup> *Kuhlen* (Fn. 4), S. 56; BVerfGE 23, 265 (270); 105, 135 (151).

<sup>21</sup> *Schünemann* (Fn. 2), S. 2.

<sup>22</sup> *Kuhlen*, Aktuelle Probleme des Bestimmtheitsgrundsatzes, in: Kudlich, Gesetzlichkeit und Strafrecht, 2012, S. 429 (431).

<sup>23</sup> *Lemmel*, Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen im Besonderen Teil des Strafrechts und der Grundsatz nullum crimen sine lege, in: Strafrechtliche Abhandlungen, 1970, S. 21.

<sup>24</sup> *Dannecker*, in LK-StGB I (Fn. 12), § 1 Rn. 200.

<sup>25</sup> BVerfGE 26, 41 (41 ff.).

Es stellt sich daher die Frage, wo die Grenze zwischen Unbestimmtheit, d.h. Verfassungswidrigkeit, und zulässiger Generalklausel liegt. Wann ist eine Norm nicht mehr mit Art. 103 Abs. 2 GG vereinbar?<sup>26</sup> Zur Lösung dieser Fragen muss eine Grenze gefunden werden, jenseits derer die Unbestimmtheit der Strafnorm verfassungswidrig ist.

c) *Rechtsprechung des BVerfG*

Das *BVerfG* meint, eine Lösung in der Annahme gefunden zu haben, dass mit der Höhe und Schwere der angedrohten Strafe auch die Anforderungen an die Bestimmtheit der in Frage stehenden Norm wachsen müssten.<sup>27</sup> Problematisch an diesem Ansatz ist jedoch, dass die vorgeschlagenen Maßstäbe selbst unklar sind, womit folglich nichts an Sicherheiten dazugewonnen wurde.<sup>28</sup> Daneben lässt das Gesetz nicht erkennen, dass weniger schwere Delikte unbestimmter formuliert sein dürfen als schwerere. Vielmehr gilt der Bestimmtheitsgrundsatz für beide Deliktsarten gleichermaßen.<sup>29</sup> Hinzu kommt, dass für den rechtschaffenen Bürger vor allem die Folgen von leichteren Delikten (Ordnungswidrigkeiten) von Interesse sind, da ihn in der Regel bereits sein Gewissen von schweren Straftaten abhalten wird.<sup>30</sup>

Zudem geht das *Gericht* davon aus, dass es dem Gebot genüge, wenn eine Präzisierung von unbestimmten Normen später durch die Rechtsprechung erfolge.<sup>31</sup> Mit dieser Argumentation erklärt es regelmäßig weite Tatbestände für verfassungsgemäß, wie beispielsweise § 266 StGB.<sup>32</sup> Dieser Lösungsansatz wird zwar der Problematik gerecht, dass nicht alle Strafvorschriften bis ins kleinste Detail ausformuliert werden können, da sie auf eine Vielzahl von Einzelfällen angewendet werden müssen. Dennoch birgt eine derartige nachträgliche Heilungsmöglichkeit von zu unbestimmt gefassten Tatbeständen die Gefahr, dass dem Gesetzgeber geradezu ein Freibrief für den Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot ausgestellt wird.<sup>33</sup> Es droht eine Verletzung des Gewaltenteilungsprinzips, da man die Herstellung der Bestimmtheit einer Strafnorm den Gerichten überlassen könnte.

---

<sup>26</sup> Vgl. *Lenckner*, Wertausfüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht und der Satz „nulla poena sine lege“, JuS 1968, 249 (304 ff.).

<sup>27</sup> BVerfGE 14, 245 (251); 75, 329 (342 f.).

<sup>28</sup> *Schünemann* (Fn. 2), S. 33.

<sup>29</sup> *Roxin* (Fn. 7), § 5 H Rn. 70.

<sup>30</sup> *Lemmel* (Fn. 23), S. 98.

<sup>31</sup> BVerfGE 26, 41 (43); 87, 209 (224).

<sup>32</sup> BVerfGE 126, 170 (209).

<sup>33</sup> *Schmitz*, in: MüKo-StGB I (Fn. 11), § 1 Rn. 47.

Eine letzte fragwürdige Ansicht des *BVerfG* besteht darin, dass es die Vorhersehbarkeit einer Strafbarkeit bereits dann als gewahrt erachtet, wenn dem Täter zumindest das Risiko der Strafe erkennbar war.<sup>34</sup> Dies hat aber zur Folge, dass die Vorhersehbarkeit der Strafbarkeit für den Staatsbürger auf ein Minimum reduziert und die in der Vorhersehbarkeit strafrechtlicher Sanktionen liegende Idee des Vertrauensschutzes unterlaufen wird.<sup>35</sup>

Die Versuche bzw. Kriterien des *BVerfG* führen im Ergebnis also nicht dazu, dass eine klare Grenze zwischen zulässiger und verfassungswidriger Unbestimmtheit entsteht, da keine exakten Kriterien entwickelt wurden. Dies führt natürlich dazu, dass das Strafgesetzbuch Tatbestände enthält, die sehr weit gefasst sind und bei denen deshalb fraglich ist, ob sie die Grenze des Zulässigen überschreiten oder nicht: so etwa der Tatbestand der Untreue gemäß § 266 StGB, dessen Verfassungsmäßigkeit immer wieder in Frage gestellt wird.

### III. Die Berücksichtigung des Bestimmtheitsgebots bei § 266 StGB

#### 1. Der Tatbestand der Untreue

Bei der Untreue handelt es sich um ein reines Vermögensdelikt, dessen Zweck es ist, das individuelle Vermögen des Treugebers vor schädigenden Pflichtverletzungen von innen zu schützen.<sup>36</sup>

Gemäß § 266 Abs. 1 StGB wird wegen Untreue bestraft, 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. Da Täter folglich nur sein kann, wer diese besondere Betreuungspflicht innehat, handelt es sich um ein Sonderpflichtdelikt. Des Weiteren lassen sich in der Norm zwei unterschiedliche Tatbestände erkennen: der Missbrauchstatbestand (§ 266 Abs. 1 Var. 1 StGB) und der Treubruchstatbestand (§ 266 Abs. 1 Var. 2 StGB). Während der Missbrauchstatbestand den Missbrauch einer Verpflichtungs- oder Verfügungsbefugnis erfasst, bezieht sich die Treubruchsalternative ganz allgemein auf die Verletzung einer dem Täter obliegenden Vermögensbetreuungspflicht. Gemeinsam ist den beiden Varianten, dass dem fremden Vermögen ein Nachteil zugefügt

---

<sup>34</sup> BVerfGE 92, 1 (12).

<sup>35</sup> Dannecker, in LK-StGB I (Fn. 12), § 1 Rn. 184.

<sup>36</sup> BVerfGE 126, 170 (200); Kindhäuser, in: NK-StGB III, 4. Aufl. 2013, § 266 Rn. 1; Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht BT, 3. Aufl. 2015, § 22 Rn. 1.

und eine Vermögensbetreuungspflicht verletzt werden muss. Letzteres ist jedoch nicht ganz unstrittig, da Unstimmigkeiten über das Verhältnis der beiden Tatbestandalternativen zueinander herrschen. Die Darlegung dieser Streitigkeit würde allerdings zu weit führen. Folgt man der herrschenden monistischen Lehre, kommt man zu dem Schluss, dass der Missbrauchstatbestand lediglich einen Spezialfall des weiten Treubruchstatbestandes darstellt, sodass sich das Erfordernis der Vermögensbetreuungspflicht auf beide Tatbestandalternativen erstreckt.<sup>37</sup>

In Bezug auf deren Inhalt bleiben bei den erforderlichen Tatbestandsmerkmalen dennoch einige Fragen offen.

## **2. Die einzelnen Tatbestandsmerkmale und ihre Vereinbarkeit mit Art. 103 Abs. 2 GG**

Die Bedenken, die sich beim Straftatbestand der Untreue im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG ergeben, resultieren aus der Weite und der damit einhergehenden Unbestimmtheit des Tatbestandsmerkmals der Vermögensbetreuungspflicht, der Pflichtwidrigkeit und des Vermögensnachteils. Dies gilt dabei insbesondere für den Treubruchstatbestand, da der Missbrauchstatbestand zumindest durch die erforderliche Befugnis etwas eingegrenzt werden kann.<sup>38</sup>

### *a) Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht*

Zur Verwirklichung einer Straftat nach § 266 StGB muss der Täter eine ihm obliegende Pflicht verletzen, was nach einhelliger Ansicht als Tathandlung zu klassifizieren ist.<sup>39</sup> Um welche Art von Vermögensbetreuungspflicht es sich dabei handelt und welche Handlungen die Pflicht verletzen, lässt der Wortlaut nicht erkennen. Der Rechtsanwender ist folglich gezwungen, selbst zu entscheiden, worin die Pflichtverletzung liegt. Aufgrund dieser Ungenauigkeit des Tatbestandsmerkmals ergeben sich zwei Probleme, welche zugleich erheblich zur Weite der Untreue beitragen.

#### aa) Problem der Bestimmbarkeit des Täterkreises

Das erste Problem folgt aus der Tatsache, dass dem Pflichtelement die Aufgabe

---

<sup>37</sup> BGHSt 33, 244 (250); 50, 331 (342); *Saliger*, in: SSW, 2. Aufl. 2014, § 266 Rn. 7; *Fischer*, 63. Aufl. 2016, § 266 Rn. 6a; *Lackner/Kühl*, 28. Aufl. 2014, § 266 Rn. 4; *Reiß*, Das „Treueverhältnis“ des § 266 StGB – Ein Tatbestandsmerkmal zwischen Akzessorität und faktischer Betrachtung, 2014, S. 43.

<sup>38</sup> *Schünemann*, in: LK-StGB IX, 12. Aufl. 2012, § 266 Rn. 24; *Dierlamm*, in: MüKo-StGB V, 2. Aufl. 2014, § 266 Rn. 3.

<sup>39</sup> *Dierlamm*, in: MüKo-StGB V (Fn. 38), § 266 Rn. 3.

zukommt, den potentiellen Täterkreis einzuschränken.<sup>40</sup> Durch die gegenwärtige Formulierung ist dies nicht möglich, da die Möglichkeit besteht, den Tatbestand selbst auf untergeordnete Auftrags- und Dienstverhältnisse sowie einen beachtlichen Teil von Botendiensten anzuwenden.<sup>41</sup> Es kommt zu einer unüberschaubaren Zahl an potentiellen Tätern, da alle in Betracht kommen, die in irgendeiner Art und Weise verpflichtet sind, die Vermögensinteressen eines anderen wahrzunehmen. Allein in dem heutigen arbeitsteiligen Wirtschaftssystem nehmen unzählige Personen fremde Vermögensinteressen wahr, die nach dem Wortlaut des § 266 StGB als mögliche Täter in Frage kommen.<sup>42</sup>

#### bb) Problem der Akzessorietät

Ein weiteres Problem resultiert daraus, dass angesichts des Konkretisierungsbedarfs der Vermögensbetreuungspflicht zu deren Auslegung – unter Rückgriff auf die zugrundeliegende Treuabrede – auf außerstrafrechtliche Normen verwiesen werden muss.<sup>43</sup> Das bedeutet, dass es sich bei § 266 StGB insofern um eine akzessorische Norm handelt. Aufgrund dessen, dass der Akzessorietät der Untreue jedoch kein einheitliches Konzept zugrunde liegt, wird teilweise nicht nur auf Vorschriften zurückgegriffen, die den Inhalt der Treuabrede lediglich näher ausgestalten, sondern auf die gesamte geschriebene und ungeschriebene Rechtsordnung.<sup>44</sup> Hieraus ergibt sich ein weiterer Grund für die Weite des Tatbestandes und die Zweifel im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit Art. 103 Abs. 2 GG, da die in Bezug genommenen Normen selbst vage formuliert und damit eher generalklauselartig sein können. Ein Beispiel für eine derartige Norm ist § 93 Abs. 1 S. 1 AktG, bei dem als allgemeiner Verhaltensmaßstab auf „die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters“ abgestellt wird. Durch die Norm bleibt aber z.B. ungewiss, welche Kreditvergaben nun im Einzelfall noch zulässig sind oder welche Unternehmensspenden erlaubt sind.<sup>45</sup> Wird nun zur Auslegung der Vermögensbetreuungspflicht ausschließlich auf derartige Normen abgestellt und gleichzeitig der Inhalt der Treuabrede nicht hinreichend berücksichtigt, besteht die Gefahr, dass der Tatbestand deutlich überdehnt wird. Erschwert

<sup>40</sup> *Labsch*, Untreue (§ 266 StGB), Grenzen und Möglichkeiten einer Deutung, 1982, S. 157; *Ransiek*, Risiko, Pflichtwidrigkeit und Vermögensnachteil der Untreue, ZStW 116 (2004), 634 (641).

<sup>41</sup> RGSt 69, 58 (61); *Labsch* (Fn. 40), S. 157.

<sup>42</sup> *Labsch* (Fn. 40), S. 157; *Krell*, Untreue durch Stellenbesetzungen. Zugleich ein Beitrag zur Pflichtwidrigkeitsdogmatik, 2015, S. 41.

<sup>43</sup> BGHSt 55, 288 (300); *Fischer* (Fn. 37), § 266 Rn. 5.

<sup>44</sup> *Krell* (Fn. 42), S. 73.

<sup>45</sup> *Dinter*, Der Pflichtwidrigkeitsvorsatz der Untreue. Zugleich ein Beitrag zur gesetzlichen Bestimmtheit des § 266 StGB, 2012, S. 158.

wird das Ganze außerdem dadurch, dass neben der Verweisung auf außerstrafrechtliche Normen des deutschen Rechts auch die Verweisung auf ausländische Normen zulässig ist.<sup>46</sup>

Es wird also deutlich, dass allein das Merkmal der Vermögensbetreuungspflicht viele Fragen aufwirft und zur Weite des Untreuetatbestandes beiträgt. Eine derartige Ausdehnung des Anwendungsbereiches von § 266 Abs. 1 Var. 2 StGB dürfte nicht dem Willen des Gesetzgebers entsprechen und verstößt darüber hinaus gegen die Grundprinzipien des Bestimmtheitsgrundsatzes.

#### cc) Restriktionsversuche

Um uferloser Weite entgegenzuwirken, versuchen Lehre und Rechtsprechung, den Tatbestand durch relativ strenge Anforderungen an das Pflichtmerkmal zu begrenzen. Hierbei hat bereits das *Reichsgericht* in seiner Entscheidung vom 14.12.1934<sup>47</sup> erste Kriterien benannt, die bis heute herangezogen werden:

##### (1) Vermögensbetreuungspflicht als Hauptpflicht

Die erste Möglichkeit einer Restriktion soll darüber gelingen, dass es sich bei der in Frage stehenden Pflicht um eine Haupt- und nicht nur um eine Nebenpflicht handeln muss.<sup>48</sup> Konkret bedeutet dies, dass die Pflicht den typischen und wesentlichen Inhalt des Rechtsverhältnisses bilden muss, durch welches sie entstanden ist.<sup>49</sup> Es ist nämlich nicht Sinn und Zweck des § 266 StGB, bereits die Nichterfüllung oder Verletzung von Leistungspflichten als Untreue zu bestrafen. Allgemeine schuldrechtliche Verpflichtungen wie die Erfüllung des Vertrags oder die Rücksichtnahme auf die Interessen des Vertragspartners reichen danach nicht zur Begründung einer Vermögensbetreuungspflicht aus.<sup>50</sup>

Der Versuch, der Untreuestrafbarkeit durch das Erfordernis einer Hauptpflicht Grenzen zu ziehen, ist zwar begrüßenswert, jedoch wenig erfolgversprechend. Denn oft sagt die Tatsache darüber, ob es sich um eine Haupt- oder Nebenpflicht handelt, noch nichts über deren Wertigkeit als Vermögensbetreuungspflicht aus. Diese Unterscheidung ist demgemäß für sich allein wenig aussagekräftig. Vielmehr wurde so lediglich das Problem bezüglich der Frage nach dem Inhalt der Pflicht auf die Frage verschoben, wann eine Hauptpflicht vorliegt und wann nicht.

---

<sup>46</sup> BGH, NStZ 2010, 632 (634).

<sup>47</sup> RGSt, 69, 58 (61 f.).

<sup>48</sup> BGHSt 33, 240 (250); *Ransiek* (Fn. 40), S. 642.

<sup>49</sup> RGSt 71, 90 (91); 71, 333 (335).

<sup>50</sup> BGHSt 24, 386 (388); *Mitsch*, Die Untreue – Keine Angst vor § 266 StGB!, JuS 2011, 97 (100); *Fischer* (Fn. 37), § 266 Rn. 36a.

## (2) Fremdnützigkeit

Als weiteres Einschränkungskriterium wird daher gefordert, dass mit der Vermögensbetreuungspflicht fremde Interessen bzw. die Interessen des Treugebers verfolgt werden.<sup>51</sup> Dem steht jedoch nicht entgegen, dass der Treupflichtige neben den fremden auch eigene Interessen verfolgt.<sup>52</sup> Auch die Tatsache, dass der Täter für seine Tätigkeit eine Vergütung erhält, schließt die Annahme der Fremdnützigkeit nicht aus.<sup>53</sup> Dieses Kriterium führt dazu, dass die vertraglichen Austauschverhältnisse (z.B. Kauf-, Darlehens-, Werk- oder Dienstvertrag) nicht als Vermögensbetreuungspflicht angesehen werden können, da hier jeder Vertragspartner typischerweise nur im Eigeninteresse handelt. Eine Ausnahme hiervon besteht nur dann, wenn der Vertrag eine Verpflichtung zur fremden Vermögensbetreuung enthält, welche den wesentlichen Inhalt des Vertragsverhältnisses darstellt.<sup>54</sup>

Die Feststellung, in welchem Interesse nun tatsächlich gehandelt wurde, ist jedoch nicht immer ohne Weiteres möglich und kann in Einzelfällen erhebliche Schwierigkeiten bereiten. Das Restriktionsmittel der Fremdnützigkeit ist daher allein nicht zielführend und kann nur ergänzend herangezogen werden.

## (3) Dauer und Umfang der Pflicht

Daneben hat das *Reichsgericht* als Restriktionskriterium gefordert, dass die Vermögensbetreuungspflicht über eine längere Zeit besteht und dass sich ihr Umfang über Einzelfälle hinaus erstreckt.<sup>55</sup>

Indes soll auch eine Vermögensbetreuungspflicht vorliegen, wenn ihr nur ein einzelner Auftrag zugrunde liegt,<sup>56</sup> wie beispielsweise bei der Verwaltung und Verwendung eines Sonderkontos.<sup>57</sup> Außerdem könnte das Merkmal der Dauerhaftigkeit selbst bei den untergeordneten Auftrags- und Dienstverhältnissen zutreffen, obwohl deren Ausklammerung aus dem Anwendungsbereich gerade erzielt werden soll. Hinzu kommt, dass das Gesetz nicht zwischen Einzel- und Dauerrechtsverhältnissen unterscheidet, sondern jede Art von Rechtsgeschäft

<sup>51</sup> BGHSt 28, 20 (22); BGH, GA 1977, 18 (19); Schönemann, in: LK-StGB IX (Fn. 38), § 266 Rn. 58.

<sup>52</sup> Schramm, Untreue und Konsens, 2005, S. 40; Kargl, Die Mißbrauchskonzeption der Untreue (§ 266 StGB), Vorschlag de lege ferenda, ZStW 113 (2001), 563 (583).

<sup>53</sup> Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf (Fn. 36), § 22 Rn. 60.

<sup>54</sup> Kindhäuser, in: NK-StGB III (Fn. 36), § 266 Rn. 46.

<sup>55</sup> RGSt 69, 58 (61 f.).

<sup>56</sup> Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf (Fn. 36), § 22 Rn. 66; Dierlamm, in: MüKo-StGB V (Fn. 38), § 266 Rn. 64; Schönemann, in: LK-StGB IX (Fn. 38), § 266 Rn. 89.

<sup>57</sup> BGH, Urt. v. 28.11.1973 – 3 StR 177/73.

als Grundlage gelten lässt.<sup>58</sup> Dieser Anhaltspunkt ist folglich nicht zur Konkretisierung geeignet, weil Dauer und Umfang einer Pflicht nichts über deren inhaltliche Wertigkeit aussagen. Dementsprechend könnte dieses Kriterium bestenfalls zur Abrundung des jeweiligen Einzelfalles dienen.

#### (4) Selbstständigkeit des Treupflichtigen

Als letztes Merkmal wird verlangt, dass dem Treupflichtigen bei der Erfüllung seiner Pflicht ein gewisser Spielraum für eigenverantwortliche Entscheidungen, eine gewisse Bewegungsfreiheit oder Selbstständigkeit bei der Betreuung des fremden Vermögens zugestanden wird.<sup>59</sup> Rein mechanische Tätigkeiten wie die eines Boten oder die Erledigung untergeordneter Einzelaufträge stellen damit keine Vermögensbetreuungspflicht dar.<sup>60</sup> Dennoch bedeutet Selbstständigkeit und Entscheidungsspielraum nicht, dass der Treupflichtige absolut selbstständig sein muss. Es handelt sich vielmehr um eine „relative Selbstständigkeit“<sup>61</sup>, bei der es ausreicht, dass der Täter innerhalb des ihm durch Vorgaben des Treugebers vorgegebenen Rahmens Entscheidungsfreiheit hat. Er muss über das „Ob“ und „Wie“ seiner Tätigkeit selbstständig und eigenverantwortlich entscheiden können.

Zwar spricht gegen diesen Lösungsansatz, dass häufig Personen zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten gewisse Spielräume und Freiheiten eingeräumt werden, für die zahlreichen reinen Botendienste gilt das aber nicht, sodass der Tatbestand dahingehend eingegrenzt wird. Das Kriterium der Selbstständigkeit stellt mithin das wichtigste und aussagekräftigste Kriterium dar und ist für eine restriktive Auslegung der Untreue von großer Bedeutung.

#### dd) Ergebnis

Die dargelegten Eingrenzungskriterien stellen einerseits, zumindest in pragmatischer Hinsicht, eine brauchbare Methode dar, die fast unüberschaubare Menge an möglichen Pflichten auf einen Kern zu reduzieren. Andererseits ist eine klare Konkretisierung trotz der starken Bemühungen von Rechtsprechung und Literatur schwierig. Grund dafür ist zum einen, dass alle Kriterien selbst definitionsbedürftig sind und zum anderen, dass es sich lediglich um unverbindliche Indizien handelt.<sup>62</sup> Dies hat zur Konsequenz, dass der Richter über das Vorliegen einer Vermögensbetreuungspflicht nach seinem vernünft-

<sup>58</sup> *Schünemann*, in: LK-StGB IX (Fn. 38), § 266 Rn. 89.

<sup>59</sup> RGSt 69, 58 (62).

<sup>60</sup> RGSt 69, 58 (62); *Fischer* (Fn. 37), § 266 Rn. 36; *Wittig*, Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. 2014, § 20 Rn. 110.

<sup>61</sup> *Schramm* (Fn. 52), S. 40.

<sup>62</sup> *Seier/Martin*, Die Untreue (§266 StGB), JuS 2001, S.874 (875); *Labsch* (Fn. 40), S. 198.

tigen Ermessen selbst zu entscheiden hat. Dabei ist mehr als fraglich, wie dadurch Rechtssicherheit für den Bürger erreicht werden soll.

*b) Pflichtwidrigkeit*

Aufgrund dessen, dass die Vermögensbetreuungspflicht durch außerstrafrechtliche Normen begründet wird, bemisst sich auch die Verletzung der Pflicht nach diesen Normen. Dabei muss beachtet werden, dass bei fehlender Verletzung einer sich daraus ergebenden Pflicht eine Strafbarkeit nach § 266 StGB auch nicht möglich ist, da die strafrechtliche Haftung für vermögensschädigendes Verhalten nicht weiter reichen kann als z.B. die zivilrechtliche. Andererseits ergibt sich aus einem Verstoß gegen eine außerstrafrechtliche Konkretisierungsnorm nicht zwingend ein Verstoß gegen die Vermögensbetreuungspflicht (= asymmetrische Akzessorietät).<sup>63</sup> Darum kann bei Verletzung einer außerstrafrechtlichen Norm nicht automatisch auf eine Pflichtverletzung i.S.d. § 266 StGB geschlossen werden.<sup>64</sup> Zudem ist problematisch, dass die Verletzung sowohl durch aktives Tun als auch durch Unterlassen begangen werden kann. Dabei muss das verletzende Verhalten nicht notwendigerweise rechtsgeschäftlicher Art sein, da selbst rein tatsächliche pflichtwidrige Aktivitäten ausreichen.<sup>65</sup> Durch diese weite Ausdehnung ist für den Bürger nicht mehr erkennbar, welches Verhalten eine Strafbarkeit nach § 266 StGB begründet und wo die Grenze zur rein zivilrechtlichen Pflichtverletzung liegt. Da also auch hier eine Orientierungssicherheit nicht geleistet werden kann, ist zur Wahrung des Bestimmtheitsgebots eine restriktive und präzisierende Auslegung geboten.

*aa) Restriktionsversuche*

Damit letztlich nicht in jedem Verstoß gegen die Rechtsordnung eine Pflichtverletzung i.S.d. § 266 StGB gesehen werden kann, müssen die verletzten Vorschriften zumindest mittelbar vermögensschützenden Charakter haben.<sup>66</sup>

---

<sup>63</sup> Böse, Das Bundesverfassungsgericht „bestimmt“ den Inhalt des Untreuetatbestandes, JURA 2011, 617 (622); Dinter (Fn. 45), S. 54; Jabn, Pflichtverletzung bei der Untreue, JuS 2011, 183 (184); Wessing, Der Untreueparagraf auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand, NZG 2010, 1121 (1123); Dierlamm, in: MüKo-StGB V (Fn. 38), § 266 Rn. 174.

<sup>64</sup> Vgl. BGH, NJW 2013, 401 ff.

<sup>65</sup> Mitsch (Fn. 50), S. 101.

<sup>66</sup> BGHSt 55, 288 (299 f.); Ransiek (Fn. 40), S. 672; Fischer (Fn. 37), § 266 Rn. 21.

Auch wird verlangt, dass zwischen Pflichtverletzung und Vermögensbetreuungspflicht ein funktionaler Zusammenhang besteht.<sup>67</sup> Dementsprechend muss der Täter gerade die sich aus der spezifischen Pflichtenstellung ergebende Pflicht verletzt haben.<sup>68</sup> Damit werden nur solche Fallkonstellationen erfasst, bei denen der Täter die Pflicht nicht nur bei Gelegenheit der Vermögensbetreuung, sondern gerade in seiner Eigenschaft als Vermögensbetreuer verletzt.<sup>69</sup>

Einen weiteren Versuch, den Kreis möglicher Pflichtverletzungen einzugrenzen, hat der 1. Strafsenat des BGH in seinen Entscheidungen vom 15.11.2001 und 6.12.2001 mit dem Erfordernis einer „gravierenden“ Pflichtverletzung unternommen.<sup>70</sup> Dies soll zumindest bereichsspezifisch für unternehmerische Entscheidungen mit einem weiten Ermessensspielraum gelten.<sup>71</sup> Die Beurteilung, ob eine Pflichtverletzung gravierend ist oder nicht, muss aufgrund einer Abwägung aller Umstände des konkreten Einzelfalls erfolgen.<sup>72</sup> Bei gesellschaftsrechtlichen Pflichtverletzungen des Vorstandsvorsitzenden einer AG soll dies beispielsweise anhand einer Gesamtschau insbesondere der gesellschaftsrechtlichen Kriterien geschehen.<sup>73</sup> Auch können die vom *Ersten Strafsenat* im Zusammenhang mit der pflichtwidrigen Vergabe eines Bankenkredits entwickelten Merkmale<sup>74</sup> herangezogen werden.

#### bb) Kritik

Problematisch ist das Kriterium des funktionalen Zusammenhangs in weniger evidenten Fällen, da es zu keinen eindeutigen Ergebnissen führt und sich daher als wenig trennscharf erweist. Daneben ist das Erfordernis einer gravierenden Pflichtverletzung nicht zielführend, da normative Kriterien für die Einstufung einer Pflichtwidrigkeit als einfach oder gravierend weitgehend fehlen. Im Grunde wird damit das Abgrenzungsproblem also lediglich verschoben.

---

<sup>67</sup> Schilling, Fragmentarisch oder umfassend? Wege strafrechtlichen Zugriffs bei der Veruntreuung fremden Vermögens am Beispiel des deutschen und des italienischen Untreuestrafrechts, 2009, S. 99; Kubiciel, Gesellschaftsrechtliche Pflichtwidrigkeit und Untreuestrafbarkeit, NStZ 2005, 353 (355).

<sup>68</sup> Dierlamm, in: MüKo-StGB V (Fn. 38), § 266 Rn. 185.

<sup>69</sup> Saliger, Gibt es eine Untreudemode? Die neuere Untreuedebatte und Möglichkeiten einer restriktiven Auslegung, HRRS 2006, 10 (18).

<sup>70</sup> BGHSt 47, 147 (150); 47, 187 (188).

<sup>71</sup> Dierlamm, in: MüKo-StGB V (Fn. 38), § 266 Rn. 175.

<sup>72</sup> Ebd.

<sup>73</sup> BGHSt 47, 187 (197).

<sup>74</sup> BGHSt 47, 187 (197).

## c) Vermögensnachteil

Neben der Unbestimmtheit der Vermögensbetreuungspflicht und deren Verletzung ruft insbesondere auch das Merkmal des Vermögensnachteils Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit mit Art. 103 Abs. 2 GG hervor. Grund dafür ist die Übertragung der Grundsätze der schadensgleichen Vermögensgefährdung bzw. des Gefährdungsschadens von § 263 StGB auf den Untreuetatbestand.<sup>75</sup> Nach der Rechtsfigur des Gefährdungsschadens kann eine Vermögensgefährdung gleichbedeutend mit einem endgültigen Vermögensschaden sein, wenn die naheliegende Gefahr eines endgültigen Verlustes bereits gegenwärtig den Gesamtvermögenswert mindert.<sup>76</sup> Die Einbeziehung einer derartigen Konstellation in den § 266 StGB führt zu einer weiteren Ausdehnung des Tatbestandes. Während beim Betrug die Figur der schadensgleichen Vermögensgefährdung durch klare Konturen des objektiven Tatbestandes und durch das Erfordernis der Bereicherungsabsicht im subjektiven Tatbestand eingeschränkt wird, ist dies bei der Untreue aufgrund des unbestimmten objektiven Tatbestandes und des fehlenden Erfordernisses einer Bereicherungsabsicht im subjektiven Tatbestand nicht der Fall. So können solche Fälle unter § 266 StGB fallen, bei denen eine tatsächliche Minderung von Vermögenswerten noch unsicher und weit entfernt ist.<sup>77</sup> Auch das Ausbleiben einer erzielbaren Mehrung des Vermögens kann unter den Nachteil im Sinne der Untreue subsumiert werden.<sup>78</sup>

Problematisch ist insbesondere, dass die Einbeziehung der Figur des Gefährdungsschadens zu einer Vorverlagerung der Strafbarkeit führt.<sup>79</sup> Im Gegensatz zum Betrug, bei dem dies aufgrund der Strafbarkeit des Versuchs weitgehend folgenlos bleibt, hat dies bei der Untreue zur Konsequenz, dass die fehlende Versuchsstrafbarkeit umgangen wird.<sup>80</sup> Die Einbeziehung des Konstrukts hat folglich für die Untreue erheblich höhere und weitreichendere

<sup>75</sup> BGHSt 47, 148 (156); 51, 100 (113).

<sup>76</sup> BGHSt 44, 376 (384); Perron, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. 2014, § 266 Rn. 45; Adick, Zum Gefährdungsschaden und zum Eventualvorsatz bei der Untreue – Zugl. Besprechung von BGH, Beschl. v. 20.3.2008 – 1 StR 488/07 = BGH HRRS 2008 Nr. 522, HRRS 2008, 460 (463); Jahn, Untreue durch die Führung „schwarzer Kassen“ – Fall Siemens/ENEL, JuS 2009, 173 (174).

<sup>77</sup> Perron, Bemerkungen zum Gefährdungsschaden bei der Untreue, in: FS Tiedemann, 2008, S. 737 (741); Mitsch (Fn. 50), S. 102.

<sup>78</sup> Mitsch (Fn. 50), S. 102.

<sup>79</sup> v. Selle, Parlamentarisches Budgetrecht und Haushaltsuntreue in Zeiten „Neuer Steuerungsmodelle“, JZ 2008, 178 (183); Tsagkaraki, Die Bildung der sog. »schwarzen Kassen« als strafbare Untreue gemäß § 266 StGB, 2013, S. 144; Mansdörfer, JuS 2009, 114 (115); Dierlamm, in: MüKo-StGB V (Fn. 38), § 266 Rn. 226.

<sup>80</sup> v. Selle (Fn. 79), S. 183; Hoyer, in: SK-StGB IV, 8. Aufl. 2012, § 266 Rn. 6; Saliger (Fn. 69), S. 12; Fischer, Der Gefährdungsschaden bei § 266 in der Rechtsprechung des BGH, StraFo 2008, 264 (272).

Bedeutung, da es hierbei um die Grenze zwischen Strafbarkeit und Strafflosigkeit, beim Betrug lediglich um die Grenze zwischen Versuch und Vollendung geht. Die Grenzen zwischen der schadensgleichen und der lediglich als straflosen Versuch zu klassifizierenden Vermögensgefährdung verschwimmen dadurch. Eine derartige Strafbarkeit des Untreueversuchs entspricht wohl kaum dem Willen des Gesetzgebers, da die Möglichkeit eines Versuchs in § 266 StGB nicht vorgesehen ist. Durch die Vorverlagerung der Strafbarkeit zeichnet sich daher die Gefahr der Umdeutung des Untreueparagrafen von einem Verletzungsdelikt zu einem Gefährdungsdelikt ab.<sup>81</sup>

Wie dargelegt ist auch das Tatbestandsmerkmal des Vermögensschadens durch enorme Weite gekennzeichnet. Für den Bürger ist mit Einbeziehung der Rechtsfigur des Gefährdungsschadens nicht mehr erkennbar, ab wann ein Schaden i.S.d. § 266 StGB eingetreten ist. Dies entspricht im Ergebnis nicht dem Bestimmtheitsgebot.

Um trotzdem den Vorgaben des Bestimmtheitsgebotes zu entsprechen, ist auch beim Gefährdungsschaden eine restriktive Auslegung geboten. Sowohl Rechtsprechung als auch Literatur haben hierzu Lösungsmodelle entwickelt.

#### aa) Die Literatur

In der Literatur werden verschiedene Versuche zur Einschränkung im objektiven Tatbestand unternommen.<sup>82</sup> Die herrschende Ansicht will eine Restriktion über das Konstrukt der „objektiven Zurechnung“ erreichen.<sup>83</sup> Danach müsse zum einen die Gefahr eines Vermögensnachteils bereits in der Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht liegen und zum anderen müsse sich das gesteigerte Risiko, welches außerhalb der vom Treugeber gesetzten Schranken liegt, gerade in dem Vermögensschaden realisieren.<sup>84</sup>

Es ist zwar wünschenswert, den Gefährdungsschaden durch objektive Grenzen einzuschränken, jedoch sind diese – wie der Versuch, mithilfe der objektiven Zurechnung zu einer restriktiveren Auslegung zu gelangen, zeigt – oft sehr

---

<sup>81</sup> Hoyer, in: SK-StGB IV (Fn. 80), § 266 Rn. 6; Ransiek (Fn. 40), S. 659; Tsagkaraki (Fn. 79), S. 144; Wittig (Fn. 60), § 20 Rn. 150.

<sup>82</sup> Vgl. Dierlamm, in: MüKo-StGB V (Fn. 38), § 266 Rn. 219 ff.

<sup>83</sup> Eisele, Strafrecht BT II, 3. Aufl. 2015, Rn. 904; Brand, Anmerkung zu BGH, Beschluss v. 13.04.2011 – 1 StR 94/10, NJW 2011, 1751 (1752); Mansdörfer (Fn. 79), S. 116.

<sup>84</sup> Mansdörfer (Fn. 79), S. 116; Seier, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau, 4. Aufl. 2015, 2. Kap. 5. Teil Rn. 209.

unsicher und bislang lediglich von Einzelnen<sup>85</sup> untersucht worden. So muss in Zukunft bei problematischen Fällen des Gefährdungsschadens vorsichtiger vorgegangen werden und es dürfen keine vorschnellen Entscheidungen getroffen werden. Es erscheint ohnehin fraglich, ob eine zufriedenstellende Lösung gefunden werden kann.

#### bb) Die Rechtsprechung

Der Zweite und der Fünfte Strafsenat des *BGH* wollen das Ausmaß der Vermögensgefährdung im subjektiven Tatbestand eingrenzen. Dies soll dadurch möglich sein, dass *dolus eventualis* in Bezug auf die objektiv festgestellte Vermögensgefährdung nur dann angenommen wird, wenn neben dem Eintritt einer bloßen Gefahr auch der Eintritt eines endgültigen Schadens gebilligt wurde.<sup>86</sup>

Problematisch ist diese Lösung in Fällen, in denen die Abschätzung der Schadenswahrscheinlichkeit für den Täter schwierig ist oder die Realisierung der Gefahr von dem Verhalten eines Dritten abhängt, da ein entsprechender Wille des Täters hier regelmäßig fehlt.<sup>87</sup> Ob durch die Lösung also die strafwürdigen von strafunwürdigen Fällen getrennt werden können, bleibt fraglich. Des Weiteren ist bedenklich, dass die Untreue dadurch zu einem Delikt mit überschießender Innentendenz gemacht wird.<sup>88</sup> Hinzu kommt, dass die Feststellung der voluntativen Komponente des bedingten Vorsatzes selbst mit erheblichen Unsicherheiten belastet ist, sodass dies bei der Konkretisierung der Norm nicht weiterhelfen kann.<sup>89</sup> Daneben führt eine Korrektur der Untreue ausschließlich auf subjektiver Ebene dazu, dass der Ausgang eines Verfahrens unvorhersehbar wird, „wenn die Notbremse erst im subjektiven Tatbestand gezogen wird“<sup>90</sup>.

Wie Streitig der Vorschlag der Restriktion im subjektiven Tatbestand ist, wird auch dadurch verdeutlicht, dass selbst der Erste Strafsenat des *BGH* diesen

---

<sup>85</sup> Vgl. *Krell* (Fn. 42), S. 96 ff., *Hoyer*, in: SK-StGB IV (Fn. 80), § 266 Rn. 115 ff., *Esser*, in: AnwK-StGB, 2. Aufl. 2015, § 266 Rn. 210 ff.; *Saliger*, in: SSW (Fn. 37), § 266 Rn. 79 ff.

<sup>86</sup> BGHSt 51, 100 (121); *BGH*, NJW 2008, 1827 (1830).

<sup>87</sup> *Perron* (Fn. 77), S. 745.

<sup>88</sup> *Bernsmann*, Alles Untreue? Skizzen zu Problemen der Untreue nach § 266 StGB, GA 2007, 219 (230); *Jahn* (Fn. 76), S. 1145.

<sup>89</sup> *Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 76), § 266 Rn. 50.

<sup>90</sup> *Beulke*, Wirtschaftslenkung im Zeichen des Untreuetatbestands, in: FS Eisenberg, 2009, S. 245 (264).

Ansatz vehement ablehnt<sup>91</sup> mit der Folge, dass zwischen dem *Ersten* und dem *Zweiten* bzw. *Fünften Strafsenat* eine Divergenz besteht.

Trotz aller Kritik ist diese Lösung ein erster Schritt auf dem Weg zur Restriktion der Untreue und führt dazu, dass in der Praxis der klassische Anwendungsbereich schadensgleicher Vermögensgefährdungen im Wirtschaftsstrafrecht etwas verkleinert wird.<sup>92</sup>

#### d) Verschleifung von Tathandlung und Taterfolg

Die Bedenken hinsichtlich der Bestimmtheit des § 266 StGB ergeben sich neben der Weite der einzelnen Tatbestandsmerkmale auch aus der Gefahr einer Verschleifung der Merkmale der Pflichtwidrigkeit und des Vermögensschadens. Häufig kommt es vor, dass bei Vorliegen des einen Tatbestandsmerkmals zugleich auch das Vorliegen des anderen Tatbestandsmerkmals angenommen wird.<sup>93</sup> Die beiden Merkmale werden also nicht immer unabhängig voneinander wahrgenommen, was vor allem auf deren jeweilige Unbestimmtheit zurückzuführen ist. So wertet beispielsweise das *Gericht* im Fall der Submissionsuntreue die Pflichtverletzung – die Bekanntgabe der Information – als Tathandlung und zugleich als schadensgleiche Vermögensgefährdung.<sup>94</sup> Auch im Falle von Risikogeschäften wird regelmäßig von einem eingegangenen hohen Schadensrisiko auf eine entsprechende Pflichtverletzung geschlossen.<sup>95</sup> Dieses Strukturproblem der Verschleifung von Tathandlung und Taterfolg führt zu großer Rechtsunsicherheit bei der Anwendung des Untreueparagrafen und verstärkt die Zweifel an dessen Verfassungsmäßigkeit.

#### e) Ergebnis

Nach den bisherigen Ausführungen wird deutlich, dass der Tatbestand der Untreue trotz aller Restriktionsversuche zu weit ist und aufgrund seiner Unbestimmtheit große Unsicherheiten bei der Anwendung bereitet. Dadurch werden die Ziele des Bestimmtheitsgebotes – Rechtssicherheit für den Bürger und Wahrung des Gewaltenteilungsprinzips – vernachlässigt bzw. nicht umgesetzt. Es erscheint also mehr als fraglich, ob der Untreuetatbestand

<sup>91</sup> BGH, Beschl. v. 20.3.2008 – 1 StR 488/07, Rn. 17.

<sup>92</sup> Beulke (Fn. 90), S. 264; Bernsmann (Fn. 88), S. 230.

<sup>93</sup> Saliger, Wider die Ausweitung des Untreuetatbestandes – Eine kritische Analyse der neueren Rechtsprechung zum Begriff des Vermögensnachteils in § 266 StGB, ZStW 112 (2000), 563 (610 f.); Krell, Das Verbot der Verschleifung strafrechtlicher Tatbestandsmerkmale, ZStW 126 (2014), 902 (911 ff.).

<sup>94</sup> BGH, wistra 2000, 61 (61).

<sup>95</sup> Saliger, in: SSW (Fn. 37), § 266 Rn. 8.

überhaupt mit dem Bestimmtheitsgebot vereinbar ist oder ob er nicht vielmehr verfassungswidrig ist. Mit dieser Frage hat sich daher auch das *BVerfG* befasst.

### 3. Die Entscheidung des *BVerfG* vom 23.6.2010

Im Beschluss vom 23.6.2010 (Az.: 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09) trifft das *BVerfG* grundsätzliche Erwägungen zu Bedeutung und Inhalt des Bestimmtheitsgebots und stellt speziell für den Untreuetatbestand eingrenzende Anforderungen an die Auslegung der Vermögensbetreuungspflicht, der Pflichtwidrigkeit und des Vermögensnachteils auf.

#### a) Gegenstand der Entscheidung

In seiner Entscheidung hat das *BVerfG* drei Verfassungsbeschwerden zur gemeinsamen Entscheidung verbunden, die sich jeweils gegen eine Verurteilung wegen Untreue richteten. Im Einzelnen ging es um Folgendes:

Der ersten Beschwerde lag der bekannte Fall „Siemens/ENEL“ (BGHSt 52, 323) zugrunde. Der Beschwerdeführer war leitender Angestellter der Siemens-AG und unterhielt seit der Übernahme dieser Position ein etabliertes System zur Leistung von Bestechungsgeldern, ohne dies seinen Vorgesetzten zu offenbaren. Der *BGH* verurteilte ihn daraufhin wegen Untreue durch Unterlassen, da durch die Fortführung der schwarzen Kasse der AG ein Zugriff auf die verdeckten Konten unmöglich gemacht wurde und darin bereits ein endgültiger Vermögensnachteil zu sehen gewesen sei.<sup>96</sup> In seiner Beschwerde richtet sich der Angestellte gegen das Urteil mit der Begründung, die Annahme eines Vermögensschadens durch die Einrichtung schwarzer Kassen verstoße gegen das Analogieverbot, da es so zu einer zeitlichen Vorverlagerung der Strafbarkeit komme, die der Gesetzgeber so nicht beabsichtigt habe.<sup>97</sup>

Gegenstand der zweiten Verfassungsbeschwerde war die Bewilligung von Prämien. Beschwerdeführer war hier ein Vorstandsmitglied einer Betriebskrankenkasse, der zwei Bediensteten über mehrere Jahre hinweg Prämien bewilligte, die zur Verdopplung ihrer Gehälter führten.<sup>98</sup> Da der Beschwerdeführer mit den überhöhten Zahlungen gegen den Grundsatz der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit verstoßen habe, verurteilte ihn das *LG Kassel* wegen Untreue in zwei Fällen.<sup>99</sup> Die Revision wurde verworfen.<sup>100</sup> In seiner Beschwerde wendete sich der Beschwerdeführer gegen die vom *Gericht* vorgenommene

<sup>96</sup> BGHSt 52, 323 (336).

<sup>97</sup> BVerfGE 126, 170 (185 f).

<sup>98</sup> BVerfGE 126, 170 (180).

<sup>99</sup> BVerfGE 126, 170 (180).

<sup>100</sup> BVerfGE 126, 170 (181).

Auslegung des Tatbestandsmerkmals der „Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht“, da das *Gericht* den Entscheidungsspielraum des Vorstandes dahingehend nicht hinreichend berücksichtigt habe, dass nicht in jedem Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot eine Verletzung der strafrechtlichen Vermögensbetreuungspflicht liege.<sup>101</sup>

Im letzten Ausgangsverfahren ging es um die Vergabe eines Kredits. Die Beschwerdeführer waren Vorstandsmitglieder einer AG und unter anderem mit der Gewährung von Krediten an Unternehmensgruppen befasst.<sup>102</sup> Die Beschwerdeführer wurden vom *LG Berlin* wegen Untreue verurteilt, da sie ein Darlehen in Höhe von knapp 20 Mio. DM an eine Unternehmensgruppe bewilligt hatten, obwohl die Unternehmensgruppe bereits vorher mit der Rückzahlung von bis dahin genehmigten Krediten in Höhe von 810 Mio. DM im Rückstand gewesen war.<sup>103</sup> Das *Gericht* wertete die Bewilligung des Darlehens als gravierende Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht, mit der ein Vermögensnachteil in Form einer schadensgleichen Vermögensgefährdung eingetreten sei.<sup>104</sup> Der *BGH* verwarf die Revision.<sup>105</sup> Hier wurde die Unbestimmtheit des Untreuetatbestandes im Hinblick auf das Pflichtwidrigkeits- und Nachteilsmerkmal gerügt.<sup>106</sup> Außerdem würde die Annahme einer schadensgleichen Vermögensgefährdung gegen das Analogieverbot verstoßen, da hier – entgegen des Wortlauts – ein endgültiger Schaden schon bei der bloßen Wahrscheinlichkeit seines Eintritts angenommen werde.<sup>107</sup> Hinzu komme, dass das *Gericht* die Feststellung eines Nachteils mit denselben Tatsachen und Wertungen begründet habe, auf denen es auch die Verletzung der Pflicht gestützt habe, worin eine Verkennung der jeweils eigenständige Bedeutung der Merkmale liege.<sup>108</sup>

#### b) Die Entscheidung

Der Zweite Senat des *BVerfG* lehnte die Verfassungsbeschwerden in den ersten beiden Fällen als unbegründet ab.<sup>109</sup> Im Falle der dritten Beschwerde hob er

---

<sup>101</sup> BVerfGE 126, 170 (186 f).

<sup>102</sup> BVerfGE 126, 170 (181).

<sup>103</sup> BVerfGE 126, 170 (181).

<sup>104</sup> BVerfGE 126, 170 (182 f).

<sup>105</sup> *BGH*, wistra 2009, 189 (189).

<sup>106</sup> BVerfGE 126, 170 (187).

<sup>107</sup> BVerfGE 126, 170 (188).

<sup>108</sup> BVerfGE 126, 170 (189).

<sup>109</sup> BVerfGE 126, 170 (171).

den Beschluss des *BGH* und das Urteil des *LG Berlin* wegen Verstoßes gegen Art. 103 Abs. 2 GG auf.<sup>110</sup>

aa) Das Bestimmtheitsgebot im Strafrecht

Neben den Ergebnissen zu den einzelnen Verfassungsbeschwerden äußerte sich das *BVerfG* auch zu den Anforderungen, die sich aus dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot ergeben. Sofern es sich hierbei um Äußerungen zu den Verpflichtungen des Gesetzgebers handelt, bewegt es sich auf altbekanntem Boden. Neuerungen folgen aus der Bindung der Strafgerichte an das in erster Linie an den Gesetzgeber gerichtete Bestimmtheitsgebot und den Inhalt der sich daraus ergebenden Pflichten:

Art. 103 Abs. 2 GG enthält zum einen das Analogieverbot, das die Strafgerichte daran hindern soll, einzelne Merkmale über die Wortlautgrenzen hinaus auszu-legen.<sup>111</sup> Daneben formuliert das *Gericht* ein Verschleifungs- bzw. Entgrenzungsverbot, wonach die einzelnen Tatbestandsmerkmale selbst innerhalb ihres möglichen Wortsinns nicht derart weit ausgelegt werden dürfen, dass sie nicht mehr von anderen Tatbestandsmerkmalen unterschieden werden können.<sup>112</sup>

Auch dürfen die Strafgerichte bei der Handhabung von weit gefassten Tatbeständen durch eine fernliegende Auslegung nicht dazu beitragen, bestehende Unklarheiten über den Anwendungsbereich einer Norm zu erhöhen. Sie seien vielmehr dazu gehalten, den Anwendungsbereich durch Präzisierung und Konkretisierung klar zu bestimmen und bestehende Rechtsunsicherheiten auf diesem Wege auszuräumen (Präzisierungsgebot).<sup>113</sup> Diese Pflicht gelte insbesondere in Fällen, in denen der Rechtsanwender nach dem Wortlaut der Norm nur die Möglichkeit einer Bestrafung erkennen kann und erst eine gefestigte Rechtsprechung eine zuverlässige Auslegungsgrundlage schafft.<sup>114</sup>

Mit dieser Verschärfung der aus Art. 103 Abs. 2 GG hergeleiteten Pflichten verbindet das *BVerfG* auch eine Erhöhung der verfassungsgerichtlichen Kontrolldichte.<sup>115</sup> Konkret bedeutet dies, dass sich die Kontrolle nicht auf eine Vertretbarkeitskontrolle beschränkt, sondern sich auch auf die Überprüfung über das Bestehen einer gefestigten Rechtsprechung erstreckt. Dabei soll die von den Gerichten vorgenommene Auslegung und Anwendung der Straf-

---

<sup>110</sup> BVerfGE 126, 170 (171).

<sup>111</sup> BVerfGE 126, 170 (198).

<sup>112</sup> BVerfGE 126, 170 (198).

<sup>113</sup> BVerfGE 126, 170 (198).

<sup>114</sup> BVerfGE 126, 170 (198).

<sup>115</sup> BVerfGE 126, 170 (199).

normen daraufhin überprüft werden, ob sie sich im Rahmen der bisher von der Rechtsprechung entwickelten Obersätze halten bzw. ob diese folgerichtig weiterentwickelt und im konkreten Fall gewürdigt wurden.<sup>116</sup>

bb) Die Vereinbarkeit der Untreue mit Art. 103 Abs. 2 GG

Zusätzlich zu den allgemeinen Anforderungen, welche sich aus dem Bestimmtheitsgrundsatz ergeben, hat sich der Zweite Senat des *BVerfG* mit der Verfassungsmäßigkeit der Untreue beschäftigt. Dabei hat er die Untreue als „noch“ mit dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot für vereinbar erklärt.<sup>117</sup> Grund dafür sei, dass sich ein Rechtsgut und auch die Gefahren, vor denen der Gesetzgeber schützen will, klar erkennen ließen. Während er auf der einen Seite den Tatbestand selbst als abstrakt formuliert und als Tatbestand von großer Weite bezeichnet,<sup>118</sup> betont er andererseits die Auslegungsfähigkeit der Untreue, „die die Rechtsprechung in langjähriger Praxis umgesetzt und die sich in ihrer tatbestandsbegrenzenden Funktion als tragfähig erwiesen“<sup>119</sup> habe. Dennoch hat der *Zweite Senat*, um eine verfassungswidrige Überdehnung des Tatbestandes zu vermeiden, Kriterien aufgestellt, die es künftig zu beachten gilt.

(1) Vermögensbetreuungspflicht

Das *BVerfG* erachtet das Tatbestandsmerkmal der Vermögensbetreuungspflicht als verfassungsgemäß, da die gefestigte Rechtsprechung den Anwendungsbereich ausreichend begrenze.<sup>120</sup> Dies zeige sich zum einen daran, dass einerseits ein Kernbereich erkennbar sei, in welchem es keine Zweifel über das Bestehen einer Vermögensbetreuungspflicht und der Strafbarkeit nach § 266 StGB gebe (Tätigkeit eines Bankvorstands/der Vorstandsmitglieder). Daneben sei es andererseits möglich, eine Gruppe an Fallgestaltungen auszumachen, bei denen eine Vermögensbetreuungspflicht auszuschließen ist (z.B. bei gewöhnlichen Austauschverhältnissen).<sup>121</sup> Dies stützt das *Gericht* darauf, dass es sich bei der Pflicht um eine fremdnützige Hauptpflicht handeln müsse, welche sich über eine gewisse Zeit oder ihrem Umfang nach über bloße Einzelfälle hinaus erstrecken müsse, und dass der Treupflichtige die Möglichkeit zur eigenverantwortlichen Entscheidung innerhalb eines gewissen Ermessensspielraums habe.<sup>122</sup>

---

<sup>116</sup> BVerfGE 126, 170 (199).

<sup>117</sup> BVerfGE 126, 170 (200).

<sup>118</sup> BVerfGE 126, 170 (203).

<sup>119</sup> BVerfGE 126, 170 (208).

<sup>120</sup> BVerfGE 126, 170 (209).

<sup>121</sup> BVerfGE 126, 170 (209 f.).

<sup>122</sup> BVerfGE 126, 170 (208).

## (2) Pflichtwidrigkeit

Bei dem Tatbestandsmerkmal der Pflichtwidrigkeit handelt es sich laut *BVerfG* um ein komplexes normatives Tatbestandsmerkmal, welches durch außerstrafrechtliche Normen ausgelegt werden kann und muss.<sup>123</sup> Der *Zweite Senat* betont, dass dieses Merkmal trotzdem mit dem Bestimmtheitsgebot vereinbar ist, da es durch die höchstrichterliche Rechtsprechung hinreichend konkretisiert wurde, sodass die Strafbarkeit der Untreue im Regelfall vorhersehbar ist.<sup>124</sup> Wichtig sei jedoch zum einen, dass die Anwendung des § 266 StGB auf eindeutig klare Fälle pflichtwidrigen Handels beschränkt werde, und zum anderen, dass Wertungswidersprüche bei der Auslegung von speziellen Sanktionsregeln vermieden werden.<sup>125</sup> Dabei komme den Strafgerichten die Aufgabe zu, den Charakter der Untreue als reines Vermögensdelikt zu wahren, indem sie den Anwendungsbereich des Tatbestandes durch fallgruppenspezifische Obersatzbildung unter Berücksichtigung der oben genannten Kriterien greifbar machen.<sup>126</sup> Daneben bestärkt und verteidigt das *Gericht* das Erfordernis einer gravierenden Pflichtverletzung gegen Kritik aus der Literatur, da hierdurch die Unsicherheiten, die sich insbesondere aus der Verweisung des Pflichtenmerkmals auf ebenso allgemein gehaltene Normen ergeben, begrenzt würden.<sup>127</sup>

## (3) Vermögensschaden

Im Hinblick auf das Tatbestandsmerkmal des Vermögensschadens betont das *BVerfG*, dass die Rechtsfigur des Gefährdungsschadens grundsätzlich verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sei.<sup>128</sup> Dennoch verlangt es eine restriktive und präzisierende Handhabung dieses Konstrukts. Dem Nachteilsmerkmal müsse als eigenständigem Tatbestandsmerkmal neben der Pflichtverletzung in der Weise Beachtung geschenkt und eigenständige Feststellungen zum Vorliegen eines Vermögensschadens gemacht werden.<sup>129</sup> Die Strafgerichte seien daher gehalten, den Gefährdungsschaden der Höhe nach zu beziffern und in wirtschaftlich nachvollziehbarer Weise darzulegen.<sup>130</sup> Zu dessen Feststellung solle auf anerkannte Bewertungsmaßstäbe zurückgegriffen werden, gegebenenfalls unter Hinzuziehung eines Sachverständigen.<sup>131</sup> Falls eine genaue Bezifferung nicht möglich sei, müssten die Prognose- und Beurteilungs-

---

<sup>123</sup> BVerfGE 126, 170 (204).

<sup>124</sup> BVerfGE 126, 170 (210).

<sup>125</sup> BVerfGE 126, 170 (210).

<sup>126</sup> BVerfGE 126, 170 (210).

<sup>127</sup> BVerfGE 126, 170 (211).

<sup>128</sup> BVerfGE 126, 170 (221).

<sup>129</sup> BVerfGE 126, 170 (211).

<sup>130</sup> BVerfGE 126, 170 (229).

<sup>131</sup> BVerfGE 126, 170 (229).

spielräume durch vorsichtige Schätzungen ausgefüllt werden, wobei im Zweifel nach dem Grundsatz *in dubio pro reo* freigesprochen werden müsse.<sup>132</sup>

c) *Stellungnahme*

Zu den Ausführungen, welche das *Gericht* in Bezug auf das Bestimmtheitsgebot trifft, ist anzumerken, dass das Formulieren des Verschleifungs- und Entgrenzungsverbots durchweg zu begrüßen ist, weil es von großer Bedeutung für die Eingrenzung von weiten Tatbeständen und damit auch für das Bestimmtheitsgebot ist. Mit der Forderung eines Präzisierungsgebotes für weit gefasste Strafnormen wird dem Analogieverbot wenig Angriffsfläche geboten. Allerdings könnte durch dieses Gebot das falsche Signal gesendet werden, der durch Art. 103 Abs. 2 GG angestrebte Grad der Exaktheit von Normen dürfe letztlich abnehmen.<sup>133</sup> Auch widerspricht ein dadurch bezwecktes arbeitsteiliges Zusammenwirken von Gesetzgeber und Judikatur dem Gesetzlichkeitsprinzip, da durch die Mitwirkung der Gerichte anerkannt wird, dass die Präzisierung des Strafgesetzes nicht ausschließlich dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber obliegt. Die Formulierung des Präzisierungsgebotes ist keine neue Vorgabe, sondern lediglich eine neue Mahnung, bei weit gefassten Tatbeständen zu einer verfassungskonformen Auslegung zu gelangen, wenn das Analogieverbot keinen Schutz bietet.<sup>134</sup> Positiv ist jedoch anzumerken, dass mit Ausweitung der aus dem Bestimmtheitsgebot abgeleiteten Pflichten auch der Umfang der verfassungsgerichtlichen Überprüfung wachsen kann.

In Bezug auf den Tatbestand der Untreue war es im Ergebnis nicht überraschend, dass der Zweite Senat des *BVerfG* die Untreue als verfassungsgemäß erklärt hat, nachdem dies bereits im vorangegangenen Beschluss vom 10.3.2009 geschehen war.<sup>135</sup> Es wäre schwer vollstellbar gewesen, dass ein Tatbestand von derart großer Bedeutung (insbesondere für die Wirtschaftskriminalität) aufgegeben wird. Vor diesem Hintergrund kann die Entscheidung zwar nicht als bahnbrechend bezeichnet werden, dennoch trägt sie zumindest in einigen Punkten zur Präzisierung und Restriktion der Norm bei.

Im Hinblick auf die Vermögensbetreuungspflicht ist es zu begrüßen, dass das *BVerfG* die Forderungen der vorangegangenen Rechtsprechung (fremdnützige Hauptpflicht, Selbstständigkeit, Dauer und Umfang) übernimmt, da sie für eine Restriktion unverzichtbar sind. Gleichwohl muss beachtet werden, dass durch

---

<sup>132</sup> BVerfGE 126, 170 (229 f.).

<sup>133</sup> *Schmitz*, in: MüKo-StGB I (Fn. 11), § 1 Rn. 48.

<sup>134</sup> *Kraatz*, Der Untreuetatbestand ist verfassungsgemäß – gerade noch! – zugleich eine Anmerkung zu BVerfG 2 BvR 2559/08, JR 2011, 434 (435).

<sup>135</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 10.3.2009 – 2 BvR 1980/07.

diese Eingrenzungen zwar einige Konstellationen ausgeschlossen werden können, in denen keine Pflicht besteht, dennoch bleibt außerhalb dieses abgesteckten Bereichs eine für den Bürger nicht genügend vorhersehbare „*Case-law*“-Rechtsprechung<sup>136</sup>.

Hinsichtlich der Ausführungen des *Gerichts* zur Pflichtverletzung ist es zwar erfreulich, dass das *Gericht* eine Einschränkung vornimmt, jedoch ist fraglich, ob dies wirklich über das Erfordernis der „gravierenden“ Pflichtverletzung gelingt. Der *Zweite Senat* fordert eine gravierende Pflichtverletzung im Sinne eines evidenten Verstoßes.<sup>137</sup> Die Anforderung einer Evidenz bietet aber nur scheinbar Rechtssicherheit, da schwer Einigkeit darüber erzielt werden kann, was als offensichtlich zu bezeichnen ist. Daneben kreierte das *Gericht* nicht mehr als eine Abstufung und erweckt dabei den falschen Eindruck, dass es einen bestimmten bzw. bestimmbaren Schwellenwert gäbe, ohne dass hierfür ein konkreter und geeigneter Maßstab erkennbar ist.<sup>138</sup> Für den Bürger hat dies zur Folge, dass er sich überlegen muss, ob er in „gravierender“ Art und Weise gegen die Norm verstößt.<sup>139</sup> Problematisch ist darüber hinaus die Aussage des *Gerichts*, dass das Merkmal der Pflichtwidrigkeit durch die fallgruppenspezifische Rechtsprechung konkretisiert wurde, da fraglich ist, ob eine derart ausdifferenzierte Judikatur nicht vielmehr eine Ausprägung der unüberschaubaren Weite der Untreue darstellt und selbst Teil des Problems ist.<sup>140</sup> Der gesamte Umfang dieser ausufernden Rechtsprechung ist selbst für einen Strafrechtsexperten kaum zu überblicken. Wie soll dies dann aber für den eigentlichen Normadressaten möglich sein, der kein Fachmann ist? Auch wird durch die Aufspaltung in Fallgruppen die Literatur und Rechtsprechung vor die Schwierigkeit gestellt, für die untreuerelevanten Pflichtverletzungen allgemeine widerspruchsfreie Regeln zu formulieren.<sup>141</sup> Es lässt sich folglich – wie bereits im Rahmen der Restriktionsversuche durch Literatur und Rechtsprechung – feststellen, dass auch hier die Einschränkungsversuche des *BVerfG* wenig dazu

---

<sup>136</sup> *Kraatz* (Fn. 134), S. 436; *Krüger*, Neues aus Karlsruhe zu Artikel 103 II GG und § 266 StGB – Bespr. von BVerfG, Beschluss vom 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, NStZ 2011, 369 (374).

<sup>137</sup> BVerfGE 126, 170 (210).

<sup>138</sup> *Safferling*, Bestimmt oder nicht bestimmt? Der Untreuetatbestand vor den verfassungsrechtlichen Schranken. Anmerkung zum Beschluss des BVerfG vom 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08; 105/09; 491/09, NStZ 2011, 376 (377).

<sup>139</sup> *Beckemper*, Zur Verfassungsmäßigkeit der Untreue (Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08; 105/09; 491/09), ZJS 2011, 88 (91).

<sup>140</sup> *Wessing/Krawczyk*, Der Untreueparagraf auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand, NZG 2010, 1121 (1122).

<sup>141</sup> *Saliger*, Das Untreuestrafrecht auf dem Prüfstand der Verfassung, NJW 2010, 3195 (3197).

beitragen, bestehende Rechtsunsicherheiten auszuräumen und Rechtssicherheit herzustellen.

Die Forderung der konkreten Bezifferung des Schadens und der dadurch geforderte Rückgriff auf bilanzrechtliche Regeln werfen viele Fragen auf und bieten Angriffsflächen. Es erscheint zweifelhaft, ob eine exakte Bezifferung des Gefährdungsschadens mit Hilfe des Bilanzrechts gelingt. Dies lässt sich zum einen darauf zurückführen, dass es sich bei den bilanzrechtlichen Methoden nicht um mathematisch präzise Berechnungen handelt, sondern um Vorgehensweisen, welche einige Prognoseelemente umfassen.<sup>142</sup> Daneben führen die bilanzrechtlichen Bewertungsmaßstäbe dazu, dass insbesondere komplexe Verfahren, beispielsweise komplizierte wirtschaftsrechtliche Prozesse, kaum ohne die Hinzuziehung eines Sachverständigen auskommen werden. Damit ist ein hoher finanzieller sowie zeitlicher Aufwand aufgrund der vielen Beweisanträge verbunden, den die Strafgerichte stemmen müssen und damit sogar teilweise an ihre Grenzen stoßen. Um eben dies zu verhindern und damit auch ohne Hinzuziehung eines Sachverständigen die erwünschten Ergebnisse erzielt werden, führt der Ansatz zu vielen Umgehungsstrategien. Ein Beispiel hierfür ist das Ausweichen der Strafjustiz auf Schätzungen bei der Schadenshöhe. Auch wird als eine Bewältigungsstrategie verstärkt auf die Verfahrenseinstellung nach § 153a StPO zurückgegriffen werden.<sup>143</sup> Daneben wird das Material für Verfahrensabsprachen stark erhöht werden und die Tendenz zum „Deal“ steigen.<sup>144</sup> Zudem ist festzustellen, dass es sich bei der Bewertung von Chancen und Risiken eines Vermögenswertes nicht um einen objektiven Wert handelt, sondern um den Wert, welchen der Bewertende für den wahrscheinlichsten hält.<sup>145</sup>

Nichtsdestotrotz ist allein im Hinblick auf das Verschleifungsgebot konsequent die genaue Bezifferung eines Vermögensschadens vorauszusetzen. Auch bildet die Forderung das notwendige Minimum für die Bestimmbarkeit des Gefährdungsschadens und muss daher unbedingt verlangt werden. Dies ist einerseits deshalb so wichtig, da das Ausmaß des Schadens ein wesentlicher Punkt bei der Bestimmung der Schuldschwere ist und andererseits ein geeignetes Instrument darstellt, den Tendenzen einer Normativierung des Schadensbegriffes entgegen-

---

<sup>142</sup> *Wessing/Krawczyk* (Fn. 140), S. 1124.

<sup>143</sup> *Ebd.*

<sup>144</sup> *Fischer*, Strafbare Gefährdungsschaden oder strafloser Untreueversuch – Zur Bestimmtheit der Untreue-Rechtsprechung, STV 2010, 95 (101); *Kraatz* (Fn. 134), S. 439; *Saliger*, Auswirkungen des Untreue-Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 23.6.2010 auf die Schadensdogmatik, ZIS 2011, 902 (907).

<sup>145</sup> *Becker*, Das Bundesverfassungsgericht und die Untreue: Weißer Ritter oder feindliche Übernahme? – Zum Beschluss des BVerfG vom 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08 = HRRS 2010 Nr. 656, HRRS 2010, 383 (392).

zutreten.<sup>146</sup>

#### IV. Fazit und Wertung

Der Straftatbestand der Untreue besteht aus stark ausdehnbaren Tatbestandsmerkmalen, welche die Unbestimmtheit der Norm und damit die Zweifel im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit dem Bestimmtheitsgebot begründen. Die angesichts Art. 103 Abs. 2 GG erforderliche restriktive Auslegung der Norm führt zwar zu einzelnen Eingrenzungsvorschlägen, dennoch bleiben diese im Ergebnis hinter den Erwartungen an sie zurück. Umso wichtiger war daher die dargestellte Entscheidung des *BVerfG*, da dessen Anforderungen an die Tatbestandsmerkmale dazu beitragen, den Tatbestand in einzelnen Punkten bestimmter zu gestalten. Problematisch bleibt jedoch, dass das *BVerfG* bei seinen Eingrenzungskriterien im Rahmen der Tatbestandsmerkmale der Vermögensbetreuungspflicht und der Pflichtwidrigkeit vielfach auf die Restriktionsversuche der Literatur und Rechtsprechung zurückgreift. Da diese Kriterien aber oft wenig praktikabel sind und daher nicht maßgebend zur Konkretisierung der Untreue beitragen, bleiben die bereits geäußerten Bedenken insbesondere in Bezug auf den Gewaltenteilungsgrundsatz und die durch das Bestimmtheitsgebot bezweckte Rechtssicherheit bestehen.

Vielleicht muss dies aber in Kauf genommen werden, da es unmöglich erscheint, dem Gesetzgeber aufzugeben, Straftatbestände auszuarbeiten, die auf der einen Seite vollkommen klar und nicht mehr auslegungsfähig sind und die auf der anderen Seite dennoch dazu geeignet sind, ständig verändernde Lebenswirklichkeiten im konkreten Einzelfall hinreichend abzubilden. Daneben steht es außer Zweifel, dass in der heutigen komplizierten Gesellschaft ein Tatbestand nicht allein mit numerischen und deskriptiven Begriffen auskommen kann. Dass eine so weite und unbestimmte Strafnorm wie die des § 266 StGB als mit dem Bestimmtheitsgebot für vereinbar erklärt wird, hat indes nicht zur Konsequenz, dass Art. 103 Abs. 2 GG nur ein „Trugbild“<sup>147</sup> darstellt. Auch von einem „Tiefpunkt des *nulla-poena*-Satzes“<sup>148</sup> kann nicht gesprochen werden. Das Präzisionsgebot mag zwar keine vollkommene Rechtssicherheit erreichen, dennoch gibt es zumindest einen – wenn auch großzügigen – Rahmen und bestimmte Mindestvoraussetzungen an die Eindeutigkeit der Tatbestandsfassung eines Strafgesetzes.

<sup>146</sup> *Kudlich*, Fast wie im richtigen Leben: Wo fängt eigentlich Untreue an ...? (zugl. Besprechung von *BVerfG*, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08 u.a. = NJW 2010, 3209), JA 2011, 66 (69).

<sup>147</sup> *Schünemann* (Fn. 2), S. 3.

<sup>148</sup> *Ebd.*, S. 6 (Hervorhebung des Autors).