

Auswirkungen des Untreue-Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 23.6.2010 auf die Schadensdogmatik*

Von Prof. Dr. Frank Saliger, Hamburg

I. Aktualität des BVerfG-Beschlusses v. 23.6.2010

Am 23.6.2010 hat der 2. Senat des BVerfG eine wirkungsmächtige Grundsatzentscheidung zur Verfassungsmäßigkeit des Untreuetatbestands und seiner Auslegung getroffen.¹ Zwar hatte die 2. Kammer desselben Senats bereits 2009 festgestellt, dass § 266 StGB mit dem Tatbestandsmerkmal des Vermögensnachteils nicht ohne weiteres gegen das Bestimmtheitsgebot verstößt und dass auch die Subsumtion der „schadensgleichen“ Vermögensgefahr unter das Nachteilsmerkmal bei strikter Beachtung der eingrenzenden Auslegungsgrundsätze der Rechtsprechung nicht zu beanstanden ist.² Jedoch geht erst die Entscheidung v. 23.6.2010 über die Feststellungen aus 2009 in einer Qualität hinaus, die ihre von Anfang hohe und bis heute ungebrochene Wirkungsmacht erklären.

Das lässt sich nicht nur an der großen Zahl der Anmerkungen und Besprechungen ablesen, die der Beschluss vom 23.6.2010 seitdem erfahren hat.³ Noch bemerkenswerter ist, dass die mit Spannung erwartete Senatsentscheidung, die drei Verfassungsbeschwerden zusammengezogen hatte, wohl auch von den Strafsenaten des BGH selbst zum Anlass für die Zurückstellung bedeutender Untreue-Revisionsverfahren genommen wurde, namentlich für das Trienekens-Verfahren und das AUB-Verfahren.⁴ So verwundert es nicht, dass das Urteil des 2. Strafsenats v. 28.8.2010 im Fall Trienekens⁵ und der Beschl. des 1. Strafsenats v. 13.9.2010 im Fall AUB⁶ die ersten Entscheidungen darstellen, die auf je unterschiedliche

Weise die Maßgaben des BVerfG „umsetzen“. Weitere Entscheidungen, auch zum Betrug, sind hinzugekommen.⁷

Der Beitrag will die gegenwärtig festzustellende Wirkungsmacht des Beschlusses v. 23.6.2010 kritisch nachzeichnen. Dazu rekonstruiert er zunächst als ersten Schwerpunkt den Inhalt des Beschlusses des BVerfG v. 23.6.2010 (unten II.). Anschließend erfolgt als zweiter Schwerpunkt eine kritische Analyse der Umsetzung dieses Beschl. in der Untreurechtsprechung der BGH-Senate (unten III.). Schließlich wird der bisherigen Umsetzung sowie den weiteren möglichen Konsequenzen des BVerfG-Beschlusses auch für die Betrugsstrafbarkeit nachgegangen (unten IV.).

II. Inhalt des BVerfG-Beschlusses v. 23.6.2010

Der BVerfG-Beschluss v. 23.6.2010 enthält Vorgaben auf drei Bedeutungsebenen: Auf einer ersten, grundlegenden Bedeutungsebene eröffnet der Beschluss eine strengere verfassungsgerichtliche Kontrolle der Strafrechtsprechung am Maßstab des Bestimmtheitsgrundsatzes, die nicht nur für die Auslegung des Untreuetatbestands, sondern für das gesamte Strafrecht erheblich wird. Darüber hinaus gibt der 2. Senat speziell für den Untreuetatbestand eingrenzende Maßgaben für die Auslegung der Pflichtverletzung und die Auslegung des Vermögensnachteils vor. Auf einer dritten Bedeutungsebene sind schließlich die Feststellungen des BVerfG zu den mit der Verfassungsbeschwerde angegriffenen Urteilen anzusiedeln.

Ob und inwieweit das BVerfG mit diesen Vorgaben Neuland betreten hat, ist im Schrifttum streitig. Während dem Beschluss zunehmend eine spektakuläre Neuausrichtung der verfassungsgerichtlichen Kontrolle der Strafrechtsprechung mit höchster Relevanz für Theorie und Praxis bescheinigt wird,⁸ meinen andere, dass das BVerfG seine Rechtsprechung zum Bestimmtheitsgrundsatz lediglich zusammengefasst⁹ und die Messlatte für die Untreuestrafbarkeit „ein bisschen höher

* Bei dem Text handelt es sich um die leicht aktualisierte Fassung eines Vortrags, den der Verf. auf der 10. NStZ-Jahrestagung zur Wirtschaftskriminalität am 2.7.2011 in Frankfurt am Main gehalten hat.

¹ BVerfG NJW 2010, 3209 (= BVerfGE 126, 170).

² BVerfG NJW 2009, 2370 m. Bespr. Fischer, StV 2010, 95.

³ Becker, HRRS 2010, 383; Beukelmann, NJW-Spezial 2010, 568; Frisch, EWiR 2010, 657; Knierim/Smok, Fachdienst Strafrecht 2010, 307157; Leplow, wistra 2010, 475; Radtke, GmbHR 2010, 1121; Saliger, NJW 2010, 3195; Strate, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht 2010, 422; Wattenberg/Gehrman, Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft 2010, 507; Wessing/Krawczyk, NZG 2010, 1121; Böse, Jura 2011, 617; Kraatz, JR 2011, 434; Krüger, NStZ 2011, 369; Kudlich, JA 2011, 66; Kuhlen, JR 2011, 246; Safferling, NStZ 2011, 376; Schulz, in: Heinrich u.a. (Hrsg.), Strafrecht als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, Bd. 1, 2011, S. 305; vgl. auch Schünemann, StraFo 2010, 477 (480).

⁴ Schünemann, StraFo 2010, 477 (480) m. Fn. 33.

⁵ Dazu unten III. 2.

⁶ Unten III. 1.a).

⁷ Vgl. III. 1. b), III. 3. und IV. 2.

⁸ Saliger, NJW 2010, 3195 (3198); vgl. auch Schünemann, StraFo 2010, 477 (480): „hat in ambitionierter Weise dem zuvor eher brach liegenden Bestimmtheitsgrundsatz für die Verfassungsmäßigkeit von Strafrechtsnormen eine Schlüsselrolle zugewiesen“; speziell für die Interpretation des § 266 StGB durch die Rechtsprechung „eine ganze Anzahl innovativer Kriterien entwickelt“; ferner Wattenberg/Gehrman, Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft 2010, 507: „wegweisender Beschluss“; Kuhlen, JR 2011, 246 (247): „Meilenstein“ und (253): „von grundlegender Bedeutung für das Verständnis des Gesetzlichkeitsprinzips“; Böse, Jura 2011, 617 (623): „bedeutsame Einschränkungen“, „verfassungsrechtliches Neuland.“

⁹ Schulz (Fn. 3), S. 327; Radtke, GmbHR 2010, 1121.

gelegt“ habe.¹⁰ Teils wird auch die Ansicht vorgetragen, dass der Beschluss „zu keiner grundlegenden Wende geführt“ habe¹¹ und dass „sich wenig bis nichts ändern wird.“¹² Für die letztere Auffassung könnte sprechen, dass das BVerfG die nach dem Beschluss erhobenen Verfassungsbeschwerden in den Fällen Falk¹³ und Trienekens¹⁴ zurückgewiesen hat. Andererseits ist nicht nur in die Untreuerechtsprechung des I. Strafsenats des BGH erhebliche Bewegung geraten, wie die Fälle AUB und Kölner Spendenaffäre belegen.¹⁵ Erste Auswirkungen des BVerfG-Beschlusses zeigen sich auch schon in der Betrugsrechtsprechung des BGH.¹⁶ Obgleich es ein Jahr nach Verkündung des Beschlusses noch viel zu früh für abschließende Einschätzungen ist, sprechen doch bereits die ersten Rezeptionen in der BGH-Judikatur für ein nicht geringes Innovationspotential. Art und Ausmaß dieses Innovationspotentials offenbart eine Analyse des Beschlussinhalts.

I. „Neues“ zum Bestimmtheitsgrundsatz

Insoweit ist zunächst festzustellen, dass der Beschluss zum Bestimmtheitsgebot, soweit dieses den Gesetzgeber als Adressaten betrifft, vertraute Bahnen nicht verlässt.¹⁷ Neue Formulierungen findet der 2. Senat dagegen für die Relevanz des Bestimmtheitsgebots bei der Auslegung der Strafgesetze durch die Rechtsprechung, die dort zunächst in Gestalt des klassischen Verbots strafbegründender Analogie in Erscheinung tritt.¹⁸ Während das nicht technisch zu verstehende Analogieverbot jede Rechtsanwendung untersagt, die den möglichen Wortsinn einer gesetzlichen Sanktionsnorm überschreitet, geht das vom 2. Senat neu konkretisierte Gebot bestimmter Gesetzesauslegung in pragmatischer Anerkennung der Konkretisierungsaufgabe und Konkretisierungsmacht der Rechtsprechung darüber hinaus, schränkt also auch

Auslegungen innerhalb des möglichen Wortsinnes ein.¹⁹ Im Einzelnen legt der 2. Senat den Strafgerichten folgende Verpflichtungen bei der Auslegung von Strafgesetzen auf, die bislang nur teils in Ansätzen und allesamt nicht in dieser allgemeinen Zuspitzung in der Rechtsprechung zu finden waren:²⁰

- „Einzelne Tatbestandsmerkmale dürfen [...] auch innerhalb ihres möglichen Wortsinns nicht so weit ausgelegt werden, dass sie vollständig in anderen Tatbestandsmerkmalen aufgehen, also zwangsläufig mit diesen verwirklicht werden“ (Verbot der Verschleifung oder Entgrenzung von Tatbestandsmerkmalen);²¹
- „Ist bei methodengerechter Auslegung ein Verhalten nicht strafbewehrt, obwohl es vom Gesetzeswortlaut erfasst sein könnte, so haben die Gerichte den Willen des Gesetzgebers bezüglich der Strafflosigkeit des Verhaltens zu respektieren und erforderlichenfalls durch restriktive Auslegung eines weiter gefassten Wortlauts sicherzustellen“ (Garantie der Einhaltung des Willens des Gesetzgebers zur Strafflosigkeit eines Verhaltens).²²

¹⁹ Dieses Prüfprogramm wird auch als erweitertes Analogieverbot interpretiert, vgl. Gaede, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller (Hrsg.), Anwaltkommentar StGB, 2011, § 1 Rn. 28 ff. m.w.N. Entsprechend deutet z.B. Kuhlen, JR 2011, 246 (248) die beiden folgenden Maßgaben als Ausprägungen des Analogieverbots und merkt an (Fn. 35), dass im Beschl. lediglich offen bleibt, ob auch ein den Bürger begünstigendes Ergebnis der objektiv-teleologischen Auslegung und damit die methodengerechte Auslegung insgesamt durch das Analogieverbot geschützt seien. Weitergehend offenbar Böse, Jura 2011, 617 (621) und Becker, HRRS 2010, 383 (386), die sich m.E. allerdings zu Unrecht u.a. auf den nicht eindeutigen und kontextabhängigen ersten Satz in BVerfG NJW 2010, 3209 (3211 Rn. 80) stützen.

²⁰ Zum Folgenden bereits Saliger, NJW 2010, 3195. Zum Innovationspotential ebenso Kuhlen, JR 2011, 246 (247, 248 ff.).

²¹ BVerfG NJW 2010, 3209 (3211 Rn. 79 zu „b“) unter Bezug auf BVerfGE 87, 209 (229) zu § 131 Abs. 1 StGB – erheblich enger – und BVerfG 92, 1 (16 f.) zu § 240 Abs. 1 StGB: „Die Auslegung der Begriffe [...] darf nicht dazu führen, dass die dadurch bewirkte Eingrenzung der Strafbarkeit im Ergebnis wieder aufgehoben wird.“ Kuhlen, JR 2011, 246 (248) spricht insoweit von einer Garantie des systematisch interpretierten Gesetzes zugunsten des Bürgers. Für Krüger, NStZ 2011, 369 (372) soll darin nichts verfassungsrechtlich Neues liegen, weil es sich bereits um ein Gebot der Methodik handelt.

²² BVerfG NJW 2010, 3209 (3211 Rn. 80 zu „c“) unter Rekurs auf BVerfGE 82, 236 (270 f.); BVerfGE 87, 209 (224); BVerfGE 87, 399 (411). Dazu, dass diese Maßgabe in der Judikatur des BVerfG vorgezeichnet gewesen ist, vgl. z.B. BVerfGE 92, 1 (16 ff.) und BVerfG NJW 2009, 2370 (2372). Kuhlen, JR 2011, 246 (248) spricht von der Einhaltung des subjektiv historisch interpretierten Gesetzes zugunsten des Bürgers.

¹⁰ Beukelmann, NJW-Spezial 2010, 568 (569); ferner Schulz (Fn. 3), S. 327 f.; Radtke, GmbHR 2010, 1121.

¹¹ Wessing/Krawczyk, NZG 2010, 1121 (1122).

¹² Krüger, NStZ 2011, 369 (370); vgl. auch Kudlich, JA 2011, 66 (69): „darf man [...] die Prognose wagen, dass sich durch diese Entscheidung nicht wirklich etwas an der Beurteilung von dem Sachverhalt als Untreue oder nicht ändern wird, sondern dass nur Verurteilungen in ‚schlampigen‘ Urteilen nicht mehr so leicht möglich sind.“

¹³ Vgl. unten IV. 1.

¹⁴ Vgl. unten III. 2.

¹⁵ Unten III. 1.

¹⁶ Unten IV. 2.

¹⁷ Vgl. BVerfG NJW 2010, 3209 (3210 Rn. 69-76). Ebenso Kuhlen, JR 2011, 246 (248).

¹⁸ Vgl. BVerfG NJW 2010, 3209 (3210 Rn. 69, 78). Böse, Jura 2011, 617 (620 f.) weist darauf hin, dass es mehr als eine terminologische Frage sei, ob man wie das BVerfG das Analogieverbot und das Präzisierungsgebot aus dem Bestimmtheitsgebot ableite oder das Analogieverbot als einschlägige Gewährleistung ansehe (so z.B. Hassemer/Kargl, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen [Hrsg.], Nomos Kommentar, Strafrecht, Bd. 1, 3. Aufl. 2010, § 1 Rn. 70 f.).

Neben diesen allgemeinen Auslegungsregeln enthält Art. 103 Abs. 2 GG auch Vorgaben für die Handhabung weit gefasster Tatbestände und Tatbestandselemente.²³

- So dürfen Gerichte nicht durch fern liegende Interpretationen oder konturenlose Normverständnisse „bestehende Unsicherheiten über den Anwendungsbereich einer Norm erhöhen“ (Rechtsunsicherheitsminimierungsgebot oder besser Rechtsunsicherheitserhöhungsverbot);²⁴
- Darüber hinaus ist die Rechtsprechung gehalten, „verbleibende Unklarheiten über den Anwendungsbereich einer Norm durch Präzisierung und Konkretisierung im Wege der Auslegung nach Möglichkeit auszuräumen“ (Präzisierungsgebot);²⁵

²³ So die Eingrenzung des Anwendungsbereichs der nachfolgenden Regeln in BVerfG NJW 2010, 3209 (3211 Rn. 81 zu „d“). Auch für *Kuhlen*, JR 2011, 246 (248 f.) unterfallen die folgenden Regeln nicht mehr dem Analogieverbot, sondern als direkte Ausprägung des Gesetzlichkeitsprinzips seinem Postulat der Auslegungsbestimmtheit (*ders.*, in: Dannecker [Hrsg.], Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007, 2007, S. 89 [S. 103]), das sich mit dem Präzisierungsgebot des BVerfG deckt. *Kuhlen*, JR 2011, 246 (248 Fn. 37) unterscheidet demnach zwischen dem (erweiterten) Analogieverbot, das den Strafrichter bindet, soweit die Gesetze selbst bestimmt sind, und dem gleichrangigen Präzisierungsgebot, das den Strafrichter bindet, soweit es an der Gesetzesbestimmtheit fehlt. Diese Systematisierung nötigt innerhalb des verfassungsrechtlich Zulässigen zu der wenig glücklichen Abgrenzung zwischen (noch hinreichend) gesetzbestimmten und nicht (mehr hinreichend) gesetzbestimmten (!) Straftatbeständen, während die eigentliche Prüfung doch dahin geht, ob ein weit gefasster Straftatbestand mit Blick auf die konkretisierende Rechtsprechung noch als hinreichend gesetzbestimmt gelten kann.

²⁴ BVerfG NJW 2010, 3209 (3211 Rn. 81) – Begriffe v. *Autor*; weit enger BVerfGE 71, 108 (121); BVerfGE 87, 209 (224 ff., 229); tendenziell verallgemeinerbar allenfalls BVerfGE 92, 1 (19). *Kuhlen*, JR 2011, 246 (248 Fn. 37) begreift das Rechtsunsicherheitsminimierungsgebot als Bestandteil des Präzisierungsgebots. Daran ist natürlich richtig, dass eine Auslegung, die bestehende Unsicherheiten über den Anwendungsbereich einer Norm erhöht, zugleich das Präzisierungsgebot verletzt. Andererseits lässt sich das Rechtsunsicherheitsminimierungsgebot in der Sache präziser als Rechtsunsicherheitserhöhungsverbot deuten (von einem Verbot redet auch *Böse*, Jura 2011, 617 [620]). Insoweit ist ein Verstoß gegen das Rechtsunsicherheitserhöhungsverbot deutlich leichter festzustellen als ein Verstoß gegen das Präzisierungsgebot. Wegen dieser höheren Trennschärfe und Plastizität des Rechtsunsicherheitserhöhungsverbots (bzw. Rechtsunsicherheitsminimierungsgebots) sollte es als eigenständige Ausprägung des Präzisierungsgebots beibehalten werden (i.E. wohl auch *Böse*, Jura 2011, 617 [620]).

²⁵ BVerfG NJW 2010, 3209 (3211 Rn. 81); weit enger BVerfGE 26, 41 (43); BVerfGE 45, 363 (371 f.).

- In Fällen, in denen tatbestandlich nur die Möglichkeit der Bestrafung erkennbar ist und erst eine gefestigte Rechtsprechung eine zuverlässige Auslegungsgrundlage schafft, trifft die Rechtsprechung eine „besondere Verpflichtung, an der Erkennbarkeit der Voraussetzungen der Strafbarkeit mitzuwirken. Sie kann sich auch in über die allgemeinen Grundsätze des Vertrauensschutzes [...] hinausgehenden Anforderungen an die Ausgestaltung von Rechtsprechungsänderungen niederschlagen“ (Erhöhung des Vertrauensschutzes bei Rechtsprechungsänderungen).²⁶

Mit dieser Verschärfung der Pflichten im Rahmen des Gebots bestimmter Auslegung der Strafgesetze verbindet das BVerfG auch eine erhöhte Prüfungstiefe²⁷ mit folgenden Elementen:

- Das Bundesverfassungsgericht ist bei der verfassungsrechtlichen Überprüfung, ob die Strafgerichte den vorstehenden Vorgaben aus dem Bestimmtheitsgrundsatz gerecht geworden sind, *nicht* auf eine *Vertretbarkeitskontrolle beschränkt*;²⁸
- Stützen die Gerichte ihre Auslegung der Strafnorm auf ein *gefestigtes Verständnis* eines Tatbestandsmerkmals, so „prüft das Bundesverfassungsgericht das Bestehen eines solchen gefestigten Verständnisses *in vollem Umfang* nach“;²⁹
- „Entsprechendes gilt, wenn die Strafbarkeit nach einer weit gefassten Norm mittels gefestigter *komplexerer Obersätze* eingegrenzt wird wie z.B. bei der Bildung von *Fallgruppen*. Das Bundesverfassungsgericht prüft insoweit, ob die Gerichte bei Anwendung und Auslegung der Strafnorm bei den bislang entwickelten, die Norm konkretisierenden Obersätzen geblieben sind, gegebenenfalls ob sie diese im Rahmen der Strafnorm *folgerichtig weiterentwickelt* und ob sie sie der Würdigung des *konkreten Falls* zugrunde gelegt haben.“³⁰

²⁶ BVerfG NJW 2010, 3209 (3211 f. Rn. 81). Auf die Debatte zur Erstreckung des Rückwirkungsverbots auf belastende Rechtsprechungsänderungen (vgl. *Dannecker*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann [Hrsg.], Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 1 Rn. 432 ff.; dafür z.B. *Hassemer/Kargl* [Fn. 18], § 1 Rn. 51 und *Neumann*, ZStW 103 [1991], 331) geht das BVerfG leider nicht ein. Näher zum Ganzen *Schulz* (Fn. 3), S. 315 ff., der u.a. auf einen möglichen Bedeutungszuwachs von obiter dicta hinweist. Zum Zusammenhang zwischen der Erhöhung des Vertrauensschutzes bei Rechtsprechungsänderungen und der Erhöhung der Kontrolldichte zutreffend *Kuhlen*, JR 2011, 246 (249 f.) und unten Fn. 30.

²⁷ Von Prüfungsintensität spricht *Kuhlen*, JR 2011, 246 (249).

²⁸ BVerfG NJW 2010, 3209 (3212 Rn. 82).

²⁹ BVerfG NJW 2010, 3209 (3212 Rn. 83).

³⁰ BVerfG NJW 2010, 3209 (3212 Rn. 83) – alle *Hervorhebungen* v. *Autor*. *Kuhlen*, JR 2011, 246 (249 f.) unterscheidet insoweit zwischen einer formellen (u.a. Prüfung der Übereinstimmung der beanstandeten Auslegung mit einer gefestigten

Auch die Grenzen der verfassungsgerichtlichen Überprüfung der fachgerichtlichen Auslegung werden weiter als früher gezogen. Das BVerfG formuliert zwei Grenzen:

- Erstens unterzieht das BVerfG ein – gegebenenfalls in höchstrichterlichen Obersätzen – gefestigtes Normverständnis einer inhaltlichen Kontrolle nur insoweit, als es „nicht evident ungeeignet zur Konturierung der Norm sein darf“;³¹
- Zweitens werden „hinsichtlich der Anwendung der gegebenenfalls durch Obersätze konturierten und präzisierten Strafnorm [...] grundsätzlich keine Fragen des Verfassungsrechts aufgeworfen.“³²

In den Fokus der Kontrolldichte gerät damit vor allem die Abgrenzung der nunmehr eröffneten verfassungsgerichtlichen Obersatzkontrolle von der dem Verfassungsrecht entzogenen Obersatzanwendung nach der Maßgabe, ob das Risiko strafgerichtlicher Verfolgung aus Sicht des Bürgers noch erkennbar ist.³³ Auch wenn der 2. Senat sich beeilt zu betonen, dass sein Kontrollprogramm die Verantwortung des BGH für die Auslegung und Anwendung des Strafrechts unberührt lässt,³⁴ um dem Vorwurf zu entgehen, das BVerfG spreize sich zur Superrevisionsinstanz auf, so ist doch nicht zu verkennen, dass sein Beschl. die Tür zu einer intensiveren Kontrolle der Strafrechtsprechung zumindest den Worten nach weit aufstößt.

2. Auslegung der Untreue im Allgemeinen

Gleichfalls bemerkenswert, wenn auch insgesamt weniger spektakulär, sind die Maßgaben, die der 2. Senat aus dem

Rechtsprechung) und einer inhaltlichen (Prüfung der evidenten Ungeeignetheit der Rechtsprechung zur Konturierung der Norm) Kontrolle der Rechtsprechung durch das BVerfG. Diese Unterscheidung wirft u.a. die Frage auf, ob die Prüfung der „folgerichtigen Weiterentwicklung“ der bisherigen Obersätze „im Rahmen der Strafnorm“ noch eine „formelle“ Prüfung darstellt. Nur von einer inhaltlichen Kontrolle redet auch Böse, Jura 2011, 617 (621). Davon abgesehen leitet Kuhlen, JR 2011, 246 (250) aus diesem Prüfungsprogramm zutreffend die Maßgabe ab, dass die Strafgerichte künftig von einer gefestigten Rechtsprechung ohne Sorge für einen angemessenen Vertrauensschutz nicht zu Lasten des Bürgers abweichen dürfen.

³¹ BVerfG NJW 2010, 3209 (3212 Rn. 84). Diese Aussage unter dem Aspekt der Beschränkung der inhaltlichen Kontrolle des BVerfG thematisiert auch Böse, Jura 2011, 617 (621).

³² BVerfG NJW 2010, 3209 (3212 Rn. 84).

³³ BVerfG NJW 2009, 2370 (2373); BVerfG NJW 2010, 3209 (3211 Rn. 76). Becker, HRRS 2010, 383 (387) fordert, dass für den Bürger zumindest im Ansatz erkennbar sein muss, ob seine Verfassungsbeschwerde gegen ein Strafurteil Aussicht auf Erfolg hat oder nicht. Er beschränkt die Kontrolle des BVerfG daher auf „erkennbar unvertretbare (willkürliche) Auslegungsergebnisse.“

³⁴ BVerfG NJW 2010, 3209 (3212 Rn. 84).

Bestimmtheitsgrundsatz für die restriktive Auslegung des Untreuetatbestands im Allgemeinen ableitet.

Auf vertrauten Wegen bewegt sich das BVerfG zunächst bei der Bestimmung von Rechtsgut und Funktion des § 266 StGB. Auf Basis eines grundsätzlich wirtschaftlichen Vermögensbegriffs, der normative Schranken nicht ausschließt,³⁵ begreift es die Untreue mit der h.M. als reines Vermögenserfolgsdelikt mit der Funktion, das Vermögen des Treugebers vor Schädigungen von innen heraus zu schützen.³⁶ Konventionell sind auch die Ausführungen zur Vermögensbetreuungspflicht. In Übereinstimmung mit der h.M. versteht der 2. Senat die Vermögensbetreuungspflicht nicht nur als inhaltsgleiche Voraussetzung für Missbrauchs- und Treubruchsuntreue, sondern bestimmt sie primär danach, ob die fremdnützige Vermögensfürsorge den Hauptgegenstand der Rechtsbeziehung zum Treugeber bildet und ob dem Treunehmer die Möglichkeit zu eigenverantwortlicher Entscheidung innerhalb eines gewissen Ermessensspielraums verbleibt.³⁷

Innovativer sind die verfassungsrechtlichen Auslegungsziele, die der 2. Senat für die Pflichtverletzung als komplexes normatives Tatbestandsmerkmal³⁸ und den Vermögensnachteil als Erfolg der Untreue aufstellt. Danach ist die Anwendung des Merkmals der Pflichtwidrigkeit auf „klare und deutliche (evidente) Fälle“ zu beschränken, sind „Wertungswider-

³⁵ BVerfG NJW 2010, 3209 (3212 Rn. 86) unter Bezugnahme u.a. auf BGHSt 43, 293 (297) und Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 58. Aufl. 2011, § 266 Rn. 2: „§ 266 StGB schützt das Vermögen im Sinne der Gesamtheit der geldwerten Güter einer Person“; BVerfG NJW 2009, 2370 (2371 Rn. 24) unter Bezug u.a. auf BGH NJW 1975, 1234 (1235): „Zum Vermögen gehört dabei nach der hierfür maßgeblichen wirtschaftlichen Betrachtungsweise alles, was in Geldwert messbar ist.“ Zu Unrecht a.A. Krüger, NStZ 2011, 369 (374), der dem BVerfG einen ökonomisch-juristischen Vermögensbegriff unterstellt und sich dabei auf eine Passage zu Saldierungsproblemen bezieht (vgl. BVerfG NJW 2010, 3209 [3214 Rn. 103]).

³⁶ BVerfG NJW 2010, 3209 (3212 Rn. 86 ff.) unter Rekurs auf Schünemann, NStZ 2005, 473 (474).

³⁷ BVerfG NJW 2010, 3209 (3214 f. Rn. 109) unter Bezug u.a. auf BGHSt 24, 386 (387 f.) bzw. BGHSt 1, 186 (188 f.), BGHSt 13, 315 (317) und Dierlamm, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 2. Aufl. 2011, § 266 Rn. 44. Zu den abweichenden Ansichten zum Verhältnis von Missbrauch- und Treubruchtatbestand s. Saliger, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2009, § 266 Rn. 6 m.w.N.

³⁸ BVerfG NJW 2010, 3209 (3213 Rn. 97) in Übereinstimmung mit der h.M. unter Bezugnahme u.a. auf Kubiciel, NStZ 2005, 353 (357 f.); Rönnau, ZStW 120 (2007), 887 (903 f.) und BVerfGE 78, 205 (213) sowie unter ausdrücklicher Ablehnung der Blankettthese. Konsequenz daraus ist, dass die zur Ausfüllung des strafrechtlichen Pflichtwidrigkeitsmerkmals herangezogen außerstrafrechtlichen Pflichten des Zivil- und öffentlichen Rechts nicht am verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot zu messen sind. Dazu näher Böse, Jura 2011, 617 (621 f.).

sprüche zur Ausgestaltung spezifischer Sanktionsregelungen zu vermeiden“ und ist der „Charakter des Untreuetatbestands als eines Vermögensdelikts“ zu bewahren.³⁹

Dabei spricht der 2. Senat dem strittigen Kriterium der gravierenden Pflichtverletzung ausdrücklich tatbestandseingrenzende Funktion zu.⁴⁰ Der Einwand, dass sich dieses Erfordernis dem Gesetzeswortlaut nicht entnehmen lässt, überzeuge angesichts der Notwendigkeit einer Restriktion des sehr weiten Wortlauts nicht.⁴¹ Dem wird man jedenfalls insoweit zustimmen können, als der 2. Senat zutreffend betont, dass eine Pflichtverletzung nur im Fall ihrer Evidenz gravierend ist.⁴² Damit ist die Position des 2. Senats anschlussfähig an die schon bisher vielfach vertretene Lehre, wonach eine Pflichtverletzung gravierend ist, wenn sie auf Basis einer Gesamtwürdigung der Umstände evident unvertretbar und/oder willkürlich ist, weil sie auch unter Berücksichtigung des unternehmerischen Handlungsspielraums nicht mehr als eine ex-ante im materiellen Unternehmensinteresse liegende Entscheidung gedacht werden kann.⁴³

Die sicherlich bedeutsamsten Auslegungsziele gibt das BVerfG für die Handhabung des Vermögensnachteils vor.

- So muss die Auslegung des Nachteilsmerkmals „den gesetzgeberischen Willen beachten, dieses Merkmal als selbständiges neben der Pflichtverletzung zu statuieren“, und deshalb verhindern, dass das Nachteilsmerkmal sich mit dem Pflichtwidrigkeitsmerkmal dahin verschleift, dass es in ihm aufgeht (untreuespezifisches Verschleifungsverbot);⁴⁴
- Zur Wahrung dieses Verschleifungsverbots und des Vollendungserfordernisses der Untreue sind deshalb „eigenständige Feststellungen zum Vorliegen eines Nachteils geboten.“⁴⁵ Das bedeutet, dass mit Ausnahme einfach gelagerter und eindeutiger Fälle – etwa bei einem ohne weiteres greifbaren Mindestschaden – die Strafgerichte den Vermögensnachteil, wenn und soweit in der wirtschaftlichen Praxis Bewertungsmethoden existieren, der Höhe nach beziffern – ggf. unter Heranziehung von Sachverständigen – und seine Ermittlung in wirtschaftlich nachvollziehbarer Weise darlegen müssen.⁴⁶
- Bei Unsicherheiten ist der (Mindest-)Schaden zu schätzen, im Zweifel muss freigesprochen werden.⁴⁷

³⁹ BVerfG NJW 2010, 3209 (3215 Rn. 111).

⁴⁰ Vgl. dazu auch Radtke, GmbHR 2010, 1121 (1127).

⁴¹ BVerfG NJW 2010, 3209 (3215 Rn. 112) gegen Schünnemann, NStZ 2005, 473 (475).

⁴² BVerfG NJW 2010, 3209 (3215 Rn. 112). Krit. Böse, Jura 2011, 617 (622).

⁴³ Saliger (Fn. 37), § 266 Rn. 40 ff., 42 m.w.N. auch zu den abweichenden Ansichten.

⁴⁴ BVerfG NJW 2010, 3209 (3215 Rn. 113).

⁴⁵ BVerfG NJW 2010, 3209 (3215 Rn. 113) – *Hervorhebung v. Autor*.

⁴⁶ BVerfG NJW 2010, 3209 (3215 Rn. 113 f.).

⁴⁷ BVerfG NJW 2010, 3209 (3215 Rn. 114 und 3220 Rn. 151).

Dabei hebt der 2. Senat mit Fug hervor, dass normative Gesichtspunkte bei der Nachteilsfeststellung zwar eine Rolle spielen können, dass sie aber die wirtschaftliche Überlegungen nicht verdrängen dürfen, soll der Charakter der Untreue als erfolgsbezogenes Vermögensdelikt bewahrt bleiben.⁴⁸ Diese wichtige Erkenntnis des BVerfG darf in den zahllosen analytischen Passagen des Beschlusses nicht aus den Augen geraten. Das gilt etwa für die Passage, in der der Senat die Saldierungsproblematik bei § 266 StGB beschreibt:

„Konkretisierungsbedarf kann sich auch aus der Tatsache ergeben, dass es sich beim Vermögen als Rechtsgut und Bezugspunkt des anzustellenden Vergleichs nicht um einen der sinnlichen Wahrnehmung unmittelbar zugänglichen Gegenstand handelt, sondern um eine wirtschaftliche Größe, deren Umfang zu einem bestimmten Zeitpunkt sich erst aus einer Bewertung ergibt. In deren Rahmen bedarf es der Entscheidung, welche Vermögenspositionen in die Wertbestimmung einfließen und wie deren Wert zu ermitteln ist. Hierbei können normative Überlegungen eine Rolle spielen, die unter Umständen die Eigenständigkeit des Nachteilsmerkmals gegenüber dem Pflichtwidrigkeitsmerkmal in Frage stellen und eine Konturierung des Nachteilsbegriffs zusätzlich erschweren. Das zeigt sich beispielsweise bei den Fragen, in welchem Umfang vom Treupflichtigen verursachte Wertzuwächse eingetretene Verluste kompensieren können [...] und unter welchen Umständen Ausgleichsansprüche gegen den Täter ausnahmsweise schadensmindernd zu berücksichtigen sind.“⁴⁹

Die dargelegten Auslegungsgrundsätze gelten auch für die Feststellung der schadensbegründenden Vermögensgefahr, die das BVerfG als eigenständige Schadenskategorie grundsätzlich anerkennt.⁵⁰ Besonders zu beachten ist, dass der 2. Senat dem namentlich von Hefendehl entwickelten und zuletzt auch v. 1. Strafsenat des BGH⁵¹ favorisierten bilanzrechtsorientierten Ansatz für die Anwendung der schadensbegründenden Vermögensgefahr am Beispiel der Kredituntreue fruchtbar macht.⁵² Danach sind bei Vermögensgegenständen des Umlaufvermögens gem. § 253 Abs. 4 HGB Abschreibungen vorzunehmen, um diese mit einem niedrigeren Wert anzusetzen, der sich aus einem Börsen- oder Marktpreis am Abschlussstichtag ergibt. Ist ein Börsen- oder Marktpreis nicht festzustellen und übersteigen die Anschaffungs- oder Herstellungskosten den Wert, der den Vermögensgegenständen am Abschlussstichtag beizulegen ist, so ist auf diesen Wert abzuschreiben. Dieser niedrigere beizulegende Wert

⁴⁸ BVerfG NJW 2010, 3209 (3215 Rn. 115). Zum Normativierungsproblem Saliger, in: Joecks/Ostendorf/Rönnau/Rotsch/Schmitz (Hrsg.), Recht – Wirtschaft – Strafe, Festschrift für Erich Samson, 2010, S. 455.

⁴⁹ BVerfG NJW 2010, 3209 (3214 Rn. 103).

⁵⁰ BVerfG NJW 2010, 3209 (3218 Rn. 136 ff.); BVerfG NJW 2009, 2370 (2372 f. Rn. 30 ff.).

⁵¹ Vgl. BGHSt 53, 199 (203); BGH NStZ 2008, 457.

⁵² BVerfG NJW 2010, 3209 (3219 ff. Rn. 141 ff.) unter Bezugnahme auf Hefendehl, Vermögensgefährdung und Exspektanzen, 1994, S. 169 ff., 448, 454 f.

i.S.d. § 253 Abs. 4 HGB wird durch die geschätzte Höhe des mit Wahrscheinlichkeit zufließenden Betrages bestimmt.⁵³

Ist also „auf Grund fehlender Bonität des Schuldners und fehlender Sicherheiten konkret erkennbar, dass mit einem teilweisen oder vollständigen Forderungsausfall zu rechnen ist, muss folglich eine Einzelwertberichtigung gebildet oder sogar eine Direktabschreibung vorgenommen werden [...], so dass das Vermögen der Bank bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtung bereits durch den Vertragsschluss (die verbindliche Kreditzusage) wegen Minderwertigkeit des Gegenleistungsanspruchs negativ verändert wird.“⁵⁴

Die Erbringlichkeit der Forderung am Bilanzstichtag (das Ausfallrisiko) soll sich ermitteln „nach dem Barwert der voraussichtlich erzielbaren künftigen Zins- und Tilgungszahlungen“ unter Berücksichtigung der Bonität des Kreditnehmers, der Rendite des Kredits, verwertbarer Sicherheiten und etwaiger Rückgriffsmöglichkeiten sowie „aller Umstände, die den Forderungseingang zweifelhaft erscheinen lassen.“⁵⁵

Der 2. Senat rechtfertigt seinen Rückgriff auf die bilanzrechtlichen Bewertungsgrundsätze mit dem Hinweis, dass die bisherige Rechtsprechung „in den Fällen des Gefährdungschadens eine konkrete Feststellung der Schadenshöhe nach anerkannten Bewertungsmaßstäben nicht durchweg für erforderlich“ gehalten habe, was durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt sei.⁵⁶ Dieser Hinweis ist zutreffend. Doch stellt sich die Frage, ob die bisherige, auch normativierende Praxis nicht schlicht dem Umstand Rechnung getragen hat, dass in zahlreichen Konstellationen einer schadensbegründenden Vermögensgefahr jenseits der Kredituntreue Bewertungsgrundsätze weitgehend fehlen. Insoweit wird auch der bilanzrechtsorientierte Ansatz zeigen müssen, wie er den Vermögensnachteil etwa bei der unordentlichen Buchführung, der falschen Behandlung von Mandantengeldern oder der Auslösung von Schadensersatzansprüchen und Sanktionen⁵⁷ auf seiner Grundlage künftig nachvollziehbarer bestimmt⁵⁸ – abgesehen von der weiteren, vielfach vorgetragenen Kritik am bilanzrechtsorientierten Ansatz (z.B. bloßer „Austausch“ von Unsicherheit angesichts der Vielzahl der Bewertungsmethoden und Spielräume im Bilanzrecht; andere Funktion der bilanzrechtlichen Grundsätze unter Hinweis vor allem auf das Vorsichtsprinzip gemäß § 252 Abs. 1 Nr. 4 HGB⁵⁹).⁶⁰

Mit der verfassungsrechtlichen „Weihe“ steht der bilanzrechtsorientierte Ansatz andererseits auf der Tagesordnung der Praxis. Die Zustimmung zu ihm wächst.⁶¹ Das wird Umgehungsstrategien auf den Plan rufen, um ohne Rückgriff auf Sachverständige für die Ermittlung der Forderungsberichtigung zu gewünschten Ergebnissen zu gelangen⁶²: sei es, dass Fallgruppen der schadensbegründenden Vermögensgefahr kurzerhand zu „Endschäden“ hochgestuft werden;⁶³ sei es, dass die Gesamtsaldierung verkürzt wird;⁶⁴ sei es, dass vermehrt geschätzt wird; oder sei es, dass vermehrt „gedealt“ wird mit den bekannten Konsequenzen (§ 153a StPO).⁶⁵ Ob darin in jeder Hinsicht ein Rechtsfortschritt erblickt werden kann, darf bezweifelt werden.

3. Einzelne Fallgruppen

Anders als das verfassungsrechtliche Prüfungsprogramm überzeugt seine Anwendung auf die mit der Verfassungsbeschwerde angegriffenen Urteile nur teilweise.⁶⁶ Kritik provoziert vor allem die Bestätigung des Siemens-Urteils durch den 2. Senat.⁶⁷ Die Kritik nährt sich daraus, dass gerade der Schwarze-Kassen-Rechtsprechung des 2. BGH-Strafsenats wegen ihrer Verwendungszweckunabhängigkeit eine Ver-

Volk zum 65. Geburtstag, 2009, S. 240; Fischer, NSTZ-Sonderheft 2009, 14 f.; ders. (Fn. 35), § 263 Rn. 184 ff. und § 266 Rn. 162 ff.; Rübenstahl, NJW 2009, 2390 (2392); Schlösser, NSTZ 2009, 665 f.; Schmitt, in: Habersack (Hrsg.), Entwicklungslinien im Bank- und Kapitalmarktrecht, Festschrift für Gerd Nobbe, 2009, S. 1023 f.; Saliger (Fn. 48), S. 474; vgl. auch Brüning, ZJS 2009, 300 (303). Diff. Becker, HRRS 2009, 337. Zurückhaltung empfehlen Ransiek/Reichling, ZIS 2009, 315 (317). Zust. Schäfer, JR 2009, 289; Wattenberg/Gehrmann, Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft 2010, 507 (512 ff.); auch Schünemann, StraFo 2010, 477 (479 ff.).

⁶¹ Vgl. etwa Wattenberg/Gehrmann, Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft 2010, 507 (512 ff.); Böse, JR 2011, 617 (622 f.); auch Schünemann, StraFo 2010, 477 (479 ff.). Nach wie vor krit. aber Becker, HRRS 2010, 383 (390 ff.); Wessing/Krawczyk, NZG 2010, 1121 (1124).

⁶² Vgl. auch Fischer (Fn. 35), § 266 Rn. 163: „Eine regelmäßige Einholung von Bewertungs-Gutachten ist praktisch nicht realisierbar.“

⁶³ So geschehen bereits vor dem Beschl. des BVerfG hinsichtlich der schwarzen Kassen; vgl. BGHSt 52, 323 (insb. 336 f.) – Siemens; vgl. auch unten III. 1. b).

⁶⁴ Dazu unten III. 3.

⁶⁵ Zu dieser möglichen Auswirkung Wessing/Krawczyk, NZG 2010, 1121 (1124); Krüger, NSTZ 2011, 369 (370, 373).

⁶⁶ Vgl. zum Folgenden bereits Saliger, NJW 2010, 3195 (3197 f.).

⁶⁷ Krit. ebenso Becker, HRRS 2010, 383 (388 f.); Schünemann, StraFo 2010, 477 (481 f.). Zust. dagegen Radtke, GmbHR 2010, 1121 (1127) und wohl auch Krüger, NSTZ 2011, 369 (375). Auch Kuhlen, JR 2011, 246 (251 f.) gelangt zu dem Ergebnis, dass das BVerfG die Verfassungsbeschwerde im Fall Siemens im Einklang mit seinem Prüfungsprogramm verworfen habe.

⁵³ BVerfG NJW 2010, 3209 (3219 Rn. 141).

⁵⁴ BVerfG NJW 2010, 3209 (3219 Rn. 143).

⁵⁵ BVerfG NJW 2010, 3209 (3220 Rn. 146).

⁵⁶ BVerfG NJW 2010, 3209 (3220 Rn. 147 ff.).

⁵⁷ Bisher anerkannte Fallgruppen einer schadensbegründenden Vermögensgefahr bei der Untreue; vgl. statt aller Saliger (Fn. 37), § 266 Rn. 73 ff.

⁵⁸ Krit. Fischer (Fn. 35), § 266 Rn. 162 ff.; Becker, HRRS 2010, 383 (390 ff.).

⁵⁹ Vgl. dazu problemsensibel BVerfG NJW 2010, 3209 (3216 Rn. 123), wo der 2. Senat offenbar von einer Nichtanwendung des Vorsichtsprinzips bei der Schadensbestimmung ausgeht.

⁶⁰ Krit. zum bilanzrechtsorientierten Ansatz Kempf, in: Hassemer (Hrsg.), In dubio pro libertate, Festschrift für Klaus

schleifung von Tathandlung und Taterfolg mit unzulässiger Normativierung des Nachteilsmerkmals vorgeworfen wird.⁶⁸ Das Bundesverfassungsgericht sieht das Verschleifungsverbot insoweit als gewahrt an, als die Endgültigkeit des Mittelentzugs zu einer aktiven Vereitelung von konkreten vermögenswerten Expektanzen geführt habe.⁶⁹ Das ist methodisch bereits deshalb erstaunlich, weil der 2. Senat im Rahmen verfassungsgerichtlicher Obersatzkontrolle auf eine Begründung Bezug nimmt, die in diesem Kontext, soweit ersichtlich, erstmals vom Generalbundesanwalt vorgetragen wurde⁷⁰ und nicht gefestigter Rechtsprechung entspricht. Auch in der Sache ist kaum erfindlich, wie ein wirtschaftlich noch dem Treugeber zuzuordnendes Vermögen, das jahrelang im Interesse des Treugebers verwendet wird, sich in der schwarzen Kasse zu einer vermögenswerten Expektanz verwandelt. Die verfassungsgerichtliche Bestätigung der Verurteilung im Fall Siemens ist faktisch präjudizierend gewesen für die Verurteilung im Fall Trienekens.⁷¹

Die Verfassungsbeschwerde im Berliner Bankenskandal-Fall erachtet der 2. Senat dagegen als einziger für begründet. Bei der Prüfung der Pflichtwidrigkeit, deren Annahme nicht beanstandet wird, bewegt sich das BVerfG auf dem Boden der – als ausreichend konkretisierend eingeschätzten – Strafrechtsprechung zur Kredituntreue. Beachtlich ist hier, dass auch der 2. Senat auf § 93 AktG Bezug nimmt, dass er § 18 KWG einen zumindest faktischen Schutz des Vermögens der Kreditbank zuspricht und dass er auf die für die Anwendung der rechtlichen Standards nötigen Fachkenntnisse des betroffenen Personenkreises hinweist.⁷² Beim Nachteilsmerkmal billigt der 2. Senat die Anknüpfung an die grundsätzlich für legitim erachtete (strittige) schadensgleiche Vermögensgefahr, beanstandet aber die Anwendung im konkreten Fall.⁷³ Daran ist bemerkenswert, dass das BVerfG mit der Einordnung der Kredituntreue unter die schadensgleiche Vermögensgefahr der neueren Judikatur insbesondere des 1. BGH-Strafsenats (indirekt) eine Absage erteilt, die unter deutlicher Kritik an der Vermögensgefahr in Fällen treuwidriger „Risikogeschäfte“ zuletzt einen endgültigen Vermögensnachteil bejaht hat.⁷⁴ Letztlich sei den Straferichten im Berliner Fall eine „handgreifliche“ Verschleifung von Pflichtwidrigkeit und Vermögensnachteil unterlaufen, weil sie den Vermögensnachteil nicht hinreichend konkret ermittelt hätten, ins-

besondere von einer völligen Wertlosigkeit der Darlehensrückzahlungsforderung ausgegangen seien.⁷⁵

III. Umsetzung des BVerfG-Beschl. in der Untreuerrechtsprechung der BGH-Senate

1. Explizite Umsetzung (1): „Einschränkung“ von Pflichtverletzung und Vermögensnachteil

Von allen Strafsenaten des BGH hat der 1. Strafsenat bisher die größten dogmatischen Anstrengungen unternommen, das vom BVerfG aufgegeben strafgerichtliche Konkretisierungsprogramm aus dem Bestimmtheitsgrundsatz bei der Auslegung des Untreuetatbestands umzusetzen. Zwei Entscheidungen sind hier zu erwähnen: Der AUB-Beschluss v. 13.9.2010 und der Beschluss zur Kölner Parteispendenaffäre v. 13.4.2011.

a) AUB-Beschluss des 1. Senats v. 13.9.2010

In dem Fall (Sachverhalt vereinfacht⁷⁶) ging es um die Beeinflussung von Betriebsratswahlen und die verschleierte finanzielle Unterstützung der Arbeitsgemeinschaft unabhängiger Betriebsangehöriger (AUB) durch Verantwortliche der Siemens AG. Der Angeklagte hatte zu Beginn der 1990er Jahre mit einzelnen Mitgliedern des Vorstandes und weiteren Führungskräften der Siemens AG vereinbart, die AUB, deren Vorsitzender er war, durch verschleierte finanzielle Zuwendungen der Siemens AG zu finanzieren und zu fördern. Ziel war es, die AUB als Gegengewicht zur IG Metall aufzubauen und dadurch bei betrieblichen Fragen in Betriebsräten und Aufsichtsräten mehr Pluralität herzustellen. Durch die Wahl von AUB-Kandidaten in die Betriebsräte der Siemens AG sollten Mehrheitsverhältnisse geschaffen werden, die aus Arbeitgebersicht günstige Betriebsvereinbarungen ermöglichten. Die vereinbarte Förderung der AUB erfolgte bis 2006 durch verdeckte Zahlungen in zweistelliger Millionenhöhe, die über verschiedene Konstruktionen wie fingierte Beratungs- und Schulungsverträge sowie zuletzt Zahlungen an eine vom Angeklagten gegründete Firma für Unternehmensberatung und Mitarbeiterschulung geleistet wurden. Spätestens ab 1996 fand eine Kontrolle der Mittelverwendung durch den Angeklagten – abgesehen von einzelnen Plausibilitätskontrollen – seitens der Siemens AG nicht mehr statt.

Das LG hatte den Angeklagten u.a. wegen Beihilfe zur Untreue verurteilt. Diese Verurteilung hat der 1. Strafsenat des BGH mit einer bemerkenswerten Begründung aufgehoben und gem. § 154a Abs. 2 StPO eingestellt. Nach Auffassung des 1. Strafsenats hat der vermögensbetreuungspflichtige Haupttäter entgegen dem LG eine untreuetaugliche Pflichtverletzung nicht schon deshalb begangen, weil er mit den Zahlungen an den Angeklagten gegen die Strafvorschrift des § 119 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG verstoßen hat. Denn diese Norm stellt keine das zu betreuende Vermögen (hier der Siemens AG) schützende Vorschrift dar. Schutzzweck dieser Strafnorm ist vielmehr ausschließlich die Integrität der Wahl

⁶⁸ Saliger, NStZ 2007, 545 (547 f.); Schünemann, StraFo 2010, 1 (9).

⁶⁹ BVerfG NJW 2010, 3209 (3216 f. Rn. 118 ff., 124). Zust. Kuhlen, JR 2011, 246 (252).

⁷⁰ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, Rn. 58 (in NJW 2010, 3209 nicht abgedruckt); so nun auch Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 266 Rn. 45c.

⁷¹ Dazu III. 2.

⁷² BVerfG NJW 2010, 3209 (3217 f. Rn. 130, 133 u. 134).

⁷³ BVerfG NJW 2010, 3209 (3218 ff. Rn. 136, 152 ff.; zur Legitimität Rn. 137 ff.).

⁷⁴ BGH NStZ 2008, 457; BGHSt 53, 199 (202 f.); dazu krit. Saliger (Fn. 48), S. 465 ff.

⁷⁵ BVerfG NJW 2010, 3209 (3221 Rn. 153, 155, 158). Krit. Leplow, wistra 2010, 475.

⁷⁶ Vgl. BGH NJW 2011, 88 m. zust. Anm. Bittmann.

des Betriebsrats, insbesondere die Freiheit der Willensbetätigung der Wahlbeteiligten.⁷⁷ Unter expliziter Anknüpfung an die Einschränkungssätze des BVerfG⁷⁸ erklärt der 1. Strafsenat:

„Eine Normverletzung – hier eine Straftat i.S.d. § 119 I Nr. 1 BetrVG – ist deshalb in der Regel nur dann pflichtwidrig i.S. von § 266 StGB, wenn die (unmittelbar⁷⁹) verletzte Rechtsnorm ihrerseits – wenigstens auch, und sei es mittelbar – vermögensschützenden Charakter hat, mag die Handlung auch nach anderen Normen pflichtwidrig sein und unter Umständen sogar Schadensersatzansprüche gegenüber dem Treupflichtigen auslösen. Nur dann [...] liegt der untreuenspezifische Zusammenhang zwischen Pflichtverletzung und geschütztem Rechtsgut i.S.v. § 266 I StGB vor.“⁸⁰

Das gilt auch, soweit für die Pflichtverletzung auf die Maßgabe nach den §§ 76, 93, 116 AktG abgestellt wird. Denn eine primär nicht einmal mittelbar vermögensschützende Rechtsnorm wird nicht dadurch vermögensschützend, dass ihre Verletzung zugleich eine Verletzung aktienrechtlicher Vorschriften darstellt. Andernfalls würde man dem Untreueatbestand jegliche Kontur nehmen, weil letztlich jeder Gesetzesverstoß wie z.B. die Beauftragung einer Werbeagentur mit einer i.S.v. § 3 UWG unlauteren Werbung zur untreueartigen Pflichtverletzung würde und bei Vorliegen eines Vermögensnachteils strafbare Untreue wäre.⁸¹

Soweit der 1. Strafsenat eine Pflichtverletzung darin erblickt, dass der Haupttäter die Zahlungen ohne ausreichende inhaltliche Kontrolle veranlasste, verneint er eine Untreuestrafbarkeit mangels Vorliegens eines Vermögensnachteils. Unter erneuter Anknüpfung an die Auslegungsziele des BVerfG⁸² stellt er zur Unmittelbarkeit der Vorteilsseite bei der Schadenskompensation richtig:

„Das LG hat dabei nicht hinreichend bedacht, dass ein unmittelbarer, den Vermögensnachteil kompensierender Vermögensvorteil nicht nur dann gegeben ist, wenn die schadensgleiche Kompensation in engem zeitlichen Zusammenhang mit der Pflichtverletzung steht. Denn ‚unmittelbar‘ heißt insoweit nicht zeitgleich bzw. sofort oder auch nur bald. Eine unmittelbare Schadenskompensation ist vielmehr dann gegeben, wenn keine weitere, selbständige Handlung mehr hinzutreten muss, damit der kompensationsfähige Vermögenszuwachs entsteht.“⁸³

Insoweit hätte es unter Heranziehung eines Sachverständigen näherer Feststellungen dazu bedurft, warum die mit den Zahlungen angestrebten Vorteile für die Siemens AG, auf die bei der Gesamtsaldierung allein abzustellen ist, aus Sicht der Verantwortlichen der Siemens AG bloß eine vage Chance, wie das LG annimmt, begründet hätten und nicht bereits

messbare Vermögenswerte. Nach Auffassung des 1. Strafsenats sind die Zuwendungen „auf Grund des zur Tatzeit etablierten und ‚bewährten‘ Systems [...] auch nicht mit Fällen vergleichbar, bei denen durch Einsatz von Bestechungsgeldern in nicht konkretisierten zukünftigen Fällen dem Vermögensinhaber günstige Vertragsabschlüsse erreicht werden sollen.“⁸⁴

Die Entscheidung des 1. Strafsenats verdient in nahezu jeder Hinsicht Zustimmung. Die Einschränkung der Untreue-tauglichkeit von Pflichtverletzungen auf mittelbar vermögensschützende Rechtsnormen sichert den Vermögensdelikt-scharakter der Untreue und kann an Vorschläge im Schrift-tum anknüpfen.⁸⁵ Noch spektakulärer ist die Erweiterung der Unmittelbarkeit der Vorteilsseite bei der Gesamtsaldierung auf nicht zeitgleich eintretende Vorteile ohne Berufung auf eine Gesamtbetrachtung.⁸⁶ In dieser wirtschaftlichen Perspek-tive auf das verbotene Geschäft⁸⁷ ohne Berücksichtigung der Rechtmäßigkeit der Vorteile erlebt das Bundesligaskandalur-teil von 1975⁸⁸ eine bemerkenswerte Renaissance. Zweifel-haft bleibt allein die etwas gekünstelt anmutende Abgrenzung („bewährtes“ System) zwischen dem AUB-Fall und den Schwarze-Kasse-Fällen. Immerhin wurde zumindest im Fall Siemens ein „System“ schwarzer Kassen mit systematischen Bestechungszahlungen festgestellt.⁸⁹

b) Beschluss des 1. Senats zur Kölner Parteispendenaffäre v. 13.4.2011

Überzeugt der AUB-Beschluss des 1. Strafsenats ganz über-wiegend, so kann das für den Beschluss zur Kölner Partei-spendenaffäre v. 13.4.2011 nicht gelten. In dem Fall (Sach-verhalt vereinfacht⁹⁰) erhielt der CDU-Kreisverband Köln im Jahr 1999 Parteispenden von einer oder mehreren unbekannt gebliebenen Personen in einer Gesamthöhe von 67.000 DM. Der Angeklagte und damalige Vorsitzende des Kreisverban-des wollte die Spenden zu Gunsten des Kreisverbandes ver-einnahmen, was nur möglich war, wenn die tatsächlichen Umstände der Spende (Spender und Spendenhöhe) verschlei-ert wurden. Deshalb warb er Mitangeklagte als Scheinspen-der und stellte ihnen falsche Spendenquittungen aus. Auf-grund der Verschleierung der tatsächlichen Gegebenheiten erhielt die Bundespartei, wie vom Angeklagten erstrebt, zu Lasten der anderen am System der staatlichen Parteifinanzie-rung teilnehmenden Parteien eine ihr in dieser Höhe nicht zustehende staatliche Förderung nach dem Parteiengesetz (PartG). Der Angeklagte nahm in Kauf, dass der wahre Sach-verhalt – wie dann auch geschehen – später bekannt werden und der CDU-Kreisverband Köln in der Folge durch Sanktio-nen nach dem PartG erhebliche finanzielle Nachteile erleiden könnte.

⁷⁷ BGH NJW 2011, 88 (91 Rn. 34).

⁷⁸ Vgl. BGH NJW 2011, 88 (91 Rn. 35).

⁷⁹ Ergänzung mit Blick auf den verkürzt wiedergegebenen nachfolgenden Satz.

⁸⁰ BGH NJW 2011, 88 (91 f. Rn. 36) – *Hervorhebungen v. Autor*.

⁸¹ BGH NJW 2011, 88 (92 Rn. 38).

⁸² Vgl. BGH NJW 2001, 88 (92 f. Rn. 42 f.).

⁸³ BGH NJW 2001, 88 (93 Rn. 45).

⁸⁴ BGH NJW 2001, 88 (93 Rn. 46).

⁸⁵ Vgl. z.B. Saliger (Fn. 37), § 266 Rn. 32 und 82 ff. m.w.N.

⁸⁶ Vgl. zum bisherigen Diskussionsstand Saliger (Fn. 37), § 266 Rn. 57 ff.

⁸⁷ BGH NJW 2011, 88 (92 Rn. 42).

⁸⁸ BGH NJW 1975, 1234 (1235).

⁸⁹ Ebenso Bittmann, NJW 2011, 96 (97).

⁹⁰ BGH NJW 2011, 1747 m. krit. Anm. Brand.

Der *1. Strafsenat* hat die landgerichtliche Verurteilung des Angeklagten u.a. wegen Untreue in Tateinheit mit Betrug aufgehoben und die Sache an eine andere Strafkammer zurückverwiesen. Diese Entscheidung kommt nicht ganz überraschend, hatte der *1. Strafsenat* doch in einem obiter dictum des AUB-Beschluss im Kontext des vermögensschützenden Charakters einer Rechtsnorm offen gelassen, ob etwas anderes gilt, wenn an die Verletzung einer solchen Rechtsnorm eine spezifische, sich vermögensmindernd auswirkende Sanktion anknüpft.⁹¹

Nach Auffassung des *1. Strafsenats* hat der als Vorsitzender des Kreisverbandes vermögensbetreuungspflichtige Angeklagte zwar durch die Einreichung des unrichtigen Rechenschaftsberichts Pflichten nach dem PartG verletzt (§§ 23, 7 PartG, 25 PartG a.F.). Durch diese Handlung verletzte er allerdings keine das Vermögen seiner Partei schützende Rechtsnorm, so dass er insoweit keine ihm obliegende Vermögensbetreuungspflicht verletzt hat.⁹² Dazu führt das Gericht aus:

„Die vorliegend betroffenen Vorschriften des Parteiengesetzes dienen vornehmlich der Sicherstellung und Transparenz der staatlichen Parteienfinanzierung. Dagegen sollen die sich hieraus ergebenden Verpflichtungen der für die Parteien handelnden Personen nicht das jeweilige Parteivermögen vor Regressansprüchen des Bundes schützen. Damit kann auch ein Verstoß gegen diese Vorschriften des Parteiengesetzes für sich allein keine pflichtwidrige Handlung i.S.v. § 266 Abs. 1 StGB darstellen. Pflichtwidrig im Sinne dieser Vorschrift sind nur Verstöße gegen vermögensschützende Normen [...] Der Umstand, dass ein Verstoß gegen die Vorschriften des Parteiengesetzes spezifische und sich damit mittelbar auf das Vermögen der Partei auswirkenden Sanktionen auslösen kann, macht diese Vorschriften nicht zu vermögensschützenden Normen i.S.v. § 266 StGB.“⁹³

Allerdings, so der *1. Strafsenat* weiter, berührte das Verhalten des Angeklagten „gleichwohl Pflichten, die das Vermögen der Partei schützen sollten. Denn die *Beachtung der Vorschriften des Parteiengesetzes* war hier im Verhältnis zwischen der Bundes-CDU und den Funktionsträgern der Partei, die mit den Parteifinzen befasst waren, *Gegenstand einer selbständigen, von der Partei statuierten Verpflichtung*.“⁹⁴

Soweit die Pflichten nach dem PartG also satzungsmäßig verankert waren, beschränkte sich die Pflicht zur Beachtung der gesetzlichen Buchführungspflichten nicht auf die allgemeine Aufforderung zum gesetzestreu Verhalten, sondern bildete eine fremdnützige, das Parteivermögen schützende Hauptpflicht i.S.v. § 266 StGB.⁹⁵ Damit begründete die Ver-

letzung der durch Rechtsgeschäft erzeugten Treuepflicht die untreuetaugliche Pflichtwidrigkeit.⁹⁶ Diese war wegen der gezielten Verschleierung und der erheblichen Sanktionsfolgen auch gravierend.⁹⁷

Eine Verurteilung wegen Untreue scheitert aber daran, dass das LG zum einen nicht festgestellt hat, dass dem CDU-Kreisverband Köln ein Vermögensnachteil entstanden ist, und zum anderen der Angeklagte sich gegenüber dem weiteren, freilich nicht angeklagten untreuetauglichen Vermögensnachteil in Gestalt der Sanktionsgefahr für das Vermögen der Bundes-CDU nicht hinreichend habe verteidigen können.⁹⁸

Für die weitere Hauptverhandlung weist der *1. Strafsenat* darauf hin, dass die Strafbarkeit wegen Parteienuntreue nicht lediglich als schadensbegründende Vermögensgefahr, sondern als endgültiger Vermögensnachteil in Betracht kommt. Denn unmittelbar mit der Entdeckung der Tathandlung trete bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtung der endgültige Vermögensnachteil i.S.v. § 266 StGB in Form eines bilanzierenden Rückforderungsanspruches ein, für den eine Rückstellung zu bilden sei.⁹⁹ Ob zwischen der Tathandlung und der Entdeckung des Tatgeschehens ein längerer Zeitraum liege, stehe der Annahme eines Vermögensnachteils nicht entgegen, weil ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen pflichtwidrigem Tun und Vermögensnachteil nicht erforderlich sei.¹⁰⁰

Die Würdigung dieser Entscheidung fällt nicht leicht, zumal der *1. Strafsenat* bis auf eine Ausnahme kein Schrifttum zitiert und seine Begründung sich von bisheriger Rechtsprechung, die die Untreuetauglichkeit parteiengesetzlicher Pflichten bejaht und die Parteienuntreue unter die Fallgruppe der schadensbegründenden Vermögensgefahr eingeordnet hat, stark abhebt.¹⁰¹ Auch in der Sache gibt die Entscheidung dem Angeklagten mehr Steine als Brot, weil sie die grundsätzliche Möglichkeit einer strafbaren Parteienuntreue bestätigt.¹⁰² Die Hauptthese des *1. Strafsenats*, dass die Pflichten

⁹⁶ BGH NJW 2011, 1747 (1749 Rn. 29).

⁹⁷ BGH NJW 2011, 1747 (1749 f. Rn. 30), wo auch der „erforderliche funktionale Zusammenhang“ zwischen Pflichtverletzung und geschütztem Vermögen bejaht wird.

⁹⁸ BGH NJW 2011, 1747 (1750 Rn. 31 ff.).

⁹⁹ BGH NJW 2011, 1747 (1751 Rn. 56-58) unter Bezug u.a. auf den BVerfG-Beschl.

¹⁰⁰ BGH NJW 2011, 1747 (1751 Rn. 58 f.) in Abgrenzung zu BGH NSTZ 2009, 686 (insb. 688) – Berliner Straßenreinigungsfall, und unter Bezug auf das Unmittelbarkeitsverständnis im eigenen AUB-Beschl.

¹⁰¹ Vgl. etwa BGHSt 49, 275 (303); BGHSt 51, 100 (117 f.); BGH HRRS 2007 Nr. 173; dazu näher Saliger (Fn. 37), § 266 Rn. 102. Selbst das BVerfG scheint die Parteienuntreue als Fallgruppe der Untreue zu akzeptieren, vgl. BVerfG NJW 2010, 3209 (3212 f. Rn. 91).

¹⁰² Diese ist bekanntlich streitig: Bejahend z.B. BGHSt 49, 275 (303); BGHSt 51, 100 (117 f.); BGH HRRS 2007 Nr. 173; Perron (Fn. 70), § 266 Rn. 45b; Saliger (Fn. 37), § 266 Rn. 102 m.w.N.; Wessels/Hillenkamp, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 33. Aufl. 2010, Rn. 775; Wolf, KJ 2000, 531; Schwind, NSTZ 2001, 349; Saliger/Sinner NJW 2005,

⁹¹ BGH NJW 2011, 88 (92 Rn. 36); gesehen von Bittmann NJW 2011, 88 (96).

⁹² BGH NJW 2011, 1747 (1749 Rn. 21 ff., 24).

⁹³ BGH NJW 2011, 1747 (1749 Rn. 25) unter Bezug u.a. auf seinen AUB-Beschl. Deshalb spricht der *1. Strafsenat* im 1. Leitsatz auch von „Fortführung“ des AUB-Beschl.

⁹⁴ BGH NJW 2011, 1747 (1749 Rn. 26) – *Hervorhebungen v. Autor*.

⁹⁵ BGH NJW 2011, 1747 (1749 Rn. 27).

des PartG an sich untreuetauglich sind und erst bei ihrer satzungsmäßigen Verankerung untreuetauglich werden, ist schon vereinzelt vertreten worden.¹⁰³ Richtiger macht sie das nicht. Die Aufspaltung der Pflichten des PartG in eine öffentlich-rechtliche und eine privatrechtliche Ebene ist gekünstelt, verfehlt das Rangverhältnis zwischen öffentlichem Recht und privatem Recht und hat absurde Konsequenzen.

Schon der Ausgangspunkt, dass die Pflichten des PartG nicht vermögensschützend sind, ist unrichtig. Zwar trifft zu, dass die Rechnungslegungspflichten des PartG in erster Linie öffentlich-rechtlichen Zwecken wie dem der verfassungsrechtlich aufgegebenen Finanztransparenz (Art. 21 Abs. 1 S. 4 GG) dienen.¹⁰⁴ Soweit die parteiengesetzlichen Rechnungslegungspflichten aber sanktionsbewehrt zugleich den Umgang mit den Parteifinanzien und insbesondere den Geldspenden regeln, ist nicht zu sehen, warum ihnen auch eine mittelbar vermögensschützende Funktion abgesprochen werden muss.¹⁰⁵ Das gilt umso mehr, als das Parteienrecht Wettbewerbsrecht ist¹⁰⁶ und die Sanktionen des PartG den Markt dadurch regulieren sollen, dass sie die Wettbewerbschancen bei der staatlichen Parteienteilfinanzierung für diejenigen Parteien vermindern, die gegen das Parteiengesetz verstoßen.¹⁰⁷ Die Situation ähnelt den Rechnungslegungsvorschriften des HGB, die mit den Zwecken der Dokumentation, Information und Kapitalerhaltung ebenfalls nicht primär und unmittelbar den Vermögensinteressen des Geschäftsherrn, sondern den Gläubigerinteressen dienen.¹⁰⁸ Konsequenterweise müsste der *1. Strafsenat* nun auch für die dortigen Vorschriften eine das Vermögen des Treugebers schützende Funktion verneinen mit der Folge, dass Strafbarkeitslücken

bei der Fallgruppe der Untreue durch unordentliche Buchführung entstehen können.¹⁰⁹

Verquer ist überhaupt die „wundersame“ satzungsmäßige Verwandlung untreuetauglicher Pflichten (hier die des PartG) in untreuetaugliche Pflichten.¹¹⁰ Entscheidend für die Untreuetauglichkeit einer Rechtspflicht ist ihr Inhalt, nicht ihre Quelle. Das ergibt sich aus dem Gesetzeswortlaut selbst, der Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft unterschiedslos als Pflichtenquellen aufführt. Hat deshalb eine öffentlich-rechtliche Pflicht (vermeintlich) keinen vermögensschützenden Inhalt, so gewinnt sie diesen auch nicht durch eine bloße vertragliche Vereinbarung. Ein Beispiel ad absurdum mag das verdeutlichen: Der Geschäftsführer einer katholischen Stiftung verpflichtet sich gemäß dem Leitbild des Stiftungsträgers arbeitsvertraglich zur Einhaltung der ehelichen Treue. Begeht der Geschäftsführer nun dem *1. Strafsenat* zufolge auch eine strafbare Untreue, wenn er ehelich untreu wird und die Stiftung durch den Rückzug fest zugesagter Spenden nach Bekanntwerden der Affäre schädigt? Die Ausrichtung der Untreuetauglichkeit einer Pflicht nach dem schieren Umstand ihrer Vereinbarung im Innenverhältnis (Satzung, Arbeitsvertrag) eröffnet im Parteienstrafrecht zudem eine missliche Konsequenz. Denn die Parteien könnten sich mit Blick auf den Lösungsweg des *1. Strafsenats* veranlasst sehen, die durchgängige Bezugnahme ihrer Satzungen auf das PartG zu ändern, um sich dem lästigen Strafbarkeitsrisiko aus der Parteienuntreue zu entledigen.

Schließlich rüttelt auch die Hochstufung der Parteienuntreue zur Fallgruppe der Endschäden an bisher konsentierten Rechtsgrundsätzen.¹¹¹ Maßgeblicher Zeitpunkt für die Gesamtsaldierung ist danach die ex-ante Perspektive bei Vollendung der einzelnen Tathandlung, also der Zeitpunkt der Pflichtverletzung.¹¹² Das erklärt bei der Parteienuntreue ihre bisherige Einordnung unter die Fallgruppe der schadensbegründenden Vermögensgefahr. Nach dem *1. Strafsenat* müsste künftig der Zeitpunkt der Tatentdeckung entscheidend sein mit unabsehbaren Folgen für die gesamte Schadensdogmatik.

2. Explizite Umsetzung (2.): Fortsetzung der Schwarze-Kasse-Rechtsprechung im Fall Trienekens – Beschluss des 2. Senats v. 27.8.2010

Während der *1. Strafsenat* des BGH erhebliche dogmatische Anstrengungen unternimmt, um die verfassungsrechtlichen Auslegungsziele bei der Untreue zu erreichen, hat der *2. Strafsenat* im Fall Trienekens trotz des BVerfG-Beschlusses bisherige Grundsätze im Wesentlichen fortgeschrieben. In dem Fall (Sachverhalt stark vereinfacht¹¹³) waren die Ange-

1073 (1077). Verneinend dagegen etwa *Dierlamm* (Fn. 37), § 266 Rn. 214 ff.; *Seier*, in: Achenbach/Ransiek (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. 2008, Kap. V Abschn. 2 Rn. 188 ff.; *Otto*, RuP 2000, 109; *Hamm*, NJW 2001, 1694; *Volhard*, in: Prittwitz u.a. (Hrsg.), Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002, 2002, S. 673.

¹⁰³ *Velten*, NJW 2000, 2852 (2853); *Strelczyk*, Die Strafbarkeit der Bildung schwarzer Kassen, 2008, S. 177 ff.

¹⁰⁴ Näher *Saliger*, Parteiengesetz und Strafrecht, 2005, S. 39 ff.

¹⁰⁵ Bemerkenswerterweise setzt sich der *1. Strafsenat* des BGH mit der Frage, ob den Sanktionen des PartG nicht zumindest eine mittelbar vermögensschützende Funktion zukommt, überhaupt nicht auseinander.

¹⁰⁶ *Morlok*, NJW 2000, 761 (768).

¹⁰⁷ *Saliger* (Fn. 104), S. 203 f.

¹⁰⁸ Vgl. *Walz*, in: Heymann/Emmerich/Horn/Berger (Hrsg.) Handelsgesetzbuch, Kommentar, Bd. 3, 1999, Einl. §§ 238 ff. Rn. 47 ff.; *Leffson*, Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung, 7. Aufl. 1987, S. 38 (S. 41 ff.). A.A. *Strelczyk* (Fn. 103), S. 195 f., der zwar konzidiert, dass die Buchführungsvorschriften im HGB primär Gläubigerinteressen bezwecken, der aber den für die Untreue notwendigen Vermögensbezug wiederum über eine behauptete Verletzung des Arbeitsvertrages und damit der Pflichten im Innenverhältnis annimmt.

¹⁰⁹ Zu diesem Argument bereits *Saliger* (Fn. 37) § 266 Rn. 83.

¹¹⁰ Krit. auch *Brand*, NJW 2011, 1751 (1752).

¹¹¹ Krit. hinsichtlich der Ablehnung eines Unmittelbarkeitszusammenhangs zwischen Pflichtwidrigkeit und Schaden durch den *1. Strafsenat Brand*, NJW 2011, 1751 (1752).

¹¹² Stellvertretend *Saliger* (Fn. 37), § 266 Rn. 55.

¹¹³ Vgl. BGH NJW 2010, 3458 m. zust. Anm. *Brand* und *Vath*, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht 2010, 472 sowie teils bzw. vorwiegend krit. Anm. *Hoffmann*, GmbHR 2010,

klagten Geschäftsführer zweier Tochtergesellschaften des Trienekens-Konzerns (zunächst GmbH, ab Ende 1998 AG), an dem seit 1989 neben der Familie Trienekens auch ein Unternehmen der RWE-Gruppe in etwa gleichem Umfang beteiligt war. In den Jahren 1997 bis 2001 veranlassten die Angeklagten jeweils auf Weisung von Trienekens als alleinvertretungsberechtigtem Geschäftsführer und bis Ende 1998 auch Vertreter der Mehrheitsgesellschafter Zahlungen auf Scheinrechnungen in einer Gesamthöhe von über 9 Mio. DM in eine „schwarze Kasse“. Trienekens hatte diese ab etwa 1993 zur Finanzierung sog. „nützlicher Aufwendungen“, die nicht über die Bücher laufen sollten, bei einem Briefkastenunternehmen in der Schweiz (Stenna AG) als sog. „Kriegskasse“ eingerichtet. Den Angeklagten war bekannt, dass Trienekens gegenüber den verantwortlichen Organen der zum RWE-Konzern gehörenden Mitgesellschafterin die wahren Hintergründe der Zahlungen verschleierte.

Der 2. *Strafsenat* hat die Revisionen beider Angeklagten als unbegründet verworfen. Aus den Urteilsgründen, die zahlreiche interessante Rechtsfragen aufwerfen wie die Untreuetauglichkeit gesellschaftsrechtlicher Legalitäts- und Loyalitätspflichten oder die Anforderungen an das (nach dem BGH unbeachtliche) Einverständnis des Mehrheitsgesellschafters der GmbH,¹¹⁴ seien hier nur die Ausführungen zum Vermögensnachteil näher betrachtet. Auffällig ist, dass der 2. *Strafsenat* den Vermögensnachteil deutlich umfassender als das LG bejaht. Dieser sei als endgültiger Vermögensnachteil nicht nur hinsichtlich des beträchtlichen Teils der Zahlungen eingetreten, die als Provisionen und Honorare für die an der Einrichtung und Verwendung der schwarzen Kasse Beteiligten abgeflossen sind. Vielmehr liege in der gesamten Höhe des an die Stenna AG überwiesenen Betrages nicht nur eine schadensgleiche Vermögensgefahr, sondern bereits ein endgültiger Schaden.¹¹⁵

Hinsichtlich der Schadensbegründung knüpft der 2. *Senat* zwar einerseits an sein Siemens-Urteil an.¹¹⁶ Die dortige rechtliche Würdigung sei aber auf die Einrichtung und Führung einer verdeckten Kasse durch den alleinvertretungsberechtigten GmbH-Geschäftsführer, also das eigentlich für die Vermögensverwaltung des Treugebers zuständige Organ, nicht ohne weiteres übertragbar. Vielmehr beruhe die Würdigung der von Trienekens veranlassten Vermögensverschiebungen als endgültiger Schaden auf der konkreten Ausgestaltung der verdeckten Kasse.¹¹⁷ Diese sei im Einzelnen so ausgestaltet gewesen, dass die verschobenen Vermögenswerte im Ergebnis ebenfalls dem Zugriff der Treugeberin bereits

endgültig entzogen waren. Maßgeblich dafür war, dass die Kontrolle über die Verwaltung zwar ausschließlich bei Trienekens persönlich lag, dass aber eine Sicherung gegen eigenmächtige Zugriffe der zur Unterhaltung der schwarzen Kasse oder zum Transport der Bargelder eingesetzten Personen nicht bestand, ebenso wenig Vorkehrungen für den Fall des unerwarteten Ausfalls zumindest einiger dieser Personen oder von Trienekens selbst oder zum Schutz vor Zugriffen von Gläubigern der Stenna AG.¹¹⁸

Die mögliche Absicht von Trienekens, mit den verdeckten Zahlungen Geschäftsabschlüsse für den Treugeber zu erzielen, sei für die Untreue belanglos. Tatsächlich durch spätere Geschäfte erzielte Vermögensvorteile stellten allenfalls eine Schadenswiedergutmachung dar.¹¹⁹

Diese Begründung weicht nicht nur signifikant von den bisher entschiedenen Schwarze-Kasse-Konstellationen ab, sondern treibt auch die Normativierung des Nachteilsmerkmals in einem Ausmaß voran, die in Spannung zu dem BVerfG-Beschluss gerät. So widerstreitet einer primär wirtschaftlichen Nachteilsbestimmung

- erstens das kontrafaktische Abstellen auf eine „schwarze Kasse“ anstatt richtig auf eine Organkasse (nämlich eine durch das zuständige Organ begründete Kasse);
- zweitens die Anknüpfung auch bei einer Organkasse an die normativierende Verwendungszweckunabhängige Lesart, wonach die Nützlichkeit der Mittelverwendung keine Rolle spielt, obwohl die Trienekens-GmbH bzw. -AG in wirtschaftlicher Hinsicht evident von der Organkasse profitiert hat;
- drittens das kontrafaktische Bestreiten einer hinreichenden Kontrolle der Organkasse durch Trienekens als alleinvertretungsberechtigtem Geschäftsführer, obwohl doch bereits das Bild einer Organkasse eine Kontrolle der Kasse durch das Organ nahe legt.

Alle drei Aspekte zeigen eine starke Normativierung des Vermögensnachteils, die der vom BVerfG geforderten primär wirtschaftlichen Bestimmung des Vermögensnachteils kaum gerecht wird. Diese primär wirtschaftliche Bestimmung des Vermögensnachteils ist für die Untreuestrafvorschrift aber essentiell, soll sie ihren Charakter als Vermögenserfolgsdelikt nicht verlieren.¹²⁰

3. Unterlassene Umsetzung: Haushaltsuntreue im Fall Schäch – Beschluss des 1. Senats v. 13.4.2011

Jegliche Auseinandersetzung mit den Auslegungszielen des BVerfG vermissen lässt ein aktueller Beschl. des 1. *Strafsenats* v. 13.4.2011 zur Haushaltsuntreue. In dem Fall (Sach-

1150; Podewils, jurisPR-HaGesR 11/2010, Anm. 1; Wessing, EWiR 2010, 797.

¹¹⁴ Zu ersterem Problem Brand/Sperling, Die Aktiengesellschaft 2011, 233; zu letzterem Saliger, in: Heinrich u.a. (Hrsg.), Strafrecht als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, Bd. 2, 2011, S. 1053.

¹¹⁵ BGH NJW 2010, 3458 (3562 Rn. 40).

¹¹⁶ BGH NJW 2010, 3458 (3562 Rn. 41) unter Bezug auf BGHSt 52, 323.

¹¹⁷ BGH NJW 2010, 3458 (3462 Rn. 42).

¹¹⁸ BGH NJW 2010, 3458 (3462 Rn. 43 f.).

¹¹⁹ BGH NJW 2010, 3458 (3462 f. Rn. 45).

¹²⁰ Vgl. BVerfG NJW 2010, 3209 (3215 Rn. 113). Krit. z.B. auch Schünemann, StraFo 2010, 477 (482). Affirmativ dagegen Radtke, GmbHR 2010, 1121 (1127) und Krüger, NStZ 2011, 369 (375); zust. insoweit auch Hoffmann, GmbHR 2010, 1150 (1152); Vath, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht 2010, 472; letztlich wohl auch Brand, NJW 2010, 3463.

verhalt vereinfacht¹²¹) verbuchte der Angeklagte als Erster Bürgermeister im Haushaltsjahr angefallene Ausgaben in das darauf folgende Jahr, um dem Gemeinderat die Höhe der unter Überschreitung seiner satzungsmäßigen Kompetenzen aufgenommenen Kredite zu verschleiern. Mit Einnahmen verfuhr er umgekehrt. Dem Gemeinderat präsentierte der Angeklagte auf diese Weise einen „ordentlichen Haushalt“, soweit Kreditaufnahmen für Investitionen „nicht mehr geplant“ (Haushalt 2007) bzw. „nicht vorgesehen“ (Haushalt 2008) seien. Im Vertrauen auf diese Angaben beschloss der Gemeinderat Hoch- und Tiefbaumaßnahmen (u.a. den Bau einer Turnhalle). Um die dadurch bedingten Finanzierungslücken zu decken, nahm der Angeklagte unter Überschreitung seiner Kompetenzen 2007 und 2008 für die Gemeinde weitere Kassenkredite (Art. 73 BayGO) in Höhe von jeweils 2 Mio. Euro auf, wobei Zinsverpflichtungen in Höhe von ca. 170.000 Euro entstanden. Die Mittel aus den Krediten wurden sämtlich für Aufgaben der Gemeinde verwendet.

Der *I. Strafsenat* hat die Revision des Angeklagten gegen seine landgerichtliche Verurteilung wegen Untreue als unbegründet verworfen. Der vermögensbetreuungspflichtige Angeklagte habe mit der Kreditaufnahme entgegen den Bestimmungen der Haushaltssatzung und Art. 73 BayGO, die jeweils – zumindest mittelbar – dem Schutz des gemeindlichen Vermögens dienen, gehandelt und damit eine untreuetaugliche Pflichtverletzung begangen.¹²² Dadurch sei der Gemeinde ein Vermögensnachteil in Gestalt und Höhe der Kreditzinsen zugefügt worden. Der *I. Senat* führt aus:

„Nach der Haushaltssatzung sollten die beschlossenen Baumaßnahmen ausschließlich aus dem Vermögenshaushalt bestritten werden. [Der Angeklagte hat] für die genehmigten Zwecke – Tief- und Hochbaumaßnahmen – die falschen Mittel [Darlehen] eingesetzt. Durch die Verpflichtung zur Zahlung von Kreditzinsen [hat er] dem Haushalt ohne Gegenwert für die Gemeinde Mittel in Höhe dieser Zinsen endgültig und dauerhaft entzogen. Die Darlehensaufnahme stellt angesichts der Rückzahlungsverpflichtung keinen wirtschaftlichen Vorteil für die Gemeinde dar, ein anderer wirtschaftlicher Vorteil ist nicht ersichtlich. Auf das angestrebte oder erhoffte wirtschaftliche Gesamtergebnis am Ende des Haushaltsjahres kommt es nicht an [...] Vage oder nur mittelbare Vorteile aus der – wenn auch von Anfang an beabsichtigten – Verwendung der Kreditmittel für kommunale Baumaßnahmen [...] stellen keinen den Nachteil ausgleichenden vermögenswerten Vorteil dar.“¹²³

Der Angeklagte könne sich auch nicht darauf berufen, aufgrund der Dringlichkeit der Investitionen zu Kreditaufnahme und Mitteleinsatz verpflichtet gewesen zu sein oder der Gemeinde eine sonst unumgängliche Inanspruchnahme anderweitiger Mittel erspart zu haben. Denn weder war eine Ermessensreduzierung auf Null feststellbar, noch hätte der Gemeinderat auch bei Kenntnis der wahren Vermögensverhältnisse die Investitionen mit Sicherheit beschlossen.¹²⁴

Diese Begründung ist nicht haltbar, weil sie auf eine juristische Vermögens- und Schadenslehre hinausläuft, die mit dem BVerfG-Beschluss nicht vereinbar ist. Nach dem Prinzip der Gesamtsaldierung ist ein Vermögensnachteil gegeben, wenn der Gesamtwert des Vermögens nach wirtschaftlicher Betrachtung durch die Pflichtverletzung vermindert wird, also auch unter Berücksichtigung unmittelbarer Kompensationen ein Negativsaldo eintritt.¹²⁵ Die Orientierung am Gesamtvermögen stellt sicher, dass bloße Veränderungen der Bestandteile des Vermögens für einen Schaden nicht hinreichen.¹²⁶ Die Vermögensdelikte betreiben insoweit keinen Integritäts-, sondern materiellen Vermögensschutz. Ein bloßer Integritätsschutz würde auf den Schutz der Dispositionsfreiheit des Geschäftsherrn hinauslaufen und damit den Charakter der Untreue als Vermögensdelikt verformen. Ein bloßer Integritätsschutz entspricht insoweit einer juristischen Schadenslehre, die den Schaden als Minus im Rechtssinne bestimmt, so dass bereits jede absprachewidrige Verletzung eines Vermögensrechts (Verlust, Belastung mit einer Verbindlichkeit) einen Vermögensschaden begründet, ohne dass es notwendig auf eine wirtschaftliche Schädigung mit Saldierung ankommt.¹²⁷ Bei der Haushaltsuntreue verhindert die Orientierung am Gesamtvermögen, dass nicht jeder Haushaltsverstoß zu einem Vermögensnachteil führt und also die bloße Dispositionsbefugnis des Haushaltsgebers geschützt wird.¹²⁸

Das Prinzip der Gesamtsaldierung hat Verfassungsrelevanz, weil es die Eigenständigkeit des Tatbestandsmerkmals des Vermögensnachteils neben der Pflichtwidrigkeit begründet, wozu eine juristische Schadenslehre nicht taugt. Damit trägt es, wie es das BVerfG fordert, dazu bei zu verhindern, dass sich Tathandlung und Taterfolg bei der Untreue derart verschleifen, dass der Vermögensnachteil in der Pflichtwidrigkeit aufgeht.

Bereits aus dem Erfordernis der wirtschaftlichen Saldierung in Bezug auf das Gesamtvermögen ergibt sich, dass Kreditaufnahme und Kreditverwendung wirtschaftlich eine Einheit bilden, die nicht auseinander gerissen werden kann. So lässt sich ohne Blick auf die Kreditverwendung gar nicht beurteilen, ob ein Treunehmer den für den Treugeber pflichtwidrig beantragten Kredit für eigene Zwecke verbraucht hat – ein klassischer Fall der Untreue. Insoweit vermag die Verwendung eines für den Treugeber beantragten Kredits zugunsten des Treugebers das Eingehen der Kreditverbindlichkeit nebst Zinsen regelmäßig zu kompensieren. Denn bei Marktkonformität des Kreditzinses kompensiert die Verfügungsmöglichkeit des Treugebers über die Kreditmittel als unmittelbarer Vermögensvorteil in der Regel die Kreditaufnahme nebst Kreditzins. Ein isolierter Schaden in Bezug

¹²⁵ BGHSt 43, 293 (297); BGH NJW 1975, 1234 (1235).

¹²⁶ Vgl. BGHSt 16, 220 (221) zu § 263; BGHSt 40, 287 (295 f.).

¹²⁷ *Binding*, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, Bd. 1, 2. Aufl. 1902, § 63 (S. 238 [S. 240]), § 85 (S. 355 [S. 356, 357 m. Fn. 1]).

¹²⁸ BGHSt 40, 287 (294); BGHSt 43, 293 (297); BGH NSTZ 2001, 248 (251).

¹²¹ BGH, Beschl. v. 13.4.2011 – 1 StR 592/10, Rn. 4 f.

¹²² BGH, Beschl. v. 13.4.2011 – 1 StR 592/10, Rn. 8.

¹²³ BGH, Beschl. v. 13.4.2011 – 1 StR 592/10, Rn. 11.

¹²⁴ BGH, Beschl. v. 13.4.2011 – 1 StR 592/10, Rn. 12.

auf die Kreditzinsen kann hier erst dann entstehen, wenn der Treuenehmer sehenden Auges überhöhte Zinsverpflichtungen für den Treugeber eingegangen ist. Solches ist für die Gemeinde nicht festgestellt.

Unverständlich bleibt insoweit die These des *1. Strafsenats*, dass die Darlehensaufnahme „angesichts der Rückzahlungsverpflichtung keinen wirtschaftlichen Vorteil für die Gemeinde“ darstellt und ein anderer Vorteil nicht ersichtlich ist. Weshalb die Verfügbarkeit über Geld als Grundlage des gesamten Kreditgeschäfts keinen Vermögensvorteil begründen soll, erschließt sich nicht. Zudem fragt sich, warum der *1. Strafsenat* auf Basis seiner These den Vermögensnachteil nicht schon in der vollen Höhe des ausgereichten Darlehens einschließlich der Zinsverpflichtung erblickt hat. Das wäre selbstredend eine absurde Konsequenz, weil dann jede Kreditaufnahme durch Treupflichtige eine Untreue sein müsste. Auf der Grundlage des vom BGH gebildeten Rechtssatzes fehlt aber jeder überzeugende Grund, die Darlehensauszahlung und die Zinsverpflichtung unterschiedlich zu behandeln.

Dieses Ergebnis gilt erst recht im Hinblick auf den eigenen AUB-Beschluss des *1. Strafsenats*.¹²⁹ Wenn dort schon die aus den Zahlungen an die AUB erwachsenen „Vorteile“ für Siemens mit Recht als unmittelbare Kompensation angesehen worden sind – obwohl über die Finanzausstattung hinaus der konkrete, für Siemens förderliche Einsatz der Gelder gewiss noch weiterer Handlungen auf Seiten der Verantwortlichen der AUB bedurfte –, dann muss erst recht der von Anfang an vorgesehene Einsatz der Kreditmittel gemäß den vom Gemeinderat beschlossenen Investitionen einen kompensationsauglichen, weil unmittelbaren Vermögensvorteil begründen.

Soweit der *1. Strafsenat* demgegenüber einen Schaden der Gemeinde auf die durch die Kreditaufnahme begründeten Zinsverpflichtungen stützt, läuft diese Rechtsanwendung letztlich auf eine verfassungswidrige, weil die Eigenständigkeit des Schadensmerkmals auflösende, juristische Schadenslehre hinaus. Denn was auch immer im Einzelnen für einen Schaden vorgetragen wird, es enthält stets den Schluss von einem bloß formellen Haushaltsrechtsverstoß (dass nämlich der Kredit in dieser Form [und zu dieser Zeit] nicht hätte aufgenommen werden dürfen) auf den Vermögensschaden. Das verfehlt nicht nur den wirtschaftlichen Sinn von Kreditgeschäften und das Prinzip der Gesamtsaldierung, das eine Berücksichtigung auch der Kreditverwendung verlangt. Es verschleift auch entgegen der Vorgabe des BVerfG Tathandlung und Taterfolg bei der Haushaltsuntreue, so dass der Vermögensnachteil in der Pflichtwidrigkeit aufgeht.

IV. Konsequenzen für die Betrugsstrafbarkeit

Obwohl der Beschluss des BVerfG sich explizit nur mit der Verfassungsmäßigkeit des Untreuetatbestands und seiner Auslegung befasst, dürften an seiner Relevanz auch für die Auslegung des Betrugstatbestands keine ernsthaften Zweifel bestehen. Das gilt bereits im Hinblick auf den Umstand, dass die Ausführungen des BVerfG zum Gebot bestimmter Gesetzesauslegung und zur Erhöhung der verfassungsgerichtlichen

Kontrolldichte allgemein gehalten¹³⁰ und deshalb für die Auslegung aller Strafgesetze verbindlich sind.¹³¹ Für die Betrugsstrafbarkeit insbesondere ergeben sich weitere Relevanzen des Beschlusses daraus, dass der Beschluss sich zentral mit den Begriffen des Vermögensnachteils und der schadensgleichen Vermögensgefahr beschäftigt. Dabei ist zu berücksichtigen, dass das BVerfG selbst mit der h.M. von einer vergleichbaren Auslegung der Begriffe des Nachteils in § 266 StGB und des Schadens in § 263 StGB ausgeht¹³² und dass die schadensbegründende Vermögensgefahr gerade vom Betrug auf die Untreue übertragen worden ist.¹³³ Kann demnach die Relevanz des Beschlusses auch für die Auslegung des Betrugs dem Grunde nach nicht zweifelhaft sein, so sind gleichwohl Art und Ausmaß der Relevanz unklar. Das zeigen bereits die ersten, recht unterschiedlichen Rezeptionen des BVerfG-Beschlusses in der Betrugsrechtsprechung der BGH-Senate.

1. Unterlassene Umsetzung: Fall Falk – Beschluss des 1. Strafsenats v. 14.7.2010

Keine Konsequenzen aus dem BVerfG-Beschluss gezogen hat der *1. Strafsenat* in seiner Entscheidung zum Fall Falk, die unmittelbar nach dem Beschluss ergangen ist und worin es um Manipulationen von Umsatz- und Ertragszahlen beim Verkauf eines Unternehmensanteils an eine englische Gesellschaft ging.¹³⁴ Danach soll auch das Fehlen eines Marktpreises mangels weiterer Kaufinteressenten der Bestimmung eines Marktpreises nicht entgegenstehen. Vielmehr sei hier der Marktpreis aus den Vereinbarungen der Vertragsparteien unter Berücksichtigung der für sie maßgeblichen preisbildenden Faktoren abzuleiten, weil dann die Parteien die Marktteilnehmer bildeten. Erst wenn die vertraglichen Vereinbarungen keine sicheren Anhaltspunkte böten, seien die allgemein anerkannten betriebswirtschaftlichen Bewertungsmaßstäbe zur Bestimmung des Unternehmenswerts heranzuziehen. Soweit die englischen Käufer gerade kein Wachstumsunternehmen erworben hätten, hätten sie nicht nur ein „minus“, sondern ein für sie unbrauchbares „aliud“ erlangt, so dass die Annahme eines Vermögensschadens in Höhe des gesamten Kaufpreises nahegelegen habe.¹³⁵

Diese extensive Auslegung ist auch im Hinblick auf verfassungsrechtliche Vorgaben hochproblematisch. Sie weicht nicht nur von der auf der bisher maßgeblichen Entscheidung BGHSt 16, 220 (222) aufbauenden Rechtsprechung ab, die Vermögenspositionen mit Fug nicht nach dem „verlangten,

¹³⁰ Oben II. 1.

¹³¹ Saliger, NJW 2010, 3195 (3198); Kuhlen, JR 2011, 246 (254); Böse, Jura 2011, 617 (623); Schlösser, HRRS 2011, 254 (255 ff.).

¹³² S. BVerfG NJW 2010, 3209 (3218 Rn. 137); noch deutlicher in BVerfG NJW 2009, 2370 (2371 Rn. 25).

¹³³ Das stellt das BVerfG selbst fest in NJW 2009, 2370 (2372 Rn. 31).

¹³⁴ Zum Folgenden Saliger, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, § 263 Rn. 199 (im Erscheinen).

¹³⁵ BGH wistra 2010, 407 unter Bezug auf BGH wistra 2003, 457.

¹²⁹ Oben III. 1. a).

gebotenen oder vereinbarten, sondern dem nachhaltig erzielbaren Preis“ bewertet hat.¹³⁶ Der BGH hat bislang auch den in dubio-Grundsatz auf die im Zivilrecht weithin ungeklärten Grundsätze der Unternehmensbewertung angewandt mit der Folge, dass die für den Beschuldigten günstigste Bewertungsmethode greift.¹³⁷ Vor allem aber bedeutet der Kurzschluss vom vereinbarten Preis auf den Schaden eine erhebliche Verschärfung der Subjektivierung des Schadens in Richtung einer juristischen Schadenslehre wider die auch verfassungsrechtlich vorgezeichnete primär wirtschaftliche Schadenslehre.¹³⁸ Das unterstreicht die stark normativierende Annahme der völligen Wertlosigkeit des verkauften Unternehmensanteils aus Käufersicht.

2. Explizite Umsetzungen

Rezeptionen des BVerfG-Beschlusses in der Betrugsrechtsprechung von Strafsenaten des BGH finden sich demgegenüber in unterschiedlichem Ausmaß in zwei Beschlüssen vom 14.4.2011.

a) 1. Strafsenat: Beschl. v. 14.4.2011 – 1 StR 458/10

In der Entscheidung des 1. Strafsenats ging es um den Vorwurf des gewerbs- und bandenmäßigen Anlagebetruges gegenüber Privatanlegern im Zusammenhang mit der Veräußerung von Diamanten minderer Qualität zu überhöhten Preisen.¹³⁹ Der 1. Strafsenat hebt das Urteil des LG Baden-Baden u.a. im Strafausspruch auf und nimmt dort hinsichtlich der Bestimmung der Schadenshöhe als Strafzumessungsfaktor im Ergebnis zutreffend Bezug auf den Beschluss des BVerfG. Mit Recht – und in tendenzieller Spannung zu einem Beschl. im Fall Falk – stellt der 1. Strafsenat fest, dass hinsichtlich der Bestimmung der Schadenshöhe auch in den Fällen des subjektiven Schadenseinschlags der in dem Erlangten verkörperte Gegenwert zu berücksichtigen ist, den der Geschädigte mit zumutbarem Einsatz realisieren kann. Denn – und hier erfolgt der Rekurs auf den BVerfG-Beschluss – „normative Gesichtspunkte können zwar bei der Feststellung des Schadens eine Rolle spielen, sie dürfen aber, soll der Charakter des § 263 StGB als Vermögens- und Erfolgsdelikt gewahrt bleiben, wirtschaftliche Überlegungen nicht verdrängen.“¹⁴⁰

¹³⁶ BGHSt 16, 220 (222). Zuletzt bestätigt durch den 3. Strafsenat in BGH NStZ 2008, 96 (98), wo auch die subjektive Werttaxierung durch den Verfügenden für unerheblich erklärt wird, und BGH NJW 2009, 3448 (3464).

¹³⁷ BGH wistra 2003, 457 (459); Fischer (Fn. 35). § 263 Rn. 112; Satzger, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Fn. 37), § 263 Rn. 141. Zum Problem Florstedt, wistra 2007, 441; Langrock, wistra 2005, 46; Adolff, Unternehmensbewertung im Recht der börsennotierten Aktiengesellschaft, 2007.

¹³⁸ Vgl. oben II. 1.

¹³⁹ Vgl. BGH, Beschl. v. 14.4.2011 – 1 StR 458/10, Rn. 5 ff.

¹⁴⁰ BGH, Beschl. v. 14.4.2011 – 1 StR 458/10, Rn. 33, wo es im Bezug heißt: „vgl. für § 266 StGB BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/09 u.a., BVerfGE 126, 170

Insoweit rügt der 1. Strafsenat, dass sich dem landgerichtlichen Urteil nicht mit hinreichender Klarheit entnehmen lasse, dass ein Weiterverkauf der Diamanten unmöglich gewesen wäre oder mit im Einzelfall zumutbarem Aufwand keinerlei Veräußerungsgewinne hätten erzielt werden können. Hiervon müsse sich aber der gegebenenfalls sachverständige beratene Tatrichter überzeugen, weil § 263 StGB das Vermögen und nicht die Dispositionsfreiheit schützt.¹⁴¹

b) 2. Strafsenat: Beschl. v. 14.4.2011 – 2 StR 616/10

Noch signifikanter und umfänglicher als in dem Beschluss des 1. Strafsenats ist die Rezeption des BVerfG-Beschlusses in einer Entscheidung des 2. Strafsenats vom gleichen Tag zum Vermögensschaden bei betrügerischer Kapitalerhöhung. In dem Fall (Sachverhalt stark vereinfacht) hatte der Angeklagte als Vorstand und Alleinaktionär einer vermögenslosen Immobilien-AG zwischen 2002 und 2005 über Telefonverkäufer Privatanleger zum Kauf von Aktien seiner AG in Höhe von über 8 Mio. € gewinnen können. Die meisten Anleger erhielten vor allem zu Beginn Dividendenzahlungen in zwei- bis fünfstelliger Höhe. Den Kapitalerhöhungen lagen nur am Anfang entsprechende Beschlüsse der Hauptversammlung zugrunde. Lediglich die Durchführung der ersten Kapitalerhöhung wurde mit einem Betrag von ca. 1,5 Mio. € ins Handelsregister eingetragen. Während des Tatzeitraums und danach entnahm der Angeklagte der AG als Ausgleich für seine Vorstandstätigkeit ca. 7,75 Mio. €, um seinen Lebensunterhalt zu finanzieren. Nachdem der Angeklagte eine operative Geschäftstätigkeit zunächst nicht entfaltete, tätigte er Ende 2002 den einzigen Immobilienerwerb der AG im Tatzeitraum durch Erwerb von ca. 90% einer Hotel-GmbH, der letztlich aber scheiterte. Mitte 2006 wurde den Anlegern gegen Rückgabe von Vorzugsaktien der Immobilien-AG im Verhältnis 3:2 Vorzugsaktien einer amerikanischen Gesellschaft angeboten. Nahezu alle Anleger nahmen das Angebot an, wobei der Kurswert der Aktie im Übertragungszeitpunkt 8,50 €, nach Ablauf der Haltefrist 2,50 € betrug.¹⁴²

Der 2. Strafsenat beanstandet die landgerichtliche Verurteilung des Angeklagten wegen Betrugs in 78 Fällen, weil es den Vermögensschaden nicht hinreichend festgestellt habe. Unter Berufung auf den BVerfG-Beschluss fordert der 2. Strafsenat mit Fug, dass der Minderwert in Gestalt der täuschungsbedingten, nicht mehr vertragsimmanenten Verlustgefahr auch in der hier vorliegenden Konstellation des Risikogeschäfts als Eingehungsbetrug konkret festzustellen und gegebenenfalls unter Beauftragung eines Sachverständigen zur wirtschaftlichen Schadensfeststellung zu beziffern ist.

Rn. 114.“ Der in Bezug genommene Satz des BVerfG findet sich aber richtigerweise ebenda in Rn. 115.

¹⁴¹ BGH Beschl. v. 14.4.2011 – 1 StR 458/10, Rn. 33. Zur gegebenenfalls erforderlichen Neubewertung der Diamanten fügt der 1. Strafsenat einschränkend hinzu, dass der neue Tatrichter nicht einen theoretisch maximal zu erzielenden Veräußerungserlös annehmen muss, wenn dieser nur mit für den jeweiligen Anleger unzumutbarem Aufwand realisierbar wäre.

¹⁴² BGH NZG 2011, 874 (875).

Ist das nicht möglich, sind Mindestfeststellungen zu treffen, um den dadurch bedingten wirtschaftlichen Minderwert unter Beachtung des Zweifelsatzes jedenfalls schätzen zu können.¹⁴³ Auf dieser Basis bemängelt der 2. *Strafsenat* zu Recht, dass das LG ohne weitere Darlegung zu Beginn des Tatzeitraums einen nicht näher bezifferten Vermögensgefährdungsschaden, nach dem Scheitern des Ankaufs der Hotel-GmbH und den Einzahlungen der Anleger auf tatsächlich nicht gefasste Kapitalerhöhungsbeschlüsse einen tatsächlichen Vermögensschaden angenommen habe.¹⁴⁴ Stattdessen hätte, so der 2. *Strafsenat*, der „Wert der Aktie (als Anteil an einem zu bestimmenden Unternehmenswert) zum jeweiligen Zeichnungszeitpunkt“ auch unter Zuhilfenahme sachverständiger Hilfe ermittelt werden müssen, „um unter Gegenüberstellung zu den jeweiligen Erwerbspreisen die erforderliche Saldierung vornehmen und die Schadenshöhe in jedem Einzelfall konkret beziffern zu können.“¹⁴⁵ Hinsichtlich der schwierigen Frage der Wertbestimmung von Unternehmen und Aktien, insbesondere der auch zukünftige Entwicklungen umfassenden Bestimmung des Ertragswertes eines Unternehmens nimmt der 2. *Strafsenat* erneut Bezug auf den BVerfG-Beschluss, indem er lapidar erklärt, dass „die Einschätzung von Risiken bei der Bewertung im Wirtschaftsleben [...] kaufmännischer Alltag“ ist.¹⁴⁶ Die Feststellungen des LG tragen nach Auffassung des 2. *Strafsenats* diesen Anforderungen nicht Rechnung. Namentlich könne im Hinblick auf die entfaltenen Aktivitäten des Angeklagten für die Zeit ab Mai 2002 bis März 2003 nicht von einer vollständigen Wertlosigkeit der Anlage ausgegangen werden. Allenfalls für die ab April 2003 gezeichneten Anlagen sei die Annahme eines Schadens im Ergebnis nicht zu beanstanden.¹⁴⁷

3. Weitere Konsequenzen

Wie man sieht, setzen die Strafsenate des BGH in ihrer Betrugsrechtsprechung zunehmend vor allem die – zweifellos abspracheerhöhenden – verschärften Anforderungen an die Feststellung des Vermögensschadens um.¹⁴⁸ Darüber hinaus stellt sich allerdings die Frage, ob aus dem BVerfG-Be-

schluss nicht noch weitere Konsequenzen für die Betrugsstrafbarkeit gezogen werden müssen, insbesondere ob nicht spezifische Betrugsfallgruppen auf den verfassungsrechtlichen Prüfstand gehören.

a) Ärztlicher Abrechnungsbetrug

Letzteres könnte auf Teile der Rechtsprechung zum ärztlichen Abrechnungsbetrug zutreffen.¹⁴⁹ Bekanntlich ist sehr strittig, ob einen strafbaren Abrechnungsbetrug begeht, wer medizinisch indizierte und lege artis ausgeführte Leistungen abrechnet, die nur deshalb nach einschlägigen Vorschriften der ärztlichen Vergütungssysteme und Gebührenordnungen nicht abgerechnet werden dürfen, weil sie berufsordnungs- und standespolitischen Zwecken zuwiderlaufen. So soll nach dem OLG Koblenz derjenige Arzt einen Betrug zum Nachteil der Kassenärztlichen Vereinigung begehen (!), der die Kassenzulassung von Ärzten, die er im Angestelltenverhältnis beschäftigt, durch Vorlage von „Scheinverträgen“ über ihre Aufnahme als Freiberufler in eine Gemeinschaftspraxis erschleicht und die von ihnen erbrachten Leistungen als solche der Gemeinschaftspraxis abrechnet (Scheingemeinschaftspraxis, Arzt im verdeckten Angestelltenverhältnis).¹⁵⁰ Das OLG Koblenz stützt diese Auslegung auf die streng formale Betrachtungsweise des Sozialversicherungsrechts, wonach einen betrugstauglichen Vermögensschaden bereits eine in Teilbereichen nicht erstattungsfähige ärztliche Leistung begründet, und folgt der Strafzumessungslösung des 4. *Strafsenats* des BGH.¹⁵¹

Strafbaren Abrechnungsbetrug bejaht hat im Ergebnis auch der 3. *Strafsenat* des BGH für einen Fall, wo eine Vertragsarzt-Zulassung des abrechnenden Arztes, der eine reine Privatpraxis betrieb, völlig fehlte und die Abrechnung durch Zwischenschaltung eines zugelassenen Kassenarztes als Strohmännchen erfolgte.¹⁵² Bemerkenswert ist, dass der 3. *Strafsenat* die Bejahung eines Vermögensschadens für die Fälle der Scheinselbständigen bezweifelt, weil der Irrtum der Verantwortlichen der Kassenärztlichen Vereinigung hier allein eine Statusfrage und nicht die Abrechnungsvoraussetzungen betreffe. Anders als die dortigen Ärzte, die immerhin wirksam zugelassen gewesen seien und nach Genehmigung auch als Angestellte eines Kassenarztes hätten tätig werden dürfen, liege beim Strohmännchen ein klarer Abrechnungsbetrug vor,

¹⁴³ BGH NZG 2011, 874 (875 f. Rn. 12) unter Rekurs auf BVerfG NJW 2010, 3209 (3220).

¹⁴⁴ BGH NZG 2011, 874 (875).

¹⁴⁵ BGH NZG 2011, 874 (876 Rn. 16).

¹⁴⁶ BGH NZG 2011, 874 (876 Rn. 16) unter Bezug auf BVerfG NJW 2010, 3209 (3219 f., dort Rn. 146).

¹⁴⁷ BGH NZG 2011, 874 (876 f. Rn. 15-18).

¹⁴⁸ Unmissverständlich jüngst BGH HRRS 2011, Nr. 987 Rn. 7, wonach die Rechtsprechung des BVerfG zum Vermögensnachteil bei der Untreue in gleicher Weise für den Vermögensschaden beim Betrug relevant ist. Diese Entscheidung des 3. *Strafsenats* zur Fallgruppe der „schadensgleichen“ Vermögensgefahr bei gutgläubigem Eigentumserwerb geht in der bisherigen Rezeption insofern am weitesten, als sie praktisch auf die eingeschränkte Erfüllungstheorie des kritischen Schrifttums hinausläuft, der zufolge der gutgläubige Erwerber einer Sache grundsätzlich keinen Schaden erleidet (vgl. stellvertretend Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2011, § 263 Rn. 43).

¹⁴⁹ Zum Folgenden Saliger (Fn. 134), § 263 Rn. 251; vgl. auch Rönnau, in: Fischer/Bernsmann (Hrsg.), Festschrift für Ruth Rissing-van Saan zum 65. Geburtstag am 25. Januar 2011, 2011, S. 517 (S. 525 ff.).

¹⁵⁰ OLG Koblenz MedR 2001, 144 mit abl. Bspr. Stein, MedR 2001, 124; ebenso LG Würzburg, Urt. v. 15.12.1998 – 6 KLS 155 Js 704/97; dazu abl. auch Herffs, wistra 2004, 281.

¹⁵¹ OLG Koblenz MedR 2001, 144 (145).

¹⁵² BGH NJW 2003, 1198 (1200) m. Bspr. Beckemper/Wegner, NSTZ 2003, 315; Krüger, wistra 2003, 297 und teils abl. Bspr. Idler, JuS 2004, 1037. Zust. Luig, Vertragsärztlicher Abrechnungsbetrug und Schadensbestimmung, 2009, S. 205 ff.

weil der abrechnende Arzt nicht zum Kreis der Anspruchsberechtigten gehöre.¹⁵³

Diese Rechtsprechung wird zu Recht ganz überwiegend abgelehnt.¹⁵⁴ Der grundsätzlich zulässige Rekurs auf staatliche Vergütungssysteme im ärztlichen Leistungsbereich als Marktersatz findet seine Grenze in der Gefahr der Rechtsgutsvertauschung, die real wird, wenn an Vorschriften angeknüpft werden muss, die allein berufsordnungs- und standespolitische Zwecken dienen (eingeschränkte Sozialversicherungsakzessorietät). Das ist der Fall bei den Abrechnungsvoraussetzungen der Kassenzulassung eines approbierten Arztes oder dem Verbot verdeckter Angestelltenverhältnisse, die das ordnungspolitische Ziel verfolgen, die ambulante ärztliche Versorgung grundsätzlich „in freier Praxis“ zu gewährleisten.¹⁵⁵ Soweit diese Abrechnungsvoraussetzungen nicht die Qualität der ärztlichen Leistung, sondern eine Statusfrage betreffen, kann ihre Sanktionierung nicht im Wege des auf rein materiellen Vermögensschutz beschränkten Betrugstatbestands erfolgen.¹⁵⁶ Deshalb ist in den Fällen der Scheingemeinschaftspraxis und des Stroharztes wirtschaftlich ebenfalls auf die medizinisch indizierte und lege artis erbrachte ärztliche Leistung abzustellen, die zur Erfüllung des Anspruchs des Patienten gegenüber seiner Krankenkasse führt, so dass wegen Kompensation (Befreiung von einer Verbindlichkeit) ein Vermögensschaden ausscheidet.¹⁵⁷ Zur Sicherung der ordnungspolitischen Ziele genügen disziplinar- und berufsrechtliche Sanktionen.¹⁵⁸

Im Ergebnis bedarf diese Rechtsprechung mit ihrem Prinzip der strikten Formalisierung des Schadens der verfassungsrechtlichen Überprüfung, weil sie gegen das Verschleifungs-

verbot von Täuschung und Schaden verstößt und damit den Vermögensdeliktscharakter des Betrugs untergräbt.¹⁵⁹

b) Weitere Fallgruppen

Welche weiteren Betrugs-Fallgruppen unter verfassungsrechtlichen Legitimationsdruck geraten, ist derzeit völlig unklar. Soweit die Frage im Schrifttum überhaupt bereits diskutiert wird, besteht nahezu Einigkeit dahin, dass jedenfalls der Quotenschaden beim Sportwettenbetrug¹⁶⁰ hochproblematisch bzw. verfassungswidrig ist.¹⁶¹ Verfassungsrechtlicher Überprüfung nicht standhalten dürfte auch die Rechtsprechung des 3. Strafsenats zum Versicherungsbetrug im Al-Quaida-Fall. Danach soll bereits die signifikante Erhöhung der Leistungswahrscheinlichkeit bei Versicherungsvertragsschluss durch den vorhandenen Entschluss des Angeklagten, in Zukunft einen Versicherungsfall zu fingieren, einen vollendeten Betrugsschaden des Versicherers begründen.¹⁶²

Darüber hinaus werden teilweise die indiziellen Schadensbegründungen beim Submissionsbetrug und bei Kick-Back-Zahlungen als problematisch angesehen.¹⁶³ Doch das überzeugt jedenfalls dann nicht, wenn die Schadensindizien wirtschaftliche Plausibilität besitzen wie etwa die Ausgleichszahlungen beim Submissionsbetrug.¹⁶⁴ Dagegen dürfte der moralisierende Anstellungsbetrug bei Nichtoffenbarung einer früheren Stasi-Tätigkeit verfassungsrechtlich unter Druck geraten. Sofern der BGH einen Vermögensschaden ungeachtet des Umstands, dass der Täter fachlich nicht zu beanstandende Leistungen erbrachte, allein auf das Bestehen eines zwingenden rechtlichen Einstellungshindernisses aus dem Bereich der persönlichen Zuverlässigkeit stützt,¹⁶⁵ transformiert er unzulässigerweise die auch moralisch konnotierten Zwecksetzungen des Beamtenrechts wie Ansehen des Staates, Verfassungstreue, Lauterkeit der staatlichen Amtsführung oder Idee eines untadeligen Berufsbeamtentums in

¹⁵³ BGH NJW 2003, 1198 (1200).

¹⁵⁴ Str., wie hier i.E.: LG Lübeck GesR 2006, 177 m. Bspr. Wessing/Dann GesR 2006, 150; Hefendehl, in: Joecks/Miebach (Fn. 37), § 263 Rn. 526 f.; Cramer/Perron, in: Schönke/Schröder (Fn. 70), § 263 Rn. 112; Satzger (Fn. 137), § 263 Rn. 198; Volk, NJW 2000, 3385 (3387 ff.); Stein, MedR 2001, 124 (131); Herffs, wistra 2004, 281 (288); Idler, JuS 2004, 1037 (1041); Ellbogen/Wichmann MedR 2007, 10 (11, 15); Walter, in: Putzke u.a. (Hrsg.) Strafrecht zwischen System und Telos, Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008, 2008, S. 763 (S. 771 f.); Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, 4. Aufl. 2008, § 14 Rn. 33 ff.; Hancock, Abrechnungsbetrug durch Vertragsärzte, 2006, S. 223 f.; Hellmann/Herffs, Der Abrechnungsbetrug des Vertragsarztes, 2002, S. 90; wohl auch Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2011, § 263 Rn. 56. Nur beim Arzt im verdeckten Angestelltenverhältnis abl. Luig (Fn. 152), S. 204 f. Dem BGH zust. Fischer (Fn. 35), § 263 Rn. 155.

¹⁵⁵ Stein, MedR 2001, 124 (127); vgl. auch Idler, JuS 2004, 1037 (1041).

¹⁵⁶ Volk, NJW 2000, 3385 (3387 f.); Satzger (Fn. 137), § 263 Rn. 198; Hefendehl (Fn. 154), § 263 Rn. 527.

¹⁵⁷ Idler, JuS 2004, 1037 (1041); Herffs, wistra 2004, 281 (287); Ellbogen/Wichmann MedR 2007, 10 (11, 15).

¹⁵⁸ Stein, MedR 2001, 124 (131); vgl. auch Gaidzik, wistra 1998, 329 (334).

¹⁵⁹ Überholt wäre damit BVerfG NJW 1998, 810.

¹⁶⁰ BGHSt 51, 165 (175).

¹⁶¹ Saliger (Fn. 48), S.457 ff.; Wattenberg/Gehrman, Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft 2010, 507 (508); Rönnau (Fn. 149), S. 527 ff.

¹⁶² BGH NJW 2009, 3448 (3449) m. abl. Anm. Thielmann/Groß-Bölting/Strauß, HRRS 2010, 34 (38) und abl. Bspr. Saliger (Fn. 48), S. 475 ff.; zust. dagegen Winkler, JurisPR-StrafR 2010, 86.

¹⁶³ Wattenberg/Gehrman, Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft 2010, 507 (508 f.) unter dem Stichwort eines normativen Schadensbegriffs; Rönnau (Fn. 149), S. 524 f. und 529 ff., unter dem Leitbegriff der Schadensfiktion.

¹⁶⁴ BGH wistra 1994, 346 (348); BGHSt 47, 83 (88); näher Saliger (Fn. 134), § 263 Rn. 264.

¹⁶⁵ BGHSt 45, 1 (11 ff., 13) m. Anm. Geppert, NStZ 1999, 305; Otto, JZ 1999, 738; Jahn, JA 1999, 628; Seelmann, JR 2000, 164; ferner Dammann/Kutscha, NJ 1999, 284.

Schutzzwecke des Betrugs- bzw. Vermögensstrafrecht.¹⁶⁶
Über weitere Betrugsfallgruppen wird zu diskutieren sein.¹⁶⁷

V. Zusammenfassung

Die vorstehende Analyse lässt sich zu folgenden Ergebnissen zusammenfassen:

1. Der 2. *Senat* des BVerfG stellt mit dem Beschluss v. 23.6.2010 die Handhabung des Untreuetatbestandes auf eine neue verfassungsrechtliche Grundlage, indem er aus dem Bestimmtheitsgebot teilweise neue Auslegungsziele für die Strafrechtsprechung entwickelt und die verfassungsgerichtliche Kontrolldichte erhöht.

2. Der vom BVerfG auf die Tagesordnung gesetzte und problematische bilanzrechtsorientierte Ansatz zur Ausfüllung des Vermögensnachteils dürfte sich in der Praxis Umgehungsstrategien ausgesetzt sehen.

3. Der Ansatz des 1. *Strafsenats* des BGH, nur zumindest mittelbar vermögensschützende Rechtsnormen als untreue-taugliche Pflichtenquellen anzuerkennen, verdient ebenso Zustimmung wie seine Erweiterung der Unmittelbarkeit bei der Gesamtsaldierung auf nicht zeitnahe Vermögensvorteile (AUB-Fall).

4. Demgegenüber ist die Neubegründung der Strafbarkeit der Parteienuntreue durch den 1. *Strafsenat* im Fall der Kölner Spendenaffäre abzulehnen.

5. Bei der Haushaltsuntreue ist die wirtschaftliche Grundlage des Prinzips der Gesamtsaldierung streng zu beachten. Deshalb kann eine Kreditaufnahme nicht in die kompensationsgeeignete Darlehensauszahlung und die nicht kompensationsgeeignete Zinsverpflichtung aufgespalten werden. Das läuft auf eine juristische Schadenslehre hinaus, die nach dem BVerfG-Beschluss nicht mehr verfassungsgemäß ist (gegen den 1. *Strafsenat* im Fall Schäch).

6. Der BVerfG-Beschluss hat auch Konsequenzen für die Betrugsstrafbarkeit. Strafsenate des BGH haben bislang vor allem die verschärften Anforderungen an die Schadensfeststellung in ihrer Betrugsrechtsprechung umgesetzt. Darüber hinaus wird der BVerfG-Beschluss auch für bestimmte Betrugsfallgruppen erheblich. Das gilt insbesondere für den Sportwettenbetrug, die Annahme eines vollendeten Versicherungsbetrugs im Al-Qaida-Fall sowie spezifische Fälle des ärztlichen Abrechnungsbetrugs und des Anstellungsbetrugs.

¹⁶⁶ Saliger (Fn. 134), § 263 Rn. 191.

¹⁶⁷ Für Schlösser, HRRS 2011, 254 (264) z.B. folgt aus der jüngsten Rechtsprechung des BVerfG die Verfassungswidrigkeit der gesamten Zweckverfehlungslehre. Das geht, was hier nicht gezeigt werden kann (vgl. aber Saliger [Fn. 134], § 263 Rn. 1, 189 f., 207 ff., 214 ff.), zu weit. Vgl. i.Ü. Saliger (Fn. 48), S. 457 ff. Auch Auswirkungen auf die Auslegung der Täuschungshandlung kommen in Betracht.