

Die Target 2-Salden der Deutschen Bundesbank in der Perspektive des Untreue-tatbestandes

Von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. **Bernd Schünemann**, München

I. Ökonomische Ausgangsposition

1. Bis Anfang 2011 konnten mit dem Akronym Target¹, mit dem der Geldverkehr zwischen den einzelnen nationalen Notenbanken im Eurosystem bezeichnet wird,² nur die im internationalen Zahlungsverkehr Tätigen und einige weitere Eingeweihte etwas anfangen. Auch als im Februar 2011 der einem breiteren Publikum u.a. durch seine Darstellung des heute weltbeherrschenden „Kasino-Kapitalismus“³ bekannte Ökonom und Direktor des Münchener ifo-Instituts, *Hans-Werner Sinn*, angeregt durch eine Beobachtung des früheren Bundesbank-Präsidenten *Schlesinger*⁴, die ökonomischen Hintergründe und Bedeutung des binnen zweier Jahre um mehrere hundert Milliarden Euro gewachsenen aktiven Saldos der Deutschen Bundesbank im Target-System zu erforschen begann,⁵ dauerte es rund ein weiteres Jahr, bis *Sinns* unablässige Bemühungen⁶ dazu führten, dass einerseits die Bundes-

bank den anfangs vernebelten⁷ Risikocharakter der eklatanten Auseinanderbewegung der Target-Salden zwischen den „Nord-Staaten“⁸ einerseits, den GIIPS-Staaten⁹ andererseits anerkannte¹⁰ und auf der anderen Seite über die Fachpresse und die Wirtschaftsteile der großen Tageszeitungen¹¹ hinaus auch die breitere Öffentlichkeit von dieser Entwicklung Notiz nahm, zuletzt aufgrund intensiver Aktivitäten der Taxpayers Association Europe und des Landesverbandes Bayern des Bundes der Steuerzahler.¹²

2. Inzwischen besteht über die Rechtsnatur und ökonomische Beurteilung der Target-Salden zwischen dem von *Sinn* angeführten Lager und der Bundesbank kein wesentlicher Dissens mehr: Über das Target-System werden grenzüberschreitende Transaktionen innerhalb des Euro-Raumes in der Weise abgewickelt, dass (an einem griechisch-deutschen Beispiel) ein griechischer Staatsbürger, der ein Kraftfahrzeug, eine Industrieanlage oder ein Grundstück in Deutschland erwerben will, sich bei seiner Hausbank einen Kredit besorgt, die daraufhin die griechische Notenbank beauftragt, die Deutsche Bundesbank gegen eine Sicherheitengestellung zu einer Auszahlung an die Hausbank des deutschen Veräußerers zu veranlassen. Die Bundesbank erhält hierfür zunächst eine Deckung in Gestalt einer Forderung gegen die griechische Notenbank, doch werden am Ende eines Tages die millionenfachen Transaktionen innerhalb des Euro-Raumes sal-

¹ Trans-European Automated Real-time Gross Settlement Express Transfer System.

² Und zwar durch Target (1) ab 1999; nachdem der EZB-Rat bereits am 24.10.2002 einen Beschluss über eine neue, umfassende Ausrichtung des Target-Systems (genannt Target 2) gefasst hatte, ging dieses ab November 2007 in Funktion. Zum Unterschied vgl. *Sinn*, Sonderausgabe ifo-Schnelldienst v. 21.3.2012, S. 10 Fn. 24; ferner EZB, „Leitlinie über ein transeuropäisches automatisiertes Echtzeit-Brutto-Express-Zahlungsverkehrssystem“ (Target 2) – Az. EZB/2011/NP 17, Art. 4.

³ So der Titel des die sog. Finanzkrise und ihre „Bewältigung“ untersuchenden, populärwissenschaftlichen Buches von *Sinn*, 2009.

⁴ Vgl. *Kaiser*, Spiegel-online v. 27.2.2012 (abrufbar unter <http://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/0,1518,817004,00.html>); *Ettel/Zschäpitz*, Welt am Sonntag-Wirtschaft v. 11.3.2012 (abrufbar unter <http://www.welt.de/print/wams/wirtschaft/article13915232/Das-erinnert-an-die-Kriegsfinanzierung.html>); ferner auch *Schlesinger*, in: ifo-Institut (Hrsg.), Die europäische Zahlungsbilanzkrise, 2011, S. 9 ff.

⁵ Der erste Schritt an die Öffentlichkeit erfolgte bei *Sinn*, Wirtschaftswoche Nr. 8 v. 21.2.2011 (online-Ausgabe unter <http://http://www.wiwo.de/>).

⁶ *Sinn*, SZ Nr. 77 v. 2.4.2011 (online-Ausgabe unter <http://www.sueddeutsche.de/>); *ders.*, FAZ Nr. 103 v. 4.5.2011 (hier und im Folgenden: online-Ausgabe unter <http://www.faz.net>); *Sinn/Wollmershäuser*, Ifo Working Paper Nr. 105 2011 (abrufbar unter: <http://www.cesifo-group.de/portal/pls/portal/docs/1/1215221.PDF>); *dies.*, NBER Working Paper 17626, 2011 (abrufbar unter <http://www.nber.org/papers/w17626>, 16.4.2012); zuletzt umfassend *Sinn*, Sonderausgabe ifo-Schnelldienst v. 21.3.2012, passim. Zahlreiche weitere Beiträge und Nachweise in: ifo-Institut (Fn. 4).

⁷ Dazu näher u. III. 1. a) und VII. 2. c).

⁸ Damit sind vor allem Deutschland, Finnland, die Niederlande und Luxemburg gemeint, die heute die Gläubiger im Target-System sind, vgl. *Sinn*, Wirtschaftswoche Nr. 8 v. 21.2.2011, S. 12.

⁹ Mit dem Begriff „GIIPS-Staaten“ meint man Griechenland, Irland, Italien, Portugal und Spanien, also diejenigen Mitglieder der europäischen Wirtschafts- und Währungsunion – Euro-Raum –, deren Staatsschuldenkrise seit einigen Jahren den Euro extrem belastet; früher benutzte man die Abkürzung PIIGS-Staaten, was aber vermutlich wegen der Nähe zum englischen Ausdruck „pigs“ verändert wurde.

¹⁰ Vor allem durch Verlautbarungen des neuen Bundesbankpräsidenten *Weidmann*, s.u. III. 1. a) und d) bb).

¹¹ Einschlägige Artikel sind mittlerweile Legion, vgl. nur die Beiträge von *Kaiser*, Spiegel-online v. 27.2.2012; *Ettel/Zschäpitz*, Welt am Sonntag-Wirtschaft v. 11.3.2012; *Früh-auf*, FAZ-Wirtschaft v. 9.3.2012; *Ruhkamp*, FAZ-Wirtschaft v. 29.2.2012; *Vits*, Handelsblatt v. 29.2.2012 (hier und im Folgenden: online-Ausgabe unter <http://www.handelsblatt.de>); *Kühnlenz*, Financial Times Deutschland v. 27.2.2012 (hier und im Folgenden: online-Ausgabe unter <http://www.ftd.de>); *Hau*, Spiegel-online v. 9.3.2012 (abrufbar unter <http://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/0,1518,820255,00.html>).

¹² Die Analysen und Stellungnahmen des Europäischen Verbandes der Steuerzahler und des Landesverbandes Bayern sind abrufbar unter www.Target-2.de, (16.4.2012).

diert und an die Stelle einer Forderung gegen die betreffende ausländische Notenbank tritt eine dem Gesamtsaldo entsprechende Forderung gegen die EZB, so wie gleichzeitig die EZB eine Forderung gegen diejenigen Notenbanken erwirbt, deren Saldo negativ ist. Ein ähnliches Verrechnungssystem existiert etwa auch im Zentralbankensystem der USA zwischen den einzelnen Bundesstaaten, jedoch mit dem entscheidenden Unterschied, dass die hierbei entstehenden Salden jährlich ausgeglichen werden müssen.¹³ Anstelle einer solchen Pflicht wurde im Target-System des Euro das Recht der einzelnen Notenbanken, eine andere Notenbank zu einer Auszahlung zu veranlassen (was ökonomisch als „Schaffung von Zentralbankgeld“ bezeichnet wird), an eine Gestellung werthaltiger Sicherungen geknüpft, die also die Bonität der Forderungen im Target-System zu sichern hatten. Bereits bei der Konzeption dieses Systems wurde in einschlägigen Stellungnahmen die zentrale Bedeutung dieser Sicherheiten erkannt und ausdrücklich hervorgehoben.¹⁴

3. Während nun die Bonitätsanforderungen der einzureichenden Sicherheiten bis zum 24.10.2008 seitens der EZB auf den (entsprechend internationalen Rating-Stufen) mit „A-“ auf der unteren Stufe der Klasse „prinzipiell sichere Anlage“ eingeordnet waren, wurden sie durch eine EZB-Verordnung¹⁵ per 25.10.2008 auf „BBB-“ und damit auf die unterste Stufe der „durchschnittlich guten Anlage“ abgesenkt – eine Stufe über den sog. Ramschanleihen – und sodann gegenüber den Hauptproblemländern Griechenland, Irland und Portugal für dortige Staatsanleihen oder staatlich garantierte Sicherheiten vollständig ausgesetzt.¹⁶ Durch diese Maßnahmen wurden, wie bei *Sinn* im Einzelnen dargelegt, die Peripherieländer¹⁷ in den Stand gesetzt, das Target-System als einen faktischen

Rettungsschirm zu benutzen, d.h. zu einer nach oben unbegrenzten Kreditmaschinerie umzufunktionieren. Die Forderung der Bundesbank gegen die EZB ist dadurch bis Ende März 2012 auf rund 615 Mrd. Euro angestiegen,¹⁸ was das Mehrfache der bisher vom Bundestag beschlossenen Engagements Deutschlands in den verschiedenen Rettungsschirmen ausmacht.¹⁹ Bei einem Zusammenbruch des Euro-Systems wäre die Forderung als solche erloschen und auch inhaltlich weitgehend entwertet. Wenn nur einzelne Länder (etwa Griechenland) ausscheiden, so braucht die Bundesbank den daraus resultierenden Verlust der EZB-Target-Forderungen nur zu ihrem ursprünglichen Anteil (rund 27 %) sowie mit 27 % vom Anteil des ausscheidenden Mitglieds zu tragen, was im Falle eines Ausscheidens Griechenlands (das eine Target-Schuld von 107 Mrd. Euro und einen Anteil von 2,8167 % hat)²⁰ also einen die Deutsche Bundesbank treffenden sofortigen Abschreibungsbedarf von über 28 Mrd. Euro auslösen würde. Wenn es²¹ angesichts der bereits einmal eingetretenen faktischen Zahlungsunfähigkeit Griechenlands, die nur durch den Schuldenschnitt und durch weitere Kredite überbrückt werden konnte,²² und der zukünftig nach den Prognosen der Experten zu erwartenden Wiederholung dieser Situation mit ex ante äußerst unsicherem Ausgang²³ den auch für die Bundesbank geltenden Regeln ordnungsmäßiger Buchführung und Bilanzierung²⁴ entsprochen hätte, für diesen drohenden endgültigen Verlust in Höhe von 28 Mrd. Euro eine höhere Rückstellung zu bilden als die von der Bundesbank in der Bilanz 2011 vorgenommene Risikorückstellung für allgemeine Wagnisse von 7,7 Mrd. Euro,²⁵ hätte die Bundesbank allein schon wegen der Griechenland-Risiken im Jahre 2011 einen Verlust anstelle des ausgewiesenen und an die Bundesrepublik abgeführten, angenommenen Gewinns von 643 Mio. Euro ausweisen müssen. Und hierbei wären noch nicht einmal die enormen Risiken wegen der hohen Target-Verbindlichkeiten der übrigen GIIPS-Staaten berücksichtigt, deren Gesamtbetrag sich derzeit auf fast 900 Mrd. Euro beläuft.²⁶

¹³ Näher *Sinn*, Sonderausgabe ifo-Schnelldienst v. 21.3.2012, S. 27 f.

¹⁴ *Hartmann*, damals Vorstandsmitglied der Bundesbank, erklärte auf einem Seminar über grenzüberschreitende Überweisungen in Frankfurt a.M. am 30.1.1998: „Geldpolitische Operationen [...] mit dem Zweck, das einfache Funktionieren des Zahlungssystems zu fördern, erfordern die endgültige und unbedingte Übertragung von Sicherheiten vor der Gewährung des betreffenden Kredits, wenn die Zentralbanken gegen Kreditrisiken geschützt werden sollen“, BIS Review 7/1998, Übersetzung v. *Verf.* Auch der amerikanische Ökonom *Garber* warnte bei NBER Working Paper 6619, 1998, S. 19, dass die vorgeschlagene Struktur der EZB und von Target keine zusätzliche Sicherheit gegen die Möglichkeit eines Angriffs böte: „Quite the contrary, it creates a perfect mechanism to make an explosive attack on the system.“ (verfügbar unter: <http://www.nber.org/papers/w6619.pdf>, veröffentlicht unter dem Titel „The Target Mechanism: Will It Propagate Or Stifle A Stage III Crisis?“, Carnegie-Rochester Conference Series on Public Policy 51 [1999], 195-220).

¹⁵ VO (EG) Nr. 1053/2008 der EZB v. 23.10.2008= ABl. EU Nr. L 282/17 v. 25.10.2008.

¹⁶ EZB, ABl. EU Nr. L 117/102 v. 11.5.2010, ABl. EU Nr. L 94/338.4.2011, ABl. EU Nr. L 182/31 v. 12.7.2011.

¹⁷ Ein anderer üblicher Ausdruck zur Bezeichnung der GIIPS-Staaten.

¹⁸ Meldung der Bundesbank zum Target 2-Saldo v. 10.4.2012, abrufbar unter www.bundesbank.de (16.4.2012).

¹⁹ Dazu die Übersicht bei *Sinn*, Sonderausgabe ifo-Schnelldienst v. 21.3.2012, S. 23 Abb. 13 linke Säule; ausführlich in: Der Haftungspegel, abrufbar unter:

<http://www.cesifo-group.de/de/link/Haftungspegel>.

²⁰ Commerzbank, Economics aktuell v. 10.4.2012 (online-Fassung, abrufbar unter <https://www.commerzbank.de/>).

²¹ Wofür vieles spricht, was aber im Rahmen dieses den strafrechtsdogmatischen Fragen gewidmeten Aufsatzes nicht definitiv geklärt werden kann.

²² Vgl. Handelsblatt v. 12.3.2012: „Griechenland schließt Anleihentausch ab“ und *Frühauß*, FAZ-Wirtschaft v. 9.3.2012: „Griechenland wird als Zahlungsausfall eingestuft“.

²³ S.u. Fn. 53, 63.

²⁴ § 26 Abs. 2 BBankG.

²⁵ Bundesbank, Geschäftsbericht 2011, S. 154 mit Tab. 19; abrufbar über die Webseite der Bundesbank.

²⁶ Commerzbank, Economics aktuell v. 10.4.2012.

II. Präzisierung und Reihenfolge der strafrechtlichen Fragestellung

1. Dass alle Rettungsschirme bis hin zu dem zwischen den Regierungen vereinbarten, vom Bundestag aber noch nicht akzeptierten Rettungsschirm ESM über 800 Mrd. Euro,²⁷ die Probleme der Staatsschuldenkrise, die in fast allen modernen Industriestaaten groß, in den GIIPS-Staaten aber gigantisch sind, nicht lösen, sondern nur „Zeit kaufen“ können, ist von den Experten und mittlerweile auch vom Bundesbankpräsidenten ausdrücklich eingeräumt worden.²⁸ Die hoffungsvollen Erklärungen, die regelmäßig von der Bundesregierung abgegeben werden,²⁹ sind infolgedessen durch die bei *Sinn*³⁰ näher dargestellte, quasi erpresserische Situation leicht zu erklären: Wenn heute das Euro-System auseinanderbrechen würde, müsste die Bundesbank 615 Mrd. Euro abschreiben, was (weil sie außer über die Target-Forderungen nur noch in Gestalt der Goldreserven über nennenswerte Aktiva verfügt) die Bundesrepublik zu einer Rekapitalisierung zwingen und den Steuerzahler in dieser Größenordnung zusätzlich belasten würde.

2. Der englische Außenminister *William Hague* hat in einem Interview mit dem Magazin „The Spectator“ am 28.9.2011³¹ das Euro-System als ein „brennendes Haus ohne Ausgang“ qualifiziert und erklärt: „Es war eine Torheit, dieses System zu schaffen, und es wird Jahrhunderte darüber geschrieben werden als ein historisches Denkmal kollektiver Dummheit“. Die hier zu behandelnde Frage lautet nicht, ob es sich um eine historische Torheit handelt (in welcher Frage es bekanntlich divergierende Anschauungen bis hin zu der These eines historisch notwendigen Opfers der D-Mark für die Wiedervereinigung gibt), sondern ob die exorbitante „Spreizung“ der Target-Salden der Euro-Länder mit auf der einen Seite Forderungen von über 800, fast 900 Mrd. Euro (davon der Großteil mit 615 Mrd. Euro bei der Bundesbank) und auf der anderen Seite entsprechenden Verbindlichkeiten bei den GIIPS-Staaten womöglich schon heute zu einem Vermögensnachteil für die Notenbanken der „Nordländer“ als Ergebnis einer strafbaren Vernachlässigung der dort an den Schalthebeln des Euro-Systems sitzenden Amtswalter geführt hat. Diese Fragestellung mag ungewohnt sein, weil wir uns daran gewöhnt haben, dass die Strafjustiz fast ausschließlich Aben-

teurer- und Elendskriminalität verfolgt, ihren Gegenstand also in den Lebensformen der Unterschicht sucht, während ein „Oberschichtstrafrecht“ mehr diskutiert³² als praktiziert wird. Immerhin hat sich seit den Gesetzen zur Bekämpfung der Wirtschafts- und Umweltkriminalität³³ und den damit verbundenen organisatorischen Maßnahmen³⁴ nach und nach ein Umdenken auch in der Praxis vollzogen, das sich in durchweg spektakulären Strafprozessen gegen führende Exponenten unseres politischen und ökonomischen Systems manifestiert hat.³⁵ Sollte jemand – sei es in der Bundesregierung, sei es in der Bundesbank – die Verantwortung dafür tragen, dass das als Abrechnungssystem konzipierte Target-System seit 2008 von den Zentralbanken der GIIPS-Staaten zu einem „faktischen Rettungsschirm“ umfunktioniert worden ist, wäre also die hohe Position der in Betracht kommenden Amtswalter kein Grund, die strafrechtliche Prüfung a limine zu verweigern. Selbstverständlich muss sorgfältig geprüft werden, ob durch diese Entwicklung für die Bundesbank als vermögensmäßiger Teil der Bundesrepublik Deutschland bereits ein unter § 266 StGB subsumierbarer Vermögensnachteil entstanden ist, ob dies Entscheidungen deutscher Amtswalter zuzurechnen ist und ob, falls dies zutrifft, die dafür maßgeblichen Entscheidungen womöglich innerhalb des Gestaltungsspielraumes der verantwortlichen Personen gelegen haben könnten, in welchem Fall zwar der Schaden, aber nicht die Pflichtwidrigkeit zu bejahen sein könnte. Diesen Fragen wird nunmehr nachgegangen, wobei es in Abweichung von der schulmäßigen Prüfungsreihenfolge zweckmäßig erscheint, die Prüfung des Schadens vor diejenige der täterschaftlichen Zurechnung und der Pflichtwidrigkeit zu stellen,³⁶ weil die Überlegungen zur möglichen Schadensna-

²⁷ Manager-Magazin online v. 30.3.2012 (abrufbar unter: <http://www.manager-magazin.de/politik/artikel/0.2828.824794.00.html>); Agence France Pressemeldung v. 30.3.2012.

²⁸ Ansprache im Chatham House London am 28.3.2012, S. 3 f., abrufbar unter www.bundesbank.de (16.4.2012).

²⁹ Etwa in der Beantwortung der Frage Nr. 264 für März 2012 des Bundestagsabgeordneten *Lehrieder* (I C 1 – WK 1900/12/10002, 2012/02799848): „Die Bundesregierung geht davon aus, dass sich die Ungleichgewichte (sic!) bei den Target-Salden mit einer Rückkehr des Vertrauens der Banken untereinander mittelfristig wieder zurückbilden.“

³⁰ *Sinn*, Sonderausgabe ifo-Schnelldienst v. 21.3.2012, S. 22.

³¹ Vgl. <http://www.spectator.co.uk/coffeehouse/7272628/hague-the-euro-is-a-burning-building-with-no-exit.html>; Übersetzung im Text v. *Verf.*

³² Vgl. *Schünemann*, in: Kühne/Miyazawa (Hrsg.), *Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen in Japan und Deutschland*, 2000, S. 17.

³³ 1. und 2. WiKG v. 1976 und 1986, 1. und 2. UKG v. 1980 und 1994.

³⁴ Namentlich des Ausbaus der Zentralstellen für Wirtschaftsstrafsachen gem. § 143 Abs. 4 GVG, s. *Roxin/Schünemann*, *Strafverfahrensrecht*, 27. Aufl. 2012, § 9 Rn. 9.

³⁵ Vgl. nur *Stein*, *Die Verantwortlichkeit politischer Akteure*, 2009, passim; zu den Strafverfahren im Umkreis der politischen Parteien *Saliger*, *Parteiengesetz und Strafrecht*, 2005, passim; zum Mannesmann-Prozess *Schünemann*, *Organuntreue, Das Mannesmann-Verfahren als Exempel?*, 2004, passim. Speziell im Straftatbestand der Untreue (§ 266 StGB) ist die Subkategorie der Amtsuntreue in jüngster Zeit zunehmend auch gegenüber den höchsten Rängen der Exekutive herangezogen worden und vom Bundesgerichtshof ausdrücklich auf das Fehlverhalten eines Landesministers angewendet worden (BGH NJW 2003, 2179; Übersicht bei *Schünemann*, *Unverzichtbare Gesetzgebungsmaßnahmen zur Bekämpfung der Haushaltsuntreue und der Verschwendung öffentlicher Mittel*, 2011).

³⁶ Zumal es in der strafrechtsdogmatischen Diskussion außerordentlich umstritten ist, welche Merkmale eine logisch vorrangige Bedeutung (als Prämisse für andere Merkmale) besitzen bzw. wovon diese unter Umständen sich auch umkehren-

tur zugleich für die weiteren Tatbestandsprobleme heuristischen Wert besitzen.

III. Fragen des Vermögensnachteils

1. Die Frage, ob sich in dem mittlerweile auf über 615 Mrd. Euro angewachsenen aktiven Target-Saldo der Bundesbank in Verbindung mit den durch die gesenkten Bonitätsanforderungen der EZB in ihrem Wert zweifelhaften Sicherheiten ein Vermögensnachteil der Bundesbank und/oder der Bundesrepublik Deutschland im strafrechtlichen Sinne realisiert hat, kann erst beantwortet werden, wenn die rechtlichen und die wirtschaftlichen Verhältnisse geklärt sind. Denn nach dem in verschiedenen Spielarten in Rechtsprechung und Schrifttum heute anerkannten sowohl wirtschaftlichen (ökonomischen) als auch mit juristischen (rechtlichen) Elementen durchsetzten Vermögensbegriff³⁷ ist das Vermögen nach seinem wirtschaftlichen Wert zu ermitteln, wie er sich nach den wirtschaftlichen Verhältnissen unter Berücksichtigung der rechtlichen Regelungen darstellt.

a) Entgegen dem eingangs gezeichneten Bild könnte man nach der ursprünglich von der Bundesbank publizierten Auffassung den Eindruck gewinnen, es handele sich bei den Target-Salden um zur Begründung eines Vermögensschadens ungeeignete statistische Posten, die eine normale Begleitscheinung der Geldschöpfung im europäischen Währungssystem seien. So sprach die Bundesbank davon, Target 2-Salden stellten für die einzelnen nationalen Notenbanken keine eigenständigen Risiken dar.³⁸ Und das Bundesfinanzministeri-

de Reihenfolge von Prämisse und Conclusio abhängt (volkstümlich gesprochen: was hierbei die Henne und was das Ei ist). So wird bspw. im neueren Schrifttum häufig die Auffassung vertreten, dass das zentrale Merkmal des objektiven Tatbestandes von § 266 StGB eigentlich die Verletzung einer (u.U. qualifizierten) Vermögensfürsorgepflicht sei, wobei aber zur näheren Begründung dieser Pflicht meist auf allgemein gehaltene Generalklauseln zurückgegriffen werden muss, während nach der Gegenmeinung aus dem Charakter des § 266 StGB als eines Vermögensverletzungs- und damit Erfolgsdelikts folgt, dass grundsätzlich jede Schädigung des anvertrauten Vermögens den Straftatbestand erfülle, sofern sie nicht nach der betreffenden rechtlichen Ordnung des Verhältnisses erlaubt sei, weswegen es sich bei der Frage der Pflichtverletzung sachlich um ein Problem der Rechtfertigung handele (dazu m.w.N. *Schünemann*, in: Laufhütte/Rising-van Saan/Tiedemann [Hrsg.], Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 9/1, 12. Aufl. 2012, § 266 Rn. 93 f. und demnächst in der Maiausgabe der ZIS).

³⁷ *Tiedemann*, in: Jähne/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 6, 11. Aufl. 2000, § 263 Rn. 132; *Hefendehl*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2006, § 263 Rn. 309 ff.; *Schünemann* (Fn. 36), § 266 Rn. 166 m.w.N.

³⁸ In ihrer Presseerklärung v. 22.2. 2011 (weiterhin verfügbar über ihre Webseite www.bundesbank.de [16.4.2012]) hat die Deutsche Bundesbank u.a. Folgendes erklärt: „Die Höhe und die Verteilung der Target 2-Salden über die nationalen Notenbanken des Euro-Systems sind für deren Risikoposition

um führte aus: Aus ihnen entstünden keine originären Risiken für Notenbanken oder Staatshaushalte, die Target 2-Salden seien vielmehr das Symptom für tiefer liegende Probleme wie ein dysfunktionaler Interbankenmarkt in Teilen der Eurozone.³⁹ Die elastischen Adjektive „eigenständig“ bzw. „originär“ und weitere verhüllende Wendungen („Anpassungen im Sicherheitenrahmen“, „bewusste Entscheidung des EZB-Rats, um die Funktionsfähigkeit des Finanzsystems [...] zu erhalten“) können jedoch einen aufmerksamen Leser nicht davon ablenken, dass die Target-Forderung der Bundesbank von nunmehr 615 Mrd. Euro die (um einen Ausdruck des EZB-Präsidenten Draghi zu zitieren) „dicke Bertha“ der Gesamtforderungen der Nordländer gegen die GIIPS-Staaten von über 800 Mrd. Euro ist und damit die faktische Umfunktionalisierung von einem Verrechnungssystem in einen Rettungsschirm manifestiert, dass die Bundesbank für den Ausfall jedes einzelnen Target-Partners mit „27 % + 27 % von x⁴⁰ vom Gesamtbetrag“ haftet und dass ein Ausgleich der riesigen Forderungen durch künftige Exporte der GIIPS-Staaten oder dorthin fließende Investitionen der Nordländer selbst bei fortgesetzten Rettungsschirmen oder „firewalls“, wie sie jetzt in Gestalt des ESM wieder vor der Tür stehen, nicht nur eine vage Zukunftshoffnung sind, sondern vor allem weitere Aufwendungen und damit Vermögensabflüsse (formal aller Eurostaaten, aber wegen deren Finanzierung von den Destinatären der früheren Rettungsschirme aus denselben) bei dem noch besser gestellten Teil der EWWU-Mitglieder voraussetzen. Außerdem ist das Risiko eines vollständigen Zusammenbruchs des Eurosystems vollständig beiseite gelassen und die für die ganze Entwicklung verantwortliche Absenkung der

aus der Mittelbereitstellung des Euro-Systems jedoch unerheblich. Target 2-Salden stellen für die einzelnen nationalen Notenbanken keine eigenständigen Risiken dar.“ Und im Monatsbericht März 2011: „Für die Bundesbank ergibt sich aus dem Anstieg ihrer Target 2-Verrechnungssalden unmittelbar keine Veränderung ihrer Risikolage. Diese ist unabhängig von den Target 2-Positionen und ergibt sich durch die in der Liquiditätsbereitstellung des Euro-Systems enthaltenen Risiken. Durch die Ausweitung der Refinanzierungsgeschäfte und die Anpassungen im Sicherheitenrahmen während der Finanzkrise ist das Euro-System insgesamt gesehen zwar durchaus zusätzliche finanzielle Risiken eingegangen; dies geschah jedoch durch eine bewusste Entscheidung des EZB-Rats, um die Funktionsfähigkeit des Finanzsystems unter erschwerten Bedingungen zu erhalten. Ein Verlustfall tritt nur dann ein, wenn ein Geschäftspartner des Euro-Systems ausfällt und die von ihm hinterlegten Sicherheiten bei ihrer Verwertung trotz der vom Euro-System angewandten Risikokontrollmaßnahmen nicht den vollen Wert der damit abgesicherten Refinanzierungsgeschäfte einbringen. Es trifft immer das Euro-System als Ganzes.“

³⁹ Fragen und Antworten zur Rolle der EZB in der europäischen Staatsschuldenkrise v. 26.3.2012, S. 3 (abrufbar unter: http://www.ulrich-lange.info/fileadmin/medien/Sonderseite_Euro/Fragen_Antworten_EZB.pdf).

⁴⁰ Wobei x die prozentuale Beteiligung des ausfallenden Partners meint.

Sicherheitenbonität hinter dem Euphemismus der „Anpassung“ versteckt worden. Die Target-Forderung der Bundesbank von 615 Mrd. Euro ist deshalb stark gefährdet und vermutlich zu einem erheblichen Teil uneinbringlich, wie nicht nur *Sinn* und andere dargelegt haben,⁴¹ sondern bezüglich der (in ihrem Ausgang freilich optimistischer beurteilten) Risikosituation mittlerweile auch von der Bundesbank mehr oder weniger zugegeben wird, etwa in den Worten ihres Präsidenten *Weidmann*, der ausdrücklich die EZB als „eine Art Clearing Stelle“ und den negativen Target 2-Saldo als eine „Verbindlichkeit“, den positiven Target 2-Saldo dagegen als eine „Forderung“ qualifiziert sowie auf die zentralen Fakten hingewiesen hat, dass das Euro-System seit Ausbruch der Finanzkrise seine Liquiditätsbereitstellung sukzessiv ausgeweitet habe, indem gegen Sicherheiten in unbegrenztem Umfang Liquidität zur Verfügung gestellt wurde (Vollzuteilung) sowie „außerdem die Anforderungen an die geforderten Sicherheiten, unter anderem Ratingschwellen, spürbar abgesenkt wurden“.⁴² Konsequenterweise hat er in einem Schreiben an den EZB-Präsidenten eine Nachbesicherung der Target-Forderungen verlangt⁴³ und bereits einen (freilich be-

⁴¹ *Sinn*, Sonderausgabe ifo-Schnelldienst v. 21.3.2012, S. 20; v. *Hohenau*, Anmerkungen der Taxpayers Association Europe, abrufbar im Internet unter www.Target-2.de (16.4.212); dapd-Meldung v. 10.4.2012: „Kreditrisiken der Bundesbank haben sich zum Vorjahr fast verdoppelt“: „Die Summe entspricht nun rund einem Viertel des deutschen Bruttosozialprodukts [...]. Damit haftet auch die Bundesbank für die Verbindlichkeiten der Banken in den Euro-Schuldenländern. Zwar sichern die Zentralbanken im Euro-Verbund ihre Forderungen untereinander ab, die Bundesbank sorgte sich aber über die Qualität des ihr zustehenden Pfands. Bundesbank-Präsident Jens Weidmann hatte deswegen von Draghi bessere Sicherheiten gefordert und öffentlich Druck ausgeübt. Das führte zu heftigem Streit im EZB-Rat, der über die Geldpolitik entscheidet, berichteten mehrere Medien. Um ihr Kreditrisiko nicht noch weiter zu erhöhen, will die Bundesbank in Zukunft bei ihren eigenen Kreditgeschäften mit Geschäftsbanken in Deutschland strengere Maßstäbe anlegen. Institute, die sich bei der Bundesbank Kredite holen, können dann bestimmte Papiere nicht mehr als Sicherheit hinterlegen.“

⁴² *Weidmann*, Gastbeitrag in der FAZ-Wirtschaft v. 12.3.2012.

⁴³ In diesem Brief an den EZB-Präsidenten hat der Bundesbankpräsident Weidmann im Einzelnen die Rückkehr zu den Sicherheitenregeln vorgeschlagen, wie sie vor den oben genannten Absenkungsmaßnahmen galten, und hierbei „ausdrücklich auf die wachsenden Target-Forderungen Bezug genommen.“ Er schlägt ausdrücklich eine Besicherung der Forderungen der EZB gegenüber den finanzschwachen Notenbanken (scil. der GIIPS-Staaten) vor, denen gegenüber die EZB-Forderungen inzwischen einen Wert von mehr als 800 Mrd. Euro haben. Weidmann fordert, es solle geprüft werden, in welchem Ausmaß in der Zwischenzeit die Risikoposition der EZB durch die Einreichung von Sicherheiten verbessert werden könne. Sollte ein Teil dieser Forderungen ausfallen, könnten die Notenbanken des Euro-Systems die Verluste

scheidenen) Erfolg erzielt in Gestalt des EZB-Ratsbeschlusses v. 21.3.2012, dass die nationalen Zentralbanken nicht (mehr) verpflichtet sind, notenbankfähige Bankschuldverschreibungen als Sicherheit für Kreditgeschäfte des Euro-Systems anzunehmen, die durch einen Mitgliedstaat garantiert sind, für den ein Programm der EU und des IWF besteht oder dessen Bonitätsbeurteilung nicht im Einklang mit dem Schwellenwert des Euro-Systems steht.⁴⁴

b) Nach dieser Klärung der ökonomisch-rechtlichen Ausgangssituation stellt sich die Frage, ob die unbestreitbare Gefährdung der Target-Forderungen der Nordländer als „Vermögensnachteil“ im Sinne des § 266 StGB qualifiziert werden kann, wobei die sedes materiae offenbar in Voraussetzungen und Grenzen der Figur der „schadensgleichen Vermögensgefährdung“ besteht, für die sich in jüngster Zeit die Bezeichnung als „Gefährdungsschaden“ eingebürgert hat.⁴⁵ Entscheidend ist danach, dass die pflichtwidrige Handlung des Treupflichtigen zwar noch nicht zum effektiven Verlust, aber nach wirtschaftlicher Betrachtung bereits zu einer gegenwärtigen Minderbewertung des Vermögens(-stückes) führt.⁴⁶ Für die entscheidende Frage, von welchen konkreten Kriterien es im Einzelnen abhängt, ob eine noch nicht zum formellen Verlust eines Vermögensstückes eskalierte Gefahrensituation bereits unter den Begriff des Vermögensschadens subsumiert werden kann, wird man als normative Richtlinie darauf abzustellen haben, ob dem drohenden endgültigen Verlust keine Vermeidemachtmöglichkeiten des Bedrohten mehr gegenüberstehen.⁴⁷ Als ratio cognoscendi kann hierbei die bilanztechnische Behandlung herangezogen werden, deren (notabene begrenzte) Nützlichkeit – erstmals umfassend von *Hefendehl* entwickelt⁴⁸ – vom 1. Strafsenat des

möglicherweise nicht tragen, und die EURO-Staaten würden sie möglicherweise nicht ausgleichen (siehe *Ruhkamp*, FAZ-Wirtschaft v. 29.2.2012).

⁴⁴ EZB, ABl. EU Nr. L 91/27 v. 29.3.2012; betroffen sind dadurch solche von Griechenland, Portugal und Irland.

⁴⁵ St. Rspr., s. bereits RGSt 16, 1 (11); 16, 77 (81); BGHSt 21, 212; 48, 354 (357); *Hefendehl* (Fn. 37), § 263 Rn. 532 ff.; *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2011, § 266 Rn. 40 ff.; *Schünemann* (Fn. 36), § 266 Rn. 178 ff.; *Tiedemann* (Fn. 37) § 263 Rn. 168 ff., jeweils m.w.N.

⁴⁶ So schon RGSt 8, 68 (70); 9,168 (169 f.); s. *Hefendehl*, Vermögensgefährdung und Exspektanzen, 1994, S. 50 f. zur vorangegangenen Rspr. des preußischen Obertribunals; grdl. dann RG (Vereinigte Strafsenate), Urt. v. 20.4.1887 = RGSt 16, 1 (11) zu § 263; RGSt 16, 77 (81) zu § 266 a.F.

⁴⁷ Eingehend *Hefendehl* (Fn. 46), S. 128 ff., der zutreffend darauf hinweist, dass hierdurch auch die Maxime der Viktimo-dogmatik realisiert wird, im methodologischen Rahmen der Tatbestandsauslegung bei ausreichenden Selbstschutzmöglichkeiten des Rechtsgutsträgers (noch) keine Rechtsgutsverletzung anzunehmen; ebenso *Hefendehl* (Fn. 37), § 263 Rn. 563 ff.

⁴⁸ *Hefendehl* (Fn. 46), S. 166 ff.; *ders.* (Fn. 37), § 263 Rn. 563 ff.; *ders.*, in: Joecks/Ostendorf/Rönnau/Rotsch/Schmitz (Hrsg.), Recht – Wirtschaft – Strafe, Festschrift für Erich Samson, 2010, S. 301.

BGH aufgegriffen⁴⁹ und schließlich von BVerfGE 126, 170 (223 ff.) für die Schadensermittlung verbindlich gemacht worden ist.

c) Jedenfalls bei den Target-Verbindlichkeiten Griechenlands, Irlands und Portugals, für die (in der Terminologie des EZB-Rats) „ein Programm der EU und des IWF besteht und deren Bonitätsbeurteilung nicht im Einklang mit dem Schwellenwert des Euro-Systems steht“, wird sich die die Gläubiger treffende schadensgleiche Vermögensgefährdung (wenn zunächst die Frage ihrer Rettung durch Schirme oder Brandmauern ausgeklammert wird) nicht bestreiten lassen, weil ihre Kreditwürdigkeit ja selbst vom EZB-Rat eingeräumt worden ist – es sei denn, es wären ausreichende Sicherheiten vorhanden. Durch die oben (I. 3.) beschriebene Herabsetzung dieser Sicherheiten um drei Stufen auf eine Stufe oberhalb von „Junk Bonds“ und sodann durch die Annahme der von den Ratingagenturen auf dieses „non-investment grade“ herabgestuften griechischen, irischen und portugiesischen Staatspapiere vermöge der Entscheidungen des EZB-Rats verloren diese Sicherheiten anfangs jedenfalls teilweise, später vollständig ihre Bonität. Die Deckung der Forderungen aus dem Target-System gegen die Notenbanken dieser Länder besteht danach seit Oktober 2008 zu einem erheblichen Teil, vielleicht sogar ausschließlich⁵⁰ in solchen Gegenständen, denen im internationalen Zahlungsverkehr keinerlei Vertrauen entgegengebracht wurde: entweder in Gestalt von Sicherheiten, die von den Ratingagenturen kurz oberhalb oder auf „Ramschniveau“ eingestuft wurden, oder in Forderungen gegen die Zentralbanken der GIIPS-Staaten, die im normalen Interbankenverkehr nicht mehr kreditwürdig waren.

d) Im privaten Kreditverkehr wäre die strafrechtliche Beurteilung einer solchen Situation unproblematisch: Die Forderung gegen einen nicht mehr kreditwürdigen Schuldner, für die keine ausreichenden Sicherheiten existieren, ist in ihrer Einbringlichkeit so konkret gefährdet, dass bei wirtschaftlicher Betrachtung von ihrem Verlust ausgegangen werden bzw. zumindest eine erhebliche Abwertung vorgenommen werden muss. Im Eurosystem zwischen den nationalen Zentralbanken könnten Besonderheiten gelten, wenn die Argumentation der Bundesbank zur andersartigen Deutung der Target-Salden durchgreift.

aa) Das erste, vor allem 2011 verwendete (s.o. III. 1. a) Argument lautet, dass beim Ausfall eines Schuldners im Target-System eine Beteiligung der Deutschen Bundesbank nur in Höhe des vertraglich vereinbarten Anteils von rund

27 % verpflichtend sei. Abgesehen davon, dass sich dieser Prozentsatz um den deutschen Anteil an dem ausfallenden Schuldnerland erhöht, bedeutet dieses Argument aber ohnehin nur ein Argument zur Höhe des Schadens, nicht zur Verneinung desselben. Wenn auch das Risiko eines vollständigen Ausfalls der Forderungen aus dem Target-System nur bei einem vollständigen Zusammenbruch des ESZB-Systems, bei dem Forderungsausfall bezüglich einzelner Euro-Staaten dagegen nur ein anteilmäßiger Ausfall droht, so erhöht sich dieser mit Zwangsläufigkeit über den deutschen Kapitalanteil von rund 27 % hinaus, weil die verbleibenden Partner den prozentualen Ausfall des insolventen Partners wiederum unter sich aufteilen müssen. Unterstellt man beispielsweise, dass Griechenland, Italien und Spanien zahlungsunfähig würden, so wäre deren Anteil am EZB-System von 2,8167 % für Griechenland, 17,9137 % für Italien und 11,9037 % für Spanien, also über 32%, auf die übrigen Euro-Staaten zu verteilen, wodurch sich der deutsche Anteil von 27,1464 % auf 40,2968 % erhöhen würde. Wenn der negative Target-Saldo der genannten drei Länder per Februar 2012 von 485 Mrd. Euro und ein völliger Sicherheitenausfall zugrunde gelegt wird, so würde das also bei der Bundesbank einen Ausfall von rund 194 Mrd. Euro bedeuten. Und bei Griechenland allein würde der Ausfall der Bundesbank, wie oben dargelegt, 28 Mrd. Euro betragen. Zur Subsumtion unter das Tatbestandsmerkmal des Vermögensnachteils genügt aber schon Griechenland, weil die schadensgleiche Vermögensgefährdung jeder gegen die griechische Notenbank und den griechischen Staat gerichteten Forderung evident ist. Griechenland hat über das erste Rettungspaket 107 Mrd. Euro und über das zweite Rettungspaket 138 Mrd. Euro von EU und IWF zugesagt erhalten, und darüber hinaus ist es über das Target-System bei einem Schuldsaldo von 104 Mrd. Euro rund 100 Mrd. Euro im Debet. Die griechische Umschuldung, die vom Verband der Derivatehändler als Zahlungsausfall eingestuft wurde,⁵¹ beruhte auf einem Schuldenschnitt in Höhe von 107 Mrd. Euro. Ferner sind nach Presseberichten vom Staatsanleihenkauf der EZB rund 40 Mrd. Euro auf griechische Anleihen entfallen, und die Mittel aus dem (ersten) sog. Dreijahrestender der EZB sind von griechischen Banken zum erheblichen Teil zum Ankauf eigener Staatsanleihen benutzt worden.⁵² Trotz aller dieser Hilfsmaßnahmen ist die griechische Schuldenkrise aber nach in dieser Hinsicht völlig einheitlichen Presseberichten und Einschätzungen der Chefvolkswirte der drei größten deutschen Banken nicht etwa gelöst, sondern dauert weiterhin an und wird in Zukunft weitere Hilfsmaßnahmen erfordern.⁵³ Auch die Vereinbarung des

⁴⁹ Vor allem BGHSt 53, 202.

⁵⁰ Derartige Anleihen waren in der Vergangenheit von der Bundesbank nur für unter eine halbe Milliarde Euro akzeptiert worden, wobei sie einen daraus entstehenden Verlust selbst tragen muss. Insgesamt betragen die von den drei Ländern garantierten und als Sicherheit verwendeten Bankdarlehen aber einen Wert im hohen zweistelligen Milliardenbereich, geschätzt von gut 90 Mrd. Euro, zusätzlich weitere rund 70 Mrd. Euro von anderen Ländern der Euro-Zone, so *Ruhkamp*, FAZ v. 30.3.2012: „Bundesbank weist marode Banken anleihen zurück.“

⁵¹ Nachw. o. Fn. 22.

⁵² *Jörg Krämer*, Chefvolkswirt der Commerzbank, in einem Interview mit *Christian Vits* v. Handelsblatt am 29.2.2012; ebenso *Kühnlenz*, Financial Times Deutschland v. 27.2.2012.

⁵³ S.o. Fn. 52; *Hau*, Spiegel-online v. 9.3.2012 (Fn. 11); sowie *Krämer*, merkur-online.de v. 23.3.2012 (<http://www.merkur-online.de/nachrichten/wirtschaft/euro-die-mehrheit-will-eine-transferunion-2248957.html>); *ders.*, dradio.de v. 15.2.2012 (abrufbar unter:

dauerhaften Rettungsschirmes „ESM“ beruht offensichtlich auf der Prämisse, dass die Schuldenkrise der GIIPS-Staaten längst nicht gelöst ist.⁵⁴ Die Presse berichtet darüber, dass die Zinsen für spanische und italienische Staatsanleihen trotz der beschriebenen Maßnahmen (namentlich der beiden Dreijahrestender der EZB über mehr als 1 Billion Euro) bereits wieder stark anziehen.⁵⁵ Die einen permanenten Optimismus verbreitenden Äußerungen von Politikern sind demgegenüber für eine seriöse strafrechtswissenschaftliche Analyse unbrauchbar, weil es nicht erst, aber namentlich in der Staatsschuldenkrise notorisch ist, dass sie rein strategisch motiviert sind und deshalb keinen Wissenschafts-, d.h. Wahrheitsanspruch erheben. Ein einziges Beispiel für Dutzende: Nachdem die Bundeskanzlerin noch bei der Verabschiedung des zweiten Griechenlandpakets eine Erhöhung des Volumens des ESM über 500 Mrd. Euro hinaus klar verneint hatte und nicht einmal eine „Notwendigkeit für eine Debatte über eine Erhöhung der Kapazitäten von EFSF und ESM“ gesehen hatte,⁵⁶ haben die Finanzminister der Euro-Zone sich rund einen Monat später auf eine Erhöhung auf 800 Mrd. Euro verständigt.⁵⁷ Eine Rückführung der Target-Verbindlichkeit aus eigener Kraft kann man im Fall Griechenlands deshalb nach allen Erfahrungen der letzten Jahre mit Sicherheit ausschließen. Nach wie vor droht konkret ein Ausscheiden aus dem Euro-Verband, das allenfalls durch immer weitere Hilfsmaßnahmen vermieden werden kann.

bb) Das weitere Argument lautet, dass man nicht mit einem Auseinanderbrechen des Euro-Systems zu rechnen brauche. Bei genauer Prüfung schließt dieses Argument den Schaden aber nicht aus, sondern setzt ihn voraus. Denn wie die in der Vergangenheit bereits beschlossenen Rettungsschirme gezeigt haben und der (gegenwärtig in der Phase der parlamentarischen Entscheidung befindliche) konzipierte neue Rettungsschirm ESM zeigt, müssen zum Vermeiden eines Auseinanderbrechens der Euro-Zone weiterhin enorme finanzielle Maßnahmen ergriffen werden, um die jeweils bei Fälligkeit der Staatsschulden drohende Insolvenz eines Euro-Mitgliedstaates abwenden zu können. Das haben die Regierungsfractionen im Bundestag selbst unterstrichen, indem sie im „Entwurf eines Gesetzes zu dem Vertrag vom 2.2.2012

zur Einrichtung des Europäischen Stabilitätsmechanismus“⁵⁸ zur Begründung Folgendes erklärt haben:

„Die weltweite Finanz- und Wirtschaftskrise hat strukturelle Probleme im Euroraum – zu hohe Staatsverschuldung und mangelnde Wettbewerbsfähigkeit einiger Eurostaaten [...] schonungslos offengelegt [...]. Zur Stabilisierung des Euro-Währungsgebiets als Ganzes wurden zunächst temporäre Instrumente geschaffen: das erste Griechenlandprogramm, der europäische Finanzstabilisierungsmechanismus (EFSM) und die Europäische Finanzstabilisierungsfazilität (EFSF). Im weiteren Verlauf der Krise wurde deutlich, dass es neben einem Ausbau der vorsorglichen Maßnahmen eines dauerhaften Kriseninstrumentes [...] bedarf, um auch für den Fall handlungsfähig zu sein, dass die Regelungen zur Krisenprävention nicht ausreichen.“

Die mehrfach erweiterten und ergänzten „Rettungsmaßnahmen“, bei denen die Entstehungsreihenfolge „Verkündung einer endgültigen Rettungsmaßnahme, Feststellung ihrer Unzulänglichkeit, Ablehnung einer Erweiterung oder Ergänzung durch die deutsche Bundesregierung, Annahme einer Erweiterung oder Ergänzung durch die deutsche Bundesregierung, Verabschiedung durch den Bundestag“ aus allgemein zugänglichen Quellen zu entnehmen und deshalb offenkundig ist, beweisen deshalb durch ihre Notwendigkeit und ihre jeweils zunehmende Kostspieligkeit, dass die bis dahin ergriffenen Maßnahmen unzulänglich und deshalb die gegen die Krisenstaaten gehaltenen Forderungspositionen entwertet waren, so dass es sich ähnlich wie bei der Sanierung eines privaten Unternehmens mit öffentlichen Mitteln verhält: Niemand wird hier bestreiten, dass die Kreditforderungen gegen das Unternehmen bereits entwertet, die Gläubiger also geschädigt waren, bevor die Rettungsmaßnahme durch Aufwendung anderweitiger Mittel (!) zu einer Wiedergutmachung bei den ursprünglich Geschädigten führte. Dass sich dieser Ablauf im Euroraum auch in Zukunft fortsetzen wird, hat der Bundesbankpräsident selbst mit den Worten ausgesprochen, dass die immer höheren „Geldmauern“ das Problem nicht lösen, sondern nur Zeit kaufen würden.⁵⁹ Auch das Bundesfinanzministerium hat auf S. 7 a.E. seines Papiers⁶⁰ selbst zugegeben, dass die Maßnahmen der EZB lediglich „wertvolle Zeit“ gewinnen, während erst eine „entschlossene Haushaltskonsolidierung und Strukturreformen“ eine Lösung dafür bringen könnten, dass die GIIPS-Staaten jetzt und auf weitere Sicht im Maßstab internationaler Finanzierungen nicht mehr kreditwürdig sind. Das bedeutet aber eo ipso, dass diese für die Zukunft als notwendig bezeichneten Maßnahmen der „entschlossenen Haushaltskonsolidierung und Strukturreformen“ die gegenwärtige Entwertung der Forderungen gegen GIIPS-Staaten und ihre Zentralbanken noch nicht zu beseitigen vermögen, sondern lediglich die Zeit dafür schaffen, dass durch erhoffte spätere, entscheidende Maßnahmen in diesen Staaten und deren Volkswirtschaften schließlich

(<http://www.dradio.de/dkultur/sendungen/interview/1677736/>); Mayer/Kater/Krämer, Handelsblatt v. 10.4.2012.

⁵⁴ Denkschrift in BT-Drs. 17/9045, S. 29.

⁵⁵ Handelsblatt v. 14.4.2012. Nachdem die Renditen italienischer und spanischer Anleihen im Juni 2011 über 6 % betragen und damit auf „junk bond-Niveau“ angekommen waren (boerse-online.de v. 12.7.2011, abrufbar unter:

<http://www.boerse-online.de/anleihen/nachrichten/627244.html>),

zwischenzeitlich aber stark gefallen waren, betragen die Zinsen für langfristige Anleihen mittlerweile wieder 5,57 % (Financial Times Deutschland v. 12.4.2012).

⁵⁶ Bundestags-Plenarprotokoll 17/160 zur Sitzung v. 27.2.2012, S. 19081.

⁵⁷ Manager-Magazin-online v. 30.3.2012 (abrufbar unter:

<http://www.manager-magazin.de/politik/artikel/0,2828,824794,00.html>).

⁵⁸ Denkschrift in BT-Drs. 17/9045, S. 29.

⁵⁹ Ansprache im Chatham House London am 28.3.2012, S. 3 f., abrufbar unter www.bundesbank.de (16.4.2012).

⁶⁰ Fragen und Antworten zur Rolle der EZB in der europäischen Staatsschuldenkrise v. 26.3.2012 (Fn. 39), S. 7.

wieder eine Kreditwürdigkeit hergestellt wird, die dann gleichbedeutend mit der erst in der Zukunft zurück zu gewinnenden Werthaltigkeit der herausgereichten Kredite ist.

2. In strafrechtlicher Terminologie bedeutet das, dass selbst die Abwendung der drohenden Insolvenz eines GIIPS-Staates durch einen Rettungsschirm noch nicht einmal eine Schadenswiedergutmachung bezüglich der Entwertung der diesem Staat oder seiner Zentralbank gewährten Kredite bedeutet, sondern lediglich den „Zeitgewinn“, damit dieser Staat dann durch Gesundung seiner Wirtschaft in späterer Zukunft die Kreditwürdigkeit wiedergewinnt und dann endlich die Entwertung der gegen ihn gerichteten Forderungen wiedergutmachen kann.

a) Wenn diese Situation mit der Bewertung von Kreditforderungen gegen ein privates Unternehmen verglichen wird, so ist die Bewertung in seltener Weise eindeutig: Die bloße Hoffnung eines nicht mehr solventen und vor dem Zusammenbruch stehenden Kreditnehmers, durch künftige Geschäfte wieder Gewinne zu machen und dann wieder kreditwürdig zu werden, kann den zuvor bereits eingetretenen Vermögensschaden des Kreditgebers ebenso wenig ausschließen wie den Schädigungsvorsatz des Kreditnehmers.⁶¹

b) Besonders gut lässt sich das am Beispiel Griechenlands studieren, weil es hier – wie bereits näher beschrieben – zweier Rettungsschirme und eines Schuldenschnitts bedurfte, um die konkret drohende Insolvenz (die dann den Staat wie seine Notenbank ergriffen hätte) für eine geraume (nach Meinung vieler Experten nur kurze) Zeit abzuwenden. Es geht also gar nicht allein um den Austritt (worauf der Bundesbankpräsident allein abgestellt hat),⁶² sondern vor allem um die Insolvenz eines Euro-Mitglieds, die im Falle Griechenlands nur durch eine Kombination von Rettungsschirm und Schuldenschnitt formal abgewendet werden konnte, wobei aber die Schulden, soweit sie nicht beim Schuldenschnitt erloschen sind, nur in neue Schulden umgewandelt wurden, so dass sich an der Gefährdung der Forderungen höchstens quantitativ etwas geändert hat (wenn überhaupt, weil bereits unmittelbar nach Rettungsschirm und Schuldenschnitt in der Presse von Experten geäußert worden war, dass in Kürze ein weiterer Rettungsschirm notwendig sein werde, um die erneut drohende Insolvenz wiederum in die Zukunft zu verlagern).⁶³ Selbstverständlich kann aber die durch einen Rettungsschirm abgewendete Insolvenz die Entwertung des gegen den Schuldner gerichteten Anspruchs nicht für die Vergangenheit ausschließen, denn wie in dem zitierten Artikel des jetzigen Bundesbankpräsidenten ausdrücklich festgehalten worden und worauf unten bei der Pflichtwidrigkeit zurück zu kommen ist, können über die Rettungsschirme nur die

nationalen Parlamente entscheiden, so dass man bei der Bewertung der Forderungen einen vom Parlament noch nicht bewilligten Rettungsschirm auch nicht unterstellen darf. Daran zeigt sich, dass das Argument gegen die Gefährdung der Target 2-Forderungen ein reiner Zirkelschluss ist: Es wird argumentiert, dass die Nationalstaaten es nicht zulassen könnten, dass ein Mitglied des Euro-Raumes insolvent würde, so dass sie durch Rettungsschirme dies in Zukunft abwenden würden; die Rettungsschirme werden aber gerade deshalb notwendig, weil der Schuldnerstaat nicht in der Lage ist, aus eigener Kraft seine Schulden zurückzuführen.

c) Das ursprüngliche Argument der Bundesbank, welches auf S. 3 im Papier des Bundesfinanzministeriums vom 26.3.2012 aufgegriffen worden ist, wonach die Target-Salden „keine originären Risiken für Notenbanken oder Staatshaushalte“ seien, weil sie nur „das Symptom für tiefer liegende Probleme“ bedeuteten, bei denen angesetzt werden müsse, um die Target 2-Salden zurückzuführen, erweist sich damit als eine ökonomische Paraphrase der vorstehenden juristischen Qualifikation und liefert deshalb kein Argument gegen die Bejahung eines Vermögensschadens, sondern begründet diesen gerade. Denn es wird dadurch zugegeben, dass die Zentralbanken der GIIPS-Staaten derzeit gar nicht in der Lage sind, die gegen sie aus dem Target-System gerichteten Forderungen zu erfüllen, sondern dass dies erst nach einer wirtschaftlichen Gesundung in den betreffenden Peripheriestaaten der Fall sein wird, wobei diese, wie sowohl vom Bundesbankpräsidenten und vom Bundesfinanzministerium als auch von den Regierungsfractionen in ihrem Gesetzesentwurf zum ESM zugegeben wird, nur über die Schaffung weiterer kostspieliger „Rettungsschirme“ als Mittel des Zeitgewinns durch eine Wiederherstellung der derzeit „mangelnden Wettbewerbsfähigkeit einiger Euro-Mitgliedstaaten“ mittel- oder langfristig möglich sein wird, derzeit also – wegen der Herrschaft der Parlamente über diese Maßnahmen und wegen der bisherigen reiterierenden Unzulänglichkeit der jeweils ergriffenen Maßnahmen – völlig in den Sternen steht.

d) Gegen die Begründung des Vermögensschadens lässt sich schließlich auch nicht einwenden, es läge eben in der Struktur des Target-Systems, dass die Forderungen, solange es „laufe“, quasi gestundet seien, so dass ein Schaden erst mit der Beendigung des ganzen Systems festgestellt werden könne. Denn von dem nicht überzeugenden Formalismus dieses Arguments ganz abgesehen, würde dabei verkannt, dass der Vermögensabfluss als der materielle Schaden ja bereits mit der Ausführung der Auszahlungsaufträge der GIIPS-Notenbanken an die Bundesbank eintritt, während die dadurch entstehenden Target-Forderungen von Anfang an nur als Kompensation wirken können. Durch den (automatisierten) Auftrag im Zahlungssystem fließt aus der Bundesbank reales Geld ab (regelmäßig an eine deutsche Privatbank), und dieser Schaden kann durch eine nicht realisierbare Forderung gegen die EZB von Anfang an nicht kompensiert werden.

3. a) Zusammenfassend hat damit die Absenkung der Sicherheitenanforderungen knapp über und sodann für drei Mitgliedstaaten direkt auf „Ramschniveau“ den Zentralbanken der GIIPS-Staaten die Möglichkeit eröffnet, die Bundesbank zu Zahlungen zu veranlassen, für die die im Target-

⁶¹ Allg. Auffassung, vgl. *Tiedemann* (Fn. 37), § 263 Rn. 213; *Hefendehl* (Fn. 37), § 263 Rn. 571; *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 59. Aufl. 2012, § 263 Rn. 165; für die Untreue *Schünemann* (Fn. 36), § 266 Rn. 240.

⁶² Fragen und Antworten zur Rolle der EZB in der europäischen Staatsschuldenkrise v. 26.3.2012 (Fn. 39).

⁶³ Vgl. nur *Hau*, Spiegel-online v. 9.3.2012 (abrufbar unter <http://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/0,1518,820255,00.html>).

System daraus resultierende Rückgriffsforderung keine ausreichende Kompensation darstellte, weil sie nicht ausreichend abgesichert war und eine Bedienung durch die nationalen Zentralbanken der GIIPS-Staaten ohne langjährige und weitreichende Rettungsschirm-Aktionen nicht erwartet werden kann. Wie die eigene Grafik in der Ausarbeitung des Bundesfinanzministeriums vom 26.3.2012 auf S. 3 zeigt, setzt die dramatische Auseinanderbewegung der Target-Salden, die eine Rückführung auf absehbare Zeit ausschließt, auch mit der weitestgehenden Absenkung der Anforderungen an die Sicherheiten im Oktober 2008 ein. Lag die deutsche Forderung damals bei ungefähr 80 Mrd. Euro, so liegt sie mittlerweile bei rund 615 Mrd. Euro, was eine Rückführung durch die Target-Schuldner in absehbarer Zeit höchstens dann erwarten ließe, wenn diesen dafür eigens anderweitige Kredite zur Verfügung gestellt würden, und endgültig erst nach einer wirtschaftlichen Gesundung, was aber an der bis heute wachsenden Entwertung, wie dargelegt, nichts ändert.

b) Die Subsumtion unter den Nachteilsbegriff des § 266 StGB könnte somit höchstens noch deshalb in Frage gestellt werden, weil nach der Entscheidung BVerfGE 126, 170 die Höhe des Schadens auch im Fall der schadensgleichen Vermögensgefährdung geschätzt werden muss und es naturgemäß auf enorme Schwierigkeiten stößt, wenn man abschätzen will, in welchem Umfange die seit Oktober 2008 eklatant aus dem Ruder gelaufene Spreizung der Target-Forderungen und -Verbindlichkeiten als definitiv angesehen werden muss. Immerhin dürfte sich ein Mindestschaden in folgender Weise feststellen lassen: Jedenfalls Griechenland wäre ohne die Auszahlung aus dem Rettungsschirm und dem Schuldenschnitt zahlungsunfähig geworden (und wurde von den Ratingagenturen auch so behandelt), so dass (weil diese nachträgliche Maßnahme den vorherigen Eintritt des Schadens nicht etwa abwendet, sondern beweist) jedenfalls dessen Target-Verbindlichkeit in Höhe von 104 Mrd. Euro per Ende Dezember 2011⁶⁴ als bis dahin uneinbringlich bewertet werden muss. Da Deutschland einen EZB-Anteil von ursprünglich 27,1464 % hat und sich dieser Anteil durch den Ausfall der griechischen Beteiligung in Höhe von 2,8167 % entsprechend erhöht hat, hat die Bundesbank zu diesem Zeitpunkt eine schadensgleiche Vermögensgefährdung in Höhe von rund 28 Mrd. Euro mit einer entsprechenden Verminderung der eigenen Target-Forderung erlitten.

4. Bei aller Vorsicht lässt sich deshalb eine Schädigung der Bundesbank infolge der Absenkung der Sicherheitsanforderungen durch die EZB-Maßnahmen zumindest in Höhe eines zweistelligen Milliardenbetrages feststellen, der durch die Abwendung der griechischen Insolvenz allenfalls nachträglich wieder gutgemacht worden wäre, was aber wegen der Unsicherheit der Einrichtung von Rettungsschirmen, des dadurch ermöglichten „bloßen Zeitgewinns“ und der Notwendigkeit der Bundesrepublik, für diese Rettungsmaßnahmen eigene Mittel in Milliardenhöhe beizusteuern, maximal eine nachträgliche Schadensminderung bewirkt hat.

⁶⁴ Vgl. Sinn, Sonderausgabe ifo-Schnelldienst v. 21.3.2012, S. 12 Abb. 6.

IV. Die Täterqualifikation

1. Beim Garantensonderdelikt der Untreue kann nur derjenige Täter sein, den eine strafrechtsrelevante Vermögensfürsorgepflicht trifft, die aus der Obhutsherrschaft über das dem Täter anvertraute fremde Vermögen erwächst.⁶⁵ Ist er in der Lage, für das anvertraute Vermögen rechtsgeschäftliche Wirkungen auszulösen, so kommt die 1. Alt. des § 266 StGB, der sog. Missbrauchstatbestand, in Betracht. Wird die Obhutsherrschaft über das anvertraute fremde Vermögen in anderer Weise als durch die Auslösung rechtsgeschäftlicher Wirkungen missbraucht und dadurch die aus der Obhutsstellung erwachsende Fürsorgepflicht verletzt, so kommt die 2. Alt., der sog. Treubruchtatbestand, in Betracht.⁶⁶ Bei der die Vermögensfürsorgepflicht begründenden Obhutsstellung handelt es sich um eine fremdnützige Geschäftsbesorgung, die von eigennützigen Austauschverhältnissen und vom bloßen Hantieren mit Sachen abzugrenzen ist.⁶⁷

2. In Bezug auf die Target-Forderungen kommen im Ausgangspunkt vier Personengruppen in Betracht: die Entscheidungsgremien der EZB und der Deutschen Bundesbank, die Bundesregierung und der Bundestag.⁶⁸

a) Der dogmatisch anspruchsvollen, soweit ersichtlich bisher nicht erörterten Frage, ob die Mitglieder der EZB-Entscheidungsgremien taugliche Täter einer Untreue zum Nachteil der nationalen Notenbanken als Teil des ESZB-Systems⁶⁹ und damit auch der Bundesbank sind, hat die das Primärrecht der EU allgemein kennzeichnende, in einem demokratischen Rechtsstaat und damit auch in einem supranationalen Zu-

⁶⁵ Im Prinzip einhellige Auffassung, wobei im vorliegenden Zusammenhang auf die Unterschiede im Detail nicht eingegangen zu werden braucht; vgl. dazu eingehend Schünemann (Fn. 36), § 266 Rn. 29 m.w.N.

⁶⁶ Zu der im Prinzip einheitlichen, im Detail abweichenden Abgrenzung dieser Alternativen eingehend Schünemann (Fn. 36), § 266 Rn. 13 ff., 18 ff.

⁶⁷ Näher Schünemann (Fn. 36), § 266 Rn. 14, 22.

⁶⁸ Ich verzichte aus Umfangsgründen auf eine Erörterung des Bundesrats, den das BVerfG in seinen einschlägigen Entscheidungen zur unentziehbaren Haushaltsautonomie der Bundesrepublik neben dem Bundestag zwar (und immerhin) nur am Rande erwähnt hat (BVerfG NJW 2011, 2946 [2950 f.]; BVerfG BeckRS 2012, 47586 Rn. 106, 111), der aber, auch wenn es sich beim Haushaltsgesetz und bei dem gem. Art. 115 GG für Kreditaufnahmen erforderlichen förmlichen Bundesgesetz nicht um Zustimmungs-, sondern nur um Einspruchsgesetze handelt (Siekmann, in: Sachs [Hrsg.], Grundgesetz, Kommentar, 5. Aufl. 2009, Art. 110 Rn. 84; Reimer, in: Epping/Hillgruber [Hrsg.], Beck'scher Onlinekommentar, Grundgesetz, Stand: 15.7.2009, Art. 115 Rn. 24), das Bundesstaatsprinzip zur Geltung bringt und in einer (wenn auch nicht bis zur Vetoposition erstarkten) Weise an der Haushaltsverantwortung beteiligt ist.

⁶⁹ Zu dessen Rechtsgrundlagen im Primärrecht Art. 282 ff. AEUV (hierzu Häde, in: Calliess/Ruffert [Hrsg.], EUV/AEUV, Kommentar, 4. Aufl. 2011, Art. 282 Rn. 1) und zu Art. 88 GG (näher Herdegen, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz, Kommentar, 63. Lfg., Stand: Oktober 2010, Art. 88 Rn. 1).

sammenschluss demokratischer Rechtsstaaten unerträgliche Immunitätsregelung jede praktische Relevanz genommen.

aa) Insoweit sind drei Stufen zu unterscheiden. Die besonderen diplomatischen Vorrechte und Befreiungen, die eine umfassende Immunität verbürgen, gelten gemäß dem Abkommen zwischen der Regierung der Bundesrepublik Deutschland und der Europäischen Zentralbank über den Sitz der Europäischen Zentralbank vom 18.9.1998,⁷⁰ konkret Art. 19, nur für Direktoriumsmitglieder der EZB, nicht aber für den gesamten EZB-Rat. Für diesen gilt gem. Art. 343 S. 2 AEUV und Art. 22 des Protokolls Nr. 7 über die Vorrechte und Befreiungen der Europäischen Union⁷¹ in Verbindung mit Art. 39 des Protokolls Nr. 4 über die Satzung des europäischen Systems der Zentralbanken und der Europäischen Zentralbank,⁷² dass u.a. die Mitglieder der Beschlussorgane der EZB und damit auch des EZB-Rates bezüglich der von ihnen in amtlicher Eigenschaft vorgenommenen Handlungen Immunität genießen, und zwar sogar über ihre Amtszeit hinaus. Das schließt selbstverständlich Beschlüsse des EZB-Rates über das Niveau der bei der Schaffung von Zentralbankgeld durch nationale Zentralbanken zu fordernden Sicherheiten ein.

bb) Zwar ist gem. Art. 8 des Beschlusses der EZB vom 3.6.2004 über die Bedingungen und Modalitäten der Untersuchungen (scil. v. OLAF) pp.⁷³ „in möglichen Fällen von Betrug, Korruption oder anderen rechtswidrigen Handlungen zum Nachteil der finanziellen Interessen der europäischen Gemeinschaften“ eine Aufhebung der Immunität möglich, über die bei Mitgliedern des EZB-Rates gem. S. 2 dieser selbst entscheidet. Obwohl in dieser Regelung ausdrücklich auf ein „Ersuchen innerstaatlicher Polizei- oder Justizbehörden um Aufhebung der gerichtlichen Immunität [...] eines Mitglieds [...] des EZB-Rates“ Bezug genommen wird, führt sie für das Erkenntnisziel dieser Abhandlung nicht weiter. Denn es geht hier nicht um rechtswidrige Handlungen zum Nachteil der finanziellen Interessen der europäischen Gemeinschaften, sondern, um mich dieser europarechtlichen Terminologie zu bedienen, um solche zum Nachteil der finanziellen Interessen der Bundesrepublik Deutschland. Infolgedessen könnte aber per argumentum e contrario aus dieser Regelung gefolgert werden, dass eine Aufhebung der Immunität bei Straftaten zum Nachteil einzelner Mitgliedstaaten nicht möglich ist. Das führte zu der paradoxen Konsequenz, dass die EZB-Organen bei ihren Amtshandlungen keine mit strafrechtlichen Mitteln garantierte Rücksicht auf die Vermögensinteressen der einzelnen Mitgliedstaaten zu nehmen hätten.

cc) Für einen Staaten- und Verfassungsverbund knapp „unterhalb“ eines Bundesstaates im klassischen völkerrechtlichen Sinne,⁷⁴ der sich in Art. 2 EUV ausdrücklich zum Grundwert der Rechtsstaatlichkeit bekennt, wäre die hierin

liegende Lücke in der Effektivität der Rechtskontrolle der die öffentliche Gewalt ausübenden Amtswalter zwar befremdlich, was die Frage nahe legt, ob die in Art. 8 des EZB-Beschlusses v. 3.6.2004 geregelte Möglichkeit zur Aufhebung der Immunität nicht auch auf Straftaten zum Nachteil der Finanzinteressen der Mitgliedstaaten erstreckt werden müsste, sei es weil wegen der spezifischen Aufgaben der EZB die von ihren Entscheidungen berührten Finanzinteressen der EWWU-Mitgliedstaaten als Teil der Finanzinteressen der EU interpretiert werden müssten, sei es im Wege eines durch das Bekenntnis zur Rechtsstaatlichkeit in Art. 2 EUV gerechtfertigten Analogieschlusses. Auch Art. 17 Abs. 2 des Protokolls Nr. 7 über die Vorrechte und Befreiungen der Europäischen Union ordnet schließlich an: „Jedes Organ der Union hat die Befreiung eines Beamten oder sonstigen Bediensteten in allen Fällen aufzuheben, in denen dies nach seiner Auffassung den Interessen der Union nicht zuwiderläuft“. Jedoch verbleibt es auch in diesem Fall bei der alleinigen Zuständigkeit des EZB-Rates zur Immunitätsaufhebung: Die EZB ist unabhängig (Art. 282 Abs. 3 S. 3 AEUV) und untersteht als reguläres Organ der Europäischen Union (Art. 13 Abs. 1, Abs. 2 EUV; 6. Teil, Titel I, Kap. 1 „Die Organe“ des AEUV in Abschnitt 6)⁷⁵ in ihren Entscheidungen keinem anderen Organ. Auch eine extensive Interpretation der Möglichkeiten zur Immunitätsaufhebung würde also nichts daran ändern, dass dann bei einer möglichen strafrechtlichen Relevanz von Beschlüssen des EZB-Rates die Mitglieder des Rates über die Aufhebung ihrer eigenen Immunität entscheiden müssten, was nicht nur in praktischer Hinsicht so gut wie ausgeschlossen sein dürfte, sondern auch in rechtlicher Hinsicht wegen des allgemeinen Rechtsgrundsatzes, dass niemand Richter in eigener Sache sein kann, ein Unding wäre. Denn weil nach Art. 1 des Protokolls über die Vorrechte und Befreiungen der Europäischen Union und Art. 2 Abs. 1 des Abkommens über den Sitz der EZB deren Räumlichkeiten nicht von nationalen Ermittlungsbehörden durchsucht werden dürfen, was in Verbindung mit Art. 2 des Protokolls über die Vorrechte und Befreiungen die Unverletzlichkeit der Archive einschließt, müssten als Verantwortliche für einen möglicherweise strafrechtlich relevanten Beschluss stets alle Mitglieder des EZB-Rates in Betracht kommen, so dass stets eine kollektive Aufhebung der Immunität aller Mitglieder durch das betreffende Kollektiv selbst beantragt werden müsste.

dd) Nach gegenwärtigem EU-Recht ist somit einerseits ein Zugriff nationaler Ermittlungsorgane auf Mitglieder des Direktoriums oder des Rates der EZB deshalb nicht möglich, während es andererseits ein europäisches Strafrecht und europäische Strafverfolgungsorgane nicht gibt, so dass ausgerechnet für die in vieler Hinsicht heute wichtigste staatliche Machtausübung, die Finanzgewalt, ein Kontroll- und Sanktionsvakuum geschaffen wurde. Dieses rechtsstaatliche Skandalon soll nach dem Entwurf des Zustimmungsgesetzes zum ESM-Vertrag dadurch in eine wie die Wiedererrichtung einer absolutistischen Staatsgewalt wirkende Dimension gesteigert werden, als der ESM selbst sowie die Mitglieder des Gouverneursrates und des Direktoriums einschließlich ihrer Stellver-

⁷⁰ BGBl. II 1998, S. 2996.

⁷¹ ABl. EU Nr. C 115 v. 9.5.2008, S. 266.

⁷² ABl. EU Nr. C 115 v. 9.5.2008, S. 230.

⁷³ ABl. EU Nr. L 230 v. 30.6.2004, S. 56.

⁷⁴ Zur Diskussion um die Rechtsnatur der EU näher Calliess, in: Calliess/Ruffert (Fn. 69), Art. 2 EUV Rn. 27 ff. m.w.N.

⁷⁵ Häde (Fn. 69), Art. 282 AEUV Rn. 30.

treter u.a.m. vollständige Immunität genießen sollen (Art. 32, 35 ESM-Vertrag). Die treuherzige Begründung, das sei der bei anderen internationalen Organisationen übliche Umfang,⁷⁶ verkennt (wie schon bei der EZB und bei Europol) in grundlegender und rechtsstaatlich unerträglicher Weise, dass ein Staatenverbund (BVerfG) wie die EU für die Ausübung der von den Mitgliedstaaten geliehenen Staatsgewalt keine Immunität beanspruchen darf, solange er selbst keine rechtsstaatlichen Anforderungen genügende – und das heißt: das Strafrecht einschließende – Kontrolle auszuüben vermag.

b) aa) Was die Vorstandsmitglieder der Bundesbank anbetrifft, so genießt der Präsident nur insoweit Immunität, wie er als Mitglied des EZB-Rates (Art. 283 Abs. 1 AEUV) handelt. Anders als für ein (etwaiges) deutsches Direktionsmitglied der EZB gilt für ihn zwar nicht Art. 19 des Abkommens über den Sitz der EZB, wohl aber das Protokoll über die Vorrechte und Befreiungen der Europäischen Union gem. dessen Art. 22. Das bedeutet, dass bezüglich der von ihm als Mitglied des EZB-Rates in amtlicher Eigenschaft vorgenommenen Handlungen dieselbe Immunität besteht wie bei den übrigen Mitgliedern des EZB-Rates. Außerhalb dieser Tätigkeit wie auch für die übrigen Vorstandsmitglieder bestehen deshalb für die Anwendung des deutschen Strafrechts keine prozessualen Hindernisse. Gem. § 13 Abs. 1 BBankG „hat die Deutsche Bundesbank die Bundesregierung in Angelegenheit von wesentlicher währungspolitischer Bedeutung zu beraten und ihr auf Verlangen Auskunft zu geben“. Zuständig ist hierfür primär der Vorstand als „Organ der Deutschen Bundesbank“, das „die Bank leitet und verwaltet“ (§ 7 Abs. 1 S. 1 und 2 BBankG). Der Vorstand wird als Kollegialorgan tätig, das unter dem Vorsitz des Präsidenten oder des Vizepräsidenten berät und seine Beschlüsse mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen fasst, wobei im Falle der Stimmgleichheit die Stimme des Vorsitzenden den Ausschlag gibt (§ 7 Abs. 5 S. 1-3 BBankG). Es liegt auf der Hand, dass die Bundesbank im Rahmen dieser Kompetenz originäre Staatsgewalt der Bundesrepublik Deutschland ausübt,⁷⁷ so dass ihre Organe in diesem Bereich von vornherein keine europäischen Immunitätsvorschriften in Anspruch nehmen können. Im nationalen Bereich finden sich keine mit dem EU-Recht vergleichbaren Immunitätsvorschriften. Zwar heißt es in § 12 BBankG, dass die Deutsche Bundesbank bei der Ausübung der Befugnisse von Weisungen der Bundesregierung unabhängig ist. Das bedeutet aber selbstverständlich nicht, dass die Bundesbank von der Beachtung der Gesetze dispensiert wäre, was schon wegen Art. 20 GG und wegen der allgemeinen Fundamente des Rechtsstaats ein Unding wäre. Infolgedessen stehen aber auch gegenüber den Organen und Bediensteten der Bundesbank im Falle einer Gesetzesverletzung die hierfür vorgesehenen Ahndungsverfahren zur Verfügung. Auch die sich aus den europarechtlichen Regelungen der Rechtsstellung der EZB ergebenden Auswirkungen auf die als Teil des EZB-Systems fungierende Bundesbank, die ausdrücklich in Art. 88 S. 2 GG in Bezug genommen worden sind, können an der Gesetzesbindung nichts

ändern.⁷⁸ Zu den das Amtshandeln der Amtswalter der Bundesbank ungeachtet ihrer Unabhängigkeit regelnden Gesetzen zählen also selbstverständlich auch die Strafgesetze,⁷⁹ dass die Unabhängigkeit von Weisungen anderer Staatsorgane keinesfalls von deren Beachtung entbinden soll, folgt schließlich a fortiori aus dem die Verantwortlichkeit der Mitglieder der Dritten Gewalt bestätigenden Straftatbestand des § 339 StGB.⁸⁰

bb) Als sedes materiae für den Aufgabenbereich der Bundesbank kommt das hier näher zu untersuchende strafrechtliche Verbot einer treuwidrigen Schädigung anvertrauter Vermögensinteressen einschließlich der Anstiftung oder Beihilfe dazu in Betracht (§§ 266, 25-27 StGB). Die Deutsche Bundesbank ist eine bundesunmittelbare juristische Person des öffentlichen Rechts (§ 2 S. 1 BBankG), deren Organ der Vorstand ist; er leitet und verwaltet die Bank (§ 7 Abs. 1 S. 1 und S. 2 BBankG) und vertritt sie gerichtlich und außergerichtlich (§ 11 Abs. 1 S. 1 BBankG). In Bezug auf das Vermögen der Bundesbank hat er deshalb sowohl für den Missbrauchs- als auch für den Treubruchtatbestand die notwendige Täterqualifikation „kraft Gesetzes“, denn als Vertretungsorgan können sie über das Vermögen der Bundesbank verfügen und diese verpflichten, und ihnen obliegt aus dem gleichen Grunde die Pflicht, deren Vermögensinteressen wahrzunehmen.

cc) In Bezug auf das Vermögen der Bundesrepublik Deutschland als solches fehlt es zwar an einer förmlichen Verpflichtungs- oder Verfügungsbefugnis der Vorstandsmitglieder der Bundesbank. Aber es könnte sich eine für die Täterschaft im Treubruchtatbestand ausreichende Fürsorgestellung „aus Gesetz“ ergeben, nämlich aus Art. 88 GG i.V.m. § 13 Abs. 1 BBankG und § 7 Abs. 1 BBankG, wonach der Vorstand die Bundesregierung zu beraten hat. Bei der gebotenen Abgrenzung der untreuerelevanten Fürsorgepflichten von den bloßen Austauschverhältnissen und „niedrigeren“ Diensten bloßer Handreichung, für die die Rechtsprechung zusätzliche Hilfsformeln wie das Kriterium der „Haupt-

⁷⁸ So auch ausdrücklich *Siekman* (Fn. 68), Art. 88 Rn. 64, als Grenze seines sehr weitgehenden Verständnisses der Ausstrahlung der Unabhängigkeit der EZB auf die Unabhängigkeit der Bundesbank.

⁷⁹ Es könnte sich deshalb allein aus der Struktur der jeweiligen Deliktsbeschreibung ergeben, dass sie bspw. auf ein Handeln der Regierung tatbestandlich nicht anwendbar wäre. Diese Frage ist aber erst auf der Ebene der Subsumtion unter den einzelnen Tatbestand zu prüfen und beantworten und bedeutet keinesfalls, dass von vornherein die Gültigkeit und der Anwendungsbereich des Strafrechts blockiert wären.

⁸⁰ Es ist deshalb auch ausgeschlossen, etwa durch völkerrechtliche Analogien innerstaatlich handelnde Amtsträger von der Beachtung der Gesetze einschließlich der Strafgesetze zu dispensieren. Selbst die in den anglo-amerikanischen Ländern vertretene „Act of State Doctrine“ wird für die innerstaatliche Gerichtskontrolle nur im Verhältnis zu ausländischen Hoheitsakten, nicht aber im Verhältnis zu den eigenen Staatsangehörigen praktiziert und ist dem deutschen öffentlichen Recht ohnehin fremd.

⁷⁶ Denkschrift in BT-Dr. 17/9045, S. 34.

⁷⁷ *Herdegen* (Fn. 69), Art. 88 Rn. 75.

pflicht“ oder der „Selbständigkeit“ benutzt hat,⁸¹ kann es zunächst vom „Niveau“ der Pflichten her nicht zweifelhaft sein, dass es bei der Beratungsaufgabe der Bundesbank um Dienste höherer Art geht, die auch den zentralen Inhalt ihrer Amtspflichten bilden und deshalb von Ranghöhe und Wichtigkeit unbedenklich Untreueniveau aufweisen. Zwar impliziert die Beratungsaufgabe kein eigenes Verfügungsrecht über das Vermögen der Bundesrepublik Deutschland. Aber ein solches Verfügungsrecht ist, wie schon direkt aus dem Gesetzeswortlaut folgt, nur für den Missbrauchstatbestand, nicht aber für den Treubruchstatbestand erforderlich. Deshalb hat der Bundesgerichtshof auch unlängst für den Fall des sog. Compliance-Beauftragten und ähnlicher Träger von Schutzpflichten anerkannt, dass diese, wenn sie eine aus dem Unternehmen heraus drohende Vermögensstraftat nicht „durch eine Unterrichtung des Vorstandsvorsitzenden unterbinden“, wegen Beihilfe strafbar sind.⁸² Aus dieser Bejahung einer sogar nach außen gerichteten Garantenstellung von Beratungspflichtigen folgt erst recht, dass diese eine Garantenstellung und damit auch eine untreuerelevante Vermögensfürsorgepflicht für den zu Beratenden besitzen:⁸³ Weil der Compliance-Beauftragte betriebliche Abläufe in einer über das bloße Hantieren mit Sachen hinausgehenden Weise bestimmt (z.B. gibt er eine in seinem Aufgabenbereich erhobene Information nicht weiter und verursacht dadurch ein geschäftliches Desaster), ist er ohne weiteres tauglicher Täter des Untreuetatbestandes.⁸⁴ Aufschlussreich ist ferner ein Vergleich mit dem privaten Anlageberater, bei dem im Falle einer Falschberatung regelmäßig anstelle oder neben einer Untreue Betrug in Betracht kommt.⁸⁵ Der Unterschied zwischen der Beratungstätigkeit eines Anlageberaters und derjenigen der Bundesbank gegenüber der Bundesregierung besteht darin, dass die Bundesregierung (dazu sogleich näher) ebenfalls eine vermögensrelevante Fürsorgepflicht gegenüber dem Vermögen der Bundesrepublik Deutschland besitzt, an deren Erfüllung die Bundesbank durch zweckmäßige Beratung mitzuwirken hat – ähnlich wie der Compliance-Beauftragte die Unternehmensleitung bei der Erfüllung ihrer Vermögensfürsorgepflicht in Bezug auf das Unternehmen zu unterstützen hat –, während im Falle des privaten Anlageberaters der zu Beratende über sein eigenes Vermögen verfügt. Die Vorstandsmitglieder der Bundesbank sind deshalb Teil eines „Betreuungskreises“, in dem sie der primär betreuungspflichtigen Bundesregierung die notwendige Sachkunde durch Beratung zu vermitteln

⁸¹ Dazu näher *Schünemann* (Fn. 36), § 266 Rn. 82 ff., 90.

⁸² BGHSt 54, 44, (49 f., 52).

⁸³ Zur Struktur der Vermögensfürsorgepflicht als einer Garantenstellung vgl. erstmals *Schünemann*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Fn. 37), § 266 Rn. 57 ff.; ihm folgend die inzwischen h.L., vgl. *Kindhäuser*, in: Kindhäuser/Neumann/Paefgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 3. Aufl. 2010, § 266 Rn. 23, 36; *Perron*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 266 Rn. 2.

⁸⁴ *Schünemann* (Fn. 36), § 266 Rn. 136.

⁸⁵ *Schünemann* (Fn. 36), Rn. 130 m.w.N. in Fn. 533; BGH NSStZ 1994, 35.

haben, ohne die die Bundesregierung ihre Aufgaben gar nicht erfüllen könnte, weil sie als Gremium von Politikern, die prinzipiell wirtschaftspolitische Laien darstellen, dazu sonst nicht in der Lage wäre.

dd) Dass es sich bei dem Präsidenten und den übrigen Vorstandsmitgliedern der Deutschen Bundesbank um Amtsträger handelt, steht der Anwendung des Untreuetatbestandes selbstverständlich nicht entgegen, im Gegenteil. Wenn es auch bisher keinen eigenen Spezialtatbestand der Amtsuntreue gibt, der lediglich im Schrifttum gefordert wird,⁸⁶ so steht doch außer Frage, dass die von Amtsträgern begangene Untreue einen wichtigen Anwendungsbereich des § 266 darstellt, der im Gesetz mit den Worten „behördlicher Auftrag“ ausdrücklich erwähnt und auch seit vielen Jahrzehnten in zahllosen Gerichtsurteilen praktiziert worden ist.⁸⁷ Dass in der Kasuistik der Rechtsprechung in der Regel eher niedrig gestellte Amtspersonen aufscheinen, hat keine prinzipielle Bedeutung. Immerhin hat der Bundesgerichtshof im Fall der sog. Holzbackstube den Freispruch eines früheren Landesministers für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten vom Vorwurf der Untreue aufgehoben,⁸⁸ also dessen Täterqualifikation ohne weiteres bejaht.

ee) Die Vorstandsmitglieder der Bundesbank verfügen deshalb über die in § 266 StGB vorausgesetzte Täterqualifikation zur Erfüllung des Treubruchtatbestandes sowohl in Bezug auf das Vermögen der Bundesbank als auch allgemein in Bezug auf das Vermögen der Bundesrepublik Deutschland.

c) aa) Für die Mitglieder der Bundesregierung ergibt sich die untreuerelevante Treupflicht – wie für die Regierung eines jeden Staates – unmittelbar aus der Verfassung. Im Grundgesetz wird diese Pflicht sogar in den vom Bundeskanzler und von den Bundesministern zu leistenden Amtseid aufgenommen, indem sie nach Art. 64 Abs. 2 i.V.m. Art. 56 GG u.a. schwören müssen, dass sie den „Nutzen des deutschen Volkes mehren“ werden. Wenngleich die historisch weit zurück reichende⁸⁹ Formel vom „Nutzen des deutschen Volkes“ in einem über ökonomische Interessen hinausreichenden Sinne auch metaphorisch zu verstehen ist und nach allgemeiner Auffassung keine zusätzliche einklagbare Pflicht begründet,⁹⁰ enthält sie nichts desto weniger in ihrem Kern das ökonomische Wohlergehen und damit das Vermögen der Bundesrepublik Deutschland, das der Regierung zur Pflege an-

⁸⁶ Zuletzt *Schünemann*, Unverzichtbare Gesetzgebungsmaßnahmen zur Bekämpfung der Haushaltsuntreue und der Verschwendung öffentlicher Mittel, 2011, passim.

⁸⁷ Vgl. nur *Schünemann* (Fn. 36), § 266 Rn. 34, 60 zum eigenen Entstehungsgrund des „behördlichen Auftrages“, Rn. 128 ff. zur Kasuistik der Täterschaft aufgrund von Amtsverhältnissen des öffentlichen Dienstes sowie Rn. 230 ff. allgemein zu den dogmatischen Bewandnissen der Amtsuntreue.

⁸⁸ BGH NJW 2003, 2179.

⁸⁹ Sie findet sich schon in der Paulskirchenverfassung v. 28.3.1849 (Abschnitt VII, Artikel I. § 190) und in Art. 42 Abs. 2 der Weimarer Reichsverfassung.

⁹⁰ Vgl. *Herzog*, in: Maunz-Dürig (Fn. 69), Art. 64 Rn. 30, 33, der der Formel Bedeutung für Inhalt und Auslegung anderweitig begründeter Pflichten zuschreibt.

vertraut ist. Partielle Ausführungsnormen sind hierfür etwa die Art. 104a, 109 Abs. 2, 110 Abs. 3 GG, die dem Grundgesetz implizit zugrunde liegenden Haushaltsgrundsätze⁹¹ und Art. 114 GG, der die Finanzkontrolle „über alle Einnahmen und Ausgaben sowie über das Vermögen und die Schulden“ vorschreibt und regelt, was wiederum eine Pflicht zur Vermögensfürsorge logisch voraussetzt. Nach der internen Aufgabenverteilung ist hierfür primär der Finanzminister zuständig (der in Art. 114 GG ausdrücklich als Adressat genannt wird und gem. Art. 65 S. 2 GG „seinen Geschäftsbereich selbständig und unter eigener Verantwortung leitet“). Jedoch kommt auch eine Zuständigkeit der Bundesregierung insgesamt in Betracht, der gem. § 15 Abs. 1 ihrer Geschäftsordnung „alle Angelegenheiten zur Beratung und Beschlussfassung zu unterbreiten (sind) von allgemeiner [...] außenpolitischer, wirtschaftlicher (oder) finanzieller [...] Bedeutung“ und die gem. Art. 65 S. 2 GG „über Meinungsverschiedenheiten zwischen den Bundesministern entscheidet“. Schließlich kommt auch eine spezielle Kompetenz und entsprechende Fürsorgepflicht des Bundeskanzlers in Betracht, wenn es um eine Frage der von ihm zu bestimmenden „Richtlinien der Politik“ (Art. 65 S. 1 GG) geht, für die er „die Verantwortung trägt“.

bb) Dass auch Regierungsorgane den Straftatbestand der Untreue erfüllen können, ist ebenso wenig zweifelhaft wie bei der Bundesbank. So ist die neuere höchstrichterliche Rechtsprechung, wie schon erwähnt, in Fällen der Haushaltsuntreue ohne besondere Problematisierung davon ausgegangen, dass Bundesminister, die bei der Vergabe über Haushaltsmittel mitwirken und hierbei die Rechtsvorschriften nicht einhalten, sich nach § 266 StGB strafbar machen können.⁹² Natürlich bedeutet das noch nicht eo ipso, dass grundlegende politische Entscheidungen der Bundesregierung am Maßstab von § 266 StGB gemessen werden könnten; auf diese nicht die Täterqualifikation, sondern die Tathandlung betreffende Frage wird nachfolgend bei Prüfung der Pflichtwidrigkeit einzugehen sein.

d) Komplizierte Probleme wirft die Täterqualifikation von Bundestagsabgeordneten auf. Angesichts der in seinen beiden Rettungsschirm-Entscheidungen⁹³ vom BVerfG akzentuierten und dabei mit gewissen Ausnahmen versehenen, noch genauer zu betrachtenden Gesamtverantwortung des Bundestages im Rahmen seines Budgetrechts, der zufolge er wegen des staatsorganisationsrechtlichen Grundsatzes der „unveräußer-

lichen nationalen Haushaltsautonomie“ die Kontrolle über grundlegende haushaltspolitische Entscheidungen behalten muss, soweit nicht im Rahmen des EFSM der Haushaltsausschuss und ggf. der Sonderausschuss Entscheidungen treffen dürfen, stellt sich die Frage, ob die Mitglieder des Bundestages bei Wahrnehmung ihres Budgetrechts an das Strafgesetz gebunden sind.

aa) Was die Verantwortlichkeit von Mitgliedern des Haushaltsausschusses oder des „Sondergremiums“ („Neuergremiums“) anbelangt, so bestehen gegen die Möglichkeit einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit für ihre Handlungen schon deshalb keine Bedenken, weil diese Gremien keine legislative Kompetenz haben und deshalb selbstverständlich an das Gesetz gebunden sind. Wenn sie in Wahrnehmung der ihnen nach dem Euro-Stabilisierungsmechanismus-Gesetz in Verbindung mit den einschlägigen Entscheidungen des BVerfG⁹⁴ der Übernahme von Gewährleistungen oder dem Ankauf von Staatsanleihen zustimmen, treffen sie Dispositionen über das Vermögen der Bundesrepublik Deutschland und tragen dabei selbstverständlich eine Vermögensfürsorgepflicht aus Gesetz, handeln also als taugliche Täter des § 266 StGB.

cc) Schwieriger stellt sich die Frage beim Deutschen Bundestag, weil dieser seine Budgetverantwortlichkeit durch die Aufstellung des Haushaltsplanes wahrnimmt, der als formelles Gesetz ergeht (Art. 110 Abs. 2 S. 1 GG) und damit einen gleichen Rang mit dem StGB besitzt. In formeller Hinsicht stellt also das Haushaltsgesetz ein Spezialgesetz zum Strafgesetzbuch dar, welches nach dem Grundsatz „lex specialis derogat legi generali“ dem Strafgesetzbuch vorgeht. In materieller Hinsicht bedeutet die Budgetverantwortlichkeit des Bundestages, dass dieser über das Vermögen der Bundesrepublik Deutschland gerade auch dann zur Verwirklichung seiner politischen Zielsetzungen entscheiden können soll und muss, wenn hierfür Finanzmittel ohne geldwerte Kompensation aufgewendet werden und also bei einer rein fiskalischen Betrachtung Vermögen abfließt, beispielsweise um sozialpolitische Ziele zu erreichen. Daraus folgt, dass die Mitglieder des Deutschen Bundestages durch die Abstimmung über den Haushaltsplan grundsätzlich ab ovo keine Untreue begehen können, weil sie die Ziele, die durch vermögensmindernde Maßnahmen erreicht werden dürfen und sollen, selbst definieren und also gerade nicht von den Weisungen eines externen Geschäftsherrn abhängen. Das gleiche muss gelten, wenn sie per Gesetz sog. Rettungsschirmen, Brandmauern o.ä. zustimmen (Art. 115 GG), sowie schließlich auch, wenn sie in Wahrnehmung ihrer haushaltspolitischen Gesamtverantwortung gem. § 3 Euro-Stabilisierungsmechanismus-Gesetz handeln. Aus dieser Logik ergibt sich jedoch zugleich auch die Grenze, nämlich wenn die Mitglieder des Bundestages Ziele verfolgen, die ihnen von Verfassungen wegen gerade verboten sind. Ein Beispiel wäre etwa ein Haushaltstitel, durch den eine vom Bundesverfassungsgericht verbotene politische Partei weiterhin finanziert würde. Die Verabschiedung eines solchen Titel enthaltenden Haushaltsplanes würde gegen Art. 21 Abs. 2 GG verstoßen, wäre also in formeller Hinsicht verfassungswidrig, vom BVerfG für nichtig zu er-

⁹¹ Dazu der Überblick bei *Siekmann* (Fn. 68), Art. 110 Rn. 45 m.w.N.

⁹² Dazu näher *Schünemann* (Fn. 36), § 266 Rn. 230 ff.; BGH NJW 2003, 2179; zur Verurteilung der Bundesminister *Friderichs* und *Graf Lambsdorff* wegen Steuerhinterziehung als Parteifunktionäre, aber Freispruch von der Anklage der Bestechlichkeit als Bundesminister durch das LG Bonn vgl. *Stein* (Fn. 35), S. 437 ff.; das Urt. v. 16.2.1987 bei *Leyendecker*, in: *Leyendecker* (Hrsg.), *Das Lambsdorff-Urteil*, 1988, S. 23; auch die Fälle *Kohl* und *Kanther* (dazu *Stein* [Fn. 35], S. 438 ff.) betrafen deren Handeln nicht als Regierungs-, sondern Parteiorgan.

⁹³ BVerfG NJW 2011, 2946; BVerfG BeckRS 2012, 47586.

⁹⁴ BVerfG NJW 2011, 2946; BVerfG BeckRS 2012, 47586.

klären und könnte gegebenenfalls den Tatbestand der Unterstützung des organisatorischen Zusammenhalts einer für verfassungswidrig erklärten Partei gem. § 84 Abs. 2 StGB erfüllen. Ein anderes Beispiel wäre eine Missachtung von Art. 115 GG durch eine pauschale und unbegrenzte Gestattung zur Kreditaufnahme, weil der Bundestag dadurch das Verbot missachten würde, „seine Budgetverantwortung durch unbestimmte haushaltspolitische Ermächtigungen auf andere Akteure (zu) übertragen.“⁹⁵

dd) Man kann deshalb den Grundsatz formulieren: Abstimmungen im Bundestag können nur dann eine strafrechtliche Verantwortlichkeit begründen, wenn sie gegen das Grundgesetz verstoßen.

3. Als Ergebnis der Analyse zur Täterschaftsqualifikation gem. § 266 StGB ist damit Folgendes festzuhalten: Die Vorstandsmitglieder der Deutschen Bundesbank, die Mitglieder der deutschen Bundesregierung sowie die Mitglieder des Deutschen Bundestages und seiner über europäische Finanzierungsmaßnahmen beschließenden Ausschüsse (Haushaltsausschuss bzw. Sondergremium in den dafür von der Rechtsprechung des BVerfG gezogenen Grenzen) besitzen im Rahmen ihrer Obhutstellung über das Vermögen der Bundesrepublik Deutschland grundsätzlich auch die zur Tatbestandserfüllung gem. § 266 StGB erforderliche Täterqualifikation, wobei sich jedoch für die Mitglieder des Bundestages bei der durch formelles Gesetz erfolgenden Aufstellung des Haushaltsplanes, der Kreditaufnahme u.ä. eine derartige Pflicht nur unter der Voraussetzung verfassungswidriger Beschlüsse begründen lässt.

V. Bestand eine Einwirkungsmöglichkeit des Bundesbankvorstandes und/oder der Bundesregierung auf die Entwicklung der Target-Salden?

Nachdem damit bezüglich des Anfangs- und des Endpunktes des Untreuetatbestandes (Täterschaftsqualifikation und Vermögensnachteil) die Subsumierbarkeit bejaht worden ist, muss die nächste Frage beantwortet werden, ob deutsche Amtswalter für den Schaden denn überhaupt verantwortlich gemacht werden können, was einen Kausal- und Zurechnungszusammenhang zwischen ihrem Verhalten und dem Schadenseintritt voraussetzt.

1. a) Gegen eine die strafrechtliche Zurechnung begründende Geschehensherrschaft⁹⁶ spricht zunächst die Natur des Verrechnungsverkehrs und der zu den Target-Salden führenden Vorgänge. Wie schon eingangs bemerkt, sind die Target-Salden eine Folge des automatisierten Abrechnungsverkehrs innerhalb der Eurozone und der durch die Einführung des Euro den einzelnen nationalen Zentralbanken geschaffenen

⁹⁵ BVerfG NJW 2011, 2946 (LS 3a mit Rn. 125).

⁹⁶ Entsprechend der aus dem Zweck des Strafrechts (Rechtsgüterschutz durch Generalprävention) abzuleitenden und in § 25 StGB zum Ausdruck kommenden „Herrschaft über den Grund des Erfolges“ als der alle einzelnen Formen übergreifenden sachlogischen Struktur der Täterschaft, s. *Schünemann*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 25 Rn. 16, 39 ff.

Möglichkeit, andere nationale Zentralbanken zu Auszahlungen zu veranlassen, und entziehen sich insoweit einer direkten Beeinflussung durch ein steuerndes Handeln der Deutschen Bundesbank. Soweit der Automatismus abläuft, kann den Vorstandsmitgliedern der Bundesbank deshalb von vornherein kein bestimmtes aktives Tun vorgeworfen werden, das etwa eine strafrechtliche Verantwortlichkeit begründen könnte. Zwar hat der Präsident der Bundesbank in seiner Eigenschaft als Mitglied des EZB-Rates bei den Beschlüssen über die Lockerung der Sicherheitsanforderungen mitgestimmt, was in materiellrechtlicher Hinsicht die Frage aufwerfen könnte, ob je nach der Art der Stimmabgabe (Zustimmung, Enthaltung, Ablehnung) eine Zurechnung des Abstimmungsergebnisses in Betracht käme.⁹⁷ Aber wie bereits oben dargelegt, greift für diese Handlungen auf jeden Fall die Immunitätsregelung gem. Art. 343 S. 2 AEUV und Art. 22 des Protokolls Nr. 7 über die Vorrechte und Befreiungen der Europäischen Union ein.

b) Bezüglich der Entwicklung der Target-Salden als solcher käme deshalb eine direkte Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder der Bundesbank nur unter der Voraussetzung in Betracht, dass die Bundesbank zu Notstandsmaßnahmen berechtigt wäre, wenn sich das Target-System unter Zerstörung seiner ursprünglichen Geschäftsgrundlage von einem Verrechnungsinstitut in einen funktionalen Rettungsschirm und dadurch in einen „Schädigungsautomatismus“ zum Nachteil der Bundesbank entwickelt. Dieser Möglichkeit steht aber Art. 344 AEUV entgegen, der die Streitigkeiten über die Anwendung der Verträge in den im AEUV geregelten Rechtsweg (scil. zum EuGH) verweist und andere Vorgehensweisen verbietet.

c) Damit weist Art. 344 AEUV aber zugleich den richtigen Weg einer möglichen mittelbaren Verantwortung der Bundesbank, insofern diese nämlich infolge einer fehlenden oder falschen Beratung der Bundesregierung nicht in der gebotenen Weise darauf hingewirkt haben könnte, dass die Bundesregierung ihrerseits ihr zu Gebote stehende und erfolgreiche Schritte gegen die Zerstörung der ursprünglichen Geschäftsgrundlage des Target-Systems und die sich daraus ergebende einseitige Entwicklung der Target-Salden ergriffen hat. Voraussetzung wäre also, dass die Mitglieder der Bundesregierung ihrerseits eine Verantwortlichkeit treffen würde, an der die Vorstandsmitglieder der Bundesbank als Beteiligte durch falsche oder unzulängliche Beratung mitgewirkt haben könnten.

2. Die einzige konstruktiv mögliche Form würde in einem Unterlassen bestehen, wenn nämlich die Bundesregierung in der Lage und verpflichtet gewesen sein sollte, mit ihr zu Gebote stehenden Maßnahmen die Absenkung des von der EZB geforderten Sicherheitenniveaus zu verhindern. Den Ansatzpunkt hierfür bildet die (dem Vorstand der Bundesbank fehlende) zusätzliche Handlungsmöglichkeit der Bundesregierung, um die Tätigkeit der EZB zu beeinflussen: Als Maßnahme, die eventuell eine umgehende Veränderung der

⁹⁷ Was ebenso umstritten ist wie intensiv diskutiert wird seit dem sog. Lederspray-Urteil des BGH = BGHSt 37, 106; dazu *Schünemann* (Fn. 96), § 25 Rn. 194 ff.

EZB-Praxis hinsichtlich der Möglichkeiten der nationalen Zentralbanken zur Veranlassung von Zahlungen durch andere Zentralbanken hätte bewirken können, wäre die Erhebung einer Klage gegen die EZB beim EuGH in Betracht gekommen, deren Voraussetzungen und Einwirkungsmöglichkeiten näher zu untersuchen sind.

a) Gem. Art. 263 Abs. 1 S. 1 AEUV überwacht der Gerichtshof der EU die Rechtmäßigkeit u.a. der Handlungen der EZB und ist dementsprechend gem. Abs. 2 für Klagen zuständig, die u.a. ein Mitgliedstaat wegen Verletzung der Verträge oder einer bei seiner Durchführung anzuwendenden Rechtsnorm oder wegen Ermessensmissbrauchs erhebt. Es handelt sich hierbei um eine Gestaltungsklage, die auf die Nichtigkeitserklärung entsprechender rechtswidriger Akte gerichtet ist.⁹⁸ Ein Beispiel für eine erfolgreiche Nichtigkeitsklage gegen die EZB bildet die Klage der Europäischen Kommission auf Nichtigkeitsklärung des Beschlusses 1999/726/EG der EZB, durch den diese unter Ausschluss von OLAF eine eigene Betrugsbekämpfungsabteilung eingerichtet hatte.⁹⁹ Für die weitere Frage, ob eine derartige Klage im Fall rechtswidriger Maßnahmen zu einer schnellen Abhilfe führen könnte, besitzt Art. 84 § 2 der Verfahrensordnung des EuGH eine herausragende Bedeutung, weil hiernach der Gerichtspräsident selbst eine einstweilige Anordnung erlassen kann, deren Inhalt in seinem Ermessen steht. Ein Beispiel bietet der Beschluss des Gerichtshofes vom 12.7.1990 in der Rechtssache C-195/90 R. Darin ging es um die Verabschiedung des Gesetzes über Gebühren für die Benutzung von Bundesfernstraßen mit schweren Lastfahrzeugen vom 30.4.1990 seitens der Bundesrepublik Deutschland, gegen das die Kommission am 23.7.1990 Feststellungsklage wegen Verletzung der Verpflichtungen aus dem EWG-Vertrag erhoben und der Präsident des Gerichts mit Beschluss vom 28.6.1990 noch vor Eingang der Stellungnahme der Beklagten eine einstweilige Anordnung erlassen hatte, wonach die Bundesrepublik Deutschland die Erhebung der vorgesehenen Straßenbenutzungsgebühr aussetzen hatte.¹⁰⁰ Hieraus erhellt, dass eine Klage zum EuGH wegen einer rechtswidrigen Maßnahme der EZB vermöge einer einstweiligen Anordnung des Präsidenten des EuGH zu einer praktisch sofortigen Einwirkung auf den Streitgegenstand führen kann (in der zitierten Rechtssache erging der Beschluss bereits fünf Tage nach Eingang der Klageschrift).

b) Als Gegenstand der Nichtigkeitsklage wären die Beschlüsse des EZB-Rates über die Absenkung des Sicherheitsniveaus bei der Veranlassung von Auszahlungen durch andere Notenbanken im Rahmen des Target-Systems in Betracht gekommen. Wie bei *Sinn* näher dargelegt ist,¹⁰¹ beginnt die Absenkung der Sicherheitsanforderungen mit der EZB-Verordnung v. 23.10.2008, die die Mindestbonitätsanforderungen für in Zahlung genommene Papiere ab 25.10.2008 von „A-“ auf „BBB-“ gesenkt hat, was für Griechenland, Irland

und Portugal durch drei weitere Beschlüsse vom 3.5.2010, 31.3.2011 und 7.7.2011 in der Weise fortgesetzt wurde, dass für die von diesen Staaten begebenen Papiere, die von den Ratingagenturen zu rein spekulativen Papieren erklärt wurden („Non-Investment-Grade“), das Mindestrating vollständig ausgesetzt wurde, so dass deren Papiere unbegrenzt als Pfänder für Refinanzierungskredite eingereicht werden konnten und auch eingereicht worden sind. Die Absenkung der Bonitätsanforderungen zeigt folgende Tabelle:¹⁰²

EZB-Bonitätsanforderungen

Datum	Bonitätsschwellenwert
Bis 24.10.2008	A- (= unterste Stufe der „prinzipiell sicheren Anlage“).
25.10.2008 ¹⁰³	BBB- (= 3 Stufen niedriger, unterste Stufe der „durchschnittlich guten Anlage“, darunter beginnt mit BB+ die „spekulative Anlage“, vulgo „Junk Bond“ oder „Ramschniveau“).
6.5.2010 ¹⁰⁴	Ausgesetzt für Griechenland.
31.3.2011 ¹⁰⁵	Ausgesetzt für Irland.
7.7.2011 ¹⁰⁶	Ausgesetzt für Portugal.
14.12.2011 ¹⁰⁷	Weitere Absenkungen.

Wie Abb. 5 bei *Sinn*¹⁰⁸ zeigt, entwickelte sich der aktive Target-Saldo der Bundesbank weitgehend parallel zum passiven Target-Saldo der Zentralbanken der GIIPS-Länder von Ende 2008 bis Ende 2011 und steht heute, wie bereits erwähnt, bei 615 Mrd. Euro als „dicke Bertha“ der Gesamtforderungen der Nordländer gegen die GIIPS-Staaten von über 800 Mrd. Euro.

c) Als weitere Maßnahmen der EZB, die grundsätzlich als Gegenstand einer Anfechtungsklage in Betracht kamen, ist die Senkung des Hauptrefinanzierungszinssatzes von 4,25 % im Oktober 2008 auf 1 % im Mai 2009 sowie der Übergang im Oktober 2008 zu einer Vollzuteilungspolitik zu registrieren,¹⁰⁹ wonach die EZB ihre Bereitschaft erklärte, den Geschäftsbanken in beliebigem Umfang Kredite von Laufzeiten bis zu einem Jahr zur Verfügung zu stellen. Parallel dazu verlängerte die EZB sukzessive die Fristen, innerhalb derer sie angekündigt hatte, zu normalen Sicherheitsanforderungen zurückzukehren¹¹⁰, und vergab zuletzt auf der Basis des Be-

¹⁰² Erweiterte Fassung der Tab. 1 bei *Sinn*, Sonderausgabe ifo-Schnelldienst v. 21.3.2012, S. 7.

¹⁰³ Art. 5 und 8 VO (EG) Nr. 1053/2008 der EZB v. 23.10.2008, ABl. EU Nr. L 282/17 v. 25.10.2008.

¹⁰⁴ ABl. EU Nr. L 117/102 v. 11.5.2010.

¹⁰⁵ ABl. EU Nr. L 94/33 v. 8.4.2011.

¹⁰⁶ ABl. EU Nr. L 182/31 v. 12.7.2011.

¹⁰⁷ ABl. EU Nr. L 341/65 v. 21.1.2011.

¹⁰⁸ *Sinn*, Sonderausgabe ifo-Schnelldienst v. 21.3.2012, S. 11.

¹⁰⁹ *Sinn/Wollmershäuser*, ifo Working Paper Nr. 105 2011 (Fn. 6), S. 10.

¹¹⁰ *Sinn/Wollmershäuser*, ifo Working Paper Nr. 105 2011 (Fn. 6), S. 10.

⁹⁸ *Cremer*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 69), Art. 263 AEUV Rn. 1 f.

⁹⁹ EuGH, Urt. v. 10.7.2003 – C-11/00, = EuR 2003, 847.

¹⁰⁰ Dazu näher Beschluss des Gerichtshofes v. 12.7.1990 = EuGH Slg. 1990, I-3351.

¹⁰¹ *Sinn*, Sonderausgabe ifo-Schnelldienst v. 21.3.2012, S. 6 f.

schluss vom 8.12.2011¹¹¹ für Ende Dezember 2011 und den 29.2.2012 zwei sog. 3-Jahrestender über Kreditgewährungen an private Banken über zusammen mehr als eine Billion Euro. Für die Target-Salden spielen diese Maßnahmen insoweit eine Rolle, als Banken der Peripherieländer diese Liquidität zu einem erheblichen Teil dazu benutzt haben, die Notenbanken der Nordländer zu weiteren Auszahlungen zu veranlassen.¹¹²

d) Die prozessualen Einzelheiten, die bei einer Klage der Bundesrepublik Deutschland gegen die EZB bezüglich einer oder sämtlicher der angeführten Maßnahmen zu beachten gewesen wären, sind nicht Gegenstand dieser auf die etwaigen strafrechtlichen Konsequenzen gerichteten Untersuchung. Prinzipiell wichtig ist lediglich, dass es sich bei den dargestellten Beschlüssen des EZB-Rates um „Handlungen“ mit Außenrechtswirkung handelte, die einen Klagegegenstand der Nichtigkeitsklage gem. Art. 263 AEUV bildeten¹¹³, sowie die für Nichtigkeitsklagen geltenden Fristen von zwei Monaten gem. Art. 263 Abs. 6 AEUV zuzüglich einer pauschalen Entfernungsfrist von zehn Tagen (Art. 81 § 2 VerfO-EuGH).

3. Der Bundesregierung stand damit in Gestalt einer Nichtigkeitsklage gegen die Maßnahmen des EZB-Rates, durch die die in der extrem asymmetrischen Entwicklung der Target-Salden (deren „Spreizung“) zum Ausdruck kommende Umfunktionalisierung des Target-Systems, nämlich die Veranlassung der Notenbanken der Nordländer zu durch ihre Target-Forderungen wirtschaftlich nicht mehr gedeckten Auszahlungen seitens der Notenbanken der GIIPS-Staaten ermöglicht wurde, grundsätzlich eine Möglichkeit zur Einwirkung auf das Geschehen zur Verfügung. Der Vorstand der Bundesbank war zwar hierfür nicht aktiv legitimiert, besaß aber eine mittelbare Einwirkungsmöglichkeit auf die Bundesregierung durch seine Aufgabe zu deren Information und Beratung. Wie weit diese Einwirkungsmöglichkeiten reichten und ob sie zur Begründung einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit genügen, ist die nächste Frage.

a) Verhältnismäßig unproblematisch ist, dass das Unterlassen einer Klageerhebung überhaupt eine unter § 266 StGB zu subsumierende Tathandlung darstellen kann, nämlich die pflichtwidrige Zufügung eines Vermögensschadens. Dass eine Schadenszufügung auch durch eine Unterlassung erfolgen kann, sofern dadurch ein drohender Vermögensnachteil nicht abgewendet wird, ist in Rechtsprechung und Schrifttum einhellig anerkannt, wobei sich die dafür gem. § 13 StGB in anderen Tatbeständen erforderliche, zum Tatbestand hinzutretende Garantienstellung bei § 266 StGB bereits aus der in der Täterqualifikation geforderten Obhutspflicht und Vermögensfürsorgepflicht ergibt.¹¹⁴ Umstritten ist lediglich, ob dieser Nachteil auch aus dem Ausbleiben eines Vorteils resultieren kann, der im Falle der pflichtgemäßen Vornahme der unterlassenen Handlung erzielt worden wäre. Nach der

älteren Rechtsprechung und der im Schrifttum weit überwiegender Auffassung sollte dies nur dann ausreichen, wenn der Geschäftsherr bereits zuvor eine vermögenswerte Anwartschaft auf den Vermögenszuwachs besaß, so dass die Unterlassung auf die Zerstörung einer das Vermögen bereits aktuell mehrenden Anwartschaft hinauslief.¹¹⁵ In der neuesten Rechtsprechung des BGH, die vom BVerfG gebilligt worden, in der Literatur aber heftig kritisiert worden ist, ist diese Voraussetzung fallengelassen worden, indem am Beispiel der unterlassenen Rückführung einer schwarzen Kasse der Vermögenssaldo als Kriterium der Schädigung nicht zwischen dem Vermögenswert vor und nach der betreffenden Unterlassung, sondern durch einen Vergleich zwischen dem vorhandenen Vermögensstand und dem im Falle der Vornahme der unterlassenen Handlung eingetretenen, fiktiven Vermögensstand gezogen wurde.¹¹⁶ Auf diese Kontroverse kommt es jedoch im vorliegenden Zusammenhang nicht an. Denn es geht nicht darum, ob bei einem klageweisen Vorgehen der Bundesregierung der Bundesbank Vermögenswerte zugeflossen wären, sondern ob die Entwicklung der Target-Salden in diesem Falle einen anderen Verlauf genommen hätte und die nachteiligen Konsequenzen ausgeblieben wären.

b) Die nächste Frage lautet, ob das Unterlassen einer Klageerhebung ungeachtet dessen als Tathandlung des Treubruchtatbestandes in Betracht kommt, dass die Klage ja nur im Falle eines Erfolges (ggf. antizipiert durch eine einstweilige Anordnung des Gerichtsvorsitzenden) vermöge einer Unterbindung der Absenkung der Sicherheitsanforderungen zu einer Reduzierung des auf die Bundesbank ausgeübten Auszahlungszwanges durch die nationalen Zentralbanken der GIIPS-Staaten geführt hätte, so dass also der durch die Unterlassung bewirkte Schaden in Gestalt der Spreizung der Target-Salden, d.h. des Anwachsens der aktiven Target-Salden der Bundesbank (und der anderen Nordländer) bei gleichzeitigem Anwachsen der passiven Target-Salden der Nationalbanken der GIIPS-Staaten endgültig erst durch weitere Handlungen eben dieser Banken vermöge der nicht ausreichend besicherten Vergabe von Refinanzierungskrediten eingetreten wäre. Die damit aufgeworfene dogmatische Frage zerfällt in zwei Unterfragen: Welches sind die maßgeblichen Zeitpunkte für den sog. Saldenvergleich, und in welchem Umfang darf die spätere Entwicklung unter dem Aspekt der sog. schadensgleichen Vermögensgefährdung („Gefährdungsschaden“) bereits vorweggenommen werden?

aa) Im Rahmen der Dogmatik des Betrugstatbestandes, die lange Zeit auch für die Interpretation des Begriffs der Nachteilszufügung in § 266 StGB eine dominierende Rolle gespielt hat, ist seit über 100 Jahren in Rechtsprechung und Schrifttum einerseits der Unmittelbarkeitsgrundsatz anerkannt worden, dem zufolge die Vermögensverfügung des

¹¹¹ Monatsbericht der Bundesbank für Februar 2012 (abrufbar unter www.bundesbank.de, [16.4.2012]), S. 23.

¹¹² Kühnlenz, Financial Times Deutschland v. 27.2.2012.

¹¹³ Näher Cremer (Fn. 98), Art. 263 Rn. 13.

¹¹⁴ Schönemann (Fn. 36), § 266 Rn. 202.

¹¹⁵ BGH NJW 1983, 1807 (1808); BGHSt 17, 147 (148); BGH GA 1978, 332 (333); BGH bei Holtz, MDR 1981, 100; zum ganzen eingehend Hefendehl (Fn. 46), S. 25 ff.; Schönemann (Fn. 36), § 266 Rn. 167.

¹¹⁶ BGHSt 52, 323; BVerfGE 126, 170 (214 f.); zur Kritik Schönemann, StraFo 2010, 477 (480 ff.); ders. (Fn. 36), § 266 Rn. 173.

Getäuschten unmittelbar zu einer Schädigung des Vermögensinhabers geführt haben muss.¹¹⁷ Die maßgeblichen Zeitpunkte für den jeweils zu ziehenden Vermögenssaldo liegen danach einmal direkt vor und ein anderes Mal direkt nach der vom Getäuschten vorgenommenen Vermögensverfügung. Andererseits war jedoch gleichfalls seit über 100 Jahren in Rechtsprechung und Schrifttum so gut wie einhellig anerkannt, dass – entsprechend dem wirtschaftlichen Vermögensbegriff und der daraus folgenden, oben bereits angesprochenen Figur des Gefährdungsschadens – bei der Ermittlung des Saldos auch bereits solche Entwertungen der Vermögensgegenstände zu berücksichtigen sind, deren endgültige zivilrechtliche Verwirklichung noch aussteht, die aber bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise schon gegenwärtig das Vermögen in seinem Geldwert vermindern,¹¹⁸ was, wie ebenfalls schon oben erwähnt, u.a. davon abhängt, ob der Vermögensinhaber den endgültigen Verlust noch ohne weiteres abwenden kann oder ob dessen definitiver Eintritt nur noch von einem Geschehen (namentlich Handlungen des Schädigers) abhängt, das er nicht mehr beeinflussen konnte.¹¹⁹ Während es aber oben (III. 1.) nur darum ging, dass die Target-Forderungen der Bundesbank in einer einem Schaden gleichkommenden Weise gefährdet sind, geht es an dieser Stelle um die auf der Ebene der objektiven Zurechnung angesiedelte weitere Frage, ob diese Gefährdung bereits dem Unterlassener der Erhebung einer Nichtigkeitsklage zum EuGH zugerechnet werden kann, obwohl ja noch die weiteren Schritte der peripheren Notenbanken hinzukommen müssen, bevor die Bundesbank die durch die Target-Forderung nicht mehr kompensierten Auszahlungen vornehmen muss.

bb) Diese dogmatische Figur einer Zurechnung des erst später endgültig von Dritten bewirkten Gefährdungsschadens zur Ermöglichungshandlung oder -unterlassung des Treupflichtigen ist speziell für den Untreuetatbestand in der neueren Judikatur und Literatur intensiv diskutiert und auch zur Überprüfung durch das BVerfG gestellt worden. Um Bedeutung und Tragweite seiner wichtigsten einschlägigen Entscheidung, nämlich des Urteils des 2. *Senats* v. 23.6.2010,¹²⁰ richtig einschätzen zu können, muss man die beiden Konstellationen¹²¹ berücksichtigen, die den Anlass zu dieser Entscheidung geliefert haben. In dem Fall der Berliner Bank ging es darum, dass ein Kredit in erheblicher Höhe gegen unzulängliche Sicherheiten vergeben worden war. Im Fall der schwarzen Kasse im Siemens-Konzern ging es darum, dass ein Mitglied des gehobenen Managements eine schwarze Kasse von seinem Vorgänger übernommen und diese im Interesse der Siemens AG verwendet, dem Vorstand aber hierüber keinen Bericht erstattet hatte. Im Fall der Berliner

Bank wurde die Verurteilung wegen Untreue vom BVerfG deshalb aufgehoben, weil der als Grundlage angenommene Gefährdungsschaden im Urteil nicht beziffert worden war, was aber nach der Entscheidung des BVerfG vom strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz gefordert gewesen wäre, sei es auch nur aufgrund einer Schätzung anhand des Bewertungsgutachtens eines Sachverständigen.¹²² Im Fall der schwarzen Kasse im Siemens-Konzern erklärte das Bundesverfassungsgericht es dagegen zur Bejahung einer Untreue für ausreichend, dass diese nicht in den offiziell erfassten und in den Jahresabschluss eingehenden Buchhaltungskreislauf des Siemens-Konzerns zurückgeführt worden war, weil sie dadurch (weiterhin) einem unkontrollierten Zugriff der leitenden Angestellten unterhalb der Vorstandsebene offen gestanden hätte.¹²³

cc) Wenn man die Konstellation der Target-Salden vor dem Hintergrund dieser beiden vom BVerfG beurteilten Sachverhalte sieht, so ist es offensichtlich, dass die Voraussetzungen, unter denen ein Schaden aus der Ermöglichung einer konkreten Vermögensgefährdung abgeleitet werden und in verfassungsrechtlich zulässiger Weise unter den Begriff der Zufügung eines Vermögensnachteils in § 266 StGB subsumiert werden kann, bei dem Target-System erst recht erfüllt sind. Bei den schwarzen Kassen genügte dem BGH wie dem BVerfG die bloße Möglichkeit, dass Siemens-Mitarbeiter auf die von ihnen außerhalb des offiziellen Buchhaltungskreislaufs verwalteten Gelder unzulässigerweise zugreifen konnten, zur Bejahung der Zufügung eines Vermögensschadens. Dass diese Personen konkret eine den Interessen des Siemens-Konzerns nachteilige Verfügung planten oder dass auch nur konkret damit zu rechnen war, wurde nicht verlangt. Im vorliegenden Zusammenhang der Target-Salden geht es dagegen um einen strukturell weitaus gravierenderen und deshalb ein *argumentum a fortiori* begründenden Sachverhalt, weil infolge der Lockerung der bei den Refinanzierungskrediten zu verlangenden Sicherheiten für die Nationalbanken der GIIPS-Staaten überhaupt erst die Möglichkeit geschaffen wurde (und offensichtlich auch geschaffen werden sollte!), in vermehrtem Umfang nicht ausreichend gedecktes Zentralbankgeld zu schaffen, und zwar auf Kosten der zu Auszahlungen gezwungenen Deutschen Bundesbank, die dafür zum Ausgleich nur eine unzulänglich besicherte Forderung unmittelbar gegen die EZB und mittelbar gegen die der EZB verhaftete Zentralbank des betreffenden GIIPS-Staates erlangte. Wie die bei *Sinn*¹²⁴ dargestellte Entwicklung zeigt, waren die Zentralbanken der GIIPS-Staaten in Ermangelung anderer Refinanzierungsmöglichkeiten faktisch dazu gezwungen, von dem ihnen von der EZB erleichterten Zugriff auch Gebrauch zu machen. Im Unterschied zum Siemens-Fall waren also diejenigen, denen der Zugriff ohne eine Abwehrmöglichkeit der Bundesbank eröffnet wurde, sogar bereits dazu entschlossen, von diesem Zugriff auch in einer den Vermögensinteressen der Bundesbank zuwider laufenden

¹¹⁷ *Hefendehl* (Fn. 37), § 263 Rn. 262 ff.; *Tiedemann* (Fn. 37), § 263 Rn. 98 ff.

¹¹⁸ *Hefendehl* (Fn. 37), § 263 Rn. 535 ff.; eingehend bereits *ders.* (Fn. 46), S. 50 ff.; *Tiedemann* (Fn. 37), § 263 Rn. 168 ff.

¹¹⁹ Näher *Hefendehl* (Fn. 46), S. 128, passim; *ders.* (Fn. 37), § 263 Rn. 564.

¹²⁰ BVerfGE 126, 170.

¹²¹ Es gab noch einen dritten Fall, der aber keine besonderen dogmatischen Probleme stellte.

¹²² BVerfGE 126, 170, insb. Rn. 135 ff., 153-157.

¹²³ BVerfGE 126, 170, insb. Rn. 123-125.

¹²⁴ *Sinn*, Sonderausgabe ifo-Schnelldienst v. 21.3.2012, S. 7 ff., 19 ff.

Weise Gebrauch zu machen. Unter den Leitaspekten „Zeitpunkt der Saldenziehung, Unmittelbarkeitsprinzip, Gefährdungsschaden“ ist die Konstellation der Target-Salden also mit der Konstellation „Möglichkeit des unberechtigten Zugriffs auf schwarze Kassen“ zu vergleichen, so dass sowohl nach der Rechtsprechung des BGH als auch der Leitentscheidung des BVerfG auf dieser „handlungs- und zurechnungsdogmatischen“ Ebene keine Hindernisse für eine Bejahung des Vermögensnachteils existieren. Auch die im Schrifttum an dieser Rechtsprechung geübte Kritik führt für die Konstellation der Target-Salden zu keinem anderen Ergebnis, weil das Schrifttum eine sog. „verwendungszweckabhängige Betrachtungsweise“¹²⁵ präferiert, der zufolge es beim Einrichten und Halten einer schwarzen Kasse für die Frage einer Subsumtion unter den Untreuetatbestand entscheidend darauf ankommen soll, ob der „Kassenhalter“ seine Zugriffsmöglichkeit loyal ausschließlich im Interesse des Geschäftsherrn wahrnehmen oder illoyal zu seinem eigenen Vorteil ausnützen will. Genau dieser zweiten Alternative entspricht aber beim Target-System die Absicht der auf eine „Ausbeutung“ der Bundesbank unter Ausnutzung der reduzierten Sicherheitsanforderungen angewiesenen Zentralbanken der GIIPS-Staaten, die die Veranlassung der Bundesbank zu Auszahlungen nicht etwa in deren, sondern im eigenen Staatsinteresse betrieben haben. Dadurch unterscheidet sich die Konstellation auch von dem Fall der Berliner Bank, in dem es um ein Austauschgeschäft ging, nach dessen Abschluss das BVerfG eine zumindest im Schätzwege erfolgende Quantifizierung der beiderseitigen Leistungen bzw. Sicherheiten verlangte. In diesem Fall resultierte der Schaden aus einer Verrechnung des hingegebenen Kredits mit dem Wert der dafür gegebenen Sicherheit, während sich die Kreditsumme in der Zukunft nicht mehr erhöhte. Im Fall der schwarzen Kasse wie im Fall des Target-Systems geht es dagegen darum, dass das Vermögen des Geschäftsherrn dem nicht weiter begrenzten Zugriff eines Dritten geöffnet wird, wobei im Siemens-Fall sogar mit einer Wahrnehmung im Interesse des Siemens-Konzerns zu rechnen war (die aber eben nicht rechtlich garantiert war), während im Fall des Target-Systems der Dritte gerade in seinem eigenen Interesse handeln und den Zugriff immer weiter zum Nachteil des Geschäftsherrn fortsetzen wird. Wollte man hierfür nach einem Vergleichsfall im privatrechtlichen Bereich suchen, so wäre dies die einem Dritten durch den Treupflichtigen über das Konto des Geschäftsherrn erteilte Kontovollmacht, von der dieser nach Belieben zu seinem Vorteil unter Schädigung des Geschäftsherrn Gebrauch machen kann, was er im eigenen Interesse aufgrund seines in der Vergangenheit zu beobachtenden Verhaltens auch mit Sicherheit tun wird und wozu er wegen seiner desolaten Vermögensverhältnisse sogar gezwungen ist. Diese ungebremste, sogar automatisierte Zugriffsmöglichkeit ist infolgedessen sowohl nach der Rechtsprechung von BGH und BVerfG als auch nach den dazu kritischen Stimmen des Schrifttums unter den Begriff der Nachteilszufügung gem. § 266 StGB zu subsumieren.

¹²⁵ Grundlegend *Saliger* (Fn. 35), S. 417 ff.; *Schünemann* (Fn. 36), § 266 Rn. 180.

4. Die Unterlassung der Klageerhebung gegen die Rechtsakte der EZB zur Absenkung der Sicherheitenbonitäten kann also durchaus unter das Tatbestandsmerkmal der Nachteilszufügung subsumiert werden – freilich nur, wenn auch eine bisher beiseite gelassene Grundvoraussetzung der Strafbarkeit im Untreuetatbestand erfüllt ist, nämlich die Kausalität der Unterlassung.

a) Im Rahmen der allgemeinen Dogmatik der Unterlassungsdelikte ist es anerkannt, dass die Nichtvornahme einer Handlung nur dann für den Erfolg (quasi-)kausal ist, wenn die Vornahme der Handlung nicht hinweg gedacht werden kann, ohne dass der Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit entfiel, und dass diese Voraussetzung auch für die Zurechnung des Erfolges an einen Garanten gilt.¹²⁶ Durch das Unterlassen der Erhebung einer Nichtigkeitsklage seitens der Bundesregierung gegen die EZB-Beschlüsse über die Herabsetzung der Sicherheitenbonitäten bei den Refinanzierungskrediten (als mögliche Schädigungshandlung, die dem Tatbestand des § 266 StGB subsumiert werden könnte) könnte der Schaden also nur dann verursacht worden sein, wenn durch die Erhebung der Klage der durch die Herabsetzung der Sicherheiten unbegrenzte Zugriff ausländischer Notenbanken auf das Vermögen der Bundesbank mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit verhindert worden wäre. Zwar wird im neueren Schrifttum wiederholt die Auffassung vertreten, dass es genüge, wenn die vom Garanten unterlassene Handlung (hier der Verzicht auf die Klage) das Risiko des Eintritts erhöht hätte, wenn also die geschuldete Handlung (hier die Klage) eine überwiegende Erfolgsanwendungswahrscheinlichkeit besessen hätte.¹²⁷ Diese Aufweichung des Kausalbegriffs bei den Unterlassungsdelikten und die Ersetzung der Quasi-Kausalität durch eine bloße Risikoerhöhung im Sinne einer unterlassenen Risikoverminderung ist jedoch vom Bundesgerichtshof mit Recht abgelehnt worden.¹²⁸

b) Es bedarf also der Prüfung, ob eine Klage der Bundesrepublik Deutschland gegen die entsprechenden EZB-Beschlüsse mit Sicherheit Erfolg gehabt hätte, wofür in einem Rechtsstaat nicht die ungewisse Psychologie irgendwelcher individuellen Richter, sondern die objektive Rechtslage ausschlaggebend sein muss. Mit Recht ist auch in der Judikatur des BGH anerkannt, dass im Rahmen der Kausalitätsprüfungen bei Unterlassungen ein pflichtgemäßes Verhalten dritter Personen unterstellt werden muss;¹²⁹ erst recht muss dies

¹²⁶ Völlig h.M., vgl. nur *Fischer* (Fn. 61), § 13 Rn. 39; *Weigend*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Fn. 96), § 13 Rn. 70; BGHSt 48, 77 (93); 52, 159 (164).

¹²⁷ *Stratenwerth*, in: *Lackner* (Hrsg.), *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag am 22. Juli 1973*, 1973, S. 227 (S. 239); *Wolter*, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, 1981, S. 356; *Greco*, ZIS 2011, 674 (678 ff.).

¹²⁸ BGHSt 37, 106 (127); *Schünemann*, JA 1975, 647 (655); *ders.*, StV 1985, 229 (232); *Lackner/Kühl* (Fn. 45), vor § 13 Rn. 14a; vermittelnd *Roxin*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 2, 2003, § 31 Rn. 54 ff.

¹²⁹ BGHSt 48, 77 (94 f.).

natürlich dann gelten, wenn es sich bei den dritten Personen um Richter handelt, die an das Recht und nur an das Recht gebunden sind.

c) Die Klage der Bundesregierung hätte also (nur) dann Erfolg gehabt, wenn die Bonitätsabsenkung für die zu fordernden Sicherheiten durch die EZB-Beschlüsse gegen Europarecht verstoßen hat. Als europarechtliche Rechtsgrundsätze, die hierdurch verletzt worden sein könnten, kommen zwei in Betracht: das Verbot des „Bail Out“ eines Mitgliedstaates durch die EU und die Festlegung der EZB auf die Preisstabilität, also auf die Verhinderung einer Inflation.

aa) Die allgemeine *sedes materiae* für das „Bail Out-Verbot“ findet sich in Art. 125 AEUV.¹³⁰ Dass die Regierungen der Mitgliedstaaten sich hierüber bei der Schaffung des vorläufigen Rettungsschirmes EFSF hinweg gesetzt haben könnten, indem sie diesen vorgeblich auf die für Naturkatastrophen und unkontrollierbare Ereignisse geschaffene Vorschrift des Art. 122 Abs. 2 AEUV gestützt haben, obwohl diese Vorschrift bei den Folgen einer unsoliden Haushaltspolitik evidentenmaßen nicht anwendbar ist,¹³¹ bedeutet eine rein politische Entscheidung, die dem an das Recht der EU gebundenen EuGH keinesfalls die Kompetenz verleiht, sich in entsprechender Weise über das Primärrecht der EU hinweg zu setzen. Als das Verbot der monetären Haushaltsfinanzierung in Art. 101 EGV (heute Art. 123 AEUV) vereinbart wurde, bestand Einigkeit darüber, dass die Finanzierung der öffentlichen Haushalte auch nicht „durch die Hintertür“ zugelassen werden sollte¹³² und dass beispielsweise die Zulassung von Offenmarkt-Geschäften durch Ankauf von Staatsanleihen auf dem Sekundärmarkt nicht als Umgehung zum Verbot der Haushaltsfinanzierung benutzt werden darf (so Abs. 7 der Erwägungsgründe zur Verordnung Nr. 3603/93 v. 13.12.1993, ABl. EG Nr. L 332/1 v. 31.12.1993). Daraus folgt dann aber ebenfalls, dass durch die Absenkung der Bonitätsanforderungen an die Sicherheiten nicht etwa das Target-System zur Umgehung des Bail Out-Verbots eingesetzt werden darf. Wie bei *Sinn* im Einzelnen dargelegt und belegt ist, wirkt das Target-System jedoch seit Reduzierung der Bonitätsanforderungen an die Sicherheiten durch die EZB-Ratsbeschlüsse wie ein vorgezogener automatischer Rettungsschirm zur Abwendung des Staatsbankrotts von GIIPS-Staaten.¹³³ Die entsprechenden Beschlüsse verletzen deshalb Art. 125 AEUV und sind rechtswidrig gewesen, waren somit auf eine Nichtigkeitsklage hin aufzuheben.

bb) Daneben hat sich der EZB-Rat über die Vorschrift des Art. 282 AEUV hinweg gesetzt, nach dessen Abs. 2 S. 2 das vorrangige Ziel des europäischen Systems der Zentralbanken (ESZB) darin besteht, „die Preisstabilität zu gewährleisten“. Art. 127 Abs. 1 wiederholt das in etwas kürzerer, inhaltlich aber gleichbedeutender Formulierung und bekräftigt damit die Ausrichtung des ESZB auf das vorrangige Ziel der Preis-

stabilität und die nur nachrangige Verpflichtung, durch die Unterstützung der allgemeinen Wirtschaftspolitik in der Union zur Verwirklichung der Unionsziele beizutragen.¹³⁴ Das kann auch am Beispiel des Art. 127 AEUV durch eine eindeutige systematische Auslegung belegt werden: In Art. 1 S. 1 wird nochmals das vorrangige Ziel der ESZB, die Preisstabilität zu gewährleisten, herausgestellt und die Unterstützung der allgemeinen Wirtschaftspolitik anschließend in die zweite Reihe verwiesen. Hieraus folgt *eo ipso*, dass die in Art. 127 Abs. 2 AEUV beschriebenen Aufgaben des ESZB dieser Zielzuweisung gehorchen müssen, wozu dann auch das reibungslose Funktionieren der Zahlungssysteme gem. dem 4. Spiegelstrich gehört, so dass auch das Target-System nicht etwa eine eigenständige Zielzuweisung bedeutet, sondern sich den Vorrangzielen des Abs. 1 fügen muss.

Wie von *Sinn* im Einzelnen dargelegt worden ist, hat aber die Absenkung der Bonitätsanforderungen an die zu hinterlegenden Sicherheiten durch die EZB-Beschlüsse dazu geführt, dass die nationalen Zentralbanken der GIIPS-Länder das Target-System als einen „heimlichen Rettungsschirm“ benutzen können, was wiederum zu einer Art Nötigung führt, immer umfangreichere Rettungsschirme aufzuspannen.¹³⁵ „Was die nationalen Parlamente als kurzfristige Liquiditätshilfen angesehen haben, ist in Wahrheit nur der Anschlusskredit an die TARGET-Kredite, die die EZB schon viel früher vergab.“¹³⁶ Dass die im Grunde genommen für die Haushalte der GIIPS-Staaten vorgesehenen oder geplanten Haftungssummen sich insgesamt auf ca. zwei Billionen Euro addieren, wird ebenfalls bei *Sinn* dargelegt.¹³⁷ Und nach dem neuesten Stand haben die Bundeskanzlerin und der Bundesfinanzminister der grundlegenden Abänderung des dauerhaften sog. Europäischen Rettungsschirms ESM mit einem zum vorläufigen Rettungsschirm hinzu tretenden und nicht etwa diesen aufsaugenden Volumen von dann insgesamt (vorläufig) 800 Milliarden Euro zugestimmt, wobei (wenn es zur Ratifizierung kommt) selbst die sog. Bareinlagen kreditfinanziert werden müssen, was zusammen mit dem Target-Saldo letztlich ein Gesamtkreditvolumen von drei Billionen Euro ausmacht, von dem rund 30 % bis heute über das Target-System von den Notenbanken der Nordländer zur Verfügung gestellt worden sind.

Dass derartige Kreditvolumina nur über eine (vielleicht nicht dramatische, aber dann schleichende) Inflation und damit über eine Beeinträchtigung der Preisstabilität endgültig zurückgeführt werden können, bedarf keiner tiefeschürfenden ökonomischen Analyse, denn wenn es anders wäre, würden die Staaten nicht immer neue und immer höhere „Rettungsschirme“ benötigen. Es erscheint deshalb evident, dass die EZB-Beschlüsse über die Bonitätsabsenkung bei den zu hinterlegenden Sicherheiten das im AEUV niedergelegte primäre Ziel der Preisstabilität eigenmächtig hinter wirtschaftspolitische Operationen zu Gunsten der GIIPS-Staaten zurücksetzen, wozu der EZB aber die Kompetenz fehlte, weil eine

¹³⁰ *Häde* (Fn. 69), Art. 125 AEUV Rn. 2.

¹³¹ Dazu *Häde* (Fn. 69), Art. 122 AEUV Rn. 16 f.; Art. 125 AEUV Rn. 7.

¹³² *Häde* (Fn. 69), Art. 123 AEUV Rn. 12.

¹³³ Vgl. *Sinn*, Sonderausgabe ifo-Schnelldienst v. 21.3.2012, S. 22 f. u.ö.

¹³⁴ So wörtlich *Häde* (Fn. 69), Art. 282 Rn. 18.

¹³⁵ *Sinn*, Sonderausgabe ifo-Schnelldienst v. 21.3.2012, S. 22.

¹³⁶ *Sinn*, Sonderausgabe ifo-Schnelldienst v. 21.3.2012, S. 22.

¹³⁷ *Sinn*, Sonderausgabe ifo-Schnelldienst v. 21.3.2012, S. 23.

derartige Umfunktionierung nur durch eine Änderung des AEUV und damit nur durch einen von den nationalen Parlamenten zu ratifizierenden Änderungsvertrag möglich gewesen wäre. Weil die Beschlüsse der EZB offensichtlich die normativen Regelungen des AEUV verletzt haben, wären sie auf Klage der Bundesregierung für nichtig zu erklären gewesen.

5. Eine Klage der Bundesregierung gegen die Absenkung der Bonitätsanforderungen an die im Rahmen der Refinanzierungskredite zu stellenden Sicherheiten hätte deshalb beim EuGH mit rechtlicher Notwendigkeit Erfolg gehabt. Aus demselben Grunde wäre auch binnen weniger Tage eine entsprechende einstweilige Anordnung des Präsidenten des EuGH zu erreichen gewesen. Die Quasi-Kausalität des Unterlassens entsprechender Klagen für die dadurch über die Erhöhung der Target-Salden der Bundesbank zugefügten Schäden ist deshalb zu bejahen.

VI. Zur Frage der Pflichtwidrigkeit

1. Damit bleibt als Letztes im Rahmen des objektiven Untreuetatbestandes zu untersuchen, ob die Unterlassung der Klageerhebung seitens der Bundesregierung eine Verletzung ihrer Vermögensfürsorgepflichten dargestellt hat. Wie bereits oben nachgewiesen, ist im Rahmen der Dogmatik des Untreuetatbestandes umstritten, ob die Verletzung einer (womöglich qualifizierten) Vermögensfürsorgepflicht für den Tatbestand konstitutiv ist oder ob die Pflichtverletzung durch die Schadenzufügung indiziert wird und lediglich eine Rechtfertigung in Betracht kommt, wenn die handelnden Personen nach der zivilrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Regelung des Verhältnisses die Befugnis besitzen, zwecks Verfolgung höherrangiger Ziele unter Umständen das Vermögen des Geschäftsherrn zu schädigen. Weil es sich hierbei nur um eine systematische Streitigkeit, letztlich also um eine Frage der intrasystematischen Rubrizierung handelt, wird vorliegend nicht näher darauf eingegangen, sondern sogleich die Sachfrage erörtert, ob die Bundesregierung befugt war (gewesen wäre), zur Erreichung höherrangiger politischer Ziele einen Vermögensnachteil der Bundesbank in Kauf zu nehmen.

2. Inhaltlich geht es hierbei um eine Auslegung von Art. 88 GG, der in seinem S. 2 sowohl für die Übertragbarkeit von Befugnissen auf die EZB als dadurch auch für die Bundesbank selbst das „vorrangige Ziel der Sicherung der Preisstabilität“ festlegt. Den verfassungsrechtlichen Hintergrund bilden die grundlegenden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts im Maastricht-Urteil (BVerfGE 89, 155) und im Euro-Urteil (BVerfGE 97, 350). Ebenso wie soeben schon für die EZB dargelegt, ist es naturgemäß auch für die Bundesregierung evident, dass eine politische Entscheidung, die dieses „vorrangige Ziel der Sicherung der Preisstabilität“ ignoriert und stattdessen die Stützung der GIPS-Staaten zum vorrangigen Ziel nimmt, bereits materiell die Verfassung verletzt.

3. a) Womöglich noch mehr ins Auge springt der formelle Kompetenzmangel, an dem die Entscheidung der Bundesregierung leidet bzw. leiden würde, die Umfunktionierung des Target-Systems in einen im Wesentlichen von der Bundes-

bank zu finanzierenden informellen Rettungsschirm zu dulden, indem die mögliche Verhinderung dieser Umfunktionierung unterlassen wird. Nachdem das BVerfG in der Maastricht- und der Lissabon-Entscheidung die unverfügbaren materiellen Garantien des Grundgesetzes über die Währungsstabilität und die über den Bundestag ausgeübten demokratischen Rechte des deutschen Volkes herausgearbeitet und verteidigt hat,¹³⁸ hat es in seiner neuesten Rechtsprechung zu den Rettungsschirm-Problemen des BVerfG ebenso klar herausgearbeitet, dass es allein in der Kompetenz des demokratisch optimal legitimierten Bundestages liegen kann, Rettungsschirme zu Gunsten anderer Euro-Staaten zu beschließen, und dass dieser dabei auch nicht seine Haushaltsautonomie aufgeben und seine Gesamtverantwortung auf andere Stellen übertragen darf: Die verfassungskonforme Auslegung von § 1 Abs. 4 S. 1 StabMechG ist vom BVerfG in seinem Urteil vom 7.9.2011 gerade darauf gestützt worden, dass der Bundestag die Gesamtverantwortung in seinem Budgetrecht nicht an die Bundesregierung abtreten darf.¹³⁹ Und in einer noch weit darüber hinausreichenden, grundsätzlichen Weise ist in dieser Entscheidung in Leitsatz 3 ausgesprochen worden, dass der Deutsche Bundestag seine Budgetverantwortung auch nicht durch unbestimmte haushaltspolitische Ermächtigungen auf andere Akteure übertragen darf; „insbesondere darf sich der Bundestag keinen finanzwirksamen Mechanismen ausliefern, die zu unüberschaubaren haushaltsbedeutsamen Belastungen ohne vorherige konstitutive Zustimmung führen können“. Selbst der Bundestag darf deshalb „einem intergouvernemental oder supranational vereinbarten, nicht an strikte Vorgaben gebundenen und in seinen Auswirkungen nicht begrenzten Bürgschafts- oder Leistungsautomatismen nicht zustimmen, der nach Ingangsetzung seiner Kontrolle und Einwirkung entzogen ist“.¹⁴⁰

b) Die sich hieraus für die Umfunktionierung des Target-Systems zu einem automatisch ablaufenden primären Rettungsschirm seit Senkung des Bonitätsniveaus der Sicherheiten durch die EZB-Ratsbeschlüsse ergebenden Konsequenzen sind ebenso klar wie spektakulär: Daraus, dass sich die Target-Salden (1) ohne jede Beteiligung des nationalen Parlaments und (2) ohne Begrenzung nach oben entwickeln, und zwar aus Deutschland nicht mehr steuerbar und dadurch in Gestalt einer Verlagerung der Entscheidungsmacht auf die Notenbanken der Peripheriestaaten, hätte nicht einmal der Bundestag einer solchen Umfunktionierung zustimmen dürfen, weil er sich nicht einem „Automatismus“ ausliefern dürfte, der inzwischen auf 615 Mrd. Euro hochgeschwungen ist, immer weiter hochgeht und für den es nach dem eigenen Eingeständnis des Bundesfinanzministers vom 26.3.2012¹⁴¹ „aus ökonomischer Sicht prinzipiell keine Obergrenze“ und „keine ex ante-Limitierungen“ gibt.

c) Aus den Strukturen des Target-Systems und aus der Rechtsprechung des BVerfG folgt damit zwangsläufig, dass

¹³⁸ BVerfGE 89, 155; 123, 267.

¹³⁹ BVerfG NJW 2011, 2946 (2953 Rn. 141).

¹⁴⁰ BVerfG NJW 2011, 2946 (2951 Rn. 125, 127).

¹⁴¹ Fragen und Antworten zur Rolle der EZB in der europäischen Staatsschuldenkrise v. 26.3.2012, S. 3 (Fn. 39), S. 3.

die Bundesregierung die vom EZB-Rat bewirkte funktionale Verwandlung eines Abrechnungssystems in einen automatischen Rettungsschirm zum Nachteil der Bundesbank nicht akzeptieren durfte, weil ein derartiger Automatismus nach dem Grundgesetz nicht einmal vom Bundestag hätte eingeführt werden dürfen und sie deshalb unter allen Umständen verpflichtet gewesen war, durch Klageerhebung zum EuGH die erst durch die Absenkung der Sicherheitenbonität möglich gewordene Zweckentfremdung des Target-Systems zu unterbinden.

d) Dass durch die Bonitätssenkung der Sicherheiten die Zentralbanken der GIIPS-Staaten in den Stand gesetzt worden sind, zu Lasten der Notenbanken der Nordländer und damit vor allem der Bundesbank über einen der Höhe nach nicht begrenzten Automatismus diese zu (in den Target-Salden abgebildeten) Zahlungen zu veranlassen, an deren Stelle teilweise entwertete Forderungen gegen die EZB getreten sind, für deren Ausfall im Falle einer Insolvenz eines Staates im Rahmen des EZB-Systems die Bundesbank an erster und größter Stelle mithaftet, ist, wie die Risikorückstellungen im Jahresabschluss der Bundesbank für 2011 zeigen, auch unmittelbar haushaltswirksam, weil dadurch die ursprünglich im Entwurf des Bundeshaushalts vorgesehene Gewinnabführung wesentlich reduziert worden ist: Laut Pressemitteilungen war ursprünglich eine geschätzte Gewinnausschüttung von 2,5 Mrd. Euro in den Haushalt der Bundesrepublik für 2012 eingestellt worden, die aufgrund der notwendigen Aufstockung der Risikovorsorge um 4,1 Mrd. Euro auf 7,7 Mrd. wesentlich reduziert werden musste¹⁴² und damit eine entsprechende Lücke im Bundeshaushalt erzeugte.

4. Die Pflichtwidrigkeit der Unterlassung entsprechender Klageerhebungen beim EuGH steht deshalb außer Frage. Auch wenn man mit einer im Schrifttum vertretenen, vom BGH zurückgewiesenen, in der Entscheidung des BVerfG aber wiederum mit Sympathie bedachten Doktrin für § 266 StGB eine „gravierende“ Pflichtverletzung verlangt,¹⁴³ ergibt sich nichts anderes. Denn angesichts der klaren materiellrechtlichen Festlegung des Grundgesetzes auf die Sicherung der Preisstabilität als primärem Ziel wie auch angesichts der eindeutigen Kompetenzzuweisung allein an den Deutschen Bundestag, Rettungsschirme für andere EU-Staaten zu beschließen, ist das Unterlassen, gegen einen durch Beschlüsse des EZB-Rates etablierten „automatischen Rettungsschirm ohne Obergrenze“ zu intervenieren, eo ipso eine gravierende Pflichtwidrigkeit.

VII. Fragen der Täterschaftsform und des subjektiven Tatbestandes

1. Weil die Garantienpflicht zur Erhebung der Nichtigkeitsklagen zum EuGH die (zu dieser Leistung allein befähigte) Bundesregierung traf, die bei einer „Angelegenheit von allgemeiner [...] außenpolitischer, wirtschaftlicher (und) finan-

¹⁴² Mitteilung von dapd über die Pressekonferenz des Bundesbankpräsidenten v. 13.3.2012; Bundesbank, Geschäftsbericht 2011, S. 153 f.

¹⁴³ Dazu mit umfassender Darstellung des Streitgegenstandes Schünemann (Fn. 36), § 266 Rn. 93 ff.

zieller Bedeutung“ wie hier gem. § 15 Abs. 1 ihrer Geschäftsordnung als Kollegium zu beraten und Beschluss zu fassen hat, ist der objektive Untreuetatbestand (in der 2. Alt. des Treubruchtatbestandes), eine einstimmige Ablehnung der Klageerhebung unterstellt, von allen Mitgliedern als Mittäter durch Unterlassen erfüllt worden (§§ 266, 25 Abs. 2 StGB). Freilich endet an dieser Stelle die Möglichkeit, anhand offenkundiger Tatsachen eine strafrechtliche Analyse und Subsumtion vorzunehmen. Denn es ist jedenfalls dem *Verf.* nicht bekannt, ob die Bundesregierung mit dieser Frage als Kollegium befasst gewesen ist und wie (falls ja) die Bundeskanzlerin und die einzelnen Bundesminister abgestimmt haben. Da die Bundesregierung weitestgehend aus ökonomischen Laien besteht,¹⁴⁴ versteht es sich keinesfalls von selbst, sondern bedarf näherer Aufklärung, ob und ggf. bei wem überhaupt diejenigen Kenntnisse vorgelegen haben, die für einen Untreuevorsatz vorausgesetzt werden müssten. Der notwendige Vorsatz bezüglich der Verursachung eines Vermögensnachteils würde jedenfalls voraussetzen, dass die handelnde bzw. unterlassende Person Kenntnis davon hatte, dass der EZB-Rat durch seine Beschlüsse über die Herabsetzung des Sicherheitenniveaus einen praktisch unbegrenzten Zugriff der Zentralbanken der GIIPS-Staaten auf das Target-System eröffnet hatte, dass letztere hiervon auch nach aller Erfahrung Gebrauch machen würden und dadurch das Target-System in einen unbegrenzten Rettungsschirm umfunktionierten, dass sich daraus enorme Auszahlungen und zur Deckung hohe aktive Target-Salden der Bundesbank ergaben und dass die sich daraus ergebenden, über die EZB als Clearing-Stelle letztlich an die Zentralbanken der GIIPS-Staaten gerichteten Forderungen mit einem hohen Ausfallrisiko behaftet sind und deshalb keine vollwertige Kompensation darstellten.

Wenn man in Betracht zieht, wie lange es gedauert hat, bis das Target-System und die Bewandnis der Target-Salden in der Öffentlichkeit diskutiert und einigermaßen geklärt werden konnten, wird man einen Tatbestandsirrtum der Mitglieder der Bundesregierung so lange als wahrscheinlich ansehen können, wie nicht durch Öffnung der Akten, die allerdings wünschenswert wäre, das Gegenteil ersichtlich wird.

2. Freilich würde ein solcher (wahrscheinlicher) Irrtum der Mitglieder der Bundesregierung die Brücke zu einer mittelbaren Täterschaft der verantwortlichen Vorstandsmitglieder der Bundesbank schlagen, die sich dann der Bundesregierungsmitglieder als unvorsätzlicher („blinder“) Werkzeuge bedient haben könnten. Natürlich sind auch bei den Vorstandsmitgliedern der Bundesbank Tatbestandsirrtümer nicht auszuschließen, weshalb sich die rechtliche Analyse nur auf die Frage erstrecken kann, ob auf der Basis der offenkundigen Tatsachen ein relevanter Tatverdacht auch bezüglich des subjektiven Tatbestandes besteht.

a) Es kann also derzeit nur um die Frage eines Anfangsverdachts bezüglich der Erfüllung des subjektiven Tatbestandes gehen, der die Staatsanwaltschaft gem. § 152 Abs. 2 StPO zur Aufnahme von Ermittlungen verpflichten würde.

¹⁴⁴ Nur der von 2009-2011 amtierende Bundeswirtschaftsminister hatte, aber schon 40 Jahre zuvor, Volkswirtschaft studiert.

Diese Verpflichtung besteht nach dem in dieser Vorschrift zum Ausdruck kommenden Legalitätsprinzip immer dann, wenn „zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen“. In Rechtsprechung und Schrifttum ist anerkannt, dass dieser Anfangsverdacht aus konkreten Tatsachen folgt, wobei der Staatsanwaltschaft kein Ermessens-, sondern nur ein gewisser Beurteilungsspielraum zusteht.¹⁴⁵ Es muss nach den kriminalistischen Erfahrungen aufgrund der bekannten Tatsachen als möglich erscheinen, dass eine verfolgbare Straftat vorliegt, wofür nicht bloße Vermutungen, aber bereits entfernte Indizien genügen; insbesondere braucht der Anfangsverdacht weder dringend noch hinreichend zu sein.¹⁴⁶

b) Bei der Untersuchung der Frage, ob bezüglich der Vorstandsmitglieder der Deutschen Bundesbank ein Anfangsverdacht hinsichtlich des subjektiven Untreuetatbestandes gegeben ist, ist eine ganze Reihe von Unterschieden im Vergleich zu den Mitgliedern der Bundesregierung zu berücksichtigen. Dies beginnt bereits bei den fachlichen Kenntnissen, denn Vorstandsmitglieder der Bundesbank müssen gem. § 7 Abs. 2 S. 2 BBankG „besondere fachliche Eignung besitzen“, was für ein Mitglied der Bundesregierung rechtlich nicht gefordert wird. Nicht weniger wichtig als die besondere fachliche Eignung ist die intensive berufliche Erfahrung als Mitglied des Organs der Deutschen Bundesbank. § 13 BBankG hat offensichtlich wegen dieser Unterschiede den Schluss gezogen, dass die Bundesregierung in den eine „Währungs- und Notenbank“ (Art. 88 GG) betreffenden Angelegenheiten der Beratung bedarf und dass die Deutsche Bundesbank hierfür prädestiniert ist, denn § 13 BBankG hat ausdrücklich angeordnet, dass die Deutsche Bundesbank die Bundesregierung „in Angelegenheiten von wesentlicher währungspolitischer Bedeutung zu beraten hat“; die angeschlossene Auskunftspflicht der Bundesbank geht von derselben Sicht aus, dass die Bundesregierung auskunftsbedürftig und die Bundesbank auskunftsfähig ist. Es erscheint selbstverständlich, dass die Vorstandsmitglieder der Bundesbank sowohl wegen ihrer Aufgaben innerhalb der Bundesbank als auch wegen ihrer Pflicht zur Beratung und Auskunftserteilung gegenüber der Bundesregierung sich über „Angelegenheiten von wesentlicher währungspolitischer Bedeutung“ (§ 13 BBankG) eigene Kenntnisse verschafft und nicht etwa nur die Tätigkeit ihrer Beamten mit der eigenen Unterschrift versehen haben. Dass hierbei Entwicklung und Bedeutung der Target-Salden eine Ausnahme gemacht hätten, muss deswegen als eher unwahrscheinlich bezeichnet werden, weil es sich hierbei um den mit gewaltigem Abstand größten Bilanzposten der Deutschen Bundesbank überhaupt gehandelt hat: In der Bilanz zum 31.12.2010 ist der Target-Saldo in Höhe von 325,535 Mrd. Euro unter der Bilanzposition 9.4 „sonstige Forderungen“ ausgewiesen und macht nahezu 50 % der gesamten Aktiva aus.¹⁴⁷

Zur Erläuterung wird auf S. 176 ausgeführt, dass sich aus den Target 2-Verrechnungssalden zum Jahresende eine Nettoforderung in Höhe von 325,556 Mrd. Euro ergebe, welche in der Unterposition 9.4 „sonstige Forderungen“ ausgewiesen werde. Zieht man in Betracht, dass das Rechnungswesen der Deutschen Bundesbank gem. § 26 Abs. 2 S. 1 BBankG den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung zu entsprechen hat und gem. S. 3 für die Wertansätze im Jahresabschluss grundsätzlich die Vorschriften des Handelsgesetzbuchs für Kapitalgesellschaften entsprechend anzuwenden sind, ferner dass das Grundkapital der Bundesbank gem. § 2 S. 2 lediglich 2,5 Mrd. Euro beträgt, so liegt es auf der Hand, dass eine Aktivposition von weit über 300 Mrd. Euro mit größter Sorgfalt analysiert und gewürdigt werden muss. Weil diese Position allein schon wegen ihres Volumens und des geringen Grundkapitals für die Bundesbank einen extrem kritischen Bilanzposten darstellt, betrifft sie die sog. Gesamtverantwortung des Vorstands, die unabhängig von der internen Geschäftsverteilung jedes einzelne Vorstandsmitglied wahrnehmen muss.¹⁴⁸

c) Zwar könnten auf den ersten Blick die Verlautbarungen der Bundesbank zu den Target-Salden den Anfangsverdacht entkräften und für einen Tatbestandsirrtum sprechen. Doch müssen hieran gerade wegen ihrer deutlichen Tendenz, die Problematik der Target-Salden herabzuspielen, selbst wieder Zweifel angemeldet werden. Gerade die ausführliche und detaillierte, anscheinend als Reaktion auf den ersten Artikel von *Sinn*¹⁴⁹ verfasste Darstellung im Monatsbericht März 2011 ist nämlich nicht geeignet, dem Leser eine zutreffende Vorstellung von der Bedeutung der Target-Salden zu vermitteln, weil wesentliche Zusammenhänge nicht angesprochen sind. So fehlt der Hinweis auf die bereits ab dem Jahr 2008 durch EZB-Ratsbeschluss vorgenommene Absenkung des Sicherheitenniveaus; vielmehr wird lediglich von angewandten „Risikokontrollmaßnahmen“ gesprochen, wodurch der entscheidende Gesichtspunkt, nämlich die Aufweichung der Sicherheitenbonität, unterdrückt wird. Würde es sich um eine Aussage vor Gericht handeln, bezüglich derer der Zeuge in seinem Eid versichern muss, „die reine Wahrheit gesagt und nichts verschwiegen zu haben“ (§ 64 Abs. 1 StPO; vgl. auch § 57 S. 1 StPO, wonach der Zeuge über die strafrechtlichen Folgen „einer unvollständigen Aussage belehrt werden muss“), so käme eine Falschaussage durch Verschweigen in Betracht, die nach allgemeiner Auffassung dann vorliegt, wenn der Zeuge zu dem Beweisgegenstand eine lückenhafte und dadurch insgesamt einen falschen Eindruck erweckende Aussage erstattet.¹⁵⁰

In ähnlicher Weise wird durch den Monatsbericht unkenntlich gemacht, dass das Target-System zum Zeitpunkt

¹⁴⁵ BGH NJW 1970, 1543; BGH NStZ 1988, 510; Meyer-Göfner, Strafprozessordnung, Kommentar, 54. Aufl. 2011, § 152 Rn. 4 m.w.N.

¹⁴⁶ BayObLGSt 1985, 71 (75); OLG München NStZ 1985, 549; Meyer-Göfner (Fn. 145), § 152 Rn. 4; Roxin/Schöne-mann (Fn. 34), S. 316 f.

¹⁴⁷ Bundesbank, Geschäftsbericht 2010 (abrufbar unter:

www.bundesbank.de [16.4.2012]), S. 162.

¹⁴⁸ Grundlegend hierzu die Lederspray-Entscheidung des Bundesgerichtshofes, BGHSt 37, 106 (123 f.).

¹⁴⁹ Sinn, Wirtschaftswoche Nr. 8 v. 21.2.2011.

¹⁵⁰ Fischer (Fn. 61), § 153 Rn. 6; Ruß, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 6, 12. Aufl. 2009, Vor § 153 Rn. 24; RGSt 39, 58 (60 f.); BGHSt 3, 221 (223 f.).

März 2011 bereits seit mehreren Jahren von den Zentralbanken der GIIPS-Staaten funktional als Substitut für einen Rettungsschirm eingesetzt wurde, dessen Finanzierung im Wesentlichen über den aktiven Target-Saldo der Bundesbank vorgenommen wurde, wofür diese als Deckung eine entsprechende Forderung gegen das EZB-System bilanzieren musste. Dass es für die dadurch entstehende finanzpolitische Situation Deutschlands entgegen der Behauptung im Monatsbericht der Bundesbank nicht gleichgültig war, ob diese Forderung bei der Deutschen Bundesbank oder bei einer anderen nationalen Zentralbank aufgebaut wurde, zeigt der gedachte Fall einer Auflösung des EZB-Systems. Während ein solcher Fall für Euro-Mitgliedstaaten mit ausgeglichenem Target-Saldo erfolgsneutral wäre, hätte die Bundesbank dann ihre gesamten Forderungen von damals über 300 Mrd. Euro, heute über 600 Mrd. Euro verloren. Unter dem Aspekt einer zutreffenden Bewertung der Bedeutung der Target-Salden lässt sich dagegen auch nicht einwenden, dass ein solcher Fall nicht eintreten würde bzw. in den Worten des jetzigen Bundesbankpräsidenten¹⁵¹ „absurd“ wäre. Denn im Rahmen politischer Verhandlungen resultiert, wie schon bemerkt, aus dieser Situation ein unabsehbares Drohpotential der mit anderen Interessen im EZB-System tätigen Mitgliedstaaten, das man am besten mit dem Bild ausdrücken kann, dass die Bundesrepublik Deutschland die Geisel ihres immens hohen aktiven Target-Saldos ist.

Diese Tendenz wiederholt sich in dem Vorwort, das der Vorstandsvorsitzende der Bundesbank zum Geschäftsbericht 2010¹⁵² auf den S. 8-12 verfasst hat. Die für den Monatsbericht März 2011 festzustellende Strategie, die heiklen Aspekte des Target-Saldos beiseite zu lassen und dadurch ein insgesamt „geschminktes Bild“ von den Verhältnissen zu zeichnen, ist auch in diesem Vorwort erkennbar. Es beginnt auf S. 8 oben mit der Feststellung, dass das Jahr 2010 für die Bundesbank „im Zeichen der Schuldenkrise einiger Mitgliedsländer der Europäischen Währungsunion“ gestanden habe, die anschließend mit bildhaften und dann durchweg ins Positive gewendeten Ausdrücken charakterisiert wird („Verwerfungen“, „ernsthafte Bewährungsprobe“ sowie „Erfolgsgeschichte“). Es wird klipp und klar erklärt, dass der Euro sich „auch in der Finanzkrise als wichtiger stabilisierender Faktor gezeigt“ habe. Im 3. Absatz wird zunächst die führende Rolle Deutschlands beim Wachstum hervorgehoben und sodann erklärt, „in den von der Schuldenkrise betroffenen Ländern hinkte der Erholungsprozess hingegen naturgemäß hinterher“, anschließend wird noch das „weiterhin gedämpfte Geldmengen- und Kreditwachstum“ angesprochen. Von dem für die Bundesbank Besorgnis erregenden Geschehen, dass die GIIPS-Volkswirtschaften ihren Kreditbedarf über den sprunghaft anwachsenden aktiven Target-Saldo der Bundesbank deckten und dieser damit als automatisierter „Rettungsschirm“ eingesetzt wurde, erfährt man durch diese Bilder nichts, indem den betroffenen Ländern immerhin ein Erho-

lungsprozess (wenn auch ein hinkender) attestiert wurde, während das Gegenteil zutraf. Dieses Bild wird auf S. 9 Mitte bestätigt, wenn zwar zunächst eingeräumt wird, dass die Finanzkrise Verwundbarkeiten in der Finanzpolitik einiger Staaten offengelegt habe, sodann aber nur gesagt wird, zur Stärkung der Stabilität des Finanzsektors seien im Jahr 2010 wichtige Schritte unternommen worden. Die Probleme des Target-Systems und des exorbitanten Saldos der Bundesbank werden mit keinem Wort angesprochen, vielmehr wird lediglich auf S. 11 unten ausgeführt, dass Arbeiten an einer gemeinsamen europäischen Abwicklungsplattform für die Target-Sicherheiten mit Hochdruck vorangetrieben würden. Die dramatische Absenkung des Bonitätsniveaus dieser Sicherheiten durch die Beschlüsse des EZB-Rates wird verschwiegen.

3. Insgesamt sprechen deshalb gewichtige Indizien dafür, dass im Vorstand der Bundesbank die Probleme der Target-Salden durchaus gesehen, aber beschönigt wurden, was auch für das Bewusstsein der Möglichkeit gelten würde, durch eine Nichtigkeitsklage zum EuGH der Umfunktionierung der Target-Salden entgegen zu wirken. Selbstverständlich ist auch dieses (mindestens in Form eines *dolus eventualis* existierende) Bewusstsein, dass die Bundesregierung der Entwicklung nicht wehrlos zuzusehen brauchte, eine Voraussetzung des Untreuevorsatzes und bedarf der weiteren Untersuchung. Wenn es gegeben war, so waren damit aber auch die Voraussetzungen einer mittelbaren Täterschaft (§ 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB) durch Benutzung der Bundesregierungsmitglieder als blinder Werkzeuge erfüllt: Tathandlung der Untreue wäre das Unterlassen des Einschreitens gegen die für die Bundesbank schädliche Absenkung des Sicherheitenniveaus, das durch Nichtigkeitsklage mit Antrag auf entsprechende einstweilige Anordnung beim EuGH möglich und erfolgreich gewesen wäre. In Ermangelung eines Anfangsverdachts, was die Erfüllung des subjektiven Tatbestandes durch die Mitglieder der Bundesregierung anbetrifft, wären diese als blinde (vorsatzlose) Werkzeuge zu qualifizieren, deren Vorsatzlosigkeit die Brücke zur Tatherrschaft und damit mittelbaren Täterschaft des vorsätzlich handelnden Hintermannes schlägt.¹⁵³ Zwar ist bei einem Sonderdelikt (genau genommen Garantensonderdelikt) nach Art des Untreuetatbestandes auch für den mittelbaren Täter die besondere Täterqualifikation erforderlich, also die Existenz einer Obhutspflicht und daraus fließenden Vermögensfürsorgepflicht hinsichtlich des geschädigten Vermögens. Diese Täterqualifikation kann aber, wie schon oben begründet worden ist, für die Vorstandsmitglieder der Deutschen Bundesbank nicht bezweifelt werden.

¹⁵¹ Weidmann, Gastbeitrag in der FAZ-Wirtschaft v. 12.3. 2012.

¹⁵² Abzurufen über die Webseite der Bundesbank, www.bundesbank.de (16.4.2012).

¹⁵³ Zur einhellig anerkannten Rechtsfigur der mittelbaren Täterschaft durch Benutzung eines unvorsätzlich handelnden Werkzeuges vgl. nur Schünemann (Fn. 96), § 25 Rn. 80 ff., zur mittelbaren Täterschaft durch Unterlassen Rn. 214.