

Marcel Schmidt

Die Rechtsfigur der hypothetischen
Einwilligung und ihre Übertragbarkeit
auf die Untreue (§ 266 StGB)



Nomos

Schriftenreihe zum deutschen und internationalen
Wirtschaftsrecht

Herausgegeben von der Sozietät Gleiss Lutz

Band 61

Marcel Schmidt

Die Rechtsfigur der hypothetischen
Einwilligung und ihre Übertragbarkeit
auf die Untreue (§ 266 StGB)



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-5051-1 (Print)

ISBN 978-3-8452-9223-6 (ePDF)

1. Auflage 2018

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2018. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2017 von der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur wurden bis November 2017 berücksichtigt.

Besonders möchte ich mich bei meinem Doktorvater, Herrn LOSTA PD Dr. iur. Ralf Peter Anders, bedanken. Ohne ihn, seine hervorragende Betreuung und seinen besonderen persönlichen Einsatz hätte ich die vorliegende Arbeit nicht erstellen können. Daneben danke ich ihm für die Anregung zum Thema meiner Dissertation.

Herrn Prof. Dr. iur. Wilhelm Degener danke ich für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Außerdem möchte ich mich bei meinem Arbeitgeber, der Sozietät Gleiss Lutz, für die großzügige Förderung durch die Aufnahme in die Gleiss Lutz-Schriftenreihe bedanken.

Daneben danke ich vor allem meiner Mutter, Edith Schmidt, und meiner Frau, Jasmin Schmidt, die mich im Studium, während der Promotion und im Referendariat in besonderer Weise unterstützt haben. Zuletzt möchte ich die Arbeit meinem Sohn, Johann Maximilian Schmidt, widmen.

Hamburg, März 2018

Marcel Schmidt

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	23
B. Verfassungsrechtlicher Auftrag zu weiteren Restriktionen des Untreuetatbestandes	27
I. Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts an die Bestimmtheit nach Art. 103 Abs. 2 GG	27
II. Bestimmtheitsproblem des § 266 StGB	29
1. Unbestimmtheit der Treuebruchhandlung und der Vermögensbetreuungspflicht	30
a) Wesentliche Kritik	30
b) Restriktionsansatz der Rechtsprechung und Literatur: Die besonders qualifizierte Pflichtenstellung	30
c) Billigung durch das Bundesverfassungsgericht	32
2. Bestimmung der Pflichtwidrigkeit	33
a) Wesentliche Kritik	34
b) Restriktionsansätze	34
aa) Bisherige Rechtsprechung zur gravierenden Pflichtverletzung des 1. Senats	35
bb) Der Fall „Mannesmann“ und die Rechtsprechung des 3. Senats	36
c) Analyse und Anmerkung des Bundesverfassungsgerichts	38
3. Bestimmung des Vermögensnachteils	38
a) Kritik an den Normativierungen des Vermögensnachteils	39
aa) Schadensgleiche Vermögensgefährdung	39
bb) Individueller Schadenseinschlag	41
b) Konkretisierungen des Vermögensnachteils gerade durch die Normativierungen nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts	42
III. Grundproblem: Die tatbestandliche Offenheit des § 266 StGB	44
1. Notwendigkeit der offenen Formulierung des § 266 StGB im Spannungsverhältnis mit dem Bestimmtheitsgrundsatz	44
a) Die Untreue als wichtiges Delikt im Rahmen einer arbeitsteiligen Wirtschaft	45

b) Gesetzlichkeitsprinzip als Grenze der Flexibilität	46
c) Spannungsverhältnis zwischen Flexibilität und Gesetzlichkeitsprinzip	48
2. Normative Tatbestandsmerkmale als Kompromiss	48
IV. Präzisierung normativer Tatbestandsmerkmale durch Richterspruch	51
1. Bewertung der bisherigen Rechtsprechung des BGH zur Untreue durch das Bundesverfassungsgericht am Maßstab der Bestimmtheit	52
2. Arbeitsteilung von Gesetzgebung und Rechtsprechung im Rahmen des Bestimmtheitsgrundsatzes	55
a) Methode zur Konkretisierung von normativen Tatbestandsmerkmalen und Überprüfung der konkretisierenden Rechtsprechung durch das Bundesverfassungsgericht	56
aa) Notwendigkeit einer juristischen Methode bei der Konkretisierung einer Norm durch Richterspruch	56
(1) Begründung für eine gesicherte Methode	56
(2) Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts zur anzuwendenden Methode	57
(3) Methodengerechte Fortbildung	58
(a) Überschreitung der Vorgaben des Gesetzgebers: Grenze zwischen Gesetzeskonkretisierung und unzulässiger Analogie	59
(b) Inhaltliche Anforderungen an eine konkretisierende Rechtsprechung	61
(c) Abhängigkeit der strafrechtlichen Auslegung vom Zivilrecht	63
bb) Verfassungsgerichtliche Kontrolle der Fachgerichte im Rahmen der präzisierenden Rechtsprechung	64
b) Ergebnis: Notwendigkeit weiterer Restriktionen gerade auch im Bereich des Einverständnisses	67
C. Die hypothetische Einwilligung	69
I. Grundzüge der Einwilligung	69

II. Die Surrogate der Einwilligung und ihre Abgrenzung	71
1. Grundsätzliches zur mutmaßlichen Einwilligung	71
2. Abgrenzung und Gemeinsamkeiten der hypothetischen Einwilligung mit anderen strafrechtlichen Instituten	73
a) Unterscheidung zur mutmaßlichen Einwilligung	74
aa) Subsidiarität	74
bb) Ermittlung des maßgeblichen Willens des Rechtsgutsinhabers	74
b) Vergleichbarkeit der hypothetischen Einwilligung mit der objektiven Zurechnung	75
aa) Grundlegendes zur objektiven Zurechnung	75
bb) Vergleich der hypothetischen Einwilligung mit dem Pflichtwidrigkeitszusammenhang	76
III. Vorfragen der hypothetischen Einwilligung bedingt durch den ärztlichen Heileingriff und die notwendige Aufklärung	77
1. Qualifikation des ärztlichen Heileingriffs	77
a) Ärztlicher Heileingriff als tatbestandliche Körperverletzung	78
b) Tatbestandslosigkeit des ärztlichen Eingriffs	78
aa) Kein Eingriff in die körperliche Integrität bei erfolgreichen Behandlungen (Erfolgstheorie)	78
bb) Keine tatbestandliche Körperverletzung bei lege artis durchgeführten Maßnahmen	79
c) Schutz der körperlichen Integrität und des Selbstbestimmungsrechtes	80
d) Notwendige Beachtung des Selbstbestimmungsrechtes	80
2. Notwendigkeit der Einwilligung zur Rechtfertigung des ärztlichen Eingriffs	81
a) Wirkung erst auf Ebene der Rechtswidrigkeit	81
b) Umfang der Aufklärungspflicht des Arztes	83
aa) Verhältnis Strafrecht und Zivilrecht beim Umfang der Aufklärungspflicht	84
bb) Umfang der strafrechtlichen Aufklärungspflicht	85
IV. Die Grundlagen der hypothetischen Einwilligung und Entwicklung im Zivilrecht	86
1. Ursachen für die Entwicklung der hypothetische Einwilligung	87
a) Beweislastverteilung beim Behandlungsfehler und Berufung auf die fehlerhafte Aufklärung in ärztlichen Haftungsfällen	87

b) Besonderes Verhältnis von Arzt und Patient unter Betonung der Eigenverantwortlichkeit des Patienten zur Begründung der weitgehenden Aufklärungspflicht des Arztes	90
2. Zusammenhang zwischen Aufklärungsfehler und hypothetischer Einwilligung im zivilrechtlichen Arzthaftungsprozess	93
a) Beweislastverteilung durch die hypothetische Einwilligung	94
aa) Erste Ebene: Einwand der hypothetischen Aufklärung	94
bb) Zweite Ebene: Darlegung eines Entscheidungskonflikts	95
cc) Dritte Stufe: Volle Beweislast beim Arzt und Entscheidung des Gerichts	96
b) Dogmatische Grundlage der hypothetischen Einwilligung im Zivilrecht	97
aa) Hypothetische Kausalität	97
bb) Rechtmäßiges Alternativverhalten	98
cc) Fehlender Schutzzweckzusammenhang	99
dd) Auswirkungen durch Normierung in § 630h Abs. 2 S. 2 BGB	101
3. Beachtung des Selbstbestimmungsrechtes auch bei einer hypothetischen Einwilligung im Zivilrecht	101
4. Zusammenfassung der zivilrechtlichen Grundlagen	103
V. Die hypothetischen Einwilligung im Strafrecht	103
1. Anerkennung der hypothetischen Einwilligung durch die Rechtsprechung	104
a) Rechtsprechung zur hypothetischen Einwilligung	104
aa) Die Anfänge der hypothetischen Einwilligung in der Rechtsprechung des BGH in Strafsachen	104
(1) Anfänge der hypothetischen Einwilligung im Strafrecht beim Reichsgericht und dem BGH	104
(a) „Fußamputations“-Fall	105
(b) „Darlehens“-Fall	106
(2) „Zweiter Myom“-Fall	107
(a) Sachverhalt und Entscheidung durch den BGH	107
(b) Einordnung der Entscheidung	108
(3) „Hodenentfernungs“-Fall	108
(a) Sachverhalt und Entscheidung durch den BGH	109
(b) Einordnung der Entscheidung	110

(4) „O-Bein-Korrektur“-Fall	110
(a) Sachverhalt und Entscheidung des BGH	110
(b) Einordnung der Entscheidung	111
(5) „Surgibone-Dübel“-Fall	112
(a) Sachverhalt und Entscheidung des BGH	112
(b) Einordnung der Entscheidung	113
bb) Vorsätzliche Aufklärungspflichtverletzungen und hypothetische Einwilligung	114
(1) „Bandscheiben“-Fall	114
(a) Sachverhalt und Entscheidung des BGH	114
(b) Einordnung der Entscheidung	116
(2) „Bohrerspitzen“-Fall	117
(a) Sachverhalt und Entscheidung des BGH	117
(b) Einordnung der Entscheidung	118
cc) Die weitere Ausgestaltung der hypothetischen Einwilligung durch den BGH	118
(1) „Liposuktions“-Fall	118
(a) Sachverhalt und Entscheidung des BGH	119
(b) Einordnung der Entscheidung	120
(2) „Turboentzugs“-Fall	122
(a) Sachverhalt und Entscheidung des BGH	122
(b) Einordnung der Entscheidung	123
(3) „Gastroskopie“-Fall	124
(a) Sachverhalt und Entscheidung des BGH	124
(b) Einordnung der Entscheidung	125
(4) „Neulandmethoden“-Fall	126
(a) Sachverhalt und Entscheidung des BGH	127
(b) Einordnung der Entscheidung	128
b) Zusammenfassung: Grundlage und Voraussetzung der hypothetischen Einwilligung nach der Rechtsprechung	130
aa) Dogmatische Grundlage	131
(1) Fahrlässigkeitsdelikte	131
(2) Vorsatzdelikte	132
bb) Anwendungsvoraussetzungen der hypothetischen Einwilligung	134
(1) Anwendungsbereich der hypothetischen Einwilligung	134
(2) Unwirksamkeit der eigentlichen Aufklärung	134
(3) Ermittlung des hypothetischen Willens	136

c) Bewertung der Rechtsprechung zur hypothetischen Einwilligung	138
2. Dogmatische Verortung der hypothetischen Einwilligung in der Lehre	141
a) Lösung auf Ebene des Tatbestandes	142
aa) Kausalitätslösung	142
bb) Ausschluss der Zurechnung auf Ebene des Tatbestandes	143
cc) Hypothetische Einwilligung als Anwendungsfall im Rahmen des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs	143
b) Hypothetische Einwilligung auf Ebene der Rechtswidrigkeit	144
aa) Hypothetische Einwilligung als eigenständiger Rechtfertigungsgrund	144
bb) Hypothetische Einwilligung als Zurechnungsausschluss auf Ebene der Rechtswidrigkeit	145
(1) Lösung nach Kuhlen	145
(2) Lösung nach Rönnau	148
(3) Lösung nach Mitsch	149
c) Alternative Lösungsmöglichkeiten für die dogmatische Grundlage der hypothetischen Einwilligung	151
aa) Hypothetische Einwilligung als Strafbarkeits- oder Strafaufhebungsgrund	151
bb) Hypothetische Einwilligung als Einstellungsgrund nach §§ 153 ff. StPO	152
d) Zwischenergebnis: kein klares Verständnis der dogmatischen Grundlage der hypothetischen Einwilligung	152
3. Begründung für und wesentliche Kritik gegen die hypothetische Einwilligung	153
a) Erwägungen für eine Befürwortung der Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung	153
aa) Begrenzung der Strafbarkeit von Ärzten wegen Aufklärungspflichtverletzungen	153
bb) Einheit der Rechtsordnung	154
b) Kritische Auseinandersetzung mit der Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung	155
aa) Keine Beachtung des Selbstbestimmungsrechtes durch die hypothetische Einwilligung	155
(1) Beeinträchtigung des strafrechtlichen Selbstbestimmungsschutzes	156

(2) Auswirkung auf das Verhältnis zur mutmaßlichen Einwilligung	157
bb) Problematische Ermittlung des hypothetischen menschlichen Willens	159
cc) Dogmatische Einwände gegen die hypothetische Einwilligung	160
(1) Ex post-Betrachtung läuft auf eine Genehmigung hinaus und Strafbarkeit steht zur Disposition des Patienten	161
(2) Notwendigkeit eines Gleichlaufs mit dem Zivilrecht	162
(3) Dogmatische Unterschiede: Keine Vergleichbarkeit der hypothetischen Einwilligung mit dem rechtmäßigen Alternativverhalten	163
(a) Keine Vergleichbarkeit des rechtmäßigen Alternativverhaltens mit der hypothetischen Einwilligung auf Ebene des Tatbestandes	163
(b) Gegen eine Übertragung des rechtmäßigen Alternativverhaltens auf einen Rechtfertigungsgrund	164
(c) Gegen eine Übertragung auf den Gedanken des Zurechnungszusammenhangs auf Ebene der Rechtswidrigkeit	165
4. Vereinbarkeit einer Auslegung zu Lasten des Täters mit dem Bestimmtheitsgrundsatz	167
a) Keine Prüfung anhand des strafrechtlichen Bestimmtheitsgebotes aus Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB	168
b) Methodengerechte Rechtsfortbildung als Grenze des Gewohnheitsrechtes und der Entwicklung der hypothetischen Einwilligung	169
5. Eigene kritische Position über die Anwendung der hypothetischen Einwilligung	173
a) Kritische Würdigung der hypothetischen Einwilligung	173
b) Mögliche Alternativen zur hypothetischen Einwilligung: Absenkung der Aufklärungspflichten oder Straftatbestand der eigenwilligen Heilbehandlung	176
aa) Absenkung der ärztlichen Aufklärungspflicht	176

bb) Einführung eines Tatbestandes der eigenmächtigen Heilbehandlung als Alternative zur hypothetischen Einwilligung	177
6. Zusammenfassung der bisherigen Erkenntnisse und Ausblick für die weitere Untersuchung	181
a) Hinsichtlich der Befürwortungen	181
aa) Vergleich mit der Diskussion um die „gravierende Pflichtverletzung“	182
bb) Rückschlüsse auf den weiteren Verlauf der Arbeit: Ausreichende Beachtung des Ursprungs der hypothetischen Einwilligung aus dem Arzt-Patienten-Verhältnis	183
b) Hinsichtlich der Kritik	184
aa) Beachtung des Selbstbestimmungsrechtes als Kernkritik	184
bb) Kritikpunkte in Bezug auf die dogmatischen Grundlagen der hypothetischen Einwilligung	185
D. Grundsätze und Voraussetzungen des Einverständnisses bei der Untreue	187
I. Abgrenzung Einverständnis und Einwilligung	187
1. Tatbestandsausschließende Funktion des Einverständnis in Abgrenzung zur Einwilligung	187
2. Auswirkung dieser Unterscheidung hinsichtlich der Wirksamkeitsvoraussetzungen des Einverständnisses	189
II. Ausgestaltung des Einverständnisses bei der Untreue	190
1. Tatbestandsausschließende Wirkung oder Rechtfertigungsgrund	190
2. Wirksamkeitsvoraussetzungen des Einverständnisses	192
a) Disponibles Rechtsgut	192
b) Verfügungsbefugnis des Rechtsgutsinhabers	193
c) Einwilligungsfähigkeit des Rechtsgutsinhabers	194
d) Keine wesentlichen Willensmängel	195
aa) Einwilligung basiert auf Zwang, Drohung oder Täuschung	195
bb) Irrtum	196
e) Zeitpunkt des Einverständnisses des Vermögeninhabers	197
f) Kein Verstoß gegen sonstige gesetzliche Bestimmungen	198

g) Kundgabe des Einverständnisses	199
h) Kenntnis des Vermögensbetreuungspflichtigen vom Einverständnis	199
E. Möglichkeit einer Übertragung der hypothetischen Einwilligung auf die Untreue	201
I. Möglicher Anwendungsbereich der hypothetischen Einwilligung bei der Untreue	201
1. Abstrakte Bestimmung der Voraussetzungen der hypothetischen Einwilligung bei der Untreue	201
a) Anwendungssituation der hypothetischen Einwilligung bei der Untreue	202
b) Unwirksamkeit des Einverständnisses aufgrund unwirksamer Aufklärung	203
c) Ermittlung des hypothetischen Willens des Vermögensinhabers	206
d) Rechtsfolgen des hypothetischen Einverständnisses bei der Untreue	208
2. Anwendungsfälle eines hypothetischen Einverständnisses	209
a) Anwendungsfälle eines hypothetischen Einverständnisses	209
aa) Risikogeschäfte	209
(1) Grundsätzliches zum Risikogeschäft	209
(2) Möglichkeit eines hypothetischen Einverständnisses bei einem Risikogeschäft	212
(a) Kein Anwendungsbereich ohne Vorliegen eines Vermögensnachteils	213
(b) Hypothetisches Einverständnis bei Vorgaben des Vermögensinhabers	214
(c) Hypothetisches Einverständnis bei fehlenden Vorgaben des Vermögensinhabers	215
(d) Zusammenfassung	216
bb) „Schwarze Kasse“	217
(1) Grundsätzliches zur „Schwarzen Kasse“	217
(2) Möglichkeit eines hypothetischen Einverständnisses bei einer „Schwarzen Kasse“	221
(a) Grundsätzliche Bedenken gegen ein hypothetisches Einverständnis bei einer „Schwarzen Kasse“	222

(b) Anwendungsbereich für eines hypothetischen Einverständnis nur bei Vorliegen eines endgültigen Vermögensnachteils	223
cc) Untreue zum Nachteil einer GmbH	224
(1) Reichweite der Dispositionsbefugnis der GmbH-Gesellschafter	225
(a) Sog. eingeschränkte Gesellschaftertheorie	225
(b) Sog. strenge Gesellschaftertheorie	226
(2) Möglichkeit eines hypothetischen Einverständnisses	227
b) Zusammenfassung der Ergebnisse	229
II. Abgrenzung zur Genehmigung und dogmatische Grundlage des hypothetischen Einverständnisses in der Untreue	229
1. Die Genehmigung im Rahmen des § 266 StGB	230
a) Die Genehmigung im Zivilrecht	230
aa) Grundsätzliches zur Wirkungsweise der Genehmigung	230
bb) Folgen einer Genehmigung in ausgewählten Fallgruppen	232
(1) Genehmigung einer Verfügung durch einen Nichtberechtigten	232
(2) Genehmigung eines durch den falsus procurator abgeschlossenen Vertrages	234
(3) Keine Verbesserung durch eine Genehmigung	237
b) Die Genehmigung im Strafrecht	238
aa) Motive für ein täterfreundliches Verhalten im Strafrecht	238
bb) Rückwirkungsfiktion der Genehmigung im Strafrecht	240
(1) Keine Auswirkung auf das tatbestandliche Unrecht	240
(2) Anerkennung der Genehmigung außerhalb des dreigliedrigen Deliktsaufbaus	243
2. Das hypothetische Einverständnis in Abgrenzung zur Genehmigung	245
a) Strukturelle Unterschiede zwischen hypothetischen Einverständnis und einer Genehmigung	246
b) Motive für ein hypothetischen Einverständnis	248

c) Wirkungsweise des hypothetischen Einverständnisses als Zurechnungsausschluss im Rahmen des objektiven Tatbestandes der Untreue	252
aa) Strukturelle Ähnlichkeit des Untreuedelikttes mit dem Fahrlässigkeitsdelikt	252
bb) Objektive Zurechnung im Rahmen der Untreue	254
(1) Gefahrschaffung	255
(2) Gefahrrealisierung	256
(a) Fallgruppen bei der Gefahrrealisierung	257
aa) Atypische Kausalverläufe	257
bb) Schutzzweck der Norm	257
cc) Eigenverantwortliche Selbstgefährdung	258
dd) Pflichtwidrigkeitszusammenhang	259
(1) Grundsätzliches zum Pflichtwidrigkeitszusammenhang	260
(2) Pflichtwidrigkeitszusammenhang bei der Untreue	261
(b) Das hypothetische Einverständnis als weiterer Anwendungsfall für den Ausschluss des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs bei der Untreue	263
aa) Vermögensnachteil aufgrund des hypothetischen Einverständnisses der pflichtwidrigen Handlung nicht zurechenbar	264
(1) „Tatbestandlicher Erfolg“ als Zurechnungsobjekt beim hypothetischen Einverständnis	264
(2) Besondere Struktur des § 266 StGB im Vergleich zu § 242 StGB und § 123 StGB	266
(3) Aufklärungsfehler des Vermögensbetreuungspflichtigen als Bezugspunkt für die Vergleichshypothese beim hypothetischen Einverständnis	268
(4) Berücksichtigung des Opferverhaltens beim Pflichtwidrigkeitszusammenhang	272

(5) Zwischenergebnis: Hypothetische Einverständnis unterbricht Pflichtwidrigkeitszusammenhang	275
bb) Anforderungen an die Beweisbarkeit des Erfolgseintritts	277
cc) Beachtung des Handlungsunwertes bei Vornahme eines hypothetischen Einverständnisses	279
dd) Unterschiedliche Auswirkungen der Genehmigung und des hypothetischen Einverständnisses im Rahmen der Untreue	280
(1) Zur Vergleichbarkeit mit dem rechtmäßigen Alternativverhalten im Hinblick auf die Ermittlung des hypothetischen Willens	281
(2) Normappell steht zur Disposition des Vermögensinhabers	283
(3) Verhältnis zur mutmaßlichen Einwilligung	287
3. Zwischenergebnis	289
III. Wirtschaftsnahe Bestimmung des hypothetischen Einverständnisses: Vorliegen bei vermeintlich ökonomisch vorteilhaften Handlungen des Vermögensbetreuungspflichtigen	291
1. Abgabe eines hypothetischen Einverständnisses bei einer ökonomisch vorteilhaften Handlung des Vermögensinhabers – Darstellung der bisherigen Ansichten	293
2. Theoretische Absicherung dieses Ergebnisses	296
a) Analyse anhand der Systemtheorie nach Luhmann	299
aa) Wirtschaft und Recht als eigenständige soziale Systeme	300
bb) Zusammentreffen von Rechts- und Wirtschaftssystem	303
cc) Absicherung des Systemvertrauens als Schutzfunktion des § 266 StGB nach systemtheoretischem Verständnis	305
dd) Bestimmung eines hypothetischen Einverständnisses anhand der Systemtheorie	309
ee) Kritik an einer systemtheoretischen Auslegung	312
b) Ökonomische Analyse	315
aa) Grundannahme der ökonomischen Analyse: Effizienz	316
bb) homo oeconomicus oder die sog. REMM-Hypothese	318

cc) Ökonomische Analyse des Strafrechts	320
(1) Grundlagen der ökonomischen Analyse in Bezug auf das Strafrecht	320
(2) Bestimmung der Schutzfunktion des § 266 StGB anhand der ökonomischen Analyse	321
(a) „Principal agent“-Theorie und die Begründung von „agency costs“	322
(b) Bestimmung der untreuespezifischen Schutzfunktion	323
(3) Möglichkeit eines hypothetischen Einverständnisses nach der ökonomischen Analyse	325
(4) Problematik einer an der ökonomischen Analyse orientierten Auslegung	327
c) Selbstbestimmung als Grundlage des freiheitlichen Rechtsbegriffs	330
aa) Grundlagen eines freiheitlichen Rechtsbegriffs	331
bb) Aufgabe des Strafrechts nach dem freiheitlichen Rechtsbegriff	334
cc) Aufgabe des § 266 StGB nach dem freiheitlichen Rechtsbegriff	337
dd) Möglichkeit eines hypothetischen Einverständnisses nach dem freiheitlichen Rechtsbegriff	340
d) Ergebnis zur theoretischen Absicherung hinsichtlich der Bestimmung des hypothetischen Willens des Vermögensinhabers	342
IV. Vergleichbarkeit des Verhältnisses Arzt-Patient-Verhältnisses mit dem Verhältnis zwischen dem Vermögensbetreuungspflichtigen und dem Vermögensinhaber zur Rechtfertigung einer Übertragung der hypothetischen Einwilligung	343
1. Übertragung der hypothetischen Einwilligung aufgrund der geringeren Schutzbedürftigkeit des Vermögensbetreuungspflichtigen	343
a) Bestimmung des Verhältnisses zwischen dem Vermögensinhaber und dem Vermögensbetreuungspflichtigen durch die Vermögensbetreuungspflicht	343
aa) Begründung der Vermögensbetreuungspflicht	344

bb) Die besondere Macht des Vermögensbetreuungspflichtigen	345
cc) Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht als Kennzeichen für eine pflichtwidrige Handlung	346
dd) Vorrangiger Einfluss des Vermögensinhabers auf die Feststellung der Pflichtwidrigkeit	348
(1) Pflichtwidrigkeit der Handlung bei Verstoß gegen Vorgaben des Vermögensinhabers	349
(2) Festlegung einer nichtvermögensschützenden Norm als vermögensschützend im Innenverhältnis	350
(3) Aktualisierung der Vorgaben durch das Einverständnis des Vermögensinhabers	352
b) Geringere Schutzbedürftigkeit des Vermögensbetreuungspflichtigen im Vergleich zum Arzt im Arzt-Patienten-Verhältnis	353
aa) Kräfteverteilung im Arzt-Patienten-Verhältnis: Hohe Schutzbedürftigkeit des Arztes	354
bb) Kräfteverhältnis zwischen dem Vermögensinhaber und dem Vermögensbetreuungspflichtigen: Täterschutz durch genaue Definition des Pflichtwidrigkeitsbereichs	355
cc) Keine Vergleichbarkeit aufgrund des strukturell höheren Täterschutzes bei § 266 StGB	358
2. Keine Übertragung des hypothetischen Einwilligung auf § 266 StGB aufgrund einer vergleichbaren Informationsasymmetrie	361
a) Annahme der Informationsasymmetrie als Grundlage des hypothetischen Einverständnisses	361
b) Unterschiedliche Struktur der Informationssymmetrie als Einwand gegen die Übernahme der hypothetischen Einwilligung	362
aa) Beschreibung des Informationsgefälles in „principal agent“-Verhältnissen	362
bb) Keine vergleichbare Informationsasymmetrie zur Rechtfertigung einer Übertragung der hypothetischen Einwilligung auf die Untreue	363
3. Übertragung des hypothetischen Einverständnisses aufgrund der strukturellen Unterbestimmtheit des § 266 StGB?	365
a) Die gravierende Pflichtverletzung als Beitrag zur Normenkonkretisierung des § 266 StGB	365

b) Keine Legitimation eines hypothetischen Einverständnisses aufgrund der Unterbestimmtheit des § 266 StGB	367
F. Ergebnis und Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	369
Literaturverzeichnis	373

A. Einleitung

Die Untreue hat sich zum wichtigsten Delikt des Wirtschaftsstrafrechts entwickelt.¹ Die Norm wird dabei teilweise als Zentralnorm des Wirtschaftsstrafrechts angesehen², was sich auch mit dem enormen Schädigungspotential der Untreue für das fremde Vermögen begründen lässt.³ Es kommt daher nicht von ungefähr, dass die Strafverfolgungsbehörden immer wieder den Untreuetatbestand nutzen und entsprechende Strafverfahren einleiten. Allerdings wird hiergegen der Vorwurf erhoben, dass die Strafverfolgungsbehörden den Untreuetatbestand dazu gebrauchen, um in die jeweilige Unternehmenspolitik eingreifen zu können.⁴ Die Untreue werde als „Allzweckwaffe“ oder „Generalnorm“ zur Bekämpfung von Wirtschaftskriminalität instrumentalisiert.⁵

Dabei ist der Anwendungsbereich des § 266 StGB sehr weit gefasst: Immer wenn Personenverschiedenheit zwischen dem Inhaber und dem Verwalter eines Vermögens besteht, sodass eine ständige Delegation von Verantwortlichkeit und Verfügungsbefugnis erfolgt, kann § 266 StGB zur Anwendung kommen.⁶

Daher ist der Untreuetatbestand „ins Gerede gekommen“.⁷ Es wird der Vorwurf erhoben, dass sich die Strafverfolgungsbehörden eine bestimmte Anomalie des Untreuetatbestandes zunutze machen.⁸ Das Problem zeigt sich vor allem daran, dass viele Entscheidungen zu § 266 StGB einprägsame Namen tragen, was eigentlich eher typisch für das anglo-amerikani-

1 *Schünemann*, in: LK-StGB, § 266 Rn. 2.

2 So die Überschrift bei *Seier*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau, V 2 Rn. 1.

3 Nach Zahlen der polizeilichen Kriminalstatistik für die Bundesrepublik Deutschland 2016, S. 110 wurden im Jahr 2016 7.164 Fälle der Untreue begangen.

4 *Becker*, HRRS 2010, 383, 383; *Beulke*, in: FS-Eisenberg, S. 245 ff.; *Dahs*, NJW 2002, 272, 273; *Seier*, Jus 2011, 97, 97.

5 *Seier*, Jus 2011, 97, 97; *Wessing/Krawczyk*, NZG 2010, 1121, 1121; *Wittig*, § 20 Rn. 5; die Untreue sei ein „Oberschichtendelikt“, so *Schünemann*, NSTZ 2008, 430, 434.

6 *Beukelmann*, in: Volk-Verteidigung, § 18 Rn. 3.

7 *Dahs*, NJW 2002, 272, 272.

8 Vgl. *Dierlamm*, in: Müko-StGB, § 266 Rn. 3; so explizit *Seier*, Jus 2011, 97, 97, der den Zusammenhang zur Bestimmtheitsproblematik herstellt.

sche „case law“ ist. In diesem Zusammenhang seien vor allem die Entscheidungen „Mannesmann“⁹, „Trienekens“¹⁰, „Siemens“¹¹, „Kanther“¹², „SSV Reutlingen“¹³ genannt.¹⁴ Diese Entscheidungen sind für die praktische Anwendung des Untreuetatbestandes entscheidend und daher jedem ein Begriff, der sich mit der Untreue beschäftigt.

Die Rechtsanwendung benötigt solche Leitentscheidungen zur Auslegung des Untreuetatbestandes, um dem Hauptproblem des § 266 StGB, seiner sog. „Unterbestimmtheit“, begegnen zu können. Denn sein tatbestandlicher Anwendungsbereich kann nicht allein durch seinen Wortlaut bestimmt werden. Neben dem weiten Anwendungsbereich prägt daher seit langem die strukturelle Unterbestimmtheit des Tatbestandes die Diskussion.¹⁵ Dennoch hat das Bundesverfassungsgericht in einigen Entscheidungen die Verfassungsmäßigkeit des § 266 StGB ausdrücklich festgestellt und insbesondere eine Verletzung des Bestimmtheitsgrundsatzes aus Art. 103 Abs. 2 GG verneint.¹⁶ Das Bundesverfassungsgericht hat der Rechtsprechung allerdings aufgegeben, Unklarheiten über den Anwendungsbereich des § 266 StGB durch Präzisierungen und Konkretisierungen auszuräumen.¹⁷

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob die Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung eine solche Möglichkeit der Restriktion darstellen könnte, um damit den Anwendungsbereich des § 266 StGB weiter zu konturieren. Zumindest im Arztstrafrecht wurde die hypothetische Einwilligung entwickelt, um zu verhindern, dass ein Arzt für jede Verletzung der Aufklärungspflicht strafrechtlich sanktioniert wird.¹⁸ Grundsätzlich gilt im Arztstrafrecht, dass die Behandlung durch einen Arzt als tatbestandliche Körperverletzung gewertet wird, die dann nicht mehr rechtswidrig ist, wenn eine Einwilligung des zu behandelnden Patienten vor der Tat vor-

9 BGHSt 50, 331.

10 BGHSt 55, 266.

11 BGHSt 52, 233.

12 BGHSt 51, 100.

13 BGHSt 47, 187.

14 Dies stellt lediglich eine Auswahl dar, die nicht abschließend ist. Sie macht aber deutlich, dass es einige Leitentscheidungen zu § 266 StGB gibt, die bei der Anwendung des Tatbestandes zu beachten sind.

15 So bereits *Dierlamm*, NStZ 1997, 534, 534.

16 BVerfG NJW 2009, 2370; BVerfGE 126, 170; BVerfG NJW 2013, 365.

17 BVerfGE 126, 170, 197.

18 *Rosenau*, in: FS-Maiwald, S. 683, 698.

liegt.¹⁹ Wenn keine oder nur eine fehlerhafte Einwilligung erfolgt ist, könnte die Rechtswidrigkeit nach den Grundsätzen der hypothetischen Einwilligung aber entfallen, wenn der Patient der Behandlung durch den Arzt bei wahrheitsgemäßer Aufklärung zugestimmt hätte.²⁰

Diese Restriktionsmöglichkeit kann aber nicht für die Untreue fruchtbar gemacht werden. Die Frage, ob die hypothetische Einwilligung auf das Einverständnis übertragbar ist, stellt sich insbesondere in den Fällen, in denen kein wirksames Einverständnis des Vermögensinhabers vorliegt, er aber bei ordnungsgemäßer Aufklärung sein Einverständnis zur Handlung des Vermögensbetreuungspflichtigen abgegeben hätte.²¹ Zwar würde das hypothetische Einverständnis dazu führen, dass die Handlung des Vermögensbetreuungspflichtigen dann nicht mehr pflichtwidrig wäre.²² Allerdings zeigt diese Arbeit, dass die Idee, den Untreuetatbestand anhand der hypothetischen Einwilligung zu konkretisieren, zu verwerfen ist. Zu schwer wiegt insgesamt die Kritik an einer hypothetischen Einwilligung und einer möglichen Übertragung in Form eines hypothetischen Einverständnisses in den Untreuetatbestand.

Warum diese Idee der Übertragung zu verwerfen ist, wird wie folgt untersucht: Zunächst wird (B.) der Ausgangspunkt dieser Untersuchung verdeutlicht: Die Überlegung, die hypothetische Einwilligung auf die Untreue zu übertragen, könnte nämlich durch den Aufruf des Bundesverfassungsgerichts gerechtfertigt sein, den Untreuetatbestand einer Restriktion zu unterziehen. Entsprechende Vorgaben, die das Bundesverfassungsgericht in diesem Bereich macht, müssen daher bei der Auslegung des Untreuetatbestandes berücksichtigt werden. Danach (C.) wird die hypothetische Einwilligung sowohl im Zivilrecht als auch im Strafrecht dargestellt, wobei hier ein Augenmerk auf die entsprechende Entwicklung im Arztstrafrecht gelegt wird. Außerdem werden die Besonderheiten des Arzt-Patienten-Verhältnisses aufgezeigt um zu prüfen, ob sich dieses Verhältnis mit der Beziehung zwischen dem Vermögensbetreuungspflichtigen und dem Vermögensinhaber vergleichen lässt und ob sich hieraus entsprechende Rückschlüsse für ein hypothetisches Einverständnis bei der Untreue finden las-

19 Vgl. hierzu zunächst allein *Ulsenheimer*, Arztstrafrecht Rn. 325.

20 So die Formulierung des BGH in seiner Entscheidung zur hypothetischen Einwilligung im Strafrecht im sog. „Gastroskopie“-Fall, BGH NStZ 2012, 205.

21 Vgl. die entsprechenden Voraussetzungen der hypothetischen Einwilligung bei *Rönnau*, in: LK-StGB, Vor § 32 Rn. 230.

22 *Schünemann*, in: LK-StGB, § 266 Rn. 124.

A. Einleitung

sen. Nachdem die Grundlagen und Voraussetzungen des Einverständnisses bei der Untreue geklärt wurden (D.), wird anschließend die Frage untersucht, ob die hypothetische Einwilligung auf die Untreue in Form eines hypothetischen Einverständnisses möglich ist (E.). Neben dem Versuch, eine dogmatische Grundlage für das hypothetische Einverständnis bei der Untreue zu entwickeln und praktisch anzuwenden, wird insbesondere aufgezeigt, dass es keine Legitimation für die Übertragung der hypothetischen Einwilligung auf die Untreue gibt.

B. Verfassungsrechtlicher Auftrag zu weiteren Restriktionen des Untreuetatbestandes

Der Untreuetatbestand ist seit langem dem Vorwurf ausgesetzt, dass dessen tatbestandliche Voraussetzungen zu unbestimmt seien. Dabei lehnen einige Autoren die Norm als insgesamt mit Art. 103 Abs. 2 GG unvereinbar ab²³ oder bezweifeln zumindest ihre Verfassungsmäßigkeit.²⁴ Schließlich wurde im Wege der Verfassungsbeschwerde das Bundesverfassungsgericht zu dieser Problematik angerufen. Diese Rechtsprechung ist zwingend bei der weiteren Auslegung des Untreuetatbestandes zu beachten. Sie dient daneben als Legitimation, über weitere Restriktionen des § 266 StGB nachzudenken.

I. Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts an die Bestimmtheit nach Art. 103 Abs. 2 GG

Grundsätzlich enthält Art. 103 Abs. 2 GG die Bestimmung, dass eine Tat nur bestraft werden kann, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde (*nulla poena sine lege*). Dies wurde einfachgesetzlich in § 1 StGB verankert.

Art. 103 Abs. 2 GG enthält mehrere Gewährleistungselemente und Rechtsgrundsätze, deren spezifische Inhalte sich erst aus dem Kontext der Verfassung, insbesondere unter Berücksichtigung des Rechtsstaats- und Demokratieprinzips in Art. 20 Abs. 3 GG, vollständig erschließen lassen.²⁵ Art. 103 Abs. 2 GG hebt die besondere Bedeutung des Strafrechts im Gefüge eines Staates hervor, indem er höhere Vorgaben für die Ausgestaltung des Strafrechts macht, als es die allgemeine Eingriffslehre aus Art. 1 Abs. 3 GG und Art. 20 Abs. 3 GG für das sonstige Recht tut.²⁶

23 Jakobs, AT, 4/29 f.; Kargl, ZStW 113, 565, 589; Labsch, Untreue S. 348.

24 Dierlamm, in: Müko-StGB, § 266 Rn. 3 ff.; Jescheck/Weigend, AT, 15 I 3; Sax, JZ 1977, 663, 667; Arzt, in: FS-Brunns, S. 365, 367; Ignor/Sättele, in: FS-Hamm, S. 211 ff.; Lüderssen, in: FS-Schroeder, S. 569 f.

25 Epping, Rn. 960; Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Düring-GG, Art. 103 Rn. 163.

26 Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Düring-GG, Art. 103 Rn. 164.

Kern des Art. 103 Abs. 2 GG ist die Gesetzesbestimmtheit. Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts enthält dieser Artikel für den Gesetzgeber ein striktes Gebot, Strafnormen so bestimmt wie möglich zu fassen, sowie ein korrespondierendes, an die Rechtsprechung gerichtetes Verbot, strafbegründende Analogien zu schaffen.²⁷ Einerseits soll der Gesetzgeber selbst abstrakt-generell festlegen, welches Verhalten strafbar ist (sog. kompetenzwahrende Funktion²⁸). Andererseits geht es um den rechtsstaatlichen Schutz des Normadressaten (sog. freiheitsgewährende Funktion²⁹). Es muss ihm möglich sein vorherzusehen, welches Verhalten unter eine Strafnorm fällt. Das Verhalten muss durch den Gesetzgeber so konkret beschrieben werden, dass die Tragweite und der Anwendungsbereich des Straftatbestandes erkennbar sind. Dies umfasst die Vorhersehbarkeit, Erkennbarkeit und die Verstehbarkeit über die Voraussetzungen einer Strafnorm³⁰, was im Regelfall bereits durch den Wortlaut einer Norm möglich ist.³¹

Es ist jedoch zulässig, dass diese Ziele erst durch eine Auslegung der jeweiligen Vorschrift erreicht werden.³² Der Gesetzgeber wird nicht angewiesen, den Tatbestand in jeder Hinsicht so exakt und detailliert wie möglich zu bestimmen. Er kann hierzu auch normative bzw. allgemeine Begriffe verwenden und muss nicht auf deskriptive, exakt zu bestimmende Tatbestandsmerkmalen zurückgreifen.³³ Denn die Anforderungen, die mit der Bestimmtheit einhergehen, dürfen nicht dazu führen, dass der Gesetzgeber nicht mehr in der Lage ist, die Vielgestaltigkeit des Lebens und des jeweiligen Einzelfalls zu erfassen. Es reicht daher, wenn der Gesetzgeber die wesentlichen Voraussetzungen der Norm, wie die Art und das Maß der Strafe, bestimmt. Sonst besteht die Gefahr, dass die Gesetze zu starr und kasuistisch werden und dem Einzelfall nicht mehr gerecht werden können.³⁴ Der Gesetzgeber kann daher im Strafrecht auch wertausfüllende Begriffe bis hin zu Generalklauseln verwenden.³⁵ Die Anforderungen an die

27 BVerfGE 14, 174, 185; 73, 206, 234; 75, 329, 340; 126, 170, 194 f.

28 Zum Begriff *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Düring-GG, Art. 103 Rn. 180.

29 Zum Begriff *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Düring-GG, Art. 103 Rn. 179.

30 *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Düring-GG, Art. 103 Rn. 179.

31 BVerfGE 48, 48, 56; 75, 329, 341; 87, 209, 223; 92, 1, 12; 126, 170, 195.

32 BVerfGE 75, 329, 341 f.

33 BVerfGE 45, 363, 371; 48, 48, 56; *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Düring-GG, Art. 103 Rn. 186.

34 BVerfGE 14, 245, 251; 126, 170, 195.

35 BVerfGE 45, 363, 371; 48, 48, 56 f.; 92, 1, 12; 126, 170, 196.

Bestimmtheit steigen jedoch, je intensiver und länger die angedrohte Strafe ist.³⁶ Bei Schwierigkeiten hinsichtlich des Inhaltes und der Weite kann eine Norm durch eine gefestigte Rechtsprechung eine entsprechende Konkretisierung erfahren.³⁷ Die Rechtsprechung trifft daher eine besondere Verpflichtung, an der Erkennbarkeit der Voraussetzung einer Strafbarkeit mitzuwirken.³⁸

II. Bestimmtheitsproblem des § 266 StGB

Nachdem der allgemeine Maßstab des Art. 103 Abs. 2 GG geklärt wurde, soll auf die bisherige Kritik eingegangen werden, der der § 266 StGB unter Beachtung des Bestimmtheitsgrundsatzes ausgesetzt ist. Die bisherige Kritik fußt im Wesentlichen darauf, dass in der Treuebruchalternative des § 266 Abs. 1 Alt. 2 StGB auf eine Handlungsbeschreibung bzw. tatbestandliche Beschreibung ganz verzichtet worden ist. Um das Tatbestandsmerkmal der Pflichtwidrigkeit bzw. Vermögensbetreuungspflicht näher zu bestimmen, wird auf außerstrafrechtliche Normen verwiesen.³⁹ Auch die Feststellung eines Vermögensnachteils ist problematisch, insbesondere wenn man die Normativierungen des Schadensbegriffs in die Bestimmung des Vermögensnachteils einbezieht.⁴⁰

Zu diesen Fragen gab es insgesamt drei Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, nach denen § 266 StGB als noch bestimmt genug i.S.d. Art. 103 Abs. 2 GG angesehen wurde.⁴¹ Es muss vor allem untersucht werden, ob diese Rechtsprechung überzeugend ist. Zunächst werden daher die wesentlichen Probleme des § 266 StGB im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz und das jeweilige Urteil des Bundesverfassungsgerichts zu dem Tatbestandsmerkmal dargestellt, bevor eine entsprechende Bewertung erfolgt.

36 BVerfGE 75, 329, 342; 126, 170, 196.

37 BVerfGE 26, 41, 43; 87, 209, 226 f.; 92, 1, 18; 126, 170, 197.

38 BVerfGE 126, 170, 199.

39 Vgl. *Fischer*, § 266 Rn. 5.

40 Vgl. *Saliger*, HRRS 2006, 10, 12 f.

41 BVerfG NJW 2009, 2370; BVerfGE 126, 170; BVerfG NJW 2013, 365.

1. Unbestimmtheit der Treuebruchhandlung und der Vermögensbetreuungspflicht

Zunächst ist das Tatbestandsmerkmal der Treuebruchhandlung bzw. der Begriff der Vermögensbetreuungspflicht problematisch. Insbesondere die Treuebruchalternative aus § 266 Abs. 1 Alt. 2 StGB setzt nach ihrem Wortlaut allein die Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht und das Vorliegen eines Vermögensnachteils voraus.

a) Wesentliche Kritik

Hierzu wird angemerkt, dass das Gesetz allein nicht festlege, was unter dem Tatbestandsmerkmal „Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen“ zu verstehen sei und wer sie in rechtlicher oder tatsächlicher Weise erfülle. Wenn aber das Verhalten, das zur Vermögensbetreuungspflicht führe, gesetzlich nicht beschrieben werden könne, dann könne auch die eigentliche Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht selbst nicht hinreichend genau beschrieben werden. Der Gesetzgeber habe sich außerstande gesehen, ein solches Verhalten zu typisieren. Er habe daher die Pflicht zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen normiert und selbst zur Tathandlung gemacht. Er mache damit die Bestimmung der ersten Unbekannten (das Verhalten) von der zweiten Unbekannten (die Vermögensbetreuungspflicht) abhängig, was so nicht auflösbar sei.⁴²

b) Restriktionsansatz der Rechtsprechung und Literatur: Die besonders qualifizierte Pflichtenstellung

Um den Vorwurf der Unbestimmtheit zu kompensieren, versucht die Rechtsprechung, die Vermögensbetreuungspflicht restriktiv zu bestimmen. Die Vermögensbetreuungspflicht müsse, so die Rechtsprechung, gerade auf einer besonders qualifizierten Pflichtenstellung zum fremden Vermö-

42 Gribbohm, Jus 1965, 389, 390 f.; Kargl, ZStW 113 (2001), 565, 576; Labsch, S. 190 f.; Sax, JZ 1977, 663, 664 f.; dem anschließend Lüderssen, in: FS-Schroeder, S. 569, 571.

gen beruhen.⁴³ Es reiche daher nicht jede Beziehung zu einem fremden Vermögen aus, um auch eine Vermögensbetreuungspflicht begründen zu können. Denn erst die besondere Pflichtenstellung zum fremden Vermögen ermögliche die besondere Einwirkungsmacht des Täters auf das fremde Vermögen, die den Treubruchtatbestand auszeichne.⁴⁴ Aus dieser Bestimmung der Vermögensbetreuungspflicht folgt die Bestimmung der Treubruchhandlung.

Zur Annahme der besonders qualifizierten Pflichtenstellung reichen nicht die allgemeinen Pflichten aus, die sich aus jedem Vertrag ergeben.⁴⁵ Es wurden spezielle Kriterien entwickelt, die die Rechtsprechung mit weitgehender Zustimmung der Literatur heranzieht, um im Wege einer Gesamtbetrachtung die besonders qualifizierte Pflichtenstellung bestimmen zu können.⁴⁶ Notwendige Kriterien sind dabei die Fremdnützigkeit der Vermögensfürsorge⁴⁷, ob die Vermögensfürsorge die Hauptpflicht des Vertrages zwischen dem Vermögensinhaber und dem Verpflichteten darstellt⁴⁸ und ob dem Verpflichteten ein gewisser Ermessensspielraum bei Vermögensentscheidungen verbleibt.⁴⁹ Die Kriterien decken sich dabei weitgehend mit der Definition einer Geschäftsbesorgung i.S.d. § 675 BGB, wonach dies jede selbstständige Tätigkeit wirtschaftlicher Art zur

43 BGHSt 1, 186, 188; 33, 244, 251; BGH NJW 1991, 1069; NJW 1994, 151; wistra 2008, 427, 428.

44 BGH NSTZ 1996, 540, 540; NSTZ 1999, 558, 558; *Fischer*, § 266 Rn. 33; *Heger*, in: Lackner/Kühl, § 266 Rn. 11 f.; *Perron*, in: Schönke/Schröder, § 266 Rn. 23 f.; *Saliger*, in: SSW-StGB, § 266 Rn. 9 ff. 18 bzw. 24 ff.; *Schünemann*, in: LK-StGB, § 266 Rn. 58.

45 *Fischer*, § 266 Rn. 36a; *Saliger*, in: SSW-StGB, § 266 Rn. 11; *Wessels/Hillenkamp*, BT II, § 20 Rn. 770.

46 BGHSt 13, 315, 317 ff.; *Fischer*, § 266 Rn. 34; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, § 45 II Rn. 34; kritisch *Seier*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau, V 2 Rn. 148.

47 BGH NJW 1991, 2574, 2574; 2004, 2448, 2448; *Fischer*, § 266 Rn. 38; *Hoyer*, in: SK-StGB, § 266 Rn. 47; *Heger*, in: Lackner/Kühl, § 266 Rn. 11; *Perron*, in: Schönke/Schröder, § 266 Rn. 23a; *Schünemann*, in: LK-StGB, § 266 Rn. 74 f.

48 BGHSt 1, 186, 189; 4, 170, 172; 13, 315, 317; 33, 244, 250; 41, 224, 229; *Fischer*, § 266 Rn. 36; *Heger*, in: Lackner/Kühl, § 266 Rn. 14; *Perron*, in: Schönke/Schröder, § 266 Rn. 23; *Schünemann*, in: LK-StGB, § 266 Rn. 88.

49 BGHSt 13, 315, 317; 13, 330, 332; 41, 224, 228; *Dierlamm*, in: Müko-StGB, § 266 Rn. 52; *Hoyer*, in: SK-StGB, § 266 Rn. 47; *Perron*, in: Schönke/Schröder, § 266 Rn. 23a; *Saliger*, in: SSW-StGB, § 266 Rn. 10; *Schünemann*, in: LK-StGB, § 266 Rn. 82.

Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen ist.⁵⁰ Diese Definition soll nach einer Ansicht auch im Strafrecht angewendet werden⁵¹, wobei immer die Besonderheiten des Strafrechts zu beachten seien.⁵² Die besonders qualifizierte Pflichtenstellung ist nach der Rechtsprechung auch im Rahmen der Missbrauchsalternative als Restriktion notwendig zu bestimmen.⁵³ Die Literatur bemüht sich hier außerdem um eine „fallgruppenorientierte Systematisierung“, um konkretisieren zu können, wer als tauglicher Täter der Treuebruchalternative in Frage kommt.⁵⁴

c) Billigung durch das Bundesverfassungsgericht

Die gefestigte Rechtsprechung zur Vermögensbetreuungspflicht reicht nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts aus, um den Anwendungsbereich der Untreue im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG zu bestimmen.⁵⁵ Die besonders qualifizierte Pflichtenstellung ist durch die fremdnützige Vermögensfürsorge, die die Hauptpflicht in einem Betreuungsverhältnis darstellt, und durch eine gewisse Selbstständigkeit bei Vermögensentscheidungen gekennzeichnet. Durch sie wird sichergestellt, dass in vielen Lebenssituationen von vornherein feststeht, dass hier eine Strafbarkeit aus der Untreue ausscheidet. Diese gefestigte Rechtsprechung ist geeignet, den Anwendungsbereich des § 266 StGB weiter einzuschränken.⁵⁶ Auf der anderen Seite ist aber ein Kern auszumachen, bei dem zweifelsfrei feststeht, dass hier keine Vermögensbetreuungspflicht besteht, sodass eine Untreuestrafbarkeit ausgeschlossen ist.⁵⁷

50 BGHZ 45, 223, 228 f.; BGH NJW-RR 2004, 989, 989; *Sprau*, in: Palandt, § 675 Rn. 2.

51 *Arzt/Weber* § 22 Rn. 60; vgl. auch *Kargl*, ZStW 113 (2001), 565, 583.

52 *Schünemann*, in: LK-StGB, § 266 Rn. 70.

53 BGHSt 24, 386; 33, 244.

54 Vgl. *Fischer*, § 266 Rn. 34 und insbesondere Rn. 48, 49.

55 BVerfGE 126, 170, 209.

56 BVerfGE 126, 170, 209.

57 BVerfGE 136, 170, 210.

2. Bestimmung der Pflichtwidrigkeit

Der zweite Kritikpunkt setzt an der Pflichtwidrigkeit der Handlung an. Sowohl die Missbrauchs- als auch die Treuebruchalternative setzen voraus, dass die Tathandlung pflichtwidrig begangen wurde. Inhalt und Umfang der Pflichtwidrigkeit bestimmen sich aber nach dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis.⁵⁸ Der Rückgriff ist insoweit notwendig, da der Tatbestand der Untreue selbst keine Bestimmung enthält, was unter „Pflichtwidrigkeit“ zu verstehen sei.⁵⁹ Nach überwiegender Ansicht wird die Pflichtwidrigkeit akzessorisch zum außerstrafrechtlichen Recht bestimmt.⁶⁰

Die Problematik, wann eine Handlung als pflichtwidrig zu qualifizieren ist, besteht vor allem dann, wenn keine konkreten Vorgaben des Vermögensinhabers bestehen, wie mit seinem Vermögen umzugehen sei. Dann ist auf gesetzliche Regelungen zurückzugreifen, die die Pflichtwidrigkeit einer Handlung im Verhältnis zwischen Vermögensinhaber und Vermögensbetreuungspflichtigen bestimmen. Meist sind solche Normen nicht exakt formuliert und geben lediglich ein Leitbild wieder, wie mit dem anvertrauten Vermögen umzugehen sei. Beispielhaft sind hier die Sorgfalt eines „ordentlichen“ Geschäftsleiters in § 93 Abs. 1 S. 1 AktG, die Sorgfalt eines „ordentlichen“ Geschäftsführers in § 43 Abs. 1 GmbHG, die Sorgfalt eines „ordentlichen“ Kaufmanns (§ 347 HGB) oder die im Verkehr übliche Sorgfalt (§§ 27 Abs. 3, 84, 71, 276, 665, 677 BGB) zu nennen.⁶¹ Diese Problematik stellt sich vor allem dann, wenn dem Vermögensbetreuungspflichtigen ein weiter Ermessensspielraum bei der Erledigung seiner Geschäfte zukommt. Dies ist insbesondere bei unternehmerischen Entscheidungen der Fall.⁶²

58 *Fischer*, § 266 Rn. 58; *Kindhäuser*, in: NK-StGB, § 266 Rn. 63; *Saliger*, in: SSW-StGB, § 266 Rn. 31; *Perron*, in: Schönke/Schröder, § 266 Rn. 18; *Rönnau*, ZStW 119 (2007), 887, 906.

59 *Saliger*, in: SSW-StGB, § 266 Rn. 31.

60 *Beulke*, in: FS-Eisenberg, S. 245, 250; *Kubiciel*, NStZ 2005, 353, 357; *Radtko*, GmbHR 2010, 1121, 1122; *Rönnau*, ZStW 119 (2007), 887, 906.

61 *Dierlamm*, in: Müko-StGB, § 266 Rn. 170; *Kindhäuser*, in: NK-StGB, § 266 Rn. 63; *Rönnau*, ZStW 119 (2007), 887, 908; *Saliger*, in: SSW-StGB, § 266 Rn. 33; *Schünemann*, in: LK.-StGB, § 266 Rn. 94.

62 *Dierlamm*, in: Müko-StGB, § 266 Rn. 175; *Saliger*, in: SSW-StGB, § 266 Rn. 47 f.

a) Wesentliche Kritik

Teilweise wird vertreten, dass eine Verweisung auf außerstrafrechtliche Bestimmungen zur Ermittlung der Pflichtwidrigkeit einer Handlung nicht dem Bestimmtheitsgrundsatz genügen könne⁶³ bzw. es wird bemängelt, dass auf Normen verwiesen werde, die selbst inhaltlich sehr weit gefasst seien.⁶⁴ Ein außerstrafrechtliches Gesetz könne nicht dazu führen, dass aus § 266 StGB eine bestimmte Regelung werde.⁶⁵ § 266 StGB enthalte über das Merkmal der Pflichtwidrigkeit hinaus keine Angaben, wann eine pflichtwidrige Handlung vorliege.⁶⁶

Angesprochen wird hier das Verhältnis zwischen Strafrecht und den jeweiligen Regelungen des Lebensbereichs, auf die sich das Merkmal der Pflichtwidrigkeit bezieht. Es ist nicht immer klar, wann die Verletzung der jeweiligen Regelungen auch eine strafrechtliche Pflichtverletzung darstellt. Die von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien zur Ermittlung der strafrechtlichen Pflichtverletzung seien, so der Beschwerdeführer in der Verfassungsbeschwerde zur Untreue, außerdem nicht hinreichend, um dies bestimmen zu können. Die untreuerelevante Pflichtwidrigkeit werde daher nicht dem Gesetz entnommen, sondern aus einer Gesamtschau von Indizien festgestellt. Damit werde aber ein unbestimmtes Kriterien nur durch ein anderes ersetzt. Auch sei das Ergebnis der gerichtlichen Gesamtschau nicht vorhersehbar.⁶⁷

b) Restriktionsansätze

Zur weiteren Restriktion des Tatbestandes im Rahmen der Pflichtwidrigkeit wurde insbesondere durch die Rechtsprechung des 1. Senats des BGH vertreten, dass eine zivilrechtliche Pflichtverletzung strafrechtlich erst dann relevant werde, wenn die zivilrechtliche Pflichtverletzung als „gravierend“ anzusehen sei. Hierauf beziehen sich auch die Beschwerdeführer in der Verfassungsbeschwerde.⁶⁸ Der Anwendungsbereich der sog. gravie-

63 Aldenhoff/Kuhn, ZIP 2004, 103, 106.

64 Ignor/Sättle, in: FS-Hamm, S. 211, 211.

65 Knauer, NSTZ 2002, 399, 410.

66 Radtke, GmbHR 2010, 1121, 1122.

67 BVerfGE 126, 170, 187 f.

68 BVerfGE 126, 170, 187.

renden Pflichtverletzung wurde in einer Reihe von Entscheidungen bestimmt, die maßgeblich durch den 1. Senats des BGH gefällt wurden. Diese Entwicklung soll kurz wiedergegeben werden, um der „gravierenden Pflichtverletzung“ eine Kontur geben zu können. Dabei werden zunächst nur die Restriktionsansätze genannt, die vor der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Problematik der Bestimmtheit des § 266 StGB die Diskussion geprägt haben.

aa) Bisherige Rechtsprechung zur gravierenden Pflichtverletzung des 1. Senats

Der 1. Senat des BGH benutzte erstmals das Kriterium der gravierenden Pflichtverletzung, um über die Pflichtwidrigkeit bei der Vergabe risikobehafteter Kredite zu entscheiden. In der sog. „Kreditvergabe I“-Entscheidung⁶⁹ führte der BGH aus, dass nicht jeder Verstoß gegen die in § 18 KWG formulierten Prüfungs- und Informationspflichten genüge, um eine pflichtwidrige Handlung anzunehmen. Außerdem stellte der BGH Indizien auf, wann die Vergabe eines risikobehafteten Kredites eine pflichtwidrige Handlung darstellen könne.⁷⁰ In der sog. „Kreditvergabe-II“-Entscheidung⁷¹ betonte der BGH zunächst, dass die Vergabe von Kredite ein von Natur aus risikobehaftetes Geschäft sei. Die Vergabe eines Kredites werde nicht dadurch pflichtwidrig, dass dieser später notleidend werde, solange eine sorgfältige Abwägung der Risiken bei der Vergabe des Kredites durchgeführt worden sei.⁷²

Die nächste Entscheidung zur gravierenden Pflichtverletzung erfolgte zur Vergabe von Spenden durch den Vorstand einer Aktiengesellschaft.⁷³ In dieser sog. „SSV Reutlingen“-Entscheidung stellte der BGH klar, dass die Vergabe von Spenden zur Förderung von Kunst, Wissenschaft, Sozialwesen und Sport nur dann pflichtwidrig i.S.d. § 266 StGB sein könne, wenn diese zivilrechtliche Pflichtverletzung auch „gravierend“ sei. Im Verlauf dieser Entscheidung stellte der BGH einige Kriterien auf, die nach

69 BGHSt 46, 30.

70 BGHSt 46, 30, 34.

71 BGHSt 47, 148.

72 BGHSt 47, 148, 149.

73 BGHSt 47, 187.

seiner Ansicht eine gravierende Pflichtverletzung ausmachen können und dann Untreuerrelevanz aufweisen.⁷⁴

Die gravierende Pflichtverletzung spielte auch eine Rolle in der „Kinowelten“-Entscheidung des BGH.⁷⁵ Hier hatte der BGH darüber zu entscheiden, ob der Untreuetatbestand erfüllt ist, wenn Geldtransferierungen in einer Unternehmensgruppe stattfinden, obwohl hierfür keine ausreichenden Sicherheiten gewährt wurden.⁷⁶ Werde die äußere Grenze der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit überschritten und damit eine Hauptpflicht gegenüber dem Vermögensinhaber verletzt, so der BGH, liege eine Verletzung von gesellschaftsrechtlichen Pflichten vor, die so gravierend sei, dass auch eine pflichtwidrige Handlung i.S.d. § 266 StGB vorliege.⁷⁷ Notwendig sei es daher, sich vor jeder Prognoseentscheidung eine ausreichende Entscheidungsgrundlage zu verschaffen. Zudem dürften nur wirtschaftlich noch vertretbare Entscheidungen für das Unternehmen getroffen werden. Dann scheide eine pflichtwidrige Handlung i.S.d. § 266 StGB aus.⁷⁸ Auch Teile der Literatur befürworten die gravierende Pflichtverletzung zur Feststellung der Pflichtwidrigkeit.⁷⁹

bb) Der Fall „Mannesmann“ und die Rechtsprechung des 3. Senats

In der schon als „berühmt“ zu bezeichnenden „Mannesmann“-Entscheidung hat sich der 3. Senat des BGH eingehend mit der bisherigen Rechtsprechung des 1. Senats zur Feststellung der Pflichtwidrigkeit beschäftigt. Zunächst stellte der 3. Senat aber klar, dass auch nach dem 1. Senat nicht jede Verletzung von Informations- und Prüfungspflichten bei der Vergabe von risikobehafteten Krediten zur Annahme einer pflichtwidrigen Handlung i.S.d. § 266 StGB ausreiche. Hier bezog sich der 3. Senat ausschließlich auf die Rechtsprechung des 1. Senats zur Vergabe von risikobehafteten Krediten („Kreditvergabe II“-Entscheidung). Nach Ansicht des 3. Se-

74 BGHSt 47, 187, 197.

75 BGH NStZ 2006, 221.

76 BGH NStZ 2006, 221, 222.

77 BGH NStZ 2006, 221, 222.

78 BGH NStZ 2006, 221, 223.

79 *Beulke*, in: FS-Eisenberg, 245, 252 f.; *Deiters*, ZIS 2006, 152, 158; *Dierlamm*, in: MÜKo-StGB, § 266 Rn. 175; *Gehrlein*, NZG 2002, 463, 464; *Kiethe*, NStZ 2005, 529, 531 f.; *Krause*, StV 2006, 307, 308; *Kubiciel*, NStZ 2005, 353, 357; *Matt*, NJW 2005, 389, 390; *Schröder*, NJW 2010, 1169, 1171.

nats sei § 266 StGB immer dann anwendbar, wenn die Pflicht zur Wahrnehmung der Vermögensinteressen des Vermögensinhabers verletzt werde. Allerdings führt nach Ansicht des 3. Senats nicht jede zivilrechtliche Pflichtverletzung auch zu einer strafrechtlichen. Der 1. Senat habe eher den weiten unternehmerischen Entscheidungsspielraum für die Vergabe von Krediten konkretisiert.⁸⁰

Mit Hinweis auf die „SSV-Reutlingen“-Entscheidung geht der 3. Senat davon aus, dass der 1. Senat bei Unternehmensspenden durch die Annahme einer gravierenden Pflichtverletzung betonen wolle, dass in diesem Fall ein weiter unternehmerischer Handlungsspielraum bestehe, sodass nicht aus jeder zivilrechtlichen Pflichtverletzung auch eine strafrechtliche Pflichtverletzung abgeleitet werden könne. Außerdem habe der 1. Senat Kriterien aufgestellt, wann eine unternehmerische Spende sich noch in einem unternehmerischen Ermessensspielraum befinde und damit nicht pflichtwidrig i.S.d. § 266 StGB sei.⁸¹ Jedoch sei unabhängig davon, ob nach dem Urteil des 1. Senats eine „gravierende“ Pflichtverletzung verlangt werde, nach Ansicht des 3. Senats in dem zu entscheidenden Fall kein vergleichbarer Sachverhalt gegeben. Er betonte, dass es in dem von ihm zu entscheidenden Sachverhalt um kompensationslose Anerkennungsprämien gehe, die sich ausschließlich negativ für den Vermögensinhaber ausgewirkt haben, sodass kein vergleichbarer unternehmerischer Handlungsspielraum bestehe. Auch nach der Rechtsprechung des 1. Senats stehe es in solchen Fällen außer Frage, dass eine Pflichtverletzung des Vermögensbetreuungspflichtigen vorliege, ohne dass es hierbei auf das Merkmal „gravierend“ ankomme.⁸²

In einer weiteren Entscheidung zur Vergabe von risikobehafteten Krediten (sog. „WestLB“-Entscheidung)⁸³ erwähnt der 3. Senat zwar nicht die Problematik der gravierenden Pflichtverletzung. Ansonsten zitiert er aber alle Kriterien und Entscheidungen, die der 1. Senat bzgl. der Vergabe von risikobehafteten Krediten aufgestellt hat, um eine untreuerelevante Pflichtverletzung bei der Vergabe von risikobehafteten Krediten festzustellen.⁸⁴

80 BGHSt 50, 331, 343.

81 BGHSt 50, 331, 345.

82 BGHSt 50, 331, 346.

83 BGH wistra 2010, 21.

84 BGH wistra 2010, 21, 23 f.

c) Analyse und Anmerkung des Bundesverfassungsgerichts

Das Bundesverfassungsgericht schließt aus dieser bisherigen Rechtsprechung, dass durch die fallgruppenorientierte Obersatzbildung die Pflichtwidrigkeit hinreichend konkretisiert sei. Erst im Zusammenspiel von außerstrafrechtlichen Normen und der Pflichtwidrigkeit werde das Verhältnis zwischen dem Vermögensinhaber und den Vermögensbetreuungspflichtigen ausgestaltet. Die außerstrafrechtliche Pflichtverletzung sei gerade notwendige Bedingung zur Erfüllung des Untreuetatbestandes.⁸⁵ Nicht das Merkmal der Pflichtwidrigkeit sei problematisch, sondern die Bestimmung durch außerstrafrechtliche Wertungen und Normen.⁸⁶ Die höchstrichterliche Rechtsprechung habe das Tatbestandsmerkmal der Pflichtwidrigkeit durch eine fallgruppenorientierte Obersatzbildung aber hinreichend konkretisiert, sodass die Strafbarkeit vorhersehbar sei. Ziel einer Auslegung müsse es sein, dass nur klare und deutliche (evidente) Fälle zu einer pflichtwidrigen Handlung i.S.d. § 266 StGB führen, um Wertungswidersprüche zu vermeiden und den Charakter des Untreuetatbestandes als ein Vermögensdelikt zu bewahren.⁸⁷ Die Rechtsprechung sei jedoch im Interesse der Berechenbarkeit und Voraussehbarkeit angehalten, durch Entwicklung entsprechender dogmatischer Mittel dieses Tatbestandsmerkmal handhabbar zu machen.⁸⁸

Damit erkennt das Bundesverfassungsgericht die bisherige Rechtsprechung zur „gravierenden“ Pflichtverletzung an. Es betont, dass dem Wortlaut des § 266 StGB zwar nicht zu entnehmen sei, dass die Pflichtverletzung „gravierend“ sein müsse. Um den Anwendungsbereich des § 266 StGB zu beschränken, bestehe aber die Notwendigkeit, auf dieses dogmatische Mittel zurückzugreifen.⁸⁹

3. Bestimmung des Vermögensnachteils

Das Tatbestandsmerkmal des Vermögensnachteils ist nach herrschender Ansicht grundsätzlich identisch zum Vermögensschaden in § 263 StGB zu

85 BVerfGE 126, 170, 204.

86 BVerfGE 126, 170, 204.

87 BVerfGE 126, 170, 210.

88 BVerfGE 126, 170, 210.

89 BVerfGE 126, 170, 211.

bestimmen.⁹⁰ Die Feststellung dieses Vermögensschadens erfolgt durch eine Gesamtsaldierung.⁹¹ Hierfür wird die aktuelle Vermögenslage mit jener verglichen, die ohne treuwidrige Handlung bestehen würde. Zunächst ist zu untersuchen, ob das Vermögen nach der Saldierung gemindert ist, wobei der jeweilige Nachteil in Geld messbar sein muss⁹². Anschließend ist festzustellen, ob dem Vermögen durch die treuwidrige Handlung Vorteile zugeflossen sind, die einen möglichen Vermögensnachteil ausgleichen könnten.⁹³ Ein nachträglicher Schadensausgleich spielt nach überwiegender Ansicht bei der Feststellung des Vermögensschadens keine Rolle, da allein der Zeitpunkt der Tat relevant ist.⁹⁴

a) Kritik an den Normativierungen des Vermögensnachteils

Problematisiert wird im Rahmen des Vermögensnachteils vor allem, ob die Normativierungen des Schadensbegriffs, die Rechtsfiguren des „Gefährdungsschadens“ und des „individuellen Schadenseinschlags“, im Rahmen des Vermögensnachteils berücksichtigt werden können.⁹⁵

aa) Schadensgleiche Vermögensgefährdung

Die Figur des „Gefährdungsschadens“ oder „schadensgleichen Vermögensgefährdung“ wurde ursprünglich im Rahmen des Schadensmerkmals des Betruges (§ 263 StGB) entwickelt. Sie wird von der überwiegenden Ansicht auch im Rahmen des Vermögensnachteils nach § 266 StGB ange-

90 BGHSt 47, 295, 301 f.; *Bittmann*, NStZ 2012, 57, 58; *Kindhäuser*, in: NK-StGB, § 266 Rn. 100 f.; *Saliger*, in: SSW-StGB, § 266 Rn. 67; *Schünemann*, in: LK-StGB, § 266 Rn. 168; *Wessels/Hillenkamp*, BT II, § 20 Rn. 775.

91 BGHSt 16, 220, 221; 16, 321, 325; 22, 88, 89; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, § 41 Rn. 107; *Satzger*, in: SSW-StGB, § 263 Rn. 206; *Tiedemann*, in: LK-StGB, § 263 Rn. 158.

92 BGH NJW 1974, 1234, 1235; *Saliger*, in: SSW-StGB, § 266 Rn. 67.

93 *Dierlamm*, in: Müko-StGB, § 266 Rn. 202; *Kindhäuser*, in: NK-StGB, § 266 Rn. 100; *Heger*, in: Lackner/Kühl, § 266 Rn. 17; *Perron*, in: Schönke/Schröder, § 266 Rn. 40.

94 BGHSt 15, 342, 343 f.; 16, 220, 221; 51, 10, 15; *Perron*, in: Schönke/Schröder, § 266 Rn. 41; *Saliger*, in: SSW-StGB, § 266 Rn. 73; *Schünemann*, in: LK-StGB, § 266 Rn. 169; *Tiedemann*, in: LK-StGB, § 266 Rn. 161.

95 Vgl. *Saliger*, HRRS 2006, 10, 12.

wendet.⁹⁶ Beim Gefährdungsschaden liegt ein Schaden bzw. ein Vermögensnachteil bereits dann vor, wenn zwar ein Vermögensverlust noch nicht eingetreten ist, aber die Gefahr seines Eintritts das Vermögen bereits vermindert hat. Vermögensschaden und schadensgleichen Vermögensgefährdung stellen verschiedene Grade der Vermögensschädigung dar, die sich lediglich quantitativ unterscheiden.⁹⁷ Aber gerade ein wirtschaftlich denkender Vermögensinhaber sieht sein Vermögen bei einer schadensgleichen Vermögensgefährdung schon als vermindert an, da es mit entsprechenden Risiken behaftet ist, die jederzeit eintreten können. Die schadensgleiche Vermögensgefährdung ist damit eine Konsequenz aus dem wirtschaftlichen Vermögensbegriff.⁹⁸

Gegen die Anerkennung der schadensgleichen Vermögensgefährdung im Rahmen des § 266 StGB wird eingewendet, dass die Gefahr bestehe, dass bei der Untreue die Strafflosigkeit des Versuchs durch die Anerkennung des Gefährdungsschadens unterlaufen werde, da so der Vollendungszeitpunkt der Untreue weit nach vorne verlagert werde. Hier sei der Bereich des Versuchs betroffen, der aber bei der Untreue nicht pönalisiert werde. Auch fehle das Korrektiv der Bereicherungsabsicht im subjektiven Tatbestand des § 266 StGB, der jedoch beim Betrug nach § 263 StGB gegeben sei.⁹⁹ Aus diesen Argumenten ergebe sich, dass durch die Anerkennung der schadensgleichen Vermögensgefährdung die Deliktsnatur des § 266 StGB von einem Erfolgsdelikt in ein Gefährdungsdelikt verändert werde, was mit Art. 103 Abs. 2 GG unvereinbar sei.¹⁰⁰ Auch sei die schadensgleiche Vermögensgefährdung an sich ein relativ unklares Kriterium, da hier noch Einzelheiten ungeklärt seien und sich diese Normativierung bedenklich auf § 266 StGB auswirke.¹⁰¹

Zudem sei die bisherige Bestimmung der schadensgleichen Vermögensgefährdung durch die Rechtsprechung problematisch: Diese habe nämlich teilweise schon eine schadensgleiche Vermögensgefährdung angenom-

96 BGHSt 44, 376, 384; 47, 148, 156; 48, 354, 356; 51, 100, 113; 53, 71, 79; *Fischer*, § 266 Rn. 150; *Perron*, in: Schönke/Schröder, § 266 Rn. 45; *Saliger*, in: SSW-StGB, § 266 Rn. 82; *Ransiek*; ZStW 114 (2004), 634, 667.

97 BGHSt 34, 394, 395 f.; *Cramer/Perron*, in: Schönke/Schröder, § 263 Rn. 143; *Tiedemann*, in: LK-StGB, § 263 Rn. 168; *Dierlamm*, in: Müko-StGB, § 266 Rn. 211; *Fischer*, § 260 Rn. 156.

98 *Arzt/Weber*, § 20 Rn. 97.

99 Vgl. B. IV. 3 b).

100 *Bernsmann*, GA 2007, 219, 229 f.

101 *Seier*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau, V 2 Rn. 190.