

1. Sachverhalt

In drei vom Bundesverfassungsgericht miteinander verbundenen Verfahren wurden die drei Beschwerdeführer (Bf.) wegen Untreue zu Bewährungsstrafen verurteilt. Der BGH bestätigte dies zumindest im Ergebnis.

Im Fall des ersten Verfahrens¹ verwaltete der Bf., ein Bereichsvorstand der S.-AG, „schwarze Kassen“ im Ausland, die ihm sein Vorgänger anvertraute. Die Existenz der Konten hielt er zur Verwendung zu späteren Bestechungszwecken weiter geheim und entzog sie so dem Zugriff der unwissenden S.-AG.

Im Fall des zweiten Verfahrens² vergütete der Vorstand einer Betriebskrankenkasse Mitarbeiter mit erheblichen Prämien, die die Höhe deren Gehälter erreichten. Dies geschah über mehrere Jahre hinweg und nach Ansicht der Fachgerichte unter Überschreitung des dem Vorstand gegebenen Ermessensspielraums.

Dem dritten Verfahren³ lag die Verurteilung von Vorstandsmitgliedern der Hypothekenbank-AG zugrunde. Sie hatten mehrere Kredite an eine Unternehmensgruppe gewährt, die hauptsächlich Plattenbauten zur späteren Modernisie-

Januar 2011 Untreue-Fall

Vereinbarkeit des Untreuetatbestandes des § 266 Abs. 1 StGB mit dem Bestimmtheitsgebot / verfassungsgerichtliche Kontrolle der Strafrechtsprechung.

Art. 103 Abs. 2 GG, § 266 Abs. 1 StGB

Leitsätze des Gerichts

1. Der Untreuetatbestand des § 266 Abs. 1 StGB ist mit dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG zu vereinbaren.
2. Die Rechtsprechung ist gehalten, Unklarheiten über den Anwendungsbereich von Strafnormen durch Präzisierung und Konkretisierung im Wege der Auslegung nach Möglichkeit auszuräumen (Präzisierungsgebot).
3. Der in Art. 103 Abs. 2 GG zum Ausdruck kommende strenge Gesetzesvorbehalt erhöht die verfassungsgerichtliche Kontrolldichte.

BVerfG, Beschluss vom 23.6.2010 –2 BvR 2559/08, 105, 491/09; veröffentlicht im Rechtsportal juris u.a.

rung kaufte. Hierbei unterblieb nach Ansicht der Fachgerichte eine pflichtgemäße Prüfung der Rückzahlungsfähigkeit der Kreditnehmer.

Die Bf. rügen eine Verletzung des Bestimmtheitsgebots sowie des Gesetzlichkeitsgebots des Art. 103 Abs. 2 GG, zum einen durch die Weite und Unklarheit des Untreuetatbestandes des § 266 Abs. 1 StGB, zum anderen durch die dogmatische Figur der schadensgleichen Vermögensgefährdung und der damit einhergehenden Vorverlagerung der Strafbarkeit in den Bereich des Versuchs, der von der Norm nicht sanktioniert wird.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Die Kritik der unzureichenden Bestimmtheit des Tatbestands bezieht sich

¹ BGH, Urt. v. 29.08.2008 - 2 StR 587/07.

² BGH, Beschl. v. 17.12.2008 - 2 StR 451/08.

³ BGH, Beschl. v. 4.2.2009 - 5 StR 260/08.

auf seine bisherige Konkretisierung durch die Rechtsprechung.

Nach der h.M. lasse insbesondere der Wortlaut zum Treubruch als der zweiten Tatbestandsalternative die Subsumtion zahlreicher zivilrechtlicher Vertragsverhältnisse zu. Dies stünde im Widerspruch zum aus dem spezifischen Unrechtsgehalt der Untreue erwachsenden Strafanspruch und würde zu einer **massiven Ausdehnung der Strafbarkeit** führen.⁴ Da auch der Wortlaut des Missbrauchstatbestands als der ersten Alternative, wenn auch in engeren Grenzen als der Treubruch, eine Bestrafung trotz fehlenden spezifischen Unrechts des Untreuetatbestandes zuließe, fordert die h.M. in Anknüpfung an den Wortlaut „dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat“ das Bestehen einer **Vermögensbetreuungspflicht** in gleichem Umfang für beide Tatbestandsalternativen⁵ und stellt zur Eingrenzung der Strafbarkeit⁶ hohe Anforderungen an ihr Vorliegen.⁷ So wird das Tatbestandsmerkmal über zwei wesentliche Elemente zu konkretisieren versucht. Es muss sich (1.) um eine **Hauptpflicht** und damit um den wesentlichen Inhalt des Treueverhältnisses handeln,⁸ und (2.) muss dem Betrauten eine gewisse **Selbstständigkeit** und damit eigenverantwortlicher Entscheidungsspielraum hinsichtlich der Betreuung des Vermögens gewährt werden.⁹

Diese Konkretisierung wurde aber richterrechtlich entwickelt, lässt daher nach wie vor eine große Bandbreite möglicher Interpretationen und damit Abgrenzungsschwierigkeiten zu,¹⁰ zumal

⁴ *Ransiek*, ZStW 116 (2004) 634.

⁵ Vgl. zum Meinungsstreit *Lackner/Kühl*, StGB, 27. Aufl. 2010, § 266 Rn. 4.

⁶ *Rengier*, Strafrecht BT I, 12. Aufl. 2010, § 18 Rn. 15.

⁷ Einen Gesamtüberblick über die differenzierte Rspr. gibt *Küper*, Strafrecht BT, 7. Aufl. 2008, S. 372 ff.

⁸ BGHSt 33, 244, 250; 41, 224, 228 f.

⁹ BGH NStZ-RR 2002, 107; wistra 2002, 142, 143; 2008, 427, 428.

¹⁰ Vgl. nur die Auflistung der Bsp. für eine Bejahung der hinreichenden Selbststän-

digkeit in *Schönke/Schröder*, StGB, 28. Aufl. 2010, § 266 Rn. 25.

für die Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht im Gegensatz zur bloßen Bestimmung ihres Vorliegens noch keine konsistente Rechtsprechung besteht. Sie begegnet deshalb nach Ansicht der Bf. und Stimmen der Literatur verfassungsrechtlichen Bedenken hinsichtlich der notwendigen **Bestimmtheit und Vorhersehbarkeit**,¹¹ die Art. 103 Abs. 2 GG fordert¹², während von der Gegenseite gerade die Notwendigkeit der offenen Gestaltung des Tatbestands betont wird, um gegenüber sich verändernden Wirtschaftsverhältnissen flexibel zu bleiben.¹³

Außerdem umstritten ist die Auslegung des Tatbestandsmerkmals der Nachteilszufügung. Ähnlich wie beim Betrug gem. § 263 StGB genügt der h.M. zur Bejahung auch hier der Eintritt einer **schadensgleichen Vermögensgefährdung**. Darin wird aber die Gefahr einer im Tatbestand nicht vorgesehenen und damit wegen der Art. 103 Abs. 2, 20 Abs. 3 GG verfassungswidrigen **Vorverlagerung der Strafbarkeit** gesehen.¹⁴ Dies rügen auch die Bf.¹⁵

Die h.M. versucht das Problem durch eine weitgehende Gleichstellung einer bloßen Vermögensgefährdung mit einem tatsächlichen Vermögensnachteil zu lösen. Die Gefährdung muss demnach hinreichend konkret sein, „die Gefahr des Vermögensverlustes also so nahe liegend und groß sein, dass nach

digkeit in *Schönke/Schröder*, StGB, 28. Aufl. 2010, § 266 Rn. 25.

¹¹ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 105, 491/09 Rn. 47 ff. (Sämtliche genannten Rn. beziehen sich auf die juris-Veröffentlichung der Entscheidung).

¹² *Dierlamm*, in: MK, 2006, § 266 Rn. 3; *Kargl*, ZStW 2001, 565, 589; *Lesch*, DRiZ 2004, 135; skeptisch auch *Knauer*, NStZ 2002, 399.

¹³ *Alt Vater*, DRiZ 2004, 134; BVerfG NJW 1978, 1423; NJW 2009, 2370, 2371.

¹⁴ Auch skeptisch, aber bei entsprechend restriktiver Auslegung i.E. für verfassungsgemäß erachtend *Dierlamm*, in: MK, 2006, § 266 Rn. 3.

¹⁵ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 (Fn. 11) Rn. 50.

wirtschaftlicher Betrachtungsweise in dieser Gefährdung bereits eine Verschlechterung der gegenwärtigen Vermögenslage liegt¹⁶. Die Betonung dieser Definition liegt aber dennoch auf dem Vorliegen einer Gefahr. Der 1. Strafsenat des BGH bezeichnet diese Diskussion zumindest im Falle pflichtwidriger Kreditvergaben explizit als Scheinproblematik, da in diesen Fällen faktisch durch die Saldierung der ausbezahlten Geldsumme mit dem Wert des (geminderten) Rückzahlungsanspruchs bereits ein konkreter Vermögensschaden eingetreten sei.¹⁷

In einer früheren Entscheidung hatte das Bundesverfassungsgericht allerdings bereits die Verfassungsmäßigkeit der Figur der schadensgleichen Vermögensgefährdung in engen Grenzen grundsätzlich festgestellt.¹⁸

Ein generelles Problem betrifft die Überprüfung fachgerichtlicher Entscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG setzen für die Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde die mögliche Verletzung von Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten voraus. Damit ist das Bundesverfassungsgericht keine Superrevisionsinstanz, sondern ermöglicht lediglich einen außerordentlichen Rechtsbehelf zur Wahrung der verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen der Fachgerichtsbarkeit.¹⁹ Gerade im Bereich der Strafgerichtsbarkeit verschwimmen aber die Kompetenzgrenzen zwischen Bundesverfassungs- und Fachgerichten, da Entscheidungen der letzteren wegen

möglicher Bestrafungen regelmäßig eine erhöhte Grundrechtsrelevanz aufweisen. Insofern war zu klären, inwieweit die Kontrolldichte des Bundesverfassungsgerichts in Bezug auf solche Entscheidungen erhöht ist.

3. Kernaussagen der Entscheidung

a) Fallbezogene Aussagen

Die Verfassungsbeschwerden der Bf. zu 1. und 2. wurden als unbegründet zurückgewiesen, die des Bf. zu 3. für begründet erachtet.

Bzgl. der ersten Beschwerde stellt das Gericht die Verfassungsgemäßheit der Verurteilung fest.

Fraglich war hier, ob durch das Unterlassen der Offenbarung der schwarzen Kassen ein Vermögensabfluss (Nachteil) vorlag oder nur keine Zuwendung erfolgt sei und eine Nachteilszufügung damit nicht stattgefunden habe. Ergebe sich kein echter Minderwert, so liege bei dennoch erfolgreicher Gleichbehandlung eine verbotene Analogie vor.

Das Bundesverfassungsgericht hat keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegenüber der Rspr. des BGH, einen Nachteil durch Vergleich des **Istzustandes** mit dem im Falle pflichtgemäßen Handelns bestehenden **Sollzustand** (und nicht, wie z.T. in der Literatur vertreten, mit dem status quo ante) festzustellen. Beides ließe sich mit dem Wortlaut des § 266 StGB vereinbaren, wobei gerade bei ersterem Vorgehen eine klare Trennung von Pflichtwidrigkeit und Nachteil vorzunehmen sei, um den strafbarkeitsbeschränkenden Charakter des Nachteils zu erhalten.²⁰ Daran anschließend führt es aus, dass auch Gewinnaussichten im Sinne von Anwartschaften nach alltäglichen wirtschaftlichen Erfahrungen konkrete Vermögensrelevanz haben und deren **endgültige Vereitelung** als Nachteilszufügung gewertet werden kann. Auch wenn der Bf. die schwarzen Kassen nicht selbst eingerichtet habe,

¹⁶ Rengier (Fn. 6) § 18 Rn. 49 mit Verweis auf § 13 Rn. 83. Die Rspr. zusammenfassend auch BVerfG NJW 2009, 2370, 2372.

¹⁷ BGH JR 2008, 426, 428, Rn. 18 ff.; ablehnend Wessels/Hillenkamp, Strafrecht BT II, 32. Aufl. 2009, § 18 Rn. 775a. mwN. zur an der Figur der Vermögensgefährdung festhaltenden Rspr.

¹⁸ BVerfG NJW 2009, 2370, 2372 f.

¹⁹ Wieland, in: Dreier, GG, 2. Aufl. 2008, Art. 93 Rn. 34 ff.; Maunz/Dürig, GG, 58. Lfg. 2010, Art. 93 Rn. 65.

²⁰ BVerfG – 2 BvR 2559/08, Rn. 117 ff.

beinhalte bereits das **bloße Fortführen** das Element der Vereitelung, entscheidend sei die **Endgültigkeit und Dauerhaftigkeit** der Zurückhaltung des Geldes.²¹ Hierdurch ergebe sich ein echter Minderwert.

Dem Vorbringen des zweiten Bf., wonach die Auslegung des Merkmals der Vermögensbetreuungspflicht durch die Rspr. und insbesondere des befassten LG zu ungenau sei, ist das Gericht nicht gefolgt. Zwar verweise der § 266 StGB auf außerstrafrechtliche Normen zur Bestimmung des Inhalts der Vermögensbetreuungspflicht, wodurch die Gefahr begründet werde, dass die Voraussetzungen der Strafbarkeit nicht mehr erkennbar seien — allerdings führten wegen der notwendigen Flexibilität bzgl. sich ändernder Wirtschaftsverhältnisse gewisse **Randunschärfen noch nicht zur Verfassungswidrigkeit**, solange die Norm einer **restriktiven, präzisierenden Auslegung** im Sinne des Gesetzgebers zugänglich sei und eine gefestigte Rspr. bestehe.²² Diese konkretisierende Auslegung werde bei der Untreue dadurch erreicht, dass besondere Anforderungen auch an die außerstrafrechtlichen Wertungen gestellt werden. Den Täter müsse eine über den bloßen Vertragsbruch hinausgehende **herausgehobene Pflicht** zur Wahrung fremder Vermögensinteressen treffen. Zudem dürfe die Verletzung einer solchen Vermögensbetreuungspflicht nur in Konstellationen **deutlich (evident) pflichtwidrigen Verhaltens**²³ angenommen werden, um so die Vorhersehbarkeit der Strafdrohung und den Charakter der Untreue als Vermögensdelikt zu sichern. Beide Elemente liegen laut dem Bundesverfassungsgericht hier vor. Den Bf. habe die (Haupt)Pflicht der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit gem. § 4 Abs. 4 SGB V getroffen, die er durch die Bewilligung von Prämien deutlich missbraucht habe.

Die Beschwerde des dritten Bf. erachtete das Gericht hingegen für begründet. Zwar sei die Annahme der Verletzung der **Vermögensbetreuungspflicht** durch LG und BGH zutreffend. Es entspreche allgemeinen bankkaufmännischen Grundsätzen, Kredite nur nach sorgfältiger Bonitätsprüfung zu gewähren, was hier nicht geschah.

Hingegen halte hier im konkreten Fall die Annahme einer Nachteilszufügung in Form eines vermögensgleichen Gefährdungsschadens verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht stand. Der BGH hat einen derartigen Gefährdungsschaden angenommen, da die Auszahlung der Darlehensvaluta zu einem Zeitpunkt erfolgte, zu dem die finanzielle Situation des Kreditnehmers bereits sehr angespannt war. Damit sei der wirtschaftliche Wert des Rückzahlungsanspruchs bereits gemindert gewesen. Dieser Nachteil sei unabhängig von etwaigen Kompensationen eingetreten. Zwar erhebt das Bundesverfassungsgericht gegen das Abstellen auf das Institut des **Gefährdungsschadens** keine Bedenken, insbesondere erfolge keine Vorverlagerung der Strafbarkeit. Dies ergebe sich aus der Erwägung, dass sich Preise in einem marktorientierten Wirtschaftssystem auch nach Zukunftserwartungen richteten, also schon bei einer negativen Prognose ein gegenwärtiger Nachteil (z.B. in Form eines wertgeminderten Darlehensrückzahlungsanspruchs) anzunehmen sei. Die schadensgleiche Vermögensgefährdung weise also nicht auf einen Gefährdungstatbestand, sondern eine eingetretene Vermögensminderung hin. Deshalb sei aber bei der Annahme eines Gefährdungsschadens eine besonders sorgfältige **Bestimmung der konkreten Schadenshöhe erforderlich**, um den Untreuetatbestand nicht zu überdehnen. So sei das Nachteilsmerkmal anhand **objektiver Kriterien** zu ermitteln, also mittels wirtschaftlicher Analysen, falls nötig unter Hinzuziehung eines Sachverständigen. Prognosespielräume müssten durch vorsich-

²¹ BVerfG – 2 BvR 2559/08, Rn. 123.

²² BVerfG – 2 BvR 2559/08, Rn. 73 ff.

²³ BVerfG – 2 BvR 2559/08, Rn. 110.

tige Schätzungen ausgefüllt werden, im Zweifel müsse freigesprochen werden.²⁴ Diese Maßstäbe seien aber im vorliegenden Fall nicht eingehalten worden: Ein Schaden sei allein aufgrund normativer Wertungen bzgl. des eingegangenen Risikos angenommen worden. Da diese aber bereits i.R.d. Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht berücksichtigt wurden, seien die eigenständige Bedeutung des Nachteils verkannt und **beide Tatbestandsmerkmale „verschleift“** worden. Die Ermittlungen zur Bestimmung des eingetretenen Schadens seien damit unzureichend und evident ungeeignet zur Konturierung der Norm.²⁵ Dies stelle einen Verstoß gegen das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot dar.

b) Grundsätzliches zum verfassungsrechtlichen Maßstab

Das **strikte Bestimmtheitsgebot** des Art. 103 Abs. 2 GG richte sich einerseits an den Gesetzgeber, der gehalten sei, möglichst präzise Tatbestandsmerkmale mit klaren Kriterien der Strafbarkeit zu schaffen.²⁶ Andererseits richte es sich an die Gerichte mit dem Verbot strafbegründender Analogie²⁷, wie auch dem **Verschleifungsverbot** (s. oben). Somit werde der Gewaltentrennung Rechnung getragen.²⁸ Auch leitet das Gericht das **Präzisionsgebot für die Gerichte**²⁹ ab. Unpräzisen Tatbeständen sollten durch eine konkretisierende Judikatur gefestigte Konturen gegeben werden, um die Voraussetzungen der Strafbarkeit zu verdeutlichen.³⁰ Durch diese Vorgaben werde die Verfassungskonformität auch vergleichbar weiter Tatbestände, wie dem des § 266 StGB, gewährleistet.³¹

Das Bundesverfassungsgericht erkennt für sich zudem die Pflicht zur **umfassenden Kontrolle der Strafgerichtsbarkeit** im Hinblick auf die Einhaltung dieser Maßstäbe. Die Kompetenz ergebe sich aus dem strengen Gesetzesvorbehalt und der Abgrenzung von Judikative und Legislative in dem grundrechtssensiblen Bereich des Strafrechts und dem damit einhergehenden Bedürfnis demokratischer Legitimation, die Art. 103 Abs. 2 GG fordere.³² Das Bundesverfassungsgericht statuiert in Bezug auf solche unklaren Strafnormen eine gestufte Kontrolldichte: Das in der Regel durch höchstrichterliche Obersätze gefestigte Normverständnis unterliege nur einer auf evidente Verfassungsverstöße beschränkten Kontrolle, so dass die fachgerichtliche Verantwortung in Bezug auf nichtverfassungsrechtliche Fragen unberührt bleibe. Das Bundesverfassungsgericht prüfe aber das Bestehen einer gefestigten Rechtsprechung sowie die Vereinbarkeit gerichtlicher Entscheidungen mit dieser in vollem Umfang nach. Nur eine gefestigte und von allen Gerichten beachtete Rechtsprechung garantiere die Verfassungsmäßigkeit der Norm, indem sie die Bedingungen der Strafbarkeit hinreichend konkretisiere.³³

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

In seiner Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht die Verfassungsmäßigkeit des § 266 StGB richterlich festgestellt und Maßstäbe zur Auslegung des § 266 StGB entwickelt, die von den Fachgerichten beachtet werden müssen. Damit sind die immer wieder geäußerten Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des Untreuetatbestandes für die Praxis geklärt. Zudem werden die Gerichte eine strikere Trennung der Tatbestandsmerkmale zu beachten haben. Die Bestimmung der Nachteilszufügung ist dann wegen der oftmals

²⁴ BVerfG – 2 BvR 2559/08, Rn. 141, 150.

²⁵ BVerfG – 2 BvR 2559/08, Rn. 152 ff.

²⁶ BVerfG – 2 BvR 2559/08, Rn. 71 f.

²⁷ BVerfG – 2 BvR 2559/08, Rn. 68.

²⁸ BVerfG – 2 BvR 2559/08, Rn. 77.

²⁹ BVerfG – 2 BvR 2559/08, Rn. 80.

³⁰ BVerfG – 2 BvR 2559/08, Rn. 74 f.

³¹ BVerfG – 2 BvR 2559/08, Rn. 84 ff.

³² BVerfG – 2 BvR 2559/08, Rn. 69, 81.

³³ BVerfG – 2 BvR 2559/08, Rn. 82 f.

komplexen wirtschaftlichen Verhältnisse individuell im Wege von Einzelfallentscheidungen vorzunehmen. Dazu muss zukünftig eine genaue Auslegung des Nachteilsmerkmals, sei es auch als Gefährdungsschaden, und stets konkrete Feststellungen zur Schadenshöhe erfolgen, notfalls durch Hinzuziehung von Sachverständigen. Derartig präzise wirtschaftliche Feststellungen selbst treffen zu müssen, wird die Tatrichter als Juristen ohne vertiefte wirtschaftliche Kenntnisse künftig fordern.

Um das Merkmal der Pflichtwidrigkeit auch im Hinblick auf die Verweise in außerstrafrechtliche Normen einzugrenzen, wurde zudem klargestellt, dass nicht jede risikoreiche Entscheidung ein strafbares Verhalten darstellt. Vielmehr muss eine Pflichtverletzung evident, der Rahmen des zulässigen Verhaltens klar überschritten sein.

Nach Meinung des Bundesverfassungsgerichts erhöht der Gesetzesvorbehalt aus Art. 103 Abs. 2 GG die verfassungsgerichtliche Kontrolldichte. Abzuwarten bleibt, ob es zukünftig die Fachgerichte tatsächlich stärker und umfassender kontrolliert.

5. Kritik

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, § 266 StGB trotz seiner Unbestimmtheit wegen der jahrzehntelangen, festigenden Konkretisierung durch die Rechtsprechung als verfassungsgemäß zu erachten, ist aus Gründen der Praktikabilität grundsätzlich zu begrüßen. Allerdings stellt sich die Frage, wie dann frühere Verurteilungen wegen Untreue verfassungsrechtlich zu rechtfertigen sind. Wird die Norm erst durch eine konkretisierende Rechtsprechung der Obergerichte verfassungsgemäß, geht dies zu Lasten der vor Entstehung dieser gefestigten Rechtsprechung Verurteilten. Dagegen spricht auch nicht der Umstand, dass bereits das Reichsgericht vor Entstehung der Bundesrepublik mit der Konkretisierung des Tatbestands begonnen hatte, denn eine weitgehende Über-

nahme dieser Rechtsprechung durch den BGH nach 1949 war keineswegs selbstverständlich. Folglich fand die verfassungsmäßige Ausgestaltung erst durch diese frühen Entscheidungen statt, womit das Bundesverfassungsgericht heute im Umkehrschluss die Verfassungswidrigkeit dieser Verurteilungen wegen der damaligen Unbestimmtheit des Tatbestands feststellt.

Zudem gibt das Festhalten an der schadensgleichen Vermögensgefährdung Anlass zur Kritik. Zwar überzeugt die inhaltliche Seite dieser dogmatischen Figur, da gewisse Gefährdungen nach wirtschaftlicher Betrachtung tatsächlich bereits einen Nachteil begründen können. So stellt das Bundesverfassungsgericht selbst fest: „Die Ausdrücke „Gefährdungsschaden“ und „schadensgleiche Vermögensgefährdung“ weisen mithin in der Sache nicht etwa auf eine richterrechtlich geschaffene besondere Kategorie von Gefährdungsdelikten hin; sie bezeichnen vielmehr eine „nicht drohende, sondern eingetretene Vermögensminderung“.³⁴

Unter diesem Gesichtspunkt ist das Festhalten an der Bezeichnung einer bloßen Gefährdung irreführend, da hierdurch der Eindruck entsteht, es könne doch eine bloße Gefährdung ohne eingetretenen konkreten Schaden ausreichen. Bestehende Unsicherheiten wegen des Problems der Vorverlagerung der Strafbarkeit in Literatur und Rechtsprechung werden so gerade nicht beseitigt.

(Sebastian Leuschner und Franziska Nicolai)

³⁴ BVerfG – 2 BvR 2559/08, Rn. 141 mwN.