

**In dem Verfahren
über
die Verfassungsbeschwerde**

des Herrn S...,

- Bevollmächtigter: Rechtsanwalt Gerald Goecke,
Hamburger Chaussee 75, 24113 Kiel -

gegen a) den Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 17. Juli 2007 - 3 StR 207/07

-,

b) das Urteil des Landgerichts Kiel vom 6. Februar 2007 - 3 KLS 5/06 -

hat die 2. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts durch

die Richter Broß,
Di Fabio
und Landau

gemäß § 93b in Verbindung mit § 93a BVerfGG in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. August 1993 (BGBl I S. 1473) am 10. März 2009 einstimmig beschlossen:

Die Verfassungsbeschwerde wird nicht zur Entscheidung angenommen.

Gründe:

A.

Die Verfassungsbeschwerde betrifft die Vereinbarkeit des „Nachteils“ als Tatbestandsmerkmal des Untreuetatbestands in § 266 Abs. 1 StGB sowie seiner Auslegung durch die Gerichte mit dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG. 1

I.

1. Nachdem eine frühere Verurteilung des Beschwerdeführers in diesem Verfahren vom Bundesgerichtshof aufgehoben worden war, wurde er vom Landgericht Kiel mit Urteil vom 6. Februar 2007 wegen Untreue zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und zwei Monaten verurteilt, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wurde. 2

Der Verurteilung liegen im Wesentlichen folgende Feststellungen des Landgerichts zugrunde: 3

Der Beschwerdeführer beurkundete als Notar am 19. November 1999 einen Kaufvertrag über ein Grundstück mit einem teilsanierten Mehrfamilienhaus in Leipzig zu einem Kaufpreis von 3 Millionen DM. Die jetzigen Verkäufer hatten dieses Grundstück durch einen am 27. Mai 1999 ebenfalls vom Beschwerdeführer beurkundeten 4

Kaufvertrag zum Preis von 1,75 Millionen DM gekauft. Der Kaufpreis aus dem nunmehr geschlossenen Kaufvertrag sollte auf ein Notaranderkonto des Beschwerdeführers überwiesen werden. Die Kosten des Vertrages und seiner Durchführung sowie die anfallende Grunderwerbsteuer sollte der Käufer tragen. Zur Finanzierung des Kaufpreises nahm der Käufer ein Darlehen über 2,7 Millionen DM auf, das laut Darlehensvertrag durch eine erstrangige Grundschuld an dem Grundstück gesichert werden sollte. Die Grundschuldbestellung zugunsten der Darlehensgeberin beurkundete der Beschwerdeführer ebenfalls am 19. November 1999. Mit Schreiben vom 16. Dezember 1999 erteilte die Darlehensgeberin dem Beschwerdeführer einen Treuhandauftrag.

Darin hieß es, die Darlehensvaluta werde dem Beschwerdeführer zu treuen Händen auf dessen Notaranderkonto überwiesen. Über diesen Betrag dürfe der Beschwerdeführer nur verfügen, wenn

„1. Sie den Antrag auf Eintragung des für uns bestellten Grundpfandrechts nach Maßgabe der Bewilligung in der o.g. Urkunde unter Hinweis darauf, dass der Darlehensnehmer Kostenschuldner ist, beim zuständigen Grundbuchamt zur bedungenen Rangstelle gestellt haben und zwar auch in unserem Namen;

2. die Kosten gezahlt sind/für sie Sicherheit geleistet ist/Gebührenbefreiung vorliegt;

[...]“.

Es folgten weitere Auflagen. Der Beschwerdeführer nahm den Treuhandauftrag an. Der Darlehensbetrag ging am 17. Dezember 1999 auf seinem Notaranderkonto ein. An diesem Tag beantragte der Beschwerdeführer beim Grundbuchamt Leipzig die Umschreibung des Grundeigentums und die Eintragung der Grundschuld. Am 21. Dezember 1999 stellte eine Mitarbeiterin des Beschwerdeführers durch Nachfrage beim Grundbuchamt fest, dass der Eintragungsantrag vom 17. Dezember 1999 dort eingegangen war und keine weiteren Anträge vorlagen. Daraufhin zahlte der Beschwerdeführer die Darlehensvaluta aus. Er wusste, dass zu diesem Zeitpunkt die Kosten für die Eintragung der Grundschuld noch nicht gezahlt waren und auch weder Sicherheit für die Kosten geleistet war noch eine Gebührenbefreiung vorlag. Bewusst wahrheitswidrig teilte der Beschwerdeführer unter dem 22. Dezember 1999 der Darlehensgeberin mit, er habe über den Darlehensvertrag bestimmungsgemäß verfügt und sämtliche Treuhandaufgaben seien erfüllt.

Das Grundbuchamt teilte dem Beschwerdeführer mit Zwischenverfügung vom 21. Januar 2000 mit, dass die Eintragung des Eigentumswechsels unter anderem an der fehlenden Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamts scheitere. Am 5. Juni 2000 wies das Grundbuchamt den Eintragungsantrag aus diesem Grunde zurück. Die hiergegen gerichtete Beschwerde wurde vom Landgericht Leipzig zurückgewiesen. Der im Verbund gestellte Antrag auf Eintragung der Grundschuld hatte sich damit erledigt.

Mit Schreiben vom 1. August 2001 stellte der Beschwerdeführer einen neuen An-

trag auf Eigentumsumschreibung und Eintragung der Grundschuld. Nachdem die Eintragungskosten vom Käufer nicht gezahlt worden waren, wurde dieser Antrag am 5. November 2001 zurückgewiesen. Mit Schreiben vom 8. November 2002 widerrief die Rechtsnachfolgerin der Darlehensgeberin den Treuhandauftrag und forderte die Darlehensvaluta zurück. Am 3. Dezember 2002 überwies der Beschwerdeführer die Gerichtskosten von seinem Geschäftskonto und beantragte erneut die Eintragung der Grundschuld sowie die Eigentumsumschreibung. Nachdem der Beschwerdeführer auch die Kosten für die Löschung voreintragener Grundpfandrechte aus eigenen Mitteln gezahlt hatte, wurde am 7. März 2003 die Grundschuld eingetragen und das Eigentum auf den Käufer umgeschrieben. Die Rechtsnachfolgerin der Darlehensgeberin teilte nachfolgend mit, sie habe die Kredite des Käufers fällig gestellt; ihre Forderung bezüglich des hier betroffenen Objekts belaufe sich auf 1.858.508,70 € zzgl. Zinsen und Kosten ab dem 14. Mai 2004. Das Grundstück wurde später für 423.001 € zwangsversteigert.

2. Das Landgericht sah auf Grundlage dieser Feststellungen den Tatbestand der Untreue nach § 266 Abs. 1 StGB als erfüllt an. Der Missbrauch der durch den Treuhandauftrag eingeräumten Vermögensverfügungsbefugnis habe darin gelegen, dass der Beschwerdeführer am 21. Dezember 1999 die Darlehensvaluta von seinem Notaranderkonto ausgezahlt habe, obwohl eine der Auflagen aus dem Treuhandauftrag nicht erfüllt gewesen sei. Durch den Missbrauch der Verfügungsbefugnis sei der Darlehensgeberin eine Vermögenseinbuße in Höhe des Darlehensbetrages entstanden, weil der Beschwerdeführer nach Auszahlung vom Notaranderkonto nicht in der Lage gewesen sei, den Betrag an die Darlehensgeberin zurückzuzahlen, als diese den Treuhandauftrag widerrief. Dieser Vermögensverlust werde nicht dadurch kompensiert, dass die Darlehensgeberin durch die Auszahlung der Darlehensvaluta einen Rückzahlungsanspruch gegen den Darlehensnehmer erlangt habe. Unabhängig von der Bonität dieses Schuldners habe der Beschwerdeführer durch die Auszahlung entgegen der Bestimmungen des Treuhandauftrages verhindert, dass die Darlehensgeberin ohne Mitwirkung des Schuldners auf die dingliche Sicherheit zugreifen könne. Eine vollständige Kompensation des Vermögensabflusses sollte hier erst dadurch eintreten, dass der Rückzahlungsanspruch durch eine erstrangige Grundschuld gesichert war, deren Eintragung keine Hindernisse in Form von nicht gezahlten Kosten entgegenstanden. Es komme nicht darauf an, ob der Käufer oder der Beschwerdeführer finanziell in der Lage und bereit gewesen seien, die Kosten für die Eintragung der Grundschuld zu zahlen. Die Darlehensgeberin habe ausweislich des Treuhandauftrages eine Sicherung ihres Rückforderungsanspruchs durch eine Grundschuld gewollt, deren Eintragung nur noch vom Tätigwerden des Grundbuchamtes abhängen sollte und nicht darüber hinaus noch von einem Willensentschluss des Kostenschuldners oder gar eines Dritten.

Der Beschwerdeführer habe auch Vorsatz bezüglich der Verwirklichung des objektiven Tatbestands der Untreue gehabt. Er habe gewusst, dass bei Auszahlung der Darlehensvaluta eine Auflage des Treuhandauftrages noch nicht erfüllt sein konnte

12

13

und er so die Grenzen seiner Verfügungsbefugnis verletzte. Er habe gewusst, dass durch die Auszahlung vor Erfüllung aller Treuhandaufgaben der Rückzahlungsanspruch der Darlehensgeberin sowohl nach den vertraglichen Regelungen als auch nach den allgemeinen Bewertungsmaßstäben wirtschaftlich weniger wert gewesen sei als eine Forderung, die durch eine eintragungsfähige Grundschuld gesichert sei. Es liege daher beim Beschwerdeführer direkter Vorsatz vor.

3. Nachdem der Beschwerdeführer Revision eingelegt hatte, beantragte der Generalbundesanwalt mit Antragschrift vom 20. Juni 2007, die Revision als unbegründet zu verwerfen. Dazu gab der Beschwerdeführer eine Stellungnahme vom 13. Juli 2007 ab, in der er unter anderem rügte, die festgestellte Vermögensgefährdung sei kein Vermögensnachteil im Sinne von § 266 Abs. 1 StGB, da sich die Gefährdung nicht realisiert habe, und es sei kein Vorsatz in Bezug auf die Realisierung der Gefährdung festgestellt worden.

14

4. Der Bundesgerichtshof - 3. Strafsenat - hob mit Beschluss vom 17. Juli 2007 das Urteil des Landgerichts im Strafausspruch mit den zugehörigen Feststellungen auf und verwarf die weitergehende Revision als unbegründet. Zur Begründung führte der Bundesgerichtshof aus, die Überprüfung des Urteils zum Schuldspruch habe keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Beschwerdeführers ergeben. Durch seine Pflichtverletzung sei das Vermögen der Darlehensgeberin schadensgleich gefährdet worden und ihr ein Vermögensnachteil im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB entstanden, weil - nach Erledigung des Eintragungsantrages vom 17. Dezember 1999 - der Anspruch auf Rückzahlung des Darlehens nicht durch eine eintragungsbereite erstrangige Grundschuld, der andere Rechte nicht mehr vorgehen konnten, gesichert gewesen sei (vgl. § 17, § 18 Abs. 1 GBO). Die Aufhebung des Strafausspruchs erfolge, da aufgrund der Ausführungen des Landgerichts zu besorgen sei, dass die Kammer der Strafzumessung den der Darlehensgeberin letztlich erwachsenen Schaden in Höhe des Darlehensbetrages zugrunde gelegt habe. Dies wäre rechtsfehlerhaft, da im Jahr 2003 die Absicherung des Darlehens durch die Eintragung der erstrangigen Grundschuld erfolgt sei und die Darlehensgeberin somit nachträglich die vereinbarte Sicherheit erhalten habe. Zu dem ihr letztlich entstandenen Schaden wäre es auch dann gekommen, wenn der Rückzahlungsanspruch bereits bei der Auszahlung der Darlehensvaluta entsprechend der Treuhandvereinbarung gesichert gewesen sei.

15

II.

Mit der fristgerecht erhobenen Verfassungsbeschwerde rügt der Beschwerdeführer eine Verletzung von Art. 103 Abs. 2 und Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG.

16

Die Strafvorschrift des § 266 Abs. 1 StGB sei mit dem Bestimmtheitsgebot aus Art. 103 Abs. 2 GG unvereinbar. Das Tatbestandsmerkmal des „Nachteils“ lasse sich in seinem Anwendungsbereich mit den üblichen Auslegungsmethoden nicht in einer rechtsstaatlich noch vertretbaren Form begrenzen. Die verfassungswidrige Konturenlosigkeit dieses Begriffs werde durch die Rechtsprechung zur sogenannten schadensgleichen Vermögensgefährdung als Nachteil im Sinne von § 266 Abs. 1 StGB

17

belegt.

Falls § 266 Abs. 1 StGB noch mit dem Grundgesetz vereinbar sein sollte, verletze jedenfalls die Anwendung der Vorschrift durch die Gerichte in den angegriffenen Entscheidungen Art. 103 Abs. 2 GG. Der Wortlaut des § 266 Abs. 1 StGB trage keine Verurteilung wegen der hier in Rede stehenden Handlung. Es fehle an der Zufügung eines Nachteils. Die Strafbarkeit wegen Untreue für eine im Ergebnis folgenlos gebliebene Handlung zu bejahen, die bei ihrer Vornahme lediglich eine ohne weiteres endgültig und ohne Folgewirkungen zu beseitigende Gefährdung einer Vermögensposition verursacht habe, führe dazu, dass aus dem Erfolgsdelikt des § 266 Abs. 1 StGB ein Gefährdungsdelikt werde und die Strafbarkeit in einen Bereich vorverlagert werde, die allenfalls dem Versuch einer Straftat zuzuordnen wäre. Bei der Auslegung des Tatbestandsmerkmals des Vermögensnachteils müsse jedoch berücksichtigt werden, dass § 266 Abs. 1 StGB ein Erfolgsdelikt sei und sich der Gesetzgeber zudem ausdrücklich gegen eine Versuchsstrafbarkeit in § 266 StGB entschieden habe. Ein Vermögensnachteil müsse in einer für den Normadressaten nachvollziehbaren Weise wirtschaftlich messbar, zumindest aber schätzbar sein, was auf die fehlende Eintragungsreife der Grundschuld zum Zeitpunkt der Auszahlung der Darlehenssumme von dem Notaranderkonto nicht zutreffe. Durch die grundbuchrechtliche Sperrwirkung des gestellten Eintragungsantrags habe es sich nicht ausgewirkt und auch nicht auswirken können, dass die Gerichtskosten erst nachträglich eingezahlt worden seien.

18

Außerdem sei im Urteil des Landgerichts kein Vorsatz in Bezug auf die Realisierung der Gefahr für eine Vermögensposition festgestellt worden, was aber nach der Entscheidung des 2. Strafsenats des Bundesgerichtshofs vom 18. Oktober 2006 - 2 StR 499/05 - (BGHSt 51, 100) aus rechtsstaatlichen Gründen zwingend geboten sei. Aus diesem Umstand ergebe sich auch eine Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG. Da der 3. Strafsenat die Revision gegen den Schuldspruch verworfen habe, könne dies nur auf einer Abweichung von der Entscheidung des 2. Strafsenats zur Rechtsfrage des Vorsatzes bei einer Vermögensgefährdung als Nachteil im Sinne von § 266 Abs. 1 StGB beruhen. Die daraus folgende Pflicht zur Vorlage an den Großen Senat für Strafsachen nach § 132 Abs. 2 GVG habe der 3. Strafsenat nicht erfüllt.

19

B.

Die Verfassungsbeschwerde wird nicht zur Entscheidung angenommen, weil die Annahmenvoraussetzungen des § 93a Abs. 2 BVerfGG nicht vorliegen. Die Verfassungsbeschwerde hat keine Aussicht auf Erfolg. Sie ist unbegründet. Die angegriffenen Entscheidungen verletzen den Beschwerdeführer nicht in seinen Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten.

20

I.

1. Die Strafvorschrift des § 266 Abs. 1 StGB verstößt jedenfalls nicht ohne weiteres

21

gegen das Bestimmtheitsgebot aus Art. 103 Abs. 2 GG, soweit darin das Tatbestandsmerkmal des Zufügens eines (Vermögens-)Nachteils verwendet wird.

a) Art. 103 Abs. 2 GG gewährleistet, dass eine Tat nur bestraft werden kann, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde. Dies verpflichtet den Gesetzgeber, die Voraussetzungen der Strafbarkeit so genau zu umschreiben, dass Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände für den Normadressaten schon aus dem Gesetz selbst zu erkennen sind und sich durch Auslegung ermitteln und konkretisieren lassen (vgl. BVerfGE 75, 329 <340 f.>; 78, 374 <381 f.>; 105, 135 <152 f.>). Das Grundgesetz will auf diese Weise sicherstellen, dass jedermann sein Verhalten auf die Strafrechtsslage eigenverantwortlich einrichten kann und keine unvorhersehbaren staatlichen Reaktionen befürchten muss (vgl. BVerfGE 64, 369 <393 f.>; 85, 69 <72 f.>; 95, 96 <131>). Art. 103 Abs. 2 GG sorgt zugleich dafür, dass im Bereich des Strafrechts nur der Gesetzgeber abstrakt-generell über die Strafbarkeit entscheidet (vgl. BVerfGE 105, 135 <153>). Das Gebot der Gesetzesbestimmtheit bedeutet aber nicht, dass der Gesetzgeber gezwungen ist, sämtliche Straftatbestände ausschließlich mit deskriptiven, exakt erfassbaren Tatbestandsmerkmalen zu umschreiben (vgl. BVerfGE 48, 48 <56>). Generalklauseln oder unbestimmte, wertausfüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht sind nicht von vornherein verfassungsrechtlich zu beanstanden. Gegen ihre Verwendung bestehen jedenfalls dann keine durchgreifenden Bedenken, wenn sich mit Hilfe der üblichen Auslegungsmethoden, insbesondere durch Heranziehung anderer Vorschriften desselben Gesetzes und durch Berücksichtigung des Normzusammenhanges, oder aufgrund einer gefestigten Rechtsprechung eine zuverlässige Grundlage für die Auslegung und Anwendung der Norm gewinnen lässt, so dass der Einzelne die Möglichkeit hat, den durch die Strafnorm geschützten Wert sowie das Verbot bestimmter Verhaltensweisen zu erkennen und die staatliche Reaktion vorauszusehen (vgl. BVerfGE 45, 363 <371 f.>; 48, 48 <56 f.>; 86, 288 <311>).

22

b) Daran gemessen ist das Tatbestandsmerkmal des Nachteils noch hinreichend bestimmt. Die Rechtsprechung erhält ausreichende Vorgaben für die ihr anvertraute Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals und ist im Übrigen bemüht, den sehr weiten Tatbestand der Untreue weiter einzugrenzen.

23

aa) Der „Nachteil“ für das betroffene Vermögen ist ein weiter Begriff, der jedoch einen allgemein verständlichen Bedeutungsgehalt hat. Seinem umgangssprachlichen Wortsinn nach ist der „Nachteil“ ein „Schaden, Verlust, ungünstige Lage“ (Wahrig, Deutsches Wörterbuch, 2001, S. 903) oder „etwas, was sich für jemanden gegenüber einem anderen negativ auswirkt, ihn beeinträchtigt, ihm schadet“ (Duden, Deutsches Universalwörterbuch, 5. Aufl. 2003, S. 1120). Bereits nach dem von Jacob und Wilhelm Grimm begonnenen Deutschen Wörterbuch war die übliche Bedeutung von Nachteil „ein als Minderung, Verschlechterung erscheinendes Übel, überhaupt Schaden, Verlust, Abbruch, Beeinträchtigung“ (Band 7, 1889 <Nachdruck 1984>, Sp. 184).

24

bb) Dieser umgangssprachliche Wortsinn stimmt überein mit der Auslegung des Begriffs des Nachteils im Strafgesetzbuch. Die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Literatur versteht unter dem Nachteil eine durch die Tathandlung verursachte Vermögensminderung. Der Vermögensnachteil ist durch einen Vergleich des Vermögens, das der Geschädigte vor der Untreuehandlung hatte, mit dem Vermögen, über das er infolge der Untreuehandlung verfügt, festzustellen (vgl. BGHSt 15, 342 <343 f.>; BGH, Urteil vom 27. Februar 1975 - 4 StR 571/74 -, NJW 1975, S. 1234 <1235>; Dierlamm, in: Münchener Kommentar zum StGB, 1. Aufl. 2006, § 266 Rn. 178; Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl. 2006, § 266 Rn. 40). Zum Vermögen gehört dabei nach der hierfür maßgeblichen wirtschaftlichen Betrachtungsweise alles, was in Geldwert messbar ist (vgl. BGH, Urteil vom 27. Februar 1975 - 4 StR 571/74 -, NJW 1975, S. 1234 <1235>). Bleibt danach der Vermögensstand nach der treuwidrigen Handlung hinter dem ursprünglichen Vermögensstand zurück, so liegt ein Vermögensnachteil im Sinne des § 266 StGB vor.

25

cc) Eine vergleichbare Auslegung erfährt der Begriff des (Vermögens-)Schadens im Betrugstatbestand des § 263 StGB. Das Strafrecht folgt der Überschneidung im Wortsinn der Begriffe „Nachteil“ und „Schaden“. Nach allgemeiner Meinung entspricht der Begriff des Nachteils in § 266 StGB dem des Schadens in § 263 StGB (vgl. BGHSt 15, 342 <343 f.>; Lackner/Kühl, StGB, 26. Aufl. 2007, § 266 Rn. 17; Schünemann, in: Leipziger Kommentar zum StGB, 11. Aufl. 2005, § 266 Rn. 132; Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl. 2006, § 266 Rn. 39; ebenso für den Vermögensnachteil in § 253 StGB: BGHSt 34, 394 <395>). Der Vermögensnachteil in § 266 Abs. 1 StGB und § 253 Abs. 1 StGB (Erpressung) sowie der Vermögensschaden in § 263 Abs. 1 StGB und § 263a Abs. 1 StGB (Computerbetrug) sind die überlieferten und durch eine jahrzehntelange Rechtsprechung präzisierten Begriffe für den tatbestandlichen Erfolg der Vermögensdelikte. Bereits der Untreuetatbestand in § 266 Abs. 1 des Reichsstrafgesetzbuchs vom 15. Mai 1871 (RGBl I S. 127) enthielt das Tatbestandsmerkmal des Handelns oder Verfügens „zum Nachteile“ des Auftraggebers oder der Personen oder Sachen, die der Aufsicht des Täters anvertraut sind, sowie das „Benachteiligen“ der Personen, deren Geschäfte der Täter zu besorgen hat. Die Neufassung des Tatbestands durch das Gesetz zur Änderung strafrechtlicher Vorschriften vom 26. Mai 1933 (RGBl I S. 295) gab der Tathandlung ihren heutigen Inhalt, behielt jedoch das Zufügen eines Nachteils als Taterfolg bei.

26

dd) Die Rechtsprechung erhält damit noch ausreichende Vorgaben für die ihr anvertraute Auslegung des Merkmals des Vermögensnachteils. Der Gesetzgeber hat hier angesichts der Notwendigkeit, den tatbestandlichen Erfolg in einer Weise zu umschreiben, die alle nach dem Normzweck strafwürdigen Folgen des ungetreuen Handelns erfasst und zudem zukunfts offen für neue wirtschaftliche Zusammenhänge bleibt, einen weiteren Begriff gewählt. Für den einzelnen Bürger ist dabei jedenfalls das Risiko einer Strafbarkeit noch ausreichend deutlich erkennbar.

27

2. Die Anwendung des Untreuetatbestands in den hier angegriffenen Entscheidungen verstößt nicht gegen das Bestimmtheitsgebot. Die Auffassung, das Tatbestands-

28

merkmal des Vermögensnachteils im Sinne von § 266 Abs. 1 StGB sei durch den vorliegenden Sachverhalt erfüllt, überschreitet nicht die nach Art. 103 Abs. 2 GG zu wahren Grenzen zulässiger richterlicher Auslegung.

a) Für die Rechtsprechung folgt aus dem Erfordernis gesetzlicher Bestimmtheit ein Verbot strafbegründender oder strafverschärfender Analogie (vgl. BVerfGK 4, 261 <265>). Dabei ist Analogie nicht im engeren technischen Sinne zu verstehen. Ausgeschlossen ist vielmehr jede Rechtsanwendung, die über den Inhalt einer gesetzlichen Sanktionsnorm hinausgeht (vgl. BVerfGE 71, 108 <115>). Der mögliche Wortsinn markiert die äußerste Grenze zulässiger richterlicher Interpretation (vgl. BVerfGE 71, 108 <115>; 87, 209 <224>; 92, 1 <12>). Damit wird jede Auslegung einer Strafbestimmung ausgeschlossen, die den Inhalt der gesetzlichen Sanktionsnorm erweitert und damit Verhaltensweisen in die Strafbarkeit einbezieht, die die Tatbestandsmerkmale der Norm nach deren möglichem Wortsinn nicht erfüllen (vgl. BVerfGE 85, 69 <73>).

29

b) Diesen Anforderungen werden die angegriffenen Entscheidungen gerecht. Die in ihnen gefundene Auslegung des Begriffs „Nachteil“ überschreitet nicht den Wortsinn als äußerste Grenze zulässiger richterlicher Auslegung im Strafrecht.

30

aa) Der Bundesgerichtshof folgt in der hier vorliegenden Revisionsentscheidung der bisherigen Rechtsprechung zur sogenannten schadensgleichen Vermögensgefährdung als Nachteil im Sinne von § 266 Abs. 1 StGB. Diese Auslegung des Nachteilsbegriffs ist mit dem Bestimmtheitsgebot grundsätzlich zu vereinbaren.

31

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann ein Nachteil im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB auch dann vorliegen, wenn Vermögenswerte konkret gefährdet sind, so dass nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise bereits eine Verschlechterung der gegenwärtigen Vermögenslage eingetreten ist (vgl. BGHSt 44, 376 <384>; 48, 354 <357>; 51, 100 <113 f.>; „schadensgleiche Vermögensgefährdung“ oder „Gefährdungsschaden“). Die Auslegung des Nachteilsbegriffs in der Weise, dass auch die schadensgleiche Vermögensgefährdung erfasst wird, wurde aus der Rechtsprechung zum Schaden im Betrugstatbestand des § 263 StGB übernommen. Dort wurde zuerst nach der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise ein Vermögensschaden nicht nur im tatsächlichen Verlust eines Vermögenswertes, sondern schon in der konkreten Gefährdung vermögenswerter Positionen gesehen (vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 20. Mai 1998 - 2 BvR 1385/95 -, NJW 1998, S. 2589 <2590>; BGHSt 21, 112 <113>; 23, 300 <303>). Der Gefährdungsschaden wird dem endgültigen Schaden in § 266 Abs. 1 StGB wie in § 263 StGB grundsätzlich gleichgestellt (vgl. BGHSt 51, 100 <120>).

32

Das Reichsgericht entschied schon im Jahr 1887, dass auch eine Vermögensgefährdung als ein Schaden im Sinne von § 263 oder als ein Nachteil nach § 266 zu qualifizieren ist, wenn sie nach wirtschaftlicher Betrachtung bereits gegenwärtig den Vermögenswert vermindert (vgl. RGSt 16, 1 <11> zu § 263 RStGB; RGSt 16, 77 <81> zu § 266 RStGB). Die Entwicklung der Vermögensgefährdung in der Recht-

33

sprechung erfolgte vornehmlich in Fallgruppen, so wenn die Geltendmachung oder Verteidigung von Vermögensrechten erschwert oder verhindert wird, etwa durch Schaffung eines erheblichen Prozessrisikos (vgl. BGHSt 21, 112 <113> zu § 263 StGB; BGHSt 44, 376 <386>) oder aufgrund unordentlicher Buchführung (vgl. BGHSt 47, 8 <11>); das Entziehen von Vermögenswerten unter Einrichtung einer „schwarzen Kasse“ als geheimem, keiner tatsächlich wirksamen Zweckbindung unterliegendem Dispositionsfonds, um nach eigenem Gutdünken des Täters über diese Gelder zu verfügen (vgl. BGHSt 40, 287 <296>; 51, 100 <113>) oder die Kreditvergabe nach unzureichender Bonitätsprüfung, die zu einer über das allgemeine Risiko bei Kreditgeschäften hinausgehenden Gefährdung des Rückzahlungsanspruchs führt (vgl. BGHSt 46, 30 <34>; 47, 148 <157>).

bb) Art. 103 Abs. 2 GG steht einer zu weiten Auslegung des Nachteilsbegriffs in § 266 Abs. 1 StGB entgegen. Die Abgrenzungen, welche die Rechtsprechung zur Bestimmung der schadensgleichen Vermögensgefährdung entwickelt hat, halten die Auslegung jedoch grundsätzlich noch im zulässigen Rahmen (a.A. Bernsmann, GA 2007, S. 219 <229>). Diese Abgrenzungen sind jedoch bei der Anwendung des § 266 StGB stets strikt zu beachten, um einer weiteren Aufweichung der Konturen des Nachteilsbegriffs entgegenzuwirken.

34

Da Art. 103 Abs. 2 GG sicherstellen soll, dass die abstrakt-generellen Voraussetzungen der Strafbarkeit durch den Gesetzgeber bestimmt werden, muss bei der Auslegung von § 266 Abs. 1 StGB beachtet werden, dass es sich nach der gesetzlichen Ausgestaltung des Untreuetatbestands um ein Verletzungsdelikt, nicht um ein Gefährdungsdelikt handelt, und der Tatbestand keine Versuchsstrafbarkeit enthält. Eine zu weite Einbeziehung von Gefährdungslagen als Vermögensnachteil könnte zu einer Vorverlagerung der Strafbarkeit in den Versuchsbereich führen, die der Gesetzgeber gerade nicht vorgesehen hat (vgl. Riemann, Vermögensgefährdung und Vermögensschaden, 1989, S. 157; Saliger, HRRS, 2006, S. 10 <12>; Bernsmann, GA 2007, S. 219 <230>; Dierlamm, in: Münchener Kommentar zum StGB, 1. Aufl. 2006, § 266 Rn. 186; zu diesen Bedenken vgl. auch den 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs in BGHSt 51, 100 <121>). Die Einführung einer Versuchsstrafbarkeit für den Untreuetatbestand wurde zuletzt im Jahr 1998 abgelehnt; eine entsprechende im Entwurf für das 6. Strafrechtsreformgesetz vorgesehene Änderung von § 266 Abs. 2 StGB (vgl. BTDrucks 13/8587, S. 43) wurde nicht in das Gesetz übernommen. Obwohl eine ausgedehnte Vollendungsstrafbarkeit als solche kein Problem der Normbestimmtheit sein muss (vgl. BVerfGK 9, 169 <171>), hängt doch die Annahme eines (vollendeten) Nachteils im Rahmen des § 266 Abs. 1 StGB und damit überhaupt die Feststellung eines strafbaren Verhaltens von der Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals ab, die ihrerseits strikt an Art. 103 Abs. 2 GG zu messen ist. Da der Tatbestand der Untreue im Gegensatz zum Betrug nicht das einschränkende subjektive Tatbestandsmerkmal der Bereicherungsabsicht enthält, bewegt sich gerade bei der Anwendung des Nachteilsbegriffs auf Vermögensgefährdungen die Auslegung an den äußersten noch zulässigen Grenzen (vgl. zu diesbezüglichen Bedenken BGHSt

35

51, 100 <121>).

Die Rechtsprechung hat entsprechend den verfassungsrechtlichen Vorgaben Kriterien zur Abgrenzung zwischen einer bloß abstrakten Gefährdungslage und einer konkreten, schadensgleichen Vermögensgefährdung entwickelt, um zu bestimmen, wann eine Gefahrensituation eine solche Intensität erreicht hat, dass sie einer endgültigen Vermögenseinbuße gleichgestellt werden kann. Die erforderliche „Konkretheit“ der Gefahr wird in mehrerer Hinsicht präzisiert. In zeitlicher Hinsicht muss mit dem alsbaldigen Eintritt eines entsprechenden endgültigen Schaden zu rechnen sein (vgl. BGHSt 40, 287 <296>; vgl. auch Dierlamm, in: Münchener Kommentar zum StGB, 1. Aufl. 2006, § 266 Rn. 199). Ein weiteres Kriterium setzt an der Vermeidemacht des potentiell Geschädigten an. Es muss eine vom Berechtigten nicht mehr zu kontrollierende und nur noch im Belieben des Täters stehende Möglichkeit des endgültigen Vermögensverlustes bestehen (vgl. BGHSt 51, 100 <113>; vgl. auch Schünemann, in: Leipziger Kommentar zum StGB, 11. Aufl. 2005, § 266 Rn. 146). Eine schadensgleiche Vermögensgefährdung kann auch nur dann bejaht werden, wenn die sie begründenden Tatsachen feststehen, nicht aber schon dann, wenn sie nur wahrscheinlich oder gar möglicherweise vorliegen (vgl. BGH, Beschluss vom 2. September 1994 - 2 StR 381/94 -, StV 1995, S. 24 - zu § 263 StGB; vgl. dazu auch Dierlamm, in: Münchener Kommentar zum StGB, 1. Aufl. 2006, § 266 Rn. 196).

36

Zudem soll der weitgesteckte Rahmen des äußeren Tatbestands des § 266 StGB eine besonders sorgfältige Feststellung des inneren Tatbestands erforderlich machen (vgl. BGHSt 3, 23 <25>; BGH, Beschluss vom 26. August 2003 - 5 StR 188/03 -, wistra 2003, S. 463 <464>). Das soll vor allem gelten, wenn lediglich bedingter Vorsatz in Betracht kommt oder der Täter nicht eigennützig gehandelt hat (vgl. BGH, Urteil vom 27. Februar 1975 - 4 StR 571/74 -, NJW 1975, S. 1234 <1236>; BGH, Urteil vom 11. November 1982 - 4 StR 406/82 -, NJW 1983, S. 461; BGHSt 47, 295 <302>; BGH, Beschluss vom 26. August 2003 - 5 StR 188/03 -, wistra 2003, S. 463 <464>).

37

cc) Die Annahme eines Vermögensnachteils in Form einer schadensgleichen Vermögensgefährdung begegnet im vorliegenden Fall keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Der Eintritt eines Nachteils durch die Auszahlung eines noch ungesicherten Darlehensbetrages erfüllt auch bei der gebotenen restriktiven Auslegung der schadensgleichen Vermögensgefährdung die Voraussetzungen eines Vermögensnachteils, zumal der Marktwert einer ungesicherten (Darlehens-)Forderung deutlich niedriger liegt, als der einer gesicherten.

38

Der Bundesgerichtshof sah hier die Auszahlung eines entgegen der Auflagen des Treuhandauftrages noch ungesicherten Darlehens als Fall der schadensgleichen Vermögensgefährdung an. Diese erkennbar an der ständigen Rechtsprechung zu diesem Institut orientierte Einordnung ist vertretbar und deshalb von Verfassungs wegen hinzunehmen. Eine Grundrechtswidrigkeit liegt (noch) nicht vor, wenn die Anwendung einfachen Rechts durch den hierzu zuständigen Richter zu einem Ergebnis führt, über dessen „Richtigkeit“ sich streiten lässt (vgl. BVerfGE 18, 85 <93>; 62, 189

39

<192>). Entscheidend ist, dass das Risiko strafgerichtlicher Verfolgung auf der Grundlage eines objektiven Maßstabs, nämlich aus Sicht des Bürgers nicht wirklich zweifelhaft sein konnte. Dass dieses Risiko auch von dem Beschwerdeführer erkannt worden ist, steht nach den Urteilsfeststellungen außer Frage.

dd) Wenn ein Notar unter Verletzung des Treuhandauftrages der Darlehensgeberin ein Darlehen auszahlt, obwohl die Bedingung der Sicherstellung einer erstrangigen Grundschuld noch nicht erfüllt ist, besteht der Schaden der Darlehensgeberin darin, dass sie nur eine ungesicherte und damit in ihrem Wert zweifelhafte Darlehensforderung erhält (vgl. zur entsprechenden zivilrechtlichen Beurteilung BGH, Urteil vom 19. März 1987 - IX ZR 166/86 -, NJW 1987, S. 3201 <3202>). Für die Annahme einer vollwertigen Sicherheit, wie sie im vorliegenden Fall nach den Bedingungen des Treuhandauftrages die Ansprüche der Darlehensgeberin sichern sollte, wäre eine eintragungsbereite erstrangige Grundschuld erforderlich gewesen, deren Eintragung an der geforderten Rangstelle nur noch das Tätigwerden des Grundbuchamts voraussetzt. Nach § 17 GBO wirkte der vor Auszahlung des Darlehensbetrages vom Notaranderkonto gestellte Antrag auf Eintragung der Grundschuld zwar rangwährend, da ein früher gestellter Eintragungsantrag erst erledigt sein muss, bevor eine später beantragte Eintragung erfolgen darf. Nachdem der vom Beschwerdeführer gestellte Antrag auf Eintragung der erstrangigen Grundschuld aber erledigt worden war, indem er mit dem im Verbund gestellten Antrag auf Eigentumsumschreibung zurückgewiesen wurde (vgl. § 16 Abs. 2 GBO), hatte die Darlehensgeberin endgültig einen Darlehensbetrag ohne dingliche Sicherung aus der Hand gegeben. Der Weg wäre für andere Anträge auf Grundschuldeintragung frei gewesen, etwa auch im Wege der Zwangsvollstreckung durch weitere Gläubiger, welche die erste Rangstelle für die Darlehensgeberin blockiert hätten. Die Auszahlung des Darlehens vor Sicherstellung aller Eintragungsvoraussetzungen für die Grundschuld gefährdete damit das Vermögen der Darlehensgeberin in einer Weise, die zeitnah und unmittelbar in einen endgültigen Vermögensverlust umschlagen konnte. Die Darlehensgeberin hatte mit der pflichtwidrigen Auszahlung des Darlehens keinen Zugriff mehr auf diesen Vermögenswert. Die Erfüllung der Voraussetzungen für die Eintragung der Grundschuld lag nicht in ihrer Hand.

40

Auch die Feststellung des Vorsatzes bezüglich der Herbeiführung eines Vermögensnachteils ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers kommt es dabei nicht darauf an, ob an den bedingten Vorsatz im Fall einer schadensgleichen Vermögensgefährdung weitergehende Anforderungen in der Weise zu stellen sind, dass der Täter die konkrete Gefahr des endgültigen Vermögensverlustes erkannt und zudem deren Realisierung gebilligt haben muss (so BGHSt 51, 100 <121> (2. Strafsenat); a.A. BGH, Beschluss vom 30. März 2008 - 1 StR 488/07 -, NJW 2008, S. 2451 <2452>). Eine solche einschränkende Rechtsauslegung kann gerade dem Bestimmtheiterfordernis aus Art. 103 Abs. 2 GG Rechnung tragen. Im vorliegenden Fall stellte das Landgericht jedoch fest, dass der Beschwerdeführer auch bezüglich der Herbeiführung eines Vermögensnachteils

41

mit direktem, nicht nur bedingtem Vorsatz gehandelt hat. Der Vermögensnachteil bestand nach dem Urteil des Landgerichts darin, dass der ungesicherte Darlehensrückzahlungsanspruch wirtschaftlich weniger wert sei als ein Anspruch, der durch eine eintragungsfähige Grundschuld gesichert ist (Urteilsgründe S. 16). Der Beschwerdeführer zahlte den Darlehensbetrag in dem Wissen aus, dass die Kosten für die Eintragung der Grundschuld nicht gezahlt waren und die Eintragung daher ungewiss war (Urteilsgründe S. 6). Nach diesen Feststellungen trat die Vermögenseinbuße als effektiver Nachteil bereits mit Auszahlung des noch ungesicherten Darlehens ein, die mit Wissen und Wollen des Beschwerdeführers erfolgte. Dies ließ für das Landgericht in einer - zumindest nicht willkürlichen - Weise den Schluss zu, der Beschwerdeführer habe mit direktem Vorsatz („dolus directus II. Grades“, Urteilsgründe S. 16) gehandelt. Der Bundesgerichtshof beanstandete diese Feststellungen zum Vorsatz in seiner Revisionsverwerfung hinsichtlich des Schuldpruchs nicht. Auf die Frage, in welchem Maße der Beschwerdeführer die Möglichkeit des weiteren Geschehensablaufs erkannte und billigte, kam es daher nicht mehr an.

II.

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG ist nicht verletzt.

42

1. Ein Verfahrensbeteiligter kann zwar dadurch seinem gesetzlichen Richter entzogen werden, dass ein Gericht die Verpflichtung zur Vorlage an ein anderes Gericht willkürlich außer Acht lässt (vgl. BVerfGE 3, 359 <364>; 9, 213 <215 f.>). Die Voraussetzungen einer Vorlage an den Großen Senat für Strafsachen des Bundesgerichtshofs nach § 132 Abs. 2 GVG lagen im vorliegenden Fall für den 3. Strafsenat aber nicht vor. Nach § 132 Abs. 2 GVG entscheidet der Große Senat für Strafsachen, wenn ein Strafsenat in einer Rechtsfrage von der Entscheidung eines anderen Strafsenats abweichen will. Eine Abweichung im Sinne dieser Vorschrift liegt vor, wenn ein Strafsenat dieselbe Rechtsfrage anders als ein anderer beantworten möchte und die divergierenden Rechtsauffassungen entscheidungserheblich sind. Dieselbe Rechtsfrage liegt immer dann vor, wenn wegen der Gleichheit des Rechtsproblems die Entscheidung ohne Rücksicht auf die Verschiedenheit der Fälle oder der anwendbaren Vorschriften nur einheitlich ergehen kann.

43

2. Das Urteil des 2. Strafsenats vom 18. Oktober 2006 - 2 StR 499/05 - (vgl. BGHSt 51, 100), auf das der Beschwerdeführer hinweist, betraf jedoch eine andere Rechtsfrage, die sich für den 3. Strafsenat in dem hier vorliegenden Fall nicht stellte. Der 2. Strafsenat entschied dort, dass bei der Untreue nach § 266 StGB der bedingte Vorsatz eines Gefährdungsschadens nicht nur Kenntnis des Täters von der konkreten Möglichkeit eines Schadenseintritts und das Inkaufnehmen dieser konkreten Gefahr voraussetze, sondern darüber hinaus eine Billigung der Realisierung dieser Gefahr (vgl. BGHSt 51, 100 <121>; fortgeführt in BGH, Beschluss vom 25. Mai 2007 - 2 StR 469/06 -, NStZ 2007, S. 704 <705>). Der 2. Strafsenat entschied also allein über die Anforderungen an den bedingten Vorsatz eines Gefährdungsschadens. Wie der 2. Strafsenat selbst in einer späteren Entscheidung betonte, kommt es dagegen auf den

44

vom Senat im Urteil vom 18. Oktober 2006 - 2 StR 499/05 - entschiedenen Rechtsatz nicht an, wenn direkter Vorsatz hinsichtlich des Gefährdungsschadens vorliegt (vgl. BGH, Beschluss vom 25. April 2007 - 2 StR 25/07 -, wistra 2007, S. 306 <307>). Im vorliegenden Fall hatte der 3. Strafsenat jedoch über einen Fall des direkten Vorsatzes zu entscheiden. Das Landgericht hatte in seinem Urteil festgestellt, dass der Beschwerdeführer den Vermögensnachteil mit direktem Vorsatz herbeiführte (Urteilsgründe S. 6, 16). Diese Feststellungen ließ der Bundesgerichtshof unbeanstandet und legte sie seiner Revisionsentscheidung zugrunde.

Diese Entscheidung ist unanfechtbar.

45

Broß

Di Fabio

Landau

**Bundesverfassungsgericht, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom
10. März 2009 - 2 BvR 1980/07**

Zitiervorschlag BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom
10. März 2009 - 2 BvR 1980/07 - Rn. (1 - 45), [http://www.bverfg.de/e/
rk20090310_2bvr198007.html](http://www.bverfg.de/e/rk20090310_2bvr198007.html)

ECLI ECLI:DE:BVerfG:2009:rk20090310.2bvr198007