

Ausführungen zum Untreuetatbestand

II.

<85> Nach diesen Maßstäben ist der Untreuetatbestand in seiner geltenden Fassung mit dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG noch zu vereinbaren. § 266 Abs. 1 StGB lässt ein Rechtsgut ebenso klar erkennen wie die besonderen Gefahren, vor denen der Gesetzgeber dieses mit Hilfe des Tatbestands schützen will (1.). Vor diesem Hintergrund kann der Tatbestand trotz seiner Weite und damit einhergehenden relativen Unschärfe (2.) hinreichend restriktiv und präzisierend ausgelegt werden, um den unter dem Gesichtspunkt ausreichender Bestimmtheit bestehenden Bedenken angemessen Rechnung zu tragen (3.).

<86> 1. a) § 266 Abs. 1 StGB schützt das Vermögen im Sinne der Gesamtheit der geldwerten Güter einer Person (vgl. BGHSt 43, 293 <297>; BGH, Urteil vom 20. Juli 1999 - 1 StR 668/98 -, NJW 2000, S. 154 <155>; Fischer, Strafgesetzbuch, 57. Aufl. 2010, § 266 Rn. 2; Kühl, Strafgesetzbuch, 26. Aufl. 2007, § 266 Rn. 1; Lenckner/Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 27. Aufl. 2006, § 266 Rn. 1; Schönemann, in: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 7, 11. Aufl. 1998, § 266 Rn. 28). Damit ist das Rechtsgut klar bezeichnet. Wenn - vereinzelt - die Auffassung vertreten wird, dass auch das (individuelle oder kollektive) Vertrauen in die Redlichkeit des Rechts- und Wirtschaftsverkehrs geschützt werde (vgl. etwa Dunkel, GA 1977, S. 329 <334 f.>), handelt es sich allenfalls um einen ergänzenden Aspekt, der insbesondere nichts daran ändert, dass „Nachteil“ im Sinne des Tatbestands nur ein „Vermögensnachteil“ sein kann (vgl. Fischer, a.a.O., § 266 Rn. 110; Kühl, a.a.O., § 266 Rn. 16).

<87> b) Der Untreuetatbestand soll den Vermögensinhaber im Gegensatz zu anderen Vermögensdelikten vor Schädigungen „von innen heraus“ bewahren (Schönemann, NSTZ 2005, S. 473 <474>); der Straftatbestand der Untreue wirkt der besonderen Verletzlichkeit des Vermögensinhabers, der seine wirtschaftlichen Interessen in fremde Hände legt und auf die Redlichkeit des Beauftragten angewiesen ist, entgegen (Perron, GA 2009, S. 219 <223>).

<88> c) Das gesetzgeberische Anliegen ist angesichts des die moderne Wirtschaft prägenden Auseinanderfallens von Vermögensinhaberschaft und beauftragter Verfügungsmacht (Management) von hoher und zunehmender aktueller Bedeutung (vgl. Kindhäuser, in: Nomos-Kommentar Strafgesetzbuch, Bd. 2, 2. Aufl. 2005, § 266 Rn. 3). Dementsprechend existieren Straftatbestände, die „ungetreue“ Handlungen von Gesellschaftsorganen und anderen Vermögensverwaltern erfassen, mit im Einzelnen unterschiedlicher Ausgestaltung in zahlreichen europäischen Rechtsordnungen (vgl. Cappel, Grenzen auf dem Weg zu einem europäischen Untreuestrafrecht, 2009, S. 187 ff.).

<89> d) Auf diesem Hintergrund wie auch in Anbetracht der vor das Jahr 1933 zurückreichenden Geschichte des Tatbestands (vgl. dazu nur Mayer, Die Untreue im Zusammenhang der Vermögensverbrechen, 1926) können die der Untreuestrafbarkeit zugrunde liegenden Wertungen nicht als nationalsozialistisches Gedankengut angesehen werden. Der Umstand, dass der Begriff der Treue, wie in der der Stellungnahme des Generalbundesanwalts angesprochen (vgl. auch oben A.I.b)), im Nationalsozialismus missbraucht worden ist, führt nicht zu einer anderen Beurteilung. Die mehrfache Befassung des Deutschen Bundestages mit dem Untreuetatbestand seit 1949 zeigt, dass der demokratische Gesetzgeber sich die Norm in ihrer geltenden Fassung zu Eigen gemacht hat.

<90> 2. Das Regelungskonzept des Gesetzgebers hat - im Interesse eines wirksamen und umfassenden Vermögensschutzes - zu einer sehr weit gefassten und verhältnismäßig unscharfen Strafvorschrift geführt.

<91> a) Der Gesetzgeber hat weitgehend darauf verzichtet, Sondertatbestände für einzelne Treuhandverhältnisse zu schaffen, wie sie sich beispielsweise früher in § 294 des Aktiengesetzes fanden oder heute in manchen ausländischen Rechtsordnungen bestehen (vgl. dazu Cappel, Grenzen auf dem Weg zu einem europäischen Untreuestrafrecht, 2009, S. 198 ff.). Die wichtigste Ausnahme stellen die Tatbestände des § 266a und des § 266b StGB als gesetzgeberische Reaktionen auf die gebotene restriktive Handhabung des Untreuetatbestands seitens der Rechtsprechung dar. Der Anwendungsbereich des Untreuetatbestands erstreckt sich in der heutigen Praxis daher auf so unterschiedliche Bereiche wie die Kreditgewährung durch Bankvorstände (BGHSt 46, 30; 47, 148), die Prämien-gewährung durch Vorstände öffentlicher oder privater Unternehmen (siehe auch BGHSt 50, 331), die haushaltswidrige Verwendung öffentlicher Mittel (BGHSt 43, 293), Verstöße gegen parteirechtliche Regelungen (BGHSt 51, 100) oder bestimmte Erscheinungsformen der Korruption (vgl. - neben der hier angegriffenen Entscheidung BGHSt 52, 323 - BGH, Urteil vom 27. Februar 1975 - 4 StR 571/74 -, NJW 1975, S. 1234; Urteil vom 9. Juli 2009 - 5 StR 263/08 -, NJW 2009, S. 3248). Die Strafbarkeit wegen Untreue tritt damit neben die Straftatbestände spezieller Regelwerke wie der des Kreditwesengesetzes (§§ 54 ff. KWG), des Aktiengesetzes (§ 399 ff. AktG) und des Parteiengesetzes (§ 31d PartG) oder stellt den einzigen strafrechtlichen Ansatzpunkt dar, wo Sonderregelungen fehlen wie im Falle des Haushaltsrechts (vgl. dazu Coenen, Die Strafbarkeit von Verstößen gegen das Haushaltsrecht bei der Bewirtschaftung öffentlicher Mittel, 2000) oder - bis zur Verabschiedung des Gesetzes zu dem Protokoll vom 27. September 1996 zum Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften vom 10. September 1998 (BGBl II S. 2340) und des Gesetzes zu dem Übereinkommen vom 17. Dezember 1997 über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr vom 10. September 1998 (BGBl II S. 2327) - bei manchen Erscheinungsformen der Bestechung mit Auslandsbezug (vgl. dazu Saliger/Gaede, HRRS 2008, S. 57 <60 ff.>).

<92> b) Folge dieser Konzeption ist, dass der Untreuetatbestand in beiden Varianten sehr abstrakt formuliert und von großer Weite ist. Entsprechend hoch ist seine Auslegungsfähigkeit und -bedürftigkeit.

<93> aa) Den Adressatenkreis des Treubruchtatbestands (§ 266 Abs. 1 Var. 2 StGB) kennzeichnet das Gesetz im Gegensatz zur Fassung des Untreuetatbestands von 1871 ausschließlich durch eine Definition von hohem Abstraktionsgrad: Entscheidend ist die Pflicht, fremde Vermögensinteressen „wahrzunehmen“ oder zu „betreuen“. Beide Ausdrücke weisen in ihrem Bezug auf fremde Vermögensinteressen auf ein - vermögensbezogenes - Handeln für jemand anderen oder in Rücksichtnahme auf jemand anderen hin. Aus dem Wortsinn wird danach - lediglich - deutlich, dass der Tatbestand eine Beziehung des Täters zum (potentiell) Geschädigten voraussetzt, die eine besondere, über die für jedermann geltenden Pflichten zur Wahrung der Rechtssphäre anderer hinausgehende Verantwortung für dessen materielle Güter mit sich bringt. Damit ergibt sich ein dem bloßen Wortlaut nach ausgesprochen weiter möglicher Anwendungsbereich. Wie bereits das Reichsgericht mit Urteil vom 14. Dezember 1934 (RGSt 69, 58 <60 f.>) ausgeführt hat, kann man hierunter

*<94> alle Aufgabenkreise und Tätigkeiten verstehen, die eine Einwirkung irgendwelcher Art (durch Handlung, Duldung, Unterlassung) auf das Vermögen oder auf Vermögensteile eines anderen zum Gegenstand haben, hierzu nötig oder dienlich sind ... Aus dem Wortlaut des Gesetzes lässt sich gegen eine so weitgehende Auslegung nichts Zwingendes entnehmen. Er lässt sich selbst auf ganz*

*untergeordnete Auftrags- und Dienstverhältnisse, ja sogar noch auf einen großen Teil der Botendienste anwenden.*

<95> Bei der vom Missbrauchstatbestand (§ 266 Abs. 1 Var. 1 StGB) vorausgesetzten Befugnis des Täters, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, handelt es sich zwar um im juristischen Sprachgebrauch exakt definierte (vgl. Fischer, Strafgesetzbuch, 57. Aufl. 2010, § 266 Rn. 10 ff.; eingehend Schünemann, in: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 7, 11. Aufl. 1998, § 266 Rn. 37 ff., 46) und auch dem Verständnis durch Rechtsunkundige durchaus zugängliche Begriffe. Doch ist danach auch der Kreis möglicher Adressaten des Missbrauchstatbestands weit, umfasst er doch beispielsweise Scheck- und Kreditkarteninhaber im Verhältnis zur Bank oder zum Kreditkartenunternehmen.

<96> bb) Das zentrale Merkmal der Verletzung einer Pflicht zur Wahrnehmung und Betreuung fremder Vermögensinteressen beziehungsweise des Missbrauchs rechtlicher Befugnisse ist nicht nur für sich genommen weit, sondern knüpft zusätzlich an außerstrafrechtliche Normkomplexe und Wertungen an, die das Verhältnis zwischen dem Vermögensinhaber und dem Vermögensverwalter im Einzelnen gestalten und so erst den Inhalt der - strafbewehrten - Pflicht und die Maßstäbe für deren Verletzung festlegen (zur Akzessorietät des Tatbestands vgl. Beulke, in: Festschrift für Ulrich Eisenberg, 2009, S. 245 <250>; Hohmann, ZIS 2007, S. 38 ff.; Rönnau, ZStW <2006>, S. 887 <905>). Die aus zivil- oder öffentlich-rechtlichen Normen folgende Pflichtwidrigkeit des Handelns ist als notwendige Voraussetzung der Untreuestrafbarkeit klar bezeichnet. Ihre Bestimmung im Einzelfall bringt jedoch nicht unerhebliche Unsicherheiten mit sich.

<97> Das Pflichtwidrigkeitsmerkmal erschöpft sich nicht nach Art eines Blankettmerkmals in der Weiterverweisung auf genau bezeichnete Vorschriften (vgl. Kubiciel, NStZ 2005, S. 353 <357 ff.>; Rönnau, a.a.O., S. 887 <904>; zur verfassungsrechtlichen Problematik von Blanketttatbeständen vgl. nurBVerfGE 75, 329); es handelt sich vielmehr um ein komplexes normatives Tatbestandsmerkmal (vgl. BVerfGE 78, 205 <213>; Kubiciel, a.a.O., Rönnau, a.a.O., S. 887 <904>). Zunächst stellt sich dem Normanwender die Frage, welche außerstrafrechtlichen Bestimmungen zur Beurteilung der Pflichtwidrigkeit heranzuziehen sind. Sodann stellt sich die Frage nach der Auslegung der relevanten Normen, unter denen sich Vorschriften von erheblicher Unbestimmtheit oder generalklauselartigen Charakters befinden können, da sich dem Normtext des § 266 Abs. 1 StGB Anforderungen an die Bestimmtheit der in Bezug genommenen Normen nicht entnehmen lassen; verwiesen sei insofern nur beispielhaft auf die im Fall der Beschwerdeführer zu III. 1) bis 5) teilweise einschlägigen Bestimmungen der §§ 76, 93, 111, 116 AktG (vgl. dazu BGHSt 47, 187 <192>; 50, 331 <336>; Kindhäuser, a.a.O., § 266 Rn. 58). Die resultierenden Auslegungsschwierigkeiten erhöhen sich, wenn dem Verpflichteten - wie im Fall der zitierten Normen des Aktiengesetzes - eigene Entscheidungsspielräume mit abstrakt schwer zu bestimmenden Grenzen eingeräumt werden (vgl. § 93 Abs. 1 Satz 1 und 2 AktG; dazu BGHSt 47, 187 <193 ff.>; vgl. auch BGHZ 135, 244; Hüffer, Aktiengesetz, 9. Aufl. 2010, § 93 Rn. 1, 4 a).

<98> cc) Der Untreuetatbestand setzt weiter den Eintritt eines Nachteils voraus. Der Begriff des Nachteils für das betroffene Vermögen hat zwar einen allgemein verständlichen Bedeutungsgehalt (vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 10. März 2009 - 2 BvR 1980/07 -, juris, Rn. 24), bereitet aber gerade im Kontext des § 266 Abs. 1 StGB spezifische Auslegungsschwierigkeiten.

<99> (1) Dem umgangssprachlichen Wortsinn nach ist „Nachteil“ ein „Schaden, Verlust, ungünstige Lage“ (Wahrig, Deutsches Wörterbuch, 8. Aufl. 2008, S. 1047); „etwas, was sich für jemanden gegenüber einem anderen negativ auswirkt, ihn beeinträchtigt, ihm schadet“ (Duden - Deutsches Universalwörterbuch, 5. Aufl. 2003, S. 1120); oder „ein als

Minderung, Verschlechterung erscheinendes Übel, überhaupt Schaden, Verlust, Abbruch, Beeinträchtigung“ (vgl. Jacob und Wilhelm Grimm, Deutsches Wörterbuch, Bd. 7, Nachdruck 1984, Sp. 184 f.). Ein Vermögensnachteil im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB setzt mithin zwingend einen Vergleich zweier Vermögenslagen voraus, bei dem sich eine Differenz ergeben muss (vgl. Riemann, Vermögensgefährdung und Vermögensschaden, 1989, S. 6).

<100> Konturen verleiht das Nachteilsmerkmal dem § 266 Abs. 1 StGB vor allem dadurch, dass das Gesetz ausnahmslos den tatsächlichen Eintritt des Nachteils fordert, da der Gesetzgeber den Versuch der Untreue nicht unter Strafe gestellt hat. Die Untreue stellt also ein reines Verletzungserfolgsdelikt oder Bestandsschutzdelikt dar, das ein Erfolgsunrecht voraussetzt (vgl. Perron, in: Festschrift für Klaus Tiedemann, 2008, S. 737 <740>; Rönnau, StV 2009, S. 246). Bleibt der Eintritt eines Schadens ungewiss, wenn auch möglich, so ist folglich nach dem Grundsatz „in dubio pro reo“ freizusprechen.

<101> (2) Gleichwohl wirft das Nachteilsmerkmal Auslegungsfragen von erheblicher Bedeutung auf.

<102> Zum einen geht aus dem Wortlaut nicht eindeutig hervor, ob das Gesetz mit dem durch pflichtwidriges oder missbräuchliches Handeln zugefügten Nachteil die Differenz meint, die sich bei einem Vergleich der Vermögenslage vor und nach der beanstandeten Handlung ergibt, oder die Differenz zwischen den sich in den Fällen pflichtgemäßen oder pflichtwidrigen Verhaltens ergebenden Vermögenssalden. Unterschiedliche Ergebnisse können sich dabei vor allem dann ergeben, wenn dem Betroffenen - wie dem Beschwerdeführer zu I. - mit der Nichtoffenbarung von dem Treugeber verborgenen Vermögen beziehungsweise der unterbliebenen Rückführung von „verloren geglaubtem“ Vermögen eine pflichtwidrige Unterlassung vorgeworfen wird. In diesen Fällen hängt die Strafbarkeit von der Art des Vermögensvergleichs und damit davon ab, wie man die Wendung „und dadurch ... Nachteil zufügt“ versteht.

<103> Konkretisierungsbedarf kann sich auch aus der Tatsache ergeben, dass es sich beim Vermögen als Rechtsgut und Bezugspunkt des anzustellenden Vergleichs nicht um einen der sinnlichen Wahrnehmung unmittelbar zugänglichen Gegenstand handelt, sondern um eine wirtschaftliche Größe, deren Umfang zu einem bestimmten Zeitpunkt sich erst aus einer Bewertung ergibt. In deren Rahmen bedarf es der Entscheidung, welche Vermögenspositionen in die Wertbestimmung einfließen und wie deren Wert zu ermitteln ist. Hierbei können normative Erwägungen eine Rolle spielen, die unter Umständen die Eigenständigkeit des Nachteilsmerkmals gegenüber dem Pflichtwidrigkeitsmerkmal in Frage stellen und eine Konturierung des Nachteilsbegriffs zusätzlich erschweren. Das zeigt sich beispielsweise bei den Fragen, in welchem Umfang vom Treupflichtigen verursachte Wertzuwächse eingetretene Verluste kompensieren können (vgl. etwa BGH, Urteil vom 6. Mai 1986 - 4 StR 124/86 -, NStZ 1986, S. 455 <456>; Kühl, a.a.O., § 266 Rn. 17b) und unter welchen Umständen Ausgleichsansprüche gegen den Täter ausnahmsweise schadensmindernd zu berücksichtigen sind (vgl. BGHSt 15, 342 <343 f.>; Dierlamm, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2006, § 266 Rn. 184 m.w.N.; Fischer, a.a.O., § 266 Rn. 168; Waßmer, Untreue bei Risikogeschäften, 1997, S. 126 ff.). Ferner ist zu bedenken, dass es sich bei der Entstehung von Vermögensnachteilen oder -schäden im Allgemeinen um einen dynamischen Prozess handelt (vgl. Fischer, NStZ-Sonderheft 2009, S. 8 <12>), dessen Beurteilung stark davon abhängen kann, welcher Zeitpunkt der Untersuchung zugrunde gelegt wird.

<104> (3) Schließlich beschränkt das Nachteilerfordernis die Strafbarkeit wegen Untreue zwar auf Fälle, in denen ein bestimmter Handlungserfolg in Form einer messbaren Vermögenseinbuße vorliegt, trifft damit aber keine von der Frage nach der Pflichtwidrigkeit

zu lösende eigenständige Aussage über die Strafwürdigkeit. Denn gerade „klassische“ Vermögensbetreuungsverhältnisse wie das zwischen der Bank und ihrem Vorstand können sich durch erhebliche Handlungsspielräume des Treupflichtigen auszeichnen, zu denen das Eingehen von Verlustrisiken ganz selbstverständlich gehört. Kommt es etwa durch Ausfall eines Kredits zu einem Vermögensschaden, so rechtfertigt dies für sich genommen noch nicht den Schluss auf ein unerlaubtes und strafwürdiges Handeln des für die Kreditvergabe verantwortlichen Vorstands (vgl. BGHSt 46, 30 <34>; Albrecht, in: Festschrift für Rainer Hamm, 2008, S. 1 <3>).

<105> c) Über die genannten Merkmale hinaus enthält der Untreuetatbestand keine weiteren beschränkenden Voraussetzungen. Er stellt auch im subjektiven Bereich keine hohen Anforderungen: Hinsichtlich sämtlicher objektiver Tatbestandsmerkmale muss lediglich bedingter Vorsatz vorliegen. Der Tatbestand setzt weder eine Schädigungsabsicht voraus, die der Tatbestand in seiner Fassung von 1871 dem Wortlaut nach noch verlangte (vgl. Perron, in: Jahresband der Juristischen Studiengesellschaft 2008, S. 45 <61>; allerdings legte das Reichsgericht den Ausdruck „absichtlich“ in diesem Fall als gleichbedeutend mit „vorsätzlich“ aus: Es genüge das Bewusstsein, dass die betreffende Handlung dem geschützten Vermögen nachteilig sei; vgl. RG, Urteil vom 10. Juli 1888, GA 36 <1888>, S. 400 <401>), noch erfordert er - wie beispielsweise der Betrugstatbestand - eine (selbst- oder drittbezogene) Bereicherungsabsicht des Täters (vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 10. März 2009 - 2 BvR 1980/07 -, juris, Rn. 35; BGHSt 51, 100 <121>).

<106> 3. Der Untreuetatbestand lässt eine konkretisierende Auslegung zu, die die Rechtsprechung in langjähriger Praxis umgesetzt und die sich in ihrer tatbestandsbegrenzenden Funktion als tragfähig erwiesen hat.

<107> a) Hinsichtlich des Adressatenkreises der Norm ist schon das Reichsgericht davon ausgegangen, dass nach dem Willen des Gesetzgebers der Bereich der strafbaren Untreue nicht „ins Ungemessene erweitert“ werden sollte. Dem Gesetz könne und müsse hinsichtlich des Treubruchtatbestands entnommen werden (vgl. RGSt 69, 58 <61 f.>), dass

*<108> an Pflichten oder Pflichtenkreise gedacht ist, die sich ihrer Dauer nach über eine gewisse Zeit oder ihrem Umfang nach über bloße Einzelfälle hinaus erstrecken, so dass der Verpflichtete für ihre Erfüllung einen gewissen Spielraum, eine gewisse Bewegungsfreiheit oder Selbständigkeit hat, mag auch ein solcher Pflichtenkreis an Bedeutung und Umfang hinter dem eines Vormundes, eines Testamentsvollstreckers oder anderer Vermögensverwalter im eigentlichen Sinne mehr oder weniger zurückbleiben und sich mehr einer einzelnen Geschäftsbesorgung im Sinne des bürgerlichen Rechtes nähern.*

<109> Dementsprechend ist in Rechtsprechung und Lehre heute anerkannt, dass allein der Bezug einer Verpflichtung zu fremden Vermögensinteressen sie noch nicht zur Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 Abs. 1 Var. 2 StGB macht. Die Pflicht, einen Vertrag zu erfüllen, genügt danach als solche ebenso wenig wie die allgemeine vertragliche Nebenpflicht (vgl. § 241 Abs. 2, § 242, § 311 Abs. 2 BGB), auf die (Vermögens-) Interessen des Partners Rücksicht zu nehmen; der bloße Vertragsbruch soll nicht unter Strafe stehen. Vielmehr wird verlangt, dass den Täter eine inhaltlich besonders herausgehobene Pflicht zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen trifft (vgl. BGHSt 1, 186 <188 f.>; Fischer, Strafgesetzbuch, 57. Aufl. 2010, § 266 Rn. 35; Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht Besonderer Teil, Teilbd. 1, 9. Aufl. 2003, S. 584). Die Rechtsprechung entscheidet im Wege einer Gesamtbetrachtung, ob es sich bei den einer Person übertragenen Aufgaben um Angelegenheiten handelt, denen die Bedeutung der Wahrnehmung von Vermögensinteressen zukommt. Von maßgeblicher Bedeutung ist

dabei in erster Linie, ob die fremdnützige Vermögensfürsorge den Hauptgegenstand der Rechtsbeziehung bildet und ob dem Verpflichteten bei deren Wahrnehmung ein gewisser Spielraum, eine gewisse Bewegungsfreiheit oder Selbständigkeit, mit anderen Worten die Möglichkeit zur verantwortlichen Entscheidung innerhalb eines gewissen Ermessensspielraums verbleibt (vgl. BGHSt 1, 186 <188 f.>; 3, 289 <294>; 4, 170 <172>; 13, 315 <317>; weitere Nachweise bei Dierlamm, a.a.O., § 266 Rn. 44; Fischer, a.a.O., § 266 Rn. 29). Eine solcherart qualifizierte Stellung ist nach der Rechtsprechung Voraussetzung nicht nur des Treubruch-, sondern auch des Missbrauchstatbestands, so dass insbesondere die abredewidrige Nutzung von Scheck- und Kreditkarten aus dem Anwendungsbereich des Untreuetatbestands herausfällt (vgl. BGHSt 24, 386; 33, 244).

<110> Die gefestigte Rechtsprechung in diesem Bereich ist geeignet, den Anwendungsbereich des Untreuetatbestands im Sinne der dahinterstehenden Schutzkonzeption zu begrenzen. Auf ihrer Grundlage steht zudem für einen großen Teil von Lebenssituationen von vornherein fest, dass eine Strafbarkeit nach dem Untreuetatbestand nicht in Betracht kommt. Dies gilt etwa für alle Vertragspartner in gewöhnlichen Austauschverträgen wie Kauf- oder Werkverträgen oder für Arbeitnehmer, deren Tätigkeitsbereich keine spezifischen Bezüge zum Vermögen ihres Arbeitgebers aufweist (vgl. Fischer, a.a.O., § 266 Rn. 49 Stichwort „Arbeitnehmer“). Auf der anderen Seite ist ein Kernbereich auszumachen, innerhalb dessen keine ernstlichen Zweifel bestehen, dass eine Vermögensbetreuungspflicht besteht und dass mithin auch eine Strafbarkeit nach dem Treubruchtatbestand möglich ist; das gilt insbesondere für die Vorstände von privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Körperschaften hinsichtlich des Vermögens der von ihnen vertretenen Institutionen (vgl. nur Fischer, a.a.O., § 266 Rn. 36 Stichworte „Bankvorstand“, „Behördenleiter“, „Vereinsvorstand“, „Vorstandsmitglieder“; Kiethe, WM 2003, S. 861 <867>).

<111> b) Auch das Merkmal der Pflichtwidrigkeit hat die höchstrichterliche Rechtsprechung in fallgruppenspezifischen Obersätzen hinreichend in einer Weise konkretisiert, die die Vorhersehbarkeit der Strafbarkeit im Regelfall sichert. Voraussetzbarkeit der Strafdrohung und Kohärenz der Rechtsordnung stehen in engem Zusammenhang. Die Ziele dementsprechender Auslegung müssen von Verfassungs wegen darin bestehen, die Anwendung des Untreuetatbestands auf Fälle klarer und deutlicher (evidenter) Fälle pflichtwidrigen Handelns zu beschränken, Wertungswidersprüche zur Ausgestaltung spezifischer Sanktionsregelungen zu vermeiden und den Charakter des Untreuetatbestands als eines Vermögensdelikts zu bewahren. Die (Fort-)Entwicklung geeigneter dogmatischer Mittel zu diesem Ziel obliegt in erster Linie den Strafgerichten und hier vornehmlich den Revisionsgerichten. Diese müssen im Interesse der Berechenbarkeit und Voraussehbarkeit der Rechtsanwendung in wichtigen Anwendungsbereichen des Untreuetatbestands diesen durch fallgruppenspezifische Obersatzbildung unter Berücksichtigung der genannten Kriterien handhabbar machen.

<112> Für eine fallgruppenspezifische Obersatzbildung finden sich in der jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs verschiedene Beispiele (vgl. etwa BGHSt 47, 187 zum Sponsoring; BGHSt 46, 30 und 47, 148 zur Kreditvergabe, näher dazu unten III. 3. a); BGHSt 50, 331 zur Prämiengewährung durch Aktiengesellschaften). Tatbestandsbegrenzende Funktion hat auch die jüngere Rechtsprechung, die eine Pflichtverletzung im Sinne des § 266 StGB nur dann bejaht, wenn sie gravierend ist (vgl. BGHSt 47, 148 <152 f.>; 47, 187 <197>; siehe aber auch BGHSt 50, 331 <343 ff.>; BGH, Urteil vom 22. November 2005 - 1 StR 571/04 -, NJW 2006, S. 453 <454 f.>; aus dem Schrifttum vgl. zustimmend Kutzner, NJW 2006, S. 3541 <3543>; ablehnend Beckemper, NSTz 2002, S. 324 <326>; Sauer, wistra 2002, S. 465 f.). Der gegen die Rechtsprechung erhobene Einwand, dass sich dem Wortlaut des Tatbestands das Erfordernis einer gravierenden Pflichtverletzung nicht entnehmen lasse (Schünemann, NSTz 2005, S. 473

<475>), überzeugt angesichts der dargelegten Notwendigkeit einer Beschränkung (Restriktion) des sehr weiten Wortlauts nicht. Der Einwand der Beschwerdeführer zu III. 1) bis 5), hier würden nur weitere Wertungsspielräume eröffnet, deren Folgen im Einzelfall unvorhersehbar seien, verkennt, dass sich gravierende Pflichtverletzungen nur dann werden bejahen lassen, wenn die Pflichtverletzung evident ist.

<113> c) Im Falle des Nachteilsmerkmals muss die Auslegung den gesetzgeberischen Willen beachten, dieses Merkmal als selbständiges neben dem der Pflichtverletzung zu statuieren; sie darf daher dieses Tatbestandsmerkmal nicht mit dem Pflichtwidrigkeitsmerkmal verschleifen, das heißt, es in diesem Merkmal aufgehen lassen (zu dieser Gefahr vgl. Saliger, ZStW 112 <2000>, S. 563 <610>; ders., HRRS 2006, S. 10 <14>). Deswegen und um das Vollendungserfordernis zu wahren, sind eigenständige Feststellungen zum Vorliegen eines Nachteils geboten. Von einfach gelagerten und eindeutigen Fällen - etwa bei einem ohne weiteres greifbaren Mindestschaden - abgesehen, werden die Strafgerichte den von ihnen angenommenen Nachteil der Höhe nach beziffern und dessen Ermittlung in wirtschaftlich nachvollziehbarer Weise in den Urteilsgründen darlegen müssen.

<114> Eine gebotene konkrete Ermittlung des Nachteils darf insbesondere nicht aus der Erwägung heraus unterbleiben, dass sie mit praktischen Schwierigkeiten verbunden ist. Wenn und soweit in der wirtschaftlichen Praxis geeignete Methoden zur Bewertung von Vermögenspositionen entwickelt worden sind, müssen die Gerichte diese - gegebenenfalls über die Hinzuziehung eines Sachverständigen - auch ihrer Beurteilung zugrunde legen. Dabei geht es darum, die Schadensfeststellung auf eine sichere Grundlage zu stellen, sie rational nachvollziehbar zu machen und sich zu vergewissern, ob im Einzelfall eine hinreichend sichere Grundlage für die Feststellung eines Vermögensnachteils überhaupt existiert oder ob man sich in einem Bereich bewegt, in dem von einem zahlenmäßig fassbaren Schaden noch nicht die Rede sein kann. Soweit Unsicherheiten verbleiben, ist unter Beachtung des Zweifelssatzes der (Mindest-)Schaden im Wege der Schätzung zu ermitteln (vgl. BGHSt 30, 388 <390>; BGH, Beschluss vom 20. März 2008 - 1 StR 488/07 -, NJW 2008, S. 2451 <2452>; Beschluss vom 18. Februar 2009 - 1 StR 731/08 -, NStZ 2009, S. 330 <331>; Beschluss vom 20. Oktober 2009 - 3 StR 410/09 -, juris, Rn. 7).

<115> Normative Gesichtspunkte können bei der Feststellung eines Nachteils durchaus eine Rolle spielen. Sie dürfen aber, soll der Charakter der Untreue als Vermögensdelikt und Erfolgsdelikt bewahrt bleiben, wirtschaftliche Überlegungen nicht verdrängen. So kann beispielsweise die Verwendung des anvertrauten Vermögens zu verbotenen Zwecken nicht per se als nachteilsbegründend angesehen werden; vielmehr bleibt es auch in solchen Fällen erforderlich, zu prüfen, ob das verbotene Geschäft - wirtschaftlich betrachtet - nachteilhaft war.