

Schriften zum Strafrecht

Band 350

Das Verschleifungsverbot

Bestimmung und Verortung einer
verfassungsrechtlichen Auslegungsgrenze

Von

Rudolf Mehl



Duncker & Humblot · Berlin

RUDOLF MEHL

Das Verschleifungsverbot

Schriften zum Strafrecht

Band 350

Das Verschleifungsverbot

Bestimmung und Verortung einer
verfassungsrechtlichen Auslegungsgrenze

Von

Rudolf Mehl



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät der Universität Bayreuth
hat diese Arbeit im Jahre 2018 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten
© 2020 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: L101 Mediengestaltung, Fürstenwalde
Druck: CPI buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany
ISSN 0558-9126
ISBN 978-3-428-15770-9 (Print)
ISBN 978-3-428-55770-7 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meiner Familie

Vorwort

Die vorliegende Arbeit stellt die aktualisierte Fassung einer Schrift dar, die im Wintersemester 2018/2019 von der rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bayreuth als Dissertation angenommen wurde. Die Nachweise zur Literatur und Rechtsprechung befinden sich auf dem Stand von März 2019.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Brian Valerius, für die inspirierende Korrespondenz im Vorfeld dieser Arbeit, die engagierte Betreuung ihres Werdegangs sowie die zügige Erstellung des Erstgutachtens. Dank gebührt ferner Herrn Prof. Dr. Nikolaus Bosch für die Mühen des Zweitgutachtens.

Schließlich möchte ich meiner Frau und meinen Kindern von ganzem Herzen für das mir entgegengebrachte Verständnis, ihre unermüdliche Geduld sowie den beharrlichen Zuspruch in den zähen Phasen der Promotion danken. Ihnen möchte ich diese Arbeit widmen.

Frankfurt am Main, im August 2019

Rudolf Mehl

Inhaltsverzeichnis

Kapitel 1

Einleitung und Gang der Untersuchung 13

A. Einleitung	13
B. Gang der Untersuchung	14

Kapitel 2

Das Gesetzlichkeitsprinzip 16

A. Einleitung	16
B. Die Entwicklung des „nullum crimen“-Postulats	16
I. Die Entstehung geschriebenen Rechts	17
II. Die Ideengeschichte des Satzes „nullum crimen nulla poena sine lege“	18
1. Römisches Recht	19
2. Constitutio Criminalis Carolina und Wissenschaft des gemeinen Rechts	20
3. Aufklärung	22
4. Aufgeklärter Absolutismus	25
5. Französische Menschenrechtserklärung und Napoleons Code Pénal	27
6. Feuerbach und das Bayerische StGB	28
7. Preußisches StGB und Norddeutscher Bund	33
8. Weimarer Reichsverfassung	36
9. NS-Zeit	38
10. Grundgesetz	41
III. Zusammenfassung	41

Kapitel 3

Die Garantien des Gesetzlichkeitsprinzips 45

A. Das Bestimmtheitsgebot (lex certa)	45
I. Inhalt und Reichweite	47
1. Generalklauseln	48
2. Historie	51
3. Anforderungen an die Präzision	52
4. Zusammenfassung und Einschränkung	55

II. Stellungnahme	57
B. Das Analogieverbot (lex stricta)	63
I. Inhalt	64
1. Rechtsstaatlichkeit	65
2. Demokratieprinzip und Gewaltenteilung	67
3. Generalprävention	69
4. Schuldprinzip	70
5. Stellungnahme	70
II. Reichweite	75
1. Das Verhältnis des „Analogieverbots“ zur „Analogie“	75
2. Formen der Rechtsfindung	78
3. Die (unmittelbare) Rechtsanwendung	79
4. Rechtsfortbildung und Auslegungsgrenzen	85
a) Grammatische Auslegung	87
aa) Quelle	89
bb) Der Wortlaut	91
(1) Der gesetzliche und juristische Sprachgebrauch	91
(2) Die Alltagssprache	92
(3) Die Umgangssprache	93
(4) In der Rechtsprechung	94
(5) Stellungnahme	95
cc) Die Grenze	100
dd) Der Einfluss logischer Erwägungen im Rahmen der Ergrün- dung der Begriffsbedeutung	102
(1) Logische Erwägungen im Rahmen der systematischen Auslegung	103
(2) Logische Erwägungen im Rahmen der grammatischen Auslegung	106
(a) Logische Erwägungen in der Methodenlehre Savignys	107
(b) Logische Erwägungen in der jüngeren Methoden- lehre	109
(c) Logische Erwägungen im Rahmen der verfassungs- gerichtlichen Gesetzesauslegung	117
(3) Zwischenergebnis	119
b) Systematische Auslegung	121
c) Historische Auslegung	123
d) Teleologische Auslegung	125
e) Verfassungskonforme Auslegung	126
f) Andere Auslegungsmethoden	130
g) Verhältnis der Auslegungsmethoden zueinander	131
aa) Begrenzung der Auslegung	131
(1) Der mögliche Wortlaut als äußerste Grenze	131

(a)	Die Praktikabilität der Wortlautgrenze	132
(b)	Die Quellen zur Ermittlung der Wortlautgrenze	134
(c)	Abhängigkeit von anderen Autoritäten	137
(2)	Kritik an der Differenzierung zwischen Auslegung und Analogie	139
(3)	Zusammenfassung	142
bb)	Objektive und subjektive Methode	143
cc)	Redaktionsversehen	145
dd)	Maßgeblichkeit anderer Auslegungsmethoden im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG	146
5.	Zusammenfassung und Zwischenergebnis	154
III.	Zusammenfassung	156
C.	Das Verbot von Gewohnheitsrecht (lex scripta)	157
D.	Das Rückwirkungsverbot (lex praevia)	158
E.	Keine weitere Garantie	159
F.	Verhältnis der Garantien zueinander	160
I.	Das Verhältnis von Bestimmtheitsgebot und Analogieverbot	161
1.	Bestimmtheitsgebot und Analogieverbot als Einheit	161
2.	Die Adressierung der Judikative durch das Bestimmtheitsgebot	165
3.	Zwischenergebnis	175
II.	Das Verhältnis zum Rückwirkungsverbot	176
III.	Das Verhältnis zum Gewohnheitsrechtsverbot	177
IV.	Zwischenergebnis	178
G.	Die Abgrenzung von anderen Instituten	179
I.	Verhältnis von Art. 103 Abs. 2 GG zu § 1 StGB	179
II.	Verhältnis von Art. 103 Abs. 2 GG und § 1 StGB zu Art. 20 GG	179
III.	Verhältnis von Art. 103 Abs. 2 GG zu Art. 20 Abs. 3, 97 Abs. 1 GG	181
H.	Die Gewährleistung durch das Bundesverfassungsgericht	181
I.	Zwischenergebnis	183

Kapitel 4

Das Verschleifungsverbot

A.	Der Untreue-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 126, 170)	187
I.	Der Fall Siemens	187
1.	Sachverhalt	187
2.	Verfahrensgang	188
II.	BKK	189
1.	Sachverhalt	189
2.	Verfahrensgang	189

III. Kredituntreue im Kontext des Berliner Bankenskandals	190
1. Sachverhalt	190
2. Verfahrensgang	190
IV. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts	192
1. Allgemeine Erwägungen	192
a) Zum Bestimmtheitsgebot und § 266 Abs. 1 StGB	192
b) Zum Analogieverbot	197
c) Zur verfassungsgerichtlichen Kontrolle	199
2. Würdigung der Fälle	200
a) Siemens	200
b) BKK	201
c) Berliner Kredituntreue	201
aa) Pflichtverletzung	202
bb) Vermögensnachteil	204
(1) Gefährdungsschaden im Allgemeinen	204
(2) Gefährdungsschaden im Rahmen des Untreuetatbestands	205
(3) Gefährdungsschaden im Falle der Berliner Kredituntreue	206
B. Das Verschleifungsverbot	208
I. Die abstrakte Darstellung des Verschleifungsverbots	209
II. Die Anwendung des Verschleifungsverbots im konkreten Einzelfall	210
1. Die verschleifende „Auslegung“	212
a) Das Verschleifungsverbot im Lichte des rechtsmethodischen Syllogismus	213
b) Das Verschleifungsverbot und der Auslegungskanon	215
aa) Grammatische Erwägungen	218
bb) Systematische Erwägungen	220
cc) Historische Erwägungen	223
dd) Teleologische Erwägungen	224
2. Zwischenergebnis	226
III. Einordnung des Verschleifungsverbots in die Systematik der Einzelgarantien des Gesetzlichkeitsprinzips	228
1. Bestimmtheitsgebot	229
2. Analogieverbot	234
IV. Zusammenfassung und Würdigung	236

Kapitel 5

Abgrenzung des Verschleifungsverbots von anderen Instituten	238
A. Einleitung	238
B. Die Garantien des Art. 103 Abs. 2 GG	238
I. Das Präzisionsgebot	238
II. Quantifizierungsgebot	242
III. Entgrenzungsverbot	245
1. Das Entgrenzungsverbot	245
2. Das Verhältnis von Entgrenzungs- und Verschleifungsverbot	248
IV. Bedeutungsgebot	249
C. Missverständnisse mit Bezug zum Allgemeinen Teil	252
I. Wahlfeststellung	252
1. Die echte Wahlfeststellung	253
2. Die Vereinbarkeit mit dem Gesetzlichkeitsprinzip	254
a) Die echte Wahlfeststellung als materiell-rechtliches Institut	254
b) Die Präzision des Strafausspruchs	256
c) Die Verschleifung zu einem „Rumpftatbestand“	261
3. Zwischenergebnis	262
II. Konkurrenzen	263
1. Gefährliche Körperverletzung und Beteiligung an einer Schlägerei (BGHSt 58, 140)	263
2. Die Sicherungserschleichung	267
3. Konkurrenzen im Rahmen des Geldwäschetatbestands (§ 261 StGB)	268
III. Der Amtsträgerbegriff im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB	270
D. Missverständnisse mit Bezug zum Besonderen Teil	272
I. Betrug bei einseitiger Leistung	272
1. Spenden- und Bettelbetrug	272
2. Die Zweckverfehlungslehre	273
3. Verfassungswidrigkeit	275
a) Die Gesetzesmaterialien zu der Einführung von § 264 StGB	276
b) Unvereinbarkeit der Zweckverfehlungslehre mit dem Verschleifungsverbot	277
c) Stellungnahme	277
II. Verschleifung im Fall Siemens/Enel?	279
III. Verschleifung von Vermögensbetreuungspflicht und ihrer Verletzung (OLG Celle, wistra 2014, 34)	281
IV. Urkundenfälschung (§ 267 StGB)	282
V. § 143 MarkenG	284
E. Zwischenergebnis	286

*Kapitel 6***Verschleifungen im Besonderen Teil**

287

A. Einleitung	287
B. Verschleifungen im Rahmen des Untreuetatbestands (§ 266 Abs. 1 StGB)	287
I. Rechtsprechung	288
1. Haushaltsuntreue (BVerfG, NJW 2013, 365)	288
2. Untreue durch Begleichung einer nichtigen Forderung (Telekom- Spitzelaffäre – BGH, NStZ 2013, 165)	291
3. Untreuestrafbarkeit des Versicherungsmaklers bei Vereinnahmung von Versicherungsprämien auf allgemeinem Geschäftskonto (BGH, wistra 2014, 139)	294
4. Nürburgring (BGHSt 61, 48)	297
5. Satzungswidrige Vorstandsvergütung (OLG Köln, NZWiSt 2013, 396)	298
6. Subjektiver Untreuetatbestand bei Risikogeschäften (BGH, NStZ 2013, 715)	299
7. Feststellung eines Gehilfenvorsatzes (BGH, NStZ-RR 2015, 81) ..	301
8. Zwischenergebnis	303
II. Die Tatbestandsstruktur	303
1. Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht	304
2. Vermögensnachteil	307
III. Zwischenergebnis	309
C. Verschleifungen im Rahmen des Betrugstatbestands (§ 263 Abs. 1 StGB)	312
I. Rechtsprechung	313
1. Der Al-Qaida-Fall (BVerfGE 130, 1)	313
2. Makeltheorie (BGH, NStZ 2013, 37)	316
3. Zwischenergebnis	317
II. Tatbestandsstruktur	317
1. Täuschung und Irrtum	318
2. Vermögensverfügung	319
3. Vermögensschaden	321
4. Zwischenergebnis	322
III. Vor dem Hintergrund des Verschleifungsverbots problematische Fälle .	322
1. Abrechnungsbetrug	322
2. Anstellungsbetrug	324
3. Der Quotenschaden	326
IV. Zwischenergebnis	327
D. Verschleifungen im Rahmen anderer Tatbestände	327
I. Steuerhinterziehung (§ 370 AO)	328

II. Sexueller Missbrauch unter Ausnutzung eines Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses (§ 174c StGB)	332
III. Nötigung (§ 240 StGB)	334
IV. Korruptionsdelikte (§§ 299, 331 ff. StGB)	336
V. Rechtsbeugung (§ 339 StGB)	340
VI. Strafbare Werbung (§ 16 UWG)	342
VII. Zwischenergebnis	343
E. Die Verschleifung begünstigende Aspekte	344
I. Die tatbestandliche Weite	344
II. Die Normativierung/Subjektivierung	346
III. Die Greifbarkeit	348
IV. Derselbe tatsächliche Bezugspunkt	349
V. Die Problematik der Rückschaufehler	350
VI. Zwischenergebnis	352

Kapitel 7

Schlussbemerkung 354

A. Ergebnis	354
B. Ausblick	358
Literaturverzeichnis	360
Stichwortverzeichnis	405

Kapitel 1

Einleitung und Gang der Untersuchung

A. Einleitung

Im letzten Jahrzehnt, aber auch in der jüngeren Vergangenheit, ergingen einige Entscheidungen des Bundesgerichtshofs und des Bundesverfassungsgerichts, die hohe Wellen schlugen. Diese Entscheidungen betrafen teilweise den Betrugs-, vor allem jedoch den Untreuetatbestand und erweckten aufgrund ihres medialen Echos den Eindruck, als wären dies häufige Verhandlungsgegenstände vor dem Bundesverfassungsgericht. Vereinzelt wurden daher gar die Bedenken geäußert, es könne sich eine „Untreuemode“¹ etablieren. Jener Eindruck einer erhöhten Verhandlungsdichte von Untreuetatbeständen an deutschen Gerichten in den vergangenen Jahren mag dabei zwar zum Teil dem hohen Interesse der Medienöffentlichkeit an diesen Fällen, vor allem wegen der Prominenz der Angeschuldigten bzw. der Geschädigten, geschuldet sein.² Nicht von der Hand zu weisen sind allerdings materielle Neuerungen, die die Untreue- und auch die Betrugsstrafbarkeit durch die ebendiese Straftatbestände betreffenden Entscheidungen erfahren haben. Insbesondere gilt der Beschluss des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 23. Juni 2010³ gleich in mehrfacher Hinsicht als „Grundsatzentscheidung“.⁴

Eine jener neueren Entwicklungen stellt die Einführung des sogenannten Verschleifungsverbots in die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung dar. Dieses Verbot untersagt es, ein Tatbestandsmerkmal so auszulegen, dass es in den Konturen eines anderen Merkmals „aufgeht“ und hierdurch keinen eigenen Anwendungsbereich mehr aufweist. Hergeleitet wurde es aus dem Ge-

¹ Vgl. *Dahs*, NJW 2002, 272 ff., der von einer Anwendungshypertrophie des Untreuetatbestands spricht; relativierend hingegen *Saliger*, HRRS 1/2006, 10 ff.

² So etwa im Rahmen der CDU-Spendenaffäre die Verfahren gegen Kanther und Kohl (auch wenn dies gem. § 153a StPO eingestellt wurde), Mannesmann-Verfahren gegen den seinerzeit Vorstandsvorsitzenden Josef Ackermann, oder auch das noch zu beleuchtende Verfahren im Zusammenhang mit schwarzen Kassen bei Siemens.

³ BVerfGE 126, 170.

⁴ Vgl. *Saliger*, NJW 2010, 3195 (3198); zustimmend *Dierlamm*, in: MünchKommStGB, § 266, Rn. 14; in diesem Sinne auch *Kuhlen*, JR 2011, 246 (247); anders hingegen *Krüger*, NSTZ 2011, 369 (372): „Alter Wein in neuen Schläuchen“.

setzlichkeitsprinzip gem. Art. 103 Abs. 2 GG, welches als mit dem Rechtsstaatsprinzip, dem Demokratieprinzip und dem Gewaltenteilungsprinzip strukturverwandte Garantie⁵ dem Bürger Schutz vor hoheitlichen Eingriffen im besonders sensiblen Bereich des Strafrechts vermitteln soll.

Dieses Verbot soll im Rahmen der Untersuchungen erstmals umfassend konturiert und rechtsmethodisch sowie verfassungsrechtlich eingeordnet werden.

B. Gang der Untersuchung

Die Untersuchung des Verschleifungsverbots sowohl im Allgemeinen, also insbesondere hinsichtlich der rechtsmethodischen und verfassungsrechtlichen Verortung dieses Instituts, als auch im Besonderen, im Hinblick auf die Potenzialität eines Verstoßes gegen diesen Verbotssatz im Rahmen der Delikte der §§ 263, 266 StGB, müsste – vor dem Hintergrund der Eigenschaft des Verschleifungsverbots, ein Produkt der verfassungsgerichtlichen Judikatur zu sein – an der Rechtsprechung zur Untreue- und Betrugsstrafbarkeit anknüpfen und im Anschluss an eine konkrete Betrachtung der Rechtsprechungspraxis den Versuch unternehmen, Prinzipien zu definieren, zu verknüpfen und zu übertragen sowie allgemeine Leitlinien dieses Instituts (auch im Hinblick auf andere Tatbestände) abzuleiten.

Als Hauptanknüpfungspunkt wäre hierfür der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 23. Juni 2010 zu wählen. Dort ist zwar das sogenannte Verschleifungsverbot weder seinem Inhalt nach, noch unter dieser Bezeichnung das erste Mal verbalisiert worden. Und doch ist es die erste Entscheidung, in der sich das Bundesverfassungsgericht konkret mit dem „Verschleifen“ von Tatbestandsmerkmalen auseinandergesetzt und an Art. 103 Abs. 2 GG gemessen hat. Die in diesem Beschluss vom Bundesverfassungsgericht gezogenen Linien sind es, die dem „Verschleifungsverbot“ das erste Mal verbindlich Kontur gegeben haben, da nun eine feste, verfassungsgerichtliche Vorgabe zur Beachtung eines konkreten Phänomens an den Rechtsanwender erteilt wurde.

Um jenen Beschluss des Bundesverfassungsgerichts und insbesondere die Ausführungen zum Verschleifungsverbot jedoch umfassend würdigen zu können, erscheint es sinnvoll, die in Erwägung zu ziehenden verfassungsrechtlichen Institute und Strukturen vorab darzustellen und etwaige Unklarheiten und Streitigkeiten vorweg aufzulösen. Die entsprechenden rechtshistorischen, rechtstheoretischen und verfassungsrechtlichen Grundstrukturen des

⁵ Vgl. *Remmert*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 103 Abs. 2, Rn. 3, 30 ff.

Gesetzlichkeitsprinzips, als dem Fundament des Verschleifungsverbots, sind in den ersten drei Kapiteln der Arbeit mithin „vor die Klammer gezogen“.

In den hieran anschließenden Kapiteln vier und fünf ist das Verschleifungsverbot anhand des Bundesverfassungsgerichts-Beschlusses vom 23. Juni 2010 entwickelt worden, um im Weiteren das so gewonnene Verständnis von dem Verschleifungsverbot von anderen Prinzipien und Instituten abgrenzen zu können.

Nachdem eine nähere Konturierung dieses Phänomens im Allgemeinen erfolgt ist, liegt das Hauptaugenmerk des letzten Abschnitts der Arbeit darauf, kritisch zu beleuchten, welche Ursachen eine Verschleifung regelmäßig begünstigen können. Bevor dabei der Frage nachgegangen werden kann, welche Merkmale anderer Tatbestände ebenfalls Gefahr laufen, miteinander verschliffen zu werden, bilden Anknüpfungspunkte für eine solche Untersuchung zunächst mehrere Judikate zu den Untreue- und den Betrugstatbestand betreffenden Fälle, da es im Rahmen dieser beiden Tatbestände vergleichsweise häufig zu einer Verschleifung von Tatbestandsmerkmalen gekommen ist.