

Schriften zum Strafrecht

---

Band 411

# Das verfassungsrechtliche Verschleifungsverbot

Von

Timo Fischer



Duncker & Humblot · Berlin

TIMO FISCHER

## Das verfassungsrechtliche Verschleifungsverbot

Schriften zum Strafrecht

Band 411

# Das verfassungsrechtliche Verschleifungsverbot

Von

Timo Fischer



Duncker & Humblot · Berlin

Die Bucerius Law School – Hochschule für Rechtswissenschaft Hamburg  
hat diese Arbeit im Jahre 2022 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  
© 2023 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Satz: 3w+p GmbH, Rimpar  
Druck: CPI books GmbH, Leck  
Printed in Germany

ISSN 0558-9126  
ISBN 978-3-428-18899-4 (Print)  
ISBN 978-3-428-58899-2 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☼

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

## **Vorwort und Danksagung**

Diese Arbeit wurde im Oktober 2022 von der Bucerius Law School – Hochschule für Rechtswissenschaft als Dissertation angenommen. Die mündliche Prüfung fand am 7. Dezember 2022 statt. Die Literatur ist im Wesentlichen auf dem Stand der Einreichung von Januar 2022.

Mein herzlicher Dank gilt zunächst meinem Doktorvater und Erstgutachter, Herrn Prof. Dr. Paul Krell, für die engagierte Betreuung meines Promotionsvorhabens, das Vertrauen in dessen Gelingen sowie die zahlreichen wertvollen Ratschläge. Herrn Prof. Dr. Thomas Rönnau danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Frau Dr. Olivia Czerny danke ich für die schöne und lehrreiche Zeit, die ich während der Erstellung der Dissertation als Wissenschaftlicher Mitarbeiter bei ihr verbracht habe. Nur in der Reihenfolge zuletzt gilt mein Dank außerdem meiner Mutter für das sehr wertvolle Korrekturlesen der Arbeit.

Gewidmet ist das Buch meinen Eltern, die mich in jeder Phase meines Lebens bedingungslos unterstützt und mir stets alles ermöglicht haben, meiner Familie, meinen Freundinnen und Freunden und, vor allem, Flavia.

Hamburg, im Januar 2023

*Timo Fischer*



# Inhaltsübersicht

## *1. Teil*

<b>Einführung</b>	19
§ 1 Das Problem anhand von zwei Beispielen	20
A. Strafbare Werbung	20
B. Telekom-Spitzel-Entscheidung	22
§ 2 Gegenstand, Ziele und Gang der Untersuchung	24

## *2. Teil*

<b>Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts</b>	27
§ 3 Hintergrund: Inhalt und Maßstab des Art. 103 Abs. 2 GG	28
§ 4 Entscheidungen vor dem Untreuebeschluss	30
A. Der Fall Tanz der Teufel	31
B. Sitzblockade-III-Entscheidung	33
§ 5 Der Untreuebeschluss	35
A. Rechtlicher Hintergrund	36
B. Sachverhalte	39
C. Entscheidung	43
§ 6 Entscheidungen nach dem Untreuebeschluss	48
A. Die Al Qaida-Entscheidung	48
B. Der Fall Schäch	53
C. Entscheidung zur Geldwäsche durch Strafverteidiger	56
D. Entscheidung zum Abrechnungsbetrug im Gesundheitswesen	57

## *3. Teil*

<b>Kasuistik der Verschleifungsvorwürfe</b>	61
§ 7 Untreue	61
A. Übersicherung (V1)	62
B. Satzungswidrige Vergütung (V2)	65

C. Treuhänder (V3) .....	67
D. Vertragsarztuntreue (V4) .....	69
E. Untreue im Konzern, insbesondere durch Cash-Pooling (V5) .....	74
F. Aufrechterhalten schwarzer Kassen (V6) .....	81
G. Der Fall Nürburgring (V7) .....	82
H. Haushaltsuntreue: Der Fall Schäch (V8) .....	83
I. Zahlung auf nichtige Forderungen: Die Telekom-Spitzel-Entscheidung (V9) ..	84
§ 8 Betrug .....	84
A. Arztabrechnungsbetrug (V10) .....	84
B. Sportwettbetrug (V11) .....	88
C. Anstellungsbetrug (V12) .....	91
D. Gutgläubiger Eigentumserwerb (V13) .....	94
E. Zweckverfehlungslehre (V14) .....	97
§ 9 Korruptionsdelikte .....	101
A. Unlauterkeit (V15) .....	102
B. Vorteil und Versprechen (V16) .....	105
C. Vorteil und Unrechtsvereinbarung (V17) .....	107
D. Korruption von Mandatsträgern (V18) .....	108
§ 10 Weitere Kasuistik .....	111
A. Amtsträger (V19) .....	111
B. Sexueller Missbrauch unter Ausnutzung eines Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses (V20) .....	112
C. Körperverletzung mit Todesfolge (V21) .....	114
D. Dritte Halbzeit (V22) .....	117
E. Zwangsheirat (V23) .....	119
F. Nachstellung (V24) .....	120
G. Drohung mit einem Unterlassen (V25) .....	121
H. Sicherungserpressung (V26) .....	124
I. Wahlfeststellung (V27) .....	125
J. Räuberischer Diebstahl (V28) .....	126
K. Geldwäsche (V29) .....	128
L. Urkundenfälschung (V30) .....	128
M. Rechtsbeugung (V31) .....	129
N. Verletzung von Dienstgeheimnissen (V32) .....	131
O. Steuerhinterziehung (V33) .....	132
P. Strafbare Kennzeichenverletzung (V34) .....	133
Q. Strafbare Werbung (V35) .....	133

*4. Teil*

<b>Analyse des Verschleifungsverbots</b>	134
§ 11 Analyse des Meinungsstands	134
A. Analyse ausgewählter Untersuchungen	135
B. Zusammenstellung der Sachfragen zum Verschleifungsverbot	152
C. Erste Zwischenergebnisse und Konsequenzen für die weitere Untersuchung	177
§ 12 Problemkreis 1: Anwendungsbereich	182
A. Anwendung auf Tatbestände	183
B. Anwendung auf den subjektiven Tatbestand	184
C. Die selbständig strafbarkeitseingrenzende Funktion eines Tatbestandsmerkmals als Kernfrage des Anwendungsbereichs des Verschleifungsverbots	184
D. Zusammenfassung	217
§ 13 Problemkreis 2: Feststellen einer Verschleifung	218
A. Verschleifung nur bei Unvertretbarkeit der infrage stehenden Auslegung?	219
B. Die Schwierigkeit, Verschleifungen festzustellen und zu begründen	220
C. Zusammenfassung und Bewertung	236
§ 14 Vorschlag: Die Unterscheidung von Verschleifungen „im Ergebnis und in der Begründung“ und Verschleifungen „nur in der Begründung“	239
A. Einführung in die Unterscheidung	240
B. Verdeutlichung anhand von Verschleifungsvorwürfen	241
C. Vorteile der Unterscheidung	246
<b>Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse</b>	250
<b>Literaturverzeichnis</b>	255
<b>Stichwortverzeichnis</b>	278



# Inhaltsverzeichnis

## *1. Teil*

<b>Einführung</b>	19
§ 1 Das Problem anhand von zwei Beispielen	20
A. Strafbare Werbung	20
B. Telekom-Spitzel-Entscheidung	22
§ 2 Gegenstand, Ziele und Gang der Untersuchung	24

## *2. Teil*

<b>Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts</b>	27
§ 3 Hintergrund: Inhalt und Maßstab des Art. 103 Abs. 2 GG	28
§ 4 Entscheidungen vor dem Untreuebeschluss	30
A. Der Fall Tanz der Teufel	31
B. Sitzblockade-III-Entscheidung	33
§ 5 Der Untreuebeschluss	35
A. Rechtlicher Hintergrund	36
I. Die Untreuevorschrift	36
II. Die Rechtsbegriffe des Vermögens und des Vermögensnachteils	37
III. Bisherige verfassungsgerichtliche Überprüfung der Untreuevorschrift	39
B. Sachverhalte	39
I. Sachverhalt Siemens	40
II. Sachverhalt BKK	41
III. Sachverhalt Berliner Bankenskandal	41
C. Entscheidung	43
I. Die neuen Verfassungsvorgaben auf abstrakter Ebene	44
II. Verfassungsmäßigkeit der Untreue und des Gefährdungsschadens	46
III. Verfassungsgemäßheit der fachgerichtlichen Entscheidungen	47
§ 6 Entscheidungen nach dem Untreuebeschluss	48
A. Die Al Qaida-Entscheidung	48
I. Sachverhalt und rechtlicher Hintergrund	48
II. Entscheidung	52

B. Der Fall Schäch	53
C. Entscheidung zur Geldwäsche durch Strafverteidiger	56
D. Entscheidung zum Abrechnungsbetrug im Gesundheitswesen	57

### 3. Teil

#### **Kasuistik der Verschleifungsvorwürfe** 61

§ 7 Untreue	61
A. Übersicherung (V1)	62
B. Satzungswidrige Vergütung (V2)	65
C. Treuhänder (V3)	67
D. Vertragsarztuntreue (V4)	69
I. Hintergrund	69
II. Ansichten zur Verschleifung	73
E. Untreue im Konzern, insbesondere durch Cash-Pooling (V5)	74
I. Erläuterungen zu Konzernen und zum Cash-Pooling	74
II. Die Entscheidung im Fall Bremer Vulkan	77
III. Ansichten zur Verschleifung	80
F. Aufrechterhalten schwarzer Kassen (V6)	81
G. Der Fall Nürburgring (V7)	82
H. Haushaltsuntreue: Der Fall Schäch (V8)	83
I. Zahlung auf nichtige Forderungen: Die Telekom-Spitzel-Entscheidung (V9)	84
§ 8 Betrug	84
A. Arztabrechnungsbetrug (V10)	84
I. Hintergrund	84
II. Ansichten zur Verschleifung	86
B. Sportwettbetrug (V11)	88
I. Hintergrund	88
II. Ansichten zur Verschleifung	90
C. Anstellungsbetrug (V12)	91
I. Hintergrund	91
II. Ansichten zur Verschleifung	93
D. Gutgläubiger Eigentumserwerb (V13)	94
I. Hintergrund	94
II. Ansichten zur Verschleifung	97
E. Zweckverfehlungslehre (V14)	97
I. Hintergrund	97
II. Ansichten zur Verschleifung	99

§ 9 Korruptionsdelikte ..... 101

- A. Unlauterkeit (V15) ..... 102
- B. Vorteil und Versprechen (V16) ..... 105
- C. Vorteil und Unrechtsvereinbarung (V17) ..... 107
- D. Korruption von Mandatsträgern (V18) ..... 108

§ 10 Weitere Kasuistik ..... 111

- A. Amtsträger (V19) ..... 111
- B. Sexueller Missbrauch unter Ausnutzung eines Beratungs-, Behandlungs- oder  
Betreuungsverhältnisses (V20) ..... 112
- C. Körperverletzung mit Todesfolge (V21) ..... 114
- D. Dritte Halbzeit (V22) ..... 117
- E. Zwangsheirat (V23) ..... 119
- F. Nachstellung (V24) ..... 120
- G. Drohung mit einem Unterlassen (V25) ..... 121
- H. Sicherungserpressung (V26) ..... 124
- I. Wahlfeststellung (V27) ..... 125
- J. Räuberischer Diebstahl (V28) ..... 126
- K. Geldwäsche (V29) ..... 128
- L. Urkundenfälschung (V30) ..... 128
- M. Rechtsbeugung (V31) ..... 129
- N. Verletzung von Dienstgeheimnissen (V32) ..... 131
- O. Steuerhinterziehung (V33) ..... 132
- P. Strafbare Kennzeichenverletzung (V34) ..... 133
- Q. Strafbare Werbung (V35) ..... 133

*4. Teil*

**Analyse des Verschleifungsverbots** ..... 134

§ 11 Analyse des Meinungsstands ..... 134

- A. Analyse ausgewählter Untersuchungen ..... 135
  - I. Die Untersuchung Krells ..... 135
    - 1. Das Verschleifungsverbot als Unterfall des Entgrenzungsverbots ..... 135
    - 2. Restriktive Anwendung des Verschleifungsverbots ..... 138
  - II. Die Untersuchung Kuhlens ..... 140
    - 1. Der formal rationale Gesetzgeber als Erklärungsmodell des Verschlei-  
fungsverbots ..... 140
    - 2. Die Bestimmung der strafbarkeitseingrenzenden Funktion eines Geset-  
zesbegriffs ..... 141
    - 3. Verschleifung von Tatbeständen ..... 143

III. Die Untersuchung Saligers	144
1. Inhalt und Reichweite des Verschleifungsverbots sowie Abgrenzung zum Entgrenzungsverbot	144
2. Anwendung des Verschleifungsverbots	146
IV. Die Untersuchung Mehls	147
1. Einordnung des Verschleifungsverbots in Art. 103 Abs. 2 GG	147
2. Abgrenzung von anderen „Instituten“	148
a) Abgrenzung zu anderen Verfassungsvorgaben	148
b) Missverständnisse	148
aa) Missverständnisse mit Bezug zum Allgemeinen Teil	149
bb) Missverständnisse mit Bezug zum Besonderen Teil	150
3. Aspekte, die eine Verschleifung bei Auslegung der Untreuevorschrift begünstigen	151
B. Zusammenstellung der Sachfragen zum Verschleifungsverbot	152
I. Methodologische und verfassungsrechtliche Verortung des Verschleifungsverbots sowie etwaige Konsequenzen	153
1. Das Verschleifungsverbot als methodologische Auslegungsregel	153
2. Zuordnung zu den Teilgarantien des Art. 103 Abs. 2 GG	156
II. Verschleifung von Tatbeständen?	157
III. Verhältnis zum Entgrenzungsverbot und Konsequenzen: Die Frage nach der strafbarkeitseingrenzenden Funktion eines Tatbestandsmerkmals	157
1. Ausgangspunkt: Keine eindeutige Differenzierung der Verbote durch das BVerfG	158
2. Ansichten zum Verhältnis	159
3. Konsequenz: Die strafbarkeitseingrenzende Funktion eines Tatbestandsmerkmals als Voraussetzung der Anwendung des Verschleifungsverbots	160
a) Verfassungsgemäßheit täterbegünstigender Verschleifungen	161
b) Die Ansicht Rostalskis	161
c) Die Ansicht Kuhlens	162
d) Die Ansicht Saligers	163
4. Zwischenergebnis	163
IV. Abgrenzung zu anderen Verfassungsprinzipien, die im Untreuebeschluss eingeführt wurden	164
1. Einführung der Verfassungsprinzipien im Untreuebeschluss	164
2. Kategorisierungsvorschläge aus der Literatur	165
3. Abgrenzung zum Präziserungsgebot	167
a) Hintergrund des Präziserungsgebots: Die Anforderungen an die Gesetzesbestimmtheit	167
b) Abgrenzung	169
4. Abgrenzung zum Bezifferungsgebot sowie zum Verbot, den Vermögensschaden zu weitgehendend zu normativieren	170

- V. Unvertretbarkeit der Auslegung als Voraussetzung einer verfassungswidrigen Verschleifung? ..... 173
- VI. Kein Verbot „sachlich notwendiger“ Verschleifungen? ..... 174
- VII. Verschleifung eines geschriebenen mit einem ungeschriebenen Tatbestandsmerkmal? ..... 174
- VIII. Keine Verschleifung von Vermögensbetreuungspflicht und Pflichtverletzung aufgrund der engen gesetzlichen Verknüpfung der beiden Merkmale? 175
- IX. Keine Verschleifung von Tatbestandsmerkmalen, die auf unterschiedlichen Ebenen stehen? ..... 176
- X. Verschleifung des subjektiven Tatbestands? ..... 177
- C. Erste Zwischenergebnisse und Konsequenzen für die weitere Untersuchung ... 177
  - I. Erkennbarkeit zweier Meinungsströmungen zum Verschleifungsverbot .. 177
  - II. Überschneidung der Sachfragen ..... 179
  - III. Konsequenzen für die weitere Untersuchung und Zuordnung der Sachfragen zu Problemkreisen ..... 180
    - 1. Konsequenzen für die weitere Untersuchung ..... 180
    - 2. Die zwei Problemkreise ..... 181
    - 3. Keine weitere Untersuchung der Abgrenzung des Verschleifungsverbots von anderen Verfassungsprinzipien ..... 181
- § 12 Problemkreis I: Anwendungsbereich ..... 182
  - A. Anwendung auf Tatbestände ..... 183
  - B. Anwendung auf den subjektiven Tatbestand ..... 184
  - C. Die selbständig strafbarkeitseingrenzende Funktion eines Tatbestandsmerkmals als Kernfrage des Anwendungsbereichs des Verschleifungsverbots ..... 184
    - I. Die selbständig strafbarkeitseingrenzende Funktion als notwendige Voraussetzung ..... 185
      - 1. Vorüberlegungen ..... 185
      - 2. Verdeutlichung anhand von Verschleifungsvorwürfen ..... 187
        - a) Nachstellung (V24) ..... 187
        - b) Zwangsheirat (V23) ..... 188
        - c) Verletzung von Dienstgeheimnissen (V32) ..... 188
    - II. Analyse und Würdigung von Methoden zur Bestimmung der selbständig strafbarkeitseingrenzenden Funktion ..... 190
      - 1. Das Erfordernis einer Methode ..... 190
        - a) Keine äußerlich erkennbare Eigenschaft, sondern normative Wertung. Gleichzeitig: Das Problem der Verzahnung zweier Gesetzesbegriffe ..... 191
          - aa) Vorüberlegungen ..... 191
          - bb) Verdeutlichung anhand von Verschleifungsvorwürfen ..... 192
            - (1) Drohung mit einem Unterlassen (V25) ..... 192
            - (2) Unlauterkeit (V15) ..... 194

b)	Insbesondere keine rein äußerlich erkennbare Eigenschaft bei AT-BT-Verzahnung	197
aa)	Vorüberlegungen	197
bb)	Verdeutlichung anhand eines Verschleifungsvorwurfs	199
2.	In Betracht kommende Methoden und ihre Mängel	200
a)	Vollumfängliche materiale Analyse	200
aa)	Vorüberlegungen	200
bb)	Verdeutlichung anhand von Verschleifungsvorwürfen	201
(1)	Drohung mit einem Unterlassen (V25)	201
(2)	Vorteil und Versprechen (V16)	202
(3)	Unlauterkeit (V15)	203
b)	Die subjektiv-historische Auslegungsmethode	204
aa)	Vorüberlegungen	204
bb)	Verdeutlichung anhand von Verschleifungsvorwürfen	207
(1)	Unlauterkeit (V15)	207
(2)	Korruption von Mandatsträgern (V18)	208
(3)	Räuberischer Diebstahl (V28)	210
c)	Die objektiv-teleologische Auslegungsmethode	213
aa)	Vorüberlegungen	213
bb)	Verdeutlichung anhand von Verschleifungsvorwürfen	214
(1)	Unlauterkeit (V15)	215
(2)	Nachstellung (V24)	215
d)	Bewertung der Methoden und ihrer Mängel	216
D.	Zusammenfassung	217
§ 13	Problemkreis 2: Feststellen einer Verschleifung	218
A.	Verschleifung nur bei Unvertretbarkeit der infrage stehenden Auslegung?	219
B.	Die Schwierigkeit, Verschleifungen festzustellen und zu begründen	220
I.	Einführung	220
II.	Im Schrifttum genutzte Umschreibungen von Verschleifungen und Rückschluss auf Methoden	222
1.	Der „Positivnachweis“	222
2.	Der „Negativnachweis“	223
III.	Strukturprobleme von Verschleifungsvorwürfen und Verschleifungen	224
1.	Einführung	224
2.	Das Strukturproblem von Vorwürfen „verdeckter Verschleifungen“	226
a)	Vorüberlegungen	226
b)	Verdeutlichung anhand von Verschleifungsvorwürfen	227
aa)	Strafbare Werbung (V35)	228
bb)	Rechtsbeugung (V31)	228
cc)	Zahlung auf nichtige Forderungen (V9)	230

dd) Satzungswidrige Vergütung (V2) .....	231
3. Das Strukturproblem der „Verschleifung einer Fallgruppe“ .....	232
a) Vorüberlegungen .....	232
b) Verdeutlichung anhand von Verschleifungsvorwürfen .....	234
aa) Vorteil und Unrechtsvereinbarung (V17) .....	234
bb) Arztabrechnungsbetrug (V10) .....	234
C. Zusammenfassung und Bewertung .....	236
I. Zusammenfassung der Erkenntnisse des zweiten Problemkreises .....	236
II. Einordnung in die bisherigen Erkenntnisse .....	237
III. Bewertung und Stellungnahme .....	237
§ 14 Vorschlag: Die Unterscheidung von Verschleifungen „im Ergebnis und in der Begründung“ und Verschleifungen „nur in der Begründung“ .....	239
A. Einführung in die Unterscheidung .....	240
B. Verdeutlichung anhand von Verschleifungsvorwürfen .....	241
I. Vertragsarztuntreue (V4) .....	241
II. Untreue im Konzern, insbesondere durch Cash-Pooling (V5) .....	242
III. Rechtsbeugung (V31) .....	244
IV. Haushaltsuntreue: Der Fall Schäch (V8) .....	245
C. Vorteile der Unterscheidung .....	246
Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse .....	250
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	<b>255</b>
<b>Stichwortverzeichnis</b> .....	<b>278</b>



## 1. Teil

# Einführung

Wie alle Gesetze sind Strafgesetze nur selten eindeutig, sondern müssen in der Regel ausgelegt werden. Mehr als bei anderen Gesetzen ist die Auslegungsbedürftigkeit jedoch gerade bei Strafgesetzen misslich. Der Normadressat muss nämlich angesichts der einschneidenden Rechtsfolgen eines Gesetzesverstößes möglichst zuverlässig abschätzen können, welches Verhalten mit Strafe bedroht ist. Artikel 103 Abs. 2 des Grundgesetzes statuiert deshalb äußere Grenzen der Auslegung des Strafrechts. Dazu gehört insbesondere das Analogieverbot, nach welchem Strafgesetze nicht über ihren natürlichen Wortsinn hinaus ausgelegt werden dürfen.<sup>1</sup> Im *Untreuebeschluss* des Jahres 2010 hat das Bundesverfassungsgericht dem Art. 103 Abs. 2 GG aber weitere, über das Analogieverbot hinausgehende Auslegungsgrenzen entnommen, unter ihnen das sogenannte Verschleifungsverbot:

„[D]ie Auslegung der Begriffe, mit denen der Gesetzgeber das unter Strafe gestellte Verhalten bezeichnet hat, [darf] nicht dazu führen, dass die dadurch bewirkte Eingrenzung der Strafbarkeit im Ergebnis wieder aufgehoben wird. Einzelne Tatbestandsmerkmale dürfen also auch innerhalb ihres möglichen Wortsinns nicht so weit ausgelegt werden, dass sie vollständig in anderen Tatbestandsmerkmalen aufgehen, also zwangsläufig mit diesen mitverwirklicht werden (Verschleifung oder Entgrenzung von Tatbestandsmerkmalen).“<sup>2</sup>

Der *Untreuebeschluss* und die in ihm neu statuierten Verfassungsprinzipien sind gemischt aufgenommen worden: Teilweise ist der Beschluss als „Meilenstein“ und „verfassungsrechtliche Revision der Auslegung des gesamten Strafrechts“ gefeiert,<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Im Einzelnen ist viel umstritten. Nicht eindeutig wird insbesondere beurteilt, inwiefern zwischen „Wortlaut“ und „Wortsinn“ unterschieden werden muss. Vgl. an dieser Stelle nur allgemein *Dannecker/Schuhr*, in: LK-StGB, § 1 Rn. 238 ff.

<sup>2</sup> BVerfG, Beschl. v. 23. 6. 2010 – 2 BvR 2559/08, 105, 491/09, BVerfGE 126, 170, 198.

<sup>3</sup> Zur ersten Charakterisierung *Kuhlen*, JR 2011, 246, 247, 253; zur zweiten Charakterisierung *Saliger*, NJW 2010, 3195, 3198; ähnlich bereits *ders.*, Festschrift für I. Roxin, 2012, S. 307, 308: „wirkungsmächtigste Wortmeldung des BVerfG zum Bestimmtheitsgrundsatz in den letzten zwei Jahrzehnten“. Vgl. ferner *Böse*, JURA 2011, 617, 623: „bedeutsame Einschränkungen“, „verfassungsrechtliches Neuland“; *Bülte*, NSTZ 2014, 680: „Der 2. Senat hat sich zweifellos ein großes Verdienst erworben“; *Dierlamm*, in: MüKo-StGB, § 266 Rn. 14: „Die Entscheidung des BVerfG vom 23. 6. 2010 wird zu Recht als ‚spektakuläre neue Grundlage‘ von ‚höchster Relevanz für Theorie und Praxis‘ oder ‚Meilenstein auf dem Weg zu einem neuen Verständnis des Gesetzlichkeitsprinzips‘ angesehen“; *Fitting*, Analogieverbot und Kontinuität, 2016, S. 30, 160: „bahnbrechend“; *Safferling*, NSTZ 2011, 376: „stellt sicherlich einen der wichtigsten Beiträge der obersten Verfassungshüter zum materiellen Strafrecht der letzten Jahre dar“; *Schünemann*, StraFo 2010, 477, 480: „hat in ambitionierter Weise

teilweise das Verschleifungsverbot als „verfassungsrechtlich nicht notwendig“ und als „rechtsstaatliche Selbstverständlichkeit“ bezeichnet worden.<sup>4</sup> Seither wird über das Vorliegen und die Voraussetzungen von Verschleifungen im gesamten Kern- und Nebenstrafrecht gestritten.<sup>5</sup> Auch über ein Jahrzehnt nach der Verkündung des *Untreuebeschlusses* besteht insoweit erhebliche Unklarheit bezüglich der Anwendung des Verschleifungsverbots.<sup>6</sup> Die vorliegende Arbeit soll einen Beitrag zur Klärung der Anwendungsfragen leisten.

## § 1 Das Problem anhand von zwei Beispielen

Das Verschleifungsverbot verbietet jede Rechtsauslegung eines Tatbestandsmerkmals, durch die ein anderes Tatbestandsmerkmal desselben Tatbestands automatisch mitverwirklicht wäre. Demgegenüber ist nicht verboten, beide Tatbestandsmerkmale mittels derselben tatsächlichen Umstände zu begründen.<sup>7</sup> Anhand zweier Beispiele soll im Folgenden gezeigt werden, warum die Anwendung des Verschleifungsverbots trotz dieses eingängig klingenden Ausgangspunkts Schwierigkeiten bereiten kann.

### A. Strafbare Werbung

Der Grundgedanke des Verschleifungsverbots kann anschaulich an § 16 Abs. 1 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) dargestellt werden.<sup>8</sup> Mit Strafe bedroht ist danach, „durch unwahre Angaben irreführend“ zu werben.<sup>9</sup>

---

dem zuvor eher brach liegenden Bestimmtheitsgrundsatz für die Verfassungsmäßigkeit von Strafnormen eine Schlüsselrolle zugewiesen“; vgl. *Wattenberg/Gehrmann*, ZBB 2010, 507.

<sup>4</sup> Zum ersten Zitat *Bosch*, JURA 2018, 354, 359; zum zweiten Zitat *Bittmann*, wistra 2013, 1.

<sup>5</sup> Vgl. die Kasuistik im 3. Teil der Arbeit.

<sup>6</sup> Deutlich jüngst *Saliger*, Festschrift für Fischer, 2018, S. 523, 524: „So ubiquitär der Gebrauch des Verschleifungsverbots in der strafjuristischen Auslegung einerseits geworden ist, so unklar und strittig sind nach wie vor viele das Verbot betreffende Fragen.“ Zuvor bereits *Krell*, ZStW 126 (2014), 902, 903: „Überhaupt besteht über seine genaue Bedeutung anscheinend noch ebenso wenig Klarheit wie über seine Reichweite.“

<sup>7</sup> Einhellige Meinung, ausführlich dazu unten § 11 B.I.1.

<sup>8</sup> Zum Beispiel *Krell*, ZStW 126 (2014), 902, 921 f. Ob auch im Ergebnis eine Verschleifung vorliegt, ist entgegen *Krell*, ZStW 126 (2014), 902, 922 nicht zweifelsfrei dargetan. Denn auch *Krell* gesteht zu, dass keine vollständige Deckungsgleichheit der infrage stehenden Tatbestandsmerkmale besteht, meint aber, es komme darauf nicht an. Inhaltlich vergleichbar nimmt *Mehl* Stellung, Das Verschleifungsverbot, 2020, S. 343. Es steht jedoch zu vermuten, dass einige Autoren dies anders beurteilen würden, vgl. etwa *Saliger*, Festschrift für Fischer, 2018, S. 523, 526, der explizit darauf hinweist, dass nur die vollständige Deckungsgleichheit zu einer Verschleifung führe.

Der Begriff „irreführend“ wird im Einklang mit dem zivilrechtlichen Verständnis<sup>10</sup> so ausgelegt, dass die Eignung zur Irreführung genügt; es muss niemand tatsächlich in die Irre geführt worden sein.<sup>11</sup> Maßgebend für die Eignung soll die Sicht des angesprochenen Verkehrskreises sein.<sup>12</sup>

Umstritten und für das Verschleiﬂungsverbot relevant ist, was unter „unwahren Angaben“ zu verstehen ist. Vertreten wird zum einen ein objektives Verständnis. Danach sind Angaben unwahr, die im Widerspruch zu Tatsachen stehen.<sup>13</sup> Demgegenüber wurde vor allem früher ein subjektives Verständnis vertreten,<sup>14</sup> nach dem die Angaben nur aus Sicht des angesprochenen Verkehrskreises unwahr sein müssen, weshalb es auf das Verständnis des Durchschnittsadressaten ankomme.<sup>15</sup> Unwahr wären Angaben dann auch, wenn zu erwarten wäre, dass sie fehlinterpretiert werden.<sup>16</sup> Diese Auffassung führt jedoch aus Sicht einiger Autoren dazu, dass der Unwahrheit keine über die Irreführungseignung hinausgehende Bedeutung zukäme.<sup>17</sup> Denn wenn Angaben aus Sicht des jeweiligen Verkehrskreises irreführend sind, wären sie aus Sicht desselben Verkehrskreises auch stets unwahr. Darin liege ein Verstoß gegen das Verschleiﬂungsverbot.<sup>18</sup>

---

<sup>9</sup> Die weiteren Tatbestandsvoraussetzungen werden im Sinne der Übersichtlichkeit ausklammert.

<sup>10</sup> Dazu § 5 Abs. 1 S. 2 UWG.

<sup>11</sup> BGH, Urt. v. 30.5.2008 – 1 StR 166/07, BGHSt 52, 227, 235; *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, § 16 Rn. 9.

<sup>12</sup> *Hohmann*, in: MüKo-StGB, § 16 UWG Rn. 29; *Sosnitza*, in: Ohly/Sosnitza, § 16 Rn. 8.

<sup>13</sup> Mittlerweile herrschende Meinung, vgl. BGH, Urt. v. 30.5.2008 – 1 StR 166/07, BGHSt 52, 227, 234; *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, § 16 Rn. 10 f.; *Hohmann*, in: MüKo-StGB, § 16 UWG Rn. 20 ff.; *Rengier*, in: Fezer/Büscher/Obergfell, § 16 Rn. 61 ff.; *Sosnitza*, in: Ohly/Sosnitza, § 16 Rn. 9.

<sup>14</sup> Diese Ansicht wurde insbesondere vom Reichsgericht geprägt, vgl. RG, Urt. v. 17.12.1907 – V 841/07, RGSt 40, 438, 439 f.; RG, Urt. v. 6.3.1908 – II 18/08, RGSt 41, 161, 162; RG, Urt. v. 28.4.1913 – V 1452/12, RGSt 47, 161, 163. Zu weiteren Nachweisen aus der älteren Literatur siehe *Rengier*, in: Fezer/Büscher/Obergfell, § 16 Rn. 61.

<sup>15</sup> RG, Urt. v. 17.12.1907 – V 841/07, RGSt 40, 438, 439 f.; vgl. *Rengier*, in: Fezer/Büscher/Obergfell, § 16 Rn. 62.

<sup>16</sup> Vgl. *Hohmann*, in: MüKo-StGB, § 16 UWG Rn. 22.

<sup>17</sup> Unter Berufung auf Art. 103 Abs. 2 GG, jedoch nicht explizit auf das Verschleiﬂungsverbot, *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, § 16 Rn. 11; *Hohmann*, in: MüKo-StGB, § 16 UWG Rn. 22; *Rengier*, in: Fezer/Büscher/Obergfell, § 16 Rn. 40 f., 63; *Sosnitza*, in: Ohly/Sosnitza, § 16 Rn. 9.

<sup>18</sup> So *Krell*, ZStW 126 (2014), 902, 921 f.; *Mehl*, Das Verschleiﬂungsverbot, 2020, S. 343.