



**Internationale
Göttinger Reihe**

RECHTSWISSENSCHAFTEN

Jong-Jin Cha

Die Restriktion des Untreuetatbestandes im deutschen Strafrecht

mit Blick auf den Untreuetatbestand
im koreanischen Strafrecht

Band 79



Cuvillier Verlag Göttingen
Internationaler wissenschaftlicher Fachverlag



Internationale Göttinger Reihe
Rechtswissenschaften
Band 79



INAUGURALDISSERTATION

zur Erlangung des akademischen Grades eines

Doktors der Rechte

durch die

Juristische Fakultät

der

Ruhr-Universität Bochum



Die Restriktion des Untreuetatbestandes
im deutschen Strafrecht mit Blick auf den Untreuetatbestand
im koreanischen Strafrecht

Jong-Jin Cha



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.

1. Aufl. - Göttingen: Cuvillier, 2017

Zugl.: Ruhr-Universität Bochum, Diss., 2017

| | |
|-----------------------------|----------------------------|
| Dekan: | Prof. Dr. Wolfram Cremer |
| Erstgutachter: | Prof. Dr. Klaus Bernsmann |
| Zweitgutachter: | Prof. Dr. Gyeong-Ryeol Lee |
| Tag der mündlichen Prüfung: | 27. Juli 2017 |

© CUVILLIER VERLAG, Göttingen 2017

Nonnenstieg 8, 37075 Göttingen

Telefon: 0551-54724-0

Telefax: 0551-54724-21

www.cuvillier.de

Alle Rechte vorbehalten. Ohne ausdrückliche Genehmigung des Verlages ist es nicht gestattet, das Buch oder Teile daraus auf fotomechanischem Weg (Fotokopie, Mikrokopie) zu vervielfältigen.

1. Auflage, 2017

Gedruckt auf umweltfreundlichem, säurefreiem Papier aus nachhaltiger Forstwirtschaft.

ISBN 978-3-7369-9632-8

eISBN 978-3-7369-8632-9



Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2017 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Ruhr-Universität Bochum als Dissertation angenommen.

Herzlichen Dank möchte ich an dieser Stelle meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Klaus Bernsmann, für die weit über das Übliche hinausgehende Betreuung und Unterstützung bei der Erstellung dieser Arbeit zukommen lassen.

Ebenfalls besonderen Dank schulde ich Herrn Professor Dr. Gyeong-Ryeol Lee für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens und den zahlreichen Diskussionen.

Ebenso möchte ich mich von ganzem Herzen bei meinem bereits verstorbenen Lehrer, Professor Dr. Sang-Je Cho, bedanken, der mich auf den rechtswissenschaftlichen Weg gebracht hat.

Gewidmet ist dieses Buch meinen Eltern, die mich auf meinem bisherigen Weg stets unermüdlich unterstützt und liebevoll begleitet haben. Auch gilt mein großer Dank an dieser Stelle meinen Schwestern und Schwägern.

Suwon, im August 2017

Jong-Jin Cha





Meinen lieben Eltern

Yeop Cha

Jeong-Suk Park



Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|--------------|
| Abkürzungsverzeichnis..... | XVIII |
| Einleitung und Gang der Untersuchung | 1 |
| 1. Kapitel: Schwierigkeiten des Untreuetatbestandes und Versuch einer Restriktion..... | 5 |
| A. Einleitung..... | 5 |
| B. Bestimmung des Täterkreises anhand der Vermögensbetreuungspflicht | 5 |
| I. Missbrauchstatbestand..... | 5 |
| 1. Entstehungsgründe der Verfügungs- und Verpflichtungsbefugnis | 5 |
| 2. Erfordernis der Vermögensbetreuungspflicht auch im Missbrauchstatbestand..... | 6 |
| a) Meinungsstand | 6 |
| b) Stellungnahme..... | 8 |
| II. Treubruchtatbestand | 10 |
| 1. Allgemeines..... | 10 |
| 2. Fremdnützigkeit der Vermögenssorge als Hauptpflicht..... | 13 |
| 3. Selbstständigkeit mit Handlungs- bzw. Entscheidungsspielraum..... | 14 |
| 4. Dauer und Umfang der Aufgabe | 15 |
| 5. Kritische Würdigung | 16 |
| C. Pflichtverletzung | 20 |
| I. Allgemeines | 20 |
| 1. Pflichtverletzungshandlung im Untreuetatbestand..... | 20 |
| 2. Akzessorietät | 21 |
| II. Restriktive Ansätze in der Beurteilung der Pflichtwidrigkeit | 23 |
| 1. Pflichtverletzung und Schutzzweck des § 266 StGB..... | 23 |
| 2. Pflichtverletzung bei der Kreditvergabe | 26 |
| a) Kreditvergabe als Risikogeschäft und Verletzung der Informationspflicht..... | 26 |
| b) Kritische Würdigung..... | 29 |



| | |
|--|----|
| 3. Gravierende Pflichtverletzung als ein strafrechtsautonomer Maßstab..... | 31 |
| a) Kriterien der gravierenden Pflichtverletzung im SSV-Reutlingen-Fall..... | 31 |
| b) Kritische Würdigung..... | 32 |
| 4. Einverständnis | 33 |
| a) Einverständnis als ein strafentlassendes Merkmal..... | 33 |
| b) Einverständnis im Verstoß gegen § 30 GmbHG..... | 34 |
| c) Kritische Würdigung..... | 35 |
| D. Vermögensnachteil | 37 |
| I. Grundlage der Schadensbestimmung im Untreuetatbestand | 37 |
| 1. Untreue nur als Vermögensschädigungsdelikt..... | 37 |
| 2. Übertragung des Schadensbegriffs vom Betrugs- auf den Untreuetatbestand..... | 38 |
| 3. Gesamtsaldierungsprinzip | 38 |
| II. Einzelne Fragen der Schadensbestimmung im Untreuetatbestand | 39 |
| 1. Gefährdungsschaden oder endgültiger Schaden bei der Bildung „schwarzer Kassen“ | 39 |
| a) Grundlagen der Lehre der schadensgleichen Vermögensgefährdung..... | 39 |
| b) Gefährdungsschaden bei der Bildung und Unterhaltung von „schwarzen Kassen“ . | 41 |
| aa) Definition und Erscheinungsformen von „schwarzen Kassen“ | 41 |
| bb) Vermögensbetreuungspflicht und Pflichtverletzung des Kassenverwalters | 41 |
| cc) Vermögensnachteil im Fall „schwarzer Kassen“ | 43 |
| c) Kritische Würdigung..... | 45 |
| 2. Verlust der Exspektanz als Saldierungsfaktor bei Kick-back-Vereinbarungen..... | 46 |
| a) Grundlagen der Kick-back-Vereinbarung..... | 46 |
| b) Untreurelevante Exspektanzen bei der Kick-back-Vereinbarung in Rechtsprechung und Lehre..... | 48 |
| c) Kritische Würdigung..... | 51 |
| 3. Zweckverfehlung als ein schadensbegründender Faktor: Haushaltsuntreue..... | 53 |
| a) Problemstellung..... | 53 |
| b) Nachteilsbestimmung bei der Haushaltsuntreue | 55 |



| | |
|--|-----------|
| aa) Gesamtsaldierungsprinzip bei der Nachteilsbestimmung | 55 |
| bb) Heranziehung der Zweckverfehlungslehre zur Nachteilsbestimmung bei der Haushaltsuntreue | 55 |
| c) Kritische Würdigung..... | 59 |
| E. Zwischenergebnis..... | 61 |
| 2. Kapitel: Subjektive Unrechtsmerkmale in den Untreueregelungen | 65 |
| A. Einleitung..... | 65 |
| B. Subjektive Unrechtsmerkmale | 66 |
| I. Absicht..... | 66 |
| 1. Absicht im technischen Sinne | 66 |
| 2. Absicht als überschießende Innentendenz..... | 68 |
| a) Bedeutung der überschießenden Innentendenz | 68 |
| b) Erscheinungsformen der Delikte mit einer überschießenden Innentendenz..... | 68 |
| c) Auslegung der Absichtsmerkmale im Besonderen Teil..... | 69 |
| II. Wissentlichkeit | 72 |
| III. Bereicherungsabsicht | 73 |
| 1. Bereicherungsabsicht insbesondere beim Betrug..... | 73 |
| a) Den Deliktstyp prägende Bedeutung | 73 |
| b) Strafbarkeitseinschränkende Funktion..... | 74 |
| 2. Begriffsbestandteile der Bereicherungsabsicht | 75 |
| a) Absicht | 75 |
| b) Vermögensvorteil..... | 78 |
| c) Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Bereicherung..... | 79 |
| d) Stoffgleichheit..... | 82 |
| aa) Bedeutung der Stoffgleichheit..... | 82 |
| bb) Ausscheidung des externen Vorteils und mittelbaren Schadens bzw. Folgeschadens | 84 |
| cc) Provisionsvertreterbetrug | 85 |
| dd) Stoffgleichheit der wirtschaftlich nicht ermittelten Schadensberechnung..... | 85 |



| | |
|--|------------|
| C. Subjektive Unrechtsmerkmale in der Untreuregelung..... | 88 |
| I. Subjektive Unrechtsmerkmale in der Entwicklungsgeschichte des deutschen Strafrechts | 88 |
| 1. Subjektive Unrechtsmerkmale in den Gesetzesfassungen vor 1933 | 88 |
| 2. Subjektive Unrechtsmerkmale in der Gesetzfassung von 1933 | 90 |
| II. Blick auf die ausländischen Untreuregelungen | 93 |
| 1. Subjektive Unrechtsmerkmale in allgemeinen Untreuregelungen | 93 |
| a) § 153 österreichisches Strafgesetzbuch (öStGB) | 93 |
| b) Art. 158 schweizerisches Strafgesetzbuch (sStGB)..... | 94 |
| 2. Subjektive Unrechtsmerkmale in spezialgesetzlichen Untreuregelungen..... | 95 |
| D. Bisherige Restriktionsversuche im subjektiven Bereich des Untreuetatbestandes..... | 96 |
| I. Versuch zur restriktiven Auslegung im subjektiven Bereich | 96 |
| 1. Vorsatz | 96 |
| 2. Subjektiver Ansatz des 2. Strafsenats des BGH..... | 98 |
| a) Auffassung des 2. Strafsenats | 98 |
| b) Auffassung des 1. Strafsenats | 99 |
| c) Auseinandersetzung in der Lehre | 100 |
| 3. Kritische Würdigung | 100 |
| II. Versuche zur Einführung der subjektiven Unrechtsmerkmale | 102 |
| 1. § 263 des Entwurfs eines Strafgesetzbuchs von 1962 (E1962) | 102 |
| 2. Vorschlag von Labsch..... | 104 |
| E. Zwischenergebnis..... | 106 |
| 3. Kapitel: Bereicherungsmerkmale im koreanischen Untreuetatbestand..... | 109 |
| A. Einleitung..... | 109 |
| B. Grundlage der koreanischen Untreuregelung..... | 110 |
| I. Untreuregelungen..... | 110 |
| 1. Koreanisches Strafgesetzbuch (kStGB) | 110 |
| a) § 355 Abs. 2 kStGB (Untreue)..... | 110 |
| b) § 356 kStGB (Gewerbsmäßige Veruntreuung und Untreue)..... | 110 |
| c) § 358 kStGB (Einschränkung der Rechtsfähigkeit)..... | 110 |



| | |
|--|-----|
| d) § 359 kStGB (Versuch)..... | 110 |
| 2. Gesetz über die erschwerte Bestrafung von bestimmten Wirtschaftsdelikten (Strafverschärfungsgesetz)..... | 111 |
| 3. Koreanisches Handelsgesetzbuch (KHGB) | 112 |
| a) §622 Abs.1 KHGB (Besondere Untreue von Gründern einer Gesellschaft, von Vorstandsmitgliedern, Mitarbeitern usw.) | 112 |
| b) § 622 Abs. 2 KHGB (Besondere Untreue von Abwicklern, Beförderern usw.)..... | 112 |
| c) § 623 KHGB (Besondere Untreue von Vorsitzenden einer Gläubigerversammlung usw.) | 112 |
| d) § 624 KHGB (Versuch) | 112 |
| II. Entstehungsgeschichte des § 355 Abs. 2 kStGB (Untreue) | 113 |
| III. Kriminalitätsstatistik | 115 |
| C. Auslegung und Anwendung des koreanischen Untreuetatbestands..... | 116 |
| I. Allgemeines | 116 |
| 1. Geschütztes Rechtsgut und Deliktcharakter..... | 116 |
| a) Schutzgut..... | 116 |
| b) Deliktcharakter..... | 117 |
| 2. Debatte zum Unrechtskern | 117 |
| a) Hintergrund | 117 |
| b) Missbrauchstheorie | 118 |
| c) Treubruchtheorie | 118 |
| d) Gewinnhandlungstheorie | 120 |
| e) Lehre der Verletzung der Geschäftsführungspflicht | 121 |
| f) Stellungnahme | 122 |
| II. Objektive Tatbestände..... | 122 |
| 1. Bestimmung des Täterkreises..... | 122 |
| a) Vorbemerkung..... | 122 |
| b) Entstehungsgrund der Täterqualifikation..... | 123 |
| c) Inhalt des Geschäfts | 125 |



| | |
|--|-----|
| d) Fremdnützigkeit des Geschäfts | 126 |
| 2. Pflichtverletzung | 131 |
| a) Untreuerrelevante Pflichtverletzung | 131 |
| b) Allgemeine Maßstäbe der Bewertung | 132 |
| c) Vergehen gegen außerstrafrechtliche formelle und prozedurale Vorschriften | 132 |
| d) Risikogeschäft und Einverständnis des Geschäftsherrn | 133 |
| 3. Vermögensschaden | 134 |
| a) Vermögensbegriff | 134 |
| b) Vermögensschaden und Schadensberechnung | 135 |
| c) Vermögensgefährdung | 136 |
| 4. Bereicherungserfolg | 138 |
| III. Subjektive Tatbestände | 138 |
| 1. Vorsatz | 138 |
| a) Schädigungsvorsatz | 138 |
| b) Bereicherungsvorsatz | 139 |
| 2. Bereicherungsabsicht | 139 |
| D. Bereicherungsmerkmale im koreanischen Untreuetatbestand | 140 |
| I. Bereicherungsmerkmal als objektiver Tatbestand | 140 |
| 1. Bereicherungserfolg | 140 |
| 2. Bedeutung des Vermögensvorteils | 141 |
| 3. Bereicherungssumme | 142 |
| 4. Bereicherungserfolg in der Rechtsprechung des kOGH | 143 |
| a) Fall 1: kOGH vom 26.07.2007 (2005 Do 6439) | 143 |
| b) Fall 2: kOGH vom 25.06.2009 (2008 Do 3792) | 144 |
| c) Fall 3: kOGH vom 24.12.2009 (2007 Do 2484) | 145 |
| II. Bereicherungsmerkmal als subjektiver Tatbestand | 146 |
| 1. Bereicherungsvorsatz | 146 |
| 2. Bereicherungsabsicht | 146 |



| | |
|---|-----|
| a) Bereicherungsabsicht im koreanischen Vermögensdelikt | 146 |
| b) Bereicherungsabsicht im koreanischen Untreuetatbestand..... | 147 |
| c) Primärer Wille des Täters für die Vermögensinteressen des Geschäftsherrn | 148 |
| 3. Subjektive Bereicherungsmerkmale in der Rechtsprechung des kOGH..... | 149 |
| a) Fall 4: kOGH vom 28.02.2008 (2007 Do 5987) | 149 |
| aa) Sachverhalt | 149 |
| bb) Entscheidung des kOGH..... | 150 |
| b) Fall 5: kOGH vom 25.04.2013 (2011 Do 9238)..... | 151 |
| aa) Sachverhalt | 151 |
| bb) Schwarze Kassen in der koreanischen Rechtslage..... | 152 |
| cc) Entscheidung des kOGH | 153 |
| c) Fall 6: kOGH vom 14.02.2008 (2007 Do 7716) | 154 |
| aa) Sachverhalt | 154 |
| bb) Entscheidung des kOGH..... | 155 |
| d) Fall 7: kOGH vom 29.05.2008 (2005 Do 4640)..... | 156 |
| aa) Sachverhalt | 156 |
| bb) Entscheidung des kOGH..... | 157 |
| e) Fall 8: kOGH vom 27.07.1983 (83 Do 819) | 158 |
| aa) Sachverhalt | 158 |
| bb) Entscheidung des kOGH..... | 159 |
| III. Sonstiger wichtiger Fall | 159 |
| 1. Sachverhalt | 159 |
| 2. Auseinandersetzung | 160 |
| a) Pflichtverletzung | 160 |
| aa) Beschluss zur Emission einer Wandelanleihe von einer unterhalb der Beschlussfähigkeit liegenden Anzahl an Vorstandsmitgliedern | 160 |
| bb) Bestimmung des beträchtlich unterschätzten Wandlungspreises | 161 |



| | |
|--|------------|
| cc) Zweck zur Herrschaftsübergabe über die Gesellschaft in bestimmten Personen | 163 |
| b) Vermögensschaden | 164 |
| E. Zwischenergebnis..... | 165 |
| 4. Kapitel: Einführung der Bereicherungsabsicht in den Untreuetatbestand und Anwendung auf die problematischen Fälle..... | 169 |
| A. Die Bereicherungsabsicht als ein neuer restriktiver Ansatz | 169 |
| B. Einführung der Bereicherungsabsicht in den Untreuetatbestand..... | 171 |
| I. Deliktstyp des um die Bereicherungsabsicht ergänzten Untreuetatbestands..... | 171 |
| II. Auslegung der Bereicherungsabsicht im neu gefassten Untreuetatbestand..... | 171 |
| 1. Absicht im technischen Sinne | 171 |
| 2. Vermögensvorteil | 172 |
| 3. Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Bereicherung..... | 172 |
| 4. Stoffgleichheit | 173 |
| C. Anwendung auf die problematischen Fälle..... | 174 |
| I. BGHSt 51, 100 ff.: Kanther-Fall | 174 |
| 1. Sachverhalt | 174 |
| 2. Entscheidung des BGH | 175 |
| 3. Analyse..... | 175 |
| a) Bewertung auf der Basis des koreanischen Untreuetatbestands | 175 |
| b) Bewertung auf der Basis der neuen Untreuefassung mit Bereicherungsabsicht..... | 176 |
| II. BGHSt 52, 323 ff.: Siemens-Fall | 177 |
| 1. Sachverhalt | 177 |
| 2. Entscheidung des BGH | 178 |
| 3. Analyse..... | 178 |
| a) Bewertung auf der Basis des koreanischen Untreuetatbestands | 178 |
| b) Bewertung auf der Basis der neuen Untreuefassung mit Bereicherungsabsicht..... | 179 |
| III. BGH NJW 1983, 1807 ff.: Pfarrpründestiftung-Fall..... | 180 |
| 1. Sachverhalt | 180 |



| | |
|---|-----|
| 2. Entscheidung des BGH | 181 |
| 3. Analyse..... | 181 |
| a) Bewertung auf der Basis des koreanischen Untreuetatbestands | 181 |
| b) Bewertung auf der Basis der neuen Untreuefassung mit Bereicherungsabsicht..... | 182 |
| IV. BGHSt 49, 317 ff.: System-Schreiber-Fall..... | 184 |
| 1. Sachverhalt | 184 |
| 2. Entscheidung des BGH | 185 |
| 3. Analyse..... | 185 |
| a) Bewertung auf der Basis des koreanischen Untreuetatbestands | 185 |
| b) Bewertung auf der Basis der neuen Untreuefassung mit Bereicherungsabsicht..... | 186 |
| V. BGHSt 43, 293 ff.: Intendanten-Fall..... | 187 |
| 1. Sachverhalt | 187 |
| 2. Entscheidung des BGH | 188 |
| 3. Analyse..... | 188 |
| a) Bewertung auf der Basis des koreanischen Untreuetatbestands | 188 |
| b) Bewertung auf der Basis der neuen Untreuefassung mit Bereicherungsabsicht..... | 189 |
| VI. BGHSt 50, 331 ff.: Mannesmann-Fall..... | 189 |
| 1. Sachverhalt | 189 |
| 2. Entscheidung des BGH | 190 |
| 3. Analyse..... | 190 |
| a) Bewertung auf der Basis des koreanischen Untreuetatbestands | 190 |
| b) Bewertung auf der Basis der neuen Untreuefassung mit Bereicherungsabsicht..... | 191 |
| VII. BGHSt 49, 147 ff.: Bremer-Vulkan-Fall..... | 193 |
| 1. Sachverhalt | 193 |
| 2. Entscheidung des BGH | 194 |
| 3. Analyse..... | 194 |
| a) Bewertung auf der Basis des koreanischen Untreuetatbestands | 194 |
| b) Bewertung auf der Basis der neuen Untreuefassung mit Bereicherungsabsicht..... | 195 |



| | |
|---|------------|
| VIII. BGHSt 47, 187 ff.: SSV-Reutlingen-Fall | 195 |
| 1. Sachverhalt | 195 |
| 2. Entscheidung des BGH | 196 |
| 3. Analyse..... | 196 |
| a) Bewertung auf der Basis des koreanischen Untreuetatbestands | 196 |
| b) Bewertung auf der Basis der neuen Untreuefassung mit Bereicherungsabsicht..... | 197 |
| 5. Kapitel: Zusammenfassung..... | 199 |
| Literatur..... | 205 |



Abkürzungsverzeichnis

| | |
|---------|---|
| a. A. | andere Ansicht |
| Abs. | Absatz |
| a. F. | alte Fassung |
| Alt. | Alternative |
| Art. | Artikel |
| AT | Allgemeiner Teil |
| Aufl. | Auflage |
| BayObLG | Bayerisches Oberstes Landesgericht |
| BGH | Bundesgerichtshof |
| BGHSt. | Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen |
| BGHZ | Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen |
| BT | Besonderer Teil |
| bzw. | beziehungsweise |
| ders. | Derselbe |
| d. h. | das heißt |
| DStR | Deutsches Strafrecht |
| f. | folgende (Seite) |
| ff. | Fortfolgende (Seite) |
| Fn. | Fußnote |
| FS | Festschrift |
| GA | Goltdammers Archiv für Strafrecht (deutsch) [Jahr, Seite] |
| GG | Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland |
| GmbH | Gesellschaft mit beschränkter Haftung |
| GmbHG | Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung |



| | |
|----------|--|
| HRRS | Online Zeitschrift für höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht |
| Hrsg. | Herausgeber |
| HWSt | Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht |
| h. M. | herrschende Meinung |
| i. S. | im Sinne |
| i. S. v. | im Sinne von |
| JA | Juristische Arbeitsblätter |
| JR | Juristische Rundschau |
| Jura | Juristische Ausbildung |
| JuS | Juristische Schulung |
| JZ | Juristenzeitung |
| KritV | kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft |
| LK | Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch |
| m. w. N. | mit weiteren Nachweisen |
| MK | Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch |
| NJW | Neue juristische Wochenschrift |
| NStZ | Neue Zeitschrift für Strafrecht |
| NZG | Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht |
| OGH | Oberster Gerichtshof |
| OLG | Oberlandesgericht |
| öStGB | österreichisches Strafgesetzbuch |
| StGB | Strafgesetzbuch |
| Rn. | Randnummer |
| RStGB | Reichsstrafgesetzbuch |
| sStGB | schweizerisches Strafgesetzbuch |
| StraFO | Strafverteidiger Forum |



| | |
|--------|---|
| StV | deutsche Strafverteidiger |
| usw. | und so weiter |
| vgl. | vergleiche |
| wistra | Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht |
| z. B. | zum Beispiel |
| ZIP | Zeitschrift für Wirtschaftsrecht |
| ZIS | Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik |
| ZRP | Zeitschrift für Rechtspolitik |
| ZStW | Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft |



Einleitung und Gang der Untersuchung

In der Entwicklungsgeschichte des Untreuetatbestandes dürfte es keine Zeit gegeben haben, in der nicht über die Auslegung des Untreuetatbestandes debattiert wurde. Vor 1933 gab es zunächst Kritik an der unzureichenden Untreuestrafbarkeit, später an deren Ausuferung. Der geltende Untreuetatbestand ist ein Ergebnis dieser langjährigen Auseinandersetzungen. Während er insbesondere im Hinblick auf das heutige hochkomplexe Wirtschaftsleben eine gesonderte Rolle spielt, wird die Debatte über seine Auslegung insgesamt nahezu unüberschaubar. Es ist nach wie vor fraglich, ob die strafbewehrte Untreuehandlung von Fällen, bei denen der zivilrechtliche bzw. verwaltungsrechtliche Schutz ausreicht, eindeutig abgegrenzt werden kann. Damit aber scheint der Untreuetatbestand heute auf tönernen Füßen zu stehen.

Die Lage in Korea ist nicht anders als in Deutschland. Neuerdings tauchen in den koreanischen Rechtsprechungen nicht selten Fälle auf, in denen es um die Untreue der Führungskräfte von Gesellschaften geht. In diesen Fällen mussten die Gerichte nicht nur die Eigennutzung des Gesellschaftskapitals, Bestechlichkeit und eine unberechtigte Kreditvergabe¹ als typische Formen der Untreue behandeln, sondern auch die Emission einer Wandelanleihe (*Convertible Bond*, CB),² die Einrichtung schwarzer Kassen,³ Optionsanleihebedingungen (bond with warrants, BW),⁴ die fremdfinanzierte Übernahme (*Leveraged Buyout*, LBO),⁵ die Konzernuntreue⁶ und den Aktienrückkauf des Hauptaktionärs⁷ als neue Erscheinungsformen. Der Untreuetatbestand spielt insbesondere im wirtschaftlichen Kontext eine wichtige Rolle. In dieser Entwicklungstendenz beschäftigen sich die koreanischen Gerichte und koreanische Strafrechtswissenschaftler mit der Restriktion des Untreuetatbestandes.

In der historischen Entwicklung hat das deutsche Strafrecht einen großen Einfluss auf das koreanische ausgeübt. Das gilt auch für die Untreueregelung. In einigen Aufsätzen wird erklärt, dass

¹ kOGH vom 19.06.2008 (2006 Do 4876).

² kOGH vom 29.05.2009 (2007 Do 4949, in der großen Versammlung).

³ kOGH vom 25.04.2013 (2011 Do 9238).

⁴ kOGH vom 20.02.2009 (2008 Do 9436).

⁵ kOGH vom 28.02.2008 (2007 Do 5987).

⁶ kOGH vom 29.05.2008 (2005 Do 4640).

⁷ kOGH vom 15.05.2008 (2005 Do 7911).



die Wurzeln der koreanischen gesetzlichen Regelungen hierzu bis in das Jahr 1933, in dem der deutsche Untreuetatbestand novelliert wurde, zurückreichen.⁸ Aber bei genauem Hinsehen ist unschwer zu erkennen, dass dieser Tatbestand in beiden Ländern nicht gleichgesehen wird und dass nach dem Gesetzwortlaut sogar relativ große Unterschiede vorhanden sind – obwohl die gesetzliche Regelung im deutschen Strafgesetzbuch als Vorbild für die koreanische diente. Umso bemerkenswerter ist, dass sich die koreanischen Gerichte und die Strafrechtswissenschaftler trotz dieser Abweichung mit demselben Problem beschäftigen wie ihre deutschen Kollegen, nämlich mit einer restriktiven Auslegung des Untreuetatbestandes. Vor diesem Hintergrund erscheint es sinnvoll, den Untreuetatbestand der beiden Länder in vergleichenden Studien eingehender zu untersuchen, um grundlegende Erkenntnisse über ihn zu erlangen.

In vergleichenden Studien steht der Versuch der Restriktion des deutschen Untreuetatbestandes im Mittelpunkt. Diese Eingrenzung ist Thema aktueller Debatten, die weiterhin geführt werden. Die Versuche einer Restriktion konzentrieren sich dabei vor allem auf den objektiven Bereich, namentlich auf die Pflichtwidrigkeit und den Vermögensnachteil. Dem gegenüber wird die restriktive Auslegung im subjektiven Bereich allenfalls am Rande diskutiert. Obwohl § 263 des Entwurfs eines Strafgesetzbuchs von 1962 (E1962) die Einführung subjektiver Unrechtsmerkmale, nämlich „absichtlich oder wissentlich“, „absichtlich“ und „um sich oder einen Dritten zu bereichern“, vorsah, ist er ohne große Resonanz geblieben. Dieses Desinteresse eines Versuchs der Restriktion im subjektiven Bereich ist insofern verwunderlich, als die Restriktionsversuche im objektiven Bereich unüberschaubar sind und damit die Normadressaten schwer vorhersehen können, welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist. Aus diesem Grund wird in der vorliegenden Untersuchung der Versuch unternommen, einen Restriktionsansatz im subjektiven Bereich ausfindig zu machen. Ziel der Untersuchung ist zunächst, die Möglichkeit einer Restriktion des Untreuetatbestandes durch die Einführung der Bereicherungsabsicht zu begutachten.

Im 1. Kapitel wird zunächst dargestellt, welche Schwierigkeiten es mit sich bringt, den Untreuetatbestand im objektiven Bereich restriktiv auszulegen. Dabei zeigt sich die verworrene Situation in der restriktiven Auslegung der objektiven Merkmale: Täter, Pflichtwidrigkeit und Vermögensnachteil. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Beschluss vom 23. Juni 2010⁹ mit Blick auf die Auslegung des Untreuetatbestandes die Normkonkretisierung durch die Gerichte

⁸ Moon, *Hyoung-Seob*, Eine Studie über Untreue, S. 16; auch Lee, *Jae-Jin*, Eine Studie über die Untreue, S. 12.

⁹ BVerfGE 126, 170ff.



angeordnet. Diesbezüglich ist auch zu überprüfen, ob die Anforderung zur Normkonkretisierung in der jetzigen Entwicklungstendenz eine angemessene Auslegung des Untreuetatbestandes ermöglichen kann. Daraus resultiert der Bedarf, einen anderen, bislang nur selten diskutierten Weg zu beschreiten.

Im 2. Kapitel wird der Fokus der Diskussion von dem objektiven in den subjektiven Bereich verlagert. Es gilt, die Bedeutung und die Funktion der subjektiven Unrechtsmerkmale zu analysieren. Dabei werden diese in der Entwicklungsgeschichte der Untreuregelung und der ausländischen Gesetzgebung näher beleuchtet. Es zeigt sich, dass die subjektiven Unrechtsmerkmale in der Entwicklungsgeschichte der deutschen Untreuregelung keineswegs fremd sind und die Bereicherungsabsicht besonders beim Untreuetatbestand anders als z. B. beim Betrugs- oder Erpressungstatbestand entfallen ist. Auch verweisen die bisherigen Restriktionsversuche durchaus auf den subjektiven Bereich.

Das 3. Kapitel ist dem koreanischen Untreuetatbestand gewidmet. Zunächst wird die Diskussionslage zu diesem dargestellt. In der koreanischen Untreuedogmatik bestehen weitgehend ähnliche Schwierigkeiten wie in der deutschen. Zwar weist der koreanische Untreuetatbestand wegen seiner Entstehungsgeschichte eine strukturelle Ähnlichkeit mit dem deutschen auf. Aber er unterscheidet sich vom deutschen entscheidend im Bereicherungsmerkmal. Zum einen wird die Bereicherung des Täters oder eines Dritten als ein objektiver Taterfolg vorausgesetzt. Zum anderen ist die innere Einstellung hinsichtlich der Bereicherung einerseits als Tatvorsatz und andererseits als überschießende Innentendenz gefordert. Aus diesem Grund wird untersucht, wie das Bereicherungsmerkmal ausgelegt und in der Rechtspraxis angewandt wird.

Schließlich geht es im 4. Kapitel darum, die Einführung der Bereicherungsabsicht in die geltende deutsche Untreuebestimmung zu untersuchen und durch die Anwendung auf die problematischen Fälle zu überprüfen, ob damit eine Restriktion der Untreuestrafbarkeit möglich ist. Ferner ist zu prüfen, ob die Untreuestrafbarkeit in den wichtigsten Fällen in Deutschland, wie beispielsweise im Siemens- oder Kanther-Fall etc., auf der Basis des koreanischen Untreuetatbestandes, wo sie Voraussetzung für die Tatbestandsverwirklichung ist, festgestellt werden könnte. Die Untersuchung endet mit einer Zusammenfassung der Ergebnisse.





1. Kapitel:

Schwierigkeiten des Untreuetatbestandes und Versuch einer Restriktion

A. Einleitung

Wer sich an eine Untersuchung der Untreuedogmatik macht, wird unschwer feststellen, dass die Literatur zum objektiven Tatbestand des § 266 StGB recht umfangreich ist. Obwohl die meisten Publikationen die Unbestimmtheit des § 266 StGB kritisieren, eine grenzlose Ausdehnung des Untreuetatbestands fürchten und ihn entsprechend restriktiv auszulegen versuchen, bleibt der Untreuetatbestand wie hinter einem Schleier verborgen. Das Ziel der Auseinandersetzung hinsichtlich der Untreuedogmatik besteht daher darin, eine sowohl dogmatisch konsistente als auch kriminalpolitisch angemessene Judikatur zu entwickeln. Die Diskussion, die auf diesem Weg geführt wird, ist jedoch noch sehr breit. Im vorliegenden ersten Kapitel dieser Untersuchung werden einige Positionen zu dieser Unüberschaubarkeit der Restriktionsversuche im objektiven Bereich dargestellt. Damit wird die Notwendigkeit angedeutet, das Feld der Auseinandersetzung bei diesem Thema zu verlagern.

B. Bestimmung des Täterkreises anhand der Vermögensbetreuungspflicht

1. Missbrauchstatbestand

1. Entstehungsgründe der Verfügungs- und Verpflichtungsbefugnis

Die Untreue ist ein Sonderdelikt, das nur ein qualifizierter Täter, nicht jede Person täterschaftlich begehen kann. Beim Untreuetatbestand muss der Täter eine Sonderstellung in Bezug auf das fremde Vermögen haben. Dabei ist es gleichgültig, ob der Missbrauchs- oder der Treubruchtatbestand vorliegt. Nach dem Gesetzeswortlaut des § 266 Abs. 1 StGB setzt diese Sonderstellung beim Missbrauchstatbestand die durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis voraus, über fremdes Vermögen zu verfügen (Verfügbefugnis) oder einen



anderen zu verpflichten (Verpflichtungsbefugnis). Als Paradebeispiele der vom Gesetz eingeräumten Befugnis kommen z. B. die Eltern gegenüber ihren Kindern (§ 1626 BGB), Testamentsvollstrecker (§ 2205 BGB), Vormunde (§ 1793 BGB), Betreuer (§ 1896 BGB), Handlungsbevollmächtigte (§ 54 HGB), Insolvenzverwalter (§ 80 InsO) oder Gerichtsvollzieher (§§ 753, 814 ff. ZPO) in Betracht. In behördlichem Auftrag handeln beispielsweise staatlich bestellte Treuhänder, Liquidatoren oder Inkassobeamte etc. Befugnisse kraft Rechtsgeschäfts werden hingegen beispielsweise im Rahmen der Verfügungsermächtigung (§ 185 BGB), der Vertretungsmacht von Bevollmächtigten (§ 164 BGB), der Prokura (§§ 48–53 HGB) oder der Organe von Gesellschaften etc. ausgeübt.

2. Erfordernis der Vermögensbetreuungspflicht auch im Missbrauchstatbestand

a) Meinungsstand

Hinsichtlich der Bestimmung des Täterkreises ist es besonders umstritten, ob der Missbrauchstatbestand eine Vermögensbetreuungspflicht erfordert, wie sie der Treubruchtatbestand voraussetzt. Auf dem Weg der Auseinandersetzungen hat die „Scheckkarten-Entscheidung“ des BGH im Jahr 1972¹⁰ einen wichtigen Wendepunkt markiert. In dieser Entscheidung hat der BGH die Untreuestrafbarkeit eines Scheckkarteninhabers, der mit einem durch eine Scheckkarte garantierten, aber ungedeckten Scheck seine Sparkasse belastet hatte, mit der Begründung verneint, dass für beide Alternativen eine Vermögensfürsorgepflicht, welche die Betreuung fremder Vermögensinteressen von einiger Bedeutung beinhaltet, vorauszusetzen ist. Daran fehle es aber im Verhältnis eines Scheckkarteninhabers zu seiner Sparkasse oder seiner Bank grundsätzlich.¹¹ Ferner nehme zwar eine Sparkasse oder eine Bank die Vermögensinteressen ihrer Kunden wahr, aber nicht umgekehrt der Kunde Vermögensinteressen einer Sparkasse oder einer Bank.¹²

Dieser „Scheckkarten-Entscheidung“ folgt die sog. monistische Lehre, die heute der herrschenden Auffassung in Rechtsprechung¹³ und Schrifttum¹⁴ entspricht. Ihr zufolge sei die Vermögens-

¹⁰ BGHSt 24, 386 ff.

¹¹ Vgl. BGHSt 24, 386, 387.

¹² Vgl. BGHSt 24, 386, 387.

¹³ BGHSt 24, 386; 33, 244, 250; BGH wistra 1991, 305, 307.

¹⁴ MK-Dierlamm, §266 Rn.21; NK-Kindhäuser, §266 Rn.26; Lackner/Kühl, StGB, §266 Rn. 4; Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf Strafrecht BT, §22 Rn.68;

Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht BT 1, § 45 II Rn. 18; Rengier, Strafrecht BT I, § 18



betreuungspflicht nicht nur für den Treubruch-, sondern auch für den Missbrauchstatbestand erforderlich. Hierbei wird grundsätzlich davon ausgegangen, dass die beiden Alternativen einen einheitlichen Unrechtskern bergen, der an der Formulierung „dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat“ zu erkennen ist. Da sich diese Aussage nicht allein auf den Treubruchtatbestand, sondern auch den Missbrauchstatbestand bezieht, folgt das Ergebnis zwingend aus der richtigen Gesetzesanwendung.¹⁵ In diesem Sinne erscheint es konsequent, den Missbrauchstatbestand als einen speziell geregelten Unterfall des Treubruchtatbestands aufzufassen.¹⁶ Nach dieser Ansicht dient ferner die Vermögensbetreuungspflicht, die mit gleichem Inhalt für beide Alternativen gilt, der Einschränkung des Täterkreises nicht nur beim Treubruchtatbestand, sondern in gleicher Weise und mit gleicher Intensität auch beim Missbrauchstatbestand.¹⁷

Davon abweichende Meinungen werden mit verschiedenen Akzenten vertreten. Einige Autoren sind der Meinung, dass die beiden Alternativen voneinander unabhängig seien und die Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des Treubruchtatbestands keineswegs für den Missbrauchstatbestand gefordert werde.¹⁸ Andere Auffassungen konzedieren zwar, dass der oben genannte Relativsatz für beide Alternativen von Bedeutung sei, legen aber den Inhalt der Vermögensbetreuungspflicht für beide unterschiedlich aus. Demnach soll die Sonderstellung beim Missbrauchstatbestand immer schon dann vorliegen, wenn dem Täter die Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis im Interesse des Vermögensinhabers, d. h. zu einem fremdnützigem Handeln, übertragen¹⁹ oder eine im Außenverhältnis wirksame Befugnis zur Verfügung oder Verpflichtung eingeräumt worden ist.²⁰

Rn. 14; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, § 20 Rn. 749 f.; *Fabricius*, NStZ 1993, 414, 415; *Kohlmann*, JA 1980, 228, 229; *Schreiber/Beulke*, JuS 1977, 656, 657; *Vormbaum*, JuS 1981, 19, 20.

¹⁵ LK-*Hübner*, 10. Aufl., § 266 Rn. 5.

¹⁶ So MK-*Dierlamm*, § 266 Rn. 16.

¹⁷ MK-*Dierlamm*, § 266 Rn. 16; *Eisele*, Strafrecht BT II Rn. 878; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, § 20 Rn. 750; SK-*Samson/Günter*, § 266 Rn. 4f.

¹⁸ *Arzt*, Bruns-FS, S. 382; *Kargl*, ZStW 113(2001), 565, 589.

¹⁹ *Schönke/Schröder-Perron*, StGB, § 266 Rn. 2; *Mitsch*, Strafrecht BT 2, S. 363f.; *Schlüchter*, JuS 1984, 675; *Seelmann*, JuS 1982, 914, 917.

²⁰ *Labsch*, Jura 1987, 343, 345 ff.; auch *Otto*, Strafrecht BT, § 54 Rn. 11.



Darüber hinaus wird im Hinblick auf die Einschränkung des Täterkreises die Meinung vertreten, dass der relativ präzise formulierte Missbrauchstatbestand einer solchen Restriktion gar nicht bedürfe.²¹ Stattdessen kritisiert sie in Bezug auf die herrschende Meinung, dass die Unwägbarkeiten der am Einzelfall orientierten Kategorie „Betreuungspflicht“ den einzigen rechtsstaatlich gefestigten Bereich des § 266 StGB, nämlich das auf einen bestimmbareren Täterkreis eingegrenzte Missbrauchsverhalten, in den Hintergrund drängen würde.²² Kritisiert wird zudem, dass durch die „Scheckkarten-Entscheidung“ des BGH eine gravierende Strafbarkeitslücke bewirkt werde und infolgedessen eine Neuregelung des § 266b durch den Gesetzgeber überfällig sei, um diese Strafbarkeitslücke zu schließen.²³

b) Stellungnahme

Den beiden Tatbestandsalternativen liegen drei Entstehungsgründe als Quelle der untreuespezifischen Pflichtenstellung zugrunde: Gesetz, behördlicher Auftrag und Rechtsgeschäft. Im Schrifttum wird die Meinung überwiegend vertreten, dass diese drei gemeinsamen Wurzeln ohne Bedeutungsunterschied gleichermaßen für die beiden Tatbestandsalternativen gelten.²⁴ Neben den gemeinsamen Entstehungsgründen kann sich die untreuespezifische Pflichtenstellung beim Treubruchtatbestand auch aus einem Treueverhältnis ergeben. Da das tatsächliche Treueverhältnis nicht der Oberbegriff der Pflichtenbegründung ist²⁵, sondern beide nebeneinander stehen, scheint im Hinblick auf die Täterqualifizierung die Auffassung, der Missbrauchstatbestand sei präziser formuliert, nur insoweit gerechtfertigt, als die Pflichtenstellung aus dem Treueverhältnis in Frage gestellt wird. Bei der Überprüfung der Untreuestrafbarkeit wird empfohlen, zunächst den relativ präzise formulierten Missbrauchstatbestand zu untersuchen,²⁶ da der Treubruchtatbe-

²¹ Vgl. *Labsch*, Jura 1987, 343, 345 ff.; *Mitsch*, Strafrecht BT 2, S. 363f.; *Otto*, Strafrecht BT, § 54 Rn. 11.

²² Vgl. *Kargl* ZStW 113(2001), 565, 589.

²³ Vgl. *Labsch*, Jura 1987, 343, 345; auch *Otto*, Strafrecht BT, § 54 Rn. 11.

²⁴ *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht BT, § 22 Rn. 48; *MK-Dierlamm*, § 266 Rn. 143; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht BT 1, § 45II Rn. 24; *LK-Schünemann*, 12. Aufl., § 266 Rn. 60.

²⁵ So *Ransiek*, ZStW 116(2004), 634, 641.

²⁶ So *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht BT, §22 Rn.80; *Kindhäuser*, Strafrecht BTII Rn.27; *Krey/Hellmann*, Strafrecht BT, § 17 Rn. 564; *Labsch*, Jura 1987, 343, 346; *Mitsch*, Strafrecht BT 2, S. 371.



stand bei einem fehlgeschlagenen rechtsgeschäftlichen Handeln des Täters als sog. Auffangnorm fungiere.²⁷ In der Tat kann der Treuebruchtatbestand Anwendung finden, wenn der Täter, der eine Vertretungsbefugnis über das Vermögen eines anderen hat, lediglich durch ein tatsächliches Einwirken auf fremdes Vermögen oder ein Unterlassen einen Vermögensnachteil hervorruft. Aber es ist sorgfältig zu prüfen, ob die präzisere Bestimmtheit des Missbrauchstatbestands wirklich auf einem exakt abgegrenzten Täterkreis beruht. Nur wenn das der Fall ist, kann die Meinung, der relativ präzise formulierte Missbrauchstatbestand bedürfe einer Restriktion durch die Vermögensbetreuungspflicht gar nicht, gerechtfertigt werden. Dabei müssen Tatsubjekt einerseits und Tathandlung andererseits als voneinander selbstständige Merkmale gesondert geprüft werden.

Somit ist zu beachten, dass die untreuespezifische Pflichtenstellung sich nicht auf die Frage bezieht, ob das durch den Täter vorgenommene Rechtsgeschäft nichtig war oder wie der Täter sich bei Pflichtverletzungen verhält. Die Frage, ob der Täter eine untreuerelevante Sonderstellung hat, muss vor der Bewertung der Pflichtwidrigkeit aufgeklärt werden. Es scheint daher widersprüchlich, in Fällen, in denen der Missbrauchstatbestand wegen eines fehlgeschlagenen rechtsgeschäftlichen Handelns des Täters verneint wird, zur Anwendung des Treuebruchtatbestands erneut die Vermögensbetreuungspflicht zu überprüfen. Bereits in vielen Fällen, in denen der Täter eine Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis innehat, bereitet die Täterqualifizierung Schwierigkeiten, etwa bei den Tätigkeiten von Bankkassierern,²⁸ den Verwaltern von Fahrkartenschaltern der Eisenbahn²⁹ oder zuletzt den Vermietern.³⁰ Da letztendlich nur eine Pflichtverletzung desjenigen von Bedeutung ist, der eine Sonderstellung über fremdes Vermögen im Sinne des § 266 StGB innehat, ist die Frage entscheidend, ob die aus der Rechtsbeziehung zwischen dem Täter und dem Vermögensinhaber resultierende Stellung des Täters zum fremden Vermögen untreuespezifisch ist.

Maßgebend für die Bestimmung der Vermögensbetreuungspflicht sind Inhalt und Umfang der sog. Treuabrede, wie sie sich aus dem zugrundeliegenden rechtlichen Verhältnis, den getroffenen Vereinbarungen und deren Auslegung ergibt.³¹ Daher kann auch die Vermögensbetreuungspflicht nur durch die Auslegung des zugrundeliegenden Treueverhältnisses ermittelt werden, und

²⁷ Vgl. *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht BT, § 22 Rn. 80; auch *Mitsch*, Strafrecht BT 2, S. 371.

²⁸ BGH wistra 1989, 60 ff.

²⁹ BGHSt 13, 315 ff.

³⁰ BGHSt 41, 224 ff.

³¹ BGHSt 1, 186, 189 f.; 47, 295, 297; *Rengier*, Strafrecht BT I, § 18 Rn. 16.



zwar sowohl beim Missbrauchs- als auch beim Treubruchtatbestand. Diese Frage ist häufig in denjenigen Fällen von Bedeutung, in denen die Befugnis nicht durch „Gesetz oder behördlichen Auftrag“, sondern durch „Rechtsgeschäft“, insbesondere in Austauschverhältnissen, erteilt wird. In diesen Fällen ist zwar der Wille der Beteiligten nicht an einem Geschäftsbesorgungsverhältnis ausgerichtet, aber dem Täter kann eine rechtliche Befugnis oder eine tatsächliche Zugriffsmöglichkeit auf fremdes Vermögen gegeben werden. Dabei kann die Vermögensbetreuungspflicht als ein Kriterium zur restriktiven Auslegung eine wichtige Rolle spielen. Der BGH hat bekanntlich schon in der „Scheckkarten-Entscheidung“, in der der Täter eine rechtliche Verpflichtungsbefugnis hatte und durch Rechtsgeschäfte die Befugnis missbrauchte, mangels der Sonderstellung die Untreue eines Scheckkarteninhabers verneint.³² Auch in der „Tankkarten-Entscheidung“, in der es um die missbräuchliche Verwendung einer sog. Tankkarte ging, die der Arbeitgeber einem angestellten Kraftfahrer zur Betankung der Arbeitsfahrzeuge überlassen hat, wurde die Untreuestrafbarkeit mit der Begründung verneint, dass es nicht ersichtlich sei, dass die Angeklagten im Rahmen eingeräumter Entscheidungsspielräume selbständig und eigenverantwortlich über wesentliche Einzeldispositionen im Sinne eines „auch anders handeln dürfen“ entscheiden könnte.³³

Daraus resultiert, dass die Kriterien zur restriktiven Auslegung der Vermögensbetreuungspflicht auch beim Missbrauchstatbestand eine entscheidende Rolle spielen können und müssen. Wenn das zugrundeliegende rechtliche Verhältnis nicht untreuetyisch ist und damit Inhalt und Umfang der Treueabrede nicht genau eruiert werden können, lässt sich stets die Frage nach dem Täterkreis des § 266 StGB stellen. Dabei kann der Maßstab „Vermögensbetreuungspflicht“ zur restriktiven Auslegung des Täterkreises sowohl beim Missbrauchs-, als auch beim Treubruchtatbestand hilfreich sein.

II. Treubruchtatbestand

1. Allgemeines

Der Treubruchtatbestand wird dadurch erfüllt, dass der Täter die ihm kraft Gesetzes, behördlichen Auftrages oder Rechtsgeschäftes, aber auch kraft eines Treueverhältnisses obliegende

³² BGHSt 24, 386, 387.

³³ Vgl. OLG Celle NStZ 2011, 218, 219.



Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat, einen Nachteil zufügt. Anders als beim Missbrauchstatbestand kann die untreuerelevante Sonderstellung des Täters somit auch auf einem Treueverhältnis beruhen. Gemeint sind sicherlich nicht ethisch-moralische Verpflichtungen aus Verwandtschaft oder Freundschaft, auch nicht Schadensabwendungspflichten aufgrund von Ingerenz.³⁴ Diese Pflichtentstehungsgründe reichen unter Berücksichtigung der Sonderstellung über fremdes Vermögen für die Qualifizierung des Untreuetäters nicht aus. Vielmehr muss die Vermögensbetreuungspflicht aus Treueverhältnissen als eine Sonderstellung über fremdes Vermögen qualifiziert werden. Es geht bei der Vermögensbetreuungspflicht infolge von Treueverhältnissen somit nicht um eine Erweiterung der inhaltlichen Kriterien, sondern um deren konsequente Anwendung auf strafrechtlich begründete Pflichtenstellungen.³⁵

Dabei ist zuerst an diejenige Fallgruppe zu denken, in der durch das Rechtsverhältnis eine Fürsorgepflicht bestanden hat, die aber erloschen ist. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn ein Vormund nach Beendigung der Vormundschaft Mündelgelder für sich verwendet.³⁶ In derartigen Fällen bedarf es jedoch im Übrigen gar nicht des Rückgriffs auf das tatsächliche Treueverhältnis, weil eine sinnvolle Auslegung des ursprünglich bestehenden Rechtsverhältnisses zu dem Ergebnis führt, dass die Verantwortlichen auch noch im Abwicklungsstadium an rechtliche Pflichten gebunden sind.³⁷ In einer weiteren Fallgruppe kann auch ein beabsichtigtes, aber fehlgeschlagenes Rechtsverhältnis eine Vermögensbetreuungspflicht nur dann begründen, wenn aufgrund des tatsächlichen oder mutmaßlichen Willens der Beteiligten und der tatsächlichen Pflichtenübernahme ein faktisches, fremdnütziges Herrschaftsverhältnis über fremdes Vermögen entstanden ist.³⁸ Schließlich kann bei dem sog. faktischen Organ eine Vermögensbetreuungs-

³⁴ Schönke/Schröder-Perron, StGB § 266 Rn. 30.

³⁵ Fischer, StGB, § 266 Rn. 40.

³⁶ RGSt 45, 434 ff.; auch BGHSt 8, 149 ff.; OLG Stuttgart, JZ 1973, 739 ff.; BGH NSTz 1997, 124 ff.

³⁷ Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht BT, § 22 Rn. 52; Eisele, Strafrecht BT II Rn. 886; zuletzt in Rechtsprechung siehe BGH wistra 2011, 397.

³⁸ Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht BT, § 22 Rn. 54; Fischer, StGB § 266 Rn. 42; Schönke/Schröder-Perron, StGB, § 266 Rn. 30.



pflicht auch nur dann begründet werden, wenn die faktische Organtätigkeit von den Gesellschaftern oder dem maßgebenden Gesellschaftsgremium geduldet wird.³⁹

Es ist jedoch zu beachten, dass die angesprochene Unsicherheit der Täterqualifizierung beim Untreuetatbestand nicht nur im Hinblick auf die Pflichtstellungsgründe aus dem tatsächlichen Treueverhältnis besteht. Dies stellt nur die Spitze des Eisbergs dar. Das Problem ist vielmehr im gesamten Bereich des Untreuetatbestands verbreitet. Angesichts der Schwierigkeiten bei der Bestimmung des Täterkreises besteht die berechtigte Sorge, dass die Formulierung des Untreuetatbestandsmerkmals zu weit oder sogar bis ins Uferlose ausgelegt und dadurch möglicherweise jede Vertragsverletzung pönalisiert wird. Einige Strafrechtswissenschaftler vertreten sogar die Auffassung, dass der Tatbestand der Untreue, insbesondere der Treubruchtatbestand, mit dem Bestimmtheitsgebot nach Art. 103 Abs. 2 GG unvereinbar sei.⁴⁰

Um den Verdacht einer mangelnden Verfassungsmäßigkeit und die Unsicherheit bei der Rechtsanwendung zu beseitigen, versuchen Rechtsprechung und Lehre seit Langem, diesen Tatbestand restriktiv auszulegen und ihm dadurch eine einigermaßen klar umrissene Kontur zu verleihen. Bereits das Reichsgericht hat in Bezug auf die Vermögensbetreuungspflicht leitende Kriterien vorgeschlagen. So hat es verkündet, dass

„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.“⁴¹

Die Kriterien des ehemaligen Reichsgerichts sind mittlerweile in der Rechtsprechung des BGH einzelfallbezogen fortentwickelt⁴² und auch in der Literatur mit unterschiedlichen Akzentuierungen für die Restriktion der Vermögensbetreuungspflicht einbezogen worden.⁴³

³⁹ *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht BT, §22 Rn.54; auch *Schönke/Schröder-Perron*, StGB, § 266 Rn. 20.

⁴⁰ Vgl. *Kargl*, ZStW 113 (2001), 565, 589; auch *MK-Dierlamm*, § 266 Rn. 3; *Ignor/Sättele*, Hamm-FS, S. 211 ff.; dagegen ausdrücklich *BVerfGE* 126, 170, 208 ff.; auch *Ransiek*, ZStW 116(2004), 634, 640 ff.

⁴¹ RGSt 69, 58, 61f.

⁴² BGHSt 1, 186, 188; 4, 170, 172; 13, 315, 317; 22, 190, 191; 33, 244, 250.

⁴³ Statt Vieler *MK-Dierlamm*, § 266 Rn. 30ff.; *LK-Schünemann*, 12. Aufl., §266 Rn. 75ff.



2. Fremdnützigkeit der Vermögenssorge als Hauptpflicht

Bekanntlich ist fremdes Vermögen das Angriffsobjekt der beiden Tatbestandsalternativen.⁴⁴ Es kann auch nicht bestritten werden, dass der wesentliche Inhalt sowohl der Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis bei der ersten Alternative als auch der Vermögensbetreuungspflicht bei der zweiten Alternative die Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen sein muss. Es versteht sich von selbst, dass die Eltern Sorge für das Vermögen ihrer Kinder tragen (§ 1626 I 2 BGB), der Vormund die Pflicht hat, für das Vermögen des Mündels zu sorgen (§ 1793 BGB), und der Insolvenzverwalter sich nach dem Grundsatz der „par conditio creditorum“, also der gleichmäßigen und bestmöglichen Gläubigerbefriedigung (§ 80 InsO), verhalten soll. Das Wesen der Vermögensbetreuungspflicht lässt sich auch anhand des Geschäftsbesorgungsvertrags verdeutlichen, der durch das Rechtsgeschäft begründet worden ist.⁴⁵ Nach Auffassung des BGH ist unter dem Geschäftsbesorgungsvertrag die selbstständige Tätigkeit wirtschaftlicher Art zu verstehen, für die ursprünglich der Geschäftsherr selbst zu sorgen hatte, die ihm aber von einem anderen (dem Geschäftsführer) abgenommen wurde.⁴⁶ Das Merkmal der Geschäftsbesorgung für einen anderen ist dagegen nicht erfüllt, wenn der Aufgabenkreis des Geschäftsherrn mithilfe des Vertragspartners überhaupt erst geschaffen werden soll.⁴⁷ Kennzeichnend ist somit die Fremdnützigkeit. Dafür genügt allerdings weder die Pflicht als solche, einen Vertrag zu erfüllen, noch die einem Vertrag innewohnende allgemeine Pflicht, auf die Interessen des Partners gebührende Rücksicht zu nehmen (vgl. § 242 BGB).⁴⁸

Darüber hinaus muss diese fremdnützige Vermögensbetreuungspflicht auch als eine Hauptpflicht im Innenverhältnis zwischen Täter und Vermögensinhaber bestehen. Der Rechtsprechung nach erfordert der Treubruchtatbestand, dass die Pflicht zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen mithin „typischer“ und „hauptsächlicher“ Inhalt des den Täter mit dem Vermögensinhaber verbindenden Verhältnisses sein muss.⁴⁹ Demnach genießen nur solche Rechtsbeziehungen den

⁴⁴ NK-Kindhäuser, § 266 Rn. 43; Lackner/Kühl, StGB, § 266 Rn. 3; Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht BT 1, § 45 II Rn. 1.

⁴⁵ Zu dem Charakter der Vermögensbetreuungspflicht als Geschäftsbesorgung Eisele, Strafrecht BT II Rn. 889; Haas, Die Untreue, S. 39; Krey/Hellmann/Heinrich, Strafrecht BT, § 17 Rn. 798; Otto, Strafrecht BT, § 54 Rn. 20.

⁴⁶ BGHZ 45, 225, 229.

⁴⁷ BGHZ 45, 225, 229.

⁴⁸ BGHSt 1, 186, 188; 22, 190, 191; 33, 244, 250; OLG Celle NStZ 2011, 218.

⁴⁹ LG Mainz NJW 2001, 906.



Schutz des § 266, bei denen die Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen den Hauptgegenstand bildet.⁵⁰

Im Hinblick auf die genannten Kriterien sind zunächst die eigennützigen Rechtsverhältnisse, insbesondere schuldrechtliche Austauschverhältnisse wie Kauf,⁵¹ Reise-,⁵² Arbeits-⁵³ und Darlehensverträge, aus dem Anwendungsbereich auszuklammern.⁵⁴ In diesen Austauschverhältnissen erhält zwar jeder Beteiligte gewisse Möglichkeiten, auf fremdes Vermögen zuzugreifen, was den Anschein erweckt, als könnte der Täter eine Vermögensbetreuungspflicht haben. Aber die damit verbundenen Pflichten sind nicht hauptsächlich und fremdnützig, sondern eigennützig bzw. nur beiläufig oder reflektorisch. Vielmehr kommt es jedem Beteiligten in erster Linie darauf an, das eigene Vermögen zu erhalten oder zu mehren. Die das Vermögen des anderen Teils berührende eigene Leistung wird nur deshalb erbracht, um die Gegenleistung des anderen zu erhalten.⁵⁵ Nur mit der strikten Anforderung der Fremdnützigkeit der Vermögenssorge als Hauptpflicht lässt es sich vermeiden, die Nichterfüllung oder Verletzung von Leistungs- oder allgemeinen, auf Treu und Glauben beruhenden Schuldnerpflichten schlechthin als Untreue mit Strafe zu bedrohen.⁵⁶

3. Selbstständigkeit mit Handlungs- bzw. Entscheidungsspielraum

Ein wichtiges Kriterium für die Begründung der Vermögensbetreuungspflicht ist der Grad der Selbstständigkeit bei der Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen. Nach der Auffassung des ehemaligen Reichsgerichts müsste der Verpflichtete für ihre Erfüllung einen gewissen Spielraum, eine gewisse Bewegungsfreiheit oder Selbstständigkeit haben.⁵⁷ Demnach wird in der Regel eine rein „mechanische“ Tätigkeit wie bloße Botentätigkeit als solche oder die Erledigung untergeordneter Einzelaufträge nicht dazugezählt.⁵⁸ Auf der gleichen Linie hat der BGH zu einem Fall, bei dem eine Behördenschreibkraft von Antragstellern Geld für die Beschaffung von

⁵⁰ BGHSt 1, 186, 188 f.; 22, 190, 191; 33, 244, 250; *Rengier*, Strafrecht BT I, § 18 Rn. 16.

⁵¹ BGHSt 9, 84, 87; 22, 190, 191.

⁵² BGHSt 28, 20, 23 ff.

⁵³ BGHSt 3, 289, 294; 4, 170, 172; 5, 187, 188 f.; 6, 314, 318.

⁵⁴ BGH GA 1977, 18, 19; zu weiteren Beispielen aus den Rechtsprechungen siehe MK-*Dierlamm* § 266 Rn. 56 ff.

⁵⁵ *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht BT, § 22 Rn. 58.

⁵⁶ BGHSt 28, 20, 23.

⁵⁷ RGSt 69, 58, 60.

⁵⁸ RGSt 69, 58, 62.



Stempelmarken entgegennahm, ausgeführt. So zeige schon die Ausdrucksweise des Gesetzes im § 266 StGB, dass es sich bei der Untreue nur um die Verletzung eines solchen Treueverhältnisses handeln kann, das den Täter gerade zur Betreuung von Vermögensinteressen des Treugebers verpflichte, wobei es sich stets um Beziehungen von einigem Gewicht und um Pflichten oder Pflichtenkreise von gewisser Bedeutung handeln muss, die dem Verpflichteten außerdem einen gewissen Spielraum, eine gewisse Bewegungsfreiheit oder Selbstständigkeit gerade bei der Betreuung dieses Vermögensinteresses lasse.⁵⁹

Im Schrifttum besteht zwar Einigkeit darüber, dass die Selbstständigkeit eine notwendige Voraussetzung der untreuespezifischen Vermögensbetreuungspflicht ist.⁶⁰ Ihre Konkretisierung ist jedoch noch umstritten. Die herrschende Meinung stellt bei der Feststellung der Selbstständigkeit auf die Wahlfreiheit zwischen verschiedenen Handlungsalternativen ab. Dabei geht es um die Frage, ob und gegebenenfalls welche Handlungsalternativen dem Betreuer jeweils erlaubt sind.⁶¹ Dagegen wird eingewandt, dass die Abgrenzung nicht danach zu erfolgen hätte, was der Täter darf, sondern danach, was er kann.⁶² Hierbei ist somit die Abwesenheit von Kontrolle entscheidend, wobei unter Kontrolle nicht die Frage einer nachträglichen Überprüfung, sondern die gleichzeitige Steuerung und Überwachung zu verstehen ist.⁶³

4. Dauer und Umfang der Aufgabe

Dauer und Umfang der Tätigkeit des Täters nehmen als Indizien für die Vermögensbetreuungspflicht in der Rechtsprechung nur eine geringe Bedeutung ein.⁶⁴ Aber weder der Umfang des von der Handlung betroffenen Vermögens noch die Dauer der Tätigkeit sind Umstände, die für sich allein bereits die Qualifikation für eine Vermögensbetreuungspflicht begründen können.⁶⁵ Diese

⁵⁹ Vgl. BGHSt 3, 289, 293 f. unter Berufung auf RGSt 69, 58; 69, 279; auch BGHSt 4, 170, 172; 13, 315, 317; BGH NSTz 1983, 455; BGH NJW 1991, 2574.

⁶⁰ Fischer, StGB, § 266 Rn. 37; NK-Kindhäuser, § 266 Rn. 47ff.; SK-Samson/Günter, § 266 Rn. 28; Schönke/Schröder-Perron, StGB, § 266 Rn. 23b; Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht BT, § 22 Rn. 63; Eisele, Strafrecht BT II Rn. 846ff.; Otto, Strafrecht BT, § 54 Rn. 21f.

⁶¹ So LK-Hübner, 10. Aufl., § 266 Rn. 5; auch MK-Dierlamm, § 266 Rn. 50; NK-Kindhäuser, § 266 Rn. 50; Otto, Strafrecht BT, § 54 Rn. 22; Kretschmer, JR 2008, 348, 350.

⁶² LK-Schünemann, 12. Aufl., § 266 Rn. 86.

⁶³ LK-Schünemann, 12. Aufl., § 266 Rn. 86.

⁶⁴ BGHSt 13, 315, 317; BGH wistra 1992, 66.

⁶⁵ Mitsch, Strafrecht BT2, S. 376f.; Schönke/Schröder-Perron, StGB, § 266 Rn. 23b; SK-Samson/Günter, § 266 Rn. 31; Kindhäuser, FS-Lampe, S. 716.



Kriterien können allenfalls als ein schwaches Indiz fungieren.⁶⁶ In der Rechtsprechung sind sie kaum als hauptsächlicher Grund für die Bejahung oder Verneinung der Vermögensbetreuungspflicht beurteilt worden.

5. Kritische Würdigung

Es ist zweifelhaft, ob ein restriktiver Ansatz unter der Anwendung der in der Rechtsprechung und der Literatur überwiegend anerkannten Kriterien effektiv und konsistent funktioniert. Hinsichtlich der Fremdnützigkeit der Vermögensfürsorge als Hauptpflicht ist insbesondere auch der Fall einer Mietkaution zu bedenken, bei dem der Vermieter die Kaution nicht gemäß der gesetzlichen Verpflichtung nach § 550b Abs. 2 BGB a. F. getrennt von seinem Vermögen und zum üblichen Zinssatz anlegt.⁶⁷ Dabei geht es um die Frage, ob die in § 550 b Abs. 2 Satz 1 BGB a. F. konstituierte Anlegungspflicht oder eine gleichartige vertragliche Vereinbarung eine Pflicht im Sinne des § 266 I Alt. 2 StGB, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, darstellt. Im Schrifttum ist die untreuespezifische Sonderstellung des Vermieters gegenüber dem Mieter umstritten.⁶⁸ Diese Frage wird zwar auch in der Rechtsprechung unterschiedlich beurteilt,⁶⁹ aber vor kurzem hat der BGH in einer Entscheidung die Vermögensbetreuungspflicht bejaht⁷⁰ und dies in einer weiteren Entscheidung fortgesetzt.⁷¹

In den letzten zwei Entscheidungen wurde die Anlagepflicht aus § 550b Abs. 2 Satz 1 BGB a. F. als eine fremdnützige Pflicht zur Vermögenswahrnehmung betrachtet.⁷² Demnach stellt die in § 550b Abs. 2 Satz 1 BGB a. F. enthaltene Regelung lediglich einen Ausgleich zwischen dem

⁶⁶ *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht BT, § 22 Rn. 66; *Saliger* JA 2007, 326, 328.

⁶⁷ BGHSt 41, 224 ff.

⁶⁸ Verneinend *Bosch*, JA 2008, 658, 660; *Satzger*, Jura 1998, 570, 575; *ders.*, JA 1998, 926, 928 f.; *Saliger*, JA 2007, 326, 328; *Sowada*, JR 1997, 28, 31 f.; dagegen bejahend *Fischer*, StGB, § 266 Rn. 36; *Pauly*, ZMR 1996, 417; *Rengier*, Strafrecht BT I, § 18 Rn. 26; *LK-Schünemann*, 12. Aufl., § 266 Rn. 147. Im umgekehrten Fall hat das BayObLG die Vermögensbetreuungspflicht des Mieters gegenüber dem Vermieter bejaht (*wistra* 1997, 157 ff.); ablehnend *Satzger*, JA 1998, 926, 928 f.

⁶⁹ Bejahend AG Frankfurt/Main NJW 1988, 3029; OLG Frankfurt/Main ZMR 1990, 342; LG Achen WuM 1989, 292; LG Hamburg MDR 1990, 269; LG München I NStZ 1991, 134; verneinend OLG Düsseldorf ZMR 1989, 264; ZMR 1993, 576; LG Bonn NStZ 1993, 343.

⁷⁰ BGHSt 41, 224 ff.

⁷¹ BGHSt 52, 182 ff. (aber nur für Wohnraummiete, nicht für Gewerberaummiete)

⁷² BGHSt 41, 224 ff.; BGHSt 52, 182 ff.



Sicherungsbedürfnis des Vermieters auf der einen und dem Schutzbedürfnis des Mieters auf der anderen Seite her und sollte dabei insbesondere den Rückzahlungsanspruch des Mieters im Falle einer Zahlungsunfähigkeit des Vermieters vor dem Zugriff durch dessen Gläubiger schützen.⁷³ Aber in dieser Entscheidung hat der BGH mit der Begründung die Anlagepflicht für die Vermögensbetreuungspflicht gehalten, dass mit der Ausgestaltung der Mietkautionsüberlassung als einer neuen Rechtsfigur im Bürgerlichen Gesetzbuch der Gesetzgeber durch gesetzliche Regelung die Pflicht des Vermieters, die Kautionsüberlassung in bestimmter Weise anzulegen, zu einem wesentlichen und nicht nur beiläufigen Gegenstand der gegenseitigen Rechtsbeziehungen zwischen Vermieter und Mieter erhoben hätte.⁷⁴ Deshalb sei ein zivilrechtlicher Charakter der Anlagepflicht als eine Nebenpflicht des Vermieters bedeutungslos.⁷⁵ In einer weiteren Entscheidung hat der BGH diese Auffassung bestätigt. Dabei wurde betont, dass sich die Vermögensbetreuungspflicht aus den Sonderregeln für die Wohnraummiete (§ 550b Abs. 2 Satz 1 BGB a. F.) ergibt, also keine durch Rechtsgeschäft, sondern eine durch Gesetz begründete Vermögensbetreuungspflicht darstellt.⁷⁶ Somit kann die Vermögensbetreuungspflicht nicht für die Gewerberaummietsverhältnisse gelten, weil die gesetzlichen Regelungen über die Anlage von Mietkautionen sich allein auf Mietverhältnisse über Wohnraum beziehen.⁷⁷

Die Anlagepflicht nach § 551 Abs. 3 BGB (§ 550b Abs. 2 BGB a. F.) gilt für den Vermieter nur dann, wenn Vermieter und Mieter eine Vereinbarung über die Mietkaution getroffen haben. Die Pflicht des Vermieters ist also nur ein unselbstständiger Annex der Mietkautionsabrede.⁷⁸ In dieser Hinsicht, d. h., wenn die Anlagepflicht als solche nicht isoliert betrachtet wird, kann die Anlagepflicht des Vermieters kaum als fremdnützig qualifiziert werden.⁷⁹ Schließlich ist die Mietkautionsvereinbarung ihrem Wesen nach ein Sicherungsmittel für den Vermieter im betreffenden Mietvertrag. Unter einer Mietkaution wird eine Sicherheitsleistung des Mieters für künftige Ansprüche des Vermieters aus dem Mietverhältnis und dessen Abwicklung, aber auch aus der Nachforderung von Betriebskosten verstanden.⁸⁰ Der BGH hat diesen eigennützigen Charakter der Mietkaution in einen fremdnützigen umgestaltet.

⁷³ BGHSt 41, 224, 228.

⁷⁴ Vgl. BGHSt 41, 224, 228.

⁷⁵ Vgl. BGHSt 41, 224, 228f.

⁷⁶ BGHSt 52, 182, 184.

⁷⁷ BGHSt 52, 182, 185.

⁷⁸ Satzger, Jura 1998, 570, 573.

⁷⁹ Auch Bosch, JA 2008, 658, 659; Kretschmer, JR 2008, 348, 350; Rönnau, NStZ 2009, 632, 634; Satzger, Jura 1998, 570, 573; ders., JA 1998, 926, 928 f.; OLG Bonn NStZ 1993, 343.

⁸⁰ Palandt/Weidenkaff, BGB, vor § 535 Rn. 121.



Wie jedoch schon in der Rechtsprechung vielfach explizit erklärt wurde, muss die Pflicht zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen „typischer“ und „hauptsächlicher“ Inhalt des den Täter mit dem Vermögensinhaber verbindenden Verhältnisses sein.⁸¹ Für die Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 StGB reicht die Gleichrangigkeit zwischen eigen- und fremdnützigen Interessen im Grunde genommen nicht aus.⁸² Außerdem ist die Auffassung des BGH fragwürdig, eine rechtsgeschäftliche Mietkautionsvereinbarung der beteiligten Parteien könnte eine Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 StGB begründen, wenn sich die Vertragspartner nicht nur über die Zahlung einer Kautions an sich, sondern auch über deren besondere Anlageform geeinigt hätten.⁸³ Damit hat der BGH die Möglichkeit eröffnet, dass eine vertragliche Nebenpflicht eine Vermögensbetreuungspflicht begründen kann. Danach, sofern eine gesetzliche Bestimmung fehlt, bedarf es gerade im Rahmen von Austauschverhältnissen einer ausdrücklichen Vereinbarung, die den Vertragsschließenden insoweit zu einer besonderen Vermögensfürsorge zugunsten des anderen Vertragspartners verpflichtet. Selbst wenn die Vertragspartner ausdrücklich diese Vermögensbetreuungspflicht vertraglich vereinbaren, kann sie aus der vertraglichen Vereinbarung allein nicht abgeleitet werden.⁸⁴ Wichtig ist nicht die Frage, ob diese Pflicht im Gesetz vorgeschrieben ist oder von den beteiligten Parteien explizit vereinbart wurde, sondern ob sie anhand strafrechtlicher Kriterien als eine Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 StGB qualifiziert werden kann. Läge es in der Macht der Vertragspartner, jede noch so unbedeutende Pflicht zur Vermögensbetreuungspflicht aufzuwerten, wäre der grenzenlosen Kriminalisierung von Vertragsverstößen als Untreue Tür und Tor geöffnet.⁸⁵

Das Kriterium „Selbstständigkeit“ stellt sich in der Rechtsprechung noch unübersichtlicher dar. Das Selbstständigkeitserfordernis wird in der Judikatur oft bis hin zu schlichter Bedeutungslosigkeit verwässert,⁸⁶ was dazu führte, dass die Vermögensbetreuungspflicht trotz des fehlenden selbstständigen Entscheidungsspielraums bejaht wurde. In einer Entscheidung, in der es um die Untreue des Verwalters eines Fahrkartenschalters ging, der die Tageseinnahmen täglich an die

⁸¹ LG Mainz NJW 2001, 906.

⁸² *Saliger*, JA 2007, 326, 328.

⁸³ Vgl. BGHSt 52, 182, 187.

⁸⁴ LK-*Schünemann*, 12 Aufl., § 266 Rn. 88; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht BT 1, § 45 II Rn. 31; NK-*Kindhäuser*, § 266 Rn. 45; *Rönnau*, NSTZ 2009, 632, 634.

⁸⁵ Vgl. *Rönnau*, NSTZ 2009, 632, 634; auch *Satzger*, Jura 1998, 570, 573.

⁸⁶ Auch So *Schönke/Schröder-Perron*, StGB, § 266 Rn. 24; *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht BT, § 22 Rn. 64.



Sammelkasse abzuliefern hat,⁸⁷ wurde für die solchermaßen extensive Auslegung entgegen der herrschenden Meinung, die unter dem Kriterium „Selbstständigkeit“ eine Wahlfreiheit versteht, argumentiert:

*„Wollte man in dieser Möglichkeit ein wesentliches Merkmal der Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen sehen, so würde von solcher Wahrnehmung nur bei Geschäftsführern von Unternehmen und selbstständigen Verwaltern von einigermaßen umfangreichen Vermögen gesprochen werden können, nicht aber z. B. bei der Tätigkeit des Kassierers einer Bank, der nur auf Grund schriftlicher Anweisungen Auszahlungen vor- und Einzahlungen annimmt“.*⁸⁸

Außerdem wurde die Vermögensbetreuungspflicht beispielsweise bei einem Bankkassierer,⁸⁹ bei Rechtsanwälten und Notaren, die Gelder nach Eintritt ganz bestimmter Voraussetzungen aus- oder zurückzahlen haben, und bei denjenigen, denen Scheckkarte und Geheimzahl überlassen wurden, um einen ganz bestimmten Betrag für den Berechtigten aus dem Geldautomaten zu holen, angenommen.⁹⁰ In dem Mietkautionsfall hat der BGH klargestellt, dass das Kriterium der eingegengten Handlungsfreiheit des Verpflichteten dazu dient, die Vermögensbetreuung im Sinne des Untreuetatbestands von solchen „Diensten der Handreichung“ abzugrenzen, wie sie etwa von Kellnern, Lieferungsausträgern, Chauffeuren und Boten erbracht werden.⁹¹ Das Einkassieren, Verwalten und Abliefern von Geld für den Arbeitgeber sei insbesondere dann als Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen im Sinne des § 266 StGB zu betrachten, wenn der Kassierer zur Kontrolle der Einnahmen und ihrer Ablieferungen Bücher zu führen, Quittungen zu erteilen und Wechselgeld herauszugeben hat.⁹² Dabei wird das Kriterium „Selbstständigkeit“, das auf den Umfang des dem Täter eingeräumten Spielraums verweist, durch das Fehlen von Kontrolle und die Möglichkeit ersetzt, ohne eine gleichzeitige Steuerung und Überwachung durch den Treugeber auf dessen Vermögen zuzugreifen.⁹³

⁸⁷ BGHSt 13, 315 ff.

⁸⁸ Vgl. BGHSt 13, 315, 318.

⁸⁹ BGH wistra 1989, 60 ff.

⁹⁰ OLG Hamm wistra 2003, 356 ff.

⁹¹ BGHSt 41, 224, 229.

⁹² Vgl. BGHSt 13, 315, 318; 18, 312, 313; BGH wistra 1989, 60, 61; so auch LK-Schünemann, 12. Aufl., § 266 Rn. 86; Fischer, StGB, § 266 Rn. 37.

⁹³ BGH wistra 2008, 427, 428; auch LK-Schünemann, 12. Aufl., § 266 Rn. 85; Fischer, StGB, § 266 Rn. 37.



Zusammenfassend scheinen die geschilderten Kriterien für eine effektive Restriktion nicht besonders hilfreich zu sein. Ihr relativ gegenstandsloser Charakter übt in der Weise einen gewissen Zwang auf die Rechtsanwender aus, dass sie immer zwischen abstrakten Gegensatz-paaren schweben: zwischen Fremdnützigkeit und Eigennützigkeit, zwischen Wesentlichkeit und Unwesentlichkeit bzw. zwischen Selbstständigkeit und Unselbstständigkeit. Dazwischen gibt es jedoch vielfältige Grenzbereiche, für die gerade im Hinblick auf das heutige hochkomplexe Wirtschaftsleben in dieser Frage keine Klarheit geschaffen werden kann. Entsprechend werden die Rechtsanwender immer mit einer Einzelfallentscheidung konfrontiert. Entscheidend ist dabei jeweils eine Gesamtbewertung unter Berücksichtigung des Inhalts des den Täter mit dem Vermögensinhaber verbindenden Verhältnisses. Da der Schwerpunkt auf den Faktoren des Innenverhältnisses liegt, wurden die genannten Kriterien nur als Indizien bzw. Beweisanzeichen verwendet,⁹⁴ oft ersetzt oder sogar einfach abgewertet. Dies aber erweckt den Eindruck, die Annahme einer Vermögensbetreuungspflicht hänge von äußerlichen Zufälligkeiten der Ausgestaltung des Innenverhältnisses zwischen Täter und Vermögensinhaber ab.⁹⁵

C. Pflichtverletzung

I. Allgemeines

1. Pflichtverletzungshandlung im Untreuetatbestand

Beim Missbrauchstatbestand besteht die Pflichtverletzung darin, dass der Täter die vom Geschäftsherrn eingeräumte Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis missbraucht. Im Allgemeinen bedeutet Missbrauch die Überschreitung des rechtlichen Dürfens im Rahmen des rechtlichen Könnens.⁹⁶ Aus den Wörtern „verfügen“ und „verpflichten“ im Gesetzwortlaut lässt sich schließen, dass der Gesetzgeber beim Missbrauchstatbestand nur wirksame rechtsgeschäftliche Hand-

⁹⁴ BGHSt 13, 315, 317; BGH NSTZ 1983, 455; *Seier/Martin*, JuS 2001, 874, 875.

⁹⁵ So *Kindhäuser*, FS-Lampe, S. 716.

⁹⁶ *MK-Dierlamm*, § 266 Rn. 121; *Fischer*, StGB, § 266 Rn. 9; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, § 20 Rn. 753.



lungen erfassen wollte.⁹⁷ Auch nach der zutreffenden herrschenden Meinung setzt der Missbrauchstatbestand eine nach außen rechtlich wirksame Handlung voraus.⁹⁸ Somit kann in den Fällen, in denen ein Schaden lediglich durch ein tatsächliches Einwirken auf fremdes Vermögen oder ein Unterlassen hervorgerufen wird, kein Missbrauchstatbestand vorliegen. In diesen Fällen kann nur der Treubruchtatbestand erfüllt sein. Ausnahmeweise kann der Missbrauchstatbestand durch Unterlassung nur dann verwirklicht sein, wenn dem Unterlassen ein rechtsgeschäftlicher Erklärungswert zukommt. Wird dagegen das Unterlassen nicht als rechtsgeschäftlich, sondern nur als tatsächlich und der daraus resultierende Vermögensnachteil nur als eine gesetzliche Folge des Unterlassens bewertet, kommt nicht der Missbrauchstatbestand, sondern nur der Treubruchtatbestand in Betracht.⁹⁹

Im Gesetz ist die Tathandlung des Treubruchtatbestands nur als „Verletzung der Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen“, vorgeschrieben. Die Pflichtverletzung liegt vor, wenn der Beauftragte gegen die sich aus dem zugrundeliegenden Innenverhältnis entstehende Pflicht verstößt, fremdes Vermögen zu erhalten oder zu vermehren und drohende Schäden abzuwehren. Da der Täter im Gegensatz zum Missbrauchstatbestand den Treubruchtatbestand sowohl durch tatsächliches Einwirken auf fremdes Vermögen als auch durch pflichtwidriges Unterlassen verwirklichen kann, ist dafür nicht unbedingt eine rechtsgeschäftliche Handlung erforderlich.¹⁰⁰

2. Akzessorietät

Die Tathandlung des Untreuetatbestands besteht in dem Missbrauch einer rechtlichen Befugnis oder der Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht. Um die Pflichtwidrigkeit der Tathandlung zu bestimmen, müssen daher zunächst der Inhalt und der Umfang der rechtlichen Befugnis oder der Vermögensbetreuungspflicht ergründet werden. Nur dadurch lässt sich feststellen, ob der

⁹⁷ Schönke/Schröder-Perron, StGB, § 266 Rn. 15; Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht BT, § 22 Rn. 12; Rengier, Strafrecht BT I, § 18 Rn. 6.

⁹⁸ MK-Dierlamm, § 266 Rn. 119; auch Fischer, StGB, § 266 Rn. 24; NK-Kindhäuser, § 266 Rn. 88; Schönke/

Schröder-Perron, StGB, § 266 Rn. 17; Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht BT, § 22 Rn. 12 f.; a. A. Arzt, Bruns-FS, 365 ff.; LK-Schünemann, 12. Aufl., § 266 Rn. 47.

⁹⁹ MK-Dierlamm, § 266 Rn. 121.

¹⁰⁰ MK-Dierlamm, § 266 Rn. 151; Schönke/Schröder-Perron, StGB, § 266 Rn. 35; LK-Schünemann, 12. Aufl., § 266 Rn. 106; Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht BT, § 22 Rn. 38ff.; Rengier, Strafrecht BT I § 18 Rn. 35.



Täter die Grenze der Befugnis bzw. der Vermögensbetreuungspflicht überschritten hat oder nicht. Da das Innenverhältnis zwischen dem Vermögensinhaber und dem Täter durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft und auch kraft eines Treueverhältnisses begründet werden kann, sind der Inhalt und der Umfang der Vermögensbetreuungspflicht in den jeweiligen Entstehungsgründen für die Bestimmung der Pflichtwidrigkeit maßgebend.¹⁰¹ Vor diesem Hintergrund scheint es notwendig zu sein, die außerstrafrechtliche Handlungsnorm und deren Auslegung im jeweiligen Rechtsgebiet anzuwenden. Da aus dem reinen Gesetzeswortlaut des § 266 StGB kaum konkrete Ansätze zur Konkretisierung der Pflichtwidrigkeit gewonnen werden können, erscheint es als unvermeidlich, dass die Auslegung des § 266 StGB von außerstrafrechtlichen Vorschriften abhängt.

Aus diesen Gründen handelt es sich bei der Bewertung der Pflichtverletzung um eine Akzessorietät zu außerstrafrechtlichen Vorschriften. So hat das LG Düsseldorf im Mannesmann-Verfahren darauf hingewiesen, dass das, was nach dem Aktienrecht erlaubt sei, keine strafbare Untreue sein könne,¹⁰² aber andererseits auch erklärt, dass nicht jede gesellschafts- bzw. zivilrechtliche Pflichtverletzung eine strafbewehrte Pflichtwidrigkeit im Sinne des § 266 I StGB darstelle.¹⁰³ Das bedeutet eine *asymmetrische* Akzessorietät,¹⁰⁴ die demnach beinhaltet, dass die Untergrenze des strafbaren Verhaltens durch die Grenze zur zivilrechtlichen Rechtmäßigkeit markiert wird, während eine zweite Prüfungsebene durch spezifisch strafrechtliche Kriterien definiert wird.¹⁰⁵

Wenn die Grenze der Dispositionsmöglichkeit aus vorgelagerten außerstrafrechtlichen Vorschriften klar festgestellt werden kann oder wenn der Vermögensinhaber explizit konkrete Vorgaben im Umgang mit seinem Vermögen gegeben hat, bereitet die Bestimmung der Pflichtwidrigkeit nur geringe Probleme. Ist dies hingegen nicht der Fall, treten in der Rechtspraxis große Schwierigkeiten auf. Insoweit stellen für die Bestimmung der Pflichtverletzung die für das betreffende Rechtsverhältnis geltenden Grundsätze oder allgemeine Generalklauseln, wie z. B. die im Verkehr übliche Sorgfalt (§§ 276, 665, 677; 27 Abs. 3, 86, 713 BGB) sowie die Sorgfalt eines

¹⁰¹ BGHSt 8, 254, 257 f.; 8, 271, 272; 24, 386, 387; 47, 295, 297; NK-Kindhäuser, § 266 Rn. 61; Rengier, Strafrecht BT I § 18 Rn. 16.

¹⁰² Vgl. LG Düsseldorf NJW 2004, 3275, 3276.

¹⁰³ Vgl. LG Düsseldorf NJW 2004, 3275, 3280.

¹⁰⁴ MK-Dierlamm, § 266 Rn. 152; ders., StraFo 2005, 397, 398; Lüderssen, Eser-FS, S. 170; Saliger, HRRS 2006, 10, 14; Volk, Hamm-FS, S. 804; begrifflich differenzierend LK-Schünemann, 12. Aufl., § 266 Rn. 94: „Zivilrechtsaffinität“ bzw. „sektorale Zivilrechtsakzessorietät“.

¹⁰⁵ So Dierlamm, StraFo 2005, 397, 398; auch Lüderssen, Eser-FS, S. 170; skeptisch hingegen Rönnau, ZStW 119 (2007), 887, 910: „Ich halte die Einrichtung einer solchen zweiten strafrechtsspezifischen Prüfungsstufe für entbehrlich, wenn damit mehr gemeint sein sollte als ein prüfungstechnisch zweiteiliges Verfahren. Denn materiell handelt es sich um einen einheitlichen Auslegungsvorgang.“



ordentlichen Kaufmanns (§ 347 HGB) und eines Geschäftsmanns (§ 43 Abs. 1 GmbHG) oder die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters (§ 93 Abs. 1 AktG; §34, 41 GenG), wertvolle Anhaltspunkte dar. Bekanntlich werden in diesen Generalklauseln häufig schwer mit ausreichender Präzision regelbare Rechtsbegriffe wie z. B. „ordentlich“, „gewissenhaft“ oder „Angemessenheit“ verwendet. Indem die im außerstrafrechtlichen Rechtsgebiet verwandten unbestimmten Rechtsbegriffe in die Bestimmung der Pflichtverletzung einbezogen werden müssen, leidet der Untreuetatbestand sowohl beim Missbrauchs- als auch beim Treubruchtatbestand unter doppelten Unbestimmtheiten. Die Akzessorietät gilt als Hauptursache für die Unbestimmtheit oder Unterbestimmtheit des Untreuetatbestands, was aber schon durch die Entstehungsgeschichte des Untreuetatbestands prädestiniert war.¹⁰⁶

Da hierbei außerdem zumeist die Grenzen der Vermögensbetreuungspflichten unter Berücksichtigung der außerstrafrechtlichen Pflichtenkataloge, wie z. B. der zivil- bzw. gesellschaftsrechtlichen Vorschriften, bestimmt werden können, ist es zweifelhaft, ob der Untreuetatbestand eine Blankett Norm ist. Aber die gängige Ansicht besagt, dass es sich bei dem Pflichtwidrigkeitsmerkmal nicht um ein Blankett Merkmal, sondern um ein komplexes normatives Tatbestandsmerkmal handelt.¹⁰⁷ Der Grund dafür ist, dass außerstrafrechtliche Vorschriften nicht die strafbewehrte Pflicht selbst bestimmen.¹⁰⁸ Das bedeutet, dass der Untreuetatbestand nur an den außerstrafrechtlichen Regelungseffekt anknüpft.

II. Restriktive Ansätze in der Beurteilung der Pflichtwidrigkeit

1. Pflichtverletzung und Schutzzweck des § 266 StGB

Die Feststellung der Pflichtwidrigkeit erscheint wenig problematisch, wenn der Vermögensinhaber Vorgaben im Umgang mit seinem Vermögen konkret und explizit gegeben hat und der Täter dem zuwidergehandelt hat. Wie in der Bestimmung des Täterkreises ist das zugrundeliegende Innenverhältnis für die Bestimmung der Täterqualifikation entscheidend. Ferner umreißen die konkreten Vorgaben des Vermögensinhabers den Inhalt und die Grenze der eingeräumten Dispo-

¹⁰⁶ Auch so bewertend MK-Dierlamm, § 266 Rn. 151; HWSt-Seier, S. 646 Rn. 207; Ransiek, ZStW 116 (2004), 634, 645; Saliger, HRRS 2006, 10, 14.

¹⁰⁷ Vgl. BverfGE 126, 170, 204 f.; BGHSt 55, 288, 300; Anders, Untreue zum Nachteil der GmbH, S. 126 f.; Knauer, NSTZ 2002, 399, 401; Kubciel, NSTZ 2005, 353, 357 f.; Rönnau, ZStW 119 (2007), 887, 903 ff.

¹⁰⁸ Anders, Untreue zum Nachteil der GmbH, S. 126 f.



sitionsbefugnis. Somit kann die Pflichtwidrigkeit grundsätzlich festgestellt werden, wenn der Täter gegen diese expliziten Vorgaben verstößt.¹⁰⁹ Das lässt sich im Falle eines Risikogeschäfts verdeutlichen, in dem der Täter der klaren Anweisung des Vermögensinhabers zuwiderhandelt. Unter dieser Voraussetzung wird grundsätzlich eine untreuerelevante Pflichtwidrigkeit angenommen.¹¹⁰ Schließlich setzt sich der Täter bei der Überschreitung dieser Vorgaben über den eindeutig repräsentierten Willen des Vermögensinhabers hinweg und verletzt dadurch den noch beim Vermögensinhaber verbliebenen Dispositionsbereich.¹¹¹ Ähnliches soll auch gelten, wenn die Grenze der eingeräumten Dispositionsmöglichkeit aus vorgelagerten außerstrafrechtlichen Vorschriften klar festgestellt werden kann.¹¹² Diesbezüglich ist an diejenigen Fälle zu denken, in denen es um Verstöße gegen § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG¹¹³, § 18 S. 1 KWG¹¹⁴ oder Ziffer 4.3.3 des DCGK¹¹⁵ geht. In den hier genannten Paragraphen wird die untreuerelevante Pflichtverletzung mit dem Verstoß gegen außerstrafrechtliche Verhaltensnorm gleichgestellt.

Es ist jedoch zu beachten, dass die untreuerelevante Pflichtwidrigkeit nur aus einer Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht abgeleitet werden kann und nicht jede gesellschafts- bzw. zivilrechtliche Pflichtverletzung eine strafbewehrte Pflichtwidrigkeit i. S. des § 266 Abs. 1 StGB darstellt.¹¹⁶ Anderenfalls besteht die Gefahr, dass der Charakter der Untreue, die ohne Zweifel nur als Vermögensdelikt anerkannt ist, durch die Gleichstellung von außerstrafrechtlichem und strafrechtlichem Unrechtgehalt verwässert wird. Um den unverrückbaren Charakter der Untreue als Vermögensdelikt zu etablieren, wurde darauf hingewiesen, dass die verletzten Regeln gerade dem Vermögensschutz dienen müssen.¹¹⁷ Insbesondere das Verhältnis zwischen Vermögensbetreuungspflicht und Pflichtverletzung ist zu untersuchen. Bekanntlich setzt die Untreue eine besondere Pflichtstellung voraus, in der der Beauftragte nach der Anweisung des Vermögensinhabers oder dem Inhalt des zugrundeliegenden Innenverhältnisses mit

¹⁰⁹ *Strelczyk*, Die Strafbarkeit der Bildung schwarzer Kassen, S. 201, 205; *Corsten*, wistra 2010, 206; *Kubiciel*, NStZ 2005, 353, 358 f.; *Murmann*, Jura 2010, 561, 564; *Ransiek*, StV 2009, 321; *Rönnau*, ZStW 119(2007), 887, 910; *Velten*, NJW 2000, 2852, 2853.

¹¹⁰ So *Hellmann*, ZIS 2007, 433, 435.

¹¹¹ *Kubiciel*, NStZ 2005, 353, 358 f.; auch *Rönnau*, ZStW 119 (2007), 887, 907 f.

¹¹² So *Kubiciel*, NStZ 2005, 353, 358 f.; *Murmann*, Jura 2010, 561, 564; *Rönnau*, ZStW 119 (2007), 887, 908.

¹¹³ BGHSt 54, 148 ff. (sog. VW-Fall); aber anders BGHSt 55, 288, 300 f.; *HWSt-Seier*, S. 647 Rn. 210.

¹¹⁴ BGHSt 47, 148 ff.; aber anders BGHSt 46, 30 ff.

¹¹⁵ LG Darmstadt, v. 14. 5.2007 -712 Js 5213/04 – 9 Kls, juris Rn. 148 ff.; zu den strafrechtlichen Folgen eines Verstoßes gegen den Deutschen Corporate Governance Kodex eingehend *Schlösser/Dörfler*, wistra 2007, 326 ff.

¹¹⁶ LG Düsseldorf NJW 2004, 3275, 3280.

¹¹⁷ *HWSt-Seier*, S. 646 ff.; *Hillenkamp*, NStZ 1981, 161, 165; auch *Kubiciel*, NStZ 2005, 353, 358 f.; *Rönnau*, ZStW 119 (2007), 887, 910.



dem fremden Vermögen umgehen muss. Wenn anders als beim Betrug die Untreue als die Schädigung des Vermögens von innen heraus definiert wird, dann soll sich die Pflichtverletzung im eingeräumten Aufgabenkreis erschöpfen: „Die Verletzbarkeit der Pflicht reicht nicht weiter als die Pflicht selbst.“¹¹⁸ Dies bedeutet aber nicht, dass allein die qualifizierte Sonderstellung des Täters die Pflichtverletzung faktisch ermöglichen muss. Andernfalls ist die Untreuestrafbarkeit immer zu verneinen, wenn auch derjenige, der keine untreuerelevante Machtstellung hat, die Tat gleichartig hätte begehen können.¹¹⁹ Aber so hat das OLG Köln die Untreuestrafbarkeit in einem Fall, in dem der Leiter der Industrieabteilung der Fotohandlung Fotogeräte aus einem ihm nicht unterstehenden Lager weggenommen hat, mit der Begründung verneint, dass es anderen nicht vermögensbetreuungspflichtigen Personen möglich wäre, den Vermögensinhaber in gleicher Weise zu schädigen.¹²⁰ Zu Recht wurde diese Ansicht abgelehnt.¹²¹

Umstritten ist aber der Fall, wenn der treupflichtige Täter durch einen Verstoß nicht gegen die Pflicht aus seiner Sonderstellung, sondern gegen das allgemeine Schädigungsverbot dem Vermögensinhaber einen Nachteil zufügt. Dabei geht es beispielsweise um eine Sachbeschädigung oder einen Diebstahl usw. Zum Teil wird die Auffassung vertreten, dass der Zusammenhang zwischen der internen Machtstellung des Täters und der konkreten Pflichtverletzung richtigerweise als funktionaler Zusammenhang zu sehen sei, der regelmäßig dann vorliege, wenn die eigenverantwortliche Machtposition dem Täter die Pflichtverletzung inhaltlich ermöglicht, erleichtert oder in sonstiger Weise maßgeblich gefördert habe.¹²² Als Indizien gelten die erhöhte Zugriffsmöglichkeit für den Vermögensbetreuungspflichtigen, fehlende Kontrollen ihm gegenüber oder auch die Überwindung von Tathindernissen mithilfe einer Machtposition.¹²³ Dagegen kritisiert *Schünemann*, dass der „funktionale Zusammenhang“ für den Ausschluss aufgabenbereichsexterner Pflichten aber überflüssig sei, weil es hier bereits an der Verletzung einer spezifi-

¹¹⁸ LK-*Hübner*, 10. Aufl., § 266 Rn. 81; auch OLG Hamm NJW 1973, 1809, 1810; MK-*Dierlamm*, § 266 Rn. 166; NK-*Kindhäuser*, § 266 Rn. 62.

¹¹⁹ Aber so BGHSt 17, 360, 361; auch ist *Burkhardt*, NJW 1973, 2190, 2191 der Meinung, dass dieser Umstand aber ein handfestes Indiz und ein praktisch brauchbares Abgrenzungskriterium enthalte.

¹²⁰ Vgl. OLG Köln JMBL NRW 1958, 208, 209.

¹²¹ Ablehnend MK-*Dierlamm*, § 266 Rn. 166; NK-*Kindhäuser*, § 266 Rn. 62; SSW-*Satzger*, StGB, § 266 Rn. 36; *ders*, HRRS 2006, 10, 18; LK-*Schünemann*, 12. Aufl., § 266 Rn. 102; dagegen BGHSt 17, 360, 361; auch ist *Burkhardt*, NJW 1973, 2190, 2191 der Meinung, dass dieser Umstand aber ein handfestes Indiz und ein praktisch brauchbares Abgrenzungskriterium enthalte.

¹²² Vgl. *Saliger*, HRRS 2006, 10, 18; auch so Schönke/Schröder-*Perron*, StGB, § 266 Rn. 36.

¹²³ *Saliger*, HRRS 2006, 10, 18; auch *Burkhardt*, NJW 1973, 2190, 2191; SK-*Samson/Günter*, § 266 Rn. 40; Schönke/Schröder-*Perron*, StGB, § 266 Rn. 36.



schen Obhutspflicht fehle.¹²⁴ Aus einem anderen Blickwinkel versucht *Seier*, dieses Problem im Rahmen der Kausalität zu lösen. Für die betreffende Frage sei insbesondere der Schutzzweckzusammenhang von Bedeutung.¹²⁵ Nach seiner Auffassung bedeutet dies im Sinne des § 266 StGB, dass die vom Täter missachtete Verhaltensnorm *gerade* darauf angelegt sein muss, das Vermögen des Geschädigten zu schützen.¹²⁶ Vor kurzem hat auch der BGH diesen Zusammenhang gefordert, dass nur dann, wenn die unmittelbar verletzte Rechtsnorm selbst vermögensschützenden Charakter hätte, der untreuespezifische Zusammenhang zwischen Pflichtverletzung und geschütztem Rechtsgut i. S. v. § 266 Abs. 1 StGB vorliege.¹²⁷

2. Pflichtverletzung bei der Kreditvergabe

a) Kreditvergabe als Risikogeschäft und Verletzung der Informationspflicht

Es herrscht jedoch keine Klarheit darüber, was unter einem Risikogeschäft zu verstehen ist. Zum Teil wird davon ausgegangen, ein solches liege vor, wenn „die Prognose, ob ein Geschäft zu einem Gewinn oder zu einem Verlust führt, mit einem erhöhten Maß an Ungewissheit belastet“¹²⁸ ist. In dieser noch weiten Definition ist das Risikogeschäft eine geschäftliche Disposition, die eine Fehlentscheidung sein könnte.¹²⁹ Damit wird bereits jedes mit wirtschaftlichen Risiken behaftete Geschäft erfasst. In einer späteren Beurteilung hat der BGH alle Geschäfte, „die für den Treugeber das Risiko des Vermögensverlustes beinhalten“¹³⁰, als Risikogeschäfte betrachtet. Abgesehen von der terminologischen Auseinandersetzung wird die hier angesprochene Kreditvergabe allgemein als Risikogeschäft anerkannt, weil jede Kreditbewilligung ihrer Natur nach eine gewisse Gefahr in sich birgt.¹³¹ Als Regelbeispiel sei hier der Fall zu nennen, in dem es um

¹²⁴ Vgl. LK-Schünemann, 12. Aufl., § 266 Rn. 103.

¹²⁵ Vgl. HWSt-Seier, S. 646 Rn. 207, der die Meinung vertritt, dass die strukturelle Verwandtschaft der Untreue mit einer Fahrlässigkeitstat es nahelege, darüber hinaus noch einen sog. Schutzzweckzusammenhang zu verlangen.

¹²⁶ HWSt-Seier, S. 646 Rn. 207; zustimmend *Corsten*, wistra 2010, 206, 208; MK-Dierlamm, § 266 Rn. 32, 166; *Günter*, Weber-FS, S. 316 f.; ablehnend *Saliger*, HRRS 2006, 10, 22 f.

¹²⁷ BGHSt 55, 288, 300 f.

¹²⁸ Schönke/Schröder-Perron, StGB, § 266 Rn. 20; ebenso MK-Dierlamm, § 266 Rn. 201.

¹²⁹ Vgl. *Hillenkamp*, NStZ 1981, 161, 165; auch *Wassmer*, Untreue bei Risikogeschäften, S. 10; *Hellmann*, ZIS 2007, 433; *Murmann*, Jura 2010, 561, 562.

¹³⁰ BGH StV 2004, 424.

¹³¹ *Fischer*, StGB, § 266 Rn. 63; NK-Kindhäuser, § 266 Rn. 77; Schönke/Schröder-Perron, StGB, § 266 Rn. 20; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht BT 1, § 45 II Rn. 49; *Otto*, Strafrecht BT, § 54 Rn. 30; *Hillenkamp*, NStZ 1981, 161, 168.



die Bewilligung von Krediten durch Vorstandsmitglieder von Sparkassen an Personen bzw. Unternehmen ging,¹³² deren Bonität zweifelhaft war.

Bei der Bewertung der untreuerelevanten Pflichtverletzung ist es entscheidend, wie die strafbare von der nicht strafbaren Pflichtverletzung abgegrenzt werden kann. Einigkeit besteht darin, dass der Abschluss eines mit einem Risiko behafteten Geschäfts nicht schon wegen des Risikos als solchen oder wegen des Eintritts eines Verlusts den Tatbestand der Untreue erfüllt.¹³³ Mit Blick auf die Untreuestrafbarkeit bei der Kreditvergabe hat der 1. Strafsenat des BGH 2000 und 2001 zwei wegweisende Entscheidungen getroffen. In der ersteren hat er betont, dass die Verletzung der sich aus § 18 S. 1 KWG ergebenden Informationspflicht für sich gesehen die Annahme einer Pflichtverletzung im Sinne des § 266 StGB nicht trage. Vielmehr sei dafür ausschlaggebend, ob die Entscheidungsträger ihrer Prüfungs- und Informationspflicht bezüglich der Vermögensverhältnisse des Kreditnehmers insgesamt ausreichend nachgekommen seien.¹³⁴ Von dieser Ausgangsposition aus hat der BGH argumentiert, dass jede Kreditbewilligung ihrer Natur nach ein mit einem Risiko behaftetes Geschäft sei und bei einer Kreditvergabe auf der Grundlage umfassender Information dieses Risiko gegen die sich daraus ergebenden Chancen abzuwägen seien.¹³⁵ Als tatsächliche Anhaltspunkte für eine Pflichtwidrigkeit bei der Kreditvergabe wurde die Verletzung der Informationspflicht, die Überschreitung von Entscheidungsbefugnissen, falsche oder unvollständige Angaben gegenüber Mitverantwortlichen oder aufsichtsbefugten Personen, die Nichteinhaltung der vorgegebenen Zwecke, die Überschreitung der Höchstkreditgrenzen und eigennütziges Handeln der Entscheidungsträger genannt.¹³⁶

Ein Jahr später hat der BGH in einer anderen Entscheidung eine Fortführung dieser Auffassung angedeutet und betont, dass es für die Pflichtverletzung im Sinne des Missbrauchstatbestands des § 266 StGB bei einer Kreditvergabe maßgeblich sei, ob die Entscheidungsträger bei der Kreditvergabe ihre bankübliche Informations- und Prüfungspflicht im Hinblick auf die wirtschaftlichen Verhältnisse des Kreditnehmers gravierend verletzt hätten.¹³⁷ Dabei ist der BGH zu weit gegangen, indem er sich bei der Bestimmung der Pflichtwidrigkeit auf das Rundschreiben des Bundes-

¹³² BGHSt 46, 30 ff.

¹³³ BGH wistra 1985, 190 Rn. 72; BGH StV 2004, 424 f.; auch *Fischer*, StGB, § 266 Rn. 63; *Bittmann*, NSTz 2011, 361, 364; *Murmann*, Jura 2010, 561, 562 f.; *Otto*, JR 2000, 517; *Ransiek*, AG 2009, 782, 785.

¹³⁴ Vgl. BGHSt 46, 30, 32.

¹³⁵ Vgl. BGHSt 46, 30, 34.

¹³⁶ BGHSt 46, 30, 34.

¹³⁷ Vgl. BGHSt 47, 148 (Leitsatz).



aufsichtsamts für das Kreditwesen (BAKred) bezogen hat. Unter der Voraussetzung, dass § 18 KWG nicht nur formal, sondern materiell einzuhalten ist, hat er die Pflicht der Entscheidungsträger bei der Kreditvergabe den Rundschreiben des BAKred entnommen. Ferner griff der 1. Strafsenat des BGH bei der Bewertung gravierender Verstöße auf die Erläuterungen des BAKred zum Verfahren nach § 18 KWG zurück, wie der folgenden Äußerung zu entnehmen ist:

„Diese bußgeldbewehrte (§ 56 Abs. 3 Nr. 4 KWG nF) gesetzlich geregelte Informationspflicht und die sie erläuternden amtlichen Verlautbarungen des BAKred konkretisieren die Grenzen des rechtlichen Dürfens von Bankleitern bei der Kreditvergabe und machen den Missbrauchstatbestand damit zugleich hinreichend bestimmt.“¹³⁸

Zum Teil wurde die erste Entscheidung von 2001 positiv aufgenommen.¹³⁹ Der Senat löse sich bei der Beurteilung der Pflichtwidrigkeit von den Vorgaben des KWG und nehme eine spezifisch strafrechtliche Pflichtwidrigkeitsprüfung vor.¹⁴⁰ Die zweite Entscheidung wurde dagegen mit einiger Kritik bedacht. Vor allem wurde darauf hingewiesen, dass der 1. Strafsenat entgegen der Auffassung in der ersten Entscheidung die untreuerelevante Pflichtverletzung zu eng mit einer außerstrafrechtlichen Vorschrift, und zwar mit § 18 KWG sowie mit den sie erläuternden amtlichen Verlautbarungen des BAKred, verknüpft habe.¹⁴¹ Dabei werde der Verstoß gegen ein außerstrafrechtliches Gesetz und gegen die interpretierenden Äußerungen der Bankaufsicht mit dem objektiven Tatbestand der Untreue gleichgesetzt.¹⁴² Tatsächlich scheint die Entscheidung teilweise zu verkennen, dass die Vorschriften des KWG zur Begründung einer Pflichtwidrigkeit gegenüber dem Bankvermögen nur bedingt tauglich sind,¹⁴³ weil sie nicht dem Vermögensschutz der Banken dienen, sondern das Vermögen der Einleger bewahren helfen und infolgedessen das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Banken fördern sollen.¹⁴⁴ Die Auffassung des BGH von 2001, auf eine Prüfung der untreuespezifischen Pflichtverletzung zu verzichten und stattdessen auf die außerstrafrechtlichen Vorschriften als entscheidende Maßstäbe zurückzugreifen, wurde daher als dogmatischer Rückschritt im Vergleich zu der Entscheidung von 2000 betrachtet.¹⁴⁵

¹³⁸ BGHSt 47, 148, 152 f.

¹³⁹ Dahs, NJW 2002, 273, 273; Dierlamm/Links, NStZ 2000, 656; Feigen, Rudolphi-FS, S. 452; Knauer, NStZ 2002, 399, 402; Otto, JR 2000, 517.

¹⁴⁰ Vgl. Dierlamm/Links, NStZ 2000, 656.

¹⁴¹ Vgl. Feigen, Rudolphi-FS, S. 451 f.; auch Schönke/Schröder-Perron, StGB, § 266 Rn. 20a; Keller/Sauer, wistra 2002, 365, 366; Knauer, NStZ 2002, 399, 401.

¹⁴² Vgl. Knauer, NStZ 2002, 399, 400.

¹⁴³ Vgl. Schönke/Schröder-Perron, StGB, § 266 Rn. 20a.

¹⁴⁴ Vgl. Schönke/Schröder-Perron, StGB, § 266 Rn. 20a; auch so Knauer, NStZ 2002, 399, 401.

¹⁴⁵ So Keller/Sauer, wistra 2002, 365, 366; auch so Knauer, NStZ 2002, 399, 400.



b) Kritische Würdigung

Es ist nicht zu bezweifeln, dass die zuständigen Vorstände bei der Kreditvergabe eine untreuerelevante Sonderstellung und eine daraus resultierende Vermögensbetreuungspflicht gegenüber dem Kreditinstitut behalten. Die Pflichten gemäß § 93 Abs. 1 S. 1 AktG und § 43 Abs. 1 GmbHG gelten auch für die Mitglieder des Vorstandes eines Kreditinstituts. Nach diesen Regelungen haben die Vorstandsmitglieder die Geschäfte des Kreditinstituts in eigener Verantwortung zu führen und die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters bzw. eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden. Gleiches gilt auch für die Bankvorstände von Sparkassen.¹⁴⁶ Eine Verletzung der Pflichten kann gemäß § 93 Abs. 2 S. 1 oder § 43 Abs. 2 GmbHG zur Organhaftung, in der die Vorstandsmitglieder der Gesellschaft zum Schadensersatz verpflichtet sind, führen.¹⁴⁷ Bei Risikogeschäfte reduziert sich diese allgemeine Sorgfaltspflicht hinsichtlich der untreuerelevanten Pflichtwidrigkeit auf die Abwägung zwischen Gewinnchance und Verlustrisiko. Nach den Rechtsprechungen richtet sich insbesondere bei der missbräuchlichen Kreditvergabe der Fokus auf die Einhaltung der Prüfungs- und Informationspflicht.¹⁴⁸ Die Kriterien, die in BGHSt 46, 30, 34 zur Beurteilung der missbräuchlichen Vergabe von Krediten angeboten wurden, konkretisiert die redliche Risikoprüfung bei Kreditvergaben. Dabei wurde der Verstoß gegen § 18 S. 1 KWG als ein Indiz für eine pflichtwidrige Kreditvergabe im Sinne des § 266 StGB abgeschwächt. Selbst wenn der Bankmanager die Vorschrift des § 18 S. 1 KWG nicht beachtet oder verletzt, liegt im Ergebnis keine Pflichtwidrigkeit vor, sofern eine andere, gleichwertige Information die fehlende Information ersetzt.¹⁴⁹ Solche Kriterien, mit den die Risikoabwägung übergreifend geprüft wird, scheinen insofern strafrechtspezifisch zu sein im Hinblick auf § 56 III Abs. 3 Nr. 4 KWG, in dem der Gesetzgeber einen vorsätzlichen oder fahrlässigen Verstoß gegen § 18 S. 1 KWG bußgeldbewehrt hat.¹⁵⁰

Dagegen wird in der Rechtsprechung von 2002 die Pflichtverletzung nur mit den Vorschriften des § 18 S. 1 KWG und dem Rundschreiben des BAKred in Verbindung gebracht. Diese enge Verknüpfung der Pflichtwidrigkeit mit der Offenlegungspflicht scheint indes fraglich. Da die untreuerelevante Pflichtwidrigkeit nur aus einer Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht abgeleitet werden kann, ist zu untersuchen, ob die Offenlegungspflicht innerhalb der Vermö-

¹⁴⁶ Luz/Neus-Gießler, KWG, § 18 Rn. 175.

¹⁴⁷ Zur Sorgfaltspflicht und Organhaftung von Vorstandsmitgliedern der Sparkasse siehe *Kiethe*, BKR 2005, 177, 178 f.

¹⁴⁸ BGHSt 46, 30, 32; 47, 148; 150; BGH wistra 2010, 21, 23.

¹⁴⁹ BGHSt 46, 30, 32.

¹⁵⁰ Auch so *Knauer*, NStZ 2002, 339, 401.



gensbetreuungspflicht der Bankmanager erfasst werden kann. Um eine Gleichstellung von außerstrafrechtlichem und strafrechtlichem Unrechtgehalt zu vermeiden, ist es erforderlich, dass die verletzten Regeln gerade dem Vermögensschutz dienen.¹⁵¹ Zwar lässt sich nicht verneinen, dass § 18 S. 1 KWG mehr oder weniger dem Schutz des Kreditinstitutes dient.¹⁵² Aber eine elementare Bedeutung des § 18 S. 1 KWG liegt in „dem Schutz der Institutsgläubiger in ihrer Allgemeinheit vor Verlust und damit dem Schutz des Vertrauens der Öffentlichkeit in die Funktionsfähigkeit der Kreditwirtschaft“.¹⁵³

Die Offenlegungspflicht des § 18 S. 1 KWG ist keine Vermögenssorge als Hauptpflicht gegenüber dem Geschäftsherrn. Da die Bankmanager die Offenlegung der wirtschaftlichen Verhältnisse, insbesondere durch Vorlage der Jahresabschlüsse, verlangen müssen, wenn ein Kredit insgesamt 750.000 Euro oder 10 Prozent des haftenden Eigenkapitals des Instituts überschreitet, genießen sie keine Selbstständigkeit bei der Erfüllung der Offenlegungspflicht. Die Voraussetzungen der Offenlegungspflicht sind vielmehr bereits gesetzlich explizit festgestellt. Handlungs- und Beurteilungsspielräume bestehen insofern nicht bei der Erfüllung der Offenlegungspflicht nach § 18 S. 1 KWG, sondern in der sorgfältigen Risikoabwägung unter Beachtung der vorgelegten Unterlagen.¹⁵⁴ Allenfalls ist die Offenlegungspflicht gemäß § 18 S. 1 KWG ein Indiz für eine untreuerelevante Pflichtwidrigkeit, kann aber mit dieser nicht gleichgesetzt werden.

Hier wird zum Teil im Schrifttum allerdings die Ansicht vertreten, dass eine Verletzung der KWG-Vorschriften dann unmittelbar i. S. v. § 266 StGB pflichtwidrig sein könne, wenn diese durch Arbeitsvertrag, Beleihungsrichtlinien oder Satzung in das Innenverhältnis einbezogen würden.¹⁵⁵ Dem ist jedoch nicht zuzustimmen. Denn wichtig ist nicht, ob diese Pflicht im Gesetz vorgeschrieben ist oder von den beteiligten Parteien explizit vereinbart wurde, sondern ob sie gemäß strafrechtlichen Kriterien als eine Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 StGB qualifiziert werden kann. Sonst bestünde die Gefahr, dass jede nicht untreuespezifische Pflicht zur Vermögensbetreuungspflicht aufgewertet würde und bloße Vertragsverstöße kriminalisiert würden.

¹⁵¹ *Hillenkamp*, NStZ 1981, 161, 165; auch *Feigen*, Rudolphi-FS, S. 452; *Kubiciel*, NStZ 2005, 353, 358 f.; *Rönnau*, ZStW 119 (2007), 887, 910.

¹⁵² *Boos/Fischer/Schulte-Mattler-H. Bock*, KWG, §18 Rn. 2.

¹⁵³ *Boos/Fischer/Schulte-Mattler-Schäfer*, KWG, § 6 Rn. 2; auch so *Luz/Neus-Gießler*, KWG, § 18 Rn. 2; *Schönke/Schröder-Perron*, StGB, § 266 Rn. 20a; *Laskos*, Die Strafbarkeit, S. 86f.; *Knauer*, NStZ 2002, 339, 401.

¹⁵⁴ So BGH wistra 2010, 21, 24.

¹⁵⁵ Vgl. *Feigen*, Rudolphi-FS, S. 452; auch *Knauer*, NStZ 2002, 339, 401 f.



3. Gravierende Pflichtverletzung als ein strafrechtsautonomer Maßstab

a) Kriterien der gravierenden Pflichtverletzung im SSV-Reutlingen-Fall

Im Hinblick auf die asymmetrische Akzessorietät des Strafrechts ist der außerstrafrechtliche Pflichtverstoß zwar eine notwendige Bedingung für die untreuerelevante Pflichtwidrigkeit, aber es ist noch eine zusätzliche Bedingung erforderlich. Entsprechend soll die untreuenspezifische Pflichtwidrigkeit zunächst auf einer ersten Prüfungsebene durch die Maßstäbe der außerstrafrechtlichen Rechtsordnung bewertet und anschließend, sofern die außerstrafrechtliche Pflichtverletzung bestätigt wird, unbedingt zusätzlich auf einer zweiten Prüfungsebene als spezifisch strafrechtlich konstatiert werden.¹⁵⁶ Der 1. Strafsenat des BGH hat im SSV Reutlingen-Fall, in dem der Vorstandsvorsitzender der Südwestdeutschen Verkehrs AG dem Sportsverein SSV Reutlingen mehrmals das Geld in bar gespendet¹⁵⁷ hat und es um die strafrechtliche Abgrenzung der Zuwendungen einer Aktiengesellschaft zur Förderung von Kunst, Wissenschaft, Sozialwesen und Sport gab, ausgeführt, dass für die Annahme einer Pflichtwidrigkeit im Sinne des § 266 StGB nicht jede gesellschaftsrechtliche Pflichtverletzung genüge, sondern diese vielmehr gravierend sein müsse.¹⁵⁸ Ob dies der Fall ist, muss aufgrund einer Gesamtschau, insbesondere der gesellschaftsrechtlichen Kriterien, beurteilt werden. Als bedeutsame Kriterien hat der BGH die fehlende Nähe zum Unternehmensgegenstand, die Unangemessenheit im Hinblick auf die Ertrags- und Vermögenslage, die fehlende innerbetriebliche Transparenz sowie das Vorliegen sachwidriger Motive, namentlich die Verfolgung von rein persönlichen Präferenzen, aufgezählt.¹⁵⁹

Die Reaktionen auf die Nennung dieser Kriterien für die gravierende Pflichtverletzung sind im Schrifttum nicht einheitlich. Ein Teil der Literatur misst dem Versuch des 1. Strafsenats, die Pflichtwidrigkeit nach § 266 StGB restriktiv zu fassen, große Bedeutung bei.¹⁶⁰ Demnach seien diese Kriterien nicht nur praktisch handhabbar,¹⁶¹ sondern würden außerdem erheblich zur verfassungsrechtlich gebotenen Restriktion des unbestimmt weit gefassten Deliktbestands beitragen.¹⁶² Die Kriterien wurden jedoch von anderen heftig kritisiert.¹⁶³ Über die Auseinanderset-

¹⁵⁶ So *Dierlamm*, StraFo 2005, 397.

¹⁵⁷ Dazu eingehend siehe unten 4. Kapitel, C, VIII, 1.

¹⁵⁸ Vgl. BGHSt 47, 187, 197.

¹⁵⁹ BGHSt 47, 187, 197.

¹⁶⁰ MK-*Dierlamm*, § 266 Rn. 155; *ders.*, StraFo 2005, 397, 402; NK-*Kindhäuser*, § 266 Rn. 80; *Krause*, StV 2006, 307, 308; *Laub*, AG 2002, 308, 312; *Ransiek*, ZStW 116 (2004), 634, 643.

¹⁶¹ Vgl. *Laub*, AG 2002, 308, 312.

¹⁶² Vgl. *Dierlamm*, StraFo 2005, 397, 402.



zung im Schrifttum hinaus sind sie auch in den Rechtsprechungen des BGH umstritten. Nach einer Entscheidung des 1. Strafsenats, in der das Kriterium „gravierende Pflichtverletzung“ erstmals einbezogen wurde, verneinte das LG Düsseldorf die Pflichtverletzung der Täter im „Mannesmann-Fall“ entsprechend.¹⁶⁴ In der Revision zeigte sich dann der 3. Strafsenat des BGH diesem Kriterium gegenüber skeptisch, in dem er der gravierenden Pflichtverletzung keine eigenständige Bedeutung beimaß, sondern sie als eine bloße Ausgestaltung und Klarstellung des Beurteilungs- und Ermessensspielraums bei unternehmerischen Entscheidungen beurteilte.¹⁶⁵ Ferner machte der 1. Strafsenat selbst im „Kinowelt-Fall“¹⁶⁶ keine genaue Aussage darüber, ob das Merkmal „gravierende Pflichtverletzung“ eine eigenständige Bedeutung bei unternehmerischen Entscheidungen haben kann.

b) Kritische Würdigung

Das Kriterium der gravierenden Pflichtverletzung gemäß BGH wirft einige Zweifel auf. So ist es etwa hinsichtlich der Unternehmensspende sicherlich anerkannt, dass der Vorstand im Rahmen seiner Leitungsmacht nach § 76 Abs. 1 AktG befugt ist, Spenden zu vergeben.¹⁶⁷ Bei der Spendenvergabe als unternehmerische Entscheidung wird dem Vorstand ein weiter Ermessensspielraum zugestanden. Allerdings besteht die Befugnis zum Vergeben der Spende nicht uneingeschränkt. Sie wird durch § 93 Abs. 1 AktG begrenzt. Ferner kann eine Schadensersatzpflicht des handelnden Vorstands nach § 93 Abs. 2 AktG begründet werden, wenn er bei seiner Entscheidung für eine Spende gegen die Sorgfaltspflicht eines ordentlichen oder gewissenhaften Geschäftsleiters verstoßen hat. Bei dieser Schadensersatzpflicht handelt es sich aber um eine aktienrechtliche Haftung. Für die Feststellung einer strafrechtlichen Verantwortung muss ein über die aktienrechtliche Sorgfaltspflichtverletzung hinausgehender Unrechtsgehalt festgestellt werden, weil nicht jede gesellschafts- bzw. zivilrechtliche Pflichtverletzung auch eine strafbewehrte Pflichtwidrigkeit im Sinne des § 266 I StGB darstellt.¹⁶⁸ Dafür hat der 1. Strafsenat auf das

¹⁶³ So kritisch *Beckemper*, NStZ 2002, 324, 326; *Kubiciel*, NStZ 2005, 353, 355; *Rönnau*, NStZ 2006, 218, 220; *Saliger*, HRRS 2006, 10, 19; *Sauer*, wistra 2002, 465; *Schünemann*, NStZ 2005, 473, 476.

¹⁶⁴ LG Düsseldorf NJW 2004, 3275, 3289 f.

¹⁶⁵ BGHSt 50, 331, 344.

¹⁶⁶ BGH NJW 2006, 522, 526.

¹⁶⁷ *Laub*, AG 2002, 308, 309.

¹⁶⁸ LG Düsseldorf NJW 2004, 3275, 3280.



Merkmal der „gravierenden Pflichtverletzung“ abgestellt und die Kriterien entsprechend konkretisiert.¹⁶⁹

Es ist jedoch fraglich, ob und wie diese Kriterien überhaupt strafrechtsspezifisch wahrgenommen werden können. Immerhin orientieren sich die vier vom 1. Strafrechtssenat vorgeschlagenen Kriterien eng am aktienrechtlichen Regelungsbereich. So werden drei Kriterien, nämlich die fehlende Nähe zum Unternehmensgegenstand,¹⁷⁰ die Unangemessenheit im Hinblick auf die Ertrags- und Vermögenslage¹⁷¹ und die Verfolgung von rein persönlichen Präferenzen¹⁷², schon als Maßstäbe zur Bestimmung der Schadensersatzpflicht des Vorstandes nach § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG angewendet. Somit können diese Kriterien entgegen der Vorstellung des BGH nur eine zivilrechtliche Pflichtverletzung darstellen und sind somit nicht strafrechtsspezifisch.

4. Einverständnis

a) Einverständnis als ein strafentlassendes Merkmal

Bei der Bestimmung der Pflichtwidrigkeit spielt das Einverständnis des Vermögensinhabers eine wichtige Rolle. Wenn das Einverständnis des Vermögensinhabers vorliegt, wird nicht erst eine Pflichtwidrigkeit gerechtfertigt, sondern dadurch schon der Tatbestand ausgeschlossen,¹⁷³ da eine entsprechende Erweiterung des Entscheidungsspielraums im Innenverhältnis einer Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht entgegensteht.¹⁷⁴ Damit das Einverständnis den Tatbestand ausschließt, muss es aber rechtlich wirksam zum Zeitpunkt der Tat vorliegen. Dagegen ist das tatbestandsausschließende Einverständnis zu verneinen, wenn es auf der Unerfahrenheit des Vermögensinhabers beruht¹⁷⁵ oder wenn es gesetzwidrig oder sittenwidrig erteilt wird.¹⁷⁶ Ist das Einverständnis nicht rechtlich wirksam, verliert es seine tatbestandsausschließende Kraft. Insofern werden die für das betreffende Rechtsverhältnis geltenden allgemeinen Regeln wie z. B. die

¹⁶⁹ BGHSt 47, 148; 47, 187.

¹⁷⁰ *Fleischer*, AG 2001, S. 178.

¹⁷¹ *Fleischer*, AG 2001, S. 178; *Hüffer*, Aktiengesetz, § 76 Rn. 34f.

¹⁷² *Fleischer*, AG 2001, S. 178.

¹⁷³ BGHSt 3, 23, 25; 50, 331, 342; *Fischer*, StGB, § 266 Rn. 90; *NK-Kindhäuser*, § 266 Rn. 66; *Schönke/Schröder-Perron*, StGB, § 266 Rn. 21.

¹⁷⁴ *NK-Kindhäuser*, § 266 Rn. 66.

¹⁷⁵ BGH NSTZ 1997, 124, 125; *NK-Kindhäuser*, § 266 Rn. 67.

¹⁷⁶ BGH NJW 1983, 1807, 1808; *wistra* 1999, 350, 353; *NK-Kindhäuser*, § 266 Rn. 67.



Grundsätze für eine ordentliche und gewissenhafte Geschäftsbesorgung als Maßstab für die Bestimmung der Pflichtwidrigkeit herangezogen.¹⁷⁷

b) Einverständnis im Verstoß gegen § 30 GmbHG

Das oben erwähnte Prinzip gilt im Grunde genommen auch für die Untreue des Geschäftsführers gegenüber einer GmbH, sodass die Zustimmung der gesamten Gesellschafter zur Vermögensminderung der Gesellschaft eine Pflichtwidrigkeit ausschließen kann. Der Rechtsprechung zufolge ist jedoch die tatbestandsausschließende Wirkung zu verneinen, wenn die Gesellschafter den Grundsätzen eines ordentlichen Geschäftsmanns zuwiderhandeln (in der Terminologie *Schünemanns* die sogenannte *eingeschränkte Körperschaftstheorie*¹⁷⁸),¹⁷⁹ wenn sie das in § 30 GmbHG zum Ausdruck gebrachte Gebot der Kapitalerhaltung verletzen und insbesondere wenn die wirtschaftliche Existenz der GmbH gefährdet wird (*eingeschränkte Gesellschaftertheorie*¹⁸⁰).¹⁸¹ Die Basis der sog. *eingeschränkten Gesellschaftertheorie* ist die grundsätzliche Anerkennung der selbstständigen Rechtspersönlichkeit der GmbH. Nach § 13 GmbHG ist die GmbH als juristische Person eine Trägerin von Rechten und Pflichten (Abs. 1). Ferner ist die Haftung für Gesellschaftsschulden auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt (Abs. 2). Deshalb ist das Vermögen der GmbH auch für die Gesellschafter als fremd zu betrachten. Auf dieser Basis kann nicht jede wirksame Zustimmung sämtlicher Gesellschafter die Pflichtwidrigkeit ausschließen. Somit kann das Verhalten des Geschäftsführers trotz der Zustimmung sämtlicher Gesellschafter pflichtwidrig sein.

Dagegen wird die Gegenmeinung vertreten, wonach bei der Zustimmung der gesamten Gesellschafter die Pflichtwidrigkeit selbst verneint werden müsste, auch wenn die Zustimmung gegen § 30 GmbHG verstößt (*strenge Gesellschaftstheorie*).¹⁸² Diese Kritik beinhaltet auch, dass dieser Paragraph nur das Interesse der Gläubiger an der weiteren Existenz der Gesellschaft, nicht aber

¹⁷⁷ NK-Kindhäuser, § 266 Rn. 67.

¹⁷⁸ LK-Schünemann, 12. Aufl., § 266 Rn. 249.

¹⁷⁹ BGH wistra 1991, 107, 109; BGHSt 34, 379, 386 ff.; kritisch Zieschang, Kohlmann-FS, S. 361 f.

¹⁸⁰ LK-Schünemann, 12. Aufl., § 266 Rn. 249.

¹⁸¹ BGHSt 35, 333 Rn. 19; 49, 147, 158; BGH wistra 2008, 379, 380; auch NK-Kindhäuser, § 266 Rn. 71; Kohlmann, Strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 99 ff., 102 ff.; Bekemper, GmbHR 2005, 592, 596; Ransiek, wistra 2005, 121, 122; Zieschang, Kohlmann-FS, S. 360.

¹⁸² Fischer, StGB, § 266 Rn. 99; Schönke/Schröder-Perron, StGB, § 266 Rn. 21b; HWS-Seier, S. 681 Rn. 320 f.; Beulke, Eisenberg-FS, S. 267; Hohn, Samson-FS, S. 337; Kubiciel, NStZ 2005, 353, 359; Murmann, Jura 2010, 561, 564; Rönnau, Amelung-FS, S. 255.



die Gesellschaft als solche schützt und damit die Rechtsprechung des § 266 StGB zu einem Gläubigerschutztatbestand pervertiert.¹⁸³

c) Kritische Würdigung

Wenn überhaupt von der asymmetrischen Akzessorietät des Untreuetatbestands ausgegangen wird, stellt sich die Frage, welche Kriterien auf die jeweilige Prüfungsebene angewandt werden können. Wie dargestellt, markiert die zivilrechtliche Rechtmäßigkeit die Untergrenze der strafbaren Handlung. Aber es erscheint zweifelhaft, ob jede zivilrechtliche Pflichtverletzung schon eine Voraussetzung der untreuenspezifischen Pflichtverletzung sein kann. Vor allem ist darauf hinzuweisen, dass § 266 StGB nur dem Vermögensschutz dient. Somit ist bei der zivilrechtlichen Normverletzung darauf zu achten, ob die betreffenden Vorschriften überhaupt dem Vermögensschutz dienen. Entsprechendes soll auch für die tatbestandsausschließende Funktion des beim Verstoß gegen § 30 GmbHG beschlossenen Einverständnis des Gesellschafters gelten.

Den Gesellschafter obliegt nicht nur die Bestellung, Abberufung und Entlastung der Geschäftsführer, sondern auch die Prüfung und Überwachung der Geschäftsführung (§§45ff. GmbHG). Die Gesellschafter sind Willensbildungsorgan; dagegen ist der Geschäftsführer Handlungsorgan.¹⁸⁴ Dabei können die Gesellschafter dem Geschäftsführer Weisungen in Bezug auf die Geschäftsführung erteilen. Der Geschäftsführer ist abhängig von den Weisungen der Gesellschafter.¹⁸⁵ Durch Beschlüsse oder Weisungen der Gesellschafter wird der Entscheidungsspielraum des Geschäftsführers im Innenverhältnis erweitert. Innerhalb der Erweiterung des Entscheidungsspielraums handelt der Geschäftsführer pflichtgemäß. Dem gegenüber können die Beschlüsse, die die Vermögensbindung nach § 30 GmbHG aufheben sollen, nichtig sein.¹⁸⁶ Nach der Auffassung des BGH sind die Beschlüsse der Gesellschaft nichtig, wenn ein zum Schutz öffentlichen Interessen erlassenes gesetzliches Verbot verletzt wird oder wenn sie nach ihren Inhalten bzw. durch die Schädigung Dritter gegen die guten Sitten verstoßen.¹⁸⁷ Dann ist der Geschäftsführer nicht mehr an diese Weisung gebunden. Dies entspricht der Meinung des BGH,

¹⁸³ So HWS-Seier, S. 681 Rn. 320; auch *Murmann*, Jura 2010, 561, 564.

¹⁸⁴ *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 1068.

¹⁸⁵ *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 1068.

¹⁸⁶ *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 1068; auch so *Zieschang*, Kohlmann-FS, S. 354f.

¹⁸⁷ BGHZ 15, 382, 386ff.; 101, 113, 116f.



der Geschäftsführer sei nicht an solche Gesellschafterbeschlüsse und Weisungen gebunden, welche den Kapitalerhaltungsvorschriften und den öffentlich-rechtlichen Pflichten zuwiderlaufen.¹⁸⁸

Auf dieser Basis liegt das Gewicht der eingeschränkten Gesellschaftertheorie, die der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum entspricht,¹⁸⁹ darin, dass der selbstständigen Rechtspersönlichkeit der GmbH nach § 13 GmbHG grundsätzliche anerkannt wird.¹⁹⁰ Damit entzieht diese Ansicht der Zustimmung der Gesellschafter zu einem Angriff auf das Stammkapital in Verletzung des § 30 GmbHG die tatbestandausschließende Funktion. Aber es scheint schon die Basis der herrschenden Meinung in Bezug auf die Bewertung der Pflichtwidrigkeit der Untreue fragwürdig. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass ein gesellschafterunabhängiges Eigeninteresse der GmbH abzulehnen ist.¹⁹¹ Ferner sei der Wille der Gesellschaft mit dem der GmbH identisch, ein daneben bestehendes Eigeninteresse wäre reine Fiktion.¹⁹² Auch hat der BGH vertreten, dass jedenfalls außerhalb der Gefährdung von Gläubigerinteressen ein von der Gesamtheit der Gesellschafterinteressen unabhängiges Gesellschaftsinteresse, dem eine Treuepflicht des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft Rechnung tragen würde, grundsätzlich nicht anzuerkennen sei.¹⁹³ Entsprechend wird die Vermögensbetreuungspflicht der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft überwiegend verneint.¹⁹⁴ Der Verstoß gegen den § 30 GmbHG und damit die Unterdeckung kann nur die Gefährdung von Gläubigerinteressen bewirken.¹⁹⁵ Da in Hinblick auf den Schutzzweck der Untreue, das individuelle Vermögen des Treuegebers zu schützen, der Handlungsspielraum des Geschäftsführers im Innenverhältnis durch die Zustimmung der gesamten Gesellschafter erweitert wird, handelt der Geschäftsführer innerhalb des erweiterten Handlungsspielraums nach dem Willen des Geschäftsherrn und damit pflichtmäßig. Schließlich ist der strengen Gesellschaftstheorie zuzustimmen.

¹⁸⁸ BGHZ 31, 258, 278; auch BGHZ 149, 10, 19f.; BGH NJW 1974, 1088, 1089; *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 1105.

¹⁸⁹ BGHSt 35, 333 Rn. 19; 49, 147, 158; BGH wistra 2008, 379, 380; auch NK-Kindhäuser, § 266 Rn. 71; *Kohlmann*, Strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 99 ff., 102 ff.; *Bekemper*, GmbHR 2005, 592, 596; *Ransiek*, wistra 2005, 121, 122; *Zieschang*, Kohlmann-FS, S. 360.

¹⁹⁰ Auch so *Zieschang*, Kohlmann-FS, S. 358.

¹⁹¹ *Lutter/Hommelhoff*, GmbH-Gesetz, § 14 Rn. 29 m.w.N.

¹⁹² *Lutter/Hommelhoff*, GmbH-Gesetz, § 14 Rn. 29 m.w.N.

¹⁹³ Vgl. BGHZ 119, 257, 262.

¹⁹⁴ NK-Kindhäuser, § 266 Rn. 58; SSW-Saliger, §266 Rn. 87; Schönke/Schröder-Perron, StGB, §266 Rn. 26; HWS-Seier, S. 683 Rn. 326; *Livonius*, wistra 2009, 91, 95; dagegen *Ransiek*, Kohlmann-FS, S. 217ff.; *Zieschang*, Kohlmann-FS, S. 358ff.

¹⁹⁵ So vertritt *Ulmer-Goerdeler/Müller*, GmbHG, §30 Rn. 1, dass § 30 GmbHG nur Gläubigerschutz diene; auch so *Baumbach/Hueck-Zöllner*, GmbHG, Anh. §47 Rn. 51ff.; *Fischer*, StGB, § 266 Rn. 99; *Kasiske*, wistra 2005, 81, 85; dagegen *Rowedder-Penz*, GmbHG, §30 Rn. 1



D. Vermögensnachteil

I. Grundlage der Schadensbestimmung im Untreuetatbestand

1. Untreue nur als Vermögensschädigungsdelikt

Der Untreuetatbestand setzt die Zufügung eines Nachteils des zu betreuenden Vermögens voraus. Nach dem Wortlaut des § 266 StGB muss der Täter dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat, einen Nachteil zufügen. Es ist allgemein anerkannt, dass das geschützte Rechtsgut des Untreuetatbestands allein das Vermögen ist.¹⁹⁶ Demgegenüber sind die Dispositionsfreiheit des Geschäftsherrn, das Vertrauen in die Redlichkeit und die Funktionsfähigkeit des Rechts- und Wirtschaftsverkehrs oder auch das Befriedigungsinteresse des Gläubigers keine gesondert geschützten Rechtsgüter.¹⁹⁷ Grundsätzlich vertritt auch der BGH die Auffassung, dass der § 266 Abs. I StGB als ein Vermögensdelikt ebenso wie der Betrug nur das Vermögen des Treugebers als Ganzes, aber nicht seine Dispositionsbefugnis schützt.¹⁹⁸ Ferner muss der Vermögensnachteil eine Folge der Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht sein.¹⁹⁹ Das bedeutet, dass ein Zusammenhang zwischen der Pflichtwidrigkeit und dem Vermögensnachteil nachgewiesen werden muss. Somit ist der Vermögensnachteil zu verneinen, wenn die Vermögensminderung auch bei einer pflichtgemäßen Vorgehensweise eingetreten wäre.

Es ist zu beachten, dass zur Erfüllung des Untreuetatbestands anders als bei den sonstigen Vermögensdelikten wie Eigentumsdelikt, der Erpressung und dem Betrug keine Vermögensverschiebung erforderlich ist. Für die Untreue kommt es nur auf die Vermögensschädigung an. Deshalb ist im Zusammenhang mit der Untreue von einem Schädigungsdelikt die Rede.²⁰⁰

¹⁹⁶ BGHSt 43, 297; MK-Dierlamm, § 266 Rn. 1; LK-Schünemann, 11. Aufl. § 266 Rn. 28; NK-Kindhäuser, § 266 Rn. 1; Saliger, ZStW 112 (2000), 563, 571.

¹⁹⁷ MK-Dierlamm, § 266 Rn. 1; LK-Schünemann, 12. Aufl. § 266 Rn. 23; NK-Kindhäuser, § 266 Rn. 1; a. A. Dunkel, GA 1977, 329, 334 f.; Luthmann, NJW 1960, 419, 420 vertritt die Auffassung, dass das Schutzobjekt des § 266 StGB außer dem Vermögen vor allem das besondere Vertrauensverhältnis sei.

¹⁹⁸ BGHSt 43, 293, 297.

¹⁹⁹ MK-Dierlamm, § 266 Rn. 178; NK-Kindhäuser, § 266 Rn. 99; Schönke/Schröder-Perron, StGB, § 266 Rn. 39; Ransiek, ZStW 116 (2004), 634, 652.

²⁰⁰ MK-Dierlamm, § 266 Rn. 2; NK-Kindhäuser, § 266 Rn. 1f.; Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht BT, § 22 Rn. 2; Eisele, Strafrecht BT II Rn. 856; Fischer, StGB, § 266 Rn. 2.



2. Übertragung des Schadensbegriffs vom Betrugs- auf den Untreuetatbestand

Nach der allgemeinen Rechtsauffassung entspricht der Begriff des Nachteils im Untreuetatbestand dem des Betrugstatbestands.²⁰¹ Demzufolge gelten die im Betrugstatbestand gewonnenen Erkenntnisse gleichermaßen für den Untreuetatbestand. Diese unreflektierte Identifizierung des Nachteils des § 266 StGB mit dem Schaden des § 263 StGB wird jedoch teilweise kritisiert.²⁰² Mit ihr würden alle Unsicherheiten und Ausuferungen des Schadensbegriffs, wie die Lehre des individuellen Schadenseinschlags und die Lehre der schadensgleichen konkreten Vermögensgefährdung, auch in den § 266 StGB hineingetragen.²⁰³ Die Gleichsetzung der Begriffe Schaden und Nachteil übersehe die Strukturunterschiede zwischen den beiden Tatbeständen.²⁰⁴ Als wichtige Unterscheidungsmerkmale der Untreue vom Betrug werden beispielsweise die geringe Greifbarkeit der Untreuehandlung, die Straflosigkeit der versuchten Untreue und die fehlende Anforderung an eine Bereicherungsabsicht im Untreuetatbestand genannt.²⁰⁵ Diese Kritik ist gut nachvollziehbar, weil insbesondere die Anwendung der Gefährdungsdogmatik im Untreuetatbestand, bei dem anders als beim Betrug keine Bereicherungsabsicht verlangt wird und auch der Versuch straflos ist, den relativ schwierig zu überblickenden Anwendungsbereich noch weiter auszudehnen droht.²⁰⁶

3. Gesamtsaldierungsprinzip

Die Schadensberechnung wird wie beim Betrugstatbestand nach dem Gesamtsaldierungsprinzip vorgenommen. Demnach werden zwei Elemente in Erwägung gezogen, die direkt aus einer Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht resultieren: einerseits die Vermögenminderung und andererseits der Vermögenszuwachs im wirtschaftlichen Gesamtwert. Die Änderung des Ver-

²⁰¹ BGHSt 15, 342, 343 f.; 40, 287, 294 ff.; 43, 293, 297; *Fischer*, StGB, § 266 Rn. 115; *NK-Kindhäuser*, § 266 Rn. 94; *Lackner/Kühl*, StGB, § 266 Rn. 17; *SK-Samson/Günter*, § 266 Rn. 41; *LK-Schünemann*, 12. Aufl. § 266 Rn. 164; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht BT 1, § 45 II Rn. 41; *Mitsch*, Strafrecht BT 2, S. 381; *Otto*, Strafrecht BT, § 54 Rn. 32.

²⁰² *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht BT, § 22 Rn. 75; *Dierlamm*, NStZ 1997, 534; *Hillenkamp*, NStZ 1997, 534; *Matt/Saliger*, in: *Irrwege der Strafgesetzgebung*, 217, 230 f.; *Perron*, GA 2009, 219, 227 f.

²⁰³ Vgl. *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht BT, § 22 Rn. 75.

²⁰⁴ Vgl. *Matt/Saliger*, in: *Irrwege der Strafgesetzgebung*, 217, 230 f.; auch *Perron*, GA 2009, 219, 227 f.

²⁰⁵ Dazu eingehend *Fischer*, StraFo 2008, 269, 271 f.; *Matt/Saliger*, in: *Irrwege der Strafgesetzgebung*, 221 ff.; *Perron*, GA 2009, 219, 227 f.

²⁰⁶ So kritisch *MK-Dierlamm*, § 266 Rn. 195.



mögensstands ist durch den Vergleich vor und nach der pflichtwidrigen Handlung feststellbar.²⁰⁷ Ist der Vermögensstand nach der pflichtwidrigen Handlung vermindert und kann die Vermögensminderung durch die zugleich erlangten Vorteile nicht ausgeglichen werden, ist ein Vermögensnachteil nach § 266 StGB zu bejahen.

II. Einzelne Fragen der Schadensbestimmung im Untreuetatbestand

1. Gefährdungsschaden oder endgültiger Schaden bei der Bildung „schwarzer Kassen“

a) Grundlagen der Lehre der schadensgleichen Vermögensgefährdung

Es ist überwiegend anerkannt, dass der Vermögens- und der Schadensbegriff bei Vermögensdelikten einheitlich verwendet werden. Entsprechend findet eine Übertragung der Begriffe vom Betrug auf die Untreue statt. Damit wird auch die Lehre des Gefährdungsschadens auf den Untreuetatbestand angewendet.²⁰⁸ Diese Lehre ist ursprünglich für die Bestimmung des Vermögensschadens in Sonderfällen des Betrugs von der Rechtsprechung entwickelt worden.²⁰⁹ Sie basiert auf der wirtschaftlichen Betrachtungsweise, nach der das Vermögen die Summe aller geldwerten Güter nach Abzug der Verbindlichkeiten ist und die Ermittlung des Vermögensschadens mithilfe der bewertenden Saldierung durch den Vergleich des Gesamtvermögens²¹⁰ er-

²⁰⁷ MK-Dierlamm, § 266 Rn. 178; LK-Schünemann, 12. Aufl., § 266 Rn. 168ff.; Wessels/Hillenkamp, Strafrecht BT 2, § 20 Rn. 777.

²⁰⁸ Um die begriffliche Ungenauigkeit bei der Verwendung des Begriffs „schadensgleich“ zu vermeiden, werden stattdessen die Begriffe „schadensdarstellende Vermögensgefährdung“ (Riemann, Vermögensgefährdung, S. 7), „schadensbegründende Vermögensgefährdung“ (SSW-Satzger, StGB, § 263 Rn. 235), Gefährdungsschaden“ (BGHSt 53, 71, 85; LK/Tiedemann, 12. Aufl., § 263 Rn. 168; Fischer, StraFo 2008, 269, 270) und „schädigende Vermögensgefährdung“ (Hefendehl, Samson-FS, S. 300) bevorzugt. Im Folgenden wird der Einfachheit halber „Gefährdungsschaden“ verwendet.

²⁰⁹ Zur historischen Entwicklung in Rechtsprechung und Literatur Riemann, Vermögensgefährdung, S. 28 ff.

²¹⁰ So BGHSt 16, 220, 221.



folgt.²¹¹ Sie wurde schon vom Reichsgericht angenommen und vom Bundesgerichtshof fortgesetzt. Ihr zufolge kann ein Schaden bzw. Nachteil als ein vollendeter Taterfolg nicht nur im Substanzverlust, sondern bereits im gefährdeten Vermögenszustand bejaht werden. Das Bundesverfassungsgericht wiederum hat die Verfassungsmäßigkeit des Gefährdungsschadens in der Untreuedogmatik nicht in Frage gestellt.²¹²

Nach den ständigen Rechtsprechungen kann eine Vermögensgefährdung einen Vermögensnachteil darstellen, wenn bei der wirtschaftlichen Betrachtung bereits durch die Gefährdung eine gegenwärtige Minderung des Vermögenswerts eingetreten ist,²¹³ wenn das Vermögen konkret gefährdet ist, also voraussichtlich mit wirtschaftlichen Nachteilen zu rechnen ist,²¹⁴ oder wenn der Vermögensverlust naheliegt.²¹⁵ Schon aus dieser Konzeption des Gefährdungsschadens ergibt sich die nicht unerhebliche Schwierigkeit der Schadensbestimmung. Daraus lassen sich keine exakten Maßstäbe zur Entscheidung darüber gewinnen, wann eine Gefahr so konkret ist, dass der gefährdete Vermögenszustand mit dem vollendeten Taterfolg, und zwar dem Vermögensschaden bzw. Vermögensnachteil, als gleichwertig angesehen werden soll. Da nach dem eindeutigen Wortlaut des § 266 Abs. 1 StGB die Untreue ein Erfolgsdelikt ist und damit unbedingt den Taterfolg „Vermögensnachteil“, und zwar eine eingetretene Vermögensminderung ohne einen sie kompensierenden Vermögenszuwachs, voraussetzt, kann und darf ein lediglich gefährdeter Vermögenszustand mit dem Vermögensnachteil im Sinne des vollendeten Taterfolgs keineswegs gleichgestellt werden. Es ist erforderlich, dass der gefährdete Vermögenszustand in einen effektiven bzw. endgültigen Substanzverlust mündet.²¹⁶

Der Gefährdungsschaden unterscheidet sich jedoch vom substanziellen Verlust an Vermögensgütern, bei dem die nicht kompensierte Vermögensminderung nachvollzogen und rechnerisch nachgewiesen werden kann. Demgegenüber ist der Gefährdungsschaden nicht am endgültigen Substanzverlust des Vermögenswerts, sondern nur anhand der negativen Prognose über die voraussichtliche Entwicklung des Vermögenszustands zu erkennen.²¹⁷ Somit kann von einem Ge-

²¹¹ *Cramer*, Vermögensbegriff, S. 118. Zur Anerkennung des Gefährdungsschadens in verschiedenen Vermögenslehren siehe *Cramer*, Vermögensbegriff, S. 119 ff.; *Riemann*, Vermögensgefährdung, S. 9 ff.

²¹² BVerfGE 126, 170, 211 f.

²¹³ RGSt 3, 144; 8, 68; 16, 1; 16, 77.

²¹⁴ BGHSt 34, 394, 395.

²¹⁵ BGHSt 48, 354, 356.

²¹⁶ Auch so MK-*Dierlamm*, § 266 Rn. 197.

²¹⁷ *Becker*, HRRS 2009, 334, 336.



fährdungsschaden nur unter der Voraussetzung gesprochen werden, dass ein Substanzverlust zwar noch nicht zu verzeichnen ist, aber mit hoher Wahrscheinlichkeit eintreten wird.

Die heikle Problematik der Lehre des Gefährdungsschadens verschärft sich bei den verschiedenen Formen der Untreue, wie z. B. bei der Haushaltsuntreue, der Kredituntreue, bei Verstößen gegen Buchführungspflichten, der Kick-Back-Vereinbarung und insbesondere der Bildung und Erhaltung von „schwarzen Kassen“ erheblich.

b) Gefährdungsschaden bei der Bildung und Unterhaltung von „schwarzen Kassen“

aa) Definition und Erscheinungsformen von „schwarzen Kassen“

Als „schwarze Kassen“ werden gemeinhin Gelder bezeichnet, die unter Missachtung bestimmter Pflichten von Teilen eines treuhänderisch verwalteten Vermögens auf ein vor dem Geschäftsherrn verborgenes Konto verlagert worden sind, ausschließlich zu dem Zweck, die Gelder im tatsächlichen oder vermeintlichen Interesse des Geschäftsherrn zu verwenden.²¹⁸ Dazu gehören als Paradebeispiele in den höchstrichterlichen Rechtsprechungen der BND-Fall²¹⁹ im staatlichen Sektor, der Kanther-Fall²²⁰ bei der Parteienfinanzierung, der Siemens/ENEL-Fall²²¹ im privatwirtschaftlichen Bereich usw.

bb) Vermögensbetreuungspflicht und Pflichtverletzung des Kassenverwalters

Beim Vorliegen von „schwarzen Kassen“ bereitet die Bejahung der qualifizierten Vermögensbetreuungspflicht des Kassenverwalters keine großen Probleme. Es ist unbestritten, dass in den erwähnten Paradebeispielen die Angeklagten (Regierungsdirektor im Bundesverteidigungsministerium, Geschäftsführer des Landesverbandes Hessen der CDU und Bereichsvorstand der Siemens AG) wegen ihrer leitenden Positionen eine weitgehend unbeschränkte Vertretungsbefugnis hatten.

Als Kriterium der Pflichtwidrigkeit ist im Falle „schwarzer Kassen“ auch an außerstrafrechtliche Handlungsnormen zu denken, wie beispielsweise haushaltsrechtliche Vorschriften, Satzungen

²¹⁸ *Saliger*, NStZ 2007, 545, 547; *Bernsmann*, GA 2007, 219, 231; *Rönnau*, Tiedemann-FS, S. 713; *Weimann*, Die Strafbarkeit, S. 12 f.

²¹⁹ BGHSt 40, 287 ff.

²²⁰ BGHSt 51, 100 ff.

²²¹ BGHSt 52, 323 ff.



von Parteien, Compliance-Regeln²²² sowie Buchführungs- und Bilanzierungsvorschriften. Umstritten ist hingegen, ob sich der Vorwurf auf eine Unterlassung, in diesem Fall die fehlende Offenlegung, oder auf eine Handlung bezieht, die hier in der Bildung und Unterhaltung von „schwarzen Kassen“ besteht. Der 2. Strafsenat des BGH hat im Siemens-Fall das Schwergewicht der Pflichtwidrigkeit nicht in den einzelnen Verwaltungs-, Verschleierungs- oder Vermögensverfügungshandlungen, sondern bereits im Unterlassen der Offenbarung durch eine ordnungsgemäße Verbuchung der Geldmittel gesehen.²²³ Diese Ansicht überzeugt jedoch insofern nicht, als der Vermögensnachteil direkt durch die Pflichtverletzungshandlung verursacht werden muss und nur solche Vermögensminderungen und -mehrungen in die Schadensberechnung nach dem Gesamtsaldierungsprinzip einbezogen werden können. Wenn der BGH den Vermögensnachteil ausschließlich mit der Verletzung der Dispositionsbefugnis des Vermögensinhabers zu begründen versucht, wird der Vermögensnachteil bereits durch die Aussonderung der Geldmittel hervorgerufen. Der Treuenehmer hat die ausgesonderten Geldmittel jedoch nur übernommen. Das Unterlassen der Aufklärung selbst hat mit dem schon verursachten Vermögensnachteil nichts zu tun, weil sich dadurch nichts am Vermögenszustand ändert.²²⁴

Begrifflich bedeutet zwar die „schwarze Kasse“ eine vor dem Geschäftsherrn geheim gehaltene Reserve.²²⁵ Wenn diese aber mit der Billigung oder auf Geheiß des Geschäftsherrn angelegt wird,²²⁶ kommt es hinsichtlich der Untreuestrafbarkeit auf die Wirksamkeit des Einverständnisses des Vermögensinhabers an, weil nach der gegenwärtig herrschenden Auffassung die Pflichtwidrigkeit durch ein wirksames Einverständnis des Vermögensinhabers ausgeschlossen werden kann.²²⁷ Insofern das Tatgericht ein solches Einverständnis des Zentralvorstands im Siemens/ENEL-Fall ausgeschlossen hat, wurde die Frage nach der Wirksamkeit der Einwilligung der Siemens AG nicht eingehend thematisiert.

²²² Zur Pervertierung des Charakters des Untreuetatbestands als Vermögensdelikt durch die Hinzuziehung von Compliance-Regeln zur Pflichtwidrigkeitsbewertung siehe *Schünemann*, NStZ 2008, 430, 433.

²²³ BGHSt 52, 323, 334.

²²⁴ Zu weiteren kritischen Auffassungen eingehend *Knauer*, NStZ 2009, 151; *Rönnau*, StV 2009, 246 f.; *Ransiek*, NJW 2009, 95, 96 vertritt dagegen die Auffassung, dass der Vermögenszuwachs bei pflichtgemäßem Verhalten hinreichend sicher zu erwarten wäre.

²²⁵ Vgl. *Rönnau*, Tiedemann-FS, S. 717; *Saliger/Gaede*, HRRS 2008, 57, 67.

²²⁶ In diesem Fall haben *Saliger*, NStZ 2007, 545, 547 und *Saliger/Gaede*, HRRS 2008, 57, 67 zur terminologischen Differenzierung die mit Kenntnis des Geschäftsherrn gebildeten Kassen als „Schattenkassen“ bezeichnet.

²²⁷ Dazu eingehend *Rönnau*, Tiedemann-FS, S. 717 ff.; *Saliger/Gaede*, HRRS 2008, 57, 67 f.



cc) Vermögensnachteil im Fall „schwarzer Kassen“

Der BGH hat einen Vermögensnachteil bei der Einrichtung „schwarzer Kassen“ in der Form einer sog. schadensgleichen Vermögensgefährdung anerkannt.²²⁸ Im Kanther-Fall hat der 2. Strafsenat des BGH den Vermögensnachteil darin gesehen, dass die Täter sich die Möglichkeit verschafft haben, die ausgelagerten Vermögenswerte als geheimen, keiner tatsächlich wirksamen Zweckbindung unterliegenden und jeder Kontrolle durch den Berechtigten entzogenen Dispositionsfonds zu nutzen.²²⁹ Nicht allein durch die Geheimhaltung der verdeckt angesammelten Vermögenswerte und die Bestimmung über die Mittelverwendung nach eigenem Gutdünken sei die Dispositionsbefugnis des Berechtigten betroffen gewesen, sondern es sei vielmehr eine konkrete, vom Berechtigten nicht zu kontrollierende und nur noch im Belieben der Täter stehende Möglichkeit des endgültigen Vermögensverlusts eingetreten.²³⁰ Hiergegen könne nicht eingewandt werden, dass die Täter die Wünsche des Parteivorstands in keinem Fall zurückgewiesen hätten.²³¹

Im Siemens/ENEL-Fall hat der 2. Strafsenat des BGH den Gedanken über die schadensgleiche Vermögensgefährdung aus dem Kanther-Fall weitergeführt. Die dauerhafte Entziehung der Verfügungsmöglichkeit über die veruntreuten Vermögensteile stelle für den Treugeber nicht nur eine („schadensgleiche“) Gefährdung des Bestands seines Vermögens dar, sondern einen endgültigen Vermögensverlust.²³² Dabei hat der 2. Strafsenat die Wertlosigkeit des auf Dauer vorenthaltenen oder endgültig entzogenen Geldvermögens betont. Im Ergebnis hat er die Endgültigkeit des Vermögensverlusts in der Verletzung der Dispositionsbefugnis des Berechtigten gesehen. Nach dieser Ausfassung bestand der endgültige Vermögensverlust durch die dauerhafte Entziehung der Verfügungsmöglichkeit darin, dass der Berechtigte keine Möglichkeit mehr hatte, auf die entzogenen Vermögenswerte zuzugreifen.²³³ Diese Möglichkeit gehöre aber zum Kern der von § 266 StGB geschützten Rechtsposition.²³⁴ Auf die Absicht des Täters, das Geld im wirtschaftlichen Interesse des Treugebers zu verwenden, komme es nicht an.²³⁵ Der 2. Strafsenat hat diese Auffassung im Trienekens-Fall²³⁶ von 2010, in dem es um die im Ausland eingerichtete schwar-

²²⁸ BGHSt 40, 287 ff.; 51, 100 ff.

²²⁹ BGHSt 51, 100, 113; ebenso schon BGHSt 40, 287, 296.

²³⁰ Vgl. BGHSt 51, 100, 113.

²³¹ Vgl. BGHSt 51, 100, 114.

²³² Vgl. BGHSt 52, 323, 338.

²³³ Vgl. BGHSt 52, 323, 338 f.

²³⁴ Vgl. BGHSt 52, 323, 338 f.

²³⁵ Vgl. BGHSt 52, 323 (Leitsatz 1).

²³⁶ BGHSt 55, 266 ff.



ze Kasse ging, fortgesetzt. Danach waren die ausgegliederten Vermögenswerte bereits zur Zeit ihrer Überführung in die schwarze Kasse nicht nur im Sinne einer Vermögensgefährdung in ihrem wirtschaftlichen Wert gemindert.²³⁷ Ferner sei die mögliche Absicht des Täters, den nach Abzug der Kosten verbleibenden Teil der Gelder bei späterer Gelegenheit im Interesse der Treugeberin zu verwenden, für die Bewertung als Untreue ohne Belang.²³⁸

Die herrschende Meinung im Schrifttum beobachtet diese Entwicklungstendenz in den Rechtsprechungen kritisch. Entgegen den Auffassungen des BGH, in denen die Konkretheit oder sogar Endgültigkeit des Vermögensverlusts durch die (dauerhaften) Einschränkungen der Dispositionsbefugnis festgestellt wurden, wird zunächst darauf hingewiesen, dass ein Vermögensdelikt nach § 266 Abs. 1 StGB ebenso wie der Betrug nur das Vermögen als Ganzes, aber nicht die Dispositionsbefugnis schützt.²³⁹ Die bloße Beeinträchtigung der Dispositionsfreiheit darf grundsätzlich noch nicht als Vermögensnachteil im Sinne des § 266 StGB eingestuft werden. Entgegen dem BGH ist nach der herrschenden Meinung weder die Konkretheit noch die Endgültigkeit des Vermögensverlusts schon durch die Einrichtung oder Führung von „schwarzen Kassen“, sondern höchstens eine abstrakte Vermögensgefahr anzuerkennen, solange die ausgelagerten Vermögensgegenstände noch nicht abgeflossen sind und dem Treugeber wieder zugeführt werden können.²⁴⁰ Anders als in den Rechtsprechungen, die den Vermögensnachteil im Falle „schwarzer Kassen“ ohne Rücksicht auf den Verwendungszweck des Täters begründet haben,²⁴¹ sieht die herrschende Meinung den Verwendungszweck des Täters als wesentliches Moment bei der Schadensbestimmung an.²⁴² Demnach scheidet der Vermögensnachteil bei „schwarzen Kassen“ regelmäßig aus, wenn der Täter die verdeckten Gelder allein im Interesse des Berechtigten einsetzen will. Dadurch erlangt der Verwendungszweck für den Treugeber bereits in objektiver Hinsicht Bedeutung. Wenn seine Vermögensposition durch die Entziehung der Vermögenswerte selbst noch nicht geschädigt ist, hängt das weitere Schicksal des sich noch in seiner Herrschaft

²³⁷ BGHSt 55, 266, 284.

²³⁸ Vgl. BGHSt 55, 266, 284.

²³⁹ So BGHSt 43, 293, 297; 47, 295, 301.

²⁴⁰ *Matt*, NJW 2005, 389, 391; *Rönnau*, Tiedemann-FS, S. 735; *Saliger*, Samson-FS, S. 463 f.; *ders.*, NSTz 2007, 545, 547; *Schlösser*, HRRS 2009, 19, 26; auch *Bosch*, JA 2008, 148, 150 vertritt die Meinung, dass die Bildung der „schwarzen Kasse“ hierfür nur eine straflose Vorbereitungshandlung sei.

²⁴¹ BGHSt 51, 100, 114; 52, 323, Leitsatz 1.

²⁴² So *Bernsmann*, GA 2007, 219, 232; *Bosch*, JA 2008, 148, 1149; *Kempf*, Hamm-FS, S. 265; *Knauer*, NSTz 2009, 151, 153; *Matt*, NJW 2005, 389, 391; *Rönnau*, Tiedemann-FS, S. 730 f.; *Saliger*, NSTz 2007, 545, 547; *Saliger/Gaede*, HRRS 2008, 57, 70; *Satzger*, NSTz 2009, 297, 303; *Schlösser*, HRRS 2009, 19, 26; auch *LK-Schünemann*, 12. Aufl., § 266 Rn. 180; a. A. *Brammsen/Apel*, WM 2010, 781, 784; *Ransiek*, NJW 2009, 95; *ders.*, NJW 2007, 1727, 1728.



befindlichen Vermögens von den Absichten zur Vermögensverwendung ab, weil damit die Entwicklung der ausgesonderten Vermögensteile prognostiziert werden kann.²⁴³ Diese Schlussfolgerung ist nachvollziehbar, wenn man sie mit den Fällen vergleicht, in denen der Vermögensnachteil regelmäßig ausgeschlossen werden kann, wenn der Täter jederzeit fähig und bereit ist, die Vermögensminderung mit eigenen Mitteln auszugleichen.²⁴⁴

c) Kritische Würdigung

Zunächst gilt es, die Gestaltungsmöglichkeit von „schwarzen Kassen“ zu untersuchen. Es kann von grundlegender Bedeutung sein, eine genaue Definition dafür zu ermitteln. Diesen Zweck erfüllt die Formulierung, dass als „schwarze Kassen“ gemeinhin Gelder bezeichnet werden, die unter Missachtung bestimmter Pflichten von Teilen eines treuhänderisch verwalteten Vermögens ausschließlich mit der Absicht, die Gelder im tatsächlichen oder vermeintlichen Interesse des Geschäftsherrn zu verwenden, auf ein vor dem Geschäftsherrn verborgenes Konto verlagert werden.²⁴⁵ Dabei geht es ausschließlich um die Bildung oder Erhaltung einer „schwarzen Kasse“, nicht um die spätere Verwendung. Die entzogenen Vermögenswerte stellen eine wirtschaftliche Vermögensminderung dar, wenn die Anlageform die Gefahr eines Zugriffs Dritter birgt oder wenn die Rückerlangung bzw. der geplante gewinnbringende Einsatz der Gelder aus anderen Gründen unsicher ist.²⁴⁶ In diesem Fall verliert der ausgelagerte Vermögensanteil wirtschaftlich an Wert für den Vermögensinhaber. Sowohl im Kanther- als auch im Siemens/ENEL-Fall kam es jedoch nicht auf einen derartigen Gefährdungsschaden an. Zwar ist in wirtschaftlicher Betrachtung bereits durch die Gefährdung eine gegenwärtige Minderung des Vermögenswerts anzunehmen. Jedoch waren die ausgesonderten finanziellen Mittel noch nicht abgeflossen, da sie sich noch im Herrschaftsbereich des Treuegebers befanden. Zudem wurden sie von denjenigen verwaltet, denen die weitreichenden Vollmachten durch den Treuegeber eingeräumt worden waren.²⁴⁷ In objektiv-wirtschaftlicher Betrachtung konnte so in beiden Fällen ein Gefährdungsschaden oder sogar ein endgültiger Substanzverlust nur schwerlich bejaht werden. Stattdessen verla-

²⁴³ Rönna, Tiedemann-FS, S. 732; Saliger, Samson-FS, S. 463 f.; ders., ZStW 112 (2000), 563, 611 f.; Satzger, NStZ 2009, 297, 303.

²⁴⁴ BGHSt 15, 342, 344; BGH NStZ 1995, 233, 234; so Rönna, Tiedemann-FS, S. 733; Satzger, NStZ 2009, 297, 302 f.

²⁴⁵ Bernsmann, GA 2007, 219, 231; ders., GA 2009, 297, 300; Rönna, Tiedemann-FS, S. 713; Saliger, NStZ 2007, 545, 547; Weimann, Die Strafbarkeit, S. 12 f.

²⁴⁶ Rönna, Tiedemann-FS, S. 728; Saliger, NStZ 2007, 545, 547.

²⁴⁷ So Satzger, NStZ 2009, 297, 303; Schlösser, HRRS 2009, 19, 25.



gerte der 2. Strafsenat den Schwerpunkt vom Vermögensschutz auf den Schutz der Dispositionsfreiheit des Vermögensinhabers. Dabei wurde „die dauerhafte Entziehung der Verfügungsmöglichkeit über die veruntreuten Vermögensteile“²⁴⁸ betont. Es kam nicht einmal auf die konkrete, schadensgleiche Vermögensgefährdung oder den endgültigen Substanzverlust, sondern auf die Beeinträchtigung der Kontrollmöglichkeit oder Dispositionsfreiheit an. Kurz gesagt: Der Vermögensnachteil wurde durch die Dispositionsbefugnisverletzung ersetzt.²⁴⁹

2. Verlust der Exspektanz als Saldierungsfaktor bei Kick-back-Vereinbarungen

a) Grundlagen der Kick-back-Vereinbarung

Unter einer Kick-back-Vereinbarung wird eine Erscheinungsform der Korruption verstanden, in der „sich ein Geschäftsführer (oder ein anderer Vertreter der GmbH) vom Geschäftspartner bei Vertragsabschluss oder -durchführung ein Schmiergeld zahlen lässt, welches wirtschaftlich aus den eigenen Leistungen der GmbH finanziert wird.“²⁵⁰ Als Paradebeispiele in den Rechtsprechungen können die Fälle Pfarrpründestiftung²⁵¹, System Schreiber²⁵² oder der Kölner Müllskandal²⁵³ usw. angeführt werden. Die Kick-back-Vereinbarung wird in der heutigen Volkswirtschaft als nicht ganz unüblich eingeschätzt.²⁵⁴

Hinsichtlich der Untreuestrafbarkeit bereitet die Annahme der untreuerelevanten Vermögensbetreuungspflicht bei der Kick-back-Vereinbarung kaum Schwierigkeiten.²⁵⁵ Es ist dabei jedoch zu

²⁴⁸ BGHSt 52, 323.

²⁴⁹ Auch kritisch *Bernsmann*, GA 2009, 296, 303; *Jahn*, JuS 2009, 173, 175; *Knauer*, NStZ 2009, 151, 153; *Rönnau*, StV 2009, 246, 249; *Saliger*, Samson-FS, S. 464; *Satzger*, NStZ 2009, 297, 303; dagegen *Fischer*, NStZ-Sonderheft 2009, 8, 16 f.

²⁵⁰ LK-*Schünemann*, 11. Aufl., § 266 Rn. 125; zu der verschiedenen Konstellation und zum Begriff eingehend *Szebrowski*, Kick-Back, S. 1 ff.; auch *Rönnau*, Kohlmann-FS, S. 240 f.

²⁵¹ BGH NJW 1983, 1807 ff.

²⁵² BGHSt 49, 317 ff.

²⁵³ BGHSt 50, 299 ff.

²⁵⁴ *Bernsmann*, GA 2007, 219, 235; auch *MK-Dierlamm*, § 266 Rn. 231; LK-*Schünemann*, 11. Aufl. § 266 Rn. 3; *Kraatz*, ZStW 122 (2010), 521, 522; *Rönnau*, Kohlmann-FS, S. 242. Ferner zur schwierigen Aufdeckung der Kick-back-Vereinbarung siehe *Rönnau*, Kohlmann-FS, S. 242; auch *Kraatz*, ZStW 122(2010), 521, 522.

²⁵⁵ *Bernsmann*, StV 2005, 576, 577; auch *Rönnau*, Kohlmann-FS, S. 245.



beachten, dass der Missbrauchstatbestand im Regelfall ausscheidet,²⁵⁶ weil die Schmiergeldvereinbarung und der Hauptvertrag aufgrund des Gesetzesverstoßes (§ 134 BGB) oder zumindest der Kollusion und des offensichtlichen Missbrauchs der Vertretungsmacht (§ 138 BGB) zivilrechtlich als nichtig einzustufen sind.²⁵⁷

Zwar ist nicht klar, ob der BGH in seiner grundlegenden Entscheidung zum Pfarrfründestiftung-Fall die untreuerelevante Pflichtwidrigkeit im Unterlassen einer Pflicht sah, „für eine Vermögensvermehrung Sorge zu tragen“²⁵⁸, oder im aktiven Tun, durch das der Vertreter „eine Möglichkeit eines dem betreuten Vermögen vorteilhaften (sich vermögensmehrend auswirkenden) Vertragsschlusses“²⁵⁹ vereitelt hat. Im Kölner Müllskandal-Fall hat der BGH aber zutreffend explizit die Pflichtverletzung im aktiven Tun gesehen. So wurde der Unrechtsschwerpunkt in der bewussten Verhandlung gesehen, die zu einem sachlich nicht gerechtfertigten Verteuerungsfaktor führte, der dem Geschäftsführer zu Unrecht einen von der vertretenen Gesellschaft nicht genehmigten, über seine Vergütung hinausgehenden wirtschaftlichen Vorteil verschaffen sollte.²⁶⁰ Ferner herrscht Einigkeit darüber, dass die untreuerelevante Pflichtwidrigkeit nicht darin besteht, gegen die Herausgabepflicht nach den §§ 687 Abs. 2, 681 S. 2, 667 BGB zu verstoßen.²⁶¹

²⁵⁶ BGHSt 50, 299, 313 f.; auch *Bernsmann*, StV 2005, 576 f.; *Kraatz*, ZStW 122 (2010), 521, 523 ff.; *Rönnau*, Kohlmann-FS, S. 246; *Saliger*, NJW 2006, 3377 f.; LK-*Schünemann*, 11. Aufl., § 266 Rn. 125 d) vertritt hingegen die Auffassung, dass bei der Kick-back-Vereinbarung ohne weiteres der Missbrauchstatbestand erfüllt sei. Das erscheint folgerichtig in seiner Prämisse, in der er kein nach außen hin wirksames Rechtsgeschäft für den Missbrauchstatbestand fordert.

²⁵⁷ BGH NJW 1989, 26, 27: „Es ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass Vereinbarungen, welche Angestellte, Bevollmächtigte oder sonstige Vertreter einer Partei im Einverständnis mit dem Vertragsgegner zum eigenen Vorteil ‚hinter dem Rücken‘ des Geschäftsherrn und zu dessen Schaden treffen, gegen die guten Sitten verstoßen und nichtig sind“; dazu eingehend *Bernsmann*, StV 2005, 576 f.

²⁵⁸ BGH NJW 1983, 1807, 1808; dazu kritisch *Bernsmann*, StV 2005, 576, 577; *Rönnau*, Kohlmann-FS, S. 249 ff. vertritt die Auffassung, dass das Handeln des Geschäftsführers darin bestehe, dass er die im Rahmen der Vertragsverhandlungen entstandene vermögenswerte Chance der GmbH auf ein günstigeres Geschäft zerstöre, indem er den Vertrag zu den schlechteren Konditionen abschließe und sich einen Geldbetrag im Gegenwert der realisierbaren Chance auf einen niedrigeren Kauf- bzw. höheren Verkaufspreis als Schmiergeld auszahlen lasse.

²⁵⁹ BGH NJW 1983, 1807, 1809.

²⁶⁰ BGHSt 50, 299, 315 unter Berufung auf BGHSt 49, 317, 333 ff.; zustimmend *Szebrowski*, Kick-Back, S. 11 f., 26 ff.; *Kraatz*, ZStW 122(2010), 521, 526; *Rönnau*, Kohlmann-FS, S. 252; *Saliger*, NJW 2006, 3377, 3378.

²⁶¹ *Bernsmann/Gatzweiler*, Verteidigung bei Korruptionsfällen, Rn. 664f.; *MK-Dierlamm*, § 266 Rn. 231; *Schünemann*, NStZ 2006, 196, 200.



b) Untreurelevante Exspektanzen bei der Kick-back-Vereinbarung in Rechtsprechung und Lehre

Abgesehen von den Problemen im Hinblick auf den tauglichen Täter und die Pflichtwidrigkeit liegt die Schwierigkeit der Untreuestrafbarkeit bei der Kick-back-Vereinbarung im Tatbestandsmerkmal Vermögensnachteil. Auch hier ist das Gesamtsaldierungsprinzip anzuwenden. Somit scheidet ein Vermögensnachteil im Sinne des § 266 StGB in der Regel aus, wenn wertmindernde und werterhöhende Faktoren sich gegenseitig aufheben,²⁶² weil nur die Zufügung eines Nachteils untersagt, aber keine Gewinnmaximierung verlangt wird.²⁶³ Im Gegensatz dazu lässt sich ein Vermögensnachteil schon beim Vertragsabschluss bejahen, wenn die zu bewerkstellende Leistung des Vertretenen durch die Kick-back-Vereinbarung erhöht wird und damit nicht mehr der Gegenleistung entspricht.²⁶⁴ Demgegenüber entstehen Probleme in den Fällen, in denen die Leistung und die Gegenleistung trotz einer Kick-back-Vereinbarung einander äquivalent sind. Das bedeutet, dass sich die Leistungen innerhalb des sogenannten wertmäßigen Spannungsfelds bewegen.

Bei einem trotz einer Kick-back-Vereinbarung marktpreisadäquaten Geschäft sieht der BGH ständig einen Vermögensnachteil darin, dass der Vertreter die Chance auf ein günstigeres Geschäft nicht wahrgenommen hat.²⁶⁵ Dabei geht es insbesondere um die Frage, ob und inwieweit die Aussicht des Vertretenen auf ein noch günstigeres Geschäft als vermögenswerte Exspektanz beurteilt werden kann. Zunächst ist davon auszugehen, dass der Verlust einer nur mehr oder minder gesicherten Aussicht auf einen Geschäftsabschluss noch nicht als Vermögensnachteil im Sinne des § 266 StGB angesehen werden kann.²⁶⁶ Der BGH verlangt, dass die Vermögensvermehrungsaussicht „nach der Verkehrsauffassung (bereits vor der schädigenden Handlung) einen

²⁶² BGH NJW 1983, 1807, 1809.

²⁶³ BGH NJW 1983, 1807, 1809.

²⁶⁴ MK-Dierlamm, § 266 Rn. 231; Schönemann, NStZ 2006, 196, 200; Kraatz, ZStW 122 (2010), 521, 523 vertritt unter Vorbehalt der Nichtigkeit der Kick-back-Vereinbarung die Auffassung, dass reine (wegen Verstoßes gegen § 138 StGB) nichtige Forderungen aufgrund eines Vertragsschlusses mit integrierter Kick-back-Zahlung mit einer nur faktischen Möglichkeit der Realisierbarkeit dagegen mangels rechtlich begründeter Herrschaftsbeziehung noch keinen Vermögensgegenstand darstellen, sodass allein der Abschluss des um den Schmiergeldanteil überteuerten Vertrags noch nicht zu einem Vermögensnachteil führe. Dies vermöge erst der Vollzug des nachteiligen, nichtigen Geschäfts mit einem Leistungsaustausch, der mangels Äquivalenz für den Geschäftsherrn mit einem Vermögensnachteil verbunden sei. Komme es letztlich nicht zum Vollzug, so liege mit der Vereinbarung allenfalls ein Versuch vor, der beim Vergehen der Untreue nicht strafbar sei.

²⁶⁵ BGH NJW 1983, 1807, 1809 f.

²⁶⁶ BGH NJW 1983, 1807, 1809.



messbaren Vermögenswert²⁶⁷ aufweisen muss. Somit muss die Aussicht auf ein vorteilhaftes Geschäft schon vor der Pflichtverletzungshandlung konkret und sicher sein. Bei der Kick-back-Vereinbarung geht es darum, ob der Vertragspartner bereit gewesen wäre, den Vertrag auch ohne die Kick-back-Vereinbarung zu einem um das Schmiergeld verminderten Betrag abzuschließen. Mit dieser Formel verlagert sich der Schwerpunkt der Bewertung auf das Motiv des Vertragspartners.²⁶⁸ Im grundlegenden Pfarrfründestiftung-Fall hat der BGH das Motiv des Vertragspartners in Betracht gezogen, dass er einerseits ein nachhaltiges Interesse an den Grundstücken hatte, während sich andererseits der Gesamtaufwand auch bei Berücksichtigung der Zahlungen an den Angeklagter noch im Rahmen des wirtschaftlich Vertretbaren hielt.²⁶⁹

Auch über diesen Fall hinaus hat der BGH in bedenklicher Weise einen großen Bogen um diese Schwierigkeiten gemacht. Er bejaht grundsätzlich den Vermögensnachteil bei der Kick-back-Vereinbarung mit der Erwägung, dass zumindest der Betrag, den der Vertragspartner für Schmiergelder aufgewendet hat, dem Geschäftsherrn auch in Form eines Preisnachlasses vom Empfänger hätte gewährt werden können.²⁷⁰ Der 5. Strafsenat des BGH hat zum Kölner Müllskandal-Fall ausgeführt, es liege auf der Hand, dass das Geschäft auch zu einem um den aufgeschlagenen Schmiergeldanteil verminderten Preis abgeschlossen worden wäre, wenn das Schmiergeld lediglich einen Durchlaufposten darstelle. Dabei bilde der auf den Preis aufgeschlagene Betrag regelmäßig die Mindestsumme des beim Auftraggeber entstandenen Vermögensnachteils im Sinne von § 266 Abs. 1 StGB.²⁷¹

Demgegenüber wurde die Exspektanz des Vertretenen ausnahmsweise verneint, wenn Umstände erkennbar waren, die es nicht unbedingt nahe legten, dass die Leistungen in die Kalkulation des Geschäftsherrn eingestellt wurden.²⁷² Daran ist zu denken, wenn der Empfänger lediglich für weitere Geschäfte geneigt gemacht werden soll²⁷³ oder wenn die Zahlung im Hinblick auf noch unbestimmte zukünftige Geschäftsbeziehungen erfolgen oder einer allgemein üblichen Kunden-

²⁶⁷ BGHSt 17, 147, 148.

²⁶⁸ MK-Dierlamm, § 266 Rn. 231; Rönnau, Kohlmann-FS, S. 258; Saliger, NJW 2006, 3377, 3378 f.

²⁶⁹ BGH NJW 1983, 1809.

²⁷⁰ BGHSt 47, 295, 299; 49, 317, 331; 50, 299, 314.

²⁷¹ Vgl. BGHSt 50, 299, 315; zustimmend Fischer, StGB, § 266 Rn. 119; Saliger, NJW 2006, 3377, 3378.

²⁷² BGHSt 49, 317, 332.

²⁷³ Vgl. BGH NJW 1983, 1807, 1809; dagegen vertritt Fischer, StGB, § 266 Rn. 120 die Auffassung, dass durch die pflichtwidrige, ohne Einwilligung des Treuegebers vorgenommene Verwendung von Geldmitteln zur Schmiergeldzahlung an Dritte dem Treuegeber regelmäßig ein objektiver Nachteil entstehe.



pflege dienen soll.²⁷⁴ Bei dieser Bewertung spielt das Motiv der Provisionszahlung eine wichtige Rolle. Im Pfarrpfründestiftung-Fall hat der BGH die vermögenswerte Expektanz auf einen günstigeren Vertragsabschluss mit der Begründung verneint, dass es nicht ausgeschlossen sei, dass die Zahlungen an die Angeklagten ganz oder teilweise erfolgten, um ihn für weitere Geschäfte mit dem Vertragspartner geneigt zu machen.²⁷⁵ Anlässlich eines Herzklappenskandal-Falls hat der BGH geurteilt, dass es sich bei den umsatzbezogenen Zuwendungen um „eine Provision für den eigentlichen Entscheidungsträger bei der Vergabe von Aufträgen oder eine personengebundene Spende, nicht aber – wie das Landesgericht meint – um eine Rückerstattung auf den Kaufpreis, die dem Vertragspartner, der Universität zugestanden hätte,“²⁷⁶ handelte.

Die Auffassung der Rechtsprechung, die in der Regel einen Nachteil im Sinne des § 266 StGB bei Provisions- oder Schmiergeldzahlungen bejaht, hat im Schrifttum heftige Kritik ausgelöst. Sie bezieht sich darauf, dass der Grundsatz des BGH auf der Vermutung beruhe, der Betrag, den der Vertragspartner für Provisionen aufwenden würde, käme ansonsten grundsätzlich dem Geschäftsherrn in Form eines Preisnachlasses des Empfängers zugute.²⁷⁷ Dies führe faktisch zu einer Beweislastumkehr²⁷⁸ oder unzulässigerweise zu einer Erleichterung des Beweises nach dem ersten Anschein²⁷⁹ und sogar zu einer Schadensfiktion.²⁸⁰ Schließlich sei die Auffassung des BGH nicht mit dem Grundsatz „in dubio pro reo“ vereinbar.²⁸¹ Insbesondere hat *Bernsmann* den Vermögensnachteil bei der Kick-back-Vereinbarung zu wettbewerbswidrigen Zwecken mit dem Argument verneint, dass es aufgrund der Sittenwidrigkeit der Schmiergeldabrede und des Hauptvertrags von vornherein an einer dem Geschäftsführer offen stehenden Möglichkeit der legalen Preisreduzierung fehle.²⁸² Anderenfalls gehe es um eine Treuepflicht, die von einem Geschäftsführer verlange, zugunsten seines Geschäftsherrn verbotene, wettbewerbswidrige oder andere unlauter benachteiligende Geschäfte zu schließen, was aber nicht stattfinden dürfe.²⁸³ Aus

²⁷⁴ Vgl. BGH wistra 2001, 267, 270; *Bernsmann*, GA 2007, 219, 233 f. vertritt die Auffassung, dass ein (bloßer) Preisnachlass, der den Gegenüber nicht nur ökonomisch besserstellt, sondern ihm auch persönlich schmeichelt, den gewünschten Effekt – zumindest aus der Sicht des Gebers – kaum bzw. gar nicht erreichen könne.

²⁷⁵ Vgl. BGH NJW 1983, 1807, 1809.

²⁷⁶ BGHSt 47, 295, 299 f.

²⁷⁷ Vgl. *Bernsmann*, StV 2005, 576, 577.

²⁷⁸ Vgl. *Bernsmann*, StV 2005, 576, 577; auch *MK-Dierlamm*, § 266 Rn. 232.

²⁷⁹ Vgl. *Rönnau*, Kohlmann-FS, S. 260.

²⁸⁰ Vgl. *Rönnau*, Rissing-van Saan-FS, S. 530 f.

²⁸¹ Vgl. *Bernsmann*, StV 2005, 576, 577; auch *MK-Dierlamm*, § 266 Rn. 232; *Rönnau*, Kohlmann-FS, S. 260; a. A. *Kratz*, ZStW 122(2010), 521, 541.

²⁸² Vgl. *Bernsmann*, StV 2005, 576, 578.

²⁸³ Vgl. *Bernsmann*, StV 2005, 576, 578.



diesen Gründen sei die Tatbestandserfüllung hinsichtlich der Pflichtwidrigkeit durchaus als problematisch zu beurteilen.²⁸⁴

c) Kritische Würdigung

Hinsichtlich der Untreuestrafbarkeit ist bei den Kick-back-Konstellationen die Frage entscheidend, ob die Aussicht des Vertretenen auf ein noch günstigeres Geschäft als eine vermögenswerte Exspektanz eingestuft werden kann und damit strafrechtlich schutzwürdig ist. Dabei kommt es darauf an, ob der Vertragspartner bereit gewesen wäre, den Vertrag auch ohne die Kick-back-Vereinbarung zu einem um das Schmiergeld verminderten Betrag abzuschließen. Diese Beurteilung kann zwar prinzipiell ohne die Berücksichtigung des Motivs der Geberseite vorgenommen werden. Aber im Hinblick darauf, dass das Motiv und die Erscheinungsformen der Schmiergeldzahlung in der heutigen hoch entwickelten Volkswirtschaft so vielfältig und vielschichtig sind,²⁸⁵ erscheint die Auffassung des BGH durchaus zweifelhaft.

Abgesehen von den übrigen Kritiken ist die oben dargestellte Meinung *Bernsmanns* bemerkenswert, dass es wegen der Sittenwidrigkeit von Schmiergeldabrede und Hauptvertrag von vornherein an einer dem Geschäftsführer offen stehenden Möglichkeit der legalen Preisreduzierung fehle und die Tatbestandserfüllung hinsichtlich der Pflichtwidrigkeit durchaus problematisch sei.²⁸⁶ Demgegenüber hat *Saliger* die Auffassung vertreten, dass für die Untreuestrafbarkeit allein das tatsächliche Verhalten der Schmiergeldabrede, die Vergabemanipulation und der um das Schmiergeld überhöhte Vertragsabschluss entscheidend seien.²⁸⁷ Entsprechend gehe die Pflicht des Täters dahin, sich auf schmiergeldbedingte Vergabemanipulationen und Vertragsschlüsse erst gar nicht einzulassen.²⁸⁸ Jedoch ist zu beachten, dass die schmiergeldbedingten Geschäfte für den Vertretenen äquivalent und sogar lukrativ sein können.²⁸⁹

Dies wirft die Frage auf, ob die Aussicht des Vertretenen auf ein noch günstigeres Geschäft als eine vermögenswerte Exspektanz eingestuft werden kann und damit strafrechtlich schutzwürdig ist. Es ist schwierig, sogar unmöglich, ohne den schmiergeldbedingten Vertragsabschluss auf die

²⁸⁴ Vgl. *Bernsmann*, StV 2005, 576, 578.

²⁸⁵ Zu den Gründen für die Zahlung von Provisionen oder Schmiergeldern eingehend *Bernsmann*, GA 2007, 219, 233.

²⁸⁶ *Bernsmann*, StV 2005, 576, 578; *ders.*, GA 2007, 219, 236 f.

²⁸⁷ Vgl. *Saliger*, NJW 2006, 3377, 3378.

²⁸⁸ Vgl. *Saliger*, NJW 2006, 3377, 3378.

²⁸⁹ Zur Lukrativität des Rüstungsgeschäfts im System-Schreiber-Fall eingehend *Vogel*, JR 2005, 123, 124, Fn. 9.



Frage nach der Exspektanz zu antworten, da niemand sicher wissen kann, wie der Vertrag ohne Schmiergeldabrede abgeschlossen worden wäre.²⁹⁰ Der Vertrag hätte mit einem niedrigeren, demselben oder auch einem höheren Preis oder unter Umständen gar nicht abgeschlossen werden können. Aus diesen Gründen hat 5. Strafsenat des BGH den Vermögensnachteil im System-Schreiber-Fall nicht auf der Basis der Kick-back-Vereinbarung bestimmt.²⁹¹ Nach Meinung *Saligers* ist der Vertragsabschluss ohne das Logistikpaket zur Vermittlungsprovision für den Fall des Zustandekommens des Rüstungsgeschäfts maßgeblich. Aber in diesem Alternativszenario kann keine strafrechtlich schutzwürdige Exspektanz bestehen. Denn das anderenfalls nicht realisierbare Rüstungsgeschäft war mithilfe der Schmiergeldzahlung überhaupt erst möglich gemacht worden.²⁹² Wie der 5. Strafsenat des BGH festgestellt hat, hätte eine Reduzierung des Aufwands für das „Logistikpaket“ nicht zwangsläufig zu einer Erhöhung des Verkaufspreises der Panzer geführt.²⁹³ Da eine konkrete und sichere Aussicht auf einen noch günstigeren Vertragsabschluss bei einem pflichtgemäßen Verhalten eine notwendige Voraussetzung für die strafrechtlich schutzwürdige Exspektanz ist, ist in diesen Alternativszenarien keine Exspektanz zu erkennen.²⁹⁴

Etwas anders verhält es sich, wenn indem durch eine unzulässige Kick-back-Vereinbarung zustande gekommenen Folgevertrag eine Exspektanz festgestellt wird. Besteht dabei die Exspektanz des Vertretenen in der Aussicht auf einen Vertragsabschluss zu einem um das Schmiergeld verminderten Betrag, wird die Pflicht des Vertreters darin bestehen, die durch die Kick-back-Vereinbarung zur Bevorzugung eines Vertragspartners erhaltenen Gelder nicht für sich zu vereinnahmen, sondern dem Vertretenen zufließen zu lassen. Zum Teil wird im Schrifttum davon ausgegangen, dass „es selbstverständlich zum guten Recht des Auftragsgebers gehört, von dem Auftragnehmer eine möglichst günstige Preisgestaltung zu verlangen“.²⁹⁵ Daher liege die auf eine möglichst günstige Preisgestaltung abzielende Handlung regelmäßig im Rahmen dessen, was der Vertretene von dem meist angestellten Vertreter erwartet. Entsprechend sei dies vom

²⁹⁰ Auch *Schünemann*, NSTZ 2006, 196, 200.

²⁹¹ BGHSt 49, 317, 331f.

²⁹² *Saliger*, NJW 2006, 3377, 3378.

²⁹³ Vgl. BGHSt 49, 317, 332.

²⁹⁴ Dazu *Schünemann*, NSTZ 2006, 196, 200; *Vogel*, JR 2005, 123, 125. Nach der Auffassung *Schünemanns* wäre im System-Schreiber-Fall eine Schädigung des Vertretenen nur in einem Szenario denkbar, in dem mit einer Rückforderung der Vertragspartner zu rechnen gewesen sei (NSTZ 2006, 196, 200). Diese Auffassung ist jedoch hinsichtlich des Unmittelbarkeitsprinzips zweifelhaft, wonach nur solche Gefährdungslagen konkret schadensgleich sind, bei denen die Gefahr unmittelbar in einen effektiven Güterverlust umschlagen kann. Das ist nicht der Fall, wenn die Herbeiführung der Vermögensminderung noch von weiteren eigenmächtigen Handlungen des Täters, des Opfers oder Dritter abhängt. Auch dazu *Saliger*, NSTZ 2007, 545, 549; *Vogel*, JR 2005, 123, 125.

²⁹⁵ *Schünemann*, NSTZ 2006, 196, 200; auch *Kratz*, ZStW 122(2010), 521, 542 f.



Tatbestand des § 299 StGB ausgeschlossen.²⁹⁶ Aus dieser Sicht könnte der Folgevertrag mit einer dem Geschäftsführer offenstehenden Möglichkeit der legalen Preisreduzierung als rechtliches Alternativszenario anwendbar sein.

Jedoch ist in hohem Maße fraglich, ob es zum guten Recht des Auftragsgebers gehört, dass der Vertreter im Ausschreibungsverfahren pflichtwidrig andere Angebote unberücksichtigt lässt und damit die sonstigen Mitbewerber eines freien und lautereren Wettbewerbs bei einer Ausschreibung ausklammert, selbst wenn das Schmiergeld in Form eines Preisnachlasses den Geschäftsherrn zufließt. Wäre dies der Fall, würde § 266 StGB von einem Geschäftsführer verlangen, den Gewinn des Geschäftsherrn durch eine unzulässige Maßnahme zu maximieren. Dies aber würde das Anliegen der §§ 289, 299 StGB unterlaufen, den fairen Markt und seinen gerechten Preis zu schützen.²⁹⁷ Der Einwand, dass es das gute Recht des Auftraggebers sei, vom Auftragnehmer eine möglichst günstige Preisgestaltung zu verlangen, ist nicht überzeugend, weil das Strafrecht von einem Geschäftsführer nicht verlangen kann, durch eine unzulässige Bevorzugung den Vermögensvorteil des Geschäftsherrn wahrzunehmen.²⁹⁸ Ferner ist nicht zu übersehen, dass es in solchen Fällen auch gerade um immaterielle Vorteile wie die Befriedigung der Eitelkeit durch eine Auszeichnung,²⁹⁹ die Stärkung der Stellung im Unternehmen³⁰⁰ etc. gehen kann.

3. Zweckverfehlung als ein schadensbegründender Faktor: Haushaltsuntreue

a) Problemstellung

Unter der Haushaltsuntreue wird eine typisierte Fallgruppe verstanden, in der der Täter unter Verstößen gegen haushaltsrechtliche Vorgaben oder Prinzipien staatliche Mittel verausgabt und dadurch dem Staat oder den öffentlich-rechtlichen Körperschaften als Vermögensträger einen Nachteil zufügt. Dabei handelt es sich beispielsweise um Verstöße gegen die zeitliche Bindung des Haushaltsplans³⁰¹, schlichte Haushaltsüberziehungen³⁰² oder die Bildung von „schwarzen

²⁹⁶ Vgl. Kraatz, ZStW 122(2010), 521, 542; auch NK-Dannecker, § 299 Rn. 53 f.; Schünemann, NStZ 2006, 196, 200; a. A. Fischer, StGB, § 299 Rn. 11; LK-Tiedemann, 12. Aufl., § 299 Rn. 26; Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht BT, § 49 Rn. 59.

²⁹⁷ Bernsmann, GA 2007, 219, 233.

²⁹⁸ Bernsmann, GA 2007, 219, 236 f.

²⁹⁹ BGHSt 14, 123, 128.

³⁰⁰ AG Saarbrücken wistra 1991, 318.

³⁰¹ BGH NStZ 2001, 248 ff. (im Brandenburger Sozialministerium).

³⁰² BGHSt 43, 293 ff. (durch einen Intendanten).



Kassen³⁰³, wobei in diesen Fällen die Mittel den Urteilsfeststellungen zufolge nicht zu den in den einschlägigen haushaltsrechtlichen Vorschriften festgestellten Zwecken verwendet wurden.³⁰⁴

Einigkeit herrscht grundsätzlich darüber, dass sich die Anwendbarkeit des § 266 StGB auch auf Beamte und damit auch auf hoheitliche Akte der öffentlichen Verwaltung erstreckt.³⁰⁵ Bei der Haushaltsuntreue kann die Täterqualifizierung durch eine gesetzliche Kompetenzregelung oder einen behördlichen Auftrag begründet werden. Dadurch hat der Täter in einer eingeräumten Amtsstellung eine Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Staats oder öffentlich-rechtlicher Körperschaften. Ferner sei die Pflichtwidrigkeit bei einer Missachtung der maßgeblichen Haushaltsregeln unschwer anzuerkennen.³⁰⁶

Dagegen zeigt sich bei der Haushaltsuntreue hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals Vermögensnachteil eine schwierige Problematik. Dies wird insbesondere bei den einseitigen staatlichen Transferleistungen, wie z. B. Zuwendungen oder Subventionen, deutlich, da der Staat hier nicht auf eine marktkonforme Gegenleistung, sondern auf die Unterstützung der wirtschaftlich Schwächeren abzielt. Insofern wird sein Vermögen aus einer rein wirtschaftlichen Perspektive nicht weniger gemindert,³⁰⁷ als es beim Sozialleistungs- oder beim Subventionsbetrug auch der Fall ist. Hier zieht der BGH die Zweckverfehlungslehre zur Schadensbegründung heran.³⁰⁸ Diese grundsätzliche Problematik stellt sich auch im fiskalischen Bereich. Wenn sich der Täter bei der Verwendung der staatlichen Mittel zwar auf den vorgegebenen Zweck konzentriert, aber dabei gegen die haushaltsrechtlichen Vorschriften verstößt, wird dadurch der Wille des Staats verfälscht und der Zweck der Mittelverwendung letztendlich nicht oder nicht vollständig erfüllt. Beim Zweckverfehlungsgedanken ist zur Bestimmung des Nachteils maßgeblich, ob der Täter nach den im Rechtssatz oder Haushaltsrecht niedergelegten Vorgaben handelt. Insofern ist immer zu befürchten, dass der Untreuetatbestand in einen die Dispositionsfreiheit schützenden Straftatbestand umformuliert werden kann.³⁰⁹

³⁰³ BGHSt 40, 287 ff. (beim BND).

³⁰⁴ Dazu *Brauns*, JR 1998, 381.

³⁰⁵ RGSt 69, 333 ff.; *Saliger*, ZStW 112 (2000), 563, 591.

³⁰⁶ Vgl. LK-*Schünemann*, 12. Aufl., § 266 Rn. 230; *Fabricius*, NSTZ 1993, 414, 416.

³⁰⁷ *Rojas*, Grundprobleme, S. 220; auch LK-*Schünemann*, 12. Aufl., § 266 Rn. 230.

³⁰⁸ BGHSt 19, 37, 45; 43, 293, 297 f.; BGH NSTZ 1991, 143 f.

³⁰⁹ So *Brauns*, JR 1998, 381; *Saliger*, ZStW 112 (2000), 563, 589 ff.



b) Nachteilsbestimmung bei der Haushaltsuntreue

aa) Gesamtsaldierungsprinzip bei der Nachteilsbestimmung

Das Gesamtsaldierungsprinzip gilt auch für die Haushaltsuntreue. Der BGH hat in seinen die Haushaltsuntreue infrage stellenden Entscheidungen mehrfach die Gesamtsaldierung als Prinzip für die Schadensberechnung betont. Demnach ist der Vermögensnachteil durch einen Vergleich der Vermögenslage des Tatopfers vor und nach der Untreuehandlung zu ermitteln.³¹⁰ Es liegt kein Nachteil vor, wenn sich die wertmindernden und die werterhöhenden Faktoren gegenseitig aufheben.³¹¹ Im Falle der staatlichen Kunstförderung durch einen Intendanten hat der 1. Strafsenat des BGH mit Blick auf den Vergleich von Leistung und Gegenleistung konkretisiert, dass die durch einzelne pflichtwidrige Handlungen entstandenen Haushaltsüberschreitungen den unmittelbar damit verknüpften Einnahmeausfällen, Ausfällen an Sponsorenleistungen, Vertragsstrafen und dergleichen mehr gegenübergestellt werden müssen.³¹² Nach dem Saldierungsprinzip fehlt es auch am Vermögensnachteil, wenn der Empfänger einen Anspruch auf eine konkrete staatliche Leistung hat und damit der Staat diese Leistung schuldet. In diesem Fall wird die Vermögensminderung durch die Gewährung der geschuldeten Leistung kompensiert, da der Staat durch die Gewährung der vorher bestehenden Verbindlichkeit von seiner Schuld befreit wird.³¹³

bb) Heranziehung der Zweckverfehlungslehre zur Nachteilsbestimmung bei der Haushaltsuntreue

Der BGH hat den Charakter des Untreuetatbestands als Vermögensdelikt mehrfach bestätigt. Nach seiner Auffassung schützt § 266 Abs. 1 StGB bei Vermögensdelikten ebenso wie beim Betrug nur das Vermögen des Geschäftsherrn als Ganzes, aber nicht seine Dispositionsbefugnis.³¹⁴ Dass gegen haushaltsrechtliche Vorschriften verstoßen wurde, genüge nach der systematischen Stellung im Gesetz und vor allem nach dem Wortlaut der Vorschrift nicht, um einen sich bereits aus der Verausgabung öffentlicher Mittel ergebenden Vermögensnachteil zu begründen.³¹⁵ Darüber hinaus scheint der BGH die Tatbestandsmerkmale „pflichtwidrigkeit und Vermögensnachteil“ auf den ersten Blick streng getrennt zu prüfen. Es gebe keinen Tatbestand der

³¹⁰ BGH NStZ 1986, 455, 456; auch BGHSt 43, 293, 298.

³¹¹ BGH NStZ 1986, 455, 456; BGH NStZ 2001, 248, 251.

³¹² BGHSt 43, 293, 298; kritisch *Bittmann*, NStZ 1998, 495, 496.

³¹³ *Neye*, Untreue, S. 41 f.; *Ransiek*, ZStW 116 (2004), 634, 655.

³¹⁴ Vgl. BGHSt 43, 293, 297; BGH NStZ 2001, 248, 251; zuvor schon BGHSt 8, 254, 255 ff.

³¹⁵ Vgl. BGHSt 43, 293, 297.



Haushaltsuntreue, der allein die Pflichtwidrigkeit haushaltswidriger Verfügungen mit Strafe bedrohe.³¹⁶ Nicht jede zweckwidrige Verwendung öffentlicher Mittel führe bereits einen Vermögensnachteil herbei.³¹⁷ Ferner begründe der Verstoß gegen haushaltsrechtliche Grundsätze für eine wirtschaftliche und sparsame Verwaltung allein nicht den Tatbestand der Untreue gemäß § 266 StGB.³¹⁸ Aber es scheint zweifelhaft, ob diese grundsätzlichen Erklärungen auch in den bisher ergangenen höchstrichterlichen Rechtsprechungen zur Haushaltsuntreue konsistent angewandt wurden.³¹⁹

Bekanntlich findet die Zweckverfehlungslehre wegen der konstruktiven Gleichartigkeit im Vergleich mit dem Sozialleistungs- und Subventionsbetrug auch bei der Haushaltsuntreue Anwendung. Nach der Auffassung des BGH kann bereits eine Nachteilszufügung vorliegen, wenn ein zweckwidriger Einsatz öffentlicher Mittel erfolgte, weil die zweckgebundenen Mittel verringert wurden, ohne dass der Zweck erreicht wurde.³²⁰ Somit sei zunächst zu untersuchen, ob der Mitteleinsatz grundsätzlich den vorgegebenen Zwecken entspreche.³²¹ Im Falle eines Kulturamtsleiters hat der BGH noch unverblümt ausgeführt, dass die „vorschriftswidrige Begründung einer Verpflichtung (oder die Ausgabe für eine Anschaffung), die nicht zwingend ist und bei welcher der Titelfürsorger anstelle der dafür zuständigen Institution sein eigenes Ermessen ausübt, regelmäßig auch als schädigend anzusehen“ sei; „hier kann nicht schon die Tatsache, dass der Verpflichtung oder Ausgabe eine gleichwertige Leistung gegenübersteht, zur Verneinung des Vermögensschadens führen.“³²² In einem Fall, in dem es um die Förderung eines Holzbackofens ging,³²³ wurde trotz der zweckentsprechenden Mittelverwendung in der Missachtung einer im Haushaltsplan festgelegten Vorschrift zur Vergabevoraussetzung (Nr. 1.2 der Verwaltungsvorschriften zu § 44 der Landeshaushaltsordnung des Landes Brandenburg) eine Zweckwidrigkeit gesehen und ein daraus entstehender Vermögensnachteil festgestellt. Dieser Vermögensnachteil habe darin bestanden, dass der Staat den gestellten Anspruch nicht zu erfüllen hatte, weil der Antragssteller keinen Anspruch auf die Subventionsleistung hatte.³²⁴ Der BGH hat in dem Fall

³¹⁶ Vgl. BGHSt 43, 293, 297.

³¹⁷ Vgl. BGHSt 40, 287, 294.

³¹⁸ Vgl. BGH NStZ 2001, 248, 251.

³¹⁹ So die Bewertung in LK-Schünemann, 12. Aufl., § 266 Rn. 230; Bieneck, wistra 1998, 249; Rübenstahl/Wasserburg, NStZ 2004, 521, 522.

³²⁰ BGHSt 19, 37, 45; 43, 293, 297 f.; BGH NStZ 1991, 143 f.

³²¹ Vgl. BGHSt 43, 293, 298.

³²² BGH wistra 1985, 69, 70.

³²³ BGH NJW 2003, 2179 ff.

³²⁴ BGH NJW 2003, 2179, 2180.



einer Gemeinschaftsunterkunft für Aussiedler³²⁵ der Auffassung des Landesgerichts widersprochen, dass die Verfügung des Angeklagten nicht für zweckwidrig gehalten hatte, weil dieser die Mittel für den vorgegebenen Zweck eingesetzt habe. Dagegen wandte der BGH ein, dass ein Anspruch der Mitangeklagten (Empfänger) auf Bezahlung nach der Maßgabe der fingierten Belegungszahl gar nicht bestand hätte und daher kein Bedarf für die Mittelverwendung gegeben gewesen sei.³²⁶ Ebenso verwarf der BGH in einem das Brandenburger Sozialministerium betreffenden Fall die Entscheidung des Landesgerichts. Dieses hatte den Vermögensnachteil darin gesehen, dass die Mittel nicht innerhalb des Haushaltsjahres Verwendung gefunden hatten. Der BGH ging hingegen davon aus, dass der Haushaltsgesetzgeber die verspätete Verwendung der Mittel in einem folgenden Haushaltsjahr nicht immer als nutzlos ansehe.

Im Hinblick auf die Entscheidungen und deren Begründung scheint der Zweckverfehlungsgedanke des BGH nicht auf sicheren Füßen zu stehen und nicht immer zu konsequenten Ergebnissen zu führen. Im Gegensatz zu den Erwartungen sind die Entscheidungen nicht selten unüberschaubar und sogar widersprüchlich.³²⁷ Ferner werden durch die Anwendung der Zweckverfehlungslehre auf den § 266 StGB die oben dargestellten grundsätzlichen Erklärungen stark relativiert oder treten ganz in den Hintergrund. Dies liegt daran, dass es dem BGH bei der Bewertung der Zweckwidrigkeit noch nicht gelungen ist, genaue oder über die Besonderheiten der Fälle hinaus anwendbare, verallgemeinerte Kriterien zu gewinnen.

³²⁵ BGH wistra 2002, 300 ff. (sog. Aussiedlergemeinschaftsunterkunft-Fall): In diesem Fall ging es um einen Betreibervertrag der Angeklagten mit dem Freistaat Thüringen, dem zufolge eine Liegenschaft erworben und entsprechend umgebaut werden sollte. Die Angeklagten veranlassten durch eine täuschende Erklärung über die (noch nicht erreichte) Belegungskapazität der Gemeinschaftsunterkunft für Aussiedler ungerechtfertigte Zahlungen.

³²⁶ BGH wistra 2002, 300, 301.

³²⁷ *Bieneck*, wistra 1998, 249, 250 vertritt die Auffassung, dass, während der 2. Strafsenat in den Fällen des Verstoßes gegen die sachliche Bindung bereits die Einschränkung der Dispositionsfreiheit als Vermögensnachteil betrachte, der 1. Strafsenat beim Verstoß gegen die zeitliche Bindung neuerdings zusätzliche einschränkende Voraussetzungen verlange, die zudem wenig präzise formuliert seien. Auf einer ähnlichen Linie ist *Bittmann* davon überzeugt, dass die Kriterien, die der BGH der Entscheidung vom 21.10.1994 im BND-Fall zugrunde legte, dogmatisch sauber und praktikabel gewesen seien, sodass die Anwendung der Grundsätze des 2. Senats in dem Fall des kunstfördernden Intendanten zur Annahme eines Untreuenachteils führe (NStZ 1998, 495, 496). Ferner ist *Schünemann* der Meinung, dass der 5. und 2. Strafsenat unterschiedliche Schadensbegriffe verwenden und damit zu letztlich widersprüchlichen Ergebnissen gelangen würden (StV 2003, 463, 467 f.).



Diese Problematik ist auch im Schrifttum umstritten. Einerseits wird die Zweckwidrigkeit bei der Haushaltsuntreue bei jedem Verstoß gegen die haushaltsrechtlichen Regelungen anerkannt.³²⁸ Dabei ist es gleichgültig, ob die haushaltsrechtlichen Regelungen eine formelle oder materielle Bedeutung enthalten. Nach *Bieneck* nimmt die Einschränkung der Dispositionsfreiheit der öffentlichen Hand einen schadensgleichen Charakter an.³²⁹ Nach *Bittmann* müsse ein Verstoß gegen die Kompetenzverteilung der Vermögensinhaber nicht hingenommen werden, sei er auch noch so gering.³³⁰ *Schünemann* kritisiert die Auffassung, nach der die Missachtung der Kompetenzvorschriften oder der damit verbundenen sachlichen und zeitlichen Bindung der verfügbaren Mittel (§ 27 HGrG) als „rein formelle Haushaltsrechtsverstöße“ vom Strafgrundsatz des § 266 nicht mehr gedeckt sei.³³¹ Die Verausgabung öffentlicher Mittel außerhalb der Legitimation bedeute so wenig eine bloße Missachtung der Dispositionsbefugnis, wie wenn der Pfleger eines Atheisten dessen Geld für die Zeugen Jehovas spenden würde.³³²

Demgegenüber wird andererseits eine materielle Zweckverfehlung gefordert.³³³ Dieser Ansicht nach können die Verstöße gegen rein formelle haushaltsrechtliche Vorschriften bei der Beurteilung der Zweckwidrigkeit keinen entscheidenden Einfluss nehmen. Dazu gehören beispielsweise Zuständigkeits-, Kompetenz- und Verfahrensnormen oder Titeluweisungen usw. Hingegen muss der Untreuetäter bei der Haushaltsuntreue den materiellen Zweck der staatlichen Mittelverwendung verfälschen. Nach der Auffassung des 1. Strafsenats des BGH wird die Zweckwidrigkeit verneint, wenn die Mittelverwendung grundsätzlich den vorgegebenen Zwecken entspricht.³³⁴ Auf der gleichen Linie hat der BGH aus Verstößen gegen die zeitliche Bindung der Haushaltsmittel keine Zweckwidrigkeit abgeleitet.³³⁵ Diese Entscheidungen entsprechen dem Grundsatz, dass nicht jede der ursprünglichen Zweckbestimmung zuwiderlaufende Verwendung öffentlicher Mittel schon ohne Weiteres einen Vermögensnachteil begründet³³⁶ und auch der

³²⁸ So LK-*Schünemann*, 12. Aufl., § 266 Rn. 230, 235; *Neye*, Untreue, S. 52 f.; *Bieneck*, wistra 1998, 249, 250; *Bittmann*, NSTz 1998, 495, 497.

³²⁹ Vgl. *Bieneck*, wistra 1998, 249, 251.

³³⁰ Vgl. *Bittmann*, NSTz 1998, 495, 496 f.: „Der Vermögensträger muss eigenmächtige Entscheidungen derjenigen, welche die Haushaltstitel zu verwalten haben, nicht akzeptieren.“ „Nicht der Betreuende, sondern der Vermögensinhaber hat zu entscheiden, was mit seinem Vermögen geschieht und in welcher Form es zu halten ist.“

³³¹ LK-*Schünemann*, 12. Aufl., § 266 Rn. 235.

³³² Vgl. LK-*Schünemann*, 12. Aufl., § 266 Rn. 235.

³³³ *Saliger*, ZStW 112 (2000), 563, 595 f.; *Rübenstahl/Wasserburg*, NSTz 2004, 527.

³³⁴ Vgl. BGHSt 43, 293, 298.

³³⁵ Vgl. BGHSt 43, 293, 298.

³³⁶ Vgl. BGH wistra 1985, 69 f.; auch BGHSt 40, 287, 294.



Verstoß gegen haushaltsrechtliche Grundsätze für eine wirtschaftliche und sparsame Verwaltung für sich noch nicht den Tatbestand der Untreue gemäß § 266 StGB erfüllt.³³⁷

c) Kritische Würdigung

Bei der Anwendung der Zweckverfehlungslehre ist die Hauptfrage, was unter der Zweckwidrigkeit zu verstehen ist und welcher Maßstab dafür maßgeblich sein kann. Diese Frage bleibt bislang sowohl in der Rechtsprechung als auch im Schrifttum ungelöst. Weiterhin ist zu prüfen, wie sich die Pflichtwidrigkeit und die Zweckwidrigkeit als ein Kriterium zur Nachteilsbestimmung aufeinander beziehen. Auf den ersten Blick ist es einleuchtend, dass der BGH die Zweckwidrigkeit als wesentliche Grundlage für den Untreuenachteil grundsätzlich getrennt von der Pflichtwidrigkeit bewertet. Dies lässt sich aus der mehrfach betonten Aussage des BGH schließen, es gebe keinen Tatbestand der Haushaltsuntreue, der allein die Pflichtwidrigkeit haushaltswidriger Verfügungen mit Strafe bedrohe,³³⁸ und nicht jede zweckwidrige Verwendung öffentlicher Mittel führe bereits einen Vermögensnachteil herbei.³³⁹

Zunächst kann die Pflichtwidrigkeit auf Verstößen gegen haushaltsrechtliche Vorschriften beruhen. Sie bringen die Entscheidungs- und Feststellungskompetenz des Haushaltsgebers zum Ausdruck und konkretisieren dessen Willen.³⁴⁰ Bei der Verwendung der öffentlichen Mittel umreißt der Haushaltsplan den Inhalt und Umfang der Vermögensbetreuungspflicht. Überschreitet der Täter die damit aufgezeigte Linie, handelt er pflichtwidrig. Was die Zweckwidrigkeit als Kriterium zur Nachteilsbestimmung betrifft, ist unschwer zu erkennen, dass bei der Bewertung der Zweckmäßigkeit die haushaltsrechtlichen Vorschriften nochmals herangezogen werden müssen, da die Zwecksetzung unbedingt in den haushaltsrechtlichen Vorgaben veranschlagt werden muss (§ 23 BHO). Ferner ist es erforderlich, dass der Zuwendungszweck knapp und aussagefähig erläutert wird (Nr. 1 VV-BHO zu § 44). In einem Bewilligungsbescheid muss auch die Bezeichnung des Zuwendungszwecks eindeutig und detailliert festgelegt werden (Nr. 4.2.3 VV-BHO). An diese haushaltsrechtlichen Vorgaben sind die ausstellenden Beamten zwingend gebunden.³⁴¹ Sie dürfen nicht den vorgegebenen Zielsetzungen, die im Haushaltsrecht oder in dem unter dem

³³⁷ Vgl. BGH NSTZ 2001, 248, 251.

³³⁸ Vgl. BGHSt 43, 293, 297.

³³⁹ Vgl. BGHSt 40, 287, 294.

³⁴⁰ Rojas, Grundprobleme, S. 150.

³⁴¹ Vgl. Gröpl/Rossi, BHO/LHO, § 44 Rn. 52.



Parlamentsvorbehalt festgestellten Haushaltsplan veranschlagt sind, zuwiderhandeln. Tun sie es dennoch, handeln sie zweckwidrig und zugleich pflichtwidrig.

Hier hat der BGH in den oben geschilderten Entscheidungen auf bestimmte Kriterien zur Feststellung eines Vermögensnachteils durch die Zweckverfehlung abgestellt. Im Fall eines kunstfördernden Intendanten war dies der vorgegebene Zweck (§ 23 BHO). In einem Fall, in dem es um die Vorgehensweise eines Kulturministers ging, handelte es sich hingegen um die sachliche und zeitliche Bindung (§ 45 BHO) und die verwaltungstechnischen Vergabevoraussetzungen (VV-LHO Nr. 1.2 zu § 44), nach denen nur nicht begonnene Projekte durch Subventionen gefördert werden können, sowie um die Notwendigkeit der Ausgaben und die Verpflichtungsermächtigungen (§ 6 BHO). Es ist nicht zu leugnen, dass die Kriterien auch für die Bestimmung der Pflichtwidrigkeit eingesetzt werden können. Dies bringt aber die Gefahr mit sich, dass die Feststellung einer Pflichtwidrigkeit und die Feststellung eines Vermögensnachteils miteinander vermengt werden. Es ist nicht hinnehmbar, wenn der Verstoß gegen die haushaltsrechtlichen Vorschriften einmal als Pflichtverletzung und zugleich als Vermögensnachteil qualifiziert wird. Werden nach dem geeinten Prüfschema die Pflichtwidrigkeit und die Zweckverfehlung gleichzeitig anerkannt und heben sich wertmindernde oder werterhöhende Faktoren nicht gegenseitig auf, ist die Untreuestrafbarkeit anzunehmen. Folgerichtig wäre die Untreuestrafbarkeit bei einseitigen Transferleistungen grundsätzlich zu bejahen, weil das Vermögen des Staats aus der rein wirtschaftlichen Perspektive auf jeden Fall gemindert wird.

Hier zeigt sich deutlich, dass es bei der Haushaltsuntreue im Grunde um den Dispositionsschutz geht. In der Tat hat der 5. Strafsenat des BGH im Fall des kunstfördernden Intendanten einer Entscheidung die Beeinträchtigung der Dispositionsfähigkeit und die Beschneidung der politischen Gestaltungsbefugnis als Kriterien zugrunde gelegt. Dieses Ergebnis erscheint zwar dogmatisch konsequent, vermag aber nicht zu überzeugen, weil nach dieser Vorgehensweise der Charakter des Untreuetatbestands als Vermögensdelikt verblasst und damit die Umformulierung eines Vermögensdelikts in einen die Dispositionsfreiheit schützenden Straftatbestand droht. Letztendlich würde der Kern der Haushaltsuntreue in der Pflichtwidrigkeit bestehen, und zwar durch die Schädigung der Dispositionsfreiheit des Staates. Damit aber würde das Tatbestandsmerkmal Vermögensnachteil eine selbstständige Bedeutung verlieren.³⁴² Die Anwendung der Zweckver-

³⁴² Für ähnliche Hinweise beim Subventionsbetrug siehe LK- *Tiedemann*, 12. Aufl. Rn. § 263 Rn. 185; *ders*, ZStW 86 (1974), 897, 908: „Allerdings wird das Fehlen der Anspruchs- oder Vergabevoraussetzungen im Falle der Subventionserschleichung praktisch bereits durch das Tatbestandsmerkmal der Täuschungshandlung erfasst, sodass letztlich jede durch Täuschung erlangte und durch einen Irrtum des Amtswalters vermittelte Verfügung einen Betrug darstellt. Damit wird der Vermögens-



fehlungslehre auf die Haushaltsuntreue, sei es im Hinblick auf eine Pflichtwidrigkeit oder auf einen Vermögensnachteil, bedeutet in der Untreuedogmatik den Schutz der Dispositionsfreiheit, weil sich der Zweckverfehlungsgedanke stets auf die subjektive Position des Vermögensträgers bezieht. Damit wird die Meinung vertreten, dass es einer sorgfältigen Prüfung zur Schaffung eines besonderen Straftatbestands bedürfe.³⁴³

E. Zwischenergebnis

Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Beschluss vom 23. Juni 2010 mit Blick auf die Bestimmung des Täterkreises des Untreuetatbestands die Ansicht geäußert, dass die gefestigte Rechtsprechung in diesem Bereich geeignet sei, den Anwendungsbereich des Untreuetatbestands im Sinne der dahinstehenden Schutzkonzeption zu begrenzen.³⁴⁴ In der Tat steht in der heutigen Diskussion die Qualifizierung des Untreuetäters immer weniger im Mittelpunkt der Aufmerksamkeit. Die Vorstände von privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Körperschaften können ohne Mühe als Untreuetäter anerkannt werden. Ferner scheinen die von der Rechtsprechung und der Lehre festgelegten Kriterien zur Bestimmung des Untreuetäters – Fremdnützigkeit der Vermögenssorge als Hauptpflicht und Selbstständigkeit mit Handlungs- bzw. Entscheidungsspielraum – bei einem betreffenden Teil der Lebenssituationen, z. B. den typischen Austauschverhältnissen wie Kauf- oder Arbeitsvertrag oder den Tätigkeiten des Boten, ihre Funktion angemessen zu erfüllen. Problematisch ist jedoch, dass diese Kriterien außerhalb des gesicherten Bereichs gelegentlich ohne Gründe relativiert werden.³⁴⁵ Damit scheint zweifelhaft, dass die Normadressaten eine Einordnung als Untreuetäter vorhersehen können.

In seinem Beschluss hat das BVerfG hinsichtlich der Pflichtwidrigkeit angeführt, dass die Anwendung des Untreuetatbestands sich auf „klare und deutliche Fälle“ beschränken müsse. Damit könnten die „Wertungswidersprüche zur Ausgestaltung spezifischer Sanktionsregelungen“ ver-

schaden als eigenes Tatbestandsmerkmal des Subventionsbetruges offensichtlich überflüssig.“; auch *Jordan*, JR 2003, 133, 135 vertritt die Auffassung, dass § 263 StGB auch nach der h. M. im Schrifttum in den Fällen der Zweckverfehlung nicht dem Vermögen, sondern der Dispositionsfreiheit Schutz gewährt.

³⁴³ Vgl. *Brauns*, JR 1998, 381, 384; auch *Saliger*, ZStW 112 (2000), 563, 600; dagegen *Schünemann*, StV 2003, 463, 471.

³⁴⁴ Vgl. BverfGE 126, 170, 209.

³⁴⁵ Dazu oben siehe B, I, 5; kritisch auch *Kraatz*, JR 2011, 434, 436; *Saliger*, NJW 2010, 3195.



mieden werden und der Charakter der Untreue könne als Vermögensdelikt gewertet werden.³⁴⁶ Nach dem BVerfG ist dies anhand des Maßstabs „gravierende Pflichtverletzung“ möglich.³⁴⁷ Aber entgegen der Erwartung hat das BVerfG im Fall „Siemens/ENEN“, der einer von den vom BVerfG zu bewertenden drei Fällen war, die Frage nach der „gravierenden Pflichtverletzung“ nicht gestellt.³⁴⁸ Wie oben schon erwähnt, ist die Abgrenzungsfähigkeit oder die Auswirkung dieses Kriteriums sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Lehre umstritten.³⁴⁹ Die grundlegende Problematik besteht darin, dass die Rechtsprechung und auch die Lehre keine Antwort darauf geben können, wie sich aus dem Wort „gravierende“ bzw. „evidente Pflichtverletzung“ ein generalisierbarer Maßstab ableiten lässt. Im Prüfungsschema des BVerfG gibt es jedoch keinen anderen Weg, ohne dass zwingend auf die einzelne spezifische Fallgruppe abgestellt werden muss. Dies bringt entgegen der Erwartung des BVerfG die Gefahr mit sich, dass dadurch Wertungswidersprüche entstehen und damit die Minimalanforderung des Bestimmtheitsgebots nach Art. 103 Abs. 2 GG verfehlen. Mit dieser Entwicklungstendenz gelingt es aber nicht mehr, die Schwierigkeiten zu bewältigen, die aus der Abhängigkeit der Untreue von den verschiedenen außerstrafrechtlichen Regelungen resultieren, und die Problematik mit einem Rekurs auf generalisierbare Maßstäbe zu lösen.³⁵⁰

Nicht anders zeigt sich die verworrene Situation auch in der restriktiven Auslegung des Merkmals „Vermögensnachteil“. Zwar hat das BVerfG eine beachtenswerte Feststellung zum Vermögensnachteil getroffen: „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.“³⁵¹ Ferner müssten die Strafgerichte den von ihnen angenommenen Nachteil der Höhe nach beziffern und dessen Ermittlung in wirtschaftlich nachvollziehbarer Weise in den Urteilsgründen darlegen.³⁵² Jedoch ist zweifelhaft, dass die Maximen des BVerfG in der Praxis fruchtbar umgesetzt wurden und werden können. Kritisiert wird bereits die Ansicht des BVerfG, zur Bezifferung der Höhe des Nachteils seien die

³⁴⁶ Vgl. BverfGE 126, 170, 210 f.

³⁴⁷ BverfGE 126, 170, 211.

³⁴⁸ So auch *Schünemann*, ZIS 2012, 183, 193.

³⁴⁹ Dazu oben siehe C, II, 3.

³⁵⁰ So auch *Saliger*, NJW 2010, 3195.

³⁵¹ BverfGE 126, 170, 211.

³⁵² Vgl. BverfGE 126, 170, 211.



Bewertungsvorschriften des Bilanzrechts anzuwenden.³⁵³ Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die Bewertungsregeln nicht alle Lebensbereiche umfassen können und damit hier eine exakte Quantifizierung des Schadens nur schwerlich vorgenommen werden kann.³⁵⁴ Ferner scheint fraglich, dass das zu Recht geforderte Verschleifungsverbot auch in der Nachteilsbestimmung durch die Zweckverfehlungslehre strikt eingehalten werden kann.³⁵⁵

Das Ziel der Normkonkretisierung durch das Gericht ist es, diese ausreichend klar zu umreißen, dass die Normadressaten vorhersehen können, welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist. Nur dadurch kann die Appellfunktion des Straftatbestands garantiert werden. Angesichts des Diskussionsstandes ist jedoch zweifelhaft, ob dies der Fall ist. Im hoch entwickelten komplexen Wirtschaftsleben wird es immer mehr zu neuen strafwürdigen Verhaltensweisen kommen, die bislang noch gar nicht als solche wahrgenommen worden sind. Wenn das Strafgericht eine Untreuestrafbarkeit für solche Fälle nachprüfen muss, muss es in der jetzigen Entwicklungstendenz eine neue fallgruppenspezifische Obersatzbildung formulieren. Damit ist die spezifische Fallgruppe noch weiter zu differenzieren. Ferner gilt es, die Kriterien entsprechend den differenzierten Fallgruppen deutlicher auseinander zu halten. Damit aber ist es den Normadressaten nur schwer möglich, mit dem Vermögen der von ihnen Vertretenen ohne Gefahr der Untreuestrafe umzugehen. Andererseits ist es angesichts dieser Schwierigkeiten einer restriktiven Auslegung und der befürchteten negativen Auswirkungen erstaunlich, dass die Auseinandersetzungen über die Reform des Untreuetatbestands so zurückhaltend verlaufen. Der Grund dafür könnte in der Befürchtung liegen, dass eine Gesetzesänderung im objektiven Bereich des Untreuetatbestands, z. B. eine Rückkehr zu den rechtsstaatlichen und liberalen Grundlagen des StGB von 1871, dessen kriminalpolitische Bedeutung herabsetzen könnte. Insofern diese Befürchtung durchaus legitim erscheint, ist es an der Zeit, einen anderen, bislang aber nur selten diskutierten Weg zu beschreiten: die Möglichkeit einer Abgrenzung der Untreuestrafbarkeit im subjektiven Bereich.

³⁵³ Kritisch *Fischer*, StGB, § 266 Rn. 162 ff.; *Becker*, HRRS 2010, 383, 392; *Leplow*, wistra 2010, 475; *Wessing/Krawczyk*, NZG 2010, 1121, 1124; skeptisch auch *Saliger*, ZIS 2011, 902, 907.

³⁵⁴ *Fischer*, StraFo 2010, 329; auch kritisch *Becker*, HRRS 2010, 383, 392.

³⁵⁵ Dazu oben siehe D, II, 3.





2. Kapitel:

Subjektive Unrechtsmerkmale in den Untreueregelungen

A. Einleitung

Wie im 1. Kapitel herausgearbeitet wurde, sind die anhaltenden Bemühungen zur restriktiven Auslegung im objektiven Bereich nach wie vor ohne merkbaren Erfolg geblieben. Ferner erscheint es wenig wahrscheinlich, dass in naher Zukunft einheitliche Kriterien zur klaren Abgrenzung der Untreuestrafbarkeit gewonnen werden. Da die Diskussion keine Aussicht auf eine Lösung für diese Problematik bietet, scheint es angebracht, einen anderen Weg einzuschlagen. In der vorliegenden Untersuchung ist dies die Verlagerung der Diskussion von dem objektiven in den subjektiven Bereich.

Nach § 15 StGB ist, sofern das Gesetz nicht auch fahrlässiges Handeln ausdrücklich mit Strafe bedroht, nur vorsätzliches Handeln strafbar. Die Reichweite des Vorsatzes bestimmt im subjektiven Bereich des Vorsatzdelikts die Extension der Strafbarkeit. Dabei ist es gleichgültig, welche Vorsatzform – *dolus directus* 1. Grades, *dolus directus* 2. Grades und *dolus eventualis* – dies betrifft. Entsprechend liegt der Schwerpunkt auf der Reichweite des bedingten Vorsatzes, weil sich dadurch die Grenze zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit exakt ziehen und so die Extension der Strafbarkeit bestimmen lässt. Etwas anderes gilt dort, wo der Gesetzgeber eine bestimmte Vorsatzart oder Absicht im Sinne einer überschießenden inneren Tendenz für die Tatbestandserfüllung verlangt, z. B. „*absichtlich*“ in § 142 Abs. 3 StGB, „*wissentlich*“ in §§ 109e, 201a StGB, „*wider besseres Wissen*“ in §§ 164, 187 StGB und „*absichtlich oder wissentlich*“ in §§ 225, 258 StGB. Ferner wird die *Bereicherungsabsicht* in §§ 253, 263 StGB gefordert. In diesen Tatbeständen sind die genannten subjektiven Unrechtsmerkmale mit Blick auf das Wesen der Delikte und die Gestaltung des Handlungsunwerts von Bedeutung. Die Reichweite der jeweiligen subjektiven Unrechtsmerkmale markiert die Grenze zwischen strafbarem und straflosem Verhalten.

Im Folgenden gilt es, die Bedeutung und die Funktion der subjektiven Unrechtsmerkmale zu analysieren. Die subjektiven Unrechtsmerkmale werden dabei in der Entwicklungsgeschichte der Untreueregelung und der ausländischen Gesetzgebung beleuchtet. Insbesondere ist zu beachten, dass diese subjektiven Unrechtsmerkmale auch in der Entwicklungsgeschichte der Untreueregelung immer wieder aufgetreten sind und die Bereicherungsabsicht, die in fast allen Vermögens-



delikten vorgeschrieben ist, besonders beim Untreuetatbestand entfallen ist. Im Anschluss werden die bisherigen Restriktionsversuche im subjektiven Bereich dargestellt.

B. Subjektive Unrechtsmerkmale

I. Absicht

1. Absicht im technischen Sinne

Bekanntermaßen besteht der Tatbestandsvorsatz, der als solcher nach der heute überwiegenden Meinung zum subjektiven Tatbestand gehört, aus zwei Elementen: aus dem Wissen und dem Wollen der tatbestandsmäßigen Umstände. Auf der wissentlichen (bzw. kognitiven) Ebene setzt der Vorsatz voraus, dass der Täter alle Umstände kennt, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören. Demgegenüber wird auf der willentlichen (bzw. voluntativen) Ebene ein zielgerichtetes Erstreben des Tatbestandserfolgs gefordert. Der Vorsatz bestimmt sich anhand dieser beiden Elemente: „Vorsatz ist Wille zur Verwirklichung eines Straftatbestandes in Kenntnis aller seiner Tatumstände.“³⁵⁶

Die drei Erscheinungsformen des Vorsatzes unterscheiden sich je nach der Intensität dieser Komponenten voneinander. Zwar fordert der § 15 StGB keine bestimmte Vorsatzform, womit in der Regel der bedingte Vorsatz für ein Vorsatzdelikt ausreicht. Jedoch ist darauf zu achten, dass der Gesetzgeber in einigen Tatbeständen eine verstärkte Willensintensität – z. B. §§ 88 I, 89 I und 90b I StGB – und in anderen die absichtliche oder wissentliche Verwirklichung – z. B. §§ 145 I, II, 183a, 258 I, II, 283c I und 344 I, II – verlangt.³⁵⁷ Aus diesem Grund ist die Unterscheidung der Vorsatzform sowohl in theoretischer als auch in praktischer Hinsicht von Bedeutung.

³⁵⁶ BGHSt 19, 295, 298; so auch *Joecks*, StGB, § 15 Rn. 7; *Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben/Schuster*, StGB, § 15 Rn. 16; *Kühl*, Strafrecht AT, § 5 Rn. 7; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, § 7 Rn. 305f.; *Satzger*, Jura 2008, 112, 113.

³⁵⁷ Dazu eingehend *Roxin*, Strafrecht AT I, § 12 Rn. 3; auch *Satzger*, Jura 2008, 112, 116; *Witzigmann*, JA 2009, 488.



Die Absicht im technischen Sinne³⁵⁸ wird durch eine besonders stark ausgeprägte voluntative Komponente gekennzeichnet und ist als eine der drei Erscheinungsformen des Vorsatzes allgemein anerkannt: *dolus directus* 1. Grades.³⁵⁹ Die drei Erscheinungsformen unterscheiden sich je nach Intensität der wissentlichen und willentlichen Komponenten. Der verstärkte Wille zur Verwirklichung des Tatbestandserfolgs hebt die Absicht von den übrigen Erscheinungsformen – dem direkten Vorsatz (*dolus directus* 2. Grades) und dem bedingten Vorsatz (*dolus eventualis*) – ab. Dagegen wurde die Intensitätsanforderung der Wissensseite im Verhältnis zu dem verstärkten Willen für die Verwirklichung des Tatbestandserfolgs minimalisiert. Stattdessen ist es ausreichend, dass der Täter die Verwirklichung eines tatbestandlichen Erfolgs für möglich hält.³⁶⁰ Entsprechend kommt es bei der Absicht im technischen Sinne hauptsächlich auf den Erfolgswillen des Täters an; ein Motiv und ein Endzweck des Täters sind nicht erforderlich.³⁶¹ In diesem Sinne hat auch der BGH ausgeführt: „Kommt es dem Täter auf den Erfolgseintritt an, so stehen der Annahme des Absichtserfordernisses weitere Beweggründe bzw. Nebenzwecke nicht entgegen.“³⁶² Vielmehr ist es ausreichend, wenn der erstrebte Erfolg als Zwischenziel anderen dahinter stehenden Zielen des Täters dient.³⁶³

³⁵⁸ Auch wenn es nicht Gesetzeskraft erlangte, definierte der Entwurf eines Strafgesetzbuchs von 1962 (E1962) den Absichtsbegriff. § 17 E1962 lautet: „Absichtlich handelt, wem es darauf ankommt, den Umstand zu verwirklichen, für den das Gesetz absichtliches Handeln voraussetzt.“ Trotz der Hinweise auf die begriffliche Unklarheit und die wechselnde Bedeutung ist der Vorschlag des § 17 E1962 bei der Ermittlung des Absichtsbegriffs heute noch aufschlussreich (siehe *Witzigmann*, JA 2009, 488, 489). Anders als in Deutschland ist der Absichtsbegriff im österreichischen Strafgesetzbuch (öStGB) normiert. Der § 5 Abs. 2 öStGB lautet: „Der Täter handelt absichtlich, wenn es ihm darauf ankommt, den Umstand oder Erfolg zu verwirklichen, für den das Gesetz absichtliches Handeln voraussetzt.“

³⁵⁹ *Witzigmann*, JA 2009, 488, 489; auch *Jescheck/Weigend*, Strafrecht AT, S. 297; *Krey/Esser*, Strafrecht AT, § 12, 378; *Kühl*, Strafrecht AT, § 5 Rn. 34.

³⁶⁰ BGHSt 21, 283, 284 f.; 35, 325, 327 f.; *Fischer*, StGB, § 15 Rn. 6; *Lackner/Kühl*, StGB, § 15 Rn. 20; *MK-Joecks*, § 16 Rn. 23; *Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben/Schuster*, StGB, § 15 Rn. 67; *Krey/Esser*, Strafrecht AT, § 12 Rn. 379; *Gehrig*, Der Absichtsbegriff, S. 27; *Oehler*, NJW 1966, 1633, 1634; *Satzger*, Jura 2008, 112, 116; *Welzel*, NJW 1962, 20 f.; *Witzigmann*, JA 2009, 488, 490; hingegen vertritt *LK-Schroeder*, 11. Aufl., § 16 Rn. 76, dass das Erstreben des Erfolgs eine so intensive innere Beziehung des Täters zum Erfolg schaffe, dass auf der Wissensseite keine weiteren Merkmale erforderlich seien; zustimmend *LK-Vogel*, 12. Aufl., § 15 Rn. 85: „Die Untergrenze der Absicht im Rechtssinne ist erst unterschritten, wenn der Täter einen Erfolg durch abergläubische Mittel (Totbeten usw.) herbeiführen will (RGSt. 33, 321).“

³⁶¹ *MK-Joecks*, § 16 Rn. 21; *Krey/Esser*, Strafrecht AT, § 12 Rn. 378; *Kühl*, Strafrecht AT, § 5 Rn. 35; *Roxin*, Strafrecht AT I, § 12 Rn. 10.

³⁶² BGHSt 55, 206, 210; auch schon BGHSt 18, 151, 156; OLG Braunschweig NJW 1957, 600; OLG Oldenburg NJW 1969, 2207.

³⁶³ *Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben/Schuster*, StGB, § 15 Rn. 66; *Jescheck/Weigend*, Strafrecht AT, S. 297; *Kühl*, Strafrecht AT, § 5 Rn. 35; *Roxin*, Strafrecht AT I, § 12 Rn. 10; *Satzger*, Jura 2008, 112, 116; *Witzigmann*, JA 2009, 488, 489.



2. Absicht als überschießende Innentendenz

a) Bedeutung der überschießenden Innentendenz

Die überschießende Innentendenz bedeutet ein zum Vorsatz hinzutretendes besonderes subjektives Tatbestandsmerkmal, dass über den objektiven Tatbestand hinaus auf eine weitergehende Handlung bzw. einen weitergehenden Erfolg gerichtet ist.³⁶⁴ Damit hat die überschießende Innentendenz keine Entsprechung im objektiven Tatbestand. Als Paradebeispiele ist an die Zueignungsabsicht beim Diebstahl (§ 242 StGB), die Täuschungsabsicht bei der Urkundenfälschung (§ 267 StGB) und die Bereicherungsabsicht bei Erpressung (§ 253 StGB) oder Betrug (§ 263 StGB) zu denken. Da die überschießende Innentendenz immer auf einen Erfolg zielt, der außerhalb eines tatbestandsmäßigen Erfolgs liegt, ist es nicht schwer zu erkennen, ob es bei einem Tatbestand um ein Absichtsdelikt geht.

b) Erscheinungsformen der Delikte mit einer überschießenden Innentendenz

Den Delikten mit einer überschießenden Innentendenz, bei denen man von Absichtsdelikten spricht, ist gemeinsam, dass die Absicht des Täters sich auf einen außer dem objektiven Tatbestand liegenden Erfolg bezieht. Im Allgemeinen werden die Absichtsdelikte in zwei Erscheinungsformen eingeteilt: die unvollkommen zweiaktigen Delikte und die erfolgskupierten Delikte.

Die unvollkommen zweiaktigen Delikte sind dadurch charakterisiert, dass der zusätzliche Erfolg durch eine weitere Handlung, nicht durch die Tatbestandshandlung selbst, verwirklicht werden kann.³⁶⁵ Dabei richtet sich der Wille des Täters auf die später vorzunehmende Handlung des Täters oder eines Dritten. Um die objektiven Tatbestände zu erfüllen, braucht der Täter die weitere Handlung nicht tatsächlich vorzunehmen. Dagegen muss der auf die weitere Handlung gerichtete Wille des Täters bei der Tatbestandshandlung schon gefasst sein. Dadurch wird die Vornahme einer zweiten Handlung zur endgültigen Rechtsgutsverletzung ins Subjektive projiziert.³⁶⁶ Diese Erscheinungsform lässt sich in § 267 StGB (Urkundenfälschung) verdeutlichen. Das geschützte Rechtsgut des § 276 StGB (Urkundenfälschung) ist die Sicherheit und Zuverlässigkeit des

³⁶⁴ Zu Definition *Roxin*, Strafrecht AT I, § 10 Rn. 84.

³⁶⁵ *Roxin*, Strafrecht AT I, § 10 Rn. 84; *Witzigmann*, JA 2009, 488, 489.

³⁶⁶ *Gehrig*, Der Absichtsbegriff, S. 33.



Rechtsverkehrs.³⁶⁷ Die Urkundenfälschung ist jedoch schon vor der materiellen Rechtsgutsverletzung vollendet, sobald der Täter zur Täuschung im Rechtsverkehr eine unechte Urkunde hergestellt hat. Die weitere Handlung, die zur materiellen Rechtsgutsverletzung erforderlich ist, kann sich hingegen im darauf gerichteten Willen des Täters erschöpfen.

Im Gegensatz zu der oben erwähnten Erscheinungsform soll bei den erfolgskupierten Delikten der weitergehende Erfolg durch die Tatbestandshandlung selbst herbeigeführt werden.

bedarf es keiner später vorzunehmenden Handlung des Täters oder eines Dritten.³⁶⁸ Dabei beispielsweise der Gesetzgeber mit der Zwangsvollstreckung (§ 288 StGB) die Sicherung eines materiellen Rechts des Gläubigers auf Befriedigung aus dem Schuldnervermögen bezweckt.

Die Tatbestandshandlung des § 288 StGB besteht nun darin, dass der Täter Bestandteile seines Vermögens veräußert oder beiseiteschafft.³⁶⁹ Diese Handlungen sind für die Vereitelung der Zwangsvollstreckung und damit für die Rechtsgutsverletzung geeignet; der Täter braucht keine weitere Handlung vorzunehmen. Diese entspricht auch der Struktur des Diebstahls (§ 242 StGB) und Betrugs (§ 263 StGB) usw.

c) Auslegung der Absichtsmerkmale im Besonderen Teil

In den einzelnen Tatbeständen variiert der Ausdruck der Absichtsanforderung terminologisch; der Gesetzgeber verwendet verschiedene Varianten: „Absicht“, „absichtlich“, „in der Absicht“ sowie „um ... zu“ usw. Einigkeit herrscht darüber, dass der Gesetzgeber die Absichtsmerkmale nicht immer im gleichen Sinne verwendet hat und damit die Bedeutung des Absichtsmerkmals im jeweiligen Tatbestand gesondert ermittelt werden muss.³⁷⁰ In einzelnen Fällen stellt sich die Frage, ob und in welchem Fall man das Absichtsmerkmal als die Absicht im technischen Sinne – dolus directus 1. Grades – oder als eine Wissentlichkeit – dolus directus 2. Grades – oder sogar nur als bedingter Vorsatz auslegen kann. Hierzu werden einige verallgemeinernde Leitlinien für die Interpretation der Absichtsmerkmale im Besonderen Teil vorgeschlagen.

³⁶⁷ BGHSt 2, 50, 52; *Kindhäuser*, LPK-StGB, § 267 Rn. 1; *Schönke/Schröder-Heine/Schuster*, StGB, § 267 Rn. 1; *SSW-Wittig*, StGB, § 267 Rn. 1.

³⁶⁸ *Roxin*, Strafrecht AT I, § 10 Rn. 84; *Witzigmann*, JA 2009, 488, 489.

³⁶⁹ BGHSt 16, 330, 334; BGH NJW 1991, 2420; *Kindhäuser*, LPK-StGB, § 267 Rn. 1; *Schönke/Schröder-Heine/Hecker*, StGB, § 288 Rn. 1; *SSW-Kudlich*, StGB, § 288 Rn. 1.

³⁷⁰ BGHSt 13, 219, 221; 16, 1, 3; *LK-Vogel*, 12. Aufl., § 15 Rn. 87; *Kühl*, Strafrecht AT, § 5 Rn. 1; *Lenckner*, NJW 1967, 1890, 1891; *Samson*, JA 1989, 449, *Witzigmann*, JA 2009, 488.



Lenckner stellt darauf ab, welche Funktion das Absichtsmerkmal als das gesetzestechnische Mittel haben kann. Einerseits sei es mit dem Absichtsmerkmal möglich, den Schutz des Rechtsguts zu verstärken; andererseits könne es aber auch den Zweck haben, einem Rechtsgut nur beschränkten Schutz zu gewähren.³⁷¹ Im ersten Fall habe der Gesetzgeber die materielle Vollen- dung im Sinne der endgültigen Rechtsgutsverletzung vorverlegt; hier verflüchtige sich die Rechtsgutsverletzung ins Subjektive.³⁷² Danach soll das Absichtsmerkmal die Richtung angeben, „in welche die Handlung führen muss, um tatbestandsmäßig zu sein.“³⁷³ Auf dieser Basis erfasst die Täuschungsabsicht im Rechtsverkehr des § 267 Abs. 1 StGB (Urkundenfälschung) die Wis- sentlichkeit.³⁷⁴ Folgt man der Auffassung *Lackners*, führt diese Bewertung dazu, dass das sichere Wissen um den Gebrauch der Urkunde im Rechtsverkehr genügt.³⁷⁵ Zu dieser Deliktart gehören die §§ 164, 274, 288 StGB usw. In diesem Fall soll der Absichtsbegriff die Wissenslichkeit – dolus directus 2. Grades – umfassen. Demgegenüber gehören die §§ 253, 263 StGB zur zweiten Fallgruppe – in den dort genannten Tatbeständen relativierten sich das Absichtsmerkmal, das Bereicherungsabsicht und der Vermögensschutz insofern, als das Gesetz hier eine besondere Absicht des Täters verlange.³⁷⁶ *Lenckner* geht in diesem Fall von dolus directus 1. Grades als Absichtsbegriff aus: „Hier muss also, um die Strafbarkeit der Rechtsgutsverletzung zu begrün- den, eine entsprechende subjektive Tendenz des Täters hinzukommen, es muss ihm gerade auf den Vorteil ‚ankommen‘.“³⁷⁷

Auf der Linie der ähnlichen Untersuchung stellt *Roxin* darauf ab, ob das Absichtsmerkmal den Deliktstyp des betreffenden Tatbestands prägt. Wenn das Absichtsmerkmal deliktstypkonstituierend sei, wie etwa die Zueignungsabsicht beim Diebstahl (§ 242 StGB) oder die Bereicherungsabsicht beim Betrug (§ 263 StGB), sei zur Tatbestandserfüllung zwar nicht erforderlich, dass die Herbei- führung des Absichtserfolges den End- oder Hauptzweck des Handelns bilde, dieser müsse aber wenigstens als Nebenzweck erwünscht sein.³⁷⁸ Für die anders geartete Fallgruppe, in der der Deliktstyp allein durch die tatbestandsmäßige Rechtsgüterverletzung gekennzeichnet wird und

³⁷¹ Vgl. *Lenckner*, NJW 1967, 1890, 1894.

³⁷² Vgl. *Lenckner*, NJW 1967, 1890, 1894.

³⁷³ *Lenckner*, NJW 1967, 1890, 1894.

³⁷⁴ *Lenckner*, NJW 1967, 1890, 1891 ff.; im Ergebnis zustimmend *Roxin*, Strafrecht AT I, § 12 Rn. 15; *Samson*, JA 1989, 449, 453; dagegen ist BayObLG NJW 1967, 1476, 1477 der Meinung, dass für das Merkmal „zur Täuschung im Rechtsverkehr“ eine Absicht im engeren Sinn verlangt werde.

³⁷⁵ *Lenckner*, NJW 1967, 1890, 1895; auch *Schönke/Schröder-Heine/Schuster*, StGB, § 267 Rn. 91; *Roxin*, Strafrecht AT I, § 12 Rn. 15; *Gehrig*, Der Absichtsbegriff, S. 110 ff.; *Samson*, JA 1989, 449, 453; *Witzigmann*, JA 2009, 488, 490 f.

³⁷⁶ Vgl. *Lenckner*, NJW 1967, 1890, 1895.

³⁷⁷ *Lenckner*, NJW 1967, 1890, 1895.

³⁷⁸ Vgl. *Roxin*, Strafrecht AT I, § 12Rn. 15.



die Absicht keine den Deliktstyp prägende Bedeutung hat, stünden z. B. die §§ 164, 257 StGB. In diesen Fällen umfasse das Absichtsmerkmal also den Gesamtbereich des direkten Vorsatzes (des *dolus directus* 2. Grades).³⁷⁹

Gehrig sieht den entscheidenden Unterschied darin, ob die Absicht sich auf die über das geschützte Rechtsgut hinaus liegenden Umstände bezieht oder auf das geschützte Rechtsgut selbst. Im ersten Fall sei die Absicht im technischen Sinne – *dolus directus* 1. Grades – erforderlich, bei dem zweiten sei die Wissentlichkeit für die Tatbestandserfüllung ausreichend.³⁸⁰

Bei *Samson* liegt der entscheidende Punkt auf dem Aspekt der Rechtsgutsverletzung. Er erläutert: „Überall dort, wo die Absicht sich nicht auf eine Rechtsgutsverletzung bezieht, sondern die Funktion hat, aus großen Kreis vollzogener Rechtsgutsverletzungen einige besonders motivierte als strafbar hervorzuheben, kann die Absicht nur in Form des *dolus directus* 1. Grades auftreten.“³⁸¹

In eine ganz andere Richtung geht *Puppe*, die den *dolus eventualis* als allgemeine Form des Vorsatzes ansieht und die Absicht und Wissentlichkeit als Sonderfälle gelten sollen.³⁸² Ferner könne die Absicht im alltagssprachlichen psychologischen Sinne nicht als Unrechtsmerkmal fungieren, sondern nur als Schuldmerkmal.³⁸³ Ist das Tatbestandsmerkmal Schuldmerkmal, weil es die Gesinnung des Täters und die Beweggründe für die Tat charakterisieren soll, ist es *Puppe* zufolge im alltagssprachlich-psychologischen Sinne zu verstehen. Zum Beispiel seien die Habgier, die Befriedigung des Geschlechtstriebes, die Verdeckung oder Ermöglichung einer Straftat beim Mord Schuldmerkmale. Dagegen würden die Absichtsmerkmale bei den kupierten Erfolgsdelikten als Unrechtsmerkmale verstanden. Hierher gehörten die Täuschungsabsicht im Rechtsverkehr (§ 146 StGB), die Absicht, ein behördliches Verfahren herbeizuführen, in § 164 StGB und die Schädigungsabsicht in § 271 Abs. 3 StGB usw. Bei diesen Delikten gehe es um die Vorverlegung des Vollendungszeitpunktes. Die Vorverlegung der Vollendung sei jedoch kein Grund, die Anforderungen an den Vorsatz zu verschärfen.³⁸⁴ Für diese Absichtsmerkmale genüge also einfacher Vorsatz.³⁸⁵

³⁷⁹ Vgl. *Roxin*, Strafrecht AT I, § 12 Rn. 15; zustimmend *Witzigmann*, JA 2009, 488, 490 f.

³⁸⁰ Vgl. *Gehrig*, Der Absichtsbegriff, S. 110 ff.

³⁸¹ *Samson*, JA 1989, 449, 453.

³⁸² *NK-Puppe*, § 15 Rn. 105.

³⁸³ Vgl. *NK-Puppe*, § 15 Rn. 106.

³⁸⁴ Vgl. *NK-Puppe*, § 15 Rn. 108.

³⁸⁵ Vgl. *NK-Puppe*, § 15 Rn. 108.



Entgegen der Auffassung von *Puppe* ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die Vollendungszeit nicht in allen kupierten Delikten vorverlegt wird. Beispielweise hat der Gesetzgeber dies beim Betrug nicht getan. Allgemein anerkannt ist als das geschützte Rechtsgut des § 263 StGB nur das Vermögen. Man kann den Betrug nicht dahingehend formulieren, dass der Erfolgseintritt als eine rechtswidrige Vermögensumkehrung ins Subjektive – als Bereicherungsabsicht – projiziert wird.³⁸⁶ Daher ist die Kritik von *Puppe*, die Vorverlegung der Vollendung sei kein Grund, bei denjenigen Unrechtselementen, die nur im subjektiven Tatbestand vorkommen, die Anforderungen an den Vorsatz zu verschärfen,³⁸⁷ gegenstandslos. Ferner widerspricht es dem Wortsinn, den Absichtsbegriff als zielgerichteten Willen mit dem bedingten Vorsatz gleichzusetzen, denn damit wäre die gesetzgeberische Verwendung des Absichtsbegriffs bedeutungslos.³⁸⁸

II. Wissentlichkeit

Im Gegensatz zur Absicht dominiert das kognitive Element bei der Wissentlichkeit. Von einer Wissentlichkeit ist auszugehen, wenn der Täter sicher weiß, dass die zu den tatbestandlichen Umständen gehörenden Merkmale vorliegen und die tatbestandlichen Umstände durch seine Handlung verwirklicht werden. Umfasst ist aber auch der Fall, wenn der Täter den Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolgs als sicher voraussieht.³⁸⁹ Nicht anders wurde im Rahmen des § 17 Abs. 2 E1962 folgende Definition vorgeschlagen: „Wissentlich handelt, wer weiß oder als sicher voraussieht, dass der Umstand gegeben ist oder eintreten wird, für den das Gesetz wissentliches Handeln voraussetzt“. Dabei ist es belanglos, ob der Eintritt des Erfolgs dem Täter unerwünscht ist oder ob der Täter auf einen guten Ausgang hofft. Die Ausdrücke „direkter Vorsatz“ oder „*dolus directus* 2. Grades“ kommen der Wissentlichkeit gleich. Die Anforderung an die Wissentlichkeit wird im Strafgesetzbuch mit den Ausdrücken „wissentlich“ (z. B. §§ 87 I, 109e, 134, 225 II, 344 StGB) oder „wider besseres Wissen“ (z. B. §§ 164 I, 187, 218b StGB) bezeichnet. Der § 134 StGB verlangt bei einer Verletzung amtlicher Bekanntmachungen als Vorsatz Wissentlichkeit. Hier muss der Täter sicher wissen oder davon überzeugt sein, dass es sich um ein dienstliches Schriftstück, das zur Bekanntmachung öffentlich angeschlagen oder ausgelegt ist, handelt. Der bedingte Vorsatz kann die gestiegene Intensität der Wissentlichkeit nicht erreichen.

³⁸⁶ Dazu eingehend *Lenckner*, NJW 1967, 1890, 1894.

³⁸⁷ Vgl. *NK-Puppe*, § 15 Rn. 108.

³⁸⁸ Auch kritisch *Witzigmann*, JA 2009, 488, 490.

³⁸⁹ *NK-Puppe*, § 15 Rn. 110.



Durch die Anforderung der Wissentlichkeit ist der bedingte Vorsatz zur Erfüllung des Tatbestands nicht ausreichend

III. Bereicherungsabsicht

1. Bereicherungsabsicht insbesondere beim Betrug

a) Den Deliktstyp prägende Bedeutung

Der § 263 Abs. 1 StGB erfordert, dass der Täter in der Absicht handelt, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen. Unter dieser Absicht versteht man die Bereicherungsabsicht, die dadurch begründet werden kann, dass der Täter einen Vorteil für sich oder Dritte anstrebt. Die Bereicherungsabsicht ist ein subjektives Tatbestandsmerkmal.³⁹⁰ Sie prägt beim Betrug neben dem Vorsatz den Unrechtstypus.³⁹¹ Nur mit der Bereicherungsabsicht kann das subjektive Unrecht des Betrugstatbestands vollständig ausgemacht werden. Dass die Bereicherung des Täters oder Dritter kein Gegenstand des Vorsatzes, sondern der daneben stehenden subjektiven Einstellung des Täters ist, ist dem Wortlaut nach eindeutig.³⁹² Der Betrugsstatbestand setzt als Tatbestandserfolg nicht eine Bereicherung des Täters oder Dritter, sondern nur eine Schädigung des Vermögens voraus; der Bereicherungserfolg steht außerhalb des objektiven Tatbestands und wird in den subjektiven Tatbestand verlagert.³⁹³ Somit muss die Bereicherung zur Vollendung des Betrugs nicht realisiert werden. Ebenso wird bei der Erpressung (§ 253 StGB) die Bereicherungsabsicht vorausgesetzt. In einem entsprechenden Fall hat der BGH mit Blick auf die Vollendung der Tat und die Bereicherung für sich oder einen Dritten explizit ausgeführt: „Zur Vollendung der Erpressung genügt es, dass der Genötigte eine auf eine Vermögensverfügung gerichtete Handlung vornimmt; es ist nicht erforderlich, dass es zu einer Vermögensverschiebung kommt.“³⁹⁴ Dies entspricht dem Charakter der überschießenden Innentendenz, die keine Entsprechung im objektiven Tatbestand hat.

³⁹⁰ LK-Tiedemann, 12. Aufl., § 263 Rn. 248.

³⁹¹ So Kühl, Strafrecht AT, § 5 Rn. 4f.

³⁹² Auch so NK-Kindhäuser, § 263 Rn. 353.

³⁹³ MK-Hefendehl, § 263 Rn. 694.

³⁹⁴ BGHSt 19, 342 (Leitsatz). In diesem Fall geht es um den folgenden Sachverhalt: Der Angeklagte hatte Geld vom Geschädigten gefordert und ihm nach dessen Weigerung mehrere Schläge versetzt, um ihn zur Herausgabe des Geldes zu nötigen. Als der Geschädigte sein Geld aus der Tasche holte, um es dem Angeklagten zu übergeben, fiel es jedoch durch die Schläge zwischen Sträucher und Laub zu Boden und konnte nicht wiedergefunden werden.



Hinsichtlich des Delikttyps spielt die Bereicherung eine große Rolle. Durch die Bereicherungsabsicht wird der Betrugstatbestand als Vermögensverschiebungsdelikt gekennzeichnet.³⁹⁵ Das Unrechtswesen des Betrugs besteht nicht darin, dass der Täter das Vermögen eines anderen durch Täuschung schädigt, sondern darin, dass er die Schädigung in der auf die Bereicherung gerichteten Absicht bewirkt. Somit ist der Betrug kein Fall einer listigen Vermögensschädigung, sondern ein Bereicherungsdelikt.³⁹⁶ Aus dieser Struktur ergibt sich, dass der Schaden des Opfers und die Bereicherung des Täters nicht zwei isoliert zu sehende Umstände sind, sondern – wenn auch nicht im wörtlichen Sinne – durch die Vermögensverfügung ein „Transport“ von Vermögensgegenständen vom Opfer zum Täter stattfinden muss.³⁹⁷

Schließlich ist die Frage, ob der Betrugstatbestand zu den unvollkommenen zweiaktigen oder den erfolgskupierten Delikten gehört, ohne größere Schwierigkeiten zu beantworten. Da beim Betrug die Vermögensverfügung des Getäuschten, die durch die Täuschung und den anschließenden Irrtum bewirkt wird, sowohl eine Vermögensschädigung ist als auch eine Vermögensverschiebung hervorruft, besteht der Betrugstatbestand aus einem Akt. Entsprechend gehört er zu den erfolgskupierten Delikten.³⁹⁸

b) Strafbarkeitseinschränkende Funktion

Hinsichtlich des geschützten Rechtsguts kommen dem Absichtsmerkmal, das im objektiven Tatbestand keine Entsprechung findet, zwei Funktionen zu. Zum Teil wird in der Literatur vertreten, dass die Bereicherungsabsicht eine den Schutz des Rechtsguts verstärkende Funktion habe.³⁹⁹ Nach dieser Auffassung verlegt der Gesetzgeber den Schwerpunkt der Verteidigung gegenüber dem Rechtsbrecher ins Vorfeld des Angriffes, um nicht abwarten zu müssen, bis der Täter den erstrebten Erfolg (die Bereicherung) wirklich erlangt, um dann erst mit der Vollendungsstrafe einzugreifen.⁴⁰⁰ Diese Auffassung ist nur insoweit gerechtfertigt, als man unter dem geschützten Rechtsgut des Betrugs z. B. eine nicht rechtswidrige Vermögensumkehrung versteht. Bekanntlich ist das geschützte Rechtsgut des Betrugs nach dem einhelligen Gesetzeswortlaut aber ausschließlich das Vermögen des Geschädigten. Deswegen vollendet der Täter den Betrug mit dem

³⁹⁵ LK-Tiedemann, 12. Aufl., § 263 Rn. 248; NK-Kindhäuser, § 263 Rn. 352; Roxin, Strafrecht AT I, § 10 Rn. 70, 72; Ranft, Jura 1992, 66, 76.

³⁹⁶ Roxin, Strafrecht AT I, § 12 Rn. 13.

³⁹⁷ BGHSt 6, 115, 116.

³⁹⁸ NK-Kindhäuser, § 263 Rn. 352; SSW-Satzger, StGB, § 263 Rn. 291; LK-Tiedemann, 12. Aufl., § 263 Rn. 248.

³⁹⁹ Vgl. Maurach/Zipf, Strafrecht AT, § 20 III Rn. 39.

⁴⁰⁰ Maurach/Zipf, Strafrecht AT, § 20 III Rn. 39.



Eintritt des Vermögensschadens, und zugleich kann die Vollendungsstrafe dem Täter angedroht werden. Somit scheint es evident, dass die Bereicherungsabsicht beim Betrug nicht die Funktion hat, den Schutz des Rechtsguts zu verstärken.

Hingegen hat die Bereicherungsabsicht beim Betrug nach richtiger Ansicht die Funktion, die Strafbarkeit aus § 263 StGB zu beschränken.⁴⁰¹ Bekanntlich pönalisiert das Strafrecht nicht uneingeschränkt alle Angriffe gegen das Vermögen. Es verbietet nur bestimmte Verhaltensweisen. Im einzelnen Tatbestand sind diese unwerten Verhaltensweisen bestimmt. Beim Betrug wird als tatbestandliches Verhalten die Täuschung, bei der Erpressung die Nötigung und bei der Untreue die Pflichtverletzung verlangt. Beim Betrug sieht das Strafrecht eine Strafdrohung bei einem Vermögensschaden durch Täuschung und die daraus resultierende Verfügung vor. Hier muss zu dem durch die Täuschung bewirkten Vermögensschaden und zu dem darauf gerichteten Vorsatz die Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, hinzukommen. Dadurch wird der Vermögensschutz im Betrugstatbestand relativiert. Aus dieser Struktur lässt sich die Funktion der Bereicherungsabsicht, den Vermögensschutz zu beschränken, erkennen.

2. Begriffsbestandteile der Bereicherungsabsicht

a) Absicht

Wie schon erwähnt, gehören die Absichtsmerkmale bei den kupperten Erfolgsdelikten zu subjektiven Unrechtsmerkmalen.⁴⁰² Auch ist die Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, kein besonderes persönliches Merkmal, sondern nur ein subjektives Unrechtsmerkmal. Bezüglich der Bereicherungsabsicht im Sinne des § 263 StGB ist es heute weitgehend unumstritten, dass man unter dem auf einen Vorteil gerichteten Willen des Täters den *dolus directus* 1. Grades versteht.⁴⁰³ Das Gleiche wie beim *dolus directus* 1. Grades gilt für die Bereicherungsabsicht des Betrugstatbestands. Somit muss es bei der Täuschungs-

⁴⁰¹ So LK-Tiedemann, 12. Aufl., § 263 Rn. 253; Jerouschek, GA 1999, 417, 419 f.; Lenckner, NJW 1967, 1890, 1894; Rengier, JZ 1990, 321, 324 f.

⁴⁰² Auch so LK-Lackner, 10. Aufl., § 263 Rn. 260.

⁴⁰³ Fischer, StGB, § 263 Rn. 190; LK-Lackner, 10. Aufl., § 263 Rn. 261; Lackner/Kühl, StGB, § 263 Rn. 58; LK-Tiedemann, 12. Aufl., § 263 Rn. 249; Schönke/Schröder-Perron, StGB, § 263 Rn. 176; SSW-Satzger, StGB, § 263 Rn. 293; Jerouschek, GA 1999, 416, 419; Lenckner, NJW 1967, 1980, 1981; Ranft, Jura 1992, 66, 76; Samson, JA 1978, 625, 630; ders., JA 1989, 449, 454; Seelmann, JuS 1982, 748; dagegen Rengier, JZ 1990, 321, 324 f.



handlung dem Täter darauf ankommen, sich oder einem Dritten Vermögensvorteile zu verschaffen. Dabei muss der auf die Vorteilerlangung gerichtete Wille weder die eigentliche Triebfeder noch das in erster Linie erstrebte Ziel seines Handelns sein.⁴⁰⁴ Eine Bereicherungsabsicht lässt sich bejahen, wenn der Täter als Provisionsvertreter seinem Geschäftsherrn einen Vorteil verschaffen will, um daraus später die Auszahlung der Provision zu erlangen.⁴⁰⁵ Dies lässt sich auch daraus folgern, dass es für die Absicht im technischen Sinne ausreichend ist, wenn der erstrebte Erfolg als Zwischenziel dahinter stehenden Zielen des Täters dient.⁴⁰⁶

Auf der kognitiven Seite genügt es, dass der Täter eine Möglichkeit der Vorteilerlangung sieht. Die Erwägung einer erfolgreichen Bereicherung kann das Vorliegen der Absicht nicht ausklammern.⁴⁰⁷ Der Rechtsprechung zufolge genügt es, dass der Täter den Erfolg, auf den es ihm ankommt, mindestens für möglich hält.⁴⁰⁸ Auf der voluntativen Seite ist es hingegen noch umstritten, unter welchen Voraussetzungen ein Vermögensvorteil als beabsichtigt anzusehen ist. Insbesondere entstehen Schwierigkeiten in den Fällen, in denen die Vermögenserlangung nicht das Hauptziel des Willens ist. Das ist der Fall, wenn der Täter einen Bereicherungserfolg als das notwendige Zwischenziel anstrebt oder als unvermeidbare Nebenfolge sicher voraussieht.

Nach der Rechtsprechung ist es entscheidend, ob der als sicher eintretend vorausgesehene Bereicherungserfolg dem Täter innerlich erwünscht oder unerwünscht ist.⁴⁰⁹ Der Bereicherungserfolg kann dem Täter unerwünscht sein, „wenn er ihn als peinliche oder lästige Folge seines Handelns, das auf ein anderes Ziel oder mehrere andere Ziele gerichtet ist, hinnimmt, weil er glaubt, sonst sein Ziel zu verfehlen.“⁴¹⁰ Demgegenüber komme es ihm bei seinem täuschenden und vermögensschädigenden Verhalten auf den Bereicherungserfolg an, wenn der Vermögensvorteil als sicher vorausgesehener und gewollter Erfolg ihm erwünscht ist.⁴¹¹ Nach diesem Maßstab wurde die Betrugsstrafbarkeit eines Tierarztes, der seinem gebührenpflichtigen Auftraggeber, dem Veterinäruntersuchungsamt, falsche Blutproben von Rindern zuleitete, weil die in Wirklichkeit zu

⁴⁰⁴ RGSt. 27, 217, 220; 44, 87, 91; BGHSt 16, 1 (Leitsatz); BGH NJW 2009, 2900, 2902; auch NK-Kindhäuser, § 263 Rn. 353; LK-Lackner, 10. Aufl., § 263 Rn. 261; LK-Tiedemann, 12. Aufl., § 263 Rn. 250.

⁴⁰⁵ BGHSt 21, 384, 386; auch BGH NJW 1961, 684.

⁴⁰⁶ Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben/Schuster, StGB, § 15 Rn. 66; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, S. 297; Kühl, Strafrecht AT, § 5 Rn. 35; Roxin, Strafrecht AT I, § 12 Rn. 10; Satzger, Jura 2008, 112, 116; Witzigmann, JA 2009, 488, 489.

⁴⁰⁷ Auch so LK-Lackner, 10. Aufl., § 263 Rn. 263; LK-Tiedemann, 12. Aufl., § 263 Rn. 249; Schönke/Schröder-Perron, StGB, § 263 Rn. 176.

⁴⁰⁸ BGHSt 18, 246, 248; 21, 283, 284 (in der Erläuterung der Verdeckungsabsicht nach § 211 StGB).

⁴⁰⁹ BGHSt 16, 1, 6.

⁴¹⁰ BGHSt 16, 1, 6.

⁴¹¹ Vgl. BGHSt 16, 1, 6.



untersuchenden Tiere 45 km entfernt auf einer Weide in Pflege waren und ihm die weite Fahrt dorthin zu lästig war, verneint: „Da der Angeklagte die Erlangung dieses Geldes innerlich ablehnte und nur als unerwünschte, peinliche und lästige Nebenfolge seines Verhaltens in Kauf nahm, hatte er nicht die Absicht, sich diese Geldbeträge als Vermögensvorteil zu verschaffen“.⁴¹² Auch wurde ein Berliner Polizist, der bei einer Dienstreise durch die damalige DDR verbotswidrig einen PKW benutzte und die Fahrt später als Flugreise abrechnete, um sein Dienstvergehen zu verdecken, vom Betrugsvorwurf freigesprochen.⁴¹³ Hingegen hat der BGH die Bereicherungsabsicht anhand desselben Kriteriums im Arztpraxis-Fall,⁴¹⁴ in dem der Täter im Wartezimmer eines Arztes etwas stehlen wollte und sich – wider Erwarten vom Arzt aufgerufen – zur Verhütung der Entlarvung als Dieb krank stellte und die Leistung der ärztlichen Behandlung annehmen musste, bejaht.⁴¹⁵ Nach der Auffassung des BGH war in diesem Fall die Inanspruchnahme der ärztlichen Leistung keine „peinliche oder lästige Nebenfolge“, sondern vom Streben des Angeklagten mit umfasst.

Das Schrifttum teilt die Auffassung der Rechtsprechung zu einem erheblichen Teil.⁴¹⁶ Allerdings weist eine beachtliche Mindermeinung zunächst darauf hin, dass sich die Auffassung der Rechtsprechung von der Definition der Absicht als zielgerichtetes Wollen entferne.⁴¹⁷ Sie kritisiert, dass sich schon unter praktischen Erwägungen zwischen erwünschter und unerwünschter Nebenfolge kaum sachgerecht differenzieren lasse.⁴¹⁸ Ferner sei das Kriterium von „erwünscht/unerwünscht“ allenfalls von indizieller Bedeutung im Hinblick auf den erforderlichen zielgerichteten Erfolgswillen.⁴¹⁹

Rengier hat entsprechend einen anderen Weg vorgeschlagen. Ihm zufolge lassen sich sinnvolle Kriterien dafür, was Nebenziel, Zwischenziel oder (nur) eine Nebenfolge ist, nicht finden.⁴²⁰ Halte man die Auffassung der Rechtsprechung für richtig, so mache man die Strafbarkeit von kaum aufklärbaren, manipulierbaren inneren Motiven und Gefühlen abhängig.⁴²¹ Er definiert

⁴¹² OLG Köln JR 1970, 468, 469.

⁴¹³ KG NJW 1957, 882 ff.

⁴¹⁴ BGH vom 13.4.1965 – 5 StR 93/65.

⁴¹⁵ BGH vom 13.4.1965 – 5 StR 93/65; ablehnend LK-*Lackner*, 10. Aufl., § 263 Rn. 262; *Gehrig*, Der Absichtsbegriff, S. 76, 78.

⁴¹⁶ *Fischer*, StGB, § 263 Rn. 190; MK-*Hefendehl*, § 263 Rn. 725; SSW-*Satzger*, StGB, § 263 Rn. 293; LK-*Tiedemann*, 12. Aufl., § 263 Rn. 253.

⁴¹⁷ Vgl. *Oehler*, NJW 1966, 1633, 1635 f.; auch *Rengier*, JZ 1990, 321, 322.

⁴¹⁸ *Oehler*, NJW 1966, 1633, 1635 f.

⁴¹⁹ Vgl. *Gehrig*, Der Absichtsbegriff, S. 75 ff.; auch *Witzigmann*, JA 2009, 488, 490.

⁴²⁰ *Rengier*, JZ 1990, 321, 323.

⁴²¹ Vgl. *Rengier*, JZ 1990, 321, 322.



hingegen die Absicht wie folgt: „Absicht (im Sinne des § 263 StGB) ist der zielgerichtete, motivfreie Erfolgswille, der den (Bereicherungs-)Erfolg als Endziel, Zwischenziel oder sicher vorausgesehene unvermeidliche Nebenfolge anstreben kann.“⁴²² Danach kann die Bereicherungsabsicht auch eine als sicher vorhergesehene unerwünschte Nebenfolge erfassen. Aber obwohl die Lösung *Rengiers* eine klare Unterscheidung ermöglicht, ist ihr nicht zuzustimmen, weil sie die Gefahr der Strafausdehnung mit sich bringt und somit die strafbarkeitsbeschränkende Funktion der Bereicherungsabsicht des § 263 StGB außer Acht lässt.⁴²³ Ferner könnte dieser umfassende Absichtsbegriff die überkommene Differenzierung zwischen *dolus directus* 1. Grades und *dolus directus* 2. Grades verwässern.⁴²⁴

b) Vermögensvorteil

Der Vermögensvorteil ist die Kehrseite des Vermögensschadens. Der Vermögensvorteil bedeutet immer eine günstigere Gestaltung der Vermögenslage, sei es durch unmittelbare Vermögensmehrung, sei es durch die Verhinderung der Vermögensminderung.⁴²⁵ Dabei ist der Vermögensvorteil nach denselben Kriterien wie der Vermögensschaden zu bestimmen, also anhand der Saldierung von Aktiva und Passiva zu ermitteln.⁴²⁶ Da nur die Erhöhung des wirtschaftlichen Vermögenswertes bei der Feststellung des Vermögensvorteils in Betracht kommt, bleiben alle nicht geldwerten Vorteile außer Betracht. Entsprechend ist z. B. in der Abwehr von Straf- und Bußgeldansprüchen sowie Verwarnungsgeldern, Eingehen einer reichen Ehe, Erlangung des Geschlechtsverkehrs etc. kein Vermögensvorteil zu sehen.⁴²⁷ Dagegen können alle Umstände, die für das Opfer einen Schaden, einschließlich des Gefährdungsschadens, darstellen, auf der Seite des Begünstigten auf einen Vermögensvorteil hinweisen. Die Erlangung von Kredit durch Wechseldiskontierung⁴²⁸ ist ein Vermögenswertvorteil für den Begünstigten. Für vermögensstei-

⁴²² Vgl. *Rengier*, JZ 1990, 321, 326.

⁴²³ Auch kritisch LK-*Tiedemann*, 12. Aufl., § 263 Rn. 253; *Jerouschek*, GA 1999, 417, 419 f.; auch *Dencker*, Grünwald-FS, S. 78 f.; *von Selle*, JR 1999, 309, 310.

⁴²⁴ Auch so *von Selle*, JR 1999, 309, 310.

⁴²⁵ LK-*Lackner*, 10. Aufl., § 263 Rn. 264; auch MK-*Hefendehl*, § 263 Rn. 690 f.; NK-*Kindhäuser*, § 263 Rn. 357; LK-*Tiedemann*, 12. Aufl., § 263 Rn. 254.

⁴²⁶ MK-*Hefendehl*, § 263 Rn. 691; *Seelmann*, JuS 1982, 748; dagegen vertritt *Dencker*, Grünwald-FS, S. 86 ff. die Meinung, dass bei ein und demselben Leistungsaustausch im Extremfall der Saldo auf beiden Seiten negativ ausfalle, insbesondere wenn es sich um ein Durchgangsstadium handele. Ferner sei der Vorteil als Innehaben eines bestimmten Vermögensgegenstands zu bestimmen.

⁴²⁷ Eingehend LK-*Tiedemann*, 12. Aufl., § 263 Rn. 254.

⁴²⁸ RGSt. 12, 395, 396.



gernd hält man das Abwenden des drohenden Verlusts eines Vermögensgegenstands⁴²⁹ sowie die Nichterbringung einer geschuldeten Leistung durch den Schuldner oder Dritte⁴³⁰. Der BGH hat die Abwendung von Schadensersatzansprüchen und damit die Befreiung von einer Verbindlichkeit durch die Fälschung von Krankenunterlagen als vorteilhaftig anerkannt.⁴³¹ Beim Beweismittelbetrug stellt die Verbesserung der Beweislage einen Vermögensvorteil dar.⁴³²

c) Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Bereicherung

Der von dem Täter angestrebte Vermögensvorteil muss rechtswidrig sein. Nach der heute allgemeinen Ansicht ist der Vorteil rechtswidrig, wenn der Täter keinen Rechtsanspruch auf den angestrebten Vorteil hat. Im Gegensatz dazu fehlt es an der Rechtswidrigkeit, wenn ein fälliger und einredefreier Anspruch dem angestrebten Vermögensvorteil gegenübersteht.⁴³³ In diesem Fall erlangt der Täter trotz eines unerlaubten Verhaltens das, was ihm nach der materiellen Rechtsordnung zusteht; der angestrebte Vermögensvorteil ist von der Rechtsordnung gedeckt. Entscheidend ist die Bewertung im betreffenden privaten bzw. öffentlichen Rechtsgebiet. Aber die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Vorteils muss nicht unbedingt von der gegebenenfalls ergangenen zivilrechtlichen Entscheidung abhängen. So steht geschrieben, dass der Tatrichter die sachliche Rechtslage selbst zu beurteilen, sowie ausreichende Feststellungen dazu zu treffen habe und an Entscheidungen des Zivilgerichts nicht gebunden sei.⁴³⁴ Unter fälligen und einredefreien Ansprüchen versteht man diejenigen, die von Einreden und Einwendungen, aber auch von Anfechtungs-, Rücktritts-, Widerrufs-, Kündigungs-, Wandlungs- und Minderungsrechten frei sind.⁴³⁵ Ferner ist es bei der Beurteilung belanglos, ob der verfolgte oder abgewehrte Anspruch obligatorisch oder dinglich ist und ob es sich um eine Gattungs-, Spezies- oder Geldschuld handelt.⁴³⁶

⁴²⁹ RGSt. 73, 296.

⁴³⁰ OLG Stuttgart NJW 1962, 502, 503.

⁴³¹ BGHSt 42, 268 ff.

⁴³² BGHSt 3, 160, 162.

⁴³³ RGSt 5, 352, 353 f.; 26, 353, 354; 44, 203; 57, 370 f.; BGHSt 3, 160; 19, 206, 215 f.; 20, 136, 137 f.; BGH NSTz 1998, 216; BGH StV 2009, 357, 358; BGH NSTz 2010, 391; BayObLG StV 1990, 165; MK-Hefendehl, § 263 Rn. 729; NK-Kindhäuser, § 263 Rn. 372; LK-Tiedemann, 12. Aufl., § 263 Rn. 265.

⁴³⁴ BayObLG StV 1990, 165 (Orientierungssatz); auch Fischer, StGB, § 263 Rn. 191f.; LK-Tiedemann, 12. Aufl., § 263 Rn. 264.

⁴³⁵ LK-Tiedemann, 12. Aufl., § 263 Rn. 265.

⁴³⁶ LK-Tiedemann, 12. Aufl., § 263 Rn. 265.



Die Rechtswidrigkeit lässt sich nicht aus den eingesetzten Mitteln ableiten. Das unerlaubte Verhalten, z. B. die Täuschung beim Betrug bzw. die Nötigung bei der Erpressung, macht nicht zugleich den erstrebten Vorteil rechtswidrig.⁴³⁷ Wenn der Täter durch ein unerlaubtes Verhalten das Vermögen des anderen erschleicht, diese Vermögensverschiebung aber der materiellen Rechtsordnung entspricht, entfällt die Rechtswidrigkeit der Bereicherung: „Wer den Richter durch unwahre Angaben im Prozess täuscht, um einem rechtlich begründeten, aber möglicherweise, etwa wegen Beweisschwierigkeiten gefährdeten Klageanspruch zum Erfolg zu verhelfen, ist weder wegen vollendeten noch wegen versuchten Betrugs strafbar.“⁴³⁸ Maßgebend ist also allein, ob das mit der Täuschung verfolgte Endziel der Rechtsordnung entspricht: „Auf die Art des täuschenden Mittels kommt es nicht an.“⁴³⁹

Das Merkmal „Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils“ wird allgemein in den objektiven Tatbestand eingeordnet.⁴⁴⁰ Somit muss der Täter, als ein vorsätzlich Handelnder, Kenntnis von der zum objektiven Straftatbestand gehörenden Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils haben. Allerdings reicht dafür ein bedingter Vorsatz aus.⁴⁴¹ Zum Teil wird im Schrifttum vertreten, dass die Absicht sich auf den Vorteil sowie auf dessen Rechtswidrigkeit beziehen müsse.⁴⁴² Denn das Gesetz gebe keinen Anlass, hinsichtlich der Rechtswidrigkeit weiter nach deren einzelnen Voraussetzungen einerseits und der entsprechenden Schlussfolgerung andererseits zu differenzieren.⁴⁴³ Es bleibe vielmehr dabei, dass die Rechtswidrigkeit insgesamt, also auch als Normativum, Gegenstand der Absicht sein müsse.⁴⁴⁴

Dem ist nicht zuzustimmen. Zunächst ist fraglich, ob der Täter wirklich die Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils wollen kann. Wie erwähnt ist es möglich, dass das eingesetzte Verhalten, das nach einer Zielvorstellung eingerichtet wird, mit der Rechtswidrigkeit des Vorteils nichts zu tun hat. Entscheidend ist für die Bewertung der Rechtswidrigkeit vielmehr, ob ein fälliger und einredefreier Anspruch dem angestrebten Vermögensvorteil gegenübersteht. Sie wird bei der Täuschungshandlung schon vorausgesetzt oder ist allenfalls ein begleitender Umstand. Die Rechts-

⁴³⁷ BGH NStZ 2003, 663; BGH wistra 1982, 68; auch *Hefendehl*, § 263 Rn. 736; *Lackner/Kühl*, StGB, § 263 Rn. 61; *SSW-Satzger*, StGB, § 263 Rn. 305; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, § 13 Rn. 586.

⁴³⁸ BGHSt 3, 160 (Leitsatz); 42, 268, 271.

⁴³⁹ BGH wistra 1982, 68 f.

⁴⁴⁰ BGH NJW 1953, 1479, 1480; auch *Hefendehl*, § 263 Rn. 727.

⁴⁴¹ *NK-Kindhäuser*, § 263 Rn. 371; *LK-Tiedemann*, 12. Aufl., § 263 Rn. 728; *Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben/Schuster*, StGB, § 15 Rn. 70; *Roxin*, Strafrecht AT I, § 12 Rn. 9.

⁴⁴² *Walter*, Betrugsstrafrecht, S. 279 f.

⁴⁴³ Vgl. *Walter*, Betrugsstrafrecht, S. 279 f.

⁴⁴⁴ Vgl. *Walter*, Betrugsstrafrecht, S. 279 f.



widrigkeit kann man nicht beabsichtigen, sondern nur kennen. *Jescheck/Weigend* erklären zu den Gegenständen der Absicht: „Die Absicht des Täters kann immer nur auf etwas Zukünftiges gerichtet sein. Hinsichtlich der der Tat vorausgehenden oder sie begleitenden Umstände spricht man nicht von Absicht, sondern von Gewissheit.“⁴⁴⁵ Hinsichtlich der Rechtswidrigkeit des Vorteils kann es so nur auf das Wissen des Täters ankommen.⁴⁴⁶ Dafür ist somit der bedingte Vorsatz ausreichend.

Die falsche Annahme über die Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils unterliegt dem Tatbestandsirrtum gemäß § 15 StGB. Dies lässt sich logisch daraus folgern, dass das Merkmal „Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils“ im Rahmen eines objektiven Tatbestands klassifiziert wird. Demzufolge handelt der Täter ohne Vorsatz, wenn er fälschlicherweise davon ausgeht, einen fälligen und einredefreien Anspruch auf den erstrebten Vorteil zu haben. Dafür genügt aber nicht schon die vage Vorstellung eines möglichen Anspruchs. Ebenso wenig ist es ausreichend, dass der Täter sich lediglich als Inhaber einer Forderung fühlt.⁴⁴⁷ Vielmehr muss sich die Vorstellung des Täters bis dahin verdichten, „dass dieser Anspruch auch von der Rechtsordnung anerkannt wird und er seine Forderung demgemäß mit gerichtlicher Hilfe in einem Zivilprozess durchsetzen könnte“⁴⁴⁸. Im Gegenzug befindet sich der Täter in einem umgekehrten Tatbestandsirrtum, wenn er von einem objektiv bestehenden Anspruch nichts weiß. Dies kann auch zur Strafbarkeit wegen untauglichen Versuchs führen.⁴⁴⁹

Die Bedeutung des Merkmals „Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils“ wird je nach Standpunkt gegenüber dem Vermögens- und Schadensbegriff divergent bewertet. In der juristisch-ökonomischen Vermögenslehre wird die Funktion des Merkmals als gering eingeschätzt. Da bereits bei der Bestimmung des Schadens rechtliche Zuordnungskriterien berücksichtigt würden, komme dem Merkmal auf der Grundlage der juristisch-ökonomischen Vermittlungslehre keine

⁴⁴⁵ *Jescheck/Weigend*, Strafrecht AT, S. 298.

⁴⁴⁶ Zum Gegenstand des Willenselements eingehend *Satzger*, Jura 2008, 112, 113: „Zusammenfassend lässt sich daher sagen, dass das Willenselement nur im Hinblick auf die Tathandlung und (bei Erfolgsdelikten) den Taterfolg von Bedeutung ist. Nur diese kann man verwirklichen wollen.“ Vgl. auch *Kühl*, Strafrecht AT, § 5 Rn. 6.

⁴⁴⁷ *SSW-Satzger*, StGB, § 263 Rn. 295.

⁴⁴⁸ BHG NSTZ 2004, 37, 38; so auch *SSW-Satzger*, StGB, § 263 Rn. 311.

⁴⁴⁹ BGHSt 42, 268, 272 f.; auch *SSW-Satzger*, StGB, § 263 Rn. 312.



selbstständige Bedeutung zu.⁴⁵⁰ Von diesem Standpunkt aus ist in Fällen, in denen mangels Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils der Betrugstatbestand ausscheidet, bereits der Vermögensschaden problematisch.⁴⁵¹ Da der Vermögensverlust des Opfers mit der Befreiung von der betreffenden Verbindlichkeit ausgeglichen werden kann, wird der Vermögensschaden verneint. Es fehlt in dem sog. Selbsthilfebetrug bereits an einem Vermögensschaden, wenn der Täter zur Erfüllung des fälligen und einrede freien Anspruchs mit List den Schuldner zur Zahlung veranlasst oder wenn er mit einem gefälschten Beweismittel die Abwehr eines nicht bestehenden Anspruchs erreicht.⁴⁵²

Nach der wirtschaftlichen Vermögenslehre lässt sich hingegen der Vermögensschaden in beiden Fällen mit der Begründung anerkennen, dass ein Anspruch wirtschaftlich weniger wert sei als die Innehabung der beanspruchten Sache und damit die Befreiung von einer Verbindlichkeit, die ein Schuldner aufgrund von etwas tatsächlich Geleistetem gegenüber dem Täter gewinnt, kein vollkommener Ausgleich sein könne. Entsprechend lasse sich der Betrugstatbestand nur mit der Prüfung der Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils ausschließen.⁴⁵³ Auf diesem Wege würden die Auswirkungen des rein wirtschaftlichen Vermögensbegriffs eine Korrektur und damit der Betrugstatbestand eine Begrenzung erfahren.⁴⁵⁴

d) Stoffgleichheit

aa) Bedeutung der Stoffgleichheit

Beim Betrugstatbestand müssen der Vermögensvorteil des Bereicherten und der Vermögensschaden des Opfers in einer bestimmten Weise miteinander zusammenhängen. Dieser Zusammenhang wird unter dem Begriff der „Stoffgleichheit“ diskutiert.⁴⁵⁵ Die Anforderung der Stoffgleichheit kann aus der Struktur des Betrugstatbestands als Vermögensverschiebungsdelikt logisch abgeleitet werden. Aber trotz der überwiegenden Einigkeit über das Erfordernis der Stoffgleichheit ist die Frage, wie sich Vorteil und Schaden aufeinander beziehen sollen, weder in

⁴⁵⁰ Vgl. Schönke/Schröder-Perron, StGB, § 263 Rn. 171; so auch NK-Kindhäuser, § 263 Rn. 372; Lackner/Kühl, StGB, § 263 Rn. 61; Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht BT, § 20 Rn. 124; Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht BT 1, § 41 Rn. 145.

⁴⁵¹ So auch Lackner/Kühl, StGB, § 263 Rn. 61; Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht BT, § 20 Rn. 124.

⁴⁵² Lackner/Kühl, StGB, § 263 Rn. 61.

⁴⁵³ So Krey/Hellmann/Heinrich, Strafrecht BT, § 11 Rn. 693.

⁴⁵⁴ Vgl. Schönke/Schröder-Perron, StGB, § 263 Rn. 173.

⁴⁵⁵ Zur Verwendung der ungenauen Terminologie „Stoffgleichheit“ siehe Wessels/Hillenkamp, Strafrecht BT 2, § 13 Rn. 588.



der Rechtsprechung noch im Schrifttum abschließend aufgeklärt. Dies kann man auch in den vielfältigen Beschreibungen der Stoffgleichheit erkennen. Zum Teil wird verlangt, dass der Vorteil die Kehrseite des Schadens sein muss und sie sich einander entsprechen müssen⁴⁵⁶ oder dass Vermögensvorteil und Vermögensnachteil miteinander korrespondieren.⁴⁵⁷ Ferner versteht man unter der Stoffgleichheit ein Unmittelbarkeitsprinzip⁴⁵⁸ bzw. sieht in ihr ein Problem der objektiven Zurechnungslehre.

Im Hinblick auf die Konkretisierung der Stoffgleichheit hat die Identitätstheorie, die auf der Basis der strengen juristischen Vermögenslehre von *Merkel* gründet⁴⁵⁹ und von *Binding* umfangreich übernommen wurde,⁴⁶⁰ den Grundstein gelegt. Danach muss der Vermögensvorteil unter Wahrung seiner inhaltlichen Identität vom Opfer direkt zum Bereicherten transportiert werden. Auf einer ähnlichen Linie hat das OLG Hamm ausgeführt: „Es genügt, dass der Getäuschte durch seine Verfügung das Vermögen eines anderen schädigt und dieser Vermögensschaden dem Täter zuwächst“.⁴⁶¹ Geht man hingegen von der wirtschaftlichen Vermögensauffassung aus, muss die auf der Substanzgleichheit beruhende Identitätstheorie ihre Bedeutung verlieren. Da in der wirtschaftlichen Vermögensauffassung der Schwerpunkt auf die Wertverschiebung gelegt wird und diese durch die Saldierung von Aktiva und Passiva festgestellt werden kann, muss eine Überführung des Vermögensgegenstands unter Wahrung seiner substantiellen Identität nicht mehr eine strenge Voraussetzung sein. Ferner wird die eigenständige Bedeutung der Stoffgleichheit zum Teil abgewertet. Danach kann das Ziel der Stoffgleichheit, externe Vermögensvorteile zu eliminieren, durch die Klarstellung des Verhältnisses von Vermögensschaden, Exspektanz und endgültigem Vermögensvorteil erreicht werden.⁴⁶²

Heute verlangt niemand für die Stoffgleichheit eine Substanzgleichheit im Sinne der Identitätstheorie. Auch gibt es keine Auffassung, in der die Stoffgleichheit mit einer ausgleichenden Wertverschiebung vom Opfer zum Bereicherten gleichgesetzt wird. Vielmehr versteht man unter der Stoffgleichheit überwiegend eine Unmittelbarkeit des betreffenden Vermögenstransports.⁴⁶³

⁴⁵⁶ BGHSt 6, 115, 116.

⁴⁵⁷ BayObLG NstZ 1994, 491, 492; zur uneinheitlichen Formulierung der Stoffgleichheit siehe LK-*Lackner*, 10. Aufl., § 263 Rn. 266.

⁴⁵⁸ SSW-*Satzger*, StGB, § 263 Rn. 295ff.; *Jäger*, JuS 2010, 761, 765; *Wittig*, JA 2013, 401, 404.

⁴⁵⁹ *Merkel*, Kriminalistische Abhandlung II, S. 118.

⁴⁶⁰ *Binding*, Lehrbuch BT II 1, S. 340, 364.

⁴⁶¹ OLG Hamm NJW 1958, 513.

⁴⁶² Vgl. MK-*Hefendehl*, § 263 Rn. 713.

⁴⁶³ BGHSt 34, 379, 391; *Küper*, Strafrecht BT, S. 89; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, § 13 Rn. 588; *Jäger*, JuS 2010, 761, 765 f.; *Otto*, Jura 2002, 606, 614; *Wittig*, JA 2013, 401, 404.



Danach kann die Unmittelbarkeit bejaht werden, wenn der Vorteil und der Schaden auf derselben Vermögensverfügung beruhen und der Vorteil zu Lasten des geschädigten Vermögens geht.⁴⁶⁴ Dabei wird ein der Höhe nach mit dem Schaden identischer Vorteil nicht vorausgesetzt.⁴⁶⁵

bb) Ausscheidung des externen Vorteils und mittelbaren Schadens bzw. Folgeschadens

Der Betrugstatbestand scheidet nach ganz einhelliger Ansicht aus, wenn es bei der Prüfung der Stoffgleichheit um einen externen Vorteil geht.⁴⁶⁶ Repräsentativ für einen externen Vermögensvorteil ist die Belohnung eines Dritten für die Schädigung eines anderen. Hierher gehört beispielsweise der Fall, dass der Täter gegenüber einem Handwerker vortäuscht, Eigentümer des betreffenden Wohnhauses zu sein, um durch die Beauftragung des Handwerkers sich auch gegenüber den Mietern als Eigentümer ausgeben zu können und dadurch an Mieteinnahmen zu gelangen.⁴⁶⁷ In diesem Fall fehlt es nach dem BGH an der erforderlichen Stoffgleichheit zwischen dem Schaden des Handwerkers und dem vom Täter erstrebten Vermögensvorteil.⁴⁶⁸

Dasselbe gilt für die mittelbaren Schäden, die der Getäuschte durch Vornahme weiterer Handlungen nach der täuschungsbedingten Verfügung und dem Eintritt des Vermögensschadens herbeiführt, und auch für die Folgeschäden, die z. B. aus der Nichtdurchführung eines Vertrags resultieren. In dieser Fallgruppe ist die Unmittelbarkeit zu bezweifeln, soll doch sichergestellt werden, dass die Schäden nicht aus der Vermögensverfügung, die zugleich den Vermögensvorteil angestrebt hat, ableitbar sind. Einschlägige Beispiele sind entgehendes Arbeitsentgelt nach täuschungsbedingter Kündigung einer Arbeitsstelle im Hinblick auf einen vom Täter in Aussicht gestellten anderweitigen Vertragsschluss,⁴⁶⁹ Prozesskosten⁴⁷⁰ oder Zinsen sowie Rechtsanwalts- oder Notarkosten⁴⁷¹.

⁴⁶⁴ BGHSt 34, 379, 391; auch *Fischer*, StGB, § 263 Rn. 187; *Lackner/Kühl*, StGB, § 263 Rn. 59; *LK-Lackner*, 10. Aufl., § 263 Rn. 274; *SSW-Satzger*, StGB, § 263 Rn. 295; *Rengier*, Strafrecht BT I, § 13 Rn. 249; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, § 13 Rn. 588; *Jäger*, JuS 2010, 761, 765 f.; *Otto*, Jura 2002, 606, 614; *Wittig*, JA 2013, 401, 404.

⁴⁶⁵ Vgl. BGHSt 34, 379, 391; auch *Seelmann*, JuS 1982, 748, 749.

⁴⁶⁶ *LK-Lackner*, 10. Aufl., § 263 Rn. 268; *Schönke/Schröder-Perron*, StGB, § 263 Rn. 168; *Küper*, Strafrecht BT, S. 89.

⁴⁶⁷ BGH NStZ 2001, 650.

⁴⁶⁸ BGH NStZ 2001, 650; auch *Schönke/Schröder-Perron*, StGB, § 263 Rn. 168; *LK-Tiedemann*, 12. Aufl., § 263 Rn. 258 mit weiteren Beispielen; *Otto*, Jura 2002, 606, 614.

⁴⁶⁹ BGH NStZ 1998, 85 f.

⁴⁷⁰ BGH NStZ 1998, 570.

⁴⁷¹ BGH NStZ 2002, 433, 434.



cc) Provisionsvertreterbetrug

Der sog. Provisionsvertreterbetrug kann ebenfalls ein repräsentatives Beispiel für extern entstandene Vorteile sein. Dabei geht es darum, dass der Provisionsvertreter den Kunden durch täuschende Angabe zur Bestellung einer für den Getäuschten unbrauchbaren Ware veranlasst und diese zwecks Provisionierung seiner Firma einreicht. In solchen Fällen wurde die Stoffgleichheit in einigen Rechtsprechungen⁴⁷² und in der Lehre⁴⁷³ mit der Begründung anerkannt, dass die Bestellung des Getäuschten den Schaden und den Vermögenswerten Provisionsanspruch tatsächlich unmittelbar ausgelöst habe.⁴⁷⁴ Grundsätzlich ist jedoch zu beachten, dass zwar der Schaden im Vermögen des Kunden verursacht wurde, jedoch der Vorteil, den der Täter erlangt hat, nicht vom Kunden, sondern vom Geschäftsherrn stammt. Zutreffend wird die Stoffgleichheit im sog. Provisionsvertreterbetrug einhellig verneint.⁴⁷⁵ Allenfalls korrespondiert der Schaden des Getäuschten mit dem Vorteil des Geschäftsherrn. Insofern lässt sich ein fremdnütziger Betrug zu Lasten des Geschäftsherrn annehmen.

dd) Stoffgleichheit der wirtschaftlich nicht ermittelten Schadensberechnung

Es erscheint sicher, dass in Fällen, in denen der Schaden mithilfe der Kriterien eines individuellen Schadenseinschlags berechnet wird, die Identitätstheorie nicht gewahrt werden kann.⁴⁷⁶ Zum Beispiel bestand im Melkmaschinen-Fall⁴⁷⁷ der Vermögensschaden darin, dass das Opfer zur Erfüllung seiner Verpflichtungen seine Lebenshaltung einschränken oder einen Kredit aufnehmen musste oder eine für seine Zwecke zu kleine Maschine kaufte. Dagegen entspricht der Verkehrswert der Gegenleistung des Täuschenden rein wirtschaftlich gesehen dem Wert der Leistung des Opfers und der Kaufpreis bewegt sich sogar „in der regulären Gewinnspanne des normalen Kaufgeschäfts“⁴⁷⁸. Somit ist zweifelhaft, ob und wie Schaden und Vorteil, die je nachdem

⁴⁷² OLG Karlsruhe NJW 1959 398; OLG Köln NJW 1960, 209.

⁴⁷³ *Mohrbotter*, Stoffgleichheit, S. 73.

⁴⁷⁴ OLG Karlsruhe NJW 1959 398.

⁴⁷⁵ BGHSt 21, 384; BGH NJW 1961, 684; LK-*Lackner*, 10. Aufl., § 263 Rn. 265; NK-*Kindhäuser*, § 263 Rn. 365; Schönke/Schröder-*Perron*, StGB, § 263 Rn. 169; LK-*Tiedemann*, 12. Aufl., § 263 Rn. 259.

⁴⁷⁶ So LK-*Lackner*, 10. Aufl., § 263 Rn. 272; auch SSW-*Satzger*, StGB, § 263 Rn. 301.

⁴⁷⁷ BGHSt 16, 321 ff.

⁴⁷⁸ LK-*Lackner*, 10. Aufl., § 263 Rn. 272.



nach unterschiedlichen Kriterien festgestellt werden können, stoffgleich sind. Eine ähnliche Schwierigkeit ergibt sich auch in den nach der Zweckverfehlungslehre zu lösenden Fällen. In diesen Fällen verfügt das Opfer zur Erreichung des bestimmten Zwecks über sein Vermögen. Der Vermögensschaden besteht nicht in der Vermögensminderung durch die im Irrtum vorgenommene Vermögensdisposition, sondern darin, dass das Opfer durch diese Aufwendung seinen bestimmten Zweck nicht erreicht; das Vermögen wird sinnlos aufgewendet.⁴⁷⁹ Dagegen bereichert sich der Täter direkt aus dem Vermögenstransport durch die Vermögensdisposition des Opfers. Hier gibt es eine vergleichbare Diskrepanz.

Im Hinblick auf die erstgenannten Fälle ist die Diskussion zur Stoffgleichheit eher spärlich. Zum Teil wird im Schrifttum kritisiert, dass die Rechtsprechung seit RGSt 16, 1 ohne weitere Begründung der Stoffgleichheit einen Betrug annehme.⁴⁸⁰ Ferner gibt es die Ansicht, dass die herrschende Meinung in den Konstellationen des individuellen Schadenseinschlags eine stoffgleiche Vermögensverschiebung unterstelle.⁴⁸¹ Nach der herrschenden Meinung wird die Stoffgleichheit mit einem subtilen Unterschied bejaht.⁴⁸² Nach *Arzt* bezieht sich die Stoffgleichheit nur auf den Saldo zwischen Leistung und Gegenleistung, nicht auf die einzelnen zu saldierenden Rechnungsgrößen; beim Melkmaschine-Fall liege der Vorteil im vollen Kaufpreis, ohne dass der Käufer dafür einen vollen Gegenwert erhalte.⁴⁸³ *Lackner* betont, dass der Täter nicht aus einem dritten Vermögen, sondern aus dem des Geschädigten bereichert werde; dass sein Vorteil auf einer anderen Ebene liege als der Nachteil des Opfers, sei eine zwingende Folge der individuellen Schadensberechnung, die zwar die Identitätstheorie ausschließe, aber nichts daran ändere, dass der Vorteil kein externer sei, sondern aus dem geschädigten Vermögen gespeist werde.⁴⁸⁴ *Hefendehl* ist der Meinung, dass es vielmehr gerade nicht auf den Saldo ankomme, sondern darauf, dass mit der Vermögensverfügung zugleich eine vermögenswerte Exspektanz geschaffen werde. Diese reiche für die Bejahung auch des subjektiven Tatbestands bereits aus, sofern man die Möglichkeit der individuellen Schadensbegründung als einen Fremdkörper in einem primär wirtschaftlich ausgerichteten Vermögensbegriff nicht ohnehin ablehne.⁴⁸⁵ Demgegenüber kritisiert

⁴⁷⁹ Dazu siehe oben 1. Kapitel, D, II, 3, b), bb).

⁴⁸⁰ Vgl. LK-*Lackner*, 10. Aufl., § 263 Rn. 272.

⁴⁸¹ Vgl. NK-*Kindhäuser*, § 263 Rn. 367.

⁴⁸² Im Ergebnis bejahend MK-*Hefendehl*, § 263 Rn. 717; LK-*Lackner*, 10. Aufl., § 263 Rn. 274; SSW-*Satzger*, StGB, § 263 Rn. 301; Schönke/Schröder-*Perron*, StGB, § 263 Rn. 168; LK-*Tiedemann*, 12. Aufl., § 263 Rn. 263; *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht BT, § 20 Rn. 123; dagegen NK-*Kindhäuser*, § 263 Rn. 367; *H.Schröder*, NJW 1962, 721, 722.

⁴⁸³ Vgl. *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht BT, § 20 Rn. 123.

⁴⁸⁴ Vgl. LK-*Lackner*, 10. Aufl., § 263 Rn. 274.

⁴⁸⁵ Vgl. MK-*Hefendehl*, § 263 Rn. 717.



Kindhäuser, dass die Überlegung, der Verkäufer erhalte durch die Geldleistung des Opfers einen größeren wirtschaftlichen Handlungsspielraum, den er dem Käufer entziehe⁴⁸⁶, die gesamte wirtschaftliche Lehre auf den Kopf stelle.⁴⁸⁷ Ähnliches gilt für die Fälle der Zweckverfehlung. In diesen Fällen wird der Schaden nicht durch einen rechnerischen Verlust, sondern eine die Aufwendung sinnlos machende Zweckverfehlung festgestellt; dagegen ist der Vorteil des Täters oder eines Dritten die erlangte Gegenleistung als solche. Somit lässt sich die stoffgleiche Vermögensverschiebung nicht als gegeben voraussetzen. Trotzdem bleibe die Identität bestehen, denn der Zweckverfehlung auf der Opferseite stehe als Umkehrung die dem Bereicherten zugutekommende Zweckentfremdung gegenüber.⁴⁸⁸

In der Schadensbegründung durch individuellen Schadenseinschlag und Zweckverfehlung wird der subjektive Faktor in die Schadensermittlung einbezogen. Besonders kommen die persönlichen Umstände in der Lehre vom individuellen Schadenseinschlag und die Zielsetzungen des Verfügenden in der Zweckverfehlungslehre in Betracht. Damit wird die ausschließlich durch objektive Kriterien ermittelte Schadensberechnung stark relativiert und subjektiviert. Es wäre konsequent, dass die Bereicherung keine Kehrseite des Schadens sein oder dem Schaden nicht entsprechen kann, denn die Bereicherung bestimmt sich immer noch durch das objektive Saldierungsprinzip. In diesem Fall bewegen sich jedoch die Bereicherung und der Schaden in einer je eigenen Dimension.⁴⁸⁹ Um diese Diskrepanz zu lösen, haben einige Autoren versucht, den Vorteilsbegriff zu modifizieren. Dabei stehen der Handlungsspielraum⁴⁹⁰ oder die Zweckentfremdung⁴⁹¹ dem subjektivierten Schaden gegenüber. Damit kann man zwar den Vermögensvorteil mit dem subjektivierten Schaden auf einer Ebene vergleichen. Wenn der Täter sein Handeln auf den Handlungsspielraum oder auf die Zweckvereitelung gerichtet hätte, müsste erneut geprüft werden, ob der Vermögensschaden ein Zwischenziel oder eine Nebenfolge ist. Dem Betrugstäter kommt es jedoch keineswegs auf den größeren Handlungsspielraum oder die Zweckvereitelung an, sondern direkt auf die rechnerische Bereicherung.⁴⁹² Auch ist nicht unproblematisch, dass,

⁴⁸⁶ Vgl. *SK-Hoyer*, § 263 Rn. 270 f.

⁴⁸⁷ Vgl. *NK-Kindhäuser*, § 263 Rn. 367.

⁴⁸⁸ Vgl. *LK-Lackner*, 10. Aufl., § 263 Rn. 274; dagegen *Jordan*, JR 2000, 133, 135.

⁴⁸⁹ *Lackner* ist der Meinung, dass es eine zwingende Folge der individuellen Schadensberechnung sei, dass der Vorteil des Täters auf einer anderen Ebene als der Nachteil des Opfers liege (*LK-Lackner*, 10. Aufl., § 263 Rn. 274).

⁴⁹⁰ *SK-Hoyer*, § 263 Rn. 270 f.; *Samson*, JA 1978, 625, 630.

⁴⁹¹ *LK-Lackner*, 10. Aufl., § 263 Rn. 274.

⁴⁹² Auch so *Jordan*, JR 2000, 133, 135.



während die Schadensbestimmung durch den individuellen Schadenseinschlag oder die soziale Zweckverfehlung unter strikten Voraussetzungen vorgenommen wird, es noch keine stabilen Kriterien für die Modifizierung des Vorteilsbegriffs gibt.

Schließlich ist der herrschenden Meinung zuzustimmen. Obwohl die Bereicherung und der Schaden nach unterschiedlichen Kriterien bestimmt werden und damit sich in unterschiedlichen Dimensionen bewegen, ändert diese Schwierigkeit nichts daran, dass die Bereicherung und der Schaden durch die Vermögensverfügung des Getäuschten miteinander vermittelt und die Vorteile vom Opfer auf den Bereicherten übertragen werden.

C. Subjektive Unrechtsmerkmale in der Untreueregung

1. Subjektive Unrechtsmerkmale in der Entwicklungsgeschichte des deutschen Strafrechts

1. Subjektive Unrechtsmerkmale in den Gesetzesfassungen vor 1933

Die Untreue, die im römischen Recht nur als *peculatus* und *furtum*⁴⁹³ strafrechtlich geahndet wurde, hat sich erst in der Vielfalt der älteren landesherrlichen Einzelgesetze als selbstständige Untreueregung entwickelt. In der Entwicklungsphase der partikularen Gesetze haben sich die subjektiven Unrechtsmerkmale nicht selten in den Regelungen exponiert. Zum Beispiel hat Art. 331 Bayerisches Strafgesetzbuch von 1861 eine wissentliche Begehung der Untreue gefordert. Laut § 291 Hannoversches Strafgesetzbuch soll ein Nachteil absichtlich begangen werden. Ferner ist die Bereicherungsabsicht gemäß Art. 237 Sächsisches Strafgesetzbuch von 1868 als ein Tatbestandselement und im § 246 Preußisches Strafgesetzbuch (PrStGB) von 1851, in dem die Vielfalt der deutschen Partikulargesetzgebung in einer einzigen Regelung zusammengefasst wurde, als fakultatives Qualifikationsmerkmal vorgeschrieben. Nach der abwechslungsreichen Entwicklung wurde der § 266 Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich von 1871, das den § 266 Strafgesetzbuch des Norddeutschen Bundes von 1870 unverändert übernommen hatte, wie folgt ausgestaltet:

⁴⁹³ Dazu eingehend *Dunkel*, Erfordernis und Ausgestaltung des Merkmals „Vermögensbetreuungspflicht“, S. 85 ff.



(1) Wegen Untreue werden mit Gefängniß, neben welchem auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden kann, bestraft:⁴⁹⁴

- 1. Vormünder, Kuratoren, Güterpfleger, Sequester, Massenverwalter, Vollstrecker letztwilliger Verfügungen und Verwalter von Stiftungen, wenn sie **absichtlich** zum Nachtheile der ihrer Aufsicht anvertrauten Personen oder Sachen handeln;
- 2. Bevollmächtigte, welche über Forderungen oder andere Vermögensstücke des Auftraggebers **absichtlich** zum Nachtheile desselben verfügen;
- 3. Feldmesser, Versteigerer, Mäkler, Güterbestätiger, Schaffner, Wäger, Messer, Bracker, Schauer, Stauer und andere zur Betreibung ihres Gewerbes von der Obrigkeit verpflichtete Personen, wenn sie bei den ihnen übertragenen Geschäften **absichtlich** diejenigen benachtheiligen, deren Geschäfte sie besorgen.

(2) Wird die Untreue begangen, **um sich oder einem Anderen einen Vermögensvorteil zu verschaffen**, so kann neben der Gefängnißstrafe auf Geldstrafe bis zu eintausend Thalern erkannt werden.

In der Fassung des RStGB von 1871 ist eine absichtliche Nachteilszufügung als ein Tatbestand vorgeschrieben. Ferner ist eine Absicht, sich oder einem anderen einen Vermögensvorteil zu verschaffen, als ein Strafverschärfungsgrund vorgeschrieben. Diese Vorschrift wurde ohne wesentliche Änderungen vor dem Inkrafttreten (am. 1.6.1933) des Gesetzes zur Abänderung strafrechtlicher Vorschriften von 26.5.1933 (RGB l. I 295) angewandt. Aber nach der damaligen herrschenden Meinung wurde das Merkmal „absichtlich“ nur als Vorsatz verstanden.⁴⁹⁵ Das RG hatte klargestellt, dass der vom StGB mehrdeutig verwendete Ausdruck „Absicht“ in § 266 nicht „gleichbedeutend mit Zweck oder Motiv des Handels ... als der auf einen gewissen Erfolg der Handlung gerichtete Wille“ aufzufassen sei, sondern lediglich vorsätzliches Handeln erfordere.⁴⁹⁶ Hinsichtlich der Bereicherungsabsicht herrschte darüber Einigkeit, dass der Vermögensvor-

⁴⁹⁴ Folgende Hervorhebungen durch den Verfasser.

⁴⁹⁵ Dazu eingehend *Freudenthal*, Die Untreue, S. 117; auch *Terwey*, Der Einfluss der Rechtsprechung, S. 73 f.

⁴⁹⁶ Vgl. RGSt. 1, 172; auch RGSt. 1, 329, 330; 14, 401, 406; 15, 211; 16, 77.



teil im Sinne der Vorschrift mit dem Vermögensvorteil beim Betrug gleichzusetzen sei.⁴⁹⁷ Aber es war umstritten, ob für die etwaige Strafschärfung der Vorteil rechtswidrig sein muss. Üblicherweise wurde davon ausgegangen, dass der Vorteil rechtswidrig sein muss.⁴⁹⁸ Gründe dafür waren, dass zwischen Untreue und Betrug im Hinblick auf Begehungsart, Stellung im System und Strafe ein Parallelismus bestehe; dass das Streben nach einem berechtigten Vorteil kein Strafverschärfungsgrund sein könne; dass bei nächstliegender Auslegung der Nachteil des Mündels usw. in den Vorteil des Vormundes usw. verwandelt werden solle.⁴⁹⁹

2. Subjektive Unrechtsmerkmale in der Gesetzfassung von 1933

Bekanntlich wurde der Untreuetatbestand durch eine Gesetzesänderung von 1933 vollständig umgestaltet. Bis zur Neufassung von 1933 wurden verschiedene Entwürfe zur Neuregelung vorgeschlagen. In den reiflichen Überlegungen wurden die Anforderungen an die subjektive Seite der Untreue abermals geändert. Der § 277 des Vorentwurfs zu einem Deutschen Strafgesetzbuch von 1909 (E1909) verlangte eine Schädigungsabsicht, wie es schon im § 266 RStGB in der Fassung von 1871 der Fall war. In der Begründung des E1909 wurde jedoch klargestellt, dass das Merkmal „absichtlich“ entgegen der damaligen ständigen Rechtsprechung als Absicht im technischen Sinne zu verstehen sei.⁵⁰⁰ Davon ist der Gegenentwurf zum E1909 abgewichen, dem zufolge für das subjektive Unrecht nicht die Absicht, das Vermögen eines anderen zu schädigen, sondern die Absicht, sich oder einem Dritten einen dem Recht zuwiderlaufenden Vermögensvorteil zu verschaffen oder einem anderen einen rechtswidrigen Nachteil zuzufügen, als Tatbestandsmerkmal erforderlich sei.⁵⁰¹ Es dürfte den allgemeinen Anschauungen entsprochen haben, die Bereicherungs- oder Schädigungsabsicht (nicht nur die Vermögensschädigungsabsicht), verbunden mit dem Bewusstsein der Vermögensschädigung, als zur Untreue notwendig und ausreichend anzusehen.⁵⁰²

Der § 377 der Entwürfe zu einem deutschen Strafgesetzbuch von 1919 (E1919), der über den § 367 des Entwurfs der Strafrechtskommission von 1913 die Untreuebestimmung des E1909 fast wörtlich übernommen hatte, verlangt anders als die alten Entwürfe für eine subjektive Seite der

⁴⁹⁷ *Freudenthal*, Die Untreue, S. 118.

⁴⁹⁸ Zur damaligen Diskussionslage eingehend *Freudenthal*, Die Untreue, S. 118 f.

⁴⁹⁹ Dazu eingehend *Freudenthal*, Die Untreue, S. 118.

⁵⁰⁰ Begründung von E1909, S. 765 ff., 767 ff.

⁵⁰¹ *Kahl*, Gegenentwurf, S. 295.

⁵⁰² Vgl. *Kahl*, Gegenentwurf, S. 295.



Untreue eine Wissentlichkeit. Seit den E1919 war die Wissentlichkeit als eine verstärkte Anforderung an den Vorsatz in den Entwürfen von 1925 (E1925), 1927 (E1927) und 1930 (E1930) erforderlich. In der Begründung zum E1925 wurde darauf hingewiesen, dass insbesondere durch die Anwendung des eventuellen Vorsatzes die Strafbarkeit zu sehr ausgedehnt werde.⁵⁰³ Der § 314 E1925 versucht der Ausdehnungsgefahr dadurch vorzubeugen, indem er das Merkmal „Wissentlichkeit“ als verstärkte Vorsatzform in den Untreuetatbestand einführt. In der Begründung wurde klargestellt, dass der eventuelle Vorsatz für die Untreue nicht ausreiche.⁵⁰⁴ Ferner solle die Untreue nur vorliegen, wenn der Täter wisse, dass seine Verfügung pflichtwidrig und für seinen Machtgeber nachteilig sei.⁵⁰⁵

Durch diese Reformdiskussion wurde der Untreuetatbestand mit dem Inkrafttreten (am 1.6.1933) des Gesetzes zur Abänderung strafrechtlicher Vorschriften vom 26.5.1933 (RGB I. I 295) wie folgt neu gefasst:

(1) Wer vorsätzlich die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, mißbraucht oder die ihm kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eines Treueverhältnisses obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat, Nachteil zufügt, wird wegen Untreue mit Gefängnis und mit Geldstrafe bestraft. Daneben kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

(2) In besonders schweren Fällen tritt an die Stelle der Gefängnisstrafe Zuchthaus bis zu zehn Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt insbesondere dann vor, wenn die Tat das Wohl des Volkes geschädigt oder einen anderen besonders großen Schaden zu Folge gehabt oder der Täter besonders arglistig gehandelt hat.

Mit Blick auf die Konzeption der Strafrechtsänderung in der NS-Zeit ist an folgende Punkte zu denken: die Aufhebung des Analogieverbots zu Ungunsten des Angeklagten, d. h. die Ersetzung des Begriffs des formellen Unrechts durch den Begriff des materiellen Unrechts; die Hinwendung zu einem Willensstrafrecht, das zusammen mit dem Übergang zu einem materiellen Un-

⁵⁰³ Schubert/Regge, in: Quellen zur Reform I, S. 407.

⁵⁰⁴ Schubert/Regge, in: Quellen zur Reform I, S. 407.

⁵⁰⁵ Schubert/Regge, in: Quellen zur Reform I, S. 407.



rechtsbegriff auch den Schuldbegriff erheblich umgestalten sollte; der Einbau ausfüllungsbedürftiger Tatbestandsmerkmale mit sittlichem Wertungszwang; ein völliger Neubau des Besonderen Teils.⁵⁰⁶ Die Umgestaltung des Untreuetatbestands war kennzeichnend für diese Konzeption.⁵⁰⁷ Mezger hat das Gesetz zur Abänderung strafrechtlicher Vorschriften vom 26. Mai 1933 als Untreuenovelle bezeichnet.⁵⁰⁸ Die Bewertung des Gesetzgebers hinsichtlich der Übereinstimmung mit der Konzeption des § 266 StGB n. F. kann man aus folgender Aussage in der Begründung erkennen:

„Nach den Erfahrungen, die vor allem in zahlreichen, aufsehenerregenden Strafverfahren der letzten Jahre gewonnen worden sind, bietet das bisherige Recht nicht durchweg die erforderlichen Handhaben, um das Schiebertum und die Korruption strafrechtlich mit dem gebotenen Nachdruck zu bekämpfen. Gemeingefährliche Schädlinge, die sich schwere Verfehlungen hatten zuschulden kommen lassen, konnten nicht mit einer so harten Strafe bestraft werden, wie sie dem Rechtsempfinden der Allgemeinheit entsprochen hätte; einzelne Fälle strafwürdiger Untreuehandlungen mussten straflos bleiben, weil es an der gesetzlichen Grundlage für eine Bestrafung fehlte. Die Ursache hierfür liegt namentlich darin, dass nach dem geltenden Recht die Strafbarkeit der Untreue an zu enge gesetzliche Voraussetzungen geknüpft und dass die Betätigung der Betrüger und Treuebrecher mit Strafdrohungen belegt ist, die jedenfalls für die schwersten Fälle nicht ausreichen.“⁵⁰⁹

Angesichts dieser Problemstellung konzentrierte sich der Gesetzgeber vor allem darauf, einen von aller Kasuistik befreiten allgemeinen Tatbestand der strafrechtlichen Untreue zu schaffen und damit die Fälle der strafwürdigen Vermögensschädigung mittels Treubruchs möglichst lückenlos zu erfassen.⁵¹⁰ Auch ist nicht zu übersehen, dass die Anforderungen an die subjektive Seite der Untreue herabgesetzt wurden. Anders als die vorangehenden Entwürfe, in denen die subjektiven Unrechtsmerkmale „absichtlich“ oder „wissentlich“ verstärkt als erforderlich angesehen wurden, verlangt der § 266 RStGB von 1933 nur den Vorsatz als das subjektive Un-

⁵⁰⁶ Dazu Schubert/Regge, in: Quellen zur Reform II, S. XII.

⁵⁰⁷ Auch so Rentrop, Untreue und Unterschlagung, S. 131.

⁵⁰⁸ Mezger, Deutsches Strafrecht, S. 18.

⁵⁰⁹ Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Abänderung strafrechtlicher Vorschriften, S. 22 f.

⁵¹⁰ Art. I Ziffer 18 in Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Abänderung strafrechtlicher Vorschriften.



rechtsmerkmal, und zwar spricht er nur von „vorsätzlich“. Dafür reicht üblicherweise der bedingte Vorsatz aus.⁵¹¹

II. Blick auf die ausländischen Untreuregelungen

Im Folgenden gilt es, einen Blick auf die Untreuregelungen im ausländischen Recht zu werfen. Die rechtsvergleichende Darstellung der subjektiven Untreuregelungen kann dabei nur kurzfristig erfolgen.

1. Subjektive Unrechtsmerkmale in allgemeinen Untreuregelungen

a) § 153 österreichisches Strafgesetzbuch (öStGB)

(1) Wer die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, wissentlich missbraucht und dadurch dem anderen einen Vermögensnachteil zufügt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.⁵¹²

(2) Wer durch die Tat einen 3 000 Euro übersteigenden Schaden herbeiführt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren, wer einen 50 000 Euro übersteigenden Schaden herbeiführt, mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren zu bestrafen.

Im österreichischen Strafrecht besteht das Wesen der Untreue im Missbrauch der eingeräumten Befugnis. Für die österreichische Untreuebestimmung galt und gilt damit die Missbrauchstheorie.⁵¹³ Auf der subjektiven Seite des Täters wird verlangt, dass sich dieser wissentlich verhält. Anders als im deutschen Strafrecht ist eine Definition der Vorsatzform „Wissentlichkeit“ im § 5 Abs. 3 öStGB festgelegt. Danach handelt der Täter wissentlich, wenn er den Umstand oder Erfolg, für den das Gesetz Wissentlichkeit voraussetzt, nicht bloß für möglich, sondern sein Vorliegen oder Eintreten für gewiss hält. Für den Untreuetatbestand verlangt der Missbrauch der

⁵¹¹ Schwinge/Siebert, Das neue Untreuestrafrecht, S. 54 ff.

⁵¹² Hervorhebung durch den Verfasser.

⁵¹³ Foregger/Serini, öStGB, § 153, S. 279.



Verfügmacht Wissentlichkeit, bei der Schadenszufügung genügt aber auch Eventualvorsatz; dabei ist Gewinnsucht nicht erforderlich.⁵¹⁴

b) Art. 158 schweizerisches Strafgesetzbuch (sStGB)

1. Wer aufgrund des Gesetzes, eines behördlichen Auftrages oder eines Rechtsgeschäfts damit betraut ist, Vermögen eines andern zu verwalten oder eine solche Vermögensverwaltung zu beaufsichtigen, und dabei unter Verletzung seiner Pflichten bewirkt oder zulässt, dass der andere am Vermögen geschädigt wird, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.

Wer als Geschäftsführer ohne Auftrag gleich handelt, wird mit der gleichen Strafe belegt.

Handelt der Täter in der Absicht, sich oder einen andern unrechtmässig zu bereichern, so kann auf Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu fünf Jahren erkannt werden.

2. Wer in der Absicht, sich oder einen andern unrechtmässig zu bereichern, die ihm durch das Gesetz, einen behördlichen Auftrag oder ein Rechtsgeschäft eingeräumte Ermächtigung, jemanden zu vertreten, missbraucht und dadurch den Vertretenen am Vermögen schädigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft.

3. Die ungetreue Geschäftsbesorgung zum Nachteil eines Angehörigen oder Familiengenossen wird nur auf Antrag verfolgt.

Der schweizerische Untreuetatbestand wird unter dem Titel „Untreue Geschäftsbesorgung“ im Art. 158 sStGB behandelt. Der Art. 158 sStGB besteht aus drei Ziffern: In Ziff. 1 ist der Treubruchtatbestand, in Ziff. 2 der Missbrauchstatbestand geregelt. Schließlich ist in Ziff. 3 die Privilegierung bei Angehörigen und Familiengenossen bestimmt. Ähnlich wie beim deutschen Untreuetatbestand wird der Art. 158 Ziff. 1 sStGB wegen seiner weitgehenden Unbestimmtheit kritisiert.⁵¹⁵ Für den Art. 158 Ziff. 1 sStGB ist Vorsatz gefordert: es genügt auch Eventualvorsatz.⁵¹⁶ Aber es wird betont, dass Vorsatz bzw. Eventualvorsatz nicht leichthin angenommen werden dürfen: „Der Eventualvorsatz darf daher nicht schon angenommen werden, wenn der

⁵¹⁴ Foregger/Serini, öStGB, § 153, S. 280.

⁵¹⁵ Zu den objektiven Tatbeständen des schweizerischen Untreuetatbestands siehe BK-Niggli, Art. 158 Rn. 9 ff.; auch Donatsch, ZStrR 1996, 200.

⁵¹⁶ BK-Niggli, Art. 158 Rn. 115 m. w. N.



Täter den möglichen Erfolg seiner Handlung einfach in Kauf nimmt. Er muss vielmehr ernsthaft mit dem Erfolg gerechnet haben und mit dem Erfolg einverstanden gewesen sein für den Fall, dass er eintreten sollte. (...) Eventualvorsatz darf nur angenommen werden, wenn sich dem Täter der Eintritt des Erfolges als so wahrscheinlich aufdrängt, dass sein Handeln vernünftigerweise nicht anders denn als Billigung des Erfolges ausgelegt werden kann.“⁵¹⁷ Daneben funktioniert die Absicht der unrechtmäßigen Bereicherung in Ziff. 1 Abs. 3 als ein Qualifikationsgrund. Wenn der Täter neben Vorsatz in der Bereicherungsabsicht handelt, wird die Pflichtverletzungshandlung qualifiziert. Damit kann der Täter mit Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren, im eigentlichen Grundtatbestand hingegen mit Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren, bestraft werden. Unter der Absicht der unrechtmäßigen Bereicherung versteht man das eigentliche Handlungsziel, und zwar *dolus directus 1. Grades*.⁵¹⁸

Anders als in Ziff. 1 wird in Ziff. 2 (Missbrauchstatbestand) neben dem Vorsatz immer eine Bereicherungsabsicht verlangt. Analog zum Treubruchtatbestand wird auch hier die rechtswidrige Bereicherungsabsicht als das eigentliche Handlungsziel (also *dolus directus 1. Grades*) verstanden.⁵¹⁹ Im Missbrauchstatbestand, der stets eine rechtswidrige Bereicherungsabsicht verlangt, kann die Untreue mit Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren bestraft werden.

2. Subjektive Unrechtsmerkmale in spezialgesetzlichen Untreueregelungen

Das französische Strafrecht kennt keine allgemeine Untreuebestimmung. Vielmehr umfasst das französische Handelsgesetzbuch (Code de Commerce) die mit dem deutschen Untreuetatbestand vergleichbaren Vorschriften, und zwar Art. 241-3 Nr. 4 und 5, die für die *société a responsabilité limitée* gelten, und Art. 242-6 Nr. 2 und 3, die für die *société anonyme* gelten. Dabei fällt auf, dass in den französischen Untreueregelungen der Täterkreis ausdrücklich bestimmt ist, und zwar als „Geschäftsführer der GmbH, Vorsitzende, Vorstandsmitglieder und Generaldirektor“.⁵²⁰ Ferner ist die Untreuestrafbarkeit noch dadurch eingeschränkt, dass die Vorschriften von dem Täter auf der subjektiven Seite eine bestimmte Vorteilsabsicht verlangen. Der Täter muss sowohl mit Vorsatz als auch mit dem Wissen der gesellschaftsinteressenwidrigen Verwendung sowie mit der

⁵¹⁷ Oberlandesgericht Kanton Zürich 12.12.1966 unter Verweis auf Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts 86 IV 12, 17.

⁵¹⁸ BK-Niggli, Art. 158 Rn. 119 m. w. N.

⁵¹⁹ BK-Niggli, Art. 158 Rn. 149.

⁵²⁰ Eingehend Foffani, ZStW 122 (2010), 374, 375.



Absicht handeln, sich selbst oder andere Gesellschafter bzw. Unternehmen zu bevorzugen.⁵²¹ Diese subjektive Anforderung schränkt den Untreuetatbestand deutlich ein.⁵²²

In Spanien gibt es keine allgemeine Untreuregelung wie in Deutschland.⁵²³ Die vergleichbaren Regelungen finden sich vereinzelt in verschiedenen Bereichen. Insbesondere regeln die speziell gesellschaftlichen Strafvorschriften (*De los delitos societarios*, Art. 290–297 Código Penal) die Untreuehandlungen. Ähnlich wie in den französischen Regelungen ist der Täterkreis genau bestimmt. Zudem muss ein Handeln zum eigenen Vorteil oder zum Vorteil Dritter hinzukommen.⁵²⁴ Unter der Bereicherungsabsicht versteht man eine überschießende Innentendenz, und die gesellschaftsstrafrechtliche Untreue wird als kupiertes Erfolgsdelikt eingestuft.⁵²⁵

Schließlich sind in den italienischen Untreuregelungen als Täter nur „Verwalter, Generaldirektoren und Liquidatoren“ der Gesellschaft genannt (Art. 2634 Codice civile). Auf der subjektiven Seite des Täters wird sowohl eine Bereicherungsabsicht als auch eine Schädigungsabsicht gefordert. Der Täter muss bei der Verfügung des Gesellschaftsvermögens mit der Absicht, sich selbst oder einen Dritten rechtswidrig zu bereichern, handeln. Überdies ist hinsichtlich des Erfolgseintritts der bedingte Vorsatz nicht ausreichend, sondern es wird der direkte Vorsatz verlangt.⁵²⁶ Daneben funktioniert die Strafantragserfordernis der verletzten Person zur Verfolgung auch als strafbarkeitseinschränkend.

D. Bisherige Restriktionsversuche im subjektiven Bereich des Untreuetatbestandes

I. Versuch zur restriktiven Auslegung im subjektiven Bereich

1. Vorsatz

Der subjektive Tatbestand des Untreuetatbestandes setzt Vorsatz voraus. Auch reicht ein bedingter Vorsatz unstreitig aus.⁵²⁷ Einerseits muss der Täter alle zu den objektiven Tatbeständen gehö-

⁵²¹ Foffani, ZStW 122 (2010), 374, 375 f.

⁵²² Cappel, KritV 2008, 94, 105 m. w. N.

⁵²³ Eingehend Peña/Cañadillas, ZStW122(2010), 354 ff.

⁵²⁴ Peña/Cañadillas, ZStW122(2010), 354, 370.

⁵²⁵ Peña/Cañadillas, ZStW122(2010), 354, 370.

⁵²⁶ Foffani, ZStW 122(2010), 374, 380.



renden Umstände wissen. Hierher gehören die Umstände, dass der Täter im Umgang mit dem fremden Vermögen eine Sonderstellung, z. B. Verfügungsbefugnis oder Vermögensbetreuungspflicht, hat, dass er der aus der Sonderstellung resultierenden Pflicht zuwiderhandelt und dass dadurch das fremde Vermögen beschädigt wird. Andererseits muss der Täter den Eintritt des Vermögensnachteils zumindest billigend in Kauf nehmen. Da der Vorsatz sich auf alle Tatbestandsmerkmale erstrecken muss, entfällt er, wenn der Täter die tatbestandlichen Umstände irrig zugrunde legt. Ferner ist der Vorsatz auszuschließen, wenn der Täter die irrtümliche Vorstellung hat, im Rahmen des Einverständnisses des Betroffenen zu handeln.⁵²⁸

Hinsichtlich der Annahme des Untreuevorsatzes ist die ständige Auffassung des BGH bemerkenswert: Da der objektive Tatbestand der Untreue weit gefasst sei, seien an den Nachweis der inneren Tatseite strenge Anforderungen zu stellen; dies gelte insbesondere dann, wenn lediglich Eventualvorsatz in Betracht komme und der Täter nicht eigennützig gehandelt habe.⁵²⁹ Ausgehend von diesen grundsätzlichen Auffassungen hat der BGH in Fällen der so genannten Bankuntreue⁵³⁰ die Vorsatzfeststellung eingehend erörtert. Dabei geht es jeweils um die schadensgleiche Vermögensgefährdung und den darauf gerichteten bedingten Vorsatz. Zunächst ist der BGH davon ausgegangen, dass sich sowohl das Wissenselement als auch das Billigungselement des bedingten Vorsatzes nur auf die Vermögensgefährdung beziehen muss.⁵³¹ Für ein Wissenselement des Schädigungsvorsatzes sei lediglich erforderlich, dass der Bankleiter im Zeitpunkt der Kreditgewährung die Minderwertigkeit des Rückzahlungsanspruchs im Vergleich zu der ausgereichten Darlehensvaluta gekannt hat.⁵³² Hinsichtlich der Feststellung des Willenselements ist der Grad der Wahrscheinlichkeit eines Erfolgseintritts allein nicht entscheidend. Vielmehr kommt es immer auf die Umstände des Einzelfalles an, bei denen insbesondere die Motive und die Interessenlage des Angeklagten zu beachten sind.⁵³³ Nach Auffassung des BGH liegt das Willenselement nahe, wenn eine über das allgemeine Risiko bei Kreditgeschäften hinausgehende

⁵²⁷ BGHSt 46, 30, 35; BGH NJW 1975, 1234, 1236; auch *Fischer*, StGB, § 266 Rn. 77; *Lackner/Kühl*, StGB, § 266 Rn. 19; *Schönke/Schröder-Perron*, StGB, § 266 Rn. 49; *SSW-Saliger*, StGB, § 266 Rn. 104.

⁵²⁸ *MK-Dierlamm*, § 266 Rn. 239; *Schönke/Schröder-Perron*, StGB, § 266 Rn. 49.

⁵²⁹ Vgl. BGH wistra 2000, 60 (Leitsatz); auch BGHSt 3, 23, 25; 46, 30, 35; 47, 295, 302 f.; kritisch *MK-Dierlamm*, § 266 Rn. 238.

⁵³⁰ BGHSt 46, 30 ff.; 47, 148 ff.

⁵³¹ BGHSt 46, 30, 34.; 47, 148, 156 f.

⁵³² Vgl. BGHSt 47, 148, 156 f.

⁵³³ BGHSt 46, 30, 35.



Gefährdung des Rückzahlungsanspruchs der Bank vorliegt und das Kreditengagement unherrschbar ist. Ferner wird eine Billigung nahezu stets angenommen, wenn der Bankleiter erkennt, dass Kreditvergaben die Existenz der Bank aufs Spiel setzen.⁵³⁴

In der Kritik an dieser Herangehensweise wird vor allem darauf hingewiesen, dass unklar ist, was man unter einer „strengen Anforderung“ verstehen soll. Diese Begrifflichkeit verwische zum einen die Abgrenzung zwischen materiellen Voraussetzungen und Beweisanforderungen; sie bleibe zum anderen tautologisch, solange sie nicht Kriterien benenne, nach welchen sich die „Strenge“ der Anforderungen bemessen solle.⁵³⁵ Ferner wird befürchtet, dass durch die strenge Anforderung an den Untreuevorsatz die erwartete Korrektur im subjektiven Bereich eher ausgeblendet werde. Da das Willenselement schon in den Fällen erfüllt ist, in denen eine gravierende Verletzung der Informations- und Prüfungspflicht vorliegt und daneben der Täter eine höchste Gefährdung des Rückzahlungsanspruchs der Bank erkannt hat, macht die Kenntnis der gravierenden Pflichtverletzung allein den Untreuevorsatz aus.⁵³⁶

2. Subjektiver Ansatz des 2. Strafsenats des BGH

a) Auffassung des 2. Strafsenats

Der 2. Strafsenat des BGH hat im Kanther-Fall das Urteil des Landgerichts Wiesbaden vom 18.4.2005⁵³⁷, aufgehoben.⁵³⁸ In diesem Urteil wurden die Angeklagten wegen Untreue bzw. wegen Beihilfe zur Untreue durch Beteiligung an der Vorlage unrichtiger Rechenschaftsberichte der CDU Deutschlands beim Präsidenten des Deutschen Bundestages verurteilt. Der 2. Strafsenat hat sich insbesondere mit der Begründung für die Bejahung des voluntativen Vorsatzelements ausführlich auseinandergesetzt und schließlich den Schädigungsvorsatz der Angeklagten verneint.⁵³⁹ Er hat eine Ausweitungsgefahr des Untreuetatbestands in Richtung auf ein bloßes Gefährdungsdelikt darin gesehen, dass das LG Wiesbaden das voluntative Element des Untreuevorsatzes im Inkaufnahme der Voraussetzungen einer konkreten Gefährdung angenommen hat.⁵⁴⁰ Während diese Ausweitungsgefahr im Betrugstatbestand durch das Erfordernis der Bereicherungsabsicht eine Einschränkung erfahre, führe dies im Untreuetatbestand, der keine Bereicherungsabsicht

⁵³⁴ BGHSt 47, 148, 156 f.

⁵³⁵ Vgl. *Fischer*, StraFo 2008, 269, 273.

⁵³⁶ So *Keller/Sauer*, wistra 2002, 365, 367.

⁵³⁷ LG Wiesbaden, 18. April 2005, Az: 6 Js 3204/00 – 16 Ks, Urteil.

⁵³⁸ BGHSt 51, 100 ff.

⁵³⁹ BGHSt 51, 100, 121.

⁵⁴⁰ BGHSt 51, 100, 121.



voraussetze, in der Praxis zu erheblichen Schwierigkeiten bei der Abgrenzung der Tatvollendung von dem – nicht strafbaren – Versuch.⁵⁴¹ Ferner hat der 2. Strafsenat klargestellt, dass die Anerkennung einer konkreten Vermögensgefährdung auf der Grundlage einer wirtschaftlichen Betrachtung der Sache nach eine Vorverlagerung der Vollendung in den Bereich des Versuchs bedeute.⁵⁴² Diesen Schwierigkeiten gegenüber will 2. Senat das notwendige Restriktionsbedürfnis durch einen subjektiven Ansatz befriedigen: „Nach Ansicht des Senats ist der Tatbestand der Untreue in Fällen der vorliegenden Art im subjektiven Bereich dahingehend zu begrenzen, dass der bedingte Vorsatz eines Gefährdungsschadens nicht nur Kenntnis des Täters von der konkreten Möglichkeit eines Schadenseintritts und das Inkaufnahme dieser konkreten Gefahr voraussetzt, sondern darüber hinaus eine Billigung der Realisierung dieser Gefahr, sei es auch nur in der Form, dass der Täter sich mit dem Eintritt des ihm unerwünschten Erfolgs abfindet.“⁵⁴³ Der 2. Strafsenat hat diesen auf den subjektiven Tatbestand ausgewichenen Begrenzungsversuch in einer weiteren Entscheidung aufrechterhalten.⁵⁴⁴

b) Auffassung des 1. Strafsenats

Der 1. Strafsenat des BGH hat der obigen Auffassung des 2. Strafsenats explizit widersprochen.⁵⁴⁵ Diese gegensätzliche Haltung erscheint aus seiner Erfassung des Gefährdungsschadens heraus vernünftig. Nach seiner Auffassung stellt die bei pflichtwidrigen Risikogeschäften sog. konkrete Vermögensgefährdung in Wirklichkeit einen bereits unmittelbar mit der Tathandlung eingetretenen Vermögensnachteil dar.⁵⁴⁶ Aus der Saldierung der ausbezahlten Darlehenssumme mit dem verbleibenden Wert der Rückzahlungsforderung folge der unmittelbar und realiter eingetretene Vermögensnachteil.⁵⁴⁷ Dabei müsse der Wert des Rückzahlungsanspruchs bewertet, letztlich geschätzt werden.⁵⁴⁸ Bezogen auf diesen tatbestandlichen Vermögensnachteil handle der Täter, der die die Pflichtwidrigkeit und den Minderwert des Rückzahlungsanspruchs begründenden Umstände kenne, bei der Tathandlung mit direktem Vorsatz.⁵⁴⁹ Nach Auffassung des 1. Strafsenats würde es bei dem Gefährdungsschaden nicht um eine „der bisherigen Dogmatik

⁵⁴¹ Vgl. BGHSt 51, 100, 121.

⁵⁴² BGHSt 51, 100, 121.

⁵⁴³ BGHSt 51, 100, 121; dazu eingehend *Fischer*, StraFo 2008, 269, 272 ff.; *ders.*, StV 2010, 95 ff.

⁵⁴⁴ BGB wistra, 2007, 384 ff.

⁵⁴⁵ BGH NJW 2008, 2451, 2452 f.; dazu eingehend *Nack*, StraFo 2008, 277 ff.

⁵⁴⁶ BGH NJW 2008, 2451, 2452.

⁵⁴⁷ Vgl. BGH NJW 2008, 2451, 2452 unter Berufung auf BGHSt 47, 148, 156 f.

⁵⁴⁸ BGH NJW 2008, 2451, 2452.

⁵⁴⁹ BGH NJW 2008, 2451, 2453.



widersprechende[n] Erstreckung des – bedingten – Vorsatzes auf einen in der Zukunft zu erwartenden endgültigen Vermögensnachteil“ gehen⁵⁵⁰. Auch würde sich ein „doppelter Konjunktiv“⁵⁵¹ oder eine „Kenntnis der Möglichkeit einer negativen Prognose“⁵⁵² als Scheinproblem erweisen.

c) Auseinandersetzung in der Lehre

Im Schrifttum wurde die Auffassung des 2. Senats des BGH in seiner guten Absicht begrüßt.⁵⁵³ Ferner hat es darin eine potenzielle Restriktionsmöglichkeit erblickt: „Der Umweg über den für die ‚Gefährdungs-Haftung‘ verlangten ‚Vollendungs‘-Vorsatz dürfte jedenfalls in der Praxis den ‚klassischen‘ Anwendungsbereich ‚schadensgleicher‘ Vermögensgefährdung im Wirtschaftsstrafrecht nicht unerheblich verkleinern.“⁵⁵⁴ Aber der subjektive Ansatz des 2. Senats war heftiger Kritik ausgesetzt. Vor allem ist darauf hingewiesen worden, dass die Einschränkung der Untreuestrafbarkeit jedenfalls im objektiven Bereich vorgenommen werden müsse.⁵⁵⁵ Dies ergebe sich daraus, dass die trichterliche Feststellung der voluntativen Komponente des bedingten Vorsatzes bekanntermaßen mit erheblichen Unsicherheiten belastet sei.⁵⁵⁶ Ferner wurde kritisiert, dass der 2. Senat aus der Untreue im Hinblick auf einzelne Fallgruppen der schadensgleichen Vermögensgefährdung ein Delikt mit (schwach) überschießender Innentendenz und damit ein dogmatisches Unikum mache.⁵⁵⁷

3. Kritische Würdigung

Dass der 2. Senat im Kanther-Fall eine wesentliche Wende hinsichtlich der effektiven Restriktion der Untreuestrafbarkeit vollzogen hat, scheint darauf hinzuweisen, dass die Versuche zur restriktiven Auslegung im objektiven Bereich bereits einen Sättigungspunkt erreicht haben. Wie

⁵⁵⁰ BGH NJW 2008, 2451, 2452.

⁵⁵¹ *Nack*, StraFo 2008, 277, 281.

⁵⁵² *Fischer*, StraFo 2008, 269, 280.

⁵⁵³ *Bernsmann*, GA 2007, 219, 230; *Perron*, FS-Tiedemann, S. 746; *Rönnau*, Tiedemann-FS, S. 732; *Saliger*, NStZ 2007, 545, 549.

⁵⁵⁴ *Bernsmann*, GA 2007, 219, 230; auch *Perron*, FS-Tiedemann, S. 746.

⁵⁵⁵ *NK-Kindhäuser*, § 266 Rn. 123; *SK-Samson/Günter*, § 266 Rn. 50; *Schönke/Schröder-Perron*, StGB, § 266 Rn. 50; *Perron*, NStZ 2008, 517, 518; *Saliger*, NStZ 2007, 545, 551.

⁵⁵⁶ Vgl. *Perron*, NStZ 2008, 517, 518; auch *Kubiciel*, NStZ 2005, 353, 356; *Perron*, Tiedemann-FS, S. 747.

⁵⁵⁷ Vgl. *Bernsmann* GA 2007, 219, 230; ähnlich „gesteigerte Innentendenz“ in *Saliger*, NStZ 2007, 545, 550; dagegen *Fischer*, StraFo 2008, 269, 280.



erwähnt, wurde der beherzte Versuch des 2. Senats in seiner guten Absicht begrüßt. Tatsächlich erscheint es notwendig, der verworrenen Diskussionslage mit einem neuen Gesichtspunkt entsprechende Impulse zu geben. Aber abgesehen von dieser guten Absicht lässt sich die Auffassung des 2. Senats in vielerlei Hinsicht kritisieren. Zunächst ist skeptisch zu beurteilen, ob der subjektive Ansatz des 2. Senats wirklich in den betreffenden Fällen als ein stabiles Kriterium zur restriktiven Auslegung des Untreuetatbestands aufrechterhalten werden kann. Im Siemens-Fall hätten die Angeklagten wohl freigesprochen werden müssen, wenn der BGH eine schadensgleiche Vermögensgefährdung in versteckten Kassen angenommen und für den Schädigungsvorsatz nicht nur die Kenntnis des Täters von der konkreten Möglichkeit eines Schadenseintritts und das Inkaufnehmen dieser konkreten Gefahr vorausgesetzt, sondern darüber hinaus eine Billigung der Realisierung dieser Gefahr gefordert hätte.⁵⁵⁸ Aber der BGH ist einen anderen Weg gegangen, d. h., er hat einen endgültigen Vermögensnachteil im bloßen Führen schwarzer Kassen gesehen. Somit ist der subjektive Ansatz des 2. Senats in diesem vergleichbaren Fall letztendlich außer Betracht geblieben.

Unabhängig von der Vernünftigkeit oder der dogmatischen Inkongruenz des subjektiven Ansatzes des 2. Senats kann man unschwer erkennen, dass der 2. Senat vor erheblichen Schwierigkeiten stand. In diesen Schwierigkeiten lässt sich jedoch ein wesentlicher Ansatz für das Ausdehnungsproblem des Untreuetatbestandes sehen. Insbesondere ist darauf zu achten, dass der subjektive Ansatz zur Abgrenzung der Strafbarkeit in sonstigen Vermögensdelikten durchaus nicht berührt wird. Beim Betrugstatbestand, auf den sich die schadensgleiche Gefährdungslehre ursprünglich zurückführen lässt, wird genauso wie bei der Untreue die Vollendungszeit durch den Gefährdungsschaden mehr oder weniger vorweggenommen. Allerdings wird dieses Problem durch die Unterschiede der Tatbestandskonstruktion, besonders durch die Versuchsstrafe und die Anforderung der Bereicherungsabsicht, korrigiert. Dies hat der 2. Strafsenat ausdrücklich im Kanther-Fall klargestellt: „Die unveränderte Übertragung des von der Rechtsprechung ursprünglich für die Bestimmung des Vermögensschadens in Sonderfällen des Betrugs entwickelten Begriffs der schadensgleichen Vermögensgefährdung auf die Auslegung des Nachteilsbegriffs in § 266 Abs. 1 StGB beachtet nicht hinreichend, dass der subjektive Tatbestand des § 263 Abs. 1 StGB durch das Erfordernis der Bereicherungsabsicht eine Einschränkung erfährt, welche der Tatbestand der Untreue nicht voraussetzt.“⁵⁵⁹ Dies bedeutet, dass beim Betrugstatbestand die Ausdehnung der Tatbestandsmäßigkeit durch die Lehre der schadensgleichen Vermögensgefähr-

⁵⁵⁸ So *Rönnau*, Tiedemann-FS, S. 732; *Satzger*, NSTZ 2009, 297, 302; *Schlösser*, HRRS 2009, 19.

⁵⁵⁹ BGHSt 51, 100, 121 Rn. 62.



dung erst im subjektiven Bereich korrigiert wird, und zwar durch die Anforderung der Bereicherungsabsicht. Wird die Lehre der schadensgleichen Vermögensgefährdung einheitlich auf alle Vermögensdelikte bezogen, führt dies beim Untreuetatbestand zwangsläufig zu einer Ausdehnung der Strafbarkeit. Denn die Untreue kann – anders als Betrug und Erpressung – mangels Anforderung einer Bereicherungsabsicht keine Einschränkung im subjektiven Bereich erfahren. In dieser Situation erscheint der subjektive Ansatz des 2. Senats gleichsam als Notnagel, um den Mangel einer Korrektur durch die Bereicherungsabsicht zu kompensieren. In der Tat umfasst die Einschränkung durch die Bereicherungsabsicht die restriktive Auslegung der verstärkten Anforderung, dass die Realisierung der Vermögensgefahr gebilligt wird, weil der Täter auf die Bereicherung für sich oder einen Dritten abzielen und die Bereicherung mit dem Vermögensnachteil des Opfers stoffgleich sein muss. Dies bedeutet, dass der Täter die Realisierung der Vermögensgefahr mindestens billigen muss. Hier zeigt sich, dass der BGH eine schadensgleiche Vermögensgefährdung nur dann als tatbestandsmäßig ansieht, wenn die Vermögensgefährdung in einen echten Schaden umgeschlagen ist.⁵⁶⁰ Im Ergebnis hat der 2. Strafsenat im subjektiven Ansatz den Mangel einer Korrektur durch die Bereicherungsabsicht zu überwinden versucht.

II. Versuche zur Einführung der subjektiven Unrechtsmerkmale

1. § 263 des Entwurfs eines Strafgesetzbuchs von 1962 (E1962)

Bei der Reform des Untreuetatbestands war das Ziel des E1962, „den Tatbestand mit eindeutigen Merkmalen abzugrenzen und dadurch zugleich den Anwendungsbereich der Untreue im Vergleich zum geltenden Recht einzuschränken.“⁵⁶¹ Zunächst versuchte der § 263 E1962 den Täterkreis klar zu umreißen. Allerdings beschränkte sich der Reformvorschlag nicht auf den objektiven Bereich. Darüber hinaus hat der § 263 E1962 die subjektiven Unrechtsmerkmale in den Untreuetatbestand eingeführt. So wurde der Untreuetatbestand von E1962 wie folgt formuliert:⁵⁶²

(1) Wer damit betraut ist,

1. Vermögen eines anderen

⁵⁶⁰ *Nack*, StraFo 2008, 277, 278.

⁵⁶¹ Begründung, in: Drucksache IV/650, S. 433.

⁵⁶² Folgende Hervorhebung vom Verfasser.



a) als vertretungsberechtigtes Organ einer juristischen Person oder als Mitglied eines solchen Organs,

b) als Vormund, Pfleger, Testamentsvollstrecker, Nachlaßverwalter, Konkursverwalter oder Treuhänder oder

c) sonst kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags oder Rechtsgeschäfts zu verwalten oder

2. eine solche Vermögensverwaltung zu beaufsichtigen, und dem anderen **absichtlich oder wissentlich** einen Vermögensnachteil dadurch zufügt, daß er die Verwaltung oder die Aufsicht pflichtwidrig führt, wird mit Gefängnis bis zu drei Jahren oder mit Straftaft bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer sonst damit betraut ist, Vermögensangelegenheiten eines anderen durch Abschluß von Rechtsgeschäften für dessen Rechnung zu besorgen und ihm

1. **absichtlich** einen Vermögensnachteil dadurch zufügt, daß er über Mittel oder Gegenstände, die er zur Besorgung solcher Angelegenheiten oder bei deren Besorgung erlangt, pflichtwidrig verfügt oder daß er die ihm übertragenen Geschäfte sonst pflichtwidrig führt, oder

2. durch eine solche Handlung wissentlich einen Vermögensnachteil zufügt, **um sich oder einen Dritten zu bereichern**.

(3) Die Absätze 1 und 2 sind auch dann anzuwenden, wenn die Rechtshandlung, die der Betrauung zugrunde liegt, unwirksam ist.

(4) § 241 gilt entsprechend.

Zunächst sieht der E1962 das Wesen der Untreue in der Verletzung von Treupflichten, aber nur von solchen Pflichten, die mit einer Vertretungsbefugnis verbunden sind.⁵⁶³ Das Schwergewicht der Restriktion liegt auf der Einengung des Täterkreises. Gemäß § 263 E1962 kann nur derjenige Täter sein, der von einem anderen mit der Vermögensverwaltung beauftragt ist (Abs. 1) oder der mit der Besorgung einzelner Vermögensangelegenheiten eines anderen betraut ist (Abs. 2). Dabei reicht im Hinblick auf die Pflichtverletzung der bedingte Vorsatz aus. Im Gegensatz dazu setzt der Abs. 1 des § 263 E1962 für die Schadenszufügung voraus, dass der Täter dem anderen einen Vermögensnachteil absichtlich oder wissentlich zufügt. Dadurch erfährt die Untreue eine

⁵⁶³ Begründung, in: Drucksache IV/650, S. 434.



weitere Einschränkung. Beispielsweise können dadurch solche Fälle von der Untreuestrafbarkeit ausgeschlossen werden, bei denen der Täter zwar die Vermögensverwaltung pflichtwidrig führt, aber nur aus Nachlässigkeit handelt, sei es, dass es ihm nicht darauf ankommt, den Vermögensnachteil herbeizuführen, sei es, dass er den Eintritt eines solchen Nachteils nicht als sicher voraussieht.⁵⁶⁴ Gleiches gilt für die Pflichtverletzung. Hier genügt ein bedingter Vorsatz. Abs. 2 Nr. 1 setzt eine absichtliche Nachteilszufügung voraus. Hingegen ist bei Abs. 2 Nr. 2 gefordert, dass der Täter wissentlich einen Vermögensnachteil zufügt, um sich oder einen Dritten zu bereichern. Bei Abs. 2 Nr. 2 begründet erst die Absicht, sich oder einen Dritten zu bereichern, die Strafwürdigkeit, um dies von Fällen abzugrenzen, bei denen die Bestrafung des Täters trotz wissentlicher Schädigung des Auftragsgebers nicht angemessen wäre und der zivilrechtliche Schutz ausreicht.⁵⁶⁵ Insbesondere gelte diese Strafwürdigkeit für Täter, die in einem Arbeits- oder Dienstverhältnis stehen.⁵⁶⁶

2. Vorschlag von Lasch

Bekanntlich ist die Diskussion zur restriktiven Auslegung der Untreue auf die objektiven Tatbestandsmerkmale – früher auf den Täterkreis, heute auf die Pflichtwidrigkeit und den Vermögensnachteil – beschränkt. Die Versuche zur Einführung subjektiver Unrechtsmerkmale stehen nicht im Mittelpunkt des Interesses. Es lässt sich kaum Literatur finden, die sich eingehend und vertieft mit der Einführung der subjektiven Unrechtsmerkmale in den Untreuetatbestand auseinandersetzt.

Lasch hingegen hat in seiner Dissertation von 1983 „Untreue (§ 266 StGB). Grenzen und Möglichkeiten einer neuen Deutung“ vorgeschlagen, die subjektiven Unrechtsmerkmale in den Untreuetatbestand aufzunehmen. Der vorgeschlagene Wortlaut des Untreuetatbestands lautet:

§ 266 Untreue⁵⁶⁷

*(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, **wissentlich oder in der Ab-***

⁵⁶⁴ Begründung, in: Drucksache IV/650, S. 435.

⁵⁶⁵ Begründung, in: Drucksache IV/650, S. 436.

⁵⁶⁶ Begründung, in: Drucksache IV/650, S. 436.

⁵⁶⁷ Hervorhebungen im Folgenden vom Verfasser.



sicht missbraucht, sich oder einen Dritten zu bereichern, und dem Berechtigten dadurch einen Vermögensschaden zufügt.

*(2) Ebenso wird bestraft, wer **wissentlich oder in der Absicht, sich oder einen Dritten zu bereichern**, die ihm eingeräumte Verfügungs- und Nutzungsmacht über Vermögensobjekte missbraucht, die ihm durch Übertragung eines Vollrechtes eingeräumt wurde, und dem Berechtigten dadurch einen Vermögensschaden zufügt.*

§ 266 b Untreue von Vermögensverwaltern und Aufsichtsorganen

*(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer es rechtswirksam übernommen hat, Vermögen eines andern als vertretungsberechtigtes Organ einer juristischen Person oder als Mitglied eines solchen Organs, als Vormund, Pfleger, Testamentsvollstrecker, Nachlassverwalter, Konkursverwalter oder sonst kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags oder Rechtsgeschäfts zu verwalten, wenn er **absichtlich oder wissentlich***

1. es pflichtwidrig unterlässt, vorhandene Möglichkeit zur Mehrung des Vermögens wahrzunehmen oder

2. es pflichtwidrig unterlässt, drohende Schädigungen des Vermögens abzuwenden oder ihnen vorzubeugen, soweit dieses Verhalten nicht bereits von einem anderen Vermögensdelikt mit Strafe bedroht wird, oder

3. pflichtwidrig Anordnungen über den tatsächlichen Einsatz der Vermögensgegenstände des Berechtigten trifft und dadurch dem Berechtigten einen Vermögensschaden zufügt.

*(2) Die gleiche Strafe trifft denjenigen, der rechtswirksam zur Beaufsichtigung einer solchen Vermögensverwaltung bestellt ist und die Aufsicht **absichtlich oder wissentlich** pflichtwidrig führt, so dass dem Berechtigten ein Vermögensschaden entsteht.*

Labsch hat in seinem Vorschlag versucht, die Untreuestrafbarkeit auf Fälle wissentlicher Vermögensschädigung bzw. auf solche Sachverhalte zu begrenzen, in denen der Täter in Bereicherungsabsicht handelt.⁵⁶⁸ Zunächst hat *Labsch* zwei Fallkonstellationen unterschieden: Befugnis-

⁵⁶⁸ *Labsch*, Untreue (§ 266 StGB), S. 337 f.



missbrauch und Missbrauch intern gebundener Vollrechtsposition (§ 266) und Pflichtverletzung seitens des echten Vermögensverwalters (§ 266b). In der ersten Fallkonstellation ist *Labsch* davon ausgegangen, dass verschiedene Fallkonstellationen vorliegen können, in denen der Täter in der überwiegenden Anzahl der Fälle in eigensüchtiger Absicht handelt oder in denen es dem Täter bei seinem pflichtwidrigen Handeln gar nicht (so sehr) auf die Verschaffung eines Vermögensvorteils für sich oder einen Dritten ankommt.⁵⁶⁹ Um die strafwürdigen Fallkonstellationen mit den verschiedenen subjektiven Tendenzen zutreffend zu erfassen, hat er keine starre, sondern eine alternative Regelung empfohlen: „Der Täter muss entweder *wissentlich* handeln, d. h. wissen oder sicher vorhersehen, dass der verpönte Erfolg eintritt, ohne dass es ihm zielgerichtet auf diesen ankäme; oder aber zu seinem gleichwie gearteten Vorsatz (also möglicherweise auch *dolus eventualis*) tritt eine *Bereicherungsabsicht* hinzu.“⁵⁷⁰ Anders als in § 263 E1962, in dem nur eine absichtliche oder wissentliche Nachteilszufügung, aber nicht eine Pflichtverletzung gefordert ist, erscheine ein Bezug auf die Pflichtwidrigkeit der Tathandlung, also den jeweiligen Missbrauch, sachgerechter. Hier lasse sich die entscheidende Weichenstellung zwischen der zur strafbaren Untreue ausreichenden kriminellen Energie und den bloß leichtfertigen Verhaltensweisen im Vertrauen auf ihre interne Zulässigkeit erfassen.⁵⁷¹ Hingegen hat *Labsch* beim gesondert strafbaren Untreueverhalten der echten Vermögensverwalter auf die absichtliche oder wissentliche Tatbestandsverwirklichung abgestellt.⁵⁷²

E. Zwischenergebnis

Die erwähnten subjektiven Unrechtsmerkmale haben alle die Funktion, die Strafbarkeit im subjektiven Bereich abzugrenzen. Die Absicht im technischen Sinne wird durch eine besonders stark ausgeprägte voluntative Komponente gekennzeichnet. Im Straftatbestand, in dem die Absicht als das subjektive Tatbestandsmerkmal gefordert wird, muss es dem Täter auf den Erfolgseintritt ankommen. Bei der durch das kognitive Element dominierten Wissentlichkeit muss der Täter sicher wissen, dass die zu den tatbestandlichen Umständen gehörenden Merkmale vorliegen und die tatbestandlichen Umstände durch seine Handlung verwirklicht werden. In beiden verstärkten Vorsatzformen ist der bedingte Vorsatz zur Erfüllung des Tatbestands nicht ausreichend.

⁵⁶⁹ *Labsch*, Untreue (§ 266 StGB), S. 337.

⁵⁷⁰ *Labsch*, Untreue (§ 266 StGB), S. 337 (Hervorhebung im Original).

⁵⁷¹ Vgl. *Labsch*, Untreue (§ 266 StGB), S. 338.

⁵⁷² *Labsch*, Untreue (§ 266 StGB), S. 338.



Schließlich hat die Bereicherungsabsicht als eine überschießende Innentendenz eine den Deliktstyp prägende und die Strafbarkeit einschränkende Funktion. Insbesondere muss es dem Täter bei erfolgskupierten Delikten auf die außer dem objektiven Tatbestand liegende Bereicherung für sich oder einen Dritten ankommen.

Die subjektiven Unrechtsmerkmale bilden keine Heterogenität bei der Untreueregelung. Dies kann die Tatsache bestätigen, dass die subjektiven Unrechtsmerkmale in der Entwicklungsgeschichte der Untreueregelung immer wieder aufgetreten sind. Schon in den deutschen Partikulargesetzgebungen vor dem Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich von 1871 werden für die Bestrafung der ungetreuen Handlung eine wissentliche Begehung (Art. 331 Bayerisches Strafgesetzbuch vom 1861), die absichtliche Nachteilszufügung (§ 291 Hannoversches Strafgesetzbuch) oder die Bereicherungsabsicht (Art. 237 Sächsisches Strafgesetzbuch von 1868) vorausgesetzt. Auch sind nach dem Wortlaut des § 266 Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich von 1871 eine absichtliche Nachteilszufügung und eine Bereicherungsabsicht als ein Qualifikationsgrund gefordert. In den Entwürfen, die bis zur Reform von 1933 vorgelegt wurden, wurde mindestens die Wissentlichkeit als eine verstärkte Vorsatzform des Untreuetatbestands vorgeschlagen. Dass die subjektiven Unrechtsmerkmale kein Fremdkörper sind, kann man auch mit Blick auf die ausländischen Gesetzgebungen erkennen. Die subjektiven Unrechtsmerkmale spielen sowohl in den allgemeinen als auch in den spezialgesetzlichen Untreueregelungen anderer Länder eine Rolle. Vielmehr erscheint die geltende deutsche Untreueregelung, die neben dem Vorsatz keine subjektiven Unrechtsmerkmale verlangt und damit eher mit dem bedingten Vorsatz erfüllt werden kann, als Ausnahme.

Der geltende Untreuetatbestand hat dadurch den sicheren Boden zur Abgrenzung der Strafbarkeit verloren, dass bei der Reform von 1933 alle subjektiven Unrechtsmerkmale aus der Untreueregelung eliminiert worden sind. Der 2. Strafsenat des BGH versuchte diesen Mangel einer fehlenden Korrektur durch die subjektiven Unrechtsmerkmale dadurch zu überwinden, dass er beim bedingten Vorsatz eines Gefährdungsschadens über die Kenntnis von der konkreten Möglichkeit eines Schadenseintritts und das Inkaufnehmen dieser konkreten Gefahr hinaus eine Billigung der Realisierung dieser Gefahr verlangte. Zwar ist dies in seiner guten Absicht begrüßenswert. Aber die Auffassung des 2. Senats kann der Kritik an der mangelnden Stabilität und dogmatischen Inkongruenz des subjektiven Ansatzes nicht entgehen. Ferner kann die spezifische Auslegung des bedingten Vorsatzes dazu führen, dass der Maßstab für die Strafbarkeit sich je nach Falltypisierung ändert und damit die Bemühung um eine Entwicklung einheitlich anzusetzender Kriterien entmutigt wird.



In Entwürfen und im Schrifttum wird bereits versucht, einen Ansatz zur Strafbarkeitsabgrenzung der Untreue im subjektiven Bereich zu finden und die subjektiven Unrechtsmerkmale in den Untreuetatbestand einzuführen. Im § 263 E1962 wurde eine absichtliche oder wissentliche Nachteilszufügung vorgeschrieben. Auch hat *Labsch* die Einführung der subjektiven Unrechtsmerkmale *absichtlich oder wissentlich* bzw. *Bereicherungsabsicht* vorgeschlagen. Eigenartig mutet an, dass die Vorschläge ohne Resonanz geblieben sind. Das Desinteresse an diesen Ansätzen zeigt sich darin, dass es fast keine Literatur gibt, die sich eingehend und vertieft mit ihnen auseinandersetzt.

Es ist die Zeit, einen neuen Blickwinkel einzunehmen. Die Bemühungen zur Abgrenzung der Untreue im objektiven Bereich haben sich längst als überfordert erwiesen. Auch ist die Aussicht auf eine positive Entwicklung eher skeptisch zu beurteilen. Das vorliegende Kapitel hat gezeigt, dass die subjektiven Unrechtsmerkmale strafbarkeitseinschränkend wirken können und bereits in anderen Vermögensdelikten im deutschen Strafrecht sowie in ausländischen Untreueregelungen erfolgreich angewandt werden. Umso mehr stellt sich die Frage, warum die Kriterien der Absicht, der Wissentlichkeit oder der Bereicherungsabsicht gerade im deutschen Untreuetatbestand fehlen.



3. Kapitel:

Bereicherungsmerkmale im koreanischen Untreuetatbestand

A. Einleitung

Im vorliegenden 3. Kapitel wird die Diskussionslage des koreanischen Untreuetatbestands dargestellt. Wie in Deutschland herrscht auch in Korea die Sorge, dass wegen der Unbestimmtheit des Untreuetatbestands die Strafbarkeit ausgedehnt werden könnte. Somit liegt auch hier der Schwerpunkt der Diskussion auf der restriktiven Auslegung des Untreuetatbestands. Wie im Folgenden dargestellt wird, bestehen in der koreanischen Untreuedogmatik weitgehend die gleichen Schwierigkeiten wie in der deutschen, was darauf zurückzuführen ist, dass der koreanische Untreuetatbestand seine Wurzel in der 1933 vollständig novellierten deutschen Fassung des Untreuetatbestands hat und somit eine strukturelle Ähnlichkeit aufweist. Allerdings unterscheidet sich der koreanische Untreuetatbestand vom deutschen entscheidend im Bereicherungsmerkmal. Zum einen wird die Bereicherung des Täters oder eines Dritten als ein objektiver Taterfolg vorausgesetzt. Zum anderen ist die innere Einstellung hinsichtlich der Bereicherung einerseits als Tatvorsatz und andererseits als überschießende Innentendenz gefordert.



B. Grundlage der koreanischen Untreueregelung

I. Untreueregelungen

1. Koreanisches Strafgesetzbuch (kStGB)

a) § 355 Abs. 2 kStGB (Untreue)⁵⁷³

Wer das Geschäft eines Fremden besorgt, seiner Aufgabe zuwiderhandelt, dadurch einen Vermögensvorteil für sich erlangt oder einem Dritten einen Vorteil verschafft und damit dem Anvertrauenden einen Schaden zufügt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bis zu 15 Mio. Won⁵⁷⁴ bestraft.

b) § 356 kStGB (Gewerbsmäßige Veruntreuung und Untreue)

Wer eine Straftat nach § 355 gewerbsmäßig begeht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren oder mit Geldstrafe bis zu 30 Mio. Won⁵⁷⁵ bestraft.

c) § 358 kStGB (Einschränkung der Rechtsfähigkeit)

In Fällen der Delikte der vorangehenden drei Paragraphen⁵⁷⁶ kann auf die Einschränkung der Rechtsfähigkeit als Nebenstrafe erkannt werden.

d) § 359 kStGB (Versuch)

Nach § 355 bis § 357 ist auch schon der Versuch der dort beschriebenen Fehlverhaltensweisen strafbar.⁵⁷⁷

⁵⁷³ Im § 355 Abs. 1 kStGB ist die veruntreuende Unterschlagung geregelt, die mit § 246 Abs. 2 im deutschen Strafgesetzbuch vergleichbar ist. Der § 355 Abs. 1 kStGB lautet:

§ 355 Abs. 1 kStGB (Veruntreuende Unterschlagung)

Wenn derjenige, der eine fremde Sache aufbewahrt, sich die Sache aneignet oder sich weigert, diese zurückzugeben, wird er mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bis zu 15 Mio. Won bestraft.

⁵⁷⁴ Das entspricht (nach dem Wechselkurs vom 18.11.2014) 10.927,37 Euro.

⁵⁷⁵ Das entspricht (nach dem Wechselkurs vom 18.11.2014) 21.854,74 Euro.

⁵⁷⁶ Abgesehen von § 355 (Veruntreuende Unterschlagung und Untreue) und § 356 (Gewerbsmäßige Veruntreuung und Untreue) handelt es sich um den hier nicht dargestellten § 357 kStGB (Bestechung unter Verletzung einer Treupflicht), der mit § 299 StGB vergleichbar ist.



2. Gesetz über die erschwerte Bestrafung von bestimmten Wirtschaftsdelikten (Strafverschärfungsgesetz)

§ 3 Abs. 1 (Strafverschärfung bei bestimmten Wirtschaftsdelikten)

Wer eine Straftat nach § 347 kStGB (Betrug), § 350 kStGB (Erpressung), § 351 kStGB (Gewohnheitsmäßiger Verstoß gegen § 347 und § 350), § 355 kStGB (Veruntreuende Unterschlagung, Untreue) oder § 356 kStGB (Gewerbsmäßige Veruntreuung und Untreue) begeht und sich oder einem Dritten dadurch Vermögensvorteile von mehr als 500 Mio. Won⁵⁷⁸ verschafft, wird,

1. wenn sie oberhalb von 5.000 Mio. Won⁵⁷⁹ liegen, mit lebenslanger Freiheitsstrafe oder mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren oder,
2. wenn sie zwischen 500 Mio. Won und 5.000 Mio. Won liegen, mit Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren bestraft.

Das Strafverschärfungsgesetz verschärft die Strafe in Abhängigkeit von der durch die dargestellten Straftaten erlangten Bereicherungssumme. Die verschärfte Strafandrohung ist erheblich, weshalb es in Korea wichtig ist, die Bereicherungssumme im Einzelfall genau festzustellen.

Die besonderen Untreuetatbestände im Handelsgesetzbuch sind im Strafverschärfungsgesetz nicht einbezogen. Dies kann als eine Lücke im Gesetz betrachtet werden. Deswegen werden die Untreuetatbestände (§ 355 Abs. 2 bzw. § 356) im Strafgesetzbuch vorrangig angewandt, wenn die Bereicherungssumme den dargestellten Betrag erreicht.

⁵⁷⁷ Der Versuch wird im koreanischen Strafrecht wie folgt behandelt:

§ 25 kStGB (Versuch)

- (1) Wird eine Handlung, die den Beginn der Ausführung eines Delikts bildet, nicht vollendet oder tritt der Erfolg nicht ein, so ist der Täter wegen des Versuchs zu bestrafen.
- (2) Das versuchte Delikt kann milder bestraft werden als das vollendete.

§ 26 kStGB (Rücktritt)

Hat der Täter nach Beginn der Ausführung eines Delikts freiwillig sein strafbares Handeln aufgegeben oder die Vollendung verhindert, so wird die Strafe gemildert oder erlassen.

§ 27 kStGB (Untauglicher Versuch)

Eine Handlung ist auch dann strafbar, wenn die Vollendung des Delikts infolge eines Irrtums über die angewendeten Mittel oder die Gegenstände, die zu seiner Ausführung gewählt wurden, unmöglich ist, sofern eine Gefahr entstanden ist; die Strafe kann jedoch gemildert oder erlassen werden.

⁵⁷⁸ Das entspricht (nach dem Wechselkurs vom 18.11.2014) 364.245,65 Euro.

⁵⁷⁹ Das entspricht (nach dem Wechselkurs vom 18.11.2014) 3.642.456,47 Euro.



3. Koreanisches Handelsgesetzbuch (KHGB)

a) § 622 Abs. 1 KHGB (Besondere Untreue von Gründern einer Gesellschaft, von Vorstandsmitgliedern, Mitarbeitern usw.)

Wenn die Gründer einer Gesellschaft, die Gesellschafter oder die Komplementäre, die Vorstandsmitglieder, die Mitglieder des Aufsichtsrats, die Wirtschaftsprüfer, die Geschäftsvertreter nach §§ 386 Abs. 2, 407 Abs. 1, 415 und 567 KHGB, die Prokuristen sowie die Angestellten, denen die geschäftlichen Angelegenheiten in gewissem Umfang oder in bestimmten Fällen anvertraut worden sind, dadurch einen Vermögensvorteil für sich erlangen oder einem Dritten einen Vorteil verschaffen und damit dem Anvertrauenden einen Schaden zufügen, indem sie ihrer Aufgabe zuwiderhandeln, werden sie mit Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren oder mit Geldstrafe bis zu 30 Mio. Won⁵⁸⁰ bestraft.

b) § 622 Abs. 2 KHGB (Besondere Untreue von Abwicklern, Beförderern usw.)

Wenn die Abwickler einer Gesellschaft, die Geschäftsvertreter nach § 542 KHGB oder die Beförderer nach § 175 KHGB eine Straftat nach § 622 Abs. 1 KHGB begehen, werden sie gemäß § 622 Abs. 1 KHGB bestraft.

c) § 623 KHGB (Besondere Untreue von Vorsitzenden einer Gläubigerversammlung usw.)

Wenn der Vorsitzende einer Gläubigerversammlung oder derjenige, der sich zur Ausführung von Beschlüssen der Gläubigerversammlung verpflichtet, seiner Aufgabe zuwiderhandelt, dadurch einen Vermögensvorteil für sich erlangt oder einem Dritten einen Vorteil verschafft und damit den Anleihegläubigern Schaden zufügt, wird er mit Freiheitsstrafe bis zu sieben Jahren oder mit Geldstrafe bis zu 20 Mio. Won⁵⁸¹ bestraft.

d) § 624 KHGB (Versuch)

Im Rahmen der §§ 622 und 623 ist auch der Versuch strafbar.

⁵⁸⁰ Das entspricht (nach dem Wechselkurs vom 18.11.2014) 21.854,74 Euro.

⁵⁸¹ Das entspricht (nach dem Wechselkurs vom 18.11.2014) 14.569,83 Euro.



Bei der Kodifikation des Handelsgesetzbuchs von 1962 wurden die besonderen Untreuetatbestände unter der Berücksichtigung des § 294 im deutschen Aktiengesetzbuch von 1937 und den §§ 486 und 487 im japanischen Handelsgesetzbuch von 1938 normiert. Bei besonderen Untreuetatbeständen beschränkt sich der Täterkreis auf diejenigen, die in den §§ 622 und 623 kHGB genannt sind und hinsichtlich der Geschäftsführung Pflichten nach dem Handelsrecht haben. Eben sowie in § 356 kStGB (Gewerbsmäßige Veruntreuung und Untreue) wird die Strafe wegen ihrer besonderen persönlichen Merkmale deutlich verschärft. Die besondere Untreue nach dem Handelsgesetzbuch geht nach den Untreuevorschriften des Strafgesetzbuchs vor; es besteht Gesetzkonkurrenz. Die besondere Untreue nach dem kHGB hat demnach Vorrang, wenn die Untreuetatbestände in beiden Gesetzbüchern zugleich erfüllt werden. In der Praxis wird hingegen in Fällen der Untreue der Geschäftsführungskräfte meistens nicht der Tatbestand der besonderen Untreue nach dem kHGB angewandt, sondern auf die gewerbsmäßige Untreue (§ 356 kStGB) anerkannt.⁵⁸² Da die Bestrafung der gewerbsmäßigen Untreue durch die Gesetzesänderung von 1995 mit der handelsrechtlichen Untreue verschärft worden ist und in § 3 Abs. 1 des Strafverschärfungsgesetzes die besonderen Untreuetatbestände im kHGB in schweren Fällen ausgeschlossen worden sind, bleibt die besondere Untreue im kHGB noch mehr auf Einzelfälle beschränkt. Aus diesem Grund wird die Meinung vertreten, dass die besondere Untreue im Handelsgesetzbuch keine Bedeutung mehr habe.⁵⁸³

II. Entstehungsgeschichte des § 355 Abs. 2 kStGB (Untreue)

Mit dem Ende des Zweiten Weltkriegs wurde Korea von der japanischen Besatzung befreit. In der Besatzungszeit fand das damals herrschende japanische Gesetz auch in Korea Anwendung. Für den Aufbau des neuen Staates musste die koreanische Regierung vor allem dringend ein eigenständiges Rechtssystem schaffen. Die durch die Parlamentswahl am 10.05.1948 gegründete Konstituierende Versammlung hat am 17.07.1948 unabhängig von Nordkorea das koreanische Verfassungsgesetz verabschiedet und bekannt gemacht. Allerdings erhielten die Bemühungen, die Basis für ein neues, liberal-demokratisches Land zu schaffen, durch den Koreakrieg, der am

⁵⁸² kOGH vom 25.10.1983(83 Do 310); kOGH vom 25.05.2000 (99 Do 310): Hier hat das Gericht hinsichtlich der Untreue eines Vorstandsvorsitzenden nicht § 622 Abs. 1 kHGB (Besondere Untreue), sondern § 356 kStGB (Gewerbsmäßige Untreue) angewandt. Seit der Kodifikation des Handelsgesetzbuchs von 1962 wurden die besonderen Untreuetatbestände insgesamt nur in ca. 40 Fällen zugrunde gelegt.

⁵⁸³ Vgl. *Choi, Moon-Hee*, Justice 112 (2009), 37, 38 (Fn. 7).



25.06.1950 begann und am 27.07.1953 endete, einen schweren Rückschlag. Am 18.09.1953 trat das koreanische Strafgesetz in Kraft. Ein Entwurf des koreanischen Strafgesetzes wurde im Zeitraum vom 20.06.1949 bis zum 12.11.1949 mit 24 Überprüfungen durch den Ausschuss für die Gesetzgebung entwickelt und am 13.04.1951 dem Parlament als Regierungsvorschlag vorgelegt. Über diesen Entwurf wurde wegen des Koreakriegs erst am 09.07.1953 abgestimmt.

Vor allem versuchten die Gesetzgeber, sich von dem bis dahin angewandten japanischen Strafrecht zu lösen. In der Entwurfsbegründung wurde dazu ausgeführt: „Der Entwurf steht nicht einmal auf der Basis des japanischen Strafrechts. Wir haben die verschiedenen geltenden Strafgesetze und Strafgesetzentwürfe aus der ganzen Welt, vor allem das deutsche Strafgesetz, gelesen“. Im Ergebnis wurde das koreanische Strafgesetzbuch systematisch und inhaltlich in deutlicher Anlehnung an das deutsche Strafgesetz verfasst. Damit wurden die Regelungen des deutschen Strafgesetzbuchs von 1871 weitestgehend von der koreanischen Strafgesetzgebung rezipiert.⁵⁸⁴ Insofern übt das deutsche Strafrecht noch immer einen starken Einfluss auf das koreanische Strafrecht aus. Das zeigt sich insbesondere daran, dass die koreanischen Strafrechtswissenschaftler in ihren Lehrbüchern oder Forschungsarbeiten die Diskussionslage der deutschen Strafrechtstheorie und die Rechtsprechungen des Bundesgerichtshofs darstellen und sich mit ihnen auseinandersetzen.

Die Entstehung des Untreuetatbestands hängt auch mit dem weiteren Verlauf der Rezeption des Strafrechts zusammen. Einige Autoren erklären, dass die Wurzeln der koreanischen gesetzlichen Regelungen zur Untreue bis in das Jahr 1933, in dem der deutsche Untreuetatbestand novelliert wurde, zurückreichen.⁵⁸⁵ Ferner wird im Schrifttum zusammenfassend dargestellt, dass der unter dem NS-Regime zu weit gefasste Untreuetatbestand über das japanische Strafrecht im Zeitalter des Imperialismus ins koreanische Strafrecht importiert worden sei.⁵⁸⁶ Im Rezeptionsverlauf hat vor allem der japanische Strafrechtsvorentwurf von 1940 eine große Rolle für den Brückenschlag zum deutschen Strafrecht gespielt.

In der geltenden Fassung des japanischen Strafgesetzbuchs, das im Jahr 1908 vollständig neu gefasst wurde und im Kern noch heute gilt, wird der Untreuetatbestand (§ 247 japanisches Straf-

⁵⁸⁴ Dazu *Kim, Seong-Cheon*, in: Einführung in das koreanische Recht, S. 243; zum Einfluss des deutschen Strafrechts in Korea eingehend *Kim, Young-Whan*, in: Ostasiatisches Strafrecht, 42ff.; *Oh, Young-Keun*, in: Ostasiatisches Strafrecht, 63 ff.

⁵⁸⁵ *Moon, Hyoung-Seob*, Eine Studie über Untreue, S. 16; auch *Lee, Jae-Jin*, Eine Studie über die Untreue, S. 12.

⁵⁸⁶ *Moon, Hyoung-Seob*, Eine Studie über Untreue, S. 16; auch *Lee, Jae-Jin*, Eine Studie über die Untreue, S. 12; *Hoh, Il-Tae*, JCL Vol. 6 (2004), 137, 139; *Kim, Jong-Deok*, Justice Vol. 112 (2009), 6, 14.



gesetzbuch, jStGB) unter dem Titel „Betrug und Erpressung“ im 37. Abschnitt behandelt. § 247 des jStGB lautet: „Wenn jemand, der die Geschäfte eines anderen besorgt, in der Absicht, sich oder einem Dritten einen Vermögensvorteil zu verschaffen oder den anderen zu schädigen, seiner Befugnis zuwiderhandelt und das Vermögen eines anderen verletzt, so wird er mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bis zu 500.000 Yen⁵⁸⁷ bestraft“.⁵⁸⁸ Ferner ist der Versuch nach § 250 jStGB strafbar. Anders als im geltenden japanischen Strafgesetzbuch ist der Untreuetatbestand nach dem Vorentwurf von 1940 nicht mit dem Betrug, sondern wie in der geltenden koreanischen Fassung mit der Unterschlagung in einem Paragraphen angeordnet. Im Vorentwurf wurde noch nicht die Absicht, einen anderen zu schädigen, berücksichtigt. Da dort „in der Absicht, für sich einen Vermögensvorteil zu erwerben oder einem Dritten einen Vorteil zu verschaffen“ steht, wird ein Bereicherungsmerkmal vorausgesetzt. Abgesehen von der Formulierung des Bereicherungsmerkmals ist dies vergleichbar mit dem Untreuetatbestand des koreanischen Strafgesetzbuchs von 1953. Damit besteht kein großer Unterschied zwischen den Untreuetatbeständen des japanischen Vorentwurfs von 1940 und des geltenden koreanischen Strafrechts, was darauf zurückgeführt werden kann, dass der japanische Vorentwurf zeitlich nur kurz vor der Entstehung des koreanischen Strafgesetzes von 1953 liegt. Ferner ist zu berücksichtigen, dass schon das alte japanische Strafrecht in Korea angewandt wurde, womit das Strafgesetz, das auf dem japanischen Strafrecht basierte, nahezu reibungslos angewandt werden konnte.

III. Kriminalitätsstatistik⁵⁸⁹

Im Jahr 2012 wurden in Korea insgesamt 1.944.906 Straftaten registriert. Gegenüber dem Vorjahr ist ein Anstieg um 2,2 % zu verzeichnen. Die Kriminalitätsstatistik im Weißbuch 2013 weist im Jahr 2012 637.686 Vermögensdelikte aus, zu denen Diebstahl, Betrug, Unterschlagung, Untreue, Sachbeschädigung und Hehlerei gerechnet werden. Analog zu den Vorjahren dominierten auch im Jahr 2012 der Diebstahl (46 %) und der Betrug (37,8 %). Danach folgen Sachbeschädigungen (9,6 %), Unterschlagungen (5,2 %) und zuletzt die Untreue (0,8 %).

⁵⁸⁷ Das entspricht (nach dem Wechselkurs vom 18.11.2014) 3.429,99 Euro.

⁵⁸⁸ Übersetzung von *Saito/Nishihara*, Das abgeänderte Japanische Strafgesetzbuch, S. 35.

⁵⁸⁹ Zusammenfassung der Kriminalität in Weißbuch 2013, The Legal Research and Training Institute, S. 52 ff.



Die registrierten Fälle der Untreue waren bis 2004 ständig gestiegen, um danach bis 2008 wieder zu sinken. 2010 nahm die Zahl im Vergleich zum Vorjahr um 117,9 % stark zu, sank dann aber wieder im Jahr 2011 um 63 % auf 5.401 Fälle. Die registrierten Untreuedelikte sind 2012 um 4,7 % auf 5.176 gesunken.

Beträchtlich ist die Entwicklung des Gesamtschadens durch die Vermögensdelikte im Jahr 2011 und 2012. Während die Schadenssumme durch Diebstahl, Betrug und Unterschlagung mehr oder weniger gesunken ist, ist sie bei der Untreue auf das Sechsfache stark gestiegen.

Tabelle 1: Entwicklung der Schadenssumme der Vermögensdelikte im Jahr 2011 und 2012

| | Diebstahl | Betrug | Unterschlagung | Untreue |
|-------------|------------------|---------------|-----------------------|----------------|
| 2011 | 1.198 | 8.995 | 251 | 417 |
| 2012 | 599 | 8.339 | 211 | 2.545 |

* Schadenssumme in Mio. Euro nach dem Wechselkurs vom 18.11.2014

Ferner ist es auch beachtlich, dass bei der Untreue besonders große Anteile von Schadensfällen mit 7.000 Euro bis 70.000 Euro und mit 70.000 Euro bis 700.000 Euro zu finden sind, während sonstige Vermögensdelikte sich überwiegend auf Schadenssummen von unter 700 Euro belaufen.⁵⁹⁰

C. Auslegung und Anwendung des koreanischen Untreuetatbestands

I. Allgemeines

1. Geschütztes Rechtsgut und Deliktcharakter

a) Schutzgut

Es ist allgemein anerkannt, dass der Untreuetatbestand dem Vermögensschutz dient. Aber es ist umstritten, was unter Vermögen beim Untreuetatbestand zu verstehen ist. Da der Gesetzgeber

⁵⁹⁰ Nach dem Wechselkurs vom 18.11.2014.



eindeutig zwischen dem „Vermögensgut“ und dem „Vermögensvorteil“ unterscheidet und im Untreuetatbestand nur das Merkmal „Vermögensvorteil“ verwendet, wird zum Teil die Auffassung vertreten, dass nur der Vermögensvorteil, nicht aber das Vermögensgut, wie Geld oder eine Sache, als geschütztes Rechtsgut in Betracht kommt.⁵⁹¹ Dagegen ist nach der herrschenden Meinung das geschützte Rechtsgut das „Vermögen als Gesamtheit“.⁵⁹² In Hinblick darauf, dass der Vermögensschaden anhand der Betrachtung des gesamten Vermögens berechnet wird, ist die herrschende Meinung zu bevorzugen.

b) Deliktcharakter

Anders als im deutschen Untreuetatbestand setzt der koreanische Untreuetatbestand ein Bereicherungsmerkmal voraus. Im Hinblick auf dieses Bereicherungsmerkmal wird unter Untreue ein Vermögensverschiebungsdelikt, nicht aber ein reines Fremdschädigungsdelikt verstanden. Da der Gesetzgeber das Bereicherungsmerkmal nicht als „Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen“, umschrieben hat, sondern auf jemanden bezieht, der „für sich einen Vermögensvorteil erwirbt oder einem Dritten einen Vorteil verschafft und damit dem Anvertrauenden einen Schaden verursacht“, ist unklar, ob das Bereicherungsmerkmal als ein finaler Erfolgswille oder als ein Bereicherungserfolg verstanden werden muss. Abgesehen davon ist es allgemein anerkannt, dass der Untreuetatbestand sich nicht im Vermögensschädigungsdelikt erschöpft.

2. Debatte zum Unrechtskern

a) Hintergrund

Während in Deutschland die Frage, ob der Unrechtskern der Untreue im Missbrauch einer rechtlichen Vertretungsmacht oder im Bruch eines Treueverhältnisses besteht, in der Gesetzesnovelle von 1933 geklärt wurde, wird sie in Korea nach wie vor heftig diskutiert. Der Grund dafür ist,

⁵⁹¹ Vgl. *Lee, Jae-Sang*, Strafrecht BT, S. 414; *Son, Dong-Kwun*, Strafrecht BT, S. 447; *Kim, Hyun-Woo*, Eine Studie über den Rahmen der Tatbestandsmäßigkeit der Untreue, S. 77.

⁵⁹² Vgl. *Chung, Young-Il*, Strafrecht BT, S. 402; *Kim, Il-Soo/Seo, Bo-Hak*, Strafrecht BT, S. 480; *Kim, Seong-Don*, Strafrecht BT, S. 406; *Oh, Young-Keun*, Strafrecht BT, S. 498; *Yim, Woong*, Strafrecht BT, S. 462; *ders.*, JCL Vol. 21-4(2009), 359, 369.



dass anders als in Deutschland der koreanische Gesetzgeber das Treuebruchmerkmal nicht ausdrücklich schriftlich in den objektiven Tatbestand einbezogen hat. Da zudem das Ausmaß der Tatbestandsmäßigkeit je nach Verständnis des Unrechtskerns erweiterbar oder reduzierbar zu sein scheint, führen Strafrechtswissenschaftler die Debatte mit der Absicht, die Tragweite und den Anwendungsbereich grundlegend durch eine begrifflich klare Definition des Unrechtskerns zu begrenzen.

b) Missbrauchstheorie

Inhalt und Argument der Missbrauchstheorie sind keine anderen als in der Lehre, die im Theoriestreit zu § 266 a. F. in Deutschland diskutiert wurde. Nach der Missbrauchstheorie ist die Untreue auch als Vermögensschädigung durch den Missbrauch der rechtlichen Vertretungsmacht aufzufassen. Da sich die Untreuehandlung auf ein Rechtsgeschäft beschränkt, lässt sich der Bereich des Untreuetatbestands deutlich eingrenzen. Früher hat sich der koreanische Oberste Gerichtshof (KOGH) für die Missbrauchstheorie entschieden. So hieß es dort: „Es geht bei der Untreue um einen Missbrauch einer rechtlichen Vertretungsmacht“.⁵⁹³ Heute wird die Missbrauchstheorie von niemandem mehr vertreten, da sie vor allem in solchen Fällen nicht nachvollziehbare Strafrechtslücken verursacht, in denen der Täter einen Vermögensschaden durch den tatsächlichen Eingriff oder die Durchführung einer rechtlich unwirksamen Vertretungsmacht herbeiführt.⁵⁹⁴

c) Treubruchtheorie

Die Treubruchtheorie sieht den Unrechtskern der Untreue in der vermögensschädigenden Verletzung der rechtlichen oder tatsächlich begründeten Pflicht zur Fürsorge für fremdes Vermögen. Heute entspricht die Treubruchtheorie der herrschenden Auffassung im Schrifttum.⁵⁹⁵ Sie versteht unter dem Gesetzeswortlaut „seiner Aufgabe zuwiderzuhandeln“ einen Treuebruch.⁵⁹⁶

⁵⁹³ KOGH vom 20.05.1955 (4288 Hyongsang 39).

⁵⁹⁴ Lee, Jae-Sang, Strafrecht BT, S. 410; Lim, Jung-Ho, YLS Vol. 18-2(2008), 173, 197 f.

⁵⁹⁵ Bae, Jong-Dae, Strafrecht BT, S. 537; Kim, Seong-Don, Strafrecht BT, S. 409; Kim/Seo, Strafrecht BT, S. 465; Lee, Jae-Sang, Strafrecht BT, S. 411; Park, Sang-Ki, Strafrecht BT, S. 398; Yim, Woong, Strafrecht BT, S. 441; Ahn, Gyeong-Ok, CCS Vol. 9(2001), 279, 284 ff.; Joo, Kang-Won, YLS Vol. 18-3(2008), 361, 365; Kwon, Oh-Geol, JCCL Vol. 13-2(2010), 401, 410 ff.; Lim, Jung-Ho, YLS Vol. 18-2(2008), 173, 197 f.; Park, Sung-Soo, Beopjo Vol. 46-4(1997), 127, 130 ff.; Won, Hye-Wook, JCL Vol. 22(2004), 808, 816.

⁵⁹⁶ Won, Hye-Wook, JCL Vol. 22(2004), 808, 816.



Auch wenn der Gesetzgeber das Merkmal „Treueverhältnis“ nicht ausdrücklich schriftlich in den Tatbestand einbezogen hat, lässt sich nicht bestreiten, dass das Treueverhältnis unter Berücksichtigung der ausländischen Gesetzgebung, wie der deutschen oder der japanischen, oder der Entwicklungsgeschichte der Untreuedogmatik ein für die Untreue allgemein anerkanntes und wesentliches Element ist.⁵⁹⁷ Insbesondere lässt die Tatsache, dass der Gesetzgeber die veruntreuende Unterschlagung und die Untreue in ein und demselben Paragraphen geregelt hat, darauf schließen, dass er die einheitliche Behandlung der beiden Tatbestände geplant und den Unrechtskern beider Tatbestände, nämlich den Treuebruch, als ein Tatbestandsmerkmal betrachtet hat.⁵⁹⁸

Dementsprechend hat der kOGH Folgendes ausgeführt: „Das Merkmal ‚seiner Aufgabe zuwiderzuhandeln, bedeutet jede ein Treueverhältnis brechende Handlung dadurch, dass der Täter unter den konkreten Umständen eine nach den Bestimmungen des Gesetzes oder der Verordnung, dem Inhalt des Vertrages oder nach dem Prinzip von Treu und Glauben zu erwartende Handlung nicht vornimmt oder eine nicht zu erwartende Handlung vornimmt.“⁵⁹⁹ „Derjenige, der ein Geschäft eines Fremden besorgt, muss im Wesentlichen eine Vermögensschutzpflicht oder eine Vermögensbetreuungspflicht auf der Basis eines Treueverhältnisses haben, es bedarf jedoch keiner nach außen über das Vermögen des Fremden verfügenden rechtlichen Vertretungsmacht.“⁶⁰⁰ Man kann anhand der Auffassungen in der Rechtsprechung erkennen, dass diese den Treubruch für ein wesentliches Merkmal des Untreuetatbestands hält.

Neuerdings wird die Treubruchtheorie von ihren Gegnern stark kritisiert. Dabei wird vor allem auf die prinzipielle Möglichkeit der unbegrenzten Ausdehnung des Untreuetatbestands hingewiesen.⁶⁰¹ Wenn die Treubruchtheorie rein schematisch angewandt werde, lasse sich jede Leistungsstörung im zivilrechtlichen Bereich als Untreue erfassen, weil der Schuldner eine Pflicht gegenüber dem Gläubiger habe, nach der der Schuldner eine nach dem Inhalt des Vertrags zu erwartende Handlung vornehmen müsse.⁶⁰² Damit werde aber der Konflikt im Bereich des Zivilrechts,

⁵⁹⁷ *Won, Hye-Wook*, JCL Vol. 22(2004), 808, 816; auch *Ahn, Gyeong-Ok*, CCS Vol. 9(2001), 279, 285.

⁵⁹⁸ *Won, Hye-Wook*, JCL Vol. 22 (2004), 808, 816.

⁵⁹⁹ kOGH vom 11.05.1976 (75 Do 2245); auch kOGH vom 22.12.1995 (95 Do 3013); kOGH vom 26.09.2003 (2003 Do 763); kOGH vom 10.10.2003 (2003 Do 3516); kOGH vom 09.07.2004 (2004 Do 310); kOGH vom 24.12.2009 (2009 Da 10898).

⁶⁰⁰ kOGH vom 17.09.1999 (97 Do 3219).

⁶⁰¹ So *Moon, Hyung-Seob*, Verständnis von der Vermögensdeliktstheorie, S. 215; *Kim, Jong-Deok*, Justice Vol. 112(2009), 6, 10.

⁶⁰² Vgl. *Hoh, Il-Tae*, JCCL Vol. 6(2004), 137, 138; *Kim, Jong-Deok*, JKLA Vol. 22(2006), 255, 261; *Moon, Hyung-Seob*, CLS Vol. 27(2007), 317, 319.



in dem die private Autonomie der Bürger gesichert werden müsse, durch strafrechtliche Vorschriften ungerecht reguliert. Zudem könnten Probleme des Zivilrechts ungerechtfertigt in den strafrechtlichen Bereich übertragen werden.⁶⁰³ Ferner weist diese Auffassung hinsichtlich des Treuebruchmerkmals im deutschen Untreuetatbestand, das in der vollständig neuen Fassung von 1933 eingeführt wurde, darauf hin, dass die Absicht des Gesetzgebers darin bestand, durch diese Reform den Untreuetatbestand so weitreichend zu regeln, dass dadurch die strafwürdigen Vermögensbeeinträchtigungen in den wirtschaftlichen Wirren der NS-Zeit möglichst lückenlos erfasst werden konnten.⁶⁰⁴

d) Gewinnhandlungstheorie

Die Gewinnhandlungstheorie richtet ihr Augenmerk darauf, dass der koreanische Untreuetatbestand das Bereicherungsmerkmal voraussetzt. Hinsichtlich der Unterschiedlichkeit des Gesetzeswortlauts verweist sie darauf, dass sich die auf der Basis des deutschen Strafgesetzes entwickelte Theorie in Korea nicht buchstäblich anwenden lasse.⁶⁰⁵ Stattdessen versucht sie, den Unrechtskern unter Berücksichtigung des Bereicherungsmerkmals zu finden. Im Ergebnis zählt die Gewinnhandlungstheorie die Handlung des Täters zur Bereicherung zum Unrechtskern der Untreue, so wie die Zueignungshandlung bei der Unterschlagung als Unrechtskern anerkannt wird.⁶⁰⁶

Diese Auffassung kann dahingehend gedeutet werden, dass sie mehr Aufmerksamkeit auf den koreanischen Gesetzeswortlaut legt und dadurch eine eigenständige Theorie zu entwickeln sucht. Aber es lässt sich nicht leugnen, dass diese Theorie ebenfalls auf der Basis der Treubruchtheorie beruht. In der Gewinnhandlungstheorie wird die Bedeutung der Gewinnhandlung nicht besonders betont, sondern lediglich das Wort „Treubruch“ durch das Wort „Gewinnhandlung“ ersetzt. Insofern trifft die Kritik an der Treubruchtheorie auch für die Gewinnhandlungstheorie zu.⁶⁰⁷

⁶⁰³ Vgl. *Moon, Hyoung-Seob*, Eine Studie über die Untreue, S. 32; *Hoh, Il-Tae*, JCL Vol. 6(2004), 137, 142.

⁶⁰⁴ *Moon, Hyoung-Seob*, Verständnis von der Vermögensdeliktstheorie, S. 216.

⁶⁰⁵ Vgl. *Oh, Young-Keun*, Strafrecht BT, S. 499; zustimmend *Kim, Hyun-Woo*, Eine Studie über den Rahmen der Tatbestandsmäßigkeit der Untreue, S. 67 ff.

⁶⁰⁶ Vgl. *Oh, Young-Keun*, Strafrecht BT, S. 500.

⁶⁰⁷ Auch so *Lee, Jae-Jin*, Eine Studie über die Untreue, S. 20.



e) Lehre der Verletzung der Geschäftsführungspflicht

Anders als nach der Treubruchtheorie bedeutet nach der Lehre der Verletzung der Geschäftsführungspflicht das Tatbestandsmerkmal „seiner Aufgabe zuwiderzuhandeln“ nur eine Verletzung einer Geschäftsführungspflicht, nicht aber ein brechendes Treueverhältnisses.⁶⁰⁸ Auch wenn es eine notwendige Voraussetzung ist, dass der Täter eine aus einem Innenverhältnis entstehende innere Pflicht verletzt, liegt der Schwerpunkt nicht auf dem Treubruch durch die Verletzung der Pflicht, sondern auf der Pflichtverletzung bei der Geschäftsführung, die der Geschäftsherr dem Täter anvertraut hat. Obwohl sich die Untreue auf den Treubruch beziehe, müsse der Unrechtskern in der Pflichtverletzung bei der anvertrauten Durchführung eines Geschäfts gesucht werden.⁶⁰⁹ Dadurch verfolgt diese Lehre das Ziel, die Verletzung der einem Vertrag innewohnenden allgemeinen Pflicht aus dem Anwendungsbereich der Untreue auszuschließen. Dabei könne die Geschäftsführungspflicht jedoch sowohl in einer rechtlichen Vertretungsmacht als auch in einer aus dem tatsächlichen Treueverhältnis entstehenden Pflicht bestehen.⁶¹⁰

Diese Lehre ist in der Auseinandersetzung um den Unrechtskern der Untreue nur von relativ geringem Gewicht. Es scheint sinnvoll, dass sie hinsichtlich des Unrechtskerns eine restriktive Auslegung vorzunehmen versucht. Aber es versteht sich von selbst, dass die Verletzung der Geschäftsführungspflicht auf irgendeine Weise mit dem Treubruch zusammenhängt. Selbst wenn sich der Anwendungsbereich des Untreuetatbestands durch den Einfluss dieser Lehre etwas verringert, müssen bei der Auslegung des Tatbestands die einzelnen Tatbestände restriktiv interpretiert werden. Damit erscheint die Lehre nicht besonders fruchtbar zu sein. Insofern sie die Pflicht der Geschäftsführung nicht nur als eine rechtliche Pflicht, sondern auch als eine aus dem Treueverhältnis entstehende Pflicht versteht, mag sie zwar die Straflücken der Missbrauchstheorie beseitigen, gerät aber in die gleiche Schwierigkeit wie die Treubruchtheorie.

⁶⁰⁸ Moon, *Hyoung-Seob*, Eine Studie über die Untreue, S. 32; auch Lee, *Jae-Jin*, Eine Studie über die Untreue, S. 28 ff.; Kim, *Jong-Deok*, Justice Vol. 112(2009), 6, 13; Hoh, *Il-Tae*, JCCL Vol. 6(2004), 137, 143; ders., JCL Vol. 15(2001), 327, 331.

⁶⁰⁹ Vgl. Kim, *Jong-Deok*, Justice Vol. 112(2009), 6, 13.

⁶¹⁰ Vgl. Hoh, *Il-Tae*, JCCL Vol. 6 (2004), 137, 143; ders., JCL Vol. 15 (2001), 327, 331.



f) Stellungnahme

Die Ursache der Debatte ist vor allem die Unbestimmtheit des Untreuetatbestands. Im Hinblick darauf, dass sich die Auseinandersetzung über den koreanischen Untreuetatbestand überhaupt auf die Restriktion des Täterkreises konzentriert, erscheint es zwar sinnvoll, dass versucht wird, durch die klare Aufklärung des Wesens der Untreue vorab die Tragweite einzugrenzen. Jedoch muss darauf geachtet werden, dass die Anstrengung zur Beschränkung der Untreuestrafbarkeit sich nicht in der Feststellung des Täterkreises erschöpft. Demgegenüber ist die Tendenz zu erkennen, restriktive Auslegungsversuche anderer Tatbestände hinsichtlich der Pflichtverletzung und der Vermögensnachteile eher zu vernachlässigen. Unabhängig davon, wie das Wesen der Untreue definiert wird, ergeben sich Schwierigkeiten in Anbetracht der vielschichtigen Erscheinungsformen der Untreue in hochentwickelten und dementsprechend hochkomplexen wirtschaftlichen Industriegesellschaften. Die Unbestimmtheit des Wesens und des Täterkreises des Untreuetatbestands ist auf nichts anderes als auf die Unbestimmtheit der Pflichtwidrigkeit und des Vermögensnachteils zurückzuführen. Es ist unvermeidlich, dass die anderen Merkmale der Pflichtwidrigkeit und des Vermögensnachteils in die restriktive Auslegung einbezogen werden müssen. Insofern erscheint es ausreichend, dass in der Auseinandersetzung über das Wesen des Tatbestands die wesentliche Inhaltsbestimmung herausgearbeitet wird. Dabei kann der Treubruch als ein essenzielles Element der Untreue nicht aufgeben werden.

II. Objektive Tatbestände

1. Bestimmung des Täterkreises

a) Vorbemerkung

Im koreanischen Untreuetatbestand ist das Tatsubjekt der Untreue nicht eindeutig beschrieben, sondern es ist lediglich die Rede von demjenigen, „der das Geschäft eines Fremden besorgt“. Bei der Auslegung des Untreuetatbestands ist die umstrittenste Frage die der Bestimmung des Täterkreises. Nach der Rechtsprechung wird unter dem Merkmal des Tatsubjekts eine Person verstanden, die nach dem Prinzip von Treu und Glauben im inneren Verhältnis mit dem Treugeber ein dessen Geschäft zu besorgendes Treueverhältnis hat.⁶¹¹ Darüber hinaus ist weder eine rechtliche

⁶¹¹ kOGH vom 22.06.1999 (99 Do 1095).



Vertretungsmacht gegenüber Dritten noch eine umfangreiche Beauftragung erforderlich.⁶¹² Aber diese grundsätzlichen Meinungen gehen zu weit, zeigt sich doch deutlich die daraus resultierende Gefahr einer Ausdehnung der Tatbestandsmäßigkeit der Untreue. Hier herrscht Übereinstimmung über die Notwendigkeit einer restriktiven Auslegung.⁶¹³

Das Merkmal „fremd“ bezieht sich auf natürliche und juristische Personen sowie auch auf nicht rechtsfähige Vereine. Früher hat der KOGH die Untreue dessen, der als alleiniger Aktionär und gleichzeitig als Vorstand einer Ein-Mann-Gesellschaft ohne einen speziellen Beschluss der Hauptversammlung ein wichtiges Gesellschaftsvermögen übertragen hat, mit der Begründung verneint, dass der Vermögensnachteil der Ein-Mann-Gesellschaft letzten Endes demjenigen des alleinigen Aktionärs entspricht und somit kein Vorsatz zur Entstehung des Vermögensnachteils geführt haben könnte.⁶¹⁴ Aber mittlerweile hat sich die Auffassung der Rechtsprechung geändert und der KOGH hat die Untreue durch den alleinigen Aktionär in der Ein-Mann-Gesellschaft mit dem Hinweis darauf anerkannt, dass auch in diesem Fall die Gesellschaft und der alleinige Aktionär grundsätzlich als voneinander verschiedene juristische Einheiten zu betrachten seien.⁶¹⁵

b) Entstehungsgrund der Täterqualifikation

Obwohl aus dem reinen Gesetzeswortlaut keine weitreichenden Rückschlüsse über den Entstehungsgrund der Täterqualifikation möglich sind, ist zumindest allgemein anerkannt, dass unter dem Untreuetatbestand ein Sonderdelikt zu verstehen ist. Die Sonderstellung des Untreuetäters kann sowohl aus dem Gesetz als auch aus einem behördlichen Auftrag oder einem Rechtsgeschäft sowie einem tatsächlichen Treueverhältnis entstehen.⁶¹⁶ Dementsprechend hat der KOGH ausgeführt: „Ein Untreuetäter, der das Geschäft eines Fremden besorgt, ist eine Person, die im inneren Verhältnis mit dem Vermögensinhaber ein Treueverhältnis nach dem Prinzip von Treu und Glauben hat. Dabei bedarf es im Außenverhältnis mit einem Dritten keiner rechtlichen Vertretungsbefugnis über das Geschäft. Außerdem ist der Umfang des anvertrauten Geschäfts nicht

⁶¹² KOGH vom 11.05.1976 (75 Do 2245); KOGH vom 14.09.1982 (80 Do 1816).

⁶¹³ Statt Vieler *Bae, Jong-Dae*, Strafrecht BT, S. 550.

⁶¹⁴ KOGH vom 23.04.1974(73 Do 2611); KOGH vom 11.05.1976(75 Do 823).

⁶¹⁵ KOGH vom 13.12.1983 (83 Do 2330, in großer Versammlung); KOGH vom 16.06.2006(2004 Do 7585); zustimmend *Bae, Jong-Dae*, Strafrecht BT, S. 551; *Kim, Il-Soo*, CLSK Vol. 4(1986),41, 54 f.; dagegen aber *Ahn, Gyeong-Ok*, JCCL Vol. 2(2000), 211, 232; *Lee, Chul-Song*, HJ Vol. 359(2006), 96, 106.

⁶¹⁶ *Bae, Jong-Dae*, Strafrecht BT, S. 553; *Lee, Jae-Sang*, Strafrecht BT, S. 418; *Park, Sang-Ki*, Strafrecht BT, S. 399; *Kim, Il-Soo*, CLSK Vol. 4(1986), 41, 55; *Lee, Jeong-Won*, CLR Vol. 34(2011), 123, 132.



entscheidend. Das Bestehen des Treueverhältnisses lässt sich durch Gesetz, Rechtsgeschäft, Gewohnheit oder Geschäftsführung ohne Auftrag begründen“.⁶¹⁷ Auf der Basis dieser weiten Auffassung hat der kOGH eine Täterqualifikation anerkannt, wenn der Täter das Geschäft eines Fremden nach dem Erlöschen der Vollmacht besorgt hat⁶¹⁸, wenn der Täter nach seiner Entlassung vor der Aufgabeübertragung ein Geschäft geführt hat⁶¹⁹ und wenn ein faktischer Vorstand das Vermögen der Gesellschaft treuwidrig übertragen hat⁶²⁰. Demgegenüber wurde das tatsächliche Treueverhältnis als Entstehungsgrund der untreuerelevanten Sonderstellung verneint, wenn das Rechtsgeschäft zur Geschäftsführung durch einen Fremden von Anfang an nichtig war und daher das Treueverhältnis gar nicht entstehen konnte.⁶²¹

Das Schrifttum stimmt der Rechtsprechung grundsätzlich zu.⁶²² Aber die Täterqualifikation bei einem tatsächlichen Treueverhältnis sollte sorgfältig bewertet werden, weil der Täterkreis in rechtsstaatlich bedenklicher Weise ohne klare Maßstäbe zu weit angenommen werden kann.⁶²³ Vor allem wird darauf hingewiesen, dass in der Tat zwar die Vermögensbetreuungspflicht des Täters bei der Geschäftsführung nach dem Erlöschen der Vollmacht angenommen werden kann, aber es sich in diesem Fall nicht um das faktische Treueverhältnis handelt, sondern um ein Treueverhältnis nach rein gesetzlichen Vorschriften, und zwar eine im koreanischen Bürgerlichen Gesetzbuch (§ 129 kBGB) oder Handelsgesetzbuch (§ 395 KHGB) vorgesehene Scheinvollmacht.⁶²⁴ In diesem Fall sei der Täter wegen Untreue nur zu bestrafen, wenn der Anvertrauende in eine zivilrechtliche Haftung einbezogen werden könne.⁶²⁵ Zudem muss das faktische Organ als Täter wegen Untreue ausnahmsweise bejaht werden, wenn es mit dem ausdrücklichen oder zumindest stillschweigenden Einverständnis des Vorstands eine Stelle als Repräsentant der Ge-

⁶¹⁷ kOGH vom 22.06.1999(99 Do 1095); kOGH vom 14.03.2000(99 Do 457); kOGH vom 26. 02. 2003 (2002 Do 6834).

⁶¹⁸ kOGH vom 22.06.1999(99 Do 1095).

⁶¹⁹ kOGH vom 22.06.1999(99 Do 1095).

⁶²⁰ kOGH vom 14.03.2003(99 Do 457).

⁶²¹ kOGH vom 27.03.1979(79 Do 141); zustimmend *Baek, Hyeong-Gu*, Strafrecht BT, S. 221; *Kim/Kim*, Strafrecht BT, S. 520; *Park, Sang-Ki*, Strafrecht BT, S. 400; kritisch *Kim/Seo*, Strafrecht BT, S. 487; *Lee, Jae-Sang*, Strafrecht BT, S. 419.

⁶²² *Lee, Jae-Sang*, JA Vol. 289(1985), 66, 68; *Chung, Young-Il*, Gosigye Vol. 642(2010), 5, 9.

⁶²³ *So Ahn, Gyeong-Ok*, CCS Vol. 9 (2001), 279, 294 ff.; *Park, Sung-Soo*, Beopjo Vol. 46-4 (1997), 127, 131.

⁶²⁴ *So Ahn, Gyeong-Ok*, CCS Vol. 9(2001), 279, 296 ff.

⁶²⁵ Vgl. *Park, Sung-Soo*, Eine Analyse der strafrechtlichen Verantwortung, S. 58; *ders.*, Beopjo Vol. 46-4(1997), 127, 131.



sellschaft tatsächlich innehat und damit wie ein ordentliches Organ die Aufgaben der Gesellschaft durchführt.⁶²⁶

c) Inhalt des Geschäfts

Mit dem Merkmal „Geschäft“ sind sowohl private als auch öffentliche Aufgaben versehen. Wenn ein Beamter dadurch, dass er seiner Aufgabe zuwiderhandelt, für sich einen Vermögensvorteil erwirbt oder einem Dritten einen Vorteil verschafft und damit dem Staat einen Schaden verursacht, kommen zwar vor allem Straftaten im Amt in Betracht, der Tatbestand der Untreue ist jedoch nicht ausgeschlossen.⁶²⁷ Der kOGH hat die Untreue eines Beamten, der für den Kauf und die Überprüfung verschiedener Materialien zuständig ist, anerkannt, da dieser vorsätzlich einen dem tatsächlichen Sachverhalt nicht entsprechenden Bericht abgegeben und dadurch dem Staat einen Vermögensnachteil zugefügt hat.⁶²⁸

Unter dem Aspekt des Inhalts eines Geschäfts ist es strittig, ob sich das Geschäft auf das Vermögen des Geschäftsherrn beziehen muss. Die herrschende Meinung behauptet im Hinblick auf den Charakter des Untreuetatbestands als Vermögensdelikt, dass es sich bei dem Geschäft um eine mit dem Vermögen verbundene Aufgabe handeln müsste.⁶²⁹ Wenn alle Geschäfte in Betracht kommen würden, dann wäre die Tatbestandsmäßigkeit zu weit ausgedehnt.⁶³⁰

Dagegen vertreten einige Autoren den Standpunkt, dass sich das Geschäft zwar nicht ausschließlich auf das Vermögen, aber zumindest auf das Vermögensinteresse des Vermögensinhabers beziehen müsste.⁶³¹ Die Auffassung, dass kein Zusammenhang zwischen dem Geschäft und dem Vermögen und sogar nicht einmal mit dem Vermögensinteresse erforderlich ist, wird ebenfalls anzutreffen sein.⁶³² Die letzteren beiden Vorstellungen werden damit begründet, dass die Un-

⁶²⁶ Ahn, Gyeong-Ok, CCS Vol. 9(2001), 279, 298 ff.; auch Park, Sung-Soo, Eine Analyse der strafrechtlichen Verantwortung, S. 58.

⁶²⁷ Lee, Jae-Sang, JA Vol. 289(1985), 66, 69; auch Moon, Hyoung-Seob, Eine Studie über die Untreue, S. 35.

⁶²⁸ kOGH vom 12.11.1974(74 Do 1138).

⁶²⁹ Bae, Jong-Dae, Strafrecht BT, S. 551; Baek, Hyeong-Gu, Strafrecht BT, S. 216; Kim/Kim, Strafrecht BT, S. 594; Kim/Seo, Strafrecht BT, S. 484; Kim, Seong-Don, Strafrecht BT, S. 411; Lee, Jae-Sang, Strafrecht BT, S. 419; Park, Sang-Ki, Strafrecht BT, S. 399; Son, Dong-Kwun, Strafrecht BT, S. 451; Moon, Hyoung-Seob, Eine Studie über die Untreue, S. 35; Kim, Il-Soo, CLSK Vol. 4(1986), 41, 55.

⁶³⁰ Vgl. Bae, Jong-Dae, Strafrecht BT, S. 551; Park, Sang-Ki, Strafrecht BT, S. 401; Moon, Hyoung-Seob, Eine Studie über die Untreue, S. 35.

⁶³¹ Chung, Young-Il, Gosigye Vol. 642(2010), 5, 8; Kang, Dong-Wook, SLP Vol. 10(2010), 229, 237.

⁶³² Oh, Young-Keun, Strafrecht BT, S. 502; Yim, Woong, Strafrecht, BT, S. 468; Lee, Jae-Jin, Eine Studie über die Untreue, S. 55.



treue grundsätzlich als ein Vermögensdelikt charakterisiert sei und es nicht darauf ankomme, dass das Geschäft mit dem Vermögen verbunden sei, sondern dass der Täter oder ein Dritter durch eine Untreuehandlung Vermögensvorteile erwerbe. Deswegen sei es nicht unbedingt erforderlich, dass sich das Geschäft auf das Vermögen beziehe. So könne beispielsweise ein Arzt oder ein Anwalt wegen Untreue bestraft werden, wenn er gegen seine Pflicht verstoße, um Vermögensvorteile zu erwerben, und dadurch eine Vermögensschädigung bei seinem Patienten oder Mandanten verursache, obwohl sich das vom Treuenehmer verfügte Geschäft nicht auf das Vermögen beziehe.⁶³³

Hinsichtlich dieser Frage sind der Rechtsprechung keine klaren Aussagen zu entnehmen. Jedoch lassen sich Rückschlüsse über die Auffassung der Rechtsprechung hinsichtlich der Beurteilung der Täterqualifikation bei der Untreue ziehen. Die Rechtsprechung besagt: „Derjenige, der das Geschäft eines Fremden besorgt, muss eine wesentliche Vermögensschutzpflicht oder eine Vermögensbetreuungspflicht auf der Basis eines Treueverhältnisses haben“,⁶³⁴ wobei mit „derjenige“ eine Person gemeint ist, „die als Stellvertreter für die Vermögensbetreuung eines Fremden fungiert oder an einer Vermögenswahrnehmung mitwirkt.“⁶³⁵ Auf den ersten Blick scheint es, dass die Rechtsprechung das Geschäft auf die mit dem Vermögen verbundenen Objekte beschränkt. Aber die Auffassung der Rechtsprechung ist nicht immer folgerichtig. So hat der KOGH für den Fall des Verrats von Betriebsgeheimnissen die Untreue bejaht.⁶³⁶

d) Fremdnützigkeit des Geschäfts

Der kritische Punkt bei der Bestimmung des Täterkreises ist die Auslegung des Merkmals „Geschäft eines Fremden“. Dabei kommt es besonders auf die Fremdnützigkeit bzw. die Zugehörigkeit des Geschäfts an. Nach dem Gesetzeswortlaut muss das Geschäft, das der Täter besorgt, eigentlich nicht das des Täters, sondern ausschließlich das des Geschäftsherrn sein, das heißt ein Geschäft, das eigentlich der Geschäftsherr erledigen muss, bei dem aber aus verschiedenen Gründen der Täter beauftragt worden ist. Wenn das Geschäft ursprünglich eines des Täters ist, bleibt das Geschäft von Anfang an außerhalb der Grenzen der strafbaren Untreue, selbst wenn

⁶³³ Vgl. *Chung, Young-Il*, *Gosigye* Vol. 642(2010), 5, 8; *Kang, Dong-Wook*, *SLP* Vol. 10(2010), 229, 237.

⁶³⁴ KOGH vom 17.09.1999(97 Do 3219).

⁶³⁵ KOGH vom 09.09.1994(94 Do 902).

⁶³⁶ KOGH vom 12.03.1999(98 Do 4704); KOGH vom 24.04.2008(2006 Do 9080).



die Durchführung des Geschäfts des Täters zugleich fremdnützig gegenüber dem Geschäftsherrn sein kann.

Dementsprechend hat die Rechtsprechung deutlich gemacht, dass das Geschäft nicht für den Täter, sondern ausschließlich für den Fremden durchgeführt werden muss: „Wenn zwar die Durchführung des Geschäfts durch den Täter fremdnützig gegenüber dem Geschäftsherrn ist, aber das Geschäft selbst nach dessen Eigenschaft eigentlich eine eigene Aufgabe des Täters ist, kann der Täter nicht als ein Tatsubjekt im Sinne des Untreuetatbestands qualifiziert werden.“⁶³⁷ Diese Auffassung ist in den Fällen von besonderer Bedeutung, in denen es um Vertragsverletzungen beim Schuldverhältnis bzw. beim Leistungsaustauschverhältnis geht. Auf dieser grundsätzlichen Basis hat der kOGH die Untreue beim Leistungsaustauschverhältnis verneint, wenn der Täter grundsätzlich nur zur Leistung an den Vertragsgegner verpflichtet war.⁶³⁸ Die Erbringung von Leistungen zu eigenen Zwecken kann nicht als das Geschäft eines Fremden im Sinne des Untreuetatbestands, sondern nur als ein eigenes Geschäft betrachtet werden. Somit ist der Mieter, der aufgrund des Mietvertrags die Miete bezahlen muss,⁶³⁹ und der Zuwendende, der nach dem Schenkungsversprechen einen anderen unentgeltlich bereichert,⁶⁴⁰ keine Täter im Sinne des Untreuetatbestands.

Fraglich ist aber, ob die Auffassungen der Rechtsprechung konsistent angewandt werden. Anders als oben erwähnt, hat der kOGH die Untreuestrafbarkeit in bestimmten Schuldverhältnissen immer dann angenommen, wenn ein Beteiligter nach dem Inhalt des Vertrags seine vertragliche Leistung nicht oder unvollständig erbracht hat. Um die treuwidrige Handlung im Schuldverhältnis zu bestrafen, hat der kOGH das Merkmal „derjenige, der das Geschäft eines Fremden besorgt“ folgendermaßen stark relativiert: „Derjenige, der das Geschäft eines Fremden besorgt, bedeutet eine Person, die als Stellvertreter für die Vermögensbetreuung eines Fremden fungiert oder zur Mitwirkung an der Vermögenswahrnehmung verpflichtet ist“.⁶⁴¹ Ebenso heißt es: „Der Untreuetäter, der das Geschäft eines Fremden besorgt, bedeutet eine Person, die anhand des Treueverhältnisses nach dem Prinzip von Treu und Glauben eine Sonderstellung hat. Dabei ist der typische und wesentliche Inhalt des Treueverhältnisses der Schutz und die Wahrnehmung des Vermögensinteresses des Fremden. Aber es ist nicht gefordert, dass die Durchführung des

⁶³⁷ kOGH vom 22.06.1982(82 Do 45); kOGH vom 10.12.1991(91 Do 2184); kOGH vom 13.03.2008(2008 Do 373).

⁶³⁸ kOGH vom 14.06.2007(2007 Do 2178).

⁶³⁹ kOGH vom 20.07.1971(71 Do 1116).

⁶⁴⁰ kOGH vom 11.05.1976(76 Do 679).

⁶⁴¹ kOGH vom 26.09.2003(2003 Do 763); kOGH vom 15.03.2012(2010 Do 3207).



Geschäfts ausschließlich dem Schutz und der Wahrnehmung des Vermögensinteresses des Fremden dienen muss. Dagegen ist die Täterqualifikation anzuerkennen, wenn der Inhalt des durchgeführten Geschäfts einen nicht marginalen und nebensächlichen, sondern einen wichtigen Sinn für das Vermögensinteresse des Fremden hat⁶⁴². Selbst wenn das Geschäft eigentlich die eigene Aufgabe des Täters ist, lässt es sich nach dieser Auslegung in den Untreuetatbestand einbeziehen, wenn der Täter aus irgendwelchen Gründen zur Mitwirkung an der wichtigen Vermögenswahrnehmung eines Fremden verpflichtet ist.

Als Paradebeispiel ist hierbei an den Fall des Doppelverkaufs eines Grundstücks zu denken, wobei der Täter zwischen dem Abschluss eines Grundstückskaufvertrags und der Eintragung ins Grundbuch dasselbe Grundstück erneut an einen Dritten verkauft und dieser Dritte dann als Grundstückseigentümer eingetragen wird. Dabei nutzt der Verkäufer den Umstand aus, dass er vor der Umschreibung auf den Erstkäufer ins Grundbuch noch Berechtigter ist. In diesem Fall erwirbt der Zweitkäufer das Grundstück zu Recht, wenn er gutgläubig handelt. Der Erstkäufer hat dagegen seine geltende Anwartschaft auf den Erwerb des Grundstücks verloren, obwohl er schon einen Vertrag dafür geschlossen und sogar den erforderlichen Aufpreis und die Abschlagszahlung bezahlt hat. In Korea wird der Grundstückskauf durchwegs in drei Stufen bezahlt⁶⁴³ und die zweite Abschlagszahlung als Beginn der Erfüllung betrachtet, wodurch der Verkäufer rechtlich an die Einhaltung des Kaufvertrags gebunden ist. Auf dieser Grundlage sieht der kOGH eine untreuerelevante Fremdnützigkeit der Geschäftsführung darin, dass der Verkäufer zur Wahrung der Vermögensinteressen des Erstkäufers bei der Eintragung ins Grundbuch mitwirken muss. In allen Fällen des Doppelverkaufs eines Grundstücks hat der kOGH den Verkäufer wegen Untreue verurteilt.⁶⁴⁴

Über die treuwidrige Handlung beim Grundstückskaufvertrag hinaus bejaht der kOGH die Untreue in verschiedenen Leistungsaustauschverhältnissen:

⁶⁴² kOGH vom 10.05.2012(2010 Do 3532).

⁶⁴³ Durchgängig wird der Preisaufschlag in Höhe von etwa 10 % und die Abschlagszahlung nach einer Einigung in Höhe von etwa 50 % des gesamten Kaufpreises bezahlt.

⁶⁴⁴ kOGH vom 05.15.1984(84 Do 315); kOGH vom 07.08.1986(85 Do 1873); kOGH vom 12.13. 1988(88 Do 750); kOGH vom 07.10. 2008(2008 Do 3766).



- bei der Annahme an Erfüllung statt, wobei der Täter mit dem Gläubiger A vereinbart hat, eine unbewegliche Sache als die geschuldete Leistung zu überreichen, aber danach den Gegenstand an Gläubiger B übertragen hat;⁶⁴⁵
- bei einer Doppelübereignung, bei der der Täter nach der Sicherungsabrede in der Form eines Besitzkonstituts den übereigneten Gegenstand besessen und bewirtschaftet hat, aber der Sicherungsgeber später den Gegenstand an einen Dritten veräußert und übertragen hat;⁶⁴⁶
- bei einem Hypothekenvertrag, in dem der Täter mit dem Gläubiger vereinbart hat, eine Hypothek für ein Darlehen aufzunehmen, aber vor der Eintragung der Hypothek ins Grundbuch die Hypothek zugunsten eines Dritten aufgenommen und der Dritte als der erstrangige Hypothekar eingetragen worden ist, sofern das Opfer wegen der Hypothek des Dritten nicht vollständig gesichert werden kann.⁶⁴⁷

Im Wesentlichen stimmt die herrschende Meinung hier mit der von der Rechtsprechung vertretenen Auffassung überein.⁶⁴⁸ Demnach wird der für die Untreue taugliche Täter so definiert wie derjenige, der das vom Fremden anvertraute Geschäft für einen Fremden besorgt⁶⁴⁹ oder der wesentlich die vertragliche Pflicht für einen Fremden erfüllt, obwohl das Geschäft eigentlich dem Täter gehört.⁶⁵⁰ Des Weiteren könnten das „Geschäft eines Fremden“ und das „Geschäft für einen Fremden“ nicht scharf unterschieden werden, wenn die Aufmerksamkeit gezielt darauf gerichtet werde, dass der wesentliche Inhalt der Untreue darin bestehe, durch den Treubruch dem Treugeber einen Vermögensnachteil zuzufügen.⁶⁵¹

Demgegenüber zielt die Kritik der Gegenmeinungen darauf ab, dass der Anwendungsbereich durch die Rechtsprechung und die herrschende Auffassung noch weiter ausgedehnt werde.⁶⁵² Vor allem wird darauf hingewiesen, dass die Rechtsprechung und die herrschende Auffassung das Merkmal „Geschäft eines Fremden“ mit „Geschäft für einen Fremden“ verwechselt und bei-

⁶⁴⁵ kOGH vom 28.10.2005(2005 Do 5713).

⁶⁴⁶ kOGH vom 25.07.1989(89 Do 350).

⁶⁴⁷ kOGH vom 27.03.2008 (2007 Do 9328).

⁶⁴⁸ *Bae, Jong-Dae*, Strafrecht BT, S. 558; *Chung, Young-Il*, Strafrecht BT, S. 395; *Kim/Seo*, Strafrecht BT, S. 483; *Kim, Seong-Don*, Strafrecht BT, S. 424; *Lee, Jae-Sang*, Strafrecht BT, S. 430; *Oh, Young-Keun*, Strafrecht BT, S. 504; *Park, Sang-Ki*, Strafrecht BT, S. 408; *Son, Dong-Kwun*, Strafrecht BT, S. 467; *Yim, Woong*, Strafrecht BT, S. 478.

⁶⁴⁹ *Kang, Gu-Jin*, Strafrecht BT, S. 373.

⁶⁵⁰ *Lee, Jae Sang*, Strafrecht BT, S. 430.

⁶⁵¹ Vgl. *Kang, Dong Wook*, SLP Vol. 10(2010), 229, 239.

⁶⁵² Vgl. *Oh, Young-Keun*, Strafrecht BT, S. 516; auch *Moon, Hyoung Seob*, Eine Studie über die Untreue, S. 37; *Hoh, Il-Tae*, JCCL Vol. 6(2004), 137, 138.



de nicht scharf voneinander unterscheidet. Diese fehlerhafte Auslegung führe zu einem Analogieverbot im Hinblick darauf, dass die Sonderstellung des tauglichen Täters über den Sinn des gesetzlichen Wortlauts hinaus zum „Geschäft für einen Fremden“ erweitert werde.⁶⁵³

Die Kritik, dass der kOGH das Merkmal der Täterqualifikation zu weit interpretiert, ist durchaus nachvollziehbar. Im Falle des Doppelverkaufs eines Grundstücks geht es nur um das Bedürfnis der Bestrafung einer treuwidrigen Handlung. Diese rechtspolitische Überlegung ist auch in der Minderheitsauffassung in der großen Versammlung des kOGH, in der es um den Verstoß gegen die Ausgleichspflicht bei einer Sicherungsübereignung ging, zu erkennen: „Unter Berücksichtigung der strafrechtlichen Auslegungsgrundsätze ist es klar, dass ein Vergehen gegen die Mitwirkungspflicht bei der Eintragung ins Grundbuch nicht mehr bedeutet als eine Leistungsstörung. Dennoch ist der Grund dafür, die zivilrechtliche Pflichtverletzung durch das Strafrecht zu regulieren, ein Strafbedürfnis unter besonderen Umständen, unter denen die Pflichtverletzungen aufgrund des Prinzips der Privatautonomie nicht mehr außer Acht gelassen werden können.“⁶⁵⁴ Ferner müsste der Rechtsprechung und der herrschenden Auffassung zufolge diese Bestrebung beim Doppelverkauf eines Grundstücks auch im umgekehrten Fall, wenn der Täter das Grundstück nach dem Doppelverkauf an den Erstkäufer, nicht an den Zweitkäufer übereignet hat und der Erstkäufer als Grundstückseigentümer ins Grundbuch eingetragen wird, ebenfalls ins Auge gefasst werden.⁶⁵⁵ Obwohl in diesem Fall der Täter gegenüber dem Zweitkäufer genau sowie im ersten Fall gegenüber dem Erstkäufer eine Mitwirkungspflicht zur Eintragung ins Grundbuch hatte und die einigermaßen sichere Erwerbchance des Zweitkäufers vereitelt wurde, hat der kOGH die Untreue hier verneint.⁶⁵⁶ Überdies hat der kOGH in einem vergleichbaren Fall – beim Doppelverkauf von beweglichen Sachen – die Untreue verneint.⁶⁵⁷ Dazu hat der in der großen Versammlung angeführt: „Bei einem Leistungsaustauschverhältnis wie einem Kaufvertrag ist die Leistungspflicht vom Vertragsinhalt her im Grunde genommen ein eigenes Geschäft der Beteiligten.“⁶⁵⁸ Dabei hat der kOGH insofern einen entscheidenden Unterschied zwischen den beiden Fällen darin gesehen, dass es bei der Übereignung von beweglichen Sachen keiner Eintragung ins Grundbuch bedarf. Somit ist anzunehmen, dass der kOGH beim Doppelverkauf eines Grundstücks oder bei einem Leistungsaustauschverhältnis, bei dem es einer Registrierung zum Vermö-

⁶⁵³ Vgl. *Moon, Hyoung Seob*, Eine Studie über die Untreue, S. 37; auch *Hoh, Il-Tae*, JCL Vol. 6(2004), 137, 138.

⁶⁵⁴ kOGH vom 26.11.1985(85 Do 1493, in großer Versammlung).

⁶⁵⁵ kOGH vom 29.04.2010(2009 Do 14427).

⁶⁵⁶ kOGH vom 29.04.2010(2009 Do 14427).

⁶⁵⁷ kOGH vom 27.03.2008(2007 Do 9328).

⁶⁵⁸ kOGH vom 27.03.2008 (2007 Do 9328).



genserwerb bedarf, weiterhin die bisherige Auffassung beibehält. Diesbezüglich hat *Lee* dahingehend eine restriktive Auslegung vorgeschlagen, dass der Schwerpunkt der Bewertung nicht auf der Fremdnützigkeit bzw. der Zugehörigkeit, sondern auf der Hauptsächlichkeit des Geschäfts liegen sollte.⁶⁵⁹ Dieser Vorschlag erscheint aufschlussreich, weil die Auseinandersetzung sich in hohem Maße nur auf das Merkmal „Fremdnützigkeit“ richtet und den anderen Faktoren der Vermögensbetreuungspflicht, wie „Hauptsächlichkeit“ oder „Selbstständigkeit“, nicht die erforderliche Aufmerksamkeit gewidmet wird.

2. Pflichtverletzung

a) Untreuerrelevante Pflichtverletzung in der Rechtsprechung

Das Merkmal „dadurch, seiner Aufgabe zuwiderzuhandeln“ ist eine Tathandlung des Untreuetatbestands. Das Tatsubjekt des Untreuetatbestands muss durch die Zuwiderhandlung seiner Aufgabe für sich einen Vermögensvorteil erlangen oder einem Dritten einen Vorteil verschaffen und damit dem Vertretenen einen Schaden zufügen. Logischerweise kann nur die Tathandlung dessen, der als der Täter des Untreuetatbestands qualifiziert wurde, zum Gegenstand der Bewertung gemacht werden.⁶⁶⁰

Der kOGH hat sich über die Tathandlung der Untreue grundsätzlich folgendermaßen geäußert: „Die untreue Handlung bedeutet jede ein Treuverhältnis brechende Handlung dadurch, dass der Täter unter den konkreten Umständen eine nach den Bestimmungen des Gesetzes oder der Verordnung, dem Inhalt des Vertrags oder dem Prinzip von Treu und Glauben natürlich zu erwartende Handlung nicht vornimmt oder eine natürlich nicht zu erwartende Handlung vornimmt“.⁶⁶¹

Abgesehen von der rechtlichen Wirksamkeit der Handlung erfassen die Pflichtverletzungen sowohl den tatsächlichen Eingriff⁶⁶² in das Vermögen eines Fremden als auch das Unterlassen.⁶⁶³

Die Auffassung des kOGH über die Untreuetathandlung ist in einem Maße abstrakt, dass es sehr

⁶⁵⁹ *Lee, Jeong-Won*, CLR Vol. 34(2011), 123, 137 f.

⁶⁶⁰ kOGH vom 19.08.1986 (85 Do 2144).

⁶⁶¹ kOGH vom 22.12.1995 (95 Do 3013); kOGH vom 26.09.2003 (2003 Do 763); kOGH vom 10.10.2003 (2003 Do 3516); kOGH vom 09.07.2004 (2004 Do 310); kOGH vom 24.12.2009 (2009 Da 10898).

⁶⁶² kOGH vom 28.09.1990 (90 Do 602); kOGH 27.02.1991 (90 Do 2528).

⁶⁶³ kOGH vom 22.07.2002(2002 Do 1696); kOGH vom 11.02.2003(2002 Do 5679).



zweifelhaft erscheint, ob diese Auffassung in konkreten Fällen als ein einsichtiges und angemessenes Kriterium praktisch angewandt werden kann.

b) Allgemeine Maßstäbe der Bewertung

Zuerst lässt sich die untreuerelevante Pflichtverletzung annehmen, wenn der Verpflichtete dem Zweck der beauftragten Aufgabe zuwiderhandelt. Für die Bewertung der Pflichtverletzung sind zunächst der Inhalt und der Umfang des beauftragten Geschäfts entscheidend. Bei den Vertretungsverhältnissen des Familienrechts können beispielsweise die entsprechenden Vorschriften jeweils als Maßstab herangezogen werden, und zwar die Vermögensvorsorge der Eltern (§§ 920, 922 KBGB) oder des Nachlassverwalters (§ 1053 Abs. 2 KBGB) usw. Außerdem sind bei den Pflichtverletzungen durch unzweifelhaft vermögensbetreuungspflichtige Täter (Geschäftsführer, Vorstände, Aufsichtsräte usw.) die Sorgfaltnormen im koreanischen Handelsgesetzbuch maßgeblich, und zwar die Sorgfalt eines ordentlichen Verwalters (§ 61 KBGB). Überdies können andere Rechtsquellen, z. B. eine Satzung oder innere Richtlinie über Dienstleistungen, als Maßstab berücksichtigt werden. Wenn das Innenverhältnis durch ein Rechtsgeschäft zwischen dem Vermögensinhaber und dem Täter ausgestaltet wird, sind in erster Linie die mit dem Vermögensinhaber getroffenen Vereinbarungen ausschlaggebend, weil vor allem der Wille des Vermögensinhabers bei der Durchführung von Geschäften beachtet werden muss.

c) Vergehen gegen außerstrafrechtliche formelle und prozedurale Vorschriften

Bei der Bewertung der Pflichtverletzung ist es fraglich, ob die die formellen Verfahrensvorschriften nicht beachtenden Handlungen überhaupt noch unter dem Untreuetatbestand subsumiert werden können. Nach der allgemeinen Vorstellung sind Handlungen, die gegen die Vorschriften für die bei der Durchführung von Geschäften vorgesehenen Verfahren verstoßen, im Sinne des Untreuetatbestandes eigentlich nicht mehr pflichtwidrig.⁶⁶⁴ Wichtiger ist es, ob die Handlung gemäß dem Prinzip von Treu und Glauben durchgeführt wird.⁶⁶⁵ Dabei ist auch ent-

⁶⁶⁴ So Kim, *Hyun-Woo*, Eine Studie über den Rahmen der Tatbestandsmäßigkeit der Untreue, S. 151; Cheon, *Jong-Cheol*, YLS Vol. 3(1995), 721, 732; Yoo, *Heon-Jong*, BFL Vol. 36(2009), 80, 89.

⁶⁶⁵ Cheon, *Jong-Cheol*, YLS Vol. 3(1995), 721, 732; ebenso Moon, *Hyoun-Geob*, Eine Studie über die Untreue, S. 66.



scheidend, ob sich die Handlung innerhalb des üblichen Rahmens für die Durchführung des Geschäfts bewegt⁶⁶⁶ oder eine tatsächliche Gefahr für das Vermögen bewirkt.⁶⁶⁷

Der kOGH geht davon aus, dass nicht jede Handlung, die formell gegen das Gesetz verstößt, eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue darstellt, sondern nur eine solche Handlung, die bei der Gesamtschau unter Berücksichtigung der Art der Handlung und des Geschäfts sowie des geschützten Rechtsgutes eine konkrete Gefahr enthält, dem Vermögensinhaber einen Vermögensnachteil zuzufügen.⁶⁶⁸ Aus diesem Grund hat der kOGH, indem er sich am Rahmen der üblichen Geschäftsführung orientierte, bei einer Kreditvergabe die Untreue mit folgender Argumentation verneint: „Obwohl der Kreditbetrag den bewerteten Wert der Sicherung überschreitet oder als Sicherung eine nicht geeignete Sache gepfändet wird, ist die Kreditvergabe nicht pflichtwidrig angesichts des durch sie teilweise entstandenen unsicheren Kredits, wenn die Kreditvergabe durch die persönlichen und sachlichen Sicherungen schon den nicht zurückzahlbaren Kredit rettet und damit für die Bank lukrativ ist und sich im Rahmen der üblichen Durchführung des Geschäfts bewegt“.⁶⁶⁹ Eine Handlung ist dagegen pflichtwidrig, wenn der Täter bei der Durchführung des Geschäfts die entsprechenden Satzungen und Verfahrensvorschriften zwar einhält, dabei aber nach dem Prinzip von Treu und Glauben das Treueverhältnis gebrochen hat.⁶⁷⁰

d) Risikogeschäft und Einverständnis des Geschäftsherrn

Der Begriff des Risikogeschäfts wird in Korea nicht anders gehandhabt als in Deutschland. Wie in Deutschland ist das Risikogeschäft grundsätzlich nicht verboten. Entscheidend für die Bestimmung der Pflichtverletzung ist die Vorgabe oder das Einverständnis des Geschäftsherrn hinsichtlich des Inhalts und des Umfangs des betreffenden Geschäfts. Dabei muss das Einverständnis des Geschäftsherrn vorher wirksam gegeben worden sein.⁶⁷¹ Wenn der Geschäftsherr ein hochriskantes, aber lukratives Geschäft explizit erlaubt, kann die somit die Absicht des Ge-

⁶⁶⁶ Kim, Seong-Don, Strafrecht BT, S. 414; Cheon, Jong-Cheol, YLS Vol. 3(1995), 721, 732.

⁶⁶⁷ Kim, Hyun-Woo, Eine Studie über den Rahmen der Tatbestandsmäßigkeit der Untreue, S. 150; Yoo, Heon-Jong, BFL Vol. 36(2009), 80, 89.

⁶⁶⁸ kOGH vom 29.05.2009(2007 Do 4949); kOGH vom 14.10.2010(2010 Do 387).

⁶⁶⁹ kOGH vom 04.04.1987(85 Do 1339).

⁶⁷⁰ kOGH vom 08.06.1990(89 Do 1417); zustimmend Kim, Hyun-Woo, Eine Studie über den Rahmen der Tatbestandsmäßigkeit der Untreue, S. 151.

⁶⁷¹ kOGH vom 24.09.1985(85 Do 1444); Oh, Young-Keun, Strafrecht BT, S. 511; Yim, Woong, Strafrecht BT, S. 472.



schäftsherrn verfolgende Handlung des Täters kaum pflichtwidrig sein.⁶⁷² Falls eine entsprechende Vorgabe des Geschäftsherrn fehlt oder unbestimmt ist, kommt es darauf an, ob der Täter sich gemäß dem Prinzip von Treu und Glauben verhalten hat.⁶⁷³ Dabei kann unter Umständen auch eine mutmaßliche Einwilligung angenommen werden.⁶⁷⁴

3. Vermögensschaden

a) Vermögensbegriff

Hinsichtlich des Vermögensbegriffs werden nicht anders als in Deutschland vier verschiedene Ansätze diskutiert,⁶⁷⁵ und zwar die juristische Vermögenstheorie, die wirtschaftliche Vermögenstheorie,⁶⁷⁶ die juristisch-ökonomische Vermögenstheorie zur Verbindung der beiden erstgenannten Ansätze und schließlich die personale Vermögenstheorie.⁶⁷⁷ Mittlerweile hat sich die juristisch-ökonomische Vermögenstheorie im Schrifttum durchgesetzt.⁶⁷⁸ Aber im Prinzip scheint die Rechtsprechung auf der wirtschaftlichen Vermögenstheorie zu basieren. Typisch da-

⁶⁷² kOGH vom 08.11.1983(83 Do 2309); *Bae, Jong-Dae*, Strafrecht BT, S. 562; *Chung, Young-Il*, Strafrecht BT, S. 420; *Kim, Seong-Don*, Strafrecht BT, S. 414; *Lee, Jae-Sang*, Strafrecht BT, S. 424; *Oh, Young-Keun*, Strafrecht BT, S. 511; *Yim, Woong*, Strafrecht BT, S. 472; *Cheon, Jong-Cheol*, YLS Vol. 3(1995), S. 721, 733.

⁶⁷³ *Bae, Jong-Dae*, Strafrecht BT, S. 562; *Chung, Young-Il*, Strafrecht BT, S. 421; *Son, Dong-Kwun*, Strafrecht BT, S. 457; *Moon, Hyoung-Seob*, Eine Studie über die Untreue, S. 66; *Cheon, Jong-Cheol*, YLS Vol. 3(1995), 721, 733.

⁶⁷⁴ *Bae, Jong-Dae*, Strafrecht BT, S. 562; *Lee, Jae-Sang*, Strafrecht BT, S. 424; a. A. *Park, Sang-Ki*, Strafrecht BT, S. 402.

⁶⁷⁵ Zur Diskussionslage eingehend *Lim, Jung-Ho*, KCR Vol. 77(2009), 499 ff.

⁶⁷⁶ *Chung, Young-Il*, Strafrecht BT, S. 334; *Jo, Jun-Hyen*, Strafrecht BT, S. 391; *Lee, Jae-Sang*, Strafrecht BT, S. 341; *Oh, Young-Keun*, Strafrecht BT, S. 501; *Son, Dong-Kwun*, Strafrecht BT, S. 376; *Yim, Woong*, Strafrecht BT, S. 258.

⁶⁷⁷ *Park, Sang-Ki*, Strafrecht BT, S. 322

⁶⁷⁸ *Bae, Jong-Dae*, Strafrecht BT, S. 464; *Kang, Gu-Jin*, Strafrecht BT, S. 250; *Kim/Seo*, Strafrecht BT, S. 424; *Kim/Kim*, Strafrecht BT, S. 452; *Lee, Jeong-Won*, Strafrecht BT, S. 357; *Lim, Jung-Ho*, Eine Studie über das Vergehen gegen die Aufgabe in der Untreue, S. 148; *ders.*, KCR Vol. 77(2009), 499, 513; *Kim, Seon-Bok*, JCCL Vol. 6-1(2004), 91, 101.



für ist, dass der kOGH eine Person wegen Betrug verurteilt hat, die mit einer Prostituierten Geschlechtsverkehr vereinbart und sie dann um den vereinbarten Lohn geprellt hatte.⁶⁷⁹

b) Vermögensschaden und Schadensberechnung

Der Vermögensschaden bedeutet eine Minderung des gesamten Vermögenswerts des Geschäftsherrn. Dabei erfolgt die Bewertung des Vermögensschadens dadurch, dass die Werte des Vermögens unmittelbar vor und nach der Untreuehandlung miteinander verglichen werden.⁶⁸⁰ Grundsätzlich liegt ein Vermögensschaden vor, wenn in der Gesamtbetrachtung eine Einbuße am Vermögenswert festzustellen ist.⁶⁸¹ Dabei kommt sowohl eine Minderung des vorhandenen Vermögenswerts als auch eine pflichtwidrig unterlassene Vermögensmehrung in Betracht.⁶⁸² Im Rahmen der Gesamtbetrachtung ist darauf zu achten, ob die Minderung des Vermögenswerts durch den zugleich aus der treuwidrigen Handlung resultierenden Vermögenszuwachs objektiv wirtschaftlich vollwertig kompensiert werden kann. Wenn das der Fall ist, dann fehlt es an einem Vermögensschaden.⁶⁸³ Unter dieser Voraussetzung kann allenfalls ein Versuch (§ 359 kStGB) angenommen werden. Zu beachten ist, dass sowohl die Minderungen als auch die Zunahme des Vermögens, die bei der Schadensbestimmung in Betracht gezogen werden, eine Folge der untreurelevanten Pflichtverletzung sein müssen.⁶⁸⁴ Allgemein anerkannt ist auch, dass alle gesetzlichen Ansprüche und Rechte, wie beispielsweise Schadensersatzansprüche, zur Schadenskompensation nicht geeignet sind.⁶⁸⁵

Der kOGH stützt sich auf die wirtschaftliche Bewertungsweise: „Die Schadensberechnung erfolgt nicht durch die rechtliche Bewertung, sondern die wirtschaftliche Bewertung. Selbst wenn die treuwidrige Handlung nach der rechtlichen Bewertung nichtig ist, kann ein Schaden festgestellt werden, wenn der Täter unter dem wirtschaftlichen Aspekt dem Geschäftsherrn einen tat-

⁶⁷⁹ kOGH vom 23.10.2001 (2001 Do 2991): „Dass durch den Betrugstatbestand geschützte Vermögensinteresse umfasst nicht nur das zivilrechtlich geschützte wirtschaftliche Interesse. Wenn eine Prostituierte unter einer Vereinbarung von Lohn gehandelt hat, betrifft das Entgelt der Prostitution das wirtschaftliche Interesse als ein geschütztes Rechtsgut des Betrugs“; vgl. auch kOGH vom 17.09.1999(98 Do 2036).

⁶⁸⁰ Lee, Jeong-Won, Strafrecht BT, S. 469; Ryu, Jeon-Cheol, CLS Vol. 30(2010), 107, 114.

⁶⁸¹ kOGH vom 13.04.1999(98 Do 4022); kOGH 15.03.2007(2004 Do 5742).

⁶⁸² Bae, Jong-Dae, Strafrecht BT, S. 564.

⁶⁸³ kOGH vom 28.04.2011(2009 Do 14268); Bae, Jong-Dae, Strafrecht BT, S. 564; Lim, Jung-Ho, KCR Vol. 77(2009), 499, 502.

⁶⁸⁴ Ryu, Jeon-Cheol, CLS Vol. 30(2010), 107, 114.

⁶⁸⁵ kOGH vom 19.08.1986(86 Do 584).



sächlichen Schaden zugefügt oder eine Gefahr für einen tatsächlichen Schaden hervorgerufen hat.“⁶⁸⁶ Im Rahmen der wirtschaftlichen Bewertung hat der kOGH einen Vermögensschaden in einem Fall angenommen, in dem ein Vorstandsvorsitzender durch eine von Anfang an rechtlich nichtige Dispositionshandlung einen Schaden für die Gesellschaft bewirkt hat.⁶⁸⁷ Überdies wird der Vermögensschaden anerkannt, wenn der Täter öffentliche Mittel, die zur Förderung bestimmter wirtschaftlicher Ziele dienen, nicht zweckgebunden einsetzt. Der kOGH hat etwa einen Schaden bejaht, wenn der Förderungsfonds für kleine Unternehmen außerhalb des Verwendungszwecks verliehen wurde,⁶⁸⁸ aber auch in einem Fall, bei dem die für die Verbesserung eines Fischereibetriebs zweckgebundenen Mittel an eine Person, die die Voraussetzung für einen Kredit des Fonds nicht erfüllte, ausgeliehen wurde.⁶⁸⁹ Als Grund dafür wurde genannt, dass die Erreichung der wirtschaftlichen politischen Ziele dadurch beeinträchtigt werde.⁶⁹⁰

c) Vermögensgefährdung

Der Vermögensbegriff und der Vermögensschadensbegriff im Betrugstatbestand gelten auch für den Untreuetatbestand. Demzufolge wird die Gefahr für den materiellen Vermögensschaden als Vermögensschaden im Sinne des Untreuetatbestands anerkannt.⁶⁹¹ Aber der kOGH geht zu weit,

⁶⁸⁶ kOGH vom 21.11.1995(94 Do 1375); kOGH vom 26.03.2004(2003 Do 7878).

⁶⁸⁷ kOGH vom 25.06.1992(91 Do 2963).

⁶⁸⁸ kOGH vom 24.10.1997(97 Do 2042).

⁶⁸⁹ kOGH vom 27.04.2007(2007 Do 1038).

⁶⁹⁰ Vgl. kOGH vom 24.10.1997(97 Do 2042); auch kOGH vom 27.04.2007(2007 Do 1038).

⁶⁹¹ kOGH vom 09.09.1980(79 Do 2637); kOGH vom 30.05.1997(95 Do 531); kOGH vom 10.02.1998(97 Do 2919); kOGH vom 22.07.2004(2002 Do 422); *Bae, Jong-Dae*, Strafrecht BT, S. 564; *Lee, Jae-Sang*, Strafrecht BT, S. 425; *Park, Sang-Ki*, Strafrecht BT, S. 425; *Lim, Jung-Ho*, Eine Studie über das Vergehen gegen die Aufgabe in der Untreue, S. 143; *Ahn, Gyeong-Ok*, JCL Vol. 2(2000), 211, 216; a. A. *Ryu, Jeon-Cheol*, CLS Vol. 30(2010), 107, 117 ff.

Beim koreanischen Betrugstatbestand (§ 347 kStGB) ist es umstritten, ob er einen Vermögensschaden als objektiven Tatbestand voraussetzt. Der Grund dafür ist, dass im Gesetzeswortlaut zum Betrugstatbestand nicht der Vermögensschaden, sondern die Bereicherung des Täters oder eines Dritten als Taterfolg vorgeschrieben ist. Der Betrugstatbestand (§ 347 kStGB) lautet: Wer einen anderen täuscht und dadurch für sich Vermögensgüter oder einen Vermögensvorteil erwirbt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren oder Geldstrafe bis 20 Mio. Won (14.569,83 Euro nach dem Wechselkurs vom 18.11.2014) bestraft (Abs. 1). Dies ist auch auf diejenigen anzuwenden, der in der beschriebenen Weise einem Dritten Vermögensgüter oder einen Vermögensvorteil verschafft (Abs. 2). Mit diesem Gesetzeswortlaut fordert der kOGH keinen Vermögensschaden als Taterfolg für den Betrugstatbestand (zuletzt kOGH vom 26.12.2003(2003 Do 4914); kOGH vom 09.12.2010(2010 Do 12928)). Diese Auffassung wird heftig kritisiert. Dabei wird überwiegend der Standpunkt vertreten, dass der Mangel des Tatbestands „Vermögensschaden“ eine Lücke im Gesetz ist und deshalb der Vermögensschaden als Taterfolg unter Betrachtung der Eigenschaft des Betrugstatbestands als Vermögensdelikt gefordert werden muss (*Kim/Kim*, Strafrecht BT, S. 451); auch



wenn er den Untreuetatbestand als ein (konkretes) Gefährdungsdelikt beurteilt: „Bei der Schadensberechnung muss die Schadenssumme nicht unbedingt festgestellt werden. Für den Untreuetatbestand als Gefährdungsdelikt genügt der Umstand, dass eine Gefahr des Vermögensverlusts oder der Verschlechterung der Vermögensrechte besteht“.⁶⁹² Auf der Basis dieser Auffassung wird beispielsweise ein Vermögensschaden angenommen, wenn ein Vorstand pflichtwidrig einen Wechsel ausgestellt hat, aber die Erfüllung noch nicht gefordert wurde⁶⁹³ und wenn bei einer gegen die Kreditrichtlinie verstoßenden Kreditvergabe der Kredit durch weitere Bürgen für die Kreditsumme vollständig zurückgezahlt werden konnte.⁶⁹⁴ Selbst wenn der schon eingetretene Vermögensschaden später leicht wieder behoben werden könne, könne dies kein Hindernis für die Annahme des Untreuetatbestands sein.⁶⁹⁵ Überdies hat der kOGH beim Verrat von Betriebsheimnissen ohne ausreichende Begründung der Schadensrechnung die Untreue bejaht.⁶⁹⁶

Der Schwachpunkt der Rechtsprechung besteht darin, dass der kOGH kein Kriterium für die Feststellung der Gefahr für den materiellen Vermögensschaden vorweisen kann. Aus diesem Grunde diskutieren die Strafrechtswissenschaftler trotz des eindeutigen Gesetzeswortlauts darüber, ob der Untreuetatbestand ein (konkretes) Gefährdungsdelikt oder ein Schädigungsdelikt ist. Die herrschende Auffassung übt heftige Kritik an der Auffassung des kOGH mit der Begründung, dass der Vermögensschaden im Gesetzeswortlaut als Taterfolg explizit vorgeschrieben ist und der Versuch der Untreue strafbar ist.⁶⁹⁷ Der kOGH hat bislang nur in geringem Maße auf diese Kritik reagiert. So wurde in einem Kreditvergabefall die untreuerelevante Vermögensgefährdung auf die mit dem tatsächlich eingetretenen Schaden vergleichbare Gefahr beschränkt.⁶⁹⁸ Diese Restriktion vermag jedoch nicht zu überzeugen, weil sie die Problematik nicht in vollem Umfang berücksichtigt. Aus diesem Grund wurde der Versuch unternommen, in der Lehre der schadensgleichen Vermögensgefährdung in der deutschen Strafrechtswissenschaft einen Ansatz-

Lee, Jae-Sang, Strafrecht BT, § 18/16; *Park, Sang-Ki*, Strafrecht BT, S. 326; *Oh, Young-Keun*, Strafrecht BT, S. 417.

⁶⁹² kOGH vom 27.04.1999(99 Do 883); auch kOGH vom 11.04.2000(99 Do 334).

⁶⁹³ kOGH vom 08.03.1983(82 Do 2873).

⁶⁹⁴ kOGH vom 28.06.2002(2000 Do 3716).

⁶⁹⁵ Vgl. kOGH vom 14.05.2004(2001 Do 4857).

⁶⁹⁶ kOGH vom 12.03.1999(98 Do 4704); auch kOGH vom 24.04.2008 (2006 Do 9080).

⁶⁹⁷ Vgl. *Kim, Seong-Don*, Strafrecht BT, S. 407; *Kim/Seo*, Strafrecht BT, S. 515; *Lee, Jeong-Won*, Strafrecht BT, S. 460; *Oh, Young-Keun*, Strafrecht BT, S. 512; *Son, Dong-Kwun*, Strafrecht BT, S. 458; *Yim, Woong*, Strafrecht BT, S. 474; *Chung, Young-Il*, Strafrecht BT, S. 402; *Park, Sang-Ki*, Strafrecht BT, S. 403; *Lee, Jae-Sang*, Strafrecht BT, S. 414; *Ryu, Jeon-Cheol*, CLS Vol. 30(2010), 107, 115.

⁶⁹⁸ kOGH vom 19.06.2008(2006 Do 4876).



punkt für die Aufstellung angemessener Kriterien für die Beurteilung der Gefahr eines materiellen Vermögensschadens zu finden.⁶⁹⁹

4. Bereicherungserfolg

Ein wesentlicher Unterschied zwischen den Untreuetatbeständen in Deutschland und Korea besteht in der Anforderung an den Bereicherungserfolg. In Rechtsprechung und Lehre ist überwiegend anerkannt, dass die Bereicherung ein Taterfolg der Untreue ist. Somit muss der Täter durch die Pflichtverletzung eine Bereicherung für sich oder einen Dritten verwirklichen und damit dem Vertretenen einen Schaden zufügen. Auf diesen Punkt wird im Folgenden ausführlich eingegangen.

III. Subjektive Tatbestände

1. Vorsatz

a) Schädigungsvorsatz

Da die Untreue ein Vorsatzdelikt ist, muss sich der Vorsatz des Täters auf alle objektiven Merkmale erstrecken. Der Tatvorsatz umfasst die Pflichtstellung des Täters, seine Pflichtverletzung, den Eintritt des Vermögensschadens, die Bereicherung des Täters oder eines Dritten und schließlich den Zusammenhang zwischen der Pflichtverletzung und dem Vermögensschaden. Dafür genügt jedoch ein bedingter Vorsatz.⁷⁰⁰ Es bedarf nicht des Zwecks, dem Treugeber einen Schaden zuzufügen.⁷⁰¹ Der Vermögensschaden muss ferner nicht unbedingt der einzige oder der dominierende Zweck sein.⁷⁰² Legt der Täter irrtümlich objektive Merkmale zugrunde, entfällt der Vorsatz. Hinsichtlich der Pflichtverletzung kann die irrtümliche Annahme des Einverständnisses des Geschäftsherrn einen Tatbestandsirrtum begründen und somit den Vorsatz ausschließen.

In Korea, wo der Grundsatz der *Business Judgement Rule* nicht nur nicht in das Gesetz eingeführt wurde, sondern auch in der Rechtsprechung nicht explizit angenommen wird, ist seine sys-

⁶⁹⁹ So Ahn, Gyeong-Ok, JCL Vol. 2 (2000), 211, 220.

⁷⁰⁰ kOGH vom 25.06.1999(99 Do 1141); kOGH vom 26.05.2000(99 Do 2781); kOGH vom 13.07.2001(2001 Do 1660); kOGH vom 11.02.2003(2002 Do 5679); kOGH vom 26.03.2004(2003 Do 7878); kOGH vom 09.07.2004(2004 Do 810).

⁷⁰¹ kOGH 03.02.1995(94 Do 3122); kOGH vom 10.02.1998(97 Do 2919); kOGH vom 28.06.2002(2000 Do 3716).

⁷⁰² kOGH 14.09.1976(76 Do 2069); kOGH 24.06.2004(2004 Do 520).



tematische Position in Bezug auf den Untreuetatbestand umstritten. Zur Auseinandersetzung über diesen Grundsatz und sein Verhältnis zur Untreue hat der kOGH dadurch Anlass gegeben, dass er in einer Entscheidung vom 22.04.2002 den Vorsatz des Täters unter Berücksichtigung der *Business Judgement Rule* verneint hat.⁷⁰³ Nach dieser Entscheidung ist ein Vorsatz nicht gegeben, wenn der Vorstand, ohne einen eigennützigen Zweck zu verfolgen, mit gutem Willen die Verwaltung für die Gesellschaft bewerkstelligt, die bestmöglichen Informationen im Rahmen seiner Möglichkeiten gesammelt und auf dieser Basis im Glauben an den Vermögensvorteil der Gesellschaft seriöse Entscheidungen getroffen hat.⁷⁰⁴

Einige Autoren erkennen zwar eine systematische Diskordanz beim Ausschluss des Vorsatzes durch die *Business Judgement Rule*, stimmen aber der Auffassung des kOGH mit der Begründung zu, dass der Vorstand der Gesellschaft zu umfangreich privilegiert werden könnte, wenn aufgrund dieses Grundsatzes bereits die Pflichtwidrigkeit entfallen würde.⁷⁰⁵ Es ist hingegen auch der Standpunkt anzutreffen, dass die *Business Judgement Rule* nicht erst den Vorsatz, sondern schon die Pflichtwidrigkeit ausschließe.⁷⁰⁶

b) Bereicherungsvorsatz

Im koreanischen Untreuetatbestand wird ein Bereicherungsvorsatz neben dem Vorsatz der Pflichtwidrigkeit und des Schadenseintritts vorausgesetzt. Dies lässt sich daraus schließen, dass der koreanische Untreuetatbestand einen Bereicherungserfolg als den objektiven Tatbestand fordert. Darauf wird weiter unten näher eingegangen.

2. Bereicherungsabsicht

Hinsichtlich der subjektiven Unrechtsmerkmale des Tatbestands der Untreue im koreanischen Strafrecht ist es umstritten, ob neben einem subjektiven Pendant zur Pflichtwidrigkeit, zum Schadenseintritt und zur Bereicherung zusätzlich eine Bereicherungsabsicht als überschießende

⁷⁰³ kOGH vom 22.07.2004(2002 Do 4229).

⁷⁰⁴ kOGH vom 22.07.2004 (2002 Do 4229).

⁷⁰⁵ Lee, *Gyeong-Yeol*, Beopjo Vol. 603(2006), 122, 156; Lee, *Yong-Sik*, ELJ Vol. 14-3(2010), 83, 107.

⁷⁰⁶ Lee, *Sang-Don*, Beopjo Vol. 500(2003), 98.



Innentendenz erforderlich ist. Nach der Rechtsprechung und der herrschenden Meinung kann zwar die Bereicherungsabsicht eine selbstständige Bedeutung im Untreuetatbestand enthalten. Aber das Verhältnis zwischen Bereicherungsvorsatz und Bereicherungsabsicht bleibt sowohl in der Rechtsprechung als auch im Schrifttum ungeklärt oder wird als weniger relevant abgetan. Vor diesem Hintergrund gilt es, das Bereicherungsmerkmal näher zu betrachten.

D. Bereicherungsmerkmale im koreanischen Untreuetatbestand

I. Bereicherungsmerkmal als objektiver Tatbestand

1. Bereicherungserfolg

Im koreanischen Untreuetatbestand (§ 355 Abs. 2 kStGB) ist das Bereicherungsmerkmal als objektiver Tatbestand folgendermaßen vorgeschrieben: „[...] durch das Vergehen gegen seine Aufgabe für sich einen Vermögensvorteil erwirbt oder einem Dritten einen Vorteil verschafft und damit dem Anvertrauenden einen Schaden verursacht [...].“ Somit ist die Untreue auszuschließen, wenn der Täter keine Vermögensvorteile erwirbt oder einem Dritten keine Vermögensvorteile verschafft. Dementsprechend hat der KOGH ausgeführt: „Die gewerbsmäßige Untreue (§ 356 kStGB) setzt neben einem Vermögensschaden des Treugebers noch voraus, dass durch die Pflichtverletzungshandlung der Täter selbst Vermögensvorteile erwirbt oder einem Dritten Vermögensvorteile verschafft. Obwohl der Täter dem Treugeber einen Schaden zugefügt hat, ist der Untreuetatbestand zu verneinen, wenn dadurch der Täter oder der Dritte keinen Vorteil erlangt hat“.⁷⁰⁷ Diese Auffassung wird im Schrifttum überwiegend geteilt.⁷⁰⁸

Bei der Untreue ist bereits der Versuch strafbar. Von einem unmittelbaren Ansetzen der Straftat ist auszugehen, wenn der Täter vorsätzlich mit gegen seine Aufgabe verstoßenden Handlungen

⁷⁰⁷ KOGH vom 23.02.1982(81 Do 2601); KOGH vom 09.07.1999(99 Do 311); KOGH vom 27.07.2006(2006 Do 3145); KOGH vom 25.06.2009(2008 Do 3792); zustimmend *Chung, Young-Il*, Strafrecht BT, S. 421; *Oh, Young-Keun*, Strafrecht BT, S. 511; *Moon, Hyoung-Seob*, Eine Studie über die Untreue, S. 76.

⁷⁰⁸ *Bae, Jong-Dae*, Strafrecht BT, S. 565; *Kim, Seong-Don*, Strafrecht BT, S. 417; *Lee, Jae-Sang*, Strafrecht BT, S. 426; *Oh, Young-Keun*, Strafrecht BT, S. 511; *Park, Sang-Ki*, Strafrecht BT, S. 404; *Yim, Woong*, Strafrecht BT, S. 473; *Ryu, Jeon-Cheol*, CLS Vol. 30(2010), 107, 113; dagegen *Kim, Seon-Bok*, JCCL Vol. 6-1(2004), 91, 105.



beginnt. Wenn nach dem unmittelbaren Ansetzen dem Treugeber kein Schaden zugefügt wird, der Täter oder ein Dritter keinen Vorteil erlangt oder der Kausalzusammenhang zwischen der Pflichtverletzung und dem Vermögensschaden oder der Bereicherung nicht anerkannt wird, wird der Täter wegen des Versuchs bestraft.

2. Bedeutung des Vermögensvorteils

Einerseits ist allgemein anerkannt, dass ein Vermögensvorteil immer eine günstigere Gestaltung der Vermögenslage bedeutet, sei es durch unmittelbare Vermögensmehrung, sei es durch die Verhinderung der Vermögensminderung; die Erlangung von Geschlechtsverkehr oder einer besseren gesellschaftlichen Position ist hingegen hiervon ausgeschlossen.⁷⁰⁹ Der Vermögensvorteil ist das Pendant zum Vermögensschaden. Der Vermögensschaden des Treugebers bedeutet einen Vermögensvorteil für den Täter oder einen Dritten.⁷¹⁰ Teilweise wird jedoch der Standpunkt vertreten, dass keine Stoffgleichheit zwischen der Bereicherung und dem Vermögensschaden zu fordern ist.⁷¹¹ Das Bereicherungsmerkmal wird sogar als sekundärer Bestandteil abgewertet.⁷¹² Nach dieser Auffassung wird der Vorwurf der Untreue nicht durch die Bereicherung des Täters oder eines Dritten begründet, sondern durch den Vermögensschaden des Treugebers, der durch eine Pflichtverletzung des Täters verursacht wird.⁷¹³

Andererseits ist es umstritten, ob ein Vermögensvorteil im Sinne des Untreuetatbestands auch die Erlangung von Vermögensgütern wie Geld oder Sachen usw. erfasst. Der Grund für diesen Konflikt ist, dass sich der Gesetzeswortlaut beim Gegenstand der Bereicherung nur auf den Vermögensvorteil bezieht, aber nicht auf die Vermögensgüter. Der koreanische Gesetzgeber unterscheidet bei den Vermögensdelikten die beiden Merkmale „Vermögensgüter“ und „Vermögensvorteil“, z. B. beim Betrug (§ 347 Abs. 1 kStGB): „Wer einen anderen täuscht und dadurch für sich Vermögensgüter oder einen Vermögensvorteil erwirbt [...]“. Der gleiche Konflikt ist auch in der Diskussion über den Computerbetrug (§ 347-2 kStGB), der mit § 263a im deutschen Strafgesetzbuch vergleichbar ist, wieder zu finden. Auch beim koreanischen Computerbetrugstatbestand ist der Gegenstand der Bereicherung nur als Vermögensvorteil vorgeschrieben. Auf

⁷⁰⁹ *Bae, Jong-Dae*, Strafrecht BT, S. 566; *Lee, Jae-Sang*, Strafrecht BT, S. 427; *Oh, Young-Keun*, Strafrecht BT, S. 511; *Yim, Woong*, Strafrecht BT, S. 473.

⁷¹⁰ *Kim, Seon-Bok*, JCL Vol. 6-1(2004), S. 91, 96.

⁷¹¹ *Bae, Jong-Dae*, Strafrecht BT, S. 566.

⁷¹² *Park, Sang-Ki*, Strafrecht BT, S. 404.

⁷¹³ *Park, Sang-Ki*, Strafrecht BT, S. 404.



einer ähnlichen Linie stellt sich die Frage, ob der Tatbestand des Computerbetrugs (§ 347-2 kStGB) oder des Diebstahls (§ 329 kStGB) erfüllt sein kann, wenn der Täter mit einer gestohlenen Kreditkarte an einem Geldautomaten Geld abhebt. Da das Geld selbst nicht als Vermögensvorteil, sondern als Vermögensgut betrachtet wird, könnte in diesem Fall kein Computerbetrug, sondern nur der Diebstahl bejaht werden.⁷¹⁴

Entsprechendes gilt für die Untreue, wenn der Täter oder Dritte durch den Erwerb von Geld oder sonstigen Sachen bereichert werden. Die Auffassung des kOGH im Falle des Computerbetrugs wird jedoch nicht immer streng verfolgt. Das ist bereits im oben dargestellten Fall des Doppelverkaufs eines Grundstücks zu erkennen. Obwohl der Täter in diesem Fall den Kaufpreis als Bereicherung für sich vereinnahmt, stellt sich die Frage hinsichtlich des Bereicherungsmerkmals nicht.⁷¹⁵ In diesem Zusammenhang wurde darauf hingewiesen, dass das Fehlen des Merkmals „Vermögensgüter“ sowohl beim Computerbetrug (§ 347-2 kStGB) als auch bei der Untreue (§ 355 Abs. 1 kStGB) nur eine Lücke im Gesetz darstellt.⁷¹⁶ Grundsätzlich ist der Auffassung zuzustimmen, dass sich die Begriffe „Vermögensvorteil“ und „Vermögensgut“ zueinander verhalten wie der Gattungsbegriff zum Artbegriff. Das bedeutet, dass die Vermögensgüter (Artbegriff) unter dem Vermögensvorteil (Gattungsbegriff) subsumiert werden.⁷¹⁷

3. Bereicherungssumme

Die Berechnung des genauen Betrags des durch den Täter oder durch Dritte erlangten Gewinns ist sowohl beim Untreuetatbestand als auch bei einigen Vermögensdelikten von entscheidender Bedeutung, weil das Strafverschärfungsgesetz die Strafe in Abhängigkeit von der durch das Vergehen erlangten Bereicherungssumme verschärft. Das ist sowohl für § 355 kStGB (Unterschlagung, Untreue) und § 365 kStGB (Gewerbsmäßige Veruntreuung und Untreue) als auch für § 347 kStGB (Betrug) und § 350 kStGB (Erpressung) vorgesehen. Unter der Voraussetzung einer bestimmten Bereicherungssumme versteht der kOGH ein objektives Tatbestandsmerkmal.⁷¹⁸

⁷¹⁴ kOGH vom 12.07.2002(2002 Do 2134): „Das Tatobjekt des § 347-2 Abs. 1 (Computerbetrug) erfasst nur den Vermögensvorteil, aber nicht die Vermögensgüter“; auch kOGH vom 13.05.2003(2003 Do 1178).

⁷¹⁵ Der kOGH hat auch in der Entscheidung vom 24.03.2006 den Computerbetrug in einem Fall bejaht, in dem der Täter durch eine unbefugte Verwendung der Kreditkarte Geld erschlichen hat (2005 Do 3516); kritisch *Kim, Seon-Bok*, JCL Vol. 6-1(2004), 91, 105; *Yim, Woong*, JCL Vol. 21-4(2009), 359, 361 ff.

⁷¹⁶ Vgl. *Kim, Seon-Bok*, JCL Vol. 6-1(2004), 91, 105.

⁷¹⁷ *Yim, Woong*, JCL Vol. 21-4(2009), 359, 365 f.

⁷¹⁸ kOGH vom 19.04.2007(2005 Do 7288, in der großen Versammlung); die Minderheitsmeinung in der großen Versammlung vertritt dagegen den Standpunkt, dass die Bereicherungssumme nur für die Strafzumessung in Betracht komme; kritisch *Park/Yoon*, SLJ Vol. 21-1(2009), 189, 193.



Der genaue Betrag des erlangten Gewinns ist nur bei einer einzelnen Straftat oder bei einer tatbestandlichen Handlungseinheit als Ganzes zu ermitteln, nicht bei der Konkurrenz verschiedener Delikte.⁷¹⁹ Nach der ständigen Auffassung des kOGH ist der § 3 Abs. 1 Strafverschärfungsgesetz auszuschließen, wenn der Betrag des erlangten Gewinns nicht genau ermittelt werden kann und somit unklar ist, ob die Voraussetzung zur verschärften Strafe gegeben ist.⁷²⁰

Bei der Berechnung der Bereicherungssumme sind die Auffassungen des kOGH jedoch nicht plausibel. So stellt der kOGH, ohne ein besonderes Problem dabei zu sehen, den Marktpreis des Gegenstands des Betrugs oder der Untreue als Bereicherungssumme fest. Dabei bleibt aber die Gegenleistung des Täters außer Betracht. So bedeute die Bereicherungssumme im Sinne des § 3 Abs. 1 Strafverschärfungsgesetz die Summe der von einem Täter oder einem Dritten durch Verbrechen erlangten Vermögensgüter oder Vermögensvorteile.⁷²¹ Dabei sei es gleichgültig, ob der Täter oder ein Dritter die Vermögensgüter oder Vermögensvorteile tatsächlich erlange oder ob der Gegenstand der Bereicherung mit einer Dienstleistung oder Belastung verbunden werde.⁷²²

Bei der Kredituntreue hat der kOGH den gesamten Kreditbetrag als Gewinnbetrag anerkannt und es als belanglos erachtet, ob der Täter einen Teil des Darlehens getilgt hat.⁷²³ Neuerdings hat der kOGH dazu jedoch in etwas abgewandelter Weise Stellung bezogen, indem er insbesondere auf den materiellen Tauschwert abstellt, wonach Passiva, wie die Belastung oder die Verbindlichkeit, in Abzug gebracht werden. Im Fall des Doppelverkaufs eines Grundstücks hat der kOGH dazu Folgendes ausgeführt: „Bei der Wertermittlung eines Grundstücks als Gegenstand eines Doppelverkaufs entspricht sein Wert seinem Verkaufspreis, wenn es nicht belastet ist. Wenn aber mit dem Grundstück eine Belastung, wie eine Hypothek, Beschlagnahme oder vorläufigen Pfändung, verbunden ist, muss der Wert der Belastung bei der Berechnung abgezogen werden.“⁷²⁴

4. Bereicherungserfolg in der Rechtsprechung des kOGH

a) Fall 1: kOGH vom 26.07.2007 (2005 Do 6439)

Der Angeklagte als der Vorstandvorsitzende der *DKS AG* (folgend „D“ AG) hat am 19.06.1998 einen Vertrag zur Herstellung und Aufstellung einer Gepäckförderanlage mit der *Poscoplantec*

⁷¹⁹ kOGH vom 07.07.2000(2000 Do 1899); kOGH vom 28.07.2011(2009 Do 8265).

⁷²⁰ kOGH vom 29.10.2009(2008 Do 11036).

⁷²¹ Vgl. kOGH vom 25.02.2000(99 Do 4305); kOGH vom 10.03.2006(2005 Do 9387).

⁷²² Vgl. kOGH vom 25.02.2000(99 Do 4305); kOGH vom 10.03.2006(2005 Do 9387).

⁷²³ kOGH vom 11.04.1989 (88 Do 1247); auch im Betrugsfall kOGH vom 11.04.1989 (88 Do 1247).

⁷²⁴ kOGH vom 30.06.2011(2011 Do 1651); auch kOGH vom 19.04.2007(2005 Do 7288); kOGH vom 13.01.2011(2009 Do 10541).



AG (folgend „P“ AG) abgeschlossen. Nach dem Vertrag musste die „D“ AG an die „P“ AG die 38 Transportbänder bis zum 15.10.1999 liefern. Obwohl der Angeklagte damit verpflichtet war, in redlicher Weise die erforderlichen Maßnahmen zur Vertragserfüllung durchzuführen und dafür zu sorgen, dass dem Vertragspartner kein Schaden wegen einer etwaigen Leistungsstörung entstand, vernachlässigte er wegen Auseinandersetzungen um die Führung über „D“ AG die Leistung an die „P“ AG und konnte die Ware nicht rechtzeitig an die „P“ AG liefern. Die „P“ AG trat am 16.10.1999 angesichts der Pflichtverletzung und der dadurch bewirkten Leistungsstörung von dem Vertrag zurück, forderte die schon ihrerseits erbrachte Leistung, nämlich die als Vorkasse ausgezahlten Gelder, zurück und verlangte darüber hinaus die Zahlung einer Vertragsstrafe.

In der Vorinstanz wurde der Angeklagte wegen Untreue gegenüber der „D“ AG verurteilt. Dabei wurde die Bereicherung der „P“ AG als des Dritten darin gesehen, dass die Ansprüche auf die Naturalrestitution und auf die Zahlung der Vertragsstrafe der „P“ AG durch das Zurückzahlen tatsächlich befriedigt wurden.⁷²⁵

Demgegenüber verneinte der kOGH die Untreue mangels der Bereicherung der „P“ AG und verwies die Sache an die Vorinstanz zurück. Der kOGH vertrat die Auffassung, dass die als Vorkasse ausgezahlten Gelder, die zur reibungslosen Leistung der „D“ AG ausgegeben wurden, ein Teil der Geldschulden gewesen seien und damit bei der Leistungsstörung nicht endgültig der „D“ AG zugestanden hätten. Somit könne das Zurückerhalten der Vorkasse nicht als eine Bereicherung der „P“ AG angesehen werden. Und da die Vertragsstrafe ihrer Natur nach einen Schadenseintritt durch die Leistungsstörung voraussetze, könne allein die Tatsache, dass die „P“ AG Gelder als die Vertragsstrafe erhalten hatte, keine Bereicherung bedeuten. Nur wenn die „P“ AG gar keinen Schaden erlitten hätte oder wenn die Höhe des verursachten Schadens geringer als die Höhe der Vertragsstrafe gewesen wäre, könnte die Vertragsstrafe als solche oder die Differenz zwischen dem verursachten Schaden und der Vertragsstrafe als eine Bereicherung der „P“ AG angenommen werden.

b) Fall 2: kOGH vom 25.06.2009 (2008 Do 3792)

Angeklagter war hier der Vertreter einer repräsentativen Versammlung von Wohnungseigentümern. Unter den zahlreichen Aufgaben des Vertreters gab es in diesem Fall insbesondere die

⁷²⁵ Amtsgericht Incheon vom 18.08.2005 (2005 No 1017).



Pflicht, die Rechnungen für Heiz- und Warmwasserkosten rechtzeitig in der dafür vorgesehenen Frist zu bezahlen. Zwar musste er für die Auszahlung in den entsprechenden Unterlagen unterzeichnen, aber wegen eines rechtlichen Konflikts mit einer vorherigen Gesellschaft für den Unterhalt von Gebäuden handelte er seiner Pflicht zuwider und versäumte die Frist. Damit wurde den Wohnungseigentümern ein Säumniszuschlag aufgelegt.

In der Vorinstanz wurde der Angeklagte wegen Untreue verurteilt.⁷²⁶ Auch hier hat der kOGH in der Revision die Untreue verneint und die Angelegenheit an das Amtsgericht Seoul Süd zurückverwiesen. Der kOGH verneinte insbesondere die Bereicherung eines Dritten, hier der Versorgungsgesellschaft. Der Säumniszuschlag sei vielmehr ein Schadensersatz wegen der Nichterfüllung von Geldschulden. Allein aus der Tatsache, dass die Versorgungsgesellschaft den Säumniszuschlag erhalten habe, könne nicht der Schluss gezogen werden, dass der Angeklagte der Versorgungsgesellschaft durch die Pflichtverletzung einen Vermögensvorteil in Höhe des Säumniszuschlags verschafft habe. Eine Bereicherung der Versorgungsgesellschaft sei nur dann anzunehmen, wenn gar kein Schaden der Versorgungsgesellschaft verursacht worden wäre oder die Höhe des verursachten Schadens unter der Höhe des Säumniszuschlags gelegen hätte.

c) Fall 3: kOGH vom 24.12.2009 (2007 Do 2484)

In diesem Fall geht es um einen Dumping-Verkauf, bei dem der Angeklagte Ware ohne das Einverständnis des Geschäftsherrn zu einem niedrigeren Preis als dem vom Geschäftsherrn bestimmten Preis verkaufte und dem Geschäftsherrn ein Schaden in Höhe der Differenz zwischen den beiden Preisen zufügte. Der kOHG hat auch hier festgestellt, dass die Untreue zu verneinen sei, da die Bereicherung des Täters oder eines Dritten notwendige Voraussetzung des Untreuetatbestands sei. Zwar habe der Angeklagte dem Geschäftsherrn einen Schaden zugefügt, aber weder er noch ein Dritter dadurch einen Vorteil erlangt. Der kOGH vertrat die Meinung, dass ein Vermögensvorteil, den der Angeklagte dem Geschäftspartner in Höhe der Differenz zwischen den beiden Preisen verschafft haben soll, auf der Basis der wirtschaftlichen Betrachtungsweise zu ermitteln sei.⁷²⁷ Selbst wenn der Angeklagte gegen die Vorgabe des Geschäftsherrn verstoßen habe, könne die Differenz dann nicht als Vermögensvorteil im Sinne des Untreuetatbestands

⁷²⁶ Amtsgericht Seoul Süd vom 23.04.2008 (2007 No 1415).

⁷²⁷ Vgl. kOGH vom 24.12.2009(2007 Do 2484).



anerkannt werden, wenn der pflichtwidrige Dumping-Verkauf ein marktpreisadäquates Geschäft gewesen sei.⁷²⁸ Mit dieser Begründung hat der kOGH die Untreue in diesem Fall verneint.

II. Bereicherungsmerkmal als subjektiver Tatbestand

1. Bereicherungsvorsatz

Im koreanischen Untreuetatbestand umfasst der Vorsatz sowohl die Pflichtstellung, die Pflichtverletzung und den Vermögensschaden wie auch die Bereicherung des Täters oder eines Dritten. Eine logische Folge daraus ist, dass der Bereicherungserfolg im koreanischen Untreuetatbestand als ein objektiver Tatbestand vorausgesetzt wird. Somit muss der Täter wissen und wollen, dass die Pflichtverletzung ihm oder einem Dritten einen Vermögensvorteil verschaffen wird. Der Vorsatz der Bereicherung genügt jedoch in der Form des *dolus eventualis*.⁷²⁹ Darüber hinaus bedarf es nicht des Zwecks, einen Vermögensvorteil für sich zu erlangen oder einem Dritten einen Vorteil zu verschaffen.

2. Bereicherungsabsicht

a) Bereicherungsabsicht im koreanischen Vermögensdelikt

Die Eigentums- und Vermögensdelikte umfassen eine Reihe von Tatbeständen: Diebstahl (§ 329 kStGB), Raub (§ 333 kStGB), Betrug (§ 347 kStGB), Erpressung (§ 350 kStGB), Unterschlagung (§ 355 Abs. 1 kStGB), Untreue (§ 355 Abs. 2 kStGB), Hehlerei (§ 362 kStGB), Sachbeschädigung (§ 366 kStGB) und Störung der Rechtsausübung (§ 323 kStGB). Abgesehen von der Störung der Rechtsausübung gemäß § 323 kStGB wird bei all diesen Tatbeständen entweder die Zueignungs- oder die Bereicherungsabsicht diskutiert. Paradoxerweise ist aber die überschießende Innentendenz in diesen Tatbeständen nicht explizit vorgeschrieben. Der Gesetzgeber hat das Merkmal „in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen“ oder „um sich oder einen Dritten zu Unrecht zu bereichern“ nicht zum Ausdruck gebracht. Dennoch herrscht die Auffassung vor, dass die Zueignungs- oder Bereicherungsabsicht von jedem Vermögensdelikt verlangt wird. Einige Autoren sprechen in dieser Debatte von einem

⁷²⁸ Vgl. kOGH vom 24.12.2009(2007 Do 2484).

⁷²⁹ kOGH vom 25.06.1999(99 Do 1141); kOGH vom 26.05.2000(99 Do 2781); kOGH vom 13.07.2001(2001 Do 1660); kOGH vom 11.02.2003(2002 Do 5679); kOGH vom 26.03.2004(2003 Do 7878); kOGH vom 09.07.2004(2004 Do 810).



Einfluss der deutschen auf die koreanische Strafrechtslehre.⁷³⁰ Dieser Standpunkt ist leicht nachvollziehbar, weil die Zueignungs- und die Bereicherungsabsicht in der deutschen Strafrechtslehre sehr ähnlich diskutiert werden.

b) Bereicherungsabsicht im koreanischen Untreuetatbestand

Da im Untreuetatbestand die Bereicherung als zwingendes Merkmal des Taterfolgs vorgeschrieben ist, kann die Bereicherungsabsicht als ein subjektives Pendant zur Bereicherung verstanden werden. Einigkeit besteht darüber, dass der Untreuetatbestand die wissentliche und willentliche Bereicherung des Täters oder eines Dritten fordert und dafür ein bedingter Vorsatz (*dolus eventualis*) ausreichend ist. Umstritten ist aber, ob neben einem subjektiven Pendant zum Taterfolg zusätzlich eine Bereicherungsabsicht als überschießende Innentendenz erforderlich ist. Zwar ist der Standpunkt anzutreffen, dass die innere Einstellung des Täters zur Bereicherung als Tathandlung den entscheidenden Bestandteil des Vorsatzes darstellt und darüber hinaus kein überschießendes subjektives Merkmal mehr erforderlich ist.⁷³¹ Aber nach der herrschenden Ansicht wird neben dem Vorsatz eine Bereicherungsabsicht als eine überschießende Innentendenz im Untreuetatbestand gefordert.⁷³²

Die Auffassung des kOGH zu diesem Punkt scheint unklar zu sein. Einerseits hat der kOGH die Untreue mangels einer Bereicherungsabsicht verneint, wenn der Täter zwar die Kenntnis über die Pflichtwidrigkeit und den Eintritt des Vermögensschadens hatte, aber allein für den Vermögensvorteil des Geschäftsherrn handelte.⁷³³ Nach den Rechtsprechungen versteht man unter der Bereicherungsabsicht „einen Willen für den Vermögensvorteil des Täters oder eines Dritten“⁷³⁴ oder „einen Willen, sich oder einem Dritten einen Vermögensvorteil zu verschaffen“.⁷³⁵ So hat

⁷³⁰ Eine eingehende Darstellung zu den Einflüssen der deutschen auf die koreanische Strafrechtslehre findet sich bei *Oh, Young-Keun*, in: *Ostasiatisches Strafrecht*, S. 63 ff.; insbesondere zum Bereich der Vermögensdelikte siehe *ders.*, *JCL Vol. 11(1999)*, 188 ff.; auch *Lee, Gyeong-Yeol*, *Beopjo Vol. 578(2004)*, 51, 52 ff.

⁷³¹ *Kim, Seong-Don*, *Strafrecht BT*, S. 420; *Oh, Young-Keun*, *Strafrecht BT*, S. 514.

⁷³² *Bae, Jong-Dae*, *Strafrecht BT*, S. 567; *Lee, Jae-Sang*, *Strafrecht BT*, S. 427; *Park, Sang-Ki* *Strafrecht BT*, S. 406; *Son, Dong-Kwun*, *Strafrecht BT*, S. 461; *Yim, Woong*, *Strafrecht BT*, S. 475; *Chung, Tae-Youl*, *Über die Zueignungsabsicht*, S. 137f.

⁷³³ Vgl. kOGH 18.05.1960(4292 Hyeongsang 755).

⁷³⁴ kOGH vom 26.07.1983 (82 Do 75); kOGH 17.01.2008 (2007 Do 6987); auch Oberlandesgericht Seoul vom 13.01.2006 (2005 No 1269).

⁷³⁵ *Baek, Hyeong-Gu*, *Strafrecht BT*, S. 224; *Kim, Seong-Don*, *Strafrecht BT*, S. 420.



der kOGH die Untreue eines Mitarbeiters einer Bank in einem Fall verneint,⁷³⁶ bei dem der Mitarbeiter die Aufgabe, die nach den internen Vorschriften der Bank nur von dem Mitarbeiter selbst vorgenommen werden durfte, an einen Bediensteten delegierte und der Bedienstete sich bei der Ausführung durch eine Urkundenfälschung der Bank das Vermögen erschwindelte. Der kOGH war der Meinung, dass der Mitarbeiter zwar pflichtwidrig gehandelt, dabei aber nicht die Absicht gehabt habe, dem Bediensteten Vermögensvorteile zu verschaffen.⁷³⁷

Andererseits hat der kOGH ausgeführt, als subjektive Voraussetzung für den Untreuetatbestand sei lediglich das Wissen über den Vermögensschaden oder seine Möglichkeit und die Bereicherung erforderlich. Darüber hinaus habe der Zweck oder der Wille, dem Treugeber einen Schaden zuzufügen oder sich oder einem Dritten einen Vermögensvorteil zu verschaffen, keine entscheidende Bedeutung mehr.⁷³⁸ Ferner sei der Vorsatz der gewerbsmäßigen Untreue (§ 356 kStGB) dadurch charakterisiert, dass der Wille zur Schadenszufügung und Bereicherung mit dem Wissen der Pflichtverletzung kombiniert sei.⁷³⁹ Auch bedeute die Bereicherungsabsicht im Sinne der gewerbsmäßigen Untreue einen Willen zur Pflichtverletzung mit dem Zweck, sich oder einem Dritten den Vermögensvorteil zu verschaffen.⁷⁴⁰

c) Primärer Wille des Täters für die Vermögensinteressen des Geschäftsherrn

Obwohl die Bereicherungsabsicht als eine überschießende Innentendenz und als ein zum Vorsatz hinzutretendes besonderes subjektives Tatbestandsmerkmal im Grunde in der Rechtsprechung wie auch in der Lehre gefordert wird, wird sie in der Praxis nicht mit der Absicht im technischen Sinne gleichgesetzt. Die Anforderung an eine besonders stark ausgeprägte voluntative Komponente, nämlich die auf die Bereicherung des Täters oder eines Dritten gerichtete Absicht, ist hier relativiert und wird deutlich niedriger angesetzt. In der Rechtsprechung geht es nicht darum, ob es dem Täter darauf ankommt, sich oder einem Dritten einen Vermögensvorteil zu verschaffen. Stattdessen legt der kOGH den Schwerpunkt bei der Bewertung der Bereicherungsabsicht auf die Frage, ob der Täter einen Willen mit Blick auf den Vermögensvorteil des Geschäftsherrn hatte und ob dieser Wille bei der Pflichtverletzung primär oder sekundär war. Berufe sich der Täter darauf, nur für das Vermögensinteresse des Geschäftsherrn zu handeln, müsse die subjektive

⁷³⁶ kOGH vom 17.09.1970 (70 Do 1430).

⁷³⁷ Vgl. kOGH vom 17.09.1970 (70 Do 1430).

⁷³⁸ Vgl. kOGH vom 23.02.1988(87 Do 1436).

⁷³⁹ Vgl. kOGH vom 03.02.1995(94 Do 3122); kOGH vom 10.02.1998(97 Do 2919); kOGH vom 28.06.2002(2000 Do 3716).

⁷⁴⁰ kOGH vom 29.07.2005 (2004 Do 5685).



Tatseite aus den mit der inneren Einstellung des Täters zusammenhängenden Indizientatsachen geschlossen werden können.⁷⁴¹

In einem Fall, in dem der Vorstandsvorsitzende mit Geldern der Gesellschaft im Rahmen des *Employee Stock Ownership Program* (ESOP) den Belegschaftsaktienwerb der Arbeitnehmer förderte, hat der kOGH die Untreuestrafbarkeit des Vorstandsvorsitzenden mit der Begründung bejaht, dass der Zweck der Förderung hier nicht primär im eigentlichen Sinne des ESOP – als eines Instruments zur Vermögensbildung in Arbeitnehmerhand, zur Beteiligung der Arbeitnehmer am Unternehmen des Arbeitgebers oder zur Erlangung eines geldwerten Vorteils für den Arbeitnehmer – bestanden habe, sondern darin, die Führungsherrschaft der Gesellschaft zu verstärken.⁷⁴² Die Absicht, mit der Förderung des Belegschaftsaktienwerbs die Vermögensinteressen der Arbeitnehmer zu betreuen, sei in diesem Fall als sekundär zu bewerten.⁷⁴³

Ganz ähnlich hat der kOGH die Zueignungsabsicht der veruntreuenden Unterschlagung in einem Fall bejaht, in dem der Vorstandsvorsitzende gegen die gesetzliche Vorschrift an einen Politiker gespendet hatte. Eine Zueignungsabsicht sei bei politischen Spenden dann zu bejahen, wenn das Vermögen der Gesellschaft eher für das Interesse des Politikers selbst oder für sonstige Zwecke gespendet wurde als in einem angemessenen, vernunftgemäßen Umfang für das Interesse der Gesellschaft.⁷⁴⁴

3. Subjektive Bereicherungsmerkmale in der Rechtsprechung des kOGH

a) Fall 4: kOGH vom 28.02.2008 (2007 Do 5987)

–Fremdfinanzierte Übernahme (*Leveraged Buyout*, LBO)

aa) Sachverhalt

Der Angeklagte *K* gründete zur Übernahme der sich im Insolvenzverfahren befindenden *Sinhan* AG (Zielgesellschaft) eine mit Darlehen (ca. 46.954.608 Euro) von zwei Kreditinstituten finanzierte Zweckgesellschaft (*Special Purpose Company*, SPC). Dafür vereinbarten der Angeklagte *K* und die beiden Kreditinstitute, dass die Zweckgesellschaft zunächst die zu erwerbenden Ak-

⁷⁴¹ Vgl. kOGH vom 09.11.2006 (2004 Do 7027).

⁷⁴² kOGH vom 25.06.1999 (99 Do 1141).

⁷⁴³ Vgl. kOGH vom 25.06.1999 (99 Do 1141).

⁷⁴⁴ kOGH vom 26.05.2005 (2003 Do 5519).



tien und Konsolidierungsanleihen (*Consolidated Bonds*) der Zielgesellschaft als Kreditsicherungsmittel gewähren sollte und nach der erfolgten Übernahme diese Sicherheiten durch das Anlagevermögen der Zielgesellschaft ersetzt werden sollten. Wie geplant kaufte die Zweckgesellschaft mit den aufgenommenen Kreditmitteln neue und alte Aktien der Zielgesellschaft und wurde mit einem Anteil von zwei Dritteln Mehrheitsaktionär.⁷⁴⁵ Der Angeklagte *K* wurde Vorstandsvorsitzender der Zielgesellschaft und befand sich somit sowohl in der Zweckgesellschaft als auch in der Zielgesellschaft in der obersten Führungsposition. Er hielt sich an die Vereinbarung mit den Kreditinstituten, indem er die ursprünglichen Sicherheiten durch das Anlagevermögen der Zielgesellschaft ersetzte. Der Angeklagte verwendete die aufgenommenen Kreditmittel nur für die Übernahme der Zielgesellschaft. Der Fremdkapitalanteil war dabei mit einem Verhältnis von 220 zu 1 extrem hoch. Nach der Übernahme wurden die Vermögensanteile der beiden Gesellschaften aber nicht zu einer Einheit zusammengefasst.

Der Angeklagte *K* wurde aufgrund der Gewährung der Sicherheiten durch das Anlagevermögen der Zielgesellschaft wegen Untreue angeklagt und vom Amtsgericht Seoul verurteilt⁷⁴⁶, aber vom Oberlandesgericht Seoul freigesprochen⁷⁴⁷. In der Revision hat der kOGH wegen der Gewährung der Sicherheiten die Untreue anerkannt und die Angelegenheit an das Oberlandesgericht Seoul zurückverwiesen.⁷⁴⁸

bb) Entscheidung des kOGH

Das Oberlandesgericht Seoul verneinte in der Vorinstanz den Tatvorsatz und die Bereicherungsabsicht des Angeklagten *K*. Ihm zufolge bestand der Zweck der Kreditaufnahme, die mit dem Anlagevermögen der Zielgesellschaft gesichert wurde, in der Verbesserung des Zustands der Zielgesellschaft. Ferner werde diese Zwecksetzung des Angeklagten *K* auch durch die Tatsache bestätigt, dass er das fremdfinanzierte Kapital allein für die Übernahme der Zielgesellschaft und die Rückzahlung der damit verbundenen Verbindlichkeiten verwandt habe. Schließlich wies das Oberlandesgericht Seoul darauf hin, dass die Erlöse der Zielgesellschaft durch den Sanierungs-

⁷⁴⁵ Nach den §§ 522 u. 434 kHGB bedarf ein Beschluss zur Verschmelzung in der Hauptversammlung einer Mehrheit von zwei Dritteln der Stimmrechte der an der Beschlussfassung teilnehmenden Aktionäre und von einem Drittel der Gesamtzahl der abgegebenen Aktien. Somit reicht ein Anteil von 66,7 % für den Beschluss zur Verschmelzung in der Hauptversammlung aus.

⁷⁴⁶ Vgl. Amtsgericht Seoul Süd vom 28.11.2003(2003 Gohab 145).

⁷⁴⁷ Vgl. Oberlandesgericht Seoul vom 06.10.2004(2003 No 3322).

⁷⁴⁸ Vgl. kOGH vom 28.02.2008 (2007 Do 5987).



plan des Angeklagten *K* stark gestiegen seien und damit der Unternehmenswert der Zielgesellschaft in großem Umfang wiederhergestellt worden sei.

Im Gegensatz dazu bejahte der kOGH in der Revision durchgehend den Tatvorsatz und die Bereicherungsabsicht. Der kOGH stellte zunächst fest, dass für die Erfüllung des Untreue-tatbestands sowohl der Vorsatz im Hinblick auf die Pflichtverletzung, den Schadenseintritt und die Bereicherung als auch die Bereicherungsabsicht vorausgesetzt sei. Selbst wenn der Täter seinen Willen auf das Vermögensinteresse des Geschäftsherrn richte, sei der Vorsatz und die Bereicherungsabsicht zu bejahen, wenn dieser Wille nur sekundär, hingegen der Wille für eine Selbstbereicherung oder Schädigung primär sei. Der kOGH wies darauf hin, dass der Täter trotz der Fremdnützigkeit des betreffenden Geschäfts durchaus einen auf die Schädigung gerichteten Willen gehabt habe.⁷⁴⁹ Obwohl das fremdfinanzierte Kapital tatsächlich für die Ausgleichszahlungen der Zielgesellschaft verwendet wurde, hat der kOGH den Vorsatz mit der Begründung bejaht, dass der Täter das Kapital zum Zweck der Gesellschaftsübernahme finanziert und sich für die persönlichen Vorteile wie die Stellung der Aktionäre oder für seine Macht im Unternehmen eingesetzt habe.⁷⁵⁰ Da der Wille im Hinblick auf die eigenen Vorteile von außen betrachtet beiläufig gewesen sein möge, aber in diesem Fall eine hauptsächliche Bedeutung gehabt habe, könnten die *Business Judgement Rule* oder nachträgliche Umstände wie die Besserung der Unternehmenslage nichts am Vorliegen eines Tatvorsatzes und der Bereicherungsabsicht ändern.⁷⁵¹

b) Fall 5: kOGH vom 25.04.2013 (2011 Do 9238)

– „Schwarze Kasse“

aa) Sachverhalt

Die „A“ AG mit Sitz in Seoul war eine große Vertriebsgesellschaft, die ca. 6.000 Mitarbeiter beschäftigte und vor allem im Bereich Gütertransport, Auf- und Abladung im Hafen, Container-terminal und Lagergeschäft tätig war. Die „A“ AG geriet im November 2000 in Zahlungsunfähigkeit, und am 24.11.2000 beschloss das Gericht die Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Am 24.06.2001 bestätigte das Gericht den Insolvenzplan. Während der Sanierungszeit wurde nach

⁷⁴⁹ Vgl. kOGH vom 24.11.2000 (99 Do 822); kOGH vom 14.05.2004(2001 Do 4857).

⁷⁵⁰ Vgl. kOGH vom 09.11.2006(2004 Do 7072); zustimmend *Jeon, Hyeng-Jeong*, BFL Vol. 24(2007), 81, 99; *Lee, Jae-Bang*, HoLS Vol. 13-1(2012), 545, 564.

⁷⁵¹ Vgl. kOGH vom 09.11.2006(2004 Do 7072); zustimmend *Lee, Yong-Sik*, ELJ Vol. 14-3(2010), 83, 110; dagegen *Lee, Sang-Don*, JKELA Vol. 7-1(2009), 171, 189; auch ist *Hong, Gahae* in Fremdfinanzierte Übernahme und Untreue, S. 141ff. der Meinung, die Bereicherungsabsicht sei in diesem Fall zu verneinen, da die Besserung der Unternehmenslage der Zielgesellschaft sich auch stark auf ihre Vorteile beziehe.



dem Sanierungsplan die Wettbewerbsfähigkeit der „A“ AG wiederhergestellt. In der acht Jahre langen Sanierung erzielte die „A“ AG einen durchschnittlichen Jahresumsatz von ca. 880 Mio. Euro. Das Gericht beschloss am 28.03.2008 die Aufhebung des Insolvenzverfahrens.

Vom Juli 2001 bis zum Dezember 2005 waren der Angeklagte „B“ als Geschäftsführer und der Angeklagte „C“ als Chef der Planungsabteilung bei der Zweigniederlassung der „A“ AG mit Sitz in *Busan* beschäftigt. In diesem Zeitraum hoben die Angeklagten rund 12,5 Mio. Euro in bar von dem für die „A“ AG geführten Konto ab und transferierten den Hauptteil dieses Geldes ohne entsprechende Erfassung im Rechnungswesen auf die persönlichen Konten der Angeklagten „B“ und „C“. Am 01.07.2005 wurden der Angeklagte „B“ als Insolvenzverwalter der „A“ AG und der Angeklagte „C“ als Geschäftsführer an die Zweigniederlassung mit Sitz in *Masan* versetzt. Danach wurde die Sonderkasse von den Angeklagten „D“ und „E“ übernommen und weitergeführt. Die Angeklagte „D“ und „E“ transferierten in dem Zeitraum vom Dezember 2005 bis zum Oktober 2007 weitere rund 4,4 Mio. Euro in die Sonderkasse.

Die Angeklagten hatten diese Sonderkasse zu dem Zweck eingerichtet, den mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens verursachten Engpass der Vertriebskosten zu bewältigen, um bei Abschluss oder Erneuerung der Verträge mit Reedereien Rückerstattungen an die betreffenden Vertragspartner auszuzahlen und die nicht gebuchten Gelder als Sondervertriebskosten zur Verfügung zu haben. So wurden z. B. rund 1 Mio. Euro an die „X“ AG für 68 Monate, rund 0,4 Mio. Euro an die „Y“ AG für 24 Monate und rund 0,4 Mio. Euro an die „Z“ AG für 24 Monate ausgezahlt. Ferner wurden rund 1,5 Mio. Euro an den Angeklagte „B“ für 68 Monate und rund 2,0 Mio. Euro an den Angeklagten „D“ für 28 Monate als Sondervertriebskosten ausgezahlt.

Die Angeklagten wurden in der Vorinstanz von den Vorwürfen der veruntreuenden Unterschlagung (§ 355 Abs. 1 kStGB) freigesprochen⁷⁵² und lediglich der Angeklagte „B“ wegen Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr verurteilt. Dagegen hob der KOGH hinsichtlich der Verurteilung des Angeklagten „B“ die Entscheidung des Oberlandesgerichts Seoul auf und verwies die Sache zurück. In der Entscheidung des KOGH wurde der Angeklagte „B“ sowohl wegen Bestechung als auch wegen Unterschlagung verurteilt.

bb) Schwarze Kassen in der koreanischen Rechtslage

In der deutschen Rechtspraxis wird in Zusammenhang mit der strafrechtlichen Verantwortung der Einrichter oder Verwalter schwarzer Kassen überwiegend die Untreuestrafbarkeit diskutiert.

⁷⁵² Oberlandesgericht Seoul vom 01.07.2011 (2010 No 3069)



Als „schwarze Kassen“ werden gemeinhin Gelder bezeichnet, die unter Missachtung bestimmter Pflichten als Teil eines treuhänderisch verwalteten Vermögens auf ein dem Geschäftsherrn verborgenes Konto ausschließlich zu dem Zweck verlagert werden, diese Gelder im tatsächlichen oder vermeintlichen Interesse des Geschäftsherrn zu verwenden.⁷⁵³

In der koreanischen Rechtspraxis kommt es dagegen auf die veruntreuende Unterschlagung (§ 355 Abs. 1 kStGB) an. Dabei werden „schwarze Kassen“ in der koreanischen Diskussion in einem weiteren Sinne definiert. So versteht man unter ihnen alle Gelder, die aus der Provisionszahlung oder Rückerstattung (*rebate*) oder aus einer Bilanzmanipulation in illegaler Weise beiseite geschafft und zur Steuerhinterziehung heimlich verwaltet werden.⁷⁵⁴ Die Bilanzmanipulation erfolgt meist insbesondere durch den Ausweis dubioser Außenstände zum Nennwert, das Einstellen fiktiver Beträge, die Voraktivierung künftiger Kaufpreisforderungen vor der Übereignung der ebenfalls aktivierten Waren, das Weglassen einzelner Bilanzposten oder durch willkürliche Über- und Unterbewertungen. Die so besorgten Gelder werden mittels verdeckter Sonderkonten unter verschiedenen Namen verwaltet. Für die Strafbarkeit des Einrichters oder Verwalters im Hinblick auf das versteckte Vermögen kommt es insbesondere auf die Zueignungsabsicht an.

cc) Entscheidung des kOGH

Der kOGH vertritt hinsichtlich der Strafbarkeit schwarzer Kassen im Grunde die Auffassung, dass die Zueignungsabsicht mit der Einrichtung einer schwarzen Kasse bereits erfüllt sei, wenn der Einrichter nicht zugunsten des Geschäftsherrn, sondern zugunsten des Einrichters selbst Gelder auf die verdeckten Konten transferiere. Dagegen entfalle die veruntreuende Unterschlagung mangels Zueignungsabsicht, wenn die schwarze Kasse nur in der Art und Weise einer Bilanzmanipulation zur Verhinderung der Aufdeckung durch Außenstehende oder zudem Zweck, Kapital für das Management der Gesellschaft zu besorgen, eingerichtet werde. Dabei sei auf das Motiv des Täters, die Art und Weise der Einrichtung der Kasse, das Ausmaß und die Verwaltung der Gelder sowie auf die tatsächliche Verwendung zu achten.⁷⁵⁵

⁷⁵³ *Saliger*, NStZ 2007, 545, 547; *Bernsmann*, GA 2007, 219, 231; *Rönnau*, Tiedemann-FS, S. 713; *Weimann*, Die Strafbarkeit, S. 12 f.

⁷⁵⁴ Doosan Enzyklopädie (*doopedia*): <http://terms.naver.com/entry.nhn?docId=1185707&cid=40942&categoryId=31821>.

⁷⁵⁵ Vgl. kOGH vom 25.04.2013 (2011 Do 9238); auch schon kOGH vom 12.02.2009 (2006 Do 6994); kOGH vom 09.12.2010 (2010 Do 11015).



Auf dieser Basis verneinte die Vorinstanz in diesem Fall die Zueignungsabsicht der Angeklagten. Insbesondere wies sie darauf hin, dass die Angeklagten die schwarze Kasse von Anfang an zudem Zweck eingerichtet hätten, den mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens verursachten Engpass der Vertriebskosten zu bewältigen, um bei Abschluss oder Erneuerung der Verträge mit Reedereien Rückerstattungen an die betreffenden Vertragspartner leisten zu können und um die nicht gebuchten Gelder als Sondervertriebskosten zur Verfügung zu haben. Betont wurde zudem, dass die Zentralstelle der „A“ AG sich mehr oder weniger auf die Einrichtung und Verwaltung der betreffenden Sonderkassen bezogen habe und die Gelder auf den verdeckten Konten entsprechend dem eigentlichen Zweck zur Provisionszahlung oder Rückerstattung verwendet worden seien. Ferner könne die Tatsache, dass der Angeklagte „B“ wegen Bestechung (§ 357 Abs. 1 kStGB) verurteilt worden sei, nichts daran ändern, dass er die schwarze Kasse zugunsten der Gesellschaft eingerichtet und verwaltet und damit ohne eine Zueignungsabsicht gehandelt habe.⁷⁵⁶

Zwar bestätigte der kOGH hinsichtlich der Veruntreuung die Freisprüche der Angeklagten „C“, „D“ und „E“, verurteilte aber den Angeklagten „B“ wegen der veruntreuende Unterschlagung und hob damit die Entscheidung der Vorinstanz auf. Der kOGH wies zunächst darauf hin, dass Führungskräfte beim Führen eines Unternehmens keine Straftat als Führungsmittel ergreifen dürften und das strafrechtliche Verbot der Bestechlichkeit und Bestechung beachten müssten. Besteche eine Führungskraft in pflichtverletzender Weise mit den zu verwaltenden Geldern der Gesellschaft einen Vertragspartner, könne dies nicht als eine zugunsten der Gesellschaft, sondern eher als eine zugunsten des bestochenen Vertragspartners vorgenommene Handlung angesehen werden. Damit könne die Zueignungsabsicht für einen Dritten in diesem Fall bejaht werden.⁷⁵⁷

c) Fall 6: kOGH vom 14.02.2008 (2007 Do 7716)

– Kredituntreue

aa) Sachverhalt

Der Kreditnehmer „A“ nahm beim Kreditinstitut „*Korean Federation of Community Cooperatives*“ (folgend KFCC) einen Kredit in Höhe von ca. 25.500 Euro auf. Er schob die Kreditrückzah-

⁷⁵⁶ Vgl. Oberlandesgericht Seoul vom 01.07.2011 (2010 No 3069)

⁷⁵⁷ kOGH vom 25.04.2013 (2011 Do 9238); schon kOGH vom 26.05.2005 (2003 Do 5519); auch in Zivilsachen kOGH vom 28.10.2005 (2003 Da 69638).



lung gegen Kreditzins auf. Am 26.04.2001 betrug die eingefrorene Kreditsumme einschließlich der üblichen und überfälligen Zinsen ca. 35.000 Euro. Die Inkassoabteilung des KFCC ordnete diese Kreditsumme als nicht einziehbare Außenstände und den Kreditnehmer „A“ als kreditunwürdige Person (*delinquent borrower*) ein. Nach den internen Vorschriften des KFCC durfte ein zusätzlicher Kredit an den Kreditnehmer „A“ nur dann gegeben werden, wenn die weitere Kreditvergabe zum Zweck der Rettung der eingefrorenen Kreditsumme vorgenommen oder eine Sondergenehmigung des Vorstandsvorsitzenden des KFCC eingeholt wurde.

Der Kreditnehmer „A“ bat den Angeklagten „B“, einen weiteren Kredit in Höhe von ca. 30.000 Euro zum Kaufpreis einer Immobilie zu gewähren, und bot an, zur Sicherung der Forderung eine Hypothek auf die zu kaufende Immobilie zu bestellen. Der Angeklagte „B“ verlangte von dem Kreditnehmer „A“, mindestens einen Teil der eingefrorenen Kreditsumme zurückzuzahlen, und traf mit dem Kreditnehmer „A“ eine entsprechende Vereinbarung. Nach Verhandlungen mit dem Angeklagten „C“ beschloss der Angeklagte „B“, dem Kreditnehmer „A“ den weiteren Kredit in Höhe von ca. 50.000 Euro zu gewähren. Als Sicherungsmittel für den Kredit wurde die Hypothek in Höhe von max. 73.000 Euro auf die zu kaufende Immobilie eingesetzt. Zudem wurde die Forderung des KFCC mit einer selbstschuldnerischen Bürgschaft abgesichert. Nachdem der Angeklagte „B“ die Eintragung des Kreditnehmers „A“ als eine kreditunwürdige Person (*delinquent borrower*) gestrichen hatte, wurde der Kredit dem Kreditnehmer „A“ gewährt.

Der Kreditnehmer „A“ gab ca. 16.000 Euro zur Tilgung der eingefrorenen alten Kreditsumme, ca. 30.000 Euro für den Kauf der Immobilie und ca. 4.000 Euro für persönliche Zwecke aus. Als zwei Jahren später der Kreditnehmer „A“ erneut die Kreditrückzahlung gegen Kreditzins aufschob, erzielte der KFCC durch die Zwangsversteigerung der mit der Hypothek belasteten Immobilie Erlöse in Höhe von 63.000 Euro. Damit konnten Teile der gesamten Kreditsumme befriedigt werden. Abschließend wurden ca. 22.000 Euro als Defizit für die KFCC angenommen.

In der Vorinstanz wurden die Angeklagten wegen Untreue verurteilt.⁷⁵⁸ Hingegen hob der kOGH die Entscheidung auf und verwies die Sache an das Amtsgericht Gwangju zurück.

bb) Entscheidung des kOGH

Die Vorinstanz wies hinsichtlich der Untreuestrafbarkeit darauf hin, dass die Angeklagten den Kredit ohne eine ausreichende Kreditsicherung gewährt und die Eintragung des Kreditnehmers

⁷⁵⁸ Amtsgericht Gwangju vom 30.08.2007 (2006 No 1991).



„A“ als eine kreditunwürdige Person (*delinquent borrower*) durch eine Manipulation der elektronischen Daten gelöscht hätten. Ferner sei ein Wille der Angeklagten, den schon eingefrorenen alten Kredit durch den weiteren Kredit zu retten und damit die neuerliche Kreditvergabe zugunsten des Kreditinstituts vorzunehmen, nur sekundär, eher sei der Wille primär, dem Kreditnehmer „A“ durch den weiteren Kredit Vermögensvorteile zu verschaffen.

Der KOHG urteilte auch hier anders als die Vorinstanz und begründete dies wie folgt: Erfolge eine Kreditvergabe mit dem Zweck, den schon eingefrorenen alten Kredit zu retten, müsse die Möglichkeit einer Rückzahlung durch Bürgschaft, Hypothek oder Pfandrecht etc. zur Sicherung der Forderung erwogen werden und sei die Frage, ob die weitere Kreditvergabe den schon eingefrorenen alten Kredit retten könne, unter Betrachtung des üblichen Geschäftsrahmens nach den internen Vorschriften der Bank und dem durchgängigen Geschäft im Einzelfall konkret und materiell zu bewerten. Auch wenn der Kreditbetrag höher als der Bewertungsbetrag des durch die Sicherungsmittel belasteten Objekts sei oder ein für die Kreditsicherung nicht geeignetes Sicherungsmittel bestellt werde, lasse sich dennoch der Vorsatz im Hinblick auf die Pflichtverletzung verneinen, wenn die Kreditvergabe durch das bestellte Sicherungsmittel abgesichert werde und damit der Bank ein Vorteil in Form der Rückzahlung des alten Kredits entstehe.⁷⁵⁹ In den Unterlagen der Kreditvergabe sei die Tatsache klarfestgestellt worden, dass die Angeklagten den weiteren Kredit mit dem Ziel gewährt hatten, den schon eingefrorenen alten Kredit zu retten. Wenn die weitere Kreditvergabe der KFCC einen Verlust in Höhe von 22.000 Euro verursacht, andererseits ihr aber durch die Tilgung des alten Kredits einen Vorteil in Höhe von 25.000 Euro eingebracht habe, könne der Vorsatz eines Schadenseintritts nicht bejaht werden. Aus diesen Gründen verneinte der KOHG die Untreue in diesem Fall.

d) Fall 7: KOHG vom 29.05.2008 (2005 Do 4640)

– Konzernuntreue: „SK Global-Fall“

aa) Sachverhalt

Die Angeklagten waren die Konzernspitze und die Vorstandmitglieder der „SK AG“, die eine Holding-Gesellschaft von „SK Group“ ist. Der „SK Group“ als einer der fünf größten Mischkonzerne in Südkorea umfasst ca. 20 Konzerngesellschaften. Dazu gehören auch „SK Securities AG“, „SK Global AG“, „SK Walkerhill AG“ und „SK Capital AG“.

⁷⁵⁹ Schon KOHG vom 04.04.1987 (85 Do 1339).



Am 17.09.1999 schloss die „SK Securities AG“ mit „JP Morgan Chase Bank N.Y.“ (folgend „JP Morgan AG“) einen Vergleichsvertrag in Zusammenhang mit einem Schadensersatzprozess ab. Dabei vereinbarten die beiden Seiten, dass die „JP Morgan AG“ mit dem Teil der von der „SK Securities AG“ zu erhaltenden Ersatzsumme an der bedingten Kapitalerhöhung teilnehmen würde. Die Angeklagten wiesen die von der „SK Global AG“ beherrschten zwei Konzerngesellschaften mit Sitz in Singapur und den USA an, statt der „SK Securities AG“ mit der „JP Morgan AG“ hinsichtlich der aus der Kapitalerhöhung erworbenen Aktien einen Optionsvertrag abzuschließen.

Gemäß dem durch die Angeklagten geplanten Optionsvertrag hatte die „JP Morgan AG“ die Verkaufsoption (*put option*), womit sie innerhalb eines bestimmten Zeitraums und unter bestimmten Bedingungen die Aktien verkaufen konnte. Demgegenüber erhielten die zwei Konzerngesellschaften die Kaufoption (*call option*). Als im Oktober 2002 die „JP Morgan AG“ die Option ausüben wollte, konnten nach dem koreanischen Aktienhandelsgesetz die zwei Konzerngesellschaften mit Sitz im Ausland die Aktien nicht direkt von der „JP Morgan AG“ erwerben. Die Angeklagten mussten einen Umweg nehmen. Im ersten Schritt übten die zwei Konzerngesellschaften die Kaufoption aus und bezahlten der „JP Morgan AG“ den Kaufpreis. Da sie aber keine Aktien direkt von der „JP Morgan AG“ erwerben konnten, kauften die „Wakerhill AG“ und die „SK Capital AG“ die Aktien von der „JP Morgan AG“ auf dem Börsenmarkt in Korea und bezahlten den Kaufpreis der „JP Morgan AG“, die ihn dann der „Wakerhill AG“ und „SK Capital AG“ wieder zurückerstattete. Um die Differenz zwischen dem Betrag, den die „JP Morgan AG“ mit der Ausübung der Verkaufsoption eigentlich erzielt hätte, und dem Betrag, den die zwei Konzerngesellschaften mit der Ausübung der Kaufoption tatsächlich bezahlt hatten, auszugleichen, nahmen die zwei Konzerngesellschaften einen Kredit in Höhe von rund 71 Mio. Euro mit Garantie der „SK Global AG“ bei einer Bank auf.

In dem Verfahren zu diesem Fall wurden die Angeklagten in der Vorinstanz wegen Untreue verurteilt,⁷⁶⁰ und der KOGH bestätigte die Untreuestrafbarkeit in der Revision.

bb) Entscheidung des KOGH

Der KOGH wies zunächst darauf hin, dass die zwei Konzerngesellschaften den Optionsvertrag mit der „JP Morgan AG“ außerhalb ihres Geschäftsfelds abgeschlossen hätten und unter Be-

⁷⁶⁰ Oberlandesgericht Seoul vom 10.06.2005 (2004 No 1851)



rücksichtigung des betroffenen Vermögens und der – wenngleich nicht offenkundigen – Anfälligkeit der Gesellschaften das durch diesen Optionsvertrag bewirkte Risiko zu groß gewesen sei. Nach den betreffenden Vorschriften konnten die zwei Konzerngesellschaften mit Sitz in Singapur und den USA keine Aktien der „SK Securities AG“ erwerben. Es war in der Tat schwierig, dass die zwei Konzerngesellschaften die Kaufoption ausübten, auch wenn der Aktienpreis der „SK Securities AG“ unter den festgesetzten Preis gefallen war und das Risiko zum Vermögensverlust eskaliert wurde. Wenn der Aktienpreis bis zu dem im Voraus vereinbarten Zeitpunkt den Ausübungspreis erreichen würde, konnten die zwei Konzerngesellschaften die Verpflichtung, Aktien der „SK Securities AG“ zu kaufen, nicht vermeiden. Im Ergebnis mussten die zwei Konzerngesellschaften bei der Optionsausübung die Kosten des Aktienerwerbs übernehmen.

Obwohl in der Tat die zwei Konzerngesellschaft die Kaufoption ausübten, erwarben nicht sie, sondern die „Wakerhill AG“ und „SK Capital AG“ die Aktien. Angesichts des Umstands, dass die zwei Konzerngesellschaften von der Verbindlichkeit des Optionsvertrags nicht befreit werden konnten, kam es im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zu einem Untreueverhalten der Angeklagten. Der Schaden wurde auf einen Betrag in Höhe von rund 71 Mio. Euro errechnet. Die Angeklagten verschafften der „SK Securities AG“ Vermögensvorteile von 71 Mio. Euro.

Hinsichtlich des Untreuevorsatzes und der Bereicherungsabsicht führte der kOGH aus, dass zwar der Optionsvertrag zudem Zweck, den ganzen Konzern wiederherzustellen, abgeschlossen und mit dem Erfolg des Optionsvertrags teilweise das Vermögensinteresse des ganzen Konzerns wahrgenommen worden sei, aber diese subjektive Einstellung des Angeklagten sei nur sekundär, womit der Untreuevorsatz und die Bereicherungsabsicht durchgehend bejaht werden könne.

e) Fall 8: kOGH vom 27.07.1983 (83 Do 819)

– Haushaltsuntreue

aa) Sachverhalt

Die Angeklagten waren Vorstände der „A“-Stiftung. Die Stiftung „A“ war Träger der Privatschule „B“. Bei der „B“-Privatschule wurden die Geldmittel für die Verwaltung der Schule aus drei Quellen beschafft: aus dem Finanzausgleich durch das betreffende Schulamt, aus den Einnahmen der Stiftung „A“ und aus dem Schulgeld, das die Erziehungsberechtigten für den Schulbesuch des Kindes bezahlen müssen. Nach den Richtlinien, die der Leiter des Landesschulamts



hinsichtlich des Haushaltsplans von Schulen erlassen hatte, mussten die Angeklagten die Umlagen der Renten- und Gesundheitsversicherung für die Mitarbeiter der Privatschule „B“ aus den Einnahmen bezahlen, die der Schule von der Stiftung „A“ zufließen. Entgegen diesen Richtlinien beschlossen die Angeklagten, die Umlagen der Renten- und Gesundheitsversicherung aus dem Schulgeld zu bezahlen, weil die Finanzlage der Stiftung „A“ immer schlechter wurde und diese damit der Schule keine Beträge mehr zuweisen konnte. Die Angeklagten wurden in der Vorinstanz von dem Vorwurf der Untreue freigesprochen.⁷⁶¹ Der kOGH hat diese Entscheidung bestätigt.

bb) Entscheidung des kOGH

Der kOGH stellte in diesem Fall fest, dass der Untreuetäter in der Absicht, sich oder einem Dritten einen Vermögensvorteil zu verschaffen, durch die Pflichtverletzung dem Geschäftsherrn einen Vermögensnachteil zufügen müsse. In diesem Fall sei die Untreue mangels einer Bereicherungsabsicht nicht erfüllt. Der kOGH wies insbesondere darauf hin, dass die Pflichtverletzung nicht aus einem Willen zur rechtswidrigen Bereicherung, sondern aus der schlechten Finanzlage resultiert sei. Deswegen sei eine Bereicherungsabsicht zu verneinen.⁷⁶²

III. Sonstiger wichtiger Fall

Fall 9: kOGH vom 29.05.2009 (2007 Do 4949, in der großen Versammlung)

– Emission einer Wandelanleihe (*Convertible Bond*, CB)

1. Sachverhalt

Die *Everland* AG ist eine nicht börsennotierte Mitgliedsgesellschaft der *Samsung*-Gruppe. Der Angeklagte *Y1* war Vorstandsvorsitzender, während der Angeklagte *Y2* als Exekutivdirektor mit der Aufstellung und Durchführung des Finanzierungsplans betraut war. Am 30.10.1996 beschloss der Vorstand die Emission von Wandelschuldverschreibungen mit einem Gesamtnennwert von ca. 18.034.330 DM und einem Nennwert von jeweils ca. 14 DM pro Stück.⁷⁶³ An der Vorstandsversammlung nahmen nur acht der insgesamt neunzehn Vorstandsmitglieder teil.

⁷⁶¹ Amtsgericht Daegu vom 23.12.1982 (82 No 1014).

⁷⁶² Vgl. kOGH vom 27.07.1983 (83 Do 819).

⁷⁶³ Nach dem Wechselkurs vom 30.10.1996.



Nachdem die Aktionäre über die Emission wie auch über die Bezugsfrist informiert worden waren, entschied sich nur ein einziger Aktionär für den seinem Anteil entsprechenden Bezug dieser Anleihen (2,94 %), während alle anderen Aktionäre darauf verzichteten (97,06 %). Bereits kurze Zeit danach hielten die Angeklagten eine neue Vorstandsversammlung ab, auf der sie beschlossen, die nicht angenommenen Wandelanleihen Dritten, nämlich dem Sohn und den drei Töchtern des Gründers und Präsidenten der *Samsung*-Gruppe (*Gun-Hee Lee*), unter den gleichen Bedingungen zuzuteilen. Nach der Emission der Wandelanleihe setzten sie das Umtauschrecht durch und erhielten dementsprechend Aktien. Durch diesen Vorgang änderte sich die Herrschaftsverhältnisse in der *Everland AG* dahingehend, dass die Familie *Lee* mit einem Anteil von 64 % der größte Aktionär wurde.⁷⁶⁴

In den Vorinstanzen⁷⁶⁵ wurden die Angeklagten wegen Untreue verurteilt. Obwohl in der Revision die Untreuestrafbarkeit durch die Emission einer Wandelanleihe heftig diskutiert wurde, hat der kOGH in der großen Versammlung die Pflichtwidrigkeit der Angeklagten und den Vermögensschaden der Gesellschaft mehrheitlich (sechs von elf Richtern) verneint und die Angelegenheit zurück an das Oberlandesgericht Seoul verwiesen.⁷⁶⁶

2. Auseinandersetzung

a) Pflichtverletzung

aa) Beschluss zur Emission einer Wandelanleihe von einer unterhalb der Beschlussfähigkeit liegenden Anzahl an Vorstandsmitgliedern

Der Vorstand kann über die Emission einer Wandelanleihe entscheiden, sofern die Satzung nichts anders bestimmt (§ 513 Abs. 2 kHGB). An der Beschlussfassung muss jedoch die Mehrheit der Vorstandsmitglieder teilnehmen. Außerdem muss die Mehrheit der anwesenden Vorstandsmitglieder dem Beschluss zustimmen (§ 391 Abs. 1 kHGB). Im vorliegenden Fall nahmen aber am ersten Vorstandsbeschluss nur acht der insgesamt neunzehn Vorstandsmitglieder teil. Aus diesem Grund haben die Vorinstanzen entschieden, dass der Vorstandsbeschluss vom

⁷⁶⁴ Die *Everland AG* spielt eine wesentliche Rolle in der *Corporate Governance* der *Samsung*-Gruppe, die durch stark gekreuzte Beteiligungen (*Circular Ownership*) geprägt ist.

⁷⁶⁵ Amtsgericht Seoul Zentral vom 04.10.2005(2003 Gohab 1300); Oberlandesgericht Seoul vom 29.05.2007(2005 No 2371).

⁷⁶⁶ kOGH vom 29.05.2009(2007 Do 4949).



30.10.1996 nichtig ist. Schließlich wurde die im Handelsgesetzbuch und in der Satzung der *Everland AG* vorgeschriebene Zahl der Stimmberechtigten, die sich an einer Abstimmung beteiligen müssen, nicht erfüllt.⁷⁶⁷ Ferner wurde als pflichtwidrig beurteilt, dass die Angeklagten die Ausgabe der Wandelanleihe trotz der Kenntnis dieses Mangels beschlossen hatten.⁷⁶⁸

Demgegenüber verneinte der kOGH die Pflichtverletzung lediglich mit der Begründung, dass der Vorstandsbeschluss nur als eine innere Entscheidung gewertet werden könne und seine Fehlerhaftigkeit keinen Einfluss auf die Wirksamkeit der Emission der Wandelanleihe habe.⁷⁶⁹ Diese Fehlerhaftigkeit im Beschlussverfahren wurde somit nicht als Pflichtverletzung im Sinne des Untreuetatbestands beurteilt.⁷⁷⁰

bb) Bestimmung des beträchtlich unterschätzten Wandlungspreises

Der vom Vorstand bestimmte Nennbetrag (14,00 DM) wurde im Vergleich mit dem zu erwartenden Verkehrswert zu niedrig bewertet.⁷⁷¹ Hinsichtlich des unterschätzten Nennbetrags ist es umstritten, ob der Vorstand bei der Emission der Wandelanleihe verpflichtet ist, einen angemessenen Wandlungspreis zu ermitteln. Das koreanische Handelsgesetzbuch macht dazu keine Aussage. In Übereinstimmung mit der Revision muss im Angebot an die Aktionäre (*Offering to Shareholders*) lediglich der Wandlungspreis über dem Nennwert der Aktie liegen.⁷⁷² Der Vorstand ist aber beim Angebot an Dritte (*Third-Party Allotment*) verpflichtet, einen angemessenen

⁷⁶⁷ Vgl. Amtsgericht Seoul Zentral vom 04.10.2005(2003 Gohab 1300); Oberlandesgericht Seoul vom 29.05.2007(2005 No 2371).

⁷⁶⁸ Vgl. Oberlandesgericht Seoul vom 29.05.2007(2005 No 2371); zustimmend *Jang, Deok-Cho*, *Beopjo* Vol. 601(2006), S. 54, 72; *Kwak, No-Hyun*, *DLS* Vol. 41(2009), S. 481, 488; *Seong, Min-Sup*, *KLS* Vol. 23-2(2010), S. 409, 423.

⁷⁶⁹ Vgl. kOGH vom 29.05.2009(2007 Do 4949); zur Wirksamkeit der Emission einer Wandelanleihe durch einen fehlerhaften Beschluss in zivilrechtlichen Angelegenheiten schon der kOGH vom 25.06.2004(2000 Da 37326); kOGH vom 22.02.2007 (2005 Da 77060).

⁷⁷⁰ Vgl. kOGH vom 29.05.2009 (2007 Do 4949).

⁷⁷¹ Vgl. Amtsgericht Seoul Zentral vom 04.10.2005(2003 Gohab 1300); Oberlandesgericht Seoul vom 29.05.2007 (2005 No 2371). Da die *Everland AG* zum Zeitpunkt der Emission der Wandelanleihe eine nicht börsennotierte Gesellschaft war, war es schwierig, einen genauen Verkehrswert ihrer Aktien auf dem Markt zu ermitteln. Der Nettobuchwert je Aktie (BPS) lag aber bei ca. 405 DM, und nach dem erbschaftssteuer- und schenkungssteuerrechtlichen Maßstab wurde eine Aktie der *Everland AG* mit ca. 231 DM bewertet. Das Oberlandesgericht hat unter der Berücksichtigung der verschiedenen Umstände einen Wandlungspreis von mindestens ca. 27 DM festgestellt (nach dem Wechselkurs vom 30.10.1996).

⁷⁷² Vgl. kOGH vom 29.05.2009(2007 Do 4949); auch Oberlandesgericht Seoul vom 29.05.2007(2005 No 2371); zustimmend *Choi, Moon-Hee*, *Justice* Vol. 112(2009), S. 37, 44.



Wandlungspreis zu ermitteln.⁷⁷³ Wenn der Vorstand bei der Emission einer Wandelanleihe an Dritte keinen angemessenen Wandlungspreis bestimmt, handelt er pflichtwidrig.⁷⁷⁴ Somit muss zunächst festgestellt werden, ob die Emission der Wandelanleihe in der Form eines Angebots an die Aktionäre oder an Dritte vorgenommen wurde.

Obwohl am Ende die ausgegebene Wandelanleihe fast vollständig (97,06 %) Dritten zugeteilt wurde, hat der KOGH mehrheitlich die Wandelanleihe als ein Angebot an die Aktionäre bewertet: „Die Frage ist mit Rücksicht auf das Bezugsrecht danach objektiv zu entscheiden, ob die Aktionäre die Gelegenheit hatten, die Wandelanleihe entsprechend ihren Anteilen vorrangig zu erwerben. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die das Bezugsrecht behaltenden Aktionäre die Wandelanleihe tatsächlich erworben haben oder nicht“.⁷⁷⁵ Nach dieser Auffassung gab es ein Angebot an die Aktionäre, weil der Vorstand ursprünglich die Emission der Wandelanleihe an die Aktionäre beschlossen hatte und alle Aktionäre die Möglichkeit hatten, die Wandelanleihe vorrangig zu erwerben.

Demgegenüber kritisierte die Minderheit des KOGH, dass die mehrheitliche Auffassung zu förmlich sei: „Dass die massiv nicht angenommenen Wandelanleihen in der ersten Emission danach Dritten zugeteilt wurden, ist zwar eine Folge der Ausgabe der Wandelanleihen, die ursprünglich als ein Angebot an die Aktionäre geplant war, tatsächlich aber nichts anderes als die Ausgabe an Dritte, und es gibt keinen Grund für die Unterschiedlichkeit beider Ausgabeformen. Wenn ferner eine Situation angenommen wird, in der alle Aktionäre den Bezug der Wandelanleihe aufgeben würden, würde die Ungerechtigkeit des Standpunkts der Mehrheit klar“.⁷⁷⁶ Überdies stimme es zwar, dass die Angeklagten die Emission der Wandelanleihe mit Rücksicht auf das Bezugsrecht der Aktionäre beschlossen hätten, aber durch die ungünstig gewählten Ausgabebedingungen hätten sie die Aktionäre zum Verzicht auf ihr Bezugsrecht verleitet und damit die nicht übergebenen Wandelanleihen den Dritten zuteilen können.⁷⁷⁷ Aus diesen Gründen sei es angemessen, davon auszugehen, dass das Wesen der Ausgabe dieser Wandelanleihe in der Übergabe an die Dritten bestanden habe.⁷⁷⁸

⁷⁷³ Vgl. KOGH vom 29.05.2009 (2007 Do 4949).

⁷⁷⁴ Vgl. KOGH vom 29.05.2009(2007 Do 4949).

⁷⁷⁵ KOGH vom 29.05.2009(2007 Do 4949); zustimmend *Lee, Chul Song*, HJ Vol. 359(2006), S. 96, 110; *Jeong, Gi Hwa*, EJC 2006, S. 1, 4.

⁷⁷⁶ KOGH vom 29.05.2009(2007 Do 4949); zustimmend *Lee, Jong Hoon*, BL Vol. 19(2009), S. 345, 367; *Song, OK Yeol*, BFL Vol. 36(2009), S. 6, 11.

⁷⁷⁷ Vgl. Oberlandesgericht Seoul vom 29.05.2007(2005 No 2371); so auch *Lee, Hun-Jong*, HLS Vol. 21-1(2010), S. 435; *Seong, Min-Sup*, KLS Vol. 23-2(2010), S. 409, 439.

⁷⁷⁸ Vgl. *Lee, Jong Hoon*, BL Vol. 19(2009), S. 345, 367; *Song, OK Yeol*, BFL Vol. 36(2009), S. 6, 11.



Da der kOGH mehrheitlich die Wandelanleiheemission als Angebot an die Aktionäre beurteilte, wurde die Pflichtwidrigkeit hinsichtlich der Bestimmung des angemessenen Wandlungspreises verneint, sei doch beim Angebot an die Aktionäre der den Nennwert übersteigende Wandlungspreis nicht problematisch gewesen.

cc) Zweck zur Herrschaftsübergabe über die Gesellschaft in bestimmten Personen

Durch die Emission der Wandelanleihe wurde die Familie *Lee* zum Hauptaktionär. Sie erwarb die Aktien sogar zu einem sehr günstigen Preis. Sowohl in der vorinstanzlichen Entscheidung als auch in der Literatur wird die Auffassung vertreten, dass es sich hier um eine die geltenden Gesetze umgehende Übertragung der Herrschaft über die *Everland* AG vom Vater auf seine Kinder handle.⁷⁷⁹ Aus diesem Grund stellt sich die Frage, ob der Vorstand sich pflichtwidrig verhalten hat, indem er ohne unternehmerische Notwendigkeiten über die Emission der Wandelanleihe den Zweck verfolgt hat, die Herrschaft über die Gesellschaft auf einen bestimmten Personenkreis zu übertragen.

Diesbezüglich hat das Oberlandesgericht Seoul eine Pflichtverletzung bejaht: „Auch wenn die Emission der Wandelanleihe die vom Gesetz geforderten formellen Voraussetzungen erfüllt hat, hat der Vorstand pflichtwidrig seine Befugnis zur Wandelanleihe missbraucht, wenn der Zweck der Wandelanleiheemission nicht darin bestand, dass er das unternehmerisch notwendige Kapital finanziert, sondern darin, dass er die Herrschaft über eine Gesellschaft unter günstigen Bedingungen auf bestimmte Personen überträgt.“⁷⁸⁰ Der kOGH hatte die Pflichtwidrigkeit des Vorstandes bereits in vergleichbaren Fällen bejaht, in denen der Vorstand ohne unternehmerischen Bedarf eine Wandelanleihe ausgegeben hatte, um einen etwaigen Kursgewinn zu erlangen.⁷⁸¹

Demgegenüber vertrat der kOGH hier die Auffassung, dass sich eine Übertragung der Herrschaft, die gegen den Willen der Aktionäre vorgenommen werde, nicht auf den Vorteil der Gesellschaft, sondern auf den der bisherigen Aktionäre beziehe.⁷⁸² Da der Vorstand gegenüber den Aktionären bekanntlich keine Vermögensbetreuungspflicht habe, sondern nur gegenüber der

⁷⁷⁹ Vgl. Amtsgericht Seoul Zentral vom 04.10.2005(2003 Gohab 1300); Oberlandesgericht Seoul vom 29.05.2007(2005 No. 2371); *Lee, Hun-Jong*, HLS Vol. 21-1(2010), S. 435, 452; *Seong, Min-Sup*, KLS Vol. 23-2(2010), S. 409, 439.

⁷⁸⁰ Amtsgericht Seoul Zentral vom 04.10.2005(2003 Gohab 1300); zustimmend Oberlandesgericht Seoul vom 29.05.2007(2005 No. 2371); auch *Lee, Hun-Dong*, HLS Vol. 21-1(2010), S. 435, 452; *Seong, Min-Sup*, KLS Vol. 23-2(2010), S. 409, 439.

⁷⁸¹ kOGH 28.09.2001(2001 Do 3191); kOGH 27.05.2005(2003 Do 5309).

⁷⁸² Vgl. kOGH vom 29.05.2009(2007 Do 4949).



Gesellschaft, könne von einer Pflichtverletzung des Vorstands keine Rede sein.⁷⁸³ Ferner habe der Vorstand hinsichtlich der Übertragung der Herrschaft deshalb nicht pflichtwidrig gehandelt, weil die Aktionäre ihre Einwilligung zur Übertragung der Herrschaft gegeben hätten.⁷⁸⁴

b) Vermögensschaden

In früheren Entscheidungen hat der kOGH beim Angebot einer Wandelanleihe an Dritte einen Vermögensschaden anerkannt.⁷⁸⁵ Er betrachtete dabei die Differenz zwischen dem tatsächlich ausgegebenen und dem angemessenen Wandlungspreis als Vermögensschaden.⁷⁸⁶ Dabei unterschied der kOGH den Verlust der Gesellschaft deutlich von dem der Aktionäre: „Der Verlust bei der Ausgabe an Dritte ist von dem der Aktionäre scharf zu unterscheiden. Der Verlust der Gesellschaft ist unter Berücksichtigung der Natur und des Zurechnungssubjekts anders als der der Aktionäre, der durch den Verwässerungseffekt bei der Ausgabe neuer Aktien ohne Bezugsrecht verursacht wird.“⁷⁸⁷ Auf dieser Basis hat der kOGH im vorliegenden Fall mehrheitlich die Emission der Wandelanleihe als Angebot an die Aktionäre betrachtet und einen Vermögensschaden der Gesellschaft verneint.⁷⁸⁸

Demgegenüber sah die Minderheit des kOGH in diesem Fall ein Angebot an Dritte und erkannte einen Vermögensschaden. Nach ihrer Auffassung waren die Angeklagten verpflichtet, dem Unternehmen durch die Ausgabe der Wandelanleihe einen höheren Zufluss an Kapital einzubringen als der, der sich aus dem Differenzbetrag zwischen dem zugeteilten und dem angemessenen Wandlungspreis multipliziert mit der Gesamtzahl der umgewandelten Aktien ergab.⁷⁸⁹ Es sei demnach auch als Vermögensnachteil zu beurteilen, wenn die Investitionschance eines Unternehmens durch wirtschaftlich unvernünftiges Verhalten verhindert werde, unabhängig davon, ob die Investition in der Zukunft erfolgreich sei oder nicht.⁷⁹⁰ Diese Sichtweise scheint in höherem Maße der normativen Bewertung unter dem juristischen Aspekt zu entsprechen. Darüber hinaus,

⁷⁸³ Vgl. kOGH vom 29.05.2009(2007 Do 4949).

⁷⁸⁴ Vgl. kOGH vom 29.05.2009(2007 Do 4949); zustimmend *Lee, Chul-Song*, Beopjo Vol. 603(2006), S. 160, 176.

⁷⁸⁵ Vgl. kOGH 28.09.2001(2001 Do 3191); kOGH 27.05.2005(2003 Do 5309).

⁷⁸⁶ Vgl. kOGH 28.09.2001(2001 Do 3191); kOGH 27.05.2005(2003 Do 5309).

⁷⁸⁷ kOGH vom 29.05.2009(2007 Do 4949); auch kOGH 28.09.2001(2001 Do 3191); kOGH 27.05.2005(2003 Do 5309).

⁷⁸⁸ Vgl. kOGH vom 29.05.2009 (2007 Do 4949); zustimmend *Lee, Chul Song*, HJ Vol. 359 (2006), S. 96, 107; *Jeong, Gi Hwa*, EJC 2006, S. 1 f.; *Lee, Jong-Sang*, BFL Vol. 19 (2006), S. 44, 52.

⁷⁸⁹ Vgl. kOGH vom 29.05.2009 (2007 Do 4949); zustimmend *Jang, Deok-Cho*, Beopjo Vol. 601 (2006), S. 54, 69; *Lee, Jong Hoon*, BL Vol. 19 (2009), S. 345, 357 ff.

⁷⁹⁰ Vgl. *Lee, Jong Hoon*, BL Vol. 19 (2009), S. 345, 359.



so die Argumentation, formuliere § 424-2 Abs. 1 KHGB eine Pflicht der Vorstandsmitglieder, den Differenzbetrag zum angemessenen Ausgabebetrag an die Gesellschaft zu leisten, wenn sie infolge einer Absprache mit Dritten Aktien zu einem deutlich unangemessenen Ausgabebetrag herausgeben. Auf dieser Grundlage könne in diesem Fall ein Verlust der Gesellschaft bei der Ausgabe der neuen Aktien bzw. der Wandelanleihe bejaht werden.⁷⁹¹

Dagegen lehnen einige Autoren es ab, einen Verlust einer Gesellschaft bei der Kapitalerhöhung durch die Ausgabe neuer Aktien bzw. einer Wandelanleihe anzuerkennen. Sie sehen keinen Raum für den Verlust des Gesellschaftsvermögens, weil grundsätzlich Kapital in Form des Gesamtausgabebetrags in die Gesellschaft eingebracht wird.⁷⁹² Die Ausgabe von neuen Aktien bzw. einer Wandelanleihe beschere der Gesellschaft insofern keinen Verlust; dieser entstehe lediglich bei den alten Aktionären durch den Verwässerungseffekt.⁷⁹³

E. Zwischenergebnis

Das koreanische Strafrecht hat sowohl einen allgemeinen Untreuetatbestand im Strafgesetzbuch (§ 355 Abs. 2 kStGB) als auch spezialgesetzliche Untreuregelungen im Handelsgesetzbuch (§§ 622, 623 KHGB). Da das Strafverschärfungsgesetz sich nur auf die Untreuetatbestände im Strafgesetzbuch, nicht auf die im Handelsgesetzbuch bezieht, werden § 355 Abs. 2 (Untreue) und § 356 (Gewerbsmäßige Untreue) vorrangig angewandt.

Der Schwerpunkt der Diskussion über den koreanischen Untreuetatbestand liegt auch auf der Einschränkung der Untreuestrafbarkeit durch eine restriktive Auslegung. Da der koreanische Untreuetatbestand unbestimmt bzw. unterbestimmt geregelt ist, leidet er unter Schwierigkeiten der Auslegung. Die umstrittenste Frage ist die Bestimmung des Täterkreises. Im koreanischen Untreuetatbestand ist das Tatsubjekt der Untreue nicht eindeutig beschrieben, es ist lediglich die Rede von demjenigen, „der das Geschäft eines Fremden besorgt“. Der Brennpunkt ist die Auslegung des Merkmals „Geschäft eines Fremden“. Die Rechtsprechung und die herrschende Lehre verstehen unter dem Merkmal sowohl ein Geschäft, das eigentlich der Geschäftsherr erledigen

⁷⁹¹ Auch so *Jang, Deok-Cho*, Beopjo Vol. 601 (2006), S. 54, 77; *Lee, Jong Hoon*, BL Vol. 19 (2009), S. 345, 359.

⁷⁹² Vgl. *Lee, Chul Song*, HJ Vol. 359 (2006), S. 96, 104.

⁷⁹³ Vgl. *Lee, Chul Song*, HJ Vol. 359(2006), S. 96, 107; auch so *Jeong, Gi Hwa*, EJC 2006, S. 1 f.; *Lee, Jong-Sang*, BFL Vol. 19(2006), S. 44, 52.



muss, mit dem aber aus verschiedenen Gründen der Täter beauftragt wird, als auch ein Geschäft, das aus irgendwelchen Gründen zur Mitwirkung an der wichtigen Vermögenswahrnehmung eines Fremden von Relevanz ist. Durch diese Auslegung wird der ohnehin beachtliche Anwendungsbereich der Untreue noch weiter ausgedehnt. Ferner ist darauf hinzuweisen, dass die Auseinandersetzung sich in hohem Maße nur auf das Merkmal „Fremdnützigkeit“ richtet, während den anderen Faktoren der Vermögensbetreuungspflicht, wie „Hauptsächlichkeit“ oder „Selbstständigkeit“, nicht die erforderliche Aufmerksamkeit zuteilwird.

Die Tathandlung des koreanischen Untreuetatbestands wird ebenfalls recht unbestimmt so beschrieben: „dadurch, seiner Aufgabe zuwiderzuhandeln“. In der Rechtsprechung ist die Tathandlung der Untreue grundsätzlich eine jegliches Treuverhältnis brechende Handlung. Dabei kommt in Betracht, dass der Täter unter den konkreten Umständen eine nach den Bestimmungen des Gesetzes oder der Verordnung, nach dem Inhalt des Vertrags oder dem Prinzip von Treu und Glauben natürlich zu erwartende Handlung nicht vornimmt oder eine natürlich nicht zu erwartende Handlung vornimmt. Vor allem lässt sich die untreuerelevante Pflichtverletzung annehmen, wenn der Verpflichtete dem Zweck der beauftragten Aufgabe zuwiderhandelt. Zu beachten ist jedoch, dass nicht jede Handlung, die formell gegen das Gesetz verstößt, eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue darstellt. Zentral ist es, ob die Handlung gemäß dem Prinzip von Treu und Glauben durchgeführt wird. Dabei ist auch entscheidend, ob sich die Handlung innerhalb des üblichen Rahmens der für die Durchführung des Geschäfts erforderlichen Maßnahmen bewegt oder ob sie eine tatsächliche Gefahr für das Vermögen bewirkt. Insofern ist eine Handlung pflichtwidrig, wenn der Täter bei der Durchführung des Geschäfts die entsprechenden Satzungen und Verfahrensvorschriften zwar einhält, dabei aber nach dem Prinzip von Treu und Glauben das Treuverhältnis gebrochen hat.

Hinsichtlich des Vermögensbegriffs und der Schadensberechnung ist die Diskussionslage nicht anders als in Deutschland. Mittlerweile hat sich die juristisch-ökonomische Vermögenstheorie im Schrifttum durchgesetzt. Aber im Prinzip scheint die Rechtsprechung auf der wirtschaftlichen Vermögenstheorie zu basieren. Ferner bedeutet der Vermögensschaden eine Minderung des gesamten Vermögenswerts des Geschäftsherrn. Dabei sind die Werte des Vermögens unmittelbar vor und nach der Untreuehandlung miteinander zu vergleichen. Grundsätzlich liegt ein Vermögensschaden vor, wenn in der Gesamtbetrachtung eine Einbuße am Vermögenswert festzustellen ist. Allerdings hat der KOGH bei der Bewertung eines Gefährdungsschadens deutlich gemacht, dass er das Untreuedelikt für ein Gefährdungsdelikt hält. So fordert er keine genaue Schadensberechnung, sondern bejaht einen Vermögensschaden, wenn die Gefahr eines Vermögensverlustes



oder einer Verschlechterung der Vermögensrechte besteht. Ferner ist der Schwachpunkt der Rechtsprechung auch darin zu sehen, kein Kriterium für die Feststellung der konkreten bzw. schadensgleichen Gefahr für den materiellen Vermögensschaden anzugeben. Dagegen wird in Teilen der Lehre versucht, einen Ansatzpunkt für die Aufstellung angemessener Kriterien für die Beurteilung der Gefahr eines materiellen Vermögensschadens in der Lehre der schadensgleichen Vermögensgefährdung in der deutschen Strafrechtswissenschaft zu finden.

Schließlich unterscheidet sich der koreanische Untreuetatbestand vom deutschen entscheidend in den subjektiven Unrechtsmerkmalen. Entgegen der deutschen Untreuregelung wird in der koreanischen ein Bereicherungserfolg als ein objektiver Tatbestand vorausgesetzt. Somit muss sich der Vorsatz des Untreuetäters sowohl auf die Sonderstellung, die Pflichtverletzung und den Schadenseintritt als auch auf die Bereicherung des Täters oder eines Dritten erstrecken. Ferner ist nach der Rechtsprechung und der herrschenden Lehre neben dem Vorsatz eine Bereicherungsabsicht erforderlich. Die Bewertung der Bereicherungsabsicht ist jedoch inkohärent und unterscheidet sich von Fall zu Fall. Einerseits wird die Bereicherungsabsicht lediglich durch den Vorsatz der Bereicherung des Täters oder eines Dritten ersetzt, andererseits wird sie als ein selbstständiges subjektives Unrechtsmerkmal bewertet. Zumindest lässt sich hinsichtlich der Bewertung der Bereicherungsabsicht mit Sicherheit sagen, dass der KOGH darunter keine Absicht im technischen Sinne versteht. Vielmehr kommt es dabei darauf an, ob der Täter einen Willen im Hinblick auf den Vermögensvorteil des Geschäftsherrn hat und ob dieser Wille bei der Pflichtverletzung primär oder sekundär war. In dieser relativierten und herabgesetzten Forderung der Bereicherungsabsicht wird die strafbarkeitseinschränkende Funktion der überschießenden Innentendenz abgeschwächt.

Abgesehen von der Frage, ob beim koreanischen Untreuetatbestand tatsächlich von der Bereicherungsabsicht als einer überschießenden Innentendenz die Rede sein kann, weil die Bereicherung im objektiven Tatbestand als ein Taterfolg vorausgesetzt ist und damit die Bereicherung notwendigerweise ein Gegenstand des Vorsatzes sein muss, wirkt die subjektive Einstellung – der Vorsatz bzgl. der Bereicherung und die Bereicherungsabsicht – mehr oder weniger strafbarkeitseinschränkend, wenngleich nur in abgeschwächter Form. Das subjektive Unrechtsmerkmal könnte die Untreuestrafbarkeit in den Fällen ausschließen, in denen die Pflichtwidrigkeit nicht eindeutig bejaht und damit die Strafwürdigkeit und -bedürftigkeit des Täters nicht abschließend anerkannt werden kann.





4. Kapitel:

Einführung der Bereicherungsabsicht in den Untreuetatbestand und Anwendung auf die problematischen Fälle

A. Die Bereicherungsabsicht als ein neuer restriktiver Ansatz

Im Schrifttum wird vereinzelt die Ansicht vertreten, dass der Mangel des Merkmals „Bereicherungsabsicht“ die Auslegung des Untreuetatbestands erschwert. *Perron* ist der Meinung, dass der Verzicht auf die Bereicherungsabsicht den Kreis der untreuerelevanten Gefährdungsschäden erweitere. Ohne die mittelbar begrenzende Wirkung dieses Merkmals würden auch Sachverhalte in den tatbestandlichen Bereich hineingezogen, bei denen ein tatsächlicher Abfluss von Vermögenswerten noch nicht eingetreten sei und auch nicht mit Sicherheit erwartet werden könne oder die Zurechenbarkeit zur treuwidrigen Handlung problematisch erscheine.⁷⁹⁴ Ferner sei der Betrug in § 263 StGB – im Vergleich zur Untreue – enger gefasst: Neben einer spezifischen Handlung (hier: Täuschung) sei die sogenannte stoffgleiche Bereicherungsabsicht erforderlich.⁷⁹⁵

Nimmt man die gesetzlichen Regelungen der anderen Vermögensdelikte oder ausländische Untreuregelungen in den Blick, erscheint die geltende deutsche Untreuebestimmung, die neben dem Vorsatz keine weiteren subjektiven Unrechtsmerkmale verlangt und damit den Tatbestand im Grunde mit dem bedingten Vorsatz als erfüllt ansieht, als Ausnahme. Jedoch lässt sich von dem bedingten Vorsatz keine strafeinschränkende Funktion erwarten, wird doch davon ausgegangen, dass insbesondere die Leitungsorgane als hochgebildete Wirtschaftsteilnehmer bei ihren unternehmerischen Entscheidungen alle positiven und negativen Faktoren in ihre Überlegungen einbeziehen und damit in den meisten Fällen im Wissen der konkreten Gefahr eines Vermögensverlusts handeln.⁷⁹⁶ Während in den meisten Vermögensdelikten neben der bestimmten Angriffsform und dem Vorsatz eine überschießende Innentendenz vorausgesetzt wird, genügen beim Untreuetatbestand die Pflichtverletzung, die wegen ihrer Unbestimmtheit ohnehin Schwierigkeiten bei der Auslegung bereitet, und der bedingte Vorsatz. Zu Recht stellt sich damit die Frage, warum der Gesetzgeber beim Untreuetatbestand anders als bei anderen Regelungen auf einen

⁷⁹⁴ Vgl. *Perron*, FS-Tiedemann, S. 741.

⁷⁹⁵ Vgl. *Thomas*, Rieß-FS, S. 795.

⁷⁹⁶ So auch *Brammsen*, wistra 2009, 85, 86.



gesteigerten Tendenzunwert verzichtet hat. Hierzu lässt sich sowohl in der Rechtsprechung als auch im Schrifttum kein Hinweis finden.

Sicherlich bilden jüngst bei dem Versuch einer restriktiven Auslegung der Untreue besonders die Pflichtwidrigkeit und die Schadensbestimmung einen Schwerpunkt der Diskussion. Die restriktive Auslegung im subjektiven Bereich wird hingegen allenfalls am Rande diskutiert. Obwohl im Schrifttum teilweise durchaus anerkannt wird, dass es bei den in Frage stehenden Sachverhalten der Untreue regelmäßig um eine eigensüchtig motivierte Schädigungen geht⁷⁹⁷ und die subjektive Einstellung des Untreuetäters nicht selten Einfluss auf die Bewertung der Pflichtwidrigkeit, namentlich die Verfolgung von rein persönlichen Präferenzen⁷⁹⁸ und Schadensbestimmung, namentlich den Verwendungszweck des Täters bei der Einrichtung und Verwaltung der schwarzen Kassen,⁷⁹⁹ ausübt, ist bislang der Vorschlag, die Untreuestrafbarkeit durch einen subjektiven Ansatz, besonders durch die Bereicherungsabsicht, zu verengen,⁸⁰⁰ ohne Resonanz geblieben.

In dieser eher verworrenen Diskussionslage um die Auslegung der Untreue scheint es geboten, einen neuen oder nur selten diskutierten Gesichtspunkt heranzuziehen. Zu erwägen ist daher die Einführung der Bereicherungsabsicht in den Untreuetatbestand unter Berücksichtigung der Einheitlichkeit mit den sonstigen Vermögensdelikten, z. B. Betrug und Erpressung, und mit Blick auf die im dritten Kapitel dargestellte koreanische Untreuedogmatik. Dabei wird in der vorliegenden Untersuchung darauf verzichtet, einen vollständig gefassten Entwurf des Untreuetatbestands vorzulegen. Während die Neufassung des Untreuetatbestands sich auch auf die objektiven Tatbestände beziehen kann, geht es im Folgenden nur darum, die Einführung der Bereicherungsabsicht in die geltende Untreuebestimmung zu untersuchen und eine Möglichkeit der Abgrenzung der Untreuestrafbarkeit durch die Bereicherungsabsicht zu überprüfen. Ferner ist zu untersuchen, ob die Untreuestrafbarkeit in den problematischen Fällen in Deutschland auf der Basis des koreanischen Untreuetatbestands, in dem, wie im dritten Kapitel dargestellt, die Bereicherungsabsicht erforderlich ist, aber mit anderem Auslegungskriterium als in Deutschland, festgestellt werden könnte.

⁷⁹⁷ *Labsch*, Untreue (§ 266 StGB), S. 335.

⁷⁹⁸ BGHSt 47, 187, 197.

⁷⁹⁹ So *Bernsmann*, GA 2007, 219, 232; *Bosch*, JA 2008, 148, 1149; *Kempf*, Hamm-FS, S. 265; *Knauer*, NSTZ 2009, 151, 153; *Matt*, NJW 2005, 389, 391; *Rönnau*, Tiedemann-FS, S. 730 f.; *Saliger*, NSTZ 2007, 545, 547; *Saliger/Gaede*, HRRS 2008, 57, 70; *Satzger*, NSTZ 2009, 297, 303; *Schlösser*, HRRS 2009, 19, 26; auch *LK-Schünemann*, 12. Aufl., § 266 Rn. 180; a. A. *Brammsen/Apel*, WM 2010, 781, 784; *Ransiek*, NJW 2009, 95; *ders.*, NJW 2007, 1727, 1728.

⁸⁰⁰ Zum Beispiel *Labsch*, Untreue (§ 266 StGB), S. 337 ff.



B. Einführung der Bereicherungsabsicht in den Untreuetatbestand

I. Deliktstyp des um die Bereicherungsabsicht ergänzten Untreuetatbestands

Wenn der Untreuetatbestand durch die Einführung der Bereicherungsabsicht neu gefasst wird, muss der Deliktstyp der Untreue auch neu definiert werden. Da in der neuen Fassung der Täter in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, handeln muss, kann der Untreuetatbestand nicht mehr als Schädigungsdelikt, sondern muss als Vermögensverschiebungsdelikt bzw. Bereicherungsdelikt ausgelegt werden. Wer ohne die Absicht einer rechtswidrigen Bereicherung das Vermögen eines anderen durch Pflichtverletzung schädigt, entspricht nicht mehr dem Deliktstyp der Untreue als eines Bereicherungsdelikts. Dagegen verändert sich der Charakter der Untreue als ein Vermögensdelikt nicht. Der Untreuetatbestand dient dem Vermögensschutz. Das geschützte Rechtsgut ist das individuelle Vermögen des Treuegebers.

Im Untreuetatbestand als Absichtsdelikt, das mit einer überschießenden Innentendenz ausgestaltet wird, bezieht sich die Absicht des Täters auf einen außer dem objektiven Tatbestand liegenden Erfolg. Der neue Untreuetatbestand setzt als Tatbestandserfolg nicht eine Bereicherung des Täters oder Dritter, sondern nur eine Schädigung des Vermögens voraus. Der Bereicherungserfolg wird in den subjektiven Tatbestand verlagert. Von den zwei Erscheinungsformen der Absichtsdelikte gilt der Untreuetatbestand als ein erfolgskupiertes Delikt, aber nicht ein unvollkommen zweiaktiges Delikt, weil im Untreuetatbestand der weitergehende Erfolg durch die Pflichtverletzung selbst herbeigeführt werden kann und es dabei keiner später vorzunehmenden Handlung des Täters oder eines Dritten bedarf.

II. Auslegung der Bereicherungsabsicht im neu gefassten Untreuetatbestand

1. Absicht im technischen Sinne

In der Neufassung der Untreue kann die Bereicherungsabsicht dadurch begründet werden, dass der Täter durch eine Pflichtverletzung einen Vorteil für sich oder Dritte anstrebt. Dabei kann die Bereicherungsabsicht kein besonderes persönliches Merkmal, sondern nur als ein subjektives Unrechtsmerkmal verstanden werden. Ferner bedeutet die Bereicherungsabsicht als der auf einen Vermögensvorteil gerichtete Willen des Täters den *dolus directus* 1. Grades. Dabei muss der auf



die Vorteilerlangung gerichtete Wille weder die eigentliche Triebfeder noch das in erster Linie angestrebte Ziel seines Handelns sein. Auf der kognitiven Seite genügt es, dass der Täter eine Möglichkeit der Vorteilerlangung sieht. Andererseits stellt sich auf der voluntativen Seite die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Vermögensvorteil als beabsichtigt anzusehen ist, wenn der Täter einen Bereicherungserfolg als das notwendige Zwischenziel anstrebt oder als unvermeidbare Nebenfolge sicher voraussieht. In diesem Fall ist die Bereicherungsabsicht nach der Rechtsprechung und herrschenden Meinung danach zu bewerten, ob der als sicher eintretend vorausgesehene Bereicherungserfolg dem Täter innerlich erwünscht oder unerwünscht ist.⁸⁰¹

2. Vermögensvorteil

Der Vermögensvorteil ist die Kehrseite des Vermögensnachteils. Der Vermögensvorteil bedeutet immer eine günstigere Gestaltung der Vermögenslage, sei es durch unmittelbare Vermögensmehrung, sei es durch die Verhinderung der Vermögensminderung.⁸⁰² Dabei ist der Vermögensvorteil nach denselben Kriterien wie der Vermögensschaden zu bestimmen, also anhand der Saldierung von Aktiva und Passiva zu ermitteln.⁸⁰³ Da nur die Erhöhung des wirtschaftlichen Vermögenswertes bei der Feststellung des Vermögensvorteils in Betracht kommt, bleiben alle nicht geldwerten Vorteile außer Betracht.

3. Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Bereicherung

Der von dem Täter angestrebte Vermögensvorteil muss rechtswidrig sein. Nach der heute allgemeinen Ansicht ist der Vorteil rechtswidrig, wenn der Täter keinen Rechtsanspruch auf den angestrebten Vorteil hat; im Gegensatz dazu fehlt es an der Rechtswidrigkeit, wenn ein fälliger und einredefreier Anspruch dem angestrebten Vermögensvorteil gegenübersteht.⁸⁰⁴ Die Rechtswidrigkeit lässt sich nicht aus den eingesetzten Mitteln ableiten. Wenn der Täter durch ein unerlaub-

⁸⁰¹ BGHSt 16, 1, 6; *Fischer*, StGB, § 263 Rn. 190; *MK-Hefendehl*, § 263 Rn. 725; *SSW-Satzger*, StGB, § 263 Rn. 293; *LK-Tiedemann*, 12. Aufl., § 263 Rn. 253. Dazu eingehend siehe oben 2. Kapitel, B, III, 2, a).

⁸⁰² *LK-Lackner*, 10. Aufl., § 263 Rn. 264; auch *MK-Hefendehl*, § 263 Rn. 690 f.; *NK-Kindhäuser*, § 263 Rn. 357; *LK-Tiedemann*, 12. Aufl., § 263 Rn. 254.

⁸⁰³ *MK-Hefendehl*, § 263 Rn. 691; *Seelmann*, JuS 1982, 748; a. A. dagegen *Dencker*, Grünwald-FS, S. 86 ff.

⁸⁰⁴ RGSt 5, 352, 353 f.; 26, 353, 354; 44, 203; 57, 370 f.; BGHSt 3, 160; 19, 206, 215 f.; 20, 136, 137 f.; BGH NSTz 1998, 216; BGH StV 2009, 357, 358; BGH NSTz 2010, 391; BayObLG StV 1990, 165; *MK-Hefendehl*, § 263 Rn. 729; *NK-Kindhäuser*, § 263 Rn. 372; *LK-Tiedemann*, 12. Aufl., § 263 Rn. 265.



tes Verhalten pflichtwidrig handelt und das Vermögen des Treugebers schädigt, diese Vermögensverschiebung aber der materiellen Rechtsordnung entspricht, entfällt die Rechtswidrigkeit der Bereicherung. Das Merkmal „Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils“ wird allgemein in den objektiven Tatbestand eingeordnet.⁸⁰⁵ Somit muss der Täter, als ein vorsätzlich Handelnder, Kenntnis von der zum objektiven Straftatbestand gehörenden Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils haben. Allerdings reicht dafür ein bedingter Vorsatz aus.

4. Stoffgleichheit

Beim Betrugstatbestand müssen der Vermögensvorteil des Bereicherten und der Vermögensnachteil des Opfers in einer bestimmten Weise miteinander zusammenhängen. Die Anforderung der Stoffgleichheit kann aus der Struktur der neuen Untreuebestimmung als Vermögensverschiebungsdelikt logisch abgeleitet werden. Man versteht unter der Stoffgleichheit überwiegend eine Unmittelbarkeit des betreffenden Vermögenstransports.⁸⁰⁶ Danach kann die Unmittelbarkeit bejaht werden, wenn der Vorteil und der Schaden auf derselben Vermögensverfügung beruhen und der Vorteil zu Lasten des geschädigten Vermögens geht.⁸⁰⁷ Dabei wird ein der Höhe nach mit dem Schaden identischer Vorteil nicht vorausgesetzt.⁸⁰⁸

Der Untreuetatbestand in der neuen Formulierung lässt sich ausschließen, wenn es bei der Prüfung der Stoffgleichheit um einen externen Vorteil geht. Dasselbe gilt für den mittelbaren Vermögensnachteil, der durch Vornahme weiterer Handlungen des Opfers oder Dritter bewirkt wird, wie auch für die Folgeschäden, die z. B. aus der Nichtdurchführung eines Vertrags resultieren.

Schließlich ist es zweifelhaft, ob und wie Vermögensnachteil und -vorteil, die anhand unterschiedlicher Kriterien festgestellt werden können, stoffgleich sind. Das ist der Fall, wenn der Vermögensnachteil anhand des Kriteriums eines individuellen Schadenseinschlags oder der Zweckverfehlungslehre bestimmt wird. In diesem Fall steht der herrschenden Meinung zufolge

⁸⁰⁵ BGH NJW 1953, 1479, 1480; auch *Hefendehl*, § 263 Rn. 727.

⁸⁰⁶ BGHSt 34, 379, 391; *Küper*, Strafrecht BT, S. 89; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, § 13 Rn. 588; *Jäger*, JuS 2010, 761, 765 f.; *Otto*, Jura 2002, 606, 614; *Wittig*, JA 2013, 401, 404.

⁸⁰⁷ BGHSt 34, 379, 391; auch *Fischer*, StGB, § 263 Rn. 187; *Lackner/Kühl*, StGB, § 263 Rn. 59; *LK-Lackner*, 10. Aufl., § 263 Rn. 274; *SSW-Satzger*, StGB, § 263 Rn. 295; *Rengier*, Strafrecht BT I, § 13 Rn. 249; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, § 13 Rn. 588; *Jäger*, JuS 2010, 761, 765 f.; *Otto*, Jura 2002, 606, 614; *Wittig*, JA 2013, 401, 404.

⁸⁰⁸ Vgl. BGHSt 34, 379, 391; auch *Seelmann*, JuS 1982, 748, 749.



beim Betrugstatbestand die Stoffgleichheit fest.⁸⁰⁹ Gleiches kann auch für den neu gefassten Untreuetatbestand gelten. Obwohl die Bereicherung und der Vermögensnachteil nach unterschiedlichen Kriterien bestimmt werden und sich damit auf unterschiedlichen Ebenen bewegen, ändert diese Schwierigkeit nichts daran, dass die Bereicherung und der Vermögensnachteil durch die Pflichtverletzung miteinander vermittelt sind und die Vorteile vom Opfer auf den Bereicherten übertragen werden.⁸¹⁰

C. Anwendung auf die problematischen Fälle

I. BGHSt 51, 100 ff.: Kanther-Fall

1. Sachverhalt

Der Angeklagte *K* nahm folgende Ämter wahr: Geschäftsführer des Landesverbandes Hessen der Christlich Demokratischen Union Deutschlands (CDU) von 1970 bis 1987, Generalsekretär von 1980 bis 1987, Landesvorsitzender der CDU Hessen (im Folgenden: Landesverband) von 1991 bis Januar 1998. Von 1977 bis 2000 arbeitete der Angeklagte *W* als Wirtschaftsprüfer und Steuerberater in einer eigenen Kanzlei. Im Zuge eines umfangreichen Mandats, das bis 1999 bestand, betreute der Angeklagte Angelegenheiten des Bundesverbands sowie des Landesverbands.

In Folge dessen häuften diese ein großes Geldvermögen ab der zweiten Hälfte der 1970er Jahre an, das aus verschiedenen Quellen stammte, dem Landesverband angehörte und sich unter verdeckter Bezeichnung auf verschiedenen Konten und Depots einer Frankfurter Bank befand. Den anderen Mitgliedern des Landesvorstands der CDU war die Existenz dieses Sondervermögens nicht bekannt. Im Jahre 1983 wurde dann aufgrund der Änderung des Parteiengesetzes beschlossen, besagtes Vermögen in die Schweiz zu transferieren und nach und nach für die Zwecke des Landesverbands zurückzuführen. Verschärfte Rechenschaftspflichten und intensivere Kontrollen

⁸⁰⁹ MK-*Hefendehl*, § 263 Rn. 717; LK-*Lackner*, 10. Aufl., § 263 Rn. 274; SSW-*Satzger*, StGB, § 263 Rn. 301; Schönke/Schröder-*Perron*, StGB, § 263 Rn. 168; LK-*Tiedemann*, 12. Aufl., § 263 Rn. 263; *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht BT, § 20 Rn. 123; dagegen NK-*Kindhäuser*, § 263 Rn. 367; *H.Schröder*, NJW 1962, 721, 722.

⁸¹⁰ Dazu siehe oben 2. Kapitel, B, III, 2, d), dd).



der Parteienfinanzierung führten zu einer Verlegung des Vermögens auf eine in Liechtenstein gegründete Stiftung im Juli 1993 unter Angabe des Landesverbands CDU Hessen als Begünstigter. Bis zur Aufdeckung Ende 1999 betrug dieses Vermögen 18 Mio. DM, was in etwa dem Fünffachen des damaligen offiziellen Jahreshaushalts des Landesverbands entsprach.⁸¹¹

2. Entscheidung des BGH

Zunächst bestätigte der 2. Strafsenat des BGH im Hinblick auf die Einrichtung und Führung der schwarzen Kassen die Verurteilung des Angeklagten *K* wegen Untreue und des Angeklagten *W* wegen Beihilfe zur Untreue. Im zweiten Teil des Tatvorwurfs, bei dem das Landesgericht die Pflichtwidrigkeit in den unrichtigen Rechenschaftsberichten und den Vermögensnachteil im Risiko, dass bei einer späteren Aufdeckung der unrichtigen Rechenschaftsberichte die staatlichen Zuwendungen gegenüber der Bundespartei zurückgefordert werden könnten, gesehen hatte,⁸¹² hob der BGH die Entscheidung des Landgerichts auf.

3. Analyse

a) Bewertung auf der Basis des koreanischen Untreuetatbestands

Anders als in Deutschland kommt es hinsichtlich der strafrechtlichen Verantwortung der Einrichter oder Verwalter der schwarzen Kassen auf die veruntreuende Unterschlagung (§ 355 Abs. 1 kStGB) in der koreanischen Rechtspraxis an.⁸¹³ In Bezug auf die Unterschlagungsstrafbarkeit der schwarzen Kassen spielt insbesondere die Zueignungsabsicht als eine überschließende Innentendenz eine wichtige Rolle. Bei der Bewertung der Zueignungsabsicht ist die Frage entscheidend, welchen Zweck der Täter sich bei der Einrichtung oder Führung der schwarzen Kassen gesetzt hat. Wie oben im Fall 5 dargestellt, ist der kOGH hinsichtlich der Strafbarkeit der schwarzen Kassen im Grunde der Ansicht, dass die Zueignungsabsicht mit der Einrichtung solcher Kassen bereits erfüllt sei, wenn der Einrichter Gelder nicht zugunsten der Geschäftsherren, sondern zu seinen eigenen Gunsten auf die verdeckten Konten transferiere. Dagegen entfalle die veruntreuende Unterschlagung mangels der Zueignungsabsicht, wenn die schwarze Kasse nur in Art und Weise einer Bilanzmanipulation eingerichtet werde, um zu verhindern, dass Außenstehende die-

⁸¹¹ Zum Sachverhalt s. BGHSt 51, 100, 101ff.

⁸¹² LG Wiesbaden NJW 2002, 1510 ff.

⁸¹³ Dazu siehe oben 3. Kapitel, D, II, 3, b) Fall 5.



se Manipulation aufdecken, oder wenn sie zu dem Zweck geschaffen werde, Kapital für das Management der Gesellschaft zu besorgen. Entsprechend sei auf das Motiv des Täters, die Art und Weise der Einrichtung, den Umfang und die Verwaltung der Gelder sowie die tatsächliche Verwendung zu achten.⁸¹⁴

Auf der Basis der koreanischen Rechtspraxis könnten die Angeklagten im Kanther-Fall von dem Vorwurf der veruntreuenden Unterschlagung freigesprochen werden. Dafür müsste es belastbare Anhaltspunkte geben, dass die Angeklagten die verdeckte Kasse von Anfang an in der Absicht eingerichtet hatten, sie zur Verwendung für die Zwecke des Landesverbands nach und nach zurückzuführen und eine intensivere Kontrolle der Parteienfinanzierung zu vermeiden. Hier wäre darauf hinzuweisen, dass das in der Schweiz befindliche Vermögen auf eine in Liechtenstein gegründete Stiftung übertragen wurde, deren Begünstigter der Landesverband der CDU war. Ein weiteres Indiz ist, dass die Gelder in der verdeckten Kasse, wie geplant, tatsächlich dem Landesverband oder dem Stadtkreisverband zugeführt wurden.

b) Bewertung auf der Basis der neuen Untreuefassung mit Bereicherungsabsicht

Hinsichtlich der Bereicherungsabsicht der Angeklagten ist es durchgehend fraglich, ob sie auf der Basis der um die Bereicherungsabsicht ergänzten Untreuefassung wegen Untreue verurteilt worden wären. Zum einen bestand der Zweck der Einrichtung und Führung der schwarzen Kassen wie bereits festgestellt darin, die Gelder zur Verwendung für die Zwecke der CDU Hessen nach und nach zurückzuführen und eine intensivere Kontrolle der Parteienfinanzierung zu vermeiden. Auch macht die Tatsache, dass die Gelder durch die Angeklagten für den Zweck der CDU Hessen verwandt wurden, es schwer, eine Bereicherungsabsicht zu bejahen. Entsprechend könnten die Angeklagten mit der neuen Fassung des Untreuetatbestands mangels Bereicherungsabsicht vom Vorwurf der Untreue freigesprochen werden. Das entspricht dem Ergebnis der herrschenden Meinung, die den Verwendungszweck des Täters als wesentliches Moment bei der Schadensbestimmung ansieht.⁸¹⁵ Demnach scheidet der Vermögensnachteil bei „schwarzen Kas-

⁸¹⁴ Vgl. KOGH vom 25.04.2013 (2011 Do 9238); auch schon KOGH vom 12.02.2009 (2006 Do 6994); KOGH vom 09.12.2010 (2010 Do 11015).

⁸¹⁵ So *Bernsmann*, GA 2007, 219, 232; *Bosch*, JA 2008, 148, 1149; *Kempf*, Hamm-FS, S. 265; *Knauer*, NSTz 2009, 151, 153; *Matt*, NJW 2005, 389, 391; *Rönnau*, Tiedemann-FS, S. 730 f.; *Saliger*, NSTz 2007, 545, 547; *Saliger/Gaede*, HRRS 2008, 57, 70; *Satzger*, NSTz 2009, 297, 303; *Schlösser*, HRRS 2009, 19, 26; auch LK-*Schünemann*, 12. Aufl., § 266 Rn. 180; a. A. *Brammsen/Apel*, WM 2010, 781, 784; *Ransiek*, NJW 2009, 95; *ders.*, NJW 2007, 1727, 1728.



sen“ regelmäßig aus, wenn der Täter die verdeckten Gelder allein im Interesse des Berechtigten einsetzen will.

II. BGHSt 52, 323 ff.: Siemens-Fall

1. Sachverhalt

Im Siemens-Fall ist festzuhalten: Der Angeklagte *K* war von 1991 bis 2004 leitender Angestellter der Siemens-AG (S.-AG) und kaufmännischer Leiter und „Bereichsvorstand“ des Geschäftsbereichs „Power Generation“ (S.-PG). Dadurch war es ihm möglich, mit der Befugnis der S.-AG Zahlungen in unbegrenzter Höhe anzuweisen. Des Weiteren oblag ihm nicht nur die Umsetzung der Compliance-Vorschriften der S.-AG, sondern auch die offizielle Buchhaltung der S.-PG. Erstere verbot den Einsatz von Bestechungen im geschäftlichen Verkehr auch unterhalb der Grenze der Strafbarkeit. Dem Zentralvorstand der S.-AG war jedoch nicht bekannt, dass in der S.-PG ein System zur Leistung von Bestechungsgeldern existierte. In den Finanzbüchern der S.-AG tauchten die Konten der Banken in Liechtenstein nicht auf. Das Geld war auch nicht in der Buchhaltung der S.-PG verzeichnet. Besagte Gelder sollten die Funktion so genannter „nützlicher Aufwendungen“ sichern. Die Konten wurden auf Entscheidung des Angeklagten *K* und des ihm unterstellten Angestellten *V* später aufgelöst und die Gelder einer Stiftung in Dubai zugeführt, wo sie der Angestellte *V* in gleicher Weise weiterbetreute.

Der Angeklagte *K* verwaltete eine in der Schweiz verdeckte Kasse, die er von der S.-AG übernommen hat und die in der S.-PG integrierten Firma bestanden hat. Von dem ursprünglichen Verwalter dieser Kasse wurde *K* Ende 1998 über deren Existenz informiert, entschloss sich jedoch gegen eine Rückführung der Gelder in die offizielle Buchhaltung der S.-AG. Stattdessen wurde der Mitangeklagte *V* angewiesen, den vorhandenen Betrag von ca. 12 Mio. sFr. auf ein Konto der zuvor in Liechtenstein errichteten Stiftung zu überweisen. Wie anfänglich geplant, verwendete der Angeklagte *K* in der Folgezeit den gesamten Betrag nach eigenem Ermessen für Bestechungen zwecks Akquirierens neuer Aufträge für die S.-PG, wodurch u. a. in Italien zwei Aufträge in dreistelliger Millionenhöhe akquiriert werden konnten.⁸¹⁶

⁸¹⁶ Zum Sachverhalt s. BGHSt 52, 323, 325ff.



2. Entscheidung des BGH

Das LG Darmstadt verurteilte den Angeklagten *K* u. a. wegen Bestechung im geschäftlichen Verkehr (§ 299 Abs. 2 a. F.) in Tateinheit mit Untreue sowie wegen einer weiteren Untreue zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren.⁸¹⁷ Der BGH bestätigte in der Revision, dass der Angeklagte *K* der Untreue schuldig sei, hob aber die tateinheitliche Verurteilung wegen Bestechung im geschäftlichen Verkehr auf.

3. Analyse

a) Bewertung auf der Basis des koreanischen Untreuetatbestands

Wie im Kanther-Fall stellt sich auch im Siemens-Fall nach der koreanischen Rechtspraxis die Frage nach der Zueignungsabsicht des veruntreuenden Unterschlagungstatbestands. Nach der grundsätzlichen Ansicht des KOHG kann die Zueignungsabsicht der Angeklagten im Siemens-Fall verneint werden. Nach Auffassung des KOHG entfällt die veruntreuende Unterschlagung mangels Zueignungsabsicht, wenn die schwarze Kasse nur in Art und Weise der Bilanzmanipulation zur Verhinderung der Aufdeckung durch Außenstehende oder zu dem Zweck, Kapital für das Management der Gesellschaft zu besorgen, eingerichtet worden ist.⁸¹⁸ Hinweise darauf wären, dass der Zweck der schwarzen Kassen darin bestand, sie zur Abdeckung „nützlicher“ Aufwendungen zu führen, und dass in der Folgezeit die Angeklagten den gesamten Betrag, wie von Anfang an geplant, nach eigenem Gutdünken für Bestechungen zwecks der Erlangung von Aufträgen für die S.-PG verwendeten und damit u. a. in Italien zwei Aufträge in dreistelliger Millionenhöhe akquirieren konnten.

Allerdings ist der KOHG von dem Grundsatz der Bewertung der Zueignungsabsicht in einem vergleichbaren Fall abgewichen. Hier hat er betont, dass beim Führen des Unternehmens die Führungskräfte keine Straftat als Führungsmittel ergreifen dürfen und entsprechend das strafrechtliche Verbot der Bestechlichkeit und Bestechung beachten müssen.⁸¹⁹ Besteche die Führungskraft mit zu verwaltenden Geldern der Gesellschaft einen Vertragspartner, könne dies nicht als eine zugunsten der Gesellschaft vorgenommene Handlung, sondern müsse als eine zugunsten

⁸¹⁷ LG Darmstadt CCZ 2008, 37.

⁸¹⁸ Vgl. KOHG vom 25.04.2013 (2011 Do 9238); auch schon KOHG vom 12.02.2009 (2006 Do 6994); KOHG vom 09.12.2010 (2010 Do 11015).

⁸¹⁹ KOHG vom 25.04.2013 (2011 Do 9238).



des bestochenen Vertragspartners vorgenommene Handlung angesehen werden. Damit sei die Zueignungsabsicht für einen Dritten zu bejahen.⁸²⁰

Das LG Darmstadt hat den Angeklagten *K* wegen Bestechung im geschäftlichen Verkehr in Tateinheit mit Untreue verurteilt. Dagegen hat der BGH die Verurteilung wegen Bestechung (§ 299 Abs. 2 StGB a. F.) aufgehoben. Dabei war er der Meinung, Schmiergeldzahlungen im ausländischen Wettbewerb, durch die deutsche Mitbewerber nicht benachteiligt würden, würden im Tatzeitraum von Januar 2000 bis Januar 2002 von § 299 Abs. 2 StGB a. F. nicht erfasst.⁸²¹ Anders wäre dies in Korea. Da das koreanische Strafgesetzbuch auf alle koreanischen Staatsangehörigen, auch wenn sie außerhalb des Gebiets der Koreanischen Republik strafbare Handlungen begehen, anzuwenden ist (§ 4 kStGB), könnte der Angeklagte *K* durchaus wegen Bestechung im geschäftlichen Verkehr (§ 357 Abs. 2 kStGB) verurteilt werden. Im Ergebnis wäre die Zueignungsabsicht des Angeklagten *K* zu bejahen, und der Angeklagte *K* könnte wegen Bestechung im geschäftlichen Verkehr in Tateinheit mit der veruntreuenden Unterschlagung bestraft werden.

b) Bewertung auf der Basis der neuen Untreuefassung mit Bereicherungsabsicht

Mit Blick auf die Bereicherungsabsicht der neuen Untreuefassung kommt es hier im Siemens-Fall auf die Bereicherung eines Dritten an. Bereichert sind nicht die Angeklagten selbst, sondern der Bestochene. Dabei stellt sich die Frage, ob die Bereicherung des Bestochenen als beabsichtigt anzusehen ist. Da die Vermögenserlangung des Bestochenen nicht das Hauptziel des Täters ist, gilt es zu untersuchen, ob der Täter die Bereicherung des Bestochenen als das notwendige Zwischenziel angestrebt oder als unvermeidbare Nebenfolge sicher vorausgesehen hat. Nach der Rechtsprechung ist es entscheidend, ob der als sicher eintretend vorausgesehene Bereicherungserfolg dem Täter innerlich erwünscht oder unerwünscht ist.⁸²² Der Bereicherungserfolg könne dem Täter unerwünscht sein, „wenn er ihn als peinliche oder lästige Folge seines Handelns, das auf ein anderes Ziel oder mehrere andere Ziele gerichtet ist, hinnimmt, weil er glaubt, sonst sein Ziel zu verfehlen.“⁸²³ Demgegenüber komme es ihm bei einem täuschenden und vermögensschä-

⁸²⁰ Vgl. kOGH vom 25.04.2013 (2011 Do 9238); schon kOGH vom 26.05.2005 (2003 Do 5519); auch in Zivilsachen kOGH vom 28.10.2005 (2003 Da 69638).

⁸²¹ Vgl. BGHSt 52, 323, 339.

⁸²² BGHSt 16, 1, 6.

⁸²³ BGHSt 16, 1, 6.



digenden Verhalten auf die Bereicherung an, insofern der Vermögensvorteil als sicher vorausgesehener und gewollter Erfolg ihm erwünscht sei.⁸²⁴

Diese Frage ist im Siemens-Fall nicht einfach zu beantworten. Vorausgesetzt, die Bestechung wäre eine notwendige Bedingung für den lukrativen Vertragsabschluss, so wäre die Bereicherung des Bestochenen ein vorausgesehener und gewollter Erfolg. Damit könnte die Bereicherung eines Dritten als ein notwendiges Zwischenziel anerkannt werden. Jedoch muss hier das Ziel der Bestechung durch den Angeklagten *K* näher betrachtet werden. Das Hauptziel bestand in der Erlangung lukrativer Aufträge. Dafür bezahlte der Angeklagt *K* diejenigen Schmiergelder, die auf die Auftragsvergabe zugunsten der S.-PG Einfluss nehmen konnten. So bestand das Ziel der Bestechung nicht in der Bereicherung des Bestochenen, sondern in der Ausübung eines ausreichenden Einflusses zur Erlangung lukrativer Aufträge. Somit wäre auf der Basis der neuen Untreuefassung die Bereicherung Dritter im Siemens-Fall als eine unvermeidbare Nebenfolge zu bewerten. Damit wäre die Bereicherungsabsicht zugunsten Dritter zu verneinen, und der Tatbestand der Untreue würde entfallen.

III. BGH NJW 1983, 1807 ff.: Pfarrpfündestiftung-Fall

1. Sachverhalt

Im Pfarrpfündestiftung-Fall ist Folgendes festzuhalten: Dem erzbischöflichen Ordinariat oblag es als zuständiger Stiftungsaufsichtsbehörde, die ihr unterstellten Stiftungen nicht nur bei der Erfüllung ihrer Aufgaben verständnisvoll zu beraten, zu fördern und zu schützen, sondern auch die Entschlusskraft und Selbstverantwortung der Stiftungsorgane zu stärken. Als Finanzdirektor bis zum 01.10.1972 war Prälat Dr. *S* für die Ausübung der Stiftungsabteilung der Finanzkammer des Ordinariats zuständig, dem Prälat *T* vorstand. Der Angeklagte *B* war seit der Amtszeit des Prälaten Dr. *S* für einzelne Aufträge verantwortlich und hat auch diese für die Finanzkammer erledigt. Seine Tätigkeiten wurden von Seiten der Kirche nicht vergütet. Stattdessen sollte er etwaige Provisionen oder Entgelte von den Vertragspartnern der Stiftungen beziehen. Darüber hinaus hoffte der Angeklagte *B*, dass sich durch die Übertragung rentabler Erbbaurechte auf seine Bauträgergesellschaft I-GmbH seine Tätigkeit in Zukunft wirtschaftlich auszahlen würde. Dr. *S* genehmigte durch eine Unterschrift vom 03.07.1972 die von *B* gefertigte schriftliche Aufstellung der der I-GmbH zugesagten Erbbaurechte und bestärkte diesen dadurch in seinen Tätig-

⁸²⁴ Vgl. BGHSt 16, 1, 6.



keiten. Besagter Angeklagter *B* nahm weitestgehend die Pflichten der dem Prälaten *T* obliegenden Stiftungsaufsicht wahr. Als Grund kann nach seinem Amtsantritt mangelnde Sachkenntnis genannt werden. Auch von dieser Zeit liegt kein schriftlicher Vertrag über die Tätigkeit von *B* vor. Stattdessen erfolgten nur mündliche Vereinbarungen zwischen *B* und Prälat *T* als Vertreter des erzbischöflichen Ordinariats dahingehend, Pflichten der Finanzkammer, insbesondere die Stiftungen gemäß den gesetzlichen Regelungen fürsorglich zu beraten, durch *B* ausführen zu lassen und somit als an stiftungsrechtliche Vorschriften gebundene Genehmigungsbehörde tätig zu werden. Ziel war eine möglichst optimale Rentabilität der durch die Stiftungen durchführbaren Aufgaben. Dabei übernahm Prälat *T* nur noch repräsentative Aufgaben. Nach außen trat er in Erscheinung, leistete Unterschriften und erteilte Genehmigungen, denen Entscheidungsvorgänge zugrunde lagen, die ihm entweder unbekannt waren oder von denen ihm *B* oberflächliche, ungeprüft bleibende Kenntnisse vermittelt hatte. Bei einem Grundstückserwerb für Pfarrfründestiftungen hatte der Angeklagte *B* in mehreren Fällen die jeweiligen Verkäufer dazu veranlasst, einen höheren als den tatsächlich von ihnen geforderten Verkaufspreis beurkunden zu lassen und vereinnahmte so gemeinsam mit dem Angeklagten *H* die Differenzbeträge.⁸²⁵

2. Entscheidung des BGH

Das LG verurteilte den Angeklagten *B* wegen zweier Vergehen der Untreue zu Freiheitsstrafen.⁸²⁶ Dagegen verneinte der BGH die vermögenswerte Exspektanz auf einen günstigeren Vertragsabschluss mit der Begründung, es sei nicht ausgeschlossen, dass die Zahlungen an die Angeklagten ganz oder teilweise erfolgten, um sie für weitere Geschäfte mit dem Vertragspartner geneigt zu machen.⁸²⁷ Damit hob der 1. Strafsenat des BHG die Verurteilung des Angeklagten *B* wegen Untreue auf.⁸²⁸

3. Analyse

a) Bewertung auf der Basis des koreanischen Untreuetatbestands

In der koreanischen Rechtspraxis wird die Kick-back-Vereinbarung im Hinblick auf die Untreuestrafbarkeit nur selten thematisiert. Aber der kOGH hat die Untreuestrafbarkeit in einem Fall

⁸²⁵ Zum Sachverhalt s. BGH NJW 1983, 1807.

⁸²⁶ LG München I, 27. März 1981, Az: 19 KLS 321 Js 10117/80.

⁸²⁷ Dazu siehe oben 1. Kapitel, D, II, 2, b).

⁸²⁸ Vgl. BGH NJW 1983, 1807, 1810.



bejaht, in dem der Angeklagte, der für den Treugeber zum Abschluss eines Werkvertrags über die Reparaturarbeit einer Wohnanlage verpflichtet war, den Vertrag zu einem höheren Preis als dem tatsächlichen erforderlichen Werklohn abgeschlossen und die Differenzbeträge vereinnahmt hatte.⁸²⁹ Allerdings konnte in diesem Fall ein Vermögensnachteil ohne Schwierigkeiten schon beim Vertragsabschluss bejaht werden, weil die zu bewerkstellende Leistung des Vertretenen durch die Kick-back-Vereinbarung erhöht wurde und damit nicht mehr der Gegenleistung entsprach. Da der kOGH ferner unter der Untreue ein Gefährdungsdelikt versteht,⁸³⁰ bedürfe es keines materiellen Schadenseintritts. Die Untreue sei bereits bei Vertragsabschluss mit dem zu Unrecht höheren Werklohn vollendet. Dabei sei die Bereicherungssumme der Differenzbetrag.⁸³¹

Der Angeklagte *B* könnte somit nach Maßgabe der koreanischen Rechtspraxis wegen Untreue verurteilt werden, ohne dass die Bewertung der Pflichtverletzung und der Schadensbestimmung dem eine Schranke setzen könnten. Auch scheint es sicher, dass der Angeklagte *B* die Tat vorsätzlich zur eigenen Bereicherung begann. Hinsichtlich der Bereicherungsabsicht ist die Frage entscheidend, ob der Täter einen Willen mit Blick auf den Vermögensvorteil des Geschäftsherrn hatte und ob dieser Wille bei der Pflichtverletzung primär oder sekundär war. Anhand dieser Prüfung ließe sich die Bereicherungsabsicht nicht verneinen. Dafür spricht die Tatsache, dass in mehreren Fällen der Angeklagte *B* die jeweiligen Verkäufer veranlasste, einen höheren als den tatsächlich von ihnen geforderten Verkaufspreis beurkunden zu lassen, und er gemeinsam mit dem Angeklagten *H* die Differenzbeträge vereinnahmte. Da der Angeklagte *B* die durch die Kick-back-Vereinbarung vereinnahmten Gelder nicht von dem Opfer, der Stiftung, sondern vom Vertragspartner erhalten hat, müsste die Stoffgleichheit als einer der Bestandteile der Bereicherungsabsicht näher untersucht werden. Die Bewertung der Stoffgleichheit ist jedoch in der koreanischen Rechtspraxis regelmäßig außer Betracht geblieben.⁸³²

b) Bewertung auf der Basis der neuen Untreuefassung mit Bereicherungsabsicht

Da der BGH im vorliegenden Fall schon die Zufügung eines Schadens verneint hat, muss auf der Basis der neuen Untreuefassung keine Bewertung der Bereicherungsabsicht vorgenommen wer-

⁸²⁹ kOGH vom 27.04.1999 (99 Do 883).

⁸³⁰ Dazu siehe oben 3. Kapitel, C, II, 3, c).

⁸³¹ Vgl. kOGH vom 27.04.1999 (99 Do 883).

⁸³² Dazu siehe oben 3. Kapitel, D, I, 2.



den. Merkwürdig ist jedoch, dass die Bereicherungsabsicht, insbesondere was die Stoffgleichheit betrifft, in der neuen Untreuefassung auch im vorliegenden Fall problematisch zu sein scheint. Bei der Anforderung der Stoffgleichheit müssen der Vermögensvorteil des Bereicherten und der Vermögensschaden des Opfers in einer bestimmten Weise miteinander zusammenhängen. Man versteht unter der Stoffgleichheit überwiegend eine Unmittelbarkeit des betreffenden Vermögenstransports.⁸³³ Danach kann die Unmittelbarkeit bejaht werden, wenn der Vorteil und der Schaden auf derselben Pflichtverletzung beruhen und der Vorteil zu Lasten des geschädigten Vermögens geht.⁸³⁴

Im Pfarrpfündestiftung-Fall ist zu beachten, dass zwar der Schaden im Vermögen der Stiftung verursacht wurde, jedoch der Vorteil, den der Angeklagte *B* erlangte, nicht von der Stiftung, sondern vom Vertragspartner herstammte. Der Vorteil und der Schaden beruhen hier zwar auf derselben Pflichtverletzung, aber der Vorteil ist nicht zu Lasten des geschädigten Vermögens gegangen, insofern die Verträge für den Grundstückserwerb für Pfarrpfündestiftungen jeweils marktpreisadäquate Geschäfte waren. Hier geht es um extern entstandene Vorteile. Dies unterscheidet sich in dieser Hinsicht von Fällen des Betrugs durch Provisionsvertreter, die den Vorteil der Provisionszahlung aus dem Vermögen ihres Geschäftsherrn anstreben. In Fällen des Betrugs durch Provisionsvertreter lässt sich zwar die Stoffgleichheit zwischen Vorteil des Täters und Nachteil des Opfers verneinen, aber die Bereicherungsabsicht bezieht sich auf den Vorteil des Geschäftsherrn, womit ein fremdnütziger Betrug zum Vorteil des Geschäftsherrn angenommen werden kann. Demgegenüber kann im Pfarrpfündestiftung-Fall anders als beim Provisionsbetrug nicht einmal eine Bereicherungsabsicht angenommen werden. Damit könnte der Angeklagte *B* auf der Basis der neuen Untreuefassung mangels Bereicherungsabsicht nicht wegen Untreue verurteilt werden.

Diese Untreuestraflosigkeit entspricht im Ergebnis sowohl der Rechtsprechung als auch der herrschenden Lehre. Ihnen zufolge ist der Vermögensnachteil besonders dann zu verneinen, wenn Umstände erkennbar sind, die es nicht unbedingt nahelegen, dass die Leistungen in die Kalkulation des Geschäftsherrn eingestellt worden sind,⁸³⁵ wenn der Empfänger lediglich für weitere

⁸³³ BGHSt 34, 379, 391; *Küper*, Strafrecht BT, S. 89; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, § 13 Rn. 588; *Jäger*, JuS 2010, 761, 765 f.; *Otto*, Jura 2002, 606, 614; *Wittig*, JA 2013, 401, 404.

⁸³⁴ BGHSt 34, 379, 391; auch *Fischer*, StGB, § 263 Rn. 187; *Lackner/Kühl*, StGB, § 263 Rn. 59; *LK-Lackner*, 10. Aufl., § 263 Rn. 274; *SSW-Satzger*, StGB, § 263 Rn. 295; *Rengier*, Strafrecht BT I, § 13 Rn. 249; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, § 13 Rn. 588; *Jäger*, JuS 2010, 761, 765 f.; *Otto*, Jura 2002, 606, 614; *Wittig*, JA 2013, 401, 404.

⁸³⁵ BGHSt 49, 317, 332.



Geschäfte geneigt gemacht werden soll⁸³⁶ oder wenn die Zahlung im Hinblick auf noch unbestimmte zukünftige Geschäftsbeziehungen erfolgt oder einer allgemein üblichen Kundenpflege dienen soll.⁸³⁷ Allerdings wird mit der Einführung der Bereicherungsabsicht in den Untreuetatbestand die Frage auf die Exspektanz als Saldierungsfaktor im Merkmal Bereicherungsabsicht, insbesondere der Stoffgleichheit, verlagert.

IV. BGHSt 49, 317 ff.: System-Schreiber-Fall

1. Sachverhalt

Im System-Schreiber-Fall ist Folgendes festzuhalten: Mitglied des Geschäftsbereichsvorstands der Thyssen Industrie AG Hentschel (Thyssen-Hentschel) war der Angeklagte *M* seit 1988, zeitgleich jedoch war der Angeklagte *H* Arbeitsdirektor bei der Thyssen Industrie AG Essen seit 1984 sowie ab 1992 Vorstandsvorsitzender von Thyssen-Hentschel. Thyssen-Hentschel sollte an das Königreich Saudi-Arabien Panzer liefern, das im Vorfeld des Golfkrieges starkes Interesse an diesen bekundete. Zuständig für die Vorbereitungen des Geschäftsabschlusses bei Thyssen-Hentschel war der Angeklagte *M*. Am 17.01.1991 schloss *M* für die Thyssen-Hentschel einen Liefer- und Leistungsvertrag ab, der über 36 Panzerfahrzeuge zu einem Gesamtpreis von 446 Mio. DM umfasste, darunter der Kaufpreis der Panzer selbst 227 Mio. DM. Das Königreich Saudi-Arabien hatte aber mit den Panzern ein sogenanntes Logistikpaket erworben, das fast ausschließlich aus Vermittlungsprovisionen bestand, die an verschiedene Personen gezahlt wurden, die das Geschäft letztlich ermöglicht hatten, obwohl der Wert der Panzerfahrzeuge sich auf lediglich 30 Mio. DM belief. Für das Königreich Saudi-Arabien beliefen sich die Aufwendungen hierfür in etwa auf 219 Mio. DM und bis heute konnten die Hintermänner der verschiedenen Firmengruppen nicht identifiziert werden, die die Gelder erhielten. Firmen des Lobbyisten *Karlheinz Schreiber* vereinnahmten ca. 28 Mio. DM für die Herstellung des Kontakts zur saudiarabischen Regierung. Diesbezüglich schloss der Angeklagte *H* in Vertretung der Thyssen Industrie AG einen Marketingvertrag mit einem Unternehmen *Schreibers* ab, woran auch der Angeklagte *M* maßgeblich beteiligt war. Dabei war beiden Angeklagten bewusst, dass ein Teil der durch die Thyssen Industrie AG geleisteten Zahlungen an sie persönlich zurückfließen sollte. So erhielten beide insgesamt 4,19 Mio. DM auf ein Schweizer Rubrikkonto. Dieses ließ *Schreiber* nach dem Erhalt der Überweisung von der Thyssen Industrie AG einrichten. Er erhielt

⁸³⁶ Vgl. BGH NJW 1983, 1807, 1809; a. A. *Fischer*, StGB, § 266 Rn. 120.

⁸³⁷ Vgl. BGH wistra 2001, 267, 270; *Bernsmann*, GA 2007, 219, 233 f.



26 Mio. DM auf ein eigenes Konto, natürlich erst nach Zahlung der saudischen Vertragspartner an die Thyssen Industrie AG.⁸³⁸

2. Entscheidung des BGH

Das Landgericht verurteilte den Angeklagten *M* wegen Untreue und Steuerhinterziehung in drei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren.⁸³⁹ Gegen den Angeklagten *H* verhängte es wegen Untreue und Steuerhinterziehung in zwei Fällen eine Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und vier Monaten. Der 2. Strafsenat des BGH bestätigte die Verurteilungen wegen Untreue.

3. Analyse

a) Bewertung auf der Basis des koreanischen Untreuetatbestands

Im System-Schreiber-Fall geht es, bezieht man die koreanische Rechtspraxis auf ihn, um den Tatbestand der veruntreuenden Unterschlagung (§ 355 Abs. 1 kStGB). In § 355 Abs. 1 kStGB wird die Zueignungsabsicht als eine überschießende Innentendenz vorausgesetzt. Nach Auffassung des kOGH ist die Zueignungsabsicht trotz eines Willens zugunsten des Vermögensinteresses des Geschäftsherrn anzunehmen, wenn der Täter die Gelder zur Straftat verwendet und damit einem strafrechtlichen Verbot zuwiderhandelt.⁸⁴⁰ Besteche die Führungskraft durch die Pflichtverletzung mit zu verwaltenden Geldern der Gesellschaft einen Vertragspartner, könne dies nicht als eine zugunsten der Gesellschaft vorgenommene Handlung, sondern müsse als eine zugunsten des bestochenen Vertragspartners vorgenommene Handlung angesehen werden; damit sei die Zueignungsabsicht für einen Dritten zu bejahen.⁸⁴¹ Sofern im vorliegenden Fall die Angeklagten die Gelder als Schmiergeldzahlung ausgegeben haben, wäre es möglich, eine Zueignungsabsicht festzustellen, womit sie wegen der veruntreuenden Unterschlagung (§ 355 Abs. 1 kStGB) verurteilt werden könnten.

⁸³⁸ Zum Sachverhalt s. BGHSt 49, 317, 318ff.

⁸³⁹ LG Augsburg, 23. Juli 2002, Az: 10 KLS 501 Js 127135/95, Urteil.

⁸⁴⁰ kOGH vom 25.04.2013 (2011 Do 9238).

⁸⁴¹ Vgl. kOGH vom 25.04.2013 (2011 Do 9238); schon kOGH vom 26.05.2005 (2003 Do 5519); auch in Zivilsachen kOGH vom 28.10.2005 (2003 Da 69638).



b) Bewertung auf der Basis der neuen Untreuefassung mit Bereicherungsabsicht

Im System-Schreiber-Fall ist mit Blick auf die Bereicherungsabsicht der neuen Untreuefassung die Stoffgleichheit sorgfältig zu untersuchen. Nach der Stoffgleichheit als ein Bestandteil der Bereicherungsabsicht müssen der Vermögensvorteil des Bereicherten und der Vermögensschaden des Opfers in einer bestimmten Weise miteinander zusammenhängen. Dies aber scheint im vorliegenden Fall fragwürdig.

Der BGH hat hier die Pflichtverletzung und den Vermögensnachteil nicht auf der Basis der Kick-back-Vereinbarung im gesamten Rüstungsgeschäft bestimmt. Er war der Meinung, dass eine Reduzierung des Aufwands für das „Logistikpaket“ nicht zwangsläufig zu einer Erhöhung des Verkaufspreises der Panzer geführt hätte.⁸⁴² Auf der Basis der neuen Untreuefassung könnte man mangels der Stoffgleichheit zu dem gleichen Ergebnis gelangen, wenn man die Pflichtverletzung der Angeklagten im gesamten Rüstungsgeschäft einschließlich des „Logistikpakets“ betrachtet und die Untreuestrafbarkeit der Angeklagten auf der Basis der Kick-back-Vereinbarung bewertet würde. Denn die 219 Mio. Euro, die das Königreich Saudi-Arabien zur Erfüllung des Logistikpakets an die Thyssen Industrie AG bezahlte und die nach dem Marketingvertrag zum Teil an die Angeklagten und sonstige Beteiligte verteilt wurden, stammten nicht von der Thyssen Industrie AG, sondern vom Königreich Saudi-Arabien.

Dagegen hat der BGH die Pflichtverletzung und den Vermögensnachteil durch die Erfüllung des Marketingvertrags getrennt von dem gesamten Rüstungsgeschäft mit dem Logistikpaket gesehen. Nach Auffassung des BGH bestand die Pflichtverletzung darin, dass die Angeklagten die Gelder, die das Königreich Saudi-Arabien zur Logistikleistung an die Thyssen Industrie AG überwies, an die von *Schreiber* beherrschte Firma ATG weiter ausgezahlt haben, während die Thyssen Industrie AG für die Schmiergeldzahlungen keine Gegenleistung erhielt und die Weitergabe auch keine vertragliche Verpflichtung der Thyssen Industrie AG erfüllt hat.⁸⁴³ So sei der Marketingvertrag jedenfalls in Höhe der Kick-back-Zahlung nach § 134 BGB wegen Umgehung der zwingenden aktienrechtlichen Normen über die Festlegung der Vorstandsvergütung teilweise nichtig.⁸⁴⁴

Dabei hat der BGH vorausgesetzt, dass die Gelder, die das Königreich Saudi-Arabien zu der Erfüllung des Marketingvertrags an die Thyssen Industrie AG überwies, dieser zugestanden hät-

⁸⁴² Vgl. BGHSt 49, 317, 332.

⁸⁴³ BGHSt 49, 317, 332, 333 f.

⁸⁴⁴ Vgl. BGHSt 49, 317, 333 f.



ten. Dies hat der BGH „mit einer formal-zivilistischen Einzelakttheorie“⁸⁴⁵ begründet. Jedoch ist fraglich, welchen Anspruch die Thyssen Industrie AG auf die ihrem Konto gutgeschriebenen Gelder haben konnte. Zunächst ist zu berücksichtigen, dass es sich bei dem Marketingvertrag um ein Scheingeschäfte handelte und er somit gemäß §§ 134, 138 BGB als ungültig angesehen werden konnte. Damit konnte die Thyssen Industrie AG von Anfang an keinen Anspruch auf die Gelder, die das Königreich Saudi-Arabien zur Erfüllung des Marketingvertrags an die Thyssen Industrie AG überwies, erheben.⁸⁴⁶ In einer rein wirtschaftlichen Betrachtung kann ferner darauf hingewiesen werden, dass einerseits die Thyssen Industrie zwar gemäß dem Marketingvertrag eine Forderung gegen das Königreich Saudi-Arabien hatte, aber andererseits damit auch dazu verpflichtet war, gemäß diesem Vertrag die Schmiergelder an die festgelegten Empfänger zu bezahlen. Aus Sicht der Thyssen Industrie AG war die Abwicklung des Marketingvertrags wirtschaftlich gesehen ein „Nullsummenspiel“⁸⁴⁷. Es war ein durchlaufender Posten.⁸⁴⁸

Aus diesen Gründen ist davon auszugehen, dass die Empfänger nicht aus dem Vermögen der Thyssen Industrie AG, sondern des Königreichs Saudi-Arabien bereichert wurden. Damit aber wäre die Stoffgleichheit zu verneinen und die Angeklagten könnten vom Vorwurf der Untreue freigesprochen werden.

V. BGHSt 43, 293 ff.: Intendanten-Fall

1. Sachverhalt

Betrachtet man den Intendanten-Fall, so zeigt sich folgender Sachverhalt: Der angeklagte Generalintendant des württembergischen Staatstheaters ist per Dienstvertrag rechtlich dazu verpflichtet, Haushaltsansätze einzuhalten. Ferner ist er nach der politischen Zielsetzung dazu berufen, das nationale Renommee der Staatstheater zu heben. Der Haushaltsplan für das Jahr 1990 sah mit dem Einbezug einer neuen Spielstätte „Theater im Depot“ in den Theaterbetrieb keine entsprechenden Mittel vor, und die Mittel für Sachausgaben waren bereits verbraucht. Von einem Mitarbeiter wurde im November 1990 daraufhin ein Kassenstopp veranlasst. Der angeklagte Generalintendant wies den Mitarbeiter an, die für den Proben- und Spielbetrieb erforderlichen

⁸⁴⁵ *Schünemann*, NSTZ 2006, 196, 200.

⁸⁴⁶ *Schünemann*, NSTZ 2006, 196, 201.

⁸⁴⁷ *Vogel*, JR 2005, 123, 125; so auch *Kraatz*, ZStW 122(2010), 521, 547.

⁸⁴⁸ Ebenso *Vogel*, JR 2005, 123, 125; *Kraatz*, ZStW 122(2010), 521, 547.



Zahlungen aufrechtzuerhalten sowie die sonstigen unabweisbaren Zahlungen zu leisten, nachdem die Zusage eines Sponsors vorlag. Wenig erfreut darüber musste das Land Baden-Württemberg 1991 in einem Nachtragshaushalt 5,1 Mio. DM aufbringen, nachdem der Angeklagte, obwohl er schon im November 1989 die Gefahr einer Haushaltsüberziehung für das Jahr 1990 erkannt hatte, das Land erst im November 1990 über ein Haushaltsdefizit in Millionenhöhe informiert hatte.⁸⁴⁹

2. Entscheidung des BGH

Das Landesgericht hat die Angeklagten wegen Untreue verurteilt und sich ihre Verurteilung zu Geldstrafen von jeweils 150 Tagessätzen zu 240 DM vorbehalten.⁸⁵⁰ Demgegenüber hat der 1. Strafsenat des BGH in der Revision das Urteil des Landesgerichts aufgehoben und die Sache an eine andere Wirtschaftsstrafkammer des Landesgerichts zurückverwiesen. Der 1. Strafsenat des BGH ging in seiner Entscheidung, die seitdem als Leitentscheidung für die Haushaltsuntreue gilt, von einer Haushaltsüberschreitung aus. Die Haushaltsüberschreitung stelle einen Verstoß gegen die sachliche Bindung der Haushaltsmittel dar. Anknüpfungspunkt der Beurteilung sei die einzeln vorgenommene Verfügung über Haushaltsmittel, so dass es grundsätzlich auf das Gesamtergebnis der Wirtschaftsperiode nicht ankomme. Die Frage, ob die Haushaltsplanung mangelhaft war, sei allerdings von der konkreten Pflichtverletzung zu trennen.

3. Analyse

a) Bewertung auf der Basis des koreanischen Untreuetatbestands

Prüft man die Haushaltsüberschreitung der Angeklagten anhand der koreanischen Rechtspraxis zur Untreuestrafbarkeit, so kommt es besonders auf den Willen des Angeklagten bei der Haushaltüberschreitung an. Wie oben dargestellt,⁸⁵¹ hat der kOGH in einem Fall die Strafbarkeit infolge von Haushaltuntreue mit der Begründung verneint, dass die Pflichtverletzung nicht aus einem Willen zur rechtswidrigen Bereicherung, sondern aus der schlechten Finanzlage resultiert sei.⁸⁵² Damit sei die Bereicherungsabsicht zu verneinen. Entsprechend ist es entscheidend, welchen Zweck der Angeklagte bei der Haushaltüberschreitung verfolgt hat. Vorliegend lässt sich

⁸⁴⁹ Zum Sachverhalt s. BGHSt 43, 293, 294ff.

⁸⁵⁰ LG Stuttgart BWGZ 1997, 786 f.

⁸⁵¹ Dazu siehe oben 3. Kapitel, D, II, 3, e) Fall 8.

⁸⁵² Vgl. kOGH vom 27.07.1983 (83 Do 819).



dazu in den Entscheidungsgründen kein Hinweis finden. Ein wichtiger Anhaltspunkt zur Ermittlung der subjektiven Einstellung des Angeklagten kann aber die Tatsache sein, dass er den Urteilsfeststellungen zufolge die Mittel ausschließlich zweckentsprechend verwendet hat und dass die Haushaltsüberschreitung ohne verschleiernde Maßnahmen, Übergriffe auf andere Haushalte oder Bildung „schwarzer Kassen“ vorgenommen wurde. Damit wäre die Bereicherungsabsicht auf der Basis der koreanischen Rechtspraxis zu verneinen und die Untreue auszuschließen.

b) Bewertung auf der Basis der neuen Untreuefassung mit Bereicherungsabsicht

Bezogen auf die hier um die Bereicherungsabsicht erweiterte Untreueregelung ist an einer Untreuestrafbarkeit des Angeklagten zu zweifeln. Zum einen ist danach zu fragen, ob es dem Angeklagten auf die Bereicherung, in diesem Fall der Dritten, ankam. Da der Mitteleinsatz, wie der BGH in der Entscheidung festgestellt hat, grundsätzlich den vorgegebenen Zwecken entsprach, ist die Absicht, sich oder einem Dritten Vermögensvorteile zu schaffen, bei der beanstandeten Verfügung zu verneinen.

Ferner scheint die Rechtswidrigkeit der Bereicherung zweifelhaft. Die Haushaltüberschreitungen erfolgten zum Zweck eines Deckungsgeschäfts mit Regisseuren oder Bühnenbildnern etc. Da Regisseure oder Bühnenbildner im Rahmen des Theaterbetriebs ihre jeweiligen Leistungen erbracht haben, standen fällige und einredefreie Ansprüche den Vermögensvorteilen gegenüber, womit sich eine Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Bereicherung für Dritte verneinen lässt. Entsprechend ist die Untreuestrafbarkeit im Hinblick auf die neue Untreuefassung mit Bereicherungsabsicht zu verneinen.

VI. BGHSt 50, 331 ff.: Mannesmann-Fall

1. Sachverhalt

Im Mannesmann-Fall ist festzuhalten: Im Winter des Jahres 1999 lieferten sich Mannesmann und die britische Vodafone AirTouch, vertreten durch den Vorstandsvorsitzenden Dr. *Klaus Esser* und den Geschäftsführer *Chris Gent*, einen unerbittlichen Übernahmekampf. Am 3. Februar 2000 nahm *Esser* das Übernahmeangebot an. Der Mannesmann-Aufsichtsrat stimmte der Vereinbarung mit Vodafone AirTouch bereits einen Tag später, am 04.02.2000, zu. Zunächst ging es jedoch in einer Sitzung des Aufsichtsratsausschusses für Vorstandsangelegenheiten, die der Auf-



sichtsratssitzung vorgeschaltet war, auch um *Appreciation Awards* und Alternativpensionen in zweistelliger Millionenhöhe (ca. 57 Mio. Euro). Der genaue Sachverhalt dieser Sitzung war, dass auf Initiative des Mannesmann-Großaktionärs *Hutchison Whampoa* für die enorme Wertsteigerung durch den Übernahmekampf mit Vodafone AirTouch *Esser* einen *Appreciation Award* in Höhe von 10 Mio. GBP erhalten sollte. Dazu hatte *Esser* erklärt, dass er den Betrag nur annehmen könne, wenn er von Mannesmann als Arbeitgeber stamme, und dass er ihn mit seinen Mitarbeitern im Telekommunikationsbereich teilen wolle. Der Aufsichtsratsausschuss für Vorstandsangelegenheiten gewährte *Esser* und seinem Team daraufhin den *Appreciation Award*. Dabei bestand der Aufsichtsratsausschuss aus dem Aufsichtsratsvorsitzenden Professor Dr. *Funk*, Dr. *Ackermann* sowie den Arbeitnehmervertretern *Ladberg* und *Zwickel*. Professor Dr. *Funk* war selbst Begünstigter der Anerkennungsprämie.⁸⁵³

2. Entscheidung des BGH

Das LG Düsseldorf sprach die Angeklagten vom Vorwurf der Untreue in einem besonders schweren Fall frei.⁸⁵⁴ Dagegen hob der 3. Strafsenat des BGH das Urteil des LG Düsseldorf auf und verwies die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an eine andere Strafkammer des Landesgerichts zurück. Dabei war der 3. Strafsenat des BGH der Meinung, die Mitglieder des Aufsichtsratsausschusses für das Präsidium hätten durch die Zuerkennung der für die Mannesmann AG nutzlosen Anerkennungsprämien die untreuerelevante Vermögensbetreuungspflicht verletzt und damit der Mannesmann AG einen Vermögensnachteil zugefügt.⁸⁵⁵

3. Analyse

a) Bewertung auf der Basis des koreanischen Untreuetatbestands

Der § 388 KHGB regelt Bezüge der Vorstandsmitglieder. Er lautet: „Die Höhe der Bezüge der Vorstandsmitglieder wird in der Hauptversammlung bestimmt, wenn die Satzung sich dazu nicht entschieden hat.“ Zu den Bezügen im Sinne des § 388 KHGB gehören alle Einnahmen, die den Vorstandsmitgliedern aus ihren Leistungen zufließen, z. B. Gehalt, Bonuszahlung, Sondervergütung, Prämien sowie Abfindung. Aber anders als im § 87 Deutsches Aktiengesetzbuch setzt der

⁸⁵³ Zum Sachverhalt s. BGHSt 50, 331, 332ff.

⁸⁵⁴ LG Düsseldorf NJW 2004, 3275 ff.

⁸⁵⁵ Vgl. BGHSt 50, 331 ff.



§ 388 KHGB kein Angemessenheitsgebot der Vorstandsbezüge voraus. In § 388 KHGB lassen sich keine Anhaltspunkte für eine angemessene Festsetzung und den konkreten Entscheidungsprozess der Vorstandsbezüge finden.

Es ist nicht umstritten, dass die Abfindung zu den Vorstandsbezügen im Sinne des § 388 KHGB gehört.⁸⁵⁶ Somit können die einzelnen Vorstandmitglieder nur dann einen Anspruch auf die Abfindung haben, wenn sie in der Satzung vorgesehen ist oder in der Hauptversammlung beschlossen wurde.⁸⁵⁷ Der kOGH hat in einem Fall, in dem ein Vorstandmitglied bei seiner Entlassung neben einer im Dienstvertrag vorgesehenen Abfindung eine Sondervergütung vereinbart hatte, diese Sondervergütung als einen Bezug im Sinne des § 388 KHGB angesehen.⁸⁵⁸ Hier war der kOGH der Meinung, dass die Gesellschaft durch die vertragliche Vereinbarung nicht vor einer übermäßigen Vorstandsvergütung geschützt werden könne, wenn diese vereinbarte Sondervergütung nicht dem § 388 KHGB unterliege. In diesem Fall könne der Zweck des § 388 KHGB, Gläubiger der Gesellschaft und ihre Aktionäre davor zu schützen, dass das Vermögen der Gesellschaft durch eine übermäßige Vorstandsvergütung geschmälert wird, verwässert werden.⁸⁵⁹

Aber weder in der Rechtsprechung noch in der Lehre werden übermäßige Vorstandsbezüge mit Blick auf die Untreuestrafbarkeit diskutiert. Es wird lediglich die Schadensersatzpflicht wegen Verstoßes gegen Vorschriften der Satzung oder des Gesetzes geprüft, wenn die konkrete Festsetzung zu den einzelnen Vorstandmitgliedern beim Vorstand beauftragt wird und der Betrag der Abfindung denjenigen überschreitet, der in der Satzung oder der Hauptversammlung bestimmt worden ist.⁸⁶⁰

b) Bewertung auf der Basis der neuen Untreuefassung mit Bereicherungsabsicht

Im Mannesmann-Fall geht es von der neuen Untreuefassung mit Bereicherungsabsicht aus gesehen um die Bereicherung eines Dritten. Das Vermögen der Gesellschaft wurde durch die vom Personalausschuss des Aufsichtsrats beschlossenen Zahlungen an aktive und ehemalige Vorstandmitglieder sowie deren Hinterbliebene transportiert. Dabei bereitet die Bewertung der Absicht im technischen Sinne, des Vermögensvorteils sowie der Stoffgleichheit als Bestandteile der

⁸⁵⁶ kOGH vom 27.11.1979 (79 Da 1599); kOGH vom 22.12.1992 (92 Da 28228); kOGH vom 24.10.2003 (2003 Da 24123); kOGH vom 10.12.2004 (2004 Da 25123).

⁸⁵⁷ kOGH vom 25.05.2006 (2003 Da 16092).

⁸⁵⁸ kOGH vom 23.11.2006 (2004 Da 9570).

⁸⁵⁹ Vgl. kOGH vom 23.11.2006 (2004 Da 9570).

⁸⁶⁰ *Yoon, Seueng-Yeong*, CG Review Vol. 74, 23, 34.



Bereicherungsabsicht keine Schwierigkeiten. Anders verhält es sich aber bei der Bewertung der Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Bereicherung. Hier muss eine sorgfältige Untersuchung vorgenommen werden.

Nach herrschender Ansicht in Rechtsprechung und Lehre kommt es auf die Frage an, ob der Begünstigte einen fälligen und einredefreien Anspruch auf den angestrebten Vermögensvorteil hat.⁸⁶¹ Somit lässt die Untreuestrafbarkeit sich anhand der neuen Untreuefassung mangels einer Bereicherungsabsicht verneinen, wenn die Begünstigten einen fälligen und einrede freien Anspruch auf die Sondervergütung haben. Bei der Auslegung des § 87 AktG geht die herrschende Meinung davon aus, dass die gesamte Vergütung inklusive aller Nebenleistungen und Sondervergütungen erfasst sei.⁸⁶² Die im Mannesmann-Fall in Frage stehende Vergütung wird auch von den Gesamtbezügen des einzelnen Vorstandsmitglieds im Sinne des § 87 AktG erfasst. Dabei besteht eine Übereinstimmung darin, dass § 87 AktG den Vorstandsmitgliedern keinen Anspruch auf angemessene Vergütung einräumt.⁸⁶³ Dagegen hat § 87 AktG als eine Schutznorm den Zweck, die Gesamtvergütung der Vorstandmitglieder zum Schutz von Gesellschaft, Gläubiger, Aktionäre und auch Arbeitnehmer zu begrenzen.⁸⁶⁴ Demgegenüber können die Vorstandsmitglieder einen Anspruch auf die Sondervergütung haben, wenn die Vergütungsbedingungen im Anstellungsvertrag vorgesehen sind.⁸⁶⁵ In diesem Fall könnte die Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Bereicherung verneint werden und damit die Untreuestrafbarkeit entfallen. Dies entspricht im Ergebnis der Auffassung des BGH: Wenn im Dienstvertrag vereinbart sei, dass eine an den Geschäftserfolg gebundene einmalige oder jährlich wiederkehrende Prämie als variabler Bestandteil der Vergütung bezahlt werden soll, dürfe sie nach Ablauf des Geschäftsjahres nachträglich zuerkannt werden.⁸⁶⁶

Jedoch ist darauf zu achten, dass die Vertragsfreiheit zwischen Gesellschaft und Vorstandsmitgliedern hinsichtlich der Vorstandsvergütung nicht uneingeschränkt ist. Sie unterliegt dem Angemessenheitsgebot des § 87 Abs. 1 S. 1 AktG. Danach hat der Aufsichtsrat bei der Festsetzung der Gesamtbezüge des einzelnen Vorstandsmitglieds dafür zu sorgen, dass diese in einem ange-

⁸⁶¹ RGSt 5, 352, 353 f.; 26, 353, 354; 44, 203; 57, 370 f.; BGHSt 3, 160; 19, 206, 215 f.; 20, 136, 137 f.; BGH NSTz 1998, 216; BGH StV 2009, 357, 358; BGH NSTz 2010, 391; BayObLG StV 1990, 165; MK-Hefendehl, § 263 Rn. 729; NK-Kindhäuser, § 263 Rn. 372; LK-Tiedemann, 12. Aufl., § 263 Rn. 265.

⁸⁶² Bürgers/Körper-Bürgers/Israel, Aktiengesetz, § 87 Rn. 3; auch Annuß/Theusinger, BB 2009, 2434.

⁸⁶³ Fonk, NZG 2005, 248; Körner, NJW 2004, 2697, 2698.

⁸⁶⁴ Hüffer, Aktiengesetz, §87 Rn. 1; Fonk, NZG 2005, 248; Körner, NJW 2004, 2697, 2698; Kort, DStR 2007, 1127.

⁸⁶⁵ Kort, DStR 2007, 1127.

⁸⁶⁶ Vgl. BGHSt 50, 331 Rn. 17.



messenen Verhältnis zu den Aufgaben und Leistungen des Vorstandsmitglieds sowie zur Lage der Gesellschaft stehen. Sogar ist § 87 Abs. 1 AktG zwingend.⁸⁶⁷ Aber selbst wenn der Aufsichtsrat mit der Festlegung einer am Ende der Tätigkeit des Vorstandsmitglieds einmaligen oder jährlich wiederkehrenden, an den Geschäftserfolg gebundenen Prämie als variabler Bestandteil der Vergütung im Dienstvertrag gegen das Angemessenheitsgebot verstoßen haben sollte, führt dieser Verstoß nicht unmittelbar zur Nichtigkeit gemäß § 134 BGB, da es sich beim § 87 Abs. 1 AktG nicht um ein Verbotsgesetz mit Nichtigkeitsfolge im Sinne des § 134 BGB handelt.⁸⁶⁸ Dagegen kann die Vereinbarung der unangemessen hohen Vorstandsbezüge unwirksam werden, wenn der Aufsichtsrat bewusst zum Nachteil der vertretenen Gesellschaft gehandelt hat und die die Prämie erhaltenen Begünstigten sich dessen Umstand bewusst waren.⁸⁶⁹ In diesem Fall wird die Vereinbarung einer unangemessen hohen Vergütung endgültig unwirksam, womit die Begünstigten keinen fälligen und einredefreien Anspruch auf die Sondervergütung haben. Entsprechend lässt die Untreuestrafbarkeit sich auch dann, wenn ein Vorstandsmitglied im Dienstvertrag neben einer Abfindung bei seiner Entlassung eine Sondervergütung vereinbart hat, bejahen.

VII. BGHSt 49, 147 ff.: Bremer-Vulkan-Fall

1. Sachverhalt

Betrachtet man den Bremer-Vulkan-Fall, so lag ihm der folgende Sachverhalt zugrunde: Die BV-AG erwarb nach einer Verhandlung mit der Treuhandanstalt (THA) zwei ostdeutsche Werften. Bei der Verhandlung hatte die THA die Zusicherung erwirkt, Arbeitsplätze zu sichern und moderne, konkurrenzfähige Werften an den Standorten entstehen zu lassen. Damit konnte die BV-AG die zweckgebundenen Investitionsbeihilfen erhalten. Die beiden ostdeutschen Werften verfügten aufgrund der Staatsbeihilfen über erhebliche Liquiditätsreserven.

Als Liquiditätslücken im Konzern auftraten und sich weiter verschärften, hat der Konzernvorstand in seiner Sitzung im Jahr 1994 beschlossen, in Zusammenhang mit der Neuordnung der Finanzplanung die beiden ostdeutschen Werften in ein konzernweites Cash-Management-System einzubeziehen. Danach flossen Gelder der Ostwerften in erheblichem Umfang ins Cash-

⁸⁶⁷ *Fleischer*, DStR 2005, 1318, 1322; *Kort*, DStR 2007, 1127; dagegen *Säcker/Stenzel*, JZ 2006, 1151, 1152 ff.

⁸⁶⁸ Dazu eingehend *Kort*, DStR 2007, 1127, 1128 ff.

⁸⁶⁹ *Kort*, DStR 2007, 1127, 1130.



Management-System ab. Obwohl die THA versuchte, die Festgeldanlagen zurückzuerlangen und die Einlagen im Cash-Management-System nachträglich besichern zu lassen, scheiterten alle Bemühungen. Der Verlust der beiden Werften wurde im Konkurs der BV AG in der Konkurstabelle anerkannt.⁸⁷⁰

2. Entscheidung des BGH

Das LG Bremen hatte die Angeklagten, drei Vorstandsmitglieder der BV-AG, wegen gemeinschaftlicher Untreue zu Bewährungsstrafen verurteilt.⁸⁷¹ Im Revisionsurteil hat der 5. Strafsenat des BGH die Begründung des LG Bremen, in der die Vermögensbetreuungspflicht der Angeklagten aus den Investitionsbeihilfen abgeleitet wurde, als rechtsirrig verworfen. Stattdessen hat der BGH die Untreuestrafbarkeit durch einen existenzgefährdenden Eingriff als gegeben angesehen.⁸⁷²

3. Analyse

a) Bewertung auf der Basis des koreanischen Untreuetatbestands

Aus Sicht des koreanischen Untreuetatbestands könnten die Angeklagten wegen Untreue verurteilt werden. Insbesondere ließe sich die Bereicherungsabsicht der Angeklagten ohne Schwierigkeiten bejahen. In dem oben beschriebenen Fall 7, in dem Konzernuntreue vorlag⁸⁷³, hat der KOGH die Bereicherungsabsicht mit der Begründung festgestellt, dass zwar der Optionsvertrag zudem Zweck, den ganzen Konzern wiederherzustellen, abgeschlossen und mit dem Erfolg des Optionsvertrags teilweise das Vermögensinteresse des ganzen Konzerns wahrgenommen worden sei. Aber diese subjektive Einstellung des Angeklagten sei nur sekundär, womit der Untreuevorsatz und die Bereicherungsabsicht durchgehend bejaht werden könne.⁸⁷⁴ Im Bremer-Vulkan-Fall hatte zwar ein konzernweites Cash-Management-System die Funktion, die Finanzierungskosten und den Außenfinanzierungsbedarf des Gesamtkonzerns zu senken, aber diese Funktion könnte in der koreanischen Rechtspraxis als sekundär bewertet werden.

⁸⁷⁰ Zum Sachverhalt s. BGHSt 49, 147, 148ff.

⁸⁷¹ LG Bremen, 21. Dezember 2001, Az: 42 KLS 830 Js 7161/96, Urteil.

⁸⁷² BGHSt 49, 147, 161.

⁸⁷³ Dazu siehe oben 3. Kapitel, D, II, 3, d).

⁸⁷⁴ Vgl. KOGH vom 29.05.2008 (2005 Do 4640).



b) Bewertung auf der Basis der neuen Untreudefassung mit Bereicherungsabsicht

Die Bereicherungsabsicht der Angeklagten kann im Fall der Bremer Vulkan keine tatbestands-einschränkende Funktion haben. Sowohl die Absicht im technischen Sinne mit dem Ziel einer Bereicherung des gesamten Konzerns als auch die Vermögensvorteile infolge der in ein konzernweites Cash-Management-System einbezogenen Geldmittel als auch die Stoffgleichheit lassen sich im vorliegenden Fall unschwer feststellen. Ferner kommt es bei der Bewertung der Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Bereicherung nicht auf die Frage an, ob die Gesellschafter ins Vermögen der beherrschten Gesellschaft unbegrenzt eingreifen, da sich diese Frage bereits auf die Pflichtwidrigkeit bzw. die tatbestandsentlassende Wirkung eines Einverständnisses bezieht.⁸⁷⁵ Bei der Bewertung einer Bereicherungsabsicht geht es nach Rechtsprechung und herrschenden Lehre um die Frage, ob ein fälliger und einrede freier Anspruch dem angestrebten Vermögensvorteil, hier den in ein konzernweites Cash-Management-System einbezogenen Geldmitteln, gegenübersteht. Dies ist im Fall der Bremer Vulkan zu verneinen.

VIII. BGHSt 47, 187 ff.: SSV-Reutlingen-Fall

1. Sachverhalt

In diesem Fall war der Angeklagte K Vorstandsvorsitzender der Südwestdeutschen Verkehrs AG (*SWEG*). Das Land Baden-Württemberg war Alleinaktionär der *SWEG*. Der Angeklagte S war Umwelt- und Verkehrsminister des Landes Baden-Württemberg und wurde turnusmäßig am 01.01.1996 zum Aufsichtsratsvorsitzenden der *SWEG* gewählt; darüber hinaus war er auch seit November 1995 Präsident des Sportvereins SSV Reutlingen.

Im Jahr 1995 war vorauszusehen, dass der Angeklagte S in absehbarer Zeit turnusmäßig den Posten des Aufsichtsratsvorsitzenden der *SWEG* übernehmen würde. In dieser Situation forderte der Angeklagte S den Angeklagten K auf, für den SSV Reutlingen zu spenden. Der Angeklagte K übergab dem Angeklagten S 20.000 DM aus dem Vermögen der *SWEG*. Dabei wollte der Angeklagte K sich dem Angeklagten S als Verkehrsminister und künftigen Vorsitzenden des Aufsichtsrats gewogen zeigen und ihm einen Gefallen erweisen. Als „Zuwendung für Jugendarbeit des SSV Reutlingen“ ließ er den Betrag für die Hauptkasse verbuchen, woraufhin der Angeklag-

⁸⁷⁵ Dazu siehe oben 1. Kapitel, C, II, 4.



te *S* das Geld weiterleitete, ohne dass in den Geschäftsbüchern des Vereins eine Buchung erfolgte.

Mit der Übernahme des Vorsitzes des Aufsichtsrats der *SWEG* im Januar 1996 durch den Angeklagten *S* erbat dieser vom Angeklagten *K* eine weitere Zahlung von 15.000 DM für den Sportverein, was der Angeklagte *K* als Gefälligkeit verstand und das Geld bar übergab. Obwohl auch dieses Mal für die Buchhaltung die Jugendarbeit des SSV Reutlingen vermerkt war, kam der Betrag dem Verein tatsächlich nur auf Umwegen zugute, indem der Angeklagte *S* besagten Betrag einem Gönner des Vereins schenkte, der dem Verein Darlehen in großer Höhe gewährt hatte. Da dieser Förderer sein Engagement 1995 deutlich reduziert hatte, dienten die 15.000 DM dazu, ihn dem Verein gegenüber wieder geneigter zu stimmen. Eine weitere Spende in Höhe von 10.000 DM für das Wohlwollen eines anderen Förderers des Vereins, der ein Darlehen gewährt, aber noch keine Rückzahlungen erhalten hatte, erfolgte im Juni 1997. Von dieser Zahlung erfuhren weder die anderen Funktionäre des Vereins, noch war der Betrag als teilweise Kreditrückführung in der Buchhaltung des Vereins enthalten.⁸⁷⁶

2. Entscheidung des BGH

Das Landesgericht hat den Angeklagten *K* wegen Untreue und den Angeklagten *S* wegen Untreue und Anstiftung zur Untreue verurteilt.⁸⁷⁷ Der BGH hat die Untreuestrafbarkeit der Angeklagten in der Revision bestätigt.

3. Analyse

a) Bewertung auf der Basis des koreanischen Untreuetatbestands

In dem Fall einer Zuwendung an einen Politiker⁸⁷⁸ hat der KOGH den betreffenden Vorstandsvorsitzenden wegen einer veruntreuenden Unterschlagung verurteilt. Dabei hat er hinsichtlich der Bewertung der Zueignungsabsicht ausgeführt, dass eine solche bei politischen Spenden dann zu bejahen sei, wenn das Vermögen der Gesellschaft eher für das Interesse des Politikers selbst oder für sonstige Zwecke als in einem angemessenen, vernunftgemäßen Umfang für das Interes-

⁸⁷⁶ Zum Sachverhalt s. BGHSt 47, 187, 188ff.

⁸⁷⁷ LG Offenburg, 29. Dezember 2000, Az: 1 KLs 12 Js 13219/98 – 1 AK 3/00, Urteil.

⁸⁷⁸ Dazu siehe oben 3. Kapitel, D, II, 2, c).



se der Gesellschaft gespendet werde.⁸⁷⁹ Dabei sei es entscheidend, ob der Täter einen Willen mit Blick auf den Vermögensvorteil des Geschäftsherrn gehabt habe und ob dieser Wille bei der Pflichtverletzung primär oder sekundär gewesen sei.

Bei einer Überprüfung des vorliegenden Falls auf der Basis der koreanischen Rechtspraxis ergibt sich, dass die Angeklagten wegen veruntreuender Unterschlagung (§ 355 Abs. 1 kStGB) verurteilt werden können. Im Hinblick auf die Feststellung des BGH, ihrem eigentlichen Sinn nach würden die Zuwendungen die privaten Interessen der Angeklagten dienen, ließe sich anhand der koreanischen Rechtspraxis die Zueignungsabsicht durchaus bejahen. Selbst wenn die Angeklagten ihren Willen teilweise auf das Vermögensinteresse der Gesellschaft gerichtet hätten, könnte von einer Zueignungsabsicht ausgegangen werden, insofern dieser Wille nur sekundär, hingegen der Wille für das private Interesse der Angeklagten primär gewesen wäre.

b) Bewertung auf der Basis der neuen Untreuefassung mit Bereicherungsabsicht

Im SSV-Reutlingen-Fall hat der BGH als bedeutsame Kriterien für die gravierende Pflichtverletzung die fehlende Nähe zum Unternehmensgegenstand, die Unangemessenheit im Hinblick auf die Ertrags- und Vermögenslage, die fehlende innerbetriebliche Transparenz sowie das Vorliegen sachwidriger Motive, namentlich die Verfolgung von rein persönlichen Präferenzen, aufgezählt.⁸⁸⁰ Insbesondere hat der BGH das Vorliegen sachwidriger Motive des Angeklagten *K* darin gesehen, dass die Beschaffung und die Verwendung der Zuwendungen durchaus eigennützig waren, weil „sie dazu dienten, die Stellung des Angeklagten *S* im Verein und im örtlichen Umfeld als Beschaffer von dringend benötigten Hilfen und damit als möglichem Retter des Vereins zu unterstreichen.“⁸⁸¹ Ferner bestand das Motiv des Angeklagten *K* nur darin, „dem damaligen Verkehrsminister und späteren Aufsichtsratsvorsitzenden einen Gefallen zu tun.“⁸⁸² Aus diesen Tatsachen kann die Bereicherungsabsicht, wie sie in der neuen Untreuefassung relevant ist, ohne Zweifel festgestellt werden. Die Angeklagten könnten somit auch anhand der neuen, um die Bereicherungsabsicht erweiterten Untreuefassung wegen Untreue verurteilt werden.

⁸⁷⁹ Vgl. kOGH vom 26.05.2005 (2003 Do 5519).

⁸⁸⁰ BGHSt 47, 187, 197

⁸⁸¹ BGHSt 47, 187 Rn. 40.

⁸⁸² BGHSt 47, 187 Rn. 10.





5. Kapitel:

Zusammenfassung

Bisher wurde die Möglichkeit einer Restriktion des Untreuetatbestands durch die Einführung der Bereicherungsabsicht untersucht. Der Ansatzpunkt beruht auf der Tatsache, dass die Versuche zur restriktiven Auslegung im objektiven Bereich bereits einen Sättigungspunkt erreicht haben und ferner die Aussicht auf eine positive Entwicklung eher skeptisch beurteilt wird. In der Tat ist es fraglich, ob die Normadressaten vorhersehen können, welches Verhalten verboten und mit Strafe wegen Untreue bedroht ist, weil die verschiedenen Untreuefälle je nach spezifischer Fallgruppe unterschiedliche Kriterien aufweisen und somit noch weiter differenziert werden müssen.

Ein genauer Blick auf die Entwicklungsgeschichte der Untreuregelung in Deutschland zeigt indes, dass die subjektiven Unrechtsmerkmale immer wieder aufgetreten sind und somit nicht fremd war. Dies lässt sich auch für ausländische Untreuregelungen bestätigen, in denen die subjektiven Unrechtsmerkmale sowohl in den allgemeinen als auch in den spezialgesetzlichen Untreuregelungen eine Rolle spielen. Vielmehr erscheint der geltende deutsche Untreuetatbestand, der mit dem bedingten Vorsatz erfüllt werden kann, als Ausnahme.

Bekanntlich ist eine Vermögensverschiebung zur Erfüllung des Untreuetatbestandes anders als bei den sonstigen Vermögensdelikten, z. B. Erpressung und Betrug, nicht erforderlich. Aber man kann keinen Grund dafür finden, warum nur der Untreuetatbestand ausnahmsweise keine überschießende Innentendenz voraussetzen soll. Der Gesetzgeber hat mit der Änderung der Gesetzgebung hinsichtlich des Untreuetatbestandes im Jahr 1933 die Ausdehnung der Strafbarkeit veranlasst. Dafür wurde nicht nur ein von aller Kasuistik befreiter allgemeiner Tatbestand der strafrechtlichen Untreue geschaffen. Sondern es wurde auch die Eliminierung der subjektiven Unrechtsmerkmale vorgenommen.

Anders als beim deutschen setzt der koreanische Untreuetatbestand ein Bereicherungsmerkmal voraus. Abgesehen von der systematischen Einordnung des Bereicherungsmerkmals wegen des Tatbestandswortlautes ist beim koreanischen Untreuetatbestand eine über den Vorsatz hinausgehende subjektive Einstellung des Täters erforderlich. Obwohl man unter dieser subjektiven Einstellung eine Bereicherungsabsicht als überschießende Innentendenz versteht, legt der kOGH den Inhalt der Bereicherungsabsicht beim Untreuetatbestand anders als in Deutschland aus. Dabei



kommt es darauf an, ob der Täter einen Willen im Hinblick auf den Vermögensvorteil des Geschäftsherrn hatte, und ferner, ob dieser Wille bei der Pflichtverletzung primär oder sekundär war.

Um auf dieser Basis die Möglichkeit einer Restriktion des Untreuetatbestands durch die Einführung der Bereicherungsabsicht zu untersuchen, wurden der koreanische Untreuetatbestand und der mit Bereicherungsabsicht neu gefasste Untreuetatbestand auf die problematischen Fälle in Deutschland angewandt. Durch die Einführung der Bereicherungsabsicht wird der Untreuetatbestand als Absichtsdelikt, das mit einer überschießenden Innentendenz ausgestaltet wird, neu formuliert. Die Untreue wird nicht mehr als reines Schädigungsdelikt, sondern als Vermögensverschiebungsdelikt bzw. Bereicherungsdelikt verstanden. Somit kann derjenige, der ohne die Absicht einer rechtswidrigen Bereicherung das Vermögen eines anderen durch Pflichtverletzung schädigt, nicht mehr dem Deliktstyp der Untreue als Bereicherungsdelikt angehören.

Die Bewertung der problematischen Fälle in Deutschland anhand der koreanischen Rechtspraxis hat somit gezeigt, dass die Untreuestrafbarkeit in bestimmten Fällen mangels einer Bereicherungs- oder Zueignungsabsicht verneint werden kann. Dies lässt sich insbesondere in den Fällen der „schwarzen Kassen“ deutlich zeigen. Folgt man der koreanischen Rechtspraxis, könnten die Angeklagten im Kanther-Fall von dem Vorwurf der Unterschlagung mangels Zueignungsabsicht freigesprochen werden, da sie die verdeckte Kasse von Anfang an in der Absicht eingerichtet hatten, die Gelder zur Verwendung für die Zwecke des Landesverbands nach und nach zurückzuführen und eine intensivere Kontrolle der Parteienfinanzierung zu vermeiden. Voraussetzung hierfür wären konkrete Anhaltspunkte, dass die Gelder in der verdeckten Kasse, wie geplant, tatsächlich dem Landesverband oder dem Stadtkreisverband zugeführt wurden. Die Angeklagten im Siemens-Fall könnten hingegen auch gemäß der koreanischen Rechtspraxis wegen Unterschlagung verurteilt werden. Grundsätzlich ist der kOGH der Meinung, die veruntreuende Unterschlagung entfalle mangels Zueignungsabsicht, wenn die schwarze Kasse nur in Art und Weise der Bilanzmanipulation zur Verhinderung der Aufdeckung durch Außenstehende oder zu dem Zweck, Kapital für das Management der Gesellschaft zu besorgen, eingerichtet wurde.⁸⁸³ Allerdings hat er die Zueignungsabsicht bejaht, wenn die Führungskraft mit zu verwaltenden Geldern der Gesellschaft einen Vertragspartner bestecht; dies könne nicht als eine zugunsten der Gesellschaft, sondern müsse als eine zugunsten des bestochenen Vertragspartners vorgenommene

⁸⁸³ Vgl. kOGH vom 25.04.2013 (2011 Do 9238); so auch schon kOGH vom 12.02.2009 (2006 Do 6994); kOGH vom 09.12.2010 (2010 Do 11015).



Handlung angesehen werden. Damit sei die Zueignungsabsicht zugunsten eines Dritten zu bejahen.⁸⁸⁴

Bei der Bewertung der Fälle von Kick-back-Vereinbarungen bleibt die Bereicherungs- bzw. Zueignungsabsicht, geht man von der koreanischen Rechtspraxis aus, ohne strafbeschränkende Funktion. Für den kOGH ist in Bezug auf die Bewertung der Bereicherungs- bzw. Zueignungsabsicht die Frage entscheidend, ob der Täter einen Willen mit Blick auf den Vermögensvorteil des Geschäftsherrn hatte und ob dieser Wille bei der Pflichtverletzung primär oder sekundär war. Entsprechend könnten nach koreanischem Strafrecht die Angeklagten im Pfarrpründestiftungs-Fall wegen Untreue mit Hinweis darauf verurteilt werden, dass in mehreren Fällen der Angeklagte *B* die jeweiligen Verkäufer veranlasste, einen höheren als den tatsächlich von ihnen geforderten Verkaufspreis beurkunden zu lassen, und gemeinsam mit dem Angeklagten *H* die Differenzbeträge vereinnahmte. Auch könnten die Angeklagten im System-Schreiber-Fall von der Untreuestrafbarkeit nicht befreit werden, weil die Bereicherungs- bzw. Zueignungsabsicht in der koreanischen Rechtspraxis stets bejaht wird, wenn der Täter die Gelder zur Begehung einer Straftat verwendet und damit einem strafrechtlichen Verbot zuwiderhandelt.⁸⁸⁵ Da die vereinnahmten Gelder im Falle einer Kick-back-Vereinbarung in der Regel nicht vom Geschäftsherrn, sondern vom Vertragspartner stammen, müsste allerdings die Stoffgleichheit als einer der Bestandteile der Bereicherungsabsicht näher untersucht werden. Eine Bewertung der Stoffgleichheit blieb jedoch in der koreanischen Rechtspraxis regelmäßig außer Betracht.⁸⁸⁶

Bei der Haushaltsuntreue kann der subjektive Ansatz strafbarkeitsbeschränkend wirken. Dabei ist in der koreanischen Rechtspraxis die Frage entscheidend, welchen Zweck der Täter bei der Haushaltüberschreitung verfolgt hat. Der kOGH hat bereits die Strafbarkeit in Bezug auf die Haushaltuntreue mit der Begründung verneint, dass die Pflichtverletzung nicht aus einem Willen zur rechtswidrigen Bereicherung, sondern aus der schlechten Finanzlage resultiere.⁸⁸⁷ Auf dieser Basis könnte der Angeklagte im Intendanten-Fall mangels einer Bereicherungsabsicht vom Vorwurf der Untreue freigesprochen werden, da er den Urteilsfeststellungen zufolge die Mittel ausschließlich zweckentsprechend verwendet hatte und die Haushaltüberschreitung ohne verschlei-

⁸⁸⁴ Vgl. kOGH vom 25.04.2013 (2011 Do 9238); so schon kOGH vom 26.05.2005 (2003 Do 5519); auch in Zivilsachen kOGH vom 28.10.2005 (2003 Da 69638)

⁸⁸⁵ kOGH vom 25.04.2013 (2011 Do 9238).

⁸⁸⁶ Dazu siehe oben 3. Kapitel, D, I, 2.

⁸⁸⁷ Vgl. kOGH vom 27.07.1983 (83 Do 819).



ernde Maßnahmen, Übergriffe auf andere Haushalte oder die Bildung „schwarzer Kassen“ vorgenommen worden war.

In den anderen der oben dargestellten Fälle bleibt der subjektive Ansatz des koreanischen Untreuetatbestands ohne strafbarkeitsbeschränkende Funktion. In ihnen lässt sich der eigennützige Zweck des Täters unschwer bestätigen. Dabei können zwar die sonstigen Bestandteile der Bereicherungsabsicht, insbesondere die Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Bereicherung im Mannesmann-Fall, in Frage gestellt werden; dieser Punkt wird jedoch in der koreanischen Rechtspraxis vernachlässigt.

Die Bewertung der Untreuestrafbarkeit auf der Basis der in der vorliegenden Arbeit vorgeschlagenen, neu konzipierten Untreuefassung, die als subjektive Tatbestandsvoraussetzung eine Bereicherungsabsicht beinhaltet, setzt Impulse für die Auseinandersetzung mit einer restriktiveren Auslegung der Untreue. Die Untreuestrafbarkeit scheint im Falle von Personen, die schwarze Kassen einrichten und verwalten, fraglich, wenn für den Untreuetatbestand eine Bereicherungsabsicht vorausgesetzt wird. Im Kanther-Fall ist darauf hinzuweisen, dass zum einen der Zweck der Einrichtung und Führung der „schwarzen Kassen“ darin bestand, die Gelder zur Verwendung für die Zwecke der CDU Hessen nach und nach zurückzuführen und eine intensivere Kontrolle der Parteienfinanzierung zu vermeiden, zum anderen wurden die Gelder durch die Angeklagten für den Zweck der CDU Hessen verwandt. Das entspricht dem Ergebnis der herrschenden Meinung, die den Verwendungszweck des Täters als bedeutenden Aspekt bei der Schadensbestimmung ansieht, und der Ansicht, dass der Vermögensnachteil bei „schwarzen Kassen“ regelmäßig entfällt, wenn der Täter die verdeckten Gelder allein im Interesse des Berechtigten einsetzen will.⁸⁸⁸ Im Siemens-Fall stellt sich die Frage, ob die Bereicherung des Bestochenen beabsichtigt war. Hier bestand das Ziel der Bestechung in der Ausübung eines ausreichenden Einflusses zur Einwerbung lukrativer Aufträge, und auf der Basis der neuen Untreuefassung wäre die Bereicherung Dritter im Siemens-Fall als eine unvermeidbare Nebenfolge zu bewerten. Damit wäre die Bereicherungsabsicht zugunsten Dritter zu verneinen und der Tatbestand der Untreue würde entfallen.

⁸⁸⁸ So *Bernsmann*, GA 2007, 219, 232; *Bosch*, JA 2008, 148, 1149; *Kempf*, Hamm-FS, S. 265; *Knauer*, NSTz 2009, 151, 153; *Matt*, NJW 2005, 389, 391; *Rönnau*, Tiedemann-FS, S. 730 f.; *Saliger*, NSTz 2007, 545, 547; *Saliger/Gaede*, HRRS 2008, 57, 70; *Satzger*, NSTz 2009, 297, 303; *Schlösser*, HRRS 2009, 19, 26; auch *LK-Schünemann*, 12. Aufl., § 266 Rn. 180; a. A. *Brammsen/Apel*, WM 2010, 781, 784; *Ransiek*, NJW 2009, 95; *ders.*, NJW 2007, 1727, 1728.



In der Kick-back-Vereinbarung scheint die Stoffgleichheit problematisch. Im Pfarrpfündestiftungs-Fall ist zu beachten, dass zwar ein Vermögensschaden bei der Stiftung verursacht wurde, jedoch der Vorteil, den der Angeklagte *B* erlangte, nicht von der Stiftung, sondern vom Vertragspartner herstammte. Der Vorteil und der Schaden beruhen hier auf derselben Pflichtverletzung, aber der Vorteil ging nicht zu Lasten des geschädigten Vermögens. Dabei geht es um die extern entstandenen Vorteile. Schließlich ist der Angeklagte *B* auf der Basis der neuen Untreuefassung mangels Bereicherungsabsicht nicht wegen Untreue zu verurteilen. Diese Untreuestraflosigkeit entspricht im Ergebnis der Meinung der Rechtsprechung und der herrschenden Lehre. Ihr zufolge ist der Vermögensnachteil besonders dann zu verneinen, wenn Umstände erkennbar sind, die es nicht unbedingt nahelegen, dass die Leistungen in die Kalkulation des Geschäftsherrn mit eingeschlossen worden sind⁸⁸⁹, wenn der Empfänger lediglich für weitere Geschäfte geneigt gemacht werden soll⁸⁹⁰ oder wenn die Zahlung im Hinblick auf noch unbestimmte zukünftige Geschäftsbeziehungen erfolgt oder einer allgemein üblichen Kundenpflege dienen soll.⁸⁹¹ Allerdings wird mit der Einführung der Bereicherungsabsicht in den Untreuetatbestand die Frage auf die Exspektanz als Saldierungsfaktor in den subjektiven Bereich, und zwar in der Bewertung der Stoffgleichheit, verlagert. Ähnliches gilt für den System-Schreiber-Fall. Da bei genauerem Hinsehen die Thyssen Industrie AG keinen Anspruch auf die Gelder, die das Königreich Saudi-Arabien zur Logistikleistung an die Thyssen Industrie AG überwies, hatte, sondern die Bezahlung der Gelder nur ein durchlaufender Posten war, haben die Begünstigten sich nicht zu Lasten des Geschäftsherrn, hier der Thyssen Industrie AG, sondern des Vertragspartners, hier des Königreichs Saudi-Arabien, bereichert. Damit ist die Bereicherungsabsicht im Rahmen der Untreue zu verneinen.

Im Intendanten-Fall und im Mannesmann-Fall ist die Rechtswidrigkeit einer beabsichtigten Bereicherung sorgfältig zu untersuchen. Für den Intendanten-Fall ist sie zu verneinen, weil die Haushaltsüberschreitungen zum Zweck des Deckungsgeschäfts mit Regisseuren oder Bühnenbildnern etc. entstanden sind. Da Regisseure oder Bühnenbildner Leistungen im Rahmen des Theaterbetriebs erbracht hatten, standen fällige und einredefreie Ansprüche den Vermögensvorteilen gegenüber. Was die Sondervergütung im Mannesmann-Fall betrifft, so kann die Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Bereicherung dann verneint werden, wenn die Vergütungsbedingungen im Anstellungsvertrag vorgesehen waren, da die Vorstandsmitglieder somit einen An-

⁸⁸⁹ BGHSt 49, 317, 332.

⁸⁹⁰ Vgl. BGH NJW 1983, 1807, 1809; dagegen *Fischer*, StGB, § 266 Rn. 120.

⁸⁹¹ Vgl. BGH wistra 2001, 267, 270; *Bernsmann*, GA 2007, 219, 233 f.



spruch auf die Sondervergütung gehabt hätten. Dies entspricht im Ergebnis der Auffassung des BGH: Ist im Dienstvertrag vereinbart, dass eine an den Geschäftserfolg gebundene einmalige oder jährlich wiederkehrende Prämie als variabler Bestandteil der Vergütung bezahlt wird, darf sie nach Ablauf des Geschäftsjahres nachträglich zuerkannt werden.⁸⁹² Allerdings kann eine Vereinbarung zu unangemessen überzogenen Vorstandsbezügen unwirksam sein, wenn der Aufsichtsrat bewusst zum Nachteil der vertretenen Gesellschaft gehandelt hat und die Begünstigten, die die Prämie erhalten, von diesem Umstand wussten.⁸⁹³ In diesem Fall wird die Vereinbarung einer unangemessen hohen Vergütung endgültig unwirksam und die Begünstigten haben keinen fälligen und einredefreien Anspruch auf die Sondervergütung. Die Untreuestrafbarkeit kann also unter Umständen auch dann bejaht werden, wenn zugunsten eines Vorstandsmitglieds im Dienstvertrag neben einer Abfindung für den Fall seiner Entlassung eine Sondervergütung vereinbart wurde.

In den übrigen Fällen, beispielweise im Bremer-Vulkan-Fall und im SSV-Reutlingen-Fall, hat die Bereicherungsabsicht keine strafbeschränkende Wirkung, da ausreichend deutlich ist, dass der Täter aus eigennützigen Zwecken handelte, womit die Bereicherungsabsicht unschwer angenommen werden kann.

⁸⁹² Vgl. BGHSt 50, 331 Rn. 17.

⁸⁹³ Kort, DStR 2007, 1127, 1130.



Literatur

- Achenbach, Hans / Ransiek, Andreas (Hrsg.)* Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 3. Neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Heidelberg u.a. 2012
(zit.: HWS-Bearbeiter)
- Aldenhoff, Hans-Hermann / Kuhn, Sascha* §266 StGB – Strafrechtliches Risiko bei der Unternehmenssanierung durch Bank, ZIP 2004, 103ff.
(zit.: Aldenhoff/Kuhn, ZIP 2004, 103)
- Altvarter, Gerhard* § 266 StGB auch heute noch sinnvoll und notwendig, DRiZ 2004, 134ff.
(zit.: Altvarter, DRiZ 2004, 134)
- Anders, Ralf Peter* Untreue zum Nachteil der GmbH – Versuch einer strafunrechtsbegründenden Rekonstruktion der Rechtspersönlichkeit der Korporation, Köln u.a. 2012
(zit.: Anders, Untreue zum Nachteil der GmbH)
- Annuß, Georg/Theusinger, Ingo* Das VorstAG – Praktische Hinweise zum Umgang mit dem neuen Recht, BB 2009, 2434ff.
(zit.: Annuß/Theusinger, BB 2009, 2434)
- Arzt, Gunther* Zur Untreue durch befugtes Handeln, in: Festschrift für Hans-Jürgen Bruns, Köln u. a. 1978, S. 365ff.
(zit.: Arzt, Bruns-FS)
- Arzt, Gunther / Weber, Ulrich /Heinlich, Bernd/Hilgendorf, Erich* Strafrecht Besonderer Teil, 3. Auflage, Bielefeld 2015
(zit.: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht BT)
- Baumbach, Adolf/ Hueck, Alfred (Hrsg.)* GmbHG, 20. Auflage, München 2013
(zit.: Baumbach/Hueck-Bearbeiter, GmbHG)



- Beckemper, Katharina* Untreuestrafbarkeit des Gesellschafters bei Vermögensverschiebung, GmbHR 2005, 592ff.
(zit.: *Bekemper*, GmbHR 2005, 592)
Anmerkung zu BGH, Urt. V. 6. 12. 2001-1 StR 215/01, NStZ 2002, 324ff.
(zit.: *Beckemper*, NStZ 2002, 324)
- Becker, Christian* Das Bundesverfassungsgericht und die Untreue: Weißer Ritter oder feindliche Übernahme?, HRRS 2010, 383ff.
(zit.: *Becker*, HRRS 2010, 383)
Paradigmenwechsel in der Schadensdogmatik oder „Viel Lärm um nichts“? - Zur aktuellen Kontroverse um die sog. „schadensgleiche Vermögensgefährdung“, HRRS 2009, 334ff.
(zit.: *Becker*, HRRS 2009, 334)
- Benninger, Christian* Befreiung des Strafrechts vom nationalsozialistischen Denken? (zu Wolf, JuS 1996, 189ff.), JuS 1996, 1141f.
(zit.: *Benninger*, JuS 1996, 1141)
- Bernsmann, Klaus* Untreue und Korruption – der BGH auf Abwegen, GA 2009, 296ff.
(zit.: *Bernsmann*, GA 2009, 296)
Alles Untreue?, GA 2007, 219ff.
(zit.: *Bernsmann*, GA 2007, 219)
Kick-Back zu wettbewerbswidrigen Zwecken – Keine Untreue, StV 2005, 576ff.
(zit.: *Bernsmann*, StV 2005, 576)
- Bernsmann, Klaus/
Gatzweiler, Norbert* Verteidigung bei Korruptionsfällen, 2. Auflage, Heidelberg 2014
(zit.: *Bernsmann/Gatzweiler*, Verteidigung bei Korruptionsfällen)
- Beulke, Werner* Wirtschaftslenkung im Zeichen des Untreuetatbestands, in: Festschrift für Ulrich Eisenberg, München 2009, S. 245ff.
(zit.: *Beulke*, Eisenberg-FS)



- Bieneck, Klaus* Die Rechtsprechung des BGH zur Haushaltsuntreue – Zugleich eine Anmerkung zu BGH wistra 1998, 103f., wistra 1998, 249ff.
(zit.: *Bieneck*, wistra 1998, 249)
- Binding, Karl* Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, 2. Band, 1. Abteilung, 2. Auflag, Leipzig 1904
(zit: *Binding*, Lehrbuch BT II 1)
- Bittmann, Folker* Risikogeschäft-Untreue-Bankenkrise, NStZ 2011, 361ff.
(zit.: *Bittmann*, NStZ 2011, 361)
- Das BGH-Urteil im sog. „Bugwellenprozess“ – das Ende der „Haushaltsuntreue“?, NStZ 1998, 495ff.
(zit.: *Bittmann*, NStZ 1998, 495)
- Boos, Karl-Heinz /
Fischer, Reinfrid /
Schulte-Mattler,
Hermann (Hrsg.)
Bosch, Nikolaus* Kreditwesengesetz, 4. Auflage, München 2012
(zit.: Boos/Fischer/Schulte-Mattler-Bearbeiter, KWG)
- Vermögensbetreuungspflicht des Vermieters für Kauttionen, JA 2008, 658ff.
(zit. *Bosch*, JA 2008, 658)
- Untreue zum Nachteil politischer Partei durch Bildung schwarzer Kassen, JA 2008, 148ff.
(zit.: *Bosch*, JA 2008, 148)
- Böse, Martin* Das Bundesverfassungsgericht bestimmt den Inhalt des Untreuetatbestandes, Jura 2011, 617ff.
(zit.: *Böse*, Jura 2011, 617)
- Brammsen, Joerg* Vorstandsuntreue – Aktienrechtliche Unternehmensführung auf dem Prüfstand des §266 StGB-, wistra 2009, 85ff.
(zit.: *Brammsen*, wistra 2009, 85)
- Brammsen, Joerg /
Apel, Simon* „Schwarze Kassen“ in Privatunternehmen sind strafbare Untreue, § 266 StGB – Zugleich eine Besprechung von BGH, Urt. v. 29.8.2008= BGHSt 52, 323=WM 2009, 40-, WM 2010, 781ff.
(zit.: *Brammsen/Apel*, WM 2010, 781)



- Brand, Christian / Sperling, Christian* Legalitätsverstöße in der Aktionengesellschaft als untreuerelevante Pflichtverletzung?, AG 2011, 233ff.
(zit.: *Brand/Sperling*, AG 2011, 233)
- Brauns, Uwe* Anmerkung zu BGH, Urt. V. 04. 11. 1997 – 1 StR 273/97, JR 1998, 381ff.
(zit.: *Brauns*, JR 1998, 381)
- Bundeskriminalamt (Hrsg.)* Polizeiliche Kriminalstatistik, Jahrbuch 2012 und 2013
(zit.: PKS 2012; PKS 2013)
- Bürgers, Tobias / Körber, Torsten* Aktiengesetz, 2. Auflage, Heidelberg u. a. 2014
(zit.: *Bürgers/Körber-Bearbeiter*, Aktiengesetz)
- Burkhardt, Björn* Zu einer restriktiven Interpretation der Treubruchhandlung – Bemerkungen zum Urteil des OLG Hamm in NJW 73, 1809, NJW 1973, 2190ff.
(zit.: *Burkhardt*, NJW 1973, 2190)
- Cappel, Alexander* Der Straftatbestand der Untreue (§266 StGB) in europäischer Perspektive: Ein Fall europäischer Entkriminalisierung?, KritV 2008, 94ff.
(zit.: *Cappel*, KritV 2008, 94)
- Corsten, Johannes* Pflichtverletzung und Vermögensnachteil bei der Untreue – Kritische Betrachtung des "VW-Urteils" des BGH wistra 2009, 468, wistra 2010, 206ff.
(zit.: *Corsten*, wistra 2010, 206)
- Cramer, Peter* Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht, Berlin u.a., 1968
(zit.: *Cramer*, Vermögensbegriff)
- Dahs, Hans* §266 – allzu oft missverstanden, NJW 2002, 273ff.
(zit.: *Dahs*, NJW 2002, 273)
- Dencker, Friedrich* Zum subjektiven Tatbestand des Betruges, Festschrift für Gerald Grünwald, Baden-Baden 1999, S. 75ff.
(zit.: *Dencker*, Grünwald-FS, S. 75)



- Dierlamm, Alfred* Neue Entwicklungen bei der Untreue – Loslösung des Tatbestandes von zivilrechtlichen Kategorien?, StraFo 2005, 397ff.
(zit.: *Dierlamm*, StraFo 2005, 397)
Untreue – ein Auffangtatbestand?, NStZ 1997, 534ff.
(zit.: *Dierlamm*, NStZ 1997, 534)
- Dierlamm, Alfred / Links, Wiesbaden* Untreue – Pflichtwidrigkeit der Kreditvergabe, NStZ 2000, 656ff.
(zit.: *Dierlamm/Links*, NStZ 2000, 656)
- Dittrich, Elisabeth* Die Untreuestrafbarkeit von Aufsichtsratsmitgliedern bei der Festsetzung überhöhter Vorstandsvergütungen – Zugleich ein Beitrag zur rechtlichen Behandlung von Vorstandsvergütungen in deutschen Aktiengesellschaften, Berlin 2007
(zit.: *Dittrich*, Die Untreuestrafbarkeit)
- Donatsch, Andreas* Aspekte der ungetreuen Geschäftsbesorgung nach Art. 158 StGB, ZStrR 1996, 200ff.
(zit.: *Donatsch*, ZStrR 1996, 200)
- Doster, Werner* Strafrechtliche Ermittlungsverfahren gegen Bankmitarbeiter wegen des Verdachts der Untreue, WM 2001, 333ff.
(zit.: *Doster*, WM 2001, 333)
- Dunkel, Wolfgang* Nochmal: Der Scheckkartenmißbrauch in strafrechtlicher Sicht, GA 1977, 329ff.
(zit.: *Dunkel*, GA 1977, 329)
Erfordernis und Ausgestaltung des Merkmals „Vermögensbetreuungspflicht“ im Rahmen des Missbrauchstatbestandes der Untreue (§ 266 I 1. Alternative StGB), Bochum 1976
(zit.: *Dunkel*, Erfordernis und Ausgestaltung des Merkmals „Vermögensbetreuungspflicht“)
- Eisele, Jörg* Strafrecht Besonderer Teil II, Eigentumsdelikte, Vermögensdelikte und Urkundendelikte, 2. Auflage, Stuttgart 2012
(zit.: *Eisele*, Strafrecht BT II)



- Englisch, Bernhard* Untreue abschaffen – nein Danke!, NJW 2005, 2974ff.
(zit.: *Englisch*, NJW 2005, 2974)
- Fabricius, Dirk* Strafbarkeit der Untreue im Öffentlichen Dienst, NStZ 1993, 414ff.
(zit.: *Fabricius*, NStZ 1993, 414)
- Feigen, Hanns W.* Untreue durch Kreditvergabe, in: Festschrift für Hans-Joachim Rodulphi, Neuwied u.a. 2004, S. 445ff.
(zit.: *Feigen*, Rudolphi-FS,)
- Fischer, Thomas* Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 63. Auflage, München 2016
(zit.: *Fischer*, StGB)
- Unternehmensstrafrecht im der Revision, StraFo 2010, 329ff.
(zit.: *Fischer*, StraFo 2010, 329)
- Strafbarer Gefährdungsschaden oder strafloser Untreueversuch – Zur Bestimmtheit oder der Untreue-Rechtsprechung, StV 2010, 95ff.
(zit.: *Fischer*, StV 2010, 95)
- Prognosen, Schäden, Schwarze Kassen – Aktuelle Diskussionen im Untreue- und Betrugsstrafrecht, NStZ-Sonderheft 2009, 8ff.
(zit.: *Fischer*, NStZ-Sonderheft 2009, 8)
- Der Gefährdungsschaden bei §266 in der Rechtsprechung des BGH, StraFo 2008, 269ff.
(zit.: *Fischer*, StraFo 2008, 269)
- Fleischer, Holger* Zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung im Aktienrecht (Teil II), DStR 2005, 1318ff.
(zit.: *Fleischer*, DStR 2005, 1318)
- Konzernuntreue zwischen Straf- und Gesellschaftsrecht: Das Bremer Vulkan-Urteil, NJW 2004, 2867ff.



- Foffani, Luigi* Untreuestrafbarkeit im französischen und italienischen Strafrecht, ZStW 122(2010), 374ff.
(zit.: *Foffani*, ZStW 122(2010), 374)
- Fonk, Hans-Joachim* Die Zulässigkeit von Vorstandsbezügen dem Grunde nach Aktienrechtliche Anmerkungen zum Urteil des LG Düsseldorf, NZG 2004, 1057-Mannesmann, NZG 2005, 248ff.
(zit.: *Fonk*, NZG 2005, 248)
- Foregger, Egmont / Serini Eugen* Strafgesetzbuch samt den wichtigsten Nebengesetzen, 2. Auflage, Wien 1978
(zit.: *Foregger/Serini*, öStGB)
- Freudenthal, Berthold* Die Untreue, in: Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts, Berlin 1906
(zit.: *Freudenthal*, Die Untreue)
- Gehrig, Klaus* Der Absichtsbegriff in den Straftatbeständen des Besonderen Teils des StGB, Berlin 1986
(zit.: *Gehrig*, Der Absichtsbegriff)
- Gröpl, Christoph* Bundeshaushaltsordnung/Landshaushaltsordnung, Staatliches Haushaltsrecht, Kommentar, München 2011
(zit.: *Gröpl/Bearbeiter*, BHO/LHO)
- Günther, Hans-Ludwig* Die Untreue im Wirtschaftsrecht, in: Festschrift für Ulrich Weber, 2004, S. 311ff.
(zit.: *Günther*, Weber-FS)
Die Genese eines Straftatbestandes – Eine Einführung in Fragen der Strafgesetzgebungslehre, JuS 1978, 8ff.
(zit.: *Günther*, JuS 1978, 8)
- Haas, Günter* Die Untreue, Vorschläge de lege ferenda und geltendes Recht, Berlin 1997
(zit.: *Haas*, Die Untreue)



- Hamm, Rainer* Kann der Verstoß gegen strafbar sein?, NJW 2005, 1993ff.
(zit.: *Hamm*, NJW 2005, 1993)
- Hassemer, Winfried* Das Wirtschaftsstrafrecht hat in unseren Tagen Konjunktur – Seine Aufgabe ist Rechtsgüterschutz, nicht Risikobeherrschung, ZRP 2009, 221ff.
(zit.: *Hassemer*, ZRP 2009, 221)
Theorie und Soziologie des Verbrechens, Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre, Frankfurt am Main 1973
(zit.: *Hassemer*, Theorie und Soziologie)
- Hefendehl, Roland* Auslaufmodell „Vermögensgefährdung“?, in: Festschrift für Erich Samson, Berlin u. a. 2011, S. 295ff.
(zit.: *Hefendehl*, Samson-FS)
Vermögensgefährdung und Exspektanzen, Berlin 1999
(zit.: *Hefendehl*, Vermögensgefährdung und Exspektanzen)
- Hellmann, Uwe* Riskogeschäfte und Untreuestrafbarkeit, ZIS 2007, 433ff.
(zit.: *Hellmann*, ZIS 2007, 433)
- Hillenkamp, Thomas* Risikogeschäft und Untreue, NStZ 1981, 161ff.
(zit.: *Hillenkamp*, NStZ 1981, 161)
- Hohn, Kristian* Eigenkapitalregeln, Kompetenzverteilungsordnung und Zustimmungen zu Vermögensschädigungen bei Kapitalgesellschaften, in: Festschrift für Erich Samson, Berlin u.a. 2011, S. 315ff.
(zit.: *Hohn*, Samson-FS)
- Hüffer, Uwe* Aktiengesetz, 11. Auflage, München 2014
(zit.: *Hüffer*, Aktiengesetz)
- Ignor, Alexander / Sättele, Alexander* Pflichtwidrigkeit und Vorsatz bei der Untreue (§266 StGB) am Beispiel der sog. Kredituntreue – Zugleich ein Beitrag zum Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG, in: Festschrift für Rainer Hamm, Berlin 2008, S. 211ff.
(zit.: *Ignor/Sättele*, Hamm-FS, 211)



- Jäger, Christian* Die drei Unmittelbarkeitsprinzipien beim Betrug, JuS 2010, S. 761ff.
(zit.: *Jäger*, JuS 2010, 761)
- Jahn, Matthias* Untreue durch die Führung „schwarzer Kassen“-Fall Siemens/ENEL, JuS 2009, 173ff.
(zit.: *Jahn*, JuS 2009, 173)
- Jähnke, Burkhard /
Laufhütte, Heinrich
Wilhelm / Odersky,
Walter(Hrsg.)* Strafgesetzbuch, Leipzig Kommentar, 10. Auflage, Berlin 1998
(zit.: LK-Bearbeiter, 10. Aufl.).
11. Auflage, Berlin 2005
(zit.: LK-Bearbeiter, 11. Aufl.);
12. Auflage, Berlin 2012
(zit.: LK-Bearbeiter, 12. Aufl.)
- Jerouschek, Günter* Strafrechtliche Aspekte des Wissenschaftsbetruges, GA 1999, 416ff.
(zit.: *Jerouschek*, GA 1999, 416)
- Jescheck Hans-
Heinrich / Weigend
Thomas* Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Berlin 1996
(zit.: *Jescheck/Weigend*, Strafrecht AT)
- Joecks, Wolfgang* Studienkommentar, StGB, 11. Auflage, München 2014
(zit.: *Joecks*, StGB)
- Joecks, Wolfgang /
Miebach,
Klaus(Hrsg.)* Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 4, München, 2006
(zit.: MK-Bearbeiter,)
Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 5, München, 2014
(zit.: MK- Bearbeiter, 2. Aufl.)
- Jordan, Adolf-
Dietrich* Untreue und Betrug durch Zweckverfehlung, JR 2000, 133ff.
(zit.: *Jordan*, JR 2000, 133)
- Kahl, W / v. Lilient-
hal, K / v. Liszt, F /
Goldschmidt, J
(Hrsg.)* Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuchs, Berlin 1911
(zit.: *Kahl*, Gegenentwurf)



- Kargl, Walter* Die Missbrauchskonzeption der Untreue (§266 StGB), ZStW 113, 2001, 565ff.
(zit.: *Kargl*, ZStW 113(2001), 565)
- Kasiske, Peter* Existenzgefährdende Eingriff in das GmbH-Vermögen mit Zustimmung der Gesellschafter als Untreue, wistra 2005, 81ff.
(zit: *Kasiske*, wistra 2005, 81)
- Keller, Alexander* Zum Unrecht der so genannten Bankenuntreue, wistra 2002, 365ff.
/Sauer, Dirk (zit.: *Keller/Sauer*, wistra 2002, 365)
- Kempf, Eberhard* Bestechende Untreue?, in: Festschrift für Rainer Hamm, Berlin 2008, S. 163ff.
(zit.: *Kempf*, Hamm-FS)
- Kiethel, Kurt* Die zivil- und strafrechtliche Haftung von Vorstandsmitgliedern einer Sparkasse für riskante Kreditgeschäfte, BKR 2005, 177ff.
(zit.: *Kiethel*, BKR 2005, 177)
- Kim, Seong- Cheon* Strafrecht, in: Einführung in das koreanische Recht, Heidelberg u. a. 2010
(zit.: *Kim, Seong- Cheon*, in: Einführung in das koreanische Recht)
- Kim, Young-Whan* Rezeption des deutschen Strafrechts in Korea, in: Ostasiatisches Strafrecht (Hrsg. von Eric Hilgendorf), Tübingen 2010, 42ff.
(zit.: *Kim, Young-Whan*, in: Ostasiatisches Strafrecht, 42)
- Kindhäuser, Urs* Pflichtverletzung und Schadenszurechnung bei der Untreue (§266 StGB), in: Festschrift für Ernst-Joachim Lampe, Berlin 2003, S. 709ff.
(zit.: *Kindhäuser*, FS-Lampe)
- Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 6. Auflage, Baden-Baden 2014
(zit.: *Kindhäuser*, LPK-StGB)
- Kindhäuser, Urs* / *Neumann, Ulfrid* / *Paeffgen, Hans-Ullrich*(Hrsg.) Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 4. Auflage, Baden-Baden 2013
(zit.: NK-Bearbeiter)



- Kraatz, Erik* Der Untreuetatbestand ist verfassungsgemäß-gerade noch! – Zugleich eine Anmerkung zu BVerfG 2 BvR 2559/08-, JR 2011, 434ff.
(zit.: *Kraatz*, JR 2011, 434)
„Kick-Back“-Zahlungen als strafbare Untreue, Versuche einer dogmatischen Konkretisierung und Systematisierung, ZStW 122 (2010), 521ff.
(zit.: *Kraatz*, ZStW 122(2010), 521)
- Krause, Daniel M* Anmerkung zu BGH, Urt. V. 21. 12. 2005 – 3 StR 470/04, StV 2006, 307ff.
(zit.: *Krause*, StV 2006, 307)
- Knauer, Christoph* Zur Frage der Bildung verdeckter Kassen als Untreue, NStZ 2009, 151ff.
(zit.: *Knauer*, NStZ 2009, 151)
Die Strafbarkeit der Bankvorstände für missbräuchliche Kreditgewährung, NStZ 2002, 339ff.
(zit.: *Knauer*, NStZ 2002, 339)
- Kohlmann, Günter* Strafrechtliche Verantwortlichkeit des GmbH-Geschäftsführers, Heidelberg 2011
(zit.: *Kohlmann*, Strafrechtliche Verantwortlichkeit des GmbH-Geschäftsführers)
Wider die Furcht vor § 266 StGB, Hinweise zur Bearbeitung des Untreue – Tatbestand, JA 1980, 228ff.
(zit.: *Kohlmann*, JA 1980, 228)
- Körner, Marita* Die Angemessenheit von Vorstandsbezügen in § 87 AktG, Eine unbeachtete Vorschrift?, NJW 2004, 2697ff.
(zit.: *Körner*, NJW 2004, 2697)
- Kort, Michael* Zivilrechtliche Folge unangemessen hoher Vorstandsvergütung – eine „Mannesmann“ Spätlese, DStR 2007, 1127ff.
(zit.: *Kort*, DStR 2007, 1127)



- Kretschmer, Joachim* Anmerkung zum Beschluss v. 2. 4. 2008 – 5 StR 354/07, JR 2008, 348ff.
(zit.: *Kretschmer*, JR 2008, 348)
- Krey, Volker / Esser, Robert* Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Studienbuch in systematisch-induktiver Darstellung, 5. Auflage, Stuttgart 2012
(zit.: *Krey/Esser*, Strafrecht AT)
- Krey, Volker / Hellmann, Uwe* Strafrecht Besonderer Teil, Studienbuch in systematisch-induktiver Darstellung, Band 2. Vermögensdelikte, 17. Auflage, 2015
(zit.: *Krey/Hellmann*, Strafrecht BT)
- Kubiciel, Michael* Gesellschaftsrechtliche Pflichtwidrigkeit und Untreuestrafbarkeit, NStZ 2005, 353ff.
(zit.: *Kubiciel*, NStZ 2005, 353)
- Kühl, Kristian* Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Auflage, München 2012
(zit.: *Kühl*, Strafrecht AT)
- Kuhlen, Lothar* Gesetzlichkeitsprinzip und Untreue (zugleich eine Besprechung des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 23. 6. 2010, in diesem Heft S. 273), 246ff.
(zit.: *Kuhlen*, JR 2011, 246)
- Sponsoring und Korruptionsstrafrecht – Zugleich eine Besprechung des EnBW-Urteils des BGH v. 14.10.2008 in diesem Heft Seite 177ff., JR 2010, 148ff.
(zit.: *Kuhlen*, JR 2010, 148)
- Kutzner, Lars* Einfache gesellschaftsrechtliche Pflichtverletzungen als Untreue – Die Kinowelt-Entscheidung des BGH-, NJW 2006, 3541ff.
(zit.: *Kutzner*, NJW 2006, 3541)
- Labsch, Karl H.* Grundprobleme des Missbrauchstatbestands der Untreue, Jura 1987, 343ff.
(zit.: *Labsch*, Jura 1987, 343)
- Untreue (§ 266 StGB) – Grenzen und Möglichkeiten einer neuen Deutung, Lübeck 1983
(zit.: *Labsch*, Untreue (§ 266 StGB))



- Lackner, Karl/Kühl, Kristian* Strafrechtsgesetzbuch Kommentar, 28. Auflage, München 2014
(zit.: *Lackner/Kühl*, StGB)
- Laskos, Thoma* Die Strafbarkeit wegen Untreue bei der Kreditvergabe, Baden-Baden 2001
(zit.: *Laskos*, Die Strafbarkeit)
- Laub, Detlef* Grenzen der Spendenkompetenz des Vorstandes – Zugleich Besprechung von BGH v. 6.12.2001 – 1 StR 215/01 -, AG 2002, 308ff.
(zit.: *Laub*, AG 2002, 308)
- Leplow, Claas* Zur Feststellung des Nachteils bei der Untreue, wistra 2010, 475ff.
(zit.: *Leplow*, wistra 2010, 475)
- Lenckner, Theodor* Zum Begriff der Täuschungsabsicht in §267 StGB, NJW 1967, 1890ff.
(zit.: *Lenckner*, NJW 1967, 1890)
- Livonius, Barbara* Untreue wegen existenzgefährdenden Eingriffs – Rechtsgeschichte?, wistra 2009, 91ff.
(zit.: *Livonius*, wistra 2009, 91)
- Lüderssen, Klaus* Primäre oder sekundäre Zuständigkeit des Strafrecht?, in: Festschrift für Albin Eser, München 2005, S. 163ff.
(zit.: *Lüderssen*, Eser-FS)
- Luthmann, Walter* Zur Frage der Untreue im Rahmen rechts- oder sittenwidriger Abmachung, NJW 1960, 419ff.
(zit.: *Luthmann*, NJW 1960, 419)
- Lutter, Marcus / Hommelhoff, Peter (Hrsg.)* GmbH-Gesetz Kommentar, 18. Auflage, Köln 2012
(zit.: *Lutter/Hommelhoff*, GmbH-Gesetz)
- Luz, Günther / Neus, Werner / Scharpf, Paul / Schneider, Peter / Weber, Max (Hrsg.)* Kreditwesengesetz (KWG), Kommentar zum KWG inklusive SolvV, LiqV, GroMiKV, MaRisk, Stuttgart 2009
(zit.: *Luz/Neus-Bearbeiter*, KWG)



- Matt, Holger* Missverständnisse zur Untreue – Eine Betrachtung auch zum Verhältnis von (Straf-) Recht und Moral, NJW 2005, 389ff.
(zit.: *Matt*, NJW 2005, 389)
- Matt, Holger / Saliger, Frank* Straflosigkeit der versuchten Untreue, in: Irrwege der Strafgesetzgebung, Frankfurt am Main 1999, 217ff.
(zit. *Matt/Saliger*, in: Irrwege der Strafgesetzgebung, 217)
- Maurach, Reinhart* Die strafrechtliche Beurteilung des unberechtigten Erwerbes von Volkswagenaktien, NJW 1961, 625ff.
(zit.: *Maurach*, NJW 1961, 625)
- Maurach, Reinhart / Schroeder, Friedrich-Christian / Maiwald, Manfred* Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 1: Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte, Lehrbuch, 10. Auflagen, Heidelberg 2009
(zit.: *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht BT 1)
- Maurach, Reinhart / Zipf, Heinz* Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 1. Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat, 8. Auflage, Heidelberg 1992
- Merkel, Adolf* Kriminalistische Abhandlung II, 1867
(zit.: *Maurach/Zipf*, Strafrecht AT)
(*Merkel*, Kriminalistische Abhandlung II)
- Mezger, Edmund* Deutsches Strafrecht, Berlin 1936
(zit.: *Mezger*, Deutsches Strafrecht)
- Mitsch, Wolfgang* Strafrecht Besonderer Teil 2, Vermögensdelikte, 3. Auflage, Berlin 2015
(zit.: *Mitsch*, Strafrecht BT 2).
- Mohrbotter, Kurt* Stoffgleichheit beim Betrug, Göttingen 1965
(zit.: *Mohrbotter*, Stoffgleichheit)
- Murmann, Uwe* Untreue (§ 266 StGB) und Risikogeschäfte, Jura 2010, 561ff.
(zit.: *Murmann*, Jura 2010, 561)
- Nack, Armin* Bedingter Vorsatz beim Gefährdungsschaden – ein „doppelter Konjunktive“?, StraFo 2008, 277ff.
(zit.: *Nack*, StraFo 2008, 277)



- Neye, Hans-Werner* Untreue im öffentlichen Dienst, Köln u.a. 1981
(zit.: *Neye*, Untreue)
- Niggli, M.A. / Wiprächtiger, H. (Hrsg.)* Basler Kommentar, Strafrecht II. Art. 111-392 StGB, 2. Auflage, Basel 2010
(BK-Bearbeiter)
- Nintemann, Thomas* Befreiung des Strafrechts vom nationalsozialistischen Denken? (zu *Wolf*, JuS 1996, 189ff.), JuS 1996, 1142ff.
(zit.: *Nintemann*, JuS 1996, 1142)
- Oehler, Dietrich* Neue strafrechtliche Probleme des Absichtsbegriffes, NJW 1966, 1633ff.
(zit.: *Oehler*, NJW 1966, 1633)
- Oh, Young-Keun* Die Einflüsse der deutschen Strafrechtslehre auf die koreanische Strafrechtslehre und Rezeptionsprobleme, in: Ostasiatisches Strafrecht (Hrsg. von Eric Hilgendorf), Tübingen 2010, 63ff.
(zit.: *Oh, Young-Keun*, in: Ostasiatisches Strafrecht, 63)
- Ottmann, Heike* Wissenschaftsbetrug und Strafrecht, Zu Möglichkeiten der Sanktionierung von Fehlverhalten in der Wissenschaft, Hamburg 2006
(zit.: *Ottmann*, Wissenschaftsbetrug und Strafrecht)
- Otto, Harro* Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte, 7. Auflage, Berlin 2005
(zit.: *Otto*, Strafrecht BT)
- Die neue Rechtsprechung zum Betrugstatbestand, Jura 2002, 606ff.
(zit.: *Otto*, Jura 2002, 606)
- Riskante Kreditvergabe durch Banken, JR 2000, 517ff.
(zit.: *Otto*, JR 2000, 517)
- Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit als eigenständige Deliktskategorien?, in: Gedächtnisschrift für Horst Schröder, München 1978
(zit.: *Otto*, Schröder-GS)



- Palandt, Otto* Bürgerliches Gesetzbuch, 75. Auflage, München 2016
(zit.: *Palandt/Bearbeiter*, BGB)
- Pauly, Holger* Untreue bei vertragswidrigem Eigenverbrauch der Mieterkaution? – Zu-
gleich Besprechung von BGH, Beschluss v. 23. 8. 1995 – 5 StR 371/95 -,
ZMR 1999, 417ff.
(zit.: *Pauly*, ZMR 1996, 417)
- Peña, Diego-
Manuel Luzón / Ca-
ñadillas, Raquel
Roso* Untreuestrafbarkeit im spanischen Strafrecht, ZStW 2010, 354ff.
(zit.: *Peña/ Cañadillas*, ZStW122(2010), 354)
- Perron, Walter* Probleme und Perspektiven des Untreuetatbestandes, GA 2009, 219ff.
(zit.: *Perron*, GA 2009, 219)
- Perron, Walter* Bemerkungen zum Gefährdungsschaden, in: Festschrift für Klaus Tiede-
mann, Köln u.a. 2008, S. 737ff.
(zit.: *Perron*, FS-Tiedemann)
- Untreue zum Nachteil politischer Partei durch Bildung „schwarzer Kas-
sen“ – Fall Kanther/Weyhrauch, NStZ 2008, 517ff.
(zit.: *Perron*, NStZ 2008, 517)
- Ranft, Otfried* Grundprobleme des Betrugstatbestandes, Jura 1992, 66ff.
(zit.: *Ranft*, Jura 1992, 66)



- Ransiek, Andreas* Untreue durch Vermögenseinsatz zu Bestechungszwecken, StV 2009, 321ff.
(zit.: *Ransiek*, StV 2009, 321)
- Zu der Frage, ob die Bildung schwarzer Kassen unter den Untreuetatbestand fällt, NJW 2009, 95ff.
(zit.: *Ransiek*, NJW 2009, 95)
- Soziale Verantwortung von Unternehmen im Wirtschaftsstrafrecht, AG 2009, 782ff.
(zit. *Ransiek*, AG 2009, 782)
- Verstecktes Parteivermögen und Untreue, NJW 2007, 1227ff.
(zit.: *Ransiek*, NJW 2007, 1727)
- Anerkennungsprämien und Untreue – Das Mannesmann-Urteil des BGH, NJW 2006, 814ff.
(zit.: *Ransiek*, NJW 2006, 814)
- Untreue zum Nachteil einer abhängigen GmbH- „Bremer Vulkan“, wistra 2005, 121ff.
(zit.: *Ransiek*, wistra 2005, 121)
- Risiko, Pflichtwidrigkeit und Vermögensnachteil bei der Untreue, ZStW 116 (2004), 634ff.
(zit.: *Ransiek*, ZStW 116(2004), 634)
- Untreue im GmbH-Konzern, in: Festschrift für Günter Kohlmann, Köln 2003, S. 207ff.
(zit.: *Ransiek*, Kohlmann-FS)
- Rengier, Rudolf* Strafrecht Besonderer Teil I, Vermögensdelikte, 17. Auflage, München 2015
(zit.: *Rengier*, Strafrecht BT I)
- Die Unterscheidung von Zwischenzielen und unvermeidlichen Nebenfolgen bei der Betrugsabsicht, JZ 1990, 321ff.
(zit.: *Rengier*, JZ 1990, 321)



- Rentrop, Kathrin* Untreue und Unterschlagung (§§266 und 246), Reformdiskussion und Gesetzgebung seit dem 19. Jahrhundert, Berlin 2007
(zit.: *Rentrop*, Untreue und Unterschlagung)
- Riemann, Thomas* Vermögensgefährdung und Vermögensschaden, Heidelberg 1989
(zit.: *Riemann*, Vermögensgefährdung)
- Rönnau, Thomas* Schadensfiktionen in der Rechtsprechung der Strafgerichte, in: Festschrift für Ruth Rissing-van Saan, Berlin u.a. 2011, S. 517ff.
(zit.: *Rönnau*, Rissing-van Saan-FS)
- Untreue zu Lasten juristischer Personen und Einwilligungskompetenz der Gesellschafter, in: Festschrift für Knut Amelung, Berlin 2009, S. 247ff.
(zit.: *Rönnau*, Amelung-FS)
- Untreuevorwurf gegen Vermieter wegen Kautionszahlung auf Girokonto, NStZ 2009, 632ff.
(zit.: *Rönnau*, NStZ 2009, 632)
- Untreue durch Einrichtung verdeckter Kassen, Bestechung im geschäftlichen Verkehr im Ausland sowie ausländischer Amtsträger – Anmerkung zu BGH, Urt. v. 29. 8. 2008 -2 StR 587/07, StV 2009, 246ff.
(zit.: *Rönnau*, StV 2009, 246)
- Einrichtung » schwarzer « (Schmiergeld-)Kassen in der Privatwirtschaft – eine strafbare Untreue?, in: Festschrift für Klaus Tiedemann, Köln u.a. 2008, S. 713ff.
(zit. *Rönnau*, Tiedemann-FS)
- Untreue als Wirtschaftsdelikt, ZStW 119, 2007, 887ff.
(zit.: *Rönnau*, ZStW 119(2007), 887)
- Untreuevorwurf wegen Verletzung aktienrechtlicher Pflichten – Mannesmann / Vodafone, NStZ 2006, 218ff.
(zit.: *Rönnau*, NStZ 2006, 218)
- „kick-back“: Provisionsvereinbarungen als strafbare Untreue, in: Festschrift für Günter Kohlmann, Köln 2003, S. 239ff.
(zit.: *Rönnau*, Kohlmann-FS)



- Rönnau, Thomas/
Hohn, Kristian* Die Festsetzung (zu) hoher Vorstandsvergütungen durch den Aufsichtsrat – ein Fall für den Staatsanwalt?, NStZ 2004, 113ff.
(zit.: *Rönnau/Hohn*, NStZ 2004, 113)
- Rojas, Luis E.* Grundprobleme der Haushaltsuntreue – Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der Untreue (§266 StGB), Baden-Baden 2010
(zit.: *Rojas*, Grundprobleme)
- Rose, Frank* Die strafrechtliche Relevanz von Risikogeschäften – Zugleich Anmerkung zum Urteil des BGH v. 4.2.2004 - 2 StR 355/33-, wistra 2005, 281ff.
(zit.: *Rose*, wistra 2005, 281)
- Rowedder, Heinz
(Hrsg.)* Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Kommentar, 3. Auflage, München 2016
(zit.: *Rowedder-Bearbeiter*, GmbHG)
- Roxin, Claus* Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Auflage, München 2006
(zit.: *Roxin*, Strafrecht AT I)
Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, JuS 1966, 377ff.
(zit.: *Roxin*, JuS 1966, 377)
- Rübenstahl, Markus
/ Wasserbur, Klaus* „Haushaltsuntreue“ bei Gewährung von Subvention – Zugleich Besprechung des Urteils des BGH vom 8. 4. 2003, NStZ 2004, 521ff.
(zit.: *Rübenstahl/Wasserburg*, NStZ 2004, 521)
- Rudolphi, Hans-
Joachim / Horn,
Eckhard / Samson,
Erich(Hrsg.)* Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2/2, Besonderer Teil (§§201-266a), Neuwied 2007
(zit.: *SK-Bearbeiter*).
- Säcker, Franz Jür-
gen /* Das zivilrechtliche Schicksal von gegen § 87 Abs. 1 AktG verstoßenden Vergütungsvereinbarungen, JZ 2006, 1151ff.
(zit.: *Säcker/Stenzel*, JZ 2006, 1151)
- Stenzel, Sonja* Bestimmt oder nicht bestimmt? Der Untreuetatbestand vor den verfassungsrechtlichen Schranken – Anmerkung zum Beschluss des BVerfG vom 23. 6. 2010 – 2 BvR 2559/08; 105/09; 491/09, NStZ 2011, 376ff.
(zit.: *Safferling*, NStZ 2011, 376)



- Saito, Kinsaku / Nishihara, Haruo* Das abgeänderte Japanische Strafgesetzbuch vom 10. August 1953, Berlin 1954
(zit.: *Saito/Nishihara*, Das abgeänderte Japanische Strafgesetzbuch)
- Saliger, Frank* Auswirkungen des Untreue-Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 23.6.2010 auf die Schadensdogmatik, ZIS 2011, 902ff.
(zit.: *Saliger*, ZIS 2011, 902)
- Der Untreuetatbestand auf dem Prüfstand der Verfassung, NJW 2010, 3195ff.
(zit.: *Saliger*, NJW 2010, 3195)
- Die Normativierung des Schadensbegriffs in der neueren Rechtsprechung zu Betrug und Untreue, in: Festschrift für Erich Samson, Berlin u.a. 2011, S. 455ff.
(zit.: *Saliger*, Samson-FS)
- Rechtsprobleme des Untreuetatbestandes, JA 2007, 326ff.
(zit.: *Saliger*, JA 2007, 326)
- Parteienuntreue durch schwarze Kassen und unrichtige Rechenschaftsberichte, NStZ 2007, 545ff.
(zit.: *Saliger*, NStZ 2007, 545)
- Kick-Back, „PPP“, Verfall – Korruptionsbekämpfung im „Kölner Müllfall“, NJW 2006, 3377ff.
(zit.: *Saliger*, NJW 2006, 3377)
- Gibt es eine Untreuemode? Die neuere Untreuedebatte und Möglichkeiten einer restriktiven Auslegung, HRRS 2006, 10ff.
(zit.: *Saliger*, HRRS 2006, 10)
- Parteiengesetz und Strafrecht, Tübingen 2005
(zit.: *Saliger*, Parteiengesetz)
- Wider die Ausweitung des Untreuetatbestandes, ZStW 112, 2000, 563ff.
(zit.: *Saliger*, ZStW 112(2000), 563)



- Saliger, Frank/Gaede, Karsten* Rückwirkende Ächtung der Auslandskorruption und Untreue als Korruptionsdelikt – Der Fall Siemens als Startschuss in ein entgrenztes internationalisiertes Wirtschaftsstrafrecht?, HRRS 2008, 57ff.
(zit.: *Saliger/Gaede*, HRRS 2008, 57)
- Samson, Erich* Absicht und direkter Vorsatz, JA 1989, 449ff.
(zit.: *Samson*, JA 1989, 449)
Grundprobleme des Betrugstatbestandes (3. Teil), JA 1978, 625ff.
(zit.: *Samson*, JA 1978, 625)
- Satzger, Helmut* "Schwarze Kassen" zwischen Untreue und Korruption – Eine Besprechung des Urteils BGH - 2 StR 587/07(Siemens-Entscheidung), NStZ 2009, 297ff.
(zit.: *Satzger*, NStZ 2009, 297)
Der Vorsatz – einmal näher betrachtet, Jura 2008, 112ff.
(zit.: *Satzger*, Jura 2008, 112)
Die Untreue des Vermieters im Hinblick auf eine Mietkaution, Jura 1998, 570ff.
(zit.: *Satzger*, Jura 1998, 570)
§263 Abs. 1, 266 Abs. 1 StGB: Untreue des Mieters – Anmerkung BayObLG, Urteil vom 18.12.1997 – 5 St RR 67/97, wistra 1998, 157, JA 1998, 926ff.
(zit.: *Satzger*, JA 1998, 926)
- Satzger, Helmut / Schmitt, Betram / Widmaier, Gunter* (Hrsg.) Strafgesetzbuch Kommentar, 2. Auflage, Köln 2014
(zit.: *SSW-Bearbeiter*, StGB)
- Sauer, Dirk* Anmerkung zu BGH, Urt. v. 6. 12. 2001-1 StR 215/01, wistra 2002, 465ff.
(zit.: *Sauer*, wistra 2002, 465)



- Schäfer, Ernst* Das Gesetz zur Abänderung strafrechtlicher Vorschriften vom 26. Mai 1933, DJZ 1933, 789ff.
(zit.: *Schäfer*, DJZ 1933, 789)
- Schlösser, Jan* Der Schaden der Siemens-Entscheidung, Zum Begriff des endgültigen Schadens bei der Untreue durch Führung verdeckter Kassen im Bereich privater Unternehmungen – Zugleich Besprechung von BGH, Urteil vom 29. August. 2008 – 2 StR 587/07(BGH HRRS 2008 Nr. 1100), HRRS 2009, 19ff.
(zit.: *Schlösser*, HRRS 2009, 19)
- Schlösser, Jan /
Dörfler, Roman* Strafrechtliche Folgen eines Verstoßes gegen den Deutschen Corporate Governance Kodex, wistra 2007, 326ff.
(zit.: *Schlösser/Dörfler*, wistra 2007, 326)
- Schlüchter, Ellen* Zur unvollkommenen Kongruenz zwischen Kredit- und Scheckkartenmißbrauch-OLG Hamm, NJW 1984, 1633, JuS 1984, 675ff.
(zit.: *Schlüchter*, JuS 1984, 675)
- Schmidt, Karsten* Gesellschaftsrecht, 4., neubearbeitete Auflage, Köln u. a. 2002
(zit.: *Schmidt*, Gesellschaftsrecht)
- Schönke, Adolf /
Schröder,
Horst(Hrsg.)* Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Auflage, München 2014
(zit.: *Schönke/Schröder-Bearbeiter*, StGB)
- Schreiber, Hans-
Ludwig/Beulke,
Werner* Untreue durch Verwendung von Vereinsgeldern zu Bestechungszwecken- BGH, NJW 1975, 1234, JuS 1977, 656ff.
(zit.: *Schreiber/Beulke*, JuS 1977, 656)
- Schröder, Christian* Untreue durch Investitionen in ABS-Anleihen, NJW 2010, 1169ff.
(zit.: *C. Schröder*, NJW 2010, 1169)
- Schröder, Horst* Grenzen des Vermögensschadens beim Betrug, NJW 1962, 721ff.
(zit.: *H. Schröder*, NJW 1962, 721)



- Schubert, Werner / Regge, Jürgen* (Hrsg.) I. Abteilung Weimarer Republik (1918-1932), Band 1. Entwürfe zu einem Strafgesetzbuch (1919, 1922, 1924/25 und 1927), in: Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozessrechts, Berlin u. a. 1995
(zit.: *Schubert/Regge*, in: Quellen zur Reform I)
- II. Abteilung NS-Zeit (1933-1939), Band 1. Entwürfe eines Strafgesetzbuches, 1. Teil, in: Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozessrechts, Berlin u. a. 1988
(zit.: *Schubert/Regge*, in: Quellen zur Reform II)
- Schultz, Günther* Amtsuntreue, MDR 1981, 372ff.
(zit.: *Schultz*, MDR 1981, 372)
- Schünemann, Bernd* Wieder verbreitete Irrlehren zum Untreuetatbestand, ZIS 2012, 183ff.
(zit.: *Schünemann*, ZIS 2012, 183)
- Der Begriff des Vermögensschadens als archimedischer Punkt des Untreuetatbestandes (Teil 1), StraFo 2010, 1ff.
(zit.: *Schünemann*, StraFo 2010, 1)
- Zur Quadratur des Kreises in der Dogmatik des Gefährdungsschadens, NStZ 2008, 430ff.
(*Schünemann*, NStZ 2008, 430)
- Bundesgerichtshof im Gestrüpp des Untreuetatbestandes, NStZ 2006, 196ff.
(zit.: *Schünemann*, NStZ 2006, 196)
- Die „gravierende Pflichtverletzung“ bei der Untreue: dogmatischer Zauberschutz oder taube Nuss?, NStZ 2005, 473ff.
(zit.: *Schünemann*, NStZ 2005, 473)
- Haushaltsuntreue als dogmatisches und kriminalpolitisches Problem, StV 2003, 463ff.
(zit. *Schünemann*, StV 2003, 463)



- Schwinge, / Siebert* Das neue Untreuestrafrecht in strafrechtlicher und zivilrechtlicher Beleuchtung, Berlin 1933
(zit.: *Schwinge/Siebert*, Das neue Untreuestrafrecht)
- Seelmann, Kurt* Grundfälle zu den Straftaten gegen das Vermögen als Ganzes, JuS 1982, 748ff.
(zit.: *Seelmann*, JuS 1982, 748)
Grundfälle zu den Straftaten gegen das Vermögen als Ganzes, JuS 1982, 914ff.
(zit.: *Seelmann*, JuS 1982, 914)
- Seier, Jürgen/Matin, Susanne* Die Untreue (§266 StGB), JuS 2001, 874ff.
(*Seier/Matin*, JuS 2001, 874)
- Sowada, Christoph* Anmerkung (zu BGHSt 41 224), JR 1997, 28ff.
(zit.: *Sowada*, JR 1997, 28)
- Spindler, Gerald* Vorstandsvergütungen und Abfindungen auf dem aktien- und strafrechtlichen Prüfstand – Das Mannesmann-Urteil des BGH-, ZIP 2006, 349ff.
(zit.: *Spindler*, ZIP 2006, 349)
- Strelczyk, Christoph* Die Strafbarkeit der Bildung schwarzer Kassen, Herbolzheim 2008
(zit.: *Strelczyk*, Die Strafbarkeit der Bildung schwarzer Kassen)
- Szebrowski, Nickel* Kick-Back, Könl u. a. 2005
(zit.: *Szebrowski*, Kick-Back)
- Terwey, Josef* Der Einfluss der Rechtsprechung auf die Gestaltung der Untreuebestimmungen im Strafrechtsentwurf 1960, München 1963
(zit.: *Terwey*, Der Einfluss der Rechtsprechung)



-
- Thalhofer, Thomas* Kick-Backs, Expektanzen und Vermögensnachteil nach § 266 StGB, Frankfurt am Main u. a. 2007
(zit.: *Thalhofer*, Kick-Backs)
- Thomas, Sven* Untreue in der Wirtschaft, in: Festschrift für Peter Rieß, Berlin u.a. 2002, S.795ff. (zit. *Thomas*, Rieß-FS)
- Tiedemann, Klaus* Untreue bei Interessenkonflikten – Am Beispiel der Tätigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern, in: Festschrift für Tröndle, Berlin u.a. 1989, S. 319ff.
(zit.: *Tiedemann*, Tröndle-FS)
Der Subventionsbetrug, ZStW 86(1974), 897ff.
(zit.: *Tiedemann*, ZStW 86(1974), 897)
- Ulmer, Peter*
(Hrsg.) Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Großkommentar, 8. Auflage, Berlin u. a. 1992
(zit.: *Ulmer-Bearbeiter*, GmbHG)
- Velten, Petra* Untreue durch Belastung mit dem Risiko zukünftiger Sanktionen am Beispiel verdeckter Parteienfinanzierung, NJW 2000, 2852ff.
(zit.: *Velten*, NJW 2000, 2852)
- Vogel, Joachim* Untreue als Auffangtatbestand – auch im Arbeitsstrafrecht, Arbeitsstrafrecht im Umbruch, 2009, S. 49ff.
(zit.: *Vogel*, in: Arbeitsstrafrecht im Umbruch)
Anmerkung zu BGH, Beschluss V. 11. 11. 2004-5 StR 299/03, JR 2005, 123ff.
(zit.: *Vogel*, JR 2005, 123)



- Volhard, Rüdiger* Die Untreuemode – Ist die Abgabe eines unvollständigen Rechenschaftsberichts einer politischen Partei wegen Untreue strafbar?, in: Festschrift für Klaus Lüderssen, Baden-Baden 2002, S. 673ff.
(zit.: *Volhard*, Lüderssen-FS)
- Volk, Klaus* Untreue und Gesellschaftsrecht – Ein Dschungelbuch, in: Festschrift für Rainer Hamm, Berlin 2008, S. 803ff.
(zit.: *Volk*, Hamm-FS)
Entkriminalisierung durch Strafwürdigkeitskriterien jenseits des Delikt-
aufbaus, ZStW 97(1985), 871ff.
(zit.: *Volk*, ZStW 97(1985), 871)
- von Selle, Dirk* Absicht und intentionaler Gehalt der Handlung, JR 1999, S. 309ff.
(zit.: *von Selle*, JR 1999, 309)
- Vormbaum, Thomas* Die strafrechtliche Beurteilung des Scheckkartenmißbrauchs-OLG Hamm, NJW 1978, 713, JuS 1981, 19ff.
(zit.: *Vormbaum*, JuS 1981, 19)
- Wassmer, Martin* Untreue bei Risikogeschäften, Heidelberg 1997
Paul (zit.: *Wassmer*, Untreue bei Risikogeschäften)
- Wegenast, Martin* Missbrauch und Treubruch – Zum Verhältnis der Tatbestände in §266 StGB, Berlin, 1994
(zit.: *Wegenast*, Missbrauch).
- Weimann, Thomas* Die Strafbarkeit der Bildung sog. Schwarzer Kassen gem. §266 StGB(Untreue), Tübingen 1996
(zit.: *Weimann*, Die Strafbarkeit)
- Welzel, Hans* Vorteilabsicht beim Betrug, NJW 1962, 20ff.
(zit.: *Welzel*, NJW 1962, 20)
- Wessels, Johannes / Hillenkamp, Thomas* Strafrecht Besonderer Teil 2, 38. Auflage, Heidelberg 2015
(zit.: *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT 2)



- Wessels, Johannes / Beulke, Werner / Satzger, Helmut* Strafrecht Allgemeiner Teil, 45. Auflage, Heidelberg 2015
(zit.: *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT)
- Walter, Tonio* Betrugsstrafrecht in Frankreich und Deutschland, Heidelberg 1999
(zit.: *Walter*, Betrugsstrafrecht)
- Wilhelm, Jan* Die Vermögensbindung bei der Aktiengesellschaft und der GmbH und das Problem der Unterkapitalisierung, in: Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag, Band 2, Köln 1978, S. 337ff.
(zit.: *Wilhelm*, Flume-FS II)
- Wittig, Petra* Die Absicht der rechtswidrigen Bereicherung, JA 2013, 401ff.
(zit.: *Wittig*, JA 2013, 401)
- Witzigmann, Tobias* Mögliche Funktionen und Bedeutungen des Absichtsbegriffs im Strafrecht, JA 2009, 488ff.
(zit.: *Witzigmann*, JA 2009, 488)
- Zieschang, Frank* Strafbarkeit des Geschäftsführers einer GmbH wegen Untreue trotz Zustimmung sämtlicher Gesellschafter?, in: Festschrift für Günter Kohlmann, Köln 2003, S. 351ff.
(zit.: *Zieschang*, Kohlmann-FS)



(koreanisch)

- Ahn, Gyeong-Ok* Kritik über die Vermögensvorteile und deren Berechnung gem. § 3 des Strafverschärfungsgesetzes in bestimmten Wirtschaftsverbrechen, Kyunghee Law Journal 【KLJ】 Vol. 45-4, The Institute of Legal Studies Kyunghee University, 2010, 261ff.
(zit.: *Ahn, Gyeong-Ok*, KLJ Vol. 45-4(2010), 261)
- Grenze der Bestrafung der Untreue auf der Basis vom tatsächlichen Treuverhältnis, The Journal of Korean Association of Criminalcase Case Studies 【KACCS】 Vol. 9, 2001, 279ff.
(zit.: *Ahn, Gyeong-Ok*, KACCS Vol. 9(2001), 279)
- Gefahr des tatsächlichen Schadenseintritts bei der Untreue, The Journal of Comparative Criminal Law 【JCCL】 Vol. 2, 2000, 211ff.
(zit.: *Ahn, Gyeong-Ok*, JCCL Vol. 2(2000), 211)
- Bae, Jong-Dae* Strafrecht Besonderer Teil, 7. Aufl. 2010
(zit.: *Bae, Jong-Dae*, Strafrecht BT)
- Baek, Hyeong-Gu* Strafrecht Besonderer Teil, Neufassung, 2002
(zit.: *Baek, Hyeong-Gu*, Strafrecht BT)
- Cheon, Jong-Cheol* Pflichtverletzung beim Untreuetatbestand, Yonsei Legal Studies 【YLS】 Vol. 3, Institute for Legal Studies of Yonsei Law School, 1995, 721ff.
(zit.: *Cheon, Jong-Cheol*, YLS Vol. 3(1995), 721)
- Cho, Kuk* Die Aufgabe und Grenze des Strafrechts bei der Bekämpfung gegen Unternehmensdelikte, The Journal of Criminal Law 【JCL】 Vol. 19-3, The Korean Criminal Law Association, 2007, 163ff.
(zit.: *Cho, Kuk*, JCL Vol. 19-3(2007), 163)



- Choi, Moon-Hee* Untreue durch den Geschäftsführer und die treuhänderische Pflicht bei der Emission der Wandelanleihe, Justic Vol. 112, Korea Legal Center, 2009, 37ff.
(zit.: *Choi, Moon-Hee*, Justic Vol. 112(2009), 37)
- Chung, Tae-Youl* Über die Zueignungsabsicht bei Vermögensdelikten –Insbesondere unter der Berücksichtigung des Diebstahls -, Dissertation an der Chosun Universität, 1999
(zit.: *Chung, Tae-Youl*, Über die Zueignungsabsicht)
- Chung, Young-Il* Strafrecht Besonderer Teil, 3. Aufl. 2011
(zit.: *Chung, Young-Il*, Strafrecht BT)
Subjekt der Untreue in Rechtsprechungen, Gosigye Vol. 642, Gosi-Law, 2010, 5ff.
(zit.: *Chung, Young-Il*, Gosigye Vol. 642(2010), 5)
- Hoh, Il-Tae* Tatsubjekt und Schadensbegriff in der Untreue, The Journal of Comparative Criminal Law 【JCCL】 Vol. 6, 2004, 137ff.
(zit.: *Hoh, Il-Tae*, JCCL Vol. 6(2004), 137)
Doppelte Übereignung und Untreue, The Journal of Criminal Law 【JCL】 Vol. 15, The Korean Criminal Law Association, 2001, 327ff.
(zit.: *Hoh, Il-Tae*, JCL Vol. 15(2001), 327)
- Hong, Gahae* Zur betriebswirtschaftlichen Rationalität bei der Auslegung des Untreutatbestands – Fremdfinanzierte Übernahme und Untreue-, Dissertation an der Korea-Universität, 2014
(zit.: *Hong, Gahae*, Fremdfinanzierte Übernahme und Untreue)
- Jang, Deok-Cho* Wandelanleiheemission beim unterschätzten Preis und Vermögensschaden der Gesellschaft, Beopjo Vol. 601, Bar Association, 2006, 54ff.
(zit.: *Jang, Deok-Cho*, Beopjo Vol. 601(2006), 54)



- Jang, Seong-Won* Anwendung des objektiven Tatbestandes der Untreue bei LBO, Hanyang Legal Studie **【HLS】** Vol. 22-2, The Institute for Legal Studies of Hanyang Law School, 2011, 341ff.
(zit.: *Jang, Seong-Won*, HLS Vol. 22-2(2011), 341)
- Jeon, Hyeng-Jeong* LBO und Untreue, Business, Finance and Law **【BFL】** Vol. 24, Center for Financial Law, 2007, 81ff.
(zit.: *Jeon, Hyeng-Jeong*, BFL Vol. 24(2007), 81)
- Jeong, Gi-Hwa* Eine rechtliche – ökonomische Analyse über die Entscheidung des Everland-Falls, Economics Joint Conference **【EJC】**, The Korean Economic Association, 2006, 1ff.
(zit.: *Jeong, Gi-Hwa*, EJC 2006, 1)
- Jo, Jun-Hyen* Strafrecht Besonderer Teil, Neufassung, 2007
(zit.: *Jo, Jun-Hyen*, Strafrecht BT)
- Joo, Kang-Won* Eine Studie über die besondere Untreue im Handelsrecht, Yonsei Legal Studies **【YLS】** Vol. 18-3, Institute for Legal Studies of Yonsei Law School, 2008, 361ff.
(zit.: *Joo, Kang-Won*, YLS Vol. 18-3(2008), 361)
- Kang, Dong-Wook* Nachdenken über Wesen und Subjekt der Untreue besonders im Untreuetatbestand im Handelsrecht, Studie for Law and Politic **【SLP】** Vol. 10, The Korean Association of Law and Politic, 2010, 229ff.
(zit.: *Kang, Dong-Wook*, SLP Vol. 10(2010), 229)
- Kang, Gu-Jin* Strafrecht Besonderer Teil, 7. Aufl. 2007
(zit.: *Kang, Gu-Jin*, Strafrecht BT)



- Kim, Byeong-Yeon* Anwendung der Untreue und Leveraged Buyout, The Journal of Korea Commercial Law Association 【JKCLA】 Vol. 29-1, Korea Commercial Law Association, 2010, 217ff.
(zit.: *Kim, Byeong-Yeon*, JKCLA Vol. 29-1(2010), 217)
- Kim, Hyun-Woo* Eine Studie über den Umfang der Tatbestandmäßigkeit der Untreue, Dissertation an der Universität Hanyang, 2010
(zit.: *Kim, Hyun-Woo*, Eine Studie über den Rahmen der Tatbestandmäßigkeit der Untreue)
- Kim, Il-Soo* Die gewerbsmäßige Untreue des alleinigen Aktionärs und zugleich Vorstands der Ein-Mann-Gesellschaft, Case Law Studie Vol. 4, Legal Research Institute of Korea University, 1986, 41ff.
(zit.: *Kim, Il-Soo*, CLSK Vol. 4(1986), 41)
- Kim, Il-Soo/ Seo, Bo-Hak* Strafrecht Besonderer Teil, 7. Aufl. 2007
(zit.: *Kim/Seo*, Strafrecht BT)
- Kim, Jong-Deok* Probleme bei Auslegung des Tatsubjektes des Untreuetatbestands, Justic Vol.112, Korea Legal Center, 2009, 6ff.
(zit.: *Kim, Jong-Deok*, Justic Vol.112(2009), 6)
Strafrechtliche Verantwortung von Rechtsperson und deren Organ beim Untreuedelikt, Journal of Korean Law Association 【JKLA】 Vol. 22, Korean Law Association, 2006, 255ff.
(zit.: *Kim, Jong-Deok*, JKLA Vol. 22(2006), 255)
- Kim, Seon-Bok* Ist der Vermögensvorteil als Tatobjekt des Vermögensdeliktes tauglich?, The Journal of Comparative Criminal Law 【JCCL】 Vol. 6-1, 2004, 91ff.
(zit.: *Kim, Seon-Bok*, JCCL Vol. 6-1(2004), 91)



- Kim, Seong-Cheon* / Strafrecht Besonderer Teil, 2. Aufl. 2006
- Kim, Hyeng-Joon* (zit.: *Kim/Kim*, Strafrecht BT)
- Kim, Seong-Don* Strafrecht Besonderer Teil, 2. Aufl. 2010
(zit.: *Kim, Seong-Don*, Strafrecht BT)
- Kim, Young-Whan* Rezeption des deutschen Strafrechts in Korea, in: Ostasiatisches Strafrecht (hrsg. von Eric Hilgendorf), Tübingen 2010, 42ff.
(zit.: *Kim, Young-Whan*, in: Ostasiatisches Strafrecht, 42)
- Kwak, No-Hyun* Ein Ablassurteil für Samsung-Everland AG durch den koreanischen obersten Gerichtshof, Democratic Legal Studies **【DLS】** Vol. 41, Democratic Legal Studies Association, 2009, 481ff.
(zit.: *Kwak, No-Hyun*, DLS Vol. 41(2009), 481)
- Kwon, Oh-Geol* Doppeltes Verkauf der beweglichen Sachen und Untreue, The Journal of Comparative Criminal Law **【JCCL】** Vol. 13-2, 2011, 401ff.
(zit.: *Kwon, Oh-Geol*, JCCL Vol. 13-2(2010), 401)
- Lee, Chul-Song* Die strafrechtliche Verantwortung des Geschäftsführers für die Emission von der Wandelanleihe beim unterschätzte Preis, Hume rights and Justice **【HJ】** Vol. 359, Korean Bar Association, 2006, 96ff.
(zit.: *Lee, Chul-Song*, HJ Vol. 359(2006), 96)
- Kapitaltransaktion und strafrechtliche Verantwortung des Direktors, Beopjo Vol. 603, Bar Association, 2006, 160ff.
(zit.: *Lee, Chul-Song*, Beopjo Vol. 603(2006), 160)
- Lee, Gyeong-Yeol* Misserfolg der Unternehmungsentscheidung und Untreue, Beopjo Vol. 603, Bar Association, 2006, 122ff.
(zit.: *Lee, Gyeong-Yeol*, Beopjo Vol. 603(2006), 122)
- Vermögensdelikte und Zueignungsabsicht, Beopjo Vol. 578, Bar Association, 2004, 51ff.
(zit.: *Lee, Gyeong-Yeol*, Beopjo Vol. 578(2004), 51)



- Lee, Hun-Jong* Anmerkung zum Samsung Everland-Fall, Hanyang Legal Studies **【HLS】** Vol. 21-1, The Institute for Legal Studies of Hanyang Law School, 2010, 435ff.
(zit.: *Lee, Hun-Jong*, HLS Vol. 21-1(2010), 435)
- Lee, Jae-Bang* *Leveraged Buy Out* und Anwendung der Untreue, Hongik Legal Studies **【HoLS】** Vol. 13-1, Law Research Institute, Hongik Universität, 2012, 545ff.
(zit.: *Lee, Jae-Bang*, HoLS Vol. 13-1(2012), 545)
- Lee, Jae-Jin* Eine Studie über die Untreue, Dissertation an der Universität Hanyang, 2010
(zit.: *Lee, Jae-Jin*, Eine Studie über die Untreue)
Ist LBO eine Untreue?, Hanyang Legal Studies **【HLS】** Vol. 21-4, The Institute for Legal Studies of Hanyang Law School, 2010, 13ff.
(zit.: *Lee, Jae-Jin*, HLS Vol. 21-4(2010), 13)
- Lee, Jae-Sang* Strafrecht, Besonderer Teil, 6. Aufl., 2009
(zit.: *Lee, Jae-Sang*, Strafrecht BT)
Subjekt der Untreue, Judicial Administration **【JA】** Vol. 289, Judicial Administration Association, 1985, 66ff.
(zit.: *Lee, Jae-Sang*, JA Vol. 289(1985), 66)
- Lee, Jeong-Won* Strafrecht Besonderer Teil, 3. Aufl. 2003
(zit.: *Lee, Jeong-Won*, Strafrecht BT)
- Lee, Jong-Hoon* Strafrechtliche Verantwortung des Vorstandsmitglieds im Fall der Emission der Wandelanleihe beim unterschätzte Preis, Business Law **【BL】** Vol. 19, The Korean Academy of Business Law, 2009, 345ff.
(zit.: *Lee, Jong-Hoon*, BL Vol. 19(2009), 345)
- Lee, Jong-Sang* Eine kritische Betrachtung Über die Verantwortlichkeit des Vorstandes und die Untreue, Business, Finance and Law **【BFL】** Vol. 19, Center for Financial Law, 2006, 44ff.
(zit.: *Lee, Jong-Sang*, BFL Vol. 19(2006), 44)



- Lee, Sang-Don* Unternehmerische Misserfolg und strafrechtliche Verantwortlichkeit, *Beopjo* Vol. 500, 2003, Bar Association, 98ff.
(zit.: *Lee, Sang-Don*, *Beopjo* Vol. 500(2003), 98)
- Leveraged Buy Out* und Untreue, *Journal of Korea Economic Law Association* 【JKELA】 Vol. 7-1, Korea Economic Law Association, 2009, 171ff.
(zit.: *Lee, Sang-Don*, Vol. 7-1(2009), 171)
- Lee, Yong-Sik* *Leveraged Buyout* als Untreue, *Ewha Law Journal* 【ELJ】 Vol. 14-3, Ewha Legal Science Institute, 2010, 83ff.
(zit.: *Lee, Yong-Sik*, *ELJ* Vol. 14-3(2010), 83)
- Lim, Jung-Ho* Eine Forschung über den Vermögensbegriff im Strafrecht, *Korean Criminological Review* 【KCR】 Vol. 77, Korean Institute of Criminology, 2009, 499ff.
(zit.: *Lim, Jung-Ho*, *KCR* Vol. 77(2009), 499)
- Eine Studie über das Wesen der Untreu, *Yonsei Legal Studies* 【YLS】 Vol. 18-2, Institute for Legal Studies of Yonsei Law School, 2008, 173ff.
(zit.: *Lim, Jung-Ho*, *YLS* Vol. 18-2(2008), 173)
- Eine Studie über den Täter der Untreue, *The Journal of Criminal Law* 【JCL】 Vol. 20-2, The Korean Criminal Law Association, 2008, 49ff.
(zit.: *Lim, Jung-Ho*, *JCL* Vol. 20-2(2008), 49)
- Eine Studie über das Vergehen gegen die Aufgabe in der Untreue, Dissertation an der Universität Yonsei, 2007
(zit.: *Lim, Jung-Ho*, Eine Studie über das Vergehen gegen die Aufgabe in der Untreue)



- Moon, Hyoung-Seob* Leistungsstörung und Untreue, Chonnam Legal Studies 【CLS】 Vol. 27, Institute for Legal Studies of Chonnam National University, 2007, 317ff.
(zit.: *Moon, Hyoung-Seob*, CLS Vol. 27(2007), 317)
- Verständnis von Vermögensdeliktstheorie, 2006
(zit.: *Moon, Hyoung-Seob*, Verständnis von Vermögensdeliktstheorie)
- Eine Studie über die Untreue, Dissertation an der Universität Honam, 2001
(zit.: *Moon, Hyoung-Seob*, Eine Studie über die Untreue)
- Oh, Young-Keun* Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl. 2010
(zit.: *Oh, Young-Keun*, Strafrecht BT)
- Eine Vergleichsstudie zu Vermögensdelikten im koreanischen und deutschen Strafrecht, The Journal of Criminal Law 【JCL】 Vol. 11, The Korean Criminal Law Association, 1999, 188ff.
(zit.: *Oh, Young-Keun*, JCL Vol. 11(1999), 188)
- Die Einflüsse der deutschen Strafrechtslehre auf die koreanische Strafrechtslehre und Rezeptionsprobleme, in: Ostasiatisches Strafrecht (Hrsg. von Eric Hilgendorf), Tübingen 2010, 63ff.
(zit.: *Oh, Young-Keun*, in: Ostasiatisches Strafrecht, 63)
- Park, Sang-Ki* Strafrecht Besonderer Teil, 8. Aufl. 2011
(zit.: *Park, Sang-Ki*, Strafrecht BT)
- Park, Sung-Min / Yoon, Hae-Sung* Der Begriff und die Maßstäbe vom Gewinn im Betrug auf dem Strafverschärfungsgesetz bezüglich bestimmten Wirtschaftsverbrechens, Sungkyunkwan Law Journal 【SLJ】 Vol. 21-1, The Institute of Legal Studies Sungkyunkwan University, 2009, 189ff.
(zit.: *Park/Yoon*, SLJ Vol. 21-1(2009), 189)



- Park, Sung-Soo* Untreue und derjenige, der über Geschäftsführung eines Fremden verfügt, *Beopjo* Vol. 46-4, Bar Association, 1997, 127ff.
(zit.: *Park, Sung-Soo*, *Beopjo* Vol. 46-4(1997), 127)
- Eine Analyse der strafrechtlichen Verantwortung in Aktiengesellschaft beim Handelsgesetzbuch, Dissertation an der Universität Hanyang, 2010
(zit.: *Park, Sung-Soo*, Eine Analyse der strafrechtlichen Verantwortung)
- Ryu, Jeon-Cheol* Die Vermögensgefährdung als der Vermögensnachteil in Untreue, *Chonnam Legal Studie 【CLS】* Vol. 30, Institute for Legal Studies of Chonnam National University, 2010, 107ff.
(zit.: *Ryu, Jeon-Cheol*, *CLS* Vol. 30(2010), 107)
- Seong, Min-Sup* Die strafrechtliche Verantwortung von Vorstandsmitglieder bei einer Wandelanleiheemission mit dem unterschätzten Preis, *Kukmin Legal Studie 【KLS】* Vol. 23-2, Legal Research Institute Kookmin University, 2011, 409ff.
(zit.: *Seong, Min-Sup*, *KLS* Vol. 23-2(2011), 409)
- Son, Dong-Kwun* Strafrecht Besonderer Teil, 3. Auflag. 2010
(zit.: *Son, Dong-Kwun*, Strafrecht BT)
- Song, OK-Yeol* Möglichkeit der Untreue und Emission der Wandelanleihe beim unterschätzte Preis, *Business, Finance and Law 【BFL】* Vol. 36, Center for Financial Law, 2009, 6ff.
(zit.: *Song, OK-Yeol*, *BFL* Vol. 36(2009), 6)
- Song, Jong-Joon* Untreue bei gesellschaftsrechtlich *Leveraged Buy Out* und Vorschläge für die gesetzliche Regelung, *The Korea Journal of Securities Law 【KJSL】* Vol. 10-2, Korean Securities Law Association, 2009, 319ff.
(zit.: *Song, Jong-Joon*, *KJSL* Vol. 10-2(2009), 319)



-
- Won, Hye-Wook* Eine Anregung zur Gesetzänderung des Untreuetatbestandes, The Journal of Criminal Law 【JCL】 Vol. 22, The Korean Criminal Law Association, 2004, 808ff.
(zit.: *Won, Hye-Wook*, JCL Vol. 22(2004), 808)
- Yoo, Heon-Jong* Grenze übersteigende Kreditvergabe und Untreue, Business, Finance and Law 【BFL】 Vol. 36, Center for Financial Law, 2009, 80ff.
(zit.: *Yoo, Heon-Jong*, BFL Vol. 36(2009), 80)
- Yoon, Seueng-Yeong* Im Hauptversammlung entschiedene Höhe übergezogene Abfindung, CG Review Vol. 47, Corporate Governance Service, 2014, 23ff.
(zit.: *Yoon, Seueng-Yeong*, CG Review Vol. 74, 23)
- Yim, Woong* Strafrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl. 2011
(zit.: *Yim, Woong*, Strafrecht BT)
- Kritische Untersuchungen über Vermögensgüterbegriff und Vermögensvorteilsbegriff im Vermögensdelikt, The Journal of Criminal Law 【JCL】 Vol. 21, The Korean Criminal Law Association, 2009, 359ff.
(zit.: *Yim, Woong*, JCL Vol. 21-4(2009), 359)



Lebenslauf

Persönliche Daten

Name : Cha, Jong Jin
Geburtsdatum : 11.27.1976
Geburtsort : Sokchosi, Südkorea

Schulbildung

1983 – 1989 Yeongnang Grundschule, Südkorea
1989 – 1992 Seolak Mittelschule, Südkorea
1992 – 1995 Sokcho Oberschule, Südkorea

Hochschulausbildung

1996 – 2004 Universität Ajou in Suwon, Südkorea
Bachelor der Rechtswissenschaft
2004 – 2006 Universität Ajou Graduate School in Suwon, Südkorea
Master der Rechtswissenschaft
2010 – 2015 Ruhr Universität Bochum
Doktor der Rechtswissenschaft



