



**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

I. 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 (Verfügungsbefugnis) oder einen



anderen zu verpflichten (Verpflichtungsbefugnis). Als Paradebeispiele der vom Gesetz eingeräumten Befugnis kommen z. B. die Eltern gegenüber ihren Kindern (§ 1626 BGB), Testamentvollstrecker (§ 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