

# JURISTISCHE ZEITGESCHICHTE

Abteilung 3: Beiträge zur modernen deutschen  
Strafgesetzgebung – Materialien  
zu einem historischen Kommentar

27

Kathrin Rentrop

## Untreue und Unterschlagung (§§ 266 und 246 StGB)

Reformdiskussion und Gesetzgebung seit dem 19. Jahrhundert



**BWV • BERLINER WISSENSCHAFTS-VERLAG**





# Juristische Zeitgeschichte

Hrsg. von Prof. Dr. Dr. Thomas Vormbaum  
(Institut für Juristische Zeitgeschichte, Hagen)

Abteilung 3:

Beiträge zur modernen deutschen Strafgesetzgebung –  
Materialien zu einem historischen Kommentar  
Hrsg. von Prof. Dr. Dr. Thomas Vormbaum

Band 27

Redaktion: Jutta Gratopp

Kathrin Rentrop

# **Untreue und Unterschlagung** **(§§ 266 und 246 StGB)**

Reformdiskussion und Gesetzgebung seit dem 19. Jahrhundert



**BWV • BERLINER WISSENSCHAFTS-VERLAG**

# 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.

ISBN 978-3-8305-2439-7

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungs-  
und Beihilfefonds Wissenschaft der VG Wort

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im August 2006 von der rechtswissenschaftlichen Fakultät der FernUniversität in Hagen als Dissertation angenommen.

Mein ganz besonderer Dank gilt an erster Stelle meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Dr. Thomas Vormbaum. Er hat mir nicht nur die grundsätzliche Möglichkeit eröffnet, diese Arbeit zu verfassen, sondern auch deren Entstehung durch fachlichen Rat, stetigen, wohlwollenden Zuspruch und hervorragende Betreuungsarbeit begleitet und gefördert. Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Günter Bemann gebührt Dank für die Übernahme des Zweitgutachtens.

Der Juristischen Gesellschaft in Hagen möchte ich für die Verleihung des Dissertationspreises des Jahres 2006, die eine große Ehre für mich bedeutet, ebenso danken wie der VG Wort für die Übernahme der Druckkosten.

Dankende Erwähnung verdient zudem die Hilfe der Mitarbeiter des Bundesarchivs in Berlin-Lichterfelde, Koblenz sowie in St. Augustin-Hangelar, die meine Anfragen immer rasch und weiterführend beantwortet haben und mir auch bei den Recherchen vor Ort mit freundlicher Kompetenz begegnet sind.

Bedanken möchte ich mich ferner bei allen Beschäftigten des strafrechtlichen Lehrstuhls der FernUniversität in Hagen – auch bei den während meiner Beschäftigung dort bereits ausgeschiedenen – für die insgesamt positive Gestaltung meines Arbeits- und damit des Entstehungsumfeldes meiner Dissertation.

Herzlicher Dank gilt überdies meiner Kommilitonin aus Bonner Studienzeiten, Frau Anja Kuhnert, die die Mühe des Korrekturlesens auf sich genommen hat.

Widmen möchte ich diese Arbeit schließlich meinen Eltern, die mich auf meinem bisherigen Lebensweg stets begleitet und mir mit Rat und Tat zur Seite gestanden haben. Dafür und für die besondere moralische Unterstützung während der Entstehungszeit dieser Arbeit danke ich ihnen sehr.

Hagen, im März 2007



# Inhaltsverzeichnis

<i>Abkürzungsverzeichnis</i> .....	XI
<i>Erstes Kapitel: Sachliche Grundlegung</i> .....	1
A) Problemstellung .....	1
B) Methoden und Fragestellungen.....	3
C) Forschungsstand.....	5
D) Darstellungsweise .....	6
<i>Zweites Kapitel: Historische Grundlegung</i> .....	7
A) Einleitung.....	7
B) Rezeptionsgeschichte.....	10
C) Partikulargesetzgebung.....	19
I. Außerpreußische Partikularrechte .....	19
1. Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern vom 6. Mai 1813 und Strafgesetzbuch für die Herzoglich Oldenburgischen Landen vom 10. September 1814.....	19
2. Weitere Partikulargesetzbücher.....	21
II. Preußisches Strafgesetzbuch (1851) nebst Entwürfen, Vorläufern und Änderungsgesetzen.....	24
III. Zusammenfassung/Fazit.....	38
<i>Drittes Kapitel: Reichsstrafgesetzbuch</i> .....	39
A) Der Entwurf Friedberg.....	39
B) Entwürfe der Bundesratskommission .....	47
C) Verhandlungen im Reichstag.....	56
D) Zusammenfassung/Fazit .....	59

<i>Viertes Kapitel: Reformversuche und Gesetzgebung bis zum Beginn der Strafrechtsreform</i> .....	62
<i>Fünftes Kapitel: Beginn der Strafrechtsreform</i> .....	74
A) Vorentwurf (1909) .....	74
B) Gegenentwurf (1911) .....	82
C) Kommissionsentwurf von 1913 .....	85
<i>Sechstes Kapitel: Weimarer Republik</i> .....	93
A) Entwurf von 1919 .....	93
B) Entwurf von 1922 (Entwurf Radbruch) und Entwurf von 1925 (Reichsratsvorlage) .....	98
C) Entwurf von 1927 (Reichstagsvorlage) .....	116
D) Der Entwurf Kahl von 1930 .....	123
E) Zusammenfassung/Fazit .....	126
<i>Siebentes Kapitel: Zeit des Nationalsozialismus</i> .....	129
A) Strafrechtsreform .....	129
I. Gesetz zur Abänderung strafrechtlicher Vorschriften vom 26. Mai 1933 .....	130
II. Arbeit der Strafrechtskommission ab 1933 .....	141
1. Der Referentenentwurf von 1933 (E 1933) .....	141
2. Denkschrift des preußischen Justizministers Kerrl von 1933 .....	142
3. Beratungen der Strafrechtskommission .....	144
B) Zusammenfassung/Fazit .....	161
<i>Achtes Kapitel: Reformdiskussion und Gesetzgebung nach 1945</i> .....	166
A) Gesetzgebung der fünfziger Jahre .....	166
B) Beratungen der Großen Strafrechtskommission ab 1954 und Entwurf von 1962 .....	168
I. Gutachten der Strafrechtslehrer .....	168
II. Regelungsvorschläge der II. Unterkommission .....	171

III. Änderungsvorschläge der Sachbearbeiter des Bundesjustizministeriums .....	187
IV. Beratungen im Plenum.....	193
V. Der Entwurf eines Strafgesetzbuchs nach den Beschlüssen der Großen Strafrechtskommission in erster und zweiter Lesung (E 1959 I, II).....	205
VI. Entwürfe von 1960 und 1962 .....	211
VII. Zwischenbilanz.....	219
C) Reformdiskussion und Gesetzgebung der sechziger bis neunziger Jahre .....	224
I. Erstes Strafrechtsreformgesetz (1. StrRG) vom 25. Juni 1969 .....	225
II. Das EGStGB vom 2. März 1974.....	227
III. Der Alternativentwurf eines Strafgesetzbuches Besonderer Teil – Straftaten gegen die Wirtschaft von 1977 .....	229
Exkurs .....	233
IV. Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität (2. WiKG) vom 15. Mai 1986 .....	237
V. Sechstes Gesetz zur Reform des Strafrechts (6. StrRG) vom 26. Januar 1998 .....	241
<i>Neuntes Kapitel: Zusammenfassung und Würdigung.....</i>	<i>253</i>
A) Zusammenfassung.....	253
B) Würdigung .....	270
I. Kontinuität.....	273
II. Kriminalisierung .....	277
III. Ethisierung/Moralisierung.....	279
IV. Funktionalisierung.....	282
V. Verfassungsmäßigkeit/Gesetzesbestimmtheit.....	284
VI. Ausblick .....	286

<i>Entwürfe</i> .....	295
<i>Quellenverzeichnis</i> .....	330
<i>Literaturverzeichnis</i> .....	343

## Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
a.D.	außer Dienst
a.E.	am Ende
a.F.	alte(r) Fassung
Abs.	Absatz
Abt.	Abteilung
AE	Alternativentwurf
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
ALR	Allgemeines Preußisches Landrecht (1794)
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
ArbuR	Arbeit und Recht
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
BArch	Bundesarchiv
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayStGB	Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern
BB	Betriebs-Berater
Bd., Bde.	Band, Bände
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (Amtliche Sammlung)
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Amtliche Sammlung)
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht

Bl.	Blatt
BMJ	Bundesministerium der Justiz
BRat	Bundesrat
BReg	Bundesregierung
BRD	Bundesrepublik Deutschland
bspw.	beispielsweise
BT	Besonderer Teil
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
C.C.C.	Constitutio Criminalis Carolina
CDU	Christlich Demokratische Union Deutschlands
CSU	Christlich-soziale Union
D.	Digesten
DB	Der Betrieb
DepotG	Gesetz über die Verwahrung u. Anschaffung von Wertpapieren
Ders.	Derselbe
d.h.	das heißt
Dies.	Dieselbe
DJ	Deutsche Justiz
DJT	Deutscher Juristentag
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DNVP	Deutschnationale Volkspartei
DR	Deutsches Recht
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DStZ	Deutsche Strafrechtszeitung
E	Entwurf
ebd.	ebenda
Einl.	Einleitung
EGStGB	Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch
etc.	et cetera

EuGH	Europäische Gerichtshof
evtl.	eventuell
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsstrafrecht
f.	folgende
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FDP	Freie Demokratische Partei
ff.	folgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
GE	Gegenentwurf (1911)
GenG	Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GerS	Der Gerichtssaal
GStA	Generalstaatsanwaltschaft
GuVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GS	Der Gerichtssaal
GSK	Große Strafrechtskommission
HGB	Handelsgesetzbuch
h.M.	herrschende Meinung
HRRS	Höchstrichterliche Rechtsprechung Strafrecht
hrsg.	herausgegeben
Hrsg.	Herausgeber
i.d.F.	in der Fassung
i.e.S.	im engeren Sinne
insbes.	insbesondere
i.S.d.	im Sinne des
i.w.S.	im weiteren Sinne
jew.	jeweils
Jhd.	Jahrhundert

Journ.	Journal
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KE	Kommissionsentwurf
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
LG	Landgericht
LJV	Landesjustizverwaltung
LK	Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch. Großkommentar
m.E.	meines Erachtens
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NdB	Norddeutscher Bund
n.F.	neue(r) Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NK	Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch
Nr.	Nummer
NSDAP	Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
nw.	nachgewiesen
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
ÖKV	Österreichische Kriminalistische Vereinigung
ÖStGB	Österreichisches Strafgesetzbuch
oldbgStGB	Gesetzbuch für die Herzoglich Oldenburgische Landen
OLG	Oberlandesgericht
Pr.GS.	Gesetz-Sammlung für die Königlich Preußischen Staaten
Prot.	Protokoll
PrStGB	Preußisches Strafgesetzbuch
Recht	Das Recht
Ref.-E.	Referentenentwurf
resp.	respektive

RG	Reichsgericht
RGBL.	Reichsgesetzblatt
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (Amtliche Sammlung)
RJA	Reichsjustizamt
RJM	Reichsjustizministerium
RK	Reichskanzler
RM	Reichsmark
RMdI	Reichsminister des Inneren
RMdJ	Reichsminister der Justiz
Rn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
RStGB	Reichsstrafgesetzbuch
RT	Reichstag
S.	Seite, Satz
s.	siehe
schriftl.	Schriftlich
SJZ	Süddeutsche Juristen-Zeitung
SK	Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch
s.o.	siehe oben
sog.	Sogenannte(r/s)
Sp.	Spalte
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
Sten. Ber.	Stenographische Berichte
StGB	Strafgesetzbuch
StraFo	Strafverteider Forum
StrÄndG	Strafrechtsänderungsgesetz
StrRG	Strafrechtsreformgesetz
StV	Der Strafverteidiger
s.u.	siehe unten
SZ	Süddeutsche Zeitung
u.a.	unter anderem/anderen
Ulp.	Ulpian

Urt.	Urteil
u.U.	unter Umständen
v.	von
Var.	Variante
VE	Vorentwurf (1909)
vgl.	vergleiche
v.H.	vom Hundert
VO	Verordnung
Vor, Vorbem.	Vorbemerkung(en)
WiKG	Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität
wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
z.B.	zum Beispiel
ZBIHR	Zentralblatt für Handelsrecht
ZEIT	Die Zeit
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
z.T.	zum Teil

# Erstes Kapitel: Sachliche Grundlegung

## A) Problemstellung

Untreue und Unterschlagung – ein ungleiches Paar: Im Rampenlicht sowohl der aktuellen fachinternen<sup>1</sup> als auch der öffentlichen Debatte<sup>2</sup> stehend der erstgenannte Straftatbestand, demgegenüber, vom Gesetzgeber im Zuge des 6. StrRG aus dem Jahre 1998 gar mit einer Subsidiariätsklausel<sup>3</sup> versehen, das vergleichsweise wenig aufsehenerregende Dasein eines „Allerweltsdelikts“ führend der andere.

„Die Untreue ist ins Gerede gekommen“<sup>4</sup>. „Der Straftatbestand der Untreue hat Hochkonjunktur“<sup>5</sup>, so wie er „überhaupt zum typischen Wirtschaftsverbrechen unserer Zeit geworden ist“<sup>6</sup>. Kaum ein Monat, ja kaum eine Woche vergeht, ohne daß die Medien<sup>7</sup> über Untreue-Vorwürfe gegen zumeist in Wirtschaft oder Politik etablierte Persönlichkeiten oder über diesbezügliche Gerichtsentscheidungen berichten, sei es im Zusammenhang mit Haushaltsgeldern<sup>8</sup>, Investitionsbeihilfen<sup>9</sup>, Firmengeldern<sup>10</sup>

- 
- 1 U.a.: *Altwater*, DRiZ 2004, 134; *Braum*, KritV 2004, 67 ff.; *Dahs*, NJW 2002, 272 ff.; *Daniels*, ZRP 2004, 270 ff.; *Eisner*, EWiR 2004, 723 ff.; *Englisch*, NJW 2005, 2974; *Hamm*, NJW 2005, 1993 ff.; *Hoffmann-Becking*, NZG 2006, 127 ff.; *Jahn*, ZRP 2004, 179 ff.; *Lange*, ArbuR 2004, 83 ff.; *Kargl*, ZStW 113 (2001), 564 ff.; *Kasiske*, wistra 2005, 81 ff.; *Krause*, StV 2006, 307 ff.; *Lesch*, DRiZ 2004, 135; *Ders.*, ZRP 2002, 159 ff.; *Matt*, NJW 2005, 389 ff.; *Ransiek*, ZStW 116 (2004), 634 ff.; *Ders.*, wistra 2005, 121 ff.; *Rönnau / Hohn*, NStZ 2004, 113 ff.; *Saliger*, ZStW 112 (2000), 563 ff.; *Schünemann*, StV 2003, 463 ff.; *Ders.*, NStZ 2005, 473 ff.; *Ders.*, NStZ 2006, 196 ff.; *Steiner*, Kreditwesen 2004, 1382 ff.; *Tiedemann*, ZIP 2004, 2056 ff.; *Ders.*, JZ 2005, 45 ff.; *Vogel / Hocke*, JZ 2006, 568 ff.; *Volhard*, in: FS-Lüderssen, S. 673 ff.
  - 2 SZ v. 31.10./1./2.11.2003, S. 26 – Verurteilung des ehemaligen Vorstandsvorsitzenden der Südmilch AG wegen Untreue; Der Spiegel, Heft 34/2003, S. 54 ff. – Mannesmann/Vodafone; FAZ v. 22.12.2005, S. 1, 3 – Mannesmann/Vodafone; SZ v. 22.12.2005, S. 1, 3 – Mannesmann/Vodafone.
  - 3 § 246 Abs. 1 StGB: „[...]“, wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist“.
  - 4 *Dahs*, NJW 2002, 272 (272).
  - 5 *Rönnau / Hohn*, NStZ 2004, 113 (113); *Seier*, in: Geilen-Symposium, S. 145 f.
  - 6 *Schünemann*, Organuntreue, S. 7.
  - 7 Vgl. Erstes Kapitel Fn. 2.
  - 8 BGH, NJW 2003, 2179 ff. – Gewährung von Subventionen; dazu: *Rübenstahl / Wasserburg*, NStZ 2004, 521 ff.
  - 9 BGH, NStZ 2004, 559 – BGHSt 49, 147 – Bremer Vulkan; dazu: *Kasiske*, wistra 2005, 81 ff.; *Kutzner*, NStZ 2005, 270 ff.; *Ransiek*, wistra 2005, 121 ff.; *Salditt*, NStZ 2005, 270 ff.; *Tiedemann*, JZ 2005, 45 ff.
  - 10 LG Braunschweig, Urt. v. 25.1.2006 – Hartz; vgl. dazu: Pressemitteilung des LG Braunschweig vom 2.2.2007: Urteil gegen Hartz rechtskräftig.

Parteispenden<sup>11</sup>, Risikogeschäften verschiedener Art<sup>12</sup>, Vorstandsvergütungen bei Konzernübernahmen<sup>13</sup>, Umgang mit finanziellen oder anderen Parlaments- und Regierungsressourcen<sup>14</sup> oder der Gewährung später notleidend werdender Kredite durch Banken und Sparkassen<sup>15</sup>.

Die strafrechtliche Untreue darf also derzeit mit Fug und Recht als prominent bezeichnet werden. Doch was wäre echte Prominenz ohne dazugehörige Allüren und oftmals komplizierte, abgründige Wesenszüge, die den Umgang mit ihr einerseits zwar interessant, andererseits aber nicht gerade einfach gestalten?

So gilt die Untreuevorschrift als die wohl „rechtlich schwierigste Norm des Besonderen Teils des StGB“<sup>16</sup>. Ferner ist zu lesen, § 266 StGB enthalte in seiner heutigen Fassung eine „Tatbestandsbeschreibung, die nicht nur Generationen von Jurastudenten zur Verzweiflung gebracht“<sup>17</sup> habe, drastischer noch, er stelle gleichsam das „dunkelste und verworrenste Kapitel des Besonderen Teils“<sup>18</sup> des StGB dar.

Angesichts derartiger Aussagen, der Fülle der zu § 266 StGB existierenden Literatur<sup>19</sup> und der durch eine verästelte Kasuistik geprägten Rechtsprechung, „die letztlich nur in einem am Alphabet ausgerichteten Register faßbar ist“<sup>20</sup>, mag man zunächst geneigt sein, eine emotional ablehnende oder gar resignative Haltung diesem Straftatbestand gegenüber einzunehmen. Die soeben geschilderte Popularität des Untreueunrechts in der Lebenswirklichkeit und die damit einhergehende kriminal- und rechtspolitische Relevanz<sup>21</sup> fordern indes zu einer wissenschaftlichen Befassung mit dem Thema unter Überwindung etwaiger Antipathien geradezu heraus. Inwie-

11 OLG Frankfurt, NJW 2004, 2028 ff. – Hessische CDU; LG Wiesbaden, Urt. v. 18.4.2005 – Az. 6 Js 320.4/00 – 16 KLs; BGH Urt. v. 18.10.2006 – 2 StR 499/05; LG Bonn, NStZ 2001, 375 ff. – Parteispenden; dazu etwa: *Schwind*, NStZ 2001, 349 ff.; *Saliger*, GA 2005, 155 ff.; *Beulke / Fahl*, NStZ 2001, 426 ff.

12 *Preussner / Pananis*, BKR 2004, 347 ff. – Corporate Governance.

13 BGH, Urt. v. 21.12.2005 – 3 StR 470/04, NJW 2006, 522 ff.; LG Düsseldorf, NJW 2004, 3275 ff. – Mannesmann/Vodafone; dazu: vgl. Literaturnachweise in Fn. 1.

14 BGH, NStZ 1995, 144 – Flugzeuge.

15 BGH, NStZ 2002, 262 ff. – Kreditvergabe; dazu: *Aldenhoff / Kuhn*, ZIP 2004, 103 ff.

16 *Dahs*, NJW 2002, 272 (273).

17 *Dahs*, NJW 2002, 272 (273).

18 *Schünemann*, in: LK, § 266 Rn. 1.

19 Unter Verzicht auf ausführliche Angaben wird an dieser Stelle nur auf die Ausführungen zum Forschungsstand, unten C), das Literaturverzeichnis der Arbeit sowie beispielhaft auf die rund fünf Seiten umfassenden Literaturangaben bei *Kindhäuser*, in: NK, § 266 StGB verwiesen.

20 *Schünemann*, Organuntreue, S. 10; *Schünemann*, in: LK, § 266 Rn. 103–130.

21 Vgl. Polizeiliche Kriminalstatistik Berichtsjahr 2005, S. 199: 3.1 Betrugsverwandte Delikte – Fallentwicklung und Aufklärung (Bereich Bundesgebiet insgesamt). Untreue – § 266 StGB – erfaßte Fälle 2004: 11020; erfaßte Fälle 2005: 12032; Veränderung in %: +9,2%; vgl. <http://www.bmj.de>.

weit der Weg zur Erkenntnis über die Auseinandersetzung mit der historischen Entwicklung des Untreueunrechts zu führen geeignet ist, mag am Ende der vorliegenden Untersuchung beantwortet werden.

## B) *Methoden und Fragestellungen*

Im Rahmen dieser Abhandlung sollen – der Aufgabenstellung des historischen Kommentars entsprechend – zuvörderst Reformdiskussionen und Gesetzgebung seit 1870 dargestellt werden. Daher soll und kann es nicht Aufgabe sein, alle dogmatischen Kontroversen um den Tatbestand der Untreue aufzugreifen und erschöpfend zu behandeln. Eine umfänglichere Beschäftigung mit „klassischen“ Streitfragen im Bereich der strafrechtlichen Untreue wird nur insoweit erfolgen, als diese für die Reformentwicklung von Bedeutung waren. Es werden nicht nur die Arbeiten der jeweiligen gesetzgebenden Körperschaft sowie die vorgelegten offiziellen Entwürfe und die dazugehörigen Stellungnahmen und Diskussionen der beteiligten Gremien referiert, sondern auch kritische Stimmen und private Reformüberlegungen innerhalb der juristischen Fachliteratur berücksichtigt. Darüber hinaus sollen auch das Normverständnis der Rechtsprechung und deren Einflußnahme auf die Reformentwicklung analysiert werden.

Einer zentralen Fragestellung wird sich auch diese Untersuchung nicht entziehen können: Es ist dies die Frage nach der Gesetzesbestimmtheit des § 266 StGB i.S.d. Art. 103 Absatz 2 GG, § 1 StGB. Daß die Norm des § 266 StGB polarisierende Wirkung entfaltet, zeigen exemplarisch die folgenden Aufsatztitel: „§ 266 StGB – auch heute noch sinnvoll und notwendig“<sup>22</sup>, demgegenüber „§ 266 StGB – Tatbestand ist schlechthin unbestimmt“<sup>23</sup>. Es wird deshalb unumgänglich sein, Überlegungen zu der Frage anzustellen, ob der „faktisch als Blankett ausgestaltete Tatbestand der Untreue“<sup>24</sup>, der gelegentlich auch als „Gummiparagraph“<sup>25</sup> bezeichnet wird, mit den Vorgaben des Grundgesetzes vereinbar ist.

Wenngleich das Delikt der Untreue als das zweifelsohne spektakulärere im Fokus der nachfolgenden Untersuchung stehen wird, soll auch dem Tatbestand der Unterschlagung gebührende Aufmerksamkeit gewidmet und sollen diesbezüglich ebenfalls Reformdiskussionen und Gesetzgebung seit 1870 beleuchtet werden. Zentrales Anliegen dieser Arbeit ist es, die Zusammenhänge zwischen den historischen Entwicklungslinien beider Delikte aufzuzeigen, Affinitäten und Unterschiede herauszu-

---

22 *Altwater*, DRiZ 2004, 134.

23 *Lesch*, DRiZ 2004, 135.

24 *Rönnau / Hohn*, NStZ 2004, 113 (113).

25 *Graf v. Westphalen*, ZIP 2004, 147 (147).

stellen und, im besten Falle, daraus positive Impulse für die Beurteilung der aktuellen Gesetzeslage zu gewinnen. Es wird sich dabei herausstellen lassen, daß – so unterschiedlich die Straftatbestände von Untreue und Unterschlagung in jeglicher Hinsicht auch sein mögen – sie doch gemeinsame Wurzeln besitzen und, einstmals gleichsam unförmig in einer „normativen Ursuppe“ schwimmend, erst nach und nach ihre jeweiligen Konturen erhielten. Da eben jener Spaltungsprozeß, den Untreue und Unterschlagung durchliefen und der zeitlich im Bereich der Partikulargesetzgebung zu verorten ist, im Rahmen dieser Arbeit besondere Berücksichtigung finden soll, ist es geboten, insoweit auch den vor 1870 liegenden Zeitraum näher ins Blickfeld zu rücken.

Wesentlicher Wendepunkt innerhalb der historischen Entwicklung des Untreueunrechts ist des weiteren das am 1. Juni 1933 in Kraft getretene Gesetz zur Abänderung strafrechtlicher Vorschriften vom 26. Mai 1933<sup>26</sup>, mit welchem der Untreuetatbestand unter Abkehr von der noch im § 266 RStGB anzutreffenden kasuistischen Aufzählung der einzelnen Tätergruppen völlig neu formuliert wurde. Auch wenn diese Neufassung des Tatbestandes in der Folgezeit noch mehrfach modifiziert wurde, läßt sich mit Blick auf die geltende Gesetzeslage<sup>27</sup> gleichwohl konstatieren, daß jene aus der Frühzeit des nationalsozialistischen Staates stammende Tatbestandsbeschreibung – zumindest in ihren Grundzügen – bis heute Bestand hat.

Diese Erkenntnis macht die Betrachtung der Untreuevorschrift unter dem Aspekt der Kontinuität im Kontext der deutschen Rechtsgeschichte und der allgemeinen deutschen Geschichte erforderlich. Neben die Auseinandersetzung mit den zeitgeschichtlichen Umständen der Reform von 1933 muß zugleich die Darstellung deren juristisch-dogmatischer Hintergründe treten, wobei insoweit eine Befassung mit dem Widerstreit zwischen „Treuebruchtheorie“ und „Mißbrauchstheorie“ praktisch geboten erscheint. Die Herkunft des heutigen Untreuetatbestandes wird schließlich auch ein bei der Untersuchung der Frage nach dessen Verfassungsmäßigkeit zu berücksichtigender und einer Wertung zuzuführender Aspekt sein.

---

26 RGBI. 1933 I, S. 295; vgl. *Vormbaum / Welp*, Das Strafgesetzbuch, Bd. 1, Nr. 33, S. 272 ff.

27 § 266 Abs. 1 StGB in der geltenden Fassung:

„(1) Wer 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 mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft“.

## C) Forschungsstand

Gerade in jüngster Zeit – vornehmlich ausgelöst durch das Verfahren Mannesmann/Vodafone<sup>28</sup> – hat das ohnehin umfangreiche Schrifttum<sup>29</sup> zu § 266 StGB enormen Zuwachs erfahren. Unter den erschienenen Veröffentlichungen sind jedoch nur wenige auszumachen, die sich unter historischen Gesichtspunkten mit dem Thema der strafrechtlichen Untreue beschäftigen. Im Vordergrund der in Bezug genommenen Ausführungen stehen zumeist spezielle strafrechtsrelevante Fragen zivil- bzw. gesellschaftsrechtlicher Natur auf der einen Seite und das grundsätzliche Problem der Verfassungskonformität des § 266 StGB unter dem Aspekt der Einhaltung des Bestimmtheitsgebots, Art. 103 Absatz 2 GG, § 1 StGB, auf der anderen Seite. Die Reformdiskussion ebbt nicht ab und wird beständig angefacht durch immer neue „Brandherde“<sup>30</sup>.

Von dem Straftatbestand der Unterschlagung, § 246 StGB, kann Vergleichbares nicht gesagt werden, obschon auch zu dieser Norm kritische Literatur zu finden ist, dies insbesondere im Hinblick auf die Konsequenzen der im Zuge des 6. StrRG vorgenommenen Gesetzesänderungen<sup>31</sup>.

Wissenschaftliche Untersuchungen, die sich explizit mit beiden Straftatbeständen befassen, bilden im neueren Schrifttum eher die Ausnahme, in der älteren Literatur hingegen sind sie relativ häufig anzutreffen: Die Abhandlungen von u.a. *Draheim*<sup>32</sup>, *H. Mayer*<sup>33</sup>, *Ebener*<sup>34</sup>, *Hirschfeld*<sup>35</sup>, *v. Stralenheim*<sup>36</sup> und *Wrede*<sup>37</sup> zeigen, daß die

---

28 Das Verfahren wurde mit Beschluß v. 29.09.2006 vorläufig eingestellt (§ 153a Abs. 1 und 2 StPO) – vgl. dazu Pressemitteilung des LG Düsseldorf, Nr. 09/2006; BGH Urt. v. 21.12.2005 – 3 StR 470/04, NJW 2006, 522 ff.; LG Düsseldorf Urt. v. 22.07.2004, Az. XIV 5/03, NJW 2004, 3275 ff.

29 Vgl. oben Fn. 18.

30 Vgl. z.B. zum Fall Hessische CDU – Parteispenden / *Kanther*: Abschlußbericht des Untersuchungsausschusses „Parteispenden“ BT-Drs. 14/9300; ZEIT, Heft 22/2000; Der Spiegel, Heft 50/2004, S. 58; FAZ v. 19.4.2005, S. 1 f.; FAZ v. 6.9.2006, S. 5; zum Fall *VW*: Der Spiegel, Heft 21/2006, S. 94 ff.; zum Fall *Calmund*: ZEIT online – Tagesspiegel – v. 19.8.2006; Der Spiegel, Heft 2/2007, S. 18 (Einstellung des Verfahrens).

31 *Bussmann*, StV 1999, 613 ff.; *Kindhäuser*, in: FS-Gössel, S. 451 ff.; *Murmann*, NStZ 1999, 14 ff.; *Stächelin*, StV 1998, 98 ff.

32 *Draheim*, Untreue und Unterschlagung.

33 *H. Mayer*, Die Untreue im Zusammenhang der Vermögensverbrechen.

34 *Ebener*, Die Untreue und ihr Verhältnis zur Unterschlagung.

35 *Hirschfeld*, Veruntreuung und Untreue.

36 *v. Stralenheim*, Das Verhältnis der Untreue zur Unterschlagung im vergangenen, geltenden und kommenden Recht.

37 *Wrede*, Die Untreue von der Peinlichen Gerichtsordnung 1532 bis zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 15. Mai 1871.

rechtshistorische Forschung im Bereich von Untreue und Unterschlagung kein gänzlich neues Betätigungsfeld darstellt. So greift auch die vorliegende Arbeit zwangsläufig schon bestehende Erkenntnisse auf und gibt diese an entsprechender Stelle wieder. Zwar existieren auch für den Zeitraum nach 1870 selektive rechtshistorische Untersuchungen<sup>38</sup> zu Untreue und Unterschlagung, eine zusammenhängende, die gesamte relevante Zeitspanne bis heute hin abdeckende Darstellung fehlt indes bislang.

#### D) *Darstellungsweise*

Die Darstellung erfolgt in historischen Abschnitten. Die jeweiligen Entwürfe werden in direktem Zusammenhang mit den dazugehörigen verfügbaren Motiven und Diskussionsprotokollen der beteiligten Gremien behandelt. Um einen Vergleich der unterschiedlichen Gesetzes- und Entwurfstexte zu ermöglichen, sind der Abhandlung die wechselnden Fassungen von Untreue- und Unterschlagungstatbestand in einem Anhang beigelegt.

Am Ende der Arbeit soll schließlich in einem letzten Kapitel ein Fazit aus den vorangegangenen Untersuchungen gezogen werden. Zugleich gilt es, dort den Versuch einer Gesamtbeurteilung der Entwicklung zu unternehmen.

---

38 So u.a. *Dunkel*, Erfordernis und Ausgestaltung des Merkmals 'Vermögensbetreuungspflicht' im Rahmen des Mißbrauchstatbestandes der Untreue (§ 266 I 1. Alternative StGB); *Nelles*, Untreue, die sich aus dem gesellschaftsrechtlichen Blickwinkel heraus mit der historischen Entwicklung des Untreueunrechts auseinandersetzt.

## **Zweites Kapitel: Historische Grundlegung**

### *A) Einleitung*

Die geschichtlichen Wurzeln der heutigen §§ 266 und 246 StGB gehen teils auf das Römische, teils auf das alte Deutsche Recht<sup>1</sup> zurück. Als kohärente Typen eines Vermögens- bzw. Eigentumsdelikts wurden die Tatbestände von Untreue und Unterschlagung allerdings erst im 19. Jahrhundert ausgestaltet<sup>2</sup>, nachdem sie zuvor zahlreiche Entwicklungsstufen durchlaufen hatten. Diese Entwicklungsphasen sollen nachfolgend zunächst grob skizziert und dann in einem zweiten Schritt einer detaillierteren Betrachtung unterzogen werden:

Das Römische Recht kannte weder die Unterschlagung noch die Untreue als selbständige allgemeine Rechtsbegriffe: Während Handlungen, die man nach geltendem Recht unter den Tatbestand der Unterschlagung subsumieren könnte, in dem weiten Begriff des „furtum“ aufgingen, machten Handlungen, die in der Verletzung von auf besonderem Vertrauen beruhenden, rechtlich anerkannten Treueverhältnissen bestanden und damit untreueähnlichen Charakter trugen, lediglich zivilrechtlich verantwortlich<sup>3</sup>.

Das germanisch-deutsche Recht zur Zeit sowohl der Volksrechte als auch der Rechtsbücher bestrafte zwar eine Kategorie diebstahlsverwandter Handlungen, die man nach heutigen Maßstäben als unterschlagungsartig charakterisieren könnte. Unter jenes „diebliche Behalten“ fiel aber nur die Vorenthaltung solcher Sachen, deren Besitz der Täter ohne den Willen des Eigentümers in nicht strafbarer Weise erlangt hatte<sup>4</sup>. In allen Fällen der in Zueignungsabsicht erfolgenden Vorenthaltung einer anvertrauten Sache – vergleichbar der veruntreuenden Unterschlagung im heutigen Sinne – galt nach dem alten deutschen Recht nur die Vertragspflicht als ver-

---

1 Das alte deutsche Recht läßt sich einteilen in die Zeit der Volksrechte (5. bis 8. Jahrhundert) und die Zeit der Rechtsbücher und Stadtrechte (9. bis 15. Jahrhundert).

2 Vgl. *Kindhäuser*, in: NK, § 266 Rn. 4.

3 *Draheim*, S. 1 f.

4 „So wenn jemand eine Sache findet, aber den Fund verheimlicht und die vorgeschriebene Verlautbarung versäumt, wenn ein flüchtiger Knecht oder ein Tier dem Nichteigentümer zuläuft, und er sie dem Herrn gegenüber verleugnet oder sie nicht vorschriftsmässig anbietet“, *Brunner*, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 2, § 139, S. 650.

letzt. Zur Ausgleichung dieser Verletzung erachtete man zivilrechtliche Mittel als ausreichend<sup>5</sup>.

Gegenüber jenem Rechtszustand bedeutete es eine erhebliche Modernisierung, daß die *Constitutio Criminalis Carolina* (C.C.C.)<sup>6</sup> von 1532 in Art. 170 erstmals selbständig den treulosen Umgang mit anvertrauten Sachen pönalisierte. Nach dieser Vorschrift war wie ein Dieb zu strafen, „welcher mit eins andern guttern, die jme jnn gutem glaubenn zu behalthen vnnd verwaren gegebenenn sein, williger vnnd geferrlicher weise dem glaubiger zu schadenn handelt“.

Im Vergleich mit Art. 170 der C.C.C. nahm hingegen eine völlig eigenständige Stellung die in der Reichspolizeiordnung (R.P.O.)<sup>7</sup> von 1577, Titel XXXII § 3<sup>8</sup>, „bei Vermeidung der Straff gemeiner Recht“ behandelte Untreue der Vormünder ein. Die Reichspolizeiordnung wies in jener Norm die Obrigkeit an, „keines Vormüunders Fahrlässigkeit noch weniger Vervortheilung bei seinem Pflegekind oder dessen Güter“ ungestraft hingehen zu lassen.

In der weiteren Entwicklung gemeinen Rechts stufte man die „Untreuefälle“ primär als „furtum“ ein<sup>9</sup>, wobei diese Zuordnung ihr Ende fand, als der Diebstahl nicht mehr als Besitzstörungs-, sondern als Aneignungsdelikt verstanden wurde und demzufolge das „furtum“ seine Bedeutung verlor<sup>10</sup>. In der Rezeptionsphase wurden zugleich vielfältige Straftatbestände für Vermögensbeschädigungen durch treulose Amtswalter geschaffen<sup>11</sup>.

Nach den zuvor kurz skizzierten Normen der Peinlichen Gerichtsordnung *Karls V.* (C.C.C.) und der Reichspolizeiordnung von 1577 bildet das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten (ALR) von 1794 einen weiteren Meilenstein innerhalb der Genese der in Rede stehenden Tatbestände. Das ALR behandelte die Untreue als Unterart des qualifizierten Betruges, mit dessen Strafandrohung auch sie versehen war, im 15. Abschnitt des 20. Titels des II. Teils, der die Beschädigung des Vermögens durch strafbaren Eigennutz und Betrug zum Gegenstand hatte. Erstmals fand sich hier in § 1329 ALR II 20 eine Legaldefinition, der zufolge im Sinne eines qualifizierten Betruges zu bestrafen war, wer „außer der allgemeinen Verbindlichkeit noch besondere Verpflichtungen, einen anderen mit Treu und Glauben zu behandeln, auf sich hat, und denselben gleichwohl hintergeht“.

---

5 *Draheim*, S. 5.

6 Peinliche Gerichtsordnung Kaiser *Karls V.*, abgedruckt in: *Kohler / Scheel*, Bd. I, C.C.C.

7 Vgl. allgemein zur Geschichte der Reichspolizeiordnungen: *Segall*.

8 Zum Wortlaut vgl. *Wrede*, S. 32.

9 *Dunkel*, Vermögensbetreuungspflicht, S. 88 ff.; *Sannwald*, S. 16.

10 *Kingsley*, S. 27, 31 f.; *Wrede*, S. 47 ff., 58 ff.

11 *H. Mayer*, S. 33 ff.

Die Partikulargesetzgebung stand insgesamt bis Mitte des 19. Jahrhunderts unter dem Einfluß des französischen Code pénal von 1810, der in Art. 408 ff. eine von Betrug und Diebstahl unabhängige, mit der Unterschlagung zusammenfallende Untreuestrafbarkeit vorsah, die sich auf den Mißbrauch von Vertrauen, den „abus de confiance“, stützte. Es entwickelten sich in der Folge partikulargesetzlich selbständige Vorschriften über die Untreue in bunter Vielfalt, wobei einige – so das von *Feuerbach* beeinflusste Bayerische Strafgesetzbuch (BayStGB) vom 6. Mai 1813<sup>12</sup> – durch den Versuch einer Definition der Untreue herausragten<sup>13</sup>. Diesen Bestimmungen waren gleichwohl noch wesensfremde Begriffsinhalte beigemischt, was sich an ihrer Aufspaltung in Einzeltatbestände des Diebstahls, der Unterschlagung, des Betrugs, des Partei- und Geheimnisverrats<sup>14</sup> und des Ehebruchs<sup>15</sup> zeigt. Dennoch zeichnete sich bereits hier eine immer stärkere Tendenz der inhaltlichen und terminologischen Differenzierung zwischen Untreue und Unterschlagung ab, was, wie später noch genauer darzustellen sein wird, auf Impulse des wissenschaftlichen Wirkens vor allem *Kleinschrods*<sup>16</sup> und *Feuerbachs*<sup>17</sup> zurückgeht. Die Kodifikationen der Strafgesetzbücher in einigen Partikularstaaten stellten so neben die Untreuebestimmung einen neuen Tatbestand der Unterschlagung, andere verzichteten hingegen ganz auf eine gesonderte Norm der Untreue, wobei die Unterschlagung bei diesen Gesetzen entweder in der Aneignung anvertrauter Sachen bestand oder dieser Fall der Verletzung eines besonderen Vertrauens zumindest als straferschwerend galt.

Nach umfassenden Vorarbeiten mit vielfältigen Entwürfen formulierte schließlich das Preußische Strafgesetzbuch vom 14. April 1851 in § 246 einen Untreuetatbestand mit einer einheitlichen Tathandlung und einer Beschränkung des Täterkreises auf bestimmte Treueverhältnisse. Ebenso wurde mit § 225 ein einheitlicher, die bisherige Kasuistik des ALR ablösender Unterschlagungstatbestand geschaffen. Dies ist vorläufiger Endpunkt einer wechselvollen Entstehungsgeschichte, deren genauere Darstellung sich dieses Kapitel nachfolgend widmet. Dabei wird eine Schwerpunktsetzung im Bereich der Rezeptionsgeschichte sowie der Partikulargesetzgebung vorgenommen und insbesondere die Entwicklung der Tatbestände von Untreue und Unterschlagung im Rahmen der preußischen Gesetzrevision nachgezeichnet.

---

12 BayGVBl. 1813, S. 665.

13 Art. 398 BayStGB: „Wer in einem Verhältnisse, wodurch er einem Anderen zu besonderer Treue und Ergebenheit verpflichtet ist, seiner Verbindlichkeit vorsätzlich zuwider handelt, wird dieser Treulosigkeit wegen nach folgenden Gesetzen bestraft, wenn nicht seine Handlung in Betrug, Unterschlagung oder eine andere schwere Übertretung übergeht“.

14 Z.B. §§ 1331–1376 ALR.

15 Z.B. Art. 401 ff. BayStGB, Art. 420 ff. OldbgStGB.

16 Dissertation: „De furti vere talis notis characteristicis, consummatione atque supplicio“.

17 *Feuerbach*, Lehrbuch, 11. Auflage, § 371, § 312.

## B) Rezeptionsgeschichte

Spuren und Anklänge an die heutigen Deliktumschreibungen von Untreue und Unterschlagung lassen sich – wie bereits angedeutet – bis in das Römische Recht hinein verfolgen, wenngleich entsprechende Tatbestände dort nicht normiert waren. Das Römische Recht kannte kein vom Privatrecht gesondertes Strafrecht; man hielt im allgemeinen bei Verletzung von privatrechtlichen Verbindlichkeiten, selbst im Falle der dolosen Begehung, den zivilrechtlichen Zwang zur Erfüllung und zum Schadensersatz für ausreichend<sup>18</sup>. Trotz Fehlens genereller Strafnormen ist aber aus verschiedenen Regelungen ersichtlich, daß dem Römischen Recht auch allgemein die Verletzung einer besonderen Treuepflicht strafwürdig erschien, konnte doch der zivilrechtlichen Verurteilung aufgrund der Art des Urteils oder der sich daran anschließenden Maßnahmen nahezu strafrechtliche Wirkung zukommen<sup>19</sup>. So wurde derjenige, der – beispielsweise als ungetreuer Vormund – in den Fällen der sogenannten „actiones famosae“ aufgrund der „actio fiduciae, tutelae, mandati, depositi, pro socio“ wegen doloser Vertragspflichtverletzung verurteilt worden war, nach prätorischem Recht mit der Ehrenstrafe der „Infamie“ belegt<sup>20</sup>. Die „infamia“ als Folge des Prozesses war eine harte Bestrafung des römischen Bürgers, wenn man ihre schweren Wirkungen in Betracht zieht, die in dem Verlust sämtlicher politischer Rechte, insbesondere dem Verlust des *ius suffragii* sowie des *ius honorum* und in der Beschränkung des *ius conubii* sowie des Rechts, für andere an die Gerichtsobrigkeit Anträge zu stellen, bestanden<sup>21</sup>.

Im einzelnen sind die normativen Bestimmungen, die sich in verwandten Linien zu den heutigen Tatbeständen von Untreue und Unterschlagung bewegen, in der römischen Rechtsmaterie versprengt: Mit Blick auf den Tatbestand der Unterschlagung wurde bereits in der Einleitung konstatiert, daß die nach heutigem Verständnis unter ihn zu subsumierende Fälle im Römischen Recht überwiegend dem „furtum“ zugeordnet wurden. Der Begriff des römischen „furtum“, von *Paulus*<sup>22</sup> als „contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve“ definiert, umspannte ein sehr weites und in der Abgrenzung unsicheres Gebiet<sup>23</sup>.

---

18 *Draheim*, S. 2; *Herrmann*, S. 9; *König*, S. 8; *Westphal*, S. 1; *Ziegler*, S. 7.

19 *Dunkel*, Vermögensbetreuungspflicht, S. 86.

20 *Ammon*, S. 11.

21 *Kaser*, § 88 II; *König*, S. 8; v. *Liszt*, S. 29 ff.; *Ziegler*, S. 7; *Dieterich*, S. 5.

22 D. de furtis, 47, 2 1.1 § 3; nw. bei *Draheim*, S. 1.

23 *H. Mayer*, S. 15.; *König*, S. 10: „Furtum ist bekanntlich jede widerrechtliche Aneignung von Vermögensstücken in Gewinnabsicht, und zwar muß – die Wurzel „fer“ des Wortes furtum deutet darauf hin – eigentlich ein Fortbewegen, d.h. eine körperliche Handlung, hinzukommen“.

Besonders bedroht war als „depeculatus“ oder „peculatus publicus“<sup>24</sup> das *furtum* am beweglichen Staatsgut. In seinem wichtigsten Anwendungsfall, der Entwendung von Metall oder Münzen aus öffentlichen Kassen, nahm es praktisch zumeist die Form der durch Beamte verübten Veruntreuung öffentlicher Gelder an<sup>25</sup>. Diese widerrechtliche Aneignung von Staats- und Gemeindegut wurde auch als „*crimen residui*“ bezeichnet<sup>26</sup>. Mit der „*actio furti*“, die auf das Doppelte des Entwendeten ging und so ihre Strafnatur enthüllte, konnte jede widerrechtliche Aneignung anvertrauter Güter in gewinnsüchtiger Absicht verfolgt werden<sup>27</sup>. Eine nur untergeordnete Rolle hingegen spielte das „*crimen stellionatus*“: Der Stellionat war ein gegenüber allen rechtswidrigen, arglistig herbeigeführten Vermögensbenachteiligungen subsidiärer Verbrechensbegriff<sup>28</sup>. Erwähnung finden muß hier auch die „*actio depositi*“ bei Vorenthaltung einer hinterlegten Sache, die schon nach den zwölf Tafeln auf das Doppelte des Wertes der Sache ging und gemeinhin als Strafklage wegen Unterschlagung anvertrauter Sachen interpretiert wird<sup>29</sup>. Im Rahmen der Genealogie des heutigen Untreuetatbestandes ist des weiteren die Sanktionierung der sogenannten „Prävarikation“ zu berücksichtigen: Bei der Verletzung von auf besonderem Vertrauen beruhenden, rechtlich anerkannten Treueverhältnissen nahm der in der „*praevaricatio*“<sup>30</sup> gelegene Treubruch eine besondere, quasi-strafrechtliche Bedeutung in Anspruch. Das mit einer Strafe „*extra ordinem*“ belegte „*delictum publicum*“ der „*praevaricatio*“ wurde als absichtliche Unterstützung der gegnerischen Prozeßpartei durch denjenigen, der die Interessen der anderen Partei zu vertreten hatte, verstanden<sup>31</sup>, wobei Subjekte dieses Treubruchs sowohl der Ankläger im „*publicum iudicium*“ als auch der „*advocatus*“ sein konnten<sup>32</sup>. In den Rahmen dieser Betrachtung gehört weiterhin die „*actio de distrahendis rationibus*“, mittels derer der ungetreue Vormund auf das „*duplum*“ des veruntreuten Wertes verurteilt werden konnte. Eine ebenso wichtige Rolle spielte schließlich die „*actio doli*“, die gegen jede böswillige Vermögensbeschädigung gegeben war<sup>33</sup>.

Eine Gesamtschau der genannten Bestimmungen ergibt, daß das Römische Recht, kannte es doch die Tatbestände von Untreue und Unterschlagung im heutigen Sinne

24 1.1. D. 48, 13.; nw. bei König, S. 9.

25 Draheim, S. 1.

26 König, S. 7 f.

27 1.19. § 6, 1.66, pr. D. h. t. 47, 2; 1.16 D. de cond. furt. 13, 1; nw. bei König, S. 9.

28 Sohm, S. 455.

29 Draheim, S. 2; Herrmann, S. 10; Pernice, S. 435.

30 Ulp., D. 47.15.1 pr.: „*diversam parteum adiuvaré prodita causa sua*“; nw. bei König, S. 9.

31 Mommsen, S. 501 ff.

32 Draheim, S. 2; König, S. 9.

33 Mommsen, S. 679 f.; Sohm, S. 221, 460 f.

noch gar nicht, eine klare Differenzierung zwischen untreueähnlichen Handlungen einerseits und unterschlagungsähnlichen Handlungen andererseits vermissen ließ. Die gleichwohl vorhandenen Regelungsansätze wurden aber, wie im folgenden noch zu zeigen sein wird, in der Rezeptionsphase teilweise wieder aufgegriffen und unter dem Einfluß neuer Erkenntnisse systematisch weiterentwickelt.

Im alten deutschen Recht sind Anknüpfungspunkte an den heutigen Tatbestand der Untreue nur schemenhaft vorhanden. Zwar begegnet man dort dem Wort „Untrüw“, jedoch steht dieser Begriff in keiner inneren Beziehung zu dem der Untreue des heutigen Rechts. Er war zunächst eine andere Art der Bezeichnung für die „Felonie“, die Verletzung des Lehens- und Untertanenverhältnisses<sup>34</sup>. In dieser Bedeutung erschien der Ausdruck „Untrüw“ im Sachsenspiegel<sup>35</sup> und im ersten Regensburger Landfrieden von 1281. Im Schwabenspiegel<sup>36</sup> wurde die „Untrüw“ zudem als „Ver-rat“, nämlich als Tötung oder als böswillige Herbeiführung einer Lebensgefahr durch den zum Schutz der betreffenden Person besonders Verpflichteten verstanden. So konnte der Vormund, der dolos oder fahrlässig seine Pflichten dem Mündel gegenüber verletzt hatte, schimpflich entlassen werden<sup>37</sup>; dasselbe konnte dem Fürsprech widerfahren, der zum Nachteil seiner Partei handelte<sup>38</sup>.

Wie schon einleitend erwähnt, war der Begriff der Unterschlagung dem germanischen Recht gleichermaßen fremd. Selbst hinsichtlich des sogenannten „dieblichen Behaltens“ einer Sache, das der Sachsenspiegel mit dem Diebstahl in Verbindung brachte<sup>39</sup>, erweist sich, stellt man mit Mayer<sup>40</sup> auf die Intention des Spieglers ab, die Interpretation dieses Terminus als Synonym für den heutigen Begriff der Unterschlagung nicht nur in inhaltlicher Hinsicht als schwierig: Alle Fälle „dieblichen Behaltens“<sup>41</sup> stimmten darin überein, daß die betreffende Sache ohne den Willen des Eigentümers aus seinem Gewahrsam gekommen und in der Folge derjenige des Diebstahls verdächtig war, bei dem sie sich nunmehr befand. Verhehlte oder verschwiegen letzterer die Sache, so wurde sie „dieblich“, d.h. als Diebesgut behandelt. Der Spiegler betonte in seinen Ausführungen zwar einerseits die Diebstahlsähnlich-

---

34 *König*, S. 10.

35 Sachsenspiegel, Buch I, 40.

36 Schwabenspiegel, c. 43, c. 66, c. 87.

37 Schwabenspiegel, c. 66.

38 Schwabenspiegel, c. 87.

39 Der erste Fall ist, wenn einem eine fremde Sache im Wasser zufließt, Sachsenspiegel Buch II, Art. 29, der zweite, wenn eine Sache gefunden wird, Sachsenspiegel Buch II, 37 § 1, der dritte, wenn eine Sache Dieben und Räubern abgejagt wird, Sachsenspiegel Buch II, 37 § 1, der vierte, wenn jemand durch Mißgriff in den Besitz einer fremden Sache gelangt ist, Buch III, 37 §§ 4, 89.

40 *H. Mayer*, S. 9.

41 Vgl. Fn. 4.

keit derartigen „Behaltens“, hob aber zugleich hervor, daß der Täter gerade kein Dieb sei. Letzteres spricht für die Ansicht *Mayers*<sup>42</sup>, der Spiegler habe lediglich das Vorliegen eines Diebstahls in den genannten Fällen verneinen, also eine bloße Negativaussage treffen wollen, ohne jedoch zugleich mit der Verwendung des Terminus „diebliches Behalten“ die Aufstellung eines neuen Deliktsbegriffs im Sinne der Unterschlagung zu beabsichtigen.

Was nun die „Untreuefälle“ angeht, so wählten, insoweit dem Römischen Recht vergleichbar, sowohl die Volksrechte als auch die Rechtsbücher bei Verletzung der Vertragspflicht, namentlich bei Vorenthaltung anvertrauter Sachen, den zivilrechtlichen Ausgleich<sup>43</sup>. Deshalb erschienen ihnen die Rechtsvollstreckung und die den Schuldner treffenden Prozeßstrafen ausreichend<sup>44</sup>. Zu einer Kriminalisierung des durch Vorenthaltung an anvertrauten Sachen begangenen Treubruchs schritt das alte deutsche Recht erst dann, wenn die Rechtsvollstreckung einen genügenden Ausgleich für die Verletzung der obligatorischen Pflicht nicht gewährte, also in den Fällen der Unmöglichkeit der Rechtserfüllung<sup>45</sup>.

Die *Peinliche Gerichtsordnung Karls V. (C.C.C.)* aus dem Jahre 1532 enthielt zwei Bestimmungen, die für das heutige Untreuerecht von Interesse sind: Art. 115 C.C.C. und Art. 170 C.C.C. In Art. 115 C.C.C.<sup>46</sup> wurde die sich an das Römische Recht anlehrende „*praevaricatio*“ normiert. Sie beschränkte sich jedoch auf die „*procuratores*, so ihren Parteien zum Nachteile gefährlicher Weise den Widerteilen zugute handeln“. Die Bedeutung dieser Vorschrift liegt in folgendem: Durch eine extensive Auslegung wurden Tutoren und Kuratoren, Feldmesser und Schätzer unter den Unterbegriff der „*quasiprocuratores*“ und so unter den Hauptbegriff der „*procuratores*“ gestellt<sup>47</sup>. Art. 170 C.C.C.<sup>48</sup> kriminalisierte derweil neben dem Diebstahl die an an-

---

42 *H. Mayer*, S. 9 f.

43 Siehe oben Zweites Kapitel A) und B).

44 *Draheim*, S. 4 ff.

45 *Löning*, S. 406 ff.

46 Genauer Wortlaut: „Straff der procurator, so jrenn parthienn zu Nachtheill gefeherlicher fursatzlicher weise den widerteilln zu gut handdelln. Item so ein procurator fursatzlicher geveherlicher weise seiner parthey jnn Burgerlichenn oder peinlichen sachenn zu nachtheill vnnd dem widertheill zu gut handdellt Vnnd sollicher vbeltat Vberwunden wurt, der soll zufferst seinem theill nach allem Vermogen sein schaden, so er sollicher sachenn halb empfahet, widerlegen vnnd darzu jnn Branger oder hallsysenn gestellt, mit Ruten ausgehawen, des Lanndts verpotten oder sunst nach gelegenheit der misshandlungne jnn andere weg gestrafft werden“, abgedruckt in: *Kohler / Scheel*, Bd. I, C.C.C., S. 61.

47 *Ammon*, S. 16 ff.; *König*, S. 11.

48 Genauer Wortlaut: „Straff der Jhennen, so mit vertrauter oder hinderlegter habe vngetrewlich handeln. Item welcher mit eins anndern guttern, die jme in gutem glaubenn zu behallten vnnd verwaren gegebenenn sein, williger und geferrlicher weise dem glaubiger zu schadenn handdelt,

vertrauten Sachen begangene Treulosigkeit. Diese Bestimmung war erstmalig 1507 als Art. 196 der Bambergischen Halsgerichtsordnung, die *Johann Freiherr zu Schwarzenberg und Hohenlandsberg* verfaßt hatte, erschienen<sup>49</sup>. Der Umfang des Art. 170 C.C.C. war in zweifacher Hinsicht umstritten: Zunächst herrschten Meinungsverschiedenheiten bezüglich der Frage, ob sich Art. 170 C.C.C. nur auf das depositum, also auf die hinterlegte Sache, bezog<sup>50</sup> oder ob die Vorschrift ihrem Wortlaut nach auch auf das commodum<sup>51</sup> auszudehnen war. Des weiteren wurde der Umfang der Tatbestandshandlung uneinheitlich beurteilt: Nach einer Ansicht verlangte der Tatbestand des Art. 170 C.C.C. lediglich, daß der Täter in beliebiger Weise „dem glaubiger zu schaden handelt“<sup>52</sup>. Nach diesem Normverständnis müßten von Art. 170 C.C.C. auch die heutigen außerhalb der Unterschlagung liegenden Untreuefälle – zumindest partiell – mit erfaßt worden sein. So formulierte *Wahlberg*<sup>53</sup> zu Art. 170 C.C.C. sehr plastisch, daß „in dieser entscheidenden Stelle die Unterschlagung und die Untreue wie im Keime“ lagen. Anderer Ansicht zufolge<sup>54</sup> erschöpfte sich die Tatbestandshandlung des Art. 170 C.C.C. in einer reinen Unterschlagungshandlung im heutigen Sinne. Argumentativer Ansatz für die Vertreter jener Theorie war die Reichspolizeiordnung von 1577, die in Titel XXXII § 3<sup>55</sup> die Untreue der Vormünder regelte. Man gab die nicht einzusehende Überflüssigkeit einer neuen reichseinheitlichen Regelung zu bedenken, wolle man unterstellen, daß der Fall der Vormunduntreue bereits von Art. 170 C.C.C. erfaßt sei<sup>56</sup>. Die Vorschrift der R.P.O. von 1577, Titel XXXII § 3, deren Strafcharakter von *Wrede*<sup>57</sup> in Zweifel gezogen wird, war ihrem Wortlaut nach nicht auf vermögensrechtliche Verhältnisse beschränkt. Ebenso wenig war die dort in Bezug genommene Handlung fest umrissen, so daß als „Untreue“ hier auch die Unterschlagung im heutigen Sinne angesehen werden konnte. Von einer erkennbaren Systematik kann daher im Hinblick auf die R.P.O., Titel XXXII, § 3 keine Rede sein. Die besondere Bedeutung jener Norm

---

solliche Missenthat, jst einem diepstall gleich zu straffenn“, aus: *Kohler / Scheel*, C.C.C., S. 91.

49 *Wrede*, S. 21.

50 *Ammon*, S. 17; *Carpzov*, Practica Nova qu. 85 nr. 66.71 (Wittenberg, 1665); *Boehmer*, Meditationes in C.C.C. § 1 ad art. 170 (Halae-Magdeburgicae 1770); *Gobler*, Gobleri versio Art. 170; *Wächter*, § 207.

51 *Remus*, Remi paraphrasis des Art. 170.

52 *Draheim*, S. 7; *Dieterich*, S. 6; *Klein*, S. 2; *H. Mayer*, S. 14; *Wahlberg*, Gesammelte kleinere Schriften etc., Bd. 2, S. 192; *Wrede*, S. 40; *Ziegler*, S. 8.

53 *Wahlberg*, a.a.O., S. 189 ff.

54 *Cartier*, S. 80; *Westphal*, S. 4.

55 Zum Wortlaut siehe oben Zweites Kapitel B).

56 *Dunkel*, Vermögensbetreuungspflicht, S. 89; *König*, S. 12.

57 *Wrede*, S. 32.

läßt sich aber daran ablesen, daß sie von *Binding*<sup>58</sup> als „eine der beiden Wurzeln, auf welche die Untreue zurückgeht“, angesehen wurde.

Im 16. und 17. Jahrhundert war die Rechtswissenschaft insgesamt geprägt vom römischrechtlichen Denken: Dreh- und Angelpunkt war im hier interessierenden Deliktsbereich insoweit das „furtum“, wobei eine Unterscheidung zwischen „furtum“ und Diebstahl im Anschluß an das justinianische Recht nicht vorgenommen, sondern die gleiche Bedeutung beider Begriffe vielmehr als selbstverständlich vorausgesetzt wurde<sup>59</sup>. Deshalb unterstellte man dann auch den mit dem Untreuegedanken durchwirkten Art. 170 C.C.C. dem „furtum“ als Fall des „furtum rei depositae“<sup>60</sup>. Erst *Carpzow*<sup>61</sup> begann, den Begriff des „furtum“ aufzulösen und zum deutschrechtlichen Diebstahlsbegriff hin einzuengen. Diese Weiterentwicklung betraf die Untreue zunächst nicht unmittelbar, was sich exemplarisch daran zeigt, daß in der im Jahre 1769 verkündeten *Constitutio Criminalis Theresiana* die Untreue dem Diebstahl immer noch unterstellt war<sup>62</sup>.

Infolge der im 18. Jahrhundert immer stärker werdenden Beeinflussung des Strafrechts durch das Naturrecht trat die Untreue mehr und mehr in den Vordergrund strafrechtlicher Betrachtungen: Man erklärte aus moralischen Erwägungen heraus Qualität und Quantität der Handlung bei der Untreue für weitaus größer als beim einfachen Diebstahl und folgerte daraus ein erhöhtes Strafbedürfnis<sup>63</sup>. Letztlich und am entscheidendsten aber wurde die Untreue dadurch betroffen, daß am Ende des 18. Jahrhunderts als besondere Art des Diebstahls Fälle der sogenannten „Unterschlagung anvertrauten Guts“ genannt wurden: Richtungsweisend war in diesem Kontext die Dissertation *Kleinschrods*<sup>64</sup>, in der dieser die Fälle, die er zum Diebstahl rechnete, weil eine vom natürlichen Besitzer dem bürgerlichen Besitzer gegenüber vorgenommene Besitzentziehung vorlag, nicht als besonders gelagerte Untreuefälle, sondern als „Unterschlagung anvertrauten Guts“ bezeichnete. Wurde die Untreue

58 *Binding*, Grundriß II. § 187, S. 218; ihm folgend: *Draheim*, S. 8; *König*, S. 13.

59 *Wrede*, S. 34 ff.; 41 ff. m.w.N.

60 *Wrede*, S. 34 ff.

61 *Benedict Carpzow* (1595–1666).

62 Art. 94 § 1: „Eines Diebstahls machen sich auch diejenigen schuldig, denen der Eigentümer oder Innhaber eines beweglichen Guts dasselbe zum Gebrauch geliehen, oder in verwahrliche Aufbewahrung, oder in getreue Verwaltung, oder sonst zu einem bestimmten Endzweck übergeben, und welche sodann das zum Gebrauch geliehene, das hinterlegte, oder sonst anvertraute Geld, oder in wem immer bestehende Fahrnis gefährlich, und treulos verthun, verzehren, verhandeln, sich selbst zueignen, oder wie immer wider Willen, und zu Schaden des die Sache anvertrauenden Eigenthümers, oder Innhabers unterschlagen. Was aber die Misshandlung der untreuen Beamten, welche mit Unseren Landesfürstlichen, oder andern Gemeingeldern betrügerlich, und treulos umgehen, anbelanget, da wird unten Art. 97 besonders hievon gehandelt“.

63 v. *Soden*, Geist der Peinlichen Gesetzgebung Teutschlands. Dessau 1782, § 310.

64 *Kleinschrod*, De furti vere talis notis characteristicis, consummatione atque supplicio.

somit aus dem Gebiet des „furtum“ verdrängt, mußte sie sich, wie Mayer<sup>65</sup> es sehr anschaulich ausdrückt, „anderen Unterschluß suchen“ und gewann mithin Beziehungen zum „falsum“. Darunter hatte man im Römischen Recht zunächst die böswillige und unredliche Verletzung der Wahrheit verstanden<sup>66</sup>. Im Zuge der Rezeption wurden dann auch Handlungen, die im Römischen Recht als *stellionatus*<sup>67</sup> bestraft worden waren, unter den Oberbegriff des „*crimen falsi*“ gefaßt, da auch sie eine Wahrheitsentstellung beinhalteten<sup>68</sup>. Dies führte zu einer Rechtslage, der es an einer einheitlichen Dogmatik mangelte; die weitgehend unbestimmte Deliktsfigur des „*crimen falsi*“ war demzufolge auch offen gegenüber dem Untreuegedanken. Zu deutlichem Ausdruck gelangte diese Verschmelzung von Untreue und „*falsum*“ in der Titelfolge des Preußischen Allgemeinen Landrechts (ALR). Dieses vermochte die neuen Erkenntnisse, zu denen die strafrechtliche Rechtslehre im 18. Jahrhundert gekommen war, noch nicht mit letzter Konsequenz umzusetzen<sup>69</sup>: So entsprach im preußischen Recht die Auffassung des Diebstahls als Entwendung einer beweglichen Sache aus dem Besitz eines anderen durchaus noch dem römischrechtlichen Begriff des „furtum“ und damit dem alten Rechtszustand, während die zwischen diesem Diebstahlsbegriff und der Untreue vorgenommene Differenzierung die neuere Rechtsauffassung widerspiegelte. Das ALR zählte nämlich den Diebstahl<sup>70</sup> zu den „Beschädigungen des Vermögens überhaupt und den Entwendungen insonderheit“, die Untreue dagegen als qualifizierten Betrug zu den „Beschädigungen des Vermögens durch strafbaren Eigennutz und Betrug“. Als qualifizierter Betrug wurde die Untreue im Gegensatz zum gemeinen Betrug von Amts wegen untersucht und bestraft<sup>71</sup>. Kennzeichen der Generalklausel des § 1329 ALR II 20 war die besondere Verpflichtung des Handelnden zu Treu und Redlichkeit; die Definition erschöpfte indes den allgemeinen Deliktsbegriff nicht ganz. Das Gesetz zählte vielmehr elf Einzeltatbestände auf, nämlich die Untreue der Beamten (§ 1330)<sup>72</sup>, der Vormünder (§ 1331)<sup>73</sup>, der Mäkler (§ 1333)<sup>74</sup>, der Justizcommissarien und Consulanten

---

65 H. Mayer, S. 39.

66 Ortloff, S. 85.

67 Siehe oben Zweites Kapitel B).

68 Wächter, S. 454 f.

69 Wrede, S. 65.

70 ALR II 20 § 1108: „Wer um seines Gewinns, Vortheils, oder Genusses willen, eine bewegliche Sache aus dem Besitze eines Andern ohne dessen Vorbewußt oder Einwilligung entwendet, der macht sich eines Diebstahls schuldig“.

71 ALR, 14. und 15. Abschnitt.

72 ALR II 20 § 1330: „Die Strafe ungetreuer Beamten ist im Siebenten Abschnitte bestimmt“.

73 ALR II 20 § 1331: „Vormünder und Curatores, die durch untreue und unredliche Verwaltung des Vermögens ihres Pflegebefohlenen die Remotion verwirkt haben (Tit XVIII.§.924.sqq.), sollen, außer der ordinären Strafe des qualificirten Betrugs (§.1328.) für unfähig erklärt werden, ein öffentliches Amt zu bekleiden; irgend eine Art des Erfüllungseides wider den Willen

(§ 1334)<sup>75</sup>, der Privatverwalter (§ 1345)<sup>76</sup>, des Gesindes (§ 1350)<sup>77</sup>, die Untreue bei Depositis (§ 1353)<sup>78</sup> und durch Erbrechung fremder Briefe (§ 1370)<sup>79</sup>, die Untreue der Privatbevollmächtigten (§ 1372)<sup>80</sup>, der Handlungsgesellschafter (§ 1375)<sup>81</sup> und die Untreue bei Assecuranzverträgen (§ 1376)<sup>82</sup>, und verknüpfte die Strafdrohung mit diesen. Bei zweien dieser Einzeltatbestände, nämlich bei der Untreue des Privatbevollmächtigten und bei der des Gesindes sprach das Gesetz von „unterschlagen“ bzw. „Unterschlagung“. Ein fester Begriff war mit diesen Bezeichnungen aber noch nicht verbunden<sup>83</sup>. Obwohl im System bei den Vermögensdelikten abgehandelt, erstreckte sich die Untreue auch nach dem ALR auf die Personenbeschädigung bei Besorgung übertragener Geschäfte. Untreue, Unterschlagung und Betrug waren hier begrifflich noch nicht streng geschieden. *Köstlin*<sup>84</sup> kritisierte die landrechtliche Behandlung der Untreue mit den Worten, diese leide an „Schiefheit, Willkür und Inkonsequenz“.

Als insoweit fortschrittlicher kann indes der französische Code pénal von 1810 bezeichnet werden. Er brachte eine Trennung der Veruntreuung nicht nur vom Dieb-

---

des andern Theils zu leisten; und in Andrer Rechtsangelegenheiten ein glaubwürdiges Zeugniß abzulegen“.

- 74 ALR II 20 § 1333: „Oeffentlich bestellte Mäkler, welche Betrügereyen begehen, oder begünstigen, sollen außer der verwirkten ordinären Strafe des Betrugs, ihres Amtes ersetzt, und daß dieses geschehen sey, an der Börse, so wie durch die öffentlichen Anzeigen, bekannt gemacht werden“.
- 75 ALR II 20 § 1334: „Justizcommissarien und Consulanten, welche aus eigennützigem Absichten schädliche Rathschläge wissentlich geben, haben, außer der §.1328. bestimmten Strafe, auch die Cassation verwirkt“.
- 76 ALR II 20 § 1345: „Privatverwalter und Rechnungsführer, welche vorsätzliche Betrügereyen in ihrem Amte begehen, sollen um den doppelten Betrag des gesuchten Vortheils oder verursachten Schadens bestraft werden“.
- 77 ALR II 20 § 1350: „Veruntreuungen des gemeinen Gesindes und der Hausgenossen, durch Unterschlagung der ihnen anvertrauten Gelder oder Sachen, sollen niemals mit Geld gebüßt, sondern als Hausdiebstahl angesehen und bestraft werden“.
- 78 ALR II 20 § 1353: „Wie die Veruntreuung niedergelegter Gelder oder Sachen zu ahnden sey, ist §.377.sqq. und §.418.sqq. verordnet“.
- 79 ALR II 20 § 1370: „Wer die Briefe eines Andern, ohne dessen Willen, und ohne besondere Befugniß öffnet, hat schon dafür drey- bis vierzehntägige Gefängnisstrafe verwirkt“.
- 80 ALR II 20 § 1372: „Wer bey Ausrichtung eines übernommenen Auftrags seinen Machtgeber hintergeht, und dadurch vorsätzlich in Schaden bringt, soll eben so viel, als der Schade beträgt, zur Strafe entrichten“.
- 81 ALR II 20 § 1375: „Gegen Handlungsgesellschafter, die einander betrügen, soll die ordinaire Strafe der Untreue (§.1328.1329.) statt finden“.
- 82 ALR II 20 § 1376: „Eben so sollen Versicherer und Versicherte, die sich solcher Betrügereyen gegen einander schuldig gemacht haben, bestraft werden“.
- 83 *Wrede*, S. 66.
- 84 *Köstlin*, Abhandlungen aus dem Strafrecht, Tübingen 1858, § 14 S. 188.

stahl, sondern auch vom Betrug, obgleich man auch hier eine strikte Unterscheidung von Untreue und Unterschlagung noch vermißt. Art. 408 des Code pénal<sup>85</sup>, der gemeinsam mit den Tatbeständen der Ausnutzung von Jugendlichen mittels Schuldscheinen (Art. 406), der Blankettfälschung (Art. 407) und der Vernichtung von Beweisurkunden (Art. 409) zu einem Abschnitt mit der Überschrift „abus de confiance“ vereinigt war, bedrohte den Verwahrer und Bearbeiter, der die ihm anvertrauten Sachen nicht in der angewiesenen Weise verwendet, sondern sie zum Nachteil des Eigentümers oder Besitzers „unterschlägt oder verschleudert“, mit einer Gefängnis- und Geldstrafe, die sich nach der Höhe des entstandenen Schadens richtete. Der Tatbestand des Art. 408 näherte sich eher dem der veruntreuenden Unterschlagung im heutigen Sinne als dem der Untreue. Von einer Konkurrenz zwischen Untreue und Unterschlagung konnte insofern auch hier noch nicht die Rede sein, vielmehr regelte Art. 408 Absatz 2 nur das Verhältnis zu den Strafbestimmungen gegen die Unterschlagung öffentlich hinterlegter Akten und Gelder<sup>86</sup>.

Unterdessen entwickelte sich auch die Rechtslehre in Deutschland weiter: Nach diversen Differenzierungsversuchen anderer Rechtsgelehrter<sup>87</sup> kam schließlich *Paul Anselm von Feuerbach*<sup>88</sup> unter Berücksichtigung justinianischen Rechts einerseits sowie unter Übernahme und scharfer Herausarbeitung des *Kleinschrodschen* Unterschlagungsbegriffs andererseits dazu, die Untreue gegenüber der Unterschlagung endgültig abzugrenzen<sup>89</sup>. *Feuerbach*<sup>90</sup> wollte den Treubruch lediglich dann bestraft wissen, wenn dieser im Rahmen eines Bevollmächtigungs-, Niederlegungs- oder Gesellschaftsvertrages oder von einem Vormund begangen wurde. Derjenige, der das mit diesen Rechtsverhältnissen verbundene besondere Vertrauen durch vorsätzliche Benachteiligung des anderen hinterging, sollte infamis werden<sup>91</sup>, wobei sich *Feuerbach* auf entsprechende Digestenstellen berief. Laut *Feuerbach* kam eine Be-

---

85 Art. 408 Abs. 1 Code pénal (1810): „Quiconque aura détourné ou dissipé, au préjudice du propriétaire, possesseur ou détenteur, des effets, deniers, marchandises, billets, quittances ou tous autres écrits contenant ou opérant obligation ou décharge, qui ne lui auraient été remis qu'à titre de dépôt ou pour un travail salarié, à la charge de les rendre ou représenter, ou d'en faire un usage ou un emploi déterminé, sera puni des peines portées dans l'article 406“.

86 Art. 408 Abs. 2 Code pénal (1810): „Le tout sans préjudice de ce qui est dit aux articles 254, 255 et 256, relativement aux soustractions et enlèvements de deniers, effets ou pièces, commis dans les dépôts publics.“ Vgl. v. *Stralenheim*, S. 7.

87 *Klein*, Grundsätze des Gemeinen Deutschen und Preußischen Peinlichen Rechts, Halle 1796; *Grolmann*, Grundsätze der Criminalwissenschaft nebst einer systematischen Darstellung des Geistes der deutschen Criminalgesetze, Gießen 1798.

88 1775–1800; genannt auch „Vater der modernen Strafrechtswissenschaften“, vgl. *Mezger*, Strafrecht, § 3 II.

89 *Wrede*, S. 68.

90 *Feuerbach*, Lehrbuch (14. Auflage), § 371.

91 *Feuerbach*, Lehrbuch (14. Auflage), § 371.

strafung wegen Treulosigkeit jedoch nur insoweit in Betracht, als jene nicht eigenen Strafgesetzen unterworfen war<sup>92</sup>. Nach seiner Ansicht sollte mithin die Untreue gegenüber der Unterschlagung teils der engere Tatbestand sein, indem er sie auf bestimmte Rechtsverhältnisse beschränkte, teils aber auch der weitere, insofern sie begrifflich auch durch Unterschlagung begangen werden konnte<sup>93</sup>. Darüber hinaus faßte er die Unterschlagung anvertrauten Guts – ebenso wie *Kleinschrod* – als Diebstahl und damit als Eigentumsangriff auf. Diebstahl, Unterschlagung und Raub unterstellte er dem aus dem römischrechtlichen Begriff des „furtum“ gewonnenen Verbrechen der „Entwendung“<sup>94</sup>. Letzteres definierte er als „eine widerrechtliche Zueignung fremder Sachen wegen eines Vorteils in Ansehung des Vermögens“<sup>95</sup>. Allgemein sollte der Treubruch, außer in den vier oben genannten Kategorien, nur dann strafbar sein, wenn er im Angriff auf das Eigentum, also in einer Zueignungshandlung, bestand, mit anderen Worten, wenn er die Gestalt einer Unterschlagung annahm<sup>96</sup>.

## C) Partikulargesetzgebung

### I. Außerpreußische Partikularrechte

Nach Auflösung des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation im Jahre 1806 traten neben die wenigen bis dahin bestehenden Partikulargesetzgebungen Preußens (ALR), Österreichs (Theresiana und Josephina) und Bayerns (Codex Maximilianeus Bavaricus Criminalis) nach und nach Strafgesetzbücher der anderen Staaten. Westlich des Rheins galt zunächst der Code pénal fort.

#### 1. Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern vom 6. Mai 1813 und Strafgesetzbuch für die Herzoglich Oldenburgischen Landen vom 10. September 1814

Die oben geschilderten Auffassungen *Feuerbachs* lagen dem von ihm beeinflussten Allgemeinen Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern (BayStGB) vom 6. Mai 1813<sup>97</sup> zugrunde: Das BayStGB normierte die Untreue in zwei Kapiteln unter der Überschrift „Von Beeinträchtigung fremder Rechte durch Untreue“, in denen aller-

92 *Feuerbach*, Lehrbuch (14. Aufl.), § 372.

93 Vgl. v. *Stralenheim*, S. 7.

94 *Feuerbach*, Lehrbuch (14. Aufl.), §§ 312 ff.

95 *Feuerbach*, Lehrbuch (14. Aufl.), § 312.

96 Vgl. *Wrede*, S. 69.

97 In: *Stenglein*, Sammlung der deutschen Strafgesetzbücher, Bd. 1, I.

dings auch die Untreue der Ehegatten<sup>98</sup> und die Prävarikation<sup>99</sup> mit behandelt wurden. Im 6. Kapitel des 2. Buches war der Art. 295<sup>100</sup> der Untreue der Vormünder und Kuratoren gewidmet, während im 4. Kapitel des 3. Buches der Art. 398<sup>101</sup> von der Untreue überhaupt handelte. Art. 398 bezog sich nur auf die Untreue der in Art. 399<sup>102</sup> genannten tauglichen Handlungssubjekte und auf die in Art. 400<sup>103</sup> geregelte Untreue der Rechtsanwälte. Vollendet war die mit Art. 398 in Bezug genommene Untreuehandlung, wenn die betreffende Person zum Nachteil gehandelt hatte, ohne daß es darauf ankam, ob ein Schaden entstanden war<sup>104</sup>. Der von *Feuerbach* entwickelte Gedanke der Subsidiarität der Untreue gegenüber der Unterschlagung kam in der im zweiten Halbsatz des Art. 398 enthaltenen Einschränkung – „[...] wenn nicht seine Handlung in [...] Unterschlagung oder eine andere schwere Übertretung übergeht“ – deutlich zum Ausdruck<sup>105</sup>. Als Unterschlagung war im BayStGB nur die Unterschlagung anvertrauter Sachen mit Strafe bedroht (Art. 229<sup>106</sup>, 230<sup>107</sup>),

---

98 Art. 401 BayStGB: „Die Verletzung der ehelichen Treue durch Ehebruch wird nur auf Klage oder Denunciation des beleidigten Theils, alsdann mit Gefängnisse und zwar I. an der Ehefrau auf einen bis drei Monate; II. an dem Ehemann auf acht Tage bis einen Monat bestraft“.

99 Art. 296 BayStGB: „Verpflichtete Rechtsanwälte, welche in rechtswidrigem Einverständnisse mit der Gegenpartei, dieser zu Gunsten und ihrer eigenen zum Nachtheile handeln, haben, es sei hieraus ein wirtschaftlicher Nachtheil entstanden oder nicht, nebst dem Verlust der Praxis, die Unfähigkeit zu allen Würden, Staats- und Ehrenämtern, und außerdem sechsmonatliches bis einjähriges Gefängnis verwirkt, so ferne nicht ihre That in noch schwereres Verbrechen übergegangen“.

100 Art. 295 BayStGB: „Vormünder und Kuratoren, welche ihren Pflegebefohlenen in rechtswidrigem Vorsatze zum Nachtheile handeln, sollen aller Würden, Staats- und Ehrenämter unfähig sein, und überdies zu achttägigem bis dreimonatlichem Gefängnisse verurtheilt werden, so ferne nicht die von ihnen begangene Treulosigkeit zugleich in Betrug, Unterschlagung oder anderes schwereres Verbrechen übergeht“.

101 Art. 398 BayStGB: „Wer in einem Verhältnisse, wodurch er einem andern zu besonderer Treue und Ergebenheit verpflichtet ist, seiner Verbindlichkeit vorsätzlich zuwider handelt, wird dieser Treulosigkeit wegen nach folgenden Gesetzen bestraft, wenn nicht seine Handlung in Betrug, Unterschlagung oder eine andere schwere Übertretung übergeht“.

102 Art. 399 BayStGB: „Bevollmächtigte, Verwalter, Geschäftsführer (negotiorum gestores), Depositorien, Gesellschaftsgenossen, welche in dieser Eigenschaft absichtlich dem anderen zum Nachteil handeln, sollen mit achttägigem Gefängnisse bestraft werden“.

103 Art. 400 BayStGB: „Verpflichtete Rechtsanwälte, welche absichtlich ihrer Partei nachtheilige Rathschläge ertheilen, oder in gewinnsüchtiger Absicht die ihnen anvertrauten Prozesse vorsätzlich verzögern, sollen nebst achttägigem bis dreimonatlichem Gefängnisse mit der Suspension, und, nach Befinden der Umstände, mit dem völligen Verlust der Praxis bestraft werden, woferne nicht solche Handlung in das Verbrechen der Prävarikation übergeht“.

104 Vgl. *König*, S. 14.

105 Vgl. v. *Stralenheim*, S. 7 f.

106 Art. 229 BayStGB: „Wer eine Sache für einen andern in Besitz oder Gewahrsam hat und sich dieselbe rechtswidrig zueignet, ist der Unterschlagung des Anvertrauten schuldig“.

107 Art. 230 BayStGB: „Diese That ist für vollendet zu achten, sobald der Besitzer die ihm anvertraute Sache dem zur Zurückforderung Berechtigten wissentlich abläugnet oder dieselbe ganz