

DIE SUBSIDIARITÄTSKLAUSEL DER UNTERSCHLAGUNG

DISSERTATION

**ZUR ERLANGUNG DES AKADEMISCHEN GRADES EINES DOKTORS DER
RECHTSWISSENSCHAFT DER FAKULTÄT FÜR RECHTSWISSENSCHAFT DER
UNIVERSITÄT BIELEFELD**

VORGELEGT VON HENNER APFEL

ERSTGUTACHTER: PROF. DR. WOLFGANG SCHILD

ZWEITGUTACHTERIN: PROF. DR. REGINA HARZER

TAG DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG: 13.06.2006

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	VIII
Einleitung	1
1. Teil: Die Subsidiaritätsklausel (allgemein betrachtet)	5
1. Urteil des BGH vom 06.02.2002 – StR 513 / 01	5
a. Sachverhalt und Ergebnis des BGH.....	5
b. Der BGH gelangt zur Tateinheit	5
c. Der BGH wendet die Subsidiaritätsklausel an.....	6
2. Abgrenzung echte / unechte Konkurrenz	7
a. Echte Konkurrenz.....	8
b. Unechte Konkurrenz.....	11
3. Abgrenzung innerhalb der unechten Konkurrenz	14
a. Unechte Idealkonkurrenz.....	15
aa. Spezialität	15
bb. Subsidiarität.....	16
(1) konkludente Subsidiarität.....	18
(2) Subsidiarität aufgrund gesetzlicher Anordnung	20
cc. Konsumtion	22
b. Unechte Realkonkurrenz	24
aa. Mitbestrafte Vortat	24
bb. Mitbestrafte Nachtat.....	25
4. Geltung der Subsidiaritätsklausel für die veruntreuende Unterschlagung	25
5. Anwendungsbereich der Subsidiaritätsklausel in zeitlicher Hinsicht	28
6. Schwerere Strafdrohung einer anderen Vorschrift im Sinne der Subsidiaritätsklausel	32
7. Der Gegenspieler der Subsidiarität: Die Klarstellungsfunktion der Idealkonkurrenz	35
a. Das Ausschöpfungsgebot im Gegensatz zum Doppelverwertungsverbot	37

aa. Die Bedeutung des Ausschöpfungsgebotes im Gegensatz zum Doppelverwertungsverbot	38
bb. Der Unrechtsgehalt	40
(1) Handlungsunwert	41
(2) Erfolgsunwert	44
b. Identität des Verletzten	47
c. Generalpräventive Aspekte	48
2. Teil: Die Zueignung	50
1. Zueignung als objektives Tatbestandsmerkmal.....	50
a. Der Vollzug der Zueignung.....	51
aa. Üblicher Ansatz: Aneignung und Enteignung als Elemente der Zueignung.....	51
(1) Aneignung	52
(2) Enteignung	53
(3) Das Verhältnis zwischen An- und Enteignung	54
(4) Konkrete Ausformungen des üblichen Ansatzes	57
(a) Manifestationstheorien	57
(aa) Weite Manifestationstheorie.....	57
(bb) Enge Manifestationstheorie.....	58
(cc) Eingeschränkte Manifestationstheorie.....	58
(b) Erfolgstheorien	59
(aa) Aneignungstheorie	59
(bb) Enteignungstheorie	59
(cc) Strenge Erfolgstheorie.....	60
bb. Der abweichende Ansatz Börners	60
cc. Eigener Ansatz	65
(1) Selbstzueignung.....	68
(2) Drittzueignung	69
(a) Grund der Einführung.....	69
(b) Voraussetzungen der Drittzueignung	70
(3) Verteidigung des eigenen Ansatzes.....	74
(a) Auseinandersetzung mit Börners Kritik am Eigenbesitz	75

(b) Vorteil des eigenen Ansatzes: Abgegrenzte Versuchsstrafbarkeit	78
(c) Vorteil des eigenen Ansatzes: Klare Abgrenzung Täterschaft / Teilnahme	82
(d) Vorteil des eigenen Ansatzes: Kein Gesinnungsstrafrecht.....	84
(e) Folge des eigenen Ansatzes: Verlagerung des Vollendungszeitpunktes	87
b. Das Objekt der Zueignung.....	89
aa. Die Substanztheorie	90
bb. Die Sachwerttheorie	92
cc. Die Vereinigungslehren.....	94
(1) Vereinigungstheorie mit engem Verständnis des Sachwertes....	95
(2) Vereinigungstheorie mit weitem Verständnis des Sachwertes ...	95
dd. Forderung: Rückbesinnung auf die Sachsubstanz	97
(1) Ablehnung des weiten Sachwertbegriffes	97
(2) Ablehnung des engen Sachwertbegriffes	98
(a) Wortlautargumentation.....	99
(b) Das Rechtsgut als Argument / Gesetzessystematik	99
(c) Strafwürdigkeit versus Bestimmtheitsgebot und Rechtsgüterschutz	100
2. Zueignungsabsicht.....	103
a. Selbstzueignungsabsicht.....	103
b. Drittzueignungsabsicht	103
3. Teil: Anwendungsbereich der Subsidiaritätsklausel in	
inhaltlicher Hinsicht	104
1. Formelle Subsidiarität gegenüber Diebstahl	104
a. Rechtsgüterschutz und Tathandlung.....	104
b. Lösung.....	106
aa. Vollendeter Diebstahl und vollendete Unterschlagung	106
bb. Versuchter Diebstahl und vollendete Unterschlagung	108
cc. Teilnahme am Diebstahl und täterschaftliche Unterschlagung	111

2. Allgemeingültigkeit erster gewonnener Erkenntnisse.....	115
a. Verhältnis vollendete Unterschlagung / versuchtes anderes Delikt	115
b. Verhältnis täterschaftliche Unterschlagung / Teilnahme an anderem Delikt.....	115
3. Formelle Subsidiarität gegenüber qualifiziertem Diebstahl, Raub und räuberischem Diebstahl	116
a. Rechtsgüterschutz und Tathandlung.....	116
b. Lösung.....	116
aa. Im Verhältnis zur einfachen Unterschlagung	116
bb. Im Verhältnis zur veruntreuenden Unterschlagung	117
4. Formelle Subsidiarität gegenüber Betrug.....	120
a. Rechtsgüterschutz und Tathandlung.....	120
b. Lösung.....	121
5. Formelle Subsidiarität gegenüber qualifiziertem Betrug.....	125
6. Formelle Subsidiarität gegenüber Untreue.....	127
a. Rechtsgüterschutz und Tathandlung.....	127
b. Lösung.....	127
c. Exkurs: Konkludente Subsidiarität der veruntreuenden Unterschlagung gegenüber der Untreue.....	132
7. Formelle Subsidiarität gegenüber Hehlerei	134
8. Formelle Subsidiarität gegenüber (räuberischer) Erpressung	136
9. Formelle Subsidiarität gegenüber Nichtvermögensdelikten.....	137
a. Gegenstimmen aus der Literatur	137
aa. Hoyer	138
bb. Küpper	139
cc. Duttge / Sotelsek.....	140
dd. Otto	141
ee. Freund / Putz	142
b. Sachwidrigkeit der Anwendung der Subsidiaritätsklausel auf Nichtvermögensdelikte.....	143

c. Rechtmäßigkeit des Ausschlusses von Nichtvermögensdelikten aus dem Anwendungsbereich der Subsidiaritätsklausel.....	145
Überlegung de lege ferenda	151
Ergebnisse	152
1. Zur Subsidiaritätsklausel.....	152
2. Zur Zueignung	153

Literaturverzeichnis

- Abels, Peter* Die „Klarstellungsfunktion“ der Idealkonkurrenz, Marburg 1991
- Altenhain, Karsten* Die Verwirklichung mehrerer Tatbestandsalternativen: Einzelverbrechen und Idealkonkurrenz, in: ZStW 107 (1995), 382ff.
- Androulakis, Nikolaos* Objekt und Grenzen der Zueignung im Strafrecht – OLG Celle NJW 1967, 1921 in: JuS 1968, 409ff.
- Arzt, Gunther / Weber, Ulrich* Strafrecht Besonderer Teil, Bielefeld 2000
- Basak, Denis* Die Neufassung des Unterschlagungstatbestandes – Ein untauglicher Versuch des Gesetzgebers, in: Frankfurter Kriminalwissenschaftliche Studien, Bd. 69, Frankfurt am Main u.a. 1999, S. 173ff.
- Baumann, Jürgen / Weber, Ulrich / Mitsch, Wolfgang* Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl., Bielefeld 2003
- Beulke, Werner* Strafprozessrecht, 7. Aufl., Heidelberg 2004
- Binding, Karl* Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts / Besonderer Teil / Erster Band, 2. Aufl., Leipzig 1902
- Birk, Michael W.* Die Unterschlagung nach dem 6. Strafrechtsreformgesetz, Tübingen 2003
- Blei, Hermann* Strafrecht I / Allgemeiner Teil, 18. Aufl., München 1983
- Bockelmann, Paul* Literaturbericht Strafrecht – Besonderer Teil I., in: ZStW 65 (1953), 569ff.
- Ders.* Strafloße Nachtat und Gesetzeskonkurrenz, in: MDR 1959, 10ff.

- Ders.* Zur Konkurrenz der Vermögensdelikte / Bemerkungen zum Beschluß des Großen Strafsenats BGHSt 14, 38, in: JZ 1960, 621ff.
- Börner, Rene* Die Zueignungsdogmatik der §§ 242, 246 StGB, Berlin 2004
- Brockner, Lars* Der Zueignungsbegriff und die Geldentnahme aus Briefsendungen durch das MfS der DDR – Anmerkung zu BGH (4. Senat), wistra 1994, 95 und BGH (5. Senat) wistra 1995, 23, in: wistra 1995, 292ff.
- Bruns, Hans-Jürgen* Das Recht der Strafzumessung / Eine systematische Darstellung für die Praxis, 2. Aufl., Köln u.a. 1985
- Bussmann, Kai-D.* Konservative Anmerkungen zur Ausweitung des Strafrechts nach dem Sechsten Strafrechtsreformgesetz, in: StV 1999, 613ff.
- Cantzler, Constantin* Gelöste, ungelöste und neugeschaffene Probleme bei der Unterschlagung (§ 246 StGB) nach dem 6. StrRG, in: JA 2001, 567ff.
- Degener, Wilhelm* Der Zueignungsbegriff des Unterschlagungstatbestandes (§ 246 StGB), in: JZ 2001, 388ff.
- Dencker, Friedrich* 1. Teil. Die Zueignungstatbestände, in: Einführung in das 6. Strafrechtsreformgesetz 1988, hrsg. von Dencker / Struensee / Nelles / Stein, München 1998
- Deubner, Karl G.* Anm. zu OLG Celle, Urt. v. 16.3.1967 – Ss 10 / 67, in: NJW 1967, 1921ff.
- Dohna, Alexander Graf* Grenzen der Idealkonkurrenz, in: ZStW 61 (1942), zu 131ff.
- Duttge, Gunnar / Fah-nenschmidt, Willi* § 246 nach der Reform des Strafrechts: Unterschlagungstatbestand oder unterschlagener Tatbestand? in: ZStW 110 (1998), 884ff.

- Duttge, Gunnar / Sotelsek, Marc* Die vier Probleme bei der Auslegung des § 246 StGB – Eine Bestandsaufnahme vier Jahre nach dem 6. Strafrechtsreformgesetz, in: Jura 2002, 526ff.
- Dies.* „Freifahrschein“ für Unterschlagungstäter? in: NJW 2002, 3756ff.
- Ebert, Udo* Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., München 2001
- Ebert, Udo / Kühn, Kristian* Das Unrecht der vorsätzlichen Straftat, in: Jura 1981, 225ff.
- Eckstein, Ken* „Wiederholte Zueignung“, Grundsatzentscheidung des BGH zum Verhältnis zwischen Unterschlagung und anderen Vermögensdelikten aus dem Jahre 1959, in: JA 2001, 25ff.
- Eser, Albin* Zur Zueignungsabsicht beim Diebstahl – OLG Hamm, NJW 1964, 1427, in: JuS 1964, 477ff.
- Freund, Georg* Grundfälle zu den Urkundsdelikten, in: Jus 1993, 731ff.
- Freund, Georg / Putz, Sarah A.* Materielle Strafbarekeit und formelle Subsidiarität der Unterschlagung (§ 246 StGB) wörtlich genommen, in: NStZ 2003, 242ff.
- Gallas, Wilhelm* Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffes, in: Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978, hrsg. von Arthur Kaufmann u.a., München 1979, S.155ff.
- Geerds, Friedrich* Anm. zum BGH, Urteil v. 10.5.1977 – 1 StR 167 / 77, in: JR 1978, 172ff.
- Geerds, Friedrich* Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht, Hamburg 1961
- Gehrmann, Daniel* Systematik und Grenzen der Zueignungsdelikte, Frankfurt am Main u.a. 2002
- Geppert, Klaus* Grundzüge der Konkurrenzlehre, in: Jura 1982, 358ff.

- Graul, Eva* Die kriminelle Auswertung eines wertvollen Gemäldes – Lösungshinweise mit Punkteverteilung, in: JuS 1999, 562ff.
- Graul, Eva* Überfall in der Tiefgarage, in: Jura 2000, 204ff.
- Gropp, Walter* Der Diebstahlstatbestand unter besonderer Berücksichtigung der Regelbeispiele, in: JuS 1999, 1041ff.
- Heghmanns, Michael* Die Subsidiarität der Unterschlagung – BGHSt 47, 243, in: JuS 2003, 954ff.
- Hillenkamp, Thomas* 40 Probleme aus dem Strafrecht, Besonderer Teil, 10. Aufl., München 2004
- Hirsch, Hans-Joachim* Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, in: ZStW 94 (1982), 239ff.
- Hirschberg, Rudolf* Zur Lehre von der Gesetzeskonkurrenz, in: ZStW 53 (1934), 34ff.
- Hohmann, Olaf / Sander, Günther M.* Sechstes Gesetz zur Reform des Strafrechts (6. StrRG): Harmonisiertes Strafrecht?, in: NSTZ 1998, 273ff.
- Dies.* Strafrecht Besonderer Teil I / Eigentums- und Vermögensdelikte, 2. Aufl., München 2000
- Hölzenbein, Hans-Dieter* Das Verhältnis der Unterschlagung zu Aneignungs- und Vermögensdelikten unter Berücksichtigung des kommenden Rechts, Mainz 1966
- Hörnle, Tatjana* Die wichtigsten Änderungen des Besonderen Teils des StGB durch das 6. Gesetz zur Reform des Strafrechts, in: Jura 1998, 169ff.
- Honig, Richard* Strafloße Vor- und Nachtat, Leipzig 1927
- Hoyer, Andreas* Anm. zum Urteil des BGH v. 6.2.2002 – 1 StR 513 / 01, in: JR 2002, 517ff.
- Jäger, Christian* Diebstahl nach dem 6. Strafrechtsreformgesetz – ein Leitfaden für Studium und Praxis, in: JuS 2000, 651ff.

- Ders.* Unterschlagung nach dem 6. Strafrechtsreformgesetz – ein Leitfaden für Studium und Praxis, in: JuS 2000, 1167ff.
- Jakobs, Günther* Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Aufl., Berlin, New York 1991
- Jescheck, Hans-Heinrich / Weigend, Thomas* Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Berlin 1996
- Joecks, Wolfgang* Studienkommentar StGB, 5. Aufl., München 2004
- Kaiser, Günther* Kriminologie: eine Einführung in die Grundlagen, 10. Aufl., Heidelberg 1997
- Kargl, Walter* Gesinnung und Erfolg im Unterschlagungstatbestand / Die Manifestation der Zueignung, in: ZStW 103 (1991), 136ff.
- Kargl, Walter* „Gewahrsamsbegriff und elektronische Warensicherung“, in: JuS 1996, 971ff.
- Kaufmann, Armin* Zum Stand der Lehre vom personalen Unrecht, in: Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974, hrsg. von Günter Stratenwerth u.a., Berlin u.a. 1974, S.393ff.
- Kindhäuser, Urs* Täuschung und Wahrheitsanspruch beim Betrug, in: ZStW 103 (1991), 398ff.
- Ders.* Gegenstand und Kriterien der Zueignung beim Diebstahl, in: Kriminalistik und Strafrecht, Festschrift für Friedrich Geerds zum 70. Geburtstag, hrsg. von Ellen Schlüchter, Lübeck 1995, S.655ff.
- Ders.* Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Baden-Baden 2002
- Ders.* Lehrbuch des Strafrechts / Besonderer Teil 2, 3. Aufl., Baden-Baden 2003
- Ders.* Strafgesetzbuch Lehr- und Praxiskommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2005

- Kleinknecht, Theodor / Meyer – Goßner, Lutz* Strafprozessordnung: Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen, 47. Aufl., München 2004
- Klug, Ulrich* Zum Begriff der Gesetzeskonkurrenz, in: ZStW 68 (1956), 399ff.
- Kreß, Claus* Das Sechste Gesetz zur Reform des Strafrechts, in: NJW 1998, 633ff.
- Krey, Volker / Hellmann, Uwe* Strafrecht Besonderer Teil 2, 13. Aufl., Stuttgart u.a. 2002
- Kühl, Kristian* Das leidige Thema der Konkurrenzen, in: JA 1978, 475ff.
- Ders.* Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., München 2002
- Kudlich, Hans* Zueignungsbegriff und Restriktion des Unterschlagungstatbestandes, in: JuS 2001, 767ff.
- Küper, Wilfried* Strafrecht Besonderer Teil / Definitionen mit Erläuterungen, 5. Aufl., Heidelberg 2002
- Küpper, Georg* Anm. zum BGH, Urteil v. 6.2.2002 – 1 StR 513 / 01 (LG Heidelberg), in: JZ 2002, 1115ff.
- Lackner, Karl / Kühl, Kristian* Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 25. Aufl., München 2004
- Larenz, Karl* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin u.a. 1995
- Leipziger Kommentar* zum Strafgesetzbuch, Band 1, Einleitung, §§ 1 – 31, 11. Aufl., Berlin u.a. 2003
- Ders.* zum Strafgesetzbuch, Band 2, §§ 32 – 60, 11. Aufl., Berlin u.a. 2003
- Ders.* zum Strafgesetzbuch, Band 5, §§ 185 – 262, 10. Aufl., Berlin u.a. 1989
- Lenckner, Theodor* Anmerkung zu OLG Stuttgart, Urteil vom 4.4.1973, 1 Ss 724/72, in: JZ 1973, 794ff.
- Lesch, Heiko* Das Sechste Gesetz zur Reform des Strafrechts (6. StrRG), in: JA 1998, 474ff.

- Less* Der Unrechtscharakter der Anstiftung, in: ZStW 69 (1957), 43ff.
- Liszt, Franz v.* Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 20. Aufl., Berlin 1914
- Löwe, Ewald / Rosenberg, Werner* Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Band 4, §§ 213 – 295, Berlin u.a. 2001
- Maiwald, Manfred* Der Zueignungsbegriff im System der Eigentumsdelikte, Heidelberg 1970
- Maurach, Reinhart / Schroeder, Friedrich-Christian / Maiwald, Manfred* Strafrecht Besonderer Teil / Teilband 1 / Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte, 9. Aufl., Heidelberg 2003
- Maurach, Reinhart / Zipf, Heinz* Strafrecht Allgemeiner Teil / Teilband 1 / Grundlegenden des Strafrechts und Aufbau der Straftat, 8. Aufl., Heidelberg 1992
- Mayer, Hellmuth* Festschrift für Theodor Rittler zu seinem achtzigsten Geburtstag, hrsg. von Siegfried Hohenleitner u.a., Aalen 1957, S.243ff.
- Meister, Stefan* Die Zueignungsabsicht beim Diebstahl, Frankfurt am Main 2003
- Merkel, Adolf* Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Stuttgart 1889
- Miehe, Olaf* Zueignung und Sachwert / Zwischen Rechtsanwendung und Rechtsfortbildung im Besonderen Teil des Strafrechts, in: Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, hrsg. von den Hochschullehrern der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg, Heidelberg 1986, S.481ff.
- Mitsch, Wolfgang* Konkurrenzen im Strafrecht, in: JuS 1993, 471ff.

- Ders.* Die Vermögensdelikte im Strafgesetzbuch nach dem 6. Strafrechtsreformgesetz, in: ZStW 111 (1999), S.65ff.
- Ders.* Strafrecht Besonderer Teil 2 / Vermögensdelikte (Kernbereich) / Teilband 1, 2. Aufl. 2003
- Müller, Klaus* Sachenrecht, 4. Aufl., Köln u.a. 1997
- Münchener Kommentar* zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6 / Sachenrecht, hrsg. von Kurt Rebmann u.a., 3. Aufl., München 1997
- Ders.* zum Strafgesetzbuch, Band 1 / §§ 1 – 51 StGB, hrsg. von Wolfgang Joecks u.a., München 2003
- Ders.* zum Strafgesetzbuch, Band 3 / §§ 185 – 262 StGB, hrsg. von Wolfgang Joecks u.a., München 2003
- Murmann, Uwe* Ungelöste Probleme des § 246 StGB nach dem 6. Gesetz zur Reform des Strafrechts (6. StrRG), in: NStZ 1999, 14ff.
- Mylonopolous, Christos* Die Endgültigkeit der Enteignung als Merkmal des Unterschlagungstatbestandes, Versuch einer dispositionellen Erklärung, in: Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, hrsg. von Bernd Schünemann u.a., Berlin, New York 2001, S.917ff.
- Niederschriften* über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, 6. Band, Besonderer Teil, 59. – 66. Sitzung, Bonn 1958
- Noak, Torsten* Drittzueignung und 6. Strafrechtsreformgesetz / Zur Neuregelung §§ 242, 246 und § 249 StGB, Baden-Baden 1999
- Nomos – Kommentar* zum Strafgesetzbuch, Neumann, Ulfrid u.a., Loseblattausgabe, Baden – Baden
- Oppenhoff, Th. F.* Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 7. Aufl., Berlin 1879

- Otto, Harro* Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes, Berlin 1970
- Ders.* Die Erweiterung der Zueignungsmöglichkeiten in den §§ 242, 246 StGB durch das 6. StrRG, in: Jura 1998, 550ff.
- Ders.* Grundkurs Strafrecht / Die einzelnen Delikte, 6. Aufl., Berlin, New York 2002
- Ders.* Anm. zum BGH, Urt. v. 6.2.2002 – 1 StR 513 / 01 (LG Heidelberg), in: NStZ 2003, 87ff.
- Palandt* Bürgerliches Gesetzbuch, 62. Aufl. München 2003
- Pawlik, Michael* Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, Köln u.a. 1999
- Pfeiffer, Gerd* Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz mit Einführungsgesetz, 5. Aufl., München 2003
- Puppe, Ingeborg* Funktion und Konstitution der ungleichartigen Idealkonkurrenz, in: GA 1982, 142ff.
- Dies.* Exklusivität von Tatbeständen, in: JR 1984, 229ff.
- Dies.* Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen: logische Studien zum Verhältnis von Tatbestand und Handlung, Berlin 1979
- Ranft, Otfried* Grundfälle aus dem Bereich der Vermögensdelikte (2. Teil), in: JA 1984, 277ff.
- Rengier, Rudolf* Drittzueignung und allgemeiner Zueignungstatbestand / Zur Reform der §§ 242, 246, 249 StGB, in: Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, hrsg. von Albin Eser u.a., München 1998, S. 801ff.
- Ders.* Strafrecht Besonderer Teil I / Vermögensdelikte, 6. Aufl., München 2003
- Roxin, Claus* Strafrecht Allgemeiner Teil Band I / Grundlagen / Der Aufbau der Verbrechenslehre, 3. Aufl., München 1997

- Ders.* Strafrecht, 25. Aufl., München 1998
- Rudolphi, Hans-Joachim* Der Begriff der Zueignung, in: GA 1965, 33ff.
- Ders.* GA 1970, 365ff.
- Samson, Erich* Grundprobleme des Unterschlagungstatbestandes (§ 246 StGB), in: JA 1990, 5ff.
- Sax, Walter* Überlegungen zum Treubruchtatbestand des § 266 StGB, III. Teil, in: JZ 1977, 743ff.
- Ders.* Bemerkungen zum Eigentum als strafrechtlichem Schutzgut, in: *Ius et commercium / Studien zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Festschrift für Franz Laufke zum 70. Geburtstag am 20.6.1971 / dargebracht von der juristischen Fakultät der Bayerischen Julius-Maximilians Universität zu Würzburg, Würzburg 1971, S.321ff.*
- Schlüchter, Ellen* Das Strafverfahren, 2. Aufl., Köln u.a. 1983
- Schönke, Adolf / Schröder, Horst* Strafgesetzbuch / Kommentar, 26. Aufl., München 2001
- Schröder, Horst* Konkurrenzprobleme bei den erfolgsqualifizierten Delikten, in: NJW 1956, 1737ff.
- Ders.* Konkurrenzprobleme bei Untreue und Unterschlagung, in: NJW 1963, 1958ff.
- Ders.* Anmerkung zu BGH 1/StR 640/66, in: JZ 1967, 368ff.
- Schmidhäuser, Eberhard* Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Tübingen 1984
- Schmitt, Rudolf* Die Konkurrenz im geltenden und künftigen Strafrecht, in: ZStW 75 (1963), 43ff.
- Schulz, Lorenz* § 246 StGB – Tatbestand und Konkurrenz, in: *Jus humanum, Grundlagen des Rechts und Strafrecht, Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag, Berlin 2003, S.653ff.*

- Schumann, Heribert* Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, Tübingen 1986
- Schwab, Karl Heinz* / Sachenrecht, 31. Aufl., München 2003
- Prütting, Hanns*
- Seier, Jürgen* Die Gesetzeseinheit und ihre Rechtsfolgen, in: Jura 1983, 225ff.
- Seelmann, Kurt* Grundfälle zu den Eigentumsdelikten / 4. Teil Unterschlagung (§ 246 StGB), in: JuS 1985, 699ff.
- Stächelin, Gregor* Das 6. Strafrechtsreformgesetz – Vom Streben nach Harmonie, großen Reformen und höheren Strafen, in: StV 1998, 98ff.
- Staudinger* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Drittes Buch, Sachenrecht, Einleitung zu §§ 854ff., §§ 854 – 882, 13. Aufl., Berlin 1995
- Ders.* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Drittes Buch, Sachenrecht, §§ 925 – 984, Anhang zu §§ 929ff. Sonderformen der Übereignung, 13. Aufl., Berlin 1995
- Stoffers, Kristian F.* Die entgeltliche Rückveräußerung einer gestohlenen Sache an deren Eigentümer durch einen Dritten, in: Jura 1995, 113ff.
- Stratenwerth, Günter* in: Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag am 28. Juli 1975, hrsg. von Gerald Grünwald, Göttingen 1975, S.177ff.
- Ders.* Strafrecht Allgemeiner Teil I / Die Straftat, 4. Aufl., Köln u.a. 2000
- Suhr, Christian* Zur Begriffsbestimmung von Rechtsgut und Tatobjekt im Strafrecht, in: JA 1990, 303ff.
- Systematischer Kommentar* zum Strafgesetzbuch, Rudolphi, Hans-Joachim u.a., Loseblattausgabe, Neuwied u.a.

- Tenckhoff, Jörg* Der Zueignungsbegriff bei Diebstahl und Unterschlagung, in: JuS 1980, 723ff.
- Tröndle, Herbert / Fischer, Thomas* Strafgesetzbuch, 51. Aufl., München 2003
- Ulsenheimer, Klaus* Der Zueignungsbegriff im Strafrecht, in: Jura 1979, 169ff.
- Vogler, Theo* Funktion und Grenzen der Gesetzeseinheit, in: Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978, hrsg. von Arthur Kaufmann u.a., München 1979, S.715ff.
- Vormbaum, Thomas / Welp, Jürgen* Das Strafgesetzbuch, Sammlung der Änderungsgesetze und Neubekanntmachungen, Band 1: 1870 - 1953, Baden – Baden 1999
- dies.* Das Strafgesetzbuch, Sammlung der Änderungsgesetze und Neubekanntmachungen, Band 2: 1954 - 1974, Baden – Baden 1999
- Wagner, Heinz* Zur Subsidiaritätsklausel in § 246 StGB neuer Fassung, in: Festschrift für Gerald Grünwald zum siebenzigsten Geburtstag, hrsg. von Erich Samson u.a., Baden-Baden 1999, S.797ff.
- Warda, Günter* Grundfragen der strafrechtlichen Konkurrenzlehre, in: JuS 1964, 81ff.
- Welzel, Hans* Das Deutsche Strafrecht / Eine systematische Darstellung, 11. Aufl., Berlin 1969
- Wessels, Johannes* Zueignung, Gebrauchsanmaßung und Sachentziehung, in: NJW 1965, 1153ff.
- Wessels, Johannes / Beulke, Werner* Strafrecht Allgemeiner Teil, 33. Aufl., Heidelberg 2003
- Wessels, Johannes / Hillenkamp, Thomas* Strafrecht Besonderer Teil 2 / Straftaten gegen Vermögenswerte, 26. Aufl., Heidelberg 2003

- Westermann, Harm Peter / Gursky, Karl-Heinz* Westermann Sachenrecht, 7. Aufl., Heidelberg 1998
- / Eickmann, Dieter*
- Wolfslast, Gabriele* Anm. zum BGH, Beschl. v. 31.3.1993 – 3 BJs 512 / 90 – 2 (141) – AK 5 / 93, in: NStZ 1994, 542ff.
- Wolters, Gereon* Das sechste Gesetz zur Reform des Strafrechts, in: JZ 1998, 397ff.
- Zielinski, Diethart* Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff, Berlin 1973
- Zöller, Mark A. / Frohn, Karl-Heinz* Zehn Grundprobleme des Hehlereitbestandes (§259 StGB), in: Jura 1999, 378ff.

Einleitung

Im Zuge des am 01.04.1998 in Kraft getretenen 6. Strafrechtsreformgesetzes¹ hat der Gesetzgeber den Tatbestand des § 246 StGB neu formuliert.²

Dabei wurde er von dem Bestreben geleitet, bestehende Strafbarkeitslücken zu schließen, die nach alter Gesetzesfassung nur unter bedenklicher extensiver Auslegung überbrückt werden konnten.³ So wurde der Streit um die Auslegung des § 246 StGB (enge, kleine berichtigende, große berichtigende Auslegung) sowie das Problem der Drittzueignung⁴ durch folgende Änderungen beigelegt:

Es wurde auf das Erfordernis verzichtet, dass der Täter die Sache in Besitz oder Gewahrsam haben muss. Der Streit um die zeitliche Abfolge von Gewahrsamserlangung und Zueignung ist somit durch die Legislative im Sinne der großen berichtigenden Auslegung entschieden worden. Erweitert wurde der Tatbestand um die Fälle der Drittzueignung.⁵ Zudem wurde der Qualifikationstatbestand der Veruntreuung in § 246 Abs.2 StGB geregelt, die Strafbarkeit der versuchten Unterschlagung in § 246 Abs.3 StGB.

Schließlich wurde eine Subsidiaritätsklausel eingeführt. Dem Wortlaut des § 246 Abs.1 StGB nach wird der Täter nur dann wegen Unterschlagung bestraft, „wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist“. Im Gegensatz zu früheren ausführlichen Beratungen der Entwürfe

¹ Allgemein dazu: *Freund* ZStW 109 (1997), 455ff.; *Hörnle* Jura 1998, 169ff.; *Kreß* NJW 1998, 633ff.; *Lesch* JA 1998, 474ff.; *Sander / Hohmann* NStZ 1998, 273; *Stächezlin* StV 1998, 98; *Wolters* JZ 1998, 397.

² Speziell zu § 246 StGB insbesondere: *Cantzler* JA 2001, 567ff.; *Duttge / Fahnen Schmidt* ZStW 110 (1998), 884ff.; *Jäger* JuS 2000, 1167ff.; *Mitsch* ZStW 111 (1999), 65, 86ff.

³ *BT-Dr 13 / 8587* S.43.

⁴ Siehe *BGHSt GrS 41*, 187ff.

⁵ Eine dem entsprechende Erweiterung erfolgte bei den §§ 242, 248c, 249, 292, 293.

1959, 1960 und 1962 sind die Änderungen des § 246 StGB ohne Diskurs in das StGB eingeführt worden.⁶ Zur Subsidiaritätsklausel findet sich nur die Begründung, dass die Unterschlagung zum Auffangtatbestand, „der alle Formen rechtswidriger Zueignung fremder beweglicher Sachen umfasst“, geformt werden sollte.⁷ Als aufzufangende Delikte sind Diebstahl, Raub, Betrug, Erpressung, Untreue und Hehlerei genannt.

Durch das Einfügen dieser Klausel scheint das Konkurrenzverhältnis der Unterschlagung zu sämtlichen Straftatbeständen abschließend und umfassend geklärt. Zu dieser Ansicht gelangt zumindest der *BGH*⁸ in einem Urteil, in dem er sich mit dem Anwendungsbereich der Subsidiaritätsklausel auseinandersetzt. Er meint, dass die Unterschlagung gegenüber allen Delikten mit höherer Strafdrohung als formell subsidiär zurücktrete.

Die vorliegende Untersuchung nimmt dieses Urteil als Ausgangspunkt auf. Der *BGH* stellt darin fest, dass er die Anwendung der Subsidiaritätsklausel als an sich sachwidrig erachte.⁹ Sein eigenes Ergebnis bereitet ihm Unbehagen. Dieses Unbehagen wird aufgrund der Unvereinbarkeit des Ergebnisses mit den Grundsätzen des Konkurrenzrechtes hervorgerufen. So ist es angebracht, an das Urteil eine allgemeine Übersicht über das Recht der Konkurrenzen anzuschließen. Die Subsidiarität steht dabei im Mittelpunkt der Darstellung. Darauf folgt eine Darstellung der Gesichtspunkte, die

⁶ Dazu *Wagner* in Grünwald – FS S.797.

⁷ *BT-Dr 13 / 8587* S.43.

⁸ Urt. des *BGH* v. 06.02.2002 – 1 StR 513 / 01; abgedruckt in *BGHSt* 47, 237ff.; die gesamte Entscheidung in *BGH NJW* 2002, 2188ff.; diese Fundstelle wird im weiteren Verlauf zitiert; die Entscheidung führt *BGHSt* 43, 237ff.fort, in welcher es um die Subsidiaritätsklausel des § 125 StGB geht.

⁹ *BGH NJW* 2002, 2188.

allgemein gegen die Annahme von Subsidiarität sprechen. Konkret auf § 246 StGB bezogen wird die Geltung der Klausel für die veruntreuende Unterschlagung festgestellt. Die Fragen nach dem Anwendungsbereich der Klausel in zeitlicher Hinsicht und der Bedeutung der Formulierung „mit schwererer Strafe bedroht“ werden beantwortet.

Die Gesichtspunkte, die gegen Subsidiarität sprechen, werden maßgeblich vom Begriff des Unrechtsgehaltes geprägt. Der Unrechtsgehalt des sprachlich kurz gefassten Unterschlagungstatbestandes wird von der tatbestandlichen Handlung, der Zueignung, dominiert. Daher befasst sich der zweite Teil der Arbeit schwerpunktmäßig mit dem Zueignungsbegriff. Dabei werden grundsätzliche Fragen erörtert: Wie vollzieht sich die Zueignung objektiv? Wann liegt eine Drittzueignung vor? Kann der Sachwert Objekt der Zueignung sein? Was ist unter der im Diebstahl und diebstahlsverwandten Delikten vorausgesetzten Selbst- oder Drittzueignungsabsicht zu verstehen?

Im zentralen dritten Teil der Arbeit wird das konkrete Konkurrenzverhältnis der Unterschlagung zu einzelnen Delikten untersucht. Im Ergebnis tritt die Unterschlagung gegenüber Vermögensdelikten zurück. Dazu bedarf es allerdings keiner Subsidiaritätsklausel. Zum Ergebnis des Rücktrittes gelangt man zwangsläufig auch anhand allgemeiner konkurrenzrechtlicher Überlegungen.

Die Kritik der Literatur an der Sichtweise des *BGH* im Verhältnis zu Nichtvermögensdelikten wird aufgenommen und verarbeitet. Es zeigt sich, dass entgegen der Ansicht des *BGH* die Unterschlagung hinter Nichtvermögensdelikte nicht als subsidiär zurücktritt. Diese Ansicht ist mit dem Gesetz vereinbar.

Insgesamt wird festgestellt, dass die vom Gesetzgeber eingefügte Subsidiaritätsklausel zur Bestimmung des Konkurrenz-

verhältnisses der Unterschlagung zu jeglichem anderen Delikt überflüssig ist.

1. Teil: Die Subsidiaritätsklausel (allgemein betrachtet)

1. Urteil des BGH vom 06.02.2002 – StR 513 / 01

a. Sachverhalt und Ergebnis des BGH

Der Angeklagte T erstach sein Opfer und nahm anschließend dessen Mobiltelefon und Geldbeutel an sich. Es konnte in tatsächlicher Hinsicht nicht geklärt werden, ob T bei der Tötung bereits den Entschluss gefasst hatte, Telefon und Geld zu erlangen, oder ob er sich dazu erst im Nachhinein entschloss. Die Vorinstanz hatte den Angeklagten wegen Totschlages in Tatmehrheit zur Unterschlagung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 12 Jahren und einem Monat verurteilt.

Der *BGH*¹ hat das Urteil auf die Revision sowohl des Angeklagten als auch der Staatsanwaltschaft hin aufgehoben. Erfolgreich war die Revision des Angeklagten hinsichtlich der Verurteilung wegen Unterschlagung. Der *BGH* hat den Schuldspruch dahingehend abgeändert, dass die Verurteilung wegen Unterschlagung entfiel. Er erkannte auf die von der Vorinstanz rechtsfehlerfrei festgesetzte Einzelstrafe wegen Totschlages.

b. Der BGH gelangt zur Tateinheit

Die Frage nach dem Zeitpunkt des Entschlusses des T, Geld und Mobiltelefon an sich zu nehmen, war im Hinblick auf die vorliegenden Straftatbestände von Bedeutung. Bei bereits vor der Tötung gefasstem Tatentschluss sind die Tatbestände

¹ *BGH NJW* 2002, 2188.

des Mordes (Habgier), des Raubes mit Todesfolge und der Unterschlagung erfüllt. Die Unterschlagung tritt hinter dem Raub mit Todesfolge zurück. § 251 StGB und § 211 StGB konkurrieren idealiter.

Hat T den Tatentschluss erst nachträglich gefasst, so ist er nicht des Mordes und auch nicht des Raubes mit Todesfolge schuldig. Stattdessen haben ein Totschlag und eine Unterschlagung vorgelegen. Da sich diese Sachverhaltsvariante als für den Täter günstiger zeigte, wurde sie in Anwendung des Zweifelssatzes als gegeben angesehen.

Aufgrund der Zäsur zwischen Tötung und Unterschlagung müssten die Tathandlungen auf den ersten Blick im Verhältnis der Handlungsmehrheit zueinander stehen. Von dieser Sichtweise nahm der *BGH*, was ihm Widerspruch einbrachte,² Abstand. Der *BGH* hat bei der Frage nach der Konkurrenz den Zweifelssatz erneut angewandt. Da die Annahme von Handlungseinheit zwischen Totschlag und Unterschlagung für T günstiger als die Annahme von Handlungsmehrheit war, wurde diese Variante zugunsten von T vom *BGH* auf Konkurrenzebene angenommen.

c. Der BGH wendet die Subsidiaritätsklausel an

Der *BGH* vertritt in dem Urteil die Ansicht, dass die Unterschlagung hinter dem gleichzeitig verwirklichten Totschlag zurücktrete.³ Er argumentiert insbesondere mit dem Wortlaut des § 246 Abs.1 StGB. Äußerste Grenze der Auslegung der Wendung „in *anderer Vorschrift* mit höherer Strafe bedroht“ zum Nachteil des Angeklagten sei der mögliche Wortsinn.

² *Heghmanns* JuS 2003, 954, 955; Anmerkung *Otto* NStZ 2003, 87ff.zu Urt. des BGH v. 06.02.2002 – 1 StR 513 / 01.

³ *BGH* NJW 2002, 2188.

Danach gelte die Subsidiaritätsklausel im Verhältnis zu *allen* Delikten mit höherer Strafdrohung. Dies unterstreiche auch der Vergleich mit der ebenfalls im Zuge des 6. Strafrechtsreformgesetzes eingefügten Subsidiaritätsklausel des Versicherungsmisbrauches, § 265 Abs.1 StGB. Diese sei speziell ausgestaltet, „wenn die Tat nicht in § 263 StGB mit Strafe bedroht ist“, so wie es auch bei anderen speziellen Subsidiaritätsklauseln der Fall sei. Die davon abweichende Formulierung in § 246 Abs.1 StGB könne daher nur so verstanden werden, wie der Wortlaut es nahe lege.

2. Abgrenzung echte / unechte Konkurrenz

Um einer Antwort auf die Vielzahl der in der Einleitung aufgeworfenen Fragen schrittweise näher zu kommen, ist es angezeigt, zunächst einige grundlegende Gedanken zum Themenkomplex Konkurrenzen aufzugreifen.

Nahezu jeder Strafrechtsfall sowohl in der Praxis als auch in der akademischen Ausbildung ist dadurch gekennzeichnet, dass ein Angeklagter durch sein Verhalten gleich mehrere Straftatbestände verwirklicht hat. War das Verhalten des Täters auch rechtswidrig und schuldhaft und stehen einer Bestrafung keine persönlichen Strafausschließungs- oder Strafaufhebungsgründe noch verfahrensrechtliche Hindernisse entgegen, stehen diese Straftatbestände hinsichtlich des Ob und Wie ihrer Anwendbarkeit im Wettbewerb, in Konkurrenz.⁴ Die Konkurrenzlehre hat die Aufgabe, diese Fragen der Anwendbarkeit zu beantworten.⁵ Dabei behandelt sie das Ver-

⁴ Vgl. *Seier* Jura 1983, 225, 226; *Warda* JuS 1964, 81; *Geppert* verwendet in diesem Zusammenhang die Bezeichnung „volldeliktisch“, Jura 1982, 358, 359; 418, 421.

⁵ Ein Überblick über die historische Entwicklung des Konkurrenzrechtes findet sich bei *Geerds* Konkurrenzen S.5ff.

hältnis der Straftatbestände untereinander, wie viele Straftaten von dem einen Täter begangen sind, sowie das Problem, nach welchen Grundsätzen sich die Festsetzung der jeweiligen Rechtsfolgen bei der Aburteilung zu richten hat. Insofern ist die Konkurrenzlehre systematisch an der Nahtstelle zwischen der Lehre von der Straftat und der Lehre von den Unrechtsfolgen einzuordnen.⁶

Zunächst ist die so genannte echte Konkurrenz von der unechten Konkurrenz abzugrenzen.

a. Echte Konkurrenz

Die echte Konkurrenz zeichnet sich dadurch aus, dass der rechtliche Unwertgehalt einer Tat nur durch Anwendung mehrerer Straftatbestände voll erfasst und zum Ausdruck gebracht wird.⁷ So werden gemäß § 260 Abs.4 StPO sämtliche echt konkurrierenden Straftatbestände in Form ihrer gesetzlichen Überschrift bzw. der üblichen Bezeichnung in der Urteilsformel genannt.⁸ Die echte Konkurrenz ist in den §§ 52ff. StGB gesetzlich geregelt. Bei mehrfach begründeter Strafbarkeit ist zu prüfen, ob die Straftatbestände zueinander im Verhältnis der Tateinheit (→Idealkonkurrenz, § 52 StGB) oder Tatmehrheit (→Realkonkurrenz, §§ 53-55 StGB) stehen.

Die Konzeption des Strafgesetzbuches unterscheidet zwischen der Verletzung mehrerer Gesetze durch eine Handlung (§ 52 Abs.1 1.Var. StGB = ungleichartige Idealkonkurrenz) bzw. der mehrfachen Verletzung desselben Gesetzes durch eine Handlung (§ 52 Abs.1 2.Var. StGB = gleichartige Ideal-

⁶ *Wessels / Beulke* AT Rn.751 S.248; *Geppert* Jura 1982, 358, 359; *Schmitt* ZStW 75 (1963), 43, 44.

⁷ *Warda* JuS 1964, 81, 89.

⁸ Vgl. *Kleinknecht / Meyer-Goßner* § 260 StPO Rn.23; *Pfeiffer* § 260 StPO Rn.11.

konkurrenz) und der mehrfachen Gesetzesverletzung durch mehrere Handlungen (§ 53 Abs.1 StGB).

Dieselbe Handlung i.S.d. § 52 StGB liegt natürlich dann vor, wenn sich die tatbestandlichen Ausführungshandlungen absolut decken. Ausreichend ist aber auch die Teilidentität der objektiven Ausführungshandlungen.⁹ Ein Beispiel für Letzteres ist die Körperverletzung als Teilelement (Gewalt) des Raubes.

Handlungseinheit ist nicht nur dann gegeben, wenn eine Handlung im natürlichen Sinne, das heißt eine Willensbetätigung als Realisierung eines Handlungsentschlusses, vorliegt.¹⁰ Da sich strafrechtlich relevantes Verhalten selten als eine Verwirklichung eines einzigen Entschlusses darstellt und mehrere äußerlich getrennte Akte einen einheitlichen Sinnzusammenhang bilden können, spricht man auch in weiteren Fallgestaltungen von einer Handlung.

So ist der insbesondere von der Rechtsprechung ein- und angeführte Begriff der natürlichen Handlungseinheit dadurch gekennzeichnet, dass mehrere von einem Willen getragene, im wesentlichen gleichartige Verhaltensweisen vom Täter in einem engen räumlich-zeitlichen Zusammenhang realisiert werden, die objektiv einem Dritten bei natürlicher Betrachtungsweise als ein einheitliches Tun und demzufolge als eine Handlung erscheinen.¹¹ So ist nur eine Handlung gegeben, wenn der Täter auf der Flucht vor der Polizei nacheinander mehrere Straftaten verwirklicht.¹²

⁹ *BGHSt* 7, 149, 151; 33, 163, 165; *Lackner / Kühl* § 52 Rn.4; *Sch / Sch - Stree* § 52 Rn.9; *Cantzler* JA 2001, 567, 571; *Warda* JuS 1964, 81, 87.

¹⁰ *Sch / Sch - Stree* vor §§ 52ff. Rn.11ff.; *SK - Samson* vor § 52 Rn.21ff.

¹¹ *BGHSt* 10, 230f.; 43, 312, 315; *Tröndle / Fischer* vor § 52 Rn.2a; *Wessels / Beulke* AT Rn.764.

¹² Vgl. *BGHSt* 22, 67ff.

Nach der Aufgabe des Instituts der fortgesetzten Handlung, zumindest für die Judikatur, durch den Großen Senat des *BGH*¹³ werden daneben nur noch Fälle der tatbestandlichen Handlungseinheit als eine Handlung angesehen. Eine tatbestandliche Handlungseinheit liegt dann vor, wenn ein Tatbestand mehrere natürliche Willensbetätigungen zu einer rechtlich-sozialen Bewertungseinheit verbindet.¹⁴

Diese Voraussetzung ist bei mehraktigen oder zusammengesetzten Delikten erfüllt. So werden Wegnahme und Gewaltanwendung beim Raub zu einer Handlung zusammengefasst. Auch bei Dauerdelikten werden mehrere natürliche Handlungen, die der Täter vornimmt, um den rechtswidrigen Zustand herzustellen und aufrechtzuerhalten, zu einer Handlung verbunden. Schließlich liegt eine Handlung vor, wenn der Täter aufgrund gleicher Motivationslage durch mehrere Einzelakte, die in engem räumlich-zeitlichen Zusammenhang stehen, das tatbestandliche Unrecht intensiviert. Als Beispiel dient die so genannte Schimpfkanonade oder auch die aufeinander folgenden Schläge bei einer Tracht Prügel.¹⁵

Die Verurteilung eines Täters richtet sich nach dem Gesamtstrafenprinzip. Innerhalb dieses Prinzips gibt es verschiedene Möglichkeiten der Strafbemessung:¹⁶

Bei Anwendung des Kumulationsprinzips werden die Straftaten für jede Gesetzesverletzung einzeln bemessen und dann addiert. Diese Möglichkeit hat keinen Niederschlag im Strafgesetzbuch gefunden.

¹³ *BGHSt* GrS 40, 138ff.

¹⁴ Sch / Sch - *Stree* vor §§ 52ff. Rn.12; SK - *Samson* vor § 52 Rn.42; *Geppert* Jura 1982, 358, 362.

¹⁵ Zu den Beispielen vgl. SK - *Samson* vor § 52 Rn.45; *Wessels / Beulke* AT Rn.760ff.

¹⁶ Ausführlicher dazu: *Jescheck / Weigend* AT S.707ff.

Nach dem Absorptionsprinzip wird die Strafe allein dem Gesetz entnommen, welches die schärfste Strafdrohung enthält. Dieses Prinzip findet sich in § 52 Abs.1, Abs.2 StGB wieder. Dem Asperationsprinzip zufolge wird die Strafe dem Gesetz mit der schärfsten Strafdrohung entnommen und wird dann weiter erhöht. Die Strafzumessung im Bereich der Tatmehrheit (vgl. §§ 53 Abs.1, 54 Abs.1 StGB) folgt diesem Prinzip. Das Kombinationsprinzip besagt, dass die Sanktionen der verletzten Strafgesetze miteinander verbunden werden. Gemäß § 52 Abs.3, Abs.4 StGB kann das Gericht neben Freiheitsstrafe auch auf Geldstrafe erkennen sowie Nebenfolgen, Nebenstrafen und Maßnahmen anordnen. Auch im Bereich der Tatmehrheit findet dieses Prinzip gemäß § 53 Abs.3 StGB Anwendung.

b. Unechte Konkurrenz

Bei der unechten Konkurrenz (Gesetzeskonkurrenz) hingegen sind zwar mehrere Straftatbestände ihrem Wortlaut nach erfüllt, es reicht jedoch einer von ihnen aus, um den deliktischen Gehalt der Tat erschöpfend zu kennzeichnen. Es handelt sich dabei um unechte, synonym scheinbare Konkurrenz, da die Tatbestände nicht nebeneinander anzuwenden sind, sondern der eine Tatbestand den anderen nach dem Sinnzusammenhang verdrängt.¹⁷ Nach ganz überwiegender Ansicht¹⁸ für diese Wertung maßgeblich sind insofern die Rechtsgüter, gegen die sich der Angriff des Täters richtet, die

¹⁷ *BGHSt* 25, 373; 31, 380; *Wessels / Beulke AT* Rn. 787; *Geppert Jura* 1982, 418; *Warda JuS* 1964, 81, 89.

¹⁸ A.A. z.B. *Vogler*, der Gesetzeseinheit für gegeben hält, wenn bei normativer Betrachtungsweise sonst eine unzulässige Doppelbestrafung vorläge, *Bockelmann-FS* 715, 721; *Puppe* verfolgt einen völlig von der h.M. abweichenden Ansatz bzgl. der Konkurrenzlehre und beschränkt die Gesetzeseinheit auf die Fälle der Spezialität, *GA* 1982, 142ff.; *dies. JR* 1984, 229ff.; *dies. Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen* S.313.

Tatbestände, die das Gesetz zu ihrem Schutz vorsieht sowie deren Unrechtsgehalt.¹⁹ *Samson* drückt es so aus, dass unechte Konkurrenz dann vorliege, wenn ein Tatbestand den Unrechtsgehalt, der auch durch einen anderen Tatbestand erfasst werde, vollständig derart abgelte, dass die Anwendung des anderen Straftatbestandes zu einer doppelten Bewertung nur einmal vorhandenen Unrechts führen würde.²⁰ In Bezug auf die Verletzung eines durch einen Straftatbestand geschützten Rechtsgutes findet sich auch die Formulierung, dass diese eine nicht notwendige, aber doch regelmäßige Erscheinungsform bei der Verletzung des anderen Straftatbestandes sein müsse, damit ein Fall der unechten Konkurrenz vorläge.²¹

Da bei der Gesetzeskonkurrenz entgegen dem ersten Anschein nur ein Strafgesetz und dessen Rechtsfolgen angewendet werden, ist diesbezüglich keine gesetzliche Regelung im Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches erforderlich.²²

Im Unterschied zur echten Konkurrenz werden beim Vorliegen von Gesetzeskonkurrenz nicht sämtliche verwirklichten, (scheinbar) konkurrierenden Tatbestände, sondern nur die tatsächlich angewandten, verdrängenden Strafvorschriften in der Urteilsformel genannt.²³

Die sprachlich ungeschickte Bezeichnung der unechten Konkurrenz als Gesetzeskonkurrenz ist der Bezeichnung Gesetzeseinheit überwiegend gewichen. Begründet wird dies dadurch, dass die Tatbestände in Wirklichkeit nicht konkurrierend (nebeneinander) zur Anwendung kommen bzw. im

¹⁹ *BGHSt* 11, 15, 17; 28, 11, 15.

²⁰ *SK - Samson* vor § 52 Rn.79.

²¹ *RGSt* 60, 117, 122; *BGHSt* 39, 100, 108.

²² *Jescheck / Weigend* AT S.732.

²³ *Kleinknecht / Meyer-Goßner* § 260 StPO Rn.26; *Löwe-Rosenberg* § 260 StPO Rn.63; *Pfeiffer* § 260 StPO Rn.14; *Mitsch* JuS 1993, 471, 472.

Wettbewerb stehen, sondern vielmehr eine Art Einheit entsteht, die einen Tatbestand hinter dem anderen zurücktreten lässt.²⁴ Ein scheinbares Konkurrenzverhältnis wird in der Regel durch eine der folgenden Formulierungen sprachlich gekennzeichnet: „Der Straftatbestand X wird von dem Straftatbestand Y verdrängt“²⁵ oder „Der Straftatbestand X tritt hinter dem Straftatbestand Y zurück“.²⁶

Gesetzeseinheit gibt es in Form der unechten Ideal- (Voraussetzung: Handlungseinheit) als auch der unechten Realkonkurrenz (Voraussetzung: Handlungsmehrheit).²⁷ Dabei gibt es eine Vielzahl von Differenzen hinsichtlich der Terminologie der Fallgruppen der Gesetzeseinheit sowie hinsichtlich der Zuordnung einzelner Fälle zu den Fallgruppen.²⁸ Üblicherweise wird die unechte Idealkonkurrenz in Spezialität, Subsidiarität und Konsumtion unterteilt, die unechte Realkonkurrenz in mitbestrafte Vor- und Nachtat.²⁹ Mitbestrafte Vor- und Nachtat werden dabei als scheinbar realkonkurrierende Unterfälle der Subsidiarität³⁰ oder auch der Konsumtion³¹ aufge-

²⁴ Vgl. *BGHSt* 11, 15, 17; Sch / Sch - *Stree* vor §§ 52ff. Rn.5; *Ebert* AT S.219; *Vogler* in *Bockelmann-FS* S.715; *Kühl* JA 1978, 475, 477; *Seier* Jura 1983, 225ff.; a.A. *Hirschberg* ZStW 53 (1934), 34, 37ff.

²⁵ *Wessels / Beulke* AT Rn.787; *Kühl* JA 1978, 475, 477.

²⁶ Sch / Sch - *Stree* vor §§ 52ff. Rn.102.

²⁷ *Lackner / Kühl* vor § 52 Rn.24ff.; LK - *Rissing-van Saan* vor §§ 52ff. Rn.67; Sch / Sch - *Stree* vor §§ 52ff. Rn.102; *Tröndle / Fischer* vor § 52 Rn.17, 48; *Geppert* Jura 1982, 418, 421; a.A. *Wessels / Beulke* AT Rn.787; *Bockelmann* MDR 1959, 10, bei denen der Begriff Gesetzeskonkurrenz nur Fälle scheinbarer Idealkonkurrenz umfasst.

²⁸ S. Übersicht über die unterschiedlichen Ansichten in LK - *Rissing-van Saan* vor §§ 52ff. Rn.66ff.sowie bzgl. der Zuordnung zu Fallgruppen bei *Vogler* in *Bockelmann-FS* 715ff.

²⁹ *Lackner / Kühl* vor § 52 Rn. 24ff.; *Tröndle / Fischer* vor § 52 Rn.17f, 48ff.;*Geppert* Jura 1982, 418, 421ff.; *Warda* JuS 1964, 81, 90ff.

³⁰ Vgl. *Lackner / Kühl* vor § 52 Rn.31; Sch / Sch - *Stree* vor §§ 52ff. Rn.112; *Schmitt* ZStW 75 (1963), 43, 55; *Vogler* in *Bockelmann-FS*, 815, 816.

³¹ Vgl. *Lackner / Kühl* vor § 52 Rn.31; nach *Wessels / Beulke* AT Rn.793ff.greift der Grundgedanke der Konsumtion, im Rahmen der mitbestraften Vortat aber ggf. auch der der Subsidiarität; vgl. *Geppert* Jura 1982, 418, 427; *Vogler* in *Bockelmann-FS* 715, 716.

fasst bzw. als aus deren Grundgedanken abgeleitet als selbständige Form der Gesetzeseinheit angesehen.³²

Wenn ein Fall von Gesetzeseinheit gegeben ist, unterbleibt der Rechtsanwendungsschritt von der festgestellten Strafbarkeitsmehrheit zu den gesetzlichen Regelungen der §§ 52ff. StGB.³³ Bevor eine Einordnung als Ideal- bzw. Realkonkurrenz erfolgt, ist somit zunächst zu prüfen, ob nicht ein Fall der Gesetzeseinheit vorliegt.

Wie bereits oben dargestellt ist die Gesetzeseinheit grundsätzlich nicht gesetzlich geregelt. Als diesbezügliche Ausnahmen sind die im Besonderen Teil des StGB zu findenden ausdrücklichen bzw. formellen Subsidiaritätsklauseln zu nennen. Eine ebensolche Ausnahme bildet den Anlass dieser Arbeit: die Subsidiaritätsklausel des Unterschlagungstatbestandes.

3. Abgrenzung innerhalb der unechten Konkurrenz

Bevor eine Auseinandersetzung mit der zeitlichen und inhaltlichen Reichweite der Subsidiaritätsklausel des Unterschlagungstatbestandes erfolgen kann, ist es erforderlich, sich mit den grundsätzlichen Gesichtspunkten der Subsidiarität zu befassen. Zum besseren Verständnis geschieht dies durch eine Abgrenzung gegenüber den anderen Formen der unechten Ideal- und Realkonkurrenz. Diese Abgrenzung ist im Hinblick auf die Vielzahl an unterschiedlichen Meinungen bezüglich der Terminologie und der Zuordnung einzelner Fälle zu den Formen der Gesetzeseinheit allgemein gehalten.

³² Vgl. *Warda* JuS 1964, 81, 92; *Wessels / Beulke* AT Rn.793ff.

³³ *Kühl* AT S.877 Rn.51; *Mitsch* JuS 1993, 471.

a. Unechte Idealkonkurrenz

Zunächst erfolgt die Abgrenzung innerhalb der unechten Idealkonkurrenz.

aa. Spezialität

Die Spezialität beruht auf logischen Regeln und ist durch den abstrakten Vergleich der Tatbestände zu ermitteln. Deswegen ist sie die am wenigsten umstrittene Form der Gesetzes Einheit.

Zurückgehend auf *Honig*³⁴ ist sie dadurch gekennzeichnet, dass ein Tatbestand sämtliche Merkmale eines anderen Tatbestandes enthält und sich von diesem nur dadurch unterscheidet, dass er zumindest noch ein weiteres Merkmal enthält, das das Geschehen unter einem spezielleren Gesichtspunkt erfasst.³⁵ Dieses Merkmal kann sowohl qualifizierender als auch privilegierender Natur sein.³⁶ Als Beispiel für Spezialität ist das Verhältnis von Grundtatbestand (z.B. § 242 StGB) zur Qualifikation (z.B. § 244 StGB) oder zur Privilegierung zu nennen. Eine Verletzung des spezielleren Gesetzes beinhaltet stets zugleich eine Verletzung des allgemeineren Gesetzes. Dabei genießt das auf den konkreten Sachverhalt spezieller zugeschnittene Gesetz Vorrang. Das allgemeinere Gesetz kommt nicht zur Anwendung, da sein deliktischer Gehalt vom spezielleren Gesetz mitumfasst wird.

Es gilt der Grundsatz: *lex specialis derogat legi generali*.³⁷

³⁴ *Honig* Strafloße Vor- und Nachtat S.113.

³⁵ Vgl. *RGSt* 60, 117, 122; *BGH NJW* 1999, 1561; *Lackner / Kühl* vor § 52 Rn.25; *Tröndle / Fischer* vor § 52 Rn.18; *Hirschberg ZStW* 53 (1934), 34, 39.

³⁶ *LK - Rissing-van Saan* vor §§ 52ff. Rn.73; *SK - Samson* vor § 52 Rn.84.

³⁷ *Lackner / Kühl* vor § 52 Rn.25; *LK - Rissing-van Saan* vor §§ 52ff. Rn.73; *SK - Samson* vor § 52 Rn.82; *Ebert AT* S.224.

Da das eine Gesetz sämtliche Tatbestandsmerkmale des anderen einschließt, bezeichnet *Seier*³⁸ das Verhältnis der Vorschriften zueinander als das der Inklusion. Überwiegend wird jedoch ebenso zutreffend auf die Rangordnung des allgemeinen zum speziellen Tatbestand abgestellt und zur Kennzeichnung der Begriff der Subordination gewählt.³⁹

Einigkeit, dass Spezialität vorliegt, besteht im Verhältnis von Tatbestand zu seiner selbständigen Abwandlung.⁴⁰ So ist der Raub (§ 249 StGB) das speziellere Gesetz gegenüber dem Diebstahl (§ 242 StGB) und der Nötigung (§ 240 StGB).

Trotz des logischen Grundgedankens der Spezialität gibt es auch bei dieser Form der Gesetzeseinheit eine Vielzahl von umstrittenen Fallgruppen. Als Beispiel seien hier nur die Problematik bei der Verwirklichung eines Grundtatbestandes und daneben mehrerer Qualifikationen sowie die Problematik bei vollendetem Grundtatbestand und versuchtem Spezialtatbestand genannt.⁴¹

bb. Subsidiarität

Zur Kennzeichnung der Subsidiarität wird häufig folgende Formulierung gewählt: Eine (subsidiäre) Vorschrift ist nur anwendbar bzw. beansprucht Geltung, wenn nicht ein anderes

³⁸ *Seier* Jura 1983, 225, 228; *Samson* und *Warda* schreiben fälschlicherweise „Subordination (Einschluss)“, setzen dieses Begriffspaar also gleich; Subordination bedeutet jedoch Unterordnung, während Inklusion Einschluss meint; SK - *Samson* vor § 52 Rn.82; *Warda* JuS 1964, 81, 90.

³⁹ LK - *Rissing-van Saan* vor §§ 52ff. Rn.68; SK - *Samson* vor § 52 Rn.82; *Geppert* Jura 1982, 418; *Warda* JuS 1964, 81, 90; zur begriffslogischen Struktur der Spezialität *Klug* ZStW 68 (1956), 399, 405.

⁴⁰ *Lackner / Kühl* § 242 Rn.30; LK - *Rissing-van Saan* vor §§ 52ff.; Sch / Sch - *Stree* vor §§ 52ff.; SK - *Samson* vor § 52 Rn.84; *Klug* ZStW 68 (1956) 399, 406; zum Begriff der selbständigen Abwandlung: *Geppert* Jura 1982, 418, 421 Fn.86.

⁴¹ S. Darstellung bei *Geppert* Jura 1982, 418, 422.

Gesetz eingreift.⁴² Diese weite Formulierung umschreibt jedoch lediglich allgemein die Rechtsfolgen des Oberbegriffes Gesetzeseinheit und ist zur Abgrenzung gegenüber der Spezialität wenig hilfreich.

Im Gegensatz zur Spezialität besteht bei der Subsidiarität keine Deckung bzw. ein Einschluss zwischen den Tatbeständen, sondern sie überschneiden sich in ihrem Anwendungsbereich (Interferenz).⁴³ Sind beide Tatbestände erfüllt, so gilt der Grundsatz: *Lex primaria derogat legi subsidiariae*.⁴⁴ Anders als bei der Spezialität, bei der bei einer Verletzung des spezielleren Gesetzes auch immer eine Verletzung des allgemeineren Gesetzes gegeben ist, gibt es Fälle, in denen nur der Primärtatbestand oder auch nur der subsidiäre Tatbestand verwirklicht ist.⁴⁵

Während die Spezialität also auf dem Grundgedanken der Inklusion bzw. der Subordination beruht und durch logischen Vergleich der Tatbestände ermittelbar ist, ist die Subsidiarität durch Interferenz gekennzeichnet.

Wann ein solches Verhältnis der Überschneidung vorliegt, ergibt sich teilweise aus einer normativen, teleologisch ausgerichteten Betrachtung der Tatbestände. Dies wird als so genannte stillschweigende oder konkludente bzw. auch als materielle Subsidiarität bezeichnet.⁴⁶

Teilweise ist das Verhältnis gesetzlich geregelt. Die Regelung erfolgt anhand formeller Subsidiaritätsklauseln.

⁴² Vgl. *RGS* 38, 383, 385; *LK - Rissing-van Saan* vor §§ 52ff. Rn.99; *Sch / Sch - Stree* vor §§ 52ff. Rn.105.

⁴³ *SK - Samson* vor § 52 Rn.85; *Jescheck / Weigend* AT S.734; *Abels* Die Klarstellungsfunktion der Idealkonkurrenz S.21; *Klug* ZStW 68 (1956), 399, 406; *Seier* Jura 1983, 225, 228.

⁴⁴ *LK - Rissing-van Saan* vor §§ 52ff. Rn.99.

⁴⁵ Vgl. zur begriffslogischen Struktur der Subsidiarität *Klug* ZStW 68 (1956), 399, 404ff.

⁴⁶ *Sch / Sch - Stree* vor §§ 52ff. Rn.106ff.; *Tröndle / Fischer* vor § 52 Rn.19; *Baumann / Weber / Mitsch* AT S.723ff.; *Klug* ZStW 68 (1956), 399, 401.

(1) konkludente Subsidiarität

Die konkludente Subsidiarität ergibt sich aus dem Zweck und dem Zusammenhang der scheinbar konkurrierenden Tatbestände. Sie lässt sich aber nicht wie die Spezialität auf einen abstrakt-logischen Vergleich gründen, sondern erfordert eine normative Betrachtung bzw. teleologische Auslegung hinsichtlich des Umfangs und der Intensität des in den in Betracht kommenden Tatbeständen verankerten Rechtsgüterschutzes.⁴⁷ In Anlehnung an *Honig*⁴⁸ ist konkludente Subsidiarität nach überwiegender Ansicht dann gegeben, wenn unterschiedliche Strafvorschriften verschiedene Stadien oder verschieden intensive Arten des Angriffs auf dasselbe Rechtsgut erfassen.⁴⁹ Die konkludente Subsidiarität ist jedoch immer auf die Fälle begrenzt, in denen die Verwirklichung des an sich subsidiären Tatbestandes keinen schwereren oder selbständigen Unrechtsgehalt gegenüber der Verwirklichung des verdrängenden Tatbestandes aufweist.⁵⁰

Bei folgenden Fallgruppen ist das Vorliegen von konkludenter Subsidiarität weitestgehend unumstritten:

Bei verschiedenen Entwicklungsstufen desselben deliktischen Angriffs tritt der weniger weit vorangeschrittene Angriff hinter den weiter vorangeschrittenen zurück. Insofern sind selbständige strafbare Vorbereitungshandlungen (z.B. § 149 StGB) gegenüber dem Versuch (z.B. §§ 146, 22, 23 Abs.1

⁴⁷ Sch / Sch - *Stree* vor §§ 52ff. Rn.107; *Baumann / Weber / Mitsch* AT S.723; *Maurach / Gössel / Zipf* AT 2 S.435; *Kühl* JA 1978, 475, 480.

⁴⁸ *Honig* Strafloße Vor- und Nachtat S.113.

⁴⁹ LK - *Rissing-van Saan* vor §§ 52ff.Rn.101; Sch / Sch - *Stree* vor §§ 52ff. Rn.107; SK - *Samson* vor § 52 Rn.92; *Tröndle / Fischer* vor § 52 Rn.19; *Baumann / Weber / Mitsch* AT S.724; anders z.B. NK - *Puppe* vor § 52 Rn.22ff., die die Figur der konkludenten Subsidiarität ablehnt und Konstellationen aus diesem Bereich der Spezialität zuordnet (z.B. Verhältnis Versuch / Vollendung) oder als „annähernde Spezialität“ bezeichnet.

⁵⁰ LK - *Rissing-van Saan* vor §§ 52ff. Rn.102ff.;

StGB) und beide Formen gegenüber der Vollendung (z.B. § 146 StGB) subsidiär.⁵¹

Stillschweigend subsidiär sind des Weiteren die Durchgangsdelikte. Dieser Begriff umfasst schutzrichtungsgleiche Delikte, die ein notwendiges Durchgangsstadium zu einem unrechtsschwereren Delikt darstellen.⁵² So tritt nach der Grundsatzentscheidung *BGHSt* 16, 122ff. die Körperverletzung als notwendiges Durchgangsstadium hinter der Tötung zurück, wenn der Vorsatz des Täters bei der Körperverletzung bereits auch auf die Tötung gerichtet war.

Die schwerere Teilnahmeform verdrängt die leichtere.⁵³ Die Beihilfe (§ 27 StGB) ist gegenüber der Anstiftung (§ 26 StGB) und beide Teilnahmeformen sind gegenüber der Täterschaft (§ 25 StGB) subsidiär.

Gefährdungsdelikte sind gegenüber den dasselbe Rechtsgut schützenden Verletzungsdelikten subsidiär, wenn die Gefährdung nicht über den Verletzungserfolg im Einzelfall hinausgeht.⁵⁴ Abstrakte Gefährdungsdelikte wiederum werden durch die konkreten Gefährdungsdelikte verdrängt.⁵⁵

⁵¹ *RG JW* 1934, 2850; *Lackner / Kühl* vor § 52 Rn.26; *LK - Rissing-van Saan* vor §§ 52ff. Rn.104; *Geppert Jura* 1982, 418, 423; *Seier Jura* 1983, 225, 229; a.A. *Warda JuS* 1964, 81, 91, für den regelmäßig nur ein einheitlicher Verstoß in Form der fortgeschrittensten Entwicklungsstufe vorliegt, demnach sich die Frage nach den Konkurrenzen nicht stellt; dito *SK - Samson* vor § 52 Rn.93; ähnlich *Maurach / Gössel / Zipf AT* 2 S.459 die davon sprechen, dass bis zur Vollendung notwendigerweise Durchgangsstadien verwirklicht werden, die diesbezüglichen gesetzlichen Regelungen der Strafbarkeit der Durchgangsstadien im Falle der Vollendung jedoch unanwendbar sind.

⁵² *LK - Rissing-van Saan* vor §§ 52ff. Rn.103; *Sch / Sch - Stree* vor §§ 52ff. Rn.120; *Geppert Jura* 1982, 418, 424; teilweise werden auch noch andere hier getrennt angeführte Fallgruppen mit unter den Begriff Durchgangsdelikt gefasst, vgl. *SK - Samson* vor § 52 Rn.93.

⁵³ *BGHSt* 30, 28, 30; *BGH NStZ* 1994, 29, 30; *LK - Rissing-van Saan* vor §§ 52ff. Rn.109; *Jescheck / Weigend AT* S.735; *Maurach / Gössel / Zipf AT* 2 S.435; *Geppert Jura* 1982, 418, 425; *Warda JuS* 1964, 81, 91.

⁵⁴ *RGSt* 68, 407, 409ff.; *BGHSt* 8, 243, 244; *LK - Rissing-van Saan* vor §§ 52ff. Rn.102; *SK - Samson* vor § 52 Rn.93; *Tröndle / Fischer* vor § 52 Rn.19; *Baumann / Weber / Mitsch AT* S.724.

⁵⁵ Vgl. vorherige Fn.

Auch das (echte oder unechte) Unterlassungsdelikt tritt aufgrund von Subsidiarität gegenüber dem Begehungsdelikt zurück.⁵⁶

Schließlich ist die fahrlässige Begehung im Verhältnis zum Vorsatzdelikt konkludent subsidiär.⁵⁷

(2) Subsidiarität aufgrund gesetzlicher Anordnung

Hinsichtlich der Subsidiarität aufgrund gesetzlicher Anordnung (= formelle Subsidiarität) kann man zunächst zwischen absoluter und relativer Subsidiarität unterscheiden.⁵⁸ Absolute Subsidiarität ist dann gegeben, wenn das Gesetz hinter jedem anderen Tatbestand zurücktritt.⁵⁹ Im Zuge des 4. Strafrechtsreformgesetzes ist jedoch das einzige Beispiel für absolute Subsidiarität im Strafgesetzbuch, die „mangelnde Beaufsichtigung Jugendlicher“ (§ 143 StGB a.F.), weggefallen. Somit lassen sich also nur noch Fälle relativer Subsidiarität finden, die dadurch gekennzeichnet sind, dass das subsidiäre Gesetz nur dann zurücktritt, wenn die Tat bestimmte andere Tatbestände erfüllt.⁶⁰

Im Rahmen der relativen Subsidiarität wird wiederum wie folgt unterschieden: Spezielle Subsidiarität liegt dann vor, wenn das subsidiäre Gesetz ein Zurücktreten gegenüber bestimmten, ausdrücklich genannten Vorschriften anordnet.⁶¹ Eine solche Regelung findet sich beispielsweise in den §§ 95, 98, 99, 109g Abs.2; 145 Abs.2, 145d, 183a, 202, 265 n.F.,

⁵⁶ BGH NJW 1993, 1871, 1872; LK - Rissing-van Saan vor §§ 52ff. Rn.110; SK - Samson vor § 52 Rn.94.

⁵⁷ BGHSt 39, 195, 198; LK - Rissing-van Saan vor §§ 52ff.; Sch / Sch - Stree vor §§ 52ff. Rn.107; SK - Samson vor § 52 Rn.94.

⁵⁸ SK - Samson vor § 52 Rn.86; Maurach / Gössel / Zipf AT 2 S.434; ähnliche Differenzierung: Sch / Sch - Stree vor §§ 52ff. Rn.106; Jescheck / Weigend AT S.734.

⁵⁹ SK - Samson vor § 52 Rn.86; Jescheck / Weigend AT S.734.

⁶⁰ SK - Samson vor § 52 Rn.86.

⁶¹ LK - Rissing-van Saan vor §§ 52ff. Rn.100; Tröndle / Fischer vor § 52 Rn.19.

316 StGB. Hingegen ist der Terminus allgemeine Subsidiarität zutreffend, wenn der hilfswise Charakter eines Gesetzes dadurch deutlich wird, dass es dem Wortlaut nach gegenüber allen Tatbeständen mit schwererer Strafdrohung zurücktritt.⁶² Beispielhaft dafür stehen die §§ 107b, 109e Abs.5, 109f, 125, 248b, 265a StGB.

Auch § 246 Abs.1 StGB, der Unterschlagungstatbestand, weist eine solche allgemeine Subsidiaritätsklausel auf.

Auch einer formellen Subsidiaritätsklausel liegen – wie bei der konkludenten Subsidiarität - materielle gesetzeseinheitsrechtliche Überlegungen zugrunde. Diese Überlegungen haben aber Aufnahme in den Gesetzestext gefunden.

Exemplarisch ist der hinter der Subsidiaritätsklausel des § 248b StGB stehende Grundgedanke folgender: § 248b StGB bedroht das unbefugte Gebrauchen eines Fahrzeuges mit Strafe. Durch die Vorschrift sollen die wegen fehlender Zueignungsabsicht nicht unter § 242 StGB zu subsumierenden Entwendungen von Fahrzeugen strafrechtlich erfasst werden.⁶³ Aber auch der Täter, der das Fahrzeug durch Diebstahl (Betrug oder Erpressung) erlangt, gebraucht das Fahrzeug unbefugt. Das eigentliche Unrecht dieser Fälle liegt darin, dass die Rechte des Eigentümers in toto verletzt werden. Diese umfassende Eigentumsverletzung beinhaltet die (nicht dauerhafte) Gebrauchsanmaßung. Ein Zurücktreten des § 248b StGB lässt sich materiell begründen, es bedarf dazu nicht der formellen Subsidiaritätsklausel. Eine formelle Subsidiaritätsklausel ist insoweit die Kenntlichmachung bzw. Umsetzung materieller gesetzeseinheitsrechtliche Überlegungen

⁶² LK - *Rissing-van Saan* vor §§ 52ff. Rn.100; SK - *Samson* vor § 52 Rn.86.

⁶³ Vgl. *Joecks* § 248b Rn.1.

im Gesetzestext. Diese Erkenntnis ist zunächst einmal festzuhalten.

cc. Konsumtion

Die Konsumtion ist die umstrittenste Form der Gesetzeseinheit. Nicht allein ihre inhaltliche Reichweite wird kontrovers diskutiert, sondern ihre Existenzberechtigung an sich wird in Frage gestellt.⁶⁴

Nach einer Definition liegt Konsumtion dann vor, wenn der Unrechts- und Schuldgehalt einer Tat durch die Verwirklichung eines anderen Tatbestandes mitumfasst wird, so dass der Unrechtsgehalt des gesamten Tatgeschehens durch die Verurteilung wegen des umfassenden Tatbestandes erschöpfend erfasst wird.⁶⁵ Diese Definition umschreibt letztlich das allgemeine Wesen der Gesetzeseinheit. Zur Abgrenzung gegenüber den anderen Formen der Gesetzeseinheit besser geeignet ist folgende Kennzeichnung: Konsumtion ist dann gegeben, wenn weder Spezialität noch Subsidiarität vorliegen und ein bestimmtes Strafgesetz trotz an sich unterschiedlicher Schutzrichtung neben einem anderen Strafgesetz nicht notwendiger-, aber üblicherweise verwirklicht ist.⁶⁶ Die regelmäßige Verwirklichung von so genannter Begleittat neben der Haupttat lässt den Schluss zu, dass durch die Verurteilung

⁶⁴ Sch / Sch - *Stree* vor § 52ff. Rn.131; *Klug* ZStW 68 (1956), 399, 414 zufolge ist neben Interferenz (Subsidiarität) und Subordination (Spezialität) eine weitere Form begriffslogisch nicht möglich; *Maurach / Gössel / Zipf* AT 2 S.442 und *Schmitt* ZStW 75 (1963), 43, 55 schließen sich dem an.

⁶⁵ LK - *Rissing-van Saan* vor §§ 52ff. Rn.116.

⁶⁶ Vgl. *RGSt* 60, 117, 122; *Lackner / Kühl* vor § 52 Rn.27; LK - *Rissing-van Saan* vor §§ 52ff. Rn.7; SK - *Samson* vor § 52 Rn.97; *Tröndle / Fischer* vor § 52 Rn.20; *Baumann / Weber / Mitsch* AT S.725; *Blei* AT S.360; *Jakobs* AT S.875ff., der allerdings die Bezeichnung Spezialität zur Begleittat dem der Konsumtion vorzieht.

aus der vorrangigen Tat auch der Unrechtsgehalt der Begleittat mit abgegolten wird.⁶⁷

Für die Konsumtion gilt der allgemeine Grundsatz: *Lex consumens derogat legi consumptae*.

Wie bereits *Klug* festgestellt hat, weist die Konsumtion keine eigene begriffslogische Struktur auf.⁶⁸ Abhängig von den Gegebenheiten des Einzelfalles und der wertenden Betrachtung stellt sich die Konsumtion als spezialitätsähnlich mit einem Verhältnis der Über- bzw. Unterordnung oder aber auch als subsidiaritätsähnlich mit sich überschneidenden Tatbeständen dar.⁶⁹ Dieser Umstand begründet auch die Zweifel an der Notwendigkeit der Existenz dieser Form der Gesetzeseinheit.⁷⁰

Als Standardbeispiel für Konsumtion wird der Einbruchsdiebstahl angeführt, der (trotz seines Regelbeispielcharakters⁷¹) die nicht notwendigerweise, aber regelmäßig auch verwirklichte Sachbeschädigung und den Hausfriedensbruch konsumiert, sofern der Unrechtsgehalt der an sich konsumierten Delikte nicht über den der Haupttat hinausgeht.⁷²

⁶⁷ S. vorherige Fn.; a.A. *Puppe* Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen S.322ff. setzt bei ihrer Ablehnung der Konsumtion an der Behauptung der Gegenmeinung an, dass der Gesetzgeber bei der Bestimmung des Strafrahmens der Haupttat das regelmäßige Vorliegen der Begleittat bereits mitberücksichtigt hätte; denn dann wäre in Fällen des alleinigen Vorliegens der Haupttat der Strafrahmen derselbe und somit unangemessen hoch.

⁶⁸ *Klug* ZStW 68 (1956), 399, 407.

⁶⁹ LK - *Rissing-van Saan* vor §§ 52ff.; *Klug* ZStW 68 (1956), 399, 407ff.; *Seier* Jura 1983, 225, 230; vgl. *Maurach / Gössel / Zipf* AT 2 S.442, die die Konsumtion zwar ablehnen, jedoch anführen, dass die der Konsumtion üblicherweise zugeschlagenen Fälle durch Subordination oder durch Interferenz gekennzeichnet sein können.

⁷⁰ Vgl. LK - *Rissing-van Saan* vor §§ 52ff. Rn.116; *Puppe* Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen S.322ff.

⁷¹ S. dazu LK - *Rissing-van Saan* vor §§52ff. Rn.8 m.w.N.

⁷² LK - *Rissing-van Saan* vor §§ 52ff. Rn.8; SK - *Samson* vor § 52 Rn.98; *Tröndle / Fischer* vor § 52 Rn.20; *Baumann / Weber / Mitsch* AT S.725; *Wessels / Beulke* AT Rn.791.

b. Unechte Realkonkurrenz

Mitbestrafte Vor- und Nachtat bilden den Anwendungsbereich der unechten Realkonkurrenz. Teilweise werden die Fälle der mitbestraften Vor- und Nachtat der Subsidiarität und / oder der Konsumtion zugeordnet, teilweise auch als alia lediglich aus dem Grundgedanken der Subsidiarität und / oder der Konsumtion abgeleitet angesehen.⁷³

aa. Mitbestrafte Vortat

Die mitbestrafte Vortat ist dadurch gekennzeichnet, dass ein Delikt tatbestandsmäßig erfüllt ist, das Schwergewicht des gesamten täterschaftlichen Handelns jedoch auf dem darauf folgenden strafbaren Verhalten des Täters liegt und somit von einer Strafbarkeit der Vortat abgesehen wird. Dabei müssen sich Vor- und Haupttat gegen dasselbe geschützte Rechtsgut richten.⁷⁴

So treten strafbare selbständige, das heißt zur späteren Vollendung im Verhältnis der Tatmehrheit stehende, Vorbereitungshandlungen hinter der durchgeführten Tat als mitbestrafte Vortat zurück.⁷⁵

Ein versuchter Raub tritt gegenüber einer vollendeten räuberischen Erpressung zurück.⁷⁶

⁷³ S. Nachweise bei SK - *Samson* vor § 52 Rn.88-91, 99ff.sowie bei *Maurach / Gössel / Zipf* AT 2 S.458 und 461.

⁷⁴ *Lackner / Kühl* vor § 52 Rn.33; *Tröndle / Fischer* vor § 52 Rn.43; *Wessels / Beulke* AT Rn.794; *Geppert* Jura 1982, 418, 427.

⁷⁵ *RGSt* 24, 269, 272; 53, 279; *Lackner / Kühl* vor § 52 Rn.33; *Tröndle / Fischer* vor § 52 Rn.43; *Wessels / Beulke* AT Rn.794.

⁷⁶ *BGH* NJW 1960, 60.

bb. Mitbestrafte Nachtat

Eine mitbestrafte Nachtat ist eine tatbestandsmäßige Handlung, die jedoch nicht zur Strafbarkeit führt, da die Gesetzesauslegung ergibt, dass das Gesamtgeschehen nur unter dem Gesichts- und somit auch Schwerpunkt der vorhergehenden Tat geahndet werden soll. Auch hier ist die Identität des von Haupt- und Nachtat angegriffenen Rechtsgutes zwingende Voraussetzung.⁷⁷

Der Dieb eines Fahrrades wird nicht wegen Sachbeschädigung durch die spätere Zerstörung des Fahrrades verurteilt, da der Unrechtsgehalt der späteren Sachbeschädigung durch die Bestrafung wegen Diebstahles mit abgegolten ist.⁷⁸

4. Geltung der Subsidiaritätsklausel für die veruntreuen- de Unterschlagung

Das Merkmal des Anvertrautseins qualifiziert die Unterschlagung. Es ist ein besonderes persönliches Merkmal im Sinne des § 28 Abs. 2 StGB.⁷⁹ Eine Sache ist demjenigen anvertraut, der sie mit der Verpflichtung erlangt hat, sie zurückzugeben oder zu bestimmten Zwecken zu verwenden.⁸⁰ Der Grund für die Qualifikation ist die besondere Vertrauensstellung, die der Täter gegenüber dem Eigentümer hat und die als gesteigerte Pflicht zur Respektierung des Eigentums wirkt.⁸¹

⁷⁷ *Lackner / Kühl* vor § 52 Rn.32; *SK - Samson* vor § 52 Rn.101; *Tröndle / Fischer* vor § 52 Rn.44; *Wessels / Beulke AT* Rn.795; *Geppert Jura* 1982, 418, 427.

⁷⁸ *Geppert Jura* 1982, 418, 428 mit weiteren Beispielfällen.

⁷⁹ s.u. 1. Teil 7. b.

⁸⁰ *BGHSt* 9, 90, 91; *RGSt* 29, 238, 239; *Lackner / Kühl* § 246 Rn. 13; *Tröndle / Fischer* § 246 Rn.21; *SK - Hoyer* § 246 Rn.46 fordert, dass die Sache dem Täter ohne Nutzungsbefugnis überlassen wurde.

⁸¹ *Sch / Sch - Eser* § 246 Rn.29.

Vereinzelt wurde zunächst ohne nähere Begründung bestritten, dass die Subsidiaritätsklausel für die Qualifikation der veruntreuenden Unterschlagung Wirkung entfalte.⁸²

Nach allgemeiner Ansicht gilt die Klausel aber auch für § 246 Abs.2 StGB.⁸³ Einzig *Mitsch*⁸⁴, auf den regelmäßig verwiesen wird, begründet diese allgemeine Ansicht. Er führt an, dass die Bezugnahme „in den Fällen des Absatzes 1“ bei der Veruntreuung so zu verstehen sei, dass sie die Subsidiaritätsklausel mitumfasse. Durch das hohe Strafmaß der Qualifikation komme die Klausel selten, dann aber insbesondere im Zusammentreffen mit §§ 266 Abs.2, 263 Abs.3 StGB, zur Anwendung. Im Falle dieses Zusammentreffens gebe es keinen Grund, die Klausel nicht anzuwenden.

Die allgemeine Ansicht trifft zu. Es soll an dieser Stelle aber der Versuch unternommen werden, eine intensive Auseinandersetzung unter Berücksichtigung möglicher Gegenargumente zu führen.

Gegen die allgemeine Sichtweise könnte zum einen der Umstand sprechen, dass der Gesetzgeber die Qualifikation in Absatz 2 geregelt hat, die Subsidiaritätsklausel aber, statt einen Absatz 4 zu bilden, in Absatz 1 wieder zu finden ist. Diesem Gedanken steht aber der Verweis „in den Fällen des Abs. 1“ in Absatz 2 entgegen, wenn man ihn als Verweis auch auf die Subsidiaritätsklausel versteht.

Es könnte zum anderen angeführt werden, dass die veruntreuende Unterschlagung nicht die vom Gesetzgeber intendierte Auffangfunktion der einfachen Unterschlagung erfüllt

⁸² NK – *Kindhäuser* § 246 Rn.75; *ders.* BT 2 / 1, 2. Aufl. 1999, Rn.86 S.180; in BT 2 / 1, 3.Aufl. 2003, Rn.61 S.120 verzichtet *Kindhäuser* darauf, seine frühere Meinung darzustellen, und verweist auf die h.M.

⁸³ Statt vieler *Lackner / Kühl* § 246 Rn.14; *Tröndle / Fischer* § 246 Rn.29; *Mitsch* BT 2 / 1 Rn.70 S.218; jeweils m.w.N.

⁸⁴ *Mitsch* BT 2 / 1 Rn.70 S.218.

und es daher auch keiner Subsidiaritätsklausel bedarf. Der Verweis in Abs. 2 betreffe dann nur die Tatbestandsvoraussetzungen des Abs.1. Für eine Reduzierung der Auffangfunktion scheint zu sprechen, dass durch das Merkmal des Anvertrauens der Qualifikationstatbestand eine Spezialisierung gegenüber dem weit gefassten § 246 Abs.1 StGB erfährt. Zu berücksichtigen ist bei dieser Überlegung aber, dass es wenige Strafnormen mit schwererer Strafdrohung als die der veruntreuenden Unterschlagung gibt. Wie *Mitsch* bereits angesprochen hat, ist eine gleichzeitige Verwirklichung der veruntreuenden Unterschlagung unter der Voraussetzung höhere Strafdrohung des konkurrierenden Deliktes insbesondere mit Betrug und vor allem Untreue, jeweils im besonders schweren Fall, denkbar.

Darüber hinaus lassen sich weitere Fälle der Tateinheit bilden: Entgegen einem ersten Eindruck, der auf eine Exklusivität zwischen dem Anvertrauen und der Tathandlung Wegnahme hindeutet, kommt auch ein Aufeinandertreffen mit dem qualifizierten Diebstahl, Raub und raubähnlichen Delikten in Betracht.⁸⁵ Dann nämlich, wenn der Täter Mitgewahrsam oder untergeordneten Gewahrsam an der anvertrauten Sache hat und diesen bricht.

Die Delikte überschneiden sich in ihrem Anwendungsbereich mit § 246 Abs.2 StGB, was für eine mögliche Subsidiarität kennzeichnend ist. Eine gleichzeitige Verwirklichung erfolgt aber nicht zwangsläufig, so dass auch bei der veruntreuenden Unterschlagung grundsätzlich eine Auffangfunktion gegeben ist. Die Spezialisierung der Qualifikation durch das Anvertrauen gegenüber der einfachen Unterschlagung wird

⁸⁵ Beispiele dazu im 3. Teil.

durch diesen Umstand relativiert. Das Argument der reduzierten Auffangfunktion greift nicht.

Der Verweis auf § 246 Abs. 1 StGB umfasst die Subsidiaritätsklausel, die damit auch für die qualifizierte Unterschlagung gilt.

5. Anwendungsbereich der Subsidiaritätsklausel in zeitlicher Hinsicht

Dem Wortlaut der Subsidiaritätsklausel nach tritt die Unterschlagung zurück, wenn „die Tat“ auch einen anderen Straftatbestand mit höherer Strafdrohung verwirklicht. Es stellt sich die Frage, was zeitlich unter der „Tat“ im Sinne der Klausel zu verstehen ist. Oder anders ausgedrückt: Ist der Anwendungsbereich der Subsidiaritätsklausel des Unterschlagungstatbestandes in zeitlicher Hinsicht begrenzt?

Im strafrechtlichen Sinne gibt es zwei zu unterscheidende selbständige Tatbegriffe, den materiell-rechtlichen und den prozessualen Tatbegriff.⁸⁶

Der materiell-rechtliche Tatbegriff ergibt sich aus dem Gesetz und richtet sich nach den §§ 52ff. StGB. Eine Tat ist in Fällen der Tateinheit gegeben, mehrere Taten bei Tatmehrheit. Die Subsidiaritätsklausel gilt bei Zugrundelegung des materiell-rechtlichen Tatbegriffes nur für die so genannten Gleichzeitigkeitsfälle, das heißt dann, wenn die Tathandlung der Unterschlagung und die Tathandlung des (scheinbar) konkurrierenden Deliktes sich zumindest teilweise zeitlich decken. Der alte Streit zwischen Tatbestands- und Konkurrenzlösung wä-

⁸⁶ Zur Abgrenzung s. *Beulke* StPO Rn.512ff.; *Schlüchter* Strafverfahren Rn.362.1ff.

re für die Gleichzeitigkeitsfälle zugunsten der Konkurrenzlösung entschieden.⁸⁷

Der prozessuale Tatbegriff ist umfassender und unabhängig von den materiell-rechtlichen Kriterien der Tateinheit und Tatmehrheit. Im prozessualen Sinne ist eine Tat das in der Anklage bezeichnete geschichtliche Vorkommnis, soweit es nach der Auffassung des Lebens einen einheitlichen Vorgang darstellt.⁸⁸ Bei Einheitlichkeit des historischen Vorganges fallen hierunter auch tatbestandliche Handlungen, die zueinander im Verhältnis der Tatmehrheit stehen.⁸⁹ Demzufolge würden auch die Fälle der so genannten Zweitzueignung bei Einheitlichkeit des historischen Vorganges von der Subsidiaritätsklausel erfasst. Die Tatbestandslösung verlöre bei Zugrundelegung des prozessualen Tatbegriffes nicht nur für die Handlungseinheit, sondern auch für einen Teilbereich der Handlungsmehrheit ihre Existenzberechtigung.⁹⁰

Für die Annahme eines prozessualen Tatbegriffes scheint zunächst die höchstrichterliche Sichtweise zu der gegenüber einem Betrug einschlägigen Subsidiaritätsklausel des Versicherungsmisbrauches (§ 265 StGB) zu sprechen. Der Bundesgerichtshof vertritt diesbezüglich den umfassenden prozessualen Tatbegriff.⁹¹ Das Verhältnis von § 265 StGB zu § 263 StGB ist jedoch ein Sonderfall, da das tatbestandliche Verhalten im Sinne des Versicherungsmisbrauches der Leistungsverschaffung durch die Versicherung auf subjektiver Seite dienen muss, die im Sinne eines Betrugese tatbestandli-

⁸⁷ *Duttge / Sotelsek* Jura 2002, 526, 534; zum Streit zwischen Tatbestands- und Konkurrenzlösung nach alter und neuer Fassung des § 246 *Eckstein* JA 2001, 25ff.

⁸⁸ *BVerfGE* 56, 22, 28; *BGHSt* 32, 215, 216; *Pfeiffer* § 264 StPO Rn.2.

⁸⁹ *BGHSt* 23, 141, 144ff.; 24, 185, 186ff.; *Kleinknecht / Meyer-Goßner* § 264 StPO Rn.6; *Roxin* Strafverfahrensrecht S.124.

⁹⁰ Vgl. *Duttge / Sotelsek* Jura 2002, 526, 534.

⁹¹ *BGH* StV 00, 133, 134.

che Täuschung der Versicherung typischer- und logischerweise die nachfolgende Umsetzung der Absicht zum Versicherungsmissbrauch darstellt. Das beim Versicherungsmissbrauch umschriebene tatbestandliche Verhalten dient immer der Vorbereitung des dazu in Tatmehrheit stehenden anschließenden Betruges. Gerade diese tatmehrheitliche Sonderkonstellation bildet den Anwendungsbereich der Subsidiaritätsklausel des § 265 StGB, die bei einem materiellrechtlichen Verständnis „der Tat“ als Tateinheit leer liefe. Die teleologische Auslegung des § 265 StGB kann nur ergeben, dass gerade auch Fälle der Tatmehrheit in den Regelungsbe- reich der Subsidiaritätsklausel fallen.

Bei der Unterschlagung und ihrer allgemeinen Subsidiaritätsklausel gibt es eine solche auch in zeitlicher Hinsicht besondere Beziehung zum (scheinbar) konkurrierenden Delikt nicht. Insofern ist die auf die besondere Konstellation abgestellte Sichtweise zum Tatbegriff in § 265 StGB nicht auf die Subsidiaritätsklausel des Unterschlagungstatbestandes übertragbar.

Ein weiteres Argument für einen weiten Tatbegriff findet sich bei *Maiwald*.⁹² Dieser hatte bereits 1970 in seinen Überlegungen de lege ferenda darauf hingewiesen, dass in den Beratungen der Großen Strafrechtskommission zum Entwurf 1962, auf den sich das 6. Strafrechtsreformgesetz ausdrücklich bezieht,⁹³ zumindest einige der Entwurfsverfasser von einem weiten Anwendungsbereich einer Subsidiaritätsklausel im Unterschlagungstatbestand ausgegangen wären. Dies ist so nicht richtig. *Welzel* führt in den Beratungen vielmehr ex-

⁹² *Maiwald* Der Zueignungsbegriff S.224 verweist auf die Ausführungen von *Welzel* und *Dreher*, Große Strafrechtskommission Niederschriften Band 6 S.55 / 57.

⁹³ *BT-Dr* 13 / 8587 S.43.

plizit aus, dass eine auf einen Betrug bzw. eine Hehlerei folgende Zueignung zwar eine Unterschlagung sei, diese aber „dann genauso straflose Nachtat bleiben [wird] wie bisher“. Von einer in ihrem Anwendungsbereich weit auszulegenden Subsidiaritätsklausel ist weder *expressis verbis* die Rede, noch ergibt sich ein solcher Schluss. Stattdessen hält *Welzel* an der Lösung mittels des Instituts der straflosen Nachtat fest. Die Ausführungen von *Dreher* beschäftigen sich mit dem Zueignungsbegriff bzw. mit der Frage, ob eine Zueignung nur einmal erfolgen könne, nicht mit der Reichweite einer Subsidiaritätsklausel. Insofern ist es unzutreffend, als Argument für einen weiten Anwendungsbereich einen Teil der Verfasser des Entwurfes 1962 anzuführen.

Für den materiell-rechtlichen Tatbegriff spricht die Begründung des Gesetzgebers zum 6. Strafrechtsreformgesetz. In den Verhandlungen des Deutschen Bundestages wird dies deutlich: „Vielmehr wird die Unterschlagung als ein Auffangtatbestand behandelt, der alle Formen rechtswidriger Zueignung fremder beweglicher Sachen umfasst, die nicht einen mit schwererer Strafe bedrohten eigenständigen Straftatbestand verwirklichen.“⁹⁴ Diese Formulierung besagt, dass die Unterschlagung dann zurücktritt, wenn die Zueignung im Sinne des § 246 StGB einen anderen Tatbestand mit höherer Strafdrohung verwirklicht. Wenn aber die Zueignung selbst die Verwirklichung eines anderen Tatbestandes darstellen soll, damit die Klausel eingreift, ist dies denklogisch nur bei den so genannten Gleichzeitkeitsfällen, das heißt bei Tateinheit, möglich.

⁹⁴ *BT-Dr 13 / 8587 S.43ff.*, sowie identisch: *BT-Dr 13 / 7164 S.44.*

Gesetzessystematisch spricht für ein materiell-rechtliches Verständnis des Tatbegriffes schließlich der banal erscheinende, aber nichtsdestotrotz wichtige Umstand, dass die Subsidiaritätsklausel sich im Strafgesetzbuch wieder findet, dort also, wo das materielle Strafrecht und nicht das Strafprozessrecht geregelt ist. Nur durch dieses Verständnis wird ein einheitlicher Tatbegriff im Strafgesetzbuch sichergestellt.⁹⁵

„Die Tat“ ist im Rahmen der Subsidiaritätsklausel materiell-rechtlich zu verstehen. In zeitlicher Hinsicht ist das Eingreifen der Klausel auf Fälle der (scheinbaren) Idealkonkurrenz begrenzt.⁹⁶

6. Schwerere Strafdrohung einer anderen Vorschrift im Sinne der Subsidiaritätsklausel

Es stellt sich die Frage, was unter Strafdrohung im Sinne der Subsidiaritätsklausel zu verstehen ist. Besteht diese Drohung bereits dann, wenn der Tatbestand des anderen Delikts erfüllt ist oder muss der Täter aus der Tat zumindest schuldig gesprochen werden?

Diese Frage lässt sich mittels des Grundgedanken des Konkurrenzrechtes beantworten. An der Nahtstelle zwischen der Lehre von der Straftat und der Lehre von den Unrechtsfolgen regeln die Konkurrenzen die Frage nach der Anwendbarkeit tatbestandsmäßiger, rechtswidriger und schuldhafter Delikts-

⁹⁵ Vgl. *Cantler* JA 2001, 567, 571.

⁹⁶ So auch *BGH* NJW 2002, 2188ff.; *Lackner / Kühl* § 246 Rn.7; *MüKo – Hohmann* § 246 Rn.61; *Krey/ Hellmann* BT 2 Rn.174; *Küper* BT S.470; *Mitsch* BT 2 / 1 Rn.71 S.219; *Noak* Drittzueignung S.109; *Rengier* BT 1 § 5 Rn.29; *Wagner* in Grünwald-FS, 797, 799; *Cantler* JA 2001, 567, 571; *Duttge / Sotelsek* Jura 2002, 526, 534; *Eckstein* JA 2001, 25, 30; *Graul* JuS 1999, 562, 567; *dies.* Jura 2000, 204, 209; *Kudlich* JuS 2001, 767, 769; *Mitsch* ZStW 111 (1999), 65, 92, 96; i.E. auch *Murmann* NStZ 99, 14, 16ff.; *Wessels / Hillenkamp* BT 2 sprechen vom „eigentlichen Anwendungsbereich“ bei gleichzeitiger Zueignung (Rn.300), lassen aber offen, ob die Klausel auch bei wiederholter Zueignung einschlägig ist (Rn.301ff.).

begehungen im Verhältnis untereinander. Bereits aus diesem Grundsatz geht hervor, dass die Strafdrohungen zwischen Unterschlagungstatbestand und Tateinheitlich verwirklichtem Delikt sich im Sinne der Subsidiaritätsklausel dann gegenüber stehen, wenn die rechtswidrige Verwirklichung auch schuldhaft erfolgte.⁹⁷ Es droht eine Strafe nur dann, wenn die Tat auch schuldhaft war. Schuldloses Handeln steht nicht unter Strafe. Zudem wäre ein Zurücktreten des Unterschlagungstatbestandes sachlich nicht gerechtfertigt, wenn der Tatbestand mit der schwereren Strafdrohung im Strafverfahren nicht zur Anwendung käme und im Strafurteil keinen Ausdruck finden würde.⁹⁸

Es schließt sich das Problem an, ob die abstrakten Strafraumen oder die konkret zuzumessenden Strafen der verwirklichten Unterschlagung und des anderen Delikts hinsichtlich der Schwere der Strafe zu vergleichen sind. An dieser Stelle erlangt das Wort „bedroht“ seine eigentliche Bedeutung. Allgemein betrachtet stellt eine Bedrohung die nicht ganz fassbare Vorstufe zu einem gegebenenfalls konkret eintretenden Schaden dar. Die Bedrohung bedarf sozusagen noch einer konkreten Umsetzung. Diese Wortbedeutung weist darauf hin, die abstrakten Strafraumen der Delikte zu vergleichen. So wie die Bedrohung die Vorstufe zu einem Schaden bildet, sind die abstrakten Strafraumen die Grundlage für die konkrete Strafzumessung.

Insbesondere *Mitsch*⁹⁹ führt weitere Argumente für diese Sichtweise an. Im Jugendstrafrecht wird eine Straftat meist

⁹⁷ *Birk* Unterschlagung S.52; *Gehrman* Zueignungsdelikte S.195; *Hohmann / Sander* BT 1 S.59; *Küper* BT S.470; *Noak* Drittzueignung S.109; *Cantzler* JA 2001, 567, 572; *Mitsch* ZStW 111 (1999), 65, 96ff.gebraucht den Terminus Anwendungssubsidiarität.

⁹⁸ *Mitsch* ZStW 111 (1999), 65, 96ff.

⁹⁹ *Mitsch* BT 2 / 1 Rn.80ff.S.224ff.; *ders.* ZStW 111 (1999) 65, 97ff.

mit Erziehungsmaßregeln oder mit Zuchtmitteln geahndet, vgl. §§ 5, 17 Abs.2 JGG. Diese Sanktionen haben keinen Strafcharakter. Würde die Subsidiaritätsklausel nur bei einer konkret schwereren Strafe greifen, würde dieses Privileg einem Großteil der straffällig gewordenen Jugendlichen und Heranwachsenden unter den Voraussetzungen des § 105 JGG, nämlich allen, bei denen Erziehungsmaßregeln oder Zuchtmittel angeordnet wurden, vorenthalten werden. Dieser Umstand wäre mit dem Gedanken eines Erziehungsstrafrechtes nicht vereinbar. *Mitsch* argumentiert weiter, dass es Konstellationen gebe, in denen die Strafe nicht der die Unterschlagung verdrängenden Vorschrift entnommen wird. Dies trete dann auf, wenn die Strafe einem dritten Straftatbestand entnommen werde, der für die Strafzumessung im Sinne des § 52 Abs.2 S.1 StGB die Grundlage bilde, ohne aber gleichzeitig § 246 StGB zu verdrängen. Würde man für die Frage nach der Subsidiarität auf die konkrete Strafe abstellen, so würde die Unterschlagung, da die konkrete Strafe einem nicht verdrängenden Gesetz entnommen werde, nicht zurücktreten. Ob es aber ein solches Gesetz mit höherem Strafraumen, das die Unterschlagung nicht verdrängt, überhaupt gibt, ist der Kern der hier vorliegenden Untersuchung. Da dies im Ergebnis zu bejahen ist, liegt ein weiteres Argument für einen Vergleich der abstrakten Strafraumen vor.

Die abstrakte Strafdrohung eines Deliktes kann sich ändern. Dies geschieht, wenn sich die Deliktsnatur ändert, wie es bei Privilegierungen und Qualifikationen der Fall ist.

In anderen Fällen erfolgt keine Änderung der Deliktsnatur:¹⁰⁰

¹⁰⁰ MüKo – Radtke § 12 Rn.12ff.; Sch / Sch – Lenckner § 12 Rn.7ff.; SK – Hoyer § 12 Rn.4ff.; Tröndle / Fischer § 12 Rn.4ff.

so entsprechend der Regelung des § 12 StGB beim Vorliegen fakultativer oder obligatorischer Strafmilderungsmöglichkeiten des Allgemeinen Teils des StGB, auch bei Fällen des Besonderen Teils des StGB, die auf § 49 Abs.2 StGB verweisen. Gleiches gilt für die gesetzlich benannten Strafschärfungs- bzw. Strafmilderungsgründe, die Regelbeispiele. In diesen Fällen ist der abstrakte Strafraum des Grundtatbestandes bzw. der Strafraum ohne fakultative oder obligatorische Strafmilderung und ohne Anwendung des § 49 Abs.2 StGB mit dem der Unterschlagung zu vergleichen.

Im Ergebnis sind die abstrakten Strafraum der rechtswidrig und schuldhaft verwirklichten Delikte gegenüber zu stellen. Liegt der Strafraum, das heißt das Höchstmaß des Rahmens des verdrängenden Gesetzes, höher, so tritt die Unterschlagung zurück.

7. Der Gegenspieler der Subsidiarität: Die Klarstellungsfunktion der Idealkonkurrenz

Die Idealkonkurrenz und die Subsidiarität haben eine gemeinsame Voraussetzung, die Handlungseinheit. Die Interferenz von Tatbeständen, normative und teleologische Aspekte sowie gesetzliche Anordnungen können die Annahme eines Subsidiaritätsverhältnisses zwischen zwei Tatbeständen begründen. Es können aber auch bestimmte Gesichtspunkte zur Ablehnung eines solchen Verhältnisses und zur Annahme von Idealkonkurrenz führen.

Als Oberbegriff für diese Gesichtspunkte dient die so genannte Klarstellungsfunktion der Idealkonkurrenz. Dieser Begriff

wurde von *Schröder*¹⁰¹ entwickelt und von *Abels*¹⁰² konkretisiert. Ausgangspunkt für die Entwicklung dieses Begriffes war insbesondere zum einen die Frage, inwiefern ein erfolgsqualifiziertes Delikt mit den Delikten in Konkurrenz stehen kann, die den i.S.d. Erfolgsqualifikation fahrlässig herbeigeführten Erfolg vorsätzlich verwirklicht mit Strafe bedrohen.¹⁰³ Mit Bezug auf *BGH NJW 1956, 1041* setzt sich *Schröder* mit dem Verhältnis zwischen der vorsätzlichen Tötung und dem besonders schweren Raub (§ 251 StGB a.F.), der die fahrlässige Tötung eines Menschen bei einem Raub unter Strafe stellt, auseinander. Er beantwortet die Frage nach dem Konkurrenzverhältnis: Neben einer Bestrafung wegen vorsätzlicher Tötung „...wird durch die Verurteilung aus § 251 StGB deklariert, dass ein Raub unter schweren Begleitumständen begangen worden ist.“¹⁰⁴ Zum anderen weist *Schröder*¹⁰⁵ darauf hin, dass beim Zusammentreffen von gefährlicher Körperverletzung (§ 223a StGB a.F.) und versuchter schwerer Körperverletzung (§ 224 StGB a.F.)¹⁰⁶ „bei der Verurteilung nur wegen Versuchs des schwereren Delikts die Tatsache unterdrückt [werde], dass das Grunddelikt immerhin vollendet war.“ Ließe man hingegen den Versuch hinter die Vollendung zurücktreten „bliebe die Tatsache außer Ansatz, dass das qualifizierte Delikt immerhin versucht war und dessen erhöhte Strafdrohung deswegen den Täter treffen muss.“ Schließlich merkt *Schröder*¹⁰⁷ zu einem weiteren Urteil des

¹⁰¹ Sch / Sch – *Schröder* 15. Aufl. § 73 Rn.1a; *ders.* NJW 1956, 1737, 1738; *ders.* JZ 1967, 368, 369 Anmerkung zu *BGHSt 21, 194ff.*; *ders.* JZ 1967, 709ff. Anmerkung zu *BGHSt 21, 265.*

¹⁰² *Abels* Die „Klarstellungsfunktion“ der Idealkonkurrenz.

¹⁰³ *Schröder* NJW 1956, 1737ff.

¹⁰⁴ *Schröder* NJW 1956, 1737, 1739.

¹⁰⁵ *Schröder* JZ 1967, 368, 369 Anmerkung zu *BGHSt 21, 194.*

¹⁰⁶ Vgl. Sch / Sch – *Schröder* 13. Aufl. §§ 223a, 224.

¹⁰⁷ *Schröder* JZ 1967, 709 Anmerkung zu *BGHSt 21, 265.*

Bundesgerichtshofes an, „dass zwischen versuchter Tötung und vollendeter Körperverletzung Idealkonkurrenz anzunehmen ist, weil sonst die Tatsache der Vollendung des einfacheren Deliktes im Schuldspruch nicht zum Ausdruck kommt.“

In der 15. Auflage nimmt *Schröder* den Begriff der Klarstellungsfunktion in die Kommentierung des Strafgesetzbuches auf und weist der Idealkonkurrenz neben der Regelung der Art und Weise der Straffestsetzung bei Erfüllung mehrerer Straftatbestände durch eine Handlung die Aufgabe zu, bei der Verurteilung des Täters den Umfang des deliktischen Handelns klarzustellen.¹⁰⁸

Der in *Schröders* Anmerkungen deutlich gewordene Grundgedanke, dass etwas fehlen, unterdrückt, nicht zum Ausdruck kommen würde, wenn nur eines der Delikte in den Schuldspruch aufgenommen würde, lässt sich in verschiedene Gesichtspunkte unterteilen.

a. Das Ausschöpfungsgebot im Gegensatz zum Doppelverwertungsverbot

Der deutsche Gesetzgeber hat sich für das Tatstrafrecht entschieden. Der Täter wird für sein konkretes Verhalten bestraft, nicht für das, was er ist. Erfüllt dieses Täterverhalten mehrere Tatbestände, so sind zwei Prinzipien zu beachten, das Verbot der Doppelverwertung und das Gebot der Ausschöpfung.

¹⁰⁸ Sch / Sch – *Schröder* 15. Aufl. § 73 Rn.1a.

aa. Die Bedeutung des Ausschöpfungsgebotes im Gegensatz zum Doppelverwertungsverbot

Der inhaltliche Geltungsbereich des Doppelverwertungsverbot ist nicht abschließend geklärt. Im Gesetz hat es in den Grundsätzen der Strafzumessung, § 46 Abs.3 StGB, und in dem Zusammentreffen von Milderungsgründen, § 50 StGB, Niederschlag gefunden. In § 46 Abs.3 StGB besagt das Doppelverwertungsverbot, dass die Verwirklichung eines Tatbestandsmerkmals nicht zur Erhöhung oder Reduzierung der Strafe herangezogen werden darf. So darf beispielsweise bei der fahrlässigen Tötung der Umstand, dass ein Mensch getötet wurde, nicht straferschwerend Berücksichtigung finden.¹⁰⁹ Denn diese Tatsache hat der Gesetzgeber bei der Aufstellung des Strafrahmens der fahrlässigen Tötung bereits mit einbezogen.¹¹⁰ § 50 StGB normiert, dass derselbe Milderungsgrund nicht zweimal, das heißt sowohl zur Begründung eines minder schweren Falles als auch zur darauf aufbauenden Ermäßigung nach einer besonderen Milderungsvorschrift i.V.m. § 49 StGB herangezogen wird. Bei einem Totschlag mit verminderter Schuldfähigkeit, der zur Anwendung des § 213 StGB führt, darf die Strafe nicht nochmals nach § 21 i.V.m. § 49 Abs.1 StGB gemildert werden.¹¹¹

Neben diesen die Strafzumessung betreffenden gesetzlichen Regelungen findet das Doppelverwertungsverbot auch Anwendung hinsichtlich der Verurteilung in Form des Schuldspruches. Denn Aufgabe der Gesetzeseinheit ist es, eine mehrfache Bewertung ein und desselben Unrechtssachver-

¹⁰⁹ Vgl. *RG JW* 1925, 962, 963.

¹¹⁰ Vgl. die Begründung in E 1962, 181.

¹¹¹ Vgl. *Sch / Sch - Stree* § 50 Rn.2.

haltes zu verhindern.¹¹² Erreicht wird dies durch die Nichtnennung des verdrängten Gesetzes im Urteilstenor.

Das Ausschöpfungsgebot stellt den Gegensatz zum Doppelverwertungsverbot dar. Es besagt, dass niemand aus seinem Unrecht Vorteile ziehen soll.¹¹³ Das gesamte Unrecht ist der rechtlichen Würdigung zu unterziehen. Für die Strafzumessung bedeutet dies, dass sämtliche relevanten Gesichtspunkte berücksichtigt werden müssen, damit es zu einer transparenten, nachvollziehbaren Verurteilung kommt, die der Rechtskontrolle unterzogen werden kann.¹¹⁴ Nur so kann letztlich das Ziel der gerechten Strafe, sofern dieses Begriffspaar überhaupt erreichbar ist und nicht einen unauflösbaren Widerspruch in sich bildet, verwirklicht werden.

Eine Erweiterung erfährt das Ausschöpfungsgebot durch den Gedanken, dass das begangene Unrecht dem Täter auch tatsächlich vor Augen geführt wird, so dass seine Tat ihm überhaupt bewusst werden kann. Diese Verdeutlichung seines deliktischen Verhaltens bildet die unerlässliche Vorstufe zu dem wünschenswerten Ergebnis, dass der Täter eine kritische Auseinandersetzung mit sich führt und die Verantwortung für das durch ihn begangene Unrecht übernimmt. Das Prinzip der Würdigung, der Ausschöpfung des gesamten Unrechtes wird konterkariert, wenn es zwar durch den Strafrichter im Zuge der Strafzumessung befolgt wird, im Urteilstenor jedoch nicht umfassend Ausdruck findet.

¹¹² Vgl. *Vogler* in Bockelmann-FS 715, 722.

¹¹³ NK - *Puppe* vor § 52 Rn.3.

¹¹⁴ Vgl. *Bruns* Strafzumessungsrecht S.1.

bb. Der Unrechtsgehalt

Das Unrecht steht im Mittelpunkt der Überlegungen zu den beiden antagonistischen Prinzipien. Es darf einerseits nicht mehrfach verwertet werden, andererseits ist es in seinem gesamten Gehalt auszuschöpfen. In der Diskussion um die Abgrenzung von Idealkonkurrenz und Gesetzeseinheit hat zunächst *Dohna*¹¹⁵ in den vierziger Jahren den Begriff des Unrechtsgehaltes in den Mittelpunkt seiner Überlegungen gestellt.

Nach der klassischen Dogmatik ist der Unrechtsbegriff¹¹⁶ rein objektiv zu verstehen. Basierend auf der kausalen Handlungslehre (*Beling, v.Liszt*) macht allein das äußere Verhalten des Täters, das heißt die objektive Rechtsgutsverletzung, das Unrecht aus. Sämtliche subjektiven Elemente wie Vorsatz, Unrechtsbewusstsein etc. sind der Schuld zuzuordnen.

Die Erkenntnis, dass menschliches Verhalten im Allgemeinen zweckgerichtet ist und dieser Zweckbezug wesentlich menschliches Verhalten ausmacht, führte zur Entwicklung der finalen Handlungslehre (*Welzel*).¹¹⁷ Feststellungen wie, dass das Unrecht bei Absichtsdelikten (z.B. Bereicherungs- oder Zueignungsabsicht) durch diese subjektiven Merkmale mit konstituiert wird, so wie, dass der Unrechtsgehalt im Rahmen einer Versuchsstrafbarkeit nur unter Berücksichtigung der subjektiven Seite (Tatentschluss) feststellbar ist und diese Erkenntnisse auch auf das Vollendungsdelikt zu übertragen sind, unterstützten die Abkehr von der klassischen Dogmatik.

¹¹⁵ *Dohna* ZStW 61, 131, 136.

¹¹⁶ Zur Entwicklung des Handlungs- und des Unrechtsbegriffes *Jescheck / Weigend* AT S.201f; *Ebert / Kühl* Jura 1981, 225, 228ff.; zum Unrechtsbegriff *Sch / Sch - Lenckner* vor §§ 13ff. Rn.51ff.; *Gallas* in *Bockelmann-FS* S.155ff.; *Stratenwerth* in *Schaffstein-FS* S.177ff.; *Altenhain* ZStW 107, 382, 388.

¹¹⁷ *Welzel* Strafrecht S.33.

Im Sinne einer modernen Strafrechtsdogmatik setzt sich das Unrecht aus subjektiven und objektiven Elementen sowohl hinsichtlich Tatbestandsmäßigkeit als auch Rechtswidrigkeit zusammen. In Abgrenzung zur Frage der Schuld ist das Unrecht als rechtswidrig gewertetes Handeln ohne Berücksichtigung der individuellen Verantwortlichkeit zu verstehen.¹¹⁸

Im Gegensatz zum Begriff der Rechtswidrigkeit, die als Widerspruch zwischen Norm und Handlung feststellbar, aber darüber hinaus nicht quantifizierbar oder qualifizierbar ist (etwas ist rechtswidrig oder eben nicht, Punkt), ist das Unrecht der weiteren Wertung bzw. Abstufung fähig.¹¹⁹

Das Unrecht erschöpft sich weder in dem tatbestandsmäßigen Erfolg noch in der Art und Weise der Begehung der Tat.¹²⁰ Es wird zwischen Erfolgs- und Handlungsunwert unterschieden, die beide den Unrechtsgehalt ausmachen.

(1) Handlungsunwert

Der Handlungsunwert¹²¹ erfasst die Tatmodalitäten sowie die Umstände, die in der Person des Täters liegen. Er ist tat- und täterbezogen.

Tatbezogene Umstände sind z.B. die Täuschung beim Betrug oder die Übertretung der besonders wichtigen Verkehrsregeln bei der Gefährdung des Straßenverkehrs.

Objektiv-täterbezogene Merkmale sind die den Täterkreis beschränkenden Merkmale wie z.B. die in einigen Tatbeständen vorausgesetzte Amtsträgerschaft oder aber auch das An-

¹¹⁸ Vgl. *Jescheck / Weigend* AT S.233; *Kindhäuser* AT S.54.

¹¹⁹ Vgl. *Lackner / Kühl* vor § 13 Rn.18.

¹²⁰ Zur verfehlten Ansicht, dass der Erfolgswert bedeutungslos für das Unrecht sei, s. nächster Gliederungspunkt.

¹²¹ Vgl. *Kühl* AT S.16; *Gallas* in *Bockelmann-FS* 155, 157, 161; *Altenhain* ZStW 107, 382, 388.

vertrautsein i.S.d. § 246 Abs.2 StGB, welches in den Regelungsbereich des § 28 Abs.2 StGB fällt.¹²²

Subjektiv-täterbezogen sind die besonderen Absichten in den Tatbeständen des Besonderen Teils sowie der Vorsatz.

Die Zugehörigkeit des Vorsatzes zum Unrecht ist nach wie vor nicht unbestritten, aber zutreffend:¹²³ Strafrechtlich normierte Ge- und Verbote sollen Menschen davon abhalten, Unrecht zu tun. Insofern sind die Strafvorschriften nicht als reine Bewertungsnormen, sondern (zumindest auch) als Bestimmungsnormen normtheoretisch richtig zu verstehen. Im Rahmen der Vorsatzdelikte verstößt der Täter wissentlich und willentlich gegen die Norm. Rechtlich missbilligt wird die Betätigung dieses Wissens und Wollens. Der Vorsatz gehört demnach zum Unrecht. Bestätigt wird diese Sichtweise durch das häufige Antreffen „finaler Tätigkeitsworte“ im Besonderen Teil des Strafgesetzbuches wie täuschen oder vortäuschen, die deutlich machen, dass die Tat ohne Berücksichtigung der subjektiven Seite ihren Sinn als strafwürdiges Unrecht verliere. Schließlich setzt die Einstufung eines Verhaltens als (bestimmte) tatbestandsmäßige Handlung eine Beachtung des Vorsatzes voraus. Als Beispiel nach *Ebert / Kühl*:¹²⁴ A setzt sich in einen fremden Pkw und fährt los. Ohne Einbeziehung des Vorsatzes ist es unmöglich, sein Verhalten als Wegnahme oder als unbefugten Gebrauch eines Fahrzeuges einzustufen. Durch eine ausschließlich objektive Betrachtungsweise lässt sich nicht einmal der einschlägige Tatbestand

¹²² BGH StV 1995, 84; Lackner / Kühl § 28 Rn.9; dies. § 246 Rn.13. m.w.N.; MüKo – Hohmann § 246 Rn.57; Sch / Sch – Eser § 246 Rn.29; vgl. auch Jescheck / Weigend AT S.241.

¹²³ Zum Streit und den Argumenten s. Jescheck / Weigend AT S.241; Ebert / Kühl Jura 1981, 225, 232.

¹²⁴ Ebert / Kühl Jura 1981, 225, 232.

bestimmen, der den Anknüpfungspunkt für die Bestimmung des Unrechts bildet.

Die hervorzuhebende Rolle, die der Vorsatz für den Handlungsunwert einnimmt, erschließt sich durch die Strafbarkeit des Versuchs. Strafgrund für den Versuch ist die Betätigung des rechtsfeindlichen Willens.¹²⁵ Unter Betätigung ist dabei das unmittelbare Ansetzen zu verstehen. Dieses objektive Merkmal richtet sich jedoch nach dem subjektiven Täterplan, stellt also eine Kombination aus objektiven und subjektiven Kriterien dar. Daneben ist für die Tatbestandsmäßigkeit noch der rein subjektive Tatentschluss des Täters erforderlich. Die für den Handlungsunwert entscheidenden Tatumstände sind subjektiv geprägt, es findet sich kein rein objektives tatbezogenes Merkmal zur Begründung der Strafbarkeit. Daraus leitet sich ab, dass der Vorsatz wesentlich für den Unrechtsgehalt ist und das Kernstück des Handlungsunwertes bildet.¹²⁶

Aufgrund der Tatsache, dass neben den tat- auch täterbezogene Umstände den Handlungsunwert ausmachen, spricht man von personalem Unrecht. Das Personale des Unrechts wird insbesondere in § 28 StGB deutlich: In Abgrenzung zu § 29 StGB, der regelt, dass die Schuld bei Beteiligung mehrerer untereinander nicht zugerechnet wird, ist in § 28 StGB die Zurechnung täterbezogener persönlicher Umstände bezüglich anderer Beteiligten auf der Unrechtsebene normiert.¹²⁷

¹²⁵ So die allein dem Wortlaut des § 22 entsprechende gemischt subjektiv-objektive Theorie vgl. *BGHSt* 11, 324, 325ff.; *Joecks* vor § 22 Rn.13; *Sch / Sch - Eser* Vor § 22 Rn.22; *SK - Rudolphi* vor § 22 Rn.14; zum Streit s. *Wessels / Beulke* AT S.186ff.

¹²⁶ Statt vieler: *Jescheck / Weigend* AT S.242 m.w.N.

¹²⁷ Vgl. *Joecks* § 28 Rn.1ff.sowie *Sch / Sch - Cramer* § 28 Rn.1ff.hinsichtlich des umstrittenen weiteren Anwendungsbereiches.

(2) Erfolgsunwert

Unter dem Erfolgsunwert einer Tat versteht man die Verletzung oder Gefährdung des geschützten Handlungsobjekts.¹²⁸ Statt des Begriffes des Handlungsobjektes wird auch der des Rechtsgutes verwendet.¹²⁹ Die Begriffe sind jedoch nicht gleichbedeutend. Rechtsgüter sind rechtlich geschützte ideale Werte der Sozialordnung, die einem Individuum oder der Gesamtheit zugeordnet sind. Die Verletzung eines Rechtsgutes liegt in der Missachtung des Geltungsanspruches des ideellen Wertes. Das Handlungsobjekt ist dagegen ein Gegenstand der realen Welt, dessen Verletzung den tatbestandlichen Erfolg ausmacht. Schlägt ein Mensch einen anderen Menschen tot, so stellt sich die Missachtung des menschlichen Lebens als Rechtsgutsverletzung dar, während in der konkreten Tötung des Menschen die Verletzung des Handlungsobjektes liegt.

Die Begrifflichkeiten stehen nicht losgelöst nebeneinander: Denn die Verletzung oder Gefährdung des Handlungsobjektes ist die reale Umsetzung des Verstoßes gegen den Achtungsanspruch des Rechtsgutes.¹³⁰ Da das Strafrecht den Rechtsgüterschutz bezweckt, wird im Folgenden dieser Begriff dem des Handlungsobjektes vorgezogen.

Die Ablösung des objektiven Unrechtsbegriffes der klassischen Dogmatik durch die Erkenntnisse bezüglich der subjektiven Unrechtselemente führte zu einer Überbewertung der

¹²⁸ Vgl. *Lackner / Kühl* vor § 13 Rn.20; *LK - Jescheck* vor § 13 Rn.11; *Sch / Sch - Lenckner* vor §§ 13ff.; *Jescheck / Weigend* AT S.240; *Maurach / Zipf* AT 1 / 1 S.217; *Wessels / Beulke* AT S.5; *Ebert / Kühl* Jura 1981, 225, 231.

¹²⁹ Zum Begriff des Rechtsgutes und des Handlungsobjektes *LK - Jescheck* vor § 13 Rn.6; *Kindhäuser* AT S.37ff.; *Wessels / Beulke* AT S.2; ausführlich *Suhr* JA 1990, 303ff.

¹³⁰ Vgl. *LK - Jescheck* vor § 13 Rn.11.

Funktion des Handlungsunwertes.¹³¹ Der Handlungsunwert wurde als unrechtsbegründendes Element aufgefasst, während die Verletzung des geschützten Rechtsgutes nur eine objektive Bedingung der Strafbarkeit darstellen bzw. entscheidend für die Strafwürdigkeit sein sollte.¹³²

Die gesetzlichen Regelungen zum Versuch weisen auf die Fehlerhaftigkeit der Reduzierung des Unrechts auf den Handlungsunwert hin: Wenn der Erfolgsunwert nicht konstitutiv für die Bestimmung des Unrechtsgehaltes ist, warum existiert dann im Rahmen der Versuchsstrafbarkeit selbst für den beendeten Versuch mit dem im Vergleich zur Vollendung identischen Handlungsunwert die fakultative Strafmilderungsmöglichkeit des § 23 Abs.2 StGB? Diese Milderungsmöglichkeit lässt sich nur mit dem beim Vollendungsdelikt zum Handlungsunwert hinzutretenden umfassenden Erfolgsunwert erklären.¹³³ Gerade wegen des fehlenden bzw. im unmittelbaren Ansetzen nur ansatzweise erkennbaren¹³⁴ Erfolgsunwertes ist das in der Tat liegende Unrecht beim Versuch geringer als beim vollendeten Delikt, so dass eine Herabsetzung des Regelstrafrahmens nach Maßgabe des § 49 Abs.1 StGB möglich ist.

Die Bedeutung des Erfolgsunrechtes erschließt sich auch aus der Tatsache, dass grundsätzlich nur vollendete Straftaten zu einer Strafbarkeit führen. Nur in den in § 23 Abs.1 StGB nor-

¹³¹ Die Unrechtsrelevanz des Erfolges völlig verneinend *Zielinski* Handlungs- und Erfolgsunwert S.128ff.m.w.N.; *Kaufmann* in *Welzel-FS* 393, 411; diese versubjektivierende Entwicklung kritisierend *Lackner / Kühl* vor § 13 Rn.20ff.; *Sch / Sch - Lenckner* vor §§ 13ff. Rn.59; *Jescheck / Weigend* AT S.239ff.; *Maurach / Zipf* AT 1 / 1; *Stratenwerth* in *Schaffstein-FS* S.177f; *Ebert / Kühl* Jura 1981, 225, 234ff.; *Hirsch* ZStW 94, 239ff.

¹³² Vgl. *Kaufmann* in *Welzel-FS* 393, 410; *Schmidhäuser* AT S.92.

¹³³ Vgl. *Sch / Sch - Lenckner* vor §§ 13ff. Rn. 59; *Stratenwerth* in *Schaffstein-FS* 177, 186ff.

¹³⁴ *Maurach / Zipf* AT 1 / 1 sprechen vom Gefährdungsunrecht beim unmittelbaren Ansetzen.

mierten Fällen macht sich der Täter wegen eines Versuchs und des darin liegenden Handlungsunwertes strafbar.

Die konstitutive Funktion des Erfolgsunwertes zeigt sich bei Betrachtung der Fahrlässigkeitsdelikte. In der Regel wird nicht das sorgfaltswidrige Verhalten an sich, sondern dieses Verhalten in Verbindung mit einem konkreten Deliktserfolg unter Strafe gestellt.¹³⁵ Ein und dasselbe sorgfaltswidrige Verhalten kann straflos sein, kann bei Vorliegen eines Körperverletzungserfolges eine Strafbarkeit gem. § 229 StGB begründen, kann aber auch, wenn Folge des Verhaltens der Tod eines Menschen ist, zu einer Bestrafung gem. § 222 StGB führen. Entscheidendes Kriterium ist diesbezüglich der Deliktserfolg und damit der Erfolgsunwert.

In dieser Wertung in Abhängigkeit vom Erfolg spiegelt sich der Grundsatz wieder, dass menschliches Verhalten immer auch anhand der Wirkung, die es tatsächlich entfaltet, bemessen wird.¹³⁶ Die Wirkung in Form eines Deliktserfolges ist insofern wesentlich für die Einstufung eines Verhaltens als Unrecht.

Neben dem Handlungsunwert ist gleichberechtigt der Erfolgsunwert konstitutiv für den Unrechtsgehalt menschlichen Verhaltens. Der Erfolgsunwert kann quantitativ nach dem Grad der Verletzung des geschützten Rechtsgutes und qualitativ nach der Art des geschützten Rechtsgutes bestimmt werden.¹³⁷

¹³⁵ Vgl. LK - *Jescheck* vor § 13 Rn.40; *Ebert / Kühl* Jura 1981, 225, 235.

¹³⁶ Vgl. Sch / Sch - *Lenckner* vor §§ 13ff. Rn.59.

¹³⁷ *Altenhain* ZStW 107, 382, 388.

b. Identität des Verletzten

Die verdrängende Wirkung der vorrangigen Vorschrift ist an eine Voraussetzung gebunden. Im konkreten Fall muss im Rahmen der verwirklichten Straftatbestände der Verletzte derselbe sein.¹³⁸ Liegt keine Identität des Verletzten vor, so konkurrieren die Straftatbestände idealiter.

Zur Erläuterung folgender Beispielfall (zur Konkurrenz bei § 265a StGB):

T sitzt ohne Fahrkarte im Zug. Ein Fahrkartenkontrolleur fordert ihn auf, seine Fahrkarte vorzuzeigen. T öffnet den Rucksack des mitreisenden D, der sich zuvor zur Toilette begeben hat. Er entnimmt dem Rucksack den Fahrschein des D, zeigt ihn dem Kontrolleur vor und steckt ihn in seine Jackentasche, um ihn zu behalten.

T ist eines Diebstahles zu Lasten des D schuldig. Zudem hat er sich eine Beförderung zum Nachteil der Deutschen Bahn AG erschlichen. Wegnahme und konkludente Täuschung hängen räumlich-zeitlich zusammen, so dass Handlungseinheit besteht. Würde die Beförderungserschleichung hinter dem Diebstahl zurücktreten, so bliebe außer Betracht, dass nicht nur das Eigentum des D, sondern auch das Vermögen der Deutsche Bahn AG durch die Nichtgeltendmachung der Beförderungsentgeltforderung verletzt wurde. Die Rechtsgutsverletzung zum Nachteile der Deutschen Bahn AG käme nicht zum Ausdruck.

¹³⁸ Vgl. *Mitsch* BT 2 / 1 Rn.137 S.76; *ders.* ZStW 111, 65, 96.

c. Generalpräventive Aspekte

Die Annahme von Idealkonkurrenz und damit die Nennung der konkurrierenden Delikte im Urteilstenor können auch aufgrund generalpräventiver Aspekte erforderlich sein.

Nach dem heutigen kriminologischen Forschungsstand ist der Strafzweck der Spezialprävention nur in Ansätzen erreichbar.¹³⁹ Die Abschreckungswirkung von Strafe auf den Täter hinsichtlich zukünftiger Taten wurde lange überschätzt, eine Resozialisierung findet kaum statt. Das Schlagwort des „nothing works“ bringt dies - auf Resignation hindeutend - zum Ausdruck. Auch die Abschreckung potentieller Täter im Sinne von negativer Generalprävention wird durch eine Bestrafung schwerlich erreicht.

Die Nennung eines Deliktes im im Namen des Volkes ergehenden Schuldspruch kann jedoch das Vertrauen der Bevölkerung in die Gültigkeit der Strafnormen bestärken.¹⁴⁰ Der Täter wird stigmatisiert und das Bewusstsein der Bevölkerung von der Richtigkeit und Notwendigkeit der Normbefolgung bestärkt. Die Nennung eines Deliktes im Tenor macht deutlich, dass der Täter die Erwartungen der anderen bezüglich der Normbefolgung enttäuscht hat. Diese positiv generalpräventive Wirkung wird jedoch nur durch das Anführen sämtlicher für die Bestimmung des Unrechts relevanter verwirklichter Delikte im Schuldspruch erreicht. Das im Schuldspruch

¹³⁹ Vgl. *Kaiser* Kriminologie 10.Aufl. S.86ff.und S.73ff.; *Roxin* AT 1 S.43ff.; *Bussmann* StV 1999, 613ff.m.w.N.

¹⁴⁰ Vgl. zur generalpräventiven Wirkung *Mitsch* JuS 1993, 471, 474.

zum Ausdruck kommende sozialetische Unwerturteil kann nur so auch für die Allgemeinheit erkennbar gefällt werden.

2. Teil: Die Zueignung

1. Zueignung als objektives Tatbestandsmerkmal

Die Frage nach dem Konkurrenzverhältnis zwischen Straftatbeständen richtet sich maßgeblich nach dem Unrechtsgehalt der Vorschriften. Der Unrechtsgehalt wiederum wird durch den Erfolgs- und den Handlungsunwert bestimmt. Der Handlungsunwert erfasst die Tatmodalitäten sowie die Umstände, die in der Person des Täters liegen. Der Tatbestand der Unterschlagung ist hinsichtlich des Handlungsunwertes auf den Zueignungsbegriff konzentriert. Die Zueignung ist das einzige objektive Tatbestandsmerkmal des § 246 Abs.1 StGB. Insofern ist es zur Klärung der Frage des Konkurrenzverhältnisses der Unterschlagung zu anderen Straftatbeständen unumgänglich, sich mit dem Begriff der Zueignung auseinanderzusetzen.

Dabei stellen sich zwei Fragen:

1. Wie wird eine Zueignung objektiv vollzogen? Dies ist insbesondere im Verhältnis zum Diebstahlstatbestand von Interesse. Dieser setzt eine Zueignungsabsicht auf subjektiver Ebene voraus. Objektiv vollzieht sich ein Diebstahl durch eine Wegnahme. Die Ähnlichkeiten zwischen Unterschlagung und Diebstahl werden deutlich. Aufbauend auf den in diesem Teil der Untersuchung gewonnen Erkenntnissen zum Zueignungsbegriff wird sich im 3. Teil der Arbeit zeigen, ob § 246 Abs.1 StGB hinter § 242 StGB aus Subsidiaritätsgesichtspunkten zurücktritt, oder ob nicht eine andere Form der Konkurrenz vorliegt.

2. Die zweite Frage, die sich bei der Untersuchung des Zueignungsbegriffes stellt, ist die nach dem Objekt der Zueignung. Was ist es, was der Täter sich oder einem Dritten zueignet?

a. Der Vollzug der Zueignung

aa. Üblicher Ansatz: Aneignung und Enteignung als Elemente der Zueignung

In der Rechtsprechung zum Preußischen Strafgesetzbuch findet sich zum Begriff der Zueignungsabsicht im Rahmen des Diebstahlstatbestandes folgende Formulierung: „Die Absicht, sich die Sache zuzueignen, muss dahin gerichtet sein, sich zum Herrn derselben zu machen, die Rechte eines Eigentümers über dieselbe auszuüben.“¹

Diesen Grundsatz des „se ut dominum gerere“ hat das *Reichsgericht* aufgegriffen. Die Zueignung besteht in der „definitiven Begründung der Willensherrschaft des Täters, der definitiven Ausschließung der Willensherrschaft des Eigentümers über die Sache“.² In einer weiteren Entscheidung³ hat das *Reichsgericht* den Zueignungsbegriff näher definiert: Eine Sache eignet sich derjenige zu, der „im Bewusstsein fehlender Berechtigung als Eigentümer verfügt, einen äußeren Akt vornimmt, womit er den Willen, die Sache als eigene seiner Herrschaft zu unterwerfen kundgibt.“ Und weiter: Das Wesen der Zueignung „besteht daher in doloser Verletzung des Eigentums an der dem Angeklagten fremden, in seiner Innehabung befindlichen Sache durch Aneignung, durch ein Verhalten, womit der Angeklagte die Sache, als wäre sie ihm gehörig, dauernd dienstbar macht.“

Den Kern der Zueignung macht die Herrschaft über die Sache aus. Diese Herrschaft, die der Eigentümer innehat, strebt der Täter eines Zueignungsdeliktens an. Das *Reichsgericht*

¹ *Oppenhoff* § 215 S.330.

² *RGSt* 2, 21, 26.

³ *RGSt* 5, 4, 7; vgl. auch *RGSt* 10, 369, 371.

stellt dieses „Plus“ an Herrschaftsmacht des Täters in den Mittelpunkt seiner Überlegungen zum Zueignungsbegriff und bezeichnet es als Aneignung. Eine Zueignung liegt nach den frühen *Reichsgerichts*entscheidungen dann vor, wenn der Täter sich die Sache aneignet.

Der Zueignende maßt sich eine Eigentümerstellung an (Aneignung), der Eigentümer wird aus seiner Position verdrängt. Dieser zweite Gesichtspunkt, dass der Eigentümer an Herrschaftsmacht verliert, hat *Binding*⁴ dazu veranlasst, die Zueignung in ein Aneignungs- und ein Enteignungselement zu unterteilen. Diese Unterteilung hat sich in der Strafrechtswissenschaft durchgesetzt und ist allgemein übernommen worden.⁵

(1) Aneignung

Das Element der Aneignung hat das *Reichsgericht* durch seine Formulierung, dass der Täter sich die Sache dienstbar mache, ausgedrückt und so den Zueignungsbegriff definiert.

Die Aneignung besteht nach heutiger Definition darin, dass der Zueignende die Sache – zumindest vorübergehend - dem eigenen Vermögen einverleibt.⁶ Sein Vermögen⁷ wächst um die angemäße Herrschaftsmacht an, so dass die Aneignung als positive Seite der Zueignung zu bezeichnen ist.

Der Begriff der Aneignung dient insbesondere der Abgrenzung zur Sachbeschädigung und zur Sachentziehung. Bei der Sachentziehung und der Sachbeschädigung handelt es

⁴ *Binding* BT 1 S.264ff.

⁵ Vgl. statt vieler LK - *Ruß* § 242 Rn.50 m.w.N.

⁶ *BGH* NStZ 1981, 63; *Lackner / Kühl* § 242 Rn.21; LK - *Ruß* § 242 Rn.50; Sch / Sch - *Eser* § 242 Rn.47; *Küper* BT S.448ff.; *Mitsch* BT 2 / 1 Rn.120 S.69; *Wessels / Hillenkamp* BT 2 Rn.136; *Ulsenheimer* Jura 1979, 169, 172; *Wessels* NJW 1965, 1153, 1155.

⁷ Das Vermögen in diesem Sinne umfasst die Herrschaftsmacht über die (auch wertlose) Sache, vgl. NK - *Kindhäuser* § 242 Rn.87.

sich um Verhaltensweisen mit destruktiver Prägung. Auch diese Verhaltensweisen sind Bestandteile der Herrschaftsmacht des Eigentümers. Bei ihnen zielt der Täter aber allein darauf ab, das Opfer zu schädigen bzw. ihm die Sachnutzung durch Entzug unmöglich zu machen. Das positive Moment der Einverleibung in das eigene Vermögen im Sinne einer Zueignung fehlt jedoch gerade.

Dabei ist zu beachten, dass doch eine Zueignung gegeben ist, wenn das Beschädigen der Sache gerade als eigennützige Verwendung zu werten ist, so z.B. beim Verzehr fremder Speisen.⁸

(2) Enteignung

Die Enteignung ist die Begrifflichkeit, die für die Verdrängung des Eigentümers aus seiner Position steht.⁹ Sie wird definiert als die dauernde und endgültige Entziehung der Sache.¹⁰ Durch den Entzug verliert der Eigentümer seine Herrschaftsmacht über die Sache. Die Enteignung stellt die negative Seite der Zueignung dar.

Durch den Enteignungsbegriff wird die Zueignung von der nur in den Ausnahmefällen der §§ 248b, 290 StGB strafbaren Gebrauchsanmaßung („furtum usus“) abgegrenzt. Die Gebrauchsanmaßung wird dadurch charakterisiert, dass dem Eigentümer die Sache nur temporär, das heißt für die Dauer des Gebrauchs, entzogen wird. Der Eigentümer wird eben nicht dauernd und endgültig aus seiner ihm rechtlich zuste-

⁸ Vgl. Küper BT S.447; Wessels / Hillenkamp BT 2 Rn.139.

⁹ OLG Köln NJW 1997, 2611; Wessels / Hillenkamp BT 2 Rn.142; Jäger JuS 2000, 651; Ulsenheimer Jura 1979, 169, 172; Wessels NJW 1965, 1153, 1155.

¹⁰ BGH NStZ 1981, 63; Lackner / Kühl § 242 Rn.21; LK - Ruß § 242 Rn.50; Sch / Sch - Eser § 242 Rn.47; Küper BT S.447; Tenckhoff JuS 1980, 723, 724; Ulsenheimer Jura 1979, 169, 172.

henden Position verdrängt. Entscheidendes Kriterium für eine Gebrauchsanmaßung ist der Rückführungswille des Täters. Eine Zueignung ist dann ausgeschlossen, wenn der Täter bei Ingebrauchnahme der Sache den Willen hat, den rechtmäßigen Zustand unter Wahrung der Eigentumsordnung wieder herzustellen. Der Eigentümer muss die Herrschaftsmacht über die Sache ohne besonderen Aufwand wieder ausüben können.¹¹

(3) Das Verhältnis zwischen An- und Enteignung

Das Verhältnis zwischen der positiven Aneignungs- und der negativen Enteignungsseite ist umstritten. Überwiegend wird ein besonderes Verhältnis dieser Elemente dergestalt, dass die Enteignung gerade durch die Aneignung erfolgt, verneint.¹² Zueignung liegt dieser Ansicht zufolge vor, wenn Aneignung und Enteignung gegeben sind („Aneignung plus Enteignung“). Die beiden Seiten der Zueignung stehen selbständig nebeneinander.

Innerhalb dieser herrschenden Meinung wird teilweise auf einen Bezug zwischen An- und Enteignung gänzlich verzichtet. So hat das OLG Celle im folgenden Fall eine Zueignungsabsicht trotz fehlenden Bezuges bejaht:¹³ Philosophiestudent A steckt in einem Geschäft einen Roman ein, um ihn zuhause zu lesen und anschließend wieder zurückzubringen. Der für den Geschäftsinhaber eintretende Verlust liegt nicht in der Minderung des „Lesewertes“, da das Buch erneut gelesen

¹¹ Vgl. *BGH* NStZ 1996, 38.

¹² *LK - Ruß* § 242 Rn.51; *Sch / Sch - Eser* § 242 Rn.47; *Tröndle / Fischer* § 242 Rn.32ff.; *Noak* Drittzueignung S.36; *Wessels / Hillenkamp* BT 2 Rn.146; *Tenckhoff* JuS 1980, 723, 724; *Ulsenheimer* Jura 1979, 169, 174.

¹³ *OLG Celle* NJW 1967, 1921ff.mit ablehnender Anmerkung von *Deubner*; zu der Entscheidung auch *Androulakis* JuS 1968, 409ff.

werden kann. Er liegt in der Schmälerung seiner Verkaufschancen an dem jetzt einmal gelesenen Buch. Dieser Verlust steht jedoch in keinem Verhältnis zum Gewinn des A, der in dem Lesen des Buches besteht. Eine Aneignung des „Verkaufswertes“ bzw. „Neuwertes“¹⁴ des Buches bzw. eine diesbezügliche Absicht seitens des A liegt jedenfalls nicht vor, da es ihm nur um das einmalige Lesen des Buches ging. Der Gewinn in Form des Lesevergnügens des A entspricht nicht dem Verlust des Geschäftsinhabers, was aber nicht zu einer Ablehnung der Zueignung(-sabsicht) im Urteil führt. Das OLG Celle bejaht einen Diebstahl, obwohl kein Entsprechungszusammenhang zwischen An- und Enteignung besteht.

Zumeist wird innerhalb der herrschenden Meinung zumindest ein Korrespondenzverhältnis zwischen Aneignung und Enteignung gefordert.¹⁵ Unter diesem Korrespondenzverhältnis ist der vom OLG Celle nicht geforderte Entsprechungszusammenhang zwischen dem dem Opfer entstehenden Nachteil und dem erlangten Vorteil des Täters zu verstehen.

In den bekannten Entscheidungen des Bundesgerichtshofes zur Entnahme von Geld aus Briefen durch Mitarbeiter des Ministeriums für Staatssicherheit (MfS) zu Zeiten der DDR wurde - die Möglichkeit einer Drittzueignung im Rahmen der Unterschlagung war noch nicht mit Strafe bedroht - mangels Aneignung eine (Selbst-) Zueignung verneint.¹⁶ Es fehlte an einem dem Verlust der Eigentümer des Geldes *entsprechenden* zumindest mittelbaren wirtschaftlichen Vorteil der MfS-Mitarbeiter, da diese das Geld direkt in das Staatsvermögen der DDR weitergeleitet hatten. Das Fehlen eines mit dem

¹⁴ Zur Frage, ob die Zueignung eines Wertes überhaupt möglich ist s. u. unter 2. Teil 1. b.

¹⁵ Sch / Sch - Eser § 242 Rn.47; Ulsenheimer Jura 1979, 169, 172.

¹⁶ BGHSt 40, 8, 18; GrS 41, 187, 194.

Verlust der Eigentümer korrespondierenden Gewinns ließ insofern keine andere höchstrichterliche Entscheidung zu, als das Verhalten der Ministeriumsmitarbeiter als tatbestandslos zu erachten und auf Straflosigkeit zu erkennen.

Ein zeitliches Auseinanderfallen von Aneignungsakt und Enteignungsakt schließt jedoch eine Zueignung auch nach dieser Ansicht nicht aus und bildet keine Voraussetzung für das geforderte Korrespondenzverhältnis. Als Beispiel für das zeitliche Auseinanderfallen von positiver und negativer Zueignungsseite wird das Entwenden, Gebrauchen und die anschließende Preisgabe im Sinne eines „Irgendwo-Stehen-Lassens“ eines Kraftfahrzeuges angeführt.¹⁷ Das Fahren des Kfz soll den Aneignungsakt darstellen, das spätere Stehen Lassen ohne Rückführungswillen den davon getrennten Enteignungsakt.¹⁸ Trotz des Auseinanderfallens der beiden Zueignungsakte wird eine Zueignung angenommen.

Einige Stimmen in der Literatur setzen für eine Zueignung hingegen voraus, dass die Enteignung gerade durch die Aneignung erfolgt.¹⁹ *Rudolphi* lehnt wegen des Auseinanderfallens von An- und Enteignung in den Fällen einer Spritztour mit einem Pkw und der darauf folgenden Preisgabe des Wagens eine Bestrafung wegen Diebstahls ab.²⁰ Durch den Gebrauch des Pkw würde die Herrschaftsmacht dem Eigentümer nicht endgültig entzogen. Bei der Preisgabe des Wagens fehle es hingegen an der positiven Ausübung von Eigentümerbefugnissen im Sinne einer Aneignung.

¹⁷ *BGHSt* 22, 45ff.

¹⁸ Vgl. *Ulsenheimer Jura* 1979, 169, 174.

¹⁹ *Kindhäuser BT 2 / 1*, 2. Aufl. 1999, S.69; *Gallas* in: *Niederschriften* 6. Band S.101; i.E. *Androulakis JuS* 1968, 409, 413; *Deubner NJW* 1967, 1921, 1922 Anmerkung zu *OLG Celle*; *Rudolphi GA* 1965, 33, 50ff.; i.E. auch *SK - Hoyer § 242 Rn.84*, in dem ein Korrespondenzverhältnis, gekennzeichnet durch Rückführbarkeit von An- und Enteignung auf dieselbe nutzensverschiebende Sacheinwirkung, gefordert wird.

²⁰ *Rudolphi GA* 1965, 33, 50ff.

(4) Konkrete Ausformungen des üblichen Ansatzes

Die Idee, dass die Zueignung sich aus An- und Enteignung zusammensetzt, hat zu unterschiedlichen Ausformungen des Zueignungsbegriffes geführt. Diese werden hier kurz dargestellt.²¹

(a) Manifestationstheorien

Die Tatsache, dass § 246 StGB im Gegensatz zu den Tatbeständen, die einen Diebstahl beinhalten, eine Zueignung als objektives Tatbestandsmerkmal vorsieht, hat zu verschiedenen Ausformungen der Idee geführt, dass beim Täter ein Zueignungswille vorhanden sein muss, der sich objektiv manifestieren muss.

(aa) Weite Manifestationstheorie

Insbesondere der höchstrichterlichen Rechtsprechung²² zufolge erfüllt den objektiven Tatbestand der Unterschlagung jede beliebige Handlung, durch die der Täter seinen Zueignungsvorsatz betätigt. Nach dieser Auffassung kommen als Zueignung auch mehrdeutige Handlungen in Betracht, sofern sie auf einem Zueignungsvorsatz beruhen.

Die weite Manifestationstheorie setzt für die objektive Manifestation einen bestehenden Zueignungsvorsatz voraus. Dies führt dazu, dass innerhalb der deliktischen Prüfung sich zunächst die Prüfung auf den subjektiven Willen erstreckt, bevor in einem zweiten Schritt die Frage zu beantworten ist, ob der ermittelte Wille objektiv betätigt wurde. Dies hat Konse-

²¹ Wichtiger ist die Auseinandersetzung mit der vielfältigen Kritik, der sich die unterschiedlichen Auffassungen versehen. Dieser Kritik muss sich die hier vertretene Ansicht stellen; s. 2. Teil 1. a. cc. (3).

²² *RGS* 63, 376, 378; 73, 253, 254; *BGHSt* 14, 38, 41 m.w.N.

quenzen für den gutachterlichen Prüfungsaufbau: konsequenterweise müsste die Prüfung des Zueignungswillens vor der des objektiven Tatbestandes erfolgen.²³

Eine auf einem Vorsatz aufbauende objektiv mehrdeutige Handlung als ausreichend für die Annahme eines objektiven Tatbestandsmerkmals anzusehen, hat dieser Theorie den Vorwurf, sie pönalisiere eine Gesinnung, eingebracht.

(bb) Enge Manifestationstheorie

Um diesem Vorwurf zu entgehen, wird in der Literatur ein weiterer Weg beschritten.²⁴ Für den objektiven Tatbestand wird eine Handlung gefordert, die aufgrund ihrer erkennbaren Umstände eindeutig eine Betätigung des Zueignungswillens darstellt. Die Frage, ob ein etwaiger Zueignungswille auch tatsächlich gegeben ist, wird anschließend innerhalb des subjektiven Tatbestandes geprüft.

(cc) Eingeschränkte Manifestationstheorie

Der Wegfall des Gewahrsamserfordernisses im Zuge der 6. Strafrechtsreform hat zu weiteren Überlegungen innerhalb der Manifestationstheorie geführt: Um einer ausufernden Strafbarkeit zu entgehen, wird zusätzlich zu einer eindeutigen Handlung eine gewisse tatsächliche Herrschaftsbeziehung (in unterschiedlicher Ausprägung) des Täters zu der fremden Sache gefordert.²⁵

²³ dazu *Samson* JA 1990, 5, 8.

²⁴ Vgl. *Lackner / Kühl* § 246 Rn.4; *Sch / Sch - Eser* § 246 Rn.11; *Wessels / Hillenkamp* BT 2 Rn.280; *Ranft* JA 1984, 277, 287; *Seelmann* JuS 1985, 699, 701.

²⁵ Z.B. *Arzt / Weber* BT § 15 Rn.26; *Rengier* BT 1 § 5 Rn.17ff.; *Cantzler* JA 2001, 567, 569; *Kudlich* JuS 2001, 767, 768; *Otto* Jura 1998, 550, 552.

(b) Erfolgstheorien

Die Manifestationstheorien beschäftigen sich insbesondere mit der Frage, wie die Zueignung als objektive Handlung ausgestaltet sein muss. Ihnen wird der Vorwurf entgegengebracht, sie verlören dabei den Umstand aus den Augen, dass die Unterschlagung als Erfolgdelikt konzipiert sei.²⁶ Die Missachtung dieses Umstandes führe zu einer Vorverlagerung des Vollendungszeitpunktes. Es reiche nicht aus, dass eine eindeutige Betätigung des Zueignungswillens erkennbar sei, vielmehr müsse ein Zueignungserfolg eingetreten sein. Die Frage, wann ein Zueignungserfolg angenommen werden kann, ist wiederum umstritten.

(aa) Aneignungstheorie

Die Vertreter der Aneignungstheorie fordern objektiv den Vollzug der Aneignung.²⁷ Der Vollzug soll vorliegen, wenn der Täter im Sinne einer sinnvollen wirtschaftlichen Nutzung mit der Sache umzugehen beginnt²⁸ bzw. die Sache oder den in ihr verkörperten Sachwert in sein Vermögen einverleibt.²⁹ Das Enteignungselement findet sich erst im subjektiven Tatbestand wieder.

(bb) Enteignungstheorie

Die Vertreter dieser Theorie stellen im objektiven Tatbestand auf das Enteignungselement ab.³⁰ Nach *Maiwald* liegt eine

²⁶ Vgl. *Wessels / Hillenkamp* BT 2 Rn.279 m.w.N.

²⁷ *Noak* Drittzueignung S.132; *Samson* JA 1990, 5, 9.

²⁸ *Samson* a.a.O.

²⁹ *Noak* a.a.O.

³⁰ *MüKo – Hohmann* § 246 Rn.36; *Maiwald* Der Zueignungsbegriff S.191ff.; *Degener* JZ 2001 388, 398ff; *Basak* Neufassung S.189 stellt hinsichtlich des Erfolges auch auf die Aneignungsseite ab.

Zueignung objektiv vor, wenn sich die Enteignung ohne weiteres Zutun des Täters von selbst ergibt.³¹ Er beschreibt die Zueignung als Verursachung des Erfolges des (aller Wahrscheinlichkeit nach eintretenden) Sachverlustes.³²

(cc) Strenge Erfolgstheorie

*Hoyer*³³ verlangt neben einer vorübergehenden Aneignung eine dauernde Enteignung des Opfers. Er sieht eine Zueignung dann als gegeben an, wenn das Eigentumsrecht aufgrund der Tathandlung auf eine andere Person übergeht, sei es nach §§ 929ff. BGB oder nach §§ 946ff. Zudem nimmt er eine Zueignung an, wenn dem Eigentümer eine von ihm gewünschte Nutzungsmöglichkeit endgültig nicht mehr zur Verfügung steht.

Ein ähnliches Verständnis des Zueignungsbegriffes vertritt *Kargl*:³⁴ Das Tatbestandsmerkmal Zueignung mit seinen Elementen An- und Enteignung ist nur bei einem Verbrauch, einer Entwertung im Sinne einer vollständigen Funktionsaufhebung sowie bei einem Eigentumsübergang gemäß §§ 929ff. BGB oder gemäß §§ 946ff. BGB erfüllt.

bb. Der abweichende Ansatz Börners

*Börner*³⁵ hat aktuell die Dogmatik des Zueignungsbegriffes untersucht. Dem ersten Teil seiner Ergebnisse wird hier beigetreten, ab einer entscheidenden Stelle aber ein abweichender Ansatz entwickelt.

³¹ *Maiwald* a.a.O.

³² *Maiwald* Der Zueignungsbegriff S.196.

³³ SK – *Hoyer* § 246 Rn.23.

³⁴ *Kargl* ZStW 103, 136, 181ff.

³⁵ *Börner* Zueignungsdogmatik.

Börners erstes Zwischenergebnis ist, dass neben dem Tatbestandsmerkmal „fremd“ auch die Zueignung zivilrechtsakzessorischer Natur ist.³⁶

Ausgehend von dieser Erkenntnis beleuchtet er die Frage, wie das Eigentum durch die Zueignung verletzt werden kann. Als untauglichen Anknüpfungspunkt zur Bestimmung der Eigentumsverletzung führt *Börner* zutreffend entsprechend der allgemeinen Meinung den Bestand des Eigentums, das heißt das Eigentumsrecht an sich, an.³⁷ In der Regel steht § 935 BGB einem Eigentumsverlust des Tatopfers entgegen.³⁸ Wäre der formale Titel Eigentum Schutzgut der Eigentumsdelikte, so wäre eine Strafbarkeit des Täters nur bei einem zugleich verwirklichten originären Eigentumserwerbsakt im Sinne der §§ 947, 948, 950 BGB oder in einem der Ausnahmefälle des § 935 Abs.2 BGB in Erwägung zu ziehen. Aus diesem Grunde bezeichnen *Maurach / Schroeder / Maiwald*³⁹ die Tathandlungen der Eigentumsdelikte unter Zugrundelegung des formalen zivilrechtlichen Eigentumsbegriffes auch als an sich untaugliche Versuchshandlungen. Eine formale Sichtweise zur Eigentumsverletzung würde den Zueignungsbegriff verkürzen und seinen Anwendungsbereich an Bedeutungslosigkeit heranreichend einschränken.

Als weiteren untauglichen Anknüpfungspunkt benennt *Börner* den Anspruch aus § 985 BGB.⁴⁰ An diesen Anspruch anzuknüpfen hätte ebenso eine Verkürzung zur Folge. Die Erlan-

³⁶ *Börner* Zueignungsdogmatik S.30ff.; vgl. *BGHSt* 6, 377; *RGSt* 21, 270, 273; *Lackner / Kühl* § 242 Rn.4ff.; *Tröndle / Fischer* § 242 Rn.4; *Sax* in *Laufke-FS* S.321.

³⁷ *Börner* Zueignungsdogmatik S.45ff.; vgl. nur *LK-Ruß* vor § 242 Rn.3; *NK – Kindhäuser* § 242 Rn.85; *Sax* in *Laufke-FS* S.321ff.

³⁸ Zum Streitstand bzgl. der Anwendbarkeit von § 935 BGB bei einer Weggabe der Sache oder Unterschlagung durch den Besitztiner siehe *Staudinger – Wiegand* § 935 BGB Rn.14.

³⁹ *Maurach / Schroeder / Maiwald* BT 1 S.316; ähnlich *NK – Kindhäuser* vor §§ 242 bis 248c.

⁴⁰ *Börner* Zueignungsdogmatik S.48ff.

gung der Sachherrschaft durch den Täter lasse den Anspruch aus § 985 BGB überhaupt erst entstehen. Eine Zueignung wäre also einem weiteren Akt vorbehalten. Die Konsequenz wäre, dass die Zueignung nie in der Erlangung der Sachherrschaft selbst bestehen könnte. Diese Sichtweise sei nach dem Wegfall des Besitz- bzw. Gewahrsamserfordernisses nicht mehr haltbar.

Börner ist der Ansicht, dass das Leitbild des Eigentums das selbstbestimmte Haben der Sache ist.⁴¹ Dass dieses Haben den tatsächlichen Kern des Eigentums ausmacht, untermauert er. „Der von den §§ 985, 1004 BGB erstrebte Idealfall ist der ungestörte unmittelbare Eigenbesitz des Berechtigten. Hierin verwirklicht sich das dingliche Recht Eigentum.“⁴² Den Eigenbesitz bezeichnet *Börner* unter Hinweis auf § 937 BGB als Grundlage des Eigentums.⁴³ Diese richtige Feststellung wird im Zuge des hier abweichend von *Börner* vertretenen Ansatzes zur Zueignung weiter unten noch einmal wichtig. *Börner* argumentiert gegen die Sichtweise, die die Herrschaft, Verfügungsgewalt oder auch Verwendungsmöglichkeit als Kern des Eigentums ansieht.⁴⁴ Dazu lenkt er den Blickwinkel weg von der Beziehung des Eigentümers zu seiner Sache. Als entscheidend erachtet er den Blickwinkel, der von der Position des dinglichen Rechts (§ 985 BGB) ausgeht: „Von der Position des dinglichen Rechtes aus gesehen, verleihen die dinglichen Ansprüche dem durch sie verteidigten selbstbestimmten Haben der Sache die Anerkennung als Wesensmerkmal des Eigentums.“⁴⁵ Bei der Herrschaft, Verfü-

⁴¹ *Börner* Zueignungsdogmatik S.49ff.

⁴² *Börner* Zueignungsdogmatik S.53.

⁴³ *Börner* Zueignungsdogmatik S.54.

⁴⁴ *Börner* Zueignungsdogmatik S.54ff.

⁴⁵ *Börner* Zueignungsdogmatik S.57.

gungsgewalt oder auch Verwendungsmöglichkeit handele es sich nicht um den Kern, sondern um eine Folge des Eigentums.⁴⁶

Als unmaßgeblich für die Zueignung führt *Börner* den Verlust der rein tatsächlichen Sachherrschaft des Eigentümers an.⁴⁷ Denn dann wäre eine Unterschlagung an Sachen, deren Sachherrschaft der Eigentümer nie gehabt hat oder die er bereits zuvor eingebüßt hat, nicht möglich.

Als ebenso unmaßgeblich stelle sich der *Erwerb* des selbstbestimmten Habens durch das Zueignungssubjekt dar. Würde man dies anders sehen, so käme eine Zueignung von Sachen, die der Zueignende bereits vor der Tat in Gewahrsam gehabt habe, nicht in Betracht.

Börner fasst die bisherigen Vorstellungen zur Zueignungsdogmatik unter einer Ausgangsthese zusammen. Bei der Zueignung gehe es im Kern darum, dass das Zueignungssubjekt an die Stelle des Berechtigten trete.⁴⁸

Börner stellt sein Modell der Zueignung vor.⁴⁹ Die dinglichen Ansprüche stünden dem Eigentümer zur Seite, um das selbstbestimmte Haben gewährleisten zu können. In den Vordergrund rücke damit die Auseinandersetzung um die Sache. Eine Zueignung liege dann vor, wenn das Zueignungssubjekt in der Auseinandersetzung um die Sachherrschaft gegenüber dem Eigentümer obsiege. Konkret auf § 246 StGB bezogen ergeben sich vier Konstellationen der Zueignung, die *Börner* als Angriffstypen bezeichnet:⁵⁰

1. Begründung der Sachherrschaft

⁴⁶ *Börner* Zueignungsdogmatik S.58 m.w.N. zu dieser Sichtweise.

⁴⁷ *Börner* Zueignungsdogmatik S.63ff.

⁴⁸ *Börner* Zueignungsdogmatik S.66.

⁴⁹ *Börner* Zueignungsdogmatik S.90ff.

⁵⁰ *Börner* Zueignungsdogmatik S.91, 92, 184ff.

2. Erfolgreiche Abwehr des Eigentümers durch das Zueignungssubjekt bei bereits bestehender Sachherrschaft
3. Untergang oder bedeutende Wesensänderung der Sache bei bestehender Sachherrschaft des Zueignungssubjektes
4. Eigentumserwerb des Zueignungssubjektes

Börner setzt sich mit den üblicherweise als Elemente der Zueignung angesehenen Begriffen der Aneignung und der Enteignung auseinander.⁵¹ Die Enteignungskomponente werde bei der Abgrenzung der Zueignung von den Fällen, in denen der Handelnde sicher davon ausgehe, dass die Sache später in den Herrschaftsbereich des Eigentümers zurückgelangen werde, bedeutsam. Als Merkmal einer Definition taue die Enteignung aber nicht. Ansonsten wären die Fälle, in denen eine tatsächliche Beziehung zwischen Zueignungssubjekt und der Sache nicht bestehe, so bei der Leichenfledderei, dem Fund und wenn das Zueignungssubjekt die Sache bereits in Gewahrsam habe, wegen fehlender Enteignung nie als Unterschlagung zu bestrafen. Denn es gebe keine Position mehr, aus der der Eigentümer verdrängt werden könnte.⁵² Die Aneignung sei für die Abgrenzung vom Sachentzug und von der Sachbeschädigung praktisch bedeutsam. Das Aneignungselement treffe aber lediglich eine negative Abgrenzung dahingehend, was alles nicht Zueignung sei. Mittels einer negativen Abgrenzung könne eine Definition aber nicht vorgenommen werden.⁵³

⁵¹ *Börner* Zueignungsdogmatik S.101ff.

⁵² *Börner* Zueignungsdogmatik S.106.

⁵³ *Börner* Zueignungsdogmatik S.108ff.

cc. Eigener Ansatz

Es trifft zu, dass An- und Enteignung nicht Elemente des Zueignungsbegriffes sind, sondern Kriterien zu Abgrenzung der Zueignung von der bloßen Zerstörung der Sache, dem Sachentzug und der Gebrauchsanmaßung. Eine Enteignung als Teil der tatbestandlichen Handlung Zueignung kann nicht vorliegen, wenn der Eigentümer zu der Sache ohnehin keine über das formale Eigentumsrecht hinausgehende Beziehung hat. Eine Aneignung als Teil der tatbestandlichen Zueignungshandlung kann wiederum nicht gegeben sein, wenn der Täter die Sache bereits in seinem Besitz hat.

Der hier vertretene Ansatz stellt hinsichtlich der Zueignung auf die (objektive) Begründung des Eigenbesitzes ab.⁵⁴

Den Überlegungen *Börnerters* zum Rechtsgut Eigentum ist einiges abzugewinnen. Den Kern des Eigentums macht das tatsächliche selbstbestimmte Haben aus. Das Eigentum erfüllt als absolutes Recht eine Abgrenzungsfunktion gegenüber allen Nichteigentümern. Das Zueignenhaben⁵⁵ in Bezug auf die Sache steht dem Eigentümer zu. Wenn ein Nichteigentümer, und Nichteigentümer muss der Verletzende aufgrund des Tatbestandsmerkmals *fremd* zwangsläufig sein, das Eigentum verletzt, so bedeutet dies, dass dem Eigentümer das Eigentum als geschütztes Rechtsgut in der Regel als formelles Recht erhalten bleibt, er das Eigentum in tatsächlicher Hinsicht aber verliert.

Der Eigenbesitz als Grundlage des Eigentums wiederum ist das entscheidende Merkmal in Bezug auf das selbstbestimmte Haben. Der Eigenbesitz eines Anderen verletzt das tat-

⁵⁴ Der eigene Ansatz orientiert sich an der früheren Sichtweise *Kindhäusers*, BT 2 / 1, 2. Aufl. 1999.

⁵⁵ Vgl. *Börner* Zueignungsdogmatik S.51 mit Verweis auf *Husserl*.

sächliche selbstbestimmte Haben des Berechtigten, das heißt das Eigentum im Sinne der Eigentumsdelikte.

Wenden wir uns der Eigenbesitzbegründung zu. Diese muss, um das objektive Tatbestandsmerkmal Zueignung konkretisieren zu können, Handlungsqualität aufweisen. Sie darf sich nicht in einem rein subjektiven Vorgang erschöpfen.

Der Besitzerwerb als Oberbegriff ist nach zutreffender herrschender Ansicht sowohl objektiv durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache, als auch subjektiv durch die Voraussetzung Besitzwille geprägt.⁵⁶

Die Erlangung der tatsächlichen Gewalt als objektiver Vorgang kann alleine nicht die Zueignung definieren. Denn dann wäre jeder Besitzerwerb, das heißt auch der Erwerb des Fremdbesitzes, mit einer Zueignung gleichzusetzen. Jeder Entleiher oder Mieter würde den objektiven Tatbestand des § 246 Abs.1 StGB erfüllen. Damit dieses unzutreffende Ergebnis nicht eintritt, muss die Eigenbesitzbegründung eine weitere objektive Komponente aufweisen, um kennzeichnend für das Tatbestandsmerkmal Zueignung sein zu können.

Bezogen auf das Verhältnis des Zueignenden zur Sache sind zwei Konstellationen denkbar:

1. Der Zueignende war vor der Zueignung bereits im Besitz der Sache.
2. Der Zueignende erlangt durch die Zueignung den Besitz an der Sache.

In der ersten Konstellation schwingt sich der Fremd- zum Eigenbesitzer auf. Dazu ist kein bloßer Entschluss ausreichend.

⁵⁶ Vgl. nur Staudinger – *Bund* § 854 Rn.12 m.w.N.

Nach allgemeiner Ansicht ist für den Aufschwung ein objektiver Vorgang Voraussetzung.⁵⁷

Beispiel: T leiht sich von O an einem Montag ein Buch. Am Mittwoch beschließt, es zu behalten. Am Freitag schreibt er seinen Namen in das Buch.

Die Eigenbesitzbegründung ist freitags, nicht schon mittwochs erfolgt. Der objektive Vorgang des Hineinschreibens des Namens ist konstitutiv für die Begründung von Eigenbesitz.

In der zweiten Konstellation erwirbt der Zueignende durch die Begründung von Eigenbesitz überhaupt erst eine besitzrechtliche Position. Wie bereits dargelegt kann allein die Erlangung der tatsächlichen Gewalt zur Annahme einer Zueignung nicht ausreichen. Denn die Erlangung allein bedeutet lediglich, dass eine Besitzposition entsteht. Welche Qualität dieser Besitz hat, das heißt für wen besessen wird, geht daraus nicht hervor. Damit der Besitzerwerb als Eigenbesitzerwerb zivilrechtlich klassifiziert werden kann, ist ein objektiver Vorgang erforderlich, der dem objektiven Vorgang beim Aufschwung vom Fremd- zum Eigenbesitz entspricht.

Ein objektiver Vorgang mit Handlungsqualität, der über die bloße Erlangung der Gewalt über die Sache hinausgeht, ist in beiden Konstellationen zur Begründung von Eigenbesitz erforderlich. Die Zueignung entspricht diesem Vorgang, den man als objektive Eigenbesitzbegründung bezeichnen kann.

Im subjektiven Tatbestand der Unterschlagung ist dann zu prüfen, ob der Wille zum Eigenbesitz beim objektiv Zueignenden auch tatsächlich gegeben ist. Die Differenzierung

⁵⁷ *BGH* wistra 1990, 305, 306; *BGHSt* 34, 309, 312; *RGZ* 54, 133, 135; MüKo – Joost § 872 Rn.10; Staudinger – *Bund* § 872 Rn.8; Westermann – *Gursky* Sachenrecht § 12 II 3 S.89; *Müller* Sachenrecht Rn.267 S.83; *Schwab / Prütting* Sachenrecht Rn.63 S.35ff.

zwischen objektivem und subjektivem Tatbestand ist im Hinblick auf das Tatbestandsmerkmal Zueignung gewahrt.

(1) Selbstzueignung

Eine Zueignung vollzieht sich durch eine objektive Eigenbesitzbegründung.

Folgende Handlungen sind insoweit als Selbstzueignung zu qualifizieren:

- Handlungen, die einen Eigentumsübergang auf den Täter gemäß §§ 946ff. BGB bewirken
- die das Verpflichtungsgeschäft Kaufvertrag erfüllende Übereignung einer Sache gemäß §§ 929ff. BGB
- der Abschluss eines Kaufvertrages über eine Sache stellt, auch wenn die Übereignung der Sache noch nicht erfolgt, eine Zueignung dar, wenn der Täter die Sache in Besitz hat; durch den Abschluss des Kaufvertrags begründet er objektiv Eigenbesitz
- der Verzehr oder der Verbrauch einer fremden Sache
- leugnet der Täter gegenüber dem Eigentümer, dass es sich um dessen Sache handle und ist dies objektiv so zu verstehen, dass der Täter vorgibt, es handle sich stattdessen um eine eigene Sache, so begründet er objektiv Eigenbesitz
- das Ableugnen des Besitzes gegenüber dem Eigentümer hat die Bedeutung: „Nein, ich habe Deine Sache nicht!“; es impliziert insofern zwangsläufig objektiven Eigenbesitz, denn was nicht Fremdbesitz ist, ist Eigenbesitz⁵⁸

⁵⁸ Ausführliches zum Begriffspaar Eigenbesitz / Fremdbesitz unter dem Gliederungspunkt Auseinandersetzung mit Börners Kritik am Eigenbesitz, 2. Teil 1. a. cc. (3) (a).

- das Überschreiten der Grenzen eines Besitzmittlungsverhältnisses,⁵⁹ so die nicht rechtzeitige Rückgabe eines Mietwagens; ist der Zueignende bei Überschreitung der Grenze zur Rückgabe entschlossen, so z.B. wenn er lediglich den Rückgabetermin verschwitzt hat, so fehlt es subjektiv am Vorsatz bezüglich der objektiven Eigenbesitzbegründung
- das Verschenken einer Sache, die der Täter in Besitz hat, ist Selbstzueignung; denn die Übereignung setzt Eigenbesitz voraus
- auch das Schenkungsversprechen bezüglich der in Besitz befindlichen Sache zeigt eine objektive Eigenbesitzbegründung

Keine Selbstzueignung ist allein im Fund einer Sache zu sehen. Die Besitzbegründung erfolgt hierbei zunächst einmal neutral.

(2) Drittzueignung

Die tatbestandliche Variante der Drittzueignung wurde durch das 6. Strafrechtsreformgesetz im Unterschlagungsstatbestand und auch bei den anderen Zueignungsdelikten, vgl. §§ 242, 248c, 249, (252), 292, 293 StGB, neu eingeführt.

(a) Grund der Einführung

Die Änderungen im Bereich der Zueignungsdelikte wurden grundsätzlich von dem Gedanken getragen, Strafbarkeitslücken schließen zu wollen.⁶⁰ Ausgangspunkt war dabei ein in der deutschen Historie einzigartiger Vorgang. Es entstand ei-

⁵⁹ Vgl. dazu *Kindhäusers*, BT 2 / 1, 2. Aufl. 1999 Rn.36 S.167.

⁶⁰ *BT-Dr* 13 / 8587 S.43ff.

ne Debatte um die Strafbarkeit der Entnahme von Wertsachen aus Postsendungen durch Mitarbeiter des MfS (Ministerium für Staatssicherheit) der ehemaligen DDR.⁶¹ Wie bereits angesprochen lehnte der Große Senat des Bundesgerichtshofes für Strafsachen die Strafbarkeit mangels Selbstzueignungsabsicht ab, da für die Entnehmenden kein mittelbarer wirtschaftlicher Vorteil zu erkennen war.⁶²

(b) Voraussetzungen der Drittzueignung

Insbesondere vor Einführung der Drittzueignung wurde vertreten, dass jede Drittzueignung eine Selbstzueignung notwendigerweise enthalte.⁶³ Durch das „oder“ im Tatbestand wird hingegen deutlich, dass die Drittzueignung von der Selbstzueignung abzugrenzen ist. Die beiden Varianten überschneiden sich nicht, sondern schließen sich gegenseitig zunächst einmal aus.⁶⁴ Eine Drittzueignung kommt nur dann in Betracht, wenn nicht gleichzeitig bereits eine Selbstzueignung durch dieselbe Person gegeben ist. Die bisher unter den Zueignungsbegriff zu subsumierenden Fälle werden nicht in die Kategorien Selbst- und Drittzueignung neu eingeordnet, sondern die Strafbarkeit wird um die Fälle der Drittzueignung erweitert. Diese Ausdehnung entspricht auch dem erklärten Willen des Gesetzgebers, Strafbarkeitslücken zu schließen.

⁶¹ Zu den einzelnen Senaten vgl. *Brocker* wistra 1995, 292ff.

⁶² *BGHSt* 41, 187, 194; mittelbarer wirtschaftlicher Vorteil als grundsätzlich ausreichende Voraussetzung im Sinne eines extensiven („bereicherungsrechtlichen“) Verständnisses der Zueignung.

⁶³ Vgl. etwa *Rudolphi* GA 1965, 33, 41ff.; *Tenckhoff* JuS 1980, 723, 726; *Wolflast* NStZ 1994, 542, 544; nach dem 6. Strafrechtsreformgesetz *Birk* Unterschlagung S.130; *Krey / Hellmann* BT 2 Rn.80b m.w.N; *Meister* Zueignungsabsicht S.212ff.

⁶⁴ *Kindhäuser* LPK § 242 Rn.110ff.; *Lackner / Kühl* § 242 Rn.26; NK - *Kindhäuser* § 242 Rn.127 „Exklusivitätsverhältnis“; *Sch / Sch - Eser* § 242 Rn.56ff.; *Tröndle / Fischer* § 242 Rn.45ff.; *Noak* Drittzueignung S.37; *Otto* Grundkurs Strafrecht S.159; *Wessels / Hillenkamp* BT 2 Rn.153.

Bei der Dritzueignung ist der Täter in Abgrenzung zur Selbstzueignung rein fremdnützig motiviert. Die Selbstzueignung ist dadurch gekennzeichnet, dass der Täter objektiv Eigenbesitz begründet. Schließen sich Selbst- und Dritzueignung aus, so kann die fremdnützige Tatvariante nicht dadurch erfüllt werden, dass der Täter die Sache objektiv in Eigenbesitz nimmt und dann dem Dritten die Besitzposition zuführt. Vielmehr ist es erforderlich, dass beim Dritten Eigenbesitz objektiv begründet wird. Erst dann ist die Tat vollendet. Dies ist zunächst einmal festzuhalten.

Es tritt bei der Dritzueignung ein weiteres Problem zu Tage. Wann liegt eine täterschaftliche Dritzueignung vor und wann beschränkt sich die Rolle auf die eines Gehilfen im Rahmen der Selbstzueignung des Dritten? Um die allgemeine Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme zu wahren, ist es erforderlich, dass der Täter mit Vorsatz den Geschehensablauf in den Händen hält.⁶⁵ Das Geschehen muss sich so zutragen, dass der Täter als Zentralgestalt des Geschehens dem Dritten eine Position verschafft, aus der heraus der Dritte Eigenbesitz objektiv begründet.⁶⁶ Häufig wird hinsichtlich der Dritzueignung die Formulierung gewählt, dass dem Dritten dessen Zueignung ermöglicht wird.⁶⁷ Dieses Ermöglichen muss aber den Anforderungen, die an eine täterschaftliche Begehung gestellt werden, genügen. Der Begriff Ermöglichen erweist sich insoweit als irreführend, da auch derjenige, der einem Dritten telefonisch verrät, wo er risikolos einbrechen kann, dem Dritten bei dessen Einbruch die Zueignung der

⁶⁵ Hier wird der Tatherrschaftslehre gefolgt; auch die Rspr. zieht die Kriterien der Tatherrschaft bei der Frage nach dem Täter- oder Teilnehmerwillen heran.

⁶⁶ Vgl. MüKo – Hohmann § 246 Rn.42.

⁶⁷ Vgl. die Formulierungen bei *Kindhäuser* LPK § 242 Rn.111; *Küper* BT S.455; *Mitsch* BT 2 Rn.138 S.77 ; *Wessels / Hillenkamp* BT 2 Rn.153.

Beute ermöglicht. Den telefonischen Rat als täterschaftliche Drittzueignung zu werten, stünde im Widerspruch zu der allgemeinen Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme. Als weiteres Moment der Drittzueignung ist es erforderlich, dass der Täter dem Dritten dessen objektiven Eigenbesitz verschafft. Dies kann er im Sinne der Täterschaft nur, wenn er die Sache selbst in Besitz genommen hat. Ausgehend von der Besitzposition des Drittzueignenden muss dann die objektive Eigenbesitzbegründung des Dritten erfolgen. Dies ist in zwei Konstellationen denkbar:⁶⁸

1. Der Täter bleibt unmittelbarer Besitzer und mittelt dem Dritten dessen objektiven (mittelbaren) Eigenbesitz.
2. Der Täter übergibt die Sache an den Dritten, der sie objektiv in (unmittelbaren) Eigenbesitz nimmt.

Als Beispiel für die erste Konstellation folgender Fall: T hat sich von O eine CD geliehen. Weil er O nicht mehr leiden kann, beschließt er, O die CD nicht zurück zu geben. Er selbst ist der CD überdrüssig. Deshalb ruft er seinen Kumpel D an, schildert diesem die Situation und fragt ihn, ob D nicht die CD haben wolle. D bejaht dies.

T hat keinen objektiven Eigenbesitz begründet. Aufgrund des Gespräches mit D hat den ursprünglichen unmittelbaren Fremdbesitz zugunsten von O in unmittelbaren Fremdbesitz zugunsten von D umgewandelt. D hat zudem mittelbaren Eigenbesitz objektiv erworben. Es liegt eine Selbstzueignung des D und eine Drittzueignung seitens T vor.

Die zweite Konstellation ist einschlägig, wenn D den T besucht, T ihm die Situation schildert, D sein Interesse an der

⁶⁸ Ähnlich *Kindhäuser* LPK § 246 Rn.22ff.

CD bekundet und daraufhin die CD in die Hand gedrückt bekommt.

T verliert den Besitz. Gleichzeitig verschafft er D dessen objektiven Eigenbesitz.

Eine Drittzueignung liegt im Ergebnis dann vor, wenn der Täter dem Dritten aus eigener besitzrechtlicher Position heraus dessen objektiven Eigenbesitz verschafft. Diese aufgrund der Differenzierung zwischen Täterschaft und Teilnahme an enge Voraussetzungen anknüpfende Definition hat einen relativ eingeschränkten Anwendungsbereich zur Folge. Dies entspricht aber der Intention des Gesetzgebers, nämlich eine in praktischer Hinsicht ungewöhnliche Fallgestaltung, wie die der rein fremdnützigen Entnahme von Wertsachen aus Postsendungen durch Mitarbeiter des MfS, unter Strafe zu stellen. Aus ehemals Teilnahmehandlungen (zu einer Selbstzueignung des Dritten) werden durch die Einführung der Drittzueignung täterschaftliche Begehungen. Die Aufregung über diesen Umstand verwundert etwas. Bereits nach dem Reichsstrafgesetzbuch zog bei den Bereicherungsdelikten ein objektiv betrügerisches Verhalten mit Drittbereicherungsabsicht bei zudem rechtswidrigen und schuldhaften Verhalten eine Bestrafung als Täter nach sich.⁶⁹ Es handelt sich im Zuge des 6. Strafrechtsreformgesetzes insofern um eine zutreffende Neubewertung uneigennütigen Verhaltens für Zueignungsdelikte entsprechend der anerkannten Konzeption des Betrugers. Denn Handlungs- und Erfolgsunrecht gleichen sich bei Selbst- und Drittzueignung. Dies geschieht auf der Handlungsebene⁷⁰ dadurch, dass ein anderer objektiv Eigenbesitz

⁶⁹ Vgl. *Vormbaum / Welp* Das Strafgesetzbuch Band 1 S.59.

⁷⁰ Beim Diebstahl wird der Handlungsunwert zudem durch die Wegnahme geprägt, was für die Gleichwertigkeit der Selbst- und der Drittzueignungsvariante aber keinen Unterschied macht.

begründet. Dadurch wird als Erfolg das Eigentum des Berechtigten verletzt. Es ist aus Sicht des berechtigten Rechtsgutsträgers gleichgültig, ob dies durch den Täter oder einen Dritten geschieht.

Die Argumentation anhand des Unwertes löst auch das Problem, ob der Dritte bei der Dritzueignung bösgläubig sein muss oder ob er auch gutgläubig sein darf. Die Verschaffung der Position, aus der heraus der Dritte objektiv Eigenbesitz begründet, erfolgt unabhängig von der Gut- bzw. Bösgläubigkeit des Dritten. Die Gut- oder Bösgläubigkeit des Dritten ist für die Frage nach der Strafbarkeit des Dritzueignenden unwesentlich, sie betrifft vielmehr die Frage, ob der Dritte gleichzeitig Täter im Sinne einer Selbstzueignung ist. Denn der Wille des Dritten, Eigenbesitz zu begründen, wird erst im subjektiven Tatbestand einer möglichen Selbstzueignung des Dritten geprüft. Unter Berücksichtigung dieses Aspektes stellt sich das Problem der aufgedrängten Zueignung⁷¹ mit der Differenzierung zwischen Gut- und Bösgläubigkeit nicht.

(3) Verteidigung des eigenen Ansatzes

Die Konzeptionen zur objektiven Zueignung, nennen sie sich Manifestations-, Enteignungs- oder Aneignungstheorie, erfahren positive und negative Kritik. Der hier vertretene Zueignungsbegriff muss zeigen, ob er gegenüber negativer Kritik, die die bisherigen Konzeptionen zur objektiven Zueignung erfahren haben, bestehen kann, und welche Vorteile er bietet.

Börner hat sich konkret gegen den Eigenbesitz als tauglichen Ausgangspunkt für eine Definition der Zueignung ausgespro-

⁷¹ S. dazu *Wessels / Hillenkamp* BT 2 Rn.281; *Duttge / Sotelsek* Jura 2002, 526, 532.

chen. Mit seiner Kritik beginnt die Verteidigung des eigenen Ansatzes.

(a) Auseinandersetzung mit Börners Kritik am Eigenbesitz

Zum Eigenbesitz schreibt *Börner*: „Was dagegen die Eigenbesitzvariante angeht, tritt der Vorwurf mangelnder Abgrenzbarkeit in aller Schärfe hervor. Gemäß §§ 854 Abs.1, 856 Abs.1 BGB messen sich Besitzerwerb und –verlust an der tatsächlichen Gewalt über die Sache. Ferner muss § 872 BGB jeder Besitz sein, der nicht § 868 BGB unterfällt, denn eine weitere Besitzform kennen die §§ 854ff. BGB nicht.“⁷² Diese Aussage ist falsch. § 872 BGB betrifft den Eigenbesitz. § 868 BGB normiert den mittelbaren Besitz. *Börner* sagt also zusammengefasst: Eigenbesitz muss jeder Besitz sein, der nicht mittelbarer Besitz ist. Das dies nicht zutreffend ist, liegt auf der Hand. Bezogen auf den Besitz ist richtig: Was nicht Eigenbesitz ist, ist Fremdbesitz.⁷³ Und was nicht mittelbarer Besitz ist, ist unmittelbarer Besitz.⁷⁴ *Börner* kreiert eine ausschließende Relation zwischen § 872 BGB und § 868 BGB, die es so nicht gibt.

Ausgehend von seinem falschen Verständnis schreibt *Börner* sodann weiter: „Wer also ohne Rücksicht auf einen anderen die tatsächliche Gewalt über eine Sache herstellt, ist Eigenbesitzer, sei es auch um sie zu zerstören oder später wegzuworfen, ohne irgendein über die bloße Sachentziehung hinausgehendes Interesse an der Sache zu haben.“ Damit will er zeigen, dass das Merkmal des Eigenbesitzes nicht zur Ab-

⁷² *Börner* Zueignungsdogmatik S.81.

⁷³ Vgl. *BGHZ* 31, 129, 134.

⁷⁴ Palandt – *Bassenge* Überbl. vor § 854 Rn.2.

grenzung von der Sachbeschädigung und der Sachentziehung taugt. Auch dies erweist sich als nicht haltbar. In § 872 BGB heißt es: Wer eine Sache als ihm gehörend besitzt, ist Eigenbesitzer. *Börnert*s Aussage bedeutet in der Konsequenz, dass der Handelnde eine Sache immer als „ihm gehörend“ zerstört, denn der Handelnde soll ja immer Eigenbesitzer sein. Wie ist dies mit dem Gedanken vereinbar, dass der Zerstörende handelt, um dem Eigentümer zu schaden?

Beispiel: T hat sich von seinem besten Freund dessen Auto geliehen. T erfährt, dass seine Freundin ihn mit eben diesem besten Freund betrügt. Um sein Rachebedürfnis zu befriedigen, zerlegt T das Auto seines (vormals) besten Freundes mit einem Vorschlaghammer.

Betrachtet T das Auto als ihm gehörig? Wohl kaum. Er zerstört das Auto seines Freundes, weil er diesem schaden will. Die Intention des T im Beispielsfall ist doch die: „Du hast *meine* Beziehung zerstört. Dafür zerstöre ich *Dein* Auto.“

Man kann doch nicht ernsthaft vertreten, dass der Vandale, der durch die Straßen zieht, und an jedem parkenden Auto die Antenne abknickt und gegen die Außenspiegel tritt, die Sachen als ihm gehörend erachtet. Die Zerstörungshandlung an sich bedeutet nicht zwangsläufig Begründung von Eigenbesitz. Entsprechendes gilt für die Sachentziehung.

Weiter heißt es bei *Börnert*: „Auch die Trennung vom *furtum usus* stößt – entgegen *Otto* – auf Zweifel. Wenn jemand fest zur Rückgabe der Sache entschlossen ist, so ändert dies nichts daran, dass es in seiner Hand liegt, ob sie tatsächlich erfolgt. Ohne weiteres kann er sich anders entscheiden; insbesondere wird er sich vor der Rückgabe regelmäßig erneut überlegen, ob das Risiko der Entdeckung und damit der Verdacht einer Straftat hinnehmbar ist. Die freie Entscheidung über dieses faktische Hindernis spricht für eine dem Eigenbesitz entsprechende selbstbestimmte Herrschaft trotz ur-

sprünglich festem Rückgabewillen.“ Die Formulierung Börners, dass es sich um eine dem Eigenbesitz *entsprechende* Herrschaft handeln soll, zeigt bereits, dass er seinem Gedanken selbst nicht traut. Was er verkennt, ist die Tatsache, dass ein mit Rückgabewillen ausgeübter Besitz Fremdbesitz ist. Dass der Besitzende grundsätzlich die Freiheit der Entscheidung hat, für wen er besitzt, trifft zu. Aber aus dieser Freiheit allein kann nicht auf den Eigenbesitz geschlossen werden. Der Aufschwung vom Fremd- zum Eigenbesitz erfolgt nicht aufgrund einer bloßen Entscheidungsmöglichkeit. Es reicht auch nicht der Wille, die Sache ab einem bestimmten Zeitpunkt als eigene zu besitzen. Vielmehr muss der Aufschwung vom Fremd- zum Eigenbesitz nach allgemeiner Ansicht objektiv vollzogen werden.⁷⁵ Und solange kein Eigenbesitz vorliegt, sondern Fremdbesitz, handelt es sich um eine Gebrauchsanmaßung. Die Abgrenzung Zueignung / Gebrauchsanmaßung ist bei Verwendung des Merkmals Eigenbesitz gewahrt. *Börner* schreibt, dass wenn man die Zueignung mit der Herstellung einer Herrschaftsposition gleichsetze, eine Unterschlagung nur von demjenigen begangen werden könne, der zuvor noch keine Herrschaft an der Sache gehabt habe.⁷⁶ Dass eine solche Einschränkung des Anwendungsbereiches des Unterschlagungstatbestandes nicht nur nach *Börners* Ansicht unhaltbar ist, sondern von niemandem ernstlich vertreten wird, wurde bereits festgestellt. Nicht zutreffend hingegen ist die Ansicht *Börners*, dass eine solche Einschränkung der Strafbarkeit auch beim Eigenbesitz vorliege. Seine Sichtweise ignoriert erneut die Möglichkeit des Aufschwunges vom

⁷⁵ *BGH* wistra 1990, 305, 306; *BGHSt* 34, 309, 312; *RGZ* 54, 133, 135; MüKo – Joost § 872 Rn.10; Staudinger – *Bund* § 872 Rn.8; Westermann – *Gursky* Sachenrecht § 12 II 3 S.89; *Müller* Sachenrecht Rn.267 S.83; *Schwab / Prütting* Sachenrecht Rn.63 S.35ff.

⁷⁶ *Börner* Zueignungsdogmatik S.82.

Fremd- zum Eigenbesitzer. Denn die Erlangung der Sachherrschaft ist eben nicht mit der Begründung von *Eigenbesitz*, sondern nur mit der Begründung von Besitz gleichzusetzen. Fremdbesitz, dem die Sachherrschaft bereits innewohnt, kann in Eigenbesitz umgewandelt werden. Eine Zueignung bei bestehender Sachherrschaft ist möglich. Wenn man die Zueignung über das Merkmal Eigenbesitz definiert, so ist die Strafbarkeit von Fällen, in denen der Täter bereits Sachherrschaft hatte, keineswegs ausgeschlossen.

(b) Vorteil des eigenen Ansatzes: Abgegrenzte Versuchsstrafbarkeit

Der sowohl einer weiten als auch einer engen Manifestationstheorie entgegengebrachte Vorwurf, dass es keine klare Abgrenzung zur Versuchsstrafbarkeit gebe, entfällt bei dem hier vertretenen Verständnis vom Zueignungsbegriff.

Das Versuchsstadium ist dann erreicht, wenn der Täter mit Tatentschluss nach seiner Vorstellung zur objektiven Begründung des Eigenbesitzes unmittelbar angesetzt hat bzw. dazu angesetzt hat, dem Dritten aus eigener besitzrechtlicher Position heraus dessen objektiven Eigenbesitz zu verschaffen.

Die objektive Eigenbesitzbegründung ist das wesentliche Element der Zueignung. Durch sie verletzt der Täter das geschützte Rechtsgut Eigentum. Im direkten Vorstadium erscheint das Rechtsgut bereits als unmittelbar gefährdet. Beginnt der Täter mit der Eigenbesitzbegründung, so legt er ein Verhalten an den Tag, welches nach seinen Vorstellungen im ungestörten Fortgang unmittelbar zur Tatbestandserfüllung

führen soll. Dies ist kennzeichnend für den Versuch.⁷⁷ Die objektive Eigenbesitzbegründung als unrechtmäßiger Erfolg muss dann lediglich noch eintreten und die Grenze zur vollendeten Tat ist überschritten.

Mangels konkreter Gefährdung, räumlich-zeitlichem Zusammenhangs und da es noch wesentlicher Zwischenakte zur objektiven Begründung von Eigenbesitz bedarf⁷⁸, bleiben – wie zutreffend gefordert⁷⁹ – Fälle wie „A aus Düsseldorf schenkt B aus Hamburg im Telefonat das in Berlin stehende Fahrrad des C“ straflos.

Das endgültige Misslingen der Eigenbesitzbegründung hat einen fehlgeschlagenen Versuch zur Folge.

Beispielsfall: Am Ende des Semesters verteilt der Leiter der AG Strafrecht die Teilnahmescheine, die dem Nachweis des Besuches der AG dienen. Zur Arbeitserleichterung sollen die Teilnehmer ihre Namen selber auf dem Schein eintragen. T erhält, da er zuvor nie bei der AG erschienen ist, keinen Schein. Als sein Tischnachbar wegschaut, ergreift T dessen Teilnahmeschein, um seinen Namen einzutragen. Dies bemerkt der Nachbar und nimmt ihm den Schein wieder ab.

Eine fehlgeschlagene Drittzueignung liegt in einer Abwandlung des Falles vor, wenn nämlich T den Schein – rein fremdnützig, nicht als Schenker – an einen Dritten D weitergeben will, der Nachbar den Schein aber wieder an sich nimmt, bevor D seinen Namen eintragen kann. Ein fehlgeschlagener Drittzueignungsversuch liegt auch dann vor, wenn T den Schein nimmt, ihn anschließend an den Dritten D wei-

⁷⁷ Vgl. *BGHSt* 30, 363, 365; 38, 83, 85; 40, 257, 268.

⁷⁸ Kombination der Kriterien für unmittelbares Ansetzen im Sinne von *Wessels / Hillenkamp* AT Rn.601.

⁷⁹ Fall nach *Hohmann / Sander* NStZ 1998, 273, 276; zustimmend *Duttge / Fahnen Schmidt* ZStW 110 (1998) 884, 909; i.E. zustimmend *Kudlich* JuS 2001, 767, 770, der beim Verschenken hingegen von einem Drittzueignungswillen spricht.

tergeben will, D ihn aber entgegen der Erwartung des T nicht mit seinem Namen versehen will, weil er sich nicht auf diesem Wege einen Teilnahmechein „erschleichen“ will.

Der Versuch ist untauglich, wenn die Ausführung des Tatenschlusses aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht zur vollständigen Verwirklichung des objektiven Tatbestands führen kann.

Beispiel: T geht mit D an einem Bach entlang spazieren. Er sieht etwas, was er für einen verloren gegangenen Ring hält, im Wasser schimmern. Mit den Worten: „Oh, da hat wohl einer seinen Ring verloren. Das ist jetzt meiner!“ greift er in das Wasser. Bei der anschließenden näheren Betrachtung wird T klar, dass er den Metallverschluss einer Getränkedose aus dem Wasser gefischt hat.

Auf die Konstellation der Drittzueignung abgewandelt: T fischt den vermeintlichen Ring heraus und gibt ihn mit den Worten: „Das ist jetzt Deiner!“ an D weiter.

Ein unbeendeter Versuch ist nach allgemeinen Grundsätzen im folgenden abgewandelten Beispielfall gegeben:

Anfang wie oben; T denkt sich, dass er den Ring mithilfe eines Stockes herausangeln kann. Wenn dies nicht klappt, so will er in das seichte Wasser gehen und den Ring per Hand herausholen. Seine Bemühungen mit dem Stock scheitern.

T befindet sich im Stadium des unbeendeten Versuches.⁸⁰

Verzichtet er aus autonomen Motiven jetzt darauf, in den Bach zu springen und den Ring herauszuholen, so ist er gemäß § 24 Abs. 1 1. Var. StGB zurückgetreten.

Um einen unbeendeten Versuch der Drittzueignung handelt es sich, wenn T aus rein fremdnützigen Gründen handelt.

⁸⁰ Unter Berücksichtigung des Rücktrittshorizontes, vgl. *BGHSt* 31, 170.

Ein beendeter Versuch liegt nach allgemeinen Grundsätzen dann vor, wenn der Täter aus seiner Sicht alles getan zu haben glaubt, um Eigenbesitz an der fremden beweglichen Sache zu begründen.

Beispiel:

T befindet sich zu Fuß auf dem Heimweg von einem Spaziergang. Er sieht ein Fahrrad, welches mittels eines Schlosses mit dem Vorderrad an einem Zaun angeschlossen ist und beschließt, das Fahrrad für seinen Rückweg und auch für die weitere Zukunft zu benutzen. Mit einem Schraubenzieher zerstört T das Fahrradschloss. Er steigt auf das Fahrrad auf. Als ihm bewusst wird, was er gerade tut, überlegt er es sich anders und beschließt, das Fahrrad stehen zu lassen. Was ihm entgangen war, war die Tatsache, dass das Fahrrad mit einem weiteren Schloss am Hinterrad mit dem Zaun verbunden war.⁸¹

Die Zueignung ist nicht vollendet, da aufgrund des zweiten Schlosses am Hinterrad T noch nicht die Sachherrschaft erlangt hat. Er hat noch keinen Eigenbesitz objektiv begründet. Nach seiner Vorstellung hingegen hat er sich das Fahrrad bereits zugeeignet.

Subjektiv hat T die Schwelle zum Jetzt–geht–es–los überschritten, er hat schon subjektiv Eigenbesitz begründet. Ein räumlicher und zeitlicher Zusammenhang war gegeben. Das Rechtsgut Eigentum war bereits gefährdet. Es bedurfte nach Vorstellung des T keiner wesentlicher Zwischenakte mehr, um die Tat zu vollenden. Alle Kriterien des unmittelbaren Ansatzens sind erfüllt. Zur Tat entschlossen war T ohnehin, als er auf das Fahrrad aufgestiegen ist.

⁸¹ Auf die Strafbarkeit des T i.S.d. Diebstahlsdelikte kommt es in Bezug auf den Unterschlagungstatbestand erst auf Konkurrenzebene an.

Ein beendeter Versuch in der Variante der Drittzueignung liegt dann vor, wenn T das Fahrrad dem mit ihm spazierenden D geben wollte.

Die allgemeinen Grundsätze zur Abgrenzung der Deliktsstadien voneinander gelten auch für den reformierten Tatbestand der Unterschlagung. Eine klare Abgrenzung von Versuchs- und Vollendungsstrafbarkeit findet statt.

(c) Vorteil des eigenen Ansatzes: Klare Abgrenzung Täterschaft / Teilnahme

*Bussmann*⁸² erinnert an die Pflicht zur Selbstbeschränkung des Strafrechtes. Die Straftat dürfe ihren Ausnahmecharakter, ihre individuelle Besonderheit nicht verlieren. Er weist damit auf die ultima-ratio-Funktion des Strafrechts hin. Der bewusst fragmentarische Charakter des Strafrechtes müsse erhalten bleiben und die strafrechtliche Ahndung sich auf die besonders gefährlichen und verwerflichen Handlungen beschränken. Diese Gesichtspunkte sieht *Bussmann* durch die Reformierung des Unterschlagungstatbestandes in Gefahr. Er befürchtet, dass ein extensiver Täterbegriff verstärkt Einzug ins Strafrecht finden könne.

Dazu folgender Fall:

Nachdem A beobachtet hat, wie X seine Geldbörse auf einem Waldweg verloren hat, erzählt A dies seinem Kumpel B und fordert diesen auf, die Geldbörse an sich zu nehmen.

Die von *Bussmann* befürchtete Würdigung des Verhaltens des A als täterschaftlich findet nach der hier vorgeschlagenen Konzeption der Unterschlagung nicht statt. Wenn B der Aufforderung nachkommt, wird er als Täter einer Unterschlagung

⁸² *Bussmann* StV 1999, 613ff.

bestraft und A wird als Anstifter zur Verantwortung gezogen. Derjenige, der keinen Eigenbesitz nach außen hin eindeutig erkennbar begründet bzw. einem Dritten nicht aus eigener besitzrechtlicher Position heraus objektiv Eigenbesitz verschafft, ist nicht Täter einer Unterschlagung.⁸³ Er kommt allenfalls als Randfigur des Geschehens, das heißt als Teilnehmer, in Betracht.

Unterschiedliche, nach den Grundsätzen des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches zur Beteiligung klar abgegrenzte Täterschafts- und Teilnahmeformen finden sich in dem Fall:

A erzählt seinen Freunden B, C und D von der verloren gegangenen Geldbörse und fordert sie auf, sich diese zu nehmen. D findet die Mühen als nicht lohnenswert, sagt aber B und C, wie sie die Stelle im Wald am besten finden. B und C begeben sich in den Wald. B nimmt die Geldbörse auf und reicht sie mit den Worten: „Kannste haben!“ an C weiter. Dieser nimmt sie freudestrahlend an sich.

B hat eine täterschaftliche Dritzueignung begangen. Er ist nicht, wie es beispielsweise ein Schenker tut, als Eigentümer aufgetreten und ist daher nicht Selbstzueignender. C hingegen hat sich die Geldbörse selbst zugeeignet. A hat die Geschehnisse überhaupt in Gang gebracht, das heißt Tatentschluss hervorgerufen, und ist insofern Anstifter. D hat durch seine Wegbeschreibung zur Tat Hilfe geleistet und ist demnach als Gehilfe zu bestrafen.

Die Kriterien des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches, um die Beteiligungsformen voneinander abgrenzen zu können, finden Anwendung. Der reformierte Unterschlagungsstatbestand fügt sich in die deutsche strafrechtliche Gesetzes-

⁸³ Die fehlende Anwesenheit des A wird nicht durch eine überragende Stellung bei der Planung ausgeglichen.

systematik hinsichtlich Täterschaft und Teilnahme ein. *Bussmanns* Befürchtungen treten nicht ein.

(d) Vorteil des eigenen Ansatzes: Kein Gesinnungsstrafrecht

Insbesondere *Kargl*⁸⁴ hat darauf hingewiesen, dass der Unterschlagungstatbestand die Zueignung als objektives Tatbestandsmerkmal aufweise. Diesem Umstand müsse dergestalt Rechnung getragen werden, dass nicht der bloße Zueignungswille bestraft würde. Ansonsten entstünde ein Gesinnungsstrafrecht, was der Ausgestaltung des Unterschlagungstatbestandes als Erfolgsdelikt widerspräche. Für die Annahme einer Zueignung reiche aber auch nicht jede reale Betätigung des in böser Absicht Gewollten. Die Grenze zwischen Gesinnungs- und Tatstrafrecht verlaufe nämlich innerhalb des Handlungsbereiches, da allein der böse Wille ohnehin nicht bestraft werden könne. Neutrale Handlungen, das heißt Handlungen, die auch eine andere Bedeutung als die der Zueignung haben, wären jenseits der Grenze zum Gesinnungsstrafrecht anzusiedeln und damit wäre es unzulässig, eine Zueignung anzunehmen.

Für *Kargl* kommen als Zueignungshandlungen allein der Verbrauch, die Entwertung der Sache im Sinne vollständiger Funktionsaufhebung, die Veräußerung und die gesetzlichen Eigentumsübergänge der §§ 946 – 948, 950 BGB in Betracht.⁸⁵

⁸⁴ *Kargl* ZStW 103 (1991), 136ff.; ähnlich *Samson* JA 1990, 5, 8.

⁸⁵ *Kargl* ZStW 103 (1991), 136, 184.

Unverständlich ist, dass *Kargl* eine so weitreichende Beschränkung der Zueignungshandlungen fordert. Dazu folgender von ihm gebildeter Fall:⁸⁶

T leiht sich ein Buch. Nach Ablauf der Leihfrist äußert er sich: „Ich behalte das Buch für immer.“

Kargl meint, dass bei der Annahme von vollendeter Unterschlagung im Fall ein Gedanke bestraft werde, der eine rechtliche neutrale Außenwirkung habe. Der Gedanke sei rechtlich neutral, weil das Behaltenwollen auch Gebrauchsanmaßung oder Sachentziehung meinen könne.

Zugegeben, die Äußerung des T ist hinsichtlich ihrer Neutralität sicherlich ein Grenzfall. Das Kriterium der Eindeutigkeit der Eigenbesitzbegründung ist nicht zweifelsfrei erfüllt. Deshalb wird der Fall hier leicht ergänzt, um ihn eindeutiger zu gestalten:

Nach Ablauf der Leihfrist äußert sich T: „Das Buch behalte ich für immer, es ist jetzt mein Buch.“

Es liegt nach *Kargl* auch in dieser Abwandlung keine Zueignung vor, da keine der von ihm abschließend genannten Zueignungshandlungen vollzogen wurde. Die Äußerung des T ist aber keineswegs ihrem objektiven Sinngehalt nach neutral. Wer im Zusammenhang mit dem Ablauf einer Leihfrist von „seiner“ Sache spricht, der begründet objektiv Eigenbesitz. Dem objektiven Sinngehalt der Aussage zufolge kommen keine Gebrauchsanmaßung und keine Sachentziehung in Betracht.

Wenn man die Äußerung des T in der hier gebildeten Abwandlung für neutral hält, dann muss man die Veräußerung, die ja Zueignung sein soll, auch als grundsätzlich neutrale

⁸⁶ *Kargl* ZStW 103 (1991), 136, 175.

Handlung bezeichnen. Was ist, wenn der veräußernde T den Verkauf nicht ernst meint? Warum liegt dann keine vollendete Unterschlagung vor? Die Antwort liegt auf der Hand: Weil es am Vorsatz des T mangelt. Und dementsprechend fehlt es nicht an der objektiven Zueignung, sondern am diesbezüglichen Vorsatz, wenn derjenige, der von „seinem“ Buch spricht, doch die Eigentumsordnung akzeptiert. Eindeutig hinsichtlich einer objektiven Eigenbesitzbegründung, und nur darauf kommt es im objektiven Tatbestand der Unterschlagung an, ist die Äußerung des T: „Das Buch behalte ich für immer, es ist jetzt mein Buch.“

Der Gedankengang *Kargls*, dass die Zueignung auf objektiv eindeutige Handlungen - eben auch wegen des Verbots des Gesinnungsstrafrechts – zu beschränken ist, trifft zu. Seine Beschränkung ist aber zu eng gefasst.

Der Erfolg im Sinne des § 246 StGB besteht darin, dass der Täter sich die Eigentümerstellung in toto anmaßt. Dieser Erfolg tritt durch die objektive Begründung von Eigenbesitz, das heißt durch Zueignung, ein. Liegt eine Handlung vor, die eine eindeutig objektiv Eigenbesitz begründende Verhaltensweise darstellt, so ist der Erfolg im Sinne des § 246 StGB verwirklicht. Neutrale bzw. mehrdeutige Verhaltensweisen hingegen scheiden als (objektive) Zueignung aus. Dadurch wird die Abgrenzung von der Gebrauchsanmaßung und der Sachentziehung gewahrt. Es bedarf bei dem hier vertretenen Verständnis der Zueignung im Sinne des § 246 StGB nicht auf objektiver Tatbestandsebene der Berücksichtigung des (subjektiven) Zueignungswillens⁸⁷, so wie es bei den Manifestationstheorien der Fall ist. Es wird auch nicht der Wille zum Ei-

⁸⁷ Zu den Konsequenzen der Vermischung von objektiven und subjektiven Elementen für den Gutachtenaufbau vgl. *Samson* JA 1990, 5, 9.

genbesitz im objektiven Tatbestand geprüft. Der Vorwurf des Gesinnungsstrafrechts greift bei der hier vertretenen Konzeption nicht.

(e) Folge des eigenen Ansatzes: Verlagerung des Vollendungszeitpunktes

Den Vertretern der Enteignungstheorie⁸⁸ wird im Wesentlichen vorgeworfen, dass der Eintritt einer endgültigen Enteignung als Voraussetzung der Zueignung den Zeitpunkt der Vollendung in zeitlicher Hinsicht unbestimmt nach hinten verlagere.

Bei *Mitsch*⁸⁹ und *Duttge / Sotelsek*⁹⁰ findet sich zu diesem Problem folgende Fallkonstellation:

T leiht sich im Jahre 2000 von O einige CDs. Weil sie ihm gefallen, beschließt er, sie zu behalten. Der O vergisst, dass er die CDs verliehen hat. Es vergehen 20 Jahre. T reut sein Verhalten und er gibt dem O die CDs zurück.

Es liegt keine objektive Zueignung vor, da T nicht objektiv Eigenbesitz begründet hat. T ist von der versuchten Unterschlagung wirksam zurückgetreten.

Es wird angeführt, dass es zu einer erheblichen Diskrepanz in den Vollendungszeitpunkten der in der Entwicklungsgeschichte gleichlaufenden Tatbestände des Diebstahls und der Unterschlagung käme.⁹¹ Dazu folgende Abwandlung: Hätte T dem O die CDs mit Zueignungsabsicht weggenommen, wäre

⁸⁸ In zum Teil unterschiedlicher Ausprägung vertreten diese Theorie *Joecks* § 246 Rn.26; *Dencker* in *Dencker / Struensee / Nelles / Stein* Einführung S.24ff.; *Maiwald* Der Zueignungsbegriff S.191ff.; *Mylonopoulos* Roxin-FS S.917ff.; *Degener* JZ 2001, 388, 398ff.; ähnlich *Kargl* ZStW 103 (1991) S.181ff.

⁸⁹ *Mitsch* BT 2 / 1 Rn.34 S.195.

⁹⁰ *Duttge / Sotelsek* Jura 2002, 526, 528.

⁹¹ *Degener* JZ 2001, 388, 397ff.; *Duttge / Sotelsek* Jura 2002, 526, 528.

die Tat bereits 2000 als Diebstahl vollendet gewesen. Ein Rücktritt wäre ausgeschlossen.

Was bei diesem Vergleich nicht in die Überlegungen mit einbezogen wird, ist der Umstand, dass in der Wegnahme mit Zueignungsabsicht gleichzeitig⁹² eine vollendete Unterschlagung liegt. Auch von dieser ist ein Rücktritt nicht möglich! Die Vollendungszeitpunkte von Diebstahl und Unterschlagung entsprechen sich.

Der Vergleich der Fälle sieht genau genommen so aus: Im Ausgangsfall liegt kein Diebstahl aber eine versuchte Unterschlagung vor, von der zurückgetreten wurde, in der Abwandlung sind Diebstahl und Unterschlagung beide zeitgleich tatbestandlich verwirklicht. Wenn die Wegnahme gleichzeitig eine Zueignung darstellt, kann man die Aussage, dass eine Diskrepanz zwischen der Vollendung des Diebstahls- und des Unterschlagungstatbestandes besteht, nicht in dieser allgemeinen Form treffen. Die Vollendungszeitpunkte von Diebstahl und Unterschlagung fallen nicht auseinander. Der Vorwurf ist in der vorgetragenen Form nicht haltbar.

Was von den Kritikern wohl eigentlich gemeint ist, ist vielmehr der Umstand, dass sich vermeintlich kaum zu unterscheidende Fallkonstellationen als im Ergebnis straflos oder als strafbar gemäß § 246 StGB herausstellen.

Dazu (leicht abgewandelt):

Ausgangsfall: Wie oben; im Ergebnis straflos.

Abwandlung: T hat sich von O CDs geliehen. Kurz nachdem er beschlossen hat, die CDs zu behalten, schreibt er seinen

⁹² Vgl. 3. Teil 1. b. aa.; zudem sei nochmals daran erinnert, dass durch die Einfügung der Subsidiaritätsklausel die Tatbestandslösung zumindest für die Gleichzeitigkeitsfälle (Tateinheit) nicht mehr vertretbar ist.

Namen auf die Hüllen der CDs. Nach 20 Jahren gibt er die CDs zurück.

Dadurch, dass T die Hüllen der CDs in der Abwandlung mit seinem Namen versieht, hat er objektiv Eigenbesitz begründet. Die Unterschlagung ist vollendet und T kann durch die Rückgabe nicht zurücktreten.

Der tatsächliche Unterschied zwischen Ausgangsfall und Abwandlung liegt darin, dass T in der Abwandlung seinen Namen auf die Hüllen der CDs geschrieben hat. Man könnte sagen, dass der Unterschied „lediglich“ darin besteht. Behalten wollte er die CDs in beiden Konstellationen. Dieses „lediglich“ mag zwar auf tatsächlicher Ebene eine zutreffende Bezeichnung sein, auf rechtlicher Ebene hingegen kann von einem „lediglich“ nicht die Rede sein. Die Unterschlagung setzt nun einmal ihrem eindeutigen Wortlaut nach eine objektive Zueignung voraus. Die Konsequenzen eines Verzichtes auf eine objektive Zueignung sind bereits angesprochen worden. Die eintretende Folge eines Gesinnungsstrafrechtes muss jedenfalls vermieden werden. Es kann insofern auch nicht von einer Verlagerung des Vollendungszeitpunktes gesprochen werden. Was als Verlagerung bezeichnet wird, ist die zwingende Voraussetzung der objektiven Zueignung, die in der Abwandlung erfüllt ist, im Ausgangsfall nicht.

Und dass kleine objektive Abweichungen im Tatsächlichen (nicht nur) in strafrechtlicher Hinsicht häufig große Bedeutung haben, ist nicht zu bestreiten.

b. Das Objekt der Zueignung

Nachdem festgestellt wurde, dass sich die Zueignung durch die objektive Begründung von Eigenbesitz vollzieht, schließt sich die Frage nach dem Objekt der Zueignung an: Muss sich die Zueignung bzw. die Zueignungsabsicht auf die Sache in

ihrer Substanz oder kann sie sich auch auf den in ihr verkörperten Sachwert beziehen?

Diese Frage wurde schon früh kontrovers diskutiert. Der ursprüngliche Streit zwischen den Anhängern der Substanz- und der Sachwerttheorie schien grundsätzlich beigelegt oder doch zumindest inhaltlich ausgeschöpft, als sich aus den Theorien als eine Art Synthese die so genannte Vereinigungstheorie entwickelte. Die Änderungen des Unterschlagungstatbestandes durch das 6. Strafrechtsreformgesetz, insbesondere die Streichung des Gewahrsamserfordernisses, werfen im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG jedoch die alten strittigen Fragen zum Zueignungsbegriff in einem neuen Lichte wieder auf.⁹³

aa. Die Substanztheorie

Die Substanztheorie ist die historisch ältere Theorie. Als ihre wichtigsten Vertreter sind *Binding*, *Merkel* und *von Liszt*⁹⁴ zu nennen. Auch das *Reichsgericht* hing ursprünglich der Substanztheorie an.⁹⁵

Den Ausgangspunkt der Theorie bildet die Erkenntnis, dass im Diebstahls- und Unterschlagungstatbestand keine auf Bereicherung des Täters abzielende Absicht (*animus lucri faciendi*) gefordert wird.⁹⁶ Auch vor dem unbefugten Zugriff auf wertlose Dinge soll durch die Straftatbestände geschützt werden. Abgestellt wird also nicht auf den Wert einer Sache und

⁹³ Vgl. *Kudlich* JuS 2001, 767ff., sowie zur Verfassungsmäßigkeit des § 246 *Duttge / Fahnen Schmidt* ZStW 110 (1998), 884ff.

⁹⁴ *Binding* BT 1 S.264ff.; v. *Liszt-Schmidt* Lehrbuch des deutschen Strafrechts S.617; *Merkel* Lehrbuch des deutschen Strafrechts S.318.

⁹⁵ *RGSt* 5, 218, 220; 10, 369, 371; 11, 17, 18; 29, 415, 417; 35, 355, 356.

⁹⁶ Vgl. *Maiwald* Der Zueignungsbegriff S.44.

und dessen Erlangung, sondern – naturalistisch - auf die Sache selbst in ihrer Körperlichkeit.⁹⁷

Bestärkt wurde dieser Ansatz durch Überlegungen zur Abgrenzung von der Gebrauchsanmaßung. Bei den Eigentumsdelikten geht es nicht um den Gebrauch einer Sache und einer daraus resultierenden Bereicherung, sondern um die Stellung des Zueignenden zu der Sache in ihrer Gesamtheit.⁹⁸ Durch die Zueignung wird der Eigentümer von seiner Sache gänzlich ausgeschlossen. Die Nutzung einer Sache und auch ihr Wert bilden jedoch nur auf die Sache bezogene Teilaspekte. Die Substanz macht hingegen die Sache an sich aus. Auf sie hat sich der Vollzug im Sinne der Zueignung zu beziehen.

Die Substanztheorie orientiert sich formal am Begriff des Eigentums und ist ausgerichtet an der faktischen Sachherrschaft. Mit den Worten *Bindings*⁹⁹ in Bezug auf den Diebstahlstatbestand ausgedrückt: „Der Dieb will tatsächlich an Stelle des Eigentümers treten und für sich ein Verhältnis zur Sache schaffen, welchem es nur an der rechtlichen Sanktion mangelt, um Eigentumsverhältnis zu sein“. Die Bestimmung des Zueignungsobjektes in Abhängigkeit vom formellen zivilrechtlichen Eigentumsbegriff führt zu der Erkenntnis, dass das Objekt einer Zueignungshandlung nur eine bestimmte körperliche Sache sein kann und nicht ein abstrakter Wert oder ein Recht als solches. Das Verhältnis des Zueignenden zu der Sache wird nach *Merkel*¹⁰⁰ dadurch subjektiv geprägt, dass „die Sache ihrer Substanz nach der Willensherrschaft

⁹⁷ Vgl. *Wessels* NJW 1965, 1153, 1154.

⁹⁸ Vgl. *Binding* BT 1 S.267.

⁹⁹ *Binding* BT 1 S.267.

¹⁰⁰ *Merkel* Lehrbuch des deutschen Strafrechts S.318.

und den Interessen des Eigentümers entzogen und den Interessen des Schuldigen dienstbar gemacht wird“.

bb. Die Sachwerttheorie

Probleme bereiteten bereits dem *Reichsgericht* die unter dem Begriff *Sparbuchfälle* zusammengefassten Fallgestaltungen. Begeht jemand einen Diebstahl, der einem anderen dessen Sparbuch wegnimmt, damit zur Bank geht, einen Betrag abhebt und behält und anschließend dem Eigentümer wie von Anfang an geplant das Sparbuch zurückgibt? Konkreter gefragt: Handelt er mit Zueignungsabsicht bezüglich des Sparbuches?

In RGSt 10, 369ff. zeigen sich die Schwierigkeiten des *Reichsgerichtes* bei der Beantwortung dieser Frage. So heißt es zunächst, dass der Ansicht beizutreten sei, „dass der Angeklagte sich also eines Diebstahles, wenn auch nicht der Sparkasseneinlage, so doch der Substanz des Sparkassenbuches schuldig gemacht habe“.¹⁰¹ Nach der Darstellung der Meinung, dass der nur vorübergehende Gebrauch des Sparkassenbuches zwecks Abhebung keine Zueignung sei, wird diese Meinung abgelehnt. „Wäre diese Auffassung richtig, so würde allerdings vorliegend von einem Diebstahle keine Rede sein können, weil eben der Angeklagte von vornherein beabsichtigt hatte, die unveränderte Substanz des Sparkassenbuches nach der vollzogenen Erhebung eines Teiles seiner Einlage wieder zurückzugeben.“¹⁰² Zusammengefasst: Die Sache wird in ihrer Substanz entwendet, anschließend aber, ohne dass eine Veränderung selbiger stattgefunden

¹⁰¹ RGSt 10, 369, 370.

¹⁰² RGSt 10, 369,371.

hat, wieder in ihrer Substanz zurückgegeben.¹⁰³ Es wird eine Zueignung der Sache (Substanz) angenommen, obwohl der Eigentümer die Sache substantiell zurückerhält.

In RGSt 22, 2ff. nähert sich das *Reichsgericht* dem Gesichtspunkt des Wertes einer Sache - nicht begrifflich, aber inhaltlich - an. Aus der Funktion des Sparbuches als Beweisurkunde für die verbrieftete Forderung und als Legitimationspapier folgert das Gericht, „dass Buch und Einlage sich identifizieren. Mit Recht durfte daher der vorige Richter davon ausgehen, dass die Absicht des Knaben F bei einer jeden Wegnahmehandlung darauf gerichtet gewesen sei, einen bestimmten Teil des Sparkassenbuches, nämlich seiner *vermögensrechtlichen Substanz*, sich zuzueignen.“¹⁰⁴ Der Vermögensbegriff taucht erstmalig in der Begründung der Annahme von Zueignungsabsicht im Sinne des Eigentumsdeliktes Diebstahl auf.

In RGSt 26, 151ff. wird das *Reichsgericht* deutlicher: „Es ist nichts als ein Spiel mit Worten...zu sagen, er [der Angeklagte] habe das in seiner Substanz unversehrte Papier nur eigenmächtig gebraucht. Für den Eigentümer besteht offenkundig rechtlich wie ökonomisch der Verkehrswert eines solchen Sparkassenbuches absolut nicht in dem Substanzwerte des Papiere, auf dem es gedruckt und geschrieben ist, sondern einzig und allein in den durch den Besitz der Urkunde gewährleisteten Befugnis, über die durch die Urkunde bezeugten Geldbeträge bzw. Forderungsrechte jederzeit verfügen zu können.“¹⁰⁵ Das *Reichsgericht* stellt zum einen darauf ab, dass dem Rechtsgutsträger Eigentümer der Verkehrs-

¹⁰³ Die unbedeutende Veränderung durch den Vermerk des Abhebevorganges / neuen Kontostandes ist nicht zu berücksichtigen.

¹⁰⁴ RGSt 22, 2, 3.

¹⁰⁵ RGSt 26, 151, 153.

wert, das heißt der Marktwert, der ökonomische Wert entzogen wird. Unter diesem vermögensrechtlichen Gesichtspunkt bejaht es die Zueignung(-sabsicht). Zum anderen wird die Beschneidung der Verfügungsmacht oder auch Herrschaftsmacht des Eigentümers als Angriffsrichtung des täterschaftlichen Handelns genannt.

Schließlich scheint das *Reichsgericht* in RGSt 40, 10ff. zunächst zur Substanz der Sache zurückzurudern, indem es heißt: „Als Gegenstand der Zueignungsabsicht kommt unter allen Umständen, dem äußeren Tatbestand entsprechend, lediglich die körperliche Sache selbst in Betracht.“¹⁰⁶ Dann jedoch zeigt das *Reichsgericht*, wie extensiv sein Verständnis von der Substanz der Sache ist: „Nicht an rechtliche, sondern an wirtschaftliche Gesichtspunkte ist in der Hauptsache zu denken.“¹⁰⁷ Und weiter: „Unter der Absicht rechtswidriger Zueignung muss danach die Absicht verstanden werden, eine Sache wirtschaftlich in ein dem Inhalte dieser rechtlichen Beziehungen entsprechendes Verhältnis zu bringen, das heißt ihrem Sach(Substanz)werte nach dem eigenen Vermögen tatsächlich zuzuführen. ... Die Absicht, die Sache dem Eigentümer alsbald wieder zu übergeben, deckt sich daher keineswegs mit der Absicht, die Sache nur zu gebrauchen.“¹⁰⁸

cc. Die Vereinigungslehren

Es setzte sich die Erkenntnis durch, dass sich die Zueignung auf die Substanz der Sache und auf den Wert der Sache richten kann. Die Substanzzueignung ist dabei vorrangig zu prüfen, da die Körperlichkeit der Sache im Vordergrund der Ei-

¹⁰⁶ RGSt 40, 10, 11.

¹⁰⁷ RGSt 40, 10, 12.

¹⁰⁸ RGSt 40, 10, 12ff.

gentumsdelikte steht. Die Prüfung, ob eine Zueignung des Sachwertes vorliegt, erfolgt nachrangig. So wurden schließlich Substanz- und Sachwerttheorie in RGSt 61, 228ff. kombiniert: „Das Wesen der Zueignung besteht darin, dass die Sache selbst, oder doch der in ihr verkörperte Sachwert, vom Täter dem eigenen Vermögen einverleibt wird.“¹⁰⁹

Der *BGH* hat diese Sichtweise fortgeführt und somit den Sachwert als Objekt der Zueignung anerkannt.¹¹⁰

Es ergab sich zwangsläufig das nächste Problem: Was ist alles unter den Begriff des Sachwertes zu subsumieren?

(1) Vereinigungstheorie mit engem Verständnis des Sachwertes

Nach dem engen Sachwertbegriff ist eine Beschränkung auf den in der Sache selbst unmittelbar verkörperten Sachwert vorzunehmen. *Bockelmann*¹¹¹ hat es so ausgedrückt, dass nur das „lucrum ex re“, nicht aber das „lucrum ex negotio cum re“, als Zueignungsobjekt in Betracht käme. Der unmittelbar verkörperte Sachwert wird auch als spezifischer, durch Art und Funktion der Sache selbst bestimmter Wert, bezeichnet.¹¹² Der Entzug dieses Wertes führt zur Annahme einer Zueignung.

(2) Vereinigungstheorie mit weitem Verständnis des Sachwertes

Nach dem weiten Sachwertbegriff ist unter dem Sachwert jeder nicht ganz unbedeutende wirtschaftliche Vorteil, der sich

¹⁰⁹ RGSt 61, 228, 233.

¹¹⁰ BGHSt 16, 190, 192.

¹¹¹ Bockelmann ZStW 65 (1953) 569, 575.

¹¹² Eser JuS 1964, 477, 481; Rudolphi GA 1965, 33, 39.

durch einen bestimmten Umgang mit der Sache erzielen lässt, zu verstehen („*lucrum ex negotio cum re*“).

Der Unterschied zwischen einem restriktiven und einem extensiven Verständnis des Sachwertbegriffes zeigt sich im so genannten *Dienstmützen-Fall*.¹¹³

Der Soldat S entnimmt dem Spind eines Kameraden dessen Dienstmütze und gibt diese bei der Ausmusterung ab. Er handelt so, weil er die ihm überlassene Mütze nicht findet und einer Schadensersatzzahlung an die Bundeswehr wegen des Verlustes entgehen will.

Der spezifische Funktionswert der Mütze besteht darin, den Träger der Mütze zu kleiden, gegebenenfalls ihn zu wärmen. Dieser Wert ist der Mütze nicht entzogen worden. Tatsächlich hat S die Mütze zu Täuschungszwecken weggenommen. Er hatte, wenn man so will, zum Zeitpunkt der Wegnahme die Absicht, sich den Täuschungswert der Mütze zuzueignen.¹¹⁴

Dies genügt den Anhängern eines extensiven Sachwertbegriffes für eine Zueignungsabsicht. Der per definitionem geforderte wirtschaftliche Vorteil des S besteht darin, mittels Täuschung der Schadensersatzpflicht zu entgehen.

Nach einem engen Sachwertverständnis liegt hingegen keine Zueignung(-sabsicht) vor, denn der spezifische Funktionswert der Mütze ist erhalten geblieben.

Anmerkung: Der Substanztheorie zufolge scheitert die Zueignungsabsicht daran, dass S bei der Wegnahme aus dem Spind die Eigentümerstellung der Bundeswehr gerade anerkennt. Schließlich handelt er, um die Mütze an die Bundeswehr zurückzugeben.¹¹⁵

¹¹³ Vgl. *OLG Frankfurt* NJW 1962, 1879; *OLG Hamm* NJW 1964, 1427.

¹¹⁴ *Hillenkamp* 40 Probleme S.118.

¹¹⁵ Vgl. *Krey / Hellmann* BT 2 Rn.72 m.w.N.

dd. Forderung: Rückbesinnung auf die Sachsubstanz

(1) Ablehnung des weiten Sachwertbegriffes

Dass ein extensiv verstandener Sachwert nicht Bestandteil des Zueignungsobjektes sein kann, wird schnell deutlich. Wozu dient die Dienstmütze des Kameraden dem S im gleichnamigen Fall? Sie ist das Mittel zum Zweck. S gebraucht das Mittel Mütze des Kameraden, um zu täuschen und dadurch seiner Ersatzpflicht zu entgehen. Und da er keine Befugnisse hinsichtlich des Gebrauchens der Mütze in Form der Rückgabe hat, ist sein Gebrauch als Anmaßung zu verstehen. Dass das Verhalten des S als strafwürdig zu erachten ist, wird nicht bestritten. Dem wird ja auch Rechnung getragen:¹¹⁶ Durch die Abgabe der Mütze bringt S konkludent zum Ausdruck, dass er die ihm überlassene Dienstmütze pflichtgemäß zurückgibt. Aufgrund des hierdurch verursachten Irrtums verzichtet die Bundeswehr auf eine Geltendmachung ihrer Schadensersatzansprüche gegen S. Dadurch wird ihr Vermögen zumindest gefährdet. S handelt vorsätzlich. Er will der Geltendmachung der gegen ihn bestehenden Schadensersatzansprüche entgehen, das heißt seine Absicht zur (stoffgleichen) Bereicherung ist gegeben. Durch die Abgabe der Mütze begeht S einen Betrug.¹¹⁷ Die Bereicherung des S, auf einer Täuschung basierend, wird bestraft. Das Verhalten des S stellt sich im Übrigen richtigerweise als in Bezug auf das Eigentum straflose Anmaßung dar.

¹¹⁶ Zu den Sparbuchfällen, die ebenfalls als strafwürdig erscheinen, bei denen aber keine Strafbarkeit wegen Betruges gegeben ist, s.u.

¹¹⁷ dito *Hillenkamp* 40 Probleme S.116; *Eser* JuS 1964, 477, 482ff.

Wie sollen auch die Voraussetzungen eines Eigentumsdeliktes erfüllt sein, wenn S die ganze Zeit das Eigentum der Bundeswehr respektiert?

Inwiefern unterscheidet sich der Dienstmützen-Fall von dem Fall, dass S den Verlust der ihm ausgehändigten Mütze bemerkt und daraufhin ein minderwertiges Falsifikat der Mütze herstellt und dieses bei der Bundeswehr abgibt (alternativer Dienstmützen-Fall)? Niemand würde auf die Idee kommen, die Strafbarkeit wegen eines Eigentumsdeliktes anzunehmen. Dabei ist diese Konstellation in Bezug auf das Rechtsgut Eigentum in keiner Weise strafwürdiger oder weniger strafwürdig als der Ausgangsfall. Auch in dieser Fallkonstellation fehlt der Rechtsgutsträgerin, der Eigentümerin Bundeswehr, im Ergebnis eine Dienstmütze. Die Strafwürdigkeit der Fälle besteht in beiden Konstellationen nicht in dem Verlust der Dienstmütze für die Bundeswehr, denn das (nicht vorsätzliche) Verlieren der Dienstmütze durch S ist nicht strafbar. Die Strafwürdigkeit liegt darin, dass S durch Täuschung die Geltendmachung des Anspruches auf Schadensersatz zumindest gefährdet. Diesen tatsächlichen Vorgang unter Strafe zu stellen ist aber die Funktion der Bereicherungsdelikte. Die Berechtigung des immer wieder angeführten Hauptargumentes, dass eine extensive Sachwerttheorie die Grenze zwischen Eigentums- und Bereicherungsdelikten verwischt, zeigt sich hier konkret.

(2) Ablehnung des engen Sachwertbegriffes

Aber auch eine Vereinigungslehre, die einen engen Sachwertbegriff beinhaltet, ist nicht sachgerecht.

(a) Wortlautargumentation

Ausgangspunkt und Begrenzung einer jeden Auslegung eines Rechtsbegriffes ist der Wortlaut.¹¹⁸ Die Zueignungsdelikte sind dadurch gekennzeichnet, dass die Zueignung bzw. die darauf gerichtete Absicht sich auf eine fremde, bewegliche Sache bezieht. Eine Sache besteht nur aus ihrer Körperlichkeit, ihrer Substanz.¹¹⁹ Diese Substanz macht die Sache aus. Der Wert hingegen ist einer Sache nicht immanent. Einen Wert erhält eine Sache durch die Außenwelt. Er wird durch externe Faktoren wie Angebot und Nachfrage bestimmt. Der Wert ist das Ergebnis der Beziehungen, die eine Sache zur Außenwelt aufweist.

*Kindhäuser*¹²⁰ weist darauf hin, dass dasjenige, was sich in den Sparbuchfällen durch die Abhebung des Täters verringert, die Darlehensforderung des Sparbuchinhabers gegenüber der Bank ist. Aber selbst dies geschieht nicht notwendigerweise, da gegebenenfalls bei der Auszahlung durch die Bank ein Sperrvermerk missachtet wurde. Die Forderung ist kein in der Sache verkörperter Wert, da sich vielmehr das Recht am Sparbuch nach der Forderung richtet.

Den Sachwert als Zueignungsobjekt anzusehen, erscheint unter Berücksichtigung dieser Aspekte äußerst fraglich.

(b) Das Rechtsgut als Argument / Gesetzessystematik

Die Eigentumsdelikte schützen das Individualinteresse des Rechtsgutsträgers an der Sache, des Eigentümers, unab-

¹¹⁸ *BVerfGE* 75, 329; *BVerfG* NJW 1995, 2776; NJW 1996, 2663; *BGHSt* 43, 237.

¹¹⁹ Vgl. *Binding* BT 1 S.264ff.; v. *Liszt-Schmidt* Lehrbuch des deutschen Strafrechts S.617; *Merkel* Lehrbuch des deutschen Strafrechts S.318; *Otto* Grundkurs Strafrecht S.154; *Kudlich* JuS 2001, 767, 771.

¹²⁰ NK - *Kindhäuser* § 242 Rn.93.

hängig vom Wert. Die Möglichkeit, mit der Sache nach Belieben zu verfahren, wird geschützt. Deswegen erfasst der Schutzbereich der Eigentumsdelikte auch gerade wirtschaftlich wertlose Sachen. Werte als Bestandteile des Vermögens werden durch die Vermögensdelikte geschützt.

Zudem ist der Wert einer Sache nicht eigentumsfähig. Scheitert der Eigentumserwerb des deliktisch handelnden Täters an der Substanz der Sache in der Regel lediglich an dem entgegenstehenden § 935 BGB, so ist ein Eigentumserwerb eines Wertes grundsätzlich gar nicht möglich. Es kann nicht Aufgabe der Eigentumsdelikte sein, etwas, was nicht eigentumsfähig ist, zu schützen.

Das Ziel des Täters, Eigenbesitz an der Sache zu begründen, ist nicht identisch mit der wirtschaftlichen Verwertung einer Sache.¹²¹ Zueignung(-sabsicht) ist eben nicht Bereicherung(-sabsicht).

Der Wert ist ein unzulässiges Kriterium zur Bestimmung der Zueignung im Rahmen der Zueignungsdelikte.

(c) Strafwürdigkeit versus Bestimmtheitsgebot und Rechtsgüterschutz

Der Grund für die Ausweitung des Begriffes des Zueignungsobjektes auf den Sachwert ist offensichtlich der der Strafwürdigkeit eines bestimmten tatsächlichen Verhaltens. Um dem Bedürfnis nach Strafe nachzukommen, wird der normative Begriff der Zueignung ausgedehnt.

Dies zeigt sich gerade in den Sparbuchfällen. In diesen Fällen ist auch die noch in Betracht kommende Betrugsstrafbarkeit abzulehnen. Im Hinblick auf die befreiende Wirkung des

¹²¹ *Wessels NJW 1965, 1153, 1154.*

§ 808 BGB und das Interesse des Bankbediensteten an der Flüssigkeit des Geschäftsverkehrs macht sich der Bankbedienstete tatsächlich keine Gedanken über die Person, die das Sparbuch vorlegt. Er reflektiert nicht über die Berechtigung des Vorlegenden, kann also nicht getäuscht werden.¹²² Aber welche Rolle darf der Aspekt der Strafwürdigkeit spielen?

Die zu Recht von *Geerds*¹²³ als ominös bezeichnete Sachwerttheorie bzw. die Vereinigung von Substanz- und Wertgesichtspunkten steht im Widerspruch zum Bestimmtheitsgebot, Art. 103 Abs. 2 GG.¹²⁴ Selbstverständlich ist der Judikative ein gewisses Maß an Deutung, Auslegung von Begriffen zuzusprechen. Im konkreten Fall wird dieses Maß aber bei Hinzuziehung des nicht eigentumsfähigen Wertaspektes auf Eigentumsdelikte überschritten. Es besteht die Gefahr, dass die Unbestimmtheit als „worst case“ Willkür der Judikative zur Folge hat.

Das deutsche Strafrecht richtet sich nach den zu schützenden Rechtsgütern. Das Bestimmtheitsgebot dient maßgeblich auch der klaren Trennung der zu schützenden Rechtsgüter. Durch die Sachwerttheorie, auch als Teil der Vereinigungslehre, werden die Grenzen zwischen den Rechtsgütern verwischt.¹²⁵ Die klare Trennung zwischen den Eigentumsdelikten und den Vermögensdelikten wird zugunsten der Strafwürdigkeit eines Verhaltens aufgehoben. Die Rechtsprechung maßt sich durch die Übernahme der Vereinigungslehre

¹²² Vgl. *RGSt* 26, 151, 154; 39, 239, 241ff.; *SK - Hoyer* § 242 Rn.79; *Krey* BT 2, 12. Aufl.1999, Rn.53; *Miehe* in Heidelberg-FS 481, 498ff.; a.A. *Maiwald* Der Zueignungsbegriff S.167ff.; *Otto* Struktur S.186.

¹²³ *BGH* JR 1978, 172ff.mit Anmerkung *Geerds*.

¹²⁴ Vgl. *Kindhäuser* *Geerds*-FS 655, 657; *Duttge / Fahnen Schmidt* *ZStW* 110 (1998), 884, 896; *Kudlich* *JuS* 2001, 767, 768.

¹²⁵ *Welzel* Strafrecht S.341; *Rudolphi* *GA* 1965, 33; *Stoffers* *Jura* 1995, 113, 116.

legislative Befugnisse an. Sie verhält sich im Widerspruch zur verfassungsrechtlich festgeschriebenen und vom *Bundesverfassungsgericht*¹²⁶ formulierten Vorgabe: „Ob ein Verhalten strafbar ist oder nicht, hat demnach der Gesetzgeber, nicht der Richter zu bestimmen.“ Die Strafwürdigkeit der Sparbuchfälle hat insofern hinter der wegen des Bestimmtheitsgebotes notwendigen klaren Trennung von Eigentums- und Vermögensdelikten zurückzutreten.

Strafbarkeitslücken sind ohnehin keine Folge eines schlecht konzipierten Strafrechts.¹²⁷ Strafbarkeitslücken sind Ausdruck einer im besten Fall bewussten Zurückhaltung der Legislative, um lediglich besonders verwerfliche Verhaltensweisen unter Strafe zu stellen. *Bussmann*¹²⁸ bezeichnet die bewusste Beschränkung sogar als Ethos eines modernen Strafrechts. In einem liberalen Rechtsstaat wird dem Einzelnen eine größtmögliche Freiheit bezüglich seines selbstverantwortlichen Verhaltens zugebilligt. Ein ausuferndes Strafrecht steht zu diesem Gedanken im Widerspruch. Wird ein Verhalten als besonders verwerflich empfunden, so hat der Rechtsstaat unter Beachtung des Prinzips der Gewaltenteilung Möglichkeiten zu reagieren.

Der Strafanspruch des Staates in den Sparbuchfällen entsteht erst dann, wenn der Gesetzgeber tätig wird, so wie es beispielsweise durch Einführung des § 263a StGB in Bezug auf zu dem damaligen Zeitpunkt neue Erscheinungsformen der Kriminalität geschehen ist. Die Einbeziehung des Sachwertes durch die Judikative ist hingegen unrechtmäßig.

¹²⁶ *BVerfGE* 47, 109, 120; vgl. 81, 298, 309.

¹²⁷ Dazu *Bussmann StV* 1999, 613ff.

¹²⁸ *Bussmann StV* 1999, 613, 615.

2. Zueignungsabsicht

Die gewonnenen Erkenntnisse zur Zueignung sind nun auf die Zueignungsabsicht, wie sie in den diebstahlsähnlichen Delikten vorausgesetzt wird, zu übertragen.

a. Selbstzueignungsabsicht

Der Täter handelt mit Selbstzueignungsabsicht, wenn er die Sache in Eigenbesitz nehmen will. Die Eigenbesitzbegründung muss der Täter mit dolus directus 1. Grades erstreben.

b. Drittzueignungsabsicht

Drittzueignungsabsicht liegt vor, wenn der Täter mit dolus directus 1. Grades einem Dritten aus eigener besitzrechtlicher Position heraus Eigenbesitz verschaffen will.

Eine Strafbarkeit als Teilnehmer kommt in Betracht, wenn der Täter mit dolus directus 2. Grades oder mit dolus eventualis handelt.

3. Teil: Anwendungsbereich der Subsidiaritätsklausel in inhaltlicher Hinsicht

Das bisher zur Subsidiarität, dem Verständnis der Klausel, ihrem Gegenspieler und das zum Unterschlagungstatbestand Erarbeitete werden nun konkret im Verhältnis zu anderen Delikten umgesetzt. Das geschieht dergestalt, dass zunächst festgestellt wird, welches Rechtsgut der jeweilige Tatbestand schützt. Es findet ein Vergleich mit tatbestandsmäßigen Handlungen im Sinne anderer Delikte statt und es werden Konstellationen herausgearbeitet, inwiefern diese Tathandlungen zur Zueignung im Verhältnis der Tateinheit stehen können. Schließlich wird die Frage gelöst, ob die Unterschlagung dann gegenüber dem gleichzeitig verwirklichten Delikt tatsächlich subsidiär ist.

1. Formelle Subsidiarität gegenüber Diebstahl

Der Diebstahlstatbestand hat eine überragende Bedeutung innerhalb des Strafrechts. Er ist am Anfang des 19. Abschnittes des Strafgesetzbuches normiert, in welchem sich auch der Unterschlagungstatbestand wieder findet. Der Diebstahl ist das Massendelikt überhaupt. Diebstahlsdelikte machen nahezu die Hälfte der gesamten registrierten Straftaten aus.¹

a. Rechtsgüterschutz und Tathandlung

Der Diebstahl ist ein Eigentumsdelikt, der Gruppe der Zueignungsdelikte zugehörig. Neben dem Eigentum bzw. konkreter

¹ Laut Polizeilicher Kriminalstatistik 2003: 6.572.135 Straftaten in der Bundesrepublik Deutschland insgesamt (ohne Verkehrs- und Staatsschutzdelikte), darunter 3.029.390 Diebstähle; dies entspricht einer Quote von ca. 46 %; abzurufen beim Bundeskriminalamt unter <http://www.bka.de>.

dessen Ausübung wird teilweise der Gewahrsam als zusätzliches geschütztes Rechtsgut angesehen.² Dieser kontrovers diskutierte Gesichtspunkt bedarf hier keiner Klärung, da das einzige Rechtsgut des möglicherweise subsidiären Unterschlagungstatbestandes in jedem Falle auch durch den Diebstahlstatbestand geschützt wird.

Wie bereits festgestellt muss Tateinheit zwischen (scheinbar) konkurrierendem Delikt und der Zueignung im Sinne der Unterschlagung bestehen, damit die Subsidiaritätsklausel überhaupt zur Anwendung kommen kann.

Die Tathandlung des Diebstahlstatbestandes ist die Wegnahme, die als Bruch fremden und Begründung neuen (nicht notwendigerweise tätereigenen) Gewahrsams definiert wird.³

Der Gewahrsam ist unter Berücksichtigung der natürlichen Auffassung des Lebens ein tatsächliches Herrschaftsverhältnis zwischen einer Person und einer Sache, das von einem Herrschaftswillen getragen ist.⁴

² Statt vieler: Den Gewahrsam als Rechtsgut befürwortend LK - *Ruß* vor § 242 Rn.3 m.w.N.; ablehnend Sch / Sch - *Eser* § 242 Rn.1 m.w.N.

³ *RGSt* 48, 58, 59; *BGHSt* 16, 271, 272; *Lackner / Kühl* § 242 Rn.8; LK - *Ruß* § 242 Rn.17; NK - *Kindhäuser* § 242 Rn.30; anders *Kargl* JuS 1996, 971, 976.

⁴ *BGHSt* 16, 271, 273; 22, 180, 182; Sch / Sch - *Eser* § 242 Rn.23.

b. Lösung

aa. Vollendeter Diebstahl und vollendete Unterschlagung

Die Wegnahme und die Zueignung haben weitgehende Gemeinsamkeiten. Ebenso wie der Gewahrsam wird der Besitz als tatsächliches Herrschaftsverhältnis über eine Sache definiert.¹ Die Wegnahme scheint sich als eine spezialisierte Zueignung darzustellen, die zusätzlich durch den Bruch fremden Gewahrsams gekennzeichnet ist. Das zwischen Diebstahl und Unterschlagung ein Spezialitätsverhältnis bestehen könnte, was überwiegend auch angenommen wird,² wird dadurch gestützt, dass auf subjektiver Tatbestandsseite der Diebstahl die Voraussetzungen der Unterschlagung beinhaltet. Die Zueignungsabsicht ist eine gesteigerte Form des Zueignungsvorsatzes.

Ein Spezialitätsverhältnis ist aber nur dann gegeben, wenn jeder Diebstahl eine Unterschlagung beinhaltet. Dies ist – nicht nur nach dem hier vertretenen Verständnis von der Zueignung – nicht so.

Dazu folgender Fall:³ T reist in einem Bummelzug über das Land. Als der Mitreisende O das Abteil verlässt, beschließt T, das Gepäck des O an sich zu bringen. Die Zugstrecke führt an dem Garten des D vorbei, mit dem T befreundet ist. T wirft den Koffer aus dem Zug in den umzäunten Garten. Später

¹ Palandt – Bassenge Überblick vor § 854 Rn.1.

² Arzt / Weber § 15 Rn.1 S.376; Hölzenbein Das Verhältnis der Unterschlagung zu Aneignungs- und Vermögensdelikten S.17ff.; Kindhäuser BT 2 / 1 S.53; Mitsch BT 2 / 1 § 2 Rn.48 S.203; Welzel Strafrecht S.358; Gropp JuS 1999, 1041, 1045; a.A. Sch / Sch – Eser § 242 Rn.46; Schulz Jus humanum 653, 671.

³ Fall nach Prof. Schild, der die Frage aufgeworfen hat, ob das Verhältnis Unterschlagung / Diebstahl tatsächlich ein spezielles ist.

geht T zu D, erzählt diesem von seinem Coup und nimmt den Koffer mit.

Durch den Wurf des Koffers aus dem Zug in den umzäunten Garten hat T einen Diebstahl begangen. Insbesondere hat er neuen Gewahrsam, den des D an Dingen in seinem Garten, begründet. Bezüglich der Sachen in seinem umzäunten Garten hat D nämlich nach allgemeiner Meinung generellen Gewahrsamswillen. T hat mit Selbstzueignungsabsicht gehandelt. Der Diebstahl ist mit dem Wurf vollendet.

Findet gleichzeitig der Unterschlagungstatbestand Anwendung? T hat durch den Wurf keinen Eigenbesitz objektiv begründet. Unmittelbaren Besitz hat T nicht. Es bliebe also nur die Möglichkeit, dass T Eigenbesitz durch D (der dann mittelbarer Fremdbesitzer wäre) gemittelt wird. D ist aber zum Zeitpunkt des Wurfes unwissend. Er hat zwar generellen Besitzwillen bezüglich der Sachen in seinem Garten. Es fehlt aber an einem Besitzmittlungsverhältnis zwischen D und T aufgrund der Unkenntnis des D bezüglich der konkreten Situation. Eine Selbstzueignung scheidet aus. Es hat auch keine Drittzueignung stattgefunden. Denn T handelt mit Selbstzueignungsabsicht, so dass es ihm in Bezug auf den subjektiven Tatbestand des § 246 Abs.1 StGB jedenfalls am Drittzueignungsvorsatz mangelt. Eigennützige Selbstzueignungsabsicht und rein fremdnütziger Drittzueignungswille schließen sich aus.

Nicht jeder Diebstahl beinhaltet eine Unterschlagung. Die Unterschlagung tritt hinter dem Diebstahl nicht aufgrund von Spezialität zurück. Zu diesem Ergebnis muss jeder kommen, der bezüglich der Zueignung eine nicht ganz untergeordnete Herrschaftsbeziehung zur Sache verlangt. Eine solche Be-

ziehung wird nach dem Wegfall des Besitz- bzw. Gewahrsamerfordernisses allgemein gefordert.⁴

Was beim Vergleich der Tatbestände deutlich hervortritt, sind die Gemeinsamkeiten zwischen Diebstahl und Unterschlagung. Die beiden Tatbestände überschneiden sich in ihrem Anwendungsbereich weitestgehend. Der Diebstahlstatbestand deckt das Unrecht der Unterschlagung größtenteils ab. Die materielle Subsidiarität der Unterschlagung im Verhältnis zum Diebstahl ist aufgrund des Vergleichs der Unrechtsgehalte ersichtlich. Zur Feststellung der Subsidiarität bedarf es insoweit der Subsidiaritätsklausel nicht.

Dass die Unterschlagung vom Diebstahl verdrängt wird und nicht umgekehrt, liegt daran, dass das Unrecht des Diebstahls größer ist. So findet die gesteigerte kriminelle Energie des Täters beim Gewahrsamsbruch ihren Ausdruck in der höheren Strafdrohung des Diebstahlstatbestandes.

bb. Versuchter Diebstahl und vollendete Unterschlagung

Anders stellt sich die Situation dar, wenn die vollendete Unterschlagung und ein versuchter Diebstahl tateinheitlich aufeinander treffen. Eine solche Konstellation tritt auf, wenn der Täter fälschlicherweise davon ausgeht, dass er im Zuge seiner objektiven Eigenbesitzbegründung fremden Gewahrsam bricht.

⁴ Sch / Sch – Eser § 246 Rn.10; Tröndle / Fischer § 246 Rn.16; Kindhäuser BT 2 / 1, 2. Aufl. 1999, S.69; Mitsch BT 2 / 1 § 2 Rn.28 S.190; Rengier in Lenckner-FS 801, 811; Brocker wistra 1995, 292, Cantzler JA 2001, 567, 569; Otto Jura 1998, 550, 552; ders. Jura 1996, 383, 384; vgl. auch Birk Unterschlagung S.73.

Beispiel:

T sieht ein in Klarsichtfolie eingepacktes belegtes Baguette im Gras am Ufer eines Sees liegen. Er geht davon aus, dass das Baguette dem im See schwimmenden D gehört. T isst das Baguette auf. Tatsächlich hat O das Baguette bei einem Spaziergang am Seeufer verloren. Es war aus seinem Rucksack gerutscht.

Vollendete Unterschlagung und Diebstahlsversuch treffen tateinheitlich aufeinander. T begründet durch den Verzehr objektiv Eigenbesitz. Hinsichtlich einer etwaigen Wegnahme fehlt es hingegen an einem Gewahrsamsbruch.

Weitere Beispielfälle für das Zusammentreffen von versuchtem Diebstahl und vollendeter Unterschlagung sind die der Diebesfalle.

Die vollendete Unterschlagung ist mit bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe bedroht. Die Strafdrohung für den versuchten Diebstahl liegt bei bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe. Die in § 23 Abs. 2 StGB normierte Strafmilderung ist fakultativer Natur, so dass die abstrakte Strafdrohung der des vollendeten Diebstahls entspricht.

Es wird gefordert, dass auch hier die Unterschlagung zurücktritt.⁵ Begründet wird dies damit, dass die Unterschlagung als versuchsähnliches Delikt konzipiert sei und somit in ihrem Unrechtsgehalt nicht über den des versuchten Diebstahls hinausgehe. Der Unterschlagungstatbestand habe keine eigenständige Funktion mehr.

Gerade in dieser Konstellation aber entfaltet das Ausschöpfungsgebot als Aspekt der Klarstellungsfunktion der Idealkonkurrenz seine Wirkung. Der Handlungsunwert des versuchten

⁵ Jäger JuS 2000, 1167, 1171.

Diebstahles umfasst im Beispielsfall zwar den des vollendeten Deliktes. T hat tatsächlich Eigenbesitz begründet. Nach seiner Vorstellung hat er Eigenbesitz begründet und darüber hinaus fremden Gewahrsam gebrochen. Er hat nicht nur mit Zueignungsvorsatz gehandelt, sondern handelte sogar absichtlich. In Bezug auf den Erfolgswert gelangt man jedoch zu einem anderen Ergebnis. Selbst wenn man hinsichtlich des Strafgrundes des Versuches auf objektive Gesichtspunkte wie die konkrete Gefährdung des Rechtsgutes abstellt,⁶ so entspricht der Erfolgswert eines versuchten Diebstahles nicht dem der vollendeten Unterschlagung. Würde die vollendete Unterschlagung zurücktreten, so würde der Umstand, dass es tatsächlich zu einer vollendeten Rechtsgutsverletzung gekommen ist, nicht deutlich werden. Der Grundgedanke der Subsidiarität, dass das verdrängte Delikt keinen schwereren oder selbständigen Unrechtsgehalt aufweist, kommt in der Versuchs- / Vollendungskonstellation gerade nicht zum Tragen.

Strafrecht ist maßgeblich Rechtsgüterschutz. Diesem Grundsatz wird dadurch Rechnung getragen, dass die vollendete Rechtsgutsverletzung im Schuldspruch genannt wird. Die Versuchs / Vollendungskonstellation grenzt sich so von den Fällen ab, in denen allein ein versuchter Diebstahl gegeben ist, beispielsweise weil der Täter kurz vor der Beuteergreifung geschnappt wird. Das Vollendungsunrecht ist auch nicht so gering, als dass es bedeutungslos wäre und keiner Berücksichtigung bedürfte.

Als für die umfassende Würdigung des Unrechtes maßgeblich ist die Tatsache, dass der Täter eine vollendete Unterschlagung begangen hat, selbigem durch die Nennung

⁶ Übersicht zum Strafgrund des Versuches bei *Joecks* vor § 22 Rn.6ff.

schlagung begangen hat, selbigem durch die Nennung im Schuldspruch vor Augen zu führen.

Durch die Nennung des vollendeten Deliktes wird das gesamte Unrecht ausgeschöpft und als generalpräventiver Aspekt das Vertrauen der Bevölkerung in die Geltung der Normen bestärkt.

Unterschlagung und versuchter Diebstahl konkurrieren tat-einheitlich.⁷

cc. Teilnahme am Diebstahl und täterschaftliche Unterschlagung

Als nächstes wird das Konkurrenzverhältnis zwischen einer täterschaftlichen Unterschlagung und der gleichzeitigen Teilnahme an einem Diebstahl untersucht.

Beispielsfall zur Anstiftung:

A und B befinden sich in der Wohnung des nicht anwesenden D. A nimmt aus einer Laune heraus ein großes Gemälde von der Wand, drückt es B in die Hand und sagt: „Wie wäre es, wenn Du das behältst? Es ist einiges wert.“ B entscheidet, dem Vorschlag zu folgen. Er verlässt mit dem Gemälde die Wohnung.

B macht sich eines Diebstahls schuldig. Die Wegnahme erfolgt durch das Verlassen der Wohnung. Zu diesem Zeitpunkt bricht er den (gelockerten) Gewahrsam des D. Die von B gleichzeitig verwirklichte Unterschlagung in Form der Selbstzueignung tritt als subsidiär zurück.

A hat B zur Tat bestimmt. Seine Frage mit Hinweis auf den Wert des Gemäldes ist als konkludente Aufforderung zu wer-

⁷ I.E. ebenso (ohne nähere Begründung) *OLG Celle* JR 1987, 253, 254; Sch / Sch – *Eser* § 246 Rn.32; SK – *Hoyer* § 246 Rn.49.

ten.⁸ Er ist wegen Anstiftung zum Diebstahl strafbar. Mittäterschaft an dem Diebstahl liegt weder nach der animus – Theorie noch nach der Tatherrschaftslehre vor. A will die Tat nicht als eigene. Er hat kein Interesse am Taterfolg, ist an der Wegnahmehandlung nicht beteiligt und hält den Geschehensablauf nicht in seinen Händen. Hingegen verschafft A dem B dadurch, dass er es ihm in die Hand drückt, dessen objektiven Eigenbesitz an dem Gemälde. Es liegt eine vollendete Unterschlagung durch A in der Variante der Drittzueignung vor.

Abwandlung (Beihilfe):

A und B sind in der Wohnung des D. B will das Gemälde entwenden, schafft es aber nicht, es aus der Halterung zu lösen. A löst es für ihn und drückt es B in die Hand. B verschwindet.

In dieser Fallgestaltung ist A Gehilfe bezüglich des Diebstahles des B. Zudem verwirklicht A eine Unterschlagung in Form der Drittzueignung.

Der Anstifter ist gemäß § 26 StGB gleich einem Täter zu bestrafen. Die abstrakte Strafdrohung für die Beihilfe zum Diebstahl liegt nach der gemäß § 26 Abs.2 StGB zwingenden Strafmilderung im Sinne des § 49 Abs.1 StGB bei Geldstrafe und Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren und 9 Monaten. Sie ist somit höher als die der vollendeten Unterschlagung.

Findet die Subsidiaritätsklausel Anwendung?

Sieht man mit der Schuld- bzw. Unrechtsteilnahmelehre⁹ das Unrecht der Teilnahme darin, dass der Täter durch den Teilnehmer in Schuld verstrickt bzw. die soziale Integration des

⁸ Vgl. Sch / Sch – Cramer § 26 Rn.5; Tröndle / Fischer § 26 Rn.4 m.w.N.; für das Bestimmen kann im Einzelfall auch eine bloße Frage genügen, BGH GA 80, 183ff.

⁹ Schuldteilnahmelehre: Mayer in Rittler – FS S.243; Less ZStW 69, 53.; Unrechtsteilnahmelehre: Stratenwerth AT S.241 Rn.854.

Täters angegriffen wird ($A \rightarrow B$), so kann die Subsidiaritätsklausel keine Anwendung finden. Denn unter Berücksichtigung des Ausschöpfungsgebotes muss die täterschaftliche Rechtsgutsverletzung ($A \rightarrow D$), die ein ganz anderes Unrecht darstellt, Ausdruck im Schuldspruch finden. Dass es sich um unterschiedliches Unrecht handelt, wird auch durch den Umstand deutlich, dass die Verletzten nicht identisch sind. Das Unrecht der Teilnahme richtet sich im Beispielfall gegen B, das der Unterschlagung gegen D. Fehlt es an der Identität des Verletzten, so ist im Sinne des Ausschöpfungsgebotes ein Zurücktreten ausgeschlossen.

Nach der Solidarisierungstheorie¹⁰ verletzt der Teilnehmer dadurch, dass er als „als unerträgliches Beispiel“ erscheint, indem er sich mit der Haupttat einverstanden erklärt, das Rechtsgut Rechtsfrieden. Durch eine vollendete Unterschlagung wird in Abweichung davon das Rechtsgut Eigentum geschützt. Es liegt also auch nach dieser Auffassung weiteres Unrecht vor, welches im Schuldspruch zu berücksichtigen ist. Im Sinne der Verursachungstheorie¹¹ liegt das Teilnahmeunrecht darin, dass der Teilnehmer das Unrecht der Haupttat mittelbar verursacht hat. Das davon abzugrenzende bzw. darüber hinausgehende Täterunrecht bei vollendeter Unterschlagung wird schnell deutlich: Im Beispielfall und der Abwandlung ist A deshalb auch als Täter einer vollendeten Unterschlagung, die nicht zurücktritt, zu bestrafen, weil er selbst ein Delikt verwirklicht und somit ein Rechtsgut verletzt. Sein Tatbeitrag geht über eine bloße Ursächlichkeit für die Tatbegehung des A hinaus. Er ist die Zentralgestalt bezüglich der

¹⁰ Schumann Strafrechtliches Handlungsunrecht S.44ff.

¹¹ Vgl. *RGS* 15, 315f; *BGHSt* 4, 358; Sch / Sch – Cramer vor §25ff.Rn.17; Kühl AT S.668, 681; Rudolphi GA 1970, 365.

Deliktsverwirklichung Unterschlagung. Deshalb ist im Beispielsfall auch die vollendete Unterschlagung im Schuldpruch zu nennen. Es muss deutlich werden, dass A nicht nur an fremdem Unrecht mitgewirkt hat, sondern darüber hinaus als gegenüber der Anstiftung selbständiges Unrecht in eigener Person das geschützte Rechtsgut Eigentum des D verletzt hat. Auch wenn man dem Gedanken zustimmt, dass dem Teilnehmer das Unrecht der Haupttat zugerechnet wird¹², ändert sich das Ergebnis nicht. Zurechnung kann in diesem Zusammenhang natürlich nicht im Sinne von mittäterschaftlicher Zurechnung gemeint sein. Denn dann wäre der Teilnehmer Täter. Gemeint ist eine Art Übertragung des Unrechtsgehaltes auf den Teilnehmer (im Beispielsfall das von A verwirklichte Unrecht des Diebstahls). Über diese Übertragung des Unrechts der Haupttat geht jedoch eine täterschaftliche Unterschlagung in eigener Person hinaus. Der Handlungsunwert einer vollendeten Unterschlagung wird von der Übertragung des Unrechtes eines anderen, der einen Diebstahl verwirklicht, nicht gedeckt.

Daneben kann aufgrund eines weiteren Gesichtspunktes die Subsidiaritätsklausel nicht greifen. Als Beispiel für konkludente Subsidiarität ist allgemein anerkannt, dass die Beihilfe zu einem Delikt hinter der Anstiftung und diese wiederum hinter der täterschaftlichen Begehung desselben Deliktes zurücktreten.¹³ Die Teilnahme an einem Delikt weist eben nicht den Unrechtsgehalt einer täterschaftlichen Begehung auf. Auch wenn es sich bei der Teilnahme an einem Diebstahl und einer täterschaftlichen Unterschlagung um unterschiedliche Delikte handelt, wäre es widersprüchlich zu dem Grundsatz, dass die

¹² SK – *Hoyer* vor § 26 Rn.20ff.

¹³ S. 1. Teil 3. a. bb. (1).

Teilnahme von der täterschaftlichen Begehung verdrängt wird, wenn die Strafbarkeit gemäß § 246 Abs. 1 StGB hinter der aus §§ 242 Abs.1 i.V.m. Abs.2, 22 StGB zurückträte.

2. Allgemeingültigkeit erster gewonnener Erkenntnisse

Einige Überlegungen entfalten allgemeine Geltung für die Anwendung der Subsidiaritätsklausel des Unterschlagungstatbestandes.

a. Verhältnis vollendete Unterschlagung / versuchtes anderes Delikt

Dass die vollendete Unterschlagung nicht hinter einem versuchten Delikt zurücktritt, ist allgemeingültig. Der in der Vollendung der Unterschlagung liegende Erfolgswert geht über das Unrecht eines jeden tateinheitlich verwirklichten Versuches eines anderen Deliktes hinaus.

b. Verhältnis täterschaftliche Unterschlagung / Teilnahme an anderem Delikt

Die am Beispiel der Teilnahme am Diebstahl erarbeiteten Unterschiede im Unrechtsgehalt sind allgemeiner Natur. Teilnahmeunrecht und täterschaftliches Unrecht unterscheiden sich. Der Umstand, dass der Täter einer Unterschlagung die zentrale Figur des Geschehens ist, während er als Teilnehmer bloße Randfigur ist, muss im Schuldspruch Ausdruck finden.

3. Formelle Subsidiarität gegenüber qualifiziertem Diebstahl, Raub und räuberischem Diebstahl

a. Rechtsgüterschutz und Tathandlung

Geschütztes Rechtsgut des qualifizierten Diebstahles ist das Eigentum. Raub und räuberischer Diebstahl schützen neben dem Eigentum das Rechtsgut freie Willensbildung und Willensbetätigung.¹⁴

Die Wegnahme ist Tathandlung. Beim Raub und räuberischen Diebstahl wird sie durch den Einsatz qualifizierter Nötigungsmittel ergänzt.

b. Lösung

aa. Im Verhältnis zur einfachen Unterschlagung

Das Verhältnis von qualifiziertem Diebstahl, Raub, räuberischem Diebstahl sowie deren Qualifikationen gegenüber dem einfachen Diebstahl ist das der Spezialität. Der Diebstahlstatbestand wiederum beinhaltet das Unrecht der Unterschlagung.

Das Unrecht einer Unterschlagung wird demzufolge auch durch die Bestrafung wegen qualifiziertem Diebstahles, Raubes oder räuberischem Diebstahles mit abgegolten.

¹⁴ *Joecks* § 249 Rn.1; *Lackner /Kühl* § 249 Rn.1; *Tröndle / Fischer* § 249 Rn.1.

bb. Im Verhältnis zur veruntreuenden Unterschlagung

Die Strafdrohung von qualifiziertem Diebstahl, Raub und räuberischem Diebstahl ist höher als die der veruntreuenden Unterschlagung.

Entgegen dem ersten Anschein gibt es Fälle, in denen die Wegnahme einer anvertrauten Sache möglich ist und veruntreuende Unterschlagung und qualifizierter Diebstahl, Raub oder räuberischer Diebstahl tateinheitlich aufeinander treffen. Ein Gewahrsamsbruch bezüglich einer Sache, die einem anvertraut wurde, kommt insbesondere bei Mitgewahrsam in Betracht.

Beispielsfall:

T ist Kassierer im Supermarkt. Er übt dabei keinerlei buchhalterische oder ähnliche Tätigkeiten aus.¹⁵ Morgens erhält er vom Inhaber des Supermarktes eine bestimmte Menge Wechselgeld. Der mit seinem Gehalt unzufriedene T beschließt, einen Teil des Wechselgeldes zu behalten. Sollte es bei diesem Vorgang zu Problemen kommen, etwa weil er beobachtet wird, will T die Gaspistole benutzen, die er griffbereit in seiner Jackentasche hat. Er steckt 200 € des Wechselgeldes in die Innentasche seiner Jacke.

T macht sich gemäß § 244 Abs.1 Nr.1 lit.a StGB strafbar. Er bricht den Mitgewahrsam des Supermarktinhabers durch das Einstecken. Dabei führt er eine Waffe bei sich.

Gleichzeitig macht sich T einer veruntreuenden Unterschlagung schuldig. Das Wechselgeld wird ihm morgens vom Su-

¹⁵ Daher entfällt mangels Vermögensbetreuungspflicht eine Strafbarkeit wegen Untreue, *BGH* NStZ 1983, 455; *SK – Samson / Günther* § 266 Rn.29; *Sax* JZ 1977, 743; a.A. *BGHSt* 13, 315ff.; zur Konkurrenz zwischen veruntreuender Unterschlagung und Untreue s. 3. Teil 6. c.

permarktinhaber gegeben, um es seiner Funktion entsprechend, das heißt zum Wechseln, zu nutzen und ansonsten dem Inhaber zurück zu geben. Das Geld ist T anvertraut, und er eignet es sich durch das Einstecken in die Innentasche der Jacke zu.

Der Beispielsfall lässt sich leicht dahingehend abwandeln, dass Raub und veruntreuende Unterschlagung zusammen treffen:

Der Supermarktinhaber steht neben T. T zückt sein Messer und sagt: „Das Wechselgeld behalte ich. Versuchst Du, mich daran zu hindern, machst Du Bekanntschaft mit meinem Messer!“

Mit räuberischem Diebstahl trifft die qualifizierte Unterschlagung aufeinander, wenn im Beispielsfall der Inhaber das Einstecken des Geldes durch T bemerkt und ihn verfolgt. Als er T einholt, zückt dieser das Messer.

Wie steht es in diesen Fällen um das Konkurrenzverhältnis zur veruntreuenden Unterschlagung?

Ausgangspunkt ist der durch die Delikte bezweckte Rechtsgüterschutz. Das Schutzgut der (veruntreuenden) Unterschlagung wird auch von den angesprochenen Delikten geschützt. Der Erfolgswert der veruntreuenden Unterschlagung wird von den anderen Delikten abgedeckt.

Zudem bleibt der Umstand, dass der Tathandlung Wegnahme nahezu immer einer Zueignung entspricht, bestehen. Der Handlungswert des § 246 Abs.2 StGB scheint insofern auch mitumfasst zu sein. Das Anvertrautsein könnte aber neben der Zueignung zusätzlich den Handlungswert bestimmen. Es handelt sich um ein Merkmal, welches in der Person des Täters liegt, das heißt ein objektiv – täterbezogenes

Merkmal, welches unter § 28 Abs.2 StGB fällt.¹⁶ Der *BGH*¹⁷ hat zu den strafschärfenden, -mildernden und strafausschließenden Merkmalen früher vertreten, dass es sich um spezielle Schuldregelungen handele. Diese Auffassung fußte auf der Regelung des § 50 StGB a.F. Der *BGH* begründete seine Sichtweise damit, dass § 50 Abs.1 StGB a.F. den Grundsatz aufstelle, dass jeder Beteiligte nach seiner Schuld bestraft werde. Die damals unter § 50 Abs.2 StGB a.F. fallenden strafschärfenden, -mildernden und –ausschließenden Merkmale seien im Zusammenhang mit § 50 Abs.1 StGB, das heißt mit der Schuldfrage, zu sehen. Die Unterteilung des § 50 StGB a.F. in die §§ 28, 29 StGB lässt das Argument entfallen. Das Anvertrautsein betrifft das Unrecht und nicht die Schuld.¹⁸

Es stellt sich die Frage, ob das im Verstoß gegen das Anvertrauen liegende Unrecht durch die §§ 244, 249, 252 StGB mitumfasst wird und wenn nicht, ob das zusätzlich verwirklichte Unrecht so bedeutungsvoll ist, dass es im Schuldanspruch Beachtung finden muss.

Weder beim qualifizierten Diebstahl, noch beim Raub oder dem räuberischen Diebstahl findet sich ein identisches oder ähnliches Tatbestandsmerkmal wie das des Anvertrautseins. Die gegenüber dem Diebstahl höhere Strafdrohung gründet sich etwa auf eine besonders gefährliche Begehungsweise, den besonderen Eingriff in die Intimsphäre Wohnung oder den Einsatz qualifizierter Nötigungsmittel im Zusammenhang mit der Wegnahme. Das durch das Anvertrauen konstituierte Unrecht wird nicht durch eine Bestrafung wegen der genann-

¹⁶ s. 1. Teil 7. a. bb. (1).

¹⁷ *BGHSt* 8, 205, 209.

¹⁸ Anvertrautsein als Unrechtsmerkmal vgl. *Lackner / Kühl* § 28 Rn.1; *LK – Roxin* § 28 Rn.30.

ten Delikte abgedeckt. Es bleibt festzuhalten, dass durch den Verstoß gegen das Vertrauensverhältnis selbständiges zusätzliches Unrecht verwirklicht wird. Die besondere Bedeutung des Vertrauensverhältnisses zeigt sich dadurch, dass das Höchstmaß der Freiheitsstrafe von drei bis auf fünf Jahre gegenüber der einfachen Unterschlagung erhöht wurde. Die veruntreuende Unterschlagung tritt nicht hinter qualifiziertem Diebstahl, Raub oder räuberischem Diebstahl zurück.

4. Formelle Subsidiarität gegenüber Betrug

a. Rechtsgüterschutz und Tathandlung

Der Betrugstatbestand dient dem Schutze des Vermögens.¹⁹ Das Vermögen umfasst dabei die wirtschaftlichen Güter einer Person.²⁰ An dieser Stelle offen bleiben kann die Frage, ob das Vermögen dabei auf wirtschaftliche Güter beschränkt ist, die von der gesamten Rechtsordnung geschützt werden bzw. unter normativen Gesichtspunkten schutzwürdig sind. Die Tathandlung des Betruges besteht in der Täuschung über Tatsachen. Um die Frage nach einer etwaigen Subsidiarität des Unterschlagungstatbestandes zu klären, müssen Täuschung und Zueignung tateinheitlich aufeinander treffen.

¹⁹ *BGHSt* 16, 220, 221; *Lackner / Kühl* § 263 Rn.2; *Tröndle / Fischer* § 263 Rn.1b; *Sch / Sch – Cramer* § 263 Rn.1 m.w.N.; *Kindhäuser* will darüber hinaus die Dispositionsfreiheit als geschützt ansehen, *ZStW* 103 (1991), 398; *Pawlik* Das unerlaubte Verhalten beim Betrug S.65 das Recht auf Wahrheit.

²⁰ *BGHSt* 16, 220, 221; *Hohmann / Sander* BT 1 Rn.63 S.131; *Wessels / Hillenkamp* BT 2 Rn.489 S.216.

b. Lösung

Ein Aufeinandertreffen kommt dann in Betracht, wenn es beim Betrug um Sachen geht, da nur diese Zueignungsobjekt der Unterschlagung sein können.

Beispielsfall:

T sieht, wie O eine Uhr aus dem Rucksack fällt. Er nimmt die Uhr. O dreht sich um, erblickt die Uhr in der Hand des T und fragt: „Ist das nicht meine Uhr?“ T antwortet, da er die Uhr behalten will: „Nein, das ist meine.“ O glaubt ihm.

T täuscht O über die Eigentumslage bezogen auf die Uhr. O irrt und unterlässt daraufhin die weitere Geltendmachung seines Herausgabeanspruches, was eine Vermögensverfügung darstellt. Sein Herausgabeanspruch besteht grundsätzlich immer noch. Allerdings liegt zumindest eine schadensgleiche Vermögensgefährdung vor, da O seinen Anspruch gegenüber T nicht mehr geltend macht und machen wird.

Die täuschende Äußerung spiegelt eine objektive Eigenbesitzbegründung wider. T eignet sich die Uhr zu. Er unterschlägt sie.

T ist durch die Äußerung, dass es sich um seine Uhr handele, eines Betrugers und einer Unterschlagung schuldig.

Durch den Betrugstatbestand wird das Vermögen geschützt, durch die Unterschlagung das Eigentum. Betrug und Unterschlagung können nur dann zusammentreffen, wenn es sich beim Handlungsobjekt um eine Sache mit Wert handelt, da sonst ein Vermögensschaden ausscheidet. Das Eigentum an einer nicht wertlosen Sache stellt ein wirtschaftliches, ein geldwertes Gut dar. Damit fällt es in den Definitionsbereich des Vermögens. Das Eigentum ist nicht lediglich Inbegriff ei-

ner formalen Rechtsposition, sondern zugleich Bestandteil des Vermögens im wirtschaftlichen Sinne.²¹

Das geschützte Rechtsgut Eigentum zeigt sich als spezieller Teilbereich des Vermögens. Der Betrugstatbestand dient auch dem Schutze des Eigentums. Der Unrechtsgehalt des Unterschlagungstatbestandes - bezogen auf das geschützte Rechtsgut – wird von § 263 StGB abgedeckt. Ein selbständiger Erfolgsunwert der Unterschlagung im Verhältnis zum Betrug besteht nicht.

Der Handlungsunwert der Unterschlagung liegt darin, dass der Täter Eigenbesitz objektiv begründet. Dieser Handlungsunwert findet sich zum einen in dem zum Handlungsunwert des Betrugstatbestandes zählenden subjektiv – täterbezogenen Merkmal der Bereicherungsabsicht wieder. Die Zueignung geht zwar als objektiv vorliegendes Merkmal über die überschießende Innentendenz des Betruges in Form der Bereicherungsabsicht hinaus. Es kommt aber ein weiterer Aspekt hinzu. Die objektive Eigenbesitzbegründung ist regelmäßig Inhalt der Täuschung, so auch im Beispielsfall. T täuscht O über das Eigentumsverhältnis. Die Täuschung ist objektiv gegeben, so dass der in der Bereicherungsabsicht liegende Handlungsunwert noch durch eine objektive Komponente ergänzt wird. Der Handlungsunwert der Unterschlagung wird durch den des Betruges mitumfasst.

Der Unrechtsgehalt der Unterschlagung wird durch eine Bestrafung nach § 263 StGB ausgeschöpft, so dass es keiner Klarstellung durch die Annahme von Idealkonkurrenz bedarf.

²¹ *Wessels* NJW 1965, 1153, 1154; differenzierend zwischen juristischem und faktisch – wirtschaftlichem Vermögensbegriff *Kindhäuser* BT 2 / 1 Rn.19 S.40; dazu auch der übernächste Beispielsfall.

Es gibt aber auch Fälle, in denen bei Tateinheitlichem Zusammentreffen die Unterschlagung nicht hinter einen Betrug zurücktritt.

Beispielsfall:

T sieht eine Uhr auf dem Gehweg liegen. Er erkennt die Uhr zutreffend als seinem Bekannten O gehörig. T nimmt die Uhr und macht sich auf den Weg zu O, um diesem die verlorene Uhr zu geben. Unterwegs trifft er einen anderen Bekannten, D. D sieht die Uhr. Er sagt zu T: „Schöne Uhr. So eine hätte ich auch gerne.“ T, der ein gutes Geschäft wittert, sagt: „Die Uhr ist eine Einzelanfertigung. Sie ist 1000 € wert. Dir verkaufe ich sie aber für 500 €.“ T, der weiß, dass die Uhr ein Massenprodukt mit einem Wert von maximal 150 € ist, verkauft dem gutgläubigen D die Uhr zum verlangten Preis.

T täuscht D über den Wert der Uhr, woraufhin dieser irrt und ihm 500 € gibt. Er erhält eine Uhr im Wert von 150 €, hat also einen Vermögensschaden. Die weiteren Voraussetzungen des § 263 StGB sind erfüllt. T macht sich eines Betruges schuldig.

Durch seine Äußerung eignet sich T die Uhr zu. Da er vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft handelt, macht er sich gemäß § 246 StGB strafbar. Verletzter der Unterschlagung ist der Eigentümer O.

Es besteht keine Identität der Verletzten. Die Klarstellungsfunktion der Idealkonkurrenz muss erfüllt werden. Betrug und Unterschlagung konkurrieren Tateinheitlich miteinander.

Ohne dass der Streit um den Vermögensbegriff hier näher beleuchtet wird, ist darauf hinzuweisen, dass die konkurrenzrechtliche Würdigung eines Falles bei Betrug und Unter-

schlagung je nach vertretenem Vermögensbegriff zu einem unterschiedlichen Ergebnis führen kann.²²

Beispiel:

D klaut O dessen wertvolle Uhr. Er begibt sich zum Hehler T. T, der weiß, dass die Uhr geklaut ist, sagt: „Dafür bekommst Du von mir 500 €. Das Geld bringe ich Dir morgen vorbei.“ Dabei ist er sich im Klaren darüber, dass er D das Geld nicht zahlen wird. D übergibt die Uhr.

Nach dem juristisch – ökonomischen Vermögensbegriff ist die Uhr dem Vermögen des O zuzuordnen. Er ist auch Eigentümer der Uhr. O ist sowohl Verletzter des Betruges (durch T gegenüber D zu Lasten des O) als auch der Unterschlagung (durch T zu Lasten des O). Die Unterschlagung tritt als subsidiär zurück.

Legt man den wirtschaftlichen Vermögensbegriff zugrunde, so besteht keine Identität des Verletzten. Die Unterschlagung erfolgt zu Lasten des Rechtsgutsträgers O. Der Betrug betrifft das Vermögen des D. Im Sinne des wirtschaftlichen Vermögensbegriffes ist Betrug gegenüber und zu Lasten eines Diebes ohne weiteres möglich.²³ Unter dem Gesichtspunkt der Klarstellungsfunktion der Idealkonkurrenz (Unterpunkt: Keine Identität des Verletzten) ist T wegen Betruges und Unterschlagung in Tateinheit zu bestrafen.

Die Unterschlagung ist grundsätzlich subsidiär gegenüber dem Betrug. Es bedarf aber immer einer Einzelfallprüfung, ob die Identität des Verletzten vorliegt. Wenn diese Voraussetzung nicht erfüllt ist, so besteht Tateinheit zwischen den Delikten.

²² Vgl. *Kindhäuser* BT 2 / 1 Rn.19 S.40.

²³ *BGHSt* 2, 364; *RGSt* 21, 161; 44, 230, 232; *Tröndle / Fischer* § 263 Rn.29.

5. Formelle Subsidiarität gegenüber qualifiziertem Betrug

Der qualifizierte Betrug, § 263 Abs.5 i.V.m. Abs.1 StGB ist spezieller als der Grundtatbestand des Betruges. Er umfasst als speziellerer Tatbestand den Unrechtsgehalt des einfachen Betruges, welcher grundsätzlich den Unrechtsgehalt der Unterschlagung beinhaltet. Die Unterschlagung tritt hinter den qualifizierten Betrug zurück.

Die kumulativ gewerbs- und bandenmäßigen Begehung eines Betruges umfasst aber nicht das zusätzliche Unrecht, das besteht, wenn dem Täter die Sache anvertraut wird.

Beispielsfall:

A, B und C fassen einen Plan. Sie wollen zu wohlhabenden Damen gehobenen Alters freundschaftliche Kontakte aufbauen. Dann wollen sie von diesen private Darlehen erbitten. Anschließend wollen sie das geliehene Geld behalten und es unter sich aufteilen. Diesen Plan setzen sie mehrfach erfolgreich in die Tat um. Eines Tages lernt A die ältere Dame D kennen. Er findet sie sympathisch. Als er sie um ein Darlehen in Höhe von 50.000 € bittet, ist er sich noch nicht sicher, ob er aufgrund der tatsächlich bestehenden Sympathie das Geld nicht doch zurückgeben soll. A erhält das Geld. D, deren Erinnerungsvermögen nicht mehr gut funktioniert und die den Überblick über ihre finanzielle Situation verloren hat, fragt einige Tage später bei A nach, ob sie ihm Geld geliehen habe. A beschließt, entsprechend der sonstigen Vorgehensweise das Geld zu behalten, und antwortet: „Nein, Du hast mir kein Geld geliehen.“ D glaubt ihm. A, B und C behalten auch weiterhin ihre „Masche“ bei und gelangen auf diesem Wege an das Geld wohlhabender Damen.

A täuscht D durch seine Äußerung, sie habe ihm das Geld nicht geliehen. D irrt und macht ihren Rückzahlungsanspruch gegenüber A nicht mehr geltend. Sie erleidet einen Vermögensschaden, der dem Vermögensvorteil des A entspricht. A

handelt vorsätzlich, mit Bereicherungsabsicht, rechtswidrig und schuldhaft. Da A, B und C sich zu zurückliegenden und zukünftigen Betrügereien zusammengeschlossen haben, mit denen sie auch weiterhin nicht unbeträchtlich Einnahmen erzielen wollen, macht A sich gemäß § 263 Abs.5 i.V.m. Abs.1 StGB strafbar. Gleichzeitig begründet A durch seine Äußerung objektiv Eigenbesitz. Er unterschlägt das Geld. Da D ihm das Geld als Darlehen überlassen hat,²⁴ unterschlägt A eine anvertraute Sache. A ist einer veruntreuenden Unterschlagung schuldig.²⁵

Beim Betrug gegenüber und zu Lasten der D liegt das zusätzliche Unrecht in dem Verstoß gegen die besondere Pflicht zur Respektierung fremden Vermögens, konkreter fremden Eigentums. In den anderen Fällen, das heißt denjenigen, in denen nicht D das Opfer ist, hat A bereits bei Entgegennahme des Geldes Zueignungsvorsatz. Ein Anvertrauen liegt gerade nicht vor, da die Erlangung der Sachherrschaft nicht vor der Zueignung erfolgt.²⁶ Rein tatsächlich betrachtet missbraucht A auch bei den anderen Opfern zuvor geschaffenes Vertrauen. Dieses Vertrauen besteht aber nur in tatsächlicher Hinsicht. Es liegt eben kein im besonderen Maße geschütztes rechtliches Vertrauen im Sinne des § 246 Abs.2 StGB vor. Entsprechend dem Verhältnis der veruntreuenden Unterschlagung zum qualifizierten Diebstahl, Raub und räuberischem Diebstahl wird das im Verstoß gegen das Anvertrauen

²⁴ Überlassen einer Sache aufgrund Rechtsgeschäftes mit der Erwartung der Rückgabe als Anvertrauen i.S.d. § 246 Abs.2 StGB: *BGHSt* 9, 90 (Miete); *RGSSt* 6, 117 (Leihe); *Tröndle / Fischer* § 246 Rn.22; *Sch / Sch – Eser* § 246 Rn.29.

²⁵ Untreue kommt erst bei einem zweckgebundenen Darlehen in Betracht; vgl. *BGHSt* 13, 330ff.; der Darlehensnehmer ist grundsätzlich nicht gegenüber dem Darlehensgeber vermögensbetreuungspflichtig, *BGH NSTZ* 1984, 118, 119; 1986 361, 362; *Sch / Sch – Lenckner* § 266 Rn.26 m.w.N.; *Tröndle / Fischer* § 266 Rn.12a.

²⁶ Sachherrschaftserlangung vor Zueignung setzen ausdrücklich *Sch / Sch – Eser* 25. Aufl. 1997 § 246 Rn.29 (in der 26. Aufl. findet sich keine Äußerung mehr dazu) und *SK – Hoyer* § 246 Rn.43 voraus; ähnlich *BGH NJW* 1954, 889.

liegende (Handlungs-) Unrecht nicht durch eine Bestrafung wegen Betruges abgedeckt. Die veruntreuende Unterschlagung ist aus Klarstellungsgründen im Schuldspruch zu nennen.

6. Formelle Subsidiarität gegenüber Untreue

Im Verhältnis zur Untreue kann die Subsidiaritätsklausel unter Beachtung der Strafdrohung nur für die einfache Unterschlagung Anwendung finden.

a. Rechtsgüterschutz und Tathandlung

Die Untreue ist ein Vermögensdelikt.

Die Tathandlung besteht nach § 266 Abs.1 1.Var. StGB im Missbrauch einer rechtlichen Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten. Diese Tatvariante ist ein Unterfall²⁷ der in § 266 Abs.1 2.Var. StGB normierten Tathandlung, die in einer Verletzung der dem Täter obliegenden Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, besteht.

b. Lösung

Das *RG* nahm bei gleichzeitigem Aufeinandertreffen von Untreue und Unterschlagung Tateinheit an.²⁸ Eine Bestrafung wegen idealkonkurrierender Unterschlagung schied entsprechend der engen Auffassung zur zeitlichen Reihenfolge von Gewahrsamserlangung und Zueignung aus, wenn der Täter bereits bei Gewahrsamserlangung eine als Zueignung anzu-

²⁷ *BGHSt* 24, 387; *OLG Hamm* NJW 1968, 1940; *OLG Karlsruhe* NStZ 1991, 239, 240; *Sch / Sch – Lenckner / Perron* § 266 Rn.2; krit. *Tröndle / Fischer* § 266 Rn.1b.

²⁸ *RGS* 3, 343, 344; 32, 30ff.; 63, 406ff.; 69, 333ff.; 74, 171, 173.

sehende Handlung vornahm.²⁹ Es fanden sich aber auch schon erste Ansatzpunkte, die auf eine unechte Konkurrenz hindeuteten. So heißt es in *RG* 69, 58, 63: „Hiernach greift die strafbare Untreue weit in das Gebiet der Unterschlagung, insbesondere von anvertrautem Gut [dazu unter bb.], hinein, und es wird auch der § 350 StGB [damalige Amtsunterschlagung] in weitem Umfang seiner Bedeutung entkleidet.“

BGHSt GrS 14, 38ff. ist die zentrale Entscheidung zum Konkurrenzverhältnis zwischen Untreue und Unterschlagung. Da der 2. und der 5. *Strafsenat* des *BGH* divergierende Rechtsansichten zu der Frage vertraten, ob eine Bestrafung wegen (Amts-) Unterschlagung möglich sei, wenn der Angeklagte den (amtlichen) Gewahrsam an den Sachen, deren Unterschlagung in Betracht käme, durch Betrug in der Absicht erlangt habe, sich die Verfügungsgewalt über die Sachen zu verschaffen, wurde die Frage gemäß § 136 GVG a.F. (heute § 132 Abs.2 GVG) dem *Großen Senat* für Strafsachen vorgelegt. Dabei ist darauf hinzuweisen, dass die Ergebnisse zu der strittigen Fragestellung ausdrücklich auch auf das Konkurrenzverhältnis zwischen Untreue und Unterschlagung anzuwenden sind.³⁰

Der Entscheidung liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Angeklagte, ein städtischer Beamter, hatte die Aufgabe, Kaufleuten Zahlungsaufforderungen für entstandene Untersuchungskosten von Lebensmittelproben zu überreichen. Über seinen Aufgabenbereich hinaus kassierte der Angeklagte jedoch auch einige Zahlungen. Dies tat er in der Absicht, das Geld für sich zu verwenden.

²⁹ *RGSt* 42, 420ff.; *RG JW* 1938, 2336ff.; inkonsequent *RG JW* 1938, 1881: Obwohl Zueignungsabsicht bei Gewahrsamserlangung vorliegt, wird Tateinheit zwischen Unterschlagung und Untreue angenommen.

³⁰ *BGHSt GrS* 14, 38, 47.

Wegen des konkludenten Vortäuschens der Einziehungsbe-
fugnis hat er sich eines Betrages gegenüber und zu Lasten
der Kaufleute schuldig gemacht.

Der *Große Senat* wirft die Frage auf, ob in dem auftragswidri-
gen Einkassieren der Gelder nicht eine Zueignung im Sinne
des Unterschlagungstatbestandes zu sehen sei. Diese würde
sich dann zeitlich mit der Vermögensverfügung der Betroge-
nen (= Zahlung der Gelder) decken, so dass an ein tateinheit-
liches Vorliegen von Betrug und Unterschlagung zu denken
sei. Dies lehnt der *Große Senat* allerdings ab. Er führt an,
dass nach der engen Auslegung des Unterschlagungstatbe-
standes darin keine tatbestandliche Zueignung zu sehen sei,
da eine Zueignung nicht gleichzeitig mit der Gewahrsamser-
langung erfolgen könne.

Dann folgt, da die enge Auffassung wegen Wegfalls des Ge-
wahrsamserfordernisses heute nicht mehr vertretbar ist, die
für die aktuelle Gesetzeslage bedeutsame Begründung des
BGH: Aber auch nach der (großen oder kleinen) berichtigen-
den Auslegung läge keine Zueignung vor, weil die weitaus
größte Zahl aller Vermögensdelikte mit Zueignungsabsicht
begangen werde, und eine zusätzliche tatbestandliche An-
wendung des Unterschlagungstatbestandes nach dem Sinn-
zusammenhang der Tatbestände somit nicht geboten sei.

Der *BGH* argumentiert an dieser Stelle zutreffend, zieht aber
einen nicht ganz richtigen Schluss. Wie gleich noch näher be-
leuchtet wird, ist dem *Große Senat* darin zuzustimmen, dass
nach dem, wie er es nennt, Sinnzusammenhang eine Bestra-
fung wegen Unterschlagung neben der wegen gleichzeitig
begangener Untreue ausscheidet. Was der *BGH* verkennt,
ist, dass der von ihm gemeinte Sinnzusammenhang auf ein
aus Gründen der Gesetzeseinheit zu folgerndes Zurücktreten
des Unterschlagungstatbestandes hinweist. Es findet kein
tatbestandlicher Ausschluss der Unterschlagung statt, viel-

mehr erfolgt die Lösung auf konkurrenzrechtlicher Ebene. Das Missverständnis des *BGH* zeigt sich dadurch, dass er bezüglich seiner Lösung mittels Tatbestandsausschluss auf die Entwürfe eines Strafgesetzbuches der Großen Strafrechtskommission³¹ verweist.³² Der *Große Senat* übersieht, dass die Entwürfe gerade nicht vorsehen, die Unterschlagung neben anderen Vermögensdelikten tatbestandlich auszuschließen. Vielmehr ergeben die Entwürfe ausdrücklich, dass der Unterschlagungstatbestand durchaus neben anderen Vermögensdelikten verwirklicht sein kann, dann aber wegen formeller Subsidiarität hinter diese zurücktreten soll.³³ In der Lehre finden sich, wie bei Konkurrenzproblematiken häufig, nur wenige Stimmen, die eine über die bloße Nennung ihres Ergebnisses hinausgehende Begründung für selbiges liefern.

*Schröder*³⁴ bezieht sich auf ein Urteil des *OLG Köln*³⁵, in welchem zum Ausdruck gebracht wird, dass die Unterschlagung als subsidiär gegenüber der Untreue zurückzutreten habe. *Schröder*³⁶ führt dazu aus, dass man bezüglich der Konkurrenz darauf abstellen könne, dass die Untreue im Gegensatz zu anderen Vermögensdelikten keine Bereicherungsabsicht voraussetze, sondern allein auf eine Schädigung des Geschäftsherren abstelle. Der Unrechtsgehalt der Unterschlagung wäre unter diesem Gesichtspunkt nicht von der Untreue mitumfasst. Die Eigentumsanmaßung im Sinne der Unterschlagung käme nicht zum Ausdruck, wenn die Unterschla-

³¹ Vgl. § 246 E 1959 (Niederschriften, 12. Band, S.606); Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1960, S.49.

³² *BGHSt GrS* 14, 38, 47.

³³ § 246 E 1959 (Niederschriften, 12. Band, S.606); Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1960, S.378.; vgl. *Eckstein* JA 2001, 25, 27 Fn.24.

³⁴ *Schröder* NJW 1963, 1958ff. Anmerkung zu *OLG Köln* NJW 1963, 1992ff.

³⁵ *OLG Köln* NJW 1963, 1992, 1993.

³⁶ *Schröder* NJW 1963, 1958, 1960 Anmerkung zu *OLG Köln* NJW 1963, 1992ff.

gung zurücktrete. Andererseits könne man aber auch anführen, dass die regelmäßige Erscheinungsform der Untreue in einem Verhalten liege, dass von einer Bereicherungsabsicht des Täters getragen sei. Stelle man diesen Aspekt in den Vordergrund, so könne man gut vertreten, dass die Unterschlagung durch eine Verurteilung wegen Untreue mit abgegolten sei.

Lenckner verweist auf die oben zitierte Passage des *RG*, in der das *RG* von einem Hineingreifen des Untreue- in den Unterschlagungstatbestand spricht.³⁷ Er führt ergänzend aus, dass es unschädlich sei, dass § 266 StGB ein Vermögensdelikt darstelle, während sich die Unterschlagung gegen das Eigentum richte. Ebenfalls unschädlich sei die Tatsache, dass § 266 StGB als reines Schädigungsdelikt konzipiert sei, § 246 StGB hingegen mit der Zueignung die Überführung der Sache in das eigene Vermögen voraussetze.

Das wesentliche Argument für die Lösung der Konkurrenzproblematik hat *Schröder* angeführt und findet sich auch in der Begründung des Gesetzgebers für die Einführung und Geltung der Subsidiaritätsklausel wieder: Die Untreue, bezogen auf eine Sache, denn nur dann kann gleichzeitig Unterschlagung vorliegen, erfolgt regelmäßig mit Bereicherungsabsicht. Eine besondere Art der Sachverschaffung zugunsten des Täters oder eines Dritten, nämlich die zu Lasten des Geschäftsherrn, wird durch den Untreuetatbestand mit Strafe bedroht.³⁸ Die Tatbestände überschneiden sich insofern. Und Überschneidung ist gerade das Kennzeichen für Subsidiarität.

³⁷ *Lenckner* JZ 1973, 794, 796 Anmerkung zu *OLG Stuttgart* JZ 1973, 739ff.; Verweis auf *RG* 69, 58, 63.

³⁸ Vgl. *Bockelmann* JZ 1960, 621, 622.

Zudem umfasst der Vermögensschutz des Untreuetatbestandes den Eigentumsschutz des Unterschlagungstatbestandes. Hinsichtlich des Erfolgsunwertes ist das Unrecht durch eine Verurteilung wegen Untreue abgegolten.

Die Unterschlagung tritt hinter der Untreue zurück.

c. Exkurs: Konkludente Subsidiarität der veruntreuenden Unterschlagung gegenüber der Untreue

Nachdem festgestellt wurde, dass die veruntreuende Unterschlagung im Gegensatz zur einfachen Unterschlagung nicht gegenüber den bisher geprüften Vermögensdelikten zurücktritt, wird jetzt das Verhältnis zur Untreue untersucht. Die Subsidiaritätsklausel kann zwar wegen der identischen Strafdrohung von § 246 Abs.2 i.V.m. Abs.1 StGB und § 266 StGB keine Anwendung entfalten. Die Frage nach einem Verhältnis konkludenter Subsidiarität ist aber von besonderem Interesse, da die Delikte sich zu ähneln scheinen, man vergleiche nur den Wortlaut „anvertraut“ und „Treueverhältnis“. Das „Anvertrauen“ ist der Grund dafür, dass die veruntreuende Unterschlagung nicht hinter den bisher angesprochenen Delikten zurückgetreten ist. Das in dem Verstoß gegen die besondere Pflicht zur Respektierung fremden Vermögens liegende Unrecht geht über das der dazu ins Verhältnis gesetzten Tatbestände hinaus. Die Frage, in welchem Verhältnis dieses Unrecht zu dem der Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des Untreuetatbestandes steht, ist für das Konkurrenzverhältnis entscheidend.

Bis zum Jahre 1975³⁹ existierten die Tatbestände der Amtsunterschlagung und schweren Amtsunterschlagung, §§ 350,

³⁹ Vgl. *Vormbaum / Welp* Das Strafgesetzbuch Band 2 S.399, 416 zur Aufhebung der §§ 350, 351 StGB durch das EGStGB vom 02.03.1974, Inkrafttreten 01.01.1975.

351 StGB a.F., als Qualifikationen der einfachen Unterschlagung. In der oben zitierten Anmerkung weist *Schröder* darauf hin, dass ein Zurücktreten der §§ 350, 351 StGB a.F. hinter der Untreue ausgeschlossen sei.⁴⁰ Er begründet dies damit, dass es sich bei der (schweren) Amtsunterschlagung um ein unechtes Sonderdelikt handele, da als Täter nur ein Beamter in Betracht käme. Die Verletzung der dem Täter als Beamten in ganz besonderem Maße gegenüber seinem Dienstherrn obliegenden Pflicht käme nicht zum Ausdruck, wenn eine Bestrafung allein wegen Untreue erfolge.

Eine solches, über die Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht hinausgehendes pflichtwidriges Verhalten findet sich bei der veruntreuenden Unterschlagung nicht. Die Verpflichtung, die erlangte Sache zurückzugeben oder zu bestimmten Zwecken zu verwenden, ist nicht weitreichender als die Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen. Mit Vermögensbetreuungspflichten sind inhaltlich besonders qualifizierte Pflichten gemeint. Einfache schuldrechtliche Pflichten aus schlichten Austauschverhältnissen genügen nicht zur Begründung einer Vermögensbetreuungspflicht.⁴¹ Die Rückgabeverpflichtung eines Entleihers stellt keine Vermögensbetreuungspflicht im Sinne der Untreue dar. Fordert der Verleihende nach Ablauf der Leihe den Gegenstand zurück, und lehnt der Entleiher dieses rechtmäßige Begehren ab, so macht er sich wegen veruntreuender Unterschlagung, jedoch mangels Vermögensbetreuungspflicht nicht wegen Untreue strafbar. Dies zeigt, dass die Pflichtverletzung im Sinne des § 246 Abs.2 StGB hinter der für eine Strafbarkeit nach § 266

⁴⁰ *Schröder* NJW 1963, 1958, 1961 Anmerkung zu *OLG Köln* NJW 1963, 1992ff.

⁴¹ *BGHSt* 1, 186, 188; 22, 190, 191; 28, 20, 23; *Sch / Sch – Lenckner / Perron* § 266 Rn.23.

Abs.1 StGB vorausgesetzten Pflichtverletzung qualitativ zurückbleibt.⁴²

Der zusätzliche Unrechtsgehalt des Verstoßes gegen das „Anvertrauen“ wird von dem Verstoß gegen eine Vermögensbetreuungspflicht eingeschlossen. Die veruntreuende Unterschlagung tritt als konkludent subsidiäres Delikt hinter der Untreue zurück.

7. Formelle Subsidiarität gegenüber Hehlerei

Das Konkurrenzverhältnis der Unterschlagung zur Hehlerei ist schnell geklärt.

Der Erfolgswert des Vermögensdeliktes umfasst den des Eigentumsdeliktes.

Tatobjekt ist wie bei der Unterschlagung eine Sache. Die Tathandlung des Sich – Verschaffens wird als Erlangung der selbständigen tatsächlichen Verfügungsgewalt über die Sache im Einvernehmen mit dem Vorbesitzer definiert.⁴³ Diese Definition entspricht in hohem Maße der objektiven Eigenbesitzbegründung. Es scheint in jedem Sich – Verschaffen auch eine Zueignung zu liegen. Eine seltene Ausnahme bildet beispielsweise die Konstellation, dass der Hehler mit dem Vorbesitzer vereinbart, dass er sich das Diebesgut von einem leicht zugänglichen Platz abholt.⁴⁴ Hier fehlt es an der objektiven Eigenbesitzbegründung des Hehlers, so dass nicht gleichzeitig Unterschlagung vorliegt. Was deutlich hervortritt ist die Überschneidung der Tathandlungen dergestalt, dass sich nahezu jedes Sich – Verschaffen als Zueignungshand-

⁴² *BGHSt* 9, 90, 92; *Joecks* § 246 Rn.27; *Sch / Sch – Eser* § 246 Rn.29; *Tröndle / Fischer* § 246 Rn.17.

⁴³ *BGHSt GrS* 7, 134, 137; 15, 53, 56; 27, 45, 46; *Tröndle / Fischer* § 259 Rn.15.

⁴⁴ Vgl. *Sch / Sch – Stree* § 259 Rn.21.

lung darstellt. Das Verhältnis der Tathandlungen zueinander kommt dem der Spezialität sehr nahe. Entsprechendes gilt für das Verhältnis der Drittzueignung zu der Tathandlung im Sinne von § 259 Abs.1 StGB, einem Dritten die Sache zu verschaffen.

Ähnlich sieht es im Verhältnis zu den anderen Tathandlungen des Hehlereitattbestandes aus. Beim Ankaufen ist dies, da es sich um einen Unterfall des Sich – Verschaffens handelt, klar ersichtlich. Daneben setzen aber auch das Absetzen und die Absatzhilfe jeweils einen Übergang der Verfügungsgewalt von einem Nichtberechtigten auf einen anderen voraus.⁴⁵ Absetzen bedeutet, die Sache im Einverständnis mit dem Vortäter oder Zwischenhehler in dessen Interesse, im übrigen aber selbständig durch rechtsgeschäftliche Weitergabe an einen gut- oder bösgläubigen Dritten gegen Entgelt wirtschaftlich zu verwerten.⁴⁶ Darin liegt regelmäßig eine Drittzueignung. Die Weitergabe entspricht ihrem Unwert nach dem Unwert der Verschaffung des objektiven Eigenbesitzes des Dritten. Die Selbständigkeit des hehlerischen Absetzens umfasst den Gesichtspunkt der Täterschaft im Sinne des Unterschlagungstatbestandes.

Dieser Punkt stellt sich zunächst als problematisch beim Vergleich von (Dritt-)Zueignung und Absatzhilfe dar. Die Absatzhilfe ist zwar eine täterschaftliche Begehungsform der Hehlerrei, sie besteht aber lediglich in einer Unterstützungshandlung in Bezug auf den Absetzenden.⁴⁷ Kann sie den Unwert der täterschaftlichen (Dritt-)Zueignung überhaupt erfassen? Sie

⁴⁵ *BGH* NJW 1985, 443, 444; *BGHSt* 23, 36, 38; SK – *Hoyer* § 259 Rn.22; LK–*Ruß* § 259 Rn.11; *Zöller / Frohn* Jura 1999, 378, 382ff.

⁴⁶ *BGHSt* 2, 135ff.; 10, 1ff.; 27, 45, 49; MüKo – *Lauer* § 259 Rn.79.

⁴⁷ Vgl. *BGHSt* 26, 359, 362; 27, 45, 48; Sch / Sch – *Stree* § 259 Rn.35; *Tröndle / Fischer* § 259 Rn.19.

muss es nicht, denn Absatzhilfe und (Dritt-)Zueignung schließen sich aus. Man kann nicht einem Dritten objektiv Eigenbesitz täterschaftlich verschaffen und gleichzeitig den Täter bloß unterstützen, dem Dritten die Verfügungsgewalt zukommen zu lassen. Absetzen und (Dritt-)Zueignung treffen regelmäßig aufeinander, Absatzhilfe und gleichzeitig (Dritt-)Zueignung schließen sich hingegen aus.

Der Handlungsunwert der (Dritt-)Zueignung wird durch den Handlungsunwert der tateinheitlich möglichen Hehlereihandlungen umfasst. Die subjektive Voraussetzung der Bereicherungsabsicht im Hehlereitattbestand, die zudem noch einen Teil des Handlungsunwertes der Unterschlagungshandlung abdeckt,⁴⁸ ist als weiteres Argument dafür anzuführen, dass der Handlungsunwert der Unterschlagung mit abgegolten wird. Die Unterschlagung ist im Verhältnis zur Hehlerei subsidiär.

8. Formelle Subsidiarität gegenüber (räuberischer)

Erpressung

Die Frage nach der Geltung der Subsidiaritätsklausel im Verhältnis zur (räuberischen) Erpressung beantwortet sich anhand einer Argumentation, die der zum Verhältnis von Betrug und Unterschlagung ähnelt.

Durch den Erpressungstatbestand werden die Rechtsgüter Vermögen und Freiheit der Willensentschließung und Willensbetätigung geschützt.⁴⁹ Der Erfolgswert der Unterschlagung wird bei einer Bestrafung wegen der in Tateinheit dazu begangenen Erpressung abgegolten.

⁴⁸ Vgl. das Verhältnis zum Betrugstatbestand, 3. Teil .4. b.

⁴⁹ *Joecks* § 253 Rn.1; *Lackner / Kühl* § 253 Rn.1.

Die Bereicherungsabsicht ist das in Bezug auf den Handlungsunwert überschießende subjektive Gegenstück zur Zueignung. Der beim Opfer eingetretene Vermögensschaden entspricht dem Verlust des Zueigenhabens im Sinne der Unterschlagung. Der beabsichtigte stoffgleiche Vermögensvorteil spiegelt die Eigenbesitzbegründung auf subjektiver Ebene wider. Als Mittel bedient sich der Täter objektiv einer Nötigungshandlung. Daraufhin erfolgt eine Vermögensverfügung bzw. ein Tun, Dulden oder Unterlassen seitens des Genötigten,⁵⁰ die zu einem Vermögensschaden führt. Es handelt sich um eine Übertragung des Besitzes in toto zugunsten des Täters mittels Nötigung. Dieser objektive Geschehensablauf entspricht der Missachtung fremden und Anmaßung eigenen Eigentums, das heißt einer Zueignung. Der Handlungsunwert des Unterschlagungstatbestandes wird durch den der (räuberischen) Erpressung umfasst. Die Unterschlagung tritt hinter der (räuberischen) Erpressung zurück.

9. Formelle Subsidiarität gegenüber Nichtvermögensdelikten

a. Gegenstimmen aus der Literatur

Verschiedene Stimmen in der Literatur haben zu der Frage der Subsidiarität der Unterschlagung gegenüber Nichtvermögensdelikten in Bezug auf das eingangs der Untersuchung dargestellte Urteil des *BGH* Stellung bezogen.

⁵⁰ Zum Streit, ob (räuberische) Erpressung eine Vermögensverfügung des Genötigten voraussetzt oder jedes Tun, Dulden oder Unterlassen ausreicht s. Sch / Sch – *Eser* § 253 Rn.8ff.sowie *Tröndle / Fischer* § 253 Rn.9ff.

aa. Hoyer

Hoyer weist zunächst auf die Intention des Gesetzgebers hin.⁵¹ Der Gesetzgeber habe sicherstellen wollen, dass die Unterschlagung als „Auffangtatbestand“ nur diejenigen „Formen rechtswidriger Zueignung“ umfasse, „die nicht einen mit schwererer Strafe bedrohten eigenständigen Straftatbestand – vor allem Diebstahl und Raub, aber auch Betrug, Erpressung, Untreue oder Hehlerei - verwirklichen“.⁵²

Hoyer spricht den unterschiedlichen Unrechtsgehalt von Zueignung und Tötung an.

Er will die Unterschlagung im Schuldspruch deutlich werden lassen. Dazu führt er aus, dass ein Zurücktreten der Unterschlagung nicht zwingend vom Wortlaut vorgeschrieben sei. Er zieht § 248b StGB, der eine vom Wortlaut her identische Klausel wie § 246 Abs.1 StGB aufweist, heran. In § 248b Abs.3 StGB heiße es, dass „die Tat“ nur auf Antrag verfolgt werde. „Die Tat“ bedeute dort sicherlich nicht, dass die Verfolgung eines tateinheitlich dazu begangenen Tötungsdeliktes von dem Antragserfordernis des § 248b Abs.1 StGB abhängige. „Die Tat“ im Sinne des Antragserfordernisses beziehe sich auf die Tatbestandsverwirklichung im Sinne des § 248b StGB und nicht auf alle dazu in Tateinheit stehenden Delikte. Und ebenso sei „die Tat“ im Sinne der Subsidiaritätsklausel des § 248b Abs.1 StGB als Tatbestandsverwirklichung zu verstehen. Hoyer ergänzt dies durch die Nennung verschiedenster Vorschriften, die unter „Tat“ nicht alle tateinheitlich begangenen Delikte fassen, so die §§ 17, 20, 24 Abs.1 S.1 1.Var., 32, 34, 35, 247 StGB.

⁵¹ Anmerkung *Hoyer* JR 2002, 517ff.zu Urt. des BGH v. 06.02.2002 – 1 StR 513 / 01.

⁵² *BT* – Dr 13 / 8587, S.43ff.

Auch bei der Unterschlagung sei auf die Tatbestandsverwirklichung abzustellen. Und diese bestehe in der rechtswidrigen Zueignung einer fremden beweglichen Sache. Demzufolge gelte die Subsidiaritätsklausel nur im Verhältnis zu Delikten, die das Zueignungsunrecht erfassen. Dies sei beim Totschlag nicht der Fall.

Was die Heranziehung der Klausel des § 265 StGB als Argument des *BGH* angehe, so sei festzuhalten, dass der Anwendungsbereich der Klausel bei der Unterschlagung nach dem von *Hoyer* vertretenen Verständnis weitreichender sei, so wie es der *BGH* fordere.

bb. Küpper

*Küpper*⁵³ bestätigt, dass die Grenze des möglichen Wortsinnes nicht überschritten werden dürfe.

Er stellt in seiner Anmerkung darauf ab, dass der Normzweck am Anfang einer jeden Auslegung stehe. Diesen Zweck habe der Gesetzgeber eindeutig zum Ausdruck gebracht. Der interpretationsbedürftige Begriff der „Tat“ dürfe dem Normzweck entsprechend als Zueignung ausgelegt werden. Diese Auslegung tue dem Wortlaut keine Gewalt an.

Die Möglichkeit des Gesetzgebers, sämtliche Strafnormen, die das Unrecht der Zueignung enthielten, in den Tatbestand explizit aufzunehmen, wäre gesetzestechnisch nur schwer zu bewältigen gewesen.

Schließlich fügt *Küpper* an, die zulässige Auslegung, dass nur diese Normen vorrangig seien, entspreche dem Grundgedanken der Subsidiarität.

⁵³ *Küpper* JZ 2002, 1115ff.

cc. Duttge / Sotelsek

*Duttge / Sotelsek*⁵⁴ argumentieren anhand von Art. 103 Abs.2 GG. Sie kritisieren, dass der *BGH* gegen die gesetzlich nicht geregelten Formen der Gesetzeseinheit nichts auszusetzen habe. Das Bestimmtheitsgebot als Ausfluss von Art. 103 Abs.2 GG ignoriere er insofern. Bei Betrachtung der Subsidiaritätsklausel hingegen handhabe der *BGH* das ebenfalls aus Art. 103 Abs.2 GG abzuleitende Analogieverbot streng. Der *BGH* wende damit Art. 103 Abs.2 GG innerhalb der Regelungsmaterie Gesetzeseinheit in unterschiedlichem Maßstab an.

Duttge / Sotelsek werfen die Frage auf, warum der *BGH* mit Nachdruck eine abweichende Auslegung als verfassungswidrig bezeichne, wenn sich in den Rechtsfolgen die Differenz zur Tateinheit „nahezu auf Null reduziert“?⁵⁵ Die Annahme eines Verstoßes gegen das Analogieverbot, denn diese schütze nur vor Analogien zulasten des Täters, erscheine im Hinblick auf den fehlenden Unterschied in den Rechtsfolgen zweifelhaft.

Der *BGH* argumentiere mittels des Analogieverbotes, sehe sich in ständiger Rechtssprechung aber nicht daran gehindert, eine subsidiäre Strafnorm trotz ihrer Nachrangigkeit bei besonderen Nebenfolgen und höherem Mindeststrafrahmen („Sperrwirkung des mildereren Gesetzes“),⁵⁶ aber auch allgemein bei der Strafzumessung erschwerend zur Geltung zu bringen.⁵⁷ Dies sei widersprüchlich.

⁵⁴ *Duttge / Sotelsek* NJW 2002, 3756ff.

⁵⁵ *Duttge / Sotelsek* NJW 2002, 3756, 3757 zitieren hier Sch / Sch – Stree vor §§ 52ff.Rn.103.

⁵⁶ Verweis auf *BGHSt* 7, 307, 312; 8, 46, 52; 10, 312, 315.

⁵⁷ Verweis auf *BGHSt* 19, 188, 189; 27, 19; *BGH* NStZ – RR 1996, 21.

Was die Auslegung des Wortlautes „andere Vorschrift“ innerhalb der Subsidiaritätsklausel betrifft, führen *Duttge / Sotelsek* – äußerst konservativ - Beispiele aus dem Alltag an:⁵⁸ Wünsche sich eine Frau eine „andere Küche“ oder ein Mann ein „anderes Auto“, so wäre dem Anderssein eine unbestimmt unterscheidende Wertung immanent, denn es käme in der Regel nicht nur eine ganz bestimmte Küche oder ein ganz bestimmtes Auto als Wunschobjekt in Betracht. *Duttge / Sotelsek* wollen verdeutlichen, dass sämtliche anderen Küchen / Autos gemeint sein könnten, es könnten aber auch eine andere Küche im Landhausstil bzw. ein anderer Sportwagen gemeint sein.⁵⁹ Somit sei Anderssein interpretationsfähig, das Verständnis von den „anderen Vorschrift“ im Sinne der Subsidiaritätsklausel dementsprechend auch unterschiedlicher Auslegung zugänglich.

Schließlich bezeichnen die Autoren die Auslegung der „Tat“ im grammatikalischen Sinne als „Zueignung“ nahe liegend. Dies habe auch der Gesetzgeber deutlich gemacht.

dd. Otto

Otto stimmt dem *BGH* im Ergebnis zu, dass dem Wortlaut zufolge sich die Subsidiaritätsklausel auf alle Delikte mit höherer Strafdrohung beziehe.⁶⁰ Er merkt aber an, dass es wenig einleuchtend und eher sachwidrig erscheine, wenn die gleichzeitig mit einem Totschlag verwirklichte Unterschlagung in bestimmten Sachverhaltskonstellationen das Unrecht des Totschlages zum Mord qualifiziere, in anderen Fällen wegen Subsidiarität aber jegliche Bedeutung verlöre.

⁵⁸ *Duttge / Sotelsek* NJW 2002, 3756, 3758.

⁵⁹ Vgl. *Heghmanns* JuS 2003, 954, 957.

⁶⁰ Anmerkung *Otto* NStZ 2003, 87ff.zu Urt. des BGH v. 06.02.2002 – 1 StR 513 / 01.

ee. Freund / Putz

*Freund / Putz*⁶¹ widmen sich der Frage, wann eine teleologische Reduktion bzw. Analogie (zum Nachteil des Täters) verboten und wann erlaubt sei.⁶² Bei allen strafbarkeitsbegründenden Elementen sowie bei Strafbarkeitseinschränkungen, so beispielsweise für das Verständnis der Freiwilligkeit beim Rücktritt, bestünde ein Verbot. Die Subsidiaritätsklausel sei aber nicht strafbarkeitseinschränkender Natur. Bei einem Zurücktreten aufgrund von Subsidiarität erfolge nämlich kein auch nur konkludenter Teilfreispruch bezüglich der Unterschlagung, vielmehr werde der Unrechtsgehalt der Unterschlagung bei der Bestimmung der Strafe umfassend veranschlagt. Im Ergebnis werde wegen Unterschlagung strenger bestraft. Die Subsidiaritätsklausel als Konkurrenzregel lasse die materiell-rechtliche Strafbarkeit unberührt. Sie entfalte keine strafbarkeitseinschränkende Wirkung. Eine teleologische Reduktion der Subsidiaritätsklausel sei zulässig.

Auch *Freund / Putz* verstehen „die Tat“ als die Unterschlagung, die Tatbestandsverwirklichung.⁶³ „Die Unterschlagung“ müsste also in der anderen Vorschrift mit höherer Strafe bedroht sein, was voraussetze, dass „die Unterschlagung“ im anderen Straftatbestand enthalten sei. Dies sei bei § 212 Abs.1 StGB offensichtlich nicht der Fall.

Unzulässig sei es jedenfalls, wenn man, wie der *BGH*, die Strafbarkeit wegen Unterschlagung bei gleichzeitigem Totschlag als gesperrt ansehe, bei der Strafzumessung die Unterschlagung aber wieder berücksichtige. Ein solches Vorgehen verstoße gegen Art. 103 Abs.2 GG.

⁶¹ *Freund / Putz* NStZ 2003, 242ff.

⁶² *Freund / Putz* NStZ 2003, 242, 244ff.

⁶³ *Freund / Putz* NStZ 2003, 242, 245.

b. Sachwidrigkeit der Anwendung der Subsidiaritätsklausel auf Nichtvermögensdelikte

Bezeichnend ist, dass der *BGH* selbst in seiner bereits oben angesprochenen grundsätzlichen Entscheidung die Anwendung der Subsidiaritätsklausel im Verhältnis zum Nichtvermögensdelikt des Totschlages für sachwidrig erachtet hat.⁶⁴ Er hat erwogen, die Klausel nicht anzuwenden, da es sich beim Totschlag nicht um ein Zueignungsdelikt handele. Der *BGH* stellt die Frage, ob die Nichtanwendung der Subsidiaritätsklausel nicht zweckmäßiger sei, in den Raum. Dabei wird deutlich, dass er eine Nichtanwendung grundsätzlich befürwortet, sich aber wegen des Wortlautes der Klausel daran gehindert sieht.

Im Vordergrund der Argumentation, warum es der klarstellenden Funktion der Idealkonkurrenz im Verhältnis Unterschlagung / Nichtvermögensdelikt bedarf, steht der Unterschied im geschützten Rechtsgut. Der Erfolgsunwert der Unterschlagung würde bei einer Bestrafung nur wegen des Nichtvermögensdeliktes nicht deutlich werden. Hierzu folgender Fall:

T nimmt sich eigenmächtig das Auto des F, um eine Spritztour zu unternehmen. Als er das Handschuhfach inspiziert, sieht er dort den Fahrzeugbrief liegen. T beschließt, das Auto beim nächsten Gebrauchtwagenhändler zu verkaufen und den Erlös zu behalten. Dazu ändert er die Daten im Fahrzeugbrief auf seine Person hin ab.

T hat gemäß § 267 Abs.1 StGB eine echte Urkunde verfälscht. Durch dieselbe Handlung spiegelt sich die Eigenbesitzbegründung des T objektiv wider. Er hat das Auto unter-

⁶⁴ *BGH* NJW 2002, 2188.

schlagen. Durch das Delikt der Urkundenfälschung soll die Sicherheit und Zuverlässigkeit des Rechtsverkehrs geschützt werden.⁶⁵ Einen Vermögensschutz bezweckt der Tatbestand gerade nicht. Der Erfolgswert unterscheidet sich. Durch die Unterschlagung wird das Eigentum von F geschädigt. Die Urkundenfälschung hingegen bedroht den Rechtsverkehr. Eine Interferenz als Kennzeichen für Subsidiarität ist nicht gegeben. Aufgrund der Verschiedenheit der Rechtsgutsträger kann von einer Identität des Verletzten nicht die Rede sein. Eine solche kann auch niemals im Verhältnis von Unterschlagung und Urkundenfälschung auftreten, da der Rechtsverkehr nicht Eigentümer einer Sache sein kann.

Die Unterscheidung im Unrechtsgehalt hinsichtlich des Erfolges gilt gegenüber sämtlichen Nichtvermögensdelikten.

Ähnliches gilt für den Handlungswert. Die Tathandlung Zueignung weist keine Gemeinsamkeiten mit einer Körperverletzung oder einer Tötung auf.

Der *BGH* führt in anderem Zusammenhang die Gründe für die Ablehnung von Subsidiarität selber an. Was das Verhältnis eines Vermögensdeliktes zu einer Tötung betrifft, so stimmt er der Tatsache zu, dass wegen unterschiedlichem Unrechtsgehaltes Tateinheit anzunehmen sei. Im Verhältnis von § 211 StGB zu § 251 StGB erkennt er dies ausdrücklich an. Zunächst definiert der *BGH*, dass Gesetzeseinheit nur dann vorläge, „wenn der Unrechtsgehalt ... erschöpfend erfasst wird. Maßgebend für die Beurteilung sind die Rechtsgüter Die Verletzung des durch den einen Straftatbestand geschützten Rechtsguts muss eine ... regelmäßige Erscheinungsform des anderen Tatbestandes sein.“ Dann setzt er

⁶⁵ *BGHSt* 2, 50, 52; 9, 44, 45; *Freund JuS* 1993, 731.

dies um: „Ob dabei allein der Umstand, dass der Tatbestand des § 211 StGB die gewaltsame Wegnahme in Zueignungsabsicht nach § 251 StGB nicht erfasst, die Annahme von Tateinheit rechtfertigt, ... , kann dahinstehen. Jedenfalls enthält § 251 StGB spezifisches Unrecht, das bei der Annahme von Gesetzeseinheit ... nicht erfasst wird.“

Nichts anderes hat im Verhältnis zur Unterschlagung zu gelten.

c. Rechtmäßigkeit des Ausschlusses von Nichtvermögensdelikten aus dem Anwendungsbereich der Subsidiaritätsklausel

Einige der Argumente, die für eine Beschränkung des Anwendungsbereiches ins Feld geführt worden sind, greifen nicht. Insbesondere *Heghmanns* hat sich dezidiert mit einem Großteil der Argumente auseinandergesetzt und diese auf ihre Einschlägigkeit hin untersucht.⁶⁶ Er wendet sich gegen die Ansicht, dass überhaupt kein Verstoß gegen das Analogieverbot vorläge, da es bei der Strafzumessung keinen Unterschied mache, ob die Unterschlagung zum mit höherer Strafe bedrohten Delikt in Tateinheit stehe, oder ob die Unterschlagung zurücktrete. Straferschwerend werde die Unterschlagung in beiden Varianten ohnehin berücksichtigt. Dieses Argument ist aus zwei Gründen unzutreffend.⁶⁷ In Bezug auf das Grundsatzurteil des *BGH* zur Subsidiaritätsklausel des § 246 Abs.1 StGB ist es falsch.⁶⁸ Dort macht es konkret bei der Strafzumessung einen Unterschied, ob die Unterschlagung zurücktritt oder nicht. In der Vorinstanz zum Grundsatzurteil

⁶⁶ *Heghmanns* JuS 2003, 954ff.

⁶⁷ Vgl. *Heghmanns* JuS 2003, 954, 956.

⁶⁸ *BGH* NJW 2002, 2188.

hatte das *LG Heidelberg*, welches Tatmehrheit zwischen Totschlag und Unterschlagung angenommen hatte, in Anwendung von § 53 StGB zwei Einzelstrafen bestimmt und daraus eine Gesamtstrafe gebildet. Der *BGH* änderte den Schuldpruch dahingehend ab, dass die Unterschlagung entfiel und erkannte auf die vom *LG Heidelberg* festgesetzte Einzelstrafe wegen Totschlages. Im konkreten Einzelfall wurde die Tatsache, dass eine Unterschlagung tatbestandlich verwirklicht wurde, vom *BGH* bei der Strafzumessung nicht berücksichtigt. Aber auch der Umstand, dass der *BGH* in anderen Urteilen das zurücktretende Gesetz durchaus bei der Strafzumessung berücksichtigt,⁶⁹ spricht nicht gegen einen Verstoß gegen das Analogieverbot. Vielmehr spricht dieser Umstand allein gegen die Strafzumessungspraxis des *BGH* in diesen Urteilen. Sicher, es ist widersprüchlich, wenn der *BGH* in seinem Grundsatzurteil auf einen Verstoß gegen Art. 103 Abs.2 GG abstellt, ein Unterschied in der Strafzumessung zu Lasten des Angeklagten sich in anderen Urteilen hingegen regelmäßig nicht wieder findet. Aber die Begründungskette „Urteil A ist fehlerhaft, denn die dort vorgetragene Argumentation steht im Widerspruch zu den Ergebnissen der Urteile B bis Z“ ist unzulässig, wenn die Ergebnisse der Urteile B bis Z aus anderem Grund, vorliegend der fragwürdigen Strafzumessungspraxis, fehlerhaft sind.

Auf ähnlichem Wege lässt sich gegen das Argument, eine teleologische Reduktion bezüglich der Subsidiaritätsklausel sei zulässig, da die Klausel keine strafbarkeitseinschränkende Funktion habe, vorgehen. Im Ergebnis ist es richtig, dass bei fehlender strafbegründender oder strafbarkeitseinschrän-

⁶⁹ Vgl. *BGHSt* 1, 152, 155; 6, 25, 27; 19, 188, 189; *BGH* NStZ – RR 1996, 20, 21.

der Wirkung eine teleologische Reduktion möglich ist. Vorliegend stützt sich diese Sichtweise hinsichtlich der Subsidiaritätsklausel aber darauf, dass das zurücktretende Gesetz bei der Strafzumessung vom *BGH* berücksichtigt werde, so wie es auch bei Tateinheit der Fall wäre. Es wird also auch hier anhand der Strafzumessungspraxis des *BGH* argumentiert, ohne zu berücksichtigen, dass diese aus einem anderen Gesichtspunkt heraus fehlerhaft ist.

Gegen die vorgebrachten Alltagsbeispiele von *Duttge / Sotelsek*, dass der Wunsch nach einem *anderen* Auto / einer *anderen* Küche unterschiedliche Bedeutung haben könne, dies auch für die „*andere* Vorschrift“ im Sinne der Subsidiaritätsklausel gelte und diese somit offen für Interpretationen sei, hat sich bereits *Heghmanns* zutreffend gewandt.⁷⁰ Die Beispiele sind nicht auf die Auslegung des Normtextes des § 246 Abs.1 StGB übertragbar. Der Empfängerhorizont von Normadressat einerseits und Empfänger des Wunsches nach einem anderen Auto / einer anderen Küche andererseits divergiert. Die Abweichung beruht auf der Art der Kommunikationsbeziehung. Diese ist zwischen Wünschendem und Wunschempfänger intensiverer Natur, so dass ein gewisses Vorverständnis über den Sinn dessen, was geäußert wird, besteht. Wenn innerhalb der Kommunikationsbeziehung die Rede von etwas anderem ist, so ist dies interpretationsfähig. Eine solche intensive Kommunikationsbeziehung zwischen Gesetzgeber und Normadressaten besteht nicht. Unter „*andere* Vorschrift“ ist *jede andere* Vorschrift, die die weiteren normierten Voraussetzungen erfüllt, zu verstehen.

⁷⁰ *Heghmanns* JuS 2003, 954, 957ff.

Andere Argumente entpuppen sich als Hilfsargumente. So ist die Intention des Gesetzgebers, dass die Unterschlagung hinter Vermögensdelikten zurücktreten soll,⁷¹ eindeutig in der Gesetzesbegründung formuliert, sie findet sich aber nicht explizit im Normtext wieder. Die Intention ist bei der Auslegung zu berücksichtigen. Sie ist aber nur ein Teilaspekt der Auslegung, bei der der Wortlaut den gewichtigsten Aspekt bildet.⁷² Auch der zutreffende Aspekt, dass auch bei einschränkendem Verständnis der Klausel ihr Anwendungsbereich weiter als der in § 265 StGB ist, vermag das Wortlautargument nicht zu Fall zu bringen, sondern kann nur als unterstützender Gesichtspunkt für ein noch anderweitig zu begründendes Ergebnis herangezogen werden.

Dass eine auf Vermögensdelikte beschränkte Anwendung der Subsidiaritätsklausel dem Grundgedanken der Subsidiarität entspricht, stellt sich als ergebnisorientierte, zu begrüßende Sichtweise, nicht aber als Begründung dar.

Eine überzeugende, vom Wortlaut ausgehende und mit ihm einhergehende Begründung lässt sich finden, wenn man das Augenmerk auf den Teil „die Tat“ der Klausel richtet. *Heghmanns* führt gegen *Hoyers* Vergleich mit beispielsweise dem Antragserfordernis bei § 248b StGB und den Rücktrittsvorschriften, wo unter Tat die Verwirklichung bzw. der Versuch eines konkreten Deliktes zu verstehen ist, an, dass die Beispiele solche sind, „in welchen selbst der juristische Laie an der Richtigkeit einer Auffassung zweifeln müsste, die Antragserfordernis und Rücktrittswirkung über den jeweils betroffenen Tatbestand bzw. Versuch hinaus erstreckte und damit zu einem völlig ungewöhnlichen Ergebnis käme. Einen

⁷¹ BT – Dr 13 / 8587 S.43ff.

⁷² Vgl. *Larenz* Methodenlehre 3. Aufl. 1995 S.141ff.

solchen Fall stellt § 246 nicht dar, und von dem Unterschlagungstäter kann wiederum nicht verlangt werden, dass er eine gedankliche Brücke von Versuchs- und Antragsregeln zur Unterschlagung schlägt.“⁷³ Diese Aussage ist nachvollziehbar. Was vom juristischen Laien, auf dessen Empfängerhorizont abzustellen ist, erwartet werden kann, ist aber, dass er eine Wortbedeutung dort ermittelt, wo sie ihm mitgeteilt wird. Im Allgemeinen Teil des StGB findet der Laie im Ersten Abschnitt unter dem Zweiten Titel den § 11 StGB und innerhalb des Absatzes 1 die Nr.5.

Dort heißt es:

§ 11 Personen- und Sachbegriffe

(1) Im Sinne dieses Gesetzes ist

...

Nr.5 rechtswidrige Tat:

Nur eine solche, die den Tatbestand eines Gesetzes verwirklicht.

...

Dort steht explizit, dass unter Tat die Tatbestandsverwirklichung zu verstehen ist. Um diese Vorschrift zu finden, bedarf es auch keines Brückenschlages seitens des Laien. Im Inhaltsverzeichnis zum StGB steht sie im mit *Sprachgebrauch* bezeichneten Titel. Die gesetzliche Überschrift des Paragraphen lautet *Personen- und Sachbegriffe*. Wo, wenn nicht dort, ist vom Laien ein Nachschauen zu erwarten und auch zu verlangen? Dass der Laie eine Bedeutung dort nachschlägt, wo sich Definitionen finden, ist zumutbar und für den Empfängerhorizont zu berücksichtigen. Es bedarf also nicht

⁷³ *Heghmanns* JuS 2003, 954, 957.

der Rücktritts- und Antragserfordernisregelungen, um die Bedeutung von „Tat“ zu erfahren. „Die Tat“ im Sinne des § 246 Abs.1 StGB bedeutet „Tatbestandsverwirklichung“, das heißt „die Unterschlagung“.⁷⁴ Die Subsidiaritätsklausel ist so zu lesen: „... wenn die Unterschlagung nicht in anderer Vorschrift mit schwererer Strafe bedroht ist“. Dieses sich aus dem Gesetz ergebende Verständnis der Klausel führt zu dem Schluss, dass die Unterschlagung nur hinter Vermögensdelikten zurücktritt. Denn sie beinhalten das Unrecht der Unterschlagung und bedrohen damit quasi immanent die Unterschlagung mit Strafe, so wie es die Klausel voraussetzt. Die Auslegung ist entgegen der Ansicht des *BGH* sehr wohl mit dem Wortlaut vereinbar. Unter Berücksichtigung der Definitionswirkung des § 11 Abs.1 Nr.5 StGB, vgl. Art 1 Abs.1 EGStGB⁷⁵, drängt sich eine „einschränkende“ Auslegung sogar auf. Inhaltlich kommt die Subsidiaritätsklausel des § 246 Abs.1 StGB nur im Verhältnis zu Vermögensdelikten zur Anwendung.

⁷⁴ *Freund / Putz* NStZ 2003, 242, 245 nennen § 11 Abs.1 Nr.5 StGB als im Zusammenhang bemerkenswerte Norm; *Duttge / Sotelsek* NJW 2002, 3756, 3758 mittels grammatikalischer Auslegung und *Hoyer* JR 2002, 517, 518 mittels dargestellter Begründung gelangen im Ergebnis ebenfalls zu einem Verständnis der „Tat“ als „Tatbestandsverwirklichung“, „Unterschlagung“ oder auch „Zueignung“.

⁷⁵ Artikel 1 Geltung des Allgemeinen Teils

(1) Die Vorschriften des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches gelten für das bei seinem Inkrafttreten bestehende und das zukünftige Bundesrecht, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt.

Überlegung de lege ferenda

Sinnvoll wäre es, die Klausel aus dem Normtext zu entfernen. Das Zurücktreten der Unterschlagung ergibt sich im Verhältnis im Verhältnis zu den übrigen Vermögensdelikten aufgrund von konkludenter Subsidiarität.

Ergebnisse

1. Zur Subsidiaritätsklausel

a. Die Subsidiaritätsklausel ist überflüssig. Die Konkurrenz zu anderen Delikten löst sich mit entsprechendem Ergebnis bereits anhand allgemeiner konkurrenzrechtlicher Grundsätze.

b. „Die Tat“ im Sinne der Subsidiaritätsklausel ist in zeitlicher Hinsicht materiell-rechtlich zu verstehen. Das Eingreifen der Klausel ist auf Fälle der (scheinbaren) Idealkonkurrenz begrenzt.

c. Die abstrakten Strafraumen der rechtswidrig und schuldhaft verwirklichten Delikte sind gegenüber zu stellen. Ist der Strafraumen des verdrängenden Gesetzes höher, so tritt die Unterschlagung zurück.

d. Die Subsidiaritätsklausel gilt auch für die veruntreuende Unterschlagung. Der Verweis auf § 246 Abs. 1 StGB umfasst die Subsidiaritätsklausel.

e. Unter dem Gesichtspunkt der Klarstellungsfunktion der Idealkonkurrenz sprechen folgende Aspekte gegen Subsidiarität:

- Ausschöpfungsgebot
- keine Identität der Verletzten
- Generalpräventive Aspekte

f. Formelle Subsidiarität der einfachen Unterschlagung:

„Die Tat“ als Bestandteil der Subsidiaritätsklausel ist im Sinne des § 11 Abs.1 Nr.5 StGB als „Tatbestandsverwirklichung“, das heißt als „die Unterschlagung“ zu verstehen. Das Unrecht „der Unterschlagung“ findet sich nur in Vermögensdelikten wieder. Die Subsidiaritätsklausel findet nur im Verhältnis zu Vermögensdelikten Anwendung.

g. Formelle (und konkludente) Subsidiarität der veruntreuenden Unterschlagung:

Es findet sich kein Delikt, gegenüber dem die veruntreuende Unterschlagung wegen formeller Subsidiarität zurücktritt. Gegenüber der Untreue ist die veruntreuende Unterschlagung konkludent subsidiär.

2. Zur Zueignung

a. In Bezug auf den Zueignungsbegriff ist eine Aufspaltung der Zueignung in An- und Enteignung nicht notwendig.

b. Die Selbstzueignung wird durch die objektive Begründung von Eigenbesitz vollzogen.

c. Eine Drittzueignung liegt im Ergebnis dann vor, wenn der Täter dem Dritten aus eigener besitzrechtlicher Position heraus dessen objektiven Eigenbesitz verschafft.

Die Gut- oder Bösgläubigkeit des Dritten ist für die Strafbarkeit des Drittzueignenden unmaßgeblich.

d. Als Zueignungsobjekt kommt allein die Sachsubstanz in Betracht.

e. Eine Selbstzueignungsabsicht ist gegeben, wenn der Täter mit dolus directus 1. Grades objektiv Eigenbesitz begründen will.

f. Die Voraussetzung Drittzueignungsabsicht ist erfüllt, wenn der Täter mit dolus directus 1. Grades dem Dritten aus eigener besitzrechtlicher Position heraus dessen objektiven Eigenbesitz verschaffen will.