

Inhaltsverzeichnis

2.1 Allgemeines	151
2.2 Grundtatbestand Unterschlagung, § 246 I	153
2.3 Qualifikationstatbestand Veruntreuung, § 246 II	184
2.4 Subsidiaritätsklausel	189
2.5 Verfahren	201
Literatur	202

2.1 Allgemeines

2.1.1 Entstehungsgeschichte

Standort des Unterschlagungstatbestandes im Strafgesetzbuch ist seit 1871 der § 246. Am Inhalt dieser Vorschrift war seit Bestehen des StGB über ein Jahrhundert lang nichts verändert worden. Im Zuge des **6. Strafrechtsreformgesetzes** hat der Gesetzgeber das Erscheinungsbild des Tatbestandes durch Entfernung alter und Hinzufügung neuer Merkmale erheblich umgestaltet.¹ Um das Delikt Unterschlagung nach der neuen Fassung des § 246 zu verstehen und insbesondere seine Grenzen zu erkennen, wird man immer wieder einen **Blick auf die Rechtslage vor dem 1. 4. 1998** werfen und den bis dahin erzielten Erkenntnisstand der Strafrechtsdogmatik als Interpretationsrichtlinie heranziehen müssen.²

¹ Hohmann (2013), 161: „... wohl tiefsten Eingriff ...“.

² § 246 I a. F. „Wer eine fremde bewegliche Sache, die er in Besitz oder Gewahrsam hat, sich rechtswidrig zueignet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe und, wenn die Sache ihm anvertraut ist, mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“

2.1.2 Rechtsgut und Abgrenzung zum Diebstahl

Die Unterschlagung ist ein Delikt gegen das **Eigentum**. Der insoweit identischen Schutzrichtung von Unterschlagung und Diebstahl entsprechen einige Übereinstimmungen im Tatbestand.³ Der auffälligste Unterschied zwischen Diebstahl und Unterschlagung besteht darin, dass der Täter der Unterschlagung **nicht fremden Gewahrsam bricht**, sondern – im Normalfall – bereits selbst Gewahrsam an der Sache hat, bevor er seine Tat begeht.⁴ Unterschlagung wird in der Regel nicht durch Wegnahme begangen (näher dazu unten 2.2.1.3).⁵ Opfer der Unterschlagung ist typischerweise ein Eigentümer, der im Zeitpunkt der Tat keine Sachherrschaft hat. Der Täter braucht nicht in fremde Herrschaftssphäre einzudringen, um seine deliktische Zielsetzung zu verwirklichen. Daher bedarf es zur Begehung einer Unterschlagung **geringerer krimineller Energie** als zur Begehung eines Diebstahls.⁶ In der niedrigeren Strafdrohung schlägt dies sich deutlich sichtbar nieder. Oft trägt das Opfer selbst mit zu der Tat bei, indem es z. B. die Sache aus Nachlässigkeit irgendwo liegenlässt, verliert („Fundunterschlagung“) oder leichtfertig einem anderen anvertraut, ohne dessen Vertrauenswürdigkeit sorgfältig genug geprüft zu haben. Andererseits geht mit der Unterschlagung oftmals ein **Bruch schutzwürdigen Vertrauens** gegenüber dem Eigentümer einher, was beim Diebstahl rudimentär in den Regelbeispielen § 243 I 2 Nr. 4 und Nr. 5 aufscheint. Im Tatbestand der Unterschlagung hat dieser Gesichtspunkt die Funktion eines qualifizierenden Merkmals, vgl. § 246 II.⁷

2.1.3 Systematik

Die Systematik der Unterschlagung ist einfach. Es gibt einen **Grundtatbestand**, die Unterschlagung gem. § 246 I und einen **Qualifikationstatbestand**, die veruntreuende Unterschlagung oder Veruntreuung gem. § 246 II. Parallelen zu §§ 243, 244 weist die Unterschlagung ebenso wenig auf wie Privilegierungstatbestände. Anwendbar sind, wie sich aus Wortlaut und gesetzessystematischer Stellung ergibt, § 247 und § 248 a. Diese beiden Vorschriften haben dieselbe Funktion wie beim Diebstahl: Sie normieren nicht Privilegierungstatbestände, sondern stellen **Strafantragserfordernisse** auf, also Verfahrensvoraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit eine Unterschlagung strafprozessual verfolgt werden darf.

³ Fahl (2014), 382 (384).

⁴ Sinn (2002), 64 (66).

⁵ Zur Neufassung des § 246 passt diese Aussage nicht mehr, Gropp (1999), 1041 (1045).

⁶ Maiwald (1970), 209.

⁷ Maiwald (1970), 209.

2.2 Grundtatbestand Unterschlagung, § 246 I

2.2.1 Objektiver Tatbestand

2.2.1.1 Übersicht

Der objektive Tatbestand der Unterschlagung besteht aus den Merkmalen Wer (Täter), Sache, beweglich, fremd (Tatobjekt) und Zueignung (Tathandlung). Die täter- und tatobjektsbezogenen Merkmale bilden den Teil des Tatbestandes, den die Unterschlagung mit dem Diebstahl gemeinsam hat. Auch das Zueignungsmerkmal ist vom Diebstahl her bekannt. Jedoch hat es in § 246 eine andere systematische Stellung: Es gehört dem objektiven Tatbestand an und geht inhaltlich über bloße Zueignungsabsicht hinaus.⁸ Der Täter muss sich – oder einem Dritten – die Sache nicht nur zueignen wollen, sondern sie sich – oder einem Dritten – wirklich zueignen.

2.2.1.2 Fremde bewegliche Sache

2.2.1.2.1 Sache

Als eigentumsverletzendes Delikt kann sich die Unterschlagung nur auf **eigentumsfähige Objekte** – also Sachen – beziehen. Die Unterschlagung von Gegenständen, die keine Sachen sind, ist nicht möglich. Dies gilt insbesondere für Forderungen und sonstige Rechte, beispielsweise Guthaben auf einem Konto.⁹ Anders verhält es sich, wenn ein Unbefugter von dem Konto abhebt und dann das ausgezahlte Geld für eigene Zwecke verbraucht. Allerdings wird es dann an der „Fremdheit“ dieses Geldes fehlen.¹⁰ Hebt jemand unter Vorlage eines fremden Sparbuchs Geld vom Konto des Berechtigten ab, ist Gegenstand der Unterschlagung das Sparbuch, nicht das Geld.¹¹

2.2.1.2.2 Beweglich

Wie beim Diebstahl muss auch bei der Unterschlagung die Sache **beweglich** sein. Während diese Beschränkung im Rahmen des § 242 einleuchtet, weil man unbewegliche Sachen nicht „wegnehmen“ kann, ist die Ausgrenzung von Immobilien aus dem Unterschlagungstatbestand prima facie nicht zwingend. Versteht man nämlich unter „Zueignung“ ein „se ut dominum gerere“, scheint dieser Begriff durchaus auch auf Grundstücke, Gebäude und sonstige unbeweglichen Sachen anwendbar zu sein. Auf Grund des eindeutigen Gesetzeswortlautes sind aber Zueignungen in Bezug auf Grundstücke und Gebäude nicht als Unterschlagung, sondern evtl. als Hausfriedensbruch strafbar.¹² Die unterschlagene Sache braucht nicht bereits vor der Tat beweglich zu sein. Es genügt, dass sie durch die Tat, also durch die Zueignung, **beweglich gemacht** wird.¹³

⁸ Gössel (1996), § 11 Rn. 4; Rengier (2014a), § 5 Rn. 2, 19.

⁹ Tenckhoff (1984), 775 (776) Fall 1.

¹⁰ Maurach et al. (2009), § 34 Rn. 12.

¹¹ BGHSt 8, 273.

¹² Samson (1990), 5 (6).

¹³ Wessels et al. (2013c), Rn. 308.

Beispiel

Grundstückseigentümer E ist gestorben und wird von seinen beiden Söhnen A und B beerbt. Während A noch in dem Haus des E wohnt, lebt B schon seit mehreren Jahren im Ausland. Bevor B von dem Erbfall erfährt, hat A bereits einen großen Apfelbaum auf dem Grundstück abgeerntet und einen Teil des Obstes verzehrt.

Das Grundstück ist mit dem Tod des E Eigentum der aus A und B bestehenden Erbengemeinschaft geworden, §§ 1922, 2032 BGB. Gem. § 94 I 1 BGB erstreckt sich dieses Eigentum auch auf den Apfelbaum samt der an ihm hängenden Äpfel. Mit dem Pflücken der Äpfel sind diese eigenständige eigentumsfähige Sachen geworden, die gem. § 953 BGB der Erbengemeinschaft gehören. Die Äpfel sind also für A fremd. Da B keinen Mitgewahrsam an dem Grundstück hatte, woran auch § 857 BGB nichts ändert, hat A die Äpfel niemandem weggenommen. Diebstahl hat er also nicht begangen. Er hat sich die Äpfel aber zueignet und damit den objektiven Tatbestand der Unterschlagung erfüllt. Allerdings kann die Tat auf Grund mutmaßlicher Einwilligung des B oder nach § 2038 I 2 BGB gerechtfertigt sein.

2.2.1.2.3 Fremd

Die Sache muss im Zeitpunkt der Unterschlagung **fremd** sein. Das ist der Fall, wenn das Eigentum an der Sache einem anderen zusteht. Miteigentum eines anderen reicht dazu aus, der Täter kann also selbst Miteigentümer sein.¹⁴ Es genügt, dass die Sache vor der Tat fremd ist. Führt der Täter gerade durch die Tathandlung einen Eigentumsübergang auf sich selbst oder einen Dritten herbei, steht dies der Tatbestandsmäßigkeit grundsätzlich nicht entgegen. So ist etwa eine Verbindung, Vermischung oder Verarbeitung fremder Sachen eine tatbestandsmäßige Unterschlagung, obwohl diese Handlungen gem. §§ 946 ff. BGB dem Täter oder einem Dritten das Eigentum an der vormals fremden Sache verschaffen können.¹⁵

Erwirbt der Täter durch seine Tat **rechtsgeschäftlich Eigentum** an der Sache, scheidet Unterschlagung aus.¹⁶ Bringt der Täter also den Eigentümer durch Täuschung oder durch Drohung dazu, ihm die Sache zu übereignen, begeht er einen Betrug (§ 263) oder eine Erpressung (§ 253), aber keine Unterschlagung. Denn solange die Sache für den Täter noch fremd ist, fehlt es an einer Zueignung, sobald der Täter Handlungen vollzieht, die Zueignungsqualität haben, fehlt es an der Fremdheit der Sache. „Zueignung“ ist eine Handlung, mit der der Täter die Rechtsstellung des bisherigen Eigentümers leugnet. Das genaue Gegenteil ereignet sich bei einer vom Täter initiierten Übereignung nach § 929 S. 1 BGB: Indem der Täter den Eigentümer zu einer Übereignung veranlasst, bewirkt er, dass dieser von seiner Rechtsmacht als Eigentümer – ein letztes Mal – Gebrauch macht, sich also als Eigentümer „geriert“. Der Täter erkennt mit seiner Beteiligung an diesem Rechtsgeschäft die umfassende Rechtsmacht des Eigentümers über die Sache (§ 903 BGB) an. Nicht der Täter, son-

¹⁴ BGH, NJW 1954, 889; OLG Braunschweig, JR 1966, 393 (394).

¹⁵ Wessels et al. (2013c), Rn. 314.

¹⁶ Rengier (2014a), § 5 Rn. 11.

dern der bisherige Eigentümer vollzieht mit der Eigentumsübertragung eine Zueignungshandlung. Schließlich ist die Veräußerung einer Sache im eigenen Namen ja eine typische Zueignungshandlung (siehe oben 1.2.2.3.3.3). Alle darauf folgenden Handlungen des Täters mögen zwar Zueignungsqualität haben. Tatbestandsmäßig sind sie aber nicht, da die Sache inzwischen nicht mehr fremd ist.

Umstritten ist die Fremdheit der Sache beim **Tanken ohne Bezahlen** an Selbstbedienungstankstellen und beim missbräuchlichen Geldabheben mittels **Codekarte**.

Beispiele

1. T fährt mit seinem Pkw zur Tankstelle des O. An einer Zapfsäule füllt er 50 l Super bleifrei in den Tank seines Fahrzeugs. Nach Beendigung des Tankvorgangs setzt sich T sofort in seinen Wagen und fährt davon, ohne das getankte Benzin bezahlt zu haben.
2. Heiratsschwindler T hat die Codekarte der mit ihm befreundeten O in seinen Besitz und die dazugehörige Geheimnummer in Erfahrung gebracht. Mit der Karte hebt er am Geldautomaten der Sparkasse das gesamte Guthaben der O in Höhe von 5000 € ab.

Bei Fällen wie dem des **Beispiels 1** wird in Literatur und Rechtsprechung über Strafbarkeit aus §§ 263, 242 und 246 diskutiert. Gegen Diebstahl spricht, dass die Einrichtung von Zapfsäulen mit Selbstbedienung als Einverständnis des Tankstelleninhabers mit dem vom Kunden bewirkten Gewahrsamswechsel am Benzin verstanden werden kann. Allerdings steht dieses Einverständnis unter der Bedingung, dass der Kunde auch zahlungsbereit ist. Da diese Voraussetzung bei T nicht erfüllt ist, hat er das Benzin weggenommen und Diebstahl begangen. Wer jedoch die Möglichkeit eines bedingten Einverständnisses ablehnt,¹⁷ kommt zu dem Ergebnis, dass das Einfüllen des Benzins in den Tank des Pkw kein Gewahrsamsbruch und somit kein Diebstahl ist.¹⁸ Teilweise wird behauptet, dass der Tankstelleninhaber nicht nur mit dem Gewahrsamswechsel einverstanden ist, sondern darüber hinaus sogar das Benzin dem Kunden schon vor der Bezahlung nach § 929 S. 1 BGB übereigne.¹⁹ Nach dieser Auffassung ist das Benzin bereits Eigentum des Kunden, wenn dieser sich wieder hinters Steuer setzt und davonfährt. Unterschlagung scheidet unter dieser Prämisse aus. Vorzugswürdig ist hingegen die Auffassung, dass die den Eigentumsübergang gem. § 929 BGB herbeiführende Einigung zwischen Kunde und Tankstelleninhaber bzw. Tankstellenpächter erst mit dem Bezahlen des getankten Benzins an der Kasse zustande kommt.²⁰ Wer nicht bezahlt, einigt sich nicht über den Eigentumsübergang

¹⁷ Ast (2013), 305 (306); Arzt et al. (2009), § 13 Rn. 55.

¹⁸ Arzt et al. (2009), § 13 Rn. 54; Krey et al. (2012b), Rn. 221.

¹⁹ Herzberg (1983), 251; Seier (1984), 322; aA Maurach et al. (2009), § 34 Rn. 15.

²⁰ OLG Braunschweig, NStZ 2008, 402 (403); Eisele (2012b), Rn. 251; Krey et al. (2012b), Rn. 223.

und erwirbt deshalb nicht rechtsgeschäftlich Eigentum an dem Benzin.²¹ Das getankte Benzin war daher hier für T noch fremd, als er davonfuhr. Er hat sich folglich wegen Unterschlagung strafbar gemacht.²²

Die Geldabhebung am Bankomaten mit einer entwendeten Codekarte (**Beispiel 2**) wird seit 1986 jedenfalls von § 263 a erfasst, erfüllt daneben aber nach freilich sehr umstrittener Auffassung noch weitere Straftatbestände. Oben wurde bereits dargelegt, dass und warum Diebstahl bezüglich des Geldes bejaht werden kann (siehe oben 1.2.1.4.3.2). Während jedoch diese Lösung in Rechtsprechung und Literatur überwiegend abgelehnt wird, stößt der Vorschlag, das unbefugte Geldabheben als Unterschlagung zu bestrafen, durchaus auf beachtliche Zustimmung. Das von dem Automaten ausgeworfene Geld sei nämlich fremd und bleibe es in der Hand des Täters auch, da die Bank ihm kein Übereignungsangebot iSd § 929 S. 1 BGB mache. Die Bank wolle nur an den Inhaber der Codekarte Geld übereignen.²³ Diese Auffassung ist zutreffend, allerdings dahingehend zu ergänzen, dass die Bank dem Unbefugten auch den Gewahrsam nicht überträgt und aus diesem Grund Diebstahl am Geld vorliegt.²⁴ T hat also die Strafbarkeitsvoraussetzungen des § 246 I erfüllt, wird aber nach der hier vertretenen Meinung nicht wegen – der gegenüber Diebstahl subsidiären – Unterschlagung, sondern wegen Diebstahls bestraft.

Zur Feststellung der Fremdheit bedarf es mitunter solider Kenntnisse im **Zivilrecht**.²⁵ Dies ist insbesondere für die juristisch korrekte Beurteilung von Rechtsgeschäften erforderlich, mit denen ein Dritter das Eigentum an der Sache auf einen anderen übertragen will und an denen der Täter auf der Seite des Erwerbers mitwirkt.²⁶

Beispiel

T ist in dem Hotel des H als Kellner angestellt. Von den 120 €, mit denen der Gast G seine Zeche in bar bezahlt hat, gibt T an H nur 100 € weiter. Die restlichen 20 € steckt er in die eigene Tasche.

²¹ Die Vermischung des frisch getankten Benzins mit dem schon zuvor im Tank befindlichen und dem Kunden gehörenden Kraftstoff führt gem. §§ 947, 948 BGB zum Miteigentum an der Gesamtmenge.

²² Ast (2013), 305 (309); Lange et al. (2003), 961 (963).

²³ BGHSt 35, 152 (161); AG Hamburg, NJW 1986, 945 (946); Arzt et al. (2009), § 15 Rn. 16; aA Schmitt et al. (1988), 364.

²⁴ AG Hamburg, NJW 1986, 945 (947); Mitsch (1994), 877 (879).

²⁵ Hier – wie bei allen Eigentums- und Vermögensdelikten – gilt also, worauf Krack et al. (1995), 17 im Zusammenhang mit einem Problem des § 263 hinweisen: „Ohne eine sorgfältige Klärung der zivilrechtlichen Fragen lässt sich aber eine sachgerechte strafrechtliche Lösung nur schwer vorstellen.“ Kritisch zur Zivilrechtsabhängigkeit des Unterschlagungstatbestandes Baumann (1956), 522 ff.

²⁶ OLG Düsseldorf, NSStZ-RR 1999, 41 (42).

T hat die eingesteckten 20 € unterschlagen, wenn diese für ihn fremd waren. Das hängt davon ab, ob der ursprüngliche Eigentümer G mit der Bezahlung des Geldes dem H oder dem T übereignet hat. G hatte gewiss nicht die Vorstellung, mit seinem Restaurantbesuch in rechtliche Beziehungen zu T zu treten. Vielmehr wollte er nur mit H einen Bewirtungsvertrag abschließen und allein diesem gegenüber eine Zahlungsverpflichtung eingehen und erfüllen. Mit der Übergabe des Geldes an T machte G also ein Übereignungsangebot iSd § 929 S. 1 BGB, das nicht an T, sondern an H gerichtet war. Hinsichtlich der Einigung zwischen G und H fungierte T als Bote oder Vertreter des H, hinsichtlich der Übergabe als Besizdiener des H, § 855 BGB. Ein etwaiger Wille des T, nicht für H, sondern im eigenen Namen zu handeln und selbst Eigentum an dem Geld zu erwerben, ist gem. § 116 S. 1 BGB unbeachtlich²⁷. Als T das Geld von G in Empfang nahm, erlangte H das Eigentum daran. Folglich gehörten die 20 € bereits dem H, als T sie in seine eigene Tasche steckte.²⁸

Noch schwieriger ist die unvermeidliche Beantwortung zivilrechtlicher Vorfragen, wenn ein Tatbestand **originären Eigentumserwerbs** im Spiel ist.

Beispiel

X verkauft dem T eine Kuh, die X zuvor dem Bauern O gestohlen hat. T ist zu diesem Zeitpunkt gutgläubig. Einige Wochen danach bringt die Kuh ein Kalb zur Welt. O hat inzwischen von den Taten des X erfahren und sich sofort an den T gewandt. Unter wahrheitsgemäßer Schilderung der gesamten Vorgänge verlangt O von T Kuh und Kalb heraus. T ist aber nur zur Herausgabe der Kuh bereit. Das Kalb schlachtet er, bevor O gerichtliche Schritte gegen ihn unternehmen kann.

Die Schlachtung des Kalbes könnte eine „Zueignung“ iSd § 246 I sein. Fraglich ist aber, ob das Kalb eine fremde Sache – nämlich Eigentum des O – ist. Nach § 953 BGB wäre O mit der Geburt des Kalbes Eigentümer geworden, wenn dem nicht § 955 I BGB entgegenstünde. Diese Vorschrift weist dem T das Eigentum an dem Kalb zu, da er im Zeitpunkt der Geburt noch in gutem Glauben war. Letztlich hängt die Bestimmung des Eigentümers von der umstrittenen Anwendbarkeit des § 935 BGB im Rahmen des § 955 BGB ab. War die Kuh zur Zeit des Diebstahls bereits trächtig, wird man nicht nur den Eigentumserwerb bezüglich der Kuh gem. § 932 BGB, sondern auch den Eigentumserwerb bezüglich des Kalbes gem. § 955 I BGB an § 935 I BGB scheitern lassen müssen. Nach dieser Auffassung war das Kalb tatsächlich eine für T fremde Sache.

Die zivilrechtliche Vorprägung des strafrechtlichen Fremdheitsbegriff hat zur Folge, dass der Unterschlagungstatbestand auch Sonderformen des Eigentums wie den

²⁷ RGSt 30, 88 (91); BGHSt 14, 38 (44); OLG Köln, NJW 1963, 1992.

²⁸ OLG Düsseldorf, NJW 1992, 60; Gribbohm (1963), 106.

Eigentumsvorbehalt²⁹ und das **Sicherungseigentum** erfasst.³⁰ Da bei letzterem das Sicherungsgut typischerweise im Alleingewahrsam des Sicherungsgebers – für den die Sache fremd ist³¹ – verbleibt, fällt dessen treuwidriges Hantieren mit der Sache nicht unter § 242. Möglich ist aber Strafbarkeit wegen Unterschlagung.

Während eine rechtsgeschäftliche Mitwirkung des Eigentümers beim Tatvollzug eine Übereignungswirkung haben kann, die bereits die Strafbarkeitsbegründung in Frage stellt, steht eine nachträgliche Aufhebung der Strafbarkeit zur Diskussion, wenn der Eigentümer durch ein Rechtsgeschäft nach der Tat einen Eigentümerwechsel herbeiführt. Einhelliger Ansicht nach kann Unterschlagung durch unbefugtes rechtsgeschäftliches Handeln begangen werden. Die **Verfügung eines Nichtberechtigten** im eigenen Namen ist ein anerkannter Fall der „Zueignung“ (näher dazu unten 2.2.1.4.2). Zivilrechtlich sind derartige Verfügungen unwirksam, sofern sie nicht mit Einwilligung des Berechtigten vollzogen werden, § 185 I BGB. Eine ohne Einwilligung vorgenommene Übereignung iSd § 929 S. 1 BGB führt also keinen Eigentumsübergang herbei. Die zunächst unwirksame Verfügung kann jedoch durch Genehmigung des Berechtigten nachträglich wirksam werden, § 185 II 1 Alt. 1 BGB. Mit der Genehmigung verliert der Berechtigte sein Eigentum, dieses geht auf den Verfügungspartner des Nichtberechtigten über. Während die mit Einwilligung des Berechtigten vorgenommene Verfügung gerechtfertigt und aus diesem Grund nicht strafbar ist, wird der nachträglichen Genehmigung strafrechtliche Relevanz überwiegend abgesprochen.³²

Beispiel

T hat von O ein Motorrad geliehen. Als X dem T erklärt, dass er die Maschine gern für 5000 € kaufen möchte, wird T schwach und nimmt das Angebot an. X weiß, dass T nicht der Eigentümer des Motorrads ist. Kurz darauf erfährt O von der Tat des T. Da O sein Motorrad ohnehin verkaufen wollte und sich einen so hohen Kaufpreis, wie T ihn erzielt hat, gar nicht erhofft hatte, erklärt er dem T, dass er den Verkauf an X genehmige. Gleichzeitig verlangt O von T Herausgabe der 5000 €, die T von X bekommen hat.

Das Geschäft zwischen T und X hat an dem Eigentum des O nichts geändert. Da X bösgläubig war, konnte er nicht nach § 932 BGB Eigentümer werden. Mit der Genehmigung des O wurde die Übereignung aber wirksam, d. h. X erlangte damit das Eigentum an dem Motorrad, § 185 II 1 Alt. 1 BGB. Zugleich wurde O Inhaber eines Anspruchs gegen T auf Herausgabe der 5000 €, § 816 I 1 BGB. Strafrechtlich ist die Veräußerung des Motorrads durch T eine Unterschlagung. Die nachträgliche Genehmigung der Tat durch O beseitigt die Rechtswidrigkeit

²⁹ BGH, NJW 1970, 1753 (1754); Arzt et al. (2009), § 15 Rn. 5.

³⁰ RGSt 61, 65 (66); BGHSt 1, 262; 5, 61 (62); 34, 309; BGH, NJW 1987, 2242 (2243); BGH, wistra 2007, 18 (20); OLG Celle, NJW 1974, 2326 (2327); Hauck (2008), 241 (244).

³¹ RGSt 61, 65 (66).

³² Schönke et al. (2014), § 246 Rn. 22.

nicht.³³ Ein Widerspruch zu der zivilrechtlichen Bewertung des Falles kann darin nicht gesehen werden.³⁴ Zwar wird T wegen eines Eigentumsdelikts bestraft, obwohl O sich im Zeitpunkt der Verhandlung über die Tat gar nicht mehr als verletzter Eigentümer betrachtet. Jedoch bezieht sich die strafrechtliche Beurteilung der Tat als Unterschlagung nur auf die Vorgänge bis zur Übergabe des Motorrads an X. Das Geschehen danach hat auf die Strafbarkeit keinen Einfluss mehr. Auch wenn T oder X den O beerbt hätte, bliebe die Strafbarkeit des T aus § 246 unberührt, obwohl nunmehr X Eigentümer des Motorrads wäre, vgl. §§ 185 II 1 Alt. 2, 1922 BGB. Das materielle Strafrecht erkennt grundsätzlich³⁵ Ereignisse nach vollendeter Tat und damit auch die nachträgliche Genehmigung des betroffenen Rechtsgutsinhabers nicht als Strafbarkeitsausschlussgrund an. Dieser Umstand kann also nur sanktionen- oder strafverfahrensrechtlich (vgl. §§ 153, 153 a StPO) berücksichtigt werden.

Im Falle einer – seit 1. 4. 1998 tatbestandsmäßigen – **Drittzueignung** muss die Sache für den Täter und den Dritten fremd sein. Gehört die Sache dem Dritten, dem der Täter sie zueignen will, ist sie zwar für den Täter fremd, taugt zur Tatbestandserfüllung aber gleichwohl nicht, weil sie dem Dritten nicht zugeeignet werden kann. Eine Zueignung ist nur zugunsten einer Person möglich, die noch nicht Eigentümer(in) der Sache ist.

2.2.1.3 Gewahrsamsverhältnisse

2.2.1.3.1 Bedeutung des Gewahrsams nach dem 6. StrRG

Wie oben (2.1.1) bereits dargelegt wurde, hatte § 246 vor dem 1. 4. 1998 eine andere Gestalt. Das 6. StrRG hat den objektiven Tatbestand vor allem dadurch stark verändert, dass es das frühere Merkmal „die er in Besitz oder Gewahrsam hat“ aus dem Gesetzestext entfernte.³⁶ Nach der neuen Fassung des Tatbestandes **scheint es also auf die Gewahrsams- bzw. Besitzlage im Zeitpunkt der Tat nicht mehr anzukommen**.³⁷ Die Sache kann danach im Gewahrsam des Täters oder eines Dritten stehen. Sie kann aber auch gewahrsamslos sein³⁸ oder sich im Gewahrsam der Person befinden, gegen die sich die Tat richtet (Eigentümer, bisheriger Gewahrsamsinhaber). Das Gesetz verlangt auch nicht, dass der Täter selbst jemals Gewahrsam an der Sache gehabt hat oder wenigstens durch seine Tat erlangt. Seine Tat kann sich also auf eine Sache beziehen, die er zu keiner Zeit in tatsächlicher Herrschaftsgewalt gehabt hat.³⁹ Es hat nach dem neuen Gesetzestext sogar den Anschein, dass

³³ Baumann et al. (2003), § 17 Rn. 105.

³⁴ So aber Weber (1981), 133 (143).

³⁵ Eine Ausnahme ist z. B. § 306 e StGB.

³⁶ Hohmann (2013), 161.

³⁷ Hörnle (1998), 169 (170).

³⁸ Zur Fundunterschlagung vgl. Duttge et al. (1998), 884 (891).

³⁹ Eindrucksvoll krass das Beispiel der telefonischen Fahrrad-Schenkung bei Sander et al. (1998), 273 (276), deren aus § 246 n. F. ableitbare Qualifikation als Unterschlagung die Autoren zu Recht ein „befremdliches Ergebnis“ nennen; ebenso Duttge et al. (1998), 884 (909); Fahl (2014), 382

die Erfüllung des Unterschlagungstatbestandes nicht einmal einen Gewahrsamsverlust des bisherigen Herrschaftsinhabers voraussetzt, dass es also möglich ist, Unterschlagung zu begehen, ohne die Sache dem Eigentümer zu entziehen.

Infolge der Beseitigung des Gewahrsamsmerkmals ist der Gesetzestext **zu weit** geraten und muss durch **restriktive Auslegung** auf ein vernünftiges Maß zurückgeführt werden.⁴⁰ Dem Gesetzgeber ging es nur um die Bereinigung eines einzigen mit dem Gewahrsamsmerkmal zusammenhängenden Tatbestandsproblems. Eine Strafbarkeitsausdehnung, wie sie die Eliminierung des Gewahrsamsaspekts zur Folge hat, war nicht beabsichtigt. Als Anknüpfungspunkt für eine einschränkende Auslegung kommt mangels besser geeigneter Alternativen im Gesetzestext nur noch das Tatbestandsmerkmal „Zueignung“ in Frage.⁴¹ Bei dem Bemühen um eine Konturierung des Tatbestandes wird man nicht umhin kommen, **sich am früheren Gesetzestext zu orientieren und das ehemalige Gewahrsams/Besitz-Merkmal in den neuen Tatbestand – genauer gesagt: in das Tatbestandsmerkmal „Zueignung“⁴² – „hineinzudenken“⁴³**. Aus diesem Grund werden hier die „Gewahrsamsverhältnisse“ wie ein eigenständiges Tatbestandsmerkmal vor der „Zueignung“ erörtert, obwohl sie nunmehr Subsumtionsmaterial des Zueignungsmerkmals sind.

2.2.1.3.2 Sachherrschaftsloser Eigentümer

Früher musste der Täter die Sache „in Besitz oder Gewahrsam“ haben. Damit stellte das Gesetz klar, dass nicht jedwede Anmaßung einer eigentümerähnlichen Stellung Unterschlagung ist, sondern nur eine solche, die in engem Zusammenhang mit der tatsächlichen Sachherrschaft steht. Insbesondere zeigte die Verwendung des Gewahrsamselements sowohl in § 242 als auch in § 246, dass der **Verlust der Sachherrschaft** beim bisherigen Gewahrsamsinhaber – der stets einen Verlust auch für den Eigentümer bedeutet – eine unverzichtbare (Mindest-)Voraussetzung strafwürdiger Eigentumsbeeinträchtigung ist. Unterschlagung ist also unmöglich, solange der Eigentümer selbst noch intakten Gewahrsam an der Sache hat. Daran hat sich auch nach der Neufassung des Unterschlagungstatbestandes nichts geändert.⁴⁴

Beispiel

Nach dem Tod des E hat dessen einziger Sohn O als gesetzlicher Erbe den Nachlass in Besitz genommen. Unter Berufung auf ein Testament des E erhebt T, die ehemalige Lebensgefährtin des E, gegen O Klage auf Herausgabe der Nachlassgegenstände. In dem Testament ist T von E zur Alleinerbin eingesetzt worden. E

(383); Jahn (1999), 195 (207); Otto (2003), 87 (88); Schenkewitz (2003), 17 (21). Für unbegründet hält diese Kritik Börner (2004), 215.

⁴⁰ Degener (2001), 388 (390); Eisele (2012b), Rn. 258; Kudlich (2001), 767 (768); Sander et al. (1998), 273 (276); Sinn (2002), 64.

⁴¹ Cantzler (2001), 567 (569).

⁴² Jahn (1999), 195 (214): ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal.

⁴³ Cantzler (2001), 567 (569); Kudlich (2001), 767 (768); Rengier (1998), 801 (811); dagegen Dencker (2004), 425 (429); Sinn (2002), 64 (65).

⁴⁴ Sinn (2002), 64.



<http://www.springer.com/978-3-662-44933-2>

Strafrecht, Besonderer Teil 2

Vermögensdelikte

Mitsch, W.

2015, XXIV, 948 S., Softcover

ISBN: 978-3-662-44933-2