

## § 26: Unterschlagung (§ 246 StGB)

### I. Allgemeines

Durch das 6. StrRG wurde die Anwendbarkeit erheblich ausgeweitet. Es ist kein Vorweggewahrsam mehr erforderlich (in der a.F. hieß es bis 1998: „fremde bewegliche Sache, *die er in Besitz oder Gewahrsam hat*“). Außerdem genügt nunmehr die Drittzueignung. Gegenüber Zueignungsdelikten mit höherer Strafandrohung ist § 246 StGB nach der neuen Fassung formell subsidiär.

Ausweislich der Gesetzesbegründung sollten Strafbarkeitslücken geschlossen und Auslegungsprobleme beseitigt werden.

Die neue Weite wurde aber mit etlichen neuen Auslegungsproblemen erkauft.

Die Unterschlagung ist im Verhältnis zu den anderen Zueignungsdelikten ein Auffangtatbestand.

Das Rechtsgut des § 246 StGB ist das Eigentum.

## II. Tatbestand

### 1. Tatobjekt: Fremde bewegliche Sache

Wie bei § 242 StGB (dazu KK 226 ff.). Das Tatobjekt muss individuell bestimmt sein. Bei Sachgesamtheiten (z.B. einem Lager voller Steine) ist vor Aussonderung einzelner Teile daher keine (auch keine versuchte) Unterschlagung möglich (*Rengier* BT I § 5 Rn. 10).

### 2. Tathandlung: Sich oder einem Dritten rechtswidrig zueignen

Zueignung bedeutet – wie bei § 242 StGB – vorübergehende Aneignung und dauerhafte Enteignung.

Während beim Diebstahl die **Zueignung** jedoch nur angestrebt werden muss (Delikt mit überschießender In-  
tentendenz), ist diese bei der Unterschlagung ein **objektives Tatbestandsmerkmal** und verlangt einen Ent-  
eignungs- und einen Aneignungserfolg (LK/*Vogel* § 246 Rn. 28).

Wenn aber § 246 StGB einen **dauerhaften Enteignungserfolg verlangt** (Bsp.: Wer ein geliehenes Buch nicht  
zurückgibt, kann dieses wegen Bösgläubigkeit nicht ersitzen, vgl. § 937 II BGB), soll die Unterschlagung dann  
erst mit dem Tod des Eigentümers vollendet sein (vgl. *Rengier* BT I § 5 Rn. 20)? Diese absurde Konsequenz  
wird indes auch nicht von den objektiven Theorien vertreten; dazu unten KK 323 f..

**Dem widerspricht die h.M.** und verlangt im objektiven Tatbestand lediglich eine Handlung, durch die der Tä-  
ter seinen **Zueignungswillen manifestiert (sog. Manifestationstheorie; z.B. BGHSt 24, 115, 119; Rengier** BT I  
§ 5 Rn. 23 f.). Eines dauerhaften Enteignungserfolges bedarf es demnach nicht.

Die Zueignung stellt sich nach h.M. als objektives Tatbestandsmerkmal mit subjektivem Element (Zueignungswille) dar.

### a) **subjektives Element**

→ weitgehende Übereinstimmung mit § 242 StGB; **Unterschied:** Zueignung ist objektives Tatbestandsmerkmal mit der Folge, dass auch **bzgl. der Aneignungskomponente Vorsatz genügt**.

**Bsp.:** A verschenkt eine Kiste mit Büchern an X. Darunter sind einige, von denen A nicht genau weiß, ob sie ausgeliehen sind oder ihm gehören. Er nimmt aber in Kauf, dass einige Bücher von ihm ausgeliehen wurden → § 246 StGB (+)

**Zur Vertiefung:** Verschleierung von Kassenfehlbeträgen (eingezahltes Geld wird in die Kasse gegeben, aber nicht verbucht; soll nach und nach ausgeglichen werden); vgl. *Krey/Hellmann/Heinrich* BT II Rn. 251 ff.

### b) **objektives Element der Manifestation des Zueignungswillens**

#### aa) **Manifestationstheorie**

Innerhalb der Manifestationstheorie (h.M.) ist umstritten, in welcher Form die Manifestation erfolgen muss.

- Die **sog. weite Manifestationstheorie** begnügt sich mit jedem Verhalten, durch das der Täter seinen Zueignungswillen betätigt. **Erfasst sind damit auch äußerlich neutrale Handlungen**, in denen erst ein mit dem Täterwillen vertrauter Beobachter eine Manifestation des Zueignungswillens erkennen kann (BGHSt 14, 38, 41). Beispielsweise würde es nach dieser Ansicht genügen, wenn jemand eine Fundsa-

che mit Zueignungswillen einsteckt, obwohl das gleiche objektive Verhalten auch ein Finder an den Tag legen würde, der die Sache dem Eigentümer zukommen lassen will.

- Die **sog. enge Manifestationstheorie** verlangt hingegen eine **nach außen eindeutige Manifestation des Zueignungswillens**, also ein Verhalten, aufgrund dessen ein objektiver Betrachter, der um den Zueignungswillen des Täters nichts weiß, eindeutig auf den Zueignungsvorsatz schließen kann (vgl. Sch/Sch/Eser/Bosch § 246 Rn. 11). In unserem Finder-Fall könnte man dies nicht ohne Weiteres behaupten.

Anders müsste man folgenden Fall beurteilen (*Hardtung* Lehrskript Strafrecht BT §§ 242 ff. Rn. 209): T hat sich von seinem WG-Mitbewohner E ein Buch geliehen. Weil es ihm so gut gefällt, will er es für sich behalten. Um dies für jedermann deutlich zu machen, schreibt er seinen Namen auf die Innenseite des Einbandes. In diesem Moment kommt zufällig E ins Zimmer. Er sieht, was T da tut, und entreißt ihm empört das Buch.

Hier liegt ein typischer Fall der Manifestation des Zueignungswillens vor (*Rengier* BT I § 5 Rn. 24).

- ⊖ Gegen die weite, aber auch gegen die enge Manifestationstheorie spricht die durch sie vorgenommene Subjektivierung des Zueignungsbegriffs. Nach beiden Auffassungen ist der Zueignungswille (wenn auch in objektivierter Form) fallentscheidend. Dagegen formuliert § 246 StGB im Gegensatz zu § 242 StGB dezidiert objektiv.
- ⊖ § 246 StGB ist nach dem Wortlaut eindeutig ein Erfolgsdelikt, das nicht allein durch den Willen des Täters oder der Täterin vollendet werden kann.

- ⊖ Die Orientierung am Willen hat diesen Theorien den Vorwurf, lediglich Gesinnung zu bestrafen, eingehandelt (*Kargl ZStW 103 [1991], 136 passim*).
- ⊖ Die Strafbarkeit wird so weit nach vorn verlagert, dass praktisch kein Raum für ein Versuchsstadium bleibt (*MK/Hohmann § 246 Rn. 20*).
- ⊖ Eine sinnvolle Abgrenzung zu Sachbeschädigung, Sachentziehung und Gebrauchsanmaßung (die letzten beiden werden – außer in den Fällen der §§ 248b, 290 StGB – nach allgemeiner Auffassung als straflos angesehen) ist nicht möglich (*Kargl ZStW 103 [1991], 136, 141 ff. mit entsprechenden Beispielen*). Denn jede Sachbeschädigung ist eine Eigentumsanmaßung (a.a.O. S. 143), jede unbefugte Benutzung ist eine Verdrängung des Eigentümers aus seiner Herrschaftsposition (a.a.O. S. 144).

## bb) Objektive Zueignungslehre

Die sog. objektive Zueignungslehre als Gegenauffassung zur Manifestationstheorie verlangt hingegen eine **tatsächliche Zueignung**. Alles andere widerspricht dem Wortlaut (*SK/Hoyer § 246 Rn. 22; Joecks/Jäger § 246 Rn. 19*). Daher ist eine dauernde Enteignung zu fordern (*Kargl ZStW 103 [1991], 136, 163*). Es bleibt zu bestimmen, wann eine solche vorliegt. Ausgehend von §§ 225, 226 preußisches StGB von 1851 (vgl. zur damaligen Fassung *Küper/Zopfs BT Rn. 845*), der die Tathandlungen noch explizit bezeichnete und nicht auf den allgemeineren Begriff der Zueignung abstellte, soll der übergeordnete Gedanke der Zueignungsakte in der Entziehung bestimmter Möglichkeiten liegen, die die Sache dem Eigentümer ursprünglich bot. So werde dem Eigentümer einer Konzertkarte nicht mehr *dieselbe* Sache ausgehändigt, wenn sie ihm nach Besuch des Kon-

zerts von der Täterin zurückgegeben wird. Die wesentliche Funktion der Karte wurde ihr und damit dem Eigentümer entzogen. Nach der objektiven Zueignungslehre reduziert sich das Spektrum möglicher Tathandlungen auf den **Verbrauch**, d.h. die Entwertung der Sache im Sinne vollständiger Funktionsaufhebung (siehe Beispiel der Konzertkarte), die **Veräußerung** (beachte: Nach den §§ 932 ff. BGB kann das Eigentum direkt vom Eigentümer auf den Erwerber übergehen; es liegt dann ein Fall der Drittzueignung vor, *SK/Hoyer* § 246 Rn. 23) und das Herbeiführen gesetzlicher **Eigentumsübergänge** (*Kargl* ZStW 103 [1991], 136, 184). Zu beachten bei der Veräußerung ist, dass nicht bereits das Verpflichtungsgeschäft für die Vollendung genügt (so die h.M.); es liegt nur Versuch vor (*LK/Vogel* § 246 Rn. 41).

- ⊕ Eine Abgrenzung zu Versuch und Vorbereitung wird möglich.
- ⊕ Es wird eine sinnvolle Abgrenzung zu Sachbeschädigung, Sachentziehung und Gebrauchsanmaßung (die letzten beiden werden – außer in den Fällen der §§ 248b, 290 StGB – nach allgemeiner Auffassung als straflos angesehen) möglich. Nach h.M. müsste man konsequenterweise bei bloßer Gebrauchsanmaßung oder Sachentziehung ohne Werteinbuße der Sache eine Unterschlagung annehmen (vgl. *LK/Vogel* § 246 Rn. 36 ff. und oben).
- ⊕ Der Bereich der Strafbarkeit ist klar umrissen und genügt damit dem Bestimmtheitsgebot.
- ⊕ Es entstehen auch keine kriminalpolitisch „unvertretbaren“ Ergebnisse, denn es bleibt die Versuchsstrafbarkeit nach Abs. 3 (*SK/Hoyer* § 246 Rn. 22).

Nach MK/*Hohmann* § 246 Rn. 36 ff. m.w.N. soll bereits die konkrete Gefahr dauernder Enteignung genügen.

- ⊖ Die Unterschlagung würde in ein Gefährdungsdelikt umgedeutet.
- ⊖ Wann genau eine solche Gefährdung eintritt, ist schwer zu bestimmen.

### cc) **Stellungnahme**

Die besseren Argumente sprechen für die objektive Zueignungslehre (die nicht bereits auf die Enteignungsgefahr abstellt). Sie gibt dem Tatbestand der Unterschlagung eine scharf umrissene Kontur und ist in Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot vorzugswürdig. Der objektiven Formulierung des Tatbestandes entspricht es, nicht den Zueignungswillen, sondern den Zueignungserfolg (der natürlich von Vorsatz getragen sein muss) in den Vordergrund zu stellen. Das strafrechtliche Haftungssystem, das zwischen Unterschlagung, Sachbeschädigung und der bloßen Sachentziehung differenziert, wird durch diese Auffassung gewahrt und nicht – wie durch die Manifestationstheorien – verwässert. Es kommt auch nicht zu „Strafbarkeitslücken“, denn der Versuch ist nach Abs. 3 strafbar.

Trotzdem kann man dem und der Studierenden empfehlen, in der Klausursituation der engen Manifestationstheorie zu folgen. Sie wird der Lösungsskizze regelmäßig zugrunde liegen. Eine derart ausführliche Auseinandersetzung, wie sie hier vorgenommen wurde, kann in der Klausur ohnehin kaum verlangt werden (vgl. *Rengier* BT I § 5 Rn. 23).

→ Einen erweiterten Überblick des Meinungsstandes bietet auch das Problemfeld *Anforderungen an die Zueignung bei § 246 StGB*: <https://strafrecht-online.org/problemfelder/bt/246/obj-tb/zueignung/>

### Beispiele für Zueignungen (nach h.M.)

- Verbindung mit beweglichen Sachen (§ 947 BGB), Vermischung von beweglichen Sachen wie etwa Geld (§ 948 BGB), Verarbeitung (§ 950 BGB); vgl. etwa NK/*Kindhäuser* § 246 Rn. 20.
- Verzehr von Nahrungsmitteln und Verbrauch von Sachen.
- „Bestehlen“ eines Toten.
- Papierrollenfall (BGHSt 2, 317; *Rengier* BT I § 5 Rn. 38): Zurückbehalten anvertrauter Papierrollen und deren Weiterverkauf.

### c) **Drittzueignung**

Die Abgrenzung zwischen täterschaftlicher Drittzueignung und Teilnahme an der Selbstzueignung des Dritten erfolgt nach allgemeinen Teilnahmeregeln. Die erforderliche Tatherrschaft wird bei einem gutgläubigen Dritten kraft Irrtumsherrschaft vorliegen.

T hat zehn Bücher bei der Stadtbibliothek entliehen. Gegenüber seiner Freundin (F) gibt er wahrheitswidrig an, diese bei der Auflösung von Altbeständen geschenkt bekommen zu haben, und meint, sie könne eines von diesen haben. F sucht sich ein Buch aus und nimmt es mit.

**Lösung:** Selbstzueignung durch T (-): Zwar ist das Verschenken einer geliehenen Sache typische Selbstzueignungshandlung, da der Täter die Sache zunächst seinem eigenen Vermögen einverleiben muss, um sie dann einem Dritten zukommen lassen zu können. Jedoch oblag es hier der F, sich eines der Bücher auszusuchen. Mangels konkretisierten Tatobjekts kann im Schenkungsangebot des T keine Manifestation eines Selbstzu-



eignungswillens gesehen werden. Drittzueignung (+): F hat das Buch ihrem Vermögen zugeordnet und war dabei über die Rechtswidrigkeit der Zueignung im Irrtum. Dies hat T kraft überlegenen Wissens täterschaftlich bewirkt.

**d) Rechtswidrigkeit der Zueignung**

Diese ist wie bei § 242 StGB ein normatives Tatbestandsmerkmal des objektiven Tatbestandes. Sie entfällt nach gängiger Definition, wenn der Täter einen fälligen und einredefreien Anspruch auf die Übereignung dieser Sache hat.

**3. Vorsatz**

Bezüglich aller objektiven Merkmale (inkl. Rechtswidrigkeit der Zueignung); dolus eventualis reicht aus.

### III. Wiederholte Zueignung

Fall von *Hardtung* Lehrskript Strafrecht BT §§ 242 ff. Rn. 248: Kfz-Schlosser S stiehlt aus der Werkstatt seines Arbeitgebers einen Kanister mit Motoröl und stellt ihn zunächst bei sich in der Garage ab. Am nächsten Wochenende bockt er seinen Pkw auf und verwendet die Beute für den fälligen Ölwechsel.

Hat S nach dem Diebstahl auch noch eine Unterschlagung begangen?

**Beachte:** Folgt man der oben vertretenen **objektiven Zueignungslehre**, stellt sich die Frage nach der Möglichkeit einer wiederholten Zueignung nicht. Danach ist nämlich die Unterschlagung ein Erfolgsdelikt und der Erfolg kann an einem bestimmten Objekt nur einmal eintreten (MK/*Hohmann* § 246 Rn. 41).

Für die **Manifestationslehre** werden folgende Lösungen vertreten:

#### 1. Konkurrenzlösung

Nach **überwiegender Ansicht im Schrifttum** soll der hier vorangegangene Diebstahl des S (= Entwenden des Kanisters) weitere Zueignungshandlungen (= Verwenden des Öls für Ölwechsel) nicht ausschließen (vgl. Sch/Sch/*Eser/Bosch* § 246 Rn. 19; *Joecks/Jäger* Rn. 32). Bei der wiederholten Betätigung des Zueignungswillens handelt es sich tatbestandsmäßig um eine wiederholte Zueignung. Diese tritt lediglich auf Konkurrenzebene als mitbestrafte Nachtat (über die Subsidiaritätsklausel lässt sich dieses Ergebnis nicht begründen, weil nur *gleichzeitig* verwirklichte Taten erfasst sind, *Küper/Zopfs* BT Rn. 860) hinter den ersten Zueignungsakt zurück, **soG. Konkurrenzlösung**. An der mitbestraften Nachtat ist Teilnahme möglich.

## 2. Tatbestandslösung

Nach der **Rspr. und ihren Anhängern** (grundlegend BGHSt 14, 38, 43 ff.) ist bereits durch den vorangegangenen Diebstahl eine wiederholte Zueignung ausgeschlossen, **sog. Tatbestandslösung**. Ist die Sache einmal dem Vermögen des Berechtigten entzogen und in das des Täters eingeordnet, ist jeder weitere Zueignungsakt eine bloße Ausnutzung des geschaffenen Herrschaftsverhältnisses. Teilnahme ist also bei wiederholter Zueignung ausgeschlossen.

## 3. Stellungnahme

Regelmäßig kann eine Entscheidung dieses Streits dahinstehen. Denn wenn man z.B. im obigen Öl-Fall mit der h.L. eine tatbestandliche, rechtswidrige und schuldhaftige Unterschlagung bejaht wird, tritt sie als mitbestrafte Nachtat hinter dem Diebstahl zurück. Im Fallgutachten kann man sich also mit dem Hinweis begnügen, dass Tatbestands- und Konkurrenzlösung beide zur Straflosigkeit führen, und den Streit dahinstehen lassen (*Hardtung* Lehrskript Strafrecht BT §§ 242 ff. Rn. 250). Anders in folgendem **Fall** (*Hardtung* a.a.O. Rn. 251):

S erzählt seinem Nachbarn N schmunzelnd, wie er an das Öl gekommen ist, und bittet ihn, beim Ölwechsel behilflich zu sein. N ist gerne dazu bereit.

Nach der Konkurrenzlösung liegt eine vorsätzliche, rechtswidrige und damit teilnahmefähige Haupttat des S vor, so dass sich N wegen Beihilfe zur Unterschlagung strafbar gemacht hat, nicht hingegen nach der Tatbestandslösung.

So ist denn auch neben dem Eigentumsschutz, der gebietet, dass auch jede weitere Einwirkung strafrechtlich erfasst werden müsse, das Hauptargument der Konkurrenzlösung das Entstehen von Strafbarkeitslücken im Hinblick auf einen späteren Teilnehmer. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass das Teilnahmeverhalten in der Regel von den für diese Fälle einschlägigen §§ 257 ff. StGB erfasst ist. Unabhängig davon ist „Zueignung“ nach allgemeinem Verständnis ein einmaliger Vorgang und kein Dauerzustand. Ferner spricht gegen die Konkurrenzlösung auch die nicht überzeugende Konsequenz, dass bei Wiederholbarkeit der Zueignung die Verjährungsregeln faktisch außer Kraft gesetzt werden können: Mit jeder erneuten Zueignungshandlung läge eine neue Unterschlagung mit neuem Verjährungslauf vor. Die besseren Argumente sprechen also für die Tatbestandslösung (*Hardtung* Lehrskript Strafrecht BT §§ 242 ff. Rn. 252; vgl. ferner zum Ganzen die Darstellung bei *Joecks/Jäger* § 246 Rn. 31 ff., die aber a.A. sind).

**Beachte:** Dieses Problem ist von der Problematik der Subsidiaritätsklausel zu trennen, weil sich diese nur auf gleichzeitig verwirklichte andere Vermögensdelikte bezieht.

→ Einen erweiterten Überblick des Meinungsstandes bietet auch das Problemfeld *Doppelter Zueignungsakt bei § 246 StGB*: <https://strafrecht-online.org/problemfelder/bt/246/obj-tb/erneute-zueignung/>

#### IV. Subsidiaritätsklausel

Aus § 246 StGB wird nur bestraft, „wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist.“ Sie erfasst auch die veruntreuende Unterschlagung i.S.v. Abs. 2 („... in den Fällen des Absatzes 1 ...“).

Vor Einfügung der Subsidiaritätsklausel durch das 6. StrRG wurde zum alten Recht verbreitet die Auffassung vertreten, die Unterschlagung liege bei gleichzeitiger Zueignung durch Diebstahl, Betrug, Untreue usw. schon tatbestandlich nicht vor (so immer noch *Krey/Hellmann/Heinrich* BT II Rn. 243 f., die „tatbestandliche Subsidiarität“ als vom Gesetzgeber gerade gewollt betrachten). Dies wird nach neuem Recht für unvertretbar gehalten. Die Subsidiaritätsklausel des § 246 StGB liefe in ihrem eigentlichen Anwendungsbereich, den Gleichzeitigkeitsfällen, leer (*Wessels/Hillenkamp* Rn. 326 m.w.N.). In Fällen wiederholter Zueignung ist die Subsidiaritätsklausel nicht anwendbar (s.o. KK 330 f.)

**Umstritten ist, ob sich die Subsidiarität auf alle schwereren tateinheitlich begangenen Straftaten bezieht** (so BGHSt 47, 243 für Subsidiarität des § 246 StGB gegenüber 212 StGB unter Berufung auf den Wortlaut des § 246 StGB). Nach a.A. (vgl. *Hoyer* JR 2002, 516, 517 mit beachtlicher systematischer Argumentation) muss die **Subsidiarität auf strafbare Taten mit gleicher oder ähnlicher Angriffsrichtung beschränkt** werden. Allein diese Auslegung werde der Auffangfunktion des § 246 StGB und der Klarstellungsfunktion der Idealkonkurrenz gerecht. Einer solchen Interpretation stehe auch nicht der Wortlaut des § 246 StGB entgegen, da man unter „Tat“ auch die konkrete gleichzeitig verwirklichte „Zueignungstat“ verstehen könne. Hätte der Gesetzgeber aber die Subsidiarität auf „Zueignungstaten“ beschränken wollen, hätte er dies tun können. Dies ist nicht geschehen. Eine einschränkende Auslegung widerspricht dem Wortlaut und stellt daher eine teleologische Reduktion zu Lasten des Täters dar. Eine solche verstößt gegen Art. 103 Abs. 2 GG.

→ Einen erweiterten Überblick des Meinungsstandes bietet auch das Problemfeld *Subsidiarität des § 246 StGB gegenüber anderen Strafnormen*:

<https://strafrecht-online.org/problemfelder/bt/246/konkurrenz/subsidiaritaet/>

Wird tateinheitlich eine schwerere Tat verwirklicht, tritt § 246 StGB auch dann zurück, wenn die Tat im Ver-  
suchsstadium steckengeblieben ist (vgl. BGH NJW 2012, 1092, 1093).

## V. Anvertrautsein (§ 246 II StGB)

Bei § 246 II StGB handelt es sich um eine **Qualifikation** des Unterschlagungstatbestandes: Qualifikationsgrund ist das enttäuschte Vertrauen des Tatopfers, dass der Betraute die Sache zu einem bestimmten Zweck verwenden oder aufbewahren werde. Die Unterschlagung durch den, dem die Sache anvertraut wurde, enttäuscht dann dieses Vertrauensverhältnis.

Die Subsidiaritätsklausel des § 246 I StGB gilt auch für den Absatz 2, da dieser auf Absatz 1 Bezug nimmt (*Eisele* BT II Rn. 277). Unter einem „Anvertrauen“ versteht man die Übergabe der Sache in dem Vertrauen, dass der andere mit der Sache wie besprochen umgehen werde, sie also etwa zurückgebe oder im Sinne des Anvertrauenden verwende (vgl. *Rengier* BT I § 5 Rn. 60; BGHSt 16, 280, 282).

Wie wäre der Fall zu beurteilen, in dem der Eigentümer A dem B zum Betäubungsmittelerwerb Bargeld anvertraut und B das Geld nun zu seinen Zwecken unterschlägt?

Die h.M. bejaht ein Anvertrautsein auch bei **Übergabe der Sache zu verbotenen oder sittenwidrigen Zwecken** (BGH NJW 1954, 889; *Rengier* BT I § 5 Rn. 61; a.A. *Sch/Sch/Eser/Bosch* § 246 Rn. 30 m.w.N.).

- ⊕ Es sind keine Gründe ersichtlich, „Vertrauensverhältnissen den strafrechtlichen Schutz zu entziehen, die auf einer gesetzes- oder sittenwidrigen Grundlage beruhen“ (so *MK/Hohmann* § 246 Rn. 52). Denn das Vertrauen ist ein „sozialer Tatbestand“ (so *Otto* BT § 42 Rn. 28).
- ⊖ § 246 StGB schützt das Eigentum. Daher ist das Tatbestandsmerkmal „anvertraut“ in Hinblick auf das Eigentumsrecht zu interpretieren. Es kann nicht jedwedem Vertrauen als „sozialer Tatbestand“

geschützt sein (dieses hat mit dem Eigentum nichts zu tun), sondern nur jenes, dessen zugrundeliegender Zweck die gesetzlichen Befugnisse des Eigentümers nicht überschreitet. In Fällen, in denen selbst der Eigentümer rechtswidrig handelte und gemäß § 817 S. 2 BGB sein Eigentum gar nicht zurückverlangen könnte (!), ist ein gesteigerter Eigentumsschutz nicht einzusehen.

- ⊕ Für den Fall, dass ein reuiger Dieb einem Dritten das Diebesgut überlässt, um es dem Eigentümer zukommen zu lassen, liegt ein schutzwürdiges Vertrauensverhältnis vor (LK/Vogel § 246 Rn. 64).
- ⊖ Im vorerwähnten Fall liegt aber auch kein sittenwidriger oder gar gesetzeswidriger, sondern vielmehr ein gesetzlich *gebotener* Zweck (§ 812 I 1 BGB) vor, der zudem im Interesse des Eigentümers liegt und im Sinne der Eigentumsordnung des BGB ist. Verletzt der Dritte dieses Vertrauensverhältnis durch eine Unterschlagung, steht die a.A. der Verurteilung nach § 246 II StGB nicht im Wege.

Nach a.A. muss der Tatbestand dergestalt ausgelegt werden, dass die Verfügungsgewalt zu von der Rechtsordnung missbilligten Zwecken nicht eingeräumt wird (SK/Hoyer § 246 Rn. 47; NK/Kindhäuser § 246 Rn. 41; Joecks/Jäger § 246 Rn. 29; a.A. aber für die einem Umgangs- und Besitzverbot unterliegenden Betäubungsmittel LK/Vogel § 246 Rn. 64).

- ⊕ Das Einräumen der Verfügungsgewalt zu sittenwidrigen oder gesetzeswidrigen Zwecken verdient nicht den Schutz der Rechtsordnung.
- ⊕ § 246 StGB schützt das Eigentum und nicht das Vertrauen. Das ist auch für Abs. 2 nicht anders zu bewerten; es handelt sich um einen verstärkten Eigentumsschutz in Vertrauensbeziehungen.



Teilweise gehen Vertreter der a.A. so weit, auch dann die Anwendung des Abs. 2 zu versagen, wenn der Unterschlagungstäter die Verpflichtung zu einem bestimmten Umgang mit der Sache aufgrund einer Täuschung des Anvertrauenden einging (so etwa NK/Kindhäuser § 246 Rn. 41; MK/Hohmann § 246 Rn. 53).

- ⊖ Die Täuschung verstärkt den Vertrauensbruch (so LK/Vogel § 246 Rn. 64).
- ⊕ *Vogel* unterliegt dem Missverständnis, diese Auffassung beziehe sich auf eine Täuschung *durch den Unterschlagenden*. Indes geht es um Fälle, in denen der Anvertrauende täuscht. Das Argument der Unrechtssteigerung geht also ins Leere.
- ⊖ § 123 BGB belässt das Rechtsverhältnis zunächst intakt und gibt es dem Anfechtungsberechtigten anheim, das Geschäft zu vernichten (SK/Hoyer § 246 Rn. 47).
- ⊕ Wenn aber gerade der Anvertrauende das Vertrauensverhältnis durch Täuschung erlangt hat, verdient er jedenfalls keinen strafrechtlichen Schutz. Für die Zwecke des Strafrechts ergibt sich aus § 123 BGB hier nichts. Warum sollte der Täter auf die Anfechtung verzichten, um sich einer höheren Strafdrohung auszusetzen? Die ratio der Wahlmöglichkeit nach § 123 BGB schlägt sich nicht auf das Strafrecht durch.

Das Anvertrautsein wird aber dann selbst von der h.M. abgelehnt, wenn die Übergabe der Sache Interessen des Eigentümers widerspricht (RGSt 40, 222 ff.).

Bsp.: Der Dieb gibt die gestohlene Sache bei seinem Freund in Verwahrung.

Hier soll die Sache dem Freund nicht anvertraut sein. Begründet wird dies damit, dass das Vertrauensverhältnis zwischen Dieb und Freund nicht schutzwürdig sei, weil es dem Interesse des Eigentümers zuwider laufe.

- ⊖ Das Interesse des Eigentümers ist ohne Einfluss auf die Vertrauensbeziehung zwischen Dieb und Freund (vgl. MK/Hohmann § 246 Rn. 53).
- ⊕ Geschütztes Rechtsgut des § 246 StGB ist nicht das Vertrauen, sondern das Eigentum. Insofern ist es durchaus schlüssig, das Interesse des Eigentümers zur Beurteilung heranzuziehen.
- ⊖ Auf die Schutzwürdigkeit der Vertrauensbeziehung abzuheben ist inkonsequent, wenn sie in Bezug auf sittenwidrige und verbotene Zwecke ohne Belang sein soll (Otto BT § 42 Rn. 29; MK/Hohmann § 246 Rn. 53).
- ⊕ Räumt man aber auch bei sittenwidrigen und verbotenen Zwecken der Schutzwürdigkeit Relevanz bei, so ist die Berücksichtigung im hiesigen Zusammenhang nachgerade geboten.

Das Anvertrautsein ist ein besonderes persönliches Merkmal i.S.d. § 28 II StGB (Otto BT § 42 Rn. 30).

### **Wiederholungs- und Vertiefungsfragen**

- I. Welche Meinungen gibt es zur Bestimmung des Zueignungsbegriffs i.S.v. § 246 StGB?
- II. Kann man sich das Tatobjekt mehrmals i.S.d. § 246 StGB zueignen?
- III. Ist § 246 StGB gegenüber einer fahrlässigen Tötung subsidiär?
- IV. Ist Bargeld, das der Eigentümer einem Dritten zum Erwerb von 10 g Marihuana übergibt, i.S.v. § 246 II StGB „anvertraut“?