

§ 28: Unterschlagung (§ 246 StGB)

I. Allgemeines

Erhebliche Erweiterung durch das 6. StrRG: kein Vorweggewahrsam erforderlich; Drittzueignung ausreichend; nunmehr Subsidiaritätsklausel gegenüber Zueignungsdelikten mit höherer Strafandrohung.

Gesetzesbegründung: Ziel der Schließung von Strafbarkeitslücken und der Beseitigung von Auslegungsproblemen.

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

Kein Unterschied zu § 242 StGB

KK 223

2. Tathandlung: Sich oder einem Dritten rechtswidrig zueignen

- subjektives Element der Zueignung
- objektives Element der Zueignung
- Rechtswidrigkeit der Zueignung

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

Während beim Diebstahl die **Zueignung** jedoch nur angestrebt werden muss (Delikt mit überschießender Innentendenz), ist diese bei der Unterschlagung ein **objektives Tatbestandsmerkmal**.

Damit stellt sich die **Frage**, ob § 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?

Dem widerspricht die h.M. und verlangt im objektiven Tatbestand lediglich eine Handlung, durch die der Täter seinen **Zueignungswillen manifestiert (sog. Manifestationstheorie)**; z.B. BGHSt. 24, 115, 119; *Rengier BTI* § 5 Rn. 10a). Eines dauerhaften Enteignungserfolges bedarf es demnach nicht.

Zueignung als objektives Tatbestandsmerkmal mit subjektivem Element (Zueignungswille).

KK 224

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. *Wessels/Hillenkamp* Rn. 283 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 (LK/Ruß § 246 Rn. 13).
- Die **sog. enge Manifestationstheorie** verlangt hingegen eine **nach außen eindeutige Manifestation des Zueignungswillens**, also ein Verhalten, aufgrund dessen ein objektiver Be-

KK 225

trachter, der um den Zueignungswillen des Täters nichts weiß, eindeutig auf den Zueignungsvorsatz schließen kann (vgl. Sch/Sch/Eser § 246 Rn. 11).

Fall 1: T hat sich von seinem WG-Mitbewohner E ein Buch geliehen. Weil es ihm so gut gefällt, will er es für sich behalten. Um Nägel mit Köpfen 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 und eindeutiger Fall der Manifestation des Zueignungswillens vor.

Anders in **Fall 2:** Der Kurgast K hat beim Spaziergang im Wald seinen Schirm auf einer Bank liegen lassen. Der Wanderer W sieht den Schirm und will ihn für sich haben. Er nimmt ihn mit.

Nach der sog. engen Manifestationstheorie keine Zueignung, weil auch ein ehrlicher Finder den Schirm zunächst an sich nehmen muss (um ihn später beim Fundbüro abzugeben), ein objektiver Beobachter also nicht eindeutig auf einen Zueignungswillen schließen kann. Anders die sog. weite Manifestationstheorie, da W durch das Aufheben seinen Zueignungswillen betätigt hat.

bb) Objektive Zueignungslehre

Die sog. objektive Zueignungslehre als Gegenauffassung zur Manifestationstheorie verlangt hingegen eine **tatsächliche Zueignung**. Allerdings begnügt man sich bzgl. der Enteignungskomponente mit der konkreten Gefahr einer dauerhaften Enteignung (MK/Hohmann Rn. 33 ff. m.w.N.).

Argument: Die h.M. deutet § 246 StGB zu Lasten des Täters in ein Delikt mit überschießender In-
nentendenz um. Dafür finde sich im Wortlaut keine Stütze. Zudem werde die Strafbarkeit soweit

KK 226

nach vorn verlagert, dass praktisch kein Raum für ein Versuchsstadium bleibe (MK/Hohmann § 246 Rn. 20).

cc) Stellungnahme

Zutreffend ist die enge Manifestationstheorie, jedoch mit der Einschränkung, dass die (vollendete) Zueignung auf der Seite des Täters (bzw. bei Drittzueignung zumindest auf der Seite des Begünstigten) eine **Nähebeziehung zur jeweiligen Sache in Gestalt von Gewahrsam, mittelbarem Besitz oder sonstiger Sachherrschaft bzw. Einwirkungsmöglichkeit** voraussetzt. Das frühere Besitz- und Gewahrsamserfordernis lebt also quasi über dieses Kriterium im heutigen Zueignungsbegriff fort (vgl. für die h.M. *Rengier BT I* § 5 Rn.18a). Beziehungen lediglich schuldrechtlicher Art genügen nicht.

Bsp.: Kein Fall des § 246 StGB, wer von Köln aus ein in Berlin befindliches Fahrrad irgendeines Dritten im Rahmen eines Telefonats seiner Freundin in München schenkt (Fallbeispiel nach *Wesels/Hillenkamp* Rn. 293).

Gegen die weite Manifestationslehre spricht insbesondere, dass diese den objektiven Tatbestand unter Bezugnahme auf den subjektiven Tatbestand interpretiert (NK/*Kindhäuser* § 246 Rn. 11).

Allerdings ist zu sehen, dass die Argumente der Gegner der Manifestationstheorie mitunter stichhaltig sind. Neben den Aspekten, die bereits oben ausgeführt wurden, ist hervorzuheben, dass die Unterschlagung als Zueignungsdelikt einen Erfolg voraussetzt. Es erscheint aber fraglich, ob bereits Handlungen einer Person, die auf eine Zueignung hindeuten, den Erfolg hinreichend beschreiben. Hier könnte es helfen, den **Blickwinkel auf das Opfer zu lenken** und zu fragen, ob bei ihm eine **Eigentumsverletzung eingetreten** ist, wohingegen die Manifestationstheorie bislang den Blick dar-

KK 227

auf legt, ob vom Täter Tätigkeiten entfaltet wurden, die auf eine Eigentumsverletzung hindeuten. Allerdings ist hier noch vieles im Fluss. Insbesondere die Frage, wie der Erfolg der Zueignung im Rahmen des § 246 StGB beschaffen sein muss, ist bislang nicht befriedigend gelöst worden. Aus diesen Gründen empfiehlt es sich weiterhin der Manifestationstheorie zu folgen (gute Darstellung zu dieser Thematik mit Aufzählung der verschiedenen Möglichkeiten den Erfolg bei § 246 StGB zu konturieren bei *Maurach/Schroeder/Maiwald* Teilband I § 34 Rn. 26 f.).

Beispiele für Zueignungen

- Verbindung nach § 947 II BGB, Vermischung nach §§ 948, 947 II BGB, Verarbeitung nach § 950 BGB als typische Beispiele einer Zueignung.
- Verzehr von Nahrungsmitteln und Verbrauch von Sachen
- „Bestehlen“ eines Toten
- Papierrollenfall (BGHSt. 2, 317; *Rengier BT I* § 5 Rn. 16)

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.

Fall 3: 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.

KK 228

Lösung: Selbstzueignung durch T (-): Zwar ist das Verschicken 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 Selbstzueignungswillens 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.

c) Rechtswidrigkeit der Zueignung

Diese ist wie bei § 242 StGB ein normatives Tatbestandsmerkmal. Sie entfällt, 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.

KK 229

III. wiederholte Zueignung

Fall 4: Der 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?

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 § 246 Rn. 19). Bei der wiederholten Betätigung des Zueignungswillens handelt es sich tatbestandsmäßig um eine wiederholte Zueignung. Diese tritt lediglich auf Konkurrenzebene hinter den ersten Zueignungsakt zurück, **sog. Konkurrenzlösung**.

2. Tatbestandslösung

Nach der **Rspr. und ihren Anhängern** (grundlegend BGHSt. 14, 38, 43ff) 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.

3. Stellungnahme

Meist kann eine Entscheidung dieses Streits dahinstehen. Denn wenn man z.B. im Fall 3 mit der h.L. eine tatbestandliche, rechtswidrige und schuldhaftige Unterschlagung bejaht wird, tritt sie als mit-

KK 230

bestrafte Nachtat hinter dem Diebstahl zurück. Diese Subsidiarität ist im geltenden § 246 I StGB am Ende formell angeordnet (siehe unten). Im Fallgutachten kann man sich also mit dem Hinweis begnügen, dass Tatbestands- und Konkurrenzlösung beide zur Straflosigkeit führen, und den Streit unentschieden lassen. Anders in folgendem **Fall 5**:

S erzählt seinem Nachbarn N schmunzelnd, wie er an das Öl gekommen ist, und bittet ihn, beim Ölwechsel behilflich zu sein. N tut S den Gefallen.

Nach der 1. Auffassung liegt eine vorsätzliche, rechtswidrige und damit teilnahmefähige Haupttat des S vor, so dass sich N wegen Beihilfe zur Unterschlagung strafbar gemacht hat, nicht so nach der Tatbestandslösung.

So ist denn auch neben dem Eigentumsschutz, der gebietet, dass auch jede weitere Einwirkung strafrechtlich erfasst werden müsse, das Hauptargument der 1. Ansicht 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 1. Ansicht auch die seltsame Konsequenz, dass bei Wiederholbarkeit der Zueignung die Verjährungsregeln faktisch geradezu außer Kraft gesetzt wären: Bei jeder neuen Manifestation, also bei jedem Umgang mit der Sache, läge eine neue Unterschlagung mit neuem Verjährungslauf vor. Die besseren Argumente sprechen also für die 2. Ansicht.

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

KK 231

IV. Subsidiaritätsklausel

Aus § 246 StGB wird nur bestraft, „wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist.“

Mit der Einfügung dieser Subsidiaritätsklausel durch das 6. StrRG ist eine zum alten Recht verbreitete Auffassung unvereinbar geworden, die Unterschlagung liege bei gleichzeitiger Zueignung durch Diebstahl, Betrug, Untreue usw. schon tatbestandlich nicht vor. So liefere nämlich die Subsidiaritätsklausel des § 246 StGB in ihrem eigentlichen Anwendungsbereich leer (*Wessels/Hillenkamp* Rn. 300 m.w.N.). Denn in den Fällen der wiederholten Zueignung wäre sie sowohl nach der Konkurrenz- als auch der Tatbestandslösung nicht anwendbar: Nach der Tatbestandslösung ist ja bereits der Tatbestand des § 246 StGB nicht gegeben. Aber auch nach der Konkurrenzlösung ist die Subsidiaritätsklausel nicht anwendbar, da sie sich lediglich auf das Verhältnis der „Tat“, d.h. des gegenwärtigen Zueignungsakts, zu dem mit dieser Tat zugleich verwirklichten anderweitigen Delikt bezieht (*Rengier BT I § 5* Rn. 29; a.A. *Wessels/Hillenkamp* Rn. 301).

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). Richtigerweise muss die **Subsidiarität auf strafbare Taten mit gleicher oder ähnlicher Angriffsrichtung beschränkt** werden. Allein diese Auslegung wird der Auffangfunktion des § 246 StGB und der Klarstellungsfunktion der Idealkonkurrenz gerecht. Einer solchen Interpretation steht auch nicht der Wortlaut des § 246 StGB entgegen, da man unter „Tat“ auch die konkrete gleichzeitig verwirklichte „Zueignungstat“ verstehen kann (s.o.).

KK 232

V. Anvertrautsein (§ 246 II StGB)

§ 246 II StGB ist ein **Qualifikationstatbestand**: 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, denn Absatz 2 gilt nur „in den Fällen des Absatzes 1“. Unter „anvertrauen“ versteht man die Übergabe der Sache in dem Vertrauen, dass der andere mit der Sache wie besprochen verfahren oder sie zurückgeben werde (vgl. BGHSt. 16, 280, 282).

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. 26; a.A. Sch/Sch/Eser § 246 Rn. 30 m.w.N.). Eine Reduktion des Tatbestandes wird in diesen Fällen teilweise mit der Argumentation vertreten, dass die Rechtsordnung demjenigen keinen Schutz einzuräumen habe, der die Verfügungsgewalt zu von der Rechtsordnung missbilligten Zwecken einräume. Eine solche Selbstbegrenzung des Strafrechts konnte bislang aber nicht hinreichend begründet werden (so auch *MK/Hohmann* § 246 Rn. 52).

Das Anvertrautsein wird teilweise abgelehnt, wenn mit der Übergabe der Sache Interessen des Eigentümers tangiert werden.

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

KK 233

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. Dagegen spricht aber, dass das Interesse des Eigentümers ohne Einfluss auf die Vertrauensbeziehung zwischen Dieb und Freund ist (vgl. *MK/Hohmann* § 246 Rn. 53).

Das Anvertrautsein ist ein besonderes persönliches Merkmal i.S.d. § 28 II StGB.

KK 234