

## Unterschlagung (§ 246 StGB)

### Lösung Fall 1a

#### Strafbarkeit des A gem. § 246 I

I. Tatobjekt: fremde bewegliche Sache (+)

II. Zueignen? Welche Anforderungen an die Zueignung zu stellen sind, ist umstritten:

1. Eine Mindermeinung verlangt, dass die Zueignungselemente tatsächlich verwirklicht sein müssen, d.h. einen Zueignungserfolg, wobei hinsichtlich der Enteignungskomponente zumeist die konkrete Gefahr des dauerhaften Sachverlusts als ausreichend angesehen wird (MK/Hohmann § 246 Rn. 33 ff. m.w.N.). Danach Zueignung hier (-), da es objektiv zu keiner Aneignung gekommen ist und es auch an einer konkreten Gefahr des Sachverlusts hier fehlt.

2. Nach h.M. genügt dagegen die objektive Manifestation des Zueignungswillens, ohne dass es tatsächlich zu einer Zueignung i.S.e. Erfolgs gekommen sein müsste. Dazu ist erforderlich, dass das fragliche Verhalten für einen objektiven, mit der Sachlage vertrauten Beobachter sich als eine verlässliche und unzweideutige Manifestation des Zueignungswillens darstellt (sog. enge Manifestationstheorie, vgl. BGHSt. 34, 309; *Wessels/Hillenkamp* Rn. 279 f.; *Rengier* BT I § 5 Rn. 10a; *Sch/Sch/Eser/Bosch* § 246 Rn. 10 f.). Problematisch ist, wie Fälle zu behandeln sind, in denen der Täter Sachen verkauft, zu denen er in keiner Herrschaftsbeziehung steht:

- Gattungsschuld: Manifestation des Zueignungswillens eindeutig (-), denn hier verkauft der Täter nicht „diese“ Sache, sondern verpflichtet sich lediglich dazu, dem Verkäufer Eigentum an „einer“ Sache dieser Gattung zu verschaffen (ggf. kommt aber § 263 in Betracht, wenn der Täter gar nicht leistungswillig ist).
- Stückschuld: Problematisch ist der – hier vorliegende – Fall, dass der Täter eine bestimmte, für ihn fremde Sache verkauft, ohne Zugriff auf die Sache zu haben und ohne somit das Rechtsgut gefährden zu können. Zwar ließe sich sagen, dass der Täter in einem solchen Fall zum Ausdruck bringt, die Sache als eigene nutzen zu wollen. Entgegen der Vermutung von *Sander/Hohmann* NStZ 1998, 273, 276 lässt die h.M. (*Rengier* BT I § 5 Rn. 17 f.; *Sch/Sch/Eser/Bosch* § 246 Rn. 10; vgl. auch *Kindhäuser* BT I § 6 Rn. 13 f.) bloß schuldrechtliche Beziehungen jedoch nicht ausreichen und verlangt eine sachenrechtsähnliche Herrschaftsbeziehung zu der Sache, wie sie in einer Besitz- oder Gewahrsamsposition zum Ausdruck kommt. Grund der Einschränkung: Das Rechtsgut wird durch die bloße (konkludente) Behauptung, der Täter sei Eigentümer, nicht beeinträchtigt; zudem: uferlose Ausdehnung des Tatbestands muss entgegengewirkt werden.

3. Damit kommen beide Ansichten zum gleichen Ergebnis: Streitentscheid entbehrlich.

III. Ergebnis: § 246 I (-)

### Lösung Fall 1b

#### Strafbarkeit des A gem. § 246 I, II

I. Tatobjekt: fremde bewegliche Sache (+)

II. Zueignen? Die eigenmächtige Verpfändung kann sich sowohl als bloße Gebrauchsanmaßung als auch als Zueignung darstellen. Nach h.M. (*Wessels/Hillenkamp* Rn. 281) liegt in einem solchen Fall eine Zueignung vor, wenn die Auslösung der Sache aufgrund der fehlender finanzieller Mittel des Täters nicht mit Sicherheit zu dem Zeitpunkt erfolgen kann, in dem der Eigentümer die verpfändete Sache benötigt. Hier (-), straflose Gebrauchsanmaßung.

III. Ergebnis: § 246 I (-)

### Lösung Fall 1c

#### A. Strafbarkeit des A gem. § 246 I, II

I. Tatobjekt: fremde bewegliche Sache (+)

II. Zueignen? Die bloße Nichterfüllung einer vertraglichen Verpflichtung ist nach h.M. (OLG Düsseldorf StV 1990, 164, 164; *Wessels/Hillenkamp* Rn. 281) nicht ausreichend. Denn die Verletzung der Rechtspflicht zur Rückgabe einer Sache ist weder gleichbedeutend mit deren Einverleibung in das Vermögen des Täters, noch wird dadurch der Berechtigte dauernd enteignet. Weil die Nichtrückgabe auch auf anderen Umständen (wie z.B. Nachlässigkeit) beruhen kann, erlaubt allein dieser Umstand noch keinen hinreichend sicheren Schluss auf den Zueignungswillen. Dafür müssen vielmehr weitere Umstände hinzutreten, wie z.B. in der Abwandlung: Hier nutzt A den Wagen weiterhin als eigenen und stellt ihn – für den Eigentümer nicht auffindbar – an einer entlegenen Stelle am Rande einer anderen Stadt ab.

III. In der Abwandlung: Anvertrautsein der Sache? Anvertraut sind dem Täter Sachen, an denen ihm die tatsächliche Verfügungsgewalt im Vertrauen darauf eingeräumt wurde, er werde sie nur im Sinne des Einräumenden gebrauchen (BGHSt. 9, 90, 91; SSW/*Kudlich* § 246 Rn. 26; *Wessels/Hillenkamp* Rn. 295; a.A.: SK/*Hoyer* § 246 Rn. 46: nur bei Überlassung ohne Nutzungsbefugnis). Ist der Besitz bzw. der Gewahrsam durch Rechtsgeschäft begründet worden und wird der Täter daraus zur Rückgabe der Sache verpflichtet, sind diese Voraussetzungen regelmäßig erfüllt (BGHSt. 9, 90, 91; SSW/*Kudlich* § 246 Rn. 26; *Wessels/Hillenkamp* Rn. 295). Daher hier § 246 II (+)

IV. Ergebnis: § 246 I im Ausgangsfall (-); in der Abwandlung: § 246 I, II (+)

#### B. Strafbarkeit des A gem. § 248b I

In der Abwandlung (+), tritt aber hinter § 246 I, II zurück.

## Lösung Fall 1d

### A. Strafbarkeit des K gem. § 266 I Alt. 2

I. Vermögensbetreuungspflicht des K? „Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen“ muss typischer und wesentlicher Inhalt des Treueverhältnisses sein. Es muss sich um eine Hauptpflicht und nicht bloß um eine Nebenpflicht handeln. Dies setzt einen Aufgabenkreis von einigem Gewicht und einem gewissen Grad von Verantwortlichkeit voraus. Pflicht muss gerade dem Vermögensinteresse des Treugebers dienen und gerade deshalb vereinbart sein (*Wessels/Hillenkamp* Rn. 770). Indizien für Vermögensbetreuungspflicht: Entscheidungsspielraum des Verpflichteten *und* hinreichendes Maß seiner Selbstständigkeit. Hier eher (-), da K kein Entscheidungsspielraum hat und nicht selbstständig über den Kasseneinhalt befinden kann; es handelt sich eher um eine mechanische Tätigkeit; Schutz des § 246 ist ausreichend (vgl. die Einschätzung *Wessels/Hillenkamp* Rn. 773, wonach die Entgegennahme des Kaufpreises für Gegenstände des täglichen Lebens für eine qualifizierte Vermögensbetreuungspflicht nicht genügt).

II. Ergebnis: § 266 I Alt. 2 (-)

### B. Strafbarkeit gem. § 242 I

I. Fremde bewegliche Sache: Geldscheine und -münzen (+)

II. Wegnahme: Problematisch ist hier der Bruch fremden Gewahrsams, also die Aufhebung des Gewahrsams ohne oder gegen den Willen des bisherigen Gewahrsamsinhabers. Ist Arbeitgeber des K Gewahrsamsinhaber? Hier besteht zwar grds. auch ein Weisungsrecht des Arbeitgebers ggü. seinem Angestellten. Aber: K ist alleine für die Kasse verantwortlich und hat deren Inhalt am Schichtende abzurechnen. Ohne seine Mitwirkung darf niemand – und damit auch der Arbeitgeber nicht – Geld aus der Kasse nehmen, damit bei evtl. Fehlbeträgen die Verantwortlichkeit festgestellt werden kann. In diesem Fall steht dem Kassierer daher der Alleingewahrsam am Kasseneinhalt zu (BGH NStZ-RR 2001, 268, 268; *Rengier* BT I § 2 Rn. 18; *MK/Schmitz* § 242 Rn. 67). Mangels Gewahrsamsbruchs keine Wegnahme. – Vgl. zu diesen Grundsätzen auch Fall 4 zu § 242.

III. Ergebnis: § 242 I (-)

### C. Strafbarkeit des K gem. § 246 I, II

I. Tatobjekt: fremde bewegliche Sache (+)

II. Zueignung bei der Verschleierung von Kassenfehlbeträgen (vgl. dazu eingehend *Wessels/Hillenkamp* Rn. 283 ff.):

- Die h.M. (BGHSt. 24, 115, 119 ff.; *Rengier* § 5 Rn. 8; *Wessels/Hillenkamp* Rn. 283 ff.) zieht Parallele zu den Rückverkaufsfällen: Enteignung, da K, um sein Verschleierungsziel erreichen zu können, die fremden Gelder dem Eigentümer erst entziehen müsse, um sie ihm dann sogleich als angeblich ihm gehörend – „neu“ zurückzuübertragen.

- Eine a.A. (*Krey/Hellmann* Rn. 179 ff.) zieht dagegen eine Parallele zum Dienstmützenfall: Keine Enteignung, da das Geld seinen Weg in die Kasse gegangen sei und der Täter mit den Manipulationen nur über seine Ersatzpflicht getäuscht habe.
  - ⊖ Gegen die Parallele zum Dienstmützenfall spricht, dass dort das Eigentum des Berechtigten nicht gelehnet wird, hier musste der Kassierer den Eigentümer aus dessen Position verdrängen; in der Manipulation lag die Anmaßung einer eigentümerähnlichen Verfügungsgewalt zu eigenen Zwecken; Manifestation des Zueignungswillens durch die Unterdrückung und zeitweilige Zurückhaltung der Einzahlungsbeläge.

III. Anvertrautsein der Gelder (+)

IV. Ergebnis: § 246 I, II (+)

### Lösung Fall 1e

#### Strafbarkeit des A gem. § 246 I

Meist verhält sich der ehrliche Finder genauso wie der unehrliche, daher liegt ein tatbestandsmäßiges Verhalten nach h.M. erst bei äußerlich auffälligem Verhalten vor. Das bloße Aufheben der Sache und Einstecken allein lässt noch nicht mit der notwendigen Sicherheit den Schluss auf den Zueignungswillen zu, da auch der ehrliche Finder, der die Sache im Fundbüro abliefern will, sich entsprechend verhalten müsste (vgl. *Wessels/Hillenkamp* Rn. 292; *Rengier* BT I § 5 Rn. 11).

I. In der Variante a) liegt daher noch keine vollendete Zueignung vor. Ob bereits ein strafbarer (vgl. § 246 III) Versuch vorliegt, hängt davon ab, ob A nach seiner Vorstellung von der Tat unmittelbar zur Manifestation des Zueignungswillens angesetzt hat.

II. In der Variante b) kommt in dem Ausruf „Ein schönes Geschenk für meine Freundin.“ der Zueignungswille objektiv zum Ausdruck, § 246 I (+)

## Lösung Fall 2

### A. Strafbarkeit des A gem. § 242 I (+)

### B. Strafbarkeit des A gem. § 246 I

I. Problem: In der Schenkung an die Nachbarin könnte eine zweite Zueignung liegen.

- Konkurrenzlösung (*Wessels/Hillenkamp* Rn. 301 ff.; *Sch/Sch/Eser/Bosch* § 246 Rn. 19): Beliebige Manifestationen des Zueignungswillens möglich, aber mitbestrafte Nachtaten.

→ A: § 246 I (+), tritt aber als mitbestrafte Nachtat hinter § 242 I zurück; C: §§ 246 I, 26 I (+)

- ⊕ H.M. führt zu Strafbarkeitslücken im Bereich der Teilnahme: Teilnehmer, die sich erst an der anschließenden Verwertung beteiligen, bleiben straflos.
- Tatbestandslösung (h.M, vgl. BGHSt. 14, 38, 43 ff.; *Lackner/Kühl* § 246 Rn. 7; *Rengier* BT I § 5 Rn. 23; *SSW/Kudlich* § 246 Rn. 18): Zueignung einer fremden Sache bereits durch eine andere strafbare Handlung (§§ 242, 246, 249, 253, 263, 266); keine weitere Zueignung möglich.

→ A: § 246 I (-); C: §§ 246 I, 26 I (-)

- ⊕ Es ist bereits sprachlich ausgeschlossen, sich eine Sache, die man sich bereits zueignet hat, nochmals zuzueignen.
- ⊕ Teilnehmerstrafbarkeit ist durch §§ 257, 259 hinreichend abgedeckt; es drohen keine gravierenden Strafbarkeitslücken.
- ⊕ Die Verjährung bzgl. der ursprünglichen Tat wird faktisch aufgehoben, wenn in jeder weiteren Nutzung einer Sache eine erneute Tat nach § 246 läge.

II. Ergebnis: § 246 I nach h.M. (-)

### C. Strafbarkeit des C gem. §§ 246 I, 26 I (-) s.o.

### Lösung Fall 3

#### **A. Strafbarkeit des A gem. §§ 212 I; 211 II Gr. 1 Var. 3**

I. § 212 I (+)

II. § 211 II Gr. 1 Var. 4 (-), in dubio pro reo keine Habgier-Tötung.

III. Ergebnis: § 212 I (+)

#### **B. Strafbarkeit des A gem. § 249 I**

I. Gewalt gegen eine Person (+)

II. Wegnahme einer fremden beweglichen Sache: (-), da

- (-), soweit man auf einen Gewahrsamsbruch nach der Tötung abstellt, da Tote keinen Gewahrsam mehr haben und auch der Erbenbesitzer keinen Gewahrsam am Mobiltelefon hat.
- (+), soweit man auf einen Gewahrsamsbruch durch die Tötung abstellt. Aber: insoweit fehlt es am nach h.M. zu verlangenden Finalzusammenhang zwischen Gewalt und Wegnahme, da A nicht Gewalt anwendete, um zu töten.

III. Ergebnis: § 249 I (-)

#### **C. Strafbarkeit des A gem. § 242 I**

(-), weil nach der Tötung kein fremder Gewahrsam gebrochen wurde; durch die Tötung wurde zwar fremder Gewahrsam gebrochen, aber: bei dieser Tat keine Zueignungsabsicht des A hinsichtlich des Handys.

#### **D. Strafbarkeit des A gem. § 246 I**

I. Rechtswidrige Zueignung einer fremden beweglichen Sache (+)

II. Problem: Subsidiaritätsklausel des § 246 I: „wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist“. Hier fraglich: Berücksichtigung des Totschlags als Nichtvermögensdelikt?

- Rspr. (BGHSt. 47, 243, 244; zust. SSW/Kudlich § 246 Rn. 29): absolute Subsidiarität: Klausel gilt uneingeschränkt ggü. allen schwereren Delikten.
  - ⊕ Der Wortlaut der Subsidiaritätsklausel enthält keinerlei einschränkende Vorgaben.
- H.L. (Rengier BT I § 5 Rn. 29 m.w.N.; Wessels/Hillenkamp Rn. 300a): relative Subsidiarität: Klausel gilt nur ggü. schwererer Delikten mit gleicher oder ähnlicher Angriffsrichtung, also ggü. Zueignungsdelikten.
  - ⊕ Allein diese Auslegung wird der Auffangfunktion des § 246 und der Klarstellungsfunktion der Idealkonkurrenz gerecht.
  - ⊕ Einer solchen Interpretation steht auch nicht der Wortlaut des § 246 entgegen, da man unter „Tat“ auch die konkrete gleichzeitig verwirklichte „Zueignungstat“ verstehen kann.

### Examensrelevante Probleme dieser Lehreinheit

- I. Begriff des Zueignens.*
- II. Problematik der Mehrfachzueignung.*
- III. Reichweite der Subsidiaritätsklausel.*

### Hinweise zur Nacharbeit

- I. Vgl. angegebene Fundstellen zum jew. besprochenen Urteil.*
- II. KK BT I § 28 – Unterschlagung (KK 223 – 234).*