

Große Eingriffe, kleine Wirkung?

Zum Tatbestand der Unterschlagung nach § 246 StGB in der Fassung des 6. StrRG

Zusammenfassung

Durch das "Sechste Gesetz zur Reform des Strafrechts (6. StrRG)" vom 1. April 1998 hat der Gesetzgeber mit den umfangreichen Änderungen des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs auch den Unterschlagungstatbestand reformiert. Die Verfasser stellen die Neufassung des § 246 StGB auf den Prüfstand. Dabei werden die Probleme in Erinnerung gebracht, die den Gesetzgeber zur Reform veranlaßt haben sowie Vor- und Nachteile der Neufassung einander gegenübergestellt. Mit einem Blick nach vorne werden die Konsequenzen der Rechtsänderung untersucht und eine verfassungskonforme Interpretation des bedenklich weit gefaßten "Auffangtatbestands" angeboten.

Der Artikel ist speziell für das Humboldt Forum Recht aufgearbeitet worden. Dabei wurde versucht zu zeigen, daß auch ein Aufsatz, der sich eher mit dogmatischen Themen beschäftigt, gut für eine Darstellung als Hypertext geeignet ist. ([vgl. Philosophie des HFR](#))

Das 6. StrRG fügt sich in die zahlreichen Reformbestrebungen des Gesetzgebers der letzten Jahre ein. Mit dem Unterschlagungstatbestand hat der Reformeifer allerdings auch eine Vorschrift getroffen, deren Reformbedürftigkeit anzuzweifeln war. Erweisen sich die als Hauptargument für eine Änderung ins Feld geführten Strafbarkeitslücken auf der Grundlage der alten Tatbestandsfassung bei genauerem Hinsehen doch als verschwindend.

Demgegenüber ist § 246 StGB n.F. ganz erheblichen strafrechtsdogmatischen Bedenken ausgesetzt. Zwar beseitigt die Neufassung wie beabsichtigt den alten Streit um eine berechtigende Auslegung des Tatbestands. Sie schafft aber zugleich neue Schwierigkeiten, für die Rechtsprechung und Literatur in Zukunft Lösungen finden müssen.

Hinzu treten erhebliche verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die als "Auffangtatbestand" konzipierte Erneuerung der Vorschrift. Fängt doch § 246 StGB mit seiner weiten Fassung jetzt sämtliche Verhaltensweisen mit Eigentumsbezug auf, auch solche, bei denen die Unredlichkeit, und mehr noch: ihre Strafwürdigkeit zweifelhaft erscheint. Die Norm müßte deshalb an den strengen Anforderungen des Bestimmtheitsgebots (Art. 103 Abs. 2 GG) scheitern. Freilich dienen die verfassungsrechtlichen Bestimmungen nicht nur als "Prüfnormen", sondern auch als "Sachnormen" zur Inhaltsbestimmung des rangniedrigen Gesetzes. Möglich und erforderlich ist deshalb eine verfassungskonforme Interpretation des neuen Unterschlagungstatbestands im Wege einer *ingeschränkten Substanzformel*. Diese verlangt, daß sich die Zueignung nach der neuen Gesetzeslage auf die Sache selbst bezieht. Darüber hinaus muß der Täter zumindest die mittelbare Erlangung eines wirtschaftlichen Vorteils im weitesten Sinne anstreben.

Insgesamt ebnen die Gesetzesänderungen den Gewinn nach Ansicht der Autoren nicht nur ein, sie überwiegen die Vorteile bei weitem.

I. § 246 StGB n.F. im Lichte der modernen Gesetzgebung

1. Reformbestrebungen es Gesetzgebers

Das "fortgesetzte Drehen an der Gesetzgebungsschraube" hat *Peter Rieß*¹ mit Blick auf die (damaligen und noch immer andauernden) Reformbestrebungen zur Beschleunigung des Strafverfahrens² und zur Entlastung der Rechtspflege bereits im Jahre 1994 einer eingehenden Kritik unterzogen.³ Allem Anschein nach läßt sich der Gesetzgeber aber weder hier noch im Bereich des materiellen Strafrechts auf der Grundlage einer Art von "Salamitaktik"⁴ von seiner "emsige(n) und kontinuierliche(n) Geschäftigkeit"⁵ abhalten. Nach den (beide Rechtsgebiete betreffenden) Maßnahmen "zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität"⁶ und weiteren zur "Verbrechensbekämpfung"⁷ (s. auch jüngst das Gesetz zur "Verbesserung der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität"⁸) hat die Emsigkeit des Gesetzgebers im Bereich des materiellen Rechts mit der Verabschiedung des "Sechsten Gesetzes zur Reform des Strafrechts (6. StrRG)"⁹ zweifelsohne ihren vorläufigen¹⁰ Höhepunkt erreicht. Bei diesem Reformgesetz geht es nun nicht nur¹¹ um eine Änderung der Vorschriften aus Anlaß konkreter krimineller Phänomene wie etwa dem der Korruption;¹² vielmehr ist zugleich eine umfassende Reform des Besonderen Teils des Strafrechts und damit der Abschluß der Strafrechtsreformgesetze aus den Jahren 1969 bis 1974 angestrebt.¹³ Dazu sind einerseits "nicht mehr zeitgemäße oder entbehrlich gewordene Strafvorschriften" aufgehoben¹⁴, andererseits vor allem die Strafrahmen harmonisiert und bestehende Regelungen ergänzt oder neu gefaßt worden. Letzteres erfolgte erklärtermaßen mit dem Ziel, "den Strafschutz zu

¹ NStZ 1994, 409, 413.

² Zum Beschleunigten Verfahren im Sinne der §§ 417 ff. StPO vgl. Schlüchter/Fülber/Putzke, Herausforderung: Beschleunigtes Verfahren (§§ 417 ff. StPO), 1999.

³ Vgl. hierzu auch das Gutachten von Gössel zum 60. Deutschen Juristentag 1994 sowie die zu diesem Anlaß vorgetragenen Referate von E. Müller, Linden, und Weigend; weiterhin zur Reformdiskussion etwa Kintzi, DRiZ 1994, 331 ff.; Perron, JZ 1994, 823 ff.; Schlüchter, GA 1994, 397 ff.

⁴ Vgl. allgemein Dencker, StV 1988, 266 ff.; im Kontext des 6. StrRG auch Stächelin, StV 1998, 98 ff.

⁵ Rieß, NStZ 1994, 409, 411.

⁶ Vom 15.07.1992 (BGBl. I, 1302), hierzu etwa Hilger, NStZ 1992, 457 ff., 523 ff.; Krey/Haubrich, JR 1992, 309 ff.; Rieß, NJ 1992, 491 ff.; Zaczyk, StV 1993, 490 ff.

⁷ Durch das Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozeßordnung und anderer Gesetze v. 28.10.1994 (Verbrechensbekämpfungsgesetz, BGBl. I, 1386); näher dazu etwa Dahs, NJW 1995, 553 ff.; König/Seitz, NStZ 1995, 1 ff.

⁸ Vom 04.05.1998 (BGBl. I, 845 ff.); dazu J. Meyer/Hetzer, NJW 1998, 1017 ff.

⁹ Vom 01.04.1998 (BGBl. I, 164); dazu vor allem Schlüchter, Bochumer Erläuterungen zum 6. StrRG, 1998; weiterhin Freund, ZStW 109 (1997), 455 ff.; Hörnle, Jura 1998, 169 ff.; Kreß, NJW 1998, 633 ff.; Lesch, JA 1998, 474 ff.; Sander/Hohmann, NStZ 1998, 273 ff.; Stächelin, StV 1998, 98; Wolters, JZ 1998, 397 ff.

¹⁰ Angekündigt ist aber bereits "als nächster Schritt die Reform der Tötungsdelikte", so der Parlamentarische Staatssekretär Funke in der Sitzung des Bundesrates vom 19.12.1997 (BT-Prot. 720, S. 592).

¹¹ Aber auch: vgl. die Neufassung des § 168 StGB infolge rechtsextremistischer Ausschreitungen in Gedenkstätten von Opfern des Nazionalsozialismus oder den neuen Tatbestand des Kinderhandels (§ 236 StGB n.F.).

¹² Hierzu das Gesetz zur Bekämpfung der Korruption vom 13.08.1997 (BGBl. I, 2038), erläutert von König, JR 1997, 397 ff.; aus der Reformdiskussion vor allem das Gutachten von Dölling zum 61. Deutschen Juristentag 1996 sowie weiterhin Duttge, ZRP 1997, 72 ff.; Geerds, JR 1996, 309 ff.; Hettinger, NJW 1996, 2263 ff.; Möhrenschräger, JZ 1996, 822 ff.

¹³ Vgl. BT-Drucks. 13/7164, 18; BT-Drucks. 13/8587, 18; zu weiteren Vorhaben s. aber [Fn 10](#).

¹⁴ Betroffen sind die §§ 144, 217, 233, 236, 238 StGB und § 238 StGB-DDR.

verbessern, die Rechtsanwendung zu erleichtern und die Strafvorschriften in ihrem Aufbau und Sprachgebrauch insgesamt zu vereinheitlichen"¹⁵.

2. Der geänderte Unterschlagungstatbestand

Betroffen sind einerseits die Sexual-,¹⁶Körperverletzungs-¹⁷und Brandstiftungsdelikte¹⁸ sowie andererseits eine ganze Reihe weiterer einzelner Strafvorschriften¹⁹, so unter anderem auch der Tatbestand der Unterschlagung. Hier hat die Reform des StGB einmal zur Aufhebung des strafbarkeitsbegrenzenden Besitz- und Gewahrsamerfordernisses geführt. Zudem ist der Tatbestand - in Parallele zu den §§ 242, 248c, 249, 292, 293 StGB - um das Merkmal der Drittzueignung "ergänzt" worden. Beides erfolgte ausdrücklich im Bestreben, angeblich bestehende und im Wege einer ausdehnenden Interpretation des alten Normtextes nicht oder nur mit erheblichen Schwierigkeiten überbrückbare Strafbarkeitslücken zu vermeiden bzw. zu schließen.²⁰ Dabei hatte der Gesetzgeber vor allem die Entscheidung des Großen Strafsenates des BGH²¹ vor Augen, in der die Entnahme von Wertgegenständen aus Brief- und Postsendungen durch Bedienstete der ehemaligen DDR mangels eines "Sich-Zueignens"²² als straflos erkannt worden ist. Um dennoch in dieser - auch von der Rechtslehre als strafwürdig angesehenen²³ - Gestaltung eine Bestrafung der Beteiligten zu ermöglichen, ist der weiterhin in Abs. 1²⁴ von § 246 StGB enthaltene Tatbestand der Unterschlagung nun mit folgendem Normtext umschrieben:

Wer eine fremde bewegliche Sache sich oder einer dritten Person rechtswidrig zueignet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist.

Das Gesetz weist durch die am Ende eingefügte Subsidiaritätsklausel selbst auf den hierdurch begründeten Auffangcharakter des § 246 StGB n.F. hin, der "alle Formen rechtswidriger Zueignung fremder beweglicher Sachen" umfassen soll.²⁵ Doch läßt sich schon bezweifeln, ob für eine solche Erweiterung des Tatbestandes überhaupt Handlungsbedarf bestanden hat. Dies gilt vor allem für den Wegfall des Gewahrsams- bzw. Besitzerfordernisses, denn die allenthalben vorgebrachten Fälle einer angeblichen Strafbarkeitslücke hätten wohl ohne Verstoß gegen das Analogieverbot auch nach altem Recht sachgerecht gelöst werden können.²⁶ Damit aber noch nicht genug: Ein weiterer Einwand gegen die Neufassung findet sich in den von *Schlüchter* herausgegebenen "Bochumer Erläuterungen zum 6. StrRG" formuliert. Danach geht mit der Reform des § 246 StGB zugleich ein "Verlust an Typisierung

¹⁵ Entwurfsbegründungen (o. [Fn 13](#)), 18.

¹⁶ §§ 177 bis 179 StGB sind erst zum 01.07.1997 durch das 33. StrÄndG (BGBl. I, 1607) grundlegend neugestaltet worden, s. dazu etwa Otto, Jura 1998, 210 ff.

¹⁷ Zu den §§ 223 ff. StGB n.F. vgl. jüngst Wolters, JuS 1998, 582 ff.

¹⁸ Zur Neufassung der Brandstiftungsdelikte neuerdings Rengier, JuS 1998, 397 ff.; Wolters, JR 1998, 271 ff.

¹⁹ Siehe die synoptische Übersicht bei Schlüchter, Bochumer Erläuterungen (o. [Fn 9](#)), S. XV ff.

²⁰ Dazu Entwurfsbegründungen (o. [Fn 13](#)), 43

²¹ BGHSt 41, 187, 194 ff. = NJW 1996, 402 ff. = NStZ 1996, 133 ff.; zuvor auch schon BGHSt (4. Senat) 40, 8, 17 ff. = NJW 1994, 1228 ff.; anders dagegen BGH (5. Senat) NStZ 1995, 131 ff. (Anfragebeschuß) und NStZ 1995, 442 ff. (Vorlagebeschuß).

²² Nach Auffassung des 4. Strafsenats fehlt es darüber hinaus am erforderlichen Gewahrsam, vgl. BGHSt 40, 8, 22f; der Große Strafsenat hat diese Frage freilich offengelassen, vgl. BGHSt 41, 187, 198.

²³ Vgl. hierzu die - im einzelnen kritischen - Anmerkungen zu den höchstrichterlichen Entscheidungen bei Otto, JZ 1996, 582 ff.; Schroeder, JR 1995, 95 ff.; Weiß, JR 1995, 29 ff.; Wolfslast, NStZ 1994, 542 ff.

²⁴ Die neuen Absätze 2 (veruntreuende Unterschlagung) und 3 (Versuch) sollen hier nicht interessieren.

²⁵ Vgl. Entwurfsbegründungen (o. [Fn 13](#)), 44.

²⁶ Verwiesen sei einstweilen nur auf Duttge/Fahnenschmidt, Jura 1997, 281, 285 ff.

und damit die kaum noch gewährte Bestimmtheit im Sinne von [Art. 103 Abs. II GG](#)²⁷ einher. Trifft diese Einschätzung zu, dann wird dieses Bedenken noch verstärkt, wenn die Gestaltungen der sog. Drittzueignung in die Betrachtung miteinbezogen werden. Scheint dadurch doch eine adäquate Bewertung der Tatbeiträge der einzelnen Beteiligten nicht mehr ohne weiteres gewährleistet und somit der differenzierende Blick für das vom Täter oder Teilnehmer jeweils verwirklichte spezifische Unrecht verwehrt.²⁸ Dann verändert sich aber auch ganz erheblich der Normcharakter des § 246 StGB: Weite Bereiche der bisher straflosen Sachentziehung²⁹ geraten jedenfalls in eine beunruhigende Nähe zum strafrechtlich relevanten Bereich, sofern der Täter die Sache (wenigstens bedingt vorsätzlich) einem Dritten zukommen läßt. Hat das 6. StrRG in dieser Weise den Unterschlagungstatbestand durch ein allgemeines Sachentziehungs- bzw. Eigentumsschutzdelikt ersetzt, dann erscheint nicht nur die von Hirsch aufgeworfene Frage nur allzu berechtigt, ob nämlich der "neue"³⁰Tatbestand des § 246 StGB überhaupt noch weiterhin als "Unterschlagung" bezeichnet werden kann.³¹ Zu fragen ist dann in der Tat auch, ob hierin nicht letztlich ein gravierender Verlust an Rechtssicherheit und damit einhergehend - und in eklatantem Widerspruch zu den Intentionen des Gesetzgebers - eine *Erschwerung der Rechtsanwendung* liegt, die im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot des [Art. 103 Abs. 2 GG](#) verfassungsrechtlich nicht mehr hinnehmbar ist.³²

3. Gewinn- und Verlustrechnung

Im Entwurf zum 6. StrRG liest man freilich unter der Rubrik "Kosten": "keine". Dies mag für die fiskalische Seite vielleicht zutreffen; der "Preis" in Gestalt von strafrechtsdogmatischen wie auch verfassungsrechtlichen (Bestimmtheitsgebot!) Friktionen dürfte demgegenüber wohl um so höher liegen. Diese durch die Reform des § 246 StGB angefallenen "Kosten"³³müssen aber im folgenden erst einmal genauer ermittelt und gegen den mit der Neuerung erzielten Gewinn "aufgerechnet" werden. Dazu ist (auf der potentiellen "Gewinn"-Seite) zunächst das wesentliche Argument der Reformbefürworter (Schließung von Strafbarkeitslücken) näher zu untersuchen, was jeweils getrennt für den Wegfall des Gewahrsams- bzw. Besitzerfordernisses und für die Erweiterung des Tatbestandes auf Fälle der Drittzueignung erfolgen soll. Sodann interessieren die mit der Neufassung des § 246 StGB einhergehenden, in den Erwägungen zum Entwurf eines 6. StrRG aber nicht einmal cursorisch erwähnten Bedenken strafrechtsdogmatischer und - daraus folgend - verfassungsrechtlicher Art, ehe wir auf diese Weise erkennen können, was per Saldo vom neuen Tatbestand der "Unterschlagung" zu halten ist.³⁴

²⁷ Schlüchter Bochumer Erläuterungen (o. [Fn 9](#)), § 246 Rn. 4.

²⁸ So Schlüchter Bochumer Erläuterungen (o. [Fn 9](#)), § 246 Rn. 8.

²⁹ Siehe Haft, Strafrecht. Besonderer Teil, 5. Aufl. 1995, 147; Schönke/Schröder (Sch/Sch)/Eser, StGB, 25. Aufl. 1997, § 242 Rn. 55.

³⁰ Schon im Entwurf 1962 findet sich eine Strafnorm vorgeschlagen, deren Textfassung und Begründung eine frappierende Ähnlichkeit mit dem aktuellen § 246 StGB und seinen Erwägungen aufweist.

³¹ So Hirsch, in: Bemerkungen zum Entwurf eines 6. StrRG vom 30.01.1997, 5.

³² Vgl. auch schon Hirsch, in: Bemerkungen zum Entwurf eines 6. StrRG v. 30.01.1997, 5.

³³ Vor diesen hat zu Recht auch schon Hettinger (Entwicklungen im Strafrecht und Strafverfahrensrecht der Gegenwart, 1997, 39) gewarnt.

³⁴ Die "Strafbarkeitsverschiebungen durch Drittzueignung" über den Tatbestand des § 246 StGB hinaus diskutiert Noak in seiner gleichnamigen, in Vorbereitung befindlichen Bochumer Dissertation.

II. Strafbarkeitslücken durch die alte Fassung

Das Hauptargument für die Änderung des Unterschlagungstatbestands waren die zum Teil als "unerträglich" empfundenen Strafbarkeitslücken. Auf der Grundlage der alten Gesetzesfassung herrschte lange Zeit ein durch die Neufassung des Tatbestands überholter Meinungsstreit, ob und in welchem Umfang die scheinbar vorhandenen Lücken durch eine "berichtigende Auslegung" des Tatbestands zu schließen seien.

Bei genauer Betrachtung zeigt sich jedoch, daß die immer wieder ins Feld geführte Begründung nicht durchschlägt. Dies gilt sowohl im Hinblick auf das Gewahrsams- bzw. Besitzerfordernis, als auch für die befürchteten Lücken durch die Beschränkung auf ein "Sich"- Zueignen.

II 1. Gewahrsams- bzw. Besitzerfordernis

In seiner alten Fassung war nach [§ 246 Abs. 1 StGB](#) zu bestrafen, wer sich eine fremde bewegliche Sache zueignete, "die er in Besitz oder Gewahrsam hat(te)". Dieses scheinbar sehr klar und unmißverständlich formulierte Tatbestandsmerkmal bildete bekanntlich den Anlaß für einen in Rechtsprechung und vor allem in der Strafrechtslehre bis zuletzt geführten Meinungsstreit. So sollte dieses Gewahrsams- bzw. Besitzerfordernis nach verbreiteter Ansicht zu "kaum erträglichen"³⁵ Strafbareitslücken führen, wenn man nicht im Wege der Auslegung *korrigierend* eingreife, genauer: das bei strenger Sichtweise sich eigentlich aufdrängende restriktive Verständnis des Normtextes erweiternd interpretiere.

Als problematisch sind in diesem Sinne durchweg³⁶ vier verschiedene Fallgruppen benannt worden, die es nun näher zu betrachten gilt: Die (praktisch bedeutsame) Fundunterschlagung, außerdem die sog. "Leichenfledderei"³⁷, ferner die Gestaltungen der Mittäterschaft und des mittelbaren Besitzes.

a) Fundunterschlagung und "Leichenfledderei"

Nach allgemeiner Auffassung fallen hier Zueignungshandlung und Gewahrsamserlangung in einem Akt zusammen: der Täter soll erst mit dem Zugriff auf die Sache an dieser neuen Gewahrsam begründen können. Auf der Grundlage der früheren Gesetzesfassung blieb dann in der Tat nur der Weg über eine "Berichtigung" des Normtextes oder der Appell an den Gesetzgeber. Denn allen, die in einer solchen Konstellation eine Strafbareitslücke beklagt und auf Abhilfe gesonnen haben, ist zuzugeben, daß es wirklich bedenklich erschiene, den Täter nicht wegen einer Unterschlagung zu bestrafen.³⁸ Die Annahme einer Straflosigkeit bei strenger Interpretation des [§ 246 StGB a.F.](#) hing freilich untrennbar mit der - nicht begründeten - Behauptung eines *Synchronismus von Zueignungsakt und Gewahrsamserlangung* zusammen. Eben dies erweist sich aber bei näherer Betrachtung als unzutreffend. Denn der Finder erlangt schon unmittelbar *vor* dem sich nach außen hin manifestierenden Zueignungsakt (Ergreifen und Einstecken des Gegenstandes) die Sachherrschaft. Dies kann mit der räumlichen Nähe zur Sache einerseits, andererseits durch seinen schon hier bestehenden Herrschaftswillen, den fehlenden entgegenstehenden Gewahrsam Dritter sowie - bei Annahme eines normativ-sozialen Elementes³⁹ - durch die objektive Zulässigkeit (vgl. [§§ 965 Abs. 1, 971 Abs. 1 BGB](#)) der Verhaltensweise begründet werden.⁴⁰ Eine Strafbareitslücke ist damit für die Fälle der Fundunterschlagung und Leichenfledderei auch bei einer wortsinngetreuen Auslegung des [§ 246 StGB a.F.](#) nicht erkennbar gewesen. Dies gilt selbst dann, wenn man die hier zugrunde gelegte Auffassung nicht teilen wollte. Bestand doch dann noch immer die Möglichkeit, auf eine dem Zugriff

³⁵ So etwa Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht BT-1, 7. Aufl. 1988, § 34 Rn. 3.

³⁶ Vgl. etwa die Zusammenstellung bei Lackner/Kühl, § 246 Rn. 3.

³⁷ Hiermit ist die Plünderung einer Leiche gemeint. Da der Gewahrsam im strafrechtlichen Sinne - anders als der zivilrechtliche Besitz (§ 857 BGB) - nicht unmittelbar auf den Erben übergeht, handelt es sich bei der "Leichenfledderei" nur um einen Spezialfall der Fundunterschlagung.

³⁸ Anders aber Arzt/Weber (u. [Fn 54](#)), Rn. 256 unter Hinweis auf den Gedanken der Mitverantwortung des Rechtsgutsinhabers.

³⁹ Vgl. etwa Geilen, JR 1973, 446, 447; Lackner/Kühl (u. [Fn 65](#)), § 242 Rn. 9; NK/Kindhäuser (u. [Fn 65](#)), § 242 Rn. 33; Welzel, GA 1960, 257, 264/265.

⁴⁰ Siehe dazu die näheren Ausführungen bei Duttge/Fahnenschmidt, Jura 1997, 281, 285/286 m.w.N.

nachfolgende Manifestation des Zueignungswillens abzustellen,⁴¹ sofern man im Sinne der "Konkurrenzlösung"⁴² eine mehrfache Zueignung für zulässig erachtet hat.

b) Mittäterschaft

Die angeblich eine Strafbarkeitslücke begründende Fallkonstellation der Mittäterschaft hatte in Wahrheit überhaupt nicht das spezifische Problem eines möglicherweise zu eng gefaßten Unterschlagungstatbestandes zum Gegenstand, sondern betraf vielmehr den Meinungsstreit zum Verständnis des [§ 246 StGB a.F.](#) als Sonderdelikt.⁴³ Eine (Mit-)Täterschaft ist insoweit an die besondere Täterqualität geknüpft und daher nur möglich, wenn alle Mittäter das betreffende Merkmal in eigener Person erfüllen.⁴⁴ Der Unterschlagungstatbestand ist nun ursprünglich als *Pflichtdelikt* konzipiert gewesen, indem sich dort ein "Katalog" mit besonderen Pflichten fand.⁴⁵ Die Streichung dieses Kataloges hat dieses Pflichtdelikt jedoch in ein Allgemeindelikt umgewandelt. Demnach hatte sich die Feststellung von Mittäterschaft auf der Grundlage von [§ 246 StGB a.F.](#) allein danach zu richten, ob im konkreten Fall die allgemeinen Täterschaftskriterien vorlagen. Sofern somit allen Beteiligten Täterschaft zukam, war es nach alter Rechtslage für die Annahme einer mittäterschaftlichen Tatbegehung ausreichend, daß nur einer der Mittäter spätestens mit der Zueignung auch den Gewahrsam erlangte.⁴⁶

c) Mittelbarer Besitz

Die Gestaltungen des mittelbaren Besitzes waren schließlich vom Tatbestand des [§ 246 StGB a.F.](#) nur dann nicht erfaßt, wenn man mit einer seinerzeit sehr verbreiteten Meinung⁴⁷ dem dort ausdrücklich genannten Begriff "Besitz" neben dem "Gewahrsam" jeden Sinn absprechen und damit als überflüssig erklären wollte. Weitaus näher lag es aber, diesen beiden Rechtstermini auch jeweils einen eigenständigen Bedeutungsgehalt zuzuweisen. Diese Einschätzung konnten die hiergegen vorgebrachten, aber nicht näher belegten Mutmaßungen über den historischen Stand der Besitzlehre während der Entstehung des StGB nicht erschüttern.⁴⁸ Denn selbst dann wäre die Annahme einer Bedeutungsgleichheit der seither

⁴¹ So auch Ranft, JA 1984, 277, 286; Systematischer Kommentar zum StGB (SK)/Samson, § 246 Rn. 18; hingegen aber Rengier, Festschrift für Lenckner, 1998, 801, 807.

⁴² Vgl. etwa Maurach/Schroeder/Maiwald (o. [Fn 35](#)), § 34 Rn. 22/23; Seelmann, JuS 1985, 699, 702; Tenckhoff, JuS 1984, 775, 778; anders aber BGHSt 14, 38 ff.; Gössel, Strafrecht, 7. Aufl. 1997, 113/114.

⁴³ Zu diesem Meinungsstreit eingehend und instruktiv Küper, ZStW 106 (1994), 354 ff. mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

⁴⁴ Etwa Schlüchter, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1998, 97.

⁴⁵ Der erste Entwurf eines StGB für den Norddeutschen Bund (1869), der auf § 225 des Preußischen StGB von 1851 zurückgeht, wollte eine Unterschlagung nur dann annehmen, wenn jemand den Gewahrsam oder Besitz am Gegenstand erhält mit der Verpflichtung, "die Sache zu verwahren, zu verwalten, zurückzugeben, abzuliefern". Später hat man dann die Unterschlagung zum reinen Aneignungsdelikt weiterentwickelt, indem dieser Katalog durch das allgemeinere Gewahrsams- und Besitzerfordernis ersetzt wurde.

⁴⁶ Wie hier auch Charalambakis (u. [Fn 65](#)), 141; Küper, ZStW 106 (1994), 354, 379; Otto (u. [Fn 54](#)), 261/262; Roxin, Täterschaft und Teilnahme, 6. Aufl. 1994, 386 ff.; Tröndle (u. [Fn 65](#)), § 246 Rn. 20; anders aber BGHSt 2, 317, 318; Herzberg, Täterschaft und Teilnahme, 1977, 70/71.

⁴⁷ Eindeutig nur RGSt 37, 198, 199/200; OLG Schleswig NJW 1979, 882/883; Tröndle (u. [Fn 65](#)), § 246 Rn. 9; gezählt werden muß hierzu aber wohl insgesamt die Rechtsprechung, die auf die Frage der Besitzlage nicht eingeht und nur das Merkmal "Gewahrsam" prüft, vgl. zuletzt BGHSt 40, 8, 22/23; nicht bekennd dagegen LK/Ruß (u. [Fn 60](#)), 11. Aufl. 1994, § 246 Rn. 10; Sch/Sch/Eser (o. [Fn 29](#)), § 246, Rn. 1, 9 (der offenbar sogar eher der gegenteiligen Auffassung zuneigt); SK/Samson (o. [Fn 41](#)), § 246 Rn. 5; sogar ausdrücklich zweifelnd Lackner/Kühl (u. [Fn 65](#)), § 246 Rn. 3.

⁴⁸ Vgl. Otto (u. [Fn 54](#)), § 42 I 3 b) aa) m.w.N.

eindeutig divergierenden Begriffe nicht ohne weiteres zu rechtfertigen gewesen.⁴⁹ Hätte man dies anerkannt und den "Besitz" somit als eigenständiges, im Verhältnis zum "Gewahrsam" alternatives Tatbestandsmerkmal ("Besitz *oder* Gewahrsam") aufgefaßt, wie dies die Strafrechtslehre ja zu einem keineswegs nur unerheblichen Teil auch befürwortet hat,⁵⁰ dann wäre es naheliegend erschienen, sich an dem in §§ 854 ff. BGB schon gesetzlich näher bestimmten Verständnis unter Einschluß der für den *mittelbaren Besitz* geltenden Norm des [§ 868 BGB](#) zu orientieren. Die allenthalben beklagte Lücke in der Reichweite der Strafbarkeit hätte auf diese Weise ohne Zuhilfenahme einer den Wortsinn des Gesetzes "berichtigenden" Auslegungskonstruktion zum Nachteil der Rechtsunterworfenen geschlossen werden können.

d) Fazit

Damit zeigt sich insgesamt für das Gewahrsams- und Besitzerfordernis: Das immer wieder ins Feld geführte Argument, hierdurch komme es zu "kaum erträglichen"⁵¹ Strafbarkeitslücken,⁵² war bei allen zum Beleg genannten Fallgruppen *unbegründet*. Kindhäuser⁵³ hat deshalb die Frage nach dem zeitlichen Verhältnis zwischen Zueignung und Erlangung des Besitzes bzw. Gewahrsams ganz zutreffend als "eher von systematisch-theoretischer als von praktischer Bedeutung" bezeichnet. Die Berufung des Reformgesetzgebers auf das kriminalpolitische Anliegen trägt deshalb insoweit die Änderung des § 246 StGB nicht, so daß mit dem Wegfall dieses Tatbestandsmerkmals auch keinerlei "Gewinn" verbunden ist.

⁴⁹ Wie hier etwa auch Charalambakis (u. [Fn 65](#)), S. 110; Otto (u. [Fn 54](#)), 256.

⁵⁰ So Blei, Strafrecht II, 12. Aufl. 1983, 199; Charalambakis (u. [Fn 65](#)), 110; Louven, MDR 1960, 268, 270; Maurach/Schroeder/Maiwald (o. [Fn 35](#)), § 34 Rn. 6; Kindhäuser, Strafrecht Besonderer Teil II, Teilbd. 1, 1998, § 6 Rn. 11, ders., in: NK (u. [Fn 65](#)), § 246 Rn. 20, Otto (u. [Fn 54](#)), § 42 I 3 b); ders., JZ 1985, 21, 25; Ranft, JA 1984, 277, 286/287; Rengier, Strafrecht Bes. Teil I, 1997, § 5 Rn. 7; Seier, JA 1979, 488/489; Timmermann, MDR 1977, 533, 534.

⁵¹ Siehe o. [Fn 35](#).

⁵² Vgl. auch Krey, Strafrecht Besonderer Teil, Bd. 2, 10. Aufl. 1995, Rn. 165.

⁵³ Strafrecht BT II/1 (o. [Fn 50](#)), § 6 Rn. 36.

Zusatz zu II 1 Meinungsstreit zur alten Fassung

Die oben erwähnte strenge Sichtweise⁵⁴ ging davon aus, daß der Täter bei der Tathandlung (Zueignung) die Sache bereits in Besitz oder Gewahrsam haben mußte. Zur Begründung konnte sie nicht nur auf den Gesetzestext, sondern auch auf entstehungsgeschichtliche Anhaltspunkte verweisen; denn die Motive zum StGB des Norddeutschen Bundes vom 31.05.1870 sind eindeutig von einer restriktiven Deutung des dortigen [§ 246](#) im Sinne der "Zwei-Akts-Theorie"⁵⁵ausgegangen.⁵⁶ Einem den Normtext extensiver interpretierenden Verständnis stellte die strenge Auffassung das Analogieverbot des [Art. 103 Abs. 2 GG](#) entgegen.⁵⁷

Demgegenüber hat die sog. "große berichtigende Auslegung"⁵⁸das Gewahrsams- bzw. Besitzerfordernis nur als schlecht formuliertes⁵⁹ Abgrenzungskriterium zum Diebstahl aufgefaßt, um so die befürchteten straffreien Räume möglichst umfassend zu beseitigen.⁶⁰ Die Unterschlagung stellte sich aus solcher Perspektive als Auffangnorm für sämtliche Zueignungshandlungen ohne Gewahrsamsbruch dar.⁶¹ Zum Beleg wurde auch hier - freilich unzutreffend⁶²- die Entstehungsgeschichte in Anspruch genommen, darüber hinaus zum Vergleich auf die Formulierung des [§ 212 Abs. 1 StGB](#) ("ohne Mörder zu sein") verwiesen.⁶³

Für eine mittlere Lösung sprachen sich schließlich die Anhänger einer allgemein als "herrschend" apostrophierten "kleinen Randberichtigung"⁶⁴aus, die freilich als "bekennende" Befürworter dieser Sichtweise *keineswegs* in der Überzahl waren. Die hierzu gezählten Vertreter⁶⁵ sahen zwar in einer großen Tatbestandserweiterung einen Verstoß gegen [Art. 103 Abs. 2 GG](#), ließen freilich für die Annahme tatbestandsmäßigen Verhaltens auch die erst mit der Zueignung in einem Akt erfolgte Gewahrsamsbegründung genügen. Erwartet wurde, daß auf diese Weise einerseits die Grenze zwischen (zulässiger) Auslegung und (verbotener)

⁵⁴ hierzu zählten vor allem RGSt 19, 38, 39/40; 53, 302, 303; 68, 90; 72, 326, 327; Arzt/Weber, Strafrecht Besonderer Teil, Lehrheft 3, 2. Aufl. 1986, Rn 251 ff. 258; Bockelmann, MDR 1953, 3 ff.; Duttge/Fahnenschmidt, Jura 1997, 281 ff.; Otto, Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes, 1970, 254 ff.; ders., Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte, 4. Aufl. 1995, § 42 I 3; Ranft, JA 1984, 277, 285/286; Samson, JA 1990, 5, 6/7; Schroth, Strafrecht Besonderer Teil, 1997, 9.3.1.; Seelmann, JuS 1985, 699, 700; Tenckhoff, JuS 1984, 775, 777.

⁵⁵ Vgl. Geppert/Bartl, Jura 1984, 615, 616.

⁵⁶ Dazu die Stenographischen Berichte über die Verhandlungen des Reichstages des Norddeutschen Bundes, Anlagen zur I. Legislatur-Periode, Nr. 5, 76: Der Tatbestand der Unterschlagung bezeichnet "die rechtswidrige Aneignung der fremden beweglichen Sache, in deren Inhabung der Thäter sich bereits befindet (Hervorhebung durch die Verf.).

⁵⁷ Dazu im einzelnen mit weiteren Nachweisen Duttge/Fahnenschmidt, Jura 1997, 281, 283/284.

⁵⁸ Eine Zusammenfassung der wesentlichen Argumente liefern Geppert/Bartl, Jura 1984, 615.

⁵⁹ So Welzel, JZ 1952, 617, 618.

⁶⁰ Vgl. nur Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch (LK)/Heimann-Trosien, StGB, 9. Aufl. 1974, § 246 Rn. 15: "Es darf keine straffreie Lücke entstehen."

⁶¹ Diese im wesentlichen auf Binding zurückgehende Auffassung (vgl. Lehrbuch des Allgemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, Band 1, 2. Aufl. 1902, S. 275/276) wird auch geteilt von RGSt 49, 194, 198; Busch, SJZ 1952, 359, 360; Haft (o. [Fn 29](#)), 155/156; Schmidhäuser, Strafrecht Besonderer Teil, 2. Aufl. 1983, 8/42; Schönke/Schröder, StGB, 17. Aufl. 1974, § 246 Rn. 1

⁶² Vgl. Duttge/Fahnenschmidt, Jura 1997, 281, 284/285; eingehend Bockelmann, MDR 1953, 3, 5 ff.

⁶³ Vgl. Welzel, JZ 1952, 617, 618.

⁶⁴ Bockelmann, Strafrecht Besonderer Teil/1, 2. Aufl. 1983, § 4 II 2 a).

⁶⁵ So u.a. BGHSt 4, 76, 77; 13, 43/44; 35, 152, 161; BGH NJW 1994, 1228, 1230/1231; Charalambakis, Der Unterschlagungstatbestand de lege lata und de lege ferenda, 1985, 92 ff.; Lackner/Kühl, StGB, 22. Aufl. 1997, § 246 Rn. 3; Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch (NK)/Kindhäuser, Stand: 3. Lief., Februar 1996, Vor § 242 Rn. 9, § 246 Rn. 22; Sch/Sch/Eser (o. [Fn 29](#)), § 246 Rn. 1; Tröndle, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 48. Aufl. 1997, § 246 Rn. 10; Wessels, Strafrecht Besonderer Teil 2, 19. Aufl. 1996, Rn. 276.

Analogie - markiert durch den "noch möglichen umgangssprachlichen Wortsinn"⁶⁶ - gewahrt bleibe, die bei strenger Sichtweise befürchteten Strafbarkeitslücken aber andererseits vermieden werden könnten.

⁶⁶ So die überwiegende Auffassung, vgl. BVerfGE 47, 109, 121; 64, 389, 393/394; BGHSt 22, 235, 236/237; Krey, Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht, 1977, 146 ff.; Scheffler, Jura 1996, 505 ff.; krit. aber Herzberg, GA 1997, 251, 252/253; Müller, Juristische Methodik, 5. Aufl. 1993, 192 ff.; Schlehofer, JuS 1992, 572, 574/575; Wank, Die Auslegung von Gesetzen, 1997, 50/51.

II 2. Beschränkung auf ein "Sich"-Zueignen

Die Frage nach einem "Gewinn" durch die Änderung des § 246 StGB stellt sich weiterhin auch im Hinblick auf die Erweiterung des Tatbestandes um die Fälle der Drittzueignung. Mit Rücksicht auf den [Normtext](#) ("*sich* rechtswidrig zueignet") im Vergleich zu [§§ 253, 263 StGB](#) ("um sich *oder* einen Dritten zu Unrecht zu bereichern"; "in der Absicht, sich *oder* einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen") galt vor dem 01.04.1998 der Grundsatz, daß der Unterschlagungstatbestand nur die Zueignung der Sache an sich selbst, nicht aber an dritte Personen erfaßt.⁶⁷ Die Gegenauffassung⁶⁸, die in jeder "Drittzueignung" zugleich und notwendig ein "Sich-Zueignen" gesehen hat mit der Folge, daß sich der Täter auch durch eine Zuwendung an Dritte stets wegen § 246 StGB strafbar machte, ist demgegenüber zu Recht durchweg auf Ablehnung gestoßen. Gleichwohl blieben auch schon auf der Grundlage der alten Gesetzeslage Drittzueignungen nicht stets straflos. Vielmehr haben es Rechtsprechung und Rechtslehre *in gewissem Umfang* auch als strafbar angesehen, wenn die betreffende Sache *nicht* dem eigenen Vermögen einverleibt, sondern sogleich einem Dritten verschafft wurde. Für *bestimmte als strafwürdig empfundene Gestaltungen* sind deshalb im Hinblick auf den strengeren Normtext des [§ 246 StGB](#) *Ausweichstrategien* entwickelt worden, um letztlich auch hier die Strafbarkeit wegen einer Unterschlagung begründen zu können.

a) Ausweichstrategien auf der Grundlage der alten Fassung des § 246 StGB

Diese "Ausweichstrategien" offenbarten sich in zwei Besonderheiten des seinerzeit zugrunde gelegten Verständnisses vom Tatbestand der Unterschlagung: Zum einen in der Beschränkung des Zueignungsbegriffs auf eine bloße "Manifestation des Zueignungswillens", zum andern in einer Ausweitung des Objektes einer solchen Zueignung von der Sache selbst auf den (in ihr verkörperten) Sachwert.

aa) Manifestationstheorie

Setzt sich der *Zueignungsbegriff* des § 246 StGB wie auch schon des [§ 242 StGB](#)⁶⁹ nach allgemeiner Auffassung aus den beiden Komponenten der wenigstens vorübergehenden *Aneignung* sowie einer endgültigen *Enteignung* zusammen,⁷⁰ dann dürfte eine vollendete Unterschlagung wegen des hier objektiv formulierten Tatbestandsmerkmals an sich erst dann befürwortet werden, wenn es auch tatsächlich zu einer Einverleibung der Sache in das Vermögen des Täters bei gleichzeitiger endgültiger Verdrängung des bisherigen Berechtigten

⁶⁷ So etwa Heubel, JuS 1984, 445, 451; Lackner/Kühl (o. [Fn 65](#)), § 246 Rn. 20, § 242 Rn. 64; NK/Kindhäuser (o. [Fn 65](#)), § 246 Rn. 49, § 242 Rn. 21; Samson, JA 1980, 252, 292, sowie in: SK (o. [Fn 41](#)), § 246 Rn. 45; Sch/Sch/Eser (o. [Fn 29](#)), § 246 Rn. 21, § 242 Rn. 56/57; Werle, Jura 1979, 485, 487; zu § 242 StGB auch Eser, Strafrecht IV, 4. Aufl. 1983, Fall 4 Rn. 14; Krey (o. [Fn 52](#)), Rn. 79 ff., 85 ff.

⁶⁸ Vgl. Hauf, DRiZ 1995, 144, 145/146; Roxin (o. [Fn 46](#)), S. 341 ff.; Rudolphi, GA 1965, 33, 42/43, 51/52; Tenckhoff, JuS 1976, 526, 527; ders., JuS 1980, 723, 725; Wolfslast, NStZ 1994, 542, 544; ähnlich Otto, Jura 1989, 137, 144 unter der Voraussetzung, "daß der Täter zunächst selbst - und sei es auch nur kurzfristig - die umfassende Sachherrschaft über das Tatobjekt erlangt hat".

⁶⁹ Die Kommentierungen zu § 246 StGB verweisen durchweg auf die Erläuterungen zu § 242 StGB, s. etwa Lackner/Kühl (o. [Fn 65](#)), § 246 Rn. 4; LK/Ruß (o. [Fn 47](#)), § 246 Rn. 12; Tröndle (o. [Fn 65](#)), § 246 Rn. 12; Hauf meint sogar, in der Auslegung des Zueignungsbegriffes bestehe "volle Übereinstimmung" zwischen § 242 und § 246 StGB, vgl. in: Strafrecht Besonderer Teil I, 1996, 6.3.3

⁷⁰ Zu diesen beiden Komponenten des Zueignungsbegriffs statt vieler etwa Kindhäuser (o. [Fn 50](#)), § 2 Rn. 76; Krey (o. [Fn 52](#)), Rn. 55 ff., Wessels (o. [Fn 65](#)), Rn. 136 ff.

gekommen ist. Weil dies aber wohl "von Gesetzeswortlaut und Systematik nicht gebotene und sachlich abträgliche Strafbarkeitslücken zur Folge (gehabt hätte)"⁷¹, hat man den Zueignungsbegriff überwiegend erheblich großzügiger interpretiert. Eine Zueignung sollte schon bei einer jeden beliebigen Verhaltensweise anzunehmen sein, in der sich der *Zueignungswille hinreichend manifestiert*, d.h. irgendwie äußerlich erkennbar "offenbart und bestätigt"⁷². *Kühl*⁷³ hat es deshalb genügen lassen, wenn "in der Manifestation nur das Aneignungselement (...) eindeutig in einer Weise zu Tage tritt, daß nicht zugleich das Enteignungselement ausgeschlossen erscheint". Dagegen hat *Kindhäuser*⁷⁴ gerade umgekehrt das Enteignungsmoment als im Vordergrund stehend und das Aneignungsmoment demgegenüber als nur untergeordnet angesehen. Die Anforderungen an eine Manifestation der Zueignung waren also nach *Küper*⁷⁵ letztlich "noch wenig geklärt", sieht man einmal von der Anerkennung typischer Fallgruppen ab.⁷⁶ Deutlich zeigte sich nur, daß diese Annäherung an die *Zueignungsabsicht* des [§ 242 StGB](#) natürlich eine "Subjektivierung"⁷⁷ und damit zugleich eine Vorverlagerung der Strafbarkeit mit sich brachte.

bb) Sachwerttheorie

Über das naheliegende Verständnis der in [§ 246 StGB a.F.](#) gewählten Formulierung hinaus sollte es nach überwiegender Auffassung weiterhin genügen, daß der Unterschlagungstäter sich die Sache nicht selbst, sondern lediglich einen in ihr liegenden Sachwert zueignet. Während noch vornehmlich die ältere Rechtsprechung⁷⁸ als taugliches Zueignungsobjekt ausschließlich die Sache selbst angesehen hat ("Substanztheorie"⁷⁹),⁸⁰ kam es nach neuerer Auffassung anstelle bzw. nach h.M. neben der Sachsubstanz auf den in ihr verkörperten wirtschaftlichen Wert an ("Sachwerttheorie" bzw. "Vereinigungsformel"⁸¹). Dabei ist durchaus die Gefahr gesehen worden, daß man im Wege dieser "ominösen"⁸² Konstruktion den als Eigentumsdelikt konzipierten Unterschlagungstatbestand - möglicherweise sogar unter Verstoß gegen [Art. 103 Abs. 2 GG](#)⁸³ - in ein Vermögens- bzw. Bereicherungsdelikt "umfunktioniert"⁸⁴. Zur Vermeidung einer solchen "Fehldeutung des Begriffs der

⁷¹ Sch/Sch/Eser (o. [Fn 29](#)), § 246 Rn. 11; ähnlich Lackner/Kühl (o. [Fn 65](#)), § 246 Rn. 4; ausdrücklich anders aber Kargl, ZStW 103 (1991), 136, 139 ff.; eine "gewisse Endgültigkeit" hat auch schon Maiwald verlangt, vgl. in: Der Zueignungsbegriff im System der Eigentumsdelikte, 1970, 199.

⁷² Küper, Strafrecht Besonderer Teil, 2. Aufl. 1998, 423 m.w.N.

⁷³ In: Lackner/Kühl (o. [Fn 65](#)), § 246 Rn. 4; noch weitergehend SK/Samson (o. [Fn 41](#)), § 246 Rn. 34 ff., 40 ff., der lediglich die Aneignung als objektive Zueignungshandlung verlangt und daneben die Enteignung gänzlich in den subjektiven Tatbestand verschiebt ("Delikt mit überschießender Innentendenz").

⁷⁴ Strafrecht BT II/1 (o. [Fn 50](#)), § 6 Rn. 18.

⁷⁵ BT (o. [Fn 72](#)), 423.

⁷⁶ Aufgelistet etwa bei Hauf (o. [Fn 69](#)), 6.3.3.; Schroth (o. [Fn 54](#)), 9.3.1.

⁷⁷ Küper (o. [Fn 72](#)), 424; vgl. auch ders., Festschrift für Stree und Wessels, 1993, 467, 481f; SK/Samson (o. [Fn 41](#)), § 246 Rn. 28: "Verkürzung des objektiven Tatbestandes"; sehr kritisch Kargl, ZStW 103 (1991), 136, 140, 162 passim: "Gesinnungsstrafrecht"; umgekehrt argumentiert Tenckhoff, JuS 1984, 775, 778, wonach "das Gesetz ... einen stark subjektiven Begriff ... zum Merkmal des objektiven Tatbestandes" erhebe.

⁷⁸ Etwa RGSt. 10, 369, 370/371; 39, 239, 242; für eine "Rückkehr zur strengen Substanztheorie" plädieren neuerdings Gössel, GA-Festschr. 1993, 39, 47 ff.; Kindhäuser, Festschrift für Geerds, 1995, 655 ff., sowie in: NK (o. [Fn 65](#)), § 246 Rn. 24, § 242 Rn. 75; in diesem Sinne auch bereits zuvor Otto (o. [Fn 54](#)), § 40 II 2 a) cc).

⁷⁹ Als "Eigentumstheorie" bezeichnet bei Kindhäuser, Strafrecht BT II/1 (o. [Fn 50](#)), § 2 Rn. 78 ff., § 6 Rn. 15.

⁸⁰ Im Sinne einer "modifizierten Substanztheorie" etwa Maiwald, JA 1971, 584; Ranft, JA 1984, 277, 283/284; Seelmann JuS 1985, 288, 289.

⁸¹ Für eine Vereinigung von Substanz- und Sachwertformel statt vieler etwa BGH NStZ 1981, 63; NJW 1985, 812; Heubel, JuS 1984, 445, 449/450; Krey (o. [Fn 52](#)), Rn. 53; Lackner/Kühl (o. [Fn 65](#)), § 242 Rn. 21 ff.; LK/Ruß (o. [Fn 47](#)), § 246 Rn. 12, § 242 Rn. 48 ff.

⁸² Geerds, JR 1978, 172; deutlich auch Otto (o. [Fn 54](#)), § 40 II 2 a) cc), der von einer "anrühigen und austauschbaren Argumentation" spricht.

⁸³ So Kindhäuser, vgl. in: Festschrift für Geerds, 1995, 655, 657; ders. Strafrecht BT II/1 (o. [Fn 50](#)), § 2 Rn. 83.

⁸⁴ Treffend Stoffers, Jura 1995, 113, 116.

Sachwertzueignung"⁸⁵ wurde daher zum Teil als zueignungsfähiger Sachwert grundsätzlich nur der unmittelbar aus der Sache selbst fließende spezifische Wert ("lucrum ex re"), nicht aber der sich erst durch eine wirtschaftliche Verwertung der Sache ergebende weitere Vorteil ("lucrum ex negotio cum re") angesehen.⁸⁶ Von einer Ausgrenzung des "lucrum ex negotio cum re" aus dem strafbaren Bereich war aber dann keine Rede mehr, wenn Fallgestaltungen betroffen waren, in denen der Täter die Sache einem Dritten hat zukommen lassen. Die Rechtsprechung hat den Tatbestand einer Unterschlagung schon dann als erfüllt angesehen, wenn der Täter von der Sache auch nur mittelbar *irgendeinen wirtschaftlichen Vorteil "im weitesten Sinne"* erlangte.⁸⁷ Ein solcher Vorteil war selbst dann nicht ausgeschlossen, wenn der Täter über die Sache unentgeltlich verfügt, sie insbesondere an eine andere Person verschenkt oder sie dieser auf sonstige Weise überlassen hat.⁸⁸

b) Fazit

Durch die beschriebenen *Ausweichstrategien* ist somit der Grundsatz des "Sich-Zueignens" doch weitgehend durchbrochen worden. Im Ergebnis konnte auch eine Drittzueignung ohne weiteres die Tatbestandsmäßigkeit begründen, es sei denn, der Beschuldigte hatte einzig das Ziel verfolgt, sich der Sache zu entledigen. *Diese Interpretation* des [§ 246 StGB a.F.](#) brachte daher keinerlei "unerträgliche" Strafbarkeitslücken mit sich, so daß es solche auch für den Reformgesetzgeber nicht zu schließen gab; die dahin gehenden Erwägungen zum 6. StrRG⁸⁹ laufen somit auch insoweit scheinbar ins Leere. Freilich darf aber nicht übersehen werden, daß Rechtsprechung und Rechtslehre auf der Grundlage der alten Gesetzesfassung erst im Wege einer überaus problematischen Argumentation ([Art. 103 Abs. 2 GG!](#)) und nur mit erheblichem Aufwand diese Ergebnisse erzielt haben. Der nun erfolgten ausdrücklichen Einbeziehung der Drittzueignung in den Tatbestand des [§ 246 StGB](#) kommt daher der Vorzug zu, daß dies anders als bisher unmittelbar dem Normtext entnommen werden kann. Darin liegt ein nicht gering zu schätzender Beitrag für die Rechtsklarheit und Rechtssicherheit.⁹⁰ Deshalb kann insoweit im Ergebnis doch von einem "Gewinn" durch die Gesetzesänderung ausgegangen werden. Wie steht es aber nun mit den schon eingangs erwähnten "Kosten"? Es ergeben sich strafrechtsdogmatische Bedenken und verfassungsrechtliche Probleme.

⁸⁵ Rudolphi, JR 1985, 252, 253.

⁸⁶ Grundlegend zu dieser Unterscheidung Bockelmann, ZStW 65 (1953), 569, 575; weiterhin Krey (o. [Fn 52](#)), Rn. 54, 69; LK/Ruß (o. [Fn 47](#)), § 242 Rn. 49; der Sache nach auch Paulus, Strafrechtlicher Begriff der Sachzueignung, 1968, 163 ff., 218 ff.: Zwecknutzen der Sache; Rudolphi, GA 1965, 33, 38 ff.: die einer Sache innewohnende Funktionsmöglichkeit; vgl. auch ders., JR 1985, 252, 254: die dem Eigentümer zustehende reale Verwendungsmöglichkeit der Sache.

⁸⁷ Vor allem BGHSt 4, 236, 238; BGH NJW 1985, 812; StV 1988, 526, 527; 1990, 160; NSTZ 1994, 542; 1995, 131, 132/133; 1995, 442, 443/444; BGHSt 40, 8, 18; (GrS) 41, 187, 194; OLG Düsseldorf StV 1991, 26; weiterhin etwa Tröndle (o. [Fn 65](#)), § 246 Rn. 13a.

⁸⁸ In diesem Sinne BGHSt 4, 236, 238; Lackner/Kühl (o. [Fn 65](#)), § 242 Rn. 26; LK/Ruß (o. [Fn 47](#)), § 242 Rn. 65; Kindhäuser, in: NK (o. [Fn 65](#)), § 242 Rn. 96, § 246 Rn. 50, sowie Strafrecht BT II/1 (o. [Fn 50](#)), § 6 Rn. 23: Charakter einer Übereignung; Sch/Sch/Eser (o. [Fn 29](#)), § 242 Rn. 56; Wessels (o. [Fn 65](#)), Rn. 154; s. auch SK/Samson (o. [Fn 41](#)), § 242 Rn. 77: Gedanke aus § 814 BGB; a.A. Seelmann, JuS 1985, 288, 290.

⁸⁹ Siehe o. [Fn 20](#).

⁹⁰ Berechtigt ist daher die Kritik bei Hauf, DRiZ 1995, 144, 145, an der früheren - maßgeblich durch die Rechtsprechung geprägten - Rechtslage.

III. Strafrechtsdogmatische Bedenken gegen die Neufassung

Die erklärtermaßen zur Gewährleistung eines umfassenden Eigentumsschutzes unternommene Neufassung des § 246 StGB⁹¹ hat sich nicht nur darauf beschränkt, die zur vorherigen Gesetzeslage entwickelten extensiven Interpretationsergebnisse in Gesetzesform zu gießen. [§ 246 StGB n.F.](#) geht vielmehr über diesen früheren Rechtszustand weit hinaus:

So kann einmal keineswegs angenommen werden, nun sei zwar nicht die kleine, wohl aber die "große berichtigende Auslegung" Gesetz geworden.⁹² Denn nach der neuen Fassung des [§ 246 StGB](#) dient das Besitz- bzw. Gewahrsamsersfordernis ja nicht einmal der Abgrenzung von einer im Wege des *Gewahrsamsbruchs* erfolgten Zueignung;⁹³ jenes Merkmal ist vielmehr ersatzlos weggefallen.⁹⁴ Die Entscheidung der Konkurrenzfrage (gerade auch zum Diebstahl) hat jetzt anstelle dessen die (für sich keineswegs zweifelsfrei zu handhabende)⁹⁵ Subsidiaritätsklausel übernommen, so daß der neue Tatbestand des [§ 246 StGB](#) ebenso die Gestaltungen einer schon von [§ 242 StGB](#) erfaßten *Wegnahme* pönalisiert.⁹⁶ Die Fälle der Drittzueignung sind zudem nunmehr ohne jegliche Beschränkung einbegriffen; auf den Erhalt eines zumindest mittelbaren wirtschaftlichen Vorteils im weitesten Sinne⁹⁷ kommt es daher beim Täter nicht mehr an.

Insgesamt nimmt die Ausdehnung des Tatbestands ein derartiges Ausmaß an, daß sich ganz erhebliche strafrechtsdogmatische Bedenken einstellen. Dies gilt einmal im Hinblick auf das bisher differenzierte System der dem Schutz des fremden Eigentums dienenden Strafnormen, das durch den völligen Wegfall der Aneignungskomponente eingeebnet wird. Der gleiche Effekt stellt sich auch ein, wenn man die Auswirkungen auf die Tatbeteiligungslehre näher betrachtet. Zu konstatieren ist schließlich eine sich im Vergleich zur alten Gesetzeslage ergebende Vorverlagerung der Strafbarkeit, mit der zugleich eine Beschneidung der Rücktrittsmöglichkeiten einhergeht. [§ 246 StGB n.F.](#) führt bei nüchterner Betrachtung zu grob unbilligen und damit unerwünschten Ergebnissen. Dem sollte durch eine einschränkende Auslegung des Gesetzeswortlauts begegnet werden.

⁹¹ Siehe o. [Fn 25](#).

⁹² So aber Lesch, JA 1998, 474, 477; Stächelin, StV 1998, 98, 99; ähnlich auch Wolters, JZ 1998, 397, 399: "in Zukunft im Sinne der »großen berichtigenden Auslegung« anzuwenden".

⁹³ Dazu schon o. bei [Fn 58 ff.](#)

⁹⁴ Zutreffend Hörnle, Jura 1998, 169, 171.

⁹⁵ Näher Küper (o. [Fn 72](#)), 427/428.

⁹⁶ Darauf weist zu Recht Küper hin, vgl. in: BT (o. [Fn 72](#)), 427.

⁹⁷ Dazu o. bei [Fn 87](#).

III 1. Einebnung des differenzierten Normensystems zum Schutze fremden Eigentums

Der Wegfall des Besitz- bzw. Gewahrsamerfordernisses, verbunden mit der Erweiterung des Tatbestandes um die Drittzueignung, führt letztlich zur vollständigen Preisgabe der bisher für die Unterschlagung teilweise gerade als besonders bedeutsam, ja entscheidend angesehenen *Aneignungskomponente*.⁹⁸ So muß der Täter jetzt nicht einmal vorübergehend die tatsächliche Herrschaft über das Tatobjekt erlangt oder die Position eines (mittelbaren) Besitzers⁹⁹ inne gehabt haben. Die fremde Sache kann vielmehr auf seine Initiative hin sogleich vom Opfer zur dritten Person transferiert werden, ohne daß dies für ihn auch nur irgendeinen Vorteil mit sich bringt. In dieser Weise wird es möglich, daß sich das spezifische Unrecht des § 246 StGB nunmehr ganz auf das (negative) *Enteignungselement* beschränken kann. Dieses hat im bisher bewußt lückenhaft geregelten System des Eigentumsschutzes¹⁰⁰ die Delikte der §§ 242, 246 StGB von den Gestaltungen der (nur in den Sonderfällen der §§ 248b, 290 StGB unter Strafe gestellten) bloßen Gebrauchsanmaßung (sog. *furtum usus*) abgegrenzt. Demgegenüber war dem (positiven) *Aneignungselement* die Aufgabe zugewiesen, die Zueignungsdelikte einmal abzuschichten von der (bei Vorsatz) allgemein nach § 303 StGB strafbaren *Sachbeschädigung*, vor allem aber auch von der nur *ausnahmsweise* bei besonderer Schutzbedürftigkeit des Verwahrungsverhältnisses mit Strafe bedrohten (so § 133 StGB: "dienstliche Verwahrung", § 136 Abs. 1 StGB: "gepfändet oder sonst dienstlich in Verwahrung genommen"), *in der Regel aber straflosen Sachentziehung*.¹⁰¹

a) Sachentziehung

Ist es etwa (ohne einen Zueignungswillen beim Täter) durch Vorenthalten bzw. Entziehen der Sache zu einer Eigentumsverletzung gekommen ([vgl. § 903 BGB](#)), ohne daß die Sache aber entweder vollständig (Zerstörung) oder wenigstens teilweise (Beschädigung) untergegangen ist, kam bislang nur die Lösung des Konfliktes auf dem Zivilrechtsweg in Betracht ([vgl. §§ 985 ff., 823 Abs. 1, 1004 BGB](#)). Wenn nunmehr - nimmt man die Neufassung des § 246 StGB wirklich ernst - die Straftat einer Unterschlagung schon verwirklicht sein soll, wenn die Sache dem Berechtigten entzogen und einem Dritten hieran eine Aneignungsmöglichkeit verschafft wird, ohne daß der Täter dadurch einen auch nur mittelbaren wirtschaftlichen Vorteil erzielt, dann wird damit ein erheblicher Teil der bisher nur zivilrechtlich belangvollen Gestaltungen jetzt auch Gegenstand der Strafrechtspflege. Zur Veranschaulichung möge dazu der folgende **Beispielfall 1** dienen:

Student S hat sich ein neues Lehrbuch zum Besonderen Teil des Strafrechts gekauft. Kurz darauf bittet ihn sein Kommilitone K, das Buch doch seinem mittellosen Freund F auszuleihen, der demnächst eine schwere Übungsklausur schreiben muß. K sieht dabei allerdings die nicht fernliegende Möglichkeit, daß F das Buch nicht mehr zurückgeben könnte. Gleichwohl will er diesem einen Gefallen tun und erreicht, daß der gutgläubige S dem

⁹⁸ Siehe o. [Fn 73](#).

⁹⁹ Zur Frage, ob das Merkmal "Besitz" in der alten Fassung des § 246 StGB gegenüber dem Gewahrsamerfordernis eigenständig zu interpretieren gewesen ist, s. näher o. bei [Fn 47 ff.](#)

¹⁰⁰ So ausdrücklich SK/Samson (o. [Fn 41](#)), Vor § 242 Rn. 15.

¹⁰¹ Näher, Küper (o. [Fn 72](#)), 417; zur grundsätzlich straflosen Sachentziehung auch Bloy, Festschrift für Oehler, 1985, 559 ff., 564; LK/Wolff (o. [Fn 60](#)), 11. Aufl. 1993, § 303 Rn. 15; R. Schmitt, Festschrift für Stree und Wessels, 1993, 505 ff.; Wessels (o. [Fn 65](#)), Rn. 34; krit. aber Maurach/Schroeder/Maiwald (o. [Fn 35](#)), § 36 Rn. 19.

F das Buch direkt zusendet. Tatsächlich bricht F bald darauf sein Studium ab und verschwindet unbekanntem Orts.

Obwohl K zu keinem Zeitpunkt unmittelbar Zugriff auf die Sache hatte, ist das Buch auf seine Veranlassung hin einem Dritten zugeeignet worden. Daß der Berechtigte (S) auf diese Weise endgültig enteignet werden könnte, hat er billigend in Kauf genommen. Ein Gegenwert ist ihm hingegen nicht zugeflossen; einen solchen hat er auch nicht erstrebt. Die Verhaltensweise des K beschränkte sich daher auf das *bloße Ermöglichen der Sachentziehung*, was den S ihm gegenüber nach früherer Rechtslage allenfalls zivilrechtlich zum Wertersatz berechtigt hätte. Die Annahme eines strafbaren Betruges scheidet schon am Merkmal der Täuschungshandlung (allenfalls durch Unterlassen, dazu bedürfte es aber einer Rechtspflicht zur Aufklärung)¹⁰², spätestens am Erfordernis einer (Dritt-)Bereicherungsabsicht. Infolge der Neufassung des [§ 246 StGB](#) muß K aber nun mit einem Strafverfahren rechnen, wie dies auch bei einer lediglich *eigenmächtigen Verfügung* des Täters zu Lasten des Eigentümers der Fall ist. Dies zeigt die **Abwandlung** unseres **Beispielsfalles 1**:

Student S hat das Lehrbuch ordnungsgemäß der Universitätsbibliothek entliehen. Als ihn sein Kommilitone K bittet, ihm das Buch vorübergehend zur Vorbereitung auf die Klausur zu überlassen, stimmt der hilfsbereite S zu, obwohl er ernsthaft damit rechnet, daß der wegen diverser Rückstände nicht mehr selbst zur Ausleihe berechnete K auch ihm das Buch möglicherweise nicht mehr zurückgeben, sondern es gänzlich für sich behalten wird. So geschieht es auch.

Durch diese eigenmächtige Verfügung zugunsten des Dritten (K) hat S das ehemals in seinem Gewahrsam befindliche Buch nicht seinem eigenen Vermögen zugeführt, sondern es einem Dritten verschafft. Wiederum beschränkt sich das begangene Unrecht auf das Ermöglichen einer Enteignung des Berechtigten, ohne daß beim Täter auch nur in irgendeiner Form eine Aneignung festgestellt werden kann. Gleichwohl hat dies nun die Verwirklichung des Unterschlagungstatbestandes zur Folge, weil S mit Eventualvorsatz einem Dritten - K - die Sache verschafft, d.h. diesem die Möglichkeit zur Aneignung des Buches eingeräumt hat. Im Vergleich dazu genügt aber auch nach der Neufassung des [§ 246 StGB](#) das bloße Zurückhalten des entliehenen Buches nicht zur Annahme einer Unterschlagung, weil es hier an einer hinreichenden Manifestation des Zueignungswillens regelmäßig fehlen wird.¹⁰³ Damit zeigt sich aber nicht nur gegenüber der vorangegangenen Gestaltung (Weitergabe an K) ein eklatanter *Wertungswiderspruch*, nachdem sich das Täterverhalten im Falle der Nichtrückgabe der Sache aufgrund des hier bedeutsamen egoistischen Motivs doch wohl kaum als weniger verwerflich auffassen läßt.¹⁰⁴ Auch erweist sich hieran insgesamt der Charakter des neuen Unterschlagungstatbestandes: In seiner jetzt geltenden Ausgestaltung ersetzt § 246 StGB zwar nicht umfassend das bisher im StGB fehlende *allgemeine Sachentziehungsdelikt*¹⁰⁵; unverkennbar ist er einem solchen aber inzwischen ganz erheblich angenähert.¹⁰⁶

¹⁰² Zum Betrug durch Unterlassen vgl. etwa Sch/Sch/Cramer (o. [Fn 29](#)), § 263 Rn. 18 ff.

¹⁰³ So zur alten Gesetzesfassung etwa LK/Ruß (o. [Fn 47](#)), § 246 Rn. 20; NK/Kindhäuser (o. [Fn 65](#)), § 246 Rn. 42; Otto (o. [Fn 54](#)), § 42 I 2 b); SK/Samson (o. [Fn 41](#)), § 246 Rn 44.

¹⁰⁴ Damit soll aber natürlich nicht für eine strafrechtliche Sanktionierung auch in diesem Fall plädiert, sondern entsprechend der Intention dieses Beitrages gerade umgekehrt die Neukriminalisierung hinterfragt werden.

¹⁰⁵ Ein solches kannte das Gesetz bisher nicht, vgl. schon o. bei [Fn 101](#) sowie explizit SK/Samson (o. [Fn 41](#)), Vor § 242 Rn. 16; die Einführung eines solchen hält freilich für erwägenswert Bloy, Festschrift für Oehler, 1985, 559, 565 passim.

¹⁰⁶ So auch schon Schlüchter, Bochumer Erläuterungen (o. [Fn 9](#)), § 246 Rn. 7.

b) Aufrechterhaltung einer anderweitig geschaffenen, rechtswidrigen Lage

Dadurch werden nun auch die tatbestandlichen Grenzen anderer (vorrangiger) Vorschriften unterlaufen, die nur mittelbar dem Schutze fremden Eigentums insofern dienen, als sie etwa eine Aufrechterhaltung oder Vertiefung der durch die Vortat geschaffenen rechtswidrigen Lage¹⁰⁷ gesondert pönalisieren.¹⁰⁸ So drohen vor allem im Zusammenhang mit dem Vermögensdelikt¹⁰⁹ der Hehlerei Verhaltensweisen, die den engen Vorgaben dieses speziellen Tatbestandes nicht genügen, zu Unterschlagungstaten "umetikettiert" zu werden. Folgender **Beispielfall 2** mag dies verdeutlichen:

A hat private Kontakte zu Hehler H. Dieser bietet ihm regelmäßig gestohlene Waren zum Kauf an. Um H aus persönlichen Gründen gefällig zu sein, kauft er bei ihm ein wertvolles Autoradio. Dabei zahlt er einen Preis, für den er ohne weiteres auch legal ein mindestens gleichwertiges Gerät in ebenfalls gebrauchtem Zustand hätte erwerben können. Das Diebesgut läßt A direkt von H an seine (gutgläubige) Freundin F liefern.

Eine Strafbarkeit des A wegen Hehlerei scheidet an der erforderlichen (Dritt-)Bereicherungsabsicht. Denn an einem Vorteil im Sinne des [§ 259 StGB](#) fehlt es beim Erwerb gestohlener Sachen, die sich der Täter unter den gleichen Bedingungen, insbesondere zum gleichen Preis, auch auf legalem Wege hätte beschaffen können.¹¹⁰ Im Erfordernis des (beabsichtigten) *Vermögensvorteils* unterscheidet sich die heute gültige Strafnorm von der früheren Fassung des § 259 StGB, nach der die Art des erstrebten Vorteils noch unerheblich war.¹¹¹ Auch der bloße Besitz der F stellt sich nicht als relevanter Vermögensvorteil im Sinne des § 259 StGB dar; würde doch andernfalls mit jedem Verschaffen der Sache zugleich das subjektive Merkmal der Bereicherungsabsicht verwirklicht.¹¹²

Nach *alter Rechtslage* war A auch in sonstiger Weise nicht strafbar, weder als Teilnehmer an einer Tat der (doch gutgläubigen!) F noch als mittelbarer Täter einer Hehlerei; abgesehen von den besonderen Voraussetzungen des [§ 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB](#) fehlt es bei ihm jedenfalls wiederum an einer Bereicherungsabsicht. Mangels Vorteilssicherungsabsicht (im Sinne eines zielgerichteten Wollens)¹¹³ hat sich A auch nicht wegen einer Begünstigung strafbar gemacht. Da A weder das Autoradio selbst sich zugeeignet noch einen sonstigen wirtschaftlichen Vorteil "im weitesten Sinne" erlangt hat, außerdem zu keinem Zeitpunkt Gewahrsam über das Tatobjekt ausüben konnte,¹¹⁴ war schließlich auch [§ 246 StGB a.F.](#) nicht einschlägig. Durch die *Neufassung des § 246 StGB* kann A nun ohne weiteres wegen einer Unterschlagung bestraft werden, da sich bei ihm ein Drittzugeignungswille (zugunsten der F) feststellen läßt,

¹⁰⁷ Zur "Aufrechterhaltungs-" oder "Perpetuierungstheorie" vgl. etwa Küper (o. [Fn 72](#)), 236; Sch/Sch/Stree (o. [Fn 29](#)), § 259 Rn. 1, jew. m.w.N.

¹⁰⁸ Auf diesen Gedanken hat uns freundlicherweise Herr Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Hans Joachim Hirsch aufmerksam gemacht, dem wir an dieser Stelle herzlich danken möchten.

¹⁰⁹ Anerkannt, etwa LK/Ruß (o. [Fn 72](#)), § 259 Rn. 1.

¹¹⁰ Vgl. OLG Düsseldorf StV 1991, 109, 110; Otto, Jura 1985, 148, 154f; Sch/Sch/Stree (o. [Fn 29](#)), § 259 Rn. 47; Tröndle (o. [Fn 65](#)), § 259 Rn. 23.

¹¹¹ Vor dem 01.01.1975 lautete der Normtext des Absatz 1: "Wer seines Vorteils wegen Sachen, von denen er weiß, daß sie mittels einer strafbaren Handlung erlangt sind, verheimlicht, ankauft, zum Pfande nimmt oder sonst an sich bringt, oder zu deren Absatz bei anderen mitwirkt, wird als Hehler mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren bestraft."

¹¹² Dazu BayObLG NJW 1979, 2218, 2219; LK/Ruß (o. [Fn 47](#)), § 259 Rn. 36.

¹¹³ Wohl h.M., vgl. Küper (o. [Fn 72](#)), 172; Lackner/Kühl (o. [Fn 65](#)), § 257 Rn. 5; LK/Ruß (o. [Fn 47](#)), § 257 Rn. 18; Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht BT-2, 7. Aufl. 1991, § 101 Rn. 9; a.A. Sch/Sch/Stree (o. [Fn 29](#)), § 257 Rn. 22: sicheres Wissen ausreichend.

¹¹⁴ Insoweit kommt es freilich auf das Verständnis des § 246 StGB als Sonderdelikt an; vgl. dazu schon oben [Seite II. 1 b\)](#) mit [Fn. 43](#).

eine auch nur vorübergehende Gewahrsamserlangung aber nicht mehr erforderlich ist. Dies mag man zunächst begrüßen mit dem pauschalen Hinweis, daß die Reform des § 246 StGB doch eine Erweiterung der Strafbarkeit bezweckt hat. Doch handelt es sich in *Beispielsfall 2* eben genau um diejenige deliktische Begehungsweise, die bisher ausschließlich - freilich nur unter bestimmten Voraussetzungen - vom Tatbestand des [§ 259 StGB](#) erfaßt war: Eine Verhaltensweise, die nicht *den Entzug* der fremden Sache aus einer *bisher rechtmäßigen* Besitz- und Gewahrsamlage herbeiführt, sondern die eine *bereits anderweitig geschaffene rechtswidrige Lage* aufrechterhält oder vertieft. Erfasst § 246 StGB nun nicht nur den (ersten) Angriff auf das fremde Eigentum,¹¹⁵ sondern auch jeden weiteren Umgang mit der fremden Sache selbst bei fehlender tatsächlicher Verfügungsgewalt über diese und fehlender Bereicherungsabsicht, dann beschränkt sich nicht nur der Sinn jeglicher Bemühungen um eine Markierung der tatbestandlichen Voraussetzungen des [§ 259 StGB](#) auf die bloße Wahl des richtigen Strafrahmens. Der neue Unterschlagungstatbestand verwischt damit zugleich das differenzierte System zwischen Primär- und Anschlußdelikten: [§ 246 StGB n.F.](#) verkörpert nun beides in einem.

¹¹⁵ Zur ursprünglichen Zielrichtung des Unterschlagungstatbestands vgl. RGSt. 49, 194, 198; LK/Ruß (o. [Fn 47](#)), § 246 Rn. 1.

III 2. Nivellierung des differenzierten Systems der Tatbeteiligung

Über diese Gesichtspunkte hinaus erscheint weiterhin außerordentlich bedenklich, daß durch die Erweiterung des § 246 StGB die nach früherem Recht als bloße Gehilfenbeiträge zu wertenden Tathandlungen sich jetzt zu täterschaftlichen Begehungsweisen "hochgezont" finden. Dies zeigt sich deutlich in den vom Reformgesetzgeber ungeachtet ihrer (hoffentlich) historischen Einmaligkeit bemerkenswerterweise¹¹⁶ zum Beleg für die Neufassung bemühten MfS-Fällen, in denen die im Hoheitsgebiet der ehemaligen DDR¹¹⁷ systematisch betriebene Entnahme von Wertgegenständen aus Post- und Briefsendungen zu beurteilen war.¹¹⁸ Hier haben sich doch entsprechend ihrer Willensrichtung und vergleichsweise geringen Einflußmöglichkeit auf das Tatgeschehen die vor Ort agierenden Funktionäre der unteren Rangstufe, ggf. auch noch deren "Dienstvorgesetzte" bis zu einer gewissen hierarchischen Ebene¹¹⁹, richtigerweise "nur" einer *Beihilfe* zu der (den) Unterschlagungstat(en) der höchsten Befehlsgeber¹²⁰ strafbar gemacht. Dies ergibt sich vor allem daraus, daß ihnen regelmäßig ein (eigennütziger) Zueignungswille hinsichtlich der entnommenen Gegenstände, die sie nur auftragsgemäß an die vorgeordneten Dienststellen weitergeleitet haben, gefehlt hat. Mögen sie trotz ihrer Einbindung in die strenge militärisch-hierarchische Struktur¹²¹ noch ein gewisses Maß an (Sach-)Herrschaft inne gehabt haben, so hat es ihnen doch jedenfalls an jeglichem Interesse an der Erlangung des fremden Eigentums gefehlt. Diese weitestgehend *altruistische Motivation* kennzeichnet aber ganz allgemein eher den Tatbeteiligungstyp der Beihilfe, nicht aber eine Täterschaft. Dies gilt nicht nur im Hinblick auf die vornehmlich subjektiv wertende Rechtsprechung,¹²² sondern auch unter Zugrundelegung der in der Strafrechtswissenschaft vorherrschenden¹²³ Tatherrschaftslehre, die sich keineswegs in einer rein objektiven Betrachtung erschöpft.¹²⁴ *Weber* konstatiert für sie sogar eine deutliche

¹¹⁶ Rechnet der Gesetzgeber in absehbarer Zeit mit vergleichbaren Fällen im Rechtsstaat der Bundesrepublik Deutschland? Kritisch zu dieser "angesichts der besonderen historischen Konstellation eher zweifelhaften Motivation" auch Sander/Hohmann, NStZ 1998, 273, 274.

¹¹⁷ Zum hier nicht zu erörternden Problem der temporalen, internationalen und interlokalen Konkurrenz von Strafrechtsnormen in diesem Zusammenhang vgl. etwa Grünwald, StV 1991, 31 ff.; Samson, NJW 1991, 335 ff.; ders., NJ 1991, 236 ff.; Schroeder, NStZ 1993, 216 ff.; Vormbaum, StV 1991, 176 ff. Einen Überblick zur Lösung der Rechtsprechung geben Marxen/Werle, Die strafrechtliche Verfolgung von DDR-Unrecht. Eine Bilanz (im Erscheinen) I. Teil, B., I..

¹¹⁸ Zur Rechtsprechung des BGH s.o. [Fn 21](#).

¹¹⁹ Für den Leiter der für die Spionageabwehr zuständigen Hauptabteilung II und zugleich Verantwortlichen einer "Abteilung M" des MfS hat der BGH Täterschaft angenommen, vgl. BGH NStZ 1994, 542; 1995, 131 ff.; 442 ff.; die StA Magdeburg (Anklageschrift vom 28.10.1991, Az.: 110 Js 191/91, S. 2) hat auch das Verhalten der untersten Ebene als Täterschaft gewürdigt, allerdings auf der Grundlage von §§ 177, 180 StGB-DDR (vgl. dazu o. [Fn 117](#)), wonach die Zueignung an einen "anderen" genügt.

¹²⁰ Sofern man bei ihnen eine Täterschaft annehmen kann, ablehnend freilich BGHSt 40, 8, 19 ff.; 41, 187, 195 ff.; a.A. Tröndle (o. [Fn 65](#)), § 246 Rn. 13a.

¹²¹ Vgl. BGH NStZ 1995, 131, 132: "Die Organisation der Staatssicherheit war von militärischen Strukturen geprägt. Sie zeichnete sich durch strengen Gehorsam gegenüber der Führungsebene aus ... Die gesamte Postkontrolle war sowohl im Bereich des MfS als auch im Bereich der Bezirksverwaltungen durch ein enges Geflecht detaillierter Anweisungen und Überwachungsmechanismen ... organisiert ...".

¹²² Deutlich BGHSt 6, 226, 228/229; 16, 12, 13/14; 18, 87, 95; im Sinne einer Verbindung von Täterwillen und Tatherrschaftskriterien BGH NStZ 1985, 165; 1987, 224/225; 1990, 80; BGHSt 37, 289, 291.

¹²³ Nach Gössel (in: Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilbd. 2, 7. Aufl. 1989, § 47 Rn. 84) ist sie nahezu "Alleinherrscherin".

¹²⁴ Vgl. etwa LK/Roxin (o. [Fn 60](#)), 11. Aufl. 1993, § 25 Rn. 7: Tatherrschaftslehre als "Synthese aus der Dolustheorie und den älteren objektiven Lehren"; ebd. Rn. 8: "Wer Täter ist, bestimmt sich ... nach diesen beiden subjektiv-objektiven Merkmalen"; ebd. Rn. 35: "Die Tatherrschaftslehre mißt objektiven wie subjektiven Faktoren für die Bestimmung der Täterschaft gleichrangige Bedeutung zu"; Prinzip der Tatherrschaft als "Versöhnung von Objektivisten und Subjektivisten"; ähnlich auch Jescheck/Weigend, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 61 V 1; Otto, Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Lehren, 5. Aufl. 1996, § 21 Rn. 18, 26.

Tendenz, zunehmend auch subjektive Momente zu berücksichtigen.¹²⁵ Stellt sich somit die gänzlich ohne Eigeninteresse unternommene kausale Mitwirkung an einer (fremdnützigen) Unterschlagung als "typische" Beihilfetat dar, so wird diese Differenz zur täterschaftlichen Begehungsweise mit Einbeziehung der Drittzueignung in den Tatbestand des § 246 StGB vollkommen eingeebnet. Diese "Vergrößerung"¹²⁶ des im Strafrecht¹²⁷ jedenfalls für die Vorsatzdelikte¹²⁸ uneingeschränkt geltenden differenzierten Systems der Tatbeteiligungstypen (vgl. [§§ 25 ff. StGB](#)) sei an einem weiteren **Beispielfall 3** veranschaulicht:

Am Ende eines jeden Betriebstages werden in der Kantine eines großen Unternehmens alle Speisen in den Müll geworfen, die nicht verkauft werden konnten. Dies geschieht auch dann, wenn die Waren an sich noch zum Verzehr geeignet sind. Um jedweden Mißbrauch zu verhindern, ist es den Küchenmitarbeitern aufgrund einer ausdrücklichen Anweisung durch die Firmenleitung untersagt, unentgeltlich etwas mitzunehmen. Dem Küchenchef ist die Aufgabe anvertraut, diese Beseitigung der Speisen zu überwachen. Dieser hält die Vernichtung des Essens aber für einen Frevel und teilt deshalb heimlich nach Betriebsschluß Essenspakete an Obdachlose aus.

Wiederum ist es beim unmittelbar Handelnden - dem Küchenchef - zu keiner eigennützigen Zueignung gekommen: er hat sich weder das Essen selbst noch einen darin verkörperten oder damit (etwa durch Verkauf) erwirtschafteten Wert in das eigene Vermögen einverleibt. Die fremden Waren hat er lediglich unentgeltlich an dritte Personen weitergegeben, damit erst diese sie sich (durch Verzehr oder Aufbewahrung) aneignen können. Auf der Grundlage des nun geltenden § 246 StGB stellt sich dieses Verschaffen der Waren zur Aneignung durch Dritte aber nicht mehr nur als Beihilfetat zu einer fremden Unterschlagung dar (sofern die Obdachlosen überhaupt über die wahren Umstände informiert und damit bösgläubig sind); vielmehr muß jetzt eine täterschaftlich begangene Unterschlagung in Gestalt der (vom Vorsatz umfaßten) Drittzueignung ernsthaft in Betracht gezogen werden. Dieses Ergebnis erscheint freilich nicht nur als weit überzogen; es ist auch gänzlich unvereinbar mit den allgemeinen Grundsätzen zur Tatbeteiligung. Denn die Weitergabe der Essensreste ermöglicht doch erst die fremde Haupttat (Aneignung der Speisen durch die Obdachlosen); nach allgemeinen Grundsätzen wäre der Tatbeitrag des Küchenchefs somit eher als ein Hilfeleisten zu dieser Tat im Sinne des [§ 27 StGB](#) zu bewerten. Daraus wird ersichtlich: Die Einbeziehung der Drittzueignung in den Tatbestand der Unterschlagung, die durchaus auf der Linie der jüngeren Rechtsentwicklung liegt (vgl. auch schon §§ 176 Abs. 2, 177 Abs. 1,¹²⁹ 253, 263, 263a, 331 ff. StGB¹³⁰; infolge des 6. StrRG nun auch §§ 242, 248c, 249, 292, 293 StGB), führt letztlich zur Nivellierung der einzelnen Tatbeiträge in Richtung des *Einheitstäterbegriffs*,¹³¹ für den sich der Gesetzgeber freilich nur im Ordnungswidrigkeitenrecht entschieden hat (vgl. [§ 14 Abs. 1 OWiG](#)): Der Einheitstäter hält nun gleichsam durch die "Hintertüre" Einzug auch in das Strafrecht. Die Strafrechtslehre ist sich aber in ihren Überlegungen zur allgemeinen Beteiligungslehre weitgehend einig, daß auf

¹²⁵ Siehe Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 1995, § 29 Rn. 61.

¹²⁶ Schlüchter, Bochumer Erläuterungen (o. [Fn 9](#)), § 246 Rn. 8.

¹²⁷ Zum Einheitstäterbegriff des Ordnungswidrigkeitenrechts vgl. § 14 Abs. 1 OWiG sowie sogleich im Text.

¹²⁸ Für eine Differenzierung auch beim Fahrlässigkeitsdelikt plädiert mit beachtlichen Gründen neuerdings Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, insbes. 261 ff.; zur fahrlässigen Mittäterschaft jüngst auch Weißer, JZ 1998, 230 ff.

¹²⁹ §§ 176, 177 StGB in der Fassung des 6. StrRG (s.o. [Fn 9](#)).

¹³⁰ Erweitert durch das Gesetz zur Bekämpfung der Korruption (s.o. [Fn 12](#)).

¹³¹ Eine allgemeine dahingehende Tendenz erkennt Seier, JA 1990, 342 ff., 382 ff.

diese Weise das spezifische Handlungsunrecht¹³² verloren geht, die Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme deshalb vergrößert und im Ergebnis der Bereich des Strafbaren erheblich ausgeweitet wird.¹³³ Soll dies dann nicht mehr gelten, wenn die allgemeinen Regeln der [§§ 25 ff. StGB](#) zwar formal unangetastet bleiben, aber durch die Ausgestaltung der einzelnen Tatbestände der Sache nach unterlaufen werden?

¹³² Allgemein zum Handlungs- und Erfolgsunrecht als (gleichrangige) Bestandteile des Unrechtsbegriffs etwa Maurach/Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilbd. 1, 8. Aufl. 1992, § 17 Rn. 1 ff.; Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 3. Aufl. 1997, § 10 Rn. 88 ff.

¹³³ Kritisch zum Einheitstäterbegriff Bloy, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985, 243 Fn. 230; Jescheck/Weigend (o. [Fn 124](#)), § 61 II 1; Maiwald, Der Zueignungsbegriff im System der Eigentumsdelikte, 1970, 245; Maurach/Gössel/Zipf (o. [Fn 123](#)), § 47 Rn. 8 ff.; Sch/Sch/Cramer (o. [Fn 29](#)), Vor § 25 Rn. 12; zurückhaltend zum Vereinfachungseffekt im Ordnungswidrigkeitenrecht KK-OWiG/Rengier, 1989, § 14 Rn. 15.

III 3. Vorverlagerung der Strafbarkeit und Verkürzung der Rücktrittsmöglichkeit

Der Verzicht des Reformgesetzgebers auf das bisher den Tatbestand begrenzende Merkmal einer Sachbeziehung zwischen Täter und Tatobjekt ("Besitz oder Gewahrsam") hat zur Folge, daß nunmehr eine Unterschlagung auch an Sachen möglich ist, auf die der Täter zu keinem Zeitpunkt unmittelbar Zugriff hat. Läßt man aber wie bisher auch für die jetzt als strafbar erklärte Drittzeignung jede "Manifestation des Zueignungswillens"¹³⁴ genügen, dann ergibt sich im Vergleich zur früheren Gesetzes- wie auch Rechtslage eine weite Vorverlagerung der Strafbarkeit. Diese reicht um so weiter, als nach wie vor schon der Versuch mit Strafe bedroht ist (vgl. [§ 246 Abs. 3 StGB n.F.](#)). Kommt es bereits in einem wesentlichen früheren Stadium der Tatbegehung zur Deliktvollendung, dann ist damit die Möglichkeit eines strafbefreienden Rücktritts nach [§ 24 StGB](#) deutlich beschnitten, ohne daß der Gesetzgeber hierfür wie bei anderen ähnlich weit nach vorne verlagerten Tatbeständen durch eine Regelung über die tätige Reue (etwa §§ 306e, 314a StGB n.F.¹³⁵, neuerdings auch § 142 Abs. 4 StGB¹³⁶) eine Kompensation geschaffen hat. Dies sei an dem folgenden **Beispielfall 4** verdeutlicht:

Porschefahrer P verspricht seinem "Freund" A auf dessen Drängen hin, ihm am nächsten Tag seinen neuen Wagen für eine "Spritztour" auszuleihen. Sogleich nach Erhalt der Zusage begibt sich A zu Gebrauchtwagenhändler H und bietet diesem den Wagen gegen Zahlung von 50.000,- DM zum Kauf an. H ist mit diesem günstigen Angebot auch ohne Sichtprüfung einverstanden. Als A von P tatsächlich die Schlüssel erhält, bereut er seine Schlechtigkeit und nimmt Abstand von der Durchführung seines Vorhabens. Dem verdutzten P teilt er mit, er müsse leider einen anderen wichtigen Termin wahrnehmen und könne heute den Porsche nicht gebrauchen.

Nach früherer Rechtslage ist es zu einer vollendeten Unterschlagung erst gekommen, wenn sich der Täter die in seinem Besitz oder Gewahrsam befindliche Sache (oder deren Sachwert) durch einen nach außen hin erkennbaren Akt zugeeignet hat.¹³⁷ Reichte seine Verhaltensweise schon so weit an diesen Zueignungsakt heran, daß keine wesentlichen Zwischenschritte mehr zur Verwirklichung des Tatbestands erforderlich waren,¹³⁸ oder ist das Eigentum als das von § 246 StGB geschützte Rechtsgut bereits unmittelbar gefährdet gewesen,¹³⁹ dann konnte wenigstens wegen Versuchs bestraft werden. Ein solcher ist aber noch nicht angenommen worden, wenn der Täter einen in seinem Gewahrsam befindlichen Brief geöffnet hat, um sich über dessen Inhalt erst zu vergewissern.¹⁴⁰ In unserem *Beispielfall* käme somit auf der Grundlage von [§ 246 StGB a.F.](#) allenfalls eine Strafbarkeit wegen versuchter Unterschlagung in Betracht, sofern im Erhalt der Schlüssel die nach alter Gesetzesfassung erforderliche (wenigstens gleichzeitige)¹⁴¹ Begründung des Gewahrsams am Auto sowie zugleich das unmittelbare Ansetzen zur Tat im Sinne des [§ 22 StGB](#) zu sehen ist. Selbst dann hätte A aber

¹³⁴ Dazu o. bei [Fn 69 ff.](#)

¹³⁵ In der Fassung des 6. StrRG (s.o. [Fn 9](#))

¹³⁶ Kritisch aber U. Schulz, NJW 1998, 1440 ff.

¹³⁷ Vgl. LK/Ruß (o. [Fn 47](#)), § 246 Rn. 23; Sch/Sch/Eser (o. [Fn 29](#)), § 246 Rn. 26.

¹³⁸ Zu dieser formellen Sichtweise vgl. etwa BGHSt 26, 201, 203/204; 28, 162, 163; 35, 6, 8/9; BGH NJW 1990, 654; NStZ 1993, 133 und 398; weiterhin etwa Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1997, § 15 Rn. 58.

¹³⁹ Zu dieser "Gefährdungstheorie" etwa Otto (o. [Fn 124](#)), § 18 Rn. 28 ff.; Sch/Sch/Eser (o. [Fn 29](#)), § 22 Rn. 42; konkretisierend Schlüchter, AT (o. [Fn 44](#)), 138/139: "keine wesentlichen weiteren Zwischenschritte mehr bis hin zur tatbestandsmäßigen Rechtsgutsbeeinträchtigung"; klassisch Bockelmann, JZ 1954, 473: "Feuerprobe der kritischen Situation".

¹⁴⁰ So LK/Ruß (o. [Fn 47](#)), § 246 Rn. 23; Sch/Sch/Eser (o. [Fn 29](#)), § 246 Rn. 26; Tröndle (o. [Fn 65](#)), § 246 Rn. 19.

¹⁴¹ Zur strengen oder kleinen berichtigen Auslegung des § 246 StGB a.F. näher o. bei [Fn 54](#).

die Tat freiwillig aufgegeben und wäre deshalb nach [§ 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB](#) strafbefreiend zurückgetreten. Auf der Basis der neuen Gesetzeslage liegen die Dinge nun freilich anders: Schon wesentlich früher, nämlich durch die Absprache mit H, läßt A seinen (Dritt-)Zueignungswillen deutlich nach außen erkennen, so daß er schon zu diesem Zeitpunkt eine vollendete Unterschlagung begangen hat. Für die Frage nach einem strafbefreienden Rücktritt aufgrund der in der Sache ja erfolgten Aufgabe des kriminellen Verhaltens besteht kein Raum mehr. Noch befremdlicher wird das Ergebnis, wenn man sich den Unterschlagungstäter noch weiter entfernt von einer ernsthaften Gefährdung des Rechtsguts vorstellt wie in der **Abwandlung zum Beispielsfall 4**:

A telefoniert mit seiner Freundin F und "schenkt" ihr zur Förderung ihrer Beziehung den Porsche des ihm freilich unbekanntem P.¹⁴²

Obgleich A auch hier vorsätzlich seinen (Dritt-)zueignungswillen manifestiert hat, liegt doch gleichwohl eine ernsthafte Rechtsgutsgefährdung in außerordentlicher Ferne. Das Strafrecht dient freilich nicht nur allgemein dem *subsidiären* Rechtsgüterschutz.¹⁴³ Jedenfalls bei den Vorsatzdelikten¹⁴⁴ verlangt der in [§ 22 StGB](#) bezeichnete "Eintritt in die strafrechtliche Relevanz"¹⁴⁵ auch eine besondere räumlich-zeitliche Nähe der Tathandlung zum Rechtsgut: dieses muß auf der Grundlage des Täterplanes bereits unmittelbar gefährdet sein. Davon geht keineswegs nur die im Schrifttum als "Gefährdungstheorie" benannte Auffassung¹⁴⁶ aus. Auch der BGH legt seiner Rechtsprechung schon seit längerem eine gemischt formell-materielle Betrachtung zugrunde,¹⁴⁷ so daß der Gefährdungsaspekt auch hier letztlich zum Tragen kommt. Dies hat nicht zuletzt die Entscheidung zur *Gifffalle*¹⁴⁸ gezeigt: Hierin hat der BGH doch bekanntlich für den Sonderfall, bei dem der vom Täter anvisierte Taterfolg nicht ohne Mitwirkung des Opfers zu erreichen ist, im Abschluß des Täterhandelns (= Fall des beendeten Versuchs) nicht per se ein unmittelbares Ansetzen im Sinne des [§ 22 StGB](#) erkannt. Ein solches will er vielmehr erst annehmen, "wenn nach dem Tatplan eine konkrete, unmittelbare Gefährdung des geschützten Rechtsguts eintritt"¹⁴⁹. Ist das Erscheinen des Opfers aus Sicht des Täters lediglich möglich, aber noch ungewiß oder sogar wenig wahrscheinlich, muß das Opfer nach Ansicht des BGH erst tatsächlich erscheinen und Anstalten treffen, die erwartete selbstschädigende Handlung vorzunehmen; die Gefahr muß sich "verdichten".¹⁵⁰ Von einer solchen Gefahrverdichtung kann aber in *Beispielsfall 4* noch nicht ausgegangen werden; in seiner *Abwandlung* liegt sie völlig fern. Auf der Grundlage des Unterschlagungstatbestandes in seiner neuen Fassung setzt der Bereich des Strafbaren damit zu einem erheblich früheren Zeitpunkt ein, als dies nach den allgemeinen Lehren zum Versuchsbeginn der Fall ist.

¹⁴² Ähnlich das jüngst von Sander/Hohmann (NStZ 1998, 273, 276) angeführte Beispiel.

¹⁴³ Statt vieler etwa Baumann/Weber/Mitsch (o. [Fn 125](#)), § 3 Rn. 10 ff.; Maurach/Zipf (o. [Fn 132](#)), § 19 Rn. 19 ff.; Roxin (o. [Fn 132](#)), § 2 Rn. 1 ff., 38 ff.

¹⁴⁴ Neuerdings wird auch beim Fahrlässigkeitsdelikt diskutiert, ob nicht auch hier von einer Begrenzung der strafrechtlichen Relevanz durch § 22 StGB ausgegangen werden muß, vgl. Horn, StV 1997, 264, 265/266; ders. in: SK (o. [Fn 41](#)), § 316 Rn. 12, § 323a Rn. 29; Mutzbauer, JA 1997, 97, 99; Rönnau, JA 1997, 707, 715; Schlüchter, Grenzen strafbarer Fahrlässigkeit, 1996, 80.

¹⁴⁵ Zu diesem Topos näher Schlüchter, JZ 1991, 1057, 1059, sowie AT (o. [Fn 44](#)), S. 135.

¹⁴⁶ Siehe o. [Fn 139](#).

¹⁴⁷ Vgl. etwa BGH NStZ 1987, 20; 1989, 473; NJW 1992, 702; ebenso Gropp, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1997, § 9 Rn. 36; Lackner/Kühl (o. [Fn 65](#)), § 22 Rn. 4.

¹⁴⁸ BGH NJW 1997, 3453 m. zust. Bspr. Gössel, JR 1998, 293 ff.; Otto, NStZ 1998, 243/244; abl. dagegen Roxin, JZ 1998, 211f.; Wolters, NJW 1998, 578 ff.

¹⁴⁹ BGH NJW 1997, 3453.

¹⁵⁰ Vgl. BGH NJW 1997, 3453.

IV. Verfassungsrechtliche Bedenken: Zur Vereinbarkeit mit Art. 103 Abs. 2 GG

Auch wenn der Gesetzgeber nicht grundsätzlich gehindert ist, das ehemals differenzierte System des Eigentumsschutzes einzuebnen ([Seite IV 1](#)), unterliegt er gleichwohl den sich aus der Verfassung ergebenden Bindungen. Bedenken ergeben sich insoweit vor allem aus dem Bestimmtheitsgebot des [Art. 103 Abs. 2 GG \(§ 1 StGB\)](#). Es soll sicherstellen, "daß jedermann vorhersehen kann, welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist". In seiner sachlichen Reichweite verlangt es ein Gesetz im formellen Sinne, das dem Adressaten ungeachtet aller unaufhebbaren Vagheit zumindest eine "Wegweisung" auf für jedermann faßbare Ausschnitte aus der Lebenwirklichkeit anhand von konkretisierenden Kriterien bieten muß.

Eben daran fehlt es aber bei der neuen Fassung des Unterschlagungstatbestandes, aus dem sich jetzt nicht einmal annähernd das strafrechtlich relevante Verhalten herauslesen läßt. Seine Verfassungswidrigkeit läßt sich allerdings durch eine verfassungskonforme Interpretation dergestalt vermeiden, daß die Tathandlung - das Zueignen - sich allein auf die Sache selbst bezieht (Substanztheorie), im Falle der Drittzueignung der Täter darüber hinaus wenigstens einen mittelbaren wirtschaftlichen Vorteil erlangen muß.

IV 1. Verfassungsrechtliche Bindung des Gesetzgebers

Der Gesetzgeber ist im Rahmen seiner Aufgabe, die erforderlichen Straftatbestände bereitzustellen und diese näher auszugestalten, grundsätzlich frei. Ihm ist es daher nicht von vornherein verwehrt, das ehemals differenzierte System des Eigentumsschutzes heute aus besserer Einsicht einzuebnen und einen Straftatbestand zu schaffen, der für diesen Deliktsbereich die allgemeinen Lehren zur Tatbeteiligung und zum Beginn der strafrechtlichen Relevanz durchbricht. Seine Einschätzungsprärogative unterliegt nur in engen Grenzen Bindungen, die sich infolge [Art. 1 Abs. 3](#), [Art. 20 Abs. 3 GG](#) aus der Verfassung ergeben. Erwähnt haben wir bereits den Grundsatz der Subsidiarität, der auch unter den Topoi des ultima-ratio-Prinzips¹⁵¹ und der fragmentarischen Natur des Strafrechts¹⁵² diskutiert und aus dem im Rechtsstaatsprinzip wurzelnden¹⁵³ Verhältnismäßigkeitsgrundsatz abgeleitet wird. Schon unter diesem Aspekt ergeben sich freilich gewichtige Bedenken gegen das vom Reformgesetzgeber verfolgte Ziel, mit dem scharfen Schwert des Strafrechts einen doch weitgehend "totalen Eigentumsschutz"¹⁵⁴ zu schaffen ("Auffangtatbestand"¹⁵⁵). Nachdem der neue Tatbestand des [§ 246 StGB](#) die Tathandlung (und den Taterfolg¹⁵⁶) nur mit einem weitgehend unbestimmten Rechtsbegriff ("zueignet") beschreibt und auf weitere das spezifische Unrecht einer Unterschlagung präzisierende Merkmale verzichtet, stellt sich aber auch die schon eingangs aufgeworfene Frage,¹⁵⁷ ob dies noch mit dem in [Art. 103 Abs. 2 GG](#) (auch in [§ 1 StGB](#)) normierten Bestimmtheitsgebot zu vereinbaren ist.

¹⁵¹ Dazu etwa P.-A. Albrecht u.a. Strafrecht - ultima ratio, 1992; Prittwitz, in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt am Main (Hrsg.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, 1995, 387 ff.

¹⁵² Wohl zuerst Binding (o. [Fn 61](#)), 20 ff.; weiterhin vor allem Maiwald, Festschrift für Maurach, 1972, 9 ff.

¹⁵³ Vgl. etwa BVerfGE 61, 126, 134; 69, 1, 35; 80, 109, 120; Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 4. Aufl. 1997, Art. 20 Rn. 56; krit. neuerdings Leisner, Der Abwägungsstaat, 1997; ders., NJW 1997, 636 ff.

¹⁵⁴ Kritisch schon Stächelin, StV 1998, 98, 99.

¹⁵⁵ Vgl. BT-Drucks. 13/7164, 44; 13/8587, 43/44.

¹⁵⁶ m Begriff der Zueignung läßt sich je nach seiner Interpretation neben der Tathandlung auch ein tatbestandsmäßiger Erfolg sehen.

¹⁵⁷ Siehe o. bei [Fn 27](#).

IV 2. Anliegen und Wurzeln des Bestimmtheitsgebots

Das im Zentrum der allgemein anerkannten¹⁵⁸ vier Ausprägungen des Gesetzlichkeitsprinzips stehende Bestimmtheitsgebots¹⁵⁹ soll insbesondere sicherstellen, "daß jedermann vorhersehen kann, welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist"¹⁶⁰. Auf diese Weise wird einer willkürlichen Bestrafung vorgebeugt¹⁶¹, weil die strafrechtliche Sanktionierung nicht (allein) von dem unvermeidlich stark subjektiv gefärbten persönlichen "Rechtsgefühl"¹⁶² der die Straftat verfolgenden Person abhängt, sondern in erster Linie an die vorherigen Festlegungen des "demokratisch legitimierten Gesetzgebers" gebunden ist.¹⁶³ Neben solcher sich auf den einzelnen Bürger beziehenden "Erwartungssicherheit" verschafft das Bestimmtheitsgebots dem Rechtsanwender zugleich die nötige "Klarheit der Handlungsanweisungen", deren praktische Befolgung die Öffentlichkeit sodann kontrollieren kann.¹⁶⁴

So bilden vor allem der in [Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG](#) verankerte Grundsatz der Gewaltenteilung sowie das Demokratieprinzip¹⁶⁵ die tragenden Fundamente des Bestimmtheitsgebots; [Art. 103 Abs. 2 GG](#) ist deshalb als formalisierter¹⁶⁶, als "strenger Gesetzesvorbehalt"¹⁶⁷ zu verstehen. Darüber hinaus ist das Bestimmtheitsgebots auch mit der Freiheit und Gleichheit der Bürger verbunden. Ihm kommt eine bedeutsame "freiheitsgewährleistende Funktion"¹⁶⁸ zu, die in ihrem Kern den Schutz der menschlichen Handlungsfreiheit (vgl. [Art. 2 Abs. 1 GG](#)) vor unkalkulierbaren und unverhältnismäßigen Einschränkungen bezweckt.¹⁶⁹ Finden sich die Voraussetzungen strafbaren Verhaltens nur vage gesetzlich geregelt, dann kann der Bürger auch nicht vor einer willkürlichen Rechtsanwendung geschützt werden. [Art. 103 Abs. 2 GG](#) ist demnach in gleicher Weise als "spezielle Ausgestaltung"¹⁷⁰ oder als "Konsequenz des in [Art. 3 I \(GG\)](#) enthaltenen Willkürverbots"¹⁷¹ aufzufassen.

¹⁵⁸ Maurach/Zipf (o. [Fn 132](#)), § 8 Rn. 38 sehen die lex certa neben der lex scripta freilich als entbehrlich an.

¹⁵⁹ Vgl. etwa Alternativkommentar zum Strafgesetzbuch (AK)/Hassemer, Bd. 1, 1990, § 1 Rn. 15;

Baumann/Weber/Mitsch (o. [Fn 125](#)), § 9 Rn. 6.

¹⁶⁰ Anerkannt, statt vieler BVerfGE 28, 175, 183; 41, 314, 319; 71, 108, 114; 75, 329, 341; 87, 209, 224; Jung, Festschrift für Wassermann, 1985, 875, 884; Maurach/Zipf (o. [Fn 132](#)), § 10 Rn. 9 a.E.

¹⁶¹ So Roxin (o. [Fn 132](#)), § 5 Rn. 1.

¹⁶² Im Sinne einer Mischung von "global- unreflektiertem Sach- und Rechtswissen" mit einer "eigenwertenden Stellungnahme" (Bydlinski, in: Starck [Hrsg.], Die Allgemeinheit des Gesetzes, 1987, 49, 63); freilich kann der Prozeß der Rechtsanwendung in gewissem Umfang auf ein "Vorverständnis" und "Rechtsgefühl" nicht verzichten.

¹⁶³ Vgl. etwa Jescheck/Weigend (o. [Fn 124](#)), § 15 I 1.

¹⁶⁴ Aufschlußreich AK/Hassemer (o. [Fn 159](#)), § 1 Rn. 14.

¹⁶⁵ Hierauf berufen sich vor allem Grünwald, ZStW 76 (1964), 1, 14, 16; Ransiek, Gesetz und Lebenswirklichkeit, 1989, 40; krit. dagegen Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 4/4.

¹⁶⁶ Siehe Kirchhof, Festschrift der Universität Heidelberg, 1986, 11, 22: "gesteigerte textformalisierte Bindung".

¹⁶⁷ Vgl. BVerfGE 73, 206, 235; 75, 329, 341; 78, 374, 382; 87, 209, 224; 90, 1, 12; BVerfG NJW 1993, 1909, 1910; 1998, 2589, 2590; weiterhin auch Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, 1994, 1209.

¹⁶⁸ Explizit BVerfGE 75, 329, 341; Köhler, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1997, S. 76; Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz. Kommentar, Stand: 31. Lief., 1994, Art. 103 Abs. II Rn. 179.

¹⁶⁹ So Bonner Kommentar zum Grundgesetz (BK)/Rüping, Stand: 71. Lieferung, 1993, Art. 103 Abs. 2 Rn. 18; Gropp (o. [Fn 147](#)), § 2 Rn. 1; Jakobs Allg. Teil, 4/6; Otto (o. [Fn 124](#)), § 2 Rn. 1.

¹⁷⁰ BVerfGE 64, 389, 394; BVerfG NJW 1998, 2585, 2586; der Sache nach auch Claß, Festschrift für Eb. Schmidt, 1961, 122, 138; Geerds, Festschrift für Engisch 1969, 406, 413/414, 419.

¹⁷¹ So Kunig, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz- Kommentar, Bd. 3, 3. Aufl. 1996, Art. 103 Rn. 17

IV 3. Sachliche Reichweite und Grenzen

Verlangt ist, daß "die *Strafbarkeit gesetzlich bestimmt* war, bevor die Tat begangen wurde". Daraus folgt das Erfordernis eines *Gesetzes im formellen Sinne*, so daß den untergesetzlichen Rechtsakten eine die Strafbarkeit *eigenständig* begründende Funktion nicht zukommen darf.¹⁷² Ausgeschlossen ist damit erst recht eine Kompensation der fehlenden bzw. den Anforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG nicht genügenden gesetzlichen Grundlage durch Gewohnheitsrecht¹⁷³ oder - entgegen der insofern nicht überzeugenden Rechtsprechung des BVerfG¹⁷⁴ - durch "konkretisierendes" Richterrecht.¹⁷⁵ In einer schon etwas älteren Entscheidung hat das BVerfG selbst nachdrücklich festgestellt: "Ob ein Verhalten strafbar ist oder nicht, hat ... der Gesetzgeber, nicht der Richter zu bestimmen"¹⁷⁶.

Freilich nötigen die unaufhebbar bestehende Allgemeinheit der gesetzlichen Norm¹⁷⁷ und die zwangsläufige Ungenauigkeit der ihren Sinngehalt erst zum Ausdruck bringenden Sprache¹⁷⁸ zwangsläufig zu einer gewissen Relativierung des Bestimmtheitsgebotes. Das BVerfG nimmt deshalb in ständiger Rechtsprechung an, daß eine Verwendung von Generalklauseln und unbestimmten Begriffen nicht von vornherein ausgeschlossen ist: "Auch im Strafrecht ... steht der Gesetzgeber vor der Notwendigkeit, der Vielgestaltigkeit des Lebens Rechnung zu tragen"¹⁷⁹. Erscheint es somit nicht sachgerecht, das Gebot gesetzlicher Bestimmtheit zu "übersteigern"¹⁸⁰ und einer nicht nur von *Schmidhäuser* abgelehnten "rechtsstaatlichen Utopie"¹⁸¹ nachzujagen, dann ist zwar ein "berechtigter Bedarf an Vagheit"¹⁸² anzuerkennen. Gleichwohl muß der Normadressat, so das BVerfG, "...jedenfalls im Regelfall ... anhand der gesetzlichen Regelung voraussehen können, ob ein Verhalten strafbar ist. In Grenzfällen ist auf diese Weise für ihn wenigstens das Risiko einer Bestrafung erkennbar"¹⁸³.

Das Bestimmtheitsgebot kann daher nicht einfach pauschal "aus überwiegenden Gründen des Gemeinwohls und der Gerechtigkeit" verdrängt¹⁸⁴ oder - wie die wohl überwiegende Ansicht

¹⁷² Bestritten, wie hier aber BVerfGE 51, 60, 73; 75, 329, 342; Degenhart, in: Sachs, Grundgesetz. Kommentar, 1996, Art. 103 Rn. 60; Kunig, in: v. Münch/Kunig (o. [Fn 171](#)), Art. 103 Rn. 21; Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig (o. [Fn 168](#)), Art. 103 Abs. II Rn. 183; a.A. Jescheck/Weigend (o. [Fn 124](#)), § 15 III vor 1; Lackner/Kühl (o. [Fn 65](#)), § 1 Rn. 2; SK/Rudolphi (o. [Fn 41](#)), § 1 Rn. 4.

¹⁷³ Jedenfalls für Strafbarkeitsvoraussetzungen des Besonderen Teils anerkannt; grundsätzlich auch für die allgemeinen Lehren des Strafrechts etwa Roxin (o. [Fn 132](#)), § 5 Rn. 47; SK/Rudolphi (o. [Fn 41](#)), § 1 Rn. 18.

¹⁷⁴ Vgl. BVerfGE 26, 41, 43; 37, 201, 208; 45, 363, 371/372; 57, 250, 262; 93, 266, 292.

¹⁷⁵ Wie hier auch Kunig, in: v. Münch/Kunig (o. [Fn 171](#)), Art. 103 Rn. 29; Köhler (o. [Fn 168](#)), 88; Roxin (o. [Fn 132](#)), § 5 Rn. 70; Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig (o. [Fn 168](#)), Art. 103 Abs. II Rn. 229.

¹⁷⁶ BVerfGE 47, 109, 120; vgl. auch BVerfGE 81, 298, 309.

¹⁷⁷ Dazu etwa Hofmann, in: Starck, Die Allgemeinheit des Gesetzes (o. [Fn 162](#)), 9 ff.

¹⁷⁸ Hassemer (in: AK [o. [Fn 159](#)], § 1 Rn. 35 ff.) unterscheidet vier verschiedene "Typen" von Mehrdeutigkeiten: Vagheit, Porösität, Wertausfüllungsbedürftigkeit und die Bezeichnung von Dispositionen; abw. Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 1995, § 3 VI: Mehrdeutigkeit, Vagheit und Porösität; Wank, Die juristische Begriffsbildung, 1985, 25 ff.: Vagheit, Porösität, Mehrdeutigkeit und Inkonsistenz.

¹⁷⁹ BVerfGE 71, 108, 114/115; weiterhin auch BVerfGE 47, 109, 120f.; 73, 206, 235; 75, 329, 341 (s. aber auch ebd. 342/343); 87, 209, 224.

¹⁸⁰ BVerfGE 48, 48, 56.

¹⁸¹ Vgl. Schmidhäuser, Festschrift für Martens, 1987, 231 ff.

¹⁸² AK/Hassemer (o. [Fn 159](#)), § 1 Rn. 18.

¹⁸³ Siehe die Nachweise in [Fn 179](#); merklich großzügiger dagegen noch BVerfGE 4, 352, 358; 11, 234, 237; 28, 175, 183; 41, 314, 319/320; 48, 48, 56; neuerdings wieder explizit zur Perspektive des Bürgers BVerfG NJW 1998, 2589, 2590.

¹⁸⁴ So die "Abwägungstheorie", v.a. Seel, Unbestimmte und normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht und der Grundsatz nullum crimen sine lege (Art. 103 II GG), 1965, 126 ff.; tendenziell auch Lenckner, JuS 1968, 304, 305; SK/Rudolphi (o. [Fn 41](#)), § 1 Rn. 13.

der Strafrechtswissenschaft annimmt - auf ein vages Optimierungsgebot¹⁸⁵ reduziert werden. Vielmehr verlangt Art. 103 Abs. 2 GG eine genügende Präzision der im Gesetz enthaltenen Begrifflichkeiten selbst. Diese müssen nach *Roxin* einen "Regelungsrahmen" bilden, "dessen konkretisierende Ausfüllung noch als Auslegung eines bestimmten Gesetzes gelten darf"¹⁸⁶. Freilich muß der Gesetzgeber auch die für die Auslegung des jeweiligen Begriffes maßgeblichen Gesichtspunkte entweder schon durch den Begriff selbst oder durch zusätzliche Richtlinien so weit festlegt, daß ein jeder Rechtsanwender schon hieraus ersehen kann, unter welchem Blickwinkel und in welcher Richtung er die weitere "Konkretisierung" vorzunehmen hat. Zu Recht hält deshalb *Rüping* die gesetzliche Bestimmtheit schon dann nicht mehr für gegeben, wenn sich "die Anwendung auf den konkreten Fall nach allgemeinen Grundsätzen der Auslegung nicht mehr an *im Gesetz selbst formulierten Kriterien* orientieren kann"¹⁸⁷. *Hassemer* verlangt vom Gesetzgeber ein "Prüf- und Argumentationsprogramm der Strafrechtsanwendung"¹⁸⁸, das die in [Art. 103 Abs. 2 GG](#) verfügte Bindung an das geschriebene Strafgesetz sicherstellt. Dieses Programm¹⁸⁹ kann seine Aufgabe, sowohl die Rechtsunterworfenen als auch die Rechtsanwender über die Reichweite des Strafbaren zu informieren, nur dann erfüllen, wenn es sich hinreichend detailliert auf bestimmte Ausschnitte aus der Lebenswirklichkeit bezieht. Bildet die Rechtsnorm allgemein ein "Ordnungsmodell der Wirklichkeit",¹⁹⁰ dann ist die im jeweiligen Rechtsbegriff "eingekörperte"¹⁹¹ Information um so aussagekräftiger, je mehr sie an Wirklichkeit aus dem unendlichen Raum allen Daseins ausschließt, je geringer demzufolge der *Spielraum*¹⁹² bemessen ist, innerhalb dessen Sachverhalte auf diesen Begriff zutreffen. Sicherergestellt ist das vor allem dann, wenn das Strafgesetz selbst einen konkreten Ausschnitt aus der Wirklichkeit bezeichnet und damit zugleich die sonstige Wirklichkeit ausschließt. Läßt sich hingegen der Bedeutungsgehalt eines Rechtsbegriffes nicht unmittelbar auf etwas "Beobachtbares" zurückführen, dann bedarf es nach *Schroth* besonderer "Zuordnungsregeln hinsichtlich einer feststellbaren Wirklichkeit"¹⁹³. Die Aufgabe einer solchen "Wegweisung"¹⁹⁴ auf für jedermann faßbare Ausschnitte aus der Realität obliegt im Anwendungsbereich des [Art. 103 Abs. 2 GG](#) allein dem parlamentarischen Gesetzgeber.

¹⁸⁵ Zur Lehre von der "größtmöglichen Bestimmtheit" grundlegend Lenckner, JuS 1968, 249 ff., 304 ff., insbes. 305; ebenso Baumann/Weber/Mitsch (o. [Fn 125](#)), § 9 Rn. 15; Gropp (o. [Fn 147](#)), § 2 Rn. 5, 28; Sch/Sch/Eser (o. [Fn 29](#)), § 1 Rn. 20; SK/Rudolphi (o. [Fn 41](#)), § 1 Rn. 14; zu Recht kritisch Roxin (o. [Fn 132](#)), § 5 Rn. 71.

¹⁸⁶ Roxin (o. [Fn 132](#)), § 5 Rn. 75; ähnlich Jescheck/Weigend (o. [Fn 124](#)), § 15 I 4 a.E.

¹⁸⁷ BK/Rüping (o. [Fn 169](#)), Art. 103 Abs. 2 Rn. 26.

¹⁸⁸ AK/Hassemer (o. [Fn 159](#)), § 1 Rn. 20.

¹⁸⁹ Zum "Normprogramm" und seiner "negativen Grenzwirkung": Müller, Juristische Methodik, 5. Aufl. 1993, 190; s. auch Sternberg-Lieben, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, 1997, 295 Fn 37: "Erfordernis gesetzgeberischer Programmsetzung".

¹⁹⁰ So Ryffel, Rechtssoziologie, 1974, 159 ff., 230 ff.; weiterhin auch Ransiek (o. [Fn 165](#)), 81; Starck, ARSP-Beiheft 44 (1991), 376, 388; Wank (o. [Fn 178](#)), 15.

¹⁹¹ Vgl. Gadamer, in: Caysa/Eichler, Philosophiegeschichte und Hermeneutik, 1996, 319, 331.

¹⁹² Zum Bild des Spielraums auch Hassemer, in: Grewendorf, Rechtskultur als Sprachkultur, 1992, 71, 73; Müller (o. [Fn 189](#)), 183.

¹⁹³ Schroth, in: Arthur Kaufmann/Hassemer, Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 6. Aufl. 1994, 367; vgl. auch Koch/Rüßmann, Juristische Begründungslehre, 1982, 71: "Vermittlung durch explizite semantische Interpretation".

¹⁹⁴ Treffend Schroth, in: Grewendorf, 93, 98: "Wegweiserfunktion".

IV 4. Bestimmtheitsgebot und Unterschlagungstatbestand nach dem 6. StrRG

Mag damit noch immer nicht mehr als eine grobe Richtung vorgegeben sein, läßt sich aber schon jetzt eine zweifelsfreie Antwort auf die Frage nach der Vereinbarkeit des neuen § 246 StGB mit dem Bestimmtheitsgebot geben. Hat sich doch aus unserer Erörterung der strafrechtlichen Bedenken anhand der Beispielsfälle deutlich ergeben, wie weit der Straftatbestand nunmehr reicht. Dieser wird allein durch das Merkmal der (rechtswidrigen)¹⁹⁵ *Zueignung* festgelegt, das - wie schon die unterschiedlichen Interpretationsvorschläge zur früheren Gesetzesfassung zeigen - äußerst vage ist und sich von sich aus nicht auf einen auch nur einigermaßen faßbaren Ausschnitt aus der Lebenswirklichkeit bezieht. Der Begriff ist schon bisher als "vieldeutig"¹⁹⁶, "generalklauselartig"¹⁹⁷ und in "vielerlei Hinsicht umstritten"¹⁹⁸ bezeichnet worden. Durch den Wegfall des Besitz- bzw. Gewahrsamerfordernisses und durch die Erweiterung auf jede Drittzueignung wirkt sich dies nun insgesamt auf den Tatbestand des § 246 StGB in einer mit Art. 103 Abs. 2 GG unvereinbaren Weise aus. Der einzelne Bürger kann nicht mehr den spezifischen Unrechtsgehalt des Delikts erkennen, wenn nun jede (wenigstens bedingt) vorsätzliche Weitergabe einer fremden Sache an dritte Personen potentiell erfaßt ist. Er kann nicht mehr abschätzen, in welchen Gestaltungen er jedenfalls das Risiko einer Bestrafung¹⁹⁹ eingeht. Wenn er sichergehen will, muß er den Umgang mit fremden Sachen meiden. Eben dies will aber das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG gerade verhindern.

¹⁹⁵ Das Erfordernis einer Rechtswidrigkeit der Zueignung, ausgeschlossen insbesondere bei Einwilligung des Berechtigten sowie bei Bestehen eines fälligen Anspruchs auf Übereignung der Sache (vgl. LK/Ruß [o. [Fn 47](#)], § 246 Rn. 21), vermag die Weite der Strafnorm nicht entscheidend abzumil

¹⁹⁶ RGSt. 26, 151, 153.

¹⁹⁷ Küper (o. [Fn 72](#)), 423.

¹⁹⁸ SK/Samson (o. [Fn 41](#)), § 242 Rn. 55.

¹⁹⁹ So die Mindestanforderung des BVerfG an die gesetzliche Bestimmtheit, vgl. o. bei [Fn 183](#).

V. Verfassungskonforme Interpretation des § 246 StGB n.F.

Gemessen an [Art. 103 Abs. 2 GG](#) ist [§ 246 StGB n.F.](#) damit an sich verfassungswidrig und müßte deshalb für nichtig erklärt werden. Die eingangs eröffnete "Gewinn- und Verlustrechnung" schließt trotz eines zwischenzeitlichen kleinen "Gewinns"²⁰⁰ eindeutig mit einem negativen Saldo ab. Freilich dienen die verfassungsrechtlichen Bestimmungen nicht nur - wie bisher gehandhabt - als "Prüfnormen", sondern auch als "Sachnormen" zur Inhaltsbestimmung der rangniedrigeren Gesetze.²⁰¹ Soweit dies mit "Wortlaut und Sinn" des Gesetzes²⁰² sowie mit dem "erkennbaren Willen des Gesetzgebers"²⁰³ noch vereinbar ist, geht nach inzwischen ganz allgemein geteilter Auffassung²⁰⁴ der Annahme einer Verfassungswidrigkeit der Norm deren Aufrechterhaltung im Wege der *verfassungskonformen Auslegung* vor.

Durch die Neufassung des § 246 StGB sollten - wir haben eingangs schon darauf hingewiesen - vor allem Strafbarkeitslücken geschlossen werden. Es kann dem Gesetzgeber freilich nicht unterstellt werden, daß er auch die nicht strafwürdigen Fälle - gleichsam "zur Sicherheit" - miterfaßt sehen wollte, auch wenn er die Überschneidung mit anderen Straftatbeständen erkannt und deshalb die Subsidiaritätsklausel eingefügt hat. Dies steht einer restriktiven Interpretation des neben dem Tatobjekt einzig verbliebenen Tatbestandsmerkmals - der *Zueignung* - nicht entgegen.²⁰⁵ Zu diesem Zweck bedarf es, wie *Schlüchter* allgemein für die Auslegung normativer Merkmale im Strafrecht eindrucksvoll beschrieben hat²⁰⁶ einer "Konzentration auf das »Minimum«, gekennzeichnet durch das »Mindestgemeinsame« aller vertretbaren Meinungen"²⁰⁷. Zum Begriff der Zueignung (nach der Gesetzeslage vor dem 6. StrRG) besteht ungeachtet des vielfältigen Meinungsspektrums insofern Übereinstimmung, als die Zuweisung der *Sachsubstanz* in jedem Falle einbegriffen ist.²⁰⁸ Ohnehin weist die sprachliche Fassung des (früheren wie neuen) Tatbestandes deutlich darauf hin, daß die Zueignung sich gerade auf das beschriebene Tatobjekt - also die (fremde bewegliche) Sache *selbst* - bezieht.²⁰⁹ Dann sollte diese Formulierung auch ernstgenommen und eben in diesem strengen Sinne jetzt das Zueignen an sich oder an einen Dritten verstanden werden.

Neben eine solche Beschränkung des *Zueignungsobjektes* muß freilich auch ein restriktiveres Verständnis des Bedeutungsgehaltes der (Dritt-)Zueignung selbst treten. Die oben erläuterten Beispielfälle ([1, 3](#) sowie [4](#)) haben die gesteigerte Relevanz der *Aneignungskomponente* und die Folgen ihres Wegfalls eindrucksvoll erwiesen. Im Falle des Sich-Zueignens ergeben sich auf der Grundlage der hier befürworteten *Substanztheorie* aber noch keine Schwierigkeiten: Erlangt der Täter die tatsächliche Verfügungsgewalt über die Sache, dann kommt es

²⁰⁰ Infolge der expliziten Erweiterung des § 246 StGB auf Dritte, s. bei [Fn. 90](#); dies ist für Rengier Festschrift für Lenckner, 1998, 801, 809 wohl der entscheidende Aspekt wenn er die Reform zwar für "nicht unbedingt notwendig", aber gleichwohl für "sinnvoll" erachtet.

²⁰¹ Vgl. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rn. 80.

²⁰² Siehe BVerfGE 2, 380, 398; 18, 97, 111; 85, 337, 352; 88, 203, 330; 90, 263, 275.

²⁰³ Dazu BVerfGE 8, 28, 34; 71, 81, 105; 86, 288, 320; Hesse (o. [Fn 201](#)), Rn. 80.

²⁰⁴ Zuletzt BVerfG NJW 1998, 1851; für eine zurückhaltende Handhabung plädieren freilich Bettermann, Die verfassungskonforme Auslegung, 1986, 55; Sachs, in: Sachs (o. [Fn 172](#)), Einf. Rn. 55; Starck, in: von Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz, Bd. 1, 3. Aufl. 1985, Art. 1 Abs. 3 Rn. 207.

²⁰⁵ In diesem Sinne jüngst auch Sander/Hohmann, NSTZ 1998, 273, 276: "hohe Anforderungen".

²⁰⁶ Im einzelnen Schlüchter, NSTZ 1984, 300 ff.

²⁰⁷ Schlüchter, NSTZ 1984, 300, 301, unter Hinweis auf Küchenhoff, NJW 1959, 1254 ff.; vgl. auch ders., ARSP 51 (1965), 449, 458f.; ders., Rechtsbesinnung - Eine Rechtsphilosophie, 1973, 14 ff.

²⁰⁸ Sachwerttheorie und Vereinigungsformel ersetzen die Substanztheorie nicht, sondern erweitern diese.

²⁰⁹ Vgl. auch Jacob und Wilhelm Grimm, Deutsches Wörterbuch, Bd. 16, 1954, 334: "einem etwas zum Besitz zuweisen".

notwendig zu deren (jedenfalls vorübergehender) Aneignung.²¹⁰ Problematisch sind allerdings die Gestaltungen, in denen die Sache an Dritte weitergegeben wird. Auch insofern sollte nicht gänzlich auf eine Aneignung seitens des Täters verzichtet werden. Nur kann sich diese nicht auf die Sache selbst beziehen. Anstelle dessen bedarf es eines äquivalenten Wertes, den der Täter seinem eigenen Vermögen einverleibt. Dazu erscheint es sachgerecht, auf die schon zum [früheren § 246 StGB](#) entwickelte ständige Rechtsprechung des BGH zurückzugreifen und die wenigstens mittelbare Erlangung eines *wirtschaftlichen Vorteils* "im weitesten Sinne"²¹¹ zu verlangen. Auf diese Weise werden im Ergebnis nur die auf egoistischer Motivation beruhenden Taten erfaßt, so daß sich die oben beschriebenen unbefriedigenden Konsequenzen insbesondere im Hinblick auf die allgemeine Lehre zur Tatbeteiligung vermeiden lassen. Die weitere Rechtsentwicklung kann außerdem an die bisherige Rechtsprechung anknüpfen und diese auch künftig fruchtbar werden lassen.

²¹⁰ Dies ist für Kindhäuser gerade der Grund, der ihn zu einer stärkeren Betonung der Enteignungskomponente geführt hat, s.o. bei Fn. 74.

²¹¹ Siehe o. [Fn 87](#).

VI. Ein modernes Strafrecht für eine moderne Gesellschaft

Es muß schon sehr erstaunen, wenn in einer Zeit des modernen Wirtschaftsverkehrs, der sich nicht zuletzt auf die Vorzüge eines flexiblen Handelns mit (nicht notwendig eigenen) Waren stützt,²¹² die unberechtigte Weitergabe fremder Sachen nicht allein in den herkömmlichen Bahnen des Zivilrechts behandelt, sondern nunmehr auch mit dem Makel einer kriminellen Tat versehen wird. Dabei benötigt die komplexe moderne Gesellschaft doch gerade kein Strafrecht, das infolge einer undifferenzierten Bewertung der verschiedenen Sachverhalte den Bürger vorschnell in die Gefahr einer strafrechtlichen Verfolgung bringt. In einer komplexen gesellschaftlichen Wirklichkeit muß auch das (Straf-)Recht hinreichend differenzieren und durch ein rechtes Maß²¹³ zwischen Regulierung und Zurückhaltung den nötigen Freiraum zur Entwicklung bewahren.

Der Reformgesetzgeber ist daher mit der Neugestaltung des § 246 StGB eindeutig zu weit gegangen und hat dadurch die Rechtsanwender vor neue Schwierigkeiten gestellt, die seiner Intention einer Erleichterung der Rechtsanwendung²¹⁴ deutlich zuwiderlaufen. Es ist nur eine Frage der Zeit, bis die Rechtsprechung in den viel zu weit geratenen Normtext korrigierend eingreifen wird; diesmal freilich nicht zu seiner Ausdehnung, sondern zu seiner Begrenzung. Vielleicht kann die hier vorgeschlagene *ingeschränkte Substanzformel* einen gangbaren Weg weisen.

²¹² Man denke nur an die keineswegs neuen Entwicklungen des Sicherungs- und Vorbehaltseigentums, die eine Nutzung der Sache ermöglichen, obwohl das Eigentum hieran einem anderen zusteht.

²¹³ Zum rechten Maß bei der Verfolgung der Korruption näher Duttge, ZRP 1997, 72 ff.

²¹⁴ Dazu o. bei [Fn 15](#).