

## § 9: Unterschlagung

### I. Allgemeines

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

**Gesetzesbegründung:** Ziel der Schließung von Strafbarkeitslücken, der Beseitigung von Auslegungsproblemen

Die neue Weite wurde aber mit etlichen neuen Auslegungsproblemen erkauft.

## **§ 9: Unterschlagung**

### **II. Tatbestand**

#### **1. Tatobjekt: Fremde bewegliche Sache**

Kein Unterschied zu § 242.

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

##### **a) Die Bedeutung des Merkmals „Zueignen“**

objektiv-subjektives Mischmerkmal, das bereits im objektiven Tatbestand zu prüfen ist.

## § 9: Unterschlagung

### aa) subjektives Element

stimmt weitgehend mit § 242 überein.

Unterschied: Zueignung ist obj. Merkmal; Folge:  
Zueignungswille kann nur Zueignungsvorsatz sein.

**Bsp.:** A verschenkt eine Kiste mit Büchern an X.

Darunter sind einige, von denen A nicht genau weiß, ob sie ausgeliehen sind oder ihm gehören. § 246 (+).

**Fall:** Verschleierung von Kassenfehlbeträgen  
(eingezahltes Geld wird in die Kasse gegeben, aber nicht verbucht; soll nach und nach ausgeglichen werden); vgl. Wessels/Hillenkamp Rn 283 ff.; Vergleich mit Rückkauf- (liegt näher) und Dienstmützenfall.

## § 9: Unterschlagung

### bb) objektives Element

**Probl.:** Würde man alle Elemente des subj. Tb. konsequent objektivieren, müsste man die Feststellung eines dauerhaften Enteignungserfolges verlangen; wann aber kann man dies bejahen?

## § 9: Unterschlagung

Umstrittene Voraussetzungen im Einzelnen:

**(1)** Nach **hM** ist Zueignung die **Manifestation des Zueignungswillens** (z.B. BGHSt 24, 115 (119); Rengier BT I § 5 Rn 10 a).

Notwendig ist ein vom Zueignungsvorsatz getragenes Verhalten, welches den Zueignungswillen nach außen deutlich manifestiert. Erforderlich ist, dass ein objektiver Betrachter, der die Umstände des Falles kennt, auch ohne Berücksichtigung des Zueignungswillens eindeutig auf den Zueignungsvorsatz schließen kann (*sog. enge Manifestationstheorie*).

## § 9: Unterschlagung

### Fall 1:

T hat sich von seinem WG-Mitbewohner E ein Buch geliehen. Weil es ihm so gut gefällt, will er es für sich behalten. Um Nägel mit Köpfen zu machen, schreibt er seinen Namen auf die Innenseite des Einbandes. In diesem Moment kommt zufällig E ins Zimmer. Er sieht, was T da tut, und entreißt ihm empört das Buch.

Hier liegt ein typischer und eindeutiger Fall der Manifestation des Zueignungswillens vor.

## § 9: Unterschlagung

### anders in Fall 2:

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

Nach der sog. *enge Manifestationstheorie* ist hier eine Zueignung des W zu verneinen, weil W ja auch – wie ein ehrlicher Finder – auf dem Weg zum Fundbüro sein könnte.

abweichende Ansicht (sog. *weite Manifestationstheorie*, vgl. zum Ganzen Hillenkamp BT 23. Problem) Zueignung mit jeder Betätigung des Zueignungs-willens durch eine nach außen erkennbare Handlung; danach auch Zueignung im Fall 2.

## § 9: Unterschlagung

(2) Gegenauffassung zur Manifestationstheorie deutet das Merkmal „zueignet“ als **faktische An- und Enteignung** (sog. *objektive Theorie*; vgl. Küper BT [6. Aufl.] S. 475 f. mwN).

Folge: keine dauernde Enteignung in Fall 1.

## § 9: Unterschlagung

### (3) Stellungnahme

Selbst die enge Manifestationstheorie ist zu weit. In Ergänzung muss die (vollendete) Zueignung auf der Seite des Täters oder bei Drittzueignung zumindest auf der Seite des Begünstigten eine **Nähebeziehung zur jeweiligen Sache in Gestalt von Gewahrsam, mittelbarem Besitz oder sonstiger Sachherrschaft bzw. Einwirkungsmöglichkeit** voraussetzen. Das frühere Besitz- und Gewahrsamserfordernis lebt also quasi über dieses Kriterium im heutigen Zueignungsbegriff fort (h.M., Rengier BT I § 5 Rn 18 a; Küper BT S. 480). Beziehungen lediglich schuldrechtlicher Art genügen nicht.

**Bsp.:** Kein Fall des § 246, wer von Köln aus ein in Berlin befindliches Fahrrad irgendeines Dritten im Rahmen eines Telefonats seiner Freundin in München schenkt.

## § 9: Unterschlagung

### cc) Beispiele für Zueignungen

- Verbindung nach § 947 II BGB, Vermischung nach §§ 948, 947 II BGB, Verarbeitung nach § 950 BGB als typische Beispiele einer Zueignung.
- Verzehr von Nahrungsmitteln und Verbrauch von Sachen.
- Fundunterschlagung in Form von Gewahrsamsbegründung und manifester Zueignung im obigen Sinn.
- Zueignungen ohne vorherige Gewahrsamsbegründung nunmehr möglich:
- Fundunterschlagung: Zusammenfallen von Gewahrsamsbegründung und manifester Zueignung
- „Bestehlen“ eines Toten
- Papierrollenfall (BGHSt 2, 317; Rengier § 5 Rn 16)

## § 9: Unterschlagung

Abgrenzung täterschaftliche Drittzueignung und Teilnahme an der Selbstzueignung des Dritten: nach allg. Teilnahmeregeln; die erforderliche Mittatherrschaft wird bei einem gutgläubigen Dritten (beispielsweise der Freundin) kraft Irrtumsherrschaft vorliegen; bei einem bösgläubigen Dritten aber nicht; wenn die bösgläubige F das Buch ihrem Vermögen zuordnet, kann der andere nur Teilnehmer sein.

(-) bei dem bloßen Unterlassen der geschuldeten Rückgabe einer Sache; schlichte Nichtanzeige eines Fundes (kann auch bloße Nachlässigkeit sein).

## **§ 9: Unterschlagung**

### **b) Rechtswidrigkeit der Zueignung**

Wie bei § 242 normatives Tatbestandsmerkmal.

Sie entfällt, wenn der Täter einen fälligen und einredefreien Anspruch auf die Übereignung dieser Sache hat.

### **3. Vorsatz**

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

## § 9: Unterschlagung

### III. Wiederholte Zueignung

#### Fall 3:

Der Kfz-Schlosser S stiehlt aus der Werkstatt seines Arbeitgebers einen Kanister mit Motoröl und stellt ihn zunächst bei sich in der Garage ab. Am nächsten Wochenende bockt er seinen Pkw auf und verwendet die Beute für den fälligen Ölwechsel.

Hat S nach dem Diebstahl auch noch eine Unterschlagung begangen?

## § 9: Unterschlagung

1. Nach **überwiegender Ansicht im Schrifttum** soll der hier vorangegangene Diebstahl des S (= Entwenden des Kanisters) weitere Zueignungshandlungen (= Verwenden des Öls für Ölwechsel) nicht ausschließen (vgl. Sch/Sch/Eser § 246 Rn. 19). Bei der wiederholten Betätigung des Zueignungswillens handelt es sich tatbestandsmäßig um eine wiederholte Zueignung. Diese tritt lediglich auf Konkurrenzebene hinter den ersten Zueignungsakt zurück, sog. **Konkurrenzlösung**.

## § 9: Unterschlagung

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

## § 9: Unterschlagung

### 3. Entscheidung

Meist kann eine Entscheidung dieses Streits dahin stehen. Denn wenn man z.B. im Fall 3 mit der h.L. eine tatbestandliche, rechtswidrige und schuldhafte Unterschlagung bejaht, tritt sie als mitbestrafte Nachtat hinter dem Diebstahl zurück. Diese Subsidiarität ist im geltenden § 246 I am Ende formell angeordnet (siehe unten). Im Fallgutachten kann man sich also mit dem Hinweis begnügen, dass Tatbestands- und Konkurrenzlösung beide zur Straflosigkeit führen, und den Streit unentschieden lassen.

## § 9: Unterschlagung

anders in folgendem **Fall 4**:

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

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

## § 9: Unterschlagung

So ist denn auch neben dem Eigentumsschutz, der gebietet, dass auch jede weitere Einwirkung strafrechtlich erfasst werden müsse, das Hauptargument der 1. Ansicht das Entstehen von Strafbarkeitslücken im Hinblick auf einen späteren Teilnehmer. Dem ist jedoch entgegen zu halten, dass das Teilnahmeverhalten in der Regel von den für diese Fälle einschlägigen §§ 257 ff. erfasst ist. Unabhängig davon ist „Zueignung“ nach allgemeinem Verständnis ein einmaliger Vorgang und kein Dauerzustand.

## § 9: Unterschlagung

Ferner spricht gegen die 1. Ansicht auch die seltsame Konsequenz, dass bei Wiederholbarkeit der Zueignung die Verjährungsregeln faktisch geradezu außer Kraft gesetzt wären: Bei jeder neuen Manifestation, also bei jedem Umgang mit der Sache, läge eine neue Unterschlagung mit neuem Verjährungslauf vor. Die besseren Argumente sprechen also für die 2. Ansicht.

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

## § 9: Unterschlagung

### IV. Subsidiaritätsklausel

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

Mit der Einfügung dieser Subsidiaritätsklausel durch das 6. StrRG ist eine zum alten Recht verbreitete Auffassung unvereinbar geworden, die Unterschlagung liege bei gleichzeitiger Zueignung durch Diebstahl, Betrug, Untreue usw. schon tatbestandlich nicht vor. So liefere nämlich die Subsidiaritätsklausel des § 246 in ihrem eigentlichen Anwendungsbereich leer (Wessels/Hillenkamp BT/2<sup>27</sup> Rn 300).

## § 9: Unterschlagung

Denn in den Fällen der wiederholten Zueignung wäre sie sowohl nach der Konkurrenz- als auch der Tatbestandslösung nicht anwendbar: nach der Tatbestandslösung ist ja bereits der Tatbestand des § 246 nicht gegeben. Aber auch nach der Konkurrenzlösung ist die Subsidiaritätsklausel nicht anwendbar, da sie sich lediglich auf das Verhältnis der „Tat“, d.h. des gegenwärtigen Zueignungsakts, zu dem mit dieser Tat zugleich verwirklichten anderweitigen Delikt bezieht (Rengier BT I<sup>7</sup> § 5 Rn 29).

## § 9: Unterschlagung

Umstritten ist, ob sich die Subsidiarität auf alle schwereren tateinheitlich begangenen Straftaten bezieht (so BGHSt 47, 243 für Subsidiarität des § 246 gegenüber § 212 unter Berufung auf den Wortlaut des § 246). Richtigerweise muss die Subsidiarität auf strafbare Taten mit gleicher oder ähnlicher Angriffsrichtung beschränkt werden. Allein diese Auslegung wird der Auffangfunktion des § 246 und der Klarstellungsfunktion der Idealkonkurrenz gerecht. Einer solchen Interpretation steht auch nicht der Wortlaut des § 246 entgegen, da man unter „Tat“ auch die konkrete gleichzeitig verwirklichte „Zueignungstat“ verstehen kann (s.o.).

## § 9: Unterschlagung

### V. Anvertrautsein (§ 246 II)

§ 246 II ist ein Qualifikationstatbestand. Die Subsidiaritätsklausel des Abs. 1 gilt auch für Abs. 2, denn Abs. 2 gilt nur „in den Fällen des Absatzes 1“.

Unter „anvertrauen“ versteht man die Übergabe der Sache in dem Vertrauen, dass der andere mit der Sache wie besprochen verfahren oder sie zurückgeben werde (vgl. BGHSt 16, 280 [282]).

Anvertrautsein str. bei sittenwidrigen Rechtsverh.

## § 9: Strafverfolgungsvoraussetzungen des §§ 247, 248 a

### Strafverfolgungsvoraussetzungen (§§ 247, 248 a)

#### I. Haus- und Familiendiebstahl (§ 247)

Ist ein **reines Antragsdelikt**; gilt für *alle* Diebstähle und Unterschlagungen (Umkehrschluss aus § 248 a); Angehöriger: § 11 I Nr. 1; Vormund: §§ 1773 ff. BGB; Betreuer: §§ 1896 ff. BGB; häusliche Gemeinschaft: Nach h.A. jede auf freiwilligem Entschluss beruhende und auf ein Zusammenleben von gewisser Dauer angelegte Wohngemeinschaft (BGHSt 29, 54 [56 f.]).

Verletzter: Jedenfalls der Eigentümer (vgl. Diskussion oben). Sobald nur ein Verletzter in keinem der genannten Verhältnisse zum Täter steht, ist die Tat nach h. A. auch ohne Antrag verfolgbar.

## § 9: Strafverfolgungsvoraussetzungen des §§ 247, 248 a

### II. Diebstahl und Unterschlagung geringwertiger Sachen (§ 248 a)

Ist **kein reines Antragsdelikt**: Strafverfolgung auch möglich bei Bejahung des besonderen öffentlichen Interesses. – Geringwertigkeit: Wie in § 243 II. – „Fälle des § 242“: Ein besonders schwerer Fall des Diebstahls gemäß § 243 ist nach herrschender und richtiger Ansicht *kein* „Fall des § 242“.

## § 9: unbefugter Gebrauch eines Fahrzeugs

### Unbefugter Gebrauch eines Fahrzeugs (§ 248 b)

#### I. Tatobjekt: Kraftfahrzeug oder Fahrrad

„Kraftfahrzeug“ ist definiert in § 248 b *Abs. 4*. Darunter fallen auch Segelboote und Fahrräder, wenn sie mit einem Hilfsmotor ausgestattet sind.

#### II. Tathandlung

##### 1. In Gebrauch nehmen

Unstreitig das In-Gang-Setzen zum Zwecke der Fortbewegung. Genügt auch ein In-Gang-Halten?

## § 9: unbefugter Gebrauch eines Fahrzeugs

### Fall 1:

Die Sekretärin S des E glaubt, er habe nichts dagegen, dass sie am Wochenende den Firmenlieferwagen benutzt, um damit ihren Freund in Berlin zu besuchen. Als E am Samstag davon erfährt, ruft er S über das Autotelefon an und verlangt empört, sie solle keinen Meter mehr weiterfahren, er werde das Fahrzeug abholen lassen. S hält die Reaktion des E für überzogen und kümmert sich nicht darum:

- a) Sie parkt schon bei ihrem Freund vor der Haustür. Am Sonntag benutzt sie den Wagen, um damit zurück nach Rostock zu fahren.
- b) Sie befindet sich gerade auf der A 19 Richtung Berlin kurz vor einer Ausfahrt, fährt aber nicht ab, um den Wagen abzustellen, sondern weiter nach Berlin.
- c) Sie steht gerade an einer Autobahntankstelle. Sie lässt den Wagen dort nicht stehen, sondern fährt damit noch bis Berlin.

## § 9: unbefugter Gebrauch eines Fahrzeugs

Die h.M. würde in allen drei Varianten ein In-Gebrauch-Nehmen i.S.d. § 248 b bejahen: Zweck des § 248 b sei es, „Schwarzfahrten“ zu verhindern, und es spiele daher keine Rolle, ob das Fahrzeug widerrechtlich in Gang *gesetzt* wird oder widerrechtlich in Gang *gehalten* werde (BGHSt 11, 47 [50]). In Variante a ist die Rückfahrt nach Rostock in der Tat ein *neues* In-Gebrauch-Nehmen. In Variante b aber sperrt sich der Wortlaut gegen die Bejahung einer Strafbarkeit: S „nimmt“ das Fahrzeug nicht in Gebrauch, sondern „hält“ es in Gebrauch. Der Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 II GG gebietet somit Straflosigkeit für den in Variante b geschilderten Moment. In Variante c liegt es in der Sache und nach dem Sprachgebrauch näher, die gesamte Fahrt als ein einheitliches Gebrauchen des Wagens als Mittel zur Fortbewegung nach Berlin anzusehen und daher den Tatbestand wie in Var. b zu verneinen; aber auch die Bejahung ist durchaus gut vertretbar.

## § 9: unbefugter Gebrauch eines Fahrzeugs

### 2. gegen den Willen des Berechtigten

Maßgeblich ist die innere Haltung des Berechtigten; ein ausdrückliches Verbot ist nicht nötig. Ausreichend ist, dass sich der entgegenstehende Wille aus den Umständen ergibt, also etwa auch, wenn Student S sein Fahrrad ungesichert vor den Hörsaal stellt. Anders aber, wenn der Finder eines Rades es zum Eigentümer zurückfährt.

**Achtung:** Ist der Berechtigte einverstanden, liegt hierin nicht erst eine rechtfertigende Einwilligung, sondern bereits ein den Tatbestand ausschließendes Einverständnis.

## **§ 9: unbefugter Gebrauch eines Fahrzeugs**

### **III. Subsidiaritätsklausel**

#### **Fall 2:**

Der 17-jährige S bricht den Audi 100 des E auf, fährt damit zwei Stunden lang über Land und stellt den Wagen dann wieder vor Es Haustür ab.

h.M.: § 242 (Diebstahl am Benzin) tritt im Wege der Gesetzeskonkurrenz hinter § 248 b zurück.

## § 9: unbefugter Gebrauch eines Fahrzeugs

### Fall 3:

Wie Fall 2. S übersieht an einem Zebrastreifen die O und erfasst sie mit dem Kotflügel. O stirbt an den Folgen des Unfalls. S lässt den lädierten Wagens stehen und flüchtet zu Fuß.

Bilden § 248 b und § 222 eine Tat, so dass § 248 b zurücktritt? Der BGH bejaht das, weil er den Begriff als „prozessuale (Tat-)Einheit“ interpretiert und ein engeres Verständnis neuerdings für unvereinbar hält mit der aus Art. 97 I GG folgenden Bindung des Richters an das Gesetz (BGH, JZ 1998, 470 f. mit Anm. Rudolphi). Rudolphi ist zu folgen, wenn er feststellt, „Eine Tat“ liegt nur vor, wenn sich Unrechts- und Schuldgehalt der Delikte zumindest partiell decken; dafür ist Voraussetzung, dass sich beide Delikte gegen das gleiche Rechtsgut wenden; hier (-).