

Entscheidungsanmerkung

Subsidiarität der Unterschlagung

Veruntreuende Unterschlagung tritt aufgrund formeller Subsidiarität hinter gewerbsmäßig begangener Untreue zurück. (Amtlicher Leitsatz)

StGB §§ 246 Abs. 1 und 2, 266 Abs. 2 i.V.m. § 263 Abs. 3 Nr. 1

BGH, Beschl. v. 26.6.2012 – 2 StR 137/12 (LG Meiningen)¹

I. Zum Hintergrund: Die Subsidiaritätsklausel in § 246 Abs. 1 StGB

§ 246 Abs. 1 StGB enthält am Ende eine sog. formelle Subsidiaritätsklausel („[...] wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist.“). Schon die Reichweite dieser Klausel im Rahmen von Abs. 1 ist nicht unumstritten. Zwar hat im Jahre 2002 der *I. Strafsenat* des BGH zu Recht entschieden, damit trete die Unterschlagung gegenüber allen anderen Straftaten zurück, auch gegenüber solchen, die nicht aus dem Kreis der Eigentums- und Vermögensdelikte stammen.² Dem ist das Schrifttum indes bis heute nicht vollständig gefolgt. Vor allem aus systematischen Erwägungen heraus wird vielmehr immer noch vertreten, § 246 Abs. 1 StGB sei allein gegenüber Eigentums- und Vermögensdelikten subsidiär.³ Das verstößt aber gegen den klaren Wortlaut des Gesetzes, der auch für solche Konkurrenzregeln die Auslegungsgrenze bildet.⁴ § 246 Abs. 1 StGB ist deshalb gegenüber allen schwereren Straftaten, gleich welcher Art, formell subsidiär.

In § 246 Abs. 2 StGB, der veruntreuenden Unterschlagung, fehlt eine solche Klausel. Gleichwohl wurde schon bislang überwiegend angenommen, die Subsidiaritätsklausel aus

¹ Abgedruckt in: *wistra* 2012, 437 (vollständig); *NJW* 2012, 3046, und *NStZ* 2012, 384 (auszugsweise); ferner abrufbar: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=d23b678470509e6e019395c8287f08b0&nr=61536&pos=3&anz=17>.

² BGH, Urt. v. 6.2.2002 – 1 StR 513/01 = BGHSt 47, 243.

³ *Kindhäuser*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 7. Aufl. 2012, § 6 Rn. 61; *Heinrich*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl. 2009, § 15 Rn. 42; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 13. Aufl. 2011, § 5 Rn. 29; *Duttge/Sotelsek*, *NJW* 2002, 3757 (3758 f.); *Küpper*, *JZ* 2002, 1115; *Hoyer*, *JR* 2002, 517 (518); *Birk*, Die Unterschlagung nach dem 6. Strafrechtsreformgesetz, 2003, S. 18 ff., 33.

⁴ BGHSt 47, 243 (244); 43, 237 (238 f.); *Lackner/Kühl*, Strafrechtsgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2011, § 246 Rn. 14; *Hohmann*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafrecht, Bd. 4, 2. Aufl. 2012, § 246 Rn. 61; *Kudlich*, in: *Satzger/Schmitt/Widmaier* (Hrsg.), Strafrechtsgesetzbuch, 2009, § 246 Rn. 29; *Heghmanns*, *JuS* 2003, 954 (956 ff.); *Otto*, *NStZ* 2003, 87 (88).

Abs. 1 gelte auch für Abs. 2.⁵ So selbstverständlich ist dies freilich nicht.⁶ Die fragliche Bestimmung lautet: „Ist in den Fällen des Absatzes 1 die Sache dem Täter anvertraut, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe.“ Die Bezugnahme auf Abs. 1 betrifft selbstverständlich die tatbestandliche Umschreibung des Unrechts, also die Zueignung einer fremden beweglichen Sache; ob sie zugleich die Rechtsfolge einschließt der Subsidiaritätsanordnung erfasst, ist mindestens deshalb unklar, weil Abs. 2 dafür ansonsten einen eigenen Weg einschlägt, nämlich die von Abs. 1 abweichende Strafdrohung von Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren. Die Rspr. hatte sich in dieser Frage bislang nicht positioniert. Nun allerdings meint der 2. *Senat*, die Subsidiaritätsklausel auch in den Fällen der veruntreuenden Unterschlagung anwenden zu können.

II. Der Sachverhalt

Die Angeklagte war als Chefsekretärin in einem Unternehmen tätig und führte in dieser Funktion eine Handkasse. Aus ihr entnahm sie von August 2004 bis Ende 2007 in 130 Fällen insgesamt 288.330,63 Euro für private Zwecke und verdeckte diese Entnahmen durch Manipulation von Kassenbelegen und Fälschung von Postquittungen für angebliche Portokosten. Die Strafkammer hatte diese Handlungen jeweils als – gewerbsmäßig begangene – Untreue (§§ 266, 263 Abs. 3 Nr. 1 StGB) in Tateinheit mit veruntreuender Unterschlagung (§ 246 Abs. 2 StGB) bewertet und die Angeklagte zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von immerhin fünf Jahren verurteilt. Auf die Revision der Angeklagten strich der *Senat* zwar im Schuldspruch die veruntreuende Unterschlagung, verwarf aber das Rechtsmittel im Übrigen, weshalb es im Ergebnis auch bei der fraglichen Gesamtstrafe blieb.

III. Die Entscheidung und ihre Kritik

1. Die Entscheidungsgründe

Da alle übrigen Revisionsrügen nach Auffassung des *Senats* i.S.v. § 349 Abs. 2 StPO „offensichtlich unbegründet“ waren,⁷ konzentriert sich die Entscheidung auf die Frage des Konkurrenzverhältnisses von § 246 Abs. 2 StGB zur Untreue (im besonders schweren Fall). In diesem Zusammenhang bekräftigt der *Senat* eingangs die Anwendbarkeit der Subsidiaritätsklausel gegenüber Delikten jedweder Angriffsrichtung.⁸ In der Folge wird in ganzen zwei Sätzen sodann ihre Geltung auch für Abs. 2 postuliert: „Es besteht – unbeschadet der Platzierung in Absatz 1 [...] – schon nach dem Wortlaut des Gesetzes

⁵ *Lackner/Kühl* (Fn. 4), § 246 Rn 14; *Hohmann* (Fn. 4), § 246 Rn. 59; *Rengier* (Fn. 3), § 5 Rn. 28; *Kudlich* (Fn. 4), § 246 Rn. 29; *Vogel*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 8, 12. Aufl. 2010, § 246 Rn. 71; *Kindhäuser* (Fn. 3), § 6 Rn. 61; *Duttge/Sotelsek*, *JuS* 2000, 1167 (1171).

⁶ Deshalb anders *Heghmanns*, *Strafrecht für alle Semester – Besonderer Teil*, 2009, Rn. 1167; *Krey/Hellmann*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, Bd. 2, 14. Aufl. 2005, Rn. 183.

⁷ BGH, Beschl. v. 26.6.2012 – 2 StR 137/12, Rn. 1.

⁸ BGH, Beschl. v. 26.6.2012 – 2 StR 137/12, Rn. 5.

[...] kein Grund zu der Annahme, dass die Subsidiaritätsklausel im Fall einer nach § 246 Abs. 2 StGB qualifizierten Unterschlagung keine Geltung mehr beanspruchen soll. § 246 Abs. 2 StGB nimmt auch insoweit auf Absatz 1 der Norm Bezug.⁹ Die weiteren Überlegungen bejahen zum einen die Frage, ob die Untreue im besonders schweren Fall die Voraussetzung einer schwereren Strafdrohung erfüllt.¹⁰ Zum anderen verneint der *Senat* eine Änderung des Strafausspruchs trotz des Wegfalls des Schuldspruchs wegen Unterschlagung. Denn die Strafkammer habe in ihren Strafzumessungserwägungen keine strafschärfende Berücksichtigung der zusätzlichen tateinheitlichen Verwirklichung von § 246 Abs. 2 StGB zu erkennen gegeben. Sie wäre daher, so der *Senat*, auch ohne die Unterschlagung zu keinen milderen Einzelstrafen und zu keiner niedrigeren Gesamtfreiheitsstrafe gelangt.¹¹ Dieses Ergebnis dürfte der konkreten Angeklagten und ihrem Fall gerecht werden; die Begründung des *Senats* und sein Leitsatz verdienen indes Kritik.

2. Formelle Subsidiarität der veruntreuenden Unterschlagung?

Die beinahe lapidare Feststellung des *Senats*, die Subsidiaritätsklausel gelte auch für die veruntreuende Unterschlagung, erweckt beim Leser zunächst den Gedanken, hier werde etwas völlig Selbstverständliches nur noch endgültig in Stein gemeißelt. Erste Zweifel freilich stellen sich ein, weil der *Senat* an dieser Stelle nur eine einzige Belegstelle anführt.¹² Deren inhaltliche Argumentation wiederum beschränkt sich darauf, die in Abs. 1 „nicht überzeugend platzierte Subsidiaritätsklausel“ gelte nach allgemeiner Meinung für den gesamten Unterschlagungstatbestand einschließlich der veruntreuenden Unterschlagung, weil Abs. 2 „insgesamt auf Abs. 1 verweist“.¹³ Auch die Durchmusterung weiteren Schrifttums ernüchert, denn sofern die Geltung der Subsidiaritätsklausel für Abs. 2 überhaupt thematisiert wird,¹⁴ erschöpfen sich die Begründungen überwiegend in Hinweisen auf eine allgemeine Meinung.¹⁵ Nur wenige Äußerungen halten angesichts der Verortung der Subsidiaritätsklausel in Abs. 1 (anstelle z.B. einer Platzierung in einem gesonderten Absatz) ihre Begrenzung auf die Fälle

des Abs. 1 für überhaupt erwägenswert.¹⁶ Aber: „So ist die Regelung natürlich nicht gemeint“,¹⁷ wobei freilich nicht gesagt wird, woraus dies nun wieder folgen soll. Als Sachargument wird gelegentlich noch der Wortlaut bemüht: „Indem das Gesetz in § 246 II von den Fällen des Abs. 1 spricht, bezieht es [auch] die Subsidiaritätsklausel [...] in die veruntreuende Unterschlagung mit ein.“¹⁸ Lediglich in einer Monographie findet man dazu noch den ergänzenden Gedanken, dies trage auch dem Auffangcharakter der Unterschlagung Rechnung.¹⁹ Von einer vertiefenden wissenschaftlichen Aufarbeitung des Problems, vor deren Hintergrund sich die apodiktische Entscheidung des *Senats* erklären ließe, kann also keine Rede sein. Es mag lohnen, dafür erste Ansätze aufzuzeigen:

Betrachtet man zunächst den Wortlaut, so stellt sich die Frage, was „in den Fällen des Abs. 1“ aussagen kann. Am nächsten liegt natürlich die Interpretation, hier gehe es um die tatbestandlichen Konstellationen des Abs. 1. Für diese wären bei Vorliegen des Qualifikationsmerkmals, des Anvertrautseins der Sache, eben bis zu fünf Jahre Freiheitsstrafe angedroht, und zwar ohne Wenn und Aber. Damit bliebe indes für eine Übernahme der Subsidiaritätsklausel in Abs. 2 kein Raum.²⁰ Denn dann ersetze die qualifizierte Strafdrohung des Abs. 2 die Strafdrohung des Abs. 1, und zwar notgedrungen einschließlich der Subsidiaritätsklausel.

Versucht man stattdessen, die Subsidiaritätsklausel in den Bedeutungsgehalt der „Fälle des Abs. 1“ zu integrieren, so ergäbe sich die Möglichkeit, diese Formulierung im Sinne eines „in den nicht subsidiären Fällen des Abs. 1“ zu verstehen. Konkurriert aber schon der Grundtatbestand nicht mit einem schwereren Delikt, so muss dies erst recht für die Qualifikation gelten. Diese Interpretation entpuppt sich deshalb als sinnlos. Die umgekehrte Deutung („in den subsidiären Fällen des Abs. 1“) verträge sich sprachlich nicht mit der folgenden, schlichten Strafdrohung. Denn dann bliebe offen, ob nun die erhöhte Strafdrohung stets oder doch nur bei Fehlen eines konkurrierenden schwereren Deliktes gelten sollte.

Es bliebe schließlich übrig, den Abs. 2 als in Abs. 1 zu integrierende, eigentlich unselbstständige Strafrahmenschiebung zu verstehen („Wer eine [...] Sache sich [...] zueignet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe, ist ihm die Sache anvertraut, mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist.“). Eine solche Tatbestandsfassung, wie sie ausgerechnet § 246 StGB i.d.F. vor dem 6. StrRG bereits (ohne Subsidiaritätsbestimmung) verwendet hatte, hat der Gesetzgeber aber gerade nicht gewählt, sondern sich für die Trennung in zwei Absätze entschieden, von denen nur der erste mit der Subsidiaritätsklausel versehen wurde. Das spricht klar gegen die Auffassung, man

⁹ BGH, Beschl. v. 26.6.2012 – 2 StR 137/12, Rn. 5; ausgelassen wurden alleine zwei zitierte Belegstellen.

¹⁰ BGH, Beschl. v. 26.6.2012 – 2 StR 137/12, Rn. 6.

¹¹ BGH, Beschl. v. 26.6.2012 – 2 StR 137/12, Rn. 8.

¹² BGH, Beschl. v. 26.6.2012 – 2 StR 137/12, Rn. 5; zitiert wird dort *Vogel* (Fn. 5), § 246 Rn. 71.

¹³ *Vogel* (Fn. 5), § 246 Rn. 71.

¹⁴ Keine Antwort findet man beispielsweise bei *Eser/Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 246 Rn. 29 ff.; *Hoyer*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 47. Lfg., Stand: September 1999, § 246 Rn. 42 ff.

¹⁵ Statt vieler: *Kindhäuser*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 3. Aufl. 2010, § 246 Rn. 45; *Küper*, Strafrecht, Besonderer Teil, 8. Aufl. 2012, S. 492; *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 59. Aufl. 2012, § 246 Rn. 23.

¹⁶ So etwa *Duttge/Sotelsek*, Jura 2002, 526 (533); *Mitsch*, ZStW 111 (1999), 65 (95); *ders.*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2/1, 2. Aufl. 2003, § 2 Rn. 70.

¹⁷ *Mitsch*, ZStW 111 (1999), 65 (95).

¹⁸ *Jäger*, JuS 2000, 1167 (1171); ebenso *Hohmann* (Fn. 4), § 246 Rn. 59.

¹⁹ *Birk* (Fn. 3), S. 17.

²⁰ *Heghmanns* (Fn. 6), Rn. 1167.

habe sie zugleich als integrierten Bestandteil des Abs. 2 zu verstehen.

Der Wortlaut und die Systematik der tatbestandlichen Fassung stehen folglich recht eindeutig gegen eine Anwendbarkeit der Subsidiaritätsklausel in den Fällen des Abs. 2. Oder handelt es sich um ein redaktionelles Versehen und war alles tatsächlich „so [...] natürlich nicht gemeint“?²¹ Die Gesetzesmaterialien sprechen freilich gegen ein solches Versehen und für eine bewusst differenzierende Regelung. Im RegE zum 6. StrRG heißt es an der maßgeblichen Stelle (nach Ausführungen zum Wegfall des früher bestehenden Gewahrsamerfordernisses und zur Einführung der Drittzueignung): „Der Entwurf sieht die Unterschlagung jedoch nicht als Grundtatbestand aller Zueignungsdelikte an, zu dem Diebstahl, Raub und ähnliche Straftaten im Verhältnis der Spezialität stehen. Vielmehr wird die Unterschlagung als ein Auffangtatbestand behandelt, der alle Formen rechtswidriger Zueignung fremder beweglicher Sachen umfaßt, die nicht einen mit schwererer Strafe bedrohten eigenständigen Straftatbestand – vor allem Diebstahl und Raub, aber auch Betrug, Erpressung, Untreue oder Hehlerei – verwirklichen. Dies wird durch die Subsidiaritätsklausel in Absatz 1 sichergestellt. Der bisher in Absatz 1 geregelte Qualifikationstatbestand der Veruntreuung soll in einen eigenen Absatz, nämlich Absatz 2, eingestellt werden.“²² Der Entwurf trennt daher den Auffangtatbestand des Abs. 1 von der „Veruntreuung“, die er offensichtlich als andersgeartetes Delikt mit eigenem Unrechtsgehalt begreift. Als (weiterer) Auffangtatbestand taugt sie schon deshalb nicht, weil sie mit der Veruntreuungskomponente ein eigenständiges Unrechtsmerkmal aufweist, welches den meisten übrigen Zueignungs- und Vermögensdelikten fehlt, und welches im Falle der Geltung der Subsidiaritätsklausel häufiger ungesühnt bliebe. Allein dann, wenn es – wie im vom Senat zu entscheidenden Fall – zufällig ausgerechnet eine Untreue im besonders schweren Fall ist, die konkurriert, wird selbst bei Zurücktreten der veruntreuenden Unterschlagung der Unrechtsgehalt der Treuwidrigkeit noch mit abgedeckt. Dem Senat mag diese ihm vorliegende Konstellation den Blick dafür getrübt haben, welche Auswirkungen entstehen, falls § 246 Abs. 2 StGB einmal nicht mit § 266 StGB, sondern mit Straftaten wie etwa dem besonders schweren Betrug konkurriert.

Die damit angesprochene teleologische Betrachtung legt also ebenfalls keine Anwendung der Subsidiaritätsklausel auf Abs. 2 nahe. Vom Ergebnis her betrachtet wäre deren Nichtanwendbarkeit zudem deutlich sachgerechter. Erstens käme man wenigstens hier um die sinnwidrige universelle Subsidiarität gegenüber völlig andersartigen Delikten herum, wie sie für die Konstellationen des Abs. 1. besteht. Während dort der Wortlaut keine andere Deutung zulässt, besteht dieses Hindernis in Abs. 2 nicht, ja mehr noch: Die Formulierung des Gesetzestextes spricht, wie oben gezeigt, sogar nachdrücklich

gegen eine Übernahme der Subsidiaritätsklausel in die Strafbestimmung des Abs. 2. Zweitens entfielen auch das Erfordernis der schwereren Strafdrohung mit seinem merkwürdigen Resultat einer Subsidiarität zwar nicht gegenüber z.B. einfachem Betrug, wohl aber bei Annahme eines besonders schweren Falles. Warum dieser Unterschied auf die Strafbarkeit einer veruntreuenden Unterschlagung Einfluss haben sollte, bleibt unerfindlich. Der bloße Umstand schwererer Strafe kann es schließlich nicht sein, denn dann bräuhete man z.B. neben einem Mord gar keine idealkonkurrierenden Tatbestände mehr. Vielmehr entscheidet idealiter eine Unrechtskongruenz zweier konkurrierender Delikte darüber, ob ein potenzieller Subsidiaritätsfall vorliegt. Davon kann aber keine Rede sein, wenn man beispielsweise die Erschwerungsmerkmale des § 263 Abs. 3 StGB betrachtet. In den vergleichbaren Konstellationen, in denen (erst) eine Qualifikation oder der besonders schwere Fall eine formelle Subsidiarität gegenüber § 246 Abs. 2 StGB auslösen könnte, sieht es nicht anders aus.²³ Drittens schließlich wäre der Weg frei für die Annahme einer materiellen Subsidiarität von § 246 Abs. 2 StGB gegenüber der Untreue, und zwar bereits gegenüber deren Grundtatbestand. Diese materielle Subsidiarität bliebe hingegen bei Geltung der formellen Subsidiaritätsklausel neben dieser im Umkehrschluss gesperrt.

Selbst ohne Geltung der Subsidiaritätsklausel für § 246 Abs. 2 StGB gelangt man deshalb im zu entscheidenden Fall zu dem durchaus sachgerechten Ergebnis einer Verdrängung der veruntreuenden Unterschlagung durch die Untreue, aber eben nicht auf Grund der Subsidiaritätsklausel, sondern infolge materieller Subsidiarität. Indem der Senat demgegenüber die Subsidiaritätsklausel bemüht, bereitet er ärgerlicherweise auch den Weg für Entscheidungen, in denen § 246 Abs. 2 StGB zu Unrecht nicht mehr im Schuldpruch auftauchen wird, nämlich wenn es einmal nicht die Untreue, sondern andere Delikte wie etwa der Betrug im besonders schweren Fall sind, die mit einer veruntreuenden Unterschlagung zusammentreffen.

3. Die Annahme einer schwereren Strafdrohung durch einen besonders schweren Fall

Zwar im Ergebnis richtig, aber leider mit einer Fehlzitiierung²⁴ geht der Senat davon aus, infolge der Annahme eines besonders schweren Falles der Untreue nach § 266 Abs. 2 i.V.m. § 263 Abs. 3 StGB sei die Untreue gegenüber § 246 Abs. 2 StGB „mit schwererer Strafe bedroht“. Entgegen der Regelung in § 12 Abs. 3 StGB – dort für die Einordnung als Verbrechen – spielen hier also auch Strafschärfungen für be-

²³ Vgl. §§ 253 Abs. 4, 259, 260, 261 Abs. 4, 267 Abs. 3 StGB.

²⁴ BGH, Beschl. v. 26.6.2012 – 2 StR 137/12, Rn. 6; die eine in Bezug genommenen Fundstelle (Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht, Besonderer Teil, Teilbd. 1, 10. Aufl. 2009, § 34 Rn. 41) äußert sich entgegen der Behauptung des Senats nicht zur Beachtlichkeit von Sonderstrafrahmen für besonders schwere Fälle; dazu findet sich in dem zitierten Lehrbuch vielmehr überhaupt nichts. Bei der anderen ist das konkrete Zitat unzutreffend (Vogel [Fn. 5], § 246 Rn. 74 statt der zitierten Rn. 71).

²¹ Mitsch, ZStW 111 (1999), 65 (95).

²² RegE 6. StrRG = BT-Drs. 13/8587, S. 43 f. (Hervorhebung nur hier). Im weiteren Gesetzgebungsverfahren wurde, soweit ersichtlich, die Neufassung von § 246 StGB – im Gegensatz zu zahlreichen anderen Regelungen des 6. StrRG – an keiner Stelle mehr kontrovers diskutiert.

sonders schwere Fälle ihre Rolle. Zwar äußern sich bislang recht wenige Stimmen zu dieser Frage.²⁵ Wenn aber die Höhe der Strafdrohung über die Subsidiarität entscheiden soll, so kann selbstverständlich nur der jeweils konkret anwendbare Strafraumen, ggf. also der erhöhte eines besonders schweren Falles, zum Vergleich herangezogen werden. Dies gilt umso mehr, als Vergleichsgröße ja ebenfalls nicht die Strafe des Grunddeliktes (§ 246 Abs. 1 StGB), sondern diejenige der qualifizierten Unterschlagung nach Abs. 2 ist.

Die Kehrseite dieser Auffassung wurde freilich bislang nicht erwähnt: Logischerweise müssen sich dann nämlich auch Strafraumenverschiebungen auf Grund minder schwere Fälle darauf auswirken, ob ein Subsidiaritätsfall vorliegt. Der Raub nach § 249 Abs. 1 StGB verdrängt daher zwar § 246 Abs. 2 StGB, nicht aber der minder schwere Raub nach § 249 Abs. 2 StGB. Ebenso sähe es für die gefährliche Körperverletzung und deren minder schweren Fall aus (§ 224 Abs. 1 StGB). Diese Ergebnisse muten absurd an und sprechen ebenfalls für das hier vertretene Ergebnis, die Subsidiaritätsklausel nicht auch noch auf § 246 Abs. 2 StGB zu beziehen.

4. Wegfall der Unterschlagung ohne Auswirkungen auf die Strafe?

Die Verwerfung der Revision hinsichtlich des Strafausspruchs trotz vorgenommener Schuldspruchreduzierung muss die Angeklagte enttäuscht haben. Allerdings ordnet § 52 Abs. 2 StGB bei Tateinheit nur an, die Strafe aus dem schwereren Strafraumen zu entnehmen und dabei Mindeststrafen der konkurrierenden leichteren Delikte zu beachten. Bei der folgenden konkreten Strafbemessung innerhalb des Strafraumens wäre hingegen die Strafkammer zwar berechtigt, aber nicht verpflichtet gewesen, die tateinheitlich hinzutretende Unterschlagung strafscharfend zu berücksichtigen. Indem sie diese nicht strafehöhend gewertet hat, hat sie völlig zu Recht der Unrechtsverwandtschaft beider Delikte in angemessener Weise Rechnung getragen; ein signifikantes zusätzliches Unrecht gegenüber § 266 StGB enthält § 246 Abs. 2 StGB angesichts der Fallgestaltung (Kassentnahmen) nicht. Bei dieser Ausgangslage war es auch vom *Senat* nur folgerichtig, den Wegfall der Unterschlagung nicht auf die Strafe wirken zu lassen.

IV. Bewertung

Die Entscheidung des 2. *Senats* schlägt den verkehrten Weg ein, um zu einem im Einzelfall richtigen Resultat zu gelangen. Das ist ärgerlich, weil falsche Folgeentscheidungen drohen. Richtigerweise hat die Subsidiaritätsklausel aus § 246 Abs. 1 StGB nicht für Fälle der veruntreuenden Unterschlagung gemäß § 246 Abs. 2 StGB zu gelten, was ein Zurücktreten der qualifizierten Unterschlagung im Einzelfall qua materieller Subsidiarität nicht ausschließt. Es bleibt abzuwarten, ob sich andere *Senate* eines Besseren besinnen und die Anwendung der Subsidiaritätsklausel doch noch auf Abs. 1 begrenzen.

Prof. Dr. Michael Heghmanns, Münster

²⁵ Ausdrücklich nur *Mitsch* (Fn. 16), § 2 Rn. 70; *Vogel* (Fn. 5), § 246 Rn. 74.