

Entscheidungsbesprechung

BGH, Beschl. v. 29.11.2023 – 6 StR 191/23 (LG Neuruppin)¹

Zueignung eines Tiefladers – zur Konkretisierung des Zueignungserfolges der Unterschlagung

1. Die Manifestation des Zueignungswillens reicht für eine Zueignung i.S.d. § 246 Abs. 1 StGB nicht aus. Jedoch kann dies ein Beweisanzeichen für den subjektiven Tatbestand darstellen.
2. Eine vollendete Zueignung gem. § 246 Abs. 1 StGB kommt nur in Betracht, wenn der Täter sich die Sache oder den in ihr verkörperten Wert tatsächlich zumindest vorübergehend aneignet und den Eigentümer dauerhaft enteignet.
3. In dem bloßen Unterlassen einer geschuldeten Rückgabe von sicherungsübereigneten Sachen liegt keine vollendete Zueignung, weil dieses Verhalten keine tiefergehende Beeinträchtigung der Eigentümerbefugnisse begründet.

(Leitsätze des Verf.)

StGB § 246 Abs. 1

Wiss. Mitarbeiter Tim Stephan, Köln*

I. Einleitung

Der Unterschlagungstatbestand gem. § 246 Abs. 1 StGB wird im Gegensatz zum deutlich klausur-relevanten Diebstahlsdelikt gem. § 242 Abs. 1 StGB im Grundstudium sowie der Examensvorbereitung nur selten ausgiebiger beleuchtet. Für das Verständnis der Eigentumsdelikte im Allgemeinen ist es jedoch bedeutsam, auch den „Auffangtatbestand“ der Unterschlagung nachzuvollziehen. Hierbei wird nicht nur das Verhältnis zwischen den verschiedenen Zueignungsdelikten für Studierende klarer, sondern auch die Bearbeitung von Sachverhalten, die im strafrechtlichen Bagatellbereich spielen, einfacher. Anlass zur erneuten Befassung mit dem Unterschlagungstatbestand gibt insbesondere eine aktuelle Entscheidung des 6. Strafsenats des BGH, die eine Neupositionierung zur Auslegung des Tatbestandsmerkmals „zueignet“ darstellt. Nachdem in die der Entscheidung zugrundeliegende Problematik eingeführt wird (II.), soll der entschiedene Sachverhalt vorgestellt werden (III.), bevor sich kritisch mit den Ergebnissen und insbesondere der Argumentation des Senats auseinandergesetzt (IV.) und ein Fazit gezogen wird (V.).

II. Einführung in die Problematik

§ 246 Abs. 1 StGB ist ein voraussetzungsarmes Delikt: Ein Täter verwirklicht den Tatbestand, wenn sich dieser eine fremde bewegliche Sache rechtswidrig *zueignet*. Ungeachtet der Voraussetzung einer

* Der Verf. ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminalpolitik von Prof. Dr. Anja Schiemann an der Universität zu Köln.

¹ Der Beschluss ist abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&az=6%20StR%20191/23&nr=136473> sowie abgedruckt in NStZ 2024, 287.

fremden beweglichen Sache ist Dreh- und Angelpunkt des Straftatbestandes das (normative) Tatbestandsmerkmal „zueignet“ und dessen inhaltliche Akzentuierung. Der Verhaltensbereich, der durch das Delikt als strafbewehrt gekennzeichnet wird, hängt demnach maßgeblich an dem strafrechtlichen Verständnis einer Zueignung. Das StGB gibt jedoch nur bedingt Aufschluss darüber, wie der Begriff ausgestaltet ist. Es verwundert insoweit nicht, dass bereits seit Jahrzehnten umstritten ist, wie der Zueignungsbegriff im Gefüge des grundsätzlich als subsidiäres Delikt konzipierten § 246 Abs. 1 StGB auszulegen ist, bzw. genauer: was die Merkmale eines Zueignungserfolges sind.²

1. Der Zueignungsbegriff im Strafrecht

Diese Frage erlangt jedoch nicht isoliert in Bezug zu § 246 Abs. 1 StGB Bedeutung. Im System der Eigentumsdelikte sind auch § 242 Abs. 1 StGB (Diebstahl) und § 249 Abs. 1 StGB (Raub) als sog. Zueignungsdelikte zu qualifizieren. Beide Straftatbestände fordern die – bei § 249 Abs. 1 StGB mittels Gewalt gegen eine Person oder unter Anwendung von Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben – Wegnahme einer fremden beweglichen Sache in der *Absicht*, sich die Sache rechtswidrig zuzueignen. Die Zueignung hat hierbei also nur auf subjektiver Tatbestandsseite Bedeutung. Eine Zueignung ist beabsichtigt, wenn sich der Täter die eigentümerähnliche Herrschaftsmacht über die Sache anmaßen will,³ indem er den Eigentümer dauerhaft enteignet und sich die Sache oder den Sachwert zumindest vorübergehend aneignet.⁴

Wird der Wortlaut des § 246 Abs. 1 StGB herangezogen, so ist im deutlichen Unterschied zu dem Diebstahlsdelikt erkennbar, dass nicht nur das Vorliegen eines Zueignungswillens vorausgesetzt wird.⁵ Die Zueignung wird ausdrücklich als objektives Tatbestandsmerkmal verstanden – und ist die maßgebliche Tathandlung des Unterschlagungstatbestandes.⁶ Demnach müsste sich ein Täter eine eigentümerähnliche Herrschaftsmacht über die (fremde) Sache anmaßen, indem er den Eigentümer dauerhaft enteignet und sich die Sache oder den Sachwert zumindest vorübergehend aneignet. Der Wortlaut scheint klar auf dieses Normverständnis hinzudeuten.

Dieses wortlautgetreue Verständnis des Zueignungsbegriffs wurde bzw. wird jedoch oftmals als zu eng erachtet.⁷ Berücksichtigt man den Charakter der Unterschlagung als Auffangtatbestand, der grundsätzlich subsidiär zu § 242 Abs. 1 StGB zur Anwendung kommen soll, so erscheint eine Verkürzung des Anwendungsbereiches allein auf Fälle, die eine schwere Eigentumsbeeinträchtigung begründen, auf erste Sicht überzogen.

Dies zum Anlass nehmend wurde bereits früh eine extensive Auslegung der Zueignung vertreten. Anhänger dieses Ansatzes lassen zunächst jedes menschliche Verhalten als objektiven Anknüpfungspunkt genügen, soweit sich durch das Verhalten der Wille zur Zueignung *offenbart*.⁸ Innerhalb dieses

² Vgl. *Heinrich*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, *Strafrecht*, Besonderer Teil, 4. Aufl. 2021, § 15 Rn. 22.

³ Vgl. *Heger*, in: *Lackner/Kühl/Heger*, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 242 Rn. 10: „Herrschaftswille“; *Schmitz*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 242 Rn. 54.

⁴ Statt aller *Wittig*, in: *BeckOK StGB*, Stand: 1.2.2024, § 242 Rn. 30.

⁵ So auch *Kargl*, *ZStW* 103 (1991), 136 (136).

⁶ *Wittig*, in: *BeckOK StGB*, Stand: 1.2.2024, § 242 Rn. 30; *Rengier*, *Strafrecht*, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 5 Rn. 19; *Schmidt*, in: *Matt/Renzikowski*, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 246 Rn. 4.

⁷ Vgl. *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, *Strafrecht*, Besonderer Teil 2, 46. Aufl. 2023, § 6 Rn. 325; in die Richtung wohl auch *Rengier*, *Strafrecht*, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 5 Rn. 21 ff.; *Fischer*, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, Kommentar, 71. Aufl. 2024, § 246 Rn. 6; die Hintergründe für die extensive Auslegung der h.M. ebenfalls erkennend *Joecks/Jäger*, *StGB*, Studienkommentar, 13. Aufl. 2020, § 246 Rn. 8: „Zumindest zur alten Fassung war festzustellen, dass die h.M. versuchte, den Tatbestand in seinen Einzelmerkmalen relativ weit auszulegen, um Strafbarkeitslücken zu schließen“.

⁸ Vgl. zur Manifestationslehre in der Literatur *Wittig*, in: *BeckOK StGB*, Stand: 1.2.2024, § 246 Rn. 4; *Heger*, in:

Lagers ist einzig strittig, welche Umstände bei der Bewertung, ob sich durch ein Verhalten hinreichend der Zueignungswille manifestiert, zu berücksichtigen sind (sog. Manifestationslehren).⁹

Dass eine Willensmanifestation für eine Tatbestandsverwirklichung ausreicht und gerade kein spezifischer Zueignungserfolg zu fordern ist, wird damit begründet, dass es sich bei der Zueignung um ein Merkmal handele, das objektive und subjektive Merkmale in sich vereine. Es müsse insoweit bei § 246 Abs. 1 StGB allein in Bezug auf das Merkmal „zueignet“ die typische Trennung zwischen objektivem und subjektivem Tatbestand unterbleiben, während der Vorsatz hinsichtlich der restlichen Merkmale (fremde bewegliche Sache sowie Rechtswidrigkeit der Zueignung) im subjektiven Tatbestand zu prüfen ist.¹⁰

2. Bisherige Rechtsprechungslinie

In der frühen Rechtsprechung des Reichsgerichtshofes¹¹ bzw. Bundesgerichtshofes¹² fand dieser Ansatz einer extensiven Auslegung des Zueignungserfolges Anklang: Demnach muss nicht die Handlung selbst das Vorliegen eines Zueignungswillens (objektiv) indizieren, sondern es genüge bereits, dass das zugrundeliegende Verhalten bei Kenntnis des Täterwillens diesem zugeordnet werden kann.¹³ Ob sich durch das Verhalten ggf. auch anderweitige Beweggründe des Täters manifestieren könnten, ist für die Qualifikation als Zueignungsverhalten unbeachtlich – entscheidend ist, ob sich bei Betrachtung aller Tatumstände ein Zueignungswille „offenbart und bestätigt“¹⁴. Steckt sich z.B. ein Täter eine gefundene Sache in die Tasche, so kann ex post dieses Verhalten als Zueignung gewertet werden, soweit im Rahmen eines Strafverfahrens anhand anderer Umstände festgestellt werden kann, dass er mit Zueignungswillen handelte.¹⁵

Jüngst bewegte sich allerdings auch die Rechtsprechung hin zu einer restriktiveren Auslegung.¹⁶ Neuerdings muss sich der Zueignungswille durch ein Verhalten so objektivieren, dass dieser bereits bei Betrachtung der Verhaltensweise selbst *zweifelsfrei* erkennbar ist. Eine Zueignung kann sich nur durch klare objektive Umstände manifestieren – andere, außerhalb des unmittelbaren Tatgeschehens vorliegende Umstände dürfen keine Berücksichtigung bei der normativen Bewertung des Verhaltens finden. Eine Zueignung sei z.B. aus objektiver Perspektive unzweifelhaft in Fällen zu erkennen, bei denen der Täter die Sache vor dem Eigentümer verborgen hält, den Besitz ableugnet oder der Sachwert durch den Gebrauch erheblich vermindert wird.¹⁷

3. Ansätze innerhalb der Literatur

Der Rechtsprechungslinie steht seit jeher eine Palette an Ansätzen gegenüber, die für einen Zueignungserfolg i.S.d. § 246 Abs. 1 StGB ein konkretes Zueignungsereignis fordern. Grundgedanke dieser

Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 246 Rn. 4.

⁹ Siehe für einen Überblick über die verschiedenen Ansätze der Manifestationslehren *Börner*, Die Zueignungsdogmatik der §§ 242, 246 StGB, 2004, S. 120 ff.

¹⁰ *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 5 Rn. 5 f.

¹¹ RGSt 4, 404 (405); 63, 376 (378); 67, 70 (75).

¹² BGHSt 14, 39 (41).

¹³ Vgl. hierzu *Wittig*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2024, § 246 Rn. 4; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 246 Rn. 4.

¹⁴ BGHSt 2, 317 (318).

¹⁵ Für dieses Beispiel vgl. *Vogel/Brodowski*, in: LK-StGB, Bd. 13, 13. Aufl. 2022, § 246 Rn. 23.

¹⁶ BGH NJW 1987, 2242 (2243); BGH NStZ-RR 2006, 377 (377 f.); OLG Düsseldorf NStZ 1992, 298 (299).

¹⁷ BGH NJW 1987, 2242 (2243); bestätigend BGH NStZ 2019, 473 (473).

Ansätze ist der bereits genannte: Bei strenger Betrachtung der Strafvorschrift erscheint es contra legem, statt einer tatsächlich eingetretenen Zueignung einer fremden Sache allein eine Kundgebung des konkreten Willens zu fordern. Der Wortlaut des § 246 Abs. 1 StGB verwendet den Begriff der Manifestation selbst nicht und lässt auch nicht unmittelbar den Schluss zu, dass eine Zueignung mit der reinen *Manifestation* des (Zueignungs-)Willens gleichzusetzen wäre. Den Manifestationslehren wird vorgeworfen, dass sie keine kohärente rechtsdogmatische Antwort auf die Frage nach der Deutung des Zueignungsbegriffs bereithalten, sondern vielmehr ein methodisches Instrument zur richterlichen Entscheidung von Einzelfällen sind; ein nach außen manifestierter Zueignungswille ließe die Vermutung einer Eigentumsverletzung zu, begründe eine solche aber nicht unbedingt.¹⁸

Die den Manifestationslehren gegenüberstehenden Alternativen, die in der Rechtswissenschaft angeboten werden, können unter dem Sammelbegriff der „objektivierenden Theorien“ geordnet werden.¹⁹ Vertreter dieser Ansätze wollen unter Zugrundelegung des von § 246 Abs. 1 StGB zu schützenden Rechtsgutes objektiv-erfolgsbezogene Merkmale bei den Anforderungen an eine Tatbestandsverwirklichung betonen. Hierdurch soll die Reichweite der Norm durch eine einschränkende Auslegung des entscheidenden Tatbestandsmerkmals auf Verhaltensweisen mit hinreichendem Unrechtscharakter beschränkt werden.²⁰

Während alle objektivierenden Ansätze auf dieser (Grund-)Prämisse beruhen, ist jedoch trotzdem noch umstritten, welches Element der Sachzueignung – die dauerhafte Enteignung oder die vorübergehende Aneignung der Sache – für die Zueignungsvollendung von größerer Bedeutung ist. Die sog. Enteignungslehren heben die Enteignungskomponente hervor und fordern für eine Tatbestandsverwirklichung einen Zustand, in dem – neben der vorübergehenden Sachaneignung des Täters – der Eigentümer dauerhaft und endgültig die Möglichkeit, die Sache zu nutzen, verliert.²¹ Eine vollendete Zueignung bestehe demnach nur bei dem Verlust des Eigentums durch die Weiterveräußerung der Sache an einen gutgläubigen Dritten, den endgültigen, sachvernichtenden bzw. sachwertauflösenden Verbrauch der Sache oder dem Tod des Eigentümers. Dieser streng am Wortlaut orientierte Ansatz limitiere jedoch den Anwendungsbereich der (vollendeten) Unterschlagung erheblich und sei deswegen nach den sog. Enteignungsgefahrlehren nur bedingt brauchbar.²² Für Vertreter dieser Strömung liegt ein Zueignungserfolg bereits in der konkreten *Gefährdung* der dauerhaften Enteignung; die Zueignung sei bereits vollendet, soweit aller Wahrscheinlichkeit nach die endgültige Verdrängung des Eigentümers aus der Herrschaftsposition (unmittelbar) bevorsteht bzw. die Zugriffsmöglichkeit des Eigentümers auf die Sache erheblich verschlechtert wird.²³ Die sog. Aneignungslehren stellen im Kern darauf ab, inwiefern die Sache bzw. der Sachwert zumindest vorübergehend in das Täter- oder Drittvermögen einverleibt wurde; das Verhalten des Täters bzw. eines unbefugten Dritten

¹⁸ Vgl. zu dieser Kritik an den Manifestationslehren insbes. *Börner*, Die Zueignungsdogmatik der §§ 242, 246 StGB, 2004, S. 136 f.; dieser Gedanke findet sich auch in der Entscheidung des *Senats* wieder, vgl. BGH, Beschl. v. 29.11.2023 – 6 StR 191/23, Rn. 10.

¹⁹ Zur Systematisierung der verschiedenen Ansätze siehe *Börner*, Die Zueignungsdogmatik der §§ 242, 246 StGB, 2004, S. 141 ff.

²⁰ *Hohmann*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 246 Rn. 30.

²¹ So z.B. *Hoyer*, in: SK-StGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 246 Rn. 20, der nur eine tatsächlich eingetretene dauernde Enteignung neben einer mindestens vorübergehenden Aneignung für eine Tatbestandsverwirklichung ausreichen lässt; vgl. auch *Kargl*, ZStW 110 (1991), 136 (140 ff.).

²² Zu dem Vollendungsproblem siehe *Vogel/Brodowski*, in: LK-StGB, Bd. 13, 13. Aufl. 2022, § 246 Rn. 21, 25; *Hohmann*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 246 Rn. 34; *Samson*, JA 1990, 5 (7): „beträchtliche Unsicherheit“; ebenso *Mitsch*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 3. Aufl. 2015, S. 170, der bemängelt, dass der Zeitpunkt des unmittelbaren Ansetzens i.S.d § 22 StGB zu weit hinausgezogen wird.

²³ *Hohmann*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 246 Rn. 39; *Androulakis*, JuS 1968, 409 (415); siehe auch *DeGENER*, JZ 2001, 388 (398 f.): „Veränderung, die eine dauernde Verdrängung des Eigentümers befürchten lässt“.

muss einen wirtschaftlich sinnvollen Umgang mit der Sache darstellen.²⁴ Die dauerhafte Enteignung müsse dagegen nicht *realiter* vorliegen, sondern muss sich nur in dem darauf bezogenen Vorsatz erschöpfen.²⁵

Während der bereits seit Jahrzehnten geführte Diskurs um die strafrechtsdogmatisch vorzugswürdige Auslegung eingestaubt erscheint,²⁶ haucht die hier vorgestellte Entscheidung diesem wieder Leben ein. In der Folge soll unter Berücksichtigung des bisherigen, vielfältigen Meinungsstandes die Entscheidung des 6. Strafsenats eingeordnet werden.

III. Sachverhalt (vereinfacht)

Der Sachverhalt kann angesichts der beschränkten Angaben nur grob skizziert werden, jedoch hat sich wohl Folgendes zugetragen:

Der Angeklagte hatte mit der T. AG einen Miet- oder Leasingvertrag vereinbart, wodurch dem Angeklagten der rechtmäßige Gebrauch eines im Eigentum der T. AG stehenden Tiefladers überlassen wurde. Zu einem späteren Zeitpunkt wurde gegenüber dem Angeklagten das Insolvenzverfahren eröffnet. In der Folge hat der Angeklagte jedoch dem Insolvenzverwalter die Existenz und den Standort des Tiefladers verschwiegen und es zudem unterlassen, der T. AG die Herausgabe des Tiefladers anzubieten. Erst ein Jahr später gelang es einer durch die T. AG beauftragten Person, den Tieflader wieder sicherzustellen.

Das Landgericht verurteilte den Angeklagten wegen veruntreuender Unterschlagung in fünf Fällen, wegen Vorenthaltens von Arbeitnehmerbeiträgen in fünf Fällen und wegen Insolvenzverschleppung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und neun Monaten.

IV. Die Entscheidung des 6. Strafsenats und ihre Bewertung

Der 6. Strafsenat kam zu dem Ergebnis, dass eine Verurteilung wegen veruntreuender Unterschlagung gem. § 246 Abs. 1, 2 StGB in dem oben skizzierten Sachverhalt keinen Bestand haben kann. Hierbei begründet der Senat seine Entscheidung damit, dass der Angeklagte mit seinem Verhalten bei Zugrundelegung der durch den Senat vertretenen Definition der Zueignung den Tatbestand des § 246 Abs. 1 StGB nicht verwirklicht habe.²⁷ Eine Zueignung liege vor, „wenn der Täter sich die Sache oder den verkörperten Wert in sein Vermögen wenigstens vorübergehend einverleibt und den Eigentümer dauerhaft von der Nutzung ausschließt“.²⁸

Eine vollendete Zueignung sicherungsübereigneter Sachen (hier: der Tieflader) sei danach nicht bereits durch das bloße Unterlassen der geschuldeten Rückgabe anzunehmen.²⁹ Der Angeklagte habe nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens weder dem nun Verfügungsberechtigten Insolvenzverwalter (vgl. § 80 Abs. 1 InsO) noch dem Leasingunternehmen T. AG Informationen über die Existenz und den Standort des Tiefladers gegeben oder die Herausgabe angeboten. Dies begründe an sich jedoch noch keine tiefere Beeinträchtigung der Eigentümerbefugnisse – und damit auch keinen Zueig-

²⁴ Samson, JA 1990, 5 (9); Tenckhoff, JuS 1970, 723 (727).

²⁵ Samson, JA 1990, 5 (9).

²⁶ Die letzte Monografie, die sich mit dem Zueignungsbegriff des § 246 StGB befasste, wurde 2005 veröffentlicht, siehe Kauffmann, Zur Identität des strafrechtlichen Zueignungsbegriffes, 2005.

²⁷ BGH, Beschl. v. 29.11.2023 – 6 StR 191/23, Rn. 4.

²⁸ BGH, Beschl. v. 29.11.2023 – 6 StR 191/23, Rn. 5.

²⁹ BGH, Beschl. v. 29.11.2023 – 6 StR 191/23, Rn. 12.

nungserfolg i.S.d. § 246 Abs. 1 StGB.³⁰

Im weiteren Verlauf befasst sich der *Senat* genauer mit der Frage, was für Anforderungen an den Zueignungserfolg gem. § 246 Abs. 1 StGB zu stellen sind. Hierbei betont der *Senat*, dass im Rahmen der Zueignung die Enteignungskomponente in den Mittelpunkt zu rücken habe: Als Mindestbedingung setze eine Zueignung voraus, „dass die Befugnisse des jeweiligen Eigentümers – also sein Nutzungs- oder sein Ausschlussrecht aus § 903 S. 1 BGB – beeinträchtigt werden“³¹.

Begriffslogisch deutet die Nutzung der Wörter „einverleibt“ und „ausschließt“ darauf hin, dass beide Verhaltensfolgen tatsächlich eintreten müssen. Der *Senat* macht hierbei deutlich, dass eine irgendwie geartete Gefahrenlage des fremden Eigentums (im Sinne der Enteignungsgefahrlehren) für eine vollendete Zueignung nicht ausreicht.³² Das Gleiche gilt auch für die bisherige Rechtsprechungslinie, für die jedes von einem Zueignungswillen getragene Verhalten genügte. Der *Senat* äußert sich hierzu klar:

„Eine bloße Manifestation des Zueignungswillens genügt nicht [...]“.³³

Hierbei führt der *Senat* jedoch auch aus, wieso eine Zueignung des Tiefaders im konkreten Fall selbst bei Zugrundelegung der bisherigen Rechtsprechungslinie ausgeschlossen sei. Danach sei für eine Unterschlagung sicherungsübereigneter Gegenstände mehr als das Unterlassen der Rückgabe nach dem Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erforderlich. Vielmehr müssen zusätzliche Umstände (z.B. das Verbergen des Gegenstandes oder der Weitergebrauch) hinzutreten, die den Zueignungswillen manifestieren.³⁴ Solche Umstände sind jedoch nicht erkennbar. Insbesondere ergeben die Verhandlungen zwischen dem Angeklagten und der T. AG über die Herausgabe des Tiefaders nichts Gegenteiliges, da diese noch vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens abgebrochen worden sind und der Angeklagte zu diesem Zeitpunkt noch nicht seine Verfügungsbefugnis über den Tiefader verloren hatte.³⁵ Die Ausführungen des 6. *Strafsenats* zu der von ihr vertretenen Rechtsansicht hinsichtlich des Zueignungserfolges spielten insoweit für die Entscheidung selbst keine Rolle und sind dahingehend als *obiter dictum* zu werten.

Trotz dieses Umstands beinhaltet die Begründung der abweichenden Rechtsansicht des *Senats* interessante Gedankengänge hinsichtlich des Inhaltes einer Zueignung gem. § 246 Abs. 1 StGB. Der *Senat* kommt zu seiner Begriffsbestimmung durch eine Anwendung der gängigen juristischen Auslegungsmethoden. Insoweit bietet sich die Lektüre der Entscheidung für Studierende als gute Wiederholung der bekannten juristischen Auslegungsarten an, die bei Stellungnahmen in einer juristischen Klausur zu nutzen sind. Hierbei beschränkt sich die Analyse aus Platzgründen auf die in den Entscheidungsgründen anklingenden Argumente.

1. Wortlaut des § 246 Abs. 1 StGB

Beginnend mit dem Wortlaut spreche für das Erfordernis eines Zueignungserfolges, dass der Gesetzgeber ausdrücklich fordere, dass sich der Täter die Sache „zueignet“.³⁶ Es muss also ein äußerlich

³⁰ BGH, Beschl. v. 29.11.2023 – 6 StR 191/23, Rn. 12.

³¹ BGH, Beschl. v. 29.11.2023 – 6 StR 191/23, Rn. 9.

³² So auch *Hahn*, NStZ 2024, 287 (289).

³³ BGH, Beschl. v. 29.11.2023 – 6 StR 191/23, Rn. 5.

³⁴ BGH, Beschl. v. 29.11.2023 – 6 StR 191/23, Rn. 13.

³⁵ BGH, Beschl. v. 29.11.2023 – 6 StR 191/23, Rn. 13.

³⁶ BGH, Beschl. v. 29.11.2023 – 6 StR 191/23, Rn. 6.

wahrnehmbares Ereignis, die Zueignung, tatsächlich eingetreten sein. Entgegen der bisherigen Rechtsprechung entpuppt sich die Unterschlagung demnach als ein Erfolgsdelikt.³⁷

Diese Schlussfolgerung wird durch einen Vergleich mit anderen Erfolgsdelikten offensichtlich; für einen Totschlag gem. § 212 Abs. 1 StGB wird bei Betrachtung des Wortlautes auch gefordert, dass der Tötungserfolg in einem vom Verhalten getrennten Umstand (Tod einer Person) liegen muss. Der Wortlaut spricht demnach dafür, dass ein konkret-spezifischer, objektiver Sachverhalt vorliegen muss.³⁸

Dieser Umstand verdeutlicht zudem, dass die Manifestationslehren sich vom gesetzlich vorgesehenen Grundfall so weit wegbewegen, dass das Unterschlagungsdelikt einen völlig neuen Inhalt aufweist. In anschaulicher Weise zeigt bereits *Kauffmann*, dass die Manifestationslehren zweifellos nicht aus dem Gesetzestext ableitbar sind: Der Wortlaut des § 246 Abs. 1 StGB müsste bei strenger Anwendung der bisherigen Rechtsprechungslinie wie folgt lauten:

„Wer eine fremde bewegliche Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zueignen will und diesen Willen in einer äußeren Handlung manifestiert, wird [...] bestraft.“³⁹

Mehr müsste für eine vollendete (!) Unterschlagung nicht vorliegen.

In der Absolutheit kann der Wortlaut jedoch bei genauerem Hinsehen nicht die vom *Senat* geführte These begründen. Denn der Wortlaut begründet streng genommen nur die These, dass ein (objektiver) Zueignungserfolg eintreten muss. Worin sich dieser objektive Erfolg erschöpfen muss, wird hierdurch nicht begründet. Die Worthülse „zueignet“ kann demnach auch für einen Zueignungserfolg sprechen, der sich bereits in der konkreten Gefahr einer Zueignung erschöpft. Insoweit müssen weitere Auslegungsmethoden berücksichtigt werden, um den von § 246 Abs. 1 StGB geforderten Zueignungserfolg genauer zu ermitteln.

2. Historische Auslegung

Besonders interessant sind die Ausführungen des *Senats* zu den historischen Hintergründen des Unterschlagungsdelikts. Angesichts der nur cursorischen Ausführungen innerhalb der Entscheidungsgründe, soll die Gesetzgebungsgeschichte zum Verständnis des Lesers ausgiebiger nachgezeichnet werden.

Ursprünglich war eine Deliktsverwirklichung nur möglich, wenn ein Täter „eine fremde bewegliche Sache, die er in Besitz oder Gewahrsam hat, sich rechtswidrig zueignet.“⁴⁰ Hierbei wurde in der Literatur gestritten, inwiefern der Tatbestand voraussetzte, dass der Täter zum Zeitpunkt der Zueignung bereits den Gewahrsam an der Sache inne haben musste oder die Gewahrsamerlangung mit dem Moment der Zueignung zusammenfallen konnte.⁴¹ Die Vertreter der letzten Ansicht sahen das Tatbestandsmerkmal als verunglückte Formulierung, die ursprünglich zur Abgrenzung zu dem einen

³⁷ Die Unterschlagung als Erfolgsdelikt anerkennend *Hohmann*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 246 Rn. 3; *Hoyer*, in: SK-StGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 246 Rn. 1; Vertreter der Manifestationslehren sehen entsprechend ihres Verzichtes auf einen Zueignungserfolg die Unterschlagung als reines Tätigkeitsdelikt, vgl. *Wittig*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2024, § 246 Rn. 3; OLG Köln NStZ 2009, 84 (84).

³⁸ Vgl. auch *Duttge/Fahnen Schmidt*, ZStW 110 (1998), 884 (894); *Kargl*, ZStW 103 (1991), 136 (136 f.).

³⁹ *Kauffmann*, Zur Identität des strafrechtlichen Zueignungsbegriffes, 2005, S. 138 f.

⁴⁰ § 246 Abs. 1 StGB a.F.

⁴¹ Siehe hierzu *Sinn*, NStZ 2002, 64 (64 ff.).

Gewahrsamsbruch voraussetzenden Diebstahl bestimmt war.⁴² Soweit die Gewahrsamsklausel nicht korrigiert werde, seien Zueignungen, die ohne (Gewahrsams-)Bruch stattfinden, tatbestandslos.⁴³ Um der Restriktion des Anwendungsbereiches entgegenzutreten, wurde hierbei eine sog. *große berichtigende Auslegung* vorgenommen, die den Wirkungsgehalt der Gewahrsamsklausel relativierte.

Die sog. Gewahrsamsklausel wurde mit dem 6. StrRG aus der Vorschrift entfernt. Ausgangspunkt der gesetzgeberischen Entscheidung war hierbei die – auch von den Befürwortern der berichtigenden Auslegung geteilte – Sorge vor erheblichen Strafbarkeitslücken.⁴⁴ Die rechtsmethodische Korrektur der Gewahrsamsklausel durch eine extensive Auslegung wurde als nicht dauerhaft haltbar erachtet,⁴⁵ weshalb sich gesetzgeberisch für die Streichung entschieden wurde.⁴⁶ Der Gesetzgeber legalisierte insoweit die große berichtigende Auslegung.⁴⁷ Dadurch sollte sich § 246 Abs. 1 StGB zu einem Auffangtatbestand aller Formen rechtswidriger Zueignungen fremder beweglicher Sachen – insbesondere auch Zueignungen ohne Gewahrsamsbezug – entwickeln.⁴⁸

Der 6. *Strafsenat* begreift die Strafgesetzänderung offensichtlich als defizitär und sieht sich zu der von ihm vorgenommenen Auslegung durch den Wegfall der Gewahrsamsklausel veranlasst. Dies wird vom *Senat* aus folgenden Gründen als zwingend notwendig erachtet:

„Um nach der Gesetzesänderung die Tathandlung und den Vollendungszeitpunkt unter Wahrung des Bestimmtheitsgrundsatzes (Art. 103 Abs. 2 GG) zu konkretisieren und die Grenze der Versuchsstrafbarkeit (§ 246 Abs. 3 StGB) konturieren zu können, ist der Unterschlagungstatbestand – und damit notwendigerweise das Tatbestandsmerkmal ‚zueignet‘ – auf tatsächliche Eigentumsbeeinträchtigungen zu beschränken.“⁴⁹

Während der *Senat* überzeugt ist, dass auch die Gesetzgebungsgeschichte für seine Auslegung spricht, so ist dieser Auffassung zu widersprechen. Der *Senat* vermischt einerseits teleologisch-analytische Ausführungen zu der (normativen) Folgewirkung der Änderung mit historisch-deskriptiven Erläuterungen zum Willen des Gesetzgebers in Bezug auf die Ausgestaltung des Unterschlagungstatbestandes. Werden allein die Hintergründe des 6. StrRG betrachtet, erscheint es widersprüchlich, mit Wegfall der Gewahrsamsklausel eine (strafbarkeits-)begrenzende Auslegung des Merkmals „zueignet“ zu erwägen. § 246 Abs. 1 StGB sollte sich durch die Tatbestandsänderung zu einem Auffangtatbestand aller Eigentumsdelikte entwickeln⁵⁰ – und damit den (strafrechtlichen) Schutz des Eigentums unter-

⁴² Vgl. *Duttge/Fahnenschmidt*, ZStW 110 (1998), 884 (888 f.).

⁴³ Zu dieser Erwägung und den Hintergründen der Änderung durch das 6. StrRG siehe *Heinrich*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, *Strafrecht*, Besonderer Teil, 4. Aufl. 2021, § 15 Rn. 9.

⁴⁴ Vgl. *Hohmann*, NStZ 2013, 161 (161); *Duttge/Fahnenschmidt*, ZStW 110 (1998), 884 (893 ff.).

⁴⁵ BT-Drs. 13/8587, S. 43: „Durch diese Einschränkungen entstehen Strafbarkeitslücken, die durch eine ausdehnende Auslegung der Vorschrift nicht oder nur mit erheblichen Schwierigkeiten überbrückt werden können“.

⁴⁶ Zum 6. StrRG und der „großen berichtigenden Auslegung“ des § 246 a.F. siehe *Wolters*, JZ 1998, 397 (399).

⁴⁷ *Fischer*, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, Kommentar, 71. Aufl. 2024, § 246 Rn. 10a; *Heinrich*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, *Strafrecht*, Besonderer Teil, 4. Aufl. 2021, § 15 Rn. 10; anders jedoch *Duttge/Fahnenschmidt*, ZStW 110 (1998), 884 (898): „So kann einmal keineswegs angenommen werden, nun sei zwar nicht die kleine, wohl aber die ‚große berichtigende Auslegung‘ Gesetz geworden“.

⁴⁸ BT-Drs. 13/8587, S. 43 f.

⁴⁹ BGH, Beschl. v. 29.11.2023 – 6 StR 191/23, Rn. 7.

⁵⁰ In der Gesetzesbegründung wird dieses Verständnis des Unterschlagungstatbestandes klar benannt, BT-Drs. 13/8587, S. 43: „Vielmehr wird die Unterschlagung als ein Auffangtatbestand behandelt, der alle Formen rechtswidriger Zueignung fremder beweglicher Sachen umfasst [...]“.

mauern⁵¹. Insoweit deutet die Stoßrichtung der Gesetzgebungsänderung auf die Beibehaltung einer extensiven Auslegung hin.

3. Systematische Erwägungen

Der *Senat* widmet sich zudem der Frage, inwiefern eine systematische Auslegung sein Verständnis des Zueignungserfolges stützt.

a) Die Zueignungsabsicht des Diebstahls setze voraus, dass der Täter dauerhaft die Nutzungsmöglichkeit des Eigentümers ausschließt und sich die Sache oder den Wert zumindest vorübergehend einverleiben will. Hierbei entspreche „der in § 242 Abs. 1 StGB verwendete Begriff der Zueignung [...] demjenigen des § 246 Abs. 1 StGB.“⁵²

Begriffslogisch erscheint es zielführend, dem Strafrecht ein einheitliches Zueignungsverständnis zugrunde zu legen, um Wertungswidersprüche innerhalb des Systems der Eigentumsdelikte zu vermeiden. Eine Zueignung i.S.d. § 246 Abs. 1 StGB erfasst insoweit das gleiche Verhalten, nur dass hierbei nicht nur die Vorstellung der Begehung ausreicht, sondern eine reale Verhaltensdurchführung erforderlich wird.⁵³ Aus systematischen Erwägungen ist dem *Senat* zuzustimmen – und den Manifestationslehren eine Absage zu erteilen.

b) Die Schlussfolgerungen über den genauen Inhalt der unterschlagungstatbestandlichen Zueignung haben hierbei erhebliche Auswirkungen auf die Abgrenzung zwischen versuchten und vollendeten Unterschlagungen. Bei Anwendung der Manifestationslehren und dem dadurch ausgeweiteten Feld an Sachverhaltskonstellationen, die bereits zu einem frühen Begehungsstadium zu einer vollendeten Unterschlagung führen, besteht die Gefahr einer Verschmelzung des Versuchs- und Vollendungsstadium der Unterschlagung und damit gleichzeitig einer Entwertung der gesetzlich festgeschriebenen Versuchsstrafbarkeit gem. § 246 Abs. 3 StGB.⁵⁴

Wird der Zueignungserfolg erst durch den Eintritt der dauerhaften Enteignung erreicht, kann bis zu diesem Zeitpunkt ein Täter nicht für eine *vollendete* Unterschlagung bestraft werden. Die dauerhafte Enteignung erfordert hierbei nicht nur, dass eine tatsächliche Verdrängung des Eigentümers aus seiner Position vorübergehend geschieht, sondern vielmehr endgültig eintritt. Insoweit wäre eine dauerhafte Enteignung – und damit eine vollendete Unterschlagung – nur möglich, wenn (a) die Sache völlig verbraucht oder bis zur dauerhaften Funktionslosigkeit gebraucht wird, (b) der Eigentümer stirbt oder (c) eine Verfügung über die Sache dazu führt, dass das Eigentum über die Sache an einen Dritten wirksam übergeht.⁵⁵ Beeinträchtigt der Täter durch sein Verhalten die Nutzungsmöglichkeiten des Eigentümers i.S.d. § 903 S. 1 BGB, ist jedoch die Wiedererlangung der Sache durch den Eigentümer noch möglich, so käme eine dauerhafte Enteignung streng genommen (noch) nicht in Betracht.⁵⁶

Obwohl der *Senat* für eine Zueignung einen *dauerhaften* Nutzungsausschluss fordert, relativiert er diese Grundvoraussetzung später selbst. Eine vollendete Zueignung sei z.B. bereits gegeben, wenn

⁵¹ Siehe zu der Überlegung eines umfassenden strafrechtlichen Schutzes m.w.N. *Heinrich*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, *Strafrecht*, Besonderer Teil, 4. Aufl. 2021, § 15 Rn. 10.

⁵² BGH, Beschl. v. 29.11.2023 – 6 StR 191/23, Rn. 8.

⁵³ Vgl. BGH, Beschl. v. 29.11.2023 – 6 StR 191/23, Rn. 8.

⁵⁴ Vgl. zur Missachtung der § 246 Abs. 3 StGB und § 22 StGB durch die Manifestationslehren *Degener*, JZ 2001, 388 (395); *Hoyer*, in: *SK-StGB*, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 246 Rn. 20; siehe auch *Hoven*, NJW 2024, 1050 (1052).

⁵⁵ Zu der Möglichkeit einer dauerhaften Enteignung durch eine Sachverfügung des Täters siehe auch *Hahn*, NStZ 2024, 287 (289).

⁵⁶ Anders jedoch *Vogel/Brodowski*, in: *LK-StGB*, Bd. 13, 13. Aufl. 2022, § 246 Rn. 32, die für eine Vollendung allein auf den Beginn der Enteignung abstellen wollen.

die Sache durch den Täter verborgen wird. Solange die Sache jedoch nicht zerstört ist, kann der Eigentümer, soweit er wieder auf die Sache zugreifen kann, trotzdem noch von seiner Nutzungsmöglichkeit Gebrauch machen. Würde der *Senat* die vorher postulierte Enteignungsvoraussetzung ernst nehmen, käme allein eine versuchte Unterschlagung in Betracht.

Insoweit verkürze eine restriktive Auslegung, die den Eintritt einer *dauerhaften* Enteignung fordere, den Anwendungsbereich (der vollendeten Unterschlagung) erheblich.⁵⁷ Dies ist jedoch in Kauf zu nehmen. Als Zueignungserfolg eine dauernde Enteignung zu fordern, ermöglicht eine klare Abgrenzung zwischen der Versuchs- und Vollendungsstrafbarkeit. Massive Strafbarkeitslücken, die durch eine restriktive Auslegung des Zueignungserfolges entstehen könnten, werden sich angesichts der in § 246 Abs. 3 StGB vorzufindenden Strafbarkeit der versuchten Unterschlagung nicht ergeben.⁵⁸

c) Die Versubjektivierung des Tatbestandsmerkmals „Zueignung“ bei § 246 Abs. 1 StGB ist nicht nur bei Betrachtung des im Diebstahl vorzufindenden Zueignungsbegriffs sowie der Unterscheidung zwischen dem Versuchs- und Vollendungsstadium systemwidrig, sondern führt auch zu einem Bruch mit gängigen strafrechtlichen Grundprinzipien – der Unterscheidung zwischen objektiven und subjektiven Tatelementen.⁵⁹ Während nach dem Grundgedanken eines Tatstrafrechts das *konkrete Verhalten* zur Unterscheidung zwischen strafrechtlich relevantem sowie (noch) irrelevantem Geschehen ausschlaggebend sein sollte, wird bei Anwendung der Manifestationslehren der Vorsatz das entscheidende Kriterium auf dem Weg zur Tatbestandsvollendung.⁶⁰ Eine qualitative Überprüfung des Unrechtsgehalts des konkreten (Zueignungs-)Verhaltens ist schlichtweg nicht erforderlich.⁶¹ Hierzu betont bereits *Kargl*, dass der Tatbestand bei Anwendung der Manifestationslehren von einer Objektivierung der Zueignungshandlung weit entfernt ist und vielmehr der Weg zum Gesinnungsstrafrecht geebnet wird.⁶²

Der Versuchung, im Schwerpunkt das Vorliegen einer (straftatbezogenen) Gesinnung zur Begründung hinreichenden Unrechts ausreichen zu lassen, muss widerstanden werden. Es muss stets ein Verhalten vorliegen, das (objektiv) rechtlich zu missbilligen ist.⁶³ Will die typische Unterscheidung zwischen objektiven und subjektiven Elementen beibehalten werden, so erscheint es unumgänglich, in § 246 Abs. 1 StGB einen (objektiven) Zueignungserfolg zu fordern, dem ein darauf bezogener (subjektiver) Zueignungsvorsatz gegenübersteht.⁶⁴ Auch in dieser Hinsicht ist dem *Senat* – trotz seiner teils verwirrenden Zuordnung der Argumentationsstränge zu den verschiedenen Auslegungsmethoden – zuzustimmen.

4. Teleologische Erwägungen

Abschließend geht der *Senat* auf die teleologische Auslegungsmethode ein. Er stellt hierzu klar:

⁵⁷ Vgl. *Wessels/Hillenkamp/Schuh*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 46. Aufl. 2023, § 6 Rn. 325; *Mitsch*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 3. Aufl. 2015, S. 170.

⁵⁸ So auch *Hoyer*, in: SK-StGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 246 Rn. 20; a.A. *Heinrich*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht, Besonderer Teil, 4. Aufl. 2021, § 15 Rn. 22, der hierzu jedoch keine inhaltlichen Argumente nennt.

⁵⁹ *Kindhäuser/Hoven*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 246 Rn. 11; *Hoyer*, in: SK-StGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 246 Rn. 11.

⁶⁰ *Hoyer*, in: SK-StGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 246 Rn. 11; *Hohmann*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 246 Rn. 21.

⁶¹ Pointiert *Kauffmann*, Zur Identität des strafrechtlichen Zueignungsbegriffes, 2005, S. 140.

⁶² *Kargl*, ZStW 103 (1991), 136 (140).

⁶³ Siehe auch *Hoven*, NJW 2024, 1050 (1052): „Für die Annahme eines rechtsgutsverletzenden Erfolgs ist [...] die Vornahme eines tatsächlich verletzenden Akts notwendig“.

⁶⁴ So auch *Vogel/Brodowski*, in: LK-StGB, Bd. 13, 13. Aufl. 2022, § 246 Rn. 28; *Kindhäuser/Hoven*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 246 Rn. 7.

„So ist bei der Auslegung des Tatbestandsmerkmals ‚zueignet‘ die Begrenzung des Strafrechts als ‚ultima ratio‘ zu beachten (vgl. Hohmann/Sander, aaO, Rn. 9). Eine Strafbarkeit wegen Unterschlagung muss somit in jedem Fall zum Schutz des Eigentums erforderlich sein; dieser Vorgabe ist durch eine präzise Beschreibung des Unrechts des § 246 StGB – die nach dem 6. StrG nur durch das (einzige) Tatbestandsmerkmal ‚zueignet‘ erfolgen kann – Rechnung zu tragen.“⁶⁵

Der *Senat* bezieht sich insoweit auf zwei Aspekte, die bei der rechtswissenschaftlichen Analyse des (veränderten) Unterschlagungstatbestandes regelmäßig kritisiert werden: Einerseits die Berücksichtigung der Funktion des Strafrechts als ultima ratio und die Pflicht des Gesetzgebers, Straftatbestände hinreichend bestimmt bzw. bestimmbar zu gestalten.

Zuvor muss jedoch angemerkt werden, dass der Schlussfolgerung des *Senats*, die Forderung eines Zueignungserfolges werde auch durch eine Auslegung anhand des Normzwecks gestützt, nur unter Zugrundelegung bestimmter Prämissen gefolgt werden kann. Soweit allein der Grundgedanke eines möglichst umfassenden Eigentumsschutzes durch den *Senat* zugrunde gelegt wird, erscheint die Anwendung einer extensiven Auslegung (entsprechend der Enteignungsgefährdungslehre oder der engen Manifestationslehre) zur Erreichung des Normzweckes konsequenter; nur diese Ansätze können einen absoluten Eigentumsschutz gewähren, indem bereits in frühen Stadien einer – wenn auch nur abstrakten – Gefahr der Beeinträchtigung des Nutzungs- oder Ausschließungsrechts die strafrechtlichen Schutzmechanismen greifen.⁶⁶ Hierbei ist jedoch überhaupt fraglich, inwiefern die ratio legis der Zueignungsdelikte und in concreto des § 246 Abs. 1 StGB tatsächlich die Herstellung eines allumfassenden Schutzes des Eigentums ist.⁶⁷ Dieser Frage kann im Rahmen dieser Besprechung nicht nachgegangen werden.

Jedoch kann die Frage nach dem zu fordernden Schutzgehalts nur Geltung erlangen, soweit sich die vorgestellten Ansätze innerhalb der für Strafnormen geltenden rechtsstaatlichen Grenzen bewegen. Die Überlegungen des *Senats* knüpfen an diese Grenzen an.

Der Gesetzgeber muss Strafgesetze so konkret gestalten, dass der Anwendungsbereich eines Verbots von Bürgern zum Zwecke der Verhaltensanpassung erfasst werden kann⁶⁸; Art. 103 Abs. 2 GG hat insoweit eine freiheitsgewährleistende Funktion.⁶⁹ Ohne die durch das 6. StrRG eliminierte Gewahrsamsklausel macht den Tatbestand nur noch das (normative) Merkmal „zueignet“ aus, dass dem Bürger jedoch keinen Aufschluss über das strafrechtlich erfasste Verhalten ermöglicht.⁷⁰ Freilich ist dem Zueignungsbegriff bereits inhärent, dass das strafbewehrte Verhalten nicht unmittelbar in der Lebenswirklichkeit von jedem Laien erkennbar ist; wann jemand einen Menschen i.S.d. § 212 Abs. 1 StGB tötet, ist für den Bürger zunächst ohne eine weitere Auslegung klar. Bereits *Duttge/Fahnenschmidt* haben darauf hingewiesen, dass „[...] das Merkmal der Zueignung [...] sich als solches nicht auf einen auch nur einigermaßen faßbaren Ausschnitt aus der Lebenswirklichkeit bezieht.“⁷¹

Die „Errungenschaft“ der Manifestationslehren, möglichst alle Verhaltensvarianten zu erfassen,

⁶⁵ BGH, Beschl. v. 29.11.2023 – 6 StR 191/23, Rn. 9.

⁶⁶ Das Ziel, einen totalen Eigentumsschutz zu gewährleisten, hinterfragen insbes. *Duttge/Fahnenschmidt*, ZStW 110 (1998), 884 (910).

⁶⁷ *Heinrich*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, *Strafrecht*, Besonderer Teil, 4. Aufl. 2021, § 11 Rn. 2 ff., begründet in ansprechender Weise, wieso insbesondere der Schutz von Eigentum und anderen Vermögenswerten „überspannt“ ist.

⁶⁸ BVerfGE 153, 310 (340 Rn. 74).

⁶⁹ Vgl. BVerfG NJW 2010, 3209 (3210).

⁷⁰ Ausführlich *Duttge/Fahnenschmidt*, ZStW 110 (1998), 884 (916).

⁷¹ *Duttge/Fahnenschmidt*, ZStW 110 (1998), 884 (915).

die auch nur ansatzweise eine weit entfernte, abstrakte Gefahr für das Eigentum darstellen, geht mit dem Verlust der genauen Konturierung des Tatbestandes und damit einem (erheblichen) Verlust an Rechtsstaatlichkeit einher.⁷² Die Flexibilisierung von Straftatbeständen, die in der Folge richterlichen Gerechtigkeitserwägungen zugänglich sind, steht hierbei diametral dem Bestimmtheitsgrundsatz gegenüber.⁷³

Die Ausführungen des *Senats* sind angesichts der allgemeinen, „entgrenzenden“ Tendenz des Strafrechts zu befürworten. Hierzu gehören nicht nur die Gedanken zur ausufernden Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe, sondern auch die geäußerte Kritik hinsichtlich der Verwurzelung des Strafrechts in Lebensbereiche, in denen dies nichts zu suchen hat. Das Strafrecht ist als subsidiärer Rechtsgüterschutz nicht dazu bestimmt oder geeignet, bestimmte Lebenssituationen abschließend zu regulieren. Es soll grundsätzlich als letztes Mittel verwendet werden, soweit das zugrundeliegende Verhalten besonders schwer individuelle oder allgemeine Rechtsgüter verletzt und sich als sozial unerträglich erweist.⁷⁴

Mit der Reduzierung des Tatbestandes durch die im Rahmen des 6. StrRG durchgeführten Änderungen des § 246 Abs. 1 StGB kann allein eine restriktive Auslegung sicherstellen, dass nur Verhalten mit hinreichendem Unrechtscharakter strafrechtlich geahndet wird.⁷⁵ Dies wird durch den *Senat* unter expliziten Verweis auf die Folgen der gesetzlichen Änderungen anerkannt:

„Hingegen würde eine vom Rechtsgut des § 246 StGB losgelöste Interpretation den zulässigen Anwendungsbereich des Strafrechts überdehnen, denn der Unterschlagungstatbestand könnte in Folge des Wegfalls des Gewahrsamserfordernisses Konstellationen erfassen, in denen Eigentümerinteressen nicht einmal abstrakt gefährdet würden [...]“⁷⁶

Bisher wurden unter Zugrundelegung der (engen) Manifestationslehre insbesondere verbale Zueignungsakte (z.B. Abschluss eines Kaufvertrages über eine im fremden Besitz stehende Sache⁷⁷) als bereits vollendete Unterschlagung bewertet. Diese Fälle sind jedoch alltägliche Situationen, in denen keine reale Verletzung bzw. Gefährdung des Eigentums oder, konkreter, der faktischen Nutzungsmöglichkeit dessen zu verorten ist.

Als maßgeblicher Anknüpfungspunkt für die Verletzung bzw. Gefährdung des Eigentums erscheint vielmehr eine gewisse (faktische) Nähe des Täters zur fremden Sache notwendig zu sein. Insoweit ist als Grundgedanke der Überlegungen des *Senats* erkennbar, dass insbesondere bei Vorliegen eines Besitz- bzw. Gewahrsamsverhältnisses des Täters ein tatbestandsrelevantes Verhalten die Nutzungsmöglichkeit des Eigentümers erheblich tangieren kann.⁷⁸ Der *Senat* äußert sich hierzu jedoch nicht explizit.

⁷² Hierzu insbes. *Hohmann*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 246 Rn. 30; vgl. *Degener*, JZ 2001, 388 (393).

⁷³ Vgl. *Hassemer*, ZRP 1992, 378 (381), der die Aufweichung und Reduzierung der gesetzlich bestimmten Auslegungsvorgaben als Kerninstrument des modernen Strafrechts erachtet.

⁷⁴ Siehe *Neumann/Saliger*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, Vorb. zu § 1 Rn. 168: „[...] Auftrag des Rechtsgüterschutzes bei schwersten Konfliktsituationen“; vgl. zur sozialetischen Verwerflichkeit *Frisch*, NStZ 2016, 16 (24).

⁷⁵ So insbes. *Hohmann*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 246 Rn. 30: „[...] bildet nunmehr eine restriktive Auslegung des Zueignungsbegriffs die einzige Möglichkeit, den außergewöhnlich weit gefassten Tatbestand zu begrenzen und das strafbare Unrecht hinreichend präzise zu bestimmen“.

⁷⁶ BGH, Beschl. v. 29.11.2023 – 6 StR 191/23, Rn. 9.

⁷⁷ Vgl. *Mitsch*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 3. Aufl. 2015, S. 166; sog. „Fahrradbeispiel“, siehe *Sander/Hohmann*, NStZ 1998, 273 (276).

⁷⁸ Vgl. BGH, Beschl. v. 29.11.2023 – 6 StR 191/23, Rn. 12.

Der Schlussfolgerung, dass erst ein Näheverhältnis zwischen dem Täter bzw. einem Dritten und der fremden beweglichen Sache Eigentumsinteressen tangieren kann, ist grundsätzlich zuzustimmen.⁷⁹ Allein die Erlangung des Gewahrsams durch den Täter oder einen Dritten kann tatsächlich dazu führen, dass der Eigentümer einerseits das positive Recht des § 903 S. 1 BGB – die Nutzung der Sache – nicht ausüben und andererseits den Täter oder einen Dritten nicht faktisch von der (unberechtigten) Nutzung ausschließen kann. Besitzt der Eigentümer oder ein berechtigter Dritter die Sache, so kommt eine Beeinträchtigung der Rechtsausübung nicht in Betracht. In praxi sind demnach insbesondere verbale Zueignungsakte sowie Verhaltensweisen wie das Ableugnen des Besitzes oder das Unterlassen der Rückgabe, die zu keiner faktischen Veränderung der ursprünglichen Besitzposition führen, nicht tatbestandsmäßig. Eigentumsbeeinträchtigungen dieser Art können hinreichend durch zivilrechtliche Instrumente ausgeglichen werden.

V. Fazit

Obwohl der *Senat* oftmals verschiedene Argumentationslinien miteinander vermischt, kann die Begründung der Position in großen Teilen überzeugen. Gleichwohl wird deutlich, dass hinsichtlich der genauen Akzentuierung des Zueignungserfolges des § 246 Abs. 1 StGB noch Ungenauigkeiten bestehen, die zu einer Konkretisierung einladen.⁸⁰ Insbesondere die Frage nach dem Zeitpunkt, zu dem tatsächlich eine Rechtsgutsbeeinträchtigung vorliegt bzw. unmittelbar bevorsteht, muss weiter untersucht werden.

Unabhängig von den noch bestehenden Lücken ist zusammenzufassen: Die Entscheidung reiht sich in ihrer Argumentation mit den Kritikern der bisherigen Rechtsprechungslinie ein und zeigt eine höchstrichterliche Bereitschaft, sich auch hinsichtlich jahrzehntelang diskutierter Fragen ggf. neu zu positionieren. Ob diese Bereitschaft auf einem allgemeinen, höchstrichterlichen „Umdenken“ beruht oder vielmehr darauf, dass der Vorsitzende des *Senats* (Günther Sander) in der Fachliteratur ein starker Verfechter einer restriktiven Auslegung ist,⁸¹ sei dahingestellt.

Inwiefern die Entscheidung jedoch tatsächlich zu einer Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung führen wird, bleibt wohl noch offen. Ein Divergenzausgleich gem. § 132 Abs. 3 S. 1 GVG ist nicht vonnöten, da in Bezug auf das betreffende Tatgeschehen „weder ein Zueignungserfolg noch ein Manifestationsakt festgestellt ist.“⁸² Somit stehen die konträr verlaufenden Ansichten des 6. *Strafsenats* und der bisherigen Rechtsprechung in Zukunft nebeneinander – und das womöglich für eine beträchtliche Zeit. Denn, hält ein anderer *Senat* an der bisherigen Rechtsprechung fest, so scheidet ein Divergenzausgleich gem. § 132 Abs. 3 S. 1 GVG grundsätzlich aus – eine Vorlage ist nur möglich, wenn die Abweichung für *beide* Entscheidungen erheblich war.⁸³ Die Rechtsfrage kann insoweit nur dann höchstrichterlich geklärt werden, wenn ein *Senat* eine Vorlage gem. § 132 Abs. 4 GVG wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtsfrage anstrengt – hierzu lägen die Voraussetzungen wohl vor.⁸⁴

⁷⁹ Vogel/Brodowski, in: LK-StGB, Bd. 13, 13. Aufl. 2022, § 246 Rn. 23, plädieren dafür, dass ein nicht ganz untergeordnetes Herrschaftsverhältnis des Täters über die Sache erforderlich sei und „in diesem beschränkten Sinne [...] das frühere Besitz- oder Gewahrsamserfordernis nunmehr in den Zueignungsbegriff ein[geht]“.

⁸⁰ Insbesondere, wenn den Enteignungsgefahrlehren der Vorzug erteilt wird. Hierzu Hoven, NJW 2024, 1050 (1052).

⁸¹ Vgl. Hohmann/Sander, Strafrecht, Besonderer Teil, 4. Aufl. 2021, § 37 Rn. 7 ff.; in die Richtung bereits Hohmann/Sander, NStZ 1998, 273 (276).

⁸² BGH, Beschl. v. 29.11.2023 – 6 StR 191/23, Rn. 11.

⁸³ Siehe hierzu insbes. Hahn, NStZ 2024, 287 (289).

⁸⁴ Hahn, NStZ 2024, 287 (289).