

|                                                        |    |
|--------------------------------------------------------|----|
| § 5. Einwände gegen die berichtigende Auslegung .....  | 37 |
| § 6. Die Stellung der Rechtsprechung zum Problem ..... | 38 |

#### *Vierter Abschnitt*

|                                                                                             |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| <b>Eigene These</b> .....                                                                   | 41 |
| § 1. Die Klärung methodologischer Vorfragen als möglicher Wegweiser zur Problemlösung ..... | 41 |
| § 2. Über die Auslegung der Strafgesetze im allgemeinen .....                               | 43 |
| a) Die Auslegungsmethoden .....                                                             | 43 |
| b) Subjektive oder objektive Auslegung? .....                                               | 47 |
| c) Die „teleologische“ Theorie .....                                                        | 50 |
| d) Das Gesetzlichkeitsprinzip und seine Bedeutung für die Auslegung der Strafgesetze .....  | 52 |
| e) Das strafrechtliche Analogieverbot .....                                                 | 62 |
| f) Argumente gegen das Analogieverbot .....                                                 | 64 |
| aa) Sax .....                                                                               | 64 |
| bb) Arth. Kaufmann .....                                                                    | 65 |
| cc) Stellungnahme zu den Thesen von Sax und Arth. Kaufmann .....                            | 66 |
| g) Ergebnis .....                                                                           | 80 |

#### *Fünfter Abschnitt*

|                                                                                                 |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>Folgen für die Auslegung des § 246</b> .....                                                 | 84  |
| § 1. Einführung .....                                                                           | 84  |
| § 2. Fundunterschlagung .....                                                                   | 88  |
| a) Der „typische“ Fundunterschlagungsfall — Manifestation der Zueignung .....                   | 88  |
| b) Der Beitrag der kleinen berichtigenden Auslegung .....                                       | 92  |
| c) Seltenere Fundunterschlagungsfälle .....                                                     | 94  |
| d) Das Verhältnis des Gewahrsamsbegriffs zum Besitzbegriff .....                                | 95  |
| e) Die bisherige Entwicklung des Gewahrsamsbegriffs .....                                       | 97  |
| f) Der „extensive“ Gewahrsamsbegriff .....                                                      | 103 |
| g) Die Auswirkung eines extensiven Gewahrsamsbegriffs auf den Anwendungsbereich des § 246 ..... | 107 |
| h) Ergebnis .....                                                                               | 109 |
| § 3. Übereignung an einen gutgläubigen Dritten .....                                            | 110 |
| a) Die Betrugslösung .....                                                                      | 111 |
| b) Neuere Ansichten .....                                                                       | 116 |

Inhaltsverzeichnis 9

|                                                                          |     |
|--------------------------------------------------------------------------|-----|
| c) Der Einfluß des Zivilrechts auf das Strafrecht .....                  | 117 |
| d) Wie verhält sich der mittelbare Besitz zum unmittelbaren Besitz?      | 119 |
| e) Der mittelbare Besitz als „Besitz“ im Sinne des § 246 StGB .....      | 119 |
| § 4. Mittäter ohne Gewahrsam .....                                       | 122 |
| a) Der „Papierrollenfall“ .....                                          | 122 |
| b) Die Täterschaftstheorien .....                                        | 124 |
| c) Gehört die Unterschlagung zu den delicta propria? .....               | 129 |
| d) Die Lösung der Täterschaftsfrage beim Unterschlagungstatbestand ..... | 133 |
| e) Ergebnis .....                                                        | 141 |
| § 5. Der Unterschlagungsversuch .....                                    | 142 |

*Sechster Abschnitt*

**Sonderfragen beim Unterschlagungstatbestand 146**

|                                                     |     |
|-----------------------------------------------------|-----|
| § 1. Zueignung durch den Mitgewahrsamsinhaber ..... | 146 |
| § 2. Unterschlagung durch Unterlassen .....         | 151 |

*Siebenter Abschnitt*

**Der Unterschlagungstatbestand de lege ferenda 156**

|                                                                                         |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| § 1. Überblick .....                                                                    | 156 |
| § 2. Stellt der Unterschlagungstatbestand das allgemeine Aneignungsdelikt dar? .....    | 157 |
| § 3. Kann beim § 246 auf die Merkmale „Besitz“ und „Gewahrsam“ verzichtet werden? ..... | 159 |
| § 4. Positive Tatbestandsmerkmale oder negative Abgrenzungsformel? ..                   | 163 |
| § 5. Der Unterschlagungstatbestand in viktimodogmatischer Hinsicht ....                 | 165 |
| § 6. Zusammenfassung .....                                                              | 169 |

*Achter Abschnitt*

**Abschluß 171**

|                                   |            |
|-----------------------------------|------------|
| <b>Literaturverzeichnis .....</b> | <b>175</b> |
|-----------------------------------|------------|

|                                         |            |
|-----------------------------------------|------------|
| <b>Rechtsprechungsverzeichnis .....</b> | <b>195</b> |
|-----------------------------------------|------------|

## **Abkürzungsverzeichnis**

|                  |                                                                                 |
|------------------|---------------------------------------------------------------------------------|
| <b>Abs.</b>      | <b>Absatz</b>                                                                   |
| <b>AE</b>        | <b>Alternativentwurf eines Strafgesetzbuches</b>                                |
| <b>AG</b>        | <b>Amtsgericht</b>                                                              |
| <b>Anm.</b>      | <b>Anmerkung</b>                                                                |
| <b>ARSP</b>      | <b>Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie</b>                                 |
| <b>AT</b>        | <b>Allgemeiner Teil</b>                                                         |
| <b>Aufl.</b>     | <b>Auflage</b>                                                                  |
| <b>BayObLG</b>   | <b>Bayerisches Oberstes Landesgericht</b>                                       |
| <b>Bd.</b>       | <b>Band</b>                                                                     |
| <b>BGB</b>       | <b>Bürgerliches Gesetzbuch</b>                                                  |
| <b>BGH</b>       | <b>Bundesgerichtshof</b>                                                        |
| <b>BGHSt</b>     | <b>Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (amtliche Sammlung)</b> |
| <b>BT</b>        | <b>Besonderer Teil</b>                                                          |
| <b>BVerfG</b>    | <b>Bundesverfassungsgericht</b>                                                 |
| <b>BVerfGE</b>   | <b>Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (amtliche Sammlung)</b>         |
| <b>BVerwG</b>    | <b>Bundesverwaltungsgericht</b>                                                 |
| <b>BVerwGE</b>   | <b>Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (amtliche Sammlung)</b>         |
| <b>DJT</b>       | <b>Deutscher Juristentag</b>                                                    |
| <b>Diss.</b>     | <b>Dissertation</b>                                                             |
| <b>DRiZ</b>      | <b>Deutsche Richterzeitung</b>                                                  |
| <b>E</b>         | <b>Entwurf eines deutschen Strafgesetzbuches</b>                                |
| <b>Festschr.</b> | <b>Festschrift</b>                                                              |
| <b>GA</b>        | <b>Goltdammers Archiv für Strafrecht</b>                                        |
| <b>GerS</b>      | <b>Der Gerichtssaal</b>                                                         |
| <b>h. L.</b>     | <b>Herrschende Lehre</b>                                                        |
| <b>h. M.</b>     | <b>Herrschende Meinung</b>                                                      |
| <b>JA</b>        | <b>Juristische Arbeitsblätter</b>                                               |
| <b>JR</b>        | <b>Juristische Rundschau</b>                                                    |
| <b>JuS</b>       | <b>Juristische Schulung</b>                                                     |
| <b>JW</b>        | <b>Juristische Wochenschrift</b>                                                |
| <b>JZ</b>        | <b>Juristenzeitung</b>                                                          |
| <b>i. S. d.</b>  | <b>Im Sinne des/der</b>                                                         |
| <b>Lehrb.</b>    | <b>Lehrbuch</b>                                                                 |
| <b>LG</b>        | <b>Landgericht</b>                                                              |
| <b>LK</b>        | <b>Leipziger Kommentar zum StGB</b>                                             |

|               |                                                                      |
|---------------|----------------------------------------------------------------------|
| MDR           | Monatschrift für Deutsches Recht                                     |
| MschKrim      | Monatschrift für Kriminologie                                        |
| NJW           | Neue Juristische Wochenschrift                                       |
| NStZ          | Neue Zeitschrift für Strafrecht                                      |
| OLG           | Oberlandesgericht                                                    |
| PrStGB        | Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten von 1871                 |
| Rechtsw. Abh. | Rechtswissenschaftliche Abhandlungen                                 |
| RG            | Reichsgericht                                                        |
| RGSt          | Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (amtliche Sammlung) |
| S.            | Seite/Satz                                                           |
| Sch / Sch     | Schönke / Schröder, Strafgesetzbuch                                  |
| SchlHA        | Schleswig-Holsteinische Anzeigen                                     |
| SchwZStR      | Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht                            |
| SJZ           | Süddeutsche Juristenzeitung                                          |
| SK            | Systematischer Kommentar zum StGB                                    |
| StGB          | Strafgesetzbuch                                                      |
| StPO          | Strafprozeßordnung                                                   |
| Strafr. Abh.  | Strafrechtliche Abhandlungen                                         |
| StrV          | Strafverteidiger                                                     |
| Tbd.          | Teilband                                                             |
| ZPO           | Zivilprozeßordnung                                                   |
| ZStW          | Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft                  |

Im übrigen wurden die allgemein gebräuchlichen Abkürzungen verwendet.



## Erster Abschnitt

### Einführung

#### § 1. Das Umfeld der Problematik

##### a) Einleitung

Wer es unternimmt, sich mit der Unterschlagungslehre zu beschäftigen, muß sich darüber im klaren sein, daß er mit erheblichen Schwierigkeiten zu rechnen hat. Dies nicht nur — was sämtliche Vorschriften des Besonderen Teils des StGB betrifft — weil man das „Zufällige zu seinem Gegenstand mache“<sup>1</sup>, sondern auch, und dies ist für die vorliegende Arbeit von hauptsächlicher Bedeutung, weil die Problematik der Unterschlagung ein viel weiteres Feld betrifft, als dies für einen Einzelstraftatbestand gewöhnlich ist, und strafrechtliche Fragen enthält, die Theorie und Praxis seit alten Zeiten beschäftigt haben und heute noch heftig diskutiert werden. Die folgenden Zeilen werden dies näher erläutern.

##### b) Strafrechtliche Bedeutung

Schon seit der Jahrhundertwende hat die deutsche Theorie und Praxis festgestellt, daß zwischen den Tatbeständen des Diebstahls und der Unterschlagung *Strafbarkeitslücken* bestehen, welche, aufgrund der Tatsache, daß der Diebstahl und die Unterschlagung die zwei Grundformen der Eigentumsdelikte bilden, als Lücken im Gesamtsystem des strafrechtlichen Eigentumsschutzes angesehen wurden. Das hat zu einer Kritik an der Systematik der Eigentumsdelikte geführt, die sich insbesondere auf das *Verhältnis der Unterschlagung zum Diebstahl* und vor allem auf die Methode einer Abgrenzung der beiden Delikte voneinander bezogen hat. Eine solche Kritik findet man z. B. bei *Binding*<sup>2</sup>, der die Ursache des Problems in der *falschen Formulierung des Unterschlagungstatbestandes* unter dem Einfluß des früheren Rechts sieht.

---

<sup>1</sup> Der bekannte Vorwurf von *v. Kirchmann*, zitiert bei *Maiwald*, *Der Zueignungsbegriff im System der Vermögensdelikte*, 1970, S. 15.

<sup>2</sup> Lehrbuch I, S. 254.

Ihm sind zahlreiche bedeutende Strafrechtler gefolgt<sup>3</sup>, die das in der Lehre zunehmend verbreitete Verlangen nach einem „*Auffangtatbestand*“ im System der Eigentumsdelikte zum Ausdruck bringen. Zweck dieses „*Auffangtatbestandes*“ wäre, sämtliche Fälle vorsätzlicher rechtswidriger Zueignung, die sich nicht unter den Diebstahlstatbestand subsumieren lassen, zu umfassen<sup>4</sup>. Diese Rolle wurde von Binding und seinen Nachfolgern der Unterschlagung zugewiesen.

Eine Entscheidung über die richtige Auslegung des Unterschlagungstatbestandes bzw. über die zweckmäßige Bestimmung seines Anwendungsbereiches setzt also eine Stellungnahme zu der oben geschilderten Frage nach dem Umfang des Eigentumsschutzes und der Notwendigkeit eines Grundtatbestandes im Bereich der Eigentumsdelikte voraus<sup>5</sup>.

Eine solche Aufgabe ist keinesfalls leicht und mit einer einfachen Annahme oder Ablehnung dieser Auffassung bei weitem noch nicht gelöst. Es ist vielmehr erforderlich — und darin liegt eine der wichtigen Aufgaben dieser Arbeit — bei der Behandlung des Unterschlagungstatbestandes verschiedene Schwerpunkte der Strafrechtslehre sowohl des Allgemeinen Teils (wie z. B. die Auslegungslehre, den Grundsatz „*nulla poena sine lege*“ und das darin enthaltene Analogieverbot, die Täterschafts- und die Versuchslehre) als auch des Besonderen Teils (wie z. B. die Bezeichnung des „*Vermögensschadens*“ beim Betrug, die Bestimmung des Gewahrsamsbegriffs und einige zentrale Fragen der Diebstahlslehre) in die Untersuchung einzubeziehen, und zwar nicht in einer schlicht beschreibenden Art, sondern durch vertiefte Behandlung im Detail und durch eine Analyse ihrer jeweiligen Auswirkungen auf die Unterschlagungsproblematik.

<sup>3</sup> Deren Aufzählung erfolgt bei der Behandlung der sogenannten „großen berichtigenden Auslegung“, vgl. unten, III 4 b.

<sup>4</sup> Die Bedeutung einer solchen Überlegung betont auch Post, Der Anwendungsbereich des Unterschlagungstatbestandes, 1956, S. 3: „Das Problem erschöpft sich nicht in der Frage, welche Fälle von Zueignung einer fremden beweglichen Sache als Unterschlagung zu erkennen sind, sondern hat weitere Bedeutung für den Umfang des strafrechtlichen Eigentumsschutzes überhaupt.“

<sup>5</sup> Auch Otto (Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes, 1970, S. 15) betont die Wichtigkeit einer Lösung der Auslegungsprobleme bei den Eigentums- und Vermögensdelikten. Er stellt fest, daß „nicht einmal von einer grundsätzlichen Übereinstimmung in der Auslegung der einzelnen Vermögensdelikte gesprochen werden kann“, und weist auf die negativen Konsequenzen dieses unerwünschten Zustandes hin; denn „... je nach der Auslegung der einzelnen Tatbestände bestimmt sich auch die Stellungnahme zu der Frage, ob diese Tatbestände in ihrer jetzigen Form die Materie befriedigend regeln, oder ob das Bedürfnis des Rechtsschutzes auf diesem Gebiet eine andere Normierung verlangt...“.

*c) Der zivilrechtliche Zusammenhang*

Die Problematik der Unterschlagung greift sogar in den zivilrechtlichen Bereich ein, insbesondere in Bezug auf die Eigentumsordnung, die von der Bestimmung des Anwendungsbereiches des Unterschlagungstatbestandes insofern beeinflußt wird, als im Falle der Unterschlagung einer Sache der gutgläubige Dritte, der die Sache vom Täter — dem Nichteigentümer — erhalten hat, dennoch Eigentum daran erwirbt, während dies im Falle des Diebstahls wegen § 935 BGB nicht möglich ist.

Ein weiteres Beispiel für den Einfluß und die gegenseitige Abhängigkeit der Eigentumsordnung und der Eigentumsdelikte ist die in der Lehre häufig gestellte Streitfrage, ob die strafrechtliche Auslegung des Begriffes „Besitz“ der zivilrechtlichen Besitzbestimmung entsprechen soll. Solche Fragen veranlassen zu Überlegungen über das Ausmaß des Einflusses des Zivilrechts auf das Strafrecht, ein Thema, das im Bereich der Eigentumsdelikte am aktuellsten ist.

**§ 2. Ablauf der Problemerkörterung**

Nach einer kurzen Erörterung der Systematik der Eigentumsdelikte bzw. der Entwicklung des Unterschlagungstatbestandes, werde ich versuchen, die Grenzen des Anwendungsbereiches des Unterschlagungstatbestandes, wie sie sich aus dem Gesetzeswortlaut nach der Auffassung der herrschenden Lehre ergeben, festzulegen und die möglicherweise daraus entstehenden Strafbarkeitslücken aufzuzeigen.

Anschließend werden die zur erfolgreicheren und zweckmäßigeren Anwendung des Unterschlagungstatbestandes vorgeschlagenen Alternativen, die sogenannten „kleine“ und „große“ berichtigende Auslegung, erörtert, und es wird das Ausmaß ihres jeweiligen Beitrages zur Problemlösung eingeschätzt. Danach soll die Stellung der Rechtsprechung zum Problem besprochen werden, die bei der Auslegung des § 246 eine ziemliche Unschlüssigkeit und Verworrenheit aufweist.

Dann folgt die These des Verfassers: Der Stellungnahme zur Frage, welcher Auffassung — als der für eine zweckmäßige Funktion des Unterschlagungstatbestandes geeignetsten — der Vorzug gewährt werden soll, wird die Behandlung methodologischer Vorfragen — Auslegungstheorien, nulla poena sine lege, Analogieverbot — vorangestellt, da gegen die berichtigende Auslegung der Verdacht der Unvereinbarkeit mit dem Grundsatz „nulla poena sine lege“ besteht. Wenn die berichtigende Auslegung als dem Gesetzlichkeitsprinzip gemäß für zulässig erklärt wird, dann muß ein direkter Vergleich zwischen den beiden Auf-