

Schriften zum Strafrecht

Heft 170

**Zur Identität des strafrechtlichen
Zueignungsbegriffes**

**Eine am Rechtsgut orientierte Betrachtung
nach dem 6. Strafrechtsreformgesetz**

Von

Julia Kauffmann



Duncker & Humblot · Berlin

JULIA KAUFFMANN

Zur Identität des strafrechtlichen
Zueignungsbegriffes

Schriften zum Strafrecht

Heft 170

Zur Identität des strafrechtlichen Zueignungsbegriffes

Eine am Rechtsgut orientierte Betrachtung
nach dem 6. Strafrechtsreformgesetz

Von

Julia Kauffmann



Duncker & Humblot · Berlin

Der Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Hamburg
hat diese Arbeit im Jahre 2003 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2005 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme und Druck:
Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0558-9126
ISBN 3-428-11793-X

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☉

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die Arbeit wurde im Wintersemester 2003/2004 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Hamburg als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung sind bis zum Ende des Jahres 2004 berücksichtigt worden. Die Untersuchung von Dr. René Börner – „Die Zueignungsdogmatik der §§ 242, 246 StGB“ (Berlin 2004) – erschien erst kurz vor Drucklegung und ist daher in die Endfassung des Manuskriptes nicht mehr eingearbeitet worden.

Die Erstellung dieser Abhandlung hat sich – inklusive langer Pausen – über annähernd ein Jahrzehnt hingezogen. Das Thema hat sich mit der Zeit und besonders anlässlich des 6. Strafrechtsreformgesetzes im Jahr 1998 gewandelt und fortentwickelt.

Wer so lange an einem Thema arbeitet, hat vielen zu danken. An erster Stelle gilt mein Dank meinem Doktorvater, Prof. Dr. Michael Köhler, der die Entwicklung dieser Arbeit mit großer Geduld gefördert und gefordert hat. In vielen Einzelgesprächen und im Rahmen des hilfreichen, monatlich stattfindenden Doktorandenseminars hat er inhaltlich erheblichen Einfluss auf sie genommen, und dies, obwohl oder gerade weil er mir seine Ansichten nie aufzudrängen versuchte, sondern mir stets seine Freude am fruchtbaren Streit vermittelte. Die Freiheit seines Denkens hat mich beeindruckt und geprägt.

Herrn Prof. Dr. Hansen bin ich für die Übernahme und zügige Erstellung des Zweitgutachtens sehr verbunden.

Für die freundliche und inspirierende Arbeitsatmosphäre am Lehrstuhl für Kriminologie, Jugendstrafrecht und Strafvollzug danke ich Herrn Prof. Dr. Seßar, für den ich als wissenschaftliche Mitarbeiterin tätig sein durfte und der mich auf vielfältige Weise unterstützt hat.

Für Gespräche und Anregungen danke ich Herrn Prof. Dr. Merkel, Herrn Martin Menshausen und Herrn Jan Kessemeier. Für die freundliche Unterstützung auf dem Postweg in einem frühen Stadium der Arbeit gilt mein Dank Herrn Prof. Dr. Kargl, dessen Ansichten für die Entstehung dieser Arbeit eine bedeutende Rolle gespielt haben.

Meine Dankbarkeit und mein Andenken gelten im besonderen Maße Herrn Prof. Dr. Schmidhäuser (†). Er hat in eingehenden Gesprächen engagiert die Entwicklung meiner Dissertation begleitet, und seine wiederholt vorgebrachte Aufforderung: „Es gibt nichts, das nicht gedacht werden dürfte!“ hat mein Verständnis von wissenschaftlicher Arbeit grundlegend geprägt und mich vielfach ermutigt, unbe-

queme Ansätze weiterzudenken. Ich bin traurig darüber, ihm kein Exemplar dieses Buches mehr überreichen zu können.

Die Arbeit hätte nicht zustande kommen können ohne die Hilfe meiner Mutter, Inge Kauffmann, die mich sowohl finanziell als auch durch ihre geduldige Korrektur des Manuskriptes hingebungsvoll unterstützt hat. Auch mein Freund, Matthias Strzoda, hat durch seine gründliche und umfangreiche Schlussredaktion einen wichtigen Beitrag für die Fertigstellung geleistet.

Und schließlich danke ich Lukas, meinem siebenjährigen Sohn, der wissbegierig und unbefangen fragte, woran Mama arbeitet und mich mit seinem nimmermüden Nachhaken zwang, nach einfachen Worten zu suchen, sprich: vor lauter Bäumen den Wald nicht aus den Augen zu verlieren.

Hamburg, im Januar 2005

Julia Kauffmann

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---------------------------|----|
| Vorbemerkung | 11 |
|---------------------------|----|

1. Kapitel

| | |
|--|----|
| Die geschichtliche Entwicklung des Zueignungsbegriffs | 17 |
|--|----|

2. Kapitel

| | |
|---|----|
| Das Rechtsgut der Eigentumsdelikte | 29 |
|---|----|

| | |
|--|----|
| 1. Der gesetzliche Eigentumsbegriff | 35 |
| 2. Sachherrschaftsrecht oder normatives Ausschließungsrecht? | 39 |
| 3. Folgerungen für die Struktur deliktischer Eigentumsverletzungen | 48 |

3. Kapitel

| | |
|---|----|
| Das Handlungsobjekt der Eigentumsdelikte – die Sache | 57 |
|---|----|

| | |
|--|----|
| 1. Die Entwicklung der Lehren zum Gegenstand der Zueignung | 59 |
| 2. Kritik der Theorien zum Objekt der Zueignung | 63 |
| a) Kritik der Sachwertlehre | 64 |
| b) Kritik der Funktionenlehre | 71 |
| c) Kritik der Substanzlehre | 73 |
| aa) Die Entwertung von Sachen | 77 |
| bb) Der abnutzende Gebrauch | 78 |
| cc) Der andauernde Gebrauch | 79 |
| dd) Die Rückgabe der fremden Sache als eigene | 80 |
| ee) Die Verwendung von Legitimationspapieren oder -karten | 81 |
| ff) Die Drittzueignung | 82 |
| 3. Das Objekt der Zueignung | 83 |

4. Kapitel

| | |
|---|-----------|
| Die Zueignungshandlung | 84 |
| 1. Die beabsichtigte Zueignung beim Diebstahl, § 242 StGB | 87 |
| a) Die Enteignung | 89 |
| aa) Der Meinungsstand zur Enteignung | 89 |
| bb) Kritik und Stellungnahme | 94 |
| b) Die Aneignung | 101 |
| aa) Der Meinungsstand zur Aneignung | 101 |
| bb) Kritik und Stellungnahme | 104 |
| c) Der „Zweckzusammenhang“ zwischen Ent- und Aneignung | 111 |
| d) „se ut dominum gerere“ | 114 |
| e) Die Verletzungshandlung beim Diebstahl | 117 |
| 2. Die vollzogene Zueignung bei der Unterschlagung, § 246 StGB | 121 |
| a) Einheitlichkeit der Zueignungsbegriffe aus §§ 242, 246 StGB? | 123 |
| b) Subjektive Ansätze | 127 |
| c) Objektive Ansätze | 133 |
| d) Kritik und Vorgriff auf eigene Konzeption | 138 |
| 3. Zur Identität der Wendung „Zueignung“ innerhalb der Eigentumsdelikte | 151 |
| 4. Ergebnis | 155 |
| 5. Vorschlag für den Gutachtenaufbau | 160 |

5. Kapitel

| | |
|--|------------|
| Sonderfragen des Zueignungsbegriffs | 161 |
| 1. Zueignung durch Unterlassen | 161 |
| a) Diebstahl durch Unterlassen | 164 |
| b) Unterschlagung durch Unterlassen | 171 |
| c) Einschlägige Garantstellungen | 175 |
| d) Die Abgrenzung zum furtum usus | 183 |

| | |
|--|------------|
| 2. Die Drittzueignung | 185 |
| a) Streitfälle nach alter Rechtslage | 186 |
| aa) Das Verkaufen oder Verschenken einer Sache | 187 |
| bb) Auftragsdiebstähle: der sog. „Gänsebuchtfall“ | 195 |
| cc) Die anonyme Weitergabe an Dritte | 203 |
| b) Streitfälle nach aktueller Rechtslage | 205 |
| 3. Zur Frage der Wiederholbarkeit der Zueignung | 214 |
| a) Existenz und rechtliche Behandlung von „Zweitzueignungen“ | 214 |
| b) Die Funktion der Subsidiaritätsklausel des § 246 StGB | 221 |
| 4. Die Rechtswidrigkeit der Zueignung | 222 |
| a) Der Ausschluss der Rechtswidrigkeit der Zueignung | 223 |
| b) Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit der Zueignung | 230 |
| Zusammenfassung der wichtigsten Thesen | 232 |
| 1. Geschichtlicher Überblick | 232 |
| 2. Das Rechtsgut der Eigentumsdelikte | 232 |
| 3. Das Objekt der Zueignungsdelikte | 233 |
| 4. Der Inhalt der Zueignung | 234 |
| 5. Zueignung durch Unterlassen | 235 |
| 6. Drittzueignung | 235 |
| 7. Wiederholbarkeit der Zueignung | 236 |
| 8. Rechtswidrigkeit der Zueignung | 236 |
| Literaturverzeichnis | 237 |
| Sachwortverzeichnis | 251 |

Vorbemerkung

„Zueignung‘ ist seltsamerweise einer der ‚alltäglichsten‘ und am wenigsten geklärten Strafrechtsbegriffe zugleich.“

Nicolaos Androulakis, 1968¹

Kann eine Strafnorm, in der das strafbare Verhalten mit einem einzigen, der Alltagssprache ungeläufigen Begriff beschrieben wird, dem verfassungsrechtlichen Gebot der Bestimmtheit aller Strafgesetze genügen²? Ist der Begriff der Zueignung – als einziges die Unterschlagungshandlung skizzierendes Tatbestandsmerkmal und als immerhin zentrale Figur des Diebstahlstatbestands – mit Art. 103 Abs. 2 GG vereinbar?

Man wird diese Fragen nur bejahen können, falls es gelingt, ein wenigstens annäherndes Einvernehmen über den Zueignungsbegriff zu erzielen, einen Konsens, der den Zueignungstatbeständen die nötige Stabilität und die nötigen Konturen verleiht.

Der Begriff der Zueignung hat durch das Sechste Gesetz zur Reform des Strafrechts (6. StrRG) von 1998 neue Brisanz erlangt³. Durch die Aufnahme der Drittzueignung bzw. Drittzueignungsabsicht in die Tatbestände des Diebstahls (§ 242 StGB) und der Unterschlagung (§ 246 StGB) sowie den Wegfall des Gewahrsamerfordernisses aus § 246 StGB sind die Tatbestände ganz erheblich erweitert worden – der § 246 StGB nach Ansicht mancher gar zum „umfassenden ‚Generaltatbestand‘ der Zueignungsdelikte“⁴, oder auch zur „grenzen- und konturenlosen Allzweckwaffe“⁵, was „atemberaubende Ausdehnungen von Strafbarkeiten“ erwarten lasse⁶. War schon zuvor die Gefahr einer ausufernden Anwendung des Zueig-

¹ JuS 1968, S. 410.

² Zum Verlust an Typisierung des § 246 durch das Sechste Gesetz zur Reform des Strafrechts (6. StrRG) und der damit „kaum noch gewährleistete(n) Bestimmtheit im Sinne von Art. 103 Abs. 2 GG“, vgl. Noak, in: Schlüchter (Hrsg.), Bochumer Erläuterungen, § 246, Rn. 4; Jahn, in: Irrwege der Strafgesetzgebung (1999), S. 195 ff., insb. S. 214; Duttge/Fahnen Schmidt, ZStW 110 (1998), S. 910 ff.; Rönnau, GA 2000, S. 423; Gropp, JuS 1999, S. 1045; Jäger, JuS 2000, S. 1169; Sinn, NStZ 2002, S. 64 ff.

³ Die Umgestaltung des Unterschlagungstatbestandes werten Sander/Hohmann, NStZ 1998, S. 276, als „den wohl tiefsten Eingriff“ des 6. StrRG.

⁴ Küper, BT, S. 426.

⁵ Mitsch, ZStW 111 (1999), S. 86.

⁶ Degener, JZ 2001, S. 389.

nungsmerkmals gegeben, so erhöht sie sich nunmehr zu einer Gefahr der uferlosen Anwendung.

Dabei ist der Zueignungsbegriff selbst durch die Reformgesetzgebung scheinbar – d. h. dem Wortlaut nach – nicht berührt. Im Kontext der neu gestalteten Systematik der Eigentumsdelikte wird indessen rasch sichtbar, dass er eine andere Auslegung erfordert, als er sie bislang erfahren hat. Basak erläutert diesen Bedarf so: „Die Unterschlagung enthält aber in ihrer neuen Fassung keine über den Begriff der ‚Zueignung‘ hinausgehende Handlungs- oder Erfolgsbeschreibung. Daraus folgt aber unmittelbar, dass eine den Anforderungen des Tatstrafrechts genügende Bestimmung des Begriffs Zueignung über ein subjektives Verständnis hinausgehen muss und einen objektiven, ein Unrechtsurteil tragenden, Gehalt aufweisen muss (...).“⁷ Das ist freilich nicht neu, gilt doch der Grundsatz „*cogitationis poenam nemo partitur*“ (das Verbot des Gesinnungsstrafrechts) als einer der Eckpfeiler moderner Strafrechtswissenschaft⁸. Doch was auf den ersten Blick so selbstverständlich erscheint, erweist sich bei einer kritischen Betrachtung der innerhalb der Unterschlagungsdogmatik gängigen Zueignungsdefinitionen als profundes Problem. War hier schon vor der Reform der Vorwurf gegenüber der herrschenden Rechtsprechung und Literatur zu vernehmen, sie lese den § 246 StGB als eine Norm, welche die reine Gedankensünde unter Strafe stelle⁹, so erhält dieser Vorwurf durch den Wegfall eines weiteren Tatbestandsmerkmals zusätzlichen Zündstoff – und seine Berechtigung wird manifest.

Die Begrenzung des Tatbestandes kann *de lege lata* nicht ohne Bruch mit der tradierten Dogmatik erreicht werden. Die Lösung liegt in einer neuen, restriktiveren Interpretation des Zueignungsbegriffs, denn die Zueignung ist – neben dem Tatobjekt – das *einzig*e überhaupt verbliebene Tatbestandsmerkmal des § 246. Die Diskussion um den objektiven Gehalt des Zueignungsbegriffes im Unterschlagungstatbestand gewinnt insofern eine neue Dimension, als sie damit jetzt auch zur *einzig*en Frage nach der Reichweite des Strafschutzes durch diese Norm aufgewertet wird¹⁰ – denn alle Handlungsweisen, die sich zumindest als versuchte Zueignungen beschreiben lassen, fallen in den Anwendungsbereich des nunmehr als

⁷ Basak, in: *Irrwege der Strafgesetzgebung* (1999), S. 176; vgl. auch denselben, GA 2003, S. 123.

⁸ Statt vieler Sch./Schr.-Lenckner, vor §§ 13 ff., Rn. 3, 105; Freund, AT, § 8, Rn. 22; Kühl, AT, § 14, Rn. 12; die Gesinnung des Täters darf auch für die Strafzumessung nur insoweit Berücksichtigung finden, als sie „aus der Tat spricht“ (§ 46 Abs. 2 S. 2 StGB), vgl. hierzu Jescheck/Weigend, § 49 II 2, § 83 II 4; grundsätzlich zur Unterscheidung von Tat- und Täterstrafrecht Roxin, AT 1, § 6, Rn. 1 ff.

⁹ Kargl, ZStW 103 (1991), S. 176; weniger scharf, aber inhaltlich kongruent: Maiwald, *Der Zueignungsbegriff im System der Eigentumsdelikte*, S. 192; Tenckhoff, JuS 1984, S. 779; Bockelmann, ZStW 65 (1953), S. 588 f.; SK-Samson (4. Aufl.), § 246, Rn. 38; derselbe, JA 1990, S. 8.

¹⁰ Vgl. auch Degener, JZ 2001, S. 389: „Eine solche Entwicklung muss das Interesse am Tatbestand auf sein Verbum konzentrieren“; ähnlich Sinn, NStZ 2002, S. 69: „Der Zueignungsbegriff rückt (...) endlich wieder in den Vordergrund.“

Auffangtatbestand konstruierten § 246¹¹ und dies unabhängig von jeglichen anderen Tatumständen.

Für die Auslegung des Zueignungsbegriffs ist daher mehr denn je von folgenden Prämissen auszugehen:

Zunächst muss es bei einer als Zueignung verstandenen Handlung zu einer Beeinträchtigung des Rechtsgutes „Eigentum“ kommen. Was dieses Rechtsgut „Eigentum“ ausmacht, wurde durch die Strafrechtswissenschaft herkömmlich in selbst auferlegter Beschränkung dem Zivilrecht entlehnt. Doch dieser stereotype Verweis auf ein durch das Zivilrecht ausgeformtes Rechtsgut ist bedenklich für eine Norm, deren gesamte Handlungsbeschreibung sich ausschließlich auf die Verletzung dieses Rechtsgutes gründet. Und in der Tat genügt ein einziger Blick auf § 935 BGB, um sich darüber im Klaren zu sein, dass das zivilrechtliche Eigentum durch den Dieb oder Unterschlagenden zumeist gar nicht verletzt wird, weil es gar nicht verletzt werden kann; denn gemäß dieser Vorschrift ist das Eigentum an abhanden gekommenen Sachen unverbrüchlich. Die vorliegende Arbeit bemüht sich darum, das Rechtsgut der Eigentumsdelikte zu erschließen. Es wird dabei ein grundlegender Perspektivenwechsel vorgeschlagen und das Eigentum als strafrechtliches Schutzgut neu definiert.

Die zweite Prämisse betrifft die strikte Trennung von Zueignungshandlung und Handlungsobjekt¹². Der zumeist unter dem Titel „Inhalt der Zueignung“ geführte Streit zwischen Sachsubstanz- und Sachwertlehren begründet seine Position aus der traditionellen Verklammerung der Substanzlehre mit dem formalen Erfordernis des „se ut dominum gerere“ als Handlungsbeschreibung – in Wahrheit betrifft aber die Diskussion darüber, was sich der Täter zueignen muss, den Inhalt der Zueignung nicht; so wenig, wie im Rahmen der Prüfung eines Totschlags (§ 212 StGB) die Fixierung dessen, was bzw. wen ein Täter angegriffen hat (einen Menschen), etwas darüber aussagen kann, ob sein Verhalten eine taugliche Tötungshandlung darstellt. Der Streit zwischen der Substanz- und der Sachwertlehre sowie alternativer Theorien soll deshalb in dieser Untersuchung im Rahmen der Analyse des Handlungsobjektes ausgetragen werden; erst nachfolgend werden die Anforderungen an jenes Verhalten erarbeitet, das sich Zueignen nennt. Die vorliegende Schrift bemüht sich um den Nachweis der Notwendigkeit, diese beiden Bereiche vollständig losgelöst voneinander zu betrachten, um zu schlüssigen Ergebnissen gelangen zu können.

Bei einer dritten Voraussetzung geht es um die Abgrenzung der Zueignung von anderen Formen der Eigentumsbeeinträchtigung¹³. Auch nach dem 6. StrRG muss

¹¹ Basak, in: Irrwege der Strafgesetzgebung (1999), S. 174 f.

¹² Baumann, Die Absicht der Zueignung, S. 25: „Die Unbrauchbarkeit fast aller bisherigen Begriffsdefinitionen hat ihre Ursache in der Unklarheit der begrifflichen Trennung von Gegenstand und Inhalt der Zueignung“.

¹³ Hierzu auch Kargl, ZStW 103 (1991), S. 141 ff.; vgl. auch Basak, in: Irrwege der Strafgesetzgebung (1999), S. 177; Rudolphi, GA 1965, S. 38, 46.