

Herausgeber: Prof. Dr. Tobias Reinbacher, Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Medienstrafrecht,
Julius-Maximilians-Universität Würzburg
Redaktion: Prof. Dr. Tobias Reinbacher und die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Lehrstuhls
www.famos.jura.uni-wuerzburg.de

1. Sachverhalt¹

A mietet mit einem gefälschten Pass und in Begleitung eines Minderjährigen bei B ein von ihr geleastes Wohnmobil für einen angeblichen Vater-Sohn-Urlaub. Kautions und Miete zahlt A anstandslos. Ingeheim plant er jedoch, das Wohnmobil nach Inbesitznahme mit gefälschten Papieren und Dublettenkennzeichen auszustatten, um es daraufhin im Internet zu veräußern. Diesem Tatplan entsprechend bringt A die neuen Kennzeichen an und beauftragt C mit der Anfertigung der gefälschten Papiere. Im Anschluss daran inseriert A das Fahrzeug im Internet, trifft sich mit einem Interessenten und verkauft diesem das Wohnmobil.

Das LG verurteilt A wegen Unterschlagung gem. § 246 Abs. 1 StGB² i.H.a. die Veräußerung des Wohnmobils an den Interessenten. Dagegen legt A Revision zum BGH ein.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Das Ausgangsproblem in diesem Fall besteht in der rechtlichen Behandlung der wiederholten Zueignung bzw. der Wiederholbarkeit der Zueignung³. Es fragt sich also: Kann sich ein Täter, der sich eine Sache bereits rechtswidrig zugeeignet hat, diese erneut in einer Weise zueignen, die den Tatbestand des § 246 Abs. 1 erfüllt? Virulent wird diese Frage indessen erst dann, wenn mehrere Handlungen als

März 2024

Wohnmobil-Fall

Unterschlagung / Wiederholte Zueignung / Zueignungsbegriff

§ 246 StGB

famos-Leitsatz:

Ein Täter, der sich eine fremde Sache bereits rechtswidrig zugeeignet hat, kann sie sich nicht abermals zum Nachteil derselben Person zueignen, wenn er seine Sacheigentümerposition zwischenzeitlich nicht wieder aufgegeben hat.

BGH, Beschluss vom 16. März 2023 – 2 StR 381/22; veröffentlicht in NStZ 2023, 612.

Zueignungen in Betracht kommen. Wir müssen uns also auch fragen, wann eine Zueignung überhaupt vorliegt.

Die Unterschlagung setzt gem. § 246 Abs. 1 voraus, dass der Täter sich oder einem Dritten eine fremde bewegliche Sache rechtswidrig zueignet. Wer sich dabei an den Diebstahl erinnert, liegt richtig, denn in der Tat verhalten sich die beiden Tatbestände bei der Auslegung des Ausdrucks „rechtswidrig zueignen“ prinzipiell deckungsgleich.⁴ Die systematische Stellung des Merkmals innerhalb der beiden Tatbestände ist jedoch unterschiedlich: Während die Zueignungsabsicht im Rahmen des Diebstahls als überschießende Innentendenz im subjektiven Tatbestand auftritt, ist die Zueignung bei der Unterschlagung ein

¹ Der Sachverhalt wurde verändert, um die Hauptprobleme des Falles deutlicher hervortreten zu lassen.

² Normen ohne weitere Bezeichnung sind solche des StGB.

³ Vgl. Rengier, Strafrecht BT I, 25. Aufl. 2023, § 5 Rn. 51.

⁴ Hohmann, in MüKo, StGB, 4. Aufl. 2021, § 246 Rn. 18.

objektives Tatbestandsmerkmal.⁵ Wie sich dieser Umstand auf den Begriff selbst auswirkt; wie dieser also letztlich auszulegen ist, ist umstritten.⁶

Bei § 246 wird die Diskussion von der sog. Manifestationstheorie dominiert,⁷ welche sich in eine enge und eine weite Variante aufspaltet.⁸ Der Grundgedanke der Manifestationstheorie besteht darin, dass sich der Zueignungswille des Täters durch eine Handlung nach außen manifestieren muss.⁹

Die **weite Manifestationstheorie** lässt jedwede Handlung ausreichen, die man als Manifestation des Zueignungswillens deuten kann.¹⁰ Das schließt selbst objektiv neutrale Handlungen ein, wenn der Täter subjektiv mit Zueignungsvorsatz handelt.¹¹ Zwar reiche ein reiner Entschluss ohne äußere Betätigung nicht aus; es brauche aber auch nicht eindeutig festzustehen, dass ein Zueignungswille der Beweggrund für die äußere Betätigung ist.¹² Vielmehr genüge es, dass sich der Zueignungswille nach außen objektiviert.¹³ Dagegen wird vorgebracht, dies lasse ausreichende Konturen vermissen,¹⁴ der objektive Tatbestand werde allein subjektiv interpretiert,¹⁵ und die Grenzen zur Versuchsstrafbarkeit würden verwischt.¹⁶ Diese Ansicht würde wohl zu dem Ergebnis kommen, dass es sich beim Betrug, dem Fälschen der Kennzeichen und Papiere sowie der Veräußerung um tatbestandsmäßige Zueignungen handelt. Denn wenn man die innere Tatseite mitberücksichtigt und das

objektive Geschehen anhand dessen deutet, hat A bei jeder in Rede stehenden Handlung seinen Zueignungswillen manifestiert.

Die **enge Manifestationstheorie** hält nur solche Handlungen für tatbestandsmäßig, die schon objektiv zweifelsfrei als Bekundung des Zueignungswillens eingestuft werden können.¹⁷ Äußerlich neutrale oder mehrdeutige Handlungen können demnach also niemals tatbestandsmäßig sein.¹⁸ Zwar wird dieser Ansicht zuerkannt, dass sie zu einer etwas weniger ausufernden Strafbarkeit gelange als die weite Manifestationstheorie.¹⁹ Doch wird auch die enge Manifestationstheorie dafür kritisiert, die Versuchsstrafbarkeit leerlaufen zu lassen.²⁰ Auch mache sie die Unterschlagung ohne Anhaltspunkt im Gesetz zu einem Delikt mit überschießender Innentendenz.²¹ Es ist davon auszugehen, dass diese Ansicht jedenfalls das Anbringen der falschen Kennzeichen, das Fälschenlassen der Papiere und die Veräußerung als Zueignung deuten würde, da es sich dabei nicht um objektiv neutrale Handlungen handelt. Es kommt kein redlicher Beweggrund für dieses Verhalten in Betracht. Beim Betrug zu Beginn ist es weniger klar, ob er als objektiv zweifelsfreie Bekundung des Zueignungswillens verstanden werden muss. Die Inbesitznahme und die Zahlungen des A sind nämlich objektiv vollkommen redlich. Einzig der gefälschte Ausweis könnte den Anschein ins Wanken bringen. Doch könnte man auch sagen, dass der Ausweis so gefälscht ist,

⁵ Eisele, Strafrecht BT II, 6. Aufl. 2021, § 6 Rn. 253.

⁶ Rengier (Fn. 3), § 5 Rn. 23.

⁷ Rengier (Fn. 3), § 5 Rn. 23.

⁸ Kindhäuser/Hoven, in NK, StGB, 6. Aufl. 2023, § 246 Rn. 11 f.

⁹ Wessels/Hillenkamp/Schuhr, Strafrecht BT 2, 43. Aufl. 2020, § 5 Rn. 311.

¹⁰ BGHSt 14, 38, 41; OLG Köln NJW 1963, 1992, 1993.

¹¹ Fischer, StGB, 71. Aufl. 2024, § 246 Rn. 6a; Hohmann, in MüKo (Fn. 4), § 246 Rn. 21.

¹² BGHSt 14, 38, 41; RGSt 55, 145, 146; 58, 230.

¹³ Fischer (Fn. 11), § 246 Rn. 6a.

¹⁴ Schmidt, in Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl. 2020, § 246 Rn. 5.

¹⁵ Hohmann, in MüKo (Fn. 4), § 246 Rn. 21.

¹⁶ Kleszczewski, Strafrecht BT, 2016, § 8 Rn. 65.

¹⁷ BGHSt 34, 309, 312; BayObLG NJW 1992, 1777, 1778; Bosch, in Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 246 Rn. 11.

¹⁸ Heger, in Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Aufl. 2023, § 246 Rn. 4.

¹⁹ Hohmann, in MüKo (Fn. 4), § 246 Rn. 23; Hoyer, in SK, StGB, 9. Aufl. 2019, § 246 Rn. 17.

²⁰ Hohmann, in MüKo (Fn. 4), § 246 Rn. 23.

²¹ Hohmann, in MüKo (Fn. 4), § 246 Rn. 23, Hoyer, in SK (Fn. 19), § 246 Rn. 17.

dass einem Dritten dies gerade nicht aufgefallen wäre.

Es existieren einige weitere Ansätze, die den Tatbestand stärker einschränken.²² Exemplarisch soll hier die **objektive Zueignungstheorie** zur Sprache kommen. Nach dieser Ansicht setzt die Unterschlagung einen objektiven Zueignungserfolg voraus.²³ Das bedeutet, dass objektiv Aneignungs- und Enteignungskomponente vorliegen müssen.²⁴ Erklärt wird dies zunächst damit, dass es sich bei der Unterschlagung um ein Erfolgsdelikt handle.²⁵ Wollte man diese Eigenschaft der Unterschlagung ernst nehmen, so müsse man ebendiesen Erfolg auch voraussetzen.²⁶ Außerdem sei es einhellige Ansicht, dass die Unterschlagung subjektiv lediglich den Zueignungsvorsatz voraussetzt.²⁷ Da das Gesetz grundsätzlich davon ausgehe, dass der Vorsatz sich nur auf Merkmale des objektiven Tatbestandes beziehen muss, müsse man genau diese Zueignung auch objektiv fordern.²⁸ Andernfalls würde man der Unterschlagung eine überschießende Innentendenz anheften, für die das Gesetz – im Gegensatz zum Diebstahl – keinen Anhaltspunkt liefere.²⁹ Insgesamt wird diesem und weiteren Restriktionsversuchen vorgeworfen, den Tatbestand zu sehr einzuschränken und damit nicht angezeigte Strafbarkeitslücken zu erzeugen.³⁰ Nach der objektiven Zueignungstheorie wären wohl im Betrug und in der Veräußerung des Wohnmobils tatbestandsmäßige Zueignungs-

handlungen zu erblicken. Im ersten Fall wegen des Gewahrsamsverlustes, im zweiten Fall wegen des wahrscheinlichen Eigentumsverlustes.

Werfen wir den Blick nun auf unser Ausgangsproblem – sind mehrere Zueignungshandlungen tatbestandlich denkbar? Bei dieser Fragestellung stehen sich zwei Ansichten gegenüber: Konkurrenzlösung und Tatbestandslösung.³¹ Der **Tatbestandslösung** zufolge sind mehrere Zueignungshandlungen tatbestandlich nicht denkbar.³² Schließlich könne man sich etwas, das man sich bereits rechtswidrig zugeeignet hat, nicht abermals zueignen. Vertreter dieser Ansicht meinen also, es gebe schon einen begrifflichen Ausschluss mehrerer Zueignungshandlungen.

Die **Konkurrenzlösung** hält mehrere Zueignungshandlungen tatbestandlich für möglich, lässt allerdings die zweite Zueignungshandlung als straflose Nachtat im Wege der Gesetzeseinheit zurücktreten.³³ Kritiker erblicken einen Widerspruch darin, dass ein Teilnehmer an der zweiten Zueignungshandlung bestraft werden könne, obwohl der Haupttäter für diese Handlung gerade nicht belangt werden kann.³⁴ Zudem kenne das StGB mit den §§ 257, 259 Normen, die genau solche Unterstützungshandlungen pönalisieren; für eine Teilnehmerstrafbarkeit bestehe also kein Bedürfnis.³⁵ Ferner wird der Konkurrenzlösung vorgeworfen, die Verjährungsfristen faktisch auszuhebeln.³⁶ Die Vorstellung dabei ist,

²² Hohmann, in MüKo (Fn. 4), § 246 Rn. 30, Rn. 32 mwN.

²³ Hohmann, in MüKo (Fn. 4), § 246 Rn. 33.

²⁴ Hohmann, in MüKo (Fn. 4), § 246 Rn. 36.

²⁵ Hohmann, in MüKo (Fn. 4), § 246 Rn. 33.

²⁶ Hohmann, in MüKo (Fn. 4), § 246 Rn. 36.

²⁷ Hohmann, in MüKo (Fn. 4), § 246 Rn. 36.

²⁸ Hohmann, in MüKo (Fn. 4), § 246 Rn. 36; Hoyer, in SK (Fn. 19), § 246 Rn. 17.

²⁹ Hohmann, in MüKo (Fn. 4), § 246 Rn. 36.

³⁰ Bosch, in Schönke/Schröder (Fn. 17), § 246 Rn. 11; Rengier (Fn. 3), § 5 Rn. 20; Schmidt, in Matt/Renzikowski (Fn. 14), § 246 Rn. 5.

³¹ Rengier (Fn. 3), § 5 Rn. 51 mwN.

³² BGHSt 14, 38, 45; Heger, in Lackner/Kühl/Heger (Fn. 18), § 246 Rn. 7; Kindhäuser/Hoven, in NK (Fn. 8), § 246 Rn. 37; Reinbacher, in Hilgenhof/Kudlich/Valerius, Hdb. des Strafrechts, § 62 Rn. 60.

³³ Bosch, in Schönke/Schröder (Fn. 17), § 246 Rn. 19; Wittig, in BeckOK, StGB, 60. Ed., Stand: 01.02.2024, § 246 Rn. 8.

³⁴ Schmidt, in Matt/Renzikowski (Fn. 14), § 246 Rn. 6.

³⁵ Kindhäuser/Hoven, in NK (Fn. 8), § 246 Rn. 38; Rengier (Fn. 3), § 5 Rn. 53.

³⁶ Rengier (Fn. 3), § 5 Rn. 54.

dass jede weitere tatbestandliche Handlung eine neue Verjährungsfrist in Gang setze, obwohl die Handlung, durch die der Schaden erstmalig begründet wurde, eventuell schon verjährt ist. Vertreter der Konkurrenzlösung wenden ein, dass es einer Strafmöglichkeit bedürfe, da z.B. eine durch Betrug erlangte Sache sonst keinen strafrechtlichen Eigentumschutz mehr genieße, somit würden Strafbarkeitslücken zu entstehen drohen.³⁷

Wie diese beiden Ansichten in unserem Fall entscheiden würden, hängt davon ab, was vorher als Zueignung (ohne Rücksicht auf vorhergegangene Zueignungen) eingestuft worden ist. Bezieht man sich der Einfachheit halber nur auf die Veräußerung als potentiell zweite Zueignung, so würde diese nach der Tatbestandslösung als nicht tatbestandsmäßig erachtet werden, sofern vorher schon eine Zueignung angenommen wird; die Konkurrenzlösung ließe sie lediglich als mitbestrafte Nachtat zurücktreten.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Die Revision von A erzielt einen Teilerfolg. Der BGH hebt die Verurteilung wegen Unterschlagung auf und verweist die Sache im Umfang der Aufhebung zu neuer Verhandlung und Entscheidung an eine andere Strafkammer des LG zurück.

Laut BGH hat sich A nicht gem. § 246 Abs. 1 strafbar gemacht. Ein Täter, der sich eine fremde Sache bereits rechtswidrig zueignet hat, könne sich diese nicht abermals zum Nachteil derselben Person zueignen, wenn er seine Sacheigentümerposition zwischenzeitlich nicht wieder aufgegeben hat. Bereits durch den Betrug zum Nachteil von B habe A sich den wirtschaftlichen Wert des Fahrzeugs verschafft. Durch die Entgegennahme des Wagens ohne Rückgabewillen habe A die Vermieterin dauerhaft von ihrer Sachherrschaft verdrängt und den Eigenbesitz an diesem begründet. A habe von Anfang an

beabsichtigt, ihre Rechtsposition zu missachten. Da infolgedessen bereits eine Sachherrschaft an der Sache begründet worden sei, handele es sich beim Anbringen der Dublettenkennzeichen, dem Kaufangebot und der Übereignung lediglich um weitere Manifestationen des Zueignungswillens ohne Tatbestandsqualität. Also habe eine Verurteilung wegen Unterschlagung zu entfallen.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Der BGH bleibt bei seiner Position zur wiederholten Zueignung und votiert damit für die Tatbestandslösung. Es zeigt sich, dass sich das Problem der wiederholten Zueignung auch dann stellen kann, wenn es nicht sonderlich offensichtlich ist. Eine Zueignung kann nämlich in einer Betrugs- oder Diebstahlhandlung inkorporiert sein; sie tritt dann aber aufgrund formeller Subsidiarität³⁸ zurück, § 246 Abs. 1. Dann kann es zu einer zweiten Handlung kommen, deren Tatbestandsmäßigkeit sodann zu problematisieren ist (wiederholte Zueignung). An dieser Stelle sind also die Konkurrenz- und die Tatbestandslösung gegenüberzustellen.

Zur Definition der Zueignungshandlung wird regelmäßig die Manifestationslehre herangezogen, wobei üblicherweise eine Unterscheidung zwischen weitem und engem Manifestationsbegriff gefordert wird.

5. Kritik

Der Beschluss des BGH ist allenfalls hinsichtlich der bekundeten Rechtsauffassung zur wiederholten Zueignung zu begrüßen. Die Meinung zu den notwendigen Voraussetzungen der Zueignung ist nach hier vertretener Auffassung ausschlaggebend dafür, ob man Konkurrenz- oder Tatbestandslösung logisch folgen kann, um nicht inkonsistente Gedankenführung zu betreiben. Die Vorstellung der Tatbestandslösung, mehrere Zueignungen schlossen sich schon tatbestandlich – also letztlich begrifflich – aus, kann ohne

³⁷ Bosch, in Schönke/Schröder (Fn. 17), § 246 Rn. 19.

³⁸ Dazu instruktiv Reinbacher, in Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Fn. 32), § 62 Rn. 37 ff.

Offenlegung der unterstellten Voraussetzungen der Zueignungshandlung nicht überzeugen. Ein solcher Ausschluss ist nämlich nur dann zwingend zu akzeptieren, wenn man für die Zueignung einen Erfolg voraussetzt. Wird dieser nicht rückgängig gemacht oder aufgehoben, mit anderen Worten gibt der Täter die erlangte Position nicht wieder auf, so ist es tatsächlich einleuchtend, dass eine erneute Zueignung, also ein weiterer Erfolg, schon tatbestandlich ausscheidet. Bleibt man mit der Manifestationstheorie jedoch dabei, eine reine Betätigung des Zueignungswillens zu fordern, so kann es nicht einleuchten, dass es schon begrifflich nicht denkbar sein soll, Handlungen ebendieser Qualität mehrfach auszuführen. Denn ein Wille lässt sich naturgemäß mehrfach kundtun. Sonst müsste man unterstellen, dass sich ein Wille immer nach Betätigung desselben ändern oder „aufbrauchen“ müsste. Dies wäre nicht überzeugend.

Die Idee ist also: Folgt man der Manifestationstheorie, muss man sich folgerichtig der Konkurrenzlösung anschließen. Andersherum muss derjenige, der sich einer Erfolgstheorie, insbesondere der obj. Zueignungstheorie, anschließt, konsequenterweise der Tatbestandslösung folgen.³⁹ Die Perspektiven zum Zueignungsbegriff und der wiederholten Zueignung sind also nicht losgelöst voneinander, sondern unmittelbar miteinander verwoben.

Erinnern wir uns zu guter Letzt noch einmal an das Erfolgsdelikt. Die Unterschlagung ist vor diesem Hintergrund vergleichbar mit dem Totschlag, § 212 Abs. 1. Da auch dort ein Erfolg, der Tod eines Menschen, gefordert wird, lässt sich eine Parallele zur Möglichkeit wiederholter Tatbestandsverwirklichung zu Lasten desselben Rechtsgutsträgers ziehen. Ist das Opfer tot, lässt es sich nicht abermals töten. Ein wiederholter Erfolgseintritt ist ausgeschlossen.

Da also wie gesehen die Voraussetzungen

der Zueignungshandlung selbst ausschlaggebend für die Möglichkeit einer Zweitueignung sind, ist dem BGH vorzuwerfen, dass sich aus seinem Beschluss nicht sicher seine Meinung zu den Zueignungsvoraussetzungen folgern lässt. Vielmehr drückt sich das Gericht in aufeinanderfolgenden Sätzen widersprüchlich aus. So ist vom Verschaffen des „wirtschaftlichen [Werts]“, „fehlendem Rückgabewillens“ sowie der Absicht, die „Rechtsposition [der Vermieterin] zu missachten“ und schließlich doch wieder von „Manifestationen [des] Zueignungswillens“ die Rede. Dabei handelt es sich um objektive sowie subjektive Umstände, wobei nicht klar wird, was das Gericht mit deren Nennung im Einzelnen zu begründen meint. Diese sind nicht klar einem der gängigen Zueignungsbegriffe zuzuordnen. All das stellt die Leserschaft vor ein großes Rätsel: Was versteht der BGH unter einer Zueignung?

Nach hier vertretener Auffassung besteht die entscheidende Erkenntnis darin, die Unterschlagung in ihrer Eigenschaft als Erfolgsdelikt anzuerkennen. Dieser Erfolg besteht in der Zueignung. Die Zueignung ist schon durch den Diebstahl bekannt. Das Gesetz macht deutlich, dass die Zueignung in den beiden Normen eine andere Stellung hat: Bei der Unterschlagung ist sie Erfolg, also objektives Tatbestandsmerkmal, beim Diebstahl ein subjektives Merkmal in Form überschießender Inrentenzendenz. Obwohl diesen Umstand wohl niemand ernsthaft bestreiten kann, wird genau dieser Unterschied von den Manifestationstheorien unterwandert. Legt man nämlich die Zueignung i.R.d. Unterschlagung als Manifestation des Zueignungswillens aus, würde man ihn bei der Unterschlagung anders verstehen als beim Diebstahl. Doch können die Konturen der Delikte nur dann intakt bleiben, wenn man die Stellung der Zueignung innerhalb der Tatbestände nicht dadurch unterminiert, dass man sie unterschiedlich auslegt.

³⁹ Laut *Hohmann*, in *MüKo* (Fn. 4), § 246 Rn. 44, stellt sich die Frage auf Basis der Zueignungstheorie gar nicht.

Ferner muss man zugeben, dass mit Rücksicht auf den Wortlaut von § 246 die Manifestationstheorien eine enorme Argumentationslast tragen. Denn es erfordert erheblichen Begründungsaufwand, die vom Gesetz geforderte Zueignung zur Manifestation des Zueignungswillens herabzustufen. Indessen bieten die Manifestationstheorien keine Herleitung für ihre Position an, sie werden ihrer Argumentationslast also nicht gerecht. Ehrlicherweise muss man bei diesen Theorien fast schon den Einwand erheben, dass die gesetzlichen Voraussetzungen zulasten des Täters entwertet werden.

Hinzukommt die Verwischung mit der Versuchsstrafbarkeit, die durch die Überbetonung subjektiver Komponenten durch die Manifestationslehren eintritt. Selbst mit viel Fantasie fällt es schwer, sich im Lichte der Manifestationslehren eine versuchte Unterschlagung vorzustellen, die gem. § 246 Abs. 3 ausdrücklich unter Strafe gestellt ist. Begrifflich müsste es sich dann wohl um den Versuch, seinen Zueignungswillen zu manifestieren, handeln.⁴⁰ Dies ist mehr als gekünstelt.

Um die Erfolgsdeliktseigenschaft von § 246 Abs. 1 noch plastischer werden zu lassen, kann ein Vergleich mit einem typischen Erfolgsdelikt wie § 212 Abs. 1 auch bei der Tat handlung selbst fruchtbar gemacht werden. Niemand würde ernsthaft auf die Idee kommen, die Tötung eines Menschen in § 212 Abs. 1 auszulegen als Manifestation des Tötungsvorsatzes.⁴¹ Da dieses Störgefühl der Struktur des Erfolgsdelikts entspringt, kann bei der Unterschlagung nichts anderes gelten.

Die hier vertretene objektive Zueignungstheorie hat mit dem Vorwurf, unerträgliche Strafbarkeitslücken entstehen zu lassen, zu kämpfen. Es ist sicher schon deutlich geworden, dass die Anforderungen der Manifestationstheorien deutlich niederschwelliger sind und daher eine Strafbarkeit schneller

zustande kommt. Schauen wir einmal genauer hin, ob dieser Einwand zutreffend ist. Da strafrechtliche Sanktionen mit erheblichen Grundrechtseingriffen verbunden sind, ist die Pönalisierung eines Verhaltens immer nur unter konsequenter Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes möglich.⁴² Mithin ist der Vorwurf der Unerträglichkeit einer ausbleibenden Strafdrohung mit gesunder Skepsis zu behandeln. Auch bleibt mit der objektiven Zueignungstheorie Raum für eine Versuchsstrafbarkeit, die es bei der Manifestationstheorie mit Ausnahme der Fälle eines untauglichen Tatobjekts nicht geben kann. Man denke an Fälle, in denen z.B. ein vollständiger Eigentums- oder Gewahrsamsverlust des Rechtsinhabers nicht zur Vollendung gelangt ist, sonst aber alle Versuchsvoraussetzungen vorliegen. Die Manifestationstheorie würde hier häufig einen Willen manifestiert und damit eine Vollendung sehen, wohingegen Vertreter der objektiven Zueignungstheorie wohl eine Versuchsstrafbarkeit annehmen würden. Es muss also gar nicht unbedingt zu einer Strafbarkeitslücke kommen; es kann vielmehr auch eine Versuchsstrafbarkeit entstehen, die auch eine Milderungsmöglichkeit enthält, §§ 23 Abs. 2 i.V.m. 49 Abs. 1. Außerdem wird dem Täter auch nicht die Möglichkeit eines strafbefreienden Rücktritts genommen. Es erweist sich also als Stärke dieser Ansicht, die Versuchsstrafbarkeit zu erhalten.

All dies findet erfreulicherweise Bestätigung in einem aktuellen Beschluss des BGH.⁴³ Dort schließt sich der 6. Senat dem Erfordernis eines Zueignungserfolges an und wendet sich damit von der Manifestationstheorie ab. Was dieser Beschluss noch nach sich ziehen wird, ob beispielsweise der große Senat eine Entscheidung fällen oder ob sich eine grundsätzliche Rechtsprechungsänderung einstellen wird, bleibt abzuwarten.

(Linus Greb)

⁴⁰ Ausgenommen hier untaugliches Tatobjekt.

⁴¹ Ähnlich *Hohmann*, in MüKo (Fn. 4), § 246 Rn. 33; *Hoyer*, in SK (Fn. 19), § 246 Rn. 17.

⁴² *Dazu Appel*, Verfassung und Strafe, 1997, S. 574 f.

⁴³ BGH NJW 2024, 1050.