

Gesetzgebung im Putativnotwehrexzeß - Zur verfassungskonformen Auslegung des § 246 StGB n.F.*

von Wiss. Mit. RA Dr. Matthias Jahn

I. Einführung

In einem Beitrag, der im 50. Band der Schriftenreihe dieses Instituts erschien, wurde dem Gesetzgeber attestiert, er betreibe Kriminalpolitik im Putativnotwehrexzeß. Verfassungsrechtliche Vorgaben, so kann man dort nachlesen, würden in der einfachrechtlichen Ausgestaltung der Rechtsordnung einfach ignoriert¹. Dieses Resümee läßt sich, wie die in diesem Band zusammengefaßten Abhandlungen zeigen, zu einem erheblichen Teil auch auf die Tätigkeit der Legislative für das 6. StrRG² übertragen. Zahlreiche Einzelbestimmungen lassen per Saldo das Bild eines Legislativaktes entstehen, der nicht nur die tatsächlichen Voraussetzungen des gesetzgeberischen »Handlungsbedarfs« an vielen Stellen falsch eingeschätzt hat, sondern zudem noch die Grenzen des verfassungsrechtlich Gebotenen verkennt. Der vorliegende Beitrag will dabei herausarbeiten, daß das von der sich abzeichnenden, möglicherweise zukünftig h.M.³ favorisierte objektivierte Verständnis des Merkmals »sich zueignen« nur eine der denkbaren Reaktionen nach dem »Angriff« des Gesetzgebers auf die Tatbestandssubstanz des § 246 I StGB a.F. ist. Er entscheidet sich aber im Ergebnis für eine andere Variante verfassungskonformer Auslegung der Vorschrift, nämlich für ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal »in Besitz oder Gewahrsam«. Dieses - auf den ersten Blick sicher verblüffende - Ergebnis bedarf zu seiner Rechtfertigung grundsätzlicher verfassungsdogmatischer Überlegungen⁴.

II. Die Neuregelung des § 246 I StGB durch das 6. StrRG

Durch Art. 1 Nr. 43 des 6. StrRG wurden die Tatbestandsmerkmale »die er in Besitz oder Gewahrsam hat« in § 246 I StGB - entsprechend dem Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und der F.D.P.⁵ sowie dem identischen Regierungsentwurf⁶ - gestrichen. Die Entwurfsbegründung rechtfertigt § 246 I StGB n.F. mit dem Argument, durch die Existenz der tatbestandlichen Restriktionen entstünden Strafbarkeitslücken, die „durch eine ausdehnende Auslegung der Vorschrift nicht oder nur mit erheblichen

* Das Manuskript wurde am 15.01.1999 abgeschlossen.

¹ *Kirsch* in: Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, (Hrsg.) *Institut für Kriminalwissenschaften* (1995), S. 229 ff. (243).

² 6. Strafrechtsreformgesetz vom 30.01.1998, BGBl. I, S. 164 ff.

³ Ausführlich dazu *Basak*, in diesem Band S. ff. Ähnlich *Rengier* in: FS-Lenckner (1998), S. 801 ff. (811 f.); *Dencker* in: Einführung in das 6. StrRG, Rdnrn. 55 ff.; *Otto*, Jura 1998, 550 (551); *Hohmann/Sander*, NSZ 1998, 273 (276).

⁴ Aus Raumgründen kann dabei nicht problematisiert werden, ob es originäre Aufgabe der Strafrechtswissenschaft sein sollte, verfassungsrechtlich zweifelhafte Gesetzgebung durch Angebote verfassungskonformer Interpretation zu ermöglichen, zumindest aber zu erleichtern. Diese facettenreiche Frage wäre eine eigene Abhandlung wert.

⁵ *BT-Drucks.* 13/7164 v. 11.03.1997.

⁶ *BT-Drucks.* 13/8587 v. 25.09.1997, S. 43.

Schwierigkeiten überbrückt werden können⁷. Hingewiesen wird sowohl auf den Streit zwischen der kleinen und der großen berichtigenden Auslegung⁸ als auch auf die Problematik der Drittzueignung, welche zuletzt noch zur Entscheidung des *Großen Senats*⁹ zu den Postplünderungen durch MfS-Offiziere geführt hatte. § 246 I StGB n.F. verzichtet daher im expliziten Anschluß an den § 240 I des E 1962 auf das Erfordernis, daß der Täter die Sache in Besitz oder Gewahrsam haben muß. Zudem ergänzt die Neufassung den Tatbestand um die Fälle der Drittzueignung¹⁰. Der Entwurf sieht die Unterschlagung jedoch nicht als Grundtatbestand aller Zueignungsdelikte an, zu dem Diebstahl, Raub und ähnliche Straftaten im Verhältnis der Spezialität stünden. Deshalb habe die Vorschrift eine Subsidiaritätsklausel erhalten, die eine Bestrafung nur ermöglichen will, »wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist«.

Schon mit dieser - denkbar knappen - Entwurfsbegründung ist an zahlreiche Problemkreise gerührt, die hier nicht alle aufgearbeitet werden können. Im Ausgangspunkt stimmt aber bereits der ausdrückliche Anschluß an den E 1962 nachdenklich. Es ist in Erinnerung zu rufen, daß *Baumann* und *Lackner*¹¹ diesen Entwurf bereits vor mehr als dreißig Jahren als „verstaubt, kleinbürgerlich, moraltriefend (und) an vielen Stellen verlogen“ charakterisiert hatten. Sollte damit in Gestalt des § 246 StGB n.F. pars pro toto auch die Strafrechtsreform der sozialliberalen Ära, die an vielen Stellen von der aufgeklärten kriminalpolitischen Konzeption des Alternativentwurfs beeinflusst war¹², in der Götterdämmerung der »geistig-moralischen Wende« desavouiert werden? Die drängenden rechtspolitischen Fragen, die sich daran anschließen müßten, können hier nicht ausführlicher thematisiert werden¹³. Im folgenden soll vielmehr zunächst der ursprüngliche Rechtszustand in der gebotenen Kürze rekonstruiert werden. Im Anschluß daran erfolgt eine verfassungsrechtliche Bewertung des durch den Eingriff herbeigeführten Ist-Zustandes.

III. Zur Bedeutung des Merkmals »in Besitz oder Gewahrsam«

*Mitsch*¹⁴, der in seinem Besonderen Teil die bislang umfangreichste Untersuchung zur Neufassung vorgelegt hat, stellt zu Recht fest, daß Ausgangspunkt einer rechtsstaatlich erträglichen Auslegung des § 246 StGB

⁷ *BT-Drucks.* (o. Fn. 6).

⁸ Unter Hinweis auf *LK-Ruß*, 11. A. (1994), § 246 StGB, Rdnr. 10.

⁹ *BGHSt (GrS)* 41, 187.

¹⁰ Verwiesen wird auf die Begründung zu den §§ 235 I, § 243 I und § 245 I E 1962 auf S. 401, 408 f., s. *BT-Drucks.* (o. Fn. 6).

¹¹ *Lackner*, JZ 1967, 513 unter Hinweis auf *Baumann*, Kleine Streitschriften zur Strafrechtsreform (1965), S. 29. Tendenziell unkritischer aber *Lackner/Kühl*, Einführung in das 6. StrRG (Nachtr. 22. A., 1998), S. VI.

¹² S. dazu *Roxin*, ZStW 81 (1969), 613 (616 ff.). Zum Siegeszug des AE 1964 bis hin zum AE-Wiedergutmachung bereits *Verf.*, Rechtstheorie 27 (1996), 65 (69 f.).

¹³ Berechtigte Kritik zur Orientierung des § 246 StGB n.F. am E 1962 auch bei *Dencker* (o. Fn. 3), Rdnr. 48 und *Staechel*, StV 1998, 98 (100 f.). S. auch *Kempf*, NJW 1997, 1729 (1731).

¹⁴ *Mitsch*, Strafrecht BT (Vermögensdelikte) Teilbd. I (1998), § 2 Rdnr. 24.

n.F. die Aufarbeitung der »ehrwürdigen Kontroverse«¹⁵ um die Auslegung der Merkmale »in Besitz oder Gewahrsam« sein muß. Deren zentrales Problem war die Rechtsfrage, ob die Besitz- oder Gewahrsamerlangung vor, gleichzeitig oder nach der Zueignung der Sache nötig bzw. noch möglich war.

1. Die Wortlautlösung oder: »Gesetzgebung ohne Strafrechtswissenschaft«

Die enge Wortlautlösung¹⁶ berief sich auf die vom Gesetz gebrauchte Formulierung »hat« und schloß daraus die Zweiaktigkeit des Delikts. Es sei eine der Zueignung zeitlich vorausgehende Gewahrsamerlangung notwendig. Die gegen diese restriktive Auslegung seit jeher vorgebrachte Kritik gehört zum Standardrepertoire des strafrechtlichen Argumentationsarsenals: Es drohten unerträgliche Strafbarkeitslücken. Daß diese Lücken keineswegs zwingend waren, wurde freilich nicht immer klar herausgearbeitet. So sei zum einen die Strafbarkeit potentieller Mittäter wegen des Vorausgewahrsams vor dem eigentlichen Zueignungsakt nicht ausreichend gewährleistet. Die Berechtigung dieses Gegenargumentes hing freilich davon ab, ob man den Gewahrsam des unmittelbar Handelnden nicht über § 25 II StGB allen Mittätern zurechnete. Argumente dafür hatte zuletzt *Küper*¹⁷ in seiner grundlegenden Funktionsanalyse des Gewahrsamserfordernisses gesammelt. Wegen des Prinzips der limitierten Akzessorietät lägen aber auch für die Fälle der Fundunterschlagung und der sog. Leichenfledderei unerträgliche Lücken im Strafrechtsschutz vor. Auch die Richtigkeit dieses Arguments gegen die strenge Wortlautlösung hing jedoch von der Auslegung des Merkmals »Besitz« ab. Schon für den Schulfall der Leichenfledderei bedeutet dies: Tote haben zwar mangels natürlichem Beherrschungswillen keinen Gewahrsam und § 857 BGB verschafft den Erben unstrittig nicht die für die Gewahrsamsbegründung notwendige tatsächliche Herrschaft über die Sache. Dies mußte allerdings nicht zu einer Strafbarkeitslücke führen. Daß der fiktive Erbenbesitz und alle Formen mittelbaren Besitzes die Strafbarkeit nicht begründen konnte, ergab sich vielmehr wiederum erst aus der h.M.¹⁸, die »Besitz« i.S.d. § 246 StGB a.F. nicht im zivilrechtlichen Sinne der §§ 854 ff. BGB auslegte, sondern gleichbedeutend mit »Gewahrsam«. Erst die Negation einer eigenständigen Bedeutung des Besitzerfordernisses bei § 246 StGB a.F. im Verhältnis zum Gewahrsamserfordernis führte also zur Konsequenz der Straflosigkeit. Daß das Abstellen auf den Wortlaut einer Norm eine im Sinne der Entwurfsbegründung erhebliche Auslegungsschwierigkeit sein soll, ist aber nicht einsichtig.

¹⁵ So *Kreß*, NJW 1998, 633 (640).

¹⁶ *Bockelmann*, BT I (2. A. 1982), § 4 II 1 (S. 36); *SKStGB-Samson*, § 246 StGB, Rdnr. 17; *Weber in Arzt/Weber*, LH 3 (2. A. 1986), Rdnr. 258; *Tenckhoff*, JuS 1984, 775 (777); *Ranft*, JA 1984, 277 (286); *Seilmann*, JuS 1985, 699 (700).

¹⁷ *Küper*, ZStW 106 (1994), 354 (379). Zustimmung auch *Duttge/Fahnenschmidt*, ZStW 110 (1998), 884 (892).

¹⁸ Seit *RGSt* 37, 198 (200). S. *Ranft*, JA 1984, 277 (285); *Hohmann/Sander*, BT I (1998), Rdnr. 9.

In den Begründungen finden sich allerdings neben dem pauschalen Hinweis auf Auslegungsschwierigkeiten keine ins einzelne gehenden Überlegungen zur Bedeutung des § 25 II StGB und des Merkmals »Besitz«¹⁹. Auch in der Begründung der Beschlüsse des Rechtsausschusses finden sich zu Nr. 43 des Entwurfs keine Detailerörterungen oder gar Bedenken. Zwar hat der Rechtsausschuß in seiner 100. Sitzung am 12. November 1997²⁰ die Entwürfe beraten und als Grundlage dafür schon in der 88. Sitzung am 4. Juni 1997 eine öffentliche Anhörung zu dem Gesetzentwurf auf Drucksache 13/7164 durchgeführt. Doch auch in dieser Anhörung regte sich kein Widerspruch gegen die Neuregelung, die von *Hohmann/Sander*²¹ als der wohl tiefste Eingriff des 6. StrRG im Besonderen Teil charakterisiert wird.

Angehört wurden vier Staatsanwälte, zwei Richter am Bundesgerichtshof, ein Landgerichtspräsident, zwei Strafverteidiger (*Kempf* und *Widmaier*) und ein Hochschullehrer (*Sack*), der seinen Forschungsschwerpunkt in der Kriminologie hat und seine Stellungnahme folgendermaßen einleitet: „Als empirischer Kriminologe sind mir Fragen (...) der rechtsdogmatischen Ästhetik weniger zugänglich, als dies die Handschrift des Gesetzentwurfs eigentlich verlangt“²². Auf 128 Seiten Stellungnahmen der geladenen Sachverständigen findet sich zur Neufassung in dem Beitrag der Staatsanwältin²³ der Satz: „Die Neufassung der Vorschrift überzeugt aus den in der Begründung angeführten Argumenten“ und im Resümee des LOStA²⁴ ein lakonisches „Zu begrüßen“. Auch in der Stellungnahme des Strafrechtslehrer-Arbeitskreises finden sich zur Neuregelung des objektiven Deliktstatbestands von § 246 StGB keine Detailausführungen²⁵. All dies kann nur denjenigen verwundern, der den Glauben an die wissenschaftliche Beratung im Strafgesetzgebungsverfahren noch nicht verloren hat. Der „Schweinsgalopp“²⁶, in dem das 6. StrRG verabschiedet wurde, wird daher völlig zu Recht beklagt²⁷.

Die beiläufige Oberflächlichkeit der Entwurfsbegründung wird hier nur noch durch die argumentative Schlichtheit des Strafbarkeitslücken-Arguments überboten, das in einem auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip verpflichteten fragmentarischen Strafrecht denkbar schwach ist²⁸. Auf die Auswirkungen dieser Versäumnisse wird noch zurückzukommen sein.

2. Die kleine berichtigende Auslegung und das Strafbarkeitslückenargument

¹⁹ Zu Recht kritisch daher *Duttge/Fahnenschmidt*, ZStW 110 (1998), 884 (886); *Rengier*, FS-Lenckner, 801 (805).

²⁰ *Prot. der 100. Sitzung v. 12.11.1997*, S. 37-52.

²¹ *Hohmann/Sander*, NStZ 1998, 273 (276).

²² *Prot. der 88. Sitzung v. 4.6.1997*, Anlagen, S. 42.

²³ *Gold-Pfuhl*, *Prot. der 88. Sitzung v. 4.6.1997*, Anlagen, S. 84 (98).

²⁴ *Frenzel*, *Prot. der 88. Sitzung v. 4.6.1997*, Anlagen, S. 116 (127).

²⁵ *S. Freund*, ZStW 1997 109 (1997), 455 (482).

²⁶ *Däubler-Gmelin*, *Sten. Prot.* 13/18438.

²⁷ Richtig *Wessels/Hettinger*, BT I (22. A. 1999), S. V („überfallartige Verabschiedung“) sowie *Radtke*, ZStW 110 (1998), 848 f.; *Rönnau*, JR 1998, 441 (442); *Lackner/Kühl* (o. Fn. 11).

²⁸ *Kempf* (o. Fn. 13); *Scheffler*, Jura 1993, 617 (624); 1996, 505 (509); *Verf.*, JA 1999, 98 (100 f.). A.A. wohl *Wolters*, JR 1998, 271.

Die ehemals h.M.²⁹, geläufig als kleine berichtigende Auslegung, nahm einen großzügigeren Standpunkt ein. Nach dieser Meinung war es für die Strafbarkeit nach § 246 StGB a.F. ausreichend, daß Gewahrsamerlangung und Zueignung uno actu erfolgten. Die praktische Relevanz des Meinungsstreites war jedoch begrenzt. Für die in der Lehrbuchkriminalität dominierenden Konstellationen der Fundunterschlagung ergaben sich zur engen Wortlautauslegung kaum Unterschiede. Denn »sich zueignen« ist nach - derzeit noch - überwiegender Ansicht³⁰ die Anmaßung einer eigentümerähnlichen Verfügungsmacht durch eine objektiv erkennbare Manifestation des Zueignungswillens in Bezug auf die Sache selbst oder den in ihr verkörperten Sachwert. Damit konnte in dieser Auslegung das schlichte Ergreifen einer Fundsache noch keinen Zueignungsakt darstellen. Die Binnendifferenzierungen zwischen weiten und engen Manifestationstheorien entbehrten daher weitgehend praktischer Relevanz. So würden die meisten das Ergreifen und Wegtragen der Fundsache richtigerweise noch nicht als Manifestation des Zueignungswillens werten und noch einen dazutretenden äußerlich auffälligen Akt fordern, also das prahlerische Herumzeigen der Sache als *se ut dominum gerere* oder ein Vorbeigehen am (geöffneten?) Fundbüro (§ 965 II BGB).

3. Die große berichtigende Auslegung und das Analogieverbot

Einen extremen Standpunkt nahm die große berichtigende Auslegung³¹ ein. In der umstrittenen Gesetzespassage sei danach gar kein Tatbestandsmerkmal des § 246 StGB a.F., sondern nur ein schlecht formuliertes Abgrenzungskriterium gegenüber § 242 StGB zu sehen. Mit ihm solle ausgedrückt werden, daß jede Zueignung ohne Gewahrsamsbruch Unterschlagung sei. In Wahrheit handele es sich bei § 246 StGB a.F. also um den Grundtatbestand des 19. Abschnitts, den der Gesetzgeber - systematisch verunglückt - nicht an dessen Beginn gestellt habe. Für die Tathandlung des § 246 StGB a.F. reiche also eine der Zueignung zeitlich nachfolgende Gewahrsamerlangung aus. Der h.M. ging dieses Auslegungskunststück freilich zu weit. Sie hielt dagegen, daß diese Auslegung beispielsweise auch die Veräußerung der von dem mittelbaren Besitzer verliehenen Sache an den Entleiher oder an einen Dritten (§§ 929 S. 2, 931, 870 BGB) in den Tatbestandsbereich des § 246 StGB a.F. hineinziehen würde. Dies könne nicht nur dort, sondern auch in den Fällen der Fundunterschlagung zu einem entmaterialisierten Zueignungsbegriff ohne Herrschaftsbeziehung führen. Der Tatbestand verliere seinen Charakter als Vermögensverschiebungsdelikt³². Dies bedeute eine Erweiterung des Straftatbestandes des § 246 StGB zu Ungunsten des Täters durch Umdeutung von Tatbestandsmerkmalen in bloße »Abgrenzungskriterien«. Hierin liege ein Verstoß gegen das Analogieverbot und die Garantiefunktion des

²⁹ BGHSt 4, 76 (77); 35, 152 (161); 40, 8 (22); S/S-Eser (25. A. 1997), § 246 StGB, Rdnr. 10; Tröndle (48. A. 1997), § 246 StGB, Rdnr. 10; Lackner/Kühl, § 246 StGB, Rdnr. 3.

³⁰ BGHSt 34, 309 (312); S/S-Eser, § 246 StGB, Rdnr. 11; LK-Ruß, § 246 StGB, Rdnr. 13.

³¹ Schmidhäuser, BT (2. A. 1983), 8/42; Welzel, StrafR (11. A. 1969), § 46 (S. 339 f.) und § 47 I b (S. 345).

³² Überzeugend Ranft, JA 1984, 277 (286).

Strafgesetzes, denen in Art. 103 II GG grundrechtsgleicher Rang (§ 93 I Nr. 4a GG) eingeräumt wird.

IV. Verfassungsrechtliche Topoi

Das 6. StrRG verzichtet nun auf das Erfordernis des Gewahrsams an der Sache zum Zeitpunkt der Tathandlung. Der eben dargestellte Streit soll daher fortan - jedenfalls auf den ersten Blick - nach dem Willen des Gesetzgebers für die Auslegung bedeutungslos sein. Von vielen wird daraus geschlossen, daß die große berichtigende Auslegung dadurch zum Gesetz gemacht worden sei³³. Dies trifft aber bei näherem Hinsehen aber noch nicht den Kern des Problems³⁴: Da die Unterschlagung fortan auch mit einem Diebstahl zusammentreffen kann - was sich nach der gesetzlichen Konzeption schon aus der Subsidiaritätsklausel ergibt -, geht die Neufassung sogar noch über die bisher als große berichtigende Auslegung bezeichnete Variante hinaus. Denn es gibt nunmehr eine tatbestandliche Schnittmenge zwischen beiden Tatbeständen, die mit der großen berichtigenden Auslegung gerade vermieden werden sollte³⁵. Damit muß Art. 103 II GG der zentrale verfassungsrechtliche Bezugspunkt für die Untersuchung der Neuregelung sein. Die Frage der Einhaltung des Bestimmtheitsgebots ist jedoch in der Literatur - soweit ersichtlich - bislang nur von *Noak*³⁶, der für § 246 StGB n.F. die „kaum noch gewährleistete Bestimmtheit im Sinne von Art. 103 II GG“ beklagt und auch von *Kudlich*³⁷ aufgeworfen³⁸, jeweils aber ohne weitere Diskussion im Ergebnis bejaht worden. Eine Ausnahme bilden bislang nur die verfassungsrechtlichen Ausführungen von *Duttge/Fahnenschmidt*^{38a}, die für eine verfassungskonforme Auslegung des § 246 StGB plädieren. Der Gesetzgeber hat jedenfalls - wie wiederum *Mitsch*³⁹ anmerkt - ohne rechten kriminalpolitischen Anlaß durch die Neuregelung „das Kind mit dem Bade ausgeschüttet“. Dies muß zusätzliche Zweifel an ihrer Verhältnismäßigkeit wecken.

1. Bestimmtheitsgebot

³³ *Wolters*, JZ 1998, 397 (399); *Lesch*, JA 1998, 474 (477); *Staechelin* (o. Fn. 13).

³⁴ S. etwa *Hohmann/Sander* (o. Fn. 18), Rdnr. 9; *dies.*, NSTZ 1998, 273 (276); *Duttge*, JZ 1998, 559; Richtig daher *Schlothauer*, Aktuelle Strafrechtsänderungen: Das 6. StrRG und das Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten (Typoskript Bremen 1998), S. 15 und *Mitsch*, JuS 1998, 307 (312).

³⁵ Richtig erkannt von *Hörnle*, Jura 1998, 169 (170); *Duttge/Fahnenschmidt*, ZStW 110 (1998), 884 (898 f.); *Dencker* (o. Fn. 3), Rdnr. 49; *Küper*, BT (2. A. 1998), S. 427.

³⁶ *Noak* (o. Fn. 35).

³⁷ *Kudlich*, JuS 1998, 468 (473) spricht zwar Art. 103 II GG an, äußert aber keine weiteren Bedenken.

³⁸ Auch *Mitsch* (o. Fn. 14), § 2 Rdnrn. 20 ff. plädiert für eine Restriktion durch Auslegung aufgrund »rechtsstaatlicher Erfordernisse«, benennt aber Art. 103 II GG nicht ausdrücklich.

^{38a} *Duttge/Fahnenschmidt*, ZStW 110 (1998), 884 (916).

³⁹ *Mitsch* (o. Fn. 14), § 2 Rdnr. 20.

Zunächst geht es daher um die Frage, ob der Rest-Tatbestand des § 246 StGB nach der „rigorosen Beseitigung von Strafbarkeitsvoraussetzungen“⁴⁰ noch bestimmt genug ist. Wenn von nur drei Merkmalen im objektiven Tatbestand (»Sache«, »Gewahrsam« und »sich zueignen«) eines wegfällt und damit das taugliche Tatobjekt keine weiteren Qualifikationen erfüllen muß, als beweglich zu sein und nicht im Eigentum des Täters zu stehen, führt diese Reform an Haupt und Gliedern nicht irgendwann dazu, daß ihr Produkt bis zur Unkenntlichkeit - eben Unbestimmtheit - verstümmelt wird? Ist das Delikt, das nun »Unterschlagung« heißt, überhaupt noch »die« hergebrachte Unterschlagung oder nicht doch eher ein *aliud* ganz neuer Prägung?⁴¹

(a) Verfassungsdogmatische Grundlagen

Normenklarheit und Tatbestandsbestimmtheit sind Konkretisierungen des Rechtsstaatsprinzips (Art. 20 III, 28 I GG). Danach muß eine Norm in ihren Voraussetzungen, ihrem Inhalt und ihrer Rechtsfolge so formuliert sein, daß die von ihr Betroffenen die Rechtslage erkennen und ihr Verhalten danach einrichten können⁴². Für die Bestimmtheit einer Strafnorm ist dabei in erster Linie der für den Adressaten erkennbare und verstehbare Wortlaut des gesetzlichen Tatbestandes maßgebend⁴³. Von diesem allgemein akzeptierten Postulat aus trennen sich allerdings die Wege zwischen verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung und Staatsrechtswissenschaft. Zwar schließt Art. 103 II GG die Verwendung auslegungsbedürftiger Begriffe in Strafnormen und deren richterrechtliche Konkretisierung sicherlich nicht aus⁴⁴. Der Karlsruher Prüfungsmaßstab setzt aber darüber hinaus sogar »Bestimmtheit« mit bloßer »Bestimmbarkeit« gleich. Denn auch im Strafrecht stehe der Gesetzgeber vor der Notwendigkeit, der Vielgestaltigkeit des Lebens Rechnung zu tragen. Wegen der Allgemeinheit und Abstraktheit von Strafnormen sei es unvermeidlich, daß in Grenzfällen zweifelhaft sein könne, ob ein Verhalten schon oder noch unter den gesetzlichen Tatbestand falle. In Grenzfällen sei auf diese Weise für ihn wenigstens das Risiko einer Bestrafung erkennbar⁴⁵. Gegen diese Beschränkung des Bestimmtheitsgebots auf die Funktion eines vagen Seismographen möglicher Strafbarkeit sind allerdings in der Literatur - zu nennen sind insbesondere die monographischen Untersuchungen von *Schünemann* und *Staechel*, aber auch zahlreiche Arbeiten *Nauckes* - mit Recht Bedenken erhoben worden⁴⁶.

⁴⁰ *Duttge*, JZ 1998, 559.

⁴¹ Ebenso *Duttge/Fahnenschmidt*, ZStW 110 (1998), 884 (887); *Hohmann/Sander*, NSZ 1998, 273 (276).

⁴² *BVerfGE* 21, 73 (79); 25, 269 (285); *BGHSt* 37, 226 (230 f.).

⁴³ *BVerfGE* 71, 108 (115); 85, 69 (78) - Diss. Vote *Seibert/Henschel*. Völkerrechtlich wird dies auch durch Art. 7 I EMRK eingefordert.

⁴⁴ Dies ist auch der Ausgangspunkt des - ansonsten der Senatsmehrheit nicht folgenden - Minderheitsvotums in der *Eilversammlungs*-Entscheidung *BVerfGE* 85, 69 (79) - Diss. Vote *Seibert/Henschel*.

⁴⁵ *BVerfGE* 92, 1 (12); 87, 209 (224); 71, 108 (115); 47, 109 (121).

⁴⁶ *Staechel*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat (1998), S. 220 ff.; *Schünemann*, Nulla poena sine lege? (1978), S. 7 ff.; *Naucke*, KritV 1990, 244 (253); *ders.* in: Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts (o. Fn. 1), S. 483 ff. (498); *ders.* in: Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?, Bd. I

Insoweit macht die ausdrückliche Zustimmung zum Ausgangspunkt des *BVerfG* die Ausführungen von *Duttge/Fahnenschmidt*^{46a} zur Neufassung des § 246 StGB - wenn auch im Ergebnis zutreffend - in der Begründung nicht recht nachvollziehbar. Denn schon dann, wenn der Bürger erkennen kann, daß die verbale Anmaßung von Eigentümerrechten bei § 246 StGB *irgendwie* strafbar sein kann, ist Art. 103 II GG nach den - unzutreffenden - höchstrichterlichen Vorgaben genügt.

Es gilt daher als Ergebnis festzuhalten, daß die im Anschluß an die Position des *BVerfG* vertretene Auslegung⁴⁷, welche Bestimmtheit nur noch als relative und näherungsweise Größe versteht oder gar als bloße Utopie transzendiert⁴⁸, das Substrat des Art. 103 II GG ohne sachlichen Grund im Wust wohlklingender, aber nichtssagender Hilfskonstruktionen auflöst. Der banale Hinweis auf die Vielgestaltigkeit der Lebensverhältnisse wird aber dem Sachproblem angesichts der Vielgestaltigkeit der Strafbestimmungen nicht mehr gerecht. Das Vollzugsdefizit, das die Rechtsprechung des *BVerfG* zu Art. 103 II GG hat entstehen lassen, kann nicht bedeuten, daß der Gesetzgeber aus den verfassungsrechtlich geforderten Bindungen entlassen werden darf. Wohin diese Fehlentwicklung der - wie *Süß*⁴⁹ konstatiert hat - faktischen Nichtgeltung des Art. 103 II GG führen kann, belegt gerade das 6. StrRG. Die in der Literatur erhobenen grundsätzlichen Einwände gegen die Sinnentleerung des Art. 103 II GG, der von der *magna charta* des Verbrechens zu einem Freibrief für den Gesetzgeber umdefiniert worden ist, überzeugen daher. Nimmt man im übrigen das Bestimmtheitsgebot begrifflich ernst, ist die Bestimmtheit in unserer Rechtssprache gerade nicht identisch mit bloßer Bestimmbarkeit. Somit ist als Ausdruck des Art. 103 II GG entgegen der Rechtsprechung des *BVerfG* nicht nur die Vorhersehbarkeit des generellen Bestrafungsrisikos (»Ob« der Bestrafung), sondern auch die Vorhersehbarkeit von Inhalt, Zweck und Ausmaß der Bestrafungsgrundlage (»Wie« der Bestrafung) zu fordern.

(b) Dezisionsgebot

Nicht nur der Bürger muß beide Voraussetzungen konkretisierten können. Es muß auch objektivrechtlich sichergestellt werden, daß *nur* der Gesetzgeber über die Strafbarkeit entscheidet⁵⁰. Würde die Entscheidung über die Strafbarkeit eines Verhaltens allein der rechtsprechenden Gewalt überlassen, so wäre dies unvereinbar mit dem Prinzip, daß die Entscheidung über die Beschränkung von Grundrechten oder über die Voraussetzung einer Beschränkung dem Gesetzgeber und nicht den anderen staatlichen Gewalten obliegt (Wesentlichkeitstheorie)⁵¹. In der zweiten

(1998), S. 156 ff. (167 ff.); *Süß* in: Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts (o. Fn. 1), S. 207 ff. (214); *Müller-Dietz*, FS-Lenckner (1998), 179 (191 f.).

^{46a} *Duttge/Fahnenschmidt*, ZStW 110 (1998), 884 (916 mit Fn. 199).

⁴⁷ *Appel*, Verfassung und Strafe (1998), S. 528 ff.; *Krahl*, Das Bestimmtheitsgebot in der Rechtsprechung des BVerfG und des BGH (1986), S. 269; *Jakobs*, AT, 4/25; *SKStGB-Rudolphi*, § 1 StGB, Rdnr. 13.

⁴⁸ *Schmidhäuser*, GS-Martens (1987), 231 (238 ff.).

⁴⁹ *Süß* (o. Fn. 46), S. 215.

⁵⁰ Vgl. *BVerfGE* 92, 1 (12); 87, 209 (224); 71, 108 (114); 47, 109 (120).

⁵¹ *BVerfGE* 33, 303; 45, 400 (417); 47, 46 (78); 58, 257 (268); *VerfGH NRW*, NVwZ-RR 1994, 158 (159). Ausführlicher *Herzog* in: Maunz/Dürig, Art. 20

Sitzblockadenentscheidung⁵² heißt es dazu zusammenfassend: „Der Gesetzgeber *hat* also zu entscheiden, ob und in welchem Umfang er ein bestimmtes Rechtsgut, dessen Schutz ihm wesentlich (und notwendig) erscheint, gerade mit den Mitteln des Strafrechts verteidigen will“. Daraus folgt also eine Pflicht des Gesetzgebers (»hat«), über das »Ob« und das »Wie« der strafrechtlichen Sanktion zu entscheiden. Man kann dies als ein verfassungsrechtliches *Dezisionsgebot* begreifen. »Entscheidung« in diesem Sinne kann aufgrund der verfassungsrechtlichen Zieldefinition in Art. 103 II GG also nur einen Willensakt meinen, der dazu führt, daß der Normunterworfenen die Grenzen des Strafrisikos *innerhalb der konkreten Norm* vorhersehen kann. Aus dem Gewaltenteilungsprinzip ergibt sich daher - wie es *Gösse*⁵³ in Bezug auf das 6. StrRG an anderer Stelle bereits eingefordert hat - eine *Pflicht zur eindeutigen Strafgesetzgebung*. Führt erst eine über den erkennbaren Wortsinn der Vorschrift hinausgehende »Interpretation« zu dem Ergebnis der Strafbarkeit eines Verhaltens, so darf dies nicht zu Lasten des Bürgers gehen: „Insoweit muß sich der Gesetzgeber beim Wort nehmen lassen“⁵⁴. Dieses Dezisionsgebot hat Konsequenzen für die Auslegung des § 246 StGB n.F., denn hier läßt es der Reformgesetzgeber ja gerade an Worten fehlen. Wo es aber kaum Tatbestandsvoraussetzungen gibt, der Wortsinn also selbst nach Laienart mangels Auslegungsmaterial nicht feststellbar ist, wird jede Auslegung zwangsläufig zur Interpretation. Die Entscheidung für die Vagheit kann also nicht kommentarlos hingenommen werden, auch wenn die vielbeklagte Flucht in die Generalklauseln ein Zeichen moderner Strafgesetzgebung ist⁵⁵. Bemüht man sich um Konkretisierung, fällt allerdings auf, daß schon die gesetzliche Überschrift »Unterschlagung« nicht mehr zum Resttatbestand paßt⁵⁶. Die amtliche Überschrift gehört aber zumindest zur Tatbestandsperipherie, denn der gesamte auslegungsfähige Normgehalt erschließt sich erst aus Überschrift *und* Rechtstext. Der Inhalt dieses Gesamttatbestandes unterliegt daher jedenfalls dann den Bindungen des Art. 103 II GG, wenn der Wortlaut der Strafnorm selbst so offen ist wie bei § 246 StGB n.F.

Daß der Gesetzgeber nicht gezwungen ist, seinen Vorschriften Überschriften zu geben, bedeutet also auch nicht, daß Überschrift und Text nichts miteinander zu tun haben müßten. Verwiesen sei hier auf den vergleichbaren Fall im Rahmen deliktischer Staatshaftung bei der Erteilung von Auskünften. Nach st. Rspr.⁵⁷ muß auch ohne eine ausdrückliche Auskunftspflicht die Auskunft dann, *wenn* sie erteilt wird, unmißverständlich, vollständig und - vor allem - richtig sein.

Die Auswirkungen dieser Fehlentscheidung durch Nicht-Entscheidung zeigen sich schon im

GG, Rdnr. 12; *Schmidt-Aßmann* in: Handbuch des Staatsrechts, (Hrsg.) *Isensee/Kirchhof*, Bd. I (1987), § 24 Rdnr. 55.

⁵² *BVerfGE* 92, 1 (13) (Hervorh. v. *Verf.*); ebenso *BVerfGE* 71, 108 (115).

⁵³ S. Tagungsbericht *Dietmaier*, ZStW 110 (1998), 393 (408).

⁵⁴ *BVerfGE* 71, 108 (116) und ebenso *BVerfGE* 47, 109 (121).

⁵⁵ S. *Verf.* (o. Fn. 12), S. 76.

⁵⁶ Ähnlich auch *Noak* (o. Fn. 35), Rdnr. 7; *Hohmann/Sander* (o. Fn. 41).

⁵⁷ *BGH*, VersR 1964, 316 (317); VersR 1970, 711 (712); VersR 1987, 50 ff.

Fall 1: A ist eine wertvolle Taube zugeflogen. A glaubt, B sei der Eigentümer. Eigentümer ist aber in Wahrheit C. A ruft bei B an und macht ein Kaufangebot, weil er das Tier, das sich inzwischen an seine neue Umgebung gewöhnt hat, behalten möchte. B erklärt sich einverstanden. A zahlt.

Ist dies eine »Unterschlagung«? Trotz fehlenden Gewahrsams hat B spätestens mit der Annahme des Geldes seinen Zueignungswillen manifestiert. »Sich zueignet« hat er den spezifischen Sachwert des Tieres. Das Einverständnis des B ist aber nur ein psychischer Vorgang, nämlich eine bewußte Zustimmung ohne Herrschaftsbeziehung zur Sache. Solche psychischen Vorgänge sind typisch für Bereicherungs- und Absichtsdelikte. Ohne den Konnex der Unterschlagung zur tatsächlichen Lage verflacht § 246 StGB n.F. daher zum bloßen Bereicherungsdelikt. Dann wiederum wäre die Vorschrift im 19. Abschnitt, der sich mit Delikten gegen das Rechtsgut Eigentum befaßt, ein Systembruch. Der Vorgang im Fall 1 ist nämlich auch für den strafrechtlichen Laien genau da, was es auch für den Strafruristen sein sollte: Betrug, und zwar durch zumindest konkludentes Vorspiegeln der Eigentümereigenschaft, wobei der Vermögensschaden in der fehlenden Möglichkeit der Eigentumsverschaffung an dem abhandengekommen Tier des C zu sehen ist. Es entstehen also auch keine Strafbarkeitslücken. So auch im

Fall 2⁵⁸: A hat von B einige Golfschläger entliehen und verleiht diese an den Anfänger C weiter. C findet gefallen am Golfspiel. C hält A für den Eigentümer und bietet ihm DM 1000,- für das Schlägerset an. A ist einverstanden und steckt das Geld ein.

Auch hier müßte wieder § 246 I StGB n.F. eingreifen, obwohl der A im Zeitpunkt der Zueignungshandlung keinen Gewahrsam hatte⁵⁹. Was aber nach dem umgangssprachlichen Wortsinn des Begriffes »unterschlagen« wird, sind die DM 1.000,-. Doch an diesen ist mangels Fremdheit keine Unterschlagung möglich, § 935 II BGB. Diese zivilrechtliche Wertung umgeht § 246 StGB n.F. Eine solche Entscheidung, die dem Prinzip »Einheit der Rechtsordnung« widerspricht, wäre nur dann hinnehmbar, wenn sich der Gesetzgeber diese Konsequenz vor Augen geführt hätte. Daran fehlt es. Was - wie oben - bleibt, ist ein Betrug durch Unterlassen gegenüber C. Bei einer anderen Auslegung würde § 246 I StGB n.F. von einem klassischen Eigentumsdelikt zu einem „umfassenden Bereicherungsdelikt, das jegliche Bereicherung durch bloß verbale Anmaßung rechtswidrigen Besitzes unter Strafe stellt“⁶⁰. § 246 StGB n.F. hat aber nicht die Überschrift »unberechtigte« oder gar »ungerechtfertigte Bereicherung« erhalten. Nur diese - oder eine ähnlich weit gefaßte - Bezeichnung würde aber das »Wie« der Bestrafung für den Strafrechtsunterworfenen vorhersehbar machen. Dies untermauert auch der in der Ausgangskonstellation nochmals zugespitzte

⁵⁸ Ähnlich der Fall bei *Lesch*, JA 1998, 474 (477).

⁵⁹ Ein anderes Ergebnis hätte man auch in § 246 StGB a.F. nur über den mittelbaren »Besitz« als relevante Beziehung zum Tatobjekt erreichen können (§§ 868, 598 ff. BGB). Dies wurde aber von der h.M. abgelehnt, s.o. III. 1.

⁶⁰ *Otto*, Jura 1998, 550 (552).

Fall 3⁶¹: B fragt A, ob er das Haustier des C haben möchte. A kennt das Tier nur von zufälligen Begegnungen mit C auf der Straße, möchte es aber trotzdem haben. Das Haustier ist auch noch im Haushalt des C. B macht auch keine Anstalten, an diesem Zustand etwas zu verändern. A willigt ein und verspricht, DM 100,- zu zahlen.

Zwar hat B hat schon durch das Angebot seinen Zueignungswillen im Sinne der traditionellen Theorien manifestiert. Aber nach der tatsächlichen Lage ergibt sich nicht einmal im Ansatz eine Gefahr für das Rechtsgut der Eigentumsdelikte. Bestraft würde nur noch der böse Wille des B, ohne daß dieser bei dessen Äußerung die Sache in Gewahrsam hat. Auch der Rechtsgedanke des § 1006 BGB, der auf die tatsächliche Lage abstellt, wäre damit trotz der Einheit der Rechtsordnung im Strafrecht auf einmal bedeutungslos. Eigentum und Besitz (bzw. Gewahrsam) wären entkoppelt. Eine Bestrafung dieses Vorgangs als »Unterschlagung« wäre daher nicht nur befremdlich⁶² und strafrechtsdogmatisch unhaltbar⁶³, sondern auch verfassungsrechtlich extrem zweifelhaft, weil der Gesetzgeber seine Dezision im Normtext oder den Begründungen nicht einmal angedeutet hat.

(c) Widerspruchsfreiheit

Art. 103 II GG verpflichtet den Gesetzgeber zudem, die Voraussetzungen der Strafbarkeit so konkret zu umschreiben, daß Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände zu erkennen sind und sich durch Auslegung ermitteln lassen⁶⁴. Doch gerade der Anwendungsbereich des § 246 StGB n.F. wird durch seine neue Subsidiaritätsklausel nicht klarer, sondern verworrener. Die bisher vorhandenen Probleme der Auslegung in den Fällen der Zweitueignungen eines bereits durch ein spezielleres Zueignungs- oder Vermögensdelikt erlangten Gegenstandes sind durch sie nicht behoben⁶⁵. Schon für den Fall der Erstueignung durch Unterschlagung in betrunkenem Zustand (§ 20 StGB), aber auch für den Fall der verjährten Erstunterschlagung bleibt die Streitfrage nach wie vor aktuell, denn die erste Unterschlagung ist dann nicht mit »schwererer«, sondern mit gar keiner Strafe bedroht. Für die Fälle der Teilnahme an der Zweitunterschlagung gilt jedenfalls dann nichts anderes, wenn die Erstueignung gerade durch eine Unterschlagung stattfand. Der Streit⁶⁶ zwischen der Tatbestandslösung der Rechtsprechung und der Konkurrenzlösung der Literatur muß hier also nach wie vor entschieden werden. Die Regelung der Subsidiaritätsklausel ist - wie *Otto*⁶⁷ zu Recht bemerkt hat - „grob sachwidrig“. Dies könnte man freilich noch unter der - verfassungsrechtlich weitgehend neutralen - Rubrik des »mißglückten« Gesetzes verbuchen.

⁶¹ Ähnlich auch die Fälle bei *Hohmann/Sander* (o. Fn. 41); *Hörnle*, Jura 1998, 169 (170); *Duttge/Fahnenschmidt*, ZStW 110 (1998), 884 (909); *Dencker* (o. Fn. 3), Rdnr. 52; *Mitsch* (o. Fn. 14), § 2 Rdnr. 29.

⁶² *Hohmann/Sander* (o. Fn. 41).

⁶³ So richtig *Dencker* (o. Fn. 3), Rdnr. 53; *Mitsch* (o. Fn. 14), § 2 Rdnr. 19.

⁶⁴ *BVerfGE* 87, 209 (223 f.); 80, 244 (256 f.); 71, 108 (114); 47, 109 (120).

⁶⁵ *Küper* (o. Fn. 35), S. 427. A.A. *Dencker* (o. Fn. 3), Rdnr. 49 (wie hier dann aber in Rdnr. 57).

⁶⁶ *Zusf. LK-Ruß*, § 246 StGB, Rdnr. 11 m.w.N.

⁶⁷ *Otto*, Jura 1998, 550 (551). Zurückhaltender *Murmann*, NStZ 1999, 14 (15 f.).

Die Ungereintheit der Subsidiaritätsklausel hat aber auch Konsequenzen für die tatrichterliche Praxis. Da fortan kein strenges Alternativitätsverhältnis zwischen Diebstahl und Unterschlagung mehr besteht, wird - anders als bisher - bei einem *non liquet* bezüglich der Wegnahme keine echte Wahlfeststellung mehr möglich sein. Hiernach war bisher in den Fällen reiner Tatsachenalternativität zugunsten des Täters, bei dem die Sache aufgefunden wurde, Unterschlagung anzunehmen, denn Diebstahl und Unterschlagung standen nach zutreffender und herrschender Ansicht in einem echten Stufenverhältnis⁶⁸. Dies ergab sich bereits aus dem zusätzlichen Erfordernis des Gewahrsamsbruchs in § 242 StGB. Nunmehr haben § 242 StGB und § 246 StGB aber einen Bereich, in dem Tatbestandsalternativität denkbar ist. Wird die Sache also beim Beschuldigten gefunden, läßt sich dieser aber nicht zu ihrer Herkunft ein, kommen neben hehlerischem Erwerb nunmehr sowohl Diebstahl als auch Unterschlagung in Betracht. Dann hängt die Bestrafung nach der geläufigen Formel⁶⁹ von der rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit der Tatbestände des § 242 StGB und des § 246 StGB ab. Die Beantwortung dieser Frage ist offen. Man könnte einerseits versuchen, wegen der Subsidiaritätsklausel weiterhin von einem Stufenverhältnis auszugehen. Die Folge wäre, daß eine Verurteilung nur aus § 246 StGB möglich ist⁷⁰. Ebenso gut könnte man dagegen halten, daß § 246 StGB n.F. viel umfassender als § 242 StGB die Strafbarkeit bei der Zueignung fremder Sachen zu regeln versucht. Das entspräche dem in der Entwurfsbegründung hervorgehobenen Charakter als Auffangtatbestand, woraus sich konsequenterweise auch die Qualität des § 246 StGB als Grundtatbestand aller Zueignungsdelikte ableiten ließe. § 242 StGB wäre daher eine echte tatbestandliche Qualifikation zu § 246 StGB n.F. Dagegen kann sicher nicht die systematische Stellung des § 246 StGB hinter § 242 ins Feld geführt werden. Eine solche Systematik ficht die Rechtsprechung in ihrem Verständnis des § 253 StGB als Grundtatbestand im Zwanzigsten Abschnitt ebensowenig an wie die Literatur im Sechzehnten Abschnitt bei § 212 StGB. Soweit also die Entwurfsbegründung Spezialität von § 242 StGB zu § 246 StGB ausdrücklich verneinen möchte, findet diese Erwägung in der Systematik der beiden Tatbestände keine *zwingende* Begründung⁷¹. Die Konsequenz daraus müßte sein, den Täter wegen Diebstahls als dem Delikt mit den »höheren« Strafbarkeitsvoraussetzungen (Gewahrsamsbruch) zu verurteilen. Dieses Ergebnis wäre aber keinesfalls überzeugend, weil § 242 StGB die härtere Strafandrohung gegenüber § 246 StGB n.F. hat. Auch diese Widersprüche bei der Wahlfeststellung, die ja ihrerseits unter dem Vorbehalt des Art. 103 II GG steht und wegen des Prinzips formeller Gerechtigkeit nur behutsam gehandhabt werden darf, lassen damit

⁶⁸ Tröndle, § 1 StGB, Rdnr. 14; S/S-Eser, § 1 StGB, Rdnr. 89. A.A. BGHSt 25, 182 (184); 16, 184 (187).

⁶⁹ BGHSt 1, 327 (328); 9, 390 (393); 15, 266 (267);

⁷⁰ So Küper (o. Fn. 35), S. 428 und wohl auch Mitsch (o. Fn. 14), § 2 Rdnr. 70, der allerdings nur die Wahlfeststellung zwischen § 289 StGB und § 246 StGB diskutiert.

⁷¹ So auch Lesch (o. Fn. 58). Differenzierend Murmann, NSTZ 1999, 14 (15 f. mit und nach Fn. 14).

durchgreifende Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit des § 246 StGB n.F. zu.

(d) Legitime und illegitime Gründe

Die Anforderungen des rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebotes sind um so strenger, je intensiver der Grundrechtseingriff ist, wobei der verfassungsrechtlich gebotene Grad der Bestimmtheit von der Besonderheit des jeweiligen Tatbestandes und von den Umständen abhängt, die zu der gesetzlichen Regelung führen⁷². Im Sinne dieser verfassungsrechtlichen Forderung hat wiederum *Staechelin*⁷³ die Unterscheidung zwischen legitimen und illegitimen Gründen für die Unbestimmtheit des Straftatbestandes präzisiert. So mögen Lebensbereiche denkbar sein, in denen die mit der Unbestimmtheit einhergehende Flexibilität und situative Offenheit unverzichtbar sind. Begründet werden kann diese Offenheit der Rechtssprache mit dem notwendigen Wirklichkeitsbezug des Strafrechts. Der ohnehin schon umfassende strafrechtliche Eigentumsschutz, der durch die Vermögensdelikte zur einen Seite hin ebenso flankiert wird wie durch die zivilrechtlichen Ausgleichsmechanismen zur anderen Seite hin, ist aber kein solcher Bereich. Keine akzeptable Begründung für die Neukriminalisierung ist daher insbesondere die Furcht vor vergleichsweise harmlosen Strafbarkeitslücken⁷⁴. Diese Lücken sind - wie schon gezeigt wurde - im Bereich des § 246 StGB a.F. nicht nur für die Praxis des Strafverfahrens weitgehend unbedeutend, sondern durch eine allgemein akzeptierte Tatbestandsauslegung ohne Not zu bewältigen. So sind nunmehr im Gefolge der Aufhebung von angeblichen Strafbarkeitslücken in Randbereichen und im Bereich der Lehrbuchkriminalität (Fundunterschlagung, Leichenfledderei)⁷⁵ Kernbereiche des alten Unterschlagungstatbestandes jeglicher Tatbestandsrestriktion enthoben. Hinzu kommt eine zweite Überlegung. Gerade weil der Gesetzgeber sich *bewußt* sogar noch über die Grenzen der in der strafrechtlichen Literatur seit jeher mit Blick auf Art. 103 II GG kritisierten großen berichtigenden Auslegung hinweggesetzt hat, hat er auch das damit eingegangene Risiko der Verfassungswidrigkeit der Neuformulierung in Kauf nehmen müssen. Die notwendige Konsequenz: „Diese vom Gesetzgeber *verschuldete* Unklarheit darf nicht zu Lasten des Normadressaten gehen“⁷⁶.

2. Verhältnismäßigkeit

(a) Erforderlichkeit

In engem Zusammenhang damit steht auch eine zweite Beschränkung, der der Gesetzgeber unterworfen ist⁷⁷. Es ist zwar grundsätzlich seine Sache zu

⁷² *BVerfGE* 86, 288 (310); 75, 329 (342); 59, 104 (114);

⁷³ *Staechelin* (o. Fn. 46), S. 222 ff. S. vorher bereits *Süß* (o. Fn. 46), S. 215 ff. und *Jakobs*, AT, 4/25 (Hervorh. v. *Verf.*): „Ferner ist bei den Deliktstypen des BT *unnötige* Unbestimmtheit zu vermeiden. Läßt sich eine relativ ungenaue Regelung genauer bestimmen, so muß die genauere Variante gewählt werden“.

⁷⁴ *Staechelin* (o. Fn. 46), S. 223.

⁷⁵ S. o. III. 2.

⁷⁶ *BVerfGE* 85, 69 (79) - Diss. Vote *Seibert/Henschel* (Hervorh. v. *Verf.*). S. auch *BVerfGE* 75, 329 (341); 47, 109 (121); *BVerfG*, NJW 1987, 3175.

⁷⁷ Den engen Zusammenhang zwischen Bestimmtheitsgebot und ultima ratio-Prinzip hat zuletzt *Staechelin* (o. Fn. 46), S. 227 betont.

entscheiden, ob er die sich aus einer möglichen Strafbarkeitslücke ergebende Lage bestehen lassen oder eine neue Regelung schaffen will⁷⁸. Was gilt aber für den Fall, daß es gar keine Strafbarkeitslücke gab? Für eine solche Regelung besteht nicht nur kein Bedürfnis, sie ist konsequenterweise überhaupt nicht erforderlich⁷⁹. Wegen der vorherrschenden kleinen berichtigenden Auslegung und der Flankierung durch die Vermögensdelikte waren von vornherein eine Vielzahl von Zweifelsfällen der Straflosigkeit entzogen. Daß hier unerträgliche Strafbarkeitslücken aufgetreten wären, hat aber schon den Reformgesetzgeber der sechziger Jahre letztlich nicht überzeugen können. Auch in dem von der Gesetzesbegründung bemühten Fall der Stasi-Postplünderungen war das zentrale Problem nicht das Gewahrsamerfordernis, sondern die Frage der Strafbarkeit der Drittzueignung bei nicht unmittelbar vermögensrelevanten Handlungen zugunsten Dritter. Die gleichzeitig mit dieser Ausweitung erfolgte Auflösung der Tatbestandssituation wiegt hier aber um so schwerer, weil das Delikt dadurch vollends zerfasert. Wenn also *Rengier*⁸⁰ die Reform des § 246 StGB auf den Nenner bringt, sie sei „nicht unbedingt notwendig, aber sinnvoll“, bestätigt letztlich nur, daß nicht das Verfassungsrecht vage ist, sondern seine Rezeption in der Strafrechtswissenschaft: Jede Strafnorm, die - auch unter Beachtung der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers - nicht erforderlich ist, verdient leider nur das Prädikat verfassungswidrig.

(b) Angemessenheit

Aus dem Rechtsstaatsprinzip und der Abwehrfunktion der Grundrechte ergibt sich das allgemeine Verhältnismäßigkeitsprinzip staatlicher Eingriffe. Dies entspricht nicht nur der st. Rspr. des *BVerfG*⁸¹, sondern hat auch in der Strafrechtsprechung des *BGH*⁸² eine lange Tradition. Wegen des in der Androhung, Verhängung und Vollziehung von Strafe zum Ausdruck kommenden Unwerturteils kommt daher dem Übermaßverbot als Maßstab für die Überprüfung einer Strafnorm besondere Bedeutung zu⁸³. Das Strafrecht wird nur als ultima ratio des Rechtsgüterschutzes eingesetzt, wenn ein bestimmtes Verhalten über sein Verbotensein hinaus in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen

⁷⁸ *BVerfGE* 71, 108 (116); 47, 109 (124). In *BVerfGE* 47, 109 (124) heißt es sogar: „Es ist Sache des Gesetzgebers zu entscheiden, ob er die sich daraus ergebende Lage bestehen lassen oder ob er die Regelung durch eine *bessere* ersetzen will“ (Hervorh. v. *Verf.*). Legte man tatsächlich die Meßlatte der *besseren* (also nicht nur empirisch wirksameren und rechtsstaatlich vernünftigeren, sondern auch gesetzestechnisch gelungeneren) Regelung an, wären weitere Erörterungen zu § 246 StGB n.F. freilich kaum mehr erforderlich.

⁷⁹ Zu den Begriffen *Pestalozza*, *JZ* 1998, 1039 (1044).

⁸⁰ *Rengier*, FS-Lenckner, 801 (809).

⁸¹ Besonders deutlich *BVerfGE* 7, 198 (208); 35, 202 (223 f.).

⁸² *BGHSt* 19, 221 (225); 23, 208 (211 f.); 26, 298 (304); 28, 275 (282); 33, 16 (18); 34, 218 (221).

⁸³ *BVerfGE* 92, 277 (326); 90, 145 (185); *Lüderssen* in: *Modernes Strafrecht und ultima ratio-Prinzip*, (Hrsg.) *Lüderssen/Nestler-Tremel/Weigend* (1990), S. 11; *Sax* in: *Die Grundrechte*, (Hrsg.) *Bettermann/Nipperdey/Scheuner*, 3. Bd., 2. Teilbd. (1959), 909 (919 ff.).

unerträglich, seine Verhinderung daher besonders dringlich ist⁸⁴. Gerade an dieser verfassungsrechtlich entscheidenden Stelle verbirgt sich ein weiterer Widerspruch. Nach den Begründungen zum 6. StrRG⁸⁵ ging es dem Gesetzgeber gerade darum, die elementaren Rechtsgüter Leben und Freiheit gegenüber dem Eigentumsschutz zu stärken. Was er mit § 246 StGB erreicht hat, ist aber gerade umgekehrt, das Rechtsgut Eigentum nunmehr mit einem Rundumschutz ausgestattet zu haben. Selbst nach den in *BVerfGE* 39, 1 entwickelten Anforderungen an eine staatliche Bestrafungspflicht ist diese Wertung des Gesetzgebers völlig unverständlich. Denn dort wurde das ultima ratio-Prinzip ja gerade wegen der Verabsolutierung der Lebensschutzverpflichtung zurückgefahren⁸⁶. Die Anforderungen an die staatliche Schutzpflicht sind aber um so höher, je höher der zu schützende Rechtswert in der Wertordnung des Grundgesetzes zu verorten ist⁸⁷. Für das unstreitig deutlich *unter* diesem »Verfassungshöchstwert« rangierende Rechtsgut Eigentum ist also selbst diese - anfechtbare - Begründung der Schutzpflichtenlehre gegen den Gesetzgeber ins Feld zu führen. Die unsinnigen Konsequenzen des verabsolutierten Eigentumsschutzes belegt auch der abschließende

Fall 4: Das im Fall 3 angebotene Haustier befindet sich noch im Gewahrsam des C. Der exzentrische C bewahrt das Tier in seinem unterirdischen Privatzoo (dem nutzlos gewordenen »Regierungsbunkers« bei Bonn) auf. Nach menschlichem Ermessen ist es ausgeschlossen, daß ein Unbefugter - selbst mittels Atomwaffen - dort eindringen könnte.

Nach dem Wortlaut des § 246 StGB kommt es auf die Unmöglichkeit der Verletzung des Eigentumsrechts des C nicht an - ein unhaltbares Ergebnis⁸⁸. Fall 4 zeigt auch, daß bei der neuen Fassung für einen untauglichen Versuch kaum mehr Raum bleibt, sieht man von den Fällen der fehlenden Fremdheit der Sache einmal ab. Die Wertung des § 30 II StGB, der nur den Versuch von Verbrechen betrifft, wird unterlaufen. Zudem wird die Rücktrittsmöglichkeit extrem eingeschränkt. Auch dies „unterläuft die Gerechtigkeitssymmetrie des Allgemeinen Teils des StGB“⁸⁹.

V. Notwendigkeit verfassungskonformer Auslegung

Es zeigt sich also, daß § 246 StGB n.F. wegen Verstoßes gegen das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 II GG und das rechtsstaatliche

⁸⁴ *BVerfGE* 88, 203 (258); *Prittwitz* in: Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts (o. Fn. 1), S. 387 ff. (393); *Gusy*, ZRP 1985, 291 (295); *H.-L. Günther*, JuS 1978, 8 (11); *SKStGB-Rudolphi*, vor § 1 StGB, Rdnr. 14; *Roxin*, AT I (3. A. 1997), § 2 Rdnr. 28 f.; *Jäger*, Klug-FS I, (Hrsg.) *G. Kohlmann* (1983), S. 83 ff. (89). Die Gegenposition hat zuletzt *Appel* (o. Fn. 47), S. 539 ff., 597 formuliert, der diese Frage primär dem Politischen und nicht dem (Verfassungs-) Rechtlichen zurechnet.

⁸⁵ *BT-Drucks.* (o. Fn. 6), S. 1.

⁸⁶ Zur Schutzpflichtenlehre *Pietrzak*, JuS 1994, 748; *H. H. Klein*, DVBl. 1994, 489 (496) und *E. Klein*, NJW 1989, 1633.

⁸⁷ *BVerfGE* 39, 1 (42); *di Fabio*, VerwArch 1995, 214 (221).

⁸⁸ Vgl. auch *Mitsch* (o. Fn. 14), § 2 Rdnr. 21.

⁸⁹ *Nestler* in: Betäubungsmittelstrafrecht (1998), § 11 Rdnr. 357 zum Parallelproblem bei § 29 I Nr. 1 BtMG sowie *Duttge/Fahnenschmidt*, ZStW 110 (1998), 884 (907 ff.). *A.A. Rengier*, FS-Lenckner, 801 (807).

Verhältnismäßigkeitsprinzip nicht mit der Verfassung vereinbar ist. Eine gesetzliche Regelung ist nach ständiger Rechtsprechung des *BVerfG*⁹⁰ allerdings nur dann verfassungswidrig, wenn keine nach anerkannten Auslegungsgrundsätzen zulässige und mit der Verfassung zu vereinbarende Auslegung möglich ist. Lassen der Wortlaut, die Entstehungsgeschichte, der Gesamtzusammenhang der einschlägigen Vorschriften und deren Sinn und Zweck mehrere Deutungen zu, von denen jedenfalls eine zu einem verfassungsgemäßen Ergebnis führt, so ist eine Auslegung geboten, die mit dem Grundgesetz in Einklang steht⁹¹. Selbst eine teleologische Reduktion entgegen dem Wortlaut gehört zu den insoweit anerkannten Auslegungsgrundsätzen. Ist andererseits eine verfassungskonforme Auslegung möglich, dann kommt es auch nicht darauf an, ob dem Willen des Gesetzgebers die weitergehende, dem Grundgesetz nicht entsprechende Auslegung eher entsprochen hätte⁹². Nach den Vorstellungen der Verfasser⁹³ sollte das 6. StrRG im wesentlichen drei Ziele verfolgen, nämlich die mit dem Verbrechensbekämpfungsgesetz eingeleitete Harmonisierung (lies: Erhöhung⁹⁴) der Strafraumen des Strafgesetzbuches fortsetzen, im Zuge dieser »Harmonisierung« Strafvorschriften ergänzen und neu fassen, um dadurch den Strafschutz zu verbessern und die Rechtsanwendung zu erleichtern und entbehrlich gewordene Strafvorschriften aufheben. Selbst nach dem Willen des Gesetzgebers ging es also nicht um eine ausnahmslose Kriminalisierung, sondern nur um eine Verbesserung des Strafrechtsschutzes. Gerade diese Verbesserung steht unter dem Vorbehalt des Verfassungsrechts. Richtig ist daher der Hinweis, „daß es für den Bedeutungsgehalt einer Norm nicht auf ihren Wortlaut und den subjektiven Willen des Gesetzgebers, wie er in der Entwurfsbegründung zum Ausdruck kommt, allein ankommen kann, sondern (daß) (...) vor allem logisch-systematische und teleologische Kriterien heranzuziehen (sind)“⁹⁵. Ein Grundsatz »im Zweifel wie der Entwurf« existiert also nicht⁹⁶. Damit eröffnen sich zwei Auswege für die verfassungskonforme Auslegung des § 246 I StGB.

1. Objektivierte Auslegung der Zueignungskomponente

Die erste Möglichkeit ist, über die Objektivierung des Zueignungsbegriffs zu einer verfassungskonformen Tatbestandsrestriktion zu kommen⁹⁷. Der Gewahrsam an der Sache müßte also in dem Zueignungserfordernis aufgehen. Wie diese Objektivierung im Detail zu bewerkstelligen ist, ist

⁹⁰ *BVerfGE* 96, 64 (93); 93, 37 (81); 88, 145 (166); 83, 201 (214 f.); 69, 1 (55).

⁹¹ *BVerfG*, NJW 1997, 2230 f.; *BVerfGE* 92, 158 (183); 90, 263 (275); 88, 145 (166); 54, 277 (299 f.); 35, 263 (279 f.). Zur verfassungskonformen Auslegung der Strafraumenbestimmungen des 6. StrRG auch *Calliess*, NJW 1998, 929 (935).

⁹² *BVerfGE* 93, 37 (81); 9, 194 (200)

⁹³ *BT-Drucks.* (o. Fn. 85). S. dazu bereits *BT-Drucks.* 12/6853, S. 26.

⁹⁴ Richtig *Wolters*, JZ 1998, 397; *ders.*, JuS 1998, 582 (585); *Staechelin*, StV 1998, 98 (101 ff.).

⁹⁵ *H. Schäfer*, DRiZ 1997, 168 (169).

⁹⁶ *S/S-Eser*, § 1 StGB, Rdnr. 46.

⁹⁷ S. dazu bereits o. Fn. 3 sowie - im Wege verfassungskonformer Interpretation - auch *Duttge/Fahnenschmidt*, ZStW 110 (1998), 884 (916 ff.).

jedoch derzeit noch nicht ausgemacht⁹⁸. Zudem ist auch die Wortlautdifferenz zwischen der subjektivierten Formulierung des kupierten Erfolgsdelikts des § 242 StGB und der Formulierung des § 246 StGB wohl nicht so groß, daß eine *rein* objektive Auslegung ohne Konflikt mit der Wortlautgrenze des § 246 StGB zu bewerkstelligen wäre.

2. Ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal „(in Besitz oder) Gewahrsam“

Die zweite Variante verfassungskonformer Auslegung ist daher vorzugswürdig: Der Gesetzesanwender hat »(in Besitz oder) Gewahrsam« weiterhin als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des § 246 I StGB zu lesen. Der Sache nach beschreitet *Otto*⁹⁹ einen ähnlichen Weg, wenn er als Strafbarkeitsvoraussetzung eine „*unmittelbar* besitzändernde Verfügung“ fordert. Denn eine solche Verfügung setzt ja gerade voraus, daß durch eine tatsächliche Einwirkungsmöglichkeit auf das Tatobjekt eine Änderung des *status quo ante* eintritt. Einen ähnlichen Vorschlag hat *Mitsch*¹⁰⁰ unterbreitet, der sich am früheren Gesetzestext orientieren will und dazu rät, das Gewahrsamserfordernis in den neuen Tatbestand „hineinzudenken“. Der Unterschied zur hier vertretenen Auffassung ist, daß der Vorgang des Hineindenkens nicht - wie es die Formulierung *Mitschs* nahelegt - optional ist, sondern auf verbindlichen verfassungsrechtlichen Vorgaben beruht. Die Existenz ungeschriebener Merkmale ist für die Strafrechtsdogmatik kein Neuland. Der prominenteste Fall im Besonderen Teil ist sicherlich die ungeschriebene Tatbestandsvoraussetzung der »Vermögensverfügung« in § 263 StGB¹⁰¹. Weitere Konstellationen, viele strittig oder im Grenzbereich zur teleologischen Reduktion sind beispielsweise

- die »Vermögensverfügung« in §§ 253, 255 StGB¹⁰²
- die besondere Zweckrichtung des »sich bemächtigen« in §§ 239a, b StGB¹⁰³
- »schutzbereit« bei der Beschreibung der Person in § 252 StGB¹⁰⁴
- »Leistungsfähigkeit« des Unterhaltspflichtigen in § 170 I StGB¹⁰⁵
- »Wie ein Richter« in § 336 StGB¹⁰⁶
- »Täuschung« bei der Gebührenübererhebung in § 352 StGB¹⁰⁷

Dagegen ließe sich freilich einwenden, daß in diesen Fällen - anders als bei § 246 StGB n.F. - der Gesetzgeber das entsprechende Merkmal vorher nicht ausdrücklich gestrichen habe. Aber der Unterschied, ob der Gesetzgeber ein Merkmal bewußt zu eliminieren versucht oder eine in der Rechtsprechung und Literatur gefestigte Auffassung zur Existenz eines Merkmals durch

⁹⁸ Umfassende Nachw. bei *Basak* (o. Fn. 4).

⁹⁹ *Otto* (o. Fn. 60).

¹⁰⁰ *Mitsch* (o. Fn. 14), § 2 Rdnr. 20.

¹⁰¹ *U. Seibert*, NStZ 1988, 30 (31); *H. Schneider*, NStZ 1987, 123 (126); S/S-Cramer, § 263 StGB, Rdnr. 54 (auch mit Nachw. zur Gegenauffassung).

¹⁰² S/S-Eser, § 253 StGB, Rdnr. 8; *Tröndle*, § 253 StGB, Rdnr. 11 gegen *BGHSt* 14, 386 (390); 25, 222 (228); *Lüderssen*, GA 1968, 257 (268).

¹⁰³ *BGHSt (GrS)* 40, 350 (355); S/S-Eser, § 239a StGB, Rdnr. 13a.

¹⁰⁴ S/S-Eser, § 252 StGB, Rdnr. 6.

¹⁰⁵ *S. Tröndle*, NJW 1995, 3009 (3017 f.).

¹⁰⁶ Vgl. *OLG Bremen*, NStZ 1986, 120.

¹⁰⁷ *RGSt* 77, 122 (123); *BayObLG*, NStZ 1990, 129 (130)

Nichteinbeziehung dieser Norm in seine Reformvorhaben mittelbar bestätigt, ist nur gradueller, nicht typologischer Natur. So geht man allgemein von der Möglichkeit eines konkludenten Bestätigungswillens des Gesetzgebers (etwa im Hinblick auf vorkonstitutionelles Recht) aus, dessen Umfang im Einzelfall durch Auslegung geklärt werden muß¹⁰⁸. Auch insofern ist legitimierbar, daß auf die verfassungsrechtlich problematische Neufassung eines Tatbestands mit der konsequenten Fortführung der bisherigen Linie reagiert wird. Erinnerung sei nur an die Kontroverse zu § 25 Nr. 2 GVG, wo entgegen der h.M.¹⁰⁹ nach einem ernstzunehmenden Teil der Literatur und Rspr.¹¹⁰ trotz Streichung des Merkmals »Sache von minderer Bedeutung« durch das Rechtspflegeentlastungsgesetz dieses Erfordernis immer noch geprüft werden muß. Auch § 246 StGB a.F. lieferte sachgerechte, rechtsstaatlich „sensiblere“¹¹¹ Ergebnisse. Dabei sollte es bleiben.

¹⁰⁸ *BVerfGE* 29, 39 (42 f.); 25, 25 (26 f.); 11, 126 (129); 6, 55 (65).

¹⁰⁹ *OLG Köln*, *NStZ-RR* 1996, 178; *OLG Hamm*, *StV* 1995, 182; *StV* 1996, 300; *Neuhaus*, *StV* 1995, 212 (213); *Rieß*, *NStZ* 1995, 376 (377); *Böttcher/Mayer*, *NStZ* 1993, 153 (157); *R. Fischer*, *NJW* 1996, 1044.

¹¹⁰ *H. Schäfer*, *DRiZ* 1997, 168 (169); *Bachem*, *NStZ* 1996, 207; *Fuhse*, *NStZ* 1995, 165 (167); *Hohendorf*, *NJW* 1995, 1454 (1456); *Siegismund/Wickern*, *wistra* 1993, 136 (137) sowie *AG Höxter*, *MDR* 1994, 1139. Auch *BGH*, *NJW* 1997, 204 hat in diese Kontroverse nicht eingegriffen.

¹¹¹ *Noak* (o. Fn. 35), *Rdnr.* 8 a.E.