

Strafrechtliche Abhandlungen

Neue Folge · Band 33

**Zueignungsdelikte
und Eigentümerinteresse**

Von

Dr. Burkhard Rheineck



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

BURKHARD RHEINECK

Zueignungsdelikte und Eigentümerinteresse

Strafrechtliche Abhandlungen · Neue Folge

Herausgegeben von Dr. Eberhard Schmidhäuser
ord. Professor der Rechte an der Universität Hamburg

In Zusammenarbeit mit den Strafrechtslehrern der deutschen Universitäten

Band 33

Zueignungsdelikte und Eigentümerinteresse

Von

Dr. Burkhard Rheineck



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

**Zur Aufnahme in die Reihe empfohlen
von Prof. Dr. E. Samson, Kiel**

**Alle Rechte vorbehalten
© 1979 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1979 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65
Printed in Germany
ISBN 3 428 04324 3**

Vorwort

Die vorliegende Arbeit hat dem Fachbereich Rechtswissenschaften der Christian-Albrechts-Universität Kiel im Mai 1977 als Dissertation vorgelegen. Sie ist danach noch einmal überarbeitet und auf den Stand vom 1. 12. 1977 gebracht worden; teilweise konnten noch jüngere Erscheinungen berücksichtigt werden.

Ich bedaure, daß es wegen der sonst allzu zahlreichen Änderungen nicht mehr möglich war, die Neuauflage (19. Aufl.) des Kommentars von *Schönke/Schröder* einzuarbeiten. *Eser* hat in dieser Neuauflage die in den Voraufgaben befürwortete großzügige Materialisierung des Eigentumsschutzes etwas zurückgenommen und muß damit heute für einige Fallgestaltungen einer „gemäßigeren“ Meinungsgruppe zugeordnet werden. Mit Ausnahme dieser leichten Verschiebung ist das Grundmuster der Argumentation aber identisch geblieben.

Viele haben mir bei der Anfertigung der Arbeit geholfen; ihnen allen danke ich herzlich. Ganz besonders verpflichtet fühle ich mich aber Herrn Prof. Dr. E. Samson und meiner Frau.

Herr Prof. Dr. E. Samson hat die Arbeit nicht nur als „Doktorvater“ weit über das Übliche hinaus gefördert — er hat das Thema angeregt und stand in jeder Phase der Bearbeitung uneingeschränkt für Besprechungen und Hilfestellungen zur Verfügung. Er war darüberhinaus der Rechtslehrer, von dem ich seit vielen Jahren die entscheidenden Anregungen und Kenntnisse für meine gesamte juristische Ausbildung erhalten habe.

Meine Frau hat mir — trotz ihrer eigenen Dissertation — immer wieder über „tote Punkte“ hinweggeholfen und mich in jeder Weise tatkräftig unterstützt. Ihre selbstlose und nachhaltige Hilfe hat maßgeblich zur Entstehung dieser Arbeit beigetragen.

Herrn Prof. Dr. Schmidhäuser danke ich für die Aufnahme in die Reihe der Strafrechtlichen Abhandlungen, der Dr.-Bagge-Gedächtnisstiftung für ihren großzügigen Druckkostenzuschuß.

Burkhard Rheineck

Kiel, im November 1978

Inhaltsverzeichnis

ERSTER TEIL

Einleitung: Grundlagen der Untersuchung

Erster Abschnitt

Der Gegenstand der Abhandlung und die Ursachen seiner Problematik	13
A. Das Wesen der Vertretbarkeit	14
B. Die Struktur des strafrechtlichen Eigentumsschutzes	14

Zweiter Abschnitt

Der Gang der Untersuchung	15
---------------------------	----

ZWEITER TEIL

Darstellung und Kritik der bisherigen strafrechtlichen Ansätze zur Lösung des Problems der Zueignung vertretbarer Sachen

Erster Abschnitt

Die problematischen Fallgestaltungen	17
--------------------------------------	----

Zweiter Abschnitt

Kritischer Bericht über die bisherigen Lösungen der Problemsachverhalte	19
A. Die Fälle des gleichzeitigen eigenmächtigen Austauschs vertretbarer Sachen	19
I. Allgemeiner Überblick über den Meinungsstand und Bildung von Meinungsgruppen	19
1. Die Lehren vom formalen Eigentumsschutz	20
2. Die Lehren vom materialisierten Eigentumsschutz	21
a) Die generalisierenden Ansichten	21
b) Die differenzierenden Ansichten	21
II. Der Meinungsstand im einzelnen	23
1. Die Lehren vom materialisierten Eigentumsschutz	23
a) Die generalisierenden Ansichten	23

aa)	Der Eigentumsschutz als summenmäßiger Vermögensschutz	23
bb)	Der Austausch vertretbarer Sachen als bloßes furtum usus	25
cc)	Die Lehre von der Wertsummenzueignung	26
dd)	Die Lehre von der dinglichen Sonderstellung des Geldes	29
b)	Die nach dem Einzelfall differenzierenden Ansichten	31
aa)	Die Unrechtsbegrenzung durch den Schutzzweck der Norm	31
bb)	Das Korrektiv durch die modifizierte „mutmaßliche Einwilligung“	34
2.	Die Lehren vom formalen Eigentumsschutz	36
B.	Die Fälle der Zueignung vertretbarer Sachen bei Ersatzfähigkeit und -willigkeit	40
I.	Allgemeiner Überblick über den Meinungsstand; Gemeinsamkeiten und Unterschiede im Vergleich zu den Fällen des gleichzeitigen Austauschs	40
II.	Der Meinungsstand im einzelnen	41
1.	Die Lehren vom materialisierten Eigentumsschutz	41
a)	Die generalisierenden Ansichten	41
b)	Die differenzierenden Ansichten	42
aa)	Die Schutzzwecklehre	42
bb)	Die Theorie der modifizierten „mutmaßlichen Einwilligung“	42
2.	Die Lehren vom formalisierten Eigentumsschutz	44
C.	Die Fälle der Vermischung und Vermengung vertretbarer Sachen und die einseitige Teilung der Gesamtbestände	46
I.	Die besondere Problematik dieser Fallgruppe	46
II.	Kritischer Bericht über den Meinungsstand	48
1.	Der Meinungsstand nach der herrschenden Lehre und nach der Wertsummentheorie	48
2.	Die Meinung <i>Gleispachs</i>	49
D.	Die Fälle der eigenmächtigen Befriedigung einer Gattungsforderung	50
I.	Einführung in die Problematik dieser Fallgruppe	50
1.	Das Verhältnis von Vertretbarkeit und Gattungsbestimmtheit	51
2.	Die Grundentscheidung für eine Limitierung des Eigentumsschutzes durch schuldrechtliche Verpflichtungen	52
3.	Die eigenmächtige Forderungsbefriedigung bei Diebstahl und Unterschlagung	53
II.	Die Selbsthilfefälle	53
1.	Darstellung des Meinungsstandes	53
a)	Die zwischen Spezies- und Gattungsansprüchen differenzierenden Ansichten	53

Inhaltsverzeichnis	9
b) Die Lehren der Gleichstellung von Spezies- und Gattungsansprüchen	54
2. Kritik der Meinungen	56
a) Das Argument aus §§ 242, 986 BGB	56
b) Die angebliche Bedeutungslosigkeit der Auswahlbefugnis	57
c) Die Argumente aus dem Normzweck des § 243 BGB	58
d) Das Argument aus dem Normzweck der Zueignungsdelikte	60
e) Die Inkonsistenzen der zwischen Spezies- und Gattungsanspruch differenzierenden Ansicht	61
f) Gesamtergebnis; Leitlinien der eigenen Lösung	62
III. Die Behandlung der Aufrechnungsfälle	62
1. Die Ansicht der Rechtsprechung und der herrschenden Lehre	62
2. Die Ansicht <i>Jaguschs</i> und <i>Heimann-Trosiens</i>	64

DRITTER TEIL

Die gesetzsgeschichtliche Entwicklung der Zueignungsdelikte

Erster Abschnitt

Ziel des Überblicks über Entstehungs- und Reformgeschichte der Zueignungsdelikte	66
--	----

Zweiter Abschnitt

Grundzüge der Gesetzesgeschichte der Zueignungsdelikte	67
A. Der „animus lucri faciendi“ im Römischen Recht	67
B. Der „animus lucri faciendi“ im Gemeinen Recht	68
C. Diebstahl und Unterschlagung in den Partikulargesetzbüchern	68
D. Die Entwicklung von Diebstahl und Unterschlagung in Preußen	71
E. Diebstahl und Unterschlagung im StGB für den Norddeutschen Bund und im RStGB	73
F. Diebstahl und Unterschlagung in den Reformbewegungen bis 1938 ..	76
G. Diebstahl und Unterschlagung in den Reformen nach dem 2. Weltkrieg	79

Dritter Abschnitt

Schlußfolgerungen aus dem historischen Überblick	80
A. Konsequenzen aus dem Streit um die Bereicherungsnatur der Zueignungsdelikte — Die Funktion der „Rechtswidrigkeit“ der Zueignung	80
B. Das Problem einer formalisierten Tatbestandsfassung	82
C. Das Rechtsgutverständnis des historischen Gesetzgebers	82

VIERTER TEIL

Die Behandlung des Geldes im Zivilrecht*Erster Abschnitt*

Einleitung	84
A. Gründe und Ziele der Untersuchung zur sachenrechtlichen Behandlung des Geldes	84
B. Einführung in die zivilrechtliche Problematik: Diskrepanz zwischen der Natur des Geldes und dem Prinzip der Sachzuordnung	86

Zweiter Abschnitt

Der Meinungsstand zur sachenrechtlichen Behandlung des Geldes	88
A. Die Meinung der Rechtsprechung und der herrschenden Lehre	88
B. Die Meinungen <i>Wolffs</i> und <i>Reinhardts</i>	89
I. Die Ansicht <i>Wolffs</i>	89
II. Die Ansicht <i>Reinhardts</i>	90
C. Die Meinung <i>Falcks</i>	92
I. Grundzüge der Argumentation	92
II. <i>Falcks</i> Argumentation im einzelnen	94
1. Das Auswechslungsrecht im Rahmen vertraglicher Geldherausgabeansprüche	94
a) Das Recht zur Ersatzherausgabe	94
b) Das Recht zur Ersatzaufbewahrung	95
c) Das Recht zur Vermengung und einseitigen Teilung	97
d) Das Recht zur vorzeitigen Rücknahme	98
e) Das Aufrechnungsrecht	99
f) Zusammenfassung	100
2. Das Auswechslungsrecht im Rahmen gesetzlicher Geldherausgabeansprüche	101
a) Obligatorische Herausgabeansprüche	101
b) Dingliche Herausgabeansprüche	102
III. Gesamtwürdigung der Ansicht <i>Falcks</i>	103
D. Die Lehre von der Wertvindikation	103
I. Die Meinung <i>Westermanns</i>	103
II. Die Meinung <i>Simitis'</i>	104
E. Die Lehren vom Aufbau einer neuen Geldrechtsordnung — Die Meinungen <i>Kasers</i> , <i>Wieackers</i> und <i>Brandts</i>	106

Inhaltsverzeichnis	11
--------------------	----

Dritter Abschnitt

Auswirkungen der Ansichten zur strafrechtlichen Behandlung des Geldes auf die strafrechtlichen Problemfälle	108
A. Überblick	108
B. Die Auswirkungen der Zivilrechtslehren auf die einzelnen strafrecht- lichen Fallgruppen	110
I. Geldwechselfälle	110
II. Anleihefälle	112
III. Fälle der einseitigen Teilung von Geldgemengen	112
IV. Aufrechnungsfälle	113
V. Zusammenfassung	113

Vierter Abschnitt

Bedenken gegen die Heranziehung der zivilrechtlichen Sonder- meinungen zur Lösung der strafrechtlichen Fallgruppen	114
A. Die Lückenhaftigkeit des zivilrechtlichen Ansatzes; Möglichkeiten seiner Fortentwicklung	115
I. Die Erstreckung des Wertdenkens auf alle vertretbaren Sachen	115
II. Das Wertdenken in den Fällen des Gewahrsamsbruchs	116
B. Die dogmatische Ableitung der zivilrechtlichen Sondermeinungen	118
C. Überlegenheit der zivilrechtlichen über die strafrechtlichen Lösungs- ansätze? — Ergebnis der Untersuchung über die Auflösbarkeit der strafrechtlichen Problematik durch das Zivilrecht	120

FÜNFTER TEIL

Die Entwicklung des eigenen Standpunkts

Erster Abschnitt

Problemanalyse	124
A. Die Zueignung vertretbarer Sachen in ihrer Abhängigkeit von der Ausgestaltung des Eigentumsschutzes	124
B. Die formale Ausgestaltung der Zueignungsdelikte im geltenden Recht	125
C. Die Problematik einer typisierenden Tatbestandsfassung	127

Zweiter Abschnitt

	Problemlösung	128
A. Die Grundzüge der Lösung		128
I. Das Rechtsgut der Zueignungsdelikte		129
II. Die inhaltliche Ausgestaltung des Eigentumsschutzes		132
III. Die konstruktive Verwirklichung des funktionalen Eigentums- schutzes		139
B. Die Lösung der einzelnen Fallgruppen		140
I. Die Fälle der Zueignung ohne Gewahrsamsbruch		140
1. Die Fälle des gleichzeitigen Sachaustauschs		141
a) Das Geldwechseln		141
b) Der Austausch (sonstiger) vertretbarer Sachen		145
2. Die Fälle der Ersatzfähigkeit und -bereitschaft		145
3. Die Fälle der Vermengung und einseitigen Teilung		147
a) Die Vermengung als Zueignungshandlung		148
b) Die einseitige Teilung als Zueignungshandlung		149
4. Die Zueignung vertretbarer Sachen durch den Inhaber einer auf gleichartige Sachen gerichteten Gegenforderung, insbeson- dere die Zueignung von Geld durch den Gläubiger einer Geld- forderung		150
II. Die Fälle der Zueignung unter Gewahrsamsbruch		153
1. Die Fälle des gleichzeitigen Sachaustauschs		153
2. Die Fälle der Wegnahme in Ersatzfähigkeit und -bereitschaft		155
3. Die Fälle der eigenmächtigen Befriedigung von Gattungsfor- derungen		156

SECHSTER TEIL

	Zusammenfassung der Ergebnisse und Schlußbetrachtung	159
Literatur- und Quellenverzeichnis		162

Erster Teil

Einleitung: Grundlagen der Untersuchung

Erster Abschnitt

Der Gegenstand der Abhandlung und die Ursachen seiner Problematik

„Sub specie Schutzbedürftigkeit“ sei der Unterschlagungstatbestand „kein idealer Tatbestand“, hat *Baumann*¹ geäußert und ist damit einer der zahlreichen Kritiker der Eigentumsdelikte². Ihr gemeinsamer Hauptvorwurf besteht darin, daß der in den Eigentumsdelikten begründete Formalschutz mit dem materiellen Schutzbedürfnis nicht deckungsgleich sei, m. a. W.: die Eigentumsdelikte erfaßten einerseits Fälle mangelnder Interessenverletzung und klammerten andererseits Fälle tatsächlicher Eigentumsbeeinträchtigung aus³.

Die vorliegende Arbeit will aus der erstgenannten Gruppe des möglicherweise zu weiten strafrechtlichen Schutzes die Fälle aufgreifen und erörtern, bei denen die besondere Art des Tatobjektes Ursache für die Inkongruenz zwischen Tatbestandsfassung und Strafbedürfnis zu sein scheint; gemeint ist die Zueignung vertretbarer Sachen, insbesondere die Zueignung von Geld.

Soweit derartige Sachen ersatzlos entzogen werden, ist die Strafwürdigkeit des Täters freilich nicht zweifelhaft: Das wirtschaftliche Potential des Opfers wird verkürzt, sein Vermögensbestand, „gegenständliche Gewährleistung personaler Entfaltung“⁴, wird reduziert und damit materielles Zueignungsunrecht verwirklicht.

¹ *Baumann*, Sicherungsrechte, S. 175.

² Vgl. insbes. die Kritik bei: *Hälschner*, Dtsch. Strafrecht, S. 295; *Bauer*, Diss., S. 213 ff., 226 ff.; *Gleispach*, Veruntreuung, S. 197 ff.; *Kohlrausch*, Vermögensverbrechen und Eigentumsverbrechen, S. 476 ff.; *ders.*, Schlegelberger-Festschr., S. 204; *Lammasch*, Diebstahl und Beleidigung, S. 5 ff., 14 ff.; *Lampe*, Eigentumsschutz, S. 63 ff., 74 f.; v. *Lilienthal*, ZStW 32, 1 ff. (15 ff.); *Merkel*, Diebstahl und Unterschlagung, S. 661 ff.; *Ternus*, Diss., S. 31 ff., 103 ff.; *Thode*, Unterschlagung, S. 12 ff.; vgl. auch *Prost*, Lange-Festschr., S. 436 f., der insbesondere auf die Schwierigkeiten bei der strafrechtlichen Behandlung des Geldes hinweist.

³ So *Gleispach*, Veruntreuung, S. 112 ff. (114, 116), 197 ff.; *Lamprecht*, Diss., S. 3 ff., 54 ff.; *Thode*, Unterschlagung, S. 12 - 23.

⁴ *Otto*, Struktur des Vermögensschutzes, S. 36, 61, 69 f.

Problematisch wird die Strafbarkeit einer Zueignung vertretbarer Sachen aber dann, wenn das Opfer gleichwertigen und -artigen Ersatz für den entzogenen Gegenstand erhält, wenn es sich also um Austauschsituationen handelt. Daß in derartigen Fällen Spannungen zwischen dem materiellen Strafbedürfnis und der formalen Tatbestandsbeschreibung aufzutreten drohen, erklärt sich aus dem Wesen der Vertretbarkeit einerseits und der Grundkonzeption des strafrechtlichen Eigentumsschutzes andererseits⁵.

A. Das Wesen der Vertretbarkeit

Die Vertretbarkeit im Sinne des § 91 BGB ist eine „am Handelsverkehr orientierte“⁶ Kennzeichnung, Vertretbarkeit ist eine „objektive Verkehrseigenschaft“⁷. Diese Eigenschaft besteht darin, daß vertretbare Sachen für den Verkehr als bloße „Repräsentanten einer quantitativ und qualitativ bestimmten Werteinheit“⁸ erscheinen; vertretbare Sachen interessieren lediglich als Gattungsträger, nicht als Einzelstücke. Sie haben ihre „Individualität abgestreift“⁹ und sind als bloße „Quantitäts-sachen“¹⁰ „in der Gesamtheit ihrer Art aufgegangen“¹¹. Vertretbarkeit bedeutet somit Ersetzbarkeit¹² und Austauschbarkeit¹³ für den Verkehr. Grund für diese Austauschbarkeit der vertretbaren Sachen ist das typischerweise eingeschränkte Sachinteresse: Es bezieht sich lediglich auf Art und Menge, nicht aber auf das Stück als solches. Für einen sinnvollen strafrechtlichen Eigentumsschutz könnte das bedeuten, daß der Entzug vertretbarer Sachen nur dann sanktioniert werden sollte, wenn er die gleichzeitige Verletzung von Quantitäts- und Qualitätsinteressen beinhaltet.

B. Die Struktur des strafrechtlichen Eigentumsschutzes

Demgegenüber knüpfen die Eigentumsschutztatbestände des geltenden Rechts nicht materiell an bestimmte Interessenverletzungen an, sondern formal an die Zueignung einer konkreten körperlichen Sache¹⁴.

⁵ Vgl. dazu *Gleispach*, Veruntreuung, S. 112 ff. (114 ff.).

⁶ *Larenz*, BGB AT, S. 244.

⁷ *Palandt / Heinrichs*, § 91 Anm. 1; *Gleispach*, Veruntreuung, S. 97.

⁸ *Thode*, Unterschlagung, S. 3; vgl. dazu auch *Geßler*, GA 10, 601; *Hälschner*, GA 15, 1 ff. (11); *Lindenau*, Diss., S. 34; *Ziethen*, Diss., S. 11 ff.

⁹ *Gleispach*, Veruntreuung, S. 102 Fußn. 10.

¹⁰ *Staudinger / Coing*, § 1 Anm. 1.

¹¹ *Ziethen*, Diss., S. 12.

¹² *Staudinger / Coing*, § 1 Anm. 1.

¹³ *Erman / Westermann*, § 91 Rdnr. 1.

¹⁴ *Jagus* in LK, 8. Aufl., vor § 242 Bem. B I 1; *Schönke / Schröder / Eser*, § 242 Rdnr. 4; *Gleispach*, Veruntreuung, S. 114 f.

Das Gesetz präsümiert also die Beeinträchtigung des Eigentümers, wenn nur die Zusammensetzung seines Vermögensbestandes eigenmächtig verändert wird. Eigentumsschutz ist damit im Grundsatz Bestandschutz; nicht erst die Verletzung der summenmäßigen Einheit „Vermögen“, sondern bereits der Angriff auf das Einzelstück ist poenalisiert¹⁵.

Damit erscheint folgerichtig jede Kompensation des Sachentzugs — selbst der Ausgleich durch gleichartige und gleichwertige Stücke — unter dem Gesichtspunkt des geltenden strafrechtlichen Eigentumsschutzes als irrelevant¹⁶. Dieser strenge Formalschutz mag dort berechtigt sein, wo sich an eine konkrete Sache Interessen knüpfen, die durch eine Ersatzleistung nicht aufgefangen würden. Er wird aber fraglich, wenn solche Interessen von vornherein nicht bestehen, dem Eigentümer vielmehr das ersatzweise erlangte Stück genauso viel oder wenig bedeutet wie das entzogene.

Die „Reibungen und Schwierigkeiten“¹⁷ bei der strafrechtlichen Beurteilung der Zueignung vertretbarer Sachen entstehen also daraus, daß die geltenden Eigentumsschutztatbestände an die Zueignung von konkreten Einzelstücken anknüpfen, während bei vertretbaren Sachen regelmäßig nur Quantitäts- und Qualitätsfaktoren bedeutsam sind, das Einzelstück also gerade wegen seines Mangels an „ausgeprägten Individualisierungsmerkmalen“¹⁸ nicht im Vordergrund steht.

Zweiter Abschnitt

Der Gang der Untersuchung

Die vorliegende Arbeit will in ihrem *Zweiten Teil* die einzelnen problematischen Fallgruppen der Zueignung vertretbarer Sachen herausarbeiten und sich sodann kritisch mit den bisherigen Vorschlägen zu ihrer Lösung auseinandersetzen. In einem *Dritten Teil* soll die Gesetzgebungs- und Reformgeschichte der Zueignungsdelikte verfolgt werden, um zum einen die Ursachen der heutigen Schwierigkeiten aufzudecken und um zum anderen Hinweise auf den Grad und die Art einer möglichen Funktionalisierung des Eigentumsschutzes zu gewinnen. Mit dem *Vierten Teil* wird sich ein Überblick über die unterschiedlichen zivilrechtlichen Ansichten zur sachenrechtlichen Behandlung vertretbarer

¹⁵ *Backmann*, Diss., S. 36; *Baumann*, JZ 1972, 2, 5; *Cramer*, Vermögensbegriff, S. 72 f.; *Gallas*, Eb.-Schmidt-Festschr., S. 401 ff. (402); *Hirschberg*, Vermögensbegriff, S. 20 f., 277 ff., 285 ff.

¹⁶ *Backmann*, Diss., S. 37 m. w. N. in der dort. Fußn. 14.

¹⁷ *Gleispach*, Veruntreuung, S. 116.

¹⁸ *Staudinger / Coing*, § 91 Anm. 1.