

Der Tatbestand des Diebstahls – Teil 2*

Von Prof. Dr. Jan Zopfs, Mainz

2. Subjektiver Tatbestand des § 242 Abs. 1 StGB

Subjektive Tatbestandsmerkmale des § 242 StGB

- *Vorsatz* bzgl. der Verwirklichung der objektiven Tatbestandsmerkmale
- *Zueignungsabsicht* als die Absicht einer zumindest vorübergehenden Aneignung und dem Willen zur dauernden Enteignung
- *Rechtswidrigkeit*¹ der beabsichtigten Zueignung
- *Vorsatz* hinsichtlich der Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung²

Im subjektiven Tatbestand ist die Zueignungsabsicht ein in Prüfungsarbeiten meist relevantes Merkmal, das in mehrfacher Hinsicht Fragen aufwirft. Warum bedarf es der Aufteilung in An- und Enteignungskomponente? Was ist Gegenstand der beabsichtigten Zueignung (Substanz oder Wert der Sache)? Wann lässt sich von einer Aneignung sprechen? Kommt eine Enteignung auch bei gewolltem Rückverkauf in Betracht?

a) Zur Funktion der Zueignungsabsicht im Diebstahlstatbestand

Der Diebstahl schützt als Eigentumsdelikt nicht das Vermögen (und damit den wirtschaftlichen Wert der Sache), sondern die Herrschaftsposition des Eigentümers über die Sache (die zwar meist einen wirtschaftlichen Wert hat, diesen für den *Eigentumschutz* aber nicht aufweisen muss). Die eigentumsrechtliche Beherrschung ist dabei nicht mit dem Gewahrsam an einer Sache gleichzusetzen; sie wird also allein durch die Wegnahme noch nicht nachhaltig angegriffen. Beim Diebstahl wird die *Eigentumsverletzung* erst durch die Zueignungsabsicht, also durch eine neben³ dem Wegnahmenvorsatz bestehende⁴ Intention des Täters deutlich. Er muss die

* Fortsetzung von ZJS 2009, 506 ff. (Teil 1).

¹ Die „Rechtswidrigkeit“ der beabsichtigten Zueignung ist ein objektives Merkmal (maßgeblich ist, ob – objektiv betrachtet – ein fälliger Übereignungsanspruch auf die wegzunehmende Sache besteht), das jedoch nur geprüft werden kann, wenn die Zueignungsabsicht bejaht wurde. Beim versuchten Diebstahl entfällt im Tatentschluss diese Prüfung; insoweit genügt es, dass der Vorsatz hinsichtlich der Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung zu bejahen ist.

² Da die Rechtswidrigkeit sich auf das Ziel der Absicht (also auf die Zueignung) bezieht, spricht man von der „Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung“ oder von der „Absicht rechtswidriger Zueignung“, nicht aber von „rechtswidriger Zueignungsabsicht“.

³ Da der Täter damit subjektiv nicht nur eine Verwirklichung des objektiven Tatbestandes anstreben, sondern darüber hinausgehend weitere Absichten haben muss, spricht man beim Diebstahl von einem Delikt mit *überschießender Innentendenz*.

⁴ Die Zueignungsabsicht muss zum Zeitpunkt der Wegnahme vorliegen. Ein Sinneswandel nach Wegnahmevollendung

Absicht haben, sich (oder einem Dritten) die Sache zuzueignen, sie also sich oder dem Dritten zuzuführen, damit er (oder der Dritte) anstelle des Eigentümers faktisch die Herrschaftsposition über die Sache einnehmen kann.

Diese beabsichtigte „Besetzung“ der Eigentümerstellung kommt in der sog. *Aneignungskomponente* der Zueignungsabsicht zum Ausdruck. Sie schließt den wahren Eigentümer über den Gewahrsamswechsel hinaus von den Herrschafts- und Bestimmungsmöglichkeiten über die Sache faktisch aus. Zugleich verdeutlicht sie den Unterschied zu dem Eigentumschutz, der durch die Sachbeschädigung (§ 303 StGB) geleistet wird. Während die Sachzerstörung bewirkt, dass niemand mehr eine faktische Eigentümerstellung an der Sache inne hat (da die Sache nicht mehr vorhanden ist), setzt die Zueignungsabsicht nicht nur einen (negativen) Ausschluss⁵ des Eigentümers, sondern eben auch die (positive) Besetzung dieser vakanten Herrschaftsposition voraus. Die Wegnahme eines Gegenstandes, der nur beschädigt, zerstört oder versteckt werden soll, führt deshalb nicht zur Strafbarkeit wegen Diebstahls, sondern kann (wenn die Beschädigung vollzogen wurde) nur als Sachbeschädigung bestraft werden. Der bloße Sachentzug ohne Beschädigung der Sache ist straflos.

Mit der beabsichtigten (positiven) Besetzung der Eigentümerposition ist die Zueignungsabsicht aber nicht vollständig beschrieben, da die Abgrenzung zur unbefugten Ingebrauchnahme damit nicht gelingt. Derjenige, der eine Sache gegen den Willen des Berechtigten in Gebrauch nimmt, wird diese häufig auch dem Berechtigten wegnehmen und dabei die Absicht haben, sie zu eigenen Zwecken wie ein Eigentümer zu nutzen. Diese Wegnahme mit Nutzungsabsicht stellt aber offensichtlich keinen Diebstahl nach § 242 StGB dar, sondern begründet nur – sofern es sich bei dem Tatobjekt um ein Kraftfahrzeug oder ein Fahrrad handelt – eine Strafbarkeit nach § 248b StGB. Da die Strafdrohung des § 248b StGB geringer als die des Diebstahls ist und der Tatbestand nur bestimmte Tatobjekte erfasst, folgt daraus zweierlei. Erstens: Wer ein Kfz nur unbefugt in Gebrauch nimmt, verwirklicht noch keinen Diebstahl.⁶ Zweitens: Wer andere Tatobjekte (als ein Kfz oder ein Fahrrad) nur unbefugt in Gebrauch nimmt, verwirklicht weder einen Diebstahl noch ist er strafbar nach § 248b StGB.⁷ Demzufolge muss der Diebstahl mehr als nur eine Wegnahme in Nutzungsabsicht sein, da diese entweder geringer oder gar nicht bestraft wird. Worin

(Täter bringt die Beute zurück) beeinflusst die Tatbestandsverwirklichung nicht mehr.

⁵ Der bei der Zueignungsabsicht allerdings nicht wie bei der Sachbeschädigung ein sachvernichtender Ausschluss ist.

⁶ Kein Diebstahl liegt auch hinsichtlich des verbrauchten Benzins vor (dieser Verbrauch ist schon von § 248b StGB mit umfasst); vgl. *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 56. Aufl. 2009, § 248b Rn. 11.

⁷ In Betracht kommt allenfalls noch eine Strafbarkeit aus § 290 StGB.

liegt aber dieses „Mehr“ für den Diebstahl, das für die unbefugte Ingebrauchnahme⁸ nicht erforderlich ist?

Nach ganz h.M. wird die Abgrenzung zur unbefugten Ingebrauchnahme (= Gebrauchsanmaßung) über das negative Element der gewollten *Enteignung* ausgedrückt: Die Herrschaftsposition des Eigentümers soll nicht nur durch einen anderen „besetzt“ werden (Aneignungskomponente). Hinzu kommen muss der Wille, dem durch die Besetzung von der Herrschaftsgewalt ausgeschlossenen Eigentümer die Ausübungsmöglichkeiten an der Sache dauerhaft vorzuenthalten. *Dauerhaft*⁹ muss die gewollte Enteignung sein, da nur damit die Verdrängung des Eigentümers aus seiner Herrschaftsposition durchgesetzt werden kann. Wer die Sache hingegen verwendet, um sie¹⁰ danach wieder dem Eigentümer zukommen zu lassen, respektiert das Eigentumsrecht des Berechtigten und greift dieses weniger intensiv an. Nun ließe sich zwar die nachhaltige Verdrängung des wahren Berechtigten auch dadurch gewährleisten, dass der Täter (oder ein Dritter) sich die Sache dauerhaft aneignen soll. Dann würde jedoch der meist sogar gewerbsmäßig begangene Diebstahl einer Sache, die weiterverkauft werden soll, aus dem Anwendungsbereich des § 242 StGB herausfallen, da eine dauerhafte Besetzung der Herrschaftsposition durch den Täter selbst nicht vorgesehen ist.¹¹ Zueignungsabsicht beim Diebstahl ist deshalb die

vom Täter gewollte¹² dauerhafte Verdrängung des Eigentümers aus seiner Herrschaftsposition über die Sache (Enteignungskomponente – näher dazu nachfolgend unter 3.) und die Absicht, sich selbst oder einen Dritten zumindest vorübergehend in diese faktische Eigentümerposition zu versetzen (Aneignungskomponente).¹³

Ist damit erklärt, weshalb die Zueignungsabsicht eine Aneignungs- und Enteignungskomponente voraussetzt, so ist für die konkrete Fallbearbeitung noch nicht viel gewonnen. Das zeigt der scheinbar einfache, bereits mehrfach besprochene¹⁴ Taschenbuch-Fall aus dem Jahre 1967:

Beispielfall 3:

A entnahm aus einem Regal im Warenhaus des W ein neues, noch ungelesenes Buch (Wert: 10,- €) und steckte es ein. Nach dem Verlassen des Warenhauses wurde A gestellt. Er behauptete (ohne dass ihm dies widerlegt werden konnte), dass er das Buch nur durchlesen und danach zurückbringen wollte. Hat A einen Diebstahl begangen?

Das für A fremde – da im Eigentum des W stehende – Buch befand sich im generellen Gewahrsam des W. Spätestens¹⁵ mit dem Verlassen des Geschäfts hob A diesen Gewahrsam auf und begründete neuen, eigenen Gewahrsam an dem Buch. Dies geschah auch gegen den Willen des W, so dass dessen Gewahrsam gebrochen wurde und A das Buch im Sinne des § 242 StGB weggenommen hat. Er handelte vorsätzlich, in Zueignungsabsicht jedoch nur, wenn er die Absicht hatte, sich selbst das Buch zumindest vorübergehend anzueignen, und mit dem Willen handelte, den Eigentümer auf Dauer zu

⁸ Unbefugte Ingebrauchnahme und Zueignung schließen sich nicht gegenseitig aus, vielmehr umfasst die Zueignung ggf. auch eine unbefugte Ingebrauchnahme. Letztere tritt dann als formell subsidiär – da ausdrücklich in § 248b Abs. 1 StGB so bestimmt – hinter dem mit schwererer Strafe bedrohten Zueignungsdelikt zurück, vgl. dazu auch *Küper*, Strafrecht, Besonderer Teil, 7. Aufl. 2008, S. 224 f. Allerdings setzt die Rechtsprechung (BGHSt 22, 45 ff.) für die Ingebrauchnahme im Sinne des § 248b StGB einen unbedingten Rückführungswillen voraus, so dass der Eindruck entsteht, dass der Rückführungswille bei der unbefugten Ingebrauchnahme und der für die Zueignungsabsicht erforderliche Wille zur Enteignung sich gegenseitig ausschließen. Sachlich will die Rechtsprechung mit dem Rückführungswillen aber nur deutlich machen, dass dieser einer Annahme des bedingten Vorsatzes hinsichtlich eines dauerhaften Ausschlusses des Eigentümers entgegensteht, vgl. auch *Eser*, in: Schönke/Schröder, Strafrecht, 27. Aufl. 2006, § 242 Rn. 64.

⁹ Anders *Otto*, Grundkurs Strafrecht, Besonderer Teil, 7. Aufl. 2005, § 40 Rn. 55 ff., der jedoch auf Aneignungsseite eine Nutzung als Eigenbesitzer (§ 872 BGB) voraussetzt und damit zu einer gewollten dauerhaften Verdrängung des Berechtigten gelangt.

¹⁰ Schwierig sind die Fälle, in denen die Sache in abgenutztem oder verändertem Zustand an den Eigentümer zurückgelangen soll. Handelt es sich dort noch um dieselbe Sache? Oder ist wegen des Wertverlusts, der Abnutzung oder des Funktionsverlusts der Sache insoweit eine Enteignung zu bejahen? Näher dazu im Text unter II. 2. c).

¹¹ Vorgesehen ist vielmehr nur eine vorübergehende Aneignung, die mit der Weiterverkaufshandlung endet.

¹² Insoweit genügt *dolus eventualis*, da nicht die Enteignungs-, sondern die Aneignungskomponente bei der Zueignungsabsicht im Vordergrund steht. Der Eigentumsangriff besteht primär nicht in der Schädigung oder dem Ausschluss des Eigentümers, sondern in der Inanspruchnahme („Besetzung“) der Herrschaftsposition an der Sache. Auf letzteres muss es dem Täter ankommen; insoweit bedarf es der Absicht. Ist dem Täter die „Neubesetzung“ der Herrschaftsposition gleichgültig und kommt es ihm nur darauf an, dass der Eigentümer nicht mehr auf die Sache zugreifen kann, so fehlt die Zueignungsabsicht, vgl. bei *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 31. Aufl. 2008, Rn. 150 ff.

¹³ H.M., vgl. *Küper* (Fn. 8), S. 481 f. oder *Schmitz*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafrecht, 1. Aufl. 2003, § 242 Rn. 108; beide m.w.N.

¹⁴ Z.B.: *Androulakis*, JuS 1968, 409; *Eser*, Strafrecht, Bd. 4, 4. Aufl. 1983, S. 23 ff.; *Fahl*, JA 2002, 649 (653). Vgl. auch *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 12), Rn. 182 und *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 10. Aufl. 2008, § 2 Rn. 61.

¹⁵ Da A das Warenhaus bereits verlassen hat, muss nicht beantwortet werden, ob er die Wegnahme schon mit dem Einstecken des Buchs vollendet hat. Wäre A hingegen von W nach dem Einstecken noch innerhalb des Warenhauses angesprochen worden und hätte A daraufhin Gewalt gegen W angewendet, so wäre der Zeitpunkt der Vollendung der Wegnahme genau zu bestimmen, um zwischen Raub (Gewalt zur Wegnahme) und räuberischem Diebstahl (Gewalt zur Beutesicherung) unterscheiden zu können.

enteignen. Liegt in dem beabsichtigten Lesen aber ein Aneignen? Und kann noch von einem Enteignungswillen gesprochen werden, wenn A das Buch nach dem Lesen zurückbringen wollte? (nach OLG Celle NJW 1967, 1921).

b) Zur Aneignungskomponente bei der Zueignungsabsicht

aa) Begriffsbestimmungen

Liegt im Beispielsfall 3 nun eine Aneignung, eine „Besetzung“ der Eigentümerposition des W vor? Regelmäßig wird die Aneignung durch die Wendung umschrieben, dass der Täter sich *wie ein Eigentümer gerieren*¹⁶ (benehmen) müsse. Damit ist jedoch kein aussagefähiges Kriterium gewonnen. Denn: In welcher Weise tritt der Eigentümer eines Buches beim Lesen desselben auf? Verhält er sich anders als ein Leser, der ein geliehenes Buch liest? Mit der Wendung „Aufreten wie ein Eigentümer“ ließe sich zudem die Vernichtung der Sache verbinden, da auch diese im Belieben des Eigentümers (§ 903 BGB) steht. Die Vernichtung der Sache ist aber keine Aneignung.¹⁷ Stellt man stattdessen (oder ergänzend) darauf ab, dass A die Eigentumsposition des W faktisch besetzen oder einnehmen müsse, so würde A zumindest durch das Lesen die von W ausgeübte Herrschaftsmacht nicht zwingend übernehmen. Denn dieser wollte das Buch nicht lesen, sondern es als neuwertiges Buch verkaufen. Mit der Rechtsprechung könnte man alternativ darauf abstellen, ob der Täter die Sache selbst oder ihren wirtschaftlichen Wert *dem eigenen Vermögen einverleiben* wollte.¹⁸ Ungeachtet der Fragen, ob die Substanz der Sache durch ihren wirtschaftlichen Wert (= Sachwert?) ersetzt werden kann und ob diese Ersetzung auf der Aneignungsseite überhaupt Relevanz beanspruchen kann,¹⁹ vermag auch diese Definition nicht zu überzeugen. Schon das Erfordernis der Einbeziehung der Sache in das Vermögen des Täters ist für die nähere Bestimmung der Merkmale eines Eigentumsdelikts eher irreführend.²⁰ Vor

allem aber hilft die Definition hier in der Sache nicht weiter, da durch bloßes Lesen eines Buches sich dieses substantiell nicht in das Vermögen des A überführen lässt. Man kann auch nicht sagen, dass A Aufwendungen aus seinem Vermögen erspart habe, die er sonst hätte vornehmen müssen, damit er das Buch lesen kann.²¹ Denn es ist nicht möglich, in zuverlässiger Weise den (zumal einmaligen) Lesewert eines Buches zu bestimmen, wenn das Buch möglicherweise auch in Leihbibliotheken unentgeltlich erhältlich ist.

bb) Aneignung als Nutzung zu eigenen Zwecken

Fragt man deshalb nach anderen aussagekräftigeren Kriterien zur Bestimmung der beabsichtigten Aneignung, so kann mit verschiedenen Stimmen aus dem Schrifttum²² im Ausgangspunkt darauf abgestellt werden, dass die Sache durch den Täter oder einen Dritten *zu eigenen Zwecken genutzt* werden soll. Demnach fehlt die Zueignungsabsicht mangels angestrebter Aneignung, wenn eine fremde Sache weggenommen wird, um sie zu vernichten oder dem Eigentümer nur vorzuhalten²³ (fehlende *Nutzung*). Gleiches gilt, wenn die weggenommene Sache zwar verwendet werden, diese Verwendung aber dem berechtigten Eigentümer zugute kommen soll²⁴ (keine *eigennützige* Nutzung). Andererseits liegt eine Nutzung zu eigenen Zwecken auch dort vor, wo die Sache nicht entsprechend ihrer typischen Bestimmung, sondern in zweckentfremdender Weise eingesetzt werden soll.²⁵

Allein das Erfordernis der beabsichtigten eigennützigen Verwendung einer Sache gewährleistet jedoch noch nicht, dass damit auch stets eine faktische Besetzung der Eigentümerposition des Berechtigten²⁶ einhergeht. Denn wer eine Sache wegnimmt, um sie sodann wie ein *Fremdbesitzer* zu nutzen, will gerade nicht die uneingeschränkte Herrschaftsmacht an der Sache einnehmen.²⁷ Er beabsichtigt mit einer

lenden Fall (Wegnahme einer Strafakte, um sie verschwinden zu lassen) klare Leitlinien aufzeigen zu können. Mit Recht kritisch dazu und zur grundlegenden Formel der Rspr.: *Lieder*, NJW 1977, 2272 f.

²¹ So aber das OLG Celle NJW 1967, 1921 (1922).

²² *Küper* (Fn. 8), S. 476 f. und *Rengier* (Fn. 14), § 2 Rn. 64: „Nutzung im eigenen Interesse“; wohl auch *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 12), Rn. 141: eigennützige eigenmächtige Verfügungen. *Schmitz* (Fn. 13), § 242 Rn. 130 stellt auf eine „Nutzung der Sache in wirtschaftlich sinnvoller Weise“ ab; ähnlich *Otto* (Fn. 9), § 40 Rn. 60.

²³ OLG Köln NJW 1997, 2611 m.w.N.

²⁴ Beispiele bei *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 12), Rn. 141.

²⁵ OLG Hamburg MDR 1954, 697: Wegnahme von Damenunterwäsche.

²⁶ Berechtigt in diesem Sinne ist auch derjenige, der durch den Diebstahl bzw. nachfolgende Verwertungshandlungen rechtlich sein Eigentum verliert (zu diesen wegen § 935 Abs. 1 BGB allerdings seltenen Fällen vgl. bei *Hoyer*, in: Rudolph u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafbgesetzbuch, 57. Lieferung, Stand: August 2003, § 242 Rn. 70).

²⁷ Dies wird auch im Schrifttum verbreitet so gesehen. *Rengier* (Fn. 14), § 2 Rn. 64 verlangt deshalb für die Aneignung

¹⁶ Lateinisch: „se ut dominum gerere“. Siehe etwa bei *Lackner/Kühl*, Strafbgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2007, § 242 Rn. 21; *Ruß*, in: Jähne/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafbgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 6, 11. Aufl. 1994, § 242 Rn. 50. Aus der Rspr. z.B. BGHSt 22, 45 (46): „selbstherrlich wie ein Eigentümer [...] verfügen“; 24, 115 (122 f.). BGH wistra 1988, 186 kennzeichnet die Klausel allerdings als unzureichend zur Bestimmung der Zueignungsabsicht. Wie hier auch kritisch *Eser* (Fn. 14), S. 26, Fall 3 A 10; *Rengier* (Fn. 14), § 2 Rn. 39 a.E.; *Schmitz* (Fn. 13), § 242 Rn. 107.

¹⁷ H.M., vgl. BGH NJW 1985, 812; *Küper* (Fn. 8), S. 481; jew. m.w.N.

¹⁸ RGSt 61, 228 (233); BGHSt 4, 236 (238); BGH NJW 1985, 812 m.w.N.; wistra 1987, 253 und 1988, 186. Auch im Beispielsfall 3 bestimmt das OLG Celle die Zueignungsabsicht anhand dieser Definition, NJW 1967, 1921 (1922).

¹⁹ Dazu näher nachfolgend im Text unter II. 2. c) bb) (3).

²⁰ Legt die Formulierung doch die Notwendigkeit einer Vermögenmehrung nahe, die bei den Eigentumsdelikten aber nicht erforderlich ist. Dies sieht auch der BGH (NJW 1977, 1460) und meint, dass es nur auf eine „Bestandsänderung“ im Vermögen ankomme, ohne dabei jedoch für den zu beurtei-

solchen Nutzung noch keinen Angriff auf das Eigentum. Dies gilt z.B. für die eigenmächtige Inpfandnahme eines Gegenstandes, wenn dieser als Druckmittel zur Begleichung noch offener Forderungen eingesetzt werden soll²⁸ oder für den Fall, dass der Eigentümer durch die Vorenthaltung des Besitzes nur geärgert werden soll²⁹. Als eigennütziger Fremdbesitzer nutzt auch derjenige eine Sache, dem sie als Ausrüstungsgegenstand (Uniform etc.) überlassen wurde. Wer also einem anderen einen diesem überlassenen Ausrüstungsgegenstand wegnimmt (z.B. eine Dienstmütze oder die Dienststiefel), um ihn fortan als vermeintlich ihm übergebene Sache zu nutzen, besitzt den Ausrüstungsgegenstand nur in Anerkennung der übergeordneten Herrschaftsmacht des Dienstherrn.³⁰ Eine beabsichtigte *Aneignung* ist deshalb dann zu bejahen, wenn der Täter die weggenommene Sache *zu eigenen Zwecken nutzen will, ohne dabei als Fremdbesitzer aufzutreten*.

Im Beispielsfall 3 ist das von A beabsichtigte Lesen des Buches eine Nutzung des Kriminalromans zum Zwecke seiner eigenen Unterhaltung. A verfügt also über die erforderliche Aneignungsabsicht, weil auch keine Anhaltspunkte bestehen, dass A durch das Lesen dieses Buch nur wie ein Fremdbesitzer nutzen will. Zwar will er den Roman nach dem Lesen zurückgeben. Daraus folgt aber nicht, dass er schon während des Lesens ein fortbestehendes Herrschaftsrecht des W anerkennt. Für die Lesezeit soll W vielmehr aus seiner Herrschaftsposition verdrängt werden. Deutlich wird damit, dass mit jeder Aneignung immer auch eine Enteignung verbunden ist. Insofern korrespondieren Aneignung und Enteignung: Eine Besetzung der Herrschaftsposition des Berechtigten ist nur möglich, wenn dieser durch die Besetzung aus der Position verdrängt wird. Die Enteignungskomponente der Zueignungsabsicht wird bei diesem Verständnis allerdings nicht entbehrlich. Sie setzt vielmehr den Willen zum *dauerhaften* Ausschluss des berechtigten Eigentümers voraus, was hier zu bejahen wäre, wenn A über das beabsichtigte Lesen hinaus billigend in Kauf nehmen würde, dass dem W der Roman fortan entzogen wird.³¹

eine Nutzung im Eigeninteresse unter Verdrängung des Eigentümers bzw. ein „se ut dominum gerere“ (Rn. 65 – vgl. aber auch Rn. 39). Andere stellen im Einklang mit der oben kritisierten Rechtsprechungsformel darauf ab, dass der Täter durch die Nutzung die Sache seinem Vermögen einverleiben müsse (*Ruß* [Fn. 16], § 242 Rn. 50).

²⁸ BGH StV 1983, 329 (330); BGH NStZ-RR 1998, 235 (236) mit zust. Anm. *Otto*, JK 99, StGB § 242/19; *Rudolphi*, GA 1965, 33 (41).

²⁹ BGH MDR 1982 (bei *Holtz*), 810 (Fangenspielen mit der studentischen Verbindungsmütze); BayObLG JR 1992, 346 f. (Wegtragen eines verschlossenen Fahrrades); *Rengier* (Fn. 14), § 2 Rn. 65.

³⁰ *Eser*, JuS 1964, 477, 479 f. unter 2. b) bb) sowie 481 f. unter 3. c) gegen OLG Hamm NJW 1964, 1427 ff.; ebenso BGHSt 19, 387 (388): Der Angeklagte habe den Ausrüstungsgegenstand nicht in sein Vermögen überführen wollen.

³¹ Im Schrifttum wird die Ansicht vertreten, dass die Enteignung *nur* in der Aneignung liegen könne (z.B. *Hoyer*

c) *Zur Enteignungskomponente bei der Zueignungsabsicht*

aa) *Enteignung durch Entzug des Neuverkaufswertes?*

Im Beispielsfall 3 will A das Buch jedoch zurückbringen, nachdem er es gelesen hat. Er will deshalb den W nicht dauerhaft aus seiner Eigentümerstellung an dem Buch verdrängen. Handelt es sich bei der geplanten Rückgabe aber noch um *das* Buch, welches A ursprünglich weggenommen hatte? Oder wäre dem Buch durch die beabsichtigte Aneignung etwas entzogen worden, was bei der geplanten Rückgabe im Buch nicht mehr enthalten ist, so dass W nicht mehr dieselbe Sache zurück erhält – ihm die ursprüngliche also dauerhaft vorenthalten wird? Dahin geht die Argumentation des OLG Celle. Es definiert die Zueignungsabsicht zunächst als beabsichtigte Einverleibung der Sache in das Vermögen des Täters und führt dann aus:

„Dieser Begriff [gemeint ist die Definition] bedarf dann der Ergänzung, wenn er – wie hier – der Abgrenzung zwischen Gebrauch und (teilweisem) Verbrauch bedarf. Das RG hat hierzu ausgeführt (RGSt 44, 335 [336 f.]), ein Verbrauch liege dann vor, wenn die Sache infolge des Gebrauchs ihre wirtschaftliche Bestimmung im Wesentlichen nicht mehr erfüllen könne, wenn sie deshalb im Verkehrssinne eine andere Sache geworden sei. Ein solcher Verbrauch sei jedoch dann nicht gegeben, wenn die Sache trotz Gebrauchs, wirtschaftlich gesehen, weiterbestehe, so daß sie noch als dieselbe gelte wie vorher, wenn auch mit gewissen Abnutzungsmängeln behaftet. Tatbestandsmäßige Zueignung liegt danach nur vor, wenn die Sache für ihre Zweckbestimmung unbenutzbar geworden ist [...] oder [...]“³² wenn eine solche Benutzung erfolgt ist, die der Sache ihre Funktionsfähigkeit in einer bestimmten Richtung endgültig entzieht. Nach Auffassung des *Senats* kann es nun keinem Zweifel unterliegen, daß neuwertige Sachen, die vom Eigentümer wirtschaftlich für den Verkauf als neue Sachen zum Verkauf bereitgestellt werden, infolge des Gebrauchs aber nicht mehr als neuwertig angesehen werden können, ihre ursprüngliche wirtschaftliche Funktion – und zwar für dauernd – nicht mehr erfüllen kön-

[Fn. 26], § 242 Rn. 84; *Schmitz* [Fn. 13], § 242 Rn. 133; jew. m.w.N.). Deshalb soll (entgegen der h.M.) die Entwendung und beabsichtigte Nutzung eines Kfz, welches nach dem Gebrauch so abgestellt werden soll, dass es möglicherweise nicht mehr an den Berechtigten zurückgelangt, mangels Zueignungsabsicht nicht nach § 242 StGB strafbar sein, weil zwischen Aneignung (Gebrauch des Fahrzeugs) und Enteignung (Abstellen des Fahrzeugs) kein Korrespondenzverhältnis besteht. Nach der hier vertretenen Ansicht liegt der Unwertgehalt der Zueignungsabsicht jedoch in der beabsichtigten zumindest vorübergehenden Aneignung durch den Gebrauch des Fahrzeugs (dem insoweit zwangsläufig als Besetzung der Herrschaftsposition enteignender Charakter zukommt) und dem darüber hinausreichenden Willen, den Berechtigten auf Dauer von der Herrschaftsmacht auszuschließen (gewolltes Abstellen); wie hier: *Eser* (Fn. 8), § 242 Rn. 47; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 12), Rn. 146 („Aneignung plus Enteignung“); *Ruß* (Fn. 16), § 242 Rn. 51.

³² Im Anschluss an *Rudolphi*, GA 1965, 33 (39).

nen, weil es sich nunmehr um Gebrauchtwaren handelt [...]. Das Buch sollte von [W] – wie von jedem Buchhändler – als neues Buch verkauft werden. Als solches wird es zum Verkauf angeboten [...]. Das Buch wäre in einem für den Verkäufer wesentlichen Wert gemindert, wenn der Angeklagte es gelesen hätte.“³³

Das OLG Celle bejaht damit im Beispielsfall 3 den Willen zur Enteignung, weil A durch das Lesen dem Buch seinen Wert als Neuverkaufsware dauerhaft entzogen hätte. Damit sei es im Verkehrssinne eine andere Sache geworden. Lässt sich aber von einem dauerhaften Ausschluss der Herrschaftsposition über eine Sache sprechen, wenn die Sache nur einen Wertverlust erleidet? Kann bei einem Gegenstand also zwischen der stofflichen *Substanz* (die zurückgelangen soll) und dem *Wert der Sache* (der entzogen wird) unterschieden werden? Und welches sind die Faktoren, die den Verlust des Sachwertes festlegen: Entscheidet der Verkehrswert oder die Funktionstauglichkeit³⁴ der Sache?

bb) Zum Objekt der beabsichtigten Zueignung

(1) Substanz und auch Sachwert (Vereinigungstheorie)

Die Einbeziehung des Sachwertes als Objekt der beabsichtigten Zueignung geht auf die Rechtsprechung des RG zur Entwendung von Biermarken³⁵ zurück. Hatte das RG im Jahre 1893 in einem ersten Fall mit knappen Worten noch einen Eingriff in das Eigentum abgelehnt³⁶, so entschied das RG im Jahre 1907 anders:

„Das für den Begriff der Zueignung Wesentliche ist [...] darin zu finden, daß der Täter die Sache ihrem Sach(Substanz)werte nach für sich ausnutzen will [...] [d.h. sie] für eigene Rechnung [...] verwerten [will].“³⁷ Hier hatten die Marken „vermöge ihrer tatsächlichen Verwertbarkeit einen über den Stoffwert hinausgehenden besonderen Sachwert [...]“. Die Zueignungsabsicht sei zu Recht bejaht worden, da „die Absicht des Angeklagten dahin [ging], mit den weggenommenen Marken das von ihm entnommene Bier zu

bezahlen, den den Marken zukommenden Sach(Substanz)wert also für sich auszunutzen, d.h. die Marken insoweit für eigene Rechnung zu verwerten“.

Um die vor allem aus kriminalpolitischen Gründen³⁸ vom RG aufgestellte These, dass als Objekt der beabsichtigten Zueignung auch³⁹ der Wert der Sache in Betracht komme, wird seit langem gestritten. Die meist als Vereinigungstheorie bezeichnete These des RG wird im Ausgangspunkt (also: sowohl Substanz als auch Sachwert) von der Rechtsprechung und der wohl noch h.M. im Schrifttum vertreten. In Abgrenzung zur herrschenden *Vereinigungstheorie* werden aber auch andere Theorien⁴⁰ vertreten, so dass von einem schon klassischen Streit um die Einbeziehung des Sachwerts als Zueignungsobjekt gesprochen werden kann.

(2) In welchen Fällen ist der Sachwert als Objekt der Zueignung bedeutsam?

Das Verständnis des Streits um die Einbeziehung des Sachwerts als Zueignungsobjekt wird jedoch dadurch erschwert, dass bei der Diskussion um die Einbeziehung des Sachwertes nicht geklärt ist, ob insoweit die Aneignungs- oder die Enteignungskomponente betroffen ist. Überdies werden zur Verdeutlichung der Problematik Beispielsfälle angeführt, die untereinander jedoch nicht beliebig austauschbar sind. So stimmen die Beispiele zwar darin überein, dass eine Sache weggenommen wird, die nach der Vorstellung des Täters nach Gebrauch an den Eigentümer zurückgelangen soll. Gleichwohl lassen sich drei Beispielsgruppen unterscheiden: Bei der ersten Gruppe dient die Sache als *Guthabenträger* (Biermarken, Eintrittskarten, Sparbuch, Geldzahlkarten zum Telefonieren oder Kopieren); die zweite Gruppe ist dadurch gekennzeichnet, dass die Sache übermäßig lange gebraucht werden soll (Abgrenzung zum *Verbrauch*, so etwa bei der Tageszeitung, dem Fahrzeug oder anderen Gegenständen, die sich durch Gebrauch abnutzen, oder Artikel wie ein Cam-

³³ OLG Celle NJW 1967, 1921 (1922) – die Hervorhebungen sind im Original enthalten.

³⁴ Und: Welche Funktion ist dafür maßgeblich und ist eine funktionsuntaugliche Sache tatsächlich eine andere als die weggenommene Sache?

³⁵ Dabei bildeten die Biermarken die Grundlage für die Abrechnung zwischen Wirt und Kellner. Der Kellner erhielt zu Beginn seiner Tätigkeit eine bestimmte Anzahl an Wertmarken (die dem Wirt gehörten) und musste für jedes an der Theke abgeholte Bier eine Marke an den Wirt zurückgeben. Bevor bei Dienstende die verbliebenen Marken an den Wirt zurückgegeben wurden, hatte der Kellner die Differenz zwischen ausgegebenen und verbliebenen Marken aus dem eingenommenen Geld zu bezahlen. In den vom RG zu entscheidenden Fällen hatte der Kellner jeweils zusätzliche Biermarken weggenommen, um bei der Abrechnung eingenommenes Geld einzubehalten (beabsichtigter Betrug).

³⁶ RGSt 24, 22 (23).

³⁷ RGSt 40, 10 (12), die nachfolgenden Zitate finden sich auf S. 14.

³⁸ Da der Angeklagte wegen schweren Diebstahls (Zuchtstrafe) verurteilt worden war (er hatte bei der Wegnahme einen falschen Schlüssel eingesetzt), hätte die von ihm mit der Revision angestrebte Verurteilung nur wegen Betruges (Gefängnisstrafe) nicht nur zu einer milderen Bestrafung geführt, sondern auch die Wegnahmehandlungen als Vorbereitungstaten straflos gelassen. Diese Konsequenzen zeigt auch das RG auf und meint: „Es bedarf keiner Ausführung, daß dies mit dem allgemeinen Rechtsbewußtsein und den öffentlichen Interessen unvereinbar wäre“, RGSt 40, 10 (14).

³⁹ Die Einbeziehung des Sachwertes *neben* der Substanz als Zueignungsobjekt wurde besonders deutlich durch eine Formulierung in RGSt 61, 228 (233): „Das Wesen der Zueignung besteht darin, daß die Sache selbst, oder doch der in ihr verkörperte Sachwert, vom Täter dem eigenen Vermögen einverleibt wird“. Dieser Vereinigungsformel hat sich der BGH angeschlossen (vgl. oben Fn. 18 und zur Entwicklung der Rspr. bei Küper [Fn. 8], S. 478 ff.).

⁴⁰ Die klassische (strenge) und die modifizierte Substanztheorie sowie die Sachwerttheorie mit weitem oder engem (restriktivem) Sachwertbegriff; vgl. z.B. bei Hoyer (Fn. 26), § 242 Rn. 72 ff.

pingzelt, die nur zu bestimmten Zeiten sinnvoll nutzbar sind); die dritte Gruppe ist der geplante *Rückverkauf* der Sache an den Berechtigten.

(3) Einbeziehung des Sachwerts auf der Enteignungsseite

Die angeführten Beispielfälle machen deutlich, dass die Diskussion um die *Einbeziehung des Sachwertes primär auf der Enteignungsseite* zu führen ist. Denn in all diesen Beispielfällen soll der Eigentümer (nach dem Willen des Täters) die Sache selbst zurückbekommen; die Sache soll dem Berechtigten in ihrer stofflichen Substanz also nicht auf Dauer vorenthalten werden. Das heißt: Nicht der beabsichtigte eigentümerähnliche Gebrauch der Sache steht hier in Frage (das Sparbuch, die Batterie etc. soll ja zu eigenen Zwecken genutzt werden, ohne dass der Täter zugleich wie ein Fremdbesitzer auftritt), sondern der Enteignungswille.⁴¹ Dazu ein Beispiel: Wer eine Kopierkarte wegnimmt (die als Bargeldersatz fungiert und ein bestimmtes „Kopierguthaben“ verkörpert), um sie nach Verbrauch des Guthabens dem Berechtigten zurückzugeben, verwendet die Karte selbst – die beabsichtigte Aneignung kann also unschwer bejaht werden. Anders liegt es beim Enteignungswillen, da die Karte nach Verbrauch des Guthabens an den Berechtigten zurückgelangen soll. Insoweit lässt sich die Enteignungskomponente der Zueignungsabsicht nur bejahen, wenn das durch die Karte verkörperte Guthaben als Zueignungsobjekt betrachtet wird. Korrespondierend damit kann die Aneignungsabsicht auch auf das verkörperte Guthaben bezogen werden – dies ist dann aber nur eine Konsequenz der Erweiterung des Zueignungsobjekts, die zuvor auf Enteignungsseite vorgenommen wurde!⁴²

(4) Übereinstimmungen und Unterschiede beim Streit um den Sachwert

Betrachtet man vor diesem Hintergrund die Theorien, die in der Diskussion um den Sachwert als Zueignungsobjekt vertreten werden, so ist festzustellen, dass im Ergebnis ein breiter Konsens besteht: Soll die Sache durch den Gebrauch ihre wesentlichen Funktionen verlieren und deshalb erst als funktionsloser bzw. wertloser Gegenstand (und damit als andere Sache) an den Berechtigten zurückgelangen, so will sich der Täter die weggenommene Sache auch zueignen.

Einig ist man sich auch noch in der Kritik des sog. weiten Sachwertbegriffs: Wer in jeder Beeinträchtigung des Verkehrswertes⁴³ der Sache bereits eine Zueignung sehe,⁴⁴ stelle

⁴¹ Küper (Fn. 8), S. 483 f.

⁴² So auch Rengier (Fn. 14), § 2 Rn. 47 a.E. Also nochmals: Die Diskussion um die Einbeziehung eines Sachwerts ist zuerst auf der Enteignungsseite zu führen.

⁴³ Der Wert, der mit der wirtschaftlichen Verwertung der Sache erzielt werden kann (= *lucrum ex negotio cum re*).

⁴⁴ Eine Ansicht, die in dieser Form (Sachwert = wirtschaftlicher Wert) allerdings auch nicht vertreten wird. Jedoch wird trotz eines im Ausgangspunkt restriktiven Verständnisses, das als Sachwert nur den der Sache innewohnenden Wert erfassen will (= *lucrum ex re*), mitunter auch der wirtschaftli-

für die beabsichtigte Zueignung nicht mehr auf die Nutzung der Sache unter Ausschluss des Berechtigten ab; entscheidend wäre dann nur noch eine wirtschaftliche Entwertung der Sache durch Übergang des Sachwertes auf den Täter. Damit werde der Diebstahl aber von einem Eigentumsdelikt zu einem Vermögensverschiebungsdelikt umfunktioniert.⁴⁵

Unterschiede bestehen allerdings in den Konsequenzen, die aus dieser Kritik gezogen werden. Zum einen wird daraus die Notwendigkeit abgeleitet, den *Sachwertbegriff restriktiv* aufzufassen: So soll als Sachwert nicht schon „jegliche Verwendungsmöglichkeit der Sache“ in Betracht kommen, sondern nur „ihr spezifischer, d.h. der nach Art und Funktion mit ihr verknüpfte Wert“⁴⁶. Zum anderen werden im Ergebnis zwar ähnliche Kriterien angeführt, die Einbeziehung des Sachwerts als Zueignungsobjekt wird aber grundsätzlich abgelehnt⁴⁷ und stattdessen mit einer *modifizierten*⁴⁸ *Substanztheorie* gearbeitet: Für eine Zueignung genüge es, „wenn der Täter die Sache oder eine ihr typischerweise innewohnende Funktion bzw. Gebrauchsmöglichkeit dem Eigentümer auf Dauer entziehen will.“⁴⁹

(5) Stellungnahme

Liegt ein Eigentumsentzug darin, dass dem Eigentümer die Sache in ihrer stofflichen Substanz dauernd vorenthalten wird, er somit die Sache in keiner Form mehr nutzen kann, so ist nicht einsichtig, weshalb anderes gelten soll, wenn der Eigentümer die Sache zwar in ihrer stofflichen Substanz zurückerhält, sie aber nutzlos geworden ist. Auch dann kann der Eigentümer die Sache (so wie sie ihm weggenommen wurde) nicht mehr nutzen. Die Schwierigkeit liegt jedoch darin, ein Kriterium zu bestimmen, welches die Nutz- oder Funktionslosigkeit der Sache definiert: Muss die Sache nur

che Wertverlust als maßgeblich für die Zueignung angesehen: so etwa *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 12), Rn. 159 zum „Rückverkaufsfall“ oder *Eser* (Fn. 8), § 242 Rn. 53 a.E. zu den „Verbrauchsfällen“ (zu den Fallgruppen siehe oben im Text unter II. 2. c) bb) (2). Dass der Sachwertbegriff in diesen Fällen eine andere Funktion als in den „Guthabenträgerfällen“ erfüllt (so *Wessels/Hillenkamp* [Fn. 12], Rn. 148 mit Fn. 232), mag richtig sein, die Frage ist aber, ob er diese Funktion ausfüllen kann, ohne sich selbst dadurch in seinen Konturen aufzulösen.

⁴⁵ *Eser* (Fn. 8), § 242 Rn. 49; *Hoyer* (Fn. 26), § 242 Rn. 79; *Schmitz* (Fn. 13), § 242 Rn. 117; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 9. Aufl. 2003, § 33 Rn. 46.

⁴⁶ *Eser* (Fn. 8), § 242 Rn. 49; ähnlich auch *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 12), Rn. 135 und Rn. 148.

⁴⁷ Wert und Substanz seien keine austauschbaren Größen mit der Folge, dass man bei Bedarf anstelle der Substanz auf den Sachwert abstellen könne; so etwa bei: *Otto* (Fn. 9), § 40 Rn. 53 f.; *Schmitz* (Fn. 13), § 242 Rn. 118.

⁴⁸ Die Substanz der Sache wird „modifiziert“, weil zur Substanz auch die an der Sache bestehenden Herrschaftsbefugnisse zählen (*Rudolphi*, GA 1965, 33 [39]; *Schmitz* [Fn. 13], § 242 Rn. 113).

⁴⁹ *Schmitz* (Fn. 13), § 242 Rn. 113.

irgendeine oder gerade ihre typische Funktionsweise verlieren?

Sollen die Funktionsmöglichkeiten der Sache die Herrschaftsposition des Eigentümers ausdrücken, so kann es nur auf eine typische, also auf die *bestimmungsgemäße Funktionsweise* der Sache ankommen. Zwar kann der Eigentümer nach § 903 S. 1 BGB nach Belieben mit der ihm gehörenden Sache *verfahren*. Das bedeutet jedoch nicht, dass die Enteignungskomponente der Zueignungsabsicht den Eigentümer nun auch vor jedem beliebigen Funktionsverlust schützen will.⁵⁰ Denn wenn das Zivilrecht als Kern des Eigentumsrechts nur den Schutz solcher Befugnisse ausweist, die gerade mit dem bestimmungsgemäßen Gebrauch der Sache zusammenhängen (§§ 987 ff., 99 Abs. 1, 100 BGB), so kann für den strafrechtlichen Schutz nichts anderes gelten. Legt man daher jeweils die bestimmungsgemäße Funktion der Sache zugrunde, so liegt diese für ein Fahrzeug in der Fortbewegung, für einen Guthabenträger (Sparbuch, Telefongeld- oder Kopiergeldkarten) in der stofflichen Verkörperung eines konkret bezifferten Auszahlungsanspruchs oder Einlösungsguthabens, und der Zweck einer Tageszeitung besteht in der Vermittlung aktueller Informationen.

Eine andere Frage ist es, wie dann der Verlust der bestimmungsgemäßen Funktion festzustellen ist. Da die bestimmungsgemäße Funktion einer Sache in der Regel auch *die* maßgebliche Größe ist, die den wirtschaftlichen Wert bestimmt, erscheint es naheliegend, für den Funktionsverlust auf den Verlust des *Sachwerts* abzustellen. Überzeugend ist dies jedoch nicht. Denn zum einen gelingt eine solche Feststellung nicht bei wirtschaftlich wertlosen Sachen, zum anderen besteht die Gefahr, mit der Wertbeeinträchtigung den eigentlich maßgeblichen Gesichtspunkt des Funktionsverlusts aus den Augen zu verlieren.⁵¹ Dieser haftet vielmehr der Sache unmittelbar selbst an und ist zu bejahen, wenn die Sache nach Rückkehr an den Eigentümer ihre bestimmungsgemäße Funktion nicht mehr erfüllen kann. Insoweit liegt die Sache ähnlich wie bei der Frage nach der Abgrenzung des Gebrauchs vom enteignenden Verbrauch der Sache. Letzterer ist zu bejahen, wenn „die Sache infolge des Gebrauchs ihre wirtschaftliche Bestimmung im Wesentlichen nicht mehr erfüllen kann, wenn sie deshalb im Verkehrssinn eine andere Sache geworden ist.“⁵²

Der Täter handelt also mit Enteignungswillen, wenn er dem Berechtigten die *bestimmungsgemäße Funktion der Sache dauerhaft vorenthalten* will. Dabei bleibt es sich gleich, ob er dafür dem Eigentümer den Zugriff auf die Sache verwehrt oder der Sache die bestimmungsgemäße Funktion dauerhaft entzieht. Legt man dieses Verständnis zum Enteignungswillen zugrunde, so lassen sich die Beispiele (oben unter c) bb) (2) wie folgt lösen:

⁵⁰ In dieser Richtung aber *Hoyer* (Fn. 26), § 242 Rn. 80. Wie hier *Rudolphi*, GA 1965, 33 (47).

⁵¹ Denn ein Wertverlust wäre auch schon bei bloßen Funktionsbeeinträchtigungen feststellbar. Zu Fehldeutungen des Begriffs der Sachwertzueignung vgl. die Beispiele aus der Rspr. bei *Rudolphi*, JR 1985, 252.

⁵² RGSt 44, 335 (336).

In den *Guthabenfällen* handelt der Täter mit Enteignungswillen, wenn der Guthabenträger (Sparbuch, Telefon- bzw. Kopiergeldkarte) nach Gebrauch einen Guthabenstand aufweisen soll, der hinter dem zur Zeit der Wegnahme in dem Träger verbrieften Stand zurückbleibt.⁵³ Wer hingegen eine Geldautomatenkarte wegnimmt, um über diese Geld am Geldautomaten abzuheben, bevor sie an den Eigentümer zurückgelangt, entzieht der Karte damit nicht ihre bestimmungsgemäße Funktion als Zugangsschlüssel zum Bankkonto.⁵⁴ Er setzt die Karte lediglich zu Täuschungszwecken ein.⁵⁵

In den *Verbrauchsfällen* ist eine Zueignung zu bejahen, wenn die Sache ihre bestimmungsgemäße Funktion nicht mehr wahrnehmen kann, etwa weil der abgebrannte Feuerwerkskörper nicht mehr funktioniert, die Eintrittskarte nach Ablauf der Veranstaltung keinen Zutritt zu dieser Veranstaltung mehr verschaffen oder die Tageszeitung vom Vortag nicht mehr aktuell informieren kann. Wird demgegenüber eine Campingausrüstung weggenommen, um sie nach Ende der Campingsaison an den Eigentümer zurückzugeben, so ist damit kein Funktionsverlust verbunden. Denn das Campen mit dieser Ausrüstung ist nicht allein auf diese Saison beschränkt.⁵⁶ Gleiches gilt für denjenigen, der ein Fahrzeug intensiv nutzen will⁵⁷ und dabei zwar mit deutlichen Abnut-

⁵³ *Schmitz* (Fn. 13), § 242 Rn. 122 nimmt hingegen an, dass ein Sparbuch seine Funktion, einen Guthabenstand zu dokumentieren, auch noch aufweisen könne, wenn der Täter es „leergeräumt“ habe. Denn auch nach Einziehung der Forderung unter Vorlage des Sparbuchs sei das Sparbuch geeignet, den nunmehr aktuellen Stand der Forderung zu dokumentieren. Dem ist jedoch nicht zuzustimmen. Der Guthabenträger (hier also das Sparbuch) ist untrennbar mit einer individuellen Forderung verknüpft und erfüllt seinen Zweck damit, dass er den status quo (etwa eine Forderung in Höhe von 1000,- €) dokumentiert. Wer den Guthabenstand verringert, macht diese zur Zeit der Wegnahme bestehende Funktion (Dokumentation dieses Guthabenstandes von 1000,- €) zunichte und gibt eine andere als die weggenommene Sache zurück. Zu demselben Ergebnis gelangt die h.M. mit einem restriktiven Sachwertbegriff (Sparbuch gelange nach Entwertung als leere Hülle zurück), vgl. bei *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 12), Rn. 160; *Ruß* (Fn. 16), § 242 Rn. 60; jew. m.w.N.

⁵⁴ Ebenso BGHSt 35, 152 (156). Siehe dazu auch bei *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 12), Rn. 163 ff.; *Rengier* (Fn. 14), § 2 Rn. 54.

⁵⁵ Ebenso liegt es bei anderen Täuschungsfällen, etwa bei der Rückgabe entwendeter Dienstausrüstung bei der Kleiderkammer als die angeblich dem Täter überlassene Ausrüstung (hier fehlt zudem die Aneignungskomponente, vgl. oben im Text unter II. 2. b) bb). Zu den Inkassofällen bei Aushändigung eines Warenpakets vgl. die Darstellung bei *Rengier* (Fn. 14), § 2 Rn. 58.

⁵⁶ *Rudolphi*, GA 1965, 33 (47 f.). Im Ergebnis ebenso *Otto*, Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes, 1970, S. 181.

⁵⁷ Anders die Rechtsprechung, die allein auf einen wirtschaftlichen Wertverlust der Sache abstellt, vgl. BGHSt 34, 309 (312), zustimmend aus dem Schrifttum z.B. *Wessels/Hillen-*

zungerscheinungen rechnet, einen Verlust der Fahrtauglichkeit aber nicht in Kauf nimmt. Soweit im Schrifttum eine Zueignung durch übermäßigen Gebrauch dann angenommen wird, wenn der berechtigte Eigentümer eine Ersatzanschaffung vorgenommen hat,⁵⁸ überzeugt dies nicht. Zum einen trägt der Gedanke des Zwangs zur Ersatzanschaffung allenfalls bei Gegenständen des täglichen Gebrauchs, nicht aber bei Luxusartikeln. Vor allem aber führt eine Ersatzbeschaffung nur dazu, dass die wiedererlangte Sache für den Berechtigten *nutzlos* geworden ist, ändert aber nichts daran, dass sie für ihn tatsächlich ihrer Funktion entsprechend noch nutzbar ist.⁵⁹

In dem *Rückverkaufsfall* ist danach zu differenzieren, ob dem Berechtigten die Sache als ihm gehörig verschafft werden soll (etwa im Zusammenhang mit einer Erpressung) oder ob der Berechtigte unerkannt auf die ihm gehörende Sache zugreifen soll (der Täter die Sache also betrügerisch an den Eigentümer verkaufen will). Nur in dem zuletzt genannten Fall lässt sich die Zueignungsabsicht – speziell der Enteignungswille des Täters – bejahen.⁶⁰ Maßgeblich ist hierbei allerdings nicht der Verlust der bestimmungsgemäßen Funktion, da die in Unkenntnis des schon bestehenden Eigentumsrechts erworbene Sache uneingeschränkt funktionsfähig ist. Entscheidend ist vielmehr, dass dem Berechtigten verborgen bleibt, dass er die verloren gegangenen Funktionsmöglichkeiten an der weggenommenen Sache vollumfänglich wieder ausüben kann, da sich seine Vorstellung auf die Wahrnehmung von Herrschaftsrechten an einer anderen Sache bezieht. Damit entzieht der Täter dem Berechtigten die ursprünglich an der Sache bestehenden Herrschaftsrechte aber auf Dauer.⁶¹ Demzufolge handelt auch derjenige mit Enteignungswillen, der eine Sache wegnimmt, um sie dem Eigentümer als andere Sache zurückzuverkaufen, wenn er billigend in Kauf nimmt, dass dem Berechtigten verborgen bleibt, dass es sich um die weggenommene Sache handelt.

kamp (Fn. 12), Rn. 148; *Rengier* (Fn. 14), § 2 Rn. 50; *Ruß* (Fn. 16), § 242 Rn. 54 a.E.; *Maurach/Schroeder/Maiwald* (Fn. 45), § 33 Rn. 40; *Fricke*, MDR 1988, 538 (540) geht dabei von einem Wertverlust von 50% aus, da dann von einer beginnenden Wertauflösung auszugehen sei.

⁵⁸ *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 12), Rn. 148 a.E.; *Schmitz* (Fn. 13), § 242 Rn. 126.

⁵⁹ In diesen Fällen bleibt es also beim zivilrechtlichen Schadensersatz.

⁶⁰ Wer die Sache hingegen in dem Bewusstsein zurückerlangt, dass es sich dabei um die ihm weggenommene handelt, kann an dieser auch die für die Dauer der Wegnahme entzogenen Herrschaftsrechte wieder ausüben; die Wegnahme ist dann nur eine Vorbereitungshandlung für die beabsichtigte Erpressung.

⁶¹ Anders *Hoyer* (Fn. 26), § 242 Rn. 95: Der Berechtigte erhalte Nutzungsmöglichkeiten vollumfänglich zurück; im Ergebnis wie hier (allerdings mit Wertgesichtspunkten arbeitend): RGSt 40, 10 (12); BGHSt 24, 115 (119); *Eser* (Fn. 8), § 242 Rn. 50 a.E.; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 12), Rn. 159; s. aber auch *Rengier* (Fn. 14), § 2 Rn. 62.

cc) Neuverkaufswert als bestimmungsgemäße Funktion der Sache?

Wendet man sich nach diesen abstrakten Betrachtungen zur Enteignungskomponente der Zueignungsabsicht und der Diskussion um Sachsubstanz und Sachwert wieder der Lösung des oben angeführten Beispielsfalles 3 zu, so ist festzuhalten, dass das OLG Celle (im Ansatz wie hier) auf die zweckbestimmte Nutzbarkeit der Sache bzw. auf den Verlust der Funktionsfähigkeit abstellt.⁶² Würde man dem OLG Celle weiter folgen und die bestimmungsgemäße Funktion des Taschenbuches in dem Verkauf als neuwertiges Buch sehen, so müsste es in tatsächlicher Sicht darauf ankommen, wie sorgsam A mit dem Buch umgehen wollte.⁶³

Demgegenüber will ein Teil des Schrifttums die Zueignungsabsicht auch verneinen, wenn vom Täter eine unsorgfältige Behandlung gewollt war, die den Neuverkaufswert zunichte machen würde. Zwar sei in diesem Fall der Enteignungswille hinsichtlich des Neuverkaufswerts (bzw. der Funktion, als neues Buch verkauft werden zu können) zu bejahen, doch fehle die erforderliche Korrespondenz zwischen Enteignung (Entzug des Neuverkaufswertes) und Aneignung. Dem Täter komme es ja nicht entscheidend darauf an, gerade ein neues Buch zu nutzen.⁶⁴ Bei dieser Argumentation überzeugt aber bereits das Verständnis einer Korrespondenz zwischen Enteignung und Aneignung nicht. Die gewollte Enteignung muss sich nämlich nicht vollumfänglich in der beabsichtigten Aneignung widerspiegeln. Wäre dem so, müsste sich die dauerhafte Verdrängung des berechtigten Eigentümers gerade auch in einer dauerhaften Nutzung durch den Täter (oder den Dritten) niederschlagen.⁶⁵ Spiegelbildlich muss die Enteignung vielmehr nur insoweit sein, wie die Aneignung reicht,⁶⁶ d.h. die Aneignung muss enteignenden Charakter haben. Demgegenüber kann der dauerhafte Ausschluss des Berechtigten auf Umständen beruhen, die sich nicht zugleich in der Aneignung widerspiegeln müssen.⁶⁷

Einem Buch kommt jedoch, wenn es sich wie im Beispielsfall 3 im Eigentum eines Verkäufers befindet, der ausschließlich neuwertige Bücher verkauft, ohnehin *nicht* die bestimmungsgemäße Funktion zu, *als Neuverkaufsware* zu dienen.⁶⁸ Eine solche Eigenschaft kann einer Sache bestimmungsgemäß nur dann zukommen, wenn gerade und allein der Neuwert dauerhaft mit der Sache verknüpft sein soll (etwa als

⁶² Vgl. oben II. 2. c) aa).

⁶³ So *Eser* (Fn. 8), § 242 Rn. 53; *ders.* (Fn. 14), S. 31, Fall 3 A 35b; *Mitsch*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2/1, 2. Aufl. 2003, § 1 Rn. 114; *Otto* (Fn. 9) § 40 Rn. 62; *Rengier* (Fn. 14), § 2 Rn. 61; *Ruß* (Fn. 16), § 242 Rn. 54; wohl auch *Schmitz* (Fn. 13), § 242 Rn. 120 und *Schroeder*, JR 1967, 390 (391).

⁶⁴ So *Eser* (Fn. 14), S. 31, Fall 3 A 37; *Androulakis*, JuS 1968, 409 (413); *Deubner*, NJW 1967, 1921 (1922); ähnlich auch *Rotsch*, JA 2004, 532 (536).

⁶⁵ Eine dauerhafte Aneignung ist aber ja auch nicht erforderlich.

⁶⁶ Vgl. oben im Text unter II. 2. b) bb) a.E.

⁶⁷ *Hoyer* (Fn. 26), § 242 Rn. 83 m.w.N.

⁶⁸ Im Ergebnis ebenso *Fahl*, JA 2002, 649 (653); *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 12), Rn. 182.

Unikat unter Sammlern). Dies lässt sich für eine Verkaufsware nicht behaupten. Diese mag mal als neue Sache, mal als antiquarische Sache einen gewissen Wert haben. Die flüchtige Eigenschaft, als neu verkauft werden zu können, ist keine typische, der Sache zukommende Funktion und damit keine wesentliche Nutzungsbefugnis, die gerade dem Eigentümer zukommt.⁶⁹ Wäre dem so, so ist bei der Ingebrauchnahme neuer Kraftfahrzeuge Diebstahl gegeben, bei der Verwendung gebrauchter Fahrzeuge nur § 248b StGB verwirklicht. Diese Differenzierung lässt sich dem Wortlaut des § 248b Abs. 1 StGB (der auch neue Fahrzeuge erfasst) jedoch nicht entnehmen.⁷⁰ Die bestimmungsgemäße Funktion eines Buches liegt darin, gelesen zu werden, sie erlischt erst, wenn das Buch nicht mehr lesbar ist. Im Beispielsfall 3 ist deshalb die Zueignungsabsicht zu verneinen, weil A dem W nicht dauerhaft das Buch bzw. seine bestimmungsgemäße Funktion vorenthalten will.

d) Zur Drittzueignungsabsicht

Die Absicht, die Sache einem Dritten zuzueignen, betrifft allein die Aneignungskomponente. Nicht der Täter, sondern ein Dritter soll die Sache zu eigenen Zwecken nutzen können, ohne dabei als Fremdbesitzer aufzutreten. Noch nicht abschließend geklärt ist die Antwort auf die Frage, inwiefern der Täter die Aneignung durch den Dritten bewirken muss, damit eine Drittzueignung bejaht werden kann. Außer Frage steht, dass die Nutzung der Sache nur der Dritte selbst vornehmen kann. Damit ist auch klargestellt, dass eine Drittzueignung (§ 246 StGB) ebenso wie die Drittzueignungsabsicht ausscheidet, wenn aus Sicht des Täters nicht mit einer Nutzung durch den Dritten zu rechnen ist (der Dritte wird die Sache zerstören etc.). Damit aber von einer (beabsichtigten) *Drittzueignung* durch den Täter gesprochen werden kann, muss dieser zumindest⁷¹ täterschaftlich bewirken, dass die von ihm beabsichtigte Nutzung dem Dritten ermöglicht wird.⁷² Das ist zu bejahen, wenn der Täter den Zugriff auf die Sache bzw. die Verwendung der Sache gerade für den Dritten erleichtert (indem er sie nur ihm zur Verfügung stellt etc.). Eine *Abgrenzung* zur Selbstzueignungsabsicht ist dort möglich, wo der Täter eine Sache wegnimmt, um sie weiter zu verkaufen oder zu verschenken.⁷³ Bei § 242 StGB ist diese Abgrenzung aber letztlich nicht entscheidend, da der Täter bei der Wegnahme die Sache entweder sich oder einem Drit-

ten aneignen wollte und damit auf jeden Fall⁷⁴ mit Zueignungsabsicht handelte.

Mit Einfügung der Drittzueignungsabsicht im Jahre 1998 ist auch jegliche Notwendigkeit entfallen, auch auf Aneignungsseite mit einem Sachwertbegriff zu arbeiten. Soweit die Rechtsprechung früher (etwa für den Fall des beabsichtigten Weiterverkaufs) auch auf Aneignungsseite mit dem Sachwert argumentiert hat (ein Sichzueignen liege auch noch vor, wenn der Täter die Sache veräußere und sich damit zumindest den mittelbaren Nutzen oder Vorteil der Sache aneigne)⁷⁵, ist nunmehr dieser ohnehin anfechtbaren Argumentation⁷⁶ im Hinblick auf die Drittzueignungsabsicht nicht mehr zu folgen.⁷⁷

3. Strafantragserfordernis (§ 248a StGB)

Sofern es sich bei dem Diebstahlsubjekt um eine geringwertige Sache (derzeit bis 50,- €)⁷⁸ handelt, bedarf es nach § 248a StGB eines Strafantrags, es sei denn die Staatsanwaltschaft hält wegen des besonderen öffentlichen Interesses ein Einschreiten von Amts wegen für geboten (so etwa bei Serien- und Rückfalltätern). Im Rahmen einer Handlungseinheit sind für die Beurteilung der Geringwertigkeit die Beträge der einzelnen Objekte nicht isoliert zu betrachten, sondern zu *addieren*. Gleiches gilt für die Beute mehrerer Tatbeteiligter: Auch hier entscheidet der Gesamtwert. Bleibt der Diebstahl im Versuch stecken, so ist der Wert der anvisierten Sache maßgeblich.

Strittig ist die Anwendbarkeit des § 248a StGB, wenn der Täter zunächst eine höherwertige Sache mitnehmen will, stattdessen (ohne den Wegnahmevorsatz aufzugeben) aber eine geringwertige wegnimmt (Vorsatzwechsel). Die h.M.⁷⁹ wendet hier § 248a StGB mit dem Argument an, dass letztlich der Wert des mitgenommenen Objekts maßgeblich sei. Dem tritt eine Ansicht im Schrifttum entgegen⁸⁰, um Diskrepanzen zu den Fällen des fehlgeschlagenen Diebstahlsver-

⁶⁹ Ebenso *Widmann*, MDR 1969, 529 (530).

⁷⁰ *Widmann*, MDR 1969, 529 (530).

⁷¹ Enger *Schmitz* (Fn. 13), § 242 Rn. 136: Täter müsse den Aneignungserfolg (also bereits den Nutzungseffekt) beim Dritten herbeiführen.

⁷² So die wohl h.M., vgl. z.B. bei: *Rengier* (Fn. 14), § 2 Rn. 69 f. („Herstellung einer sachenrechtsähnlichen Herrschaftsbeziehung des Dritten“); *Küper* (Fn. 8), S. 485: dem Dritten muss die Möglichkeit verschafft werden, die Sache für dessen Vermögenszwecke zu nutzen; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 12), Rn. 153 („eines die Sachherrschaft täterschaftlich verändernden Verhaltens zu Gunsten des Dritten“).

⁷³ Vgl. dazu die Fallgruppen bei *Rengier* (Fn. 14), § 2 Rn. 71-72a.

⁷⁴ Bedeutsam kann die Frage bei der Unterschlagung werden, da eine Selbstzueignung (durch Auftreten als Verkäufer, Schenker etc.) zeitlich gesehen früher eintritt als die Drittzueignung (durch Übergabe der Sache an den Dritten).

⁷⁵ Zusammenstellung der Rechtsprechung bei *Küper* (Fn. 8), S. 479 f.

⁷⁶ Wer eine Sache veräußern will, beabsichtigt die Nutzung der Sachsubstanz zu eigenen Zwecken; ein Ausweichen auf den Sachwert ist hier nicht erforderlich, vgl. auch *Küper* (Fn. 8), S. 483 f.

⁷⁷ *Rengier* (Fn. 14), § 2 Rn. 76.

⁷⁸ OLG Hamm NJW 2003, 3145; *Lackner/Kühl* (Fn. 16), § 248a Rn. 3; anders (nur 30,- €): OLG Oldenburg NSTZ-RR 2005, 111; *Fischer* (Fn. 6), § 248a Rn. 3; zur Wertgrenze eingehend *Henseler*, StV 2007, 323 ff. Zur Geringwertigkeit vgl. auch nachfolgend im Text unter III. 3.

⁷⁹ *Schmitz* (Fn. 13), § 248a Rn. 13.

⁸⁰ *Eser* (Fn. 8), § 248a Rn. 17.

suchs⁸¹ zu vermeiden, in denen die Anwendbarkeit des § 248a StGB abgelehnt wird.

Anders als beim Strafantragserfordernis aus § 247 StGB, das den „Diebstahl“ schlechthin (also auch §§ 244, 244a StGB) erfasst, bezieht sich das Antragserfordernis in § 248a StGB nur auf den einfachen Diebstahl („Diebstahl in dem Fall des § 242 StGB“).

⁸¹ Der Täter wollte etwas Hochwertiges wegnehmen, setzt dazu auch an, kann dann aber (mangels Objekt) gar nichts wegnehmen.