

Studien zum Strafrecht

85

Urs Kindhäuser

Abhandlungen zum Vermögensstrafrecht



Nomos



DIKE

Studien zum Strafrecht

Band 85

Herausgegeben von

Prof. Dr. Martin Böse, Universität Bonn

Prof. Dr. Gunnar Duttge, Universität Göttingen

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Urs Kindhäuser, Universität Bonn

Prof. Dr. Claus Kreß, Universität Köln

Prof. Dr. Dr. h.c. Lothar Kuhlen, Universität Mannheim

Prof. Dr. Ursula Nelles, Universität Münster

Prof. Dr. Dres. h.c. Ulfrid Neumann, Universität Frankfurt a. M.

Prof. Dr. Henning Radtke, Universität Hannover

Prof. Dr. Klaus Rogall, Freie Universität Berlin

Prof. Dr. Helmut Satzger, Universität München

Prof. Dr. Brigitte Tag, Universität Zürich

Prof. Dr. Thomas Weigend, Universität Köln

Prof. Dr. Wolfgang Wohlers, Universität Basel

Prof. Dr. Rainer Zaczyk, Universität Bonn

Urs Kindhäuser

Abhandlungen zum Vermögensstrafrecht



Nomos



DIKE

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

ISBN 978-3-8487-4320-9 (Print)

ISBN 978-3-8452-8589-4 (ePDF)

ISBN 978-3-03751-974-5 (Dike Verlag Zürich/St. Gallen)

1. Auflage 2018

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2018. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

*Meinem akademischen Lehrer
Klaus Tiedemann
in Dankbarkeit gewidmet*

Vorwort

Die in diesem Band zusammengefassten Abhandlungen sind inhaltlich in zweierlei Hinsicht durch eine gemeinsame Zielsetzung verbunden. Sie verstehen sich zum einen als Versuche, die Regeln des Allgemeinen Teils in die Ausgestaltung der einzelnen Delikte einzubeziehen. Der Rückgriff auf die Täterschaftsformen bei der Abgrenzung von Betrug und Diebstahl oder bei der Bestimmung des Verhältnisses von Raub und Erpressung mag insoweit beispielhaft erwähnt sein. Solche Versuche sind in gewisser Weise experimentell und bergen das Risiko des Scheiterns oder jedenfalls des Über-das-Ziel-Hinausschießens in sich. In diesem Sinne habe ich etwa die These vom Schutz der Dispositionsfreiheit beim Betrug oder die an einer strengen Befugnistheorie ausgerichtete Rekonstruktion des Computerbetrugs später wieder erheblich modifiziert. Da es jedoch hilfreich sein mag zu sehen, welche Konsequenzen eine auf die Spitze getriebene Konzeption mit sich bringen kann, habe ich auch diese Arbeiten in den Sammelband aufgenommen.

Zum anderen liegt den in diesem Band vereinten Untersuchungen das Bestreben zugrunde, die Delikte des Eigentums- und Vermögensstrafrecht nicht als Solitäre zu behandeln, sondern sie in ein zumindest rudimentäres System einzubinden. Diese Systematisierung dient nicht dem Zweck, durch eine extensive Auslegung den fragmentarischen Charakter des Vermögensstrafrechts zu unterlaufen. Im Gegenteil: Auch das Wirtschaftsstrafrecht sollte m.E. in erster Linie auf den Schutz des Vermögens beschränkt bleiben und sich nicht auf Subsysteme erstrecken; dies wäre eine genuine Aufgabe des Ordnungswidrigkeitenrechts. Vielmehr sollen durch Systematisierung nach Möglichkeit Wertungswidersprüche vermieden werden, und zwar nicht nur innerhalb der einzelnen Delikte und Deliktgruppen, sondern auch im Verhältnis zum Zivilrecht. Dass der Vermögensbegriff des Strafrechts nach vorherrschender Doktrin nicht streng nach den Vorgaben des Zivilrechts bestimmt und folglich auch das Eigentum nicht uneingeschränkt dem Vermögen zugerechnet wird, ist vor allem dann schwer verständlich, wenn das Vermögensstrafrecht als akzessorischer Flankenschutz zu den Institutionen des Zivilrechts begriffen wird. An mancher Stelle meiner Ausführungen mögen, so hoffe ich, die dogma-

tischen Vorteile deutlich werden, die eine Deutung der Eigentums- und Vermögensdelikte als Einheit bieten könnte.

Der vorliegende Sammelband beschränkt sich auf einen Ausschnitt meiner Beschäftigung mit dem Vermögensstrafrecht; insbesondere fehlen primär didaktisch ausgerichtete Texte. Die Texte sind gegenüber der Erstveröffentlichung unverändert abgedruckt und sind auch inhaltlich nicht aufeinander abgestimmt. Brüche und Wiederholungen bleiben daher nicht verborgen.

Der Sammelband ist *Klaus Tiedemann*, meinem akademischen Lehrer des Strafrechts, in Dankbarkeit und Verehrung gewidmet. In seiner Werkstatt bot sich mir während meiner akademischen Lehrzeit die einmalige Möglichkeit, einem weltweit geschätzten Pionier des Wirtschaftsstrafrechts lernend über die Schulter zu blicken. Mein wissenschaftlicher Lebensweg erhielt dadurch methodisch und inhaltlich, etwa in der Ablehnung einer faktischen Betrachtungsweise, eine entscheidende Prägung. Ich kann zwar nicht ausschließen, dass manche meiner Überlegungen auf *Tiedemanns* Missfallen stießen, glaube aber, dass mein Bemühen, Dogmatik auf rechtstheoretischer Basis zu betreiben, ganz seinem eigenen Anliegen entspricht.

Für die tatkräftige Unterstützung bei der Erstellung der Druckfassung dieses Sammelbandes habe ich den Mitarbeitern meines früheren Lehrstuhls herzlich zu danken, namentlich den Damen und Herren Christopher Czimek, Britta Hahn, Eva-Maria Marxen, Dr. Alexandra Pohl, Peter Schneider und Lisa Wüstefeld.

Bonn, im Dezember 2017

Urs Kindhäuser

Inhaltsübersicht

| | |
|--|-----|
| 1. Grundlagen und Systematik | 11 |
| 2. Gegenstand und Kriterien der Zueignung beim Diebstahl | 25 |
| 3. Zur Anwendbarkeit der Regeln des Allgemeinen Teils auf den besonders schweren Fall des Diebstahls | 45 |
| 4. Zum Tatbestand der Unterschlagung (§ 246 StGB) | 63 |
| 5. Raub und Erpressung | 87 |
| 6. Zum Begriff der Bande – Anmerkung zu BGH – 3 StR 492/04 – v. 16. 6. 2005 | 123 |
| 7. Gefährliche Werkzeuge – Anmerkung zu OLG Hamm – 2 Ss 638/00 – v. 7. 9. 2000 | 131 |
| 8. Betrug als vertypte mittelbare Täterschaft | 139 |
| 9. Täuschung und Wahrheitsanspruch beim Betrug | 167 |
| 10. Konkludentes Täuschen | 195 |
| 11. Zur Vermögensverschiebung beim Betrug | 213 |
| 12. Dreiecksbetrug | 233 |
| 13. Zum Vermögensschaden beim Betrug | 247 |
| 14. Zum strafrechtlichen Schutz strafbar erworbenen Vermögens | 267 |
| 15. Vermögensschutz bei verbotenen Geschäften – Anmerkung zu BGH 3 StR 4/02 v. 12. 5. 2002 | 285 |
| 16. Der Computerbetrug (§ 263a StGB) – ein Betrug? | 293 |

Inhaltsübersicht

| | |
|---|-----|
| 17. Schutzzweck, Geschichte und Tatvarianten der Untreue | 315 |
| 18. Pflichtverletzung und Schadenszurechnung bei der Untreue (§ 266 StGB) | 337 |
| 19. Zur Strafbarkeit ungenehmigter Drittmittelinwerbung – Zugleich eine Besprechung von BGH 1 StR 372/01 und BGH 1 StR 541/01 | 359 |
| 20. Zur Struktur des Wuchertatbestands | 377 |
| 21. Zur Legitimität der abstrakten Gefährdungsdelikte im Wirtschaftsstrafrecht | 395 |
| 22. Insolvenzstraftaten – Vorbemerkungen zu §§ 283 ff StGB | 409 |
| 23. Zur Auslegung des Merkmals „vorteilhaft“ in § 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB –Zugleich eine Besprechung der Entscheidung des BGH vom 8.3.1990 (2 StR 367/89) | 475 |
| 24. Voraussetzungen strafbarer Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft | 487 |
| 25. Bußgeldrechtliche Folgen des Art. 81 EG | 509 |

1. Grundlagen und Systematik*

I. Grundbegriffe

Die Vermögensstraftaten sind neben den Straftaten gegen die Person und den Straftaten gegen überindividuelle Institutionen eine der drei Hauptgruppen der Delikte des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs. Zum Verständnis dieses umfangreichen und zugleich nur schwer systematisierbaren Rechtsgebiets ist es hilfreich, zunächst einen Blick auf seine theoretische Verankerung im Gesamtkomplex des strafrechtlichen Schutzes zu werfen und eine grobe Definition seiner Grundbegriffe zu geben. Die angesprochenen Fragen werden bei der Darstellung der einzelnen Delikte wieder aufgegriffen und im Detail behandelt.

I. Normen, Rechte und Pflichten

a) In einem der freien Entfaltung des einzelnen dienenden demokratischen Gemeinwesen hat das Recht die Aufgabe, soziale Integration durch eine gewaltlose Verständigung darüber zu leisten, wie die unterschiedlichen Interessen der Bürger miteinander in Einklang zu bringen sind¹. Die Interessenkoordination erfolgt im Recht durch *Normen*. Normen sind auf Dauer gestellte, in einem demokratischen Verfahren formulierte Regeln, die den einzelnen Bürgern Freiräume in der Form von Rechten zuweisen. Im Rahmen eines Rechts kann der einzelne tun und lassen, was er will; er trägt aber auch als freier Bürger selbst die Verantwortung für das, was er in seinem Freiheitsbereich tut und unterläßt. *Freiheit hat Selbstverantwortung als Kehrseite*.

b) Den Rechten korrespondieren Pflichten. Diese Pflichten können sich darin erschöpfen, es zu unterlassen, in den Freiheitsbereich eines anderen

* Entnommen aus: § 1, Strafrecht Besonderer Teil II, Teilband 1, 1. Aufl. 1998, S. 33-43.

1 Näher hierzu *Kindhäuser* ZStW 107 (1995), 701 (711 ff.); Grundlegendes zu den einschlägigen Begriffen bei *Hollerbach*, Selbstbestimmung im Recht, 1996, 6 ff., 15 ff.

einzugreifen, etwa ihn körperlich zu verletzen oder ihn seiner Bewegungsfreiheit zu berauben (*Unterlassungspflichten aus Verboten*). Pflichten können aber auch die Sorge für die Erhaltung oder Förderung der Freiheiten eines anderen zum Gegenstand haben (*Handlungspflichten aus Geboten*). Solche Pflichten kann man zum einen freiwillig (autonom) übernehmen, indem man sich z.B. vertraglich bindet, bestimmte Handlungen im Interesse eines anderen auszuführen oder zu unterlassen. Solche Pflichten können aber auch aus solidarisch geprägten Rechtsverhältnissen resultieren, etwa aus der Ehe oder dem Eltern-Kind-Verhältnis. Schließlich können sich Handlungspflichten aus Unterlassungspflichten ergeben, und zwar unter der Voraussetzung, daß die Verletzung eines fremden Rechts durch eine Gefahr droht, für die man – z.B. durch eigenes unerlaubtes Verhalten (*Ingerenz*) – einzustehen hat².

Während die Unterlassungspflichten aus Verboten darin bestehen, den selbstverantwortlichen Freiheitsraum anderer zu achten, betreffen die Gebotspflichten die Übernahme von Aufgaben für einen anderen; der so Verpflichtete hat für die Interessen des anderen einzustehen, und *diese Interessenwahrnehmung gehört zum Freiheitsbereich des Berechtigten*. Während die Pflichten der ersten Art jedermann treffen, sind die Träger der Pflichten der zweiten Art bestimmte Personen (*Sonderpflichtige/Garanten*). Neben den allgemeinen Verbotspflichten und den nur an Sonderpflichtige gerichteten Geboten verlangt das Recht allerdings von jedem Bürger auch ein bestimmtes *Minimum an Solidarität* mit anderen, die in Notlagen gekommen sind. Ausdruck dieser Mindestsolidarität ist beispielsweise das Gebot der Hilfeleistung nach § 323c StGB³. Delikte, die allgemein und nicht nur von Sonderpflichtigen fordern, für andere Sorge zu tragen, werden „echte“ Unterlassungsdelikte genannt. Hier hat jeder Bürger gegenüber jedem anderen Bürger ein Recht auf zumutbare Hilfe unter den in § 323c StGB genannten Voraussetzungen (vgl. auch § 138 StGB).

c) Normen koordinieren nicht nur individuelle Freiheitsbereiche (subjektive Rechte), sondern konstituieren auch im Interesse der Allgemeinheit *Institutionen*, die der Sicherung und Förderung der Freiheitsbereiche der einzelnen Bürger dienen. Institutionen in diesem Sinne sind Bündel von

2 Grundlegendes zu Handlungs- und Unterlassungspflichten bei *Vogel*, Norm und Pflicht, 1993, 27 ff., 93 ff. und passim; mit teils anderer Systematik *Jakobs*, Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen, 1996, 19 ff.

3 Zur Problematik vgl. *Pawlik* GA 1995, 356; *Seelmann* JuS 1995, 281.

Rechten und Pflichten, die an der Erreichung des jeweiligen Zwecks ausgerichtet sind. Beispiele sind die Rechtspflege und die staatliche Verwaltung. Die im Netz einer Institution befindlichen Personen – z.B. Richter und sonstige Amtsträger – sind auch Sonderpflichtige, nur nicht gegenüber bestimmten Personen, sondern gegenüber dem Staat, der die *Rechte der einzelnen repräsentiert*⁴. Soweit in den Aufgabenbereich von Sonderpflichtigen (unverzichtbarer) staatlicher Schutz zugunsten bestimmter Bürger fällt (z.B. als Polizisten, Feuerwehrleute), sind sie auch den zu beschützenden Bürgern gegenüber Garanten für die Erfüllung ihrer Pflicht⁵.

2. Zweck des Strafrechts

a) Das Strafrecht verfolgt den Zweck, die Geltung elementarer Normen freiheitlicher sozialer Integration zu sichern. Im Strafrecht geht es nicht – wie im Polizeirecht – um Gefahrenabwehr, sondern um die Ahndung der Verletzung von Normen. Es wäre ein Mißverständnis, die primäre Aufgabe des Strafrechts in der bloßen Verhinderung von Schädigungen zu sehen, insbesondere – so das falsche Bild – in der Abwehr rechtsfeindlicher Angriffe; diese Abwehr *kann* das Strafrecht *nicht* (unmittelbar) leisten, wie jede neue Straftat beweist. Verkauft sich das Strafrecht als Mittel der wirksamen Verhinderung oder Beseitigung von Schäden, so wäre es unehrlich. Das Strafrecht kann nicht mit dem Anspruch auftreten, daß es keine Güterbeeinträchtigungen (mehr) gibt oder geben wird.

b) Das Strafrecht hat eine andere Aufgabe. Damit in der sozialen Realität die Bürger auch tatsächlich ihre unterschiedlichen Interessen nach Maßgabe der rechtlichen Wertungen koordinieren (können), müssen die Normen in die Tat umgesetzt werden. Jeder Bürger muß mit anderen Worten davon ausgehen können und dürfen, daß (möglichst) alle anderen die Norm zur Entscheidungsrichtlinie ihres Handelns machen. Das Strafrecht hat nun die Aufgabe zu zeigen, daß diese *wechselseitigen Erwartungen berechtigt und verlässlich* sind, daß also derjenige, der sein Handeln an dieser Erwartung ausrichtet, nicht (dauerhaft) enttäuscht wird und umlernen muß.

4 Zur Repräsentation vgl. *Robbers*, Sicherheit als Menschenrecht, 1987, 160 ff.

5 Im einzelnen sehr str.; vgl. *Jakobs* AT 29/76 ff.

Exemplarisch: Mögen auch die zwei Personen A und B, die sich zufällig auf einer Straße begegnen, jeweils gleiche Nachrichten von allen möglichen Übeltaten gelesen haben, so sagt ihnen das Strafrecht u.a. doch dreierlei⁶:

- (1) A darf die Erwartung haben, daß B ihn nicht beraubt.
- (2) A darf die Erwartung haben, daß B weiß, daß A die Erwartung haben darf, er (B) werde ihn nicht berauben.
- (3) A darf die Erwartung haben, daß B die Erwartung haben darf, daß A ihn seinerseits nicht beraubt.

Ohne übereinstimmende Erwartungen wäre regelgeleitete soziale Interaktion – einschließlich sprachlicher Verständigung⁷ – schlechthin unmöglich. Das Strafrecht schneidet aus der Fülle rechtlicher Normen solche heraus, deren Realisierung als elementar für ein an Gerechtigkeitsgrundsätzen orientiertes Zusammenleben angesehen wird⁸. Und es unterstreicht die Berechtigung und Verlässlichkeit der Erwartung in ihre Befolgung, indem es mit Strafe reagiert, wenn die Erwartung nicht erfüllt wird⁹. Mit der Übelzufügung durch Strafe wird ausgedrückt, daß dem Täter die Nichtbefolgung der Norm „verübelt“ wird, weil er die in ihn gesetzten Erwartungen an Loyalität gegenüber dem Recht enttäuscht hat. Zugleich wird dem Täter angetragen, das Strafübel als symbolische Reaktion der Enttäuschung über den durch sein Verhalten ausgedrückten Mangel an Rechtstreue anzunehmen: Betrachtete er seine Tat aus der Perspektive der anderen, müßte er von sich selbst enttäuscht sein und die Übelzufügung als Vergeltung akzeptieren. Strafe als Antwort auf mangelnde Normkonformität setzt freilich voraus, daß der Täter in dem berechtigterweise erwartbaren Maße zur Normbefolgung handlungs- und motivationsfähig war. Das generell zu erwartende Maß an Normbefolgungsfähigkeit wird mit Hilfe der Kriterien objektiver Zurechnung bestimmt; exemplarisch: Was kann von einem

6 Zu gestuften Erwartungen (Erwartungen über Erwartungen usw.) vgl. *Kindhäuser* GA 1989, 493 (500) m.w.N.

7 Grundlegendes bei *Lewis*, Konventionen, 1975, passim.

8 Die diskursive demokratische Verständigung über die grundlegenden Rechte ist nicht nur Voraussetzung der Legitimität strafrechtlicher Normen und des Schuldstrafrechts, sondern mittelbar auch ein Stabilisierungsfaktor der Normen selbst: Die Chance der Befolgung einer Norm wird erhöht, wenn sie von den Normadressaten für interessengerecht gehalten wird; vgl. *Kindhäuser* ZStW 107 (1995), 701 (716 ff.) m.w.N.

9 Vgl. auch *Jakobs* AT 1/1 ff., 1/14 ff.

sorgfältigen Verkehrsteilnehmer erwartet werden. Im Wege der subjektiven Zurechnung wird festgestellt, ob auch der konkrete Täter als fähig angesehen werden kann, den in ihn gesetzten Erwartungen zu entsprechen. Strafrechtliche Zurechnung ist also der Inbegriff der Kriterien, nach denen zu entscheiden ist, ob durch eine Tatbestandsverwirklichung berechnete Erwartungen in die Rechtstreue des Täters enttäuscht wurden¹⁰.

c) Die Garantie berechtigter Erwartungen durch das Strafrecht hat *mittelbar* auch eine verhaltenssteuernde Wirkung. Zum einen und vor allem werden die rechtstreuen Bürger darin bestärkt, daß ihre Erwartungen geschützt sind und folglich weiterhin als Handlungsorientierungen taugen; zum anderen hat die Strafe den, wenn auch nicht scharf umrissenen Nebeneffekt, potentielle Täter vom Normbruch abzuschrecken. *In der Ermöglichung und Garantie übereinstimmender Erwartungen in Kernfragen interessengerechter Interaktion liegt die fundamentale Bedeutung des Strafrechts für eine soziale Ordnung*; für eine demokratische Gesellschaft ist das Strafrecht der Spiegel ihrer identitätsstiftenden Grundnormen.

3. Rechtsgüter des Strafrechts

Das Strafrecht betrachtet die Gesellschaft und das Verhalten ihrer Mitglieder ausschließlich aus einer rechtlichen Perspektive. Die beiden Werte, mit denen es „arbeitet“, sind – gewissermaßen als „Plus-“ und „Minuspole“ – die Werte Recht (Rechtmäßigkeit) und Unrecht (Rechtswidrigkeit). Eine faktische Betrachtungsweise, die diese Wertung unterläuft, hat im Strafrecht keinen Platz. Das Strafrecht kann nicht etwas als wertvoll und schützenswert ansehen, das nach der Wertung der sonstigen Rechtsordnung als Unrecht anzusehen ist. Daraus folgt nicht, daß das Strafrecht gegenüber dem bürgerlichen und öffentlichen Recht streng akzessorisch wäre und nur die dort formulierten Rechte anerkennen dürfte; das Strafrecht kann durchaus Rechte selbständig begründen und schützen. Das Strafrecht ist jedoch

10 Und nicht etwa auf die Frage: Was wollte der Täter Böses? Schon im Ansatz anders – nicht von der Erwartung in das rechtstreue Verhalten, sondern vom subjektiv intendierten Angriff des Täters auf Güter ausgehend – das personale Unrecht des Finalismus; vgl. *Welzel* Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, 62.

insoweit unselbständig, als seine Wertungen den sonstigen Wertungen der Rechtsordnung nicht widersprechen dürfen¹¹.

Die Gegenstände der Rechte des einzelnen oder der Allgemeinheit (Institutionen), die von den strafrechtlichen Normen garantiert werden, sind die *Rechtsgüter* des Strafrechts. Rechtsgüter sind solche Eigenschaften von Personen, Sachen oder Institutionen, die die freie und gleiche Teilnahme am sozialen Leben ermöglichen und absichern. Von grundlegender Bedeutung für das Verständnis des Strafrechts ist die Einsicht, daß diese Güter nicht unmittelbar, sondern immer nur als Gegenstand eines Rechts (oder einer Verpflichtung) geschützt werden. Das Verbot der Körperverletzung (§ 223 StGB) etwa schützt Gesundheit und körperliche Integrität nicht als „vorrechtlich“ gedachte faktische Eigenschaften, sondern als Gegenstand des (absoluten) Rechts einer Person¹². Daher ist es – mangels Rechtsverletzung – keine tatbestandliche Körperverletzung, wenn sich jemand beim Friseur die Haare schneiden oder beim *Zahnarzt* einen Zahn ziehen läßt. Nur der Eingriff in ein Recht, der ohne Willen seines Inhabers erfolgt, ist strafrechtlich relevant. Oder anders formuliert: Ein Eingriff in die körperliche Integrität oder Gesundheit einer Person ist *nur als Rechtsverletzung* (tatbestandliches) *Unrecht* i.S. von § 223 StGB.

4. Höchstpersönliche Rechte und Vermögen

a) Die strafrechtlich geschützten Rechte des einzelnen lassen sich in zwei große Gruppen unterteilen. Zur einen Gruppe gehören solche Rechte, die *bestimmte, den Status einer Person im Recht definierende Freiheiten* zum Gegenstand haben. Beispiele sind die Bewegungsfreiheit (§ 239 StGB), die Ehre (§§ 185 ff. StGB) oder das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (§§ 211 ff., 223 ff. StGB). Da solche Rechte konstitutiv für eine Person im Recht sind, können sie auch als *höchstpersönliches Rechtsgut* bezeichnet werden. In die Einschränkung solcher Rechte kann ihr Inhaber – ggf. entgeltlich – einwilligen, aber solche Rechte können *nicht* von einer Person auf eine andere *übertragen* werden.

11 Zur sog. Einheit der Rechtsordnung *Jakobs* Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 11/4 ff. m.w.N.

12 Dieses absolute Recht wird gleichermaßen vom Verfassungs- und Zivilrecht geschützt.

b) Zur anderen Gruppe gehören Rechte, die einer Person *Chancen freier Entfaltung* vermitteln. Diese Rechte kommen ihrem Inhaber nicht schon kraft seines Personseins im Recht zu, sondern werden von ihm erworben. Solche Rechte sind nicht konstitutiv für die „rechtliche Existenz“ einer Person. Sie dienen einer Person vielmehr zur Wahrnehmung ihrer jeweiligen Interessen. Entsprechend ihrer Funktion sind diese Rechte grundsätzlich *übertragbar*. *Die Summe der übertragbaren Rechte, die einer Person als Mittel freier Entfaltung zugeordnet sind, kann als ihr Vermögen bezeichnet werden.*

Dieser Vermögensbegriff ist ein *formeller Vermögensbegriff*. Er besagt nur, daß die jeweiligen Rechte der Form nach übertragbar und als Mittel beliebiger Interessenwahrnehmung einsetzbar sind. Offen ist dagegen noch, ob der konkrete Gegenstand des Rechts unter den wirtschaftlichen Bedingungen des sozialen Lebens geeignet ist, übertragen zu werden, ob also ein (beliebiger) Dritter überhaupt Interesse am Erwerb des betreffenden Gegenstands hat. Verdeutlichen läßt sich dies am Beispiel des Eigentums. Das Eigentum ist der Form nach die umfassende Herrschaftsbefugnis über einen Gegenstand (vgl. § 903 BGB) und demnach das formelle Vermögensrecht schlechthin. Ob – und ggf. wie – die Sache, an der jemand Eigentum hat, im sozialen Leben als Mittel der Interessenwahrnehmung eingesetzt werden kann und damit einen objektiven (intersubjektiven) Wert hat, ist dagegen unbestimmt.

Das formelle Vermögen wird nicht nur durch die Innehabung von Vermögensrechten konstituiert. Das Vermögen einer Person wird auch (negativ) durch ihre (Leistungs-) *Pflichten* – ihre „Schulden“ – bestimmt, denen Rechte Dritter korrespondieren.

c) Der formelle *Vermögensbegriff* wird zu einem *materiellen*, wenn den Gegenständen der einer Person zugeordneten Vermögensrechte ein *Wert* zugeschrieben wird. Zur Bestimmung dieses Wertes bieten sich unterschiedliche Kriterien an.

aa) Zunächst kann der Maßstab herangezogen werden, den der Inhaber des Rechts selbst bei der Bewertung seines Guts anlegt. Dieser Maßstab zeigt sich z.B. daran, zu welchem Preis der Inhaber sein Gut zu verkaufen bereit ist oder zu welchem Preis er sein Gut erworben hat. Unter Zugrundelegung dieses Maßstabs erhält man einen *subjektiv materiellen Vermögensbegriff*.

bb) Maßstab für die Bewertung von Gütern kann aber auch ihr Verkehrswert auf dem allgemeinen Tausch- und Warenmarkt sein. Unter Zu-

1. Grundlagen und Systematik

grundelegung eines solchen Maßstabs erhält man einen *objektiv (intersubjektiv) materiellen Vermögensbegriff*.

d) Ein Teil der Literatur und überwiegend auch die Rechtsprechung definieren das Vermögen nicht rechtlich, sondern *faktisch-wirtschaftlich*. Zum Vermögen sollen alle einer Person zur Verfügung stehenden wirtschaftlichen Wertpositionen gehören, unabhängig davon, ob sie dem Betroffenen zu Recht zustehen¹³. Diese schon im Ansatz sachwidrig unjuristische Konstruktion führt nur aufgrund der Tatbestandsstruktur der einschlägigen Vermögensdelikte nicht zu gravierenden Fehlern, weil etwa Erpressung (§ 253 StGB) und Betrug (§ 263 StGB) neben der Schädigung des Vermögens die Absicht *rechtswidriger Bereicherung* des Täters verlangen. Insoweit werden beim subjektiven Tatbestand an die Vermögensverschiebung wieder rechtliche Maßstäbe angelegt.

Wären solche Korrekturen nicht möglich, so könnte die faktische Betrachtungsweise im Strafrecht erhebliche Verwirrung stiften. Zu denken ist nur daran, daß § 823 Abs. 2 BGB Schadensersatz bei der Verletzung von Schutzgesetzen, zu denen auch die strafrechtlichen Normen zählen, gewährt. Wenn also die strafrechtlichen Normen im Widerspruch zum Zivilrecht Vermögen schützten – oder als Vermögen ansähen, was zivilrechtlich kein Vermögen wäre –, könnten via Strafrecht sachwidrige Ansprüche ins Zivilrecht transportiert werden.

II. Der strafrechtliche Vermögensschutz

1. Systematik

a) Dem Vermögensstrafrecht fehlt eine systematische Struktur, in der die einzelnen Delikte einen aufeinander abgestimmten Ort hätten. Wer die Gesetze anwendet, sieht sich einerseits mit Regelungslücken, die Wertungswidersprüche aufwerfen, und andererseits mit nicht minder fragwürdigen Überschneidungen der einschlägigen Tatbestände konfrontiert. Bisweilen ist noch nicht einmal geklärt, ob sich die Anwendungsbereiche der Gesetze überlappen oder ob in ihrem Grenzgebiet weiße Felder liegen, die sie nicht erfassen¹⁴.

13 Überblick bei *Küper Strafrecht Besonderer Teil*, 1996, 243 ff.

14 Eine der Streitfragen mit erheblichen praktischen Auswirkungen lautet, ob der Raub (§ 249 StGB) nur ein spezieller Unterfall der Erpressung (§§ 253, 255 StGB)

Die Formulierungen der Tatbestände sind Ergebnisse einer spezifischen Deliktsgeschichte und nicht Ausdruck eines begrifflich und teleologisch konsistenten kriminalpolitischen Konzepts. Die einzelnen Delikte entstammen nicht nur unterschiedlichen Epochen der Rechtsentwicklung, sondern haben teilweise auch ihre Wurzeln nicht im Vermögensstrafrecht. So ist etwa der Betrug (§ 263 StGB) mit den Fälschungsdelikten eng verwoben, zu denen auch die Münz-, Urkunds- und Aussagedelikte gehören. Bei den Vorstufen der Untreue (§ 266 StGB) steht der Treubruch im Vordergrund, und hierbei gibt es wieder vielfältige Verschränkungen mit der Unterschlagung (§ 246 StGB) und dem Betrug. Relativ geradlinig verläuft die Geschichte des Diebstahls (§ 242 StGB), dessen Beschränkung auf die Sachentziehung schon im Römischen wie auch Germanischen Recht angelegt ist¹⁵. Daß der Diebstahl schon früh in der Strafrechtsgeschichte feste Konturen erhielt, mag neben der Bedeutung, die dem Eigentum im Vergleich zu anderen Vermögensrechten traditionell zukam, die Dominanz des Eigentumsschutzes im Rahmen des Vermögensschutzes erklären.

b) Die „urwüchsige Gestalt“ des Vermögensstrafrechts zwingt dazu, die *inhaltliche* Eigenart der einzelnen Delikte zu respektieren. Ein System des Vermögensschutzes, in dem jedes einzelne Delikt eine spezifische, von anderen Delikten genau abgrenzbare Aufgabe hätte, läßt sich nicht entwickeln¹⁶. Jedoch haben die Delikte auch Gemeinsamkeiten hinsichtlich des Rechtsguts, der Tatmodalität und des geschützten Personenkreises, aufgrund deren typisierte Deliktgruppen gebildet werden können, z.B. Wegnahmedelikte, abgenötigte Vermögensverschiebungen oder betrugsähnliche Straftaten. Nach solchen Typisierungen ist dieses Lehrbuch gegliedert.

Es gibt allerdings eine abstrakte Vorfrage, deren Beantwortung erhebliche Auswirkungen auf die Auslegung der einzelnen Vermögensdelikte hat. Diese Vorfrage betrifft das Verhältnis von Eigentums- und Vermögensschutz im Strafrecht.

ist oder als aliud in einem Exklusivitätsverhältnis zur Erpressung mit Strafbarkeitslücken steht.

15 NK-*Kindhäuser* § 242 Rn. 1 m.w.N.

16 Versuche, die Vermögensdelikte des Strafrechts in eine kohärente Systematik zu überführen, sind von vornherein zum Scheitern verurteilt. Es gibt immer einzelne Delikte, die sich übergreifenden Klassifikationen widersetzen (so z.B. §§ 142, 266 StGB in *Schroeders* Systematisierungsversuch, Jura 1987, 113 [115]).

1. Grundlagen und Systematik

2. Eigentums- und Vermögensschutz

a) Problemstellung

Das Strafrecht schützt teils das Eigentum vor bestimmten Beeinträchtigungen – z.B. Raub (§ 249 StGB) oder Sachbeschädigung (§ 303 StGB) –, teils das Vermögen insgesamt vor Schädigungen – z.B. Erpressung (§ 253 StGB) oder Betrug (§ 263 StGB). Die Bestimmung des Verhältnisses dieser Delikte zueinander hängt wesentlich von der Frage nach Gegenstand und Reichweite des jeweiligen Schutzbereichs ab. So kann etwa die Erpressung nur unter der Voraussetzung Grundtatbestand des Raubes sein, daß jede Eigentumsverletzung auch eine Vermögensverletzung ist, also der Eigentumsschutz als Teilbereich des Vermögensschutzes verstanden wird.

Die entscheidende Weichenstellung bei der Bestimmung des Verhältnisses von Eigentums- und Vermögensdelikten wird mit der Wahl des formellen Vermögensbegriffs getroffen. Wird das formelle Vermögen einer Person in der Summe ihrer Rechte und Pflichten an übertragbaren Gütern gesehen (= *juristischer Vermögensbegriff*), so ist das Eigentum ein Unterfall des formellen Vermögensschutzes. Wird dagegen das Vermögen als eine faktisch-wirtschaftliche Position betrachtet, die einer Person nicht notwendig auch rechtlich zustehen muß (= *faktisch-wirtschaftlicher Vermögensbegriff*), so sind Eigentums- und Vermögensschutz zwei selbständige Schutzbereiche, die sich zwar überschneiden können, aber nicht überschneiden müssen. Soweit sie nicht kongruent sind, können sie sich in ihren Zielen widersprechen.

b) Juristische Vermögenslehre und Eigentumsschutz

aa) Unter Zugrundelegung der juristischen Vermögenslehre gibt es *formal* keine Spannung zwischen dem Schutz des Eigentums durch die Eigentumsdelikte und dem Schutz des Vermögens durch die Delikte gegen das Vermögen insgesamt.

Das Eigentum als das umfassende Recht, mit einer Sache nach Belieben umzugehen (§ 903 BGB), ist das Vermögensrecht schlechthin. Soweit das Strafrecht das Eigentum sichert, geht es weniger um den Bestand des Eigentums selbst, in den der Straftäter ohnehin zumeist nicht eingreifen kann (vgl. § 935 Abs. 1 BGB), als vielmehr um die Garantie der Möglichkeit, das Eigentumsrecht gemäß der ihm innewohnenden Befugnisse wahrzu-

nehmen. Bei den Zueignungsdelikten steht die Befugnis des Eigentümers, die Verfügungsgewalt über seine Sache innezuhaben und ausüben zu können, im Vordergrund des Rechtsschutzes. Da ein Recht wiederum dann durch ein Verhalten verletzt wird, wenn das Verhalten in Widerspruch zu dem Recht steht, mithin nach Maßgabe des Rechts untersagt werden könnte, ist die Wegnahme einer Sache in Zueignungsabsicht formal eine vermögensrechtliche Verletzung des Eigentums.

bb) Dagegen ist nach der juristischen Vermögenslehre *die Verletzung des Eigentums nicht notwendig auch eine Schädigung des Vermögens im materiellen Sinne*. Dies ist nur der Fall, wenn das Vermögen nach einem subjektiven Maßstab bewertet wird. Denn auch das Eigentum wird im (subjektiven) Interesse des Eigentümers geschützt, und an Sachen, die dieser für völlig wertlos hält (z.B. Abfall), besteht kein schutzwürdiges strafrechtliches Interesse.

Anders verhält es sich dagegen, wenn das Vermögen nach einem objektiven Maßstab bewertet wird. Obwohl der Eigentümer durchaus ein Interesse an Sachen haben kann, denen jeder Verkehrswert fehlt, ist die Verletzung des Eigentums in diesem Fall keine Schädigung des Vermögens im materiellen Sinne. Der Vermögensschutz ist dann enger als der Eigentumschutz.

cc) Daraus folgt, daß es für die Bestimmung des Verhältnisses von Eigentums- und Vermögensschutz wesentlich darauf ankommt, ob für die Bemessung des Schadens bei dem jeweiligen Delikt ein subjektiver oder ein objektiver Bewertungsmaßstab herangezogen wird. Für die Wahl des Maßstabs kann es nur ein sachgerechtes Kriterium geben: der Schutzzweck der Norm.

Dient die Norm des betreffenden Vermögensdelikts den *Gläubigern* des geschützten Vermögens, so muß der Bewertungsmaßstab ein objektiver sein. Für den Gläubiger kann grundsätzlich nicht der individuelle Maßstab des Schuldners, sondern nur der Verkehrswert des Vermögensgegenstands entscheidend sein. Demnach hängt etwa bei § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB die Frage, ob der Täter einen Bestandteil seines Vermögens beiseite geschafft hat, davon ab, ob die betreffende Sache einen Verkehrswert hatte.

Dient die Norm des fraglichen Vermögensdelikts dagegen dem Schutz des Vermögensinhabers – wie z.B. bei §§ 253 und 263 StGB –, so kann nur ein subjektiver Bewertungsmaßstab in Betracht kommen. Es wäre ein (teleo-)logischer Widerspruch, das Vermögen zwar um der freien Entfaltung des einzelnen willen zu schützen, zum Maßstab dessen, was für diese freie Entfaltung von Wert ist, aber ein anderes Kriterium als das jeweilige Inter-

esse des Rechtsinhabers selbst zu wählen. Einem freiheitlichen Verständnis der Entfaltungschancen des einzelnen entspricht notwendig ein *subjektiv materialer Vermögensbegriff*.

c) Faktisch-wirtschaftliche Vermögenslehre und Eigentumsschutz

Die in Rechtsprechung und Schrifttum vorherrschende faktisch-wirtschaftliche Betrachtungsweise weicht von der juristischen Vermögenslehre in formaler und materialer Hinsicht ab.

aa) Die faktisch-wirtschaftliche Vermögenslehre verlangt für die formale Zuordnung eines Gegenstands zum Vermögen einer Person *keine* entsprechende *Berechtigung*. Daher wird das Eigentum nur unter der Voraussetzung zum Vermögen gerechnet, daß der Eigentümer über die fragliche Sache wirtschaftlich verfügen kann. Ist eine Sache ihrem Eigentümer gestohlen oder in sonstiger Weise abhanden gekommen, gehört sie – trotz fortbestehenden Eigentums (§ 935 Abs. 1 BGB) – nicht mehr zu seinem Vermögen.

Unter diesen Prämissen sind – anders als bei der juristischen Vermögenslehre – Eigentums- und Vermögensschutz formal inkongruent. Exemplarisch: Wird dem Dieb die Beute durch einen Diebstahl nach § 242 StGB (Eigentumsdelikt) von einem Dritten entwendet, begeht dieser Täter eine Straftat zum Nachteil des (ursprünglich bestohlenen) Eigentümers. Wird dem Dieb dagegen die Beute, die aufgrund der faktischen Betrachtungsweise zu seinem (strafrechtlich geschützten!) Vermögen gehört, durch eine Erpressung nach § 253 StGB (Vermögensdelikt) abgenötigt, begeht der Erpressungstäter eine Straftat zum Nachteil des Diebes (und nicht etwa des Eigentümers)¹⁷.

bb) In der Konsequenz der faktisch-wirtschaftlichen Betrachtungsweise liegt, daß sie auch das Vermögen im materiellen Sinne nach Maßgabe des Verkehrswertes bestimmt und damit zu einem objektiv materiellen Vermögensbegriff bei allen Delikten kommt. Objektiv wertlose Sachen wie Erinnerungsphotos oder persönliche Briefe gehören damit nicht zum strafrechtlich geschützten Vermögen. Dies führt auch in materialer Hinsicht zu

17 Von den Vertretern einer (im Detail uneinheitlichen) juristisch-ökonomischen Vermögenslehre wird das Vermögen auf rechtlich schutzwürdige Positionen beschränkt, wobei umstritten ist, ob der unberechtigte Besitz rechtlich schutzwürdig ist oder nicht; näher hierzu *Küper* 247 f. m.w.N.

einer Inkongruenz von Eigentums- und Vermögensschutz mit erheblichen praktischen Auswirkungen: Nimmt der Täter eine objektiv wertlose Sache weg, indem er das Opfer mit einer Schußwaffe lebensgefährdend bedroht, so begeht er das Eigentumsdelikt eines schweren Raubes nach § 250 Abs. 1 Nr. 1 StGB (fünf Jahre Mindestfreiheitsstrafe). Läßt sich der Täter denselben Gegenstand unter denselben Drohungen vom Opfer aushändigen, so begeht er mangels Vermögensschadens *keine* qualifizierte räuberische Erpressung (§ 255 StGB) mit gleichem Strafmaß, sondern nur eine Nötigung nach § 240 StGB (maximale Freiheitsstrafe von drei Jahren). Zufälligkeiten der Tatausführung können nach diesem Ansatz also zu drastischen Differenzen im Strafmaß führen. Dieses geradezu absurde Ergebnis unterstreicht nachdrücklich, wie sachwidrig die Prämissen gewählt sind, auf denen es beruht.

3. Strafbarkeitslücken

Das Vermögensstrafrecht hat einen fragmentarischen Charakter, der wiederum eng mit seiner „urwüchsigen Gestalt“ zusammenhängt. Im Vordergrund steht – historisch bedingt – die Betonung des Eigentumsschutzes an Sachen. Dies beruht auf der Vorstellung, daß der Besitz an körperlichen Gegenständen eine besonders zu schützende Publizitätswirkung hat¹⁸. Diebstahl und Raub werden mit ihren vielen Qualifikationstatbeständen detailliert geregelt, während der besitzlose Vermögensschutz in wenigen (deshalb abstrakten und konturlosen) Vorschriften wie vor allem der Untreue (§ 266 StGB) loziert ist. Das ist der Funktion des Strafrechts, Rechte durch vertyptes Unrecht zu schützen, nicht notwendig inadäquat. Das Strafrecht darf und soll Schwerpunkte setzen und insoweit auch hinter dem Zivilrecht zurückbleiben.

Schon traditionell gehört zu den Schutzlücken die mangelnde Strafbarkeit des „Gebrauchsdiebstahls“ (furtum usus). Mit wenigen Ausnahmen (§§ 248b, 290 StGB) ist die Wegnahme einer Sache ohne Zueignungsabsicht und nur zum (nicht beschädigenden) Gebrauch nicht strafbar. So kriminalpolitisch einleuchtend diese Strafbarkeitslücke sein mag, so problematisch sind ihre Konsequenzen für die Dogmatik. Denn auch sinnvolle

18 Das Zivilrecht hat sich von diesen Vorstellungen weitgehend gelöst, wie u.a. das Sicherungseigentum, der (verlängerte) Eigentumsvorbehalt und die praktische Bedeutung von Forderungszessionen zeigen.

1. Grundlagen und Systematik

Schutzlücken sind Wertungslücken und blockieren die Gleichbehandlung von Gleichem. Wenn der *Gebrauchsdiebstahl* kein Diebstahl ist, warum sind dann nicht auch der *Gebrauchsbetrug* kein Betrug und die *Gebrauchserpressung* keine Erpressung? Soll mangels Diebstahls der *Gebrauchsraub* mit Schußwaffen nur eine Nötigung (§ 240 StGB) sein, die *Gebrauchserpressung* mit Schußwaffen aber mit der Mindeststrafe (fünf Jahre Freiheitsentzug) des schweren Raubs (§§ 255, 250 Abs. 1 Nr. 1 StGB) geahndet werden¹⁹?

19 Das ist in der Tat die Konsequenz, wenn mit der h.L. Raub und räuberische Erpressung nicht inhaltsgleich ausgestaltet werden.

2. Gegenstand und Kriterien der Zueignung beim Diebstahl*

I.

Da der Dieb an der von ihm weggenommenen Sache grundsätzlich kein Eigentum erwerben kann (§ 935 Abs. 1 BGB), läßt sich die deliktsspezifische Zueignungsabsicht nur als Wille deuten, sich die Position eines Eigentümers ohne rechtliche Anerkennung zu verschaffen¹. Zueignung bedeutet demnach die Erlangung einer Position, die der eines Eigentümers bis auf die fehlende rechtliche Anerkennung gleicht. Das Eigentum ist *das* umfassende Herrschaftsrecht, so daß jede Einwirkung auf die Sache auch als Ausübung der Verfügungsmacht eines Eigentümers interpretiert werden kann. Nur das formale Element der rechtlichen Anerkennung der Verfügungsmacht als Eigentum macht diese Position zum Eigentum. Wie das Eigentum selbst ist daher auch das Quasi-Eigentum inhaltlich insoweit indifferent, als es nicht auf bestimmte Einwirkungsmöglichkeiten begrenzt ist. Daraus ergibt sich, daß jede Einwirkung auf eine Sache nur dann, aber auch schon dann als Ausübung der Rechtsstellung eines Eigentümers anzusehen ist, wenn sie mit dem Anspruch, die Einwirkung gerade eines Eigentümers zu sein, erfolgt.

Diese Prämisse führt sowohl in dogmatisch-begrifflicher Hinsicht als auch unter dem praktischen Aspekt prozessualer Beweisbarkeit zu Abgrenzungs- und Auslegungsproblemen. Einfach liegen die Dinge, wenn sich der Täter die Befugnis zu Handlungen anmaßt, die die Innehabung des Eigentums an der Sache voraussetzen, wie vor allem bei dinglichen Verfügungen und darauf gerichteten Verträgen; hier ist die Beanspruchung der Eigentümerposition unmißverständlich. Schwierigkeiten bereiten dagegen vor allem die Fälle, in denen der Täter die Sache entwendet, um sie selbst zu nutzen. Der bloße Gebrauch ist kein Akt, durch den auch nur konkludent der Anspruch erhoben wird, Eigentümer zu sein. Das Problem

* Entnommen aus: Ellen Schlüchter (Hrsg.), *Kriminalistik und Strafrecht*, Festschrift für Friedrich Geerds, 1995, S. 655 ff.

1 Freilich schließt die Eigentumserlangung Zueignung nicht aus, wie entsprechende bei § 246 StGB mögliche Konstellationen zeigen, sondern ist ein begriffsnotwendig nicht erforderliches Plus.

2. Gegenstand und Kriterien der Zueignung beim Diebstahl

spitzt sich zu, wenn der Täter die Sache nach einer bestimmten Nutzungsdauer dem Eigentümer zurückgeben will; Sachentziehung ohne Eigentumsanmaßung ist kein Diebstahl.

Versuche, die Unbestimmtheit des Zueignungsbegriffs² zu überwinden, bewegen sich zwischen *Skylla* und *Charybdis*. Sie laufen Gefahr, entweder die Zivilrechtsakzessorietät durch die Entwicklung strafrechtsspezifischer Kriterien (bereichsweise) preiszugeben oder den zivilrechtlichen Eigentumsbegriff inhaltlich zu konkretisieren und damit zu verkürzen. Vor allem mit Blick auf die erstgenannte Gefahr ist zu konstatieren, daß sich die Diebstahlsdogmatik mehr oder weniger weit von einer streng zivilrechtsanalogen Ausrichtung des Zueignungsbegriffs entfernt hat. Die Zueignung soll sich nach h.M. nicht nur auf die Substanz der Sache, sondern auch auf deren Wert beziehen können³. Diese sog. Vereinigungstheorie ist jedoch, wie *Friedrich Geerds* zu Recht rügt, ominös⁴. Mit dem Sachwert implantiert sie dem Zueignungsbegriff einen zivilrechtlichen Fremdkörper und verwischt zugleich die Grenze der Eigentums- zu den Vermögensdelikten.

Freilich besagt dieser Einwand nicht, daß die (wirtschaftliche) Verwertung einer Sache kein signifikantes Kriterium ihrer Zueignung sein könnte. Insoweit können sich unter der "Oberflächengrammatik" der Lehre vom Sachwert und ähnlicher Ansätze Elemente verbergen, die auch in eine streng am Zivilrecht orientierte Auslegung des Zueignungsbegriffs eingehen könnten. Deshalb sei im folgenden der Frage nachgegangen, ob

2 Zur Begriffsgeschichte *Maiwald*, Der Zueignungsbegriff im System der Eigentumsdelikte, 1970, S. 17 ff; *Wessels*, NJW 1965, S. 1153 ff.

3 Vgl. nur RGSt 61, S. 228, 232 f; 67, S. 334, 335; BGHSt 4, S. 236, 238 f; 24, S. 115, 119; BGH NJW 1970, S. 1753, 1754 mit Anm. *Schröder*; NSTz 1981, S. 63; StV 1983, S. 329, 330; NJW 1985, S. 812; *Baumann*, NJW 1964, S. 705, 706 f; *ders.* GA 1971, S. 306 ff; *Bockelmann*, ZStW Bd. 65, S. 569, 577 f; *Dreher/Tröndle*, Strafgesetzbuch, 46. Aufl. 1993, § 242 Rn. 18 ff; *Gribbohm*, MDR 1965, S. 874 f; *Kohlrausch/Lange*, Strafgesetzbuch, 43. Aufl., 1961, § 242 Anm. III 2 b; *Lackner*, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 20. Aufl. 1993, Rn. 21; *Paulus*, Der strafrechtliche Begriff der Sachzueignung, 1968, S. 160 ff, 217; *Ruß* in: Leipziger Kommentar, 10. Aufl., 1989, § 242 Rn. 50; *Schaffstein*, GS Bd. 103, S. 292 ff, 310; *Eser* in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 24. Aufl., 1991, § 242 Rn. 47 ff; *Wessels*, (Fn. 2), S. 1154 f; *ders.*, JZ 1965, S. 633 f.

4 JR 1978, S. 172. Evident ist, daß sich die beiden Elemente der Vereinigungstheorie wechselseitig ausschließen können, vgl. auch *Kargl*, ZStW Bd. 103, S. 136, 148 ff; *Miehe*, FS der Juristischen Fakultät Heidelberg, 1986, S. 481; *Schmidhäuser*, FS Bruns, 1978, S. 345, 351 ff.

nicht auch eine möglichst enge Anbindung des Zueignungsbegriffs an zivilrechtliche Kategorien einerseits die Beibehaltung sachgemäßer Ergebnisse erlaubt und andererseits mit dem formalen Eigentumsschutz unvereinbare Konsequenzen zu vermeiden hilft. Richtschnur soll hierbei sein, von den Regelungen des Fahrniseigentums nur dort abzuweichen, wo es von der Sache her unumgänglich ist.

II.

Nach der sog. Substanztheorie, dem einen Element der Vereinigungstheorie, ist Gegenstand der Zueignung die Substanz der weggenommenen Sache⁵. Zwar ist die Zueignung der Sachsubstanz eine dem Zivilrecht unbekanntes Begriffsbildung, aber das Gemeinte ist eine Selbstverständlichkeit. Das Fahrniseigentum ist Eigentum an Sachen, und wie nur die Sache selbst Gegenstand einer zivilrechtlichen An- oder Übereignung sein kann, so kann auch nur die Sache selbst Gegenstand der strafrechtlichen Zueignung sein.

Fragwürdig ist dagegen das zweite Element der Vereinigungstheorie, die sog. Sachwerttheorie. Dieser Lehre zufolge soll der wirtschaftliche Wert einer Sache Gegenstand der Zueignung sein⁶. Vor dem Hintergrund des Zivilrechts ist diese Definition unverständlich. Wenn es kein Eigentum am Wert einer Sache geben kann, wird sich schwerlich eine eigentümerähnliche Stellung an einem solchen Wert konstruieren lassen. Aber selbst wenn eine solche Konstruktion – jenseits zivilrechtlicher Kategorien – denkbar wäre, ließe sie sich nicht mit dem Wortlaut des § 242 StGB vereinbaren. Dieser verlangt eindeutig, daß sich der Täter das zueignet, was er wegnimmt: "dieselbe" Sache. Die Identität von Wegnahme- und Zueignungsobjekt kann nicht ohne die Gefahr eines Verstoßes gegen Art. 103 Abs. 2 GG preisgegeben werden.

5 So die frühere Rechtsprechung des RG, vgl. RGSt 5, S. 218, 220; 10, S. 369, 370 f; 24, S. 22, 23; 39, S. 239, 242; *Binding*, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts I, 2. Aufl., 1902, S. 264; v. *Hippel*, Lehrbuch des Strafrechts, 1932, S. 239, insbes. Fn. 7; v. *Liszt/Schmidt*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 25. Aufl. 1927, S. 616 ff; *Maurach*, Deutsches Strafrecht. Besonderer Teil, 5. Aufl., 1969, S. 210.

6 Vgl. nur RGSt 40, S. 10 ff; 43, S. 17, 19 f; 49, S. 405, 406; 51, S. 97, 98 f; *Frank*, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl. 1931, § 242 Anm. VII 2 a.

2. Gegenstand und Kriterien der Zueignung beim Diebstahl

Beispielhaft für die Tauglichkeit wie auch die Notwendigkeit dieser Lehre soll ihre Fähigkeit sein, die Fälle zu lösen, in denen der Täter Geld von einem Sparbuch abhebt, das er dem Berechtigten anschließend wieder zurückgeben will. Hier eigne sich der Täter nicht die Substanz des Sparbuchs, das er zurückgebe, sondern den in dem Buch steckenden Wert zu. Doch das Geld, das der Täter abhebt, entzieht er nicht dem Sparbuch; es wird ihm vielmehr von der Bank übereignet. Es läßt sich auch nicht ohne weiteres sagen, daß sich der Wert des Sparbuchs um den abgehobenen Betrag verringere. Durch das Abheben des Geldes vermindert sich vielmehr die Darlehensforderung des Berechtigten gegen die Bank. Die Forderung ist kein Wert des Sparbuchs, sondern das Recht am Sparbuch richtet sich nach der Forderung; dementsprechend ist auch mit dem Verlust des Sparbuchs (noch) kein Verlust der Forderung verbunden (§ 808 BGB).

Wesentlich für das Eigentum ist die Möglichkeit der Weiterveräußerung. Demnach muß für den Dieb das angemäßte Eigentum wie Eigentum verfügbar sein. Der Gegenstand der Zueignung hat mit anderen Worten die Übereignungsprobe zu bestehen. Der Wert eines Sparbuchs kann jedoch ebensowenig wie der Wert einer Sache im allgemeinen isoliert von der Sache übereignet werden. Dieser einfache Test zeigt, daß die Sachwerttheorie Zueignung nicht als Eigentumsanmaßung, sondern als Bereicherung deutet und damit den Schutzbereich des Diebstahls verfehlt. Das Diebstahlsverbot schützt das Eigentum unabhängig von seinem wirtschaftlichen Wert; taugliches Tatobjekt können – weitgehend unbestritten – auch völlig wertlose Sachen sein⁷. Eine Bereicherung des Täters und eine Entreichung des Geschädigten sind für den Diebstahl nicht begriffsnotwendig⁸.

Die Umdeutung der Eigentums- in Bereicherungsdelikte durch die Sachwert- bzw. Vereinigungstheorie hat in der neueren Diebstahlsdogmatik wieder zu einer Rückbesinnung auf den Inhalt des Eigentums geführt. Nicht der Wert, sondern die wertbildenden Faktoren der Sache selbst, namentlich ihre Nutzungsmöglichkeit, sollen Gegenstand der Zueignung

7 RGSt 44, S. 207, 209; 51, S. 97, 98; BGH VRS Bd. 62, 274; OLG Düsseldorf NJW 1989, S. 115, 116; *Krey*, Strafrecht Besonderer Teil, Bd. 2, 9. Aufl., 1993, Rn. 51 ff, 69 ff; *Lackner*, (Fn. 3), Rn. 2; *Ruß*, (Fn. 3), Rn. 2, 7; *Samson* in: Systematischer Kommentar zum StGB, 4. Aufl, 1990, § 242 Rn. 7; *Schmidhäuser*, Strafrecht Besonderer Teil, 2. Aufl. 1983, 8/2; a.A. *Baumann*, NJW 1964, S. 705, 706 f; *Eser*, (Fn. 3), Rn. 7; *Schröder*, JR 1964, S. 266.

8 RGSt 67, S. 266; BGH NJW 1977, S. 1460; GA 1969, S. 306.

sein. Wird die Nutzungsmöglichkeit jedoch kommerzialisiert und als wirtschaftlicher Funktionswert einer Sache begriffen⁹, so wird nur die Sachwerttheorie neu aufgelegt, da jede Nutzung einer Sache, die in irgendeiner Weise von Wert ist, dann als Zurechnungsgegenstand taugt. Der Diebstahl wäre vom Eigentumsdelikt zu einem Delikt unlauteren wirtschaftlichen Sachgebrauchs mutiert. Bereits *Bockelmann* hat diese Konsequenz mit der Forderung zu vermeiden gesucht, daß nur der nach Art und Funktion mit der Sache verknüpfte Wert als Zurechnungsgegenstand in Betracht komme¹⁰. In dieselbe Richtung gehen Ansätze, die auf die wirtschaftlich sinnvolle Nutzung¹¹, den Zwecknutzen¹², den bestimmungsgemäßen Gebrauch¹³ oder die der Sache objektiv innewohnenden Funktionsmöglichkeiten¹⁴ abstellen¹⁵. Doch auch diese Vorschläge sind wenig überzeugend. Das entscheidende Merkmal des Eigentums, mit der Sache "nach Belieben verfahren" zu können (§ 903 BGB), wird durch die Suche nach objektiven Nutzungskriterien verfehlt – ungeachtet der kaum zu bewältigenden Schwierigkeiten dieses Unterfangens¹⁶. Gerade die Willkür des Gebrauchs macht die umfassende Herrschaftsmacht des Eigentums über eine Sache aus¹⁷. Zum anderen besteht auch dieser Ansatz nicht den "Übereignungstest": Da das Zivilrecht kein Eigentum an Nutzungs- oder Funktionsmöglichkeiten kennt, können solche Möglichkeiten auch nicht isoliert übereignet werden und scheiden damit als Gegenstand des Quasi-Eigentums aus.

Als vorläufiges Fazit ist festzuhalten, daß bei einer am Eigentums- und nicht am Vermögensbegriff ausgerichteten Auslegung Gegenstand der Zueignung beim Diebstahl nur die vom Täter weggenommene Sache selbst sein kann. Offen ist aber, unter welchen Voraussetzungen von einer Zueig-

9 *Eser*, (Fn. 3), Rn. 49.

10 *Bockelmann*, (Fn. 3), S. 575 ff; *Ruß*, (Fn. 3), Rn. 49: *lucrum ex re* und nicht *lucrum ex negotio cum re*.

11 *Samson*, (Fn. 7), Rn. 77.

12 *Paulus*, (Fn. 3), S. 163 ff, 218 ff.

13 *Eser*, JuS 1964, S. 477, 481.

14 *Rudolphi*, GA 1965, S. 38 ff.

15 Vgl. auch *Maiwald*, (Fn. 2), S. 80 ff; *Otto*, Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes, 1970, S. 167 ff.

16 Ist z.B. das Tragen eines Abendkleides auf einem bestimmten Ball, das von einem Couturier nur für diesen Anlaß entworfenen wurde, eine generelle oder spezifische Nutzung?

17 Vgl. auch *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 1, 7. Aufl. 1988, § 33 Rn. 49.

2. Gegenstand und Kriterien der Zueignung beim Diebstahl

nung gesprochen werden kann, welches also die Kriterien der Zueignung sind.

III.

Während der Gegenstand der Zueignung in Judikatur und Schrifttum höchst umstritten ist, wird als Kriterium der Zueignung allgemein die Formel "se ut dominum gerere" angeführt. Zur näheren Bestimmung dieser tautologischen Umschreibung lohnt ein Blick auf die zivilrechtlichen Kategorien der Eigentumsposition. Diese sind: Gewahrsam/Besitz und Verfügungsmacht. Sieht man von der dinglichen Einigung ab, die beim Diebstahl naturgemäß keine Rolle spielen kann, ist für den Erwerb von Fahrniseigentum die Erlangung des Besitzes notwendig. Diebstahlsrelevant ist wiederum nur die Form der Besitzerlangung, die die Begründung tatsächlicher Sachherrschaft im Sinne von Gewahrsam meint. Entscheidend ist nun, daß der Erwerber die Sache nicht nur in Besitz, sondern in Eigenbesitz nehmen muß. Bezogen auf den Diebstahl bedeutet dies, daß sich der Täter eine Sache dann zueignet, wenn er durch deren Wegnahme Eigenbesitz an ihr begründen will. Damit wird zugleich diejenige Lehre bestätigt, die den Diebstahl als Zueignung durch Wegnahme interpretiert¹⁸. Wesentlich für die Zueignung einer Sache ist also, daß der Täter die in der Wegnahme liegende Begründung neuen Gewahrsams als Begründung von Eigenbesitz begreift.

Die das Eigentum kennzeichnende Verfügungsmacht des Eigenbesitzers hat als positive Seite die Möglichkeit beliebigen Umgangs mit der Sache und als negative Seite den Ausschluß Dritter von Einwirkungen auf die Sache. Bezogen auf die Zueignung bedeutet dies, daß der Täter durch die Begründung von Eigengewahrsam beansprucht, nunmehr einerseits nach Belieben mit der Sache umgehen (Aneignung) und andererseits andere, namentlich den wahren Eigentümer, von jeder Einwirkung auf die Sache ausschließen zu dürfen (Enteignung)¹⁹. Daraus folgt als Definition der Zu-

18 *Hirsch*, JZ 1963, S. 149 f, Fn. 8; *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 346 f m.w.Nachw.

19 Zu diesen beiden Elementen der Zueignung vgl. BGH NStZ 1981, S. 63; JR 1985, S. 251 f mit Anm. *Rudolphi*; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, (Fn. 17), § 33 Rn. 39; *Ruß*, (Fn. 3), Rn. 50; *Samson*, (Fn. 7), Rn. 56; *Schmidhäuser*, (Fn. 4), S. 348; *Eser*, (Fn. 3), Rn. 60, 64.