

Neue Herausforderungen an die Zueignungsabsicht i. S. v. § 242 StGB bei Daten- und Informationsträgern

Tobias Reinbacher

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Reinbacher, Tobias. 2015. "Neue Herausforderungen an die Zueignungsabsicht i. S. v. § 242 StGB bei Daten- und Informationsträgern." *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 126 (3): 642–68. <https://doi.org/10.1515/zstw-2014-0027>.

Nutzungsbedingungen / Terms of use:

licgercopyright

Dieses Dokument wird unter folgenden Bedingungen zur Verfügung gestellt: / This document is made available under these conditions:

Deutsches Urheberrecht

Weitere Informationen finden Sie unter: / For more information see:

<https://www.uni-augsburg.de/de/organisation/bibliothek/publizieren-zitieren-archivieren/publiz/>



Priv.-Doz. Dr. Tobias Reinbacher

Neue Herausforderungen an die Zueignungsabsicht i. S. v. § 242 StGB bei Daten- und Informationsträgern

DOI 10.1515/zstw-2014-0027

I. Einleitung in die Problematik

Die Frage, wann die Benutzung einer weggenommenen Sache zu bestimmten Zwecken eine Zueignungsabsicht des Täters beinhaltet und damit einen Diebstahl im Sinne des § 242 StGB darstellt, wird schon seit langem diskutiert. Der klassische Streitstand drehte sich in der Vergangenheit etwa um die Entwendung eines Kraftfahrzeuges, das zu einer Fahrt benutzt werden soll. Hier macht es nach der ständigen Rechtsprechung einen Unterschied, ob der Pkw zurückgebracht werden soll oder ob der Täter ihn irgendwo dem Zufall Preis geben will¹. Aber selbst bei einer Rückgabe des Fahrzeuges soll eine Zueignungsabsicht des Täters vorliegen, wenn die Sache „erheblich“ in ihrem Wert gemindert wurde².

Heute stellen sich diese Fragen zwar weiterhin, durch die technische Entwicklung entstehen aber neue Herausforderungen, die auch eine erneute Beschäftigung mit der Thematik rechtfertigen. Dabei soll hier eine spezielle Konstellation besonders betrachtet werden: die Wegnahme von Daten- oder Informationsträgern, um an die jeweiligen Inhalte und Informationen zu gelangen. Dazu seien einleitend zwei Fälle vorgetragen, um die Problematik zu illustrieren.

1. Im Jahr 1992 entschied das BayObLG einen Fall, bei dem die Zueignung von Disketten im Raume stand³. Hier hatte eine EDV-Zubehör-Firma dem Angeklagten gekündigt und von ihm vergebens die Rückgabe von 93 Disketten gefordert, die sich in seinem Besitz befanden. Zwar ging es hier um eine Unterschlagung nach

1 BGHSt. 22, 45, 47.

2 BGHSt. 34, 309, 312.

3 BayObLG NJW 1992, 1777 mit Anm. von *Julius*, JR 1993, 255.

§ 246 StGB, die Ausführungen des Gerichts erstreckten sich aber auch auf die Zueignungsabsicht i. S. d. § 242 StGB. Das Gericht sah in der Nicht-Rückgabe noch keinen Beweis dafür, dass der Angeklagte sich die Disketten zueignen wollte. Auch die Tatsache, dass er den Inhalt der Disketten möglicherweise verwertet haben könnte, vermochte das Gericht nicht umzustimmen. Der Angeklagte habe dann ggf. lediglich den Inhalt der Disketten für sich verwendet. Dies lasse noch nicht auf einen mangelnden Rückgabewillen schließen. Er habe sich dann nicht anders verhalten als der Entleiher einer Schallplatte, der die Musik aufnehme und die Schallplatte danach zurückgebe. Auch der „Sachwert“ sei nicht entzogen, da die Diskette unverändert bleibe. Das bloße Kopieren, um sich den Inhalt zunutze zu machen, beinhalte noch keine Zueignungsabsicht im Sinne von § 242 StGB, wenn im Übrigen die Absicht gegeben sei, die Diskette zurückzugeben.

2. Im zweiten, vom BGH im Jahr 2012 entschiedenen Fall⁴ nahm der Angeklagte seinem Opfer mit Gewalt dessen Mobiltelefon weg, um darin nach Beweisen, nämlich nach Fotos, zu suchen, die belegen sollten, dass das Opfer eine Beziehung mit der Schwester eines Mitangeklagten unterhielt. Sodann übertrug er die gefundenen Bilddateien per Bluetooth auf das eigene Gerät. Was mit dem Telefon des Opfers geschehen sollte, war ihm im Zeitpunkt der Wegnahme völlig gleichgültig. Der BGH lehnte unter Verneinung der Zueignungsabsicht einen Raub gemäß § 249 StGB und damit auch den in diesem zwangsläufig enthaltenen Diebstahl ab. Der Angeklagte habe sich weder die Substanz noch den Sachwert des Gerätes zueignen wollen noch habe er dessen Wert durch den Gebrauch gemindert. Dass die vom Angeklagten beabsichtigte Durchsuchung des Speichers und das Kopieren der Bilddateien im Rahmen des bestimmungsgemäßen Gebrauchs der Sache lagen, ändere hieran nichts, denn dies führe nicht zu deren Verbrauch.

Beide Entscheidungen werden im Folgenden näher betrachtet und weitere Varianten im Zusammenhang mit der Wegnahme und Verwendung von Datenträgern zum Zwecke der Datenentziehung durchgespielt. Eine Konstellation soll aber von vornherein ausgeschlossen sein: Das Ausspähen oder Kopieren von Daten oder Informationen ohne Wegnahme des Datenträgers. Hier wäre z. B. an das Einsehen oder Kopieren von Daten aus einer sog. „Cloud“ im Internet zu denken. Dieser Beitrag befasst sich nur mit der Frage der Zueignungsabsicht hinsichtlich der Daten- und Informationsträger und setzt daher die Erfüllung des objektiven Tatbestandes, also eine Wegnahme derselben, in den jeweiligen Fallgestaltungen schlichtweg voraus. Als Daten bzw. Informationen sollen hier geisti-

⁴ BGH NSTZ 2012, 627 mit Anm. von Hecker, JuS 2013, 468; Jäger, JA 2012, 709; Putzke, ZJS 2013, 311; vgl. auch Dittmer/Hartenstein, famos 11/2012.

ge Inhalte, die auf einem Medium abgelegt sind, verstanden werden, sodass ein weiteres Verständnis als in § 202a Abs. 2 StGB zu Grunde gelegt wird. Dies können Lieder ebenso wie Filme oder Fotos sein, aber auch Schriftwerke. Daten- oder Informationsträger⁵ können insoweit Bücher, Zeitungen, Schallplatten, Disketten, CDs, DVDs, USB-Sticks, aber auch Festplatten eines PCs oder, wie im BGH-Fall, Speicher eines Smartphones sein.

Um die hier behandelte Frage einzuordnen, muss zuerst festgestellt werden, dass das Ausspähen und Kopieren von Daten und Informationen selbst nach ganz überwiegender Ansicht nicht unter den Tatbestand des Diebstahls fällt, da Daten keine körperlichen Gegenstände und damit keine Sachen sind⁶, unabhängig davon, ob man einen eigenständigen Sachbegriff des StGB⁷ annimmt oder insofern auf § 90 BGB⁸ rekurriert.

Dass auch der Gesetzgeber dies nicht anders sieht, beweisen einige eigens für die Daten geschaffenen Normen. So wurden etwa in den §§ 202a, 303a StGB Spezialtatbestände geschaffen, die bestimmte Fälle des unbefugten Zugriffs bzw. das Verändern von Daten erfassen. Auch ist z.B. an die §§ 16, 106 UrhG zu denken, wenn Inhalte, die urheberrechtlich geschützte Werke darstellen, kopiert, also vervielfältigt, werden. Ferner kommen die Vorschriften des BDSG oder § 17 UWG in Betracht, wenn es um personenbezogene Daten oder um Geschäftsgeheimnisse geht. Die Inhalte selbst sollen hier jedoch nicht weiter interessieren, denn in diesem Beitrag soll es um den Daten- und Informationsträger selbst als Tatobjekt eines Diebstahls gehen. Die Frage der Zueignungsabsicht bzgl. des Datenträgers ist gerade deshalb besonders relevant, weil ein Diebstahl hinsichtlich der Inhalte ausscheidet, sodass eine Bestrafung gemäß § 242 StGB nur dann in Betracht kommt, wenn man auf den Datenträger als Sache abstellt.

⁵ Darunter fallen auch „Nachrichtenträger“, wie etwa Briefe; vgl. zur Zueignungsabsicht bei Briefen OLG Celle JR 1964, 266 mit Anm. Schröder; ferner Eser, Strafrecht IV, 4. Aufl. 1983, Fall 3 Rdn. 34; B. Heinrich, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht Besonderer Teil, 2. Aufl. 2009, § 13 Rdn. 79.

⁶ Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 61. Aufl. 2014, § 242 Rdn. 3; Hoyer, in: Systematischer Kommentar zum StGB, Band IV, §§ 212–266b StGB, 8. Aufl., Stand: 140. Lfg. Oktober 2013, § 242 Rdn. 8; Julius, JR 1993, 255; Mitsch, Strafrecht Besonderer Teil 2, Teilband 1, § 1 Rdn. 11; Vogel, in: Leipziger Kommentar zum StGB, Band 8, 12. Aufl. 2010, § 242 Rdn. 9.

⁷ So etwa Mitsch, Bes. Teil 2/1 (Anm. 6), § 1 Rdn. 11; Vogel, in: LK (Anm. 6), § 242 Rdn. 4; Wittig, in: Beck'scher Online-Kommentar zum StGB, Stand: 22.07.2013, § 242 Rdn. 4.

⁸ So etwa Börner, Die Zueignungsdogmatik der §§ 242, 246 StGB, 2004, S. 38f.; Eser/Bosch, in: Schönlke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 242 Rdn. 9; Fischer (Anm. 6), § 242 Rdn. 3; B. Heinrich, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf (Anm. 5), § 13 Rdn. 32; Hoyer, in: SK (Anm. 6), § 242 Rdn. 3; Samson, in: SK, Band II, 3. Aufl., Stand: 17. Lfg. 1984, § 242 Rdn. 3.

Der soeben genannte Beschluss des BGH aus dem Jahr 2012 scheint dabei im Widerspruch zur bisherigen Rechtsprechung zu stehen⁹. Denn diese nimmt, wie eingangs erwähnt, z. B. bei der Wegnahme und Benutzung von Kraftfahrzeugen, die nach Verwendung nicht zum Eigentümer zurückkehren sollen, eine Zueignungsabsicht an¹⁰. Es fragt sich, warum der BGH dies beim Mobiltelefon anders sah. Dies ließe sich z. B. damit begründen, dass man den Datenträger hier nur als eine Art Behältnis für die Daten ansieht¹¹. Denn bei diesen lehnt die h. M. eine Zueignungsabsicht ab, wenn das Interesse des Täters ausschließlich dem Inhalt gilt¹². Insofern ist das Interessante an den Daten- und Informationsträgern, dass diese zwar Sachen sind und weggenommen werden können und dass der Täter mit ihnen auch in einer bestimmten Weise umgehen will, um an die Informationen zu gelangen. Letztlich könnte man aber sagen, dass es ihm eigentlich um etwas anderes geht, nämlich um die Inhalte und nicht um den Datenträger. Aber soll dies für alle Datenträger gleichermaßen gelten? Und macht es nicht einen Unterschied, ob und auf welche Weise der Datenträger selbst benutzt werden musste, um an die Daten und Informationen zu gelangen? Die in der Überschrift angekündigten „neuen Herausforderungen“, die sich durch die Datenträger stellen, liegen eben gerade darin, dass diese zum „Tragen“ einer Information dienen, um die es dem Täter geht, welche selbst aber keine Sache ist, sodass ein Diebstahl an derselben ausscheidet.

Die Thesen dieses Beitrages seien vorab vorgestellt:

- (1.) Es ist keine einheitliche Lösung für sämtliche Daten- und Informationsträger zu erzielen, da sich das gedruckte Buch vom USB-Stick oder Festplattenspeicher in einer bestimmten Weise unterscheidet und
- (2.) es ist jeweils zu fragen, ob und inwiefern das Interesse des Täters neben den Daten gerade auch dem Datenträger selbst gilt. Dieses Interesse kann nämlich darin liegen, dass der Datenträger selbst zum Erlangen der Informationen benutzt werden soll.

⁹ So auch B. Heinrich, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf* (Anm. 5), § 13 Rdn. 91.

¹⁰ RGSt. 64, 259, 260; BGHSt. 22, 45, 47; BGH NStZ 1982, 420; 1996, 38.

¹¹ Siehe dazu noch unten III. 4.

¹² Siehe dazu noch unten III. 4.

II. Dogmatische Grundlagen der Zueignungsabsicht

Um diese Einordnung vornehmen zu können, ist es unerlässlich, zunächst die dogmatischen Grundlagen zu klären, die bei der Benutzung von Sachen hinsichtlich der Zueignungsabsicht gelten, bevor diese sodann auf die Daten- und Informationsträger angewendet werden können. Für einen Diebstahl genügt nicht alleine die Wegnahme einer Sache, welche zunächst einmal nur den Gewahrsam an der Sache beeinträchtigt.

Der Tatbestand schützt vielmehr nach fast allgemeiner Ansicht jedenfalls das Eigentum¹³. Der Angriff auf dieses besteht darin, dass der Täter sich die entwendete Sache zueignen und sich dadurch faktisch an die Stelle des ursprünglichen Eigentümers setzen will. Wenn er eine Sache, etwa ein Kraftfahrzeug oder ein Buch wegnimmt, um es zu benutzen, so wird er dadurch nicht zum Eigentümer. Daher geht es regelmäßig nicht um die Begründung eines neuen Eigentumsrechts, sondern um die faktische Ausübungsmöglichkeit desselben durch Anmaßung einer Eigentümerstellung¹⁴. Eigentum ist eine Form der Sachherrschaft. Diese will der Täter anstatt des Eigentümers ausüben und sich faktisch an dessen Stelle setzen. Dies wird allgemein umschrieben als „*se ut dominum gerere*“¹⁵. Manche wollen die Zueignungsabsicht sogar einzig nach diesem Kriterium beurteilen¹⁶.

Aber wann geriert man sich als Eigentümer? Tut dies nicht auch derjenige, der eine Sache zerstört oder nur gebraucht, da der Eigentümer nach § 903 BGB ein umfassendes Recht des Umgangs mit der Sache hat? Ein solches impliziert

13 Fischer (Anm. 6), § 242 Rdn. 2; B. Heinrich, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf (Anm. 5), § 13 Rdn. 1; Schmitz, in: Münchener Kommentar zum StGB, Band 4, 2. Aufl. 2012, § 242 Rdn. 4; Vogel, in: LK (Anm. 6), Vor §§ 242ff. Rdn. 52; Zopfs, ZJS 2009, 649. Daneben sehen viele auch den Gewahrsam als Rechtsgut an mit der Folge, dass auch der Gewahrsamsinhaber, der nicht Eigentümer ist, Verletzter sein kann; vgl. nur BGHSt. 10, 400, 401; BGHSt. 29, 319, 323; Gössel, Strafrecht Besonderer Teil Band 2, 1996, § 6 Rdn. 2; Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, Kommentar, 28. Aufl. 2014, § 242 Rdn. 1; vgl. auch Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder (Anm. 8), § 242 Rdn. 2: „allenfalls als kumulativ mitgeschützt anzusehen“. Dies überzeugt allerdings nicht, weil die reine Sachentziehung nicht strafbar ist (siehe noch unten II. 2.); so zu Recht etwa Schmitz, in: MK, § 242 Rdn. 9.

14 Kindhäuser, in: Nomos Kommentar zum StGB, Band 3, 4. Aufl. 2013, § 242 Rdn. 74: „Quasi-Eigentum“.

15 B. Heinrich, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf (Anm. 5), § 13 Rdn. 71; Kindhäuser, in: NK (Anm. 14), § 242 Rdn. 71; Mitsch, Bes. Teil 2/1 (Anm. 6), § 1 Rdn. 103; Tenckhoff, JuS 1980, 723; Ulsenheimer, Jura 1979, 169, 170; so auch schon v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 22. Aufl. 1919, § 127 V.

16 In diese Richtung B. Heinrich, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf (Anm. 5), § 13 Rdn. 103.

nämlich sowohl den Gebrauch als auch die Beschädigung oder Zerstörung der Sache. Dieses sehr formale Kriterium muss daher inhaltlich näher präzisiert werden¹⁷, denn das Merkmal der Zueignungsabsicht muss eine doppelte Abgrenzung leisten, nämlich zur Gebrauchsanmaßung und zur Sachbeschädigung bzw. Sachentziehung. Die inzwischen ganz h.M. geht daher zu Recht davon aus, dass die Zueignungsabsicht sich aus einer Enteignungs- und einer Aneignungskomponente zusammensetzt¹⁸.

1. Die Enteignungskomponente

Zunächst zur Enteignungskomponente. Diese ist jedenfalls unproblematisch dann erfüllt, wenn der Eigentümer die Sache nicht mehr zurückerhalten soll, weil der Täter sie selbst haben und benutzen will. Durch die Enteignung soll der Eigentümer faktisch dauerhaft aus seiner Eigentümerposition verdrängt werden¹⁹, was bei einer bloßen Gebrauchsanmaßung nicht geschieht, bei der die Sache dem Eigentümer zwar unter Umständen ebenfalls weggenommen wird, nach Gebrauch aber zurückgegeben werden soll.

Die Gebrauchsanmaßung ist nur in bestimmten Fällen, so z. B. bei Kraftfahrzeugen nach § 248b StGB, unter Strafe gestellt, und zwar mit geringerer Strafandrohung als der Diebstahl, im Übrigen ist sie sogar straflos. Standardbeispiel ist das Ausleihen eines Fahrzeugs für eine kurze Spritztour, das danach wieder an

¹⁷ Einige halten die Formel insgesamt für verzichtbar; so etwa *Grunewald*, GA 2005, 520, 524; *Schmitz*, in: MK (Anm. 13), § 242 Rdn. 115; zweifelnd auch *Vogel*, in: LK (Anm. 6), § 242 Rdn. 145.

¹⁸ *Binding*, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil 1, 2. Aufl. 1902, Neuaufl. 1969, § 70 I und II; *Eisele*, Strafrecht Besonderer Teil II, 2. Aufl. 2012, Rdn. 64; *Eser*, Strafrecht IV (Anm. 5), Fall 3 Rdn. 11f.; *Eser/Bosch*, in: *Schönke/Schröder* (Anm. 8), § 242 Rdn. 47; *Fischer* (Anm. 6), § 242 Rdn. 33a; *Gössel*, Bes. Teil 2 (Anm. 13), § 6 Rdn. 12; *Haft*, Strafrecht Besonderer Teil I, 8. Aufl. 2004, A. II. 3. c aa (2); *Kindhäuser*, in: NK (Anm. 14), § 242 Rdn. 69; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht Teilband 1, 10. Aufl. 2009, § 33 Rdn. 39; *Mitsch*, Bes. Teil 2/1 (Anm. 6), § 1 Rdn. 104; *Rengier*, Strafrecht Besonderer Teil I, 15. Aufl. 2013, § 2 Rdn. 40; *Ruß*, in: Leipziger Kommentar zum StGB, Band 6, 11. Aufl. 1994, § 242 Rdn. 50; *Ulsenheimer*, Jura 1979, 169, 171f.; *Tenckhoff*, JuS 1980, 723, 724; *Vogel*, in: LK (Anm. 6), § 242 Rdn. 135; *Wessels*, NJW 1965, 1153; *Zopfs*, ZJS 2009, 649 – kritisch dazu *B. Heinrich*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf* (Anm. 5), § 13 Rdn. 86ff. Nach *Otto*, JuS 1980, 490, 492, sind es hingegen drei Kriterien, da er zu Enteignung und Aneignung noch die Absicht, die fremde Sache eigenmächtig wirtschaftlich zu nutzen, hinzuzählt.

¹⁹ RGSt. 64, 259, 260; BGH NSTZ 1981, 63; *Binding*, Bes. Teil 1 (Anm. 18), § 70 I 1; *Eser/Bosch*, in: *Schönke/Schröder* (Anm. 8), § 242 Rdn. 51; *Schmitz*, in: MK (Anm. 13), § 242 Rdn. 121; *Ulsenheimer*, Jura 1979, 169, 172; *Tenckhoff*, JuS 1980, 723, 724; *Vogel*, in: LK (Anm. 6), § 242 Rdn. 143; *Zopfs*, ZJS 2009, 649, 650; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht Besonderer Teil 2, 36. Aufl. 2013, § 2 Rdn. 156.

seinen Platz in der Garage zurückgestellt wird. Dies ist kein Diebstahl, weil der Eigentümer nicht enteignet werden soll. Er erhält die Sache ja zurück. Dass auch der Gesetzgeber davon ausgeht, dass die Wegnahme mit der Absicht, eine Sache lediglich vorübergehend für sich zu nutzen, alleine noch keine Zueignungsabsicht beinhaltet und damit keinen Diebstahl darstellt, beweist wiederum die Existenz des § 248b StGB, der eine solche Gebrauchsanmaßung unter Strafe stellt. Erforderlich für einen Enteignungswillen als Bestandteil der Zueignungsabsicht ist also der Wille zur endgültigen Verdrängung des Eigentümers aus seiner Herrschaftsposition.

Die h.M. nimmt jedoch zu Recht an, dass eine Enteignung auch nach einem Gebrauch der Sache erfolgen kann²⁰. So hat der BGH, wie bereits erwähnt²¹, in ständiger Rechtsprechung eine Zueignungsabsicht angenommen, wenn die Sache nach der Benutzung der Allgemeinheit preisgegeben wird, so etwa wenn ein Kraftfahrzeug gefahren und danach irgendwo abgestellt wird²². So ließe sich zum Beispiel hinsichtlich eines klassischen Informationsträgers daran denken, dass der Täter eine Tageszeitung aus einem Laden entwendet, sie liest und sodann zerreißt²³. In diesem Fall liegt bereits im Nutzen der Sache durch Lesen nicht nur eine Aneignungsabsicht, sondern der Eigentümer soll während der Benutzung bereits auch aus seiner Herrschaftsgewalt verdrängt werden. Die anschließende Vernichtung bewirkt dann die entscheidende Dauerhaftigkeit dieses Ausschlusses²⁴.

Nach anderer Ansicht, die immer eine Enteignung *durch* Aneignung fordert²⁵, könnte dieser Vorgang allenfalls als Sachbeschädigung gemäß § 303 StGB geahndet werden. Dem ist nicht zu folgen, weil Nutzgegenstände, derer sich der Täter nach der Verwendung entledigen will, hiernach nur dann gestohlen werden könnten, wenn sie bereits bei der Benutzung so unpfleglich behandelt würden, dass dies eine Enteignung beinhalten würde. Außer z.B. bei Kraftfahrzeugen

²⁰ BGHSt. 22, 45, 47 (Kfz); BGH MDR 1960, 689 (Gefängnissschlüssel); zustimmend *Cramer*, CR 1997, 693, 695; *Eser*, Strafrecht IV (Anm. 5), Fall 3 Rdn. 12; *Eser/Bosch*, in: *Schönke/Schröder* (Anm. 8), § 242 Rdn. 52; *Krey/Hellmann/M. Heinrich*, Strafrecht Besonderer Teil 2, 16. Aufl. 2012, § 1 Rdn. 73; *Mitsch*, Bes. Teil 2/1 (Anm. 6), § 1 Rdn. 135 Fn. 418; *Otto*, JuS 1980, 490, 492; *Rengier*, Bes. Teil I (Anm. 18), § 2 Rdn. 66; *Ruß*, in: LK (Anm. 18), § 242 Rdn. 50; *Tenckhoff*, JuS 1980, 723, 724f.; *Ulsenheimer*, Jura 1979, 169, 174.

²¹ Oben I.

²² RGSt. 64, 259, 260; BGHSt. 22, 45, 47; BGH NSTZ 1982, 420; 1996, 38.

²³ So etwa OLG Celle JR 1964, 266, im Hinblick auf einen Brief, der nach dem Lesen weggeworfen wird, allerdings mit der Maßgabe, der Täter müsse den gedanklichen Inhalt für sich ausnutzen – gegen diese Einschränkung aber *Schröder*, JR 1964, 266, 267.

²⁴ Vgl. *Zopfs*, ZJS 2009, 649, 652.

²⁵ *Kargl*, ZStW 103 (1991), S. 136, 150ff.; *Rudolphi*, GA 1965, 33, 49f.; *Schmitz*, in: MK (Anm. 13), § 242 Rdn. 147.

(§ 248b StGB) wären sämtliche Fälle dieser Art straflos, was den Eigentumsschutz zu stark beeinträchtigen würde.

Problematisch ist aber insbesondere eine andere Konstellation, die auch im Hinblick auf die hier interessierenden Daten- und Informationsträger relevant wird, und daher vertieft werden soll: Fehlt es stets am Enteignungswillen, wenn der Eigentümer die Sache nach der Benutzung (hier z. B. nach dem Kopieren oder Entziehen der Informationen) zurückerhalten soll? Hierbei geht es um die Frage, wann ein „Gebrauch“ der Sache in einen „Verbrauch“ umschlagen kann. Dies sind z. B. Fälle der besonders intensiven Benutzung, wenn etwa ein Kraftfahrzeug so heruntergefahren wird, dass es entweder nicht mehr fährt oder immerhin deutlich an Wert verloren hat. Ähnlich steht es im Falle eines Sparbuches, dessen Guthaben vor der Rückgabe abgehoben wird, oder bei einer Telefonkarte, die erst nach dem Leertelefonieren insoweit als „leere Hülse“ zurückgegeben werden soll. Es erscheint unbillig, einen Enteignungswillen abzulehnen, wenn der Eigentümer die Sache zwar zurückbekommt, sie aber nicht mehr in ihrer eigentlichen Funktion benutzen kann. Denn dann besteht für ihn im Ergebnis kein Unterschied, er wird sich enteignet fühlen. Wenn man davon ausgeht, dass das Eigentum das Recht des „Habens“ und des „Gebrauchens“ umfasst²⁶, zumal der Eigentümer nach § 903 Satz 1 BGB mit der Sache „nach Belieben verfahren“ darf, so wird deutlich, dass dieses sowohl durch den Sachentzug als auch durch den Nutzungsentzug verletzt sein kann.

Dies hat dazu geführt, dass ein Streit über das Objekt der Zueignung geführt wird. Während klar ist, dass im objektiven Tatbestand immer nur eine körperliche Sache ihrer Substanz nach weggenommen werden kann, versuchte bekanntlich bereits das RG, im Rahmen der Zueignungsabsicht auch den Sachwert als Zueignungsobjekt mit einzubeziehen²⁷. Hier geht es z. B. darum, dass ein Wertpapier oder Sparbuch nach Entziehung des Wertes zurückgegeben werden soll. Problematisch ist daran insbesondere, dass der Diebstahl ein Eigentums- und kein Vermögensdelikt ist, oder besser: ein Eigentumsverschiebungs-²⁸ und kein Vermögensverschiebungsdelikt²⁹.

26 Vgl. *Ambos*, GA 2007, 127, 130. Für *Börner* (Anm. 8), S. 53 ff., besteht der Wesenskern des zivilrechtlichen Eigentums, auf die er die Zueignung bezogen wissen will, hingegen (nur) im ungestörten Eigenbesitz, im selbstbestimmten Haben der Sache, während die Verwendungsmöglichkeiten lediglich ein Reflex des Eigentums sind.

27 RGSt. 40, 10, 12; 49, 405, 406; 61, 228, 233.

28 *B. Heinrich*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf* (Anm. 5), § 13 Rdn. 80.

29 *Schmitz*, in: *MK* (Anm. 13), § 242 Rdn. 128.

In dieser Hinsicht ist vieles umstritten³⁰. „Substanztheorien“³¹ stellen nur auf die Substanz der Sache ab, „Sachwerttheorien“³² wollen stattdessen nur den Sachwert als Zueignungsgegenstand berücksichtigen.

In ihrer Reinform werden beide jedoch nur noch selten vertreten. Der BGH³³ vereinigt im Anschluss an das RG³⁴ bekanntlich beide Theorien zu einer „Vereinigungslösung“, nach welcher primär auf die Sachsubstanz und nur hilfsweise auf den Sachwert abzustellen ist. Die herrschende Lehre folgt diesem Ansatz³⁵, jedoch mit der Einschränkung, dass nicht jeder Sachwert, sondern nur der nach Art und Funktion mit der Sache verbundene Wert (*lucrum ex re*) zu berücksichtigen sei³⁶. Standardbeispiel ist hier die Wegnahme eines Ausweises, um damit

30 Zu den einzelnen Theorien Eser, Strafrecht IV (Anm. 5), Fall 3 Rdn. 15 ff.; Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder (Anm. 8), § 242 Rdn. 49; Fischer (Anm. 6), § 242 Rdn. 34 f.; Gössel, Bes. Teil 2 (Anm. 13), § 6 Rdn. 16 ff.; B. Heinrich, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf (Anm. 5), § 13 Rdn. 74 ff., 92 ff.; Hoyer, in: SK (Anm. 6), § 242 Rdn. 72 ff.; Kindhäuser, in: NK (Anm. 14), § 242 Rdn. 75 ff.; Kudlich, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2014, § 242 Rdn. 42 f.; Mikolajczyk, ZJS 2008, 18 f. (wenngleich nur zur Aneignungskomponente); Mitsch, Bes. Teil 2/1 (Anm. 6), § 1 Rdn. 140 f.; Rönna, JuS 2007, 806, 807; Schmitz, in: MK (Anm. 13), § 242 Rdn. 123 ff.; Tenckhoff, JuS 1980, 723, 725; Ulsenheimer, Jura 1979, 169, 174 ff.; Vogel, in: LK (Anm. 6), § 242 Rdn. 137 ff.; Wessels/Hillenkamp, Bes. Teil 2 (Anm. 19), § 2 Rdn. 142 ff.

31 So die ursprüngliche Rechtsprechung; vgl. RGSt. 5, 218, 220; 10, 369, 370 f. (Wegnahme eines Sparkassenbuches zum Zwecke der Abhebung von Geld: Der Täter treffe eine Verfügung über die Sache, welche zur ausschließlichen Zuständigkeit des Eigentümers gehöre); so in jüngerer Zeit aber auch wieder Gössel, Bes. Teil 2 (Anm. 13), § 6 Rdn. 47; Kauffmann, Zur Identität des strafrechtlichen Zueignungsbegriffes, 2005, S. 73 ff. Auch Binding, Bes. Teil 1 (Anm. 18), § 70 I, ging grds. von der Sachsubstanz aus, nahm aber bei Inhaberpapieren, wie z. B. bei einem abgefahrenen Eisenbahnбилет, das danach an den Eigentümer zurückkehren soll, eine Enteignung an. Auf den Sachwert stellte er dabei freilich nicht ab, sondern auf den Verbrauch der Sache.

32 RGSt. 40, 10, 12; 49, 405, 406; Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl. 1931, § 242 Anm. VII 2. a.

33 BGH NSTZ 1981, 63; NJW 1985, 812.

34 RGSt. 61, 228, 233: „Das Wesen der Zueignung besteht darin, dass die Sache selbst, oder doch der in ihr verkörperte Sachwert, vom Täter dem Vermögen einverleibt wird“.

35 So etwa Eisele, Bes. Teil II (Anm. 18), Rdn. 65; Eser, Strafrecht IV (Anm. 5), Fall 3 Rdn. 21 ff.; Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder (Anm. 8), § 242 Rdn. 47, 53; Kühl, in: Lackner/Kühl (Anm. 13), § 242 Rdn. 21; Mitsch, Bes. Teil 2/1 (Anm. 6), § 1 Rdn. 141; Tenckhoff, JuS 1980, 723, 725; Ulsenheimer, Jura 1979, 169, 175 ff.; Wessels, NJW 1965, 1153, 1154 ff.; Wessels/Hillenkamp, Bes. Teil 2 (Anm. 19), § 2 Rdn. 149; Wittig, in: BeckOK StGB (Anm. 7), § 242 Rdn. 29.

36 So insbesondere Bockelmann, ZStW 65 (1953), S. 569, 575; ihm folgend etwa Eisele, Bes. Teil II (Anm. 18), Rdn. 66; Eser, JuS 1964, 477, 481; ders., Strafrecht IV (Anm. 5), Fall 3 Rdn. 25; Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder (Anm. 8), § 242 Rdn. 49; Krey/Hellmann/M. Heinrich, Bes. Teil 2 (Anm. 20), § 1 Rdn. 67; Kühl, in: Lackner/Kühl (Anm. 13), § 242 Rdn. 21; Mitsch, Bes. Teil 2/1 (Anm. 6), § 1 Rdn. 142; Rengier, Bes. Teil I (Anm. 18), § 2 Rdn. 51 f.; Ulsenheimer, Jura 1979, 169, 177; Wittig, in: BeckOK StGB (Anm. 7), § 242 Rdn. 29.

betrügerische Geschäfte zu machen und ihn danach zurückzugeben. Das durch dieses Geschäft Erlangte ist nur *lucrum ex negotio cum re*³⁷. Dieser Wert wohnt nicht der Sache selbst inne.

Andere Lösungen gehen von einer „modifizierten Substanztheorie“ aus und stellen auf die Herrschaftsbefugnisse, d. h. auf die Nutzungsmöglichkeiten an der Sache als Zueignungsobjekt ab³⁸. In diesem Sinne ist auf der Ebene der Enteignungskomponente zu fragen, ob die Sache vor der Rückkehr ihre bestimmungsgemäße Funktion verloren hat³⁹.

Hinter „Vereinigungstheorie“ und „modifizierter Substanztheorie“ verbirgt sich der gleiche zutreffende Gedanke: Wenn dem Eigentümer der Nutzen an der Sache entzogen wird, so ist dies für ihn im Ergebnis das Gleiche wie wenn ihm die Sache ihrer Substanz nach insgesamt vorenthalten würde⁴⁰. Es kann keinen Unterschied machen, ob ihm die Sache endgültig entzogen wird oder ob er sie zwar zurückerhält, damit aber nichts mehr anfangen kann. Hierbei geht es um eine Abgrenzung des Enteignungswillens von der Gebrauchsanmaßung (*furtum usus*). Dabei steht fest, dass eine einfache Abnutzung der Sache nicht als Enteignung angesehen werden kann. Der Grund dafür liegt darin, dass jeder Umgang mit einer Sache zu einer gewissen Abnutzung führt. Der Diebstahl wäre nicht von der Gebrauchsanmaßung abgrenzbar, wenn schon jede Art der noch so geringfügigen Abnutzung zur Annahme einer Enteignung führen würde, sodass letztlich jedes *furtum usus* eine Zueignung wäre. Hier soll es im Einzelfall nach herrschender Meinung zu einer graduellen Abgrenzung kommen. In der Praxis spielt diese Frage insbesondere bei Kraftfahrzeugen eine entscheidende Rolle. Man versucht sich hier teilweise an mengenmäßigen Kriterien, so etwa bei Verlust von 50 % des Werts⁴¹, oder stellt auf „erhebliche“ Werteinbußen ab⁴².

Da aber einerseits auch die Gebrauchsanmaßung mit Werteinbußen verbunden ist und andererseits auch wertlose Sachen Gegenstand des § 242 StGB sein

37 So wiederum *Bockelmann*, ZStW 65 (1953), S. 569, 575.

38 So insbesondere *Rudolphi*, GA 1965, 33, 38 ff.; ihm folgend (wenngleich mit Differenzierungen im Detail) etwa *Ambos*, GA 2007, 127, 133; *Androulakis*, JuS 1968, 409, 412 f.; *Maiwald*, Der Zueignungsbegriff im System der Eigentumsdelikte, 1970, S. 140 ff.; *Samson*, in: SK, Band II, 3. Aufl., Stand: 17. Lfg. 1984, § 242 Rdn. 76.

39 *Zopfs*, ZJS 2009, 649, 654 f.; vgl. auch *Schmitz*, in: MK (Anm. 13), § 242 Rdn. 128 ff.

40 *Zopfs*, ZJS 2009, 649, 654.

41 *Fricke*, MDR 1988, 538, 540.

42 So nahm der BGH in BGHSt. 34, 309, 312, z. B. eine Enteignung (im Rahmen des § 246 StGB) an, weil Maschinen über einen sehr langen Zeitraum gebraucht wurden und dadurch „erheblich an Wert verloren“; zustimmend *Cramer*, CR 1997, 693, 696; *Eisele*, Bes. Teil II (Anm. 18), Rdn. 72; *Rengier*, Bes. Teil I (Anm. 18), § 2 Rdn. 50; *Ulsenheimer*, Jura 1979, 169, 172.

können⁴³, befriedigen solche Erwägungen nicht. Sie laufen erstens auf eine Gefühlsentscheidung hinaus: Wie lange muss eine Sache besessen werden, wieviel an Wert muss sie durch die Benutzung verlieren, damit der Täter Enteignungswillen aufweist?

Zweitens beinhalten sie die Gefahr, den Diebstahl in ein Bereicherungsdelikt umzudeuten⁴⁴. Daher sollte tatsächlich nicht vom wirtschaftlichen Sachwert, sondern von der *Substanz* der Sache ausgegangen⁴⁵ und darauf abgestellt werden, ob sie vor der Rückkehr *verbraucht* und daher „eine andere“ geworden ist⁴⁶. Das RG führte aus: „Ein Verbrauch liegt [...] vor, wenn die Sache infolge des Gebrauchs ihre wirtschaftliche Bestimmung im wesentlichen nicht mehr erfüllen kann, wenn sie deshalb im Verkehrssinn eine andere geworden ist“⁴⁷. Denn nur dann lässt sich sauber vom *furtum usus* abgrenzen. Die Identität der Sache wird aber maßgeblich durch ihre bestimmungsgemäße Funktion bestimmt⁴⁸, sodass eine funktionsorientierte Beurteilung der richtige Ansatz ist. Dies gilt nämlich auch dann, wenn die Sache keinen Wert hat. Daher ist bei Rückgabe der Sache zu fragen, ob sie ihre wesentliche ursprüngliche und bestimmungsgemäße Funktion verloren hat⁴⁹.

Dies führt zu einer bedeutsamen Konsequenz im Hinblick auf die genannte Rechtsprechung: Auch bei Maschinen oder Kraftfahrzeugen ist ein Enteignungswille abzulehnen, wenn die Sache nach der Rückgabe noch bestimmungsgemäß

43 BGH NJW 1977, 1460, 1461; Bömer (Anm. 8), S. 41ff.; Mitsch, Bes. Teil 2/1 (Anm. 6), § 1 Rdn. 121.

44 Maurach/Schroeder/Maiwald, Bes. Teil 1 (Anm. 18), § 33 Rdn. 46; Otto, JuS 1980, 490, 491f.; Rudolphi, GA 1965, 33; Schmitz, in: MK (Anm. 13), § 242 Rdn. 128; Zopfs, ZJS 2009, 649, 654; vgl. ferner Kargl, ZStW 103 (1991), S. 136, 148ff.

45 Eine abweichende Konzeption verfolgt Kindhäuser, in: NK (Anm. 14), § 242 Rdn. 80ff., der zwar ebenfalls grds. auf die Sachsubstanz abstellt, sodann aber – entsprechend dem Zivilrecht – auf die Inbesitznahme als Eigenbesitzer zu einem Zweck, der mit der Anerkennung des fremden Eigentums nicht mehr vereinbar sei, abstellt.

46 Androulakis, JuS 1968, 409, 411; Mitsch, Bes. Teil 2/1 (Anm. 6), § 1 Rdn. 111; Schmitz, in: MK (Anm. 13), § 242 Rdn. 131f. Auch Binding, Bes. Teil 1 (Anm. 18), § 70 I, stellte, wie ausgeführt (Anm. 31), von der Substanz ausgehend auf den Verbrauch der Sache ab. Ähnlich auch Bömer (Anm. 8), S. 273, der allerdings grds. von einem abweichenden Bezugspunkt der Zueignung ausgeht (S. 45ff., 90ff.).

47 RGSt. 44, 335, 336f. (Heizdampf).

48 Androulakis, JuS 1968, 409, 412 („soziale Sachidentität“); Maiwald (Anm. 38), S. 146.

49 Auf die bestimmungsgemäße Funktion abstellend auch Androulakis, JuS 1968, 409, 412; Rudolphi, GA 1965, 33, 47; Zopfs, ZJS 2009, 649, 655; bei Multifunktionsgeräten wie Smartphones genügt der Entzug einer wesentlichen bestimmungsgemäßen Funktion – a. A. wohl Maiwald (Anm. 38), S. 143: alle wesentlichen Funktionen.

nutzbar ist⁵⁰. Bei Sparbüchern hingegen, deren spezifische Funktion es ist, eine bestimmte in ihnen verkörperte und verbrieft Forderung zu repräsentieren, entfällt ebendiese durch Löschen der Forderung⁵¹. Nach diesem Ansatz sollte auch die (weitere) problematische Konstellation des überlangen Gebrauchs gelöst werden: Auch hier ist zu fragen, ob die bestimmungsgemäße Nutzbarkeit der Sache dadurch weggefallen ist⁵². In Bezug auf die hier interessierenden Daten- und Informationsträger ist bei Rückführung derselben demnach zu untersuchen, ob ihre ursprüngliche bestimmungsgemäße Funktion durch den Umgang mit den darin gespeicherten oder verkörperten Inhalten vollständig verloren gegangen ist.

Möglicherweise ließen sich aber auch unter Anwendung der herrschenden Vereinigungslehre die gleichen Ergebnisse erzielen⁵³, wenn insofern zutreffend darauf abgestellt würde, ob die jeweiligen Informationen den Sachwert im Sinne des *lucrum ex re* des Datenträgers selbst darstellen⁵⁴ und eine Enteignung hinsichtlich des Sachwerts desselben (nur) dann angenommen würde, wenn der Daten- oder Informationsträger ebendiese spezifische Funktion nach der Rückkehr zu seinem Eigentümer nicht erfüllen kann⁵⁵. Die „Entwertung“ läge dann im Funktionsverlust. Dennoch erscheint es nicht zwingend, dabei auf den wirtschaftlichen Sachwert zu rekurrieren, da die Funktionen letztlich die Identität der Sache selbst bestimmen.

50 Rudolphi, GA 1965, 33, 46 ff.; Zopfs, ZJS 2009, 649, 655.

51 Hoyer, in: SK (Anm. 6), § 242 Rdn. 87; Rudolphi, GA 1965, 33, 54 f.; Zopfs, ZJS 2009, 649, 655; i. E. zustimmend auch Börner (Anm. 8), S. 274 – a. A. Schmitz, in: MK (Anm. 13), § 242 Rdn. 133: Das Sparbuch habe nur die Funktion, den jeweiligen Stand der Forderung nachzuweisen, welchen sie auch nach Abhebung des Gutachtens noch erfüllen könne.

52 Vgl. etwa Zopfs, ZJS 2009, 649, 655 f.

53 Vgl. auch den Hinweis von Rudolphi, GA 1965, 33, 36, 47 Fn. 63, dass auch die Vertreter der Sachwerttheorie vielfach darauf abstellten, ob die Sache ihre wirtschaftliche Bestimmung nicht mehr erfüllen könne. Schon Bockelmann, ZStW 65 (1953), S. 569, 578, wies darauf hin, dass bei einem erweiterten Sachbegriff, der auch die Funktionen einschließe, der Streit letztlich nur noch terminologischer Art sei.

54 Siehe zur Unterscheidung noch unten III.

55 So fordern etwa Eser, JuS 1964, 477, 481, ders., Strafrecht IV (Anm. 5), Fall 3 Rdn. 25, und Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder (Anm. 8), § 242 Rdn. 49, den Sachwert auf den spezifischen, d. h. nach Art und Funktion bestimmungsgemäß mit der Sache verknüpften, Wert zu begrenzen; ähnlich Kühl, in: Lackner/Kühl (Anm. 13), § 242 Rdn. 21; Ulsenheimer, Jura 1979, 169, 177.

2. Die Aneignungskomponente

Bevor diese Erkenntnisse auf die Datenträger angewendet werden können, folgen nun noch einige Anmerkungen zur Aneignungskomponente. Dabei geht es um die Abgrenzung des Diebstahls von der Sachzerstörung und der Sachentziehung. Als Dieb wird nur derjenige bestraft, der sich die entwendete Sache auch aneignen will. Dass die reine Enteignung des Eigentümers, wie sie z.B. bei der Zerstörung der Sache geschieht, kein Diebstahl ist, impliziert der Wortlaut „Zueignung“. Wer nur zerstört, will die Sache nicht für sich haben, sie sich nicht aneignen⁵⁶.

Sähe man in jeder Sachbeschädigung eine Zueignung, so wäre neben § 303 StGB stets auch § 242 StGB erfüllt, sofern die Sache zuvor weggenommen wurde⁵⁷. Die Abgrenzung ist aber bedeutsam, da die Sachbeschädigung nach § 303 StGB wiederum milder als der Diebstahl bestraft wird und die bloße Sachentziehung sogar straflos ist⁵⁸. Zu Recht wird deshalb eine Aneignungsabsicht dann abgelehnt, wenn eine Sache nur weggenommen wird, um sie „zu zerstören, zu vernichten, preiszugeben, wegzuerwerfen, beiseitezuschaffen oder zu beschädigen.“⁵⁹ Wer also z.B. eine Vase an sich nimmt, nur um sie sogleich zu zertrümmern, hat keine Aneignungsabsicht, da er sie nur zerstören will. Allerdings ist die Abgrenzung der Aneignungsabsicht von der Sachzerstörung im Einzelfall nicht leicht zu treffen, denn auch in der Zerstörung kann ein spezifischer Vorteil für den Zerstörenden liegen. So ist etwa der Verzehr einer weggenommenen Speise geradezu typische Nutzung dieser Sache und erfüllt das klassische Bild des Diebstahls.

Insofern soll nach h.M. die Aneignungs- mit der Enteignungskomponente korrespondieren, beide sich also auf dasselbe Objekt beziehen⁶⁰. Dies bedeutet, dass der Täter sich wiederum je nach Ansicht die Sachsubstanz, den Sachwert oder die Herrschaftsbefugnisse positiv aneignen wollen muss⁶¹,

⁵⁶ BGH NJW 1985, 812; Zopfs, ZJS 2009, 649, 651.

⁵⁷ Rudolphi, GA 1965, 33, 49.

⁵⁸ RGSt. 64, 250 (Herunterholen und Forttragen einer Fahne); BGH NStZ 2011, 699 (Wegnahme von Rockerkutte, um Präsenz zu zeigen) mit zustimmender Anm. von Jahn, JuS 2011, 846; OLG Köln NJW 1997, 2611; Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder (Anm. 8), § 242 Rdn. 55; Kargl, ZStW 103 (1991), S. 136, 152f.

⁵⁹ BGH NJW 1977, 1460; NStZ 2011, 699, 701; 2012, 627.

⁶⁰ Vgl. etwa Androulakis, JuS 1968, 409, 413: „Stoffgleichheit“.

⁶¹ Nach dem Ansatz von Rudolphi, GA 1965, 33, 41, für den die Herrschaftsbefugnisse des Eigentümers das eigentliche Objekt der Zueignung bilden, bedeutet Aneignung dann entsprechend, dass der Täter sich ebendiese Herrschaftsposition tatsächlich anmaßt. Ähnlich Androulakis, JuS 1969, 409, 413, der ein positives Aneignen der Sachfunktionen verlangt.

wobei diese Unterscheidung allerdings nur dann Bedeutung erlangt, wenn die Sache zurückgegeben wird, denn wenn der Eigentümer die Sache gar nicht zurückerhält, so hat er zweifellos Sachsubstanz, Sachwert und sämtliche Gebrauchsmöglichkeiten verloren, sodass es auf den Streit im Ergebnis nicht ankommt.

Gleichwohl ist zu bedenken, dass die Merkmale unterschiedliche Aufgaben erfüllen⁶² und deshalb ihren Anforderungen nach unterschiedlich sein können⁶³. Der Aspekt des Entzuges *bestimmungsgemäßer* Funktionen ist nach zutreffender Auffassung nämlich nur dann relevant⁶⁴, wenn die Frage zu klären ist, ob der Eigentümer trotz Rückkehr der Sache (hier: eines Daten- oder Informationsträgers) enteignet sein kann, weil er diese (hier: wegen des Entzuges der Daten oder Informationen) nicht mehr nutzen kann, sodass sie „verbraucht“ ist. Es geht hierbei also um die Verletzung des Eigentums. Die Aneignungskomponente umschreibt hingegen das Motiv des Täters für diesen Angriff⁶⁵. Die Funktion der Aneignungskomponente besteht in der Abgrenzung zur Sachentziehung. Daher kann auch eine zweckwidrige oder atypische Benutzung (z. B. das Verheizen von Möbeln) einen ausreichenden Vorteil beinhalten⁶⁶. Dem Eigentümer stehen nach § 903 Satz 1 BGB nämlich nicht nur spezifische Benutzungsarten zu, er kann vielmehr mit der Sache nach Belieben verfahren⁶⁷.

Der BGH stellt darauf ab, ob der Täter die Sache „irgendwie nutzt und dadurch den wirtschaftlichen Wert in sein Vermögen bringt“, die Sache also dem eigenen Vermögen „einverleibt“⁶⁸. Erforderlich sei die Absicht, die Sache (oder subsidiär: jedenfalls den Sachwert) unter Ausschluss des Eigentümers oder bisherigen Gewahrsamsinhabers in das eigene Vermögen zu bringen, d. h. dem eigenen Vermögen „zuzuführen“ bzw. „einzuverleiben“, sie, wenn auch nur für begrenzte Zeit, „für sich auszunutzen“⁶⁹. Es müsse eine irgendwie geartete Änderung des Bestandes des eigenen Vermögens anvisiert sein⁷⁰.

⁶² Schmitz, in: MK (Anm. 13), § 242 Rdn. 142.

⁶³ Rönna, JuS 2007, 806, 807.

⁶⁴ Zopfs, ZJS 2009, 649, 654.

⁶⁵ Maiwald (Anm. 38), S. 230, 232; Schmitz, in: MK (Anm. 13), § 242 Rdn. 142.

⁶⁶ Hoyer, in: SK (Anm. 6), § 242 Rdn. 84; Maiwald (Anm. 38), S. 70, 254 f., 270; Schmitz, in: MK (Anm. 13), § 242 Rdn. 143. Vgl. auch den „Fetischisten-Fall“ bei OLG Hamburg MDR 1954, 697 (zweckwidrige Verwendung von Damenwäsche als Aneignung); dazu Eser, Strafrecht IV (Anm. 5), Fall 3 Rdn. 20.

⁶⁷ Vgl. auch Ambos, GA 2007, 127, 133.

⁶⁸ BGH NJW 1970, 1753, 1754; 1977, 1460; 1985, 812.

⁶⁹ BGH NJW 1977, 1460.

⁷⁰ BGH NJW 1977, 1460.

Damit kann aber wiederum nicht gemeint sein, dass sich der Wert des Vermögens ändert, denn der Diebstahl ist kein Bereicherungsdelikt⁷¹. Da auch wertlose Sachen zugeeignet werden können, sind insoweit wirtschaftliche Vorteile nicht erforderlich⁷². Vielmehr muss es entscheidend sein, dass der Täter die Sache für seine Zwecke verwendet⁷³, sich also die Herrschaftsbefugnisse aus dem Eigentum über die Sache positiv zu Nutze macht⁷⁴.

Richtig scheint es ferner zu sein, auf eine Nutzung der Sache im eigenen Interesse abzustellen, durch welche der Täter etwas *aus der Sache*⁷⁵ erlangen will, d. h. nicht nur irgendeinen entfernten Vorteil erstrebt⁷⁶, nicht nur eine Schädigung des anderen bezweckt und sich nicht als eindeutiger Fremdbesitzer⁷⁷ kategorisieren lässt⁷⁸. Es geht um einen positiven im Gegensatz zu einem rein destruktiven Umgang mit der Sache. Letztlich muss die Sacheinwirkung selbst für den Täter einen „Eigenwert“⁷⁹ haben. Entsprechend lässt sich wiederum für die Daten- und Informationsträger anführen, dass es natürlich denkbar ist, dass diese als Heizmittel verfeuert werden (so etwa Bücher oder Zeitungen), bei CDs oder Hardware eines PCs ist dies aber nicht nur ungesund, sondern auch ungewöhnlich. Vielmehr geht es regelmäßig um eine Nutzung des Informationsgehaltes, der auch hier im Blickpunkt steht.

Stets muss es dem Täter aber um die Benutzung ebendieser Sache gehen. Von besonderem Interesse ist hierbei die Behandlung von Behältnissen, welche auch für die Frage der Daten- oder Informationsträger durchaus relevant sein kann⁸⁰. Auch hier geht es um die Frage, ob der Täter die Sache selbst nutzen oder lediglich entziehen will. Der BGH differenziert hier daher zu Recht danach, ob der Täter ein Interesse am Behältnis hat oder ob es ihm nur um den Inhalt, also um

71 BGH NJW 1977, 1460; Kühl, in: Lackner/Kühl (Anm. 13), § 242 Rdn. 21; Mitsch, Bes. Teil 2/1 (Anm. 6), § 1 Rdn. 121; Vogel, in: LK (Anm. 6), § 242 Rdn. 147; so auch schon v. Liszt (Anm. 15), § 127 V.

72 Tenckhoff, JuS 1980, 723, 724 – a. A. Hecker, JuS 2013, 468, 469 Fn. 9; Otto, JuS 1980, 490, 492.

73 Böse, GA 2010, 248, 257; Tenckhoff, JuS 1980, 723, 724.

74 Rudolphi, GA 1965, 33, 49; vgl. auch schon Binding, Bes. Teil 1 (Anm. 18), § 70 II: Aneignung sei „die Herstellung eines Herrschaftsverhältnisses zum Zweck einer der Eigentumsausübung analogen Behandlung der Sache“.

75 Maiwald (Anm. 38), S. 233.

76 Maiwald (Anm. 38), S. 233, bringt das Beispiel des Täters, der den bellenden Hund seines Nachbarn vergiftet, um seine Ruhe zu haben. Die nächtliche Ruhe mag ein Vorteil für den Täter sein, dieser erwächst jedoch nicht aus der Sache.

77 Der Fremdbesitzer erkennt das Eigentum des anderen an und geriert sich daher gerade nicht als Eigentümer; vgl. Tenckhoff, JuS 1980, 723; Ulsenheimer, Jura 1979, 169, 170.

78 Zopfs, ZJS 2009, 649, 651f.

79 Hoyer, in: SK (Anm. 6), § 242 Rdn. 83.

80 Siehe dazu noch unten III. 4.

eine andere Sache, geht⁸¹. Nimmt der Täter etwa eine Handtasche weg, weil er an Wertgegenstände gelangen will, und wirft die Tasche in der Nähe des Tatorts weg, so lehnt die Rechtsprechung einen Diebstahl an derselben ab, da der Täter an diesem Gegenstand keinerlei Interesse hatte⁸². Er hat bzgl. der Handtasche zwar die Enteignungs-, nicht aber die Aneignungskomponente erfüllt, weil ihm diese Sache selbst nicht zu Diensten sein sollte.

Anders ist es aber, wenn das Behältnis notwendigerweise als Transportmittel benutzt werden muss, da dann ein Interesse an ihm selbst besteht⁸³. Diese restriktive Rechtsprechung verdient Zustimmung, weil sie letztlich danach fragt, was der Täter eigentlich wollte, ob er sich nämlich diese konkrete Sache zueignen wollte, ob also neben dem Inhalt auch ein Interesse am Behältnis selbst bestand, z. B. weil dieses als Transportmittel benutzt werden sollte.

3. Die Vorsatzform

Die herrschende Meinung nimmt an, hinsichtlich der Aneignung müsse *dolus directus* 1. Grades, bzgl. der Enteignung hingegen nur *dolus eventualis* vorliegen⁸⁴. Dafür spricht, dass es dem Täter in erster Linie darauf ankommt, die Sache für sich zu haben und nutzen zu können, während ihm der endgültige Verlust auf Seiten des Eigentümers nicht entscheidend wichtig sein dürfte, sodass der Diebstahlstatbestand weitestgehend leer liefe, wenn auch bezüglich der Enteignung

81 BGH bei *Dallinger*, MDR 1975, 22; BGH bei *Holtz*, MDR 1977, 461; StV 1990, 205; NStZ 2004, 333; StV 2010, 22; zustimmend *Eser/Bosch*, in: *Schönke/Schröder* (Anm. 8), § 242 Rdn. 63; *Fischer* (Anm. 6), § 242 Rdn. 41b; *Kindhäuser*, in: NK (Anm. 14), § 242 Rdn. 89; *Kühl*, in: *Lackner/Kühl* (Anm. 13), § 242 Rdn. 21; *Maiwald* (Anm. 38), S. 273 Fn. 143; *Putzke*, ZJS 2013, 311, 313; *Schmitz*, in: MK (Anm. 13), § 242 Rdn. 148; *Vogel*, in: LK (Anm. 6), § 242 Rdn. 162 – a. A. *Böse*, GA 2010, 249, 257 f.; *Ruß*, Festschrift für Pfeiffer, 1988, S. 61, 65; *ders.*, in: LK (Anm. 18), § 242 Rdn. 59.

82 BGH bei *Dallinger*, MDR 1975, 22; MDR 1976, 16; BGH StV 1990, 205 – a. A. *Böse*, GA 2010, 249, 257 f.; *Ruß*, Festschrift für Pfeiffer, S. 61, 65; *ders.*, in: LK (Anm. 18), § 242 Rdn. 59 (Täter bemächtigt sich des Behältnisses für kurze Zeit, um es zu durchsuchen; anders soll es nur sein, wenn der Täter das Behältnis sofort an Ort und Stelle wegwirft).

83 BGH bei *Dallinger*, MDR 1975, 22; LG Düsseldorf NStZ 2008, 155, 156 mit (diesbzgl.) zustimmender Anm. von *Sinn*, ZJS 2010, 274, 276; ferner *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Bes. Teil 1 (Anm. 18), § 33 Rdn. 42; *Putzke*, ZJS 2013, 311, 314; *Ruß*, in: LK (Anm. 18), § 242 Rdn. 59.

84 *Eisele*, Bes. Teil II (Anm. 18), Rdn. 65; *Eser/Bosch*, in: *Schönke/Schröder* (Anm. 8), § 242 Rdn. 61 ff.; *Fischer* (Anm. 6), § 242 Rdn. 33a, 41; *Kindhäuser*, in: NK (Anm. 14), § 242 Rdn. 123; *Mitsch*, Bes. Teil 2/1 (Anm. 6), § 1 Rdn. 107; *Ulsenheimer*, Jura 1979, 169, 172; *Wessels/Hillenkamp*, Bes. Teil 2 (Anm. 19), § 2 Rdn. 164 f.; *Zopfs*, ZJS 2009, 649, 650, Anm. 12 – a. A. aber *Schmitz*, in: MK (Anm. 13), § 242 Rdn. 119: Die Absicht müsse sich auf Aneignung und Enteignung beziehen; *Vogel*, in: LK (Anm. 6), § 242 Rdn. 144: *dolus directus* zweiten Grades.

Absicht erforderlich wäre⁸⁵. Zudem fordert die h. M. zutreffend zwar einen Willen hinsichtlich einer dauerhaften Enteignung, jedoch nur eine Absicht der vorübergehenden Aneignung, da auch derjenige eine Aneignung der Sache beabsichtigen kann, der sich die Sache nur vorübergehend zu Nutze machen will, so etwa bei sofortigem Verbrauch der Sache. Es wäre deutlich zu eng, wenn nur derjenige einen Diebstahl begehen könnte, der die Sache auf Dauer behalten und langfristig nutzen will.

III. Probleme der Zueignungsabsicht bei Daten- und Informationsträgern in einzelnen Beispielen

Nun soll zu den Problemen Stellung genommen werden, die bei Daten- und Informationsträgern entstehen können, wenn diese vom Täter zur Erlangung der Daten und Informationen weggenommen werden sollen. Wie bereits in der Einleitung⁸⁶ erwähnt, lässt sich nach hier vertretener Ansicht keine einheitliche Lösung für alle Daten- und Informationsträger erzielen. Zwar wohnt ihnen sämtlich die Funktion inne, Informationen bereitzuhalten, also „Daten zu tragen“. Jedoch ist der Grad der Verschmelzung mit dem Inhalt jeweils deutlich anders, was wiederum Auswirkungen auf die Identität und Funktion dieser Sache hat.

Hier lassen sich auf der einen Seite „Druckwerke“ wie Bücher, Zeitungen oder im Presswerk hergestellte Schallplatten, Musik-CDs oder Film-DVDs anführen. Theoretisch ließe sich natürlich behaupten, dass sich hinsichtlich der Zueignungsabsicht auch bei einem Buch zwischen den Informationen (= der geistige Inhalt) und dem Träger (= das Papier) differenzieren ließe. Dies ist aber wenig überzeugend. Vielmehr scheinen die Gedankenerklärungen, das geistige Werk, und der Datenträger hier bestimmungsgemäß eine quasi untrennbare Verbindung eingegangen zu sein. Dies sind kommerziell genutzte Informationsträger, deren einziger Zweck im Wirtschaftsleben darin besteht, ebendiese Daten bereitzuhalten⁸⁷. Daher hat hier einerseits derjenige Täter Enteignungswillen bzgl. des

⁸⁵ Wessels/Hillenkamp, Bes. Teil 2 (Anm. 19), § 2 Rdn. 165.

⁸⁶ Siehe oben I.

⁸⁷ Insoweit differenziert Maiwald (Anm. 38), S. 270 ff., noch weiter zwischen kommerziellen und nicht-kommerziellen Informationsträgern: Nur bei Ersteren (z.B. bei Zeitungen oder Büchern) beinhalte allein die Kenntnisnahme vom Inhalt auch eine Aneignung, während bei den nicht-kommerziellen Erklärungsträgern (z.B. bei Briefen) die Absicht des Täters sich auf das „körperliche Zuhandensein der Sache für die Zukunft“, d. h. auf die Körperlichkeit der Sache, beziehen

Daten- und Informationsträgers, der den geistigen Inhalt beseitigen will, und andererseits liegt Aneignungsabsicht am Datenträger schon dann vor, wenn der Täter den Inhalt durch Lesen oder Anhören zur Kenntnis nehmen will. Wer eine Zeitung liest, eignet sich „die Zeitung“ an⁸⁸.

Anders liegt der Fall aber bei Datenträgern, deren Funktion unabhängig von den gespeicherten Daten und Informationen zu bestimmen ist, etwa bei USB-Sticks, Festplatten oder auch Speichern von Mobiltelefonen. Wer die gespeicherten Informationen entzieht, beseitigt nicht endgültig die ursprüngliche bestimmungsgemäße Funktion des Informationsträgers. Wer nur die Daten kopiert, eignet sich den geistigen Inhalt, nicht aber den Datenträger selbst, an. Dies soll nun an einigen Beispielen in vier zu unterscheidenden Konstellationen erläutert werden:

- (1.) Der Täter will auch den Daten- und Informationsträger endgültig behalten, um ihn dauerhaft zu nutzen,
- (2.) der Daten- und Informationsträger soll nach der Kenntnisnahme oder Kopie der Inhalte zurückgegeben werden,
- (3.) der Daten- und Informationsträger soll nach dem Entziehen der Inhalte zurückgegeben werden oder
- (4.) der Daten- und Informationsträger soll nach dem Kopieren der Inhalte vernichtet, weggeworfen oder jedenfalls dem Eigentümer dauerhaft entzogen werden.

Zwar besteht bei der Zueignungsabsicht generell das Problem, dass häufig aus einem äußeren Verhalten als Indiz auf die innere Tatseite geschlossen werden soll. Dies kann an dieser Stelle jedoch nicht weiter untersucht werden. Vielmehr sei für die folgenden Konstellationen einmal angenommen, dass der Täter jeweils den für die Sachverhaltsvariante unterstellten Willen tatsächlich aufweist.

1. Der Täter will auch den Daten- und Informationsträger endgültig behalten

Zunächst zur unproblematischen 1. Konstellation: Wenn auch der Daten- und Informationsträger selbst dem ursprünglichen Eigentümer dauerhaft vorenthalten werden soll, weil der Täter ihn für sich selbst behalten und benutzen will, so

müsse, z. B. um den Gedankeninhalt jederzeit reproduzieren zu können (S. 272f.) – a. A. Schröder, JR 1964, 266, 267, der diese Informationsträger gleichsetzt.

88 Maiwald (Anm. 38), S. 274; Schröder, JR 1964, 266, 267.

ist der Enteignungswille nach allen Auffassungen und bei allen unterschiedlichen Formen der Daten- und Informationsträger unproblematisch. Denn weder Substanz noch Funktionen des Datenträgers sollen dem Eigentümer weiter zur Verfügung stehen. Zudem will der Täter auch den Datenträger behalten und als solchen für sich nutzen.

2. Der Daten- und Informationsträger soll nach der Kenntnisnahme oder Kopie der Inhalte zurückgegeben werden

Im 2. Fall sollen die Inhalte zur Kenntnis genommen oder kopiert, also z. B. ein Buch oder eine CD vervielfältigt, und die Daten- und Informationsträger danach zurückgegeben werden. Im Kopieren selbst liegt zumindest kein Enteignungswille. Denn hier sollte bei einer Rückkehr der Sache, wie ausgeführt⁸⁹, darauf abgestellt werden, ob sie verbraucht ist, was sich wiederum durch die Nutzbarkeit derselben in ihren ursprünglichen spezifischen Funktionen bestimmt. Für sämtliche Daten- und Informationsträger lässt sich jedoch festhalten, dass diese einzig dadurch, dass der Täter die gespeicherten Informationen zur Kenntnis nimmt und die Daten kopiert, ihrer Funktion nicht beraubt werden. Sie können genauso genutzt werden wie zuvor.

Daher hätte das BayObLG in der eingangs angeführten 1. Entscheidung einen Enteignungswillen verneinen müssen, da es eben nicht ausschließen konnte, dass der Angeklagte die Disketten unversehrt zurückgeben wollte⁹⁰. Dies ist, untechnisch gesprochen, ein reiner „Datendiebstahl“. Dieser ist evtl. urheberrechtlich relevant oder kann wettbewerbswidrig sein oder gegen Datenschutzvorschriften verstoßen und gegebenenfalls § 202a StGB erfüllen. Der Eigentümer der Disketten soll aber nicht enteignet werden, wenn er die Datenträger inklusive Daten zurückerhalten soll, eine Zueignungsabsicht scheidet demnach aus⁹¹.

⁸⁹ Siehe oben II. 1.

⁹⁰ Es stellte völlig zutreffend auf die Funktionsfähigkeit der Disketten ab, verneinte sodann aber offenbar eine Aneignung dem Sachwert nach; vgl. BayObLG JR 1993, 253, 254; wie hier *Jäger*, JA 2012, 709, 709 f.; wohl auch *Julius*, JR 1993, 255, 256, der allerdings zuvor (auch) eine Aneignung ablehnt (S. 255).

⁹¹ So i. E. auch BayObLG NJW 1992, 1777, 1778; *Cramer*, CR 1997, 693, 696; *Duttge*, in: *Dölling/Duttge/Rössner*, Gesamtes Strafrecht, Handkommentar, 3. Aufl. 2013, § 242 Rdn. 42, 47; *Fischer* (Anm. 6), § 242 Rdn. 40; *Rengier*, Bes. Teil I (Anm. 18), § 2 Rdn. 53; *Ruß*, in: LK (Anm. 18), § 242 Rdn. 54; *Vogel*, in: LK (Anm. 6), § 242 Rdn. 154.

Eine Konstellation sollte man hier allerdings unterscheiden: Die Informationen können selbst Fixcharakter haben, sodass sich auch die Dauer der Benutzung als Funktionsverlust darstellen kann. Dies ist etwa der Fall bei einer Tageszeitung. Wenn der Täter diese entwendet, um sie zu lesen und erst am nächsten Tag zum Zeitungskiosk zurückzubringen, so hat die Zeitung bei Rückkehr ihre Funktion verloren, denn diese besteht darin, tagesaktuell über Ereignisse zu berichten⁹².

3. Der Daten- und Informationsträger soll nach Entziehen der Inhalte zurückgegeben werden

Sollen Daten- oder Informationsträger im 3. Fall zwar zurückgegeben, die Inhalte jedoch zuvor entzogen werden, so stellt sich insbesondere die Frage, ob dies einen *Enteignungswillen* bzgl. des Daten- oder Informationsträgers selbst beinhaltet. Hier ist z. B. an den Fall zu denken, dass Inhalte, die sich auf einem USB-Stick oder einer Festplatte befinden, nicht kopiert, sondern „verschoben“, d. h. „ausgeschnitten“ und auf ein anderes Medium übertragen oder nach dem Kopieren gelöscht werden.

Hier wirkt sich die oben⁹³ getroffene Unterscheidung aus. Bei Büchern und Zeitungen ist ein Enteignungswille anzunehmen, wenn die Informationen entzogen werden, z. B. wenn das Buch durch einen besonders unpfleglichen Umgang unlesbar wird⁹⁴. Gleiches gilt bei im Werk gepressten kommerziellen Schallplatten, Musik-CDs oder Film-DVDs. Die Inhalte sind hier mittels eines mechanischen Vorganges fest auf das Speichermedium geschrieben und mit diesem verbunden. Werden sie unbrauchbar gemacht, was selbst ein destruktives Einwirken voraussetzt, so ist eine Enteignung anzunehmen, denn der Datenträger kann ohne die Inhalte nicht verwendet werden und ist nutzlos. Er hat nämlich seine Funktion verloren. So ist es etwa, wenn der Täter eine Schallplatte wegnimmt und diese sodann so intensiv nutzt, z. B. durch sehr häufiges Abspielen oder durch Transport zu Partys, dass die Musik nicht mehr hörbar, d. h. die Platte nicht mehr abspielbar ist. Führt er diese Sache zurück, so ist sie nicht mehr benutzbar und „verbraucht“. Nahm der Täter dies in Kauf, so hatte er Enteignungswillen. Darun-

⁹² Eser, Strafrecht IV (Anm. 5), Fall 3 Rdn. 34; Zopfs, ZJS 2009, 649, 655. Zur Frage des überlangen Gebrauchs werden jedoch auch andere Ansätze vertreten, so etwa, dass eine Enteignung immer dann anzunehmen sei, wenn der Eigentümer zu einer Ersatzbeschaffung gezwungen ist; so etwa Schmitz, in: MK (Anm. 13), § 242 Rdn. 138.

⁹³ Siehe oben III.

⁹⁴ Maiwald (Anm. 38), S. 269.

ter liegende Abnutzungen sind hingegen typische Gebrauchsanmaßung. Daran zeigt sich, dass es sich hier nicht um bloße „Daten-Behältnisse“ handelt, die auch ohne Inhalt nutzbar wären. Sie haben nur einen einzigen Zweck: Sie tragen einen ganz bestimmten Datensatz. Dessen Entfernung beraubt den Datenträger seiner bestimmungsgemäßen Funktion, sodass ein Enteignungswille vorliegt. Hat der Täter die Funktion positiv genutzt, so ist auch die Aneignungskomponente erfüllt.

Dieses Ergebnis ist aber für Datenträger zweifelhaft, auf denen Daten elektronisch gespeichert und die wieder überschreibbar sind, sodass sie immer neue Informationen aufnehmen können, wie etwa USB-Sticks, Festplatten oder Speicherkarten. Denn diese können ihre bestimmungsgemäße Funktion als allgemeines Speichermedium auch ohne die konkreten Daten erfüllen, wenn diese entzogen werden, es sei denn, die Datenträger werden nach dem Kopieren selbst mechanisch so beschädigt oder zerstört, dass sie gar nicht mehr nutzbar sind. Es ist daher anzunehmen, dass bei Wechseldatenträgern oder Speicherkarten kein Enteignungswille vorliegt, wenn die Daten entzogen werden sollen. Denn anders als bei den Schallplatten und Büchern besteht die spezifische Funktion nicht im Speichern bestimmter Informationen, sondern darin, als Träger beliebig austauschbarer Informationen zu dienen. Es handelt sich nämlich um „Wechseldatenträger“. Hier ist eine Bestrafung nach den §§ 303, 303a StGB ausreichend⁹⁵. Anders formuliert: Der „geistige Diebstahl“ des Inhalts beinhaltet hier keine Enteignung bzgl. des Datenträgers selbst, weil er die wesentliche und ursprüngliche Funktion nicht vereitelt.

Es wäre ein merkwürdiges Ergebnis, wenn man z.B. sagen würde, dass ein Diebstahl eines iPhones darin liege, dieses wegzunehmen, gespeicherte Fotos von

⁹⁵ Die Frage, inwieweit das Löschen der Daten eine Sachbeschädigung nach § 303 StGB am Datenträger beinhaltet, kann hier nicht vertieft werden. Die h.M. nimmt dies an, vgl. z.B. *Wieck-Noodt*, in: Münchener Kommentar zum StGB, Band 5, 2. Aufl. 2014, § 303 Rdn. 34; *Wolff*, in: Leipziger Kommentar zum StGB, Band 10, 12. Aufl. 2008, § 303 Rdn. 12; *Zaczyk*, in: NK (Anm. 14), § 303 Rdn. 15, da die Kodierung des Datenträgers geändert werde und sich dies auch in rechtlich erheblicher Weise auswirke, weil der Datenträger die Brauchbarkeit in einer bestimmten ihm vom Eigentümer beigemessenen Richtung verliere. Ob diesem Ansatz für die Sachbeschädigung zuzustimmen ist, mag hier dahinstehen, denn jedenfalls hinsichtlich der Enteignungskomponente bei § 242 StGB, für welche es entscheidend ist, ob die Sache im Verkehrssinne „eine andere“ geworden ist, weil sie in ihrer wesentlichen bestimmungsgemäßen Funktion nicht mehr nutzbar ist, bleibt zu konstatieren, dass der Wechseldatenträger seine ursprüngliche und allgemeine Funktion, (beliebige) Daten zu tragen, nicht verloren hat. Auch *Maiwald* (Anm. 38), S. 143, erläutert, dass bei der Enteignungskomponente, anders als bei der Sachbeschädigung, die Vereitelung „einzelner Sonderzwecke, die der Eigentümer mit der Sache verfolgt“ nicht ins Gewicht falle. Im Übrigen kann hier hinsichtlich der Daten § 303a StGB greifen.

demselben zu löschen und es danach zurückzugeben. Es ist dadurch nämlich nicht verbraucht, d.h. zu keiner „anderen Sache“ geworden, da es keine seiner bestimmungsgemäßen Funktionen verloren hat. In diesem Fall wäre im Übrigen auch die Aneignungskomponente problematisch.

Auch auf der Grundlage der herrschenden Vereinigungslehre ließe sich entsprechend differenzieren: Es wäre zu fragen, ob die jeweiligen Inhalte den „Wert“ des konkreten Daten- oder Informationsträgers selbst ausmachen⁹⁶. Hier könnte man etwa argumentieren, dass die Inhalte im Fall der gepressten Schallplatte oder gedruckten Zeitung den wirtschaftlichen Wert dieses Gegenstandes bestimmen, nicht aber beim Wechseldatenträger, weil auch der Sachwert funktions-spezifisch zu beurteilen ist.

4. Der Täter will den Daten- und Informationsträger nach der Kenntnisnahme oder Kopie der Inhalte vernichten

Nun noch zu Variante 4. Wenn der Datenträger nach Kopie der Inhalte vernichtet werden soll, so ist ein Enteignungswille fraglos vorhanden. Da hier *dolus eventualis* ausreicht⁹⁷, hätte der BGH auch im eingangs erwähnten Mobiltelefon-Fall einen Enteignungswillen annehmen müssen, weil der Angeklagte sich damit abfand, dass der Eigentümer das Gerät nicht mehr zurückerhält⁹⁸. Auf die Frage des Verbrauchs der Sache, auf den das Gericht rekurrierte, kam es insofern gar nicht an, denn dieser ist nur relevant, wenn die Sache zurückgeleant⁹⁹. Man sollte jedoch in Fällen der Datenkopie und der (anschließenden) Vernichtung des Datenträgers eine Aneignungsabsicht nicht zu vorschnell bejahen¹⁰⁰. Denn immerhin ist, wie eingangs erwähnt, auch eine gedankliche Parallele zu den Behältnis-Fällen denkbar. Dabei ist zu betonen, dass es nicht um die Kasuistik an sich geht (denn Daten bzw. Informationen sind keine Sachen¹⁰¹), sondern um die dahinter stehende Erwägung, dass der Täter kein Interesse an der Sache „Datenträger“ selbst hat, sondern nur an einem abtrennbaren Inhalt.

⁹⁶ In diese Richtung etwa *Julius*, JR 1993, 255, 256 Fn. 21.

⁹⁷ Siehe oben II. 3.

⁹⁸ In der Vorinstanz hat das LG Duisburg, Urteil vom 20.4.2011 – Az.: 31 Kls 39/10, Rz. 21 bei juris, diese Frage gar nicht weiter problematisiert, sondern ohne weiteres eine Zueignungsabsicht angenommen.

⁹⁹ *Jäger*, JA 2012, 709, 710; *Putzke*, ZJS 2013, 311, 314.

¹⁰⁰ So aber ohne weitere Differenzierung etwa *Duttge*, in: *Dölling/Duttge/Rössner* (Anm. 91), § 242 Rdn. 42; *Fischer* (Anm. 6), § 242 Rdn. 40.

¹⁰¹ Siehe oben I.

Hier wirkt sich wiederum die obige Differenzierung aus: Bei Informations-trägern, die mit ihrem Inhalt fest verschmolzen sind, scheidet der Behältnis-Gedanke aus. Der geistige Inhalt ist in dem jeweiligen Träger selbst verkörpert. Wenn jemand z. B. eine Zeitung aus einem Laden mitnimmt, kann er wohl kaum sagen: „Ich wollte nur einen Datendiebstahl begehen, mir ging es nur um die Informationen, nicht um die Zeitung“. Mit anderen Worten: Wer sich den Inhalt der Zeitung aneignet, eignet sich auch die Zeitung an¹⁰². Auch wer ein Buch kopiert, will sich dessen Inhalt und damit das Buch selbst aneignen¹⁰³, weil dieses bestimmungsgemäß (= wertmäßig) nicht von seinem Inhalt zu unterscheiden ist, so wie der Eigentümer bei diesen Informationsträgern enteignet wäre, wenn der Inhalt entzogen bzw. nicht mehr nutzbar würde¹⁰⁴.

Anders kann es aber bei denjenigen Datenträgern sein, die bestimmungsgemäß, wirtschaftlich und denklogisch von ihrem Inhalt trennbar sind, sodass letztlich „zwei Gegenstände“ vorliegen, auf die sich das Interesse des Täters beziehen kann. Da z. B. der USB-Stick seine Funktion nicht verliert, wenn die Daten gelöscht werden, hat er eher den Charakter eines Behältnisses, sodass auch das Aneignen seines Inhalts nicht gleichbedeutend mit dem Aneignen des Trägers selbst ist. Wer einer Handtasche das Geld entnimmt, will sich nicht die Tasche aneignen¹⁰⁵. In diese Richtung ließe sich die Entscheidung des BGH im geschilderten Fall interpretieren¹⁰⁶. Wohl gemerkt: Auf seine Behältnis-Rechtsprechung berief er sich nicht. Vielmehr führte er aus:

„Weder wollte [der Täter] sich den Substanz- oder Sachwert des Geräts aneignen noch hat er dessen Wert durch vorübergehenden Gebrauch gemindert. Es fehlt an dem für eine Aneignung erforderlichen Willen des Täters, den Bestand seines Vermögens [...] zu ändern, wenn er das Nötigungsmittel nur zur Erzwingung einer Gebrauchsanmaßung einsetzt [...] oder wenn er die fremde Sache nur wegnimmt, um sie ‚zu zerstören‘, ‚zu vernichten‘, ‚preiszugeben‘, ‚wegzuwerfen‘, ‚beiseite zu schaffen‘, ‚zu beschädigen‘, sie als Druckmittel zur Durchsetzung einer Forderung zu benutzen oder um den Eigentümer durch bloßen Sachentzug

102 So auch *Maiwald* (Anm. 38), S. 274; *Schröder*, JR 1994, 266, 267; siehe auch bereits oben die einleitenden Worte zu III.

103 So im Ergebnis auch *Jäger*, JA 2012, 709, 710, der allerdings darauf abstellt, dass das Kopieren einen Gebrauch des Buches darstelle. Dies lässt sich aber auch anders sehen, wie unten noch erläutert wird. Beim Buch kommt es darauf nach hier vertretener Ansicht aber auch gar nicht an, da es sich logisch nicht von seinem Inhalt trennen lässt, sodass die Kenntnisnahme (oder Kopie) des Inhalts immer auch eine Aneignung des Buches selbst ist.

104 Siehe oben III. 3.

105 Siehe oben II. 2.

106 Dies erwägt auch *Putzke*, ZJS 2013, 311, 313, lehnt diese Parallele im Fall aber letztlich ab.

zu ärgern [...]. Dass die vom Angeklagten beabsichtigte Durchsuchung des Speichers und das Kopieren der dabei aufgefundenen Bilddateien im Rahmen des bestimmungsgemäßen Gebrauchs der Sache lag, ändert hieran nichts, denn sie führte nicht zu deren Verbrauch“.

Zu bemängeln ist dabei zunächst der Rekurs auf die Gebrauchsanmaßung im ersten Teil der Begründung¹⁰⁷: Denn ob der Angeklagte das Telefon nur zu einer Gebrauchsanmaßung wegnehmen wollte, war ja gerade zu prüfen. Zudem wäre es dogmatisch unrichtig, bei einer Gebrauchsanmaßung die *Aneignungsabsicht* zu verneinen, vielmehr würde es an einem *Enteignungswillen* fehlen¹⁰⁸. Und letztlich lag eine bloße Gebrauchsanmaßung sogar fern, weil dem Angeklagten das Schicksal der Sache egal war. Hier hätte sich, wie gesagt, z.B. ein Vergleich zu den Kfz-Fällen angeboten. Auch die Hinweise auf den Verbrauch durch die bestimmungsgemäße Benutzung gehen dann fehl, wenn die Sache gar nicht zurückgegeben werden soll, da bei einem Wegwerfen die Sache für den Eigentümer ohnehin verloren ist¹⁰⁹. Die Probleme liegen bei der Aneignungskomponente. Und hier könnte man daran denken, den Gedanken der Behältnis-Rechtsprechung aufzunehmen.

Unmittelbar anwendbar ist er, wenn ein Gerät einen austauschbaren internen Speicher enthält. So ist es etwa, wenn Daten auf der Festplatte eines Laptops, der Speicherkarte einer Digitalkamera oder der SD-Karte eines Smartphones gespeichert sind. Dann gilt das Interesse nämlich diesem Speicher und damit einer anderen beweglichen Sache, für welche Laptop, Kamera und Smartphone nur ein Behältnis sind. Im BGH-Fall ist nicht geklärt, wo die Speicherung erfolgte, wenngleich davon auszugehen ist, dass Dateien bei Mobiltelefonen heute meistens auf dem nicht ausbaufähigen internen Speicher abgelegt werden, sodass dieser Aspekt hier ausscheiden dürfte.

Es fragt sich daher, was hinsichtlich des Geräts selbst gilt. Will man die Behältnis-Rechtsprechung nun richtig einordnen, so liegt eine Aneignungsabsicht immer dann vor, wenn der Täter auch die Sache selbst benötigt, sie ihm also zu Diensten sein soll. Dies kommt bei USB-Sticks, PCs oder Mobiltelefonen dann in Betracht, wenn diese Geräte (zur Erlangung der Inhalte) selbst benutzt werden sollten, es also (auch) auf diese Sache ankam. Mit anderen Worten muss neben den Inhalten auch ein Interesse am Gerät bestehen.

¹⁰⁷ Vgl. auch Putzke, ZJS 2013, 311, 312.

¹⁰⁸ So zutreffend Jäger, JA 2012, 709, 710; Putzke, ZJS 2013, 311, 313.

¹⁰⁹ Dies muss auch nach der herrschenden Vereinigungsformel gelten, da auch hier vorrangig auf die Sachsubstanz abzustellen ist; vgl. etwa Eser, Strafrecht IV (Anm. 5), Fall 3 Rdn. 28: Bei dauerhafter Entziehung der Sachsubstanz sei es überflüssig (wenn nicht gar fehlerhaft), auf eine Sachwertentziehung abzustellen.

Nach diesem Maßstab liegt der BGH hier im Ergebnis nicht richtig¹¹⁰. Denn indem der Angeklagte sich das Foto mittels Bluetooth zugeschickt hat, verhielt er sich im Ergebnis nicht anders, als wenn er mit dem Gerät telefoniert hätte¹¹¹. In beiden Fällen beinhaltet das Verhalten des Täters nicht nur eine Sachentziehung, sondern auch eine aktive Benutzung der Sache zu eigenen Zwecken¹¹². Er hat die Daten nicht mittels eines anderen Gerätes kopiert, sondern das Telefon selbst als Kopierer benutzt. Diese Benutzung war immerhin ein notwendiges Zwischenziel zur Erlangung der Fotos, das für eine Aneignungsabsicht ausreicht, selbst wenn das Endziel in der Aneignung der Fotos lag. Insofern vollzieht der BGH hier eine Abkehr von seiner bisherigen Rechtsprechung zur vorübergehenden Nutzung von Sachen als Form der Aneignung. So hat er, wie eingangs erwähnt¹¹³, eine Aneignungsabsicht z.B. bejaht bei der Benutzung von Kraftfahrzeugen zu einer Fahrt oder eines Schlüssels zum Aufschließen einer Tür¹¹⁴. Wenn der BGH hier tatsächlich nun quantitative Grenzen hinsichtlich der Benutzung fordern will¹¹⁵, so würde dies zu den bereits beschriebenen Unsicherheiten führen.

Auch das Fehlen wirtschaftlicher (Gebrauchs-)Vorteile lässt sich nicht als Gegenargument anführen¹¹⁶: Denn 1. ist der Diebstahl gerade keine Bereicherungstat¹¹⁷, sodass eine Erhöhung des Wertes des Vermögens nicht beabsichtigt sein muss, und 2. ist das Ausnutzen der Funktionen eines Gerätes gerade eine wirtschaftlich sinnvolle Nutzung, denn dazu wurde das Gerät hergestellt. Auf weitere Vorteile, etwa durch eine kommerzielle Nutzung der Fotos, kann es nicht ankommen¹¹⁸, denn diese wären gerade nicht aus der Sache, sondern durch spätere, darauf aufbauende Geschäfte, erlangt.

Eine Benutzung lässt sich hier ferner nicht mit dem Argument verneinen, es liege keine bestimmungsgemäße Nutzung vor, ein Telefon sei eben zum Telefonieren da, sodass das Kopieren von Fotos mittels Bluetooth keine typische Nut-

110 Wie hier ablehnend auch *Jäger*, JA 2012, 709, 710; *Putzke*, ZJS 2013, 311, 313f.; *Rengier*, Bes. Teil I (Anm. 18), § 2 Rdn. 66 – a. A. (wie der BGH) allerdings *Duttge*, in: *Dölling/Duttge/Rössner* (Anm. 91), § 242 Rdn. 44; *Hecker*, JuS 2013, 468, 469; *Wessels/Hillenkamp*, Bes. Teil 2 (Anm. 19), § 2 Rdn. 152.

111 *Putzke*, ZJS 2013, 311, 314.

112 *Putzke*, ZJS 2013, 311, 314.

113 Oben I.

114 BGH NSTZ 1981, 63 (wenngleich hier die Enteignungskomponente abgelehnt wurde, da offen blieb, was mit dem Schlüssel geschehen sollte).

115 In diese Richtung *B. Heinrich*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf* (Anm. 5), § 13 Rdn. 91.

116 So aber *Hecker*, JuS 2013, 468, 469 Fn. 9: Die Aneignungsabsicht müsse sich auf wirtschaftlich messbare Gebrauchsvorteile beziehen.

117 Siehe bereits oben II. 1.

118 So im Ergebnis auch *Putzke*, ZJS 2013, 311, 313.

zungsart darstelle¹¹⁹. Der BGH stellt nämlich selbst fest, dass es sich um eine bestimmungsgemäße Nutzung handelte¹²⁰. Zudem kommt es auf eine bestimmungsgemäße Nutzung auf der Aneignungsseite wie dargestellt¹²¹ auch gar nicht an¹²². Wollte man hier zwischen einzelnen Funktionen eines Multifunktionsgerätes differenzieren, käme man zu nicht mehr darstellbaren Abgrenzungsproblemen: Soll das Telefonieren ausreichen (Funktion: Telefon), aber nicht das Versenden einer MMS (Funktion: Nachrichtenversand)? Genügt das Anhören von Musik (Funktion: Radio oder CD-Player), aber nicht das Ansehen von Fotos (Funktion: Digitalkamera)? Hier verfängt man sich im Netz der Abgrenzung. Die einzig sinnvolle Lösung liegt in einer Gleichbehandlung: Nutzt der Täter eine Funktion des Multifunktionsgerätes aus, so hat er Aneignungsabsicht. Insofern lässt sich zwar durchaus zwischen Inhalten und Träger differenzieren, die Aneignungsabsicht bezieht sich gleichwohl auf beide, weil er auch das Gerät benötigt. Wer ein Musikstück anhören will, braucht dazu nicht nur das Lied, sondern auch das Abspielgerät.

Anders läge der Fall lediglich, wenn dem Gerät die Daten entzogen werden sollen, ohne dass es dazu selbst in seinen Funktionen benutzt werden soll. Hier ist an Fälle zu denken, in denen der Täter z.B. einen eigenen Laptop dabei hat und die Daten mittels Kabel direkt übertragen kann. Auch bei USB-Sticks ist wie bei Disketten die Aneignungskomponente abzulehnen, wenn die Daten von diesen kopiert werden, indem sie einfach in den PC geschoben werden. Der Darstellungs- und Kopiervorgang erfolgt hier nämlich mittels des PCs, sodass der Datenträger selbst passiv bleibt¹²³.

Eine relevante Benutzung kommt aber in Betracht, wenn die Daten nicht vor Ort kopiert werden können, sondern dies erst zu Hause geschehen kann. In diesem Fall müsste etwa ein USB-Stick als notwendiges „Quasi-Transportmittel“

119 Jäger, JA 2012, 709, 710, spekuliert, der BGH sei möglicherweise „insgeheim“ diesem Gedanken gefolgt.

120 BGH NSTZ 2012, 627.

121 Oben II. 2.

122 Jäger, JA 2012, 709, 710.

123 A.A. Cramer, CR 1997, 693, 697: § 246 StGB sei hinsichtlich einer Diskette erfüllt, wenn der Täter bereits beim Gebrauch der Sache deren spätere Vernichtung beabsichtige. Dies sei besonders augenfällig, wenn der Täter nach der Vervielfältigung des Datenmaterials sich die dabei gewonnenen Erkenntnisse durch Vernichtung des ihm überlassenen einzigen Originalstücks sichere. Dies ist aber erstens eine Sonderkonstellation, bei welcher ein (wirtschaftlicher) Vorteil für den Täter durch die Zerstörung entsteht, weil dies der einzige Datensatz ist. Zweitens dokumentiert der Täter mit der Vernichtung des Datenträgers i. Ü. aber gerade, dass er das Behältnis nicht braucht – wie Cramer allerdings auch Duttge, in: Dölling/Duttge/Rössner (Anm. 91), § 242 Rdn. 42.

benutzt werden und hätte eine eigenständige vorteilhafte Bedeutung für den Täter. Als Beispiel lässt sich annehmen, dass der Täter in ein Büro eindringt, um von einem PC Daten zu kopieren. Hat er nun keinen eigenen dabei, sondern findet auf dem Bürotisch den USB-Stick des Opfers, kopiert die Daten auf diesen und nimmt ihn mit, so will er sich desselben zum „Quasi-Transport“ der Daten bedienen. Hinsichtlich des Speichers des PCs als Datenträger liegt hier im Übrigen schon gar keine Wegnahme vor¹²⁴.

IV. Zusammenfassung

Daher gilt zusammenfassend für die Zueignungsabsicht Folgendes:

- (1.) Eine Zueignungsabsicht liegt bzgl. sämtlicher Datenträger immer dann vor, wenn diese nach Gebrauch nicht an den Eigentümer zurückgegeben, sondern selbst weiter genutzt werden sollen.
- (2.) Sollen sie hingegen zurückgeführt werden, so beinhaltet das Kopieren der Daten alleine keinen Enteignungswillen, weil der Datenträger seine spezifischen Nutzungsfunktionen nicht verliert. Dies ist allenfalls ein „Datendiebstahl“, der den Datenträger unberührt lässt und von § 242 StGB nicht erfasst ist.
- (3.) Sollen die Daten vor der Rückgabe entzogen (d. h. gelöscht) werden, so liegt darin nur dann ein Enteignungswille, wenn dadurch die spezifische Funktion des Datenträgers aufgehoben wird. Hier kommt es auf den Datenträger an. Besteht die Funktion in der Aufnahme beliebiger Daten, so ist dies nicht der Fall.
- (4.) Das Kopieren von Daten und sukzessive Wegwerfen des Datenträgers beinhaltet bei mit Behältnissen vergleichbaren Datenträgern dann eine Zueignungsabsicht, wenn der Datenträger selbst benutzt werden soll und es dem Täter daher neben den Daten notwendigerweise auch auf diesen ankommt.

Hinweis: Der vorliegende Beitrag ist eine geringfügig veränderte und erweiterte Fassung des Habilitationsvortrages vom 23.01.2014 an der Humboldt-Universität zu Berlin.

¹²⁴ Vgl. *Vogt/Vogt*, JuS 1980, 860, 861.