

# Die Endgültigkeit der Enteignung als Merkmal des Unterschlagungstatbestandes

Versuch einer dispositionellen Erklärung

CHRISTOS MYLONOPOULOS

## I.

1. Der Zueignungsbegriff wird von der rechtswissenschaftlichen Theorie als Merkmal des subjektiven Tatbestandes des Diebstahls und des objektiven Tatbestandes der Unterschlagung *in demselben Sinne* konzipiert.<sup>1</sup> Versucht man aber, den Begriff zu definieren, so herrscht diesbezüglich nur im Falle des Diebstahls einigermaßen Konsens. Bezüglich der Unterschlagung ist dies jedoch nicht der Fall. Denn obwohl dem Zueignungsbegriff in beiden Delikten dieselbe Bedeutung beigemessen wird, weist seine begriffliche Erfassung und exakte Konturierung im Falle der Unterschlagung bestimmte Eigentümlichkeiten und Schwierigkeiten auf, die eine einheitliche Behandlung des Begriffs verhindern und seine Übertragung auf den Tatbestand der Unterschlagung nicht ohne weiteres erlauben. Deswegen wird zur Definition des Begriffs nicht pauschal auf den Diebstahl verwiesen, was konsequent, natürlich und logisch wäre – wie z. B. beim Begriff der *Sache* –, sondern es wird derselbe Begriff *neu definiert*, um der spezifischen Natur der Unterschlagung gerecht zu werden.

2. Üblicherweise wird die vom *Diebstahlstäter* angestrebte Zueignung als mindestens vorläufige Aneignung und endgültige Enteignung definiert. In Zueignungsabsicht handele, so wird richtig gesagt, wer die zumindest vorläufige Einverleibung der Sache oder ihres Wertes in das eigene Vermögen mit (subjektiv) unbedingtem Willen erstrebt und zugleich die *endgültige* Verdrängung des Eigentümers aus seiner wirtschaftlichen Position mindestens akzeptiert (= *dolus eventualis* reicht aus).<sup>2</sup> Vom Streit über die Vorsatzform in bezug auf die Enteignung abgesehen, der allerdings in diesem Zusammenhang nicht

<sup>1</sup> Schönke/Schröder/Eser StGB, 25/1997, § 246 Rn. 11.

<sup>2</sup> Statt vieler *Maurach/Schroeder/Maiwald* Strafrecht BT 1, 8/1995, § 33 Rn. 39; SK-StGB-Hoyer (Februar 1999), § 242 Rn. 83; Schönke/Schröder/Eser (Fn. 1), § 242 Rn. 47.

von Bedeutung ist,<sup>3</sup> wird angesichts der Enteignung einhellig *Endgültigkeit* postuliert. Der Täter müsse dem Eigentümer die Sache *auf Dauer* entziehen wollen.<sup>4</sup>

3. Diesem Erfordernis kann im Falle des Diebstahls ohne besondere Schwierigkeiten genügt werden. Denn es ist durchaus denkbar, daß der Täter die dauernde Entziehung der Sache oder des Sachwertes zur Zeit der Tat (zumindest bedingt) will. Die objektive Verwirklichung dieses Merkmals ist nicht erforderlich. Von der Endgültigkeit der Enteignung als Zueignungsmerkmal kann man also angesichts des Diebstahls ohne weiteres sprechen, und in der Tat hat dieser Aspekt in praxi kaum Probleme verursacht.

## II.

1. Dieser Zueignungsbegriff kann jedoch nicht reibungslos vom Diebstahl auf die Unterschlagung übertragen werden. Denn es ist einsichtig, daß eine *endgültige* Enteignung praktisch sehr selten mit Sicherheit eintreten kann. Das kann zwar beim Verbrauchen oder dem Verkaufen der unterschlagenen Sache der Fall sein. Wer das fremde Mofa, das er in seinem Gewahrsam hat, an einen gutgläubigen Dritten verkauft und übereignet, wer das fremde Geld ausgibt, wer fremdes Benzin verbraucht oder mit eigenem vermischt, ruft auch die endgültige Enteignung des Eigentümers hervor. In den meisten und praktisch wichtigsten Fällen jedoch bereitet die Übertragung des Zueignungsbegriffes erhebliche Schwierigkeiten.

Eignet sich z. B. die fremde Sache auch derjenige zu, der zwar seinem Partner gegenüber die feste Absicht äußert, die Sache für sich zu behalten, oder sie schon zum Verkauf angeboten hat, dem Berechtigten gegenüber aber die Rückgabe nicht verweigert, sondern unter verschiedenen Vorwänden hinauszögert, in der Hoffnung den lästigen Eigentümer loszuwerden? Begeht ferner Unterschlagung (d. h. bewirkt endgültige Enteignung), wer die fremde Sache bloß weitervermietet oder versteckt? Ist unter Zueignung die Nichtrückgabe bzw. die Verweigerung der Herausgabe der fremden Sache zu subsumieren oder das Verhalten des Kassierers, der keine Quittungen ausstellt?

Würde man also auf einer wörtlichen Übertragung des Zueignungsbegriffs ernsthaft bestehen, so müßte man womöglich unendlich lange abwarten, bis man mit Gewißheit von einer endgültigen Enteignung sprechen kann. Aus diesem Grund wird bezüglich der Unterschlagung auf Hilfsmittel zurückgegriffen, um den Zueignungsbegriff befriedigend zu definieren, ohne zugleich die Identität desselben mit dem Zueignungsbegriff beim Diebstahl preiszugeben, ob-

<sup>3</sup> Krey Strafrecht BT 2, <sup>12</sup>1999, 28 ff; Schaffstein GS 103, 292, 310; Mairwald Der Zueignungsbegriff im System der Eigentumsdelikte, 1970, 177; Maurach/Schroeder/Mairwald (Fn. 2), § 33 Rn. 55; Schönke/Schröder/Eser (Fn. 1), § 242 Rn. 64; LK-Ruß StGB, <sup>11</sup>1994, § 242 Rn. 51.

<sup>4</sup> Schönke/Schröder/Eser (Fn. 1), § 242 Rn. 51.

wohl die Definitionen des Zueignungsbegriffes im Bereich der Unterschlagung erheblich anders als beim Diebstahl lauten.

2. Ausgangspunkt der einschlägigen Erwägungen ist folgender Gedanke: Da die Zueignung Merkmal des objektiven Tatbestandes der Unterschlagung ist, ist sie nicht gegeben, wenn der Gewahrsamsinhaber lediglich daran gedacht hat, die Sache nicht zurückzugeben, oder sich nur entschlossen hat, sich dieselbe zuzueignen. Der bloße Wille, die Sache zu behalten, oder die bloße Zueignungsabsicht genügen für sich allein nicht, die Zueignung zu verobjektivieren. Deswegen knüpft man an objektive Indizien an: Nach der heute herrschenden *Manifestationstheorie* soll Zueignung jede Handlung sein, die die Absicht des Gewahrsamsinhabers manifestiert, die Sache seinem Vermögen einzuverleiben, (natürlich) unter dauerndem Ausschluß des Berechtigten.<sup>5</sup> Dieser Ansicht folgt auch der griechische Areopag.<sup>6</sup> Manchmal wird sogar eine *absolute Akzessorität* des objektiven Tatbestandes zu der Zueignungsabsicht akzeptiert, in dem Sinne, daß dieser ausgeschlossen ist, wenn der Täter keine Zueignungsabsicht hat. So führt der griechische Areopag im Urteil 1732/1990 aus: „Will der Täter nicht die Sache in sein Vermögen einverleiben, so besteht ebensowenig das objektive Merkmal der Zueignung, da das äußere Verhalten keinen solchen Willen manifestiert.“<sup>7</sup>

3. Diese Betrachtungsweise ist mit guten Gründen abgelehnt worden. Die Manifestationstheorie, so wird richtig gesagt, konzipiere den Zueignungsbegriff nicht selbständig, sondern mache ihn von der Täterabsicht abhängig. Sie laufe darauf hinaus, die Zueignung mit der inneren Einstellung zu identifizieren und das äußere Verhalten als ein *Symptom*, eine Art *Beweis* dieser Einstellung zu betrachten.<sup>8</sup> Hieraus wird vielmehr die Notwendigkeit einer Handlung ersichtlich, die den sozialen Sinn der Aneignung und der endgültigen Enteignung hat, sowie die Unzulänglichkeit des Abstellens nur auf das subjektive Merkmal der Absicht.

4. In diesem Zusammenhang sind Versuche unternommen worden, die obigen Gedanken für die Definition des Zueignungsbegriffs fruchtbar zu machen. So wird z. B. die Zueignung als „Betätigung des Zueignungswillens in objektiv erkennbarer Weise“ definiert.<sup>9</sup> Aber auch diese Betrachtung ist nicht befriedi-

<sup>5</sup> *Maurach/Schroeder/Maiwald* (Fn. 2), § 34 Rn. 24; *Kienapfel* Grundriß des österreichischen Strafrechts, BT II, <sup>3</sup>1993, 120; *Leukauf/Steininger* Kommentar zum Strafgesetzbuch [für Österreich], <sup>2</sup>1979, § 133 Rn. 15; *Schönke/Schröder/Eser* (Fn. 1), § 246 Rn. 11; RGSt 55, 146; vgl. auch *LK-Ruß* (Fn. 3), § 246 Rn. 13.

<sup>6</sup> AP 327/1990, Poin. Chron. 1980/1048; AP 1492/82, Poin. Chron. 1983/547; AP 321/1998, Poin. Chron. 1998/972; vgl. ferner AP 46/1998, Poin. Chron. 1998/1057; AP 1897/1994, Poin. Chron. 1995/290; AP 386/1993, Poin. Chron. 1993/179; AP 1907/1992, Poin. Chron. 1992/1089.

<sup>7</sup> Poin. Chron. 1991/730 mit ablehnender Anmerkung *Giannides*.

<sup>8</sup> *Androulakis* Poin. Chron. 1984/468.

<sup>9</sup> *Schönke/Schröder/Eser* (Fn. 1), § 246 Rn. 11.

gend. Zunächst einmal handelt es sich um eine *Zirkeldefinition*, die das *definiendum* erst durch das *definiens* definiert.<sup>10</sup> Zweitens macht diese Meinung das objektive Tatbestandsmerkmal von der Absicht abhängig, so daß der Tatbestand nicht erfüllt werden kann, wenn die entsprechende Absicht nicht vorliegt.

5. Der objektiven Natur der Zueignung sowie dem unentbehrlichen Merkmal der (endgültigen!) Enteignung versuchen zu Recht auch diejenigen Autoren Rechnung zu tragen, die die Unterschlagung als Delikt *mit überschießender Innentendenz* betrachten, in dem Sinne, daß die Zueignungshandlung lediglich die Aneignung voraussetze, subjektiv aber auch die Absicht dauernder Enteignung (neben dem Aneignungsvorsatz) verlangt wird.<sup>11</sup> In die gleiche Richtung weisen diejenigen Annäherungsversuche, nach denen „der Täter eine Lage von *gewisser Endgültigkeit* geschaffen haben“ müsse.<sup>12</sup> Diese Vorschläge versuchen zwar der Natur der Zueignung gerecht zu werden. Sie führen jedoch nichtsdestoweniger zu unbefriedigenden Ergebnissen. Denn sie transformieren die Unterschlagung in ein kupiertes Erfolgsdelikt bzw. in ein Unternehmensdelikt, obwohl das Gesetz dafür keinen Raum läßt, da es die Zueignung ausdrücklich als objektives Tatbestandsmerkmal beschreibt.

6. Dasselbe Problem haben auch diejenigen Autoren vor Augen, die eine *klare* Manifestation des Zueignungswillens verlangen. So wird z. B. gesagt, daß derjenige, der das ausgeliehene Buch lange nach Ablauf der Leihfrist nicht zurückerstattet, seinen Zueignungswillen nicht genügend *klar* und eindeutig manifestiert habe. Die ausdrückliche Weigerung hingegen, es zurückzugeben, bei gleichzeitiger Behauptung des Gewahrsamsinhabers, er sei Eigentümer, sei eine genügend klare Manifestation des Zueignungswillens. Deswegen wird letztere als Zueignung und somit als endgültige Enteignung interpretiert.

Diese Betrachtungsweisen möchten ein richtiges Ergebnis mit fraglichen Mitteln begründen. Sie ziehen dabei aber folgenden Umstand nicht in Erwägung: daß der Grund der Zueignungsverwirklichung nicht in der Manifestation des Willens liegt, sondern in der Handlung selbst. Nicht jede Manifestation des Zueignungswillens ist Zueignung, sondern eine *Handlung*, die darüber hinaus den objektiven, sozialen Sinn hat, daß der Eigentümer seine Macht über die Sache endgültig verloren hat.

### III.

1. Auf die *objektive endgültige Enteignung kann somit nicht verzichtet werden*. Bedeutet dies aber, daß die Straftat nur dann vollendet ist, wenn es dem Berechtigten unmöglich ist, die Sache zurückzuerhalten? Ist Enteignung

<sup>10</sup> Statt vieler *Herberger-Simon* Wissenschaftstheorie für Juristen, 1980, 313 ff.

<sup>11</sup> Dazu s. *SK-StGB-Hoyer* (Fn. 2), § 246 Rn. 19; *Paeffgen* JR 79, 299.

<sup>12</sup> *Maiwald* Zueignungsbegriff (Fn. 3), 199; *Kienapfel* (Fn. 5), 120; *Androulakis* Poin. Chron. 1984/473.

nur in den Fällen des unbestreitbaren Verlustes der Sache, z. B. im Fall des Verbrauchs, gegeben? Anders ausgedrückt: Müssen wir darauf *warten*, bis die Sache für den Eigentümer endgültig verloren ist, um von Endgültigkeit der Enteignung sprechen zu können? Oder aber kann endgültige Enteignung auch in einer früheren Phase eintreten, und bejahendenfalls, unter welchen Voraussetzungen?

2. Wir haben soeben gesehen, daß Lehre und Rechtsprechung dies einhellig befürworten, jedoch mit Begründungen, die der eigentümlichen Natur der Zu-eignung nicht gerecht werden. In der Tat: Die Endgültigkeit der Enteignung ist nicht begriffsnotwendig mit der Unmöglichkeit der Rückerlangung identisch. So kehren wir aber zu der am Anfang gestellten Frage nach der Natur und dem begrifflichen Inhalt der Endgültigkeit der Enteignung zurück.

3. Wie wir gesehen haben, ist es nicht ausgeschlossen, daß die Enteignung auch auf objektiver Ebene schon von Anfang an endgültig ist. In manchen Fällen ist sie aus *juristischen Gründen* endgültig (z. B. Verkauf an einen gutgläubigen Dritten). In anderen beruht dies auf *faktischen Gründen* (Beispiel: Verzehr fremder Lebensmittel). Es gibt aber auch einen dritten Fall: Wenn nämlich der Eigentümer in eine solche Position zur Sache versetzt worden ist, daß er in tatsächlicher Hinsicht mit jedem beliebigen Dritten gleichgestellt ist. Diese *faktische Gleichstellung* ist dann gegeben, wenn der Eigentümer nicht imstande ist, die ihm zustehende Macht über die Sache unmittelbar und ohne weiteres auszuüben, sondern hierfür erst Hindernisse überwinden muß. Die soziale Bedeutung des Täterverhaltens besteht in diesem Falle eben darin, daß der Eigentümer die Herrschaft über die Sache faktisch verloren hat und daß er um sie kämpfen muß, um sie zurückzuerlangen. Dieser Umstand unterscheidet klar die Enteignung von anderen Formen willkürlichen Umgangs mit der Sache, wobei aber das fremde Eigentum nicht in Frage gestellt wird. Eine solche Gleichstellung findet z. B. nicht statt im Falle einer Gebrauchsunterschlagung. In zahlreichen Fällen von nicht „unwiderruflicher“ Enteignung wird also der Eigentümer in bezug auf sein Verhältnis zur Sache in eine solche Lage versetzt, daß er nach der Verkehrsauffassung faktisch *jedem beliebigen Dritten gleichgestellt wird*. Es handelt sich um Fälle, in denen – wollen wir das *Binding*'sche Kriterium umkehren –, die einzige Verbindung zur Sache die rechtliche Sanktion ist, d. h. die bloße Anerkennung der Rechtsposition durch die Rechtsordnung.

Dabei handelt es sich um einen *sozialen Grund* der Endgültigkeit der Enteignung. Die Zurückerlangung der Sache ist zwar faktisch nicht unmöglich, kann aber erst nach Kampf und Anstrengung und auch dann nicht mit absoluter Sicherheit, sondern nur mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit erreicht werden. Ist diese Gleichstellung gegeben, so kann man von endgültiger Enteignung sprechen. Die dauernde Enteignung in dem Sinne, daß der Eigentümer die Möglichkeit, die Sache wieder zurückzuerhalten, tatsächlich endgültig verliert, braucht nicht eintreten.

In diesem Fall spiegelt sich der endgültige Verlust der Sache im Verhalten des Täters wider.

4. Darauf stellen auch diejenigen Autoren ab, die die Manifestationstheorie zu verbessern versuchen, in dem sie eine „gewisse Endgültigkeit“ verlangen (und zwar von der Handlung, die den Zueignungswillen manifestiert, siehe oben II.5.). In diesem Zusammenhang wird eben die Frage gestellt, „*wie endgültig*“ die vom Täter geschaffene Lage sein muß.<sup>13</sup>

Dazu eine Vorbemerkung: Wenn die Zurückerlangung der Sache auf Grund der Beziehung, die den Eigentümer mit dem Gewahrsamsinhaber verbindet, verwirklicht werden kann (z. B. Vermietung), wird das Eigentum nicht in Frage gestellt, und von einer Zueignung kann keine Rede sein. Z. B.: Der Vermieter verlangt die Sache zurück auf Grund des Mietverhältnisses, das vom Mieter nicht in Frage gestellt wird. Wenn der Gewahrsamsinhaber hingegen durch sein Verhalten das Eigentum des anderen verneint, wird der Berechtigte jedem beliebigen Dritten *gleichgestellt*. Er muß das eigene Eigentum *ab ovo* beweisen, um die Sache zurückzuerhalten. Er muß sie beanspruchen und um sie kämpfen. Seine *faktische* Position der Sache gegenüber unterscheidet sich in nichts von der Position jedes beliebigen Dritten. Die einzige Beziehung zur Sache ist die juristische Sanktion. In diesem Falle ist die Enteignung endgültig. Mehr Endgültigkeit ist nicht notwendig. Wann aber ist dies der Fall? Diese Frage wollen wir mit Hilfe der Theorie der Dispositionsbegriffe zu beantworten versuchen.

#### IV.

1. Das Problem, das uns beschäftigt, ließe sich etwa wie folgt formulieren: Welche Bedeutung hat die Äußerung eines Zueignungswillens für das objektive Merkmal der Zueignung? Kann man von einer solchen Manifestation eines inneren Merkmals auf das Vorliegen des objektiven Merkmals der Endgültigkeit der Enteignung schließen? Stellen wir diese Fragen, so fragen wir gleichzeitig, was der Gewahrsamsinhaber tun wird, wenn der Eigentümer die Sache zurückverlangt. Aber wir fragen auch, welchen sozialen Sinn die Prognose haben kann, daß der Täter sich auf bestimmte Weise verhalten wird. Genau darum geht es aber bei den Dispositionsbegriffen. Eine Disposition zuzuschreiben bedeutet, daß es wahrscheinlich ist, daß eine Person oder ein Gegenstand unter bestimmten Bedingungen in bestimmter Weise reagieren wird.<sup>14</sup> Wir wollen dies etwas näher erläutern.

2. Dispositionen sind *keine einfachen Beschreibungen* einer Sache oder einer Person. Sie beschreiben *keine Ereignisse*, sondern beinhalten eine Aussage darüber, was geschehen kann oder hätte geschehen können, wenn der Gegen-

<sup>13</sup> Vgl. *Androulakis* (Fn. 8).

<sup>14</sup> *Mylonopoulos* *Komparative und Dispositionsbegriffe im Strafrecht*, 1998, 134.



stand (bzw. die Person) bzw. der, dem wir die einschlägige dispositionelle Eigenschaft zuschreiben wollen, reagiert oder bestimmten Bedingungen ausgesetzt wird. Dispositionen werden also nicht beschrieben, sondern *zuge-schrieben*. Dazu ist die Formulierung eines Urteils mit Hilfe der Beobachtung der Wirklichkeit und bestimmter Erfahrungssätze notwendig, die uns erlauben, von den Reaktionen des Gegenstandes auf das Vorliegen der Disposition zu schließen (sog. *Korrespondenzregeln*). Diese Regeln drücken die Entsprechung zwischen den Aussagen der theoretischen Sprache und jenen der Beobachtungssprache aus. Diejenigen Merkmale der Beobachtungssprache, durch die unter Anwendung von Korrespondenzregeln theoretische Terme abgebildet werden, werden *Indikatoren* genannt, weil sie das Vorliegen der Disposition indizieren. Bei letzteren handelt es sich um die direkt beobachtbaren Reaktionen und Verhaltensweisen einer Person oder eines Gegenstandes. Man beobachtet empirische, objektive Gegebenheiten (*Indikatoren*), die anhand dieser Korrespondenzregeln ausgewertet werden.<sup>15</sup> Eine Disposition zuzuschreiben, heißt voraussagen, was eine Person oder ein Ding unter bestimmten Umständen tun kann oder wird. Insofern kann man behaupten, daß Dispositionen nicht wahrnehmbar sind, sondern daß sie eine Prognose miteinbeziehen. Diese Prognose hat keinen deduktiven, sondern einen induktiven Charakter.<sup>16</sup> Sie ist Produkt unserer akkumulierten Erfahrung.<sup>17</sup> Bei der begrifflichen Erfassung der Dispositionen handelt es sich um eine Aussage, die nicht anders als durch einen Konditionalsatz ausgedrückt werden kann, der seinerseits ein Wahrscheinlichkeitsurteil impliziert. Insofern wird gesagt, daß jede dispositionale Aussage eine Aussage über eine induktive Wahrscheinlichkeit beinhaltet.<sup>18</sup>

Der Hauptgedanke, der der Theorie der Dispositionsbegriffe innewohnt, liegt also darin, daß das Zuschreiben einer Disposition den Gebrauch eines *Konditionals* voraussetzt, das seinerseits eine *Prognose* miteinbezieht. Das Konditional besteht somit in der Annahme, daß das zur Erörterung stehende Subjekt auch in der Zukunft auf den Test T1 die Reaktion R1 zeigen wird. Deswegen wird zutreffend gesagt, daß dispositionale Aussagen eine *statistische Voraussage* beinhalten. Behaupten, daß ein bestimmtes Glas zerbrechlich ist, heißt eine Prognose darüber zu machen, wie es sich verhalten würde, wenn bestimmte Bedingungen erfüllt wären.<sup>19</sup>

3. In unserem Fall muß der Täter mit seinem Verhalten *Indikatoren* schaffen, die nach allgemeinen Erfahrungssätzen ein Konditional mit folgendem Inhalt erlauben: Wenn er getestet wird, d. h. wenn von ihm verlangt wird, die Sache zurückzugeben, so wird er negativ reagieren, er wird z. B. wie ein Eigen-

<sup>15</sup> Statt vieler *Mylonopoulos* (Fn. 14), 101 ff mwN.

<sup>16</sup> *Hampshire* Dispositions, in: *Freedom of Mind*, Oxford 1972, 41.

<sup>17</sup> *Schnädelbach* Dispositionsbegriffe der Erkenntnistheorie, in: *Z für AllgWissTh*, Bd. II (1971), 89; zum ganzen *Mylonopoulos* (Fn. 14), 136.

<sup>18</sup> *Cohen* The Probable and the Provable, Oxford 1977, 327; vgl. *Mylonopoulos* (Fn. 14), 137.

<sup>19</sup> *Harré* in: *Tuomela* (Hrsg.), *Dispositions*, Dordrecht-Boston 1978, 214 ff.

tümer reagieren und die Rückgabe der Sache verweigern o. ä. Dies wird objektiv beurteilt, d. h. anhand der sozialen Auffassung, die die Formulierung entsprechender Erfahrungssätze für den Fall erlaubt, daß bestimmte Indizien (Indikatoren) gegeben sind.

Diese Erwartung aber, daß der Täter nämlich auf bestimmte Weise (d. h. als Eigentümer) reagieren wird, wenn er nach der Sache gefragt wird, schafft eine bestimmte Situation sowohl auf der Seite des Täters als auch auf der Seite des Verletzten. Der *Täter* ermöglicht mit seinem Verhalten das Wahrscheinlichkeitsurteil, daß er wie ein Eigentümer reagieren wird, wenn die Sache zurückverlangt wird. Für den Eigentümer hat das Täterverhalten den sozialen Sinn, daß er (der Verletzte) nunmehr gezwungen ist, *wie ein beliebiger Dritte* zu handeln, um die Sache für sich zu beanspruchen. Die soziale Anerkennung seines Eigentums ist somit verschwunden. Während bisher sein Eigentum nicht in Frage gestellt war, muß es nunmehr erst durch die sozialen Institutionen anerkannt werden, damit er diejenige Herrschaft über die Sache ausüben kann, die vorher als Selbstverständlichkeit betrachtet wurde. Sobald diese Situation geschaffen ist, ist die Enteignung endgültig. In diesem Fall ist ein juristischer oder faktischer Verlust der Sache nicht notwendig (= mehr Endgültigkeit ist nicht notwendig). Der Eigentümer wird vom Täter nicht mehr als Eigentümer, sondern als Usurpator, d. h. als beliebiger Fremder betrachtet, und infolgedessen muss er Zuflucht zur Justiz nehmen, wobei er wiederum nicht als Eigentümer, sondern als Dritter behandelt wird. *Er* muß sein Eigentum beweisen, *er* muß die Situation, die der Täter geschaffen hat, umkehren.

Die dispositionelle Erklärung legt auch den Gebrauch von *komparativen Begriffen* nahe. Es gibt keinen festen Punkt, ab dem die Enteignung endgültig zu sein beginnt. Von Fällen juristischer und faktischer Endgültigkeit abgesehen (Verkauf an gutgläubigen Dritten, Verzehr usw.), ist es lebensfremd und wissenschaftstheoretisch verfehlt, einen exakten Punkt für den Beginn der Endgültigkeit zu verlangen. Mit Sicherheit läßt sich nur sagen, ob die Bejahung dieses Begriffs besser vertretbar ist als dessen Verneinung.<sup>20</sup> Je mehr Indikatoren festgestellt sind, desto besser vertretbar ist es, den Begriff zu bejahen, wobei die Indikatoren nicht immer dieselben zu sein brauchen.

Ein einleuchtendes Beispiel dispositioneller Analyse gibt *Balzer* in bezug auf die Disposition „Macht“: „Individuum i hat Macht über j, wenn i Macht über j ausüben könnte, wenn er es nur wollte ... Ein Hauptmann z. B., der an seinen Untergebenen vorbeikommt, ohne ihnen irgendeinen Befehl zu erteilen, hat trotzdem Macht über sie, weil er sie z. B. auf Spähtrupp losschicken könnte, wenn er es nur wollte.“<sup>21</sup> Genau dasselbe können wir in bezug auf den Begriff der Zueignung sagen: Der Gewahrsamsinhaber hat sich die Sache zugeeignet, wenn er mit seinem Verhalten genug Indizien geschaffen hat, die uns erlauben, (im voraus) zu sagen, daß er Eigentumshandlungen vornehmen

<sup>20</sup> *Mylonopoulos* (Fn. 14).

<sup>21</sup> *Balzer* Soziale Institutionen, 1993, 166 ff; vgl. ferner *Lewis* Counterfactuals, 1973; *Mylonopoulos* (Fn. 14), 129.



würde, wenn er es nur wollte. Ist dieser Punkt erreicht, so unterscheidet sich der Eigentümer in nichts von jedem beliebigen Dritten. Die Enteignung ist somit endgültig.

4. Der Unterschied der hier vertretenen These zur Manifestationstheorie ist nach alldem evident: Bei der Manifestationstheorie wird die Zueignung mit der Zueignungsabsicht praktisch identifiziert. Im Rahmen dieser Betrachtung verlangt man keineswegs die Feststellung der endgültigen Enteignung, sondern dieses Erfordernis wird stillschweigend preisgegeben und – ebenfalls stillschweigend – durch die Absicht endgültiger Enteignung ersetzt. Bei der dispositionellen Analyse hingegen beschränkt sich die Manifestation der Zueignung auf die Rolle eines *Indicators*, der uns unter Anwendung von Korrespondenzregeln eine Prognose möglich macht: daß nämlich der Täter unter bestimmten Bedingungen wie ein Eigentümer reagieren wird. Schon die Möglichkeit aber, dieses Urteil zu formulieren, hat für den Eigentümer eine entscheidende Auswirkung: Er wird von der Rechtsordnung wie ein beliebiger Dritter behandelt, da er um sein Recht erst kämpfen muß, wobei er sich in gleichrangiger Position mit dem Täter befindet.

Aufgrund dieser Gedanken kann auch die strittige Frage beantwortet werden, ob eine Zueignung begehrt, wer fremdes Geld zu eigenen Zwecken benutzt, gleichzeitig aber nicht nur die Absicht, sondern auch die tatsächliche Möglichkeit hat, es zurückzuerstatten („präsen-ter Deckungsfonds“). Nach einer Meinung wird die Widerrechtlichkeit der Zueignung auch in diesem Fall nicht ausgeschlossen, da die Absicht und die tatsächliche Möglichkeit der Rückgabe höchstens ein Indiz der mutmaßlichen Einwilligung des Eigentümers seien.<sup>22</sup> Nach anderen Autoren jedoch – darunter auch dem verehrten Jubilar –, soll hier keine Zueignung vorliegen, da der Handelnde jedenfalls den in der Sache liegenden Wert nicht in sein Vermögen einverleibe. Hier eine Unterschlagung anzunehmen, sei zu formalistisch und lebensfremd.<sup>23</sup> In der Tat wird diese Ansicht auch von der dispositionellen Analyse bestätigt: Können wir (voraus-)sagen, daß der Gewahrsamsinhaber nach allgemeiner Lebenserfahrung wie ein Eigentümer reagieren wird, wenn er bestimmten Bedingungen ausgesetzt wird? Können wir (voraus-)sagen, daß er das Geld als sein eigenes ausgeben wird, wenn er in eine entsprechende Situation gerät, z. B. wenn von ihm verlangt wird, es zurückzugeben? Nach allgemeinen Erfahrungssätzen hat er keine ausreichenden Indikatoren geschaffen, die uns erlauben, diese Prognose anzustellen. Deswegen sind wir in diesem Fall nicht berechtigt, die Enteignung der Sache (hier: des ihm innewohnenden Wertes) als endgültig zu betrachten.

<sup>22</sup> *Maurach/Schroeder/Mairwald* (Fn. 2), § 34 Rn. 33.

<sup>23</sup> *Roxin* FS für H. Mayer, 1966, 476; *Kienapfel* (Fn. 5), 122; *Leukauf/Steininger* (Fn. 5), § 133 Rn. 25; *Foregger/Serini* StGB [für Österreich], § 133 Anm. IV.