

# Der Tatbestand des Diebstahls – Teil 1

Von Prof. Dr. Jan Zopfs, Mainz\*

## I. Vorbemerkung

Die Kenntnis der objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale des Diebstahls zählt zum Kernbestand des strafrechtlichen Wissens. Das beruht auch darauf, dass viele Tatbestandsmerkmale des § 242 StGB auch in anderen Eigentumsdelikten verwendet werden: So setzen auch die §§ 249, 252 StGB eine mit Zueignungsabsicht vollzogene Wegnahme einer fremden beweglichen Sache voraus. Das gleiche Tatobjekt findet sich bei § 246 StGB – dort erscheint auch die Zueignungsabsicht des Diebstahls als manifestierter Zueignungswillen mit den Elementen der Aneignung und der Enteignung – und als fremde Sache auch bei der Sachbeschädigung nach § 303 StGB.

Die nachfolgende Darstellung will deshalb im Sinne eines Examinatoriums die einzelnen Merkmale und die dabei problematischen Punkte herausarbeiten und zusammenfassen.

## II. Zum Grundtatbestand des Diebstahls (§ 242 Abs. 1 StGB)

### 1. Objektiver Tatbestand des § 242 Abs. 1 StGB

*Objektive Tatbestandsmerkmale* des § 242 StGB  
- bewegliche Sache (meist unproblematisch), die fremd ist  
- Wegnahme als Bruch fremden und Begründung neuen Gewahrsams

#### a) Zum strafrechtlichen Sachbegriff

Sachen im strafrechtlichen Sinne<sup>1</sup> sind ebenso wie in § 90 BGB alle körperlichen Gegenstände. In welchem Aggregatzustand sich diese befinden, ist unerheblich. Deshalb sind auch Gase und Flüssigkeiten Sachen, sofern sie sich durch eine räumliche Umgrenzung von anderen Stoffen abgrenzen lassen (für elektrischen Strom gilt § 248c StGB). Rechte, Forderungen und Daten (nicht aber Datenträger) scheiden mangels Körperlichkeit als Sachen aus. Der lebende Mensch<sup>2</sup>

\*Der Autor ist Inhaber eines Lehrstuhls für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz.

<sup>1</sup> Bedeutsam ist der strafrechtliche Sachbegriff z.B. auch für die Unterschlagung, den Raub, die Hehlerei, die Sachbeschädigung und die schwere Brandstiftung (§ 306a Abs. 2 StGB).

<sup>2</sup> Für den menschlichen Leichnam wird die Sachqualität von Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 9. Aufl. 2003, § 32 Rn. 19 mit dem Argument bestritten, dass der noch vom Pietätsschutz erfassten menschlichen Leiche ein „Rückstand an Persönlichkeit“ zukomme, der einer Gleichsetzung mit einem Gegenstand entgegenstehe. Für die Sachqualität spricht hingegen der Tatbestand des § 168 Abs. 1 StGB. Letztlich maßgeblich wird die Frage nach der Sachqualität jedoch nicht, weil die h.M. die Eigentumsfähigkeit (und damit die Fremdheit) des Leichnams verneint; eigentumsfähig sind nur Leichen, die – wie z.B. plastinierte Leichen – nicht mehr dem Pietätsschutz unterfallen (Wessels/Hillenkamp, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 31. Aufl.

ist kein Gegenstand und deshalb keine Sache. Gleiches gilt nach h.M. für Körperteile und Implantate, sofern sie körperlich mit dem Menschen verbunden sind (bei Abtrennung – etwa bei Organspenden oder entfernten Implantaten – ist also die Sacheigenschaft zu bejahen).<sup>3</sup> Abweichend von dem im Jahr 1990 in das Bürgerliche Gesetzbuch eingefügten § 90a BGB sind Tiere als Sachen im Sinne des Strafgesetzbuchs anzusehen. Insoweit hat das Zivilrecht keinen Einfluss auf den strafrechtlichen Sachbegriff, der schon zuvor davon ausgeht, dass Tiere Sachen sind und daran auch nach Einfügung des § 90a BGB festgehalten hat.<sup>4</sup>

Für den Sachbegriff kommt es auf den wirtschaftlichen Wert der Sache nicht an.<sup>5</sup> Denn beim Diebstahl geht es nicht um die wirtschaftliche Besserstellung des Täters, sondern – wie die Zueignungsabsicht deutlich macht – um die beabsichtigte eigentümerähnliche Nutzung der Sache.<sup>6</sup>

#### b) Zur Beweglichkeit der Sache

Beweglich ist jede Sache, die fortbewegt werden kann. Abweichend von den Bestimmungen zur Beweglichkeit in §§ 91 ff. BGB kommt es dabei nur darauf an, ob die Sache tatsächlich weggebracht werden kann. Bestandteile von unbeweglichen Sachen (der Apfel am Baum) sind demnach beweglich, wenn sie von der unbeweglichen Sache gelöst wurden (gepflückter Apfel).

2008, Rn. 66, ebenso und insoweit auch die Sachqualität bejahend Maurach/Schroeder/Maiwald [Fn. 2], § 32 Rn. 22).

<sup>3</sup> Nachweise auch für die Gegenansicht bei Küper, Strafrecht, Besonderer Teil, 7. Aufl. 2008, S. 254 f. Bei nur vorübergehend abgetrennten Körperbestandteilen, die dem Spender wieder eingegliedert werden sollen, soll allerdings nach zivilrechtlichen Grundsätzen der Bezug zum menschlichen Körper fortbestehen (funktionale Einheit), so dass diesen Körperteilen die Sachqualität fehlen würde, so BGHZ 124, 52 (54) mit der Folge, dass ggf. eine Körperverletzung in Betracht kommen kann (vgl. dazu Horn/Wolters, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 57. Lieferung, Stand: August 2003, § 223 Rn. 5a). Für das Strafrecht ist dies schon wegen des vagen Abgrenzungskriteriums (wann ist hinreichend sicher von einer beabsichtigten Wiedereingliederung auszugehen?) abzulehnen. Außerdem würde eine solche Betrachtungsweise letztlich den strafrechtlichen Sachbegriff mit Aspekten überfrachten, die dem Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts dienen.

<sup>4</sup> Vgl. die Formulierung „Tiere, Pflanzen oder andere Sachen“ in § 325 Abs. 1 Nr. 1 StGB a.F. sowie §§ 324a Abs. 1 Nr. 1, 325 Abs. 1 und Abs. 4 Nr. 1 StGB; ebenso OLG Karlsruhe NJW 2001, 2488 und die ganz h.M., vgl. bei Küper (Fn. 3), S. 255.

<sup>5</sup> Vgl. BGH MDR 1960, 689 (Schlüssel); OLG Düsseldorf NJW 1989, 115 (116: Versandtüte).

<sup>6</sup> Ebenso bei §§ 246, 249 StGB.

## c) Zur Fremdheit

Für den Täter ist eine Sache fremd, wenn sie im Eigentum einer anderen Person steht (Miteigentum<sup>7</sup> oder Gesamthandseigentum genügt). Negativ (und umständlicher) formuliert: Eine Sache ist fremd, wenn sie nicht herrenlos ist und nicht im Alleineigentum des Täters steht.<sup>8</sup> Entscheidend für die Fremdheit sind die nach dem Zivilrecht zu beurteilenden Eigentumsverhältnisse zur Zeit der Tat. Zu beachten ist, dass zivilrechtliche Rückwirkungsfiktionen dabei jedoch nicht gelten.<sup>9</sup>

## d) Tathandlung: Wegnahme

Wegnahme wird allgemein definiert als *Bruch fremden und Begründung neuen Gewahrsams* gegen oder ohne den Willen des bisherigen Gewahrsamsinhabers.

Dabei fallen der Bruch des bisher bestehenden Gewahrsams und die Gewahrsamsneubegründung zeitlich gesehen meist zusammen: Denn der alte Gewahrsam wird regelmäßig erst durch die Begründung des neuen gebrochen. Anders liegt es nur, wenn die Sache durch den Gewahrsamsbruch zunächst gewahrsamslos wird und die Gewahrsamsneubegründung sich dann erst später anschließt.<sup>10</sup>

Bestehender Gewahrsam kann nur gebrochen werden, wenn der bisherige Gewahrsamsinhaber mit der Gewahrsamsverschiebung nicht einverstanden ist. Der bestehende Gewahrsam muss also gegen oder ohne den Willen des bisherigen Gewahrsamsinhabers aufgehoben werden. Ein Einverständnis mit der Gewahrsamsverschiebung wirkt demzufolge tatbestandsausschließend.

Aber auch wenn Gewahrsamsbruch und Gewahrsamsneubegründung regelmäßig zeitlich zusammenfallen, sind die Merkmale prüfungstechnisch dennoch zu trennen. Die Notwendigkeit der Trennung wird z.B. dort deutlich, wo der Gewahrsam an Gegenständen begründet wird, die zuvor

gewahrsamslos waren (z.B. ein weggelaufener Hund)<sup>11</sup>: Dann scheidet eine Wegnahme aus, weil kein bisher *bestehender Gewahrsam* gebrochen wird. Im Übrigen kann neuer Gewahrsam auch mit Willen des früheren Gewahrsamsinhabers begründet werden: In diesem Fall fehlt es an der Wegnahme, weil der bisherige Gewahrsam nicht *gebrochen* wurde. Das Vorliegen einer Wegnahme lässt sich deshalb vorzugswürdig in drei Schritten prüfen:<sup>12</sup>

- Bestand vor der Tat fremder (Mit-)Gewahrsam?<sup>13</sup>
- Hat der Täter den fremden Gewahrsam aufgehoben und neuen Gewahrsam begründet?
- Lässt sich die Gewahrsamsaufhebung als Gewahrsamsbruch bezeichnen, weil sie gegen oder ohne den Willen des bisherigen Gewahrsamsinhabers vorgenommen wurde?<sup>14</sup>

## aa) Erster Prüfungsschritt bei der Wegnahme (Besteht fremder Gewahrsam?)

## (1) Zum Gewahrsamsbegriff

Gewahrsam wird von der h.M. als die von einem Herrschaftswillen getragene tatsächliche Sachherrschaft einer Person über eine Sache verstanden, wobei sich deren Umfang im Einzelfall nach der Verkehrsanschauung bestimmt.<sup>15</sup> Zu einer von der Verkehrsauffassung bestimmten Sachherrschaft auch BGHSt 16, 271 (273):

„Gewahrsam ist [...] tatsächliche Sachherrschaft. Ob sie vorliegt, hängt aber nicht in erster Linie, jedenfalls nicht allein von der körperlichen Nähe zur Sache und nicht von der physischen Kraft ab, mit der die Beziehung zur Sache aufrechterhalten wird oder aufrechterhalten werden kann. Vielmehr kommt es für die Frage der Sachherrschaft entscheidend auf die Anschauungen des täglichen Lebens an. Der Gewahrsamsbegriff ist wesentlich durch die Verkehrsauffassung bestimmt [...]. Sie allein rechtfertigt die Annahme, daß ein Bauer Gewahrsam an seinem auf dem Feld zurückgelassenen Pflug behält, mag auch sein Hof weit entfernt liegen und der Pflug dem Zugriff eines körperlich kräftigeren und näher wohnenden Nachbarn unmittelbar offen stehen.“

Und BGHSt 41, 198 (205):

„Es entspricht allgemeiner Auffassung, daß sich die Frage, ob der Täter fremden Gewahrsam gebrochen und eigenen begründet hat, ob mit anderen Worten die tatsächliche Sach-

<sup>7</sup> Hält sich der Täter allerdings mengenmäßig im Rahmen dessen, was ihm bei einer Teilung als Miteigentümer zustünde, so wird in der Regel der Vorsatz hinsichtlich der Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung fehlen, *Eser*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 242 Rn. 13.

<sup>8</sup> Nicht zwingend falsch, aber unvollständig wäre deshalb folgende Begründung für die Fremdheit: „Das Objekt ist für A fremd, da es nicht in seinem Eigentum steht.“ Denn nach dieser Begründung wären auch herrenlose Gegenstände fremd.

<sup>9</sup> Etwa die Wirkung der Anfechtung einer Willenserklärung oder die der Ausschlagung einer Erbschaft, vgl. dazu z.B. *Kudlich/Roy*, JA 2001, 771 (772).

<sup>10</sup> Beispiel: Ein sperriger Gegenstand wird aus dem Gebäude auf die Straße gebracht (= Gewahrsamsbruch) und bleibt dort zunächst stehen (= gewahrsamslos), da noch ein Transportfahrzeug besorgt werden muss, sodass erst mit dem Einladen in das Fahrzeug eigener Gewahrsam begründet wird.

<sup>11</sup> Beachte: In der Regel fehlt in diesen Fällen nicht schon die Fremdheit des Hundes. Denn zahme Tiere werden durch Entlaufen in der Regel nicht herrenlos (§ 960 Abs. 3 BGB).

<sup>12</sup> Ähnlich *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 10. Aufl. 2008, § 2 Rn. 10.

<sup>13</sup> Fehlt dieser, so sollte Unterschlagung gemäß § 246 StGB geprüft werden.

<sup>14</sup> Die Antwort auf die Frage, wann neuer Gewahrsam begründet und der alte aufgehoben wurde, legt den Zeitpunkt des Gewahrsamswechsels und damit den Zeitpunkt fest, der für den Willen des bisherigen Gewahrsamsinhabers (Gewahrsamsbruch?) maßgeblich ist.

<sup>15</sup> *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar 56. Aufl. 2009, § 242 Rn. 11; *Küper* (Fn. 3), S. 445; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 2), Rn. 71.

herrschaft auf ihn übergegangen und deshalb der Diebstahl vollendet ist, nach den Anschauungen des täglichen Lebens beurteilt [...] und von den Umständen des Einzelfalles abhängt“.<sup>16</sup>

Alternativ zu der von der Verkehrsauffassung bestimmten tatsächlichen Sachherrschaft wird im Schrifttum ein sozial-normativer Gewahrsamsbegriff vertreten.<sup>17</sup> Danach ist entscheidend, ob die Zuordnung der Sache zur Herrschaft einer Person als eine sozial-normativ gesicherte Übereinkunft erscheint bzw. ob der Zugriff eines Dritten sozial auffällig und erklärungsbedürftig ist. „Die Frage nach der Aussagekraft der Verkehrsauffassung für die soziale Zuordnung der Sachherrschaft wird damit zur Frage nach der Rechtfertigungsbedürftigkeit oder Selbstverständlichkeit des Sachzugriffs.“<sup>18</sup> Wesentliche praktische Unterschiede sind damit jedoch nicht verbunden<sup>19</sup>, so dass die Begriffe (Verkehrsanschauung, sozial-normative Betrachtung) nachfolgend synonym verwendet werden.<sup>20</sup>

## (2) Elemente des Gewahrsamsbegriffs

Ausgehend vom Gewahrsamsbegriff der h.M. lassen sich für den Gewahrsam zwei essentielle Kriterien ausmachen: Der Sachherrschaftswille<sup>21</sup> und die tatsächliche Herrschaftsmacht (Sachherrschaft). Dabei werden Reichweite und Art der tatsächlichen Herrschaftsmacht über die Verkehrsanschauung bestimmt.

### (a) Sachherrschaftswille

Der Sachherrschaftswille erfordert keine zivilrechtliche Geschäftsfähigkeit: Also können auch Kinder Gewahrsam haben. Es wird nur der tatsächliche Wille vorausgesetzt, mit der Sache nach eigener Entscheidung verfahren zu können (so weit es tatsächlich möglich ist). Deshalb haben juristische Personen selbst keinen Gewahrsam an Gegenständen. Da sie keinen tatsächlichen Willen bilden und ausüben können, wird

dieser vielmehr von denjenigen natürlichen Personen ausgeübt, die für die juristische Person handeln. Gewahrsam hat daher nicht die GmbH, sondern der für sie handelnde Geschäftsführer.

Der tatsächliche Wille zur Sachherrschaft kann auch in modifizierter Form vorliegen: Als genereller und/oder als potentieller Herrschaftswille. Befindet sich die Sache in einem räumlich abgegrenzten Bereich (etwa in einem Geschäft oder in einer Wohnung), dann muss der Herrschaftswille sich nicht jeweils gerade auf einen einzelnen, in diesem Bereich befindlichen Gegenstand beziehen; es genügt vielmehr der *generelle* Herrschaftswille, der alle Gegenstände<sup>22</sup> umfasst, die sich in diesem Bereich befinden<sup>23</sup> oder dorthin nach dem Willen des Geschäftsinhabers verbracht werden sollen (etwa die vor dem Geschäft abgestellte Warenlieferung). Ferner ist zu beachten, dass der tatsächliche Herrschaftswille nicht stets aktuell ausgeübt werden muss. Ausreichend ist ein *potentieller* Wille zur Sachherrschaft. Maßgeblich ist also, ob der Gewahrsamsinhaber seinen Herrschaftswillen bekräftigen würde, wenn er gefragt würde, ob er den Gewahrsam an dieser Sache ausüben will.

Es ist also für die Feststellung des Herrschaftswillens nicht erforderlich, dass z.B. ein Kind den Ball stets fest umklammert, es genügt, dass das Kind den in der Nähe liegenden Ball – falls etwa ein Dritter zugreift oder der Ball wegzurollen droht – für sich behalten will.

Auch eine nur vorübergehende<sup>24</sup> Bewusstlosigkeit (Schlaf, Ohnmacht) führt nicht zu einem Gewahrsamsverlust. Tote haben hingegen aufgrund des nicht mehr möglichen Herrschaftswillens keinen Gewahrsam an Sachen. Kommt deshalb mit dem Tod des bisherigen Gewahrsamsinhabers nicht zugleich ein Übergang des Gewahrsams auf Dritte<sup>25</sup>

<sup>16</sup> Vgl. auch BGHR StGB § 242 Abs. 1 Gewahrsam 2: „Nach der feststehenden Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gibt es für die Frage, wer an einem Gegenstand Gewahrsam hat, keine feste Regel. Gewahrsam ist zwar tatsächliche Sachherrschaft. Ob sie aber vorliegt, hängt vor allem von den Umständen des einzelnen Falles und ihrer Beurteilung nach den Anschauungen des Verkehrs ab.“

<sup>17</sup> Etwa von *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 3), Rn. 71 ff., 73 m.w.N.

<sup>18</sup> *Küper* (Fn. 3), S. 447 f.

<sup>19</sup> OLG Karlsruhe NStZ-RR 2005, 140 (141); auch *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 3), Rn. 74 sieht zumindest im Ergebnis kaum Unterschiede.

<sup>20</sup> Anders *Schmitz*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1. Aufl. 2003, § 242 Rn. 55: „nicht [nur] Frage der Terminologie“, vielmehr kann „allein der normativ-soziale Gewahrsamsbegriff [...] eine ausreichend schlüssige Begründung [...] liefern.“

<sup>21</sup> Auf dem Boden eines sozial-normativen Gewahrsamsbegriffs lehnt *Schmitz* (Fn. 20), § 242 Rn. 59 den Sachherrschaftswillen als Element des Gewahrsamsbegriffs ab; anders und insoweit wie hier *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 3), Rn. 75.

<sup>22</sup> Sofern kein Sondergewahrsam Dritter besteht (sog. Gewahrsamsenkave, dazu nachfolgend unter II. 1. d) bb) (2).

<sup>23</sup> Daher liegt noch kein Gewahrsamsverlust vor, wenn die Sache innerhalb des vom Willen umfassten Herrschaftsbereichs verlegt oder versteckt wird. Ob ein Verstecken innerhalb des Herrschaftsbereichs (also kein Verbringen in eine Gewahrsamsenkave) ausnahmsweise doch zum Gewahrsamsverlust führen kann (so offenbar RGSt 53, 175 f. und BGH NJW 1955, 71 [Nr. 14]), erscheint zweifelhaft (im Ergebnis ebenso *Schmitz* [Fn. 20], § 242 Rn. 63). Denn dies würde baulich einen Bereich innerhalb des Geschäfts voraussetzen, der zugleich der tatsächlichen Verfügungsmacht des Geschäftsinhabers entzogen ist.

<sup>24</sup> Bei dauernder Bewusstlosigkeit oder einer solchen, die ohne Wiedererlangung des Bewusstseins zum Tode führt, ist strittig, ob der Bewusstlose noch Gewahrsam hat; bejahend BGH NJW 1985, 1911; ablehnend *Seelmann/Pfohl*, JuS 1987, 199 (202).

<sup>25</sup> Maßgeblich ist, ob nunmehr Dritte den tatsächlichen Verfügungswillen ausüben können (etwa die Krankenhausleitung als Beherrscher des räumlichen gegenständlichen Herrschaftsbereichs, in dem der frühere Gewahrsamsinhaber verstorben ist). Ein solch tatsächlicher Herrschaftswille kann über rechtliche Fiktionen (§ 857 BGB) hingegen nicht begründet werden.

oder den Täter<sup>26</sup> in Betracht, ist statt Diebstahl Unterschlagung zu prüfen.

(b) *Herrschaftsmacht*

Die tatsächliche Herrschaftsmacht über die Sache meint zunächst einmal nur die Möglichkeit, faktisch über die Sache bestimmen zu können. Der Begriff der „tatsächlichen“ Sachherrschaft dient nicht dazu, diejenige Person zu bestimmen, die aufgrund des tatsächlichen Näheverhältnisses zur Sache faktisch gesehen den besseren Zugriff auf diese hat. „Tatsächlich“ steht im Gegensatz zu einer nur nach rechtlichen Grundsätzen bestimmten Herrschaftsmacht. Denn für den Gewahrsam kommt es nicht darauf an, ob die Herrschaftsmacht dem Gewahrsamsinhaber rechtlich betrachtet zusteht. So hat auch derjenige Gewahrsam an der Sache, der diese zuvor gestohlen oder geraubt hat; auch er kann in Bezug auf diese Sache wiederum bestohlen oder beraubt werden.<sup>27</sup>

Die Frage, in welcher Form diese faktische Herrschaftsmacht tatsächlich ausgeübt werden kann (Stichworte: der Pflug auf dem Feld, das Fahrzeug auf der Straße), lässt sich hingegen erst über die *Verkehrsanschauung* oder – was hier gleichgesetzt wird – mit einem *sozial-normativem* Maßstab beantworten. Aus Sicht eines in die Einzelfallumstände eingeweihten objektiven Dritten ist unter Einbeziehung der Anschauungen des täglichen Lebens die Frage zu beantworten, ob der Zugriff auf die Sache selbstverständlich (dann ist der Zugreifende bereits Gewahrsamsinhaber) oder erklärungsbedürftig ist (dann besteht Gewahrsam anderer, der durch den Zugriff gebrochen werden kann). Auf diese Weise lässt sich ein Gewahrsam unabhängig von der tatsächlichen Zugriffsmöglichkeit auf die Sache zuordnen, etwa dort, wo der Gewahrsamsinhaber nur nach Überwindung einer räumlichen Distanz auf die Sache zugreifen könnte (Fälle der sog. *Gewahrsamslockerung*).<sup>28</sup> Eine Gewahrsamslockerung liegt im Übrigen auch vor, wenn zwar nicht die Sachherrschaft, wohl aber die faktische Zugriffsmöglichkeit mit Willen des Gewahrsamsinhabers bei einem Dritten liegt (z.B. bei Angestellten im Verhältnis zum Ladeninhaber)<sup>29</sup>. Für die Wegnahme genügt der Bruch fremden (auch gelockerten) Gewahrsams. Dies gilt auch dann, wenn die Lockerung des Gewahrsams auf eine Täuschung zurückzuführen ist (Trickdiebstahl). *Überträgt* der Gewahrsamsinhaber hingegen täuschungsbedingt seinen Gewahrsam auf einen anderen, schei-

det mangels Gewahrsamsbruchs ein Diebstahl aus; ggf. kommt ein Betrug in Betracht (sofern in der Übertragung eine Vermögensverfügung liegt).

(3) *Mitgewahrsam*

Bei Dienst- und Arbeitsverhältnissen sowie zwischen sozial gleichgeordneten Personen (etwa Ehegatten hinsichtlich des gemeinsam genutzten ehelichen Hausrats) kann auch Mitgewahrsam vorliegen. Für die Wegnahme genügt schon der Bruch des fremden Mitgewahrsams durch den anderen Mitgewahrsamsinhaber.<sup>30</sup>

Weshalb schützt § 242 StGB aber auch den Mitgewahrsam? Begründen lässt sich dies mit dem Umstand, dass dessen Verletzung vergleichbare Folgen wie die Beeinträchtigung des Alleingewahrsams hat. Denn Mitgewahrsam wird in der Regel nur dort vorliegen, wo einer Person allein der Zugriff gerade nicht gestattet sein soll (so etwa zwischen mehreren Kassenverwaltern, die nur mit wechselseitiger Zustimmung den Tresor öffnen dürfen).<sup>31</sup>

Soweit neben diesem gleichrangigen Mitgewahrsam darüber hinaus in Rechtsprechung und Schrifttum zwischen übergeordnetem und untergeordnetem Gewahrsam unterschieden wird,<sup>32</sup> ist diese Differenzierung überflüssig. Denn es genügt, in solchen Fällen einerseits von Alleingewahrsam (anstelle eines übergeordneten Mitgewahrsams) und andererseits (anstatt eines untergeordneten Mitgewahrsams) schlicht von fehlender Sachherrschaft auszugehen.<sup>33</sup>

Unter dem Gesichtspunkt eines möglichen Mitgewahrsams wird auch die Frage diskutiert, wer den Gewahrsam an Gegenständen besitzt, die in einem Behältnis gelagert werden, sofern eine Person den Schlüssel zum Behältnis besitzt, die andere aber die Sachherrschaft über das Behältnis ausübt. Nach herrschender Ansicht kommt es dafür auf die Beweglichkeit oder Unbeweglichkeit des Behältnisses an. Sei das Behältnis fest mit dem Gebäude verbunden, so habe allein der Schlüsselbesitzer Gewahrsam am Inhalt des Behältnisses. Sei das Behältnis hingegen selbständig und beweglich, so dass der Verwahrer gleichzeitig mit dem Behältnis auch über den Inhalt (etwa durch Wegschaffen) disponieren kann, so habe er in der Regel die tatsächliche Gewalt über die Sachge-

<sup>26</sup> So etwa beim „Raubmord“. Hier bricht der Täter bereits durch die tödliche Gewaltanwendung den Gewahrsam des Opfers und begründet zugleich eigenen Gewahrsam, vgl. *Rengier* (Fn. 12), § 7 Rn. 34.

<sup>27</sup> Anders liegt es hingegen bei § 263 StGB. Liegt ein Vermögensschaden vor, wenn dem Dieb die Beute betrügerisch abgelistet wird? Maßgeblich dafür ist die Frage, ob der rechtswidrige Besitz zum strafrechtlich geschützten Vermögen zählt, dazu *Kühl*, JuS 1989, 511.

<sup>28</sup> Zum Gewahrsam an verlegten oder vergessenen Sachen vgl. unten II. 1. d) cc) (3).

<sup>29</sup> Insoweit ist der Angestellte also nur ein Gewahrsamsgehilfe ohne eigenständige Gewahrsamsposition; zu den Fällen des Mitgewahrsams vgl. im Text unter II. 1. d) aa) (3).

<sup>30</sup> Die Wegnahme durch die Verletzung des Mitgewahrsams einer anderen Person ist nicht nur denkbar, wenn der andere Mitgewahrsamsinhaber Täter der Wegnahme ist (Täter als Mitgewahrsamsinhaber). Möglich ist auch, dass der Täter selbst keinen Mitgewahrsam hat und den Mitgewahrsam einer Person verletzt, wobei sich der andere Mitgewahrsamsinhaber mit dem Bruch seines Mitgewahrsams einverstanden erklärt hat.

<sup>31</sup> Ebenso *Schmitz* (Fn. 20), § 242 Rn. 67 mit weiteren Beispielen. Zum Alleingewahrsam eines angestellten Kassierers im Verhältnis zum Dienstherrn bzgl. des Inhalts der Kasse vgl. BGH NSTZ-RR 2001, 268.

<sup>32</sup> Wobei davon ausgegangen wird, dass nur der übergeordnete Gewahrsam gebrochen werden könne.

<sup>33</sup> *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 3), Rn. 84; *Hoyer*, in: Rudolphi u.a. (Fn. 3), 47. Lieferung, Stand: Februar 1999, § 242 Rn. 45; *Schmitz* (Fn. 20), § 242 Rn. 69.

samtheit und damit Alleingewahrsam auch am Inhalt des Behältnisses.<sup>34</sup>

Allein die Beweglichkeit kann jedoch nicht entscheidend sein. Maßgeblich ist auch, wer ungehindert Zutritt zum Behältnis hat. Mit Recht hat sich deshalb *Hillenkamp*<sup>35</sup> für einen Mitgewahrsam des Behältnisverwahrers ausgesprochen, wenn der Schlüsselinhaber nur mit der Gestattung des Verwahrers Zutritt zum unbeweglichen Behältnis erlangt. Umgekehrt hat allein der Schlüsselbesitzer Gewahrsam, wenn er unabhängig vom Behältnisverwahrer jederzeit ungehinderten Zutritt zu dem Behältnis hat.<sup>36</sup>

*bb) Zweiter Prüfungsschritt bei der Wegnahme (Begründung neuen Gewahrsams)*

Neuer Gewahrsam ist zu bejahen, wenn der Täter (oder ein Dritter) die ungehinderte Herrschaft über die Sache innehat, was wiederum nach der Verkehrsauffassung beurteilt wird (ebenso wie zuvor die Frage nach dem Bestehen des fremden Gewahrsams).

*(1) Gewahrsamsbegründung beim Täter/bei Dritten*

Regelmäßig kommt nur eine Begründung neuen Gewahrsams in der Person des Täters in Betracht. Die Begründung tätereigenen Gewahrsams ist jedoch keine zwingende Voraussetzung, da in der Neubegründung des Gewahrsams nur zum Ausdruck kommt, dass der bisherige Gewahrsamsinhaber endgültig aus seiner Herrschaftsposition verdrängt worden ist. Es genügt deshalb auch die Gewahrsamsbegründung bei Dritten. Aus diesem Grund wird die Definition der Wegnahme häufig um den Zusatz ergänzt, dass es sich bei der Neubegründung der Sachherrschaft „nicht notwendigerweise um tätereigenen“ Gewahrsam handeln müsse. Relevant wird dieser Zusatz allerdings nur in Fällen einer Wegnahme durch mittelbare Täterschaft<sup>37</sup> und in Fällen der Gewahrsamsbegründung bei Dritten (sei es mit oder ohne Zueignungsabsicht).<sup>38</sup> Die Gewahrsamsbegründung bei Dritten genügt in

gleicher Weise wie die Begründung tätereigenen Gewahrsams zur Wegnahmevollendung, da die bisherige Sachherrschaft dadurch ebenso nachhaltig gestört wird.<sup>39</sup>

*(2) Gewahrsamsneubegründung in fremder Herrschaftssphäre*

Befindet sich der Täter in einer fremden räumlichen Herrschaftssphäre,<sup>40</sup> so kommt eine Gewahrsamsneubegründung nicht erst in Betracht, wenn der Täter die fremde Sphäre mit der Sache verlassen hat. Zu beachten ist, dass auch innerhalb dieser Herrschaftssphären eigenständige Gewahrsamsbereiche anderer Personen bestehen können (sog. Gewahrsamsenklaven<sup>41</sup>), so dass eine Neubegründung schon deshalb bejaht werden könnte, weil die Sache in eine dieser Gewahrsamsenklaven verbracht wird. Die Aufhebung des früheren Gewahrsams und die Neubegründung fallen dann zeitlich gesehen zusammen.<sup>42</sup>

Die Besonderheiten des Einzelfalls bestimmen dabei den Zeitpunkt, zu dem eine Neubegründung in fremder Herrschaftssphäre durch Verbringen in die eigene Gewahrsamsphäre zu bejahen ist. Dies kann mit dem Berühren (Kontrektation), dem Ergreifen (Apprehension), dem Wegtragen (Ablation), dem Ergreifen mit der Möglichkeit des erfolgreichen Wegtragens (Apprehension und Ablationsmöglichkeit) oder erst mit dem endgültigen Bergen (Illation) gegeben sein.<sup>43</sup> Entscheidend für die Gewahrsamsneubegründung sind

<sup>39</sup> Um die Definition der Wegnahme nicht zu überfrachten, sollte der oben genannte Zusatz bei der Prüfung des neuen Gewahrsams allerdings nur in den jeweils relevanten Fällen angeführt werden.

<sup>40</sup> Z.B. in Verkaufsräumen oder sonstigen (auch staatlichen) räumlich abgegrenzten Bereichen, die dem Publikumsverkehr offen stehen, aber auch in Fahrzeugen, Zugabteilen etc.

<sup>41</sup> Von einer Enklave spricht man aus Sicht des Opfers, weil die räumliche Herrschaftssphäre des Opfers den kleineren fremden Gewahrsamsbereich (Kleidung und Taschen) des Täters umfasst; aus Sicht des Täters müsste von einer Exklave gesprochen werden, da sein eigener Gewahrsamsbereich von fremder Herrschaftsmacht umschlossen ist und keine Verbindung zur eigenen räumlichen Herrschaftsmacht aufweist (Wohnung des Täters etc.).

<sup>42</sup> Unglücklich wirken Klausurbearbeitungen, die einen Gewahrsamsbruch in fremder Herrschaftssphäre bejahen (etwa durch Einstecken der Ware im Kaufhaus), dann aber die Gewahrsamsneubegründung durch Einstecken noch verneinen wollen (neuer Gewahrsam werde erst außerhalb des Kaufhauses begründet). Somit wird nämlich das skurrile Ergebnis erzielt, dass die eingesteckte Sache in der Gewahrsamsenklave des Täters bis zum Verlassen des Geschäfts gewahrsamslos wäre.

<sup>43</sup> Es ist daher nicht weiterführend, starre Vollendungszeitpunkte einzufordern (etwa: „immer mit Ergreifen“, „immer mit dem Ansichnehmen der Sache“ etc.), sie als Theorien zu formulieren (Kontrektations-, Apprehensionstheorie etc.) und voneinander abzugrenzen. Denn dass ein Stuhl im Möbelmarkt durch ein Berühren oder Ergreifen noch nicht in den Gewahrsam des Täters übergeht, ist offensichtlich.

<sup>34</sup> BGHSt 22, 180 (183).

<sup>35</sup> *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 3), Rn. 96.

<sup>36</sup> Insoweit auch BGHSt 22, 180 (183).

<sup>37</sup> Beispiel: Der Tatmittler erlangt Gewahrsam an der Sache, die er später an den mittelbaren Täter weitergibt; sofern man nicht über § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB von vornherein einen eigenen Gewahrsam des mittelbaren Täters konstruiert: Dann hätte der mittelbare Täter ja durch das Werkzeug schon tätereigenen Gewahrsam begründet.

<sup>38</sup> Beispiel: A steckt im Kaufhaus dem B (in Drittzueignungsabsicht oder um den B als gutgläubigen Transporteur im Kaufhaus zu nutzen) eine CD in die Jacke, wobei B hinsichtlich des Inhalts seiner Jacke mit generellem Herrschaftswillen handelt; mitunter wird geltend gemacht, dass es an dem unwissenden B gleichwohl an einem Sachherrschaftswillen fehle, weil er keinen Gewahrsam an zugesteckten Sachen haben wolle. Ein solch theoretischer Vorbehalt kann aber den tatsächlich bestehenden generellen Gewahrsamswillen („alle Gegenstände in meiner Jacke unterstehen meiner Sachherrschaft“) nicht überlagern.

Größe und Gewicht des Objekts, die Umständlichkeit oder Einfachheit des Zugriffs, die baulichen Besonderheiten innerhalb der generellen Gewahrsamssphäre, bei Verkaufsräumen auch der Ort, an dem durch Kauf der Sache der Gewahrsam übertragen wird (i.d.R. der Kassenbereich) und schließlich die Reichweite der eigenen Gewahrsamsenklave (Kleidung, Taschen, Körbe, Einkaufswagen?), vgl. dazu den nachfolgenden

#### *Beispielsfall 1:*

Die Angeklagte (A) nahm im Drogeriemarkt des M eine Flasche Nussöl zum Verkaufspreis von 6,50 € aus dem Regal, um diese – wie schon beim Betreten des Geschäfts beabsichtigt – ohne Bezahlung für sich zu behalten. Die von ihr mitgenommene Flasche war wegen des geringen Werts nicht mit einem Sicherungsetikett geschützt. Mit der Ware in der Hand begab sie sich auf dem einzig möglichen Weg durch den nicht besetzten Kassenbereich hindurch zum Ausgang. Dabei durchschritt sie die sichtbar am Ausgang aufgestellten elektronischen Sicherungsschranken. Im Bereich der vor dem Ladeneingang stehenden Warenschütten (Warentischen) wurde A von dem Kaufhausdetektiv (K) gestellt, der den gesamten Vorgang beobachtet hatte und ihr gefolgt war. Strafbarkeit der A? (nach BayObLG NJW 1997, 3326 f. = StV 1998, 205).

#### *(a) Kein allgemeingültiges Kriterium*

Beispielsfall 1 macht deutlich, dass die Wegnahmevervollendung nur nach dem jeweils zugrunde liegenden Einzelfall zu beurteilen ist (in der Klausurlösung also eine – sofern die Gewahrsamsneubegründung nicht offensichtlich ist –<sup>44</sup> Argumentation gefragt ist, die sich mit den im Sachverhalt mitgeteilten Besonderheiten des Falles auseinandersetzt).

Mit dem Ergreifen des Nussöls allein hat die A noch keinen eigenen Gewahrsam begründet. Denn das Ergreifen von Waren innerhalb des Verkaufsraums eines Selbstbedienungsladens ist zur Ansicht oder zum Transport (auch in einem Einkaufswagen) zur Kasse üblich (also gegenüber dem bisherigen Gewahrsamsinhaber nicht rechtfertigungsbedürftig) und begründet noch keine derart intensive Herrschaftsbeziehung des Kunden zu der Ware, dass damit zugleich die Sachherrschaft des Ladeninhabers aufgehoben wäre. Nicht selten wird eine ergriffene Ware noch vor dem Kassenbereich zurückgestellt, beliebig ausgetauscht oder in andere Regale gelegt, ohne dass dieser Vorgang nach der Verkehrsauffassung jeweils als Gewahrsamswechsel aufzufassen wäre. Das In-der-Hand-Halten von Waren in Verkaufsräumen führt daher allenfalls zu einer *Gewahrsamslockerung*, nicht aber zu einer Gewahrsamsverschiebung.

Ob zwingend etwas anderes gelten müsste, wenn A das Nussöl in ihre Kleidung gesteckt hätte, weil sie dann die Sache in ihren eigenen Gewahrsamsbereich (Gewahrsamsenklave) verbracht hätte, lässt sich ebenfalls nicht pauschal beantworten. Zwar findet sich in der Rechtsprechung des BGH der apodiktisch anmutende Leitsatz:

<sup>44</sup> Etwa: „...verlässt mit der Beute das Geschäft“ oder: „...bringt die Beute nach Hause.“

„Sobald der Täter im Selbstbedienungsladen mit Zueignungsabsicht Waren in seine Kleidung oder in eine mitgeführte Tasche gesteckt hat, ist sein Gewahrsam begründet und damit der Diebstahl [...] vollendet“.<sup>45</sup>

In den Gründen zu dieser Entscheidung wird aber ausgeführt, dass diese Aussage nicht ausnahmslos gelte, da unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung auch andere Konstellationen denkbar sind.<sup>46</sup> So kann ein Einstecken der Ware in die Kleidung (oder die mitgebrachte Tasche) auch darauf beruhen, dass der Kunde beide Hände benötigt, um weitere Ware zu transportieren. In diesem Fall wäre eine pauschale Zuordnung der eingesteckten Ware zur körperlichen Tabusphäre des Kunden zu voreilig. Nach der Verkehrsauffassung erstreckt sich in diesem Fall nämlich die körperliche Sphäre nicht auf die Jackentasche bzw. die mitgebrachte Tasche, weil diese von dem Kunden gleichsam als Einkaufskorbersatz eingesetzt wird.

#### *(b) Einzelfallbetrachtung*

Besteht im Beispielsfall 1 der Gewahrsam des M daher trotz des Ergreifens der Flasche durch die A noch fort, so könnte die A erst mit dem Passieren des Kassenbereichs eigenen Gewahrsam begründet haben. Hinsichtlich der Zuordnung der Gewahrsamssphären ist dafür maßgeblich, welche Funktion dem Kassenbereich im Drogeriemarkt des M zukommt. Zwar steht ein Kunde nach dem Passieren der Kasse nicht in einer engeren tatsächlichen Beziehung zur Sache als zuvor. Typischerweise trägt ein Kunde jetzt aber die rechtliche wie wirtschaftliche Verantwortung für die Sache, so dass regelmäßig ihm ab diesem Zeitpunkt der Gewahrsam zumindest an solchen Sachen zugeordnet wird, die er mit sich trägt. So führt auch das BayObLG hier an:

„Bei kleineren, leicht beweglichen Gegenständen kann eine vollendete Wegnahme angenommen werden, wenn der Täter die Gegenstände ergriffen hat, festhält und damit durch die Kassensperre geht, ohne die Ware zur Bezahlung des Kaufpreises vorzulegen.“<sup>47</sup>

Der Annahme, dass die A mit dem Durchschreiten der Kassensperre bereits eigenen Gewahrsam begründet hat, könnten jedoch zwei Umstände entgegenstehen: Zum einen befinden sich auch vor dem Drogeriemarkt noch Verkaufsstände, zum anderen wurde der gesamte Vorgang durch den Kaufhausdetektiv beobachtet. Zählt der Bereich vor dem Geschäft zur generellen Gewahrsamssphäre und führt – wie oben festgestellt – das Ergreifen der Ware innerhalb der generellen Sphäre noch nicht zur Neubegründung des Gewahr-

<sup>45</sup> BGHSt 16, 271.

<sup>46</sup> BGHSt 16, 271 (273); vgl. auch BGHSt 41, 198 (205): „Der BGH hat [...] betont, ein allgemeiner Rechtssatz des Inhalts, vollendeter Diebstahl liege stets vor, sobald der Täter die jeweilige Abteilung eines Kaufhauses mit einer dort weggenommenen Sache verlasse, ohne sie bezahlt zu haben, lasse sich nicht aufstellen; die in Betracht kommenden Umstände des Einzelfalles seien zu vielgestaltig, als dass eine solche rechtliche Aussage möglich wäre.“

<sup>47</sup> BayObLG NJW 1997, 3326; vgl. dazu auch *Martin*, JuS 1998, 890 (893).

sams, so hätte die A im vorliegenden Fall möglicherweise doch noch keinen Gewahrsam begründet. Dies erwägt auch das BayObLG.<sup>48</sup>

„Das Aufstellen von Ware vor einem Geschäft dient dazu, Kunden zum Kauf zu animieren. Die Ware soll mit in das Geschäft genommen und dort allein oder mit weiteren Gegenständen an der Kasse bezahlt werden. Es ist aber nicht ungewöhnlich, daß ein Kunde, der zunächst keine Ware aus den im Freien aufgestellten Schütten entnommen hat, sich noch vor Bezahlung im Laden entnommener Ware zum Kauf draußen präsentierter Gegenstände entschließt. Kann der Kunde nach der baulichen Gestaltung des Ladenlokals den Kassensbereich ohne weiteres umgehen und wird er mit einem im Laden entnommenen Gegenstand auf der im Freien befindlichen Verkaufsfläche angehalten, kann nicht ohne weiteres angenommen werden, der Gewahrsam des Geschäftsinhabers an der im Laden entnommenen Ware sei gebrochen, der Diebstahl damit vollendet.“

Waren für das BayObLG im konkreten Fall die baulichen Gestaltungen im Kassensbereich ungeklärt,<sup>49</sup> so ist für den vorliegenden Sachverhalt festzuhalten, dass sich hinter dem Kassensbereich für jeden sichtbar elektromagnetische Sicherungsschranken befinden, die im Falle der Nichtbezahlung gesicherter Ware einen Alarm auslösen. Dies verhindert ein problemloses Hin- und Hergehen der Kunden zwischen der Verkaufsfläche im Geschäft und den Warenschütten vor dem Drogeriemarkt. Da der einzige Weg aus dem Geschäft zu den Warenschütten durch den Kassensbereich und die Sicherungsschranken führt, wird deutlich, dass seitens des Drogeriemarkts nur ein Kundenverkehr (mit Waren) von den Schütten in das Geschäft und nicht umgekehrt aus diesem hinaus an der Kasse vorbei zu den Schütten gewollt war („Lenkung des Kundenstroms“). Der Kasse in dem Geschäft kommt damit nicht nur die Funktion einer beliebigen Zahlstelle zu (die aus jeder Richtung angesteuert werden kann). Über den Kassensbereich soll vielmehr (der Wirkungsweise eines Ventils vergleichbar) der gesamte Kundenverkehr laufen, bei dem durch Kauf der Gewahrsam an den Waren übertragen werden soll. Nach der Verkehrsauffassung kann das Aufstellen der Verkaufsstände vor der Drogerie nicht in dem Sinne verstanden werden, dass damit die „Ventilfunktion“ des Kassensbereichs außer Kraft gesetzt und ein beliebiger Publikumsverkehr zwischen den inneren und äußeren Verkaufsräumen gestattet werden soll. Die Schütten können daher nur als vorgeschalteter Verkaufsraum begriffen werden. Wer hingegen Waren, ohne zu bezahlen, in der Hand an der Kasse vorbei trägt, begründet eigenen Gewahrsam an diesen Gegenständen. Denn er bringt sie aus der Gewahrsamssphäre des Geschäfts, die (zumindest für die Verkaufswaren) am Kassensbereich endet.<sup>50</sup>

<sup>48</sup> BayObLG NJW 1997, 3326.

<sup>49</sup> Das BayObLG hob deshalb (und wegen Bedenken an der Feststellung der Zueignungsabsicht) die Verurteilung wegen vollendeten Diebstahls auf und verwies zur erneuten Sachentscheidung zurück.

<sup>50</sup> Elektromagnetische Sicherheitsetiketten sind deshalb zumindest dann, wenn der neue Gewahrsam bereits vor dem

(c) *Beobachtung als Hindernis für die Neubegründung des Gewahrsams?*

Der Gewahrsamsneubegründung steht im Beispielsfall 1 auch die Beobachtung durch K nicht entgegen. Zwar ließe sich argumentieren, dass wegen der Beobachtung und dem zu erwartenden Einschreiten des Berechtigten eine dauerhafte Gewahrsamserlangung auf Täterseite ohnehin ausgeschlossen sei. Solchen Überlegungen hält das BayObLG<sup>51</sup> aber entgegen:

„Auch bei anhaltender Beobachtung durch das Personal kommt ein vollendeter Diebstahl in Frage, denn der Diebstahl ist keine heimliche Tat und die Begründung neuen Gewahrsams verlangt nicht, daß der Täter endgültigen und gesicherten Gewahrsam hat.“

Mit anderen Worten: Rein faktisch betrachtet führt die Beobachtung zwar dazu, dass der Täter noch vor dem endgültigen Verlassen des Ladens gestoppt und so ein endgültiger Verlust der Sache verhindert werden kann. Dies mag auch die Möglichkeiten schmälern, die Sache letztlich erfolgreich abzutransportieren. Es spricht aber nicht entscheidend gegen eine Gewahrsamsneubegründung.<sup>52</sup> Denn weder lässt sich verlässlich bestimmen, wann die Möglichkeit zum Wegschaffen nicht mehr besteht,<sup>53</sup> noch belegt die Möglichkeit der Wiedererlangung den (angeblich) noch fortbestehenden Gewahrsam des Geschäftsinhabers. Die Beobachtung beeinflusst daher nicht schon die Vollendung der Wegnahme. Sie kann sich nur in der Beendigungsphase des Diebstahls auswirken, wenn der Berechtigte wegen seiner Beobachtungen versucht, den Gewahrsam an der Sache zurückzuerlangen. Im Beispielsfall 1 hat die A damit eigenen Gewahrsam an der Flasche Nussöl begründet und zugleich den bis dahin bestehenden Gewahrsam des M aufgehoben.<sup>54</sup>

Durchschreiten der Sicherungsschranken begründet wurde, keine Vorrichtungen, die vor Wegnahme sichern (§ 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB). Denn die Wegnahme ist in diesen Fällen schon vollzogen, bevor das Sicherheitsetikett eine sichernde Wirkung entfalten kann. Das Etikett dient nur der Entdeckung der vollzogenen Wegnahme und der Wiedererlangung des Gewahrsams, vgl. *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 3), Rn. 226 ff.; *Küper* (Fn. 3), S. 269 f.

<sup>51</sup> BayObLG NJW 1997, 3326. Vgl. auch BGHSt 16, 271 (274): „Eine etwaige Beobachtung ändert an der Vollziehung des Gewahrsamswechsels nichts. Diebstahl ist keine heimliche Tat. Die Beobachtung, mag sie nun zufällig oder planmäßig, anhaltend oder nur vorübergehend sein, und eine körperliche Unterlegenheit des Täters oder seine Bereitschaft zur Rückgabe geben dem Bestohlenen lediglich die Möglichkeit, den ihm bereits entzogenen Gewahrsam wiederzuerlangen.“

<sup>52</sup> So aber *Eser* (Fn. 7), § 242 Rn. 40.

<sup>53</sup> Müssen sämtliche Fluchtwege verstellt sein? Wie weit darf der Täter mit der ergriffenen/eingesteckten Beute gelangen, um von einem Herausschaffen aus dem Herrschaftsbereich sprechen zu können? Soll es auf die körperliche Überlegenheit/Beweglichkeit der Beteiligten ankommen?

<sup>54</sup> Die Gewahrsamsaufhebung wurde auch gegen den Willen des M vollzogen (vgl. nachfolgend im Text unter II. 1. d) cc)

cc) *Dritter Prüfungsschritt bei der Wegnahme (Gewahrsamsaufhebung als Gewahrsamsbruch?)*

Schließlich muss (und dies setzt die Wegnahme als Gewahrsamsbruch schon begrifflich voraus) der Täter den fremden Gewahrsam gegen oder ohne den Willen des bisherigen Gewahrsamsinhabers aufgehoben haben.

(1) *Anforderungen an das tatbestandsausschließende Einverständnis*

Ist der Gewahrsamsinhaber mit der Übertragung des Gewahrsams an der (vom ihm sinnlich wahrgenommenen) Sache tatsächlich<sup>55</sup> einverstanden (und sei es auch nur täuschungsbedingt)<sup>56</sup>, so ist die Wegnahme bzgl. dieser Sache nicht verwirklicht und der objektive Tatbestand insoweit ausgeschlossen. Gibt der Gewahrsamsinhaber hingegen den Gewahrsam erzwungenermaßen<sup>57</sup> auf oder glaubt er, die Gewahrsamsverhältnisse durch sein Verhalten ohnehin nicht mehr beeinflussen zu können (etwa wenn dem Gewahrsamsinhaber eine Beschlagnahme der Sache vorgetäuscht wird), so wird der bestehende Gewahrsam gebrochen.

Ein tatbestandsausschließendes Einverständnis kann auch vorab für bestimmte Situationen des Zugriffs auf die Sache erklärt werden (antizipiertes bedingtes Einverständnis). Dieses Einverständnis ist kein tatsächlich zur Tatzeit vorliegendes, sondern ein generelles, welches dort eingreift, wo tat-

(2), sodass A die Flasche Nussöl weggenommen hat. Da auch die subjektiven Tatbestandsmerkmale des Diebstahls zu bejahen sind, ist die A des Diebstahls schuldig. Da es sich um eine geringwertige Sache handelt, bedarf es nach § 248a StGB eines Strafantrages des M. Mit dem Passieren des Kassensbereichs hat A hinsichtlich des Nussöls zugleich ihren Zueignungswillen manifestiert, sich die Flasche damit vorsätzlich rechtswidrig zueignet. Diese mit der Wegnahme zusammenfallende gleichzeitige Zueignung ist aber gemäß § 246 Abs. 1 StGB im Verhältnis zur Strafbarkeit wegen Diebstahls subsidiär. Eine Strafbarkeit wegen Hausfriedensbruchs (§ 123 Abs. 1 StGB) scheidet nach h.M. (zum Streitstand: *Wessels/Hettinger*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 32. Aufl. 2008, Rn. 587 f.) aus, weil die A sich mit dem Betreten des Geschäfts noch im Rahmen der generellen Zutrittserlaubnis hält, die M für seine Kunden erteilt hat.

<sup>55</sup> Eine rechtsgeschäftlich wirksame Zustimmung ist insoweit nicht erforderlich (also können auch Minderjährige durch ihr Einverständnis die Wegnahme ausschließen). Das Einverständnis muss auch nicht für Dritte oder den Täter erkennbar erklärt werden, es genügt die innere Zustimmung (der Täter, der dies verkennt, begeht ggf. einen untauglichen Versuch der Wegnahme). Bei Mitgewahrsamsverhältnissen müssen alle Mitgewahrsamsinhaber einverstanden sein (s. dazu näher *Schmitz* [Fn. 20], § 242 Rn. 76).

<sup>56</sup> Handelt es sich um ein täuschungsbedingtes Einverständnis, ist Betrug zu prüfen.

<sup>57</sup> Für § 242 StGB ist dies wohl allgemeine Meinung. Bei § 249 StGB ist es (wegen der Abgrenzung zu § 255 StGB) nicht so einfach, vgl. z.B. *Günther*, *Rudolphi* u.a. (Fn. 3) 43. Lieferung, Stand: April 1998, Vor § 249 Rn. 5 ff.

sächlich und äußerlich erkennbar bestimmte Bedingungen erfüllt werden (z.B. die ordnungsgemäße Bedienung<sup>58</sup> eines Warenautomaten).

(2) *Einverständnis und Beobachtung?*

Im oben angeführten Beispielsfall 1 kommt eine täuschungsbedingte Gewahrsamsübertragung und damit ein Einverständnis mit dem Gewahrsamswechsel an der Kasse von vornherein nicht in Betracht, da diese unbesetzt war. Auch die Beobachtung durch K sowie der Umstand, dass K erst außerhalb des Geschäfts gegen A einschreitet (gegen die Gewahrsamsneubegründung also nichts unternimmt), schließen den Gewahrsamsbruch nicht aus. Denn der Sachverhalt lässt schon nicht erkennen, dass K den Gewahrsamsinhaber M in seinem Gewahrsamswillen vertreten darf und kann oder sonst zur Disposition über den Gewahrsam befugt ist.<sup>59</sup> Im Übrigen würde allein das beobachtende Nichteingreifen (auch des Berechtigten) bei einer Wegnahme noch keinen Rückschluss darauf zulassen, dass dieser mit der Gewahrsamsaufhebung auch tatsächlich einverstanden ist.<sup>60</sup> Vielmehr kann die Untätigkeit darauf beruhen, dass der Gewahrsamsinhaber keine unnötigen Risiken eingehen will bzw. ihm ein späterer Zeitpunkt günstiger erscheint, um die Sache zurück zu erlangen. Nicht selten werden Detektive gegen Ladendiebe schon deshalb möglichst spät einschreiten, weil die beabsichtigte Zueignung sich erst im weiteren Verhalten des Täters widerspiegelt und so der Nachweis der Zueignungsabsicht erleichtert wird.

(3) *Einverständnis bei einer Diebesfalle?*

Ein tatbestandsausschließendes Einverständnis kommt allerdings dort in Betracht, wo der Gewahrsamsinhaber eine Begründung des Gewahrsams durch den Täter will, um ihn überführen zu können. In diesen Fällen spricht man von einer Diebesfalle. Dazu

*Beispielsfall 2:*

Die A war als Schwesternhelferin in der Klinik des X beschäftigt. Nachdem dort mehrere Diebstähle auftraten, hat die Krankenhausverwaltung, die die A verdächtigte, die Polizei eingeschaltet. Diese präparierte einen ihr von dem Verwaltungsleiter V zur Verfügung gestellten 100-Euro-Schein derart, dass er (für den Täter nicht sichtbar) individualisierbar war. Diesen Geldschein legte die Polizei in einen unverschlossenen Nachttisch eines Krankenzimmers. Daraufhin erhielt die A von der eingeweihten Stationschwester den Auftrag, das Zimmer abzustauben. A entdeckte im Nachtschrank den 100-Euro-Schein, den sie in ihr Portemonnaie steckte, um ihn für sich zu verwenden. Dabei ging sie davon aus, dass der Schein

<sup>58</sup> Dazu rechnet die h.M. nicht nur die für Dritte erkennbar missbräuchliche Bedienung eines Automaten, sondern auch die (nicht ohne weiteres erkennbare) Verwendung von *Falschgeld*, vgl. z.B. *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 3), Rn. 108.

<sup>59</sup> Zum Einverständnis durch einen Dritten: *Schmitz* (Fn. 20), § 242 Rn. 94; *Eser* (Fn. 7), § 242 Rn. 35.

<sup>60</sup> *Fischer* (Fn. 15), § 242 Rn. 21 f.

einem Patienten verloren gegangen war. A wurde der Geldschein später von der Polizei abgenommen und dem Verwalter zurückgegeben. Strafbarkeit der A? (nach BayObLG NJW 1979, 729).

Der im Eigentum des V stehende Geldschein ist für A eine fremde bewegliche Sache, die sie weggenommen haben müsste. Der Geldschein stand im Gewahrsam des Verwalters (ggf. auch im Mitgewahrsam der Stationsschwester)<sup>61</sup>. Mit dem Einstecken des Scheins in ihr eigenes Portemonnaie hat A eigenen neuen Gewahrsam begründet (und damit den des V [und ggf. den der Stationsschwester] aufgehoben). Verbringt der Täter einen Gegenstand in seine Kleidung oder Taschen, also in seinen (auch innerhalb einer fremden generellen Gewahrsamssphäre fortbestehenden) persönlichen Gewahrsamsbereich, so liegt nach den sozialen Regeln (oder gleichbedeutend: nach der Verkehrsauffassung) die Sachherrschaft allein beim Täter. Dies gilt umso mehr, wenn die Sache vom Täter innerhalb seiner Gewahrsamsenklave wie eine eigene verwendet wird (hier deutlich durch das Einsortieren des Scheins in das Portemonnaie der A).<sup>62</sup> Zu berücksichtigen ist aber, dass seitens des V (bzw. der Stationsschwester) eine Ansichnahme durch A gewollt war (um sodann zu beweisen, dass es die A war, die den Geldschein aus dem Nachttisch entwendete). Damit konnte die A jedoch nicht mehr gegen den Willen des bisherigen Gewahrsamsinhabers dessen Gewahrsam aufheben. Mangels Gewahrsamsbruchs fehlt es an der Wegnahme und damit an dem vollendeten Diebstahl. Dazu das BayObLG<sup>63</sup>:

<sup>61</sup> Ob Mitgewahrsam vorliegt, kann in der Fallbearbeitung offen bleiben, da es nur darauf ankommt, dass die Sache in fremdem Gewahrsam steht (was hier auch der Fall wäre, wenn die Stationsschwester Mitgewahrsam hätte).

<sup>62</sup> Abweichend dazu wird die Ansicht vertreten, dass es bei der Gewahrsamsneubegründung darauf ankomme, ob dem Täter über das Einstecken hinaus auch eine reelle Chance erwächst, die Beute erfolgreich abzutransportieren (vgl. oben bb) (3) (c). Vergleichbare Ergebnisse (Annahme einer Gewahrsamsneubegründung bei Beobachtung erst nach dem Verlassen der fremden Herrschaftssphäre) lassen sich erzielen, wenn darauf abgestellt wird, dass der Zuweisungsgehalt des Rechtsguts Eigentum genutzt werde (*Kahlo*, Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, 1995, S. 123 [131]) bzw. dass das Täterverhalten (äußerlich betrachtet) keine andere Deutung zulasse als die Begründung eines Exklusivitätsverhältnisses (mit günstiger Bestandsprognose) zu Lasten des bisherigen Gewahrsamsinhabers (*Ling*, ZStW 110 [1998], 919 [939-943]). Fraglich bleibt bei diesen Ansätzen aber, ob ein so verstandener enger Wegnahmebegriff nicht Restriktionen beinhaltet, die nach dem Gesetz erst bei der Aneignungskomponente der Zueignungsabsicht relevant werden sollen.

<sup>63</sup> BayObLG NJW 1979, 729. Die Ansicht entspricht der ganz h.M. Hingegen sieht *Janssen* (NStZ 1992, 237) in dem zustimmenden Willen des Gewahrsamsinhabers eine Fiktion, die seitens der h.M. nur aufgestellt wird, um eine Strafbarkeit des Inhabers wegen Teilnahme am Diebstahl auszuschließen. Insoweit fehlt jedoch die Auseinandersetzung mit dem Straf-

„Bei einer sog. Diebesfalle durch Bereitlegen präparierter Diebstahlobjekte ist der Berechtigte im Regelfall mit der Aufhebung seines Gewahrsams einverstanden; denn solche Diebesfallen werden regelmäßig so angelegt, daß der Täter die Sache in seinen Gewahrsam bringen soll, damit sie später bei ihm gefunden würde und er überführt werden könnte. Die Sachherrschaft wird dann aber mit Wissen und Willen des Berechtigten erlangt mit der Folge, daß ein Bruch fremden Gewahrsams entfällt [...]. Demgemäß billigte die Verwaltung zwar naturgemäß nicht die Aneignung des Scheines durch den [...] Täter. Zur Entdeckung und Überführung des Täters nahm sie aber zwangsläufig in Kauf, daß er den Schein an sich nahm [...]. Weil die Angeklagte das Einverständnis [...] nicht gekannt hat, [kommt ein] (untauglicher) Diebstahlsversuch [in Betracht].“

Eine Strafbarkeit wegen versuchten Diebstahls (§§ 242, 22, 23 StGB) setzt voraus, dass A entschlossen war, einen Diebstahl zu begehen. Bei der Prüfung des Tatentschlusses ist hier der Wegnahmevorsatz problematisch. Zwar ist sich die A des tatsächlich vorliegenden Einverständnisses des V nicht bewusst, will insoweit also durchaus fremden Gewahrsam brechen. Jedoch stellt sie sich vor, dass es sich bei dem 100-Euro-Schein um einen verlorenen Geldschein handelt. An verlorenen Gegenständen besteht nach ganz h.M. kein Gewahrsam des bisherigen Gewahrsamsinhabers, da dieser nicht wisse, wo sich die Sache befinde und schon deshalb nicht mehr auf sie zugreifen könne. Anders liege es bei vergessenen bzw. verlegten Sachen, da insoweit die Kenntnis des Lagerorts bzw. des Bereichs, wo die Sache zu suchen ist, die jederzeitige Zugriffsmöglichkeit und damit den noch fortbestehenden Gewahrsam begründe.<sup>64</sup>

Hier ist der Geldschein nach der Vorstellung der A zwar verloren gegangen, dies aber innerhalb des Krankenhauses. Innerhalb einer räumlich abgegrenzten generellen Gewahrsamssphäre (wie dem Krankenhaus) kommt dem Beherrscher der Gewahrsamssphäre die Sachherrschaft an den verlorenen Gegenständen zu.<sup>65</sup> Denn dieser ist nach den sozialen Regeln

grund der Teilnahme. Überwiegend wird die Teilnahme mittlerweile als mittelbarer Rechtsgutsangriff verstanden (*Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2008, § 20 Rn. 132 u. 139). Dies setzt voraus, dass das Rechtsgut auch für den Teilnehmer fremd ist – der Gewahrsamsinhaber kann auf den ihm zustehenden Rechtsgüterschutz aber gerade verzichten; vgl. auch *Geppert*, Jura 2002, 281 (282).

<sup>64</sup> Für die h.M.: *Fischer* (Fn. 15), § 242 Rn. 15. Dies erscheint zumindest dort zweifelhaft, wo die vergessene Sache für längere Zeit nicht abgeholt wird (etwa ein Schirm auf der Parkbank) – nach der Verkehrsauffassung ist in diesen Fällen eher von Gewahrsamslosigkeit auszugehen, da bei objektiver Betrachtung (verstaubter, verdreckter Schirm) mittlerweile nicht mehr mit einem jederzeit möglichen Zugriff zu rechnen ist.

<sup>65</sup> H.M., vgl. etwa *Schmitz* (Fn. 20), § 242 Rn. 64 und *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 3), Rn. 97 jew. m.w.N. Noch nicht geklärt ist die Frage, ob an Sachen, die in generellen Gewahrsamssphären vergessen wurden, Mitgewahrsam (so *Wessels/Hillenkamp* [Fn. 3], Rn. 98) oder Alleingewahrsam (so *Eser* [Fn. 7], §

zunächst (bevor die Sache zum Fundamt gebracht wird) für die Aufbewahrung und Wiederaushändigung der Fundsachen zuständig. Demzufolge führt die irrige Annahme der A über den Verlust des Geldscheins nicht dazu, dass sie sich einen Sachverhalt vorstellt, nach dem der Geldschein als gewahrsamslos einzuordnen wäre. Vielmehr liegt auch nach dieser Vorstellung ein fremder Gewahrsam vor (und zwar der der Krankenhausverwaltung bzw. der Stationsschwester). Auch die irrige Annahme über den Verlust des Geldscheins lässt deshalb den Entschluss der A nicht entfallen, durch das Einstecken des Scheins fremden Gewahrsam zu brechen.<sup>66</sup>

---

242 Rn. 28; *Schmitz* [Fn. 20], § 242 Rn. 64) des Inhabers der generellen Gewahrsamssphäre begründet wird. Ungeachtet dessen besteht für den Dritten, der auf eine solche Sache zugreift (hier also die A), stets fremder Gewahrsam.

<sup>66</sup> Die übrigen Voraussetzungen des Tatentschlusses (Vorsatz bzgl. der weiteren objektiven Tatbestandsmerkmale des Diebstahls wie auch die Zueignungsabsicht) liegen ebenso wie das unmittelbare Ansetzen zum Diebstahl (durch Einstecken des Geldscheins) vor. – Der Beitrag wird in ZJS 6/2009 fortgesetzt.