

Gewahrsam – ein Begriff, der es nicht leicht macht

Von Rechtsanwalt Alexander Jüchser, Koblenz

I. Einleitung

Was Besitz ist, ist in den §§ 854 ff. BGB detailliert beschrieben und Gegenstand des bürgerlichen Rechts. Der Begriff des Gewahrsams hingegen taucht in diversen, vor allem älteren, Gesetzbüchern auf. Was Gewahrsam ist und vor allem wie dieser sich zum Besitz verhält, ist Gegenstand dieser Untersuchung.

In der strafrechtlichen Rechtsprechung und dem Schrifttum wird der Gewahrsamsbegriff vertieft diskutiert, handelt es sich doch um eines der Kernprobleme des Diebstahls. Ein Blick in das BGB enttäuscht. Im dritten Buch, dem Sachenrecht, ist von Gewahrsam nicht die Rede. Auch in § 242 StGB findet sich der Begriff nicht. Er wird erst im Wege der Auslegung des Wortes „Wegnahme“ in das Gesetz hineingelesen, wenn die Wegnahme als „Bruch fremden und Begründung neuen Gewahrsams“¹ definiert wird. Erst mittels Auslegung wird ermittelt, dass auf den Gewahrsam abzustellen ist und nicht etwa auf den (heute) vertrauteren, weil im BGB ebenfalls verwendeten und definierten Begriff des Besitzes. An anderer Stelle, § 168 Abs. 1 StGB, wird im Strafgesetzbuch explizit der Begriff des Gewahrsams verwendet, aber nicht für eine Zuordnung von „klassischen“ Sachen. § 168 StGB stellt die Störung der Totenruhe unter Strafandrohung.

Auch in den §§ 808 f. ZPO wird auf den Gewahrsam abgestellt. Danach ist Voraussetzung für die Pfändung, dass sich die zu pfändende Sache im Gewahrsam des Schuldners befindet. Die Pfändung erfolgt dadurch, „dass der Gerichtsvollzieher sie in Besitz nimmt“ (§ 808 Abs. 1 ZPO). Indem der Gesetzgeber in der gleichen Vorschrift neben Gewahrsam auch Besitz verwendet, kommt zum Ausdruck, dass Gewahrsam und Besitz nicht identisch sein sollen, da sonst aus Gründen der Klarheit das gleiche Wort verwandt würde.

Sowohl in der ZPO als auch im StGB findet sich der Begriff des Gewahrsams nur im Zusammenhang mit beweglichen Sachen.

Ein drittes Mal stolpert man in der Rechtsordnung im Polizeirecht² über den Gewahrsam, doch geht es hier nicht um die Zuordnung von Sachen zu Personen. Geregelt ist die Freiheitsentziehung einer Person zur Gefahrenabwehr.³ Werden Personen in Gewahrsam genommen, werden sie in die Obhut oder unter die Aufsicht des Staates verbracht. Gewahrsam hat dort also etwas mit Obhut über jemanden zu tun.

Sucht man weiter, so findet man die Verwendung des Gewahrsamsbegriffs im Handelsrecht⁴, in der Abgabenordnung⁵ und in vielen weiteren Gesetzen.⁶ Dies verwundert

zunächst, da man meinen könnte, mit der im BGB verwendeten Kategorie Besitz auskommen zu können.

Hier werden nur die Gewahrsamsbegriffe des StGB und der ZPO im Vergleich zum Besitz des BGB untersucht. Dabei wird zunächst die sprachliche Bedeutung des Wortes Gewahrsam (II.) und die historische Entwicklung dargestellt (III.), um dann die Bedeutung nach Sinn und Zweck im jeweiligen Zusammenhang zu untersuchen (IV., V.). Im Anschluss daran wird vom Besitzbegriff ausgehend untersucht, wie sich der Gewahrsam beim Diebstahl und im Sinne der ZPO zu den Besitzformen verhält (VI.).

II. Gewahrsam etymologisch

Gewahrsam ist zumindest heute ein Rechtsbegriff. Umgangssprachlich wird das Wort im Gegensatz zu „Eigentum“ oder „Besitz“ kaum benutzt. Gewahrsam ist eine Ableitung von „gewahr“, was im althochdeutschen so viel wie „zur Sippe von Wahren gehörend“ bedeutete.⁷ Im mittelhochdeutschen stand gewahr dann schon für Obhut.⁸ So kann man aus der Wortbedeutung von „gewahr“ ableiten, dass Gewahrsam hat, wer eine Sache in seiner Obhut hat.

Gewahrsam stammt gerade nicht vom Begriff der „Gewere“ ab, dem mittelalterlichen deutschrechtlichen Besitzbegriff.⁹ Unter „Gewere“ verstand man ein äußeres Verhältnis von Personen zu Sachen, welches von der Rechtsordnung als Erscheinungsform eines formalen Herrschaftsrechtes an der Sache anerkannt und gewährleistet wurde.¹⁰

III. Gewahrsam historisch

Sowohl das Strafgesetzbuch als auch die ZPO sind älter als das BGB.¹¹ Der historische Gesetzgeber der ZPO und des StGB konnten nicht die Begrifflichkeiten des BGB zu Grunde legen, was jedoch nicht daran gehindert hätte, in späteren Reformen an den Besitzbegriff anzuknüpfen. Weder in der ZPO noch im StGB findet sich eine Legaldefinition des Gewahrsams. Im Allgemeinen Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794 (ALR) wird Gewahrsam im siebenten Titel des ersten Teils definiert: „Wer das physische Vermögen hat, über eine Sache mit Ausschließung Anderer zu verfügen, der hat sie in seiner Gewahrsam, und wird Inhaber“¹² genannt.“¹³

¹ Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 242 Rn. 22.

² Zum Ganzen: Stoermer, Der polizeirechtliche Gewahrsam unter besonderer Berücksichtigung des Unterbindungsgewahrsams, 1998, passim.

³ So auch in Art. 104 Abs. 2 GG.

⁴ § 616 Abs. 3 S. 2 HGB.

⁵ Zum Beispiel § 76 AO.

⁶ Zum Beispiel § 9 AsylVfG; § 19 AWW; § 9 BeamtVG; § 20 ErbStG u.a.

⁷ Kluge, Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache, 25. Aufl. 2011, Stichwort gewahr.

⁸ Kluge (Fn. 7), Stichwort gewahr.

⁹ Hierzu Bund, in: Staudinger, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 2007, Vorbem. zu §§ 854 ff. Rn. 2.

¹⁰ v. Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 2, Sachenrecht, 1905, § 113 I (S. 187 f.).

¹¹ Die ZPO ist am 1.10.1879, das StGB am 1.1.1872 in Kraft getreten, das BGB erst am 1.1.1900.

¹² Auch der Inhaber findet sich noch im BGB: Nach § 793 BGB kann der Inhaber der Schuldverschreibung die Leistung verlangen. Inhaber ist, wer die tatsächliche Gewalt über das

Schon die Überschrift des siebenten Titels „Von Gewahrsam und Besitz“ macht deutlich, dass auch das ALR diese Begriffe unterschied.¹⁴ § 111 ALR stellte auf das physische Vermögen ab, auf die Sache einzuwirken. Darüber hinaus war Gewahrsamsinhaber auch, wer von der Sache nichts wusste (§ 138 ALR). Auf einen Gewahrsamswillen oder auf ein Bewusstsein kam es demnach nicht an.¹⁵ Da es sich um etwas Tatsächliches handelte, ging der Gewahrsam nicht mit dem Erbfall auf den Erben über.¹⁶

Nach *Wolf/Raiser* beziehen sich ZPO und StGB (und auch HGB) auf die Begriffsbestimmung des Gewahrsams im ALR.¹⁷ Der Gesetzgeber des BGB sah nicht die Notwendigkeit, den Begriff des Gewahrsams in der ZPO durch denjenigen des Besitzes zu ersetzen, da „der Ausdruck ‚Gewahrsam‘ zu begründeten Zweifeln keinen Anlaß gebe.“¹⁸ Um 1900 war Gewahrsam ein üblicher Begriff und die Definition des ALR bekannt. Hinzu kommt, dass mit der Schaffung des BGB die ZPO an das BGB nur formal angepasst wurde und materielle Änderungen gerade vermieden werden sollten.¹⁹ Dem Gewahrsamsbegriff der ZPO lag folglich der Gewahrsamsbegriff von vor 1900 zugrunde,²⁰ wie er im ALR definiert war.

Auch dem Gewahrsamsbegriff des Diebstahls liegt ursprünglich die Definition des ALR zugrunde.²¹ Jedoch war schon bei Schaffung des BGB anerkannt, dass der strafrechtliche Begriff des Gewahrsams nicht aus zivilistischer Sicht ausgelegt werden könne.²²

Papier hat (*Kober/Engelmann*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 5./6. Aufl. 1910, § 793 IV. a); vgl. auch *Habersack*, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 5, 5. Aufl. 2009, § 793 Rn. 25). Hier wurde wegen des damals üblichen Sprachgebrauchs am Inhaber festgehalten (*Kober*, in: Staudinger [a.a.O.], Vorbem. zu Besitz VIII. [S. 15]) und nicht zum Besitzer gewechselt. Der Begriff des Inhabers ist nicht deckungsgleich mit dem des Besitzers (vgl. *Habersack* [a.a.O.], § 793 Rn. 25).

¹³ ALR I 7 § 1.

¹⁴ Vgl. auch *Leske*, Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich und des Preußischen Allgemeinen Landrechts, Erste Hälfte, 1900, S. 354.

¹⁵ *Leske* (Fn. 14), S. 355.

¹⁶ *Leske* (Fn. 14), S. 358.

¹⁷ *Wolf/Raiser*, Sachenrecht, 10. Aufl. 1957, § 6 V (S. 29).

¹⁸ Prot. 6, 717.

¹⁹ *Kober* (Fn. 12), Vorbem. zu Besitz VIII (S. 15).

²⁰ *Wolf/Raiser* (Fn. 17), § 6 V (S. 29); *Siber*, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Rechts 67 (1917), 81 (204).

²¹ *Olshausen*, Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 1883, § 242 Rn. 15.

²² *Kober* (Fn. 12), Vorbem. zu Besitz VIII. (S. 15 f.).

IV. Systematische und teleologische Einordnung des Gewahrsams im StGB

§ 242 StGB schützt das Eigentum.²³ Dies wird aus dem Merkmal „fremd“ deutlich. Der Eigentümer macht sich eines Diebstahls nicht strafbar, wenn er dem Gewahrsamsinhaber die Sache wegnimmt. Eine ältere Auffassung sah auch den Gewahrsam als Rechtsgut des § 242 StGB an.²⁴

Aus der Voraussetzung des Gewahrsamsbruchs wird deutlich, dass von § 242 StGB nicht jede Eigentumsstörung erfasst wird, sondern nur solche, bei der jemandem gegen oder ohne seinen Willen die tatsächliche Herrschaft an einer Sache genommen wird. Dieser nach außen erkennbare Bruch der Rechtsordnung ist, was den Diebstahl im Vergleich zur Unterschlagung ausmacht. Wegen des weiteren Merkmals „beweglich“ schützt § 242 StGB nur den Gewahrsam an beweglichen Sachen. Das heißt aber nicht, dass der strafrechtliche Gewahrsamsbegriff nur bewegliche Sachen erfasst, vielmehr kommt es beim Schutz unbeweglicher Sachen, wie z.B. § 123 StGB zeigt, auf den Gewahrsam nicht an.

V. Systematische und teleologische Einordnung des Gewahrsams in der ZPO

Im Zuge der Zwangsvollstreckung sollen nur Sachen des Eigentümers gepfändet werden. Die Eigentumsverhältnisse an beweglichen Sachen kann der mit der Pfändung beauftragte Gerichtsvollzieher jedoch nur schwer feststellen. Der Gewahrsam hat für den Gerichtsvollzieher somit die gleiche Bedeutung wie der Besitz für die Eigentumsvermutung nach § 1006 BGB.²⁵ Die Prüfung des Gerichtsvollziehers beschränkt sich auf die erste Sicht,²⁶ er kann mithin nur auf äußerlich leicht Erkennbares abstellen, dies ist die tatsächliche Sachherrschaft.

Anders als im Strafrecht erfolgt im Schrifttum hier relativ pauschal der Hinweis, dass regelmäßig Gewahrsam vorliege, wenn unmittelbarer Besitz zu bejahen ist.²⁷

Systematisch finden sich die §§ 808, 809 ZPO im Abschnitt über die „Zwangsvollstreckung in körperliche Sachen“. Aus dem Sinn und Zweck, leicht auf das Eigentum schließen zu können, wird deutlich, warum auf den Gewahrsam an Immobilien nicht abgestellt werden muss: hier kann jedermann durch einen Blick ins Grundbuch sehen, wer Eigentümer ist. Der Gewahrsamsbegriff der ZPO schließt mithin einen Gewahrsam an Immobilien nicht aus, es kommt auf einen solchen nur nicht an.

²³ *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 59. Aufl. 2012, § 242 Rn. 2.

²⁴ Vgl. BGHSt. 10, 400 (401).

²⁵ *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 7 Rn. 12; *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl. 2010, § 51 Rn. 12.

²⁶ *Stöber*, in: Zöller, Zivilprozessordnung, Kommentar, 29. Aufl. 2012, § 808 Rn. 3.

²⁷ Vgl. *Jauernig/Berger*, Zwangsvollstreckungsrecht, 23. Aufl. 2010, § 17 Rn. 7; *Münzberg*, in: Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 7, 22. Aufl. 2002, § 808 Rn. 14.

VI. Möglichkeit des Rückschlusses von Besitzformen auf den Gewahrsam

Von den bürgerlich-rechtlichen Kategorien ausgehend wird im Folgenden untersucht, ob in diesen Fällen Gewahrsam nach dem StGB bzw. der ZPO besteht. Im bürgerlichen Recht wird folgendermaßen unterschieden:

- Unmittelbarer und mittelbarer Besitz (§ 868 BGB)
- Eigenbesitz und Fremdbesitz (§ 872 BGB)
- Vollbesitz und Teilbesitz (§ 865 BGB)
- Alleinbesitz oder Mitbesitz (§ 866 BGB)
- Sowie die Sonderformen:
 - Erbenbesitz (§ 857 BGB)
 - Besitzdiener (§ 855 BGB)
 - der Organbesitz

1. Unmittelbarer Besitz

Unmittelbarer Besitzer ist gem. § 854 BGB, wer rein tatsächlich die Herrschaft über die Sache inne hat und diese tatsächliche Herrschaft kraft seines Besitzwillens unmittelbar (ohne Dritte Personen) ausübt.²⁸

Gewahrsam im Strafrecht wird als „die von einem Herrschaftswillen getragene faktische Sachherrschaft“²⁹ definiert. Bei dem strafrechtlichen Gewahrsam handelt es sich um ein rein tatsächliches Herrschaftsverhältnis, das sich dadurch auszeichnet, dass der Inhaber dieser Herrschaft rein faktisch auf die Sache einwirken kann.³⁰ Das Herrschaftsverhältnis wird sozial-normativ bzw. nach der Verkehrsauffassung ausgeweitet. Demnach besteht auch Gewahrsam, wenn Sachen aufgrund einer normativen Zuordnung zum Herrschaftsbereich einer Person gehören, z.B. der Pflug, den der Bauern auf dem Felde zurückgelassen hat.³¹ Gewahrsam besteht damit aber auch dann, wenn eine tatsächliche Herrschaftsausübung aufgrund räumlicher Trennung gar nicht (mehr) möglich ist. Dies ist beim unmittelbaren Besitz nicht anders, er geht insbesondere nicht dadurch verloren, dass man im konkreten Augenblick nicht auf die Sache zugreifen kann.³² Um beim Beispiel des Pfluges auf dem Felde zu bleiben: auch hier würde man unmittelbaren Besitz des Bauern im Sinne des BGB annehmen.

Im Strafrecht wird für den Gewahrsam grundsätzlich ein mindestens genereller Gewahrsamswille verlangt, an den jedoch keine hohen Anforderungen gestellt werden.³³ Daher besteht Gewahrsam auch an denjenigen Sachen, von denen die Person gar nicht weiß, dass sie die tatsächliche Sachherrschaft über diese ausübt, z.B. wenn die Person etwas als Geschenk zugesteckt bekommt. Die Anforderungen an den

Besitzwillen im BGB sind ähnlich, so dass auch in diesem Beispiel unmittelbarer Besitz bejaht wird.³⁴

Unter Gewahrsam im Sinne der §§ 808, 809 ZPO wird die tatsächliche Sachherrschaft verstanden.³⁵ Danach befinden sich alle Sachen im Gewahrsam einer Person, „die in äußerlich erkennbarer Weise seinem Machtbereich (seiner Herrschaft) unterliegen, durch den sie nach der Verkehrsauffassung als sein Vermögen ausgewiesen sind.“³⁶ Eine nur kurzzeitige Verhinderung der tatsächlichen Sachherrschaft ändert auch hier am Gewahrsam nichts,³⁷ der Bauer auf dem Felde bleibt auch Gewahrsamsinhaber im Sinne der ZPO. Auch in der ZPO wird für die genaue Bestimmung, wann Gewahrsam besteht, auf die Lebensauffassung verwiesen.³⁸

Verkürzt lässt sich sagen, dass, wenn unmittelbarer Besitz im Sinne des BGB besteht, auch Gewahrsam im Sinne des StGB und der ZPO anzunehmen ist.

2. Mittelbarer Besitz

Mittelbarer Besitzer gem. § 868 BGB ist derjenige, der die tatsächliche Sachherrschaft kraft eines Besitzkonstituts durch einen Dritten (der dann unmittelbarer Besitzer ist) ausübt. Mehrstufige mittelbare Besitzverhältnisse sind möglich.

Der mittelbarer Besitzer im Sinne von § 868 BGB ist grundsätzlich nicht Gewahrsamsinhaber im Sinne des StGB.³⁹ Eine Ausnahme kraft Verkehrsanschauung gelte jedoch bei der Vermietung möblierter Zimmer, wo Mitgewahrsam des Vermieters nicht nur am Wohnraum, sondern auch an den Möbeln besteht.⁴⁰ Ob dies auch für unmöblierte Zimmer gilt, muss im Strafrecht nicht entschieden werden, da Zimmer als unbewegliche Sachen nicht Gegenstand des Diebstahls sein können.

In der ZPO hat der mittelbare Besitzer ebenfalls mangels tatsächlicher Sachherrschaft keinen Gewahrsam,⁴¹ da Besitzmittlungsverhältnisse als rechtliche Beziehung für den Gerichtsvollzieher nicht sichtbar sind, es aber auf diese Erkennbarkeit gerade ankommt. Indes soll auch in der ZPO bei der Miete eines Hotelzimmers der Vermieter Mitgewahrsam an den beweglichen Sachen im Zimmer haben, anders als bei der dauerhaften Vermietung eines möblierten Zimmers, selbst wenn sich der Vermieter Betretungsrechte eingeräumt hat, um die Sachen zu pflegen.⁴² Diese Unterscheidung leuchtet vom Sinn und Zweck her ein: in ein Hotelzimmer bringt der

³⁴ Vgl. Joost, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 6, 5. Aufl. 2009, § 854 Rn. 10.

³⁵ Vgl. Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, 9. Aufl. 2011, Rn. 235.

³⁶ Stöber (Fn. 26), § 808 Rn. 5.

³⁷ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Zivilprozessordnung, 70. Aufl. 2012, § 808 Rn. 10 mit Verweis auf § 856 Abs. 2 BGB.

³⁸ Gaul/Schilken/Becker-Eberhard (Fn. 25), § 51 Rn. 4.

³⁹ RGSt 37, 198 (199).

⁴⁰ Wessels/Hillenkamp (Fn. 30), Rn. 93.

⁴¹ Baur/Stürmer/Bruns, Zwangsvollstreckungsrecht, 13. Aufl. 2006, Rn. 285.

⁴² Stöber (Fn. 26), § 808 Rn. 6.

²⁸ Wolf, Sachenrecht, 18. Aufl. 2002, Rn. 161.

²⁹ Bund (Fn. 9), Vorbem. zu § 854 ff. Rn. 58.

³⁰ Wessels/Hillenkamp, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 34. Aufl. 2011, Rn. 82.

³¹ BGHSt 16, 271 (273).

³² Prütting, Sachenrecht, 34. Aufl. 2010, Rn. 52.

³³ Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl. 2009, § 13 Rn. 49; Wessels/Hillenkamp (Fn. 30), Rn. 87.

Mieter in der Regel keine eigenen Möbel ein, in (vor-)möblierte Zimmer unter Umständen schon.

3. *Eigenbesitz und Fremdbesitz (§ 872 BGB)*

Das BGB unterscheidet gem. § 872 BGB den Fremdbesitzer vom Eigenbesitzer. Eigenbesitzer ist, wer die Sache als ihm gehörend besitzt. Auch der Dieb kann Eigenbesitzer im Sinne des BGB sein.⁴³

Im StGB kommt es nicht darauf an, ob der Inhaber der tatsächlichen Sachherrschaft die Sache als ihm gehörend ausübt. Auch in der ZPO spielt die Unterscheidung keine Rolle, sowohl Fremd- als auch Eigenbesitzer sind Gewahrsamsinhaber.⁴⁴ Auch dies ist teleologisch begründet. Ob der Inhaber einer Sache die tatsächliche Sachherrschaft als ihm gehörend ausübt, kann der Gerichtsvollzieher nicht erkennen.

4. *Vollbesitz und Teilbesitz (§ 865 BGB)*

Teilbesitzer ist derjenige, der nur einen Teil einer Sache besitzt. § 865 BGB führt als Beispiele „abgesonderte Wohnräume oder andere Räume“ auf. Teilbesitz ist auch an beweglichen Sachen möglich, soweit es sich um einzelne Sachteile handelt.

Sowohl für den Gewahrsam des StGB als auch für den Gewahrsam der ZPO ist diese Unterscheidung nicht von besonderem Interesse. Beim Diebstahl des § 242 StGB kommt es darauf an, dass die Sache beweglich ist und somit weggeschafft werden kann. Ob sie ein Bestandteil von etwas anderem ist, ist nicht relevant. Der unmittelbare Teilbesitzer ist Gewahrsamsinhaber, auch wenn er nur über diesen (Bestand-)Teil die tatsächliche Sachherrschaft ausübt.

Das gleiche gilt für die ZPO. Hier muss die Sache pfändbar sein. Ein Teil einer Sache ist grundsätzlich nicht pfändbar. Unter Umständen lässt sich der Miteigentumsanteil pfänden. Dabei handelt es sich aber um eine Pfändung nach § 857 ZPO,⁴⁵ bei der es auf Gewahrsam nicht ankommt.

5. *Alleinbesitz und Mitbesitz (§ 866 BGB)*

Mitbesitz in Abgrenzung zum Alleinbesitz gem. § 866 BGB liegt vor, wenn mehrere gemeinschaftlich eine Sache besitzen. Mittelbarer Mitbesitz ist ebenfalls möglich.⁴⁶

Im Strafrecht wird Mitgewahrsam angenommen, wenn mehrere Personen die tatsächliche Verfügungsgewalt über eine Sache ausüben. Je nach Rangverhältnis sind mehrstufige Gewahrsamsverhältnisse anerkannt.⁴⁷ Voraussetzung bleibt die tatsächliche Sachherrschaft jedes Mitgewahrsamsin-

bers. Hingegen sind mittelbare Mitbesitzer grundsätzlich keine Gewahrsamsinhaber im Sinne des StGB; hier gilt das oben beim mittelbaren Besitz Gesagte.⁴⁸

Auch der Gewahrsamsbegriff der ZPO kennt den Mitgewahrsam, wie schon aus § 809 Alt. 2 ZPO deutlich wird.⁴⁹ Darüber hinaus gilt auch hier das oben zum mittelbaren Besitz Gesagte. Ein mittelbarer Mitbesitzer ist nicht Gewahrsamsinhaber im Sinne der ZPO.⁵⁰

6. *Erbenbesitz (§ 857 BGB)*

Nach § 857 BGB geht der Besitz mit dem Tode des Besitzers auf seine Erben über, auch wenn sie die tatsächliche Sachherrschaft nicht (gleich) ausüben können.

Der Erbenbesitzer ist nicht Gewahrsamsinhaber im Sinne des StGB, da eine gesetzliche Fiktion die tatsächliche Herrschaftszuordnung nicht ersetzen kann.⁵¹ Somit kommt es im Strafrecht zu einem gewahrsamslosen Besitz im Rahmen des Erbfalls, da der Tote ebenfalls nicht mehr Gewahrsamsinhaber ist. Strafbarkeitslücken sind wegen § 246 StGB nicht zu befürchten.

Der Erbenbesitzer hat nach der ZPO ebenfalls keinen Gewahrsam, weil die Besitzfiktion auch hier keine tatsächliche Sachherrschaft begründen kann.⁵² Dies lässt sich ebenso mit dem Sinn und Zweck der Erkennbarkeit für den Gerichtsvollzieher begründen, da Erbschaftsverhältnisse nicht auf den ersten Blick erkennbar sind.

Sowohl im Rahmen der ZPO als auch im Rahmen des StGB ist der Besitzer nicht Gewahrsamsinhaber, soweit der Besitz auf der Fiktion des § 857 BGB beruht.

7. *Besitzdiener (§ 855 BGB)*

Nach § 855 BGB ist Besitzdiener derjenige, der zwar die tatsächliche Sachherrschaft inne hat, sie aber für einen anderen Kraft eines Rechtsverhältnisses ausübt, das den dahinter stehenden Besitzer dazu ermächtigt, Weisungen in Beziehung auf die Sache zu geben. Nach dem bislang Gesagten müsste der Besitzdiener dennoch Gewahrsamsinhaber sein, da das die Besitzdienerschaft begründende Rechtsverhältnis gerade nicht unmittelbar erkennbar ist, weil es rechtlicher und nicht tatsächlicher Natur ist.

Der Besitzdiener kann Gewahrsamsinhaber im Sinne des StGB sein, weil er die tatsächliche Sachherrschaft ausübt. Er kann aber auch nur Gewahrsamsgehilfe oder Gewahrsamshüter sein bzw. gar keinen Gewahrsam haben, wenn er aufgrund seiner sozial abhängigen Stellung zu seinem Auftrag- und Arbeitgeber nach der Verkehrsauffassung und auch nach außen erkennbar nur für diesen die Sachherrschaft ausübt. Derjenige, dem dann die Sachherrschaft zugerechnet wird,

⁴³ Berger, in: Jauernig (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 14. Aufl. 2011, § 872 BGB Rn. 1.

⁴⁴ Becker, in: Musielak (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, 8. Aufl. 2011, § 808 Rn. 4.

⁴⁵ Gruber, in: Rauscher/Wax/Wenzel (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. 2, 3. Aufl. 2007, § 808 Rn. 4.

⁴⁶ Joost (Fn. 34), § 866 Rn. 7.

⁴⁷ Wessels/Hillenkamp (Fn. 30), Rn. 84.

⁴⁸ Siehe soeben IV. 2.

⁴⁹ Gaul/Schilken/Becker-Eberhard (Fn. 25), § 51 Rn. 4.

⁵⁰ Siehe soeben IV. 2.

⁵¹ RGSt 34, 252 (254); Wessels/Hillenkamp (Fn. 30), Rn. 94.

⁵² Brox/Walker (Fn. 35), Rn. 236.

kann räumlich so von der Sache getrennt sein,⁵³ dass ihm die jederzeitige Ausübung des Herrschaftsrechts faktisch nicht möglich ist. Dies lässt sich aber auch mit dem Herrschaftswillen begründen, da der Besitzdiener ja gerade mangels Besitzwillens nicht selbst Besitzer ist. Da an den strafrechtlichen (Gewahrsams-)Willen indes keine zu großen Anforderungen gestellt werden, ist eine solche differenzierte Betrachtung auf der Willensebene nicht möglich.

Der Besitzdiener hat keinen Gewahrsam im Sinne der ZPO. Die Sachen stehen vielmehr im Gewahrsam desjenigen, für den die tatsächliche Sachherrschaft ausgeübt wird,⁵⁴ unabhängig von einer eventuellen räumlichen Trennung.⁵⁵ Dies lässt sich nur damit begründen, dass das Auftrags- bzw. Arbeitsverhältnis, das die Besitzdienerstellung begründet, für den Gerichtsvollzieher in der Regel erkennbar ist. Insgesamt erscheint der fehlende Gewahrsam des Besitzdieners aber vom Ergebnis her begründet: Wäre der Besitzdiener Gewahrsamsinhaber würde zum einen die Vollstreckung in das Vermögen von Unternehmen schwierig, da sich ein Teil der Vermögenswerte (z.B. Werkzeuge) im Gewahrsam der Arbeitnehmer befänden. Andererseits liefen die Inhaber von Unternehmen ständig Gefahr, dass das Arbeitsmaterial, das ihnen gehört, gepfändet wird, nur weil ihre Arbeitnehmer es mit sich führen.

8. Organbesitz

Juristische Personen (GmbH, AG etc.) üben ihren Besitz durch ihre zur Geschäftsführung berufenen Organe aus.⁵⁶ Übt also die zur Geschäftsführung berufene Person die tatsächliche Sachherrschaft innerhalb ihres Aufgabenbereichs aus, wird diese Sachherrschaft der juristischen Person zugerechnet.⁵⁷ Dies bezeichnet man als Organbesitz. Es gilt auch für die Personengesellschaften, soweit sie rechtsfähig sind (also insb. für OHG und KG, § 124 HGB, nunmehr auch für die Außen-GbR⁵⁸).

Aus der Bezugnahme auf den Gewahrsamswillen folgt, dass juristische Personen keinen Gewahrsam im Sinne des StGB haben können. Gewahrsamsträger können hier nur die Organe sein.⁶⁰ Eine Zurechnung zu den juristischen Personen findet im Strafrecht nicht statt. Die juristischen Personen werden also nicht Gewahrsamsinhaber im Sinne des § 242 StGB.

Anders in der ZPO: Juristische Personen selbst sind im Rahmen der Zwangsvollstreckung Gewahrsamsinhaber; ihnen

wird der Gewahrsam ihrer Organe zugerechnet.⁶¹ Das Gleiche gilt auch für die OHG und KG. Die Zurechnung des Gewahrsams der Geschäftsführer zur GbR sollte anerkannt werden.⁶² Der Außen-GbR wird die Rechts- und Besitzfähigkeit zuerkannt. Es können Titel gegen sie ergehen. Verneinte man die Zurechnung des Gewahrsams der Organe, würde eine Vollstreckung in das bewegliche Eigentum der GbR unnötig erschwert.

VII. Vergleich

Im Ergebnis ist festzustellen, dass immer, wenn unmittelbarer Besitz besteht, auch Gewahrsam zu bejahen ist. Festzustellen ist aber auch, dass Gewahrsam im StGB nicht gleichbedeutend mit Gewahrsam in der ZPO ist, wie das Beispiel des Organbesitzes zeigt. Dahinter steht der Telos der jeweiligen Regelung. Während es der ZPO um den Schutz des Eigentümers vor der Pfändung geht, andererseits aber auch die Pfändung nicht übermäßig erschwert werden soll, besteht dieses widerstreitende Interesse im StGB nicht. Dort ist der Wegnehmende derjenige, der die Rechtsordnung missachtet. Zudem darf sich der strafrechtliche Schutz nicht auf den Eigentümer beschränken, denn es haben auch sonstige die Sachherrschaft Ausübende ein (berechtigtes) Interesse an dieser.

Das Gesetz gibt keine Antwort auf die Frage, ob Gewahrsam auch an Immobilien möglich ist. In der ZPO kommt es auf den Gewahrsam wegen des Grundbuchs nicht an: Hier kann das Eigentum nachgewiesen werden. § 242 StGB schützt nur das Eigentum an beweglichen Sachen. Auch dahinter steht zuletzt die Überlegung, dass der Eigentümer eine dauerhafte Störung seines Eigentums an Immobilien zivilrechtlich leicht beseitigen kann: wer das Eigentum an Immobilien dauerhaft stört, lässt sich – anders als unter Umständen bei Mobilien – leicht feststellen. Für die (kurzfristige) Störung besteht zudem die Strafbarkeit wegen Hausfriedensbruch (§ 123 StGB).

Zwar besteht historisch die Anknüpfung an die Begrifflichkeit des ALR, aber diese ist, wie das Beispiel des „Organ-gewahrsams“ in der ZPO zeigt, längst in den Hintergrund getreten. Im StGB war schon zu Beginn des zwanzigsten Jahrhunderts anerkannt, dass kein Gleichlauf besteht.⁶³

Die nachfolgende Übersicht stellt die gefundenen Ergebnisse zusammenfassend dar:

⁵³ Schmitz, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 2003, § 242 Rn. 70; Wessels/Hillenkamp (Fn. 30), Rn. 94.

⁵⁴ Baur/Stürner/Bruns (Fn. 41), Rn. 28.5; Brox/Walker (Fn. 35), Rn. 236; Bund (Fn. 9), Vorbem. zu § 854 ff. Rn. 59.

⁵⁵ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann (Fn. 37), § 808 Rn. 10.

⁵⁶ Joost (Fn. 34), § 854 Rn. 17.

⁵⁷ Joost (Fn. 34), § 854 Rn. 17.

⁵⁸ Joost (Fn. 34), § 854 Rn. 24.

⁵⁹ Bassenge, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 71. Aufl. 2012, § 854 Rn. 12.

⁶⁰ Wessels/Hillenkamp (Fn. 30), Rn. 88.

⁶¹ Brox/Walker (Fn. 35), Rn. 242.

⁶² Gaul/Schilken/Becker-Eberhard (Fn. 25), § 51 Rn. 9.

⁶³ Dazu bereits oben unter III.

Besitzformen nach dem BGB	Gewahrsam i.S.d. § 242 StGB	Gewahrsam nach der ZPO
Unmittelbarer Besitz	Gewahrsam	Gewahrsam
Mittelbarer Besitz	Kein Gewahrsam	Kein Gewahrsam
Eigen- und Fremdbesitz	Für die Frage des Gewahrsams nicht relevant	Für die Frage des Gewahrsams nicht relevant
Voll- und Teilbesitz	Für die Frage des Gewahrsams nicht relevant	Für die Frage des Gewahrsams nicht relevant
Allein- und Mitbesitz	Für die Frage des Gewahrsams nicht relevant	Für die Frage des Gewahrsams nicht relevant
Erbenbesitz	Kein Gewahrsam	Kein Gewahrsam
Besitzdiener	Kann Gewahrsamsinhaber sein	Kein Gewahrsam
Organbesitz	Kein Gewahrsam der juristischen Person und Personengesellschaft	Gewahrsam der juristischen Person und Personengesellschaft (nach hier vertretener Auffassung auch der GbR)