



Ab dem 1. Semester
bis zum Examen



Skript
Grundfall
Klausurfall

STRAFRECHT BT I

Vermögensdelikte, z.B.:
Diebstahl/Betrug/Unterschlagung
Raubdelikte
§§ 239a, 239b, 316a
Computerbetrug und § 266b
Hehlerei/Begünstigung
Sachbeschädigungsdelikte

RA Uwe Schumacher
Dr. Dirk Schweinberger
6. Auflage, Oktober 2020

2 in 1:
Skript &
Fallbuch
in einem

Herr **Rechtsanwalt Uwe Schumacher** ist seit über 20 Jahren als Dozent des bundesweiten Repetitoriums **JURA INTENSIV** tätig. Er wirkt als Redakteur der Ausbildungszeitschrift RA – Rechtsprechungs-Auswertung und ist Rechtsanwalt in Münster.

Herr **Dr. Dirk Schweinberger** ist Assessor und Franchisenehmer des Repetitoriums **JURA INTENSIV** in Frankfurt, Gießen, Heidelberg, Mainz und Marburg. Er wirkt seit über 19 Jahren als Dozent des Repetitoriums und ist Redakteur der Ausbildungszeitschrift RA – Rechtsprechungs-Auswertung. In den Skriptenreihen von **JURA INTENSIV** ist er Autor bzw. Co-Autor der Skripte: Strafrecht AT I und II, Strafrecht BT I und II, Irrtumslehre, Arbeitsrecht, Crashkurs Strafrecht, Crashkurs Strafrecht Bayern, Crashkurs Sammelausgabe Handels- & Gesellschaftsrecht, Crashkurs Arbeitsrecht, Crashkurs Asses Strafurteil, Kompakt Strafrecht, Basis-Fälle Handelsrecht, Basis-Fälle Strafrecht AT, Basis-Fälle Strafrecht BT I und II.

Autoren

RA Uwe Schumacher
Dr. Dirk Schweinberger

Verlag und Vertrieb

Jura Intensiv Verlags UG (haftungsbeschränkt) & Co. KG
Eschersheimer Landstr. 60 - 62
60322 Frankfurt am Main
info@verlag.jura-intensiv.de
www.verlag.jura-intensiv.de

Konzept und Gestaltung

Stefanie Körner

Druck und Bindung

Druckerei Busch GmbH, Raiffeisenring 31, 46395 Bocholt
ISBN 978-3-96712-024-0

Dieses Skript oder Teile dieses Skriptes dürfen nicht vervielfältigt, in Datenbanken gespeichert oder in irgendeiner Form übertragen werden ohne die schriftliche Genehmigung des Verlages.

© Oktober 2020, Jura Intensiv Verlags UG & Co. KG

VORWORT

Dieses Skript enthält eine systematische Darstellung des **Besonderen Teils des StGB**. Der vorliegende erste Band beinhaltet die Vermögensdelikte. Hierbei werden insbesondere Vermögensverschiebungsdelikte dargestellt, und zwar sowohl diejenigen ohne Nötigungskomponente (Diebstahl, Betrug, Unterschlagung, Untreue usw.) als auch diejenigen mit einer Nötigungskomponente (Raub, räuberische Erpressung, räuberischer Diebstahl usw.). Weiter werden Vermögensentziehungsdelikte (Sachbeschädigung, Zerstörung von Bauwerken usw.) und die sog. „Anschlussstraftaten“ (Hehlerei, Begünstigung, Geldwäsche) besprochen. Die Darstellung orientiert sich an den Bedürfnissen von Studierenden. Das Skript wendet sich an Anfänger zur Vorbereitung auf universitäre Klausuren und Examenskandidaten gleichermaßen, indem es zunächst die Grundstrukturen erklärt, um sodann das examensnotwendige Detailwissen zu vermitteln. Didaktisches Ziel dieses Skripts ist es, Klausurwissen und Klausurtechnik zu vermitteln.

Zu diesem Zweck ist das Skript in vier Schritte unterteilt:

1. Schritt: Kurze Einführung zu jedem Thema

2. Schritt: Prüfungsschema

Allen Themengebieten sind Aufbauschemata vorangestellt, welche die Gliederung einer entsprechenden Klausur veranschaulichen. Die inhaltlichen Ausführungen orientieren sich am Prüfungsschema, damit stets deutlich ist, welches Problem an welcher Stelle im Gutachten zu behandeln ist.

3. Schritt: Details zu jedem Thema

Systematisch werden die klausurrelevanten Probleme und die gängigen Meinungsstreitigkeiten dargestellt.

4. Schritt: Hinweise zur gutachterlichen Falllösung

Alle Fälle sind im Gutachtenstil gelöst. Immer wieder werden Merksätze gebildet, Formulierungsbeispiele gegeben und Klausurhinweise zur Gutachtentechnik erteilt. Marginalien am Rande weisen auf Alternativen hin, ohne den Lesefluss zu stören.

Die Ausführungen sind mit stets anschaulichen Beispielen versehen. Definitionen und Merksätze sind besonders hervorgehoben. Über 1.300 Fußnoten geben vertiefende Hinweise auf aktuelle Rechtsprechung und Literatur.

Für Anregungen, Verbesserungsvorschläge und Kritik sind wir besonders dankbar. Sie erreichen uns im Internet unter **www.verlag.jura-intensiv.de** und per E-Mail über **info@verlag.jura-intensiv.de**.

INHALT

EINLEITUNG	1
DIEBSTAHL, §§ 242 – 244a, 247, 248a StGB	3
1. Teil – Das Grunddelikt, §§ 242, 247, 248a StGB	3
A. Einleitung	3
B. Prüfungsschema: Diebstahl	4
C. GRUNDFALL: „Bargeld lacht“	5
D. Systematik und Vertiefung	7
I. Der Grundtatbestand, § 242 I StGB	7
II. Der Diebstahl in einem besonders schweren Fall, § 243 StGB	38
III. Die Antragsanfordernisse, §§ 247, 248a StGB	54
2. Teil – Die Qualifikationstatbestände, § 244 StGB	55
A. Einleitung	55
B. Prüfungsschema: Qualifizierter Diebstahl	55
C. Systematik und Vertiefung	56
I. Diebstahl mit Waffen, § 244 I Nr. 1 StGB	56
II. Bandendiebstahl, § 244 I Nr. 2 StGB	60
III. Wohnungseinbruchsdiebstahl, § 244 I Nr. 3, IV StGB	65
D. KLAUSURFALL: „Scharfe Sachen“	66
3. Teil – Der Schwere Bandendiebstahl, § 244a I StGB	71
A. Einleitung	71
B. Prüfungsschema: Schwere Bandendiebstahl	71
C. Systematik und Vertiefung	71
UNTERSCHLAGUNG, § 246 StGB	73
A. Einleitung	73
B. Prüfungsschema: Unterschlagung	73
C. Systematik und Vertiefung	74
I. Der Grundtatbestand, § 246 I StGB	74
II. Der Qualifikationstatbestand, § 246 II StGB	81
III. Die Subsidiaritätsklausel, § 246 I StGB a.E.	83
BETRUG, § 263 StGB	85
A. Einleitung	85
B. Prüfungsschema: Betrug	85

C. GRUNDFALL: „Augen auf beim Autokauf“	86
D. Systematik und Vertiefung	88
I. Der Tatbestand des Betruges, § 263 I StGB	88
II. Der Betrug in einem besonders schweren Fall, § 263 III StGB	147
III. Der gewerbsmäßige Bandenbetrug, § 263 V StGB	151
E. KLAUSURFALL: „Der Geldsegen“	151

ERPRESSUNG, § 253 I StGB **155**

A. Einleitung	155
B. Prüfungsschema: Erpressung	155
C. GRUNDFALL: „Schneewittchen in Gefahr“	156
D. Systematik und Vertiefung	159
I. Der Tatbestand, § 253 I StGB	159
II. Die Verwerflichkeit, § 253 II StGB	169
III. Die Erpressung in einem besonders schweren Fall, § 253 IV StGB	171
E. KLAUSURFALL: „Nackte Tatsachen“	171

RÄUBERISCHE ERPRESSUNG, §§ 253 I, 255 StGB **178**

A. Einleitung	178
B. Prüfungsschema: Räuberische Erpressung	178
C. Systematik und Vertiefung	179
I. Qualifiziertes Nötigungsmittel	179
II. Weitere Tatbestandsmerkmale	182
D. KLAUSURFALL: „PIN-Pong“	182

RAUB, § 249 I StGB **188**

A. Einleitung	188
B. Prüfungsschema: Raub	189
C. GRUNDFALL: „K.O. in der ersten Runde“	189
D. Systematik und Vertiefung	192
I. Qualifiziertes Nötigungsmittel	192
II. Fremde bewegliche Sache	195
III. Wegnahme	196
IV. Vorsatz	205
V. Finalzusammenhang	205
VI. Absicht rechtswidriger Zueignung	210
E. KLAUSURFALL: „Es ist unmöglich, von E nicht gefesselt zu sein“	211

RÄUBERISCHER DIEBSTAHL, § 252 StGB	216
A. Einleitung	216
B. Prüfungsschema: Räuberischer Diebstahl	216
C. Systematik und Vertiefung	216
I. Taugliche Vortat	216
II. Auf frischer Tat betroffen	217
III. Qualifiziertes Nötigungsmittel	219
IV. Vorsatz	220
V. Besitzerhaltungsabsicht	220
SCHWERER RAUB, § 250 StGB	225
A. Einleitung	225
B. Prüfungsschema: Schwerer Raub	226
C. Systematik und Vertiefung	227
I. Schwerer Raub, § 250 I StGB	227
II. Besonders schwerer Raub, § 250 II StGB	228
D. KLAUSURFALL: „Es war eine finstere und stürmische Nacht“	232
RAUB MIT TODESFOLGE, § 251 StGB	240
A. Einleitung	240
B. Prüfungsschema: Raub mit Todesfolge	240
C. Systematik und Vertiefung	240
I. Eintritt der schweren Folge: Tod eines anderen Menschen	240
II. Kausalität zwischen Grunddelikt und schwerer Folge	240
III. Unmittelbarkeitszusammenhang	241
IV. Wenigstens Leichtfertigkeit bzgl. der schweren Folge	242
ERPRESSERISCHER MENSCHENRAUB, § 239a StGB	243
A. Einleitung	243
B. Prüfungsschema: Erpresserischer Menschenraub	243
C. Systematik und Vertiefung	244
I. Der Grundtatbestand, § 239a I StGB	244
II. Erpresserischer Menschenraub mit Todesfolge, § 239a III StGB	255
III. Tätige Reue, § 239 IV StGB	256

GEISELNAHME, § 239b I StGB	257
A. Einleitung	257
B. Prüfungsschema: Geiselnahme	257
C. Systematik und Vertiefung	257
RÄUBERISCHER ANGRIFF AUF KRAFTFAHRER, § 316a StGB	259
A. Einleitung	259
B. Prüfungsschema: Räuberischer Angriff auf Kraftfahrer	259
C. Systematik und Vertiefung	259
I. Der Grundtatbestand, § 316a I StGB	259
II. Räuberischer Angriff auf Kraftfahrer mit Todesfolge, § 316a III StGB	266
III. Tätige Reue	266
COMPUTERBETRUG, § 263a StGB	268
A. Einleitung	268
B. Prüfungsschema: Computerbetrug	269
C. Systematik und Vertiefung	269
I. Der Tatbestand, § 263a I StGB	269
II. Besonders schwere Fälle, Qualifikation und Strafanträge, § 263a II StGB	291
D. KLAUSURFALL: „Gute Karten“	291
UNTREUE, § 266 StGB	300
A. Einleitung	300
B. Prüfungsschema: Untreue	301
C. Systematik und Vertiefung	301
I. Der Tatbestand, § 266 I StGB	301
II. Besonders schwere Fälle und Strafanträge, § 266 II StGB	315
MISSBRAUCH VON SCHECK- UND KREDITKARTEN, § 266b StGB	316
A. Einleitung	316
B. Prüfungsschema: Missbrauch von Scheck- und Kreditkarten	317
C. Systematik und Vertiefung	317
I. Der Tatbestand, § 266b I StGB	317
II. Antragserfordernis, § 266b II i.V.m. § 248a StGB	326
D. KLAUSURFALL: Die Tankkarten-Fälle (Gliederungsvorschlag)	326

ERSCHLEICHEN VON LEISTUNGEN, § 265a StGB	330
A. Einleitung	330
B. Prüfungsschema: Erschleichen von Leistungen	330
C. Systematik und Vertiefung	331
I. Der Tatbestand, § 265a I StGB	331
II. Antragserfordernis, § 265a II i.V.m. §§ 247, 248a StGB	336
VERSICHERUNGSMISSBRAUCH, § 265 StGB	337
A. Einleitung	337
B. Prüfungsschema: Versicherungsmissbrauch	338
C. Systematik und Vertiefung	338
I. Taugliches Tatobjekt	338
II. Tathandlung	339
III. Vorsatz	340
IV. Absicht, sich oder einem Dritten Leistungen aus der Versicherung zu verschaffen	340
SACHBESCHÄDIGUNG, § 303 StGB	342
A. Einleitung	342
B. Prüfungsschema: Sachbeschädigung	342
C. Systematik und Vertiefung	342
I. Die Tatbestände, § 303 I, II StGB	342
II. Antragserfordernis, § 303c StGB	347
GEMEINSCHÄDLICHE SACHBESCHÄDIGUNG, § 304 StGB	348
A. Einleitung	348
B. Prüfungsschema: Gemeinschädliche Sachbeschädigung	348
C. Systematik und Vertiefung	348
ZERSTÖRUNG VON BAUWERKEN, § 305 StGB	350
A. Einleitung	350
B. Prüfungsschema: Zerstörung von Bauwerken	350
C. Systematik und Vertiefung	350
I. Taugliches Tatobjekt	350
II. Ganz oder teilweise Zerstören	351
III. Vorsatz	351

ZERSTÖRUNG WICHTIGER ARBEITSMITTEL, § 305a StGB	352
A. Einleitung	352
B. Prüfungsschema: Zerstörung wichtiger Arbeitsmittel	352
C. Systematik und Vertiefung	352
I. Taugliches Tatobjekt	352
II. Ganz oder teilweise Zerstören	353
III. Vorsatz	353
DATENVERÄNDERUNG, § 303a StGB	354
A. Einleitung	354
B. Prüfungsschema: Datenveränderung	354
C. Systematik und Vertiefung	354
I. Der Tatbestand, § 303a I StGB	354
II. Antragserfordernis, § 303c StGB	357
III. Strafbarkeit von Vorbereitungshandlungen, § 303a III StGB	357
HEHLEREI, § 259 StGB	358
A. Einleitung	358
B. Prüfungsschema: Hehlerei	358
C. Systematik und Vertiefung	359
I. Der Grundtatbestand, § 259 I StGB	359
II. Antragserfordernis, § 259 II i.V.m. §§ 247, 248a StGB	372
III. Gewerbsmäßige Hehlerei und Bandenhehlerei, § 260 StGB	372
IV. Gewerbsmäßige Bandenhehlerei, § 260a StGB	373
BEGÜNSTIGUNG, § 257 StGB	374
A. Einleitung	374
B. Prüfungsschema: Begünstigung	374
C. Systematik und Vertiefung	375
I. Der Tatbestand, § 257 I StGB	375
II. Persönlicher Strafausschließungsgrund, § 257 III StGB	377
III. Antragserfordernis, § 257 IV StGB	377

A. Einleitung	378
B. Prüfungsschema: Geldwäsche	379
C. Systematik und Vertiefung	379
I. Die Tatbestände, § 261 I, II StGB	379
II. Persönlicher Strafausschließungsgrund, § 261 IX 2 StGB	386
III. Tätige Reue, § 261 IX 1 StGB	386
IV. Besonders schwerer Fall, § 261 IV StGB	386

Jura Intensiv

EINLEITUNG

Die Straftatbestände, die üblicherweise als „Vermögensdelikte“ bezeichnet werden, haben lediglich den Schutzbereich gemeinsam. Sie alle schützen als **„echte Vermögensdelikte“** (zumindest auch) das Vermögen des Opfers, sei es als Ganzes oder nur in einzelnen Ausprägungen.

1 Echte Vermögensdelikte

Wegen der sehr unterschiedlichen Inhalte und Strukturen von Vermögensdelikten hat der Gesetzgeber darauf verzichtet, diese in einem einheitlichen Abschnitt im StGB zu regeln: Echte Vermögensdelikte finden sich vor allem im 19. bis 22., 24. und 27. Abschnitt des StGB. In den anderen Abschnitten sind auch vereinzelt Delikte geregelt, die den Schutz von Vermögensinteressen bewirken sollen, aber wegen des Sachzusammenhangs zu anderen Nichtvermögensdelikten bei diesen abgehandelt werden.

So schützt der Tatbestand der Verleumdung, § 187 StGB, zumindest auch die Kreditfähigkeit des Verleumdeten, also einen vermögensrechtlichen Aspekt.¹ Trotzdem ist er – wegen seiner Nähe zur Beleidigung und weil er auch den Schutz der Ehre bezweckt – im 14. Abschnitt bei den Beleidigungsdelikten zu finden. Die einfache Brandstiftung, § 306 StGB, schützt als Sonderfall der Sachbeschädigung ebenso wie § 303 StGB das Eigentum und somit das Vermögen.² Trotzdem steht dieser Tatbestand – wie die übrigen Brandstiftungsdelikte – im 28. Abschnitt bei den gemeingefährlichen Straftaten.

Zudem wird der Schutz von Vermögenspositionen bei Delikten, die keine echten Vermögensdelikte sind, teilweise über Qualifikationen miteinbezogen (sog. **„unechte Vermögensdelikte“**).

Unechte Vermögensdelikte

Der Tatbestand der mittelbaren Falschbeurkundung etwa, § 271 StGB, schützt die Richtigkeit und damit die besondere Beweiskraft öffentlicher Urkunden, also grundsätzlich nicht das Vermögen.³ Gem. § 271 III StGB wirkt es jedoch u.a. qualifizierend, wenn der Täter in der Absicht handelt, das Vermögen einer anderen Person zu schädigen.

Vermögensdelikte lassen sich auf verschiedene Weise klassifizieren:

2 Arten von Vermögensdelikten

Zum einen ist es möglich, zwischen solchen Vermögensdelikten zu unterscheiden, die nur das Eigentum (also einen speziellen Teil des Vermögens) schützen, z.B. §§ 242, 246, 249, 303 StGB, und solchen, die das Vermögen als Ganzes (also in all seinen Ausprägungen) schützen, z.B. §§ 253, 263, 266 StGB.

¹ RGSt 44, 258; Fischer, StGB, § 187 Rn 1

² S/S-Heine/Bosch, StGB, § 306 Rn 1; Cantzler, JA 1999, 474, 474

³ RGSt 66, 408; Fischer, StGB, § 271 Rn 2

Eine weitere Differenzierung ist möglich zwischen solchen Vermögensdelikten, die sich in einer reinen Vermögensgefährdung und/oder -entziehung erschöpfen, z.B. §§ 266, 288, 289, 303 StGB und solchen, die eine (zumindest vom Täter beabsichtigte) Verschiebung von Vermögensgegenständen vom Opfer zum Täter oder einem Dritten beinhalten, z.B. §§ 242, 246, 249, 253, 263 StGB.

Auch wäre eine Abgrenzung denkbar zwischen solchen Vermögensdelikten, die eine Nötigungskomponente (also die Anwendung von Gewalt oder Drohungen) beinhalten, z.B. §§ 249, 255 StGB, und solchen Vermögensdelikten, die dies nicht tun, z.B. §§ 242, 263 StGB.

All diese Abgrenzungen erscheinen jedoch – wenn auch sinnvoll und nachvollziehbar – wenig geeignet, um die Inhalte und Unterschiede der verschiedenen Vermögensdelikte darzustellen. Deshalb werden im Folgenden diejenigen Vermögensdelikte zusammen dargestellt, die eine inhaltliche Verbundenheit zueinander aufweisen bzw. die aus Sicht eines noch in der Ausbildung befindlichen Juristen in Aufgaben in Studium und Referendariat meist zusammen zu diskutieren sind.

Jura Intensiv

DIEBSTAHL, §§ 242 – 244a, 247, 248a StGB

1. Teil – Das Grunddelikt, §§ 242, 247, 248a StGB

A. Einleitung

Diebstahl, § 242 StGB, ist eines der ganz klassischen Vermögensdelikte. Nicht nur der Grundtatbestand des § 242 I StGB enthält zahlreiche potenzielle Problemkreise, die in entsprechenden Fällen zu diskutieren sind, auch die Regelbeispiele, § 243 I 2 StGB, und Qualifikationen des Diebstahls, § 244, 244a StGB, beinhalten genug Aufhänger für Fälle in Übungen und Examensaufgaben.

3 Diebstahl,
§ 242 I StGB

Geschütztes Rechtsgut des Diebstahlstatbestandes ist auf jeden Fall das Eigentum.⁴ Darüber hinaus sieht die wohl herrschende Meinung auch den Gewahrsam als selbstständig geschütztes Rechtsgut des § 242 StGB an⁵, während die Gegenauffassung nur das Eigentum als geschütztes Rechtsgut ansieht.⁶

4 Geschütztes
Rechtsgut

Für die h.M. spricht insofern, dass sich der im Vergleich zur Unterschlagung, § 246 I StGB, höhere Strafraum des Diebstahls nur dann erklärt, wenn § 242 I StGB – anders als § 246 I StGB – auch noch weitere Rechtsgüter als nur das Eigentum schützt. Konsequenzen hat dieser Streit allerdings nur bzgl. der Frage, wer als „Verletzter“ i.S.v. § 77 I StGB zur Stellung des Strafantrags befugt ist, sofern die Strafverfolgung eines solchen bedarf, §§ 247, 248a StGB.

Bemerkenswert am Tatbestand des Diebstahls ist, dass dieser zu seiner Vollendung nur bzgl. des Rechtsguts „Gewahrsam“ eines Erfolgs, also einer tatsächlichen Rechtsverletzung bedarf, die durch die Wegnahme bewirkt wird. Ein echter (Verletzungs-) Erfolg bzgl. des Eigentums ist jedoch für einen vollendeten Diebstahl nicht erforderlich. Ein solcher könnte allenfalls in einer Zueignung des Täters bestehen; diese wird jedoch vom Tatbestand des § 242 StGB nicht vorausgesetzt, sondern ist (als Zueignungsabsicht) in den subjektiven Tatbestand verlagert. Bei § 242 StGB handelt es sich somit um ein sog. „**erfolgskupiertes Delikt**“, also um ein Delikt, bei dem der Erfolg – die Zueignung – „abgeschnitten“ ist, d.h. nicht mehr zum objektiven Tatbestand gehört (auch: Delikt mit überschießender Innentendenz).⁷

5 Erfolgskupiertes
Delikt

4 BGH, NJW 1957, 1933, 1934; Fischer, StGB, § 242 Rn 2

5 BGH, NJW 1957, 1933, 1934; OLG Hamm, NJW 1964, 1427, 1428; Rengier, BT I, § 2 Rn 1

6 Fischer, StGB, § 242 Rn 2; S/S-Bosch, StGB, § 242 Rn 1/2

7 Fischer, StGB, § 242 Rn 2; S/S-Bosch, StGB, § 242 Rn 46

B. Prüfungsschema: Diebstahl

PRÜFUNGSSCHEMA

6

I. Tatbestand

1. Fremde bewegliche Sache
2. Wegnahme
 - a) Bestehen fremden Gewahrsams
 - b) Begründung neuen Gewahrsams
 - c) Gewahrsamsbruch
3. Vorsatz bzgl. 1. und 2.
4. Absicht rechtswidriger Zueignung
 - a) Zueignungsabsicht
 - aa) Aneignungsabsicht
 - bb) Enteignungswille
 - b) Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung
 - c) Vorsatz bzgl. b)

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

III. Besonders schwerer Fall, § 243 StGB

IV. Antragsfordernis, §§ 247, 248a StGB

KLAUSURHINWEIS

Bei Delikten, die – wie die meisten Vermögensdelikte – eine komplizierte Struktur aufweisen, empfiehlt es sich, auf die Gliederungspunkte „objektiver Tatbestand“ und „subjektiver Tatbestand“ aus zwei Gründen zu verzichten. Erstens findet unter diesen Punkten keine eigene gutachterliche Prüfung statt. Subsumiert wird lediglich unter die jeweiligen Tatbestandsmerkmale. Diese erhalten allerdings eigene Gliederungspunkte, sodass es nur den Aufbau unnötig verkompliziert und eine überflüssige und zeitraubende Schreibarbeit darstellt, wenn man noch Zwischengliederungsebenen wie „objektiver Tatbestand“ und „subjektiver Tatbestand“ in die Gliederung aufnimmt. Zweitens lässt sich bei vielen Tatbeständen eine saubere Trennung in objektiven und subjektiven Tatbestand im Gutachten nicht vornehmen. So gibt es „objektive“ Tatbestandsmerkmale wie z.B. die Täuschung bei § 263 StGB oder die Heimtücke bei § 211 StGB, die starke subjektive Komponenten enthalten. Auch kann ein Tatbestandsmerkmal wie die Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung bei §§ 242 I; 249 I StGB sinnvoller Weise erst nach dem Vorliegen einer Zueignungsabsicht (also im „subjektiven“ Tatbestand) geprüft werden, obwohl es sich dabei eindeutig um ein objektives Tatbestandsmerkmal handelt. Selbstverständlich stellt es jedoch keinen Fehler dar, wenn die Gliederungsebenen „objektiver Tatbestand“ und „subjektiver Tatbestand“ noch im Gutachten erscheinen.

C. Grundfall: „Bargeld lacht“

Als A durch die Fußgängerzone geht, bemerkt er, dass bei dem vor ihm gehenden B die Ecke eines 100-€-Scheines aus der hinteren Hosentasche herausragt. Da A gerade pleite ist, käme ihm eine Finanzspritze ganz gelegen. Deshalb zieht er, als B an einer Fußgängerampel anhalten muss, diesem vorsichtig den Geldschein aus der Tasche, um ihn zu behalten, und läuft damit weg.

Hat A sich wegen Diebstahls, § 242 I StGB, strafbar gemacht?

A könnte sich dadurch, dass er dem B den Geldschein aus der Hosentasche zog, gem. § 242 I StGB wegen Diebstahls strafbar gemacht haben.

I. TATBESTAND

A müsste zunächst den Tatbestand des § 242 I StGB verwirklicht haben.

1. Fremde bewegliche Sache

Bei dem Geldschein müsste es sich um eine für A fremde bewegliche Sache handeln. Sache i.S.v. § 242 I StGB ist jeder körperliche Gegenstand. Beweglich ist eine Sache dann, wenn sie tatsächlich fortgeschafft werden kann.

Diese Voraussetzungen sind bei dem Geldschein gegeben.

Fremd ist eine Sache dann, wenn sie zumindest auch im Eigentum einer anderen Person als der des Täters steht.

Der Geldschein stand im Eigentum des B und war somit für A fremd.

Der Geldschein stellt also ein taugliches Tatobjekt für einen Diebstahl dar.

2. Wegnahme

A müsste den Geldschein weggenommen haben.

Wegnahme ist der Bruch fremden und die Begründung neuen, nicht notwendig tätereigenen, Gewahrsams.

a) Fremder Gewahrsam

Es müsste also zunächst fremder Gewahrsam an dem Geldschein bestanden haben. Hier könnte ursprünglich B Gewahrsam an dem Schein gehabt haben.

Gewahrsam ist die tatsächliche Sachherrschaft, getragen von einem Herrschaftswillen, wobei das Vorliegen dieser Elemente nach der Verkehrsanschauung zu beurteilen ist.

Solange B den Geldschein in seiner Hose bei sich trug, besaß er die Sachherrschaft über diesen. Da er auch einen entsprechenden Herrschaftswillen hatte, bestand ursprünglich Gewahrsam des B an dem Geldschein, also aus Sicht des A fremder Gewahrsam.

b) Begründung neuen Gewahrsams

A müsste neuen Gewahrsam an dem Geldschein begründet haben.

Der Täter hat dann neuen Gewahrsam begründet, wenn er oder ein Dritter die tatsächliche Sachherrschaft so erlangt hat, dass er sie ohne Behinderung durch den

SACHVERHALT

7

LÖSUNG

bisherigen Gewahrsamsinhaber ausüben kann und dieser seinerseits ohne Beseitigung der Sachherrschaft des Täters nicht mehr über die Sache verfügen kann.

Spätestens in dem Moment, in dem A sich mit dem Geldschein entfernte, lagen diese Voraussetzungen vor, sodass A auch neuen Gewahrsam begründet hat.

c) Gewahrsamsbruch

Die von A bewirkte Gewahrsamsverschiebung (s.o.) müsste auch einen Gewahrsamsbruch darstellen.

Ein Gewahrsamsbruch i.S.v. § 242 I StGB ist dann gegeben, wenn der die Gewahrsamsverschiebung ohne oder gegen den Willen des bisherigen Gewahrsamsinhabers erfolgt.

Ein Einverständnis des B bzgl. der Mitnahme des Geldes durch A ist nicht ersichtlich; A hat also fremden Gewahrsam gebrochen.

Eine Wegnahme ist gegeben.

3. Vorsatz

A handelte auch vorsätzlich.

4. Absicht rechtswidriger Zueignung

A müsste schließlich in der Absicht gehandelt haben, den Geldschein sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen.

a) Zueignungsabsicht

A müsste mit Zueignungsabsicht gehandelt haben. Zueignungsabsicht besteht aus einer Aneignungs- und einer Enteignungskomponente.

aa) Aneignungsabsicht

A müsste mit Aneignungsabsicht gehandelt haben.

Aneignungsabsicht ist die Absicht, die Sache selbst oder den darin verkörperten Sachwert zumindest vorübergehend dem eigenen Vermögen oder dem eines Dritten einzuverleiben.

A wollte den Geldschein behalten und zu eigenen Zwecken ausgeben, ihn also seinem Vermögen einverleiben.

bb) Enteignungswille

A müsste auch Enteignungswillen besessen haben.

Mit Enteignungswillen handelt der Täter dann, wenn er den Eigentümer dauerhaft aus seiner Position verdrängen, d.h. ihm die Sache selbst oder den darin verkörperten Sachwert auf Dauer entziehen will.

A hatte nicht vor, den Geldschein dem B zurückzugeben, sodass er auch mit Enteignungswillen handelte.

A hat also mit Zueignungsabsicht gehandelt.

b) Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung

Die von A beabsichtigte Zueignung (s.o.) müsste auch rechtswidrig sein.

Rechtswidrig ist eine (vom Täter beabsichtigte) Zueignung dann, wenn dieser keinen fälligen und durchsetzbaren Anspruch auf Übereignung der weggenommenen Sache und kein Aneignungsrecht an dieser hat.

A hatte keinen Anspruch auf Übereignung des Geldscheins, sodass die von A beabsichtigte Zueignung auch rechtswidrig war.

c) Vorsatz bzgl. Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung

Da es sich bei der Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung i.R.v. § 242 I StGB um ein objektives Tatbestandsmerkmal handelt, ist insofern Vorsatz erforderlich. A müsste also auch gewusst haben, dass die von ihm beabsichtigte Zueignung rechtswidrig war.

A wusste, dass er keinen Anspruch auf die Übereignung des Geldscheins hatte, sodass auch diese Voraussetzung gegeben ist.

II. RECHTSWIDRIGKEIT UND SCHULD

A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

III. ERGEBNIS

A hat sich gem. § 242 I StGB strafbar gemacht.

FALLENDE

D. Systematik und Vertiefung**I. DER GRUNDTATBESTAND, § 242 I StGB****1. Fremde bewegliche Sache**

Tatobjekt des Diebstahls ist eine fremde bewegliche Sache.

8 Tatobjekt

a) Sache**DEFINITION**

Sache im Sinne von § 242 I StGB ist jeder körperliche Gegenstand.⁸

9 Sache

Der strafrechtliche Sachbegriff, der neben § 242 StGB auch in zahlreichen anderen Tatbeständen eine Rolle spielt, z.B. in §§ 303, 315b, 315c StGB, entspricht also grundsätzlich demjenigen des Zivilrechts, vgl. § 90 BGB.⁹ Allerdings gibt es auch Unterschiede: Tiere werden zivilrechtlich gem. § 90a BGB zwar wie Sachen behandelt, sind aber keine. Im Strafrecht haben jedoch auch Tiere Sachqualität.¹⁰ Dies ergibt sich auch unmittelbar aus dem StGB, enthalten doch z.B. die §§ 324a, 325 StGB die Formulierung „Tiere [...] oder andere Sachen“.

10 Parallelen und Unterschiede zum Zivilrecht

8 S/S-Bosch, StGB, § 242 Rn 9; Wessels/Hillenkamp/Schuh, BT II, Rn 74

9 Joecks/Jäger, StGB, Vor § 242 Rn 8; S/S-Bosch, StGB, § 242 Rn 9

10 BayObLG, NJW 1993, 2760, 2761; Fischer, StGB, § 242 Rn 3; Graul, JuS 2000, 215, 219; zur Rechtfertigung dieser Divergenz von Zivil- und Strafrecht vgl. Rengier, BT I, § 2 Rn 7

Körperlichkeit
des Gegenstands

11

MERKSATZ

Die Voraussetzung der Körperlichkeit des Gegenstandes bedeutet, dass der Gegenstand eine Begrenzung aufweist, ein selbstständiges individuelles Dasein führt und so aus seiner Umwelt hervortritt.¹¹ Der Aggregatzustand der Sache (fest, flüssig, gasförmig) spielt hierbei keine Rolle.¹² Auch der Wert der Sache ist irrelevant.¹³

Strom und Daten

Mangels Körperlichkeit stellen elektrische Energie, vgl. § 248c StGB, elektronische Daten, vgl. §§ 202a, 303a StGB und Forderungen keine Sachen dar; Sachqualität ist hingegen gegeben bei den Gegenständen, in denen Energie und Daten gespeichert (z.B. Batterien, DVDs) oder Forderungen verkörpert werden (z.B. Schuldurkunden). Mangels Abgrenzbarkeit stellen etwa atmosphärische Luft, Meerwasser oder gefallener Schnee keine Sachen i.S.v. § 242 I StGB dar.¹⁴ Der lebende Mensch ist ein mit Rechten (insbesondere Menschenwürde, vgl. Art. 1 GG) ausgestattetes Rechtssubjekt und deshalb keine Sache.¹⁵

Sachqualität von
Leichen

12 Fraglich ist allerdings die Sachqualität des menschlichen Leichnams.

Nach einer Auffassung¹⁶ ist dies abzulehnen, denn ein menschlicher Leichnam beinhalte auch nach dem Tod immer noch „Rückstände von Persönlichkeitsrechten“, was sich z.B. in Straftatbeständen wie § 168 StGB zeige und könne deshalb nicht als „Sache“ bezeichnet werden.

Die herrschende Ansicht hingegen sieht auch Leichen als Sachen i.S.v. §§ 242, 303 StGB usw. an.¹⁷ Die Aberkennung der Verkehrsfähigkeit (also keine Fremdheit) dürfe nicht auf die Sacheigenschaft übertragen werden. Dem ist zu folgen, weil es sich beim Leichnam um ein körperliches Gebilde handelt und der Gegenstandsbegriff relativ wertungsneutral ist.

Unstreitig werden solche Leichen als Sachen i.S.v. § 242 I StGB angesehen, die infolge Zeitablaufs keine schutzwürdigen Persönlichkeitsrechte mehr besitzen (z.B. Mumien („Ötzi“), Moorleichen oder Skelette) oder vom Berechtigten der Anatomie überlassen wurden.¹⁸

Sachqualität von
Implantaten

13 Ein ähnliches Problem stellt die Sachqualität von Implantaten (künstliche Hüftgelenke, Herzschrittmacher, Zahnprothesen usw.) dar. Die ganz h.M. geht davon aus, dass diese Gegenstände mit dem Verpflanzen in den menschlichen Körper keine Sachen mehr darstellen.¹⁹ Dies gilt jedoch nur, solange sie auch Bestandteil des (lebenden) Körpers sind. Nach dem Tode des Trägers oder nach ihrer Entfernung aus seinem Körper werden Implantate jedoch – ebenso wie natürliche Körperbestandteile, die (z.B. durch eine Organspende) vom Körper getrennt werden – wieder zu Sachen i.S.v. § 242 I StGB.²⁰

11 Wessels/Hillenkamp/Schuhr, BT II, Rn 18

12 RGSt 44, 335, 335; Wessels/Hillenkamp/Schuhr, BT II, Rn 75

13 OLG Köln, NJW 1988, 1102, 1103; Fischer, StGB, § 242 Rn 3a; Wessels/Hillenkamp/Schuhr, BT II, Rn 19

14 Rengier, BT I § 24 Rn 5; Wessels/Hillenkamp/Schuhr, BT II, Rn 18; a.A. (Sachqualität gegeben, aber keine Fremdheit) S/S-Bosch, StGB, § 242 Rn 9, 19

15 S/S-Bosch, StGB, § 242 Rn 10

16 OLG München, NJW 1976, 1805, 1806; S/S/W-Hilgendorf, § 169 Rn 9

17 OLG Bamberg, NJW 2008, 1543, 1547; OLG Hamburg, NJW 2012, 1601, 1603; OLG Nürnberg, NJW 2010, 2071, 2071;

Joecks/Jäger, StGB, Vor § 242 Rn 11; Krey/Hellmann/Heinrich, BT II, Rn 7

18 Joecks/Jäger, StGB, Vor § 242 Rn 11

19 LG Mainz, MedR 1984, 199, 200; Otto, JURA 1989, 138, 139; differenzierend: S/S-Bosch, StGB, § 242 Rn 10

20 BGH, NJW 1994, 127, 128; S/S-Bosch, StGB, § 242 Rn 10

b) Beweglichkeit der Sache

DEFINITION

Beweglich ist eine Sache, wenn sie tatsächlich fortbewegt werden kann.²¹

14 Bewegliche Sache

Maßgeblich für die Beweglichkeit einer Sache ist somit nur, dass der Täter tatsächlich die Möglichkeit hat, diese fortzubewegen.

KLAUSURHINWEIS

Die Beweglichkeit der Sache ist in Klausuraufgaben praktisch immer unproblematisch, da der Täter ohne diese Möglichkeit die Tathandlung (Wegnahme, s.u.) gar nicht vornehmen könnte.

Für die Beweglichkeit ist es ausreichend, wenn die Sache erst durch die Tathandlung beweglich gemacht wird.²² **15**

BEISPIEL 1 (nach LG Karlsruhe, NStZ 1993, 543): Der Hirte H schickt seine Schafe auf die Weide des Nachbarn, damit sie dort das Gras abfressen.

BEISPIEL 2: Mit einer „Flex®“ schneidet F den Briefkasten seines Nachbarn los, den dieser an seinen Gartenzaun geschweißt hatte.

Die zivilrechtliche Einordnung der Sache als beweglich oder unbeweglich ist für ihre Eigenschaft als „bewegliche Sache“ i.S.v. § 242 I StGB also irrelevant.²³

c) Fremdheit der Sache

DEFINITION

Fremd ist eine Sache, wenn sie zumindest auch im Eigentum einer anderen Person steht.²⁴

16 Fremde Sache

Die Art des Eigentums, das der Andere hat, spielt keine Rolle: Fremd ist die Sache auch dann, wenn der Andere lediglich Gesamthands- oder Miteigentümer der Sache ist (auch dann, wenn der Täter selbst auch Gesamthands- oder Miteigentümer ist).²⁵

MERKSATZ

Eine Sache ist lediglich in folgenden Fällen nicht fremd: Die Sache ist nicht eigentumsfähig, d.h. die Sache kann gar nicht im Eigentum einer Person stehen, die Sache steht im Alleineigentum des Täters oder die Sache ist herrenlos, d.h. niemand hat Eigentum an der Sache.²⁶

21 S/S-Bosch, StGB, § 242 Rn 11, Krey/Hellmann/Heinrich, BT II, Rn 2

22 LG Karlsruhe, NStZ 1993, 543, 543; Fischer, StGB, § 242 Rn 4

23 S/S-Bosch, StGB, § 242 Rn 11; Rengier, BT I, § 2 Rn 8

24 BGH, NStZ-RR 2000, 234, 234; Fischer, StGB, § 242 Rn 5; Otto, JURA 1989, 139, 139

25 BGH, NJW 1992, 250, 250; Joecks/Jäger, StGB, Vor § 242 Rn 14; S/S-Bosch, StGB, § 242 Rn 13

26 S/S-Bosch, StGB, § 242 Rn 12; Wessels/Hillenkamp/Schuhr, BT II Rn 20

aa) Eigentumsfähigkeit der Sache

Eigentumsfähigkeit **17** Da für die Fremdheit einer Sache die Eigentumsverhältnisse maßgeblich sind, setzt diese zunächst voraus, dass es überhaupt möglich ist, Eigentum an der Sache zu begründen. Die Sache muss also **eigentumsfähig** sein.

Eigentumsfähigkeit von Leichen **18** **Menschliche Leichen** stehen grundsätzlich in niemandes Eigentum; sie sind dem (zivilrechtlichen) Rechtsverkehr entzogen.²⁷ Da der Körper des Erblassers nicht Teil von dessen Vermögen ist, wird er insbesondere auch nicht gem. § 1922 BGB Eigentum des Erben. Somit ist der menschliche Leichnam grundsätzlich dem Schutze der §§ 242, 246, 249 StGB entzogen und strafrechtlich nur über § 168 StGB geschützt. Anders ist dies jedoch zu beurteilen, wenn eine Leiche nicht zur Bestattung vorgesehen ist, sondern einem Museum (als Exponat) oder einem wissenschaftlichen Institut (als „Anatomieleiche“) überlassen wurde; in diesem Fall steht die Leiche im Eigentum des Museums bzw. des Instituts.²⁸

BEISPIEL: Der Archäologe A nimmt aus dem ägyptologischen Museum eine Mumie mit nach Hause, um seine Sammlung antiker Kultgegenstände zu vervollständigen.

Bei der Mumie handelt es sich, wie bereits im Rahmen des Sachbegriffs ausgeführt, um eine Sache. Für eine Strafbarkeit des A gem. § 242 StGB müsste sie allerdings auch für ihn fremd sein. Da sie Exponat eines Museums war, steht sie somit im Eigentum des Museums (bzw. dessen Betreibers) und ist damit für A fremd.

Eigentumsfähigkeit von Falschgeld und Drogen **19** Problematisch ist weiter die **Eigentumsfähigkeit von Sachen, deren Besitz und Erwerb verboten ist** (z.B. Falschgeld) oder einem amtlichen Genehmigungsvorbehalt unterliegt (z.B. Betäubungsmittel, Waffen).

Nach einer Mindermeinung sind solche Sachen, die einem Herstellungs- oder Verkehrsverbot unterliegen, nicht eigentumsfähig und deshalb auch niemals „fremd“ i.S.v. § 242 I StGB.²⁹ Diese Auffassung stützt sich vor allem auf die Gesetzessystematik und die Einheit der Rechtsordnung. Denn wenn der Gesetzgeber schon die Herstellung von Sachen unter Strafe stelle, dann bringe er damit zum Ausdruck, dass nach seiner Auffassung solche Sachen überhaupt nicht existieren sollten; dann sollen sie aber erst recht nicht im Eigentum ihres Herstellers stehen (was aber ansonsten gem. §§ 948, 950 BGB wohl der Fall wäre).

Die herrschende Meinung sieht jedoch auch solche Sachen als eigentumsfähig an.³⁰ Hierbei beruft sie sich auf Sinn und Zweck der Vermögensdelikte. Es wäre unbillig, den Hersteller von Falschgeld oder Betäubungsmitteln über die Verneinung der Eigentumsfähigkeit solcher Sachen vom Schutze der §§ 242 ff. StGB auszunehmen, nur weil er solche Dinge eigentlich gar nicht besitzen dürfte. Dies könne jedenfalls nicht zur Straflosigkeit eines Dritten führen, der sie ihm widerrechtlich entziehe, was aber die Konsequenz der M.M. wäre. Dass hoheitliche Organe dem Opfer die Sachen hätten entziehen dürfen, könne den Dritten nicht entlasten.

27 OLG Bamberg, JA 2008, 391, 392; S/S-Bosch, StGB, § 242 Rn 21; Fischer, StGB, § 242 Rn 8; Krey/Hellmann/Heinrich, BT II, Rn 8

28 RGSt 64, 313, 314; Fischer, StGB, § 242 Rn 8; S/S-Bosch, StGB, § 242 Rn 21

29 Engel, NSTZ 1991, 520, 521

30 BGH, NJW-Spezial 2017, 665, 665 = RA 2017, 610, 612; NJW 2015, 2898, 2900 = RA 2015, 445, 446; S/S-Bosch, StGB, § 242 Rn 19

BEISPIEL: Ganove G hat erfahren, dass sein Kumpel K Falschgeld herstellt. In einem unbeobachteten Moment steckt er sich während eines Besuchs bei K eine Hand voll dieser „Blüten“ ein, um sie selbst auszugeben.

Ein Diebstahl kommt hier nur nach der h.M. in Betracht. Nach der M.M. kann das Falschgeld, dessen Besitz gem. § 146 I StGB grds. strafbar ist, bereits keine fremde Sache sein.

bb) Bestehen fremden Eigentums

Ist die Sache eigentumsfähig – was in den meisten Fällen unproblematisch ist – so ist zu prüfen, ob sie (jedenfalls auch) im **Eigentum einer anderen Person** als der des Täters steht. 20

Maßgeblich hierfür sind die zivilrechtlichen Eigentumsverhältnisse.

Zivilrecht
maßgeblich für
Fremdheit

KLAUSURHINWEIS

Sind die Eigentumsverhältnisse am Tatobjekt fraglich, so müssen diese ggf. auch in einer Strafrechtsarbeit anhand der entsprechenden zivilrechtlichen Vorschriften genau geprüft werden.

BEISPIEL 1 (nach BGHSt 1, 262): G hat N sein Auto zur Sicherung einer Darlehensforderung übereignet.

BEISPIEL 2: K kauft bei V Möbel unter Eigentumsvorbehalt.

Da auch eine Sicherungsübereignung zum Eigentumsübergang führt, ist das Auto im Beispiel 1 für den Sicherungsgeber G fremd. Bei einem Eigentumsvorbehaltskauf bleibt der Verkäufer bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung Eigentümer der Kaufsache, vgl. § 449 I BGB, sodass die Möbel im Beispiel 2 für K bis zu diesem Zeitpunkt fremd sind.

(1) Herrenlose Sachen

Fremdes Eigentum an einer Sache besteht natürlich dann jedenfalls nicht, wenn die Sache gar keinen Eigentümer hat. Sie ist dann **herrenlos**.³¹ 21 Herrenlose Sachen

Herrenlos ist eine eigentumsfähige Sache zum einen, wenn an ihr niemals Eigentum einer Person bestanden hat, etwa bei in Freiheit lebenden wilden Tieren (vgl. § 960 I 1 BGB). 22

Eine Sache, die einen Eigentümer hatte, wird dann herrenlos, wenn der Eigentümer das Eigentum an der Sache aufgibt (sog. **Dereliktion**). Eine Dereliktion ist gem. § 959 BGB jedoch nur gegeben, wenn der Eigentümer den Besitz an der Sache in der Absicht aufgibt, auf das Eigentum zu verzichten. Ob eine solche Eigentumsaufgabeabsicht vorliegt, ist im Einzelfall zu ermitteln. 23 Dereliktion

BEISPIEL 1: N hat einen Schokoriegel gegessen und wirft dessen Papier in eine Mülltonne des Stadtparks.

³¹ Fischer, StGB, § 242 Rn 6; S/S-Bosch, StGB, § 242 Rn 15 ff.

BEISPIEL 2 (nach OLG Saarbrücken, NJW-RR 1987, 500): S stellt einen Sack des Deutschen Roten Kreuzes (DRK) an den Straßenrand, den er mit nicht mehr benötigten Kleidungsstücken gefüllt hat. S möchte, dass die Säcke vom DRK eingesammelt und die darin enthaltenen Kleider einem karitativen Zweck zugeführt werden.

BEISPIEL 3 (nach AG Köln, JuS 2013, 271): R hat in ein sog. „Liebesschloss“ seinen Namen und den seiner Freundin F gravieren lassen. Die beiden schließen das Schloss an einer Brücke an und werfen den einzigen Schlüssel in den Fluss darunter.

Während N im Beispiel 1 kein Interesse an dem Papier und deshalb das Eigentum daran aufgegeben hat, möchte S im Beispiel 2 mit dem Wegstellen des Kleidersacks noch einen bestimmten Zweck verfolgen, nämlich die im Sack enthaltenen Kleider dem DRK spenden. Das Hinstellen des Sacks stellt also keine Eigentumsaufgabe dar, sondern ein Übereignungsangebot an das DRK, was aber nicht dazu führt, dass die Sache herrenlos wird. Auch das Verhalten von R im Beispiel 3 stellt keine Dereliktion dar. Ihm ist es gerade nicht egal, was mit dem Liebesschloss passiert; er und F möchten, dass dieses als Zeichen ihrer ewigen Liebe an der Brücke verbleibt, was aber gerade gegen die für eine Dereliktion erforderliche Eigentumsaufgabeabsicht spricht. Ebenso schließt **Vernichtungsabsicht** bei der Hingabe in den Müll die Dereliktionsabsicht aus. So z.B. wenn ein Künstler als misslungen empfundene Werke in den Müll wirft und wohl auch beim sog. „**Containern**“³².

Implantate, insb.
Zahngold

24 Eine Sache kann jedoch auch ohne absichtliche Eigentumsaufgabe herrenlos werden, wenn das Eigentum an ihr aus anderen Gründen untergeht. So erlangen etwa **Implantate** (wie z.B. Zahngold) mit dem Tod des Eigentümers wieder Sachqualität.³³ Sie gehen jedoch ebensowenig wie der Leichnam des Erblassers selbst gem. § 1922 BGB in das Eigentum der Erben über.³⁴ Die Erben bzw. nächsten Angehörigen haben lediglich ein Aneignungsrecht an den Implantaten, was es allerdings gem. § 958 II BGB ausschließt, dass z.B. der Betreiber eines Krematoriums gem. § 958 I BGB das Eigentum an denjenigen Implantaten erwirbt, die bei der Kremierung der Leiche nicht verbrennen. Deswegen sind solche Implantate – zumindest bis die Berechtigten ihr Aneignungsrecht ausüben – erst einmal herrenlos.³⁵ Sofern sich der Täter jedoch irrig vorstellt, die Sache sei fremd, stellt sich die Frage, ob ein Wahndelikt oder ein untauglicher Versuch vorliegt.³⁶

(2) Einzelfälle

Keine Rück-
wirkung im
Strafrecht

25 Es gibt insofern allerdings einen wesentlichen Unterschied zwischen Straf- und Zivilrecht: **Zivilrechtliche Rückwirkungsfiktionen** wie §§ 142, 184, 1953 BGB gelten im Strafrecht nicht.³⁷ Grund hierfür ist das sog. Simultaneitätsprinzip im Strafrecht. Dieses besagt, dass die Voraussetzungen für die Strafbarkeit im Tatzeitpunkt vorliegen müssen und deshalb später eintretende Faktoren, die im Zivilrecht eine Rückwirkung auslösen würden, keine Bedeutung haben können.³⁸

32 Vgl. Staudinger-Gursky/Wiegand, BGB, § 959 Rn 3; zum Künstler-Fall Fahl, JA 2019, 807 ff.; zum sog. „Containern“ Eser/Scharnberg, JuS 2012, 809, 812 und – Diebstahl bejahend – BayObLG, JuS 2020, 85, 86 = JA 2020, 393, 393; RA 2020, 45, 46).

33 Vgl. hierzu die obigen Ausführungen zur Sachqualität von Implantaten, Rn 13

34 Vgl. hierzu die obigen Ausführungen zur Eigentumsfähigkeit von Leichen, Rn 17

35 OLG Hamburg, NJW 2012, 1601, 1604; Fischer, StGB, § 242 Rn 8

36 Für untauglichen Versuch OLG Hamburg, NJW 2012, 1601, 1604; allgemein zur Abgrenzung von Wahndelikt und untauglichem Versuch bei normativen Tatbestandsmerkmalen: Schweinberger, Jf-Skript Strafrecht AT I, Rn 954 ff.

37 Rengier, BT I, § 2 Rn 16

38 Wessels/Hillenkamp/Schuh, BT II, Rn 81; Kudlich/Roy, JA 2001, 771, 772

Interessant ist in diesem Zusammenhang der **§ 241a I BGB**. Nach dieser Vorschrift kann ein Unternehmer, der an einen Verbraucher unverlangt Sachen gesandt hat, bzgl. dieser keine (Schadensersatz- oder Herausgabe-) Ansprüche geltend machen. Ein zivilrechtlicher Eigentumsübergang gem. §§ 929 ff. BGB findet jedoch bzgl. der unverlangt zugesandten Sache nicht statt. Die Sache wäre also für den Verbraucher eigentlich „fremd“ i.S.v. § 242 I StGB. Fraglich ist, ob dieses Ergebnis im Einklang mit der Wertung des § 241a BGB steht. **26** § 241a BGB

Nach einer Meinung ist die unverlangt zugesandte Sache für den Verbraucher nicht mehr fremd. Hier komme es ausnahmsweise zu einem Auseinanderfallen von zivilrechtlicher Eigentumsposition und strafrechtlicher Fremdheit.³⁹

Die Gegenauffassung sieht trotz fehlender Herausgabe- und Schadensersatzpflichten des Verbrauchers die zugesandte Sache dennoch als fremd für ihn an.⁴⁰ Für die letztere Ansicht sprechen schon das Prinzip der Einheit der Rechtsordnung und die Zivilrechtsakzessorietät des Strafrechts. Ein hinreichender Schutz des Verbrauchers kann auch dadurch bewirkt werden, dass man § 241a BGB z.B. als Rechtfertigungsgrund anerkennt.⁴¹

2. Wegnahme

Als Tathandlung setzt § 242 I StGB eine **Wegnahme** voraus. **27**

DEFINITION

Wegnahme ist der Bruch fremden und die Begründung neuen, nicht notwendig tätereigenen, Gewahrsams.⁴²

Wegnahme

KLAUSURHINWEIS

Da auch die allgemeine Formulierung „neuer Gewahrsam“ nicht impliziert, dass es sich unbedingt um einen tätereigenen handeln muss, kann man im Rahmen der Definition auch den Nebensatz „nicht notwendig tätereigenen“ weglassen.

Um in das Stadium des – gem. § 242 II StGB strafbaren – Versuchs einzutreten, muss der Täter zur Wegnahme ansetzen. Dies ist z.B. zu bejahen, wenn ein Küchenfenster eines Wohnhauses aufgehebelt wird, um in das Gebäude einzudringen und stehenswerte Gegenstände zu entwenden.⁴³ Nicht hingegen, wenn er bisher nur in den Garten eines Hauses eingedrungen ist, aus welchem er stehlen möchte.⁴⁴

Versuchsbeginn

a) Bestehen fremden Gewahrsams

Eine Wegnahme setzt also zunächst voraus, dass ursprünglich **fremder Gewahrsam** an der Sache besteht. Besteht kein fremder Gewahrsam, dann kann natürlich auch kein solcher gebrochen werden. **28**

Fremder Gewahrsam

39 Otto, JURA 2004, 389, 390

40 Krey/Hellmann/Heinrich, BT II, Rn 4; Matzky, NSTZ 2002, 458, 461

41 S/S-Hecker, StGB, § 303 Rn 22; Waszczyński, JA 2015, 259, 263

42 Fischer, StGB, § 242 Rn 10; S/S-Bosch, StGB, § 242 Rn 22

43 BGH, JuS 2020, 796, 797 = RA 2020, 325, 327

44 BGH, JuS 2017, 175, 176. Streitiger Fall: T klingelt an Tür und bittet unter einem Vorwand um Einlass. Ansetzen bejaht von BGH, 2 StR 71/15; verneint von BGH, JA 2018, 874, 876

aa) **Gewahrsam**

Gewahrsam

29

DEFINITION

Gewahrsam ist die tatsächliche Sachherrschaft eines Menschen über eine Sache, getragen von einem natürlichen Herrschaftswillen, wobei deren Vorliegen nach der Verkehrsanschauung zu beurteilen ist.⁴⁵

Gewahrsam besteht also aus einem objektiven Element (der Sachherrschaft) und einem subjektiven Element (dem Herrschaftswillen), wobei das Vorliegen beider Elemente durch die Verkehrsanschauung bestimmt wird.

Gewahrsam und Besitz

30

Der strafrechtliche Begriff „**Gewahrsam**“ mag zwar ähnliche Merkmale aufweisen wie der zivilrechtliche „**Besitz**“ und sicher gibt es zahlreiche Überschneidungen. Allerdings gibt es auch wesentliche Unterschiede. So geht z.B. der Besitz gem. § 857 BGB automatisch mit dem Tod des Erblassers auf den Erben über. Gewahrsam kann jedoch nicht ohne weiteres ererbt werden, da dem Erben - jedenfalls bis zur Erlangung der Kenntnis vom Eintritt des Erbfalls - zumindest der Herrschaftswille fehlen wird.

MERKSATZ

Strafrechtlicher Gewahrsam und zivilrechtlicher Besitz sind nicht identisch.⁴⁶

(1) **Tatsächliche Sachherrschaft**

Tatsächliche Sachherrschaft

31

DEFINITION

Tatsächliche Sachherrschaft besteht, wenn der unmittelbaren Verwirklichung des Einwirkungswillens auf die Sache keine Hindernisse entgegenstehen.⁴⁷

Bei dieser Voraussetzung des Gewahrsams kommt es lediglich auf die tatsächlichen Verhältnisse an. Ihre (zivil-) rechtliche Grundlage ist nicht relevant. Deshalb kann z.B. auch ein Dieb Gewahrsam an der erlangten Beute haben, obwohl er diese durch verbotene Eigenmacht erlangt hat und der Bestohlene sie sich mit Gewalt zurückholen dürfte, vgl. §§ 858, 859 BGB.

Gewahrsamslockerung

32

Eine tatsächliche Sachherrschaft setzt weiter nicht unbedingt voraus, dass der Gewahrsamsinhaber sich in unmittelbarer Nähe zur Sache aufhält. Da die Verkehrsanschauung für das Bestehen der tatsächlichen Sachherrschaft maßgeblich ist, ist eine solche auch dann noch möglich, wenn sich der Gewahrsamsinhaber vom Gewahrsamsobjekt entfernt. Ein solches Entfernen muss nicht in jedem Falle zur Aufhebung des Gewahrsams führen; denkbar ist auch, dass durch das Fortgehen des Gewahrsamsinhabers eine **Gewahrsamslockerung** eintritt, der Gewahrsam aber trotzdem

⁴⁵ BGHSt 40, 8, 23; Joecks/Jäger, StGB, § 242 Rn 12 ff.; S/S-Bosch, StGB, § 242 Rn 23

⁴⁶ RGSt 52, 143, 145; Fischer, StGB, § 242 Rn 11; S/S-Bosch, StGB, § 242 Rn 31

⁴⁷ RGSt 60, 271, 272; S/S-Bosch, StGB, § 242 Rn 25

fortbesteht.⁴⁸ Ausreichend für die tatsächliche Sachherrschaft ist also in der Regel, dass der Gewahrsamsinhaber (wenn auch ggf. erst nach Überwindung einer räumlichen Distanz) die Möglichkeit des jederzeitigen Zugriffs auf die Sache hat.

BEISPIEL 1 (nach BGHSt 16, 271): A befindet sich auf einer mehrmonatigen Weltreise. Trotzdem hat er noch Gewahrsam an den Sachen in seiner Wohnung.

BEISPIEL 2 (nach BGH, VRS 1962, 274): F parkt sein Auto, begibt sich auf einen Einkaufsbummel und verliert dabei, ohne es zu merken, einen seiner Autoschlüssel. X findet diesen und fährt mit dem Auto weg. Trotz des Verlustes des Schlüssels bestand der Gewahrsam des F an dem Auto bis zu dem Zeitpunkt, in dem X mit dem Wagen davonfährt, fort.

(2) Herrschaftswille

Der Gewahrsamsinhaber muss weiterhin einen Herrschaftswillen besitzen.

33



DEFINITION

Herrschaftswille ist der Wille, mit der Sache nach eigenem Belieben verfahren zu können.⁴⁹

Herrschaftswille

Da juristische Personen keinen Willen bilden können, kann Gewahrsamsinhaber stets nur eine natürliche Person sein.⁵⁰ Lagern also z.B. Waren in einem Lager, das von einer juristischen Person, z.B. einer GmbH, betrieben wird, so hat nicht die GmbH den Gewahrsam an diesen, sondern der GmbH-Geschäftsführer.

34

KLAUSURHINWEIS

In einer Klausur sollte deshalb bzgl. des Gewahrsams immer auf eine natürliche Person abgestellt werden, also „Gewahrsam an den Waren hatte der Inhaber des Kaufhauses“ und nicht „Gewahrsam an den Waren hatte das Kaufhaus“.

Üblich ist in diesem Zusammenhang die Formulierung, dass es für das Bestehen von Gewahrsam eines „**natürlichen Herrschaftswillens**“ bedarf.⁵¹

35

Natürlicher Herrschaftswille

Dies hat verschiedene Gründe:

Zunächst einmal soll durch die Betonung des „natürlichen“ Willens der **Unterschied zum „rechtsgeschäftlichen“ Willen** im Sinne des Zivilrechts deutlich gemacht werden. Denn auch Personen, die zivilrechtlich keine (uneingeschränkt) wirksamen Willenserklärungen abgeben könnten wie z.B. Kinder oder Geistesranke können dennoch einen solchen natürlichen Willen bilden.⁵²

Des Weiteren soll diese Formulierung klarstellen, dass es nicht erforderlich ist, dass sich der Wille des Gewahrsamsinhabers stets auf einen konkreten Gegenstand bezieht.

36

Genereller Herrschaftswille

⁴⁸ S/S-Bosch, StGB, § 242 Rn 26; Rengier, BT I, § 2 Rn 60

⁴⁹ S/S-Bosch, StGB, § 242 Rn 29

⁵⁰ RGSt 60, 271, 271; S/S-Bosch, StGB, § 242 Rn 29

⁵¹ Wessels/Hillenkamp/Schuh, BT II, Rn 87

⁵² RGSt 2, 332, 334; S/S-Bosch, StGB, § 242 Rn 29

Ausreichend ist es, dass der Gewahrsamsinhaber sämtliche Sachen innerhalb eines räumlich umgrenzten Bereichs (insbesondere eines Gebäudes) beherrschen will (sog. **genereller Herrschaftswille**).⁵³ So hat z.B. der Betreiber eines Supermarktes einen (generellen) Herrschaftswillen bzgl. aller Waren in seinem Supermarkt, ohne dass er jeden einzelnen Gegenstand auch nur kennen muss. Dies gilt selbst dann, wenn Waren vor dem Geschäft im Freien aufgestellt werden (z.B. Obststände).⁵⁴

Gewahrsams-
sphäre

- 37** Hat eine Person einen generellen Herrschaftswillen bzgl. aller Sachen in einem räumlich umgrenzten Bereich und besitzt auch gleichzeitig die tatsächliche Sachherrschaft (z.B. weil sie jederzeit auf diese Sachen zugreifen könnte), so hat sie Gewahrsam an allen Sachen in diesem Bereich. Der Bereich bildet eine sog. „**Gewahrsamssphäre**“.⁵⁵

Potenzieller
Herrschaftswille

- 38** Schließlich soll durch den Begriff „natürlicher Herrschaftswille“ betont werden, dass es nicht erforderlich ist, dass der Gewahrsamsinhaber sich im Tatzeitpunkt seines Gewahrsams konkret bewusst ist, diesen akut ausübt oder auch nur in der Lage ist, einen entsprechenden Willen akut zu bilden. Ein **potenzieller Herrschaftswille** ist ausreichend. Diesen können jedoch z.B. auch Schlafende und Bewusstlose haben.⁵⁶ Sie nehmen diesen Herrschaftswillen also sozusagen mit in den Schlaf bzw. die Bewusstlosigkeit. Selbstverständlich endet der Herrschaftswille mit dem Tode, da ein Toter keinen - auch keinen potenziellen - Herrschaftswillen bilden kann.⁵⁷

Gewahr-
samswille bei
sterbendem
Bewusstlosen

- 39** Der Gewahrsamswille besteht (als potenzieller Herrschaftswille) auch dann während der Bewusstlosigkeit fort, wenn der **Gewahrsamsinhaber stirbt, ohne das Bewusstsein wiederzuerlangen**.⁵⁸

Das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Strafbarkeit, bei einem Diebstahl also auch das Bestehen fremden Gewahrsams, muss nämlich bereits im Zeitpunkt der Tathandlung des Täters festgestellt werden können und kann deshalb nicht vom Eintritt eines späteren Ereignisses abhängen (sog. Simultaneitätsprinzip = Gleichzeitigkeitsprinzip).

BEISPIEL: Nach einem Autounfall liegt P im Koma. Die Krankenschwester K zieht dem auf der Intensivstation liegenden P seinen Ehering vom Finger, um diesen für sich zu behalten. P verstirbt später, ohne das Bewusstsein wiedererlangt zu haben.

P hat den Tatbestand des § 242 I StGB verwirklicht. Eine Wegnahme ist gegeben, da P im Tatzeitpunkt noch lebte und deshalb noch Gewahrsam an dem Ring besaß.

(3) Einzelfälle

Im Einzelfall kann es durchaus schwierig sein festzustellen, wer im Tatzeitpunkt Gewahrsam an einer Sache hat. Drei klassische klausurrelevante Probleme hierbei sind der Gewahrsam an vergessenen und verlorenen Sachen, der Gewahrsam an

53 L/K-Kühl, StGB, § 242 Rn 11; Martin, JuS 1998, 890, 893

54 BayObLG, NJW 1997, 3326, 3326

55 Wessels/Hillenkamp/Schuh, BT II, Rn 89

56 BGHSt 4, 210, 211; S/S-Bosch, StGB, § 242 Rn 30

57 BGH, StraFo 2010, 122, 122; S/S-Bosch, StGB, § 242 Rn 30

58 BGH, NJW 1985, 1911, 1911; S/S-Bosch, StGB, § 242 Rn 30; a.A.: früher BayObLG, JR 1961, 188, 188 f.; Seelmann/Pfohl, JuS 1987, 199, 202

Sachen, die transportiert werden und der Gewahrsam an Sachen, die einem anderen zur Verwahrung überlassen wurden.

Hat der Gewahrsamsinhaber die **Sache verloren**, weiß er also nicht mehr, wo sich diese befindet, so kann er nicht mehr auf sie zugreifen. Er selbst kann also mangels eigener Sachherrschaft keinen Gewahrsam mehr an der verlorenen Sache haben.⁵⁹ Ob diese gewahrsamslos wird, hängt jedoch davon ab, wo die Sache verloren geht. Tritt der **Verlust außerhalb von Gewahrsamssphären** ein, so wird die Sache tatsächlich gewahrsamslos - aber nicht herrenlos, da der Verlierende sein Eigentum natürlich behält, vgl. § 959 BGB.

40 Gewahrsam an verlorenen Sachen

MERKSATZ

Eine Sache ist herrenlos, wenn sie in niemandes Eigentum steht. Dies ist eine Frage der „Fremdheit“ der Sache. Eine Sache ist gewahrsamslos, wenn niemand daran Gewahrsam hat. Dies ist ein Problem der „Wegnahme“.

Geht die Sache hingegen **in einer Gewahrsamssphäre verloren**, so erwirbt der Herrscher über diese Gewahrsamssphäre aufgrund seines generellen Herrschaftswillens und seiner bestehenden Sachherrschaft Gewahrsam an dieser Sache, auch ohne dass er davon weiß, dass diese Sache sich in dem von ihm beherrschten Bereich befindet.⁶⁰

BEISPIEL 1: Im Kino, das von dem K betrieben wird, fällt der F während eines Kinobesuchs ihr Handy aus der Tasche, ohne dass sie dies bemerkt. Als die Putzfrau P das Handy beim Säubern findet, steckt sie es ein, um es für sich zu behalten.

Gewahrsam der F an dem Handy besteht im Beispiel 1 nicht mehr, da sie es verloren hatte. Trotzdem ist das Handy nicht gewahrsamslos, da es mit dem Verlust in den Gewahrsam des K gelangt ist, der einen generellen Herrschaftswillen bzgl. aller Sachen in seinem Kino (also auch bzgl. des Handys) hat. Somit ist eine Wegnahme durch die P i.S.v. § 242 I StGB gegeben.

Hat der bisherige Gewahrsamsinhaber die **Sache nur vergessen**, weiß also noch, wo diese sich befindet und wollte sie nur dort nicht lassen, so bestehen sein Herrschaftswille und aufgrund der Zugriffsmöglichkeit auch die Sachherrschaft immer noch, sodass sein Gewahrsam zwar gelockert ist, aber dennoch fortbesteht.⁶¹

41 Gewahrsam an vergessenen Sachen

BEISPIEL 2: Bei einem Waldspaziergang legt A seinen Regenschirm während einer Rast auf die Bank. Beim Weitergehen denkt er nicht an seinen Schirm und erst als er eine Stunde später wieder zu Hause ist, erinnert er sich daran, dass der Schirm immer noch auf der Bank liegt.

Im Beispiel 2 hat A also noch (gelockerten) Gewahrsam an seinem Schirm.

⁵⁹ Fischer, StGB, § 242 Rn 15; Wessels/Hillenkamp/Schuh, BT II, Rn 109

⁶⁰ Krey/Hellmann/Heinrich, BT II, Rn 23; Wessels/Hillenkamp/Schuh, BT II, Rn 109

⁶¹ Fischer, StGB, § 242 Rn 15; Wessels/Hillenkamp/Schuh, BT II, Rn 110

Vergisst der Gewahrsamsinhaber die Sache **innerhalb einer fremden Gewahrsamsphäre**, so entsteht Mitgewahrsam des Herrschers über diese Gewahrsamsphäre.⁶² Stehen der Wiedererlangung der Sache durch den Berechtigten erhebliche Probleme entgegen, so kann der Herrscher im Einzelfall auch Alleingewahrsam erlangen.⁶³

BEISPIEL 3: Auf dem Zwischenhalt einer Zugfahrt erblickt R seinen alten Freund F auf dem Bahnsteig. Er steigt aus, um diesen zu begrüßen. Die Wiedersehensfreude ist so groß, dass R nicht bemerkt, wie der Zug, in dem R seinen Koffer zurückgelassen hatte, losfährt.

Da R nicht mehr ohne weiteres auf sein Gepäck zugreifen kann, hat im Beispiel 3 allein der Vorstand der Bahn AG aufgrund des entsprechenden generellen Herrschaftswillens Gewahrsam an dem Koffer.

Gewahrsam
während eines
Transports

- 42** Befindet sich eine Sache auf einem **Transport**, so sind die Umstände des Einzelfalls dafür maßgeblich, ob der Fahrer oder der Geschäftsherr Gewahrsam hat. In den Fällen, in denen der Geschäftsherr auch noch während der Fahrt eine **hinreichende Einwirkungs- und Kontrollmöglichkeit** bzgl. des Fahrers hat - also vor allem bei kurzen Fahrten im innerörtlichen Bereich und jedenfalls dann, wenn der Fahrer eine bestimmte Route und einen bestimmten Zeitplan einzuhalten hat -, hat der Geschäftsherr (weiterhin) Gewahrsam.⁶⁴ Bei **Fernfahrten** hingegen, auf denen eine echte Einwirkungs- und Kontrollmöglichkeit des Geschäftsherrn nicht mehr gegeben ist, hat der Fahrer Alleingewahrsam.⁶⁵

Gewahrsam bei
Verwahrungsver-
hältnissen

- 43** Fraglich sind die Gewahrsamsverhältnisse auch dann, wenn die Sache für den Berechtigten **verwahrt** wird.

Schlüsselinhaber
kann jederzeit
auf das Behältnis
zugreifen

- 44** Befindet sich eine Sache in einem gar nicht oder nur sehr schwer zu bewegenden, verschlossenen Behältnis, zu dem **der Schlüsselinhaber jederzeit ungehindert gelangen kann**, so hat nur der Inhaber des Schlüssels Gewahrsam.⁶⁶

BEISPIEL 4: R deponiert sein Gepäck in einem Schließfach am Bahnhof.

Im Beispiel 4 steht deshalb das Gepäck nach dem Verschließen im – frei zugänglichen – Schließfach immer noch im Alleingewahrsam des Schlüsselinhabers R, obwohl der Bahnhof insgesamt eine Gewahrsamsphäre des entsprechenden Bahnhofsmangers sein dürfte.

Schlüsselinhaber
kann nur mit
Zustimmung des
Verwahrers auf
das Behältnis
zugreifen

- 45** Die entsprechenden Gewahrsamsverhältnisse sind auch dann problematisch, wenn **der Schlüsselinhaber nur mit Zustimmung des Verwahrers auf das Behältnis und damit auch auf dessen Inhalt zugreifen kann**. Auch in einem solchen Fall wird teilweise ein Alleingewahrsam des Schlüsselinhabers angenommen.⁶⁷

⁶² RGSt 38, 444; Wessels/Hillenkamp/Schuh, BT II, Rn 110

⁶³ S/S-Bosch, StGB, § 242 Rn 28; L/K-Kühl, StGB, § 242 Rn 9; Krey/Hellmann/Heinrich, BT II, Rn 23

⁶⁴ RGSt 54, 32, 33 f.; S/S-Bosch, StGB, § 242 Rn 33; Wessels/Hillenkamp/Schuh, BT II, Rn 103

⁶⁵ OLG Karlsruhe, wistra 2003, 36, 36; Fischer, StGB, § 242 Rn 14

⁶⁶ BGHSt 22, 180, 183; Wessels/Hillenkamp/Schuh, BT II, Rn 106

⁶⁷ BGHSt 22, 180, 183; Wessels/Hillenkamp/Schuh, BT II, Rn 106

Richtiger dürfte es jedoch sein, hier von einem gleichrangigen Mitgewahrsam von Schlüsselinhaber und Verwahrer auszugehen, da der eine die tatsächliche Sachherrschaft am Inhalt des Behältnisses nicht ohne den jeweils anderen ausüben kann.⁶⁸

BEISPIEL 5: A lagert Wertpapiere in einem Bankschließfach, das sich in einem besonders gesicherten Tresorraum befindet.

Im Beispiel 5 hat A nicht die Möglichkeit, ohne Mitwirkung eines Bankangestellten an sein Schließfach heranzukommen. Deshalb dürften sowohl A als auch der Betreiber der Bank Gewahrsam an den eingelagerten Sachen haben.

Kann das **Behältnis jederzeit fortgeschafft werden**, so hat der Verwahrer Alleingewahrsam, selbst wenn er, um an den Inhalt zu gelangen, erst ein Schloss aufbrechen muss.⁶⁹

46 Behältnis kann jederzeit fortgeschafft werden

BEISPIEL 6: In der Fleischerei des F steht die Sammelbüchse einer karitativen Organisation, die mit einem Vorhängeschloss gesichert ist, zu dem F keinen Schlüssel besitzt.

Im Beispiel 6 hat F also Alleingewahrsam an der Sammelbüchse und deren Inhalt. Entsprechend ist ein Alleingewahrsam des Verwahrers anzunehmen, wenn die Sache gar nicht in einem Behältnis, sondern ohne weitere Sicherheit verwahrt wird, z.B. bei einer Gepäckaufbewahrung oder der Abgabe von Kleidern an einer Garderobe.⁷⁰

BEISPIEL 7: M gibt ihren Pelzmantel im Theater an der Garderobe ab. Die Garderobiere G verschwindet vor dem Ende der Vorstellung mit dem Mantel, weil sie ihn für sich behalten will.

Im Beispiel 7 ist eine Wegnahme des Mantels durch G ausgeschlossen, da die G nach der Abgabe des Mantels durch M selber Gewahrsam an diesem hatte. Es kommt also kein Diebstahl, sondern eine (veruntreuende) Unterschlagung, § 246 I, II StGB, in Betracht.

bb) Fremder Gewahrsam

Der Täter eines Diebstahls muss fremden Gewahrsam brechen. Es muss also zunächst überhaupt fremder Gewahrsam bestehen.

47

DEFINITION

Fremder Gewahrsam besteht, wenn eine andere Person als der Täter an der Sache (zumindest Mit-) Gewahrsam hat.⁷¹

Fremder Gewahrsam

Eine Sache steht also grundsätzlich nur dann nicht in fremdem Gewahrsam, wenn entweder der **Täter Alleingewahrsam** an der Sache hat oder die Sache im Gewahrsam keiner Person steht, also **gewahrsamslos** ist.

Hierbei ist zu berücksichtigen, dass es gleichzeitig durchaus mehrere Gewahrsamshaber geben kann. Beim Bestehen von **Mitgewahrsam** ist zunächst zu prüfen, um was für eine Form von Mitgewahrsam es sich handelt.

48 Mitgewahrsam

68 S/S-Bosch, § 242 Rn 34; Rengier, BT I, § 2 Rn 32

69 BGHSt 22, 180, 183; Wessels/Hillenkamp/Schuhr, BT II, Rn 107

70 Joecks/Jäger, StGB, § 242 Rn 33

71 S/S-Bosch, § 242 Rn 32

Gleichrangiger
Mitgewahrsam

- 49** Haben die Mitgewahrsamsinhaber eine gleichberechtigte Stellung (z.B. bei Ehegatten, Gesellschaftern oder Gesamtschuldnern), so liegt ein sog. **gleichrangiger Mitgewahrsam** vor. In diesem Fall ist für alle Mitgewahrsamsinhaber stets (auch) „fremder“ Gewahrsam gegeben, sodass im Falle der Gewahrsamsaufhebung durch einen Gewahrsamsinhaber ohne Einverständnis sämtlicher anderer Gewahrsamsinhaber stets eine Wegnahme gegeben ist.⁷²

BEISPIEL 1: Eines Tages schafft F die kostbare Sammlung teurer Modellautos ihres Ehemannes E aus der gemeinsamen Wohnung und verkauft sie.

Im Beispiel 1 stellt der Mitgewahrsam des E aus Sicht der F also fremden Gewahrsam dar, sodass das Fortschaffen der Modellautos eine Wegnahme begründet.

Mehrstufiger
Mitgewahrsam

- 50** Besteht zwischen den Gewahrsamsinhabern ein Über-/Unterordnungsverhältnis, leitet also der eine Gewahrsamsinhaber seinen Gewahrsam von dem anderen ab, besteht nach herrschender Meinung ein sog. **mehrstufiger Mitgewahrsam**.⁷³ Solche Konstellationen findet man vor allem in Arbeits- und anderen Abhängigkeitsverhältnissen. Hier ist jedoch im Einzelfall zunächst zu prüfen, ob nicht der Arbeitnehmer trotz seiner untergeordneten Stellung doch Alleingewahrsam an den ihm überlassenen Sachen besitzt; so hat z.B. eine **Kassiererin**, die für die Richtigkeit des Kassenbestandes selbst Verantwortung trägt, Alleingewahrsam am Inhalt ihrer Kasse.⁷⁴

Bei einem mehrstufigen Mitgewahrsam ist eine **Wegnahme nur „von unten nach oben“** möglich, d.h. der untergeordnete Gewahrsamsinhaber kann den übergeordneten Gewahrsam brechen, nicht jedoch der übergeordnete Gewahrsamsinhaber denjenigen des untergeordneten.⁷⁵

Nach einer Mindermeinung ist die Figur des mehrstufigen Gewahrsams generell abzulehnen.⁷⁶ In Über-/Unterordnungsverhältnissen habe nur derjenige Gewahrsam, der die übergeordnete Position innehat. Diese Meinung kommt allerdings auch nicht zu anderen Ergebnissen als die herrschende. Eine Wegnahme durch den Untergeordneten ist möglich, durch den Übergeordneten nicht. Greift ein Dritter auf die Sache zu, ist nach beiden Meinungen ein Gewahrsamsbruch möglich. Nach der h.M. werden sowohl des Gewahrsams des Übergeordneten als auch des Untergeordneten gebrochen, nach der Gegenauffassung nur der Gewahrsam des Übergeordneten (da der Untergeordnete ja keinen eigenen Gewahrsam besitzt).

BEISPIEL 2: Die Haushälterin H entnimmt dem Vorratsschrank ihrer Arbeitgeberin A eine Champagnerflasche, um diese zu Hause selbst zu leeren.

Im Beispiel 2, in dem H nach h.M. nur untergeordneten Mitgewahrsam und nach der M.M: gar keinen Gewahrsam besitzt, liegt also ein Bruch des (übergeordneten) Gewahrsams der A durch H vor. Nimmt A die Flasche ohne Wissen der H mit, so stellt

⁷² OLG Braunschweig, 1 Ss 65/15 = RA 2016, 605, 607; L/K-Kühl, § 242 Rn 13; Rengier, BT I, § 2 Rn 33

⁷³ BGH, NJW 1957, 1933, 1934; BGH, NSTZ-RR 1996, 131, 132

⁷⁴ BGH, JA 2018, 390, 390 = RA 2018, 221, 222; S/S-Bosch, StGB, § 242 Rn 33; ebenso für die eigenverantwortliche Verwahrung von Medikamenten OLG Zweibrücken NSTZ-RR 2018, 249, 250 = RA 2018, 500, 502

⁷⁵ BGH, NJW 1961, 2266, 2266; Fischer, StGB, § 242 Rn 14a

⁷⁶ Krey/Hellmann/Heinrich, BT II, Rn 29; Schönemann, GA 1969, 46, 52

nach h.M. diese Aufhebung des (untergeordneten) Mitgewahrsams der H keine Wegnahme dar. nach der M.M. scheitert die Wegnahme daran, dass die dem A untergeordnete H sowieso keinen Gewahrsam hat.

b) Begründung neuen Gewahrsams

Entscheidend für eine Wegnahme ist das Vorliegen einer **Gewahrsamsverschiebung**, d.h. der Täter muss den zunächst bestehenden fremden Gewahrsam aufheben und neuen Gewahrsam begründen.

51 Gewahrsamsverschiebung

DEFINITION

Eine **Begründung neuen Gewahrsams** liegt vor, wenn der Täter (oder ein Dritter) die Sachherrschaft derart erlangt hat, dass er sie ohne Behinderung durch den früheren Gewahrsamsinhaber ausüben und dieser seinerseits ohne Beseitigung der Sachherrschaft des Täters (oder des Dritten) nicht mehr über die Sache verfügen kann.⁷⁷

Begründung neuen Gewahrsams

Wann die Voraussetzungen für eine Begründung neuen Gewahrsams vorliegen, hängt wesentlich von der Verkehrsanschauung und somit den Umständen des Einzelfalles ab.⁷⁸ Grundsätzlich kann man jedoch sagen, dass spätestens dann, wenn der Täter die Sache vom Tatort fortgeschafft hat, neuer Gewahrsam begründet worden ist.

aa) Begründung neuen Gewahrsams innerhalb einer fremden Gewahrsamssphäre

In Fällen des klassischen „**Ladendiebstahls**“ stellt sich die Frage, ob der Täter neuen Gewahrsam auch dann begründen kann, wenn er die Sache nicht aus der Gewahrsamssphäre des Ladenbetreibers hinausschafft. Die Begründung neuen Gewahrsams ist hier deshalb problematisch, weil sich die Sache auch nach der Tathandlung immer noch innerhalb der Gewahrsamssphäre des Opfers befindet, sodass die Voraussetzungen für dessen – generellen – Gewahrsam grundsätzlich immer noch gegeben sind.⁷⁹

52 Ladendiebstahl

Auch wenn der Täter mit der Sache die fremde Gewahrsamssphäre nicht verlässt, ist es dennoch möglich, dass er (innerhalb der fremden Gewahrsamssphäre) neuen Gewahrsam begründet, indem er eine **Gewahrsamsenklave** schafft, d.h. er muss die Sache in seine „höchstpersönliche Sphäre“, seinen „Tabubereich“ hineinbringen.

53 Gewahrsamsenklave

Bei **kleinen Gegenständen** wie Geldscheinen, Münzen oder Schmuckstücken reicht schon das bloße Ergreifen (die Apprehension) zur Bildung einer Gewahrsamsenklave und damit zur Begründung neuen Gewahrsams aus.⁸⁰

54

Bei **größeren Gegenständen** wie Büchern oder CDs ist das bloße Ergreifen nicht mehr ausreichend zur Bildung einer Gewahrsamsenklave. Der Täter muss diese in

55 Tabuzone/ Intimsphäre

77 BayObLG, NJW 1995, 3000, 3001; S/S-Bosch, StGB, § 242 Rn 38

78 BGH, NStZ 1988, 270, 271; Fischer, StGB, § 242 Rn 17

79 zu den Voraussetzungen für die Entstehung einer Gewahrsamssphäre vgl. die Ausführungen zum Herrschaftswillen (Rn 33 ff.)

80 BGH, NStZ 2011, 158, 158; NJW 1970, 1196, 1197; Rengier, BT I, § 2 Rn 50

Das Skript orientiert sich an den vorangestellten Prüfungsschemata und der Struktur der einzelnen Prüfungsmerkmale. So bietet es den Studierenden eine klare Konzentration auf den Prüfungsstoff.

Durch die systematische Verknüpfung von **Grundfall** und **Examensfall** dient das Skript auch der Vorbereitung auf Übungen.



Didaktisches Ziel dieses Skripts ist es, Klausurwissen und Klausurtechnik zu vermitteln.

Anhand von Fällen, kleinen Beispielen, Definitionen, Merksätzen und Klausurhinweisen zur Gutachtentechnik werden Problemschwerpunkte effektiv verdeutlicht und somit ein gezieltes Lernen ermöglicht.

BESONDERS HERVORGEHOBEN WERDEN:

Prüfungsschemata

Klausurhinweise zur Gutachtentechnik

Definitionen

Merksätze



Kostenlose Lerninhalte
erhalten Sie auf
verlag.jura-intensiv.de.

ISBN 978-3-96712-024-0



9 783967 120240 28,90 €