


Skript
Grundfall
Klausurfall



STRAFRECHT BT I



- Diebstahl
- Betrug
- Computerbetrug
- Untreue
- Raub
- Räuberische Erpressung
- Hehlerei

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

Autor

RA Uwe Schumacher

Verlag und Vertrieb

Jura Intensiv Verlags UG (haftungsbeschränkt) & Co. KG
Zeil 65
60313 Frankfurt am Main
verlag@jura-intensiv.de
www.jura-intensiv.de

Verlagslektorin

Ines Susen

Konzept und Gestaltung

Stefanie Körner

Druck und Bindung

Copyline GmbH, Albrecht-Thaer-Straße 10, 48147 Münster

ISBN 978-3-946549-03-1

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

© März 2016, 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.jura-intensiv.de** und per E-Mail über **verlag@jura-intensiv.de**.

Uwe Schumacher

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 Antragserfordernisse, §§ 247, 248a StGB

55

2. Teil – Die Qualifikationstatbestände, § 244 StGB

56

A. Einleitung

56

B. Prüfungsschema: Qualifizierter Diebstahl

56

C. Systematik und Vertiefung

57

I. Diebstahl mit Waffen, § 244 I Nr. 1 StGB

57

II. Bandendiebstahl, § 244 I Nr. 2 StGB

61

III. Wohnungseinbruchsdiebstahl, § 244 I Nr. 3 StGB

66

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

72

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

82

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	148
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	170
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	196
III. Wegnahme	197
IV. Vorsatz	205
V. Finalzusammenhang	205
VI. Absicht rechtswidriger Zueignung	208
E. KLAUSURFALL: „Es ist unmöglich, von E nicht gefesselt zu sein“	209

RÄUBERISCHER DIEBSTAHL, § 252 StGB **214**

A. Einleitung **214**

B. Prüfungsschema: Räuberischer Diebstahl **214**

C. Systematik und Vertiefung **214**

I. Taugliche Vortat 214

II. Auf frischer Tat betroffen 215

III. Qualifiziertes Nötigungsmittel 217

IV. Vorsatz 218

V. Besitzerhaltungsabsicht 218

SCHWERER RAUB, § 250 StGB **223**

A. Einleitung **223**

B. Prüfungsschema: Schwerer Raub **224**

C. Systematik und Vertiefung **225**

I. Schwerer Raub, § 250 I StGB 225

II. Besonders schwerer Raub, § 250 II StGB 226

D. KLAUSURFALL: „Es war eine finstere und stürmische Nacht“ **229**

RAUB MIT TODESFOLGE, § 251 StGB **238**

A. Einleitung **238**

B. Prüfungsschema: Raub mit Todesfolge **238**

C. Systematik und Vertiefung **238**

I. Eintritt der schweren Folge: Tod eines anderen Menschen 238

II. Kausalität zwischen Grunddelikt und schwerer Folge 239

III. Unmittelbarkeitszusammenhang 239

IV. Wenigstens Leichtfertigkeit bzgl. der schweren Folge 240

ERPRESSERISCHER MENSCHENRAUB, § 239a StGB **241**

A. Einleitung **241**

B. Prüfungsschema: Erpresserischer Menschenraub **241**

C. Systematik und Vertiefung **242**

I. Der Grundtatbestand, § 239a I StGB 242

II. Erpresserischer Menschenraub mit Todesfolge, § 239a III StGB 253

III. Tätige Reue, § 239 IV StGB 254

GEISELNAHME, § 239b I StGB 255

A. Einleitung 255

B. Prüfungsschema: Geiselnahme 255

C. Systematik und Vertiefung 255

RÄUBERISCHER ANGRIFF AUF KRAFTFAHRER, § 316a StGB 257

A. Einleitung 257

B. Prüfungsschema: Räuberischer Angriff auf Kraftfahrer 257

C. Systematik und Vertiefung 257

I. Der Grundtatbestand, § 316a I StGB 257

II. Räuberischer Angriff auf Kraftfahrer mit Todesfolge, § 316a III StGB 264

III. Tätige Reue 264

COMPUTERBETRUG, § 263a StGB 266

A. Einleitung 266

B. Prüfungsschema: Computerbetrug 267

C. Systematik und Vertiefung 267

I. Der Tatbestand, § 263a I StGB 267

II. Besonders schwere Fälle, Qualifikation und Strafanträge, § 263a II StGB 289

D. KLAUSURFALL: „Gute Karten“ 289

UNTREUE, § 266 StGB 298

A. Einleitung 298

B. Prüfungsschema: Untreue 299

C. Systematik und Vertiefung 299

I. Der Tatbestand, § 266 I StGB 299

II. Besonders schwere Fälle und Strafanträge, § 266 II StGB 313

MISSBRAUCH VON SCHECK- UND KREDITKARTEN, § 266b StGB 314

A. Einleitung 314

B. Prüfungsschema: Missbrauch von Scheck- und Kreditkarten 315

C. Systematik und Vertiefung 315

I. Der Tatbestand, § 266b I StGB 315

II. Antragserfordernis, § 266b II i.V.m. § 248a StGB 324

D. KLAUSURFALL: „Die flotte Lotte“ 324

ERSCHLEICHEN VON LEISTUNGEN, § 265a StGB 332**A. Einleitung** 332**B. Prüfungsschema: Erschleichen von Leistungen** 332**C. Systematik und Vertiefung** 333

I. Der Tatbestand, § 265a I StGB 333

II. Antragserfordernis, § 265a II i.V.m. §§ 247, 248a StGB 338

VERSICHERUNGSMISSBRAUCH, § 265 StGB 339**A. Einleitung** 339**B. Prüfungsschema: Versicherungsmissbrauch** 340**C. Systematik und Vertiefung** 340

I. Taugliches Tatobjekt 340

II. Tathandlung 341

III. Vorsatz 342

IV. Absicht, sich oder einem Dritten Leistungen aus der Versicherung zu verschaffen 342

SACHBESCHÄDIGUNG, § 303 StGB 344**A. Einleitung** 344**B. Prüfungsschema: Sachbeschädigung** 344**C. Systematik und Vertiefung** 344

I. Die Tatbestände, § 303 I, II StGB 344

II. Antragserfordernis, § 303c StGB 349

GEMEINSCHÄDLICHE SACHBESCHÄDIGUNG, § 304 StGB 350**A. Einleitung** 350**B. Prüfungsschema: Gemeinschädliche Sachbeschädigung** 350**C. Systematik und Vertiefung** 350**ZERSTÖRUNG VON BAUWERKEN, § 305 StGB** 352**A. Einleitung** 352**B. Prüfungsschema: Zerstörung von Bauwerken** 352**C. Systematik und Vertiefung** 352

I. Taugliches Tatobjekt 352

II. Ganz oder teilweise Zerstören 353

III. Vorsatz 353

ZERSTÖRUNG WICHTIGER ARBEITSMITTEL, § 305a StGB **354**

A. Einleitung	354
B. Prüfungsschema: Zerstörung wichtiger Arbeitsmittel	354
C. Systematik und Vertiefung	354
I. Taugliches Tatobjekt	354
II. Ganz oder teilweise Zerstören	355
III. Vorsatz	355

DATENVERÄNDERUNG, § 303a StGB **356**

A. Einleitung	356
B. Prüfungsschema: Datenveränderung	356
C. Systematik und Vertiefung	356
I. Der Tatbestand, § 303a I StGB	356
II. Antragserfordernis, § 303c StGB	359
III. Strafbarkeit von Vorbereitungshandlungen, § 303a III StGB	359

HEHLEREI, § 259 StGB **360**

A. Einleitung	360
B. Prüfungsschema: Hehlerei	360
C. Systematik und Vertiefung	361
I. Der Grundtatbestand, § 259 I StGB	361
II. Antragserfordernis, § 259 II i.V.m. §§ 247, 248a StGB	375
III. Gewerbsmäßige Hehlerei und Bandenhehlerei, § 260 StGB	375
IV. Gewerbsmäßige Bandenhehlerei, § 260a StGB	375

BEGÜNSTIGUNG, § 257 StGB **376**

A. Einleitung	376
B. Prüfungsschema: Begünstigung	376
C. Systematik und Vertiefung	377
I. Der Tatbestand, § 257 I StGB	377
II. Persönlicher Strafausschließungsgrund, § 257 III StGB	379
III. Antragserfordernis, § 257 IV StGB	379

A. Einleitung	380
B. Prüfungsschema: Geldwäsche	381
C. Systematik und Vertiefung	381
I. Die Tatbestände, § 261 I, II StGB	381
II. Persönlicher Strafausschließungsgrund, § 261 IX 2 StGB	388
III. Tätige Reue, § 261 IX 1 StGB	388
IV. Besonders schwerer Fall, § 261 IV StGB	388

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 Strafrahmen 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-Eser/Bosch, StGB, § 242 Rn 1/2

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

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-Eser/Bosch, StGB, § 242 Rn 9; Wessels/Hillenkamp, BT II, Rn 74

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

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 insbesondere in der Rechtsprechung vertretenen Auffassung weist der menschliche Leichnam grundsätzlich keine Sachqualität auf.¹⁶ Diese Meinung stützt sich vor allem auf den Gesetzeswortlaut. Ein menschlicher Leichnam beinhaltet auch nach dem Tod des Menschen immer noch „Rückstände von Persönlichkeitsrechten“, was sich z.B. in Straftatbeständen wie § 168 StGB zeige und könne deshalb nicht als „Sache bezeichnet werden.

Die Gegenauffassung hingegen sieht auch Leichen als Sachen i.S.v. §§ 242, 303 StGB usw. an.¹⁷ Selbst bei einem Verbleib von Rückständen von Persönlichkeitsrechten müsse die Sachqualität eines Leichnams nicht zwingend ausgeschlossen sein. Selbst wenn es sich bei einem Leichnam um eine Sache handeln sollte, die weiter gehend geschützt wäre als andere Sachen, so könne er dennoch eine Sache darstellen. Dies müsse auch nicht gleichbedeutend damit sein, dass ein Leichnam Verkehrsfähigkeit besitze, also Gegenstand z.B. von Kaufverträgen sein kann. Sinn und Zweck insbesondere des Tatbestandes des Diebstahls sei es insbesondere auch, den Gewahrsam zu schützen. Dieser sei aber an allen Sachen schutzwürdig. Dies gebiete es, auch Leichen insbesondere unter den Tatbestand des Diebstahls zu fassen. Gegen die erste Meinung spreche weiterhin, dass sie inkonsequent ist, weil auch sie solche Leichen als Sachen i.S.v. § 242 I StGB ansehe, die infolge Zeitablaufs keine schutzwürdigen Persönlichkeitsrechte mehr besitzen (z.B. Mumien („Ötzi“), Moorleichen oder Skelette) oder vom Berechtigten der Anatomie überlassen wurden.

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

11 Wessels/Hillenkamp, BT II, Rn 18

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

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

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

15 S/S-Eser/Bosch, StGB, § 242 Rn 10

16 OLG München, NJW 1976, 1805, 1806

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

Im Beispiel käme eine Strafbarkeit des A wegen Diebstahls an der Mumie nur in Betracht, wenn diese überhaupt eine Sache i.S.v. § 242 I StGB darstellen würde, was fraglich sein könnte, da ja auch eine Mumie letztendlich die Leiche eines (wenn auch vor langer Zeit) verstorbenen Menschen darstellt. Nach beiden Auffassungen ist die von A entwendete Mumie allerdings eine Sache. Fraglich könnte allenfalls sein, ob sie auch eine fremde Sache darstellt.

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.¹⁸ 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.¹⁹

13 Sachqualität von Implantaten

b) Beweglichkeit der Sache

DEFINITION

Beweglich ist eine Sache, wenn sie tatsächlich fortbewegt werden kann.²⁰

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.²¹

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.²²

¹⁸ LG Mainz, MedR 1984, 199, 200; Otto, JURA 1989, 138, 139; differenzierend: S/S-Eser/Bosch, StGB, § 242 Rn 10

¹⁹ BGH, NJW 1994, 127, 128; S/S-Eser/Bosch, StGB, § 242 Rn 10

²⁰ S/S-Eser/Bosch, StGB, § 242 Rn 11, Krey/Hellmann/Heinrich, BT II, Rn 2

²¹ LG Karlsruhe, NSTz 1993, 543, 543; Fischer, StGB, § 242 Rn 4

²² S/S-Eser/Bosch, StGB, § 242 Rn 11; Rengier, BT I, § 2 Rn 8

c) Fremdheit der Sache

Fremde Sache

16

DEFINITION

Fremd ist eine Sache, wenn sie zumindest auch im Eigentum einer anderen Person steht.²³

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).²⁴

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.²⁵

aa) Eigentumsfähigkeit der Sache

Eigentums-
fähigkeit

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.

Eigentums-
fähigkeit von
Leichen

18 **Menschliche Leichen** stehen grundsätzlich in niemandes Eigentum; sie sind dem (zivilrechtlichen) Rechtsverkehr entzogen.²⁶ 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.²⁷

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.

Eigentums-
fähigkeit 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).

²³ BGH, NStZ-RR 2000, 234, 234; Fischer, StGB, § 242 Rn 5; Otto, JURA 1989, 139, 139

²⁴ BGH, NJW 1992, 250, 250; Joecks, StGB, Vor § 242 Rn 14; S/S-Eser/Bosch, StGB, § 242 Rn 13

²⁵ S/S-Eser/Bosch, StGB, § 242 Rn 12; Wessels/Hillenkamp, BT II Rn 20

²⁶ OLG Bamberg, JA 2008, 391, 392 = RA 2008, 331, 333; S/S-Eser/Bosch, StGB, § 242 Rn 21; Fischer, StGB, § 242 Rn 8; Krey/Hellmann/Heinrich, BT II, Rn 8

²⁷ RGSt 64, 313, 314; Fischer, StGB, § 242 Rn 8; S/S-Eser/Bosch, StGB, § 242 Rn 21

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.²⁸ 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.²⁹ 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.

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.

Maßgeblich hierfür sind die zivilrechtlichen Eigentumsverhältnisse.

20

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.

²⁸ Engel, NStZ 1991, 520, 521

²⁹ BGH, NJW 2015, 2898, 2900 = RA 2015, 445, 446; JA 2006, 335, 335 = RA 2006, 36, 36; S/S-Eser/Bosch, StGB, § 242 Rn 19

(1) Herrenlose Sachen

- Herrenlose Sachen **21** Fremdes Eigentum an einer Sache besteht natürlich dann jedenfalls nicht, wenn die Sache gar keinen Eigentümer hat. Sie ist dann **herrenlos**.³⁰
- 22** 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).
- Derektion **23** Eine Sache, die einen Eigentümer hatte, wird dann herrenlos, wenn der Eigentümer das Eigentum an der Sache aufgibt (sog. **Derektion**). Eine Derektion 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.

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

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 Derektion 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 Derektion erforderliche Eigentumsaufgabeabsicht spricht.

- 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.³¹ Sie gehen jedoch ebensowenig wie der Leichnam des Erblassers selbst gem. § 1922 BGB in das Eigentum der Erben über.³² Die Erben bzw. nächsten Angehörigen haben lediglich eine 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 Leicher nicht verbrennen. Deswegen sind solche Implantate – zumindest bis die Berechtigten ihr Aneignungsrecht ausüben – erst einmal herrenlos.³³

³⁰ Fischer, StGB, § 242 Rn 6; S/S-Eser/Bosch, StGB, § 242 Rn 15 ff.

³¹ vgl. hierzu die obigen Ausführungen zur Sachqualität von Implantaten, Rn 13

³² vgl. hierzu die obigen Ausführungen zur Eigentumsfähigkeit von Leichen, Rn 17

³³ OLG Hamburg, NJW 2012, 1601, 1604 = RA 2012, 361, 362 f.; Fischer, StGB, § 242 Rn 8

(2) Einzelfälle

Es gibt insofern allerdings einen wesentlichen Unterschied zwischen Straf- und Zivilrecht: **Zivilrechtliche Rückwirkungsfiktionen** wie §§ 142, 184, 1953 BGB gelten im Strafrecht nicht.³⁴ 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.³⁵

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.

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.³⁶

Die Gegenauffassung sieht trotz fehlender Herausgabe- und Schadensersatzpflichten des Verbrauchers die zugesandte Sache dennoch als fremd für ihn an.³⁷

Zur Stützung der erstgenannten Meinung könnte angeführt werden, dass ein starres Beharren darauf, dass für die „Fremdheit“ i.S.v. § 242 I StGB die zivilrechtlichen Eigentumsverhältnisse maßgeblich sein müssten, dem Sinn und Zweck der Eigentumsdelikte, insbesondere §§ 242, 246, 303 StGB, widersprechen könnte. Diese Normen sollen nämlich denjenigen schützen, der die stärkste, umfassendste Vermögensposition an einer Sache innehat. Dies ist zwar normalerweise der Eigentümer, in den Fällen des § 241a BGB zeigt sich jedoch durch den Ausschluss sämtlicher Ansprüche des Unternehmers, dass der Verbraucher nach dem Willen des Gesetzgebers die bessere Position innehaben soll. Jedoch widerspricht dies der Wertung bei der Sicherungsübereignung, bei der die Sache für den Sicherungsgeber fremd ist, obwohl er einen (bedingten) Rückübereignungsanspruch und damit die bessere Vermögensposition besitzt. Auch würde die erste Meinung zu erheblichen Rechtsunsicherheiten führen, wenn sie für die Fremdheit nicht auf die (leicht überprüfbaren) Eigentumsverhältnisse, sondern auf die (eher abstrakte) „bessere Vermögensposition“ abstellt. Ein hinreichender Schutz des Verbrauchers kann auch dadurch bewirkt werden, dass man § 241a BGB z.B. als Rechtfertigungsgrund anerkennt.

25 Keine Rückwirkung im Strafrecht

26 § 241a BGB

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.³⁸

Wegnahme

³⁴ Rengier, BT I, § 2 Rn 16

³⁵ Wessels/Hillenkamp, BT II, Rn 81; Kudlich/Roy, JA 2001, 771, 772

³⁶ Otto, JURA 2004, 389, 390

³⁷ Krey/Hellmann/Heinrich, BT II, Rn 4; Matzky, NStZ 2002, 458, 461

³⁸ Fischer, StGB, § 242 Rn 10; S/S-Eser/Bosch, StGB, § 242 Rn 22

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.

a) Bestehen fremden Gewahrsams

- Fremder Gewahrsam
- 28** 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.

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.³⁹

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.⁴⁰

(1) Tatsächliche Sachherrschaft

- Tatsächliche Sachherrschaft
- 31** **DEFINITION**
Tatsächliche Sachherrschaft besteht, wenn der unmittelbaren Verwirklichung des Einwirkungswillens auf die Sache keine Hindernisse entgegenstehen.⁴¹

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

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

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

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

verbotene Eigenmacht erlangt hat und der Bestohlene sie sich mit Gewalt zurückholen dürfte, vgl. §§ 858, 859 BGB.

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 fortbesteht.⁴² 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.

32 Gewahrsamslockerung

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.⁴³

Herrschaftswille

Da juristische Personen keinen Willen bilden können, kann Gewahrsamsinhaber stets nur eine natürliche Person sein.⁴⁴ 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.⁴⁵

35 Natürlicher Herrschaftswille

⁴² S/S-Eser/Bosch, StGB, § 242 Rn 26; Rengier, BT I, § 2 Rn 60

⁴³ S/S-Eser/Bosch, StGB, § 242 Rn 29

⁴⁴ RGSt 60, 271, 271; S/S-Eser/Bosch, StGB, § 242 Rn 29

⁴⁵ Wessels/Hillenkamp, BT II, Rn 87

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.⁴⁶

Genereller
Herrschaftswille

36 Des Weiteren soll diese Formulierung klarstellen, dass es nicht erforderlich ist, dass sich der Wille des Gewahrsamsinhabers stets auf einen konkreten Gegenstand bezieht. Ausreichend ist es, dass der Gewahrsamsinhaber sämtliche Sachen innerhalb eines räumlich umgrenzten Bereichs (insbesondere eines Gebäudes) beherrschen will (sog. **genereller Herrschaftswille**).⁴⁷ 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).⁴⁸

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“**.⁴⁹

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.⁵⁰ 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.⁵¹

Gewahr-
samswille bei
sterbendem
Bewusstlosen

39 Fraglich ist allenfalls, ob der Gewahrsamswille (als potenzieller Herrschaftswille) auch dann während der Bewusstlosigkeit fortbesteht, wenn der **Gewahrsamsinhaber stirbt, ohne das Bewusstsein wiederzuerlangen**.

Einer Mindermeinung zufolge endet der Gewahrsam in den Fällen, in denen der bewusstlose Gewahrsamsinhaber das Bewusstsein nie wiedererlangt, bereits mit Eintritt der Bewusstlosigkeit.⁵²

Nach der herrschenden Meinung besteht auch hier der Gewahrsam des Opfers noch bis zu dessen Tode fort.⁵³

Für die M.M. spricht, dass das Hauptargument auch der h.M. für das grundsätzliche Fortbestehen des Gewahrsams bei Schlafenden und Bewusstlosen deren Möglichkeit ist, nach Wiedererlangung des Bewusstseins durch das Aufwachen den Herrschaftswillen erneut zu bilden. Diese Möglichkeit fehlt allerdings, sofern

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

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

48 BayObLG, NJW 1997, 3326, 3326

49 Wessels/Hillenkamp, BT II, Rn 89

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

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

52 BayObLG, JR 1961, 188, 188 f.; Seelmann/Pfohl, JuS 1987, 199, 202

53 BGH, NJW 1985, 1911, 1911; S/S-Eser/Bosch, StGB, § 242 Rn 30; Lampe, JR 1986, 294, 295

das Bewusstsein nicht wiedererlangt wird. Die h.M. hingegen stützt sich vor allem darauf, dass der rückwirkende Wegfall des Gewahrsams im Zeitpunkt des Eintritts der Bewusstlosigkeit bei später eintretendem Tod des Gewahrsamsinhabers ein Verstoß gegen das Simultaneitätsprinzip sei. Das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Strafbarkeit, bei einem Diebstahl also auch das Bestehen fremden Gewahrsams, müsse bereits im Zeitpunkt der Tathandlung des Täters festgestellt werden können und kann deshalb nicht vom Eintritt eines späteren Ereignisses abhängen.

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.

Nach h.M. hat P den Tatbestand des § 242 I StGB verwirklicht. Eine Wegnahme ist auch gegeben, da P im Tatzeitpunkt noch lebte und deshalb noch Gewahrsam an dem Ring besaß. Nach der M.M. endete der Gewahrsam des P bereits mit dem Eintritt der Bewusstlosigkeit, sodass nur eine Strafbarkeit der K gem. § 246 I StGB vorliegt.

(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 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.⁵⁴ 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.⁵⁵

⁵⁴ Fischer, StGB, § 242 Rn 15; Wessels/Hillenkamp, BT II, Rn 109

⁵⁵ Krey/Hellmann/Heinrich, BT II, Rn 23; Wessels/Hillenkamp, BT II, Rn 109

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.

Gewahrsam an
vergessenen
Sachen

- 41** 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.⁵⁶

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. Vergisst der Gewahrsamsinhaber die Sache **innerhalb einer fremden Gewahrsamsphäre**, so entsteht Mitgewahrsam des Herrschers über diese Gewahrsamsphäre.⁵⁷ Stehen der Wiedererlangung der Sache durch den Berechtigten erhebliche Probleme entgegen, so kann der Herrscher im Einzelfall auch Alleingewahrsam erlangen.⁵⁸

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.⁵⁹ Bei **Fernfahrten** hingegen, auf denen eine echte Einwirkungs- und Kontrollmöglichkeit des Geschäftsherrn nicht mehr gegeben ist, hat der Fahrer Alleingewahrsam.⁶⁰

Gewahrsam bei
Verwahrungsver-
hältnissen

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

⁵⁶ Fischer, StGB, § 242 Rn 15; Wessels/Hillenkamp, BT II, Rn 110

⁵⁷ RGSt 38, 444; Wessels/Hillenkamp, BT II, Rn 110

⁵⁸ S/S-Eser/Bosch, StGB, § 242 Rn 28; L/K-Kühl, StGB, § 242 Rn 9; Krey/Hellmann/Heinrich, BT II, Rn 23

⁵⁹ RGSt 54, 32, 33 f.; S/S-Eser/Bosch, StGB, § 242 Rn 33; Wessels/Hillenkamp, BT II, Rn 103

⁶⁰ OLG Karlsruhe, wistra 2003, 36, 36; Fischer, StGB, § 242 Rn 14

Befindet sich eine Sache in einem gar nicht oder nur sehr schwer zu bewegendem, verschlossenen Behältnis, zu dem **der Schlüsselinhaber jederzeit ungehindert gelangen kann**, so hat nur der Inhaber des Schlüssels Gewahrsam.⁶¹

44 Schlüsselinhaber kann jederzeit auf das Behältnis zugreifen

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 Gewahrsamssphäre des entsprechenden Bahnstationsmanagers sein dürfte.

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**.

45 Schlüsselinhaber kann nur mit Zustimmung des Verwahrers auf das Behältnis zugreifen

Auch in einem solchen Fall wird teilweise ein Alleingewahrsam des Schlüsselinhabers angenommen.⁶²

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.⁶³

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.⁶⁴

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.⁶⁵

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.

⁶¹ BGHSt 22, 180, 183; Wessels/Hillenkamp, BT II, Rn 106

⁶² BGHSt 22, 180, 183; Wessels/Hillenkamp, BT II, Rn 106

⁶³ S/S-Eser/Bosch, § 242 Rn 34; Rengier, BT I, § 2 Rn 32

⁶⁴ BGHSt 22, 180, 183; Wessels/Hillenkamp, BT II, Rn 107

⁶⁵ Joecks, StGB, § 242 Rn 33

bb) Fremder Gewahrsam

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

DEFINITION

Fremder Gewahrsam besteht, wenn eine andere Person als der Täter an der Sache (zumindest Mit-) Gewahrsam hat.⁶⁶

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.

Fremder
Gewahrsam

Mitgewahrsam

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

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.⁶⁷

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**.⁶⁸ 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.⁶⁹

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.⁷⁰

⁶⁶ S/S-Eser/Bosch, § 242 Rn 32

⁶⁷ L/K-Kühl, § 242 Rn 13; Rengier, BT I, § 2 Rn 33; a.A. (keine Wegnahme): Hoffke, GA 1972, 225, 232

⁶⁸ BGH, NJW 1957, 1933, 1934; BGH, NSTZ-RR 1996, 131, 132

⁶⁹ BGH, NSTZ-RR 2001, 268, 268; S/S-Eser/Bosch, StGB, § 242 Rn 33

⁷⁰ BGH, NJW 1961, 2266, 2266; Fischer, StGB, § 242 Rn 14a

Nach einer Mindermeinung ist die Figur des mehrstufigen Gewahrsams generell abzulehnen.⁷¹ 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 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.⁷²

Begründung neuen Gewahrsams

Wann die Voraussetzungen für eine Begründung neuen Gewahrsams vorliegen, hängt wesentlich von der Verkehrsanschauung und somit den Umständen des Einzelfalles ab.⁷³ 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 hinaus schafft. Die Begründung neuen

52 Ladendiebstahl

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

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

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