

Luisa Schuster

Der Begriff des Gewahrsams

■ λογος ■

Luisa Schuster

Der Begriff des Gewahrsams

Logos Verlag Berlin



Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Würzburg, Univ., Diss., 2025

Tag der mündlichen Prüfung: 08.07.2026

Erstberichterstatter: Prof. Dr. Frank Zieschang

Zweitberichterstatter: Prof. Dr. Dr. Eric Hilgendorf

© Copyright Logos Verlag Berlin GmbH 2026

Alle Rechte vorbehalten.

ISBN 978-3-8325-6141-3

Logos Verlag Berlin GmbH
Georg-Knorr-Str. 4, Geb. 10,
D-12681 Berlin
Germany

Tel.: +49 (0)30 / 42 85 10 90

Fax: +49 (0)30 / 42 85 10 92

<http://www.logos-verlag.de>

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2025/2026 von der Juristischen Fakultät der Julius-Maximilians-Universität Würzburg als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur befinden sich auf dem Stand von November 2025.

Mein Dank geht an Herrn Professor Dr. Frank Zieschang, der die Dissertation betreut und das Erstgutachten erstellt hat. Herrn Professor Dr. Dr. Eric Hilgendorf danke ich für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Maßgeblich an dem Projekt beteiligt und mich in der Zeit unterstützt haben meine Familie, mein Partner Laurits Schmidt sowie Freund:innen und Kolleg:innen. Für wertvolle Korrekturen und Anmerkungen zum Manuskript danke ich meinen Eltern, Anne Hartmann, Petra Mitnacht, Sina Tenbrock-Ingenhorst, Dr. Dominik Dorsch, Dr. Johannes Petersen, Dr. Johannes Fischer und Tobias Teuber. Ihre konstruktive Kritik und der Austausch mit ihnen spiegeln sich im Text wider.

Karlsruhe, im Juli 2026

Luisa Schuster

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	- 3 -
Kapitel 1: Einleitung	- 9 -
Kapitel 2: Historie des Gewahrsamsbegriffs	- 11 -
Kapitel 3: Der Gewahrsamsbegriff in anderen Rechtsbereichen	- 17 -
I. Zivilrecht	- 17 -
1. Eigentum	- 17 -
2. Besitz	- 18 -
a) Gewahrsam des Besitzdieners	- 20 -
b) Gewahrsam des mittelbaren Besitzers	- 20 -
c) Erbenbesitz	- 21 -
3. Gewahrsam im Zivilprozessrecht	- 22 -
4. Zwischenergebnis	- 24 -
II. Strafprozessrecht	- 24 -
1. Direkte Bezugnahme auf den Begriff Gewahrsam	- 24 -
2. Implizite Bezugnahme auf den Begriff Gewahrsam .	- 26 -
3. Zwischenfazit	- 27 -
III. Öffentliches Recht	- 28 -
IV. Nebenstrafrecht	- 30 -
1. Betäubungsmittelgesetz	- 30 -
2. WaffG	- 33 -
V. Fazit	- 36 -
Kapitel 4: Der Gewahrsamsbegriff im Strafgesetzbuch	- 39 -
I. Der Gewahrsam in § 168 StGB	- 39 -
1. Zum Gewahrsam berechtigt	- 39 -
2. Meinungsstand zur Definition des Gewahrsams	- 41 -
3. Meinungsstand zum Tatbestandsmerkmal der Wegnahme	- 45 -
4. Fazit	- 46 -
II. Der Gewahrsam in § 289 StGB	- 47 -
1. Meinungsstand	- 48 -
2. Fazit	- 51 -
III. Der Gewahrsam in § 246 StGB	- 53 -
1. Meinungsstand	- 54 -
2. Fazit	- 58 -
IV. Der Gewahrsam in § 249 StGB	- 60 -
V. Der Gewahrsam in § 274 Abs. 1 Nr. 3 StGB	- 60 -
VI. Fazit	- 61 -
Kapitel 5: Der Gewahrsamsbegriff in § 242 StGB	- 63 -
I. Meinungsstand	- 65 -

1.	Faktischer Gewahrsamsbegriff.....	- 65 -
2.	Faktisch-sozialer Gewahrsamsbegriff	- 66 -
a)	Darstellung der Ansicht.....	- 66 -
b)	Kritik.....	- 69 -
c)	Stellungnahme	- 75 -
3.	Normativ-sozialer Gewahrsamsbegriff.....	- 76 -
a)	Darstellung der Ansicht.....	- 76 -
b)	Kritik.....	- 79 -
c)	Stellungnahme	- 80 -
4.	<i>Bindings</i> Ansicht	- 81 -
a)	Darstellung der Ansicht	- 81 -
b)	Stellungnahme	- 84 -
5.	<i>Höpfners</i> Hütungstheorie.....	- 85 -
a)	Darstellung der Ansicht	- 85 -
b)	Kritik.....	- 88 -
c)	Stellungnahme	- 88 -
6.	<i>Soltmanns</i> Ansatz	- 89 -
a)	Darstellung der Ansicht	- 89 -
b)	Stellungnahme	- 90 -
7.	<i>Mayers</i> faktischer Ansatz	- 91 -
a)	Darstellung der Ansicht	- 91 -
b)	Kritik.....	- 91 -
c)	Stellungnahme	- 92 -
8.	<i>Welzels</i> rein sozialer Gewahrsamsbegriff.....	- 93 -
a)	Darstellung der Ansicht.....	- 93 -
b)	Kritik.....	- 94 -
c)	Stellungnahme	- 95 -
9.	<i>Bittners</i> Kulturnormentheorie.....	- 95 -
a)	Darstellung der Ansicht.....	- 95 -
b)	Kritik.....	- 99 -
c)	Stellungnahme	- 101 -
10.	<i>Haffke</i> und die Zuordnung.....	- 104 -
a)	Darstellung der Ansicht	- 104 -
b)	Stellungnahme	- 106 -
11.	<i>Gössels</i> Sphärentheorie.....	- 106 -
a)	Darstellung der Ansicht	- 106 -
b)	Kritik.....	- 108 -
c)	Stellungnahme	- 110 -
12.	<i>Schüierhoffs</i> Sphärenmodell	- 112 -
a)	Darstellung der Ansicht	- 112 -
b)	Kritik.....	- 116 -

c)	Stellungnahme	- 117 -
13.	<i>Werlings</i> räumliches Konzept von Gewahrsam.....	- 118 -
a)	Darstellung der Ansicht.....	- 118 -
b)	Kritik.....	- 122 -
c)	Stellungnahme	- 124 -
14.	Der Ansatz von <i>Kahlo</i>	- 126 -
a)	Darstellung der Ansicht.....	- 126 -
b)	Kritik.....	- 129 -
c)	Stellungnahme	- 130 -
15.	<i>Lings</i> Sachzuordnung	- 130 -
a)	Darstellung der Ansicht.....	- 130 -
b)	Kritik.....	- 131 -
c)	Stellungnahme	- 132 -
16.	<i>Hoyers</i> Eingliederung in ein Nutzungsreservat	- 133 -
a)	Darstellung der Ansicht.....	- 133 -
b)	Kritik.....	- 135 -
c)	Stellungnahme	- 136 -
17.	<i>Timmermanns</i> Ansatz	- 137 -
a)	Darstellung der Ansicht.....	- 137 -
b)	Kritik.....	- 138 -
c)	Stellungnahme	- 139 -
18.	<i>Kracks</i> Auffassung	- 140 -
a)	Darstellung der Ansicht.....	- 140 -
b)	Stellungnahme	- 141 -
19.	Zusammenfassung	- 142 -
II.	Kriterien des Gewahrsams.....	- 143 -
1.	Gewahrsamswille.....	- 144 -
a)	Erläuterungen und Meinungsstand	- 144 -
b)	Stellungnahme	- 147 -
2.	Bruch des vormaligen Gewahrsams	- 149 -
a)	Differenzierung Einverständnis – Einwilligung	- 150 -
b)	Wirkung des Einverständnisses	- 151 -
c)	Das tatbestandsausschließende Einverständnis im § 242 StGB	- 151 -
d)	Die Lehre des bedingten Einverständnisses	- 152 -
aa)	Legitimation der Lehre des bedingten Einverständnisse	- 152 -
bb)	Taugliche Bedingungen.....	- 157 -
e)	Fazit	- 158 -
3.	Begründung neuen Gewahrsams	- 159 -
4.	Taugliche Gewahrsamsinhaber.....	- 163 -

a)	Bisheriger Meinungsstand	- 163 -
b)	Stellungnahme	- 165 -
5.	Fazit	- 165 -
Kapitel 6: Eigener Gewahrsamsbegriff		- 167 -
I.	Zusammenfassung der bisherigen Ergebnisse	- 167 -
1.	Übertragung der Erkenntnisse zum Gewahrsam aus anderen Rechtsbereichen.....	- 167 -
2.	Übertragung der Erkenntnisse aus dem StGB	- 169 -
a)	Auslegung des Gewahrsams in den Tatbeständen der §§ 168, 249, 274, 289 StGB	- 169 -
b)	Auslegung des Gewahrsams in § 242 StGB nach dem bisherigen Meinungsstand	- 171 -
II.	Ermittlung eines Gewahrsamsbegriffs.....	- 172 -
1.	Relevante Auslegungsmethoden.....	- 172 -
a)	Darstellung.....	- 172 -
b)	Fazit	- 177 -
2.	Der Gewahrsamsbegriff im Strafrecht.....	- 177 -
Kapitel 7: Problemkonstellationen des Diebstahls tatbestands..		- 183 -
I.	Gewahrsamswechsel in Selbstbedienungsläden.....	- 183 -
1.	Kasuistik	- 183 -
2.	Gewahrsamswechsel unter Beobachtung	- 185 -
3.	Fazit	- 186 -
II.	Gewahrsamslockerung.....	- 187 -
1.	Bisherige Grundsätze.....	- 187 -
2.	Anwendung des eigenen Gewahrsamsbegriffs.....	- 190 -
III.	Vergessene oder verlorene Sachen	- 191 -
IV.	Mitgewahrsam	- 192 -
1.	Gleichrangiger Mitgewahrsam	- 192 -
2.	Gestufteter Mitgewahrsam	- 196 -
3.	Anwendung des eigenen Gewahrsamsbegriffs.....	- 197 -
VII.	Gewahrsamsgehilfe	- 199 -
VIII.	Versteckte Sachen.....	- 202 -
1.	Bisherige Grundsätze.....	- 202 -
2.	Anwendung des eigenen Gewahrsamsbegriffs.....	- 203 -
IX.	Diebstahl zum Nachteil von Verstorbenen und Verletzten.....	- 204 -
1.	Bisherige Grundsätze.....	- 204 -
2.	Anwendung des eigenen Gewahrsamsbegriffs.....	- 205 -
X.	Geldautomatenmissbrauch.....	- 206 -
1.	Darstellung der Problematik.....	- 206 -
a)	Darstellung der einzelnen Entscheidungen.....	- 207 -

b)	Kritik aus der Literatur	- 209 -
2.	Fazit	- 213 -
XI.	Cash Trapping.....	- 215 -
1.	Grundsätze	- 215 -
2.	Anwendung der eigenen Definition.....	- 216 -
XII.	Automatenmissbrauch	- 217 -
XIII.	Tanken ohne Bezahlung	- 219 -
XIV.	Beobachtung bei der Wegnahme	- 219 -
XV.	Diebesfalle	- 220 -
XVI.	Aufgedrängter Gewahrsam.....	- 221 -
1.	Bisherige Grundsätze.....	- 221 -
2.	Anwendung des eigenen Gewahrsamsbegriffs.....	- 222 -
	Kapitel 8: Schlussbetrachtung	- 223 -
	Literaturverzeichnis	- 225 -
	Abkürzungsverzeichnis	- 249 -

Kapitel 1: Einleitung

Noch vor einigen Jahrzehnten beschäftigte sich eine Vielzahl rechtswissenschaftlicher Arbeiten mit dem Begriff des Gewahrsams.¹ Obwohl trotz der immensen Relevanz keine Einigung bezüglich einer Definition gefunden werden konnte, sank die Zahl der Arbeiten, welche sich damit auseinandersetzten, in den letzten Jahren.² Dabei wäre eine einheitliche Definition und deren konsequente Anwendung von größter Bedeutung.

Die Rechtsprechung zum Begriff des Gewahrsams beim Diebstahl § 242 StGB ist geprägt von Kasuistik. Die Entscheidungen der Rechtsprechung erwecken den Anschein, dass die Strafbarkeit von Zufälligkeiten abhängt. So wurde beim Verlassen der Damenabteilung mit einem auf die Tasche gelegten, noch nicht bezahlten Kleid, bereits ein vollendeter Diebstahl angenommen.³ Einen nur versuchten Diebstahl soll aber der Fall darstellen, in dem der Kaufinteressent eine Lederjacke übergezogen hat, um das Geschäft, ohne diese zu bezahlen, zu verlassen, dabei aber von Verkäuferinnen beobachtet wurde.⁴

Die vorliegende Arbeit soll all diese – und auch weitere – Unstimmigkeiten aufzeigen und die Fälle insgesamt einer nachvollziehbaren Lösung zuführen.

Der Gewahrsamsbegriff spielt in unterschiedlichen Rechtsbereichen eine Rolle. Zu nennen wäre dabei zunächst der Gewahrsamsbegriff im Zivilrecht, aber auch der in der Strafprozessordnung. Im Strafgesetzbuch ist er vor allem bei den §§ 242, 168 und § 289 StGB von Bedeutung. Hierbei handelt es sich um Straftatbestände, in denen der Gesetzgeber als Merkmal der strafbaren Handlung ein Wegnehmen voraussetzt. Dabei besteht trotz der Vielzahl an Vorschlägen weder Einigkeit über den Begriff in den einzelnen Gesetzen noch in den jeweiligen Rechtsbereichen. Die in der Praxis wichtige Diebstahlsvorschrift, bei der der Gewahrsamsbegriff von maßgeblicher Bedeutung ist, hat seit dem Inkrafttreten des Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich vom 15. Mai 1871 nur kleine Änderungen erfahren.⁵ Lange vorherrschend war sowohl in Rechtsprechung als auch in Literatur der sogenannte faktische Gewahrsamsbegriff.⁶ Der faktische

¹ So beispielsweise *Binding, Höpfner, Soltmann, Mayer, Welzel, Bittner, Haffke*.

² Als eigenständige Arbeit in der heutigen Zeit soweit ersichtlich nur *Timmermann* sowie jüngst der Aufsatz von *Krack ZfIStw 2025, 583*.

³ OLG Hamm MDR 1969, 862.

⁴ BGH MDR 1969, 902.

⁵ *Kahlo*, S. 123, siehe dazu genauer die Historie S. 11.

⁶ Siehe dazu S. 65 ff.

Gewahrsamsbegriff wurde dann im Laufe der Zeit abgelöst von dem heute vorherrschenden faktisch-sozialen Gewahrsamsbegriff.⁷ Allerdings drängt sich mittlerweile der normativ-soziale Begriff in den Vordergrund.⁸ Doch auch innerhalb der jeweiligen Definitionen verbergen sich viele Probleme. So fasst bereits *Bockelmann* zutreffend zusammen, dass die Bestimmung des Gewahrsams anhand der Verkehrsauffassung „– notgedrungen – nach Gutdünken“ des Richters entschieden wird.⁹

Die Bedeutung des Gewahrsams ist aber beträchtlich, vor allem im Rahmen des Diebstahls, der das am häufigsten begangene Delikt des Strafgesetzbuchs ist.¹⁰ Hier entscheidet der Gewahrsam zum einen darüber, ob der Täter den Diebstahl erst vorbereitet, versucht, schon vollendet oder sogar beendet hat und zum anderen, wer strafantragsberechtigt ist.

In der folgenden Arbeit soll es primär um den Gewahrsam im Strafgesetzbuch gehen, eine kontextualisierende Beleuchtung des Begriffs auch in den anderen Rechtsbereichen erscheint jedoch unerlässlich. Zu untersuchen ist neben der Definition des Gewahrsams auch dessen Bedeutung. Die in der Literatur unterbreiteten verschiedenen Vorschläge, wie der Gewahrsamsbegriff auszulegen ist, werden näher beleuchtet, genauso wie die noch immer bestehenden Problemfälle.

Weiterhin wird die Frage aufgeworfen, ob eine einheitliche Definition des Begriffs vorzunehmen ist. So müsste zwar nach der Methodenlehre nicht grundsätzlich eine Einheitlichkeit der Terminologien bestehen, sodass der gleiche Wortlaut in verschiedenen Normen desselben Gesetzes nicht zu der gleichen Bedeutung führen muss,¹¹ dies könnte aber durchaus in Betracht kommen. Auch unter dieser Prämisse ist, wie bereits *Laubenthal* in einem kurzen Beitrag angeführt hat, die Möglichkeit eröffnet, „eine gewisse Parallelisierung anzustreben“.¹²

⁷ Siehe dazu S. 66 ff.

⁸ Siehe dazu S. 76 ff.

⁹ *Bockelmann*, BT 1, S. 13.

¹⁰ Diebstahlsdelikte machen den größten Anteil an Straftaten in Deutschland aus (33,3 % im Jahr 2024), siehe dazu die Polizeiliche Kriminalstatistik von 2024, https://www.bka.de/DE/AktuelleInformationen/StatistikenLagebilder/PolizeilicheKriminalstatistik/PKS2024/Polizeiliche_Kriminalstatistik_2024/Polizeiliche_Kriminalstatistik_2024_node.html, zuletzt abgerufen am: 18.11.2025).

¹¹ *Engisch*, Einheit der Rechtsordnung, S. 72; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S.142; der gleiche Wortlaut in verschiedenen Normen führt im Zweifel zur Annahme, dass dieser auch gleich ausgelegt werden soll, dies ist aber keineswegs zwingend, *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, S. 44.

¹² *Laubenthal* JA 1990, 38, 39.

Kapitel 2: Historie des Gewahrsamsbegriffs

Zunächst soll die geschichtliche Entwicklung des Gewahrsamsbegriffs näher beleuchtet werden. Da sich die Arbeit größtenteils mit dem Begriff des Gewahrsams im Sinne des Diebstahls nach § 242 StGB auseinandersetzen wird, liegt das Hauptaugenmerk bei der Entwicklung dieses Tatbestands.

Der Begriff des Gewahrsams kommt aus dem mittelhochdeutschen „gewarsam“, „gewart“, „gewer“, was mit sorgsam, Obhut, Aufsicht übersetzt wird.¹³ Auch auf das Wort „Gewere“ aus dem Mittelalter ist der Begriff zurückzuführen. „Gewere“ entspricht nach übereinstimmender Auffassung im zivilrechtlichen und strafrechtlichen Schrifttum dem Ausdruck der „investitura“.¹⁴ „Invenstitura“ wiederum bezeichnet die ursprüngliche Besitzeinweisung mit dem Besitz an einer Sache, vor allem auch an einem Grundstück, sowie den Nutzungsbesitz an dem besessenen Objekt als solchen.¹⁵ „Gewere“ an Haus und Hof vermittelt auch „Gewere“ an den beweglichen Sachen, die sich innerhalb der abgegrenzten „Were“ befinden.¹⁶

Ein Diebstahl wurde demnach zu dieser Zeit bejaht, wenn in fremde „Gewere“ eingedrungen und eine Sache daraus entfernt wurde.¹⁷ Diebstahl war früher durch Heimlichkeit und als „diebliches Nehmen“ gekennzeichnet und unterschied sich so von der offenen, nicht notwendig gewaltsamen Wegnahme des Raubes und andererseits dem „dieblichen“ Behalten der Unterschlagung.¹⁸ In der Carolina wurde das Merkmal der „Heimlichkeit“ ersetzt durch das Erfordernis der „Gewaltlosigkeit“.¹⁹ Allerdings führte man die Unterscheidung zwischen „dieblichem“ Nehmen und „dieblichem“ Behalten weiter.²⁰

Das römische Recht unterschied dagegen nicht zwischen Diebstahl und Unterschlagung, beides fiel unter einen weiten Diebstahlsbegriff (*furtum*), was bereits

¹³ Duden Redaktion zu Gewahrsam, https://www.duden.de/rechtschreibung/Gewahrsam_Obhut zuletzt aufgerufen am: 08.01.2025.

¹⁴ *Albrecht*, Gewere, S. 1 ff.; *Heusler*, Die Gewere, S. 1, 50, 59; *Cropp*, Criminalistische Beyträge 1825, S. 3, 14; *Nöldeke*, Der Begriff des Gewahrsams, S. 19 f.

¹⁵ *Nöldeke*, Der Begriff des Gewahrsams, S. 19 f.

¹⁶ *Albrecht*, Gewere, S. 1 ff.; *Heusler*, Die Gewere, S. 1, 50, 59; *Cropp*, Criminalistische Beyträge 1825, S. 3, 14; *Nöldeke*, Der Begriff des Gewahrsams, S. 20; *Wolff/Raiser*, die hier den Besitz als vom Begriff Gewere abstammend einordnen, *Wolff/Raiser*, Sachenrecht, § 4 I.

¹⁷ *Nöldeke*, Der Begriff des Gewahrsams, S. 19.

¹⁸ *Nöldeke*, Der Begriff des Gewahrsams, S. 18 f.

¹⁹ *Peinliche Halsgerichtsordnung*, Kaiser Karl V. *Constitutio Criminalis Carolina* von 1532, S. 16 ff.

²⁰ *Nöldeke*, Der Begriff des Gewahrsams, S. 19.

im Zwölftafelgesetz (451 v. Chr.) geregelt wurde.²¹ Eine Definition für den Gewahrsam war damals noch nicht von Relevanz.²² Das römische Besitzrecht hatte allerdings bereits erkannt, dass ein rein körperlicher Sachherrschaftsbegriff nicht ausreicht, um den Besitz zu beschreiben. So entwickelte sich die Idee, dass der Besitzerwerb, Besitzverlust und die Besitzbehauptung auch von wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Anschauungen abhängen.²³ Damit war die Bedeutung der Verkehrsauffassung für den Besitzbegriff geboren.

Der Codex Juris Bavarici Criminalis von 1751 differenzierte nicht zwischen Diebstahl und Unterschlagung, auch der Gewahrsamsbegriff wurde hier noch nicht verwendet.²⁴

Der Gesetzgeber des Preußischen Allgemeinen Landrechts hat dann den Gewahrsam im Rahmen des Diebstahlstatbestands definiert: „*Wer das physische Vermögen hat, über eine Sache mit Ausschließung Anderer zu verfügen, der hat sie in seinem Gewahrsam und wird Inhaber derselben genannt*“.²⁵

Im bayerischen StGB von 1813 erfolgte erstmals die Gegenüberstellung von Unterschlagung und Diebstahl, wie wir sie heute kennen.²⁶ Das PrStGB von 1851 hat daran angeknüpft, Diebstahl und Unterschlagung wurden zu Eigentumsdelikten umgestaltet. Damit konnte ihre Unterscheidung im heutigen Sinne festgelegt werden.²⁷

Das Merkmal der Wegnahme befand sich damals in den Entwürfen aus den Jahren 1843, 1847, 1850, 1851. Der Entwurf von 1830 dagegen erforderte, dass der Täter eine „*fremde Sache entzieht und an sich nimmt*“.²⁸

²¹ Zwölftafelgesetz Tafel X.

²² Jörs/Kunkel/Wenger, Römisches Recht, S. 358 ff.

²³ Jörs/Kunkel/Wenger, Römisches Recht, S. 133 ff.

²⁴ Codex Juris Bavarici Criminalis De Anno M.DCC.LI, S. 14 ff.

²⁵ ALR I 7 § 1.

²⁶ Strafgesetzbuch für das Königreich Baiern 1813, Diebstahl ist in § 215 BayStGB, Unterschlagung in § 362 BayStGB geregelt.

²⁷ Preußisches Strafgesetzbuch 1851, „§ 215 PrStGB [Begriff des Diebstahls] Einen Diebstahl begeht, wer eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegnimmt, dieselbe sich rechtswidrig zuzueignen.“ „§ 225 PrStGB [Unterschlagung] Wer eine fremde bewegliche Sache, deren Besitz oder Gewahrsam er mit der Verpflichtung erlangt hat, sie zu verwahren, zu verwalten, zurückzugeben oder abzuliefern, zum Nachtheile des Eigenthümers, Besitzers oder Inhabers veräußert, verpfändet, verbraucht oder bei Seite schafft, macht sich einer Unterschlagung schuldig.“

²⁸ Entwurf des Strafgesetzbuches für die preußischen Staaten 1830, § 335 a.F.; abgedruckt in: Schubert/Regge, Gesetzrevision, S. 523.

Soweit auf das Merkmal der Wegnahme abgestellt wurde, so soll das Wegnehmen das „auferre“²⁹ der Deutschen Rechtsquelle darstellen und im Gegensatz zum „contrectatio“³⁰, was als Tatbestandsmerkmal des Diebstahls der Römischen Rechtsquelle aufgeführt wurde, stehen.³¹ Die Einführung des Merkmals der Wegnahme brachte Unklarheiten mit sich, wann von einer Vollendung auszugehen sei. Deswegen wurde im Entwurf von 1843 der Satz hinzugefügt: *„Der Diebstahl ist vollendet, sobald der Thäter die Sache an sich genommen hat,“*³²

Im Entwurf von 1850 entfernte man diesen Zusatz dann wieder, da die Strafbarkeit des Versuchs eingeführt wurde und die Lösung des Problems, wann von einer Vollendung auszugehen ist, der Jurisprudenz überlassen wurde.³³ Bereits die Entwürfe von 1833 und 1836 nahmen aber explizit noch Bezug auf den Gewahrsam und forderten, dass etwas aus dem Gewahrsam wegzunehmen ist.³⁴ Ebenso fand er im Entwurf von 1847 Einzug:

§ 267

*Einen Diebstahl begeht, wer aus der Gewahrsam eines Anderen ohne dessen Einwilligung eine fremde bewegliche Sache in der Absicht wegnimmt, dieselbe sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen.*³⁵

Im preußischen StGB von 1851, dem Vorläufer des RStGB von 1871, wurde für den Diebstahl (§ 215) nur gefordert, dass die Sache weggenommen wird.

§ 215

Einen Diebstahl begeht, wer eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegnimmt, dieselbe sich rechtswidrig zuzueignen.

²⁹ Aus dem Lateinischen „aufero“ als „wegnehmen“, PONS-Wörterbuch, <https://de.pons.com/übersetzung-2/latein-deutsch/aufero> (zuletzt aufgerufen am: 18.11.2025).

³⁰ „Contrectatio“ bedeutet auf Latein „berühren“, PONS-Wörterbuch, <https://de.pons.com/übersetzung-2/latein-deutsch/contrectatio> (zuletzt aufgerufen am: 18.11.2025).

³¹ *Goltdammer*, Kommentar Materialien zum PrStGB, S. 461.

³² Entwurf des Strafgesetzbuchs für die preußischen Staaten 1843, § 402 a.F.

³³ *Beseler*, Kommentar PrStGB, S. 411.

³⁴ Zur Historie des Tatbestands dezidiert *Goltdammer*, Kommentar Materialien zum PrStGB, S. 460 ff.

³⁵ Entwurf des preußischen StGB 1847, § 267 PrStGB a.F. Im Entwurf von 1847 wurde expliziert konstatiert, dass dem Begriff des Diebstahls nur durch die Bezugnahme auf den Gewahrsam größere Bestimmtheit gegeben wird. Der Entwurf von 1843 nahm nicht auf den Gewahrsam Bezug, ohne dass auf diesen Umstand eingegangen wurde. Die Motive enthalten dazu keine Anhaltspunkte, Motive zum Entwurf des StGB für die Preußischen Staaten 1847, zu § 267 PrStGB a.F.

Der Begriff „Gewahrsam“ fand sich darin nicht mehr, da es zum einen unterschiedliche Auffassungen gab, was darunter zu verstehen ist, und zum anderen zivilrechtliche Unklarheiten in Abgrenzung zum Besitz vorhanden waren.³⁶ Das PrALR hatte Besitz und Gewahrsam einander gegenübergestellt und den Gewahrsam, wie bereits erläutert, definiert.³⁷ Aus dem Begriff der Wegnahme werde deutlich genug, dass „der Bestohlene die Detention der Sache zur Zeit des Diebstahls noch gehabt haben muss“, eine Klarstellung, dass die Wegnahme aus dem Gewahrsam eines anderen begangen werden muss, bedürfe es nicht mehr.³⁸

In § 225 PrStGB von 1851 war die Unterschlagung unter Strafe gestellt.

§ 225

Wer eine fremde bewegliche Sache, deren Besitz oder Gewahrsam er mit der Verpflichtung erlangt hat, sie zu verwalten, zurückzugeben oder abzuliefern, zum Nachteil des Eigentümers, Besitzers oder Inhabers veräußert, verpfändet, verbraucht oder bei Seite schafft, macht sich einer Unterschlagung schuldig.

Das zeigt, dass sich der Gesetzgeber damit nicht vollständig von dem Gewahrsamsbegriff distanziert hatte, sondern es als ausreichend erachtete, in § 225 PrStGB darauf Bezug zu nehmen. Im Umkehrschluss zeichnete sich der Diebstahl dadurch aus, dass der Täter erst noch Gewahrsam begründen muss.³⁹

Folglich stimmen sowohl der grundsätzliche Gesetzeswortlaut als auch der Wegnahmebegriff des PrStGB mit dem des RStGB überein. Somit kann auch davon ausgegangen werden, dass auch der Gewahrsamsbegriff identisch verstanden wurde.⁴⁰

Seit dem Inkrafttreten des Strafgesetzbuches für das Deutsche Reich vom 15. Mai 1871 hat der Diebstahlstatbestand, wie wir ihn heute kennen, nur marginale Änderungen im Jahr 1998 erfahren. Der Gesetzeswortlaut des § 242 StGB lautete 1871:

(1) Wer eine fremde bewegliche Sache einem Anderen in der Absicht wegnimmt, dieselbe sich rechtswidrig zuzueignen, wird wegen Diebstahls mit Gefängniß bestraft.

³⁶ Motive zum Entwurf des StGB für die Preußischen Staaten 1851, S. 52 f.; Mayer JZ 1962, 617.

³⁷ Soltmann, S. 6.

³⁸ Motive zum Entwurf des StGB für die Preußischen Staaten 1851, S. 52 f.

³⁹ Beseler, Kommentar PrStGB, S. 411 ff.

⁴⁰ Olshausen, Kommentar zum StGB für das Deutsche Reich, S. 872, 876; Rüdorff/v.Liszt/Delaquis, StGB für das Deutsche Reich, S. 271.

(2) Der Versuch ist strafbar.

Die Literatur stellt in Auslegung des Tatbestands schon auf die gängige Definition der Wegnahme ab, das Brechen fremden und die Begründung eigenen Gewahrsams.⁴¹ Das Besitzpaar entspringt dem sog. Gemeinen Recht, welches ab dem 11. Jahrhundert gegolten hat.⁴² Diese Definition der Wegnahme wurde nach allgemeiner Auffassung auch bis heute so beibehalten, wobei eingefügt wurde, dass es nicht notwendigerweise eigener Gewahrsam sein muss.⁴³

Das Reichsgericht umschrieb den Gewahrsam als tatsächlichen Zustand, der die Möglichkeit der Herrschaft über eine Sache gewährt, wobei die zivilrechtlichen Vorschriften über den Besitz gerade nicht maßgebend waren.⁴⁴

Der Tatbestand hat 1998 eine Änderung erfahren, seitdem erfasst er auch Fälle der beabsichtigten Dritzueignung.⁴⁵ Der erste Absatz lautet seither wie folgt:

(1) Wer eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegnimmt, die Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

Absatz 2 wurde unverändert beibehalten und hat seitdem auch keine Änderung erfahren.

1998 erhielt auch der Unterschlagungstatbestand seine jetzige Fassung, indem neben der Einführung der Subsidiaritätsklausel und eines eigenen zweiten Absatzes, die für die Historie des Gewahrsamsbegriffs relevanten Worte „Gewahrsam“ und „Besitz“ herausgestrichen wurden.⁴⁶

§ 246 StGB

(1) Wer eine fremde bewegliche Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zueignet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist,

⁴¹ Rüdorff/v.Liszt/Delaquis, StGB für das Deutsche Reich, S. 271.

⁴² Mayer JZ 1962, 617.

⁴³ Stellvertretend für viele Bosch TK § 242 Rn. 22; Hoyer SK § 242 Rn. 20 m.w.N.; Schmitz MüKo § 242 Rn. 50; Zieschang, BT 2, Rn. 57; zur anderen Ansicht bzw. Diskussion um den Wegnahmebegriff siehe S. 63 f.

⁴⁴ RGSt 30, 88, 89; RGSt 54, 343, 346; RGSt 56, 115, 117.

⁴⁵ Sechstes Gesetz zur Reform des Strafrechts (6. StRG) vom 26. Januar 1998, BGBl. I S. 164, 177.

⁴⁶ Sechstes Gesetz zur Reform des Strafrechts (6. StRG) vom 26. Januar 1998, BGBl. I S. 164, 178.

(2) Ist in den Fällen des Absatzes 1 die Sache dem Täter anvertraut, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe.

(3) Der Versuch ist strafbar.

Damit lässt sich festhalten, dass die Bedeutung des Merkmals des Gewahrsams bereits früh erkannt wurde und bereits lange diskutiert wird. Schwierigkeiten in der Abgrenzung zum Besitz bestanden bereits in weit zurückliegenden Zeiten und führten letztlich dazu, dass „Gewahrsam“ und „Besitz“ möglichst aus dem Gesetzestext entfernt wurden. Da der Gewahrsam aber weiterhin von Relevanz für die Wegnahme ist, führte dies nicht zu einer Erleichterung, im Gegenteil bestehen weitestgehend immer noch Unstimmigkeiten über die Bedeutung des Begriffs im Detail.

Kapitel 3: Der Gewahrsamsbegriff in anderen Rechtsbereichen

Zunächst wird mit Blick auf anderen Rechtsbereiche untersucht, inwieweit der Begriff des Gewahrsams dort Einzug gefunden hat und wie er von gegebenenfalls verwendeten, vergleichbaren Begriffen abzugrenzen ist. Die Zusammenstellung der Ergebnisse dient der Annäherung an eine Definition des Gewahrsams, da möglicherweise bereits Elemente aus anderen Rechtsgebieten übernommen wurden oder sinnvollerweise zu übernehmen wären.

I. Zivilrecht

Begonnen wird mit dem Zivilrecht und dessen Begrifflichkeiten des Eigentums und des Besitzes, die oft gleichgesetzt oder zumindest mit dem Gewahrsam verglichen werden und deshalb einer Erläuterung bedürfen.

1. Eigentum

Im Hinblick auf den Gesetzeswortlaut des § 242 StGB, welcher die Wegnahme einer fremden beweglichen Sache erfordert, erscheint der Gedanke nicht fernliegend, dass der in der Wegnahme befindliche Begriff des Gewahrsams mit dem Eigentum des Zivilrechts gleichgesetzt wird, da es schließlich auch auf die Fremdheit aus dem Zivilrecht ankommt.

Unabhängig davon, wie man den Gewahrsam genau definiert, ist man sich jedoch einig,⁴⁷ dass dieser von dem Begriff der Fremdheit und dem zugrundeliegenden Begriff des Eigentums abgegrenzt werden muss. So sei es zwar weit verbreitet, dass auch das Eigentum als eine Art „Herrschaftsverhältnis“ gesehen wird, davon muss aber dennoch inhaltlich der Gewahrsam unterschieden werden.⁴⁸ Eigentum und Gewahrsam an einer Sache können auch unterschiedlichen Personen zustehen und damit auseinanderfallen, so beispielsweise bei der Miete, der Leihe oder der Verwahrung.⁴⁹ Das Eigentum ist von einer tatsächlichen Zugriffsmöglichkeit unabhängig, da es als dingliches Recht die Sachherrschaft des Berechtigten in rechtlicher Art begründet. Das Eigentum bleibt somit auch bestehen, wenn die Sache gestohlen wird, da dies nicht die rechtliche Herrschaft über die Sache ändert. Den Gewahrsam dagegen erlangt der Dieb durch einen

⁴⁷ So bereits *Olshausen*, Kommentar zum StGB für das Deutsche Reich, S. 876; *Rüdorff/v.Liszt/Delaquis*, StGB für das Deutsche Reich, S. 271.

⁴⁸ *Olshausen*, Kommentar zum StGB für das Deutsche Reich, S. 876; *Rüdorff/v.Liszt/Delaquis*, StGB für das Deutsche Reich, S. 271; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Rn. 90.

⁴⁹ *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Rn. 90.

Gewahrsamsbruch beim Berechtigten. Insoweit macht es auch keinen Unterschied, welcher Gewahrsamsdefinition gefolgt wird. Gewahrsam und Eigentum sind strikt voneinander zu trennen.

2. Besitz

Auch der Besitzbegriff im Sinne der zivilrechtlichen Normen der §§ 854 ff. BGB und der Gewahrsamsbegriff in § 242 StGB sind nicht identisch.⁵⁰ Dies wurde bereits von *Binding* festgestellt. Dieser vertritt den Standpunkt, dass der „civilistische“ Besitz gegenüber dem strafrechtlichen Besitz unabhängig und selbstständig sei, was er aus dem früheren Recht herleite. So sollte nach dem Pandektenrecht die Detention keinen Besitz darstellen, das Strafrecht habe allerdings nicht beim Besitz zwischen Detention und juristischem Besitz unterschieden. So musste sich der Dieb gerade keine Detention, sondern juristischen Besitz verschaffen wollen.⁵¹ Daher zeige auch die Änderung der §§ 854 ff. BGB, dass diese keine Wirkung auf das Strafrecht haben.⁵² Sowohl vor der Neufassung als auch danach hänge der Gewahrsamsbegriff nur davon ab, ob tatsächliche Sachherrschaft bestehe oder nicht. Dies müsse sich gerade nicht mit dem unmittelbaren Besitz decken.⁵³

Dagegen geht *Redslob* von einer Gleichstellung von Besitz und Gewahrsam aus.⁵⁴ Nach *Redslob* sei Gewahrsam ein an die Erlangung der tatsächlichen Gewalt anknüpfendes soziales Achtungsverhältnis. Er stellt diesen jedoch mit dem Besitz gleich und geht auch davon aus, dass der Erbenbesitz und der mittelbare Besitz nicht rechtliche Funktionen des Besitzes seien, sondern Erbbesitzer und mittelbarer Besitzer ebenso Gewahrsam begründen. Zumindest eine Verwandtschaft der Begriffe nimmt *Rennicke* an.⁵⁵ Dies stützt er maßgeblich auf den räuberischen Diebstahl gemäß § 252 StGB. Der Besitzerhaltungsabsicht im § 252 StGB sei zu entnehmen, dass der Dieb in der Regel Besitz erlangt, wenn er erfolgreich eine Sache weggenommen hat, die er dann wiederum räuberisch ver-

⁵⁰ RGSt 34, 252, 254; RGSt 37, 198, 199 f.; RGSt 43, 10, 13; RGSt 50, 183 f.; *Bosch* TK § 242 Rn. 31; *Fischer* § 242 Rn. 11; *Heger* Lackner/Kühl/Heger § 242 Rn. 8a; *Heinrich* Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf § 242 Rn. 38a; *Heubel* JuS 1984, 445, 447; *Hoyer* SK § 242 Rn. 20; *Kindhäuser/Hoven* NK § 242 Rn. 30, beide Begriffe decken sich weitestgehend; *Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen*, BT 1, § 33 Rn. 12; *Roterberg* GA 1900, 241, 252; *Schmitz* MüKo § 242 Rn. 51; *Welzel* GA 1960, 257, 264, „im Kern identisch aber in den Einzelheiten abweichend“; *Wessels/Hillenkamp/Schuh*, Rn. 91.

⁵¹ *Binding*, S. 244.

⁵² So auch *Frank*, StGB, § 242 IV.

⁵³ *Binding*, S. 244 ff.

⁵⁴ *Redslob* ZStW 30 (1910), 205, 223.

⁵⁵ *Rennicke* ZJS 2020, 499, 500.

teidigen will. Dieser Wegnahmeerfolg besteht aus der Begründung neuen Gewahrsams, weswegen *Rennicke* davon ausgeht, die Begriffe Gewahrsam und Besitz müssten verwandt sein.⁵⁶ Gleichwohl erkennt er die unterschiedlichen Funktionen des Strafrechts und des Bürgerlichen Rechts an, sodass nicht zwangsläufig Begriffe aus den jeweiligen Rechtsgebieten übernommen werden können. Dies stünde einem ähnlichen Wortverständnis allerdings nicht entgegen, vielmehr sei dieses in § 252 StGB angelegt.⁵⁷

Zuzugeben ist, dass die Begrifflichkeit der Besitzerhaltungsabsicht irreführend ist, da sie nach herrschender Meinung als die Absicht verstanden wird, eine Gewahrsamsentziehung zu verhindern.⁵⁸ Dies wird mitunter als Redaktionsversehen bezeichnet.⁵⁹ Nach anderer Ansicht soll unter den Besitz zunächst der Gewahrsam fallen, aber gerade auch der mittelbare Eigenbesitz.⁶⁰ Demnach sei der Begriff Besitz absichtlich gewählt worden und soll damit mehr umfassen als der bloße Gewahrsam. Da die Norm aber bereits seit Inkrafttreten des Strafgesetzbuches 1871 den Wortlaut beibehalten hat, ist insoweit auf den Willen des historischen Gesetzgebers abzustellen. Dieser hat zwar in seinen Motiven nichts verlauten lassen,⁶¹ allerdings wurde auch gerade nicht im Gesetzeswortlaut von § 242 StGB auf Besitz oder Gewahrsam abgestellt, der Gewahrsam wurde erst durch Auslegung des Merkmals der Wegnahme Teil des Tatbestands. In § 252 StGB wurde der Besitz explizit erwähnt. Demnach ist tatsächlich davon auszugehen, dass es ein Redaktionsversehen war und der Gesetzgeber nicht wissentlich Besitz und Gewahrsam gleichsetzen wollte. Die Einbeziehung des mittelbaren Besitzes dagegen ist aus dem Wortlaut nicht auszuschließen.⁶²

Im Ergebnis besteht allerdings zumindest Einigkeit, dass der Gewahrsam im Kern mit der Grundform des unmittelbaren Besitzes in § 854 BGB übereinstimmt.⁶³ Zu untersuchen ist jedoch, ob sich die „Sonderformen“ des Besitzes mit dem Gewahrsam decken.

⁵⁶ *Rennicke* ZJS 2020, 499, 500.

⁵⁷ *Rennicke* ZJS 2020, 499, 500.

⁵⁸ *Sander* MüKo § 252 Rn. 15; *Vogel/Burchard* LK § 252 Rn. 65; *Wittig* BeckOK § 252 Rn. 15

⁵⁹ *Rengier*, BT I, § 10 Rn. 22; *Vogel/Burchard* LK § 252 Rn. 65; *Wittig* BeckOK § 252 Rn. 15.

⁶⁰ *Kindhäuser/Hoven* NK § 252 Rn. 20.

⁶¹ *Blum*, Strafgesetzbuch 1871, S. 358 f.

⁶² So bereits *Kindhäuser/Hoven* NK § 252 Rn. 20.

⁶³ RGSt 43, 10, 13; RGSt 52, 143, 145; *Bockelmann*, BT 1, S. 15; *Kargl* JuS 1996, 972, 974; *Kindhäuser/Hoven* NK § 242 Rn. 30; *Mitsch*, BT 2, Rn. 1.2.1.4.2.1; *Welzel* GA 1960, 257, 264; *Schünemann* allerdings sieht gerade die „künstlichen“ Fälle des unmittelbaren Besitzes der §§ 855, 857 BGB als nicht vom strafrechtlichen Gewahrsamsbegriff umfasst an, *Schünemann* GA 1969, 46, 50 f.

a) Gewahrsam des Besitzdieners

Als Besitzdiener nach § 855 BGB wird derjenige bezeichnet, der die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen anderen in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnis ausübt, vermöge dessen er den Weisungen des Besitzherrn in Bezug auf die Sache Folge zu leisten hat.⁶⁴ Als klassisches Beispiel lassen sich hier Hausangestellte oder Handlungsgehilfen nennen.⁶⁵ Aus § 855 BGB wird deutlich, dass nur der Besitzherr Besitzer ist und gerade nicht der Besitzdiener.⁶⁶

Für den Gewahrsam gilt jedoch etwas anderes. Der Besitzdiener kann Gewahrsam haben, sobald das Verhältnis unter die gängige Gewahrsamsdefinition fällt. Dabei muss aber jeweils unterschieden werden, dass er nicht lediglich als Gewahrsamsgehilfe oder Gewahrsamshüter⁶⁷ des Alleingewahrsamsinhabers angesehen wird.⁶⁸ Als Gewahrsamsgehilfe kann zumeist der Hausangestellte gesehen werden, wenn er nach der Verkehrsauffassung in sozialer Abhängigkeit zu dem Hausinhaber steht.⁶⁹ Ein Transportfahrer, der in den meisten Fällen bloßer Besitzdiener ist, kann dagegen Alleingewahrsam haben.⁷⁰

So kann zunächst festgehalten werden, dass der Besitzdiener auch Gewahrsamsinhaber sein kann.⁷¹ Erforderlich ist demnach eine Einzelfallbetrachtung, Besitz und Gewahrsam sind folglich voneinander zu unterscheiden.

b) Gewahrsam des mittelbaren Besitzers

In § 868 BGB ist der mittelbare Besitz geregelt. Danach ist als mittelbarer Besitzer derjenige zu verstehen, der eine Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnis, vermöge dessen er einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist, besitzt. In der Regel hat der mittelbare Besitzer allerdings keinen Gewahrsam, dieser kann allenfalls in besonderen Einzelfällen bejaht werden.⁷²

⁶⁴ Schäfer MüKo BGB § 855 Rn. 3 ff.

⁶⁵ Schäfer MüKo BGB § 855 Rn. 4, 8, 9.

⁶⁶ Schäfer MüKo BGB § 855 Rn. 1.

⁶⁷ Siehe dazu S. 199 ff.

⁶⁸ RGSt 52, 143, 145 f.; RGSt 56, 115, 117; Mitgewahrsam annehmend RG GA Band 68, 276; BGHSt 10, 400 f.; BGHSt 16, 271, 274; Bosch TK § 242 Rn. 31; Rengier, BT I, § 2 Rn. 35 ff.; Wessels/Hillenkamp/Schuhr, Rn. 101.

⁶⁹ Wessels/Hillenkamp/Schuhr, Rn. 101.

⁷⁰ Rengier, BT I, § 2 Rn. 38; Wessels/Hillenkamp/Schuhr, Rn. 108 f. Dazu siehe mehr bei S. 192 ff.

⁷¹ So bereits Rüdorff/v.Liszt/Delaquis, StGB für das Deutsche Reich, S. 271.

⁷² RGSt 37, 198, 199; RGSt 53, 336, 340; RGSt 56, 115, 116; BGH GA 1962, 78; Rüdorff/v.Liszt/Delaquis, StGB für das Deutsche Reich, S. 271.

Jemand, der anderen leerstehende Räume oder bewegliche Gegenstände zur Benutzung überlässt, behält als Verleiher oder Vermieter den mittelbaren Besitz. Er hat dann jedoch keinen Gewahrsam,⁷³ zumindest folgt dieser nicht zwangsläufig aus seiner Position als mittelbarer Besitzer.

Teilweise wird dies bei der Überlassung möblierter Räume anders beurteilt. So könne beispielsweise der Zimmerwirt oder Hotelleiter neben dem mittelbaren Besitz auch noch Mitgewahrsam am Wohnraum und an den Einrichtungsgegenständen haben.⁷⁴ Die Anbringung eines zusätzlichen Schlosses durch den Nutzer schließe aber den Mitgewahrsam des mittelbaren Besitzers aus, da dieser dadurch die tatsächliche Herrschaftsgewalt verliert.⁷⁵ Folglich kann man von der Stellung als mittelbarer Besitzer nicht auf die eines Gewahrsamsinhabers schließen. Auch hier muss der Gewahrsam je nach Einzelfall bestimmt werden. Jedenfalls können mittelbarer Besitz und Gewahrsam auseinanderfallen. Die Begriffe „Besitz“ und „Gewahrsam“ sind auch hier nicht identisch.

c) Erbenbesitz

Das Gesetz ordnet in § 857 BGB an, dass der Besitz automatisch auf den Erben übergeht. Dies entspricht allerdings nicht der herrschenden Definition für den Gewahrsam. Der Gewahrsam steht dem Erben nach der weitestgehend herrschenden Meinung nur zu, wenn dieser ihn tatsächlich ausübt.⁷⁶ § 857 BGB fingiert dagegen den Besitz so lange, bis er tatsächlich ausgeübt wird. Damit liegt in diesem Zeitpunkt jedoch gerade noch keine tatsächliche Sachherrschaft vor, die typisch für den Gewahrsam ist. Demnach ist es nicht ohne Weiteres möglich, aus dem Erbenbesitz auf das Vorliegen des Gewahrsams zu schließen.

Dabei greift auch das Gegenargument, man müsste auch den Gewahrsam dementsprechend fingieren, nicht, da die Sachen eines Sterbenden sonst gewahrsamslos sein könnten,⁷⁷ denn in den meisten Fällen ist davon auszugehen, dass

⁷³ RGSt 37, 198, 199 ff.; RGSt 56, 115, 116 f.; BGH GA 1962, 78.

⁷⁴ RG GA Band 68, 276, 277; BGH NJW 1960, 1357 Nr. 17.

⁷⁵ OLG Celle JR 1968, 431; andere Ansicht *Wessels/Hillenkamp/Schuh*, Rn 98; siehe dazu in allen Einzelheiten, S. 192 ff.

⁷⁶ RGSt 34, 252, 254; RGSt 58, 228, 229; *Lobe*, S. 24 f., der annimmt, dass eine Fiktion, wie es der Erbenbesitz ist, nur innerhalb des eigenen Rechtsgebiets Gültigkeit erlangt; *Binding*, BT 1, S. 245, die Fiktion des Zivilrechts wirke sich hier nicht aus, der Gewahrsam ist nur dann als übergegangen anzusehen, wenn der Erbe sich des Erbes bewusst ist und Erbe sein will, ohne weitere Besitzergreifung; *Kudlich S/S/W* § 242 Rn. 18; *Wittig BeckOK* § 242 Rn. 12; andere Ansicht *Redslob ZStW* 30 (1910), 205, 217 f.; *Soltmann*, Gewahrsamsbegriff, S. 73; *Bittner*, S. 130, sonst wären die Sachen eines Sterbenden in der Zeitspanne zwischen Tod und tatsächlicher Ausübung der Sachherrschaft gewahrsamslos.

⁷⁷ Siehe zum Beispiel *Bittner*, S. 108 ff.

die Erben sich des Erbes bald bewusstwerden und ab diesem Zeitpunkt auch tatsächliche Sachherrschaft (zumindest vorübergehend) begründen wollen. Außerdem können auch Dritte an den Sachen des Toten Gewahrsam erlangen, so beispielsweise der Gewahrsamsinhaber eines generellen Herrschaftsbereichs. Für alle anderen Fälle kann über eine kurzzeitige Gewahrsamslosigkeit hinweggesehen werden.⁷⁸

3. Gewahrsam im Zivilprozessrecht

In der Zivilprozessordnung wird vielfach direkt auf den Begriff des Gewahrsams Bezug genommen, so beispielsweise in den §§ 739,⁷⁹ 808,⁸⁰ 809,⁸¹ 886⁸² ZPO.

Die Pfändung beim Schuldner ist ein formalisierter Zugriffstatbestand in der Zwangsvollstreckung.⁸³ Die herrschende Meinung geht davon aus, dass der Gewahrsamsbegriff in den Zwangsvollstreckungsnormen zumeist mit dem unmittelbaren Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuchs übereinstimmt.⁸⁴ Aus dem Wortlaut des § 739 ZPO ergibt sich, dass gerade zwischen Gewahrsamsinhaber und Besitzer unterschieden wird und damit Gewahrsam und Besitz nicht gleichgesetzt werden. Für die Annahme von Gewahrsam bedarf es einer äußerlich erkennbaren tatsächlichen Sachherrschaft.⁸⁵ Zwar wurde bisher vielfach vertreten, es bestehe ein Unterschied zwischen dem Gewahrsam und dem unmittelbaren

⁷⁸ Zum Gewahrsam des Verstorbenen siehe detaillierter S. 162 ff., S. 204 ff.

⁷⁹ § 739 ZPO: *(1) Wird zugunsten der Gläubiger eines der Ehegatten gemäß § 1362 des Bürgerlichen Gesetzbuchs vermutet, dass der Schuldner Eigentümer beweglicher Sachen ist, so gilt, unbeschadet der Rechte Dritter, für die Durchführung der Zwangsvollstreckung nur der Schuldner als Gewahrsamsinhaber und Besitzer. [...]*

⁸⁰ § 808 ZPO: *(1) Die Pfändung der im Gewahrsam des Schuldners befindlichen körperlichen Sachen wird dadurch bewirkt, dass der Gerichtsvollzieher sie in Besitz nimmt. [...]*

⁸¹ § 809 ZPO: *Die vorstehenden Vorschriften sind auf Pfändung von Sachen, die sich im Gewahrsam des Gläubigers oder eines zur Herausgabe bereiten Dritten befinden, entsprechend anzuwenden.*

⁸² § 886 ZPO: *Befindet sich die herauszugebende Sache im Gewahrsam eines Dritten, so ist dem Gläubiger auf dessen Antrag der Anspruch des Schuldners auf Herausgabe der Sache nach den Vorschriften zu überweisen, welche die Pfändung und Überweisung einer Geldforderung betreffen.*

⁸³ LG Frankfurt MDR 1988, 504; Gottwald/Mock § 808 ZPO Rn. 5; Gruber MüKo ZPO § 808 Rn. 2.

⁸⁴ RGZ 61, 92, hiernach wird jegliche Art von Besitz darunter gefasst; BGH NJW 2020, 3376, 3379; Gruber MüKo ZPO § 808 Rn. 6; Herrler Grüneberg Überbl v § 854 BGB Rn. 5; Uhl BeckOK ZPO § 808 Rn. 5; so auch schon Wolff/Raiser, Sachenrecht, § 6 V; Würdinger Stein/Jonas § 808 ZPO Rn. 14; Thomas/Putzo gehen davon aus, der Gewahrsam sei vom Besitz zu unterscheiden, allerdings schließen sie auch nur den mittelbaren Besitz, den Mitbesitz, den Besitzdiener und den nicht ausgeübten Erbenbesitz als Gewahrsamsformen aus, daher stimmen sie doch mit der Aussage überein, der unmittelbare Besitz entspricht im Wesentlichen dem des Gewahrsams, Thomas/Putzo § 808 ZPO Rn. 3.

⁸⁵ Flockenhaus Musielak/Voit § 808 ZPO Rn. 3 f.; Gruber MüKo ZPO § 808 Rn. 6; Uhl BeckOK ZPO § 808 Rn. 5.

Besitz, da für den Gewahrsam nur Umstände relevant seien, die von einem Gerichtsvollzieher äußerlich leicht erkennbar wären.⁸⁶ Dies wird vor allem aus der Natur des Vollstreckungsrechts als öffentlich-rechtliches Rechtsgebiet, in dem staatliche Organe hoheitlich tätig werden, abgeleitet.⁸⁷ Im Ergebnis führt dies dennoch nicht zu Unterschieden,⁸⁸ da auch der unmittelbare Besitz anhand objektiver Umstände erkennbar sein muss.⁸⁹ Gelockerter Gewahrsam ist auch möglich, wenn sich die Sachen auf frei zugänglichen Grundstücken oder gar in Räumen Dritter befinden.⁹⁰

Mittelbarer Besitz reicht nicht für die Gewahrsamsbegründung im Sinne der §§ 739, 808, 809, 886 ZPO aus, auch der Besitzdiener ist weder Besitzer noch Gewahrsamsinhaber. In diesen Fällen fehlt es an der tatsächlichen Sachherrschaft.⁹¹ Der fiktive Erbenbesitz soll mangels tatsächlicher Sachherrschaft auch nicht vom zivilprozessrechtlichen Gewahrsam erfasst sein.⁹²

Nach anderer Ansicht würde dies dem Zweck des § 857 BGB zuwiderlaufen, der ja die tatsächliche Sachherrschaft gesetzlich fingieren will.⁹³ Allerdings ist dem entgegenzuhalten, dass in diesen Fällen gerade keine tatsächliche Sachherrschaft besteht, diese aber für das Vorliegen von Gewahrsam erforderlich ist.⁹⁴

Für die Beurteilung, ob Gewahrsam im Sinne der ZPO vorliegt, wird auf die Verkehrsauffassung abgestellt. Kriterien sind zum einen die äußerliche Erkennbarkeit, zum anderen aber auch der Gewahrsamswille, die Üblichkeit, damit die Lebensanschauung sowie der fehlende Gewahrsam eines Dritten.⁹⁵

⁸⁶ LG Frankfurt MDR 1988, 504; *Gottwald/Mock* § 808 ZPO Rn. 5.

⁸⁷ *Gottwald/Mock* § 808 ZPO Rn. 5 mit weiteren Nachweisen.

⁸⁸ So bereits *Gruber MüKo ZPO* § 808 Rn. 6.

⁸⁹ BGHZ 101, 186, 188; BGH NJW-RR 2017, 818, 819; *Herrler Grüneberg* § 854 BGB Rn. 3; *Flockenhaus Musielak/Voit* § 808 ZPO Rn. 4.

⁹⁰ *Gruber MüKo ZPO* § 808 Rn. 11.

⁹¹ AG Stuttgart DGVZ 82, 191; *Flockenhaus Musielak/Voit* § 808 Rn. 4; *Gruber MüKo ZPO* § 808 ZPO Rn. 6; *Thomas/Putzo* § 808 Rn. 3; *Uhl BeckOK ZPO* § 808 Rn. 5; *Würdinger Stein/Jonas* § 808 ZPO Rn. 14.

⁹² *Flockenhaus Musielak/Voit* § 808 ZPO Rn. 4; *Thomas/Putzo* § 808 ZPO Rn. 3; *Wolff/Raiser*, Sachenrecht, § 6 V.

⁹³ *Gruber MüKo ZPO* § 808 Rn. 10.

⁹⁴ So auch *Loyal Schuschke/Walker/Kessen/Thole* § 808 ZPO Rn. 1 f. Wie *Loyal* betont, ist von dem Vorliegen des Gewahrsams richtigerweise die Frage zu trennen, ob die Sache dennoch gepfändet werden kann. Der Erbenbesitz begründet zwar keinen Gewahrsam, hat aber sonst auch niemand Gewahrsam an der Sache, kann die Pfändung entsprechend § 808 ZPO erfolgen, ähnlich auch *Würdinger Stein/Jonas* § 808 ZPO Rn. 14.

⁹⁵ So allgemeine Meinung, *Gruber MüKo ZPO* § 808 Rn. 11; *Flockenhaus Musielak/Voit* § 808 ZPO Rn. 3 f.

Ein Mitgewahrsamsinhaber kann ein Dritter im Sinne des § 809 ZPO sein.⁹⁶

4. Zwischenergebnis

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der Gewahrsam gerade nicht in allen Fällen mit dem Besitz übereinstimmt und damit nicht gleichgesetzt werden kann. Eine unterschiedliche Beurteilung von Besitz und Gewahrsam ist demnach unerlässlich. Im Bürgerlichen Recht ist davon auszugehen, dass Besitz und Gewahrsam strikt voneinander zu trennen sind. Der Erbenbesitzer, der mittelbare Besitzer und der Besitzdiener haben nicht aufgrund ihrer Besitzstellung bereits Gewahrsam.

Auch im Zivilprozessrecht reicht gerade nicht die Stellung des mittelbaren Besitzers oder des Erbenbesitzers aus, um Gewahrsam anzunehmen. Der Gewahrsam des Besitzdieners ist auch eigens herauszuarbeiten. Die tatsächliche Sachherrschaft, die in der Zivilprozessordnung den Gewahrsam begründen lässt, muss äußerlich erkennbar sein. Dies führt nach der einhelligen Meinung nicht zu Unterschieden zum unmittelbaren Besitz und entspricht damit dem Kern der Gewahrsamsdefinition auch im Strafrecht.

II. Strafprozessrecht

Der juristische Laie denkt bei dem Wort Gewahrsam zunächst daran, dass jemand oder etwas „in Gewahrsam genommen“ wird und nicht an den materiell-strafrechtlichen Begriff, der in dem weiteren Verlauf der Arbeit die tragende Rolle spielt. Diese Art von Gewahrsam scheint der Allgemeinheit geläufiger zu sein und findet ihren rechtlichen Ursprung unter anderem in der Strafprozessordnung.

1. Direkte Bezugnahme auf den Begriff Gewahrsam

Ein Blick in die Strafprozessordnung zeigt, dass der Begriff des Gewahrsams explizit verwendet wird, so beispielsweise in § 94 und 97 StPO, sodass es sinnvoll erscheint, auch hier auf die Definition und Bestimmung des Gewahrsams einzugehen.

⁹⁶ Uhl BeckOK ZPO § 809 Rn. 3.

Die Gewahrsamsdefinition in § 94 StPO⁹⁷ wird in der Literatur selten problematisiert. Teils verweist die Literatur lediglich auf § 242 StGB.⁹⁸ Oft wird mit Verweis auf § 97 StPO der Gewahrsam als „tatsächliche Verfügungsmacht“ beschrieben.⁹⁹ Gewahrsamsinhaber ist folglich derjenige, der nach der Verkehrsanschauung mit zumindest generellem Gewahrsamswillen auch die tatsächliche Sachherrschaft darüber ausübt.¹⁰⁰

In § 97 Abs. 2 S. 1 StPO¹⁰¹ wird Gewahrsam definiert als die tatsächliche Sachherrschaft einer Person über eine Sache, was nach der Verkehrsanschauung beurteilt wird.¹⁰² Folglich wird zumeist auf den strafrechtlichen Gewahrsamsbegriff der Zueignungsdelikte Bezug genommen.¹⁰³

Jahn/Kirsch monieren jedoch, dass die Verkehrsanschauung zu flexibel sei und schlagen vor, den Gewahrsamsbegriff der StPO als qualifizierten Gewahrsam anzusehen, der als besondere Form der Verwahrung damit dem Begriff aus § 133 Abs. 1 StGB entsprechen soll.¹⁰⁴ Dies beziehen sie allerdings nur auf den speziellen Fall der anwaltlich genutzten Räumlichkeiten,¹⁰⁵ auf den das wohl auch passen mag. Aus der Argumentation erschließt sich aber nicht, wieso es überzeugender ist, auf den § 133 StGB Bezug zu nehmen und der Begriff im Allgemeinen nicht an § 242 StGB anzulehnen wäre. Letztlich könnte auch die Verkehrsauffassung mittels eindeutiger Kriterien präziser bestimmt werden. Der Wortlaut legt vielmehr eine Anlehnung an den Gewahrsam nahe, schließlich wird dieser Begriff explizit verwendet. Auf das Merkmal der Verwahrung wird

⁹⁷ § 94 Abs. 2 StPO: *Befinden sich Gegenstände in dem Gewahrsam einer Person und werden sie nicht freiwillig herausgegeben, so bedarf es der Beschlagnahme.*

⁹⁸ *Hartmann Dölling/Duttge/König/Rössner* § 94 StPO Rn. 12.

⁹⁹ *M. Mayer* JZ 1989, 908.

¹⁰⁰ *Gerhold BeckOK* StPO § 94 Rn. 16.

¹⁰¹ § 97 Abs. 2 S. 1 StPO: *Diese Beschränkungen gelten nur, wenn die Gegenstände im Gewahrsam der zur Verweigerung des Zeugnisses Berechtigten sind, es sei denn, es handelt sich um eine elektronische Gesundheitskarte im Sinne des § 291a des Fünften Buches Sozialgesetzbuch.*

¹⁰² *Menges Löwe/Rosenberg* § 94 Rn. 40; *M. Mayer* JZ 1989, 908; *Hadamitzky* KMR § 97 StPO Rn. 6; *Benfer/Bialon*, Rn. 535 f., gehen von einer normativen Beziehung aus, wobei die Anschauungen des täglichen Lebens ausschlaggebend sind.

¹⁰³ Allen voran ist der Gewahrsam Teil der Definition der Wegnahme, die als Merkmal des § 242 StGB zu prüfen ist. Hierfür verweist das LG Stuttgart direkt auf § 242 StGB, LG Stuttgart BeckRS 2018, 8717 Rn. 27; *Gerhold BeckOK* StPO § 97 Rn. 32; *Hartmann Dölling/Duttge/König/Rössner* § 94 StPO Rn. 12, § 97 StPO Rn. 7; *Hauschild MüKo* StPO § 97 Rn. 19; *Köhler Schmitt/Köhler* § 97 Rn. 11, tatsächliches Herrschaftsverhältnis; *Menges Löwe/Rosenberg* § 97 Rn. 28; *Wohler/Singelstein* SK-StPO § 97 Rn. 48; andere Ansicht *Jahn/Kirsch* StV 2019, 12, 14.

¹⁰⁴ *Jahn/Kirsch* StV 2019, 12, 13 f.; *dies.*, Criminal Compliance, § 33 Rn. 106.

¹⁰⁵ *Jahn/Kirsch* StV 2019, 12, 14; *dies.*, Criminal Compliance, § 33 Rn. 106.

gerade kein Bezug genommen. Damit überzeugt der Versuch, den Gewahrsamsbegriff, entgegen der allgemeinen Meinung, mit einer anderen Norm auszufüllen, nicht.

Lemcke setzt sich mit der Herleitung des Gewahrsamsbegriffs über das Strafrecht als auch mit der Bezugnahme auf das Zivilprozessrecht auseinander.¹⁰⁶ Wie bereits erläutert, wird in den Zwangsvollstreckungsnormen auch der Begriff des Gewahrsams verwendet. Es erscheint zunächst auch naheliegend, den strafprozessualen Begriff an den zivilprozessualen anzulehnen, da Form und Wirkungen der Pfändung nach der ZPO und der Beschlagnahme der StPO ähnlich sind.¹⁰⁷ Allerdings gibt auch *Lemcke* zu, dass Sinn und Zweck der Definitionsbildung der ZPO nicht mit der der StPO übereinstimmen.¹⁰⁸ Eine strafrechtseinheitliche Betrachtung überzeugt daher mehr.¹⁰⁹

Als Gewahrsamsinhaber wird demnach in der Strafprozessordnung derjenige angesehen, der nach der Verkehrsanschauung mit zumindest generellem Gewahrsamswillen¹¹⁰ die tatsächliche Sachherrschaft über den Gegenstand ausübt.¹¹¹ Möglich ist auch die Begründung von Mitgewahrsam.¹¹² Dass in der Strafprozessordnung der Gewahrsam von Eigentum und Besitz zu unterscheiden ist, ist einhellige Meinung.¹¹³

2. Implizite Bezugnahme auf den Begriff Gewahrsam

In der StPO wird nicht nur explizit auf den Gewahrsam abgestellt.

¹⁰⁶ *Lemcke*, S. 53 f.

¹⁰⁷ So zutreffend *Lemcke*, S. 56 f.

¹⁰⁸ Zutreffend *Lemcke*, S. 57.

¹⁰⁹ *Janssen*, S. 12.

¹¹⁰ LG Stuttgart BeckRS 2018, 8717 Rn. 27; *Gerhold* BeckOK StPO § 97 Rn. 32; *Hauschild* MüKo StPO § 97 Rn. 19; zumindest genereller Herrschaftswille, annähernd auch *Janssen*, S. 12.

¹¹¹ *Gerhold* BeckOK StPO § 97 Rn. 32; *Hauschild* MüKo StPO § 97 Rn. 19.

¹¹² BGHSt 19, 374 f.; *Gerhold* BeckOK StPO § 97 Rn. 32; *Hartmann* Dölling/Duttge/König/Rössner § 94 StPO Rn. 12, § 97 StPO Rn. 7; *Hauschild* MüKo StPO § 97 Rn. 19; *Köhler* /Schmitt/Köhler § 97 Rn. 12; *M. Mayer* JZ 1989, 908; *Wohler/Singelnstein* SK-StPO § 97 Rn. 49.

¹¹³ *Greven* KK StPO § 94 Rn. 6; *Hauschild* MüKo StPO § 94 Rn. 11; *Menges* Löwe/Rosenberg § 94 StPO Rn. 17.

So regelt § 94 Abs. 1 StPO¹¹⁴ die formlose Sicherstellung von Gegenständen, die dann möglich ist, wenn der Gegenstand gewahrsamslos ist oder der Gewahrsamsinhaber freiwillig den Behörden den Zugriff auf den Gegenstand freigibt.¹¹⁵ Liegen also diese Voraussetzungen vor, kann der Gegenstand von den Strafverfolgungsbehörden in Gewahrsam genommen werden.¹¹⁶

In § 94 Abs. 2 StPO ist die Beschlagnahme geregelt, die sich insoweit von der Sicherstellung unterscheidet, als dass der Gewahrsamsinhaber die Sache gerade nicht freiwillig herausgeben will.¹¹⁷ Die Beschlagnahme ist eine förmliche Sicherstellung eines Gegenstandes.¹¹⁸ Bei der Beschlagnahme wird sodann amtlicher Gewahrsam begründet. Eine Begründung amtlichen Gewahrsams erfolgt dadurch, dass die zuständige Behörde oder eine von ihr beauftragte Person die Sache in ihren Besitz nimmt und damit ein öffentlich-rechtliches Verwahrungsverhältnis bildet.¹¹⁹

Davon zu differenzieren ist die Ingewahrsamnahme, die dadurch erfolgt, dass an einem Gegenstand tatsächliche Sachherrschaft begründet wird. Damit reicht für die Beschlagnahme gerade auch die Begründung mittelbaren Besitzes aus, was für eine Ingewahrsamnahme nicht genügt.¹²⁰

3. Zwischenfazit

Festzuhalten ist, dass in der Strafprozessordnung sowohl direkt als auch implizit auf den Begriff Gewahrsam Bezug genommen wird. Nach der weit überwiegen- den Ansicht ist an die strafrechtliche Definition des Gewahrsams bei den Zueig- nungsdelikten anzuknüpfen. Allerdings ist festzuhalten, dass für den strafpro- zessualen Begriff teilweise der mittelbare Besitz ausreicht. Vordergründig wird also Bezug auf den strafrechtlichen Gewahrsamsbegriff genommen, anhand der ratio legis und des Telos der Norm erfolgt dann aber wiederum eine unterschied- liche Auslegung der Begrifflichkeiten, um den rechtstaatlichen Anforderungen Rechnung zu tragen, die mit dem Akt der Ingewahrsamnahme einhergehen. Da bereits festgehalten wurde, dass der mittelbare Besitz für den strafrechtlichen

¹¹⁴ § 94 Abs. 1 StPO: *Gegenstände, die als Beweismittel für die Untersuchung von Bedeutung sein können, sind in Verwahrung zu nehmen oder in anderer Weise sicherzustellen.*

¹¹⁵ Baumann, S. 106 f.; Hauschild MüKo StPO § 94 Rn. 43; Menges Löwe/Rosenberg § 94 StPO Rn. 4.

¹¹⁶ Baumann, S. 108.

¹¹⁷ Baumann, S. 109; Hauschild MüKo StPO § 94 Rn. 43, 45; Menges Löwe/Rosenberg § 94 StPO Rn. 35.

¹¹⁸ Menges Löwe/Rosenberg § 94 StPO Rn. 6; Wohlers/Singelnstein SK-StPO § 94 Rn. 15 f.

¹¹⁹ Greven KK StPO § 94 Rn. 17; Hauschild MüKo StPO § 94 Rn. 49.

¹²⁰ Baumann, S. 111.

Gewahrsam nicht ausreicht, unterscheiden sich der strafrechtliche und der strafprozessrechtliche Gewahrsamsbegriff bereits insoweit.

III. Öffentliches Recht¹²¹

Im Polizeirecht findet sich die Ingewahrsamnahme von Personen. Im Vergleich zur Strafprozessordnung, die vor allem repressive Tätigkeiten regelt, ist das Polizeirecht auf präventive Maßnahmen zugeschnitten.¹²²

Das bayerische PAG nimmt beispielsweise in Art. 17 PAG¹²³ direkt Bezug auf das Wort Gewahrsam.

Gewahrsam ist dabei als der polizeiliche Entzug der Freiheit einer Person und deren daran anschließende Verwahrung zu verstehen, sodass die Person gehindert wird, sich zu entfernen beziehungsweise fortzubewegen.¹²⁴ Dies stellt ein durch hoheitliche Gewalt hergestelltes Rechtsverhältnis dar.¹²⁵ Dabei kommt es entscheidend auf den tatsächlichen Entzug der Freiheit an.¹²⁶ Eine Ingewahrsamnahme liegt dagegen nicht vor, wenn sich jemand freiwillig in die Obhut der Polizei begibt.¹²⁷

Weiter wird zwischen verschiedenen Arten des Gewahrsams unterschieden. So findet sich der Schutzgewahrsam in Art. 17 Abs. 1 Nr. 1 PAG.¹²⁸

¹²¹ Auch das Strafrecht ist Teil des Öffentlichen Rechts, da es auch das Ober-/Unterordnungsverhältnis des Bürgers zum Staat betrifft, siehe dazu unter anderem *M. Wagner* ZJS 2020, 575.

¹²² *Holzner BeckOK PAG* Art. 2 PAG Rn. 3 ff.; *Schmidbauer Schmidbauer/Steiner* Art. 2 PAG Rn. 7 f.

¹²³ Art. 17 PAG:

(1) Die Polizei kann eine Person in Gewahrsam nehmen, wenn [...]

(2) Die Polizei kann Minderjährige, die sich der Obhut der Sorgeberechtigten entzogen haben oder sich an Orten aufhalten, an denen ihnen eine sittliche Gefahr oder Verwahrlosung droht, in Gewahrsam nehmen, um sie den Sorgeberechtigten oder dem Jugendamt zuzuführen.

(3) Die Polizei kann eine Person, die aus dem Vollzug von Untersuchungshaft, Freiheitsstrafen oder freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung entwichen ist oder sich sonst ohne Erlaubnis außerhalb der Vollzugsanstalt aufhält, in Gewahrsam nehmen und in die Anstalt zurückbringen.

Parallelnormen, die auf den Gewahrsam Bezug nehmen, finden sich auch in Polizeigesetzen auf Bundes- und Länderebene, vgl. § 18 Nds. SOG, § 33 BWPoG, § 35 PoG NRW, § 39 BPoG.

¹²⁴ OVG Münster NJW 1980, 138; *Grünwald/Hahn BeckOK PAG* Art. 17 PAG Rn. 11; *Schmidbauer Schmidbauer/Steiner* Art. 17 PAG Rn. 14.

¹²⁵ OVG Münster NJW 1980, 138; *Schmidbauer Schmidbauer/Steiner* Art. 17 PAG Rn. 15.

¹²⁶ *Schmidbauer Schmidbauer/Steiner* Art. 17 PAG Rn. 14.

¹²⁷ *Grünwald/Hahn BeckOK PAG* Art. 17 PAG Rn. 13.

¹²⁸ Art. 17 PAG: (1) Die Polizei kann eine Person in Gewahrsam nehmen, wenn

Nr. 1 das zum Schutz der Person gegen eine Gefahr für Leib oder Leben erforderlich ist, insbesondere weil die Person sich erkennbar in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand oder sonst in hilfloser Lage befindet, [...]

Daneben existiert der Sicherheitsgewahrsam nach Art. 17 Abs. 1 Nr. 2 PAG.¹²⁹ Zweck des Schutzgewahrsams ist es, eine Person in Gewahrsam zu nehmen, um sie vor einer Gefahr für Leib oder Leben zu retten.¹³⁰

Der Sicherheitsgewahrsam unterteilt sich wiederum in zwei Gewahrsamsarten. Zum einen geht es um den sogenannten Präventivgewahrsam, der dazu dient, die Begehung von rechtswidrigen Taten zu verhindern. Zum anderen handelt es sich um den sogenannten Repressivgewahrsam, der die Verhinderung der Fortsetzung der Begehung rechtswidriger Taten bezweckt.¹³¹

Unstimmigkeiten, was unter dem Begriff des Gewahrsams im Polizeirecht zu verstehen ist, bestehen nicht.

Mit Blick auf den in der Arbeit zu erläuternden strafrechtlichen Gewahrsamsbegriff lässt sich sagen, dass sich aus der polizeirechtlichen Definition des Gewahrsams keine relevanten Erkenntnisse für die Auslegung des strafrechtlichen Begriffs ableiten lassen. Der Begriff des Gewahrsams im Polizeirecht weicht deutlich von den gängigen Definitionen des strafrechtlichen Gewahrsams ab, was der Schutzrichtung und der Zielsetzung der jeweiligen Gesetze geschuldet ist. Die unterschiedlichen Schutzgüter drängen sich beim Vergleich des polizeirechtlichen und des strafrechtlichen Gewahrsams auf. Im Polizeirecht geht es um den Entzug der Freiheit eines Menschen, also um eine ganz andere Zielsetzung. Damit ist der Gewahrsamsbegriff im Polizeirecht anders als im Strafrecht zu verstehen.

¹²⁹ Art. 17 PAG: (1) Die Polizei kann eine Person in Gewahrsam nehmen, wenn Nr. 2 das unerlässlich ist, um die unmittelbar bevorstehende Begehung oder Fortsetzung einer Ordnungswidrigkeit von erheblicher Bedeutung für die Allgemeinheit oder einer Straftat zu verhindern; die Annahme, daß eine Person eine solche Tat begehen oder zu ihrer Begehung beitragen wird, kann sich insbesondere darauf stützen, daß

- a) die Person die Begehung der Tat angekündigt oder dazu aufgefordert hat oder Transparente oder sonstige Gegenstände mit einer solchen Aufforderung mit sich führt; dies gilt auch für Flugblätter solchen Inhalts, soweit sie in einer Menge mitgeführt werden, die zur Verteilung geeignet ist,
- b) bei der Person Waffen, Werkzeuge oder sonstige Gegenstände aufgefunden werden, die ersichtlich zur Tatbegehung bestimmt sind oder erfahrungsgemäß bei derartigen Taten verwendet werden, oder ihre Begleitperson solche Gegenstände mit sich führt und sie den Umständen nach hiervon Kenntnis haben mußte, oder
- c) die Person bereits in der Vergangenheit mehrfach aus vergleichbarem Anlaß bei der Begehung von Ordnungswidrigkeiten von erheblicher Bedeutung für die Allgemeinheit oder Straftaten als Störer betroffen worden ist und nach den Umständen eine Wiederholung dieser Verhaltensweise zu erwarten ist; [...]

¹³⁰ Schmidbauer Schmidbauer/Steiner Art. 17 PAG Rn. 21, 23.

¹³¹ Schmidbauer Schmidbauer/Steiner Art. 17 PAG Rn. 29.

IV. Nebenstrafrecht

1. Betäubungsmittelgesetz

In § 29 BtMG stellt der Gesetzgeber den Besitz von Betäubungsmitteln unter Strafe, sofern jemand diese besitzt, ohne zugleich im Besitz einer schriftlichen Erlaubnis für den Erwerb zu sein, § 29 Abs. 1 Nr. 3 BtMG. Der Begriff des Besitzes ist dabei im BtMG nicht legaldefiniert.

Mit Blick auf die Begründung zum Entwurf eines Opiumgesetzes vom 18. Dezember 1970 wird deutlich, dass zur Strafbarkeitsbegründung nicht auf einen Zustand abgestellt wird, sondern auf ein kausales Verhalten, das diesen Zustand herbeigeführt oder aufrechterhalten hat.¹³²

Daher ist man sich weitestgehend einig, dass sich der Begriff des Besitzes im BtMG nicht nach dem des Bürgerlichen Rechts im Sinne des § 854 BGB richtet,¹³³ sondern eher nach dem Gewahrsamsbegriff im Strafgesetzbuch,¹³⁴ wobei in der Begründung ausdrücklich darauf hingewiesen wird, dass auch nicht der Besitz im Sinne des § 246 StGB a.F. gemeint ist.¹³⁵ Somit müsse man sich an dem Begriff des Gewahrsams orientieren, der in der heutigen Fassung des StGB in § 242 nicht ausdrücklich genannt, auf den aber im Rahmen des § 242 StGB mit seinem Merkmal der Wegnahme abgestellt wird.¹³⁶

Dies habe zur Folge, dass für die Frage, ob „Besitz“ im Sinne des § 29 BtMG vorliegt, die Anschauungen des täglichen Lebens und der Einzelfall maßgebend seien.¹³⁷

So setze das Tatbestandsmerkmal des Besitzes in § 29 BtMG sowohl eine objektive Komponente als auch subjektive Komponente voraus.¹³⁸ Nach herrschender Meinung ist objektiv ein tatsächliches Herrschaftsverhältnis nötig,¹³⁹ welches dem Inhaber die ungehinderte und andauernde Möglichkeit gibt, auf

¹³² BT-Drs. VI/1877, S. 9.

¹³³ BT-Drs. VI/1877, S. 9.

¹³⁴ *Oglakcioglu* MüKo BtMG § 29 Rn. 1068; *Patzak* Patzak/Volkmer/Fabricius BtMG § 29 Rn. 1005; *Weber/Dietsch* Weber/Kornprobst/Maier/Weber/Dietsch BtMG § 29 Rn. 1330.

¹³⁵ BT-Drs. VI/1877, S. 9.

¹³⁶ *Oglakcioglu* MüKo BtMG § 29 Rn. 1068; *Weber/Dietsch* Weber/Kornprobst/Maier/Weber/Dietsch BtMG § 29 Rn. 1330.

¹³⁷ BayObLG BeckRS 1998, 30027752.

¹³⁸ BGH NStZ-RR 1998, 148; OLG Celle StV 2000, 624; BGH NStZ 2020, 41, 41 f.; OLG Düsseldorf BeckRS 2009, 8159; *Oglakcioglu* MüKo BtMG § 29 Rn. 1066.

¹³⁹ BGHR BtMG § 29a Abs. 1 Nr. 3 Besitz 2; BGHR BtMG § 29a Abs. 1 Nr. 3 Besitz 6; BeckRS 1997, 31120040.

das Betäubungsmittel einzuwirken.¹⁴⁰ Dabei reiche es aus, wenn der Täter das Betäubungsmittel zwar nicht selbst in unmittelbarem Besitz hat, aber ungehindert darauf zugreifen kann.¹⁴¹ Eine gewisse Dauerhaftigkeit sei zwar nicht erforderlich,¹⁴² begründe jedoch ein Indiz für das Vorliegen von diesem Herrschaftsverhältnis, das von einem Besitzwillen getragen wird.¹⁴³

Um den Tatbestand der Nr. 3 zu erfüllen, müsse der Täter dieses Herrschaftsverhältnis auch mit dem entsprechenden „Besitzbewusstsein und Besitzwillen“¹⁴⁴ auf subjektiver Seite „herstellen bzw. aufrechterhalten“.¹⁴⁵ Gerade nicht erforderlich sei allerdings ein dem Bürgerlichen Recht entspringender Besitzbegründungswille.¹⁴⁶ So soll die bloß bewusste Ausübung des „tatsächlichen Herrschaftsverhältnisses“ ausreichen.¹⁴⁷

Weiterhin müsse der Täter tatsächliche Sachherrschaft begründen, damit also eine ungehinderte Eingriffsmöglichkeit erschaffen,¹⁴⁸ die nicht von der Art der Besitzerlangung abhängt.¹⁴⁹ Auch die Eigentumslage nach dem Privatrecht sei dabei unerheblich.¹⁵⁰

Wenn sich auch der Begriff wie bereits erläutert nicht nach dem Bürgerlichen Recht richtet, wird dennoch vielfach auf die Tatbestände der §§ 854 ff. BGB zurückgegriffen. So müssen zwar nicht deren Voraussetzungen vorliegen, falls die Formen des unmittelbaren oder mittelbaren Besitzes¹⁵¹ oder des Eigen- oder Fremdbesitzes¹⁵² einschlägig sind, wird aber in der Regel auch der Besitztatbestand aus dem BtMG als erfüllt angesehen.¹⁵³

¹⁴⁰ BGH NStZ-RR 1998, 148; OLG Celle StV 2000, 624; BGH NStZ 2020, 41, 41 f.

¹⁴¹ BGH BeckRS 2016, 21431.

¹⁴² *Weber/Dietsch* Weber/Kornprobst/Maier/Dietsch BtMG § 29 Rn. 1327.

¹⁴³ BGH NStZ 2020, 41, 42.

¹⁴⁴ BGH BeckRS 1997, 31120040; BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 3 Besitz 6 = BGH NStZ 2011, 98.

¹⁴⁵ OLG Düsseldorf BeckRS 2009, 8159; *Oglakcioglu* MüKo BtMG § 29 Rn. 1066.

¹⁴⁶ BGH BeckRS 1974, 106510.

¹⁴⁷ BGH BeckRS 1974, 106510.

¹⁴⁸ So schon in der Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Opiumgesetzes BT-Drs. VI/1877, S. 9; BGHSt 26, 117; BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 3 Besitz 2 = BGH NStZ 2005, 155; BGH NStZ 2020, 41; BGH NStZ-RR 2008, 54, 55.

¹⁴⁹ *Oglakcioglu* MüKo BtMG § 29 Rn. 1067; *Patzak* Patzak/Volkmer/Fabricius BtMG § 29 Rn. 1006.

¹⁵⁰ BayObLGSt 2003, 94, 98; OLG Celle NStZ-RR 2013, 181, 182; *Oglakcioglu* MüKo BtMG § 29 Rn. 1068; *Weber/Dietsch* Weber/Kornprobst/Maier/Dietsch BtMG § 29 Rn. 1324.

¹⁵¹ BGHSt 27, 380, 381 f.

¹⁵² Beim Fremdbesitz ist möglicherweise eine Einschränkung geboten, siehe dazu BGH NStZ-RR 2007, 58, zu Einschränkungen bei Fremdbesitz und mittelbarem Besitz siehe BGH StV 1981, 127, 128.

¹⁵³ So *Oglakcioglu* MüKo BtMG § 29 Rn. 1068.

Es reiche folglich aus, dass der Fremdbesitzer die tatsächliche Herrschaftsgewalt für einen anderen ausübt und gerade keine eigene Herrschaftsgewalt über die Betäubungsmittel haben will. Er sei trotzdem Besitzer im Sinne des § 29 BtMG.¹⁵⁴ Auch der Verwahrer könne Besitzer sein.¹⁵⁵

Für den für die Tatbestandserfüllung erforderlichen Besitz reiche es auch aus, wenn lediglich Mitbesitz vorliegt, folglich also mehrere gemeinschaftlich das Betäubungsmittel besitzen.¹⁵⁶

Auch bei bloß kurzfristigen Hilfstätigkeiten wie in der Konstellation, dass jemand im Zusammenhang mit dem Rauschgiftgeschäft im Rahmen einer kurzfristigen Aufbewahrung oder eines kurzfristigen Transportes für einen nicht völlig unerheblichen Zeitraum alleinige Herrschaftsgewalt über das Rauschgift hat, kann der Besitz bejaht werden. Dies wurde in einer Entscheidung vom BGH¹⁵⁷ bestätigt, in der der Angeklagte nachts mit einer mit Heroin gefüllten Tasche über eine Weglänge von mehr als 100 Metern allein durch einen dunklen Torbogen verschwunden war, sodass sein im Fahrzeug abseits der Straße sitzender Komplize keine Einwirkungsmöglichkeit mehr auf das Rauschgift hatte. Der Angeklagte hatte somit für einen nicht unerheblichen Zeitraum die alleinige Herrschaftsgewalt, weshalb bei ihm das bewusste und tatsächliche Aufrechterhalten des tatsächlichen Herrschaftsverhältnisses im Sinne des Besitzes nach § 29 BtMG bejaht werden konnte.¹⁵⁸ Als nicht ausreichend wird allerdings eine kurze Hilfstätigkeit benannt, die ohne Herrschaftswillen erledigt wird, so beispielsweise der Transport des Rauschgifts über eine bloß kurze Strecke zum im Fahrzeug sitzenden Haupttäter.¹⁵⁹

Der Besitz kann sogar bei bloßer Besitzdienerschaft vorliegen,¹⁶⁰ was im Gegensatz zu dem Besitzbegriff im Zivilrecht steht. Hier erlangt der Besitzdiener nach § 855 BGB gerade keinen Besitz. Um den Besitz im Sinne des § 29 BtMG zu bejahen, müsse der Besitzdiener selbst das tatsächliche Herrschaftsverhältnis mit dem entsprechenden Herrschaftswillen begründen.¹⁶¹ Als Beispiel führt dazu Patzak den Besitzdiener an, der sich räumlich vom Geschäftsherrn entfernt.¹⁶²

¹⁵⁴ BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 3 Besitz 6.

¹⁵⁵ BGH NStZ-RR 2011, 56.

¹⁵⁶ BGH BeckRS 1974, 139; OLG Stuttgart NStZ 2002, 154.

¹⁵⁷ BGH NStZ-RR 1998, 148.

¹⁵⁸ BGH NStZ-RR 1998, 148, 149.

¹⁵⁹ BGHSt 26, 117, 117 f.

¹⁶⁰ BGHSt 26, 117, 117 f.

¹⁶¹ BGHSt 26, 117, 117 f.; Weber/Dietsch Weber/Kornprobst/Maier/Dietsch BtMG § 29 Rn. 1352.

¹⁶² Patzak Patzak/Volkmer/Fabricius BtMG § 29 Rn. 1013.

Der Erlangung der tatsächlichen Verfügungsgewalt steht es nicht entgegen, dass die Übergabe beobachtet wird, selbst bei Beobachtung durch die Polizei.¹⁶³

Als Fazit hieraus kann festgehalten werden, dass trotz Verwendung des Begriffs des Besitzes sich dessen Auslegung gerade nicht nach dem BGB richtet, sondern eher nach dem Gewahrsamsbegriff, was durchaus geeignet ist, für Verwirrung zu sorgen, da der Gewahrsamsbegriff ansonsten streng von dem des Besitzes zu trennen ist. Aber auch mit dem Begriff des Gewahrsams stimmt der hier verwendete Besitzbegriff nicht in Gänze überein. So kann beim Vorliegen des zivilrechtlichen mittelbaren Besitzes schon Besitz im Sinne des BtMG angenommen werden. Damit können die Begriffe trotz großer Ähnlichkeiten auch nicht miteinander gleichgesetzt werden. Der Begriff des Gewahrsams findet damit mittelbar Eingang in das BtMG, wird aber dennoch weiter ausgelegt, als dies im Strafrecht der Fall ist.

2. WaffG

Das WaffG spricht in § 1 Abs. 3 ausdrücklich von dem „Besitz“ als einer Form des Umgangs mit Waffen.¹⁶⁴ In der Anl. 1 Abschn. 2 Nr. 2 des Waffengesetz wird der hier genannte Besitz als „Ausübung der tatsächlichen Gewalt“ definiert.

Der Besitz war in der alten Fassung des § 4 WaffG¹⁶⁵ noch nicht genannt, hat aber im Jahr 2002¹⁶⁶ aufgrund seiner wesentlichen Rolle eigenständige Bedeutung im WaffG erlangt. Als eine Form des Umgangs mit Waffen schließt sich der Besitz an den Zustand, der unter dem Erwerb verstanden wird, an.¹⁶⁷ Der Besitz stellt die Ausübung tatsächlicher Gewalt dar.¹⁶⁸ Der Erwerb dagegen wird als die Erlangung der tatsächlichen Gewalt definiert.¹⁶⁹ Letzteres ist dann zu bejahen, wenn die tatsächliche Möglichkeit erlangt wird, über eine Sache nach eigenem Willen zu verfügen.¹⁷⁰ Der Begriff der tatsächlichen Gewalt ist dabei aus

¹⁶³ BGHSt 30, 277, 279; BGH NStZ-RR 2006, 88; BGH NStZ-RR 2008, 212; BGH NStZ 2020, 41, 42.

¹⁶⁴ § 1 Abs. 3 WaffG: *Umgang mit einer Waffe oder Munition hat, wer diese erwirbt, besitzt, überlässt, führt, verbringt, mitnimmt, damit schießt, herstellt, bearbeitet, instand setzt oder damit Handel treibt. Umgang mit einer Waffe hat auch, wer diese unbrauchbar macht.*

¹⁶⁵ Eingeführt durch BGBl. I 1972, S. 1797.

¹⁶⁶ BGBl. I 2002, S. 3970, berichtigt auf S. 4592.

¹⁶⁷ Heinrich Steindorf Anlage 1 Rn. 181.

¹⁶⁸ BT-Drs. 14/7758, S. 90.

¹⁶⁹ BGH NJW 1975, 226 f.; Heinrich Steindorf Anlage 1 Rn. 169.

¹⁷⁰ Anl. I-A2-Nr. 1 S. 1 WaffVwV.

dem KrWaffG abgeleitet worden.¹⁷¹ So bestehen sowohl beim Erwerb als auch beim Besitz diverse Abgrenzungsschwierigkeiten.

Der Wortlaut der tatsächlichen Gewalt als Besitz deutet darauf hin, dass zwischen dem waffenrechtlichen und dem zivilrechtlichen Besitzbegriff ein Unterschied besteht. Dabei kann festgehalten werden, dass sowohl der zivilrechtliche Besitzbegriff als auch der waffenrechtliche auf die Ausübung der tatsächlichen Gewalt abstellen,¹⁷² sich beide aber in Einzelfragen, ob diese zu bejahen ist, so beispielsweise beim mittelbaren Besitz, gerade nicht entsprechen und daher nicht gleichgesetzt werden können. Der mittelbare Besitz reicht gerade nicht für die Annahme des waffenrechtlichen Besitzes aus.¹⁷³

Weiter bedarf es der Abgrenzung zum Begriff des Gewahrsams, da dieser nach herrschender Meinung als tatsächliches Herrschaftsverhältnis verstanden wird, das von einem Herrschaftswillen getragen wird.¹⁷⁴ In der Tat erscheint es naheliegend, an dieser Stelle einen Vergleich zum waffenrechtlichen Besitzbegriff zu ziehen. Allerdings vertritt der BGH, dass das Merkmal der „Ausübung tatsächlicher Gewalt“ „schon wegen der abweichenden Wortwahl“ vom Gewahrsam unterschieden werden müsse, dagegen biete sich der Vergleich zum BGB an und dessen in § 854 Abs. 1 und § 856 Abs. 1 BGB genannten Besitzbegriff.¹⁷⁵ So weist aber schon *Heinrich* darauf hin, dass diese Begründung nicht überzeugend ist.¹⁷⁶ Der gemeinsame Nenner sei bei beiden das Abstellen auf das tatsächliche und nicht auf das rechtliche Herrschaftsverhältnis.¹⁷⁷ Auch im Ergebnis zeige sich in den verschiedenen Fallkonstellationen kaum eine Abweichung.¹⁷⁸ Da der Gewahrsam im Kern mit dem unmittelbaren Besitz übereinstimmt, ist die Anlehnung an den Gewahrsamsbegriff aber auch an den unmittelbaren Besitzbegriff inhärent.

Sowohl beim Gewahrsam als auch beim Besitz im waffenrechtlichen Sinne spiele das Eigentum an einer Sache keine Rolle.¹⁷⁹

¹⁷¹ *Heinrich* Steindorf Anlage 1 Rn. 170.

¹⁷² RGSt 66, 249, 250.

¹⁷³ *Potrykus* NJW 1965, 1164, 1165.

¹⁷⁴ Dazu der weitere Verlauf der Arbeit, siehe vor allem Kapitel 5, zur herrschenden Meinung S. 66 ff.

¹⁷⁵ BGHSt 26, 12, 15; OLG Düsseldorf JZ 1985, 252; so auch *Hinze* NJW 1975, 1287; *ders.* NJW 1977, 667, 668.

¹⁷⁶ *Heinrich* MüKo WaffG § 1 Rn. 155.

¹⁷⁷ *Heinrich* MüKo WaffG § 1 Rn. 155.

¹⁷⁸ *Heinrich* Steindorf Anl. 1 Rn. 170.

¹⁷⁹ BT-Drs. 14/7758, S. 66; *Bushart* Apel/Bushart Anlage 1 Rn. 61; *Heinrich* Steindorf Anlage 1 Rn. 170.

Trotz der eigenständigen Definition im WaffG wird der zivilrechtliche Besitzbegriff als erster Anhaltspunkt herangezogen.¹⁸⁰ Nach §§ 854 Abs. 1, 865 Abs. 1 BGB bedarf es für den Besitz der Innehabung der tatsächlichen Gewalt über eine Sache. Daraus wird gefolgert, dass zumindest der hier angesprochene unmittelbare Besitz mit der „Ausübung der tatsächlichen Gewalt“ aus dem WaffG übereinstimme.¹⁸¹ Ob allerdings auch der mittelbare Besitz im Sinne des § 868 BGB der Definition der Ausübung der tatsächlichen Gewalt entspricht, ist umstritten. Die Rechtsprechung hat noch zu § 59 WaffG a.F.¹⁸² angenommen, dass auch der mittelbare Besitzer darunter zu fassen sei.¹⁸³ Dies muss allerdings kritisch gesehen und mittlerweile nach überzeugender Auffassung abgelehnt werden.¹⁸⁴ Der mittelbare Besitzer hat die tatsächliche Möglichkeit verloren, in irgendeiner Weise auf die Sache einzuwirken und kann daher auch die Gewalt über sie nicht tatsächlich ausüben.¹⁸⁵ Dies ergibt sich auch aus der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum Waffengesetz,¹⁸⁶ die zumindest als Indiz für die Auslegung der Begrifflichkeiten dienen kann.

Mehreren Personen kann auch gleichzeitig die tatsächliche Gewalt zustehen, sofern jede einzelne Person die erforderliche Herrschaftsgewalt über die Waffe hat.¹⁸⁷

Für die Ausübung der tatsächlichen Gewalt ist auch ein darauf gerichteter Herrschaftswille erforderlich, der nur angenommen werden kann, wenn Kenntnis über die Entstehung der Sachherrschaft vorliegt.¹⁸⁸ Die unbewusste Zugriffsmöglichkeit ist daher nicht ausreichend.¹⁸⁹

¹⁸⁰ BGHSt 26, 12, 16; BayObLGSt 1974, 72, 73; BGH NJW 1975, 226; OLG Celle NJW 1973, 1986, 1987; BayObLGSt 1989, 113, 115.

¹⁸¹ BGHSt 26, 12, 16; BayObLGSt 1974, 72, 73; BGH NJW 1975, 226; OLG Celle NJW 1973, 1986, 1987; BayObLGSt 1989, 113, 115; *Bushart* Apel/Bushart Anlage 1 Rn. 61; *Pauckstadt-Maihold/Lutz* Erbs/Kohlhaas W 12 § 1 Rn. 22; *Heinrich* Steindorf Anlage 1 Rn. 171. Laut *Heinrich* MüKo WaffG § 1 Fn. 618, könne als „Indiz hierfür [...] auch § 10 Abs. 1 herangezogen werden: die Erlaubnis zum Waffenerwerb bzw. Waffenbesitz wird seitens der Behörde durch eine Waffen“besitz“karte erteilt.“

¹⁸² § 59 Abs. 1 S. 1 WaffG a.F.: „*Hat jemand am 1. März 1976 die tatsächliche Gewalt über Schusswaffen ausgeübt, für die es ihrer Art nach auf Grund dieses Gesetzes einer Erlaubnis bedurfte, so hat er diese Schusswaffen bis zum 30. Juni 1976 der zuständigen Behörde schriftlich anzumelden und dabei seine Personalien, Art und Anzahl der Schusswaffen, deren Kaliber, Herstellerzeichen oder Marke und, wenn die Schusswaffen eine Herstellungsnummer haben, auch diese anzugeben.*“

¹⁸³ OLG Celle NJW 1973, 1986, 1987; OLG Frankfurt a.M. NJW 1973, 1514; LG Würzburg NJW 1971, 2275.

¹⁸⁴ BGHSt 26, 12, 16, die Ausdehnung auf den mittelbaren Besitzer wird abgelehnt.

¹⁸⁵ BGHSt 26, 12, 16; *Bushart* Apel/Bushart Anlage 1 Rn. 61; *Heinrich* Steindorf Anlage 1 Rn. 172.

¹⁸⁶ Anlage I-A2-Nr. 1 S. 6 WaffVwV.

¹⁸⁷ *Bushart* Apel/Bushart Anlage 1 Rn. 61.

¹⁸⁸ *Heinrich* MüKo WaffG § 1 Rn. 175.

¹⁸⁹ *Heinrich* Steindorf Anlage 1 Rn. 174.

Zusammenfassend lässt sich auch über den Besitzbegriff im WaffG sagen, dass dieser zu Diskussionen bei der Auslegung führt. So wird dieser Begriff auch wieder anders als der Besitz im BGB ausgelegt, aber wiederum anders als der Besitz im BtMG. Im Ergebnis stimmt er mit dem unmittelbaren Besitz überein und schließt gerade den mittelbaren Besitzer, den Besitzdiener und den Erbenbesitz aus. Dies entspricht auch dem Kern der Gewahrsamsdefinition des Strafrechts, da auch dieser mit dem unmittelbaren Besitz übereinstimmt aber gerade die genannten Sonderformen des Besitzes nicht erfasst.

V. Fazit

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass sich die Auslegung des Merkmals des Gewahrsams – auch wenn teils von Besitz die Rede war – vielfach zumindest im Kern ähnelt.

Das Zivilrecht verlangt für den Besitz die tatsächliche Sachherrschaft, die aber auch normativ eingeschränkt werden kann, so wie beispielsweise beim Besitzdiener, an anderer Stelle dagegen aber auch erweitert ausgelegt wird, was der Erbenbesitz zeigt. Damit offenbart sich eine faktisch-normative Betrachtungsweise, wobei es zunächst auf die tatsächliche Herrschaft ankommt, die durch ein Korrektiv Einschränkungen erfährt.

Diese Auffassung findet eine Parallele in der Zivilprozessordnung. In diesem Kontext wird auf die tatsächliche Herrschaftsmacht abgestellt, wobei diese jedoch erkennbar sein muss. Dies stellt ein ähnliches Korrektiv wie beispielsweise die allgemeine Lebensauffassung dar.

Die Strafprozessordnung nimmt vordergründig Bezug auf den strafrechtlichen Gewahrsamsbegriff, legt diesen dann aber in den unterschiedlichen Normen entsprechend anders aus. Auch hier kommt es aber auf eine faktische Komponente, die tatsächliche Verfügungsmacht, an.

Im Nebenstrafrecht herrschen zwar einige Unklarheiten, da hier zumeist von dem Besitz die Rede ist, der aber wiederum nicht zwangsläufig zivilrechtlich ausgelegt wird, sondern sich vordergründig auch an dem strafrechtlichen Gewahrsamsbegriff orientiert. Wichtig sind die tatsächliche Herrschaftsmacht, sowie ein Besitzwille oder ein Besitzbewusstsein. Im Betäubungsmittelrecht wird dann wiederum korrigiert und vorrangig auf den zivilrechtlichen Besitz abgestellt, wenn davon die Rede ist, dass verschiedene zivilrechtliche Besitzformen automatisch auch den betäubungsmittelrechtlichen Besitz begründen sollen. Im Kern schließen auch die im BtMG und im WaffG verwendeten Besitzbegriffe

die Sonderformen des Besitzes, mittelbaren Besitz, Besitzdienerschaft und Erbenbesitz aus. Dies gilt allerdings nicht für den § 29 BtMG, der auch den mittelbaren Besitz umfassen soll. Das überzeugt jedoch im Ergebnis nicht. Es hat sich gezeigt, dass im Kern immer die tatsächliche Herrschaftsmacht relevant ist, die beim mittelbaren Besitz aber gerade nicht vorliegt und insoweit nur fingiert werden muss. Demnach sollte auch hier eine engere Auslegung stattfinden, so dass im Ergebnis der Besitzbegriff des BtMG im Wesentlichen mit dem des Gewahrsams und damit den in anderen Rechtsbereichen verwendeten Begriffen übereinstimmt.

Im Öffentlichen Recht wird der Gewahrsam dagegen auf eine gänzlich andere Definition gestützt, was sich aber aus den divergierenden Schutzrichtungen und der ratio legis des Gesetzes ergibt, namentlich der Tatsache, dass der dortige Gewahrsamsbegriff mit einem Eingriff in die Fortbewegungsfreiheit des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG verbunden und damit nicht auf Sachen bezogen ist.

Festgestellt werden kann daher, dass die unterschiedlichen Gesetze logischerweise nach ihrer Schutzrichtung auszulegen sind, sich allerdings dennoch einige Ähnlichkeiten und Vergleichbarkeiten ergeben, auf die abzustellen ist. Gemeinsam haben die Begriffe – abgesehen vom Öffentlichen Recht –, dass es immer eines faktischen Moments bedarf in der Gestalt der tatsächlichen Sachherrschaft. Diese wird mitunter korrigiert durch unterschiedliche normative Merkmale oder die äußerliche Erkennbarkeit oder spezifiziert, wenn darauf abgestellt wird, dass ein Herrschafts- oder Besitzwille bestehen muss.

Damit können als wichtigste Merkmale des Gewahrsamsbegriffs in den untersuchten Rechtsgebieten eine faktische Komponente ergänzt durch normative oder soziale Elemente festgehalten werden.

Kapitel 4: Der Gewahrsamsbegriff im Strafgesetzbuch

Im StGB finden sich einige Normen, die entweder auf die Wegnahme oder explizit auf den Gewahrsam Bezug nehmen. Zu fragen ist daher, ob aus einer bloßen Wortlautübereinstimmung auch eine inhaltliche Identität gefolgert werden kann und die Begrifflichkeiten identisch interpretiert werden müssen. Für eine identische Auslegung könnte noch einmal mehr sprechen, dass die Begriffe im gleichen Gesetzbuch Verwendung finden.

I. Der Gewahrsam in § 168 StGB

§ 168 StGB pönalisiert die Störung der Totenruhe. Dort ist der Gewahrsam ausdrücklich als Tatbestandsmerkmal genannt.¹⁹⁰

Der Gewahrsam wird im Gesetzestext an eine berechnigte Person geknüpft, was als sogenanntes Doppelmerkmal angesehen wird.¹⁹¹ Außerdem findet sich im Wortlaut der Norm auch das Merkmal der Wegnahme.¹⁹²

1. Zum Gewahrsam berechnigt

Der Wortlaut des § 168 StGB stellt auf den Gewahrsam des Berechnigten ab. Darunter fallen Personen, denen auch das Recht zur Totenfürsorge zusteht.¹⁹³ Dabei ist zu klären, inwieweit Berechnigung und Gewahrsam miteinander zusammenhängen.

Zum Teil wird vertreten, dass es insoweit nicht auf etwaige Gewahrsamsverhältnisse ankomme, der Totenfürsorgeberechnigte habe aus seiner Berechnigung heraus stets auch die Obhut und damit den Gewahrsam über den Leichnam.¹⁹⁴

¹⁹⁰ Der Wortlaut besteht so seit dem sechsten Gesetz zur Reform des Strafrechts (6. StRG) vom 26. Januar 1998, BGBl. I S. 164, 172.

§ 168 StGB: *(1) Wer unbefugt aus dem Gewahrsam des Berechnigten den Körper oder Teile des Körpers eines verstorbenen Menschen, eine tote Leibesfrucht, Teile einer solchen oder die Asche eines verstorbenen Menschen wegnimmt oder wer daran beschimpfenden Unfug verübt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.*

¹⁹¹ Radtke LK § 168 Rn. 24.

¹⁹² Zumindest ist hier von dieser Definition für die Wegnahme aus § 242 StGB auszugehen, siehe dazu auch S. 63 f.

¹⁹³ Hörnle/Voigt MüKo § 168 Rn. 12.

¹⁹⁴ So beispielsweise v. Bubnoff GA 1968, 65, 72; Sternberg-Lieben NJW 1987, 2062.

Nach anderer Auffassung ist der Gewahrsam, als faktisches Obhutsverhältnis, unabhängig davon, wem tatsächlich die Totenfürsorge zusteht, wer also Berechtigter ist.¹⁹⁵ So müsse die Frage nach der Berechtigung zum Gewahrsam davon abgegrenzt werden, ob tatsächlich ein Gewahrsams- beziehungsweise Obhutsverhältnis vorliegt.¹⁹⁶ Die Totenfürsorgeberechtigung sei unabhängig von der Frage nach dem tatsächlichen Gewahrsamsverhältnis zu beurteilen.¹⁹⁷ Vor der Bestattung soll der Gewahrsam dem zur Totenfürsorge Berechtigten zustehen, was in der Regel die nächsten Angehörigen sind. Falls es keine Hinterbliebenen gibt oder sie ihr Recht nicht geltend machen, geht die Berechtigung auf zufällige Gewahrsamsinhaber wie das Krankenhaus oder die Friedhofsverwaltung über.¹⁹⁸ Auf eine Kenntnis oder die Ortsanwesenheit komme es nicht an.¹⁹⁹

Dadurch, dass das Gesetz beide Begriffe nebeneinander verwendet, kann daraus auf den gesetzgeberischen Willen geschlossen werden, dass beide Begriffe unabhängig voneinander sind und der eine gerade nicht in dem anderen enthalten ist.²⁰⁰ Wenn es nur auf das Obhutsrecht ankommen würde, müsste das Gesetz nicht zusätzlich zur Berechtigung noch den Gewahrsam fordern.²⁰¹ Auch wenn davon auszugehen ist, dass dem Gesetzgeber bei Einführung der Norm noch nicht bewusst gewesen ist, dass Gewahrsam und Berechtigung in so vielen Fällen auseinanderfallen würden, was beispielsweise mittlerweile durch den häufig im Krankenhaus eintretenden Tod der Fall ist, müsste ihm dies im Laufe der Jahre aufgefallen sein,²⁰² eine Änderung wurde allerdings nicht vorgenommen,²⁰³ was darauf schließen lässt, dass bewusst beide Begriffe beibehalten werden sollten. Dies wäre nicht nötig, wenn der eine Begriff bereits im anderen enthalten wäre. Aus dem Wortlaut der Norm kann gerade gefolgert werden, dass beide Merkmale zwar aufeinander Bezug nehmen, dennoch aber voneinander

¹⁹⁵ Fischer § 168 Rn. 8.

¹⁹⁶ Fischer § 168 Rn. 9; Radtke LK § 168 Rn. 29.

¹⁹⁷ KG NJW 1990, 782; Radtke LK § 168 Rn. 29.

¹⁹⁸ Fischer § 168 Rn. 9.

¹⁹⁹ Fischer § 168 Rn. 9.

²⁰⁰ So zutreffend Geilen JZ 1971, 41, 43; Hörnle/Voigt MüKo § 168 Rn. 14; Roxin JuS 1976, 505, 507.

²⁰¹ So zutreffend BVerfG NJW 2002, 2861, 2862; OLG Frankfurt NJW 1975, 271, 272 mit zustimmender Anmerkung Martens NJW 1975, 1668; OLG Zweibrücken JR 1992, 212 mit zustimmender Anmerkung Laubenthal JR 1992, 213; Bosch/Schittenhelm TK § 168 Rn. 6; Fischer § 168 Rn. 8 ff.; Otto, GK II, § 64 Rn. 13; Radtke LK § 168 Rn. 26 m.w.N.; Rogall SK § 168 Rn. 8; Hörnle/Voigt zeigen zutreffend auf, dass es dann auch nur „dem Berechtigten entziehen“ heißen könnte, Hörnle/Voigt MüKo § 168 Rn. 14.

²⁰² Zutreffend Hörnle/Voigt MüKo § 168 Rn. 14.

²⁰³ Die Wegnahme aus dem Gewahrsam des Berechtigten besteht seit Einführung der Norm, bekanntgegeben durch das Deutsche Reichsgesetzblatt vom 14. Juni 1871. Die Merkmale wurden seitdem nicht herausgestrichen oder geändert. Siehe zu dem Streit auch ausführlicher den nächsten Abschnitt, S. 37 ff.

unabhängige Erfordernisse darstellen. Bei derart unterschiedlichen Begrifflichkeiten kann nicht ohne nähere Begründung oder weitere Hinweise auf den gleichen Sinn geschlossen werden.

Demnach ist die Berechtigung unabhängig vom Gewahrsam zu beurteilen. So erlangen grundsätzlich die nächsten Angehörigen mit dem Tod die Berechtigung, sie sind damit aber nicht zwangsläufig auch Gewahrsamsinhaber.

Wenn ausdrücklich eine Anordnung der Totenfürsorge ergangen ist, sei der Adressat zur Totenfürsorge berechtigt.²⁰⁴ Sofern das Recht und die Pflicht zur Totenfürsorge besteht und keine Anordnung vorliegt, treffe dies unabhängig von erbrechtlichen Regelungen den nächsten Angehörigen oder eine andere Person, die dem Verstorbenen nahe stand.²⁰⁵ Dies wird dadurch begründet, dass das Totenfürsorgerecht nach allgemeiner Meinung nicht dem Vermögensbereich des Erblassers zugehörig sei, sondern auf der persönlichen Verbundenheit der Angehörigen mit dem Verstorbenen fußt.²⁰⁶ Um das Totenandenken zu wahren, müsse der familienrechtliche Bezug gewährleistet sein. Bei mehreren Hinterbliebenen soll darauf abgestellt werden, wer mit dem Verstorbenen im Leben tatsächlich am engsten verbunden war.²⁰⁷

2. Meinungsstand zur Definition des Gewahrsams

Einigkeit besteht darüber, dass der Gewahrsam in § 168 StGB keine Sachherrschaft im Sinne des § 242 StGB voraussetzt. Nach einer Ansicht soll aber eine tatsächliche Herrschaftsbeziehung als Ausgangspunkt dienen, wie sie auch § 242 StGB zugrunde liegt.²⁰⁸ Die Fragen, ob es überhaupt dieser Faktizität bedarf, ob dazu noch weitere Merkmale hinzutreten müssen oder ob das tatsächliche Verhältnis normativ korrigiert werden muss, führen zu Unstimmigkeiten vor allem in der Literatur.

Verbreitet ist die Annahme, dass ein weniger konkretisiertes als in § 242 StGB vorausgesetztes, tatsächliches Obhutsverhältnis ausreicht. In der Regel werde dieses von den nächsten Angehörigen übernommen, die zumeist die Berechtigten sind und die den Gewahrsam dann mit der Todesnachricht begründen. Im Fortlauf der Zeit bis zur Beerdigung oder auch in anders gelagerten Fällen, wenn

²⁰⁴ BGH FamRZ 1992, 657; Roth NJW-Spezial 2015, 231.

²⁰⁵ RGZ 154, 269, 270 f.; BGHZ 50, 133, 139 f.; BGHZ 61, 238; OLG Karlsruhe MDR 1990, 443; Bosch/Schittenhelm TK § 168 Rn. 5; Dippel LK¹² § 168 Rn. 51 f.; Stübinger NK § 168 Rn. 9.

²⁰⁶ RGZ 154, 269, 271; BGHZ 50, 133, 138 f.; BGHZ 61, 238.

²⁰⁷ LG Bonn NJW-RR 1994, 522; Dippel LK¹² § 168 StGB Rn. 52.

²⁰⁸ Radtke LK § 168 Rn. 24.

beispielsweise keine Hinterbliebenen vorhanden sind, diese die Totensorge verweigern oder keine Kenntnis von dem Todesfall haben, werde dieser Gewahrsam dann von „zufälligen Gewalthabern“ wie beispielsweise dem Krankenhaus, dem Altenheim, der Polizei oder der Friedhofsverwaltung übernommen.²⁰⁹ Wenn der Tod also im Krankenhaus eintritt, ist nach der überwiegenden Ansicht nicht nur eine tatsächliche Obhut des Krankenhausleiters anzunehmen, sondern eben auch der berechnigte Gewahrsam.²¹⁰ So wird auf die Faktizität abgestellt, damit auf das tatsächliche Obhutsverhältnis, weitere normative Merkmale oder eine normative Korrektur seien nicht nötig.

Die Gegenansicht nimmt an, § 168 StGB beziehe sich auf die Obhut über die Leiche, die als Aufsichts- oder Bewachungsverhältnis definiert werde, da eine vollständige Gleichsetzung mit dem Gewahrsamsbegriff des § 242 StGB dem Achtungsanspruch und der Würde des Toten nicht gerecht werde.²¹¹ Dabei ist allerdings umstritten, ob es, um Gewahrsam anzunehmen, zusätzlich eines faktischen Obhutsverhältnisses bedarf,²¹² oder ob er als rein normatives Merkmal ausgestaltet sei, das auch vom Berechnigten durch andere ausgeübt werden kann.²¹³

Innerhalb dieser Ansicht stellen einzelne Autoren in der Literatur ausschließlich auf das Obhutsrecht des Berechnigten ab, sodass jegliche Faktizität obsolet wäre. Diese Schlussfolgerung ergebe sich aus der Annahme, das Pietätsgefühl sei das geschützte Rechtsgut.²¹⁴ Wie bereits erläutert, könne aus der Berechnigung auch der Gewahrsam gefolgert werden. Dann wäre aber auch davon auszugehen, dass die Angehörigen primär obhutsberechnigt seien, damit auch vorrangig gegenüber anderen Berechnigten.²¹⁵ Dies stehe im Einklang mit dem Willen des historischen Gesetzgebers.²¹⁶ *Sternberg-Lieben* zieht den Vergleich zu § 242 StGB,

²⁰⁹ *Heger* Lackner/Kühl/Heger § 168 Rn. 3; *Kopp* MedR 1997, 544, 547.

²¹⁰ So *Radtke* LK § 168 Rn. 27.

²¹¹ *Bosch/Schittenhelm* TK § 168 Rn. 6; *Geilen* JZ 1971, 41, 44; *Hörnle/Voigt* MüKo § 168 Rn. 13; *Radtke* LK § 168 Rn. 24.

²¹² Diese Ansicht wurde vom BVerfG als verfassungsrechtlich unbedenklich eingestuft, BVerfG NJW 2002, 2861, 2862; OLG Frankfurt NJW 1975, 271, 272 mit zustimmender Anmerkung *Martens* NJW 1975, 1668; OLG Zweibrücken JR 1992, 212 mit zustimmender Anmerkung *Laubenthal* JR 1992, 213; *Bosch/Schittenhelm* TK § 168 Rn. 6; *Fischer* § 168 Rn. 8; *Otto*, GK II, § 64 Rn. 13; *Radtke* LK § 168 Rn. 26 m.w.N.; *Rogall* SK § 168 Rn. 8.

²¹³ So noch *Dippel* LK¹⁰ § 168 Rn. 24; *Sternberg-Lieben* NJW 1987, 2062; v. *Bubnoff* GA 1968, 65, 71; *Welzel*, StR, S. 451. Diese Ansicht wurde aber von *Dippel* mittlerweile aufgegeben, *Dippel* LK¹² § 168 StGB Rn. 45.

²¹⁴ V. *Bubnoff* GA 1968, 65, 71; *Welzel* StR S. 451; siehe auch *Sternberg-Lieben* NJW 1987, 2062, Angehörige hätten kraft ihres Totenfürsorgerechts Obhut und damit Gewahrsam.

²¹⁵ V. *Bubnoff* GA 1968, 65, 72; nach *Welzel* sind das diejenigen, die für die Bestattung zu sorgen haben bzw. sonst die Obhut haben, das Krankenhaus aber erst hinter den Erben, *Welzel*, StR, S. 451.

²¹⁶ *Dippel* LK¹² § 168 Rn. 24.

der auch nicht nur rein deskriptiv verstanden wird. Auch eine normative Auslegung müsse möglich sein, die dem geschützten Rechtsgut entspreche.²¹⁷ Diese Ansicht führt zu dem Ergebnis, dass es für eine Strafbarkeit nach § 168 StGB unerheblich wäre, ob bei einer Leiche Körperteile oder Organe in einer Klinik oder außerhalb der Klinik entnommen werden.²¹⁸

Zuzugeben ist, dass die normative Ansicht, die allein auf das Obhutsrecht abstellt, zu einer Vermeidung von Strafbarkeitslücken führt, dennoch widerspricht dies dem Willen des Gesetzgebers, dem diese Strafbarkeitslücke zumindest mittlerweile bewusst ist und diese auch akzeptiert hat.²¹⁹

Mitgewahrsam der Angehörigen und der Krematoriumsbetreiber nach der Einäscherung und bis zur endgültigen Beisetzung wird dabei vom OLG Bamberg angenommen,²²⁰ das grundsätzlich von einem kumulativen Zusammentreffen von Obhutsrecht und Obhutsfaktizität ausgeht, was nicht allgemein bewertet werden könne, sondern anhand des konkreten Einzelfalls. So würden allerdings, wie *Kudlich*²²¹ dies zutreffend erläutert, doch normativ-soziale Gesichtspunkte in die Bewertung miteinbezogen werden. Das Verhalten der Krematoriumsmitarbeiter wäre somit immer tatbestandlich, sobald es dem Willen der Angehörigen entgegensteht, da sie zumindest Mitgewahrsam der Angehörigen brechen würden. Der Mitgewahrsam der Angehörigen kann aber die Obhutsfaktizität der Mitarbeiter nicht beeinträchtigen, da die Angehörigen tatsächlich nicht weiter auf den Leichnam zugreifen können, erst recht, wenn er sich gerade im Verbrennungsraum befindet.²²² Ihnen kann somit kein Gewahrsam zustehen.

Nachdem der Gesetzgeber des 24. StrÄndG im Hinblick auf die Erweiterung der Tatobjekte des ersten Absatzes von § 168 StGB ausdrücklich erklärt hat, er stimme der Auffassung zu, dass der Leiter eines Krankenhauses, in dem der Leichnam einer Person liegt, daran berechtigten Gewahrsam hat,²²³ muss davon ausgegangen werden, dass auch ein faktisches Moment von Relevanz ist. Eine Wegnahme durch die Klinikleitung wird so nicht verhindert.²²⁴

²¹⁷ *Sternberg-Lieben* NJW 1987, 2062.

²¹⁸ *V. Bubnoff* GA 1968, 65, 72.

²¹⁹ OLG Zweibrücken JR 1992, 212 mit zustimmender Anm. *Laubenthal* JR 1992, 213, siehe dazu auch bereits BT-Drs. 10/3758, S. 4 und BT-Drs. 10/6586, S. 3.

²²⁰ OLG Bamberg NJW 2008, 1542, 1545; so auch *Czerner* ZStW 115 (2003), 91, 96.

²²¹ *Kudlich* JA 2008, 391.

²²² So auch *Stübinger*, der zutreffend konstatiert, dass dem Berechtigten nicht nur aufgrund der Berechtigung der Gewahrsam zugeschrieben werden könne, *Stübinger* NK § 168 Rn. 8.

²²³ BT-Drs. 10/3758, S. 4.

²²⁴ BT-Drs. 10/6586, S. 3.

Eine rein normative Auslegung, die auf jegliches faktische Element verzichtet, ist vom Wortlaut des Gesetzes nicht umfasst und ist dementsprechend abzulehnen.²²⁵ Die Gegenauffassung, die darauf abstellt, ob der Berechtigte auch das tatsächliche Obhutsverhältnis inne hat, begründet ihre Sichtweise zutreffend mit dem Gesetzeswortlaut.²²⁶ So ergibt sich daraus sowohl die Erforderlichkeit einer faktischen Komponente als auch die selbständige und kumulative Bedeutung des Gewahrsams,²²⁷ sonst würde allein das Totenfürsorgerecht ausreichen, um den Gewahrsam zu begründen, was das BVerfG explizit abgelehnt hat.²²⁸ Der Gesetzgeber hat bei der Formulierung des Tatbestands die Auslegung als tatsächliches Obhutsverhältnis gebilligt, da ihm bei der Erweiterung der Strafbarkeit durch das Dritte Strafrechtsänderungsgesetz die Problematik bekannt gewesen sein muss.²²⁹ Dies bestätigt sich auch durch die Neufassung der Vorschrift durch das 24. StrÄndG, in der auf diesen Streitpunkt nicht weiter eingegangen wurde.²³⁰ Die hier als herrschend bezeichnete Meinung orientiert sich dabei enger an der Definition von § 242 StGB und setzt ein an den Gewahrsam aus § 242 StGB angelehntes tatsächliches Herrschaftsverhältnis voraus. Danach hat die Krankenanstalt so lange Gewahrsam, bis die Leiche aus deren Herrschaftsreich entfernt wird.²³¹

Aufgrund des eindeutigen Gesetzeswortlauts und Gesetzgeberwillens sowie auch der Auslegung durch das BVerfG ist somit ein faktisches Obhutsverhältnis zu fordern.

Probleme bereitet vor allem die Konstellation, in der Gewahrsam und die Berechtigung auseinanderfallen, also der eigentlich Berechtigte noch keinen Gewahrsam begründen konnte.²³² Konsequenterweise kann dann keine Wegnahme

²²⁵ Das BVerfG geht davon aus, dass das Totensorgerecht allein nicht ausreicht, um Gewahrsam zu begründen, die Forderung eines faktischen Elements ist verfassungsrechtlich unbedenklich. BVerfG NJW 2002, 2861.

²²⁶ Radtke LK § 168 Rn. 26.

²²⁷ BVerfG NJW 2002, 2861, 2862; OLG Frankfurt NJW 1975, 271, 272 mit zustimmender Anmerkung Martens NJW 1975, 1668; OLG Zweibrücken JR 1992, 212 mit zustimmender Anmerkung Laubenthal JR 1992, 213; Hörnle/Voigt MüKo § 168 Rn. 14; Rogall SK § 168 Rn. 8.

²²⁸ BVerfG NJW 2002, 2861, 2862.

²²⁹ Geilen JZ 1971, 41, 43.

²³⁰ BT-Drs. 10/3758, S. 4; BT-Drs. 10/6586, S. 3; Hörnle/Voigt MK § 168 Rn. 14.

²³¹ OLG München, NJW 1976, 1805; AG Tiergarten NJW 1996, 3092; Bosch/Schittenhelm TK § 168 Rn. 6; Czerner ZStW 115 (2003), 91, 95; Dippel LK¹² § 168 Rn. 43; Rogall SK § 168 Rn. 8; kritisch KG NJW 1990, 782.

²³² Stübinger NK § 168 Rn. 10.

aus dem Gewahrsam des Berechtigten erfolgen, da dieser noch keinen Gewahrsam innehat. Etwaige Versuche, ein derartiges Ergebnis zu vermeiden,²³³ widersprechen dem Wortlaut der Norm.²³⁴

3. Meinungsstand zum Tatbestandsmerkmal der Wegnahme

Die Wegnahme wird nach allgemeiner Meinung bei § 168 StGB als Bruch des Gewahrsams des Berechtigten definiert, wobei eine Begründung neuen Gewahrsams gerade nicht als erforderlich angesehen wird.²³⁵ Mit Bruch des Obhutsverhältnisses – egal wie dieses definiert wird – vollendet der Täter den Tatbestand des § 168 StGB, unabhängig davon, wie weiter mit dem Leichnam oder mit den Leichteilen verfahren wird.²³⁶

Darunter fallen Handlungen wie das Ausgraben oder auch die Mitnahme von Leichen oder Leichteilen gegen oder ohne den Willen des Gewahrsamsinhabers.²³⁷

So sollte bereits nach dem Vorläufer des § 168 StGB, dem insoweit gleichlautenden § 137 des PrStGB,²³⁸ die Wegnahme von Leichteilen strafbar sein, selbst in dem Fall, in dem sie zu wissenschaftlichen Zwecken erfolgt ist.²³⁹

Die Wegnahme zu wissenschaftlichen Zwecken ist nicht tatbestandlich, wenn der berechtigte Gewahrsamsinhaber einverstanden ist, da das Einverständnis das Tatbestandsmerkmal der Wegnahme bereits entfallen lässt.²⁴⁰ Der Wille eines Berechtigten, der nicht auch Gewahrsam oder zumindest Mitgewahrsam hat, ist

²³³ Villnow GS 31 (1879), 579, 584 f.

²³⁴ Stübinger NK § 168 Rn. 10.

²³⁵ OLG Bamberg NJW 2008, 1543, 1546; Bosch/Schittenhelm TK § 168 Rn. 4; Hörnle/Voigt MüKo § 168 Rn. 16; Küper/Zopfs, BT, Rn. 780; Radtke LK § 168 Rn. 23; Stübinger NK § 168 Rn. 10.

²³⁶ OLG Bamberg NJW 2008, 1543, 1546; Bosch/Schittenhelm TK § 242 Rn. 4; Heger Lackner/Kühl/Heger § 168 Rn. 3; Hörnle/Voigt MüKo § 168 Rn. 16; Laubenthal JA 1990, 38, 43; Radtke LK § 168 Rn. 23; Wolter SK § 168 Rn. 12; Zimmermann S/S/W § 168 Rn. 12.

²³⁷ Hörnle/Voigt MüKo § 168 Rn. 16.

²³⁸ § 137: *Wer unbefugt eine Leiche oder einen Theil derselben aus dem Gewahrsam der dazu berechtigten Personen wegnimmt, ingleichen wer unbefugt Gräber zerstört oder beschädigt, oder an denselben beschimpfenden Unfug verübt, soll mit Gefängniß von Einem Monate bis zu zwei Jahren bestraft werden. Liegt der Handlung gewinnsüchtige Absicht zum Grunde, so ist zugleich auf zeitige Untersuchung der Ausübung der bürgerlichen Ehrenrechte zu erkennen.*

²³⁹ Goldammer, Materialien zum PrStGB Teil 2, S. 270, 271.

²⁴⁰ Bosch/Schittenhelm TK § 168 Rn. 4; Hörnle/Voigt MüKo § 168 Rn. 17; Radtke LK § 168 Rn. 35; Rogall SK § 168 Rn. 12. Tag schlägt vor, bei derartigen Eingriffen immer auf das Einverständnis des Verstorbenen (das er vor dem Tod kundgetan hat) oder des nächsten Angehörigen abzustellen, Tag, Perspektiven des Medizinrechts, S. 49, 53.

unerheblich.²⁴¹ Auch bei der Entnahme von Leichenteilen beispielsweise im Zuge einer Sektion oder auch zu wissenschaftlichen Zwecken ist grundsätzlich ein Einverständnis nötig. Da der Gewahrsamsinhaber unter Umständen der Leiter der Krankenanstalt ist, erscheint einem durch die Klinikleitung angeordnetem Missbrauch Tür und Tor geöffnet. Sofern der Gewahrsam von dem Totenfürsorgeberechtigten übernommen wurde, hat dieser die Stellung als berechtigter Gewahrsamsinhaber inne und ihm obliegt die Entscheidungsgewalt. Wird der ausführende Arzt als alleiniger Gewahrsamsinhaber gesehen oder handelt er im Einvernehmen mit der Anstalt, die den alleinigen Gewahrsam ausübt, fehlt es schon an der Wegnahme und damit bereits am Tatbestand des § 168 StGB, einer Einwilligung auf Rechtfertigungsebene bedarf es dann nicht mehr.²⁴² Für die Entnahme von Organen und Gewebe wurde das Transplantationsgesetz geschaffen, das es ermöglicht, auch postmortal das Selbstbestimmungsrecht des Verstorbenen zu berücksichtigen.²⁴³ Für Sektionen gibt es keine bundeseinheitliche Regelung, auch existiert nicht in allen Bundesländern ein Sektionsgesetz oder ein bestattungsgesetz. Einige Fälle werden aber von den einzelnen Gesetzen erfasst, sodass mögliche Strafbarkeitslücken, die durch das Erfordernis der Faktizität, die zur Obhutsberechtigung hinzutreten muss, entstehen, geschlossen werden können.²⁴⁴

4. Fazit

Zusammenfassend lässt sich zu § 168 StGB sagen, dass zunächst darauf abgestellt werden muss, dass das Merkmal des Gewahrsams unabhängig von dem der Berechtigung zu betrachten ist. Der Gewahrsam ist rein faktisch zu beurteilen und als tatsächliches Herrschafts- oder Obhutsverhältnis zu definieren, was an die Gewahrsamsdefinition des § 242 StGB anlehnt und damit im Kern mit dieser übereinstimmt.

Um die notwendige Wahrung des Totengedenkens einzuhalten, die der Vorschrift des § 168 StGB inhärent ist, ist das zusätzliche Merkmal der Berechtigung erforderlich. Dies ist auch als Abgrenzungskriterium zwischen bloßer Wegnahme von Sachen, deren Strafbarkeit sich nach § 242 StGB richtet und der

²⁴¹ *Bosch/Schittenhelm* TK § 168 Rn. 4; *Hörnle/Voigt* MüKo § 168 Rn. 17; *Radtke* LK § 168 Rn. 35.

²⁴² Zur Unterscheidung Einverständnis und Einwilligung siehe mehr bei S. 150 f.

²⁴³ Für die Zwecke dieser Arbeit geht eine weitergehende Auseinandersetzung mit dem TPG allerdings zu weit, siehe zu einem kurzen Überblick dazu *Hörnle/Voigt* MüKo § 168 Rn. 18; *Tag*, Perspektiven des Medizinrechts, S. 49 ff.

²⁴⁴ Auch hier ist eine vertiefte Auseinandersetzung mit diesem Thema zu weitreichend, daher der Hinweis auf *Hörnle*, Sektion, S. 109 ff.

Wegnahme von Leichen sowie Leichenteilen, die gerade nicht nur eine Wegnahme von Sachen darstellen, sondern als Störung der Totenruhe nach § 168 StGB geahndet werden können, erforderlich. Damit kann bei dem Merkmal des Gewahrsams rein faktisch auf das tatsächliche Herrschaftsverhältnis einer Person abgestellt werden, ein Gleichlauf mit der Definition des § 242 StGB ist naheliegend. Durch die Kombination mit der Berechtigung kann dem Pietätsgedanken ausreichend Rechnung getragen werden. Die Berechtigung knüpft unabhängig von der Betrachtung des Gewahrsams an die ausdrückliche Anordnung des Verstorbenen an, sofern es eine gibt. Falls keine Anordnung vorliegt, ist derjenige als Berechtigter anzusehen, der nach den erbrechtlichen Regelungen der nächste Angehörige ist, oder eine Person, die dem Verstorbenen nahestand.

Probleme können sich dann ergeben, wenn zunächst noch der Leiter der Krankenanstalt den Gewahrsam darüber ausübt und die Berechtigung dagegen den Angehörigen zusteht. Eine Wegnahme bleibt dann zunächst ausgeschlossen. Allerdings ist dies aufgrund des eindeutigen Wortlauts und des daraus abzuleitenden gesetzgeberischen Willens die zwingende Konsequenz. Dass ein Auseinanderfallen von Berechtigung und Gewahrsam möglich ist, ist dem Gesetzgeber bewusst. Diese Strafbarkeitslücke ist auch hinzunehmen, da dieser Zeitraum zu meist nur ein kurzer ist und etwaige Transplantationen oder Sektionen, die dem Willen der Totenfürsorgeberechtigten widersprechen, bereits durch andere Gesetze eingeschränkt und sanktioniert werden könnten. Ab Abholung des Leichnams durch ein Bestattungsinstitut oder beauftragte Personen können diese den Gewahrsam für den Totenfürsorgeberechtigten übernehmen und ein weiterer Schutz ist gewährleistet.

Der Wahrung des Totengedenkens ist somit im Rahmen der Berechtigung Rechnung zu tragen. Eine Anlehnung an den Gewahrsamsbegriff findet im Kern über das Erfordernis des tatsächlichen Herrschaftsverhältnis statt.

II. Der Gewahrsam in § 289 StGB

§ 289 StGB setzt eine Wegnahme voraus wie es auch bei § 242 StGB der Fall ist.²⁴⁵ Daher ist zu untersuchen, wie der Begriff der Wegnahme hier auszulegen ist und inwieweit der Begriff des Gewahrsams Bedeutung findet.

²⁴⁵ § 289 StGB: (1) Wer seine eigene bewegliche Sache oder eine fremde bewegliche Sache zugunsten des Eigentümers derselben dem Nutznießer, Pfandgläubiger oder demjenigen, welchem an der Sache ein Gebrauchs- oder Zurückbehaltungsrecht zusteht, in rechtswidriger Absicht wegnimmt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

1. Meinungsstand

Zur Auslegung des Merkmals der Wegnahme werden unterschiedliche Auffassungen vertreten.

Zum Teil wird dafür plädiert, in § 289 StGB den Wegnahmebegriff umfassender als den des § 242 StGB anhand des Schutzzwecks der Norm zu verstehen, sodass nach dieser Ansicht auf einen Gewahrsamsbruch verzichtet werden könne.²⁴⁶ Um den Tatbestand zu verwirklichen, solle es ausreichen, dass die Sache aus dem Macht- und Zugriffsbereich des Berechtigten entzogen wird.²⁴⁷ So versteht die herrschende Auffassung als Wegnahme die Fortschaffung der Sache aus dem besitzähnlichen Machtbereich des Rechtsinhabers, dessen faktische Zugriffsmöglichkeit auf die Sache beeinträchtigt wird.²⁴⁸ Als Argument wird angeführt, dass sonst alle besitzlosen gesetzlichen Pfandrechte ungeschützt wären, allen voran das Vermieterpfandrecht nach § 562 BGB.²⁴⁹ Die Begründung neuen Gewahrsams sei nicht erforderlich.²⁵⁰

Die Gegenauffassung legt einen Gewahrsamsbruch zugrunde,²⁵¹ der sich aus der begrifflichen Parallele zu § 242 StGB ergeben soll.²⁵² Innerhalb dieser Ansicht gibt es verschiedene Differenzierungen, was genau unter dieser Anlehnung an § 242 StGB zu verstehen ist.

Bedeutung erlangt der Streit bei besitzlosen Pfandrechten. Sofern man eine Wegnahme in Form eines Gewahrsamsbruchs fordert, würde das Entfernen einer mit einem besitzlosen Pfandrecht belasteten Sache gerade nicht mehr unter

²⁴⁶ RGSt 37, 118, 126 f.; BayObLG JZ 1981, 451; *Heine/Hecker* TK § 289 Rn. 9; *Maier* MK § 289 Rn. 15; *Schünemann* LK § 289 Rn. 14 ff.; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Rn. 494.

²⁴⁷ RGSt 37, 118, 126 f.; BayObLG JZ 1981, 451; *Heine/Hecker* TK § 289 Rn. 9; *Maier* MK § 289 Rn. 15; *Schünemann* LK § 289 Rn. 14 ff.; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Rn. 494; andere Ansicht *Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen*, BT 1, § 37 Rn. 16.

²⁴⁸ RG GA 48, 287, 288 „dem Pfandbesitze ähnliche thatsächliche Verhältniss des Vermiethers zu den Pfandobjekten“; RGSt 25, 115, 116; RGSt 37, 118, 126 f.; BayObLG NJW 1981, 1745, 1746; *Fischer* § 289 Rn. 3 f.; *Heine/Hecker* TK § 289 Rn. 9; *Kindhäuser/Hilgendorf* LPK § 289 Rn. 8 f.; *Schmidt BeckOK* § 289 Rn. 9; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Rn. 494.

²⁴⁹ *Kindhäuser/Hilgendorf* LPK § 289 Rn. 9; *Kindhäuser/Böse*, BT 2, § 10 Rn. 9; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Rn. 492, 494. Darunter würden aber auch das Verpächterpfandrecht nach § 595 BGB, das Pfandrecht des Gastwirts nach § 704 BGB sowie das Pfändungspfandrecht nach § 804 ZPO fallen.

²⁵⁰ *Fischer* § 289 Rn. 4.

²⁵¹ *Bock ZStW* 121 (2009), 553; *Gaede* NK § 289 Rn. 12; *Hoyer* SK § 289 Rn. 10; *Joecks/Jäger* Studienkommentar, § 289 Rn. 3 f.; *Küchenhoff*, S. 29; *Laubenthal* JA 1990, 38, 41; *Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen*, BT 1, § 37 Rn. 16; *Otto* Jura 1992, 666, 667; *Putzke AnwK* § 289 Rn. 9; *Rotsch/Nolte/Peifer/Weitemeyer* S. 389.

²⁵² *Bock ZStW* 121 (2009), 553; *Gaede* NK § 289 Rn. 12; *Putzke AnwK* § 289 Rn. 9.

§ 289 StGB fallen. Wenn eine Sache gepfändet, diese aber dennoch im Gewahrsam des Schuldners belassen wird, kann ihr Fortschaffen nur unter § 289 StGB fallen, wenn man weder einen Gewahrsamsbruch noch ein besitzähnliches Herrschaftsverhältnis voraussetzt, wie dies die zuerst genannte Ansicht vertritt.²⁵³

Sofern von einer begrifflichen Parallele zu § 242 StGB ausgegangen wird, muss ausgeführt werden, was genau für den Gewahrsamsbruch zu fordern ist oder ob ein zusätzliches Merkmal vorliegen muss. *Laubenthal* fordert einen Gewahrsamsbruch, allerdings gerade nicht eine Gewahrsamsneubegründung. Die Vollendung des § 289 StGB könne bereits mit Gewahrsamsaufhebung bejaht werden.²⁵⁴ *Hoyer* dagegen setzt eine räumliche Verbringung voraus, eine Verbringung der Sache an einen anderen Standort, durch die dem Berechtigten der bevorzugte Zugriff entzogen wird,²⁵⁵ obwohl dies richtigerweise auch nicht von § 242 StGB gefordert wird.²⁵⁶

Nach *Wessels/Hillenkamp/Schuhr* ist der Begriff zwar im Kern bei § 242 StGB und bei § 289 StGB einheitlich, muss aber je nach Kontext ausgelegt werden (sogenannte Begriffsrelativität), weswegen der Begriff auch ausgeweitet werden könne und damit auch besitzlose Pfandrechte schütze.²⁵⁷

Die Rechtsprechung versucht zumindest die Auslegung des Wegnahmeerfordernisses der des § 242 StGB anzugleichen, indem sie die faktische Zugriffsmöglichkeit, die zu einem besitzähnlichen Herrschaftsverhältnis führt, als voraussetzendes Merkmal beibehält.²⁵⁸

Gegen eine Anlehnung des Wegnahmebegriffs des § 289 StGB an den des § 242 StGB wird in der Literatur zum Teil angeführt, dass der gleiche Wortlaut einer Norm nicht zwingend zur gleichen Bedeutung führen müsse, da der Wortlaut in verschiedenen Tatbeständen nach dem Zweck der Norm und deren Schutzgütern variieren könne.²⁵⁹ Dem ist grundsätzlich zuzustimmen, dennoch kann auch gerade in die andere Richtung argumentiert werden, indem man annimmt, dass der gleiche Wortlaut auch vorrangig für eine gleiche Auslegung sprechen könnte.

²⁵³ *Gaede* NK § 289 Rn. 10 f.

²⁵⁴ *Laubenthal* JA 1990, 38, 42.

²⁵⁵ *Hoyer* SK § 289 Rn. 8 f.

²⁵⁶ Hierzu *Rotsch/Nolte/Peifer/Weitemeyer* S. 389.

²⁵⁷ *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Rn. 527; zur Begriffsrelativität im Allgemeinen: *Hermann*, Begriffsrelativität im Strafrecht; *Simon*, Gesetzesauslegung im Strafrecht, S. 453 ff.

²⁵⁸ RGSt 25, 115, 116; RGSt 37, 118, 126 f.; BayObLG NJW 1981, 1745, 1746.

²⁵⁹ So auch BayObLG NJW 1981, 1745, 1746; *Bohnert* JuS 1982, 256, 257; *Krey/Hellmann/Heinrich*, BT 2, Rn. 459; *Mitsch*, BT 2, Rn. 17.2.1.6.

Joecks/Jäger weisen darauf hin, dass die von der herrschenden Lehre verwendete Definition des Begriffs, die keinen Gewahrsamsbruch verlangt, zu ungenau sei, um gerechte Ergebnisse herbeizuführen.²⁶⁰ Auch könne über den § 288 StGB für diejenigen Fälle, die nicht unter die Definition des Gewahrsams von § 289 StGB passen, ein hinreichender strafrechtlicher Schutz gewährleistet werden.²⁶¹ Weiterhin spreche der im Vergleich zu §§ 288, 136 Abs. 1 StGB erhöhte Strafraum des § 289 StGB für das Erfordernis eines Gewahrsamsbruchs, da sich nur dadurch der höhere Strafraum begründen lasse.²⁶² Dem könne nach *Kindhäuser* allerdings entgegengehalten werden, dass der erhöhte Strafraum auch nicht durch die Verletzung des Gewahrsams erklärt werden würde, da der Gewahrsam für sich genommen gerade kein Recht zum Besitz voraussetze und somit dessen Aufhebung auch nicht unbedingt ein erhöhtes Unrecht darstelle.²⁶³

Im Ansatz ist auch den Materialien zu der Entstehungsgeschichte der jeweiligen Normen § 289 StGB und § 242 StGB zu entnehmen, dass nach der Vorstellung des historischen Gesetzgebers der Gewahrsamsbruch als Teil des Unrechts der Norm gesehen wurde.²⁶⁴ Ursprünglich enthielt der preußische Gesetzesentwurf die Formulierung „Wegnahme aus dem Gewahrsam“. Dies wurde nur deshalb auf das Merkmal „Wegnahme“ gekürzt, weil der Gesetzgeber der Ansicht war, dass die Tatsache, dass der Betroffene Herrschaft über die Sache im Tatzeitpunkt gehabt haben muss, darin schon ausreichend deutlich werde.²⁶⁵

Der Umstand, dass besitzlose Pfandrechte nur unzureichend geschützt werden, wenn nur die Anwendung von §§ 136, 288 StGB offensteht, kann damit erklärt werden, dass grundsätzlich der Schutz besitzloser Pfandrechte im Zivilrecht schwächer ausfällt und sich dies auch auf das Strafrecht übertragen lässt,²⁶⁶ zumindest ist diese Parallele der Rechtsbereiche insoweit nicht ausgeschlossen und liegt auch nahe.

Zutreffend weist *Gaede* darauf hin, dass es bereits mit dem Wortlaut der Norm nicht vereinbar ist, unter die Wegnahme jegliche Vereitelung der Ausübung des

²⁶⁰ *Joecks/Jäger* Studienkommentar § 289 Rn. 4.

²⁶¹ *Joecks/Jäger* Studienkommentar § 289 Rn. 4; so auch *Rengier*, BT I, § 28 Rn. 12.

²⁶² *Joerden* JuS 1985, 20, 23.

²⁶³ *Kindhäuser/Böse*, BT 2, § 10 Rn. 9.

²⁶⁴ *Goldammer*, Materialien zum PrStGB Teil 2, S. 618; *Laubenthal* JA 1990, 38, 41; *Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen*, BT 1, § 37 Rn. 16; *Otto* JR 1982, 32, 33; *Rotsch/Nolte/Peifer/Weitemeyer* S. 389.

²⁶⁵ So ausdrücklich zum Diebstahl, Stenographische Berichte über die Verhandlungen der durch die Allerhöchste Verordnung vom 2. November 1850 einberufenen Kammern, 1850/1851, S. 177; *Küchenhoff* bezieht dies aus der vorliegenden Quelle auch auf § 289 StGB und § 168 StGB, *Küchenhoff*, S. 29 f.

²⁶⁶ Zutreffend *Gaede* NK § 289 Rn. 11; *Schöne* JZ 1973, 446, 447.

Rechts zu fassen.²⁶⁷ Unter den Begriff der Wegnahme könne keine Handlung subsumiert werden, die die Entwendung einer Sache von einer Person darstellt, die aber selbst kein tatsächliches Herrschaftsverhältnis über den betreffenden Gegenstand hatte.²⁶⁸

Im Gesetzentwurf der Großen Strafrechtskommission aus dem Jahr 1962 wurde darauf hingewiesen, dass es misslich erscheint, den Begriff der Wegnahme in § 242 und in § 289 StGB verschieden auslegen zu müssen, um auch das Vermieterpfandrecht unter den Schutz von § 289 StGB fallen zu lassen.²⁶⁹ Daher sollte als weitere Tathandlung das „Beiseiteschaffen“ eingefügt werden, das für Fälle gedacht ist, in denen der Täter nicht durch einen Gewahrsamsbruch das fremde Recht beeinträchtigt, sondern durch das Wegschaffen der Sache.²⁷⁰ Dann könnte man problemlos die Wegnahme so definieren wie es bei § 242 StGB der Fall ist. Daraus lässt sich folgern, dass erkannt wurde, dass die identische Auslegung zwar zu Strafbarkeitslücken führt, diese aber durch die Einfügung der neuen Tathandlung geschlossen werden sollten. Zu einer Änderung des Merkmals der Tathandlung ist es nie gekommen, da der Entwurf verworfen wurde.

Folglich ist die Konsequenz daraus zu ziehen, dass eine gleiche Auslegung der Begrifflichkeiten daher angelegt und durchaus gewollt war. Da sich der Gesetzgeber nicht weiter dazu geäußert hat, liegt die Annahme nahe, er würde die Strafbarkeitslücke insoweit hinnehmen und für solche Konstellationen lediglich auf § 288 StGB verweisen. Weitere Anhaltspunkte finden sich in den Gesetzesbegründungen und Materialien dazu nicht.

2. Fazit

In Bezug auf die Begriffsbestimmung der Wegnahme in § 289 StGB bestehen demnach noch Unklarheiten.

Der Wortlaut der Norm, die eindeutig auf die Wegnahme Bezug nimmt, spricht für eine Auslegung des Begriffs in Anlehnung an die Wegnahme aus § 242 StGB.

²⁶⁷ Gaede NK § 289 Rn. 11; so aber auch RG GA 47, 287, 288; Geppert Jura 1987, 427, 433; Joerden JuS 1985, 20, 23.

²⁶⁸ So zutreffend auch Joerden JuS 1985, 20, 23.

²⁶⁹ BT-Drs. 04/650, S. 441.

²⁷⁰ BT-Drs. 04/650, S. 441.

So befindet sich die Pfandkehr zwar in einem gänzlich anderen Abschnitt als der Diebstahl, dennoch weisen beide Tatbestände Ähnlichkeiten auf. Ein einheitliches Verständnis in „verwandten Vorschriften“ ist insoweit auch anerkannt.²⁷¹ Diese terminologische Identität ist kein Zufall, sondern Ausdruck eines bewussten Gleichlaufs der Tatbestände. Der verminderte Schutz von besitzlosen Pfandrechten in § 289 StGB kann mit Blick auf eine mögliche Strafbarkeit über § 288 StGB hingenommen werden. Der Sinn und Zweck der Norm, die Möglichkeit des Gläubigers, bestimmte Pfand- und Besitzrechte auszuüben,²⁷² spricht gerade nicht gegen eine derartige Auslegung.

Auch inhaltlich bestehen deutliche Parallelen zwischen beiden Vorschriften. Beide schützen die rechtlich anerkannte Herrschaftsbeziehung an einer Sache, sei es der Gewahrsam im Sinne des § 242 StGB oder das gesetzlich begründete Besitz- und Pfandrecht im Sinne des § 289 StGB. In beiden Fällen wird die Verfügungsbefugnis des Berechtigten gegen den Willen eines anderen beeinträchtigt. Diese Strukturgleichheit rechtfertigt eine einheitliche dogmatische Behandlung des Begriffs „Wegnahme“. Wird im Rahmen des § 242 StGB unter Wegnahme der Bruch fremden Gewahrsams verstanden, so ist auch im Kontext des § 289 StGB von einem entsprechenden Gewahrsamsbezug auszugehen. Das Merkmal der Wegnahme bildet damit das dogmatische Bindeglied zwischen beiden Vorschriften und gewährleistet eine systematisch konsistente Anwendung.

Im Hinblick auf den Gesetzentwurf von 1962 erscheint eine einheitliche Auslegung vom Gesetzgeber gewollt und im Gesetz angelegt²⁷³ und damit historisch begründet. Die Problematik war bekannt und führte nicht zu einer Änderung des Gesetzes, weswegen davon ausgegangen werden kann, dass weiterhin ein Ausschluss der besitzlosen Pfandrechte in § 289 StGB vorzunehmen ist.

In Anbetracht der vorgebrachten Argumente ist eine einheitliche Auslegung des Wegnahmebegriffs anzustreben. Demgemäß ist auch der Gewahrsam im Sinne des Diebstahlstatbestandes als Teil des Merkmals der Wegnahme in § 289 StGB zu betrachten und dementsprechend auszulegen.

²⁷¹ *Simon*, Gesetzesauslegung im Strafrecht, S. 458.

²⁷² Vgl. *Schmidt* BeckOK § 289 Rn. 1.

²⁷³ BT-Drs. 04/650.

III. Der Gewahrsam in § 246 StGB

Bis zum 1. April 1998 bezog sich der Wortlaut des § 246 StGB alte Fassung in seinem ersten Absatz noch darauf, dass jemand eine Sache in Besitz oder Gewahrsam hat.²⁷⁴

Dies geht auf die ursprüngliche Gesetzesfassung vom 1. Januar 1872 zurück.²⁷⁵ Im vorliegenden Kontext wurde eine Differenzierung zwischen Besitz und Gewahrsam vorgenommen. In der neuen Fassung wurde diese Unterscheidung vollständig herausgenommen,²⁷⁶ sodass weder der Begriff des Besitzes noch der des Gewahrsams eine Erwähnung findet.

Durch die Änderung wurde der Anwendungsbereich der Unterschlagung erweitert. Es ist demnach nicht mehr relevant, wie sich die Gewahrsamsverhältnisse an der zuzueignenden Sache gestalten. Der Täter muss weder Besitz noch Gewahrsam an der Sache erlangen, daher kann der Tatbestand auch dann erfüllt sein, wenn die Sache nie im Gewahrsam des Täters war und weder der Täter noch ein Dritter Besitz oder Gewahrsam daran erlangt haben.²⁷⁷ Dadurch wurde die Möglichkeit eröffnet, Handlungen zu bestrafen, die davor nur über die sogenannte berichtigende Auslegung zu einer Strafbarkeit wegen Unterschlagung geführt haben.²⁷⁸

Dieser derart ausgeweitete Tatbestand muss anhand des Begriffs der Zueignung

²⁷⁴ § 246 Abs. 1 a.F. StGB: *Wer eine fremde bewegliche Sache, die er in Besitz oder Gewahrsam hat, sich rechtswidrig zueignet, wird wegen Unterschlagung mit Gefängniß bis zu drei Jahren und, wenn die Sache ihm anvertraut ist, mit Gefängniß bis zu fünf Jahren bestraft.*

²⁷⁵ RGBl. 1871, Nr. 24, S. 173.

²⁷⁶ § 246 Abs. 1 StGB: *Wer eine fremde bewegliche Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zueignet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist.*

Die neue Fassung wurde durch das sechste Gesetz zur Reform des Strafrechts (6. StRG) vom 26. Januar 1998, BGBl. I S. 164 ff. eingeführt.

²⁷⁷ Hohmann MüKo § 246 Rn. 6, 29.

²⁷⁸ Die sog. große berichtigende Auslegung ermöglichte die Begründung der Strafbarkeit wegen Unterschlagung, selbst wenn der Täter zu keinem Zeitpunkt Gewahrsam an der zuzueignenden Sache erlangt hat, da davon ausgegangen wurde, dass das Merkmal des Gewahrsams ein schlecht formuliertes Abgrenzungskriterium gegenüber dem Diebstahl war, RGSt 49, 194, 198. Dies sollte beispielsweise für Fälle der Übereignung nach § 929 S. 2 BGB gelten. Die sog. kleine berichtigende Auslegung sah zwar in dieser Auslegung einen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG, allerdings könne der Täter die Sache durch Zueignung zeitgleich in seinen Besitz oder Gewahrsam übertragen haben, so zum Beispiel BGHSt 4, 76, 77. Dagegen ging die strenge Auslegung davon aus, der Täter müsse die Sache bereits vorher in Besitz oder Gewahrsam haben, um sie dann zueignen zu können, Samson JA 1990, 5, 6 f. Dazu auch Hohmann MüKo¹ § 246 Rn. 4 f. Fraglich war außerdem, ob der Besitz wie im Bürgerlichen Recht auszulegen sei, so beispielsweise Maurach/Schroeder/Maiwald, BT 1, § 34 Rn. 5 f., oder ob er mit dem strafrechtlichen Gewahrsamsbegriff übereinstimme, so Ruß LK¹⁰ § 246 StGB

durch restriktivere Auslegung eingegrenzt werden.²⁷⁹ Dabei unterscheiden sich die Meinungen, wie weit diese Eingrenzung erfolgen soll. Im Hinblick auf die Zielsetzung dieser Arbeit soll der Meinungsstand zur Bestimmung des Tatbestandsmerkmals der Zueignung des § 246 StGB dargestellt werden, um herauszuarbeiten, ob der Gewahrsam für den Unterschlagungstatbestand noch von Relevanz ist.

1. Meinungsstand

Vertreten wird zum einen die weite Manifestationslehre, wonach jede beliebige Handlung unter den Tatbestand fällt, die als eine Betätigung des Zueignungswillens interpretiert werden kann. Danach können selbst äußerlich neutrale Handlungen tatbestandsmäßig sein, wenn auf Grundlage des Vorsatzes darin eine Manifestation der Zueignung gesehen werden kann.²⁸⁰

Restriktiver handhabt die enge Manifestationslehre den Unterschlagungstatbestand. Auf Grundlage objektiver Umstände müsse sich aus der Handlung eindeutig die Manifestation des Zueignungswillens ergeben.²⁸¹ Danach reiche es nicht aus, dass beispielsweise der Fund einer Sache nicht angezeigt wird.²⁸² Auch die Ingebrauchnahme einer gefundenen Sache müsse nicht zwangsläufig als Manifestation gesehen werden.²⁸³ Allerdings könne das Angebot einer Sache zum Kauf für eine Manifestation sprechen,²⁸⁴ zumindest aber der Abschluss eines Kaufvertrags über das Objekt.²⁸⁵

Beiden Auffassung bleibt gemein, dass mit den Handlungen nicht zwangsläufig eine Gefährdung des geschützten Rechtsguts Eigentum einhergeht. Selbst wenn eine Sache zum Kauf angeboten wird, diese sich aber gar nicht in der unmittelbaren Zugriffsmöglichkeit des Täters befindet, würden beide Theorien tatbestandlich eine Unterschlagung annehmen, obwohl nicht einmal eine Rechtsgutsgefährdung vorliegt.²⁸⁶ Dies zeigt eindrücklich das Beispiel des in Köln lebenden Täters, der ein Fahrrad, das einem Dritten gehört und sich in Berlin

Rn. 10. Da der Täter aber nun weder Besitz noch Gewahrsam an einer Sache haben braucht, ist auch dieser Streit gegenstandslos geworden.

²⁷⁹ Sehr eindrücklich dazu *Duttge/Fahnenschmidt* ZStW 110 (1998), 884, 915.

²⁸⁰ BGHSt 14, 39, 41; BGHSt 34, 309, 312; *Rengier*, BT I, § 5 Rn. 23 ff.; dazu kritisch *Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen*, BT 1, § 34 Rn. 26.

²⁸¹ *Heger Lackner/Kühl/Heger* § 246 Rn. 4; *Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen*, BT 1, § 34 Rn. 26 ff.; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Rn. 354.

²⁸² OLG Hamm JR 1952, 204; *Heger Lackner/Kühl/Heger* § 246 Rn. 5.

²⁸³ OLG Schleswig SchlHA 1953, 217, 218; *Heger Lackner/Kühl/Heger* § 246 Rn. 5.

²⁸⁴ RGSt 67, 70, 73; RGSt 73, 253, 254; BGH Urt. v. 11.12.1953, Az.: 1 StR 284/53.

²⁸⁵ *Fischer* § 246 Rn. 7; *Heger Lackner/Kühl/Heger* § 246 Rn. 5.

²⁸⁶ So zutreffend *Hohmann* MüKo § 246 Rn. 31; *Duttge/Fahnenschmidt* ZStW 110 (1998), 884, 909.

befindet, an seine Freundin in München im Rahmen eines Telefonats verschenkt.²⁸⁷ Tatbestandlich würde bereits eine Unterschlagung vorliegen, obwohl das Rechtsgut Eigentum an dem Fahrrad mangels unmittelbarer Zugriffsmöglichkeit nicht beeinträchtigt sein kann.

Die fehlende Wegnahmehandlung müsse durch eine diesem Unrecht entsprechende Handlung ersetzt werden. Die hier geforderte Zueignung müsse aber dergestalt vorliegen, dass sie ausreichend beweisbar ist, sowie bloß innerlich vorliegende Zueignungsgedanken sich ausschließen lassen.²⁸⁸ Dies liege gerade nicht vor, wenn es noch nicht einmal zu einer Rechtsgutsgefährdung mangels unmittelbarer Zugriffsmöglichkeit kommen muss, um eine Unterschlagung anzunehmen.

Einige Vertreter der engen Manifestationslehre fordern daher eine besondere Beziehung zwischen dem Unterschlagenden und der fremden Sache, erforderlich sei eine Sachherrschaftsposition. So sind zwar die Merkmale Besitz und Gewahrsam nach Änderung der Norm keine Tatbestandsmerkmale mehr, sie fänden aber dennoch Eingang in den Zueignungsbegriff. Zu fordern sei, dass der Sich-Zueignende, der die Sache nicht in Besitz oder Gewahrsam hat, durch die Zueignung zumindest die faktische Sachherrschaft über eine Sache erlangt.²⁸⁹ Ein endgültiger Enteignungserfolg wird aber dennoch nicht vorausgesetzt.²⁹⁰

Es wurden auch verschiedene Ansätze entwickelt, die einen Zueignungserfolg voraussetzen. Da die Unterschlagung nach ganz herrschender Meinung ein Erfolgsdelikt ist, bedarf es nach dieser Ansicht einer tatsächlichen Beeinträchtigung des Rechtsguts Eigentum.²⁹¹ Allerdings ist man sich nicht einig, was darunter zu verstehen ist.

²⁸⁷ Beispiel bei *Hohmann/Sander* NStZ 1998, 273, 276.

²⁸⁸ So zutreffend *Hohmann* MüKo § 246 Rn. 31.

²⁸⁹ *Bosch* TK § 246 Rn. 10; *Kudlich* JuS 2001, 767, 772; *Mitsch* ZStW 111 (1999), 65, 89 f.; *Sinn* NStZ 2002, 64, 67; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Rn. 354.

²⁹⁰ *Bosch* TK § 246 Rn. 11.

²⁹¹ BGHSt 68, 113 mit zustimmender Anmerkung *Hoven* NJW 2024, 1051 f.; *Hohmann* MüKo § 246 Rn. 33; *Hohmann/Sander*, BT, § 37 Rn. 13; *Hoyer* SK § 246 Rn. 17, 20; *Kargl* ZStW 103 (1991), 136, 178, „Eigentumsverletzungsdelikt“; *Maiwald*, Zueignungsbegriff, S. 191 ff.; *Vogel/Brodowski* LK § 246 Rn. 28 ff. So bedarf es, um eine Strafbarkeit zu begründen, bei Vorsatzdelikten zumindest des „Eintritts in die strafrechtliche Relevanz“ im Sinne des § 22 StGB, *Schlüchter* JZ 1991, 1057, 1059. Davon geht auch nicht nur die Gefährdungstheorie aus, sondern auch der BGH fordert für ein unmittelbares Ansetzen, dass „nach dem Tatplan eine konkrete unmittelbare Gefährdung des geschützten Rechtsguts eintritt“, BGH NJW 1997, 3453; BGHSt 9, 62, 64. Allerdings wurde zwischenzeitlich nicht mehr auf die unmittelbare Gefährdung des geschützten Rechtsguts abgestellt, BGHSt 26, 201, 203 f.; BGH NStZ 2015, 207, siehe dazu auch *Zieschang*, AT, Rn. 485 ff.

Nach der Enteignungslehre braucht es, um eine Zueignung zu bejahen die „Verursachung des Erfolges des (aller Wahrscheinlichkeit nach eintretenden) Sachverlustes“.²⁹² Dabei sei gerade nicht die dauerhafte Enteignung erforderlich, da sonst eine Unterschlagung erst bejaht werden könnte, wenn diese Dauer vorbei ist, es brauche stattdessen eine auf die Enteignung bezogene konkrete Gefährdung.²⁹³

Allerdings sei es bei Anwendung dieser Lehre dennoch nicht möglich, hinreichend zwischen Zueignung und bloßer Sachentziehung oder Sachzerstörung zu unterscheiden, da selbst in letzteren Fällen die Gefahr einer dauerhaften Enteignung gegeben wäre.²⁹⁴

Die Aneignungslehre fordert den vorübergehenden Eintritt eines Aneignungserfolgs, wobei entweder die „unerlaubte Beanspruchung von Besitz“²⁹⁵ oder die „Inanspruchnahme von Eigentümerbefugnissen [...], die sich nicht ausschließlich als Verzicht auf die Eigentumsmacht darstellt“,²⁹⁶ vorausgesetzt werden. Im subjektiven Tatbestand sei Vorsatz hinsichtlich einer dauerhaften Enteignung nötig.²⁹⁷

Durch den Einbezug beider Komponenten könne zwar der Mangel der Enteignungslehre, die fehlende Differenzierung zwischen Zueignung und Sachentziehung oder -zerstörung, behoben werden. Dennoch zeige sich die Schwachstelle, dass eine Abgrenzung zur Gebrauchsanmaßung nur über den subjektiven Tatbestand möglich ist, statt bereits an früherer Stelle im objektiven Tatbestand.²⁹⁸

Einen weitergehenden Erfolg zu fordern, widerspreche dem eindeutigen Wortlaut des § 246 StGB, er setzt lediglich den Vorsatz bezüglich der objektiven Tatbestandsmerkmale, damit nur hinsichtlich des Zueignungserfolgs, voraus.²⁹⁹

Beide Ansichten schaffen durch das Abstellen auf ein Verhalten, welches über den bloßen Willen dazu hinausgeht, einen eigenen Anwendungsbereich für die

Zur Gefährdungstheorie *Otto*, GK I, § 18 Rn. 27 ff.; *Schlüchter*, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 138 f.; *Bockelmann* führt die „Feuerprobe der kritischen Situation“ ein, *Bockelmann* JZ 1954, 468, 473; allerdings erscheint dieses Kriterium kaum praktikabel, *Zieschang*, AT, Rn. 491.

²⁹² *Maiwald*, Zueignungsbegriff, S. 196.

²⁹³ *Basak*, S. 173, 189.

²⁹⁴ *Basak*, S. 173, 183; *Samson* JA 1990, 5, 9.

²⁹⁵ *Kindhäuser/Hoven* NK § 246 Rn. 17.

²⁹⁶ *Kleb-Braun* JA 1986, 249, 251.

²⁹⁷ *Samson* JA 1990, 5, 9.

²⁹⁸ *Hohmann* MüKo § 246 Rn. 35.

²⁹⁹ Dies gleicht der Interpretation der Unterschlagung als Delikt mit überschießender Innentendenz, *Hoyer* SK § 246 Rn. 17.

versuchte Unterschlagung nach § 246 Abs. 3 StGB. Dennoch führen die Auffassungen auch zu den bereits genannten Problemen der Abgrenzung zur Gebrauchsanmaßung. Außerdem bilden sowohl die eine als auch die andere Ansicht jeweils nur einen Teil der Zueignung ab, die jedoch gerade aus Aneignung als auch aus Enteignung besteht.³⁰⁰ Untermauern lasse sich dies auch mit dem Vergleich zu § 242 StGB, dessen Zueignungsabsicht auch aus beiden Komponenten besteht.³⁰¹ Dies soll angelehnt an den sog. Bahnschwellenfall³⁰² dann vorliegen, wenn der Angeklagte Bahnschwellen, die im Gewahrsam des Eisenbahnfiskus standen, an gutgläubige Käufer verkauft, indem er ihnen den Zugriff darauf ermöglichte. Bereits mit dem Abfahren der Schwellen vom Lagerort durch den Käufer soll eine Unterschlagung gegeben sein.³⁰³

Vogel/Brodowski verlangen einen Enteignungs- sowie Aneignungserfolg.³⁰⁴ *Sinn* beschreibt dies als „ein Akt der An- und Enteignung“³⁰⁵, der unmittelbar die Sache selbst betrifft, also dem Täter die Einwirkungsmöglichkeit gibt, die Sache zu verzehren, sie zu verbrauchen, zu verarbeiten oder ihren Aufenthaltsort zu verändern, wodurch die Zugriffsmöglichkeit des Eigentümers verschlechtert wird.³⁰⁶

Die sogenannte objektive Zueignungslehre definiert die Zueignung als das Geschehen, das auch Gegenstand des Zueignungsvorsatzes ist. Der Zueignungsvorsatz bestehe aus dem Inkaufnehmen der jedenfalls vorübergehenden Aneignung sowie dauerhaften Enteignung.³⁰⁷ Folglich könne die Unterschlagung nur dann vollendet sein, wenn die Zueignung tatsächlich erfolgt ist, der Täter die Sache also wenigstens vorübergehend in eigenes Vermögen oder das eines Dritten einverleibt, sowie den Berechtigten auf Dauer aus seiner Nutzungsmöglichkeit ausschließt.³⁰⁸ Zum Teil wird vertreten, dass statt der dauernden Enteignung auch die bloße konkrete Gefahr einer Enteignung ausreichend sei.³⁰⁹

Der 6. Senat des BGH begründet seine Ansicht nach einer historischen Analyse damit, dass der Tatbestand mit dem 6. StRG so ausgeweitet wurde, dass zur

³⁰⁰ *Zieschang*, BT 2, Rn. 367.

³⁰¹ *Bosch* TK § 242 Rn. 47; *Heger* Lackner/Kühl/Heger § 242 Rn. 21; *Wittig* BeckOK § 242 Rn. 30; *Zieschang*, BT 2, Rn. 153.

³⁰² RGSt 47, 147 ff.

³⁰³ *Sinn* NSTZ 2002, 64, 68.

³⁰⁴ *Vogel/Brodowski* LK § 246 Rn. 28.

³⁰⁵ *Sinn* NSTZ 2002, 64, 68 (Hervorhebung im Original).

³⁰⁶ *Sinn* NSTZ 2002, 64, 68 f.

³⁰⁷ So entgegen der bisherigen Rechtsprechung nun auch der 6. Senat des BGH, BGHSt 68, 113.

³⁰⁸ *Hohmann* NSTZ 2013, 161, 162; *Hoyer* SK Rn. 20, 23; *Kargl* ZStW 103 (1991), 136, 184.

³⁰⁹ *Basak*, S. 173, 189; *Roth*, Eigentumsschutz, S. 54.

Wahrung des Bestimmtheitsgrundsatzes nach Art. 103 Abs. 2 GG sowie zur Abgrenzung zur Versuchsstrafbarkeit der Unterschlagung eine engere Auslegung nötig sei, die auf tatsächliche Eigentumsbeeinträchtigungen beschränkt sein müsse.³¹⁰ Auch nach dem telos der Norm müsse mit Blick auf § 246 StGB als Eigentumsdelikt als ultima ratio das Strafrecht auf den Schutz des Eigentums begrenzt sein.³¹¹

Allerdings erfolge auch hier die Abgrenzung zur Gebrauchsanmaßung erst im Rahmen des subjektiven Tatbestands.³¹² Sofern man tatsächlich eine dauerhafte Enteignung verlangt und nicht nur die Gefahr, könne man eine vollendete Unterschlagung nur in seltenen Fällen wie beim Verbrauch oder einer Zerstörung der Sache annehmen.³¹³

2. Fazit

Der Tatbestand der Unterschlagung ist sehr weit gefasst, je nach Auslegung kann unter das Merkmal der Zueignung bereits das Versprechen der Leistung einer Sache fallen, über die man keine Einwirkungsmöglichkeit hat. Im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebots nach Art. 103 Abs. 2 GG sowie zur Abgrenzung der vollendeten zur versuchten Unterschlagung müssen Einschränkungen vorgenommen werden, da der Einzelne sonst nicht mehr nachvollziehen kann, welche Handlungen zu einer Strafbarkeit führen.³¹⁴ Die versuchte Unterschlagung hätte keinen Anwendungsbereich mehr, wenn bereits bloße Vorbereitungshandlungen, wie beispielsweise, wenn der Täter ein Fahrrad als Geschenk anbietet, auf das er keinen Zugriff hat, eine vollendete Unterschlagung darstellen würden.

Wenn sich der Begriff der Zueignung an dem Inhalt des Zueignungsvorsatzes orientiert, folglich als vorübergehende Aneignung und dauerhafte Enteignung zu verstehen ist, dann muss die Zueignung dies auch objektiv als Erfolg voraussetzen.³¹⁵ Dies ist bereits aus dem Wortlaut der Norm abzuleiten. Das Argument, dass mögliche Strafbarkeitslücken bei engerer Auslegung entstehen, überzeugt nicht, da es sich um wenige Einzelfälle handelt, die unter Umständen nicht ein-

³¹⁰ BGHSt 68, 113; dem zustimmend auch *Jahn* JuS 2024, 568, 569.

³¹¹ BGHSt 68, 113; dem zustimmend auch *Jahn* JuS 2024, 568, 569.

³¹² *Hohmann* MüKo § 246 Rn. 39.

³¹³ *Hoven* NJW 2024, 1051, 1052; in die Richtung auch *Jäger* JA 2024, 515, 517.

³¹⁴ So auch zutreffend *Duttge/Fahnenschmidt* ZStW 110 (1998), 884, 916.

³¹⁵ So zutreffend *Hohmann* NSTZ 2013, 161, 162; *Hohmann/Sander*, BT, § 37 Rn. 13; *Hoyer* SK § 246 Rn. 20, 23; *Kargl* ZStW 103 (1991), 136, 184.

mal pönalisierungsbedürftig sind. Bloße Gedanken, Versprechungen oder Berühmungen bezüglich einer Zueignung können keine Strafbarkeit begründen.³¹⁶ Festgehalten wurde zudem auch, dass die Unterschlagung richtigerweise ein Erfolgsdelikt ist und dementsprechend zumindest eine Rechtsgutsgefährdung vorausgesetzt werden muss, die aber gerade in den genannten Handlungen noch nicht vorliegen kann. In derartigen Fällen besteht zumindest die Möglichkeit, den Bereich der versuchten Unterschlagung zu berücksichtigen. Außerdem ist es so möglich, die Abgrenzung zur Gebrauchsanmaßung bereits im objektiven Tatbestand vorzunehmen. Auch der Wortlaut spricht gerade für diese Auffassung. Der Vergleich zu § 242 StGB untermauert auch diese Ansicht.

Die jeweiligen Theorien, die entweder nur auf einen Aneignungs- oder einen Enteignungserfolg abstellen, können nicht überzeugen. Sie berücksichtigen nicht die Aufteilung des Begriffs der Zueignung in An- und Enteignung. Eine Berücksichtigung der jeweils anderen Komponente lediglich unter subjektiven Gesichtspunkten ist ebenfalls nicht nachvollziehbar, da keine der beiden Ansichten hinreichende Argumente dafür liefert, warum das eine Merkmal objektive Geltung erlangt, während das andere lediglich subjektiv vorliegen muss. Der Wortlaut des Merkmals der Zueignung kann weder die eine Ansicht noch die andere begründen. Vielmehr spricht die Aufteilung des Begriffs für die kongruente Berücksichtigung beider Merkmale auf gleicher Ebene.

Das Abstellen auf eine mögliche Herrschaftsbeziehung wie den Gewahrsam oder den Besitz erscheint zwar auf den ersten Blick nachvollziehbar und handhabbar. Jedoch hat sich der Gesetzgeber bewusst dazu entschieden, auf beide Merkmale im Tatbestand zu verzichten. Eine Auslegung der Zueignung, welche den Merkmalen wieder Eingang in die Norm gewähren würde, wäre ein Widerspruch zum Willen des Gesetzgebers und würde die Grenze zwischen § 246 StGB und § 242 StGB weiter verschwimmen lassen.

Es bedarf demnach zur Einschränkung des Zueignungsmerkmals sowohl eines Aneignungs- als auch eines Enteignungserfolgs, die sich objektiv manifestieren. Insoweit ist der Argumentation des 6. Senats des BGH uneingeschränkt zuzustimmen.

³¹⁶ Zutreffend bezüglich des bloßen formalen *se ut dominum gerere*, bloße Eigentumsbehauptung oder verbale Eigentumsanmaßung *Vogel/Brodowski* § 246 Rn. 34; sowie *Kargl ZStW* 1991 (103), 136, 179 f.

Folglich ist der Gewahrsam kein Teil des Tatbestands und auch nicht im Rahmen der Zueignung zu fordern. Im Ergebnis lassen sich also für den Gewahrsamsbegriff keine Rückschlüsse aus der Unterschlagung nach § 246 StGB ziehen.

IV. Der Gewahrsam in § 249 StGB

Zur Gewährleistung der Vollständigkeit soll auf den Tatbestand des § 249 StGB hingewiesen werden. Dieser verlangt wie § 242 StGB, die Wegnahme einer fremden beweglichen Sache als ein wesentliches Element. In diesem Zusammenhang wird in der juristischen Literatur überwiegend auf die Definition des Gewahrsams gemäß § 242 StGB verwiesen.³¹⁷

V. Der Gewahrsam in § 274 Abs. 1 Nr. 3 StGB

§ 274 Abs. 1 Nr. 3 StGB bezieht sich auf die Wegnahme eines Grenzsteins oder eines anderen zur Bezeichnung einer Grenze oder eines Wasserstandes bestimmten Merkmals. Unter der Wegnahme im Sinne dieser Norm ist die Entfernung des im Gesetz genannten Augenscheinsobjekts von der Stelle zu sehen, die von dem hierzu Befugten als Beweiszeichen bestimmt wurde.³¹⁸ Zum Teil wird nicht einmal die Entfernung des Augenscheinsobjekts gefordert, es soll vielmehr sogar ausreichen, dass dieses ausgegraben und liegengelassen wird.³¹⁹ Der Bruch fremden Gewahrsams ist in diesem Kontext nicht erforderlich.³²⁰ In den vorliegenden Definitionen wird der Aspekt des Gewahrsams nicht weiter vertieft, da dieser nicht als Element des Tatbestandes betrachtet wird.

Irreführend bleibt allerdings, dass in dem Tatbestand die Wegnahme gänzlich anders definiert wird als in § 242 StGB. Dies ist auf die unterschiedlichen Schutzrichtungen der Normen zurückzuführen. Aus den Motiven bei der Einführung des § 274 StGB lässt sich leider nicht schließen, was unter der Wegnahme zu verstehen ist und warum dieses Merkmal gewählt wurde, wo doch die „Entfernung“ des Grenzsteins möglicherweise passender wäre. Da sich die Arbeit aber vorrangig nicht mit der Wegnahme, sondern mit dem Gewahrsam beschäftigt, wird auf die Begriffsspaltung nicht näher eingegangen.

³¹⁷ Bosch TK § 249 Rn. 2; Heger Lackner/Kühl/Heger § 249 Rn. 1; Kindhäuser/Hoven NK § 249 Rn. 8; Sander MüKo § 249 Rn. 7; Wittig BeckOK § 249 Rn. 2.

³¹⁸ Eisele, BT I, Rn. 911; Erb MüKo § 274 Rn. 30; Fischer § 274 Rn. 14; Heger Lackner/Kühl/Heger § 274 Rn. 6; Zieschang LK § 274 Rn. 51.

³¹⁹ Laubenthal JA 1990, 40, 43, der nicht einmal eine Entfernung des Augenscheinsobjekts fordert, sondern es ausreichen lässt, dass dieses ausgegraben wird und dann liegengelassen wird, so auch Otto Jura 1992, 666, 668.

³²⁰ Erb MüKo § 274 Rn. 30; Krell AnwK § 274 Rn. 17; Zieschang LK § 274 Rn. 51.

VI. Fazit

Der Gesetzgeber hat den Begriff des Gewahrsams sowohl im Strafgesetzbuch als auch in den anderen Rechtsbereichen vielfach verwendet. Festzuhalten ist, dass selbst innerhalb eines Rechtsgebiets nicht zwangsläufig eine einheitliche Definition der identischen Merkmale zu finden ist. Eine gesetzeskonforme Auslegung, die zwar den Schutzzweck der Norm beachtet, aber dennoch versucht, die Merkmale annähernd gleichlaufen zu lassen, ist dennoch möglich. Nach *Laubenthal* ist auch eine „gewisse Parallelisierung anzustreben“.³²¹

Jedoch hat bereits *Otto* nach einem knappen Vergleich einiger Normen, die den Gewahrsamsbegriff enthalten, angenommen, dass eine einheitliche Interpretation des Begriffs zu sachwidrigen und wenig überzeugenden Ergebnissen führt, weil dieser nicht sinnvoll am jeweiligen von der Norm geschützten Rechtsgut angelehnt werden konnte.³²²

Allerdings kann nach den vorstehenden Ausführungen bei dem Gewahrsam aus § 289 StGB eine Parallelität mit dem Begriff aus dem § 242 StGB gefunden werden. Sofern man die Strafbarkeitslücke in Kauf nimmt, die entsteht, wenn man für eine Wegnahme in § 289 StGB auch den Bruch fremden Gewahrsams fordert und damit besitzlose Pfandrechte aus dem Anwendungsbereich ausschließt, lässt sich eine auf die tatsächliche Sachherrschaft gestützte Definition der Wegnahme und damit des Gewahrsams beibehalten. Eine Neubegründung von Gewahrsam wird aber auch hier ganz herrschend nicht gefordert. Damit stimmen die Definition der Wegnahme aber zumindest im Kern und folglich auch der des Gewahrsams in § 289 StGB und § 242 StGB überein.

Bei § 168 StGB besteht die Besonderheit, dass dieser sowohl auf die Wegnahme als auch auf den Gewahrsam Bezug nimmt, diesen allerdings in Verbindung mit einer berechtigten Person setzt, aus deren Gewahrsam die Leiche oder Leichenteile weggenommen werden muss. Die Wegnahme setzt auch den Bruch fremden Gewahrsams voraus. Einigkeit besteht allerdings darüber, dass entgegen der Definition von § 242 StGB gerade nicht die Begründung neuen Gewahrsams nötig ist; auch der Bruch fremden Gewahrsams soll ausreichen. Wenn man den Gewahrsam richtigerweise faktisch betrachtet, reicht dafür auch ein tatsächliches Obhutsverhältnis, vergleichbar mit der tatsächlichen Sachherrschaft bei § 242 StGB aus. Dieser ist dabei unabhängig von der Berechtigung zu betrachten. Die Berechtigung stellt wiederum auf das Totenfürsorgerecht ab. Indem das

³²¹ *Laubenthal* JA 1990, 38, 39.

³²² *Otto* Jura 1992, 666.

Recht zunächst den vom Verstorbenen als Totenfürsorgetragenden eingesetzten Personen übertragen wird, kann dem Totengedenken und dem Pietätsgefühl ausreichend Rechnung getragen werden.

Bei § 249 StGB steht der Gleichlauf ohnehin fest, da dieser konkret auf die Wegnahme einer fremden beweglichen Sache abstellt.

In § 246 StGB findet sich weder der Gewahrsam noch die Wegnahme im Gesetzestext. Die als Tathandlung geforderte Zueignung stellt auch richtigerweise nicht auf den Gewahrsam oder Besitz ab, weswegen § 246 StGB aus der Betrachtung des Gewahrsams auszuschließen ist.

Nicht ganz erschließen lässt sich, warum der Gesetzgeber in § 274 StGB die Wegnahme normiert hat, diese aber vollkommen anders definiert und gerade nicht auf den Gewahrsam Bezug genommen wird. Da sich aus den Motiven keine Anhaltspunkte ergeben und der Wortlaut weder der heutigen Definition noch einer Anlehnung an § 242 StGB entgegensteht, könnte man an eine gesetzeskonforme Auslegung denken. Dennoch spricht hier das Telos des Gesetzes dagegen. In § 274 StGB geht es gerade nicht darum, dass jemand, der fremden Gewahrsam an den Grenzsteinen hat, geschützt werden soll. Vielmehr geht es darum, dass Grenzsteine als Beweismittel genutzt werden können, soweit sie echt und unverändert sind, und damit um das Beweisführungsrecht als Schutzgut.³²³ Eine Auslegung anhand der bereits bestehenden Wegnahmedefinition ist hier daher abzulehnen.

³²³ *Erb* MüKo § 274 Rn. 1; *Heger* Lackner/Kühl/Heger § 274 Rn. 1; *Weidemann* BeckOK § 274 Vor Rn. 1, Rn. 2.

Kapitel 5: Der Gewahrsamsbegriff in § 242 StGB

Im Folgenden soll der Fokus auf die Auseinandersetzung mit § 242 StGB gelegt werden, da dieser mit der Verwendung des Begriffs der Wegnahme eine zentrale Bedeutung hinsichtlich der Definition des Gewahrsams aufweist. Des Weiteren werden kontroverse Meinungen und problematische Fallgruppen erörtert, mit dem Ziel, eigene Lösungsansätze zu entwickeln.

Dabei wird auf die Frage, ob das Merkmal der Wegnahme im Rahmen des § 242 StGB überhaupt Gewahrsam voraussetzen soll, nur kurz eingegangen.³²⁴ Eine Bestimmung der Wegnahme ohne Bezugnahme auf den Gewahrsam – wie dies beispielsweise *Ling*³²⁵ und *Haffke*³²⁶ versuchen – würde das Problem der unterschiedlichen Auslegungen nur auf eine andere Begrifflichkeit verlagern. Diese Versuche werden auch im weiteren Verlauf der Arbeit näher betrachtet. Der Gewahrsam würde durch ein anderes Wort ersetzt, dessen Auslegung dann wieder bestritten werden könnte. Zumeist wird anhand von Synonymen versucht, den Gewahrsam zu ersetzen, was aber für die Bestimmtheit keinen Mehrwert bringt. Zudem besteht die Schwierigkeit, eine allumfassende Definition zu finden, die auf die vielen verschiedenen Einzelfälle anwendbar ist. Dazu wurde bislang keine überzeugendere andere Definition der Wegnahme gefunden.

Grundsätzlich soll davon ausgegangen werden, dass weiterhin auf den Gewahrsam als Merkmal der Wegnahme abzustellen ist, da dieser auch bereits Teil des Tatbestands war und es dem gesetzgeberischen Willen entspricht, diesem zumindest als Teil der Definition der Wegnahme noch Einfluss in der Norm einzuräumen, was sich unter anderem aus der historischen Auslegung der Gesetzesnorm schließen lässt.³²⁷ Dies ergibt sich auch aus der Funktion des Tatbestandsmerkmals der Wegnahme. Dafür ist der Vergleich zur Unterschlagung heranzuziehen. Der Dieb eignet sich einen Gegenstand durch eine Wegnahmehandlung zu, die Unterschlagung setzt objektiv nur eine Zueignung voraus, die in Form einer Wegnahme vorliegen kann, aber auch durch ein

³²⁴ Siehe zu dieser Diskussion vertiefter *Heinsch*, S. 25 ff.

³²⁵ Siehe dazu S. 130 ff.

³²⁶ Siehe dazu S. 104 ff.

³²⁷ Seit jeher wird von der auch hier zugrunde liegenden Definition der Wegnahme ausgegangen, die auf den Gewahrsam Bezug nimmt, RGSt 48, 58, 59; die Wegnahme sollte bereits damals so definiert werden, *Goltdammer*, Kommentar Materialien PrStGB, S. 462; die Definition ist eine nicht weiter zu diskutierende Prämisse *Haffke* GA 1972, 225; *Mayer* JZ 1962, 617; nach allgemeiner Meinung sei der Gewahrsam in die Definition „zu subintelligieren“, *Welzel* GA 1960, 257, 264.

Beiseiteschaffen, Ableugnen, Verbrauchen oder Verpfänden verwirklicht werden kann.³²⁸ Das erhöhte Unrecht des Diebstahls soll sich daher aus der Verletzung eines zum Eigentum hinzutretenden zusätzlichen Guts, dem Gewahrsam ergeben.³²⁹ Nach *Mayer* soll sich auch bereits aus dem Ausdruck „Wegnehmen“ ergeben, dass ein Dieb den „Besitz“ des Berechtigten im strafrechtlichen Sinne verletzt,³³⁰ was die Umschreibung für den Gewahrsam ist und sich damit nicht nur, wie die Zueignung bei der Unterschlagung, auf das Eigentum bezieht.³³¹ Der Diebstahl ändert gerade nicht die Eigentumsverhältnisse, setzt aber durch die „Wegnahme“ ein Entfernen („weg“) einerseits und ein Zuführen („-nehmen“) andererseits voraus³³² und damit eine Verschiebung der Gewahrsamsverhältnisse.³³³

Durch die Bestimmung der Wegnahme als Bruch fremden und Begründung neuen Gewahrsams besteht auch die Möglichkeit, den entgegenstehenden Willen des Berechtigten zu berücksichtigen und bei willentlicher Übertragung ein tatbestandsausschließendes Einverständnis anzunehmen.³³⁴

Folglich ist die herkömmliche Wegnahmedefinition heranzuziehen, die sich auf das Merkmal des Gewahrsams stützt.

Wie der Begriff des Gewahrsams bei der Diebstahlsvorschrift auszulegen ist, wird kontrovers beurteilt. *Samson* bezeichnet den Gewahrsamsbegriff als „offenen“ Blankett-Begriff, der weitgehend von bloßen Wertungen des Rechtsanwenders lebt.³³⁵ *Haffke* wiederum beschreibt den herkömmlichen Gewahrsamsbegriff als „ein zusammenhangloses Konglomerat von subjektiven und objektiven, physisch-realen und normativ-sozialen Momenten“.³³⁶ Im Folgenden ist auf die unterschiedlichen Ansichten einzugehen.

³²⁸ *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT 1 § 33 I Rn. 1; *Wittig BeckOK* § 246 Rn. 3 ff.

³²⁹ *Hoyer SK* § 242 Rn. 20.

³³⁰ *Mayer JZ* 1962, 617 ff.

³³¹ *So Heinsch*, S. 27.

³³² *Blei*, BT/1, S. 277 f.; *Mezger/Blei*, BT, S. 134.

³³³ *Schmitz MüKo* § 242 Rn. 50.

³³⁴ Ein Handeln gegen den Willen setzen etwa *Heinrich Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf* § 13 Rn. 53; *Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen*, Strafrecht BT 1, § 33 Rn. 28 voraus. In diesem Sinne etwa das RG GA 1914, 126; *Bosch TK* § 242 Rn. 35; *Vogel/Brodowski LK* § 242 Rn. 107; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Rn. 154; alternativ ohne oder gegen den Willen annehmend *Eisele*, BT II, Rn. 51; *Rengier*, BT I, § 2 Rn. 64. Siehe dazu S. 151 ff.

³³⁵ Der praktische Umgang mit dem Begriff setzt die Kenntnis zahlreicher Entscheidungen voraus, die erst ein Gefühl für die Reichweite des Begriffs zu vermitteln vermag, *Samson JA* 1980, 285, 286.

³³⁶ *Haffke GA* 1972, 225.

- I. Meinungsstand
- 1. Faktischer Gewahrsamsbegriff

Das Reichsgericht stellte zunächst auf den faktischen Gewahrsamsbegriff ab.³³⁷ Es umschrieb den Gewahrsam als denjenigen tatsächlichen Zustand, der unter Ausschließung anderer die Möglichkeit der Herrschaft über eine Sache gewährt.³³⁸ Das maßgebliche Merkmal des Gewahrsams war demnach die äußere, tatsächliche Sachherrschaft.

Dies führte allerdings oft nicht zu sachgerechten Ergebnissen. Für die Annahme von Gewahrsam müsste dann vorausgesetzt werden, dass jemand die jederzeitige Möglichkeit hat, auf seine Sache nach Belieben einzuwirken. Zu denken ist beispielsweise an den Wohnungsinhaber, der in den Urlaub fährt und seine Wohnung verschlossen und mitsamt den darin befindlichen Sachen zurücklässt. Dem Inhaber fehlt hier die Möglichkeit, jederzeit die in der Wohnung verbliebenen Gegenstände zu benutzen. Man könnte zwar auch sagen, dass er gerade mit dem Verschließen der Wohnung diese und die darin befindlichen Sachen beherrscht,³³⁹ allerdings ist ein Verfügen aus dem Urlaub nicht möglich. Deswegen kann dem Wohnungsinhaber dennoch nicht der Gewahrsam abgesprochen werden. Dies würde sonst zu dem Ergebnis führen, dass ein Täter, der Sachen aus Wohnungen stiehlt, deren Inhaber im Urlaub sind, keinen Diebstahl begehen kann. In Betracht käme dann möglicherweise eine Unterschlagung. Dies widerspricht aber dem Willen des Gesetzgebers, das Eigentum umfassend anhand des Diebstahlstatbestands zu schützen, wenn bereits die Abwesenheit des Eigentümers dazu führen würde, dass er den Gewahrsam an seinen ihm gehörigen Sachen verlieren würde. Auch reicht die Unterschlagung als Auffangtatbestand für viele Konstellationen nicht aus. Mit Blick auf die Einführung des § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB und § 244 Abs. 4 StGB, dem Wohnungseinbruchsdiebstahl, ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber gerade den Diebstahl in Wohnungen für besonders pönalisierungsbedürftig gehalten hat. Die Norm würde aber in vielen Fällen ins Leere laufen, wenn sie jedes Mal nicht greifen würde, wenn dem Wohnungsinhaber der Gewahrsam bei (längerer) Abwesenheit abgesprochen werden würde. Hinzu kommt die Schwierigkeit festzustellen, ab welcher Zeitspanne von Abwesenheit man nicht mehr von einer tatsächlichen Sachherrschaft ausgehen kann. Wenn davon auszugehen ist, dass der Inhaber, sobald er die Wohnung verlässt, den Gewahrsam verliert, wäre die Norm gänzlich sinnlos. Außerdem knüpfen etliche Qualifikationstatbestände sowie auch der Raub oder

³³⁷ RGSt 30, 88, 89; RGSt 54, 343, 346; RGSt 56, 115, 117.

³³⁸ RGSt 30, 88, 89.

³³⁹ So beispielsweise Gössel ZStW 85 (1973), 591, 618.

der räuberische Diebstahl an einen Diebstahl an und gerade nicht an eine Unterschlagung. Kriminalpolitisch wäre die Annahme einer bloßen Unterschlagung unzureichend. Der Diebstahlstatbestand weist im Gegensatz zur Unterschlagung einen erhöhten Unrechtsgehalt auf, dem eine Verurteilung wegen Unterschlagung nicht gerecht wird. Ein rein faktischer Begriff konnte deshalb nicht beibehalten werden.

Gössel meint, zur Bejahung des Gewahrsams genüge die Möglichkeit auf die Sache einzuwirken. Dies könne bei dem Reisenden dann bejaht werden, wenn er zurückkehrt oder auch durch eine Mittelsperson auf die Wohnung und die darin befindlichen Sachen zugreifen kann. Ausreichend soll also die potentielle Sachherrschaft sein.³⁴⁰ Allerdings kann dennoch nicht nur auf das rein faktische Verhältnis abgestellt werden, wie *Gössel* selbst anmerkt. Allein die tatsächliche Möglichkeit, eine Sache zu beherrschen, würde zu dem Ergebnis führen, dass körperlich Überlegene schon allein aus der Herrschaftsmöglichkeit heraus den Gewahrsam an den Gegenständen eines körperlich Unterlegenen erlangen.³⁴¹ Außerdem würde sonst derjenige benachteiligt werden, der keine Mittelsperson kennt oder für sich engagieren will, die auf die Wohnung Acht gibt. Denn seine in der Wohnung befindlichen Sachen würden gewahrsamslos werden, sodass sein Eigentum schlechter geschützt wäre.

Demnach muss ein weiteres Element zur Definition des Gewahrsamsbegriffs hinzutreten.³⁴² Wie auch der Versuch von *Gössel* zeigt, müssen zusätzlich normative Aspekte Berücksichtigung finden, womit aber die Faktizität nicht als alleiniges Merkmal beibehalten werden kann. Der Begriff musste also weiterentwickelt werden.

2. Faktisch-sozialer Gewahrsamsbegriff³⁴³
 - a) Darstellung der Ansicht

In der Literatur wird mittlerweile vielfach der sog. faktisch-soziale Gewahrsamsbegriff vertreten.³⁴⁴

³⁴⁰ *Gössel* ZStW 85 (1973), 591, 618.

³⁴¹ *Gössel* ZStW 85 (1973), 591, 618; *Roterberg* GS 35, 351, 356.

³⁴² Dies wird vor allem deutlich beim faktisch-sozialen Gewahrsamsbegriff, siehe dazu S. 66 ff.

³⁴³ Bei *Jäger* auch als normativ-faktischer Gewahrsamsbegriff bezeichnet, *Jäger* FS Rengier S. 227, 231.

³⁴⁴ *Eisele*, BT II, Rn. 26; *Fischer* § 242 Rn. 11; *Heger* Lackner/Kühl/Heger § 242 Rn. 8a; *Hilgendorf/Valerius*, BT II, § 2 Rn. 22; *Krey/Hellmann/Heinrich*, BT 2, Rn. 15; *Kudlich* S/S/W § 242 Rn. 18 f. faktisch-normativer Gewahrsamsbegriff; *Mitsch*, BT 2, Rn. 1.2.1.4.2.1; *Otto*, GK II, § 40 Rn. 15; *Rengier*, BT I, § 2 Rn. 23, 27.

Dabei ist unter Gewahrsam jede tatsächliche, von einem Herrschaftswillen getragene Herrschaftsgewalt über eine Sache zu verstehen, wobei der Gewahrsam anhand der Verkehrsanschauung bestimmt wird.³⁴⁵

Grundlage für die Entscheidungen der Rechtsprechung ist die Bestimmung des Gewahrsams als „zwar tatsächliche Sachherrschaft“, deren Vorliegen „aber nicht in erster Linie, jedenfalls nicht allein von der körperlichen Nähe zur Sache aufrechterhalten wird oder aufrechterhalten werden kann“, sondern die von den „Anschauungen des täglichen Lebens“ sowie der „Verkehrsauffassung“ abhängt.³⁴⁶ Damit werde dem Umstand Rechnung getragen, dass unter dem rein faktischen Gewahrsamsbegriff dem Urlauber unter Umständen der Gewahrsam an den in seiner Wohnung befindlichen Sachen abgesprochen wird oder etwa dem Halter eines auf offener Straße geparkten Autos, der sich in räumlicher Distanz zu dem Auto befindet.³⁴⁷

Zur Bestimmung des Gewahrsams wird innerhalb dieser Ansicht zur faktischen Komponente zusätzlich die Verkehrsanschauung und die Erfahrung des täglichen Lebens herangezogen.³⁴⁸ Diese Art der Auslegung des Begriffs führe allerdings zu vielfacher Kasuistik, was eine vorhersehbare Bestimmung erschwere.³⁴⁹ Die daraus resultierende Sachherrschaft hängt so oftmals auch vom Zufall ab.

Ausreichend für die Annahme des Herrschaftswillens solle sein, dass ein genereller Herrschaftswille vorhanden ist oder gebildet werden kann.³⁵⁰ Ein einmal begründeter Gewahrsam bestehe so lange fort, wie der Gewahrsamsinhaber noch eine Einwirkungsmöglichkeit auf die Sache hat. Für den Gewahrsamswechsel sei entscheidend, ob der Täter die Herrschaft über die Sache derart erlangt hat, dass er sie ohne Behinderung durch den ursprünglichen Gewahrsamsinhaber ausüben kann.³⁵¹ Wer die tatsächliche Sachherrschaft inne hat, bemesse sich nach den Umständen des Einzelfalls und den Anschauungen des täglichen Lebens.³⁵²

³⁴⁵ *Bosch* TK § 242 Rn. 23; *Fischer* § 242 Rn. 11; *Krey/Hellmann/Heinrich*, BT 2, Rn. 15.

³⁴⁶ BGHSt 16, 271; BGHSt 22, 180, 182.

³⁴⁷ *Hilgendorf/Valerius*, BT II, § 2 Rn. 25.

³⁴⁸ BGHSt 16, 271; BGHSt 22, 180, 182; *Bosch* TK § 242 Rn. 23; *Fischer* § 242 Rn. 11; *Krey/Hellmann/Heinrich*, BT 2, Rn. 15.

³⁴⁹ *Wessels/Hillenkamp/Schuh*, Rn. 123; so auch schon *Bockelmann*, der anführt, dass die Verkehrsauffassung „– notgedrungen – nach Gutdünken“ des Richters entschieden wird, *Bockelmann*, BT 1, S. 13.

³⁵⁰ BGHSt 4, 210, 211; *Rengier*, BT I, § 2 Rn. 42 f.

³⁵¹ BGHSt 16, 271, 273; BGH NStZ 2019, 613; *Rengier*, BT I, § 2 Rn. 44 ff.

³⁵² BGH NStZ 2019, 726, 72.

Innerhalb des faktisch-sozialen Gewahrsamsbegriffs besteht weitestgehend Einigkeit, dass eine nur vorübergehende räumliche Distanzierung von der Sache (sogenannte Gewahrsamslockerung) den Gewahrsam nicht beeinträchtigt.³⁵³

Allerdings ist umstritten, wann bei einer Gewahrsamslockerung der Gewahrsam aufgegeben wird.³⁵⁴ Bisher nahm der BGH in einigen Entscheidungen an, dass der Gewahrsam in gelockerter Form fortbestehen kann. Dies sei etwa dann der Fall, wenn der Gewahrsamsinhaber durch eine Täuschung veranlasst scheinbar kurzfristig einen Gegenstand an den Täter übergibt.³⁵⁵ Gewahrsam wurde auch bejaht bei einer räumlichen Entfernung der Sache zu ihrem Inhaber, beispielsweise bei einem Landwirt, der Geräte auf dem Feld zurücklässt.³⁵⁶ Der 5. Strafsenat des BGH geht allerdings in einer neueren Entscheidung davon aus, dass der Gewahrsam an einer Sache entfällt, wenn diese an einem öffentlichen, mithin für jede Person zugänglichen Ort verloren wurde, selbst wenn der Berechtigte den genauen Lageort der Sache kennt.³⁵⁷ Der Entscheidung lag die Konstellation des Geschädigten, der sein Mobiltelefon in einer Auseinandersetzung verloren hatte, zugrunde. Beim Entfernen von dem Ort war ihm bewusst, dass sich das Mobiltelefon am Ereignisort befand. Später fasste er den Entschluss, zurückzukehren, um das Gerät wieder an sich zu nehmen. Sein Kontrahent hatte das Mobiltelefon aber bereits mitgenommen, um es für sich zu behalten. Hier nimmt der BGH an, dass der Gewahrsam des Geschädigten nicht fortbestehen konnte, da sich die Sache an einem öffentlichen, für jeden zugänglichen Ort befindet.³⁵⁸

Die herrschende Lehre dagegen lässt den Gewahrsam grundsätzlich bestehen bei vergessenen Sachen, deren Lageort dem Berechtigten bekannt sind, selbst an Orten, die jedermann zugänglich sind, solange keine äußeren Umstände einer alsbaldigen Wiedererlangung der Sache entgegenstehen,³⁵⁹ wovon in dem vorliegenden Fall nicht auszugehen ist. Der Geschädigte würde demnach den Gewahrsam daran behalten.

³⁵³ BGH GA 1966, 244; *Hilgendorf/Valerius*, BT II, § 2 Rn. 39; *Rengier*, BT I, § 2 Rn. 60 ff.

³⁵⁴ Zum Themenbereich der Gewahrsamslockerung siehe ausführlich S. 187 ff.

³⁵⁵ BGH HRRS 2016 Nr. 1172; BGH HRRS 2018 Nr. 495; BGH HRRS 2020 Nr. 115; BGH NStZ 2020, 483; andere Ansicht AG Tiergarten NStZ 2009, 270 f.

³⁵⁶ BGHSt 16, 271, 273; *Bosch TK* § 242 Rn. 26; *Kudlich S/S/W* § 242 Rn. 19.

³⁵⁷ BGH NStZ 2020, 483.

³⁵⁸ BGH NStZ 2020, 483, weitere Ausführungen dazu erfolgen im Kapitel 7 auf S. 161 ff.

³⁵⁹ *Bosch TK* § 242 Rn. 28; *Eisele*, BT II, Rn. 37; *Kindhäuser/Hoven NK* § 242 Rn. 40; *Kulhanek NStZ* 2016, 728; *Rengier*, BT I, § 2 Rn. 39 ff.; andere Ansicht *Schmitz MüKo* § 242 Rn. 77; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Rn. 132.

So zeigt sich, dass selbst innerhalb der Auffassung des faktisch-sozialen Gewahrsamsbegriffs keine Übereinstimmung im Hinblick auf die Grundsätze einer Gewahrsamslockerung oder Gewahrsamsübertragung besteht. Anhand des Merkmals der Verkehrsauffassung lassen sich je nach Argumentation unterschiedliche Ergebnisse erzielen.

b) Kritik

Weite Kritik erfährt der faktisch-soziale Gewahrsamsbegriff unter anderem von *Hoyer*.³⁶⁰ Dabei ist zunächst festzuhalten, dass *Hoyer* zwar von dem faktischen Gewahrsamsbegriff schreibt, aus seinen Ausführungen aber deutlich wird, dass er auf den faktisch-sozialen Gewahrsamsbegriff Bezug nimmt, wenn er davon ausgeht, dass das tatsächliche Herrschaftsverhältnis anhand der Anschauungen des täglichen Lebens modifiziert wird.³⁶¹ *Hoyer* spricht sich, wie er es selbst betitelt, vorrangig gegen die dogmatische Herleitung des faktisch-sozialen Gewahrsamsbegriffs aus, weniger gegen die Ergebnisse, die aus dessen Anwendung resultieren.³⁶²

Es entspreche auch vor allem nicht den Anschauungen des täglichen Lebens, wenn angenommen wird, dass ein „gelähmter oder altersschwacher bettlägeriger Wohnungsinhaber noch die ungebrochene Herrschaft über das gesamte Wohnungsinventar ausüben soll“, im Gegensatz zum Pfleger, der insoweit körperlich weit überlegen ist. Auch der irreversibel Bewusstlose, der weit weg von daheim und damit seinen Sachen ist, habe wohl weder eine tatsächliche Macht über seine Sachen noch einen natürlichen Willen, wenn ein Nachbar in dem Garten des Bewusstlosen gerade das Obst von den Bäumen plündert. Die Herrschaftsmacht und der Herrschaftswille würden hier nur „fingiert“, um das gewollte Ergebnis zu legitimieren.³⁶³ Zusammenfassend kritisiert *Hoyer* demnach die zur bloßen Fiktion verkommenen Begriffe der Herrschaftsmacht und des Herrschaftswillens.

Auch *Schmitz* äußert sich kritisch zum faktisch-sozialen Gewahrsamsbegriff.³⁶⁴ Im Rahmen dessen ist zunächst zu konstatieren, dass *Schmitz* nur zwischen dem faktischen Gewahrsamsbegriff und dem normativ-sozialen unterscheidet. Seinen Ausführungen zufolge benutzen sowohl die Rechtsprechung als auch die

³⁶⁰ *Hoyer* SK § 242 Rn. 22 ff.

³⁶¹ *Hoyer* SK § 242 Rn. 22.

³⁶² *Hoyer* SK § 242 Rn. 26.

³⁶³ *Hoyer* SK § 242 Rn. 26; *Kargl* JuS 1996, 971 f.; so auch *Schmitz* MüKo § 242 Rn. 71 ff. Tatsächlich kritisiert er hier aber die Ergebnisse und gerade nicht deren dogmatische Herleitung.

³⁶⁴ *Schmitz* MüKo § 242 Rn. 61 ff.

dieser Auffassung folgenden Autoren nur die Begrifflichkeit „faktisch-sozialer Gewahrsamsbegriff“, verwenden aber die normativ-soziale Definition, indem sie vorrangig auf die sozialen Anschauungen abstellen.³⁶⁵

Schmitz betont, es komme im Rahmen des faktisch-sozialen Gewahrsamsbegriff tatsächlich nicht auf die faktische Komponente an. Auch diese Auffassung richte sich nur nach der Möglichkeit der Beherrschbarkeit, wobei gerade nicht die aktuelle Beherrschbarkeit vorausgesetzt wird. Damit werde tatsächlich auch auf das aktuelle Herrschaftsverhältnis verzichtet. Maßgeblich sei demnach im Ergebnis nur die soziale Anschauung.³⁶⁶ Dies wird vor allem deutlich, wenn davon ausgegangen wird, der Reisende behalte das tatsächliche Herrschaftsverhältnis über sein Haus und die darin befindlichen Sachen.³⁶⁷ Wenn es aber auf faktische Beherrschungsverhältnisse ankäme, müsste man den Gewahrsam verneinen. Auch würde ein Gewahrsamswechsel auf Grund faktischer Umstände vorliegen, wenn jemand beispielsweise die Wohnung eines ihm körperlich vollständig Unterlegenen betritt, was so nach *Schmitz* aber eine unbillige Annahme wäre.³⁶⁸

Das Abstellen auf einen Herrschaftswillen erachtet *Schmitz* als ebenso wenig relevant. Die Tatsache, dass es genügen soll, wenn nur ein potentieller Herrschaftswille vorliegt, deute darauf hin, dass dieser auch gar nicht vorhanden sein muss. Daher sei es sinnlos, an diesem Kriterium festzuhalten. Fälle, in denen es auf den potentiellen Herrschaftswillen ankommt, seien solche, in denen der Gewahrsam den Personen eher auf Grund sozialer Anschauung zugeordnet werde. Dies sei beispielsweise relevant bei Schlafenden oder Bewusstlosen, die ihren Gewahrsam nicht wegen ihres Zustands verlieren oder bei Briefen, die in den Briefkasten geworfen werden, von denen der Gewahrsamsinhaber noch überhaupt nichts weiß.³⁶⁹ Es komme nur auf die soziale Zuordnung an.

Zusammenfassend lehnt *Schmitz* demnach die faktische Komponente des Gewahrsamsbegriffs vollständig ab. Sogar die Ansichten, die hierauf abstellen, würden im Ergebnis nur anhand normativ-sozialer Kriterien entscheiden.

Kargl merkt an, dass die „Anschauung des täglichen Lebens“ nur dafür existiere, um das zurechtzurücken, was aufgrund der Auslegungsgrenze bezüglich des

³⁶⁵ *Schmitz* MüKo § 242 Rn. 61.

³⁶⁶ *Schmitz* MüKo § 242 Rn. 71; so auch *Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen*, BT 1, § 33 Rn. 16.

³⁶⁷ *Schmitz* MüKo § 242 Rn. 71; so auch *Fischer* § 242 Rn. 12.

³⁶⁸ *Schmitz* MüKo § 242 Rn. 71.

³⁶⁹ *Schmitz* MüKo § 242 Rn. 72.

Wortlauts „tatsächliche Sachherrschaft“ nicht möglich sei.³⁷⁰ Er bezieht sich auf eine Entscheidung des BayObLG,³⁷¹ die demjenigen Gewahrsam zuspricht, der eine Fototasche mit entwickelten Fotos im Laden unter seiner Jacke verbirgt, die Tasche aber mit einer Alarmsicherung verbunden ist, sodass er am Verlassen des Ladens durch den Alarm und die dadurch aufmerksam gewordenen Kassierer gehindert wird. Das BayObLG geht zunächst davon aus, dass für die Erlangung der Sachherrschaft nötig ist, dass diese ungehindert ausgeübt werden kann.³⁷² Dies könne aber nach *Kargl*³⁷³ gerade nicht angenommen werden, wenn der Täter durch die Alarmsicherung daran gehindert wird, die Beute fortzubringen.³⁷⁴ Um nicht von einem Versuch ausgehen zu müssen, sei es erforderlich, sich darauf zu beziehen, dass die Verkehrsauffassung demjenigen Gewahrsam zuspricht, der einen Gegenstand in oder unter seiner Kleidung mit sich führt, da „eine intensivere Herrschaftsbeziehung zur Sache kaum denkbar“ sei.³⁷⁵ Zusammenfassend aus dieser Entscheidung hält *Kargl* fest, dass „je intensiver die Herrschaftsbeziehung zur Sache ist, desto weniger kommt es auf eine mögliche Behinderung dieser Sachherrschaft an.“³⁷⁶ Dies lasse sich aber nicht zu einer sinnvollen Definition führen, daher müsse man sich entscheiden, ob es nun auf die Sachherrschaft oder auf die Verkehrsauffassung ankomme, denn derjenige, der keine Möglichkeit hat, auf die Sache zuzugreifen, könne keine Sachherrschaft haben.³⁷⁷ So schlägt *Kargl* statt der Bestimmung des Gewahrsams über den faktisch-sozialen Gewahrsamsbegriff vor, sich bei der Definition des Gewahrsams an dem altdeutschen Begriff „Gewere“ zu orientieren - was den schutzwürdigen Friedenszustand beschreibt³⁷⁸ - folglich der Gewahrsam dazu dient, eine Friedenssphäre zu erhalten, in der Selbsthilfe und Faustrecht ausgeschlossen sind. Demnach soll sich das faktische Element des Gewahrsams daran orientieren, ob der Zugriff auf eine Sache einer sozialen Rechtfertigung bedarf oder nicht.³⁷⁹ Für die Annahme des § 242 StGB im Selbstbedienungsladen genüge nach *Kargl* somit die Ergreifung des Gegenstandes, wenn ein nachfolgender Zugriff des früher Berechtigten einer Rechtfertigung bedarf, was beim Ladeninhaber, der einem Kunden etwas aus dem Wagen oder Korb nimmt, der Fall ist. Dieser würde sich sozial auffällig verhalten, der Kunde hingegen soll gerade Gegenstände aus dem Laden in seinen Wagen legen und darauf zugreifen. Im

³⁷⁰ *Kargl* JuS 1996, 971.

³⁷¹ BayObLG NJW 1995, 3000.

³⁷² BayObLG NJW 1995, 3000, 3001. Das BayObLG bejaht den § 242 StGB in diesem Fall auch.

³⁷³ *Kargl* JuS 1996, 971.

³⁷⁴ Eine Fortbringung wird durch die Alarmsicherung aber gerade noch nicht verhindert.

³⁷⁵ BGHSt 16, 271, 273 f.

³⁷⁶ *Kargl* JuS 1996, 971.

³⁷⁷ *Kargl* JuS 1996, 971.

³⁷⁸ *Merkel*, Handbuch des dt. StR, S. 621, 625.

³⁷⁹ *Kargl* JuS 1996, 971, 975.

obigen Fall werde auch dann Gewahrsam begründet, wenn die Ware mit einem Sicherungsetikett versehen ist.³⁸⁰

Zusammenfassend merkt *Kargl* als wichtigsten Kritikpunkt an, dass die Auslegung nach der Verkehrsanschauung auf Grundlage des faktisch-sozialen Begriffs dazu dient, das gewünschte Ergebnis zu erzielen. Dies führe oftmals auch zu willkürlichen Ergebnissen.

Schüerhoff kritisiert zunächst den subjektiven „generellen Herrschaftswillen“, der Teil der Definition des Gewahrsams der herrschenden Meinung ist.³⁸¹ Dagegen ist für *Schüerhoff* die „Lebensanschauung“ entscheidend.³⁸² Sobald also der Berechtigte eine Sache in seine Sphäre einbringt, erlange er dadurch die Verfügungsgewalt über sie und somit auch den Gewahrsam, ein Herrschaftswille sei dabei nicht zu fordern.³⁸³ Um tatsächliche Verfügungsgewalt einer Person über eine Sache anzunehmen, müsse nach der herrschenden Meinung ein „animus possidendi“ vorliegen.³⁸⁴ Die Verfügungsgewalt entstehe bereits dann, wenn eine Person Maßnahmen ergreift, um Sachen zu erwerben, wie beispielsweise das Anbringen eines Briefkastens. Dabei soll davon ausgegangen werden, dass ein Wille zur Herrschaft über alle darin eingeworfenen Gegenstände vorliegt.³⁸⁵

Innerhalb der herrschenden Meinung wird es – wie bereits erläutert – teilweise als ausreichend erachtet, dass der Herrschaftswille sich generell auf Räumlichkeiten bezieht. Dabei habe die Literatur in Teilen angenommen, dass der Grundstückseigentümer, auf dessen Grundstück jemand einen Gegenstand wirft, den faktischen Gewahrsam daran erst erlange, wenn er Kenntnis von diesem Gegenstand auf seinem Grundstück erhält.³⁸⁶ Nach der Meinung von *Schüerhoff* werde so aber viel zu selten auf die problematische Fallkonstellation des „aufgedrängten“ Herrschaftswillens eingegangen. In Fällen, die sich mit diesem Problemkreis befassen, wird zwischen der Person und der Sache ein dinglicher Kontakt hergestellt, der dieser Person aber äußerst unerwünscht ist, was zum Beispiel bei dem Zustecken von Diebesgut angenommen werden könne. Auch auf solche Fälle müsse die Gewahrsamsdefinition passen, was aber, wenn man an dem

³⁸⁰ *Kargl* JuS 1996, 971, 975.

³⁸¹ Siehe faktisch-sozialer Gewahrsamsbegriff S. 66 ff.

³⁸² *Schüerhoff*, S. 201.

³⁸³ *Schüerhoff*, S. 210.

³⁸⁴ *Schüerhoff*, S. 190.

³⁸⁵ Beispiel so bei *Schüerhoff*, S. 190.

³⁸⁶ Beispiel so bei *Schüerhoff*, S. 190.

Herrschaftswillen als Merkmal festhält, zu Schwierigkeiten führe.³⁸⁷ Ein weiteres Beispiel veranschaulicht die Tragweite dieser Problematik. So schildert *Schüerhoff*³⁸⁸ zunächst die Situation, dass A seinem Wohnungsnachbarn B, nachdem er sich ein Duplikat des Schlüssels verschafft hat, Abfall und Altpapier in die sauber gehaltene Wohnung wirft, um diesen zu ärgern. Zwischen der herrschenden Meinung und *Schüerhoff* besteht insoweit Einigkeit, dass B zwar an allen in seine Wohnung durch den Briefschlitz gelangten Gegenstände Gewahrsam erhält, weil er auch daran den Besitz erlangen will, dies könne nach *Schüerhoff* jedoch nicht bezüglich des Unrats gelten, der sich nun in seiner Wohnung befindet. Es müsse davon ausgegangen werden, dass B die tatsächliche Sachherrschaft inne hat, denn die Sachen befinden sich in seiner Wohnung und damit in seinem generellen Gewahrsamsbereich.³⁸⁹ Ob das Opfer hier „animus possidendi“ besitzt, sei für den Täter aber auch für den objektiven Beobachter nicht ersichtlich.³⁹⁰ Denkbar wäre auch, dass der A anstatt des Abfalls dem B, um ihn in Verruf zu bringen, gestohlenen Schmuck in die Wohnung legt.³⁹¹ Ein Einbrecher, der in die Wohnung des B gelangt, gehe dann wiederum ohne Zweifel davon aus, dass es sich um Eigentum des B handele,³⁹² und er damit den Gewahrsam des B breche. Für beide Beispiele müsste unabhängig von einem Herrschaftswillen Gewahrsam angenommen werden, denn wenn man den Willen betrachten würde, würde er tatsächlich nicht vorliegen, da der B weder von dem Unrat noch von dem Schmuck etwas weiß.

Nach *Schüerhoff* müssen, wenn man von dem Erfordernis eines generellen Herrschaftswillen ausgeht, stets Kunstgriffe vorgenommen werden, um den „animus possidendi zu retten“,³⁹³ obwohl es diesen, wie in den vorgezeigten Beispielen nicht geben kann, der Gewahrsam aber bejaht werden muss. Ein bereits vom RG entschiedener Fall behandelte die Frage, wie es zu bewerten ist, wenn die Angeklagte eigenmächtig einen Zwanzigmarkschein aus der Schublade des Berechtigten, der sich im Urlaub befindet, entnimmt und diesen zunächst gegen einen Zehnmarkschein austauscht, sich diesen Schein aber etwas später dann auch zueignet, ohne dass der Berechtigte davon etwas erfahren hat.³⁹⁴ Dabei wurde in der Revisionsbegründung die Bejahung der Gewahrsamserlangung durch das Gericht beanstandet, da der Berechtigte ja gar keinen „Besitzwillen“

³⁸⁷ *Schüerhoff*, S. 190 f.

³⁸⁸ *Schüerhoff*, S. 191.

³⁸⁹ BGHSt 23, 254, 255.

³⁹⁰ *Schüerhoff*, S. 191.

³⁹¹ *Schüerhoff*, S. 191 f.

³⁹² So ausdrücklich bei *Schüerhoff*, S. 191 f.

³⁹³ *Schüerhoff*, S. 192.

³⁹⁴ RGSt 50, 46 ff.

hätte haben oder äußern können.³⁹⁵ Wie das RG aber anmerkt, reiche es für die „Existenz faktischer Verfügungsgewalt“ aus, wenn „die Beziehung der einzelnen Sache zu einer Person mit der Wirkung begründet sind, daß die Sache als von dieser Person beherrscht erscheint.“³⁹⁶ Daraus folgert *Schüerhoff* die Entbehrlichkeit des „Willens“, da dieser von jedem frei bestimmt werden kann, ohne ihn bekannt zu geben, was zu einem Auseinanderfallen der wirklichen Intention und des Eindrucks, der sich aus dem Verhalten der Person ergibt, führen und so der „animus possidendi“ nie zweifelsfrei ermittelt werden könne.³⁹⁷ Sofern sich also der Betroffene nicht äußert, bleibe seine wahre Intention verborgen, ebenso wenn er die Unwahrheit sagt. Dann könne eben nicht auf den Willen abgestellt werden. Folglich bliebe nur „der völlige Verzicht“ auf dieses subjektive Merkmal innerhalb der Definition des Gewahrsams.³⁹⁸

Auch das physisch-reale Element, das den Gewahrsam nach der herrschenden Meinung prägt, stößt bei *Schüerhoff* auf Ablehnung. Diese begründet er mit den Fallkonstellationen, in denen der Gewahrsam mittels der Verkehrsauffassung konstruiert wird, so wie bei dem klassischen Pflugbeispiel oder in der Konstellation, in der ein Kunde in einem Warenhaus eine Jacke anprobiert, da hier „weder die Fähigkeit zum unmittelbaren körperlichen Verfahren mit einem Gegenstand noch deren Fehlen eine Aussage über das Vorhandensein von Sachherrschaft erlaube“.³⁹⁹ Diese Ergebnisse führen soweit, dass man nicht zwingend auf eine tatsächliche Sachherrschaft schließen könne, nur weil beispielsweise jemand ein bestimmtes Kleidungsstück anzieht. Begründet wird dies von *Schüerhoff* mit dem Beispiel, dass jemand unter Waffengewalt dazu veranlasst wird, ein Kleidungsstück zu tragen, das Opfer hierbei gerade nicht die tatsächliche Herrschaftsgewalt ausübe, sondern vielmehr der Täter, der entscheidet, was mit dem Kleidungsstück passieren soll.⁴⁰⁰ So kämen Schrifttum und Rechtsprechung nur aufgrund der Verkehrsauffassung zu annehmbaren Ergebnissen, ohne tatsächlich das Vorliegen eines Herrschaftsverhältnis zu bejahen oder ein solches gerade zu leugnen.

Laut *Schüerhoff* müssen auch die Fälle korrigiert werden, die unter dem Stichwort der „Gewahrsams-Lockerung“ geführt werden, was lediglich das Fehlen

³⁹⁵ RGSt 50, 46, 47.

³⁹⁶ RGSt 50, 46, 48, dabei ging das RG zwar von einem „generellen“ Gewahrsamswillen aus, hält einen solchen aber nicht für erforderlich.

³⁹⁷ *Schüerhoff*, S. 194.

³⁹⁸ *Schüerhoff*, S. 194.

³⁹⁹ *Schüerhoff*, S. 195.

⁴⁰⁰ Beispiel so bei *Schüerhoff*, S. 196.

der körperlichen Einwirkungsmöglichkeit kaschieren solle.⁴⁰¹ Allein das Abstellen auf die physisch-reale Möglichkeit, Sachherrschaft auszuüben, könne nicht Grundlage werden, da dies ohne Korrektur durch eine Verkehrsauffassung zu unbilligen Ergebnissen führe. Dies werde deutlich an dem Fall, dass sich jemand den Universalschlüssel zu sämtlichen Wohnungen eines Mietshauses beschafft. Derjenige könne nicht bereits Mitgewahrsamsinhaber an allen in den Wohnungen befindlichen Sachen sein, obwohl er die tatsächliche Sachherrschaft hat.⁴⁰²

Schüerhoff schlägt zusammenfassend vor, sowohl das Willenselement als auch das physisch-reale Element bloß als „Hilfserwägung“ zu sehen.⁴⁰³ Das Element der Verkehrsauffassung sieht er lediglich als Korrektiv an, wobei es gänzlich an einer Definition fehle und es sich damit um eine bloße „Hohlformel“ handle.⁴⁰⁴

c) Stellungnahme

Zutreffend zeigt *Hoyer* Schwachstellen des faktisch-sozialen Gewahrsamsbegriffs auf, die bereits von anderen Autoren aufgegriffen wurden. Die faktische Komponente der Definition tritt oftmals vollkommen in den Hintergrund, sofern die Ergebnisse durch die Verkehrsanschauung korrigiert werden. So stellen sich die Lösungen, die durch eine Auslegung des Gewahrsamsbegriffs anhand der Verkehrsanschauung und des täglichen Lebens zustande kommen, nicht immer als nachvollziehbar und mitunter oftmals auch als willkürlich heraus. Zu nennen wären hier mitunter die Beispiele aus der Einleitung, wonach das eine mal durch Überziehen der Jacke noch kein vollendeter Diebstahl angenommen wird,⁴⁰⁵ dagegen das Überhängen eines Kleides über die eigene Tasche bereits einen vollendeten Diebstahl darstellen soll.⁴⁰⁶ Die Verkehrsanschauung muss dem sozialen Wandel, den sich ständig entwickelnden sozialen Begebenheiten, unterworfen werden, was allerdings zu Problemen im Hinblick auf die Bestimmtheit des Gewahrsamsbegriffs und die Nachvollziehbarkeit der Ergebnisse führt. Sofern man, um die Bestimmtheit der Verkehrsanschauung zu erhöhen, auf die Anschauungen eines Durchschnittsmenschen abstellt, ist zu fragen, wem tatsächlich ein durchschnittlicher Mensch in den Problemkonstellationen Gewahrsam zusprechen würde. Dies ist mitunter nicht einheitlich zu beantworten. So kann der eine davon ausgehen, dass bereits durch das Festhalten einer Sache

⁴⁰¹ *Schüerhoff*, S. 196 f.

⁴⁰² *Schüerhoff*, S. 198.

⁴⁰³ *Schüerhoff*, S. 200.

⁴⁰⁴ *Schüerhoff*, S. 201.

⁴⁰⁵ Siehe dazu auch S. 9.

⁴⁰⁶ OLG Hamm MDR 1969, 862, zu dem Kleid; BGH MDR 1969, 902, mit der Entscheidung zu der übergezogenen Jacke.

jemandem Gewahrsam zustehen könnte, während der andere dies erst beim Einstecken einer Sache annehmen würde. Zuzugeben ist natürlich, dass es dem Gesetzgeber nicht möglich ist, sämtliche Konstellationen zu regeln, da dann das Gesetz zu starr wäre, sich dem Wandel der Zeit anzupassen. Nicht jeder Fall kann vom Gesetz erfasst und vom Gesetzgeber bedacht worden sein. Daher muss jedes Gesetz und dessen Merkmale der Auslegung offenstehen. Dennoch ist festzuhalten, dass das Abstellen auf die Verkehrsanschauung und deren bisherige Handhabung willkürliche Ergebnisse hervorruft, indem je nach Argumentation eine Strafbarkeit nach § 242 StGB bejaht oder verneint wird. Es muss jedoch bezweifelt werden, ob sich ein Begriff finden lässt, der die nötige Offenheit für den zeitlichen Wandel mit sich bringt und gleichzeitig möglichst viele denkbare Konstellationen umfasst. Dies wird im Folgenden näher untersucht.

Die Kritik von *Schüerhoff* am aufgedrängten Gewahrsamswillen erscheint nachvollziehbar. Das Beispiel, dass der Nachbar mit einem Zweitschlüssel Unrat oder sogar Diebesgut in die Wohnung des anderen bringt, zeigt auf, dass man in solchen Fällen keinen tatsächlichen Herrschaftswillen bejahen kann, allerdings dennoch faktisch eine derartig intensive Herrschaftsbeziehung zu den Sachen besteht, sodass es nicht nachvollziehbar wäre, hier Gewahrsam auszuschließen, wenn sich die Sachen schließlich offensichtlich in dem Herrschaftsbereich des Inhabers befinden. Insofern man davon ausgeht, dass der Wohnungsinhaber einen generellen Gewahrsamswillen über alle in seiner Wohnung befindlichen Sachen hat, muss hier dennoch eine Ausnahme gemacht werden, da es jedem einleuchtet, dass der Wohnungsinhaber tatsächlich einen entgegenstehenden Willen hätte, wenn er wüsste, was sich in seiner Wohnung befindet. Im Ergebnis überzeugt auch der vom RG entschiedene und von *Schüerhoff* angeführte Fall des Austauschs des Zwanzigmarkscheins in einen Zehnmarkschein. Bei der darauffolgenden Zueignung ist korrekterweise von einem Gewahrsamsbruch auszugehen, auch wenn der Berechtigte von dem Zehnmarkschein keine Kenntnis hatte. Hier ließe sich allerdings über einen generellen Herrschaftswillen zu dem gleichen Ergebnis kommen, wenn man davon ausgeht, dass sich der Wille des Wohnungsinhabers schlicht auf all das bezieht, was er erwartet, in seiner Wohnung zu haben oder zu erhalten.

3. Normativ-sozialer Gewahrsamsbegriff
- a) Darstellung der Ansicht

In der Literatur erfährt der sogenannte normativ-soziale Gewahrsamsbegriff eine zunehmende Bedeutung. Als Gewahrsam wird danach die normativ-soziale Zuordnung einer Sache zu einer Person bezeichnet. Wem eine Sache normativ-

sozial zugeordnet ist, ergebe sich aus der allgemeinen sozialen Anschauung.⁴⁰⁷ Nach der allgemeinen Lebensauffassung lasse sich relativ gesichert sagen, wer die Verfügungsmöglichkeit über eine Sache hat. Ein eigenmächtiger Eingriff oder eine Veränderung davon sei sozial so auffällig, dass dies als Einbruch in den Tabubereich beziehungsweise die Gewahrsamssphäre anzusehen ist.⁴⁰⁸ Somit sei ein Gewahrsamsbruch zu bejahen, wenn sich eine Person sozial rechtfertigungsbedürftig verhält.⁴⁰⁹

Auch außerhalb generell beherrschter Räume komme es für die Gewahrsamszuordnung darauf an, ob eine Sache nach der sozialen Anschauung einer bestimmten Person zugeordnet werden kann. Unter der Voraussetzung, dass nicht davon auszugehen ist, dass der Gewahrsam an einer Sache aufgegeben wurde, könne angenommen werden, dass ein am Straßenrand geparktes Auto oder das am Bahnhof abgestellte Fahrrad auch weiterhin den jeweiligen Eigentümern zugeordnet wird.⁴¹⁰

Die normativ-soziale Zuordnung könne im Rahmen verschiedener Arbeits- oder auch Abhängigkeitsverhältnisse modifiziert werden, was sich auf den Gewahrsam auswirke. Ein Fabrikarbeiter habe grundsätzlich keinen Gewahrsam an den ihm zur Verfügung gestellten Arbeitsgeräten, selbst wenn er diese am Körper in seiner Kleidung trägt,⁴¹¹ da die Geräte dem Arbeiter im Hinblick auf die Geschäftsüblichkeit oder auch aufgrund einer Vereinbarung nicht sozial zugeordnet werden.⁴¹²

Der Gewahrsam soll außerdem in unterschiedliche Gewahrsamssphären eingeteilt werden, namentlich in engere und weitere Sphären. Die engste Sphäre sei dabei die Körpersphäre einer Person. Sachen, die sich in dieser Sphäre befinden, werden – vorbehaltlich anderer Umstände – der Person zugeordnet. Eine weite Gewahrsamssphäre würden generell beherrschte Räume darstellen, wie beispielsweise ein Haus, ein PKW, ein Laden oder Geschäftsräume. Gegenstände, die sich in diesen Räumlichkeiten befinden, würden nach der sozial-normativen Anschauung der Person zugeordnet, der auch die Räumlichkeit zugewiesen ist. Allerdings behalte ein Besucher in einem fremden Haus oder in einem Geschäft

⁴⁰⁷ *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Rn. 123; *Schmitz* MüKo § 242 Rn. 56.

⁴⁰⁸ *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Rn. 123 f.; so auch *Schmitz* MüKo § 242 Rn. 56; ähnlich auch *Kargl* JuS 1996, 971, 975; sowie bereits *Welzel* GA 1960, 257, 264.

⁴⁰⁹ *Kindhäuser/Hoven* NK § 242 Rn. 28.

⁴¹⁰ *Schmitz* MüKo § 242 Rn. 60, der ausdrücklich von den Eigentümern spricht.

⁴¹¹ Vgl. *Schmitz* MüKo § 242 Rn. 59, 73, wobei dies in der heutigen Zeit wohl kaum noch generell so gesagt werden kann, was auch *Schmitz* MüKo § 242 Rn. 78, eingesehen hat, dazu mehr auch im weiteren Verlauf.

⁴¹² *Heinrich Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf* § 13 Rn. 46 ff.

den Gewahrsam an den Sachen, die sich in seiner eigenen Körpersphäre befinden. Er verliere seinen Gewahrsam dann nicht deshalb, weil er sich in einem von einer anderen Person generell beherrschten Raum befindet.⁴¹³ Die Sachen, die sich in der eigenen Körpersphäre befinden, blieben in dieser sogenannte „Gewahrsamsenklave“.⁴¹⁴ Eine Gewahrsamsenklave solle laut *Schmitz* auch aus Konventionen oder geschäftlicher Abrede entstehen können, wie es das Beispiel des Kassierers zeige. Hat er die Kasse eigens zu verwalten und den Inhalt abzurechnen, sei er alleiniger Inhaber des Gewahrsams an der Kasse.⁴¹⁵ Im Fall des beobachteten Ladendiebstahls müsse der Täter die Ware in seine eigene Körpergewahrsamssphäre überführt haben. Mit dieser Handlung fände bereits ein Gewahrsamswechsel statt und die Wegnahme werde vollendet, selbst wenn der Täter sich noch in der generellen Gewahrsamssphäre des Inhabers befindet und beobachtet wird.⁴¹⁶ Bei der Bestimmung von Gewahrsam in den Gewahrsamssphären komme es allerdings nicht darauf an, ob der Inhaber der Sphäre Kenntnis von den einzelnen Gegenständen hat.⁴¹⁷ Verliert also jemand in einem Geschäft sein Handy, erlange dann der Geschäftsinhaber, der den Raum generell beherrscht, Gewahrsam an diesem Handy, wobei dieser regelmäßig keine Kenntnis von dem konkreten Gegenstand hat, was der Gewahrsamserlangung aber nicht entgegenstehe.⁴¹⁸

Weiterhin müsse beachtet werden, dass sich die normativ-soziale Anschauung im Verlauf der Zeit durchaus verändern kann.⁴¹⁹ Dies wirkt sich vor allem innerhalb sozialer Weisungs- beziehungsweise Abhängigkeitsverhältnisse aus, in denen den Arbeitern oder Angestellten im Laufe der Zeit mehr Rechte zugesprochen wurden. Einem Arbeiter kann man den Gewahrsam an den Werkzeugen, die er unter Umständen sogar am Körper trägt, nicht mehr pauschal absprechen, indem man diesen Gewahrsam dem Arbeitgeber zuweist. Dies ist auch auf den Fall der Hausangestellten zu übertragen hinsichtlich der Sachen, die sie in ihrer Körpergewahrsamssphäre tragen. In beiden Fällen müsse das Persönlichkeitsrecht der Arbeiter und Angestellten stärker berücksichtigt werden.⁴²⁰ In diesem Kontext stelle sich die Frage, ob der Arbeitgeber auch gegen den Willen des Arbeitnehmers die Werkzeuge oder anderweitige Gegenstände, die im Eigentum

⁴¹³ *Schmitz* MüKo § 242 Rn. 57.

⁴¹⁴ So schon bei *Wimmer* NJW 1962, 609, 612 f.

⁴¹⁵ BGH NStZ-RR 2018, 108, 109; BGH NStZ-RR 2001, 268; OLG Zweibrücken NStZ-RR 2018, 249, 250; *Schmitz* MüKo § 242 Rn. 73.

⁴¹⁶ BGHSt 16, 271, 273; *Bosch* TK § 242 Rn. 38 ff.; *Kindhäuser/Hoven* NK § 242 Rn. 39; *Timmermann*, S. 43.

⁴¹⁷ *Schmitz* MüKo § 242 Rn. 58.

⁴¹⁸ *Schmitz* MüKo § 242 Rn. 58.

⁴¹⁹ *Schmitz* MüKo § 242 Rn. 78.

⁴²⁰ *Schmitz* MüKo § 242 Rn. 78.

des Arbeitgebers stehen, ungefragt oder auch gegen deren Willen aus deren Körpersphäre entfernen darf oder ob sich der Arbeitgeber damit vielmehr sozial auffällig verhält, also die Gesellschaft ihm den Gewahrsam abspricht.⁴²¹ Ein Vorschlag wäre zumindest Mitgewahrsam anzunehmen, dann könnte zwar jeder gegenüber dem anderen auch mit Wegnahme der Sache einen Diebstahl begehen, aber nur beide könnten gemeinsam darüber verfügen.⁴²²

Auch die Rechtsprechung zieht, wie *Schmitz* feststellt,⁴²³ weitestgehend die Kriterien dieser Ansicht heran, wobei sie an den Begrifflichkeiten des faktisch-sozialen Gewahrsams festhält.⁴²⁴ Zwar begründet der BGH seine Ergebnisse immer noch mit der Definition, dass der Gewahrsam ein tatsächliches Herrschaftsverhältnis sei, das von einem Herrschaftswillen getragen sein müsse.⁴²⁵ Die sozialen Vorstellungen zur Gewahrsamsbestimmung werden aber immer weiter in den Vordergrund gerückt – so schon in Teilen durch das Reichsgericht⁴²⁶ –, darauf komme es mittlerweile auch entscheidend an.⁴²⁷

b) Kritik

An dem normativ-sozialen Gewahrsamsbegriff übt insbesondere *Hoyer* Kritik.

Die Zuordnung einer Sache nach normativ-sozialen Kriterien hänge im Ergebnis stark vom Einzelfall ab und könne daher zu Rechtsunsicherheit führen.⁴²⁸ Die rein normativ-soziale Auslegung basiere auf bestimmten rechtlichen und faktischen Gegebenheiten. Sofern jedoch die sozialen Normen, aus denen sich eine soziale Zuordnung ergebe, nicht benannt werden, führe dies zu willkürlichen Ergebnissen. Unter der Voraussetzung einer lückenlosen Erfassung dieser Umstände wäre eine soziale Zuordnung folglich obsolet.⁴²⁹

Ob ein Verhalten sozial-rechtfertigungsbedürftig ist, hänge von der Beurteilung ab, ob die Handlung einen Diebstahl darstellen würde, folglich müsste die

⁴²¹ *Schmitz* MüKo § 242 Rn. 78.

⁴²² *Schmitz* MüKo § 242 Rn. 78, 81.

⁴²³ *Schmitz* MüKo § 242 Rn. 61.

⁴²⁴ So beispielsweise BGH NStZ 2020, 483.

⁴²⁵ BGHSt 16, 271, 273; BGH NStZ 2008, 624, 625; BGH NStZ 2016, 727; BGH NStZ 2019, 613; BGH NStZ 2020, 483.

⁴²⁶ RGSt 30, 88, 89 f.; RGSt 53, 144, 145.

⁴²⁷ BGHSt 16, 271, 273; BGHSt 23, 254, 255; BGHSt 41, 198, 205; BGH NStZ 2020, 483.

⁴²⁸ *Hoyer* SK § 242 Rn. 30 f.

⁴²⁹ *Hoyer* SK § 242 Rn. 30 f.

Norm ihre eigenen Grenzen bestimmen, was einen Zirkelschluss darstelle. Daher könne es nicht auf die rechtliche Tabuisierung ankommen.⁴³⁰ Sofern eine Herrschaftssphäre als Tabusphäre eingeordnet werde, könnten Massenplündereien in einem bestimmten räumlichen Bereich dazu führen, dass dieser Bereich nicht mehr als Gewahrsamssphäre anzusehen wäre, weil ein Diebstahl dort nicht mehr als sozial auffällig eingestuft werden würde. Dies schließe – bei ausreichend empirischer Häufigkeit – die Möglichkeit der Annahme eines Diebstahls aus.⁴³¹

Rennicke konstatiert, dass zwar die normativ-soziale Ansicht die Relevanz der Verkehrsanschauung zu Recht in den Vordergrund rücke, im Ergebnis aber die Verkehrsanschauung im Wesentlichen auf die tatsächliche Herrschaftsgewalt und die tatsächliche Zugriffsmöglichkeit rekurriere. So könne die Verkehrsanschauung auch zu keinem anderen Ergebnis kommen, als demjenigen Gewahrsam zuzusprechen, der die tatsächliche Sachherrschaft über eine Sache ausübt.⁴³²

c) Stellungnahme

Festzuhalten ist, dass der normativ-soziale Ansatz zumindest vordergründig nicht auf faktische Elemente abstellt, die dann im Ergebnis durch normative Kriterien irrelevant werden. Schwer zu fassen sind allerdings die Grundlagen der normativ-sozialen Zuordnung. Dass diese dem sozialen Wandel unterworfen sind, ist grundsätzlich ein positiver und zu begrüßender Gesichtspunkt. Die Definition kann so flexibel angepasst werden und möglichst viele Fallkonstellationen erfassen. Dies führt aber gerade nicht zu mehr Bestimmtheit in der Normanwendung, da nicht gänzlich klar wird, welche sozialen Normen der Ansicht tatsächlich zugrunde liegen.

Ungeklärt bleibt auch, was gelten soll, wenn sich soziale Normen und die Subsumtion darunter widersprechen und entgegenstehen. Welcher Norm und welcher Auslegung ist dann der Vorzug zu gewähren?

Die Frage, ob ein Zugriff auf die Sache sozial rechtfertigungsbedürftig ist, hängt, wie *Hoyer* zutreffend anmerkt, davon ab, ob jemand dies als Diebstahl ansehen würde, also wann ein Einbruch in die Tabusphäre gegeben ist. Dann definiert die Norm aber ihre eigenen Grenzen, was einen Zirkelschluss darstellt.

⁴³⁰ *Hoyer* SK § 242 Rn. 30.

⁴³¹ *Hoyer* SK § 242 Rn. 30.

⁴³² *Rennicke* ZJS 2020, 499, 500.

Zuzugeben ist, dass unter Anwendung dieser Definition versucht wird, eine nachvollziehbare Lösung bezüglich der Gewahrsamssituation in Abhängigkeitsverhältnissen zu finden. Die Berücksichtigung der Persönlichkeitssphäre von Arbeitern und Angestellten überzeugt gerade in den heutigen Zeiten. Der Gewahrsam muss einzelfallabhängig beurteilt werden. Arbeiter und Angestellte müssen einen wahllosen Zugriff auf die in ihrer persönlichen Sphäre befindlichen Arbeitsmittel nicht dulden. Dennoch ist anzunehmen, dass dem Chef grundsätzlich alle Arbeitsmittel und Werkzeuge unterstehen, die sich in seiner generellen Sphäre, damit dem Arbeitsplatz, befinden, da nur er nach sozial-normativen Kriterien dazu befugt ist, über die Arbeitsmittel oder Werkzeuge zu verfügen. Damit scheint es überzeugend, von Mitgewahrsam zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber auszugehen, sodass jeder bezüglich des anderen Mitgewahrsamsinhabers einen Diebstahl begehen würde, wenn er die Arbeitsmittel entwendet.

Der Kritik von *Rennicke* ist außerdem zuzustimmen; es bedarf großen Aufwand, jemandem Gewahrsam abzusprechen, der die tatsächliche Verfügungsgewalt über etwas hat.

Zusammenfassend lässt sich demnach sagen, dass auch der normativ-soziale Ansatz seine Schwächen hat und auch keine gänzlich rechtssichere Bestimmung des Gewahrsams gewährleistet. Dennoch leistet die Auffassung einen nachvollziehbaren Ansatz, der aufzugreifen ist.

4. *Bindings* Ansicht

a) Darstellung der Ansicht

Binding geht davon aus, dass § 242 StGB einen strafrechtlichen Besitz voraussetzt. Dies lässt sich nach seiner Ansicht als der „Wille, eine Sache, die in den Bereich unserer tatsächlichen Herrschaft eingetreten und daraus noch nicht geschieden ist, in ihm zu behalten“⁴³³ definieren. Aus § 242 StGB noch einen weiteren Begriff, also den Gewahrsam, zu ziehen, sei nach seiner Sicht „unerlaubt“. So weist er darauf hin, dass die beiden Begriffe „in Besitz oder Gewahrsam“ in § 246 StGB a.F. redundant seien. Der dort genannte Besitz solle aber nicht Gewahrsam genannt werden. Für § 242 StGB komme es nur auf den strafrechtlichen Besitz an. Dies würde sonst dazu führen, dass man den Gewahrsamsbegriff, der dem Preußischen Landrecht entspringt, synonym für den strafrechtlichen Besitz heranziehen würde, was offensichtlich unzutreffend sei.

⁴³³ *Binding*, S. 286.

Denn nach *Binding* soll der Gewahrsam etymologisch custodia⁴³⁴ bedeuten und damit gerade nicht Besitz.

Für den strafrechtlichen Besitz ist nach *Binding* auch ein Besitzwille erforderlich. Dieser sei sogar das einzige „wesentliche Moment“ für die Begründung des strafrechtlichen Besitzes.⁴³⁵ Dabei sei es gleichgültig, auf was sich dieser Wille genau bezieht; so könne sich dieser Wille sowohl auf den Besitzer als auch auf einen Dritten beziehen. Es könne sich um einen Willen zum Behalten handeln, der entweder in der Nutzung der Sache durch den Besitzer oder in der Nutzung der Sache zum Vorteil eines Dritten bestehe. Auch unerheblich sei es, ob sich dieser Wille auf rechtmäßigen oder widerrechtlichen Besitz beziehe.⁴³⁶ Zu unterscheiden sei auch zwischen „Haupt- und Gehülfenwillen“. So sei derjenige, der nicht mit der Sache in irgendeiner Weise verfahren will und diese nur für einen anderen beschützen soll, sodass sie in der Herrschaftssphäre des Dritten verbleibt, lediglich Gehilfe und habe keinen Hauptwillen.⁴³⁷

Mittels einiger Beispiele soll auch seine Ansicht zur Differenzierung zwischen Gewahrsam und strafrechtlichem Besitz verdeutlicht werden. Der Wirtshaushausgast, der für einen anderen kurz Acht auf dessen Sachen gibt, sowie der Hotelangestellte, der die vor dem Zimmer des Gastes deponierten Koffer beaufsichtigt, haben dabei etymologisch Gewahrsam, aber gerade keinen Besitz, sie könnten daher bei Entwendung der genannten Sachen einen Diebstahl begehen.⁴³⁸

Laut *Binding* wird der Besitz allein durch die Betätigung des Willens, eine Sache in den eigenen Herrschaftsbereich zu verbringen, erlangt. Es reiche also nicht aus, dass jemand eine Sache bloß in die Hand nimmt.⁴³⁹

Binding geht davon aus, dass es einen generellen Besitzwillen gibt, der sich auf alle Sachen bezieht, die sich im eigenen Haus, Zimmer, Hof, Koffer oder in ähnlichen Aufbewahrungssituationen oder Örtlichkeiten befinden.⁴⁴⁰ Gelangen Sachen in diese Bereiche, könne Besitz daran erworben werden, soweit der sich

⁴³⁴ „Custodia“ entspricht im Lateinischen der Bezeichnung „Obhut“, PONS-Wörterbuch <https://de.pons.com/übersetzung-2/latein-deutsch/custodia> (zuletzt aufgerufen am 18.11.2025).

⁴³⁵ *Binding*, S. 243 ff., 286 f.

⁴³⁶ *Binding*, S. 287.

⁴³⁷ *Binding*, S. 287.

⁴³⁸ *Binding*, S. 287.

⁴³⁹ *Binding*, S. 287.

⁴⁴⁰ *Binding*, S. 287.

auf diese Sphäre beziehende Wille reicht, ohne dass ein Wissen über die Existenz derselben vorliegen müsse. Dieser Wille dürfe nur unter sorgfältiger Auslegung ermittelt werden.⁴⁴¹

Nach *Binding* könne es auch einen bloß subsidiären Besitzerwillen geben, der sich dadurch auszeichnet, dass der Besitzerwerb erst eintreten soll, wenn klar ist, dass jemand die Sache in einem beherrschten Raum eines Bereichsinhabers vergessen hat. Zwischen den Zeitpunkten des Liegenlassens und des Besitzerwerbs könne auch eine Zäsur entstehen, währenddessen die Sachen im Zweifel auch „unbesessen“ sein können. Als Beispiel dafür führt er zum einen den Gaststätteninhaber an, der grundsätzlich nicht alle Kleidungsstücke besitzen will, die in seinem Lokal aufgehängt werden, sondern nur die Sachen, die dort vergessen werden. Dies gelte auch für Bahnhöfe und die dort vergessenen Sachen.⁴⁴²

Binding erkennt den Mitbesitz an, der entweder auf gleichrangiger Stufe oder auch im ungleichen Verhältnis vorliegen kann. So können mehrere Personen den Willen haben, dieselbe Sache zu besitzen. Dabei komme es nicht darauf an, ob der eine Mitbesitzer die Sache nur für sich besitzt oder auch für die anderen. Der Mitbesitzerwille brauche dabei nicht auf einer Willenseinigung zwischen den Mitbesitzern beruhen, er müsse diesen nicht einmal bewusst sein. Beispiele hierfür seien die Miteigentümer eines Pferdes, das im gemeinsamen Stall steht, die Postbeamten, denen zusammen die Ausgabe der Briefe obliegt, oder auch die Gemeindepfleger, die alle mit eigenen Schlüsseln über den Inhalt der Gemeindegasse verfügen können, unabhängig davon, ob zur Öffnung alle Schlüssel notwendig sind oder nicht.⁴⁴³ Die verschiedenen Beispiele zum Mitbesitz offenbaren auch Probleme in dem Verhältnis der Mitbesitzer zueinander. So könne jeder die gleichen Rechte bezüglich einer Sache haben und diese geltend machen, so dass derjenige Mitbesitzer einen Diebstahl begehen könnte, der die Sache entwendet. Möglich ist aber auch ein Über-/Unterordnungsverhältnis der Mitbesitzer zueinander, so bei dem Eigentümer einer Sache und dessen Dienstboten. Hier könne der Dienstbote dann dem Eigentümer die Sache entwenden und einen Diebstahl begehen, eine umgekehrte Vorgehensweise sei jedoch nicht möglich. Ein einprägsames Beispiel ist außerdem das des Gefängniswärters, der den Gefangenen für die Arbeit auf dem Feld Arbeitsgeräte überlässt, wobei er einem Gefangenen diese wieder entwendet, um sie sich rechtswidrig zuzueignen. Dem Gefängniswärter waren die Geräte anvertraut, er habe aber auch strafrechtlichen Besitz daran und könne diese daher nur unterschlagen. Der Gefangene, der sich

⁴⁴¹ *Binding*, S. 287.

⁴⁴² *Binding*, S. 288.

⁴⁴³ *Binding*, S. 288.

dagegen ein Gerät aneignen will, würde einen Diebstahl begehen.⁴⁴⁴ Daraus folgt *Binding* den Grundsatz, es könne „jeder Miteigentümer [...] als solcher unterschlagen, nicht jeder Mitbesitzer aber als solcher stehlen, auch wenn er nicht schon als Eigentümer dazu unfähig sein sollte.“⁴⁴⁵

Der einmal begründete strafrechtliche Besitz ende bei der Aufgabe des Besitzes durch den Besitzer oder die „dauernde Unmöglichkeit seiner Ausübung“.⁴⁴⁶ Der Besitzer könne auch aus seinem Besitz verdrängt werden, was der Fall sei, wenn ein anderer seinen fremden Besitzerwillen betätigt und damit den Besitzerwillen des ursprünglichen Besitzers ausschließt.⁴⁴⁷

b) Stellungnahme

Zunächst ist festzuhalten, dass sich die Stimmen im juristischen Schrifttum einig sind, dass für die Wegnahme der Begriff des Gewahrsams gefordert wird und der des Besitzes gerade nicht relevant ist.⁴⁴⁸ Eine weitergehende Differenzierung zwischen Besitz, strafrechtlichem Besitz und Gewahrsam, wie sie *Binding* vornimmt, ist verfehlt, sofern man – wie er – davon ausgeht, dass der Gewahrsam für den § 242 StGB keine Relevanz hat. *Binding* scheint aber davon auszugehen, dass es den Begriff des Gewahrsams im Strafrecht dennoch gibt,⁴⁴⁹ daher ist fraglich, wo der Begriff des Gewahrsams überhaupt Bedeutung erlangen würde, wenn man von seiner Existenz ausgeht.

Positiv ist festzuhalten, dass *Binding* auf einen Besitzerwillen abstellt, der sich auf die tatsächliche Herrschaft über eine Sache beziehen muss. Die subjektive Seite mit in die Gewahrsamsbestimmung einzubeziehen, kann eine sonst bloß faktische Beurteilung handhabbarer machen und nachvollziehbareren Ergebnisse begründen, die nicht nur auf tatsächlichen Begebenheiten beruhen.

Probleme bereitet jedoch die Aussage, dass der Besitz allein durch die Betätigung des Besitzwillens erlangt werden soll. Damit komme es auf keine faktische Herrschaft mehr an, sondern bloß auf den darauf gerichteten Willen. Dabei erscheint es fraglich, wie Fälle zu handhaben sind, in denen der potentielle Gewahrsamsinhaber gerade keinen entsprechenden Willen bilden kann. Unklar ist,

⁴⁴⁴ *Binding*, S. 289.

⁴⁴⁵ *Binding*, S. 290.

⁴⁴⁶ *Binding*, S. 290.

⁴⁴⁷ Dies geschehe durch die Besitzergreifung durch den Täter (sog. Apprehensionstheorie), *Binding*, S. 292.

⁴⁴⁸ Siehe dazu S. 18 ff.

⁴⁴⁹ *Binding*, S. 286 f.

ob bei Bewusstlosen, psychisch Kranken, Betrunkenen oder Schlafenden dieser Wille einfach angenommen wird oder ob er aktiv gebildet werden muss. Falls man davon ausgeht, dass dieser aktiv gebildet werden muss, würde man Bewusstlosen oder Schlafenden den Gewahrsam an ihren Sachen absprechen, weswegen ein Diebstahl ausscheiden würde. In Betracht käme dann nur die Annahme einer Unterschlagung. Damit könnten § 243 StGB sowie die Qualifikationen in § 244 StGB bei psychisch Kranken oder Bewusstlosen nie begangen werden. Auch ein Raub nach § 249 StGB wäre ausgeschlossen, da es für all diese Normen eines Diebstahls bedarf.

Problematisch erscheint auch die Annahme, dass ein subsidiärer Besitzwillen unter Umständen erst nach einer zeitlichen Zäsur entstehen kann, wenn eine Sache vergessen wird, sodass diese kurzzeitig unbesessen sein soll. Sofern der Täter diesen Zeitraum abpasst, begehe er schon keinen Diebstahl, sondern höchstens eine Unterschlagung. Für Außenstehende erscheint es aber gerade nicht erkennbar, ob eine Sache für kurze Zeit unbesessen ist, dennoch müsste sich der Vorsatz eines möglichen Täters darauf beziehen, ob er davon ausgeht, dass er eine besessene Sache an sich nimmt und damit einen Diebstahl begeht oder eine unbesessene und damit nur eine Unterschlagung verwirklicht. Dies führt auch zu erheblichen Nachweisschwierigkeiten hinsichtlich des Vorsatzes. Auch hier sei darauf verwiesen, dass auch viele Normen ins Leere laufen würden, die gerade auf den Diebstahl abstellen und nicht auf die Unterschlagung.

Zusammenfassend hat *Binding* bereits Anfang des 20. Jahrhunderts viele Probleme und Konstellationen diskutiert, die von anderen nachfolgenden Autoren unberücksichtigt geblieben sind. Einige der genannten Merkmale können beibehalten werden, beispielsweise das generelle Erfordernis eines Besitz- beziehungsweise Gewahrsamswillens. Dieses könnte sich im Folgenden als relevant für eine Begriffsbestimmung darstellen. Dennoch wirft *Bindings* Lehre in ihrer Anwendung ungelöste Probleme auf. Außerdem muss eindeutig festgehalten werden, dass es zwar unter Umständen nur terminologische Unterschiede gibt, dennoch mittlerweile anerkannt ist, dass es gerade nicht auf einen strafrechtlichen Besitz, sondern den Gewahrsam ankommt.

5. Höpfners Hütungstheorie

a) Darstellung der Ansicht

Höpfner sieht den Gewahrsam als körperliches Näheverhältnis an und beschränkt somit den Anwendungsbereich des Diebstahls.⁴⁵⁰ Dies leitet er daraus

⁴⁵⁰ *Höpfner* spricht davon, dass sich in die Sache „in der Hut eines anderen befindet“, *Höpfner*, S. 10.

ab, dass der Diebstahlstatbestand im Vergleich zum Unterschlagungstatbestand eine erhöhte Strafandrohung hat. Der Dieb lege eine deutlich größere „Verwegenheit“ an den Tag als der Unterschlagende.⁴⁵¹

Nach der von *Höpfner* entwickelten „Hütungstheorie“ sei dann Gewahrsam zu bejahen, wenn die Sache „in jemandes Hut“ sei.⁴⁵² Der Dieb müsse dann in dessen „Hut“ eindringen und müsse daher das so enge körperliche Näheverhältnis durchdringen, wofür eine größere verbrecherische Intensität erforderlich sei.⁴⁵³ Dafür soll auch die Etymologie des Wortes Gewahrsam sprechen, aus der sich ergebe, dass dieser mit Bewahren, Schutz, Aufsicht, Hut, Verwahrung gleichzusetzen sei.⁴⁵⁴

Daraus folgert *Höpfner* wiederum drei Merkmale, die den Gewahrsam ausmachen sollen. Dies sei zum einen der Wille des Gewahrsamsinhabers, dass kein anderer die Möglichkeit haben soll, sich die Sache zu nehmen. Zum anderen müsse eine Situation bestehen, bei der das Ansichnehmen der Sache sich als derart erschwert darstellt, dass die Sache nach der Lebensauffassung auch nicht von anderen weggenommen werden könne.⁴⁵⁵ Solch eine Situation ergebe sich entweder aus dem Verhalten des Gewahrsamsinhabers, der die Sache in seiner Wohnung oder in seiner Tasche verwahrt, oder aber aus den Umständen, die eine Wegnahme entsprechend erschweren, wie beispielsweise bei einem Gegenstand mit hohem Gewicht.⁴⁵⁶ Gewahrsam wird von ihm als ein relatives Verhältnis beschrieben, das gegenüber einer Person bestehen kann, aber gegenüber einer anderen Person nicht zwangsläufig bestehen muss. Ein Gewahrsamsbruch könne nur der Person gegenüber erfolgen, der gegenüber auch der Gewahrsam besteht.⁴⁵⁷

Höpfner bestimmt so den Gewahrsam für Einzelfälle, vornehmlich solche, in denen das Verhältnis des Gewahrsams zum zivilrechtlichen Besitz zu hinterfragen ist. Der Gewahrsamsbegriff decke sich nicht mit dem Besitz im Sinne des BGB.⁴⁵⁸ Nach der von ihm entwickelten Gewahrsamsdefinition ergibt sich zunächst, dass der Besitzdiener zwar keinen Besitz habe, dafür aber Gewahrsam an bei ihm befindlichen Sachen, sofern sie sich in seiner Hut befinden. Zugleich habe der Besitzherr sowohl Besitz als auch Gewahrsam, zumindest vermittelt

⁴⁵¹ *Höpfner*, S. 10.

⁴⁵² *Höpfner*, S. 7 ff., 10 f.

⁴⁵³ *Höpfner*, S. 7 ff., 10 f.

⁴⁵⁴ *Höpfner*, S. 10 mit Fn. 14.

⁴⁵⁵ *Höpfner*, S. 10 f.

⁴⁵⁶ *Höpfner*, S. 10 f.

⁴⁵⁷ *Höpfner*, S. 13.

⁴⁵⁸ *Höpfner*, S. 8.

durch den Besitzdiener, der die Sachen hütet. Dieser indirekte Gewahrsam würde aber nur Dritten gegenüber vorliegen, gerade aber nicht gegenüber dem Besitzdiener, der die Sache hütet.⁴⁵⁹ Betrachtet man den mittelbaren Besitz, so habe der Besitzmittler Besitz und Gewahrsam an den Sachen.⁴⁶⁰ Der mittelbare Besitzer habe auch Besitz, aber nur Gewahrsam, insoweit als der Besitzmittler die Sache auch für den mittelbaren Besitzer in dessen Interesse hütet. Der mittelbare Besitzer habe dann aber nur Gewahrsam gegenüber Dritten und gerade wieder nicht gegenüber dem Besitzmittler.⁴⁶¹

Auch die Figur des Mitgewahrsams wird von *Höpfner* herangezogen. Der Vermieter einer möblierten Wohnung habe Gewahrsam an den in der Wohnung befindlichen Sachen und dies auch gegenüber dem Mieter. Der Mieter wiederum habe ebenfalls Gewahrsam. An den Sachen, die dem Mieter gehören, habe der Vermieter zwar Gewahrsam gegenüber Dritten, aber nicht gegenüber dem Mieter. Der Mieter habe daran auch Gewahrsam gegenüber Dritten, aber nicht zwangsläufig gegenüber dem Vermieter, beispielsweise, wenn er die Sachen offen in der Wohnung lässt, ohne dass eine die Wegnahme erschwerende Zugriffssicherung besteht.⁴⁶²

Bei der Verwahrung von Behältnissen und ihrem Inhalt differenziert *Höpfner*. Bei einem verschlossenen Behältnis, das zur Aufbewahrung abgegeben wird, hätten sowohl der Verwahrer als auch der Behältnisinhaber Gewahrsam an Behältnis und Inhalt. Der Behältnisinhaber habe aber nur Gewahrsam an Behältnis und Inhalt gegenüber einem Dritten. Gegenüber dem Verwahrer habe er bezüglich des Behältnisses selbst keinen Gewahrsam. In dieser Konstellation sei demnach unter den Gewahrsamsinhabern kein Diebstahl möglich, nur dann, wenn eine Sache unter doppeltem Verschluss steht und beide Mitgewahrsamsinhaber nur jeweils einen Schlüssel haben.⁴⁶³

Nach *Höpfner* wäre auch der Dieb ein tauglicher Gewahrsamsinhaber, denn aus seinem Gewahrsam können auch Sachen gestohlen werden.⁴⁶⁴

⁴⁵⁹ *Höpfner*, S. 13.

⁴⁶⁰ *Höpfner*, S. 14.

⁴⁶¹ *Höpfner*, S. 14.

⁴⁶² *Höpfner*, S. 14.

⁴⁶³ *Höpfner*, S. 14 f.

⁴⁶⁴ *Höpfner*, S. 16.

b) Kritik

Die von *Soltmann* geäußerte Kritik an den Überlegungen *Höpfners* basiert im Wesentlichen darauf, dass *Höpfners* Ansicht nicht mit den zu dieser Zeit getroffenen Entscheidungen der Gerichte übereinstimmt, welche auch den heutigen Ansichten der Rechtsprechung entsprechen. So nehme *Höpfner* im klassischen Pflugbeispiel an, dass an dem Pflug der auf dem offenen Feld des Bauern liegt, gerade kein Gewahrsam des Bauern vorliege und somit kein Gewahrsamsbruch und Diebstahl anzunehmen wäre, obwohl dies laut *Soltmann* unter § 215 PrStGB fallen müsse, da sonst eine Strafbarkeitslücke bestehe.⁴⁶⁵ Der Wegnahmebegriff des PrStGB wurde in den nachfolgenden Gesetzen übernommen,⁴⁶⁶ daher müsse auch heute noch davon ausgegangen werden, dass hier die Wegnahme des Pflugs von dem Feld einen Diebstahl darstelle. Folglich könne kein so enger Gewahrsamsbegriff herangezogen werden.

c) Stellungnahme

An *Höpfners* Überlegungen ist zunächst zu kritisieren, dass sich keine nachvollziehbare Definition findet, wann davon auszugehen ist, dass sich eine Sache in jemandes "Hut" befindet. Auch die Ergebnisse, die *Höpfner* aus seinen Grundlagen folgert, widersprechen in Teilen denen der allgemeinen Lebensauffassung, wie beispielsweise beim Pflug, den der Bauer auf dem Feld liegen lässt. Die Differenzierung zwischen indirektem und direktem Gewahrsam sowie Besitz ist irreführend, die Konsequenz der Annahme von Besitz bleibt offen. Unklar ist auch, ob es einen generellen Gewahrsam über gewisse Räumlichkeiten – außerhalb der eigenen Wohnung oder des Hauses – gibt. Sofern dies – wie es scheint – nicht der Fall ist, können viele Sachverhalte schlicht nicht zufriedenstellend gelöst werden. Die Sachen außerhalb dieser Räumlichkeiten würden gewahrsamslos werden, an ihnen wäre nur eine Unterschlagung möglich. Außerdem bleibt auch fraglich, was gelten soll, wenn eine Person, weil sie bewusstlos oder psychisch krank ist oder schläft, gerade keinen Besitzwillen bilden kann. Falls dann der Gewahrsam der Person deswegen abzusprechen ist, führt dies zu großen Strafbarkeitslücken. Die Unterschlagung reicht als Auffangtatbestand für all diese Fälle nicht aus, da gerade Regelbeispiele, Qualifikationen und auch Tatbestände nur auf den Diebstahl und nicht die Unterschlagung abstellen und diese alle ins Leere laufen würden, wenn man sie auf derartige Fallgestaltungen nicht anwenden könnte.

⁴⁶⁵ *Soltmann*, S. 3.

⁴⁶⁶ Siehe hierzu *Heinsch*, S. 30.

6. *Soltmanns* Ansatz
- a) Darstellung der Ansicht

Soltmann geht bei seinen Überlegungen zunächst von der Annahme aus, der Begriff der „Wegnahme“ sei ein Blankett-Begriff, sodass dieser den Richtern zur Ausfüllung überlassen sei. Dies müsse auf Grundlage der historischen Zusammenhänge und der „hauptsächlichsten strafwürdigen Fälle“ geschehen.⁴⁶⁷ Des Weiteren könne festgehalten werden, dass der Gewahrsam, so wie der Begriff Gewere im deutschen Recht, gerade nicht auf ein räumliches Verhältnis beschränkt sei. Vielmehr gebe es im deutschen Recht auch „ideelle Gewere“, die erworben werden könnten.⁴⁶⁸ So spricht *Soltmann* auch von einem „vergeistigten Gewahrsamsbegriff“,⁴⁶⁹ woraus er verschiedene Thesen ableitet.

Er zieht daraus zunächst den Schluss, dass der Gewahrsam als Ausdruck der „tatsächlichen Gewalt“ wandelbar sei und somit in Zeiten, in denen der Mensch weniger Scheu vor Eingriffen in den Besitz anderer hat, der Gewahrsam enger zu verstehen sei als in ruhigen Zeiten. Der Gewahrsam könne im ersteren Fall grundsätzlich nur das umfassen, was von der Person tatsächlich in den Händen gehalten wird oder sich in ihrem Haus befindet. Darunter falle dann aber gerade nicht der Pflug, der auf dem Feld liegt. In ruhigeren Zeiten vergeistige sich die tatsächliche Herrschaft, was auch der fortschreitenden Technik zugeschrieben werden könne, sodass die Herrschaftsgewalt auch an weiter entfernten Orten bestehen könne.⁴⁷⁰ Dafür könne auch die Beschaffenheit der in Rede stehenden Sache relevant sein.⁴⁷¹

Weiterhin müsse auch das Rechtsverhältnis betrachtet werden, das dem Gewahrsam zugrunde liegt. So begründe zwar auch der Dieb Gewahrsam, dies geschehe allerdings erst zu einem späteren Zeitpunkt als dies bei gleicher Sachlage bei dem Käufer, der eine Sache erwirbt, wäre.⁴⁷² Des Weiteren müsse nach der Lebensauffassung auch zwischen Begründung und Fortdauer des Gewahrsams unterschieden werden.⁴⁷³ Tatsächliche Gewalt im Sinne des Gewahrsams sei nach dem sozialen Gewaltbegriff nur dann anzunehmen, wenn die Beziehung zwischen der Person und der Sache von einer gewissen Dauer und Festigkeit sei.⁴⁷⁴

⁴⁶⁷ *Soltmann*, S. 12.

⁴⁶⁸ *Soltmann*, S. 13.

⁴⁶⁹ *Soltmann*, S. 13.

⁴⁷⁰ *Soltmann*, S. 13 f.

⁴⁷¹ *Soltmann*, S. 15.

⁴⁷² *Soltmann*, S. 15.

⁴⁷³ *Soltmann*, S. 15.

⁴⁷⁴ *Soltmann*, S. 14.

Soltmann geht davon aus, dass juristischen Personen eigener Gewahrsam zustehe. Dieser werde zwar von den Organen ausgeübt, maßgeblich sei allerdings, dass die Verkehrsauffassung der juristischen Person selbst den Gewahrsam zuschreibe.⁴⁷⁵

Soltmann kritisiert zudem weithin die Rechtsprechung des RG⁴⁷⁶ zu der umstrittenen Frage, wem Gewahrsam an einem Behältnis und dessen Inhalt zusteht, wenn das Behältnis verschlossen und der Schlüsselinhaber nicht personenidentisch mit dem Behältnisinhaber ist.⁴⁷⁷ So könne nicht dem Inhaber des Behältnisses deswegen Gewahrsam zugesprochen werden, weil er über das bewegliche Behältnis im Ganzen verfügen könne. Wenn dieses verschlossen ist, könne er nur, genau wie jeder Dritte, nicht über den Inhalt verfügen, was eine Sachherrschaft ausschließe.⁴⁷⁸

Aus dem nach altgermanischer Auffassung ehrkränkenden Charakter des Diebstahls folgert *Soltmann* das Erfordernis eines Gewahrsamswillens. Denn dieser Unwert komme eine Wegnahme nur dann zu, wenn der Inhaber die Herrschaft über die Sache auch in seinem Herrschaftsbereich aufrechterhalten will.⁴⁷⁹

b) Stellungnahme

Letztlich kann *Soltmann* keinen hinreichend bestimmbaren Gewahrsamsbegriff formulieren. Die Frage, wann genau von ruhigeren oder weniger ruhigen Zeiten auszugehen ist, bleibt offen. Es ist unklar, wie zu bestimmen ist, ob weniger Menschen Scheu vor einem Zugriff auf fremdes Eigentum haben, ohne bereits eine Beurteilung zu treffen, ob ein Diebstahl dabei vorliegt.

Weiter ist es nicht nachvollziehbar, warum der Dieb erst später Gewahrsam erlangen soll als ein Käufer, der eine Sache erwirbt, obwohl sie sich, abgesehen von dem Vorhaben des Diebstahls, in der gleichen Ausgangssituation befinden. Dabei erscheint fraglich, auf welchen Zeitpunkt es dann tatsächlich ankommt und wieso dieser so unterschiedlich zu beurteilen ist.

⁴⁷⁵ *Soltmann*, S. 15 f.

⁴⁷⁶ Mangels Quellenangabe in *Soltmanns* Werk bleibt allerdings unklar, welche Entscheidung gemeint ist.

⁴⁷⁷ *Soltmann*, S. 17 f.

⁴⁷⁸ *Soltmann*, S. 18.

⁴⁷⁹ *Soltmann*, S. 20.

7. *Mayers* faktischer Ansatz
a) Darstellung der Ansicht

Mayer geht im Ausgangspunkt davon aus, dass der Gewahrsam des Berechtigten und der Gewahrsam des Täters nicht identisch sein können.⁴⁸⁰ Für den Täter könne nur die äußere Sachlage in ihrer Faktizität entscheidend sein, da es für die außerhalb des Rechtsverkehrs erfolgende Gewahrsamsbegründung keine Verkehrsauffassung im Sinne einer sozialen oder rechtlichen Anerkennung seiner Sachherrschaft geben könne.⁴⁸¹ Nur der Gewahrsam des Berechtigten könne mittels der sozialen und rechtlichen Anerkennung beurteilt werden.⁴⁸² Folglich bestimmt *Mayer* den Gewahrsam des Täters rein faktisch und stellt dabei allein auf die tatsächliche Sachherrschaft und den Herrschaftswillen des Täters ab, ohne die Verkehrsanschauung und die soziale Zuordnung zu berücksichtigen.⁴⁸³ Bei dem Gewahrsam des Täters sei nur die äußere Sachlage in ihrer Faktizität entscheidend.⁴⁸⁴

Im Selbstbedienungsladen geht *Mayer* davon aus, dass beim Einstecken von Ware der Geschäftsinhaber so lange noch seinen Gewahrsam behalte, solange der Täter keine „ernsthafte Möglichkeit“ habe, dem Inhaber die Sache vorzuenthalten.⁴⁸⁵

- b) Kritik

Probleme zeigen sich vor allem durch die Anwendung des Begriffs auf Alltagsbeispiele, wie es von *Timmermann* aufgezeigt wird.⁴⁸⁶ Sie setzt sich hauptsächlich mit der Problematik des Diebstahls im Selbstbedienungsladen auseinander, bei der die Schwachstelle von *Mayers* Auffassung insbesondere in dem Fall deutlich wird, in dem das Geschehen durch eingriffsbereite Dritte beobachtet wird.⁴⁸⁷ Nach *Mayer* soll der Geschäftsinhaber im Selbstbedienungsladen so lange noch seinen Gewahrsam behalten, bis der Täter die Möglichkeit habe, ihm die Sache vorzuenthalten.⁴⁸⁸ Diese Erkenntnis lässt den Schluss zu, dass bei Beobachtung des Täters durch das Ladenpersonal, ein Entkommen des Täters ohne Ware nicht möglich ist und somit auch keine Möglichkeit besteht, die Ware

⁴⁸⁰ *Mayer* JZ 1962, 617, 618.

⁴⁸¹ *Mayer* JZ 1962, 617, 619.

⁴⁸² *Mayer* JZ 1962, 617, 619.

⁴⁸³ *Mayer* JZ 1962, 617, 619.

⁴⁸⁴ *Mayer* JZ 1962, 617, 619.

⁴⁸⁵ *Mayer* JZ 1962, 617, 620.

⁴⁸⁶ *Timmermann*, S. 39 ff.

⁴⁸⁷ *Timmermann*, S. 39 f.

⁴⁸⁸ So aufgeführt bei *Timmermann*, S. 31; *Mayer* JZ 1962, 617, 620.

dem Ladeninhaber vorzuenthalten. Somit habe der Inhaber grundsätzlich so lange noch Sachherrschaft und damit Gewahrsam, bis der Täter die Kassenkontrolle passiere.⁴⁸⁹ Sofern der Täter nicht beobachtet wird, es sich um einen rücksichtslosen Täter handelt oder aber die Kasse nicht ausreichend besetzt ist, fehle es an der räumlichen Nähe der Angestellten und der Gewahrsamswechsel könne schon früher eintreten.⁴⁹⁰ Diese Folgerungen erscheinen indes lebensfern. Der aktuellen Sachherrschaft des Täters steht nicht die Beobachtung durch das Personal oder einen Ladendetektiv entgegen. Der Täter, der die Ware bereits einsteckt, hat bereits die engste Beziehung zu dieser Sache begründet.⁴⁹¹ Sofern der Ladendetektiv noch rechtzeitig eingreifen kann, steht dies nur einer dauerhaften und gesicherten Sachherrschaft entgegen, die jedoch vom Wegnahmebegriff nicht gefordert wird.⁴⁹² Wie *Timmermann* zurecht folgert, steht auch der Sachherrschaft des Geschäftsinhabers ein „wesentliches Hindernis“ entgegen, denn wenn der Ladendetektiv nicht eingreift, erlangt der Inhaber auch seine Sache nicht zurück.⁴⁹³

c) Stellungnahme

Eine rein faktische Begutachtung der Gewahrsamsverhältnisse ist zurecht mittlerweile überholt. Es bedarf eines Korrektivs, um in vielen Fällen zu einer dogmatischen Lösung zu gelangen, die der Lebensauffassung entspricht und nicht den Gewahrsam vorschnell verneinen lässt. Es ist unzureichend, in vielen Fällen bloß auf die Unterschlagungsstrafbarkeit zu verweisen, die gerade nicht für spezielle Fälle gemacht ist – weswegen auch die Regelbeispiele und Qualifikationen nur an den § 242 StGB anknüpfen –, sondern als Auffangtatbestand dienen soll. Im Unterschied zur bereits vorhandenen faktischen Ansicht differenziert *Mayer* hier zwischen dem Täter und dem Berechtigten. So umgeht er zumindest die Probleme, die ansonsten bei der faktischen Auslegung hervorgetreten sind und stellt sicher, dass dem Berechtigten der Gewahrsam an Wohnung oder abgestelltem PKW gerade nicht abzusprechen ist, sofern er nicht mehr tatsächlich darauf zugreifen kann.

Es ist jedoch nicht ersichtlich, weshalb eine faktische und normative Beurteilung des Gewahrsams insgesamt unterbleibt, statt eine Differenzierung zwischen Täter und Berechtigtem vorzunehmen. Nur weil bei dem Täter gerade die soziale

⁴⁸⁹ So aufgeführt bei *Timmermann*, S. 31; *Mayer* JZ 1962, 617, 620.

⁴⁹⁰ *Mayer* JZ 1962, 617, 620.

⁴⁹¹ So schon BGHSt 16, 271, 273 f.

⁴⁹² So auch *Bosch* TK § 242 Rn. 37.

⁴⁹³ *Timmermann*, S. 40.

oder rechtliche Anerkennung fehlt, kommt die Auslegung nach faktischen Begebenheiten dennoch nicht zu anderen Ergebnissen.

Als größte Schwachstelle in *Mayers* Ausführungen lässt sich allerdings feststellen, dass er davon ausgeht, die Beobachtung durch einen Mitarbeiter im Selbstbedienungsladen könne die Gewahrsamsbegründung verhindern. Mittlerweile steht fest, dass der Diebstahl kein heimliches Delikt ist und deswegen ein Beobachten keine Auswirkungen auf die Begründung des Gewahrsams haben kann.⁴⁹⁴ Unklar ist es, warum die Beobachtung überhaupt Auswirkungen auf die Gewahrsamsbegründung haben soll, da sowohl die beobachtete als auch die unbeobachtete Begründung den gleichen Unwert haben.

Als weiteres Argument gegen die Schlussfolgerungen *Mayers* lässt sich anführen, dass der Anwendungsbereich des räuberischen Diebstahls nach § 252 StGB sehr beschränkt wäre, wenn die Beobachtung des Täters beim Einstecken der Ware eine Wegnahme ausschließen würde. Voraussetzung des räuberischen Diebstahls ist, dass der Täter bei einem Diebstahl auf frischer Tat betroffen wird. Der Täter muss nach der Wegnahme Gewalt gegen eine andere Person verüben haben oder Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben verüben, um sich im Besitz der gestohlenen Sache zu erhalten. Ein Betroffenwerden kann dabei jedenfalls bei der Beobachtung des Diebstahls angenommen werden.⁴⁹⁵ Wenn aber das Beobachten den Diebstahl ausschließen würde, würde ein großer Anteil an Taten entgegen der ratio legis nicht unter den räuberischen Diebstahl fallen. Daher überzeugen die Überlegungen *Mayers* nicht.

8. *Welzels* rein sozialer Gewahrsamsbegriff

a) Darstellung der Ansicht

Welzel versteht den Gewahrsam als eine soziale Struktur, einen "räumlichen Bereich, in dem die Person – von der Gemeinschaft respektiert – ihre Herrschaft über Sachen betätigen kann".⁴⁹⁶ Er sieht das „Tatsächliche“ als nicht entscheidungserheblich an, es komme vielmehr auf die soziale Komponente an. Dabei spielen „die Gewohnheiten und Gepflogenheiten des täglichen Lebens“, die wirklichen Anschauungen, eine entscheidende Rolle.⁴⁹⁷ Die Merkmale des Strafrechts könnten nicht abschließend nur physische wie Kraft und Nähe sein, sondern vor allem auch soziale wie Anschauungen und Konventionen.⁴⁹⁸ So

⁴⁹⁴ Siehe dazu mehr unter S. 219 ff.

⁴⁹⁵ *Bosch* TK § 252 Rn. 4.

⁴⁹⁶ *Welzel* GA 1960, 257, 265.

⁴⁹⁷ *Welzel* GA 1960, 257, 265 f.

⁴⁹⁸ *Welzel* GA 1960, 257, 267.

könne diese soziale Komponente als faktisch angesehen werden.⁴⁹⁹ *Welzel* geht auch auf die sozialen Sphären ein, er benennt dabei die des Hauses und der Wohnung als eine Sphäre der ausschließlichen Willensherrschaft. Des Weiteren differenziert er zwischen der Person selbst und sämtlichen Gegenständen, die eine Person bei sich tragen kann, beispielsweise in der Kleidung oder in Taschen. Hierzu ordnet er die Gegenstände in eine Sphäre ein. Diese verschiedenen Sphären würden gerade nicht durch die Nähebeziehung oder anhand der Kräfteverhältnisse bestimmt, sondern durch die „sozialen Herrschaftssphären“.⁵⁰⁰ Allerdings solle sich dieser Herrschaftsbereich gerade nicht auf das beziehen, was eine andere Person bei sich trägt, die in den Bereich des Wohnungsinhabers eintritt. Wenn dieser Besucher im fremden Herrschaftsbereich jedoch etwas in seinen eigenen Herrschaftsbereich verbringt, also etwas in seine Taschen oder Kleidung steckt, habe dieser dann darüber Gewahrsam und nicht mehr der Wohnungsinhaber.⁵⁰¹ Dies lasse sich auf die Selbstbedienungsläden übertragen. Ein Kunde, der in einem Selbstbedienungsladen und damit in fremdem Herrschaftsbereich Sachen in seine eigene Herrschaftssphäre, also seine Kleidung oder Tasche, steckt, nehme diese weg und begehe damit bereits einen vollendeten Diebstahl.⁵⁰²

Welzel geht auch auf das klassische Beispiel des auf dem Feld gelassenen Pflugs zurück, in dem man nur mittels der sozialen Anschauung einen Gewahrsam bejahen könne.⁵⁰³ Einen physischen Gewahrsamsbegriff lehnt *Welzel* dagegen ab, er sei „der Sündenfall der Gewahrsamslehre“ und wurde zu Unrecht dem ALR zugrunde gelegt. Der Begriff Gewahrsam sei zu Recht nicht in den Diebstahls tatbestand aufgenommen worden, um sich von diesen Lehren zu distanzieren.⁵⁰⁴

b) Kritik

Maurach kritisiert die Ansicht von *Welzel* dahingehend, dass durch die Notwendigkeit der Anerkennung über soziale Normen und Gewohnheiten die Gefahr bestehe, dass nur solche Herrschaftsverhältnisse toleriert werden, die auch rechtliche Anerkennung finden.⁵⁰⁵

⁴⁹⁹ *Welzel* GA 1960, 257, 266.

⁵⁰⁰ *Welzel* GA 1960, 257, 267.

⁵⁰¹ *Welzel* GA 1960, 257, 267.

⁵⁰² *Welzel* GA 1960, 257, 268.

⁵⁰³ *Welzel* GA 1960, 257, 265.

⁵⁰⁴ *Welzel* GA 1960, 257, 266 f.

⁵⁰⁵ *Maurach*, BT, S. 201.

c) Stellungnahme

Welzels rein sozialer Gewahrsamsbegriff ähnelt stark dem normativ-sozialen Begriff, auch wenn er diesen nicht so bezeichnet. Unterschieden wird auch hier zwischen verschiedenen Sphären, die durch soziale Anschauungen und Konventionen gebildet werden. Daher kann positiv hervorgehoben werden, dass die Bestimmung des Gewahrsams grundsätzlich dem Wandel der Zeit folgt, wenn auf Gewohnheiten und Gepflogenheiten des täglichen Lebens sowie soziale Zuordnungen abgestellt wird. Allerdings ist auch hier zu bemängeln, dass es schwierig erscheint, daraus eine allgemeine Definition herzuleiten. Ungeklärt bleibt, wie die jeweilige maßgebliche Verkehrsanschauung zu bestimmen ist. Die Kritik *Maurachs* erschließt sich nicht gänzlich im Hinblick darauf, dass im Strafrecht in manchen Fällen tatsächlich nur Herrschaftsverhältnisse einbezogen werden, die von der Rechtsordnung anerkannt sind, wie dies beispielsweise beim Vermögen, das vom Betrug geschützt wird, zum Teil vertreten wird.⁵⁰⁶ Daher ist es dem Strafrecht nicht gänzlich fremd, nur Herrschaftsverhältnisse anzuerkennen, die auch von der Rechtsordnung gebilligt werden.

Unklar bleibt, was außerhalb der Konfliktsituation zwischen Körper- und Gewahrsamssphäre gelten soll, wenn Normen und Gepflogenheiten entgegengesetzte Ergebnisse hervorbringen würden.

Zusammenfassend kommt *Welzel* zu überwiegend nachvollziehbaren Ergebnissen, die auch denen der herrschenden Auffassungen entsprechen. Eine gänzlich normative Bewertung zeigt dennoch Mängel in Bezug auf die Bestimmtheit auf. So kann die normative Betrachtung in vielen Fällen nicht darüber hinweghelfen, dass jemand eine Sache faktisch in der Hand hält oder in seine Tasche steckt und damit auch vielfach den Gewahrsam daran erlangen muss, unabhängig davon, ob ihm die Gepflogenheiten des täglichen Lebens den Gewahrsam daran zuordnen würden.

9. *Bittners* Kulturnormentheorie

a) Darstellung der Ansicht

Bittner verwirft in seiner Arbeit die damals zumeist angenommene Auffassung des zweigliedrigen Besitzes als völlig untauglich und stellt seine Theorie auf eine neue Grundlage.⁵⁰⁷ Die Merkmale der räumlichen Nähe oder physischer

⁵⁰⁶ Dazu kann auf den juristischen Vermögensbegriff verwiesen werden, siehe stellvertretend für viele die Diskussion bei *Hefendehl* MüKo § 263 Rn. 556 ff.

⁵⁰⁷ *Bittner*, S. 10 f.

Gegebenheiten seien unbrauchbar.⁵⁰⁸ Der Gewahrsam solle vielmehr „als ein objektives Verhältnis“ begriffen werden. Er gründe sich auf die Rückführung des „In-Erscheinung-treten[s]“ eines Zuordnungsverhältnisses, welches sich auf Grund eines sozialen Regelungssystems ergibt“. ⁵⁰⁹ Dieses Zuordnungsverhältnis entstehe aus den in einem Gemeinwesen entwickelten Gepflogenheiten, die „durch ihre Erwartbarkeit und verlässliche Wiederkehr ordnende Funktion“ ausüben und damit Verbindlichkeit ausstrahlen.⁵¹⁰ Es entstünden zwar Lücken zwischen den Rechts- und Sozialnormen, dabei müsse aber dem Recht der Vorrang gewährt werden. Die sozial üblichen Gepflogenheiten dürften nur dort berücksichtigt werden, wo sie mit dem Recht in Übereinstimmung stehen.⁵¹¹ Dies ergebe sich vor allem aus dem bei *Schüerhoff* genannten Beispiel des Diebes, dem nach gesellschaftlichen Regelungen gerade nicht der Gewahrsam an einer erbeuteten Sache zugeordnet wird, der sich aber in rechtlicher Hinsicht, indem er einem anderen eine Sache wegnimmt, strafbar mache.⁵¹² Diese Vereinigung von rechtlichen und sozialen Regelungen bezeichnet *Bittner* als „Kulturnormen“⁵¹³, womit sowohl „Gesetz, Vertrag, Gewohnheit, Brauch und Sitte ergebende Normen“⁵¹⁴ erfasst seien.

Aus diesen Thesen leitet *Bittner* seine Definition des Gewahrsams ab: „Gewahrsam ist die offenkundige, sich auf Grund der Kulturnormen im dinglichen Bereich ergebende Zuordnung einer Sache zu einer Person.“⁵¹⁵

Bittner unterscheidet weiter grundsätzlich zwischen „direkten“ und „generellen“ Sachherrschaftsverhältnissen.⁵¹⁶

Die „direkte“ Sachherrschaft stellt auf den tatsächlichen direkten Kontakt einer Person zu einer Sache ab,⁵¹⁷ wenn also ein Mensch ein Objekt in der Hand oder am Körper mit sich führt oder auch „vor Augen hat“, somit also unmittelbarer Gewahrsam bestehe.⁵¹⁸ Allein das könne aber nicht immer ausreichen, um Gewahrsam einer Person anzunehmen, sonst würde dem Ladeninhaber regelmäßig der Gewahrsam abgesprochen werden, wenn ein Kunde Ware anfasst und in die

⁵⁰⁸ *Bittner*, S. 89 f.

⁵⁰⁹ *Bittner*, S. 90, 91.

⁵¹⁰ *Bittner*, S. 92.

⁵¹¹ So bereits *Schüerhoff*, S. 168.

⁵¹² *Schüerhoff*, S. 168.

⁵¹³ *Bittner*, S. 96.

⁵¹⁴ *Bittner*, S. 114.

⁵¹⁵ *Bittner*, S. 95.

⁵¹⁶ *Bittner*, S. 96.

⁵¹⁷ *Bittner*, S. 96, direkte Sachherrschaft auch als „handhafter“, „konkreter“ oder „unmittelbarer Gewahrsam“ bezeichnet.

⁵¹⁸ *Bittner*, S. 96.

Hand nimmt.⁵¹⁹ Um den Bruch des fremden Gewahrsams und die Begründung neuen Gewahrsams annehmen zu können, müsse eine „korrespondierende soziale Bewertung“ hinzutreten,⁵²⁰ so beispielsweise die Zahlung der Ware in einem Laden oder bei einem Dieb das asoziale „unerlaubte“ Verhaltensmuster der Entnahme einer Geldbörse des Opfers.⁵²¹ Dabei komme es aber entgegen der Auffassung von *Soltmann* nicht auf eine gewisse Dauer oder Festigkeit der Gewaltausübung an, sondern nur, ob diese auf sozialen Erlaubnisnormen fußt.⁵²²

Eine weitere Ausprägung des Gewahrsams sei der sogenannte „generelle Gewahrsam“, der von *Bittner* auch als „latenter“, „mittelbarer“, „indirekter“ Gewahrsam bezeichnet wird.⁵²³ Dieser betreffe die Fälle, in denen Gegenstände sich nicht in ständig überwachter Aufbewahrung befinden, also eine direkte Einwirkungsmöglichkeit fehlt. Beispielfhaft kann hier das Inventar in einem Haus oder einer Wohnung, wenn der Wohnungsinhaber nicht anwesend ist, oder das auf einer öffentlichen Fläche abgestellte Auto angeführt werden. Bei dem klassischen Beispiel des Pfluges, den der Bauer auf dem Feld hinterlässt, sei nach der Kulturnorm für den Täter offensichtlich, dass der Pflug jemandem zuzuordnen sei. Dies sei allerdings anders, wenn der Bauer seine Uhr auf dem Feld ablegt, da es hier keine Kulturnorm gebe, eine Uhr auf dem Feld abzulegen. Folglich müsse die Uhr als gewahrsamslos angesehen werden.

Unterscheiden müsse man aber dabei die „generelle“ Sachherrschaft an Gegenständen, die sich innerhalb eines Zuordnungsbereichs befinden, und diejenigen, die außerhalb dieses Bereichs liegen.⁵²⁴ Der Zuordnungsbereich wird von *Bittner* als jede „räumlich in Erscheinung tretende Sphäre [...], in der ein mehr oder weniger nahes Kontaktverhältnis von Personen zu Sachen möglich ist“ verstanden.⁵²⁵ Sobald eine solche Zone existiere, sei diese auch jemandem zuzuordnen,⁵²⁶ wobei diese sowohl als privater Bereich ausgestaltet als auch der Öffentlichkeit zugänglich sein könne. Private Bereiche seien beispielsweise Wohnungen, Hütten, Lagerhallen oder eingezäunte Gärten, die nicht jedermann zugänglich sind.⁵²⁷ So wird das Inventar in einer Wohnung, die einen privaten Zuordnungsbereich darstellt und nicht für die Allgemeinheit offensteht, einen Bezug zu dem Wohnungsinhaber aufweisen und somit diesem zuzuordnen sein.

⁵¹⁹ *Bittner*, S. 96; so auch schon *Schüerhoff*, S. 170.

⁵²⁰ *Bittner*, S. 97; *Schüerhoff*, S. 170.

⁵²¹ *Bittner*, S. 97; *Schüerhoff*, S. 170.

⁵²² *Bittner*, S. 96.

⁵²³ *Bittner*, S. 100.

⁵²⁴ *Bittner*, S. 101, 104.

⁵²⁵ *Bittner*, S. 101.

⁵²⁶ *Bittner*, S. 101.

⁵²⁷ *Bittner*, S. 102.

Bittner nimmt außerdem an, dass an einem versehentlich in den Briefkasten eines anderen eingeworfenen Schreiben „strafrechtlicher Besitz“, also Gewahrsam, des Briefkasteninhabers begründet wird, da sich das Schreiben für die Allgemeinheit in einer ersichtlich fremden privaten Zone befindet.⁵²⁸ Eines Herrschaftswillens bedürfe es dabei nicht.⁵²⁹ Weiter folgert *Bittner*, dass ein Besucher über Gegenstände, die er in ein privates Zuordnungsverhältnis einbringt, so lange Herrschaftsmacht besitze, solange er seinen „direkten Gewahrsam“ fortsetze. Sobald er aber etwa seinen Mantel an der Garderobe abgibt, gebe er auch seine unmittelbare Herrschaft über diesen auf, und dem offenkundigen Inhaber der generellen Sphäre würde dieser Mantel zugeordnet werden.⁵³⁰

Der Inhaber eines „offenen Zuordnungsbereichs“, zu welchem „die Öffentlichkeit in weiten Teilen“ Zugang hat, habe strafrechtlichen Besitz an den ihm von den Kulturnormen offenkundig zugeordneten Gegenständen.⁵³¹ Derartige Zuordnungsbereiche seien beispielsweise Behörden, Ämter, Universitäten, Gaststätten, aber auch Kinos, Kantinen, Bibliotheken.⁵³² Dies sei je nach Einzelfall zu bestimmen, wichtig sei aber die Zugänglichkeit für eine unüberschaubare Anzahl an Personen sowie deren Anonymität.⁵³³ Bei vergessenen oder verlorenen Objekten in solchen Sphären sei jedermann berechtigt, diese an sich zu nehmen, eine eindeutige Zuordnung zu dem Inhaber sei dann nicht möglich.⁵³⁴

Gegenstände, die sich außerhalb eines Zuordnungsbereichs befinden, so wie etwa auf öffentlichen Straßen, in einem öffentlichen Park oder Wald oder auf einem Feld könnten auch einem Berechtigten zugeordnet werden, soweit der jeweilige Bezug offenkundig sei.⁵³⁵ Auf öffentlichen Flächen geparkte Autos oder Fahrräder würden trotz allgemeiner Zugänglichkeit aufgrund der Kulturnormen dem jeweils für die Allgemeinheit ersichtlichen Berechtigten zugeordnet werden.⁵³⁶ Im Unterschied zu einem verlorenen Personalausweis, der an einer frei zugänglichen Stelle liegenbleibt und damit gewahrsamslos wird, sei bei einem gestohlenen Auto, das am Straßenrand vom Dieb abgestellt und dadurch der Allgemeinheit zugänglich wird, trotzdem der Gewahrsam des Berechtigten zu bejahen, da sich das Auto an seinem „gewöhnlichen Aufenthaltsort“ befinde, was

⁵²⁸ *Bittner*, S. 102.

⁵²⁹ *Bittner*, S. 102.

⁵³⁰ *Bittner*, S. 103.

⁵³¹ *Bittner*, S. 103 f.

⁵³² *Bittner*, S. 103 ff.

⁵³³ *Bittner*, S. 103 ff.

⁵³⁴ *Bittner*, S. 140 ff.

⁵³⁵ *Bittner*, S. 105.

⁵³⁶ Beispiel bei *Schüerhoff*, S. 173.

bei dem Personalausweis nicht der Fall sei.⁵³⁷ Dies hat nach *Bittner* zur Konsequenz, dass der Eigentümer eines Kraftfahrzeugs, selbst wenn er dieses irgendwo abstellt, um es verschrotten zu lassen, immer noch Gewahrsam darüber habe, da es den rechtlichen und sozialen Normen widerspreche, sich seines Autos so zu entledigen.⁵³⁸

Eine gemeinschaftlich ausgeübte Sachherrschaft lehnt *Bittner* mit der Argumentation ab, dass es gerade nicht diebstahlstypisch sei, also nicht die gesteigerte verbrecherische Energie gegenüber der Unterschlagung vorliege, wenn der Inhaber des „Haupt“-Gewahrsams den untergeordneten Gewahrsam bricht.⁵³⁹ In solchen Fällen sei gleichrangige Verfügungsgewalt anzunehmen.⁵⁴⁰ Ein Dritter könne aber den Mitgewahrsam brechen, dann liege Diebstahl vor.⁵⁴¹

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass sich der Gewahrsam nach *Bittner* anhand des objektiven Maßstabs der „Kulturnormen – also normativ“ erfassen lasse.⁵⁴² Abzustellen sei dabei nur „auf die ‚soziale Zuordnung‘ im dinglichen Bereich“⁵⁴³, worüber einzig die „objektive Situation“ entscheidet.⁵⁴⁴

b) Kritik

Zu den Ausführungen von *Bittner* hat sich in Teilen auch *Schüerhoff* kritisch geäußert. *Bittner* kritisiere zwar die bisherigen Auffassungen als zu unbestimmt und damit unbrauchbar, dabei sei aber sein Begriff der „Kulturnormen“ in keiner Weise geeignet, eine klare Abgrenzung zu finden. Diese „Kulturnormen“ können nichts anderes sein als die Verkehrsauffassung, die bis heute als relevanter Maßstab Eingang in die Bestimmung des Begriffs gefunden hat.⁵⁴⁵ Vordergründig verzichte *Bittner* zwar auf die Heranziehung von räumlichen und physischen Gegebenheiten, er widerspreche sich aber in seiner Abhandlung selbst, wenn er die körperliche Verfügungsgewalt als untaugliches Kriterium einstuft. Er verkenne die Funktion dieses Elements völlig.⁵⁴⁶ Wenn *Bittner* davon ausgeht, im „direkten“ Gewahrsamsverhältnis komme es regelmäßig auf das „Verhältnis

⁵³⁷ *Bittner*, S. 108.

⁵³⁸ *Bittner*, S. 108.

⁵³⁹ *Bittner*, S. 113, 123; so auch *Schüerhoff*, S. 174 f.

⁵⁴⁰ *Bittner*, S. 113.

⁵⁴¹ *Bittner*, S. 123.

⁵⁴² *Bittner*, S. 132.

⁵⁴³ *Bittner*, S. 132 f.

⁵⁴⁴ *Bittner*, S. 132.

⁵⁴⁵ So schon *Schüerhoff*, S. 179 f.

⁵⁴⁶ *Schüerhoff*, S. 180 f.

physischer Sachherrschaft“ an,⁵⁴⁷ für das „generelle“ Sachherrschaftsverhältnis das Verhältnis aber nicht relevant sei,⁵⁴⁸ liege darin aber kein Widerspruch zu den herkömmlichen Auffassungen. Vielmehr entspreche dies der Aufteilung in abgegrenzte Sphären, wie sie heute noch vorgenommen wird.⁵⁴⁹ Mit *Bittners* Auffassung könne gerade keine wie von ihm behauptete „objektive“ Entscheidung über die Gewahrsamsverhältnisse getroffen werden. Um dies zu unterstreichen, hat *Schüerhoff* ein von *Bittner* gebildetes Beispiel⁵⁵⁰ weitergeführt.⁵⁵¹ Wenn jemand sein Fahrrad auf der Straße stehen lasse, behalte er die Sachherrschaft darüber, weil dies eine sozial übliche Verhaltensweise darstelle. Offenkundig sei dabei, dass das Fahrrad jemandem zuzuordnen ist.⁵⁵² Diese Zuordnung ergebe sich aus den „Kulturnormen“.⁵⁵³ Wer das Gefährt dann entwendet, begehe eine „Zueignung unter Bruch dieses Gewahrsams“⁵⁵⁴ und mache sich somit des Diebstahls schuldig. *Schüerhoffs* Beispiel geht dabei weiter, indem er bei gleichem äußeren Geschehensablauf annimmt, dass der Benutzer des Rades, der es sich vom Eigentümer geliehen hat, gerade mit diesem Abstellen die tatsächliche Verfügungsgewalt aufgeben wollte. In diesem Fall würde ein diesbezüglicher innerer und damit ungeäußerter Entschluss nicht ersichtlich.⁵⁵⁵ Für die Allgemeinheit bestehe damit nach außen hin wegen seines den sozialen Gepflogenheiten entsprechenden Verhaltens weiter eine dingliche Zuordnung zu dem betreffenden Fahrer, obwohl dessen Gewahrsam nach zutreffender Auffassung untergegangen sei.⁵⁵⁶

Auch *Werling* kritisiert, dass *Bittners* Begriff der Kulturnormen keineswegs *bestimmter* sei als der der Verkehrsanschauung, vielmehr sei es ein auswechselbarer Blankettbegriff, da man, um einen Sachverhalt zu lösen, Kenntnis über die Kulturnormen haben müsse.⁵⁵⁷ So werde der Gewahrsam scheinbar neu definiert, obwohl nur der Begriff der Verkehrsanschauung durch den der Kulturnor-

⁵⁴⁷ *Bittner*, S. 96.

⁵⁴⁸ *Bittner*, S. 100.

⁵⁴⁹ *Schüerhoff*, S. 181.

⁵⁵⁰ *Bittner*, S. 105 ff.

⁵⁵¹ *Schüerhoff*, S. 182.

⁵⁵² *Bittner*, S. 106.

⁵⁵³ *Bittner*, S. 106.

⁵⁵⁴ *Bittner*, S. 106.

⁵⁵⁵ Darauf stellt *Bittner* aber ab: „Der Kenntnis des Täters wird es sich in der Regel auch entziehen, wie sich die willensmäßige Zuordnung einer Sache zu einer Person gestaltet. Er wird vom Standpunkt des Beobachters her urteilen und allein auf die sich für jeden Dritten offenbarende soziale Zuordnung im rein tatsächlichen Bereich abstellen. [...] Vielmehr kommt es darauf an, ob der Täter die ihm bekannten Tatumsstände verwirklicht“, *Bittner*, S. 185.

⁵⁵⁶ *Schüerhoff*, S. 183.

⁵⁵⁷ *Werling*, S. 236.

men ausgetauscht wird. Demnach komme *Bittner* auch zu den gleichen Ergebnissen wie die herrschende Meinung, was *Werling* nicht als Mehrwert ansieht.⁵⁵⁸ Als positiv erachtet es *Werling* aber, dass *Bittner* zwischen direktem und generellem Gewahrsam unterscheidet.⁵⁵⁹

Heinsch dagegen sieht in *Bittner* einen Vorreiter für die Bestimmung des Gewahrsams anhand normativ-sozialer Kriterien.⁵⁶⁰ Zwar bedürfe sein Begriff auch einer besseren Bestimm- und Fassbarkeit, allerdings sei er trotzdem konkreter als der Begriff der Verkehrsanschauung.⁵⁶¹ Sie äußert kritische Bedenken hinsichtlich der Tatsache, dass *Bittner* nicht weiter ausgeführt hat, welche Entscheidung zu fällen wäre, wenn die aus Vertrag, Sitte oder Gesetz entstehenden Normen divergieren.⁵⁶² Auch werde nicht klar, ob die unmittelbare Sachherrschaft für die Bestimmung des direkten Gewahrsams nicht vielleicht doch herangezogen werde.⁵⁶³ *Heinsch* widerspricht allerdings der Kritik von *Schüerhoff* und *Werling*, soweit diese bemängeln, dass *Bittner* keine anderen Ergebnisse mit seiner Kulturnormtheorie hervorbringe als die herrschende Meinung. So erziele die herrschende Meinung ja gerade keine unzutreffenden Lösungen, sondern begründe diese einfach nicht ausreichend, wohingegen *Bittner* über einen dogmatisch nachvollziehbaren Weg zu gleichen Ergebnissen gelangt, was *Heinsch* als positiv hervorhebt.⁵⁶⁴

c) Stellungnahme

Bittner verzichtet scheinbar völlig auf physische Merkmale und das Kriterium der räumlichen Nähe, vielmehr entwickelt er eine Art Zuordnungsverhältnis in Gestalt der Kulturnormen, die aus Gesetz, Vertrag, Gewohnheiten, Bräuchen und der Sitte entstehen. Auf soziale Gewohnheiten oder Bräuche kann aber nur zurückgegriffen werden, wenn sie mit dem Recht in Übereinstimmung stehen. Wie *Heinsch* zutreffend darstellt, bleibt aber unklar, was zu gelten hat, wenn nach Gesetz und Vertrag unterschiedliche Ergebnisse erzielt werden und beide divergieren. Eine dahingehende Lösung bleibt *Bittner* schuldig.

Bittner unterscheidet innerhalb seiner Gewahrsamsdefinition schließlich weiter zwischen generellem und direktem Gewahrsam. Bei direktem Gewahrsam stellt

⁵⁵⁸ *Werling*, S. 237 f.

⁵⁵⁹ *Werling*, S. 238.

⁵⁶⁰ *Heinsch*, S. 128 f.

⁵⁶¹ *Heinsch*, S. 129.

⁵⁶² *Heinsch*, S. 129.

⁵⁶³ *Heinsch*, S. 129.

⁵⁶⁴ *Heinsch*, S. 130.

er dann aber auch auf physische Begebenheiten wie den direkten Kontakt ab, obwohl er diese anfangs als unbrauchbar bezeichnet hat und korrigiert das Ergebnis mittels sozialer Bewertung. Dies entspricht aber gerade dem faktisch-sozialen Gewahrsamsbegriff, der zunächst auf ein tatsächliches Verhältnis abstellt und dieses dann normativ korrigiert.

Bei seinen Ausführungen zum generellen Gewahrsam unterscheidet er wieder zwischen Gegenständen, die sich in einem Zuordnungsbereich befinden, und solchen, die außerhalb dessen liegen. Allerdings differenziert *Bittner* nicht zwischen dem Verlieren oder Vergessen einer Sache außerhalb eines Zuordnungsbereichs. So nimmt er in Abgrenzung zum Pflugbeispiel an, dass die Uhr, die von dem Bauern auf dem Feld abgelegt wird, gewahrsamslos sei, da es keine Kulturnorm gebe, die dem Bauern Gewahrsam an einer auf dem Feld abgelegten Uhr zuspricht. Nur weil von außen nicht eindeutig erkennbar ist, wem diese Uhr zustehen könnte, kann jedoch nicht einfach Gewahrsamslosigkeit angenommen werden. Dann müssten alle Gegenstände gewahrsamslos werden, die sich in keinem eindeutigen Zuordnungsbereich befinden und an ihnen wäre nur eine Unterschlagung möglich. Dabei wird nicht bedacht, dass jemand auch durchaus wissentlich seine Sachen an einem nicht beherrschten Bereich liegen lässt, aber dennoch nicht den Gewahrsam daran verlieren will. Der Badende, der seine Sachen am Seeufer liegen lässt, um schwimmen zu gehen, soll nicht den Gewahrsam an seinen Sachen verlieren. Den Täter, der diese Sachen entwendet, nur wegen einer Unterschlagung mit dem geringeren Strafraum zu bestrafen, ist auch kriminalpolitisch nicht wünschenswert. Zu fragen wäre dann, wozu überhaupt der Diebstahl tatbestand eingeführt wurde, wenn er in so vielen Fällen einfach mit Hinweis auf den sowieso einschlägigen § 246 StGB verworfen wird. Auch der Wortlaut des § 242 StGB lässt ein weites Verständnis der Vorschrift zu, sodass diese nicht auf nur offensichtliche Verhältnisse beschränkt werden muss. So soll vielmehr nach herrschender Meinung zum einen der Wille beachtet werden, was mit der Sache passieren soll sowie differenziert werden, ob der Bauer die Uhr dort abgelegt hat oder sie vergessen hat und damit nicht mehr weiß, wo sie sich befindet. Dem Bauer, der die Uhr dort ablegt, muss auch weiterhin der Gewahrsam daran zugesprochen werden, außer er hatte den Willen den Gewahrsam an der Uhr aufzugeben. Es macht sowohl aus der Laiensphäre als auch vom Wortverständnis her einen Unterschied, ob eine Sache verloren oder vergessen wurde. Das muss sich auch im Gewahrsam niederschlagen.

Auch das Beispiel des Schreibens, das versehentlich in den Briefkasten eingeworfen wird, führt auch heute noch zu Unstimmigkeiten. *Bittner* geht davon aus, dass es sich in einer ersichtlich fremden Zone befindet, die dem Briefkasteninhaber zuzuordnen sei, sodass auch ihm der Gewahrsam daran zugeteilt werden

müsse. Nicht betrachtet wird aber der Fall, was zu gelten hat, wenn der Inhalt des Schreibens beziehungsweise eines Pakets der Rechtsordnung widerspricht, also beispielsweise Betäubungsmittel beinhaltet und somit gerade nicht davon ausgegangen werden kann, dass der Briefkasteninhaber Gewahrsam darüber haben will. Der mutmaßliche Wille des Briefkasteninhabers wird von *Bittner* nicht berücksichtigt, so dass nach seinen Ausführungen auch hier von Gewahrsam ausgegangen werden müsste.

Unklar bleibt außerdem, was hinsichtlich des Gewahrsams von Bewusstlosen, Kranken und Schlafenden gelten soll.

Daneben scheint es schwierig zu beantworten, wer bei einem auf einer öffentlichen Fläche geparkten Fahrrad nach den Kulturnormen der für die Allgemeinheit ersichtlich Berechtigte ist. Auch ein Dieb kann an einem ihm nicht gehörenden Fahrrad ein Fahrradschloss anbringen, sodass es nach außen so scheint, als gehöre ihm das Fahrrad, wenn er dieses aufschließt. Für die Allgemeinheit könnte dieser dann der Berechtigte sein, wenn nur ersichtlich ist, dass er ein Fahrrad mit dem zugehörigen Schlüssel aufsperrt. Dem Eigentümer eines Autos, das dieser irgendwo abstellt, um es verschrotten zu lassen, weiterhin Gewahrsam zuzuschreiben, weil es sich nicht gehört, ein Auto so zu entsorgen, überzeugt nicht, wenn offensichtlich ist, dass der Eigentümer das Eigentum, den Besitz und damit auch den Gewahrsam daran aufgeben will.

Zusammenfassend gibt *Bittner* dem Gewahrsamsbegriff mit Hilfe seiner Kulturnormen etwas mehr Kontur. Auch erzielt er dabei – entgegen der Kritik – nicht die gleichen Ergebnisse wie die herrschende Meinung. So beispielsweise hinsichtlich des Wagens, der vom Inhaber abgestellt wird, um ihn verschrotten zu lassen, oder dem Mantel, dessen Gewahrsam dem Inhaber der generellen Sphäre übertragen wird. Seine Theorie der Kulturnormen ähnelt dabei grundsätzlich den Kriterien des normativ-sozialen Gewahrsamsbegriffs, unterscheidet sich aber in den Ergebnissen dennoch zuweilen. Jedoch überzeugen *Bittners* Ergebnisse nicht immer, wie beispielsweise bei der Uhr des Bauern, die gewahrsamslos werden soll, und die Bestimmung des Gewahrsams ist an einigen Stellen auch noch nicht gänzlich ausgearbeitet, wenn verschiedene Aspekte, wie beispielsweise eine Differenzierung zwischen vergessenen oder verlorenen Sachen, nicht vorgenommen wird.

10. *Haffke* und die Zuordnung
a) Darstellung der Ansicht

Haffke versteht unter der Wegnahme ein „eigenmächtiges Herausholen eines Gegenstandes aus einem fremden Zuordnungsbereich“ oder ein „Eindringen in die fremde Herrschaftssphäre“. ⁵⁶⁵

Er stützt seine Überlegungen auf die grundlegende These, dass das Motiv für den erhöhten Strafraum des § 242 StGB im Gegensatz zur Unterschlagung das zusätzliche Erfordernis des Überwindens der Grenze der fremden Herrschaftssphäre beim Diebstahl sei. Dafür werde erhöhte kriminelle Aktivität gefordert. ⁵⁶⁶

Seiner Ansicht nach soll nicht jeder Bruch fremden Gewahrsams zwangsläufig eine Wegnahme darstellen. ⁵⁶⁷ Es komme darauf an, ob das Verhalten der einem Diebstahl innewohnenden kriminellen Energie entspreche. ⁵⁶⁸ So müsse der Arbeitnehmer, dem Werkzeug zur Verfügung gestellt wird, unabhängig davon, ob man ihn als Mitgewahrsamsinhaber oder Gewahrsamsgehilfen einstuft, keine erhöhte kriminelle Energie entfalten, um sich das Werkzeug zuzueignen. Daher wäre hier die Annahme von Diebstahl unangebracht, und es komme nur eine Verurteilung wegen Unterschlagung in Betracht. ⁵⁶⁹

Haffke will den Gewahrsamsbegriff neu definieren und stützt die Neubestimmung auf den Begriff der „Zuordnung“. Darunter soll das Verhältnis der „Sach(Gegenstands-)welt“ zu einer bestimmten Person fallen. ⁵⁷⁰ Zwar beziehen sich seine Ausführungen vorrangig auf den Gewahrsamsbegriff, der sich damals noch in § 246 StGB a.F. befand. In seinen Ausführungen wird aber nicht zwischen dem Gewahrsam in § 242 StGB und dem in § 246 StGB unterschieden, sodass die Überlegungen entsprechend übertragen werden können.

Er differenziert weiter zwischen der „Eigenzuordnung“ und einer „Fremdzuordnung“. Hält sich der Täter in einem fremdem Zuordnungsbereich auf und besteht zwischen ihm und den Gegenständen ein Beherrschungsverhältnis, wie bei einem Arbeiter oder Angestellten zu den Arbeitsmitteln, nehme dieser dann an der

⁵⁶⁵ *Haffke* GA 1972, 225, 227.

⁵⁶⁶ *Haffke* GA 1972, 225, 226 f.

⁵⁶⁷ *Haffke* GA 1972, 225, 227.

⁵⁶⁸ *Haffke* GA 1972, 225, 227.

⁵⁶⁹ *Haffke* GA 1972, 225, 227.

⁵⁷⁰ *Haffke* GA 1972, 225, 228.

Fremdzuordnung des Gegenstandes zum Gewahrsam des Arbeitgebers teil. Daraus folgend lasse sich der Gewahrsam (im Sinne des § 246 StGB a.F.) nach *Haffke* definieren als „Eigenzuordnung und Teilhabe an Fremdzuordnung“.⁵⁷¹ Von einer Unterschlagung sei in solchen Konstellationen dann auszugehen, wenn der Täter den ihm zugewiesenen Aufgabenbereich zum Zugriff auf den Gegenstand ausnutzt.⁵⁷²

Nach dieser Auffassung müsse gerade nicht mehr unterschieden werden, ob der Fernfahrer als Angestellter Alleingewahrsam hat, was sich danach beurteilen soll, ob er auf dem vorgeschriebenen Weg bleibt, die Strecke überwacht wird oder wie weit er von dem Arbeitgeber weg ist.⁵⁷³ Ihm könne immer eine erleichterte Zugriffsmöglichkeit zugeschrieben werden.⁵⁷⁴

Problematisch sind nach *Haffke* vor allem Fälle des gesamthänderischen Mitbesitzes, da hier Eigen- und Fremdzuordnung eng miteinander verknüpft sind. Sofern ein Mitbesitzer den Gewahrsam des anderen bricht, müsse wegen Diebstahls bestraft werden, da sich der Täter über die Grenze der auf die Mitbesitzer aufgeteilten Herrschaftsbefugnisse hinwegsetze.⁵⁷⁵

Gegenstände, die Gewahrsamsgehilfen oder Mitgewahrsamsinhabern überlassen wurden, seien nicht wegnahmefähig, daher lasse sich hier Diebstahl vom Betrug insoweit abgrenzen, da eine Täuschung des Gewahrsamsdieners oder Mitgewahrsamsinhabers durch einen Dritten immer als Betrug zu kategorisieren sei. Gewahrsamsgehilfen oder Mitgewahrsamsinhaber sollen auch grundsätzlich, außer beim gesamthänderischen Mitgewahrsam, ihrem Gewahrsamsherrn nicht den Gewahrsam entziehen können.⁵⁷⁶ Die herrschende Lehre würde stattdessen nach *Haffke* zu Unrecht mittäterschaftlich begangenen Diebstahl oder eine Beihilfe des Gewahrsamsdieners zum Diebstahl annehmen.⁵⁷⁷ Mitgewahrsamsinhaber oder Gewahrsamsgehilfen können folglich nicht wegnehmen und damit keinen Diebstahl begehen.⁵⁷⁸

⁵⁷¹ *Haffke* GA 1972, 225, 229.

⁵⁷² *Haffke* GA 1972, 225, 231.

⁵⁷³ *Haffke* GA 1972, 225, 230 f.

⁵⁷⁴ *Haffke* GA 1972, 225, 230 f.

⁵⁷⁵ *Haffke* GA 1972, 225, 229.

⁵⁷⁶ *Haffke* GA 1972, 225, 233.

⁵⁷⁷ *Haffke* GA 1972, 225, 233.

⁵⁷⁸ *Haffke* GA 1972, 225, 232.

b) Stellungnahme

Es erscheint höchst problematisch zu beurteilen, ob und wann jemand tatsächlich mehr kriminelle Energie aufwendet, um etwas zu erlangen. Die Zuordnung zu verschiedenen Bereichen lässt sich als guten Anhaltspunkt begreifen, allerdings ist fraglich, ob damit auch andere problematische Gewahrsamskonstellationen erfasst werden können. *Haffke* beleuchtet in seinem Beitrag vorrangig Arbeitnehmer- beziehungsweise Angestelltenkonstellationen, dagegen aber gerade nicht offene Bereiche und Sphären. Ungeklärt bleibt auch, was in öffentlichen Räumlichkeiten oder auch in unbeherrschten Bereichen zu gelten hat. Somit ist keine Lösung für die Konstellation von vergessenen oder verlorenen Sachen im öffentlichen Raum, aber auch in beherrschten Räumlichkeiten ersichtlich. Außerdem wird nicht darauf eingegangen, ob es beispielsweise weniger kriminelle Energie erfordert, einem Bewusstlosen, Schlafenden oder auch nur psychisch Unterlegenen Sachen zu entwenden als einer gesunden und wachen Person.

Fraglich bleibt zudem, wer das Verhältnis einer Person zu der Sache bestimmen soll und welche Schlüsse daraus gezogen werden. Sofern die Allgemeinheit oder die Verkehrsauffassung zugrunde gelegt wird, führt die Ansicht auf dem nahezu identischen Weg zu den gleichen Lösungen wie die herrschende Meinung und begründet keinen Mehrwert.

11. *Gössels* Sphärentheorie

a) Darstellung der Ansicht

Gössels Sphärentheorie gründet auf der Annahme, dass mit § 242 StGB der Zweck verfolgt wird, „die hier gemeinten willensgetragenen Sachherrschaftsverhältnisse“ zu schützen.⁵⁷⁹ § 242 StGB stelle demnach gewisse Schranken auf, die nur in bestimmten Fällen durchbrochen werden dürfen.⁵⁸⁰ Sofern die rechtlichen Schranken das Sachherrschaftsverhältnis umgeben, befände es sich innerhalb dieser Schranken. *Gössel* bezeichnet diese Schranken als Sphären und meint, „dass das Gewahrsam zu nennende willensgetragene Sachherrschaftsverhältnis nur innerhalb einer von rechtlichen Schranken umgrenzten Sphäre existiert“.⁵⁸¹ Als solch eine Sphäre kommt laut *Gössel* die Persönlichkeitssphäre in

⁵⁷⁹ *Gössel* ZStW 85 (1973), 591, 620.

⁵⁸⁰ *Gössel* ZStW 85 (1973), 591, 621.

⁵⁸¹ *Gössel* ZStW, 85 (1973), 591, 620 f.; so auch *Rosenfeld* ZStW 37 (1916), 159, 165, für den das entscheidende Moment des Gewahrsams „eine reale, nur mit individuellen Mitteln zu brechende und vom Verkehr respektierte Scheidewand“ darstellt.

Betracht,⁵⁸² die dem aus Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG hergeleiteten Persönlichkeitsrecht entstammt.⁵⁸³ Danach existiere in einer Persönlichkeitssphäre dann willensgetragene Sachherrschaft, wenn die gesetzlich geschützten Rechtsgüter auch innerhalb dieser Sphäre angesiedelt werden können, daher, wenn neben den zu schützenden Rechtsgütern auch die Persönlichkeitsrechte geschützt werden müssen. Letztlich bestehe das Persönlichkeitsrecht nicht nur aus den einzelnen geschützten Rechtsgütern, sonst wäre es „auf allen Gebieten ungeschützt, in denen die Rechtsordnung noch kein besonderes Recht konkretisiert hat“.⁵⁸⁴ Der Persönlichkeit innerhalb der Persönlichkeitssphäre sei immanent, dass sie sich frei entfalten und auch frei bewegen können muss, „zum Wesen der Persönlichkeit [könne es auch gehören], daß sie in Beziehung zu Personen und Sachen steht“.⁵⁸⁵

Gössel folgert daraus die Möglichkeit, „bestimmte willensgetragene Sachherrschaftsverhältnisse als durch § 242 StGB geschützte Konkretisierungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aufzufassen und diese somit in der Persönlichkeitssphäre anzusiedeln.“⁵⁸⁶ Zu der Persönlichkeitssphäre gehöre alles, was jemand am Körper oder in den Händen tragen kann, sowie das, was in der Wohnung oder einem befriedeten Besitztum zu finden ist. Dagegen habe unbefriedetes Besitztum gerade keine Schutzsphäre.⁵⁸⁷

Daraus lasse sich die Definition des Gewahrsams als „willensgetragenes Sachherrschaftsverhältnis“ ableiten, „das innerhalb der aus Art. 1, Art. 2 Abs. 1 GG ermittelten Persönlichkeitssphäre besteht“.⁵⁸⁸ Die Erkennbarkeit dessen sei wesentlich, es muss festgestellt werden können, ob ein solches Verhältnis den Schutz der Persönlichkeitssphäre genießt oder ob nicht die verfassungsmäßige Ordnung,⁵⁸⁹ die Rechte anderer beziehungsweise das Sittengesetz den Schutz der Persönlichkeitssphäre ausschließen.⁵⁹⁰

Die Persönlichkeitssphäre sei dadurch sozial erkennbar, da ein Eingriff eine soziale Rechtfertigung erfordere.⁵⁹¹ Dies sei für jeden Bürger offenkundig, da er

⁵⁸² *Gössel* ZStW, 85 (1973), 591, 626 ff.

⁵⁸³ *Gössel* ZStW, 85 (1973), 591, 626 f.

⁵⁸⁴ *Gössel* ZStW 85 (1973), 591, 630.

⁵⁸⁵ So auch *Hubmann* in Bezug auf das Persönlichkeitsrecht, *Hubmann*, S. 261.

⁵⁸⁶ *Gössel* ZStW 85 (1973), 591, 632.

⁵⁸⁷ *Gössel* ZStW 85 (1973), 591, 635.

⁵⁸⁸ *Gössel* ZStW 85 (1973), 591, 635.

⁵⁸⁹ Vgl. BVerfGE 6, 32, 37 f., wonach unerörtert bleibt, ob nicht die „Rechte anderer“ bereits zur „verfassungsmäßigen Ordnung“ gehören.

⁵⁹⁰ *Gössel* ZStW 85 (1973), 591, 632.

⁵⁹¹ *Gössel* ZStW 85 (1973), 591, 630 ff.

selbst von dieser Schutzsphäre umgeben ist und daher wisse, dass andere nicht ohne weiteres in diese Sphäre eindringen dürfen.⁵⁹²

Von § 242 StGB strafrechtlich geschützt sei das willensgetragene Sachherrschaftsverhältnis, „das innerhalb der verfassungsrechtlich anerkannten und geschützten Persönlichkeitssphäre existiert [...] weil es [...] aus kriminalpolitischen Gründen für schützenswert erachtet wird.“⁵⁹³

Danach begehe derjenige einen Diebstahl, der fremde Sachen in seine eigene Kleidung einsteckt, da dieser Täter die Sachen mit dem Einstecken in seine eigene Persönlichkeitssphäre einverleibt, in die nur mittels besonderer Berechtigung eingedrungen werden darf. Steckt der Täter die Sachen dagegen in eine mitgebrachte Tasche, so komme es darauf an, ob die Tasche offenkundig der Persönlichkeitssphäre des Täters entstammt, beispielsweise bei einer Handtasche und gerade nicht bei einem Einkaufskorb des Ladens. Falls dies nicht eindeutig ist, dürfe ein möglicher Eigentümer der Sache oder auch die Polizei ohne weiteres auf die Tasche zugreifen. Anderenfalls schütze die Persönlichkeitssphäre den Täter insoweit, als dass Dritte eines Rechtfertigungsgrundes bedürfen, um die Tasche zu durchsuchen.⁵⁹⁴

Versteckt ein Täter einen Gegenstand innerhalb einer fremden Gewahrsamssphäre, aber außerhalb seiner Gewahrsamsenklave, könne noch kein vollendeter Diebstahl angenommen werden, da hier der Inhaber der fremden Sphäre jederzeit auf die Sache zugreifen dürfe. Wenn einem Kunden Kleidung zur Anprobe überlassen wird, komme es darauf an, ob die Sache ausreichend als fremdes Eigentum gekennzeichnet sei. Dann umfasse die Schutzsphäre des Opfers auch die Kleidung.⁵⁹⁵

b) Kritik

Schüerhoff macht anhand des klassischen Beispiels des Pflugs, der auf dem Feld gelassen wird, deutlich, dass *Gössel* durch seine Sphärentheorie zu unbilligen Ergebnissen kommt. So soll umfriedetes Besitztum als dem Persönlichkeitsbereich des Menschen zuzurechnende Zone von jedermann zu respektieren sein und das auch in Abwesenheit des Berechtigten. Fehlt allerdings eine solche Abschließung, mangle es „an der sozial manifesten Existenz einer Schutzsphäre,

⁵⁹² *Gössel* ZStW 85 (1973), 591, 634 ff.

⁵⁹³ *Gössel* ZStW 85 (1973), 591, 636.

⁵⁹⁴ *Gössel* ZStW 85 (1973), 591, 641 ff.

⁵⁹⁵ *Gössel* ZStW 85 (1973), 591, 640 ff.

in die eingedrungen werden kann“.⁵⁹⁶ § 242 StGB erfasse jedoch nur die willensgetragenen Sachherrschaftsbeziehungen „innerhalb der verfassungsrechtlich anerkannten und geschützten Persönlichkeitssphäre“.⁵⁹⁷ Bei dem Pflug, der auf dem Acker zurückgelassen wurde, liege damit aber gerade kein „in äußerlich erkennbarer Weise mittels zusammenhängender Schutzwehren gegen das willkürliche Betreten durch andere“ gesichertes Besitztum vor,⁵⁹⁸ sondern der Acker ist frei zugänglich. Damit stelle die Entwendung des Pflugs keinen Gewahrsamsbruch dar.⁵⁹⁹

Weiter nimmt *Schüerhoff* auf *Gössels* Beispiel des Spaziergängers Bezug, der die auf einer Parkbank liegende, vom Eigentümer dort vergessene Zeitung ergreift und dadurch die Sachherrschaft und damit den Gewahrsam erlangt. Dies gründe sich darauf, dass Außenstehende die Zeitung dem Persönlichkeitsbereich des Lesenden zurechnen würden.⁶⁰⁰ Dem stellt *Schüerhoff* das Beispiel gegenüber, dass jemand in einem Laden eine Zeitung, die nicht gesondert als Eigentum des Ladens gekennzeichnet ist, in der Absicht nimmt, sie nach Lektüre eines Artikels wieder zurückzulegen. Für einen Außenstehenden stelle sich die Situation ähnlich dar, da die Allgemeinheit auch hier keine Befugnis habe, die Zeitschrift geradezu an sich zu nehmen, „weil dies einen unerlaubten Eingriff in den individuellen Bereich des anderen bedeuten würde, womit aber zugleich unter Zugrundelegung der Prinzipien *Gössels* dessen Gewahrsamsinhaberschaft feststeht.“⁶⁰¹ Aus *Gössels* Ausführungen lasse sich folgern, dass es unerheblich sei, aus welchem Grund die Zeitschrift ergriffen wird, denn alleine das Ergreifen und Lesen stelle eine „sozial manifeste Ausübung von willensgetragener gegenständlicher Verfügungsgewalt innerhalb der Persönlichkeitssphäre des Betreffenden dar, deren Verletzung infolgedessen die Sanktion der Strafbestimmung des § 242 StGB nach sich ziehen müsste.“⁶⁰² Das Ergreifen einer Ware in einem Laden, auch das Lesen eines Artikels, müsse aber nach *Schüerhoff* als derart flüchtige Berührung einzustufen sein, die noch keinen Gewahrsam des Berührenden nach sich ziehe. Der Gewahrsam verbleibe vielmehr bei dem jeweiligen

⁵⁹⁶ *Gössel* ZStW 85 (1973), 591, 635.

⁵⁹⁷ *Gössel* ZStW 85 (1973), 591, 637.

⁵⁹⁸ So seit RGSt 11, 293, 294, gängige Definition des befriedeten Besitztums i.S.v. § 123 StGB.

⁵⁹⁹ Diese Schlussfolgerung zieht *Schüerhoff* daraus, dass *Gössel* in seinem Text keinen entsprechenden Hinweis gibt, vgl. *Schüerhoff*, S. 185. Nach *Schüerhoff* liegt aber trotzdem die Vermutung nahe, dass *Gössel* „hier gleichfalls Gewahrsamsfortbestand annehmen würde, denn eine abweichende Meinung – die für den „Pflugfall“ soweit ersichtlich noch von niemandem vertreten wurde – hätte er wegen ihrer Tragweite eigentlich zum Ausdruck bringen müssen. Daher bleibt der Verdacht einer gewissen Inkonsequenz zurück.“, *Schüerhoff*, S. 185 Fn. 2.

⁶⁰⁰ So *Gössel* ZStW 85 (1973), 591, 130.

⁶⁰¹ So *Schüerhoff*, S. 185 f.

⁶⁰² *Schüerhoff*, S. 186; hier „überlagert“ die Körpersphäre den von den Räumlichkeiten gebildeten Zuordnungsbereich des Geschäftsinhabers.

Geschäftsinhaber.⁶⁰³ Unter Annahme der Ansicht von *Gössel* würde der Dieb, der ein Buch stehlen will und dieses erst einige Zeit liest, damit Gewahrsam erlangen. Wenn er es dann in der Tasche mitgehen lässt, stehe er damit besser dar, weil er keinen Gewahrsam breche, als derjenige, der das Buch augenblicklich einsteckt und damit Gewahrsam des Ladeninhabers breche.⁶⁰⁴ Im Alltag würden diese Annahmen zu einem vielfachen ungewollten Wechsel des Gewahrsams führen, der von Zufälligkeiten abhängig ist, was der allgemeinen Lebenserfahrung widerspricht sowie gegen die im Rechtsstaat zu fordernde Rechtssicherheit spricht.

Heinsch bemängelt, dass *Gössel* an der formalen Definition des Gewahrsams der herrschenden Meinung festhält, obwohl er doch in der Anwendung nur auf seine Sphärenformel zurückgreift.⁶⁰⁵ Zu kritisieren ist nach *Heinsch* auch, dass *Gössel* offen lässt, auf welche Weise die verschiedenen Sphären gestaltet sind und woran diese sonst erkennbar wären.⁶⁰⁶ *Gössels* Annahme, es gebe außerhalb des unbefriedeten Besitztums keinen Gewahrsam, habe somit zur Konsequenz, dass im Beispiel des auf dem Feld zurückgelassenen Pflugs auch kein Gewahrsam mehr bestehe.⁶⁰⁷ Ebenso an der öffentlichen Straße abgestellte Fahrräder müssten somit gewahrsamslos sein,⁶⁰⁸ was auch auf an der Straße abgestellte Fahrzeuge ausgeweitet werden könnte.

c) Stellungnahme

Gössels Ansatz, den Gewahrsam über den Vollendungszeitpunkt des Diebstahls zu definieren, zeugt von einer neuen Herangehensweise, die durchaus weiterzuverfolgende Aspekte einbringt.

Die Einführung einer Persönlichkeitssphäre als auf das Grundgesetz gestütztes Herrschaftsverhältnis erscheint nachvollziehbar im Hinblick auf die Gegenstände, die sich tatsächlich in der Körpersphäre eines Menschen befinden. Problematisch mutet es an, die Persönlichkeitssphäre auf jegliches befriedete Besitztum zu beziehen. Aufgrund der Tatsache, dass *Gössel* die Definition nur anhand der Vollendung bestimmt, fehlt bedauerlicherweise auch eine fundierte Auseinandersetzung damit, wie sich die Gewahrsamsverhältnisse an Gegenständen,

⁶⁰³ So auch *Schüerhoff*, S. 186.

⁶⁰⁴ Beispiel nach *Schüerhoff*, S. 186 f.

⁶⁰⁵ *Heinsch*, S. 135.

⁶⁰⁶ Zutreffend *Heinsch*, S. 135.

⁶⁰⁷ So zutreffend *Heinsch*, S. 135.

⁶⁰⁸ *Heinsch*, S. 135.

die sich auf öffentlichen Plätzen befinden, darstellen. Sofern diese Bereiche allerdings als unbefriedetes Besitztum angesehen werden, das keine Schutzsphäre haben soll,⁶⁰⁹ überzeugt dieser Ansatz nicht. Es können nicht alle Gegenstände, die sich auf öffentlichen Straßen oder in Parks und Wäldern befinden, gewahrsamslos sein, sofern sie dort abgestellt beziehungsweise abgelegt werden. In solchen Fällen könnte dann immer nur § 246 StGB eingreifen, der aber als Auffangtatbestand eine eher untergeordnete Rolle spielt. Die Frage, ob eine Strafbarkeit nach § 246 StGB oder § 242 StGB vorliegen würde, könnte dann auch von der bloßen Zufälligkeit abhängen, ob das Fahrrad im offenen Hofeingang abgestellt wird oder einen halben Meter weiter auf dem öffentlichen Gehweg, obwohl die Herrschaftsmacht des Inhabers sich dadurch nicht verändert. Es entspricht nicht dem Willen des Gesetzgebers, dass auf der öffentlichen Straße abstellte und geparkte Fahrzeuge oder Fahrräder als gewahrsamslos gelten. Dafür spricht auch die Einführung des § 248b StGB der die Schwierigkeiten aus dem Weg räumen wollte, die sich bei der Zueignungsabsicht ergaben, wenn der Täter ein auf der Straße abgestelltes Fahrrad wegnimmt.⁶¹⁰ Außerdem sollte auch der Wille des Inhabers einbezogen werden, ob er noch ein Interesse daran hat, den Gewahrsam an der Sache auszuüben, wenn er beispielsweise sein Fahrrad auf der Straße abstellt oder seine Sachen auf der Liegewiese am Badensee ablegt oder ob er den Gewahrsam bewusst oder unbewusst daran aufgibt. Dazu müsste zumindest differenziert werden, ob jemand eine Sache dort abgelegt, vergessen oder verloren hat. Gleiches gilt für öffentliche Gebäude. Dem Vorsteher des Bahnhofs aufgrund seiner Persönlichkeitssphäre Gewahrsam an den sich im Bahnhof befindlichen Sachen zuzusprechen, erscheint völlig dem Sinn des auf das Grundgesetz gestützten Persönlichkeitsrechts zu widersprechen. Das auf Art. 1 und 2 GG gestützte Persönlichkeitsrecht soll die freie Entfaltung der Person schützen und gewährleisten, diese Sphäre des Bahnhofsvorstehers wird aber gerade nicht tangiert, wenn eine andere Person etwas im Bahnhofsgebäude verliert. Die Ergebnisse zu denen *Gössel* kommt, sind zudem teilweise nicht nachvollziehbar: Einem Kunden die Kleidung vom Leib zu reißen, ist ein derartig schwerwiegender Eingriff in die Persönlichkeitssphäre, unabhängig davon, ob die Kleidung als fremdes Eigentum gekennzeichnet ist oder nicht. Außerdem kann das bloße Ergreifen und Lesen einer Zeitschrift, ob im Park oder im Laden, noch nicht zu einer Gewahrsamsbegründung führen,⁶¹¹ da sonst derjenige besser

⁶⁰⁹ Conclusio daraus, dass sich *Gössel* nicht dazu verhält, was auf öffentlichen Plätzen gelten soll, die wohl zumeist unbefriedetes Besitztum darstellen.

⁶¹⁰ So auch *Timmermann* mit Blick auf die Ansicht *Werlings*, siehe S. 125 f. zu § 248b StGB *Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen*, BT 1, § 37 Rn. 8; *Wagner* JR 1932, 253, zur damaligen Verordnung gegen unbefugten Gebrauch von Kraftfahrzeugen und Fahrrädern vom 20. Oktober 1932, RGBL. S. 496, die dann so im StGB übernommen wurde, Drittes Strafrechtsänderungsgesetz vom 06.08.1953, BGBl. I S. 735.

⁶¹¹ So wie *Schüerhoff* das Beispiel bildet, S. 186.

stehen würde, der in einem Laden eine Zeitung zunächst liest und sie sich damit aneignet und sie dann aufgrund später gefassten Diebstahlsentschlusses einsteckt, als derjenige, der sie direkt mitnimmt.

12. *Schüerhoffs* Sphärenmodell

a) Darstellung der Ansicht

Schüerhoff stellt auch auf ein „Sphärenmodell“ ab. Auf der Grundlage, dass Gewahrsam ein tatsächliches Sachherrschaftsverhältnis voraussetze, gelangt er zu der Annahme, dass es Sphären gebe – ähnlich wie bei *Gössel* und *Bittner* –, aus denen ein Gewahrsamsverhältnis gefolgert werden könne.⁶¹² Seine Theorie soll aber streng abzugrenzen sein von der Sphärenformel *Gössels*.⁶¹³ So bildeten beispielsweise mit dem Boden fest verbundene Räumlichkeiten, aber auch Kraftfahrzeuge, einen Sphärenbereich.⁶¹⁴ Befriedete Bereiche, die auch umfriedet sind, also mit Zäunen oder Wänden umgrenzt, würden auch eine eigene Sphäre darstellen, wenn ein Bezug zwischen der Sache und einer Person besteht.⁶¹⁵ Dem im klassischen Pflugbeispiel erwähnten, nicht umzäunten Acker fehle es damit aber an der Sphäreneinteilung, da hier keine für den Diebstahl charakteristische fremde „Gewahrsamsschranken“ durchbrochen werden müssen.⁶¹⁶ Der Zugang stehe jedem offen, was gegen eine Gewahrsamssphäre spreche.⁶¹⁷

Bei Körpern und Räumlichkeiten stehe der Festlegung der eigenen Sphären kein Zweifel entgegen, bei befriedetem Gelände müsse aber zunächst geklärt werden, inwieweit eine Umfriedung nötig wäre.⁶¹⁸ Dafür ließen sich nur schwerlich präzise Werte und Eigenschaften festlegen, daher sei davon auszugehen, dass derjenige, der sein Grundstück für sich alleine nutzen und andere von der Nutzung ausschließen will, dieses auch geeignet umzäunen werde.⁶¹⁹ Dabei soll jedoch unerheblich sein, ob beispielsweise Tür und Tor, die in der Umzäunung vorhanden sind, offen stehen oder verriegelt sind, da alleine die Existenz einer Befriedung ausreiche, um die eigene Sphäre begründen zu können.⁶²⁰ Daraus müsse

⁶¹² *Schüerhoff*, S. 203 ff.

⁶¹³ *Schüerhoff*, S. 211.

⁶¹⁴ *Schüerhoff*, S. 205, 210.

⁶¹⁵ *Schüerhoff*, S. 212.

⁶¹⁶ Begriff entstammt dem Beitrag von *Otto* ZStW 79 (1967), 59, 64, der selbst den Gewahrsam aus faktischem und normativ-sozialem Element bestehend versteht.

⁶¹⁷ *Schüerhoff*, S. 206.

⁶¹⁸ *Schüerhoff*, S. 206.

⁶¹⁹ *Schüerhoff*, S. 206 f.

⁶²⁰ *Schüerhoff*, S. 207.

sich dann unzweideutig ein „dingliche[s] – nicht rechtliche[s] – Personen-Objekt-Verhältnis[...]“ ergeben.⁶²¹ Dafür reiche aber beispielsweise das Aufstellen eines Verbotsschildes auf einer frei zugänglichen Fläche nicht aus, es bedürfe vielmehr einer Barriere, die den Ausschluss anderer von der Nutzung aufzeigt.⁶²² Hier könne auch eine Parallele zu § 123 StGB gezogen werden, wobei die Umfriedung als Barriere gegen unbefugtes Eindringen nicht in jeder Konstellation bei § 123 StGB entsprechend gefasst ist;⁶²³ so könne § 123 StGB auch angenommen werden, wenn nur eine bestimmte Art der Benutzung ausgeschlossen ist.⁶²⁴

Für die Begründung neuen Gewahrsams müsse der Gegenstand aus der Sphäre, in der er sich ursprünglich befindet, in eine andere verbracht werden. Wenn Gäste in der Wohnung Gegenstände des Hausherrn zur Begutachtung in die Hand nehmen, bleibe der Gewahrsam bei dem Wohnungsinhaber. Wird der Gegenstand jedoch von dem Gast in die eigene Körpersphäre verbracht, beispielsweise durch heimliches Einstecken, ende die bisherige Sachherrschaft des Wohnungsinhabers.⁶²⁵ Den Gewahrsam an den eigenen Sachen behalte ein Gast, auch wenn er sich in einem fremdem Haus befindet, da seine tatsächliche Sachherrschaft die des Hausinhabers über seine Räumlichkeiten verdränge.⁶²⁶ So bedürfe es ebenfalls in den Fällen in Warenhäusern beziehungsweise Selbstbedienungsläden einer „offenkundigen Überführung“ der Gegenstände in die eigene Sphäre, wofür ein bloßes Betasten oder Ergreifen noch nicht ausreichend sei.⁶²⁷

Ein Gewahrsamswechsel sei grundsätzlich dann anzunehmen, wenn die Sache offenkundig in die Sphäre des anderen verbracht wird. Dies sei im Selbstbedienungsladen anzunehmen, wenn jemand die Ware, ohne sie zu bezahlen, in seine Kleidung steckt. Damit verdränge er die räumliche Sphäre des Ladeninhabers und verbringe dadurch die Sache in die eigene körperliche Sphäre.⁶²⁸

Probleme bereiten allerdings die Sachverhalte, in denen sich Gegenstände außerhalb einer Sphäre und damit außerhalb eines Herrschaftsbereichs befinden. *Schüerhoff* fordert insoweit einen für jedermann ersichtlichen konkreten Bezug

⁶²¹ *Schüerhoff*, S. 207.

⁶²² *Schüerhoff*, S. 207 f.

⁶²³ *Schüerhoff*, S. 208.

⁶²⁴ Dazu *Sternberg-Lieben/Schittenhelm* TK § 123 Rn. 6 f.

⁶²⁵ *Schüerhoff*, S. 209.

⁶²⁶ *Schüerhoff*, S. 209.

⁶²⁷ *Schüerhoff*, S. 210.

⁶²⁸ *Schüerhoff*, S. 210.

zwischen Person und Gegenstand.⁶²⁹ Ein potentieller Täter müsse um die geschützte Beziehung zwischen der Person und der Sache wissen, um sich deren Verletzung bewusst zu sein.⁶³⁰ Laut *Schüerhoff* wurden die Konstellationen, in welchen Ware vor der verschlossenen Ladentür abgestellt wurde, meist zu lapidar anhand der „Anschauungen des täglichen Lebens“ gelöst, was zu willkürlichen Ergebnissen führe.⁶³¹ Dies bezieht er auch auf die Lösung der herrschenden Meinung zu Haustieren, die sich von dem Anwesen des Herrchens entfernt haben, oder weidende Herden. Ein Hund, der vor dem Anwesen des Herrchens umherläuft, könne nicht zwingend von einem vorbeilaufenden Passanten als das Haustier des Anwesenbesitzers eingestuft werden. Entgegen der Auffassung des BGH⁶³² gebe der Eigentümer des Hundes seine Einwirkungsmöglichkeiten auf das Tier auf, indem er es aus der Haustür entlässt und seinen Instinkten überlässt.⁶³³ Anders sei es dagegen zu beurteilen, wenn der Hund angeleint ist und damit eine Verbindung zwischen dem Hund und dem Anwesen oder dem Eigentümer besteht.⁶³⁴ Es bedürfe eines Bindeglieds, das dieses Zugehörigkeitsverhältnis anzeigt, dabei könne es wie in den Beispielen der Zeitung oder der Brötchen, die vor einer Wohnungstür abgelegt werden, ausreichen, wenn sich dieser Zusammenhang aus den äußeren Gegebenheiten ergibt.⁶³⁵

Bei Gegenständen im sogenannten „sphärenfreien Raum“ dürfe man prinzipiell annehmen, dass der Gewahrsam an der Sache nicht mehr bestehe, wenn insoweit kein offenkundiger Zusammenhang vorliege, wobei auch für diesen Zusammenhang jegliche „Sicherheits- oder Befestigungsinstallationen“ ausreichen würden.⁶³⁶

Schüerhoff führt außerdem an, dass für Kraftfahrzeuge und Fahrräder eine eigene Sphäre geschaffen werden müsse, da diese von Natur aus bereits auf der Straße oder auf für sie angelegten Plätzen stehen.⁶³⁷ Dies begründet er anhand der Verkehrsauffassung. Danach sei maßgeblich, ob sich die Fahrzeuge an einem üblichen, ihrem Wesen entsprechenden Ort befinden oder nicht. Deshalb geböte es sich mit Blick auf die schutzwürdigen Interessen des Berechtigten,

⁶²⁹ *Schüerhoff*, S. 212.

⁶³⁰ *Schüerhoff*, S. 213.

⁶³¹ *Schüerhoff*, S. 215.

⁶³² BGH Dallinger MDR 1954, 398.

⁶³³ *Schüerhoff*, S. 216.

⁶³⁴ *Schüerhoff*, S. 216.

⁶³⁵ *Schüerhoff*, S. 217.

⁶³⁶ *Schüerhoff*, S. 219.

⁶³⁷ *Schüerhoff*, S. 223 ff.

diesem auch Gewahrsam zuzuschreiben, selbst wenn sich das Fahrzeug nicht in seiner unmittelbaren Nähe befindet.⁶³⁸

Zu unterscheiden sei außerdem zwischen den genannten Fällen in geschlossenen Herrschaftsbereichen und solchen sogenannter „offenen Sphären“. ⁶³⁹ Eine offene Sphäre werde dem umfriedeten Besitztum entgegengesetzt und betreffe Bereiche, die äußerlich zwar abgegrenzt sind, deren Abgrenzung aber gerade nicht den Anforderungen an eine Gewahrsamsbarriere entspricht, worunter beispielsweise Äcker oder Baustellen zählen, die frei zugänglich oder lediglich mit Markierungen abgegrenzt sind.⁶⁴⁰ Innerhalb dieser offenen Sphären würden Gegenstände im strafrechtlichen Sinne gewahrsamslos, wenn insoweit keine Bezugsperson vorhanden sei, unter deren Aufsicht sich die Sachen befinden.⁶⁴¹ Innerhalb dieser Sphäre anzusiedeln wäre das klassische Pflugbeispiel;⁶⁴² der Bauer, der seinen Pflug auf dem weiter entfernten, unumzäunten Acker lässt, soll nach bisher herrschender Auffassung weiterhin Gewahrsam daran haben. *Schüerhoff* kritisiert dieses Ergebnis,⁶⁴³ nicht zuletzt mit einem Vergleich zu dem Beispiel, dass jemand seinen PKW auf einem öffentlichen Parkplatz abstellt und anschließend mehrere Jahre auf Weltreise ist. Nach *Schüerhoffs* Auslegung der herrschenden Meinung verliere die Person den Gewahrsam an dem PKW, da sich diese Art von Lockerung des Besitzes nicht mehr in dem geforderten sozial üblichen Rahmen⁶⁴⁴ befindet.⁶⁴⁵ Dass hier kein Gewahrsam mehr vorliegen soll, sei aber von außen nicht erkennbar, da die gleiche kriminelle Energie aufgebracht werden müsse, um das „gewahrsamslose“ Auto zu entwenden wie um das Nachbarauto zu entwenden, das noch im Gewahrsam steht, allerdings wäre der Täter das eine Mal nur wegen Unterschlagung, das andere Mal nur wegen Diebstahls zu bestrafen.⁶⁴⁶ Bei der Entwendung des Pfluges, bei der nur relativ geringe kriminelle Energie notwendig sei, sei dann dagegen von Diebstahl auszugehen. Dies sei unhaltbar, daher müsse diese Art von Interessensabwägung abgeschafft werden.⁶⁴⁷ Somit wäre nach Anwendung von *Schüerhoffs* Grundsätzen die Entwendung des Pflugs mangels Gewahrsams kein Diebstahl.

⁶³⁸ *Schüerhoff*, S. 227.

⁶³⁹ *Schüerhoff*, S. 229.

⁶⁴⁰ *Schüerhoff*, S. 229.

⁶⁴¹ *Schüerhoff*, S. 229.

⁶⁴² Urbeispiel bei *Welzel* GA 1960, 257, 265.

⁶⁴³ Siehe nur *Schüerhoff* S. 188 ff., 230.

⁶⁴⁴ So in einem anderen Fall von BGH GA 1969, 25, gefordert.

⁶⁴⁵ *Schüerhoff*, S. 230.

⁶⁴⁶ *Schüerhoff*, S. 230 f.

⁶⁴⁷ *Schüerhoff*, S. 230 f.

Abschließend zieht *Schüerhoff* das Fazit der Untragbarkeit dieser „Interessensbewertung“, die vorgenommen wird, um den Gewahrsam zu begründen und – nach seiner Auffassung – völlig willkürlich ausfalle.⁶⁴⁸ Er plädiert stattdessen für die Lösung über die von ihm entwickelten Gewahrsamssphären.

b) Kritik

Werling moniert, dass *Schüerhoff* im Ergebnis nur gefühlsmäßig urteile.⁶⁴⁹ Zwar sei die Einteilung in die verschiedenen Sphären gut gelungen, da auch die „offenen Sphären“⁶⁵⁰ erfasst seien und daher an jedem Gegenstand eine Beurteilung des Gewahrsams vorgenommen werden könne. Allerdings brauche es dafür einer Interessenabwägung, deren Prinzipien *Schüerhoff* nicht erläutert und deren Ergebnisse weit divergieren. Am Ende entsprächen die Ergebnisse aber doch auch denen der Rechtsprechung.⁶⁵¹

Heinsch sieht das Sphärenmodell von *Schüerhoff* als teils gelungen an und schließt sich der positiven Kritik *Werlings* an, dass alle Bereiche von *Schüerhoff* miteinbezogen werden.⁶⁵² Im Ergebnis arbeite *Schüerhoff* allerdings ebenfalls mit einer Interessenabwägung, was auch *Werling* bereits kritisierte. Bei genauem Hinsehen entpuppe sich das Modell somit als „undurchschaubar und undurchsichtig“. ⁶⁵³ Unklar bleibe das genaue Verhältnis der verschiedenen Sphären zueinander. So solle, wenn eine Person im Laden eine Sache ergreift, zunächst die räumliche Sphäre als vorherrschend gelten, dies unterliege aber dennoch einer Wertung. Das stehe aber im Gegensatz zu *Schüerhoffs* Aussage, dass grundsätzlich immer der körperlichen Sphäre der Vorrang zu gewähren wäre.⁶⁵⁴ Wenn die Gewahrsamsbeurteilung aber wieder einer Wertung unterliege, könne sie auch nicht konkreter ausfallen als die der herrschenden Meinung.⁶⁵⁵

Heinsch kritisiert zudem die Beurteilung des Gewahrsams in offene Sphären hinsichtlich Fahrzeugen, da sich *Schüerhoff* hier ebenfalls nur einer Interessensabwägung bediene.⁶⁵⁶ Dass ein Auto, nur weil es sich an einem für es üblichen Ort befindet, dem Berechtigten zugeordnet wird, ergebe sich hier nur aus der

⁶⁴⁸ *Schüerhoff*, S. 231.

⁶⁴⁹ *Werling*, S. 246 f.

⁶⁵⁰ Begriff von *Schüerhoff*, S. 229 f.

⁶⁵¹ *Werling*, S. 246 f.

⁶⁵² *Heinsch*, S. 140, so auch schon *Werling*, S. 245 f.

⁶⁵³ *Heinsch*, S. 140.

⁶⁵⁴ *Schüerhoff*, S. 205.

⁶⁵⁵ *Heinsch*, S. 141.

⁶⁵⁶ *Heinsch*, S. 141.

Zusammenschau der Interessen des Berechtigten und damit aus einer Interessenabwägung.⁶⁵⁷ So müsse besonders in offenen Sphären wieder auf eine Abwägung zwischen den widerstreitenden Interessen und die Verkehrsauffassung zurückgegriffen werden. Dafür gebe *Schüerhoff* aber weder Kriterien vor, noch liefere er eine klare Definition des Gewahrsams, an die man sich halten könnte.⁶⁵⁸

c) Stellungnahme

Eine gänzliche Abkehr vom Herrschaftswillen – was *Schüerhoff* in der Kritik zum faktisch-sozialen Gewahrsamsbegriff fordert, überzeugt nicht. Über den Herrschaftswillen lassen sich viele faktische Ergebnisse hinreichend korrigieren und überhaupt erfassen. Soweit *Schüerhoff* im sogenannten sphärenfreien Raum einen offenkundigen Zusammenhang zwischen Person und Sache fordert, bleibt unklar, wie dieser Zusammenhang ausgestaltet werden kann, wenn man einmal von dem Beispiel des Hundes, der an einer Leine mit dem Grundstück des Eigentümers verbunden ist, absieht. So kann nicht jede Sache, die sich in einem nicht befriedeten Bereich befindet, gewahrsamslos sein, wenn keine Leine oder ähnliche Hilfsmittel oder Vorrichtungen zum Herrschaftsinhaber führen und der Herrschaftsinhaber selbst nicht vor Ort ist. Dazu kann auch auf die Kritik zu den Ansichten vorher verwiesen werden. Der Unrechtsgehalt des Diebstahls ist weit höher als der der Unterschlagung, daher wird die bloße Unterschlagungsstrafbarkeit in vielen Fällen nicht dem Unrecht gerecht, das hinter einer Tat steht, die als Diebstahl kategorisiert werden sollte. Auch scheint es hier sonst von Zufälligkeiten abhängig – wie einer Leine oder einem Zaun – ob ein Diebstahl oder eine Unterschlagung vorliegt. Im Kontext des Hundebeispiels, an dem kein Gewahrsam mehr bestehen soll, wenn der Inhaber diesen aus dem Haus entlässt, bleibt fraglich, wie sich die Gewahrsamsverhältnisse daran darstellen, wenn der Hund unabhängig von dem Inhaber das Grundstück verlässt. Es erschließt sich außerdem nicht, warum der Hund nicht zugehörig sein soll, eine am Briefkasten liegende Zeitung allerdings schon.

Wie bereits von den anderen Autoren dargestellt, ist es auch widersprüchlich, dass *Schüerhoff* einerseits die Interessenabwägung kritisiert, sie andererseits aber selbst vornimmt und damit seine Ergebnisse legitimiert.

Zwar kritisiert *Schüerhoff* sowohl faktische Elemente als auch die Korrektur über den Herrschaftswillen beziehungsweise die Verkehrsanschauung. Letztlich

⁶⁵⁷ Heinsch, S. 141.

⁶⁵⁸ Heinsch, S. 142.

unterliegt die Bestimmung des Gewahrsams nach seinen Ausführungen aber ebenso normativen Wertungen und der Lebensanschauung. Daher ist sein Ansatz letztlich nicht zielführend.

13. *Werlings* räumliches Konzept von Gewahrsam

a) Darstellung der Ansicht

*Werling*⁶⁵⁹ orientiert sich an der Historie des Diebstahlstatbestands. Bis zur Peinlichen Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532 setzte der Diebstahlstatbestand die Entziehung einer Sache aus fremder Gewere voraus. Der Begriff Gewere soll damals den besonderen räumlichen Friedens- und Schutzbereich umfassen haben.⁶⁶⁰ Daneben gebe es auch eine Entwicklung des persönlichen Schutzbereichs, innerhalb dessen die Entwendungen von Sachen unmittelbar von einer Person einzustufen sind.⁶⁶¹ *Werling* unterscheidet also auch zwischen zwei Schutzbereichen. Sowohl der geographische als auch der körperliche Schutzbereich einer Person hätten eine faktische Schutz- und Friedensfunktion für die darin befindlichen Sachen.⁶⁶² Dies folgert *Werling* aus der Annahme, dass eine sogenannte Friedenslage jeden einzelnen umgebe und damit auch die Sachen, die der Einzelne an sich trägt oder die sich in seiner Wohnung befinden. Die für den Gewahrsam relevante Wegnahme sei somit immer als Eingriff in diesen Friedensbereich und damit dessen Schutzsphäre anzusehen.⁶⁶³

Zur Aufrechterhaltung des persönlichen Gewahrsams sei es erforderlich, dass der Berechtigte unmittelbare Sachherrschaft über die Sache habe oder diese zumindest in seiner Aufsicht und Obhut stehe.⁶⁶⁴ So soll der Zugpassagier, der seine Sachen an seinem Sitzplatz liegen lässt, um auf die Toilette zu gehen, den Gewahrsam daran verlieren. Ein möglicher Täter müsse hier nämlich keine Schutzsphäre überwinden und daher auch keinen Gewahrsam brechen.⁶⁶⁵ In Betracht komme dann also nur eine Unterschlagung.

Für den geographischen Schutzbereich könne man sich an § 123 StGB orientieren; so fielen beispielsweise die räumlichen Bereiche der Wohnung, Geschäftsräume oder das befriedete Besitztum darunter. Nur Gegenstände, die sich innerhalb dieses Bereichs befinden, sollen die räumliche Schutzfunktion genießen.⁶⁶⁶

⁶⁵⁹ *Werling*, S. 255.

⁶⁶⁰ *Werling*, S. 86 f.

⁶⁶¹ *Werling*, S. 88.

⁶⁶² *Werling*, S. 261 f.

⁶⁶³ *Werling*, S. 262.

⁶⁶⁴ *Werling*, S. 275 f.

⁶⁶⁵ *Werling*, S. 273 f.

⁶⁶⁶ *Werling*, S. 264, 269.

Der körperliche Schutzbereich umfasse nur Sachen, die eine Person am Körper trage oder die sie unmittelbar beaufsichtige, sodass eine räumliche Sichtverbindung zu der Sache bestehen müsse.⁶⁶⁷ In den persönlichen Gewahrsam gelangen Sachen durch einen „objektiven Eingliederungsakt [...], der durch die konkludente Handlung eines Außenstehenden und notfalls gegen den Willen des Gewahrsamsinhabers vorgenommen werden könne.“⁶⁶⁸ Daraus lasse sich dann auch die Folgerung ziehen, dass beispielsweise ein frei zugänglich abgestelltes Auto auf einem öffentlichen Parkplatz gewahrsamslos sei und daran lediglich eine Unterschlagung möglich wäre.⁶⁶⁹

Wenn Sachen, die sich vorher im geographischen Gewahrsam einer Person befanden, in den persönlichen Gewahrsam einer Person gelangen sollen, sei die Entfernung der Sache aus dem räumlichen Gewahrsamsbereich nötig oder aber die Übergabe der Sache vom Inhaber des geographischen Gewahrsams an den Inhaber des persönlichen Gewahrsams. Erst dann könne die Schutzfunktion des geographischen Gewahrsams enden.⁶⁷⁰ So habe der persönliche Gewahrsam keinen Vorrang vor dem geographischen.⁶⁷¹ Folglich könne auch im geographischen Schutzbereich nicht allein durch Verstecken einer Sache in der Kleidung einer Person persönlicher Gewahrsam begründet werden, die Sache unterstehe vielmehr noch der Schutzfunktion des räumlich-geographischen Gewahrsamsbereichs.⁶⁷²

„Mitgewahrsam“ lehnt *Werling* ab. Er geht davon aus, dass mehrere Personen an einer Sache Gewahrsam haben können, dieser Gewahrsam aber gerade nicht auf beide aufgeteilt sei, wie dies der Fall beim Mitgewahrsam wäre, sondern die Personen jeweils vollen Gewahrsam über die Sache haben und sich diese Gewahrsamsbereiche überschneiden und dadurch beide Schutz darüber ausüben würden. Folglich liege dann mehrfacher Gewahrsam mehrerer Personen vor und kein Mitgewahrsam.⁶⁷³ Die rechtliche Handhabung entspreche aber derjenigen des Mitgewahrsams, ein Gewahrsamsinhaber könne den Gewahrsam des anderen brechen.⁶⁷⁴

Werling geht auch auf die Frage ein, was gelten soll, wenn verschiedene Schutzbereiche beim Mitgewahrsam miteinander in Konflikt geraten. Steckt jemand

⁶⁶⁷ *Werling*, S. 275 f.

⁶⁶⁸ *Werling*, S. 330.

⁶⁶⁹ *Werling*, S. 314.

⁶⁷⁰ *Werling*, S. 335.

⁶⁷¹ *Werling*, S. 335.

⁶⁷² *Werling*, S. 337 f.

⁶⁷³ *Werling*, S. 361.

⁶⁷⁴ So schlussfolgernd *Heinsch*, S. 144.

eine Sache innerhalb eines räumlich von einer anderen Person beherrschten Bereichs ein, also aus dem geographischen Gewahrsam in seinen eigenen persönlichen Gewahrsam, kollidieren beide Gewahrsamsbereiche miteinander. Hier soll der geographische Gewahrsamsinhaber den Gewahrsam an der Sache behalten, der persönliche Gewahrsam stehe zurück.⁶⁷⁵ Dies untermauert er mit dem Beispiel, dass der Arbeitnehmer zwar tatsächlich körperlich näher am Werkzeug ist, dies aber nichts daran ändere, dass der Arbeitgeber alleiniger Gewahrsamsinhaber sei. Allerdings könne der Arbeitnehmer trotzdem keinen Diebstahl an von ihm entwendeten Dingen begehen, da der Gewahrsam nur eine relative Wirkung habe. Der Arbeitnehmer sei aber so in den geographischen Bereich eingegliedert, dass er nicht als Außenstehender zu sehen sei, der noch in die Schutzbarriere des Bereichs eingreifen müsste, er befinde sich vielmehr schon in der Sphäre. Folglich habe er zwar keinen eigenen Gewahrsam, könne aber mangels Überwindung des Schutzbereichs keinen Gewahrsam brechen und damit auch keinen Diebstahl begehen.⁶⁷⁶

Bei dem Problemkreis des Gewahrsams an verschlossenen Behältnissen müsse laut *Werling* differenziert werden, ob dieses Behältnis einem räumlichen Gewahrsam zugehörig sei oder nicht. Daher soll die Gewahrsamslage an dem Behältnis und an dessen Inhalt dieselbe sein. Sofern das Behältnis mitsamt dessen Inhalt dem räumlichen oder persönlichen Gewahrsam eines anderen zugeschrieben werden kann, sei es gegen Wegnahme geschützt, und ein etwaiger Täter könne einen Gewahrsamsbruch begehen. Befindet sich das Behältnis außerhalb eines geschlossenen Bereichs, könne daran auch kein Gewahrsam erlangt werden. Es komme aber nicht darauf an, ob das Behältnis verschlossen ist oder wer der Schlüsselinhaber ist, da dies bloß ein „mechanisches Sicherungsmittel“ sei.⁶⁷⁷ So würden Behältnis und Inhalt der Person zugesprochen werden, die dieses bei sich führt und tatsächliche Herrschaft darüber hat. Gebe man das Behältnis in die Räumlichkeiten einer anderen Person, so beispielsweise in das Schließfach einer Bank, könne nur der Raumgewahrsamsinhaber Gewahrsam an dem Behältnis und dessen Inhalt haben, da nur dieser Schutz dafür gewährleisten könne und nicht der Schlüsselinhaber, der unter Umständen weit entfernt von der Sache ist, keine Zugriffsmöglichkeit hat und demnach auch keinen Schutz aufrechterhalten könne.⁶⁷⁸

⁶⁷⁵ *Werling*, S. 364.

⁶⁷⁶ *Werling*, S. 364.

⁶⁷⁷ *Werling*, S. 349 f.

⁶⁷⁸ *Werling*, S. 350.

In Räumlichkeiten, die der Öffentlichkeit zugänglich sind, soll auch Gewahrsam an den darin befindlichen Sachen bestehen, welcher dann dem Raumgewahrsamsinhaber zugeschrieben wird. Allerdings sei dieser Gewahrsam schwächer ausgeprägt als der bei Räumlichkeiten, die nur wenigen Leuten offenstehen. Die Schutzfunktion sei hier abgeschwächt, obwohl solche Räumlichkeiten auch von § 123 StGB erfasst werden. Dass hier der Schutz an den Sachen herabgesetzt werde, ändere aber nichts daran, dass sie im Gewahrsam eines anderen stehen und man einen Diebstahl beim Entwenden der Sachen begehen könne.⁶⁷⁹

Allerdings gehe der schützende Gewahrsam gerade nicht so weit, dass auch die Sachen davon erfasst werden, die sich nur am Rand, außerhalb des Bereichs befinden, so beispielsweise die Waren, die von einem Lieferanten vor einem Laden abgestellt werden. Hier liege kein geschützter Bereich vor, weshalb Gewahrsam und damit ein möglicher Diebstahl an den Waren zu verneinen sei.⁶⁸⁰ Dies lasse sich auch auf Haustiere übertragen, die außerhalb des geographischen Schutzbereichs herumlaufen. An ihnen könne ebenso kein Gewahrsam bestehen und damit kein Diebstahl begangen werden.⁶⁸¹

Im Gegensatz zu *Schüerhoff* nimmt *Werling* an, dass selbst an Gegenständen, die in offenen Räumen irgendwie gesondert befestigt sind, kein Gewahrsam bestehen könne. *Schüerhoff* macht insoweit von seinem Grundsatz, es gebe keinen Gewahrsam in offenen Räumen, eine Ausnahme. *Werling* gibt zwar zu, dass durch eine Befestigung Gewahrsam erkennbar gemacht werden könne, allerdings keine zutreffende Abgrenzung ermöglicht werde, da der Gewahrsam so oft mit dem Eigentum verwechselt werde.⁶⁸² Folglich seien auch Befestigungsvorrichtungen wie Schlösser oder Ketten nicht im Stande, Gewahrsam zu begründen.⁶⁸³

Kraftfahrzeugen spricht *Werling* die Raumqualität ab, diese seien nicht von § 123 StGB umfasst und könnten auch im offenen Raum keinen Gewahrsamsschutz für die in ihnen befindlichen Sachen bieten. Dies sehe die herrschende Meinung nur anders, um der hohen Schutzbedürftigkeit und den hohen Sachwerten Rechnung zu tragen.⁶⁸⁴ In offenen Räumen liege also gerade kein Gewahrsamsbereich vor, der mit dem persönlichen oder dem geographischen Gewahrsam vergleichbar wäre.

⁶⁷⁹ *Werling*, S. 269 f.

⁶⁸⁰ *Werling*, S. 269.

⁶⁸¹ *Werling*, S. 270.

⁶⁸² *Werling*, S. 301.

⁶⁸³ *Werling*, S. 302, 304.

⁶⁸⁴ *Werling*, S. 308, 310.

Von Relevanz ist außerdem, was mit den Sachen im räumlichen Gewahrsam einer Person passieren soll, wenn der Gewahrsamsinhaber abwesend ist. Ist der Inhaber der Wohnung auf einer Reise, schütze die Wohnung die sich darin befindlichen Gegenstände, und der Gewahrsam des Wohnungsinhabers bleibe an diesen Sachen bestehen. Dies sei bei dem räumlichen Gewahrsam ausreichend. Für den persönlichen Gewahrsam sei aber ständige Anwesenheit des Gewahrsamsinhabers von Nöten. Diese geforderte Anwesenheit werde aber nicht durch Schlaf oder Bewusstlosigkeit ausgeschlossen. Auch Schlafende oder Bewusstlose seien so weit anwesend, dass ihnen der persönliche Gewahrsam an den Sachen erhalten bleibe.⁶⁸⁵

Mit dem Tod gehe der Gewahrsam des Erblassers auf die Erben über, wenn sich die Sachen in einem geschützten geographischen Gewahrsamsbereich, wie der eigenen Wohnung, befinden. Hatte der Tote die Sachen jedoch nicht in einem geschützten Raum, sondern nur in seinem persönlichen Gewahrsam, gehe der Gewahrsam an den Sachen unter und gerade nicht auf die Erben über.⁶⁸⁶

Werling sieht den Gewahrsam also als räumliches Phänomen an, das entweder aus einem geographisch-räumlichen Element oder aus einem persönlich-räumlichen Element bestehe.⁶⁸⁷ Gewahrsam setze einen faktischen Schutz vor jeglicher Entwendung voraus, der der Einhaltung des Friedensbereichs diene.⁶⁸⁸ Er verzichtet auf einen Gewahrsamswillen.⁶⁸⁹ Somit können auch juristische Personen räumlichen Gewahrsam haben, allerdings rein begrifflich schon keinen persönlichen Gewahrsam.⁶⁹⁰

b) Kritik

Heinsch weist darauf hin, dass *Werlings* Ergebnis beispielsweise bei verschlossenen Behältnissen in der Praxis zu Unstimmigkeiten führen. *Werling* nimmt an, dass bei einem verschlossenen Behältnis der Inhaber des Gewahrsams derjenige ist, der als räumlich oder aber als körperlicher Gewahrsamsinhaber Gewahrsam über das Behältnis hat. Der Gewahrsam an dem Inhalt ist dann auch dieser Person zuzuschreiben. Es komme dabei nicht darauf an, wer tatsächlich Inhaber des Schlüssels von diesem Behältnis ist.⁶⁹¹ Nehme man jetzt aber an, dass nur der

⁶⁸⁵ *Werling*, S. 280.

⁶⁸⁶ *Werling*, S. 284.

⁶⁸⁷ *Werling*, S. 263.

⁶⁸⁸ *Werling*, S. 262.

⁶⁸⁹ *Werling*, S. 263.

⁶⁹⁰ *Werling*, S. 285 f.

⁶⁹¹ *Werling*, S. 349 f.

Schlüsselinhaber tatsächlich auf den Inhalt des Behältnisses zugreifen kann, weil das Schloss nicht überwindbar ist, kann der von *Werling* angenommene Gewahrsamsinhaber nicht ohne den Schlüsselinhaber an den Inhalt herankommen. So können tatsächlich nur beide über den Inhalt verfügen. Sinnvoller wäre es also, Mitgewahrsam anzunehmen.⁶⁹² *Werling* stellt allerdings allein darauf ab, wer die Aufsicht über das Behältnis hat und kommt mit seiner Definition so zu dem Ergebnis, dass trotzdem nur diese Person Gewahrsam hätte. Dabei lässt er außer Acht, dass ein tatsächlich Einfluss darauf gerade nicht vorliegen kann, wenn der Schlüsselinhaber nicht zugegen ist, da er den Inhalt weder sehen noch darauf zugreifen kann.⁶⁹³ *Heinsch* führt auch an, dass unter Umständen nur der Schlüsselinhaber jederzeit ohne den räumlichen oder körperlichen Gewahrsamsinhaber auf das Behältnis zugreifen kann, also konsequenterweise ihm die Aufsicht über das Behältnis unterliegen muss und damit auch der Gewahrsam.⁶⁹⁴ Der Gewahrsam an einem Behältnis und dessen Inhalt könne folglich nicht so pauschal beurteilt werden, wie es *Werling* meint. Die Tatsache, dass das Behältnis unter Umständen fortgeschafft werden kann, müsse die Aufsichtsmöglichkeit des Rauminhabers beeinflussen.⁶⁹⁵

Kritikwürdig sei auch die Auffassung, dass sich mehrere Personen nicht den Gewahrsam an einer Sache teilen könnten, sondern alle für sich vollen Gewahrsam an dem Gegenstand haben. Trotz dieser Prämisse stellt *Werling* die Konstellation, dass einer der Gewahrsamsinhaber den anderen die Sache entwendet, der gleich, wenn ein Außenstehender den Gegenstand an sich nimmt, sodass ein Diebstahl zwischen den Gewahrsamsinhabern bejaht werden würde.⁶⁹⁶ Dabei dürfe aber nicht außer Acht gelassen werden, dass jeder der Gewahrsamsinhaber vor der Entwendung bereits vollen Gewahrsam hatte, er müsste zur Entwendung gar keine Schutzbarriere überwinden, wie es *Werling* eigentlich für den Gewahrsamsbruch fordert. Damit könne konsequenterweise kein Diebstahl vorliegen, sondern höchstens eine Unterschlagung.

Der Verzicht auf Wertungen gelinge *Werling* auch nicht überzeugend. Hier führt *Heinsch* das Beispiel des Arbeitnehmers an, der keinen eigenen Gewahrsam an den Arbeitsmitteln habe, der aber den Gewahrsam seines Arbeitgebers auch nicht brechen können soll. Wenn man *Werlings* Ansatz konsequent anwenden würde, müsste man in dieser Konstellation einen Gewahrsamsbruch annehmen,

⁶⁹² Zutreffend *Heinsch*, S. 151.

⁶⁹³ Zutreffend *Heinsch*, S. 151.

⁶⁹⁴ *Heinsch*, S. 151. Allerdings kann dies nur der Fall sein, wenn ihm der Zugang zu dem Behältnis gewährt wird.

⁶⁹⁵ *Heinsch*, S. 151.

⁶⁹⁶ So *Werling*, S. 362.

da der Arbeitnehmer in den Gewahrsamsbereich des Arbeitgebers eingreift, um die Sache zu entwenden. Dass hier von *Werling* kein Gewahrsamsbruch angenommen wird, könne nur auf Wertungen beruhen.⁶⁹⁷

Die Beschränkung des Gewahrsams auf Sachen, die sich in den § 123 Abs. 1 StGB genannten Bereichen befinden, wie sie *Werling* vorschlägt, könne laut *Timmermann* aus dem heutigen Diebstahlstatbestand nicht abgeleitet werden. Aus dem Wortlaut des § 242 StGB seien dafür keine Gründe ersichtlich.⁶⁹⁸ Zutreffend zeigt *Timmermann* auf, dass es auch nicht dem Willen des Gesetzgebers entspricht, dass auf öffentlichen Flächen oder am Straßenrand geparkte Fahrzeuge oder Fahrräder als gewahrsamslos gelten. Das zeigen auch die Motive für die Einführung des Straftatbestands des unbefugten Gebrauchs eines Fahrzeugs gemäß § 248b StGB. Der Gesetzgeber wollte die Schwierigkeiten aus dem Weg räumen, die sich bei der Zueignungsabsicht ergaben, wenn der Täter ein auf der Straße abgestelltes Fahrzeug wegnimmt.⁶⁹⁹ Dabei ist aber nie vom Gesetzgeber angezweifelt worden, dass eine Wegnahme vorliegen kann, wenn sich ein Fahrzeug an einem öffentlichen Ort befindet, der unter niemandes Sachherrschaft steht. Weiterhin erscheint es lebensfremd, in dem Verstecken einer Sache am Körper noch keine Wegnahme zu sehen, nur weil der räumliche Gewahrsam vorgehe. Die geographische Sachherrschaft kann in solchen Fällen keine Schutzfunktion mehr bieten, wenn der Täter die Sache in seiner körperlichen Sphäre so versteckt, dass eine intensivere Beziehung zu dieser Sache kaum möglich sei.

c) Stellungnahme

Dem Zugpassagier, der sein Gepäck am Platz lässt, um auf die Toilette zu gehen, den Gewahrsam abzusprechen und diesen dann nicht einmal dem Inhaber des Zuges beziehungsweise der Zuggesellschaft zuzusprechen,⁷⁰⁰ erscheint lebensfremd, da vor allem unklar bleibt, ab welcher Entfernung oder auch welcher Zeitspanne davon auszugehen ist, dass eine Person ihren Gewahrsam verliert. Nach *Werling* kommt hier also nur eine Unterschlagung in Betracht. Damit würde die Frage, ob Unterschlagung oder das erhöhte Unrecht des Diebstahls vorliegt, von derartigen Zufälligkeiten abhängig werden, wie der Meteranzahl,

⁶⁹⁷ Heinsch, S. 152.

⁶⁹⁸ So zutreffend *Timmermann*, S. 49.

⁶⁹⁹ *Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen*, BT 1, § 37 Rn. 8; *Wagner* JR 1932, 253, zur damaligen Verordnung gegen unbefugten Gebrauch von Kraftfahrzeugen und Fahrrädern vom 20. Oktober 1932, RGBl. S. 496, die dann so im StGB übernommen wurde, Drittes Strafrechtsänderungsgesetz vom 06.08.1953, BGBl. I S. 735.

⁷⁰⁰ So bei *Werling*, S. 273 f.

die jemand zwischen sich und seinem Gepäck zurücklegt, um die Toilette oder aber einen anderen Gast im Abteil aufzusuchen. Zuzugeben ist, dass der Zugpassagier dann keine tatsächliche Einwirkungsmöglichkeit mehr hat, wenn er sich nicht neben dem Gepäck befindet. Allerdings ist dies auch kein zwingendes Merkmal für den Gewahrsam, wenn man davon ausgeht, dass eine bloß potentielle Zugriffsmöglichkeit ausreicht. Der Wortlaut der Norm schließt dies nicht aus. Außerdem kann sonst zumindest ein räumlicher Gewahrsam des Zuginhabers angenommen werden, da dieser zumindest über die Mitarbeiter eine Zugriffs- und Verfügungsmöglichkeit über die in dem Zug befindlichen Sachen hat und ihm somit auch der generelle Gewahrsam an den darin befindlichen Sachen zuzuschreiben ist. Eine Umdeutung von Diebstahl zu einer Unterschlagung in allen öffentlichen Bereichen würde die Diebstahlsvorschrift auch entwerten, für die extra Qualifikationen und Regelbeispiele geschaffen wurden, die dann vielfach ins Leere laufen. Zu fragen bleibt, warum überhaupt eine Diebstahlsvorschrift eingeführt wurde, wenn sowieso immer die Unterschlagung eingreifen könnte. Damit würde der Diebstahl obsolet werden, was nicht dem Willen des Gesetzgebers entspricht. So kommt *Werling* auch zu dem Ergebnis, dass Fahrräder und Autos, die auf der öffentlichen Straße abgestellt werden, gewahrsamslos sind. Auch das ist eine nicht hinnehmbare Konsequenz dieser Ansicht. *Timmermann* weist zutreffend darauf hin, dass dies nicht dem Willen des Gesetzgebers entspricht. Mit Blick auf die Einführung des § 248b StGB wollte der Gesetzgeber nicht anzweifeln, dass ein Diebstahl an Autos auf öffentlichen Straßen möglich wäre. Da Fahrräder und Kraftfahrzeuge bestimmungsgemäß auf öffentlichen Straßen abgestellt werden, würde dies zu einer massiven Entwertung führen.

Wie bereits von *Timmermann* angeführt wurde, ist die Annahme von *Werling*, dass das Verstecken einer Sache am Körper noch keine Wegnahme darstelle, ebenso wenig nachvollziehbar. Er sieht den räumlichen Gewahrsam als vorrangig an. Da die einzige noch intensivere Beziehung einer Sache zu einer Person der Verzehr der Sache ist, ist dies aber unplausibel. Hier muss die körperliche Sphäre der des räumlichen Bereichs vorgehen, da die räumliche Sphäre nicht mehr die Schutzfunktion bieten kann, die nötig wäre, um Gewahrsam zu bejahen.

Die Konstruktion, die *Werling* bemüht, um Fälle des Mitgewahrsams zu lösen, führt auch zu problematischen Ergebnissen. Der Gewahrsam soll gerade nicht auf mehrere Personen aufgeteilt werden, sondern jede Person habe vollen Gewahrsam. Trotzdem könne ein Gewahrsamsinhaber dem anderen die Sache wegnehmen und einen Diebstahl begehen, da dieser wie ein Außenstehender den Gewahrsam an sich bringt. Im Gegensatz dazu steht der Arbeitnehmer. Hier soll

der Arbeitgeber zwar allein Gewahrsam an den Arbeitsmitteln des Arbeitnehmers haben, der Arbeitnehmer könne aber dennoch keinen Gewahrsamsbruch daran begehen, da er nicht als Außenstehender in den Schutzbereich der geographischen Sphäre eingreift, weil er in diesen Bereich eingegliedert ist. Die Konsequenz daraus wäre, dass Personen nie einen Diebstahl begehen könnten, sofern sie in dem räumlichen Bereich eingegliedert sind. Dies führt vor allem zu massiven Schwierigkeiten bei der Feststellung, wann jemand in einen derartigen Bereich tatsächlich „eingegliedert“ ist, da dann höchstens eine Unterschlagung in Betracht kommt, die nicht dem erhöhten Unrecht entspricht, das hier verwirklicht wurde und dem eine Diebstahlsstrafbarkeit nachfolgen müsste. Außerdem widerspricht sich *Werling* damit selbst, wenn er den Arbeitnehmer gerade nicht als Außenstehenden ansieht, obwohl dieser keinen Gewahrsam haben soll, aber beim „Mitgewahrsamsinhaber“, der Gewahrsam hat, die Position als Außenstehender bejaht. Wie es *Heinsch* zutreffend zusammenfasst, müssen die Mitgewahrsamsinhaber nach *Werlings* Theorie zudem gerade keine Schutzbarriere überwinden, um den Gewahrsam zu erlangen, da sie diesen schon haben. Der Arbeitnehmer muss einen solchen aber überwinden, da er mangels Gewahrsams gerade in den Bereich des Arbeitgebers eingreifen muss.

Weiterhin schreibt *Werling* den Gewahrsam an Behältnis und Inhalt der Person zu, die entweder räumlichen oder körperlichen Gewahrsam daran hat. Er berücksichtigt dabei aber überhaupt nicht, ob das Behältnis verschlossen ist und wer als Schlüsselinhaber tatsächlich auf den Inhalt zugreifen kann. Sofern man annimmt, dass das Schloss mit den zur Verfügung stehenden Mitteln nicht überwindbar ist, kann der Behältnisinhaber ohne Schlüssel tatsächlich nicht auf den Inhalt zugreifen. Eine tatsächliche Herrschaftsmöglichkeit kann dann gerade nicht angenommen werden, weswegen auch der Gewahrsam zu verneinen wäre. Folglich müssen die Gewahrsamsverhältnisse anhand des Einzelfalls geprüft werden, eine pauschale Bejahung des Alleingewahrsams des Behältnisinhabers ist nicht nachvollziehbar.

14. Der Ansatz von *Kahlo* a) Darstellung der Ansicht

Kahlo übt in seinem Beitrag Kritik an der Ansicht, der Gewahrsam hänge von der „tatsächlichen Sachherrschaft“, den „Anschauungen des täglichen Lebens“, „der Verkehrsauffassung“ oder „dem Willen“ ab.⁷⁰¹ Dies sei nur eine „Addition von Einzelelementen“⁷⁰², die eine Art „Dispositionsmasse“⁷⁰³ darstellten, über

⁷⁰¹ *Kahlo*, S. 123, 131 f., vor allem in Bezug auf die Entscheidung BGHSt 16, 271.

⁷⁰² *Kahlo*, S. 123, 131.

⁷⁰³ *Kahlo*, S. 123, 132.

die jeder in der Art entscheide, dass er „jeweils die passende Verkehrsanschauung zugrunde legt“.⁷⁰⁴ Dies führe zu einer massiven Unsicherheit, die Ausrichtung des eigenen Verhaltens an der gesetzlichen Regelung zu messen. Unklarheiten blieben nach der Abschaffung des Mundraubprivilegs zumindest hinsichtlich der Frage, wann die Gewahrsamsbegründung anfängt und damit wann von einer Wegnahme auszugehen ist.⁷⁰⁵ Nach *Kahlo* widerspreche dies sogar dem für das Strafrecht fundamentalen Bestimmtheitsgrundsatz nach Art. 103 Abs. 2 GG. Entsprechend dem Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung erfahre auch die Judikative eine Selbstbindung, die Rechtssicherheit vermitteln soll und auf die gleichmäßige Anwendung und somit auf gleich-gerechte Urteile gerichtet ist.⁷⁰⁶

Um den Gewahrsam zu definieren, muss man sich nach *Kahlo* zunächst vor Augen führen, was Eigentum und Besitz einer Sache bedeuten. Eigentum sei die „grundlegendste und zugleich umfassendste aller Zuordnungsbeziehungen“,⁷⁰⁷ die es einem ermögliche, sowohl nach Belieben damit zu verfahren („positiver Zuweisungsgehalt“) als auch andere von der Einwirkung darauf auszuschließen („negativer Zuweisungsgehalt“).⁷⁰⁸ Unter „Besitz“ sei das „Recht zur tatsächlichen Gewalt einer Person über die Sache“ zu verstehen.⁷⁰⁹ Im Hinblick auf diese Definitionen beschreibt *Kahlo* den Gewahrsam daraus folgend als „die auf einem generalisierenden Sachherrschaftswillen beruhende reale und sozial anerkannte Möglichkeit einer Person, aus ihrer rechtlich garantierten Freiheit über einen körperlichen Gegenstand tatsächlich zu verfügen“.⁷¹⁰ Demnach wird der Gewahrsam als eine „Sach-Lage“ verstanden, „die es dem Handelnden ermöglicht, sich den erwähnten Zuweisungsgehalt zumindest teilweise nutzbar machen zu können.“⁷¹¹

Gewahrsam sei also als Situation zu sehen, in der der Täter über eine Sache in einer Weise verfügt, die eine positive Nutzung der Sache ermöglicht und die nicht nur mit deren Beschädigung einhergeht.⁷¹² Dies basiere auf der Annahme, dass sich die Tathandlung des Zueignungsdelikts des Diebstahls erheblich von den enteignenden Merkmalen der Beschädigung oder Zerstörung einer Sache

⁷⁰⁴ *Kahlo*, S. 123, 132; so auch schon *Mayer* JZ 1962, 622.

⁷⁰⁵ *Kahlo*, S. 123, 132.

⁷⁰⁶ *Kahlo*, S. 123, 133.

⁷⁰⁷ *Kahlo*, S. 123, 134 f.

⁷⁰⁸ *Kahlo*, S. 123, 134 f.

⁷⁰⁹ *Kahlo*, S. 123, 135.

⁷¹⁰ *Kahlo*, S. 123, 135.

⁷¹¹ *Kahlo*, S. 123, 136.

⁷¹² *Kahlo*, S. 123, 135 f.

unterscheide.⁷¹³ Ein Gewahrsamswechsel setze damit die anerkannte Möglichkeit einer Person voraus, aus ihrer rechtlich garantierten Freiheit tatsächlich über einen Gegenstand zu verfügen und den „Aktionsradius“ zu erweitern.⁷¹⁴ Die Wegnahme soll daher „als handlungsbedingte Verschiebung personaler, objektsbezogener Freiheitsbetätigungsmöglichkeiten“,⁷¹⁵ verstanden werden.

Beim Ergreifen einer Sache in einem Selbstbedienungsladen sei das „bloße Indie-Hand-nehmen“ von Ware noch kein versuchter und erst recht kein vollendeter Diebstahl, da sich dieses Verhalten noch im Bereich der rechtlich sozial anerkannten „Sachzuordnungsverhältnisse“ halte.⁷¹⁶ Mit dem Einstecken der Ware in die eigene Jackentasche liege auch noch keine Gewahrsamsbegründung vor, der Täter befinde sich hier noch nicht in der Situation, über die Ware insoweit zu verfügen, dass er eine positive Nutzung daraus ziehen könne.⁷¹⁷ Unbeachtlich bleibe eine mögliche Beobachtung durch Personal.⁷¹⁸ In diesem Stadium bestehe nur die Möglichkeit des Beschädigens oder Zerstörens, was ja gerade nicht als Zueignung gesehen werden könne.⁷¹⁹ Den Gewahrsamswechsel nimmt *Kahlo* erst dann an, wenn der Täter den Kassenbereich passiert und damit den Gewahrsamsbereich des Geschäftsinhabers verlässt, da dann der Inhaber oder das Personal den Gewahrsamswillen nicht mehr aufrechterhalten könne.⁷²⁰ Somit bleibe dem Täter solange noch die Möglichkeit eines freiwilligen Rücktritts nach § 24 StGB erhalten, da die Vollendung der Tat erst spät eintritt.⁷²¹ Nach der herrschenden Meinung, die eine Vollendung mit dem Einstecken annimmt, wäre der Täter dagegen schon wegen vollendetem Diebstahl zu bestrafen, selbst wenn er nach dem Einstecken der Ware Gewissensbisse bekommt und die Ware dann doch auf das Kassenband legt, um sie zu bezahlen, oder die Sachen wieder zurück ins Regal stellt.⁷²² In Kaufhäusern beginne die Wegnahmehandlung, wenn der mutmaßliche Täter die Gegenstände offen in der Hand hat und damit die Abteilung verlässt, in der sich die für diesen Bereich „zuständige Kasse“ befindet.⁷²³ Erst mit Verlassen des Kaufhauses würde dieser Versuch in die Vollendung umschlagen. Sofern der Täter die Ware einsteckt oder

⁷¹³ *Kahlo*, S. 123, 136.

⁷¹⁴ *Kahlo*, S. 123, 136.

⁷¹⁵ *Kahlo*, S. 123, 140.

⁷¹⁶ *Kahlo*, S. 123, 137.

⁷¹⁷ *Kahlo*, S. 123, 137 f.

⁷¹⁸ *Kahlo*, S. 123, 137.

⁷¹⁹ *Kahlo*, S. 123, 138.

⁷²⁰ *Kahlo*, S. 123, 139.

⁷²¹ *Kahlo*, S. 123, 139.

⁷²² *Kahlo*, S. 123, 139.

⁷²³ *Kahlo*, S. 123, 139.

verdeckt, verwirkliche er damit nur einen Versuch, bis er die tatsächliche Möglichkeit hat, über sie zu verfügen.⁷²⁴ Die Verfügungsmöglichkeit hänge aber von den Umständen des Einzelfalls ab, wobei auch die Größe der betreffenden Ware oder auch mögliche Erkennungszeichen, die sie als zum Laden gehörig kennzeichnen, zur Beurteilung miteinbezogen werden müssten.⁷²⁵ Bei dem Entwenden von Gegenständen in Wohnungen werde man die Vollendung nicht bejahen können, solange der Täter nicht die von der Rechtsordnung geschützte Gewahrsamssphäre des Wohnungsinhabers mit den entwendeten Gegenständen verlassen hat.⁷²⁶

b) Kritik

Gegen *Kahlos* Ansatz lässt sich zunächst in Übereinstimmung mit *Timmermann*⁷²⁷ anführen, dass dem Wortlaut von § 242 StGB ein solches Erfordernis der Nutzungsmöglichkeit der Sache nicht zu entnehmen ist. § 242 StGB setzt eine Zueignungsabsicht voraus, die einerseits durch die Aneignung der Sache, also die wirtschaftliche Einnahme der Stellung des Eigentümers,⁷²⁸ und andererseits durch die Einverleibung der Sache oder des Wertes in das Vermögen des Täters gekennzeichnet ist.⁷²⁹ Diese Zueignungsabsicht bestimmt sich aber gerade subjektiv und nicht objektiv, es handelt sich um eine überschießende Innentendenz.⁷³⁰ Dazu gibt es auch kein Pendant im objektiven Tatbestand, auch aus dem Begriff der Wegnahme lässt sich kein solches Erfordernis der Nutzungsmöglichkeit ableiten.⁷³¹

Nach *Schmitz* ergeben sich unter Zugrundelegung der Auffassung von *Kahlo* vor allem Probleme beim Abstellen einer Sache im öffentlichen Raum. Da man damit die Möglichkeit einer Nutzung der Sache aufgibt, würde man auch seinen Gewahrsam daran verlieren und ein Diebstahl an diesen Sachen wäre nicht möglich, da kein Gewahrsam vorliegt, der gebrochen werden könnte.⁷³² Außerdem kritisiert er die Herangehensweise, den Gewahrsam über die Tatvollendung zu bestimmen.⁷³³

⁷²⁴ *Kahlo*, S. 123, 139.

⁷²⁵ *Kahlo*, S. 123, 139 f.

⁷²⁶ *Kahlo*, S. 123, 140.

⁷²⁷ *Timmermann*, S. 48 f.

⁷²⁸ *Bosch* TK § 242 Rn. 47.

⁷²⁹ *Hoyer* SK § 242 Rn. 105.

⁷³⁰ *Hoyer* SK Vorbemerkungen zu § 242 Rn. 10; *Bosch* TK § 242 Rn. 46.

⁷³¹ *Timmermann*, S. 49.

⁷³² *Schmitz* MüKo § 242 Rn. 69.

⁷³³ *Schmitz* MüKo § 242 Rn. 64.

c) Stellungnahme

Gegen die Auffassung von *Kahlo* spricht maßgeblich, dass der objektive Tatbestand des Diebstahls gerade nicht auf eine Nutzungsmöglichkeit oder einen Nutzungswillen abstellt. Ein bloßes Beschädigen oder Zerstören wird erst im Rahmen der Zueignungsabsicht als Teil des subjektiven Tatbestands ausgeschlossen und nicht bereits im objektiven Tatbestand. Insoweit ist der Gesetzeswortlaut eindeutig.

Folglich ist *Kahlos* Ansatz abzulehnen.

15. *Lings* Sachzuordnung

a) Darstellung der Ansicht

Ling versucht, unter Rekurs auf die Apprehensionstheorie den Wegnahmebegriff zu konkretisieren.⁷³⁴ Er fragt, ob der Täter mit seiner Handlung eine neue „Sachzuordnung herstellt, die dem äußeren Erscheinungsbild nach keine andere plausible Deutung zuläßt als diejenige der Begründung eines Exklusivitätsverhältnisses zum Nachteil des bisherigen Gewahrsamsinhabers“.⁷³⁵ Diese Folgerungen zieht *Ling* aus der Prämisse, dass die Zueignungsabsicht des § 242 StGB bei der Wegnahme in Erscheinung treten müsse.⁷³⁶ Außerdem müsse der neue Gewahrsam in Bezug auf die zukünftige Prognose der Exklusivität der Sachzuordnung gleichwertig mit dem bisherigen Gewahrsam sein.⁷³⁷

Als Wegnahmehandlung kann nach *Ling* nur ein Verhalten angesehen werden, das vom normalen Verhalten abweicht. Jede Handlung, die den sozialen Gepflogenheiten entspreche, müsse über die Beurteilung des Exklusivitätsverhältnisses widerlegt werden, um als Wegnahme eingestuft zu werden.⁷³⁸ Daraus wird gefolgert, dass das bloße Einstecken eines kleinen Gegenstands in die Jacke in einem Selbstbedienungsladen noch nicht als abweichendes Verhalten angesehen werden kann, ebenso wenig wie das Legen in einen kundeneigenen offenen Einkaufskorb.⁷³⁹ Hier bleibe eine anderweitige Erklärung der betroffene Person möglich, welcher Grund für dieses Verhalten vorliegt. So könnte die Sache beim

⁷³⁴ *Ling* ZStW 110 (1998), 919.

⁷³⁵ *Ling* ZStW 110 (1998), 919, 939.

⁷³⁶ *Ling* ZStW 110 (1998), 919, 934, 939.

⁷³⁷ *Ling* ZStW 110 (1998), 919, 941.

⁷³⁸ *Ling* ZStW 110 (1998), 919, 940.

⁷³⁹ *Ling* ZStW 110 (1998), 919, 940.

weiteren Einkauf störend sein oder man habe sich das „lästige Ab- und Wiederanketten eines Einkaufswagens“ gespart.⁷⁴⁰ Daher müsse es der Geschäftsinhaber hinnehmen, dass Kunden Ware in die eigene Jackentasche einstecken, da dies als Begleiterscheinung zu dem von ihm intendierten Umgang mit der Ware anzusehen sei.⁷⁴¹ Das Verbergen von Ware oder Verbringen der Ware in Behälter, die gewöhnlicherweise nicht zum Transport zur Kasse verwendet werden, könne dagegen als geeignete Wegnahmehandlung eingestuft werden, allerdings dürfe der Täter dabei nicht von einer eingriffsbereiten Person beobachtet werden und die Ware dürfe nicht gesichert worden sein. Dies würde sonst eine günstige Bestandsprognose für die exklusive Sachzuordnung und damit eine Wegnahme ausscheiden lassen.⁷⁴²

b) Kritik

Timmermann kritisiert den Ansatz von *Ling* als zu unbestimmt, vor allem im Hinblick auf das Erfordernis der günstigen Bestandsprognose, aber auch in Bezug auf die Frage, ob das Verhalten des Täters vom „normalen Verhalten im Umgang mit fremden beweglichen Sachen erheblich abweicht und so nach dem äußeren Erscheinungsbild keine andere plausible Deutung zulässt, als diejenige der Begründung einer exklusiven Sachzuordnung zu Lasten des bisherigen Gewahrsamsinhabers.“⁷⁴³ So soll das Einstecken der Ware in die Manteltasche in einem Selbstbedienungsladen nicht unter den Gewahrsamsbruch fallen. Allerdings sei es ebenso vertretbar, in dem Einstecken der Ware keine andere plausible Deutung zu sehen als die Begründung der exklusiven Sachzuordnung zu Lasten des bisherigen Gewahrsamsinhabers.⁷⁴⁴ Letztlich kann damit je nach Argumentation jede Lösung vertreten werden, was das Ergebnis in das Ermessen des Bearbeiters stellt und das Kriterium unbestimmt wirken lässt.⁷⁴⁵ Im Ergebnis werde auch hier auf die Verkehrsanschauung abgestellt und damit keine höhere Bestimmtheit erreicht. Fraglich erscheine es auch, mit *Ling* das Einstecken der Ware nicht als Wegnahme zu sehen, da die Person behaupten könnte, Ware eingesteckt zu haben, da sie beim weiteren Einkauf störend wäre. Das würde dazu führen, dass jeder Täter sich durch eine solche bloße Schutzbehauptung von dem Wegnahmeworwurf distanzieren könnte.⁷⁴⁶ Zu widersprechen sei auch der Aus-

⁷⁴⁰ *Ling* ZStW 110 (1998), 919, 940.

⁷⁴¹ *Ling* ZStW 110 (1998), 919, 940.

⁷⁴² *Ling* ZStW 110 (1998), 919, 941 f.

⁷⁴³ *Timmermann*, S. 47.

⁷⁴⁴ *Timmermann*, S. 47.

⁷⁴⁵ So im Ergebnis auch *Timmermann*, S. 48.

⁷⁴⁶ *Timmermann*, S. 48.

sage, dass der Geschäftsinhaber ein Einstecken der Ware als typische Begleitscheinung des Umgangs mit Waren hinnehmen müsse. Der Geschäftsinhaber sei gerade dazu berechtigt, aufgrund seines Eigentums an den Waren nach § 903 BGB selbst zu bestimmen, wie die Kunden mit den von ihm angebotenen Waren umgehen dürfen.⁷⁴⁷

Schmitz äußert sich kritisch hinsichtlich der Ähnlichkeit der Ansichten von *Kahlo* zu *Ling*, da beide über die Tatvollendung den Gewahrsam bestimmen wollen.⁷⁴⁸ Er sieht es weiterhin kritisch, dass die Definition nur die Begründung neuen Gewahrsams in den Fokus nehme und demnach nicht als generelle Beschreibung des Gewahrsams taue.⁷⁴⁹

c) Stellungnahme

Festzuhalten ist, dass auch *Lings* Ansatz, danach abzugrenzen, ob jemand ein Exklusivitätsverhältnis zum Nachteil des bisherigen Gewahrsamsinhabers begründen will, letztlich von Argumentationen abhängt. So soll danach gefragt werden, ob das Verhalten keine andere plausible Deutung zulässt. Damit wird die Entscheidung aber an die Tatsache gebunden, ob sich jemand eine plausible Erklärung für die in Frage stehende Handlung ausdenken kann und diese, wenn es die eigene Handlung betrifft, als Schutzbehauptung zum Entgehen einer Diebstahlsstrafbarkeit aufstellt. Letztlich ist die Frage, ob eine plausible andere Erklärung vorliegt, eine rein normative und bietet damit auch kein Mehr an Bestimmtheit als das Abstellen auf soziale Normen oder auf die Verkehrsanschauung.

Auch ist *Schmitz* hier zuzustimmen, wenn er anführt, dass *Lings* Beschreibung gerade nur die Begründung von neuem Gewahrsam in den Blick nimmt und damit nicht generell den Gewahrsam definiert.

Der Ansatz von *Ling* überzeugt daher nicht.

⁷⁴⁷ *Timmermann*, S. 48.

⁷⁴⁸ *Schmitz* MüKo § 242 Rn. 64.

⁷⁴⁹ *Schmitz* MüKo § 242 Rn. 64.

16. *Hoyers* Eingliederung in ein Nutzungsreservat
- a) Darstellung der Ansicht

Hoyer definiert den Gewahrsam als „Eingliederung in ein Nutzungsreservat“.⁷⁵⁰ Dies folgert er daraus, dass § 242 StGB voraussetze, dass die Wegnahme „in der Absicht“ der Aneignung vollzogen worden sein muss. Die Wegnahme müsse die Aneignung der Sache ermöglichen.⁷⁵¹ Wenn jede Aneignung in einer bestimmten Nutzung der Sache besteht, bereite der Täter mit der Wegnahme die Nutzung einer Sache vor.⁷⁵² Das Nutzungsreservat wird als räumlicher Bereich einer Person verstanden, der dieser Person „dazu dient, sich die dort befindlichen Sachen für etwaige künftige Nutzungen verfügbar zu halten“, was soweit auch für die Verkehrsauffassung erkennbar sein müsse.⁷⁵³

Das Nutzungsreservat selbst könne durch „faktische Okkupation“⁷⁵⁴, aber auch durch rechtliche Vereinbarung begründet werden.⁷⁵⁵ Die Gewahrsamssphäre entstehe damit nicht kraft sozialer Zuordnung, sondern aufgrund tatsächlicher und rechtlicher Umstände.⁷⁵⁶ Das Ergebnis werde zwar im besten Fall von der sozialen Anschauung nachvollzogen, dies sei aber nicht nötig.⁷⁵⁷ Wenn beispielsweise ein Täter einen Mantel, den er zuvor einem anderen abgenommen hat, sich selbst überstreift, so werde dieser für die Nutzung durch den Täter tatsächlich reserviert, stehe damit für die eigene Nutzung bereit und schließe dadurch andere von der Nutzung aus.⁷⁵⁸ In Fortführung dieser Gedanken habe der Täter auch die Manteltaschen für seine Nutzungen reserviert, woraus folge, dass er beim Einstecken von Sachen in seine Manteltaschen auch diese in sein Nutzungsreservat verbringe.⁷⁵⁹

Daraus wird der Schluss gezogen, dass auch in einem Selbstbedienungsladen der Täter, sobald er Sachen in seine Jackentasche oder in eine bei sich geführte Tasche steckt, stets Gewahrsam an diesen eingesteckten Sachen erlange.⁷⁶⁰ Als weiteres Beispiel zur tatsächlichen Begründung eines Nutzungsreservats führt

⁷⁵⁰ *Hoyer* SK § 242 Rn. 32.

⁷⁵¹ *Hoyer* SK § 242 Rn. 32.

⁷⁵² *Hoyer* SK § 242 Rn. 82 f.

⁷⁵³ *Hoyer* SK § 242 Rn. 32.

⁷⁵⁴ *Hoyer* SK § 242 Rn. 33.

⁷⁵⁵ *Hoyer* SK § 242 Rn. 33.

⁷⁵⁶ *Hoyer* SK § 242 Rn. 33.

⁷⁵⁷ *Hoyer* SK § 242 Rn. 33.

⁷⁵⁸ *Hoyer* SK § 242 Rn. 33.

⁷⁵⁹ *Hoyer* SK § 242 Rn. 33; andere Ansicht *Ling* ZStW 110 (1998), 919, 925 f.

⁷⁶⁰ *Hoyer* SK § 242 Rn. 33.

Hoyer an, dass der Hausbesitzer an einem besetzten Haus nur deswegen Gewahrsam erlange, weil er „es als Nutzungsbereich tatsächlich für sich vereinnehmt“, ⁷⁶¹ und nicht, weil seine „Verfüugungsmöglichkeit auf die Sache von der Verkehrsauffassung anerkannt“ sei. ⁷⁶² Auch mit Abstellen eines Fahrzeugs auf einem öffentlichen Parkplatz „okkupiert der Fahrer den beanspruchten Platz als Nutzungsreservat für sich“, ⁷⁶³ das dort abgestellte Fahrzeug verbleibe damit in seinem Gewahrsam. ⁷⁶⁴ Gleiches soll gelten für den Pflug, den ein Bauer am Feldrand zurücklässt oder den Mantel, den ein Gast im Wirtshaus an die Garderobe hängt. ⁷⁶⁵ Insoweit stimmen die Ergebnisse auch mit denen der herrschenden Meinung überein. Bei Verlust einer Sache sei der Nutzer gerade nicht mehr zu einer späteren Weiterbenutzung bereit, sodass der Gewahrsam entfalle. ⁷⁶⁶ Wird die Sache nur verlegt, behalte er den Gewahrsam daran. ⁷⁶⁷ Vergisst der bisherige Nutzer die Sache an einem für ihn nicht mehr erreichbaren Ort, so könne dieser Ort auch kein Nutzungsreservat mehr bilden. Der Gewahrsam gehe dann über auf den jeweiligen Nutzer, der den Ort generell für Nutzungen bereithält. ⁷⁶⁸

Sobald sich rechtliche Vereinbarungen auf die Zuordnung zu einem bestimmten Nutzungsreservats beziehen, können diese auch die Gewahrsamsverhältnisse beeinflussen. ⁷⁶⁹ Besteht aber ein Widerspruch zwischen der Nutzungsberechtigung und dem faktischen Nutzungsverhältnis, soll nur die faktische Situation über den Gewahrsam entscheiden. ⁷⁷⁰ Daraus folge auch, dass der Pächter eines allgemein zugänglichen Grundstücks den Gewahrsam daran innehaben soll, „solange kein Dritter das Grundstück für seine Zwecke okkupiert“. ⁷⁷¹

Innerhalb rechtlicher Weisungsverhältnisse behalte grundsätzlich der Weisungsberechtigte den Gewahrsam an den Geräten, solange der Weisungsunterworfenen sich an die Weisungen hält. Falls er sich allerdings zum Nutzer des Geräts im eigenen Interesse „aufschwingt“ und gegen die ihm erteilten Weisungen verstößt, gehe der Gewahrsam auf ihn über. ⁷⁷²

⁷⁶¹ *Hoyer* SK § 242 Rn. 34.

⁷⁶² So aber *Kindhäuser/Hoven* NK § 242 Rn. 28.

⁷⁶³ *Hoyer* SK § 242 Rn. 35.

⁷⁶⁴ So im Ergebnis auch *Fischer* § 242 Rn. 12; *Vogel/Brodowski* LK § 242 Rn. 64.

⁷⁶⁵ *Hoyer* SK § 242 Rn. 35.

⁷⁶⁶ So in einem anderen Fall BGH GA 1969, 25; *Hoyer* SK § 242 Rn. 36.

⁷⁶⁷ *Hoyer* SK § 242 Rn. 36.

⁷⁶⁸ *Hoyer* SK § 242 Rn. 36.

⁷⁶⁹ *Hoyer* SK § 242 Rn. 37.

⁷⁷⁰ *Hoyer* SK § 242 Rn. 37.

⁷⁷¹ *Hoyer* SK § 242 Rn. 37; im Ergebnis auch *Vogel/Brodowski* LK § 242 Rn. 63.

⁷⁷² *Hoyer* SK § 242 Rn. 37; *Kargl* JuS 1996, 972, 975; andere Ansicht (Mitgewahrsam) *Bosch* TK § 242 Rn. 27; *Schmitz* MüKo § 242 Rn. 81; *Vogel/Brodowski* LK § 242 Rn. 79.

Bei der Übergabe von Sachen sei es maßgeblich, ob diese aufgrund eines „selbstständigen, vom Willen des vormaligen Gewahrsamsinhabers unabhängigen Nutzungsrechts erfolgt“. ⁷⁷³ Bei Übergabe von Kleidung zur Ansicht oder Anprobe verbleibe der Gewahrsam bei dem Ladeninhaber, bei Übergabe von Sachen an einen Käufer oder Mieter liege ein Gewahrsamswechsel vor. ⁷⁷⁴ Wenn eine Sache aufgrund von Gewalt oder Drohung abgenötigt wird, entscheide die „faktische Überführung in ein Nutzungsreservat des Täters“. ⁷⁷⁵

Als Gewahrsamsinhaber kommen damit alle rechtsfähigen, also auch juristische Personen in Betracht. ⁷⁷⁶

b) Kritik

Insbesondere *Schmitz* äußerte sich zu *Hoyers* Konzeption des Nutzungsreservats. Die Ansicht von *Hoyer* führe zu der Konsequenz, dass auch der Gewahrsam des Opfers durch eine Nutzungsabsicht bestimmt wird. Das Opfer habe demnach an solchen Sachen keinen Gewahrsam, die es nicht nutzen will oder kann. Dies führe zu dem Ergebnis, dass ein potentieller Täter in diesem Fall gerade keinen Gewahrsam brechen müsse und damit keinen Diebstahl begeht. ⁷⁷⁷ Nicht an allen Sachen, die eine Person nicht unbedingt nutzen will, dürfe der Gewahrsam einfach so entfallen. *Schmitz* nennt das Beispiel, dass ein Erbe geerbte Kisten im Keller habe, die er zu dem Zeitpunkt nicht nutzen will und auch nicht weiß, ob er irgendwann Lust verspürt, diese zu öffnen und zu benutzen. ⁷⁷⁸ Unklar bleibe auch, worunter der Fall zu fassen sei, dass ein Täter eine fremde Sache entwendet, um diese zu vernichten. Der Täter habe dann keine Nutzungsabsicht und würde demnach auch keinen Gewahrsam begründen. ⁷⁷⁹ Der Gewahrsam des bisherigen Gewahrsamsinhabers würde aber dennoch entfallen, da dieser keine Nutzungsabsicht mehr bezüglich einer vernichteten Sache habe. Auch der Wortlaut des § 242 stehe dem Abstellen auf eine Nutzungsabsicht entgegen. ⁷⁸⁰

⁷⁷³ *Hoyer* SK § 242 Rn. 37.

⁷⁷⁴ *Hoyer* SK § 242 Rn. 38.

⁷⁷⁵ *Hoyer* SK § 242 Rn. 38.

⁷⁷⁶ *Hoyer* SK § 242 Rn. 39; andere Ansicht RGSt 60, 271; *Bosch* TK § 242 Rn. 29; *Fischer* § 242 Rn. 13; *Kindhäuser/Hoven* NK § 242 Rn. 34; *Vogel/Brodowski* LK § 242 Rn. 57.

⁷⁷⁷ *Schmitz* MüKo § 242 Rn. 67.

⁷⁷⁸ *Schmitz* MüKo § 242 Rn. 67.

⁷⁷⁹ *Schmitz* MüKo § 242 Rn. 67.

⁷⁸⁰ *Schmitz* MüKo § 242 Rn. 67.

Zudem geht *Hoyer* grundsätzlich von der rechtlichen Lage der Verhältnisse aus, obwohl nach seinen Ausführungen die faktische Lage vorgehe.⁷⁸¹ Der Gewahrsamsübergang von Waren in einem Selbstbedienungsladen soll nämlich davon abhängen, ob ein Kaufvertrag zustande gekommen ist, unabhängig davon, ob die Ware bereits ergriffen wurde.⁷⁸² Dies bestimme sich rein nach der rechtlichen Komponente. Innerhalb rechtlicher Weisungsverhältnisse richte sich der Gewahrsam nach *Hoyer* ebenfalls nach der rechtlichen Beurteilung. Der Weisungsberechtigte behalte den Gewahrsam, es sei denn, dieser werde auf den Weisungsempfänger übertragen. Der Weisungsempfänger habe ansonsten bloße „Gewahrsamsdienerschaft“ inne, außer er würde beschließen, die Sache für sich zu nutzen.⁷⁸³

Nach *Schmitz* kann ein innerer Beschluss zudem nicht ausreichen, um die faktische Komponente, die vorhandene rechtliche Nutzungsmöglichkeit, auszuschießen.⁷⁸⁴

c) Stellungnahme

Hoyer stimmt im Ergebnis häufig mit der herrschenden Ansicht überein. Er unterscheidet zwischen Verlust von Sachen und deren Vergessen. Auch die Gewahrsamsverhältnisse in öffentlichen Bereichen werden hinreichend beachtet und anhand verschiedener Nutzungsreservate gewisser Personen zugeordnet. Die Zuordnung zu einem Nutzungsreservat ergebe sich aus faktischen und rechtlichen Umständen. Bereits *Schmitz* hat allerdings zu Recht angemerkt, dass *Hoyer* zwar anführt, bei Widersprüchlichkeit von faktischen und rechtlichen Umständen der faktischen Komponente den Vorrang zu geben, er dies im Ergebnis aber gerade nicht beachtet und damit seine eigene Ansicht nicht konsequent anwendet.

Es erscheint auch nicht überzeugend, warum aufgrund der Einführung dieser Nutzungsreservate juristischen Personen Gewahrsam zugestanden werden soll.

Schmitz Hinweis auf das wenig überzeugende Ergebnis, wenn jemand etwas besitzt, es jedoch nicht nutzen will, wie beispielsweise eine ererbte Kiste, verdient ebenfalls Zustimmung. Ebenso problematisch ist *Hoyers* Lösung, wenn ein Täter eine fremde Sache entwendet, um diese zu vernichten. In einer solchen Kons-

⁷⁸¹ So *Hoyer* SK § 242 Rn. 37.

⁷⁸² *Hoyer* SK § 242 Rn. 38.

⁷⁸³ *Hoyer* SK § 242 Rn. 37.

⁷⁸⁴ *Schmitz* MüKo § 242 Rn. 68.

tellation hat der Täter keine Nutzungsabsicht, er begründet damit unter Zugrundlegung der Auffassung von *Hoyer* keinen Gewahrsam und begeht keinen Diebstahl,⁷⁸⁵ allerdings hat auch der bisherige Gewahrsamsinhaber keine Nutzungsabsicht bezüglich der vernichteten Sache mehr. *Hoyer* führt mit der Nutzungsabsicht ein weiteres Merkmal ein, das erforderlich ist, um einen Diebstahl zu begehen. Dadurch scheiden allerdings Fälle bereits im objektiven Tatbestand aus, die sonst erst mangels Vorliegens der Aneignungsabsicht auszuschließen wären. Dies lässt die Zueignungsabsicht bedeutungslos werden, was nicht im Sinne des Gesetzgebers wäre.

Insgesamt erscheint damit *Hoyers* Konzept nicht stimmig und ist abzulehnen.

17. *Timmermanns* Ansatz
a) Darstellung der Ansicht

Timmermanns Ansatz orientiert sich an den sozialen und faktischen Umständen. Sie beschreibt den Gewahrsam in einer „ersten Annäherung [...] als eine tatsächliche Beziehung zwischen einer natürlichen oder juristischen Person und einer beweglichen Sache, die durch objektive und subjektive Merkmale gekennzeichnet ist.“⁷⁸⁶ Als entscheidend erachtet sie, ob der Standort einer Sache durch eine oder mehrere Personen bestimmt wird. Dies setze voraus, dass diese Person den Standort der Sache auch kennt.⁷⁸⁷ Gewahrsam werde demnach begründet, wenn jemand „zu einem bestimmten Zeitpunkt allein bestimmt und bestimmen will, an welchem Ort sich diese Sache befindet“, was auch rein gedanklich geschehen kann.⁷⁸⁸ Demnach liege dann eine Begründung neuen Gewahrsams vor, wenn durch einen anderen bestimmt wird, wo sich die Sache befindet oder er dies zumindest allein bestimmen will und „der bisherige Gewahrsamsinhaber überhaupt nicht mehr bestimmt, wo sich die Sache befindet“. ⁷⁸⁹ Dadurch werde Alleingewahrsam an der Sache durch den Bestimmen-begründet.⁷⁹⁰ Von einem Fortbestehen dieses Gewahrsams sei auszugehen, wenn die Bestimmung des Standorts von anderen Personen anerkannt wird.⁷⁹¹ Dabei reiche es auch aus, wenn als Ort ein genereller räumlicher Bereich gewählt wird. Der Gewahrsam ende nicht bei Verlegen der Sache in diesem Be-

⁷⁸⁵ Hier würde es auch spätestens an der für den subjektiven Tatbestand des § 242 StGB erforderlichen Aneignungsabsicht fehlen.

⁷⁸⁶ *Timmermann*, S. 50.

⁷⁸⁷ *Timmermann*, S. 51.

⁷⁸⁸ *Timmermann*, S. 51.

⁷⁸⁹ *Timmermann*, S. 52.

⁷⁹⁰ *Timmermann*, S. 51.

⁷⁹¹ *Timmermann*, S. 52.

reich durch den Gewahrsamsinhaber, selbst bei Unkenntnis, wo die Sache tatsächlich aufzufinden ist.⁷⁹² Mitgewahrsam bestehe, wenn mehreren Personen die Entscheidung obliegt, wo sich eine Sache befinden soll oder sie dies zumindest bestimmen wollen.⁷⁹³ *Timmermann* verzichtet dabei nach eigenen Angaben völlig auf die Kriterien der Sachherrschaft, der Verkehrsanschauung und der sozialen Zuordnung.⁷⁹⁴ Als Beispiel führt sie den klassischen Lehrbuchfall des Pfluges auf dem Feld an, bei dessen Lösung es in ihrem Ansatz nicht der Verkehrsanschauung bedarf. Der Bauer behalte den Gewahrsam an dem auf dem Feld zurückgelassenen Pflug so lange, wie er selbst darüber entschieden hat, dass der Pflug auf dem Feld verbleiben soll und diese Ortsbestimmung auch von Außenstehenden so anerkannt wird.⁷⁹⁵

Beim Verbringen von Ware in den Einkaufswagen im Supermarkt soll der Täter, der Ware im Einkaufswagen versteckt, neben dem Geschäftsinhaber Mitgewahrsam haben, und das unabhängig von der Tatsache, ob er dabei beobachtet wird oder nicht.⁷⁹⁶ Dieses Ergebnis wird daraus gefolgert, dass der Geschäftsinhaber bestimmt hat, dass die Waren zur Kasse in einem Einkaufswagen transportiert werden und er damit eine Ortsbestimmung getroffen hat. Der Täter habe diese Ortsbestimmung insoweit anerkannt, als dass er die Ware in dem Wagen transportiert, er konkretisiere diese aber, indem er sich den Wagen und den Weg zur Kasse selbst aussucht. Damit seien sowohl die Ortsbestimmung des Geschäftsinhabers als auch die des Täters gleichermaßen wirksam. Selbst wenn der Täter die Ware hinter Prospekten oder anderer Ware verbirgt, missachte er die Ortsbestimmung des Geschäftsinhabers nicht vollständig.⁷⁹⁷ Dies geschehe durch Passieren der Kassenzone mit dem Einkaufswagen ohne Vorzeigen oder Bezahlen der versteckten Ware an der Kasse. Dann bestimme der Täter allein den Ort, an dem sich die Sache befindet und begründet so Alleingewahrsam.⁷⁹⁸

b) Kritik

Insbesondere *Schmitz* hat sich zu der Ansicht von *Timmermann* geäußert.

⁷⁹² *Timmermann*, S. 51.

⁷⁹³ *Timmermann*, S. 51.

⁷⁹⁴ *Timmermann*, S. 51.

⁷⁹⁵ *Timmermann*, S. 52.

⁷⁹⁶ *Timmermann*, S. 53.

⁷⁹⁷ *Timmermann*, S. 53.

⁷⁹⁸ *Timmermann*, S. 53.

Nach seiner Ansicht weisen die Überlegungen von *Timmermann* keinerlei Mehrwert an Klarheit oder Bestimmtheit auf. Da der Wille des Gewahrsamsinhabers zur Standortbestimmung nach *Timmermann* nur ein potentieller sein müsse, komme es auch hier auf eine normative Bewertung an.⁷⁹⁹ Mängel zeigten sich ebenfalls, wenn der Gewahrsam nur solange bestehen soll, wie andere die Standortbestimmung einer Sache des bisherigen Gewahrsamsinhabers anerkennen. Dann würde der Gewahrsam schon verloren gehen, wenn andere Personen diese „Ortsbestimmung“ nicht mehr anerkennen.⁸⁰⁰ Ohne eine korrigierende normative Auslegung könnte so der ursprüngliche Gewahrsam bereits durch einen Willensakt anderer verloren gehen.⁸⁰¹ Außerdem blieben Unklarheiten, wer den Gewahrsam begründen kann, wenn zwei Personen versuchen, über den Standort der Sache zu bestimmen.⁸⁰²

c) Stellungnahme

In *Timmermanns* Ausführungen bleibt unklar, inwiefern eine außenstehende Person die Ortsbestimmung der Sache nicht anerkennen kann, und welche Konsequenzen sich ergeben, wenn der Außenstehende die Ortsbestimmung der Sache nicht anerkennen will. In Konsequenz dessen ist der Gewahrsam stets von Dritten abhängig, welche über die Anerkennung entscheiden. Letztendlich handelt es sich dabei auch nur um eine Auslegung nach der Verkehrsanschauung oder normativ-sozialen Kriterien, wenn der Gewahrsam daran festgemacht wird, ob ein Dritter anerkennt, dass sich die Sache in dem Gewahrsam des anderen befindet und dieser über die Ortsbestimmung der Sache entscheidet. Somit verzichtet *Timmermann* zwar auf den Begriff der Verkehrsanschauung und der sozialen Zuordnung, es besteht aber dennoch eine Abhängigkeit der Ergebnisse von entsprechenden Kriterien.

Hinzu kommt, dass nicht ersichtlich ist, welche faktischen Gegebenheiten, außer der Ortsbestimmung, tatsächlich Einfluss auf die Definition nehmen. Der Standort der Sache, der als faktischer Umstand gelten kann, soll sich zudem auch nach einem potentiellen Willen richten können. So merkt *Schmitz* schon zutreffend an, dass hierbei eine Bestimmung auch nur durch eine normative Auslegung möglich ist. Ansonsten könnte der bisherige Gewahrsamsinhaber seinen Gewahrsam durch einen bloßen Willensakt anderer verlieren.

⁷⁹⁹ Vgl. *Timmermann*, S. 45; *Schmitz* MüKo § 242 Rn. 70.

⁸⁰⁰ So zutreffend *Schmitz* MüKo § 242 Rn. 70.

⁸⁰¹ *Schmitz* MüKo § 242 Rn. 70.

⁸⁰² *Schmitz* MüKo § 242 Rn. 70.

Die Überlegungen zum Mitgewahrsam stellen nur die konsequente Weiterführung zur Standortbestimmung durch einen Einzelnen dar. Dies kann dennoch nicht in allen Fällen, in denen zwei Personen gleichzeitig über den Standort bestimmen wollen, einfach zu Mitgewahrsam führen,⁸⁰³ da sich zum einen der Standort und der Wille, wie darüber zu verfügen ist, unterscheiden können und sich beide Bestimmungen entgegenstehen können. Fraglich ist auch, wie Mitgewahrsamsinhaber untereinander den Gewahrsam des anderen brechen können, sofern beide den Willen haben, die Ortsbestimmung über die Sache vorzunehmen. Reicht es dann aus, einfach einen „stärkeren“ Willen zu haben? Ob es eine Art über- und untergeordneten Gewahrsam gibt, wird im Übrigen bei *Timmermanns* Überlegungen nicht deutlich. Unklar bleibt auch, was gelten soll, wenn sich Sachen in öffentlich beherrschten Bereichen befinden und dabei mehrere Personen, zum einen der persönliche Gewahrsamsinhaber als auch derjenige der den öffentlichen Bereich beherrscht, darüber bestimmen wollen.

Es stellt sich auch die Frage, inwiefern ein automatischer Verlust des Gewahrsams vorliegt, wenn man über den Standort von unliebsamen Dingen nicht bestimmen will.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass *Timmermanns* Vorschläge sich letztlich nicht von einer Zuordnung des Gewahrsams nach sozial-normativen Kriterien unterscheiden. Zudem bleiben auch viele Fragen ungeklärt, wenn es bei der Beurteilung des Gewahrsams nur auf einen potentiellen Willen ankommen soll.

18. *Kracks* Auffassung

a) Darstellung der Ansicht

Krack vertritt die These, dass der Gewahrsam ausschließlich nach der Verkehrsanschauung (einer sozial-normativen Zuschreibung) zu bestimmen ist. Weder die tatsächliche Zugriffsmöglichkeit noch der Gewahrsamswille seien eigenständige Kriterien, um den Gewahrsam zu definieren.⁸⁰⁴

Als Beispiel führt er den Fall an, in dem der Wohnungsinhaber zeitweilig außer Haus ist und ein Dieb in die Wohnung eindringt und Schmuck entwendet. Auch wenn der Eigentümer derzeit keinen Zugriff hat, werde ihm der Gewahrsam durch die Verkehrsanschauung zugeschrieben, weil es sozial üblich sei, die in der Wohnung befindlichen Gegenstände dem Bewohner zuzuordnen.⁸⁰⁵ *Krack* argumentiert weiter, dass die Verkehrsanschauung nicht nur das Kriterium der

⁸⁰³ Zutreffend *Schmitz* MüKo § 242 Rn. 70.

⁸⁰⁴ *Krack* ZfIStw 2025, 583.

⁸⁰⁵ *Krack* ZfIStw 2025, 583.

Abgrenzung darstellt, sondern auch das einzige Kriterium der Begründung des Gewahrsams ist. Eine Sachherrschaft die „durch Ergreifen“ begründet wird, sei regelmäßig nicht erforderlich. Gewahrsam könne bereits durch normative Zuordnung entstehen, selbst ohne tatsächliche Zugriffsmöglichkeit.⁸⁰⁶

Krack rügt, dass viele Definitionen von Gewahrsam zunächst auf faktische Elemente, die tatsächliche Sachherrschaft und den Herrschaftswillen abstellen, die dann durch die Verkehrsanschauung „korrigiert“ werden. Das führe zu widersprüchlichen Aussagen, da es unvereinbar sei, zuerst die tatsächliche Herrschaft zu betonen, das Ergebnis dann aber per Verkehrsanschauung zu relativieren.⁸⁰⁷

Die verbreitete Annahme, die räumliche Nähe zur Sache sei der Normalfall und müsse nur gelegentlich „gelockert“ werden, sei ein Irrtum. *Krack* bezeichnet diese Vorstellung als missverständlich, weil in vielen Lebensfällen – zum Beispiel bei Warenlager, in geschlossenen Geschäftsräumen, bei Abwesenheit der Person – kein tatsächlicher Zugriff möglich ist, ohne dass der Gewahrsam deswegen untergehe.⁸⁰⁸

Im Schrifttum und in der Rechtsprechung werde regelmäßig hervorgehoben, dass die Bemessung des Gewahrsams „nach den Umständen des Einzelfalls“ zu erfolgen habe.⁸⁰⁹ *Krack* kritisiert, dass diese Fixierung auf den Einzelfall das Verständnis der grundsätzlichen Gewahrsamsdefinition erschwert und Studierende in Klausuren dazu verleite, sich in unsystematische Einzelfallabgrenzungen zurückzuziehen. Die übermäßige Betonung des Einzelfalls aber entwerte die Rechtsfrage des Gewahrsams und fördere gerade das Ausweichen auf die pauschale Aussage, „man könne es ja vom Einzelfall abhängig machen“ – ohne systematische Entscheidung. Er empfiehlt, dass Rechtsfragen generell geklärt werden müssen und nicht vornehmlich über den Einzelfall.⁸¹⁰

b) Stellungnahme

Krack schließt sich der Kritik an dem faktisch-sozialen Gewahrsamsbegriff an, die unter anderem bereits *Schmitz*, *Kargl* und *Hoyer* anführten.⁸¹¹ Mit der Aussage, dass es nur vordergründig auf die faktische Sachherrschaft ankommt, welche dann im Rahmen der Verkehrsanschauung korrigiert wird, trifft er den Kern

⁸⁰⁶ *Krack* ZfIStw 2025, 583, 584 f.

⁸⁰⁷ *Krack* ZfIStw 2025, 583, 584.

⁸⁰⁸ *Krack* ZfIStw 2025, 583, 585.

⁸⁰⁹ *Krack* ZfIStw 2025, 583, 585.

⁸¹⁰ *Krack* ZfIStw 2025, 583, 585 f.

⁸¹¹ Siehe dazu S. 69 ff.

der Kritik an dem herrschenden Gewahrsamsbegriff, weswegen ihm dahingehend grundsätzlich zuzustimmen ist.⁸¹²

Dennoch bleibt er eine Antwort darauf schuldig, wie sich die Verkehrsanschauung rechtssicher bestimmen lässt. Es bleibt unklar, von was es abhängen soll, dass jemandem der Gewahrsam an etwas zugeordnet wird. Die auch von ihm angeführte und kritisierte Einzelfallrechtsprechung macht letztlich deutlich, dass sich über die Verkehrsanschauung je nach Argumentation verschiedene Ergebnisse vertreten lassen. Es ist zu unbestimmt Ergebnisse nur davon abhängig sein zu lassen, wem „der Verkehr“ den Gewahrsam zuordnen würde. Außerdem ist anzumerken, dass es großen Aufwand bedarf jemandem Gewahrsam abzusprechen, der die tatsächliche Verfügungsgewalt über etwas hat. Dies macht deutlich, dass es im Kern doch von Relevanz ist, wer tatsächlich die faktische Herrschaftsgewalt innehat. Folglich kann nicht geleugnet werden, dass der faktische Gewahrsam zumindest als Anhaltspunkt dafür dienen muss, wem die Verkehrsanschauung den Gewahrsam zuteilt.

Seine Kritik, dass es negativ wäre, alles vom Einzelfall abhängig sein zu lassen, ist dem Grunde nach nachvollziehbar, dennoch erschließt es sich nicht, wie dies verhindert werden soll, wenn nur auf die Verkehrsanschauung abgestellt wird. Zusammenfassend ist es grundsätzlich zu begrüßen, dass *Krack* eine Vereinfachung und Vereinheitlichung fordert. Dennoch ist festzuhalten, dass es im Ergebnis nicht damit getan ist, nur auf die Verkehrsanschauung abzustellen, ohne diese bestimmter und damit rechtssicherer auszugestalten.

19. Zusammenfassung

Festzuhalten ist, dass die meisten Definitionen ein Problem gemeinsam haben, nämlich die Verbindung einer faktischen Komponente mit normativen oder sozialen Elementen. Im Kern wird meist auf ein tatsächliches Verhältnis abgestellt, das durch verschiedene Merkmale „korrigiert“ wird („normativ“, „sozial“, „Lebensauffassung“, „Verkehrsauffassung“, „soziale Zuordnung“, „Gepflogenheiten des täglichen Lebens“, „Gewohnheit“). Einigkeit besteht dahingehend, dass eine rein faktische Betrachtung zu Problemen führt, da bereits im Alltag meist keine allgegenwärtige Sachherrschaft über die einem zuzuordnenden Dinge bestehen kann. Dies lässt sich beispielsweise anhand des Autos oder des Fahrrads, die auf der Straße stehen gelassen werden oder der verlassenen Wohnung verdeutlichen. Teilweise wird von Autoren in solchen Fällen auch bereits von Ge-

⁸¹² Siehe auch S. 75 f. Stellungnahme zum faktisch-sozialen Gewahrsamsbegriff.

wahrsamslosigkeit ausgegangen, was dazu führt, dass dann nur die Unterschlagung einschlägig sein kann. Mit Blick auf die Wohnung würde dann aber in allen Fällen, in denen der Wohnungsinhaber nicht zugegen ist, die extra eingeführte Qualifikation des Wohnungseinbruchsdiebstahls ins Leere laufen. Dabei zeigt die Einführung des § 244 Abs. 1 Nr. 3 und Abs. 4 StGB aber gerade, dass es dem Gesetzgeber ein großes Anliegen war, einen derartigen Diebstahl nochmal schwerer zu bestrafen, weil ihm ein erhöhtes Unrecht innewohnt. Dies lässt sich auch auf die weiteren Qualifikationen und Regelbeispiele übertragen, sowie den Raub und den räuberischen Diebstahl, die allesamt auf den Diebstahlstatbestand abstellen. Auch in den Konstellationen des auf der Straße abgestellten Autos oder Fahrrads ist richtigerweise zu sagen, dass es nicht dem Willen des Gesetzgebers entspricht, diese Objekte als gewahrsamslos einzustufen. Dafür spricht vor allem die Einführung des § 248b StGB, der die Schwierigkeiten aus dem Weg räumen sollte, den Gebrauch von Fahrzeugen unter Strafe zu stellen, da der Diebstahl an der Zueignungsabsicht scheitert aber gerade nicht am fehlenden Gewahrsam. Außerdem reicht auch vielfach der mildere Strafraum der Unterschlagung nicht aus, da in der Diebstahlshandlung in Zueignungsabsicht ein erhöhtes Unrecht liegt, dem die Unterschlagung nicht gerecht wird. Bereits rein tatsächliche Aspekte sprechen auch dagegen, in den Fällen einfach nur auf die Unterschlagungsstrafbarkeit zu verweisen, da es vielfach von reinen Zufälligkeiten abhängen würde, ob ein Diebstahl oder eine Unterschlagung begangen werden kann, so beispielsweise, ob das Fahrrad noch in der Hofeinfahrt geparkt wird oder einen halben Meter weiter im Park oder auf dem öffentlichen Gehweg. Die Berechtigung des § 242 StGB könnte angezweifelt werden, wenn die Vollendung des Diebstahls sowieso immer mit dem Verweis auf die Einschlägigkeit des § 246 StGB verworfen wird. Auch gelten Regelbeispiele und Qualifikationen gerade nur für den Diebstahlstatbestand und nicht für den der Unterschlagung. Daher ist eine Anpassung des Gewahrsamsbegriffs an die sozialen Gegebenheiten und Gepflogenheiten erforderlich.

II. Kriterien des Gewahrsams

Nach der Auseinandersetzung mit den verschiedenen Ansätzen sollen nun die Kriterien herausgearbeitet werden, die den Gewahrsamsbegriff des Diebstahlstatbestands tatsächlich konstituieren, um sich auf diesem Weg einer tauglichen Definition anzunähern.

1. Gewahrsamswille
- a) Erläuterungen und Meinungsstand

Die ganz herrschende Meinung verlangt zur Annahme von Gewahrsam einen mindestens generellen Sachherrschaftswillen, der alle Gegenstände umfasst, die sich in dem bestimmten Bereich befinden.⁸¹³ Als Beispiele können der Gewahrsamswille bezüglich der in den Briefkasten eingeworfenen Briefsendungen sowie der Wille, Gewahrsam über alle in der eigenen Wohnung befindlichen Gegenstände zu haben, angeführt werden.⁸¹⁴ Auch ein potentieller Wille soll ausreichen, sodass keine aktuelle Ausübung des Willens erforderlich ist.⁸¹⁵ Umfasst sein soll auch der antizipierte Gewahrsamswille, beispielsweise hinsichtlich der Post, die einem erst in der Zukunft in den Briefkasten geworfen werden soll.⁸¹⁶ Der Herrschaftswille werde damit auch von der Verkehrsanschauung geprägt.⁸¹⁷ Es bedürfe aber gerade nicht eines Zueignungswillens oder eines Eigentumswillens, sondern es komme nur darauf an, dass jemand eine Sache tatsächlich beherrschen will.⁸¹⁸

Bei Räumlichkeiten, die der Öffentlichkeit zugänglich sind, habe der Inhaber einen generellen Gewahrsamswillen an Sachen, die dort verloren oder vergessen werden.⁸¹⁹

⁸¹³ In der Rechtsprechung nicht ganz eindeutig, ob ein Herrschaftswille vorausgesetzt wird, dagegen beispielsweise RGSt 50, 46, 50. Für das Erfordernis eines Herrschaftswillens RGSt 27, 222, 225; RGSt 60, 271, 272; BGHSt 8, 273, 274 f.; BGH NSTZ 2021, 42; *Bosch* TK § 242 Rn. 29 f., „potenzieller Gewahrsamswille“; *Heger* Lackner/Kühl/Heger § 242 Rn. 8a; *Kindhäuser/Hoven* NK § 242 Rn. 35, „Gewahrsamsbegründungswille“; *Kudlich* S/S/W § 242 Rn. 20; *Schmidt* Matt/Renzikowski § 242 Rn. 14; *Vogel/Brodowski* LK § 242 Rn. 57; *Wittig* BeckOK § 242 Rn. 18; *Zopfs* ZJS 2009, 506, 508.

⁸¹⁴ BGH NJW 1968, 662; *Kindhäuser/Hoven* NK § 242 Rn. 35; *Schmidt* Matt/Renzikowski § 242 Rn. 14.

⁸¹⁵ *Bosch* TK § 242 Rn. 29 f.; *Zopfs* ZJS 2009, 506, 508: Es genügt, dass der Gewahrsamsinhaber seinen Herrschaftswillen bekräftigen würde, wenn er gefragt wird, ob er ihn über diese Sache ausüben will.

⁸¹⁶ RGSt 30, 88, 90; RGSt 50, 46, 50; BGH GA 1962, 78; *Bosch* TK § 242 Rn. 30; *Wittig* BeckOK § 242 Rn. 18.

⁸¹⁷ So stellvertretend für viele *Bosch* TK § 242 Rn. 30.

⁸¹⁸ *Bosch* TK § 242 Rn. 30.

⁸¹⁹ BGH NJW 1983, 2153; BGH NJW 1988, 1335, 1336; *Kindhäuser/Hoven* NK § 242 Rn. 35; nicht ausdrücklich wird der Herrschaftswille von RGSt 54, 231 vorausgesetzt, zumindest nimmt es aber darauf Bezug, dass keine konkrete Kenntnis von der Sache bestehen muss, RGSt 54, 231, 233. Für die Beurteilung der Besitzverhältnisse im Zivilrecht wird auf einen fiktiv-generellen Beherrschungswillen abgestellt. Demnach ist beispielsweise dem Staat der Besitz an allen in staatlichen, der Öffentlichkeit zugänglichen Räumen verlorenen Sachen zuzuschreiben. Dies wird zum Teil auch auf den strafrechtlichen Gewahrsam übertragen, *Heinrich* Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf § 13 Rn. 49.

Nur natürliche Personen könnten einen Sachherrschaftswillen bilden, daher müsse bei juristischen Personen immer auf den gesetzlichen Vertreter, Inhaber oder Leiter der Behörde abgestellt werden.⁸²⁰

Schmitz dagegen sieht den „Herrschaftswillen“ als verzichtbar an.⁸²¹ Allein die Tatsache, dass der Wille nur potentiell vorliegen kann, zeige bereits die Absurdität dieses Erfordernisses.⁸²² Tatsächlich müsse er dann gar nicht vorliegen, daher gebe es auch keine Notwendigkeit, einen solchen Willen zu fordern. Allein die soziale Anschauung könne den Gewahrsam einer Person an einer Sache begründen. So behalte der Schlafende oder Bewusstlose seinen Gewahrsam an den Sachen auch ohne, dass man einen potentiellen Herrschaftswillen fingiert, allein aufgrund der Tatsache, dass die soziale Anschauung ihm den Gewahrsam weiterhin zuspricht.⁸²³

Eine wichtige Entscheidung zum Herrschaftswillen stellt die des BGH aus dem Jahr 1961 dar.⁸²⁴ Hier wurde ein vor einer Gaststätte abgestelltes Moped zunächst verliehen. Der Entleiher hatte das Fahrzeug sodann wieder zurückgebracht und wie vereinbart vor der Gaststätte abgestellt, wo es später durch den vormaligen Entleiher entwendet wurde. Nach dem BGH hatte der Verleiher zunächst vorübergehend den Gewahrsam an dem Moped für die Zeit verloren, in der es entliehen war. Es ist dann wieder in seinen Gewahrsam gelangt, als es der Entleiher zurückgebracht und vereinbarungsgemäß abgestellt hatte. Dadurch wurde das tatsächliche Herrschaftsverhältnis wiederhergestellt, was auch vom Herrschaftswillen des Verleihers umfasst war. Der Verleiher hatte von vornherein vor, ab dem Zeitpunkt, ab dem der Entleiher das Moped ihm vereinbarungsgemäß wieder vor die Gaststätte stellt, es zu beherrschen. Dieser Herrschaftswille wurde auch nicht durchbrochen oder aufgehoben, nicht einmal durch den Schlaf des Verleihers. So sei ein ständig wacher Herrschaftswille sowohl für Erlangung als auch Aufrechterhaltung des Gewahrsams nicht erforderlich.⁸²⁵

⁸²⁰ *Heinrich Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf* § 13 Rn. 51; *Vogel/Brodowski LK* § 242 Rn. 57; *Zopfs ZJS* 2009, 506, 508.

⁸²¹ *Schmitz MüKo* § 242 Rn. 72.

⁸²² *Schmitz MüKo* § 242 Rn. 72.

⁸²³ *Schmitz MüKo* § 242 Rn. 72.

⁸²⁴ BGH GA 1962, 78.

⁸²⁵ BGH GA 1962, 78.

Problematisch gestaltet sich auch die Beurteilung des Gewahrsamswillens bei Personen, die diesen möglicherweise nicht aktuell bilden können. So ist grundsätzlich anerkannt, dass Schlafende,⁸²⁶ Bewusstlose⁸²⁷ oder Betrunkene⁸²⁸ ein potentielles Herrschaftsbewusstsein haben, um den Sachherrschaftswillen zu bilden. Dies soll ebenso für Geisteskranke oder für Kinder gelten.⁸²⁹ Allerdings können auch manche Geisteskranke mangels Willensbildung „vermöge ihres Zustandes“ keinen Gewahrsamswillen mehr bilden, daher ist ihnen der Gewahrsam abzusprechen.⁸³⁰ Die herrschende Meinung geht mittlerweile so weit, unabhängig davon Gewahrsam anzunehmen, ob der Bewusstlose oder Schlafende wieder erwachen wird und seinen Herrschaftswillen aktualisieren kann.⁸³¹

Demgegenüber hat das BayObLG die Ansicht vertreten, dass der Gewahrsam bereits mit Eintritt der Krankheit oder Bewusstlosigkeit auszuschließen war, wenn jemand die Herrschaft aufgrund der Krankheit verliert und daraufhin stirbt.⁸³² Demnach sei es abzulehnen, dass der Gewahrsam erst mit dem Tode. Allein aus der Tatsache, dass der Täter, der dem Sterbenden etwas entwendet, nur wegen Unterschlagung strafbar sein kann, könne nicht gefolgert werden, dass Gewahrsam des Sterbenden weiterbesteht.⁸³³ Zudem müsse beachtet werden, dass in den meisten Fällen bei Ende des Gewahrsams des Sterbenden zumindest Angehörige Gewahrsam haben könnten, somit also auch ein Diebstahl wieder möglich wäre.⁸³⁴

Dies wird unter anderem von *Schröder* kritisiert. Er stellt fest, dass bereits die Annahme des BayObLG, dass jemand keine Herrschaft ausüben kann, der nicht fähig ist, einen dahingehend gebildeten Willen zu fassen, so nicht übernommen werden könne. Bereits das Gericht selbst erkenne, dass eine nur vorübergehende Behinderung die tatsächliche Herrschaftsgewalt nicht zu beeinträchtigen vermöge. Nichts anderes müsse dann aber auch für eine nur vorübergehende Beeinträchtigung der Willensbildung gelten, wenn jemand aufgrund von Alkohol, Bewusstlosigkeit oder Krankheit nicht mehr im Stande ist, einen Willen zu fassen.⁸³⁵ Zudem könne der Gewahrsam nicht von dem Umstand abhängig sein,

⁸²⁶ BGHSt 20, 32, 33.

⁸²⁷ BGHSt 4, 210, 211; RGSt 67, 183, 186 f.

⁸²⁸ BGHSt 4, 210, 211; BGH NJW 1985, 1911.

⁸²⁹ RGSt 2, 332, 334 f.; *Fischer* § 242 Rn. 13.

⁸³⁰ RGSt 2, 332, 333 f.

⁸³¹ BGH NJW 1985, 1911; *Kindhäuser/Hoven* § 242 Rn. 36; *Lampe* JR 1986, 294, 295.

⁸³² BayObLG JR 1961, 188, 189; *Seelmann/Pfohl* JuS 1987, 199, 202.

⁸³³ BayObLG JR 1961, 188, 189.

⁸³⁴ BayObLG JR 1961, 188, 189.

⁸³⁵ *Schröder* JR 1961, 189.

dass eine Beeinträchtigung nur vorübergehend ist. Wenn zunächst die Wahrscheinlichkeit besteht, Krankheit oder Bewusstlosigkeit wären nur vorübergehend, dagegen aber der Tod eintritt, müsse das Gericht ex post den Gewahrsam ab dem Zeitpunkt des Eintritts der Bewusstlosigkeit verneinen, obwohl es ihn davor aufgrund der positiven Prognose noch bejaht hätte. Sofern dieser Krankheitsprozess länger andauert, bestehe so erst nach dem Tod, der vielleicht erst nach Wochen eintritt, die Möglichkeit festzustellen, dass ein Täter, der dem Kranken etwas entwendet hat, nun doch nur eine Unterschlagung begangen hat, obwohl es vor der Feststellung des Todes noch ein Diebstahl gewesen wäre.⁸³⁶

Unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung dürfe dem Sterbenden nicht der Gewahrsam abgesprochen werden, selbst wenn er während des Sterbeprozesses nicht mehr fähig ist, einen Willen zu bilden. So müsse der Gewahrsam erst mit dem Tod enden.⁸³⁷ Ob jemand dem Opfer während des Sterbeprozesses etwas entwendet oder dann dem Verstorbenen, sei ein zu beachtender Unterschied.

b) Stellungnahme

Überzeugend erscheint es, dass der Gewahrsam von einem Gewahrsamswillen beziehungsweise Herrschaftswillen getragen werden muss.

Dabei ist keine dauerhafte Präsenz des Willens zu fordern, ausreichend ist das Bestehen eines entsprechenden potentiellen Bewusstseins. Ein genereller Herrschaftswille reicht dafür aus. Kinder oder Geisteskranke können ebenfalls Gewahrsam haben, sofern sie einen entsprechenden natürlichen Willen bilden können.

Bei Schlafenden muss zwar angenommen werden, dass diese im Schlaf keinen dahingehenden Gedanken fassen, dennoch aber ihren Gewahrsam nicht verlieren. Die Annahme von Gewahrsamslosigkeit in jeder Nacht bei Schlaf des Gewahrsamsinhabers würde zu massiven Strafbarkeitslücken führen, wenn dadurch jede bei Nacht ausgeführte Entwendung von Gegenständen nicht unter den Diebstahlstatbestand fallen würde. Die Qualifikation des Wohnungseinbruchsdiebstahls würde vielfach ins Leere laufen, wenn davon auszugehen ist, dass der Täter gerade nachts, wo er nur erschwert gesehen werden kann, in Wohnungen eindringt und die Gegenstände der Bewohner entwendet, dies aber mangels Gewahrsams nicht mehr als Diebstahl zählen würde. Der Unrechtsgehalt

⁸³⁶ Schröder JR 1961, 189.

⁸³⁷ Schröder JR 1961, 189.

der Unterschlagung reicht auch für diese Fallkonstellationen nicht aus. Gleiches muss auch für Betrunkenen gelten. Ein Entwenden der Sachen eines Betrunkenen oder Schlafenden ist genauso strafwürdig und damit als Diebstahl zu bestrafen wie bei einem nüchternen beziehungsweise wachen Opfer. Eine ansonsten vorzunehmende Abgrenzung könnte zudem nur unzureichend erfolgen, unklar wäre, ob ein leichtes Dösen oder ein Halbschlaf schon darunter zu fassen wäre.

Zum Problemkreis des Bewusstlosen muss festgehalten werden, dass der Bewusstlose zwar in der tatsächlichen Situation keinen Gewahrsamswillen bilden kann, dies ist aber auch nicht zwingend nötig. Die Mitnahme des Beherrschungswillens über die eigenen Sachen in die Bewusstlosigkeit muss als ausreichend erachtet werden. Darauf abzustellen, ob er alsbald erwachen wird oder die Bewusstlosigkeit in den Tod übergeht, macht eine komplizierte Prognose erforderlich, die selbst von Medizinern im Zweifel nicht sicher vorgenommen werden kann. Ex post festzustellen, dass der Gewahrsam bereits Stunden vor dem Tod aufgegeben wurde, weil sich zu diesem Zeitpunkt die erwartend endende Bewusstlosigkeit in eine Bewusstlosigkeit, die in den Tod führt, entwickelt hat, führt zu Ergebnissen, die von Zufälligkeiten abhängen und so den Täter innerhalb von Sekunden vom Dieb zum Unterschlagenden machen. Bereits aus ex ante Sicht muss feststehen, was verboten ist und welche Strafnorm durch die jeweilige Handlung erfüllt wird. Ein anderes Ergebnis ist auch zur Gewährleistung der Rechtssicherheit nicht hinzunehmen.

Der Gewahrsam endet spätestens mit dem Tod des Gewahrsamsinhabers und kann dann im Zweifel auf die jeweiligen Inhaber der Räumlichkeiten, in denen sich die Sachen des Toten befinden, übergehen oder auf den Erben, sobald dieser die tatsächliche Sachherrschaft ausübt und ausüben will.

Aus dem Wortlaut der Norm und auch des Merkmals des Gewahrsams lässt sich zwar weder das Erfordernis des Herrschaftswillens noch der Verzicht darauf folgern. Das Merkmal des Gewahrsams ist aber, wie es im Strafrecht häufig der Fall ist, in verschiedene Komponenten einzuteilen, wobei es sinnvoll erscheint, der objektiven Komponente eine subjektive gegenüberzustellen.

Aus dem Sinn und Zweck des § 242 StGB, das fremde Eigentum zu schützen, kann geschlossen werden, dass der Schutz des Eigentums nur sinnvoll und damit pönalisierungswürdig ist, wenn dieses auch willentlich beherrscht und damit von einem Willen getragener Gewahrsam daran besteht. Ein Gegenstand, der nicht willentlich beherrscht wird, ist weniger schutzbedürftig, als ein solcher, über den mit Herrschaftswillen die Sachherrschaft ausgeübt wird. Wenn an etwas nicht

mehr willentlich Gewahrsam aufrechterhalten werden soll, ist es dem Gewahrsamsinhaber in der Regel auch gleichgültig, was mit der Sache passiert.

Die Kritik von *Schmitz* ist dabei verfehlt. Ob man jemandem den Gewahrsam aufgrund der sozialen Zuordnung zuspricht oder aber über den potentiellen Gewahrsamswillen, ist insoweit unerheblich, da auch der potentielle Wille keine größere Fiktion darstellt als die soziale Zuordnung, derer *Schmitz* sich bedient.

2. Bruch des vormaligen Gewahrsams

Die Wegnahme in § 242 StGB fordert einen Bruch fremden Gewahrsams. Darunter versteht man ein Handeln gegen⁸³⁸ oder ohne⁸³⁹ den Willen des Berechtigten.⁸⁴⁰ Liegt der Wille in den Gewahrsamsübergang dagegen vor, handelt es sich um ein sogenanntes tatbestandsausschließendes Einverständnis. Dieses wird in all den Normen relevant, die ein Handeln gegen oder ohne den Willen des Berechtigten voraussetzen.⁸⁴¹

Um die Voraussetzungen und Besonderheiten des Einverständnisses, das den Gewahrsamsbruch ausschließen würde, zu klären, soll zunächst auf die Differenzierung zwischen Einverständnis und dem verwandten Rechtsinstitut der Einwilligung eingegangen werden. Um die im Anschluss dargestellten Problemkonstellationen verstehen und lösen zu können, muss im Rahmen des Einverständnisses auch auf die Lehre des bedingten Einverständnisses eingegangen werden, die, wie sich zeigen wird, von Relevanz für die Beurteilung ist, ob ein Gewahrsamsbruch oder vielmehr ein einverständlicher Übergang des Gewahrsams vorliegt.

⁸³⁸ Ein Handeln gegen den Willen setzen etwa *Heinrich Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf* § 13 Rn. 53; *Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen*, BT 1, § 33 Rn. 28 voraus.

⁸³⁹ In diesem Sinne etwa das RG GA 1914, 126; *Bosch* TK § 242 Rn. 35; *Vogel/Brodowski* LK § 242 Rn. 107; *Wessels/Hillenkamp/Schuh*, Rn. 154; alternativ ohne oder gegen den Willen annehmend *Eisele*, BT II, Rn. 51; *Rengier*, BT I, § 2 Rn. 64.

⁸⁴⁰ So die herrschende Meinung, siehe dazu u.a. Fn. 838, 839; OLG Koblenz wistra 1987, 261; *Füllkrug/Schnell* wistra 1988, 177, 178.

⁸⁴¹ So schon *Geerds* GA 1954, 262, 264 f.; einhellige Meinung, siehe unter anderem *Zieschang*, AT, Rn. 278; dies kann sich aus dem Sinn und Zweck der Norm oder der Natur der Sache ergeben, *Krey/Esser*, AT, § 17 Rn. 656.

a) Differenzierung Einverständnis – Einwilligung

*Geerds*⁸⁴² legte den Grundstein der Differenzierung zwischen Einverständnis und Einwilligung.⁸⁴³ Diese Unterscheidung wurde auch von der Rechtsprechung übernommen.⁸⁴⁴

Die Einwilligung wirkt – entgegen dem Einverständnis – nur rechtfertigend und nicht tatbestandsausschließend, wenn sie vom jeweiligen Rechtsgutsträger kundgetan wird. Als Beispiele für Tatbestände, in die eingewilligt werden kann, lassen sich die Körperverletzung nach § 223 StGB oder die Sachbeschädigung gemäß § 303 StGB anführen. So kann jemand in die Verletzung des eigenen Körpers einwilligen, sofern spezielle Voraussetzungen eingehalten werden, so dass der jeweilige Täter zwar tatbestandlich handelt, aber gerechtfertigt ist und sich damit nicht strafbar macht. Gleiches gilt für die Sachbeschädigung. Derjenige, der vom Eigentümer die Einwilligung erlangt hat, das fremde Eigentum zu beschädigen, handelt zwar tatbestandlich, aber gerechtfertigt.⁸⁴⁵ Zurückführen lässt sich dieses Ergebnis zum einen darauf, dass weder § 223 StGB noch § 303 StGB tatbestandlich ein Handeln gegen oder ohne den Willen des Rechtsgutshabers erfordern, was § 228 StGB für § 223 StGB bestätigt. Zum anderen ist das

⁸⁴² Nachdem beide Institute bis dahin immer wieder miteinander verwechselt wurden, grenzt die Arbeit von *Geerds* erstmalig beide Aspekte ab, *Geerds*, Einwilligung und Einverständnis; *Geerds* GA 1954, 262 f.; das Einverständnis war aber bereits als solches von *Welzel* anerkannt, *Welzel*, StR S. 95.

⁸⁴³ Die Differenzierung entspricht der einhelligen Meinung, siehe unter anderem *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, AT, § 15 Rn. 118 f.; *Blei*, AT, 114. Rechtsfall; *Bockelmann/Volk*, AT, § 15 C I 1b bb; *Fischer* Vor § 32 Rn. 3b; *Geppert* ZStW 83 (1971), 947, 950, 968; *Heger* Lackner/Kühl/Heger Vor § 32 Rn. 10 f.; *Jescheck/Weigend*, AT, § 34 I 1; *Krey/Esser*, AT, § 17 Rn. 655 f.; *Sternberg-Lieben* TK Vorb. Zu den §§ 32 ff. Rn. 33 m.w.N. in Rn. 30; *Welzel* StR S. 95; *Wessels/Beulke/Satzger*, Rn. 554 ff.; *Zieschang*, AT, Rn. 277; andere Ansicht u.a. *Maurach/Zipf*, die die Einwilligung insgesamt als „Tatbestandsproblem“ sehen, das Einverständnis bezogen auf ein einzelnes Tatbestandsmerkmal, die Einwilligung auf die deliktische Gesamthandlung, *Maurach/Zipf*, AT 1, § 17 III Rn. 39 f.; *Freund/Rostalski*, AT, § 3 Rn. 6 f., 9; nach *Roxin/Greco* schließt jede wirksame Einwilligung den Tatbestand aus, die Handlungsfreiheit des Einwilligenden wird als Grund für diesen Tatbestandsausschluss gesehen, *Roxin/Greco*, AT, I § 13 Rn. 12 f.; sie geben außerdem auch die Zweiteilung von Einverständnis und Einwilligung auf, *Roxin/Greco*, AT I, § 13 Rn. 24 f., 28. Da nur manche Tatbestände ein Handeln gegen oder ohne den Willen voraussetzen, erscheint es sinnvoll, zwischen dem Einverständnis und der Einwilligung zu unterscheiden, da der Gesetzgeber mit seiner Formulierung eine differenzierte Handhabung anlegt und so dem Willen des Gesetzgebers entsprochen wird.

⁸⁴⁴ BGHSt 23, 1, 3 f.; BGHSt 17, 359, 360.

⁸⁴⁵ Früher wurde einhellig eine rechtfertigende Einwilligung angenommen, seit der Neufassung des § 303 Abs. 2 StGB ist allerdings zweifelhaft, ob nicht doch ein tatbestandsausschließendes Einverständnis in Abs. 2 anzunehmen wäre, da der Absatz ein „unbefugtes“ Handeln voraussetzt, was darauf schließen lässt, dass die Zustimmung des Eigentümers bereits den Tatbestand ausschließt; dazu mehr bei *Hillenkamp* FS Schwind S. 927 f., 939.

Ergebnis durch die Annahme begründet, dass mit der Einwilligung auf Rechtsschutz verzichtet wird, was rechtfertigend wirkt.⁸⁴⁶ Dies soll sich entweder gewohnheitsrechtlich aus dem individuellen Selbstbestimmungsrecht ableiten oder aber über die verfassungsrechtlich gewährleistete allgemeine Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG.⁸⁴⁷ Ein anderer Erklärungsansatz stellt darauf ab, dass bei einer wirksamen Einwilligung die Verfügungsfreiheit des Einzelnen in Abwägung gegen das Unrecht als höherwertig einzustufen ist.⁸⁴⁸

b) Wirkung des Einverständnisses

Ein wirksames Einverständnis lässt dagegen bereits den Tatbestand der jeweiligen Norm entfallen. Sofern der Täter irrtümlich davon ausgeht, dass ein Einverständnis des Berechtigten gegeben sei, unterliegt er einem Tatbestandsirrtum, der vorsatzausschließend wirkt, § 16 Abs. 1 S. 1 StGB. Wenn der Täter keine Kenntnis davon hat, dass ein Einverständnis des Rechtsgutsinhabers gegeben sei, kann er nur wegen untauglichen Versuchs bestraft werden, soweit das Gesetz den Versuch des Delikts unter Strafe stellt.⁸⁴⁹

c) Das tatbestandsausschließende Einverständnis im § 242 StGB

Der Diebstahlstatbestand § 242 StGB setzt zur Verwirklichung des objektiven Tatbestands das Vorliegen des Bruchs fremden Gewahrsam voraus, damit also ein Handeln gegen oder ohne den Willen des Berechtigten.

Somit schließt eine Zustimmung in den Gewahrsamswechsel den Tatbestand des Diebstahls aus. Ein Gewahrsamswechsel, der unter dem Einverständnis des Berechtigten steht, stellt demnach also keinen Gewahrsamsbruch und damit keine Wegnahme dar.⁸⁵⁰

⁸⁴⁶ Geerds GA 1954, 262, 263; Heger Lackner/Kühl/Heger Vor § 32 Rn. 10; Sternberg-Lieben TK Vorb. Zu den §§ 32 ff. Rn. 33.

⁸⁴⁷ Geerds GA 1954, 262, 263; Sternberg-Lieben TK Vorb. Zu den §§ 32 ff. Rn. 33; Welzel, StR, S 95; Wessels/Beulke/Satzger, Rn. 565.

⁸⁴⁸ Geppert ZStW 83 (1971), 947, 952 f; Jescheck/Weigend, AT, § 34 II 3; Noll ZStW 77 (1965), 1, 15, 19; Jakobs, AT, 14/4, der allerdings sogar eine Dreiteilung bei Einverständnis und Einwilligung vornimmt und zwischen tatbestandsausschließendem Einverständnis, tatbestandsausschließender Einwilligung und rechtfertigender Einwilligung unterscheidet, Jakobs, AT 7/112.

⁸⁴⁹ BGHSt 4, 199, 200; so schon Geerds GA 1954, 262, 267.

⁸⁵⁰ Stellvertretend für die herrschende Meinung Vogel/Brodowski LK § 242 Rn. 106.

- d) Die Lehre des bedingten Einverständnisses
- aa) Legitimation der Lehre des bedingten Einverständnisses

Grundsätzlich ist anerkannt, dass ein solches Einverständnis auch von dem Eintritt einer Bedingung abhängig gemacht werden kann.⁸⁵¹ Dies betrifft in erster Linie den Diebstahlstatbestand.

Im ersten obergerichtlich entschiedenen Automatenfall, in dem die Täter Metallplättchen statt Geldmünzen in den Automaten warfen, um an die Schokoladentafeln zu gelangen, spielte das bedingte Einverständnis noch keine Rolle. Das RG bejahte eine Strafbarkeit wegen Diebstahls.⁸⁵² Der BGH urteilte unter Bezugnahme auf diese Entscheidung des RG, dass die Entnahme von Waren aus einem Automaten mittels Falschgeld den Tatbestand des Diebstahls erfülle.⁸⁵³ Dies wurde von *Dreher* kritisiert, der in derartigen Konstellationen den Diebstahl verneinte und ein mögliches bedingtes Einverständnis erörterte.⁸⁵⁴ Im Folgenden wurden diese Gedanken von der Rechtsprechung aufgenommen, die eine unter dem Vorbehalt der ordnungsgemäßen Benutzung des Automaten stehende Einverständniserklärung annimmt.⁸⁵⁵ Daraus wurde die Lehre vom bedingten Einverständnis entwickelt, um Fälle des Automatenmissbrauchs zu lösen.⁸⁵⁶

Da grundsätzlich anerkannt ist, dass ein Einverständnis mit Bedingungen verknüpft sein kann, ist auch bei § 242 StGB davon keine Ausnahme zu machen. Der Wortlaut und die Gesetzeshistorie sprechen nicht dagegen. Gerade mit Blick auf die anzusprechenden Konstellationen ist das bedingte Einverständnis ein probates Mittel zur Falllösung. So wird es relevant bei Geld-, Waren- oder Glücksspielautomaten und ermöglicht dem Gewahrsamsinhaber, den Gewahrsam an den jeweiligen Gütern unter einer Bedingung zu übertragen, um Fälle der gewollten Übertragung und Fälle des Gewahrsamsbruchs besser voneinander abzugrenzen.

Die Lehre vom bedingten Einverständnis kann außerdem die Strafbarkeitslücke schließen, die dadurch entsteht, dass § 263 StGB nicht einschlägig ist, wenn es an einer zu täuschenden Person fehlt.⁸⁵⁷

⁸⁵¹ Siehe dazu unter anderem *Samson* JA 1980, 285, 288; *Schmitz* MüKo § 242 Rn. 101; *Vogel/Brodowski* LK § 242 Rn. 114.

⁸⁵² RGSt 34, 45 f.; so auch schon RG DJZ 1909, 772.

⁸⁵³ BGH MDR 1952, 563.

⁸⁵⁴ Dies aber eher in Bezug auf die Übereignung und dabei auch kritisch, *Dreher* MDR 1952, 563, 564.

⁸⁵⁵ BayObLGSt 1955, 120, 121; siehe aber auch *Rönnau* FS Roxin, S. 487, 491.

⁸⁵⁶ Zumindest tritt sie in diesem Zusammenhang soweit ersichtlich erstmalig auf.

⁸⁵⁷ *Rengier*, BT I, § 2 Rn. 70.

Überzeugend erscheint auch das Argument, dass die Lehre vom bedingten Einverständnis vor allem dafür erforderlich ist, um eine trennscharfe Abgrenzung zwischen Diebstahl und (Computer-) Betrug vornehmen zu können.⁸⁵⁸ Ast nennt die Lehre vom bedingten Einverständnis das „Scharnier“, das zwischen den Strafbarkeiten wegen Betrugs oder Diebstahls entscheidet.⁸⁵⁹ Zwar gibt es auch Gegner dieser Exklusivitätsthese zwischen Diebstahl und Betrug,⁸⁶⁰ allerdings ist deren Position schon im Hinblick auf den Deliktscharakter nicht einleuchtend. So ist der Betrug ein Selbstschädigungsdelikt und der Diebstahl ein Fremdschädigungsdelikt. Der Bruch des Gewahrsams durch den Täter und die Übertragung des Gewahrsams durch das Opfer schließen sich bereits denklogisch aus.⁸⁶¹ Es erscheint allerdings nicht sinnvoll, diese Abgrenzung allein über das äußere Erscheinungsbild zu lösen, je nachdem, ob ein „Geben“ oder ein „Nehmen“ vorliegt.⁸⁶² Gerade mit Blick auf den Waren- oder Geldautomaten kann so nicht gesagt werden, ob es eher einem Geben entspricht, wenn der Automat das Geld oder die Ware in dem Ausgabefach bereitstellt oder ein Nehmen vorliegt, wenn der Täter hineingreift, um die im Ausgabefach befindlichen Dinge zu ergreifen.⁸⁶³

Rönnau hingegen kritisiert die Lehre des bedingten Einverständnisses.⁸⁶⁴ Er schlägt eine Lösung über die partielle Öffnung der Gewahrsamssphäre vor. So könne an die Definition des Gewahrsams angeknüpft werden, ohne dass es einer Heranziehung des Einverständnisses bedürfe.⁸⁶⁵ Der Eingriff des Täters in die Gewahrsamssphäre des Berechtigten stelle eine sozial inadäquate Friedensstörung dar. Im Rahmen einer ordnungsgemäßen Automatenbenutzung komme es dann nicht auf ein Einverständnis an, sondern darauf, dass es gerade keine Frie-

⁸⁵⁸ Ast NStZ 2013, 305, 306 f.; Kindhäuser FS Grünwald, S. 285, 290 ff.

⁸⁵⁹ Ast NStZ 2013, 305, 306; nur soweit man von einem Exklusivitätsverhältnis zwischen beiden Tatbeständen ausgeht, so schon BGHSt 17, 205, 209, und auch herrschende Meinung, siehe unter anderem OLG Düsseldorf NJW 1988, 922, 923; so auch Brand ZWH 2020, 125, 128; Hoyer SK § 263 Rn. 160; dazu auch Rengier, BT I, § 13 Rn. 74; Otto ZStW 79 (1967), 59, 101; Wessels/Hillenkamp/Schuh, Rn. 546 f. mit weiteren Nachweisen in Fn. 5; zur Diskussion Timmermann, S. 125 f.

⁸⁶⁰ Das ist die sog. Konkurrenzlösung, wonach Betrug und Diebstahl gleichzeitig vorliegen können, dies aber auf Konkurrenzebene gelöst wird, Herzberg ZStW 89 (1977), 367, 374; Joecks, S. 122; Timmermann, S. 148, 159; Ebel, der die Exklusivitätslösung zumindest bei Dreiecksbetrug und Dreieckserpressung aufgeben will, Ebel Jura 2007, 897, 902.

⁸⁶¹ BGHSt 17, 205, 209; BGHSt 18, 221, 222 f.; Beukelmann BeckOK § 263 Rn. 38; Hefendehl MüKo § 263 Rn. 10, 12; Hoyer SK § 263 Rn. 160; Perron TK § 263 Rn. 63 f.; Satzger S/S/W § 263 Rn. 144; Rengier, BT I, § 13 Rn. 74; Wessels/Hillenkamp/Schuh, Rn. 546 ff.; Zieschang, BT 2, Rn. 110.

⁸⁶² So der BGH bei Entwendung in Selbstbedienungsläden BGHSt 17, 205; beim Tanken ohne Bezahlung an der Selbstbedienungstankstelle BGH NJW 1983, 2872; BGH NStZ 2013, 324.

⁸⁶³ So zutreffend Rönnau FS Roxin, S. 487, 502.

⁸⁶⁴ Rönnau FS Roxin, S. 487, 479 f.

⁸⁶⁵ Rönnau FS Roxin, S. 487, 503 f.

denkstörung gebe, sofern der Eingriff in den „für Eingriffe geöffneten“ Herrschaftsbereich aus objektiven Gründen nicht als sozial inadäquat anzusehen“ sei.⁸⁶⁶ Dementsprechend sei der Geldautomatenmissbrauch selbst bei einem unberechtigten Benutzer nur dann als Diebstahl zu werten, „wenn der Automat aufgebrochen oder seine Mechanik außer Funktion gesetzt wird“.⁸⁶⁷ Beim Glücksspielautomaten bliebe der Täter straflos, wenn er diesen mit einem präparierten Geldschein bedient.⁸⁶⁸

Die Definition, was darüber hinaus unter einen sozial inadäquaten Eingriff fallen soll, bleibt *Rönnau* schuldig. Als unbestimmter Rechtsbegriff unterliegt dieser einer wertungsbedürftigen Auslegung, was aber so zu erheblicher Rechtsunsicherheit und damit zu Konflikten mit dem Bestimmtheitsgrundsatz nach Art. 103 Abs. 2 GG führt. Die Ansicht ist daher nicht als überzeugend zu erachten.

Gegen die Lehre vom bedingten Einverständnis spricht sich auch *Heinrich* aus. Durch diese würden Fälle des Betrugs weitgehend in Diebstahlsdelikte umgewandelt.⁸⁶⁹ Dies erläutert er an dem Beispiel des Warenautomaten. So wurde von der herrschenden Meinung in einigen Fällen angenommen, dass Diebstahl vorliege, wenn ein Täter den Automaten mit Falschgeld bedient und dann die Ware erlangt.⁸⁷⁰ Der Automatenaufsteller sei mit der Gewahrsamsaufhebung nur unter Benutzung richtigen Geldes einverstanden. Ist dies gerade nicht der Fall, läge die Bedingung für das Einverständnis nicht vor und eine Wegnahme wäre zu bejahen. Die Kritik an der vermehrten Einstufung von Fällen als Diebstahl durch das bedingte Einverständnis erscheint jedoch wenig überzeugend. Die Annahme eines Diebstahls eröffnet auch die Möglichkeit die Diebstahlsqualifikation sowie den räuberischen Diebstahl zu bejahen. Hinzu kommt, dass Versicherungen meist nur vor Diebstahls-, aber nicht vor Betrugsstaten schützen. Auch wenn die Erweiterung von Strafbarkeiten oder ein erhöhter Versicherungsschutz nicht zwangsläufig als Argumente herangezogen werden können, um das Einverständnis zu begründen, ist es zumindest auch nicht stichhaltig, lediglich deshalb das Bestehen des Einverständnisses abzulehnen, weil dadurch Fälle umgewandelt werden könnten. *Heinrichs* Argumentation führt zu einem

⁸⁶⁶ *Rönnau* FS Roxin, S. 487, 505.

⁸⁶⁷ *Rönnau* FS Roxin, S. 487, 505.

⁸⁶⁸ Diebstahl entfällt nach *Rönnau* FS Roxin, S. 487, 505, in Konsequenz dieser Ansicht bleibt der Täter auch straflos.

⁸⁶⁹ *Heinrich* Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf § 13 Rn. 55; so auch schon *Weber* Arzt/Weber § 13 Rn. 55.

⁸⁷⁰ BGH MDR 1952, 563; OLG Celle NJW 1997, 1518 f. mit zustimmender Anmerkung *Hilgendorf* JR 1997, 347; *Bosch* TK § 242 Rn. 36a; *Kindhäuser/Hoven* NK § 242 Rn. 49; andere Ansicht *Hoyer* SK § 242 Rn. 55.

Zirkelschluss, da zunächst rechtlich zu beurteilen wäre, ob ein Betrug oder ein Diebstahl vorliegt, um überhaupt begründen zu können, dass die herrschende Meinung einen Betrug in einen Diebstahl umwandeln würde. *Heinrichs* Kritik ist daher abzulehnen. Sofern derartige Fälle mit Hilfe der Rechtsfigur des bedingten Einverständnisses einer gerechten und nachvollziehbaren Lösung zugeführt werden, spricht dies dafür, ein Einverständnis grundsätzlich anzuerkennen. *Dreher* zieht in seinen Ausführungen, die sich gegen die Annahme eines bedingten Einverständnisses wenden, den Vergleich zu dem Täter, der einer Person Falschgeld überreicht, um an die Ware zu gelangen. Hier läge unstreitig kein Gewahrsamsbruch vor. Ersetzt man diese Person einfach durch einen Automaten, könne die Freiwilligkeit nicht anders beurteilt werden.⁸⁷¹ So merkt *Dreher* an, dass der Akt der zivilrechtlichen Übergabe selbst, durch den auch der Gewahrsam übergehe, gerade nicht unter einer Bedingung stehen könne, da es sich um einen Realakt handle.⁸⁷² Eine Bedingung könne nur mit der Einigung verknüpft sein, die Übergabe hingegen könne nicht unter der Bedingung erfolgen, dass echtes Geld benutzt werde. Somit werde hier ein Einverständnis auch nicht relevant für den Gewahrsamsübergang.⁸⁷³ Eine konsequente Lösung für derartige Problemkonstellationen wird aber nicht dargeboten. Das bedingte Einverständnis ist schließlich auch auf mehr Sachverhalte anwendbar als nur die des Automatenmissbrauchs. Das Einverständnis in den Gewahrsamswechsel ist auch entgegen *Dreher* gerade kein Realakt und kann damit unter einer Bedingung stehen. Folglich ist diese Meinung allein schon deswegen abzulehnen.

Überzeugender ist damit die Lehre vom bedingten Einverständnis. Erforderlich ist eine Abgrenzung zwischen Betrug und Diebstahl, die nicht nur auf äußeren Begebenheiten beruht. Die Lehre des bedingten Einverständnisses bietet sich dafür an. Wenn man das Einverständnis nur nach äußeren Merkmalen beurteilen würde, hinge die Strafbarkeit von zufälligen Umständen ab – etwa davon, ob der Berechtigte physisch anwesend ist, ob der Vorgang automatisiert ist, wie sich das äußere Erscheinungsbild gestaltet oder wie die Täuschung vermittelt wird.

⁸⁷¹ *Dreher* MDR 1952, 563 f. im Gegensatz zu der Annahme des BGH in dieser Entscheidung, BGH MDR 1952, 563.

⁸⁷² Zutreffend im Hinblick darauf, dass der Realakt selbst nicht unter einer Bedingung stehen kann. Das Einverständnis ist aber gerade kein Realakt und kann daher unter einer Bedingung stehen. *Dreher* MDR 1952, 563, 564, geht von einem Realakt aus und begründet den Ausschluss einer Bedingung damit, dass niemand eine tatsächliche Übergabe an die Bedingung knüpfen könnte, dass die Zahlung mit echtem Geld vorgenommen wird. Die Bedingung bezieht sich aber nur auf die vorherige Einigung; hierbei ist zwischen dem Gewahrsamswechsel als Realakt und dem Einverständnis zu unterscheiden. Gegen *Dreher*s Ansicht siehe auch *Ranft* JA 1984, 1, 6.

⁸⁷³ *Dreher* MDR 1952, 563, 564. Davon zu unterscheiden ist die zivilrechtliche Übereignung, die dann möglicherweise die Fremdheit der Sache ausschließen würde.

Das bedingte Einverständnis schafft dagegen einen einheitlichen Beurteilungsmaßstab, der an objektiv erkennbare Bedingungen anknüpft. Dadurch wird die Rechtsanwendung vorhersehbar und konsistent. Gerade im Bereich des Wirtschafts- und Automatenbetrugs, aber auch bei modernen Formen digitaler Transaktionen, bietet dies eine flexible und dennoch rechtsklare Grundlage.

Dadurch können auch Strafbarkeitslücken geschlossen werden. Die Lehre vom bedingten Einverständnis verhindert Wertungswidersprüche: Sie schützt den Gewahrsam dort, wo der Berechtigte ihn nicht freiwillig aufgeben will, und vermeidet eine künstliche Ausdehnung des Betrugstatbestands auf Fälle, in denen kein kommunikatives Täuschungsverhältnis besteht.

Darüber hinaus ist der von *Heinrich* angeführte Aspekt einer vermehrten Anwendung von Diebstahlstatbeständen auch keineswegs systemwidrig, sondern entspricht vielmehr dem Schutzzweck des § 242 StGB. Der Tatbestand dient dem Schutz des Gewahrsams als sozialer Herrschaftsmacht über Sachen. Wird diese Herrschaft ohne das vom Berechtigten gesetzte – und hier bedingt eingeschränkte – Einverständnis aufgehoben, liegt gerade eine Wegnahme vor. Eine Dogmatik, die diesen Schutzmechanismus aufrechterhält, entspricht der normativen Funktion des Eigentums- und Gewahrsamsschutzes im Strafrecht.

Schließlich fügt sich die Lehre vom bedingten Einverständnis auch in das allgemeine System der Willensdogmatik des Strafrechts ein. So wird grundsätzlich anerkannt, dass auch der Wille im Rahmen der Einwilligung inhaltlich beschränkt oder konditional erklärt werden kann.⁸⁷⁴

Die Lehre vom bedingten Einverständnis überzeugt nicht nur im Hinblick auf ihre systematische Kohärenz und praktische Handhabbarkeit, sondern auch durch ihre Einbettung in das Gesamtsystem des Vermögens- und Gewahrsamsschutzes im Strafrecht. Sie trägt dazu bei, die Schnittstelle zwischen den Tatbeständen des § 242 StGB (Diebstahl) und § 263 StGB (Betrug) in einer Weise zu gestalten, die sowohl den Willen des Berechtigten als auch die materielle Gerechtigkeit wahren.

Daher ist davon auszugehen, dass die Lehre vom bedingten Einverständnis ihre Berechtigung hat.

⁸⁷⁴ Rengier, AT, § 23 Rn. 22.

bb) Taugliche Bedingungen

Es bleibt zu klären, an welche Bedingungen das bedingte Einverständnis geknüpft werden kann.

Die herrschende Meinung lässt nur äußerlich wahrnehmbare Ereignisse, Vorgänge oder Handlungen als Bedingungen zu.⁸⁷⁵ Hier wird unter anderem angeführt, dass aufgrund der faktischen Natur des Gewahrsamswechsels auch eine faktische Komponente für die Bedingung des Gewahrsamswechselwillens zu fordern sei.⁸⁷⁶ Dies wäre beispielsweise die ordnungsgemäße, äußerlich wahrnehmbare Zahlung bei einem Warenautomaten.

Die Gegenposition orientiert sich stattdessen streng an dem Wesen des Einverständnisses und stellt ausschließlich auf den Willen des Rechtsgutsträgers ab, der auch bloßes Internum bleiben kann und sich nicht nach außen manifestiert haben muss.⁸⁷⁷ Auch eine persönliche Abneigung gegen eine Person könne dann zum Ausschluss des Einverständnisses führen. Als Beispiel hierfür lässt sich anführen, dass der Betreiber eines Warenautomaten seine Ware aus persönlichen Gründen gerade nicht an den Kunden verkaufen will, der den Automaten bedient, und damit innerlich gerade kein Einverständnis in den Warenübergang gibt.

Als Grund, warum die Bedingung nicht jede beliebige sein kann, wird von Vertretern der herrschenden Meinung der Unterschied zwischen Einverständnis und Einwilligung angeführt. Das Einverständnis dient nur der Tatbestandsabgrenzung und trifft damit aber gerade keine Aussage über das Erlaubtsein des Verhaltens. Damit ist es im Gegensatz zur Einwilligung gegen Täuschungen resistent.⁸⁷⁸ Geht man also davon aus, dass ein durch Täuschung erschlichesenes Einverständnis wirksam ist,⁸⁷⁹ kann man dem Gewahrsamsinhaber nicht erlauben, dass er sein Einverständnis an Bedingungen knüpft, die durch Täuschung

⁸⁷⁵ OLG Hamm NStZ 2014, 275, 276; OLG Stuttgart NJW 1987, 666; OLG Celle JR 1997, 345, 346 mit zustimmender Anmerkung Hilgendorf JR 1997, 247; BayObLGSt 1955, 120, 121; Bosch TK § 242 Rn. 36a; verobjektivierbare Bedingungen fordern unter anderem Kindhäuser/Hoven NK § 242 Rn. 49; Schmitz MüKo § 242 Rn. 101; Vogel/Brodowski LK § 242 Rn. 114.

⁸⁷⁶ AG Hamburg NJW 1986, 945, 947; Ranft JR 1989, 165.

⁸⁷⁷ Mitsch JuS 1986, 767, 770.

⁸⁷⁸ Ast NStZ 2013, 305, 306 f. Im Schrifttum wird auch davon ausgegangen, dass Einwilligung und Einverständnis gleich zu behandeln seien und beide auf Tatbestandsebene erörtert werden, Maurach/Zipf, AT I, S. 228, 237; dazu auch schon S. 180.

⁸⁷⁹ BGH VRS 48, 175, 177; Gribbohm JuS 1964, 233, 235.

beeinflusst werden können.⁸⁸⁰ Dies würde dazu führen, dass das Einverständnis doch von Willensmängeln abhängig gemacht wird.

Überzeugender erscheint es daher, der Ansicht zu folgen, die das tatbestandsausschließende Einverständnis nur von äußeren, objektivierbaren Bedingungen abhängig sein lässt. Die Ergebnisse erscheinen von unvorhersehbaren Zufälligkeiten abhängig, bezöge man den Willen einer Person als Bedingung ein. So könnte die persönliche Abneigung eines Warenautomatenbetreibers gegen einen Kunden dazu führen, dass er sein Einverständnis in die Ausgabe der Ware an diesen Kunden verwehrt, dies wäre aber äußerlich für niemanden erkennbar. Der Kunde hätte auch selbst keine Kenntnis darüber, dass er mit der Entgegennahme der Ware fremden Gewahrsam brechen würde. Von außen ließe sich nicht beurteilen, wann jemand fremden Gewahrsam brechen würde oder wann die Übergabe des Gewahrsams unter einem Einverständnis vollzogen wird. Es wäre zwar auch daran zu denken, auf den Willen einer Durchschnittsperson abzustellen, allerdings bringt dies die Unsicherheit mit sich, nach welchem Maßstab dies dann zu beurteilen ist, was wiederum ermittelt werden müsste. Um die Bestimmtheit des Einverständnisses zu gewährleisten, sollten objektive Kriterien als Grundlage der Beurteilung dienen. Inwieweit der Gewahrsamsinhaber seine Zustimmung zu einem Gewahrsamswechsel gibt, darf nicht nur auf Gedanken des Gewahrsamsinhabers beruhen. Da niemand das geistige Innenleben eines anderen vorhersehen kann, führt diese Auffassung zu unvorhersehbaren Ergebnissen, die eine Begründung der Strafbarkeit als willkürlich erscheinen lassen und damit auch Rechtsunsicherheit mit sich bringen.

Folglich muss die Bedingung für das Einverständnis auf äußeren Umständen beruhen.

e) Fazit

Das tatbestandsausschließende Einverständnis kann von äußeren, objektivierbaren Bedingungen abhängig gemacht werden und soll dazu beitragen, bestimmte Fallkonstellationen rechtssicher zu lösen. Sofern kein Einverständnis vorliegt, geht der Gewahrsam ohne oder gegen den Willen des Berechtigten über, sodass ein Gewahrsamsbruch anzunehmen ist.

⁸⁸⁰ So zutreffend auch *Brand* ZWH 2020, 125, 128.

3. Begründung neuen Gewahrsams

Für die Wegnahme muss neuer Gewahrsam begründet werden. Demnach ist die Gewahrsamsbegründung ein Merkmal zur Bestimmung, ob jemand Gewahrsam erlangt hat. Zu klären ist daher, was unter der Begründung neuen Gewahrsams zu verstehen ist.

Mit der Einführung der Tathandlung der Wegnahme in das Preußische StGB 1851 verabschiedete sich der Gesetzgeber von dem gemeinen Recht, bei dem keine Einigkeit bestand, was als Diebstahlshandlung in Betracht kommen könnte.⁸⁸¹

Umstritten ist allerdings, ob sich der Gesetzgeber mit Einbeziehung des Wegnahmemerkmals der Apprehensionstheorie anschließen wollte, wonach es zur Vollendung auf ein Ergreifen der Sache ankommt.⁸⁸²

Neben der Apprehensionstheorie gibt es weitere Theorien zu der Frage, welche Tathandlung zur Vollendung des Diebstahls führen kann.

Für die Kontrektationstheorie ist nur die bloße Berührung der Sache erforderlich.⁸⁸³ Die Illationstheorie fordert die Bergung beziehungsweise Sicherung der Sache.⁸⁸⁴ Die Ablationstheorie setzt das Fortschaffen der Sache aus dem räumlichen Zugriffsbereich des bisherigen Gewahrsamsinhabers voraus.⁸⁸⁵

So hat schon *Frank* festgestellt, dass es für die Vollendung des Diebstahls gerade nicht notwendig ist, die Sache an einen anderen Ort zu verbringen oder in irgendeiner Weise zu sichern. Dies sieht auch inzwischen die ganz herrschende

⁸⁸¹ *Vogel/Brodowski* LK § 242 Rn. 48.

⁸⁸² Die Materialien zum Preußischen Strafgesetzbuch sprechen eindeutig dafür, *Goltdammer*, Materialien zum PrStGB Teil 2, S. 460; bejahend auch *Welzel* GA 1960, 257, 259; *von Grolman*, Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft, § 179; ablehnend dagegen *Mayer* JZ 1960, 617 f. „Apprehensio“ wird aus dem Lateinischen übersetzt als „ergreifen“, PONS-Wörterbuch (<https://de.pons.com/übersetzung-2/latein-deutsch/Apprehensio> zuletzt aufgerufen am: 18.11.2025). Dafür sprach sich wohl bereits das Römische Recht aus, siehe dazu *Wächter*, Lehrbuch StR, S. 288.

⁸⁸³ „Contrectatio“ bedeutet auf Latein „berühren“, PONS-Wörterbuch (<https://de.pons.com/übersetzung-2/latein-deutsch/contrectatio> zuletzt aufgerufen am: 15.10.2025).

⁸⁸⁴ „Illatio“ ist das lateinische Wort für „hineinbringen“, PONS-Wörterbuch (<https://de.pons.com/übersetzung-2/latein-deutsch/illatio> zuletzt aufgerufen am: 18.11.2025) auch übersetzt als „bergen“ oder „sichern“, *Vogel/Brodowski* LK § 242 Rn. 48.

⁸⁸⁵ „Ablatio“ kann aus dem Lateinischen als „fortschaffen“ übersetzt werden, *Vogel/Brodowski* LK § 242 Rn. 48.

Meinung so,⁸⁸⁶ damit würden die Illationstheorie und die Ablationstheorie ausgeschlossen werden. *Frank* ging weiter davon aus, nur die Apprehensionstheorie könne die Vollendung der Wegnahme beschreiben. So müsse der Täter den fremden Gewahrsam brechen und neuen Gewahrsam „an dessen Stelle treten“ lassen.⁸⁸⁷

Würde man erst das Sichern der Beute als vollendeten Diebstahl ansehen, würde die Norm des räuberischen Diebstahls keinen Anwendungsbereich mehr haben, da diese das Betreffen des Täters auf frischer Tat des Diebstahls voraussetzt,⁸⁸⁸ der aber in dem Zeitpunkt noch gar nicht vollendet sein kann, wenn der Täter erst in seinen Herrschaftsbereich gelangen muss, um den Diebstahl zu vollenden. In seinem Herrschaftsbereich ist die Möglichkeit aber sehr gering, dass der Täter noch auf frischer Tat von einer dritten Person betroffen wird. Auch gäbe es dann keine hinreichende Unterscheidung zwischen Vollendung des Diebstahls und dessen Beendigung mehr, die angenommen wird, wenn die Sache gesichert wird.⁸⁸⁹ Das Argument der Einführung des Tatbestands des räuberischen Diebstahls kann auch der Ablationstheorie entgegengesetzt werden, wenn auch hier der Anwendungsbereich zumindest nicht gänzlich ausgeschlossen wäre. Zu denken ist aber an Fälle, in denen kleine Gegenstände unbemerkt bereits im räumlichen Zugriffsbereich des bisherigen Gewahrsamsinhabers eingesteckt werden. Zu unterscheiden ist zwischen kleinen Sachen und großen, schweren, unhandlichen Gegenständen. Bei kleinen Sachen abzuwarten, bis der Täter sich in einem anderen räumlichen Bereich befindet, würde die Vollendung des Diebstahls zu weit nach hinten verschieben. Um den Eigentumsschutz ausreichend zu gewährleisten, sollten die Anforderungen an die Wegnahmehandlung nicht zu hoch gesetzt werden, weswegen ein Fortschaffen nicht zu fordern ist. Bei großen und unhandlichen Gegenständen kann aber gerade kein Einstecken in die Tasche vorgenommen werden, weswegen hier an die Notwendigkeit der Fortschaffung zur Vollendung der Wegnahmehandlung gedacht werden muss. Die bloße Berührung einer Sache kann noch keine Vollendung des Diebstahls darstellen, da dadurch keine Herrschaftsgewalt über die Sache entfaltet

⁸⁸⁶ So mittlerweile allgemeine Auffassung, siehe dazu auch *Schmitz* MüKo § 242 Rn. 86; sowie *Vogel/Brodowski* LK § 242 Rn. 48 f., wo dargestellt wird, dass der Gesetzgeber eine begriffliche Abwendung vom allgemeinen Recht vollzog, was diese Theorien ausschloss. In der Rechtsprechung ist auch anerkannt, dass es nicht zwangsläufig auf eine Sicherung der Ware ankommt, siehe dazu S. 66 ff., 76 ff. oder S. 183 ff.; *Frank*, StGB, § 242 Bemerkung VI. 1; *Welzel* GA 1960, 257, 259.

⁸⁸⁷ *Frank*, StGB, § 242 Bemerkung VI 1 m.w.N.; heute einhellige Auffassung, dass zur Gewahrsamsbegründung bei kleinen handlichen Gegenständen bereits die Ergreifung eines Gegenstandes reicht, siehe dazu *Ling* ZStW 1998 (110), 919, 921; so auch bereits *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT 1, S 310, sowie die folgenden Fußnoten.

⁸⁸⁸ *Sander* MüKo § 252 Rn. 4 ff.

⁸⁸⁹ Der Täter muss dafür gesicherten Gewahrsam erlangen, BGHSt 4, 132, 133; BGH NStZ 2008, 152 m.w.N.; *Vogel/Brodowski* LK § 242 Rn. 200 m.w.N.

wird, was die Kontrektationstheorie ausscheiden lässt. Anderenfalls würde im Selbstbedienungsladen bei jedem Berühren der Ware der Verdacht der Begehung eines Diebstahls ausgelöst, was zum einen erheblichen Mehraufwand für die Ermittlungsbehörden bedeuten würde und zum anderen Verhalten pönalisiert, das noch nicht strafwürdig erscheint. Somit würde auch die Versuchsstrafbarkeit unzulässig weit vorverlagert.

Ganz überwiegend wird vertreten, dass dann neuer Gewahrsam begründet wird, wenn der Täter die Sachherrschaft über die Sache derart erlangt hat, dass er ungehindert über die Sache verfügen kann, also auch der ehemalige Gewahrsamsinhaber von der Herrschaft ausgeschlossen wird.⁸⁹⁰ In den meisten Fällen ist dies mit dem Ergreifen der Sache der Fall,⁸⁹¹ weswegen vielfach die Apprehensionstheorie die Vollendung der Gewahrsamsbegründung bestimmt.

Allerdings ist zu beachten, dass es nach der herrschenden Meinung zwar auf die tatsächliche Sachherrschaft ankommt, diese aber auch ohne ein tatsächliches Ergreifen der Sache vorliegen kann. So begründet beispielsweise der Ladeninhaber, dessen Waren vor seinem Laden angeliefert und abgestellt werden, Gewahrsam an diesen, obwohl er diese nicht ergreift.⁸⁹²

Außerdem soll nicht jedes Ergreifen einer Sache bereits eine Gewahrsamsbegründung darstellen, vielmehr muss dies vom Einzelfall abhängig gemacht werden.⁸⁹³ Gerade bei großen und sperrigen Gütern kann ein Ergreifen noch keine Wegnahme darstellen.⁸⁹⁴ Zu denken ist ebenfalls an Fälle im Selbstbedienungsladen. Auch hier reicht ein bloßes Ergreifen noch nicht aus, um eigenen Gewahrsam zu begründen. So *kann* das Einstecken in die Jacke oder die Tasche als eine

⁸⁹⁰ OLG Köln NJW 1986, 392; OLG Köln StV 1989, 156; *Heger* Lackner/Kühl/Heger § 242 Rn. 15; *Fischer* § 242 Rn. 17; *Kudlich* S/S/W § 242 Rn. 32, subsumiert dies unter die Apprehensionstheorie, dabei ist das Ergreifen der Sache gerade nicht Teil der vorherrschenden Definition, sondern kann im Einzelfall darunter subsumiert werden. Das OLG Karlsruhe stellt zunächst auf die Apprehensionstheorie ab, in Grenzfällen auch auf die Ablationstheorie, fasst aber dann zusammen, dass es insgesamt auf die tatsächlichen Umstände des Einzelfalls unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung ankomme, OLG Karlsruhe NStZ-RR 2005, 140, 141.

⁸⁹¹ Siehe dazu nur die Aufzählung bei *Heger* Lackner/Kühl/Heger § 242 Rn. 16.

⁸⁹² BGH NJW 1968, 662.

⁸⁹³ *Schmitz* MüKo § 242 Rn. 86.

⁸⁹⁴ Selbst das Einstecken von sechs Flaschen Whiskey in zwei mitgebrachten Tüten im Selbstbedienungsladen reicht nicht aus BGH NStZ-RR 2013, 276; *Otto* JZ 1985, 21, 22; *Vogel/Brodowski* LK § 242 Rn. 94 m.w.N.

Gewahrsamsbegründung qualifiziert werden, dies ist aber auch in manchen Fällen zu verneinen.⁸⁹⁵ Weiter entschied der BGH, dass ein Ergreifen und Festhalten der Sache im Einzelfall nur dann ausreichend sei, wenn der Berechtigte seine Verfügungsmacht nur gewaltsam und gegen den Willen des Täters wiederherstellen könnte.⁸⁹⁶

Folglich überzeugt es nicht, stets ausschließlich auf das Ergreifen der Sache abzustellen. In manchen Fällen kann ein bloßes Ergreifen nämlich noch keine tatsächliche Sachherrschaft begründen, weswegen hier auf ein Fortschaffen abzustellen wäre. Ob Gewahrsam begründet wird, muss als Resultat der vorherigen Erläuterungen nach den allgemeinen Kriterien des Gewahrsams bestimmt werden. Wie sich gezeigt hat, kann nicht eine Theorie allein alle pönalisierungsbedürftigen Fälle umfassen. Somit hängt die Bestimmung der Gewahrsamsbegründung vom Einzelfall ab, insbesondere auch von Größe, Gewicht oder der Handlichkeit des Gegenstandes.⁸⁹⁷ Der Täter muss die tatsächliche Sachherrschaft begründen und eine Herrschaftsgewalt über die Sache ausüben können. Wann dies tatsächlich der Fall ist, kann nicht vorrangig nach den Gewahrsamsbegründungstheorien beurteilt werden, unter Umständen können diese höchstens ergänzend miteinander kombiniert werden. Vielmehr sollte aber auf den Einzelfall abgestellt werden, da die Herrschaftsgewalt bei kleinen handlichen Gegenständen anders ausgeübt werden kann, als dies bei schweren unhandlichen Gegenständen der Fall ist.⁸⁹⁸ Dies zeigt, dass eine gesonderte Betrachtung unter Beachtung der Gewahrsamsdefinition erforderlich ist.

Die Dauer des neuen Gewahrsams ist nicht von Relevanz, ausreichend ist zumindest eine kurzzeitige Sachherrschaft über die Sache.⁸⁹⁹

⁸⁹⁵ Hängt auch vom Einzelfall ab. Siehe dazu auch Kapitel 7, vor allem S. 183 ff. sowie *Zopfs* ZJS 2009, 506, 511.

⁸⁹⁶ BGH NSTZ 2011, 36, 37.

⁸⁹⁷ BGHSt 16, 271 f., „Verkehrsauffassung“; OLG Köln NJW 1986, 392; *Rengier*, BT I, § 2 Rn. 44; *Schmitz* MüKo § 242 Rn. 86; *Vogel/Brodowski* § 242 Rn. 83; *Wittig* BeckOK § 242 Rn. 25 ff. Nach *Kindhäuser/Hoven* kommt es auf den Gewahrsamsbegründungswillen an, *Kindhäuser/Hoven* NK § 242 Rn. 35. Auf die verschiedenen Faktoren stellt auch *Zopfs* ab, der allerdings auch daran festhält, dass der Gewahrsam mit Berühren, Ergreifen, Wegtragen, Ergreifen, der Möglichkeit des erfolgreichen Wegtragens oder mit dem endgültigen Bergen vorliegen kann, *Zopfs* ZJS 2009, 506, 510. Im Ergebnis kommt es wohl einfach auf den Einzelfall an.

⁸⁹⁸ So beispielsweise *Zopfs* ZJS 2009, 506, 510.

⁸⁹⁹ BGHSt 16, 217, 273; OLG Köln NJW 1986, 392.

4. Taugliche Gewahrsamsinhaber
a) Bisheriger Meinungsstand

Zunächst ist festzuhalten, dass der Gewahrsamsinhaber grundsätzlich keinen berechtigten Gewahrsam haben muss, da ansonsten der Dieb, der ja gerade unberechtigten Gewahrsam hätte, keinen Gewahrsam begründen kann, obwohl dies für den Diebstahlstatbestand notwendig wäre.⁹⁰⁰ Der Ausübung der Sachherrschaft darf nichts entgegenstehen, allerdings ist es unerheblich, ob der Gewahrsamsinhaber Verfügungsbefugnis über die Sache hat, also rechtlich darüber verfügen darf, er muss es lediglich tatsächlich können.⁹⁰¹

Allgemein anerkannt ist, dass auch der Dieb, Hehler oder Schmuggler Gewahrsamsinhaber im Sinne des § 242 StGB sein können, was dazu führt, dass ein Diebstahl von unberechtigt erworbenem Gut möglich ist.⁹⁰²

Kindhäuser schränkt dies insoweit ein, als er dem unberechtigten Gewahrsamsinhaber das Notwehrrecht gegen eine Gewahrsamsentziehung versagt. Weiterhin sei der Strafraum des Diebstahls aus dem Gewahrsam eines unberechtigten Gewahrsamsinhabers auf den der Unterschlagung zu begrenzen. Begründet wird die Ansicht mit der Annahme, dass der Täter, der einem Unberechtigten eine Sache wegnimmt, nur das Unrecht der Zueignung verwirkliche, was allerdings nur dem Unrecht der Unterschlagung entspreche.⁹⁰³

Der Gedankengang erscheint nachvollziehbar, dennoch ist diese Bevorteilung des Täters abzulehnen, da kein Bedürfnis dafür besteht, zwischen einem Diebstahl von einem berechtigten und einem unberechtigten Gewahrsamsinhaber zu unterscheiden. Dies lässt sich unter anderem aus einem Rechtsvergleich zum

⁹⁰⁰ *Vogel/Brodowski* LK § 242 Rn. 59.

⁹⁰¹ BGH wistra 1994, 95 99; *Vogel/Brodowski* LK § 242 Rn. 59.

⁹⁰² BGH NJW 1953, 1358; BGH NStZ 2021, 425, 426; RGSt 60, 273, 278; *Bosch* TK § 242 Rn. 25; *Frank*, StGB, § 242 Bemerkung V; *Heger* Lackner/Kühl/Heger § 242 Rn. 12; *Hillenkamp* FS Achenbach S. 189, 201; *Kindhäuser/Böse*, BT 2, § 2 Rn. 30; *Kindhäuser/Hoven* NK § 242 Rn. 33; *Mitsch* BT 2 2.1.4.2.2; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Rn. 131; *Vogel/Brodowski* § 242 Rn. 59 m.w.N.; *Zopfs* ZJS 2009, 506, 509; *Zieschang* JA 2024, 265, 268; andere Ansicht *Roth*, Eigentumsschutz, S. 115; *Hoyer* FS Fischer S. 361 ff., bezieht sich dabei allerdings nur auf illegal hergestellte oder besessene Betäubungsmittel, an welchen keine Eigentumsdelikte begangen werden können, was obiger Aussage nicht gänzlich entgegensteht.

⁹⁰³ *Kindhäuser/Böse*, BT 2, § 2 Rn. 30; *Kindhäuser/Hoven* NK § 242 Rn. 33.

Bürgerlichen Recht folgern, in dem auch der unberechtigte Besitz von den Besitzschutzregeln umfasst ist.⁹⁰⁴ Außerdem ist auch der unberechtigte Besitz notwehrfähig.⁹⁰⁵ Aus dem Wortlaut des Gewahrsams lässt sich auch keine Differenzierung folgern. In Konsequenz der Ansicht von *Kindhäuser* müsste man sich dann weiter damit auseinandersetzen, ob dem Täter bewusst war, dass er etwas von einem Unberechtigten entwendet hat, was wiederum zu Beweisschwierigkeiten führt. Es besteht keine Notwendigkeit, einen Täter zu privilegieren, der, ähnlich wie der Täter, der von einem berechtigten Gewahrsamsinhaber stiehlt, die Absicht hatte, eine fremde bewegliche Sache jemand anderem zu entziehen und dies auch tatsächlich tat. Es erschließt sich auch nicht, warum der Unrechtsgehalt in beiden Fällen nicht gleich groß sein sollte.

Grundsätzlich unstrittig ist, dass nur natürliche Personen Gewahrsam haben können, da wie bereits festgestellt, für den Gewahrsam ein natürlicher Herrschaftswille erforderlich ist.⁹⁰⁶

Außerdem endet der Gewahrsam mit dem Tod.⁹⁰⁷ Damit sind all diejenigen taugliche Gewahrsamsinhaber, die einen Sachherrschaftswillen bilden können, sei es auch nur in Form eines potentiellen Herrschaftsbewusstseins.

Nach *Hoyer* kommt auch juristischen Personen Gewahrsam zu. Die fehlende tatsächliche Sachherrschaft, wie dies bei einer juristischen Person aber ebenso bei einem irreversibel Bewusstlosen angenommen werden muss, stehe dem Gewahrsam nicht entgegen. Ein Erwerb des Gewahrsams sei auch durch eine rechtliche Vereinbarung möglich, daher müsse jeder Rechtsfähige gleichzeitig gewahrsamsfähig sein.⁹⁰⁸

⁹⁰⁴ § 859 Abs. 4 BGB.

⁹⁰⁵ *Vogel/Brodowski* LK § 242 Rn. 59; *Rönnau/Hohn* LK § 32 Rn. 87 m.w.N.

⁹⁰⁶ *Bosch* TK § 242 Rn. 29; *Glandien* JR 2019, 60, 64; *Heger* Lackner/Kühl/Heger § 242 Rn. 10; *Kindhäuser/Hoven* NK § 242 Rn. 34; andere Ansicht *Soltmann*, der davon ausgeht, dass es auf die Verkehrsauffassung ankomme, wem der Gewahrsam an einer Sache zusteht, und laut ihm die Verkehrsauffassung der juristischen Person selbst den Gewahrsam zuschreibe, siehe *Soltmann*, S. 15. *Bender* leitet den Gewahrsam juristischer Personen aus der Anerkennung deren Rechtsfähigkeit, Willens- und Handlungsfähigkeit her, die ihr sowohl zivilrechtlichen als auch Gewahrsam im Sinne der ZPO und aus all dem folgend auch strafrechtlichen Gewahrsam zuspricht, *Bender*, Gewahrsam S. 22 ff., 28 ff., 40.

⁹⁰⁷ *Glandien* JR 2019, 60, 63.

⁹⁰⁸ *Hoyer* SK § 242 Rn. 39; andere Ansicht RGSt 60, 271; *Bosch* TK § 242 Rn. 29; *Fischer* § 242 Rn. 13; *Kindhäuser/Hoven* NK § 242 Rn. 36; *Vogel/Brodowski* LK § 242 Rn. 57.

b) Stellungnahme

Ein Rückgriff auf den Gewahrsamswillen ist für die Beurteilung des tauglichen Gewahrsamsinhabers unabdingbar.⁹⁰⁹

Aus den Ausführungen zum Gewahrsamswillen ergibt sich, dass der Gewahrsam nur natürlichen Personen zuteilwerden kann. Für die juristische Person stellt man demnach auf die dahinterstehende natürliche Person (Vorstand, Leiter, Inhaber und so weiter) ab. Eine juristische Person kann mangels Denkorgans keinen Willen bilden und daher selbstständig nicht über den Gewahrsam entscheiden oder verfügen, dafür ist immer die natürliche Person nötig. Auch die Kundgabe des Willens kann nur durch eine natürliche Person vorgenommen werden, da die juristische Person nicht für sich selbst mitteilungsfähig ist. Demnach ist auf die natürliche Person, die hinter der juristischen Person steht, abzustellen.

Schlafende, Bewusstlose, Kinder oder Geisteskranke können unter den oben genannten Voraussetzungen zur Bildung des Gewahrsamswillens auch taugliche Gewahrsamsinhaber sein.⁹¹⁰

Eine Differenzierung zwischen berechtigtem und unberechtigtem Gewahrsamsinhaber wurde bereits abgelehnt.

5. Fazit

Aus den Kriterien des Gewahrsams lässt sich ableiten, dass der Gewahrsam auch immer durch eine subjektive Komponente geprägt sein sollte, nämlich den Herrschaftswillen. Dieser kann auch nur potentiell gegeben sein und wird meist von der Verkehrsanschauung mitbestimmt. Aufgrund des Herrschaftswillens ist auch der Kreis der Gewahrsamsinhaber eingeschränkt, nämlich auf natürliche Personen. Juristischen Personen ist die Begründung eines Herrschaftswillens unmöglich, weswegen auf die dahinterstehende natürliche Person abgestellt werden muss. Bei Schlafenden und Bewusstlosen sowie Kranken ist von einem potentiellen Herrschaftswillen auszugehen.

Die Begründung des Gewahrsams ist aber stark von der jeweils zugrundeliegenden Definition abhängig. Dabei sollte nicht zwangsläufig einfach nur auf ein

⁹⁰⁹ Siehe dazu S. 144 ff.

⁹¹⁰ Siehe dazu S. 204 ff.

Ergreifen oder Einstecken abgestellt werden, wie es die früheren Tathandlungstheorien getan haben. Von Relevanz ist hier der Einzelfall, wann davon auszugehen ist, dass ein Täter Gewahrsam und damit tatsächliche Sachherrschaft an einer Sache begründet, was dem Begriff leider wieder etwas die Bestimmtheit entzieht. Abzustellen ist auf den Zeitpunkt, in dem die Person die tatsächliche Sachherrschaft erlangt und die Herrschaftsgewalt über die Sache ausüben kann. Als wichtigstes Merkmal lässt sich aber auch hier erneut feststellen, dass die tatsächliche Sachherrschaft ein zentrales Kriterium darstellt.

Kapitel 6: Eigener Gewahrsamsbegriff

Im Folgenden ist zu erörtern, ob mit Hilfe der erzielten Ergebnisse eine einheitliche Gewahrsamsdefinition gefunden werden kann. Auf dem Weg zur Bildung eines möglichen Gewahrsamsbegriffs soll auf relevante Auslegungsmethoden eingegangen werden, die eine Begriffsfindung ermöglichen. Im Anschluss wird zu beantworten sein, ob und wie der Begriff zu fassen ist, um die vielzähligen Problemkonstellationen bestimmt, einheitlich und nachvollziehbar zu lösen.

- I. Zusammenfassung der bisherigen Ergebnisse
1. Übertragung der Erkenntnisse zum Gewahrsam aus anderen Rechtsbereichen

Zu Beginn der Arbeit wurden die Rechtsbereiche des Zivilrechts, der Strafprozessordnung, des Öffentlichen Rechts und des Nebenstrafrechts, namentlich das Waffengesetz und Betäubungsmittelgesetz, im Hinblick auf die Verwendung des Gewahrsamsbegriffs untersucht. Aufgrund der verschiedenen Funktionen und Zweckrichtungen der unterschiedlichen Rechtsbereiche können und dürfen die Ergebnisse aber nicht direkt auf den strafrechtlichen Gewahrsamsbegriff übertragen werden.⁹¹¹ So muss grundsätzlich natürlich die vom BGH konstatierte Eigenständigkeit der strafrechtlichen Auslegung gegenüber der anderen Rechtsgebieten und -bereichen beachtet werden.⁹¹² Dennoch können mögliche Erkenntnisse aus diesen Bereichen gewonnen werden, die die Definitionsfindung im Strafrecht erleichtern.

Zunächst kann festgehalten werden, dass die Definitionen des Besitzes im Zivilrecht und des Gewahrsams im Strafrecht voneinander zu unterscheiden sind. Zwar stimmt der unmittelbare Besitz in den meisten Fällen mit dem strafrechtlichen Gewahrsam überein, dennoch können die Begrifflichkeiten nicht gleichgesetzt werden. Eine eigenständige Definition für den Gewahrsam im Strafrecht ist daher nötig, im Kern kann aber zumindest auf die Gemeinsamkeit, die tatsächliche Sachherrschaft, abgestellt werden, die sowohl für den unmittelbaren Besitz zu fordern ist als auch für den Gewahrsam vielfach gefordert worden ist.

Der Gewahrsamsbegriff der Zivilprozessordnung ähnelt dahingehend dem des Strafrechts, dass auch hier der Besitzdiener, der mittelbare Besitzer und der Erbe nicht automatisch als Gewahrsamsinhaber angesehen werden und deren Gewahrsam vielmehr einzelfallabhängig begründet werden muss. Im Kern gehen

⁹¹¹ Die Rechtsgebiete lassen sich gegenseitig unberührt, so bezüglich des Zivilrechts und des Strafrechts *Zieschang* GA 1997, 196, 197.

⁹¹² BGHSt 34, 221, 225.

beide Definitionen auch von einer Übereinstimmung mit dem unmittelbaren Besitz aus. Es zeigen sich Ähnlichkeiten, die allerdings nicht dazu führen dürfen, die Begriffe gänzlich gleichzustellen. So muss der Zweck der jeweiligen Normen beachtet werden, wobei es im Strafrecht um den Schutz des Eigentums geht und im Zivilrecht die erleichterte Zuordnung von Sachen bei der Zwangsvollstreckung maßgeblich ist. In der Zivilprozessordnung wird dabei auf die äußerliche Erkennbarkeit abgestellt. Beim strafrechtlichen Gewahrsamsbegriff ist aber grundsätzlich nicht darauf zu rekurren. Am ehesten der äußerlichen Erkennbarkeit ähnlich ist das Abstellen auf die Verkehrsanschauung, die den Gewahrsam nach weit verbreiteter Meinung als soziale Komponente bestimmt. In einigen Fällen ist es folglich notwendig, die faktische Ansichtsweise mittels der Verkehrsanschauung zu korrigieren und zu eruieren, ob einer Person der Gewahrsam an der Sache zusteht. Dies ist nicht zwangsläufig immer äußerlich erkennbar. Beide Merkmale sind Korrektive, um eine faktische Herrschaft im Einzelfall zu korrigieren und um die Zuordnung zu erleichtern. Aus der Zivilprozessordnung lässt sich ein verbindender Aspekt, die tatsächliche Sachherrschaft, hervorheben, die auch – wie sich gezeigt hat – ein relevantes Merkmal für die Definition des Gewahrsams im Strafrecht darstellt. Es erscheint daher sinnvoll, dies auch auf einen neuen Gewahrsamsbegriff zu übertragen, wie es bereits vielfach vorgenommen wurde. Auch die Idee einer Korrektur über eine soziale Komponente überzeugt.

Die Strafprozessordnung nimmt wiederum Bezug auf den strafrechtlichen Gewahrsamsbegriff und definiert diesen für die in ihr enthaltenen Normen nicht neu. Obgleich zum Teil davon ausgegangen wird, dass der mittelbare Besitz für die Annahme strafprozessualen Gewahrsams ausreichen würde, ist dies für sich genommen jedenfalls nicht geeignet, strafrechtlichen Gewahrsam zu begründen. Allein die Tatsache, dass jemand mittelbarer Besitzer ist, führt nicht bereits zur Bejahung des strafrechtlichen Gewahrsams, da – wie bereits erläutert – verschiedene Konstellationen des mittelbaren Besitzes gerade keine tatsächliche Sachherrschaft voraussetzen und damit auch keinen Gewahrsam begründen, wie er bisher definiert wurde. Innerhalb der einzelnen Normen der Strafprozessordnung wird der Begriff somit auch je nach Konstellation anders ausgelegt und angewendet, auch wenn im Kern auf den strafrechtlichen Gewahrsam abzustellen ist. Demnach beeinflusst der strafrechtliche Gewahrsamsbegriff in weiten Teilen den der Strafprozessordnung, für eine neue Definition des strafrechtlichen Begriffs lassen sich aber hier keine weiteren Erkenntnisse gewinnen.

Im Betäubungsmittelgesetz sowie im Waffengesetz wird zwar auf den Besitz abgestellt, er entspricht aber im Wesentlichen dem Gewahrsamsbegriff aus dem Strafrecht, obwohl er vom Wortlaut eher an den Besitz im Zivilrecht erinnert,

aber nicht an diesen angelehnt sein soll. Teils wird aber auch hier auf verschiedene Besitzformen des Zivilrechts abgestellt, die beispielsweise zur Begründung des waffenrechtlichen Besitzbegriffs ausreichen sollen. Die inhaltliche Anlehnung an das Strafrecht hat dazu geführt, dass auch der Besitzbegriff in diese Arbeit Eingang gefunden hat. Irreführend bleibt die unterschiedliche Verwendung der Begrifflichkeiten, wenn von Besitz die Rede ist, der aber vielmehr wie der strafrechtliche Gewahrsam auszulegen ist. Eine Umformulierung von Besitz in Gewahrsam wäre zu begrüßen. Auch hier beeinflusst der strafrechtliche Begriff im Kern den des Nebenstrafts im Bereich des Waffen- und Betäubungsmittelgesetz. Als Gemeinsamkeit besteht die tatsächliche Gewalt- beziehungsweise Sachherrschaft.

Gemeinsames Element der verschiedenen Begriffe ist dabei zusammenfassend stets die tatsächliche Sachherrschaft.

2. Übertragung der Erkenntnisse aus dem StGB
 - a) Auslegung des Gewahrsams in den Tatbeständen der §§ 168, 249, 274, 289 StGB

Das Gesetz nimmt in § 242 StGB, aber auch in §§ 168, 289, 249 und 274 StGB Bezug auf die Wegnahme oder direkt auf den Gewahrsam. Die gleiche Auslegung des Begriffs in den Zueignungsdelikten, § 242 und § 249 StGB, liegt auf der Hand, da § 249 StGB speziell neben dem Nötigungsmittel auch einen Diebstahl voraussetzt. §§ 168, 274 und 289 StGB sind dagegen gerade nicht aus dem Bereich der Zueignungsdelikte, sondern haben andere Zielsetzungen.

Festgehalten werden muss erneut, dass der gleiche Wortlaut in einem Gesetz nicht zwingend die gleiche Bedeutung mit sich bringt, auch wenn eine gewisse Parallelität anzustreben ist.⁹¹³ Gleiche Begriffe grundsätzlich ähnlich auszulegen, erleichtert die Rechtsanwendung, wenn für einen Begriff nur eine Definition anzuwenden ist, sofern nicht das Telos des Gesetzes eine andere Auslegung zwingend erfordert. Die Tendenz des BGH geht auch grundsätzlich in Richtung eines einheitlichen Begriffsverständnisses.⁹¹⁴ Insofern ist darauf hinzuweisen, dass der Gesetzgeber die Regelung auch hätte anders treffen können, die Begrifflichkeit also nicht hätte verwenden müssen, wenn eine einheitliche Auslegung nicht gewünscht wäre.

⁹¹³ RGSt 70, 251, 254 f.; so auch bereits *Laubenthal* JA 1990, 38 f.

⁹¹⁴ BGHSt 13, 178, 180.

Dies betrifft vor allem die Auslegung des Gewahrsams in § 168 StGB. Hier wird explizit der Gewahrsam und die Wegnahme im Gesetz genannt. Auf den ersten Blick erscheint die gleiche Interpretation der auch in § 242 StGB verwendeten Begriffe naheliegend. Wenn der Gesetzgeber im gleichen Rechtsgebiet identische Begriffe verwendet, erscheint es plausibel, dass er dies auch bewusst getan hat. Dennoch besteht bei § 168 StGB Streit darüber, wie die Merkmale auszulegen sind. Streitpunkte sind hier vor allem die faktische Komponente des Herrschaftsverhältnisses, das sich konkreter auf eine Art Obhut bezieht, sowie das Erfordernis einer normativen Auslegung. Als Unterschied zu § 242 StGB lässt sich neben der Gewahrsamsdefinition im Hinblick auf die Wegnahme festhalten, dass ganz herrschend bei § 168 StGB gerade keine Gewahrsamsneubegründung gefordert wird. Da die Vorschrift dem Totengedenken dient und dem Pietätsgefühl der Angehörigen Ausdruck verleihen soll, kann in verschiedenen Einzelfällen keine Auslegung im Sinne des Gewahrsamsbegriffs des Diebstahls erfolgen. Es fragt sich aber dennoch, wieso der Gesetzgeber dann nicht eigens für diesen Tatbestand passende Begriffe gewählt hat.

Festhalten lässt sich aber auch hier das Erfordernis der tatsächlichen Sachherrschaft, zwar bei § 168 StGB in Form eines faktischen Obhutsverhältnisses, was aber im Ergebnis eine inhaltliche Übereinstimmung darstellt. Folglich kann der faktische Ansatz, der auch den meisten Definitionen von § 242 StGB zugrunde liegt, als Kern der Definition dienen. Nicht gesprochen werden kann jedoch von „Sachherrschaft“, da es sich nicht bloß um eine Sache, sondern eine verstorbene Person handelt. Demnach ist es nur folgerichtig, stattdessen ein Obhutsverhältnis über die menschliche Leiche als Äquivalent zur Sachherrschaft über eine Sache zu verlangen. Ein Gleichlauf der Definitionen ist damit aber angelegt. Normativ muss dieses Verhältnis nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift ausgelegt werden, um mit Blick auf die Norm des § 168 StGB dem Totengedenken Rechnung zu tragen. Das zu fordernde normative Element ergibt sich aus dem Gesichtspunkt der Berechtigung, die dem Gewahrsamsinhaber außerdem zustehen muss. Insoweit kann darauf abgestellt werden, welche Person die Totenfürsorge übernehmen kann und will, was zunächst derjenige ist, dem die Fürsorge übertragen wurde.

Demnach kann für die Vorschrift der Störung der Totenruhe bei der Definition des Gewahrsams von einem faktisch-normativen Ansatz ausgegangen werden. Der normative Teil bezieht sich dabei auf das Merkmal der Berechtigung.

Bei § 289 StGB stehen keine zwingenden Gründe einer Auslegung im Sinne des Diebstahltatbestands entgegen. Die mögliche Strafbarkeitslücke, die durch den

Ausschluss besitzloser Pfandrechte entsteht, ist dabei hinzunehmen, insbesondere ist § 288 StGB möglicherweise einschlägig.⁹¹⁵ Der Schutzzweck der Norm widerspricht einer derartigen Auslegung auch nicht. Demnach ist die Wegnahme wie bei § 242 StGB zu beurteilen und damit auch das Merkmal des Gewahrsams.

§ 274 StGB normiert die Strafbarkeit der Wegnahme eines Grenzsteins oder eines anderen zur Bezeichnung einer Grenze oder eines Wasserstandes bestimmten Merkmals. Hier wird die Wegnahme aber gänzlich anders definiert als bei § 242 StGB. Eine Bezugnahme auf den Gewahrsam findet nicht statt. Dies zeigt beispielhaft, dass der gleiche Wortlaut einer Norm nicht zwingend die gleiche Bedeutung mit sich bringt. Dennoch wäre es zu befürworten, wenn sich der Gesetzgeber entschieden hätte, einen anderen Begriff zu verwenden, der dem Gesetzeszweck noch pointierter entspricht. Aus der Norm lassen sich keine Erkenntnisse für eine Gewahrsamsdefinition ziehen.

b) Auslegung des Gewahrsams in § 242 StGB nach dem bisherigen Meinungsstand

Nun sind die Erkenntnisse zusammenzutragen, die sich aus den zahlreichen Definitionsversuchen in Bezug auf den Gewahrsamsbegriff im Diebstahlstatbestand ergeben.

Insofern weisen einige Definitionen gleichermaßen das Problem auf, wie Faktizität und normative oder soziale Auslegung verbunden werden können. Wiederholt führt dies dazu, dass ein mögliches tatsächliches Sachherrschaftsverhältnis völlig in den Hintergrund tritt, sobald nach einer Art Korrektiv („normativ“, „sozial“, „Lebensauffassung“, „Verkehrsauffassung“, „soziale Zuordnung“, „Gepflogenheiten des täglichen Lebens“, „Gewohnheit“) eine andere Lösung gefunden wird. Dies zeigt aber auch die Relevanz einer Korrektur, da der Gewahrsamsbegriff große Schwierigkeiten bereitet, sofern er sich nur auf faktische, also tatsächliche Umstände, bezieht. Eine rein faktische Betrachtungsweise wirft die Problematik auf, dass bereits im Alltag meist keine allgegenwärtige Sachherrschaft über die zu einem gehörenden Dinge bestehen kann, man denke nur an die Wohnung mit den darin befindlichen Sachen, während man sich auf der Arbeit oder im Urlaub befindet. Anzuführen wäre auch das Auto oder das Fahrrad, das man für kurze oder längere Zeit auf der Straße stehen lässt. Daher muss der Begriff in irgendeiner Weise den sozialen Gegebenheiten und Gepflogenheiten angepasst werden.

⁹¹⁵ Zur Begriffsspaltung nur aus Gründen der Vermeidbarkeit von Strafbarkeitslücken siehe einige Sätze weiter vorne und *Simon*, Gesetzesauslegung, S. 460.

Nach der Zusammenschau aller relevanten Meinungen zur Gewahrsamsdefinition wird deutlich, dass es im Ergebnis immer nur auf soziale Wertungen ankommt, die sich in der einen oder anderen Art manifestieren. Eine derartige Korrektur ist aber auch notwendig, um die verschiedenen Fallkonstellationen sachgerecht zu erfassen.

Am nächsten an diese Anforderungen kommt dabei der normativ-soziale Ansatz. Er verzichtet zwar grundsätzlich auf das faktische Element, dies aber vor dem Hintergrund, dass die Faktizität am Ende sowieso durch die Auslegung nach normativen Wertungsgesichtspunkten die Relevanz verliert. Allerdings lässt sich schwierig feststellen, wann davon auszugehen ist, dass ein Zugriff auf Sachen sozial rechtfertigungsbedürftig ist und damit einen Diebstahl darstellt.

- II. Ermittlung eines Gewahrsamsbegriffs
- 1. Relevante Auslegungsmethoden
- a) Darstellung

Es gibt verschiedene Möglichkeiten, Gesetze und speziell Begriffe im Rahmen der klassischen Methodenlehre auszulegen.

Die gängigen Auslegungsmethoden beinhalten zunächst die Wortlautauslegung sowie die systematische, die historische und die teleologische Auslegung.⁹¹⁶

Am Anfang einer jeden Auslegung steht die Betrachtung des Wortlauts (wörtliche Auslegung). Der Wortlaut ist das Medium, das der Gesetzgeber verwendet, um ein Gesetz auszuformen und mit dem gewünschten Inhalt zu versehen. So ist also der Wortsinn auch das erste Indiz, um den Sinn des Gesetzes zu erfassen.⁹¹⁷ Die gebrauchte Sprache kann sich dabei an dem Allgemeinverständnis anlehnen, aber auch dem juristischen Sprachgebrauch entspringen. Aus dem Wortsinn können sich aufgrund der Flexibilität des allgemeinen Sprachgebrauchs sowie der Anpassungsfähigkeit, die der Wandel der Sprache mit sich bringt, eine Vielzahl von Bedeutungen ergeben.⁹¹⁸ Juristische Fachbegriffe, wie auch der Gewahrsam, müssen vor allem nach dem fachspezifischen Sinn beurteilt werden, nicht unbedingt nur nach dem alltäglichen Sprachgebrauch.⁹¹⁹ Zu

⁹¹⁶ Begründet wurde diese Art der traditionellen Methodenlehre von *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, S. 220 ff. Diese Methodenlehre hat auch einiges an Kritik erfahren, dies soll hier aber nicht weiter vertieft werden, dazu mehr bei *Kramer*, Juristische Methodenlehre, S. 54 ff., 359 ff.

⁹¹⁷ *Kramer*, Juristische Methodenlehre, S. 67; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 141.

⁹¹⁸ *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 141 f.

⁹¹⁹ *Kramer*, Juristische Methodenlehre, S. 98; dagegen beurteilt *Jacobi* die Wegnahme nach dem allgemeinen Sprachgebrauch. Die Wegnahme würde voraussetzen, dass der Täter den bisherigen Ge-

fragen ist aber dann, ob auf den Zeitpunkt des Erlasses des Gesetzes oder auf den heutigen Sprachgebrauch abgestellt werden muss.⁹²⁰ Im Zweifel ist dies bei juristischen Fachtermini das damalige Verständnis, wovon aber auch Ausnahmen zu machen sind, insbesondere bei Begriffen, die einer Wertung offen sein müssen oder deren Bedeutungsgehalt auch vom Gesetzgeber damals nicht festgelegt war.⁹²¹ Dass das damalige Verständnis von Gewahrsam mittlerweile überholt ist und der Begriff sozialen Wertungen offen stehen muss, wurde bereits in den vorherigen Kapiteln hinreichend geklärt.⁹²²

Juristische Fachbegriffe können, gerade wenn sie als normative Tatbestandsmerkmale ausgestaltet sind und damit Wertungen unterliegen, mitunter relativ vage sein.⁹²³ Um diese Vagheit besser zu erfassen, wurde das sogenannte semantische Drei-Bereiche-Modell eingeführt.⁹²⁴ Sofern es klar und offensichtlich ist, dass etwas eindeutig unter einen Begriff gefasst werden kann, ist dies ein sogenannter positiver Kandidat. Wenn etwas eindeutig nicht unter den Anwendungsbereich des Begriffs fällt, ist es als negativer Kandidat einzuordnen. Dinge, die nicht eindeutig darunter gefasst werden können, bei denen es also unklar ist, ob der Begriff darauf anwendbar ist, sind als neutrale Kandidaten einzustufen.⁹²⁵

Bei dem Begriff der Wegnahme handelt es sich um einen mehrdeutigen Gesetzesbegriff.⁹²⁶ Aufgrund der Relativität der Rechtsbegriffe muss die Wegnahme anhand ihrer Normwirkung ausgelegt werden, was dazu führt, dass ein Begriff unterschiedliche Bedeutungen haben kann, obwohl er sich mehrmals innerhalb eines Rechtsgebiets findet.⁹²⁷ Dafür lässt sich der Vergleich von § 242 und § 274 StGB anführen. Aber auch der Gewahrsamsbegriff ist ein mehrdeutiger Begriff, der relativ, also in Beziehung zu den jeweiligen Normen, Verschiedenes bedeuten kann, was sich gerade am Beispiel von § 242 und § 168 StGB gezeigt hat. So könnte man meinen, dass es gerade im Sinne der Rechtssicherheit nachteilig

wahrsam bricht, wenn er die Sache zunächst an einer gewahrsamsfreien Stelle versteckt. Die Begründung neuen Gewahrsams würde nach dem allgemeinen Sprachgebrauch nicht davon umfasst sein. Durch eine fachsprachliche Eingrenzung sei dann für § 242 StGB eine Begründung neuen Gewahrsams zu verlangen, für § 289 StGB sei dies, genauso wie der Gewahrsamsbruch, aber nicht erforderlich, *Jacobi*, Methodenlehre, S. 44.

⁹²⁰ *Kramer*, Juristische Methodenlehre, S. 98.

⁹²¹ *Kramer*, Juristische Methodenlehre, S. 98; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 144 f.

⁹²² Siehe dazu S. 66 ff.

⁹²³ *Kramer*, Juristische Methodenlehre, S. 75 ff.

⁹²⁴ *Jellinek*, Gesetz, S. 37 f.; *Koch*, Unbestimmte Rechtsbegriffe, S. 33 f.

⁹²⁵ *Kramer*, Juristische Methodenlehre, S. 70 ff., 78.

⁹²⁶ *Jacobi*, Methodenlehre, S. 44.

⁹²⁷ *Jacobi*, Methodenlehre, S. 347; *Kramer*, Juristische Methodenlehre, S. 76; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 141 ff.

ist, dass der Begriff des Gewahrsams derart mehrdeutig und vage ist und keine Legaldefinition existiert, die eine einheitliche Rechtsanwendung gewährleistet. Allerdings ist dies tatsächlich auch von Vorteil, da der Begriff somit anpassungsfähig ist und dem Wandel von sozialen Normen, Wertungen und der Lebensanschauung unterliegen kann, um eine möglichst gerechte Lösung zu gewährleisten.⁹²⁸

Daneben kann anhand der Gesetzesmaterialien der wirkliche Wille des Gesetzgebers abgeleitet werden, da zumeist in den Materialien der Sinn und Zweck des Gesetzes sowie die Motive, die zu dessen Erlass geführt haben, enthalten sind (historische Auslegung).⁹²⁹ Von Interesse sind dabei auch die damaligen Gerechtigkeitsvorstellungen, die den Motiven für den Gesetzeserlass zugrunde liegen.⁹³⁰

Aus den historischen Materialien lassen sich keine eindeutigen Kriterien ermitteln, die einen Einfluss auf die Definition des Gewahrsamsbegriffs hatten. Es wird nur deutlich, dass eine Abgrenzung des Gewahrsamsbegriffs zum Besitzbegriff vorgenommen wurde sowie eine Unterscheidung in Diebstahl und Unterschlagung mit differierenden Strafrahmen. Daraus lässt sich nun lediglich ableiten, dass der Gewahrsam anders zu definieren ist als der Besitz. Eine genauere Vorstellung von der Definition ist nicht ersichtlich.⁹³¹ Festhalten lässt sich aber auch, dass die Wegnahme als pönalisierungsbedürftiger einzustufen war und ist als die Zueignung. Dies mag bei der Wegnahme daraus zu folgern sein, dass hier sowohl Eigentum als auch Gewahrsam tangiert werden, wohingegen bei der Zueignung nur auf das Eigentum abzustellen ist.

Auch die Rechtsvergleichung kann einen Anhaltspunkt dazu beitragen, wie ein Gesetz und dessen Begriffe auszulegen sind. Sie wird mitunter als „fünfte“ Auslegungsmethode gesehen.⁹³² Darunter lassen sich beispielsweise Rechtsgrundsätze fassen, die einem bestimmten Kulturkreis entstammen, so wie hier der gemeinsamen europäischen Verfassungskultur, in dem auch die Rechtsgrundsätze

⁹²⁸ Zippelius bezeichnet es als „>>Schmiegsamkeit<< des Rechts“, Zippelius, Juristische Methodenlehre, S. 39 (Hervorhebung im Original).

⁹²⁹ Grundlegend bereits Savigny, System des heutigen römischen Rechts, S. 212 ff. Man müsse die Gedanken des Gesetzgebers rekonstruieren; darstellend Jacobi, Methodenlehre, S. 348; wenn auch heute zum Teil nicht mehr so vertreten; dazu eingehend Kramer, Juristische Methodenlehre, S. 135 ff. Dies sei eine historische Gebots- und Interessenforschung, Heck, Gesetzesauslegung, S. 59.

⁹³⁰ Zippelius, Juristische Methodenlehre, S. 48.

⁹³¹ Siehe dazu Kapitel 2, S. 11 ff.

⁹³² Dazu Häberle JZ 1090, 913, 916 ff.

des römischen Rechts in Teilen ihren Ausdruck finden.⁹³³ Auch wenn das römische Recht noch nicht zwischen Diebstahl und Unterschlagung differenzierte und auch gerade keinen Gewahrsam kannte, zeigen sich darin bereits einige Aspekte, die unser Rechtsverständnis vom Diebstahl geprägt haben. Aus dem römischen Recht übernommen wurden beispielsweise die verschiedenen Begrifflichkeiten und daraus entstandenen Theorien, wann von einer Gewahrsamsbegründung auszugehen ist.⁹³⁴ Außerdem konnte daraus bereits abgeleitet werden, dass es nicht nur auf eine faktische Komponente ankommen kann, sondern in gewisser Weise auch die Verkehrsauffassung eine Rolle spielen muss.

Im Rahmen der teleologischen Auslegung wird nach dem Zweck einer Norm gefragt, der als Anzeichen dafür dient, wie die Norm wirken soll. Dafür gibt es einige vage Kriterien wie beispielsweise die Rechtsethik, Gerechtigkeit, Vernünftigkeit, Sachgemäßheit oder Zweckmäßigkeit eines Gesetzes, die in einem angemessenen Verhältnis zueinander berücksichtigt werden sollen.⁹³⁵ Dies wurde auch bereits aufgegriffen, um das unterschiedliche Verständnis der Begrifflichkeiten im Diebstahlstatbestand und beispielsweise der Störung der Totenruhe (§ 168 StGB) zu begründen. Der Sinn und Zweck des Diebstahlstatbestands ist es, umfassend Eigentum und Gewahrsam zu schützen. Im Vergleich zum niedrigeren Unrechtsgehalt der Unterschlagung, die nur das Eigentum schützt, ist beim Diebstahl durch das Merkmal der Wegnahme der Schutz umfassender.

Ein Gesetz oder auch dessen Begrifflichkeiten müssen aber immer im Bedeutungszusammenhang beurteilt werden somit anhand der systematischen Stellung.⁹³⁶ Zum Ausdruck kommen sollen bei dieser Art von Auslegung auch die aus der Rechtsordnung entspringenden Gerechtigkeitsvorstellungen.⁹³⁷ Der Diebstahlstatbestand findet sich im Gesetz im Neunzehnten Abschnitt und damit im Rahmen der Vermögensdelikte. Der Begriff der Wegnahme und der des Gewahrsams nehmen jedoch beide nicht Bezug auf das Vermögen des Opfers oder

⁹³³ Das BVerfG bedient sich auch der rechtsvergleichenden Auslegungspraxis, BVerfGE 112, 332, 350 ff.; *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, S. 48.

⁹³⁴ Siehe hierzu bereits S. 158 ff.

⁹³⁵ Dazu ausführlicher *Jacobi*, Methodenlehre, S. 348; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 153 ff.; *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, S. 45.

⁹³⁶ *Kramer*, Juristische Methodenlehre, S. 99 ff.; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 145 ff.; *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, S. 36.

⁹³⁷ Dies wird auch als „hermeneutischer Zirkel“ bezeichnet, da aus der Rechtsordnung Kriterien entnommen werden, wie eine Norm in dieser Rechtsordnung auszulegen ist, siehe dazu *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, S. 48.

einen bestimmten Vermögenswert. Es kommt nur darauf an, dass das Opfer Inhaber des Gewahrsams ist, welcher gebrochen und durch den Täter neu begründet wird. Aus der systematischen Stellung lassen sich demnach zumindest für die Auslegung des Begriffs des Gewahrsams keine Schlüsse ziehen.

Die Auslegungsregeln können nicht einzeln betrachtet werden, sondern sollen in ihrer Gesamtheit angewendet werden, um zu einer nachvollziehbaren und sinnvollen Auslegung zu gelangen.⁹³⁸ Dabei ist zu klären, welche Auslegungsmethode vorrangig ist, sofern mehrere miteinander konkurrieren. Grundsätzlich muss beachtet werden, dass die Begriffe so ausgelegt werden sollen, dass ein gerechtes und nachvollziehbares Ergebnis gefunden wird.⁹³⁹ Der Wortsinn ist allerdings die Grenze jeder Auslegung,⁹⁴⁰ da anderenfalls eine verbotene Analogie zu Lasten des Täters vorliegt. Außerdem muss immer auf die Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht, speziell der Verfassung, geachtet werden.⁹⁴¹

So spricht sich *Zippelius* grundsätzlich dafür aus, dass man im Zweifel davon ausgehen muss, dass ein Wort, das der Gesetzgeber an verschiedenen Stellen benutzt, auch überall die gleiche Bedeutung haben soll. Dies diene unter anderem der Rechtssicherheit, Einfachheit und Übersichtlichkeit des Rechts.⁹⁴² Eine Ausnahme davon ist allerdings zu machen, wenn es dadurch zu Widersprüchen kommt.⁹⁴³ Es müsse darauf geachtet werden, dass durch die Auslegung der Norm und ihrer Begrifflichkeit der Funktion des einzelnen Gesetzes Rechnung getragen wird.⁹⁴⁴

Mithin erfährt der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung Einschränkungen auch durch die Relativität der Rechtsbegriffe. Selbst juristische Fachbegriffe, die eigentlich dafür da sind, Rechtssicherheit zu bieten und eine einheitliche nachvollziehbare Lösung zu finden, können je nach Zusammenhang eine unterschiedliche Bedeutung haben,⁹⁴⁵ was bereits mehrfach aufgezeigt wurde.

⁹³⁸ Nach *Müller* sind sie „nicht nur als einander ergänzend und abstützend, sondern als jeweils schon vom Ansatz her sachlich ineinander verwoben.“, *Müller/Christensen*, Juristische Methodik I, Rn. 374; so auch *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 149.

⁹³⁹ *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, S. 47.

⁹⁴⁰ *Jacobi*, Methodenlehre, S. 349; *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, S. 48.

⁹⁴¹ *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, S. 44, 47.

⁹⁴² *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, S. 51.

⁹⁴³ BGHSt 13, 102, 117; *Simon*, Gesetzesauslegung, S. 462; *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, S. 44, 51.

⁹⁴⁴ *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, S. 51.

⁹⁴⁵ *Simon*, Gesetzesauslegung, S. 453.

b) Fazit

Festzuhalten ist, dass eine rein faktische Betrachtung des Gewahrsams überholt ist. Die damalige rein faktische Betrachtungsweise wurde bereits abgelehnt. Der Gesetzgeber konnte bei Einführung der Norm nicht all die Konstellationen bedenken, die mittlerweile auftreten und die von einer möglichen Definition erfasst werden müssen. Aus den Gesetzesmaterialien ist nur erkennbar, dass der Begriff des Besitzes und der des Gewahrsams bewusst so gewählt wurden, um deutlich zu machen, dass beide unabhängig voneinander zu verstehen sind. Der Gesetzgeber hätte sonst auch im Strafrecht den Besitz als Merkmal einführen können. Ähnlichkeiten zwischen den Begrifflichkeiten sind dagegen nicht auszuschließen und bestehen in den meisten Konstellationen. Allerdings kann nur, weil jemand Besitzer im Sinne des Zivilrechts ist, daraus nicht zugleich die Gewahrsamsinhabereigenschaft geschlossen werden.

Aus der Stellung der verschiedenen Normen lässt sich auf keine einheitliche Auslegung schließen. Insbesondere kann aus der Regelung des Diebstahls tatbestands im Rahmen der Vermögensdelikte nichts Relevantes für den Gewahrsamsbegriff gefolgert werden, da es für den Gewahrsam richtigerweise nicht auf das Vermögen oder einen speziellen Wert der Sache ankommt. Allerdings ist festzuhalten, dass aufgrund des höheren Unrechtsgehalts im Gegensatz zur Unterschlagung ein umfassenderer Schutz gewollt ist.

Eine weitere Erkenntnis ist, dass die Wegnahme als mehrdeutiger Begriff anzusehen ist, der deswegen aber auch anpassungsfähig ist. Dies kann und sollte auch auf den Begriff des Gewahrsams übertragen werden. Es bestehen keine nennenswerten Unterschiede, die der Annahme der Mehrdeutigkeit des Gewahrsams entgegenstehen.

Aus dem römischen Recht ergibt sich, dass auch dort von einer faktischen Komponente und einem Korrektiv ausgegangen wurde, das der Verkehrsauffassung ähnelt.

2. Der Gewahrsamsbegriff im Strafrecht

Aus den bisherigen Erkenntnissen zum Gewahrsamsbegriff und dessen Merkmalen lassen sich einige Thesen gewinnen, die für eine Definition von Bedeutung sind.

Zum einen wurde aus den Ausführungen deutlich, dass der gemeinsame Kern der Auslegung des Gewahrsams in den verschiedenen Normen und auch Rechtsbereichen immer die tatsächliche Sachherrschaft beinhaltet. Vorrangig wird in den anderen Rechtsbereichen auf dieses faktische Element abgestellt, was sowohl in der Anwendung praktikabel ist als auch in der Lösung zumeist überzeugt. Damit liegt es nahe, zumindest ein faktisches Element für den Gewahrsamsbegriff zu fordern.

Zwar wirft eine faktische Betrachtung Probleme auf, indem beispielsweise einem körperlich Überlegenem nicht deswegen allein der Gewahrsam an den in einem Raum befindlichen Sachen zugesprochen werden kann, nur weil er faktisch die (bessere) Möglichkeit hat, darüber zu verfügen. Der Täter, der körperlich überlegen ist, würde so privilegiert werden. Dies ist vor allem im Hinblick auf Kranke, Bewusstlose und Schlafende relevant, aber auch hinsichtlich weiblicher Personen, die in der Regel einigen Tätern körperlich unterlegen wären und an deren Sachen somit sonst nie ein Diebstahl möglich wäre. Die Absurdität dieser Konsequenz ist offensichtlich. Deutlich wurde auch, dass in vielen Fällen gerade nicht *nur* auf das faktische Element abgestellt werden soll, wie bei dem Wohnungsinhaber, der seine Wohnung abgeschlossen hinterlässt, um in den Urlaub zu fahren. Dennoch hat die tatsächliche Sachherrschaft oftmals zumindest Indizwirkung dafür, wem der Gewahrsam an etwas zuzusprechen ist. Es bedarf eines erhöhten Begründungsaufwands, wenn man einer Person, die etwas in der Hand hält und ganz faktisch die bessere Zugriffs- und Verfügungsmöglichkeit über eine Sache hat, den Gewahrsam daran abspricht, so wie dies beispielsweise bei Hausangestellten der Fall ist.

Positive Erkenntnisse lassen sich auch aus dem normativ-sozialen Gewahrsamsbegriff ziehen. Die Ergebnisse haben in vielfacher Hinsicht überzeugt, gerade auch mit Blick auf die unterschiedlichen Gewahrsamssphären. Ebenso überzeugt die Idee, beim Gewahrsam im Angestellten- und Arbeitgeerverhältnis als normatives Kriterium das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Angestellten zum Ausdruck kommen zu lassen. Dennoch ist zu beachten, dass eine rein normative Betrachtung bisher keine gänzlich verlässlichen Ergebnisse hervorgebracht hat. Wertungen sind dem sozialen Wandel unterworfen, sie sind damit aber oftmals auch von Zufälligkeiten abhängig. Auch scheint es schwierig, die soziale Zuordnung allein von außen zu betrachten. In diesem Kontext sei das Beispiel des Fahrradinhabers erwähnt, der sein Fahrrad auf der Straße abstellt. Nach außen hin kann auch ein Dieb als Inhaber erscheinen, wenn er sich beispielsweise mit einem angezogenen Fahrradhelm am Schloss zu schaffen macht, das für Außenstehende nur als Öffnen des klemmenden Schlosses erscheint und nicht als sozial auffälliger Zugriff. In diesem Zusammenhang ist es erforderlich, auf ein

faktisches Element zu rekurrieren. Der Dieb hat in diesem Moment keine tatsächliche Verfügungsmöglichkeit und damit auch keine Herrschaft über ein abgeschlossenes Fahrrad, zumindest, bis er dessen Schloss aufbricht.

Wie bereits erwähnt, kann das faktische Element allerdings nicht ausreichen, da in einigen Fällen gerade keine tatsächliche Sachherrschaft besteht, dies aber nicht dazu führen darf, dass der Gewahrsam einer Person deswegen automatisch verneint wird. Tatsächlich kann insbesondere ein abwesender Wohnungsinhaber nicht mehr über die jeweiligen Sachen in seiner Wohnung verfügen, dies ist nur potentiell möglich, dennoch muss er Gewahrsamsinhaber an seinen jeweiligen Sachen bleiben. Ihm den Gewahrsam mangels faktischer Herrschaftsgewalt abzusprechen, würde zum einen ganz entschieden gegen die Einführung des Qualifikationstatbestands des Wohnungseinbruchsdiebstahls sprechen, der vielfach ins Leere laufen würde, wenn ein Diebstahl mangels Gewahrsams schon nicht möglich wäre, sobald der Wohnungsinhaber nicht in der Wohnung zugegen ist. Das Ziel des Gesetzgebers ist es, umfassend das Eigentum zu schützen,⁹⁴⁶ was nicht erreicht werden kann, wenn der Gewahrsamsinhaber aufgrund seiner Abwesenheit den Gewahrsam an seinen Sachen verliert und bloß eine Unterschlagung in Betracht kommt, deren Unrechtsgehalt in den meisten der Fälle als nicht ausreichend zu erachten ist. Auch entspricht es nicht dem Willen des Gesetzgebers, dass auf der öffentlichen Straße abgestellte Fahrzeuge als gewahrsamslos gelten. So will gerade der § 248b StGB die Schwierigkeiten aus dem Weg räumen, die bei der Prüfung des Diebstahls im Hinblick auf die Zueignungsabsicht bestehen. Problematisch soll dagegen gerade nicht der Gewahrsam daran sein. Die bloße Annahme einer Unterschlagung würde in all diesen Fällen außerdem dem Unrechtsgehalt der Entwendung der Sachen nicht gerecht. Diese wurde als Auffangtatbestand eingeführt und soll damit nur subsidiär Anwendung finden, aufgrund seiner speziellen Anforderungen und eigens geschaffenen Regelbeispielen und Qualifikationen geht der Diebstahl der Unterschlagung vor und soll damit auch den Großteil der Eigentumsverletzungen umfassen. Folglich müssen faktische und normative Elemente in einer Definition kombiniert werden, um eine umfassende und überzeugende Lösung zu finden.

Einen solchen Versuch stellt der faktisch-soziale Gewahrsamsbegriff dar, der von der herrschenden Meinung vertreten wird und die tatsächliche Sachherrschaft mit der Verkehrsanschauung oder den Anschauungen des täglichen Lebens miteinander vereint. Er wird aber insoweit kritisiert, dass die Verkehrsanschauung den faktischen Teil völlig in den Hintergrund drängt und dieser keine Relevanz mehr entfalte, wenn die soziale Korrektur zu einem anderen Ergebnis

⁹⁴⁶ *Bosch* TK § 242 Rn. 4 ff.; *Schmitz* MüKo § 242 Rn. 10, 23.

kommt. Das normative Element werde dabei nur auf die Verkehrsanschauung gegründet. Der Kritik ließe sich zu Teilen begegnen, wenn man es zwar hin- nimmt, dass der faktische Teil unter Umständen in den Hintergrund rückt, dies aber demgegenüber von weiteren Kriterien als der bloßen Verkehrsanschauung untermauert wird. Der weiteren Kritik, die Verkehrsanschauung führe zu will- kürlichen und nicht nachvollziehbaren Ergebnissen, könnte ebenfalls mit zusätz- lichen Kriterien, die neben der Verkehrsanschauung angewandt werden sollen, entgegengetreten werden. Vielfach wird dies bereits von der Rechtsprechung so gemacht, die sich zwar vordergründig auf die herrschende Definition stützt und die Verkehrsanschauung bemüht, ihre Ergebnisse aber dennoch von anderen Faktoren abhängig macht und auch andere normative Kriterien miteinbezieht.⁹⁴⁷ Bisher hat diese Praxis zwar teils zu willkürlichen und nicht nachvollziehbaren Ergebnissen in der Rechtsprechung geführt, diese lassen sich zumeist aber auf eine inkonsequente Anwendung dieser Kriterien zurückführen.

Zusammenfassend soll die Definition sich also vorrangig an den tatsächlichen Begebenheiten orientieren. Zu fordern ist grundsätzlich eine tatsächliche Sach- herrschaft, wobei im Einzelfall eine normative Korrektur stattfinden muss.

Die Verkehrsanschauung stellt ein wesentliches Kriterium dar, jedoch ist zu be- tonen, dass sie nicht als alleiniges oder gar entscheidendes Kriterium herange- zogen werden soll. Vielmehr muss auch die soziale Zuordnung eine Rolle spie- len. Dabei ist an verschiedene Zuordnungsbereiche zu denken, die sich aus Gesetz, Vertrag, Konventionen aber auch der Gewohnheit und der Lebensan- schauung ergeben können. Sofern diese in Konflikt miteinander geraten, ist vor- rangig auf das faktische Element abzustellen. Diese objektive Sichtweise, die für jedermann erkennbar ist, bietet damit mehr Rechtssicherheit und Verläss- lichkeit. Um mehr Bestimmtheit zu erlangen, ist an bestimmte Fallgruppen an- zuknüpfen. Die sozialen Normen, nach denen sich die normative Korrektur rich- tet, sind als solche zu benennen und werden anhand verschiedener Fallgruppen im folgenden Teil der Arbeit herausgearbeitet. Damit wird die Kritik, die sich gegen die normativ-soziale Ansicht richtet, entkräftet.

Weiterhin ist ein Herrschaftswille zu fordern. Dieser kann in tatsächlicher, aber auch in potentieller sowie antizipierter Form vorliegen.

⁹⁴⁷ Nach der Rechtsprechung kommt es mittlerweile sogar entscheidend auf soziale Vorstellungen an, siehe dazu unter anderem BGHSt 16, 271, 273; BGHSt 23, 254, 255; BGHSt 41, 198, 205; BGH NStZ 1981, 435; BGH NStZ 2020, 483.

Es soll auch bei dem Grundsatz verbleiben, dass dem Inhaber eines generell beherrschten Bereichs der Gewahrsam an den in diesem Bereich befindlichen Sachen zusteht. Dabei ist von einem generellen Gewahrsamswillen auszugehen, der sich auf all das bezieht, was sich in diesem Bereich befindet und nicht aufgrund besonderer Umstände einer anderen Person zugeordnet ist. Ausreichend ist ein genereller Herrschaftswille über all das, was sich in dem beherrschten Bereich befindet und womit der Inhaber rechnen kann. Dennoch verliert beispielsweise der Kunde nicht den Gewahrsam an seinen Sachen, sobald er sich in einem Selbstbedienungsladen befindet. Auch der Gast behält weiterhin seinen Gewahrsam an seinen Sachen, wenn er sich in die Wohnung eines anderen begibt.

Der Gewahrsam ist damit die von einem Herrschaftswillen getragene tatsächliche Sachherrschaft, die sich aus der Zugriffs- und Verfügungsmöglichkeit über diese Sache ergibt, wobei der Gewahrsam auch durch die aus normativen Kriterien ergebende Zuordnung dieser Sache zu einer Person ermittelt werden kann.

Die Definition des Gewahrsams ist damit nicht gänzlich neu. Eine neue Definition – neben den zahlreichen bisher bestehenden – braucht es aber auch nicht. Sofern man die bisherigen Kriterien sinnvoll miteinander kombiniert und in Einklang bringt sowie diese vor allem auch *konsequent* anwendet, kann das Althergebrachte zu nachvollziehbaren Lösungen führen.

Kapitel 7: Problemkonstellationen des Diebstahlsbestands

Selbst wenn man mit *Bosch* annimmt, der Streit um die Definition des Gewahrsams habe keine Bedeutung,⁹⁴⁸ zeigt sich in der Kasuistik der Rechtsprechung die Relevanz einer einheitlichen Auslegung. Anhand der im Folgenden zu erläuternden Problemkonstellationen sollen die bisherigen Lösungsansätze der herrschenden Meinung und der Rechtsprechung erörtert werden, um sodann unter Anwendung der in der Arbeit entwickelten Definition einen konsequenten Lösungsweg zu erarbeiten.

I. Gewahrsamswechsel in Selbstbedienungsläden

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass der Ladeninhaber eines Selbstbedienungsladens Gewahrsam über all die in seinem Laden befindlichen Waren hat.⁹⁴⁹ Zu fragen ist aber, wann von einer Wegnahme im Selbstbedienungsladen auszugehen ist.

1. Kasuistik

So hat das OLG Hamm bei dem Entwenden eines Kleides aus einem Selbstbedienungsladen einen vollendeten Diebstahl angenommen, sobald der Täter mit dem auf die Tasche gelegten Kleid die Damenabteilung verlassen hat und sich auf dem Weg zum Ausgang des Kaufhauses befindet.⁹⁵⁰ Dagegen hat es der BGH als nur versuchten Diebstahl eingestuft, dass der Täter als angeblicher Kaufinteressent im Kaufhaus eine Lederjacke überzog, diese ohne zu zahlen mitnehmen wollte, dabei aber von zwei Verkäuferinnen beobachtet wurde.⁹⁵¹ Zu fragen ist hier, ob die Beobachtung die Vollendung des Diebstahls bereits ausschließt und weshalb hier anders als im vorher angeführten Fall nicht bereits von einer Gewahrsamsbegründung auszugehen ist. Immerhin erscheint die Sachherrschaft des Täters, der die Kleidung anzieht, als intensivere als die desjenigen, der die Kleidung nur über die eigene Tasche legt. Ein Herausgabeverlangen oder ein Zugriff auf die angezogene Kleidung seitens des Ladeninhabers wären sozial auffälliger und rechtfertigungsbedürftiger, als wenn er bloß in die Tasche greift oder nur die auf der Tasche liegende Kleidung ergreifen müsste.

⁹⁴⁸ *Bosch* TK § 242 Rn. 24.

⁹⁴⁹ Genereller Gewahrsam, siehe dazu unter anderem S. 66 ff.

⁹⁵⁰ OLG Hamm MDR 1969, 862.

⁹⁵¹ BGH MDR 1969, 902.

Bei Geld und vergleichbaren Sachen ist die Wegnahme nach dem BGH regelmäßig schon dann zu bejahen, „wenn der Täter die Beute in seine Kleidung steckt oder in einem leicht zu transportierenden Behältnis bei sich führt“.⁹⁵²

Nach einer später ergangenen Entscheidung des BGH hängt die Frage „ob ein vollendeter Diebstahl vorliegt, wenn der Täter dabei beobachtet, alsbald verfolgt und schließlich noch im Kaufhaus gestellt wird“, von den Faktoren rund um die Einrichtung und Gestaltung des Kaufhauses, der Stärke des Publikumsverkehrs, der Möglichkeit, Schnelligkeit und Gewandtheit des die Tat beobachtenden Personals und dem Willen, bei einem Diebstahl einzugreifen, ab.⁹⁵³

Beim Einstecken von sechs Whiskey-Flaschen in mitgebrachten Tüten in einem Selbstbedienungsladen vor Passieren der Kassenzone wurde vom BGH ein Gewahrsamswechsel verneint.⁹⁵⁴ Ebenso lehnte der BGH den Gewahrsamswechsel bei dem Einstecken von 32 Packungen Kaffee zu je 500g in vier Plastiktüten ab.⁹⁵⁵ Gleiches entschied er, als Ware in eine Einkaufstüte gesteckt wurde, die zunächst in einem anderen Bereich des Geschäfts zwischen anderen Waren zur späteren Abholung verborgen worden war.⁹⁵⁶ Auch beim Verbergen von Gegenständen in einem Einkaufswagen vor Passieren des Kassensbereichs⁹⁵⁷ oder bei Verladen von Gegenständen in einen Transporter auf einem Betriebsgelände⁹⁵⁸ wird noch keine vollendete Wegnahme angenommen. Das Einstecken von zwei Bierdosen in den Rucksack im Selbstbedienungsladen wird dagegen als ein vollendeter Diebstahl angesehen.⁹⁵⁹ Auch sieht der BGH in dem Einstecken von vier Flaschen Jägermeister in die eigene Sporttasche des Angeklagten einen vollendeten Diebstahl.⁹⁶⁰ Bei einem Hineinlegen von Waren in eine Sporttasche im Selbstbedienungsladen soll es laut BGH darauf ankommen, ob die Ware verdeckt in einer geschlossenen oder sichtbar in einer offenen Sporttasche transportiert wird. Sofern sich die Ware sichtbar in einer offenen Sporttasche befindet, liege noch kein Gewahrsamsbruch vor.⁹⁶¹

⁹⁵² BGHSt 26, 24.

⁹⁵³ BGH NStZ 1998, 270. So auch das OLG Köln StV 1989, 156, hier in der Fallkonstellation, dass eine Frau in der Hauswarenabteilung eines Kaufhauses eine Bratpfanne genommen und mit dieser unbezahlten Bratpfanne die Abteilung verlassen hat, aber eine Etage höher von einem Hausdetektiv gestellt wurde.

⁹⁵⁴ BGH NStZ-RR 2013, 276, 277.

⁹⁵⁵ BGH StV 1984, 376.

⁹⁵⁶ BGH BeckRS 2016, 7168.

⁹⁵⁷ Inzident BGHSt 41, 198, 201.

⁹⁵⁸ BGH HRRS 2014 Nr. 1017.

⁹⁵⁹ BGH NStZ 2019, 136.

⁹⁶⁰ BGH NStZ 2019, 613.

⁹⁶¹ BGH BeckRS 2016, 115450.

Bereits an diesen Beispielen zeigt sich, dass es oftmals von Zufälligkeiten abhängt, ob im Selbstbedienungsladen schon vor Passieren der Kasse von einem Diebstahl auszugehen ist oder nicht.

2. Gewahrsamswechsel unter Beobachtung

Entgegen der bis dahin vorherrschenden Rechtsprechung der Oberlandesgerichte⁹⁶² sieht es der BGH in einer Vorlageentscheidung als vollendete Verbrauchsmittelentwendung im Sinne von § 370 Abs. 1 Ziffer 5 StGB a.F. an, wenn der Täter in einem Selbstbedienungsladen von einer Verkäuferin beobachtet eine Zigarettenschmuckdose aus dem Regal entnimmt und diese in Zueignungsabsicht in seine Hosentasche steckt.⁹⁶³ Hier soll weder die Beobachtung eine Wegnahme ausschließen, noch der Umstand, dass der Täter an der Kasse aufgrund der Beobachtung von dem Filialleiter gestellt wurde.⁹⁶⁴ Auch in der weiteren Entwicklung bestätigt der BGH diese Rechtsprechung, und nimmt auch dann einen vollendeten Diebstahl oder Mundraub an, „wenn das Personal den Vorgang beobachtet und die weitere Verfügung ohne Schwierigkeiten verhindern kann“.⁹⁶⁵

Abweichend zu den Fällen in Selbstbedienungsläden verneint der BGH einen vollendeten Diebstahl, wenn der Täter bei einem Einbruch in eine Wohnung fremde Sachen an sich nimmt und einsteckt, dann aber doch noch vom Wohnungsinhaber gestellt wird, den er versehentlich geweckt hat.⁹⁶⁶ Eine Gewahrsamsbegründung durch den Täter könne hier erst mit Verlassen der Wohnung angenommen werden.⁹⁶⁷

Dies steht im Gegensatz zu einer späteren Entscheidung des BGH, der das Einstecken von Geld aufgrund des Umstands, dass man dieses „leicht und unauffällig wegnehmen kann“,⁹⁶⁸ bereits als Gewahrsamsbegründung durch den Täter ansieht. Dies zeigt sich auch in der Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1968, in der der BGH den Grundsatz formuliert, dass „bei leicht beweglichen Sachen, wie Geldscheinen und Geldstücken, für die vollendete Wegnahme regelmäßig

⁹⁶² OLG Hamm NJW 1954, 523; OLG Hamburg NJW 1960, 1920; OLG Hamm NJW 1961, 328; OLG Düsseldorf NJW 1961, 1368.

⁹⁶³ BGHSt 16, 271.

⁹⁶⁴ Nach Mayer JZ 1962, 417, 422, soll der BGH hier „mit einer bisher einheitlichen Rechtsprechung von fast drei Menschenaltern“ gebrochen haben.

⁹⁶⁵ BGHSt 17, 205.

⁹⁶⁶ BGH JR 1963, 466.

⁹⁶⁷ BGH JR 1963, 466.

⁹⁶⁸ BGHSt 20, 194.

nur ein Ergreifen und Festhalten der Sache“ nötig ist⁹⁶⁹ und es keine Rolle spielt, ob der Täter dabei beobachtet wird.

Als Argument, warum eine Beobachtung der Tat die Begründung von Gewahrsam hindern sollte, könnte angeführt werden, dass die Wiedererlangung der Sache unter Umständen vereinfacht wird, wenn der Ladenmitarbeiter beobachtet, dass Ware gestohlen wird und wo der Täter diese versteckt. Jedoch verbessert sich die Herrschaftsposition des Ladeninhabers dadurch nicht, da er die Sache tatsächlich auch zunächst noch wiedererlangen muss. Außerdem ergibt sich weder aus dem Wortlaut des § 242 StGB noch aus der Auslegung des Merkmals der Wegnahme, dass diese heimlich durchgeführt werden muss. Dies wurde zwar bei Einführung des Diebstahl tatbestands in das Merkmal hineingelesen und vorausgesetzt, um den Diebstahl von dem Raub sinnvoll zu unterscheiden, da der Raub durch eine offene, nicht notwendig gewaltsamen Wegnahme und der Diebstahl durch ein heimliches Nehmen gekennzeichnet waren.⁹⁷⁰ Das ist aber gerade durch die klare Abgrenzung des Raub tatbestands und seiner zusätzlichen und engen Voraussetzungen im Gegensatz zum Diebstahl nicht mehr nötig und wird daher auch nicht mehr vorausgesetzt. Wenn die Diebstahlsvorschrift fremdes Eigentum umfassend schützen will, dann setzt sie keine Heimlichkeit des Vorgehens voraus.

3. Fazit

Die Beurteilung der Gewahrsamsverhältnisse in fremden Gewahrsamssphären kann sich durchaus als schwierig erweisen.

Dennoch können bestimmte Leitlinien aufgestellt werden. So kann aus den bisherigen Entscheidungen die Konsequenz gezogen werden, dass derjenige nur wegen versuchten Diebstahls zu bestrafen ist, der sich nicht einmal die Mühe gibt, seine „Beute“ besonders gut in Kleidung oder Tasche zu verstecken und daher auffällt. Dagegen liegt Vollendung vor, wenn der Täter geplant ein Transportbehältnis mitnimmt, in dem die darin versteckte Ware nicht auffällt.⁹⁷¹

Auch die Verkehrsauffassung rechnet demjenigen, der Ware in seine Kleidung oder persönliche Tasche steckt, bereits im Selbstbedienungsladen den Gewahrsam zu, da eine intensivere Herrschaftsbeziehung zur Sache kaum denkbar ist.

⁹⁶⁹ BGH GA 1969, 91.

⁹⁷⁰ Peinliche Halsgerichtsordnung, Kaiser Karl V. Constitutio Criminalis Carolina von 1532, S. 16 ff.

⁹⁷¹ Zutreffend *Ceffinato* Jura 2019, 1234, 1236.

Bei dem Verzehr von Speisen oder Getränken im Laden ist ebenfalls nur von einer Gewahrsamsbegründung bezüglich des Inhalts auszugehen, denn die Sachen sind danach verbraucht und können so nicht mehr wieder erlangt werden. Dies ist denklogisch die intensivste Beziehung, sodass eine Gewahrsamsbegründung zu bejahen ist.

Grundsätzlich sollte darauf abgestellt werden, dass der Ladeninhaber so lange noch Gewahrsam an der Ware hat, wie er die Möglichkeit hat, darauf einzuwirken. Solange der Ladeninhaber die tatsächliche Verfügungs- und Zugriffsmöglichkeit hat, bleibt auch sein Gewahrsam an der Ware bestehen. Auch aus normativen Kriterien lässt sich keine Einschränkung der faktischen Zugriffsmöglichkeit ableiten.

Eine Gewahrsamsenklave ist aber anzunehmen, wenn der Kunde den Ladeninhaber derartig aus seinem Herrschaftsbereich ausschließt, dass dieser keine Möglichkeit mehr hat, auf die in die Enklave verbrachte Ware zuzugreifen, was beispielsweise beim Verzehr von Lebensmitteln der Fall ist oder aber dann, wenn der Täter die Ware in einer mitgebrachten Tasche versteckt.

II. Gewahrsamslockerung

1. Bisherige Grundsätze

Eine problembehaftete Gewahrsamskonstellation stellt die Gewahrsamslockerung dar. Dabei gibt der Gewahrsamsinhaber eine Sache derart aus der Hand, dass er nicht mehr vollständige beziehungsweise uneingeschränkte Sachherrschaft darüber hat, aber dennoch den Gewahrsam an ihr nicht aufgibt, sondern eben nur dahingehend lockert, dass auch ein anderer Zugriff darauf hat.⁹⁷²

Hierbei ist umstritten, ab welchem Zeitpunkt bei gelockertem Gewahrsam davon auszugehen ist, dass der Gewahrsam verloren geht beziehungsweise aufgegeben wird.

Bisher nahm der BGH an, dass in einigen Fällen der Gewahrsam in gelockerter Form fortbestehen kann, etwa dann, wenn der Gewahrsamsinhaber durch eine Täuschung veranlasst, kurzfristig einen Gegenstand an den Täter übergibt.⁹⁷³ Auch sei gelockerter Gewahrsam gegeben, wenn eine räumliche Entfernung zwischen der Sache und dem Gewahrsamsinhaber vorliegt, beispielhaft zu nennen wäre der Fall, dass der Landwirt Geräte auf dem Feld zurücklässt.⁹⁷⁴

⁹⁷² Zopfs ZJS 2009, 506, 509, Abgabe der Sachherrschaft oder der „faktischen Zugriffsmöglichkeit“.

⁹⁷³ BGH HRRS 2016 Nr. 1172; BGH HRRS 2018 Nr. 495; BGH HRRS 2020 Nr. 115.

⁹⁷⁴ BGHSt 16, 271; so auch Bosch TK § 242 Rn. 26; Kudlich S/S/W § 242 Rn. 19.

Der BGH geht allerdings in einer neueren Entscheidung davon aus, dass der Gewahrsam an einer Sache verloren geht und nicht nur gelockert wird, wenn diese an einem öffentlichen, mithin für jede Person zugänglichen Ort, verloren wurde, selbst wenn der Berechtigte den genauen Lageort der Sache kennt.⁹⁷⁵ So verneinte er den Gewahrsam des Geschädigten, der sein Mobiltelefon in einer Auseinandersetzung verloren hatte, da er sich von diesem Ort entfernt hatte. Allerdings tat er dies im Bewusstsein, dass sich das Mobiltelefon am Ereignisort befindet und mit dem Willen, sich dieses später zurückzuholen. Sein vorheriger Kontrahent hatte das Mobiltelefon „gefunden“ und es mitgenommen, um es für sich zu behalten. Hier nahm der BGH an, dass der Gewahrsam des Geschädigten nicht mehr fortbestand, da sich die Sache an einem öffentlichen, für jeden zugänglichen Ort befunden hätte.⁹⁷⁶

Das Urteil überzeugt nicht, da der Geschädigte wusste, an welchem Ort sich das Mobiltelefon befand. Damit besteht sein Gewahrsam auch so lange fort, bis die Möglichkeit einer Rückerlangung ausgeschlossen ist, der Gewahrsam wurde lediglich gelockert. Zutreffend wird im Schrifttum der Vergleich zu dem Fall gezogen, dass jemand sein Fahrrad an einem öffentlichen Platz abstellt und diesen vorübergehend verlässt. Auch dann bleibt der Gewahrsam an dem Fahrrad bestehen.⁹⁷⁷

Ebenfalls die herrschende Lehre lässt den Gewahrsam bei vergessenen Sachen, deren Lageort dem Berechtigten bekannt sind, bestehen. Dies wird selbst an Orten angenommen, die jedermann zugänglich sind, solange keine äußeren Umstände einer alsbaldigen Wiedererlangung der Sache entgegenstehen.⁹⁷⁸ Die Gegenauffassung wendet dagegen ein, dass die Verkehrsanschauung nicht beurteilen kann, ob eine Sache nur vergessen oder verloren wurde. Sofern sich ein Gegenstand in einer räumlichen Herrschaftssphäre befindet, ohne dass ein offensichtlicher Gewahrsamsinhaber erkennbar ist, müsse davon ausgegangen werden, dass diese Sache dem Inhaber der Herrschaftssphäre zugerechnet werde, da keine anderen Anhaltspunkte gegeben sind.⁹⁷⁹

Gegen eine solche Sicht spricht aber das bereits angesprochene Beispiel des Fahrrads, das im öffentlichen Raum abgestellt wird. Der Gewahrsam daran kann

⁹⁷⁵ BGH NStZ 2020, 483.

⁹⁷⁶ BGH NStZ 2020, 483.

⁹⁷⁷ Zieschang, BT 2, Rn. 75.

⁹⁷⁸ Bosch TK § 242 Rn. 28; Eisele, BT II, Rn. 37; Kindhäuser/Hoven NK § 242 Rn. 40; Kulhanek NStZ 2016, 727, 728; Rengier, BT I, § 2 Rn. 39, 41a; andere Ansicht Schmitz MüKo § 242 Rn. 77; Wessels/Hillenkamp/Schuh, Rn. 132.

⁹⁷⁹ So Schmitz MüKo § 242 Rn. 77. Mehr zur Differenzierung zwischen vergessenen und verlorenen Sachen siehe im folgenden Abschnitt S. 191 ff.

nicht jedes Mal auf den Inhaber der räumlichen Sphäre übertragen werden, nur weil es abgestellt wird. Abgesehen davon gibt es im öffentlichen Raum zumeist keinen generellen Gewahrsamsinhaber, wodurch das Fahrrad dann immer gewahrsamslos werden würde, womit ein Diebstahl ausscheiden würde. Das würde aber wieder dem Willen des Gesetzgebers widersprechen, was an der Existenz des § 248b StGB deutlich wird.⁹⁸⁰ Somit muss von einem gelockerten Gewahrsam ausgegangen werden.

Auch eine bloße Lockerung des Gewahrsams liegt vor, wenn jemand seine Sachen auf eine Liegewiese legt und dann kurzzeitig weggeht, um sich ein Eis zu kaufen oder im See zu baden. Die Sachen befinden sich dann zwar im öffentlichen Raum und jeder kann darauf zugreifen, der Inhaber lockert aber nur seinen Gewahrsam für den Zeitraum, bis er wiederkommt. Er weiß, wo sich die Sachen befinden und will sie auch weiter beherrschen. Nur weil sie sich im öffentlichen Raum befinden, kann nicht der Gewahrsam erlöschen, bis die Person wieder an ihrem Platz ist. Ansonsten müsste man annehmen, dass all diese Sachen kurzzeitig gewahrsamslos wären und ein Diebstahl nicht möglich wäre. Es erscheint nicht nachvollziehbar, warum der Gewahrsamsinhaber seinen Gewahrsam an einer Sache verlieren soll, wenn er noch weiß, wo sie sich befindet. Die Möglichkeit des Diebstahls würde sonst von der Zufälligkeit abhängen, ab welcher Entfernung und ab welcher Dauer von Nicht-am-Platz-Verweilen der Gewahrsam verloren ginge.

Fälle der Gewahrsamslockerung müssen auch von denjenigen der gewollten Gewahrsamsübertragung unterschieden werden, was vor allem bei einer vorge-täuschten Rückgabebereitschaft zu Problemen führen kann.

Gerade nicht nur gelockerten Gewahrsam, sondern eine Gewahrsamsübertragung nimmt der BGH in Zivilsachen an, wenn ein Mitarbeiter eines Autohauses dem Kaufinteressenten ein Auto für eine Probefahrt überlässt, die über eine gewisse Dauer und unüberwacht sowie unbegleitet stattfindet.⁹⁸¹ Dies kann so auch auf das Strafrecht übertragen werden. Wenn der bisherige Gewahrsamsinhaber keine Möglichkeit mehr hat, auf die Sache einzuwirken, weil er, wie hier, das

⁹⁸⁰ Siehe unter anderem S. 111 f.

⁹⁸¹ BGH NJW 2020, 3711 f., hier wird zwar nicht von Gewahrsam gesprochen, dennoch geht es um die Frage, ob ein unfreiwilliger Besitzverlust im Sinne des § 935 BGB vorliegt, was bei einem Diebstahl der Fall wäre. In der Entscheidung wird aber gerade eine freiwillige Besitzübertragung durch den Mitarbeiter des Autohauses bejaht, und damit liegt strafrechtlich kein Diebstahl vor. So auch BGH BeckRS 2000, 30149106, die Übergabe des Autos zur vermeintlichen Probefahrt stelle eine Vermögensverfügung aufgrund von Täuschung und nicht nur eine Lockerung des Gewahrsams dar.

Auto unüberwacht und unbegleitet aus der Hand gibt, kann er auch keine tatsächliche Sachherrschaft mehr haben, selbst eine potentielle wäre ihm hier mangels Zugriffsmöglichkeit abzuspochen. Damit kann er auch keinen gelockerten Gewahrsam haben.

Im Rahmen der Gewahrsamslockerung bereitet regelmäßig die Abgrenzung von Diebstahl und Betrug Probleme. Keine Wegnahme, sondern eine Vermögensverfügung ist anzunehmen, wenn eine freiwillige, bewusste und unmittelbare Übertragung der Sache und damit des Gewahrsams erfolgt.⁹⁸² Zu denken ist dabei an den Fall, dass sich jemand vom Juwelier ein wertvolles Schmuckstück übergeben lässt, um es genauer zu begutachten.⁹⁸³ Dabei bittet der Täter es mit vor die Tür nehmen zu dürfen, um es in einem besseren Licht betrachten zu können. Der Juwelier ist damit einverstanden und geht mit dem Täter vor die Tür, wobei der Täter dann die Gelegenheit ergreift und wie geplant mit dem Schmuckstück wegläuft. Dass der Juwelier dem vermeintlichen Kunden das Schmuckstück übergeben hat, stellt eine bloße Gewahrsamslockerung dar, der Juwelier ist weiter Gewahrsamsinhaber.⁹⁸⁴ Diesen Gewahrsam bricht der Täter. Es liegt keine Vermögensverfügung vor, da die Sache nicht bewusst übertragen wird und ein deliktischer Zwischenschritt des Täters erfolgt.⁹⁸⁵

2. Anwendung des eigenen Gewahrsamsbegriffs

Von einer bloßen Lockerung des Gewahrsams ist auszugehen, solange eine ernsthafte Möglichkeit besteht, dass der Gewahrsamsinhaber die Sache wieder zurückerlangen kann. Dabei kommt es auch auf die Zugriffs- und Verfügungsmöglichkeit an, die zwar ausgedehnt wird, wenn sich der Inhaber gerade nicht vor Ort befindet, dennoch aber nicht nach normativen Kriterien modifiziert werden muss, solange er rein tatsächlich eine Möglichkeit hat, auf den Gegenstand zuzugreifen. Insofern ist an das Beispiel des Mobiltelefons zu erinnern, das in einer Auseinandersetzung an einem öffentlichen Ort vergessen wurde, bei dem der Inhaber aber durch Kenntnis des Aufenthaltsorts noch die Möglichkeit hatte, darauf zuzugreifen und dieses wieder zu erlangen.⁹⁸⁶ Zu denken ist auch an das Beispiel des Juweliers, der Schmuck aus der Hand gibt, damit der vermeintliche Kunde sich diesen bei Tageslicht genauer anschauen kann. Auch der Badegast, der seine Sachen auf der Wiese liegen lässt, während er baden geht, lockert seinen Gewahrsam an seinen zurückgelassenen Sachen nur. So lange in derartigen

⁹⁸² Zieschang, BT 2, Rn. 111.

⁹⁸³ Beispiel so bei Zieschang, BT 2, Rn. 115.

⁹⁸⁴ So bereits bei Zieschang, BT 2, Rn. 115.

⁹⁸⁵ Zieschang, BT 2, Rn. 115.

⁹⁸⁶ Siehe hierzu auch S. 191 ff.

Konstellationen die Möglichkeit des Ergreifens der Sache besteht, bleibt auch der Gewahrsam bestehen und ist lediglich gelockert.

III. Vergessene oder verlorene Sachen

Als problematisch gelten auch die Fälle von vergessenen oder verlorenen Sachen. Schon *Binding* konstatierte, dass nicht besessene Sachen kein taugliches Tatobjekt für den Diebstahl seien. Nicht besessene Sachen seien solche, die gerade nicht der Herrschaft von jemandem unterstehen, was dann der Fall sei, wenn sie entweder verloren, „besitzverlassen oder besitzentzogen“ sind.⁹⁸⁷

Verloren ist eine Sache dann, wenn sie sich nicht in dem beherrschten Bereich des Inhabers befindet und ihm der Aufenthaltsort unbekannt ist. Dies ist zudem anzunehmen, wenn die Sache dauerhaft unerreichbar geworden ist.⁹⁸⁸

Binding erwähnt weiter die Fallgruppe des Besitzentzugs, welcher vorliege, wenn der Tod des Alleinbesitzers eintritt, selbst dann, wenn der zivilrechtliche Besitz gesetzlich auf die Erben übergeht.⁹⁸⁹ Eine Sache sei dann besitzverlassen, wenn der Besitzer den Besitz darüber aufgegeben hat.⁹⁹⁰ Dies lässt sich auch auf den heutigen Gewahrsamsbegriff übertragen. Wenn jemand den Gewahrsam an einer Sache aufgibt, endet dieser.⁹⁹¹

Grundsätzlich besteht Einigkeit im juristischen Schrifttum, dass derjenige seinen Gewahrsam behält, der seine eigenen Sachen innerhalb seiner Gewahrsamssphäre vergisst oder verlegt, aber weiß, wo sie sich befinden.⁹⁹² Folglich ist zwischen verlorenen und vergessenen Sachen zu unterscheiden.

Wird eine Sache in einer fremden Gewahrsamssphäre verloren, endet der Gewahrsam des ursprünglichen Gewahrsamsinhabers, da keine tatsächliche Zugriffsmöglichkeit mehr besteht.⁹⁹³ Sofern sich die Sache aber in einer fremden Sphäre befindet, erlangt der Sphäreninhaber den Gewahrsam an den sich darin

⁹⁸⁷ *Binding*, S. 290.

⁹⁸⁸ So schon *Binding*, S. 290; *Hilgendorf/Valerius*, BT II, § 2 Rn. 37.

⁹⁸⁹ *Binding*, S. 290 f.

⁹⁹⁰ *Binding*, S. 290.

⁹⁹¹ Stellvertretend für viele *Wittig BeckOK* § 242 Rn. 17.

⁹⁹² RGSt 3, 201, 203 f.; BGH NJW 1953, 1271, 1272; *Bosch* TK § 242 Rn. 30, die Sache bleibt im Gewahrsam, bis sie der tatsächlichen Verfügungsmacht des Gewahrsamsinhabers entzogen wird; *Duttge Dölling/Duttge/König/Rössner* § 242 Rn. 22; *Heger Lackner/Kühl/Heger* § 242 Rn. 11; *Kindhäuser/Hoven* NK § 242 Rn. 40 m.w.N.; *Kudlich* JA 2020, 865, 866; *Kudlich* S/S/W § 242 Rn. 21; *Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen*, BT 1, § 33 Rn. 21; *Rönnau* JuS 2009, 1088, 1089; *Vogel/Brodowski* LK § 242 Rn. 66.

⁹⁹³ BGH NSTZ 2020, 483.

befindlichen Sachen. Insofern ist nur ein genereller Herrschaftswille nötig, der in der Regel vorliegt. Tritt der Verlust nicht in einer fremden Gewahrsamssphäre ein, wird die Sache gewahrsamslos.

Bei in fremden Gewahrsamssphären lediglich vergessenen Sachen ist anzunehmen, dass der Gewahrsam bestehen bleibt, solange sich der Betreffende noch an den Ort erinnern kann, an dem er die Sache vergessen hat, und auch an diesen Ort zurückkehren kann.⁹⁹⁴ Dies gilt sowohl für generell beherrschte Bereiche als auch für offene. Hierbei muss auch nicht auf die Verkehrsanschauung abgestellt werden, da diese nicht zwischen vergessenen oder verlorenen Sachen unterscheiden kann. Eine normative Korrektur muss daher nicht stattfinden, es reicht aus, sich auf das faktische Element zu konzentrieren.

IV. Mitgewahrsam

Nicht selten steht eine Sache nicht nur im Gewahrsam einer Person, sondern ist mehreren Personen zugeordnet, wie beispielsweise bei Ehegatten. Dabei spricht man vom sogenannten Mitgewahrsam mehrerer Personen an einer Sache.⁹⁹⁵ Innerhalb der Fallgruppe des Mitgewahrsams mehrerer Personen ist zwischen gleichrangigem Mitgewahrsam und einem gestuften Über- und Unterordnungsverhältnis zu differenzieren. Auch diese Konstellationen sind geprägt von vielfacher Kasuistik.

1. Gleichrangiger Mitgewahrsam

Zunächst muss der Begriff des gleichrangigen Gewahrsams geklärt werden. Darunter ist eine Konstellation zu verstehen, in der mehrere Personen aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen gemeinsam über eine Sache verfügen können beziehungsweise nur die gemeinsame Verfügung zulässig ist.⁹⁹⁶

Als Beispiele lassen sich dabei die Ehegatten anführen, die an den Sachen in der gemeinsamen Wohnung gleichrangigen Mitgewahrsam haben, soweit nichts anderes vereinbart ist.⁹⁹⁷ Ebenfalls genannt werden der Hotelgast und der Hotelier, die Mitgewahrsam an den Gegenständen im Hotelzimmer haben, da sowohl der

⁹⁹⁴ Vgl. RGSt 38, 444, 445; *Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen*, BT 1, § 33 Rn. 21; *Bosch TK* § 242 Rn. 28; *Fischer* § 242 Rn. 15; anders *Wessels/Hillenkamp/Schuh*, Rn. 133.

⁹⁹⁵ *Schmitz* MüKo § 242 Rn. 81; bei *Hoyer* SK § 242 Rn. 41 als „qualifizierter Mitgewahrsam“ bezeichnet.

⁹⁹⁶ *Schmitz* MüKo § 242 Rn. 81; bei *Hoyer* SK § 242 Rn. 41 als „qualifizierter Mitgewahrsam“ bezeichnet.

⁹⁹⁷ *Schmitz* MüKo § 242 Rn. 81; *Wessels/Hillenkamp/Schuh*, Rn. 136.

Gast als auch das Personal das Zimmer betreten können.⁹⁹⁸ Daraus müsse auch geschlossen werden, dass der Gast nicht mehr allein den Gewahrsam an den von ihm eingebrachten Sachen hat.⁹⁹⁹

Durchaus kurios ist die daran angelehnte Konstellation, dass dem Restaurantbesucher der Alleingewahrsam an Speisen zugeordnet wird, allerdings nicht an dem Geschirr, auf welchem sich die Speisen befinden.¹⁰⁰⁰ Dies kommt, wie *Schmitz* zutreffend erkennt, daher, dass Speisen und Getränke dem Gast übereignet werden und er deshalb Eigentum und damit auch Gewahrsam daran erwirbt.¹⁰⁰¹ Dies verwirft er aber als nicht tragfähig und schlägt vor, den Gewahrsam entweder allein dem Gast zu übertragen oder von einem Mitgewahrsam an dem Inhalt und den dazugehörigen Behältnissen auszugehen.¹⁰⁰²

Ein weiteres Problem innerhalb der Fallgruppen des Mitgewahrsams stellt die Beurteilung des Gewahrsams an Sachen dar, die sich in verschlossenen Behältnissen befinden, wenn eine Person den Schlüssel zum Behältnis besitzt, die andere Person dagegen die Sachherrschaft über das Behältnis ausübt und dieses verwahrt. Die herrschende Meinung stellt dann darauf ab, ob das Behältnis beweglich oder unbeweglich ist.¹⁰⁰³ Bei verschlossenen Behältnissen wie einem Tresor, der nicht weggeschafft werden kann, habe der Schlüsselinhaber nur dann alleinigen Gewahrsam am Inhalt, wenn er auch ohne Zustimmung des Verwahrers auf das Behältnis zugreifen kann.¹⁰⁰⁴ Nach Ansicht des BGH komme es auf die Umstände des Einzelfalls und die Verkehrsanschauung an. Dabei wird eben auch die Beweglichkeit oder Unbeweglichkeit des Behältnisses aufgrund Gewichts, Größe oder einer festen Verbindung mit einem Gebäude berücksichtigt.¹⁰⁰⁵

⁹⁹⁸ RG GA 68, 276, 277; *Schmitz* MüKo § 242 Rn. 82.

⁹⁹⁹ *Schmitz* MüKo § 242 Rn. 82.

¹⁰⁰⁰ *Vogel/Brodowski* LK § 242 Rn. 78.

¹⁰⁰¹ *Schmitz* MüKo § 242 Rn. 82.

¹⁰⁰² *Schmitz* MüKo § 242 Rn. 82.

¹⁰⁰³ BGHSt 22, 180, 183.

¹⁰⁰⁴ RGSt 2, 64, 65; BGHSt 22, 180, 183; *Zopfs* ZJS 2009, 506, 510; im Ergebnis auch *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Rn. 147, die allerdings gerade nicht auf die Beweglichkeit abstellen; bei unbeschränktem Zugang oder Unbeweglichkeit des Behältnisses jedenfalls für Mitgewahrsam des Schlüsselinhabers, *Ruß* LK¹¹ § 242 Rn. 31. *Hillenkamp/Schuhr*, Rn. 147, die allerdings gerade nicht auf die Beweglichkeit abstellen; bei unbeschränktem Zugang oder Unbeweglichkeit des Behältnisses jedenfalls für Mitgewahrsam des Schlüsselinhabers, *Ruß* LK¹¹ § 242 Rn. 31.

¹⁰⁰⁵ BGHSt 17, 271, 273 ff.; BGHSt 22, 180, 182.

Bei einem verschlossenen Behältnis, das frei beweglich ist, sodass mit ihm auch der Inhalt weggeschafft oder über ihn verfügt werden kann, wird dem Behältnisverwahrer durch die Verkehrsauffassung richtigerweise tatsächliche Sachherrschaft sowohl über Behältnis als auch Inhalt zugesprochen.¹⁰⁰⁶

Bei Bankschließfächern könne nicht ohne weiteres von alleinigem Gewahrsam des Bankschließfachinhabers ausgegangen werden, hier wäre eher an Mitgewahrsam zwischen dem Bankschließfachinhaber und dem Inhaber der Bank zu denken.¹⁰⁰⁷ Nach anderer Ansicht räumt die Bank dem Schließfachkunden eine Art „Enklave“¹⁰⁰⁸ innerhalb der Bankräumlichkeiten ein, sodass der Kunde selbst dann Alleingewahrsam habe, wenn er ohne einen Bankmitarbeiter beziehungsweise ohne einen Zweitschlüssel der Bank nicht an sein Tresorfach gelangen kann.¹⁰⁰⁹ Nach anderer Auffassung ist von einem Alleingewahrsam des Leiters der Bank auszugehen, sofern der Schließfachinhaber nur mit Zustimmung und unter Mitwirkung der Bankmitarbeiter eine Zugangsmöglichkeit zu dem Schließfach hat.¹⁰¹⁰

Einen Alleingewahrsam des Kunden anzunehmen, erscheint lebensfremd, da der Kunde tatsächlich nie allein auf den Inhalt zugreifen kann, wenn dafür ein Zweitschlüssel oder eine Legitimation durch einen Bankmitarbeiter nötig ist. Selbst wenn der Kunde einen Einzelschlüssel für das Schließfach hat, hat er dennoch keinen Zugang dazu, wenn die Bank geschlossen hat. Damit fehlt ihm die jederzeitige tatsächliche Zugriffsmöglichkeit, demnach kann nicht von Alleingewahrsam ausgegangen werden.

Für den Alleingewahrsam des Leiters der Bank könnte sprechen, dass dieser allein schon durch die Zugriffsmöglichkeit über die Bankräumlichkeiten über das Schließfach verfügen kann und darüber den Zugang zum Schließfach verhindern kann. Alleingewahrsam des Bankleiters ist dann zu bejahen, wenn er auch ohne den Schlüssel des Kunden über das Schließfach und dessen Inhalt verfügen kann.

¹⁰⁰⁶ RGSt 5, 222, 223; RGSt 45, 249, 252; BGHSt 22, 180, 183; im Ergebnis auch *Bosch* TK § 242 Rn. 34; *Ruß* LK¹¹ § 242 Rn. 31; kritisch *Wessels/Hillenkamp/Schuh*, Rn. 147.

¹⁰⁰⁷ RGSt 47, 210, 213; so auch *Heger* Lackner/Kühl/Heger § 242 Rn. 13.

¹⁰⁰⁸ *Weber* Arzt/Weber § 13 Rn. 40.

¹⁰⁰⁹ *Heinrich* Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf § 13 Rn. 14; so auch schon *Weber* Arzt/Weber § 13 Rn. 40.

¹⁰¹⁰ *Zieschang*, BT 2, Rn. 94.

Naheliegender scheint es in den meisten Konstellationen allerdings, Mitgewahrsam des Leiters der Bank und des Kunden anzunehmen, sofern beide nur gemeinsam mit den jeweiligen Schlüsseln darauf zugreifen können, da beide die gleiche Form von Zugriffsmöglichkeit auf das Schließfach und dessen Inhalt haben. Auch wenn der Leiter noch die Kontrolle der Räumlichkeiten zusteht, über das Schließfach können in derartigen Fällen beide nur gemeinsam entscheiden.

Der Mieter einer Mietwohnung hat dagegen grundsätzlich Alleingewahrsam an den in der Wohnung befindlichen Sachen,¹⁰¹¹ da im Normalfall davon auszugehen ist, dass der Vermieter keinen Schlüssel zurückbehält.

Auf die Umstände des Einzelfalles kommt es beim oft thematisierten Auslieferungsfahrer an.¹⁰¹² Dieser hat jedenfalls dann Gewahrsam an den von ihm transportierten Sachen, wenn er als selbstständiger Frachtführer agiert und seine Route unabhängig festlegen kann.¹⁰¹³ In anderen Konstellationen kann nur schwerlich ausschließlicher Gewahrsam des Auftraggebers angenommen werden,¹⁰¹⁴ da der Auftraggeber zumeist keine Einwirkungsmöglichkeit auf den Fahrer hat.¹⁰¹⁵ Dies kann höchstens der Fall sein, wenn der Fahrer nur auf einer kurzen Strecke unterwegs ist.¹⁰¹⁶ Folglich muss der Alleingewahrsam des Fahrers davon abhängig gemacht werden, ob etwaige Überwachungs- oder Einwirkungsmöglichkeiten des Auftraggebers bestehen. Ist dies der Fall, muss von Mitgewahrsam ausgegangen werden, da der Fahrer zwar eine gewisse Verfügungsmöglichkeit hat, allerdings eingeschränkt durch etwaige Überwachungs- und Einwirkungsvorrichtungen, durch die wiederum der Auftraggeber eine gewisse Sachherrschaft erlangt.

Der Reisende hat keinen Mitgewahrsam an dem Inhalt eines verschlossenen Gepäckstücks, das er in der Bahn an den Bahnbediensteten zur Beförderung übergibt, da er sich immer an diesen wenden muss, um das Gepäckstück wieder zu erlangen. Der zuständige Bahnbedienstete hat dagegen Gewahrsam daran erlangt. Sofern er diese Gepäckstücke an sich bringt, bricht er damit höchstens den Mitgewahrsam seines Kollegen, aber nicht den des Reisenden.¹⁰¹⁷

¹⁰¹¹ RGSt 5, 42, 43 f.; *Bosch* TK § 242 Rn. 33.

¹⁰¹² RGSt 54, 32, 34; RGSt 56, 115, 116; BGHSt 2, 317, 318; BGH GA 1979, 390, 391; *Fischer* § 242 Rn. 12.

¹⁰¹³ RGSt 56, 115, 116; so unter anderem auch *Vogel/Brodowski* LK § 242 Rn. 80.

¹⁰¹⁴ BGHSt 2, 317, 318.

¹⁰¹⁵ BGHSt 2, 317, 318; darauf abstellend BGH GA 1979, 390, 391.

¹⁰¹⁶ BGH GA 1979, 390, 391; *Vogel/Brodowski* LK § 242 Rn. 80.

¹⁰¹⁷ BGH GA 1956, 318.

Weitestgehend Einigkeit besteht darüber, dass bei gleichrangigem Mitgewahrsam jeder Gewahrsamsinhaber gegenüber den übrigen Mitgewahrsamsinhabern geschützt ist. Die Mitgewahrsamsinhaber können daher auch untereinander den Gewahrsam der anderen brechen.¹⁰¹⁸

2. Gestufter Mitgewahrsam

Eine weitere Form des Mitgewahrsams ist der gestufte Gewahrsam. Kennzeichnend dafür ist ein Über- und Unterordnungsverhältnis, wobei Einigkeit besteht, dass es keinen Gewahrsamsbruch durch den Gewahrsamsinhaber mit den „stärkeren“ Rechten gegenüber dem untergeordneten Gewahrsamsinhaber gibt.¹⁰¹⁹ Umgekehrt dazu ist der Fall der Hausangestellten zu beurteilen, die mit schwächeren „Rechten“ gegenüber der Hausfrau einen Gewahrsamsbruch begeht.¹⁰²⁰ Der Gewahrsamsbruch bleibt hier möglich, da der schwächere, untergeordnete Gewahrsamsinhaber den Gewahrsam des stärkeren, übergeordneten Gewahrsamsinhabers bricht. In diesem Sinne wurde auch in einem ähnlich gelagerten Fall vom BGH entschieden, wonach ein Arbeitnehmer den übergeordneten Gewahrsam seines Arbeitgebers an im Ladengeschäft befindlichen Gegenständen brechen kann.¹⁰²¹

Die Form des gestuften Gewahrsams wird mitunter als überflüssig angesehen.¹⁰²² Da lediglich der übergeordnete Gewahrsam durch den untergeordneten Gewahrsamsinhaber gebrochen werden kann, nicht jedoch umgekehrt,¹⁰²³ führe dies zu dem gleichen Resultat, als würde man bloßen Alleingewahrsam des übergeordneten Gewahrsamsinhabers annehmen. In derartigen Fällen sei es nicht notwendig, dem Besitzdiener – um den es sich in den meisten Fällen handelt – überhaupt Gewahrsam zuzuordnen.¹⁰²⁴ So wird vertreten, dass der untergeordnete Gewahrsamsinhaber eigentlich gar keinen Gewahrsam hat.¹⁰²⁵ Dem ist zuzustimmen. Es bedarf im Ergebnis gar nicht der Zuteilung von Gewahrsam

¹⁰¹⁸ So bereits BGH NJW 1960, 1357; *Schmitz* MüKo § 242 Rn. 81; *Vogel/Brodowski* LK § 242 Rn. 75; kritisch *Haffke* GA 1972, 225 ff.; *Fischer* bejaht auch bei gleichrangigem Gewahrsam die Möglichkeit einen Gewahrsamsbruch anzunehmen, *Fischer* § 242 Rn. 14a, 16a.

¹⁰¹⁹ BGHSt 10, 400; BGH NSTZ-RR 1996, 131, 132; *Kudlich* S/S/W § 242 Rn. 23; *Kindhäuser/Hilgendorf* LPK § 242 Rn. 50.

¹⁰²⁰ BGHSt 16, 271, 274; BGHSt 10, 400.

¹⁰²¹ BGH wistra 2015, 272, 273.

¹⁰²² So *Schmitz* MüKo § 242 Rn. 83; ebenfalls *Bosch* TK § 242 Rn. 32; *Heger* Lackner/Kühl Heger § 242 Rn. 13; *Zopfs* ZJS 2009, 506, 509.

¹⁰²³ BGHSt 10, 400; BGH NSTZ-RR 1996, 131, 132; *Kudlich* S/S/W § 242 Rn. 23; *Kindhäuser/Hilgendorf* LPK § 242 Rn. 50.

¹⁰²⁴ *Heinrich* Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf § 13 Rn. 48a.

¹⁰²⁵ *Bosch* TK § 242 Rn. 32; *Heger* Lackner/Kühl/Heger § 242 Rn. 13; *Zopfs* ZJS 2009, 506, 509.

an den untergeordneten Gewahrsamsinhaber. Der übergeordnete Gewahrsamsinhaber kann die Sache nicht wegnehmen. Das Entziehen der Sache durch den untergeordneten Gewahrsamsinhaber stellt dagegen immer einen Gewahrsamsbruch dar. Die Annahme von Gewahrsam des untergeordneten Gewahrsamsinhabers könnte höchstens relevant für das Strafantragserfordernis gemäß §§ 247, 248a StGB sein. Allerdings ist davon auszugehen, dass, selbst wenn es auf den Gewahrsam ankommen würde, eher auf den übergeordneten Gewahrsamsinhaber abzustellen ist. Die Form des untergeordneten Gewahrsams ist damit tatsächlich überflüssig.

Ob Hausangestellten überhaupt Gewahrsam zustehen soll, ist umstritten. Nach *Rennicke* sei es schwer begründbar, jemandem, der eine Sache tatsächlich beherrscht, gerade keinen Gewahrsam zuzusprechen.¹⁰²⁶ Allerdings lässt sich dem ein Vergleich mit dem Bürgerlichen Recht entgegenhalten. So soll der Besitztener nach § 855 BGB, obwohl er die tatsächliche Gewalt über eine Sache ausübt, gerade auch keinen Besitz an der Sache haben. Dies lässt sich auch auf das Strafrecht und den Gewahrsam übertragen, auch wenn dieser losgelöst vom Besitz zu beurteilen ist. Es muss also genauso möglich sein, den Gewahrsam an einer Sache nur der übergeordneten Person zuzusprechen und gerade nicht demjenigen, der zwar die tatsächliche Herrschaft darüber hat, aber darüber nicht weiter verfügen können soll, so wie beispielsweise Hausangestellte.¹⁰²⁷

3. Anwendung des eigenen Gewahrsamsbegriffs

Die Möglichkeit, dass mehrere Personen gleichzeitig Gewahrsam über eine Sache haben, ist vom Ausgangspunkt durchaus anzuerkennen.

Zum gleichrangigen Mitgewahrsam lässt sich zunächst feststellen, dass jeder Gewahrsamsinhaber gegenüber den übrigen Mitgewahrsamsinhabern geschützt ist; sie können auch untereinander den Gewahrsam des jeweils anderen brechen.

Einfach gestaltet sich die Situation zwischen Ehegatten oder Lebenspartnern, die eine gemeinsame Wohnung haben und damit auch gleichrangigen Mitgewahrsam an der Wohnung und den sich darin befindlichen Gegenständen.

Bei Kassierern oder Kassenverwaltern kommt es darauf an, ob sie die alleinige Zugriffs- und Verfügungsmöglichkeit haben. Dann liegt Alleingewahrsam vor.

¹⁰²⁶ *Rennicke* ZJS 2020, 499, 500.

¹⁰²⁷ Siehe dazu vertiefend S. 199 ff.

Ist dies nicht der Fall, kann dem Arbeitgeber oder Dienstherrn auch Mitgewahrsam zustehen, sofern er eine eigene Möglichkeit hat, auf die Kasse zuzugreifen.

Auch bei dem Transportfahrer kann auf diese Grundsätze recurriert werden. Ohne Überwachungs- und Einwirkungsmöglichkeit kann der Auftraggeber auch keinen Gewahrsam an der Ware haben, da ihm keine Zugriffsmöglichkeit verbleibt. Dies ist auch nicht normativ zu korrigieren. Dem Transportfahrer, der selbstständig über Route und Ablieferung der Ware entscheidet, steht die alleinige Zugriffs- und Verfügungsmöglichkeit zu und damit auch der Alleingewahrsam an der Ware.

Bei einem Bankschließfach ist zu differenzieren. Falls der Kunde nicht ohne die Mitarbeiter der Bank auf das Fach zuzugreifen vermag, kann ihm nur Mitgewahrsam an dem Schließfach und den sich darin befindlichen Gegenständen zustehen, da er nicht allein darüber verfügen kann. Falls der Leiter der Bank auch ohne den Kunden über das Schließfach und dessen Inhalt verfügen kann, hat er Alleingewahrsam. Eine normative Korrektur ist nicht erforderlich, es kann auf das faktische Element, die tatsächliche Herrschaft in Form der Zugriffs- und Verfügungsmöglichkeit, abgestellt werden.

Allein über die Betrachtung des faktischen Elements lassen sich die Gewahrsamsverhältnisse zwischen Hotelgast und Hotelier oder Restaurantbesucher und Betreiber lösen. Sofern man nur auf das faktische Element abstellt, haben der Hotelgast und der Hotelier Mitgewahrsam an den Gegenständen, die sich im Hotelzimmer befinden, was sich auch auf diejenigen Gegenstände bezieht, die von dem Gast eingebracht werden. Da beide Zutritt zum Raum haben und damit eine tatsächliche Zugriffs- und Verfügungsmöglichkeit, ist ihnen auch beiden Mitgewahrsam an den sich darin befindlichen Sachen zuzugestehen. Eine normative Korrektur sollte in diesen Fällen nicht erfolgen. Letztlich lässt sich nämlich über soziale Normen oder die Verkehrsanschauung in diesem Fall sowohl Mitgewahrsam als auch alleiniger Gewahrsam der jeweiligen Parteien begründen, wenn eine Rechenschaftspflicht über den Verbleib der Sachen angenommen wird, was eine eindeutige Zuordnung hindert. Daher ist bei einer solchen Kollision zwischen verschiedenen Auslegungsmöglichkeiten stets auf das faktische Element abzustellen.

Diese Grundsätze lassen sich auch auf den Restaurantbesucher übertragen. Im Hinblick auf das Geschirr und die darin befindlichen Speisen oder Getränke kann von Mitgewahrsam ausgegangen werden, wenn diese serviert werden. Der Kellner behält sich vor, bei eventuellen Fehlern das Essen sowie das Geschirr

noch einfordern zu können und den Gast von seinem Gewahrsam auszuschließen, der Gast kann die Speisen aber jederzeit verzehren oder das Geschirr einstecken und damit Alleingewahrsam begründen.

Etwas anderes könnte bezüglich Arbeitsgeräten und Werkzeugen gelten, gerade bei solchen, die der Arbeitnehmer direkt an seinem Körper trägt. Zu denken ist an eine Berücksichtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Arbeitnehmers, in das der Arbeitgeber eingreifen würde, wenn er Sachen zurückzuerlangen will. Allerdings sollte auch hier an die faktischen Gegebenheiten angeknüpft werden. So bleiben die eigenen Sachen des Arbeitnehmers in seinem Gewahrsam. Die Dinge, die ihm vom Arbeitgeber anvertraut oder übertragen werden, um sie zu benutzen oder zu putzen, verbleiben dagegen im Gewahrsam des Arbeitgebers. Auch hinsichtlich der so anvertrauten Sachen steht der Arbeitnehmer unter der ständigen Aufsicht und Kontrolle des Arbeitgebers. Er hat nur eine geschwächte Position und soll gerade keine eigene Berechtigung haben, darüber zu verfügen.¹⁰²⁸

VII. Gewahrsamsgehilfe

Der Begriff des Gewahrsamsgehilfen wird vielfach verwendet, um die im Zivilrecht anerkannte und diskutierte Form der Besitzdienerschaft auch auf das Strafrecht übertragen zu können. Unter den Gewahrsamsgehilfen ist eine Person zu fassen, „die zwar die stärkste tatsächliche Einwirkungsmöglichkeit auf eine Sache hat“,¹⁰²⁹ der aber aufgrund von übergeordneten Umständen der Gewahrsam nicht zugesprochen wird. Als Beispiel lassen sich hier die Hausangestellten oder Ladengehilfen nennen, die ohne eigene Verfügungsmacht die Sachen des Haus- oder Ladeninhabers nutzen.¹⁰³⁰

Gegen eine solche Auffassung wendet sich *Ruß*, der anführt, dass sich diese Betrachtung zu sehr an den Begriff des Besitzdieners nach § 855 BGB und damit an das Zivilrecht anlehnt.¹⁰³¹ So könnten Besitzdiener Alleingewahrsam haben, dies bestimme sich aber je nach dem Einzelfall. *Weber* geht so weit, dass er bei

¹⁰²⁸ Siehe dazu auch im folgenden Abschnitt die Argumentation zu Hausangestellten als Gewahrsamsgehilfen S. 199 f.

¹⁰²⁹ *Schmitz* MüKo § 242 Rn. 84.

¹⁰³⁰ RGSt 30, 88, 90; RGSt 60, 271, 272; *Rotering* GA 1900, 241, 256; *Kindhäuser/Hoven* NK § 242 Rn. 63 ff. m.w.N.

¹⁰³¹ *Ruß* LK¹¹ § 242 Rn. 25.

Beamten und Arbeitnehmern oftmals von Besitzdienerschaft (so vor allem bezüglich der Dienstgegenstände, Material des Arbeitgebers)¹⁰³² ausgeht, diese allerdings auch Alleingewahrsam haben könnten.¹⁰³³ Dies richte sich zum einen nach der sozialen Abhängigkeit des Besitzdieners und zum anderen nach der generellen Beherrschung der Räume durch einen Berechtigten.¹⁰³⁴

Grundsätzlich kann nicht von der Besitzdienerschaft auf die Gewahrsamsverhältnisse geschlossen werden, da die strafrechtliche Beurteilung unabhängig von der zivilrechtlichen Grundlage zu treffen ist. Allerdings kann je nach Einzelfall bei Angestellten Alleingewahrsam oder Mitgewahrsam vorliegen oder die Eigenschaft als bloßer Gewahrsamsgehilfe. Wenn im Einzelfall trotz faktischer Zugriffsmöglichkeit kein vollumfängliches Gewahrsamsverhältnis bejaht werden kann, handelt es sich um einen bloßen Gewahrsamsgehilfen, der ähnlich wie der Besitzdiener zu beurteilen ist.

So geht der BGH von einer Besitzbegründung der Arbeitgeberin als Besitzherrin aus, wenn die Platzanweiserin im Kino einen Ring findet, da sie die tatsächliche Gewalt an dem Ring als Besitzdienerin ergriffen hat.¹⁰³⁵ Strafrechtlich nehmen *Weber* sowie *Heinrich* dagegen Alleingewahrsam der Besitzdienerin an, da diese durch Einstecken des Rings eine körperliche Gewahrsamssphäre begründet und trotz sozialer Abhängigkeit gerade nicht überlassenes Material oder Werkzeug des Arbeitgebers vorliegt.¹⁰³⁶ Da *Weber* auch keinen generellen Gewahrsam der Besitzherrin, damit der Inhaberin des Kinos, annimmt, kommt ein Diebstahl nicht in Betracht, wenn die Platzanweiserin den Ring einsteckt und behält.¹⁰³⁷

Richtigerweise sollte in solchen Fallgestaltungen anhand der einzelnen Umstände geprüft werden, ob ein Alleingewahrsam oder doch ein Mitgewahrsam zu bejahen ist.¹⁰³⁸ Hat der ursprüngliche Inhaber des Rings diesen dort vergessen, weiß, wo er sich befindet, und hat noch die Möglichkeit, diesen zu erlangen, verbleibt ihm der Gewahrsam. Wurde der Ring verloren, begründet die Kinoinhaberin mit Verlust der Sache durch den ursprünglichen Inhaber den Gewahrsam im Rahmen der generellen Gewahrsamssphäre. Von einem Mitgewahrsam

¹⁰³² Material soll nur ausnahmsweise im Alleingewahrsam des Arbeitnehmers liegen, *Weber Arzt/Weber* § 13 Rn. 48.

¹⁰³³ *Weber Arzt/Weber* § 13 Rn. 46.

¹⁰³⁴ *Weber Arzt/Weber* § 13 Rn. 47.

¹⁰³⁵ BGHZ 8, 130, 132 ff.

¹⁰³⁶ *Heinrich Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf* § 13 Rn. 47; *Weber Arzt/Weber* § 13 Rn. 47.

¹⁰³⁷ *Weber Arzt/Weber* § 13 Rn. 47.

¹⁰³⁸ So zutreffend *Schmitz MüKo* § 242 Rn. 84.

der Platzanweiserin ist insoweit nicht auszugehen, wenn man sie als bloße Gewahrsamsgehilfin ansieht.

Teils wird der Begriff des Gewahrsamsgehilfen, Gewahrsamsdieners oder Gewahrsamshüters¹⁰³⁹ als überflüssig angesehen beziehungsweise sogar gänzlich abgelehnt.¹⁰⁴⁰ Im Ergebnis bestehen jedoch auch bei Ablehnung dieser Figur keine Unterschiede in der Falllösung.¹⁰⁴¹ So ist nach allen Ansichten ein Diebstahl zu bejahen, wenn der Täter den übergeordneten oder den alleinigen Gewahrsam eines anderen bricht. Dagegen liegt kein Diebstahl vor, wenn der übergeordnete oder der alleinige Gewahrsamsinhaber sich die Sache nimmt.¹⁰⁴² Gerade bei Hausangestellten, die die tatsächliche Zugriffsmöglichkeit und damit Sachherrschaft über eine Sache haben, kann es sinnvoll sein, davon auszugehen, dass diese zumindest Gewahrsamsgehilfen sind, sofern keine anderen Anhaltspunkte bestehen, die einen Alleingewahrsam rechtfertigen. Ihnen ist dann allerdings im Fall der Gewahrsamsgehilfenschaft nicht der Gewahrsam zuzuordnen. Dies entspricht damit der zivilrechtlichen Ausgestaltung der Besitzdienerschaft, ist aber im Strafrecht im Einzelfall zu entscheiden und darf nicht vom Vorliegen der zivilrechtlichen Norm abhängig gemacht werden.

Unter Anwendung der herausgearbeiteten Grundsätze ist festzuhalten, dass der Gewahrsamsgehilfe zwar die faktische Zugriffsmöglichkeit hat. Aus dem Bedürfnis, das Eigentum umfassend zu schützen, könnte sich dennoch das Erfordernis einer normativen Korrektur ergeben, die diese faktische Komponente einschränkt. Das Eigentum soll nicht deshalb an Schutz verlieren, weil der Eigentümer Dritten – etwa Angestellten oder Hilfspersonen – den Zugang zu seinen Räumlichkeiten gestattet. Dies gebietet gerade der Schutzzweck des § 242 StGB. So ist es für Hausangestellte ein Leichtes, Gegenstände des Dienstherrn einzustecken und zu entwenden, obwohl sie in einem besonderen Vertrauensverhältnis zu den Arbeitgebern stehen. Es stehen sich somit das Bedürfnis, das Eigentum umfassend zu schützen, sowie die tatsächliche Sachherrschaft der Hausangestellten gegenüber. Letztlich gibt der Dienstherr als Gewahrsamsinhaber aber den von ihm bisher beherrschten Gewahrsam an den ihm zugehörigen Sachen nicht auf und verliert diesen auch nicht ohne weiteres, nur weil jemand das Haus betritt und zeitweise eine Zugriffsmöglichkeit auf die Sachen hat.

¹⁰³⁹ *Otto ZStW* 79 (1967), 59, 80.

¹⁰⁴⁰ *Heger* Lackner/Kühl/Heger § 242 Rn. 13; *Samson* JA 1980, 285, 288; *Schünemann* GA 1969, 46, 52, der sich auf den gestuften Mitgewahrsam bezieht; *Vogel/Brodowski* LK § 242 Rn. 76.

¹⁰⁴¹ *Kindhäuser/Hoven* NK § 242 Rn. 63; *Vogel/Brodowski* LK § 242 Rn. 76 Fn. 158.

¹⁰⁴² *RGSt* 52, 143, 144 ff.; *BGHSt* 10, 400; *Bosch* TK § 242 Rn. 27; *Fischer* § 242 Rn. 16a; *Hoyer* SK § 242 Rn. 45; *Otto ZStW* 79 (1967), 59, 80 ff.; *Vogel/Brodowski* LK § 242 Rn. 76.

Hausangestellte handeln typischerweise weisungsgebunden. Ihre Zugriffsmöglichkeit ist funktional auf die Wahrnehmung fremder Interessen beschränkt. Wer als Hausangestellter oder Arbeitnehmer Zugriff auf fremdes Eigentum und damit auf fremden Gewahrsam hat, macht dies kraft fremden Willens – der Gewahrsam bleibt beim Dienstherrn verankert. Arbeitnehmer sowie Hausangestellte unterliegen der ständigen Aufsicht und Kontrolle und müssen dem Arbeitgeber Auskunft sowie Rechenschaft darüber ablegen, wo sich die jeweiligen Sachen befinden. Diese Position begründet eine soziale und hierarchische Eingliederung in die Herrschaftssphäre des Berechtigten, die einer eigenständigen Gewahrsamsausübung des Angestellten entgegensteht. Eine dem Dienstherrn gleichgestellte Verfügungsmöglichkeit ist demnach nicht gegeben. Folglich haben Angestellte in den meisten Fällen keinen Gewahrsam an den Sachen des Arbeitgebers.

VIII. Versteckte Sachen

1. Bisherige Grundsätze

Als problematisch erweisen sich auch die Fälle, in denen Sachen, die dem Inhaber des generellen Gewahrsams gehören, in einem von diesem generell beherrschten Raum versteckt werden. So ist mitunter das Beispiel zu nennen, dass Landarbeiter Getreide des Arbeitgebers in Säcke füllen und die Säcke dann in der Scheune des Eigentümers verstecken, um sie später wegzubringen.¹⁰⁴³ Dies stellt eine Vorbereitungshandlung für den nachfolgenden Diebstahl dar, da der Inhaber der Gewahrsamssphäre, wenn er die Sachen entdeckt und wieder an sich nimmt, nicht in eine fremde Tabusphäre eingreifen würde.¹⁰⁴⁴ Daher kann noch kein vollendeter Diebstahl vorliegen,¹⁰⁴⁵ denn mit dieser Vorbereitungshandlung wurde auch noch kein Gewahrsam begründet. Dies fassen *Kindhäuser/Hoven* zutreffenderweise zu dem Grundsatz zusammen, dass der Gewahrsam beim Verstecken von Sachen in der fremden Gewahrsamssphäre weiter demjenigen zuzusprechen ist, der Inhaber dieser Gewahrsamssphäre ist. Selbst wenn die Sachen von dem Täter derart versteckt wurden, dass der Gewahrsamshaber sie „unter gewöhnlichen Umständen nicht aufzufinden vermag“, soll diese Annahme gelten.¹⁰⁴⁶

¹⁰⁴³ RGSt 12, 353, 355.

¹⁰⁴⁴ Für eine Einzelfallentscheidung plädierend RGSt 12, 353, 355; in derartigen Fällen bejaht dies auch *Wimmer* NJW 1962, 609, 611; zumindest ein unmittelbares Ansetzen annehmend LG Potsdam NSTZ 2007, 336 mit Anmerkung *Walter* NSTZ 2008, 156, 157, der wiederum nur eine Vorbereitungshandlung annimmt.

¹⁰⁴⁵ *Schmitz* MüKo § 242 Rn. 76; *Wimmer* NJW 1962, 609, 611.

¹⁰⁴⁶ *Kindhäuser/Hoven* NK § 242 Rn. 40.

Nicht minder problematisch erscheint die Konstellation, die *Wimmer* als „unbewegtes Eigenversteck“ bezeichnet,¹⁰⁴⁷ in der vor dem ursprünglichen Gewahrsamsinhaber die Sache in dessen Raum derart verborgen wird, dass ihm jegliche Verfügungsmöglichkeit an dem Gegenstand schon endgültig entzogen wurde, weil die Sache in einem verschlossenen Schrank oder Koffer liegt, auf deren Schlüssel nur der Täter Zugriff hat. Hier geht *Wimmer* davon aus, dass bereits mit Verstecken eine Wegnahme vorliegt.¹⁰⁴⁸

In derartigen Fällen geht die bisher herrschende Meinung davon aus, dass es auf Beweglichkeit, Größe und das Gewicht des entnommenen Behältnisses sowie die Zugriffsmöglichkeiten mittels Schlüssels ankomme. Allerdings sollte richtigerweise auf die jeweilige Verfügungsmöglichkeit abgestellt werden. Wenn dem generellen Gewahrsamsinhaber diese Möglichkeit entzogen wurde, kann er auch nicht mehr darauf zugreifen und ihm kann kein Gewahrsam an dem Behältnis oder dem Inhalt zugesprochen werden.

Ein weiteres Problem stellt auch die Konstellation dar, dass jemand in einer fremden Gewahrsamssphäre eigene Sachen versteckt. Nach der Rechtsprechung des RG ist derjenige, der seine Sachen versteckt hat, als Gewahrsamsinhaber anzusehen.¹⁰⁴⁹ Konsequenterweise muss aber, wie *Schmitz* richtig anmerkt, hierfür eine eigene „Gewahrsamsenklave“ des Versteckenden angenommen werden, sodass dieser auch unproblematisch weiter Zugriff auf die Sachen hat. Sonst müssten nach der Verkehrsanschauung die Sachen dem Inhaber der generell beherrschten Räumlichkeit zugeordnet werden.¹⁰⁵⁰

2. Anwendung des eigenen Gewahrsamsbegriffs

Bei versteckten Sachen muss differenziert werden, wer sie vor wem versteckt. Sofern ein Dritter Sachen des Gewahrsamsinhabers in dessen Herrschaftsreich versteckt, verbleibt der Gewahrsam beim Gewahrsamsinhaber, so lange dieser die Möglichkeit hat, die Sachen zurückzuerlangen und somit darauf zuzugreifen und darüber verfügen zu können. Dies gilt auch, wenn die Sachen derart gut versteckt sind, dass er sie zunächst nicht auffinden kann, solange zumindest die Möglichkeit des Entdeckens besteht.

Wenn jemand in einer fremden Gewahrsamssphäre seine eigenen Sachen versteckt und darauf weiter die tatsächliche Zugriffs- und Verfügungsmöglichkeit

¹⁰⁴⁷ *Wimmer* NJW 1962, 609, 611.

¹⁰⁴⁸ *Wimmer* NJW 1962, 609, 611 f., dies stelle eine Gewahrsamsenklave dar.

¹⁰⁴⁹ RGSt 53, 175, 175 f.

¹⁰⁵⁰ *Schmitz* MüKo § 242 Rn. 76.

besitzt, hat er Gewahrsam. Es wäre dann Mitgewahrsam anzunehmen, wenn der Gewahrsamsinhaber der fremden Sphäre auch die Möglichkeit hat, darauf zuzugreifen und er, um den Herrschaftswillen zu bejahen, zumindest damit rechnen musste, dass sich diese Sachen bei ihm befinden.

Folglich reicht es aus allein auf das faktische Element abzustellen, eine normative Korrektur ist nicht nötig.

IX. Diebstahl zum Nachteil von Verstorbenen und Verletzten

1. Bisherige Grundsätze

Regelmäßig ist davon auszugehen, dass, sofern jemand in einer fremdem generellen Gewahrsamssphäre wie einem Krankenhaus oder einem Hospiz verstirbt, der Gewahrsam an den Sachen, die sich in seiner Obhut befunden haben, an den Inhaber der generellen Gewahrsamssphäre übergehen.¹⁰⁵¹ Die Verkehrsanschauung würde laut *Schmitz* dem Inhaber der Einrichtung in solchen Fällen den Gewahrsam zurechnen, bis der Gewahrsam von den Erben übernommen wird.¹⁰⁵² Der Gewahrsam an der Sache wird dem Inhaber der Gewahrsamssphäre übertragen, als wäre die Sache dort verloren worden.

Wenn der Tod in generellen Gewahrsamssphären eintritt, bei denen die Verkehrsanschauung nicht eindeutig eine Zuordnung der Sachen an den räumlichen Inhaber bejahen würde, wie beispielsweise beim Tod in einem Kinosaal oder in Kaufhäusern,¹⁰⁵³ sollte, falls es einen generellen Gewahrsamsinhaber gibt, diesem auch der Gewahrsam an den Sachen zugeordnet werden. Die generelle Sachherrschaft und der Herrschaftswille beziehen sich auf all die Sachen, die sich darin befinden und niemandem sonst zugehörig sind. Dazu kann auch der Vergleich zu verlorenen Sachen im räumlichen Herrschaftsbereich gezogen werden.

In Situationen, in denen eine Person im öffentlichen Raum verstirbt, der von niemandem beherrscht wird, muss dann konsequenterweise angenommen werden, dass niemand Gewahrsam an den Gegenständen des Verstorbenen erlangt.¹⁰⁵⁴

¹⁰⁵¹ *Glandien* JR 2019, 60, 65 f.

¹⁰⁵² *Schmitz* MüKo § 242 Rn. 76.

¹⁰⁵³ *Glandien* JR 2019, 60, 66.

¹⁰⁵⁴ Siehe *Glandien* JR 2019, 60, 65.

Da bereits festgehalten wurde, dass der Erbenbesitz nach § 857 BGB keinen Gewahrsam der Erben begründet, ist davon auszugehen, dass diese ohne Ergreifen der tatsächlichen Sachherrschaft keinen Gewahrsam über die Sachen ausüben.¹⁰⁵⁵ Daher werden die Gegenstände einer Person gewahrsamslos, die alleinstehend in einer Wohnung oder Haus lebt, bis die Erben die Sachherrschaft darüber tatsächlich übernehmen.

Zumindest knapp soll auch noch auf die Gewahrsamssituation bei verletzten Personen eingegangen werden. Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH ist für den Gewahrsam eine Sachherrschaft wesentlich, „der unter Ausschluß fremder Einwirkungsmöglichkeiten kein Hindernis entgegenstehen darf“.¹⁰⁵⁶ So bleibt der einmal begründete Gewahrsam auch so lange bestehen, bis die tatsächliche Einwirkungsmöglichkeit des Sachherrschaftsinhabers verloren geht.¹⁰⁵⁷ Der Gewahrsamsinhaber behält den Gewahrsam an den in seinem Sachherrschaftsbereich befindlichen Sachen auch dann noch, wenn er nicht in der Lage ist, die Sachen effektiv zu schützen, er also so schwerwiegend verletzt ist, dass er sich nicht mehr um seine Güter kümmern kann.¹⁰⁵⁸ Hier liegt damit nur noch eine geminderte oder nahezu gar keine faktische Herrschaft mehr vor, dafür rückt die normative Zuordnung der Sache zu dem Gewahrsamsinhaber in den Vordergrund.¹⁰⁵⁹ Dem ist zuzustimmen.

2. Anwendung des eigenen Gewahrsamsbegriffs

In Anwendung des herausgearbeiteten Gewahrsamsbegriffs lässt sich festhalten, dass eine Person so lange Gewahrsam an einer Sache hat, bis sie diese verliert, den Gewahrsam daran aufgibt oder stirbt. Wenn jemand in einem generellen Gewahrsamsbereich stirbt, dann geht der Gewahrsam an den Sachen, die sich bei ihm befinden, auf denjenigen über, der Inhaber des generellen Gewahrsamsbereichs ist. Er hat die Zugriffs- und Verfügungsmöglichkeit über die darin befindlichen Sachen und übt den Gewahrsam so lange aus, bis eventuelle Erben diesen aktiv übernehmen. Im öffentlichen Raum, der von niemandem beherrscht wird, werden die Gegenstände dann konsequenterweise gewahrsamslos.

Bei einer alleinstehenden Person, die in ihren eigenen Räumlichkeiten verstirbt, übernimmt zunächst niemand den Gewahrsam, da der Erbenbesitz nach § 857

¹⁰⁵⁵ Siehe auch *Zieschang*, BT 2, Rn. 69 f.

¹⁰⁵⁶ BGHSt 8, 273, 274 f.; so auch schon RGSt 58, 49; RGSt 60, 271, 272.

¹⁰⁵⁷ BGHSt 4, 210, 211.

¹⁰⁵⁸ BGH NJW 1985, 1911.

¹⁰⁵⁹ *Kaspar* JR 2022, 34.

BGB keinen Gewahrsam begründet. Erst, wenn die Erben die tatsächliche Sachherrschaft übernehmen, erlangen sie auch den Gewahrsam darüber. Dies geschieht aber anders als beim Erbenbesitz nicht automatisch.

Bei verletzten, bewusstlosen oder schwer kranken Personen bleibt der Gewahrsam grundsätzlich bestehen, bis sie die tatsächliche Einwirkungsmöglichkeit auf ihre Sachen verlieren. Unter Umständen muss die Gewahrsamsbeurteilung dafür aber normativ korrigiert werden. Sofern nur auf die faktische Zugriffsmöglichkeit abgestellt wird, könnte man daran denken, einem körperlich überlegenen Pfleger oder Besucher den Gewahrsam an den Sachen des Verletzten zuzuschreiben, da dieser die „bessere“ Zugriffs- und Verfügungsmöglichkeit hat. Darauf kommt es aber nicht an. Der Gewahrsam an den Sachen bleibt bei dem Verletzten so lange bestehen, bis dieser ihn aufgibt oder stirbt, unabhängig davon, ob jemand eine bessere Sachherrschaftsposition hat. Selbst wenn jemand die Sachen des schwächeren Gewahrsamsinhabers in die Hand nimmt und darauf eine tatsächliche Herrschaft ausüben würde, muss die faktische Möglichkeit durch die normative Wertung korrigiert werden. Der Gewahrsam verbleibt bei dem Verletzten, eine Mitnahme der Sachen begründet einen Gewahrsamsbruch. Anderenfalls könnten Verletzte niemals Opfer einer Diebstahlstat werden, da eine andere Person im Zweifel immer stärker ist als ein Verletzter und damit immer eine bessere Sachherrschaftsposition hätte und damit den Gewahrsam an den Sachen des Verletzten begründen würde. Das zöge aber eine weitreichende Entwertung des Eigentums von Verletzten mit sich, das so höchstens unterschlagen werden könnte. Das Unrecht der Unterschlagung reicht aber bereits aufgrund des schwächeren Strafrahmens sowie der fehlenden Regelbeispiele und Qualifikationen nicht aus, um eine solche Handlung zu pönalisieren. Dies bestätigt sich auch durch einen Vergleich mit generell körperlich unterlegenen Personen, die nicht unbedingt verletzt sein müssen, um dem Täter im Hinblick auf die Kraft unterlegen zu sein. Allein die von Natur aus gegebene Unterlegenheit führt nicht dazu, dass sie den Gewahrsam gegenüber Stärkeren verlören. Damit muss auch körperlich unterlegenen Personen Gewahrsam an ihren Sachen zugestanden werden.

- X. Geldautomatenmissbrauch
- 1. Darstellung der Problematik

Sehr kontrovers wird die Frage beurteilt, wer Gewahrsam an Bargeld hat, welches sich im Ausgabefach eines Geldautomaten befindet.

Dabei geht es vor allem darum, ob ein den Automaten betreibendes Geldinstitut¹⁰⁶⁰ bei der Ausgabe von Bargeld aus dem Automaten willentlich und vollständig seinen Gewahrsam daran aufgibt, an wen der Gewahrsam übertragen worden sein kann oder ob die Bank (zumindest gelockerten) Gewahrsam an den Geldscheinen hat. Dies wurde selbst in der Rechtsprechung des BGH nicht einheitlich beantwortet. Die Frage ist zentral dafür, ob der Täter hier einen Diebstahl – wenn nicht sogar einen Raub begehen kann – oder bereits die Wegnahme aufgrund eines tatbestandsausschließenden Einverständnisses der Bank zu verneinen wäre.

Den Entscheidungen liegt dabei zugrunde, dass nach der herrschenden Meinung der Gewahrsam anhand der Verkehrsanschauung beurteilt wird. Es erscheint so, als könnte die Verkehrsanschauung beliebige Ergebnisse begründen.¹⁰⁶¹

a) Darstellung der einzelnen Entscheidungen

So hatte der 2. Strafsenat des BGH in einem Fall zu entscheiden, in dem der Täter das Opfer nach Eingabe der PIN beiseiteschob, um selbst den Ausgabebetrag einzugeben und das Geld an sich zu nehmen. Dabei wurde der Geldautomat durch die Eingabe einer Bankkarte nebst der zugehörigen PIN äußerlich ordnungsgemäß bedient. Nach der Auffassung des 2. Strafsenats des BGH soll der Gewahrsam an dem Bargeld mit der Ausgabe durch das Geldinstitut freigegeben werden und somit der Gewahrsam der Bank nicht mehr gebrochen werden können.¹⁰⁶² Der berechtigte Karteninhaber habe noch keinen Gewahrsam an den Geldscheinen begründen können.¹⁰⁶³ Daher liege seitens des Täters kein Gewahrsamsbruch vor.

¹⁰⁶⁰ Der Gewahrsam steht der zuständigen Person innerhalb des Geldinstituts zu, da nach herrschender Meinung nur natürliche Personen Gewahrsam haben können, *Bosch* TK § 242 Rn. 29; *Kindhäuser/Hoven* NK § 242 Rn. 34; *Heger Lackner/Kühl/Heger* § 242 Rn. 10; dennoch wird hier der Einfachheit halber von dem Geldinstitut oder der Bank gesprochen. Siehe dazu auch *Zieschang* JA 2024, 265, 268. *Hoven* NK § 242 Rn. 34; *Heger Lackner/Kühl/Heger* § 242 Rn. 10; dennoch wird hier der Einfachheit halber von dem Geldinstitut oder der Bank gesprochen. Siehe dazu auch *Zieschang* JA 2024, 265, 268. *Kindhäuser/Hoven* NK § 242 Rn. 34; *Heger Lackner/Kühl/Heger* § 242 Rn. 10; dennoch wird hier der Einfachheit halber von dem Geldinstitut oder der Bank gesprochen. Siehe dazu auch *Zieschang* JA 2024, 265, 268. *Hoven* NK § 242 Rn. 34; *Heger Lackner/Kühl/Heger* § 242 Rn. 10; dennoch wird hier der Einfachheit halber von dem Geldinstitut oder der Bank gesprochen. Siehe dazu auch *Zieschang* JA 2024, 265, 268.

¹⁰⁶¹ *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Rn.164; andere Ansicht *Brand* ZWH 2022, 46, 48.

¹⁰⁶² BGH NJW 2018, 245; kritisch dazu *El-Ghazi* jurisPR-StrafR 6/2018 Anm. 1, zustimmend *Brand* ZWH 2020, 125, 129.

¹⁰⁶³ BGH NJW 2018, 245.

Davon zu unterscheiden sei die Beurteilung der Fremdheit der Sache.¹⁰⁶⁴ Zwar soll nach Ansicht des BGH in der Ausgabe des Geldes im Geldautomaten ein konkludentes Angebot auf Übereignung der Geldscheine liegen. Dies richte sich jedoch ausschließlich an den Kontoinhaber und nicht an etwaige unberechtigte Benutzer des Geldautomaten, was sich aus der Auslegung der konkludenten rechtsgeschäftlichen Erklärung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der jeweiligen Bank ergebe. Sie habe kein Interesse daran, das Geld an einen unberechtigten Benutzer zu übereignen. Da das Angebot in dieser Konstellation nicht angenommen wurde, verbleibe das Eigentum an den Geldscheinen bei der Bank.¹⁰⁶⁵ Diese Unterscheidung ergebe sich daraus, dass der Eigentumsübergang rechtsgeschäftlich ausgestaltet ist, der Gewahrsamsübergang aber als rein tatsächlicher Vorgang.¹⁰⁶⁶

Der 3. Strafsenat hat dagegen die Auffassung vertreten, dass der Gewahrsam des Geldinstituts noch fortbestehe, wenn die Geldscheine im Ausgabefach bereitliegen und dabei nach dem Willen des Instituts der Gewahrsam nur an denjenigen übertragen werden sollte, der den Geldautomaten durch Eingabe der Bankkarte und der PIN ordnungsgemäß bedient hatte, nicht aber an den erst später in diesen Vorgang eingreifenden Täter.¹⁰⁶⁷ Das tatbestandsausschließende Einverständnis könne nicht nur an das ordnungsgemäße Bedienen des Geldautomaten geknüpft sein, sondern auch an die Identität des den Geldautomaten Bedienenden. Somit sei der Ausgabevorgang in personeller Hinsicht auf denjenigen beschränkt, der sich durch Eingabe von Bankkarte und zugehöriger PIN legitimiert.¹⁰⁶⁸ Die Täter brechen folglich den fortbestehenden Gewahrsam der Bank.

Der 4. Strafsenat des BGH wiederum nimmt an, dass Bargeld, das nach einem ordnungsgemäß vorgenommenen Abhebevorgang im Ausgabefach des Geldautomaten bereitgestellt und dadurch auch dem Berechtigten eine Zugriffsmöglichkeit eröffnet wird, zumindest *auch* im Gewahrsam desjenigen stehe, der diesen Vorgang durch die Eingabe der Bankkarte und der PIN initiiert habe.¹⁰⁶⁹ In diesem Fall hatten die Täter sich neben den Berechtigten gestellt und nach des-

¹⁰⁶⁴ Der rechtsgeschäftliche Eigentumserwerb kann auch unter einer Bedingung stehen (§ 158 BGB), siehe dazu unter anderem *Wittig BeckOK* § 242 Rn. 6 ff.; *Zieschang JA* 2024, 265, 267; *ders.*, BT 2, Rn. 34 ff.

¹⁰⁶⁵ BGH NJW 2018, 245.

¹⁰⁶⁶ BGH NJW 2018, 245.

¹⁰⁶⁷ BGH NStZ 2019, 726, 727.

¹⁰⁶⁸ BGH NStZ 2019, 726, 727.

¹⁰⁶⁹ BGHSt 66, 55, 58; andere Ansicht KG openJur 2015, 8495.

sen Eingabe der Bankkarte und der PIN verdeckt selbst einen Auszahlungsbetrag eingeben.¹⁰⁷⁰ Der Gewahrsam richtet sich nach der von dem Herrschaftswillen getragenen tatsächlichen Sachherrschaft, die nach den Umständen des Einzelfalls und den Anschauungen des täglichen Lebens bestimmt wird und dem Herrschaftswillen, der sich nach der Verkehrsanschauung richtet.¹⁰⁷¹ Daher müsse davon ausgegangen werden, dass die Verkehrsanschauung das Geld im Ausgabefach auch der berechtigten Person zuordnet. Dies zeige sich vor allem daran, dass es sozial üblich sei und auch durch Hinweise und Vorrichtungen darauf hingewiesen werde, dass ein Dritter Abstand zu dem vor ihm Abhebenden am Automaten, halten soll.¹⁰⁷²

Gerade aber die Frage, ob etwas anderes gelten muss, wenn der Karteninhaber durch Gewalt oder Androhung von Gewalt von der Ausübung seines Gewahrsams ausgeschlossen wird, noch bevor das Geld im Ausgabefach bereit liegt, wurde vom 4. Strafsenat des BGH nicht entschieden. Der Herrschaftswille lasse sich nach dem 4. Strafsenat des BGH dadurch bejahen, dass der Berechtigte zumindest einen antizipierten Willen dahingehend gebildet hat. Dieser beziehe sich bei einem von ihm selbst initiierten Abhebevorgang auf das gesamt ausgegebene Geld, das gerade unter der entsprechenden Belastung des eigenen Bankkontos freigegeben werde. Dabei solle es unerheblich sein, ob – wie im vorliegenden Fall – nicht der Geschädigte, sondern die Täter den Auszahlungsbetrag eingeben haben. Dem Kunden müsse bewusst sein, dass in beiden Fällen eine Auszahlung vorgenommen wird, die sein Konto belastet.¹⁰⁷³

b) Kritik aus der Literatur

Brand schlägt in den Konstellationen der Entscheidungen des 2. Strafsenats und des 3. Strafsenats des BGH andere Lösungswege vor.¹⁰⁷⁴ Zunächst unterscheidet er zwischen dem Täter, der die Geldscheine entnimmt, nachdem er selbst den Auszahlungsbetrag eingeben hat und demjenigen, der die Geldscheine entnimmt, nachdem das Opfer den Ausgabebetrag eingetippt hat.¹⁰⁷⁵

In dem Fall, in dem der Täter den Bankkunden nach Eingabe der PIN weg-schubst, selbst den Ausgabebetrag eintippt und dann die Geldscheine aus dem Bankautomatenausgabefach entnimmt, soll – in Übereinstimmung mit der

¹⁰⁷⁰ BGHSt 66, 55.

¹⁰⁷¹ BGHSt 66, 55, 58.

¹⁰⁷² BGHSt 66, 55, 58.

¹⁰⁷³ BGHSt 66, 55, 59.

¹⁰⁷⁴ *Brand* ZWH 2020, 125.

¹⁰⁷⁵ *Brand* ZWH 2020, 125, 129 f.

Rechtsprechungslinie des 2. Strafsenats – kein Gewahrsamsbruch vorliegen. Im Ergebnis könne man hier die Fälle des missbräuchlichen Einsatzes einer fremden EC-Karte als Parallele heranziehen,¹⁰⁷⁶ da die Unterschiede nicht gravierend seien.¹⁰⁷⁷ Beide Täter könnten sich Zugriff auf das Konto des Opfers verschaffen, ob der Täter nur den Auszahlungsbetrag eingibt oder sich durch List, Drohung oder Täuschung die EC-Karte und die dazugehörige PIN verschafft hat. Somit müsse auch in beiden Fällen ein Gewahrsamsbruch verneint werden. Dies begründe sich daraus, dass in beiden Fällen der Automat ordnungsgemäß bedient wird und damit ein tatbestandsausschließendes Einverständnis der Bank vorliege.¹⁰⁷⁸

Anders müsse allerdings der Sachverhalt beurteilt werden, der der Entscheidung des 3. Strafsenats des BGH zugrunde lag, in dem der Kunde selbst sowohl Karte als auch PIN und den Auszahlungsbetrag eingab, bevor der Täter das Geld aus dem Geldausgabefach entwendete. Insofern nimmt *Brand* an, es liege bereits eine Gewahrsamsübertragung an den Berechtigten vor, dessen Gewahrsam dann wiederum vom Täter gebrochen werde. Dabei handele es sich zwar um gelockerten Gewahrsam, da der Kunde das Geld aus dem Ausgabefach noch entnehmen muss, genauso bleibe aber auch bei der Bank ein gelockerter Gewahrsam bestehen. Folglich wären Bank und Bankkunde gleichberechtigte Mitgewahrsamsinhaber, daher breche der Täter bei Entwendung der Scheine den Gewahrsam beider.¹⁰⁷⁹ *Brand* zieht zur Untermauerung noch die Parallele zu dem Fall, in dem der Bankkunde seine Geldscheine, die er aus dem Automaten entnommen hat, vorübergehend auf dem Automaten ablegt. Dabei würde niemand davon ausgehen, dass der Kunde seinen Gewahrsam aufgebe. Auch dort bestehe noch ein gelockerter Gewahrsam fort.¹⁰⁸⁰

Auch die Entscheidung des 4. Strafsenats des BGH wird im Schrifttum kritisch gesehen. So meint *Ruppert*, die Annahme des Gewahrsams des Bankkunden kraft der Anschauungen des täglichen Lebens sei fernliegend.¹⁰⁸¹ Der BGH begründet den Gewahrsam des Opfers in diesem Fall mit den Hinweisen auf das klassische Pflugbeispiel¹⁰⁸² sowie damit, dass dem Ladeninhaber Gewahrsam über die Ware zugeordnet wird, die vor seiner Ladentür abgestellt wird.¹⁰⁸³ Da-

¹⁰⁷⁶ BGH NStZ 2016, 149, 151.

¹⁰⁷⁷ *Brand* ZWH 2020, 125, 129.

¹⁰⁷⁸ *Brand* ZWH 2020, 125, 129.

¹⁰⁷⁹ *Brand* ZWH 2020, 125, 130.

¹⁰⁸⁰ *Brand* ZWH 2020, 125, 130.

¹⁰⁸¹ *Ruppert* StV 2022, 15, 17.

¹⁰⁸² Urbeispiel bei *Welzel* GA 1960, 257, 265.

¹⁰⁸³ BGHSt 16, 271, 273; BGH NJW 1968, 662.

bei verkenne er aber gerade die im Automatenfall nicht vorliegende Sachherrschaft des Opfers. Letzteres konnte in der Situation nie auf das Bargeld zugreifen und hatte damit tatsächlich keine Sachherrschaft.¹⁰⁸⁴ Soweit der 4. Strafsenat des BGH versucht, diese mangelnde tatsächliche Sachherrschaft durch eine potentielle zu ersetzen, bestehe zu den vorgenannten Beispielen der Unterschied, dass im Bankautomatenfall das Opfer gerade keinen konkreten oder generellen Willen bezüglich des Bargelds habe. Dies sei auf die mangelnde Kenntnis, ob und wie viel Geld nun tatsächlich abgehoben wird, zurückzuführen.

Auch die Annahme des BGH, dass in der Konstellation ein antizipierter Beherrschungswille vorliege, da der Abhebungsvorgang mit dem Willen der Sachherrschaft in Gang gesetzt wurde,¹⁰⁸⁵ sei unzutreffend. Hierbei könne nicht unerheblich sein, wer tatsächlich den Auszahlungsbetrag eingibt und ob diese Auszahlung vom Opfer überhaupt bemerkt wurde.¹⁰⁸⁶ Das Opfer wisse somit gar nichts von den im Ausgabefach liegenden Geldscheinen, also könne sich hierauf noch gar kein Sachherrschaftswille beziehen. Insofern man von einem generellen Sachherrschaftswillen ausgehen will, könne dieser ebenfalls nur fiktiver Natur sein.¹⁰⁸⁷ Auch bei einem antizipiertem Herrschaftswillen werde grundsätzlich ein faktischer Herrschaftsbereich vorausgesetzt.¹⁰⁸⁸ Damit sei in der Argumentation des 4. Strafsenats des BGH sowohl die Sachherrschaft als auch der Sachherrschaftswille auf einer Fiktion gegründet.¹⁰⁸⁹

Anders sei dies, wie im Fall des 3. Strafsenats des BGH, wenn der Automat die Geldscheine schon ausgegeben hat, nachdem der Kunde Karte und PIN eingegeben hatte und die Täter sodann das Geld an sich nehmen. Hier könne bereits zumindest (Mit-)Gewahrsam des Kunden vorliegen. Allerdings soll der Kunde so lange keinen Gewahrsam daran begründen können, solange er von der Bank oder den Tätern daran gehindert ist, tatsächlich auf die Geldscheine zuzugreifen.

Pschorr dagegen versucht die Entscheidung des 4. Strafsenats des BGH insoweit zu legitimieren, indem er – in Parallele zu der betrugsspezifischen Auslegung bei § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB – den Bankautomaten fiktiv durch einen Bankmitarbeiter ersetzt, der aus seiner Sicht entscheide, wem Gewahrsam an dem Geld zustehe.¹⁰⁹⁰

¹⁰⁸⁴ *Ruppert StV* 2022, 15, 17.

¹⁰⁸⁵ BGH 66, 55, 59.

¹⁰⁸⁶ *Ruppert StV* 2022, 15, 17 f.

¹⁰⁸⁷ *Ruppert StV* 2022, 15, 18.

¹⁰⁸⁸ *Bosch TK* § 242 Rn. 30.

¹⁰⁸⁹ *Ruppert StV* 2022, 15, 18; so auch *Lenk*, der meint, dass die Begründung des Gewahrsams zu einer „Rechtsfiktion entsteht“ wird, *Lenk NJW* 2021, 1547.

¹⁰⁹⁰ *Pschorr jurisPR-StrafR* 10/2021 Anm. 5.

Im Schrifttum wird darüber hinaus versucht, die Gewahrsamsbegründung auf die sinnliche Wahrnehmung der bereitgestellten Scheine im Geldautomaten zu stützen.¹⁰⁹¹ Allerdings vermag auch diese Wahrnehmung nicht darüber hinwegzuhelfen, dass der Kunde tatsächlich nicht die Geldscheine ergreifen kann und ihm durch die faktische Zugriffsmöglichkeit des Täters der Zugriff verwehrt bleibt.¹⁰⁹²

Zieschang konstatiert, dass es widersprüchlich anmutet, wenn der BGH ein tatbestandsausschließendes Einverständnis bei ordnungsgemäßer Bedienung des Bankautomaten durch einen Nichtberechtigten annimmt, dagegen in den vorliegenden Fällen von dem fortwährenden Gewahrsam des Geldautomatenbetreibers ausgeht. Dass sich das Ausgabefach nach einer gewissen Zeit wieder verschließt und das nicht entnommene Bargeld einzieht, bedeute lediglich, dass der verlorene Gewahrsam neu erlangt wird. Daraus könne man aber nicht schließen, dass der Automatenbetreiber durchgehend Gewahrsam habe.¹⁰⁹³ So sei vielmehr Gewahrsam des Kunden anzunehmen, sobald er die Möglichkeit habe, auf das Geld zuzugreifen. Sofern der Täter aber Gewalt anwendet oder die bessere Zugriffsmöglichkeit hat, stelle dies ein wesentliches Hindernis für den Kunden dar, das Geld aus dem Automaten zu entnehmen, weshalb noch nicht von einem Gewahrsamsübergang an den Kunden auszugehen sei.¹⁰⁹⁴

Letztlich hat sich der 4. Strafsenat des BGH nicht mit der wichtigen Frage beschäftigt, ob das Geldinstitut möglicherweise ein bedingtes Einverständnis abgibt. Das Einverständnis kann nur nach äußerlich erkennbaren Grundsätzen beurteilt werden, wozu die ordnungsgemäße Bedienung des Automaten gehört.¹⁰⁹⁵ Dabei muss beachtet werden, welche Bedingungen dem Ausgabevorgang zugrunde liegen. So wird vom Geldautomaten weder die Personenidentität zwischen dem das Geld Entnehmenden und dem Berechtigten geprüft noch zwischen dem Berechtigten und demjenigen, der den Ausgabevorgang in Gang setzt.¹⁰⁹⁶ Damit kann das Einverständnis nur an die ordnungsgemäße Bedienung geknüpft werden und nicht an persönliche Beschränkungen. Es muss daher von einem Einverständnis der Bank in den Gewahrsamswechsel ausgegangen werden, wenn die Täter Karte und PIN eingeben oder auch nur den Auszahlungsbetrag eintippen.¹⁰⁹⁷

¹⁰⁹¹ *Zivanic* NZWiSt 2022, 7, 11; in diese Richtung auch *Kudlich* JA 2021, 519, 521.

¹⁰⁹² Zutreffend *Brand* ZWH 2022, 46, 49.

¹⁰⁹³ *Zieschang* JA 2024, 265, 270.

¹⁰⁹⁴ *Zieschang* JA 2024, 265, 270.

¹⁰⁹⁵ *Ruppert* StV 2022, 15, 18.

¹⁰⁹⁶ Insoweit allgemein anerkannt; siehe unter anderem *Ruppert* StV 2020, 666, 667; *Ruppert* StV 2022, 15, 18; zu Folgeproblemen *Krell* NSTZ 2019, 728, 729 f.

¹⁰⁹⁷ So auch *Brand* ZWH 2022, 46, 49.

2. Fazit

Zu unterscheiden ist bei der Beurteilung der Konstellationen insbesondere zwischen Sachverhalten, in denen der Automat äußerlich ordnungsgemäß bedient wird, und Fällen, in denen offensichtlich entgegen dem Willen des Geldinstituts gehandelt wird.

Da bereits erörtert wurde, dass bezüglich des tatbestandsausschließenden Einverständnisses nur auf äußere Umstände abzustellen ist, kann insoweit auch nicht berücksichtigt werden, ob der Gewahrsamsinhaber sein Einverständnis an die Berechtigung des Karten- und PIN-Eingebenden knüpft. Gegen einen solchen etwaigen inneren Vorbehalt, den der 3. Strafsenat des BGH annimmt, spricht vor allem die Möglichkeit der einheitlichen Abgrenzung von Diebstahl und Betrug beziehungsweise Computerbetrug. Allein interne Vorbehalte beeinträchtigen auch sonst nicht das tatbestandsausschließende Einverständnis. Damit liegt auch in diesem Fall ein tatbestandsausschließendes Einverständnis vor und es kommt folglich also ein Betrug und gerade kein Diebstahl in Betracht.¹⁰⁹⁸ Problematisch wäre die Einbeziehung innerer Vorbehalte auch, wenn man an die Konstellation denkt, dass der vom Berechtigten personenverschiedene Dritte die Geldscheine aus dem Ausgabefach mit Billigung des Berechtigten entnimmt. Danach müsste man konsequenterweise eine Wegnahme annehmen.¹⁰⁹⁹

Die Entscheidung des 3. Strafsenat des BGH erkennt im Ergebnis den Umstand, dass nach herrschender Meinung bei der Lehre vom bedingten Einverständnis eine Bedingung nur relevant ist, soweit sie äußerlich erkennbar ist.¹¹⁰⁰ Dies ist bei einem Geldautomaten die äußerlich ordnungsgemäße Bedienung. Die personelle Identität zwischen dem Bedienenden und dem Berechtigten manifestiert sich dabei nicht nach außen, da der Automat nur überprüft, ob die Eingabe von Karte und PIN erfolgt.¹¹⁰¹

Den Gewahrsam dem Kunden zuzuschreiben, der die PIN und den Ausgabebetrag eingegeben hat, danach aber von dem Bankautomaten weggestoßen oder ferngehalten wird, ist so auch nicht nachvollziehbar, wenn man auf eine tatsächliche Verfügungsgewalt des Gewahrsamsinhabers abstellen will. Dies mag ein

¹⁰⁹⁸ So auch *Bechtel* JR 2022, 37, 42.

¹⁰⁹⁹ *Bechtel* JR 2022, 37, 42.

¹¹⁰⁰ OLG Hamm NStZ 2014, 275, 276; OLG Stuttgart NJW 1987, 666; OLG Celle JR 1997, 345, 346 mit zustimmender Anmerkung *Hilgendorf* JR 1997, 347; BayObLGSt 1955, 120, 121; *Bosch* TK § 242 Rn. 36a; *Vogel/Brodowski* LK § 242 Rn. 114.

¹¹⁰¹ *Bechtel* JR 2022, 37, 42.

einfaches Beispiel verdeutlichen: A hält Münzen in der Hand, welche B wegnehmen will. A bringt das Geld in die unmittelbare Nähe des B, damit B es ergreifen kann, zieht das Geld kurz davor aber doch zurück, damit B nun doch keinen direkten Zugriff auf das Geld hat. Das von A in der Hand gehaltene Geld entspricht dem Geld im Ausgabefach der Bank. B will und soll das Geld erlangen, genauso wie ein Bankkunde das Geld aus dem Ausgabefach erlangen will und soll. Die Bank hat aber genauso wie A noch die Möglichkeit, das Geld entweder gar nicht auszugeben oder bei Ausgabe dieses auch wieder einzuziehen. Bei dem Geld in der Hand des A würde unstreitig Alleingewahrsam des A vorliegen, da B noch keine eigene Verfügungsgewalt über das Geld erlangt hat. Genauso kann aber auch der Bankkunde noch nicht uneingeschränkt darüber verfügen und hat auch nicht die tatsächliche Zugriffsmöglichkeit, da am Ende immer noch die Bank das Geld einziehen kann, bevor der Kunde tatsächlich das Geld in der Hand halten kann.

Folglich hängt die Strafbarkeit des Täters wegen Diebstahl oder Raubes davon ab, ob zunächst dem Kunden Gewahrsam eingeräumt wird oder nicht. Dies muss einzelfallabhängig beurteilt werden. Allerdings kann dazu nicht nur auf die sinnliche Wahrnehmung der Geldscheine durch den Bankkunden abgestellt werden. Wenn der Kunde selbst das Geld angefordert hat,¹¹⁰² direkt vor dem Ausgabefach steht und unmittelbar Zugriff darauf hat, kann Gewahrsam angenommen werden, da er die tatsächliche Möglichkeit hat, Sachherrschaft auszuüben, sofern der Automat das Geld nicht einzieht. Weiß der Kunde jedoch nicht, wie viel Geld aus dem Automaten kommt, weil er den Ausgabebetrag nicht eingetippt hat und bereits durch den Täter am Zugriff auf das Ausgabefach gehindert wird, kann kein Gewahrsam des Kunden angenommen werden. Zu denken ist auch an die Möglichkeit eines antizipierten Herrschaftswillens. Allerdings muss diesbezüglich auch beachtet werden, dass der Kunde, der weggestoßen wird, zwar seinen Willen darauf richten kann, das Geld, das aus dem Ausgabefach kommt, zu beherrschen, dies aber dennoch nicht darüber hinweghelfen kann, dass er faktisch keine Zugriffsmöglichkeit hat, wenn ihn der Täter wegdrängt.

Hat das Opfer keinen Gewahrsam, kommt es darauf an, ob der Täter mit Einverständnis der Bank das Geld erlangt. Richtigerweise scheidet eine Wegnahme aus, wenn der Automat äußerlich ordnungsgemäß bedient wird, da dann ein tatbestandsausschließendes Einverständnis in die Gewahrsamsaufhebung seitens der Bank vorliegt.

¹¹⁰² Dies wäre regelmäßig bei Automaten der Fall, bei denen zuerst der Betrag und dann die PIN eingegeben wird oder bei anderen Automaten, falls der Kunde die PIN und den Betrag eingibt, bevor er abgelenkt oder gestört wird.

Zusammenfassend erscheint es daher sinnvoll, die Frage, wem Gewahrsam an dem Geld im Bankautomaten zusteht, vom Einzelfall abhängig zu machen. Wenn der Kunde am Ausgabefach steht und den Betrag selbst eingetippt hat, ist von Gewahrsam des Kunden auszugehen. Sofern die Täter den Kunden am Zugriff auf den Automaten hindern, kann kein Gewahrsam des Kunden angenommen werden. Die Bank wiederum hat den Gewahrsam an den Geldscheinen, solange sie ihren Gewahrsam nicht einverständlich an den Täter übertragen hat. Dies ist dann der Fall, wenn der Täter den Automaten äußerlich ordnungsgemäß bedient, da dann von einem tatbestandsausschließenden Einverständnis auszugehen ist. Dies muss auch vor dem Hintergrund so beurteilt werden, dass es oft von Zufälligkeiten abhängt, ob die PIN vor der Eingabe des Auszahlungsbetrags eingegeben werden muss oder nicht, was sich von Bankinstitut zu Bankinstitut und von Geldautomaten zu Geldautomaten ändern kann.

Zu denken ist auch noch an die Konstellation der Benutzung einer gefälschten Codekarte, um am Geldautomaten Bargeld abzuheben. Der BGH vertritt, dass auch hier eine technisch korrekte Bedienung des Geldautomaten vorliege.¹¹⁰³ Dies wird auch teilweise in der Literatur so beurteilt, da davon ausgegangen wird, dass der Automat nicht erkenne, dass eine gefälschte Karte benutzt wird und dies damit keine äußerlich wahrnehmbare Bedingung sein könne.¹¹⁰⁴

Allerdings kann sich das Einverständnis nur auf eine ordnungsgemäße Bedienung beziehen, worunter auch ein ordnungsgemäßes Zahlungsmittel fällt. Ist eine Codekarte gefälscht, wird der Automat äußerlich nicht ordnungsgemäß bedient, da der Automatenaufsteller die Ausgabe von Geld nur mit korrekten Zahlungskarten verknüpft.¹¹⁰⁵

XI. Cash Trapping

1. Grundsätze

Eine neue Möglichkeit, Geldautomaten zu manipulieren, stellt das sogenannte „Cash Trapping“ dar. Die Täter präparieren hierbei den Geldausgabeschacht eines Geldautomaten mit einem von außen nicht sichtbaren Metallstreifen, der mit einem Klebestreifen versehen ist. Wenn ein Kunde den Geldautomaten benutzt und sich Geld ausgeben lassen will, bleibt das Geld an dem Klebestreifen kleben und wird nicht vom Ausgabefach nach außen befördert. Der Bankkunde bemerkt

¹¹⁰³ BGHSt 38, 120, 122 ff.; *Hoyer* SK § 242 Rn. 58; *Kindhäuser/Hoven* NK § 242 Rn. 51; *Rengier*, BT I, § 2 Rn. 75.

¹¹⁰⁴ So beispielsweise auch *Vogel/Brodowski* LK § 242 Rn. 115.

¹¹⁰⁵ *Rengier*, BT I, § 2 Rn. 75; *Zieschang*, BT 2, Rn. 107; siehe dazu auch die Konstellation des Automatenmissbrauchs mit Falschgeld, S. 217 ff.

davon nichts, er geht vielmehr von einem Defekt des Automaten aus. Der Täter, der in der Nähe wartet, kann, sobald der Kunde sich von dem Geldautomaten entfernt, das am Klebestreifen haftende Geld im Inneren des Automaten aus dem Ausgabeschacht an sich nehmen. Wie die Gewahrsamsverhältnisse zu beurteilen sind, wurde bisher noch nicht entschieden. Das OLG Köln ist in seiner Entscheidung zum Cash Trapping nur darauf eingegangen, dass in dem zu entscheidenden Fall noch kein unmittelbares Ansetzen durch das bloße Anbringen des klebenden Metallstreifens vorliege.¹¹⁰⁶

Die Gewahrsamsverhältnisse können auch hier nicht zwangsläufig einheitlich beurteilt werden. So könnte man zunächst davon ausgehen, dass die Bank noch Gewahrsamsinhaberin der Geldscheine wäre, da sich diese noch im Ausgabefach des Geldautomaten befinden. Allerdings muss, wie *Brand* zutreffend anmerkt, beachtet werden, dass in der Konstellation des Cash Trapping der Geldautomat das Geld nicht einfach wieder einziehen und damit die Bank darüber verfügen kann, wie es in den zuvor diskutierten Geldautomatenkonstellationen der Fall ist.¹¹⁰⁷ Bezogen darauf muss festgehalten werden, dass sich die Geldscheine im Ausgabefach des Automaten befinden und die Täter nicht ohne jegliche Hindernisse darauf zugreifen können. Richtigerweise wird also, wie *Brand* feststellt, erst durch das Entfernen des Metallstreifens mit den daran klebenden Geldscheinen der Gewahrsam der Bank gebrochen und eigener Gewahrsam begründet.¹¹⁰⁸

Es gibt allerdings auch Autoren, die die derartige Fallkonstellation über das tatbestandsausschließende Einverständnis lösen wollen. So soll, wie es auch der 2. Strafsenat des BGH in den Geldautomatenfällen vertritt, die Bank bei ordnungsgemäßer Bedienung des Automaten mit der Gewahrsamsübertragung einverstanden sein.¹¹⁰⁹ Im Fall des Cash Trapping wird der Automat aber gerade nicht ordnungsgemäß bedient, sondern manipuliert, daher könne hier gar kein Einverständnis der Bank vorliegen.¹¹¹⁰

2. Anwendung der eigenen Definition

Wenn sich der Bankautomat in der Sphäre der Bank befindet, das Geld aber im Ausgabefach am Metallstreifen festklebt, kann es zwar nicht mehr eingezogen werden, aber die Mitarbeiter der Bank haben nach wie vor Zugriff darauf. Diese

¹¹⁰⁶ OLG Köln NStZ 2021, 48.

¹¹⁰⁷ *Brand* ZWH 2022, 46, 50.

¹¹⁰⁸ *Brand* ZWH 2022, 46, 50.

¹¹⁰⁹ Aus der Rechtsprechung des BGH folgernd *Zivanic* NZWiSt 2022, 7, 12 f.

¹¹¹⁰ *Brand* ZWH 3, 46, 50.

haben noch eine Zugriffs- und Verfügungsmöglichkeit, die vergleichbar ist mit der Position des Gewahrsamsinhabers, dessen Sachen in seinem Gewahrsamsbereich versteckt werden. Auch wenn der Inhaber keine Kenntnis von dem Versteck hat, ist davon auszugehen, dass er als Gewahrsamsinhaber der generellen Sphäre auch weiterhin Gewahrsam daran hat, sofern er die Möglichkeit hat, auf die Sache zuzugreifen. Davon ist ebenfalls in der vorliegenden Konstellation auszugehen. Für die fortwährende Gewahrsamsherrschaft reicht es aus, dass der Inhaber zumindest die Möglichkeit der (Rück-)Erlangung der Geldscheine hat. Der Bankautomat befindet sich in der Sphäre der Bank, das Geld zwar nicht im Zugriffsbereich des Automaten selbst, aber noch in Reichweite der Mitarbeiter, selbst wenn diese von der Manipulation noch keine Kenntnis haben. Bei Überprüfung des Geldautomaten – die wohl stattfindet, wenn sich ein Kunde über das nicht ausgegebene Geld beschwert – würde der Klebestreifen und das daran haftenden Geld auffallen. Der generelle Gewahrsam der Bank beziehungsweise dessen Mitarbeiter bezieht sich noch auf das Geld.

XII. Automatenmissbrauch

Der Vollständigkeit halber ist noch auf die Fälle des Automatenmissbrauchs einzugehen, auch wenn davon bereits das Wichtigste im Rahmen des Geldautomatenmissbrauchs diskutiert wurde. Relevant wird erneut die Lehre vom bedingten Einverständnis.

Eindeutig zu beurteilen ist dabei der Fall, bei welchem der Täter den Automaten mit Gewalt aufbricht und die Ware entnimmt. Hier kommt kein Einverständnis in Betracht, sodass eine Wegnahme zu bejahen ist.¹¹¹¹

Problematischer gestaltet sich die Konstellation des Täters, der den Automaten mit Falschgeld bedient. So ist man sich weitestgehend einig, dass das Einverständnis des Automatenbetreibers in die Gewahrsamsübertragung unter der Bedingung der ordnungsgemäßen Betätigung und damit auch der ordnungsgemäßen Zahlung steht.¹¹¹² In dieser Situation zahlt der Täter nicht mit echtem Geld und damit nicht ordnungsgemäß, weshalb kein Einverständnis angenommen werden kann und folglich eine Wegnahme zu bejahen ist.¹¹¹³

¹¹¹¹ Stellvertretend für viele *Vogel/Brodowski* LK § 242 Rn. 115.

¹¹¹² BGH MDR 1952, 563; OLG Celle NJW 1997, 1518; OLG Düsseldorf NJW 1999, 3208, 3209; OLG Düsseldorf JR 2000, 212, 213; *Rengier*, BT I, § 2 Rn. 70.

¹¹¹³ OLG Celle NJW 1997, 1518; OLG Düsseldorf NJW 1999, 3208, 3209; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Rn. 757; *Zieschang*, BT 2, Rn. 104.

Im Vordringen ist dagegen eine Auffassung, die annimmt, dass auch die Bedienung eines Automaten mit Falschgeld vom Einverständnis des Automatenaufstellers umfasst sein müsse. Dies wird daraus gefolgert, dass bei einer Übergabe der Ware durch eine Person, welche die Echtheit des Geldes überprüft, diese ihr Einverständnis geben würde, da sie über die Echtheit getäuscht wird. Folglich komme dort nur ein Betrug in Betracht und somit beim Warenautomaten § 265a StGB, welcher nicht nur auf Leistungsautomaten anwendbar sein soll.¹¹¹⁴ Das Einverständnis beziehe sich nur darauf, die Ware ordnungsgemäß über den Ausgabemechanismus zu erlangen, um Manipulationen von außen auszuschließen.¹¹¹⁵ Dies soll auch auf Fälle übertragen werden, in denen der Täter ein Geldstück präpariert und damit den Automaten benutzt. Dabei stehe die Überlistung des Automaten im Vordergrund und damit der Betrug. Über die Prüfroutine des Automaten werde gerade nicht das Falschgeld erkannt.¹¹¹⁶

Überzeugender erscheint jedoch, dass der Automatenbetreiber sein Einverständnis nur an äußerlich wahrnehmbare, objektive Bedingungen knüpfen kann.¹¹¹⁷ Darunter fällt auch die ordnungsgemäße Zahlung, da diese objektiv überprüfbar ist, selbst wenn der Automatenmechanismus mangels genauem Prüfmechanismus eine Fälschung nicht erkennt. Gleiches gilt auch für präparierte Geldscheine.¹¹¹⁸

Bei dem Missbrauch von Geldspielautomaten kommt eine Wegnahme in Betracht, wenn der Automat äußerlich erkennbar ordnungswidrig bedient wird.¹¹¹⁹ Sofern der Automat äußerlich ordnungsgemäß bedient wird und nur unter Zuhilfenahme von Computern oder der Nutzung von Geschäftsgeheimnissen „leer gespielt“ wird, ist der Diebstahlstatbestand gerade nicht einschlägig, da es nicht äußerlich erkennbar ist, dass der Täter weitergehende Kenntnisse hat, um das Spiel zu „gewinnen“.¹¹²⁰

¹¹¹⁴ *Dreher* MDR 1952, 563; *Schmitz* MüKo § 242 Rn. 102; zur Erweiterung des § 265a StGB auf Warenautomaten siehe *Fischer* § 265a Rn. 12; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Rn. 757.

¹¹¹⁵ *Dreher* MDR 1952, 563, 564; *Schmitz* MüKo § 242 Rn. 102 f.

¹¹¹⁶ AG Lichtenfels NJW 1980, 2206; *Schmitz* MüKo § 242 Rn. 103; *Rönnau* FS Roxin, S. 487, 499 ff.; *Vogel/Brodowski* LK § 242 Rn. 115.

¹¹¹⁷ Dazu bereits ausführlich im Abschnitt zum Geldautomatenmissbrauch S. 237 ff.

¹¹¹⁸ OLG Düsseldorf JR 2000, 212, 213; *Ranft* JA 1984, 1, 6.

¹¹¹⁹ BGH bei Dallinger MDR 1957, 141; BayObLG JR 1982, 291 mit zustimmender Anmerkung *Meurer* JR 1982, 292, 293; *Kindhäuser/Hoven* NK § 242 Rn. 49; *Rengier*, BT I, § 2 Rn. 70; *Vogel/Brodowski* LK § 242 Rn. 116.

¹¹²⁰ BGH JR 1995, 430, 431; OLG Celle NStZ 1989, 367; LG Freiburg NJW 1990, 2635, 2636; *Bosch* TK § 242 Rn. 36a; *Kindhäuser/Hoven* NK § 242 Rn. 50; *Neumann* JuS 1990, 535, 538; *Rengier*, BT I, § 2 Rn. 73.

XIII. Tanken ohne Bezahlung

Auch in dieser Konstellation kommt die Lehre vom bedingten Einverständnis zum Tragen. An Selbstbedienungstankstellen ist davon auszugehen, dass das Personal grundsätzlich mit dem Tanken des Kraftstoffs durch den Kunden einverstanden ist. Es überträgt damit bereits vor Zahlung des erforderlichen Geldbetrags den Gewahrsam an dem Kraftstoff.¹¹²¹ Im Regelfall bezahlt danach der Kunde an der Kasse den Kaufpreis. Beahlt der Kunde dagegen nicht und hat sich auch von vornherein vorgenommen, nicht zu zahlen, hat er sich ein Einverständnis erschlichen, welches im Ergebnis auch freiwillig erfolgte und damit wirksam ist.¹¹²² Wie oben bereits erläutert,¹¹²³ ist ein auf einer Täuschung beruhendes Einverständnis dennoch relevant und führt dazu, dass gerade kein Gewahrsamsbruch vorliegt.¹¹²⁴

Der Kunde wird also auch in diesem Fall Gewahrsamsinhaber am Kraftstoff, ohne den fremden Gewahrsam zu brechen, da ein (wenn auch durch Täuschung erlangtes) Einverständnis in den Gewahrsamswechsel vorliegt. Folglich ist die Wegnahme zu verneinen und damit auch der Diebstahlstatbestand.¹¹²⁵

XIV. Beobachtung bei der Wegnahme

Lange Zeit gingen die Rechtsprechung und auch einige Autoren davon aus, dass im Fall der Beobachtung aufgrund der damit meist verbundenen Zugriffsmöglichkeit des Opfers eine Wegnahme entfällt. *Wimmer* begründet dies damit, dass bei in die Körpersphäre verbrachten Gegenständen normalerweise eine Rechtfertigung für eine Durchsuchung notwendig wäre, dies aber gerade nicht der Fall sei, wenn der Gewahrsamsinhaber beobachtet, wo der Täter die Gegenstände verbirgt. Dann wäre Notwehr oder Selbsthilfe möglich und der Täter „auf frischer Tat betroffen“, sodass auch das Festnahmerecht der StPO gelten würde.¹¹²⁶

¹¹²¹ Zu der Frage der Fremdheit siehe *Heinrich Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf* § 13 Rn. 34.

¹¹²² *Heinrich Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf* § 13 Rn. 54.

¹¹²³ Siehe dazu S. 150 ff.

¹¹²⁴ Siehe dazu S. 150 ff.

¹¹²⁵ Insoweit herrschende Meinung, siehe dazu unter anderem BGH NJW 1983, 2827; OLG Düsseldorf JR 1985, 207, 208; *Herzberg* JA 1980, 385, 391; *ders.* NJW 1984, 896; *F.C. Schroeder* JuS 1984, 846 f.

¹¹²⁶ *Wimmer* NJW 1962, 609, 613.

Diese Rechtsprechung ist mittlerweile jedoch überholt,¹¹²⁷ und auch die ganz herrschende Literatur folgt diesem Wandel.¹¹²⁸ Die Beobachtung des Täters durch das Ladenpersonal hindert nicht die Begründung neuen Gewahrsams, auch wenn manche Entscheidungen dies anmuten lassen.¹¹²⁹

In dem von *Heinrich* aufgeführten Beispiel wird der Täter in einem Selbstbedienungsladen von dem Verkäufer dabei beobachtet, wie er eine Dose Ölsardinen in seine Hosentasche steckt. An der Kasse wird er dann gestellt. Mit dem Einstecken der Ware bricht der Täter den Gewahrsam des Ladeninhabers und errichtet seine eigene Gewahrsamsenkave. Die Beobachtung durch den Verkäufer ändert hieran aber nichts, da dieser nicht mit dem Gewahrsamswechsel einverstanden ist. Dies gilt, selbst wenn sich der Verkäufer sicher ist, dass der Täter hier nicht mit der Ware entkommen kann.¹¹³⁰ Anders ist dies womöglich in der Konstellation der Diebesfalle zu beurteilen.

XV. Diebesfalle

Bei der sogenannten Diebesfalle ist der Gewahrsamsinhaber mit der An-sichnahme der Sache durch den Täter einverstanden.¹¹³¹

Zwar liegt allein in der Beobachtung der Tat kein Einverständnis.¹¹³² In der Konstellation der Diebesfalle kommt es dem Gewahrsamsinhaber aber gerade darauf an, dass die Zielperson die Sache an sich nimmt, damit sie eines zumindest versuchten Diebstahls überführt werden kann.¹¹³³ Wie bereits dargestellt, schließt ein Einverständnis in den Gewahrsamswechsel den Tatbestand des Diebstahls aus. Derjenige, der eine Diebesfalle konzipiert, um einen möglichen Täter zu überführen, bezweckt, dass sein Gewahrsam an der Sache übergeht. Ein Gewahrsamsbruch scheidet folglich objektiv aus. Darin liegt aber nicht zugleich ein Einverständnis in den Eigentumswechsel. Allerdings willigt er in den Gewahrsamswechsel ein, wodurch keine vollendete Wegnahme vorliegt.¹¹³⁴ Dem Täter kommt es hingegen darauf an, einen Gewahrsamsbruch an der Sache zu

¹¹²⁷ Seit BGHSt 16, 271, 274. Diebstahl ist kein heimliches Delikt, ganz herrschende Meinung, BGHSt 16, 271, 273; BGH StV 1988, 529; BayObLG NJW 1997, 3326; sehr eindrücklich *Welzel* NJW 1961, 328; *ders.* GA 1960, 257, 263, 268.

¹¹²⁸ Siehe dazu nur *Schmitz* MüKo § 242 Rn. 87 mit Fußnote 361; sowie *Zieschang*, BT 2, Rn. 99.

¹¹²⁹ Siehe dazu der bereits erläuterte Abschnitt der Fälle im Selbstbedienungsladen, S. 183 ff.

¹¹³⁰ *Heinrich* Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf § 13 Rn. 58.

¹¹³¹ Siehe dazu Fn. 1127.

¹¹³² BayObLG JR 1979, 296, 297; OLG Celle JR 1987, 253, 254; *Zieschang*, BT 2, Rn. 98.

¹¹³³ Zu sperrigem Gut siehe *Paeffgen* JR 1979, 297.

¹¹³⁴ BayObLG JR 1979, 296 mit zustimmender Anmerkung *Paeffgen* JR 1979, 297 f.; OLG Celle JR 1987, 253, 254 mit zustimmender Anmerkung *Hillenkamp* JR 1987, 254, 255; *Krey/Esser*, AT, § 17 Rn. 659; zur Diebesfalle *Krey/Hellmann/Heinrich*, BT 2, Rn. 44 ff.

bewirken. Er macht sich folglich eines untauglichen Versuchs des Diebstahls strafbar.¹¹³⁵

Auch die Rechtsprechung folgt dieser Sichtweise. So nahm der BGH bloß einen versuchten Diebstahl des Täters in einem Fall an, bei dem eine Kriminalbeamtin in einem Supermarkt ihren Geldbeutel auf die Einkaufstasche gelegt und der Dieb diesen ergriffen und eingesteckt hat.¹¹³⁶ Dabei hatte es die Beamtin gerade darauf angelegt, dass der Dieb den Geldbeutel entwendet. Sie war demnach mit der Gewahrsamsaufhebung einverstanden, somit konnte der Täter den Gewahrsam auch nicht brechen. Im Regelfall, wie auch hier, ist davon auszugehen, dass es dem Dieb nicht bewusst ist, dass er im Einverständnis mit dem Opfer handelt, er also dennoch den Gewahrsam brechen wollte. Damit ist ein versuchter Diebstahl anzunehmen.¹¹³⁷

XVI. Aufgedrängter Gewahrsam

1. Bisherige Grundsätze

Zu überlegen ist, wie sich die Gewahrsamsverhältnisse bei Sachen bestimmen, die in den eigenen Gewahrsamsbereich eingebracht werden, ohne dass dies dem Willen des Gewahrsamsinhabers entspricht.¹¹³⁸ Zu denken ist dabei an Fälle, die zum Teil bereits im vorherigen Kapitel aufgegriffen wurden. In Betracht kommt die Konstellation, dass dem Grundstückseigentümer ein vorbeilaufender Passant Müll in den Garten wirft, oder an den Nachbarn, der einen Zweitschlüssel hat, und dem Wohnungsinhaber aus Rachegeleuten Müll in die Wohnung schüttet. In diesem Kontext ist zudem auf das Beispiel des Drogendealers hinzuweisen, der von der Polizei verfolgt wird und nicht will, dass die in seinem Besitz befindlichen Betäubungsmittel von den Beamten entdeckt werden, woraufhin er diese einfach in den nächstgelegenen Briefkasten eines Nachbarn wirft.¹¹³⁹ Im

¹¹³⁵ So herrschende Meinung, siehe unter anderem BayObLG JR 1979, 296, 297 mit zustimmender Anmerkung *Paeffgen* JR 1979, 297, 298; *Zieschang*, BT 2, Rn. 100; siehe dazu auch S. 219 f.

¹¹³⁶ BGHSt 4, 199; aus jüngerer Zeit BGH BeckRS 2020, 27391.

¹¹³⁷ So die weitestgehend einhellige Meinung, siehe unter anderem BayObLG NJW 1979, 729; OLG Celle JR 1987, 253, 254 mit zustimmender Anmerkung *Hillenkamp* JR 1987, 254; OLG Düsseldorf NJW 1988, 83 f.; OLG Düsseldorf NStZ 1992, 237 mit zustimmender Anmerkung *Hefendehl* NStZ 1992, 544 und kritischer Anmerkung *Janssen* NStZ 1992, 237; *Gropp* JuS 1999, 1041, 1042; *Hillenkamp* JR 1987, 254; *Jäger* JuS 2000, 1167, 1171, der annimmt § 246 StGB könne dagegen vollendet sein; *Paeffgen* JR 1979, 297; *Zopfs* JJS 2009, 506, 514 f. Im Gegensatz dazu führt die Unkenntnis über das Vorliegen einer rechtfertigenden Einwilligung zu der Problematik des Fehlens des subjektiven Rechtfertigungselements, nach der hier vertretenen Ansicht ist dann wegen Vollendung zu bestrafen, siehe dazu auch *Zieschang*, AT, Rn. 299, 231.

¹¹³⁸ Dies ist auch unter dem Stichwort aufgedrängter Gewahrsam bekannt.

¹¹³⁹ Beispiel so bei *Zieschang*, BT 2, Rn. 79.

Gegensatz dazu steht der Postbote, der jeden Tag Briefe in den Briefkasten einwirft. Auch könnte der Nachbar mit dem Zweitschlüssel eine Pralinenpackung in die Wohnung gelegt haben, um ein gutes nachbarschaftliches Verhältnis zu erreichen. In all diesen Fällen ist fraglich, ob dem Inhaber der Wohnung oder des Briefkastens Gewahrsam an diesen Dingen zuzusprechen ist.

Grundsätzlich hat der Wohnungsinhaber Gewahrsam an sämtlichen in seiner Wohnung befindlichen Sachen, genauso der Inhaber eines Gartens sowie der Inhaber des Briefkastens, selbst wenn er von der konkreten Sache keine Kenntnis hat. So erlangt der Briefkasteninhaber Gewahrsam an all den Briefen, die in seinen Briefkasten eingeworfen werden, ohne dass er davon weiß. Fraglich ist aber, was zu gelten hat, wenn Müll oder Drogen in den Briefkasten geworfen werden. In diesen Fällen ist davon auszugehen, dass der Gewahrsamsinhaber den Gewahrsam nur über Dinge erlangen will, die er auch tatsächlich in seinem Gewahrsam haben will. So will der Briefkasteninhaber nur an Paketen oder Briefen in seinem Briefkasten Gewahrsam ausüben, mit deren Einwurf er gewöhnlicherweise rechnen muss, nicht aber an Müll oder Drogen.¹¹⁴⁰

2. Anwendung des eigenen Gewahrsamsbegriffs

Fälle, in denen unliebsame Dinge dem potentiellen Gewahrsamsinhaber aufgedrängt werden, lassen sich damit über den Herrschaftswillen lösen.

Der Herrschaftswille muss weder konkret noch ausdrücklich vorliegen und kann sich auch auf Sachen beziehen, bei denen es nahe liegt, sie alsbald in seinen Gewahrsam aufzunehmen. Dies trifft vor allem auf mögliche Briefe oder Pakete zu, die der Postbote in den Briefkasten einwirft. Es muss aber davon ausgegangen werden, dass sich der Herrschaftswille und damit auch der Gewahrsam nur auf Sachen bezieht, von denen man zu wissen glaubt, dass der Inhaber sie auch in seinem Gewahrsam haben will und mit diesen rechnet. Insoweit müssen normative Wertungen miteinbezogen werden, um festzulegen, was davon umfasst wird und was der potentielle Gewahrsamsinhaber tatsächlich in seinem Gewahrsam haben will. Das kann nur durch soziale Normen, die Verkehrsanschauung und damit durch normative Aspekte ermittelt werden. Sofern kein entgegenstehender Wille ersichtlich ist, ist danach anzunehmen, dass sich der Herrschaftswille auf mit der Rechtsordnung in Einklang stehende Dinge bezieht, nicht aber etwa auf illegale Drogen. Auch bei Sachen, an denen der Betreffende kein Interesse hat (eingeworfener Müll), ist der Herrschaftswille im Normalfall zu verneinen.

¹¹⁴⁰ Siehe dazu *Zieschang*, BT 2, Rn. 79.

Kapitel 8: Schlussbetrachtung

Die vorliegenden Ausführungen haben gezeigt, dass der Begriff des Gewahrsams nicht nur im Rahmen der Diebstahlsvorschrift kontrovers beurteilt wird, sondern auch in anderen Strafvorschriften und Rechtsbereichen. Einige Vorschläge aus dem Schrifttum zur Definition des Gewahrsams wurden als nicht überzeugend erachtet, während in vielen Fällen nützliche Aspekte identifiziert und in späteren Überlegungen wieder aufgegriffen wurden. Es hat sich gezeigt, dass zahlreiche Probleme hätten umgangen werden können, wäre die bisherige Definition des Gewahrsams konsequent angewandt worden.

Im Rahmen der vorliegenden Arbeit wurde zudem der Versuch unternommen, eine geeignete und insbesondere präzise Definition des Gewahrsams zu ermitteln. Das zentrale Merkmal, das übernommen werden sollte, ist die tatsächliche Sachherrschaft. Diese Auslegung lässt sich zudem auf die Begriffe der StPO, ZPO, des BtMG sowie des WaffG übertragen. Dabei sollte de lege ferenda der Besitzbegriff des BtMG und des WaffG aufgrund seiner Ähnlichkeiten zum Gewahrsamsbegriff durch diesen ausgetauscht werden. In Konsequenz der vorherigen Ausführungen kann rechtsbereichsübergreifend grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass der gleiche Begriff zumindest im Kern auch gleich ausgelegt werden kann. Die tatsächliche Sachherrschaft war bereits zuvor integraler Bestandteil der meisten Definitionen und soll dies auch bleiben. Ein rein faktisches Element kann jedoch gerade mit Blick auf § 168 StGB sowie etliche Alltagssituationen des § 242 StGB nicht alleiniges Merkmal bleiben. Daher ist ein normatives Korrektiv erforderlich, das sich aus verschiedenen Aspekten zusammensetzt. Der Gewahrsamsbegriff besteht damit sowohl aus faktischen und normativen Elementen und enthält zudem einen subjektiven Part, nämlich den Herrschaftswillen.

Unter konsequenter Beachtung dieser Vorgaben lassen sich auch problematische Fallgestaltungen wie aufgezeigt sachgerecht lösen.

Literaturverzeichnis

Albrecht, Wilhelm Eduard, Die Gewere als Grundlage des ältern deutschen Sachenrechts, Königsberg 1828 (zitiert als: *Albrecht*, Gewere).

Arzt, Gunther/Weber, Ulrich, Strafrecht Besonderer Teil, 1. Auflage, Bielefeld 2005 (zitiert als: *Bearbeiter Arzt/Weber*).

Arzt, Gunther/Weber, Ulrich/Heinrich, Bernd/Hilgendorf, Eric, Strafrecht Besonderer Teil, 4. Auflage, Bielefeld 2021 (zitiert als: *Bearbeiter Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*).

Ast, Stephan, „Das Einverständnis als Vermögensverfügung – Der „Tankbezug“ als Benzinunterschlagung“. In: Neue Zeitschrift für Strafrecht 2013, 305 (zitiert als: *Ast* NStZ 2013).

Apel, Erich/Bushart, Christoph, Waffenrecht Band 2: Waffengesetz Kommentar, 3. Auflage, Stuttgart 2004 (zitiert als: *Bearbeiter Apel/Bushart*).

Barthe, Christoph/Gericke, Jan (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK, 9. Auflage, München 2023 (zitiert als: *Bearbeiter KK StPO*).

Basak, Denis, „Die Neufassung des Unterschlagungstatbestandes – Ein untauglicher Versuch des Gesetzgebers“. In: *Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt a.M.* (Hrsg.), Irrwege der Strafgesetzgebung, Frankfurt am Main 1999 (zitiert als: *Basak*).

Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang/Eisele, Jörg, Strafrecht Allgemeiner Teil, 13. Auflage, Bielefeld 2021 (zitiert als: *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, AT).

Baumann, Katrin, Die Systematik der Regelungen über die beweissichernde Sicherstellung Zum Anspruch der Strafverfolgungsorgane auf Inbesitznahme von Beweisgegenständen, Hamburg 2010 (zitiert als: *Baumann*).

Bechtel, Alexander, „Zum Gewahrsam des Bankkunden am Bargeld im Ausgabefach eines Geldautomaten“, Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 3.3.2021 – 4 StR 338/20, BGHSt 66, 55. In: Juristische Rundschau 2022, 39 (zitiert als: *Bechtel* JR 2022).

Becker, Jörg-Peter/Erb, Volker/ Esser, Robert/Graalman-Scheerer, Kirsten u.a. (Hrsg.), Löwe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Dritter Band Teilband 1 §§ 94 – 111a, 27. Auflage, Berlin 2019 (zitiert als: *Bearbeiter* Löwe/Rosenberg).

Bender, Karl, Können juristische Personen strafrechtlichen Besitz (Gewahrsam) haben? Ein Beitrag zur Gewahrsamslehre, Karlsruhe 1907 (zitiert als: *Bender*, Gewahrsam).

Benfer, Jost/Bialon, Jörg, Rechtseingriffe von Polizei und Staatsanwaltschaft Voraussetzungen und Grenzen, 4. Auflage, München 2010 (zitiert als: *Benfer/Bialon*).

Beseler, Georg, Kommentar über das Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten und das Einführungsgesetz vom 14. April 1851, Leipzig 1851 (zitiert als: *Beseler*, Kommentar PrStGB).

Blei, Hermann, Strafrecht Allgemeiner Teil, Prüfe dein Wissen, Rechtsfälle in Frage und Antwort, 12. Auflage, München 1996 (zitiert als: *Blei*, AT).

Blei, Hermann, Strafrecht Besonderer Teil/1, Prüfe dein Wissen, Rechtsfälle in Frage und Antwort, 10. Auflage, München 1996 (zitiert als: *Blei*, BT/1).

Blum, Hans, Das Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund nebst Einführungsgesetz. Ein zuverlässiger und leichtfaßlicher Rathgeber für praktische Criminalisten, Richter, Vertheidiger, Staatsanwälte und besonders für Geschworene und Schöffen. Unter Mittheilung der wichtigsten Amendments, Motive und Reden, sowie der ursprünglichen Regierungsvorlage, Leipzig 1871 (zitiert als: *Blum*, Strafgesetzbuch 1871).

Binding, Karl, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts Besonderer Teil, Erster Band, 2. Auflage, Leipzig 1902 (zitiert als: *Binding*).

Bittner, Wolfgang, Der Gewahrsamsbegriff und seine Bedeutung für die Systematik der Vermögensdelikte, 1972, Neudruck Saarbrücken 2010 (zitiert als: *Bittner*).

Bock, Dennis, „Pfandkehr als Gewahrsamsverschiebungsdelikt – Die Fremdnützige Wegnahme „zugunsten des Eigentümers“ nach § 289 StGB“. In: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 2009, Band 121, 548 (zitiert als: *Bock* ZStW 121 (2009)).

Bockelmann, Paul, „Zur Abgrenzung der Vorbereitung vom Versuch“. In: Juristenzeitung 1954, 468 (zitiert als: *Bockelmann JZ* 1954).

Bockelmann, Paul, Strafrecht Besonderer Teil 1: Vermögensdelikte, München 1976 (zitiert als: *Bockelmann*, BT 1).

Bockelmann, Paul/Volk, Klaus, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, München 1987 (zitiert als: *Bockelmann/Volk*, AT).

Bohnert, Joachim, „Die Auslegung des Wegnahmebegriffs bei der Pfandkehr (§ 289 StGB) – BayObLG, NJW 1981, 1745“. In: Juristische Schulung 1982, 256 (zitiert als: *Bohnert JuS* 1982).

Bork, Reinhard/Roth, Herbert (Hrsg.), *Stein, Friedrich/Jonas Martin* (Bgr.), Kommentar zur Zivilprozessordnung Band 8 §§ 802a – 915h, 23. Auflage, Tübingen 2017 (zitiert als: *Bearbeiter Stein/Jonas*).

Brand, Christian, „Diebstahl am Geldausgabeautomaten“. In: Zeitschrift für Wirtschaftsstrafrecht und Haftung im Unternehmen 2020, 25 (zitiert als: *Brand ZWH* 2020).

Brand, Christian, „Diebstahl am Geldausgabeautomaten – eine unendliche Geschichte?“ Zugleich Besprechung von BGH, Beschluss vom 03.03.2021 – 4 StR 338/20, BGHSt 66, 55. In: Zeitschrift für Wirtschaftsstrafrecht und Haftung im Unternehmen 2022, 46 (zitiert als: *Brand ZWH* 2022).

Bubnoff, Eckhart von, „Rechtsfragen zur homologen Organtransplantation aus der Sicht des Strafrechts“. In: Goltdammer's Archiv für Strafrecht 1968, 65 (zitiert als: *V. Bubnoff GA* 1968).

Ceffinato, Tobias, „Diebstahl in fremden Gewahrsamssphären“. In: Juristische Ausbildung 2019, 1234 (zitiert als: *Ceffinato Jura* 2019).

Cirener, Gabriele/Radtke, Henning/Rissing-van Saan, Ruth/Rönnau, Thomas/Schluckebier, Wilhelm (Hrsg.), Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Dritter Band, §§ 32 bis 37 StGB, 13. Auflage, Berlin 2022 (zitiert als: *Bearbeiter LK*).

Cirener, Gabriele/Radtke, Henning/Rissing-van Saan, Ruth/Rönnau, Thomas/Schluckebier, Wilhelm (Hrsg.), Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Neunter Band, §§ 146 bis 173 StGB, 13. Auflage, Berlin 2022 (zitiert als: *Bearbeiter LK*).

Cirener, Gabriele/Radtke, Henning/Rissing-van Saan, Ruth/Rönnau, Thomas/Schluckebier, Wilhelm (Hrsg.), Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, 13. Band, §§ 242 bis 263 StGB, 13. Auflage, Berlin 2022 (zitiert als: *Bearbeiter LK*).

Cirener, Gabriele/Radtke, Henning/Rissing-van Saan, Ruth/Rönnau, Thomas/Schluckebier, Wilhelm (Hrsg.), Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, 15. Band, §§ 267 bis 283d StGB, 13. Auflage, Berlin 2023 (zitiert als: *Bearbeiter LK*).

Cropp, Friedrich, „Der Diebstahl nach dem älteren Recht der freien Städte Hamburg, Lübeck und Bremen.“ In: *Hudtwalcker, Martin Hieronymus/Trummer Carl* (Hrsg.), Criminalistische Beyträge. Eine Zeitschrift in zwanglosen Heften Band 2, 1825, 3 (zitiert als: *Cropp, Criminalistische Beyträge 1825*).

Czerner, Frank, „Leichenteilasservate zwischen Forschungsfreiheit und Störung der Totenruhe“. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 2003, Band 115, 91 (zitiert als: *Czerner ZStW 115 (2003)*).

Dölling, Dieter/Duttge, Gunnar/König, Stefan/Rössner, Dieter (Hrsg.), *Gesamtes Strafrecht StGB StPO Nebengesetze Handkommentar*, 5. Auflage, Baden-Baden 2022 (zitiert als: *Bearbeiter Dölling/Duttge/König/Rössner*).

Dreher, Eduard, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 22.4.1952 – 2 StR 101/52, MDR 1952, 563. In: *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 1952, 563 (zitiert als: *Dreher MDR 1952*).

Duttge, Gunnar/Fahnenschmidt, Willi, „§ 246 StGB nach der Reform des Strafrechts: Unterschlagungstatbestand oder unterschlagener Tatbestand?“. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 1998, Band 110, 884 (zitiert als: *Duttge/Fahnenschmidt ZStW 110 (1998)*).

Ebel, Hermann, „Der Verzicht auf das Exklusivitätsdogma bei der Dreieckserpressung und beim Dreiecksbetrug“. In: *Juristische Ausbildung* 2007, 897 (zitiert als: *Ebel Jura 2007*).

Eisele, Jörg, *Strafrecht – Besonderer Teil I, Straftaten gegen die Person und die Allgemeinheit*, 6. Auflage, Stuttgart 2021 (zitiert als: *Eisele, BT I*).

Eisele, Jörg, *Strafrecht – Besonderer Teil II, Eigentumsdelikte und Vermögensdelikte*, 6. Auflage, Stuttgart 2021 (zitiert als: *Eisele, BT II*).

Eisele, Jörg (Gesamtredaktion), Tübinger Kommentar Strafgesetzbuch, 31. Auflage, München 2025 (zitiert als: *Bearbeiter TK*).

El-Ghazi, Mohamad, „Gewahrsamsbruch am Geldautomaten nach Wegstoßen des berechtigten Karteninhabers“ Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 16.11.2017 – 2 StR 154/17, NJW 2018, 245. In: Juris PraxisReport Strafrecht 6/2018 Anm. 1 (zitiert als: *El-Ghazi ju- risPR-StrafR 6/2018*).

Engisch, Karl, Die Einheit der Rechtsordnung, Heidelberg 1935 (zitiert als: *Engisch, Einheit der Rechtsordnung*).

Erbs, Georg/Kohlhaas, Max (Bgr.), Strafrechtliche Nebengesetze, 240. Ergänzungslieferung, 251. EL., München Stand März 2024 (zitiert als: *Bearbeiter Erbs/Kohlhaas*).

Fischer, Thomas, Strafgesetzbuch, 72. Auflage, München 2025 (zitiert als: *Fischer*).

Frank, Reinhard, Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz, 18. Auflage, Tübingen 1931 (zitiert als: *Frank, StGB*).

Freund, Georg/Rostalski, Frauke, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Berlin 2019 (zitiert als: *Freund/Rostalski, AT*).

Geerds, Friedrich, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten, Kiel 1953 (zitiert als: *Geerds, Einwilligung und Einverständnis*).

Geerds, Friedrich, „Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht“. In: Goltdammer's Archiv für Strafrecht 1954, 262 (zitiert als: *Geerds GA 1954*).

Geilen, Gerd, „Probleme der Organtransplantation. Zugleich eine Besprechung des „Gütgemann“-Urteils des LG Bonn“. In: Juristenzeitung 1971, 41 (zitiert als: *Geilen JZ 1971*).

Geppert, Klaus, „Rechtfertigende „Einwilligung“ des verletzten Mitfahrers bei Fahrlässigkeitsstraftaten im Straßenverkehr“. In: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1971, Band 83, 947 (zitiert als: *Geppert ZStW 83 (1971)*).

Geppert, Klaus, „Vollstreckungsvereitelung (§ 288 StGB) und Pfandkehr (§ 289 StGB)“. In: Juristische Ausbildung 1987, 427 (zitiert als: *Geppert Jura* 1987).

Glandien, Julian, „Gewahrsam nach dem Tod“. In: Juristische Rundschau 2019, 60 (zitiert als: *Glandien JR* 2019).

Gössel, Karl Heinz, „Über die Vollendung des Diebstahls“. In: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1973, Band 85, 591 (zitiert als: *Gössel ZStW* 85 (1973)).

Goltdammer, Theodor, Die Materialien zum Straf-Gesetzbuche für die Preußischen Staaten. Theil 2: den besonderen Theil enthaltend, Berlin 1852 (zitiert als: *Goltdammer, Materialien zum PrStGB Teil 2*).

Goltdammer, Theodor, Die Materialien zum Straf-Gesetzbuche für die Preußischen Staaten, aus den amtlichen Quellen nach den Paragraphen des Gesetzbuches zusammengestellt und in einem Kommentar erläutert, Theil II. Den besonderen Teil enthaltend, Berlin 1852 (zitiert als: *Goltdammer, Kommentar Materialien PrStGB*).

Gottwald, Uwe/Mock, Peter, Zwangsvollstreckung, Kommentar mit Antrags- und Klagemustern für die Rechtspraxis, 6. Auflage, Freiburg 2012 (zitiert als: *Gottwald/Mock*).

Graf, Jürgen (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar zur Strafprozessordnung mit RiStBV und MiStra, 56. Edition, München Stand: 01.07.2025 (zitiert als: *Bearbeiter BeckOK StPO*).

Gribbohm, Günter, „Zur Abgrenzung des Diebstahls vom Betrug“. In: Juristische Schulung 1964, 233 (zitiert als: *Gribbohm JuS* 1964).

Grolman, Karl von, Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft, 4. Auflage, Gießen 1825 (zitiert als: *von Grolman, Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft*).

Gropp, Walter, „Der Diebstahlstatbestand unter besonderer Berücksichtigung der Regelbeispiele“. In: Juristische Schulung 1999, 1041 (zitiert als: *Gropp JuS* 1999).

Grüneberg, Christian (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, 84. Auflage, München 2025 (zitiert als: *Bearbeiter Grüneberg*).

Haffke, Bernhard, „Mitgewahrsam, Gewahrsamsgehilfenschaft und Unterschlagung“. In: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 1972, 225 (zitiert als: *Haffke GA* 1972).

Heck, Philipp, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen 1914 (zitiert als: *Heck, Gesetzesauslegung*).

Heinsch, Sonnhild, *Der Gewahrsamsbegriff beim Diebstahl*, Marburg 2012 (zitiert als: *Heinsch*).

Heintschel-Heinegg, Bernd Von/Bockemühl, Jan (Hrsg.), *KMR – StPO Kommentar zur Strafprozessordnung, Loseblattwerk mit 138. Aktualisierung*, Neuwied, Stand: November 2025 (zitiert als: *Bearbeiter KMR*).

Heintschel-Heinegg, Bernd/Kudlich, Hans, *Beck'scher Online Kommentar StGB*, 66. Edition, München, Stand: 01.08.2025 (zitiert als: *Bearbeiter BeckOK*).

Hefendehl, Roland, „Strafrechtliche Beurteilung der “Diebesfalle”“. In: *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 1992, 544 (zitiert als: *Hefendehl NSTZ* 1992).

Hermann, Jan Bela, *Begriffsrelativität im Strafrecht und das Grundgesetz: strafrechtliche Bedeutungsdivergenzen auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand*, 1. Auflage, Wiesbaden 2015 (zitiert als: *Hermann, Begriffsrelativität im Strafrecht*).

Herzberg, Rolf Dietrich, „Betrug und Diebstahl durch listige Sachverschaffung“. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 1977, Band 89, 367 (zitiert als: *Herzberg ZStW* 89 (1977)).

Herzberg, Rolf Dietrich, „Tanken ohne zu zahlen Zivil- und strafrechtliche Probleme beim Barkauf durch unredliche Käufer“. In: *Juristische Arbeitsblätter* 1980, 385 (zitiert als: *Herzberg JA* 1980).

Herzberg, Rolf Dietrich, „Zivilrechtliche Verschiebungen zur Schließung von Strafbarkeitslücken? Probleme des Tankens ohne zu zahlen“. In: *Neue Juristische Wochenschrift* 1984, 896 (zitiert als: *Herzberg NJW* 1984).

Heubel, Horst, „Grundprobleme des Diebstahlstatbestandes“. In: *Juristische Schulung* 1984, 445 (zitiert als: *Heubel JuS* 1984).

Heusler, Andreas, Die Gewere, Weimar 1872 (zitiert als: *Heusler*, Die Gewere).

Hilgendorf, Eric, Anmerkung zu Beschluss OLG Celle v. 6.5.1996 – 3 Ss 21/96, JR 1997, 345. In: Juristische Rundschau 1997, 347 (zitiert als: *Hilgendorf* JR 1997).

Hilgendorf, Eric/Valerius, Brian, Strafrecht Besonderer Teil II, 3. Auflage, München 2024 (zitiert als: *Hilgendorf/Valerius*, BT II).

Hillenkamp, Thomas, Anmerkung zum Urteil des OLG Celle v. 13.1.1987 – 1 Ss 475/86, JR 1987, 253. In: Juristische Rundschau 1987, 254 (zitiert als: *Hillenkamp* JR 1987, 254).

Hillenkamp, Thomas, „Was bewirkt das „Nofitti-Gesetz“?“. In: *Feltes, Thomas/Pfeiffer, Christian/Steinhilper, Gernot* (Hrsg.), Kriminalpolitik und ihre wissenschaftlichen Grundlagen, Festschrift für Professor Dr. Hans-Dieter Schwind zum 70. Geburtstag, München 2006, 927 (zitiert als: *Hillenkamp* FS Schwind).

Hillenkamp, Thomas, „Zum Schutz „deliktischen“ Besitzes durch die Strafgerichte“. In: *Hellmann, Uwe/Schröder, Christian* (Hrsg.), Festschrift für Hans Achenbach zum 70. Geburtstag am 13. Oktober 2011, Heidelberg 2011, 189 (zitiert als: *Hillenkamp* FS Achenbach).

Hinze, Rolf, Anmerkung zu BGH Beschl. v. 29.10.1974 – 1 StR 5/74, NJW 1975, 226. In: Neue Juristische Wochenschrift 1975, 1287 (zitiert als: *Hinze* NJW 1975).

Hinze, Rolf, „Die Amnestiewirkung im neuen Waffenrecht“. In: Neue Juristische Wochenschrift 1977, 667 (zitiert als: *Hinze* NJW 1977).

Höpfner, Wilhelm, Diebstahl und Unterschlagung: im Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch: zugleich ein Beitrag zu den Bestimmungen über besonders leichte und besonders schwere Fälle, Berlin 1910 (zitiert als: *Höpfner*).

Hörnle, Tatjana, „(Straf-)Rechtliche Aspekte der Sektion nach deutschem Recht“. In: *Brigitte, Tag/Groß, Dominik* (Hrsg.), Der Umgang mit der Leiche: Sektion und toter Körper in internationaler und interdisziplinärer Perspektive, Frankfurt 2010, 109 (zitiert als: *Hörnle*, Sektion).

Hohmann, Olaf/Sander, Günther, „Sechstes Gesetz zur Reform des Strafrechts (6. StrRG): Harmonisiertes Strafrecht?“. In: *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 1998, 273 (zitiert als: *Hohmann/Sander* NStZ 1998).

Hohmann, Olaf/Sander, Günther, *Strafrecht Besonderer Teil, Die prüfungsrelevanten Probleme des gesamten Besonderen Teils*, 4. Auflage, Heidelberg 2021 (zitiert als: *Hohmann/Sander*, BT).

Hohmann, Olaf, Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 16.6.2012 – 2 StR 137/12, NStZ 2012, 628. In: *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 2013, 161 (zitiert als: *Hohmann* NStZ 2013).

Hoven, Elisa, Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 29.11.2023 - 6 StR 191/23, NJW 2024, 1050. In: *Neue Juristische Wochenschrift* 2024, 1051 (zitiert als: *Hoven* NJW 2024).

Hoyer, Andreas, „Zur Strafbarkeit der Zueignung von Betäubungsmitteln als Eigentumsdelikt“. In: *Barton, Stephan/Eschelbach, Ralf u.a.* (Hrsg.), *Festschrift für Thomas Fischer*, München 2018, 361 (zitiert als: *Hoyer* FS Fischer).

Hubmann, Heinrich, *Das Persönlichkeitsrecht*, 2. Auflage, Münster 1967 (zitiert als: *Hubmann*).

Jacobi, Christoph Alexander, *Methodenlehre der Normwirkung, Die Normwirkung als Maßstab der Rechtsgewinnung*, Baden-Baden 2008 (zitiert als: *Jacobi*, *Methodenlehre*).

Jäger, Christian, „Unterschlagung nach dem 6. Strafrechtsreformgesetz – Ein Leitfaden für Studium und Praxis“. In: *Juristische Schulung* 2000, 1167 (zitiert als: *Jäger* JuS 2000).

Jäger, Christian, „Die Abgrenzung von Diebstahl und Betrug bei vorgetäuschter Rückgabebereitschaft“. In: *Hecker, Bernd/Weißer, Bettina/Brand, Christian* (Hrsg.), *Festschrift für Rudolf Rengier zum 70. Geburtstag*, München 2018, 227 (zitiert als: *Jäger* FS Rengier).

Jäger, Christian, „Alles neu bei der Unterschlagung?“. In: *Juristische Arbeitsblätter* 2024, 515 (zitiert als: *Jäger* JA 2024).

Jähnke, Burkhard/Laufhütte, Heinrich Wilhelm/Odersky, Walter (Hrsg.), Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar Sechster Band §§ 223 bis 263a, 11. Auflage, Berlin 2005 (zitiert als: *Bearbeiter LK*¹¹).

Jahn, Matthias, „Strafrecht BT: Zueignung bei der Unterschlagung“. In: Juristische Schulung 2024, 568 (zitiert als: *Jahn JuS 2024*).

Jakobs, Günther, Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Lehrbuch, 2. Auflage, Berlin 1993 (zitiert als: *Jakobs, AT*).

Jahn, Matthias/Kirsch, Stefan. In: *Rotsch, Thomas* (Hrsg.), Criminal Compliance Handbuch, 1. Auflage, Baden-Baden 2015 (zitiert als: *Jahn/Kirsch, Criminal Compliance*).

Jahn, Matthias/Kirsch, Stefan, Anmerkung zu LG Stuttgart, Beschluss vom 26.3.2018 - 6 Qs 1/18, StV 2019, 7. In: Strafverteidiger 2019, 12 (zitiert als: *Jahn/Kirsch StV 2019*).

Janssen, Bernhard, Anmerkung zu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.11.1990 – 130/90 II – 2 Ss 330/90, NStZ 1992, 237. In: Neue Zeitschrift für Strafrecht 1992, 237 (zitiert als: *Janssen NStZ 1992*).

Janssen, Gerhard, Rechtliche Grundlagen und Grenzen der Beschlagnahme, 1. Auflage, Berlin 1995 (zitiert als: *Janssen*).

Jellinek, Walter, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung. Zugleich ein System der Ungültigkeitsgründe von Polizeiverordnungen und –verfügungen. Eine Staats- und Verwaltungsrechtliche Untersuchung, Tübingen 1913 (zitiert als: *Jellinek, Gesetz*).

Jescheck, Hans-Heinrich/Ruß, Wolfgang/Willms, Günther (Hrsg.), Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar Großkommentar, Band 4, §§ 80 bis 184c, 10. Auflage, Berlin 1988 (zitiert als: *Bearbeiter LK*¹⁰).

Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Berlin 1996 (zitiert als: *Jescheck/Weigend, AT*).

Joecks, Wolfgang, Zur Vermögensverfügung beim Betrug, Köln 1982 (zitiert als: *Joecks*).

Joecks, Wolfgang/Jäger, Christian, Strafgesetzbuch Studienkommentar, 13. Auflage, München 2021 (zitiert als: *Joecks/Jäger Studienkommentar*).

Joecks, Wolfgang/Miebach, Klaus (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 5 §§ 80 – 184k, 5. Auflage, München 2025 (zitiert als: *Bearbeiter MüKo*).

Joecks, Wolfgang/Miebach, Klaus (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 4 §§ 185 – 262, 5. Auflage, München 2025 (zitiert als: *Bearbeiter MüKo*).

Joecks, Wolfgang/Miebach, Klaus (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 5 §§ 263 – 266b, 5. Auflage, München 2025 (zitiert als: *Bearbeiter MüKo*).

Joecks, Wolfgang/Miebach, Klaus (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 7 Nebenstrafrecht I Strafvorschriften aus: AMG AntiDopG BtMG BtMVV GÜG NpSG TPG TFG GenTG TierSchG BNatSchG VereinsG VersammG JGG (Auszug), 4. Auflage, München 2022 (zitiert als: *Bearbeiter MüKo BtMG*).

Joecks, Wolfgang/Miebach, Klaus (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 9 Nebenstrafrecht III Strafvorschriften aus: AufenthG FreizügG/EU AsylG StAG WaffG KrWaffG SprengG WStG EGWStG Völkerstrafgesetzbuch, 4. Auflage, München 2022 (zitiert als: *Bearbeiter MüKo WaffG*).

Joerden, Jan C., „Mierrücken“ im Hotel – BGHSt 32, 88“. In: Juristische Schulung 1985, 20 (zitiert als: *Joerden JuS 1985*).

Jörs, Paul/Kunkel, Wolfgang/Wenger, Leopold (Bgr.), Römisches Recht, 4. Auflage, Berlin 1987 (zitiert als: *Jörs/Kunkel/Wenger, Römisches Recht*).

Kahlo, Michael, „Begriffliche Rechtsbestimmung und synkretistische Auslegung im Zusammenhang tragender Zuordnungsbeziehungen im Diebstahlstatbestand“. In: *Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M.* (Hrsg.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, Frankfurt am Main 1995, 123 (zitiert als: *Kahlo*).

Kargl, Walter, „Gesinnung und Erfolg im Unterschlagungstatbestand. Die Manifestation der Zueignung“. In: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1991, Band 103, 136 (zitiert als: *Kargl ZStW 103 (1991)*).

Kargl, Walter, „Gewahrsamsbegriff und elektronische Warensicherung – BayOblG, NJW 1995, 3000“. In: Juristische Schulung 1996, 971 (zitiert als: *Kargl JuS 1996*).

Kaspar, Johannes, Anmerkung zu BGH Beschluss vom 28. Juli 2020 – 2 StR 229/20, JR 2022, 32. In: Juristische Rundschau 2022, 34 (zitiert als: *Kaspar JR 2022*).

Kindhäuser, Urs, „Der Computerbetrug (§ 263a StGB) – ein Betrug?“. In: *Samson/Erich* (Hrsg.), Festschrift für Gerald Grünwald zum Siebzigsten Geburtstag, Baden-Baden 1999, 285 (zitiert als: *Kindhäuser FS Grünwald*).

Kindhäuser, Urs/Hilgendorf, Eric, Strafgesetzbuch Lehr- und Praxiskommentar, 10. Auflage, Baden-Baden 2025 (zitiert als: *Bearbeiter LPK*).

Kindhäuser Urs/Böse, Martin, Strafrecht Besonderer Teil II, Straftaten gegen Vermögensrechte, 13. Auflage, Baden-Baden 2025 (zitiert als: *Kindhäuser/Böse, BT 2*).

Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfried/Paeffgen, Hans-Ulrich, Strafgesetzbuch, 6. Auflage, Baden-Baden 2023 (zitiert als: *Bearbeiter NK*).

Kleb-Braun, Gabriele, „Codekartenmißbrauch und Sparbuchfälle aus ‚Volljuristischer‘ Sicht – 1. Teil: Die Anwendbarkeit der Zueignungstatbestände unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsgeschäftslehre“. In: Juristische Arbeitsblätter 1986, 249 (zitiert als: *Kleb-Braun JA 1986*).

Knauer, Christoph/Kudlich, Hans/Schneider, Hartmut (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Band 1 §§ 1 – 150 StPO, 2. Auflage, München 2023 (zitiert als: *Bearbeiter MüKo StPO*).

Koch, Hans-Joachim, Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensermächtigungen im Verwaltungsrecht, Frankfurt am Main 1979 (zitiert als: *Koch, Unbestimmte Rechtsbegriffe*).

Kopp, Thomas, „Die Strafbarkeit der Entnahme von Leichenteilen, dargestellt am Beispiel von Gehörknöchelchen (Ossicula) und Augenhornhäuten (Corneae)“. In: Medizinrecht 1997, 544 (zitiert als: *Kopp MedR 1997*).

Krack, Ralf, „Unpräzise Definition des Gewahrsamsbegriffs, Ein Appell zur Präzisierung der Ausbildungsliteratur“. In: Zeitschrift für Internationale Strafrechtswissenschaft 2025, 583 (zitiert als: *Krack ZfIStw* 2025).

Kramer, Ernst A., Juristische Methodenlehre, 6. Auflage, München 2019 (zitiert als: *Kramer*, Juristische Methodenlehre).

Krell, Paul, Praxiskommentar zu BGH, Beschluss vom 21.3.2019 – 3 StR 333/18, NStZ 2019, 726. In: Neue Zeitschrift für Strafrecht 2019, 728 (zitiert als: *Krell* NStZ 2019, 728).

Krey, Volker/Hellmann, Uwe/Heinrich, Manfred, Strafrecht Besonderer Teil, Band 2, Vermögensdelikte, 19. Auflage, Stuttgart 2024 (zitiert als: *Krey/Hellmann/Heinrich*, BT 2).

Krey, Volker/Esser, Robert, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Stuttgart 2022 (zitiert als: *Krey/Esser*, AT).

Küper, Wilfried/Zopfs, Jan, Strafrecht Besonderer Teil, Definitionen mit Erläuterungen, 11. Auflage, Heidelberg 2022 (zitiert als: *Küper/Zopfs*, BT).

Küchenhoff, Bernd, Dogmatik, Historische Entwicklung und künftige Ausgestaltung der Strafvorschriften gegen die Pfandkehr, Hannover 1975 (zitiert als: *Küchenhoff*).

Kudlich, Hans, „Zueignungsbegriff und Restriktion des Unterschlagungstatstands“. In: Juristische Schulung 2001, 767 (zitiert als: *Kudlich* JuS 2001).

Kudlich, Hans, „Die Goldsucher im Krematorium ... - Störung der Totenruhe durch Zahngoldentnahme nach Einäscherung“, Anmerkung zu OLG Bamberg, Urteil vom 29.1.2008 – 2. Ss OWi 125/07, NJW 2008, 1543. In: Juristische Arbeitsblätter 2008, 391 (zitiert als: *Kudlich* JA 2008).

Kudlich, Hans, „Verliere, was verloren werden muss, damit andere finden, was gefunden werden muss“. In: Juristische Arbeitsblätter 2020, 865 (zitiert als: *Kudlich* JA 2020).

Kudlich, Hans, „Gewahrsam am Geld im Bankautomatenfach“. In: Juristische Arbeitsblätter 2021, 519 (zitiert als: *Kudlich* JA 2021).

Kulhanek, Tobias, Praxiskommentar zu BGH, Beschl. v. 2.8.2016 – 2 StR 154/16, NStZ 2016, 727. In: Neue Zeitschrift für Strafrecht 2016, 727 (zitiert als: *Kulhanek NStZ 2016*).

Lackner, Karl/Kühl, Kristian/Heger, Martin, Strafgesetzbuch, 31. Auflage, München 2025 (zitiert als: *Bearbeiter Lackner/Kühl/Heger*).

Lampe, Ernst-Joachim, Anmerkung zu Urteil des BGH v. 20.3.1985 – 2 StR 44/85, NJW 1985, 1911. In: Juristische Rundschau 1986, 294 (zitiert als: *Lampe JR 1986*).

Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage, Berlin 1995 (zitiert als: *Larenz/Canaris, Methodenlehre*).

Laubenthal, Klaus, „Einheitlicher Wegnahmebegriff im Strafrecht?“. In: Juristische Arbeitsblätter 1990, 38 (zitiert als: *Laubenthal JA 1990*).

Laubenthal Klaus, Anmerkung zu Beschluss des PfälzOLG Zweibrücken v. 6.9.1991 – 1 Ws 81/91, JR 1992, 212. In: Juristische Rundschau 1992, 213 (zitiert als: *Laubenthal JR 1992*).

Laufhütte, Heinrich Wilhelm/Rissing-van-Saan, Ruth/Tiedemann, Klaus (Hrsg.), Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch, Band 6, §§ 146 bis 210 StGB, 12. Auflage, Berlin 2009 (zitiert als: *Bearbeiter LK¹²*).

Laufhütte, Heinrich Wilhelm/Rissing-van-Saan, Ruth/Tiedemann, Klaus (Hrsg.), Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch, Band 8, §§ 242 bis 262 StGB, 12. Auflage, Berlin 2010 (zitiert als: *Bearbeiter LK¹²*).

Leipold, Klaus/Tsambikakis, Michael/Zöller, Mark A., AnwaltKommentar StGB, 3. Auflage, Heidelberg 2020 (zitiert als: *Bearbeiter AnwK*).

Lemcke, Thomas W., Die Sicherstellung gem. § 94 StPO und deren Förderung durch die Inpflichtnahme Dritter als Mittel des Zugriffs auf elektronisch gespeicherte Daten, Frankfurt am Main 1995 (zitiert als: *Lemcke*).

Lenk, Maximilian, Anmerkung zu BGH Beschluss vom 3.3.2021 – 4 StR 338/20, BGHSt 66, 55. In: Neue Juristische Wochenschrift 2021, 1545 (zitiert als: *Lenk NJW 2021*).

Ling, Michael, „Zum Gewahrsamsbruch beim Diebstahl, besonders in Selbstbedienungsläden“. In: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1998, Band 110, 919 (zitiert als: *Ling ZStW* 110 (1998)).

Lobe, Adolf, Über den Einfluss des Bürgerlichen Gesetzbuches auf das Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung des Besitzes, Leipzig 1898 (zitiert als: *Lobe*).

Maiwald, Manfred, „Der Zueignungsbegriff im System der Eigentumsdelikte“, Heidelberg 1970 (zitiert als: *Maiwald*, Zueignungsbegriff).

Martens, Hans, Anmerkung zu OLG Frankfurt, Beschl. v. 29.11.1974 – 2 Ws 239/74, NJW 1975, 271. In: Neue Juristische Wochenschrift 1975, 271 (zitiert als: *Martens* NJW 1975).

Maurach, Reinhart, Deutsches Strafrecht. Besonderer Teil. Ein Lehrbuch, Karlsruhe 1969 (zitiert als: *Maurach*, BT).

Maurach, Reinhart/Schroeder, Friedrich-Christian/Maiwald, Manfred, Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 1, Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte. Ein Lehrbuch, 7. Auflage, Heidelberg 1988 (zitiert als: *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT 1).

Maurach, Reinhart/Schroeder, Friedrich-Christian/Maiwald, Manfred/Hoyer, Andreas/Momsen, Carsten, Strafrecht, Besonderer Teil: ein Lehrbuch/Teilband 1: Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte, 11. Auflage, Heidelberg 2019 (zitiert als: *Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen*, BT 1).

Maurach, Reinhart/Zipf, Heinz, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 1, Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat Ein Lehrbuch, 8. Auflage, Karlsruhe 1992 (zitiert als: *Maurach/Zipf*, AT 1).

Mayer, Hellmuth, „Zum Begriff der Wegnahme“. In: Juristenzeitung 1962, 617 (zitiert als: *Mayer* JZ 1962).

Mayer, Markus, Anmerkung zu OLG Celle, Beschluß v. 14.3.1989 – 1 Ss 41/89, JZ 1989, 906. In: Juristenzeitung 1989, 908 (zitiert als: *M. Mayer* JZ 1989).

Merkel, Reinhard, „Die Eigentumsverletzungen“. In: *Holtzendorf, Franz von* (Hrsg.) Handbuch des deutschen Strafrechts Dritter Band. Die Lehre von den Verbrechenarten, Berlin 1874, 621 (zitiert als: *Merkel*, Handbuch des dt. StR).

Meurer, Dieter, Anmerkung zum Urteil des BayObLG v. 30.7.1981 - RReg. 5 St 128/81, JR 1982, 291. In: Juristische Rundschau 1982, 292 (zitiert als: *Meurer* JR 1982).

Mezger, Edmund/Blei, Hermann, Strafrecht II. Besonderer Teil, 12. Auflage, München 1983 (zitiert als: *Mezger/Blei*, BT).

Miebach, Klaus/Sander, Günther M., Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 3 §§ 185 – 262 StGB, 1. Auflage, München 2003 (zitiert als: *Bearbeiter* MüKo¹).

Mitsch, Wolfgang, „Die Verwendung einer Codekarte durch einen Nichtberechtigten als Diebstahl“. In: Juristische Schulung 1986, 767 (zitiert als: *Mitsch* JuS 1986).

Mitsch, Wolfgang, „Die Vermögensdelikte im Strafgesetzbuch nach dem 6. Strafrechtsreformgesetz“. In: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1999, Band 111, 65 (zitiert als: *Mitsch* ZStW 111 (1999)).

Mitsch, Wolfgang, Strafrecht, Besonderer Teil 2, Vermögensdelikte, 3. Auflage, Berlin 2015 (zitiert als: *Mitsch*, BT 2).

Möstl, Markus/Schwabenbauer, Thomas, Beck'scher Online-Kommentar Polizei- und Sicherheitsrecht Bayern, 26. Edition, München Stand: 15.10.2024 (zitiert als: *Bearbeiter* BeckOK PAG).

Müller, Friedrich/Christensen, Ralph, Juristische Methodik, Band I, Grundle-
gung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis, 11. Auflage, Berlin 2013 (zitiert
als: *Müller/Christensen*, Juristische Methodik I).

Musielak, Hans-Joachim/Voit, Wolfgang, Zivilprozessordnung mit Gerichtsver-
fassungsgesetz Kommentar, 22. Auflage, München 2025 (zitiert als: *Bearbeiter*
Musielak/Voit).

Neumann, Ulfrid, „Unfares Spielen an Geldspielautomaten – OLG Celle, NStZ
1989, 367“. In: Juristische Schulung 1990, 535 (zitiert als: *Neumann* JuS 1990).

Nöldeke, Werner, Die Begriffe des Gewahrsams und der Wegnahme beim Dieb-
stahl, Bonn 1964 (zitiert als: *Nöldeke*, Der Begriff des Gewahrsams).

Noll, Peter, „Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung“. In: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1965, Band 77, 1 (zitiert als: *Noll ZStW 77 (1965)*).

Olshausen, Justus, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Zweiter Band, 4. Auflage, Berlin 1982 (zitiert als: *Olshausen*, Kommentar zum StGB für das Deutsche Reich).

Otto, Harro, „Zur Abgrenzung von Diebstahl, Betrug und Erpressung bei der deliktischen Verschaffung fremder Sachen“. In: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1967, Band 79, 59 (zitiert als: *Otto ZStW 79 (1967)*).

Otto, Harro, Anmerkung zum Urteil des BayObLG, 5. Strafsenat, v. 9.4.1981 – Rreg. 5 St 53/81 -, JR 1982, 31. In: Juristische Rundschau 1982, 32 (zitiert als: *Otto JR 1982*).

Otto, Harro, „Die neuere Rechtsprechung zu den Vermögensdelikten – Teil 1“. In: Juristenzeitung 1985, 22 (zitiert als: *Otto JZ 1985*).

Otto, Harro, „Der Wegnahmebegriff in §§ 242, 289, 168, 274 Abs. 1 Nr. 3 StGB, § 17 Abs. 2 Nr. 1 c UWG“. In: Juristische Ausbildung 1992, 666 (zitiert als: *Otto Jura 1992*).

Otto, Harro, Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Auflage, Berlin 2004 (zitiert als: *Otto, GK I*).

Otto, Harro, Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte, 7. Auflage, Berlin 2005 (zitiert als: *Otto, GK II*).

Patzak, Jörn/Volkmer, Mathias/Fabricius, Jochen, Betäubungsmittelgesetz, Betäubungsmittel-Verschreibungsverordnung, Arzneimittelgesetz, Neue-psychoaktive, Stoffe-Gesetz, Anti-Doping-Gesetz, Grundstoffüberwachungsgesetz, 11. Auflage, München 2024 (zitiert als: *Bearbeiter Patzak/Volkmer/Fabricius BtMG*).

Paeffgen, Hans-Ullrich, Anmerkung zu Beschluss des BayObLG v. 3.10.1978 – Rreg. 3 St 230/78, JR 1979, 296. In: Juristische Rundschau 1979, 297 (zitiert als: *Paeffgen JR 1979*).

Potrykus, Gerhard, „Zum Begriff des Waffenführens nach § 14 Abs. 1 Satz 1 Waffengesetz“. In: Neue Juristische Wochenschrift 1965, 1154 (zitiert als: *Potrykus NJW 1965*).

Pschorr, Simon, „Gewahrsam an Bargeld im Ausgabefach des Geldautomaten“. In: juris PraxisReport Strafrecht 10/2021 Anm. 5 (zitiert als: *Pschorr jurisPR-StrafR 10/2021*).

Ranft, Otfried, „Grundfälle aus dem Bereich der Vermögensdelikte (1. Teil)“. In: Juristische Arbeitsblätter 1984, 1 (zitiert als: *Ranft JA 1984*).

Ranft, Otfried, Anmerkung zu Beschluss des BGH v. 16.12.1987 – 3 StR 209/87, BGHSt 35, 152. In: Juristische Rundschau 1989, 165 (zitiert als: *Ranft JR 1989*).

Rauscher, Thomas/Krüger, Wolfgang, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Band 2, §§ 355 – 945b ZPO, 7. Auflage, München 2025 (zitiert als: *Bearbeiter MüKo ZPO*).

Redslob, Robert, „Der zivilrechtliche Besitz und der strafrechtliche Gewahrsam“. In: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1910, Band 30, 205 (zitiert als: *Redslob ZStW 30 (1910)*).

Rengier, Rudolf, Strafrecht Allgemeiner Teil, 17. Auflage, München 2025 (zitiert als: *Rengier, AT*)

Rengier, Rudolf, Strafrecht Besonderer Teil I, 27. Auflage, München 2025 (zitiert als: *Rengier, BT I*).

Rennicke, Jan, Entscheidungsanmerkung zu BGH, Beschl. v. 14.4.2020 – 5 StR 10/20, BGH NStZ 2020, 483. In: Zeitschrift für das Juristische Studium 2020, 499 (zitiert als: *Rennicke ZJS 2020*).

Rönnau, Thomas, „Grundwissen - Strafrecht: Gewahrsam“. In: Juristische Schulung 2009, 1088 (zitiert als: *Rönnau JuS 2009, 1088*).

Rönnau, Thomas, „Zur Lehre vom bedingten Einverständnis“. In: *Heinrich, Manfred/Jäger, Christian/Achenbach, Hans u.a.* (Hrsg.), Strafrecht als Scientia Universalis Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011 Band 1, Berlin 2011, 487 (zitiert als: *Rönnau FS Roxin*).

Rosenfeld, Ernst, „Diebstahl oder Unterschlagung?“. In: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1916, Band 37, 159 (zitiert als: *Rosenfeld ZStW* 37 (1916)).

Rotering, „Über den Gewahrsam im Sinne des § 242 des Strafgesetzbuches“. In: Der Gerichtssaal Band 35, 1883, 351 (zitiert als: *Rotering GS* 35).

Rotering, „Zeit- und Streitfragen“. In: Goltdammer's Archiv für Strafrecht Band 47, 1900, 241 (zitiert als: *Rotering GA* 1900).

Roth, Gerald, Eigentumsschutz nach der Realisierung von Zueignungsunrecht. Eine Neuorientierung im System der Vermögensdelikte, Berlin 1986 (zitiert als: *Roth, Eigentumsschutz*).

Roth, Wolfgang, „Leiche und Totenfürsorgerecht – Ein Überblick über die Rechtsprechung“. In: Neue Juristische Wochenschrift-Spezial 2015, 231 (zitiert als: *Roth NJW-Spezial* 2015).

Rotsch, Thomas/Nolte, Martin Max/Peifer, Nikolaus/Weitemeyer, Birgit, Die Klausur im Ersten Staatsexamen: 24 Fälle aus dem Bürgerlichen Recht, Öffentlichen Recht und Strafrecht, München 2003 (zitiert als: *Rotsch/Nolte/Peifer/Weitemeyer*).

Roxin, Claus, „Zur Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit der Entfernung von Leichenteilen (§ 168 StGB), insbesondere zum rechtfertigenden strafrechtlichen Notstand (§ 34 StGB) – OLG Frankfurt, NJW 1975, 271“. In: Juristische Schulung 1976, 505 (zitiert als: *Roxin JuS* 1976).

Roxin, Claus/Greco, Luis, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 5. Auflage, München 2020 (zitiert als: *Roxin/Greco, AT I*).

Rüdorff, Hans (Begr.)/Liszt, Franz von/Delaquis, Ernst, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich Text Ausgabe mit Anmerkungen und Sachregister, 23. Auflage, Berlin 1910 (zitiert als: *Rüdorff/v. Liszt/Delaquis, StGB für das Deutsche Reich*).

Ruppert, Felix, „Wegnahme des von Geldautomaten ausgegebenen Geldes“, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 21.3.2019 – 3 StR 333/18, NStZ 2019, 726. In: Strafverteidiger 2020, 666 (zitiert als: *Ruppert StV* 2020).

Ruppert, Felix, „Gewahrsam am Bargeld im Ausgabefach eines Geldautomaten“ Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 3.3.2021 – 4 StR 338/20, NJW 2021, 1545. In: *Strafverteidiger* 2022, 17 (zitiert als: *Ruppert StV* 2022).

Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperg Bettina, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 8, Sachenrecht, §§ 845 – 1296 BGB, WEG, ErbbauRG, 9. Auflage, München 2023 (zitiert als: *Bearbeiter MüKo BGB*).

Satzger, Helmut/Schluckebier, Wilhelm/Werner, Raik (Hrsg.), Strafgesetzbuch Kommentar, 6. Auflage, Köln 2024 (zitiert als: *Bearbeiter S/S/W*).

Samson, Erich, „Grundprobleme des Diebstahls (§ 242 StGB)“. In: *Juristische Arbeitsblätter* 1980, 285 (zitiert als: *Samson JA* 1980).

Samson, Erich, „Grundprobleme des Unterschlagungstatbestandes (§ 246 StGB)“. In: *Juristische Arbeitsblätter* 1990, 5 (zitiert als: *Samson JA* 1990).

Seelmann, Kurt/Pfohl, Michael, „Gewahrsam bei Bewußtlosigkeit bis zum Eintritt des Todes?“. In: *Juristische Schulung* 1987, 199 (zitiert als: *Seelmann/Pfohl JuS* 1987).

Schlüchter, Ellen, „Von der Unabhängigkeitsthese zu materiell-rechtlich begrenzter Tatidentität beim Dauerdelikt – Zugleich eine Besprechung von BayObLG, Urteil vom 22.3.1991 RReg 1 St 240/90“. In: *Juristenzeitung* 1991, 1057 (zitiert als: *Schlüchter JZ* 1991).

Schlüchter, Ellen, *Strafrecht Allgemeiner Teil in aller Kürze*, 3. Auflage, Thün-
gersheim 2000 (zitiert als: *Schlüchter, Strafrecht Allgemeiner Teil*).

Schmidbauer, Wilhelm/Steiner, Udo Polizeiaufgabengesetz Polizeiorganisationsgesetz Kommentar, 6. Auflage, München 2023 (zitiert als: *Bearbeiter Schmidbauer/Steiner*).

Schmitt, Bertram/Köhler, Marcus, Strafprozessordnung Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen, 68. Auflage, München 2025 (zitiert als: *Bearbeiter Schmitt/Köhler*).

Schöne, Wolfgang, „Strafrechtsreform im Einführungsgesetz?“. In: *Juristenzeitung* 1973, 446 (zitiert als: *Schöne JZ* 1973).

Schroeder, Friedrich Christian, „Tanken ohne Bezahlen – BGH, NJW 1983, 2827“. In: Juristische Schulung 1984, 846 (zitiert als: *F.C. Schroeder JuS* 1984).

Schröder, Horst, Anmerkung zu BayOblG Urteil 4. St. S. v. 22.12.1960 – RReg. 4. St 230, a, b/60, JR 1961, 188. In: Juristische Rundschau 1961, 189 (zitiert als: *Schröder JR* 1961).

Schubert, Werner/Regge, Jürgen, Quellen zur preußischen Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts, Gesetzrevision (1825 - 1848) I. Abteilung Straf- und Strafprozeßrecht, Band 2, Straf- und Strafprozeßrecht (Ministerium Danckelmann; 1828 - 1830), Vaduz Liechtenstein 1982 (zitiert als: *Schubert/Regge, Gesetzrevision*).

Schüerhoff, Bernd, Der strafrechtliche Gewahrsamsbegriff, Hamburg 1976 (zitiert als: *Schüerhoff*).

Schünemann, Bernd, „Methodenprobleme bei der Abgrenzung von Betrug und Diebstahl in mittelbarer Täterschaft“. In: Goltdammer's Archiv für Strafrecht 1969, 46 (zitiert als: *Schünemann GA* 1969).

Schuschke, Winfried/Walker, Wolf-Dietrich/Kessen, Martin/Thole, Christoph (Hrsg.), Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz nach dem achten und elften Buch der ZPO einschließlich der europarechtlichen Regelungen Kommentar, 8. Auflage, Köln 2024 (zitiert als: *Bearbeiter Schuschke/Walker/Kessen/Thole*).

Simon, Eric, Gesetzesauslegung im Strafrecht. Eine Analyse der höchstrichterlichen Rechtsprechung, Berlin 2005 (zitiert als: *Simon, Gesetzesauslegung*).

Sinn, Arndt, „Der Zueignungsbegriff bei der Unterschlagung“. In: Neue Zeitschrift für Strafrecht 2002, 64 (zitiert als: *Sinn NSTZ* 2002).

Soltmann, Adolf, Der Gewahrsamsbegriff in § 242 StGB, Breslau-Neukirch 1943 (zitiert als: *Soltmann*).

Steindorf, Joachim (Hrsg.), Waffenrecht, Waffengesetz, Beschussgesetz, Kriegswaffenkontrollgesetz einschließlich untergesetzlichem Regelwerk und Nebenbestimmungen, 11. Auflage, München 2022 (zitiert als: *Bearbeiter Steindorf*).

Sternberg-Lieben, Detlev, „Strafrechtlicher Schutz der toten Leibesfrucht (§ 168 StGB n.F.)“. In: *Neue Juristische Wochenschrift* 1987, 2062 (zitiert als: *Sternberg-Lieben NJW* 1987).

Tag, Brigitte, „Menschliches Gewebe, menschliche Zellen und Biobanken Strafrechtliche und strafrechtsethische Herausforderungen“. In: *Duttge, Gunnar* (Hrsg.), *Perspektiven des Medizinrechts im 21. Jahrhundert*, Göttinger Schriften zum Medizinrecht Band 1, Göttingen 2007, 49 (zitiert als: *Tag, Perspektiven des Medizinrechts*).

Timmermann, Petra, *Diebstahl und Betrug im Selbstbedienungsladen*, Berlin 2014 (zitiert als: *Timmermann*).

Thomas, Heinz/Putzo, Hans (Begr.), *ZPO Zivilprozessordnung, FamFG, EG-ZPO, GVG, EGGVG, EU-Zivilverfahrensrecht, Kommentar*, 46. Auflage, München 2025 (zitiert als: *Thomas/Putzo*).

Villnow, „Vergehen, welche sich auf die Religion beziehen“. In: *Der Gerichtssaal* Jahrgang 31, 1879, 579 (zitiert als: *Villnow GS* 31 (1879)).

Vorwerk, Volkert/Wolf, Christian, *Beck'scher Online Kommentar Zivilprozessrecht*, 58. Edition, München Stand: 01.09.2025 (zitiert als: *Bearbeiter BeckOK ZPO*).

Wagner, Markus, „Die Stellung des Strafrechts im System der Rechtsordnung. Ein Überblick über das Verhältnis des Strafrechts zu den übrigen (Teil-)Rechtsgebieten“. In: *Zeitschrift für das Juristische Studium*, 2020, 575 (zitiert als: *M. Wagner ZJS* 2020).

Wagner, Otto, „Die VO. Gegen unbefugten Gebrauch von Kraftfahrzeugen und Fahrrädern v. 20. Oktober 1932 (RGBl. S. 496)“. In: *Juristische Rundschau* 1932, 253 (zitiert als: *Wagner JR* 1932).

Walter, Tonio, „Abgrenzung des versuchten Diebstahls von der straflosen Vorbereitung“ Anmerkung zu LG Potsdam, Urteil vom 6.10.2005 – 26 (10) Ns 142/05, NStZ 2007, 336. In: *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 2008, 156 (zitiert als: *Walter NStZ* 2008).

Wächter, Carl Georg von, *Lehrbuch des römisch-teutschen Strafrechts. 2: Enthaltend den besonderen Theil des Strafrechts*, Stuttgart 1826 (zitiert als: *Wächter, Lehrbuch StR*).

Weber, Klaus/Kornprobst, Hans/Maier, Stefan/Dietsch, Antje, Betäubungsmittelgesetz, Arzneimittelgesetz, Anti-Doping-Gesetz, Neue psychoaktive Stoffe-Gesetz, 7. Auflage, München 2025 (zitiert als: *Bearbeiter Weber/Kornprobst/Maier/Dietsch BtMG*).

Welzel, Hans, „Der Gewahrsamsbegriff und die Diebstähle in Selbstbedienungsläden“. In: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 1960, 257 (zitiert als: *Welzel GA* 1960).

Welzel, Hans, Anmerkung zu OLG Hamm, Urt. v. 10.6.1960 – 1 Ss 405/60, NJW 1961, 328. In: *Neue Juristische Wochenschrift* 1961, 328 (zitiert als: *Welzel NJW* 1961).

Welzel, Hans, Das deutsche Strafrecht, 11. Auflage, Berlin 1969 (zitiert als: *Welzel, StR*).

Werling, Kurt, Der Gewahrsam als räumliches Phänomen – zugleich ein Beitrag zur Entwicklungsgeschichte des Gewahrsams, Mainz 1983 (zitiert als: *Werling*).

Wessels, Johannes/Beulke, Werner/Satzger, Helmut, Strafrecht Allgemeiner Teil: die Straftat und ihr Aufbau, 54. Auflage, Heidelberg 2024 (zitiert als: *Wessels/Beulke/Satzger*).

Wessels, Johannes/Hillenkamp, Thomas/Schuhr, Jan C., Strafrecht Besonderer Teil 2, 47. Auflage, Heidelberg 2025 (zitiert als: *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*).

Wimmer, August, „Diebstahl mittels Verbergens“. In: *Neue Juristische Wochenschrift* 1962, 609 (zitiert als: *Wimmer NJW* 1962).

Wolff, Martin/Raiser, Ludwig, Sachenrecht Ein Lehrbuch, Tübingen 1957 (zitiert als: *Wolff/Raiser, Sachenrecht*).

Wolter, Jürgen (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band III §§ 80 – 173 StGB, 9. Auflage, Köln 2019 (zitiert als: *Bearbeiter SK*).

Wolter, Jürgen (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band V §§ 242 – 302 StGB, 9. Auflage, Köln 2019 (zitiert als: *Bearbeiter SK*).

Wolter, Jürgen/Deiters, Mark (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung Mit GVG und EMRK Band II §§ 94 - 136a StPO, 6. Auflage, Köln 2023 (zitiert als: *Bearbeiter SK-StPO*).

Zieschang, Frank, „Buchbesprechung zu Brommer, Felix, Grenzen des strafrechtlichen Vermögensschutzes bei rechts- und sittenwidrigen Geschäften“. In: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 1997, 196 (zitiert als: *Zieschang GA* 1997).

Zieschang, Frank, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7. Auflage, Stuttgart 2023 (zitiert als: *Zieschang, AT*).

Zieschang, Frank, *Strafrecht Besonderer Teil 2, Eigentums- und Vermögensdelikte*, 2. Auflage, Stuttgart 2025 (zitiert als: *Zieschang, BT 2*).

Zieschang, Frank, „Klausurrelevante Probleme des objektiven Tatbestands der Diebstahlsvorschrift“. In: *Juristische Ausbildung* 2024, 265 (zitiert als: *Zieschang JA* 2024).

Zippelius, Reinhold, *Juristische Methodenlehre*, 12. Auflage, München 2021 (zitiert als: *Zippelius, Juristische Methodenlehre*).

Zivanic, Aleksander, „Bargeldauszahlungen am Geldautomaten als Herausforderung für den strafrechtlichen Gewahrsamsbegriff (§ 242 I StGB)“. In: *Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht* 2022, 7 (zitiert als: *Zivanic NZWiSt* 2022).

Zopfs, Jan, „Der Tatbestand des Diebstahls – Teil 1“. In: *Zeitschrift für das Juristische Studium* 2009, 506 (zitiert als: *Zopfs ZJS* 2009).

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
a.F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
ALR	Allgemeines Landesrecht für die preußischen Staaten
Anl.	Anlage
Anm.	Anmerkung
AnwK	AnwaltKommentar
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Az.	Aktenzeichen
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGSt	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHR	Systematische Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofes
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
Bgr.	Begründer
BT	Besonderer Teil
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BtMG	Betäubungsmittelgesetz
BWPolG	Polizeigesetz Baden-Württemberg
BPolG	Bundespolizeigesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
Ders.	Derselbe
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DGVZ	Deutsche Gerichtsvollzieher Zeitung
Dt.	Deutschen

EL	Ergänzungslieferung
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
f.	folgende Seite
ff.	folgende Seiten
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GK	Grundkurs
GS	Gedächtnisschrift/Gerichtssaal
h.M.	herrschende Meinung
HRRS	Höchststrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht
Hrsg.	Herausgeber
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
jurisPR-StrafR	Juris PraxisReport Strafrecht
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
KK	Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung
KMR	Kommentar zur Strafprozessordnung
LG	Landgericht
LK	Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch
LPK	Lehr- und Praxiskommentar
MedR	Medizinrecht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MüKo	Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch
M	Meter
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
Nds. SOG	Niedersächsisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift

NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report
NK	Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch
Nr.	Nummer
NRW	Nordrhein-Westfalen
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NStZ-RR	NStZ-Rechtsprechungs-Report Strafrecht
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
NZWiSt	Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer-, und Unternehmensstrafrecht
OLG	Oberlandesgericht
openJur	freie juristische Datenbank
OWiG	Ordnungswidrigkeitengesetz
PAG	Polizei- und Aufgabengesetz Bayern
PIN	Persönliche Identifikationsnummer
PKW	Personenkraftwagen
PolG	Polizeigesetz
PolG NRW	Polizeigesetz Nordrhein-Westfalen
PrALR	Allgemeines Landesrecht für die preußischen Staaten
PrStGB	Preußisches Strafgesetzbuch
Rn.	Randnummer
RG	Reichsgericht
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
S.	Satz, Seite
SchlHA	Schleswig-Holsteinische Anzeigen
SK	Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch
SOG	Gesetz zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung Landesrecht Hamburg
S/S/W	Satzger/Schluckebier/Werner
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
StR	Strafrecht
StRG	Strafrechtsgesetz
StV	Strafverteidiger
TK	Tübinger Kommentar

u.a.	unter anderem
Var.	Variante
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkungen
VRS	Verkehrsrechtssammlung
WaffG	Waffengesetz
WaffVwV	Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Waffengesetz
wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
ZfISTw	Zeitschrift für Internationale Strafrechtswissenschaft
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZPO	Zivilprozessordnung
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZWH	Zeitung für Wirtschaftsstrafrecht und Haftung im Unternehmen

