



HEMMER / WÜST / BERBERICH

Das Prüfungswissen

- für Studium
- und Examen

15. Auflage

KLAUSURTYPISCH ▪ **ANWENDUNGSORIENTIERT** ▪ **UMFASSEND**

E-BOOK SKRIPT STRAFRECHT BT I

Autoren: Hemmer/Wüst/Berberich

15. Auflage 2023

ISBN: 978-3-96838-207-4

INHALTSVERZEICHNIS

E-BOOK SKRIPT STRAFRECHT BT I

§ 1 EINLEITUNG

§ 2 STRAFTATEN GEGEN DAS EIGENTUM

I. Diebstahl, § 242

1. Taugliches Tatobjekt

- a) Sache
- b) Beweglichkeit der Sache
- c) Fremdheit der Sache

2. Tathandlung: Wegnahme

- a) Gewahrsamsbegriff
- b) Mitgewahrsam
- c) Gewahrsam in Über- / Unterordnungsverhältnissen (Alleingewahrsam oder mehrstufiger Mitgewahrsam)
- d) Vollendung des Diebstahls

3. Subjektiver Tatbestand

- a) Vorsatz bzgl. aller objektiven Tatbestandsmerkmale
- b) Absicht, die Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen

4. Rechtswidrigkeit

II. Besonders schwerer Fall des Diebstahls, § 243

1. Übersicht

2. Die wichtigsten Regelbeispiele

3. § 243 und Versuch

4. Ausschluss durch § 243 II

- a) Allgemeines
- b) Irrtümer
- c) Vorsatzwechsel

5. Teilnehmerstrafbarkeit und § 28

6. Aufbauhinweis

III. Diebstahl mit Waffen; Bandendiebstahl; Wohnungseinbruchsdiebstahl, § 244

1. § 244 I Nr. 1

- a) Waffe oder anderes gefährliches Werkzeug
- b) Sonstige Mittel

2. § 244 I Nr. 2

3. § 244 I Nr. 3, III, IV

4. Verhältnis zu den §§ 242, 243

IV. Schwerer Bandendiebstahl, § 244a

V. Wiederholungsfall zu den §§ 242 ff.

VI. Unterschlagung, § 246

1. Übersicht

2. Tatobjekt

- a) Fremde, bewegliche Sache

b) § 246 als Auffangtatbestand

3. Tathandlung

a) Begriff der „rechtswidrigen Zueignung“

b) Wiederholte Zueignung

VII. Strafantragserfordernis beim Diebstahl bzw. der Unterschlagung, §§ 247, 248a

VIII. Raub, § 249

1. Gewalt gegen eine Person

2. Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben

3. Gewalt oder Drohung als Mittel zur Wegnahme (Finalität)

4. Zueignungsabsicht

IX. Schwerer Raub, § 250

1. § 250 I: Erste Qualifikationsstufe

a) Bei-Sich-Führen einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs, § 250 I Nr. 1a

b) Bei-Sich-Führen sonstiger Werkzeuge oder Mittel, § 250 I Nr. 1b

c) Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung, § 250 I Nr. 1c

d) Bandenraub, § 250 I Nr. 2

2. § 250 II: zweite Qualifikationsstufe

a) Verwenden einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs, § 250 II Nr. 1

b) Bandenraub mit Waffen, § 250 II Nr. 2

c) Lebensgefährdender Raub und schwere körperliche Misshandlung, § 250 II Nr. 3

X. Raub mit Todesfolge, § 251

1. Die Regelung des § 251

a) Das Unmittelbarkeitskriterium

b) Tödliche Gewalt im Beendigungsstadium des Raubes

c) Subjektive Komponente

2. Versuch des § 251?

XI. Räuberischer Diebstahl, § 252

1. Übersicht

2. Abgrenzung von § 252, § 249 und § 240

3. „Auf frischer Tat betroffen“

4. Subjektiver Tatbestand

5. Teilnahmeprobleme

6. Konkurrenzen

XII. Räuberischer Angriff auf Kraftfahrer, § 316a

1. Überblick

2. Objektiver Tatbestand

3. Subjektiver Tatbestand

4. Konkurrenzen

5. § 316a III: Räuberischer Angriff auf Kraftfahrer mit Todesfolge

XIII. Sachbeschädigungsdelikte

1. Überblick

2. Begriff der Beschädigung und Zerstörung

3. Veränderung des Erscheinungsbildes, § 303 II

a) Lösung der Graffiti-Fälle nach § 303 I

b) Ansatz über § 303 II

§ 3 STRAFTATEN GEGEN SONSTIGE VERMÖGENSRECHTE

I. Pfandkehr und Vollstreckungsverweigerung, §§ 288, 289; Verstrickungsbruch und Siegelbruch, § 136

1. Übersicht
2. Pfandkehr, § 289
 - a) Übersicht
 - b) Zum Begriff der Wegnahme
3. Verweigerung der Zwangsvollstreckung, § 288
4. Verstrickungsbruch, Siegelbruch, § 136
 - a) Verstrickungsbruch, § 136 I
 - b) Siegelbruch, § 136 II

II. Jagd- und Fischwilderei, §§ 292, 293

1. Übersicht
2. Entwendung toten Wildes
3. Subjektiver Tatbestand

§ 4 STRAFTATEN GEGEN DAS VERMÖGEN ALS GANZES

I. Betrug, § 263

1. Übersicht
2. Betrug in Mehrpersonenverhältnissen
3. Objektiver Tatbestand
 - a) Täuschung über Tatsachen
 - b) Irrtum
 - c) Vermögensverfügung
 - d) Vermögensschaden
4. Subjektiver Tatbestand
 - a) Bereicherungsabsicht
 - b) Rechtswidrigkeit des erstrebten Vorteils
 - c) Stoffgleichheit
 - d) Bedingter Vorsatz hinsichtlich der Rechtswidrigkeit und Stoffgleichheit
5. § 263 V: Gewerbsmäßiger Bandenbetrug
6. § 263 III: Besonders schwere Fälle des Betrugs

II. Computerbetrug, § 263a

1. Tathandlungen
2. Beeinflussung des Ergebnisses eines Datenverarbeitungsvorgangs
3. Vermögensschaden, Bereicherungsabsicht und Stoffgleichheit
4. Konkurrenzen
5. Probleme im Zusammenhang mit Geldautomaten

III. Erschleichen von Leistungen, § 265a

1. Gesetzeszweck
2. Tathandlung
3. Tatobjekt
4. Eintritt eines Schadens
5. Subjektiver Tatbestand

IV. Versicherungsmissbrauch, § 265

- 1. Übersicht**
- 2. Objektiver Tatbestand**
- 3. Subjektiver Tatbestand**
- 4. Konkurrenzen**

V. Sportwettbetrug und Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben

VI. Erpressung, § 253

- 1. Unterschied zwischen § 253 und § 255**
- 2. Abgrenzung zum Betrug**

VII. Räuberische Erpressung, §§ 253, 255

VIII. Begünstigung, § 257

- 1. Übersicht**
- 2. Vortat**
- 3. Tathandlung**
- 4. Subjektiver Tatbestand**
- 5. Die Strafbarkeit von Vortatbeteiligten**

IX. Hehlerei, § 259

- 1. Übersicht**
- 2. Vollendete Vortat**
- 3. Keine Ersatzhehlerei**
- 4. Vortat eines anderen**
- 5. Tathandlungen**
 - a) Ankaufen**
 - b) Sich-Verschaffen**
 - c) Absetzen und Absetzenthelfen**
- 6. Subjektiver Tatbestand**
- 7. Hehlereiqualifikationen**

X. Geldwäsche, § 261

- 1. Einführung**
- 2. Tatbestand**
 - a) Vortat**
 - b) Tatobjekt**
 - c) Tathandlungen**
 - d) Subjektiver Tatbestand**
- 3. Sonstiges**
- 4. Konkurrenzen**

XI. Untreue, § 266

- 1. Übersicht**
- 2. Missbrauchstatbestand**
 - a) Anwendungsbereich**
 - b) Verpflichtungs- und Verfügungsbefugnis**
 - c) Vermögensbetreuungspflicht**
- 3. Treubruchtatbestand**
- 4. Sonstiges**

XII. Missbrauch von Scheck- und Kreditkarten, § 266b

- 1. Übersicht**
- 2. Missbrauch**
- 3. Garantiefunktion der Karte im „Drei-Partner-System“**
- 4. Schädigung des Kartenausstellers**

SCHON GEWUSST?

WIEDERHOLUNGSFRAGEN / RANDNUMMER

STICHWORTVERZEICHNIS

§ 1 EINLEITUNG

Unter den Oberbegriff der Vermögensdelikte fallen Straftaten, die sich gegen fremdes Vermögen als Ganzes oder gegen einzelne Vermögenswerte richten.

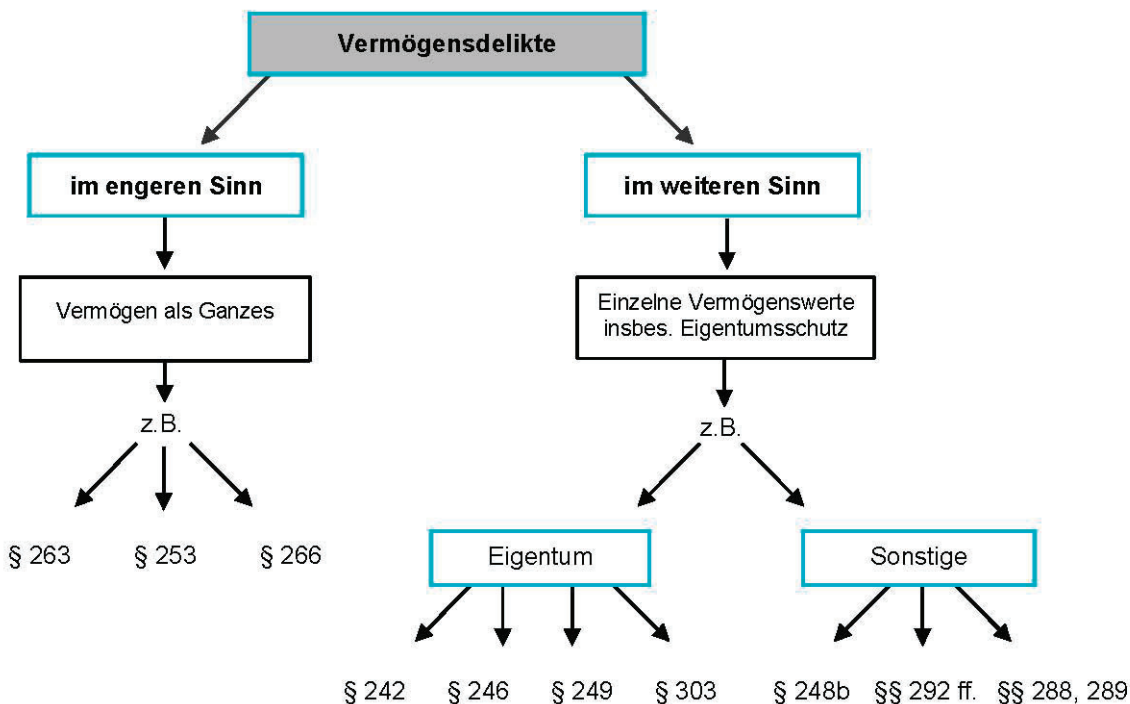
1

Die Bezeichnung „Vermögensdelikt“ wird in einem *engeren* und einem *weiteren* Sinn gebraucht: Ein Vermögensdelikt im engeren Sinn liegt vor, wenn der Eintritt eines Vermögensschadens zu den Voraussetzungen der Strafbarkeit gehört, während dies bei den Vermögensdelikten im weiteren Sinn nicht vom Tatbestand vorausgesetzt wird.

Zu den *Vermögensdelikten im engeren Sinn* zählen insbesondere der Betrug (§ 263¹), die Erpressung (§ 253) und die Untreue (§ 266). Sie unterscheiden sich in erster Linie durch die unterschiedlichen Angriffsrichtungen: § 263 schützt das Vermögen gegen eine durch „Täuschung“ herbeigeführte Minderung, während eine Erpressung die Anwendung von „Gewalt oder Drohungen“ voraussetzt. § 266 greift dagegen vor allem in den Fällen, in denen dem Täter eine besondere Verfügungsmöglichkeit über fremdes Vermögen eingeräumt wurde („Vermögensbetreuungspflicht“).

Zu den *Vermögensdelikten im weiteren Sinn* gehören insbesondere die *Eigentumsdelikte*: Diebstahl (§ 242), Unterschlagung (§ 246) und Raub (§ 249) betreffen die Entziehung, die Sachbeschädigungstatbestände der §§ 303 ff. dagegen v.a. die Beschädigung und Zerstörung des Eigentums. Taugliches Tatobjekt ist hier demnach immer eine „fremde Sache“.

Darüber hinaus werden auch die Straftaten gegen *sonstige spezialisierte Vermögenswerte*, wie etwa Gebrauchsmöglichkeiten (z.B. § 248b, § 248c, § 290), Aneignungsrechte (z.B. die §§ 292 ff.) und Gläubigerrechte (z.B. die §§ 288, 289) zu den Vermögensdelikten im weiteren Sinn gezählt.²



hemmer-Methode: Lernen Sie effektiv: Systematisieren Sie gedanklich die Vermögensdelikte! Mit einer klaren gedanklichen Struktur finden Sie im „Ernstfall“ sofort zu den einschlägigen Vorschriften. Beachten Sie: Als Bestandteil des Vermögens wird z.B. i.R.d. § 263 auch das Eigentum gegen einen Verlust durch Täuschung geschützt. Wer die Struktur der Vermögensdelikte kennt, kann auch schwierige Abgrenzungsfälle in den richtigen Gesamtzusammenhang stellen. Ein klassischer Fall ist etwa die Abgrenzung der „Vermögensverfügung“ i.R.d. Betrugs, § 263, zur „Wegnahme“ i.S.d. Diebstahltatbestands, § 242 (vgl. hierzu Rn. 134 ff.).

¹ §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des Strafgesetzbuches (StGB).

² Die beschriebene Einteilung der Vermögensstrafaten ist nicht frei von Überschneidungen. Gleichwohl hat sie sich durchgesetzt.

§ 2 STRAFTATEN GEGEN DAS EIGENTUM

I. Diebstahl, § 242

Prüfungsschema zu § 242 I

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

- a) Fremde bewegliche Sache (Tatobjekt)
- b) Wegnahme (Tathandlung)

2. Subjektiver Tatbestand

- a) Vorsatz (bzgl. aller objektiven Tatbestandsmerkmale)
- b) „Absicht, sich oder einem Dritten die Sache rechtswidrig zuzueignen“
 - aa) Zueignungsabsicht
 - bb) Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung (objektiv)
 - cc) Vorsatz bzgl. der Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung

II. Rechtswidrigkeit

III. Schuld

IV. Evtl. § 243 (Strafzumessungsregel)

V. Evtl. § 247 bzw. § 248a (Strafantragserfordernis)

hemmer-Methode: Schemata können immer nur eine Gedächtnisstütze sein. Bedenken Sie die Gefahr schematischen Lernens: Der Überblick und der Sinn für das Wesentliche im konkreten Einzelfall können verloren gehen. Vor allem müssen Sie erkennen, bei welchem Prüfungspunkt ein Auslegungsproblem besteht und dieses anhand juristischer Argumentationstechnik nachvollziehbar lösen.

Gerade im Besonderen Teil des Strafrechts ist dafür jedoch Voraussetzung, dass Sie den Aufbau der einzelnen Delikte sicher beherrschen. Die Ausführlichkeit und die Gewichtung müssen dabei an den Problemen des konkret zu lösenden Falls orientiert sein.

1. Taugliches Tatobjekt

Taugliches Tatobjekt des Diebstahls ist eine „*fremde bewegliche Sache*“.

a) Sache

Sachen sind nur körperliche Gegenstände (vgl. § 90 BGB).³ Auf den Aggregatzustand kommt es nicht an, solange die Sache von der Außenwelt abgrenzbar ist.

Bsp.: Gas in einer Gasflasche.

Der Sachbegriff ist nach dem Zweck des StGB und seinem natürlichen Wortsinn auszulegen, so dass z.B. auch ein Tier eine Sache im strafrechtlichen Sinn ist.⁴

Argumentieren lässt sich insoweit auch mit dem Wortlaut des § 324a I Nr. 1, der von „Tiere ... oder *andere* Sachen“ spricht. Vor allem spricht für eine Einordnung von Tieren als Sachen i.S.d. Strafrechts, dass diese sonst faktisch schutzlos wären. Nach Sinn und Zweck des Strafrechts sind somit Tiere als Sachen i.S.d. StGB anzusehen.

³ RG 29, 111.

⁴ Siehe dazu Graul, Zum Tier als Sache, JuS 2000, 215 - 220.

hemmer-Methode: Machen Sie sich klar, dass der strafrechtliche und der zivilrechtliche Sachbegriff nach diesem Verständnis nicht identisch sind. Gem. § 90a S. 1 BGB sind Tiere (anders als im Strafrecht) gerade keine Sachen, auch wenn sie weitgehend als solche behandelt werden.

Ob der Körper eines *lebenden* Menschen Sachqualität hat, ist umstritten. Es handelt sich dabei um einen fest umrissenen Gegenstand, so dass vertretbar ist, auch insoweit die Sachqualität grundsätzlich zu bejahen. Jedoch ist dann eindeutig aufgrund der Grundrechte die Eigentumsfähigkeit eines lebenden Menschen zu verneinen.

Im Einzelnen ist hier vieles umstritten. Generell kann man auch zwischen *natürlichen Körperteilen des lebenden Menschen*, die mit Abtrennung zu Sachen werden (Arm des Unfallopfers) und *künstlichen Implantaten* (Hüftprothese), die jedenfalls vor Einpflanzung oder nach Entnahme Sachqualität haben, unterscheiden.

Ebenso kontrovers diskutiert wird die Frage, ob ein *Leichnam* taugliches Tatobjekt i.S.d. § 242 sein kann. Die h.M.⁵ bejaht jedenfalls den Sachcharakter, lehnt aber das Merkmal der „Fremdheit“ ab, weil der leblose Körper zunächst herrenlos und insofern nicht eigentumsfähig sei.⁶ Eine Ausnahme wird etwa dann zugelassen, wenn die Sorgeberechtigten bezüglich des Toten zu Forschungszwecken die Überführung des Leichnams an ein Institut der Anatomie angeordnet haben und der Tote zur Überführung ausgehändigt wurde.⁷

b) Beweglichkeit der Sache

Beweglich ist eine Sache, wenn sie tatsächlich fortbewegt werden kann. Darunter fallen auch Teile von unbeweglichen Sachen i.S.d. Zivilrechts, sobald sie abgelöst wurden (z.B. ausgegrabener Baum). Voraussetzung ist demnach lediglich die *faktische Transportfähigkeit* des Gegenstandes.

3

c) Fremdheit der Sache

Eine Sache ist *fremd*, wenn sie im Allein-, Mit- oder Gesamthandseigentum eines anderen steht. Für die Beurteilung der Eigentumsverhältnisse sind die zivilrechtlichen Vorschriften über den Erwerb und Verlust des Eigentums maßgeblich.⁸ Bei der Feststellung der Fremdheit sind zwei Fragenkreise auseinander zu halten: Ist die Sache überhaupt eigentumsfähig und wenn ja, wer ist Eigentümer?

4

aa) Eigentumsfähigkeit

Eine Sache kann überhaupt nur dann fremd sein, wenn sie eigentumsfähig ist.

hemmer-Methode: Obwohl nicht eigentumsfähige Sachen als Tatobjekte des § 242 ebenso ungeeignet sind wie herrenlose Sachen, sollten Sie diese Begriffe zugunsten der dogmatischen Klarheit auseinanderhalten. § 958 I BGB, nach welchem über eine berechnigte Aneignung originär Eigentum an Sachen begründet werden kann, zeigt, dass auch herrenlose Sachen grundsätzlich eigentumsfähig sind.

Beliebtes Klausurproblem ist in diesem Bereich die Eigentumsfähigkeit der *menschlichen Leiche*, deren Sacheigenschaft die h.M.– wie oben gezeigt – grundsätzlich bejaht.

Nach vorzugswürdiger Auffassung sind Leichen grundsätzlich herrenlos, d.h. stehen nicht im Eigentum einer Person. Jedoch ist eine Aneignung gem. § 958 BGB möglich, soweit eine Berechnigung hierzu besteht.⁹ Nur wenn dies geschehen ist, kommt die Verwirklichung von Eigentumsdelikten wie Diebstahl oder Sachbeschädigung in Betracht.

Denken Sie bei der Beschädigung oder Zerstörung von Leichen(-teilen) immer auch an § 168. Der Tatbestand der *Störung der Totenruhe* schützt nicht etwa das Eigentum, sondern das postmortale Persönlichkeitsrecht des Verstorbenen und das Pietätsgefühl der Allgemeinheit (vgl. systematische Stellung im 11. Abschnitt des StGB). Dabei stellt sich die Frage nach der Sachqualität bzw. Eigentumsfähigkeit hier gerade nicht.

hemmer-Methode: Bei der Einäscherung Verstorbener erfolgt regelmäßig nach der Hauptverbrennung eine automatische Sortierung, bei welcher künstliche Gegenstände in ein eigenes Schubfach gelangen. Wenn nun etwa Zahngold aus einem

5 Nach a.A. besitzen menschliche Leichen als „Rückstand der Persönlichkeit“ keine Sacheigenschaft, so z.B. Maurach-Schröder, BT 1, § 32, Rn. 19.

6 Grüneberg-Heinrichs, Überbl. vor § 90, Rn. 11; Fischer, § 242, Rn. 8.

7 Näher zur Eigentumsfähigkeit von Leichen s.u. Rn. 4.

8 Vgl. BGHSt 6, 377 - 380.

9 Vgl. Grüneberg-Heinrichs, Überbl. vor § 90, Rn. 11.

solchen Behälter unbefugt entnommen wird, scheidet eine Strafbarkeit gem. § 242 regelmäßig daran, dass kein Berechtigter Eigentum an dem Zahngold gem. § 958 BGB durch Inbesitznahme begründet hat. Denn eine Aneignung ist dann ausgeschlossen, wenn die Asche zur Bestattung bestimmt ist. Das Zahngold ist damit „herrenlos“. Hinsichtlich einer Strafbarkeit gem. § 168 stellt sich die Frage, ob auch das Zahngold unter „Asche eines verstorbenen Menschen“ subsumierbar ist. Da darunter nach dem allgemeinen Sprachverständnis alle bei einer Verbrennung verbleibenden Rückstände zu verstehen sind, ist dies zu bejahen.¹⁰

bb) Nicht im Alleineigentum des Täters

Formuliert man die unter Rn. 4 gegebene Definition der Fremdheit um, so ist eine Sache fremd, wenn sie jedenfalls weder herrenlos ist noch dem Täter ausschließlich selbst gehört.

hemmer-Methode: Für die Strafbarkeit des Täters kommt es allein darauf an, ob die Sache für ihn fremd ist. Wer Eigentümer ist, muss dagegen nicht zwingend abschließend geklärt werden.

Herrenlose Sachen i.S.d. §§ 958 ff. BGB sind also nicht „diebstahlsfähig“. Sie gehören niemandem (z.B. freilebendes Wild¹¹).

Life&LAW: Herrenlos und damit nicht „fremd“ i.S.d. § 242 I StGB sind u.a. Sachen, bei denen der Eigentümer in der Absicht, auf das Eigentum zu verzichten, den Besitz an der Sache aufgibt (§ 959 BGB). – Die Entsorgung von Lebensmitteln eines Supermarktes in einen Abfallcontainer beinhaltet nicht zwingend einen Eigentumsverzicht. Steht der Container vielmehr abgesperrt auf dem Firmengelände zur Abholung durch ein Entsorgungsunternehmen bereit, macht der Eigentümer für Dritte deutlich erkennbar, dass keine Einwilligung bezüglich einer Mitnahme besteht, sondern das Eigentum nur zugunsten einer anderen Person – dem Entsorgungsunternehmen – aufgegeben wird.¹² Hiernach kann das sog. „Containern“ gem. § 242 I StGB strafbar sein.

Zu beachten ist, dass bei der Beurteilung der Eigentumsverhältnisse zivilrechtliche Rückwirkungsfiktionen (§§ 142 I, 1953 BGB) keine Rolle spielen, da es bei der Entscheidung über die Strafbarkeit eines bestimmten Verhaltens nur auf die aktuelle Sach- und Rechtslage ankommen kann.

5

Bsp.: Kaufmann K verkauft und übereignet einen Teppich an V. Wenig später nimmt er diesen Teppich aus der Wohnung des V weg. Kurz darauf ficht V die Übereignung des Teppichs wirksam an.

Obwohl K infolge der Anfechtung der Übereignung nach zivilrechtlicher Sichtweise rückwirkend (§ 142 I BGB) Eigentümer des Teppichs geworden ist, handelt es sich hierbei zum Zeitpunkt der Tat (vgl. § 8) um eine für ihn fremde Sache i.S.d. § 242, die somit ein taugliches Diebstahlsobjekt darstellt.

Steht die Sache im Alleineigentum des Täters, ist sie aber mit einem Recht eines Dritten (z.B. einem Pfandrecht) belastet, kommt ein Diebstahl von vornherein nicht in Betracht. Zu denken ist in diesem Zusammenhang aber an die Pfandkehr, § 289.

Life&LAW: Der BGH hat bekräftigt, dass auch illegale Drogen taugliches Tatobjekt eines Diebstahls sein können. Allein die Tatsache, dass eine rechtsgeschäftliche Übertragung des Eigentums an § 134 BGB scheitert und der Besitz der Drogen nach dem BtMG strafbar ist, ändert nichts daran, dass z.B. beim Herstellen der Drogen Eigentum begründet wurde. Auch ist es unerheblich, wenn der tatsächliche Eigentümer nicht mehr ermittelt werden kann. Wenn A aus dem Versteck des B z.B. Heroin wegnimmt, macht er sich damit regelmäßig gem. § 242 strafbar.¹³

2. Tathandlung: Wegnahme

Unter einer Wegnahme versteht man den Bruch fremden und die Begründung neuen (nicht notwendig tätereigenen) Gewahrsams.

6

a) Gewahrsamsbegriff

¹⁰ Siehe dazu BGH, Beschluss vom 30.06.2016 – 5 StR 71/15 = Life&LAW 12/2015, 909 - 915 sowie OLG Bamberg, NJW 2008, 1543 - 1547 = Life&LAW 10/2008, 675 - 679 = **jurisbyhemmer**. (Wenn dieses Logo hinter einer Fundstelle abgedruckt wird, finden Sie die Entscheidung online unter „**juris by hemmer**“: www.hemmer.de.)

¹¹ Beachten Sie bei der unrechtmäßigen Aneignung von Wild: Über die §§ 292, 293 wird das Aneignungsrecht des Jagdberechtigten als spezialisierter Vermögenswert geschützt. Siehe dazu Rn. 105 ff.

¹² Vgl. BayObLG, Beschluss vom 02.10.2019 - 206 StRR 1013/19, 206 StRR 1015/19, besprochen in Life&LAW 05/2020, 309 - 312 = **jurisbyhemmer**.

¹³ Vgl. BGH, NJW 2006, 72 - 73, besprochen in Life&LAW 05/2006, 333 - 336. Kritisch insoweit Fischer, § 242, Rn. 5a sowie BGH, Beschluss vom 01.06.2016 – 2 StR 335/15 = Life&LAW 11/2016, 769 - 775 = **jurisbyhemmer**.

Beim strafrechtlichen Gewahrsamsbegriff handelt es sich um ein *rein tatsächliches Herrschaftsverhältnis*, so dass es auf eine bestimmte Berechtigung zur Sachherrschaft nicht ankommt. Der Gewahrsamsbegriff ist daher von dem die Fremdheit der Sache bestimmenden Eigentumsbegriff (*rechtliche Herrschaftsmacht*) strikt zu trennen.

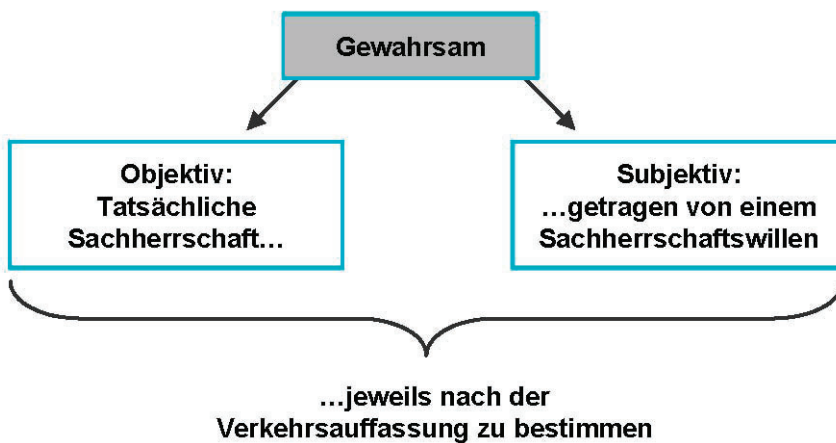
7

Der Gewahrsam des § 242 ist damit dem unmittelbaren Besitz i.S.d. § 854 BGB ähnlich, aber nicht gleichbedeutend: Der Besitzdiener (§ 855 BGB) kann Gewahrsam haben, hat aber keinen Besitz i.S.d. BGB. Der Vermieter, Verpächter, Verleiher hat zwar mittelbaren Besitz i.S.d. § 868 BGB, jedoch regelmäßig keinen Gewahrsam.

Gleiches gilt für einen Erben, welcher keine tatsächliche Sachherrschaft innehat. Die Besitzfiktion des § 857 BGB, nach welcher der unmittelbare Besitz des Erben zur Zeit des Erbfalles fingiert wird, gilt somit ebenfalls nicht im Strafrecht.¹⁴

hemmer-Methode: § 857 BGB hat den Sinn und Zweck, den gutgläubigen Dritterwerb zu Lasten der Erben über die Anwendung des § 935 I BGB zu verhindern. Dies hat nichts zu tun mit dem strafrechtlichen Schutz des Eigentums, so dass diese Fiktion im StGB keine Rolle spielt.

Der Begriff des „Gewahrsams“ enthält im Wesentlichen drei Elemente: Zum einen muss der Inhaber die tatsächliche Sachherrschaft besitzen (*objektives Element*), zum anderen den Willen zur Sachherrschaft (*subjektives Element*). Beide Voraussetzungen werden durch eine Beurteilung nach der *Verkehrsauffassung*, die im Strafrecht oft auch als die „Anschauungen des täglichen Lebens“ bezeichnet wird, relativiert (*normatives Element*).



aa) Tatsächliche Sachherrschaft

Die Frage nach der Begründung der tatsächlichen Sachherrschaft ist von entscheidender Bedeutung, da erst zu diesem Zeitpunkt die Vollendung des Diebstahls eintreten kann.

8

Tatsächliche Sachherrschaft als objektives Gewahrsamselement ist dann zu bejahen, wenn der Verwirklichung des Willens zur physisch-realen Einwirkung auf die Sache unter normalen Umständen keine wesentlichen Hindernisse entgegenstehen.¹⁵

Zur Begründung der tatsächlichen Sachherrschaft ist die Herstellung einer engen räumlichen Beziehung zwischen Person und Sache erforderlich. Eine derartige enge Beziehung ist insbesondere dann gegeben, wenn Gegenstände zur eigenen Verfügung in der Kleidung, der Hand oder sonst am Körper des Täters getragen werden (sog. „Gewahrsamsenklave“).

Nach der Verkehrsanschauung besteht in objektiver Hinsicht trotz räumlicher Trennung Gewahrsam, z.B. an

- einem geparkten Fahrzeug
- einem frei herumlaufenden Haustier
- einem zurückgelassenen Unfallwagen

Auch an Sachen, die der Besitzer an einem bestimmten Ort *vergessen* hat, besteht weiter Gewahrsam, wenn der Besitzer diese ohne

¹⁴ Sch-Sch-Eser, § 242, Rn. 31; Fischer, § 242, Rn. 11.

¹⁵ Vgl. bereits RGSt 60, 271.

äußere Hindernisse zurückerlangen kann. Man spricht hier von einer *Gewahrsamslockerung*.¹⁶

Kein Gewahrsam besteht aber an *verlorenen* Sachen, wenn der bisherige Gewahrsamsinhaber den Aufenthaltsort nicht kennt. Hier hat der bisherige Inhaber die tatsächliche Einwirkungsmöglichkeit auf die Sache verloren.

Beachten Sie: Ausnahmsweise besteht auch an verlorenen Sachen weiter Gewahrsam, wenn sie im eigenen, räumlich umgrenzten Herrschaftsbereich (*Gewahrsamssphäre*; es genügt genereller Gewahrsamswille, siehe sogleich) verbleiben.

Dagegen kann neuer, fremder Gewahrsam begründet werden, wenn die Sache nicht im öffentlichen Verkehrsraum, sondern in einer fremden Gewahrsamssphäre verbleibt: So entsteht an z.B. in Gaststätten, Geschäftsräumen oder auch an in der Bahn verlorenen Sachen Gewahrsam des Inhabers der jeweiligen Räumlichkeit.

hemmer-Methode: Eigentümer und Gewahrsamsinhaber können also ohne weiteres auseinanderfallen. So liegt ein Diebstahl auch vor, wenn das Opfer einen Gegenstand z.B. in einer Gaststätte verloren hat und der Täter den Gewahrsam des Gaststättenbetreibers bricht, bevor er neuen begründet.

Verliert der bisherige Gewahrsamsinhaber jedoch seinen Gewahrsam außerhalb einer solchen Gewahrsamssphäre (z.B. auf der Straße oder im Wald), so wird die Sache regelmäßig gewahrsamslos. In Betracht kommt dann regelmäßig nur eine Strafbarkeit wegen Unterschlagung, § 246 I.

hemmer-Methode: Gerade das Vergessen von Sachen in einer fremden Gewahrsamssphäre und das An-Sich-Nehmen durch einen Dritten ist häufig Prüfungsgegenstand. Wer hier § 246 statt § 242 anwendet, tappt in die Falle des Klausurerstellers.

bb) Sachherrschaftswille

Der *subjektive* Sachherrschaftswille wird allgemein als natürlicher Wille angesehen, d.h. auch Kinder oder Geisteskranke können diesen Willen haben¹⁷; Geschäftsfähigkeit ist gerade nicht erforderlich.

9

Gewahrsamsinhaber können mangels Willensfähigkeit keine juristischen Personen, sondern nur natürliche Personen (Menschen) sein. Bei juristischen Personen ist das jeweils zuständige Organ Träger der Sachherrschaft, z.B. der Behördenleiter einer Behörde.

Für die Ermittlung des Sachherrschaftswillens ist wiederum die Verkehrsauffassung entscheidend:

So ist ein *genereller und potentieller Gewahrsamswille* ausreichend.¹⁸ Spezialisiertes und ständig aktualisiertes Sachherrschaftsbewusstsein ist somit nicht nötig.

(1) Ein *genereller* Gewahrsamswille ist z.B. bei einem Wohnungsinhaber bzgl. aller Sachen in seiner Wohnung zu bejahen. Hier geht man davon aus, dass der Inhaber eines räumlich umgrenzten Herrschaftsbereiches regelmäßig den Willen hat, die tatsächliche Gewalt über alle Sachen auszuüben, die sich in diesem Herrschaftsbereich befinden (sog. „generell beherrschter Raum“).

Dieser Gewahrsamswille kann sich auch auf Sachen beziehen, die in der Zukunft in den eigenen Herrschaftsbereich gelangen. Demgemäß erhält man Gewahrsam an allen Briefen, die in den eigenen Briefkasten geworfen werden. Man spricht hier von einem *antizipierten Erlangungswillen*.¹⁹

Life&LAW: Steckt der Täter einen Gegenstand in Zueignungsabsicht in seine Kleidung, so schließt er allein durch diesen tatsächlichen Vorgang die Sachherrschaft des Bestohlenen aus und begründet eigenen ausschließlichen Gewahrsam. Die Verkehrsauffassung weist daher im Regelfall einer Person, die einen Gegenstand in der Tasche ihrer Kleidung trägt, die ausschließliche Sachherrschaft zu, und zwar auch dann, wenn er sich noch im Gewahrsamsbereich des Berechtigten befindet.²⁰

(2) Darüber hinaus genügt auch ein sog. *potentieller Gewahrsamswille*: Bewusstlose - ebenso wie Schlafende - bleiben Gewahrsamsinhaber. Tote dagegen haben mangels Sachherrschaftswillens nie Gewahrsam. Nach h.M. hat der Bewusstlose aber auch dann bis zum Todeseintritt Gewahrsam, wenn er später stirbt, ohne das Bewusstsein wiedererlangt zu haben. Begründet wird dies vor allem damit, dass es keinen Unterschied machen kann, ob ein Bewusstloser noch einmal aus seinem Zustand „aufwacht“ oder nicht. Denn entscheidend für die Beurteilung der Strafbarkeit eines Verhaltens ist stets die konkrete Tatsituation.

b) Mitgewahrsam

16 Sch-Sch-Eser, § 242, Rn. 26.

17 Siehe BGHSt 20, 32 - 33 (33) bezüglich Betrunkener und Kindern als Gewahrsamsinhaber.

18 Sch-Sch-Eser, § 242, Rn. 30.

19 Vgl. Sch-Sch-Eser, § 242, Rn. 30.

20 Vgl. BGH, Urteil vom 06.03.2019 – 5 StR 593/18 = Life&LAW 09/2019, 615 - 619 = [jurisbyhemmer](#). Unser Service-Angebot an Sie: kostenlos hemmer-club-Mitglied werden (www.hemmer-club.de) und Entscheidungen der Life&LAW lesen und downloaden.