

ERSTER ABSCHNITT:

Straftaten gegen das Eigentum

§ 1 Diebstahl (§§ 242-244a, 247, 248a; 248b; 248c StGB)

I. § 242 StGB

1. Tatobjekt (fremde bewegliche Sache)

Fall 1: – *Übereignung des »Dirnenlohns«?* –

Peter (P) gab der Prostituierten Vera (V) einen Geldschein als Vorauszahlung für den vereinbarten Geschlechtsverkehr. Anschließend nahm er ihr den Geldschein heimlich wieder ab, da er von Veras »Gegenleistung« enttäuscht war. 1

Strafbarkeit des P?

P könnte wegen Diebstahls (§ 242 StGB) strafbar sein. Dann müsste es sich bei dem Geldschein um eine für ihn *fremde bewegliche Sache* gehandelt haben.

Sache im Sinne des Diebstahlstatbestandes ist gleichbedeutend mit »körperlicher Gegenstand« (§ 90 BGB)¹.

Tiere unterfallen dem Sachbegriff des § 242 StGB (und anderer Straftatbestände, die ihn verwenden, z.B. § 303 StGB). § 90a BGB steht dem nicht entgegen, da die Vorschrift nach systematischer Stellung und ratio legis nicht die Funktion hat, den Strafrechtsschutz des Eigentums an Tieren zu tangieren². Im Übrigen könnte man auf die *Analogieermächtigung in § 90a S. 3 BGB* rekurrieren, und zwar ohne Verstoß gegen das Analogieverbot des Art. 103 II GG, denn nach zutreffender Ansicht gilt es für die Akzessorietät strafrechtlicher Begriffe zum Zivilrecht, z.B. zu dessen Eigentumsbegriff, nicht³.

Forderungen und sonstige Rechte scheiden dagegen aus.

Auch **wertlose Sachen**, z.B. Privatbriefe, sind taugliche Diebstahlobjekte⁴, da das in § 242 StGB geschützte Rechtsgut Eigentum lediglich eine »formale Rechtsposition« bezeichnet⁵.

Unerheblich ist der Aggregatzustand der Sache, sodass auch Flüssigkeiten, Dämpfe und Gase unter den Sachbegriff der Eigentumsdelikte fallen⁶.

¹ Eser/Bosch, in: Sch/Sch, § 242 Rn. 9; Kühl, in: Lackner/Kühl, § 242 Rn. 2; Ranft, JA 1984, 2.

² Graul, JuS 2000, 215 ff.; Küper, JZ 1993, 435 ff.; Schmitz, in: MK², § 242 Rn. 26.

³ Dazu m.w.N.: Krey, Studien zum Gesetzesvorbehalt, S. 227; Eser/Hecker, in: Sch/Sch, § 1 Rn. 33.

⁴ Vogel, in: LK¹², § 242 Rn. 44 (h.M.).

⁵ Eser/Bosch, in: Sch/Sch, § 242 Rn. 3. Eine materielle Einschränkung des formalen Eigentums-schutzes sei aber »in jenen Fällen möglich, in denen nach allgemeiner Lebenserfahrung Entscheidungsinteressen des Eigentümers von vornherein keine Rolle spielen« (aaO, Rn. 6), z.B. beim »ei-genmächtigen Geldwechseln« - dazu Fall 14 (Rn. 57 ff.).

⁶ RG St 44, 335 (Heizdampf-Fall); Eser/Bosch, in: Sch/Sch, § 242 Rn. 9.

Elektronen lassen sich zwar dem Begriff der Sache subsumieren⁷, die elektrische Energie ist aber keine »Sache«⁸. Elektronische Daten sind – anders als die Träger der Daten – ebenfalls keine Sachen⁹.

2 Ob die Sache **beweglich** ist, bestimmt sich nicht nach bürgerlichem Recht, sondern danach, ob sie tatsächlich fortbewegt werden kann. Dabei ist für § 242 StGB ausreichend, dass die weggenommene Sache erst zum Zweck der Wegnahme von einer unbeweglichen Sache losgelöst wurde (z.B. Türen und Fenster eines Gebäudes; Getreide auf dem Halm).

3 **Fremd** ist nach ganz h.M. eine Sache, die in fremdem Eigentum steht, also einem anderen als dem Täter gehört, wobei das Zivilrecht maßgeblich ist¹⁰.

Daher ist z.B. auch eine nur **zur Sicherung übereignete Sache** für den Sicherungsgeber »fremd« i.S. des § 242 StGB¹¹.

Herrenlose Sachen (§§ 959-961 BGB) scheiden als Diebstahlsubjekte aus, sodass es unzutreffend ist, als fremde Sachen diejenigen zu bezeichnen, die »nicht dem Täter gehören«

(eine häufig in Klausuren anzutreffende, aber – da sie herrenlose Sachen mit erfasst – fehlerhafte Umschreibung des Merkmals »fremd«).

Steht die Sache im **Miteigentum** (§ 1008 BGB) oder besteht an ihr **Gesamthandseigentum** (z.B. §§ 718 f. BGB), so ist sie für den Miteigentümer bzw. das Mitglied der Gesamthandsgemeinschaft »fremd«¹².

Der Umstand, dass die rechtsgeschäftliche Übereignung einer Sache wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB) ausscheidet, schließt die Eigentumsfähigkeit nicht aus; auch *Betäubungsmittel* sind deshalb nach zutreffender Auffassung – diebstahlstaugliche – fremde Sachen¹³. Da § 134 BGB der Übereignung des »Dealgeldes« entgegensteht, bleibt der Käufer des Rauschgiftes im Übrigen Eigentümer des übergebenen Geldes¹⁴.

4 Strittig ist, welche Konsequenzen **§ 241a BGB** besitzt, nach dem ein Unternehmer, der einem Verbraucher unbestellte Sachen zusendet, grundsätzlich keine (Schadensersatz-, Herausgabe- und Nutzungs-) Ansprüche gegen den Verbraucher hat. Zum Teil wird dieser Regelung Relevanz für den Fremdheitsbegriff der §§ 242 ff.,

⁷ Vgl. *Hohmann*, in: MK², § 248c Rn. 2 (Elektronen selbst seien „Teil der Materie“).

⁸ *RG* St 29, 111; 32, 165; *Schramm*, JuS 2008, 678 (679); siehe dazu auch *Brodowski*, ZJS 2010, 144; vgl. die Spezialbestimmung des § 248c StGB.

⁹ *Heghmanns/Kusnik*, CR 2011, 248 (249); *Lober/Weber*, MMR 2005, 653 (655); *Wessels/ Hillenkamp*, Rn. 74; vgl. auch *Hellmann*, FS-Samson, 2010, S. 661 (674) – zu § 259 StGB.

¹⁰ Z.B. *Hoyer*, in: SK, § 242 Rn. 11 ff.; *Kindhäuser*, in: NK, § 242 Rn. 15 ff.; *Kudlich/ Noltensmeier*, JA 2007, 863 (864 f.); *Schmitz*, in: MK², § 242 Rn. 31 ff.

¹¹ Krit. gegenüber der strikten Bindung an das bürgerliche Recht aber *Otto*, 40/9 ff.

¹² Vgl. *Fischer*, § 242 Rn. 5b.

¹³ *BGH*, NJW 2006, 72 f. m. zust. Anm. *Hauck*, ZIS 2006, 37; *BGH*, NStZ-RR 2009, 22 f.; *Fischer*, § 242 Rn. 5a; *Schramm*, JuS 2008, 678 (680). A.A. mit beachtlichen Argumenten *Schmitz*, in: MK², § 242 Rn. 14; diff. *Wolters*, FS-Samson, 2010, S. 495 (500 ff.).

¹⁴ *BGH* St 31, 145 (146 ff.).

303 StGB zugesprochen und zur Untermauerung der These herangezogen, dass »fremd« nicht auf die zivilrechtlichen Eigentumsverhältnisse Bezug nehme, sondern die Sache fremd sei, »wenn ein anderer ein stärkeres Vermögensrecht, eine umfassendere Vermögensposition an der Sache innehat als der Täter«¹⁵. Ein solches stärkeres Vermögensrecht habe der Verbraucher auf Grund des § 241a BGB hinsichtlich der unbestellten Sache mit der Folge, dass die Wegnahme der Sache durch einen Dritten – oder sogar durch den Unternehmer, dessen Eigentum trotz § 241a BGB bestehen bleibt – einen Diebstahl zum Nachteil des Verbrauchers darstelle¹⁶.

Dieser Sicht wird – m.E. zu Recht – entgegengehalten, dass sie zwar für die Fälle unbestellter Sachen eine gewisse Plausibilität beanspruchen kann, die Orientierung der Fremdheit an der stärkeren Vermögensposition statt am Eigentum für andere Konstellationen, insbesondere die Sicherungsübereignung, aber nicht überzeugt. Dem Sicherungseigentum des Sicherungsnehmers würde der erforderliche strafrechtliche Schutz – auch vor Angriffen des Sicherungsgebers, der die stärkere Vermögensposition innehat – weitgehend entzogen; dies widerspräche jedoch gerade dem Sinn und Zweck der Sicherungsabrede¹⁷. Gravierender noch ist es, dass die Loslösung des Fremdheitsbegriffs vom zivilrechtlichen Eigentum zu erheblichen Unklarheiten führen würde, da die wirtschaftliche Betrachtung selten eindeutige Ergebnisse liefern wird.

– Die aus § 241a BGB folgenden Rechte des Verbrauchers können im Strafrecht berücksichtigt werden, indem die Vorschrift als Rechtfertigungsgrund anerkannt wird¹⁸. –

Der Geldschein war also für P eine fremde Sache, wenn er bei der Wegnahme *im* **5**
Eigentum eines anderen – der V – stand. P hatte ihr den Schein nach § 929 S. 1 BGB übereignet. Die Übereignung könnte aber gegen die guten Sitten verstoßen und damit gemäß § 138 I BGB nichtig sein, was zur Folge hätte, dass der Geldschein noch P gehörte. Die früher h.M. wendete auf das *Kausalgeschäft* (die Vereinbarung über die Gewährung von Geschlechtsverkehr gegen Entgelt) § 138 I BGB an und betrachtete den »Vertrag« zwischen »Dirnen« und ihren »Freiern« als sittenwidrig¹⁹. Nach § 1 des Gesetzes zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten (Prostitutionsgesetz – ProstG²⁰) begründet jedoch die Vereinbarung eines Entgelts für sexuelle Handlungen eine rechtswirksame Forderung, sodass an

¹⁵ *Otto*, Jura 2004, 389 (390); dagegen *Tachau*, Ist das Zivilrecht strenger als das Strafrecht?, 2005, S. 163 ff.

¹⁶ *Otto*, Jura 2004, 389 (390); ebso. *Lamberz*, JA 2008, 425 (428): »faktisches Eigentum« des Verbrauchers auf Grund § 241a BGB; zu den *zivilrechtlichen* Konsequenzen siehe *Mitsch*, ZIP 2005, 1017 ff.

¹⁷ *Matzky*, NStZ 2002, 458 (461 f.).

¹⁸ *Matzky*, NStZ 2002, 458 (462 f.). Ebso. für eine Lösung auf der Rechtswidrigkeitsebene *Reichling*, JuS 2009, 111 (113 f.); *Wessels/Beulke/Satzger*, Rn. 283a. Dagegen *Otto*, FS-Beulke, 2015, S. 507 (514).

¹⁹ *BGH* St 6, 377 (378 ff.); a.A. *Kühne*, ZRP 1975, 184.

²⁰ Vom 20.12.2001, BGBl. I, 3983. Zur »käuferlichen Liebe in Deutschland heute« *Hilgendorf*, FS-Kühne, 2013, S. 91 ff.

der Wirksamkeit des Verfügungsgeschäfts, also der Übereignung des Geldscheins, keine Zweifel bestehen. V erlangte somit Eigentum an ihrem »Lohn«.

P hat daher eine *fremde bewegliche Sache* weggenommen

– näher zur Wegnahme Rn. 12 ff. –;

damit ist der *objektive* Tatbestand des § 242 StGB erfüllt.

6 Auch der subjektive Tatbestand ist gegeben:

P hat bezüglich der Merkmale des objektiven Tatbestandes vorsätzlich gehandelt; dass er geglaubt hat, das Geld stehe noch in seinem Eigentum, ist nicht anzunehmen. Die erforderliche Zueignungsabsicht liegt ebenfalls vor. Die beabsichtigte Zueignung war auch rechtswidrig, da der Täter *keinen* bürgerlich-rechtlichen Anspruch auf Rückübereignung und Rückgabe des Geldes hatte (nach der alten Rechtslage stand § 817 S. 2 BGB einem Rückforderungsanspruch entgegen). Es ist zudem nicht anzunehmen, P habe gemeint, ihm stehe ein solcher Anspruch zu, sodass er auch bezüglich der Rechtswidrigkeit der Zueignung vorsätzlich handelte.

Näher zum subjektiven Tatbestand des Diebstahls *Fälle 15 ff. (Rn. 61 ff.)*.

Ergebnis: P hat den Tatbestand des § 242 StGB erfüllt. Rechtswidrigkeit und Schuld sind unproblematisch gegeben; P ist also wegen Diebstahls strafbar.

Fall 2: – *Menschliche Leiche als fremde Sache?* –

7 Medizinstudent Süßbruch (S) entwendete aus der Anatomie eine Leiche, um sie zu Hause zur Vertiefung seines Wissens zu sezieren.

Strafbarkeit des S?

a) § 242 StGB?

Problem: Hat S eine **fremde bewegliche Sache** weggenommen?

(1) Die menschliche Leiche ist nach einer verbreiteten Mindermeinung keine **Sache** im Rechtssinne, sondern »Rückstand der Persönlichkeit«²¹.

Auch nach dieser Ansicht sind aber nicht zur Bestattung bestimmte Leichen, die – infolge Zeitablaufs und Erlöschens des Pietätsempfindens zulässigerweise – in Museen verwahrt werden (Mumien, Moorleichen) oder die – mit Einwilligung des Verfügungsberechtigten²² – der Anatomie überlassen sind, Sachen i.S. des Bürgerlichen Rechts und des StGB²³.

Nach zutreffender h.M. kommt Leichen dagegen ganz allgemein Sachqualität zu²⁴, da es zur Achtung des – ohnehin nicht von allen Menschen empfundenen – Pietätsgefühls der Annahme eines außerrechtlichen Begriffs wie des »Rückstands der Persönlichkeit« nicht bedarf, um zu verhindern, dass der – zur Bestattung bestimm-

²¹ *OLG München*, NJW 1976, 1805; Maurach/Schroeder/Maiwald, Bd. 1, 32/19; weitere Nachweise bei *Vogel*, in: LK¹², § 242 Rn. 14.

²² Dazu *Vogel*, in: LK¹², § 242 Rn. 14 m.w.N.

²³ Maurach/Schroeder/Maiwald, Bd. 1, 32/19, 22.

²⁴ *Ellenberger*, in: Palandt, BGB, vor § 90 Rn. 11; *Eser/Bosch*, in: Sch/Sch, § 242 Rn. 10, 21; *Gropp*, JuS 1999, 1041 (1043); *Kindhäuser*, in: NK, § 242 Rn. 12, 26; *Mitsch*, BT 2 S. 5; *Schmitz*, in: MK², § 242 Rn. 30; *Vogel*, in: LK¹², § 242 Rn. 14.

te – Leichnam im Zivil- und Strafrecht wie ein Gegenstand behandelt wird. Letztlich ist die Einordnung nämlich wenig bedeutsam, da §§ 242 ff. StGB (ebenso § 303 StGB) eine **fremde** Sache voraussetzen, sodass entscheidend für den strafrechtlichen Schutz der Leiche durch §§ 242, 246 und 303 StGB ist, ob die Leiche in fremdem Eigentum steht.

Die Leiche war nicht zur Bestattung bestimmt, sondern der Anatomie überlassen; sie war daher sowohl nach h.A. als auch nach der Mindermeinung eine Sache.

(2) Es fragt sich, ob sie einem anderen als dem Täter gehörte und damit **fremd** i.S. des § 242 StGB war. Grundsätzlich stehen Leichen in niemandes Eigentum; sie sind dem Rechtsverkehr entzogen²⁵. Für ihren Schutz greifen also grundsätzlich nicht §§ 242, 246, 303 StGB ein, sondern es gilt nur § 168 StGB. **8**

Ausnahmsweise sind aber auch Leichen fremde Sachen, nämlich dann, wenn sie – zulässigerweise – der Bestattung entzogen und Museen (»Ötzi«) oder wissenschaftlichen Instituten überlassen sind²⁶.

Danach war die Leiche für S eine fremde Sache, da sie einem anderen (Anatomie) gehörte. S hat also einen Diebstahl begangen.

b) § 168 StGB

Die Vorschrift ist ihrem Wortlaut nach erfüllt. Es kommen aber als Tatobjekte nur solche Leichen bzw. Leichenteile (»Körper oder Teile des Körpers verstorbener Menschen«) in Betracht, die nicht in fremdem Eigentum stehen²⁷; denn § 168 StGB dient nach h.M. dem »Schutz der Totenruhe« und dem Pietätsempfinden der Allgemeinheit gegenüber den Verstorbenen und ihren Ruhestätten, nicht dem Schutz fremden Eigentums²⁸. **9**

§ 168 StGB scheidet also aus.

Ergänzende Hinweise zu § 242 StGB:

(1) Für **Leichenteile** gilt bezüglich ihrer Fremdheit dasselbe wie für die Leiche selbst²⁹. **10**

(2) **Zahngold**, das mit der Asche einer eingäscherten Leiche der Urne übergeben werden soll, ist herrenlos und somit mangels Fremdheit kein taugliches Diebstahlsubjekt³⁰; es kommen jedoch § 168 StGB – und ggf. § 133 I StGB (wenn das Krematorium in öffentlich-rechtlicher Form betrieben wird) – in Betracht³¹.

²⁵ Siehe die Nachweise in Fn. 24.

²⁶ *Ellenberger*, in: Palandt, BGB, vor § 90 Rn. 11; *Eser/Bosch*, in: Sch/Sch, § 242 Rn. 21.

²⁷ *Lenckner/Bosch*, in: Sch/Sch, § 168 Rn. 3; *Otto*, 64/12; *Rudolphi/Rogall*, in: SK, § 168 Rn. 4.

²⁸ *BGH St 50* (80, 89 f.); *Heger*, in: Lackner/Kühl, § 168 Rn. 1; ähnl. *Fischer*, § 168 Rn. 2, der als Schutzgut ein »Allgemeininteresse im Bereich des öffentlichen Friedens« betrachtet.

²⁹ *Kindhäuser*, in: NK, § 242 Rn. 12, 26; *Vogel*, in: LK¹², § 242 Rn. 14.

³⁰ *OLG Bamberg*, NJW 2008, 1543 (1547) m. Bspr. *Kudlich*, JA 2008, 391 (393); *OLG Hamburg*, NJW 2012, 1601 (1603) m. Anm. *Stoffers*; offen gelassen *OLG Nürnberg*, NJW 2010, 2071 m. Bspr. *Kudlich*, JA 2010, 226 ff.

³¹ So *OLG Bamberg*, NJW 2008, 1543 ff. m. Bspr. *Kudlich*, JA 2008, 391 (393); *OLG Hamburg*, NJW 2012, 1601 (1606) m. zust. Anm. *Stoffers*; a.A. *OLG Nürnberg*, NJW 2010, 2071 (2073 f.).

(3) **Körperteile lebender Menschen** werden mit ihrer Abtrennung grundsätzlich Eigentum der Person, von deren Körper sie abgetrennt wurden³².

(4) An **in den Körper eingefügten therapeutischen Hilfsmitteln** wie Herzschrittmachern hat grundsätzlich ihr Träger Eigentum³³; stirbt er, so geht sein Eigentum gemäß § 1922 I BGB auf die Erben über³⁴.

(5) Sachen, die **einem Toten mit ins Grab gegeben** werden, bleiben solange Eigentum des Spenders, bis das Grab aufgelassen (eingeebnet) wird³⁵.

Ergänzender Hinweis zu § 168 StGB:

- 11 Ob die ohne Einwilligung (des Spenders oder) der Hinterbliebenen vorgenommene Entnahme von Transplantaten (= »Teile des Körpers eines verstorbenen Menschen« i.S. des § 168 StGB) bei einem im Krankenhaus Verstorbenen den Tatbestand dieser Vorschrift erfüllt, ist streitig (verneinend zu Recht die h.M., da es an der »Wegnahme aus dem Gewahrsam des Berechtigten« fehle: Gewahrsam hat die Klinik)³⁶.

2. Tathandlung (Wegnahme)

Fall 3: – Diebstahl bei »Erbenbesitz«?

- 12 Prof. Morgenrot (M) erlitt auf einem Spaziergang nach einer unerfreulichen Fakultätsratssitzung eine plötzliche Herzattacke. Eberhardt (E) eilte herbei und nahm dem Toten die Brieftasche aus der Jacke. Die Erben des M erstatteten Strafanzeige.

Strafbarkeit des E?

a) § 242 StGB

Die Brieftasche gehörte den Erben des M (§ 1922 I BGB), als E sie an sich nahm, war sie also für ihn eine *fremde bewegliche Sache*. Es fragt sich, ob E die Brieftasche i.S. des § 242 StGB weggenommen hat.

Wegnahme bedeutet Bruch fremden und Begründung neuen (nicht notwendig tätereigenen) Gewahrsams³⁷.

Der Diebstahl richtet sich deshalb gegen das Eigentum und zugleich gegen den *Gewahrsam*, der nach h.M. neben dem Eigentum *Schutzobjekt* des § 242 StGB ist; geschütztes Rechtsgut beim Diebstahl ist – anders als bei der Unterschlagung – nicht nur das Eigentum, sondern auch der Gewahrsam³⁸. Somit sind Eigentümer und Gewahrsamsinhaber Verletzte des Dieb-

³² BGH bei Dallinger, MDR 1958, 739; Eser/Bosch, in: Sch/Sch, § 242 Rn. 20; Kindhäuser, in: NK, § 242 Rn. 25; ders., BT II, 2/24; Vogel, in: LK¹², § 242 Rn. 12.

³³ Hoyer, in: SK, § 242 Rn. 4, 5, 16 m.w.N.; zu Unrecht verneint eine verbreitete Ansicht die *Sachqualität* solcher Hilfsmittel – so u.a. Kindhäuser, BT II, 2/26.

³⁴ Hoyer, in: SK, § 242 Rn. 16 m.w.N. pro und contra.

³⁵ Str.; Nachweise bei Ruß, in: LK¹¹, § 242 Rn. 11.

³⁶ So Geilen, JZ 1971, 43 f.; Lenckner/Bosch, in: Sch/Sch, § 168 Rn. 6 m.w.N.; Otto, 64/13 f. Differenzierend KG, NSiZ 1990, 185 f.: Mitgewahrsam des Ehemannes an der Leiche seiner im Krankenhaus verstorbenen Ehefrau mit Gestattung des Abholens der Leiche annimmt.

³⁷ Eser/Bosch, in: Sch/Sch, § 242 Rn. 22; Hohmann/Sander, BT I, 1/16; Hoyer, in: SK, § 242 Rn. 20 ff.; Maurach/Schroeder/Maiwald, Bd. 1, 33/11, 25 ff. Abw. Kargl, JuS 1996, 971 (975 f.).

³⁸ BGH St 10, 400 (401); Hoyer, in: SK, § 242 Rn. 1; Kleszczewski, BT 2, S. 28; Rengier I, 2/1; Vogel, in: LK¹², vor § 242 Rn. 59 ff.; a.A. Eser/Bosch, in: Sch/Sch, § 242 Rn. 1/2; Kindhäuser, in: NK, vor § 242 Rn. 1, 4; Mitsch, BT 2, S. 4; Rönnau, JuS 2009, 1088.

stahls, sodass beide in den Fällen der §§ 247, 248a StGB – unabhängig voneinander – Strafantrag stellen können³⁹. Da der Streit über das Schutzgut des § 242 StGB allenfalls ausnahmsweise relevant wird, nämlich dann, wenn die Verfolgung eines Diebstahls einen Strafantrag erfordert und diesen nur der Gewahrsamsinhaber – nicht dagegen der Eigentümer – stellt, sind Ausführungen dazu in der Klausur allein in diesem Fall zu machen.

Taugliches Tatobjekt des § 242 StGB ist also nur eine solche fremde bewegliche Sache, die in fremdem Gewahrsam steht; gewahrsamslose Sachen können nicht gestohlen werden.

»**Gewahrsam**« ist die von einem Herrschaftswillen getragene tatsächliche Sachherrschaft⁴⁰. Ob ein tatsächliches Herrschaftsverhältnis besteht – und der Betroffene einen Beherrschungswillen hatte – ist nach der sozialen Anschauung (»natürliche Auffassung des täglichen Lebens«)⁴¹ zu bestimmen.

Die soziale Anschauung ordnet die tatsächliche Sachherrschaft bestimmten **Gewahrsamssphären** zu. So stehen die Gegenstände, die jemand in der Hand, in seiner Kleidung oder in Taschen, Beuteln usw. bei sich trägt, in seinem Gewahrsam (»Körpersphäre«). Sachen in einer Wohnung, einem Dienst- oder Geschäftsraum oder einem Fahrzeug (Pkw, Lkw, Wohnwagen, Boot usw.) werden grundsätzlich der Sachherrschaft des Inhabers der Räumlichkeit zugeordnet (Rn. 18 ff.).

Da somit das tatsächliche Herrschaftsverhältnis maßgeblich ist, kann »Gewahrsam« nicht mit dem Besitz i.S. des Zivilrechts gleichgesetzt werden:

Deshalb kann z.B. der Besitzdiener, der nach § 855 BGB kein Besitzer ist, i.S. des Strafrechts (Mit-)Gewahrsam haben (vgl. Fall 7, Rn. 25 ff.)⁴². Der mittelbare Besitzer (§ 868 BGB) ist jedoch nicht schon wegen seines mittelbaren Besitzes (Mit-)Gewahrsamsinhaber⁴³.

Die Erben waren gemäß § 857 BGB Besitzer der Brieftasche, als E sie an sich nahm. Der Erbenbesitz reicht, wenn er – wie hier – nicht mit einer tatsächlichen Sachherrschaft verbunden ist, für die Annahme fremden Gewahrsams nicht aus⁴⁴.

Die Sache war also **gewahrsamslos**, sodass ein Bruch fremden Gewahrsams entfällt. E hat die Brieftasche folglich nicht »weggenommen«; er ist daher nicht aus § 242 StGB schuldig.

b) § 246 I StGB?

– Zur Problematik der sog. »Fundunterschlagung« vgl. Fall 44 (Rn. 227 ff.). –

³⁹ Vogel, in: LK¹², § 247 Rn. 6; einschr. BGH St 10, 400; Kühl, in: Lackner/Kühl, § 247 Rn. 2; a.A. Eser/Bosch, in: Sch/Sch, § 247 Rn. 10 f.; Kindhäuser, in: NK, § 247 Rn. 11.

⁴⁰ Eser/Bosch, in: Sch/Sch, § 242 Rn. 23; Maurach/Schroeder/Maiwald, Bd. 1, 33/12 ff.; Mitsch, BT 2 S. 12; auf einen »Herrschaftswillen« verzichtet Hoyer, in: SK, § 242 Rn. 21.

⁴¹ BGH St 16, 271 (273); 22, 180 (182); Eser/Bosch, in: Sch/Sch, § 242 Rn. 23, 25, 29, 30; Kühl, in: Lackner/Kühl, § 242 Rn. 9; Maurach/Schroeder/Maiwald, Bd. 1, 33/12, 13, 16, 20; Vogel, in: LK¹², § 242 Rn. 54. Krit. Timmermann, Diebstahl und Betrug im Selbstbedienungsladen, 2014, S. 39 ff., nach der Gewahrsam hat, wer bestimmt, wo sich die Sache befindet S. 50 ff., 160.

⁴² RG St 56, 115 (116 f.); Eser/Bosch, in: Sch/Sch, § 242 Rn. 31; Fischer, § 242 Rn. 11; Kindhäuser II, 2/57; Schmitz, in: MK², § 242 Rn. 49.

⁴³ RG St 56, 115 (116 f.); Fischer, § 242 Rn. 11.

⁴⁴ RG St 58, 228 (229).

Fall 4: – *Schlafende und Bewusstlose als Gewahrsamsinhaber* –

- 16 Abwandlung von *Fall 3*: M war – was E auch bemerkte – bewusstlos, als E die Brieftasche an sich nahm; M starb später, ohne das Bewusstsein wiedererlangt zu haben.
Strafbarkeit des E aus § 242 StGB?

Bis zum Eintritt seiner Bewusstlosigkeit hatte M Gewahrsam an der Brieftasche; diesen könnte er infolge der Bewusstlosigkeit verloren haben.

Nach der Auffassung des täglichen Lebens verliert der Gewahrsamsinhaber nicht schon dadurch die **tatsächliche Sachherrschaft**, dass er einschläft oder bewusstlos wird. Auch der für den Gewahrsam erforderliche **Herrschaftswille** wird durch Schlaf oder Bewusstlosigkeit nicht ausgeschlossen, da der Gewahrsamsinhaber »nicht ständig auf der Lauer zu liegen« braucht⁴⁵. Demnach geht ein bestehender Gewahrsam grundsätzlich nicht durch Schlaf oder Bewusstlosigkeit verloren⁴⁶.

- 17 Dies soll nach einer Entscheidung des *BayObLG* jedoch nicht gelten, wenn die Bewusstlosigkeit ohne Unterbrechung in den Tod übergeht, da in einem solchen Fall rückschauend die Behinderung in der Gewahrsamsausübung nicht nur vorübergehend gewesen sei⁴⁷.

Die *h.L.*⁴⁸ und der *BGH*⁴⁹ widersprechen dem; das Gericht führt hierzu aus:

»Gewahrsam eines erheblich Verletzten an seinen neben ihm liegenden Sachen ist nicht schon deshalb zu verneinen, weil er nicht mehr fähig ist, etwas zu deren Schutz zu unternehmen. *Diesen Gewahrsam verliert er auch nicht rückwirkend, wenn er infolge der Verletzungen verstirbt.*«

Stellungnahme: Gegen die Ansicht des *BayObLG* spricht schon, dass für die Beurteilung einer Tat als Diebstahl der *Zeitpunkt der Vollendung* maßgeblich sein muss. Nach dem Urteil des *BayObLG* würde ein vom Täterverhalten völlig unabhängiges *späteres* Geschehen (Tod des Bewusstlosen) eine zunächst (im Tatzeitpunkt) als Diebstahl zu wertende Tat *rückwirkend* zur Unterschlagung machen. Diese Ungewissheit der endgültigen strafrechtlichen Beurteilung des Täters (§§ 242 oder 246 StGB?) trotz Vorliegens der tatbestandsmäßigen Handlung ist aber systemwidrig.

Ergebnis: Als E die Brieftasche an sich nahm, stand sie noch im Gewahrsam des M; E hat sie diesem also *weggenommen*. Er ist daher nach § 242 StGB strafbar.

Fall 5: – »*Generell beherrschter Raum*«; »*genereller Gewahrsamswille*« –

- 18 Die Hausgehilfin Erna (E), die im Haus ihrer Arbeitgeber, der Eheleute Reich, wohnte, hatte im Schlafzimmer der Eheleute ein Schmuckstück an sich genommen und in ihrem Zimmer unter der Wäsche versteckt. Sie wollte es später ihrem Freund geben, der es »zu Geld machen sollte«. E kamen jedoch Bedenken und sie legte das Schmuckstück zurück.
Strafbarkeit der E?

⁴⁵ *Eser/Bosch*, in: Sch/Sch, § 242 Rn. 30.

⁴⁶ *BGH* St 4, 211; 20, 32 (33 a.E.); *Kindhäuser*, in: NK, § 242 Rn. 36; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Bd. 1, 33/18; *Schmitz*, in: MK², § 242 Rn. 53; *Wessels/Hillenkamp*, Rn. 87.

⁴⁷ *BayObLG*, JR 1961, 188.

⁴⁸ Statt vieler *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, 13/52; *Eser/Bosch*, in: Sch/Sch, § 242 Rn. 30; *Kindhäuser*, in: NK, § 242 Rn. 36.

⁴⁹ *BGH*, JR 1986, 294 m. Anm. *Lampe*; siehe auch *BGH*, NStZ 2010, 33.

Problem: Liegt nur ein *versuchter* Diebstahl vor, der wegen Rücktritts gemäß § 24 I StGB straflos wäre, oder war der Diebstahl schon *vollendet*?

Als Grundsatz gilt, dass Wohnungsinhaber an allen in der Wohnung befindlichen Gegenständen Gewahrsam haben⁵⁰, denn nach der Verkehrsauffassung besteht an allen Sachen, die sich in einem »generell beherrschten Raum« (**räumlicher Machtbereich**) befinden, in aller Regel die tatsächliche Herrschaft des Rauminhabers⁵¹. Dieser muss nicht wissen, dass der Gegenstand in seine Wohnung gelangt ist oder wo sich die Sache befindet; innerhalb einer Wohnung (bzw. eines Hauses) verlegte Sachen unterfallen deshalb grundsätzlich der Sachherrschaft des Wohnungs- (bzw. Haus-) inhabers⁵².

Der Ladeninhaber hat ebenfalls an allen in seinem Ladengeschäft befindlichen Waren zumindest (Mit-)Gewahrsam, wobei es unerheblich ist, ob er den Warenbestand im Einzelnen kennt⁵³.

Innerhalb des eigenen »räumlichen Machtbereichs« ist nach der Verkehrsauffassung zudem ein »genereller Gewahrsamswille« anzunehmen: **19**

Der generelle Gewahrsamswille erstreckt sich z.B. auf alle in den eigenen Briefkasten geworfenen Postsendungen⁵⁴; auf die innerhalb des eigenen räumlichen Machtbereichs verlegten, verlorenen⁵⁵ oder von einem Dritten versteckten Sachen⁵⁶; auf den verliehenen Pkw, der vereinbarungsgemäß wieder vor der Wohnung des Eigentümers abgestellt worden ist, sei es auch in dessen Abwesenheit⁵⁷.

Grundsätzlich stehen also die in einem **generell beherrschten Raum** befindlichen Sachen im Gewahrsam des Rauminhabers. **20**

So verliert z.B. ein Juwelier den Gewahrsam an einem Ring nicht dadurch, dass mit seinem Einverständnis ein Kunde sich den Ring zur Ansicht an den Finger steckt; ebenso wenig geht der Gewahrsam eines Kaufmanns an Textilien unter, die Kunden in seinem Laden anprobieren⁵⁸.

Der Begriff des »generell beherrschten Raums« ist nicht zu eng zu verstehen; daher stehen z.B. Waren, die für einen Ladeninhaber vor seinem noch geschlossenen Geschäft abgestellt werden, grundsätzlich im Gewahrsam des Ladeninhabers⁵⁹. Der Gewahrsam des Wohnungsinhabers an den in der Wohnung befindlichen Sachen bleibt selbst dann erhalten, wenn er länger abwesend ist (Reise), und zwar regelmäßig auch gegenüber den die Wohnung bewachenden Hausangestellten⁶⁰.

⁵⁰ BGH St 10, 400; 16, 271 (273); Vogel, in: LK¹², § 242 Rn. 65.

⁵¹ Vgl. Eser/Bosch, in: Sch/Sch, § 242 Rn. 26.

⁵² Maurach/Schroeder/Maiwald, Bd. 1, 33/21; Vogel, in: LK¹², § 242 Rn. 65.

⁵³ BGH, NStZ-RR 2015, 142 (LS), Entscheidungsgründe bei BeckRS 2015, 05557 (Rn. 8).

⁵⁴ Eser/Bosch, in: Sch/Sch, § 242 Rn. 30; Rengier I, 2/13, 14.

⁵⁵ Kindhäuser, in: NK, § 242 Rn. 40; Kühl, in: Lackner/Kühl, § 242 Rn. 11.

⁵⁶ Rönna, JuS 2009, 1088 (1089).

⁵⁷ BGH, GA 1962, 78; Kindhäuser, in: NK, § 242 Rn. 37.

⁵⁸ Kindhäuser, in: NK, § 242 Rn. 39; Vogel, in: LK¹², § 242 Rn. 65.

⁵⁹ BGH, JZ 1968, 307 m. Anm. R. Schmitt; Kindhäuser, in: NK, § 242 Rn. 37.

⁶⁰ BGH St 10, 400; 16, 271 (273); Wessels/Hillenkamp, Rn. 92.

- 21 Ausnahmsweise kann allerdings innerhalb »generell beherrschter Räume« der Gewahrsam des Rauminhabers an den in seinem Machtbereich befindlichen Sachen verloren gehen:

Das ist z.B. der Fall, wenn in Warenhäusern ein Dieb – kleinere – Sachen in seiner Kleidung oder in mitgebrachten Taschen verschwinden lässt⁶¹ (*Fall 12, Rn. 48 ff.*), oder wenn – wie hier – der Täter die Sache innerhalb des räumlichen Machtbereichs eines anderen *versteckt*, um sie später fortzuschaffen, es sei denn, dass der Täter zu dem Versteck nicht ohne weiteres freien Zugang hat (z.B. die fraglichen Räume nicht betreten darf)⁶².

Das bloße Zurechtlegen der Diebesbeute für ihren Abtransport stellt dagegen grundsätzlich noch keine vollendete Wegnahme dar⁶³. Ob darin ein unmittelbares Ansetzen zum Diebstahlsversuch liegt, hängt von den konkreten Umständen ab⁶⁴. Hat der Täter die Sache (in casu Metallschrott) bereits in seinen Transporter auf dem Betriebsgelände verladen, so setzt er dadurch unmittelbar zum Diebstahl an⁶⁵.

Danach hatte die E, als sie das Schmuckstück versteckte, den Gewahrsam der Eheleute Reich nicht etwa nur gelockert, sondern gebrochen und neuen (hier: eigenen) Gewahrsam begründet; das Merkmal **Wegnahme** ist also gegeben.

Auch der subjektive Tatbestand des § 242 StGB ist erfüllt; zudem hat E rechtswidrig und schuldhaft gehandelt.

E ist also aus § 242 StGB schuldig.

Ihre Tat wird gemäß § 247 StGB (»häusliche Gemeinschaft«) nur auf *Antrag verfolgt*.

Fall 6: – *Gewahrsamsverhältnisse an außerhalb des eigenen räumlichen Machtbereichs verlorenen Sachen* –

- 22 Im Treppenhaus eines großen Miethauses verlor der Mieter X seine Brieftasche. Der Kurierdienstbote Karsten (K) fand sie, verließ mit ihr das Haus und behielt sie.

Strafbarkeit des K?

a) § 242 StGB

Die Brieftasche war für K eine *fremde* bewegliche Sache, da sie einem anderen (X) gehörte.

Problem: Hat K die Brieftasche *weggenommen* oder scheidet Wegnahme mangels Bruchs fremden Gewahrsams aus?

(1) Befand sich die Brieftasche noch im **Gewahrsam** des X? Sachen, die der Gewahrsamsinhaber außerhalb seines eigenen räumlichen Machtbereichs verliert, stehen grundsätzlich nicht mehr in seinem Gewahrsam⁶⁶. Etwas anderes kann al-

⁶¹ Bei umfangreicherer Beute, z.B. sechs Flaschen Whiskey, die in zwei mitgebrachten Tüten verstaut wurden, gilt dies nicht, *BGH*, NStZ-RR 2013, 276 f.

⁶² *RG St* 53, 175 f.; *KG*, JR 1966, 308; *Eser/Bosch*, in: *Sch/Sch*, § 242 Rn. 24, 26, 39; *Kindhäuser*, in: *NK*, § 242 Rn. 40.

⁶³ *Eser/Bosch*, in: *Sch/Sch*, § 242 Rn. 39.

⁶⁴ *OLG Hamm*, BeckRS 2009, 24585 (II. 1). Muss der Täter erst an den Tatort zurückkehren und noch Hindernisse, z.B. einen Zaun, überwinden, so scheidet ein unmittelbares Ansetzen aus; *Walter*, NStZ 2008, 156 f., gegen *LG Potsdam*, NStZ 2007, 336 ff.

⁶⁵ *BGH*, BeckRS 2014, 19718 (Rn. 3).

⁶⁶ *BGH*, GA 1969, 25; *Eser/Bosch*, in: *Sch/Sch*, § 242 Rn. 28; *Fischer*, § 242 Rn. 15; *Kindhäuser*, in: *NK*, § 242 Rn. 40; *Rengier I*, 2/39.

lenfalls dann gelten, wenn er sich erinnert, wo er die Sache verloren hat, und sie ohne weiteres zurückerlangen kann⁶⁷.

Danach hatte X den Gewahrsam an der Brieftasche verloren, als K sie fand.

(2) Bei Sachen, die in einem **fremden Herrschaftsbereich** vergessen oder verloren werden, kann aber der Inhaber des fremden räumlichen Machtbereichs Gewahrsam erlangt haben: 23

Der Besitzer eines Kinos, Theaters, Restaurants oder Ladens erwirbt Gewahrsam an den vergessenen Sachen der Besucher⁶⁸. Wenn also z.B. der Kellner (bzw. Platzanweiser) im Restaurant (bzw. Kino) eine vergessene Sache an sich nimmt und behält, begeht er einen Diebstahl, da er den Gewahrsam des Wirtes (bzw. Kinobesitzers) bricht⁶⁹.

Die Deutsche Bahn AG erlangt Gewahrsam an den im Zug vergessenen Gegenständen, und zwar bei Weiterfahrt des Zuges⁷⁰.

In einer Telefonzelle vergessene Sachen gehen in den Gewahrsam der Telekom über⁷¹.

Hier fehlt es aber an einem solchen Gewahrsamserwerb durch den Inhaber eines fremden räumlichen Machtbereichs. Nach der Verkehrsanschauung fiel die Brieftasche bei ihrem Verlust im Treppenhaus nicht etwa in den »gemeinsamen« Gewahrsam aller an dem Haus »Nutzungsberechtigten«⁷². Die Annahme eines solchen Gewahrsams aller Mieter an im Hausflur verlorenen Sachen wäre lebensfremd. Vielmehr war die Brieftasche, als K sie fand, nach der Auffassung des täglichen Lebens *gewahrsamslos*⁷³. 24

Ergebnis: § 242 StGB scheidet aus.

b) § 246 StGB?

– Zur »Fundunterschlagung« vgl. *Fall 44 (Rn. 227 ff.)*. –

Fall 7: – *Probleme des Mitgewahrsams* –

Im Ladengeschäft des Kaufmanns Soll (S) durfte außer ihm nur der Verkäufer Haben (H) die Kasse bedienen. Eines Tages entnahm S kurz nach Feierabend der Kasse 1.000 Euro und warf anschließend dem H vor, dieser habe den Betrag unterschlagen. S hatte die Tageseinnahme am Vormittag seinem Gläubiger im Voraus gemäß §§ 930, 868, 688 BGB zur Sicherheit übereignet. 25

Strafbarkeit des S nach § 242 StGB?

Die entnommenen Geldscheine im Betrage von 1.000 Euro waren für S fremde bewegliche Sachen, da sie auf Grund der wirksamen Sicherungsübereignung

⁶⁷ *Eser/Bosch*, in: Sch/Sch, § 242 Rn. 28; *Hellmann/Beckemper*, JuS 2001, 1095; *Kindhäuser*, in: NK, § 242 Rn. 40; *Rengier I*, 2/39; *Schmitz*, in: MK², § 242 Rn. 71.

⁶⁸ Vgl. *OLG Hamm*, NJW 1969, 620; *Kindhäuser*, in: NK, § 242 Rn. 40.

⁶⁹ H.M.; so u.a. *Eser/Bosch*, in: Sch/Sch, § 242 Rn. 28; *Hoyer*, in: SK, § 242 Rn. 36; *Rengier I*, 2/30 f.; abw. *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, 13/47, 49 f.

⁷⁰ *Eser/Bosch*, in: Sch/Sch, § 242 Rn. 28; *Kindhäuser*, in: NK, § 242 Rn. 40; *Kühl*, in: Lackner/Kühl, § 242 Rn. 9; abw. *RG St* 38, 444; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Bd. 1, 33/21.

⁷¹ *Hellmann/Beckemper*, JuS 2001, 1059.

⁷² So aber *Vogel*, in: LK¹², § 242 Rn. 66.

⁷³ Vgl. *BGH*, GA 1969, 25 (26).

(hier: *antizipiertes Besitzkonstitut*, bei dem die Einigung über den Eigentumsübergang und die Vereinbarung des Besitzmittlungsverhältnisses, § 868 BGB, erfolgt sind, bevor der Veräußerer Eigentümer und Besitzer der Sache war⁷⁴)

dem Gläubiger gehörten.

Problem: Hat S die Scheine weggenommen?

Haben der Täter und ein Dritter **Mitgewahrsam**, so differenziert die *überkommene Auffassung* zwischen gleichrangigem Mitgewahrsam einerseits und mehrstufigem Mitgewahrsam andererseits:

26 (1) Gleichrangiger Mitgewahrsam

Bei gleichrangigem Mitgewahrsam kann jeder der Mitgewahrsamsinhaber gegen den anderen einen Gewahrsamsbruch begehen⁷⁵.

Gleichrangiger Mitgewahrsam kommt etwa in den folgenden Fällen in Betracht:

Eheleute an gemeinsam benutztem Inventar der ehelichen Wohnung; Mitglieder einer OHG an den dieser gehörenden Sachen⁷⁶; Vermieter und Student am mitgemieteten Inventar einer Studentenbude⁷⁷; mehrere Kassenverwalter, die nur gemeinsam den Tresor öffnen können⁷⁸. Ein gleichrangiger Mitgewahrsam von S und H scheidet hier aus; vielmehr hatte H *allenfalls* untergeordneten Mitgewahrsam, wie sich aus dem Folgenden ergibt.

27 (2) Mehrstufiger Mitgewahrsam

Liegt zwischen den Inhabern der Sachgewalt ein Verhältnis der Über- und Unterordnung vor, so soll nach einer Auffassung der Inhaber des untergeordneten Mitgewahrsams den übergeordneten Mitgewahrsam brechen und dadurch einen Diebstahl begehen können; dagegen schützt § 242 StGB nicht den untergeordneten Mitgewahrsam gegenüber dem Inhaber des übergeordneten Mitgewahrsams⁷⁹.

Für die Beantwortung der Frage, ob gleichrangiger oder mehrstufiger Mitgewahrsam vorliegt, sei die nach den sozialen Umständen zu beurteilende »Vor-, Nach- oder Gleichrangigkeit der faktischen Verfügungsmöglichkeit« maßgeblich⁸⁰.

28 Mehrstufiger Mitgewahrsam wird u.a. angenommen (der Träger nur *untergeordneten* Mitgewahrsams ist jeweils *kursiv* gesetzt):

Zwischen dem *Wächter* einer Sammelgarage, der einen Zündschlüssel des abgestellten Wagens erhält, und dem Fahrzeughalter⁸¹; bei *Hausangestellten*, deren Obhut ihre Arbeitgeber während einer Reise die Wohnung überlassen haben⁸².

⁷⁴ Bassenge, in: Palandt, BGB, § 930 Rn. 10.

⁷⁵ Eser/Bosch, in: Sch/Sch, § 242 Rn. 32; Hohmann/Sander, BT I, 1/32; Kühl, in: Lackner/Kühl, § 242 Rn. 13; Maurach/Schroeder/Maiwald, Bd. 1, 33/23 ff.; Vogel, in: LK¹², § 242 Rn. 75.

⁷⁶ Vogel, in: LK¹², § 242 Rn. 18, 20 (»Gesamthandseigentum«).

⁷⁷ Fischer, § 242 Rn. 14; Maurach/Schroeder/Maiwald, Bd. 1, 33/24.

⁷⁸ Eser, Strafrecht 4, Fall 2 A 36.

⁷⁹ OLG Hamm, JMBINW 1965, 10; Eser, Strafrecht 4, Fall 2 A 34; Fischer, § 242 Rn. 14a; Rengier I, 2/16; Vogel, in: LK¹², § 242 Rn. 76.

⁸⁰ Eser, Strafrecht 4, Fall 2 A 35.

⁸¹ BGH St 18, 221.

⁸² BGH St 10, 400.

Im Verhältnis Lkw-Fahrer/Geschäftsherr soll bei Fernfahrten regelmäßig Ersterer Alleingewahrsam haben, während er bei kürzeren Transporten, solange eine Einwirkungsmöglichkeit des Geschäftsherrn bestehe, grundsätzlich nur (untergeordneten) Mitgewahrsam habe⁸³. Diese Differenzierung ist jedoch angesichts der heutigen Verkehrsverhältnisse lebensfremd, da auch bei Auslieferungsfahrten in einem Ort ein jederzeitiger Zugriff des Auftraggebers in der Regel ausscheiden wird⁸⁴.

Im Verhältnis Post/Briefträger hat Letzterer an den von ihm zuzustellenden Briefen Alleingewahrsam⁸⁵.

Zu denselben Ergebnissen gelangt die **zutreffende Gegenmeinung**, welche die Figur des untergeordneten Mitgewahrsams ablehnt, da im Falle eines Subordinationsverhältnisses die Verkehrsanschauung dem übergeordneten Inhaber der Sache gewalt den (Allein-) Gewahrsam zuordnet⁸⁶. Die untergeordnete Person wird bisweilen als »Gewahrsamsdiener«, »Gewahrsamshüter« bzw. »Gewahrsamsgehilfe« bezeichnet. Diese Begriffe dürfen jedoch nicht mit dem zivilrechtlichen Terminus des Besitzdieners (§ 855 BGB) gleichgesetzt werden, denn für die Bestimmung des strafrechtlichen Gewahrsamsbegriffs sind die zivilrechtlichen Besitzregelungen nicht maßgeblich⁸⁷.

Kassierer haben dann Alleingewahrsam, wenn sie **eigenverantwortlich** die Kasse verwalten (z.B. wenn allein der Kassierer den Kassenschlüssel hat).

BGH St 8, 273 (275): »Denn die alleinige Verantwortung setzt voraus, dass niemand gegen den Willen des Kassierers Geldbeträge aus der Kasse entnehmen darf. Das wird auch in derartigen Fällen i.d.R. streng innegehalten. Der Geschäftsinhaber oder Vorgesetzte hat zwar ein Weisungsrecht, darf aber nach den Gepflogenheiten selbst keine Beträge aus der Kasse entnehmen, sondern bedarf dazu der Mitwirkung des Kassierers. Dieses Weisungsrecht begründet deshalb noch keinen Mitgewahrsam, insbesondere wenn der Kassierer allein den Kassenschlüssel hat.«⁸⁸

Im Übrigen hat der Ladeninhaber Alleingewahrsam an den Waren und dem in der Kasse befindlichen Geld⁸⁹. Das gilt m.E. auch, wenn außer dem Kassierer nur der »Prinzipal«, aber kein anderer Mitarbeiter, die Kasse bedienen darf.

Danach hatte H **keinen** Gewahrsam (bzw. nach der Gegenauffassung allenfalls – durch § 242 StGB nicht geschützten – untergeordneten Mitgewahrsam).

Ergebnis: § 242 StGB scheidet aus. (S ist aber aus § 246 StGB schuldig.)

⁸³ Siehe dazu *BGH St 2, 317 (318); BGH, GA 1979, 390; Kudlich*, in: *SSW*, § 242 Rn. 24; *Kühl*, in: *Lackner/Kühl*, § 242 Rn. 13; *Rengier I, 2/19; Vogel*, in: *LK¹²*, § 242 Rn. 80.

⁸⁴ *Schmitz*, in: *MK²*, § 242 Rn. 74.

⁸⁵ *Eser/Bosch*, in: *Sch/Sch*, § 242 Rn. 33 (a.E.).

⁸⁶ *Eser/Bosch*, in: *Sch/Sch*, § 242 Rn. 32; *Gössel*, Bd. 2, 7/36; *Haffke*, *GA 1972*, 225; *Hoyer*, in: *SK*, § 242 Rn. 45; *Kühl*, in: *Lackner/Kühl*, § 242 Rn. 13; *Schmitz*, in: *MK²*, § 242 Rn. 75; *Zopfs*, *ZJS 2009*, 506 (509).

⁸⁷ *Schmitz*, in: *MK²*, § 242 Rn. 77.

⁸⁸ Ebso. *BGH, NStZ-RR 2001*, 268 f.; *Fischer*, § 242 Rn. 14; *Franke*, *JuS 1978*, 116; *Rengier I, 2/37; Vogel*, in: *LK¹²*, § 242 Rn. 79.

⁸⁹ *RG St 30, 88; 77, 34 (38); BGH St 8, 273 (275); Rengier I, 2/36; Vogel* (in: *LK¹²*, § 242 Rn. 79) nimmt untergeordneten Mitgewahrsam der Angestellten an den Waren und dem eingehenden Geld an.