

Eine Mindermeinung (*Wessels/Hillenkamp* Rn. 71) vertritt dagegen einen sozial-normativen Gewahrsamsbegriff. Dieser zeichnet sich dadurch aus, dass der das erforderliche Herrschaftsverhältnis nicht nach tatsächlichen Gegebenheiten, sondern nach der sozial-normativen Zuordnung der Sache zur Herrschaftssphäre einer Person bestimmt.

Im praktischen Ergebnis dürften sich die unterschiedlichen Gewahrsamsbegriffe dagegen kaum unterscheiden. Bsp.: Traktor des gerade im Stall arbeitenden Bauern auf dem Feld.

- Nach dem sozial-normativen Gewahrsamsbegriff hat der Bauer Gewahrsam am Traktor, da sich dieser in einer Herrschaftssphäre (seinem Feld) befindet, die ihm sozial zugeordnet wird.
- Auch der faktische Gewahrsamsbegriff gelangt zur Bejahung von Gewahrsam. Zwar kann der Bauer die Herrschaft über den Traktor aktuell nicht ausüben. Da sich die Sachherrschaft jedoch nach der Verkehrsanschauung bemisst, fließen in die Beurteilung auch wertende Aspekte mit ein. Dazu gehört namentlich auch die Zuordnung einer Sache zu einem Herrschaftsbereich (*Rengier* BT I § 2 Rn. 13). Aufgrund der Berücksichtigung dieser Umstände gelangt auch die h.M., trotz räumlicher Entfernung des Bauern, lediglich zum Vorliegen einer Gewahrsamslockerung, nicht aber eines Gewahrsamsverlustes.

Das notwendige Herrschaftsverhältnis ist jedenfalls immer dann gegeben, wenn der unmittelbaren Verwirklichung des Einwirkungswillens auf die Sache keine Hindernisse entgegenstehen. Daher kann auch der Dieb Gewahrsam an der gestohlenen Sache erlangen und somit seinerseits um die Beute bestohlen werden (*Wessels/Hillenkamp* Rn. 73 m.w.N.).

aa) Verhältnis von Gewahrsam zu Eigentum und Besitz

Gewahrsam darf nicht mit diesen Begriffen gleichgesetzt werden.

- Die Eigentumslage ist anhand sachenrechtlicher Vorschriften zu bestimmen. Für den Gewahrsam kommt es dagegen nach h.M. allein auf die tatsächlichen Verhältnisse an (*Rengier* BT I § 2 Rn. 12).
- Verwandter sind da schon Besitz und Gewahrsam. Oftmals wird der Besitzer einer Sache auch Gewahrsamsinhaber sein. Jedoch sind auch diese Begriffe nicht identisch: So muss der mittelbarer Besitzer (§ 868 BGB) nicht eo ipso auch Gewahrsam an der Sache haben (Bsp.: Wer einem anderen ein Fahrrad oder leer stehende Räume zur Benutzung überlässt, behält als Verleiher oder Vermieter den mittelbaren Besitz (§ 868 BGB), hat aber keinen Gewahrsam. Auch der Besitzdiener (§ 855 BGB), der selbst keine Besitzposition hat, kann durchaus Gewahrsam haben. Keinen Gewahrsam hat mangels Sachherrschaftswillen der Erbenbesitzer (§ 857 BGB), der vom Anfall der Erbschaft nichts weiß.

bb) Herrschaftswille

Für den Sachherrschaftswillen ist der natürliche Herrschaftswille über eine Sache maßgebend (*Rengier* BT I § 2 Rn. 21). §§ 104 ff. BGB sind nicht maßgeblich, so dass auch Kinder und Geistesranke Gewahrsam haben können (*Wessels/Hillenkamp* Rn. 75).

Nur natürliche Personen sind gewahrsamsfähig. Behörden und juristische Personen haben als solche keinen Gewahrsam, da sie keinen entsprechenden Willen tatsächlich bilden können. Bei ihnen wird die Sachherrschaft durch Amtswalter und Organe ausgeübt (*Rengier* BT I § 2 Rn. 22).

Insgesamt werden an den Sachherrschaftswillen keine hohen Anforderungen gestellt (*Wessels/Hillenkamp* Rn. 75). Ausreichend sind jeweils auch:

- genereller Gewahrsamswille: Er erstreckt sich auf einen bestimmten Bereich, ohne dass er unbedingt auf jede dort befindliche Sache spezifiziert sein müsste (z.B. alle Sachen in einer Wohnung).
- antizipierter Erlangungswille: Er erstreckt sich auf alle Sachen, die in den eigenen Herrschaftsbereich gelangen werden (z.B. Briefe, die in den eigenen Briefkasten geworfen werden).
- potenzieller Gewahrsamswille: Der Wille muss nicht ständig aktualisiert werden (z.B. auch Schlafende oder Bewusstlose haben Gewahrsam).

Im Zusammenhang mit dem potenziellen Gewahrsamswillen ist umstritten, wann dieser endet, wenn die Bewusstlosigkeit in den Tod übergeht. Einigkeit besteht insoweit, dass Tote keine Gewahrsam haben (vgl. nur *LK/Ruß* § 242 Rn. 22).

- Geht die Bewusstlosigkeit in den Tod über, so soll der Gewahrsam nach einer Mindermeinung (*BayObLG JR 1961, 188 f.*; *Seelmann/Pfohl JuS 1987, 199, 202*) bereits mit dem Eintritt der Bewusstlosigkeit enden.

⊕ Nur ein vorübergehendes Unvermögen, den Gewahrsamswillen auszuüben, ist unbeachtlich. Hier ist das Unvermögen jedoch dauerhaft, da die Bewusstlosigkeit in den Tod übergeht.

- Nach h.M. (BGH NJW 1985, 1911; LK/Ruß § 242 Rn. 22) endet der Gewahrsam erst mit dem Tod des Bewusstlosen.
- ⊕ Folge der Mindermeinung wäre ein Schwebезustand, an dessen Ende mit dem Eintritt des Todes der Gewahrsam rückwirkend entfällt. Dem steht jedoch entgegen, dass die Strafbarkeit des Täters im Zeitpunkt der Tathandlung feststehen muss. Hier müsste jedoch über die Frage, ob die Tat als Diebstahl oder Unterschlagung zu werten ist, nach der späteren Entwicklung entschieden werden.

cc) Gewahrsam an vergessenen, versteckten oder verlorenen Sachen

Hier besteht der Gewahrsam fort, sofern der ursprüngliche Gewahrsamsinhaber noch weiß, wo sich seine Sache befindet und er die Sache ohne wesentliche äußere Hindernisse zurückerlangen kann (*Rengier* BT I § 2 Rn. 14, 20; *Wessels/Hillenkamp* Rn. 97 f). Das ist nicht der Fall, wenn der bisherige Gewahrsamsinhaber eine Sache verliert (*Rengier* BT I § 2 Rn. 20). Zu beachten ist jedoch, dass in diesem Fall Dritte Gewahrsam erlangen können, wenn die Sache in ihrem Herrschaftsbereich verloren wurde und sie einen generellen Gewahrsamswillen haben.

Gleiches kann bei vergessenen Sachen der Fall sein. Mangels tatsächlicher Herrschaftsmacht über in der Bahn liegen gebliebene Sachen besteht nach der Zugabfahrt kein Gewahrsam des früheren Gewahrsamsinhabers mehr. Jedoch können sich diese Sachen nun im Gewahrsam des Bahnpersonals befinden, da auch der generelle Gewahrsamswille hinsichtlich aller Gegenstände im eigenen Herrschaftsbereich genügt.

dd) Gewahrsamsverhältnisse

Der Gewahrsam an einer Sache muss nicht stets immer nur einer einzigen Person zustehen. Es können auch mehrere Personen Gewahrsamspositionen an einer Sache haben. Ein solcher Mitgewahrsam besteht, wenn mehrere Personen Träger der tatsächlichen Verfügungsgewalt an der Sache sind. Für die Frage des Gewahrsamsbruchs durch einen der Mitgewahrsamsinhaber ist dann das Rangverhältnis der Sachherrschaftsbeziehung entscheidend (*Wessels/Hillenkamp* Rn. 84):

- Besteht gleichrangiger Mitgewahrsam (z.B. unter Ehegatten am Hausrat sowie unter Gesellschaftern), so genügt für die Wegnahme durch einen der Mitgewahrsamsinhaber der Bruch des fremden Mitgewahrsams des oder der übrigen Mitgewahrsamsinhaber(s) (*Wessels/Hillenkamp* Rn. 84).
- In Über-/Unterordnungsverhältnissen begeht dagegen allein der Inhaber untergeordneten Gewahrsams einen Gewahrsamsbruch. Im umgekehrten Fall, in dem der Träger übergeordneten Gewahrsams den Träger des untergeordneten Gewahrsams nunmehr völlig von der Sachherrschaft ausschließt, liegt dagegen keine Wegnahme vor (*Rengier* BT I § 2 Rn. 16).

Zu beachten gilt in diesem Zusammenhang auch, dass Gewahrsam trotz unmittelbarer Einwirkungsmöglichkeit ausgeschlossen sein kann, wenn die Sachherrschaft im Rahmen sozialer Abhängigkeitsverhältnisse anderen Personen zusteht. Der Grund liegt nach h.M. darin, dass die Verkehrsanschauung trotz der näheren Stellung des „Vordermanns“ dem „Hintermann“ den Gewahrsam deshalb zuordnet, er den „Vordermann“ aufgrund des sozialen Abhängigkeitsverhältnisses steuern kann und er somit die tatsächliche Herrschaft über die Sache innehat. An Arbeitsgeräten hat daher regelmäßig nicht der Arbeitnehmer, sondern der Arbeitgeber Alleingewahrsam, wobei der

Arbeitnehmer lediglich ein sog. Gewahrsamsgehilfe ist. Entscheidend sind insoweit jedoch stets die Umstände des Einzelfalls. Eine andere Betrachtung könnte aufgrund des Persönlichkeitsrechts des Arbeitnehmers insb. dann gerechtfertigt sein, wenn der Arbeitnehmer die Sachen eng an seinem Körper (z.B. in seinen Hosentaschen) bei sich führt (vgl. MK/*Schmitz* § 242 Rn. 65).

Als grundsätzliche Richtschnur gelten folgende Grundsätze:

- In Ladengeschäften mit persönlicher Mitwirkung des Geschäftsinhabers hat dieser Alleingewahrsam. Angestellte einer Fachabteilung eines Warenhauses mit Eigenverantwortlichkeit haben untereinander Mitgewahrsam. Der Geschäftsinhaber hat übergeordneten Gewahrsam. (Vgl. *Wessels/Hillenkamp* Rn. 88).
- Kassierer und Kassenverwalter haben Alleingewahrsam am Kasseneinhalt, wenn sie allein die Verantwortung für die Kasse tragen und Geldbeträge nicht ohne ihre Mitwirkung der Kasse entnommen werden dürfen (BGH NStZ-RR 2001, 268, 268; *Rengier* BT I § 2 Rn. 18).

ee) Verwahrung eines verschlossenen Behältnisses

Bei den Gewahrsamsverhältnissen am Inhalt eines verschlossenen Behältnisses ist nach h.M. (BGHSt. 22, 180, 183; Sch/Sch/*Eser* § 242 Rn. 34; LK/*Ruß* § 242 Rn. 31) zu unterscheiden:

- Sofern das Behältnis nicht oder nur schwer zu bewegen ist (z.B. Panzerschrank), hat allein der Schlüsselinhaber Gewahrsam am Inhalt.
- Ist das Behältnis jedoch frei beweglich, so weist die Verkehrsauffassung dem Verwahrer des Behältnisses den Alleingewahrsam am Inhalt zu.

b) Bruch fremden Gewahrsams

Für die Wegnahme ist erforderlich, dass der Täter den Gewahrsam des fremden Gewahrsamsinhabers gebrochen hat. Bruch fremden Gewahrsams ist die Aufhebung des Gewahrsams ohne oder gegen den Willen des bisherigen Gewahrsamsinhabers (*Wessels/Hillenkamp* Rn. 103; *MK/Schmitz* § 242 Rn. 74).

Da die Aufhebung des Gewahrsams ohne oder gegen den Willen des Gewahrsamsinhabers erfolgen muss, wirkt dessen Zustimmung somit bereits tatbestandsausschließend.

- Bei gleichgeordnetem Mitgewahrsam müssen alle Mitgewahrsamsinhaber einwilligen.
- Bei mehrstufigem Mitgewahrsam reicht es aus, wenn der Übergeordnete zustimmt.

Auch hier ist der natürliche Wille des Gewahrsamsinhabers ausreichend. Auch das Einverständnis eines Kindes mit dem Verlust seines Spielzeugs ist somit beachtlich. Allerdings werden hier regelmäßig auch die Eltern Mitgewahrsam haben, welcher gebrochen werden kann.

Ein tatbestandsausschließendes Einverständnis mit dem Gewahrsamswechsel kann insb. im Fall der Diebesfalle vorliegen. Hier ist der Fallensteller regelmäßig mit dem Gewahrsamswechsel einverstanden, um die Überführung des Täters zu ermöglichen (vgl. *Wessels/Hillenkamp* Rn. 106). In diesem Fall begeht der Täter regelmäßig nur einen Diebstahlsversuch; zur Diebesfalle (auch in Gegenüberstellung zum beobachteten Diebstahl) *Hefendehl* NSTz 1992, 544.

Der natürliche Wille kann nicht i.S.d. § 158 BGB bedingt sein. Jedoch kann auch das natürliche Einverständnis in den Gewahrsamswechsel von der Einhaltung bestimmter Voraussetzungen abhängig gemacht werden (sog. Mentalreservation oder modifiziertes Einverständnis).

Bsp. (Tesafilm-Fall nach OLG Düsseldorf NJW 2000, 158 mit Anm. *Biletzki* NStZ 2000, 424 f; *Otto* JR 2000, 214 ff; *Kudlich* JuS 2001, 20 ff.): A „verlängert“ einen echten 100-Euro-Schein mit Tesafilmstreifen. Diesen Schein führt er mit Zueignungsabsicht in einen Geldwechsellautomaten und zieht ihn am Tesastreifen wieder raus, nachdem der Schein die Lichtschranke überschritten und dadurch den Auswurf des Wechselgeldes ausgelöst hat.

- § 242 StGB am Wechselgeld (+): nicht ordnungsgemäßes Bedienen des Automaten, daher kein Einverständnis des Automateninhabers mit der Ausgabe des Wechselgeldes.
- § 242 StGB am präparierten Schein (-): der Automatenaufsteller hat weder Gewahrsam noch Eigentum am Schein erlangt, daher § 242 StGB (und auch § 246 StGB): (-)

Bsp. (Tankstellen-Fall nach BGH NJW 1983, 2827): T füllt an einer SB-Tankstelle Benzin in seinen Pkw. Als er anschließend bemerkt, dass der Tankwart gerade abgelenkt ist, fährt er ohne zu zahlen weg.

- Wegnahme (-): tatbestandsausschließendes, unbedingtes Einverständnis des Tankstellenpächters bzgl. der Gewahrsamsverschiebung durch Einfüllen in den Tank (h.M.; vgl. *MK/Schmitz* § 242 Rn. 92; *Streng* JuS 2002, 455; *Lange/Trost* JuS 2003, 961). Damit scheidet § 242 aus.
- Ob der Eigentumsübergang am Benzin schon mit Einfüllen des Kraftstoffes oder (zutreffend) erst mit Bezahlen an der Kasse (entweder aufgrund Eigentumsvorbehaltes oder dinglicher Einigung nach § 929 S. 2 BGB erst an der Kasse) erfolgt, ist nur noch für § 246 StGB relevant.

- Ob § 263 StGB eingreift, hängt davon ab, ob T beim Einfüllen zunächst zahlungswillig war (dann [-]) oder ob er von vornherein nicht zahlen wollte. In der letzten Konstellation könnte im Einfüllen des Benzins eine konkludente Täuschung über die Zahlungswilligkeit des T als innerer Tatsache liegen (vgl. hierzu *Wessels/Hillenkamp* Rn. 184).

Ein beachtliches tatbestandsausschließendes Einverständnis in den Gewahrsamswechsel kann auch von einer zur Disposition über den Gewahrsam befugten dritten Person ausgehen. Hier stellt sich dann das Abgrenzungsproblem zwischen Trickdiebstahl und Sachbetrug. Dazu ausführlich im Zusammenhang mit dem Betrug.

c) Begründung neuen Gewahrsams

Schließlich verlangt die Wegnahme die Begründung neuen, nicht notwendig tätereigenen Gewahrsams. Neuer Gewahrsam ist begründet, wenn der Täter die Herrschaft über die Sache derart erlangt hat, dass er sie ungehindert durch den alten Gewahrsamsinhaber ausüben und dieser seinerseits über die Sache nicht mehr verfügen kann, ohne die Verfügungsgewalt des Täters zu beseitigen (BGH GA 1966, 78; *Rengier* BT I § 2 Rn. 23). Mit der Begründung neuen Gewahrsams ist der Diebstahl vollendet (MK/*Schmitz* § 242 Rn. 71).

Zur Konkretisierung des Moments der Begründung neuen Gewahrsams existieren verschiedene Ansätze:

- Apprehensionstheorie: Ergreifen der Sache führt zum Gewahrsamswechsel.
- Ablationstheorie: Begründung neuen Gewahrsams durch Entfernung aus dem räumlichen Zugriffsbereich des bisherigen Gewahrsamsinhabers.

- Illationstheorie: Gewahrsamswechsel erst bei Bergung der Beute.

Nach heute h.M. (MK/Schmitz § 242 Rn. 72; Fischer StGB § 242 Rn. 17) kommt diesen Theorien jedoch nur eine untergeordnete Bedeutung zu. Maßgeblich für die Beurteilung sind vielmehr alle Umstände des Einzelfalls. Insb. ist zu unterscheiden:

- Bei schwer beweglichen Gegenständen sowie bei Sachen, die wegen ihrer Vielzahl auffälligen Abtransports bedürfen, ist Gewahrsam erst begründet, wenn der Täter die Sache aus dem fremden Machtbereich herausgeschafft hat (BGH NStZ 1981, 435) oder wenn er sie aus ihm ohne Gefahr der Behinderung oder Entdeckung herauschaffen kann (BGHSt 16, 271, 276). Das Ergreifen sperriger Gegenstände in einem fremden Herrschaftsbereich bewirkt lediglich eine Gewahrsamslockerung.
- Bei unauffälligen, leicht fortzuschaffenden Gegenständen, wie z.B. Geldscheinen, Münzen oder Schmuckstücken, genügt ein Ergreifen und Festhalten sowie das Einstecken in die eigene Kleidung, eine Hand- oder Aktentasche für die Vollendung der Wegnahme (BGHSt 23, 254; 26, 24). Denn bereits durch das Einstecken im fremden Machtbereich verbringt der Täter diese kleinen Gegenstände in seine höchstpersönliche Tabusphäre (sog. Gewahrsamsenklave), die dem Zugriff des bisherigen Gewahrsamsinhabers entzogen ist (*Rengier* BT I § 2 Rb. 25).

Problematisch ist die Beobachtung der Tat durch Dritte.

- Teilweise (Sch/Sch/Eser § 242 Rn. 40) wird vertreten, dass die Beobachtung der Tat durch Dritte einem Gewahrsamswechsel entgegenstehe.

- ⊕ Der auf frischer Tat erappte Dieb wird regelmäßig ohne weiteres zur sofortigen Herausgabe der Sache bereit sein.
- ⊕ Ein neues, tatsächliches Herrschaftsverhältnis, aufgrund dessen der bisherige Gewahrsamsinhaber nicht mehr auf die Sache zugreifen kann, liegt nicht vor, wenn er aufgrund der Beobachtung noch in der Lage ist, die ihm durch §§ 127 I StPO; 859 II BGB eingeräumten Befugnisse noch tatsächlich auszuüben.
- Nach h.M. (BGHSt. 16, 271, 274; *Rengier* BT I § 2 Rn. 25; *Fischer* StGB § 242 Rn. 17; *MK/Schmitz* § 242 Rn. 73) hindert die Beobachtung des Geschehens die Vollendung der Wegnahme dagegen nicht.
 - ⊕ Die Mindermeinung wird der Bedeutung der körperlichen Tabusphäre nicht gerecht, in die Dritte nicht ohne weiteres eingreifen können. Die Beobachtung steht daher nicht dem Gewahrsamswechsel entgegen, sondern ermöglicht vielmehr nur, die Sache zurückzuerlangen.
 - ⊕ Diebstahl ist kein heimliches Delikt.

4. Subjektiver Unrechtstatbestand

Der subjektive Tatbestand des Diebstahls setzt neben dem Vorsatz die Absicht rechtswidriger Zueignung voraus. Die Zueignung der Sache ist also ins Subjektive verlagert, sodass es tatsächlich nicht zu einer solchen gekommen sein muss. Daher bezeichnet man den Diebstahl auch als Delikt mit überschießender Innentendenz (*MK/Schmitz* § 242 Rn. 102) bzw. als erfolgskupiertes Delikt (*Roxin* AT I § 10 Rn. 84).