

Sonnhild Heinsch

Der Gewahrsamsbegriff beim Diebstahl



Heinsch

Der Gewahrsamsbegriff
beim Diebstahl

Sonnhild Heinsch

Der Gewahrsamsbegriff beim Diebstahl

Tectum Verlag

Sonnhild Heinsch

Der Gewahrsamsbegriff beim Diebstahl.

Zugl. Univ.Diss.,Heidelberg 2012

Umschlagabbildung: ©

© Tectum Verlag Marburg, 2012

ISBN 978-3-8288-5782-7

(Dieser Titel ist zugleich als gedrucktes Buch unter der ISBN 978-3-8288-3005-9 im Tectum Verlag erschienen.)

Besuchen Sie uns im Internet

www.tectum-verlag.de

www.facebook.com/tectum.verlag

Bibliografische Informationen der Deutschen Nationalbibliothek

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

Meinen Eltern und meinen Schwestern

Inhalt

Vorwort	11
1. Kapitel: Einleitung	13
2. Kapitel: Die Wegnahme	19
I. Einleitung	19
II. Abweichende Bestimmungen der Wegnahme	20
1. Kahlos Bestimmung der Wegnahme	20
2. Lings Bestimmung der Wegnahme	20
3. Weitere Ansätze	22
III. Benötigt man eine auf den Begriff des Gewahrsams gestützte Definition der Wegnahme im Sinne des § 242 StGB?	25
1. Die Funktion des Tatbestandsmerkmals der Wegnahme	25
2. Historische Betrachtung	28
3. Auslegung nach dem Wortlaut des Tatbestands	31
4. Fazit	34
3. Kapitel: Der faktische Gewahrsamsbegriff	37
I. Das physisch-reale Moment der Sachherrschaft	39
1. Die tatsächliche Sachherrschaft	39
2. Die bloße Möglichkeit der Einwirkung auf die Sache	43
4. Modifikation durch die Verkehrsauffassung/die natürliche Auffassung des täglichen Lebens	52
II. Das subjektive Gewahrsamselement	67
1. Der tatsächliche Herrschaftswille	67
2. Modifikationen durch die Verkehrsauffassung	68
3. Beigelegter Streit um das Erfordernis eines subjektiven Elements	76

III.	Begründung neuen Gewahrsams – Vollendung der Wegnahme nach dem faktischen Gewahrsamsbegriff	80
1.	Einführung	80
2.	Fallgruppen	84
3.	Beendigung der Tathandlung	97
4.	Fazit	98
4.	Kapitel: Kritik am faktischen Gewahrsamsbegriff	99
I.	Keine sachgerechten Ergebnisse ohne Modifikationen	101
1.	Unvertretbare Ergebnisse der Gewahrsamsbestimmung bei strikter Zugrundelegung der physischen Verhältnisse	101
2.	Unvertretbare Ergebnisse der Gewahrsamsbestimmung bei konsequentem Fordern eines subjektiven Elements	103
3.	Notwendigkeit des Heranziehens von Hilfskonstruktionen	105
4.	Inkonsequente Herleitung der Gewahrsamsbegründung	105
5.	Welzels Kritik an der Betonung der Faktizität	107
6.	Fazit	108
II.	Kritik am Gebrauch der Verkehrsauffassung als modifizierendes und korrigierendes Element	110
1.	Unzulängliche Bestimmung der Verkehrsauffassung	110
2.	Der »natürlichen Anschauung« zuwiderlaufende Annahmen	110
3.	Auswirkung auf den subjektiven Tatbestand	111
4.	Auswirkung auf die Rechtsprechung zu Diebstahlsfällen	113
5.	Fazit	116
III.	Die daraus resultierende Rechtsunsicherheit	117
IV.	Zusammenfassung der Kritik am faktischen Gewahrsamsbegriff	120
5.	Kapitel: Darstellung verschiedener Ansätze zur Bestimmung von Gewahrsam	121
I.	Bittners Kulturnormentheorie	121
1.	Darstellung der Theorie	121

2.	Kritik an der Kulturnormentheorie	127
3.	Fazit	130
II.	Gössels Sphärentheorie	131
1.	Darstellung der Theorie	131
2.	Kritik an Gössels Sphärentheorie	134
III.	Schürhoffs Sphärenformel	138
1.	Darstellung der Theorie	138
2.	Kritik an Schürhoffs Sphärentheorie	140
IV.	Werlings räumliches Konzept von Gewahrsam	143
1.	Darstellung der Theorie	143
2.	Kritik an Werlings räumlichem Gewahrsamskonzept	149
3.	Fazit	162
V.	Gewahrsam als Eingliederung in ein Nutzungsreservat	163
VI.	Fazit aus der Darstellung der Gewahrsamsmodelle	165
	6. Kapitel: Die sozial-normative Bestimmung von Gewahrsam	167
I.	Einleitung	167
II.	Geschichtliche Entwicklung des sozial-normativen Elements von Gewahrsam	169
III.	Neuerer Stand in Rechtsprechung und Literatur	173
1.	Entwicklung eines rein sozial-normativen Gewahrsamsbegriffs	173
2.	Weitere Vertreter des sozial-normativen Gewahrsamsbegriffs	176
3.	Sozial-normative Gewahrsamsbestimmung in der Rechtsprechung	176
4.	Definition der Umschreibung »sozial-normativ«	177
IV.	Sozial-normative Bestimmung von Gewahrsam	181
1.	Indizfunktion der unmittelbaren Sachherrschaft	181
2.	Einteilung in Gewahrsamssphären	182
3.	Vorgehen bei Fehlen einer Gewahrsamssphäre	187

4. Rechtfertigungsgedanke	188
5. Auseinandersetzung mit der an der herrschenden Meinung geübten Kritik	190
6. Übersicht über das Prüfungsschema	192
V. Erfordernis des Gewahrsamswillens	195
1. Situation bei Vorliegen des Gewahrsamswillens	196
2. Situation bei nicht erfolgter Willensbildung	196
3. Situation bei einem dem Gewahrsam entgegenstehenden Willen	197
4. Erweiterung des Prüfungsschemas	200
VI. Begründung neuen Gewahrsams	201
VII. Anwendung des sozial-normativen Gewahrsamsbegriffs im Vergleich zur Anwendung des faktischen Gewahrsamsbegriffs	203
1. Gewahrsamsverhältnisse im Selbstbedienungsladen	203
2. Der verreiste Wohnungsinhaber	222
3. Gewahrsam bei Schlafenden, Bewusstlosen oder Betrunkenen	223
4. Gewahrsam an verlegten, verlorenen, vergessenen und in fremden Gewahrsamssphären versteckten Gegenständen	224
5. Gewahrsam am Inhalt verschlossener Behältnisse	229
6. Gewahrsam des Diebes	230
7. Mitgewahrsamsfälle	232
8. Erbgewahrsam, Gewahrsam des Besizdieners und des mittelbaren Besitzers	235
9. Sachen auf neutralem Gelände	244
VIII. Fazit	247
7. Kapitel: Schlussbetrachtung	249
Literaturverzeichnis	255

Vorwort

Die vorliegende Arbeit ist im Wintersemester 2010 von der Juristischen Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg als Dissertation angenommen worden. Seitdem erschienene Literatur konnte nur noch teilweise berücksichtigt werden.

Meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Dr. h.c. Thomas Hillenkamp, bin ich für die wissenschaftliche Betreuung der Arbeit und den Freiraum, den er mir während der Anfertigung der Arbeit gewährt hat, zu großem Dank verpflichtet. Herrn Professor Dr. Jürgen Rath danke ich herzlich für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Außerdem bedanke ich mich bei Constantin Draack und meiner Schwester Cornelia für ihre wertvolle Hilfe durch das Korrekturlesen der Arbeit. Mein größter Dank gilt meinen Eltern, die mich während meines Studiums und meines Referendariats immerzu bedingungslos unterstützt haben.

Frankfurt, im Juni 2012

Sonnhild Heinsch

1. Kapitel: Einleitung

*»Von der Theorie hängt die Praxis ab;
um so sicherer und vollkommener ist diese,
je bestimmter und vollendeter jene ist.«*

Dieser Satz *Feuerbachs*¹ sei nicht nur als analytische Aussage aufzufassen, sondern zugleich als Forderung an alle Strafrechtswissenschaft und -praxis, in der Begriffsarbeit nicht nachzulassen, so *Kahlo* 1996.² In diesem Sinne soll diese Untersuchung einen Beitrag zur weiteren Klärung des Begriffs des Gewahrsams beim Diebstahl leisten.

Denn die Tathandlung des Diebstahls, die voraussetzt, dass der Täter einem anderen eine fremde Sache weggenommen hat, ist – so banal und auf der Hand liegend sie auch erscheint – nicht selten äußerst schwierig zu bestimmen. Das hat dazu geführt, dass in diesem Zusammenhang von einem »Spannungsfeld zwischen Rechtssicherheit, Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit« die Rede ist.³

Dabei herrscht über die Definition der Wegnahme weitgehend Einigkeit; von einer Wegnahme spricht man, wenn ein Bruch fremden und eine Begründung neuen, nicht notwendigerweise tätereigenen Gewahrsams gegen den Willen des Gewahrsamsinhabers gegeben ist.

Was aber ist Gewahrsam? In der Sprachwissenschaft wird der Begriff als »Obhut, Haft, Verwahrung, Verfügungsgewalt über eine Sache verstanden«⁴, in der Rechtswissenschaft hingegen steht die Bestimmung des Gewahrsamsbegriffs seit jeher in der Diskussion. Zweifellos ist Gewahrsam ein bestimmtes Personen-Sachverhältnis⁵; Schwierigkeiten bereitet jedoch die nähere Einordnung

¹ *Feuerbach*, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts I, Einleitung, S. XV.

² *Kahlo*, Begriffliche Rechtsbestimmung und synkretistische Auslegung, S. 140.

³ *Henkel*, Recht und Individualität, S. 16; S. auch *Bittrner*, Der Gewahrsamsbegriff, S. 12.

⁴ *Joecks*, Studienkommentar StGB, § 242 Rn 11; vgl. auch *Kluge*, Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache, S. 354.

⁵ *Gössel*, ZStW 85 (1973), S. 591 ff. (S. 617).

und die Ermittlung der Voraussetzungen, die bejaht werden müssen, um von einem bestehenden Gewahrsamsverhältnis ausgehen zu können.

Lange Zeit wurde der von der Rechtsprechung und der herrschenden Literatur entwickelte Gewahrsamsbegriff, der Gewahrsam nach faktischen Kriterien bestimmt, allgemein akzeptiert: Die Voraussetzungen für Gewahrsam sind danach die tatsächliche Sachherrschaft eines Menschen über eine Sache, die von einem natürlichen Herrschaftswillen getragen wird.⁶ Jahrzehntlang galt diese Definition, ohne ernsthaft in Frage gestellt zu werden, obwohl sie, vor allem Anfang des 20. Jahrhunderts, Gegenstand der wissenschaftlichen Betrachtung war und dabei auch in die Kritik geriet.⁷

Eine Wende fand Anfang der sechziger Jahre des 20. Jahrhunderts statt: Nach der Veröffentlichung eines Aufsatzes von *Welzel*, in dem er ein Urteil des BGH kritisiert und dafür viel Zustimmung aus der Literatur erhalten hatte, wurde die Definition des Gewahrsamsbegriffs um einen Aspekt erweitert: Gewahrsam sollte tatsächliche, von einem natürlichen Herrschaftswillen getragene Sachherrschaft eines Menschen sein, *deren Reichweite von der Verkehrsauffassung bestimmt wird*⁸; auch der BGH nannte 1961 die Verkehrsauffassung »entscheidend« für die Bestimmung, ob jemand die faktische Gewalt über eine Sache habe.⁹

In den siebziger und achtziger Jahren wurden daraufhin verschiedene Theorien¹⁰ zur Bestimmung eines völlig neuen oder modifizierten Gewahrsamsbegriffs in Aufsätzen und Dissertationen entwickelt und aufgestellt – sie be-

⁶ So z. B. BGH NJW 1953, S. 1271 ff. (S. 1272), *Dreher/Tröndle*, § 242 StGB Rn 11 m.w.N.

⁷ Siehe *Goldschmidt*, GA 1900, S. 261 ff. und S. 348 ff.; *Redslob*, ZStW 30 (1910), S. 205 ff.; *Rosenfeld*, ZStW 37 (1916), S. 159 ff.; *Roterling*, GA 1900, S. 90 ff. und S. 241 ff.; *Schröter*, Der Begriff der Wegnahme in § 242 St.G.B.; *Siebert*, Der strafrechtliche Besitzbegriff; *Zuckermann*, Die Entwicklung des Gewahrsamsbegriffs.

⁸ So z.B. *Lackner/Kühl*, § 242 StGB Rn 8 ff.; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht BT/1, § 33 II Rn 12; *Mitsch* Strafrecht BT II/1 § 1 Rn 40. m.w.N.

⁹ BGHSt 16, S. 271 ff.

¹⁰ *Bittner*, Der Gewahrsamsbegriff; *Gössel*, ZStW 85 (1973), S. 591 ff.; *Schüerhoff*, Der Strafrechtliche Gewahrsamsbegriff; *Werling*, Der Gewahrsam als räumliches Phänomen.

wirkten jedoch keinen anderen Umgang der herrschenden Meinung mit dem Gewahrsamsbegriff und stellten nur wenig beachtete dogmatische Ideen dar.

Erstaunlicherweise kam die Diskussion um die Definition von Gewahrsam daraufhin fast völlig zum Erliegen – und das, obwohl der bestehende und von der Rechtsprechung verwendete »faktische« Gewahrsamsbegriff stark kritisiert und kein Konsens in dem Streit, wie mit ihm umzugehen sei, gefunden worden war.

Nun, insbesondere nach Erscheinen der Erläuterungen zu § 242 StGB von *Samson* im Systematischen Kommentar und *Hillenkamp* im Lehrbuch *Wessels/Hillenkamp*, lässt sich die Beobachtung machen, dass sich sowohl in der Literatur¹¹ als auch in der aktuellen Rechtsprechung¹² ein anderer, sozial-normativ geprägter Begriff des Gewahrsams Gehör verschafft. Gewahrsamsausübung liegt danach dann vor, wenn einer Person die Herrschaft über eine Sache sozial-normativ zugeordnet wird. Eine Variante hierzu findet sich bei *Kargl* und *Kindhäuser*. Sie wird von *Küper* als »soziale Rechtfertigungslehre des Gewahrsams« bezeichnet.¹³

Eine umfassendere Auseinandersetzung mit diesem sozial-normativen Gewahrsamsbegriff liegt bislang noch nicht vor. Das verwundert, wenn man bedenkt, von welcher Relevanz die Bestimmung von Gewahrsam ist: Zum einen ist sie für die Abgrenzung des Diebstahls von der Unterschlagung, zum anderen für die Bestimmung des Vollendungszeitpunktes der Wegnahme beim Diebstahl von Bedeutung.¹⁴ Verstärkt wird diese Relevanz dadurch, dass Diebstahl das Delikt ist, das einen Großteil der polizeilich erfassten Straftaten

¹¹ Bereits im Jahr 1999: *Wessels/Hillenkamp* Strafrecht BT/2; außerdem *Schmidt/Priebe*, Strafrecht BT II

¹² LG Zwickau, NJW 2006, S. 166; OLG Zweibrücken, NStZ 1995, S. 448 ff.; OLG Karlsruhe, NStZ-RR 2005, S. 141.

¹³ Siehe zu *Kargl* JuS 1996, S. 974 ff. und *NK/Kindhäuser*, § 242 StGB Rn 28; *Küper*, Strafrecht BT, S. 423.

¹⁴ Dazu näher auf S. 18 ff.

ausmacht¹⁵; zudem besteht in vielen Fällen auch in versicherungsrechtlichem Zusammenhang Klärungsbedarf.¹⁶

Der die vermeintliche Bedeutungslosigkeit des Streits andeutenden Feststellung, eine Diskussion erübrige sich, weil der faktische und der sozial-normative Begriff stets zu denselben Ergebnissen gelangten¹⁷, muss – und wird in dieser Arbeit – widersprochen werden. Denn einerseits sind die Ergebnisse nicht durchweg gleich. Und andererseits kann der Auseinandersetzung mit einem faktischen und einem sozial-normativen Ansatz zur Gewahrsamsbestimmung ihre Bedeutung schon deshalb nicht abgesprochen werden, weil gegen den faktisch bestimmten Gewahrsamsbegriff, mit dem die Gerichte operieren, gravierende Vorwürfe erhoben werden: So wird insbesondere eingewandt, mit dem Abstellen auf vor allem tatsächliche Umstände werde unberechenbare Kasuistik betrieben, so dass die in der Rechtsprechung erforderliche Rechtssicherheit nicht gewährleistet sei.

Die vorliegende Arbeit soll daher zum einen die verschiedenen Möglichkeiten der Gewahrsamsdefinition näher untersuchen, zum anderen die Lücke der bisher fehlenden Ausdifferenzierung des sozial-normativen Gewahrsamsbegriff schließen. Dazu ist zunächst eine Auseinandersetzung mit dem Begriff der Wegnahme und seiner historischen Entwicklung nötig, um die Funktion des Gewahrsams für den Tatbestand des Diebstahls zu verstehen. Das wird im zweiten Kapitel geleistet. Sodann setzt sich die Arbeit im dritten Kapitel ausführlich mit dem noch herrschenden faktischen Verständnis von Gewahrsam auseinander, anschließend im vierten Kapitel mit der bestehenden Kritik an ihm.

Da sich, um das Ergebnis vorwegzunehmen, der im Folgenden »faktisch« genannte Gewahrsamsbegriff als unzulänglich erweisen wird, schließt sich im fünften Kapitel eine Erörterung der schon erwähnten Ansätze zur Gewahrsamsbestimmung, die vor allem aus den siebziger und achtziger Jahren stam-

¹⁵ Laut Statistik des BKA sind von im Jahr 2007 insgesamt 6 284 661 polizeilich erfassten Straftaten 2 561 691 Diebstahlsfälle; auch im Jahr 2008 machen Diebstahlsdelikte fast 40 Prozent aller Straftaten aus.

¹⁶ Siehe dazu S. 47 ff.

¹⁷ *S/S/Eser/Bosch*, § 242 StGB Rn 24.

men und sich in der Praxis nicht durchsetzen konnten, an. Dabei soll zum einen nach Gründen für dieses Scheitern gesucht, zum anderen soll ermittelt werden, welche Aspekte der Ansätze für eine eigene Begriffsbestimmung übernommen werden können.

Im sechsten Kapitel der Arbeit wird der von rein sozial-normativen Kriterien geprägte Gewahrsamsbegriff vorgestellt und ein – aus den zuvor gewonnenen Erkenntnissen resultierendes – eigenes Konzept zur Definition des Gewahrsamsbegriffs und zur Ermittlung von Gewahrsamsverhältnissen vorgestellt. Dieses Konzept soll schließlich durch die Anwendung in einigen in der Praxis relevanten und oft diskutierten Fallkonstellationen erprobt und der Anwendung des faktischen Gewahrsamsbegriffs gegenübergestellt werden.

2. Kapitel: Die Wegnahme

I. Einleitung

Der objektive Tatbestand des § 242 StGB ist seinem Wortlaut nach erfüllt, wenn der Täter eine fremde bewegliche Sache wegnimmt.

»Wegnehmen« ist zu definieren als Bruch fremden und Begründung neuen, nicht notwendigerweise tätereigenen Gewahrsams. Diese Definition prägte das Reichsgericht im Jahre 1913.¹⁸ Sie findet sich seither in jedem Lehrbuch und in jedem Kommentar zu § 242 StGB, obwohl sie niemals vom Gesetzgeber selbst so vorgeschrieben wurde.¹⁹ »Die Wegnahme ist das Mittel für die beabsichtigte Zueignung; durch sie wird die Sache, ihrem Sachwert nach, dem Vermögen des Wegnehmenden zugeführt.«, heißt es ferner in diesem Urteil des Reichsgerichts. Sie werde dadurch bewirkt, dass der Täter nicht nur den fremden Gewahrsam aufhebe, sondern auch den eigenen Gewahrsam begründe, sei es in seiner Person, sei es in der Person eines Dritten. Festzuhalten ist an dieser Stelle zunächst, dass das Wort »Gewahrsam« dem heutigen Wegnahmebegriff zugrundeliegt, obwohl es im Wortlaut des Tatbestands nicht enthalten ist, sondern nur, wie *Welzel* es ausdrückt, »nach allgemeiner Meinung zu subintelligieren ist«.²⁰

¹⁸ RG v. 15.12.1913, RGSt 48, S. 58 ff. (S. 59); in diese Richtung deutend bereits RGSt 5, S. 222 ff. (S. 223); beide zurückgehend auf die gemeinrechtliche Lehre.

¹⁹ Siehe auch *Haffke*, GA 1972, S. 225 ff. (S. 225): »Die eingefahrene Definition der Wegnahme als Bruch fremden und Begründung neuen Gewahrsams ist zur nicht weiter diskutierten Prämisse erhoben worden.«

²⁰ *Welzel*, GA 1960, S. 257 ff. (S. 264).

II. Abweichende Bestimmungen der Wegnahme

Trotz der bereits erwähnten weitgehenden Akzeptanz dieser Wegnahme-Definition²¹ wurden, insbesondere in neuerer Zeit, von der althergebrachten Definitionsweise abweichende Bestimmungen der Wegnahme publiziert.

1. Kahlos Bestimmung der Wegnahme

Kahlo nimmt in einem methodenkritischen Ansatz²² eine andersartige Bestimmung der Wegnahme vor: Die Gewahrsamsverschiebung setze die Schaffung einer Situation voraus, die es dem Täter ermögliche, sich den Zuweisungsgehalt des Rechtsguts »Eigentum« zumindest teilweise nutzbar zu machen. Dieses Nutzbarmachen der Sache sei in der gängigen, oben genannten Wegnahmefinition, die zudem zu wenig konkret sei, fälschlicherweise nicht berücksichtigt. Bei § 242 StGB gehe es um den Schutz der sich aus dem Eigentum ergebenden Verfügungsbefugnisse.²³ Daher müsse auch bei Bestimmung der Wegnahme, also der Tathandlung, berücksichtigt werden, dass es sich beim Diebstahl nicht nur um ein Enteignungs-, sondern vor allen Dingen um ein *Zueignungsdelikt* handle. Der positive Zuweisungsgehalt des Eigentums, über die Sache nach Belieben verfügen zu können, den der Täter sich nutzbar mache, erweitere seinen eigenen gegenständlichen Betätigungsraum für seine eigene Freiheit zum Nachteil des Berechtigten und dessen rechtlich garantierter Handlungsmöglichkeiten.²⁴ Wegnahme müsse darum als handlungsbedingte Verschiebung personaler, objektsbezogener Freiheitsbetätigungsmöglichkeiten im Rahmen eines Zueignungsdelikts begriffen werden.²⁵

2. Lings Bestimmung der Wegnahme

Auch *Ling* postulierte 1998 in einem Aufsatz eine neue Formulierung der Wegnahme²⁶: Zur Bestimmung ihrer Vollendung fehle es an allgemeinen Kriterien,

²¹ Vgl. auch MünchKommStGB/*Schmitz* § 242 Rn 41.

²² *Kahlo*, Begriffliche Rechtsbestimmung und synkretistische Auslegung.

²³ *Kahlo*, a. a. O., S. 136 Fn 46 unter Verweis auf S/S/*Eser* § 242 Rn 3.

²⁴ *Kahlo*, a. a. O., S. 136.

²⁵ *Kahlo*, a. a. O., S. 140.

²⁶ *Ling*, ZStW 110 (1998), S. 919 ff.

die ausreichend prägnant und aussagekräftig seien.²⁷ Einigkeit bestehe darüber, dass ein geistiger Akt zum Gewahrsamsbruch nicht ausreiche, sondern eine Betätigung in foro externo erforderlich sei.²⁸ Als Ausgangspunkt dient *Ling* die lange Zeit herrschende Apprehensionstheorie, nach der eine Wegnahme gegeben ist, wenn der Täter den Gegenstand ergriffen hat und festhält oder eingesteckt hat. Zwar hat diese Theorie für ihn ausgedient, ursprünglich aber sei mit der Apprehension ein Wegnahmeakt gegeben gewesen, der sichtbar und eindeutig den Übergriff auf eine fremde Sache im Sinne eines Diebstahls oder wenigstens einer Gebrauchsanmaßung feststellen ließ. Ihre Aussagekraft habe die Apprehensionstheorie angesichts der modernen Formen des Warenverkehrs und den dadurch entstandenen veränderten Gewahrsamsverhältnissen fast gänzlich eingebüßt.²⁹ Dies gelte insbesondere deshalb, weil in den Zeiten des modernen Warenaustausches das Ergreifen zum Formalkriterium herabgesunken sei und die Rechtsprechung oft auf andere Kriterien zurückgreifen müsse. Da in sehr vielen Läden Selbstbedienung herrsche, könne, wenn jemand eine Ware ergreife und festhalte, nicht eindeutig unterschieden werden zwischen Wegnahmeakt und anderen Formen des Umgangs mit fremden beweglichen Sachen.³⁰ Für die Wegnahme sei die Herstellung einer Sachzuordnung, welche nach dem äußeren Erscheinungsbild »keine andere plausible Deutung zulässt als diejenige der Begründung eines Exklusivverhältnisses zum Nachteil des bisherigen Gewahrsamsinhabers«, zu fordern. Dabei müsse die neue Sachzuordnung – als Äquivalent des bisherigen Gewahrsams³¹ – durch eine günstige »Bestandsprognose« gekennzeichnet sein (ausgeschlossen beispielsweise in Fällen effektiver Beobachtung und elektronischer Warensicherung).³² Eine auf den tatsächlichen Umgang mit der Sache selbst fixierte Betrachtungsweise führe zu keiner Signifikanz; es komme sehr viel eher auf die durch den Umgang mit

²⁷ *Ling*, a. a. O., S. 919.

²⁸ *Ling*, a. a. O., S. 925.

²⁹ *Ling*, a. a. O., S. 919.

³⁰ *Ling*, a. a. O., S. 939.

³¹ Man solle, so *Ling*, besser von Sachzuordnung als von Gewahrsam sprechen: Gewahrsam leite sich von „gewarsame“ ab, was so viel wie Sicherheit, Aufsicht oder sicherer Ort bedeute. Dies treffe aber dann nicht zu, wenn man Gewahrsam an kilometerweit entfernten Sachen annehme, wie man es zum Beispiel beim Hauseigentümer bezüglich des Hausrats mache, selbst wenn er sich weit entfernt im Urlaub befinde.

³² Vgl. *Küper*, Strafrecht BT, 5. Auflage 2002, S. 423.

der Sache verbundene Herstellung einer qualifizierten Zuordnung an als auf die Erlangung einer objektiv-physischen Sachherrschaft³³. Vom Gewahrsamsbegriff her sei jedoch eine Bestimmung dessen, was Gewahrsamsbruch, also Wegnahme, sei, nicht mehr sinnvoll zu bewerkstelligen.³⁴

Lediglich eine günstige Prognose bezüglich des weiteren Fortbestehens und keine tatsächlich bestehende Festigung des Gewahrsams solle deshalb Element der Wegnahmebestimmung sein, weil anderenfalls die Ausführungshandlung zu weit ausgedehnt würde und sich im Hinblick auf den Anwendungsbereich des § 252 StGB Friktionen ergäben.³⁵ Nur im Wege der Prognose als Dokumentation einer im Moment der Wegnahme liegenden Möglichkeit und nicht als deren Betätigung im weiteren Zeitablauf lasse sich mithin eine Konkretisierung der Wegnahme erreichen.

Unter Wegnahme, so *Ling* schließlich zusammenfassend, sei der Bruch einer bestehenden und die Herstellung einer neuen, exklusiven Sachzuordnung mit günstiger Bestandsprognose im Wege eines signifikant abweichenden Verhaltens ohne oder gegen den Willen des bisherigen Gewahrsamsinhabers zu verstehen.

Mit Hilfe dieser Definition erziele man eine dem Leitbild der Apprehension in Prägnanz und Aussagekraft entsprechende Konkretisierung des Wegnahmebegriffs.

3. Weitere Ansätze

a) *Haffke* forderte 1972, dass »Wegnehmen« auf seinen konkret-plastischen Sinn zurückgeführt und als »eigenmächtiges Herausholen eines Gegenstandes aus einem fremden Zuordnungsbereich« oder als »Eindringen in die fremde Herrschaftssphäre« begriffen werden solle.³⁶ Dazu sei der Gewahrsamsbegriff neu zu bestimmen und von dem Begriff der »Zuordnung« auszugehen.³⁷ An

³³ *Ling*, a. a. O., S.932 ff.

³⁴ *Ling*, a. a. O., S. 920.

³⁵ *Ling*, a. a. O., S. 936 ff.

³⁶ *Haffke*, GA 1972, S. 225 ff. (S. 227).

³⁷ *Haffke*, GA 1972, S. 225 ff. (S. 228).

dieser Stelle soll seine Definition des Gewahrsams zunächst außer Betracht bleiben. Auf sie wird noch eingegangen. Festzuhalten bleibt, dass *Haffke* trotz seiner anderen Bestimmung von Gewahrsam nicht auf das Merkmal des Gewahrsams verzichtet.³⁸

b) *Rotsch* lehnt den bestehenden Wegnahmebegriff der herrschenden Meinung ab, da diese einige Fallkonstellationen, wie Trickdiebstahl, Beschlagnahme und Selbstbedienungsladendiebstahl kenne, in denen auf eine wirkliche »Wegnahme« im eigentlichen Sinne gar nicht abgestellt würde.³⁹ Als weiteren Grund für seine Ablehnung des Wegnahmebegriffs nennt er, dass sich der entgegenstehende Wille des Opfers nach herrschender Ansicht zu Unrecht nur auf den Gewahrsamsbruch, nicht aber auf die Gewahrsamsneubegründung durch den Täter beziehe. Hier bildet *Rotsch* einige Fallvarianten, in denen diese einseitige Anknüpfung zu unsinnigen Ergebnissen führe.

Eine andere Definition entwickelt *Rotsch* aber nicht. Zwar stellt er besonders darauf ab, dass Diebstahl das Eigentum schütze und die Eigentümerbefugnis eine dualistische Struktur (Nutzungsbefugnis und positives Ausschlussrecht) habe, jedoch zieht er daraus zumindest keine greifbare Konsequenz für den Begriff der Wegnahme. Einzig verlangt er, dass sich der geforderte entgegenstehende Wille des Opfers auch auf die Neubegründung des Gewahrsams beziehen müsse.

Da *Rotschs* Ansicht nach der Begriff des Gewahrsams als Bestandteil der Wegnahmedefinition beizubehalten ist, braucht auf sein von der herrschenden Ansicht abweichendes Verständnis vom Tatbestand des § 242 StGB an dieser Stelle noch nicht näher eingegangen zu werden. Denn trotz seiner abweichenden Auffassung vom Merkmal der Wegnahme vertritt er, anders als *Ling* und *Kablo*, nicht die Ansicht, dass das Tatbestandsmerkmal ohne den Begriff des Gewahrsams definiert werden könnte. Auf *Rotschs* Verständnis vom dem Begriff der Wegnahme wird daher an späterer Stelle Bezug genommen.⁴⁰

³⁸ Siehe dazu S. 34.

³⁹ *Rotsch*, GA 2008, S. 65 ff.

⁴⁰ Siehe dazu S. 67.

c) Auch *Kargl* strebt eine neue Bestimmung der Wegnahme an und möchte aus dem zweigliedrigen, aus Gewahrsamsbruch und -neubegründung bestehenden Wegnahmebegriff einen eingliedrigen machen.⁴¹ Dieser soll sich aus einem gewandelten Gewahrsamsverständnis ergeben. Da auch *Kargl* zwar die Wegnahme als Tatbestandsmerkmal des § 242 StGB neu bestimmen, aber dabei nicht auf das Kriterium des Gewahrsams verzichten möchte, wird auch auf sein Verständnis von Wegnahme und Gewahrsam erst an späterer Stelle eingegangen werden.⁴²

⁴¹ Kargl, JuS 1996, S. 971 ff. (S. 976); siehe dazu unten S. 201 (Fußnote).

⁴² Siehe dazu unten S. 174 ff. und S. 189 (Fußnote).

III. Benötigt man eine auf den Begriff des Gewahrsams gestützte Definition der Wegnahme im Sinne des § 242 StGB?

An dieser Stelle soll sich somit entscheiden, ob die Wegnahme nach dem althergebrachten Begriff aufzufassen oder davon Abstand zu nehmen und auf den Gewahrsamsbegriff gänzlich zu verzichten ist. Bei dieser Entscheidung muss man im Blick behalten, dass die Wegnahme als Tathandlung Auskunft darüber geben muss, ob der Diebstahl nur versucht oder ob er bereits vollendet ist.⁴³

Für eine Definition losgelöst von Gewahrsamsbegriffen, wie sie beispielsweise *Ling* vornimmt, spricht vor allem, dass man mit ihr nicht auf einen ungeklärten umstrittenen Begriff abstellt. Zwar gibt es eine herrschende Meinung dazu, was unter Gewahrsam zu verstehen ist. Dieses Verständnis ist jedoch, wie sich herausstellen wird, keineswegs unanfechtbar und wird auch tatsächlich immer wieder und immer häufiger kritisiert. Insofern erscheint es von Vorteil, könnte man die Wegnahme anders, ohne den Gewahrsamsbegriff, definieren. Andererseits kann man davon ausgehen, dass es Gründe gibt, deretwegen bereits seit vielen Jahrzehnten an dem althergebrachten Wegnahmebegriff festgehalten wird.

1. Die Funktion des Tatbestandsmerkmals der Wegnahme

Zunächst ist im Gange dieser Untersuchung die Funktion der Wegnahme zu ermitteln. Die Tatbestandshandlung der Wegnahme dient nur bedingt der Abgrenzung des Diebstahls von der Unterschlagung. Aus einem Umkehrschluss zu § 246 StGB ergibt sich, dass die Tathandlung beim Diebstahl untrennbar mit dem Gewahrsam verbunden ist⁴⁴: § 242 StGB und § 246 StGB unterscheiden sich dadurch, dass sich der Dieb durch einen Wegnahmeakt einen Gegenstand zueignet, während der Unterschlagende diese Zueignung auch ohne Wegnahme durchführen kann.⁴⁵ Anders als bei § 242 StGB reicht bei der Unterschlagung jedoch eine Zueignungs*absicht* nicht aus, sondern der Täter

⁴³ *Gropp*, JuS 1999, S. 1041 ff. (S.1042).

⁴⁴ *Laubenthal*, JA 1990, S. 38 ff. (S. 39); *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht BT/1, § 33 II Rn 11.

⁴⁵ *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht BT/1, § 33 I Rn 1.

muss sich oder einem anderen die Sache objektiv zueignen.⁴⁶ Dies kann, muss jedoch nicht durch eine Wegnahme geschehen. Ausreichend ist, dass der Wille, sich eine Sache zu eigen zu machen, sich in einer nach außen erkennbaren Handlung ausdrückt.⁴⁷ Das kann durch Veräußern, Verpfänden, Verbrauchen, Beiseiteschaffen oder Ableugnen des Gewahrsams, aber auch durch »Wegnehmen« geschehen.⁴⁸ Wegnahme bildet daher lediglich ein Indiz für das Vorliegen eines Diebstahls. Liegt keine Wegnahme vor, schließt dies einen Diebstahl aus, es kommt jedoch eine Unterschlagung nach § 246 StGB in Betracht.⁴⁹ Bei einem Diebstahl wird im Unterschied zur Unterschlagung neben dem Eigentum etwas Weiteres verletzt – der strafrechtliche Besitz, den man allgemein als Gewahrsam bezeichnet. Auch wenn mittlerweile weitgehend Einigkeit darüber herrscht, dass allein das Eigentum, und nicht der Gewahrsam, selbständiges, von § 242 StGB erfasstes Rechtsgut ist⁵⁰, ist der Gewahrsamsbruch der

⁴⁶ Heintschel-Heinegg/*Wittig*, § 246 StGB Rn 3.

⁴⁷ Heintschel-Heinegg/*Wittig*, § 246 StGB Rn 3.

⁴⁸ *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT/2, § 2 I 1 Rn 69. Dass Diebstahl Zueignung durch Wegnahme und Unterschlagung Zueignung ohne Wegnahme sei, sei eine heute nicht mehr zutreffende Kennzeichnung, so *Hillenkamp* a.a.O.

⁴⁹ SSW-StGB/*Kudlich*, § 242 Rn 17.

⁵⁰ Lange Zeit tendierte die herrschende Meinung (vgl. RG 54, S. 282; BGH 10, S. 401; LK/*Heimann-Trosien*, 9. Auflage, vor § 242 Rn 5; *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, S. 294; *Wessels* BT/2, 4. Auflage 1980, S. 8) dazu, sowohl Eigentum als auch Gewahrsam als von § 242 StGB geschützte Rechtsgüter anzusehen. Anders als die Unterschlagung richte sich der Diebstahl nicht nur gegen das Eigentum, sondern, da Eigentum und Gewahrsam – wie beispielsweise bei der Leihe – auseinanderfallen könnten, auch gegen den Gewahrsam. Relevant wird dies dadurch, dass nach dieser Auffassung neben dem Eigentümer ein zweiter Antragsberechtigter im Sinne der §§ 247, 248a StGB gegeben ist, weil auch der Gewahrsamsinhaber als Verletzter angesehen wird, wenn ihm eine Sache weggenommen worden ist. Der BGH lässt zwar keinen solchen zweiten Antragsberechtigten zu, stuft jedoch Gewahrsam als alternatives, d.h. selbständig geschütztes Rechtsgut des § 242 StGB ein, vgl. BGH NJW 1957, S. 1933 ff.; BGH NJW 2001, S. 1508 ff.; so auch ein Teil der Literatur, z.B. *Jäger*, BT Rn 174; *Lackner/Kühl*, § 242 StGB Rn 1; *SK/Hoyer*, § 242 Rn 1 f; SSW-StGB/*Kudlich*, § 242 Rn 3. Diese Auffassung ist jedoch abzulehnen. Es handelt sich bei dem Gewahrsam lediglich um ein Merkmal, das zur Kennzeichnung der besonderen Intensität der Eigentumsverletzung dient. Der Gewahrsam als solcher genießt keinerlei eigenständigen Strafrechtsschutz; er ist nicht alternativ neben dem Eigentum, sondern allenfalls kumulativ als Ausfluss des Eigentums geschützt (*S/S/Eser/Bosch*, § 242 Rn 1). Geschütztes Rechtsgut beider Delikte ist daher allein das Eigentum. Denn dass § 242 in der Angriffsform auch