

Winfried Schwabe

# Lernen mit Fällen

Ach**So!**

## Strafrecht Besonderer Teil 2

Vermögensdelikte

Materielles Recht & Klausurenlehre

15. Auflage

 BOORBERG

Musterlösungen im  
Gutachtenstil

Winfried Schwabe

Lernen mit Fällen

Strafrecht

Besonderer Teil 2

Vermögensdelikte

Materielles Recht  
& Klausurenlehre

15., überarbeitete Auflage, 2023

 BOORBERG

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek | Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über [www.dnb.de](http://www.dnb.de) abrufbar.

15. Auflage, 2023

ISBN 978-3-415-07501-6

© 2009 Richard Boorberg Verlag

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlages. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Druck und Bindung: Beltz Grafische Betriebe GmbH, Am Fliegerhorst 8,  
99947 Bad Langensalza

Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG | Scharrstraße 2 | 70563 Stuttgart  
Stuttgart | München | Hannover | Berlin | Weimar | Dresden  
[www.boorberg.de](http://www.boorberg.de)

## Fall 1

### Fußball und Wodka

Rechtsstudent R betritt den Supermarkt des Ladeninhabers L, um für einen gemütlichen Fußball-Abend mit seinen Kumpels zwei Flaschen Wodka zu kaufen. Als R vor dem Regal steht, stellt er beim Wühlen in seiner Hosentasche fest, dass er für zwei Flaschen zu wenig Geld mitgenommen hat. R entschließt sich spontan, eine Flasche zu stehlen: Er stellt eine Flasche in den Einkaufswagen und steckt die zweite unter seine Leder-Jacke. Auf dem Weg zur Kasse kommen R moralische Bedenken: er holt die Flasche (Wert: 20 Euro) wieder unter der Jacke hervor, geht zurück zum Regal und stellt sie an ihren ursprünglichen Platz. Die ganze Aktion war von dem aufmerksamen Ladendetektiv D beobachtet worden.

#### Strafbarkeit des R?

**Schwerpunkte:** Grundfall des Diebstahls nach § 242 Abs. 1 StGB; Wegnahme / Gewahrsamsbegriff; Begriff der Gewahrsamsenklaue; Diebstahl als heimliche Tat (?); Abgrenzung Versuch / Vollendung des Diebstahls; Diebstahl geringwertiger Sachen nach § 248a StGB; Abgrenzung Diebstahl / Unterschlagung.

#### Lösungsweg

##### Strafbarkeit des R durch das Einstecken der Wodkaflasche

→ § 242 Abs. 1 StGB (Diebstahl)

##### I. Tatbestand (A: objektiv)

1. Die Flasche war ohne Frage für R eine fremde bewegliche Sache. Wenn das so eindeutig ist wie hier in unserem Fall, dürfen in der ausformulierten Klausurlösung dazu auch nur maximal **drei** Sätze stehen, ansonsten wird der Leser sauer – wie man das macht, steht im Gutachten zum Fall weiter unten.

2. Diese fremde bewegliche Sache muss R nun aber auch »weggenommen« haben (bitte aufschlagen: § 242 Abs. 1 StGB). Erst mit der Vollendung der Wegnahme ist auch der objektive Tatbestand des Diebstahls erfüllt (BGH NStZ 2021, 42; BGH NJW 2019, 2868; BGH NStZ 2019, 726).

**Definition:** Die »Wegnahme« ist der Bruch fremden und die Begründung neuen, nicht notwendig tätereigenen Gewahrsams (BGH NJW 2021, 1545; BGH NSTZ 2021, 42; BGH NSTZ 2020, 483; BGH NSTZ 2019, 613; S/S/Bosch § 242 StGB Rz. 22).

**Zum Fall:** R muss also durch das Einstecken der Flasche in seine Jacke einen fremden Gewahrsam gebrochen und neuen (hier: eigenen) Gewahrsam begründet haben.

**Beachte:** Dem Begriff der »Wegnahme« kommt im Rahmen des Diebstahls eine vollkommen überragende Bedeutung zu. Und hinsichtlich dieser Wegnahme dreht es sich vor allem um die Beurteilung der **Gewahrsamsverhältnisse**, woraus folgt, dass auch der Begriff des »Gewahrsams« eine zentrale Rolle bei der Erörterung des § 242 StGB spielt (Definition kommt gleich). Diese Begriffe gehören daher auch zum absoluten Pflichtprogramm beim Erlernen des Diebstahls. Insoweit ist übrigens von Vorteil, wenn man weiß, dass der Stoff einen **sehr** beachtlichen Umfang hat und deshalb auch nur nach und nach erfasst werden kann. So braucht etwa das Standard-Lehrbuch von *Wessels/Hillenkamp/Schuhr* allein für die Erläuterung der Wegnahme stolze 50 (!) Randnummern (= 21 eng beschriebene Seiten), im »Münchener Kommentar« füllt Professor *Schmitz* sogar 68 Randnummern (= 23 Seiten), nur um den Begriff der Wegnahme im Rahmen des § 242 Abs. 1 StGB zu erläutern. **Logisch:** Wer dies alles gleich auf einmal kapieren und vor allem auch behalten will, stellt sich selbst vor unlösbare Aufgaben.

**Daher:** Wir werden uns hier zunächst mal anhand des ersten, vergleichsweise einfachen Falles die nötigen Grundlagen erarbeiten, um damit später in den folgenden Fällen des Buches die Feinheiten des Begriffes der »Wegnahme« zu verstehen. Und für die Grundlagen des Wegnahmebegriffes brauchen wir als Nächstes gleich eine weitere Definition, nämlich:

»**Gewahrsam**« ist die tatsächliche Sachherrschaft einer Person über eine Sache, die von einem natürlichen Herrschaftswillen getragen wird, wobei es entscheidend auf die Anschauungen des täglichen Lebens und die Verkehrsauffassung ankommt (BGH NSTZ 2023, 237; BGH NJW 2021, 1545; BGH NSTZ 2021, 42; BGHSt 16, 271; S/S/Bosch § 242 StGB Rz. 23; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr* BT 2 Rz. 86).

**Beachte:** Der Gewahrsam hat bei genauer Betrachtung damit ein **objektives** Moment (→ die tatsächliche Sachherrschaft) und ein **subjektives** Moment (→ den Herrschaftswillen) – bitte schon mal merken, das brauchen wir gleich noch. Hinter diesem Gewahrsamsbegriff verstecken sich im Rahmen der §§ 242–246 StGB in 99 von 100 Fällen die klausurrelevanten Probleme bzw. Fallstricke. Und warum das so ist, schauen wir uns jetzt mal an – und zwar anhand folgender Fragen: Wie ist es eigentlich, wenn man ...

... vor der Tür sein Auto stehen hat (behält man Gewahrsam?); während des Urlaubs seine Sachen daheim in der Wohnung zurücklässt (behält man Gewahrsam?); bei der entlaufenen Miezekatze (behält man Gewahrsam?); auf einem Konzert die Jacke an

der Garderobe abgibt (behält man Gewahrsam?); seinen Anzug in die Reinigung gibt (behält man Gewahrsam?); einem Kaufinteressenten eine Probefahrt mit dem zu verkaufenden Motorrad gestattet (behält man Gewahrsam?); seinen Computer einem Kommilitonen ausleiht (behält man Gewahrsam?), seine Geldbörse in der Straßenbahn verloren hat (behält man Gewahrsam?), sein Smartphone bei einem Gerangel auf der Straße verliert (behält man Gewahrsam?) ...

... und in all diesen Fällen ein Täter jetzt die betreffende Sache an sich nimmt und damit verschwindet?

**Problem:** Da der Diebstahl – das haben wir eben gesehen – immer den »Bruch fremden Gewahrsams« voraussetzt, muss in den genannten Beispielen logischerweise erst mal festgestellt werden, ob das Opfer (oder ein anderer) überhaupt noch einen solchen **Gewahrsam** an der Sache hatte. Nur unter diesen Umständen kann der Täter diesen Gewahrsam auch brechen. Hat das Opfer hingegen keinen Gewahrsam (mehr), gäbe es auch keine »Wegnahme«, denn die setzt – wie erwähnt – ja einen zu brechenden Gewahrsam voraus (BGH NStZ 2020, 483). Ein Diebstahl wäre: ausgeschlossen! In Betracht käme nur noch eine, vom Strafraumen her indes deutlich gnädigere **Unterschlagung** gemäß § 246 Abs. 1 StGB (aufschlagen!). Diese Unterschlagung kann man nämlich auch ohne einen Gewahrsamsbruch begehen, denn in § 246 Abs. 1 StGB steht nirgendwo das Wort »Wegnahme« (bitte prüfen).

**Merke:** Der Gewahrsamsbegriff stellt nicht nur die Grundvoraussetzung für einen Diebstahl – genauer: für die »Wegnahme« – dar, sondern bestimmt auch die Schnittstelle zwischen Diebstahl (§ 242 StGB) und Unterschlagung (§ 246 StGB). Nur wenn das Opfer oder eine andere Person auch Gewahrsam an der Sache hat, kann der Täter diesen Gewahrsam brechen und mithin, wenn die anderen Voraussetzungen des § 242 StGB vorliegen, einen Diebstahl begehen. Nimmt der Täter hingegen Sachen an sich, an denen niemand Gewahrsam hat, scheidet ein Diebstahl aus (BGH NStZ 2020, 483). Es bleibt unter diesen Umständen nur die **Unterschlagung** nach § 246 StGB, denn für die Unterschlagung ist eine Wegnahme (der Bruch fremden Gewahrsams) nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht notwendig.

Wir gehen jetzt mal zurück zu unserem Fall und müssen im objektiven Tatbestand des Diebstahls nach § 242 Abs. 1 StGB prüfen, ob unser R die Wodkaflasche auch »weggenommen« hat. Und dazu muss (Definition!) »fremder Gewahrsam gebrochen und neuer Gewahrsam begründet« worden sein. Und das wiederum heißt, dass wir erst einmal klären müssen, ob ein solcher, **fremder Gewahrsam** (bei wem?) überhaupt bestanden hat:

Als Gewahrsamsinhaber kommt hier natürlich der Ladeninhaber L in Betracht. Fraglich ist somit, ob L als Leiter des Supermarktes Gewahrsam an den Sachen hat, die in den Regalen stehen. Und das setzt zunächst eine sogenannte »tatsächliche Sachherrschaft« (→ **objektives Moment**) voraus.

**Definition:** Diese **tatsächliche Sachherrschaft** erfordert eine physisch-reale Einwirkungsmöglichkeit kraft tatsächlichen Könnens (BGH NStZ 2021, 42; BGH NStZ 2020, 483; BGH NStZ 2019, 613; S/S/Bosch § 242 StGB Rz. 25). Notwendig ist folglich nicht, dass man die Sachen ständig bei sich trägt, man muss nur – bei Bedarf – auf sie zugreifen bzw. auf sie einwirken können (BGH NStZ 2020, 483).

Im vorliegenden Fall müssen wir demnach zunächst mal beachten, dass L die Flasche nicht bei sich getragen hat. Das Ding stand ja im Regal. **Aber:** Die tatsächliche Sachherrschaft des Ladeninhabers erstreckt sich nach der Verkehrsanschauung auf alle Gegenstände, die sich **innerhalb** des Ladenlokals befinden (BGH NStZ 2019, 613; BGH NStZ 2019, 212). Auf diese Gegenstände nämlich kann der Ladeninhaber jederzeit einwirken, auch wenn er sie nicht unmittelbar bei sich trägt. Dazu gehören im Übrigen sogar die von Kunden verlorenen Gegenstände wie z.B. Geldbörsen, Armbänder, Ringe usw. Das Ladenlokal bildet eine sogenannte »Herrschaftssphäre« in Form eines räumlich umschlossenen Bereichs, innerhalb dessen die tatsächliche Sachherrschaft des jeweils Verantwortlichen besteht (BGH NStZ 2019, 613; BGH NStZ 2019, 212; BGHSt 16, 271; S/S/Bosch § 242 StGB Rz. 26; Fischer § 242 StGB Rz. 11).

**ZE.:** L hatte somit eine tatsächliche Sachherrschaft an den Wodkaflaschen.

Des Weiteren erforderlich für den Gewahrsam ist ein **natürlicher Herrschaftswille** (→ subjektives Moment) des Ladeninhabers bezüglich der Wodkaflasche.

**Achtung:** Hierbei ist aber nicht notwendig, dass der Betroffene eine konkrete spezifische Vorstellung von allen einzelnen Dingen hat, die seinen Herrschaftswillen umfassen. Vielmehr genügt ein sogenannter »genereller Gewahrsamswille« bezogen auf einen bestimmten Bereich (BGH NStZ 2021, 42; BGH wistra 2015, 272; BGH NStZ 2011, 158; Fischer § 242 StGB Rz. 13; S/S/Bosch § 242 StGB Rz. 30). Und daraus folgt, dass der Inhaber eines räumlich abgegrenzten Herrschaftsbereichs nach der Verkehrsanschauung immer den Willen hat, die tatsächliche Sachherrschaft über alle Dinge auszuüben, die sich innerhalb dieses Bereichs befinden und an denen nicht noch ein besonderer Gewahrsam eines anderen besteht (wörtlich so bei *Wessels/Hillenkamp/Schuhr* BT 2 Rz. 77/79). Das gilt z.B. auch für die oben schon mal erwähnten verlorenen Gegenstände, obwohl der Ladeninhaber davon zunächst gar nichts weiß, **denn:** Der Inhaber hat natürlich ein Interesse daran, dass der Verlierer seine Sachen später wiederbekommt, und aus diesem Grund hat der Ladeninhaber seinen Gewahrsamswillen – unbewusst (!) – auch auf solche Sachen erstreckt (BGH wistra 2015, 272). Wer also in einem Ladenlokal oder etwa in der Straßenbahn eine von einer anderen Person verlorene Geldbörse einsteckt, bricht den Gewahrsam des Ladeninhabers bzw. der örtlichen Verkehrsbetriebe und begeht folglich einen Diebstahl (BGH wistra 2015, 272). Dies gilt aber nicht, wenn der »Verlierer« weiß, wo genau er die Sache verloren hat (BGH NStZ 2021, 42); dann hat nämlich weiterhin **er** den Gewahrsam an der verlorenen Sache, der gebrochen werden kann. **Vorsicht:** Verliert man hingegen auf offener Straße – also in einem **nicht** abgrenzbaren Bereich – einen Gegenstand, verliert man selbst dann den Gewahrsam (auch den gelockerten!), wenn man weiß, wo genau dies passiert ist, bevor man sich entfernt hat (instruktiv: BGH NStZ 2021, 42 und BGH NStZ 2020, 483). Und ein Letztes: Bei einem

einfachen und versehentlichen »zu-Boden-fallen« eines Gegenstandes, etwa einer Geldbörse oder eines Mobiltelefons, verliert man (noch) nicht den Gewahrsam, solange man in unmittelbarer Nähe steht (BGH vom 12.08.2021 – 3 Str 474/20).

**Zurück zum Fall:** Unser Ladeninhaber L hat einen generellen Herrschaftswillen an allen Gegenständen, die sich innerhalb des Ladenlokals befinden, insbesondere an den Auslagen in den Regalen – und dazu gehört selbstverständlich auch die Wodkaflasche.

**ZE.:** Der Ladeninhaber L hat auch einen Sachherrschaftswillen an den Wodkaflaschen. Und damit hatte der Ladeninhaber L also sowohl eine tatsächliche Sachherrschaft als auch einen Herrschaftswillen an den Flaschen mit der Folge, dass ein »fremder Gewahrsam«, den R brechen konnte, bestand. Der erste Teil der Wegnahme (fremder Gewahrsam) liegt vor.

**Nächster Schritt:** Zur Vollendung der Wegnahme muss R diesen fremden Gewahrsam nun auch gebrochen und dann neuen Gewahrsam begründet haben.

**Vorsicht:** Das Wort »Bruch« bezeichnet – entgegen weitverbreiteter Studentenmeinung – keine eigene Handlung, sondern lediglich den Umstand, dass der Gewahrsamswechsel **gegen** bzw. **ohne** den Willen des vormaligen Gewahrsamsinhabers vollzogen werden muss (BGH NJW 2018, 245; MK/Schmitz § 242 StGB Rz. 86). Dieses Merkmal wird nur interessant, wenn eine sogenannte »Einwilligung« des Opfers im Raum steht oder bei mehreren potenziellen Gewahrsamsinhabern die Frage aufkommt, auf wessen Willen abzustellen ist (BGH »Kriminalistik« 2019, 357; BGH NStZ-RR 2018, 108; MK/Schmitz § 242 StGB Rz. 86 ff.). Schließlich kann sich an diesem Merkmal auch die Abgrenzung zwischen einem Diebstahl und einem Betrug aufhängen (dazu Abschnitt Nr. 4 unten).

In unserem Fall ist das Merkmal »Bruch« im Rahmen des Wegnahmebegriffs unproblematisch, denn der Ladeninhaber L ist sicher nicht einverstanden mit dem Einstecken der Flasche, das Einstecken erfolgt mithin gegen bzw. ohne den Willen des L. Fraglich ist damit nur noch, ob R durch das Einstecken **neuen** Gewahrsam begründet hat, wobei hier nur neuer eigener Gewahrsam in Betracht kommt.

**Ansatz:** Wir können und müssen uns jetzt der oben schon genannten Definitionen bedienen, konkret also fragen, ob R durch das Einstecken eine tatsächliche Sachherrschaft und einen Herrschaftswillen bezogen auf die Wodkaflasche hatte. Das war ja Voraussetzung für den Begriff des »Gewahrsams«, und deshalb muss das – zur Vollendung der Wegnahme und damit des Diebstahls – auch jetzt bei R vorliegen. Bitte beachte noch einmal, dass wir bislang erst geprüft haben, ob denn der L Gewahrsam hatte; der zweite Schritt der Diebstahlprüfung (→ vollständiger Gewahrsamswechsel) umfasst aber immer auch die Erörterung, inwieweit der Täter selbst neuen Gewahrsam begründet hat. Zunächst stellt sich folglich die Frage, ob R durch das Einstecken eine tatsächliche Sachherrschaft an der Pulle erlangt hat. Und das wird man



auf den ersten Blick eigentlich entspannt bejahen können, denn eine engere physisch-reale Beziehung zwischen Mensch und Wodka (Sache) scheint – außer trinken – kaum möglich, R hält die Flasche unter seiner Jacke versteckt. **Aber:** Hierbei müssen **zwei** Dinge Berücksichtigung finden, die einer tatsächlichen Sachherrschaft des R entgegenstehen können:

- a) Zunächst fragt es sich, ob die tatsächliche Sachherrschaft des R wegen der Beobachtung durch den Detektiv D scheitert.
- b) Des Weiteren stellt sich noch die Frage, wie es sich auswirkt, dass sich unser R ja immer noch in der Gewahrsamssphäre des L – im Supermarkt – befindet, als er die Flasche einsteckt.

**Im Einzelnen:** Um die beiden Fragen zu beantworten, muss zunächst einmal noch eine Definition her, nämlich die, die erläutert, wie denn genau die Begründung des neuen Gewahrsams aussehen muss.

**Definition:** Neuer Gewahrsam ist begründet, wenn der Täter die Herrschaft über die Sache derart erlangt hat, dass er sie ohne Behinderung durch den alten Gewahrsamsinhaber ausüben und dieser seinerseits ohne Beseitigung der Verfügungsgewalt des Täters nicht mehr über die Sache verfügen kann (BGH NStZ 2023, 237; BGH NStZ 2019, 613; BGH NStZ 2019, 212; S/S/Bosch § 242 StGB Rz. 38).

- a) Es fragt sich zunächst, ob die Beobachtung durch D den neuen Gewahrsam des R hindert. Insoweit aber hat der BGH bereits im Jahre 1961 festgestellt (BGHSt 16, 271):

»... Diebstahl ist **keine** heimliche Tat. Die Beobachtung, mag sie nun zufällig oder planmäßig, anhaltend oder nur vorübergehender Natur sein, gibt dem Bestohlenen lediglich die Möglichkeit, den ihm bereits entzogenen Gewahrsam wiederzuerlangen, behindert die Gewahrsamsbegründung indessen nicht ...«.

**Denn:** Trotz Beobachtung kann der Bestohlene (bzw. der D) nicht mehr über die Sache verfügen, ohne die Verfügungsgewalt des Täters zu beseitigen. Konkret müsste D hier dem R die Jacke abnehmen bzw. aufreißen, um an die Flasche zu kommen. Das wäre im Übrigen ja auch ziemlich merkwürdig, wenn man keinen Diebstahl begehen könnte, wenn das Opfer oder ein Dritter zusieht (BGH NStZ 2023, 237; BGH NStZ 2015, 276; BGH NStZ 2011, 158; OLG Düsseldorf NJW 1961, 1368). Denkbar sind z.B. Fälle, in denen das Opfer körperlich unterlegen ist und deshalb untätig zusehen muss, wie es bestohlen wird. Wäre das kein Diebstahl, hätte der Täter, je stärker er ist, eine umso größere Chance insoweit straffrei zu bleiben!? Des Weiteren wird der Tatbestand des **Raubes** nach § 249 StGB, der den Diebstahl zwingend beinhaltet, zumeist so begangen, dass das Opfer tatenlos (nämlich unter Gewalt- oder Drohungswirkung!) zusehen muss, wie es beklaut wird. Die Verwirklichung des Raubes wäre praktisch so gut wie ausgeschlossen, wäre die Heimlichkeit Voraussetzung des Diebstahls. So bejahte der BGH kürzlich eine vollendete Wegnahme in einem Fall, bei dem

der Täter mit dem Opfer mit dessen Auto in einen Wald fuhr, dort das Opfer fesselte, anschließend durchsuchte und die gefundenen Gegenstände auf die Motorhaube legte. Hier, so der BGH, sei mit dem Legen auf die Motorhaube die Wegnahme vollendet, da »... der gefesselte O nun nicht mehr in der Lage war, die Sachherrschaft über die entnommenen Gegenstände auszuüben ... und Heimlichkeit keine Voraussetzung für die Vollendung einer Wegnahme darstellt ...« (vgl. BGH JuS 2017, 698). Selbst die einfache Wegnahme eines Mobiltelefons, bei der das verdutzte Opfer danebensteht, genügt nach Meinung des BGH unter Umständen für eine Gewahrsamsbegründung, denn: »... Diebstahl ist keine heimliche Tat ...« (→BGH NStZ 2023, 237; BGH NStZ 2011, 36; OLG Hamm NStZ-RR 2014, 209; vgl. zum Ganzen auch S/S/Bosch § 242 StGB Rz. 40 und Bosch in Jura 2014, 1237).

**ZE:** Die Beobachtung eines Diebstahls hindert nicht die Begründung des neuen Gewahrsams durch den Täter.

b) Schließlich müssen wir noch klären, wie es sich auswirkt, dass sich R bei seiner Handlung noch in der Gewahrsamssphäre des L befunden hat und diese auch nicht verlässt, sondern *vorher* schon die Flasche zurückstellt.

**Durchblick:** Wir hatten oben gesagt, dass der Ladeninhaber L den Gewahrsam an allen Sachen hat, die sich in seiner Gewahrsamssphäre befinden. Und der R – und damit auch die Flasche – befindet sich beim Einstecken der Flasche auch weiterhin in der Sphäre des L. Wenn L aber weiterhin den Gewahrsam behält, kann R nicht einen eigenen und damit neuen Gewahrsam begründen. Die Gewahrsamsbegründung muss den vormaligen Gewahrsamsinhaber von seiner Herrschaftsmacht stets ausschließen.

**Lösung:** Um in einer fremden Gewahrsamssphäre eigenen Gewahrsam zu begründen, muss man dort eine sogenannte »Gewahrsamsenklaue« (auch »Gewahrsamsenklaue«) bilden. In der fremden Gewahrsamssphäre muss der Täter einen eigenen, in sich abgrenzbaren Raum schaffen, über den er derart die Kontrolle hat, dass der Bestohlene nicht ohne Durchbrechung dieses Bereiches wieder über die Sache verfügen kann (BGH NStZ 2023, 237; BGH NStZ 2019, 613). Und das geht vor allem mit **kleinen Gegenständen**, die man – wie hier – etwa in die Jacke stecken kann. Denkbar wäre auch das Einstecken z.B. in die Einkaufstasche/Rucksack oder ein anderes Behältnis, unter Umständen genügt sogar schon das Ergreifen, etwa bei einer Rolle mit Geldmünzen (instruktiv: BGH NStZ 2019, 212; BGH NStZ 2019, 613; S/S/Bosch § 242 StGB Rz. 39). Der BGH hat im März 2019 unseren kleinen Fall hier entschieden und zum Diebstahl von Getränkeflaschen in einem Supermarkt festgestellt (→ BGH NStZ 2019, 613):

»... Steckt der Täter in einem Geschäft einen transportablen, handlichen und leicht beweglichen Gegenstand – im vorliegenden Fall Getränkeflaschen – in Zueignungsabsicht in seine Kleidung, so schließt er allein durch diesen tatsächlichen Vorgang die Sachherrschaft des be-

*stohlenen Ladenbesitzers aus und begründet einen eigenen ausschließlichen Gewahrsam. Die Verkehrsauffassung weist im Regelfall einer Person, die einen solchen Gegenstand in der Tasche ihrer Kleidung oder sonst innerhalb der Kleidung trägt, die ausschließliche Sachherrschaft zu, und zwar auch dann, wenn sich der Täter noch im Gewahrsamsbereich des Berechtigten befindet ... Ob der Täter hierbei die tatsächliche Aussicht hat, den Gewahrsam längere Zeit aufrechtzuerhalten – etwa, weil er bei seiner Tat beobachtet wird –, ist für die Frage, ob die Wegnahme vollendet ist, ohne Belang, denn die Tatvollendung setzt keinen gesicherten Gewahrsam voraus ...»*

**Beachte:** Das Ganze funktioniert demnach logischerweise nicht, wenn man einen **großen und unhandlichen** Gegenstand, z.B. einen Fernseher oder eine Mikrowelle durch den Laden trägt; in dieser Konstellation hat der Täter den abgrenzbaren Raum, den er alleine kontrollieren kann, noch nicht geschaffen. In solchen Fällen müsste zur Vollendung der Wegnahme das TV-Gerät oder die Mikrowelle etwa ins Auto geladen werden (vgl. dazu unten Fall Nr. 5).

**Feinkost:** Eine **Gewahrsamsenklave** bildet man auch noch nicht, wenn man innerhalb des Supermarktes kleine Gegenstände auf den Boden des Einkaufswagens legt und mit einem Werbeprospekt zudeckt, um sie so an der Kasse vorbeizuschleusen (wunderbare Geschichte → BGHSt 41, 198). Im gerade genannten Fall hatte der Täter auf den Werbeprospekt zudem noch andere Waren gelegt und diese später auf das Kassensband gestellt und auch bezahlt. Die Kassiererin hatte die Waren unter dem Prospekt nicht bemerkt und den Täter nach Zahlung der übrigen Sachen gehen lassen. Der BGH (BGHSt 41, 198) hat hier festgestellt, dass der neue Gewahrsam frühestens mit dem Passieren der Kasse begründet wird, demnach also noch nicht durch das Zudecken der Waren mit dem Prospekt im Einkaufswagen. Ein Betrug, der auch in Betracht kam, scheidet in diesem Falle aus, da die Kassiererin nicht bewusst den Täter habe mit den verborgenen Waren gehen lassen (vgl. aber OLG Karlsruhe in JuS 2019, 819, wo der Täter mit gefälschtem Strichcode die Kasse passieren darf = § 263 StGB). Gleiches gilt nach dem BGH-Entscheid übrigens auch, wenn der Täter eine CD in seinem Einkaufswagen an der der Kassiererin abgewandten Seite hinter einem Wasserkasten verbirgt und so an der Kasse vorbeigeht; auch in diesem Fall bricht der Täter fremden Gewahrsam und begründet frühestens hinter der Kasse neuen eigenen Gewahrsam (anders OLG Düsseldorf in NStZ 1993, 287; zum Ganzen Fischer § 242 StGB Rz. 20 ff.; S/S/Bosch § 242 StGB Rz. 40; OLG Dresden NStZ-RR 2015, 211; BayObLG NJW 1997, 3326). Und beachte in diesem Zusammenhang schließlich noch den interessanten Fall des BGH aus der NStZ 2015, 276, in dem der Täter ein Notebook im Wohnzimmer des Opfers in eine mitgebrachte Jutetasche steckte und das Notebook sogar oben aus der Tasche herausguckte. Hier bejahte der BGH gleichwohl eine vollendete Gewahrsamsbegründung mit dem Argument, die Sache sei nach der Verkehrsanschauung damit schon ausschließlich dem Täter zugewiesen; das Verlassen des Wohnzimmers oder gar der Wohnung sei dafür nicht mehr notwendig gewesen (BGH NStZ 2015, 276).

**Zurück zu unserem Fall:** Durch das Einstecken in die Jacke hat R einen eigenen Gewahrsamsbereich in der fremden Gewahrsamsphäre des L geschaffen (»Gewahrsamsenklave«) und damit neuen eigenen und ausschließlichen Gewahrsam begründet (vgl. BGH NStZ 2019, 613; BGH NStZ 2019, 212).

ZE.: Damit ist die Wegnahme vollendet (!) und R hat den objektiven Tatbestand des Diebstahls erfüllt.

### **B: Subjektiver Tatbestand**

Zum Zeitpunkt des Einsteckens hatte R sowohl Vorsatz als auch die Absicht, sich die Sache rechtswidrig zuzueignen (er wollte den Wodka »stehlen«). Keine Rolle spielt, dass er sich das wenig später wieder anders überlegt, **denn:** Der Vorsatz (und die Absichten) des Täters muss zum Zeitpunkt der Tathandlung vorliegen, vgl. den Wortlaut des § 15 StGB: »Strafbar ist nur vorsätzliches **Handeln**, ...« oder des § 16 Abs. 1 StGB »... Wer bei **Begehung** der Tat Umstände nicht kennt ...«. Und das heißt, dass zum Zeitpunkt der (Tat-)Handlung des Diebstahls (= der Wegnahme) der Vorsatz vorliegen muss. Und zum Zeitpunkt des Einsteckens der Flasche, das war ja die Wegnahme, hatte R den entsprechenden Vorsatz und auch die Zueignungsabsicht.

ZE.: Der subjektive Tatbestand des Diebstahls liegt vor.

II. An der **Rechtswidrigkeit** sowie an der **III. Schuld** bestehen keine Zweifel.

**Ergebnis:** R ist strafbar nach § 242 Abs. 1 StGB wegen Diebstahls an der Flasche.

### **Zwei Dinge noch zum Schluss**

1. Ein **Rücktritt** vom Diebstahl kommt für R nicht in Betracht. Zu dem Zeitpunkt, als R die Flasche zurück ins Regal stellt, war der Diebstahl schon vollendet mit der Folge, dass ein Rücktritt nicht mehr möglich war (vgl. OLG Karlsruhe in NStZ-RR 2005, 140). Zurücktreten kann man grundsätzlich nur von einem **Versuch** (lies: § 24 Abs. 1 Satz 1 StGB, das **zweite** Wort).

2. Zur Strafverfolgung dieses Diebstahls wäre vorliegend noch ein **Strafantrag** gemäß § 248a StGB erforderlich, da die Flasche weniger als 25 Euro wert war (20 Euro). In der Klausur schreibt der souveräne Kandidat dazu **einen** Satz. Beachte insoweit noch, dass es im Hinblick auf den Begriff der »Geringwertigkeit« keine starren Regeln bzw. Beträge gibt: So wird je nach Gericht die Grenze bei 30 Euro (OLG Oldenburg NStZ-RR 2005, 111; *Fischer* § 248a StGB Rz. 3a) oder auch erst bei 50 Euro gezogen (OLG Frankfurt NStZ-RR 2017, 12; OLG Hamm wistra 2012, 40; OLG Hamm wistra 2004, 34; OLG Zweibrücken NStZ 2000, 536; *MK/Hohmann* § 248a StGB Rz. 6; *S/S/Bosch* § 248a StGB Rz. 10; *Wessels/Hillenkamp/Schuh* BT 2 Rz. 252). Der BGH hält noch an der jahrzehntelang geltenden Summe von 25 Euro fest (Urteil vom 09.07.2004 – 2 Str 176/04 = BGHR StGB § 248a Geringwertig 1; ausdrücklich offengelassen in BGH wistra 2010, 185; dem BGH zustimmend OLG Jena vom 23.10.2006 – 1 Ss 275/06).

## Gutachten

Und jetzt kommt, wie oben im Vorspann (vgl. dort: »Zur Arbeit mit diesem Buch«) schon angekündigt, die ausformulierte Lösung, also das, was man dem Prüfer als Klausurlösung des gestellten Falles vorsetzen sollte, das **Gutachten**.

### Hierzu vorab noch zwei Anmerkungen:

1. Zunächst ist wichtig zu verstehen, dass diese ausformulierte Lösung – also das Gutachten – sich sowohl vom Inhalt als auch vom Stil her maßgeblich von dem eben dargestellten Lösungsweg, der ausschließlich der **inhaltlichen** Erarbeitung der Materie diene, unterscheidet: In der ausformulierten (Klausur-)Lösung haben sämtliche Verständniserläuterungen nichts zu suchen. Da darf nur das rein, was den konkreten Fall betrifft und ihn zur Lösung bringt. Inhaltlich darf sich die Klausurlösung, die man dann zur Benotung abgibt, ausschließlich auf die gestellte Fall-Frage beziehen. Abschweifungen, Erläuterungen oder Vergleiche, wie wir sie oben in den Lösungsweg haufenweise zur Erleichterung des Verständnisses eingebaut haben, dürfen nicht in das Niedergeschriebene aufgenommen werden. Die ausformulierte Lösung ist mithin deutlich kürzer und inhaltlich im Vergleich zum gedanklichen Lösungsweg erheblich abgespeckt. Wie gesagt, es darf nur das rein, was den konkreten Fall löst. Alles andere ist überflüssig und damit – so ist das bei Juristen – **falsch**.

2. Man sollte sich als Jura-StudentIn rechtzeitig darüber im Klaren sein, dass die Juristerei eine Wissenschaft ist, bei der – mit ganz wenigen Ausnahmen – nur das **geschriebene** Wort zählt. Sämtliche Gedanken und gelesenen Bücher sind leider so gut wie wertlos, wenn die gewonnenen Erkenntnisse vom Kandidaten nicht vernünftig, das heißt in der juristischen Gutachten- bzw. Subsumtionstechnik, zu Papier gebracht werden können. Die Prüfungsaufgaben bei den Juristen, also die Klausuren und Hausarbeiten, werden nämlich bekanntermaßen geschrieben, und nur dafür gibt es dann auch die Punkte bzw. die entsprechenden Noten. Übrigens auch und gerade im Examen.

Und genau deshalb ist es außerordentlich ratsam, frühzeitig die für die juristische Arbeit ausgewählte (Gutachten-)Technik zu erlernen. Die Gutachten zu den Fällen stehen aus diesem Grund hier stets im Anschluss an den jeweiligen Lösungsweg und sollten im höchstgelegenen Interesse dann auch nachgelesen werden. Es ist nur geringer Aufwand, hat aber einen beachtlichen Lerneffekt, denn der Leser sieht jetzt, wie das erworbene Wissen tatsächlich nutzbar gemacht wird. Wie gesagt: In der juristischen Prüfungssituation zählt nur das *geschriebene* Wort. Alles klar!?

**Und hier kommt der (Gutachten-)Text für unseren ersten Fall:**

R könnte sich dadurch, dass er im Supermarkt eine Flasche Wodka unter seine Jacke steckte, wegen Diebstahls gemäß § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

**Objektiver Tatbestand:**

1. Die Flasche muss zunächst eine für R fremde bewegliche Sache gewesen sein. Fremd ist eine Sache dann, wenn sie im Eigentum eines anderen steht, also weder herrenlos ist noch im ausschließlichen Eigentum des Täters steht. Vorliegend gehört die Flasche zum Inventar des Supermarktes, ist folglich weder herrenlos noch Eigentum des R, mithin für R fremd. An der Sacheigenschaft und der Beweglichkeit der Flasche bestehen keine Zweifel.

2. Diese fremde bewegliche Sache muss R zur Erfüllung des Tatbestandes des § 242 Abs. 1 StGB nun auch weggenommen haben. Wegnahme ist der Bruch fremden und die Begründung neuen, nicht notwendig eigenen Gewahrsams.

a) Voraussetzung ist demnach, dass ein von R zu brechender Gewahrsam an der Sache bestand. Gewahrsam bezeichnet die tatsächliche Sachherrschaft einer Person über eine Sache, die von einem natürlichen Herrschaftswillen getragen wird. Hierbei kommt es auf die Anschauungen des täglichen Lebens an. Als Gewahrsamsinhaber kommt der Ladeninhaber L in Betracht. L muss zum einen eine tatsächliche Sachherrschaft über die Flasche gehabt haben. Das begegnet indessen Bedenken, weil nicht erkennbar ist, dass L zum Zeitpunkt der Ansichnahme durch R die Flasche bei sich getragen hat oder sonst wie unmittelbar darauf einwirken konnte. Allerdings setzt eine tatsächliche Sachherrschaft nicht voraus, dass der Gewahrsamsinhaber stets unmittelbare Einwirkung auf die Sache nimmt. Es genügt vielmehr eine physisch-reale Möglichkeit der Einwirkung kraft tatsächlichen Könnens. Nach der Verkehrsanschauung erstreckt sich die tatsächliche Sachherrschaft eines Ladeninhabers auf alle Gegenstände, die sich innerhalb des Ladenlokals befinden, da bezüglich dieser Gegenstände die physisch-reale Möglichkeit der Einwirkung besteht.

b) Des Weiteren muss L auch einen natürlichen Herrschaftswillen hinsichtlich der Flasche gehabt haben. Dies könnte deshalb fraglich sein, weil nicht anzunehmen ist, dass L gerade bezüglich dieser Flasche über ein konkretes Bewusstsein und damit auch über einen insoweit konkretisierten Herrschaftswillen verfügte. Indessen ist dies im vorliegenden Fall nicht notwendig. Es reicht vielmehr ein sogenannter »genereller Gewahrsamswille« aus, sofern sich dieser auf eine bestimmte Herrschaftssphäre, wie etwa eine Wohnung oder ein Geschäftslokal beschränkt. In diesen Fällen hat der Betroffene einen natürlichen Herrschaftswillen hinsichtlich sämtlicher Gegenstände, die sich innerhalb des jeweiligen Herrschaftsbereiches befinden. Im vorliegenden Fall hat L demnach einen natürlichen Herrschaftswillen auch hinsichtlich der von R an sich genommenen Flasche, obgleich anzunehmen ist, dass sich das Bewusstsein des L nicht auf diese konkrete Flasche bezog. Daraus ergibt sich dann, dass L sowohl eine tatsächliche Sachherrschaft als auch einen natürlichen Herrschaftswillen bezüglich der Flasche besaß. Und mithin bestand aus der Sicht des R ein fremder Gewahrsam, der des L, an der eingesteckten Flasche.

c) Zur Begründung neuen Gewahrsams ist notwendig, dass R die tatsächliche Sachherrschaft, getragen von einem natürlichen Herrschaftswillen erlangt hat. Und für diesen Akt kommt lediglich das Einstecken in die Jacke in Betracht, zu einer weiteren Handlung ist es nicht mehr gekommen. Neuer Gewahrsam ist begründet, wenn der Täter die Herrschaft

über die Sache derart erlangt hat, dass er sie ohne Behinderung durch den alten Gewahrsamsinhaber ausüben und dieser seinerseits ohne Beseitigung der Verfügungsgewalt des Täters nicht mehr über die Sache verfügen kann.

**d)** Insoweit ergeben sich folgende Bedenken. Zum einen ist fraglich, welche Auswirkungen es hat, dass R sich beim Einstecken der Flasche im Gewahrsamsbereich des L, also im Ladenlokal, befunden und diesen auch nicht verlassen hat. Daraus könnte folgen, dass R keinen neuen Gewahrsam begründen konnte, da L, solange R das Ladenlokal nicht verlassen hat, weiterhin den ausschließlichen Gewahrsam behält. Indes muss hierbei gesehen werden, dass in Ausnahmefällen auch in einer fremden Gewahrsamssphäre neuer, vor allem ausschließlicher Gewahrsam eines anderen begründet werden kann: Voraussetzung ist ein kleiner, leicht fortzuschaffender Gegenstand – und der Täter muss diesen Gegenstand derart an sich gebracht haben, dass er dabei – innerhalb der fremden Gewahrsamssphäre – einen abgrenzbaren, nur von ihm selbst beherrschbaren Teil bildet, eine sogenannte »Gewahrsamsenklave«. Dies geschieht beispielsweise beim Ladendiebstahl durch das Einstecken kleiner Gegenstände in oder unter die Jacke, so wie im vorliegenden Fall geschehen. Hier kann der vormalige Gewahrsamsinhaber nicht ohne – gewaltsame – Durchbrechung der vom Täter gebildeten Exklave seinen Gewahrsam zurückerlangen.

Das zweite Bedenken kann sich aus dem Umstand ergeben, dass R beim Einstecken der Flasche von dem Ladendetektiv D beobachtet worden ist. Dieses Bedenken könnte allerdings nur dann durchgreifen, wenn man die Heimlichkeit zur Voraussetzung des Diebstahls machen würde. Das ist aber nicht der Fall. Die Beobachtung des Diebstahls erleichtert dem Opfer unter Umständen lediglich die Möglichkeit, die Sache wiederzuerlangen, behindert indessen nicht die Gewahrsamsbegründung durch den Täter. R hat folglich neuen Gewahrsam in dem Moment begründet, als er unter Beobachtung des D im Laden des L die Wodkaflasche unter seine Jacke steckte. Dies geschah auch gegen, zumindest aber ohne den Willen des Berechtigten L, mithin liegt auch das Merkmal des Bruchs vor. Und daraus ergibt sich dann, dass R die Tathandlung des Diebstahls, die Wegnahme einer fremden beweglichen Sache, zum Zeitpunkt des Einsteckens der Flasche im Ladenlokal des L vollendet hat. Der objektive Tatbestand des § 242 Abs. 1 StGB liegt vor.

**Subjektiver Tatbestand:** R muss zum Zeitpunkt der Tathandlung vorsätzlich gemäß § 15 StGB sowie hier zusätzlich in der Absicht, sich die Sache rechtswidrig zuzueignen, gehandelt haben. R wusste um alle Umstände, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören, wollte diese auch und hatte des Weiteren die Absicht, die Sache zu »stehlen«. Hieraus kann zwanglos die erforderliche Zueignungsabsicht gefolgert werden.

**Rechtswidrigkeit und Schuld:** An Rechtswidrigkeit und Schuld bestehen keine Zweifel.

**Rücktritt:** Für einen strafbefreienden Rücktritt nach § 24 Abs. 1 Satz 1 StGB durch das Zurückstellen der Flasche ist kein Raum, ein solcher Rücktritt ist nur vom Versuch einer Tat möglich. R aber hat die Tathandlung und damit das Delikt bereits vollendet, als er die Flasche in das Regal zurückstellt.

**Ergebnis:** R hat sich damit durch das Einstecken der Flasche wegen Diebstahls nach § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht. Da die Flasche mit 20 Euro Wert deutlich weniger als 50 Euro wert gewesen ist, wäre wegen Unterschreitung der Geringwertigkeitsgrenze gemäß § 248a StGB zur Strafverfolgung ein Strafantrag erforderlich.