

## Entscheidungsanmerkung

### Zu den Voraussetzungen des Gewahrsams und des Einverständnisses nach § 242 StGB

**Ob bei Beobachtung des Diebstahls durch den Eigentümer oder durch andere, die zu seinen Gunsten einzuschreiten gewillt sind, die Begründung neuen Gewahrsams möglich ist, hängt von den Einzelumständen ab. (Amtlicher Leitsatz)**

StGB § 242 Abs. 1

OLG Hamm, Beschl. v. 29.4.2014 – 1 RVs 24/14<sup>1</sup>

#### I. Sachverhalt

Der Diebstahl ist ein „Evergreen“ in der strafrechtlichen Prüfungspraxis. Fragen zur Wegnahme und insbesondere zu den Gewahrsamsverhältnissen gehören zu den „beliebtesten“ innerhalb des Studiums und tauchen auch in der Praxis immer wieder auf, wie die hier vorliegende Konstellation verdeutlicht:

A ist bei der Speditionsfirma T-GmbH beschäftigt. Die Aufgabe der T-GmbH besteht im Wesentlichen darin, Stückgut bei der Firma T2 zu laden und dieses Stückgut sodann auf das Gelände der T-GmbH zu verbringen, dort zwischenzulagern und binnen vorgegebener Fristen an die Kunden auszuliefern. Bei Anlieferung von Ware wird diese mittels Lieferzetteln bestimmten Lieferregionen zugeordnet und in hierfür vorgesehene Boxen gebracht. Zunächst nicht zuordenbare Ware kommt bis zu ihrer Zuordnung in eine separate Box.

Anfang März 2012 wendet sich A an L, der als Vorarbeiter bei der Firma T2 tätig ist und bereits einige „krumme“ Ladungen im Interesse des A vorgenommen hat. In Absprache mit A lässt L am 6.3.2012 gegen Mittag auf dem Gelände der Firma T2 Waren ohne Lieferschein im Wert von 4.800 EUR, die dem A „zukommen“ sollen, mit auf den Lkw des A laden. Weitere für A bestimmte Ware lässt L auf einen anderen Lkw der T-GmbH laden, dessen Fahrer jedoch nicht in den Plan eingeweiht ist.

Mitarbeitern der Fa. T2, u.a. dem Logistikleiter, sind indes Unstimmigkeiten bei der Verladung aufgefallen. Da der Logistikleiter aber ad hoc keinen hinreichenden Beweis für eine Straftat hat und nicht Mitarbeiter der Spedition vor aller Augen eventuell zu Unrecht des Diebstahls bezichtigen will, beobachtet er den Vorgang und ergreift lediglich Maßnahmen der Beweissicherung (Aufnahme von Fotos). Später will er „die Sache“ auf dem Gelände der Spedition überprüfen.

A befördert seine Ladung auf das Gelände der T-GmbH und lässt dort – auch die für ihn selbst bestimmten Waren – abladen. Einem dortigen Mitarbeiter sagt er auf dessen Nachfrage bzgl. der Ware, die nicht mit einem Ladezettel versehen ist, die Sendung würde am Folgetag geholt, ein Versandmitarbeiter wisse Bescheid. Sämtliche für A bestimmte Ware – auch die von dem gutgläubigen Fahrer abtransportierten Teile – wird planmäßig in einer gesonderten Box abgelagert. Der

beabsichtigte Abtransport von dort gelingt A jedoch nicht mehr, weil die Ware am Nachmittag des Tattages von Mitarbeitern der Fa. T2 „sichergestellt“ werden kann.

#### II. Einführung in die Problematik

Nach § 242 Abs. 1 StGB begeht einen Diebstahl, wer eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegnimmt, die Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen. Daraus ergibt sich folgendes Prüfungsschema:

- I. Tatbestand
  1. Objektiver Tatbestand
    - a) fremde bewegliche Sache
    - b) Wegnahme
      - aa) ursprünglich fremder Gewahrsam
      - bb) neuer Gewahrsam
      - cc) Verschiebung gegen den Willen des Berechtigten
  2. Subjektiver Tatbestand
    - a) Vorsatz
    - b) Zueignungsabsicht
      - aa) dolus directus I bzgl. mindestens vorübergehender Aneignung
      - bb) dol. event. bzgl. dauernder Enteignung
    - c) Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung
    - d) Vorsatz bzgl. c)
- II. Rechtswidrigkeit
- III. Schuld

#### 1. Der Gewahrsamsbegriff

Das prüfungsrelevanteste Tatbestandsmerkmal des Diebstahls ist die Wegnahme. Diese kennzeichnet die Grenze zwischen vollendetem und versuchtem Diebstahl. Das wiederum hat Auswirkungen für die Abgrenzung zwischen Raub gem. § 249 StGB und räuberischem Diebstahl gem. § 252 StGB. Während der Einsatz eines qualifizierten Nötigungsmittels vor der Wegnahme den Anwendungsbereich des § 249 StGB eröffnet, fällt der Einsatz eines qualifizierten Nötigungsmittels nach der Wegnahme in den Tatbestand des § 252 StGB.

Unter Wegnahme versteht man den Bruch fremden und die Begründung neuen nicht notwendigerweise tätereigenen Gewahrsams.<sup>2</sup> Danach beinhaltet die Wegnahme drei Schritte:<sup>3</sup>

- die Aufhebung des fremden – alten – Gewahrsams,
- die Begründung neuen Gewahrsams und

<sup>2</sup> Schmitz, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2. Aufl. 2012, § 242 Rn. 48; Schramm, JuS 2008, 678 (680); Wittig, in: von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 8.2.2015, § 242 Rn. 10. Beachte Rotsch, Strafrechtliche Klausurenlehre, 2013, Rn. 1330.

<sup>3</sup> Vgl. dazu Zopfs, ZJS 2009, 506 (507); Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 17. Aufl. 2015, § 2 Rn. 22.

<sup>1</sup> Die Entscheidung ist abgedruckt in NSStZ-RR 2014, 209.

- schließlich muss diese Gewahrsamsverschiebung durch Bruch, d.h. ohne oder gegen den Willen des alten Gewahrsamsinhabers erfolgen.<sup>4</sup>

Für das „Schicksal“ der Wegnahme ist also der Gewahrsamsbegriff von zentraler Bedeutung. Wichtig ist zunächst, dass der Gewahrsam vom zivilrechtlichen Besitz zu unterscheiden ist, auch wenn es faktisch große Schnittmengen im Anwendungsbereich der beiden Begriffe gibt.<sup>5</sup> Insbesondere finden aber die Rechtsfiguren des mittelbaren Besitzes gem. § 868 BGB, des Erbenbesitzes gem. § 857 BGB sowie des Besitzdieners gem. § 855 BGB keine Entsprechung im Rahmen des weniger verrechtlichten strafrechtlichen Gewahrsamsbegriffs.<sup>6</sup>

Gewahrsam ist im Grundsatz das tatsächliche, von einem Herrschaftswillen getragene Herrschaftsverhältnis einer Person über eine Sache.<sup>7</sup> Der Gewahrsam verlangt danach mit der Herrschaftsmöglichkeit eine objektive Komponente und mit dem Herrschaftswillen ein subjektives Element.<sup>8</sup> Uneinigkeit besteht allerdings über die Frage, aus welcher Perspektive man die Komponenten betrachtet: faktisch oder sozial-normativ. Historisch ist von einem faktischen Gewahrsamsbegriff auszugehen, der eine *tatsächliche* Herrschaft und einen *natürlichen* Herrschaftswillen zugrunde legt, wobei beides nach der Anschauung des täglichen Lebens interpretiert wird. Dieser faktische Gewahrsamsbegriff stößt aber an seine Grenzen. So kann die tatsächliche Herrschaftsmöglichkeit des vom Bauern auf dem Feld zurückgelassenen Pfluges nur fingiert werden. Gleiches gilt für den natürlichen Willen eines Schlafenden oder Bewusstlosen. Diese Probleme versuchte *Welzel* mit dem sog. sozialen Gewahrsamsbegriff zu

überwinden.<sup>9</sup> Er verzichtete bei der Bestimmung des Gewahrsams auf faktische Kriterien und stellte stattdessen auf eine soziale Zuordnung der Sache zu einer Person ab. Ist der Zugriff der Person auf die Sache sozial unauffällig und wird als selbstverständlich akzeptiert, so liegt nach dieser Ansicht Gewahrsam vor. *Welzel* ordnete jeder Person Tabuzonen – sog. Gewahrsamssphären – zu. Alles, was sich in dieser Gewahrsamssphäre befindet, steht im Gewahrsam der Person, der diese Tabuzone zugeordnet wird. Kollidieren zwei Sphären, so geht die engere der weiteren vor, die dann eine sog. Gewahrsamsenklave bildet.

Zwar hat sich der soziale Gewahrsamsbegriff „begrifflich“ nicht durchsetzen können. Gleichwohl haben Rechtsprechung und Literatur die wesentlichen Gedanken des sozialen Gewahrsamsbegriffs übernommen und vertreten heute einen sog. *faktisch-sozialen* Gewahrsamsbegriff. Gewahrsam ist danach das tatsächliche, von einem Herrschaftswillen getragene Herrschaftsverhältnis einer Person über eine Sache, was nach der Verkehrsauffassung, d.h. der sozialen Anschauung des täglichen Lebens zu beurteilen ist.<sup>10</sup> „Für die Frage des Wechsels der tatsächlichen Sachherrschaft ist entscheidend, dass der Täter die Herrschaft über die Sache derart erlangt, dass er sie ohne Behinderung durch den alten Gewahrsamsinhaber ausüben und dieser über die Sache nicht mehr verfügen kann, ohne seinerseits die Verfügungsgewalt des Täters zu brechen.“<sup>11</sup> Der wesentliche Unterschied zum sozialen Gewahrsamsbegriff besteht darin, dass der sozial-normative Maßstab des faktisch-sozialen Gewahrsamsbegriffs lediglich eine korrigierende, aber keine konstituierende Funktion hat und damit kein selbstständiges Gewahrsamselement ist. Doch auch der soziale Gewahrsamsbegriff zieht die tatsächliche Sachherrschaftsmöglichkeit als Indiz zur Feststellung der sozialen Zuordnung heran. Der rechtliche Meinungsstreit ist daher eher terminologischer Art und in einer Klausur von untergeordneter Bedeutung.<sup>12</sup> Die wesentliche Leistung in einer Klausur besteht vielmehr in der vollständigen Auswertung des Sachverhaltes. Ratsam ist es in der Klausur ausgehend vom faktisch-sozialen Gewahrsamsbegriff die den konkreten Einzelfall tragenden Gesichtspunkte herauszuarbeiten und im Rahmen einer wertenden Abwägung zu gewichten. „Hierbei sind insbesondere Faktoren wie der Ort des Geschehens (räumlicher Machtbereich des bisherigen Gewahrsamsinhabers?), die Größe des Gegenstandes (hand-

<sup>4</sup> Zu beachten ist, dass die ganz überwiegende Ansicht das Merkmal „Bruch“ lediglich auf die Aufhebung des Gewahrsams bezieht, nicht aber auf die Neubegründung, vgl. dazu etwa *Schmitz* (Fn. 2), § 242 Rn. 82; *Rengier* (Fn. 3), § 2 Rn. 64. Gleichwohl wird die hier vorgestellte Prüfungsreihenfolge auch nach ganz überwiegender Ansicht in dieser Form angewendet, vgl. dazu *Rotsch* (Fn. 2), Rn. 697. Im Ergebnis wirkt sich der Unterschied aber nur in den äußerst seltenen Fällen aus, in denen die Gewahrsamsaufhebung und die Neubegründung des Gewahrsams zeitlich auseinanderfallen, vgl. zu diesem eher akademischen Problem *Rotsch*, GA 2008, 65 (71 ff.).

<sup>5</sup> *Rönnau*, JuS 2009, 1088.

<sup>6</sup> *Samson*, JA 1980, 285 (286); *Kindhäuser*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 3, 4. Aufl. 2013, § 242 Rn. 30; *Wessels/Hillenkamp*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, Bd. 2, 37. Aufl. 2014, § 2 Rn. 93 f.; vgl. auch die Übersicht bei *Jüchser*, ZJS 2012, 195 (200).

<sup>7</sup> *Lackner/Kühl*, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 28. Aufl. 2014, § 242 Rn. 8a.

<sup>8</sup> „Kurz gefasst verlangt Gewahrsam daher Herrschaftswillen und Herrschaftsmöglichkeit.“, *Jäger*, JA 2015, 390 (391).

<sup>9</sup> *Welzel*, GA 1960, 257. Zu den heutigen Vertretern des sozialen Gewahrsamsbegriffs zählt etwa *Schmitz* (Fn. 2), § 242 Rn. 62 ff.

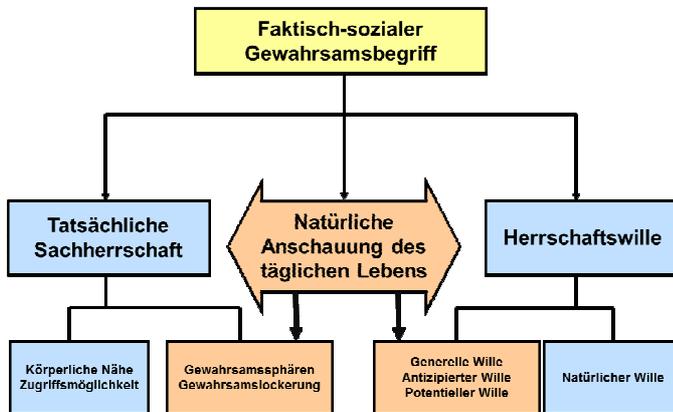
<sup>10</sup> Vgl. dazu *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 6), Rn. 90; *Küper/Zopfs*, *Strafrecht, Besonderer Teil, Definitionen mit Erläuterungen*, 9. Aufl. 2015, Rn. 750; ausführlich dazu *Bosch*, Jura 2014, 1237.

<sup>11</sup> BGH, Beschl. v. 16.9.2014 – 3 StR 373/14 = BeckRS 2014, 20034; vgl. auch BGH NStZ 1988, 270 (271).

<sup>12</sup> So auch explizit *Hecker*, JuS 2015, 276 (277); *Eser/Bosch*, in: *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar*, 29. Aufl. 2014, § 242 Rn. 24; *Bosch*, Jura 2014, 1237 (1238); *Joecks*, *Strafgesetzbuch, Studienkommentar*, 11. Aufl. 2014, § 242 Rn. 19 f.; beispielhaft *Rotsch* (Fn. 2), Rn. 1511 ff.

lich, leicht, groß, sperrig?) sowie die faktischen Zugriffsmöglichkeiten der Beteiligten auf den Gegenstand (nur mittels Eindringen in fremden „Tabubereich“ oder unter Anwendung von Gewalt möglich?) in die Betrachtung einzubeziehen.“<sup>13</sup>

Visuell lässt sich der Gewahrsamsbegriff wie folgt komprimiert darstellen:



2. Der beobachtete Gewahrsamswechsel

Problematisch ist der – hier relevante – beobachtete Gewahrsamswechsel. Liegt diese Konstellation vor, so ist in vielen Klausuren nur der schlichte Hinweis zu lesen: „Der Diebstahl ist kein heimliches Delikt. Die Beobachtung steht der Wegnahme damit nicht entgegen.“ Das kann im Ergebnis richtig sein, ist aber nicht zwingend. Diese phrasenhafte Aussage nimmt keinerlei Bezug zur oben genannten Definition der Wegnahme und steht damit definitorisch im „luftleeren Raum“.

Wird die Gewahrsamsverschiebung beobachtet, so stellen sich im Wesentlichen zwei Fragen: Steht diese Beobachtung der Neubegründung des Gewahrsams entgegen und könnte die Beobachtung mit einem Einverständnis gleichgesetzt werden?

a) Gewahrsamsbegründung

Man könnte zunächst annehmen, dass der Täter, der bei der Gewahrsamsverschiebung beobachtet wird, deswegen keinen neuen Gewahrsam begründet, weil er aufgrund der Beobachtung an der Herrschaft der Sache gehindert sein könnte. Dritte sind jederzeit berechtigt, den Täter gem. § 127 Abs. 1 StPO festzunehmen oder gem. § 859 BGB Selbsthilfe auszuüben.<sup>14</sup> Dagegen ist allerdings anzumerken, dass die Beobachtung nicht die Überführung des Gegenstandes in die Gewahrsamsphäre des Täters verhindert, die die beste Beherrschungsposition bietet, etwa wenn der Täter im Supermarkt etwas einsteckt. Vielmehr erleichtert die Beobachtung lediglich die Rückerlangung des Gegenstandes.<sup>15</sup>

Etwas anderes kann sich allerdings ergeben, wenn für den Täter (aus der Sicht eines neutralen Beobachters) überhaupt

keine Chance besteht, mit dem Diebesgut zu entkommen.<sup>16</sup> In diesen Fällen hätte der Täter faktisch nie die Möglichkeit, die Herrschaft über die Sache tatsächlich auszuüben. Zu berücksichtigen sind also wiederum die Umstände des Einzelfalls, wobei die räumliche Entfernung des Beobachtenden vom Ort des Geschehens, die Schnelligkeit des Eingreifens sowie Umfang und Gewicht der Beute von Relevanz sind.<sup>17</sup>

b) Einverständnis in die Gewahrsamsverschiebung („durch Bruch“)<sup>18</sup>

Weiterhin stellt sich die Frage, ob die Beobachtung Auswirkungen auf das tatbestandsausschließende Einverständnis in die Gewahrsamsverschiebung haben kann.

Anzumerken ist zunächst, dass der Beobachtende grundsätzlich nur dann berechtigt ist, das Einverständnis zu erklären, wenn er auch Gewahrsamsinhaber ist.

Sodann stellt sich die Frage, ob der Betroffene tatsächlich mit dem Übergang des Gewahrsams einverstanden ist. Dies ist grundsätzlich der Fall, wenn es sich um eine sog. Diebesfalle handelt.<sup>19</sup> Typisch für eine solche Diebesfalle ist, dass der Täter die Sache in seinen Gewahrsam bringen soll, damit sie später bei ihm gefunden wird und er überführt werden kann. Der ursprüngliche Gewahrsamsinhaber ist dann mit der Gewahrsamsverschiebung einverstanden, mit der Folge, dass diese nicht mehr durch Bruch erfolgt und ein vollendeter Diebstahl ausscheidet.<sup>20</sup> Davon abzugrenzen ist die bloße Beobachtung. Charakteristisch für eine solche Beobachtung ist, dass der Beobachtende gerade keinen Gewahrsamsübergang will und den Täter grundsätzlich in einem unmittelbar räumlich-zeitlichen Zusammenhang mit der Tat stellt. In diesem Fall liegt kein Einverständnis in die Gewahrsamsverschiebung vor, sodass eine Wegnahme anzunehmen ist.

Zu beachten ist allerdings, dass die Begriffe „Diebesfalle“ und „bloße Beobachtung“ letztlich auch nur inhaltsleere Schlagworte sind. Auch bei diesem Problem ist es entscheidend, dass der Sachverhalt ausgewertet wird und alle abwägungsrelevanten Faktoren in die Entscheidung mit einbezogen werden.

III. Die Entscheidung

A war vom Amtsgericht wegen gemeinschaftlichen Diebstahls zu einer Freiheitsstrafe von drei Monaten verurteilt worden, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wurde. Die dagegen gerichtete Berufung des Angeklagten verwarf das Landgericht. Das OLG Hamm hat zwar den Schuld-

<sup>13</sup> Hecker, JuS 2011, 374.

<sup>14</sup> Eser/Bosch (Fn. 12), § 242 Rn. 40; ausführlich auch Bosch, Jura 2014, 1237 (1240 f.).

<sup>15</sup> BGH NJW 1961, 2266; OLG Düsseldorf NJW 1993, 1492.

<sup>16</sup> Schmitz (Fn. 2), § 242 Rn. 80; vgl. auch BGH NJW 1975, 320.

<sup>17</sup> Kindhäuser (Fn. 6), § 242 Rn. 60.

<sup>18</sup> Liegt sogar ein Einverständnis in die Gewahrsamsverschiebung vor, so kommt es auf die akademische Streitfrage, ob sich das Einverständnis nur auf die Aufhebung des Gewahrsams oder zusätzlich auch auf die Neubegründung des Gewahrsams beziehen muss, nicht an.

<sup>19</sup> Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 62. Aufl. 2015, § 242 Rn. 23; Jäger, JA 2015, 390 (392); Wessels/Hillenkamp (Fn. 6), Rn. 118.

<sup>20</sup> BGH NJW 1979, 729.

spruch bestätigt, ist aber der Ansicht, dass nur ein vollendeter Diebstahl vorliegt, soweit es um die Waren im Wert von 4.800 € geht. Das Verhalten in Bezug auf die Ware im Wert vom 800 € auf dem Lkw des gutgläubigen Fahrers begünstigt hingegen nur einen versuchten Diebstahl.

Zunächst befasst sich das OLG Hamm mit der Begründung des neuen Gewahrsams durch A bezüglich der Ware, die auf seinen Lkw geladen wurde.

„Durch das unberechtigte Aufladen der Waren im Wert von 4.800 € haben der Angekl. und sein Mittäter fremde bewegliche Sachen weggenommen. Sie haben gegen den Willen der Organe der Fa. T2, die einen generellen Sachherrschaftswillen bzgl. der auf ihrem Gelände befindlichen Gegenstände hatten, fremden Gewahrsam gebrochen und neuen Gewahrsam an den genannten Waren begründet. [...] Bis zum Verladezeitpunkt bestand Gewahrsam der Fa. T2 an den genannten Waren [...].

Mit der Verladung auf den Lkw des Angekl., spätestens mit dessen Verlassen des Betriebsgeländes, hat der Angekl. neuen Gewahrsam begründet. Der neue Gewahrsam muss nicht unbedingt ein tätereigener Gewahrsam sein, vielmehr kann dieser auch bei einem Dritten begründet werden. Der Senat kann daher hier dahinstehen lassen, ob der Angekl. bereits mit Verladung auf den Lkw selbst Gewahrsam erlangt hat oder aber zunächst nur Gewahrsam durch bzw. für die Organe der T-GmbH begründet worden ist. Entsprechendes gilt für die von dem früheren Mitangekl. L im Einvernehmen mit dem Angekl. veranlasste Verladung von Ware im Wert von 800 € auf einen anderen Lkw der Spedition.<sup>21</sup>

Sodann setzt sich das Gericht mit der Frage auseinander, ob der Umstand, dass das Geschehen von Mitarbeitern der Fa. T2 beobachtet wurde, einer Gewahrsamsbegründung durch A entgegenstehen könnte.

„Dass das ganze Geschehen von Mitarbeitern der Fa. T2 beobachtet wurde, hindert die Annahme einer vollendeten Wegnahme und damit eines vollendeten Diebstahls hinsichtlich der auf den Lkw des Angekl. verladenen Waren im Wert von 4.800 € nicht. Diebstahl setzt keine Heimlichkeit voraus. Ob bei Beobachtung des Diebstahls durch den Eigentümer oder durch andere, die zu seinen Gunsten einzuschreiten gewillt sind, die Begründung eigenen Gewahrsams möglich ist, hängt von den Einzelheiten ab. Wesentlich sind z.B. die mehr oder weniger große räumliche Nähe des Eigentümers oder seiner Beauftragten und die Schnelligkeit ihres Eingreifens sowie Umfang und Gewicht des Diebesgutes, alles dies unter Umständen in Verbindung mit besonderen Alarmanrichtungen. Hier bestand zwar seitens der Mitarbeiter der Fa. T2 ein Verdacht auf einen Diebstahl, sie haben aber die Täter gewähren lassen und lediglich Maßnahmen zur Beweissicherung (Aufnahme von Fotos) ergriffen.“<sup>22</sup>

Zuvor hatte das Gericht zur Frage, ob die Gewahrsamsverschiebung durch Bruch erfolgt ist, bereits festgestellt:

„Dass die Organe dieses Unternehmens einen generellen Sachherrschaftswillen bzgl. der entwendeten Gegenstände hatten und zwangsläufig nicht damit einverstanden waren,

dass Ware zulasten des Unternehmens unentgeltlich fortgeschafft wird, liegt auf der Hand und bedarf – bzw. bedurfte auch im angefochtenen Urteil – keiner ausdrücklichen Erwähnung.“<sup>23</sup>

Hinsichtlich der Ware im Wert von 800 €, die auf den Lkw des gutgläubigen Fahrers verladen wurde, sah das OLG Hamm die Voraussetzungen des Diebstahls dagegen nicht als erfüllt an.

„Anders verhält es sich bei der Ware (Wert 800 €), die auf den Lkw eines anderen – nicht eingeweihten – Fahrers der Spedition verladen wurde. Hier bestand die soeben dargestellte Gefahr eines Verlustes nicht, sondern hier war zwangsläufig eine Entladung auf dem Gelände der Spedition, von welcher ihrerseits keine Widerstände gegen eine Rückholung des Diebesgutes durch die Fa. T2 zu befürchten waren, zu erwarten. Bei dem raschen Zugriff war mithin ein endgültiger Verlust nicht zu gewärtigen. Insoweit ist die Tat im Versuchsstadium stecken geblieben. Einer Abänderung des Schuldspruchs bedurfte es nicht, da ungeachtet der teilweise nicht erfolgten Begründung eigenen Gewahrsams nur ein einheitlicher vollendeter Diebstahl vorliegt.“<sup>24</sup>

#### IV. Bewertung der Entscheidung

Auf den ersten Blick erscheint die Entscheidung konsequent und richtig. Schaut man aber genauer hin, so vermögen die Ausführungen zur Gewahrsamsbegründung des gut- bzw. bösgläubigen Fahrers sowie zum (fehlenden) Einverständnis in die Gewahrsamsverschiebung nicht zu überzeugen.

##### 1. Begründung neuen Gewahrsams

Das OLG Hamm lässt zunächst die Frage offen, ob A bereits durch das Aufladen auf den Lkw neuen Gewahrsam an der Ware begründet hat. Diese Frage ist zu verneinen.<sup>25</sup> Indem die Ware auf den Lkw des A geladen wurde, wurde diese zwar in eine Gewahrsamsphäre des A überführt. Gleichwohl ist dabei zu berücksichtigen, dass die Mitarbeiter der Fa. T2 zu diesem Zeitpunkt jederzeit Zugriff auf die Ladefläche des Lkw hatten. A hat also zum Zeitpunkt des Verladens noch keine optimale Beherrschungsmöglichkeit erlangt.

Gewahrsam könnte A allerdings in dem Moment begründet haben, in dem er mit seinem Lkw das Gelände der Fa. T2 verlassen hat. A hat zu diesem Zeitpunkt die tatsächliche Sachherrschaft erlangt und ihm ist die Ladung – jedenfalls der Teil der Gegenstände, die ohne Nachweis eines Lieferscheins unberechtigt auf seinen Lkw verladen wurden –, sozial zuzuordnen. Auch die Beobachtung durch die Mitarbeiter der Fa. T2 ändert zunächst nichts an der Überführung der Gegenstände in die Gewahrsamsphäre des A, die die beste Beherrschungsposition bietet. Die Mitarbeiter der Fa. T2 haben mit dem Abtransport den ungehinderten Zugriff auf die Ladung verloren. Die Beobachtung erleichtert lediglich die Rückerlangung des Gegenstandes, hat aber keine Auswirkungen auf die Beherrschungssituation des A.

<sup>21</sup> OLG Hamm NSTZ-RR 2014, 209 (210).

<sup>22</sup> OLG Hamm NSTZ-RR 2014, 209 (210).

<sup>23</sup> OLG Hamm NSTZ-RR 2014, 209 (210).

<sup>24</sup> OLG Hamm NSTZ-RR 2014, 209 (210).

<sup>25</sup> Jäger, JA 2015, 390 (392).

Fraglich ist darüber hinaus, ob zudem eine Gewahrsamsverschiebung an der Ware eingetreten ist, die auf den Lkw des gutgläubigen Fahrers verladen wurde. Auch hier könnte eine Gewahrsamsverschiebung in dem Moment eingetreten sein, als der Fahrer das Gelände der Fa. T2 mit dem Lkw verließ. Das OLG Hamm verneint diese Möglichkeit mit der Begründung, dass die *endgültige* Verlustwahrscheinlichkeit bei einem gutgläubigen Fahrer weniger groß sei. Schaut man genau hin, so beschreibt das Gericht jedoch keine Verlustwahrscheinlichkeit, sondern vielmehr eine „Rückholwahrscheinlichkeit“. Damit setzt das Gericht aber einen Gewahrsamsverlust gleichsam voraus. Entscheidend ist auch hier der Umstand, dass die Mitarbeiter der Fa. T2 keinen Zugriff mehr auf die Ware hatten, sobald der gutgläubige Fahrer das Gelände der Firma verlassen hatte. Die Ware befand sich in der Gewahrsamssphäre des Lkw-Fahrers, die diesem zuzuordnen ist. Im Übrigen ist davon auszugehen, dass der Lkw-Fahrer einen generellen Beherrschungswillen bezüglich der in seinen Lkw verladene Gegenstände hat. Daher ist anzunehmen, dass jedenfalls der gutgläubige Lkw-Fahrer neuen Gewahrsam an den Gegenständen begründet hat.

Will man dieser Argumentation nicht folgen, so haben die Mitarbeiter der T-GmbH jedenfalls Gewahrsam an der Ware begründet, nachdem diese aus dem Lkw ausgeladen und in der separaten Box abgelagert wurde. Diese Box befindet sich in der Gewahrsamssphäre der T-GmbH und ist dem Zugriff der Mitarbeiter der Fa. T2 ohne Mitwirkung der Mitarbeiter der T-GmbH vollkommen entzogen. Eine Gewahrsamsverschiebung ist damit vollzogen. Dieser Zeitpunkt geriet offenbar nicht in das Blickfeld des OLG Hamm.

## 2. Einverständnis in die Gewahrsamsverschiebung

Sehr apodiktisch wirkt die Feststellung des OLG Hamm, dass es „auf der Hand liegt“, dass die Mitarbeiter der Fa. T2 mit der Gewahrsamsverschiebung nicht einverstanden waren.

Zunächst ist davon auszugehen, dass der Logistikleiter der Fa. T2 generell mit dem Gewahrsamsübergang auf die Mitarbeiter der Speditionsfirma T-GmbH einverstanden ist. Etwas anderes könnte sich hier allerdings aus dem Umstand ergeben, dass u.a. der Logistikleiter in Bezug auf die für A bestimmte Ware misstrauisch war, Beweissicherungsmittel ergriff und sich innerlich vorbehielt, den Vorgang später auf dem Gelände der T-GmbH zu überprüfen. Insoweit gilt aber, dass der rein innere Vorbehalt das generelle Einverständnis in den tatsächlichen Vorgang des Gewahrsamsübergangs nicht auszuschließen vermag.<sup>26</sup> Greift man dagegen die obige Differenzierung zwischen der Diebesfalle und der bloßen Beobachtung auf, so ist festzustellen, dass hier kein Fall einer klassischen Diebesfalle gegeben ist. Denn der Logistikleiter hat die Ware hier gerade nicht wie bei einer Diebesfalle in der Absicht bereitgestellt, dass A diese gleichsam als „Köder“ entwendet. Vielmehr hat der Logistikleiter den Vorgang nur zufällig beobachtet und A auch nicht im unmittelbaren Zusammenhang mit der Tat gestellt. Dies könnte zunächst gegen ein Einverständnis sprechen, wie es typischerweise bei der Diebesfalle (stillschweigend) erklärt wird. Entscheidend

ist hier allerdings, dass der Logistikleiter bewusst darauf verzichtet hat, seine Zweifel sofort auszuräumen. Dabei ist auch nicht ersichtlich, aus welchem Grund der Logistikleiter eines Unternehmens bei auftretenden Unstimmigkeiten nicht nach den Ladepapieren fragen kann. Darin wäre noch kein „Bezichtigen“ eines Diebstahls vor aller Augen zu sehen, für den Fall, dass die Papiere in Ordnung gewesen wären. Der Logistikleiter ließ die „verdächtige“ Ware – wie die übrige Ware desselben Geschäftsvorgangs – passieren, womit er eine bewusste Entscheidung über die Aufgabe des Gewahrsams getroffen und damit sein Einverständnis erklärt hat.<sup>27</sup> Dann aber ist die Gewahrsamsverschiebung nicht „durch Bruch“ erfolgt und eine vollendete Wegnahme scheidet – entgegen der Annahme des OLG Hamm – aus. A hätte sich dann nur wegen versuchten Diebstahls strafbar gemacht.

## IV. Ausblick

Diebstahlsfälle gehören zum Standard des Prüfungsstoffes. Die vorliegende Entscheidung bringt in Bezug auf die Wegnahme und den Gewahrsamsbegriff zwar wenig „Neues“. Der Fall enthält aber viel Argumentationspotential und ist daher zur Wiederholung des Stoffes und vor allem als Prüfungsaufgabe bestens geeignet.

*Privatdozentin Dr. Janique Brüning, Hamburg*

<sup>26</sup> Schmitz (Fn. 2), § 242 Rn. 91.

<sup>27</sup> A.A. OLG Hamm NSTz-RR 2014, 209; Hecker, JuS 2015, 276; im Ergebnis wie hier – aber mit anderer Begründung – Jäger, JA 2015, 390 (392).