

Entscheidungsanmerkung

Gewahrsam an zurückgelassenen Sachen

An Sachen, die an einem öffentlichen, mithin für jede Person zugänglichen Ort zurückgelassen werden, besteht auch dann kein Gewahrsam, wenn der ortsabwesende Geschädigte zwar weiß wo sich die Sache befindet, aber nicht in der Lage ist, auf die Sache einzuwirken und so die Sachherrschaft gemäß seinem Willen auszuüben. (Leitsatz des Verf.)

StGB § 242

BGH, Beschl. v. 14.4.2020 – 5 StR 10/20 (LG Dresden)¹

I. Einleitung

Die Wegnahmedelikte gehören wohl zu denjenigen Tatbeständen des StGB, die am häufigsten Gegenstand strafrechtlicher Fallbearbeitungen sind. Fragen des Gewahrsams spielen daher vom strafrechtlichen Grundstudium bis zu den Examina eine hervorgehobene Rolle und stellen unverzichtbares Prüfungswissen dar. Der Beschluss des BGH zeigt nun einmal mehr, dass sich Gewahrsamsprobleme nicht nur in der Klausursituation stellen, sondern ebenso in der Praxis von Bedeutung sind. Die Entscheidung lädt dazu ein, sich (erstmalig oder erneut) mit den Grundlagen des Gewahrsams zu befassen. Ihre Prüfungsrelevanz ist als durchaus hoch einzuschätzen, weil sie – so viel sei vorweggenommen – mit der klassischen Differenzierung zwischen verlorenen und vergessenen Sachen bricht.

II. Sachverhalt (verkürzt)

Kurz nach Mitternacht suchte B den A auf offener Straße auf, um von ihm Betäubungsmittel zu erwerben. Dabei kam es aus nicht näher geklärten Gründen zu einem Gerangel, bei dem aber niemand verletzt wurde. B floh schließlich vor dieser Auseinandersetzung, wobei ihm sein Mobiltelefon aus der Tasche fiel, was er zwar nicht sofort, aber noch während der Flucht bemerkte. Schon zu diesem Zeitpunkt fasste er den Entschluss, später zurückzukehren, um sein Hab und Gut wiederzuerlangen. A verließ zunächst ebenfalls den Ort des Geschehens, kehrte aber später dorthin zurück, fand das Mobiltelefon des B und nahm es an sich, um es für sich zu behalten. Das LG verurteilte A wegen Diebstahls.

III. Einführung in die Problematik

Entscheidungserheblich dafür, ob A wegen Diebstahls oder „nur“ wegen Unterschlagung belangt werden konnte, war die Frage, ob B zu dem Zeitpunkt, als A das Mobiltelefon an sich

nahm, noch Gewahrsam daran hatte. Nur dann kommt ein Gewahrsamsbruch i.S.d. § 242 Abs. 1 StGB durch A in Betracht. Zweifel am fortbestehenden Gewahrsam des B sind hier deswegen angezeigt, weil das Mobiltelefon des B unbenutzt aus dessen Tasche gefallen war und dieser daher zu dem Zeitpunkt, als A das Mobiltelefon an sich nahm, keine physische Herrschaft über die Sache ausüben konnte. Angesprochen ist damit das Problem des Gewahrsams an verlorenen und vergessenen Sachen.

Gewahrsam ist, so die geläufige Definition, die von einem natürlichen Herrschaftswillen getragene tatsächliche Sachherrschaft.² Ob diese Sachherrschaft vorliegt, bestimmt sich nicht allein nach dem tatsächlichen physischen Zugriff oder der Möglichkeit, sofort auf die Sache einwirken zu können, sondern wesentlich nach der Verkehrsanschauung.³ Danach liegt tatsächliche Sachherrschaft schon immer dann vor, wenn unter normalen Umständen auf die Sache eingewirkt werden könnte und einer Herrschaftsausübung keine Hindernisse entgegenstehen.⁴ Durch diese Erweiterung über die aktuelle physische Sachherrschaft hinaus kann der Anwendungsbereich des Diebstahls beträchtlich vergrößert werden. So hebt räumliche Entfernung allein den Gewahrsam nicht auf. Deutlich wird dies am etwas antiquiert anmutenden, aber von Rechtsprechung und Literatur oft bemühten Beispiel eines Landwirts, der die Sachherrschaft über einen auf dem Feld abgestellten Pflug auch dann behält, wenn er sich auf seinem weit entfernten Hof befindet.⁵ Hier kommt es lediglich zu einer Gewahrsamslockerung, die keine Auswirkungen auf das Bestehen des Gewahrsams und damit die Diebstahlsstrafbarkeit hat.⁶ Weiterhin ermöglicht die Verkehrsanschauung die Konstruktion sog. Gewahrsamssphären.⁷ Dabei handelt es sich um räumliche Machtbereiche, die einer Person derart zugeordnet sind, dass es gerechtfertigt ist, ihr auch dann die Herrschaft über darin befindliche Sachen zuzusprechen, wenn sie selbst gar nicht anwesend ist. Typische Beispiele sind Wohnungen und Geschäftsräume, es kommen insoweit aber alle räumlich abgrenzbaren Bereiche in Betracht. Aus diesem Grund bleibt ein Diebstahl aus einer Wohnung auch dann ein Diebstahl, wenn der Wohnungs-

¹ Die Entscheidung ist online abrufbar unter <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=63ba12e25597955aaa29881dc64ef32b&nr=105975&pos=0&anz=1&Blank=1.pdf> (14.9.2020) sowie veröffentlicht in NStZ 2020, 483.

² BGH NStZ 2019, 726 (727); *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2019, § 242 Rn. 23; *Wittig*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, 46. Ed., Stand: 1.5.2020, § 242 Rn. 11.

³ BGHSt 41, 198 (205); *Küper/Zopfs*, Strafrecht, Besonderer Teil, 9. Aufl. 2015, Rn. 751.

⁴ *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 22. Aufl. 2020, § 2 Rn. 27.

⁵ BGHSt 16, 271 (273); *Bosch* (Fn. 2), § 242 Rn. 26; *Rönnau*, JuS 2009, 1088 (1089).

⁶ *Vogel*, in: Laufhütte/Tiedemann/Rissing-van-Saan (Hrsg.) Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch, Bd. 8, 12. Aufl. 2010, § 242 Rn. 64.

⁷ Vgl. etwa *Joecks/Jäger*, Studienkommentar, Strafgesetzbuch, 12. Aufl. 2018, § 242 Rn. 29; *Rengier* (Fn. 4), § 2 Rn. 29; *Kindhäuser/Böse*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 10. Aufl. 2019, § 2 Rn. 36.

inhaber z.B. verweist ist. Schließlich heben nach der Verkehrsanschauung auch Schlaf oder Bewusstlosigkeit den Gewahrsam nicht auf.⁸ Auf eine aktuelle oder auch nur sofort aktualisierbare Sachherrschaft kommt es nach der Verkehrsanschauung also nicht an.

Wegen dieser erheblichen Erweiterungen des Gewahrsamsbegriffs über die physische Herrschaft hinaus, halten Teile der Literatur die hergebrachte sog. faktische Definition für veraltet.⁹ Nach der stattdessen vertretenen normativ-sozialen Definition sei unter Gewahrsam nicht die tatsächliche Sachherrschaft, sondern die normativ-soziale Zuordnung der Sache zu einer Person zu verstehen.¹⁰ Begrifflich kann man dies als Umkehrung der faktischen Definition verstehen, weil es nicht auf die Sachherrschaft unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung ankommt, sondern in erster Linie auf die Verkehrsanschauung, für die die Sachherrschaft aber natürlich eine gewichtige Rolle spielt. Im praktischen Ergebnis unterscheidet sich diese Ansicht allerdings nicht von der faktischen Definition, weil diese, wie gezeigt wurde, durch die Einbeziehung der Verkehrsanschauung zu einem sehr weiten Verständnis von Sachherrschaft und damit Gewahrsam gelangt. Dennoch sollte an der faktischen Definition festgehalten werden. Zwar stellt die normativ-soziale Definition die enorme Bedeutung der Verkehrsanschauung deutlicher heraus. Jedoch stellen die tatsächliche Sachherrschaft oder die Möglichkeit jederzeitigen Zugriffs regelmäßig die Grundlage für die Verkehrsanschauung dar. Wer eine Sache unmittelbar beherrscht hat in der Regel Gewahrsam und es bedarf einiger Begründung um behaupten zu können, dass er keinen habe.¹¹ Auf dieser Linie liegt es, dass das Zivilrecht den unmittelbaren Besitz, die tatsächliche Sachherrschaft also, zum Rechtscheinträger für das Eigentum und damit für die rechtliche Zuordnung gemacht hat, etwa in §§ 1006 Abs. 1, 932 BGB.¹²

Darüber hinaus spricht auch § 252 StGB mit seinem Kriterium der Besitzerhaltungsabsicht für diese Auffassung. Sie macht die Einschätzung des Gesetzgebers deutlich, dass mit dem Wegnahmeerfolg regelmäßig Besitz des Diebes eintritt, den dieser dann womöglich räuberisch verteidigen wird. Da der Wegnahmeerfolg die Begründung neuen Gewahrsams ist, spricht dies dafür, dass der Gesetzgeber die Begriffe Gewahrsam und Besitz als wenigstens verwandt angesehen hat. Der Standardfall des Besitzes ist aber, wie § 854 Abs. 1 BGB er-

klärt, die tatsächliche Gewalt über eine Sache.¹³ Zwar haben die Vorschriften von BGB und StGB unterschiedliche Funktionen, weshalb die Wegnahme i.S.d. StGB und damit der Gewahrsamsbegriff strafrechtsautonom bestimmt werden müssen.¹⁴ Die Verwendung eines identischen Begriffs im BGB und § 252 StGB legt es aber nahe, dass der Gesetzgeber bei beiden zumindest von einem ähnlichen Wortverständnis geleitet wurde.

Aus diesen Gründen kann nicht die normativ-soziale Zuordnung, sondern muss die tatsächliche Sachherrschaft den Kern des Gewahrsamsbegriffs darstellen. Sie wird durch die Berücksichtigung der Verkehrsanschauung erweitert, aber nicht bestimmt.

Mit der Verkehrsauffassung (oder der normativ-sozialen Zuordnung) wird auch die Frage entschieden, ob an verlorenen und vergessenen Sachen noch Gewahrsam besteht, denn eine unmittelbare physische Herrschaft besteht in beiden Fällen nicht. Nach dieser Terminologie sind verlorene Sachen solche, von denen der Geschädigte nicht genau weiß, wo er sie zurückgelassen hat und wo sie sich nun befinden. Bei bloß vergessenen Sachen ist ihm der Aufenthaltsort dagegen bekannt. Die Literatur differenziert regelmäßig zwischen diesen Fallgruppen.¹⁵ Dabei soll an bloß vergessenen Sachen Gewahrsam fortbestehen, soweit einer Wiederbeschaffung keine äußeren Hindernisse entgegenstehen, weil die Kenntnis des Aufenthaltsortes noch eine hinreichende (potentielle) Sachherrschaft vermitteln könne. An verlorenen Sachen besteht dagegen kein Gewahrsam des Geschädigten mehr, weil er auch nicht hypothetisch in der Lage wäre, auf die Sache zuzugreifen oder mit ihr entsprechend seinem Willen zu verfahren.

Diese Differenzierung wirkt sich allerdings im Ergebnis regelmäßig nur dann aus, wenn die Sache in der Öffentlichkeit verloren gegangen ist. Findet der Verlust dagegen in einer fremden Gewahrsamssphäre statt, erlangt deren Inhaber meist Gewahrsam an der Sache, sobald der Geschädigte seinen Gewahrsam verliert. Begründet wird das mit einem generellen Herrschaftswillen des Inhabers der Gewahrsamssphäre, der sich auf alle Gegenstände erstreckt, die sich in der Gewahrsamssphäre befinden.¹⁶ Da es sich um einen generellen, keinen spezifischen Herrschaftswillen handelt, kommt es hierfür nicht darauf an, ob der Inhaber der Gewahrsamssphäre etwas von dem verlorenen Gegenstand weiß. Verliert also beispielsweise jemand einen Geldschein in einem Supermarkt oder einer fremden Wohnung, wird der Geldschein nicht gewahrsamslos, sondern geht sofort in den Gewahrsam des Supermarktbetreibers oder Wohnungsinhabers über. Nimmt nun ein Dritter den Geldschein an sich, handelt es sich um eine Wegnahme. Umstritten ist dagegen das Schicksal von

⁸ BGH NJW 1985, 1911; *Schmidt*, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 242 Rn. 14.

⁹ Vgl. *Schmitz*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, § 242 Rn. 51 ff.

¹⁰ *Schmitz* (Fn. 9), § 242 Rn. 55.

¹¹ So z.B. in den Fällen des übergeordneten Gewahrsams, in denen z.T. vertreten wird, dass die untergeordnete Person auf Grund des Über-/Unterordnungsverhältnisses keinen Gewahrsam habe, *Rengier* (Fn. 4) § 2 Rn. 33.

¹² Vgl. zur Publizitätsfunktion des Besitzes *Oechsler*, in: Säcker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 7, 7. Aufl. 2017, § 932 Rn. 5 f.; *Wellenhofer*, Sachenrecht, 34. Aufl. 2019, § 2 Rn. 6; *Omlor/Gies*, JuS 2013, 12 (13).

¹³ *Wellenhofer* (Fn. 12), § 2 Rn. 1.

¹⁴ *Wittig* (Fn. 2), § 242 Rn. 11.

¹⁵ Siehe nur *Bosch* (Fn. 2), § 242 Rn. 28; *Wittig* (Fn. 2), § 242 Rn. 17; *Rengier* (Fn. 4) § 2 Rn. 39; *Eisele*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 5. Aufl. 2019, Rn. 37; *Zopfs*, ZJS 2009, 506 (514).

¹⁶ OLG Düsseldorf NJW 1988, 1335 (1336); *Vogel* (Fn. 6), § 242 Rn. 71; *Zopfs*, ZJS 2009, 506 (514).

Gegenständen, die in einer fremden Herrschaftssphäre nur vergessen werden. Teilweise wird davon ausgegangen, dass der Geschädigte Alleingewahrsam behält.¹⁷ Andere vertreten, dass es zu Mitgewahrsam zwischen dem Geschädigten und dem Inhaber der Gewahrsamssphäre komme.¹⁸ In jedem Fall besteht aber noch Gewahrsam an der Sache.

Vor diesem Hintergrund muss nun geklärt werden, ob das Mobiltelefon im hier zu besprechenden Sachverhalt eine verlorene oder bloß eine vergessene Sache war. Die Tatsache, dass B zunächst nicht bemerkt hat, dass ihm das Mobiltelefon aus der Tasche gefallen ist, könnte für eine verlorene Sache sprechen. Allerdings wird der Geschädigte auch bei vergessenen Sachen nicht sofort bemerken, dass er sie nicht mehr bei sich trägt. Anderenfalls würde er sie sofort wieder an sich nehmen. Entscheidend ist vielmehr, ob der Geschädigte sich, sobald ihm der Verlust auffällt, darüber im Klaren ist, wo er die Sache zurückgelassen hat. So liegt es hier. B erinnerte sich daran, wo er sein Hab und Gut zurückgelassen hatte und hatte darüber hinaus schon den Willen gefasst, später zurückzukehren um sein Eigentum zu sichern. Bis zu dem Zeitpunkt, als A das Mobiltelefon an sich genommen hat, standen der Wiedererlangung durch B auch keine äußeren Hindernisse entgegen. Nach der zuvor erörterten Differenzierung handelt es sich bei dem Mobiltelefon also um eine vergessene Sache, an der weiterhin Gewahrsam des B besteht.¹⁹

IV. Die Entscheidung des BGH

Der BGH hat dieser Differenzierung jedoch eine Absage erteilt, indem er davon ausgeht, dass B keinen Gewahrsam mehr an dem zurückgelassenen Mobiltelefon hatte, obwohl er sich bewusst war, Hab und Gut am Tatort zurückgelassen zu haben und dieses später zurückholen wollte. Damit konnte A nicht wegen Diebstahls, sondern nur wegen Unterschlagung verurteilt werden. In den Urteilsgründen nimmt der BGH zu der eben erläuterten Differenzierung keine ausführliche Stellung. Er führt, unter Verweis auf das Beispiel des Landwirts, lediglich aus, dass räumliche Distanz für sich genommen den Gewahrsam nicht aufhebe, sondern nur lockere. Liegt die Sache jedoch in einem öffentlichen, d.h. für jede Person zugänglichen Bereich und ist der Geschädigte nicht mehr in der Lage, auf die Sache einzuwirken und die Sachherrschaft entsprechend seinem Willen auszuüben, sei der Gewahrsam beendet.

V. Bewertung

Angesichts der bislang üblichen Differenzierung zwischen verlorenen und vergessenen Sachen hätte die Begründung des BGH durchaus ausführlicher ausfallen können. Dennoch ist die Entscheidung im Ergebnis zu begrüßen. Sie lenkt den in der Literatur bisweilen etwas entgrenzten Gewahrsamsbegriff wieder zurück in Richtung seines Kerngehalts: der tatsächli-

chen Sachherrschaft. Wenn ein kleiner, leicht transportabler Gegenstand wie ein Mobiltelefon im öffentlichen Raum zurückgelassen wird, steht er jedermanns Zugriff offen, ohne dass der abwesende frühere Gewahrsamsinhaber hiergegen etwas unternehmen könnte. Dieser Zustand faktischer Machtlosigkeit über das Schicksal einer Sache lässt sich schwerlich als Herrschaft bezeichnen. Das gilt unabhängig davon, ob der Geschädigte weiß, wo er die Sache zurückgelassen hat, oder ob seinem Zugriff auf die Sache über die Entfernung hinausgehende Hindernisse entgegenstehen. Daran ändert auch die Verkehrsanschauung nichts mehr. Im Beispiel des Landwirts oder auch beim Abstellen von Kraftfahrzeugen und Fahrrädern in der Öffentlichkeit kann ein objektiver Beobachter etwa durch die Lage im Raum (auf dem Feld, vor der Haustür, etc.) oder durch angebrachte Sicherheitsvorkehrungen (Schloss) die Sache einer bestimmten (wenn auch nicht individuell bekannten) Person zuordnen. Darüber hinaus kann bei derartigen Sachen auch dann, wenn sie ungesichert sind, vernünftigerweise nicht davon ausgegangen werden, dass sie verloren wurden. Wenn dagegen, wie im vorliegenden Fall, eine Sache einfach auf der Straße oder sonst in der Öffentlichkeit herumliegt, hat ein objektiver Beobachter keinen Anhaltspunkt dafür, die Sache einer bestimmten Person und deren Gewahrsam zuzuordnen.

Für Fälle dieser Art sollte daher die Unterscheidung zwischen verlorenen und vergessenen Sachen aufgegeben und einheitlich von fehlendem Gewahrsam ausgegangen werden. Damit würde sich auch eine schwierige und undurchsichtige Abgrenzungsfrage erledigen, auf die, soweit ersichtlich, in der Literatur kaum eingegangen wird. Kommt es für fortbestehenden Gewahrsam nämlich darauf an, dass der Geschädigte weiß, wo sich die Sache befindet, wäre als Folge zu klären, wie konkret dieses Wissen sein muss. Muss er sich den Aufenthaltsort der Sache verbildlichen können oder genügt es, wenn er weiß, auf welchem Platz, auf welcher Straße, gar in welchem Stadtteil er die Sache zurückgelassen hat? Diese Frage wird sich kaum präzise klären lassen. Schließlich passt die einheitliche Annahme fehlenden Gewahrsams und damit die einheitliche Annahme einer Unterschlagung auch besser zum Unrechtsgehalt der Tat. Das äußere Tatbild bei der Mitnahme verlorener Sachen unterscheidet sich nicht von der Mitnahme vergessener Sachen, aus Sicht eines objektiven Beobachters bricht der Täter in beiden Fällen nicht die Herrschaft eines anderen über die Sache. Auch die innere Tatseite macht die Mitnahme vergessener Sachen schon deshalb nicht verwerflicher, weil für den Täter in der Regel gar nicht ersichtlich ist (und oft auch keine Rolle spielt), ob die Sache vergessen oder verloren ist. Aufgrund dieser Erwägungen ist dem BGH beizupflichten.

*Wiss. Mitarbeiter Jan Rennicke, Göttingen**

¹⁷ Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 242 Rn. 40.

¹⁸ Wittig (Fn. 2), § 242 Rn. 17; Eisele (Fn. 15), Rn. 37.

¹⁹ Vgl. dazu das ähnlich gelagerte Beispiel bei Rengier (Fn. 4) § 2 Rn. 40.

* Der Autor ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht und Kriminologie (Prof. Dr. Katrin Höffler) an der Georg-August-Universität Göttingen. Er dankt Frau stud. iur. *Juliane Greschenz* für wertvolle Unterstützung.