

ERROR IN ARGUMENTO

Gewahrsamsbegriff

Prof. Dr. Ralf Krack

§ 242 gehört zu den Grundlagen des Ausbildungs- und Prüfungsstoffs. Daher sind Fehler in diesem Bereich besonders ärgerlich. Was haben Sie davon, wenn Sie die fünfte „Theorie“ zum Merkmal „unbefugte Verwendung“ in § 263a Abs. 1 3. Var. kennen, aber den Eindruck vermitteln, die Grundlagen des § 242 nicht zu beherrschen? Typische Fehler finden sich beim Merkmal „fremde“ und der Zueignungsabsicht. Die häufigsten Fehler werden jedoch beim Merkmal der Wegnahme begangen, insbesondere bei der Subsumtion unter den Gewahrsamsbegriff.

Hinführung

Das objektive Tatbestandsmerkmal der Wegnahme („wegnimmt“) beschreibt die Tathandlung, aber mit der Veränderung der Gewahrsamsverhältnisse auch den Erfolg des § 242 Abs. 1. Es setzt sich aus **drei Untermerkmalen** zusammen:

1. Bisheriger Gewahrsam
2. Dessen Bruch, d.h. die Aufhebung des bisherigen Gewahrsams ohne den Willen des Berechtigten
3. Begründung neuen Gewahrsams

Häufig wird der Bruch des Gewahrsams nur teilweise (Aufhebung des Gewahrsams) oder gar nicht erörtert. Wer diesen Fehler begeht, verkennt mit dem „Handeln ohne den Willen des Berechtigten“ ein Wesensmerkmal des Diebstahls. Diesem Untermerkmal kommt insbesondere bei der prüfungsrelevanten Abgrenzung des Diebstahls vom Betrug eine zentrale Bedeutung zu. Dieser Fehler lässt sich durch Sorgfalt relativ leicht vermeiden, da er im Regelfall auf Nachlässigkeit beruhen wird, nicht dagegen auf einem Verständnisfehler.

In der Klausurpraxis weitaus bedeutsamer ist die **fehlerhafte Prüfung des Gewahrsams**, die in den meisten Fällen auf fehlendem Verständnis beruht.

Die Elemente des Gewahrsamsbegriffs

Für den Gewahrsamsbegriff werden im Regelfall drei Bestandteile genannt,

1. die Sachnähe (faktisches Element),
2. die Verkehrsanschauung (sozial-normatives Element) und
3. der Herrschaftswille (voluntatives Element).

Teilweise werden diese drei Kriterien als selbstständige Elemente nebeneinander angeführt. Teilweise wird primär nur auf Sachnähe und Herrschaftswillen abgestellt; deren Bestimmung anhand des Maßstabs der Verkehrsanschauung erfolgen soll.

Die Verkehrsanschauung als zentrales Kriterium

Ich habe Stapel mit Examensklausuren erlebt, in denen weit über 80% der Diebstahlprüfungen den Anforderungen an eine ordentliche Diebstahlprüfung nicht gerecht wurden. So ging es z.B. um einen Koffer, den der Zugreisende Z wie üblich im Abteil zurückgelassen hat, während er sich selbst im Speisewagen aufhielt. In 55 von 60 Klausuren war die Begründung für die Annahme eines trotz räumlicher Entfernung fortbestehenden Gewahrsams nicht brauchbar. Dumm gelaufen! Woran liegt das? Im Großteil der Klausurlösungen wurde die Verkehrsanschauung (sozial-normatives Element) nicht einmal genannt. Manche haben sie zwar im Rahmen der Gewahrsamsdefinition erwähnt, jedoch im Rahmen der Subsumtion nicht angewendet. Der Gewahrsam des Z wurde auf seine jederzeitige Zugriffsmöglichkeit gestützt und/oder auf seinen Herrschaftswillen. Auf den Koffer tatsächlich zugreifen konnten jedoch viele, insbesondere der Mitreisende M, der tatsächlich den Koffer ergriffen hat. Auch der Herrschaftswille des M war offensichtlich nicht weniger ausgeprägt als der des Z.

Dieser Befund ist verheerend, weil es sich bei der Verkehrsanschauung um das zentrale Element des Gewahrsamsbegriffs handelt, bei genauerer Betrachtung sogar – wie im Kofferbeispiel erkennbar – um das einzige:

Auf die Sachnähe kommt es nicht wirklich an. Ansonsten hätten wir während des Urlaubs keinen Gewahrsam an den Gegenständen in unserer Wohnung, der Bauer keinen Gewahrsam an seinem – inzwischen wohl nur noch in strafrechtlichen Büchern – auf dem Feld abgestellten Pflug. Umgekehrt käme man für das Werkzeug, das der angestellte Handwerker in seinem Blaumann bei sich führt, nicht auf die Idee oder gar zu dem Ergebnis, den Gewahrsam (auch oder ausschließlich) dem Arbeitgeber zuzuweisen. Die Sachnähe ist weder ein eigenständiges Kriterium neben der Verkehrsanschauung noch ein Kriterium, das sich sprachlich sinnvoll und inhaltlich nachvollziehbar als nach dem Maßstab der Verkehrsanschauung bemessen darstellen lässt.

Cave: Für den Gewahrsamsbegriff kommt es letztendlich ausschließlich auf das Kriterium der Verkehrsanschauung an. Verwenden Sie es daher unbedingt im Rahmen Ihrer Subsumtion.

Denn seinem auf dem Acker zurückgelassenen Pflug ist der Bauer fern; daran ändert die Verkehrsanschauung nichts. In gleicher Weise kommt dem Herrschaftswillen keine Bedeutung zu, weil auch dieses Kriterium von der Verkehrsanschauung („potentieller Herrschaftswille“) so sehr überlagert wird, dass nichts übrigbleibt, was man Willen nennen sollte.¹

Weil die Verwendung aller **drei Kriterien** immer noch üblich ist und daher vom Großteil der Korrektoren erwartet werden dürfte, sollten Sie sie in der Klausur **verwenden**. Die vorstehende Einordnung der Sachnähe und des Herrschaftswillens als entbehrlich sollten Sie eher nicht darlegen. Das ist auch nicht nötig, wenn Sie letztendlich dem sozial-normativen Kriterium den Vorrang einräumen – was der Sache nach der üblichen Sichtweise entspricht.

Der Scheinstreit um den Gewahrsamsbegriff

Der im Schrifttum dargestellte **Meinungsstreit** zwischen faktischem, normativ-sozialem und faktisch-sozialem Gewahrsamsbegriff² **sollte m.E.** jedenfalls in einer Klausur **nicht dargestellt** werden. Vom Etikett her trifft nur die normativ-soziale Interpretation zu. Im Ergebnis gelangen

Cave: Dem Meinungsstreit zum Gewahrsamsbegriff (faktische, normativ-soziale oder faktisch-soziale Begriffsbestimmung) kommt in der Klausurlösung eher keine Bedeutung zu.

alle drei Sichtweisen ganz überwiegend zu identischen Ergebnissen. Auch die wenigen verbliebenen Anhänger des faktischen Gewahrsamsbegriffs stellen mit der „natürlichen Auffassung des täglichen Lebens“ auf einen sozial-normativen Maßstab ab. Die aktuelle Rechtsprechung spricht immer noch von einer faktisch-sozi-

alen Begriffsbestimmung, folgt aber der Sache nach auch der sozial-normativen Sichtweise. Falls man diesen Meinungsstreit erwähnt, muss diese weitgehende Identität der Ansichten ausgeführt werden. Eine der Bezeichnung der Ansichten folgende Darstellung deutlich unterschiedlicher Sichtweise wäre inhaltlich falsch.

Drumherum

- Vermeiden Sie für die Begründung des neuen Gewahrsams das Element „nicht notwendig tätereigener“. Es ist kein echtes Definitionsmerkmal und daher zumindest entbehrlich (EIA-Beitrag ist geplant).
- Ihre Subsumtion muss sich aus der Definition des Gewahrsamsmerkmals ableiten. Arbeiten Sie nicht mit Begriffen wie „Gewahrsamssphäre“, ohne diese aus dem Kriterium der Verkehrsanschauung abzuleiten. (EIA-Beitrag ist geplant).
- Subsumieren Sie für die Fremdheit der Sache unter eine vollständige Definition – Sachen sind für eine Person nicht schon dann fremd, wenn sie ihr nicht allein gehören (EIA-Beitrag ist geplant).

¹ Schmitz, MüKo-StGB (4. Aufl.), § 242 Rn. 70 f. zur Irrelevanz von Sachnähe und Herrschaftswille.

² Schmitz, MüKo-StGB (4. Aufl.), § 242 Rn. 50 ff., auch zur nachfolgenden Einordnung des Meinungsstreits.

- Prüfen Sie die Fremdheit einer Sache nicht abstrakt, sondern auf den potentiellen Täter bezogen („die Sache müsste für A fremd sein“ statt „die Sache müsste fremd sein“) (EIA-Beitrag allgemein zu diesem methodischen Fehler ist geplant).
- Beachten Sie bei dem komplexen Merkmal der Zueignungsabsicht insbesondere, dass es nicht um eine rechtswidrige Absicht geht, sondern um die Rechtswidrigkeit der erstrebten Zueignung. Absichten können auf ein rechtswidriges Verhalten gerichtet sein, sind jedoch auch dann nicht rechtswidrig.

Prof. Dr. Ralf Krack

[Lehrstuhl für Strafrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Strafprozessrecht](#)

Universität Osnabrück
Fachbereich Rechtswissenschaft
Heger-Tor-Wall 14
49078 Osnabrück
eia@uos.de

erstellt im Mai 2022