

Gewahrsam von Sterbenden und Strafbarkeit wegen Diebstahls und Raubes

Prof. Dr. Wolfgang Mitsch, Potsdam*

Der Text behandelt die Probleme, die in Bezug auf das Tatbestandsmerkmal „Wegnahme“ entstehen, wenn der Gewahrsamsinhaber bewusstlos ist und schließlich stirbt.

I. Einleitung	51
II. Der Begriff „Wegnahme“	52
1. Definition	52
2. Übergabe statt Wegnahme	52
3. Tatbestandsausschließendes Einverständnis	53
III. Problematische Gewahrsamsinhaber	54
1. Abwesende	54
2. Schlafende	55
3. Bewusstlose und Sterbende	56
a) Unmöglichkeit der Wegnahme	56
b) Herbeiführung der Bewusstlosigkeit als Beginn der Wegnahme	57
c) Gewahrsam Dritter	59
d) Fortbestand des Gewahrsams während der Bewusstlosigkeit	60
IV. Räuberische Erpressung	62
V. Schluss	63

I. Einleitung

Gewaltkriminalität ist naturgemäß häufig mit dem Tod von Menschen verbunden. Zu den Gewaltdelikten gehört unter anderem der Raub (§ 249 StGB). Nicht selten findet bei einem brutalen Raubüberfall das Opfer der Gewalttätigkeit den Tod. Ergreifen die Täter erst danach bewegliche Sachen, die dem Opfer oder einem Dritten – nach dem Tod des Eigentümers dessen Erben (§ 1922 BGB) – gehören, stellt sich die Frage, ob diese Handlung noch eine „Wegnahme“ sein kann. Der bereits eingetretene Todeserfolg oder die ihm vorausgehende Bewusstlosigkeit des Opfers könnten dem entgegenstehen. Der *Verfasser* dieses Beitrags hatte vor kurzem Bearbeitungen eines Strafrechtsfalles zu begutachten, in dem der Täter mit einem Baseballschläger dem Opfer einen tödlichen Schlag auf den Kopf verpasst und danach bewegliche Sachen des Bewusstlosen an sich genommen hatte. Nicht wenige Bearbeiter behandelten als Problem die Gewahrsamslage im Stadium der Bewusstlosigkeit, aus der das Opfer nicht mehr aufwachte. Ob dies wirklich ein Problem ist, erscheint zweifelhaft.

* Der *Autor* ist emeritierter Professor für Strafrecht an der Universität Potsdam.

Bestätigt doch die Existenz des § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 StGB und des § 251 StGB, dass im Ergebnis Gewahrsamslosigkeit der Sachen auf Grund der geschwächten physischen Verfassung ihres Inhabers nicht richtig sein kann. Dennoch bedarf im strafrechtlichen Gutachten natürlich einer präzisen Begründung die Behauptung, dass trotz Bewusstlosigkeit oder gar Tod des bisherigen Gewahrsamsinhabers fremder Gewahrsam gebrochen und somit Sachen weggenommen wurden.

II. Der Begriff „Wegnahme“

1. Definition

„Wegnahme“ wird im Strafrecht definiert als Bruch fremden und Begründung neuen – nicht notwendig tätereigenen – Gewahrsams.¹ Gewahrsam ist tatsächliche Sachherrschaft, begleitet von einem Herrschaftswillen und konform zur „Verkehrsanschauung“.² Bruch des Gewahrsams ist die Aufhebung des bestehenden Herrschaftsverhältnisses ohne herrschaftsbeendende aktive Mitwirkung des betroffenen Gewahrsamsinhabers und ohne Einverständnis des Gewahrsamsinhabers.³ Diese Definitionen liegen den Diebstahlstatbeständen (§§ 242 ff. StGB) und den Raubtatbeständen (§§ 249 ff. StGB) gleichermaßen zugrunde.⁴ Besonderheiten der Wegnahme bei einem Raub betreffen nicht die Definition, sondern die Subsumtion des Sachverhalts unter die Definition.⁵ Da im typischen Fall eines Raubes der Gewahrsamsinhaber unmittelbar in den Tathergang involviert ist (als Opfer der Gewalt oder Drohung), kann möglicherweise seine Anwesenheit oder gar aktive Mitwirkung dem positiven Subsumtionsergebnis („T hat weggenommen“) entgegenstehen. Häufig findet dann ein Übergang der Strafbarkeitsprüfung vom Raub zur räuberischen Erpressung (§§ 253, 255 StGB) statt.⁶

2. Übergabe statt Wegnahme

Zu unterscheiden sind zwei Arten der Opfermitwirkung: Übergabe und Einverständnis. In den typischen Fällen der „Übergabe“ der Sache wird das bestehende Herrschaftsverhältnis nicht durch eine Handlung des Täters aufgehoben, sondern durch eine Handlung des Opfers. Der Gewahrsamsinhaber selbst beendet seinen Gewahrsam, indem er die Sache aus seinem Herrschaftsverhältnis

¹ Eisele, Strafrecht – Besonderer Teil II, 6. Aufl. 2021, Rn. 25; Gropp, JuS 1999, 1041 (1042); Heinrich, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht, Besonderer Teil, 4. Aufl. 2021, § 13 Rn. 37; Hellmann, in: Krey/Hellmann/Heinrich, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 19. Aufl. 2024, Rn. 14; Hilgendorf/Valerius, Strafrecht, Besonderer Teil II, 3. Aufl. 2024, § 2 Rn. 21; Klescowski, Strafrecht, Besonderer Teil, 2016, § 8 Rn. 85; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 2 Rn. 22; Schramm, Strafrecht, Besonderer Teil II, 3. Aufl. 2023, § 2 Rn. 19; Schramm, JuS 2008, 678 (680); Wessels/Hillenkamp/Schuh, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 46. Aufl. 2023, Rn. 87.

² Heinrich, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht, Besonderer Teil, 4. Aufl. 2021, § 13 Rn. 38; Eisele, Strafrecht – Besonderer Teil II, 6. Aufl. 2021, Rn. 27; Hilgendorf/Valerius, Strafrecht, Besonderer Teil II, 3. Aufl. 2024, § 2 Rn. 22; Hellmann, in: Krey/Hellmann/Heinrich, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 19. Aufl. 2024, Rn. 15; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 2 Rn. 23; Valerius/Ruppert, Examenskurs Strafrecht, 2023, § 16 Rn. 22.

³ Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 2 Rn. 64; Wessels/Hillenkamp/Schuh, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 46. Aufl. 2023, Rn. 120.

⁴ Heinrich, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht, Besonderer Teil, 4. Aufl. 2021, § 17 Rn. 5; Ceffinato, Strafrecht BT/2, 2. Aufl. 2022, Rn. 111; Eisele, Strafrecht – Besonderer Teil II, 6. Aufl. 2021, Rn. 303; Hilgendorf/Valerius, Strafrecht, Besonderer Teil II, 3. Aufl. 2024, § 14 Rn. 7; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 7 Rn. 1; Schramm, Strafrecht, Besonderer Teil II, 3. Aufl. 2023, § 4 Rn. 12; Valerius/Ruppert, Examenskurs Strafrecht, § 17 Rn. 6.

⁵ Instruktiv Klescowski, Strafrecht, Besonderer Teil, 2016, § 8 Rn. 185.

⁶ Arzt, Die Strafrechtssklausur, 7. Aufl. 2006, S. 53.

entlässt.⁷ Die Sache wird dann entweder – vorübergehend – gewahrsamslos oder es wird neuer Gewahrsam des Täters oder eines Dritten begründet. Was der Täter anschließend in Bezug auf die Sache tut, kann folglich kein Bruch fremden Gewahrsams und keine Wegnahme sein. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Übergabe der Sache ein Umstand ist, der zum Tatbestand der räuberischen Erpressung (§§ 253, 255 StGB) gehört. Die Verneinung der Wegnahme hängt nicht davon ab, dass die Gewahrsamsverschiebung eine „Vermögensverfügung“ und ihre Erwirkung seitens des Täters eine Erpressung ist. Gleichwohl muss man bei der Prüfung des Raubtatbestandes in Fällen der Sachübergabe darauf achten, dass diesem Gebe-Akt eine Handlung des Täters vorausgegangen sein kann, durch die der Gewahrsamsinhaber zur Übergabe veranlasst wurde. Beim Raub erfordert der Gesetzeswortlaut (§ 249 Abs. 1 StGB) eine gegen die Person des Gewahrsamsinhabers⁸ gerichtete Gewalt oder Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben. Der genötigte Gewahrsamsinhaber befindet sich also bei der selbstschädigenden Herausgabe der Sache in der Situation eines „Werkzeugs“ im Sinne der mittelbaren Täterschaft, § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB.⁹ Das „Geben“ seitens des Gewahrsamsinhabers ist dann letztlich doch ein „Nehmen“ seitens des Täters: Wegnahme in mittelbarer Täterschaft. Der zweite Gesichtspunkt, der bei Übergabevorgängen Berücksichtigung verdient, ist die Reichweite der vom Gewahrsamsinhaber vollzogenen Gewahrsamsverschiebung. Hat diese noch nicht zu einer vollständigen Aufhebung des bisherigen Gewahrsams geführt, ist dieser Gewahrsam nur „gelockert“. Der „Gewahrsamsrest“, der dem Gewahrsamsinhaber verblieben ist, reicht aus als Objekt einer Wegnahmehandlung des Täters. Greift nun der Täter auf die Sache zu, „vergreift“ er sich an einem immer noch existierenden fremden Gewahrsam. Er bricht diesen und erfüllt dadurch und durch die Begründung neuen Gewahrsams das Tatbestandsmerkmal „Wegnahme“.¹⁰

3. Tatbestandsausschließendes Einverständnis

Die zweite Art von Opferverhalten, das Einfluss auf die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals „Wegnahme“ durch den Täter haben kann, ist das Einverständnis.¹¹ Die Wegnahme ist ein Begriff mit Willensbruchskomponente. Denn der „Bruch“ des Gewahrsams bedeutet Aufhebung des Gewahrsams gegen den tatsächlichen oder vermuteten Willen des Gewahrsamsinhabers. Hat der Gewahrsamsinhaber also eine die Aufhebung seiner Sachherrschaft befürwortende Willenshaltung, wird sein Gewahrsam nicht gebrochen. Anders als die rechtfertigende Einwilligung braucht das Einverständnis nicht kundgetan zu werden. Ausreichend ist das „innere“ Einverständnis. In der Fallbearbeitung wird häufig das Einverständnis verwechselt mit der oben (2.) skizzierten „Übergabe“ der Sache. Beide – Übergabe und Einverständnis – schließen einen Gewahrsamsbruch aus. Beide stehen der Erfüllung des Tatbestandsmerkmals „Wegnahme“ entgegen. Aber Übergabe der Sache durch

⁷ Zu unterscheiden ist die bloße Aufhebung des eigenen Gewahrsamsbeziehung von der Aufgabe der Rechtsstellung als Eigentümer, die durch eine „Dereliktion“ erfolgt, § 959 BGB. In diesem Fall verliert die Sache bereits ihre Eigenschaft „fremd“. Allgemein zum Unterschied zwischen Eigentum und Gewahrsam *Wessels/Hillenkamp/Schuh*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 46. Aufl. 2023, Rn. 90

⁸ Der Raubtatbestand kann auch durch Gewalt gegen einen Dritten, der als Nothelfer für den Gewahrsamsinhaber Widerstand gegen die Wegnahme leistet, erfüllt werden.

⁹ Allgemein zur Begründung der mittelbaren Täterschaft durch „Nötigung zur Selbstschädigung“, *Joecks/Scheinfeld*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 25 Rn. 68 ff.

¹⁰ *Eisele*, Strafrecht – Besonderer Teil II, 6. Aufl. 2021, Rn. 46.

¹¹ *Heinrich*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht, Besonderer Teil, 4. Aufl. 2021, § 13 Rn. 53; *Ceffinato*, Strafrecht BT/2, 2. Aufl. 2022, Rn. 14; *Eisele*, Strafrecht – Besonderer Teil II, 6. Aufl. 2021, Rn. 51; *Hilgendorf/Valerius*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 3. Aufl. 2024, § 2 Rn. 41; *Kindhäuser/Hoven*, in: *NK-StGB*, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 242 Rn. 41; *Mitsch*, Strafrecht in der Examensklausur, 2022, § 2 Rn. 143; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 2 Rn. 64; *Valerius/Ruppert*, Examenskurs Strafrecht, 2023, § 16 Rn. 36.

den Gewahrsamsinhaber und Einverständnis des Gewahrsamsinhabers sind nicht dasselbe. Wechselt der Gewahrsam an der Sache seinen Inhaber infolge einer „Übergabe“, fehlt es schon an einem Täterhandeln, auf das sich das Einverständnis des Gewahrsamsinhabers beziehen könnte. Dessen eigenes Handeln hebt die Sachherrschaft auf. Ergreift der Täter die Sache, nachdem der Gewahrsamsinhaber sie herausgegeben hat, ist dieses Handeln des Täters auch ohne Einverständnis des ehemaligen Gewahrsamsinhabers keine Wegnahme. Das Einverständnis des Gewahrsamsinhabers entfaltet tatbestandsausschließende Wirkung also nur, wenn es sich auf eine Handlung des Täters bezieht, mit der dieser die Sachherrschaft des bisherigen Gewahrsamsinhabers aufhebt. Das kann beispielsweise der Fall sein, wenn der Gewahrsamsinhaber zunächst durch eine Handlung seinen eigenen Gewahrsam „gelockert“ hat und anschließend der Täter durch Ergreifen der Sache den Gewahrsam mit Einverständnis des bisherigen Gewahrsamsinhabers aufhebt.

Beispiel: Im Schuhgeschäft probiert Kunde T ein paar Schuhe an. Da ihm diese Schuhe gut gefallen, sagt er zur Verkäuferin V: „Die nehme ich. Ich behalte sie gleich an“. Anschließend bezahlt T die Schuhe und verlässt den Laden.

Da T im Einvernehmen mit V die Schuhe nur zum Probieren angezogen hat, ist hier keine „Gewahrsamsenklaue“ entstanden, durch die T bereits vor Verlassen des Geschäfts neuer Inhaber des Gewahrsams an den Schuhen geworden wäre. Selbst wenn T insgeheim vorgehabt hätte, das Geschäft mit den Schuhen ohne Bezahlung zu verlassen, wäre der Gewahrsam der V nur „gelockert“. Der Gewahrsamsübergang auf T fand erst statt, als T den Laden mit den Schuhen verließ. Dies geschah mit Einverständnis der V.¹² Daher hat T den Gewahrsam nicht gebrochen.¹³

III. Problematische Gewahrsamsinhaber

1. Abwesende

Großer räumlicher Abstand zur Sache erschwert oder verunmöglicht die tatsächliche Ausübung der Sachherrschaft, während und solange diese räumliche Trennung besteht. Gleichwohl zweifelt niemand daran, dass es ein – gem. § 244 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4 StGB qualifizierter – Diebstahl ist, wenn Täter in ein Wohnhaus eindringen und Sachen entwenden, während die Bewohner und Eigentümer auf Urlaubsreise sind und am Strand in der Sonne liegen.¹⁴ Möglich ist das nur, wenn die Urlauber trotz der großen Distanz, die zwischen ihrem aktuellen Aufenthaltsort und ihrem Heim liegt, Gewahrsam an den von den Tätern entwendeten Sachen haben. Dies wird zu Recht allgemein angenommen.¹⁵ Die räumliche Entfernung, die einer wirklichen Ausübung der Sachherrschaft entgegensteht, ist unschädlich und bewirkt nur eine Gewahrsamslockerung.¹⁶ Verneinung des Gewahrsams widerspräche

¹² Dieses Einverständnis wird dem Geschäftsinhaber – der zumindest übergeordneten Mitgewahrsam hat – zugerechnet.

¹³ Zudem waren die Schuhe nach Bezahlung an der Kasse auch nicht mehr „fremd“, § 929 S. 2 BGB.

¹⁴ Eisele, *Strafrecht – Besonderer Teil II*, 6. Aufl. 2021, Rn. 27; Fahl, *Jura* 1998, 456 (458); Kindhäuser/Hoven, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 242 Rn. 37.

¹⁵ Glandien, *JR* 2019, 60 (62); Gropp, *JuS* 1999, 1041 (1042); Rengier, *Strafrecht, Besonderer Teil I*, 26. Aufl. 2024, § 2 Rn. 28; Vogel/Brodowski, in: LK-StGB, Bd. 13, 13. Aufl. 2022, § 242 Rn. 64.

¹⁶ Bosch, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2019, § 242 Rn. 26; Vogel/Brodowski, in: LK-StGB, Bd. 13, 13. Aufl. 2022, § 242 Rn. 64.

der „Verkehrsanschauung“.¹⁷ Denn müsste der Gewahrsamsinhaber immer in der Nähe der Sache sein, um Gewahrsam an ihr zu haben, verlöre der Diebstahlstatbestand erheblich an praktischer Bedeutung, weil die Wegnahme dann sehr oft nur unter den Bedingungen des Raubtatbestandes vollzogen werden könnte. Sachentwendung zum Nachteil abwesender Eigentümer wäre hingegen kein Diebstahl, sondern „nur“ Unterschlagung. § 242 StGB würde von § 249 StGB und § 246 StGB verdrängt werden. Die tatsächliche physische Anwesenheit des Gewahrsamsinhabers als Fundament der Sachherrschaft muss also ersetzt werden durch räumliche Einrichtungen, die zum einen physischen Schutz gegen Abhandenkommen bieten und zum anderen ein deutliches Signal geben, dass die beweglichen Sachen in dieser räumlichen Sphäre der Herrschaft einer Person unterliegen, auch wenn diese gerade nicht anwesend ist. Betrachtete man den Gewahrsam enger, mehr physisch und weniger normativ, hätte dies die sozial unerwünschte Konsequenz, dass das Haben vieler Sachen die Entfaltungsfreiheit ihres Inhabers nicht erweitert¹⁸, sondern umgekehrt verengt. Denn um den strafrechtlichen Schutz des § 242 StGB nicht zu verlieren,¹⁹ dürfte der Inhaber sich nie von seinen Sachen entfernen. Er könnte also letztendlich überhaupt nicht auf Reisen gehen oder müsste alles mitnehmen, sich übermäßig mit Gepäck belasten. Weder der Begriff „Wegnahme“ noch der Begriff „Gewahrsam“ – den es im Text des StGB seit der Neufassung des § 246 durch das 6. Strafrechtsreformgesetz von 1998 ohnehin nicht mehr gibt²⁰ – zwingen zu solchen Konsequenzen. „Gewahrsam“ ist ein funktionaler Begriff, der von der Rechtsgemeinschaft modelliert werden kann, damit Normen, deren Bestandteil er ist, interessengerecht „funktionieren“. ²¹ Was „Gewahrsam“ ist, gibt nicht die Natur vor, sondern legen die „Rechtsgenossen“, vertreten durch ihre Gerichte und die am strafrechtswissenschaftlichen Diskurs Beteiligten, fest.²² Dass man einen Begriff „Wegnahme“ auch ohne „Gewahrsams“-Komponente konstruieren kann, belegt die h.M. zu § 289 StGB.²³ Nichts hindert also den Gesetzgeber daran, zu bestimmen, dass die Entwendung von Sachen aus einem Haus, deren Bewohner sich zur Zeit der Tat auf der gegenüberliegenden Hälfte der Erdkugel aufhalten, Diebstahl ist. Wenn dies nicht explizit mit vielen Worten im Gesetzestext verankert wird, sondern lediglich das Handlungsmerkmal „Wegnahme“ die richtige Strafrechtsanwendung in allen Fällen gewährleisten soll, muss es durch Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals erreicht werden. Das haben Rechtsprechung und Strafrechtswissenschaft für viele Tatkonstellationen geleistet.

2. Schlafende

Ist der Gewahrsamsinhaber abwesend, spielt es keine Rolle, ob er zur Zeit der Tat wach ist oder schläft. So oder so kann er aus der Ferne seinen Gewahrsam nicht verteidigen. Gleichwohl ist er Gewahrsamsinhaber und Opfer eines Gewahrsamsbruchs, auch während des Schlafs. Schon deshalb würde es nicht einleuchten, wenn die Beurteilung eines zur Tatzeit in unmittelbarer Nähe der tatgegen-

¹⁷ Hilgendorf/Valerius, *Strafrecht*, Besonderer Teil II, 3. Aufl. 2024, § 2 Rn. 25; Rengier, *Strafrecht*, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 2 Rn. 27; Wessels/Hillenkamp/Schuh, *Strafrecht*, Besonderer Teil 2, 46. Aufl. 2023, Rn. 88.

¹⁸ „Klassisch“ das geflügelte Wort von Gunther Arzt, wonach „Sachwerte geronnene Freiheit“ sind; vgl. jetzt in Heinrich, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, *Strafrecht*, Besonderer Teil, 4. Aufl. 2021, § 11 Rn. 1.

¹⁹ Zwar bliebe noch der Schutz des § 246 StGB. Aber dieser Tatbestand ist schon auf der Grundtatbestandsebene schwächer und hat keine Verbindung zu den Regelbeispielen des § 243 Abs. 1 S. 2 StGB und zu den Qualifikationen der §§ 244, 244a StGB. Auch ist die Unterschlagung keine taugliche Vortat eines räuberischen Diebstahls, § 252 StGB.

²⁰ Jäger, *JuS* 2000, 1167.

²¹ Lampe, *JR* 1986, 294 (295): „Der Gewahrsamsbegriff ist durch und durch sozialer Natur“.

²² Glandien, *JR* 2019, 60 (61); Rönnau, *JuS* 2009, 1088.

²³ Rengier, *Strafrecht*, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 28 Rn. 12.

ständlichen Sache Schlafenden anders ausfiele. Kein Zweifel besteht an der Erfüllung des Diebstahlstatbestandes, wenn die Täter nachts in das Wohnhaus eindringen und Sachen entwenden, während die Bewohner schlafend im Bett liegen.²⁴ Davon zu unterscheiden ist der Fall, in dem bereits die Begründung von Gewahrsam an einer in die räumliche Herrschaftssphäre gelangten Sache daran scheitert, dass der Inhaber der Herrschaft über Haus und Grundstück davon keine Kenntnis hat, z.B. weil er gerade schläft.²⁵ Dies verdeutlicht § 867 BGB: Fliegt ein Fußball vor dem Grundstück spielender Kinder über den Zaun auf das Grundstück, wird der Besitzer des Grundstücks dadurch nicht automatisch Besitzer des Balles. Der Eigentümer des Balles hat deshalb zunächst keinen Herausgabeanspruch aus § 985 BGB. Obwohl § 867 BGB auf den Besitz abstellt und zwischen Besitz und Gewahrsam keine vollständige Kongruenz – aber eine große Schnittmenge – besteht,²⁶ ist die Gewahrsamslage hier identisch mit der Besitzlage. Der Grundstücksbesitzer hat nicht nur keinen unmittelbaren Besitz, er hat auch keinen Gewahrsam an dem Ball. Klettert nun ein Dritter über den Zaun und holt sich den Ball, ist das kein Gewahrsamsbruch gegenüber dem Grundstücksbesitzer und auch kein Gewahrsamsbruch gegenüber dem Kind, dem der über den Zaun geflogene Ball gehört. Strafbar ist die Tat nur als Unterschlagung und Hausfriedensbruch.

Begründung von Gewahrsam im Schlaf ohne aktuellen Herrschaftswillen ist möglich auf der Grundlage eines „antizipierten“ Gewahrsamsbegründungswillens. Deshalb erlangt ein ehemaliger Gewahrsamsinhaber wieder Gewahrsam an einer verliehenen Sache, wenn der Entleiher sie – z.B. der Ehefrau des Verleihers – zurückgibt, während dieser schläft oder aus sonstigen Gründen – z.B. Bewusstlosigkeit (dazu sogleich) – aktuell keinen Herrschaftswillen hat.²⁷

3. Bewusstlose und Sterbende

a) Unmöglichkeit der Wegnahme

Vor allem in Raubfällen begegnet dem Rechtsanwender die Situation eines bewusstlosen, möglicherweise aus der Bewusstlosigkeit nicht mehr aufwachenden, also sterbenden, Gewahrsamsinhabers. Dieser Zustand ist naturgemäß oft Folge der verübten tatbestandsmäßigen „Gewalt gegen eine Person“, § 249 Abs. 1 StGB. Da die Wegnahme immer der Gewalt oder Drohung nachfolgt, stellt sich die Frage, ob im Anschluss an eine zu Bewusstlosigkeit und/oder Tod des Gewahrsamsinhabers führende Gewalt eine Wegnahme überhaupt noch möglich ist. Der Gewahrsamsinhaber könnte infolge des Bewusstseinsverlusts seine objektive Sachherrschaft sowie den diesbezüglichen Herrschaftswillen

²⁴ *Fahl*, Jura 1998, 456 (458); *Heinrich*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht, Besonderer Teil, 4. Aufl. 2021, § 13 Rn. 52; *Hellmann*, in: *Krey/Hellmann/Heinrich*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 19. Aufl. 2024, Rn. 18; *Kindhäuser/Hoven*, in: *NK-StGB*, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 242 Rn. 36; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 2 Rn. 42.

²⁵ Anders als bei Sachen, die z.B. von Postboten oder Kurierdiensten ohne konkretes Wissen des Grundstücksbesitzers in den Briefkasten geworden oder vor der Haustür abgestellt werden, hat der Grundstücksbesitzer in dem Fußball-Beispiel nicht einmal einen „generellen“ Gewahrsamswillen, dazu *Heinrich*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht, Besonderer Teil, 4. Aufl. 2021, § 13 Rn. 52; *Eisele*, Strafrecht – Besonderer Teil II, 6. Aufl. 2021, Rn. 29; *Kindhäuser/Hoven*, in: *NK-StGB*, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 242 Rn. 35; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 2 Rn. 29; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 46. Aufl. 2023, Rn. 93.

²⁶ *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 2 Rn. 24: „Keinesfalls darf man den zivilrechtlichen Besitz mit dem strafrechtlichen Gewahrsam ohne weiteres gleichsetzen“; vgl. auch *Hilgendorf/Valerius*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 3. Aufl. 2024, § 2 Rn. 24; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 46. Aufl. 2023, Rn. 91.

²⁷ *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 2 Rn. 28; BGH GA 1962, 78 (79).

und damit den Gewahrsam verloren haben.²⁸ Der folgende Zugriff des Täters auf Sachen geht möglicherweise „ins Leere“, d.h. er betrifft eine Sache, an der gar kein fremder Gewahrsam mehr besteht. Seine fremdes Eigentum verletzende Handlung ist somit kein Raub und kein Diebstahl, sondern nur Unterschlagung. Unzweifelhaft kann ein Toter keinen Gewahrsam mehr haben. Spätestens mit dem Tod endet der Gewahrsam, den der Verstorbene zuvor – möglicherweise bis zu diesem Zeitpunkt – hatte.²⁹

b) Herbeiführung der Bewusstlosigkeit als Beginn der Wegnahme

Der rechtlichen Herabstufung der Tat zur bloßen Unterschlagung könnte entgegengehalten werden, dass bereits mit der Verübung von Gewalt der Gewahrsamsbruch und somit die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals „Wegnahme“ beginnt.³⁰ Die Handlung trifft auf einen Gewahrsamsinhaber, der noch lebt und Herr seiner Sinne, folglich unbestreitbar Inhaber des Gewahrsams ist.³¹ Hat die zur Bewusstlosigkeit führende Gewalthandlung die Eigenschaft eines unmittelbaren Ansetzens zur Wegnahme (§ 22 StGB), kann die anschließende Bewusstlosigkeit die Vollendung der Wegnahme nicht mehr verhindern. Bei der Begründung neuen Gewahrsams ist es ohnehin gleichgültig, in welcher Verfassung der ehemalige Gewahrsamsinhaber ist. Sogar der bereits eingetretene Tod steht einer tatbestandsmäßigen Begründung neuen Gewahrsams nicht mehr entgegen. Problematisch an dieser Theorie ist, dass nicht in jedem Fall Gewalt und unmittelbares Ansetzen zur Wegnahme zusammenfallen. Gewiss drängt sich diese Koinzidenz auf, wenn der Täter unmittelbar nach dem Gewaltakt dem Opfer die Beute quasi nur noch aus der Tasche ziehen muss. Dann liegen zwischen Gewalthandlung und Gewahrsamsbruch keine „wesentlichen Zwischenakte“ mehr. Auch ist der Gewahrsam mit der Gewalt bereits konkret gefährdet. Man kann dann darauf verzichten, darüber zu spekulieren, ob sich der Täter in dem Moment bezüglich der Wegnahme auch noch gedacht hat: „Jetzt geht's los“. Die Feststellung der objektiven Kriterien des unmittelbaren Ansetzens gestaltet sich indessen schwierig, wenn der Abstand zwischen der den Gewahrsamsinhaber in den Zustand der Bewusstlosigkeit versetzenden Gewalt und dem als unmittelbares Ansetzen zur Wegnahme qualifizierbaren Zugriff auf Sachen größer ist.³² Neuerdings ist der „räumlich-zeitliche“ Zusammenhang sogar ein Kriterium der tatbestandsmäßigen Vollendung des Raubes.³³ Bei zu großem Abstand zwischen Gewalt und Wegnahme scheidet die Erfüllung des objektiven Tatbestandes, auch wenn die Wegnahme danach erfolgt und die Gewalt zu ihr in einem Finalzusammenhang steht.³⁴ Liegen die Dinge so, kann natürlich der Gewaltakt von vornherein kein unmittelbares Ansetzen zur raubtatbestandlichen Wegnahme sein. Sicher kein Fall einer fehlenden „raubspezifischen Einheit“ von Gewalt und Wegnahme ist jedoch die praktisch häufige Situation eines Täters, der in der für ihn fremden räumlichen Umgebung des Tatortes – Wohnung, Geschäftsräume – zunächst einmal eine aufwändige Suchaktion durchführen müssen, bis er stehenswerte Sachen gefunden hat und sich ihrer bemächtigen kann. Wenn ihm das gelingt, hat er den Tatbestand des vollendeten Raubes erfüllt. Andererseits müssen in einem solchen Fall gewiss

²⁸ So BayObLG JR 1961, 188 (189); ebenso *Seelmann/Pfohl*, JuS 1987, 199 (202).

²⁹ *Heinrich*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, 4. Aufl. 2021, § 13 Rn. 52; *Vogel/Brodowski*, in: *LK-StGB*, Bd. 13, 13. Aufl. 2022, § 242 Rn. 69.

³⁰ *Gropp*, JuS 1999, 1041 (1042 Fn. 13).

³¹ *Kleszczewski*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, 2016, § 8 Rn. 186.

³² *Kindhäuser/Hoven*, in: *NK-StGB*, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 249 Rn. 8.

³³ *Hilgendorf/Valerius*, *Strafrecht, Besonderer Teil II*, 3. Aufl. 2024, § 14 Rn. 32; *Vogel/Burchard*, in: *LK-StGB*, Bd. 13, 13. Aufl. 2022, § 249 Rn. 72 ff.; *Mitsch*, *studere* 2024/2, 38 (40).

³⁴ *Sander*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 249 Rn. 34; *Rengier*, *Strafrecht, Besonderer Teil I*, 26. Aufl. 2024, § 7 Rn. 29.

einige „wesentliche Zwischenakte“ vollzogen werden, bis der Täter am Zwischenziel³⁵ der beginnenden Wegnahme angelangt ist.³⁶ Wenn man also der Bewusstlosigkeit die Wirkung zuschreibt, den Gewahrsam zu beenden, kann man die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals „Wegnahme“ nicht mehr damit begründen, dass das Opfer jedenfalls beim unmittelbaren Ansetzen zur Wegnahme noch bei Bewusstsein gewesen ist.

Beispiel: Auf einer Straße in Berlin zündet O sich mit einem wertvollen goldenen Feuerzeug eine Zigarette an. T, der dieses Feuerzeug stehlen will, schlägt dem O wuchtig mit der Faust ins Gesicht. O lässt das Feuerzeug fallen und stürzt selbst zu Boden. Da er mit dem Kopf auf einer Bordsteinkante aufschlägt, verstirbt er infolge der erlittenen Kopfverletzung. Jetzt ergreift T das auf dem Boden liegende Feuerzeug.

Erste Abwandlung: Das Geschehen ereignete sich auf einer Eisenbahnbrücke. O stand dicht am Brückengeländer. Das Feuerzeug, das der Hand des O entglitt, fiel über den Rand der Brücke in die Tiefe. T findet erst nach mehrstündiger mühsamer Suche im Gleisbett das Feuerzeug. Seine Suche musste er immer wieder unterbrechen, um ein- und ausfahrende Züge durchzulassen.

Zweite Abwandlung: Als T sieht, wie das Feuerzeug in die Tiefe fällt, gibt er den Plan zur Entwendung dieses Gegenstands auf. Stattdessen durchsucht er die Kleidung des ihm völlig unbekanntem O. Aus dem Personalausweis des O erfährt T, dass dieser in einer Wohnung in Stuttgart lebte. In der Hosentasche des Toten findet O einen Schlüsselbund, an dem auch die Wohnungsschlüssel hängen. Am nächsten Tag fährt T mit einem ICE nach Stuttgart. Dort sucht er die Wohnung des O auf und verschafft sich mit dem Schlüssel Einlass. Er findet Bargeld und noch einige andere wertvolle Sachen. Mit dieser Beute verlässt er sodann die Wohnung.

Im Beispiel hatte O keinen Gewahrsam mehr an dem Feuerzeug, als dieses von T in Besitz genommen wurde. Auch hatte kein Dritter (Mit-)Gewahrsam am Feuerzeug (dazu unten c). Die Besitzergreifung erfolgte aber in unmittelbarem Anschluss an den Faustschlag. Daher kann dieser als unmittelbares Ansetzen zur Verwirklichung des Wegnahme-Merkmals anerkannt werden. O war in diesem Moment noch Gewahrsamsinhaber. Diesen Gewahrsam hat T mit seinem Faustschlag gebrochen. Den neuen eigenen Gewahrsam konnte er auch nach dem Tod des O begründen. In der ersten abgewandelten Situation ist es nicht anders. Der Gewahrsam des O war gebrochen, als ihm das Feuerzeug aus der Hand fiel. Dass es danach anders als im Ausgangsfall eine lange Zeit brauchte, bis T das Feuerzeug an sich bringen konnte, ist rechtlich unerheblich. Denn das betrifft nicht den Gewahrsamsbruch, sondern die Begründung neuen Gewahrsams. Diese unterliegt weder einem zeitlichen Limit noch der Bedingung eines noch lebenden ehemaligen Gewahrsamsinhabers. In der zweiten Abwandlung ist bereits zweifelhaft, ob zwischen der Gewalt und der Entwendung der Sachen aus der Wohnung des O der erforderliche Finalzusammenhang besteht. Sofern O in seiner Wohnung allein lebte, hat an den dort befindlichen Sachen keine andere Person Gewahrsam. Mit dem Tod des O wurden diese Sachen gewahrsamslos.³⁷ Aus § 857 BGB folgt nichts Gegenteiliges.³⁸ Ursache der Gewahrsamslosigkeit war aber nicht ein Gewahrsamsbruch. Dieser hätte vorausgesetzt, dass die Fortschaffung der Sachen aus

³⁵ Endziel ist die Begründung neuen Gewahrsams.

³⁶ Kudlich, NStZ 2020, 598 (599); Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 7 Rn. 41.

³⁷ Aber nicht „herrenlos“, vgl. § 1922 BGB.

³⁸ Wessels/Hillenkamp/Schuhr, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 46. Aufl. 2023, Rn. 98, 100.

der Wohnung zumindest unmittelbar bevorstand, als O noch lebte. Das ist indessen zweifellos nicht der Fall. T hat die Sachen, die nun dem Erben des O gehörten, nicht weggenommen, sondern er hat sie unterschlagen, § 246 StGB.³⁹

c) Gewahrsam Dritter

Sollte ein Gewahrsamsinhaber auf Grund von Bewusstlosigkeit seine Sachherrschaft verlieren, bliebe in manchen Fällen die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals „Wegnahme“ gleichwohl möglich, sofern es wenigstens noch einen anderen Gewahrsamsinhaber in Bezug auf die Sache gibt. Das ist naturgemäß der Fall bei Raubüberfällen in Gebäuden, in denen mehrere miteinander ehelich oder familiär verbundene Personen wohnen. Insbesondere Sachen in der gemeinsamen Wohnung, die von beiden Ehegatten oder allen Mitgliedern der Wohngemeinschaft alltäglich benutzt werden (z.B. Kochgeschirr, Essbesteck), stehen in deren Mitgewahrsam.⁴⁰ Gerät also einer von ihnen in einen Zustand, der den Fortbestand seiner Sachherrschaft zweifelhaft erscheinen lässt, ist der unbefugte Zugriff des Täters auf diese Sachen gegenüber den anderen ein Gewahrsamsbruch und somit tatbestandsmäßige Wegnahme. War indessen der bewusstlos gewordene Gewahrsamsinhaber jedenfalls zum Tatzeitpunkt alleiniger Sachherr, passiert es mitunter, dass der Gewahrsam infolge des Bewusstseinsverlusts auf einen anderen übergeht. Der Fall ist das bei Vorfällen in einer fremden – privaten oder öffentlichen – Gewahrsamssphäre. Bekanntlich erlangt an beweglichen Sachen, die ein Kinobesucher nach der Filmvorführung im Kinosaal zurückgelassen hat, der Kinobetreiber Gewahrsam.⁴¹ Dadurch sind diese Sachen gegen den unbefugten Zugriff Unbefugter⁴² strafrechtlich nicht allein von § 246 StGB, sondern von § 242 StGB (i.V.m. § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 StGB) geschützt. Derselbe Übergang des Gewahrsams findet statt, wenn der Kinobesucher einen tödlichen Herzinfarkt erleidet oder von einem anderen getötet wird. Die Sachen, die der Verstorbene in seiner Kleidung und mitgebrachten Behältnissen (Rucksack, Handtasche) bei sich trug, werden nicht gewahrsamslos. Da sie sich ohnehin innerhalb der räumlichen Herrschaftssphäre befinden, die der Betreiber des Kinos innehat, erlangt dieser in demselben Moment, in dem der Kinobesucher den Gewahrsam verliert, den Gewahrsam an ihnen. Bis zu diesem Punkt hatte der Kinobetreiber noch keinen Gewahrsam an diesen Sachen, weil sie sich zu Lebzeiten des Kinobesuchers in dessen „Gewahrsamsenklave“ befanden.⁴³ Entnimmt der Täter der Kleidung des bisherigen Gewahrsamsinhabers erst nach dessen Tod bewegliche Sachen,⁴⁴ bricht er zu diesem Zeitpunkt nicht den Gewahrsam des Verstorbenen, wohl aber den Gewahrsam des Kinobetreibers.

Beispiel: T sitzt im Kinosaal eine Reihe hinter O. Mit einer Spritze injiziert T dem O in den Hals eine Flüssigkeit, die nach wenigen Sekunden zum Herzstillstand führt. Nachdem O verstorben ist, entnimmt T der Jackentasche des O dessen mit Bargeld gefüllte Brieftasche.

³⁹ Wessels/Hillenkamp/Schuh, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 46. Aufl. 2023, Rn. 100.

⁴⁰ Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 2 Rn. 34.

⁴¹ Ceffinato, Strafrecht BT/2, 2. Aufl. 2022, Rn. 21; Eisele, Strafrecht – Besonderer Teil II, 6. Aufl. 2021, Rn. 37; Glan-dien, JR 2019, 60 (65); Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 2 Rn. 31.

⁴² Dazu gehört – auf Grund des untergeordneten Mitgewahrsams – auch Personal, z.B. eine Reinigungskraft; Arzt, Die Strafrechtssklausur, 7. Aufl. 2006, S. 81, 141.

⁴³ Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 2 Rn. 47.

⁴⁴ In der Regel wird in derartigen Fällen – wie unter b) erläutert – der Beginn der Wegnahme bereits mit der Gewalthandlung zusammenfallen.

Abwandlung: Bevor T in die Jackentasche des O greifen kann, hat dies der neben O sitzende A getan. A verlässt eilends mit der Briefftasche den Kinosaal.

Im Beispiel lässt sich die Erfüllung des Raubtatbestandes durch T zweifach begründen. Den Bruch des Gewahrsams, den O bis zu seinem Tod innehatte, beging T bereits durch das Setzen der tödlichen Injektion. Gewalt und Beginn der Wegnahme fallen zusammen, die zur Vollendung der Wegnahme erforderliche Begründung neuen Gewahrsams ist ohne Weiteres auch nach dem Tod des Opfers möglich. Statt an den beginnenden Gewahrsamsbruch zum Nachteil des noch nicht verstorbenen O anzuknüpfen, könnte auch auf den Bruch des Gewahrsams abgestellt werden, den der Kinobetreiber im Todeszeitpunkt an der Briefftasche erlangt hatte. In der Abwandlung kann die Erfüllung des Diebstahlstatbestandes durch A nur mit dem Bruch des Gewahrsams des Kinobetreibers begründet werden. Der verstorbene O hatte keinen Gewahrsam mehr und T hatte noch keinen eigenen Gewahrsam begründet. Der Kinobetreiber war zu diesem Zeitpunkt alleiniger Gewahrsamsinhaber.

d) Fortbestand des Gewahrsams während der Bewusstlosigkeit

Die obigen Ausführungen haben gezeigt, dass in vielen Fällen die Beantwortung der Frage, ob jemand im Zustand der – zum Tod führenden – Bewusstlosigkeit noch Gewahrsam an Sachen hat, nicht entscheidungserheblich ist. Es gibt Begründungswege, auf denen auch ohne Beantwortung dieser Frage die Erfüllung der Wegnahmevoraussetzung „Bruch fremden Gewahrsams“ durch den Täter bejaht werden kann. Gleichwohl sollte im Gutachten immer, auch wenn es für das Ergebnis darauf nicht ankommt, zu der Möglichkeit von Gewahrsam eines Bewusstlosen Stellung genommen werden. Schwierig ist das nicht. Denn Rechtsprechung und Literatur bejahen einhellig den Fortbestand des Gewahrsams im Stadium der Bewusstlosigkeit und zwar auch für den Fall des Versterbens ohne vorheriges nochmaliges Aufwachen.⁴⁵ Begründet wird das mit geringem Argumentationsaufwand⁴⁶, im Wesentlichen mit dem Hinweis auf die „Auffassung des täglichen Lebens“⁴⁷ bzw. die „Verkehrsanschauung“,⁴⁸ den „sozialen Faktor“.⁴⁹ Zutreffend ist das gewiss in Bezug auf Sachen, die sich während der Bewusstlosigkeit ihres Inhabers in einer diesem zugeordneten räumlichen Herrschaftssphäre – z.B. seine Wohnung – oder in der durch seinen Körper und seine Kleidung gebildeten „Gewahrsamsenklave“ befinden. Zweifelhaft wird die Berufung auf die Verkehrsanschauung jedoch in Fällen, in denen der Gewahrsam bereits vor der Bewusstlosigkeit nur noch ein „gelockerter“ war. Viel hängt also von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab.⁵⁰ Pauschale Aussagen sind zu ungenau, eine differenzierende Betrachtung der Fälle ist erforderlich. Bei der Fallbearbeitung hilft auswendig Gelerntes nur bedingt. Gefragt ist „Judiz“ und Argumentationsvermögen, dessen Einsatz auf die Besonderheiten des Falles Rücksicht nimmt.⁵¹

⁴⁵ *Heinrich*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, *Strafrecht*, Besonderer Teil, 4. Aufl. 2021, § 13 Rn. 52; *Eisele*, *Strafrecht – Besonderer Teil II*, 6. Aufl. 2021, Rn. 30; *Hellmann*, in: *Krey/Hellmann/Heinrich*, *Strafrecht*, Besonderer Teil, Bd. 2, 19. Aufl. 2024, Rn. 18; *Kudlich*, *Strafrecht*, Besonderer Teil I, 5. Aufl. 2021, Fall 13; *Kindhäuser/Hoven*, in: *NK-StGB*, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 242 Rn. 36; *Valerius/Ruppert*, *Examenskurs Strafrecht*, 2023, § 16 Rn. 24.

⁴⁶ Ganz ohne Begründung z.B. *Hilgendorf/Valerius*, *Strafrecht*, Besonderer Teil II, 3. Aufl. 2024, § 2 Rn. 30.

⁴⁷ BGH JR 1986, 294; *Hellmann*, in: *Krey/Hellmann/Heinrich*, *Strafrecht*, Besonderer Teil, Bd. 2, 19. Aufl. 2024, Rn. 18; *Rengier*, *Strafrecht*, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 2 Rn. 42; *Wessels/Hillenkamp/Schuh*, *Strafrecht*, Besonderer Teil 2, 46. Aufl. 2023, Rn. 92.

⁴⁸ *Vogel/Brodowski*, in: *LK-StGB*, Bd. 13, 13. Aufl. 2022, § 242 Rn. 70; *Schröder*, JR 1961, 189.

⁴⁹ *Lampe*, JR 1986, 294 (295).

⁵⁰ *Schmitz*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 242 Rn. 78.

⁵¹ *Rönnau*, JuS 2009, 1088 (1090): „Entwicklung eines Judizes“.

Beispiel: E will in der Adventszeit den Weihnachtsmarkt an der Spandauer Zitadelle in Berlin besuchen. Da er in Kleinmachnow wohnt, fährt er mit seinem Pkw nach Spandau. Dort sind alle Parkplätze überfüllt und auch in den angrenzenden Straßen gibt es keine legale Abstellmöglichkeit mehr. Daher stellt E sein Fahrzeug einen Kilometer vom Weihnachtsmarktgelände entfernt vor einer Grundstückseinfahrt ab. Nach dem Genuss von zwei Gläsern Glühwein, einer Currywurst mit Pommes Frites und einer Thüringer Bratwurst mit scharfem Senf wird dem E schlecht. Er muss sich übergeben und verliert sodann das Bewusstsein. Andere Weihnachtsmarktbesucher kümmern sich sofort um ihn und alarmieren einen Notarzt. Dessen Behandlungsmaßnahmen bewirken, dass E alsbald wieder auf den Beinen ist und sich zu seinem Pkw begeben kann. Diesen hatten aber kurz zuvor A und B mittels eines Abschleppwagens, der mit Erkennungszeichen des ADAC getarnt ist, entwendet.

Abwandlung: E schleppt sich vom Weihnachtsmarktgelände in einen angrenzenden Park, legt sich unter einen Busch und fällt dann in Ohnmacht. Erst nach über 12 Stunden wird E am folgenden Tag von einem Spaziergänger gefunden und danach von Sanitätern ins Krankenhaus gebracht. In der Zwischenzeit hatte der Eigentümer des Grundstücks, vor dessen Einfahrt E seinen Pkw abgestellt hatte, ein Abschleppunternehmen mit der Beseitigung des Fahrzeugs beauftragt.

Die Qualifizierung der Entfernung des illegal vor der Grundstückseinfahrt geparkten Pkw als Wegnahme hängt davon ab, ob E zum Zeitpunkt der Handlung noch Gewahrsamsinhaber war. Solange E auf dem Weihnachtsmarktgelände bei Bewusstsein war, wird die Verkehrsanschauung diese Herrschaft – wenngleich gelockert – wohl noch zuerkennen. Zwar erzeugt die Unerlaubtheit des Parkens vor der Grundstückseinfahrt von Anfang an das Risiko des Abgeschlepptwerdens. Indessen wird eine solche Maßnahme nicht sofort, sondern nur mit zeitlicher Verzögerung möglich sein. Zunächst einmal muss der betroffene Grundstückseigentümer die Blockade seiner Einfahrt bemerken. Dann muss er sich entschließen, das störende Fahrzeug entfernen zu lassen und diesen Entschluss durch Beauftragung eines Unternehmens umsetzen. Bis dieses eintrifft, vergeht noch einmal Zeit. Ein Übergang von der Lockerung zum völligen Verlust des Gewahrsams ist also erst nach Ablauf einer längeren Zeitspanne möglich. Dieser Prozess kann aber beschleunigt werden, indem der Gewahrsamsinhaber in den Zustand der Bewusstlosigkeit fällt und somit nicht mehr in der Lage ist, in absehbarer Zeit zu seinem geparkten Pkw zurückzukehren. Die Abwandlung des Falles verdeutlicht dies. Als E bewusstlos wurde, befand er sich an einem Ort, wo er nicht sofort gefunden werden konnte. Die ex ante⁵² zu bestimmende Gefahr, dass sein Fahrzeug in der Zwischenzeit von seinem Standort entfernt würde, war deshalb sehr hoch. Im Ausgangsfall ist die Beurteilung schwieriger. Ex ante war nicht zwingend damit zu rechnen, dass E infolge seines Zusammenbruchs für längere Zeit handlungsunfähig und zu einem stationären Krankenhausaufenthalt gezwungen sein würde. Auch ist es Zufall, dass der illegal geparkte Pkw nicht mittels zeitaufwändigen ordnungsgemäßen Abschleppverfahrens, sondern unerwartet schnell durch kriminelle Akteure beiseitegeschafft wurde. Unter normalen Umständen wäre E wahrscheinlich wieder bei seinem Pkw gewesen, bevor ein vom Grundstückseigentümer beauftragtes Abschleppunternehmen an Ort und Stelle angekommen wäre. Deshalb ist im Ausgangsfall der gelockerte Gewahrsam des E an seinem Pkw aufrechterhalten geblieben. A und B haben ihn weggenommen.

⁵² Vgl. den zutreffenden Hinweis bei *Hellmann*, in: Krey/Hellmann/Heinrich, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 19. Aufl. 2024, Rn. 19, dass die Feststellung des Gewahrsamsbruchs nicht davon abhängig gemacht werden kann, dass der zur Zeit der Tat Bewusstlose später verstirbt. So bereits *Schröder*, JR 1961, 189, der diesen „Schwebezustand“ als „unerträgliches Ergebnis“ bezeichnet; ebenso BGH JR 1986, 294.

Dass grundsätzlich Bewusstlosigkeit und Sterbeprozess den weiter bestehenden Gewahrsam vor Todeseintritt nicht aufheben, lässt sich auch mit dem Hinweis auf zwei Vorschriften des StGB begründen, nämlich § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 StGB und § 251 StGB. Das Regelbeispiel des § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 StGB setzt voraus, dass während der Begehung des Diebstahls der Verletzte – also der Inhaber des Gewahrsams – sich in einer hilflosen Lage befindet. Auf den Zustand der Bewusstlosigkeit trifft diese Bezeichnung zweifellos zu. Da der Täter diese Hilflosigkeit zudem Ausnutzen muss, befindet sich der Verletzte gerade im Moment der Aufhebung seines Gewahrsams durch den Täter in dieser Situation geminderter Widerstandsfähigkeit. Schliesse also Bewusstlosigkeit die Möglichkeit eines Gewahrsamsbruchs aus, könnte § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 StGB jedenfalls in Fällen des bewusstlosen Diebstahlsopfers niemals zur Anwendung kommen. Dass sogar der Tod des Opfers die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals „Wegnahme“ in der dem Tod vorausgehenden Phase nicht verhindert, legt die Existenz des Straftatbestandes „Raub mit Todesfolge“ (§ 251 StGB) nahe. Praktisch wird in Fällen des § 251 StGB häufig das Opfer bereits infolge der ihm zugefügten Gewalt verstorben sein, bevor die Täter damit beginnen, fremde bewegliche Sachen wegzunehmen. Der Anwendungsbereich des § 251 StGB würde in sinnwidriger Weise verengt und seiner gravierendsten Fälle beraubt werden, wenn § 251 StGB derartige Fälle nicht erfassen würde, die Todeserfolgsqualifikation also nur eingreifen soll, wenn das Opfer bei Beginn der Wegnahme noch nicht verstorben ist. Hier die Grenze zwischen Anwendbarkeit und Nichtanwendbarkeit des § 251 StGB zu ziehen, wäre vollkommen unvernünftig. Die Möglichkeit der drastischen Sanktionierung hinge vom Zufall ab. Oft wäre im Strafverfahren gar nicht aufklärbar, zu welchem Zeitpunkt das Opfer verstorben ist, sodass nach „in dubio pro reo“ vom Versterben vor Beginn der Sachentwendung ausgegangen werden müsste. Wie oben (b) gezeigt wurde, bereitet der Tod des Opfers in den meisten Fällen deswegen keine Schwierigkeiten, weil bereits die zum Tod führende Gewalttätigkeit Beginn der Wegnahme ist.

IV. Räuberische Erpressung

Bewusstlosigkeit und Tod des Opfers schließen in der Regel die Strafbarkeit wegen Diebstahl oder Raub nicht aus. Sollte es ausnahmsweise aber doch einmal so sein, ist in Fällen mit der Raubkomponente „Gewalt gegen eine Person“ oder „Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben“ an eine Strafbarkeit wegen räuberischer Erpressung (§§ 253, 255 StGB) zu denken. Die h.M. in der Strafrechtswissenschaft wird diese Idee schon deswegen zurückweisen, weil sie zur Erfüllung des Erpressungstatbestandes eine „Vermögensverfügung“ des Genötigten verlangt.⁵³ Zu einer Verfügung über sein Vermögen ist ein bewusstloser Mensch nicht in der Lage. Anders ist die Rechtslage wiederum, wenn auf der Opferseite noch eine weitere Person steht, die durch die gegen den anderen gerichtete Gewalt oder Drohung zu einer Handlung veranlasst wird, die Vermögensverfügung ist. Beim „erpresserischen Menschenraub“ (§ 239a StGB) ist das sogar die typische Konstellation. Keine unüberwindbaren Probleme bei der Anwendung der §§ 253, 255 StGB bereitet die Bewusstlosigkeit des Opfers der Rechtsprechung und ihren Anhängern. Eine Vermögensverfügung ist danach keine tatbestandliche Voraussetzung einer räuberischen Erpressung.⁵⁴ Dem Wortlaut der §§ 253, 255 StGB (i.V.m. § 251 StGB) entspricht daher sogar eine Strafbarkeit des Täters, der dem Vermögen des Erben (§ 1922 BGB) einen Schaden erst nach Versterben des Genötigten zufügt.

⁵³ Rengier, *Strafrecht*, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 11 Rn. 25 ff.; Schramm, *Strafrecht*, Besonderer Teil II, 3. Aufl. 2023, § 9 Rn. 29.

⁵⁴ BGHSt 14, 386 ff.; Hellmann, in: Krey/Hellmann/Heinrich, *Strafrecht*, Besonderer Teil, Bd. 2, 19. Aufl. 2024, Rn. 491.

V. Schluss

Ein bewusstloser Gewahrsamsinhaber kann tatsächlich keine Herrschaft über seine Sache ausüben. Den Gewahrsam verliert er – solange er lebt – deswegen gleichwohl nicht. Deshalb kann eine während der Bewusstlosigkeit begangene Entwendung der Sache ein Gewahrsamsbruch und somit eine den Diebstahls- oder Raubtatbestand erfüllende Wegnahme sein. Es ist nicht schwer, sich dies zu merken und bei der Bearbeitung strafrechtlicher Fälle darauf zurückzugreifen. Worauf es aber ankommt, ist eine gehaltvolle Begründung dieses Ergebnisses. Vor allem muss man darauf achten, dass ein Sachverhalt mit Bewusstlosigkeit noch andere Umstände enthalten kann, die allein oder zusammen mit der Bewusstlosigkeit für einen Gewahrsamsverlust sprechen. Dass somit je nach Fallgestaltung durchaus unterschiedliche Argumentationen und Ergebnisse möglich sind, wurde mit vorliegendem Text versucht darzustellen.