9.

Diebstahl oder Unterschlagung?

Von Professor Dr. Rosenfeld, Münster.

I.

Die Judikatur des Reichsgerichts nimmt an, daß es auch eine Unterschlagung mit Erbrechen von Behältnissen und mit falschen Schlüsseln geben könne. Wenn ein verschlossenes Behältnis sich in den Händen des einen, der Schlüssel dazu in den Händen eines andern befindet, und wenn nun der Inhaber des Behältnisses unter rechtswidriger Beseitigung des Verschlusses Sachen aus dem Inhalt entwendet: begeht er dann einen Diebstahl oder eine Unterschlagung? Das RG. nimmt, wie auch früher schon das preussische Obertribunal¹⁾, das letztere an, namentlich in den drei Entscheidungen R. 3 642, G. 5 222, 35 115, vom I. bis III. Senat herrührend. Neuerdings sind einige weitere Entscheidungen, doch ohne genaueren Tatbestand, besonders im „Recht“ mitgeteilt worden (IV. Sen. vom 31. Jan. 08, Recht 12 Nr. 1104; II. Sen. vom 8. Juli 13, Recht 17 Nr. 2523; V. Sen. vom 26. Mai 14, Recht 18 Nr. 2164). Das RG. ist sich also nunmehr in allen Strassenaten über die Frage einig, und die herrschende Meinung lehrt das gleiche; Frank nicht ganz ohne inneres Bedenken. Einen Widerspruch haben unter den Schriftstellern, soviel ich sehe, nur Merkel (v. Holzendorffs Handb. III 695), Binding (Lehrb. I, 289), Harburger (Vergl. Darst., Bes. I., VI 205) und Alf. feld (Meher-Alf., Lehrb., 7. Aufl., S. 501 N. 32) erhoben. Die herrschende Auffassung erweckt indessen die schwersten Bedenken und muß von theoretischem wie praktischem Standpunkt bekämpft werden. Die Begründung des höchsten Gerichtshofes ist innerlich unschlüssig; sie steht im Gegensatz zu der sonst von ihm vertretenen Auffassung des Diebstahlsbegriffs; sie widerspricht auch der Stellung zu andern ähnlichen Typen des Lebens. Sie eröffnet höchst unerfreuliche Perspektiven in ihrer weiteren Durchführung. Sie läßt sich endlich mit der ratio legis nicht in Einklang bringen, und dürfte auch kriminalpsychologisch nicht stimmen.

¹⁾ Oppenhoff, Komm. z. preuß. StGB. 4. Aufl. 1864 § 215 N. 40.

Zunächst gehe ich auf die Entscheidungen selber und ihren unbefriedigenden inneren Aufbau ein.

II.

In dem ersten hergehörigen Urteil (III. Sen., 29. Okt. 1881, Rechtspr. 3 642) lag der Fall folgendermaßen: Frau D. hatte einen verschlossenen Koffer, der der Frau B. gehörte, von der Straße in ihre Wohnung verbracht; hierin lag eine negotiorum gestio. Als Frau B. von der D. den Verbleib ihres Koffers erfahren hatte, kam sie — zwar nicht sofort, aber doch nach einiger Zeit — zu der D., schloß den Koffer in deren Beisein auf, entnahm ihm Wäsche und verschloß ihn dann wieder. Dann entfernte sie sich unter Mitnahme des Schlüssels; den Koffer beließ sie in der Wohnung der Frau D. Diese öffnete später das Kofferschloß mittels eines Nachschlüssels und nahm sich mehrere Wertgegenstände heraus. Den wiederum verschlossenen Koffer mit dem verminderten Inhalt lieferte sie nach einiger Zeit der Frau B. auf deren Verlangen wieder aus.

Das Untergericht verurteilte wegen einfacher Unterschlagung und bei der Nachprüfung durch das RG. stand zunächst die Frage im Vordergrund, ob die Sachen im Koffer als „anvertraut“ anzusehen waren. Das RG. bejaht dies, von seinem Standpunkt mit Recht; der Koffer sei von dem Augenblick an als anvertraut anzusehen, als Frau B. seinen Verbleib bei der D. erfuhr und stillschweigend duldet²⁾. Das RG. kam daher wegen der unrichtigen erstinstanzlichen Auffassung dieses Punktes zur Aufhebung des Urteils.

Der Staatsanwalt hatte allerdings die Nichtanwendung des Diebstahlsparagraphen gerügt, drang damit aber nicht durch. Die Begründung der Unterinstanz ging zwar zum Teil fehl, indem sie juristischen Besitz und Gewahrsam (Detention) durcheinander warf: „Die Begründung der Ansicht, daß hier kein Diebstahl vorliege, beruht nach der Ausführung des Urteils darauf, daß zur Zeit des Aneignungsaktes den B.schen Eheleuten an Koffer und Inhalt keinerlei Besitz zugestanden habe, und diese Begründung ist eine rechtsirrtümliche“ (S. 648).

²⁾ Richtiger wäre es wohl, den Zeitpunkt als entscheidend anzusehen, in dem die B. nach Herausnahme des Leinenzeugs den Koffer in der D.schen Wohnung stehen ließ.

Aber die übrige Begründung trage doch das Urteil, meinte das RG. — und zwar wegen der tatsächlichen Feststellung. „Die Angeklagte konnte einen Diebstahl höchstens dann begehen, wenn die Sachen sich nicht bloß in ihrem Gewahrsam, sondern gleichzeitig auch in dem der Ehefrau B. befanden, so daß die Detention ideell geteilt war (sic!). Ob dieses Verhältnis vorgelegen habe, war durch tatsächliche Feststellung zu entscheiden. Der vorige Richter hat aber festgestellt, der Gewahrsam sei von Frau B. verloren und erst dann wieder erworben worden, als sie die Sachen von der Angeklagten abholte; insbesondere wird in den Urteilsgründen gesagt: aus der bloßen Zurückbehaltung des Schlüssels und dem Wiederverschluß des Koffers durch die B. . . habe nicht mit Sicherheit ihr Wille geschlossen werden können, die von der Angeklagten erlangte Gewahrsam derselben zu entziehen und an sich zurückzubringen; die Angeklagte habe daher die Gewahrsam behalten. Durch diese Feststellung wird die Frage, ob hier ein Diebstahl vorliegt, erledigt.“

Das RG. erkennt also mit großer Schärfe, daß die Lösung der Frage: Diebstahl oder Unterschlagung? auf dem Gebiete des heute sog. Mitgewahrsams liegt — an den übrigens die Vorinstanz schwerlich gedacht hatte —; aber in dem Augenblick, wo wir auf die nähere Analyse gespannt sind, enttäuscht das RG. uns und zieht sich auf die tatsächliche Feststellung der Strafkammer zurück. Damit ist also eine wirkliche Stellungnahme zu dem Problem vermieden — und zwar unrichtigerweise vermieden. Denn, wie man heute kaum noch zu sagen braucht, handelt es sich nicht um tatsächliche Feststellung, sondern um das Ziehen der richtigen rechtlichen Schlüsse.

Die, innere oder ausgesprochene, Willensmeinung der Frau B. war gegenüber dem tatsächlichen Zustand gleichgültig; sowohl für den Koffer selbst, der eben faktisch im Gewahrsam der D. war und blieb, als auch für die Sachen im Koffer — bei denen man streiten kann, ob bloß Gewahrsam der D. oder Mitgewahrsam der D. und der B. bestand. Nur insofern könnte die Willensmeinung der B. hier bedeutsam sein, wenn sie dahin gegangen wäre, die D. solle die Erlaubnis haben, den Koffer auch gewaltsam oder durch Nachschlüssel zu öffnen. Sie, die B., würde dann nur der besseren Ordnung halber oder um etwa den Mann nichts wissen zu lassen, den Koffer wieder verschlossen haben, aber der D. gegenüber sollte dieser Verschluß nicht gelten. Dann läge allerdings Überlassung des Alleingewahrsams

an die D. vor. Aber diesen Willensinhalt wird niemand der B. unterschreiben.

Noch drei Stellen dieses Urteils geben zu Bemerkungen grundsätzlicher Art Anlaß.

Zum Punkte der tatsächlichen Verfügungsgewalt heißt es: „Es erscheint der Umstand allein, daß der Eigentümer . . . den Schlüssel in seinen Händen hat, zur Beibehaltung dieses tatsächlichen Verhältnisses nicht ausreichend, da der Eigentümer an der Benutzung seiner Schlüssel zum Öffnen des Behältnisses und zur Entnahme der Sachen vollständig und auf mannigfache Weise gehindert sein kann.“ Wenn der Hausbesitzer oder Wohnungsinhaber das Grundstück oder Stodwerk abschließt und verriegelt, vielleicht gar an entferntem Orte erkrankt, so daß er „vollständig gehindert“ ist, Verfügungen wegen seiner Wohnung zu treffen, so müßte nach dieser Logik sein Gewahrsam verloren gehen. Die Verbrecher, die in den Sommerferien leerstehende Villen ausplündern, könnten nur wegen Unterschlagung bestraft werden. Man sieht, wie falsch das angeführte Argument ist, zumal es schon auf die bloße Möglichkeit der Hinderung das ausschlaggebende Gewicht legen möchte. Verkannt ist die „konservative“ Natur des Gewahrsams.

Ferner meint (§. 646) das RG., der Umstand, daß der Koffer verschlossen war, könne jedenfalls nur insofern erheblich sein, als dadurch die Kenntnis der Depositaria von den einzelnen (im Koffer befindlichen) Sachen bis zur Eröffnung verhindert wurde. An sich gehört ja nun nach der herrschenden und richtigen Ansicht zum Gewahrsam ein Wissen von der Sache, aber es genügt doch ein sehr allgemeines Wissen. Ein Beherrschungswille des Inhalts: das, was in diesem Brief, diesem Paket, diesem Kasten, diesem Warenlager ist — genügt vollständig. Das RG. scheint aber hier eine Einzelkenntnis zu verlangen, wie sie in dem behandelten Fall die D. durch den ersten Besuch der B. erlangt hatte. So würde sich die Folgerung ergeben: hätte sich die D. vor diesem Besuch Sachen aus dem Koffer angeeignet, so würde sie Diebstahl begangen haben. Jetzt, nachdem die B. wiederum in eine stärkere Beziehung zu den Sachen im Koffer getreten ist, begeht die D. nur Unterschlagung. Das Argument führt uns somit ad absurdum.

Endlich wahrt sich das RG. gegen den Vorwurf, mit der Entscheidung des I. Sen. vom 24. Mai 1880 (E. 2 64) in Widerspruch zu geraten. Außerlich liegt in der Tat kein Widerspruch vor, weil auch

jenes Erkenntnis mit der tatsächlichen Feststellung der Vorinstanz, die nur diesmal entgegengesetzt ausgefallen war, sich zufrieden gibt. Innerlich läuft indes die Entscheidung genau entgegengesetzt.

Ein Dienstknecht, der bei den Münchener Eheleuten Joseph und Marie gewohnt hatte, ließ beim Abzug seinen verschlossenen Koffer in der bislang von ihm bewohnten, unversperrbaren Kammer zurück. Das geschah mit Zustimmung der Eheleute, doch ohne ihn den Eheleuten zur Aufbewahrung zu übergeben; dafür bezahlte er hier und da eine kleine Vergütung. Er kam wiederholt in jene Kammer und legte Geld oder andere Sachen in den Koffer hinein oder nahm solche heraus. Die Eheleute haben den Koffer gewaltsam eröffnet und sich Wertgegenstände daraus angeeignet. Sie sind wegen schweren Diebstahls verurteilt und ihre Rüge, es liege nur Unterschlagung vor, zurückgewiesen worden: die tatsächliche Feststellung, der Gewahrsam des Dienstknechtes an dem Koffer habe fortgebauert, sei unangreifbar.

In Wirklichkeit besteht kein Wesensunterschied zwischen den beiden bisher besprochenen Fällen. Im ersten Fall war es irrtümlich, festzustellen, daß die Frau D. auch an dem Inhalt des Koffers Gewahrsam hatte; im zweiten war die Feststellung, daß der Dienstknecht an dem Koffer selbst den Gewahrsam gehabt habe, irrtümlich. Vielmehr war zwischen Koffer und Inhalt zu scheiden. Der Koffer für sich konnte sehr wohl Objekt einer Unterschlagung sein. (Man denke etwa, daß die Frau D. oder die Eheleute Joseph und Marie den Koffer ausgeräumt, die Sachen anderweit in einer Schublade verwahrt, den Koffer aber ihrer Tochter für einen Dienstantritt geschenkt und mitgegeben haben würden.) Der Inhalt dagegen wurde in beiden Fällen durch Diebstahl erlangt — und zwar durch schweren, falls man das Merkmal, daß aus einem Gebäude gestohlen wurde, als zutreffend ansieht (was ich bejahe).

In der Begründung von E. 2 64 geht somit fehl die Verteidigung der tatsächlichen Feststellung des Untergerichts. Zwar ist es richtig, daß der Gewahrsam durch die Entfernung des Inhabers von dem Ort, wo sich die Sache befindet, noch nicht verloren geht. Es kann auch weiter eingeräumt werden, daß zu seiner Fortdauer zwei Voraussetzungen gehören. Erstens der Wille des Inhabers, den Gewahrsam festzuhalten — dieses bestrittene Merkmal des Herrschaftswillens wird in unsern beiden Entscheidungen E. 2 64 und Rechtspr. 3 642 vom RG. fortwährend unterstrichen (vgl. Frank, 14. Aufl., S. 416). Zweitens muß der Inhaber in der Lage sein, zu der Sache zurückzukehren und

seine tatsächliche Herrschaft über sie auszuüben. Hier aber setzt die unrichtige Bewertung ein: der Dienstknecht war nicht in solcher Lage; er konnte auf seinen in der Wohnung jener Eheleute stehenden Koffer nicht einwirken. Diese Möglichkeit konnte ihm nur von Fall zu Fall aufs neue durch die Eheleute verschafft werden. Traf er vor verschlossene Wohnungstür oder ließen die Eheleute ihn nicht ein, so war ihm der Koffer nicht zugänglich. §. 2 64 verstößt also gegen einen Fundamentalsatz der Gewahrsamlehre: die tatsächliche Herrschaft über eine Sache kann nur der ausüben, dem sie zugänglich ist³⁾. Heutzutage würde das RG. auch kaum mehr so fehlgreifen.

In anderer Richtung auffallend erscheint in Rechtspr. 3 642 (649) die Fixierung des Unterschiedes unserer beiden Fälle dahin, der Koffer sei im Fall der Münchener Eheleute nicht zur Aufbewahrung übergeben worden. Abgesehen davon, daß das zu den mitgeteilten Fakten schlecht stimmt — es war Depositum, auch wenn die Kontrahenten es nicht als solches ansahen —, würde die Folgerung nahe liegen: hätte die Ehefrau D. des ersten Falles die Aneignung von Wertfachen vor dem Besuch der B. oder wenigstens vor deren Benachrichtigung vom Verbleib des Koffers vollzogen, also während der Zeit, als sie zweifellos nur negotiorum gestrix war, so würde sie einen Diebstahl beangangen haben; später dagegen, und zwar gerade nachdem die B. ihren Sachen wieder faktisch näher getreten war, stellte es nur eine Unterschlagung dar! Also je gelodert^{er} die tatsächliche Beherrschung der Sache ist, um so besseren Schutz genießt sie?

III.

War das erste Urteil, das sich mit unserem Problem befaßte, so geartet, daß es nach beiden Seiten die Entscheidung frei stellte, so nimmt das nunmehr folgende in sehr betonter Weise Partei. Es ist das Erkenntnis des II. Sen. vom 13. Dez. 1881 (S. 5 222). Das Vermögen einer pommerschen Filialkirche befand sich in einem mit drei Vorlegeschlössern versehenen Kasten. Den einen Schlüssel hatte der Pfarrer in Händen, je einen der beiden andern verwahrte ein Kirchen-

³⁾ Die Zugänglichkeit richtet sich natürlich nach den empirisch begründeten Erwartungen des gewöhnlichen Verkehrs. Darum ist der Koffer vom Inhalt zu trennen. Der Inhalt ist der Frau D., den Eheleuten Joseph und Marie nicht zugänglich. Deshalb bleibt vermöge der konservativen Natur des Gewahrsams dieser beim Kofferdeponenten. Weiteres unten.

ältester. Zum Öffnen gehörte also das Zusammenwirken der drei Personen. Der Kirchenkasten stand im Schlafzimmer des Pfarrers. Dieser ungetreue Seelenhirt machte durch Auspassen Schlüssel ausfindig, mit deren Hilfe er den Kasten öffnen konnte; er entnahm Wertpapiere im Betrag von 3100 M., verkaufte sie und steckte den Erlös in die eigene Tasche.

Die Strafkammer Stargard verurteilte wegen Unterschlagung und das RG. trat dem bei. Die Begründung schließt von dem Gewahrsam an der Hülle als „lediglich faktischem Zustand“ auf den Gewahrsam am Innern. Denn der Pfarrer habe die physische Möglichkeit gehabt, über das Ganze zu verfügen. Für das ungetrennte Ganze = Hülle + Inneres könnte man das zugeben; aber solche Beherrschbarkeit genügt doch nicht zur Durchführung der unlauteren wirtschaftlichen Zwecke. Hierzu muß vielmehr eine andere Form der tatsächlichen Einwirkungsmöglichkeit erst hergestellt werden. Es muß erst, mit Binding (Lehrb. I 289) zu sprechen, die Scheidewand des Verschlusses niedergerissen werden, die der Wille des Deponenten noch zwischen dem Inhalt der Kiste und dem Beherrschungswillen des Depositors aufgerichtet hat. In der Tat ist dies das entscheidende Moment, das nur einer Ergänzung dahin bedarf, daß es sich nicht um den nackten Willen des Deponenten, sondern um eine reale, nur mit individuellen Mitteln zu brechende und vom Verkehr respektierte Scheidewand handeln muß. Daher die vielfachen, äußerst feinen Abstufungen des Gewahrsams im täglichen Leben⁴⁾, dessen Gewohnheiten und Gepflogenheiten⁵⁾ entscheidend sind. Es fragt sich immer, ob ich nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge auf eine Fortdauer meiner Verfügungsgewalt rechnen darf. Wenn nur Gewalt im technischen Sinn oder ähnliche Mittel die Beherrschungsmöglichkeit eröffnen, so liegt Gewahrsam dessen, der solche Möglichkeiten ausnützen könnte, noch nicht vor. Somit ist auch das rein und lediglich Tatsächliche nicht von vornherein entscheidend. Die überlegene Körperkraft des Erwachsenen bewirkt nicht, daß er den Gewahrsam an sämtlichen Sachen, die ein kleines Kind auf dem Leibe trägt, schon vom Eintritt des Kindes in sein Zimmer ab hat. Und wenn ein Reisender in einem D-Zug-Abteil, daß er vielleicht sogar gegen den Seitengang abgeriegelt hat, mit dem verschlossenen Koffer

⁴⁾ v. Liszt Lehrb. 20. Aufl. S. 436 § 127. III.

⁵⁾ Frank § 242 Bem. IV.

eines Mitreisenden allein geblieben ist, so hat er doch keinen Gewahrsam an den Sachen im Koffer, ja nicht einmal am Koffer selbst. Das RG. wird in solchen Situationen nicht anders entscheiden.

Ebenso durften aber auch im Fall des pommerschen Pfarrers die Kirchenältesten kraft der festen Wände und guten Schlösser des Kastens und der Schlüssel in ihren Händen nach aller Gepflogenheit des Lebens auf die ungestörte Fortdauer ihrer Verfügungsgewalt an den Wertpapieren im Kasten rechnen. Das RG. hat Unrecht, wenn es die physische Möglichkeit, über das Ganze zu verfügen, mit folgendem beweisen will: „Dies wird klar, wenn z. B. der Depositär mit dem verschlossenen Behältnisse entflieht und nachträglich an einem andern Ort den Inhalt herausnimmt, oder wenn derselbe das ganze Behältnis nebst Inhalt uneröffnet an einen Dritten veräußert.“ Es stimmt nicht, daß in diesen beiden Fällen Unterschlagung der ganzen Sache mit ihrem Inhalte vorläge. Vielmehr läge jedesmal erst in der Eröffnung des Kastens die Vollenbung der Diebstahlshandlung; das erste Mal in unmittelbarer, das zweite Mal — falls der merkwürdige Dritte wirklich gutgläubig ist — in mittelbarer Täterschaft.

Zwei andere Beispiele machen die Sache nicht, wie das RG. meint, in seinem Sinne einleuchtender: Übergabe eines verschlossenen Behältnisses oder eines versiegelten Briefes an die Post zum Transport. Allerdings begehrt der Briefträger, dem ein versiegelter, Wertpapiere enthaltender Brief zur Zustellung übergeben ist und der sich ihn aneignet, Unterschlagung. Darin ist dem RG. zuzustimmen. Aber hier liegt auch keine nur mit besonderen, dem Einzelfall angepassten Mitteln zu brechende Scheidewand vor. Der Briefumschlag wird auch ordnungsmäßig mittels Substanzverletzung geöffnet; er ist zwar nicht lediglich Schutzhülle, sondern auch in gewissen Beziehungen wegen des Briefgeheimnisses vom Verkehr respektierte Schranke, aber keine individuelle, sondern eine schlechthin jedem in gleicher Weise zugängliche Scheidewand, die nur an den Anstand appelliert, dagegen die Anwendung gewaltsamer Eröffnungsmittel als in der Regel des Lebens liegend herausfordert⁶⁾. Hiermit ist das Kriterium bezeichnet, das im zweiten RG.-beispiel, dem verschlossenen Behältnis in Händen der Post oder Bahn, zu gelten hat. Wird etwa ein Schließkorb zwischen Mutter und Studiosus hin- und hergeschickt, zu dem beide ein Schlüssel-

⁶⁾ Wer einen Wertbrief, z. B. vom Pult des Empfängers, wegnimmt und eröffnet, begeht also Diebstahl, aber nicht schweren im Sinne von § 243

exemplar haben, so ist die Plünderung durch Pahnangestellte oder Frachthelferleute genau so Diebstahl, wie in den Fällen der Frau D., des Münchener Ehepaars und des pommerschen Pfarrers. Der Postmeister hat zwar Gewahrjam am Schließkorb, aber nicht an dessen Inhalt. Der ist ihm nach den Gepflogenheiten des geordneten Verkehrs und der individuell aufgerichteten Schranke nicht allein zugänglich, dem Absender oder dem Adressaten freilich auch nicht. Augenblicklich besteht danach Mitgewahrjam — ein Begriff, den das RG. in dieser Entscheidung E. 5 222 wie auch in der E. 2 64 völlig ignoriert⁷⁾ und der ihm doch sonst wohlbekannt ist und z. B. Arch. StrR. 59, 327 in seiner abgrenzenden Funktion ganz scharf verwendet wird.

Das Ergebnis wird nicht berührt durch die Erwägung (E. 5 224), daß der Deponent in solchem Falle (wenn er nämlich den Schlüssel zurückbehält!) dem Depositar das Vertrauen schenke, daß er über die Sache als Ganzes nicht unredlich verfügen werde. Gewiß läuft auch ein Vertrauensbruch unter, aber dieser erschöpft nicht das Wesen des begangenen Delikts. Der Deponent fühlt sich vor allem sicher um des besonderen Verschlusses willen, den die Gewohnheit des Lebens und die Rechtsordnung unter ihren Schutz stellen und der eben auch faktisch nur durch Gewalt oder ähnliche Mittel beseitigt werden kann. Die Verletzung dieser Schranke stellt aber Diebstahl dar. Läge das Wesen der Unterschlagung lediglich im Vertrauensbruch, so würde dieses Delikt eine Idealkonkurrenz von Diebstahl und Unterschlagung darstellen. Aber die Unterschlagung ist anders konstruiert und steht zum Diebstahl im Verhältnis der Exklusion. Liegt das positive Diebstahlmerkmal (Gewahrjamsbruch) vor, wie hier, so ist für die Unterschlagung kein Raum mehr; sie ist ja negativ charakterisiert (ohne Gewahrjamsbruch). Die ratio legis spricht also gegen das RG.

IV.

Das dritte hergehörige Urteil ist das des I. Sen. vom 10. Febr. 1902, E. 35 115. Auf Grund der bisherigen Erörterungen ist es etwas

Ziff. 2 oder 3. Ich gebe Edstein Arch. StrR. 61 279 gegen das RG., z. B. Arch. StrR. 55 233, Recht. Gleiches gilt für ein verschürtes oder versiegeltes Paket, einen zugenähten Sack u. dgl. Abrißens fängt das RG. an, sich beim Aufstehen von Gasverschlüssen in ähnlicher Richtung zu bewegen, vgl. namentlich Jur. Woch. Schr. 1912, 423, 23: gab es kein Werkzeug, das nach seiner Bestimmung regelmäßig zum Öffnen des Rohres diente, so gab es auch kein ordnungswidriges.

⁷⁾ Im Gegenjah zu Rechtspr. 3 642, wie oben hervorgehoben.

anders zu beurteilen. Hier hatte ein Badmeister der Staatsbahn an einem als Stüdgut ausgelieferten Faß Bier die Schraube mit einem Eisen aufgedreht und einen Schlauch zum Abzapfen angesetzt; dann hatte er entweder unmittelbar durch den Schlauch getrunken oder erst ein Gefäß abgefüllt. Nach richtiger Auffassung lag hier Mundraub (§ 370 Biff. 5) vor. Aber das RG. betrachtete diesen bekanntlich als Unterart nur des Diebstahls, nicht der Unterschlagung — eine falsche Judikatur, der erst durch das Gesetz vom 19. Juni 1912 ein Ende bereitet werden mußte⁹⁾. So gelangte der Senat zur Prüfung der Gewahrhamsfrage und bejahte diese mit den schon hinreichend bekannten Argumenten.

V.

Es ist seltsam, daß in allen diesen Entscheidungen das RG. auf die Lehre vom Mitgewahrham⁹⁾ nicht eingeht — mit Ausnahme jener schon hervorgehobenen Bemerkung über die „ideell geteilte Detention“ in Rechtspr. 3 642, woselbst die Frage klar erkannt wird. Das verstößt den Gerichtshof in einen Widerspruch zu seiner sonstigen Stellungnahme in Sachen des Vermieter-, Dienstboten- und Handlungsgehilfengewahrhams¹⁰⁾, vor allem in Sachen des Vermietergewahrhams, wo das RG. Alleingewahrham des Mieters an den Sachen im abgemieteten Zimmer annimmt¹¹⁾. So kommt folgender Wider-

⁹⁾ Deshalb sah sich damals E. 35 115 verhinbert, § 370⁸ heranzuziehen, weil es in dem Grundbelitt ja keinen Diebstahl zu erblicken vermochte, — wie es auch offen ausspricht. In der Konsequenz hätte es mithin gelegen, nach dem Gesetz von 1912 Mundraub anzunehmen. Doch hat der I. Sen. in dem völlig gleich gelagerten Fall (nur Wein statt Bier) E. 46 377 am 21. Dez. 1912 dies unter Abriiden von der früheren Entscheidung abgelehnt und § 350 angewendet: dies sei kein qualifizierter Fall des § 246, sondern es sei außerdem noch ein ganz anderes Rechtsgut verletzt, das Recht des Staates auf Pflichttreue und Ehrlichkeit. Das ist eine auch sonst vertretene Auffassung, mit der man wohl Ernst machen könnte. Doch wie weit ist das RG. sonst davon entfernt! Vgl. E. 6 432; 12 223; 32 402; 46 418.

⁹⁾ Von hier aus wird auch v. Liszt Lehrb. 20. Aufl., S. 437 § 127 III den oben E. 00 genannten Gegnern des RG. beizuzählen sein, da er als Beispiel mehrfachen Gewahrhams anführt: A. und B. haben je einen der beiden zur Eröffnung des Geldschrankes erforderlichen Schlüssel.

¹⁰⁾ RG. 2 1; 3 358; 5 42; 12 353; 21 16; 30 88; 37 198; vgl. Meyer-Altfeld 7. Aufl. 500 R. 31; Frank 14. Aufl. S. 418 § 242 Bem. V.

¹¹⁾ RG. E. 3 358: die Mieterin warf das Bett der möblierten Stube zum Fenster hinaus, schaffte es dann fort und veräußerte es — nach dem RG. Unterschlagung.

sinn heraus: der Student läßt (a) seine Uhr offen in seiner unverschlossenen Stube liegen; (b) einen Fradanzug legt er in einen verschlossenen Koffer, den er der Raumerparnis halber von der Wirtin in ein anderes Zimmer der gleichen Wohnung stellen läßt. Die Wirtin nimmt Uhr und Anzug weg, letzteren unter Erbrechen des Koffers. Das wäre zu (a) Diebstahl, zu (b) Unterschlagung. — Wenn das Hotelpersonal dem Gast aus dem Zimmer Sachen wegnimmt, so wäre das Diebstahl; aber Unterschlagung, wenn es aus dem im Hotelbüro stehenden verschlossenen Koffer geschieht. Wiederum wird also in diesen Situationen der Sorglose besser geschützt als der Vorsichtige.

Die Entwicklung der Judikatur in einem großen Gerichtshof wird selten in geradlinigem Denken sich bewegen. So schien sich denn zwischen durch auch für unsere Probleme eine günstigere Perspektive durch das Urteil des III. Sen. vom 9. Nov. 1911, E. 45 249 zu eröffnen. Die Flensburger Gasanstalt hatte in der Wohnung eines Abnehmers einen Gasautomaten für Kochgas aufgestellt. Darin befand sich eine verschlossene Geldkassette, deren Schlüssel in den Händen der Gasanstalt war. Der Gasabnehmer hat die Kasse mit Nachschlüssel geöffnet und das von ihm selbst eingeworfene Geld herausgenommen. Das RG. mißbilligt die Beurteilung wegen Unterschlagung, schon wegen der Schwierigkeiten bei der Konstruktion des Eigentumsüberganges¹²⁾. Es bekräftigt ferner die Annahme eines Mietverhältnisses, gibt aber zu, daß der Mieter als unmittelbarer Besitzer nicht ausschließlichen Gewahrsmann zu haben brauche. In schiefe Richtung gelangt es freilich mit den Hinweisen auf die etwaigen Abreden, wonach der verschlossene Automat der Gasanstalt stets zugänglich bleiben sollte¹³⁾ und sie die Beaussichtigung des Gebrauchs der Vorrichtung, sowie die Verfügung über ihren Inhalt sich vorbezieht, sowie auf den etwaigen Willen der Beteiligten, wonach die Gasanstalt den Gewahrsmann des Automaten auch nach der Aufstellung in der Wohnung des Abnehmers in ihrer Hand behalten wollte. Man müßte sagen, dieser Wille wäre dann eben am Automaten nicht verwirklicht worden. Der Ausgangspunkt ist vielmehr in dem Schlüssel der Geldkassette zu suchen. Und so kann sich schließlich das RG. auch nicht dem

¹²⁾ Selbstgeschaffene Schwierigkeiten, die bei der richtigen Auffassung schwinden.

¹³⁾ Sollte sie sich etwa vom Gasabnehmer einen Haus Schlüssel haben einhängen lassen?

Eingehen darauf entziehen: Wenn der Gasabnehmer als Mieter tatsächlich das ausschließliche Gebrauchsrecht am Automaten erhalten sollte (und erhielt), so braucht er doch noch nicht Gewahrsam an den verschlossenen Geldstücken gehabt zu haben! (S. 252). Es komme erstens darauf an, ob der Schlüsselinhaber „nach Maßgabe der wirklichen Verhältnisse“ in der Lage sei, zu dem Behältnisse zu gelangen; damit werden endlich die Realitäten des Lebens und die Gepflogenheiten des Verkehrs in ihr Recht eingesetzt. Und zweitens bestche keine tatsächliche Verfügungsgewalt (des Gasabnehmers über das Geld in der Kasse), wenn er nur durch gewaltsames Erbrechen oder ordnungswidrige Werkzeuge zu dem Inhalt gelangen könne¹⁴⁾.

Könnte man hiernach die Hoffnung auf einen Umschwung der Judikatur hegen, so ist sie doch durch das Urteil des V. Sen. vom 10. Juni 1913, E. 47 210, wieder vereitelt worden. Der Angeklagte nahm sich eine Urkunde aus einem verschlossenen Holzkästchen, das er aufbrach. Das Kästchen stand im offenen Kleiderschrank des verstorbenen Kostgängers des Angeklagten; den Schlüssel hatte die Mutter des Verstorbenen. Die Strafkammer Duisburg verurteilte wegen schweren Diebstahls, das RG. hob auf unter Ablehnung des Hinweises auf E. 45 240. Der Besitz des Schlüssels gilt als unerheblich; der Unterschied bestehe darin, daß das Kästchen frei beweglich war, der Gasautomat dagegen in die mit dem Gebäude verbundene Gasleitung fest eingestügt. Die tatsächliche Möglichkeit, über das Ganze, also auch über den Inhalt, durch Fortschaffung aus dem Wohngebäude zu verfügen, sei also bei dem Kästchen gegeben, bei dem Automaten nicht! Das ist aber doch nur ein gradueller Unterschied; denn den Automaten konnte man aus der Gasleitung mittels einiger Zangen ebenfalls heraus-schrauben und von dem Hause abfahren, um ihn zu veräußern. Sonst müßte man für einen frei beweglichen Automaten anders entscheiden. Hat etwa eine Firma einen Warenautomaten in einer Wirtschaft aufgestellt und kommt etwa alle Vierteljahr ein Reisender an, um aus dem Geldkasten darin die Groschen zu entnehmen und mit dem Wirt wegen dessen Vergütung oder Provision zu verrechnen, so könnte dieser Wirt, der nach dem RG. am Automat als Ganzem und folglich auch am Geld darin Gewahrsam hat, wegen Diebstahls jedenfalls nicht und möglicherweise mangels Eigentumsüberganges

¹⁴⁾ Daneben weist die Formulierung freilich auch Anklänge an die alte Anschauung auf.

an die Firma auch nicht wegen Unterschlagung dieser gegenüber bestraft werden¹⁵⁾.

VI.

Das Bankdepotgesetz greift in unsere Fragen nicht ein, weil es nur von unterschlossen übergebenen Wertpapieren handelt. Um so mehr interessiert sind die Bankkunden, die einen Stahlkammersachvertrags (Schranksachvertrag) abgeschlossen haben. Erbricht der Bankier selbst den Safe oder öffnet er ihn mit falschen Schlüsseln und eignet sich die Wertpapiere an, so begeht er nach der Auffassung, die die Kommentatoren, soviel ich sehe, unwidersprochen von der RG.-Judikatur haben, nur eine Unterschlagung nach StrGB. § 246¹⁶⁾. Indessen würde das RG., sofern es sich eben um eingemauerte Tresors, mit dem Gebäude selbst fest verbundene Stahlkammern handelt, doch vielleicht jetzt auf Grund von E. 45 249 (Fall des Flensburger Gasabnehmers) seine Stellung ändern.

VII.

Es möge auch auf einige weitere, vom Standpunkt des Verletzten und der allgemeinen Rechtssicherheit nicht gerade erfreuliche Konsequenzen der hier bekämpften Anschauung hingewiesen werden. Nicht nur hinsichtlich der Rechtsfolgen (die ja meist nach § 243 Z. 2 oder 3 zu beurteilen sein würden): kein Zuchthaus, keine Polizeiaufsicht, keine Rückfallschärfung, Geldstrafe stets zulässig, desgl. Verweis — sondern auch hinsichtlich des Tatbestandes wegen des verschiedenen Vollendungsmomentes bei Diebstahl und bei Unterschlagung. Danach ist das Erbrechen des Behältnisses als solches stets straflos, weil die Zueignung ja damit noch nicht begonnen hat, sondern nur vorbereitet ist; höchstens käme Sachbeschädigung in Betracht, beim Aufsperrern

¹⁵⁾ Der I. Sen. nahm Diebstahl des Wirtes an (15. Juni 03, Arch. StrR. 50 389), aber nur auf Grund sehr eigenartiger tatsächlicher Feststellungen: durch die Aufstellung des Automaten im Wirtszimmer sei die tatsächliche Gewalt der Eigentümer nicht verloren gegangen, sie hätten ihn vollkommen auf ihre eigene Gefahr in den Räumen des Wirtes aufgestellt. Es habe zwischen ihnen und dem Wirt auch kein Vertragsverhältnis irgendwelcher Art hinsichtlich des Apparats als Ganzen bestanden. Hiermit stößt sich indessen arg die andere Feststellung: der Wirt hätte ihnen die Befugnis eingeräumt, jederzeit das Wirtszimmer zu betreten, um den Automaten oder das hineingeworfene Geld an sich zu nehmen. Man kann kaum anders sagen, als daß das eine verlegene Flucht auf das Gebiet der tatsächlichen Feststellungen ist, hinter denen man sich wie hinter unangreifbaren Wällen verschanzt.

¹⁶⁾ Stenglein, Nebengesetze I 577 R. 5, 584 R. 2, 585 R. 4; Rießer, Komm. z. Bankdepotges. 2. Aufl. 1906.

mit falschem Schlüssel auch diese nicht. Der Besitz oder die Beschaffung von Dietrichen, Nachschlüsseln oder unberechtigten Duplikaten wäre vollends straflos, ebenso ihre probeweise Benutzung; recht tröstlich für Schrankfachkunden. — Nimmt der Kofferbewahrer dem Depositar den Schlüssel mit Gewalt weg und öffnet dann das Behältnis, so begeht er keinen Raub; denn den Inhalt, auf den er es allein abgesehen, hat er ja schon sowieso in Gewahrsam, Koffer selbst aber und Schlüssel will er nicht haben, sondern zurückgeben oder -lassen. Es läge nur Realkonkurrenz von Nötigung und Unterschlagung vor. — ertappt der Depositar den Bewahrer gerade beim Ausräumen des Koffers oder Safes, so kann den Verbrecher, der sich zur Wehr setzt, § 252 niemals treffen.

VIII.

Endlich darf man wohl auch sagen, daß es kriminalpolitisch und vor allem psychologisch ein Mißgriff ist, in den Tätern dieser Verbrechen nicht echte und richtige Diebe zu sehen. Gewiß wird in recht vielen Fällen die „Gelegenheit“ die Hauptversucherin abgeben: der Verschuß des Kastens ist miserabel, bei etwas Drücken und Rütteln geht das Schloß auf, oder es hat einen sehr landläufigen Schlüssel, den man im eigenen Haushalt sogleich passend vorfindet. Aber die angewendeten Mittel sind doch auch hier die des Diebstahls, und die halbe Lethargie, in der so mancher Ungetreue das erste Mal die fremden Gelder, die neben den eigenen in der Schublade liegen, unter allerlei vorgeredeteten Beschwichtigungen angreift, genügt hier nicht; davon geht kein Schloß auf. Zu den typischeren Fällen gehört vollends die Verwendung der Einbrechertechnik und vielleicht die Mittel und Werkzeuge des Geldschrankknaders. Psychologisch werden hier auch recht aktive und energische Naturen mit Intelligenz und Zielbewußtsein anzutreffen sein (Max Kauffmann, Psychologie des Verbrechens, 1912, S. 160 ff.). Warum gegenüber solchen gefährlichen Feinden der Rechtsordnung nicht schneidige Waffen verwenden? Immerhin gebe ich zu, daß gewerbsmäßiges Verbrechertum bei den Delikten, die den Gegenstand unserer Erörterung ausmachten, nicht sehr häufig zu finden sein wird; die Regel werden die episodischen Entgleisungen bilden. Aber auch dann prävaliert im kriminalsoziologischen Bild die diebliche Erlangung und nicht das diebliche Behalten (Beling, Lehre vom Verbrechen, S. 283).