

## 1. Sachverhalt<sup>1</sup>

A begibt sich in einen Supermarkt, nimmt dort vier Flaschen Jägermeister und zwei Flaschen Bacardi aus dem Warenregal und legt diese zunächst in seinen Einkaufskorb. Um den Alkohol nicht bezahlen zu müssen, verstaut er die Flaschen im Anschluss in einer von ihm mitgeführten Sporttasche.

In einem weiteren Fall geht A in einem anderen Supermarkt ähnlich vor: Er versteckt fünf Flaschen Jägermeister in einem von ihm mitgebrachten Rucksack, nachdem er diese den Regalen entnommen hat. Auch dieses Mal möchte A die Ware, ohne dafür zu bezahlen, für sich behalten und läuft deshalb in Richtung des Ausgangs. A wird unter anderem wegen dieser beider Taten, die vom LG als vollendeter Diebstahl nach § 242 StGB<sup>2</sup> gewertet werden, verurteilt. A legt Revision zum BGH ein.

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Es steht zu vermuten, dass A vor Passieren des Kassenbereichs gestellt wurde. Das Hauptproblem liegt nunmehr darin, zu entscheiden, ob der Diebstahl bereits mit dem Einstecken der Flaschen in den mitgebrachten Rucksack oder in die Sporttasche vollendet ist, wenn der Täter sich noch im Supermarkt befindet. Dafür ist entscheidend, ob A den objektiven Tatbestand des Diebstahls verwirklicht hat, wofür die Wegnahme einer fremden, beweglichen Sache erforderlich ist.

Januar 2020

### Bacardi-Fall

*Wegnahme / Gewahrsamsenklaue*

§ 242 StGB

#### **famos-Leitsatz:**

Durch das Verstauen von Waren in einem Rucksack oder in einer Sporttasche begründet der Täter innerhalb eines fremden Herrschaftsbereichs eine Gewahrsamsenklaue.

BGH, Urteil vom 6. März 2019 – 5 StR 593/18; veröffentlicht in NStZ 2019, 613.

Die Wegnahme wird definiert als Bruch fremden und Begründung neuen, nicht notwendigerweise tätereigenen Gewahrsams.<sup>3</sup> Gewahrsam ist die von einem natürlichen Herrschaftswillen getragene, tatsächliche Sachherrschaft unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls und der Verkehrsanschauung.<sup>4</sup> Ein Gewahrsamsbruch liegt vor, wenn die tatsächliche Sachherrschaft des bisherigen Gewahrsamsinhabers ohne dessen Willen aufgehoben wird.<sup>5</sup> Neuer Gewahrsam wird hingegen begründet, wenn der Täter die Herrschaft über die Sache derart erlangt, dass er sie ungehindert durch den alten Gewahrsamsinhaber ausüben und dieser seinerseits über die Sache nicht mehr verfügen kann, ohne die Verfügungsgewalt

<sup>1</sup> Der Sachverhalt wurde verändert, um die Hauptprobleme des Falles deutlicher hervortreten zu lassen.

<sup>2</sup> Normen ohne Gesetzesbezeichnung sind solche des StGB.

<sup>3</sup> *Kühl*, in Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. 2018, § 242 Rn. 8.

<sup>4</sup> Vgl. *Kühl*, in Lackner/Kühl (Fn. 3), § 242 Rn. 8a.

<sup>5</sup> *Bosch*, in Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 242 Rn. 35.

des Täters vorher zu beseitigen.<sup>6</sup> Das ist mithilfe der Verkehrsauffassung auch danach zu beurteilen, ob der Zugriff auf das Diebesgut eine soziale Auffälligkeit nach sich zieht und rechtfertigungsbedürftig ist.<sup>7</sup> Mit der Begründung neuen, nicht notwendigerweise tätereigenen Gewahrsams ist die Wegnahme vollzogen und der Diebstahl vollendet.<sup>8</sup> Im vorliegenden Fall hat zunächst der Supermarktinhaber Gewahrsam an den Bacardi- und Jägermeisterflaschen. Das Geschäft stellt nämlich eine vom Ladeninhaber generell beherrschte Sphäre dar.<sup>9</sup> Der generelle Gewahrsamswille des Inhabers bezieht sich dabei auf alle in diesem Raum befindlichen Gegenstände.<sup>10</sup> Der Gewahrsam endet, sobald die tatsächliche Sachherrschaft aufgehoben ist.<sup>11</sup> Zur Vollendung der Wegnahme ist die Begründung neuen Gewahrsams erforderlich. Neuer Gewahrsam kann dabei auch im fremden Herrschaftsbereich begründet werden.<sup>12</sup> Dies ist der Fall, wenn der Täter einen Gegenstand in seine „höchstpersönliche Sphäre“<sup>13</sup> bringt und dadurch eine **Gewahrsamsenklave**<sup>14</sup> entsteht. Allerdings werden gewisse Voraussetzungen an die Beschaffenheit des Gegenstandes geknüpft.

Ausschlaggebend sind vor allem **Gewicht und Größe der Sache**. Bei unauffälligen, leicht beweglichen und **sehr kleinen Sachen** (z.B. Schmuck), welche sich in der Hand des Täters verbergen lassen, genügt im Allgemeinen das Ergreifen und Festhalten derselben.<sup>15</sup>

Handelt es sich um **kleine Objekte geringen Umfangs**, die nicht mehr durch

bloßes Ergreifen mit der Hand verdeckt werden können, kann neuer Gewahrsam dadurch begründet werden, dass der Täter die Sachen wie seine eigenen wegträgt oder sie in seinen „Tabubereich“ bringt und dadurch eine Gewahrsamsenklave entsteht (z.B. Einstecken von Beute in die Jacken- oder Hosentasche).<sup>16</sup>

Dagegen wird bei **schwer zu transportierenden Sachen** (z.B. Fernseher) aufgrund ihres Gewichts oder ihrer Beschaffenheit der Gewahrsamswechsel noch nicht mit Ergreifen oder Verstecken vollzogen, sondern kann erst durch zusätzliche Maßnahmen herbeigeführt werden.<sup>17</sup> In solchen Fällen besteht vor der Kasse noch der Gewahrsam des Ladeninhabers.<sup>18</sup>

In einem vergleichbaren Fall aus der **Rechtsprechung** wurde angenommen, dass beim Wegtragen von sechs Flaschen Whiskey ein neuer Gewahrsam im Supermarkt noch nicht begründet ist.<sup>19</sup> Der Täter hatte hier die Spirituosen einem Supermarktregal entnommen und in zwei mitgebrachten Tüten verstaut; außerdem führte er eine weitere Tüte mit sich, die er mit Waren füllte, um den Anschein eines regulären Einkaufs zu erwecken. Bei solch umfangreicher, nach den konkreten Umständen nicht zu verbergender Beute wird, laut BGH, durch das bloße Wegtragen innerhalb der fremden Gewahrsamssphäre noch kein neuer Gewahrsam begründet.<sup>20</sup> Dies könnte auch im vorliegenden Fall gegen einen Gewahrsamswechsel sprechen.

Allerdings sind nicht nur die Größe und das Gewicht des Gegenstandes für eine Gewahrsamsenklave maßgeblich, sondern

<sup>6</sup> Eisele, BT II, 5. Aufl. 2019, Rn. 41.

<sup>7</sup> OLG Karlsruhe NStZ-RR 2005, 140.

<sup>8</sup> Wittig, in BeckOK StGB, 44. Edition, Stand: 01.11.2019, § 242 Rn. 25.

<sup>9</sup> Kühl, in Lackner/Kühl (Fn. 3), § 242 Rn. 11.

<sup>10</sup> Bosch, in Schönke/Schröder (Fn. 5), § 242 Rn. 30.

<sup>11</sup> Rengier, BT I, 21. Aufl. 2019, § 2 Rn. 33.

<sup>12</sup> Vgl. Wittig, in BeckOK (Fn. 8), § 242 Rn. 26.

<sup>13</sup> OLG Düsseldorf NJW 1986, 2266.

<sup>14</sup> Vgl. OLG Dresden NStZ-RR 2015, 211.

<sup>15</sup> BGH NStZ 2011, 158, 159; NStZ 2014, 40, 41; Rengier (Fn. 11), § 2 Rn. 50.

<sup>16</sup> Kühl, in Lackner/Kühl (Fn. 3), § 242 Rn. 16.

<sup>17</sup> Wittig, in BeckOK (Fn. 8), § 242 Rn. 26.1.

<sup>18</sup> BGH NStZ-RR 2013, 276.

<sup>19</sup> BGH NStZ-RR 2013, 276.

<sup>20</sup> BGH NStZ-RR 2013, 276; Fischer, StGB, 67. Aufl. 2020, § 242 Rn. 18.

auch die **Art des Behältnisses**, in welchem er transportiert werden soll. Behältnisse, die der Tabuzone des Täters zugeordnet werden, sind in erster Linie die Kleidungsstücke, die er am Körper trägt.<sup>21</sup> Vom **Großteil der Literatur** wird vertreten, dass auch durch das Einstecken in ein mitgeführtes, leicht zu transportierendes Behältnis, wie etwa eine Handtasche oder einen Koffer, eine Gewahrsamsenklaue begründet wird.<sup>22</sup> Denn eine „intensivere Herrschaftsbeziehung“<sup>23</sup> als jene, die durch das Einstecken geschaffen wird, sei kaum denkbar.<sup>24</sup>

Nicht anzunehmen sei die Begründung neuen Gewahrsams aber etwa dann, wenn Sachen in Behältnissen versteckt werden, die noch der Kontrolle des alten Gewahrsamsinhabers unterliegen.<sup>25</sup> Die Möglichkeit des alten Gewahrsamsinhabers, jederzeit auf den Inhalt zugreifen zu können, wird z.B. beim Verstecken der Sache im Einkaufswagen oder einer Einkaufstüte bejaht.<sup>26</sup>

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Die Revision des A hat keinen Erfolg. Der BGH bestätigt die Entscheidung des LG und sieht den Diebstahl in beiden Fällen als vollendet an. Der BGH nimmt eine Gewahrsamsenklaue durch das Verstauen der Flaschen in der Sporttasche und im Rucksack des A an. Er führt zum Wechsel der tatsächlichen Sachherrschaft an, es sei entscheidend, ob der Täter ohne Behinderung durch den alten Gewahrsamsinhaber die Sachherrschaft ausüben kann. Der bisherige Gewahrsamsinhaber dürfe seinerseits nicht mehr in der Lage sein, über die Sache zu verfügen, ohne die Verfügungsgewalt des Täters zu brechen.

Daher wird, wie oben bereits erwähnt, ein entscheidender Unterschied darin gesehen, ob es sich bei dem Diebesgut um umfangreiche und schwere Sachen handelt, deren Abtransport mit besonderen Schwierigkeiten verbunden ist, oder ob es um leicht transportable, kleinere Gegenstände geht.

Weiterhin legt der BGH dar, dass für leicht bewegliche Sachen, die innerhalb eines Geschäftes in eine Einkaufs-, Akten- oder ähnliche Tasche gesteckt werden, nichts anderes gelten kann als bei Fällen, in denen der Täter die Ware in seiner Kleidung verbirgt.

Laut BGH hätten der Rucksack und die Sporttasche A dazu gedient, einen unproblematischen Abtransport der Beute zu ermöglichen. Zudem seien sie geeignet, den Berechtigten von einem ungehinderten Zugriff auf seine Ware auszuschließen. Das Einstecken habe zugleich dem Verbergen der Beute vor möglichen Beobachtern gedient.

Abschließend führt der BGH an, dass es sich im vorliegenden Fall nicht um eine mit der (oben bereits genannten) älteren Rechtsprechung vergleichbare Konstellation handele. Eine nähere Begründung hierfür gibt der Senat allerdings nicht an.

### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Die Konstruktion der Gewahrsamsenklaue ist ein „Dauerbrenner“ in **Klausuren**. Deshalb ist die Kenntnis dieser Figur unerlässlich. Vor allem taucht sie häufig im Zusammenhang mit Ladendiebstählen auf. Dabei darf jedoch nicht außer Acht gelassen werden, dass eine Gewahrsamsenklaue in jedem fremden Herrschaftsbereich begründet werden kann

<sup>21</sup> Fischer (Fn. 20), § 242 Rn. 20; Rengier (Fn. 11), § 2 Rn. 47.

<sup>22</sup> Vogel, in Leipziger Kommentar StGB, 12. Aufl. 2010, Band 8, § 242 Rn. 96.

<sup>23</sup> BGHSt 16 271, 274.

<sup>24</sup> Vogel, in Leipziger Kommentar (Fn. 22), § 242 Rn. 96.

<sup>25</sup> Kudlich, in Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 4. Aufl. 2018, § 242 Rn. 34.

<sup>26</sup> BGH NStZ-RR 2013, 276.

(z.B. auch in der Wohnung oder im Büro).<sup>27</sup> Betrachtet werden müssen die Beschaffenheit des Gegenstandes, das Mittel des Transports und die Zugriffsmöglichkeiten des bisherigen Gewahrsamsinhabers auf die Sache. Weiterhin ist auch zu berücksichtigen, ob die Sache gut verborgen ist oder offen weggetragen wird. Besonderes Augenmerk sollte man in der Klausur daher auf alle Umstände des Sachverhalts legen, weil bereits kleine Veränderungen, wie beispielsweise die Art des Transportmittels, einen entscheidenden Unterschied bei der Falllösung machen können. Auch für Folgetaten ist die Vollendung von Bedeutung. Sie ist Voraussetzung für einen räuberischen Diebstahl nach § 252 und markiert die Grenze zwischen diesem und dem Tatbestand des Raubs (§ 249).<sup>28</sup>

Nicht nur für die Theorie, sondern auch für die **Praxis** ist die Begründung des neuen Gewahrsams relevant, weil mit der Wegnahme der Diebstahl vollendet ist.<sup>29</sup> Mit der Vollendung einer Straftat ist die Möglichkeit des Rücktritts ausgeschlossen.<sup>30</sup> Wenn der Täter die Ware zurücklegt, weil er sich umentscheidet, ändert dies an der Strafbarkeit nichts mehr. Tätige Reue ist beim Diebstahl nicht vorgesehen.<sup>31</sup> Die Strafbarkeit wird in solchen Fällen also nach vorne verlagert.<sup>32</sup> In Fällen wie dem vorliegenden steht und fällt die Erfüllung des objektiven Tatbestands mit der Annahme oder der Ablehnung der Gewahrsamsenklaue. Nimmt man die Gewahrsamsenklaue an, wird dem Täter bereits vor Passieren des Kassenbereichs die Möglichkeit genommen, strafbefreiend zurückzutreten, denn er befindet sich nicht mehr im Versuchsstadium. Folglich entfällt hier auch die Möglichkeit einer fakultativen Strafmilderung nach § 49 Abs. 1.

## 5. Kritik

Im Ergebnis ist dem BGH zuzustimmen. Den vorliegenden Fall grenzt er von der Situation ab, bei der das Forttragen der Beute mithilfe von Tüten durchgeführt wurde. Bei der Beurteilung der für die Abgrenzung maßgeblichen Kriterien bietet der BGH einen großen Interpretationsspielraum. Beide Entscheidungen haben als Tatobjekte Bacardi- oder andere Flaschen, die sich in Umfang, Beschaffenheit und Größe ähneln, zum Gegenstand. Verbirgt der Täter die Beute in einem mitgeführten Behältnis und verschließt es, sodass die Ware vor Beobachtern verborgen ist, wird auch an handlichen, gegebenenfalls mehreren Gegenständen neuer Gewahrsam in einem fremden Herrschaftsbereich begründet. Der BGH lehnte die Entstehung einer Gewahrsamsenklaue damals ab, bejahte sie jedoch im vorliegenden Fall, ohne eine detaillierte Begründung für die unterschiedliche Bewertung der Sachverhalte anzugeben.

Es ist daher nicht ganz einfach, zu beurteilen, welche Umstände für die Entscheidung ausschlaggebend sind. Auf die Beute des Diebes als Abgrenzungskriterium kann nicht zurückgegriffen werden, da es sich in beiden Fällen um Bacardi- oder vergleichbare Flaschen in ähnlichem Umfang handelt. Anzunehmen wäre beispielsweise, dass die Abgrenzung aufgrund der Größe und des Umfangs des verwendeten Transportmittels vorgenommen wurde. Denkbar wäre auch, dass darauf abgestellt wird, ob der Täter bei der Tathandlung den **Anschein eines regulären Einkaufs** erweckt oder nicht. Während der Täter des früheren Falls die Einkaufstüten als Tarnung benutzte, um den Anschein eines regulären Einkaufs zu erwecken, verstaute der Täter im aktuellen

<sup>27</sup> *Bosch*, in Schönke/Schröder (Fn. 5), § 242 Rn. 25 f.

<sup>28</sup> *Rengier* (Fn. 11), § 10 Rn. 5.

<sup>29</sup> *Rengier* (Fn. 11), § 2 Rn. 195.

<sup>30</sup> *Fischer* (Fn. 20), § 24 Rn. 3.

<sup>31</sup> *Rengier*, AT, 11. Aufl. 2019, § 37 Rn. 4.

<sup>32</sup> *Rengier* (Fn. 31), § 39 Rn. 1 ff.

Fall das Diebesgut in seinem Rucksack und in seiner Sporttasche. Der Anschein eines regulären Einkaufs entstand dadurch nicht. Im früheren Fall wäre ein Zugriff von Seiten des Supermarktinhabers auf den vermeintlich regulären Einkauf des Täters sozial auffällig und damit rechtfertigungsbedürftig gewesen. Wann der Anschein des regulären Einkaufs erweckt wird, könnte sich nach der **Verschließbarkeit** des Transportmittels und der **Verschlossenheit** im konkreten Fall desselben richten. Abstrakt sollte das Behältnis verschließbar und im konkreten Fall auch verschlossen sein. Es handelt sich dabei um das auffälligste Kriterium, welches den neuen und den alten Fall voneinander unterscheidet. Der Tabubereich könnte dadurch begründet werden, dass man die Sporttasche und den Rucksack durch einen Reißverschluss oder ähnliche Verschlussmöglichkeiten verschließen kann und damit den direkten Zugriff des alten Gewahrsamsinhabers unmöglich macht. Offene Einkaufsstüten stellen dagegen kein verschließbares Behältnis dar.

Zusätzlich könnte ein wichtiges Kriterium sein, dass eine Tasche (wie hier der Rucksack) einen **ausgeprägteren Persönlichkeitscharakter** hat und einen Bezug zur Person des Täters aufweist. Dadurch stellen solche Behältnisse möglicherweise eher einen Tabubereich dar als Behältnisse, die wie Einkaufsstüten extra zum Einkaufen zur Verfügung gestellt sind und die nur in Ausnahmefällen an den Charakter der Person geknüpft sind. Unter diesen Gesichtspunkten erscheint die Entscheidung des BGH nachvollziehbar. Die Gewahrsamsenklaue ist im vorliegenden Fall zutreffend angenommen worden.

Allerdings wird an dieser Rechtsprechung nicht deutlich, was für die Entstehung einer Gewahrsamsenklaue notwendig ist. Es gibt noch viele Fallkonstellationen, die nicht ohne weiteres anhand der vorgegebenen Kriterien gelöst werden können. Problematisch sind beispielsweise solche Fälle, in denen der Täter

zwar einen verschließbaren, aber durchsichtigen Rucksack mit sich führt. Vorliegend fehlt es nämlich an einem Verbergen der gestohlenen Ware, anders als es beim Verstauen in einem undurchsichtigen Rucksack der Fall wäre. Jedoch handelt es sich auch bei durchsichtigen Rucksäcken um verschlossene Behältnisse, sodass man nach oben genannten Kriterien nicht mehr vom Anschein eines regulären Einkaufs ausgehen kann. Dies erscheint hier allerdings nicht schlüssig, da die Sachen nicht vor möglichen Beobachtern verborgen sind. Es erscheint folgerichtig, zusätzliche Voraussetzungen daran zu knüpfen, ob der Anschein eines regulären Einkaufs erweckt wird.

An dieser Stelle könnte das Kriterium der **Einsehbarkeit** der Transporthilfe eine Rolle spielen. Geht man beispielsweise mit einem Rucksack in ein Geschäft, verstaut einige Waren darin, schließt den Reißverschluss jedoch nicht zu, ist schwer zu beurteilen, ob eine Gewahrsamsenklaue durch eine solche Handlung begründet wird. Die Option, das Behältnis zu verschließen, ist hier zwar gegeben, wird vom Täter aber nicht genutzt, sodass weiterhin Einsicht in dessen Einkäufe möglich ist. Schlussfolgernd wäre hier eine Gewahrsamsenklaue nach den Kriterien der Verschließbarkeit und Verschlossenheit, als auch nach dem der Einsehbarkeit, nicht entstanden.

Ähnlich problematisch erscheinen Konstellationen, bei denen das Behältnis zwar ursprünglich verschlossen werden konnte, diese Option aber aufgrund eines kaputten Reißverschlusses oder eines fehlenden Knopfes ausgeschlossen ist. An dieser Stelle ist die ungenaue Formulierung und die nicht eindeutige Begründung des BGH in seinem Urteil zu kritisieren. Es tritt nicht hervor, welches Kriterium für den Senat ausschlaggebend war. Anhand der geschilderten Konstellationen wird die **mangelnde Bestimmbarkeit der Gewahrsamsenklaue** deutlich. Dabei kommt die Vermutung auf, dass diese Rechtsfigur

unter Umständen in ihrer derzeitigen Ausprägung mit dem **Bestimmtheitsgebot** nach § 1 i. V. m. Art. 103 Abs. 2 GG kollidiert. Dieses fordert, dass der Gesetzgeber seinen Willen hinsichtlich der Bestrafungsvoraussetzungen und der Strafandrohungen so genau wie möglich zum Ausdruck bringt.<sup>33</sup> Wie bereits dargestellt, kann man bis jetzt jedoch nicht exakt festlegen, wann eine Gewahrsamsenklave angenommen werden kann.

Aufgrund der Unbestimmbarkeit dieser Rechtsfigur könnte man **die Gewahrsamsenklave als Konstrukt selbst ablehnen** und eine neue Gewahrsamsbegründung in solchen Fällen grundsätzlich verneinen. So gesehen könnte Gewahrsam nur dann begründet werden, wenn man die Sache aus dem Herrschaftsbereich des bisherigen Gewahrsamsinhabers hinausschafft. Lediglich relevant wäre dann der Vorgang im Kassenbereich. Auf das vorherige An-Sich-Nehmen der Sache wäre nicht mehr abzustellen. Damit wäre der objektive Tatbestand des § 242 auch dann nicht einschlägig, wenn ein Kunde die Sachen, die er einkaufen (und bezahlen) möchte, zunächst in seinen eigenen, mitgebrachten Rucksack steckt, damit er sie ohne Einkaufswagen zur Kasse transportieren kann. Dann befände sich der Täter noch immer im Versuchsstadium, solange er sich mit dem Diebesgut vor dem Kassenbereich aufhält. Von der Tat strafbefreiend zurückzutreten, stünde dem Täter damit noch offen. Er hätte die Möglichkeit, die **goldene Brücke zurück zur Legalität**<sup>34</sup> zu beschreiten.

Trotz mangelnder Bestimmbarkeit der Gewahrsamsenklave wird diese Figur in der Praxis regelmäßig herangezogen. Bei Anerkennung der Figur ist die Entscheidung des BGH im vorliegenden Fall anhand der oben entwickelten Kriterien sinnvoll.

Die Entscheidung des BGH sollte allerdings nachvollzogen werden können. Es wäre deshalb zu begrüßen, wenn er weitere Ausführungen zu den maßgeblichen Gegebenheiten bereitstellen würde, die für die Entstehung der Gewahrsamsenklave relevant sind.

*(Paula Cankaya/Magdalena Fröhling)*

---

<sup>33</sup> Hassemer/Kargl, in NK-StGB, 5. Aufl. 2017, § 1 Rn. 14.

<sup>34</sup> Eser/Bosch, in Schönke/Schröder (Fn. 5), § 24 Rn. 2.