

Schriften zum Strafrecht

---

Band 258

# Diebstahl und Betrug im Selbstbedienungsladen

Von

Petra Timmermann



Duncker & Humblot · Berlin

PETRA TIMMERMANN

## Diebstahl und Betrug im Selbstbedienungsladen

Schriften zum Strafrecht

Band 258

# Diebstahl und Betrug im Selbstbedienungsladen

Von

Petra Timmermann



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät  
der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel hat diese Arbeit  
im Jahre 2013 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten  
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten  
© 2014 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Fremddatenübernahme: L101 Mediengestaltung, Berlin  
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin  
Printed in Germany

ISSN 0558-9126  
ISBN 978-3-428-14257-6 (Print)  
ISBN 978-3-428-54257-4 (E-Book)  
ISBN 978-3-428-84257-5 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

*Meinen Eltern*



## Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung</b> .....	13
<b>A. Fallkonstellationen im Selbstbedienungsladen</b> .....	15
<b>B. Probleme des Diebstahls in den Selbstbedienungsladen-Fällen</b> .....	16
I. Voraussetzungen des Gewahrsamswechsels .....	16
1. Der sozial-faktische Gewahrsamsbegriff .....	17
a) Verstecken der Ware in der Körpersphäre .....	17
aa) Gewahrsamswechsel trotz Beobachtung .....	18
bb) Kein Gewahrsamswechsel bei Beobachtung .....	19
b) Verstecken der Ware im Einkaufswagen .....	20
aa) Gewahrsamswechsel mit dem Passieren der Kasse unabhängig von einer Beobachtung .....	20
bb) Gewahrsamswechsel mit dem Verlassen des Kaufhauses im Fall der Beobachtung .....	21
c) Verstecken der Ware in einer anderen Verpackung .....	21
aa) Gewahrsamswechsel bei unbeobachtetem Verstecken .....	22
bb) Gewahrsamswechsel mit dem Passieren der Kasse unabhängig von einer Beobachtung .....	23
2. Der soziale Gewahrsamsbegriff .....	24
a) Gewahrsamswechsel mit dem Verstecken der Ware in der Körpersphäre .....	25
b) Verstecken der Ware im Einkaufswagen .....	26
aa) Gewahrsamswechsel mit dem Verstecken im Einkaufswagen	26
bb) Gewahrsamswechsel mit dem Passieren der Kasse .....	27
c) Kein Gewahrsamswechsel mit dem Verstecken der Ware in einer anderen Verpackung .....	27
3. Der Ansatz von Hoyer: Gewahrsam als persönliches Nutzungs- reservat .....	28
a) Gewahrsamswechsel mit dem Verstecken der Ware in der Körpersphäre unabhängig von einer Beobachtung .....	29
b) Kein Gewahrsamswechsel mit dem Verstecken der Ware im Einkaufswagen .....	30
c) Kein Gewahrsamswechsel mit dem Verstecken der Ware in einer anderen Verpackung .....	30
4. Der faktische Ansatz von Mayer: Sachherrschaft ohne das Korrektiv der Verkehrsanschauung .....	30
a) Verstecken der Ware in der Körpersphäre .....	31

b)	Verstecken der Ware im Einkaufswagen . . . . .	31
c)	Verstecken der Ware in einer anderen Verpackung . . . . .	32
5.	Der Ansatz von Ling: Exklusive Sachzuordnung mit günstiger Bestandsprognose . . . . .	32
a)	Kein Gewahrsamswechsel mit dem Verstecken der Ware in der Körpersphäre . . . . .	33
b)	Kein Gewahrsamswechsel mit dem Verstecken der Ware im Einkaufswagen . . . . .	33
c)	Kein Gewahrsamswechsel mit dem Verstecken der Ware in einer Verpackung bei Beobachtung . . . . .	34
6.	Der Ansatz von Kahlo: Gewahrsam als reale Nutzungsmöglichkeit . . . . .	34
7.	Der historische Ansatz von Werling: Gewahrsam als räumliches Phänomen . . . . .	35
8.	Zusammenfassung . . . . .	37
a)	Verstecken der Ware in der Körpersphäre . . . . .	37
b)	Verstecken der Ware im Einkaufswagen . . . . .	38
c)	Verstecken der Ware in einer anderen Verpackung . . . . .	38
9.	Stellungnahme . . . . .	39
a)	Kritik des sozial-faktischen Gewahrsamsbegriffs und des faktischen Ansatzes von Mayer . . . . .	39
aa)	Einwände gegen den sozial-faktischen Gewahrsamsbegriff . . . . .	39
bb)	Die Beobachtung durch eingriffsbereite Dritte als Anwendungsfall des Geringfügigkeitsprinzips . . . . .	40
b)	Kritik des sozialen Gewahrsamsbegriffs . . . . .	44
c)	Kritik des Ansatzes von Hoyer . . . . .	46
d)	Kritik des Ansatzes von Ling . . . . .	47
e)	Kritik des Ansatzes von Kahlo . . . . .	48
f)	Kritik des historischen Ansatzes von Werling . . . . .	49
10.	Eigener Ansatz: Wer bestimmt, wo sich das Tatobjekt befindet? . . . . .	50
a)	Verstecken der Ware in der Körpersphäre . . . . .	53
b)	Verstecken der Ware im Einkaufswagen . . . . .	53
c)	Verstecken der Ware in einer anderen Verpackung . . . . .	53
II.	Fremdheit des Tatobjekts . . . . .	54
1.	Fremdheit im Fall der in der Körpersphäre versteckten Ware . . . . .	54
2.	Fremdheit im Fall der im Einkaufswagen versteckten Ware . . . . .	55
3.	Fremdheit im Fall der in einer anderen Verpackung versteckten Ware . . . . .	55
a)	Der für die Fremdheit der Sache maßgebliche Zeitpunkt . . . . .	55
aa)	Vorübergehende Fremdheit im Ausführungsstadium . . . . .	56
bb)	Fremdheit im Zeitpunkt der Begründung neuen Gewahrsams . . . . .	57
cc)	Stellungnahme . . . . .	57
dd)	Ergebnis . . . . .	58
b)	Fremdheit des in einer Verpackung versteckten Tatobjekts bei der Wegnahme . . . . .	59

aa)	Das Übereignungsangebot des Täters . . . . .	59
bb)	Die Annahmeerklärung des Kassenspersonals . . . . .	61
cc)	Ergebnis . . . . .	62
III.	Bruch des Gewahrsams . . . . .	63
1.	In der Jackentasche versteckte Ware und Gewahrsamsbruch . . . . .	63
2.	Im Einkaufswagen versteckte Ware und Gewahrsamsbruch . . . . .	64
a)	Ansicht vom generellen Einverständnis . . . . .	64
b)	Ansicht vom konkreten Einverständnis . . . . .	65
c)	Stellungnahme . . . . .	66
d)	Ergebnis . . . . .	69
3.	In einer Verpackung versteckte Ware und Gewahrsamsbruch . . . . .	69
a)	Die Ansicht vom generellen Einverständnis . . . . .	71
aa)	Unerheblichkeit jeglichen Irrtums über den Verpackungsinhalt . . . . .	71
bb)	Stellungnahme . . . . .	73
b)	Die Ansicht vom Gewahrsamsbruch am versteckten aliud . . . . .	76
aa)	Kein Einverständnis bei verstecktem aliud . . . . .	76
bb)	Stellungnahme . . . . .	77
c)	Die Ansicht vom Gewahrsamsbruch bei hinzugefügter Ware . . . . .	78
aa)	Einverständnis bei ausgetauschter Ware . . . . .	79
bb)	Stellungnahme . . . . .	82
d)	Die Ansicht von Schmitt . . . . .	84
aa)	Gewahrsamsbruch beim Erscheinungsbild des Nehmens . . . . .	84
bb)	Stellungnahme . . . . .	85
e)	Die Ansicht vom konkreten Einverständnis . . . . .	86
aa)	Erheblichkeit des Irrtums über den Verpackungsinhalt . . . . .	86
bb)	Stellungnahme . . . . .	87
f)	Ergebnis . . . . .	88
IV.	Ergebnisse zum Tatbestand des Diebstahls . . . . .	88
<b>C.</b>	<b>Probleme des Betrugs in den Selbstbedienungsladen-Fällen . . . . .</b>	<b>90</b>
I.	Täuschung . . . . .	90
1.	Verneinen der Frage nach weiteren Waren . . . . .	91
2.	Vorzeigen einer Verpackung mit manipuliertem Inhalt . . . . .	91
a)	Konkludente Täuschung . . . . .	91
b)	Keine Täuschung . . . . .	91
c)	Stellungnahme . . . . .	92
3.	Passieren der Kasse mit versteckter Ware . . . . .	92
a)	Konkludente Täuschung . . . . .	92
b)	Täuschung durch Unterlassen . . . . .	92
c)	Keine Täuschung . . . . .	93
d)	Stellungnahme . . . . .	93
4.	Ergebnis . . . . .	96

II. Irrtum	96
1. Positive Fehlvorstellung des Kassenspersonals	96
2. Vorstellung des Kassenspersonals, es sei „alles in Ordnung“	97
3. Zweifel des Kassenspersonals	98
a) Irrtum bei Für-Möglich-Halten der vorgespiegelten Tatsache	98
b) Parallele zu den Willensmängeln bei der Einwilligung	101
c) Irrtum bei Für-Wahrscheinlich-Halten der vorgespiegelten Tatsache	102
d) Kein Irrtum bei Zweifeln aufgrund konkreter Anhaltspunkte	103
e) Irrtum bei diffusem Zweifel	104
f) Kein Irrtum bei Eventualvorsatz des Opfers hinsichtlich der Unwahrheit der vorgespiegelten Tatsache	105
g) Einschränkung des Betrugstatbestands bei fahrlässigem Opfer- verhalten	107
aa) Ausschluss der objektiven Zurechnung	107
bb) Teleologische Reduktion des Täuschungsbegriffs	108
h) Stellungnahme	109
aa) Kritik des weiten Irrtumsbegriffs	109
bb) Stellungnahme zugunsten der Eventualvorsatz-Lösung	114
(1) Betrug als Spezialfall der mittelbaren Täterschaft	114
(a) Unmittelbare Täterschaft beim Stellen einer Falle für das Opfer	115
(b) Eigenständigkeit der Typenbildung im Besonderen Teil	116
(c) Fehlen einer Verhaltensnorm für den Tatmittler	117
(d) Keine Zurechnungsfrage im Tatbestand des Betrugs	118
(e) Zwischenergebnis	118
(2) Parallele zu den Willensmängeln bei der Einwilligung	118
(3) Kritik der Wahrscheinlichkeitslösung	119
(4) Kritik der Ansätze von Amelung und Hassemer	120
(5) Ergebnis	120
cc) Ausschluss der objektiven Zurechnung oder teleologische Reduktion des Täuschungsbegriffs?	120
i) Ergebnis	122
III. Vermögensverfügung und Vermögensschaden	123
1. Ausgangspunkt der Definitionen der Vermögensverfügung und des Vermögensschadens	123
a) Sachbetrug durch das Passieren der Kasse	124
b) Forderungsbetrug durch das Passieren der Kasse	124
2. Der Meinungsstand zur Einschränkung der Vermögensverfügung und des Vermögensschadens	125
a) Exklusivitätslösungen	125

aa)	Verfügbungsbewusstsein als Voraussetzung des Sachbetrugs	126
	(1) Sachbetrug bei generellem Einverständnis und Verfügungsbewusstsein	127
	(2) Ansicht vom Gewahrsamsbruch am versteckten aliud	128
	(3) Verfügungsbewusstsein bei ausgetauschter Ware	128
	(4) Konkretes Verfügungsbewusstsein beim Sachbetrug	129
	(5) Die Ansicht von Backmann: Verfügungsbewusstsein zur Abgrenzung von Diebstahl und Unterschlagung	130
bb)	Generelle Einschränkung des Verfügungsbegriffs	131
	(1) Konkretes Verfügungsbewusstsein	131
	(2) Bewusstsein der Vermögensrelevanz und Verfügungsbewusstsein aus Sicht eines objektiven Dritten	132
	(3) Irrtumsmotivierter Handlungs- oder Unterlassungswille	132
cc)	Andere Abgrenzungen des Betrugs vom Diebstahl	133
	(1) Die Ansicht von Schmitt: Maßgeblichkeit des äußeren Erscheinungsbilds	133
	(2) Die Ansicht von Gössel: Teleologische Reduktion des § 263 StGB	133
	(3) Die Ansicht von Hillenkamp: Kein selbständiger Vermögensschaden	134
dd)	Auseinandersetzung mit den Argumenten der Exklusivitätslösungen	134
	(1) Der Gegensatz zwischen Diebstahl und Betrug	135
	(2) Das Wesen des Betrugs als „Selbstschädigungsdelikt“	136
	(3) Das Fehlen eines Tatbestands des „betrügerischen Diebstahls“	137
	(4) Betrug als Spezialfall der mittelbaren Täterschaft	138
	(5) Unvereinbarkeit einer Tateinheit von Diebstahl und Betrug mit dem Schuldprinzip	140
	(6) Rechtssicherheit durch Exklusivität	142
	(7) Erfordernis eines Verfügungsbewusstseins beim Sachbetrug	143
	(8) Generelle Einschränkung des Verfügungsbegriffs	145
	(9) Teleologische Reduktion des § 263 StGB	146
	(10) Stellungnahme zur Ansicht von Hillenkamp	147
	(11) Zwischenergebnis	148
b)	Konkurrenzlösungen	149
aa)	Die Vermögensverfügung einschränkende Konkurrenzlösungen	149
	(1) Die Ansicht von Herzberg: Vermögensverfügung bei Selbstschädigung	149
	(2) Die Ansicht von Miehe: Verfügung bei einem Mindestmaß personaler Beteiligung	150

(3)	Die Ansicht von Joecks und Samson: Betrugsstrafbarkeit zum Schutz des Vermögens in Aktion . . . . .	151
(4)	Die Ansicht von Hardwig: Verfügungsbewusstsein nur bei einer Verfügung durch Tun . . . . .	152
(5)	Forderungsbetrug als mitbestrafte Nachtat . . . . .	152
bb)	Reine Konkurrenzlösungen . . . . .	153
(1)	Subsidiarität von Diebstahl oder Betrug . . . . .	153
(2)	Tatmehrheit zwischen Diebstahl und Betrug . . . . .	154
(3)	Tateinheit von Diebstahl und Betrug . . . . .	154
cc)	Auseinandersetzungen mit den Argumenten der Konkurrenzlösungen . . . . .	155
(1)	Kritik der Ansicht von Herzberg: Vermögensverfügung bei Selbstschädigung . . . . .	155
(2)	Kritik der Ansicht von Miehe: Mindestmaß personaler Beteiligung . . . . .	156
(3)	Kritik der Ansicht von Joecks und Samson: Schutz des Vermögens in Aktion . . . . .	156
(4)	Kritik der Ansicht von Hardwig: Bewusstsein bei Verfügung durch Tun . . . . .	157
(5)	Stellungnahme zugunsten der Ansicht vom Forderungsbetrug als mitbestrafte Nachtat . . . . .	157
(6)	Kritik der Ansicht von Heghmanns: Subsidiarität von Diebstahl oder Betrug . . . . .	158
(7)	Kritik der Ansicht von Huschka: Tatmehrheit von Diebstahl und Betrug . . . . .	158
(8)	Stellungnahme zugunsten der Ansicht von der Tateinheit von Diebstahl und Betrug . . . . .	158
c)	Ergebnis . . . . .	159
IV.	Ergebnisse zum Tatbestand des Betrugs und seinem Konkurrenzverhältnis zum Diebstahl . . . . .	159
<b>D.</b>	<b>Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse . . . . .</b>	<b>160</b>
	<b>Literaturverzeichnis . . . . .</b>	<b>162</b>
	<b>Sachwortverzeichnis . . . . .</b>	<b>173</b>

## Einleitung

Diese Arbeit untersucht die Vermögensdelikte Diebstahl und Betrug anhand verschiedener Fallkonstellationen im Selbstbedienungsladen. Derartige Fälle sind bereits Gegenstand zahlreicher gerichtlicher Entscheidungen gewesen. Dabei stand insbesondere das Verhältnis der beiden Delikte im Fokus.

Bereits im Jahr 1962 hat der BGH entschieden, dass Diebstahl und Betrug einander ausschließen.<sup>1</sup> Dieser Entscheidung lag zugrunde, dass die Angeklagte in einem Selbstbedienungsladen nur einen Teil der von ihr ausgewählten Waren in den dafür bestimmten Korb gelegt hatte. Ein Paket Butter, zwei Tafeln Schokolade und zwei Suppenwürfel hatte sie in ihre Tasche gesteckt. An der Kasse hatte sie – wie geplant – nur die Waren im Korb bezahlt und dann das Geschäft verlassen. Der BGH kam zu dem Ergebnis, dass sich die Angeklagte nur wegen Diebstahls und nicht auch wegen Betrugs strafbar gemacht habe.<sup>2</sup> Es fehle an allen sachlichen Voraussetzungen des Betrugs. Denn für den Diebstahl im Gegensatz zum Betrug sei es kennzeichnend, dass der dem Verletzten zugefügte Schaden ausschließlich durch eine eigenmächtige Handlung des Täters herbeigeführt werde, während er beim Betrug infolge einer Vermögensverfügung des vom Täter getäuschten Verletzten eintrete. Allein dieser grundlegende Gegensatz mache es unmöglich, in einem tatsächlichen Vorgang, der die Zufügung eines Vermögensschadens zum Gegenstand habe, zugleich den Tatbestand des Diebstahls und den Tatbestand des Betrugs zu finden.<sup>3</sup>

An dieser Auffassung hat der BGH festgehalten und sie im Jahr 1995 in einem weiteren Fall, der in einem Selbstbedienungsladen stattfand, bestätigt.<sup>4</sup> In diesem Fall hatten die beiden Angeklagten vier CDs, eine Videokassette und zwei Paar Socken unter einem Werbeprospekt im Einkaufswagen versteckt und an der Kasse nur die weiteren Sachen bezahlt, die sie auf den Werbeprospekt gelegt hatten. Auch hier bejahte der BGH unter Hinweis darauf, dass sich Diebstahl und Betrug schon tatbestandlich ausschließen, nur einen Diebstahl.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> BGHSt 17, 205 (209).

<sup>2</sup> BGHSt 17, 205 (209).

<sup>3</sup> BGHSt 17, 205 (209).

<sup>4</sup> BGHSt 41, 198 (201).

<sup>5</sup> BGHSt 41, 198 (201).

Die Auffassung von der Exklusivität von Diebstahl und Betrug hat sich in der übrigen Rechtsprechung weitgehend durchgesetzt.<sup>6</sup> Auch das rechtswissenschaftliche Schrifttum hat sich dieser Ansicht überwiegend angeschlossen.<sup>7</sup> Nur vereinzelt finden sich in der Literatur kritische Stimmen.<sup>8</sup> Die Auseinandersetzung mit den Argumenten für und gegen eine Exklusivität von Diebstahl und Betrug bildet einen Schwerpunkt der folgenden Untersuchung.

Die Selbstbedienungsladen-Fälle sind jedoch nicht nur für die Frage der Abgrenzung von Diebstahl und Betrug interessant. Vielmehr geben sie Anlass zu einer vertieften Untersuchung der Tatbestandsmerkmale der beiden Delikte. Auch dies ist Gegenstand dieser Arbeit.

Anhand von Beispielfällen werden nachfolgend die objektiven Tatbestandsmerkmale von Diebstahl und Betrug untersucht. Bei der Untersuchung zum Diebstahl werden der Begriff des Gewahrsams, die Fremdheit des Tatobjekts und schließlich die Voraussetzungen für ein wirksames Einverständnis mit dem Gewahrsamswechsel behandelt.

Daran schließt sich die Untersuchung zum Betrug an. In den Selbstbedienungsladen-Fällen sind sämtliche Tatbestandsmerkmale des Betrugs problematisch und Gegenstand dogmatischer Auseinandersetzung. Der Schwerpunkt liegt jedoch bei dem ungeschriebenen Tatbestandmerkmal der Vermögensverfügung, an das die Rechtsprechung und ein großer Teil des rechtswissenschaftlichen Schrifttums die Abgrenzung von Diebstahl und Betrug anknüpfen.

---

<sup>6</sup> Vgl. PfvzOLG Zweibrücken, NSTZ 1995, 448 (449); BayObLGSt 1988, 5 (7).

<sup>7</sup> Fischer, § 242 Rn. 27; Lackner/Kühl-Kühl, § 263 Rn. 26; LK-Vogel, § 242 Rn. 112; LK-Lackner, 10. Aufl., § 263 Rn. 98 und Rn. 101; MüKo-Schmitz, § 242 Rn. 186; Sch-Sch-Cramer/Perron, § 263 Rn. 63a; Sch-Sch-Eser/Bosch, § 242 Rn. 36; SK-Hoyer, § 242 Rn. 49.

<sup>8</sup> NK-Puppe, Vor § 52 Rn. 43 ff.; Heghmanns, Rn. 1234; Puppe, JR 1984, 229 (234); Walter, Jura 2002, 415 (421); Stuckenberg, ZStW 118 (2006), 878 (901 f.); Puppe, S. 350 und S. 354; Röckrath, S. 35; Walter, S. 223.

## A. Fallkonstellationen im Selbstbedienungsladen

Der nachfolgenden Untersuchung liegen folgende Fallkonstellationen zugrunde:

In einem Selbstbedienungsladen versteckt der Täter<sup>9</sup> eine Ware, die er für sich behalten will,

- a) in seiner Jackentasche,
- b) im Einkaufswagen unter anderen Gegenständen, die an der Kasse als Sichtschutz dienen sollen, wie z.B. einem Werbeprospekt oder anderen Waren,
- c) in der Verpackung einer anderen Ware, so dass der neue Inhalt der Verpackung von außen nicht zu sehen ist,

und legt sie in den Einkaufswagen. An der Kasse werden jeweils nur die sichtbaren Waren berechnet und der Täter bezahlt auch nur den vom Kassenspersonal dafür verlangten Betrag. Anschließend verlässt er das Geschäft mit der versteckten Ware.

Diese Fälle werden auch in der Abwandlung behandelt, dass der Täter beim Verstecken der Ware von einem Ladendetektiv beobachtet wird, der ihn, nachdem er die Kasse passiert hat, daran hindert, das Geschäft mit der versteckten Ware zu verlassen.

---

<sup>9</sup> Aus Vereinfachungsgründen wird im Rahmen dieser Arbeit nur die männliche Form gewählt. Damit soll aber jedes Geschlecht ausdrücklich mit einbezogen sein.