

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

Einleitung	13
A. Fallkonstellationen im Selbstbedienungsladen	15
B. Probleme des Diebstahls in den Selbstbedienungsladen-Fällen	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
C.	Probleme des Betrugs in den Selbstbedienungsladen-Fällen	90
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)	Verfügungsbewusstsein 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 mitbestrafter 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
D.	Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	160
	Literaturverzeichnis	162
	Sachwortverzeichnis	173

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.¹ 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.² 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.³

An dieser Auffassung hat der BGH festgehalten und sie im Jahr 1995 in einem weiteren Fall, der in einem Selbstbedienungsladen stattfand, bestätigt.⁴ 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.⁵

¹ BGHSt 17, 205 (209).

² BGHSt 17, 205 (209).

³ BGHSt 17, 205 (209).

⁴ BGHSt 41, 198 (201).

⁵ BGHSt 41, 198 (201).

Die Auffassung von der Exklusivität von Diebstahl und Betrug hat sich in der übrigen Rechtsprechung weitgehend durchgesetzt.⁶ Auch das rechtswissenschaftliche Schrifttum hat sich dieser Ansicht überwiegend angeschlossen.⁷ Nur vereinzelt finden sich in der Literatur kritische Stimmen.⁸ 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.

⁶ Vgl. PfzOLG Zweibrücken, NStZ 1995, 448 (449); BayObLGSt 1988, 5 (7).

⁷ 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.

⁸ 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 Täter⁹ 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.

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