

**Bearbeiter:** Rocco Beck

**Zitiervorschlag:** BGH 4 StR 234/95, Beschluss v. 26.07.1995, HRRS-Datenbank, Rn. X

---

### BGH 4 StR 234/95 - Beschluss vom 26. Juli 1995 (OLG Zweibrücken)

**BGHSt 41, 198; Abgrenzung von Diebstahl und Betrug bei Mitnahme von Waren in Selbstbedienungsläden (hier: Passieren der Kaufhauskasse mit versteckter Ware); Abgrenzung von Vollendung und Versuch des Diebstahls im Selbstbedienungsladen, wenn die Tat durch dessen Personal beobachtet wurde (Verfügungsbewusstsein).**

**§ 242 Abs. 1 StGB; § 263 Abs. 1 StGB; § 22 StGB**

#### Leitsatz des BGH

**Wer in einem Selbstbedienungsladen eine Ware in seinem Einkaufswagen verbirgt und die Kasse ohne Bezahlung der versteckten Ware passiert, begeht regelmäßig - vollendeten oder versuchten - Diebstahl, nicht Betrug (im Anschluss an BGH, 13. April 1962, 1 StR 41/62, BGHSt 17, 205). (BGHSt)**

#### Entscheidungstenor

1. Wer in einem Selbstbedienungsladen eine Ware in seinem Einkaufswagen verbirgt und die Kasse ohne Bezahlung der versteckten Ware passiert, begeht regelmäßig - vollendeten oder versuchten - Diebstahl, nicht Betrug.
2. Im übrigen wird die Sache an das Pfälzische Oberlandesgericht Zweibrücken zurückgegeben.

#### Gründe

##### I.

Die Angeklagten gingen am Tattag im R.-Markt in Pirmasens mit einem Einkaufswagen in die CD-Abteilung, wo sie vier CD's sowie eine Videokassette im Gesamtwert von 105,81 DM aus den Auslagen nahmen und flach auf den Boden des Einkaufswagens legten. Das gleiche taten sie sodann in der Textilabteilung mit zwei Paar Socken im Gesamtwert von 17,58 DM. Danach deckte der angeklagte Ehemann diese Gegenstände mit einem Werbeprospekt ab, wobei sich beide Angeklagten sichernd umschaute. Anschließend legten sie weitere Sachen im Gesamtwert von 132,85 DM auf die durch den Werbeprospekt abgedeckten Waren. Sodann begaben sie sich an die Kasse. Entsprechend ihrer vorgefaßten Absicht legten sie dort nur die "oben" liegenden Gegenstände auf das Band, nicht jedoch die unter dem Werbeprospekt befindlichen Waren. Nach Bezahlung der vorgelegten Waren räumte die angeklagte Ehefrau diese wieder in den Einkaufswagen. Hinter der Kassenzone wurden sie von zwei in dem Markt tätigen Detektiven, die das gesamte Tatgeschehen beobachtet hatten, gestellt. 1

Auf der Grundlage dieser Feststellungen hat das Amtsgericht Pirmasens die Angeklagten durch Urteil vom 24. August 1993 wegen - vollendeten - "gemeinschaftlich begangenen Diebstahls" je zu einer Geldstrafe verurteilt. Auf die Berufung der Angeklagten gelangte das Landgericht Zweibrücken zu denselben Feststellungen; durch Urteil vom 13. Juni 1993 verwarf es die Rechtsmittel, wobei es lediglich die gegen den angeklagten Ehemann festgesetzte Tagessatzhöhe ermäßigte. 2

Das Pfälzische Oberlandesgericht Zweibrücken teilt die Rechtsansicht der Tatgerichte, daß sich die Angeklagten des vollendeten Diebstahls schuldig gemacht haben. Es möchte die Revisionen beider Angeklagten gegen das Berufungsurteil deshalb als unbegründet verwerfen, sieht sich daran aber durch zwei Entscheidungen des Oberlandesgerichts Düsseldorf gehindert: Dieses hat im Beschluß vom 17. November 1992 (NJW 1993, 1407) bei einem vergleichbaren Sachverhalt die Auffassung vertreten, derjenige, der in einem Kaufhaus eine Ware in der Absicht, diese nicht zu bezahlen, derart in den mitgeführten Einkaufswagen hineinlege, daß sie für die Kassiererin nicht ohne weiteres sichtbar sei und so die Kasse passiere, begehe keinen - versuchten oder vollendeten - Diebstahl, sondern Betrug. In einem weiteren Fall, in dem die Täter - wie hier - die ganze Zeit über vom Hausdetektiv beobachtet worden waren, hat das Oberlandesgericht Düsseldorf zwar die Anwendung des Diebstahlstatbestandes durch den Berufungsrichter unbeanstandet gelassen, das angefochtene Urteil aber wegen rechtsfehlerhafter Annahme vollendeter 3

Tat mit der Begründung aufgehoben, zum Bruch des Gewahrsams sei es noch nicht gekommen, als die Täter nach Passieren der Kasse vier bis fünf Meter davon entfernt gestellt worden seien (Beschluss vom 3. August 1985, NJW 1986, 2266).

Das Pfälzische Oberlandesgericht Zweibrücken hat daher die Sache gemäß § 121 Abs. 2 GVG dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung über folgende Rechtsfragen vorgelegt: 4

1. "Kommt Diebstahl oder Betrug in Betracht, wenn der Täter in einem Selbstbedienungsladen eine Ware derart in seinem Einkaufswagen verbirgt, daß sie für den Kassierer nicht ohne weiteres sichtbar ist und - seinen Vorstellungen entsprechend - die Kasse passiert, ohne die versteckte Ware anzugeben und zu bezahlen?" 5

2. "Ist der beobachtete Diebstahl im Selbstbedienungsladen allgemein schon dann vollendet, wenn der Täter mit der im Einkaufswagen mitgeführten Beute den geschlossenen Ladenbereich verlassen hat und seine Abfertigung an der Kasse abgeschlossen ist, oder ist es für die Tatvollendung (zumindest) erforderlich, daß er den Ladenbereich insgesamt verlassen hat?" 6

## II.

Die Voraussetzungen für eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs sind nur hinsichtlich der ersten Vorlegungsfrage gegeben. Das vorliegende Oberlandesgericht wird insoweit durch die angegebene Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 17. November 1992 gehindert, wie beabsichtigt zu entscheiden. 7

Die erste Vorlegungsfrage betrifft die Abgrenzung von Diebstahl und Betrug bei Mitnahme von Waren in Selbstbedienungsläden, wenn der Täter in der Absicht handelt, sich die Ware ohne Bezahlung zuzueignen. Hierzu hat das Oberlandesgericht Düsseldorf zur Entscheidung vom 17. November 1992 folgenden Leitsatz formuliert: "Wer in einem Kaufhaus eine Ware in den von ihm mitgeführten Einkaufswagen legt, daß sie für den Kassierer nicht ohne weiteres sichtbar ist, begeht keinen - versuchten oder vollendeten - Diebstahl, sondern einen Sachbetrug, wenn er die Kasse passiert, ohne die 'versteckte' Ware bezahlen zu wollen". Dieser Auffassung liegt eine unzutreffende rechtliche Wertung zugrunde. 8

1. Der Bundesgerichtshof hat bereits auf Vorlage des Bayerischen Obersten Landesgerichts unter Bezugnahme auf BGHSt 16, 271 entschieden, daß, wer in einem Selbstbedienungsladen Waren wegnimmt und einsteckt, um sie sich ohne Bezahlung zuzueignen, keinen Betrug, sondern Diebstahl (bzw. - nach damaliger Gesetzeslage - "Mundraub") begeht, wenn er mit diesen Waren durch die Kassensperre geht, ohne sie zwecks Bezahlung des Kaufpreises vorzuweisen (BGHSt 17, 205, 206). Zur Begründung hat er ausgeführt, beide Tatbestände schlossen einander aus; 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 der Vermögensverfügung des (vom Täter getäuschten) Verletzten eintrete (BGHSt aaO S. 209). Diese seither gefestigte Rechtsprechung hat der Bundesgerichtshof in späteren Entscheidungen dahingehend weiterentwickelt, daß für eine Abgrenzung von Wegnahme (§ 242 StGB) und Vermögensverfügung (§ 263 StGB) nicht nur das äußere Erscheinungsbild des Tatgeschehens, sondern auch die Willensrichtung des Getäuschten maßgebend sei: Betrug liege vor, wenn der Getäuschte aufgrund freier, nur durch Irrtum beeinflusster Entschließung Gewahrsam übertragen wolle und übertrage; Diebstahl sei gegeben, wenn die Täuschung lediglich dazu dienen solle, einen gegen den Willen des Berechtigten gerichteten eigenmächtigen Gewahrsamsbruch des Täters zu ermöglichen oder wenigstens zu erleichtern (BGHR StGB § 242 Abs. 1 Wegnahme 2). 9

2. Diese Grundsätze werden vom Oberlandesgericht Düsseldorf im Beschluss vom 17. November 1992 an sich nicht in Frage gestellt, wie die ausdrückliche mehrfache Bezugnahme auf die zuletzt genannte Entscheidung des Bundesgerichtshofs belegt. Vielmehr hat das Oberlandesgericht Düsseldorf seine Auffassung, der Angeklagte jenes Verfahrens sei nicht des Diebstahls, sondern des - vollendeten - Betruges schuldig, im Ansatz zu Recht damit begründet, ausschlaggebend für die Beurteilung, ob ein auf Mitnahme von Gegenständen ohne Bezahlung im Selbstbedienungsladen gerichtetes Verhalten sich als Betrug oder Diebstahl darstellt, sei, ob der Geschädigte bewußt über die Vermögensstücke zugunsten des Täters verfüge (dann Betrug) oder ob er den Gewahrsam behalten wolle (dann Diebstahl; h.M.; vgl. BayObLGSt 1988, 5, 7; OLG Hamm NJW 1969, 620, 621; Ruß in LK/StGB 11. Aufl. § 242 Rdn. 37 m.w.N.). Hierüber besteht unter den beteiligten Oberlandesgerichten auch keine Meinungsverschiedenheit. Im Streit ist vielmehr allein die Frage, ob der Kassierer in einem Selbstbedienungsladen generell eine bewußte Verfügung auch hinsichtlich derjenigen Waren trifft, die der Kunde in der Absicht, sie nicht zu bezahlen, im Einkaufswagen verdeckt und - ohne sie vorzulegen - an der Kasse vorbeiführt. Dies bejaht das Oberlandesgericht Düsseldorf, während das vorliegende Oberlandesgericht die Frage verneint. 10

3. Der Senat folgt der Auffassung des Pfälzischen Oberlandesgerichts. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat für seine Ansicht zugrunde gelegt, daß sich die Kassiererin in jenem Fall "in einem Irrtum über die tatsächlichen Verhältnisse" befunden habe; sie sei "davon aus(gegangen), alle Waren im Korb seien von ihr erfaßt worden" (NStZ 1993, 287; krit. dazu Brocker JuS 1994, 919, 921/922). Dies begründet indes nicht die Annahme, der Kassierer treffe in einem solchen Fall auch hinsichtlich der unbemerkt "vorbeigeschleusten" Ware eine bewußte Verfügung. 11

Regelmäßig dürfte es aus den vom vorlegenden Oberlandesgericht genannten Gründen an einem auf die Übertragung des Gewahrsams auch an den verborgenen und nicht zur Bezahlung vorgelegten Waren gerichteten Willen des Kassierers fehlen. Wenn dieser nicht erkennt, daß sich im Einkaufswagen noch weitere Waren befinden, scheidet grundsätzlich schon gedanklich die Annahme - auch vom Oberlandesgericht Düsseldorf vorausgesetzter - bewußter Vermögensverfügung bezüglich dieser Waren, die der Kassierer nicht wahrgenommen hat, aus (so zu Recht Backmann, Die Abgrenzung des Betrugs von Diebstahl und Unterschlagung, 1974, S. 85; Brocker aaO S. 921; Ruß aaO Rdn. 37 a.E.; Schmitz JA 1993, 350, 351; Stoffers JR 1994, 205, 207; Vitt NStZ 1994, 133, 134). Ebenso ist aber auch - von hier nicht näher zu erörternden Ausnahmen abgesehen - ein möglicherweise vom Oberlandesgericht Düsseldorf angenommener und für ausreichend erachteter genereller Verfügungswille des Kassierers in bezug auf den gesamten Inhalt des Einkaufswagens eine bloße Fiktion (Schmitz aaO; vgl. auch Brocker aaO S. 922). Vielmehr konkretisiert der Kassierer seinen Verfügungswillen grundsätzlich dadurch, daß er die Preise der vorgelegten Waren in die Kasse eintippt und sie dem Kunden berechnet. Nur auf diese Waren bezieht sich der Abschluß des Kaufvertrages (Bassenge in Palandt BGB 54. Aufl. § 929 Rdn. 2), nur diese Waren will der Kassierer deshalb auch übereignen (Vitt aaO S. 134). 12

Ob eine andere Beurteilung geboten ist, wenn der Kassierer den Täter ausdrücklich fragt, ob er sämtliche Waren vorgelegt hat und dieser die Frage bewußt wahrheitswidrig bejaht, braucht der Senat nicht zu entscheiden, weil ein solcher Sachverhalt nicht festgestellt ist. Jedoch neigt der Senat selbst in einem solchen Fall zur Annahme von Diebstahl; denn eine solche Frage des Kassierers ändert nichts daran, daß sich der Täter durch dessen Täuschung nur die Gelegenheit zur Wegnahme dadurch verschafft, daß der Kassierer ihn in der irrigen Vorstellung, er habe alle Waren erfaßt, die Kasse passieren läßt. Geht es aber - wie auch hier den Angeklagten - darum, den Gewahrsam ohne Wissen und damit ohne Einverständnis des Getäuschten aufzuheben, liegt nicht Betrug, sondern Diebstahl vor (st. Rspr.; vgl. BGHSt 18, 221, 223; BGHR StGB § 242 Abs. 1 Wegnahme 2; BayObLGSt aaO S. 7; Ruß aaO Rdn. 37 m.w.N.). 13

4. Der erkennende Senat beantwortet deshalb die erste Vorlegungsfrage wie aus der Beschlußformel zu 1. ersichtlich. 14

Ergänzend gibt der Senat folgendes zu bedenken: Die Unterstellung eines generellen Verfügungswillens des Kassierers und - davon ausgehend - die Annahme von Betrug in diesen Fällen würde im Blick auf den qualifizierten Straftatbestand des räuberischen Diebstahls (§ 252 StGB) zu schwer erträglichen Unterschieden in der Behandlung nach Anschauung des täglichen Lebens gleichgelagerter Sachverhalte führen (vgl. auch BGHSt 17, 205, 209): Als Vortat des räuberischen Diebstahls kommt nur - vollendeter - Diebstahl in Betracht (h.M.; Eser in Schönke/Schröder StGB 24. Aufl. § 252 Rdn. 1 und 3), nicht aber Betrug. Die Annahme von Betrug entsprechend den vom Oberlandesgericht Düsseldorf zugrunde gelegten Feststellungen hätte danach zur Folge, daß der Täter, der nach dem Verlassen des Kassenbereichs gegen den ihn verfolgenden Detektiv tätlich wird, um sich im Besitz der nicht bezahlten Ware zu halten, nur wegen Betruges und Nötigung (BGH bei Holtz MDR 1987, 94, 95) sowie gegebenenfalls wegen Körperverletzung verurteilt werden könnte. Hätte derselbe Täter demgegenüber die Ware bereits vor dem Passieren der Kasse eingesteckt und damit - nach auch vom Oberlandesgericht Düsseldorf geteilter Auffassung - vollendeten Diebstahl begangen (BGHSt 16, 271; OLG Düsseldorf NJW 1986, 2266), so wäre er, wenn er unter den gleichen Voraussetzungen Gewalt anwendet, wegen eines Verbrechens des räuberischen Diebstahls zu bestrafen. Eine solche unterschiedliche Bewertung an sich gleicher Sachverhalte wäre willkürlich und würde auch dem Schutzzweck des § 252 StGB nicht gerecht. 15

### III.

Die zweite Vorlegungsfrage betrifft die Abgrenzung von Vollendung und Versuch des Diebstahls im Selbstbedienungsladen, wenn die Tat durch dessen Personal beobachtet wurde. Die Formulierung der Vorlegungsfrage läßt bereits nicht hinreichend klar erkennen, worin das vorlegende Oberlandesgericht den rechtserheblichen tatsächlichen Unterschied zwischen "geschlossenem Ladenbereich" und "Ladenbereich insgesamt" erblickt. Das kann indes auf sich beruhen, denn unabhängig davon liegen die Voraussetzungen des § 121 Abs. 2 GVG in bezug auf diese Vorlegungsfrage nicht vor. Nur die Abweichung in einer Rechtsfrage kann die Vorlegungspflicht nach § 121 Abs. 2 GVG auslösen (BGHSt 31, 86, 89); dagegen ist eine Vorlegung nicht zulässig, wenn sich die Abweichung auf eine Tatfrage bezieht, welche auf das Vorliegen oder Nichtvorliegen tatsächlicher Umstände gerichtet ist, die das 16

Tatbestandsmerkmal einer Norm oder einen sonstigen Rechtssatz erfüllen können und die festzustellen allein Aufgabe des Tatrichters ist (Salger in KK/StPO 3. Aufl. § 121 GVG Rdn. 31, 35 mit Rspr.-Nachw.). Eine Tatfrage wird dabei nicht dadurch zur Rechtsfrage, daß die beteiligten Gerichte sie als solche behandeln (BGHSt 31, 314, 316).

1. Der im Vorlegungsbeschluß angeführten Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf NJW 1986, 2266 lag zugrunde, daß der Täter den Einkaufswagen mit einem Videorecorder unbemerkt von der Kassiererin durch die Kasse geschoben hatte und, nachdem er andere Ware bezahlt hatte und der Kassiervorgang abgeschlossen war, "vier bis fünf Meter von dem Kassensbereich entfernt" von dem Hausdetektiv gestellt worden war. Auf der Grundlage dieser Feststellungen beanstandete das Oberlandesgericht die Annahme vollendeten Diebstahls durch das Berufungsgericht. Das vorlegende Oberlandesgericht scheint der Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf zu entnehmen, daß dieses einen allgemeinen Rechtssatz des Inhalts aufgestellt habe, Vollendung des Diebstahls trete in diesen Fällen generell erst dann ein, wenn der Täter den Kaufhausbereich verlassen habe. Das trifft indes nicht zu. Vielmehr ist das Oberlandesgericht Düsseldorf ausdrücklich davon ausgegangen, die Frage des Gewahrsamsbruchs und der Begründung neuen Gewahrsams in Selbstbedienungsläden sei "je nach den konkret vorliegenden Tatumständen" zu beurteilen; "unter diesen Umständen" hat es einen Gewahrsamsverlust des Berechtigten verneint. Nichts anderes ergibt sich aus der Wendung, wonach der Gewahrsamsbruch unzweifelhaft "erst dann (wäre), wenn der Täter den Kaufhausbereich verlassen hätte". In dieser allerdings als verallgemeinernd mißverständlichen Formulierung kann ein jene Entscheidung tragender allgemeiner Rechtssatz nicht erblickt werden (vgl. BGHSt 18, 324, 325).

Es entspricht allgemeiner Auffassung, daß sich die Frage, ob der Täter fremden Gewahrsam gebrochen und eigenen begründet hat, ob mit anderen Worten die tatsächliche Sachherrschaft auf ihn übergegangen und deshalb der Diebstahl vollendet ist, nach den Anschauungen des täglichen Lebens beurteilt (st. Rspr.; BGH NStZ 1987, 71 m.w.N.) und von den Umständen des Einzelfalles abhängt (BGH StV 1985, 323; OLG Köln NJW 1984, 810), mithin - auch im Fall beobachteter Wegnahme in einem Kaufhaus - im wesentlichen Tatfrage ist (BGHR StGB § 242 Abs. 1 Wegnahme 4). Der Bundesgerichtshof hat auf Vorlage des Oberlandesgerichts Celle im Beschluß vom 8. März 1988 (BGHR aaO) betont, ein allgemeiner Rechtssatz des Inhalts, vollendeter Diebstahl liege stets vor, sobald der Täter die jeweilige Abteilung eines Kaufhauses mit einer dort weggenommenen Sache verlasse, ohne sie bezahlt zu haben, lasse sich nicht aufstellen; die in Betracht kommenden Umstände des Einzelfalles seien zu vielgestaltig, als daß eine solche rechtliche Aussage möglich wäre (so auch OLG Köln StV 1989, 156, 157). Daran ist auch für den vorliegenden Fall festzuhalten.

#### IV.

Der Generalbundesanwalt hat beantragt, wie folgt zu beschließen: 19

"1. Wer in einem Selbstbedienungsladen eine im Einkaufswagen befindliche Ware derart am Kassierer vorbeischleust, daß sie vor dessen Blick verborgen ist und dieser dafür keine Bezahlung verlangt, begeht nicht Betrug, sondern Diebstahl oder versuchten Diebstahl. 20

2. Wird der beobachtete Täter nach dem Passieren der Kasse von einem Berechtigten gestellt, während sich die entwendete Ware noch im Einkaufswagen befindet und der Täter den Ladenbereich insgesamt noch nicht verlassen hat, ist der Diebstahl in der Regel noch nicht vollendet." 21