

nen entgegenstehenden BGH-Entscheidung⁸. Sowohl im „Winkelschleiferfall“⁹ wie auch vor kurzem im „Milchkastenfall“¹⁰ (der diese neuerliche Vorlegung durch das OLG Zweibrücken an den BGH gemäß § 121 Abs. 2 GVG veranlaßt hat) konstruierte es sodann wiederum einen Ladenbetrug.

Der BGH hat sich nun in dem hier zu besprechenden Beschluß auf ein Neues gegen das OLG Düsseldorf und seine Betrugslösung gewandt; die zweite Vorlegungsfrage des OLG Zweibrücken¹¹, ob entgegen dem OLG Düsseldorf immer Vollendung nach dem Durchschreiten der Kassierstelle anzunehmen sei, läßt er als Tatfrage offen. Beides gibt Anlaß zu einigen Bemerkungen.

Vorweg: Daß es sich bei Waren, die ein Kunde aus dem Regal nimmt, nach wie vor um für ihn fremde Sachen handelt, hat seit den Kindertagen des Ladendiebstahls zu Recht niemand mehr thematisiert¹². Heute ist anerkannt, daß mit dem „Hineinlegen der Waren in das Körbchen“¹³ kein Kaufvertrag zustande kommt, geschweige denn eine Einigung über den Eigentumsübergang. Der Kaufvertrag wird erst dadurch geschlossen, daß der Kunde ein Angebot abgibt, indem er die Ware auf das Kassenband legt, die Kassiererin¹⁴ das Angebot annimmt und sodann das Eigentum überträgt. Diebstahl bleibt also möglich. Anderes gilt für (kostenlose) Werbeprospekte, wie sie hier die Angeklagten zum Abdecken der Ware im Einkaufswagen benutzten. Hier nimmt der Kunde das Übereignungsangebot des Ladeninhabers an und wird mit dem Ergreifen Eigentümer.

1. Schwieriger und für die Abgrenzung von Betrug und Diebstahl relevant ist die Frage, zu welchem Zeitpunkt der Kunde Gewahrsam an der Sache erlangt, die er sich zueignen möchte. Die herrschende Ansicht stellt hier bekanntlich „nach gesundem Rechtsgefühl“¹⁵ auf die „Anschauungen des täglichen Lebens“ dahingehend ab, ob der Kunde schon die Sachherrschaft ausübe. So sei Diebstahl schon vor der Kassenzone vollendet, wenn der Kunde kleinere Sachen in die „Gewahrsamsenklave“ seiner Körpersphäre bringen würde; bei ganz großen Gegenständen könne dagegen selbst noch der Abtransport der Beute vonnöten sein¹⁶. Diese „Abstufung“ ist nun allerdings nicht unumstritten. Eser wendet sich gegen die Annahme einer Gewahrsamsenklave¹⁷; manche nehmen auch im „Außenbereich“ eines Selbstbedienungsladens noch Versuch an¹⁸.

Betrachtet man dieses Problem einmal aus einem anderen, mehr an der Auffassung vom Gewahrsam als sozialer Zuordnung von Person und Sache orientierten

Anmerkung

Das OLG Düsseldorf und der Ladendiebstahl! Schon 1961, Selbstbedienungsläden kamen gerade in Mode¹, fand das OLG „einen neuen, in der Literatur bisher nicht erwogenen Gesichtspunkt“², indem es in einem „normalen“ Fall des Entwendens im Supermarkt (Kunde wurde beobachtet, wie er Ware in seine Kleidung steckte) versuchten Betrug in Tateinheit mit versuchtem Diebstahl annahm³. Schon diese damalige Entscheidung nötigte das BayObLG zu einer Vorlage gemäß § 121 Abs. 2 GVG an den BGH, der die „Ladenbetrugslösung“ des OLG Düsseldorf verwarf⁴. Auch in den achtziger Jahren ist das Gericht sich offenbar treu geblieben und scheint Verurteilungen wegen (vollendeten) Ladendiebstahls zu vermeiden⁵: Es verneinte zunächst im „Musikgerätefall“ bei beobachteter Wegnahme die Vollendung des Diebstahls⁶ trotz einer (auf Vorlagebeschluß des OLG Köln) unter ausdrücklicher Kritik der Düsseldorfer Rechtsprechung⁷ ergange-

¹ Siehe dazu *Welzel*, GA 1960, 257.

² *Welzel*, GA 1960, 350.

³ OLG Düsseldorf, NJW 1961, 1368 m. abl. Anm. *Cordier*, S. 1340; *Welzel*, GA 1960, 350.

⁴ BGHSt. 17, 205.

⁵ Siehe aber etwa OLG Düsseldorf, NJW 1990, 1492.

⁶ OLG Düsseldorf, NJW 1986, 2266.

⁷ Siehe dazu *H. Mayer*, JZ 1962, 622.

⁸ BGHSt. 16, 271 (275) m. abl. Anm. *H. Mayer*, JZ 1962, 617.

⁹ OLG Düsseldorf, NJW 1988, 922 m. zust. Anm. *Hassmer*, JuS 1988, 574.

¹⁰ OLG Düsseldorf, NJW 1993, 1407 m. zust. Anm. *Jung*, JuS 1993, 779 und abl. Anm. *Vitt*, NSZ 1994, 133; *Stoffers*, JR 1994, 205; *Brocker*, JuS 1994, 919; *Schmitz*, JA 1993, 350; *Roßmüller/Rohrer*, Jura 1994, 469.

¹¹ OLG Zweibrücken, NSZ 1995, 448.

¹² Siehe *Huschka*, NJW 1960, 1189.

¹³ *Huschka*, aaO.

¹⁴ Hier dürfte immer noch ein mehrheitliches Betätigungsfeld für Frauen liegen; anders beim Ladendiebstahl, der kein „typisches Frauendelikt“ (*H. Mayer*, JZ 1962, 623) mehr ist (vgl. *Eisenberg*, Kriminologie, 4. Aufl. 1995, § 45 Rdn. 83).

¹⁵ *Bittner*, Der Gewahrsamsbegriff und seine Bedeutung für die Systematik der Vermögensdelikte, Diss. iur. Göttingen 1972, S. 147.

¹⁶ BGH, NSZ 1981, 535 (Tresorfall).

¹⁷ *Eser* in *Sch/Sch*, 24. Aufl., § 242 Rdn. 40.

¹⁸ *Stoffers*, JR 1994, 207 m. w. N.

Blickwinkel¹⁹, zeigt sich, daß die Interpretation des Gewahrsamswechsels durch die herrschende Ansicht durchaus richtig ist. Es sei in vorsichtiger Umkehrung²⁰ der Rechtsgedanke des § 1006 Abs. 1 S. 1 BGB herangezogen: Zugunsten des Besitzers einer beweglichen Sache wird dort vermutet, daß er auch ihr Eigentümer ist. In diesem Satz kann durchaus die normierte Anschauung der sozialen Zuordnung einer Sache zu einer Person gesehen werden. In der Umkehrung dieses Gedankens kann bei unklarer Gewahrsamskonstellation durch die Überlegung, wer die Beweislast dafür trägt, daß ihm die Sache gehört, ermittelt werden, wer den Gewahrsam an der Sache innehat. (Diese Überlegung darf natürlich nicht dahingehend mißverstanden werden, daß schon hierdurch festgestellt wird, welche Eigentumsverhältnisse tatsächlich an den Gegenständen bestehen.) Oder anders gefragt: Wem würde ein objektiver Schlichter eines Streites hinsichtlich des Eigentums an einer Sache die Beweislast auferlegen? Hat der Kunde zu begründen, warum ihm der Gegenstand gehört, so hat er noch keinen Gewahrsam erlangt; muß hingegen der Ladeninhaber darlegen, warum die Sache seine sei, dann hat er den Gewahrsam an ihr bereits verloren bzw. (bei Gegenständen des Kunden) nie begründet. Dieser Gedanke ist nicht völlig neu. Auch das OLG Köln hat den Gewahrsam einmal mit der Begründung verneint, der Täter hätte „seine Berechtigung zur Fortschaffung ... dartun“ müssen²¹. Solange der Täter also noch zu fürchten hat, einem Dritten gegenüber belegen zu müssen, warum ihm eine Sache gehöre, hat er noch keinen Gewahrsam erlangt.

Diese Überlegung mag noch an einigen Beispielen verdeutlicht werden: Hat der Kunde beispielsweise eine Zigarettenschachtel in seiner Jackentasche, wird sich der Ladeninhaber fragen lassen müssen, warum er meint, dies sei „seine“ Rauchware²². Hieraus läßt sich der Schluß ziehen, daß der Kunde mit dem Einstecken der Zigarettenschachtel in seine Jackentasche Gewahrsam an ihnen erlangt hat. Berühmt sich der Kunde dagegen einer Zigarettenschachtel, die in seinem Einkaufswagen liegt, würde er und nicht der Ladeninhaber Näheres darlegen müssen²³ (allerdings nicht in einem „Bioladen“ und auch nicht dann, wenn es sich statt dessen um einen offenbar vom Kunden ausgezogenen Mantel²⁴ oder einen Werbeprospekt handelt; hier vermeidet sich eine Begründungsschwäche der herrschenden Ansicht²⁵). Dies gilt freilich nur dann, wenn sich der Streit vor der Kasse abspielt; im Kassenvorraum würde dagegen wiederum vom Inhaber nähere Erklärung verlangt werden, gäbe er an, die Zigarettenschachtel im Einkaufswagen gehörten ihm.

Folgt man diesem Gedanken, so ist die vom BGH nicht behandelte Vorlegungsfrage beantwortet: In aller Regel erlangt der Kunde mit Durchschreiten der Kasse Gewahrsam auch an den Dingen in seinem Einkaufswagen. Die Beobachtung kann keine Rolle spielen. Dieses Ergebnis erscheint auch sachgerecht und ist in Übereinstimmung mit der sonstigen Rechtsprechung des BGH, der es bisher nur hat dahinstehen lassen, ob es an der Gewahrsamerlangung dann, aber nur dann fehlen kann, wenn der Dieb „nicht die geringste Möglichkeit hat, mit seiner Beute zu entkommen“²⁶. Denn alles andere liefe im Extremfall sogar auf eine abstruse Beweisaufnahme dahingehend hinaus, daß das „Kräfteverhältnis“ zwischen Ladendieb und Ladeninhaber oder Kaufhausdetektiv festgestellt werden müßte²⁷. Es wäre

Beweis zu erheben über die Richtigkeit der Vermutung *Ersers* im konkreten Fall, ertrappte Ladendiebe seien „regelmäßig ohne weiteres zur sofortigen Herausgabe bereit“ (sic!)²⁸; wir müßten also nach Kampfbereitschaft, sportlicher Fitneß u. ä. fragen²⁹. Nur wer „gewalttätig oder körperlich überlegen“ ist, käme in dieser Konstellation noch als Täter eines vollendeten Ladendiebstahls in Frage³⁰. Auch eine Form von Faustrecht³¹!

2. Da sich also mithin die Ware zwischen den Verkaufsregalen noch nicht, im Kassenvorraum aber schon im Gewahrsam des Kunden befindet, kommt nun alles auf die Frage an, ob der Gewahrsamsübergang an der Kasse durch „Bruch“ fremden Gewahrsams oder aber durch eine Vermögensverfügung seitens der Kassiererin vonstatten geht. Dies ist der Punkt, um den vor allem gestritten wird, und in dem es auf feinsinnige Unterscheidungen in der Betrugsdogmatik anzukommen scheint. Aber: Es sieht so aus, als würde in diesen Diskussionen der entscheidende Punkt nicht gesehen werden. Schauen wir uns den Fall des OLG Zweibrücken, der dem BGH vorgelegt worden ist, etwas näher an: Die beiden Kunden haben (flache) Waren in ihrem Einkaufswagen dergestalt versteckt, daß sie einen Werbeprospekt darüber deckten, (nur) die sodann in gewissermaßen dritter Schicht darauf gehäuften weiteren Waren ordnungsgemäß auf das Fließband gelegt und diese nach deren Abrechnung sofort wieder zurück in den Wagen gepackt. Der Gewahrsam an den oberen, den gekauften Gegenständen ist von der Kassiererin dadurch übertragen worden, daß sie die Ware, während sie deren Preis eintippte oder einscannte, sogleich mit einer Hand in den „Stauraum“ am Ende des Fließbandes schob³². Der Einkaufswagen mit den versteckten Waren wurde dagegen von den Kunden, vermeintlich bis auf den Prospekt leer, einfach durchgeschoben. Selbst wenn man zur Verdeutlichung annimmt, daß das Durchschieben des Wagens erst aufgrund einer diesbezüglichen Geste der Kassiererin vorgenommen wurde, kommt es nicht darauf an, wie es hierbei um das Problem der Reichweite ihres Verfügungsbewußtseins steht, ob die Kassiererin generell den Gewahrsam an dem gesamten Inhalt des Einkaufswagens übertragen wollte oder nicht. Die Annahme einer wie auch immer gearteten Vermögensverfügung scheidet nämlich schon daran, daß die Kassiererin beim „Durchwinken“ des Einkaufswagens nicht das Bewußtsein hatte, überhaupt irgendetwas „Vermögensrelevantes“³³ zu unternehmen:

¹⁹ Siehe statt vieler *Samson* in SK StGB, 4. Aufl., § 242 Rdn. 20 ff.; *Bittner*, Der Gewahrsamsbegriff, S. 146 ff.; 161 ff.

²⁰ Zur Gefahr eines Zirkelschlusses siehe *Gössel*, ZStW 85 (1973), 622 f.

²¹ OLG Köln, VRS 14, 299 (300).

²² Vgl. *Otto*, ZStW 79 (1967), 62.

²³ Vgl. OLG Köln, NJW 1986, 392; *Rofsmüller/Rohrer*, Jura 1994, 473.

²⁴ Vgl. OLG Köln, NJW 1984, 810 (Parka-Fall); siehe auch *Bittner*, JuS 1974, 159.

²⁵ Vgl. *Nöldeke*, Die Begriffe des Gewahrsams und der Wegnahme beim Diebstahl, Diss. iur. Bonn 1964, S. 43 ff.

²⁶ BGHSt. 26, 24 (26); StV 1985, 323; NSZ 1987, 71; StV 1989, 149.

²⁷ So auch *Welzel*, NJW 1961, 329 (zu OLG Hamburg, MDR 1960, 780); siehe dazu *Otto*, ZStW 79 (1967), 62 f.; *Geilen*, JR 1963, 447.

²⁸ *Eser* in Sch/Sch, § 242 Rdn. 40; anders *H. Mayer*, JZ 1962, 620.

²⁹ Ähnlich BayObLG, NJW 1995, 3000 (3001); siehe auch *H. Mayer*, JZ 1962, 620.

³⁰ So tatsächlich OLG Hamm, NJW 1954, 523; ansatzweise auch BGHSt. 20, 194 (196); siehe auch *Rosenfeld*, ZStW 37 (1917), 165, sowie *Gössel*, ZStW 85 (1973), 618, daß dann der an Körperkräften Überlegene keinen Raum begehen könnte, weil er Gewahrsam schon bei Annäherung an sein schwächeres Opfer erlangte; vgl. auch *Geilen*, JR 1963, 449; kein Anwendungsbereich mehr für § 252 StGB.

³¹ Vgl. OLG Bamberg, HEst. 2, 18 (19): Beim Diebstahl sei der Gewahrsam „Kampfobjekt“.

³² Siehe aber *v. Heintschel-Heinegg*, JA 1996, 98.

³³ *Jung*, JuS 1993, 779.

An dem Einkaufswagen kann sie überhaupt kein Gewahrsam übertragen, denn auch im Vorraum des Ladengeschäfts bleibt der – leere – Einkaufswagen selbstverständlich im Gewahrsam des Ladenpersonals (man erinnere sich hier nochmals der oben vorgeschlagenen Testfrage!). Daß der Kunde den Einkaufswagen hier für die „Zwischenlagerung“ seiner über das Fließband gelaufenen Ware nochmals verwendet und neuerdings mittels Pfandmünze dazu gebracht wird, ihn anstelle von eingespartem Personal selbst wieder für neue Kunden bereitzustellen, macht ihn noch nicht zum Gewahrsamsinhaber an dem – vermeintlich – leeren Wagen.

3. Betrachtet man die Dinge so, ergeben sich zum Sachverhalt des OLG Düsseldorf im „Milchkastenfall“ auf einmal bedeutende Unterschiede: Dort hatte der Kunde eine CD hinter einer Palette Milchtüten versteckt, also zwischen den Karton und die Wand des Einkaufswagens geklemmt. Die Kassiererin, die offenbar entgegen der häufigen Anweisung, nur „vom Band zu kassieren“, die Ware im Wagen beließ, sah die CD im „toten Winkel“ nicht und winkte, so darf man annehmen, nach dem Eingeben des Preises den Einkaufswagen durch. Nur in diesem Fall stellen sich die auch in den Anmerkungen zu dieser Entscheidung erörterten Abgrenzungsprobleme von Diebstahl und Betrug, weil sie hier wußte, mit dem Durchschiebenlassen des Einkaufswagens Gewahrsam (nämlich an der Milch) zu übertragen – wobei freilich auch hier aus den von den Kritikern genannten Gründen Diebstahl anzunehmen sein dürfte³⁴.

Ein Aspekt allerdings, den der BGH „ergänzend zu bedenken“ gibt, sollte hinterfragt werden: Der „Blick auf die Folgen“ dahingehend, die Annahme eines Betruges würde bei späterer Gewaltanwendung „dem Schutzzweck des § 252 StGB nicht gerecht“, weil das StGB nun einmal nur einen räuberischen Diebstahl und nicht einen räuberischen Betrug kennt, beinhaltet die Gefahr, nicht mehr verständiger, folgenorientierter Auslegung Vorschub zu leisten, sondern den fragmentarischen Charakter des Strafrechts zu verkennen: Hat der Gesetzgeber sich dafür entschieden, nur den Diebstahl mit „nachträglichen“ Raubmitteln als eigenständiges Verbrechen zu bestrafen, so kann dies nicht als Argument dafür herangezogen werden, andere Delikte als Diebstahl zu interpretieren. Die Anwendung von Gewalt im Bereich der Vermögensdelikte hat der Gesetzgeber in §§ 253, 255 StGB abschließend geregelt; die entsprechende Sicherung eines durch Betrug erlangten Vermögensvorteils ist eben nur als Nötigung zu bestrafen³⁵. Im übrigen wäre es mit der gleichen Argumentation ansonsten auch stringent, bei der unerlaubten Gebrauchsanmaßung von Kraftfahrzeugen (§ 248b StGB) zur guten alten Benzindiebstahltheorie des Reichsgerichts zurückzukehren³⁶, um den, der sich eine „Spritztour“ erzwingt, als Verbrecher bestrafen zu können³⁷. Pikant: Früher noch beschäftigte den BGH das „angeblich kriminalpolitische Bedürfnis“, wegen der Straflosigkeit des versuchten Mundraubes (§ 370 Abs. 1 Nr. 5 a. F. StGB) den Betrugsparagrafen anzuwenden³⁸. Diese Argumentation konsequent zu berücksichtigen hieße, daß (jedenfalls bis zum 2. StrRG) bei Versuch Betrug und bei Gewaltanwendung Diebstahl anzunehmen wäre – immer feste drauf.

4. Aus den oben dargelegten Unterschieden in der Fallgestaltung folgt nun aber eine weitere Konsequenz: Es lagen überhaupt nicht die Voraussetzungen für eine Vorlage an den BGH gemäß § 121 Abs. 2 GVG vor! Offenbar haben sich sowohl das OLG Zweibrücken als auch der BGH von dem – nicht zum Urteil gehörigen – Leitsatz des OLG Düsseldorf täuschen lassen, der in seiner weiten sprachlichen Fassung freilich auch die hier

besprochene Sachverhaltsvariante umfaßt³⁹: „Wer in einem Kaufhaus eine Ware in dem von ihm mitgeführten Einkaufswagen derart hineinlegt, 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.“

Daß auch die Formulierungen der dortigen Urteilsgründe nicht präziser sind, ändert nichts daran, daß den Fall, in dem die Kassiererin einen leeren Einkaufswagen durchzuwinken glaubt, das OLG Düsseldorf nicht entschieden hat⁴⁰. Der von diesem Gericht aufgestellte Rechtssatz lautete, daß für den (Laden-)Betrug ein generelles Verfügungsbewußtsein genüge. Dieser Satz berührt die Rechtsfragen des vorliegenden Falles nicht. Lediglich verwandte Fragen aus demselben tatsächlichen Problembereich begründen keine Vorlegungspflicht⁴¹. Aus dieser, vielleicht etwas überraschenden Konsequenz folgt noch weiteres: Das OLG Düsseldorf dürfte nicht seinerseits, wie ihm *Vitt* vorgeworfen hat⁴², seine Vorlegungspflicht verletzt haben, weil die Konstellation im „Parka-Fall“ des OLG Köln⁴³ und wohl auch im „Gefrier-Enten-Fall“ des BayObLG⁴⁴ genauso der des OLG Zweibrücken und nicht der des OLG Düsseldorf entsprach. Umgekehrt sieht es sogar so aus, daß die hier besprochene Vorlageentscheidung des BGH trotz ihres zu weiten Leitsatzes und entsprechender Urteilsgründe nicht die Konstellation des „Milchkastenfalles“ bindend entschieden hat. Eine neuerliche Vorlage an den BGH „gegen“ das OLG Düsseldorf könnte also nur eine Frage der Zeit sein – nämlich, wenn wieder einmal eine Sache hinter anderer Ware im Einkaufswagen versteckt und auch diese Ware zum Kassieren nicht auf das Band gelegt wird.

Prof. Dr. Dr. Uwe Scheffler, Frankfurt (Oder)

³⁴ Siehe die Anm. von *Vitt, Stoffers, Brocker, Schmitz, Roßmüller/Rohrer*, jeweils aaO; *Biletzki*, JA 1995, 858; OLG Zweibrücken, NSz 1995, 448 (449).

³⁵ BGH bei Dallinger, MDR 1975, 23.

³⁶ RGSt. 64, 259.

³⁷ Vgl. BGHSt. 14, 386.

³⁸ BGHSt. 17, 205 (209) im Hinblick auf BGHSt. 16, 271; siehe dazu auch *Welzel*, GA 1960, 257 f.; *NJW* 1961, 329; *H. Mayer*, JZ 1962, 620.

³⁹ Vgl. BayObLG, *NJW* 1972, 302; *Salger* in *KK StPO*, 3. Aufl. 1993, § 121 GVG Rdn. 38.

⁴⁰ Vgl. BGHSt. 18, 324 (325 f.); OLG Köln, *NJW* 1974, 377 (378); OLG Oldenburg, *NJW* 1971, 819; näher dazu *Kissel*, GVG, 2. Aufl. 1994, § 121 Rdn. 22; *U. Schroth*, JR 1990, 98; *Kublen*, JA 1986, 599; *Lilie*, *Obiter dictum* und Divergenzausgleich in Strafsachen, 1993, S. 53 ff.

⁴¹ *Katholnigg*, Strafgerichtsverfassungsrecht, 2. Aufl. 1995, § 121 Rdn. 13.

⁴² *Vitt*, NSz 1994, 134.

⁴³ OLG Köln, *NJW* 1984, 810.

⁴⁴ BayObLGSt. 1988, 5.